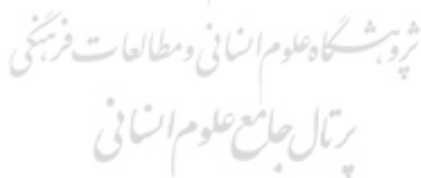


مقایسه انفساخ عقد نکاح ناشی از ایجاد قرابت رضاعی پس از عقد نکاح در حقوق ایران و مصر
هاجر مشیدی^۱ - محمدباقر عامری نیا^۲ - علی پورجواهری^۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۰۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۰۷

چکیده:

انفساخ نکاح به این معنا است که عقد نکاحی که ابتدا به طور صحیح منعقد شده باشد بدون قصد و اراده طرفین و به موجب حکم قانون از بین برود؛ لذا انفساخ عقد نکاح، انحلالی قهری است بدین معنا که عقد نکاح بدون نیاز به عمل حقوقی دیگر و خود به خود از بین می-رود و حق انتخاب برای دادگاه و طرفین عقد باقی نمی‌گذارد که در فرض بحث، ایجاد قرابت رضاعی پس از عقد نکاح خواه ناشی از شیردهی باشد و خواه ناشی از اجاره رحم و یا دریافت اسپرم، تخمک یا جنین باشد همانند سایر موارد انفساخ عقد نکاح، موجب انحلال قهری عقد از تاریخ حدوث می‌گردد؛ چرا که فلسفه تحریم محارم رضاعی یعنی روییدن گوشت و محکم شدن استخوان در خصوص مادر صاحب رحم نیز وجود دارد.

واژگان کلیدی: انفساخ، عقد نکاح، قرابت رضاعی، اجاره رحم، دریافت تخمک، جنین و اسپرم



JPIR-2111-2005

^۱ - دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران

^۲ - استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران: نویسنده مسئول

Mohamadamerinia@gmail.com

^۳ - استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران

مقدمه

نکاح در لغت به معنای زناشویی، عقد زناشویی بستن (معین، ۱۳۶۳: ۴۷۹) و ضم و پیوستن و نزدیکی کردن (نراقی، ۱۴۱۹: ۴۴۶) به کار رفته است. عقد نکاح نظیر هر عقد دیگری پایانی دارد. انحلال نکاح مانند هر عقد دیگری در مواردی اتفاق می‌افتد که، عقد با تمام شرایط لازم به وجود می‌آید و آثار نکاح درست را به جا می‌گذارد و پس از مدتی منحل می‌شود. در این فرض رابطه زن و شوهر در دورانی که با هم به سر برده‌اند مشروع است و فرزندان‌شان نسب مشروع دارند. در عقد نکاح، پاره‌ای از شیوه‌های انحلال سایر عقود پذیرفته شده مثل فسخ و انفساخ و پاره‌ای از شیوه‌های اختصاصی و ویژه همچون طلاق که مخصوص عقد دائم است و بذل مدت و انقضا مدت که وسیله خاص انحلال عقد موقت است نیز وجود دارد. اما از آنجا که حاکمیت اراده در عقد نکاح محدود گردیده به همین جهت زوجین در انحلال نکاح با موانع و محدودیت‌هایی مواجهند. مثلاً نکاح اقاله ناپذیر است و توافق زوجین بر انحلال آن بی‌تاثیر است. (صفار، ۱۳۹۳: ۱۲۵) بنابراین اسباب انحلال عقد نکاح در حقوق ایران عبارتند از: فسخ، انفساخ، طلاق، انقضا مدت و بذل مدت.

انفساخ مصدر باب (انفعال) از ریشه (فسخ) به معنای شکسته شدن، برانداختن، تباه شده و متلاشی شده است. از نظر اصطلاحی معنی این واژه با مفهوم لغوی آن تقارن زیادی دارد و آنچه در اصطلاح انفساخ گفته می‌شود، حالتی است که یک عمل حقوقی خود به خود و بدون تاثیر اراده افراد از بین برود. چرا که این کلمه مصدر باب انفعال است و این مصدر نشان دهنده حالتی است که هیچ کس آن را بوجود نیاورده و خود به خود ظاهر شده است. بنابراین انفساخ به این معنا است که رابطه ناشی از قرارداد بدون قصد و اراده طرفین معامله و به موجب حکم قانون از بین برود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۵) ازدواج در میان پیروان تمام ادیان با قاعده‌های متفاوت وجود دارد. اما دین اسلام ازدواج را یک امر جدی اخلاقی، اجتماعی و شرعی دانسته، بنابراین به جزئیات در این مورد پرداخته و چارچوب مشخصی را برای ازدواج تعیین کرده است و تحقق یا نفوذ عقد نکاح را منوط به این شرایط دانسته است. شروط اساسی صحت عقد نکاح در یک تقسیم‌بندی کلی به دو دسته شروط مثبت و منفی تقسیم می‌شوند. شروط مثبت شروطی هستند که وجود آنها در زمان انعقاد عقد نکاح لازم و ضروری بوده و بدون آنها عقد نکاح واقع نمی‌شود. اما شروط منفی یا همان موانع نکاح عواملی هستند که وجود آنها مانع از تحقق عقد نکاح می‌گردد. برخی از شروط صحت نکاح مانند ایجاب و قبول و توالی عرفی بین آنها، شرایط مربوط به عاقد، مشخص بودن طرفین، احرام، فقد تعدد زوجات، نبودن در علقه زوجیت یا عده و مطلقه بودن به سه و نه طلاق و نحوه جاری شدن صیغه نکاح مربوط به تشکیل و وقوع

صحیح عقد نکاح می‌باشند و ابتدا وجود یا عدم آنها از شرایط صحت عقد نکاح محسوب می‌گردد. اما برخی از شروط صحت نکاح همانند حیات، اختلاف جنس، حریمیت که ناشی از قرابت طرفین می‌باشد، اسلام و لعان، نه تنها وجود یا عدم آنها ابتدا شرط صحت عقد نکاح می‌باشد بلکه تداوم آنها نیز شرط صحت عقد نکاح می‌باشد. لذا به همین دلیل است که قانونگذار نیز در برخی موارد تحقق مواردی که موجب خلل به این موارد می‌باشد را موجبی برای انفساخ عقد نکاح دانسته است. که یکی بارزترین آن شرط عدم وجود قرابت در حدود تعیین شده توسط قانونگذار است.

مبانی نظری و اهمیت و ضرورت موضوع

با توجه به اینکه در قانون مدنی به انفساخ در عقد نکاح به عنوان یکی از علل انحلال نکاح پرداخته نشده است و در قانون جدید حمایت خانواده نیز تنها به ذکر نام آن پرداخته شده است و از طرفی قانونگذار در اصل ۴ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی قضات را مکلف نموده تا در موارد سکوت یا اجمال قانون به فقه مراجعه نماییم لازم است با تحقیقی جامع در این خصوص نه تنها موجب تدوین قوانین لازم شد بلکه با بررسی اختلاف نظرها تلاش بر ریشه‌یابی اختلافات و حل و فصل آنها نمود که کمک گرفتن از فقه اسلامی در این زمینه ضرورتی غیر قابل انکار است و نیز حضور بسیاری از اتباع دیگر کشورها در ایران و ضرورت تابعیت قانونگذار از قوانین آنها در مسائل احوال شخصیه که نکاح نیز از جمله آنها است ضرورت پژوهش در این مورد را دو چندان نموده است.

پیشینه پژوهش

در خصوص سوابق پژوهشی امر باید گفت در قسمت کتب حقوق خانواده به ندرت موضوع انفساخ در عقد نکاح مورد بحث به صورت جزئی قرار گرفته است. در قسمت پایان نامه‌ها، پایان نامه‌ای با این عنوان ارائه نشده است و پایان نامه‌ای با زمینه‌های مشابه تحقیقی مشاهده شد. دو پایان نامه با عنوان «بررسی اسباب فسخ و انفساخ عقد نکاح در فقه امامیه و قانون مدنی» اثر آقای حسین یادگاری در مقطع کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز که در سال ۱۳۸۳ و همچنین پایان نامه با عنوان «آثار انفساخ عقد نکاح در حقوق ایران اثر خانم زهرا اسماعیل تبار و آقای عبدالله کیانی در مقطع کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز که در سال ۱۳۹۰ تألیف گردیده وجود دارد که تمرکز بحث آنها بیشتر در خصوص اسباب و آثار فسخ نکاح بود و بحث جامعی جهت شناسایی مبنایی علل و موارد انفساخ در عقد نکاح که قابل استفاده در مسایل مستحدثه باشد نداشته. در قسمت مقالات علمی نیز رکودی با این عنوان مشاهده نگردید.

قرابت

اولین و مهم‌ترین مانع نکاح قرابت یا خویشاوندی است و به این مفهوم است که کسی نمی‌تواند با اقاربی ازدواج کند. قرابت سه نوع است که عبارتند از: قرابت نسبی، سببی و رضاعی.

۱. قرابت نسبی:

قرابت نسبی خویشاوندی است که از طریق نسب ایجاد می‌گردد. نسب اشتراکی است که از طرف یکی از والدین و به دو نوع طولی (پدران و فرزندان) و عرضی (برادر زادگان و عمو زادگان) قابل تصور است. (راغب اصفهانی، ۱۴۲۶: ۸۰۱) قانونگذار ایران در مواد ۱۰۳۲ و ۱۰۴۵ قانون مدنی و قانونگذار مصر در ماده ۲۰ قانون احوال شخصیه اقارب نسبی را مشخص و اقارب نسبی که نکاح با آنان ممنوع است را بیان و اعلام نموده بر شخص اصول (پدر و مادر) هر چه بالا رود و فروعش (فرزندان) هر قدر پایین رود حرام است همچنین فروع پدر و مادر شخص (فرزندان پدر و مادر) هر قدر پایین رود و فروع پدر بزرگ و مادر بزرگش (عمه و خاله و عمو و دایی) نیز بر او حرام می‌باشد.

۲. قرابت سببی

قرابت سببی که مصاهره هم نامیده می‌شود؛ وضعیتی است که برای هر یک از زن و شوهر در برابر خویشاوندان نسبی یا رضاعی طرف دیگر به وجود می‌آید و سبب حرمت نکاح با آنان می‌گردد. منع نکاح در این مورد برخلاف خویشاوندان نسبی و رضاعی اصلی نیست، بلکه عارضی است که به محض ازدواج زنی با مردی، بین هر یک از آنان با عده‌ای به وجود می‌آید. مطابق ماده ۱۰۴۷ قانون مدنی ایران و ماده ۲۳ قانون احوال شخصیه مصر نکاح بین مرد و افراد ذیل ممنوع می‌باشد. ۱- مادر و جدات زن ۲- بین مرد و زنی که سابقاً زن پدر و یا یکی از اجداد یا زن پسر یا زنی از احفاد (نوادگان) او بوده است ۳- بین مرد با انثا از اولاد زن از هر درجه که باشد ۴- ازدواج همزمان با دو خواهر مگر بعد از انحلال ازدواج با خواهر اول. از دیدگاه قانون مصر بر اساس ماده ۲۵ احوال شخصیه از جمله مواردی است که نشر حرمت مصاهرت می‌کند، به این نحو که مادر و دختر زانیه بر زانی و زانیه بر پدر و پسر زانی حرام ابدی خواهند شد به واسطه مصاهره ممنوع دائمی است.

۳. قرابت رضاعی:

رضاع به معنی شیردادن و نوشیدن شیر است. به این مفهوم که کسی که در طفولیت از زنی شیر خورده باشد به او محرم می‌شود. به زن شیر دهنده مرضعه و به طفل شیر خورنده رضیع یا مرتضع و به مردی که در زمان زوجیت مرضعه با او شیر در پستان مرضعه جاری شده فحل یا ابوالمرتضع می‌گویند. محرمیت رضاعی مشابه قرابت نسبی است مشروط به چند شرط: ماده

۱۰۴۶ قانون مدنی: «قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی است مشروط بر این که:

اولاً: شیر زن از حمل مشروع حاصل شده باشد (اگر شیر حاصل از زایمان نامشروع باشد قرابت رضاعی حاصل نمی‌شود).

ثانیاً: شیر مستقیماً از پستان مکیده شده باشد (مثلاً اگر در شیشه ریخته و به نوزاد خوراندن شود موجب قرابت نیست).

ثالثاً: طفل لااقل یک شبانه روز و یا ۱۵ دفعه متوالی شیر کامل خورده باشد بدون این که غذای دیگر یا شیر زن دیگر را بخورد. (از نظر فقهی این شرط اماره‌ای است بر اینکه شیر دادن بچه به مقداری بوده که استخوان طفل از آن شیر محکم شده و گوشت بر بدنش روییده است).

رابعاً: شیر خوردن طفل قبل از تمام شدن دوسال از تولد او باشد.

خامساً: مقدار شیری که طفل خورده است از یک زن و از یک شوهر باشد بنابراین اگر طفل در شبانه روز مقداری از شیر یک زن و مقداری از شیر زن دیگر بخورد موجب حرمت نمی‌شود اگرچه شوهر آن دو زن یکی باشد و همچنین اگر یک زن یک دختر و یک پسر رضاعی داشته باشد که هریک از شیر متعلق به شوهر دیگر شیر داده باشد آن پسر و یا آن دختر برادر و خواهر رضاعی نبوده و ازدواج بین آنها از این حیث ممنوع نمی‌باشد. مطابق ماده فوق الذکر قانونگذار قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی دانسته است لازم به ذکر است قرابت رضاعی تنها بین زن و طفل به وجود نمی‌آید، اگر دو طفل با رعایت شرایط از شیر یک زن بخورند، با هم خواهر و برادر رضاعی می‌شوند و نمی‌توانند با هم ازدواج نمایند. (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۰۶) و همچنین رضاع پس از عقد همانند رضاع سابق بر عقد، موجب حرمت است. (الجبعی العاملی، ۱۳۸۵: ۳۹۸)

در حقوق مصر محارم رضاعی نیز به مانند محارم نسبی و سببی موجب تحریم ابدی نکاح می‌شوند. ماده ۲۵ قانون احوال شخصیه مصر به سبب رضاع هشت صنف از نسب و مصاهرت بر شخص حرام ابدی می‌شوند که به شرح و تفصیل زیر است: ۱. اصول شخص از رضاع که مرادش مادر رضاعی مرتضع (مرضعه) هرچه بالا روند، است. ۲. فروع شخص از رضاع که شامل دختر رضاعی شخص هر چه پایین روند، می‌شود. ۳. فروع ابوبین از رضاع که دربردارنده خواهران و برادران رضاعی و دختران آنان هر قدر پایین روند، می‌باشد. ۴. فروع جدّ و جدّه از رضاع و مرادش همان عمّه و خاله رضاعی فرد بوده که شامل دختران آنها نمی‌شود. همانطور که چهار صنف منقول از نسب، موجب نشر حرمت ابدی ازدواج است، رضاع نیز موجبات چنین حکمی را

فراهم می‌آورد. چهار صنف دیگر از مصاهرت نیز وجود دارد که چنانچه رضاعی رخ دهد، ازدواج با همان اصناف بر شخص حرمت مؤبد می‌گردد:

۱. مادر رضاعی زوجه هر قدر بالا رود.
۲. دختر زوجه از رضاع و مراد از آن طفلی است که مرضعه قبل از ازدواج با همسرش از شیر مرد دیگری او را ارتضاع نموده باشد. ۳. همسر پدر و جدّ از رضاع هر قدر که بالا رود. ۴. همسر پسر و همسر پسر پسر و همسر پسر دختر از رضاع هر قدر پایین رود. قانون مصر در زمینه شرایط ایجاد رضاع حرفی به میان نیاورده است، اما حقوقدانان و فقهای مصری در کتب خویش به تفصیل از آن بحث نموده‌اند. (بدران، ۱۳۸۶: ۱، ۱۰۴ و ۱۰۵) که در این موضوع به دلیل مشابهت با حقوق ایران از ذکر آن‌ها خودداری می‌شود. بحث دیگری که در ماده مزبور مطرح می‌شود، صورت‌هایی است که از تحریم رضاع مستثنی و بر شخص حرام نمی‌باشند؛ درحالی که این موارد در نسب حرام می‌باشند:

۱. مادر برادر یا خواهر رضاعی است که بر شخص حرام نمی‌باشد.
۲. خواهر پسر یا دختر رضاعی شخص است.
۳. مادر فرزند رضاعی فرزند است که بر فرد حلال می‌باشد.
۴. مادر عمه یا عمو و دایی یا خاله رضاعی است که به علت عدم علاقه محرمیت ازدواج با آن‌ها حلال به شمار می‌آید. لازم به ذکر است برخلاف قرابت نسبی و سببی که در تمام ادیان شناسایی شده، قرابت رضاعی ویژه حقوق اسلام و کشورهای اسلامی است و حتی در قانون مدنی ترکیه که ترجمه قانون سوئیس است اینگونه قرابت شناخته شده لیکن در حقوق کشورهای غیر اسلامی قرابت رضاعی دیده نمی‌شود. قرابت رضاعی قبل از اسلام وجود داشت و قوم عرب همانند اقارب نسبی خود از اقارب رضاعی حمایت می‌نمود. اسلام اینگونه قرابت را به رسمیت شناخت ولی حدود آن را تعیین نمود. بنابراین قرابت رضاعی از نهادهای امضایی اسلام است نه تالسیسی. قرابت رضاعی فقط از لحاظ منع نکاح است و آثار دیگر قرابت نسبی مانند انفاق و توارث در قرابت رضاعی وجود ندارد. فلسفه تحریم محارم رضاعی این است که شیر دادن کودک به اندازه‌ای که موجب رشد و نمو او باشد نوعی رابطه طبیعی ایجاد می‌کند که همانند قرابت نسبی است و حقوق نباید آن را نادیده بگیرد؛ فرزند رضاعی از خون مادر تغذیه کرده است و رابطه خونی بین مادر و فرزند وجود دارد. فرزند رضاعی با پرورش گوشت و استخوانش با شیر شخص معینی، شباهت به فرزندان او پیدا می‌کند مثلاً زنی که کودکی را به اندازه‌ای شیر می‌دهد که بدن او با آن شیر نمو مخصوصی می‌کند یک نوع شباهت در میان آن کودک و سایر فرزندان آن زن پیدا می‌شود و در حقیقت هر کدام جزئی از بدن آن مادر محسوب می‌گردند و همانند برادر نسبی هستند.

به علاوه شیر دادن زن به کودک در تربیت روانی و معنوی و رشد شخصیت او موثر است و نوعی رابطه عاطفی عمیق هم بین آنها ایجاد می‌گردد. (شهمیرزادی و باقی زاده، ۱۳۹۷: ۲۷)

ایجاد قرابت رضاعی پس از عقد نکاح

قرابت به عنوان یکی از موانع نکاح در هر یک از صورت‌های آن (نسبی، سببی، رضاعی) ایجاد حرمت می‌نماید. اما از آنجا که همه خویشاوندان بر یکدیگر حرام نیستند؛ محارم نسبی، سببی و رضاعی و حدود حرمت آنان را بیان نمودیم. محرمیت در حدود تعیین شده هم ابتدا و هم در ادامه نکاح مانع از نکاح بوده و عدم وجود آن شرط صحت نکاح می‌باشد. رضاع همچنان که ابتدا ایجاد قرابت می‌نماید و مانع از نکاح می‌گردد، هر گاه پس از عقد نکاح واقع گردد نکاح سابق را از آن زمان منحل می‌گرداند. زیرا همانگونه که در شرح قرابت رضاعی گذشت، رضاع ایجاد خویشاوندی می‌نماید و با وجود خویشاوندی، رابطه زوجیت نمی‌تواند به وجود آید. بنابراین همان گونه که رضاع ابتدا مانع از ایجاد رابطه زوجیت است، هر زمان که خویشاوندی رضاعی بین زوجین ایجاد گردد رابطه زوجیت به خودی خود قطع می‌گردد، زیرا خویشاوندی امری طبیعی است که در اثر رضاع واقع می‌شود پس ناچار زوجیت منحل خواهد گردید. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۰۷ و امامی، ۱۳۸۸: ۴، ۱۳۱)

فقها نیز (با لحاظ این مطلب که موردی پس از عقد نکاح وجود ندارد که موجب قرابت نسبی یا سببی مانع از نکاح گردد) همان گونه که شیر خوردن پیش از نکاح را مانع از صحت نکاح آن شمرده؛ شیر خوردن بعد از وقوع عقد نکاح را موثر در نکاح پیشین و آن را موجبی برای انفساخ نکاح دانسته‌اند؛ لذا از قرابت رضاعی حاصل شده پس از عقد نکاح به عنوان یکی از اسباب انفساخ عقد نکاح یاد نموده‌اند. (انصاری، ۱۴۱۴: ۶، ۳۸۷)

از نظر فقهی آنچه بر حکم فوق دلالت می‌نماید، اطلاق حدیث «یحرم من الرضاع یحرم من النسب» و دلالت خاص بعضی از اخبار وارده در بعضی از فروع مساله است. اطلاق حدیث بر این دلالت دارد که رضاع، همان گونه که در ابتدای نکاح موجب حرمت است، در تداوم آن نیز باعث حرمت می‌شود و بر این مبنا، رضاعی که در صورت وقوعش قبل از نکاح، مانع از نکاح می‌شود، چنانچه پس از نکاح واقع شود نیز موجب ابطال نکاح خواهد شد. شیخ انصاری معتقد است که در این مورد بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود ندارد. (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۰، ۳۲۹) علاوه بر آنکه اطلاق حدیث بر این مطلب دلالت دارد، برخی اخباری که در بعضی فروع مساله آمده است نیز دال بر آن است؛ از جمله این اخبار، روایت حسنه حلبی از امام صادق (ع) است که ایشان فرموده‌اند: اگر مرد با دختر بچه‌ای ازدواج نماید سپس زن دیگر آن مرد وی را شیر دهد، نکاح آن مرد با وی باطل می‌شود. (حر عاملی، ۱۴۱۴: ۷، ۳۰۲) همین روایت را نیز شیخ

صدوق با کمی تفاوت در کتاب (من لا یحضره الفقیه) بیان نموده‌اند. (ابن بابویه قمی (شیخ صدوق)، ۱۴۰۴: ۳، ۴۷۶)

در ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی نیز قاعده مذکور به طور مطلق آمده و شامل قرابت رضاعی قبل و بعد از عقد نکاح می‌شود. لذا هر گاه کسی دو زن داشته باشد یکی کبیره و دیگری صغیره و زوجه کبیره از شیر شوهر خود زوجه صغیره او را شیر دهد؛ آن دو زن بر شوهر خود حرام می‌شوند و نکاح آنان از تاریخ حصول رضاع منفسخ می‌گردد، زیرا یکی مادر زن و دیگری اولاد رضاعی شوهر می‌گردد و هرگاه زوجه کبیره از شیر مرد دیگری زوجه صغیره را شیر دهد چنانچه شوهر با زوجه کبیره نزدیکی کرده باشد نکاح هر دو باطل می‌شود و هرگاه نزدیکی نکرده باشد نکاح کبیره باطل خواهد شد. اما فرض مذکور اکنون که نکاح با صغیره به عمل نمی‌آید مورد عملی پیدا نمی‌کند.

بعضی از فقها مثال‌های دیگری در باب ابطال نکاح به سبب رضاع پس از نکاح آورده‌اند که ممکن است عملاً در زمان حاضر نیز پیش آید، من جمله آنکه هرگاه مادر زن شخص، فرزند او را شیر دهد، در این صورت زن بر شوهر خود حرام می‌شود، زیرا شیر خوردن کودک باعث می‌شود که زن مزبور خواهر آن کودک شود و در نتیجه آن زن خواهر رضاعی فرزند خود خواهد بود. به عبارت دیگر، آن مرد با خواهر رضاعی خود ازدواج کرده است و نکاح اصول نسبی مرتضع با حواشی رضاعی مرتضع مزبور حرام است. (کرکی، ۱۴۱۴: ۲۳۳، ۱۲ و الجبعی العاملی، ۱۳۸۵: ۳۹۸) لذا این گروه از فقها که در این مورد قائل به جریان قاعده عموم منزلت که نوعی تفسیر موسع است شده‌اند معتقد هستند که ازدواج داماد آن زن با دخترش باطل می‌گردد زیرا مرضعه در حکم مادر دختر خواهد بود و شوهر دختر نمی‌تواند هم مادر و هم دختر را در یک زمان در زوجیت خود داشته باشد. (دیانی، ۱۳۸۷: ۱۲۴) ولی برخی از فقها که عموم منزله را معتبر نمی‌دانند نکاح را در این مورد ممنوع نمی‌شمارند. زیرا خواهر فرزند تحت یکی از عناوین محرمات نسبی به صورت جداگانه در فقه و قانون به شمار نیامده است تا نکاح با رضاعی آن ممنوع باشد. (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۶۲)

فرض دیگری که مطرح شده این است که زنی برادر شوهر خود را شیر دهد در ردیف مادر شوهر خود قرار می‌گیرد یعنی وی به منزله مادر شوهر خود می‌شود در حالی که هیچ مردی نمی‌تواند با مادر خود ازدواج نماید فقهایی که قائل به امکان تمسک به عموم منزلت شده‌اند در مثال فوق اعتقاد به حرمت زوجه بر شوهر خود دارند و عده‌ای که می‌گویند نمی‌توان با تعدی از نص قائل به دلیل عموم منزلت مادر رضاعی شخصی را مادر رضاعی برادر او دانست و لذا بر بطلان نکاح چنین زنی با شوهر خود اعتقاد ندارند. (حسینی سیستانی، بی تا) امام خمینی

پس از بیان کامل شرایط رضاع و اثر آن در ایجاد محرمیت در خصوص اثر رضاع حاصله بعد از عقد نکاح می‌فرمایند: رضاعی که باعث محرمیت است اگر ازدواج قبل از آن هم صورت گرفته باشد، موجب بطلان عقد است. پس در صورتی که دختری شیرخواره را برای پسری عقد کرده باشند سپس مادر پسر یا دختر آن شوهر و یا دختر برادر یا دختر خواهرش و یا همسر برادرش آن کسی را که عقدش خوانده شده است را با شیر خودش کاملاً شیر دهد عقد نکاح باطل می‌گردد و آن دختر بر آن پسر و یا زن مرد حرام می‌گردد. به این خاطر که اگر دخترش آن را شیر دهد، دختر نوه‌اش و اگر مادرش آن را شیر دهد، دختر، خواهرش و اگر زن برادرش او را شیر دهد، آن دختر برادر زاده او و اگر خواهرش آن کودک را شیر دهد، آن دختر خواهر زاده او می‌شود و حرام می‌گردند حتی اگر قبلاً نیز همسر او باشد. بنابراین رضاع لاحق هم همان اثر رضاع سابق را دارد. (موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۳۸۷)

حقوقدانان اما در نقد این نظر آورده‌اند که قرابت رضاعی «فرض حقوقی» است که هدف از ایجاد حرمت در نکاح بر پایه احترام به سنت‌های اجتماعی است. پس در اجرای آثار این «فرض» بایستی از افراط پرهیز کرد و حرمت رضایی را استثنایی بر قواعد عمومی دانست. در نتیجه حرمت رضاعی را باید محدود به اشخاصی دانست که پس از تطبیق ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی با محارم نسبی از قانون مدنی استنباط شد و این دایره را نباید به قیاس و تشبیه گسترده کرد. چرا که این توسعه نه تنها با ظاهر قانون مدنی منافات دارد بلکه اجرای آن را با مشکل مواجه می‌نماید. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۰۶) کما اینکه بعضی از فقها نیز در تایید این مطالب آورده‌اند اگر زن از شیر شوهر خود کسانی را که بعداً گفته می‌شود شیر دهد، شوهرش بر او حرام نمی‌شود. (حسینی سیستانی، بی تا، مسئله ۲۵۰۲)

بنابراین باید گفت با توجه به موارد فوق و موضع حساس بحث شایسته است قانونگذار ما نیز همانند قانونگذار مصر ضمن بیان محارم رضاعی به تفصیل، همانند قانونگذار مصر موارد خارج از شمول محرمیت رضاعی را بیان نماید. چرا که همان گونه که قبلاً نیز ذکر شد، قانونگذار مصر در ماده ۲۵ قانون احوال شخصیه این کشور علاوه بر معرفی هشت صنف از نسب و مصاهرت که به سبب رضاع بر شخص حرام ابدی می‌شوند و همچنین چهار صنف دیگر از مصاهرت که چنانچه رضاعی رخ دهد، ازدواج با همان اصناف بر شخص حرمت مؤبد می‌گردد، صورت‌هایی را از تحریم رضاع مستثنی و اعلام نموده بر شخص حرام نمی‌باشند؛ درحالی که این موارد در نسب حرام می‌باشند. لذا با این بیان قانونگذار مصر حکم تمام صور رضاع را مشخص و مانع از تشدد آرا به دلیل مراجعت به آرا متفاوت فقها در این خصوص شده است.

قرابت رضاعی طفل و صاحب رحم

سؤال اصلی در این قسمت از نوشتار این است که آیا می‌توان به کمک وحدت ملاک به استناد مفهوم اولویت، حکم قرابت رضاعی را نسبت به موردی جریان داد که زوجین به دلیل مشکلات پزشکی و اختلالات جسمی اقدام به استفاده از اجاره رحم یا دریافت تخمک و اسپرم و جنین می‌نمایند و چنین استدلال کرد که ملاک نشر حرمت در رضاع این است که رشد جسمانی مرتضع، بر اثر تغذیه او از ماده‌ای فراهم آمده که از جسم مرضه تولید گردیده است و در مورد بحث نیز مسلماً این وضع موجود است یا آن که وقتی رضاع با احتمال شرایط خاص خود سبب نشر حرمت و مانع نکاح باشد به طریق اولی تکامل و تشکیل طفل در رحم، می‌تواند نسبت به نکاح مانعیت داشته باشد؟

جهت پاسخ به این سوال ابتدا باید به تبیین چگونگی انتساب طفل به والدین پرداخت. بر اساس تعریف نسب در موازین عرفی اعم از عرف عام و خاص، دانش پزشکی و اعتقادات مذهبی تردیدی در این نیست که «صاحب اسپرم» پدر بچه‌ای است که از نطفه حاصل از امتزاج اسپرم وی با یک سلول ماده (تخمک) به وجود آمده است به عبارت دیگر منشأ پیدایش و ماده سازنده جنین از ناحیه پدر، اسپرم موجود در منی مرد است و عرف هم بر این اساس، برای بیان این امر واقعی و تکوینی عنوانی به نام نسب انتزاع می‌کند؛ در واقع انتساب به پدر مبتنی بر خلقت کودک از نطفه اوست و مرد صاحب اسپرم، پدر طفل محسوب می‌شود. نتیجه این که نسب از ناحیه پدر، عرفاً و لغتاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش فرزند از اسپرم و نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود. اما مادر بر خلاف پدر که فقط از نظر ژنتیک و بیولوژیک با فرزند خود رابطه طبیعی و خونی دارد، هم از نظر بیولوژیک از طریق تخمک و هم از نظر فیزیولوژیک از طریق نگهداری کودک در رحم خود با فرزند خویش رابطه طبیعی دارد. به گونه‌ای که از انتساب بچه، چه از لحاظ طبیعی و ژنتیکی و چه از لحاظ اخلاقی و عرف و عادت به حساب اسپرم و تخمک نمی‌توان چشم پوشید، از سوی دیگر نمی‌توان از تعلق و وابستگی طفل به کسی که ماه‌ها در درون رحم او و هم‌چون جزئی از پیکر او رشد کرده و شکل گرفته صرفه نظر کرد. بر همین اساس در چگونگی انتساب فرزند به مادر، نظریه‌های متعددی ارائه شده است اما در مجموع باید گفت، از نظر دانش پزشکی به اثبات رسیده که منشأ پیدایش و سلول سازنده جنین از ناحیه مادر، تخمک زن است و در این تردیدی نیست. هم‌چنین از همان منظر اثبات شده که رحم نقش‌هایی دارد، نظیر آماده سازی برای پذیرش جنین و کنترل رشد تهاجمی آن، کنترل و مهار سیستم دفاعی موجود در رحم جهت جلوگیری از دفع جنین، تبادل پیام‌ها در زمان لانه‌گزینی جنین و در نتیجه تمایز و نمو سلول‌های تمایز نیافته جنین و تشکیل جفت برای مبادلات

غذایی، تنفسی و مواد دفعی جنین با مادر؛ لذا هرچند از انتساب بچه، چه از لحاظ طبیعی و ژنتیکی و چه از لحاظ اخلاقی و عرف و عادت به صاحب اسپرم و تخمک نمی‌توان چشم پوشید. از سوی دیگر نیز نمی‌توان از تعلق و وابستگی طفل به کسی که ماه‌ها در درون رحم او و هم‌چون جزئی از پیکر او رشد کرده و شکل گرفته صرف‌نظر کرد. مخصوصاً اگر به تعبیراتی که در قرآن کریم در مورد مراحل مختلفی که نطفه پس از قرار گرفتن در رحم زن طی می‌کند تا شکل کامل انسانی را بگیرد، توجه کنیم. در عین حال می‌توان گفت این نقش‌های رحم، اگر چه فراتر از یک ظرف و تغذیه تنها برای جنین است، اما این مقدار آگاهی از نقش‌های رحم، جنبه سازندگی و تشکیل دهنده برای جنین ندارد و داوری عرف را در انتزاع نسب از پیدایش طفل از نطفه زن و مرد دگرگون نمی‌کند، این که در گذشته عرف عادی نقش مادر را حمل و زایمان کودک می‌دانست، بدان جهت بود که راه تشخیص پیدایش و تگون فرزند، زایمان و زاییدن بوده و جز این، راه دیگری در دسترس نداشتند. زایمان ملاک عرفی و اماره ظاهری بر این مطلب بود که رحم زن در تشکیل جنین دخالت دارد؛ یعنی تخمدان زن به وسیله تخمکی که رها می‌سازد، نطفه جنین را می‌سازد. حال که با پیشرفت دانش پزشکی واقعیت علمی منشأ پیدایش نطفه به یقین ثابت شده، «اماریت زایمان» مطلق نیست، یعنی از نظر قضائی اثبات خلاف اماره ممکن است، اگرچه قانون‌گذار اسلام برای حفظ آرامش کانون خانواده، اماره زایمان را حفظ کرده و واقعیت علمی و واقعی را درحالات عادی مناط اعتبار تلقی نکرده است. (رضانیا معلم، ۱۳۸۰: ۳۲۶)

در میان حقوقدانان نیز این عقیده مطرح است که «در این مورد، نسب قانونی بین زنی که طفل در رحم او رشد پیدا کرده و خود طفل به وجود نخواهد آمد، زیرا تخمک این زن در پیدایش کودک شرکت نداشته است و صرف تکامل یافتن و گذراندن مراحل رشد در رحم، سبب تحقق نسب نیست، بنابراین، طفل فقط به صاحبان نطفه ملحق خواهد گردید...» (شهیدی، ۱۳۷۵: ۱۶۶)

در میان آیات قرآنی آیه «هو الذی خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و صهرا» (سوره فرقان، آیه ۵۴) که در آن نسب نتیجه پیدایش و ثمره نطفه قلمداد شده است، ملاک عرف را که منشأ پیدایش فرزند را غیر از زایمان و حمل می‌داند، مورد تأیید قرار می‌دهد. بنابراین در اینکه فرزند مزبور با هر یک از دو زن صاحب تخمک و زنی که وی را حمل و زایمان کرده است، ارتباط تکوینی و واقعی دارد در این تردیدی نیست. ارتباطی که از نظر عقلی و پزشکی ثابت شده می‌نماید. لکن از بین این دو ارتباط، به دلایل فوق‌الذکر ارتباط طفل با صاحب تخمک ملاک رابطه مادری و فرزندی است.

رابطه حقوقی کودک با صاحب رحم با اختلاف مبانی متفاوت است. برخی از محققین می‌گویند: حکم رضاعی بر او بار می‌شود و در نتیجه بین او و بچه محرمیت و حرمت نکاح به

وجود می‌آید، همان‌گونه که در قرابت رضاعی این وضع وجود دارد. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۱: ۱-۴۶۵ و فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱: ۵۶۵) البته چنین حکمی در قرآن، سنت و مباحث فقهی سابقه ندارد، ولی حال که چنین پدیده‌های مصداق خارجی پیدا کرده، بعید نیست بتوان گفت: از آن‌جا که رحم زن در دوران تکمیلی برای جنین مانند پستان‌های او در دوران رضاع و شیرخوارگی است که موجب تغذیه جنین بوده؛ پس همان‌طور که مادر رضاعی مادر حقیقی و حقوقی نیست و تنها مادر حکمی است که نسبت به فرزند فقط محرم می‌باشد، در اینجا هم که آن ملاک قوی‌تر است حداقل حکم قرابت رضاعی برقرار می‌شود به بیان دیگر ملاک و ضابطه رضاع یعنی روییدن گوشت و محکم شدن استخوان در اینجا نیز وجود دارد و در نتیجه می‌توان احکام رضاع را جاری کرد. (طوسی، ۱۴۲۰: ۵ و ۹۵) پس زن پذیرای جنین نیز مادر حقیقی و حقوقی جنین نیست بلکه به دلیل تغذیه رحمی مادر حکمی و محرم اوست.

اما در انتقاد به ملاک فوق آمده است: «با وجود ملاک مذکور در بالا به خصوص از آن‌جا می‌توان بهتر پی برد که در بسیاری روایات فقهی و عبارات فقها، برای تحقق نشر حرمت در رضاع، رویش گوشت و استخوان و یا به بیان امروز، پیدایش سلول‌های بدن طفل از شیر مرضه به عنوان ضابطه معرفی گردیده است از جمله روایات مذکور روایت صحیح‌ه‌ای است با این عبارت «قلت له ما يحرم من الرضاع قال ما انبت اللحم و شد العظم...» است. (شهیدی، ۱۳۷۵: ۱۶۷) هر چند رویش گوشت و استخوان در روایات مذکور، صرفاً به عنوان ضابط تحقق نشر حرمت ذکر شده است ولی نحوه بیان و تعبیر آن‌ها طوری است که بعید نیست بتوان ضابط مذکور را به اصطلاح فقهی نوعی مصرحه حکم، تلقی کرد. مع الوصف استنباط مزبور در ملاک‌گیری، قدری دور از احتیاط و شبیه قیاس به‌نظر می‌رسد؛ زیرا درست است که رشد و نمو جسمانی طفل از زن به عنوان ضابطه و یا حتی در سطح علت مصرحه حکم نشر حرمت معرفی شده است، ولی منشأ این نمو در فقه و هم‌چنین در ماده ۱۰۶۴ قانون مدنی، شیر است نه مواد درونی دیگری که طفل در مراحل جنینی برای تکامل جنینی خود، از آن استفاده می‌کند. مضافاً بر آن که مطلق تغذیه از شیر مرضه، سبب تحقق خویشاوندی رضاعی و نشر حرمت نیست، بلکه همان‌طور که ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد، باید شرایطی را از قبیل به وجود آمدن شیر از حمل مشروع و مکیدن آن از پستان، دارا باشد. مفهوم شرایط مذکور این است اگر مثلاً شیر ناشی از حمل نباشد (چنان‌که در موارد استثنائی امکان دارد) یا آن‌که ناشی از حمل نامشروع باشد یا آن‌که از پستان مکیده نشده باشد بلکه پس از خروج از آن به وسیله ظرف و غیره مورد استفاده قرار گرفته باشد. خویشاوندی بین طفل و زن به وجود نمی‌آید و منعی برای ازدواج آن دو و یا ازدواج طفل با خویشاوندان زن به وجود نخواهد آمد،

هرچند که تغذیه طفل از شیر به حدی باشد که رویش گوشت و استخوان او را سبب شده باشد. در این صورت نسبت به وحدت ملاک و ذات علت حکم، دریچه‌ای برای ورود تردید در ذهن باز می‌شود. آیا از نظر فقهی و تبعاً از جهت قانون مدنی، علت حکم نشر حرمت که آن را منصوص تلقی کردیم، صرفاً رویش سلول‌های بدن طفل از مطلق مواد تولیدی در درون جسم زن است، یا آن که علت، خصوص نمو این سلول‌ها از شیر آن زن می‌باشد و شیر در این مورد خصوصیتی دارد؟ (شهیدی، همان)

ممکن است گفته شود، همان طوری که برخی از فقها تصریح کرده‌اند، رابطه رضاع از سنخ رابطه نسب است و ماهیت تکون و نشأت گرفتن یکی از دیگری دارد. (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۲۷) روایات عدیده‌ای نیز در فقه اسلام موجود است که مبنای ممنوعیت نکاح بین اقربای رضاعی را تأثیر شیر در کودک قرار داده و خویشاوندی ناشی از آن را در ردیف خویشاوندی ناشی از نسب شمرده است. بنابراین آنچه اهمیت دارد صرف نشأت گرفتن یکی از دیگری است که هم در قرابت نسبی و هم در قرابت رضاعی موجب نشر حرمت می‌گردد، در اولی رابطه از طریق خون و در دومی رابطه از راه شیر برقرار می‌شود فلذا شیر در این مورد هیچ خصوصیتی ندارد و این استفاده از مواد تولیدی در درون جسم زن است که باعث ایجاد رابطه شده است به این ترتیب علت حکم نشر حرمت صرفاً رشد سلول‌های بدن طفل از مطلق مواد تولیدی در درون جسم زن است و شیر در این باب طریقت دارد نه موضوعیت.

در انتقاد به این تحلیل آمده است: در مورد مادر جانشینی و مادر رضاعی در عین این که از حیث نمو جسمانی طفل از زن با یکدیگر شباهت دارند، لیکن در صورتی می‌توان حکم قرابت رضاعی را نسبت به باروری جانشینی جریان داد که معلوم شود علت قرابت رضاعی، مطلق «نبت اللحم و شد العظم» است نه نمو جسمانی مقید به شرایطی خاص؛ به گونه‌ای که هر کدام از این شرایط نباشد، قرابت رضاعی محقق نمی‌گردد. به نظر می‌رسد این گونه ملاک‌گیری در مورد محل بحث ما اعتباری ندارد تا بخواهیم بر اساس این ملاکات به مقایسه مادر جانشینی و مادر رضاعی، برای توجیه جهات فارقه که بین موضوع ثابت‌الحکم (اصل) و موضوع مجهول-الحکم (فرع) وجود دارد، بپردازیم؛ چرا که در تغذیه موضوع ثابت‌الحکم به موضوع مجهول‌الحکم، شرط است که علیت آن صفتی که مناط حکم فرض گردیده است باید به وجه قاطع و یا به ظن متأخم محرز و مسلم گردیده و بر آن اطمینان حاصل شده باشد که این اطمینان به دو شرط حاصل می‌گردد: یکی آن که علیت به یکی از طرق شرعی از قبیل قول یا فعل یا تقریر معصوم^(۴) و یا اجماع و امثال آن محرز شود نه از طریق حدس و تقریب که ایمن از خطاء و اشتباه نیستند. دوم آن که قول معصوم و یا مفاد اجماع در بیان علیت جامع، مبین و متضح الدلالة

باشد و آن اعم است از دلالت منطوقی و مفهومی. به این ترتیب تا زمانی که معلوم نشود که علت قرابت ناشی از شیر، مطلق نمو جسمانی طفل از زن است و یا در صورت اثبات این امر که علت قرابت ناشی از نمو جسمانی مقید به شرایط خاصی از جانب شارع است تا ملاک این شرایط به وجه قاطع و یا به ظن متأخم محرز و مسلم نگردد، نمی‌توان به کمک وحدت ملاک و یا به استناد مفهوم اولویت، حکم قرابت رضاعی را نسبت به باروری جانشینی جریان داد؛ از نظر روش اصولی نیز با توجه به اصولی، مانند اصل عدم حرمت و قرابت، حکم به تحقق خویشاوندی بین طفل و مادر جانشین، موجه به نظر نمی‌رسد. (روشن و حمداللهی، ۱۳۸۷: ۱۲۵) اما در مجموع باید گفت همان‌گونه که بیان شد رضاع حکمی امضایست که اسلام فقط شرایط آن را تعیین نموده است؛ صرف نظر از اینکه میان فقهای شیعه و سنی در خصوص لزوم «خوردن مستقیم شیر در آغوش زن» اختلاف نظر وجود دارد و فقهای سنی و شافعی آن را لازم و ضروری نمی‌دانند؛ قانون مدنی آن را به تبع فقه امامیه و نظر مشهور فقها یکی از شرایط ایجاد قرابت رضاعی قرار داده است. فلسفه این شرط نیز این است که شیر خوردن طفل به طور مستقیم در آغوش زن تاثیر بسزایی در انتقال عواطف و احساسات مادری دارد و انتقال عواطف از این طریق منحصر به فرد می‌باشد. (عباسی، ۱۳۹۰: ۶۱) لذا از لحاظ وجدانی و اخلاقی این امر قابل قبول نیست که طفل با شیر خوردن در یک روز به طور مداوم یا ۱۵ مرتبه متوالی در صورت وجود سایر شروط محرم گردد اما کودک ناشی از مادر جانشین بتواند قانوناً با زنی که او را مدتی در رحم خود پرورش داده است ازدواج کند.

از استدلال کافی برخوردار است و اثر قرابت رضاعی از حیث ممنوعیت نکاح در حالت استفاده از رحم دیگری بین زن صاحب رحم و طفل برقرار است. چرا که حمل کردن جنین نه تنها موجب رشد و نمو گوشت و استخوان جنین شده بلکه علقه و رابطه عاطفی کاملی را با صاحب رحم ایجاد می‌کند که عرف نیز پذیرای آن است. بنابراین هرچند علت قرابت ناشی از شیر، مطلق نمو جسمانی طفل از زن نیست و علت قرابت ناشی از نمو جسمانی مقید به شرایط خاصی از جانب شارع است تا ملاک این شرایط به وجه قاطع و یا به ظن متأخم محرز و مسلم نگردد، نمی‌توان به کمک وحدت ملاک و یا به استناد مفهوم اولویت، حکم قرابت رضاعی را نسبت به صاحب رحم جریان داد. اما از لحاظ وجدانی و اخلاقی و عرفی صاحب رحم علاوه بر شرط رشد و نمو شرط ایجاد علقه و عاطفه میان مرضع و مرتضع را داراست و عرفاً هم نیز این امر قابل قبول نیست که مثلاً کودک ناشی از حالت مادر جانشین بتواند قانوناً با زنی که او را مدتی در رحم خود پرورش داده است ازدواج کند.

لازم به ذکر است که با ایجاد قرابت رضاعی پس از عقد نکاح در چهارچوب تعیین شده

توسط قانونگذار به حکم قانون و بدون اراده طرفین آن منفسخ می‌گردد و لذا بعد از انفساخ نکاح به دلیل قرابت رضاعی زوجه نفقه ندارد زیرا با انفساخ نکاح زن دیگر زوجه مرد نیست و موجبی برای نفقه وجود ندارد؛ به همین دلیل زوجین از یکدیگر ارث نمی‌برند زیرا یکی از موارد ارث سبب یعنی خویشاوندی ناشی از عقد نکاح دائم است و در این مورد دیگر عقد نکاحی وجود ندارد تا مرد و زن از یکدیگر ارث ببرند. اما قاعدتا انفساخ ناشی از ایجاد قرابت رضاعی بعد از عقد نکاح هیچ تاثیری در تکلیف والدین مبنی بر پرداخت نفقه و حضانت و ولایت بر فرزند و همچنین ارث بری هر یک از زوجین و فرزندان از یکدیگر ندارد. همچنین انفساخ نکاح تاثیری بر لزوم نگه داشتن عده در صورت وقوع نزدیکی و مهریه ندارد چون به سبب عقد نکاح زن مالک مهریه شده و موجبی هم برای سقوط مهریه وجود ندارد.

اما بر خلاف حقوق ایران مطابق ماده ۱۳۵ قانون مدنی مصر، قراردادهای رحم جایگزین به احکام کلی قانون واگذار شده است، بر این اساس اجاره رحم شرعا حرام است و هر عقدی که بر رحم زن باشد خواه اجاره باشد یا معاوضه به دلیل مخالفت با نظم و اخلاق عمومی، باطل است. اخیرا پس از فتوای شیخی از شیوخ الازهر مبنی بر مشروعیت اجاره رحم به دلیل فایده‌ای که برای زوجین دارد، موجبی از پیشنهادات مبنی بر اجاره رحم در ازای دریافت مبالغی در اینترنت ظاهر شد. اما این فتوا توسط مفتی مصر بر اساس اصل جلوگیری از مفاسد مهمتر از منفعت، برگردانده شد و گروهی از نمایندگان نیز خواستار تصویب قانون منع رحم جایگزین شدند. با این وجود حقوقدانان مصری در مقالات مختلفی اجاره رحم را مشروع و طفل ناشی از اجاره رحم را ملحق به صاحب اسپرم و تخمک، و صاحب رحم را مادر رضاعی طفل دانسته‌اند چرا که طفل در بدن صاحب رحم رشد نموده و گوشت و استخوان گرفته است. (فادی احمد سهو، ۲۰۲۱: ۱۵۹ و هند الخولی، ۲۰۲۱: ۲۹۳)

نتیجه‌گیری

قرابت به عنوان یکی از موانع نکاح در هر یک از صورت‌های آن (نسبی، سببی، رضاعی) ایجاد حرمت می‌نماید. محرمیت در حدود تعیین شده هم ابتدا و هم در ادامه نکاح مانع از نکاح بوده و عدم وجود آن شرط صحت نکاح می‌باشد. رضاع همچنان که ابتدا ایجاد قرابت می‌نماید و مانع از نکاح می‌گردد، هر گاه پس از عقد نکاح واقع گردد نکاح سابق را از آن زمان منحل می‌گرداند. زیرا رضاع ایجاد خویشاوندی می‌نماید و با وجود خویشاوندی، رابطه زوجیت نمی‌تواند به وجود آید. با وجود پذیرش این امر در قانون و فقه با توجه به اختلاف نظر شدید فقها در موارد مشمول حرمت رضاعی که منجر به انفساخ نکاح می‌گردد و موضع حساس بحث شایسته است قانونگذار ما نیز همانند قانونگذار مصر ضمن بیان محارم رضاعی به تفصیل، موارد خارج از

شمول محرمیت رضاعی را بیان نماید. فلسفه تحریم محارم رضاعی این است که شیر دادن کودک به اندازه‌ای که موجب رشد و نمو او باشد نوعی رابطه طبیعی ایجاد می‌کند که همانند قرابت نسبی است و حقوق نباید آن را نادیده بگیرد؛ فرزند رضاعی از خون مادر تغذیه کرده است و رابطه خونی بین مادر و فرزند وجود دارد. فرزند رضاعی با پرورش گوشت و استخوانش با شیر شخص معینی، شباهت به فرزندان او پیدا می‌کند به علاوه شیر دادن زن به کودک در تربیت روانی و معنوی و رشد شخصیت او موثر است و نوعی رابطه عاطفی عمیق هم بین آنها ایجاد می‌گردد. اما در خصوص این مطلب که آیا می‌توان به کمک وحدت ملاک به استناد مفهوم اولویت، حکم قرابت رضاعی را نسبت به موردی جریان داد که زوجین به دلیل مشکلات پزشکی و اختلالات جسمی اقدام به استفاده از اجاره رحم یا دریافت تخمک و اسپرم و جنین می‌نمایند و چنین استدلال کرد که ملاک نشر حرمت در رضاع این است که رشد جسمانی مرتضع، بر اثر تغذیه او از ماده‌ای فراهم آمده که از جسم مرضعه تولید گردیده است و در مورد بحث نیز مسلماً این وضع موجود است یا آن‌که وقتی رضاع با احتمال شرایط خاص خود سبب نشر حرمت و مانع نکاح باشد به طریق اولی تکامل و تشکل طفل در رحم، می‌تواند نسبت به نکاح مانعیت داشته و در مورد بحث ما منجر به انفساخ نکاح گردد یا خیر اختلاف نظر وجود دارد. بر اساس تعریف نسب در موازین عرفی اعم از عرف عام و خاص، دانش پزشکی و اعتقادات مذهبی تردیدی در این نیست که «صاحب اسپرم» پدر بچه‌ای است که در واقع انتساب به پدر مبتنی بر خلقت کودک از نطفه اوست. اما مادر بر خلاف پدر که فقط از نظر ژنتیک و بیولوژیک با فرزند خود رابطه طبیعی و خونی دارد، هم از نظر بیولوژیک از طریق تخمک و هم از نظر فیزیولوژیک از طریق نگهداری کودک در رحم خود با فرزند خویش رابطه طبیعی دارد. بر همین اساس در چگونگی انتساب فرزند به مادر، نظریه‌های متعددی ارائه شده است اما در مجموع باید گفت، از نظر دانش پزشکی به اثبات رسیده که منشأ پیدایش و سلول سازنده جنین از ناحیه مادر، تخمک زن است و در این تردیدی نیست. بنابراین در این‌که فرزند مزبور با هر یک از دو زن صاحب تخمک و زنی که وی را حمل و زایمان کرده است، ارتباط تکوینی و واقعی دارد در این تردیدی نیست. ارتباطی که از نظر عقلی و پزشکی ثابت شده می‌نماید. لکن از بین این دو ارتباط به دلایل فوق‌الذکر ارتباط طفل با صاحب تخمک ملاک رابطه مادری و فرزندی است. در خصوص رابطه حقوقی کودک با صاحب رحم نیز باید گفت حکم رضاعی بر او بار می‌شود و در نتیجه بین او و بچه محرمیت و حرمت نکاح به وجود می‌آید، همان‌گونه که در قرابت رضاعی این وضع وجود دارد. پس همان‌طور که مادر رضاعی مادر حقیقی و حقوقی نیست و تنها مادر حکمی است که نسبت به فرزند فقط محرم می‌باشد، در اینجا هم که آن ملاک قوی‌تر است

حداقل حکم قرابت رضاعی برقرار می‌شود به بیان دیگر ملاک و ضابطه رضاع یعنی روییدن گوشت و محکم شدن استخوان در اینجا نیز وجود دارد و در نتیجه می‌توان احکام رضاع را جاری کرد. پس زن پذیرای جنین نیز مادر حقیقی و حقوقی جنین نیست بلکه به دلیل تغذیه رحمی مادر حکمی و محرم اوست. بنابراین این حکم که «قرابت صاحب رحم از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت رضاعی است» از استدلال کافی برخوردار است و اثر قرابت رضاعی از حیث ممنوعیت نکاح در حالت استفاده از رحم دیگری بین زن صاحب رحم و طفل برقرار است. چرا که حمل کردن جنین نه تنها موجب رشد و نمو گوشت و استخوان جنین شده بلکه علقه و رابطه عاطفی کاملی را با صاحب رحم ایجاد می‌کند که عرف نیز پذیرای آن است. بنابراین هرچند علت قرابت ناشی از شیر، مطلق نمو جسمانی طفل از زن نیست و علت قرابت ناشی از نمو جسمانی مقید به شرایط خاصی از جانب شارع است تا ملاک این شرایط به وجه قاطع و یا به ظن متأخم محرز و مسلم نگردد، نمی‌توان به کمک وحدت ملاک و یا به استناد مفهوم اولویت، حکم قرابت رضاعی را نسبت به صاحب رحم جریان داد. اما از لحاظ وجدانی و اخلاقی و عرفی صاحب رحم علاوه بر شرط رشد و نمو شرط ایجاد علقه و عاطفه میان مرضع و مرتضع را داراست و عرفاً هم نیز این امر قابل قبول نیست که مثلاً کودک ناشی از حالت مادر جانشین بتواند قانوناً با زنی که او را مدتی در رحم خود پرورش داده است ازدواج کند.

- قرآن کریم

منابع فارسی

کتب

- امامی، سید حسن (۱۳۸۸)، حقوق مدنی، جلد ۴، تهران: انتشارات اسلامیة
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۴۷)، لغت نامه دهخدا، جلد ۲۴، چاپخانه دانشگاه تهران، تهران
- دیانی، عبد الرسول (۱۳۸۷)، حقوق خانواده، ازدواج و انحلال آن، تهران: انتشارات میزان، چاپ اول
- رضایا معلم، رضا (۱۳۸۰)، وضعیت حقوقی طفل ناشی از انتقال جنین، مجموعه مقالات روش‌های نوین تولید انسان از دیگاه فقه و حقوق، تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۵)، حقوق ارث، تهران: انتشارات مجد، چاپ ششم
- (۱۳۷۵)، مجموعه مقالات وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی، تهران: نشر حقوقدان
- صفار، محمد جواد (۱۳۹۳)، درس‌هایی از حقوق خانواده، تهران: انتشارات جنگل جلودانه، چاپ چهارم
- عباسی، ثمین، (۱۳۹۰)، خویشاوندی رضاعی به عنوان یکی از موانع نکاح، تهران: انتشارات بهنامی
- فیروزه شه میرزادی محمدجواد باقی زاده (۱۳۹۷)، انفساخ نکاح در حقوق و رویه قضایی ایران، تهران: انتشارات فکر سازان، چاپ اول
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، خانواده، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم
- (۱۳۹۴)، دوره حقوق مدنی خانواده، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، جلد ۱
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۹۰)، تحریر الوسیله، تهران: انتشارات مجد

مقاله

- محمد روشن و عاصف حمداللهی (۱۳۸۷)، نسب طفل متولد از رحم جایگزین، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۹، شماره ۲۸، پاییز و زمستان

منابع عربی

- الجبعی العاملی، زین‌الدین (شهید ثانی)، (۱۳۸۵)، روضه البهیه فی شرح لمعه الدمشقیه، ترجمه اسد الله لطفی (ترجمه مباحث حقوقی شرح لمعه)، تهران: انتشارات مجد، چاپ چهارم
- العاملی، زین الدین بن العاملی (۱۴۱۳)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، جلد ۸، قم: موسسه معارف اسلامی
- ابن بابویه قمی (شیخ صدوق)، علی بن حسین (۱۴۱۰)، من لایحضره الفقیه، نشر دارالکتاب

- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۴)، مکاسب، قم: مجمع الفقه الاسلامی، جلد ۶
- (۱۴۱۵) کتاب النکاح، قم: نشر باقری، جلد ۲۰
- بحر العلوم، سید محمد، (۱۴۰۳)، بلغه الفقیه، تهران: منشورات مکتبه الصادق^(ع)
- بدران، ابوالعینین بدران، (بی تا)، الفقه المقارن للاحوال الشخصیه، جلد ۱، بیروت: دارالنهضة العربیه
- حر عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۱۴)، وسائل الشیعه، قم: نشر موسسه آل البيت، جلد ۲۶ و ۷
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۲۶)، مفردات اللفظ قرآن کریم، قم: انتشارات ذوی القربی، چاپ پنجم
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۲۰)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم: انتشارات قدس
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۸۱)، جامع المسائل، قم: مطبوعاتی امیر
- کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴)، جامع المقاصد فی شرح قواعد، قم: موسسه آل البيت، جلد ۱۲
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۱)، استفتاات جدید، قم: انتشارات مدرسه علی بن ابی طالب، جلد ۱
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۹)، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، الطبعة الاول، مشهد: انتشارات موسسه آل البيت، جلد ۲