



جامعة
المصطفی
العالمية



موسسه آموزش عالی بنت الهدی (رض)

پایان نامه ارشد فقه خانواده

عنوان

تحقق و اثبات نسب از نگاه فقه امامیه در مسائل مستحدثه

Realization and a proof of descent from look at the legal issues arising

استاد راهنما

سرکار خانم مریم برقی

دانش پژوه

ساجده العبدالخانی (زرگوش)

کد تحصیلی ۱۳۷۳۹۵۳

اسفند ماه ۱۳۹۵

تقدیم

سپاس و ستایش مرخداي راجل و جلالة كه آثار قدرت او بر چهره روز روشن، تابان است و انوار حكمت او در دل شب تار، درخشان. آفریدگاری كه خوشتن را به ما شناساند و درهای علم را بر ما كشود و عمر و فرصتی عطا فرمود تا بدان، بنده ضعیف خویش را در طریق علم و معرفت بیازماید. حاصل آموخته هایم را تقدیم می كنم:

* به شعل نور؛ رسول بشریت محمد ابن مصطفی (صلی الله علیه و سلم) كه بانور خود تیرگی جهل را به مد نفی مسیحایی خود با عنایت ذات اقدس الهی، روشنیابی بخشید.

* به امیر المؤمنین علی بن ابیطالب، این بنده را شده از تمام قیود و امور را كردن بشر از تمام اغلال و بردگی ها.

* به فاطمه زهرا، ام ایها، مادر شهود و شهادت غ بانوی محراب، بانوی حماسه و مدافع ولایت.

* به ائمه معصومین، از نسل او تا منجی بشر حضرت مهدی صاحب زمان، علیم آلا ف التیات و السلام كه به قدرت خداوند متعال، زنده و ناظر امور است.

* به باقر العلوم و جعفر الصادق كه فقه ما این دریای بی کران، یکی از آثار آنهاست و افتخار حضور در مدرسه آنها را دارم.

* به دریای محبت بی دینغ و بی توقع پدرم؛ كه چون سروی استوار بر روزگارم سایه انداخت و همواره در تحصیل علم و دانش، مشوقم بود.

* به صبوری و فداکاری مادرم؛ كه خورشید تنها نكین كوچکی از كنجه مهربانی اوست.

* به آنهایی كه نهال عشق و علاقه به علم را در وجودم كاشتند تا ثمره معرفت و عمل را از نهال علم وجودم كسب كنم. پرودگار چنان ناكرم كرد ان تازه ای قدر دان عشق و الفت آنها باشم.

* به همه کسانی كه من را تشویق کرده و در این پژوهش نقشی داشته اند. بی شك این هم را این كر انكج جملگی در این ثمره شیرین شریك هستند.

امید است كه این پژوهش مرضی رضای خداوند باری تعالی و مفید حال مومنین واقع شود تا توشه ای باشد برای روز حساب كه هر آنچه او بخواهد همان می شود.

تقدیر و تشکر

خالصانه ترین تشکر و ستایش مخصوص پرودگاری است که منت نهاد تا مجموعه حاضر را به سرانجام مطلوب رسانم. و صلوات و درود بر رسول ختمی مرتبت؛ که رحمہ للعالمین است و ما مفتخریم به پیرو او بودن و به مصداق حدیث شریف «من لم یشکر المنعم من المخلوقین لم یشکر الله عزوجل»

بعد از سپاس از خدای مهربان، از تمام کسانی که یاور و رهنمای من در تکمیل این پژوهش بودند صمیمانه سپاسگزاری می نمایم. بویژه استاد گرامی و مدیر گروه ارجمند سرکار خانم مریم برقی که با توصیه های گرانسنگ ایشان و تجارب ارزنده شان، پیمودن این راه صعب العبور را برایم هموار ساخت. همچنین تشکر و قدردانی خالصانه ام را از سایر اساتید گروه فقه و اصول، که در طی این پژوهش، همواره رهنمای من برای رسیدن به سر منزل مقصود بودند، دارم. فخر اکرم الله خیرا.

مقدمه ۱

بخش اول – کلیات و مفاهیم

فصل اول – کلیات ۳

۱-۱- بیان مسأله ۳

۱-۲- ضرورت و اهمیت مسأله ۳

۱-۳- پیشینه مسأله ۴

۱-۴- سوالات تحقیق ۵

۱-۴-۱- سوال یا سوال های اصلی ۵

۱-۴-۲- سوالات فرعی ۵

۱-۵- روش تحقیق ۶

فصل دوم – مفهوم شناسی ۷

۱-۲- نسب ۷

۱-۲-۱- مفهوم لغوی نسب ۷

۱-۲-۲- مفهوم اصطلاحی نسب ۷

۱-۲-۲- اثبات نسب ۹

۱-۲-۲-۱- اثبات ۹

۱-۲-۲-۱- مفهوم لغوی اثبات ۹

۱-۲-۲-۲- مفهوم اصطلاحی اثبات ۱۰

۱-۲-۲-۳- مفهوم اصطلاحی اثبات نسب ۱۱

۱-۲-۳- تحقق نسب ۱۱

۱-۲-۳-۱- تحقق ۱۱

۱-۲-۳-۱- مفهوم لغوی تحقق ۱۱

۱-۲-۳-۲- مفهوم اصطلاحی تحقق ۱۲

- ۱-۲-۳-۱-۳- مفهوم اصطلاحی تحقق نسب.....۱۲
- ۱-۲-۴- فقه امامیه۱۲
- ۱-۲-۴-۱- فقه.....۱۳
- ۱-۲-۴-۱- مفهوم لغوی فقه.....۱۳
- ۱-۲-۴-۲- مفهوم اصطلاحی فقه.....۱۳
- ۱-۲-۴-۲- امامیه.....۱۴
- ۱-۲-۴-۲-۱- مفهوم لغوی امامیه.....۱۴
- ۱-۲-۴-۲-۲- مفهوم اصطلاحی امامیه.....۱۴
- ۱-۲-۴-۳- مفهوم اصطلاحی فقه امامیه.....۱۵
- ۱-۲-۵- موجبات.....۱۵
- ۱-۲-۵-۱- مفهوم لغوی موجب.....۱۵
- ۱-۲-۵-۲- مفهوم اصطلاحی موجب.....۱۵
- ۱-۲-۶- اسباب۱۶
- ۱-۲-۶-۱- مفهوم لغوی اسباب.....۱۶
- ۱-۲-۶-۲- مفهوم اصطلاحی اسباب.....۱۶

بخش دوم – موجبات تحقق نسب

- فصل اول – تحقق نسب در ادله ی فقهی.....۱۸
- ۱-۱-۲- نکاح۱۸
- ۱-۱-۱-۲- محرمیت.....۲۰
- ۱-۱-۱-۲- نسب.....۲۱
- ۱-۱-۱-۲- سببی.....۲۳
- ۱-۱-۲-۱- احکام محرمیت سببی.....۲۵
- ۱-۱-۲- تفاوت حرمت ازدواج محارم نسبی با سببی.....۲۶

۲۷.....	۲-۱-۲- ملک یمین.....
۲۸.....	۲-۱-۲- استبراء کنیز قبل فروش.....
۲۸.....	۲-۱-۲- عدم استیلااد کنیز.....
۳۰.....	۲-۱-۲- احکام مربوط به کنیز.....
۳۱.....	۲-۱-۳- وطی شبهه.....
۳۱.....	۲-۱-۳- شبهه در لغت و اصطلاح.....
۳۱.....	۲-۱-۳- اقوال فقها در تحقق وطی به شبهه.....
۳۴.....	۲-۱-۴- رضاع.....
۳۴.....	۲-۱-۴- مبانی فقهی رضاع.....
۳۴.....	۲-۱-۴- کتاب.....
۳۴.....	۲-۱-۴- سنت.....
۳۵.....	۲-۱-۴- ایجاد نسبت با رضاع.....
۳۷.....	۲-۱-۴- معنای واژه های حدیث.....
۳۹.....	۲-۱-۴- شروط رضاع.....
۴۶.....	۲-۱-۵- قرابت رضاعی بین دو طفل هم شیر.....
۴۷.....	۲-۱-۶- حکم رضاع.....
۴۸.....	۲-۱-۵- لقیط.....
۴۸.....	۲-۱-۵- مفهوم لقیط در لغت و اصطلاح.....
۴۸.....	۲-۱-۵- نسب لقیط.....
۵۰.....	۲-۱-۶- فرزند خواندگی یا تبنی.....
۵۰.....	۲-۱-۶- حکم تکلیفی (حرمت تبنی).....
۵۱.....	۲-۱-۶- ادله حرمت تبنی.....
۵۲.....	۲-۱-۶- حکم وضعی (عدم اثبات نسب با تبنی).....
۵۲.....	۲-۱-۶- ادله عدم اثبات نسب.....

۵۲.....	۲-۱-۶-۲-۱-۱- کتاب
۵۴.....	۲-۱-۶-۲-۱-۲- سنت
۵۵.....	۲-۱-۶-۲-۱-۳- سیره متشرعه
۵۶.....	۲-۱-۷- معیار تحقق نسب مشروع
۵۹.....	۲-۱-۸- نتیجه گیری
۶۰.....	فصل دوم - راههای جدید تحقق نسب
۶۰.....	۲-۲-۱- تلقیح مصنوعی
۶۰.....	۲-۲-۱-۱- مفهوم تلقیح در لغت و اصطلاح
۶۱.....	۲-۲-۱-۲- انواع تلقیح
۶۲.....	۲-۲-۱-۳- جواز تلقیح مصنوعی در بعضی از صور
۶۳.....	۲-۲-۱-۴- حرمت تلقیح با نطفه مرد بیگانه
۶۴.....	۲-۲-۱-۵- ادله ی فقهی حرمت تلقیح با نطفه مرد بیگانه
۶۴.....	۲-۲-۱-۵-۱- اطلاق و عموم برخی از آیات
۶۷.....	۲-۲-۱-۵-۲- اطلاق و عموم روایات
۷۰.....	۲-۲-۱-۵-۳- اثبات سیره
۷۰.....	۲-۲-۱-۵-۴- اتفاق و تسالم اصحاب
۷۱.....	۲-۲-۱-۵-۵- مغایرت با اغراض تشریع ازدواج
۷۱.....	۲-۲-۱-۶- نسب در تلقیح مصنوعی
۷۳.....	۲-۲-۱-۶-۱- نسب مادری
۷۵.....	۲-۲-۱-۷- ادله تحقق نسب در تلقیح مصنوعی
۷۶.....	۲-۲-۱-۸- اقوال فقها
۷۶.....	۲-۲-۱-۸-۱- دخول شرط اثبات نسب
۷۶.....	۲-۲-۱-۸-۲- نزدیکی و مجامعت شرط تحقق نسب
۷۶.....	۲-۲-۱-۸-۳- انزال منی مرد به رحم زن شرط اثبات نسب

۷۷.....	۲-۲-۱-۸-۴- نطفه شرط اثبات نسب
۷۸.....	۲-۲-۲- رحم اجاره ای یا مادر جانشین
۷۸.....	۲-۲-۱- تعریف رحم جایگزین
۷۹.....	۲-۲-۲- حکم تکلیفی اجاره رحم «جواز یا عدم جواز»
۸۰.....	۲-۲-۲-۱- آیات
۸۱.....	۲-۲-۲-۲- روایات
۸۲.....	۲-۲-۳- اشکال مختلف استفاده از رحم جایگزین
۸۳.....	۲-۲-۳-۱- جانشینی در بارداری
۸۳.....	۲-۲-۳-۲- جانشینی سنتی رحم
۸۴.....	۲-۲-۳-۳- جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی
۸۴.....	۲-۲-۴- نسب پدری
۸۴.....	۲-۲-۵- نسب مادری
۸۵.....	۲-۲-۵-۱- حالت جانشینی در بارداری
۸۵.....	۲-۲-۵-۱- رابطه طفل با صاحب تخمک
۸۵.....	۲-۲-۵-۲- رابطه طفل با صاحب رحم
۹۰.....	۲-۲-۵-۲- حالت جانشینی سنتی رحم
۹۰.....	۲-۲-۵-۳- حالت مادر جانشینی با استفاده از تخمک، جنین اهدایی
۹۱.....	۲-۲-۵-۳-۱- حالت مادر جانشینی با استفاده از تخمک اهدائی
۹۱.....	۲-۲-۵-۳-۲- حالت مادر جانشینی با استفاده از جنین اهدائی

بخش سوم - راههای اثبات یا نفی نسب

۹۴.....	فصل اول - راههای اثبات یا نفی نسب در در ادله ی فقهی
۹۴.....	۳-۱-۱- اماره ی فراش
۹۵.....	۳-۱-۱- مفهوم اماره فراش

- ۹۶..... ۳- ۱- ۱- ۲- تعمیم حکم در ازدواج موقت.....
- ۹۷..... ۳- ۱- ۱- ۳- شرایط اجرای قاعده.....
- ۹۸..... ۳- ۱- ۱- ۳- ۱- انزال منی مرد و ورود آن در رحم زن.....
- ۹۹..... ۳- ۱- ۱- ۳- ۱- ۱- ادله فقهی.....
- ۱۰۰..... ۳- ۱- ۱- ۳- ۲- سپری شدن اقل مدت حمل.....
- ۱۰۱..... ۳- ۱- ۱- ۳- ۱- ۲- ادله فقهی.....
- ۱۰۱..... ۳- ۱- ۱- ۳- ۳- سپری نشدن بیش تر از حداکثر مدت حمل.....
- ۱۰۲..... ۳- ۱- ۱- ۳- ۳- ۱- اقوال فقها.....
- ۱۰۲..... ۳- ۱- ۱- ۳- ۳- ۱- حداکثر مدت حمل نه ماه.....
- ۱۰۴..... ۳- ۱- ۱- ۳- ۳- ۱- ۲- حداکثر مدت حمل ده ماه.....
- ۱۰۵..... ۳- ۱- ۱- ۳- ۳- ۱- ۳- حداکثر مدت حمل یک سال.....
- ۱۰۶..... ۳- ۱- ۲- اقرار.....
- ۱۰۷..... ۳- ۱- ۲- ۱- اقرار به نسب.....
- ۱۰۷..... ۳- ۱- ۲- ۱- ۱- اقرار به نسب فرزندی.....
- ۱۰۷..... ۳- ۱- ۲- ۱- ۲- اقرار به نسب خویشاوندی.....
- ۱۰۷..... ۳- ۱- ۲- ۱- ۱- امکان تحقق نسب.....
- ۱۰۷..... ۳- ۱- ۲- ۱- ۱- ۲- عدم مخالفت با شرع.....
- ۱۰۸..... ۳- ۱- ۲- ۱- ۱- ۳- مجهول النسب بودن مقرر به.....
- ۱۰۸..... ۳- ۱- ۲- ۱- ۱- ۴- عدم تعارض.....
- ۱۱۰..... ۳- ۱- ۳- قرعه.....
- ۱۱۱..... ۳- ۱- ۳- ۱- مفاد قاعده.....
- ۱۱۲..... ۳- ۱- ۳- ۲- مستندات قاعده.....
- ۱۱۲..... ۳- ۱- ۳- ۲- ۱- آیات قرآنی.....
- ۱۱۶..... ۳- ۱- ۳- ۲- ۲- سنت.....

- ۱۱۷..... ۳- ۱- ۳- ۲- ۳- اجماع.
- ۱۱۸..... ۳- ۱- ۳- ۲- ۴- سیره و بنای عقلا.
- ۱۱۹..... ۳- ۱- ۴- بینه (شهادت).
- ۱۲۱..... ۳- ۱- ۴- شهادت.
- ۱۲۲..... ۳- ۱- ۴- ۱- قول به اختصاص بینه به شهادت دو شاهد.
- ۱۲۴..... ۳- ۱- ۴- ۲- قول به اعتبار مطلق بینه وعدم اختصاص آن به شهادت شهود.
- ۱۲۶..... ۳- ۱- ۴- ۲- نتیجه گیری.
- ۱۲۶..... ۳- ۱- ۵- قیافه شناسی.
- ۱۲۷..... ۳- ۱- ۵- ۱- ادله ی حرمت قیافه.
- ۱۲۷..... ۳- ۱- ۵- ۱- اجماع و لاخلاف.
- ۱۲۷..... ۳- ۱- ۵- ۲- صحیحہ ی محمد بن قیس.
- ۱۲۸..... ۳- ۱- ۵- ۱- ۲- بررسی دلالت روایت.
- ۱۲۹..... ۳- ۱- ۵- ۳- روایت اُبی بصیر.
- ۱۳۰..... ۳- ۱- ۵- ۴- روایت نبوی.
- ۱۳۱..... ۳- ۱- ۵- ۵- روایت از عامه.
- ۱۳۲..... ۳- ۱- ۵- ۲- نتیجه کلام در حرمت قیافه.
- ۱۳۴..... ۳- ۱- ۶- علم قاضی.
- ۱۳۴..... ۳- ۱- ۶- ۱- ادله قول مشهور فقها.
- ۱۳۴..... ۳- ۱- ۶- ۱- استدلال به عمومات.
- ۱۴۴..... ۳- ۱- ۶- ۲- تمسک به روایات خاص.
- ۱۵۶..... ۳- ۱- ۶- ۳- جمع بندی روایت.
- ۱۵۷..... ۳- ۱- ۷- لعان.
- ۱۵۸..... ۳- ۱- ۷- ۱- شرایط لعان.

۱۵۸.....	۳- ۱- ۷- ۲- کیفیت لعان.....
۱۵۹.....	۳- ۱- ۷- ۳- آثار مترتب بر لعان.....
۱۶۱.....	فصل دوم - اصل اولی در اثبات نسب و راههای جدید اثبات نسب.....
۱۶۱.....	۳- ۲- ۱- اصل اولی (انحصار یا عدم انحصاری بودن) ادله ی اثبات نسب
۱۶۳.....	۳- ۲- ۱- ۱- جایگاه عرف در بین ادله.....
۱۶۵.....	۳- ۲- ۱- ۱- ۱- بررسی اعتبار عرف‌های مستحدثه.....
۱۶۶.....	۳- ۲- ۱- ۱- ۲- حجّیت عرف‌های مستحدثه در اثبات نسب.....
۱۶۸.....	۳- ۲- ۱- ۲- مفهوم و حجیت علم در استناد به ادله.....
۱۶۸.....	۳- ۲- ۱- ۲- ۱- مفهوم علم.....
۱۶۸.....	۳- ۲- ۱- ۲- ۲- حجیت علم.....
۱۷۰.....	۳- ۲- ۱- ۳- حجیت ادله اثبات نسب.....
۱۷۴.....	فصل سوم - راههای جدید اثبات یا نفی نسب.....
۱۷۵.....	۳- ۳- ۱- آزمایش دی.ان.ای و انگشت نگاری ژنتیکی.....
۱۷۵.....	۳- ۳- ۱- ۱- قدرت اثباتی آزمایش دی.ان.ای از لحاظ علمی.....
۱۷۶.....	۳- ۳- ۱- ۲- شیوه های آزمایش دی.ان.ای.....
۱۷۶.....	۳- ۳- ۱- ۲- ۱- روش تجزیه قطعات چند شکلی طولی.....
۱۷۶.....	۳- ۳- ۱- ۲- ۲- روش واکنش زنجیرهای پلیمراز.....
۱۷۸.....	۳- ۳- ۱- ۳- میزان اعتبار تشخیص هویت بر اساس انگشت نگاری ژنتیکی.....
۱۷۹.....	۳- ۳- ۱- ۴- میزان اعتبار تشخیص هویت ژنتیکی از منظر علم ژنتیک.....
۱۸۰.....	۳- ۳- ۱- ۵- میزان اعتبار تشخیص هویت بر اساس انگشت نگاری ژنتیکی در فقه.....
۱۸۲.....	۳- ۳- ۱- ۶- اعتبار آزمایش دی.ان.ای و انگشت نگاری ژنتیکی از دیدگاه فقهی معاصر.....

بخش چهارم - آثار واحکام مترتب بر اثبات یا نفی نسب

۱۸۶.....	۴- ۱- آثار مالی.....
----------	----------------------

۱۸۶.....	۴ - ۱ - ۱ - توارث
۱۸۹.....	۴ - ۱ - ۲ - نفقه
۱۹۰.....	۴ - ۲ - آثار غیر مالی
۱۹۰.....	۴ - ۲ - ۱ - آثار غیر عبادی
۱۹۱.....	۴ - ۲ - ۱ - ۱ - حرمت نکاح
۱۹۱.....	۴ - ۲ - ۱ - ۲ - حضانت
۱۹۴.....	۴ - ۲ - ۱ - ۳ - ولایت
۱۹۵.....	۴ - ۲ - ۱ - ۴ - قصاص
۱۹۷.....	۴ - ۲ - ۲ - آثار عبادی
۱۹۷.....	۴ - ۲ - ۲ - ۱ - تبعیت
۱۹۸.....	۴ - ۲ - ۲ - ۱ - ۱ - تبعیت در طهارت و نجاست
۱۹۹.....	۴ - ۲ - ۲ - ۱ - ۲ - تبعیت در اسلام و کفر
۱۹۹.....	۴ - ۲ - ۲ - ۲ - قضاء نماز پدر
۲۰۱.....	نتیجه و جمع بندی
۲۰۲.....	فهرست منابع و مآخذ

مقدمه

در اسلام، حفظ نسب، پایه احکام و حقوق فراوانی است. بعضی از احکام فقهی، بر شناخت رابطه فرزند با پدر و مادر یا بر شناخت نسبت های فAMILIARY دیگر، مبتنی است. تبعیت فرزند از پدر و مادر در کفر و اسلام، در طهارت و نجاست، جواز ربا بین پدر و فرزند، قصاص نشدن پدر به قتل فرزند، نظر به محارم و ازدواج با آنان، ولایت پدر و جد، حقوق طرفینی مانند حق حضانت و نفقات، و مسائل فراوان دیگری، بر حفظ انساب متوقف است. عده زن بین دو ازدواج و انتظار برای ازدواج دوباره پس از وفات شوهر به مدت ۴ ماه و ۱۰ روز^۱، عده زن به مدت سه دوره پاکی پس از طلاق^۲ و انتظار زن باردار برای ازدواج مجدد تا هنگام وضع حمل^۳، همه این مقررات گویای اهمیت حفظ نسب است. از آنجا که نسب مانند ملکیت حکم وضعی است، تحقق آن متوقف بر اسباب و شرایط خاصی مانند نکاح، رضاع، وطی شبهه و... بوده است.

در فقه امامیه، برای اثبات و نفی نسب نیز راههایی تعیین شده است که می توان به عنوان مثال به بیّنه و اقرار، برای اثبات نسب و لعان برای نفی نسب، اشاره کرد. مباحث یاد شده، در فرض تولد طبیعی و تکوینی طفل روشن می باشد؛ اما نکته ی قابل بحث و بررسی در تولد غیر طبیعی مانند تلقیح مصنوعی، رحم اجاره ای و از طرق جدید مانند انگشت نگاری و آزمایش ژنتیکی می باشد. مساله تحقق نسب و راههای احراز و اثبات آن در مسائل نوظهور مانند تلقیح مصنوعی و رحم اجاره ای، از مباحث بروز و مستحدثه ای است که می توان گفت کتابهای فقهی کمتری در این زمینه تالیف و نگاشته شده لذا بحث در این مساله ضرورت دارد.

این نوشتار می کوشد تا جایگاه این مباحث را در علم فقه بیان کرده و در صدد پاسخگویی به سوالات زیر می باشد:

آیا در این حالات موجبات نسب، قابل تحقق است یا نه؟ آیا راههای اثبات و نفی نسب، تعبدی و انحصاری است یا غیر انحصاری بوده و توسط ابزار جدید مانند آزمایشات ژنتیکی و انگشت نگاری نیز، قابل تحقق می باشد؟ آثار و احکام مترتب بر اثبات یا نفی نسب کدام اند؟ و به نظر فقهای معاصر

۱. بقره/۲، ۲۳۴.

۲. بقره ۲/، ۲۲۸.

۳. طلاق/۶۵، ۴.

در موضوع مورد بحث اشاره کرده و در نهایت از سلسله ی این بحث ها ، یک نتیجه گیری صحیح و منطقی را ارائه دهد. که با توجه به پیشرفت علم و ظنی بودن اکثر ادله اثبات نسب و نیز به لحاظ غیرانحصاری بودن ادله مذکور، این نتیجه بدست می آید که امکان استفاده از روش های دقیق علمی همچون آزمایش دی ان ای و انگشت نگاری ژنتیکی به عنوان یک دلیل جدید در دعاوی اثبات نسب وجود دارد.

بخش اول

کلیّات و مفاهیم

فصل اول - کلیات

۱-۱-۱ بیان مسأله

یکی از مسائل اساسی در حوزه احکام وضعی مسئله نسب است، نسب به معنی قرابت و خویشاوندی است و از نظر عرفی رابطه ای است اعتباری که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مردی که بین آن ها علقه ی زوجیت است ، به وجود می آید که این رابطه ، رابطه ی پدر فرزندی و مادر فرزندی می باشد.

از آنجا که نسب مانند ملکیت حکم وضعی است ، تحقق آن متوقف بر اسباب (موجبات) و شرایط خاصی می باشد که این موجبات و شرایط ، در فقه امامیه تبیین شده است. فقه امامیه ، برای اثبات و نفی نسب راههایی تعیین کرده است که می توان به عنوان مثال به بینه و اقرار ، برای اثبات نسب و لعان برای نفی نسب ، اشاره کرد. مباحث یاد شده ، در فرض باروری طبیعی و تکوینی طفل روشن می باشد؛ اما نکته ی قابل بحث و بررسی در باروری غیر طبیعی مانند تلقیح مصنوعی ، رحم اجاره ای و ... می باشد. این پژوهش می کوشد تا جایگاه این مباحث را در علم فقه بیان کرده و در صدد پاسخگویی به سوال اصلی زیر می باشد :

روش های نو پدید برای تحقق و اثبات نسب از منظر فقه امامیه کدام است ؟

۱-۱-۲ - ضرورت و اهمیت مسئله

تحقق و اثبات نسب در مسائل مستحدثه یکی از پدیده های نوینی است که با شکوفایی دانش پزشکی و روش های نوین باروری و همچنین درمان ناباروری ، پا به عرصه هستی نهاده و به تبع منشأ ایجاد مسائل مختلف فقهی و حقوقی گردیده و طرح این موضوع از این جهت حائز اهمیت است که مبتلا به

بوده و در مورد آن نصّ خاصی وارد نشده است ولی (حکم آن) از حوزه عام و اصول کلی خارج نمی باشد، فقهای معاصر با توجه به نیاز جامعه، تلاش خود را برای استنباط حکم این مسأله از منابع استخراج احکام شرعی بکار گرفته و، با کمک قواعد عمومی اصول کلی و ادله فقهی، حکم تکلیفی و وضعی این موضوعات را بیان کرده اند.

با توجه به شرایط کنونی نیاز به تحقیق و تفحص بیشتر در موضوعات فقهی و حقوقی مورد بحث، وجود دارد که به این موضوع به صورت منسجم پرداخته نشده است و در این رساله، به صورت منسجم و در حد توان به موضوعات مربوط به تحقق و اثبات نسب ناشی از تلقیح مصنوعی، رحم جایگزین، فرزند خواندگی، قرابت رضاعی، پرداخته شده است.

در این نوشتار:

۱. به راههای اثبات یا نفی نسب به طور مبسوط اشاره شده و حجیت این راهها بررسی می شود.
۲. راههای جدید باروری و مصادیق این راهها در عصر حاضر بیان می شود.
۳. به حکم و آثار مترتب بر آن به طور مفصل اشاره می شود.

۱-۱-۳- پیشنهاد مسئله

اثبات نسب در مسائل مستحدثه همچون تلقیح مصنوعی و باروری به کمک ابزار پزشکی، به شیوه ای که امروزه مطرح است، در روایات سابقه ای نداشته و در فقه نیز، جز در عصر حاضر پیشنهاد ندارد. برخی مباحث و مسائل فقهی مرتبط با موضوع عبارتند از:

الف - حد مساحقه

ب - باب زنا

ج - باب نکاح و لعان: مسائل فقهی متعددی در این دو باب طرح شده که هم به حکم تکلیفی باروری های پزشکی ارتباط دارند و هم به حکم وضعی و آثار فقهی و حقوقی آن، و از آن جمله می توان به مباحث فقهی مرتبط با احکام اولاد، نسب ناشی از نکاح صحیح، شبهه زنا و احکام محرمیت، به طور کلی و محرمیت رضاعی به طور خاص اشاره کرد.

در ایران اولین بار در زمینه تلقیح مصنوعی، در سال ۱۳۲۶ پایان نامه ای به نگارش درآمد. در مرحله دوم، دکتر مهدی شهیدی در سال ۱۳۴۵ مقاله ای به نام تلقیح مصنوعی انسان تألیف و منتشر نمود در مرحله سوم، دکتر اسدالله امامی در سال ۱۳۴۹ موضوع نسب ناشی از لقاح مصنوعی با دیدگاه تطبیقی

در فقه و حقوق فرانسه و ایران مطرح کردند. بالاخره در سال ۱۳۶۸ با شروع به کار اولین مرکز باروری و ناباروری در یزد و شیوع تدریجی این روش در این مرکز، اساتید به نام دیگری در این موضوع، مباحث و مقالاتی را تحقیق و منتشر کرده اند.

در سال ۱۳۷۷ بعد از تشکیل پژوهشکده بیولوژیکی و بیوتکنولوژی تولید مثل وابسته به جهاد دانشگاهی وزارت فرهنگ و آموزش عالی، فعالیت های پزشکی مربوط به باروری و ناباروری و نیز مباحث فقهی و حقوقی با جهت گیری زمینه سازی برای تدوین قانون مناسب آغاز شد. در این راستا، اولین سمپوزیوم وضعیت فقهی و حقوقی انتقال جنین برگزار شد و در سال ۱۳۷۸ انجمن علمی باروری و ناباروری ایران تأسیس شد.

در سال ۱۳۷۹ طرحی با عنوان « نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور» در پنج ماده تنظیم شد که بعد از امضای ۱۱۱ نفر از نمایندگان مجلس شورای اسلامی، در جلسه هیجدهم مهر سال ۱۳۸۰ کلیات آن تصویب شد و در شهریور سال ۱۳۸۱ جزئیات آن از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشت که در نهایت در سال ۱۳۸۲ به تأیید شورای نگهبان رسید.

۱- ۴- ۱- سوالات تحقیق

۱- ۴- ۱- سوال یاسوال های اصلی

- راههای تحقق و اثبات نسب از منظر فقه امامیه در مسائل مستحدثه چیست؟

۱- ۴- ۲- سوالات فرعی

۱. راههای تحقق نسب چیست؟

۲. میزان اعتبار راههای جدید باروری در تحقق نسب چیست؟

۳. راههای اثبات و نفی نسب از نگاه فقه امامیه کدام است؟

۴. آثار و احکام مترتب بر اثبات یا نفی نسب چیست؟

۱- ۵- روش تحقیق

شیوه ی تحقیق حاضر، توصیفی و روش اصلی گردآوری مطالب ، روش کتابخانه ای و اسنادی می باشد که در جمع آوری مطالب از فیش نویسی و و نرم افزارهای فقهی ومقالات سایتهای معتبر اینترنتی استفاده شده است.

فصل دوم - مفهوم شناسی

در این فصل به بررسی واژگان « نسب ، اثبات نسب ، تحقق نسب ، فقه امامیه، موجبات ، اسباب» از کتب معتبر لغوی واصطلاحی پرداخته می شود .

۱- ۲- ۱- نسب

۱- ۲- ۱- مفهوم لغوی نسب

نسب مصدر است و از دیدگاه لغت شناسان به قرابت، اصل، نژاد، خویشاوندی و پیوستگی بین دو شیء و مطلق اتصال بواسطه خویشاوندی معنا شده و جمع آن، انساب است.^۱ برخی از ارباب لغت ، نسب را به معنای خویشاوندی از ناحیه پدر اختصاص داده اند^۲ و برخی دیگر نسب را به معنای خویشاوندی و قرابت از طرف پدر و مادر دانسته اند^۳ که به دو صورت است : نسب طولی مثل اشتراک از حیث پدران و فرزندان و نسب عرضی مانند نسبی که میان عمو زادگان و برادرزادگان است .^۴

۱- ۲- ۱- مفهوم اصطلاحی نسب

۱. فخر الدین ، طریحی، مجمع البحرین، ج ۲، ص ۱۷۱ ؛ محمد مرتضی ، واسطی زبیدی ، تاج العروس من جواهر القاموس ، ج ۲، ص ۴۲۸ ؛ احمد بن فارس، ابن زکریا، معجم مقائیس اللغة ، ج ۵، ص ۴۲۳ .

۲. جمال الدین محمد بن مکرم ، ابن منظور الأفریقی المصری (ابن منظور)، لسان العرب ، ج ۱، ص ۷۵۵ .

۳. احمد بن محمد مقرئ، فیومی ، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص ۶۰۲ .

۴. علی اکبر، قرشی ، قاموس قرآن، ج ۷، ص ۵۲ .

نسب در کتاب ارث به معنای خویشاوندی و نسبت فامیلی است که یا مختص خویشاوندی از ناحیه کسی که انسان را بدنیا آورده یا آن کسی که شخص او را به دنیا آورده باشد نه متولد شدگان از یک شخص پس شامل خواهر و برادران و عموها و دایی ها نمی شود بلکه مختص پدران می باشد.^۱

نسب در معجم المصطلحات به معنای نسبت اشتراکی از طرف یکی از والدین یا نسب خویشاوندی فقط از جهت پدران آورده است و فقهاء آنچه را که از جهت پدر باشد نسب می دانند.^۲

برخی فقهاء نسب را همان پدران و مادران می دانند هر چند بالاتر روند و همچنین همان فرزندان می دانند هر چند پایین تر روند.^۳

نسب در باب های طهارت، زکات، خمس، نکاح و ارث به مناسبت مورد بحث قرار گرفته است.

فقهاء در مسئله ارث، خویشاوندان نسبی انسان را به دو قسم تقسیم کرده اند:

۱. خویشاوندانی که به طور مستقیم و بدون لحاظ شخصی دیگر به انسان انتساب پیدا می کنند. اینان عبارتند از:

پدر و مادر و هرچه بالاتر روند و فرزندان و هرچه پایین تر آیند. این قسم، عمود نسب نامیده شده اند (عمود نسب).

۲. خویشاوندانی که با واسطه و لحاظ شخصی دیگر به فرد سومی انتساب پیدا می کنند و شامل سایر خویشاوندان نسبی می گردد؛ یا بدون واسطه، همچون برادران و خواهران، یا با یک واسطه، همچون عمه، عمو، دایی و خاله، یا با دو واسطه مانند عموی پدر و خواهر عموی او (عمه پدر)، دایی مادر و خواهر دایی او (خاله مادر) و یا با بیشتر از دو واسطه در سایر خویشاوندان. این قسم، حاشیه نسب نامیده شده اند.^۴

نسب در نکاح به دو قسمت محارم و غیر محارم تقسیم می شود و ملاک در محارم ۴ سنخ است.

۱ - اصول انسان : که همان پدر و مادر هستند و هر چه بالا بروند.

۲ - فروع انسان : همان فرزندان هستند هر چه پایین می آیند .

۳ - فروع أول أصول انسان : خواهر و برادران و فرزندان می باشند.

۱. محمد، صدر، ما وراء الفقه، ج ۸، ص ۵۱۶.

۲. عبد الرحمن، محمود، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، ج ۱، ص ۳۳۲.

۳. ابو جیب، سعدی، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا، ص ۳۵۱.

۴. محمودهاشمی، شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۳، ص ۱۹۷.

۴ - فرع من کل أصل انسان : همان عمو و عمه و دایی و خاله خود شخص یا عمو و عمه با واسطه که همان عمو و عمه پدر و مادر و دایی و خاله آنها و عمه و عمو و خاله ودایی اجداد و جدات هر چند بالاتر روند.

همه این موارد محارم انسان هستند و آثار محرمیت از جمله : جواز نگاه و ابداء زینت و حرمت نکاح و توارث و وجوب نفقه و وجوب صله رحم و استحباب آن ، بر آنها مترتب می شود.^۱ در ارث فرق بین درجات نسب می باشد ، بعضی ها حاجب دیگری اند؛ ولی در نکاح فرقی بین این اقسام نیست. در مسئله کلاله و در مسئله ارث، بین خواهر و برادران ابوینی، یا اُمی تنها، یا اُمی تنها ، فرق هست، یکی ممکن است مقدم بر دیگری باشد، با وجود او به دیگری ارث نرسد؛ ولی در نکاح هیچ فرقی از این جهت نیست، کلاله ها به هیچ وجه فرقی ندارند همه بر شخص محرم هستند. با توجه به کتب لغوی مختلف و کتب فقهی این نتیجه به دست می آید که معنای نسب در اصطلاح فقهی عبارت است از ارتباط ولادتی دو نفر از طریق پیدایش یکی از دیگری مانند پدر و مادر و فرزندان یا پیدایش آن دو از شخص سومی، یا بدون واسطه، همچون برادران و خواهران، یا با واسطه، همچون عمه، عمو، دایی و خاله می باشد. که تقسیمات آن در ارث با نکاح متفاوت است که در ارث به دو صنف با واسطه و بی واسطه و در نکاح به دو صنف محارم و غیر محارم تقسیم می شوند. در این نوشتار تقسیمات نسب در نکاح لحاظ شده است.

۱-۲-۲- اثبات نسب

معنای لغوی واصطلاحی نسب در مباحث بالا بیان شد حال معنای واژه ی اثبات را بررسی کرده سپس معنای اصطلاحی اثبات نسب را بیان می کنیم .

۱-۲-۲- اثبات

۱-۲-۲- مفهوم لغوی اثبات

۱. میرزا علی، مشکینی، مصطلحات الفقه، ص ۵۳۶.

اثبات متعدی ثبت بوسیله همزه (باب افعال) می باشد و به معنای دوام^۱ و استقرار شی^۲ و به معنای دلیل و حجت نیز بیان شده و گفته شده رَجُلٌ ثَبَتٌ یعنی مردی که دقیق باشد و خطا نداشته باشد^۳ ثبات متضاد زوال است برخی از لغت شناسان ، اثبات و تثبیت به سه قسمت تقسیم کرده اند:^۴

۱ - گاهی به فعل گفته می شود مانند هنگامی که از عدم به وجود خارج شود مانند اینکه گفته می شود خداوند فلان شی را ثابت کرد .

۲ - گاهی به حکم گفته می شود مانند این گفتار ما که حاکم بر فلان شخص فلان حکم را ثابت کرد.

۳ - گاهی مربوط به قول است چه آن قول راست باشد چه دروغ باشد مانند اینکه گفته می شود توحید را ثابت کرد و نبوت را تصدیق کرد و فلانی همراه خدا، خدایی دیگر را ثابت کرد.

۱-۲-۲ - مفهوم اصطلاحی اثبات

معنای اصطلاحی اثبات همان خبر دادن از ثبوت شی یا اعتقاد به ثبوت آن^۵، احراز وجود خارجی موضوع دارای اثر شرعی / اقامه دلیل بر دعوا نزد قاضی.^۶

منظور از اثبات به معنای نخست، احراز موضوع، مانند اجتهاد، اعلمیت، طهارت، نجاست و عدالت، در مقام عمل و انجام وظیفه است. تفاوت اثبات با ثبوت در این است که اولی مرحله علم و آگاهی از وجود خارجی شی است و دومی مرحله تحقق و تقرر آن در ظرف وجودی خود به حسب واقع بدون آن که علم یا جهل دیگری در آن دخالتی داشته باشد. از این عنوان در باب های بسیاری مانند اجتهاد و تقلید، طهارت و صلاه سخن رفته است.^۷

۱. اسماعیل بن حماد، جوهری، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة، ج ۱، ص ۲۴۵؛ احمد بن محمد مقرئ، فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص ۸۰؛ احمد بن فارس، ابن زکریا، معجم مقائیس اللغة، ج ۱، ص ۳۹۹.

۲. احمد بن محمد مقرئ، فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص ۸۰.

۳. احمد بن محمد مقرئ، فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص ۸۰.

۴. حسین بن محمد راغب، اصفهانی، مفردات ألفاظ القرآن، ص ۱۷۱.

۵. علی بن حسین موسوی، شریف مرتضی، رسائل الشریف المرتضی، ج ۲، ص ۲۶۲.

۶. محمود هاشمی، شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، ص ۲۲۹.

۷. محمود هاشمی، شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، ص ۲۲۹.

با توجه به مطالب بیان شده معلوم می شود که اثبات در فقه معنای مستقلی ندارد و نوعاً کاربرد آن در کتاب حدود در اثبات جرم و در کتاب نکاح در اثبات حد می باشد و در علوم مختلف مانند علم ریاضی، فلسفه، کلام، پزشکی و .. نیز کاربرد دارد.

۱-۲-۱- مفهوم اصطلاحی اثبات نسب

با توجه به مطالب بیان شده در معنای اثبات این نتیجه حاصل می شود که اثبات در فقه معنای مستقلی ندارد و شارع برای آن معنای جدیدی قرار نداده بلکه راههای ثابت کردن یک حقیقت خارجی را بیان می کند مثلاً در اثبات جرم یا برای اثبات حد در زنا که شارع شهادت چهار مرد عادل را شرط قرار داده و یا در بحث بیع تدلیس و غرر و راههای اثبات قرار داده است. از آنجا که نسب هم یکی از موضوعات خارجی می باشد شارع در اثبات نسب قیافه شناسی و هر آنچه موجب ظن عرفی شود شرط قرار داده و برای نسب شرعی محدودیت هایی از جمله نکاح صحیح قائل شده است.

۱-۲-۳- تحقق نسب

معنای لغوی واصطلاحی نسب در مباحث بالا بیان شد حال معنای واژه تحقق را بررسی کرده سپس معنای اصطلاحی تحقق نسب را بیان می کنیم.

۱-۲-۳-۱- تحقق

۱-۲-۳-۱- مفهوم لغوی تحقق

تَحَقُّقُ بابِ تَفَعُّلٍ (تَحَقَّقَ، يَتَحَقَّقُ) و ریشه آن حق است. حق در لغت مصدر و مفرد حقوق و متضاد باطل است^۱ و به معنای وجوب، برتری و سزاواری^۲ و دلالت بر استواری و نفوذ ناپذیری^۳ و صحت شی^۴ دارد. بنابراین از نظر ارباب لغت حق به دو معنای وجوب و صحت آمده است.

۱-۲-۳-۱- مفهوم اصطلاحی تحقق

حق در لغت به معنای ثبوت و آنچه ثابت است و به واجب و لازم هم تفسیر شده است^۵ و در مورد حقیقت آن در اصطلاح فقه بین فقها اختلاف نظر وجود دارد که خارج از موضوع این نوشتار می باشد. حق از نظر عرفی به هر آنچه اعتقاد به ثبوت و نفی آن از روی علم یا ظن حاصل شود یا از ثبوت آن به درستی خبر دادن، معنا شده است.^۶

۱-۲-۳-۲- مفهوم اصطلاحی تحقق نسب

از آنجا که تحقق نسب، همان ثبوت نسب است مفهوم اصطلاحی خاص و مستقلاً ندارد و در کتب فقهی هریک را به دیگری تعریف کرده اند. و شارع مواردی چون نکاح، وطی به شبهه و رضاع، ملک یمین را موجبات تحقق نسب دانسته و آثار و احکام مترتب بر نسب را بیان کرده است.

۱-۲-۴- فقه امامیه

-
۱. نشوان بن سعید، حمیری، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم، ج ۳، ص ۱۲۴۷ و ۱۳۰۴؛ خلیل بن احمد، فراهیدی، کتاب العین، ج ۳، ص ۶؛ اسماعیل بن حماد، جوهری، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة، ج ۴، ص ۱۴۶۱-۱۴۶۰.
 ۲. خلیل بن احمد، فراهیدی، کتاب العین، ج ۳، ص ۶.
 ۳. احمد بن فارس، ابن زکریا، معجم مقائیس اللغة، ج ۲، ص ۱۵.
 ۴. اسماعیل بن حماد، جوهری، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة، ج ۴، ص ۱۴۶۱-۱۴۶۰؛ نشوان بن سعید، حمیری، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم، ج ۳، ص ۱۲۴۷ و ۱۳۰۴؛ احمد بن فارس بن زکریا، ابو الحسین، معجم مقائیس اللغة، ج ۲، ص ۱۵.
 ۵. میرزا علی، مشکینی، مصطلحات الفقه، ص ۲۱۴-۲۱۳؛ عبد الرحمان، محمود، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة، ج ۱، ص ۴۴۱.
 ۶. محمود هاشمی، شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۳، ص ۳۱۷.
 ۷. علی بن حسین موسوی، شریف مرتضی، رسائل الشریف المرتضی، ج ۲، ص ۲۶۸.

ابتدا معنای لغوی واصطلاحی دو واژه ی « فقه » و « امامیه » را بررسی کرده سپس معنای اصطلاحی فقه امامیه را بیان می کنیم .

۱- ۲- ۴- ۱- فقه

۱- ۲- ۴- ۱- مفهوم لغوی فقه

فقه در لغت به معنای فهم، آگاهی و دانایی است^۱، خواه مربوط به دین باشد و یا علوم دیگر^۲ در کتاب لسان العرب معنای «فقه» فراتر از مطلق دانستن است و منظور از آن علم و دانستنی است که همراه با دقت نظر و استنباط باشد^۳ و به معنای درک کردن چیزهای مخفی^۴ و فهم عمیق^۵ نیز آمده است. راغب در مفردات، آن را پی بردن از معلومات حاضر به معلومات غایب معنا کرده است.^۶

۱- ۲- ۴- ۱- مفهوم اصطلاحی فقه

فقه در اصطلاح علم به احکام شرعی فرعی یا تحصیل وظایف عملی از ادله ی تفصیلی آن است^۷ که قید «شرعی»، احکام عقلی (مانند احکام مطرح در فلسفه)، قید «فرعی»، مسائل اعتقادی و اصول عقاید (که در علم کلام مطرح است)، قید «تفصیلی»، علم مقلد به احکام از تعریف فقه خارج می کند؛ زیرا مقلد ممکن است عالم به احکام باشد، اما علم او ناشی از دلیل تفصیلی و خاص هرکدام از احکام نیست، بلکه از یک دلیل اجمالی - یعنی حجیت رأی مجتهد برای او در تمام احکام - سر چشمه می گیرد، ولی مجتهد عالم به احکام با استناد به ادله تفصیلی آنها است.^۸

۱. اسماعیل بن حماد، جوهری، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة، ج ۶، ص ۲۲۴۳؛ احمد بن فارس بن زکریا، ابو الحسین، معجم مقاییس اللغة، ج ۴، ص ۴۴۲؛ علی اکبر، قرشی، قاموس قرآن، ج ۵، ص ۱۹۹-۱۹۷.

۲. خلیل بن احمد، فراهیدی، کتاب العین، ج ۳، ص ۳۷۰.

۳. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، ج ۱۰، ص ۳۰۵.

۴. موسوعه جمال عبدالناصر فی الفقه الاسلامی، ج ۱، ص ۹؛ احمد بن فارس، ابن زکریا، معجم مقاییس اللغة، ج ۴، ص ۴۴۲.

۵. خلیل بن احمد، فراهیدی، کتاب العین ج ۳، ص ۳۷۰.

۶. حسین بن محمد راغب، اصفهانی، مفردات ألفاظ القرآن، ص ۶۴۲.

۷. ابو جیب، سعدی، القاموس الفقهی لغة و اصطلاحا، ص ۲۸۹؛ میرزا علی، مشکینی، اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها، ص ۱۸۱.

۸. میرزا علی، مشکینی، اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها، ص ۱۸۱.

فقه یکی از شاخه‌های علوم دینی و عبارت است از علم به احکام شرعی از طریق استنباط و اجتهاد البته برخی معتقدند مفهوم فقه مشخص است و نیاز به تعریف ندارد ولی بطور کلی فقه، مجموعه‌ای از قوانین، دستورات و امر و نهی‌هایی است که فقیه از منابع و ادله تفصیلی آن استنباط کرده و موضع عملی بندگان را در برابر خالق رقم می‌زند و به آنها می‌آموزد که چه عکس‌العملی در مقابل مولای حقیقی‌اش داشته باشند. که همان معنای لغوی آن است.

۱- ۲- ۴- ۲- امامیه

۱- ۲- ۴- ۲- ۱- مفهوم لغوی امامیه

امامیه» برگرفته از «امام» که در لغت به معنی پیشوا و کسی است که از گفتار او پیروی می‌شود و جمع آن «ائم» است.^۱ مترادف آن شیعه است که به معنی پیروان و یاران است، شیعه جماعتی است که در امری به یکدیگر یاری کنند. و در اثر پیروی و تبعیت، شخص به وسیله آنها تقویت می‌شود. کسی که از امام علی (ع) پیروی کند و او را بر دیگری در امامت مقدم دانسته و از وی متابعت نموده و به امامتش گردن نهاده‌اند.^۲

۱- ۲- ۴- ۲- ۲- مفهوم اصطلاحی امامیه

در اصطلاح به هر گروهی که پس از پیامبر اسلام به امام منصوب معتقد است، می‌توان آن را امامی نامید. در این صورت، واژه امامیه با شیعه مترادف خواهد بود، زیرا شیعه کسی است که از امام منصوب به نام علی بن ابی طالب پیروی می‌کنند و او را بر دیگر صحابه پیامبر اسلام مقدم می‌دارند.^۳ اگر مقصود از امامیه، اعتقاد به امام منصوب باشد، کلیه فرق شیعه، امامی بوده و همه را می‌توان امامیه نامید، مگر فرقه‌های غالی که اصولاً اسلام آن‌ها زیر سؤال است، و اگر مقصود اصطلاح رایج در میان شیعه و غیره باشد، حق این است که امامیه قسمی از شیعه و مرادف با اثنی‌ عشریه و اعتقاد به دوازده

۱. جمال الدین محمد بن مکرم، ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۲، ص ۲۵؛ فخرالدین، طریحی، مجمع البحرین، ج ۱، ص ۱۰۵.
۲. علی اکبر، قرشی، قاموس قرآن، ج ۴، ص ۹۶- ۹۵؛ یاسین عیسی، عاملی، الاصطلاحات الفقهیه فی الرسائل العملیه، ص ۱۱۹، اسماعیل بن حماد، جوهری، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیه، ج ۳، ص ۱۲۴۰.
۳. علی بن اسماعیل، اشعری، مقالات الاسلامیین و اختلاف المصلین، ج ۱، ص ۵.

امام که فخر رازی نیز همین معنا را برای امامیه بیان کرده است^۱، و لذا شیخ مفید می‌گوید: امامیه امامت را پس از علی (علیه‌السلام) و حسنین (علیهما‌السلام) در اولاد حسین بن علی (علیه‌السلام) متمرکز می‌سازند و امامت را تا حضرت رضا (علیه‌السلام) و سپس تا امام مهدی (علیه‌السلام) ادامه می‌دهند.^۲

با توجه به مطالب بیان شده معنای امامیه همان شیعیان اثنی‌عشریه که معتقد به امامت دوازده امام هستند می‌باشد و نسبت به معنای لغوی که به معنای پیروی و متابعت کردن است، اخص می‌باشد.

۱-۲-۴-۳- مفهوم اصطلاحی فقه امامیه

فقه امامیه یکی از مذاهب فقهی در اسلام است که پیروان آن شیعیان دوازده امامی می‌باشند، فقه امامیه، شامل مجموعه‌ای از قوانین، دستورات و امر و نهی‌هایی است که فقیه از منابع و ادله‌ی آن که شامل آیات قرآن و روایاتی که از پیامبر اکرم (ص) و دوازده امام معصوم علیهم‌السلام می‌باشد، استنباط می‌کند و موضوع عملی مکلفان را در برابر آن رقم می‌زند.

۱-۲-۵- موجبات

موجبات جمع موجب است لذا معنای لغوی و اصطلاحی موجب را بیان می‌کنیم.

۱-۲-۵-۱- مفهوم لغوی موجب

موجب از نظر لغوی به معنای مسبب^۳، واجب^۴ و لازم بودن^۵ می‌باشد.

۱-۲-۵-۲- مفهوم اصطلاحی موجب

۱. محمد بن عمر، فخر رازی، المحصل، ص ۲۴۱.

۲. محمد بن نعمان، مفید، اوائل المقالات، ج ۱، ص ۳۸.

۳. احمد بن محمد مقرئ، فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص ۶۴۸.

۴. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة، ج ۱، ص ۲۳۱.

۵. اسماعیل بن عباد، کافی الکفاة، المحيط فی اللغة، ج ۷، ص ۲۰۱.

موجب اسم فاعل از ایجاب و متضاد مختار به معنای ایجاد شی است^۱ برخی معنای موجب را همان معنای سبب دانسته و در عرف فقها به معنای آنچه وجوبش با دلیل ظنی مانند خبر واحد و قیاس ثابت شود و استحقاق عقاب یا ثواب داشته باشد معنا کرده اند.^۲ در مجموع معنای اصطلاحی موجب با معنای لغوی آن مطابقت داشته و به معنای سبب می باشد.

۱- ۲- ۶- اسباب

۱- ۲- ۶- ۱- مفهوم لغوی اسباب

اسباب جمع سبب است. سبب از ریسمانهای محکم و بلند^۳ می باشد، راغب گوید: «سبب ریسمانی است که با آن به درخت خرما بالا می روند.»^۴ آنگاه به هر وسیله سبب گفته‌اند.^۵ سبب ریسمانی که با آن آب می کشند و بطور استعاره به هر وسیله سبب گفته شد.^۶

۱- ۲- ۶- ۲- مفهوم اصطلاحی اسباب

سبب از نظر شرعی به معنای هراهی که برای رسیدن به حکم باشد و حکم بر آن مترتب شود^۷، آنچه موجب وجود شیء شود.^۸ برخی سبب را به معنای هر صفت و نیرویی که صفت دیگری را واجب کند، می داند.^۹

۱. محمود، عبد الرحمان، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، ج ۳، ص ۳۷۹ - ۳۷۸.

۲. ابو جیب، سعدی، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا، ص ۳۷۲.

۳. محمد بن مکرم جمال الدین، ابن منظور، لسان العرب، ج ۱، ص ۴۵۹ - ۴۵۸.

۴. حسین بن محمد راغب، اصفهانی، مفردات ألفاظ القرآن، ص ۳۹۱.

۵. همان.

۶. اسماعیل بن حماد، جوهری، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة، ج ۱، ص ۱۴۵؛ مبارک بن محمد، ابن اثیر جزری، النهایة فی غریب الحدیث و الأثر، ج ۲، ص ۳۲۹.

۷. علی اکبر، قرشی، قاموس قرآن، قاموس قرآن، ج ۳، ص ۲۰۷ - ۲۰۶.

۸. ابو جیب، سعدی، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا، ص ۱۶۳ - ۱۶۲.

۹. محمد، صدر، ما وراء الفقه، ج ۸، ص ۵۰۴.

۱۰. علی بن حسین موسوی، شریف مرتضی، رسائل الشریف المرتضی، ج ۲، ص ۲۷۳.

اسباب شرعی به چیزهایی گفته می‌شود که شارع وجود و عدم حکمی را دایرمدار وجود یا عدم آن‌ها قرار داده است مانند وضو یا غسل یا تیمم نسبت به طهارت. این موضوع در فقه، در باب‌های گوناگون مانند طهارت، صلاه، و تجارت، و در اصول، در مبحث مفهوم شرط، بحث تداخل اسباب و مسببات، بدان پرداخته شده است.^۱

با توجه به مطالب بیان شده این نتیجه بدست می‌آید که معنای لغوی سبب هم به معنای ریسمان و هم به معنای وسیله و علت است که معنای دوم آن مطابق معنای اصطلاحی می‌باشد.

^۱. محمود هاشمی، شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، ص ۳۷۶.

بخش دوم

موجبات تحقق نسب

فصل اول - تحقق نسب در ادله ی فقهی

نسب عرفاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود. از نظر فقهی نسب، یک امر طبیعی است و اساس تحقق نسب و منشأ اصلی الحاق طفل به شخص ذکور و اناث، همان انعقاد نطفه از دو شخص مذکور بوده است، همان چیزی که در عرف عام اجتماعات قبل و بعد ظهور اسلام به عنوان منشأ نسب مطرح بوده است. موجبات تحقق نسب از نظر شرعی زوجیت مشروع (نکاح)، ملک یمین ، نزدیکی به شبهه، رضاع ، نسب در لقیط و نسب ناشی از فرزند خواندگی، بنابراین برای روشن شدن بحث در این بخش هر کدام را جداگانه تفکیک و بررسی می‌کنیم .

۲-۱-۱- نکاح

نکاح در فقه ، معنایی مضبوط و مورد اتفاق فقهاء ندارد و فقهای شیعه از تعریف اصطلاحی "نکاح" در گذشته اند و در معنای لفظی این واژه نیز اختلاف دارند. در این زمینه ۳ دیدگاه قابل بررسی است: ۱) گروهی از فقها برآنند که نکاح در لغت به معنای عقد است ، لکن شارع آن را در معنایی جدید و طی و نزدیکی زن و مرد (مزاوجت) استعمال کرده است و لذا معنای وطی را باید نوعی مجاز شرعی برای نکاح شمرد. فقیه نامدار شیعه ، سید علی طباطبایی در ریاض المسائل می گوید: « بنابر قول مشهور نکاح در لغت به معنای عقد است و بر آن اجماع نیز وجود دارد»^۱. فخر المحققین دیگر دانشمند بزرگ شیعه نیز می گوید: « لفظ نکاح حقیقت شرعی در عقد ازدواج و مجاز شرعی در وطی است. . برخی گفته‌اند لفظ نکاح در قرآن هیچگاه به معنای وطی استعمال نشده

۱. علی بن محمد ، حائری طباطبایی، ریاض المسائل ، ج ۱، ص ۸

است، جز در آیه «حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ»^۱ وی سپس عقد نکاح را اینگونه تعریف می کند: عقد لفظی که فرد را مالک وطی و بهره ی جنسی می کند.»^۲

(۲) پاره ای دیگر از فقیهان معنای حقیقی نکاح وطی و نزدیکی جنسی دانسته و معتقدند معنای مجازی نکاح عقد است. مولی احمد نراقی پس از آنکه می گوید معنای ازدواج در لغت امری است که ما برای آن در عرف و شرع معنایی مضبوط نیافتیم اظهار می دارد: بنابر قول صحیح تر نکاح در لغت به معنای وطی است، بلکه این سخن مشهور و مورد اجماع نیز می باشد.^۳

(۳) دیگر فقیه شیعه محقق کرکی به گونه ای دیگر مجازیت وطی را قبول می کند. وی در این باره می نویسد: «مقتضای سخن اهل لغت این است که استعمال لفظ نکاح در وطی بیشتر است ولی گفته شده که لفظ نکاح مشترک بین وطی و عقد است چرا که در برخی از آیات قرآن به هر دو معنا استعمال شده است از جمله این آیه: «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاءُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ» در این آیه لفظ نکاح هم شامل زنی می شود که طرف عقد بوده است و هم شامل موطوئه می شود. اما این سخن پذیرفته نیست، چرا که اشتراک برخلاف اصل است و بین اشتراک و مجازیت، مجازیت مقدم است.^۴

علامه نیز در کتاب مختلف لفظ نکاح را مشترک بین وطی و عقد می داند به این معنی که به هنگام استعمال لفظ نکاح اگر متکلم قرینه ای را بر مقصود خویش نیاورد می توان گفت وی لفظ نکاح را هم در مورد وطی و هم در مورد عقد ازدواج به کار بسته است.^۵ طبق این نظریه لفظ نکاح مشترک لفظی بین این دو معناست؛ مانند استعمال لفظ «شیر» در مورد مرد شجاع و بی باک و گونه ای از لبنیات.

این عده از فقها دو دلیل بر مدعای خود اقامه کرده اند: نخست آنکه استعمالات شایع بین مردم و اراده آنان از لفظ نکاح نشانگر وجود این دو معنا در نکاح است و دوم آنکه در آیه ۲۲ از سوره ی نساء نیز این لفظ در دو معنا به کار رفته است. بیان این استدلال بدین صورت است که آیه می فرماید: «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاءُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» با دقت در آیه به آسانی می توان استعمال لفظ نکاح را در دو معنای خویش مشاهده کرد. «وَلَا تَنْكِحُوا» به معنای این است: با زنان پدران خویش ازدواج نکنید و یا با

۱. بقره ۲/، ۲۲۹.

۲. محمد بن الحسن، فخرالمحققین، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، ج ۳، ص ۱۲۴.

۳. مولی احمد بن محمد مهدی، نراقی، مستند الشیعه، ص ۲۷۲.

۴. علی بن حسین، محقق کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۲، ص ۷.

۵. حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، مختلف الشیعه، کتاب النکاح، ج ۷، ص ۳۵.

آنان عقد ازدواج نبندید. اما «ما نکح» به این معنا نیست بلکه به معنای وطی است. بنابراین نظریه، باید آیه را این گونه ترجمه نمود: با زنانی که پدران شما وطی کرده اند ازدواج نکنید.^۱ بنابراین نکاح در آیه هم شامل موطوئه می‌گردد و هم شامل معقوده. محقق کرکی پس از بیان این نظریه آن را رد کرده و می‌گوید: «اشتراک لفظی بر خلاف اصل بوده و مجاز بودن بهتر از آن است».^۲ بنابراین در فقه معنایی مضبوط و مورد اتفاق در مورد تعریف لفظی و اصطلاحی نکاح وجود ندارد.^۳ اما می‌توان معنای اول را که طبق قول مشهور است معتبر دانست. در این نوشتار نیز مراد از نکاح همان عقد است.

۲-۱-۱-۱- محرمیت

اگر در زمان انعقاد نطفه طفل، رابطه نکاح بین پدر و مادر او وجود داشته باشد به نسب ایجاد شده نسب مشروع گفته می‌شود و محرمیت نسبی بین طفل و برخی خویشاوندان آن ایجاد می‌شود که آثار شرعی مانند حرمت نکاح بر آن مترتب می‌شود.

نسبت و خویشاوندی حاصل از تولد یکی از دیگری یا دو نفر از یک فرد واحد را خویشاوندی نسبی می‌گویند و محارم نسبی به کسانی گفته می‌شود که از زمان تولد رابطه محرمیت با آنها برقرار است. و به دلیل خویشاوندی، هرگز نمی‌توانند با یکدیگر ازدواج کنند.

قرآن کریم در طرح محارمی که ازدواج مرد با آنان ممنوع است، با اصالت بخشیدن به رحامت و حرمت رحمی، به بیان زنان محرم پرداخته است. آیه بیست و سوم سوره نساء می‌فرماید:

حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُوراً رَحِيماً؛ «نکاح اینان بر شما حرام شده است: مادرانتان و دخترانتان و خواهرانتان و عمه‌هایتان و خاله‌هایتان و دختران برادر و دختران خواهر و مادرهایتان که به شما شیر داده‌اند و خواهران رضاعی شما و مادران زنانان و دختران همسرانتان که آن دختران در دامن شما پرورش یافته‌اند و با آن همسران همبستر شده‌اید. پس اگر با آنها همبستر نشده‌اید،

۱. علی بن حسین، محقق کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۲، ص ۷

۲. علی بن حسین، محقق کرکی، همان، ج ۱۲، ص ۳۰۶.

۳. یوسف بن احمد بن ابراهیم، بحرانی، الحقائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۱۷.

بر شما گناهی نیست که با دخترانشان ازدواج کنید و زنان پسرانتان که از پشت خودتان هستند و جمع دو خواهر با هم، مگر آنچه که در گذشته رخ داده باشد که خداوند آمرزنده مهربان است.^۱

توسط نکاح این سه قسم محرمیت صورت می گیرد: نسبی، رضاعی و سببی^۲ که محارم نسبی و سببی از نکاح حاصل شده و با این بخش مرتبط است اما محارم رضاعی در قسمت رضاع به طور مفصل بررسی می شود.

۲- ۱- ۱- ۱- ۱- نسبی

محارم نسبی از راه ولادت، چه به صورت مشروع یا نامشروع، هفت دسته هستند:

۱- مادر، مادر بزرگ پدری و مادری به بالا

که مستند آن روایت سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ (ع) عَنْ الْقَابِلَةِ- أَيْحِلُّ لِلْمَوْلُودِ أَنْ يَنْكِحَهَا فَقَالَ لَا- وَ لَا ابْنَتَهَا هِيَ بَعْضُ أُمَّهَاتِهِ.^۳ از امام باقر علیه السلام در مورد حلیت ازدواج با قابله پرسیده شد، حضرت فرمود: ازدواج با قابله و دخترش جایز نیست زیرا قابله از مادران مولود بشمار می رود. و روایات دیگر که در باب تحریم مادر و ان علت در کتاب وسائل آمده است.^۴

۲- دختر و نوه های دختری و پسری تا آخر

سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ مُصَافَحَةِ الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ- قَالَ لَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يُصَافِحَ الْمَرْأَةَ- إِلَّا امْرَأَةً يَحْرُمُ عَلَيْهِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا أُخْتُ أَوْ بِنْتُ- أَوْ عَمَّةٌ أَوْ خَالَهٌ أَوْ بِنْتُ أُخْتٍ أَوْ نَحْوَهَا الْحَدِيثُ.^۵

از امام صادق (ع) درباره دست دادن مرد به زن سوال شد حضرت فرمود جایز نیست بر مرد با زن مصافحه کند مگر زنی که حرام باشد بر مرد ازدواج کردن با او مانند خواهر یا دختر یا عمه یا خاله یا

^۱. نساء / ۴، ۲۳

^۲. ربک: روح الله، خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۶۲.

^۳. محمد بن علی بن بابویه، صدوق قمی، من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۱۰- ۴۴۳۱؛ محمد بن حسن، حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۳۶۲.

^۴. محمد بن حسن، حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۳۶۲- ۳۶۱.

^۵. محمد بن حسن، حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۳۶۳.

دختر خواهر یا مانند آن و روایات دیگری که در خصوص حرمت ازدواج با خواهر به طور مطلق آمده است.^۱

۳- خواهر

از روایاتی که بر حرمت ازدواج بر خواهر دلالت دارند می توان به همان روایت جواز مصافحه مرد با خواهر و دختر که در مورد قبلی اشاره شد استناد کرد^۲ و روایات مشابه دیگری^۳ که صاحب وسائل در باب ما یحرم بالنسب آورده است .

۴- دختر خواهر و نوادگان او تا آخر

۵- دختر برادر و نوادگان او تا آخر.

۶- عمه و عمه های پدران و مادران به بالا

عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي حَدِيثٍ... قَدْ حَرَّمَ اللَّهُ مَا حَرَّمَ فِي كِتَابِهِ - مِنَ الْعَمَّاتِ وَالْخَالَاتِ وَبَنَاتِ الْأَخِ وَبَنَاتِ الْأَخْتِ - وَمَا حَرَّمَ اللَّهُ مِنَ الرِّضَاعِ - فَمَنْ اسْتَحَلَّ مَا حَرَّمَ اللَّهُ مِنْ نِكَاحٍ مَا حَرَّمَ اللَّهُ - فَقَدْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ.^۴ از امام صادق علیه السلام در حدیثی که حضرت فرمودند خداوند آنچه را حرام کرد در کتابش که بیان باشد از عمه و خاله و دختران برادر و دختران خواهر - و آنچه حرام کرد به سبب رضاع - پس هر کس محارمی که خداوند حرام کرده ازدواج با آنها را حلال کند همانا به خدا شرک ورزیده است.

۷- خاله و خاله های پدران و مادران به بالا

از روایت وارده می توان به روایت جواز مصافحه با محارم که در مورد قبلی اشاره شد استناد کرد^۵ و روایت عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ غُلَامٍ رَضَعَ مِنْ امْرَأَةٍ - أَيْحِلُّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا لِأَبِيهَا مِنَ الرِّضَاعِ - فَقَالَ لَا فَقَدْ رَضَعَ جَمِيعًا - مِنْ لَبَنٍ فَحَلٍ وَاحِدٍ مِنْ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ.^۶ از امام صادق (ع) در مورد

۱. همان، ص ۳۶۶ - ۳۶۴.

۲. همان .

۳. محمد بن حسن، حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۳۶۶.

۴. محمد بن حسن، حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۴۱۱.

۵. همان .

۶. محمد بن حسن، حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۳۶۷.

پسری که از زنی شیر خورده است سوال شد آیا می تواند با خواهر پدری مرضعه ازدواج کند؟ حضرت فرمود جایز نیست زیرا همگی از یک صاحب لبن واحد و یک زن شیر خورده اند .

توضیح ۱: در دسته های یاد شده تفاوتی نیست بین این که افراد از طریق پدر و مادر یا از طریق یکی از آنها با یکدیگر خویشاوند باشند.^۱

توضیح ۲: در حرمت ازدواج، تفاوتی میان نسبت شرعی و غیرشرعی نیست؛ یعنی هر یک از افراد یاد شده در جدول، اگرچه از راه نامشروع نیز به دنیا آمده باشد، نمی تواند با نامبردگان ازدواج کند.^۲

۲ - ۱ - ۱ - ۱ - سببی

پیمان زناشویی نیز، سبب محرمیت میان برخی از افراد دو فامیل می شود که در جدول زیر آمده است: کسانی که به مرد ، محرم می شوند:

۱ - مادر و مادر بزرگ های زن به بالا

۲ - دختر زن (نادختی) و نوه های او تا آخر^۳

به مجرد عقد ازدواج، دختر زن که از شوهر دیگر باشد، حرام نمی شود؛ بلکه مشروط بر این است که افزون بر عقد، آمیزش نیز صورت بگیرد: «... فَاَنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَیْكُمْ». (نساء/ ۴، ۲۳) میان فقیهان بحث است که آیا ازدواج با مادر زن نیز در صورتی حرام است که با دختر او پس از عقد، آمیزش صورت گرفته باشد؟ به عبارت دیگر، آیا «الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» افزون بر آن که قید برای «وَرَبِّكُمْ» الَّتِي ... مِنْ نِسَائِكُمْ است، قید «امّهات نِسَائِكُمْ» نیز به شمار می رود؟ قول مشهور آن است که مادر زن به مجرد عقد و بدون آمیزش، حرام می شود؛^۴ زیرا در علم اصول فقه گفته شده: صفت یا استثنا، اگر پس از جملات متعدّد واقع شود، ظاهر آن است که فقط جمله پایانی را قید می زند، نه همه جمله ها را.^۵ و روایات موید این مطلب می باشد

۱. همان، ص ۲۶۳ - ۲۶۴.

۲. همان، ص ۲۶۵، مسأله ی ۲.

۳. این نوع محرومیت در صورتی تحقق می یابد که مرد با همسر خود، آمیزش کرده باشد

۴. محمدحسن ، نجفی ، جواهرالکلام، ج ۲۹، ص ۳۵۰.

۵. احمد بن محمد ، مقدس اردبیلی ، زبده البيان فی أحكام القرآن ، ص ۶۶۴ ؛ محمدحسن ، نجفی ، جواهرالکلام، ج ۲۹، ص ۳۵۲.

قال: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ رَجُلٍ بَاشَرَ امْرَأَةً وَ قَبَّلَ - غَيْرَ أَنَّهُ لَمْ يُفْضِ إِلَيْهَا ثُمَّ تَزَوَّجَ ابْنَتَهَا - فَقَالَ إِنْ لَمْ يَكُنْ أَفْضَى إِلَى الْأُمِّ فَلَا بَأْسَ - وَإِنْ كَانَ أَفْضَى إِلَيْهَا فَلَا يَتَزَوَّجُ ابْنَتَهَا.^۱

از امام صادق در مورد مردی که با زنی مباشرت داشته و او را بوسیده ولی جماع صورت نگرفته آیه می تواند با دختر آن زن ازدواج کند؟ حضرت فرمود اگر با مادر آن زن مواجهه نکرده می تواند با دختر ازدواج کند اما اگر مواجهه انجام داده نمی تواند با دختر آن زن ازدواج کند.

۳ - زن پدر (نامادری)

۴ - زن پسر (عروس)

سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلَا مَسَهَا - قَالَ مَهْرُهَا وَاجِبٌ وَ هِيَ حَرَامٌ عَلَى أَبِيهِ وَ ابْنِهِ. از امام صادق (ع) در مورد مردی که با زنی ازدواج کرده و مواجهه هم صورت گرفته است، حضرت فرمود مهر زن بر ذمه مرد واجب است و آن زن بر پدر و پسر آن مرد حرام است. و روایات مشابهی که به حرمت ازدواج با پدر شوهر و پسر شوهر اشاره دارد.^۳

۵ - خواهر زن

«و ان تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ». (نساء / ۴، ۲۳) ازدواج با دو خواهر در یک زمان، چه دائم و چه موقت، هرچند آن رضاعی باشند، حرام است؛^۴ ولی ازدواج با آن دو در زمانهای گوناگون و پس از جدایی از خواهر قبلی مانعی ندارد، مگر در صورتی که به طلاق رجعی، از او جدا شود که در این صورت باید دوران عدّه پایان پذیرد.^۵ که مستند آن روایت اعن الباقر علیه السلام: سَأَلْتَهُ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً

^۱. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۴۲۴.

^۲. همان، ج ۲۰، ص ۴۱۴.

^۳. محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۵، ص ۴۱۹؛ محمد بن حسن، طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۸۱؛ محمد بن حسن، طوسی، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص ۱۵۵.

^۴. روح الله، موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۵۰.

^۵. علی بن حسین، عاملی (محقق کرکی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۲، ص ۳۳۹ - ۳۳۸؛ روح الله، موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۵۱.

بالعراق، ثم خرج الى الشام فتزوج امرأة أخرى، فإذا هي أخت زوجته التي بالعراق، قال: «يفرق بينه و بين التي تزوجها في الشام، و لا يقرب المرأة حتى تنقضي عده الشامية» الحديث^۱.

۲- ۱- ۱- ۱- ۱- احكام محرمیت سببی

- اگر کسی با زن شوهرداری زنا کند، خواه مسلمان باشد یا نامسلمان، پس از جدا شدن از شوهر، حرمت ابدی بین آنها ایجاد شده و به هیچ عنوان نمی تواند با او ازدواج کند.^۲ که مستند آن روایت «إن الرجل إذا تزوج المرأة و علم أن لها زوجا فرّق بينهما و لم تحل له أبدا»^۳ و همچنین اگر مردی با زنی در زمان عده ازدواج کند و علم به عده دار بودن زن داشته باشد آن زن برای مرد حرام ابدی می شود. عن أبي عبد الله عليه السلام إنه قال: «الذي يتزوج المرأة في عدتها و هو يعلم لا تحل له أبدا»^۴

- مرد نمی تواند بدون اجازه ی همسر خود با دختر برادر یا دختر خواهر او ازدواج کند ولی برای ازدواج با عمه یا خاله همسر نیازی به اجازه زن نیست.^۵ روایت عن الباقر عليه السلام قال: «لا تزوج ابنة الأخت على خالتها إلّا بإذنها، و تزوج الخالة على ابنة الأخت بغير اذنها»^۶ و عن علي بن جعفر عن أخيه الكاظم عليه السلام قال: سألته عن امرأة تزوج على عمتها أو خالتها قال: «لا بأس» و قال: «تزوج العمّة أو الخالة على ابنة الأخ أو الأخت و لا تزوج بنت الأخ و الأخت على العمّة و الخالة إلّا برضى منهما، فإن فعل فنكاحه باطل»^۷

- اگر زن و مردی از یکدیگر جدا شوند و با افراد دیگری ازدواج کنند، دختر و نوه های پسری و دختری زن بر شوهر اول و پسر نوادگان پسری و دختری مرد بر همسر اول او محرم هستند.^۸

۱. محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۵، ص ۴۳۱؛ محمد بن علی، ابن بابویه قمی (شیخ صدوق)، من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۶۴؛ محمد بن حسن، طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۲۸۵.

۲. علی بن حسین، عاملی (محقق کرکی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۲، ص ۳۱۴.

۳. محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۵، ص ۴۲۹، حدیث ۱۱.

۴. محمد بن حسن، طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۳۰۵؛ محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۵، ص ۴۲۶، حدیث ۱.

۵. همان، ص ۲۷۸، مسأله ی ۹.

۶. محمد بن حسن، طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۳۳۲؛ همان، الاستبصار، ج ۳، ص ۱۷۷.

۷. علی بن حسین، عاملی (محقق کرکی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۲، ص ۲۸۴؛ محمد بن حسن، طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۳۳۳؛ محمد بن حسن، طوسی، الاستبصار، ج ۳، ص ۱۷۷.

۸. روح الله، موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۷۸، مسأله ی ۴ و توضیح المسائل مسأله ی ۲۳۸۹.

۲- ۱- ۱- تفاوت حرمت ازدواج محارم نسبی با سببی

ممنوعیت ازدواج با محارم در بسیاری از ملل وجود دارد و علل گوناگونی برای آن ذکر می‌شود. پاره‌ای عقیده دارند که خویشاوندان نزدیک، به سبب آن‌که باهم بزرگ می‌شوند، به یک‌دیگر کشش نداشته و ازدواجشان خالی از گرمی و لطف لازم خواهد بود؛^۱ ولی صاحب المیزان عقیده دارد که طبع اولی انسان از محارم روی‌گردان نیست؛ زیرا غریزه شهوت، حد و مرز نمی‌شناسد. او می‌گوید: حکمت ممنوعیت ازدواج با زن شوهردار، حفظ نسب و حکمت تحریم ازدواج با ۱۴ صنفی که در آیه تحریم آمده، جلوگیری از رواج زنا است؛ زیرا انسان از میان زن‌ها، بیش‌ترین ارتباطش با این ۱۴ صنف است و این مصاحبت همیشگی، باعث می‌شود نفس انسان، تمام توجه خود را اغلب به آنان منعطف کند و فکرش در آمیزش با آنان تمرکز یابد؛ بدین سبب شارع، برای جلوگیری از زنا، این ۱۴ صنف را حرام ابدی قرار داده است؛ تا افراد جامعه بر اساس این تربیت دینی بار بیایند و نفرت از چنین ازدواجی در دل‌ها مستقر شود و به‌طور کلی از این آرزو که روزی فلان خواهر یا دختر به سن ازدواج برسد تا بتوان با او ازدواج کرد مأیوس گردند و علقه شهوت انسان از این ۱۴ صنف نابود و ریشه‌کن گردد. پس حکمت تحریم ازدواج با محارم، همانند حکمت حجاب است با این تفاوت که اسلام با منع ازدواج با محارم، راه رواج زنا در بین آن‌ها را بست و با قانون حجاب، باب رواج زنا در غیر محارم را سد کرد. در تأیید حکمت مذکور، از دو قرینه موجود در آیات تحریم نیز می‌توان کمک گرفت: ۱. قید غالبی که در تحریم دختر زن (ربیبه) آمده است: «وَرَبِّكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ» (نساء / ۴، ۲۳)؛ زیرا مصاحبت دائم و شب و روز، در یک منزل، بیش‌تر انسان را به گناه می‌کشاند. ۲. تعبیری که در آخر آیات تحریم آمده: «يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا» (نساء / ۴، ۲۸)؛ زیرا وقتی مردان مسلمان از کام‌یابی از محارم برای همیشه مأیوس شدند، بار سنگین خویش‌داری در برابر عشق سرکش و شهوت جنسی، سبک می‌شود، وگرنه انسان از آن رو که ضعیف آفریده شده است نمی‌تواند در برابر خواهش نفسانی طاقت بیاورد.^۲ حکمت دیگری که برای حرمت ازدواج با محارم آورده شده، خطر بروز و تشدید

^۱ عزت الله، عراقی، حقوق زن در دوران ازدواج چیست، ص ۱۲.

^۲ محمد حسین، طباطبایی، المیزان، ج ۴، ص ۳۱۳-۳۱۶.

بیماری‌های ارثی در فرزندان است. حتی بعضی گذشته از محارم، ازدواج با اقوام نسبی مانند عموزاده‌ها را خالی از احتمال ضرر نمی‌دانند.

۲ - ۱ - ۲ - ملک یمین

«ملک یمین»؛ ملک به معنای تسلط شخص بر چیزی به گونه‌ای که اختیار آن به دست وی باشد آمده^۱ و «یمین» به معنای سوگند، عهد و پیمان است^۲ ممکن است بدان جهت به برده ملک یمین اطلاق شده که شخص با عهد و پیمان مالک وی می‌گردد. برخی مقصود از ملک یمین را تنها کنیز دانسته‌اند؛ ولی عده‌ای گفته‌اند: مقصود اعم از کنیز و غلام است.^۳ این تعبیر ۱۵ بار در قرآن به کار رفته است از جمله در آیات ۳، ۲۴، ۲۵، ۳۶ سوره نساء/۴ که در بیشتر این موارد مقصود کنیزان می‌باشد.

عبارت فقهای امامیه در تعریف نکاح این گونه بوده است که نکاح سه قسم است: نکاح دائم، نکاح منقطع و نکاح إماء (کنیز)؛ لذا ملک یمین را قسمی از نکاح دانسته و آثار مترتب بر نکاح مانند نسب، بر ملک یمین نیز بار می‌شود البته شرایطی برای ازدواج کنیز وجود دارد که در این بخش به آن اشاره می‌شود.

از نظر اسلام یکی از آثار مملوکیت برده، جواز استمتاع مالک از اوست.^۴ «يَأْتِيهَا النَّبِيُّ أَنَا أَحَلَّلْنَا لَكَ أَزْوَاجَ الَّتِي أَتَيْتَ أَجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ»^۵ بر این اساس بهره‌گیری جنسی مالکان مرد از کنیزان خود جایز بوده و هیچ‌گونه ملامتی بر آنان نخواهد بود.

همچنین اگر برده زن که به اسارت مسلمانان در می‌آید شوهر داشته باشد اسارت وی به منزله فسخ نکاح شمرده شده^۶ و ازدواج با او یا استمتاع از وی برای مالک مباح خواهد بود: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ ...

۱. حسن، المصطفوی، التحقيق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۱۱، ص ۱۶۳، «ملک».

۲. حسین بن محمد راغب، اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ص ۸۹۳-۸۹۴؛ فخرالدین بن محمد، طریحی، مجمع البحرین، ج ۲، ص ۵۸۲، «یمین».

۳. فخرالدین بن محمد، طریحی، مجمع البحرین، ج ۴، ص ۲۲۸، «ملک».

۴. قطب الدین سعید بن هبه الله، راوندی، فقه القرآن، ج ۲، ص ۱۲۶؛ محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳، ص ۲۰۴ و ج ۵، ص ۷۰-۶۹.

۵. احزاب/ ۳۳، ۵۰.

۶. محمد بن حسن، طوسی (شیخ طوسی)، التبیان، ج ۳، ص ۱۶۲؛ محمد بن جریر، طبری، مجمع البیان، ج ۳، ص ۵۱.

وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ^۱. آیه مذکور درباره اسیران غزوه اوطاس نازل شد که پیامبر اکرم (صلی الله علیه وآله) پس از اطمینان از باردار نبودن زنان اسیر (استبراء) استمتاع از آنان را برای مالکان مسلمان جایز شمرد.^۲ برای فروش کنیز شرایطی وجود دارد که در این قسمت به آن اشاره می شود.

۱ - ۲ - ۱ - استبراء کنیز قبل فروش

واجب است فروشنده پیش از فروختن کنیز- در صورتی که با وی آمیزش کرده باشد- و خریدار پس از خریدن، او را استبراء کند.^۳ مطابق قول مشهور، در حکم یاد شده، تفاوتی میان بیع و سایر اسباب تملیک و تملک مانند هبه یا اسیر کردن نیست.^۴

مواردی که شخص عادل یا طبق نظر مشهور، فرد مورد اطمینان از استبراء کنیز خبر دهد، یا کنیز، صغیر (کوچک تر از نه سال) یا یائسه یا حائض باشد و یا مطابق قول مشهور، مالک توان آمیزش با او را نداشته باشد، از حکم یاد شده استثنا شده است.^۵ کیفیت استبراء از بارداری در ترک آمیزش با کنیز به مدت یک حیض است؛ البته اگر وی جزء زنهایی است که حیض می شوند. در غیر این صورت، باید آمیزش با وی به مدت چهل و پنج روز ترک شود.^۶ باردار شدن کنیز از مولا (امّ ولد شدن کنیز) استیلاذ گفته می شود که، شامل مرد آزاد و زن برده می شود و احکام آن در باب نکاح آمده است.

۱ - ۲ - ۲ - عدم استیلاذ کنیز

استیلاذ (امّ ولد شدن کنیز) با وجود سه شرط تحقق می یابد.

۱. نساء/ ۴، ۲۳ - ۲۴.

۲. فضل بن حسن، طبرسی جامع البیان، ج ۴، ص ۵، ج ۵؛ محمد بن جریر، طبری، مجمع البیان، ج ۳، ص ۵۱.

۳. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۴، ص ۱۹۳؛ یوسف بن احمد، بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۱۹، ص ۴۲۴.

۴. یوسف بن احمد، بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۱۹، ص ۴۲۴؛ محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۴، ص ۲۰۰.

۵. یوسف بن احمد، بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۱۹، ص ۴۲۴؛ محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۴، ص ۲۰۲-۲۱۰.

۶. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۴، ص ۱۹۵.

۱- آزاد بودن فرزند به دنیا آمده

فرزندى را كه كنيز باردار شده، آزاد باشد نه برده^۱ بنا براین، اگر فردى به شرطى با كنيز ازدواج كند كه فرزند، مملوك مولای او باشد و سپس بعد از ازدواج و طلاق كنيز، مالك آن كنيز شود، يا مالك كنيز، برده باشد، آن كنيز، امّ ولد نيست.^۲

۲- باردار شدن كنيز در ملك مولا

كنيز در ملك مولا از او باردار شود.^۳ بنا براین، اگر شخص آزادى با كنيز ديگرى ازدواج و او را باردار كند و آنگاه مالك او شود، به قول مشهور، كنيز، امّ ولد نيست.^۴

۳- ام ولد شدن كنيز به صرف باردار شدن

باردار شدن كنيز هر چند به صورت انعقاد نطفه. بنا براین، هرگاه نطفه منعقد گردد، كنيز، امّ ولد محسوب مى شود و فروختنش جايز نيست. چنانچه باردارى كنيز معلوم نباشد و مولا او را بفروشد، سپس معلوم گردد كه كنيز هنگام فروختن باردار بوده معامله باطل است. باردارى كنيز در صورت مشتبه بودن، با شهادت چهار زن از اهل خبره ثابت مى گردد.^۵

احكام ام ولد

امّ ولد از آن جهت كه برده است احكام برده را دارد، و از آن جهت كه امّ ولد است احكام زير را دارد، مگر آن كه فرزندش در حيات مولا بميرد كه در اين صورت، از امّ ولد بودن خارج مى شود.^۶

آزادى امّ ولد

مادامى كه مولا زنده است، امّ ولد برده است، اماّ پس از مرگ وي، از سهم ارث فرزند خود آزاد مى شود و اگر فرزند به دليل وجود مانعى از ارث محروم شود، امّ ولد همچنان برده مى ماند.^۷

۱. محمدحسن، نجفى، جواهر الكلام، ج ۳۴، ص ۳۷۲.

۲. همان، ج ۳۴، ص ۳۷۳.

۳. همان، ج ۳۴، ص ۳۷۲.

۴. محمدحسن، نجفى، جواهر الكلام، ج ۳۴، ص ۳۷۳.

۵. همان، ج ۳۴، ص ۳۷۲ - ۳۷۶.

۶. همان، ج ۳۴، ص ۳۷۸.

۷. همان، ج ۳۴، ص ۳۷۷.

فروختن امّ ولد

فروختن امّ ولد و نیز هرگونه تصرفی در او مانند بخشیدن که موجب انتقال امّ ولد به دیگری شود، جایز نیست، مگر در شرایط خاصی همچون زمانی که مولا قیمت کنیز را بدهکار باشد و توان پرداخت آن را جز با فروختن کنیز نداشته باشد.^۱

فرزندان امّ ولد

حکم استیلا دربارۀ فرزندان امّ ولد از غیر مولا، جاری نیست. بنابراین، اگر امّ ولد با برده یا شخص آزادی با این شرط که فرزندان از آن مولای کنیز باشد، ازدواج کند، فرزندان کنیز برده‌اند و فروختن آنان در حیات مولا و پس از مرگ او جایز است.^۲

۱ - ۲ - ۳ - احکام مربوط به کنیز

صرف مالک شدن کنیز حرمت ابدی برای پدر و پسر مالک ایجاد نمی شود مگر اینکه جماع صورت گرفته باشد که موید آن روایت سَمِعْنَا أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) يَقُولُ فِي الرَّجُلِ تَكُونُ لَهُ الْجَارِيَةُ أَفْتَحِلُّ لِبَنِهِ - فَقَالَ مَا لَمْ يَكُنْ جَمَاعٌ أَوْ مُبَاشَرَةٌ كَالْجَمَاعِ فَلَا بَأْسَ.^۳ از امام صادق (ع) در مورد مردی که کنیزی دارد آیا بر پسرش ازدواج با آن کنیز حلال است حضرت فرمود تا زمانی که مالک با او جماع نکرده باشد اشکالی ندارد.

و روایت أَبُو جَعْفَرٍ (ع) فِي حَدِيثٍ إِذَا أُتِيَ الْجَارِيَةُ وَ هِيَ حَلَالٌ - فَلَا تَحِلُّ تِلْكَ الْجَارِيَةُ لِبَنِهِ وَ لَا لِأَبْنِهِ. اگر مردی کنیزی داشته باشد که با او رابطه داشته باشد آن کنیز به پدر و پسر وی حرام می شود.^۴ و روایات مشابهی که صاحب وسائل آنها را آورده است.^۵

۱. زین الدین بن علی، عاملی (شهید ثانی)، الروضة البهیة، ج ۳، ص ۲۵۷-۲۵۹؛ محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۴، ص ۳۷۴ - ۳۷۸

۲. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۴، ص ۳۸۵.

۳. محمد بن حسن، طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۲۸۴؛ محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۲۲.

۴. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۱۸.

۵. همان، ص ۴۲۲ - ۴۱۷.

۲- ۱- ۳- و طی به شبهه

۲- ۱- ۳- شبهه در لغت و اصطلاح

شبهه در لغت به معنی اشتباه^۱ است و اشتباه عبارت از تصوّر نادرست و برخلاف حقیقت است که ممکن است انسان از چیزی داشته باشد. و مقصود از آن در فقه این است که مردی با زنی به اعتقاد وجود رابطه زوجیت، نزدیکی نماید و حال آنکه در حقیقت رابطه مزبور موجود نباشد، این عمل را نزدیکی به شبهه یا و طی به شبهه گویند.

۲- ۱- ۳- اقوال فقها در تحقق و طی به شبهه

البته در این که این اعتقاد باید در چه مرحله‌ای باشد میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد و اجمال آن بدین قرار است:

۱- بعضی معتقدند در تحقق شبهه، عدم علم به تحریم کافی است، بنابراین نزدیکی دیوانه و کسی که در خواب است و مانند آن نیز داخل در این مفهوم خواهد بود. شیخ طوسی در نهاییه^۲ و شهید ثانی در مسالک^۳ و بعضی از معاصرین^۴ این نظریه را پذیرفته اند.

۲- از عبارات برخی دیگر از فقها استفاده می‌شود که در تحقق شبهه، ظنّ به حلّیت کافی است. بنابراین شامل مطلق ظن هر چند ظنی که معتبر هم نباشد، می‌گردد. در این صورت نظریه دوم موافق نظریه اول

۱. محمد بن مکرم، ابن منظور جمال الدین، لسان العرب، ج ۳، ص ۳۹۳؛ احمد بن محمد مقرئ، فیومی، مصباح المنیر، ص ۳۰۴ - ۳۰۳.

۲. محمد بن حسن، طوسی، النهایه، ص ۶۸۸.

۳. زین الدین بن علی، عاملی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۲۰۷.

۴. محسن طباطبایی، حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۲۸؛ عبد الأعلى، سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۲۴، ص ۱۴۹.

می‌شود، ولی در تعبیر با هم مختلف می‌باشند. شیخ طوسی در کتاب خلاف^۱ و محقق^۲ و علامه^۳ و برخی دیگر^۴ طرفدار این نظریه می‌باشند.

۳ - قول سوم در مسأله که بهترین دیدگاه به نظر می‌رسد، این است که در تحقق شبهه شرط است واطی و کسی که نزدیکی می‌نماید اعتقاد به حلیت آن داشته باشد، هر چند در مقدمات آن مقصر باشد. صاحب جواهر^۵ و برخی از فقها معاصر^۶ این نظریه را پذیرفته‌اند. مستند آن بعضی از روایات^۷ صحیح السندی است که صاحب وسائل در باب حد زنا آورده است مانند روایت عن یزید الکُنَاسی قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ امْرَأَةٍ تَزَوَّجَتْ فِي عِدَّتِهَا - فَقَالَ إِنْ كَانَتْ تَزَوَّجَتْ فِي عِدَّةٍ - طَلَّاقٌ لَزَوْجِهَا عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ - فَإِنْ عَلَيْهَا الرَّجْمُ - وَإِنْ كَانَتْ تَزَوَّجَتْ فِي عِدَّةٍ - لَيْسَ لَزَوْجِهَا عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ - فَإِنْ عَلَيْهَا حَدُّ الزَّانِي غَيْرَ الْمُحْصَن - وَإِنْ كَانَتْ تَزَوَّجَتْ فِي عِدَّةٍ بَعْدَ مَوْتِ زَوْجِهَا - مِنْ قَبْلِ انْقِضَاءِ الْأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَ الْعَشْرَةِ أَيَّامٍ - فَلَا رَجْمَ عَلَيْهَا وَ عَلَيْهَا ضَرْبُ مِائَةِ جَلْدَةٍ - قُلْتُ أَرَأَيْتَ إِنْ كَانَ ذَلِكَ مِنْهَا بِجَهَالَةٍ - قَالَ فَقَالَ مَا مِنْ امْرَأَةٍ الْيَوْمَ مِنْ نِسَاءِ الْمُسْلِمِينَ - إِلَّا وَهِيَ تَعْلَمُ أَنَّ عَلَيْهَا عِدَّةً فِي طَلَّاقٍ أَوْ مَوْتٍ - وَ لَقَدْ كُنَّ نِسَاءُ الْجَاهِلِيَّةِ يَعْرِفْنَ ذَلِكَ - قُلْتُ فَإِنْ كَانَتْ تَعْلَمُ أَنَّ عَلَيْهَا عِدَّةً وَ لَا تَدْرِي كَمْ هِيَ - فَقَالَ إِذَا عَلِمَتْ أَنَّ عَلَيْهَا الْعِدَّةَ لَزِمَتْهَا الْحُجَّةُ - فَتَسْأَلُ حَتَّى تَعْلَمَ.^۸ که این روایت را کلینی نیز بیان کرده است.^۹

که توضیح و شیوه استدلال به آن‌ها در موسوعه احکام الأطفال ذکر شده است.^{۱۰}

به هر حال شبهه یا اعتقاد بر خلاف حقیقت به یکی از دو طریق حاصل می‌شود؛ در اثر جهل به حکم یا جهل به موضوع؛ از این رو شبهه یا حکمی است یا موضوعی. شبهه حکمی مانند این که، مردی با

۱. محمد حسن، طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۳۸۰.

۲. نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۳۴۲.

۳. حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۱۰۰؛ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، تحریر الاحکام الشرعیة، ج ۴، ص ۱۹ - ۱۸.

۴. محمد بن منصور، حلی ابن ادریس، السرائر، ج ۳، ص ۴۴۸؛ زین الدین بن علی، عاملی (شهید ثانی)، الروضة البهیة، ج ۹، ص ۲۰؛ محمد بن حسن، اصفهانی (فاضل هندی)، کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۴۳.

۵. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۴۵ - ۲۴۴.

۶. ابو القاسم، خویی، مبانی تکملة المنهاج (القضاء والحدود)، ج ۱، ص ۲۰۶، مسأله ۱۳۴.

۷. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۸، ص ۱۲۵ - ۱۲۶، باب ۲۷، من ابواب حد الزنا، ح ۳۰۱.

۸. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۸، ص ۱۲۵ - ۱۲۶.

۹. محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی (ط - الإسلامية)، ج ۷، ص ۱۹۳ - ۱۹۲.

۱۰. قدرت الله، انصاری، موسوعه احکام الاطفال و ادلتها، ج ۳، ص ۸۴ - ۸۵ - ۸۶.

زنی که در عده است ازدواج می‌کند با اعتقاد به این که ازدواج با چنین زنی از نظر شرعی بلامانع است. و شبهه موضوعی، مانند موردی که شخصی با زنی که در عده است به تصور این که عده اش سپری شده است، ازدواج نماید.

در صورت وجود شبهه (اعم از شبهه حکمی یا موضوعی) اگر در اثر نزدیکی زن و مرد طفلی متولد شود، ولد شبهه به حساب آمده و مانند نکاح صحیح و شرعی منتسب به کسی خواهد بود که در شبهه بوده است. بنابراین اگر هم مرد و هم زن در شبهه بوده‌اند فرزند منتسب به هر دو خواهد بود و اگر یک طرف عالم و طرف دیگر در شبهه بوده است، فرزند نسبت به طرفی که در شبهه بود ولد شبهه و ملحق به او خواهد بود، ولی نسبت به طرف دیگر که عالم است ولد زنا است و ملحق به او نخواهد شد، این حکم مورد اتفاق فقها است و اختلافی در آن دیده نشده است.^۱ فاضل اصفهانی در کشف اللثام آورده است: «در بین فقها اختلافی نیست که در الحاق نسب، وطی به شبهه مانند نکاح صحیح است».^۲ مستند این حکم، روایاتی است در حد استفاضه مانند روایتی از امام باقر علیه السلام در مورد مردی که با کنیزی به اعتقاد آنکه آزاد است ازدواج کرده و از آن کنیز صاحب فرزندی شده، سپس مولای کنیز با اقامه بینه ادعا می‌کند کنیز اوست حضرت فرمود مولا کنیز را برمی‌دارد و قیمت فرزند آن کنیز را از آن مرد می‌گیرد^۳ و روایاتی مشابه که صاحب وسائل آنها را در بابی تحت عنوان «من ابواب نکاح العبد و الاماء» آورده است.^۴ و شیوه استدلال و برداشت از آنها در کتب فقهی و نیز در «موسوعة احکام الاطفال»^۵ ذکر گردیده است.

لازم به ذکر است، آثاری که در الحاق نسب به زوج در نکاح صحیح جاری می‌شود در نسب ناشی از وطی به شبهه نیز مترتب می‌گردد و فرقی بین آن دو نمی‌باشد.^۶

۱. ر.ک: حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، تحریر الاحکام الشرعیة، ج ۴، ص ۱۸؛ همان، قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۱۰۰؛ علی بن حسین، عاملی کرکی (محقق ثانی)، جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۸۹ - ۱۹۰؛ زین الدین بن علی، عاملی (شهید ثانی)، مسالک الافهام، ج ۸، ص ۳۹۲ و ج ۷، ص ۲۰۲؛ ابوالقاسم، خویی، موسوعة الامام الخویی، ج ۳۲، ص ۱۹۵.

۲. محمد بن حسن، اصفهانی (فاضل هندی)، کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۴۳.

۳. عن أبي جعفر عليه السلام: «فی رجل تزوج جاریه علی أنها حرّة، ثم جاء رجل فأقام البینه علی أنها جاریته، قال: يأخذها و يأخذ قیمه ولدها» (محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۱۸۸).

۴. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۱۸۷ - ۱۸۸، باب ۶۷، من ابواب نکاح العبد و الاماء، ج ۷ و ۸.

۵. قدرت الله، انصاری، موسوعة احکام الاطفال و ادلتها، ج ۳، ص ۸۹ - ۹۰ - ۹۱.

۶. قدرت الله، انصاری، احکام و حقوق کودکان در اسلام، ج ۱، ص ۳۰۲.

۲- ۱- ۴- رضاع

رضاع به کسر حرف «ر» عبارت است از: «نوشیدن شیر از پستان زن یا حیوان - نظیر گاو، گوسفند - و یا مطلق نوشیدن، اعم از اینکه از آن دو باشد (زن یا حیوان)، یا از غیر آنها و شیر اعم است از اینکه از انسان باشد یا حیوان^۱. رضاع مانند ولادت، باعث ایجاد اضافه یا نسبیتی بین دو نفر یا بیشتر می‌شود.

۲- ۱- ۴- مبانی فقهی رضاع

۲- ۱- ۴- ۱- کتاب

خداوند در آیه ۲۳ سوره نساء / ۴، می‌فرماید: «... وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ...». البته در این آیه از میان عنوانهای هفتگانه‌ای که به سبب رضاع حرام شده است، فقط به دو مورد - مادر و خواهر رضاعی - اشاره شده است و حرمت دیگر نسبها مانند عمه و خاله از حدیث و اخبار مربوط به رضاع استنباط می‌شود.

۲- ۱- ۴- ۲- سنت

در تأیید قاعده رضاع احادیث چندی از ائمه و معصومان (ع) مورد استناد قرار گرفته است

۱ - عبد الله بن سنان از امام صادق (ع) روایت کرده است که: «سمعتہ يقول (ع) يحرم من الرضاع ما يحرم من القرابة». از عبد الله بن سنان روایت دیگری نیز بیان شده است که امام صادق (ع) ضمن آن فرموده‌اند: «لا يصلح للمرأة ان ينكحها عمها و لا خالها من الرضاعة». همچنین روایت دیگری از ابی عبیده الحذاء وجود دارد که گفته است: «سمعت ابا عبد الله (ع) يقول: لا تنكح المرأة على خالتها و لا على اختها من الرضاعة».^۲

و مهمترین آنها حدیثی از رسول اکرم (ص) است که شیعه و سنی آن را روایت کرده‌اند و در آن حضرت فرموده‌اند: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^۳ که حرمت ناشی از رضاع را به موازات

^۱. المنجد، ذیل ماده رضع.

^۲. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه؛ ج ۱۴، ص ۲۸۰، همچنین برای دیدن احادیث مربوط دیگر رجوع کنید به: همان؛ باب ۶ از ابواب رضاع، حدیث ۵، ۶، ۷ و ۸؛ باب ۱۵، ح ۱ و ۲، باب ۸، ح ۳، ۴ و ۷ و باب ۱۹ از ابواب نکاح العبیید، ح ۱ و ۲.

^۳. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۴، باب اول، ابواب رضاع، ح ۱.

حرمت حاصل از نسب می‌داند. سایر روایات مربوط به رضاع، کلیه افرادی را که به واسطه رضاع نکاح با آنان حرام می‌شود، بیان نکرده‌اند؛ مگر روایت پیامبر اکرم (ص) که مطابق آن، هر عنوانی از عنوانهای هفتگانه مربوط به قرابت نسبی یا غیر آنکه موجب حرمت نکاح با زن می‌شود، در صورتی که از رضاع حاصل شود نیز باعث ایجاد حرمت خواهد شد.

۲- ۱- ۴- ۲- ایجاد نسبت با رضاع

اضافه اعتباری

چنانچه اضافه و نسبت، امری اعتباری باشد و خردمندان آن را ایجاد کرده و سپس شارع آن را امضا کرده باشد و یا آنکه مانند ملکیت و زوجیت، توسط خود شارع ایجاد شده باشد - نه امضا- به آن اضافه اعتباری می‌گویند.

اضافه مقولیه

اما اگر نسبت و اضافه، مانند نسبت بالا بودن (فوقیت) یا پایین بودن (تحتیت) واقعیتی خارجی و حقیقی باشد، به آن اضافه مقولیه می‌گویند. هرگاه کودکی از پستان زنی شیر بنوشد، با او نسبتی پیدا می‌کند که «بنوت» نامیده می‌شود و زن نیز با کودک رابطه و نسبت «امومت» پیدا می‌کند^۱.

قرابت رضاعی

قرابت رضاعی، آن نوع خویشاوندی است که در اثر شیر خوردن، بین دو نفر ایجاد می‌شود و مانند قرابت نسبی، به خط عمودی و خط اطراف تقسیم شده است. در قرابت رضاعی، طفلی که شیر زن دیگری را خورده، «مرتضع» و زن شیر دهنده «مرضعه» و شوهر نیز فحل و یا «صاحب اللبن» نامیده می‌شود. نسبت و اضافه حاصل از رضاع، در مقایسه با نسبت ناشی از ولادت، ضعیفتر نیست و اینکه برخی آثار مربوط به نسبت حاصل از ولادت (مانند وراثت) در نسبت حاصل از رضاع ایجاد نمی‌شود، به این

۱. محمد بن حسن موسوی، بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۳۲۰.

علت نیست که اضافه حاصل از رضاع ضعیفتر است؛ زیرا امکان دارد این امر به علت جعل شارع باشد، بدون اینکه این دو نوع نسبت، از حیث شدت و ضعف با یکدیگر اختلافی داشته باشند.^۱

احتمالات در قدر جامع الفاظ

حال باید پرسید آیا الفاظی مثل «اب و ام» قدر جامع بین هر دو قسم قرابت نسبی و رضاعی است یا نه؟ اگر چنین باشد آیه تحریم نکاح با محارم هفتگانه^۲ (مادران، دختران، خواهران، عمه‌ها، خاله‌ها، دختران برادر و دختران خواهر) علاوه بر دلالت بر تحریم عنوانهای هفتگانه ناشی از ولادت، بر تحریم همین عنوانها که از رضاع حاصل شده باشد نیز اشاره دارد و در این باره نیاز به دلیل دیگری نیست.

احتمال اول

احتمال اول این است که این عنوانها بین دو نوع اضافه و نسبت مذکور، مشترک لفظی باشد؛ یعنی واضح، این الفاظ و عنوانها را برای هر دو نوع اضافه و نسبت ذکر شده، وضع کرده باشد. در این صورت، آیه بر تحریم نسب حاصل از رضاع دلالت ندارد؛ زیرا بر پایه علم اصول، استعمال لفظ در بیشتر از یک معنی جایز نیست.^۳ پس تحریم سبب حاصل از رضاع نیاز به دلیل دیگری دارد و آیه ۲۷ سوره نساء^۴ فقط عناوین حاصل از ولادت را شامل می‌شود.

احتمال دوم

احتمال دوم اینکه این عنوانها در نسب حاصل از ولادت، حقیقت و در نسب ناشی از رضاع، مجاز است و بنابراین، احتمال تحریم نسب حاصل از رضاع به دلیل دیگری نیازمند است و آیه تحریم نکاح بر آن دلالت ندارد.^۵

۱. مصطفی، یزدی (محقق داماد)، قواعد فقه، ج ۲، ص ۲۰۱.

۲. نساء/ ۴، ۲۷.

۳. مصطفی، یزدی (محقق داماد)، مباحثی از اصول فقه، ج ۱، ص ۳۷-۳۹.

۴. نساء/ ۴، آیه ۲۷.

۵. مصطفی محقق داماد، یزدی (محقق داماد)، قواعد فقه، ج ۲، ص ۲۰۱.

صحیح ترین احتمالات

از میان احتمالهایی که بیان شد، احتمال اخیر صحیح تر به نظر می‌رسد؛^۱ زیرا این امر که نسب حاصل از رضاع را در حکم نسب حاصل از ولادت بدانیم، یک تنزیل شرعی است؛ در حالی که بدون در نظر گرفتن این امر، این عنوانها در نسب حاصل از ولادت ظهور دارد، تا آنجا که اگر شارع، رضاع را سبب محرم قرار نداده بود، عرف، به ویژه در مورد افرادی غیر از خواهر و مادر، رضاع را به هیچ وجه موجب حرمت نمی‌دانست.^۲

۱ - ۲ - ۳ - معنای واژه های حدیث

مقصود از «ما» ی موصول. شیخ انصاری معتقد است که مطابق کلام پیامبر (ص)، هر عنوانی که شارع به علت علاقه نسبت تحریم را در آن مقرر کرده است، به دلیل وجود رضاع نیز حرام خواهد بود. بنابراین، مقصود از «ما» ی موصول، یک عنوان کلی است که بین آنچه از نسب حاصل می‌شود و آنچه ناشی از رضاع است، اشتراک دارد.

مانند عنوان مادر (ام) که یک عنوان واحد است و به هر دو سبب - نسبت و رضاع - نکاح با او حرام است.^۳ البته اینکه کاربرد لفظ مادر در مورد قرابت رضاعی، مجاز است ایجاد اشکال نمی‌کند، زیرا هیچ یک از عنوانهای هفتگانه به صراحت در حدیث ذکر نشده است تا گفته شود مقصود حدیث معانی حقیقی عنوانهایی است که به سبب وجود نسب ایجاد شده‌اند و معانی مجازی را شامل نمی‌شود، بلکه از مای موصول مندرج در حدیث استنباط می‌شود که تمام مصداقهای این عناوین، اعم از حقیقی و مجازی، مشمول حکم حدیث است.

شیخ انصاری در ادامه می‌گوید که چنانچه استنباط مذکور از «ما» پذیرفته نشود و گفته شود که مقصود از آن فقط عنوانهای نسبی است، باید از تقدیر در کلام سود ببریم.

۱. حسن ، بجنوردی ، القواعد الفقهیة، ج ۴، ص ۳۷۷.

۲. مصطفی ، یزدی (محقق داماد)، قواعد فقه ، ج ۲، ص ۲۰۲ .

۳. أن المراد بالموصول فی الحدیث هو العنوان الکلی المشترك بین العنوان الحاصل من علاقه النسب، و الحاصل من علاقه الرضاع، لأنه الذی یعقل أن یحکم علیه بالتحریم من کلّتا الجهتین، أعنی الرضاع و النسب؛ و لیس المراد به خصوص العنوان النسبی، إذ لا یعقل الحکم علی نفس هذا العنوان بأنه یحرم من جهة الرضاع إلا أن یراد أنه یحرم نظیره، (مرتضی ، انصاری ، کتاب النکاح (للشیخ الأنصاری) ، ص ۳۳۱)

به این صورت که گفته شود: «يُحْرَمُ مِنَ الرِّضَاعِ نَظِيرُ كُلِّ عُنْوَانٍ مِنَ الْعُنَوَانَاتِ النَّسَبِيَّةِ الَّتِي يُحْرَمُ مِنَ النَّسَبِ». 'مقصود از «من النسب» آنچه از نظر نسب حرام است، فقط همان مواردی است که در کتاب و سنت ذکر شده است و سایر عنوانهایی مانند مادر برادر ابوینی یا خواهر برادر ابوینی، از نظر نسب حرام نیستند؛ زیرا در این موارد میان عنوانها و خود شخص نسبی برقرار نیست. برای مثال، مادر و یا خواهر برادر ابوینی فرد، از این نظر که مادر و یا خواهر برادر او هستند، رابطه نسبی با یکدیگر ندارند، بلکه رابطه نسبی - از حیث مادر بودن و خواهر بودن - مختص به خود اوست. آنچه این مدعا را ثابت می‌کند، ادله محرمات است که از آنها علت تحریم استنباط می‌شود. برای نمونه، از «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ» چنین استنباط می‌شود که علت تحریم، مادر بودن مادر برای شخص است و مادر بودن او برای برادر شخص و یا فرزند بودنش برای جد و جدۀ شخص، دلیل تحریم محسوب نمی‌شود. بنابراین، فقط آن نسبی موجب تحریم است که مبدأ یکی از صفاتی قرار گیرد که در کتاب و سنت جزء عنوانهای موجب تحریم فرض شده‌اند. پس مادر برادر رضاعی و نیز خواهر برادر رضاعی شخص نیز بر او محرم نیستند؛ زیرا همان طور که گفتیم در نسب نیز مادر برادر و یا خواهر برادر از عناوین موجب تحریم محسوب نشده است.^۲

به عقیده شیخ انصاری مقصود از نسب در حدیث نبوی انکار انحصار نسب بین محرم و محرم علیه نیست تا بتوان گفت که مفاد حدیث فقط در مورد تحریم نظایر عنوانهای هفتگانه نسبی، در رضاع است، بلکه مراد از نسب، اعم است و هم نسبی را که بین محرم و محرم علیه وجود دارد، شامل می‌شود و هم نسبی را که بین محرم و زوجه محرم علیه هست، در بر می‌گیرد. برای مثال، همان طور که نکاح با مادر حرام است، نکاح با مادر زن نیز حرام است؛ زیرا مادر زن، مادر زوجه محسوب می‌شود و داخل در نسب است. همچنین فردی که شخص با او زنا کرده است و یا آنکه مورد وطی به شبهه واقع شده است و نیز پسری که با او وطی شده است نیز ملحق به زوجه است.^۳

بنابراین، مادر این افراد نیز داخل در نسب می‌شود و چنانچه نظیر یکی از این موارد به واسطه رضاع حاصل شده باشد، بنابر حدیث نبوی، حکم حرمت شامل آنها نیز می‌شود.

برای مثال، همچنان که مادر زوجه بر شخص حرام است، مادر رضاعی او نیز بر او حرام خواهد بود.

^۱. مرتضی، انصاری، کتاب النکاح (للشیخ الأنصاری)، ص ۳۳۲.

^۲. مصطفی، یزدی (محقق داماد)، قواعد فقه، ج ۲، ص ۲۰۴.

^۳. مرتضی، انصاری، کتاب النکاح (للشیخ الأنصاری)، ص ۳۳۳.

اطلاق حدیث بر این دلالت دارد که رضاع، همان طور که در ابتدای نکاح موجب حرمت است، در تداوم خود نیز باعث حرمت می‌شود و بر این پایه، 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 اختلافی وجود ندارد؛^۱ و علاوه بر آنکه اطلاق حدیث بر این مطلب دلالت دارد، برخی اخباری که در بعضی فروع مسأله آمده نیز دال بر آن است. از جمله این اخبار، حدیثی از امام صادق (ع) است که ایشان فرمودند: «لو ان رجلا تزوج جاریه فارضعتها امرأته، فسد نکاحه»؛^۲ یعنی اگر مردی با کنیزی ازدواج کرد و سپس زوجه او به کنیز شیر داد، نکاح آن مرد باطل می‌شود. همین روایت را شیخ صدوق با کمی تفاوت در کتاب من لا یحضره الفقیه بیان کرده است.^۳

۲- ۱- ۴- ۴- شروط رضاع

۱. شیر زن از حمل مشروع حاصل شده باشد

طبق این شرط اگر زنی بدون نکاح، شیر داشته باشد و یا آنکه بدون وجود علقه زوجیت مشروع و از راه آمیزش غیر شرعی شیردار شود، حرمت ایجاد نخواهد شد. دلیل عمده این شرط روایتی از حضرت علی (ع) است که فرمودند: «لبن الحرام لا یحرّم الحلال».^۴

مطابق این شرط، برای تحقق رضاع، زن باید به شکل شرعی ازدواج کرده باشد و علاوه بر آن در اثر داشتن حمل و زاییدن فرزند دارای شیر شده باشد. این نظریه، فتوای مشهور فقهای امامیه است؛ اما ابو حنیفه معتقد است شیر حاصل از زنا نیز موجب قرابت رضاعی و حرمت نکاح می‌شود. عده‌ای از فقها نیز معتقدند زن شیردهنده لزوماً باید وضع حمل کرده باشد و چنانچه به صرف بارداری شیردار شده باشد نیز رضاع موجب نشر حرمت نمی‌شود؛ اما گروهی دیگر عقیده دارند، بارداری کافی است. علامه

۱. مرتضی، انصاری، کتاب النکاح (للشیخ الأنصاری)، ص ۲۸۹.

۲. محمد حسن، حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۳۰۳، ح ۲.

۳. محمد بن علی بن بابویه، قمی (شیخ صدوق)، من لا یحضره الفقیه؛ ج ۳، ص ۴۷۶، ح ۴۶۷۰.

۴. محمد حسن، حرعاملی، وسائل الشیعه، کتاب النکاح، باب ۹ از ابواب رضاع، ح ۱ و ۲ و باب ۶، ح ۱.

حلی در برخی تألیفات خود نظریه اول را تأیید کرده^۱ و در برخی دیگر، نظریه دوم را تقویت کرده است.^۲

در اینکه باردار شدن زن باید با مباشرت و از طریق مقاربت اصطلاحی باشد، و یا اینکه این امر از هر طریق که حاصل شود کافی است، میان فقها اختلاف عقیده وجود دارد. برای مثال، امروزه لقاح مصنوعی نیز موجب حمل می‌شود؛ بدین معنی که نطفه مرد به طریقی غیر از مقاربت و با روشهای پزشکی در رحم زن قرار می‌گیرد و حمل منعقد می‌شود. حال باید پرسید این مورد نیز مشمول شرط اول است یا خیر؟

صاحب جواهر در این باره می‌گوید: «اطلاقات ادله اقتضا می‌کند که دلایل مذکور این مورد را نیز شامل باشد. پس درست‌تر این است که تکون ولد از نطفه مرد، معیار قرار داده شود، به طوری که ولد به شوهر قانونی منتسب باشد». ایشان برای تثبیت مطلب و دفع ایرادات می‌افزاید: «اگر در عبارات اصحاب امامیه کلمه «وطی» آمده است، بیشتر به اعتبار غلبه است؛ نه اینکه شرط باشد که حتماً و فقط آمیزش و «وطی» صورت گرفته باشد، به طوری که غیر از مورد «وطی» بقیه موارد را خارج سازد». به این ترتیب استعمال کلمه «وطی» که غالباً در عبارات دیده می‌شود به این علت است که انعقاد نطفه به طور متعارف و معمول از طریق آمیزش اصطلاحی ایجاد می‌شود؛ ولی این روش، خصوصیتی ندارد و حصری نیست.

در نشر حرمت و سببیت تحریم، اینکه زن شیر دهنده هنگام رضاع در حباله مرد باشد، مورد شرط قرار نگرفته است، بلکه اگر زن مطلقه باشد یا شوهرش مرده باشد (در زمان بارداری یا بچه شیر دادن) و بچه بعد از طلاق یا مرگ شوهر شیر بخورد، در این حالت هم شیر دادن موجب حرمت است و مانند موردی است که شوهر زنده باشد. این مسأله مبتنی بر اجماع فقها نیز هست.^۳ در مورد شیر حاصل از وطی به شبهه مشهور فقها عقیده دارند که وطی به شبهه مانند نکاح صحیح است و آثاری مشابه دارد. بنابراین، رضاع زنی که از وطی به شبهه باردار شده است (در صورت وجود

۱. حسن بن یوسف بن مطهر، حلی، قواعد الاحکام (همراه با ایضاح الفوائد)، ج ۲، ص ۳-۹.

۲. حسن بن یوسف بن مطهر، حلی، تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۵.

۳. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۶۴ به بعد.

شرایط دیگر) موجب نشر حرمت می‌شود. البته عده کمی از فقها (مانند صاحب سرائر) نیز در این مورد تردید کرده‌اند.^۱

۲. شیر مستقیماً از پستان مکیده شده باشد

بر پایه این شرط، اگر بچه با مکیدن، شیر نخورده باشد و برای مثال شیر را در دهانش چکانده باشند و یا با وسیله دیگری - مثل شیشه - به طور غیر مستقیم شیر خورده باشد، حرمت ایجاد نمی‌شود. این حکم مطابق نظریه مشهور فقهاست که گفته‌اند کلمه «ارتضاع» که از باب افتعال است و در نصوص آمده، اقتضای چنین مفهومی را دارد. در روایت زراره از حضرت صادق (ع) نیز بر همین موضوع تأکید شده است.^۲

۳. طفل لا اقل یک شبانه روز یا پانزده دفعه متوالی شیر کامل خورده باشد

در این شرط، به مقدار شیر خوردن از حیث مدت و دفعات توجه شده است. با توجه به این شرط، مطلق شیر خوردن مایه حرمت نیست، بلکه باید خوردن شیر به مدت یک شبانه‌روز و یا ۱۵ مرتبه متوالی انجام گیرد. مفاد این شرط نیز مطابق با نظریه مشهور فقهاست و حتی در مورد آن، دعوی اجماع شده است. به علاوه، نصوص متواتر نیز اعتبار این شرط را تأیید می‌کند. علی‌رغم اجماع مذکور، در مورد اندازه شیر خوردن و معیار تعیین آن بین فقها سه نظریه وجود دارد: الف) معیار اثر، ب) معیار مدت، ج) معیار دفعات.

الف. معیار اثر. منظور این است که شیر باید به مقداری باشد که باعث ایجاد گوشت در بدن طفل شود و استخوانش نیز به واسطه آن محکم شود. مستند این مطلب علاوه بر اجماع، روایت معروف نبوی است که مطابق آن: «رضاع با رویش گوشت و محکم شدن استخوان حاصل می‌شود».^۳

ب. معیار مدت. طبق این ملاک چنانچه طفلی یک شبانه‌روز کامل از پستان دایه‌ای شیر بخورد، مشمول حکم رضاع خواهد شد. در این باره حدیثی از حضرت صادق (ع) نقل شده است که ایشان فرموده‌اند: «لا یحرّم الرّضاع اقلّ من یوم و لیله».^۴ لازم نیست که طفل در مدت مذکور دفعه‌های معینی شیر بخورد؛ ولی شرط است که هرگاه طفل اظهار نیاز و طلب شیر کند، دایه به او شیر بدهد. به علاوه در مدت یک

۱. مصطفی، یزدی (محقق داماد)، قواعد فقه، ج ۲، ص ۲۰۷.

۲. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۶۴.

۳. محمد حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، باب ۲ از ابواب ما یحرّم بالرضاع.

۴. محمد حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، باب ۲ از ابواب رضاع، ح ۱.

شبهانه روز کامل، غذای طفل باید فقط از طریق شیر دایه تأمین شود و در این مدت غذای دیگری، از جمله مکمل های غذایی متداول که به طفل خورانده می شود، به او داده نشود. البته دادن آب برای رفع تشنگی و یا دارو برای بهبود اشکالی ندارد.

ج. معیار دفعات. برای جریان یافتن حکم رضاع، طفل باید ۱۵ بار کامل از شیر دایه بخورد. البته در مورد دفعه های شیر خوردن بین فقها اختلاف عقیده وجود دارد.^۱

مطابق یک نظریه که ابن جنید طرفدار آن است، حتی یک بار شیر خوردن نیز موجب تحقق حرمت است. او برای اثبات نظریه خود به عمومات و سنت و همچنین چند حدیث استناد کرده است. از جمله به نامه ای که علی بن مهزیار به امام رضا (ع) نوشته و در آن پرسیده است: چه مقدار شیر باعث حرمت است؟ حضرت (ع) نیز فرموده است: «قلیله و کثیره حرام»؛ به این معنی که شیر خوردن، چه کم و چه زیاد، موجب حرمت است. نمونه دیگر سؤالی است که ابن یعقوب از امام (ع) پرسیده است و آن حضرت در پاسخ فرموده اند: «هرگاه کودک به مقداری شیر بخورد که شکم او پر شود، این مقدار شیر موجب حرمت است». این نظریه و مستندات آن ضعیف است و به این دلیل، فقها چندان از آن پیروی نکرده اند.

در مقابل، بیشتر متقدمان، مقدار دفعات شیر خوردن را که موجب حرمت می شود، ۱۰ بار ذکر کرده اند. روایتهای بسیاری نیز به این مضمون نقل شده است. از جمله روایت فضیل بن یسار و عبید بن زراره است که ضمن آن، راوی از امام (ع) سؤال می کند چه مقدار شیر خوردن موجب روییدن گوشت و استخوان می شود و حضرت (ع) در پاسخ می فرمایند: «ده دفعه شیر خوردن از پستان یک زن موجب حرمت می شود».^۲

شهید اول در کتاب لمعه این نظریه را تقویت کرده است و شهید ثانی نیز در شرح آن می گوید: «این قول معظم اصحاب است»؛ ولی خودش این نظریه را رد کرده و روایات مستند این نظریه را نیز ضعیف و مردود دانسته است.

مطابق نظریه سوم که بین فقهای متأخر مقبولیت و شهرت بیشتری دارد، دفعات شیر خوردن باید ۱۵ بار باشد. مستند این نظریه، صحیحۃ علی بن رثاب و موثقه زیاد بن سوقه و عبید بن زراره است که به صراحت بر این امر دلالت دارد که پانزده مرتبه شیر خوردن متوالی، موجب حرمت می شود.

۱. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۶۹؛ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، تذکرۃ الفقهاء، ج ۱، ص ۶۱۴.

۲. محمد حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، کتاب النکاح، باب ۲ از ابواب رضاع.

درباره معیار دفعات شیر خوردن، بیان چند مورد ضروری است :

الف) میزان شیر (رضعات) باید کامل باشد. منظور از شیر کامل این است که طفل از خوردن شیر مادر سیر شود و پستان او را رها کند. پس چنانچه قبل از این امر، از شیر خوردن طفل جلوگیری شود، حرمت ایجاد نمی‌شود؛ حتی اگر جمع دفعه‌های ناقص شیر خوردن، به ۱۵ بار برسد. همچنین جمع کردن چند بار شیر خوردن ناقص و احتساب آن به عنوان یک یا چند دفعه کامل شیر خوردن نیز درست نیست. البته اگر در حین شیر خوردن، طفل پستان مادر را به فرض برای نفس کشیدن رها کند، اشکالی ندارد؛ زیرا منظور این است که این امر توسط دیگری، اعم از مادر رضاعی و یا دیگران، صورت نگیرد. ب) دفعه‌های شیر خوردن باید پیوسته و متوالی باشد و نباید بین آنها غذای دیگر و یا شیر زن دیگری به طفل داده شود. در مورد شرط توالی، اختلافی بین فقها نیست.

شهید ثانی در مسالک الافهام می‌گوید: «در اعتبار این نکته اتفاق عقیده وجود دارد و دلیل آن موثقه زیاد بن سوقه است».^۱

البته به عقیده بسیاری از فقها، فقط شیر خوردن از زن دیگر باعث اختلال در توالی است و تغذیه از خوردنیها و نوشیدنیهای دیگر اشکالی ندارد.^۲ در این مورد برخی فقها معتقدند که رضاع ناقص زن دیگر در خلال دفعه‌های شیر دادن هم اختلال محسوب می‌شود؛ اما علامه حلی فقط رضاع کامل از دیگری را مضر می‌داند و می‌گوید: «رضاع باید کامل باشد تا توالی دفعات رضاع را بر هم بزند و رضاع ناقص از دیگری ایراد و اشکالی ندارد.

۴. شیر خوردن طفل قبل از تمام شدن دو سالگی او باشد

شیر خوردن طفل پس از دو سالگی، موجب حرمت نمی‌شود؛ یعنی نه زن شیر دهنده و شوهرش، پدر و مادر رضاعی طفل محسوب می‌شوند و نه در مورد انتسابهای دیگر حرمتی ایجاد می‌شود؛ زیرا حدیثی از حضرت صادق (ع) وجود دارد که ایشان فرمودند: «قال رسول الله: لا رضاع بعد فطام».^۳

۱. زین الدین بن علی بن مشرف، عاملی (شهید ثانی)، مسالک الافهام؛ ج ۱، ص ۲۷۶.

۲. روح الله، موسوی خمینی، تحریر الوسیله؛ ج ۲، ص ۲۶۷.

۳. محمد حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، کتاب نکاح، باب ۵ از ابواب رضاع، ج ۱، ۲، ۴ و ۵.

صاحب جواهر در این مورد می‌گوید: «از کلمات بسیاری از فقها استنباط می‌شود که دو سال مذکور، نه فقط شرط مرتضع است، بلکه علاوه بر آن معتبر است که از سنّ کودک مرضعه نیز بیش از دو سال نگذشته باشد».^۱

۵. مقدار شیری که طفل خورده است از یک زن و یک شوهر باشد

به موجب این شرط، اولاً طفل باید همه پانزده دفعه را فقط از یک زن شیر بخورد و بنابراین، هرگاه مردی دو زن داشته باشد و طفل مرتضع از یک زن ۷ بار و از دیگری ۸ دفعه شیر بخورد، حرمت ایجاد نمی‌شود و یا اگر از یک شبانه روز کامل شیر خوردن که ملاک زمانی حرمت است، برای مثال از یک زن یک روز و از دیگری یک شب شیر بخورد- به طوری که در مجموع یک شبانه روز کامل بشود- نیز حرمت به وجود نمی‌آید. ثانیاً در ۱۵ دفعه شیر خوردن کامل و یا یک شبانه‌روز شیر خوردن، شیر باید متعلق به یک مرد (فحل) باشد. بنابراین، اگر طفل شیرخوار در قسمتی از مدت یک شبانه‌روز کامل یا در بعضی از دفعات شیر خوردن، شیر متعلق به شوهر دیگری را بخورد، احکام رضاع جاری نمی‌شود و این امر باعث حرمت و مانعیت نکاح نخواهد شد.

در متون فقهی اصطلاح «شوهر واحد» قید نشده است، بلکه واژه‌های «فحل واحد» و یا «صاحب اللبن واحد» به کار رفته است. مشهور فقها عقیده دارند فحل کسی است که حمل زن و شیر او ناشی از آن شخص باشد؛ هر چند شخص مزبور در هنگام رضاع، شوهر بالفعل زن شیر دهنده نباشد. بنابراین، اگر زنی پس از ازدواج و باردار شدن، در حالی که هنوز پستانش شیر دارد، به علت طلاق یا فوت همسر و یا علتهای دیگر از شوهرش جدا شود، مادام که ازدواج جدیدی نکرده است، شوهر اول همچنان «صاحب اللبن» و یا «فحل» فرض خواهد شد. وضعیت زن پس از جدایی از شوهر اول (به واسطه طلاق یا فوت او و یا علتهای دیگر) برای مدتی که شیرش متعلق به شوهر اول است، به ترتیب زیر قابل بررسی است:

۱. زن پس از جدایی از شوهر اول با شخص دیگری ازدواج می‌کند و نزدیکی صورت می‌گیرد ولی باردار نمی‌شود؛ در حالی که پستانش کما کان شیر دارد. در این فرض فحل یا صاحب اللبن همان شوهر قبلی است و اگر زن، طفلی را- با شرایط مقرر- شیر دهد، بین طفل و شوهر قبلی، نسبت پدر و فرزندی رضاعی به وجود می‌آید؛ هر چند معیار شیر دادن از نظر دفعه‌ها و مدت، پس از ازدواج جدید کامل

۱. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۹۷.

شود. بنابراین، اگر پیش از ازدواج دوم، زن چند دفعه طفل را شیر داده باشد و تعداد آنها را بعد از ازدواج کامل کند و توالی مقرر نیز وجود داشته باشد، ازدواج جدید و حتی نزدیکی با شوهر دوم نیز به ایجاد رابطه رضاعی بین شوهر اول و طفل، خدشه‌ای وارد نمی‌کند.

۲. زن پس از ازدواج دوم باردار شود؛ اما شیر پستان او مانند سابق باشد و تغییر نکند. در این فرض نیز به عقیده بیشتر فقها، شیر منتسب به شوهر قبلی است.^۱

۳. زن پس از ازدواج جدید، باردار شود و شیر پستانش مانند سابق نباشد و تغییری کرده، کم و زیاد شود و یا اینکه شیر او قطع و دوباره دارای شیر شود؛ به این صورت که نزدیکی و باردار شدن از شوهر جدید، در تغییر شیر مؤثر باشد. در این فرض بین فقها اختلاف عقیده بسیاری به چشم می‌خورد. به عقیده گروهی، معیار، احراز انتساب است و چنانچه احراز شود که شیر، هنوز منتسب به شوهر اول است، خود او صاحب شیر یا فحل خواهد بود؛^۲ اما گروه دیگر عقیده دارد که معیار، وضع حمل است و تا حمل متولد نشود، شیر مربوط به شوهر قبلی است و بعد از وضع حمل، به شوهر جدید تعلق دارد.^۳

۴. زن از ازدواج جدید باردار شود و وضع حمل کند، ولی شیر پستانش همچنان باقی باشد. در این صورت در انتساب کودک به شوهر جدید ظاهراً تردیدی وجود ندارد. با توجه به صورتهای مذکور، تصور اینکه زنی با شیر متعلق به دو شوهر طفلی را شیر بدهد، به خوبی روشن خواهد شد.

۵. زن شیر دهنده باید زنده باشد .

مقدار شیری که طفل پس از فوت زن ارتضاع می‌کند، اثری در نشر حرمت و ایجاد قرابت رضاعی ندارد. این حکم، مطابق نظریه بسیاری از فقهای امامیه است. به عقیده این گروه، لفظ «رضاع» در آیه و روایت، بر حسب تفاهم عرفی، در ارتضاع از زنده ظهور دارد و بنابراین، فقط این نوع ارتضاع موجب

۱. روح الله، موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۶۶؛ محمد حسن، موسوی بجنوردی، القواعد الفقہیة، ج ۴، ص ۳۳۲.

۲. همان.

۳. همان.

حرمت می‌شود؛ اما چون دلیلی بر ایجاد حرمت از طریق ارتضاع از میت وجود ندارد، این امر تحت اصالة الاباحه باقی می‌ماند که البته این استدلال مخدوش است.^۱

۱ - ۴ - ۵ - قرابت رضاعی بین دو طفل هم شیر

مشهور فقهای امامیه در تحقق قرابت رضاعی بین دو طفل، واحد بودن فعل را شرط دانسته‌اند و در غیر این صورت، هیچ‌گونه قرابت رضاعی یا حرمت نکاح را محقق نمی‌دانند؛ هر چند زن واحد باشد. به موجب نظریه مشهور، اتحاد فعل در مورد قرابت رضاعی بین دو طفل، هم شرط لازم است و هم شرط کافی؛ یعنی هرگاه زنی از شیر متعلق به یک شوهر پسری را با شرایط کامل شیر دهد و دختری را نیز با شرایط کامل از شیر متعلق به شوهر دیگری شیر بدهد، بین آن دو طفل قرابت رضاعی ایجاد نمی‌شود؛ زیرا ملاک تحقق قرابت رضاعی بین دو طفل، اتحاد فعل است.

به عکس، هرگاه از میان دو زن که در حباله شوهر واحدی هستند، یکی پسری را و دیگری دختری را طبق شرایط شیر دهد، به رغم تعدد شیردهندگان، به دلیل واحد بودن فعل، بین آن دو طفل قرابت رضاعی ایجاد می‌شود. مستند این نظریه، عقیده مشهور فقها و روایاتی است که این حکم از آنها استنباط می‌شود.^۲

در مقابل نظریه مشهور، ابو علی طبری، نویسنده تفسیر مجمع البیان معتقد است که در این مورد، اتحاد فعل شرط لازم نیست، بلکه اگر زن واحد باشد، به فرض تعدد شوهران، بازهم قرابت رضاعی به وجود می‌آید و موجب حرمت نکاح خواهد شد. به موجب این نظریه، اگر زنی با شیر متعلق به یک شوهر، دختری را، و با شیر متعلق به شوهر دیگر، پسری را شیر دهد، این دو طفل قرابت رضاعی پیدا می‌کنند و ازدواج بین آنها حرام می‌شود. مستند نظریه ابو علی طبرسی، عموماتی است که در مورد رضاع وجود دارد؛ از جمله روایت مذکور از رسول اکرم (ص) که فرموده‌اند: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» که با توجه به آن، چون طبق قاعده حاکم بر نسب، بین اولاد متعدد یک زن که از شوهران متعدد باشند، قرابت نسبی به وجود می‌آید و از سوی دیگر، قواعد حاکم بر نسبت عینا بر رضاع نیز حاکم است، بین دو طفلی که از مادر واحدی شیرخورده‌اند، قرابت رضاعی به وجود می‌آید و موجب حرمت نکاح می‌شود. شهید ثانی پس از بیان دو نظریه مذکور می‌گوید: نظریه مرحوم طبرسی، قطع نظر از نصوص

۱. مصطفی، یزدی (محقق داماد)، قواعد فقه، ج ۲، ص ۲۱۳.

۲. محمد حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، کتاب النکاح، باب ۲ و ۶ از ابواب رضاع.

وارد در این مورد، کاملاً موجه و منطقی است؛ ولی از نصوص وارد شده استنباط می‌شود که در نشر حرمت بین دو مرتضع اتحاد فحل ضروری است و از نظر اصول فقه، نسبت این نصوص به عمومات (روایت فوق)، نسبت خاص به عام است. بنابراین، چاره‌ای جز تخصیص نیست و با توسل به تخصیص در می‌یابیم که هر چند نسب و رضاع از حیث ایجاد حرمت یکسانند، ولی برای آنکه بین دو مرتضع قرابت رضاعی به وجود آید، صاحب اللبن باید واحد باشد و گرنه قرابت رضاعی ایجاد نمی‌شود.

۲- ۱- ۴- ۶- حکم رضاع

بنابر آنچه گفته شد، مطابق حدیث نبوی «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» و سایر روایات مربوط به رضاع، حرمت ناشی از رضاع به موازات حرمت حاصل از نسب است. با توجه به این روایت، مادر رضاعی و مادر او بر طفل مرتضع حرام است و همچنین هر کس که نسب او به صاحب اللبن برسد و نیز سایر بستگان زن شیردهنده مانند خواهر، برادر، پدر، پسر و نیز دختر مرضعه که خواهر رضاعی طفل مرتضع می‌شوند، بر طفل حرام خواهند شد. به علاوه، همان طور که گفته شد، اگر دو طفل با شرایط فوق از یک زن شیر بخورند با یکدیگر برادر و خواهر رضاعی می‌شوند و بر یکدیگر حرامند.^۱

نظریه اخیر متعلق به فقهای امامیه است، ولی برخی فقهای عامه حرمت رضاع را به مادران و خواهران رضاعی منحصر می‌دانند و به اشخاص دیگر سرایت نمی‌دهند. این گروه به آیه ۲۳ از سوره نساء استناد می‌کنند که در آنجا فقط به «أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ» و نیز «أُخَوَاتُكُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ» اشاره شده و از دیگران نام برده نشده است؛ ولی فقهای امامیه با استناد به حدیث مشهور و متواتر نبوی، غیر از مادران و خواهران، کلیه کسان دیگر را نیز که طبق قاعده نسب، حکم حرمت شامل آنهاست، در ردیف خواهران و مادران می‌دانند و مشمول حرمت ناشی از قرابت رضاعی محسوب می‌کنند. بنابراین نسب ناشی از رضاع نیز فقط در بحث محرمیت و نکاح مانند نسب مشروع و قانونی است و دیگر آثار نسب مشروع را دارا نمی‌باشد.

۱. مصطفی، یزدی (محقق داماد)، قواعد فقه، ج ۲، ص ۲۱۴.

۲- ۱- ۵- لقیط

۲- ۱- ۵- مفهوم لقیط در لغت و اصطلاح

به طور کلی، اشیای گمشده که افراد آنها را می‌یابند، تحت سه عنوان قرار می‌گیرد: یا مال است که آنرا لقطه می‌نامند یا حیوان که آنرا ضالّه (گمشده) گویند و یا انسان (طفل صغیر) و آن را لقیط می‌خوانند.

بنابراین مقصود از لقیط در لغت^۱ و فقه^۲ کودک صغیری است که در حاشیه خیابان‌ها یا مساجد و دیگر اماکن عمومی بدون سرپرست یافت می‌شود و توانایی حفظ و نگهداری خود را ندارد و پدر و مادرش معلوم نیست. البته در این‌که آیا طفل ممیز که گاهی بی سرپرست یافت می‌شود، مشمول احکام لقیط قرار می‌گیرد یا خیر؟ میان فقیهان دو نظریه مطرح می‌باشد: بعضی معتقدند عنوان لقیط بر طفل ممیز صدق نمی‌کند، زیرا اوقادار به حفظ و نگهداری خویش می‌باشد.^۳ ولی نظریه مشهور در بین فقها^۴ این است که بین طفل ممیز و غیر ممیز فرقی نیست و اطلاق التقاط بر حضرت یوسف (علیه السلام)^۵ هنگامی که او را در چاه یافتند با این‌که در آن زمان ممیز بوده و نیز عموم بعضی از اخبار^۶ هر دو را شامل می‌شود.

۲- ۱- ۵- نسب لقیط

۱. ر. ک: مبارک بن محمد، جزری (ابن اثیر)، النهایة فی غریب الحدیث و الاثر، ج ۴، ص ۲۶۴؛ جمال الدین محمد بن مکرم، ابن منظور الأفریقی المصری (ابن منظور)، لسان العرب، ج ۵، ص ۵۱۴؛ فخر الدین، طریحی، مجمع البحرین، ج ۳، ص ۱۶۴۰.
۲. نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلّی، شرائع الاسلام، ج ۳، ص ۲۸۳؛ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلّی، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۲۰۰؛ زین الدین بن علی، عاملی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام، ج ۱۲، ص ۴۶۱؛ علی بن حسین، محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۶، ص ۹۷.
۳. علی بن محمد، حائری طباطبایی، ریاض المسائل ج ۱۴، ص ۱۳۸؛ جواد بن محمد حسینی، عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۶، ص ۸۹؛ اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱۰، ص ۳۹۳ - ۳۹۴.
۴. نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلّی، شرائع الاسلام، ج ۳، ص ۲۸۳؛ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلّی، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۲۰۰؛ زین الدین بن علی، عاملی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام، ج ۱۲، ص ۴۶۲؛ محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۸، ص ۱۴۹؛ روح الله، خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۳۳.
۵. وَالْقُوَّةُ فِي غِيَابَةِ الْحُبِّ يَلْتَقِطُهُ بَعْضُ السَّيَّارَةِ؛ يوسف/ ۱۲، ۱۰.
۶. محمد حسن، نجفی، وسائل الشیعه، ج ۲۵، ص ۴۶۷ - ۴۶۸، باب ۲۲، از کتاب لقطه، ح ۱، ۳ - ۴ - ۵ - ۶.

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، اعم از این که این ادعا توسط ملتقط عنوان شود یا دیگری، و اعمط از این که ملتقط مسلمان باشد یا کافر. در این جا از مدعی بی‌نه‌ای مطالبه نمی‌شود، زیرا اقامه بی‌نه بر نسب مشکل است. این حکم مورد توافق فقها^۱ است، البته در صورتی که زنی ادعای فرزندی لقیط را داشته باشد، به نظر برخی از فقها باید بر طبق ادعای خود بی‌نه^۲ اقامه نماید. ادله آن عبارتند از:

اجماع، که بعضی آن را ادعا نموده‌اند.^۳... تقبل الدعوی علی وجه یثبت النسب لو کان المدعی أما کالأب، بل قیل: هو خیرة مجمع البرهان و قضیه إطلاق إقرار السرائر و الکتاب و النافع و الإرشاد و التذکره و التحریر و اللمعة و غیرها، بل عن ظاهر الأول الإجماع علی ذلک،^۴

۱. اطلاق و عموم ادله اقرار، زیرا مدعی به نسب مجهولی اقرار نموده است که عادتاً تحقق آن در حق وی امکان پذیر است.^۵

۲. اقامه بی‌نه بر نسب مشکل است و چنانچه با اقرار ثابت نشود، بسیاری از انساب از بین می‌رود.^۶

۱. محمد حسن، طوسی، المبسوط، ج ۳، ص ۳۴۷؛ حلی، محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام، ج ۳، ص ۲۸۷؛ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، ارشاد الأذهان، ج ۱، ص ۴۴۱؛ محمد بن مکی، عاملی (شهید اول)، الدرر الشریعة، ج ۳، ص ۷۸.

۲. حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۲۰۱؛ زین الدین بن علی، عاملی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام، ج ۱۲، ص ۴۸۳ و ۴۸۵؛ علی بن حسین، عاملی کرکی (محقق ثانی)، جامع المقاصد، ج ۶، ص ۱۰۴.

۳. علی بن حسین، عاملی کرکی (محقق ثانی)، جامع المقاصد، ج ۶، ص ۱۱۸؛ محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۸، ص ۱۹۹.

۴. «عن المرأة تسبی من أرضها و معها الولد الصغیر فتقول هو ابني و الرجل یسبی فیلقی أخاه و یتعارفان و لیس لهما علی ذلک بیئنه إلا إقرارهما، فقال: ما یقول من قبلکم؟ قلت: لا یورثونهم، لأنهم لم یکن لهم علی ذلک بیئنه، إنما كانت ولادة فی الشرک، فقال: سبحان الله إذا جاءت بابتها أو بنتها و لم تزل مقرة و إذا عرف أخاه و کان ذلک فی صحته من عقلهما و لم یزالا مقرین و رث بعضهم من بعض». (محمد بن حسن، جواهر الکلام، ج ۳۸، ص ۲۰۰).

۵. لأنه أقر بمجهول النسب، و أمکن أن یكون منه، و من کان کذلک قبل إقراره به، و لأن إقراره به لا یضر بغيره و لا یخالف الظاهر (محمد حسن، طوسی، المبسوط، ج ۳، ص ۳۴۷).

۶. لأن إقامة البیئنه علی النسب ممّا یعسر، و لو لم یثبت الاستلحاق لضاع کثیر من الأنساب (زین الدین بن علی، عاملی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام، ج ۱۲، ص ۴۸۳ - ۴۸۴).

۳. روایات که مهم‌ترین دلیل در این مورد می‌باشد، مانند آن که ابو بصیر می‌گوید: از امام صادق (علیه السلام) سؤال کردم کودکی متولد شده و پدر آن شناخته شده نیست، مردی مدعی می‌شود فرزند اوست و به نسب او اقرار می‌نماید، سپس آن‌را از خود نفی می‌نماید، حضرت جواب دادند: نمی‌تواند کودک را از خود نفی نماید: «قَالَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ»^۱ از این روایت استفاده می‌شود، نسب مجهول النسب با اقرار ثابت می‌شود و با انکار منتفی نمی‌گردد. روایات دیگری^۲ نیز با همین مضمون وارد شده است.

آنچه گفته شد، مربوط به موردی است که فقط یک نفر ادعای فرزند لقیط را داشته باشد و چنانچه دو نفر مدعی باشند، به ناچار با اقامه بیّنه ثابت می‌گردد. در این صورت اگر یک نفر اقامه بیّنه نمود به او ملحق می‌شود و آثار نسب مثل ارث و نفقه مترتب می‌گردد و اگر بیّنه نباشد و یا هر دو اقامه بیّنه نمودند، نسب به حکم قرعه^۳ مشخص می‌گردد.

۲- ۱- ۶- فرزند خواندگی یا تبّنی

فرزند خواندگی یا تبّنی در لغت به این معنی است که کسی فرزند دیگری را به فرزند خود بپذیرد^۴ و مقصود از آن در فقه نیز همین معنی می‌باشد. اعمّ از این که آن فرزند، مجهول النسب باشد مانند لقیط یا معلوم النسب باشد مانند یتیم و فرزندان فقرا. در مباحث فقهی تبّنی از دو بُعد تکلیفی و وضعی مورد قرار می‌گیرد.

۲- ۱- ۶- ۱- حکم تکلیفی (حرمت تبّنی)

۱. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۶، ص ۲۷۱، باب ۶ من ابواب میراث ولد الملائعنه، ح ۵۳.

۲. إِذَا أَفَرَّ الرَّجُلُ بِالْوَلَدِ سَاعَةً (كَمْ يَنْفَعُهُ) (همان، ح ۴)

۳. حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۲۰۱؛ علی بن حسین، عاملی کرکی (محقق ثانی)، جامع المقاصد، ج ۶، ص ۱۰۲؛ محمد حسن، طوسی، المبسوط، ج ۳، ص ۳۴۷؛ فخر المحققین محمد بن حسن، حلی، ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۱۳۶.

۴. محمد بن یعقوب، فیروز آبادی، القاموس المحيط، ص ۱۵۰.

تَبَنّی از جهت حکم تکلیفی شرعاً حرام است و جایز نیست افراد، فرزند دیگران را فرزند خود بدانند و احکام اولاد بر آن مترتب سازند. برخی از اعلام معاصرین^۱ به حرمت تَبَنّی تصریح نموده‌اند. و الحاق فرزند غیر به خود و به عنوان فرزندی شناسنامه برای او گرفتن، را جایز ندانسته و فرموده‌اند چنانچه شناسنامه موجب اشتباه در مسائل شرعی از قبیل توارث و محرم و نامحرمی، گرچه در آینده، بشود، لازم است آن را باطل کنید.^۲

۲- ۱- ۶- ۱- ۱- ادله حرمت تبني

۱- اگر کسی بداند کودکی از او به وجود نیامده است، حق ندارد او را به خود ملحق سازد، بلکه واجب است در صورتی که ظاهراً به او ملحق شود، او را از خود نفی نماید.^۳

علامه حلی در استدلال بر این فتوا می‌نویسد: «سکوت و عدم نفی از طرف کسی که این کودک را در اختیار دارد موجب می‌شود به وی ملحق گردد و به منزله اعتراف او به نسب این کودک می‌باشد و این عمل به اجماع فقها حرام است.^۴

۲- در روایات صحیح از امام صادق و امام باقر (علیهما السلام) نقل شده که فرموده‌اند: تَبَرّی از نسب و نفی آن به منزله کفر به خداوند متعال است. «كَفَرَ بِاللّٰهِ مَنْ تَبَرَّأَ مِنْ نَسَبٍ وَإِنْ دَقَّ دَقٌّ»^۵.

اطلاق این روایات شامل مسأله مورد بحث می‌باشد، زیرا کسی که فرزند دیگری را با فرزندخواندگی به خود ملحق می‌سازد، او را از کسی که شرعاً به او ملحق می‌باشد، نفی می‌کند و این امر غیر جایز و حرام است.

^۱ محمد رضا، گلپایگانی، مجمع المسائل، ج ۲، ص ۱۷۵؛ ابوالقاسم، خویی، صراط النجاة، ج ۱، ص ۳۳۵، محمد فاضل موحّدی، لنکرانی، جامع المسائل، ج ۱، ص ۴۳۵؛ علی، سیستانی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۱۱؛ لطف الله، صافی گلپایگانی، جامع الاحکام، ج ۲، ص ۴۳-۴۴.

^۲ محمد فاضل موحّدی، لنکرانی، جامع المسائل، ج ۱، ص ۴۳۵.

^۳ محمد بن منصور بن احمد، حلی ابن ادریس، السرائر، ج ۲، ص ۶۵۷؛ سبزواری، عبد الأعلى، مهذب الاحکام، ج ۲۶، ص ۲۵۳.

^۴ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۳۱۶.

^۵ محمد بن حسن، حرّعاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۵۰۶، باب ۱۰۷ من ابواب احکام الاولاد، ح ۱- ۲.

۳ - در برخی دیگر از روایات کسی که ادّعی نسب غیر معروف و مجهول را می‌کند، لعن گردیده است، مانند آن‌که از پیغمبر اکرم (صلی الله علیه وآله) نقل شده که فرموده است: «لَعَنَ اللَّهُ... وَمَنِ ادَّعَى نَسَبًا لَا يُعْرِفُ»^۱

۴ - مترتب ساختن احکام و آثار اولاد بر فرزند خوانده، موجب اختلاط انساب می‌گردد و مفسد بسیاری در پی خواهد داشت که هر کدام از آن‌ها برای حکم به حرمت تبنی، کافی است.

۲-۱-۶-۲ - حکم وضعی (عدم اثبات نسب با تبنی)

فرزند خواندگی در حقوق اسلامی، منشأ اثر نیست و آثار نسب بر آن مترتب نمی‌گردد. بنابراین فرزندخوانده از پدر یا مادر خوانده ارث نمی‌برد، آنان هم از او ارث نمی‌برند. همچنین بر آن‌ها واجب نیست نفقه او را بپردازند. اثری که بر قرابت نسبی از لحاظ منع نکاح بار می‌شود بر فرزند خواندگی مترتب نیست و نیز سایر دیگر احکام بر فرزند خوانده مترتب نمی‌شود.

۲-۱-۶-۱ - ادله عدم اثبات نسب

ادله ای که می‌تواند مستند این احکام باشد بدین قرار است:

۲-۱-۶-۲-۱ - کتاب

الف. در سوره احزاب آمده است: خداوند فرزند خوانده‌های شما را فرزند حقیقی شما قرار نداده است، این سخنی است که شما با زبان می‌گویید (از اعتقاد قلبی سرچشمه نمی‌گیرد). اما خداوند حق می‌گوید و به راه راست هدایت می‌کند. آن‌ها را (پسرخوانده‌ها) به نام پدرانشان بخوانید که این کار نزد خدا عادلانه‌تر است.

وَمَا جَعَلَ ادِّعَاءَكُمْ اَبْنَاءَكُمْ ذٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِاَفْوَاهِكُمْ وَاللّٰهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ^۲

^۱ محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۸، ص ۷۱، ح ۲۷؛ محمد بن حسن، حرّعاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۲۸۴، باب ۸۷.

تحریم تشبیه الرجال بالنساء و النساء بالرجال، ح ۱.

^۲ احزاب/ ۳۳، ۵.

توضیح این که، در عصر جاهلیت معمول بوده که بعضی از کودکان را به عنوان فرزند انتخاب می کردند و آن را پسر خود می خواندند و به دنبال این نام گذاری، تمام حقوقی را که یک پسر از پدر داشت برای او قائل می شدند، اسلام این مقررات غیر منطقی و خرافی را به شدت نفی کرد و چنان که در آیات بعد آمده است، پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) به امر خداوند متعال برای مبارزه با این سنت غلط، همسر پسر خوانده اش (زید بن حارث) را بعد از آن که از وی طلاق گرفت، به ازدواج خود در آورد تا روشن شود این الفاظ تو خالی نمی تواند واقعیت ها را دگرگون سازد، چرا که رابطه پدری و فرزندی، یک رابطه طبیعی است و با الفاظ و قراردادهای هرگز حاصل نمی شود، از این رو قرآن می گوید: این ها سخنان باطلی بیش نیست، اما خداوند حق می گوید.

سخن حق به سخنی گفته می شود که با واقعیت عینی تطبیق کند، یا اگر یک مطلب قراردادی است، هماهنگ با مصالح همه اطراف قضیه باشد و مسأله پسر خواندگی که حقوق فرزندان دیگر را تا حد زیادی پامال می کرد، نه واقعیت عینی داشت و نه قراردادی حافظ مصلحت عموم بود.

در ادامه، قرآن برای تأکید بیش تر و روشن ساختن خط صحیح و منطقی اسلام چنین می افزاید: آن ها را به نام پدران شان بخوانید که نزد خداوند عادلانه تر است .^۱ اَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ .
تعبیر به «اقسط» (عادلانه تر) بدین معنا نیست که اگر آن ها را به نام پدر خوانده ها صدا بزنید، عادلانه است و به نام پدران واقعی عادلانه تر، زیرا صیغه «افعل التفضیل» گاه در مواردی به کار می رود که وصف در طرف مقابل به هیچ وجه وجود ندارد.

در آخر نیز برای رفع هر گونه بهانه، اضافه شده است، اگر پدران آن ها را نمی شناسید، آنان برادران دینی و موالی شما هستند.^۲ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ^۳

ب. درآیه دیگری از سوره احزاب آمده است: هنگامی که زید بن حارثه از زینب دختر جحش جدا شد و او را رها کرد (طلاق داد) ما او را به همسری تو در آوردیم تا مشکلی برای مؤمنان در ازدواج با همسران پسر خوانده های خود، هنگامی که از شوهران خود طلاق بگیرند، نباشد . فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاهَا لَكَ لَا يَكُونُ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا^۴ به گفته

۱. همان .

۲. ناصر، مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ج ۱۷، ص ۱۹۷ - ۱۹۸؛ محمد حسین، طباطبایی، المیزان، ج ۱۶، ص ۲۷۵.

۳. احزاب/ ۳۳، ۵ .

۴. احزاب/ ۳۳، ۳۷ .

بسیاری از مفسران و مورخان اسلامی، این آیه در مورد داستان ازدواج زینب دختر جحش، دختر عمه پیامبر گرامی اسلامی (صلی الله علیه وآله) با زید بن حارثه برده آزاد شده آن حضرت نازل شده است و از ظاهر آیه استفاده می‌شود، این ازدواج یک ازدواج استثنایی و الهی بود، از این رو در تواریخ آمده است که «زینب» بر سایر همسران پیامبر (صلی الله علیه وآله) به این امر مباهات می‌کرد و می‌گفت: شما را خویشاوندانتان به همسری پیامبر در آوردند، ولی مرا خداوند در آسمان به همسری آن حضرت در آورد.

به هر صورت قرآن برای رفع هر گونه ابهام با صراحت تمام، هدف اصلی این ازدواج را که شکستن یک سنت جاهلی در زمینه اعتقاد به عدم جواز و خودداری از ازدواج با همسران مطلقه پسرخوانده‌ها بوده، بیان می‌دارد^۱ و از آن به خوبی معلوم می‌گردد با تبیین، نسب اثبات نمی‌گردد.

۲- ۱- ۶- ۲- ۱- ۲- سنت

۱- الحاق فرزند به صاحب نطفه

از روایات وارد شده برای تعیین اقل و اکثر حمل استفاده می‌شود، ملاک در نسب و الحاق، این است که طفل از نطفه مرد باشد به شرط آن که شش ماه و یا بیش‌تر از زمان وطی او با زنی که بچه از او متولد شده، گذشته باشد. مانند آن که، حلبی با سند صحیح از امام صادق (علیه السلام) نقل می‌کند که فرموده است: اگر مردی جاریه و خدمتگزاری داشته باشد که او را به عقد خود در آورده و با او همبستر شده باشد، سپس او را آزاد ساخته و او بعد از پایان عده با دیگری ازدواج نماید، چنانچه فرزندی که در رحم دارد، بعد از گذشت پنج ماه از ازدواج با مرد دیگر، متولد شود، فرزند از شوهر اول اوست و اگر بعد از شش ماه از ازدواج دوم باشد از شوهر اخیر می‌باشد. «قال: ... فَإِنْ وَضَعَتْ لِحَمْسَةِ أَشْهُرٍ فَإِنَّهُ لِمَوْلَاهَا الَّذِي أَعْتَقَهَا وَإِنْ وَضَعَتْ بَعْدَ مَا تَزَوَّجَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَإِنَّهُ لِرِجَالِهَا الْأَخِيرِ» و دیگر روایات که به این مضمون هستند.

۱. محمد بن حسن، طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۸، ص ۳۱۳؛ فضل بن حسن، طبرسی، مجمع البیان، ج ۸، ص ۱۶۳ - ۱۶۴؛ محمد بن احمد انصاری، قرطبی، الجامع الاحکام القرآن (تفسیر قرطبی)، ج ۱۴، ص ۱۹۳ - ۱۹۴؛ ناصر، مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ج ۱۷، ص ۳۱۶.

۲. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۳۸۰، باب ۱۷ من ابواب احکام الاولاد، ح ۱

۳. همان، باب ۱۷.

در مجموع از این روایات استفاده می‌شود فرزند فقط ملحق به کسی است که از نطفه او تَکُون یافته و به غیر او، مانند این که فرد دیگری با تَبَنی و ادّعا، طفلی را فرزند خود می‌داند، با این که از نطفه او تَکُون نیافته است ملحق نمی‌گردد.

۲ - الحاق فرزند به صاحب فراش

برخی دیگر از روایات دلالت دارد بر این که فرزند ملحق به مردی می‌گردد که به وسیله او مجامعت و انزال منی انجام شده است،^۱ همچنین برخی از روایات دلالت دارد که اگر در غیاب فردی، همسرش حامله شود، فرزند به او ملحق نمی‌شود^۲ و نیز روایاتی که دلالت دارد فرزند مربوط به فراش مرد است. اَلْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ^۳ از تمامی این روایات استفاده می‌گردد، الحاق و ثبوت نسب منحصر به وطی و انزال و فراش است، بنابراین با تَبَنی که هیچ کدام از امور ذکر شده، نمی‌باشد، نسب ثابت نمی‌گردد.

۲ - ۱ - ۶ - ۲ - ۱ - ۳ - سیره متشرّعه

از گذشته تاکنون بر این قرار گرفته که اگر فردی، ادّعای پدری طفلی مجهول النسب یا یتیمی را داشته باشد در صورتی که قرائنی بر صدق مدّعای او وجود نداشته باشد، نسب طفل به او ثابت نمی‌شود و مفروض کلام این است که متَبَنی دلیلی بر صدق مدّعای خویش ندارد.

نتیجه آن که، آنچه در این زمان مرسوم شده است که بعضی از مردم به هر دلیل، اطفال مجهول النسب را با ادّعا و تَبَنی به فرزندی می‌پذیرند و به خود ملحق و آثار فرزند حقیقی بر او مترتّب می‌نمایند، مجوّز شرعی ندارد، و هیچ اثری از آثار نسب حقیقی بر آن مترتّب نمی‌شود و چنین کودکی نسبت به خانواده‌ای که او را به فرزندی برگزیده‌اند، اجنبی است مگر این که از راه‌های شرعی، ایجاد محرمیت گردد. بنابراین قرابت حاصل از فرزند خواندگی همانند نسب مشروع نیست و تنها در چارچوب قانون برخی الزامات را می‌طلبد.

۱. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۷۸ - ۳۷۹، باب ۱۶ من ابواب احکام الاولاد، ح ۱.

۲. همان، ج ۲۱، ص ۴۹۷، باب ۱۰۰، ح ۱.

۳. همان، ج ۲۶، ص ۲۷۴ - ۲۷۵، باب ۸ من ابواب میراث ولد الملائعة، ح ۱ و ۴.

۲- ۱- ۷- معیار تحقق نسب مشروع

از مباحث بیان شده این سوال باقی است که آیا طفلی که از نظر لغوی و عرفی فرزند نامیده می‌شود، در شرع هم تا زمانی که ناشی از زنا نباشد، این وصف را دارا است یا این که نسب مشروع نیاز به علت مشروع دارد و آنچه ناشی از نکاح درست یا نزدیکی به شبهه نباشد، نامشروع است؟ از گفتار و سخنان فقها^۱ در باب نسب فهمیده می‌شود شارع در مسأله نسب حقیقت و تأسیس متفاوت از تأسیس عرفی ایجاد نکرده و تنها در ولد الزنا به دلیل مصالحی و براساس ادله‌ای خاص در نسب ناشی از آن یا در بعضی از احکام مترتب بر آن تصرف نموده است.^۲ بنابراین، مطابق معیارها و قواعد اصولی، در غیر مورد خاص «زنا» به عام رجوع می‌شود. عام در فرض بحث، مشروعیت نسب لغوی و عرفی است.

دلیل ما بر این که شارع، منحصرأ و تنها برخی احکام و آثار نسب ناشی از زنا را استثناء کرده و آن را غیر مشروع تلقی کرده است، اجماع، روایات و اخبار رسیده از پیغمبر(ص) و ائمه اطهار(ع) و سخنان فقها است که ذکر خواهد شد.

عده‌ای از فقها با این استدلال که نزدیکی حرام از دو جزء تشکیل شده است:

(۱) ادخال آلت مردانه

(۲) ریختن منی در رحم

عقیده دارند که هر یک از این دو عمل حرام مستقلاً است که گاهی با هم رخ می‌دهند. لذا هیأت اجتماعی متشکل از ادخال آلت و ریختن منی در رحم، تأثیری در عدم مشروعیت فرزند ندارد و شرط نیست، بلکه معیار، ریختن منی در رحم از روی آگاهی و عمد است و انصراف اطلاق ادله نفی نسب ناشی از زنا، به ریختن منی به صورت نزدیکی حرام، از آنجا که چنین انصرافی ناشی از غلبه وجود است مضر به اطلاق نیست، هم‌چنین فرد نادر که ریختن منی به رحم زن بدون نزدیکی می‌باشد از جهت حکم مشکوک نمی‌باشد، تا مانع اطلاق شود.

بنابراین به هر طریق حرام، منی مرد بیگانه به رحم زن بیگانه رسانده شود حرام و مانع الحاق فرزند به والدین طبیعی‌اش خواهد شد و مقصود از زنا در مسأله نسب اعم از «ادخال آلت مردانه به همراه ریختن

۱. فخر المحققین محمد بن حسن بن یوسف، حلّی، ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۴۲

۲. علی بن حسین، عاملی کرکی (محقق ثانی)، جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۹۱؛ محمد بن حسن موسوی، بجنوردی، قواعد فقهیه، ج ۴، ص ۴۴

منی در رحم» است و مواردی از قبیل تفتخیز مرد با زن بیگانه، سپس انزال منی و جذب آن توسط رحم، افراغ منی به رحم زن بیگانه، تلقیح اسپرم مرد بیگانه به تخمک زن بیگانه و... را شامل می‌شود.^۱ مؤیداتی را بر این نظریه هم ذکر کرده اند:

۱. در این زمینه برخی با برقراری تلازم بین حرمت زنا و نفی نسب و این که انتفای نسب حاصل از زنا در حدیث خاصی بیان نشده، از حرمت زنا نفی نسب را استفاده نموده‌اند.^۲ و حکم این مسأله را به سایر تماس‌های جنسی مرد و زن بیگانه که حرام ذاتی است تسری داده و از حرمت آن انتفاع نسب را استفاده نموده و همه تماس‌های نامشروع را در حکم زنا می‌شمرند؛ ضعف و سستی این مطلب در صفحات قبلی روشن شد.

۲. مشهور فقها در مسأله مساحقه زن شوهردار با دختر باکره با انتساب طفل به او مخالفت کرده‌اند و حکم زنا را درباره وی جاری ساخته‌اند چرا که دختر باکره کارش نامشروع می‌باشد. اما در مورد الحاق فرزند به شوهر از روایات نقل شده در مسأله مساحقه زن شوهردار با دختر باکره استفاده می‌شود که چون شوهر با زن خود نزدیکی کرده، هیچ اراده و اختیاری در انتقال نطفه به دیگری نداشته، لذا فرزند به او ملحق شده است^۳ در برابر نظریه یاد شده، برخی از فقها می‌گویند: با امعان نظر در روایات نتیجه می‌شود که عنوان زنا، از مفاهیم و موضوعات عرفی است که در مورد آن حقیقت شرعی ثابت نشده است.

معنای عرفی که در کتاب حدود در مسأله حد زنا، مفهوم زنا براساس آن تقریر شده است و در آن دخول آلت مردانه رکن اساسی و ضروری قید شده است و ظاهر عنوان «زنا» در کلمات فقها (لایثبت النسب بالزنا) نشان از همین معنای عرفی دارد؛ در واقع فقها در مسأله نسب ناشی از زنا، علاوه بر این که اصطلاح جدیدی، غیر آن چه در کتاب حدود گفته‌اند ندارند، بلکه تصریح کرده‌اند که مرادشان از زنا، مقاربت با شرایط خاص آن در حدود مورد نظر است، چنان که در مسأله نسب ناشی از زنا

۱. ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی (خانواده)، ج ۲، ص ۲۸.

۲. ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی (خانواده)، ج ۲، ص ۲۸.

۳. همان، ج ۲، ص ۳۰.

۴. همان، ج ۲، ص ۳۰.

می‌گویند: «و هو و طء المكلف محرمه بالأصالة مع العلم بالتحريم»^۱، تعاریفی مشابه این تعریف از جانب فقهای دیگر در همین موضوع ذکر شده است.^۲

بنابراین در پاسخ به این سخن که هیأت اجتماعی متشکل از ادخال آلت و ریختن منی در رحم، تأثیری در عدم مشروعیت فرزند ندارد و شرط نیست، می‌توان گفت: وقتی شارع در مقام بیان حکمی باشد بیانگر این است که آن هیأت اجتماعی باتمام حدود و قیودش موضوعیت داشته و در صورت تحقق هر یک از اجزای آن، اگرچه خود به تنهایی دارای اثر می‌باشند، اما اثر موضوع ترکیبی را ندارند^۳ بنابراین تردیدی نیست که به سایر تماس‌های جنسی عنوان زنا اطلاق نمی‌شود.^۴ اگرچه در حرمت و قبح ذاتی آن‌ها شکی نیست، ولی هر فعل حرامی حتی اگر ذاتی باشد، سبب نفی نسب نمی‌شود.

شاید این توهم از نظر شرعی به میان آید که این موارد هر چند زنا نیستند، لکن فاقد نسب می‌باشند. چراکه از عبارت فقها که گفته‌اند: «نسب با نکاح صحیح و با شبهه ثابت می‌شود» مستفاد می‌گردد که هر چیز که نکاح و یا شبهه نباشد، با آن نسب ثابت نمی‌شود هر چند زنا هم نباشد، چرا که اگر تمام فرزندان طبیعی، جز کودک ناشی از زنا، به پدر و مادر خود منسوب شوند، کافی بود تنها این استثنا بیان شود و نیازی به این تقسیمات نبود.^۵ بنابراین، همان‌گونه که بیان شده: نسب علت مشروع و قطعی می‌خواهد.^۶

در پاسخ این استدلال گفته شده: این تقسیم ناشی از چگونگی ارتباط جنسی مرد و زن در آن اعصار بوده و در نتیجه، نظرشان تنها به ثبوت نسب از جهت و طی بوده است و سایر نسب‌ها را لحاظ نکرده‌اند چنان‌که بعضی از فقها می‌فرمایند: «...المراد هنا ثبوت النسب من حیث الوطی» مراد ما از تقسیم نسب به سه قسم صحیح، شبهه، زنا، تنها ثبوت نسب از طریق و طی بوده است» تا به این اشکال «قد یشکل اولاً بخروج المکره... و ثانیاً بخروج التکون من مائه بمساحقه او غیرها مما هو ملحق به شرعاً» پاسخ

۱. جواد بن محمد حسینی، عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۷، ص ۲۰۲-۲۰۳.

۲. علی بن حسین، عاملی کرکی (محقق ثانی)، جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۹۰.

۳. ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی (خانواده)، ج ۲، ص ۳۰.

۴. البته در حدیثی از امام صادق (ع) بر نگاه و بوسیدن و لمس حرام، زنا اطلاق شده است. این اطلاق اولاً مجازی است و ثانیاً از حیث جرم و گناه است، نه این‌که در الحاق ولد و مسأله نسب مؤثر باشد (محمد بن حسن، حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۴، ابواب النکاح المحرم، ص ۲۴۶).

۵. ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی (خانواده)، ج ۲، ص ۲۸.

۶. حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۵۲۶.

دهند.^۱ پس از عبارت فوق حصر استفاده نمی‌شود و اگر حصر هم باشد حصر اضافی است نه حقیقی یعنی در میان سه رابطه «نکاح، شبهه و زنا» نسب تنها با نکاح و یا شبهه ثابت می‌شود و از این استفاده نمی‌شود که نسب با تلقیح مصنوعی یا حالت مادر جانشین یا حالت اهداء جنین ثابت نمی‌شود.

۲ - ۱ - ۸ - نتیجه‌گیری

مفهوم زنا در مسأله نسب همان مفهوم زنا در باب حدود است که یکی از رکن‌های ضروری آن ادخال است و شارع تنها در نسب ناشی از زنا تصرف کرده است و آن را معتبر ندانسته است و در بقیه موارد نمی‌توان حکم زنا را به آن سرایت داد.

^۱. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۴۷

فصل دوم - راههای جدید تحقق نسب

۲-۲-۱ - تلقیح مصنوعی

۲-۲-۱-۱ - مفهوم تلقیح در لغت و اصطلاح

تلقیح برگرفته از واژه لقاح^۱ است و در معانی زیر به کار رفته است.

۱- وارد کردن مایه درخت خرماي نر به درخت خرماي ماده برای بارور شدن.

۲ - وارد کردن مقدار کمی واکسن در بدن برای ایجاد ایمنی .

۳ - مایه زدن و واکسن زدن .

۴ - انتقال نطفه حیوان نر به ماده^۲ و به طور کلی بارور کردن و بارورسازی^۳.

باید دانست هرگاه این واژه بدون هیچ قیدی به کار رود، بر آباستن کردن دلالت می کند .

در اصطلاح فقه، حقوق و پزشکی نیز تلقیح بدین مفهوم است که اسپرم و تخمک به وسیله ابزار پزشکی یا هر وسیله دیگری غیر از مقاربت و نزدیکی ترکیب شوند.^۴

۱. لقاح در لغت عرب به معنی، قبول منی حیوان نر توسط حیوان ماده و به عبارت دیگر، آباستن شدن و باردار شدن است. (شوقی ، ضیف ، ۱۴۲۶ ق، المعجم الوسیط، ص ۸۳۴؛ محمدین مکرم، ابن منظور الافریقی المصری، لسان العرب، ج ۵ ، ص ۵۱۲؛ مبارک بن محمد، جزری (ابن اثیر) ، النهایة، ج ۴ ، ص ۲۶۲ به معنی منی حیوان نر شده است و برخی دیگر آن را به فرایندی در تولید مثل جنسی که طی آن سلولهای جنسی نر و ماده با هم ترکیب می شوند و سلول تخم به وجود می آید، معنی نموده است، فرهنگ بزرگ سخن ، ج ۷ ، ص ۶۴۲۲.

۲. ر. ک : حسن ، انوری، فرهنگ بزرگ سخن ، ج ۳، ص ۱۸۷۶؛ حسن ، عمید ، فرهنگ عمید، ج ۱ ، ص ۶۱۰ و ج ۲ ، ص ۱۷۲۰ .

۳. حسن ، انوری، فرهنگ بزرگ سخن ، ج ۳ ، ص ۱۸۷۶ .

۴. حسین ، انصاریان، الأسرة و نظامها فی الإسلام، ص ۱۴۹؛ قدرت الله ، انصاری ، موسوعة احکام الأطفال و ادلتها ، ج ۳، ص ۱۰۸ ؛ شهربانو ، محلاتی، بررسی خلاءهای قانونی حقوق کودک ناشی از تلقیح مصنوعی، ص ۲۶؛ حسن ، امامی، حقوق مدنی، ج ۳، ص ۲۳۴ .

بنابر این تلقیح مصنوعی شامل انواع روش‌هایی است که در آن‌ها تمام مایع منی یا اسپرم بعد از آمادگی با پرورده شدن در قسمت‌های مختلف اندام تناسلی زن قرار می‌گیرد و بدون نزدیکی جنسی امکان برخورد اسپرم و اوویست را فراهم می‌کند.^۱

۲-۲-۱- انواع تلقیح

تلقیح مصنوعی ممکن است به دو شکل انجام شود :

الف - تلقیح مصنوعی کامل که در آن پرورش و انعقاد اسپرم مرد و تخمک زن در داخل دستگاه صورت می‌گیرد که در این صورت طفل متولد شده را کودک آزمایشگاهی می‌نامند .

ب - تلقیح مصنوعی ناقص که از طریق جایگزینی مصنوعی اسپرم در داخل رحم صورت می‌گیرد تا همه یا بخشی از مراحل پرورش جنین در داخل رحم انجام پذیرد .^۲

همچنین به اعتبار دیگری تلقیح مصنوعی به دو قسم تقسیم می‌گردد :

۱ - تلقیح اسپرم مرد به همسرش، به تعبیر دیگر، تلقیح ناشی از نکاح بدون دخالت نطفه بیگانه که خود به صورتهای مختلف قابل تقسیم است .

۲ - تلقیح اسپرم مرد بیگانه به زن بیگانه یا تلقیح ناشی از غیر نکاح با دخالت نطفه بیگانه که آن را نیز به دو نوع تلقیح عمدی و غیر عمدی تقسیم می‌کنند .

روشن است هر یک از تقسیمات فوق در موردی است که ناباروری از طرف مرد باشد، اما اگر علت ناباروری، نبودن تخمک (اوول) از طرف زن باشد، شکل تلقیح متفاوت خواهد بود و برای آن نیز تقسیمات مختلفی مطرح است.^۳

در هر صورت تلقیح مصنوعی در فقه از دو نظر مورد توجه قرار می‌گیرد :

الف . از نظر حکم تکلیفی به معنی جواز یا عدم جواز و ممنوعیت آن.

۱. محمد رضا ، رضایا معلم ، باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، ص ۲۸.

۲. محمد جواد، فاضل لنکرانی، بررسی فقهی حقوقی تلقیح مصنوعی، ص ۱۲.

۳. همان، ص ۱۷ - ۱۴ ؛ قدرت الله ، انصاری ، موسوعه احکام الاطفال و ادلتها ، ج ۳، ص ۱۰۹ - ۱۱۲؛ محمد رضا ، رضایا معلم ، باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، ص ۲۸؛ عباس نایب زاده، بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی، ص ۲۸ - ۳۱ و ۴۵ - ۴۸.

ب. از نظر حکم وضعی نسبت به طفلی که از این روش به وجود می‌آید و این که آیا در نسب، ملحق به پدر و مادر طبیعی خود است یا این که ملحق به آنان نمی‌باشد؟
و نیز ارث بردن کودک متولد از تلقیح، از پدر و مادر طبیعی خود و همچنین ارث بردن پدر و مادر از او و دیگر حقوق. البته در حقوق مدنی این مسأله فقط از نظر حکم وضعی مورد مطالعه قرار گرفته است.

۲- ۲- ۱- ۳- جواز تلقیح مصنوعی در بعضی از صور

هرگاه با تلقیح مصنوعی نطفه مردی به وسیله ابزار پزشکی در مهبل یا رحم زوجه شرعی خود قرار گیرد، جایز است، اعم از این که لقاح اسپرم با تخمک متعلق به زن و شوهر ابتدا در رحم همسر انجام شود، یا در خارج از رحم و در محیط آزمایشگاهی به صور مختلفی که اینک متداول است یا در آینده دانشمندان به آن دست خواهند یافت و هیچ دلیل و مدرکی بر منع این کار وجود ندارد، البته چه بسا ممکن است، برخی از امور مقدماتی یا مقارن تلقیح، مانع شرعی در این امر ایجاد نمایند، مانند استمناء مرد یا نگاه کردن مرد به زن اجنبیه و بالعکس و یا تماس این دو به بدن و عورت یکدیگر و از این قبیل امور که در این صورت از نظر شرعی حرام می‌باشد امام خمینی (قدس سره) در این باره می‌نویسد: «شکی نیست که تلقیح منی مرد به زوجه خودش جایز است، هر چند واجب است از انجام مقدمات محرم پرهیز گردد، بنابراین در صورتی که نطفه مرد به وجه حلال خارج شود و زوج آن را به زوجه خود تلقیح نماید، شرعاً جایز است و منعی ندارد و در صورتی که فرزند متولد شود منتسب به آنها است، همان‌طور که اگر با جماع و نزدیکی باشد منتسب می‌گردد»^۱.

بسیاری از فقهای معاصر^۲ از جمله آیه‌الله فاضل لنکرانی نیز به جواز آن تصریح نموده‌اند. دلیل جایز بودن این گونه باروری صرف نظر از موانع عارضی، این است که نطفه از اسپرم مرد و همسر قانونی و شرعی وی بسته شده است و فقط لقاح از راه معمولی نبوده که دلیلی بر حرام بودن این شیوه لقاح وجود ندارد. برائت شرعی و عقلی نیز بر جایز بودن آن دلالت دارد، علاوه بر این که اصل اباحه در این مورد

۱. روح الله، خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۲۱، مسأله ۱.

۲. عبد الأعلى، سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۲۵، ص ۲۴۷؛ ابوالقاسم، خویی، منهاج الصالحین (مستحدثات المسائل)، ص ۴۲- ۴۳؛ ناصر، مکارم شیرازی، الفتاوی الجدیة، ج ۱، ص ۴۲۷؛ میرزا جواد، تبریزی، المسائل المتجبة، ص ۴۲۵؛ محسن طباطبایی، حکیم، منهاج الصالحین (المحشی للحکیم)، ج ۲، ص ۳۰۰، مسأله ۴.

جاری می‌شود. باید دانست حتی در صورتی که نازایی زن یا عدم توانایی بارور ساختن مرد منجر به نوعی اضطراب و حرج شود که زندگی زوجین را در معرض از هم پاشیدن قرار دهد یا مشکلات غیر قابل تحمل دیگری پدید آورد، عمل تلقیح اسپرم زوج و زوجه با وجود موانع شرعی نیز جایز است. در این صورت قاعده لاحرج این مانع را بر می‌دارد، زیرا این قاعده نسبت به همه احکام الزامی، جریان پیدا می‌کند».^۱

۲- ۱- ۲- ۴- حرمت تلقیح با نطفه مرد بیگانه

یکی از اقسام کلی تلقیح مصنوعی این است که نطفه مردی را در رحم زنی که زوجه شرعی و قانونی او نیست، قرار دهند و با تخمک او تلقیح کنند. برای این قسم تلقیح، اقسامی متصور است.

۱- علت ناباروری زن از شوهر باشد، به طوری که اسپرم او به هیچ وجه قادر به بارور ساختن زن نباشد.

۲- علت ناباروری زن باشد، در این صورت اسپرم شوهر او را با تخمک زن اجنبیه دیگری تلقیح می‌کنند. این فرض نیز اقسامی دارد، مانند این که زن دریافت کننده اسپرم، همسر قانونی مرد دیگری است یا این که همسر کسی نیست.

۳- هر یک از اقسام فوق ممکن است به دو صورت انجام پذیرد:

الف. صورتی که زن و مرد، جاهل به عمل تلقیح باشند، مثل این که، زن شوهرداری به پزشک مراجعه کند و از حامله نشدن خود شکایت نماید و درخواست مداوای خود را داشته باشد و پزشک به عنوان مداوا و شستشوی رحم، نطفه مردی را که برای تجزیه ماده حیاتی در آزمایشگاه خود داشته در رحم زن قرار دهد و زن بدین وسیله حامله گردد.

ب. در صورتی که زن و مرد هر دو نسبت به عمل تلقیح علم داشته و با آگاهی آن‌ها انجام گرفته باشد. دیدگاه مشهور و معروف^۲ (در مقابل نظریه مشهور، دیدگاه دیگری مبتنی بر جواز این قسم از تلقیح مصنوعی است، موافقان این نظریه اندک و مستند آنها روایاتی است که از آنها جواب داده شده و نمی‌تواند دلیل حکم قرار گیرد.) در میان فقیهان معاصر، حرمت تلقیح مصنوعی در تمام صور فوق

۱. محمد جواد، فاضل لنکرانی، بررسی فقهی حقوقی تلقیح مصنوعی، ص ۵۷.

۲. ر. ک: عباس، نایب زاده، باروری مصنوعی، ص ۴۶، محمد جواد، فاضل لنکرانی، بررسی فقهی حقوقی تلقیح مصنوعی، ص ۱۱۸- ۱۲۲.

می‌باشد. با این توضیح که اگر زوجین یا یکی از آن‌ها علم به آن نداشته باشند و پزشک معالج بدون اطلاع آن‌ها مبادرت به انجام آن نماید، عمل انجام شده توسط پزشک، حرام می‌باشد. امام خمینی (قدس سره) در این باره می‌نویسد: «تلقیح به اسپرم غیر زوج جایز نیست، بدون فرق بین این که زن، شوهر داشته باشد یا نه، زوج و زوجه راضی به این عمل باشند یا نه، زن از محارم صاحب اسپرم مثل مادر و خواهرش باشد یا نه».^۱ دیگر فقهای معاصر^۲ نیز به حرمت آن تصریح نموده‌اند.

۲- ۲- ۱- ۵- ادله ی فقهی حرمت تلقیح با نطفه مرد بیگانه

تلقیح مصنوعی و باروری به کمک ابزار پزشکی به شیوه‌ای که امروز مطرح است در آیات و روایات سابقه‌ای نداشته و به صراحت بیان نگردیده است و در فقه نیز جز در عصر حاضر پیشینه‌ای ندارد. ولی با عنایت به اصول و موازین فقه شیعه می‌توان احکام و آثار باروری پزشکی را استنباط کرد. در ذیل به ادله‌ای که می‌تواند مستند حکم حرمت تلقیح اسپرم مرد به غیر همسرش قرارگیرد، اشاره می‌شود:

۲- ۲- ۱- ۵- اطلاق و عموم برخی از آیات

آیاتی در قرآن کریم وجود دارد که به موجب آنها، زنان و مردان موظف به حفظ فروج (اندام تناسلی) خود شده‌اند، مانند:

۱- قُلْ لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ... وَقُلْ لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ...^۳

« ای پیامبر به مردان مؤمن بگو چشمان خود را - از نگاه کرده به زنان نامحرم و آنچه نظر افکندن بر آن حرام است - فرو گیرند و دامان خود را حفظ نمایند ... و به زنان با ایمان بگو چشمان خود را فرو گیرند - و از نگاه کردن به مردان نامحرم، خودداری نمایند - و دامان خود را حفظ نمایند »

^۱ روح الله، خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۹۱، مسأله ۲.

^۲ عبد الأعلى، سبزواری، مهذب الأحكام (للسبزواری)، ج ۲۵، ص ۲۴۷؛ محمد فاضل موحدی، لکنرانی، جامع المسائل، ص ۴۸۹؛ محمد رضا، گلپایگانی، مجمع المسائل، ج ۲، ص ۱۷۷؛ ناصر، مکارم شیرازی، الفتاوی الجدیده، ص ۴۲۷ - ۴۲۸؛ علی، سیستانی، المسائل المتخبة، ص ۵۳۲.

^۳ نور / ۲۴، ۳۰ - ۳۱.

۲ - وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ - إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ... فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ^۱

خداوند در اوصاف مؤمنین رستین می‌فرماید: «آنان کسانی هستند که فروج خود را از بی‌عفتی حفظ می‌کنند، مگر نسبت به همسران و کنیزانشان که در بهره‌گیری از آن‌ها هیچ‌گونه ملامت و سرزنش ندارند و هر کس غیر این طریق را - جهت بهره‌گیری جنسی - طلب کند، ستمکار و متجاوز است .

تعبیر به محافظت ، گویا اشاره به این است که اگر مراقبت مستمر و پی‌گیر در این زمینه نباشد، بیم آلودگی فراوان است^۲.

به گفته بعضی از مفسرین، معنی آیه چنین می‌شود: مؤمنین موظفند فروج خود را در تمام حالات حفظ نمایند، مگر زوج نسبت به زوجه و بالعکس^۳ و هر گونه مباشرت آن‌ها در خصوص اندام تناسلی، موجب ملامت و تجاوز و ستمگری است، مگر مباشرت زوجین که ملامتی در آن نیست^۴.

۳ - إِنَّ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ... وَالْحَافِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَالْحَافِظَاتِ... أَعَدَّ اللَّهُ لَهُمْ مَغْفِرَةً وَأَجْرًا عَظِيمًا^۵.

«مردان مسلمان و زنان مسلمان ... و مردانی که دامان خود را از آلودگی و بی‌عفتی حفظ می‌کنند و زنانی که عقیف و پاکند... خداوند برای آن‌ها مغفرت و اجر عظیمی فراهم ساخته است».

در این آیه شریفه سخن از پاداش بزرگ خداوند برای کسانی است که دارای صفات ذکر شده در آن، از جمله حفظ دامن از آلودگی و زشتی می‌باشند، یعنی حفظ از زنا و انواع بی‌عفتی و فساد و گناه^۶.

از این آیات استفاده می‌شود هر عملی که با حفظ فروج (اندام تناسلی) منافات داشته باشد، تجاوز از حدود و مقررات شرعی است و با نبود رابطه زوجیت یا فقدان اجازه شرعی و قانونی، هر گونه عملی در فرج از جمله تلقیح مصنوعی مجاز نمی‌باشد.

در آیات مذکور به‌ویژه آیه ۳۰ سوره مبارکه نور در هنگام امر به حفظ فرج، متعلق حفظ، بیان نشده است، از این رو عدم ذکر متعلق حفظ، افاده عموم می‌نماید. بنابراین به مقتضای آیه کریمه، حفظ فرج

۱. مؤمنون/ ۲۳ ، ۵ - ۶ - ۷.

۲. ناصر، مکارم شیرازی ، تفسیر نمونه ، ج ۱۴ ، ص ۱۹۸

۳. محمدبن محمد رضا ، قمی مشهدی، کنز الدقائق ، ج ۶ ، ص ۵۸۱ ؛ فضل بن حسن ، طبرسی ، مجمع البیان ، ج ۷ ، ص ۱۷۷

۴. ابو عبدالله محمد بن عمر ، فخر رازی ، تفسیر الکبیر ، ص ۲۰۸.

۵. احزاب / ۳۳ ، ۳۵.

۶. محمد حسن ، طوسی ، تفسیر التبیان، ج ۸ ، ص ۳۰۹.

از هر چیز لازم است، خواه ورود نطفه از طریق زنا باشد یا سایر مقاربت‌های غیر مشروع (مساحقه، تفخیز و...) یا به وسیله انتقال نطفه به درون رحم به وسیله ابزار آلات پزشکی و تلقیح مصنوعی . البته ممکن است گفته شود اگر شوهر که محرم به تمام بدن زوجه خود است یا خود زوجه عمل تلقیح را انجام داده و نطفه مرد اجنبی را در رحم قرار دهد، مشمول نهی در آیات مزبور نمی‌باشد^۱ که در پاسخ می‌توان گفت حفظ فرج از ادخال نطفه اجنبی هر چند توسط شوهر یا خود زن باشد از شؤون حفظ از غیر است، از این رو اطلاق حفظ از غیر، مقتضی حرمت ادخال نطفه غیر شوهر به رحم زن می‌باشد.^۲

همچنین در استدلال به آیات مزبور ایراد دیگری وارد شده به این بیان که اگر در موردی حکم کلی بیان گردد و متعلق آن حذف شود باید از قرائنی چون مناسبت حکم و موضوع و دیگر قرائن بدست آورد که متعلق جنسیت و مناسبات کلامی و قرائن عرفی چه اقتضایی دارد؟

در این باره از آیات مزبور به قرینه مناسبت حکم و موضوع استفاده می‌شود، مقصود از حفظ فرج در آن‌ها حفظ از لمس و نگاه و وطی غیر شوهر (زنا) است و شامل حفظ از هر چیز حتی ورود اسپرم مرد بیگانه توسط ابزار آلات پزشکی امروزه نمی‌شود.^۳

شاهد این مدعا روایاتی است که در تفسیر آیات مزبور وارد شده، مبنی بر این که مقصود از حفظ فروج در این آیات فقط حفظ از زنا است، مگر در آیه ۳۱ سوره مبارکه نور که مقصود، حفظ از نگاه نامحرم است. به عنوان نمونه: ابو بصیر از امام صادق (علیه السلام) نقل می‌کند که فرموده است: «آنچه در قرآن درباره حفظ فروج آمده است، مقصود حفظ کردن از زنا است، غیر از این آیه که مقصود از آن پوشاندن از دید و نگاه دیگران است

قال: كُلُّ آيَةٍ فِي الْقُرْآنِ فِي ذِكْرِ الْفُرُوجِ فَهُوَ مِنَ الزَّنا إِلَّا هَذِهِ الْآيَةُ فَإِنَّهَا مِنَ النَّظَرِ...»^۴

۱. عباس نایب زاده، باروری مصنوعی، ص ۴۷.

۲. همان، به نقل از علی، قزوینی، آثار حقوقی تلقیح مصنوعی، ص ۱۷۰؛ نامه مفید، فصلنامه دانشگاه مفید، شماره سوم، سال اول، ۱۳۷۴.

۳. ر.ک: محمد جواد، فاضل لنکرانی، بررسی فقهی حقوقی تلقیح مصنوعی، ص ۹۰؛ محمد آصف محسنی، قندهاری، الفقه والمسائل الطبیة، ص ۸۹.

۴. محمد باقر بن محمد تقی، مجلسی، بحارالانوار، ج ۱۰۱، ص ۳۳، باب ۳۴ من یحل النظر، ح ۵.

به نظر می‌رسد ایراد مزبور مربوط به استدلال به آیاتی است که در آنها، متعلق حفظ فروج ذکر نگردیده و بر استدلال به دیگر آیات وارد نیست. توضیح این که در ذیل بعضی از آیات که در آنها امر به حفظ اندام تناسلی شده، آمده است: (فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ)^۱ هر کس غیر این مسیر را طلب کند، ستمکار و متجاوز است. در استدلال به این قسمت از آیات، نیازی به قاعده حذف متعلق و استفاده عموم نیست و از آن استفاده می‌شود کسانی که غیر از ازدواج و ملک یمین را اراده کنند، از ستمگران و تجاوزگران می‌باشند.

کلمه (وَرَاءَ ذَلِكَ)؛ اطلاق دارد، یعنی اگر مردان برای غیر از این دو دسته، اندام تناسلی خود را حفظ نکردند از تجاوزکاران و ستمگران خواهند بود. بدیهی است که یکی از مصادیق آن، موردی است که مرد نطفه خود را در رحم زن اجنبیه قرار دهد.^۲

۲- ۲- ۱- ۵- ۲- اطلاق و عموم روایات

روایات وارد شده در این زمینه را می‌توان به چند دسته تقسیم نمود.

دسته اول - روایاتی است که بر حرمت قراردادن نطفه مرد بیگانه در رحم زن اجنبی دلالت دارد، مانند آن که از امام صادق (علیه السلام) نقل شده که فرموده‌اند: بزرگترین عذاب در روز قیامت برای مردی است که نطفه خود را در رحم زنی که بر او حرام است قرار دهد. «إِنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَذَابًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ رَجُلٌ أَقْرَ نُطْفَتَهُ فِي رَحِمٍ يَحْرُمُ عَلَيْهِ»^۳

همچنین امیر المؤمنین (علیه السلام) از پیامبر اکرم (صلی الله علیه وآله) نقل نموده‌اند که فرموده است: هیچ گناهی در نزد خداوند بعد از شرک، بزرگتر از این نیست که مردی نطفه خود را از طریق حرام در رحم زنی وارد نماید. «مَا مِنْ ذَنْبٍ أَعْظَمَ عِنْدَ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى بَعْدَ الشُّرْكِ مِنْ نُطْفَةٍ حَرَامٍ وَضَعَهَا إِمْرُؤٌ فِي رَحِمٍ لَا تَحِلُّ لَهُ»^۴ روایات دیگری نیز به همین مضمون وارد شده است.^۵

^۱. مؤمنون / ۲۳، ۷؛ معارج / ۷۰، ۳۱.

^۲. محمد جواد، فاضل لنکرانی، بررسی فقهی حقوقی تلقیح مصنوعی: ۹۶ - ۹۷؛ قدرت الله، انصاری، حاشیه موسوعه احکام الأطفال و ادلتها، ج ۳، ص ۱۱۷ - ۱۱۸.

^۳. محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۵، ص ۵۴۱، باب الزانی، ح ۱.

^۴. میرزا حسین، نوری، مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۳۳۵، باب ۴، من ابواب نکاح المحرم و ما یناسبه، ح ۱.

^۵. همان، ح ۴.

از ظاهر این دسته از روایات استفاده می‌شود که قرار دادن نطفه مرد به هر طریقی در اندام تناسلی زن بیگانه حرام است، خواه تزریق اسپرم منجر به حاملگی بشود یا نشود، زیرا آن‌چه موضوع حرمت است، قراردادن نطفه مرد بیگانه در رحم زن است و روش ادخال خصوصیتی ندارد. بر این اساس حتی با رضایت زن و مرد هم ممنوعیت بر طرف نمی‌شود.

به عبارت دیگر، مقاربت و نزدیکی، یکی از مصادیق بارز و آشکار قراردادن نطفه مرد بیگانه در رحم زن اجنبی است و چون مقصود از حکم، تنها مصداق شایع آن نیست، استقرار نطفه بیگانه در رحم زن مطلقاً حتی با ابزار پزشکی امروزه نیز حرام و ممنوع خواهد بود. لیکن بر استدلال به این روایات ایراداتی شده است: نخست آن‌که، سند پاره‌ای از آن‌ها ضعیف می‌باشد و ارزش استنادی ندارند.

دوم این‌که: عباراتی چون «أَقْرَأُ نُطْفَتَهُ فِي رَحِمِ يَحْرُمُ عَلَيْهِ» ارتباطی با موضوع بحث ندارند و به آن‌چه در این خصوص متعارف است (استقرار نطفه در رحم به صورت زنا) منصرف است، از طرفی این دلیل اخص از مدعا است و شامل بسیاری از صورت‌های تلقیح مصنوعی نمی‌شود، زیرا جمله فوق ظاهر بلکه صریح است در این‌که قرار دادن نطفه به صورت مباشرت باشد، پس اگر این عمل به وسیله خود زن یا شوهر انجام شود مشمول روایات نمی‌شود. به علاوه اگر چه بعضی از روایات به طور عام «تضییع منی» را ممنوع اعلام می‌کند، ولی نمی‌توان از آن‌ها حرمت تلقیح مصنوعی را استظهار نمود، چرا که روایاتی وجود دارد که عزل منی را تجویز می‌نمایند و این روایات از حیث سند بر روایات تضییع منی برتری دارند.^۱

دسته دوم: روایاتی است که دلالت بر لزوم احتیاط در باب نکاح و دماء دارد مانند، این‌که شیخ طوسی از علاء بن سیابه نقل می‌کند که می‌گوید از امام صادق (علیه السلام) در مورد نکاح زنی که به مردی وکالت داده تا او را به مرد دیگری تزویج نماید، سؤال شد، امام بعد از توضیحاتی فرمودند: بسیار سزاوار است که در مورد نکاح احتیاط رعایت شود، چرا که نکاح مربوط به اندام تناسلی است و مربوط به فرزند است. «فَقَالَ (علیه السلام): إِنَّ النِّكَاحَ أَحْرَى وَأَحْرَى أَنْ يُحْتَاطَ فِيهِ وَهُوَ فَرْجٌ وَمِنْهُ يَكُونُ الْوَلَدُ».^۲ بعد از تصریح به این‌که اجرای عقد ازدواج به وسیله وکیل قبل از اعلام عزل وی توسط موکل صحیح است، امر به احتیاط فرموده و شبهه در آن، حکمیه می‌باشد و از این‌که امام (علیه السلام) به کسانی که

۱. ر. ک: قدرت الله، انصاری، موسوعة احکام الأطفال و ادلتها، ج ۳، ص ۱۲۱ - ۱۲۲.

۲. محمد بن حسن، حرعالمی، وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۵۹، باب ۱۵۷، من ابواب مقدمات النکاح، ح ۳.

به بطلان نکاح (در صورتی که بعد از عزل موکل و قبل از اعلام به وکیل انجام شده باشد) حکم داده‌اند، اعتراض نموده معلوم می‌گردد، امر به احتیاط استحبابی نیست.

بنابراین مقتضای تعلیل در امر نکاح و اندام تناسلی به این که منشأ فرزند می‌باشد، لزوم رعایت احتیاط در تلقیح مصنوعی است و دلیلی برای اجرای برائت در مثل این گونه موارد وجود ندارد. مؤید این برداشت، مطلبی است که در جای خود به اثبات رسیده است به این که رجوع به برائت عقلیه و شرعیه در شبهه موضوعیه و مصداقیه در باب دماء و فروج و اعراض و نفوس جایز نیست؛ زیرا شارع به حفظ این امور اهتمام وافر دارد.^۱

به عبارت دیگر، از مباحث گوناگونی که فقها در باب نکاح، دماء و نسب، مطرح نموده‌اند چنین برمی آید که مذاق شرع در این باره، عنایت ویژه و مراقبت خاص و احتیاط بر فروج و دماء، بی هیچ تجربی و تساهلی است.

چنین دیدگاهی ریشه در روایاتی دارد که از ائمه اطهار (علیهم السلام) بر جای مانده است، مانند آن که امام صادق (علیه السلام) در روایتی می‌فرماید: مسأله اندام تناسلی در میان است که موضوع آن مهم است و از آن طفل متولد می‌گردد و ما احتیاط می‌کنیم، بنابراین با آن زن ازدواج نکند. «هُوَ الْفَرْجُ وَأَمْرُ الْفَرْجِ شَدِيدٌ وَمَنْهُ يَكُونُ الْوَلَدُ وَنَحْنُ نَحْتَاطُ فَلَا يَتَزَوَّجُهَا».^۲

خلاصه اینکه، هر چند نصّ خاصی از قرآن و سنت بر حرمت تلقیح مصنوعی وجود ندارد، ولی مقتضای قاعده احتیاط، لزوم ترک آن است. بنابراین در صورت شک در جواز تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه راهی برای اجرای اصل برائت و اباحه وجود ندارد، بلکه به مقتضای عموم علت (لزوم احتیاط در مبدأ تکون انسان) رعایت احتیاط موارد لازم است و مقتضای احتیاط در این خصوص عدم جواز و ممنوعیت عمل تلقیح با نطفه مرد اجنبی است.

دسته سوّم: روایاتی است که در آن‌ها به حرمت اختلاط انساب و از بین رفتن آن اشاره شده است. مانند آنکه ابن سنان از امام رضا (علیه السلام) نقل نموده که فرموده است: خداوند زنا را حرام کرده است، زیرا موجب فساد است، مثل قتل نفس، از بین رفتن انساب، ترک تربیت فرزندان، از بین رفتن ارث و

۱. ر. ک: محمود هاشمی، شاهرودی، قراءات فقهیه معاصره فی معطیات الطب الحدیث، ج ۱، ص ۲۵۴؛ محمدعلی، اراکی، المکاسب المحرمه، ص ۲۳۶ - ۲۳۷.

۲. محمد بن حسن، حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۲۵۸، باب ۱۵۷، من ابواب مقدمات النکاح، ح ۱.

دیگر موارد مشابه. «وَحَرَّمَ اللَّهُ الزَّنا لِمَا فِيهِ مِنَ الْفَسَادِ مِنْ قَتْلِ النَّفْسِ وَذَهَابِ الْأَنْسَابِ وَتَرْكِ التَّربِيَةِ لِلْأَطْفَالِ وَفَسَادِ الْمَوَارِيثِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنْ وَجُوهِ الْفَسَادِ»^۱ روایات دیگری نیز در این باره وجود دارد.^۲ این دسته از روایات نشان می‌دهد از بین رفتن انساب، از اسرار و حکمت حرمت زنا است و مبعوض شارع می‌باشد و باید از آن به هر طریقی که ممکن است اجتناب گردد، بنابراین در هر کجا که عملی موجب از بین رفتن انساب شود، این حکمت جاری است و باید از آن اجتناب شود زیرا حکمت حکم در موارد ثبوت آن کم‌تر از علّت نیست.^۳ در نتیجه با استفاده از این روایت، حکم حرمت تلقیح اسپرم مرد بیگانه با زن اجنبی اثبات می‌گردد، چرا که موجب از بین رفتن انساب می‌گردد، البتّه این روایات از نظر سند ضعیف است، به علاوه این که علّت حکم، می‌تواند معمم و مخصّص قرار گیرد، نه حکمت به منزله مقتضی است و ممکن است مانعی آن را از تأثیر باز دارد.^۴

۲- ۲- ۱- ۵- ۳- اثبات سیره

در عبارت بعضی از محققین آمده است، سیره متشرّع بر این امر قائم است که باید زن از پذیرش نطفه غیر از شوهر خود اجتناب نماید هر چند شوهر قادر به بارور ساختن همسر خود نباشد با آنکه سیره متّصل به زمان معصوم نیست و مستند به فتاوی فقها است، پذیرفته شده می‌باشد.^۵ زیرا چه بسا، تطابق اهل فتوا بر حکمی بدون وجود نصّ معینی که دلالت بر آن حکم داشته باشد، برای ما در غالب موارد اطمینان آور است که نوعی ارتکاز متشرّعی و تطابق سلوکی وجود داشته است که اهل فتوا بدان اعتماد می‌کردند و آن سیره خود کاشف از روایتی غیرمکتوب بوده که منشأ شکل‌گیری سیره و ارتکاز متشرّعی بوده است.

۲- ۲- ۱- ۵- ۴- اتفاق و تسالم اصحاب

۱. همان، ج ۲۰، ص ۳۱۱، باب ۱، من ابواب النکاح المحرم، ح ۱۵.
۲. همان، ص ۳۳۲، باب ۱۷، ح ۱۲.
۳. محمد مؤمن، قمی، کلمات السدیة فی مسائل الجدیة، ص ۸۷- ۸۸.
۴. قدرت الله، انصاری، موسوعة احکام الأطفال وادلتها، ج ۳، ص ۱۲۹.
۵. محمود هاشمی، شاهرودی، قراءات فقهیة معاصرة فی معطیات الطب الحديث، ج ۱، ص ۲۵۶.

برخی دیگر از محققین مدعی شده‌اند، رحم زوجه فقط باید نطفه را از زوج خود بپذیرد و به وسیله او صاحب فرزند شود و حق ندارد رحم خود را در اختیار مرد اجنبی قرار دهد. با این مقدمه می‌توان نتیجه گرفت، تلقیح مرد بیگانه با زن اجنبی حرام است و این حکم مورد تسالم بین اصحاب است.^۱

۲- ۱- ۵- ۵- مغایرت با اغراض تشریع ازدواج

بعضی از فقیهان در این‌باره نگاشته‌اند: «پذیرش این روش (تلقیح مرد بیگانه با زن اجنبی) با اغراض قانون‌گذار اسلام در تشریع ازدواج و برقراری روابط زناشویی و بقای خانواده ناسازگاری دارد و موجب از بین رفتن مصالح مهم دیگری است که در تشریع ازدواج و برقراری روابط زناشویی بین زن و مرد مد نظر شارع بوده است.^۲

هم‌چنین آیة‌الله میلانی گفته است: «از ظواهر آیات و روایات درباره لقاح اختیاری (مصنوعی) چیزی به نظر نمی‌رسد، ولی از لحن خطاب و ذوق فقهی می‌توان گفت: که یقیناً جایز نیست.^۳ شبیه این عبارت از آیة‌الله بروجردی نیز نقل شده است.^۴

نتیجه این‌که، هر چند استدلال به بعضی از آیات و روایاتی که ذکر شده مورد خدشه قرار گرفته است، لیکن دلالت برخی از آن‌ها تمام است. بنابراین با استناد به آن‌ها و نیز به مقتضای قاعده احتیاط در نفوس و اغراض و دماء، حرمت تلقیح اسپرم مرد بیگانه به زن اجنبی اثبات می‌گردد و این حکم شامل مرد اجنبی و زن اجنبیه و پزشکانی که به انجام این عمل مبادرت می‌ورزند در جمیع اقسام آن می‌باشد.

۲- ۱- ۶- نسب در تلقیح مصنوعی

جهت بررسی وضعیت نسب در اقسام تلقیح مصنوعی لازم است، تقسیم‌بندی زیر مورد توجه قرر گیرد:

۱. تقی، طباطبایی قمی، مبانی منهاج الصالحین، ج ۱۰، ص ۲۵۴.

۲. جوابیه آیة‌الله صافی به سؤال سر دبیر مجله رهنمون، س ۱۳۷۱، ص ۲۲۲ به نقل از عباس، نایب زاده، باروری مصنوعی، ص

۳. عباس، نایب زاده، باروری مصنوعی، ص ۵۵.

۴. همان.

قسم اول: معلوم باشد کودک پرورش یافته با روش تلقیح در رحم زن، از نطفه شوهر شرعی و قانونی اوست. در این قسم هیچ تردیدی وجود ندارد که کودک ملحق به آن زن و شوهر می‌باشد و تمام آثار نسب صحیح بین ایشان جاری است، خواه عمل تلقیح به وسیله شوهر انجام گرفته باشد یا به وسیله شخص اجنبی، و هم‌چنین اعم از این که زوجین از این عمل مطلع باشند یا هر دو و یا یکی از آن‌ها بی‌اطلاع باشند. زیرا تمام شرایط نسب مشروع در این فرض وجود دارد، تنها فرقی که با موارد عادی دارد این است که در لقاح مصنوعی طفل از راه طبیعی و عادی، یعنی نزدیکی زن و شوهر به وجود نیامده است و آن هم خصوصیتی در تحقق نسب ندارد، زیرا در تحقق نسب، شرط این نیست که نطفه مرد از راه نزدیکی به رحم زن منتقل شود، بلکه به هر طریقی منتقل شود طفل ملحق به آنان خواهد بود.

قسم دوم: موردی است که تردید شود که کودک از نطفه شوهر ایجاد شده یا مرد اجنبی دیگر، در این مورد تا زمانی که احتمال نزدیکی بین زوجین و انعقاد تکون طفل از اسپرم شوهر موجود باشد (مانند آن که از تاریخ نزدیکی شوهر تا زمان تولد طفل کم‌تر از شش ماه و بیش‌تر از حداکثر حمل نگذشته باشد) در این صورت نیز به حکم قاعده فراش ملحق به آنان می‌باشد و آثار نسب صحیح مترتب می‌گردد، بسیاری از فقهای معاصر بر طبق این حکم فتوا داده‌اند^۱ زیرا چنان که در تحقیق قاعده فراش گذشت، این قاعده مختص به باب زنا نیست، بلکه در هر کجا که امکان الحاق طفل به شوهر باشد، جاری است.

قسم سوم: موردی است که طفل در رحم مستأجره تکون یابد بدین صورت که نطفه شوهر را با تخمک همسرش در خارج از رحم تلقیح نمایند و در رحم زن دیگری قرار دهند تا پرورش یابد و یا این که ماده حیاتی و اسپرم را از حیوانی که دارای منی است، بگیرند. در این صورت پدر طبیعی و عرفی طفل تکون یافته در رحم مستأجره، مرد صاحب اسپرم است، و فرقی نمی‌کند که زن دارای رحم مستأجره، دارای شوهر باشد یا نباشد. توضیح بیش‌تر در این باره در فرض چهارم خواهد بود. البته در این که آیا مادر طفل در فرض مزبور کدام یک از دو زن می‌باشند، بین فقها بحث و گفتگو است.

۱. روح الله، خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۲۱؛ مسأله ۳؛ عبد الأعلى، سبزواری، مهذب الأحكام، ج ۲۵، ص ۲۴۸؛ محمد رضا، گلپایگانی، مجمع المسائل، ج ۲، ص ۱۷۷؛ علی، سیستانی، المسائل المنتخبة، ص ۵۳۳؛ محمد آصف محسنی، قندهاری، الفقه و مسائل طبیه، ص ۹۸؛ محمد جواد، فاضل لنکرانی، بررسی فقهی، حقوقی تلقیح مصنوعی، ۱۶۲.

۲- ۱- ۶- ۱- نسب مادری

الف: به برخی از فقها نسبت داده شده که با استناد به آیه ۲ سوره مجادله که می‌فرماید: مادر آن‌ها تنها کسانی هستند که ایشان را زاده‌اند (...إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ...).^۱ گفته‌اند: زنی که طفل در رحم او پرورش یافته مادر طفل است و آثار و احکام نسب بر آن مترتب می‌شود.^۲ برخی دیگر از محققین نیز همین نظر را پذیرفته‌اند.^۳

در نقد این نظریه باید گفت: این آیه شریفه در مقام این نیست که مادر را تعریف کند تا اطلاق آن مسأله مورد بحث را شامل شود، بلکه در مقام آن است که بینش غلط جاهلیت که معتقد بودند اگر مردی زن خود راظهار^۴ نماید به منزله مادر او محسوب می‌شود و دیگر نمی‌تواند با وی ازدواج نماید، را تغییر دهد. شاهد این برداشت آن است که چنانچه طفل را با عمل سزارین و جراحی از شکم مادر بیرون آورند، دیگر مادر فرزند را به دنیا نیاورده و ولادتی در کار نیست، در حالی که عرف، زنی که طفل از شکم او بیرون آورده‌اند را مادر می‌داند هر چند او را نزاده است.^۵

ب: برخی دیگر از فقیهان مانند امام خمینی معتقدند که در این مسأله، طفل به زوجین (مرد و زنی که اسپرم و تخمک آن‌ها منشأ پیدایش طفل بوده است) ملحق می‌شود و زنی که از رحم او برای پرورش تلقیح استفاده شده، مادر طفل نیست.^۶ زیرا فرض بر این است که طفل از اسپرم و تخمک زوجین تکوّن یافته، بنابراین غذایی که در رحم زن مستأجره استفاده می‌کند، مانند غذایی است که بعد از تولّد

۱. مجادله/ ۵۸، ۲.

۲. قدرت الله، انصاری، موسوعة احکام الأطفال وادلتها، ج ۳، ص ۱۳۱.

۳. محمد آصف محسنی، قندهاری، الفقه و مسائل طبیّیه، ص ۹۱، محمد، صدر، ماوراء الفقه، ج ۶، ص ۴۱ و ۱۷-۱۸.

۴. «ظهار» بر وزن «فعال» از ماده «ظهر» به معنی پشت و محلّی که راکب سوار می‌شود و مقصود از آن در فقه آن است که مرد با گرفتن جمله: ظهرکِ کظهر اُمّی زن خود را به کسانی که ازدواج با آنها از جهت نسب و یا رضاع حرام است تشبیه می‌نماید و احکامی بر آن مترتب می‌گردد. ر. ک: علی بن محمد، حائری طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۱۲، ص ۳۷۵؛ زین الدین بن علی، عاملی (شهید ثانی)، الروضة البهیّة، ج ۶، ص ۱۱۷.

۵. محمد جواد، فاضل لنکرانی، بررسی فقهی حقوقی تلقیح مصنوعی، ص ۱۶۵-۱۶۴؛ قدرت الله، انصاری، موسوعة احکام الأطفال وادلتها، ج ۳، ص ۱۳۲-۱۳۱.

۶. روح الله، خمینی، تحریر الوسیله، ص ۵۶۱-۵۶۰، مسأله ۱۰.

و خارج قرار گرفتن از رحم، استفاده می‌نماید. بنابراین نمی‌تواند این واقعیت را که طفل از نطفه زوجین تکون یافته را تغییر دهد.^۱

بعضی هم گفته‌اند: زنی که از رحم او برای تکون طفل استفاده شده به منزله مادر رضاعی است، زیرا گوشت و استخوان طفل، از اوست.^۲

ج: گروهی دیگر از فقیهان قائل به لزوم رعایت احتیاط شده‌اند،^۳ زیرا به نظر آن‌ها هیچ کدام از ادله طرفین تمام نیست. آیه‌الله فاضل لنکرانی در این باره نگاشته است: «جاری شدن احکام مادری نسبت به زنی که بچه را در رحم خود بپروراند و پس از زایمان شیر دهد، مشکل است و باید از جهت محرمیت و ازدواج احتیاط شود.»^۴ به هر حال در این فرض تردید پیدا می‌شود که مادر طفل کدام یک از این دو زن می‌باشند و این مسأله در اطراف علم اجمالی وارد می‌شود که به مقتضای آن باید احتیاط رعایت گردد، بنابراین در مثل ارث باید مصالحه شود و در مورد نکاح باید طرفین نسبت به یکدیگر احتیاط نمایند. هم‌چنین در موارد دیگر نیز احتیاط لازم است. قسم چهارم از اقسام تلقیح که بیش‌تر واقع می‌شود این است که معلوم باشد طفل از اسپرم مرد اجنبی با تخمک زنی که همسر شرعی و قانونی او نیست، تکون یافته است، در این فرض طفل به پدر طبیعی (صاحب نطفه) و مادر طبیعی (زنی که در رحم او پرورش یافته) ملحق می‌گردد و آثار نسب مترتب می‌گردد در این حکم بین اعلام فقها معاصر اختلافی نیست.^۵ آیه‌الله فاضل لنکرانی در این فرض می‌نویسد: «در هر حال بچه ملحق به صاحب نطفه است».^۶ در مذهب الأحکام نیز آمده است: «به مادر طبیعی ملحق می‌گردد، هر چند نفس این عمل از نظر مقررات شرعی، منکر است».^۷ در این فرض طفلی که با روش تلقیح مصنوعی تکون یافته به منزله طفل متولد از شبهه می‌باشد که قبلاً توضیح داده شد.

۱. محمد مؤمن، قمی، کلمات سدیده فی مسائل جدیدة، ص ۹۹.

۲. ناصر، مکارم شیرازی، الفتاوی الجديدة (مسائل طبیة)، ص ۴۲۷.

۳. محمد علی، اراکی، استفتاءات، سؤال ۶ و ۸ از مسائل پزشکی، ص ۲۴۹ - ۲۵۰؛ علی، سیستانی، المسائل منتخبة، ص ۵۳۳، محمدرضا، گلپایگانی، مجمع المسائل، ج ۲، ص ۱۷۷.

۴. محمد فاضل موحدی، لنکرانی، جامع المسائل، ج ۲، ص ۵۷۱.

۵. روح الله، خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۲۱، مسأله ۳؛ علی، سیستانی، المسائل المنتخبة، ص ۵۳۳؛ ناصر، مکارم شیرازی، الفتاوی الجديدة، ص ۴۲۸؛ فقه والمسائل طبیة، ص ۹۸؛ محمد، صدر، ماوراء الفقه، ج ۶، ص ۲۸ - ۲۴.

۶. محمد فاضل موحدی، لنکرانی، جامع المسائل، ج ۲، ص ۵۷۱.

۷. عبد الأعلى، سبزواری، مهذب الأحکام، ج ۲۵، ص ۲۴۸.

۲ - ۲ - ۱ - ۷- ادله تحقق نسب در تلقیح مصنوعی

اصل

الف . با این توضیح که آنچه از دلایل مختلف در باب نسب و دیگر ابواب استفاده می‌شود، این است که هر طفل به مردی ملحق می‌شود که از نطفه او به وجود آمده باشد و به زنی منتسب می‌گردد که در رحم او تکون یافته باشد، مگر موردی که فردی بر طبق دلیل معتبر شرعی از این اصل استثنا و خارج شده باشد، مانند ولد ناشی از زنا که ملحق به زانی نمی‌گردد و فرقی نیست بین این که اسپرم به طور طبیعی و با عمل زناشویی در رحم قرار گرفته باشد یا به وسیله تلقیح مصنوعی.

بر این اساس طفل ایجاد شده از تلقیح مصنوعی به پدر و مادر طبیعی خود ملحق می‌شود، اعم از این که آن‌ها عالم باشند یا جاهل، زیرا بچه از اسپرم و تخمک آن‌ها به وجود آمده و از نظر عرف و لغت فرزند آن‌ها به شمار می‌آید، دلیل شرعی هم آن را نفی ننموده است. به بیان دیگر در تحقق زنا که ولد ناشی از آن شرعاً به صاحب نطفه ملحق نمی‌شود، آمیزش زن و مرد شرط است، ولی در مورد تلقیح اسپرم مرد بیگانه در رحم زن تعریف و عنوان زنا صدق نمی‌کند، بنابراین نسب محقق می‌شود. بعضی از فقها در توضیح این اصل نوشته‌اند: «آنچه از شرع فهمیده می‌شود، این است که نسب طفل در جمیع موارد اثبات می‌گردد، مگر در موردی که یقین بر خلاف پیدا شود، تا اعراض مردم محفوظ بماند و افعال مؤمنین بر صحت و درستی حمل شود».^۱

ب. ادله‌ای که دلالت دارد در باب مساحقه، طفل به صاحب نطفه ملحق می‌شود. زیرا ملاک حکم در تلقیح مصنوعی و مساحقه، واحد است. توضیح این که، نظریه مشهور میان فقیهان این است که - اگر مردی با زن خود آمیزش نماید، سپس آن زن با زن دیگری مساحقه نماید و نطفه از او به زن دوم منتقل و حامله شود، طفلی که متولد می‌شود به صاحب نطفه ملحق می‌گردد و در این که آیا به زنی که طفل در رحم او پرورش یافته ملحق می‌گردد و یا خیر؟ نظریات مختلفی مطرح گردیده که تحقیق در این باره مجال بیشتری می‌طلبد.^۲

۱. محمد بن حسن، فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۳۶.

۲. ر.ک: محمد بن حسن، طوسی، النهایه، ص ۷۰۷؛ نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۴، ص ۱۶۱؛ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۵۳۸؛ حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، مختلف الشیعه، ج ۹، ص ۱۹۶؛ صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، غایه المرام، ج ۴، ص ۳۲۹؛ محمد فاضل موحدی، لکنرانی، تفصیل الشریعه (کتاب الحدود)، ص ۳۴۳ - ۳۴۴.

۲ - ۲ - ۱ - ۸ - اقوال فقها

۲ - ۲ - ۱ - ۸ - ۱ - دخول شرط اثبات نسب

این مطلب نخست اصل است، محقق حلی در این باره می نویسد: «دلیل الحاق ولد مساحقه به صاحب نطفه به این جهت است که از آن نطفه تکوّن یافته و عنوان نطفه زانی بر او صدق نمی کند».^۱ عبارت برخی دیگر از فقها نیز چنین است.^۲

۲ - ۲ - ۱ - ۸ - ۲ - نزدیکی و مجامعت شرط تحقق نسب

روایاتی است که در این زمینه وارد شده است، از جمله در روایت صحیح، محمد بن مسلم از امام باقر و صادق (علیهما السلام) روایت کرده است که فرموده اند: امام مجتبی (علیه السلام) در مجلسی نشسته بود عده ای وارد شدند و درخواست ملاقات با امیر المؤمنین (علیه السلام) را داشتند، حضرت فرمودند: برای چه کاری درخواست ملاقات دارید؟ گفتند: برای مسأله ای و آن را چنین مطرح نمودند: مردی با زن خود جماع کرده است و زن در همان حالت با دختر باکره ای مساحقه نموده و در نتیجه ی این عمل، نطفه از رحم زن وارد رحم دختر گردیده و حامله شده است، حکم آن چیست؟ امام مجتبی (علیه السلام) بعد از توضیحاتی فرمودند: طفل پس از تولّد به صاحب نطفه رد شود. «وَيَنْتَظَرُ بِالْجَارِيَةِ حَتَّى تَضَعَ مَا فِي بَطْنِهَا وَيُرَدُّ الْوَلَدُ إِلَى أَبِيهِ صَاحِبِ النُّطْفَةِ...»^۳ و نیز روایات دیگری که در این باره است.^۴

۲ - ۲ - ۱ - ۸ - ۳ - انزال منی مرد به رحم زن شرط اثبات نسب

۱. نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۴، ص ۱۶۱.

۲. علی بن محمد، حائری طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۲۵؛ زین الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام، ج ۱۴، ص ۴۲۱؛ محمد فاضل موحّدی، لکنرانی، تفصیل الشریعة (کتاب الحدود)، ص ۳۴۳ - ۳۴۴.

۳. محمد حسن، حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۸، ص ۱۶۷ - ۱۶۸، باب ۳، من ابواب حد السحق والقیادة، ح ۱.

۴. همان، ص ۱۶۸ تا ۱۷۰، ح ۲ - ۳ - ۴.

روایاتی^۱ که دلالت دارد، در صحت الحاق طفل به پدر شرط نیست که نطفه با مجامعت و به طور طبیعی منتقل شده باشد، بلکه در صورتی که مرد انزال نموده و نطفه ناخودآگاه به رحم منتقل شده باشد، نیز طفل ملحق به صاحب نطفه می‌باشد، زیرا ملاک در هر دو مورد واحد است.^۲

۲ - ۲ - ۱ - ۸ - ۴- نطفه شرط اثبات نسب

ظاهر بعضی از آیات، مانند آن که می‌فرماید: آیا انسان در آغاز نطفه‌ای از منی نبود که در رحم ریخته می‌شود؟ (أَلَمْ يَكُنْ نُطْفَةً مِنْ مَنِيِّ يَمَنِ) ^۳ یا می‌فرماید: و اوست که دو زوج مذکر و مؤنث را می‌آفریند از نطفه‌ای که خارج می‌شود و در قرارگاه رحم می‌ریزد. (وَأَنَّهُ خَلَقَ... مِنْ نُطْفَةٍ إِذَا تُمْنِي) ^۴ و یا می‌گوید: انسان باید فکر کند از چه چیز آفریده شده؟ او از یک آب جهنده آفریده شده که در آب منی شناور است و به هنگام بیرون آمدن، جهش دارد. (فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ - خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ) ^۵. نطفه با ویژگی‌هایی که در این آیات به آن اشاره شده، همان نطفه مرد است که امروزه آن را حیوان منوی نامند و منشأ خلقت انسان است. در آیه دیگری می‌فرماید: و اوست کسی که از آب، بشری آفرید و او را دارای خویشاوندی نسبی و دامادی قرار داد... (وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا...) ^۶ در این آیه به دو نکته بسیار ظریف اشاره شده است، اول این که منشأ پیدایش و ماده سازنده بشر با تعبیر «خلق» به معنی ایجاد و ابداع کردن که از صفات اختصاصی خداوند است ^۷ بیان شده است، چنان که «نسب» و «صهر» با تعبیر «جعل» به معنای گرداندن و تغییر دادن چیزی بر یک حالت خاص که می‌تواند صفت غیر خدا هم باشد ^۸ بر واژه «بشر» مترتب شده است، از این رو وجود دو تعبیر خلق و جعل در کنار هم و در یک آیه اشعار به این دارد که این دو، معنای متفاوت دارند. نکته دیگر، از تفریع «فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا» بر «خُلِقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا» استفاده می‌شود که همان بشر خلق شده از آب دارای نسب است

۱. همان، ج ۲۱، ص ۳۷۸ - ۳۷۹، باب ۱۵ من ابواب احکام الاولاد، ح ۱ و باب ۱۶، ح ۱ و ۲.

۲. ر. ک: قدرت الله، انصاری، موسوعه احکام الأطفال و ادلتها، ج ۳، ص ۱۴۰ - ۱۴۱.

۳. قیامت/ ۷۵، ۳۷.

۴. نجم/ ۵۳، ۴۵ - ۴۶.

۵. طارق/ ۸۶، ۵ - ۶.

۶. فرقان/ ۲۵، ۵۴.

۷. حسین بن محمد راغب، اصفهانی، مفردات ألفاظ القرآن، ص ۱۵۷.

۸. همان، ص ۹۴ و ۱۵۷.

و نسب وی دارای اعتبار و حالت تغییر یافته‌ای از آب (نطفه) و از غیر آن نشأت نمی‌گیرد، بلکه با لحاظ منشأ خلقت بشر، نسب اعتبار و تشریع می‌شود. همین معنا، در روایات به طور واضح و روشن بیان شده است. مثلاً امام جعفر صادق (علیه السلام) از امیر المؤمنین (علیه السلام) نقل می‌کند که فرموده است: مردی نزد رسول خدا (صلی الله علیه و آله) آمد و گفت: کنیزی که هنگام آمیزش با او عزل می‌کردم فرزندی به دنیا آورده است، پیغمبر (صلی الله علیه و آله) فرمودند: گاهی بند مشک رها و فرزند به او ملحق می‌شود. فقال (علیه السلام): «إِنَّ الْوَكَاءَ قَدْ يَنْفِلْتُ فَأَلْحَقَ بِهِ الْوَلَدَ»^۱ رها شدن بند مشک کنایه از ورود منی مرد به رحم زن است و چون منی (اسپرم) منشأ پیدایش فرزند است، فرزند به صاحب منی ملحق می‌شود.

۲-۲-۲ - رحم اجاره ای یا مادر جانشین

وضعیت نسب طفل متولد از مادر جانشین در دو حالت نسب مادری و پدری قابل بررسی است که در این قسمت از نوشتار به بررسی نسب طفل مزبور در حالات مختلف استفاده از رحم جایگزین پرداخته می‌شود. در این خصوص لازم است ابتدائاً به تبیین مفهوم و اشکال مختلف استفاده از رحم جایگزین که برای بررسی چنین حکم وضعی ضروری است، پرداخته شود.

۲-۲-۲-۱ - تعریف رحم جایگزین

نظر به این که مباحثی مانند مفهوم استفاده از رحم جایگزین و اشکال مختلف آن، در شمار اموری است که می‌تواند چنین موضوعی را برای بررسی حکم وضعی آن تبیین کند لذا بنا است ابتدائاً به تبیین مفهوم قرارداد مزبور و معرفی اشکال مختلف آن پرداخته و سپس به بررسی حکم وضعی آن بپردازیم. در لقاح خارج رحمی در مواقعی که زنی برای به ثمر رساندن جنین زوج دیگر باردار می‌شود، اطلاق رحم جایگزین به کار می‌رود. تعاریفی برای استفاده از رحم جایگزین ارائه شده که برخی آن را چنین تعریف کرده‌اند: «قراردادی است که به موجب آن، یک زن (مادر جانشین) در مقابل یک زوج ازدواج

۱. محمد حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۳۷۸، باب ۱۵ من ابواب احکام الاولاد، ح ۱.

کرده (والدین حکمی) موافقت می‌کند که جنینی را برای آن‌ها حمل کرده، بچه را به دنیا آورد و او را به مجرد تولد، به آن زوج تسلیم نماید و آن‌ها بچه را مثل فرزند خودشان بزرگ کنند»^۱

با بهره‌مندی از این تعاریف، تعریف بهتری برای استفاده از رحم جایگزین ارائه شده است: «قرارداد استفاده از رحم جایگزین توافقی است که بر پایه آن، زنی (مادر جانشین) می‌پذیرد تا با روش‌های کمکی تولید مثل و استفاده از اسپرم و تخمک والدین حکمی یا اشخاص ثالث که در آزمایشگاه بارور شده و یا به جنین تبدیل شده، باردار شود و در حالی که ارتباط ژنتیکی با فرزند ندارد، فرزند ناشی از آن تخمک بارور شده یا به جنین تبدیل شده را حمل کند و پس از تولد، او را به زوج طرف توافق (والدین حکمی یا متقاضی) تحویل دهد».^۲

این تعریف از آن جهت که به اشکال مختلف استفاده از رحم جایگزین اشاره دارد جامع افراد است و نیز از آن جهت که بارداری مادر جانشین با تخمک خویش را در بر ندارد، مانع اغیار است و به این ترتیب ایرادات تعاریف قبلی را ندارد.

۲-۲-۲ - حکم تکلیفی اجاره رحم «جواز یا عدم جواز»

بحث رحم اجاره‌ای از مسائل مستحدثه‌ایست که با پیشرفت علم پزشکی ایجاد شده و در سال‌های نخستین اسلام مطرح نبوده است. از این رو آیه یا روایتی که به طور صریح بر این موضوع دلالت داشته باشد، وجود ندارد. همچنین به دلیل نوظهور بودن این مسئله، از فقهای متقدم فتوایی در این زمینه صادر نشده است. پس به ناچار تنها می‌توان به بررسی آراء فقهای معاصر پرداخت.

مشهور فقهای معاصر از جمله آیت‌الله خامنه‌ای، آیت‌الله مکارم شیرازی و آیت‌الله خویی بر جواز این مسئله حکم نموده و در این باره اختلاف چندانی ندارند.^۳ تنها عده‌ای معدود از فقها از جمله آیت‌الله تبریزی و آیت‌الله فاضل لنکرانی حکم به عدم جواز نموده‌اند.^۴

۱. عباس، نایب‌زاده، بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی (مادر جانشین - اهدای تخمک جنین)، ص ۸۲.

۲. محمد رضا، رضایا معلم، باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، ص ۱۸۰

۳. از جمله این فقها آیت ا... خامنه‌ای و آیت ا... مکارم شیرازی می‌باشند. (هاشم، بطحایی گلیپایگانی، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، ص ۳۹۷، ابوالقاسم، خویی، منهاج الصالحین، ج ۱، ص ۴۲)

۴. رک: میرزا جواد، تبریزی، صراط النجاه، ج ۶، ص ۴۵۹؛ محمد فاضل موحدی، لنکرانی، جامع المسائل، ج ۱، ص ۶۰۶.

در عدم جواز اجاره رحم به آیات و روایاتی استناد شده است که در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲-۲-۱- آیات

۱- وَ قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَ يَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ؛ ای رسول ما زنان مؤمن را بگو تا چشم‌ها و فروج و اندامشان را محفوظ دارند.^۱

۲- وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ؛ آنان که فروج و اندامشان را از عمل حرام نگاه می‌دارند، مگر بر جفت‌هایشان یا کنیزان ملک یمین آن‌ها که هیچ گونه ملامتی در مباشرت این زنان بر آن‌ها نیست. و کسی که غیر این زنان حلال را به مباشرت طلبد البته ستم‌کار و متعدی خواهد بود.^۲

قائلین به عدم جواز، به آیات فوق استناد کرده و معتقدند در این آیات متعلق «حفظ» حذف شده و حذف متعلق بر عمومیت آن دلالت دارد. یعنی واجب است که زنان مسلمان فروج خویش را از هر چیزی اعم از نگاه، لمس و در اختیار گذاردن برای دیگری که جنینش را پرورش دهد، حفظ کنند.^۳ در حالی که آیه اول با توجه به آنچه در تفاسیر آمده تنها بر حفظ فروج از نگاه دیگران دلالت دارد.^۴ روایاتی نیز وجود دارد که شاهد این مدعاست از جمله: ابوبصیر از امام صادق (ع) روایت می‌کند که فرمودند: «مقصود از حفظ فرج در تمام آیات قرآن حفظ آن از زناست، جز این آیه که مقصود از آن، حفظ فرج از نگاه دیگران است.»^۵

از این رو اگر قرار گرفتن جنین در رحم اجاره شده به طریقی صورت گیرد که مستلزم نگاه نباشد، اشکالی در آن وجود نخواهد داشت.

۱. نور/ ۲۴، ۳۱.

۲. مومنون / ۲۳، ۷-۵.

۳. شهاب الدین، حسینی، التلخیص الصناعات بین العلم و الشریعة، ص ۱۱۱؛ محمد، روحانی علی آبادی، حکم شرع تلخیص اسپرم و نطفه بیگانه، روش‌های نوین تولید مثل انسانی، ص ۲۸۸.

۴. فضل بن حسن، طبرسی، تفسیر جوامع الجامع، ج ۳، ص ۱۰۳؛ محمد حسین، طباطبائی، المیزان، ج ۱۵، ص ۱۱۱.

۵. محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۲، ص ۴۰؛ محمد تقی، مجلسی اول، لوامع صاحبقرانی، ج ۸، ص ۸۱.

در آیه دوم نیز با توجه به آنچه در تفاسیر آمده حفظ فروج کنایه از اجتناب از مواقعه نامشروع است، از قبیل زنا، لواط و ...^۱ و روایت فوق نیز موید این ادعاست.

۲-۲-۲-۲-۲-۲ روایات

قائلین به عدم جواز به روایاتی نیز استناد کرده‌اند که مهمترین آنها سه روایت ذیل می‌باشد.
۱- از امام صادق (ع) روایت شده است که فرمودند: «شدیدترین عذاب در روز قیامت، عذاب مردی است که نطفه خود را در رحم زنی نامحرم بریزد».^۲

۲- از پیامبر (ص) نقل شده است که فرمودند: «در میان کارهایی که بنی آدم انجام می‌دهد، کاری بدتر و گران‌تر بر خداوند عزوجل از کشتن پیامبر یا امام یا خراب کردن کعبه که خداوند آن را برای بندگان قبله قرار داده یا ریختن منی از روی حرام توسط مرد در رحم زنی نمی‌باشد».^۳

۳- از امام رضا (ع) نقل شده است که فرمودند: «خداوند زنا را حرام گردانیده؛ زیرا در آن مجموعه فسادهاست، از قتل نفس و از بین رفتن نسب‌ها و ترک تربیت اطفال و کودکان و از بین رفتن ارث و مواردی از این قبیل که زمینه‌های انواع فساد است».^۴

قائلین به عدم جواز با استناد به روایات اول و دوم آورده‌اند: همچنان که از ظاهر این روایات استفاده می‌شود قرار دادن نطفه در رحم زن نامحرم به هر نحوی که باشد بر مرد حرام است و از گناهان کبیره محسوب می‌شود. همچنین این گروه با استناد به روایاتی نظیر روایت سوم از جمله دلایل عدم جواز را از بین رفتن نسب‌ها و به هم ریختن تربیت اطفال و از بین رفتن ارث دانسته‌اند.^۵
در حالی که در مورد روایات مورد استناد باید گفت :

۱. محمد حسین ، طباطبائی، المیزان، ج ۱۵ ص ۱۰ ؛ فضل بن حسن، طبرسی، مجمع البیان، ج ۷، ص ۱۵۹ .

۲. محمد حسن ، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۳۱۸.

۳. همان.

۴. همان، ص ۳۱۱.

۵. محمد مؤمن، قمی ، کلمات سدیده فی مسائل جدید، ص ۸۰ ؛ محمد ، روحانی علی آبادی، حکم شرع تلقیح اسپرم و نطفه بیگانه، روش‌های نوین تولید مثل انسانی، ص ۳۰۷.

اولاً: روایات مذکور از اعتبار سندی برخوردار نیستند. در روایت اول علی بن سالم در کتب رجالی مجهول شناخته شده از این روایت ضعیف شناخته می‌شود^۱ و روایت دوم و سوم نیز مرسل هستند. **ثانیاً:** به لحاظ دلالتی روایت اول و دوم ارتباطی با موضوع بحث ما ندارند؛ زیرا این روایات تنها به آمیزش نامشروع دلالت دارند. یعنی تنها ریختن نطفه از طریق مباشرت و مقاربت (زنا) را در بر می‌گیرند.^۲ روایت سوم نیز از محل بحث ما خارج است؛ زیرا در فرض مورد بحث ما صاحب نطفه مشخص است. از این رو مشکلاتی که در روایت ذکر شده، از جمله از بین رفتن نسب و ارث و ... را در پی نخواهد داشت.

از آنچه گفته شد مشخص می‌گردد ادله‌ای که برای اثبات حرمت رحم اجاره‌ای بر آنها استناد شده، هیچ‌گونه دلالتی بر منع ندارند. به همین خاطر اکثر فقهای معاصر بر جواز این عمل فتوا داده و مهم‌ترین دلیلی که در این باره به آن استناد کرده‌اند اصله الاباحه است.

فقهای امامیه معتقدند هرگاه نسبت به حرمت یا حلیت چیزی تردید وجود داشته باشد و دلیلی بر حرمت آن یافت نشود، حکم به حلیت آن داده می‌شود. مستند این اصل، آیات و روایاتی است که در این باره وارد شده از جمله روایتی از امام صادق (ع) که می‌فرمایند: «کل شیء لک حلال حتی یرد فیه النهی: هر چیزی برای تو حلال است تا زمانی که نهی بر آن وارد شود».^۳ در مسئله رحم اجاره‌ای نیز باید گفت: چون هیچ دلیلی بر حرمت آن وجود ندارد پس این عمل به لحاظ شرعی مشروع است.

۲-۲-۳- اشکال مختلف استفاده از رحم جایگزین

استفاده از رحم جایگزین از جهت چگونگی ارتباط ژنتیکی مادر جانشین و والدین حکمی یا والدین متقاضی با جنین حاصله به سه دسته تقسیم می‌شوند:^۴

۱. محمد بن اسماعیل، حائری مازندرانی، منتهی المقال فی أحوال الرجال، ج ۵، ص ۱۲.

۲. حسین، مهرپور، مباحثی از حقوق زن، ص ۳۷۱؛ محمد، یزدی، باروری‌های مصنوعی و حکم فقهی آن، فقه اهل بیت، شماره ۶، ص ۱۰۲.

۳. محمد حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۲۸.

۴. عباس، نایب‌زاده، بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی (مادر جانشین - اهدای تخمک جنین)، ص ۷۹.

۲-۲-۲-۳-۱ - جانشینی در بارداری

حالتی است که به موجب آن مادر جانشین به وسیله تکنیک‌های کمکی تولید مثل و با استفاده از جنین حاصل از اسپرم و تخمک والدین حکمی، باردار می‌شود. در این حالت مادر جانشین که به او «جانشین کامل»^۱ نیز اطلاق می‌شود، هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه ندارد و او تنها به موجب توافق جانشینی در بارداری، اعم از آنکه تجاری یا غیر تجاری باشد، تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته در خارج رحم را که متشکل از اسپرم و تخمک والدین حکمی است و با استفاده از روش‌های کمکی تولید مثل به وی منتقل گردیده و باردار شده است، حمل می‌کند.

از آنجا که در شرایط متعارف، رحم پذیرنده سلول تخم برای این کار خود، دستمزد می‌گیرد، بررسی حقوقی این مسأله در بحث ماهیت قرارداد استفاده از رحم جایگزین و با عنوان «اجاره رحم» و «جعل» قابل بررسی است. هم‌چنین از آنجا که ارتباط تکوینی بین طفل و مادر جانشین و هم‌چنین صاحب تخمک وجود دارد در این‌که مادر اصلی طفل کدامیک از این دو می‌باشد از مسائل مهم در این زمینه است که بررسی آن مجال خاصی را می‌طلبد.

۲-۲-۳-۲ - جانشینی سستی رحم

در این قسم بر مبنای توافق با مادر جانشین، اسپرم مرد زوجه نابارور به‌طور مصنوعی به داخل رحم وی منتقل می‌شود که پس از حامله شدن فرزند را برای آن‌ها حمل نموده و پس از تولد تسلیم آن‌ها کند. در واقع در این قسم، تخمک مادر جانشین با اسپرم مرد که پدر حکمی به شمار می‌رود، بارور می‌شود و مادر جانشین، تخمک بارور شده خود با اسپرم پدر حکمی را حمل می‌کند؛ بنابراین، مادر جانشین (مادر جانشین جزئی)^۲ و هم‌چنین پدر حکمی با بچه ارتباط ژنتیکی خواهند داشت؛ چرا که تخمک مادر جانشین با استفاده از لقاح داخل رحمی^۳ یا خارج رحمی با اسپرم مرد بارور می‌شود و مادر جانشین، جنین حاصل از تخمک خود را که با اسپرم پدر حکمی بارور شده است، حمل می‌کند.

^۱. Total surrogacy.

^۲. Artificial insemination surrogacy.

^۳. باروری مصنوعی (IUI): در این شیوه از درمان، اسپرم پس از گرفته شدن، شست و شو و آماده سازی، مستقیماً به داخل رحم تزریق می‌شود.

و زوجه نابارور، مادر متقاضی به شمار خواهد رفت و هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه نخواهد داشت و در صورت تحویل فرزند به او، رابطه بین آن‌ها از نوع فرزندخواندگی است.^۱

به نظر می‌رسد چنین قسمی تخصصاً از بحث جانشینی در بارداری خارج است و پرداختن به آن در اینجا جایگاهی ندارد چرا که در قسم مزبور، زن، صاحب تخمک و رحم و مادر اصلی فرزند است. بنابراین اطلاق مادر جانشین بر چنین زنی و هم‌چنین اطلاق رحم جایگزین بر این رحم صادق نیست و موضوع هبه یا فروش تخمک یا فرزند از سوی مادر نسبی درباره آن قابل طرح و بررسی است.

۲-۲-۳- جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی

این شیوه بر پایه ارتباطی سه‌گانه میان والدین متقاضی، زوج یا اشخاص ثالث صاحب اسپرم و تخمک یا جنین و مادر جانشین استوار است؛ به این گونه که زن و شوهر نابارور (والدین متقاضی) از تخمک یا جنین اهدایی (والدین حکمی) برای عمل تلقیح مصنوعی و باردار نمودن مادر جانشین استفاده می‌کنند.

استفاده از این قسم در استفاده از رحم جایگزین، رواج و توجیه زیادی ندارد، اما احتمال و امکان استفاده از این شیوه وجود دارد و داخل بودن آن در موضوع بحث ممکن است.

۲-۲-۴- نسب پدری

از آن‌جا که انتساب طفل به پدر، مبتنی بر خلقت کودک از نطفه او است و مرد صاحب اسپرم، پدر طفل محسوب می‌شود بنابراین تعیین نسب پدری بر خلاف نسب مادری دشوار نیست. به این ترتیب بحث تحلیلی در مورد نسب پدری طفل متولد از رحم جایگزین موکول به اثبات نسب پدری می‌باشد که می‌طلبد برای پاسخگویی در این زمینه وارد بحث اثبات نسب پدری شویم که خارج از موضوع بحث ما است و بررسی آن مجال خاصی را می‌طلبد.

۲-۲-۵- نسب مادری

۱. طه، مرقاتی، حقوق کودکان در اهدای گامت، ص ۳۲.

با توجه به حالات سه‌گانه که برای استفاده از رحم جایگزین متصور است به بحث از نسب مادری طفل متولد از مادر جانشین در حالات مزبور می‌پردازیم.

۲-۲-۵-۱- حالت جانشینی در بارداری

با توجه به این‌که زن صاحب تخمک و صاحب رحم در جریان باروری جانشینی با طفل متولد از رحم جایگزین ارتباط تکوینی دارند بررسی رابطه طفل با هر کدام از این دو قابل بررسی است. از آن‌جا که در بحث از مادر قانونی، انتساب طفل به زن صاحب تخمک پذیرفته شد لذا مسأله اساسی ما در این قسمت بررسی رابطه طفل با صاحب رحم خواهد بود.

۲-۲-۵-۱- رابطه طفل با صاحب تخمک

همه احتمالات و نظریه‌هایی که درباره منشأ انتساب طفل به مادر آمد، در این فرض قابل تطبیق است. از توضیحاتی که در نقد و بررسی این نظریات به عمل آمد، نتیجه این شد که انتساب فرزند حاصل از رحم جایگزین به صاحب اسپرم و صاحب تخمک درست است و صاحب رحم حق نسبی با فرزند ندارد، هرچند که طفل مزبور با وی ارتباط تکوینی و واقعی دارد.

۲-۲-۵-۲- رابطه طفل با صاحب رحم

حال 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 مورد بحث جریان داد 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 باشد؟

رابطه حقوقی کودک ناشی از صاحب رحم اجاره‌ای یا عاریه‌ای 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.^۱ البته چنین حکمی در قرآن و 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 رویدن گوشت و محکم شدن استخوان در اینجا نیز وجود دارد و در نتیجه می‌توان احکام رضاع را جاری کرد.^۲ پس زن پذیرای جنین نیز مادر حقیقی و حقوقی جنین نیست بلکه به دلیل تغذیه رحمی مادر حکمی و محرم اوست.

«به وجود ملاک مذکور در بالا، به خصوص از آن‌جا می‌توان بهتر پی برد که در بسیاری روایات فقهی^۳ و عبارات فقها، برای تحقق نشر حرمت در رضاع، رویش گوشت و استخوان و یا به بیان امروز، پیدایش سلول‌های بدن طفل از شیر مرضعه به عنوان ضابطه معرفی گردیده است. هر چند رویش گوشت و استخوان، در روایات مذکور، صرفاً به عنوان ضابط تحقق نشر حرمت ذکر شده است.^۴ 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 به نظر می‌رسد؛ زیرا درست است که 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، 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 مرضعه، سبب تحقق خویشاوندی رضاعی و نشر حرمت نیست، بلکه همان‌طور که در بحث رضاع مطرح شد، 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

۱. ناصر، مکارم شیرازی، /ستفتائات جدید، ص ۴۶۵؛ محمد فاضل موحدی، لنگرانی، جامع المسائل، ص ۵۶۵

۲. محمد بن حسن، طوسی، النهایه، ص ۹۶.

۳. از جمله روایات مذکور روایت صحیح‌ه‌ای است با این عبارت «قلت له ما یحرم من الرضاع قال ما انبت اللحم و شد العظم...»، به نقل از مهدی، شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی: وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی، ص ۱۶۷.

۴. همان.

استثنائی امکان دارد) یا آن که ناشی از حمل نامشروع باشد یا آن که 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 نمی آید 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، دریچه ای برای ورود تردید در ذهن باز می شود. آیا از نظر فقهی و تبعاً از جهت قانون مدنی، علت حکم نشر حرمت که آن را منصوص تلقی کردیم، صرفاً رویش سلول های بدن طفل از مطلق مواد تولیدی در درون جسم زن است، یا آن که علت، خصوص نمو این سلول ها از شیر آن زن می باشد و شیر در این مورد خصوصیتی دارد؟^۱

ممکن است گفته شود، همان طوری که برخی از فقها تصریح کرده اند، رابطه رضاع از سنخ رابطه نسب است و ماهیت تکون و نشأت گرفتن یکی از دیگری دارد.^۲ روایات عدیده ای نیز 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 می گردد، در اولی رابطه از طریق خون و در دومی رابطه از راه شیر برقرار می شود 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 روش سلول های بدن طفل از مطلق مواد تولیدی در درون جسم زن است و شیر در این باب طریقت دارد نه موضوعیت.

در پاسخ باید گفت: هرچند که جهت شباهت موضوع مجهول الحکم (قرابت مادر جانشینی) همان جهتی است که علت ترتب حکم بر موضوع ثابت الحکم (قرابت مادر رضاعی) گردیده، لیکن قیاس منصوص العله که مأخذ موضوع مجهول الحکم می باشد، در صورتی موجب تعدیه حکم موضوعی بر موضوع دیگر- به اعتبار اشتراک آن ها در علت حکم می گردد- که: جهت شباهت باید همان جهتی باشد که علت ترتب حکم بر اصل (موضوع ثابت الحکم) گردیده است.

^۱. همان.

^۲. محمد بن محمد تقی، بحر العلوم، بلغه الفقیه، ص ۳ و ص ۱۲۷-۱۲۸.

- جهات فارق‌ه‌ای که بین اصل (موضوع ثابت‌الحکم) و فرع (موضوع مجهول‌الحکم) موجود می‌باشد مدخلیتی در تعلق و عدم تعلق حکم بر اصل نداشته باشد. به این ترتیب در مورد مادر جانشینی و مادر رضاعی در عین حالی 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 «نبات 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.

حال سؤال این است که آیا با به دست آوردن ملاک هر یک از این شروط و با اثبات این مطلب که هر کدام از این شروط مبتنی بر ملاکی است که با جمع این ملاکات قرابت محقق می‌گردد، می‌توان با آگاهی از مناسبات بین زن صاحب رحم با جنین، به توضیح و مقایسه علل ایجاد قرابت رضاعی با حالت استفاده از رحم جایگزین پرداخت و چنین استدلال کرد که ملاکات نشر حرمت در رضاع به همان اندازه و یا بعضاً با شدت بیشتری در مورد باروری جانشینی وجود دارد؟

قبل از پاسخگویی به این سؤال، به طور اختصار به توجیه‌های مختلفی که از جانب برخی صاحب‌نظران در این زمینه رفته‌است، می‌پردازیم:

برای مثال برخی با این استدلال که شیری که طفل در دو سال اول زندگی خود می‌خورد در پرورش جسمی و روانی او تأثیر بیشتری دارد، شرط «شیر خوردن طفل قبل از پایان دو سالگی» را توجیه کرده‌اند^۱ یا «خوردن شیر در آغوش زن» را که قانون مدنی به تبع فقه امامیه یکی از شرایط ایجاد قرابت رضاعی قرار داده است، این‌طور توجیه نموده‌اند که از دیرباز کودکی را که در آغوش زنی شیر می‌خورده است مردم به دیده فرزند به او می‌نگریستند به گونه‌ای که در عادات اقوام، شیر دادن به کودک عملاً ایجاد یک نوع علاقه بین زن شیردهنده و شوهر او با کودک می‌نمود که آن را در ردیف خویشاوندی نسبی در خانواده جلوه می‌داد و افراد خانواده همان حمایتی را از خویشاوندان می‌نمودند که از خویشاوندان نسبی خود می‌کردند. این است که قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح، در نظر این قبایل مانند خویشاوندی نسبی به شمار رفته است. اسلام نیز این اخلاق اجتماعی را که منشاء قرابت رضاعی

۱. ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی (خانواده)، ص ۱۰۵.

بوده، محترم شمرده و کودک را در حکم فرزند زن قرارداده است و قانون مدنی نیز آن فرض حقوقی را از فقه گرفته است.^۱

به نظر می‌رسد برای این‌گونه ملاک‌گیری در مورد محل بحث ما اعتباری نیست تا بخواهیم بر اساس این ملاکات به مقایسه مادر جانشینی و مادر رضاعی، برای توجیه جهات فارق که بین موضوع ثابت‌الحکم (اصل) و موضوع مجهول‌الحکم (فرع) وجود دارد، بپردازیم؛ چرا که در تعدیه موضوع ثابت‌الحکم به موضوع مجهول‌الحکم، شرط است که علت آن صفتی که مناط حکم فرض گردیده است باید به‌وجه 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 آن‌که علت به یکی از طرق شرعی از قبیل قول یا فعل یا تقریر معصوم (ع) و یا اجماع و امثال آن محرز شود نه از طریق حدس و تقریب که ایمن از خطاء و اشتباه نیستند.

دوم آن‌که قول معصوم و یا مفاد اجماع در بیان علت جامع، مبین و متضح‌الدلاله 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 به‌وجه 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.

هرچند که از لحاظ وجدانی و اخلاقی نیز این امر قابل قبول نیست که مثلاً کودک ناشی از مادر جانشین بتواند قانوناً با زنی که او را مدتی در رحم خود پرورش داده است ازدواج کند. لکن در این‌که این امر چه مقدار می‌تواند در حکم مسئله ما تأثیرگذار باشد، جای بررسی دارد.

۱. ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی (خانواده)، ص ۱۰۶.

با عنایت به آنچه گذشت می‌توان گفت این حکم که «قربانیت مادر جانشینی از حیث حرمت نکاح در حکم قربانیت رضاعی است» از استدلال کافی برخوردار نیست و اثر قربانیت رضاعی از حیث ممنوعیت نکاح در حالت استفاده از رحم جایگزین بین زن صاحب رحم و طفل برقرار نیست.

۲-۲-۵-۲- حالت جانشینی سستی رحم

در حالت جانشینی سستی رحم، مادر جانشین جنین حاصل از تخمک خود را که با اسپرم مردی که پدر حکمی به شمار می‌رود، بارور شده است، حمل می‌کند. با توجه به این که در این حالت، جنین از تخمک مادر جانشین تشکیل می‌شود و از طرفی خود مادر جانشین نیز نطفه را حمل نموده و بچه را به دنیا می‌آورد- صرف‌نظر از حکم تکلیفی و بحث مشروعیت و عدم مشروعیت عمل- در هر حال طفل ملحق به مادر جانشین است چرا که در این قسم، زن، صاحب تخمک و رحم و مادر اصلی فرزند است. بنابراین در حالت جانشینی سستی رحم، مادر جانشین مادر قانونی بچه محسوب می‌شود. در این قسم، همسر زوج نابارور، مادر متقاضی به شمار خواهد رفت و هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه نخواهد داشت و در صورت تحویل فرزند به او، رابطه بین آن‌ها از نوع فرزندخواندگی است.

۲-۲-۵-۳- حالت مادر جانشینی با استفاده از تخمک، جنین اهدایی

در این حالت، زن و شوهر نابارور از تخمک یا جنین اهدائی برای عمل تلقیح مصنوعی و باردار نمودن مادر جانشین استفاده می‌کنند. اگرچه در این حالت، از تخمک یا جنین اهدائی برای عمل تلقیح مصنوعی استفاده می‌گردد ولی به لحاظ این که بارداری و زایمان به عهده مادر جانشین قرار داده می‌شود حالت مذکور با حالت اهداء تخمک، جنین تفاوت اساسی دارد. ویژگی مهم حالت اهداء تخمک، جنین نسبت به حالت مادر جانشین با استفاده از تخمک، جنین اهدایی، باردار شدن زن نابارور و تولد بچه در داخل خانواده و به وسیله زنی است که نقش زوجه را در خانواده خواستار کودک ایفا می‌کند، در واقع این ویژگی در حالت مادر جانشینی با تخمک یا جنین اهدائی وجود ندارد و در نتیجه این حالت از نظر حقوقی فرض جداگانه‌ای را از حالت اهداء تخمک، جنین ایجاد می‌نماید. از طرفی دخالت تخمک یا جنین اهدائی در امر تولید مثل با استفاده از مادر جانشین، این را از حالت مادر جانشین نیز مجزا می‌سازد.

این حالت از لحاظ چگونگی ارتباط ژنتیکی بچه با زن و شوهری که خواستار بچه هستند به دو حالت تقسیم می‌شود:

۲-۲-۲-۵-۳-۱- حالت مادر جانشینی با استفاده از تخمک اهدائی

در این حالت، جنین حاصل از اسپرم پدر حکمی و تخمک اهداء شده در رحم مادر جانشین فراکاشته می‌شود. مادر جانشین از لحاظ ژنتیکی ارتباطی با بچه ندارد ولی وظیفه حمل جنین و به دنیا آوردن کودک به عهده مادر جانشین گذاشته شده است که این مهم را انجام دهد.

مادر متقاضی، ارتباط ژنتیکی با بچه نداشته و از طرفی جنین را حمل و زایمان نکرده است. بنابراین نظریات سه‌گانه تعیین نسب مادری را می‌توان بین اهداء کننده تخمک که زن صاحب تخمک است و مادر جانشین که زن صاحب رحم می‌باشد، لحاظ قرار داد؛ مادر متقاضی مادر بچه محسوب نمی‌شود.

۲-۲-۲-۵-۳-۲- حالت مادر جانشینی با استفاده از جنین اهدائی

در مسأله اهدای جنین مسأله‌ای که مطرح می‌شود، وضعیت نسب کودک متولد شده با صاحبان اسپرم و تخمک از یک سو و گیرندگان اسپرم و تخمک و صاحب رحم از سوی دیگر است.

از تطبیق نتایجی که در مباحث مربوط به تعیین نسب مادری و پدری به دست می‌آید، در مورد نسب پدری و مادری در حالت مادر جانشینی با استفاده از جنین اهدائی می‌توان گفت که اهداء کننده اسپرم «پدر» محسوب شده و اهداء کننده تخمک یا مادر جانشین یا هر دو براساس نظریه‌های مطروحه در مورد نسب مادری «مادر طفل متولد شده در این حالت» محسوب خواهند شد.

اغلب فقهای معاصر چنین فتوا داده‌اند، بنابر نظر حضرت آیت الله مؤمن^۱ به لحاظ نسب، کودک از آن صاحبان نطفه بوده و هیچ رابطه نسبی با زن و شوهر اهداء شونده (پذیرنده جنین) نخواهد داشت.

بعضی از حقوق‌دانان در تبیین حکم وضعی انتقال جنین با نطفه اجنبی بیان نموده است:

«نظریه سنتی این است که طفل به صاحب نطفه ملحق می‌شود. در باب انتقال جنین نیز اغلب فقهای معاصر چنین فتوا داده‌اند. نتیجه این نظر آن است که رابطه نسب با آثار آن از قبیل ولایت قهری، حضانت، نفقه و ارث بین طفل و صاحبان تخمک و اسپرم برقرار می‌گردد، در حالی که در مورد انتقال

۱. محمد مومن، قمی، سخنرانی ارائه شده در نخستین سمپوزیوم مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین، دانشگاه تهران، ۱۵ بهمن ۱۳۷۷.

جنین آنان اغلب ناشناخته هستند و چه بسا خواهان طفل نمی‌باشند و فقط به انگیزه خیرخواهی و نیکوکاری اقدام به اهداء نطفه یا جنین کرده‌اند، در مقابل، زن و شوهر متقاضی می‌خواهند از این طریق صاحب فرزند شوند و نیاز عاطفی و روانی خود به داشتن فرزند را رفع نمایند. پس از لحاظ منطقی و اجتماعی شایسته است که طفل به آنان ملحق شود، نه به صاحبان نطفه.^۱ گرچه اظهارنظرهای فوق‌الذکر در مورد حالت «اهداء جنین» ایراد شده، ولی از این جهت که گویای این مطالب است که براساس قواعد سنتی، طفل ملحق به صاحبان جنین می‌شود، در مورد مسأله مد نظر ما مفید فایده است.

از مطالب بیان شده در رحم اجاره ای این نتایج بدست می‌آید :

۱. در رابطه با تحقق نسب شرعی در حالت استفاده از رحم جایگزین - صرف نظر از بحث مشروعیت یا عدم مشروعیت عمل - نظر به دلایلی که از نظر شرعی در رابطه با تحقق نسب در زنا مطرح است و این که عده‌ای از فقها حتی بر الحاق ولد الزنا به زانی و زانیه اصرار دارند، در حالی که مسلم است رابطه غیر مشروع و کودک نامشروع است، می‌توان حکم به تحقق نسب در حالت مادر جانشینی که حتی در غیرمشروع بودن آن اتفاق نظر وجود ندارد، داد.

از سوی دیگر همان‌طور که گفتار و سخنان فقیهان اسلامی در باب نسب دلالت دارد، قانون‌گذار اسلام در مسأله نسب حقیقت و تأسیس متفاوت از تأسیس عرفی ایجاد نکرده و تنها در ولد زنا به دلیل مصالحی و براساس ادله‌ای خاص در نسب ناشی از آن یا در بعضی از احکام مترتب بر آن تصرف نموده است. بنابراین، مطابق معیارها و قواعد اصولی، در غیر مورد خاص «زنا» می‌بایست به عام رجوع شود. عام در فرض بحث، مشروعیت نسب لغوی و عرفی است.

۲. نسب از ناحیه پدر، عرفاً و لغتاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش فرزند از اسپرم و نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود.

۳. در این که طفل متولد از رحم جایگزین 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، ارتباط طفل با صاحب تخمک ملاک رابطه مادری و فرزندی است. بنابراین انتساب فرزند حاصل از رحم جایگزین، به صاحب اسپرم و صاحب تخمک درست است و صاحب رحم حق نسبی با فرزند ندارد.

۱. حسین، صفایی و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، ص ۸۱.

۴. 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 متد 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. به این ترتیب می‌توان گفت این حکم که «قرابت مادر جانشینی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت رضاعی است» از استدلال کافی برخوردار نیست و اثر قرابت رضاعی از حیث ممنوعیت نکاح در حالت استفاده از رحم جایگزین بین زن صاحب رحم و طفل برقرار نیست. هرچند که از لحاظ وجدانی و اخلاقی 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. لکن در این که این امر چه مقدار می‌تواند در حکم مسأله ما تأثیرگذار باشد، جای بررسی دارد.

۵. در حالت جانشینی سستی رحم، مادر جانشین مادر قانونی بچه محسوب می‌شود. در این قسم، همسر زوج نابارور، مادر متقاضی به شمار خواهد رفت و هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه نخواهد داشت و در صورت تحویل فرزند به او، رابطه بین آن‌ها از نوع فرزند خواندگی است

بخش سوم

راههای اثبات یا نفی نسب

فصل اول - راههای اثبات یا نفی نسب در ادله ی فقهی

۳ - ۱ - ۱ - اماره ی فراش

قاعده فراش از دیگر قواعد اختصاصی فقهی به شمار می آید. به موجب این قاعده، چنانچه انتساب طفلی به پدر به هر دلیل، مورد شک، تردید و انکار^۱ قرار گیرد با تحقق اماره فراش و زوجیت شرعی و شرایط آن، فرزند به پدر ملحق و منتسب می گردد و آثار نسب بر آن مترتب می شود. در این حکم بین فقهای امامیه اختلافی نیست.^۲

مرحوم سید عاملی در این باره می نویسد: «این مسأله در بین اصحاب «فقهاء امامیه» اجماعی است که اگر فرزند از زن دائمی مردی متولد شود در صورتی که شرایط الحاق داشته باشد به او ملحق و منتسب می شود.^۳ برخی دیگر از فقها نیز ادعای اجماع نموده اند.^۴

مستند دیدگاه فقها علاوه بر اجماع که بدان اشاره رفت، حدیث مشهور و معروفی است از نبی اکرم (صلی الله علیه وآله) که فرموده است: فرزند از آن صاحب فراش می باشد و برای کسی که به مادر او نسبت

^۱ انکار نسبت فرزندان ممکن است به انگیزه های مختلف صورت پذیرد، از جمله محروم کردن فرزندان از ارث یا شانه خالی کردن از تعهدات دیگر و مسئولیت های پدر یا اختلاف خانوادگی و یا وجود امارات غیر شرعی، مثل این که مادر طفل، متهم به زنا و فرزند از نظر قیافه شبیه زانی باشد یا این که فرزند با زانی از جهت گروه خونی توافق داشته باشد و از این قبیل امور.

^۲ محمد بن محمد بن نعمان عکبری، مفید، المقنع، ص ۵۳۷ - ۵۳۸؛ نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۳۴۰؛ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۹۸؛ محمد بن حسن، فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۳۲.

^۳ محمد بن علی موسوی، عاملی، نهائیه المرام، ج ۱، ص ۴۳۲.

^۴ محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۲۳؛ زین الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام، ج ۸، ص ۳۹۱؛ یوسف بن احمد، بحرانی، الحقائق الناضرة، ج ۲۵ ص ۳؛ احمد بن یوسف، خوانساری، جامع المدارک، ج ۴، ص ۴۴۴.

زنا دهد، سنگ است. «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»^۱ این حدیث بین جمیع فرق و طوایف اسلامی مشهور است^۲ و همگی بر مضمون آن اتفاق نظر دارند.^۳

۳- ۱- ۱- مفهوم اماره فراش

واژه های « ولد، فراش، عاهر، حجر» مفردات قاعده فراش را تشکیل می دهند که تنها با درک صحیح معانی این واژه ها، فهم مفاد قاعده میسر می گردد. پس لازم است ابتدا این واژه ها تبیین شود.

الف - ولد: به نطفه ای که در رحم زن منعقد میگردد و رشد می کند و با تکمیل خلقت جسمی، قابلیت ولوج روح می یابد و روح در آن دمیده می گردد، ولد گفته میشود؛ اعم از اینکه زنده متولد شود یا مرده^۴

ب - فراش: معنای لغوی فراش عبارت است از آنچه که برای نشستن یا خوابیدن روی زمین پهن می گردد.^۵

همچنین از آن به معنای زن یا مرد یا هریک از دو همسر یاد شده است و زوج و زوجه فراش یکدیگر خوانده می شوند.^۶ در این روایت، فراش کنایه از زوج شرعی است به ملاحظه اینکه زوج حق مضاجعه و استمتاع نسبت به همسر خود را دارد. و این قبیل کنایات در لغت عرب و قرآن کریم فراوان است.^۷ فراش با زوجیت دائمی یا موقت تحقق مییابد.

ج - عاهر: به معنای فرد زناکار است که از عهر به معنای زنا و فسق، اخذ شده است.^۸

د - حجر: در لغت به معنای سنگ مییابد. محتمل است کنایه باشد از این که زانی هیچ حقی ندارد. حجر در روایت یعنی همچون سنگ بیارزش است و محتمل است که مراد از آن، کنایه از رجم و

۱. محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۵، ص ۴۹۱، ح ۳؛ محمد بن علی بن بابویه، قمی (شیخ صدوق)، مَنْ لَا يَحْضُرُ الْفَقِيهَ، ج ۴، ص ۳۲۷، فی النوادر، ح ۵۸۱۲، محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۶۹، باب ۵۶، من ابواب النکاح، ح ۱.

۲. حسن، موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیة، ج ۴، ص ۲۳.

۳. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۱، ص ۲۳۲.

۴. حسن، بجنوردی، القواعد الفقهیة، ج ۴، ص ۲۲-۲۳.

۵. علی اکبر، دهخدا، لغت نامه دهخدا، ص ۱۰۲.

۶. معین، ۱۳۶۲ ص ۲۰۵۳.

۷. حسن، بجنوردی، القواعد الفقهیة، ج ۴، ص ۲۴.

۸. جمال الدین محمد بن مکرم، ابن منظور، لسان العرب، ج ۹، ص ۴۵۱.

سنگسار شدن زانی باشد. احتمال اول قویتر به نظر می رسد؛ زیرا اولاً قاعده فراش برای اثبات نسبت برای شوهر در مقابل زانی و غیر زانی مانند واطی به شبهه است؛ ثانیاً مجازات هر زانی رجم نیست.^۱ فقها، این حدیث شریف را مدرک قاعده فقهی قرار داده‌اند با نام «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ» و با استناد به آن، نسب مورد تردید را اثبات می‌نمایند و طریقه استدلال به آن بدین شرح است:

مقصود نبی اکرم (صلی الله علیه وآله) از ذکر این روایت بیان حکم شرعی است^۲ نه اخبار از امر خارجی،^۳ یعنی هر چند روایت به صورت جمله خبریه صادر شده ولیکن در حقیقت انشاء است. افزون بر این که اگر این جمله را جمله خبریه قرار دهیم، چه بسا منطبق با واقع نباشد و فرزند با نطفه غیر زوج منعقد شده باشد، به‌ویژه در آن زمان که عمل زنا شایع بوده و صدور کلام غیر واقع از آن حضرت، امکان ندارد، زیرا معصوم است.^۴

و از طرفی در علم بلاغت بیان شده که ذکر «الف و لام» در مبتدا، مفید حصر و اختصاص است. بنابراین متفاهم عرفی از جمله اول روایت «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ» چنین می‌شود؛ فرزند اختصاص به زوج دارد و برای غیر او حق و نصیبی در آن نیست.

در این صورت از روایت استفاده می‌گردد آن حضرت فراش (نکاح شرعی) را اماره معتبر شرعی در مقام تعیین نسب قرار داده و اثبات می‌شود فرزند از صاحب فراش است و دیگران حق و نصیبی در آن ندارند.

از طرف دیگر ملاک و معیار اماره شرعی همانند اماره عرفی آن است که غالباً منطبق با واقع است، هر چند ممکن است در بعضی موارد چنین نباشد. هم‌چنین ملاک اماره شرعی آنست که قطع و یقین به انطباق آن با واقع یا خلاف واقع وجود نداشته باشد، زیرا در این صورت راهی برای تعبد باقی نمی‌ماند. خلاصه این که «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ» اماره شرعی است، در مواردی که تردید و شک وجود دارد که فرزندی که با وجود نکاح شرعی متولد شده، از زوج است یا خیر.

از آن چه گفته شد روشن گردید، قرائن، امارات و ظنونی که از نظر شرعی دارای اعتبار نیست، مثل این که فرزند از نظر قیافه شبیه زانی باشد، انطباق گروه خونی فرزند با زانی، و عدم انطباق آن با زوج

۱. محمد بن حسن موسوی، بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۲۸.

۲. محسن طباطبایی، حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۵۹.

۳. علی، سیستمی، المسائل المتنبه، ص ۵۲۹.

۴. قدرت الله، انصاری، احکام و حقوق کودکان در اسلام، ج ۱، ص ۲۸۲.

و دیگر اماراتی که عرف آن را معتبر می‌داند، ولی شرع آن‌ها را معتبر ندانسته است، نمی‌تواند ملاک اثبات یا نفی نسب قرار گیرد.

بنابراین برای مسلمان جایز نیست، فرزندی که در فراش او متولد شده را با ظن و گمان از خود نفی کند هر چند نفی او با استناد به قرائن و امارات عرفی صورت پذیرد، البته اگر امارات غیر شرعی موجب قطع و یقین شود که فرزند از فراش نیست، در این صورت نفس قطع و یقین ملاک عمل قرار می‌گیرد و نیاز به تمسک به این قاعده نیست، زیرا این قاعده در مقام تردید و شک، اماره شرعی قرار داده شده است.

اما در جمله دوم روایت «وللعاهر الحَجَر»، عاهر به معنی زانی و حجر به معنی سنگ است و کنایه از این است که باید زانی را طرد نمود و دعوای او نسبت به فرزند مسموع نیست، همان‌گونه که باید سگ را با سنگ از خود دور نمود.^۱

۳- ۱- ۲- تعمیم حکم در ازدواج موقت

ظاهر و اطلاق کلمات بسیاری از فقیهان بیانگر این است که نکاح موقت نیز مشمول قاعده فراش^۲ می‌باشد و برخی از فقها به این تعمیم تصریح نموده‌اند.

فاضل مقداد در این باره می‌نویسد: «این حکم اختصاص به فرزند زن دائم ندارد، فرزند زن متعه و نکاح غیر دائم نیز مشمول این حکم قرار می‌گیرد»^۳ برخی دیگر همانند علامه در تحریر^۴ و دیگران^۵ نیز به این حکم تصریح نموده‌اند.

۳- ۱- ۳- شرایط اجرای قاعده

^۱ محمد بن حسن موسوی، بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۳۱-۲۷؛ محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۹۲؛ سید احمد بن یوسف، خوانساری، جامع المدارک، ج ۴، ص ۴۴۴.

^۲ محمد بن حسن، طوسی، النهایه، ص ۵۰۵؛ محمد بن محمد بن نعمان عکبری، مفید، المقنع، ص ۵۳۷؛ نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۳۴۰؛ محمد فاضل موحّدی، لنگرانی، تفصیل الشریعه (کتاب النکاح)، ص ۵۰۳.

^۳ مقداد بن عبد الله، سیوری حلی، التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۲۶۱.

^۴ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، تحریر الأحکام الشرعیه، ج ۴، ص ۱۸.

^۵ یحیی بن سعید، حلی، الجامع للشرائع، ص ۴۶۱؛ محمد بن حسن، فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۳۷.

هرگاه نطفه طفل قبل از اجرای صیغه نکاح منعقد گردد و سپس زن و مرد با یکدیگر ازدواج نمایند، طفل متولد از آنان شرعی و قانونی نیست و نسب او ناشی از نکاح نخواهد بود، هر چند که آن طفل ولادتش در هنگام تحقق زوجیت واقع شود و آنان طفل را از خود بدانند. این حکم مورد اتفاق فقها است.^۱ روایت نبوی «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ^۲ و دیگر روایات^۳ بر آن دلالت دارند. بنابراین بحث اثبات نسب در فراش مربوط به مواردی است که نطفه طفل بعد از تحقق نکاح شرعی منعقد شود و مورد اختلاف و تردید قرار گیرد. در این فرض برای اثبات نسب و الحاق فرزند به زوج شرایطی ذکر شده است:

۳-۱-۱-۱-۳-۱- انزال منی مرد و ورود آن در رحم زن

عده‌ای از فقیهان معتقدند دخول^۴ زوج به زوجه در اثبات نسب و الحاق فرزند به وی شرط است.^۵ آنان برای اثبات نظریه خود به اجماع^۶ فقها در این زمینه و دیگر ادله‌ای که همگی مورد خدشه^۷ قرار می‌گیرد، استناد نموده‌اند. برخی دیگر امکان نزدیکی و مجامعت را شرط الحاق فرزند به زوج دانسته‌اند.^۸ ظاهراً دلیل این نظریه نیز اجماع است که ثابت نیست.

۱. محمد حسن ، نجفی ، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۳۶- ۲۳۷.

۲. محمد بن یعقوب ، کلینی ، الکافی، ج ۵، ص ۴۹۱- ۴۹۲، ج ۲- ۳.

۳. همان .

۴. کلمه دخول کنایه از مجامعت و پنهان شدن آلت ذکور به مقدار حشفه در قُبُل و یا در دُبُر زن می‌باشد.

۵. محمد حسن ، طوسی ، النهایه، ص ۵۰۶؛ حلی ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر ، ج ۲، ص ۶۵۷؛ عاملی، محمد بن علی موسوی، نهایه المرام، ج ۲، ص ۲۲۷؛ نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلی ، شرائع الاسلام ، ج ۲، ص ۳۴۰.

۶. محمد حسن ، نجفی ، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۲۹؛ علی بن محمد ، حائری طباطبایی ، ریاض المسائل ، ج ۱۲، ص ۱۱۵؛ یوسف ابن احمد ، بحرانی ، الحقائق الناضرة ، ج ۲۵، ص ۳.

۷. ر. ک: قدرت الله ، انصاری ، موسوعة احکام الاطفال و ادلتها، ج ۳، ص ۳۲- ۳۶.

۸. محمد حسن ، طوسی ، المبسوط، ج ۴، ص ۲۶۶، یحیی بن سعید، حلی، الجامع للشرائع، ص ۴۶۱؛ محمد باقر بن محمد تقی، مجلسی دوم، ملاذ الأخیار، ج ۱۳، ص ۳۴۸.

لیکن همان گونه که برخی از فقها^۱ به ویژه بعضی از اعلام معاصرین^۲ اظهار نظر نموده‌اند فقط انزال منی مرد و ورود آن به رحم زوجه، شرط الحاق فرزند به زوج می‌باشد، هر چند دخول به معنی کنایی آن صورت پذیرفته باشد.

آیه الله فاضل لنکرانی در این باره می‌نویسد: «در الحاق فرزند به زوج، انزال شرط است، اعم از این که دخول صورت پذیرفته باشد یا خیر و اعم از این که انزال در آلت زن باشد یا در حوالی آن، با این احتمال که رحم آن را جذب نماید یا به هر وسیله ممکن مانند: وسایل پزشکی این زمان، منی مرد در رحم زن داخل شود. وی در ادامه می‌نویسد: انعقاد نطفه به این صورت (دخول منی مرد در رحم زن با وسایل پزشکی روز) به طور متواتر نقل شده است.^۳

۳- ۱- ۱- ۳- ۱- ادله فقهی

۱- عموم حدیث «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ»^۴ زیرا لازمه فراش قرار گرفتن زن برای مرد، انزال است و این که منی مرد در رحم زن وارد شده باشد.^۵

۲- در روایت صحیح، اسماعیل بن بزیع می‌گوید: شخصی از علی بن موسی الرضا (علیه السلام) در حالی که من می‌شنیدم، سؤال کرد: مردی زنی را با عقد موقت به نکاح خود در آورده و با او شرط کرده فرزند نخواهد، ولی زن صاحب فرزند شده و مرد آن را انکار می‌نماید و بر انکار خود پافشاری دارد، حضرت در حالی که پیدا بود انکار مرد را نکوهیده می‌داند، دوبار فرمود: چگونه انکار می‌نماید، این عمل نکوهش بزرگ در پی دارد. «وَقَالَ: يَجْحَدُ! وَكَيْفَ يَجْحَدُ؟ إِعْظَامًا لِذَلِكَ»^۶ چون تولد فرزند با انزال منی مرد در اطراف آلت زن، امکان‌پذیر است، بنابراین از این روایت می‌توان استفاده نمود در الحاق فرزند به زوج، انزال منی کافی است.

۱. یوسف ابن احمد، بحرانی، الحقائق الناضرة، الحقائق الناضرة ۴: ۲۵، محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۴، ص ۴۸؛ احمد بن یوسف، خوانساری، جامع المدارک، ج ۴، ص ۴۴۴؛ زین الدین بن علی، عاملی (شهید ثانی)، الروضة البهیة، ج ۵، ص ۴۳۲.

۲. روح الله، خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۰۷، ابوالقاسم، خویی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۸۲.

۳. محمد فاضل موحّدی، لنکرانی، تفصیل الشریعة (کتاب النکاح)، ص ۵۰۳-۵۰۴.

۴. محمد بن حسن، حرعاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۶۹، باب ۵۶، من ابواب النکاح، ج ۱.

۵. محمد فاضل موحّدی، لنکرانی، تفصیل الشریعة (کتاب النکاح)، ص ۵۰۴-۵۰۶.

۶. محمد بن حسن، حرعاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۶۹، باب ۳۳، من ابواب المتعة، ج ۲.

۳- ابن ابی عمیر از امام صادق (علیه السلام) نقل می‌کند که فرموده است: منی مربوط به مرد است هر کجا که بخواهد آن را قرار می‌دهد، البته اگر زن حامله شد و فرزند آورد مرد حق ندارد آن را انکار نماید، سپس آن حضرت شدیداً انکار مرد را تقبیح نمودند. «الْمَاءُ مَاءُ الرَّجُلِ يَضَعُهُ حَيْثُ يَشَاءُ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا جَاءَ وَلَدٌ لَمْ يُنْكِرْهُ وَشَدَّدَ فِي إِنْكَارِ الْوَلَدِ»^۱

بی‌گمان اطلاق این روایت شامل مسأله مورد بحث می‌گردد و از آن استفاده می‌شود مرد حق انکار فرزندی را که از همسر او متولد شده، ندارد، اعم از این که انعقاد نطفه با دخول باشد یا این که انزال در اطراف رحم شده باشد و رحم آن را جذب نموده باشد.

۴- روایات دیگری نیز بدین گونه که توضیح داده شده می‌تواند مستند این نظریه قرار گیرد.^۲

۵- به ضرورت ثابت شده و بسیار اتفاق افتاده است که با انزال منی در اطراف رحم زن و جذب آن به داخل رحم و یا انتقال آن به وسیله وسایل پزشکی مستحدث، زن حامله می‌گردد. این مسأله قطعی و غیر قابل انکار است.

۱- ۱- ۱- سپری شدن اقل مدّت حمل

در میان فقها اجماعی است که در الحاق فرزند به زوج لازم است تولّد طفل شش ماه پس از نزدیکی مرد با زن باشد و نیز اجماعی است که اقل مدّت حمل در طفل کامل الخلقه که زنده متولّد شود، شش ماه است.^۳

سید مرتضی در این خصوص نگاشته است: «کمترین مدّت زمان حمل در نزد ما شش ماه است، فقهای امامیه بر این مسأله اتفاق نظر دارند. در این باره از فقهای اهل سنت نیز مخالفتی نقل نشده است.^۴ هم‌چنین شهید ثانی آورده است: در بین علمای اسلام اجماعی است که کمترین زمانی که ممکن است انسان زنده، کامل الخلقه متولّد شود از زمان نزدیکی تا وقت ولادت، شش ماه است.^۵

۱. همان، ح ۵.

۲. همان، ج ۲، ص ۲۱، ۳۷۹، باب ۱۶، من ابواب احکام الاولاد، ح ۱- ۲.

۳. ر. ک: محمد بن محمد بن نعمان عکبری، مفید، المقنعه، ص ۵۳۹؛ محمد حسن، طوسی، النهایه، ص ۵۰۵، نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۳۴۰؛ محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۲۴.

۴. علی بن حسین موسوی، شریف مرتضی، رسائل، ج ۱، ص ۱۹۲.

۵. زین الدین بن علی، عاملی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام، ج ۸، ص ۳۷۳.

۱- ۱- ۱- ۳- ۲- ۱- ادله فقهی

۱- اجماع و اتفاق فقها، هم‌چنان‌که ذکر شد.

۲- خداوند می‌فرماید: دوران حمل طفل و از شیر باز گرفتنش سی ماه است. وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا.^۱

در آیه دیگری آمده است، جدا کردن کودک از شیر، می‌تواند در خلال دو سال باشد، وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ.^۲ اگر دو سال (بیست و چهار ماه) از سی ماه که در آیه قبل برای حمل و فصال تعیین گردیده، کسر گردد، شش ماه باقی می‌ماند و مدعا ثابت می‌گردد، زیرا شش ماه به اجماع فقها، بالاترین مدت حاملگی زنان نیست، بنابراین باید اقل مدت باشد.^۳

۳- اخبار مستفیضه بلکه متواتره نیز بر این حکم دلالت دارد. مانند آن‌که شیخ صدوق از امام صادق (علیه السلام) نقل کرده که فرموده است: کمترین مدت حمل شش ماه است. «أَدْنَى مَا تَحْمِلُ الْمَرْأَةُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ» هم چنین شیخ طوسی در تهذیب از جمیل بن صالح و او از امام صادق و یا امام باقر (علیهما السلام) نقل نموده که از آن حضرت در مورد زنی که در زمان عده طلاق به ازدواج دیگری در آمده سؤال شد؟ حضرت جواب فرمود: باید از او جدا شود و یک عده طلاق نسبت به زوج دوم و اول کافی است و اگر از او فرزندی متولد شد و از زمان نزدیکی زن با زوج دوم، شش ماه و یا بیش‌تر بگذرد، فرزند از زوج دوم است، ولی اگر کم‌تر از شش ماه گذشته باشد از زوج اول است. «قَالَ... فَإِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ أَوْ أَكْثَرَ فَهُوَ لِلْأَخِيرِ وَإِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَهُوَ لِلْأَوَّلِ»^۴ روایات دیگری نیز در این باره وجود دارد.^۵

۱- ۱- ۱- ۳- سپری نشدن بیش‌تر از حداکثر مدت حمل

در اثبات نسب با فراش، باید از زمان نزدیکی و انعقاد نطفه تا زمان تولد کودک بیش از حداکثر مدت حمل نگذشته باشد. قبل از بیان این شرط، ذکر دو نکته ضروری به نظر می‌رسد:

۱. احقاف/ ۱۵، ۴۶.

۲. سوره لقمان/ ۱۴، ۳۱.

۳. ر. ک: یوسف بن احمد، بحرانی، الحقائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۵.

۴. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۳۸۴، باب ۱۷، من ابواب احکام الاولاد، ح ۱۵.

۵. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۳۸۳، ح ۱۳.

۶. همان، ح ۸۰.

۱- بحث در این شرط مربوط به مواردی است که وضع حمل به طور عادی و طبیعی انجام شود، اما اگر به واسطه عللی به تأخیر بیفتد در آن صورت بحث از این شرط بی‌فایده است، زیرا یقین به گذشت بیش‌تر از مدّت حمل پیدا می‌شود.

۲- مبدأ زمان حمل بر طبق نظریه‌ای است که در بحث پیشین اختیار گردید که آیا مقصود از دخول، معنی کنایی آن است یا امکان نزدیکی و یا انزال؟ به هر صورت اصل این شرط مورد اتفاق است هر چند تعیین زمان حداکثر حمل بین فقهای امامیه اختلاف است و نظریاتی ابراز گردیده است.

۳- ۱- ۱- ۳- ۳- ۱- اقوال فقها

۳- ۱- ۱- ۳- ۳- ۱- حداکثر مدّت حمل نه ماه

دیدگاه مشهور میان فقیهان، که بسیاری از فقها، اعمّ از متقدمین^۱ تا معاصرین^۲ آن را پذیرفته‌اند این است که حدّ اکثر مدّت حمل نه ماه است و مستند آن، روایات است، مانند:

۱- عبدالرحمن سیاه می‌گوید از امام باقر(علیه السلام) در مورد حداکثر مدّت حمل سؤال کردم؟ زیرا شنیده بودم بعضی از اهل تسنّن آن را دو سال می‌دانند، حضرت فرمود: دروغ است. حداکثر مدّت حمل نه ماه است و لحظه‌ای بر این مدّت افزوده نمی‌شود و اگر یک ساعت افزایش یابد قبل از این که طفل از رحم مادر خارج شود مادرش کشته می‌شود. «فَقَالَ: كَذَبُوا أَقْصَى مُدَّةِ الْحَمَلِ تِسْعَةُ أَشْهُرٍ وَلَا يَزِيدُ لِحَظَةً وَ لَوْ زَادَ سَاعَةً [لِحَظَةً لَقَتَلَ أُمُّهُ قَبْلَ أَنْ يَخْرُجَ]»^۳

این روایت از نظر سند، ضعیف است و هر چند دلالت آن روشن است، ولی به گفته بعضی از فقها تأمل در آن، خلاف نظر مشهور را اثبات می‌نماید و مقصود نه ماه پس از ولوج روح در جنین است، چرا که در آن هنگام جنین را طفل می‌نامند و رشد و نمو او از آن زمان آغاز می‌شود و قبل از آن، نطفه و علقه و مضغه می‌نامند و نموی ندارد.

۱. محمد بن محمد بن نعمان عکبری، مفید، المقنعة، ص ۵۳۹؛ محمد حسن، طوسی، النهایة، ص ۵۰۵؛ حلی ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر، ج ۲، ص ۶۵۷ - ۶۶۰؛ محمد بن حسن، فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۳۳؛ علی بن محمد، حائری طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۱۲، ص ۱۰۴.

۲. عبد الأعلى، سبزواری، مهذب الأحكام، ج ۲۵، ص ۲۳۸؛ محمد فاضل موحّدی، لنکرانی، تفصیل الشریعة (کتاب النکاح)، ص ۵۱۳.

۳. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۸۰، باب ۱۷، من ابواب احکام الاولاد، ح ۳.

با توجه به این معنی است که مناسب است گفته شود اگر طفل یک ساعت بیش‌تر از نه ماه در رحم بماند او را می‌کشد، زیرا در صورتی که علقه و مضغه است و نموی ندارد، بی‌تردید اگر ساعت‌ها هم در رحم بماند موجب قتل مادرش نمی‌گردد.^۱

۲- از امیرالمؤمنین (علیه السلام) نقل شده که فرموده است، اطفالی که شش ماه یا هفت ماه و یا نه ماه در رحم مادر باشند بعد از تولد باقی می‌مانند ولی اگر طفل هشت ماه در رحم مادر باقی بماند، نمیتواند به زندگی خود ادامه دهد. «يَعِيشُ الْوَلَدُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ وَ لِسَبْعَةِ أَشْهُرٍ وَ لِتِسْعَةِ أَشْهُرٍ وَ لَا يَعِيشُ لَثَمَانِيَةِ أَشْهُرٍ»^۲. اگر این روایت در مقام بیان تعیین زندگی طفل در رحم مادر باشد از آن استفاده می‌شود حداکثر مدت حمل نه ماه است. ولی همان‌گونه که بعضی از اساتید اظهار نظر نموده‌اند، در مقام بیان زندگی طفل بعد از وضع حمل است و عبارت آن اخباری است، (خبر دادن) به این‌که بعد از این مدت، طفل زنده می‌ماند یا خیر؟ ولی ممکن است حداکثر مدت حمل نیز از اطلاق مقامی آن استفاده گردد.^۳

۳- در روایت صحیح، عبد الرحمن حجاج می‌گوید: از ابا ابراهیم (موسی بن جعفر (علیه السلام)) شنیدم که می‌فرمود: اگر مردی زن خود را طلاق دهد در حالی که زن مدعی است حامله می‌باشد، اگر بعد از نه ماه فرزند متولد گردید این زمان پایان عده طلاق است و اگر زن، مدعی حامله بودن نیست باید سه ماه عده نگه دارد سپس از شوهر جدا شود. «يَقُولُ: إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فَأَدَّعَتْ حَبَلًا انْتَضَرَ بِهَا تِسْعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ وَلَدَتْ وَإِلَّا اعْتَدَتْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ ثُمَّ قَدْ بَأَتْ مِنْهُ»^۴.

این روایت به صراحت دلالت دارد؛ با ادعای حاملگی از طرف زن، باید نه ماه منتظر بود. بنابراین باید حداکثر مدت حمل نه ماه باشد، زیرا اگر غیر از این بود می‌باید امام (علیه السلام) آن را بیان نماید، چون فرض بر این است که در مقام بیان حکم است.^۵

۱. محمد علی، اراکی، کتاب النکاح، ص ۷۵۵.

۲. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۳۸۰، باب ۱۷، من ابواب احکام الاولاد، ج ۲.

۳. قدرت الله، انصاری، موسوعه احکام الأطفال و ادلتها، ج ۳، ص ۴۷.

۴. محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۱۰۱، باب المسترابة بالحبل، ج ۱، محمد حسن، طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۸، ص ۱۲۹، ح ۴۴۴.

۵. ر.ک: یوسف ابن احمد، بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۸.

اما این مدّعا که تولّد نوزاد در ماه دهم واقع شده، چه بسا به خاطر اشتباهاتی است که صورت پذیرفته و به گفته مرحوم شهید ثانی، این استدلال شباهت به استحسان دارد و نمی‌تواند دلیل حکم شرعی قرار گیرد.^۱

۳- ۱- ۱- ۳- ۳- ۱- ۳- حداکثر مدّت حمل یک سال

عدّه‌ای از فقها مانند سید مرتضی^۲ و حلبی و ابن سعید^۳ و ابن زهره^۴ از متقدّمین، حداکثر مدّت حمل را یک سال دانسته‌اند. علامه حلّی در کتاب مختلف^۵ نیز به این نظریه تمایل نشان داده و نیز سید عاملی در نهایه المرام^۶ و شهید ثانی در مسالک^۷، این قول را اقرب به صواب دانسته‌اند. در بین فقهای معاصر نیز امام خمینی^۸ و آیه‌الله خویی^۹ این دیدگاه را پذیرفته‌اند.

به نظر ما این نظریه در میان دیدگاه‌های مطرح شده، وجیه‌تر است. نظریه پزشکی جدید نیز آن را تأیید و بر اثبات آن استدلال نموده است.^{۱۰} ادّله پسندیده‌تر بودن آن عبارتند از:

۱- عموم روایت نبوی «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ». این روایت اقتضا دارد، فرزند ملحق به فراش (زوج) گردد، هر چند یک سال از زمان نزدیکی مرد با زن گذشته باشد.

۲- روایات، از جمله روایت صحیح عبدالرحمن بن حجاج. در این روایت امام(علیه السلام) می‌فرماید: اگر مردی زن خود را طلاق دهد در حالی که زن، مدّعی حمل است باید نه ماه منتظر بماند، اگر فرزند متولّد شد، عدّه تمام می‌شود، در غیر این صورت باید سه ماه دیگر نیز بر تعداد ماه‌هایی که عدّه نگه

۱. زین الدین بن علی، عاملی(شهید ثانی)، مسالک الأفهام، ج ۸، ص ۳۷۷.

۲. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، الانتصار، ج ۴، ص ۳۴۵.

۳. یحیی بن سعید، حلّی، الجامع للشرائع، ص ۴۶۱.

۴. حمزه بن علی حسینی، حلبی(ابن زهره)، غنیة النزوع، ج ۱، ص ۳۸۷.

۵. حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلّی، مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۱۶.

۶. محمد بن علی موسوی، عاملی، نهایه المرام، ج ۲، ص ۹۶ و ج ۱، ص ۴۳۳ - ۴۳۴.

۷. زین الدین بن علی، عاملی (شهید ثانی) مسالک الأفهام، ج ۸، ص ۳۷۶.

۸. روح الله، خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۰۷، مسأله ۱.

۹. ابو القاسم، خویی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۸۲.

۱۰. ر. ک: عمر بن محمد بن ابراهیم غانم، احکام الجنین، ص ۷۳ - ۷۴، فتحیه مصطفی عطوی، الجهاض بین الشرع و القانون و الطب، ص ۱۴۵ - ۱۴۶، عمر سلیمان عبدالله الأشقر، احکام المرأة الحامل، ص ۹۵ - ۹۶.

داشته، بیفزاید سپس از شوهر جدا شود و عده‌اش تمام می‌گردد. ^۱ روایات دیگری نیز به همین مضمون نقل شده که پیش‌تر بدان اشاره شد.

مرحوم شهید ثانی بعد از ذکر این روایات می‌گوید: «روایت صحیح عبد الرحمن بن حجاج دلیل است بر این که ممکن است حداکثر مدّت حمل به یک سال برسد هر چند غالباً نه ماه است. به همین جهت امام (علیه السلام) دستور فرموده است، در صورتی که بعد از نه ماه فرزند متولّد نشد، باید زن مطلقه سه ماه دیگر احتیاطاً صبر کند، زیرا احتمال وضع حمل بعد از یک سال وجود دارد. این روایت روشن‌ترین دلیل است بر این که حداکثر مدّت حمل ممکن است یک سال باشد و از نظر سند قوی است، زیرا با اسانید مختلف ذکر شده است.

وی در ادامه می‌افزاید: «هیچ دلیل معتبری که اثبات نماید حداکثر مدّت حمل کم‌تر از یک سال است، وارد نشده است. بنابراین استصحاب حکم این روایت و نیز حکم قاعده فراش، مناسب‌ترین دلیل این نظریه می‌باشد هر چند غالباً این گونه نباشد». وی می‌گوید: «موردی که زمان حمل یک سال به طول بیانجامد در زمان ما واقع شده است». بنابراین باید روایاتی که حداکثر مدّت حمل را نه ماه می‌داند، حمل بر غالب نمود. ^۲ عبارت مرحوم سید عاملی ^۳ و بعضی از اعلام فقهای معاصر ^۴ در توجیه نظریه اخیر، شبیه آنچه ذکر شد، می‌باشد.

۳- ۱- ۲- اقرار

اگر شخصی با وجود شرایطی که در نفوذ آن لازم شمرده شده، اقرار به فرزند کسی نماید بین آن‌ها نسب ثابت می‌شود. فقهای شیعه ^۵ به تفصیل اقرار به نسب را مورد بررسی قرار داده‌اند که در اینجا به اختصار مطالبی آورده می‌شود.

^۱ محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۱۰۱، باب المستراة بالحبل، ح ۱، وسائل الشیعه ۲۲: ۲۲۳، باب ۲۵، من ابواب العدد، ح ۱.

^۲ زین الدین بن علی، عاملی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام، ج ۸، ص ۳۷۵ - ۳۷۶.

^۳ محمد بن علی موسوی، محمد بن علی موسوی، نهاية المرام، ج ۱، ص ۴۳۴ - ۴۳۵.

^۴ احمد بن یوسف، خوانساری، جامع المدارک، ج ۴، ص ۴۴۷؛ محمد علی، اراکی، کتاب النکاح، ص ۷۵۶ و ۷۵۸.

^۵ محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۵، ص ۱۵۳ - ۱۵۵؛ جواد بن محمد حسینی، عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۹، ص ۳۳۷.

- ۳۳۹؛ فخر المحققین محمد بن حسن، حلی، ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۴۶۳ - ۴۶۷.

۳- ۱- ۲- ۱- اقرار به نسب

نسب و رابطه خویشاوندی همچون مال بدون تردید به وسیله اقرار ثابت می‌گردد و حتی برخی از فقیهان همچون محمد حسن نجفی در جواهر الکلام و سید جواد حسینی عاملی در مفتاح الکرامه تصریح کرده‌اند که ثبوت نسب به وسیله اقرار امری مورد اجماع تمامی علما است و علاوه بر ادله عمومی نفوذ اقرار، روایات صحیحی نیز بر آن دلالت می‌کند. اقرار به نسب بر دو قسم است: اقرار به نسب فرزندی و اقرار به نسب خویشاوندی.

۳- ۱- ۲- ۱- اقرار به نسب فرزندی

اقرار کسی به اینکه دیگری (خواه پسر یا دختر) فرزند او است در صورتی که دارای شرایط ذیل باشد معتبر خواهد بود و آن شخص فرزند اقرارکننده شناخته می‌شود:

۳- ۱- ۲- ۱- امکان تحقق نسب

در صورتی نسب فرزندی به وسیله اقرار اثبات می‌شود که عادتاً ممکن باشد. از این رو اگر کسی اقرار کند که دیگری فرزند او است در حالی که وی هم سال اقرارکننده یا بزرگتر از او باشد نسب ثابت نمی‌شود و یا اگر کسی به فرزندی شخصی اقرار کند که نسب او مشهور است و مردم او را فرزند شخص دیگری می‌دانند، نسب ثابت نمی‌شود. از این رو برخی از فقها یکی از شرایط اقرار به نسب فرزندی را مجهول النسب بودن مقرر له دانسته‌اند.^۱

۳- ۱- ۲- ۱- عدم مخالفت با شرع

اقرار نمی‌تواند نسبی که شرع آن را تکذیب می‌کند اثبات نماید، مثلاً از طریق اقرار نمی‌توان نسب فرزندی را که از طریق زنا یا شبهه تولد یافته و یا به وسیله لعان (انکار فرزند) رابطه نسبی او شرعاً قطع شده اثبات کرد.^۲

^۱. محمد بن منصور بن احمد، حلی ابن ادریس، السرائر، ج ۳، ص ۳۰۸؛ نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلی، المختصر النافع ص ۲۳۴؛ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۱۲۰، ص ۲۶.

^۲. مصطفی محقق داماد، یزدی، قواعد فقه (محقق داماد)، ج ۳، ص ۱۴۶.

۳- ۱- ۱- ۲- ۱- ۱- ۳- مجهول النسب بودن مقرر به

به این معنی که اقرار در مورد کسی نافذ است که نسبش معلوم نباشد، بنابراین اگر اقرار به فرزندی کسی بنماید که در فراش دیگری است و نسب او معروف و مشخص است، پذیرفته نیست، زیرا نسبی که شرعاً ثابت گردیده است، قابل انتقال و تغییر نیست.^۱

۳- ۱- ۲- ۱- ۱- ۴- عدم تعارض

اقرار به فرزندی صغیر در صورتی معتبر شناخته می‌شود که کس دیگری مدعی فرزندی او نباشد و گرنه اقرار اثری ندارد، زیرا دو نفر نسبت به یک موضوع مدعی هستند و ادعای آن دو با یکدیگر معارض است، در نتیجه دو اقرار متعارض ساقط می‌شود و برای اثبات نسب باید ادله دیگری چون بیّنه ابراز شود.^۲

اگر کسی که به فرزندی او اقرار شده، صغیر باشد سه شرط فوق برای اثبات نسب کافی است و تصدیق صغیر لازم نمی‌باشد؛ حتی اگر پس از بلوغ، فرزندی خود را نسبت به اقرارکننده تکذیب کند، نسب اثبات شده به قوت خود باقی است.

همچنین است اگر اقرار به فرزندی شخص مجنون یا میت صورت گیرد.^۳ اما در صورتی که اقرار به فرزندی شخص عاقل و کبیر صورت گیرد، علاوه بر شرایط فوق «تصدیق» وی نیز لازم می‌باشد، زیرا نسب امری اضافی است که موقوف به تصدیق طرف دیگر یا اثبات از طریق بیّنه است و اصل بر عدم ثبوت نسب بدون آن است و صغیر و مجنون هم به دلیل اجماع و ممکن نبودن تصدیق از طرف ایشان استثنا شده‌اند که نمی‌توان آن را به موارد دیگر سرایت داد.^۴ به عقیده فقیهان اقرار پدر به فرزندی کسی (خواه صغیر و خواه بالغ) اقرار به زوجیت مادر وی نمی‌باشد. همچنین اقرار زن به فرزندی کسی اقرار

۱. ر. ک: حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، تحریر الاحکام الشرعیة، ج ۴، ص ۴۳۱؛ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۴۳۷؛ نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۳، ص ۱۵۶؛ علی بن محمد، حائری طباطبائی، ریاض المسائل، ج ۱۳، ص ۱۵۱-۱۵۲.

۲. حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، تبصرة المتعلمین، ص ۱۲۰.

۳. عبد الله بن أحمد بن محمد، ابن قدامة، المغنی، ج ۵، ص ۳۲۷-۳۲۸؛ محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۵، ص ۱۶۲.

۴. جواد بن محمد حسینی، عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۹، ص ۳۳۸.

به زوجیت پدر او نمی‌باشد، زیرا ممکن است نکاح فاسد بوده باشد یا فرزند از طریق نزدیکی به شبهه یا اکراه به وجود آمده باشد.^۱ اما ابو حنیفه در این زمینه قائل به تفصیل شده و در صورتی که مادر کسی که به فرزند او اقرار شده به حریت معروف باشد به استناد «حمل بر صحت کردن انساب و احوال مسلمانان» به اثبات رابطه زوجیت نظر داده است.^۲

۳ - ۱ - ۲ - ۱ - ۲ - اقرار به نسب خویشاوندی

در صورتی که کسی به رابطه خویشاوندی خود با دیگری غیر از رابطه پدر و فرزند اقرار کند، شرایط چهارگانه فوق از جمله «تصدیق مقرر له» لازم می‌باشد، مثلاً اگر کسی اقرار کند که دیگری پدر یا مادر یا جد یا نوه او است و یا برادر، خواهر، عمو، دایی، عمه یا خاله وی می‌باشد؛ آن شخص نیز باید این رابطه خویشاوندی را تصدیق کند.

تفاوت اقرار به نسبت فرزند با اقرار به نسب خویشاوندی آن است که در اولی بر اثر اقرار، تمامی آثار مترتب می‌گردد و رابطه نسبی به فرزندان ایشان و طبقات دیگر نیز سرایت می‌کند؛ مثلاً با اقرار به فرزند دیگری ثابت می‌شود که فرزند وی نوه اقرارکننده است و یا فرزند اقرارکننده برادر مقرر له و پدر اقرارکننده جد مقرر له است و آن دو و همچنین انسابی که از این طریق ثابت می‌شود از یکدیگر ارث می‌برند، در حالی که در اقرار به نسب خویشاوندی تنها رابطه نسبی میان اقرارکننده و مقرر له اثبات می‌شود و به غیر از ایشان حتی به فرزندانشان سرایت نمی‌کند.^۳

برخی از فقیهان اقرار به نسب را به هنگام فوت مقرر له ذیل عنوان «اقرار به وارث» ذکر کرده و برای آن فروعاتی بیان نموده‌اند که در ذیل به آن اشاره می‌شود:

الف) اگر کسی که نسب او مجهول است بمیرد آنگاه مردی اقرار کند که متوفی فرزند او است با وجود شرایط، نسب ثابت می‌شود. در این مسأله تفاوت نمی‌کند که متوفی صغیر باشد یا بالغ، دارای میراث

۱. ر.ک: محمد حسن، طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۳۷۹ - ۳۸۰؛ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۲۸۷.

۲. محمد حسن، طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۳۸۰؛ جواد بن محمد حسینی، عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۹، ص ۳۴۱؛ محمد بن منصور بن احمد، حلی ابن ادریس، سرائر، ج ۳، ص ۳۱۱.

۳. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۵، ص ۱۵۸ - ۱۶۰؛ روح الله، خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۵۴؛ ابو القاسم، خویی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۹۵.

باشد یا نباشد. همچنین در این خصوص در معرض اتهام بودن اقرارکننده به اینکه می‌خواهد میراث متوفی را تملک کند تأثیری ندارد، همان گونه که اقرار به فرزندی کودکی که صاحب مال است با وجود در معرض تهمت بودن اقرارکننده صحیح است. اما ابو حنیفه در صورتی که متوفی صاحب مال باشد، به دلیل تهمت نسب را ثابت نمی‌داند، به این نظر ایراد شده است؛ اولاً: تهمت شرعاً در اینجا اثری ندارد، ثانیاً: بر فرض مؤثر بودن تهمت، نباید میان شخص مالدار زنده با مرده تفاوت قائل شویم، چرا که در هر دو اقرارکننده در معرض تهمت است.^۱

ب) اگر وارث متوفی به نسب خویشاوندی با دیگری اقرار کند و مقرر له در ارث مقدم بر اقرارکننده باشد، ترکه به مقرر له داده می‌شود؛ مثلاً اگر عموی متوفی اقرار کند که زید برادر او است و یا برادر متوفی اقرار کند که زید فرزند متوفی است، ترکه به زید داده می‌شود.^۲

ج) اگر وارث متوفی به نسب خویشاوندی با دیگری اقرار کند و مقرر له در ارث با او هم رتبه باشد چنانچه مقرر وارث منحصر به فرد متوفی باشد؛ مقرر له به نسبت سهم خود از ترکه ارث می‌برد، چنانکه تنها فرزند متوفی اقرار کند که زید برادر او است که ترکه به نسبت مساوی میان ایشان تقسیم می‌شود و اگر اقرار کند که متوفی دارای زوجه است، یک هشتم مال به کسی که اقرار به او راجع است داده می‌شود.

در صورتی که اقرارکننده وارث منحصر نباشد و سایر ورثه او را تصدیق نکنند تنها سهم اقرارکننده به مقرر له داده می‌شود، چنانکه همسر متوفی با وجود آنکه متوفی چند برادر دارد اقرار کند که زید فرزند متوفی است و برادران او را تصدیق نکنند؛ که سه چهارم ترکه به برادران و یک هشتم ترکه به هر کدام از زن و فرزند داده می‌شود.^۳

۳ - ۱ - ۳ - قرعه

۱. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۵، ص ۱۶۸.

۲. نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلی، المختصر النافع، ۲۳۴ - ۲۳۵؛ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۲۸۸.

۳. جواد بن محمد حسینی، عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۹، ص ۳۵۳ - ۳۵۴؛ ابو الحسن، اصفهانی، وسیله النجاة، ج ۲، ص ۲۳۵.

قاعده قرعه از جمله قواعد معروف است که در بسیاری از ابواب فقه - چه در منازعات چه در غیر منازعات - به کار می رود و فقهای عظام، در موارد فراوان به آن تمسک می کنند.^۱ برخی از نویسندگان، از ادعای اجماع در مورد این قاعده، فراتر رفته و ادعای ضرورت کرده اند؛ «اما أصل مشروعیه القرعۀ فهو مما لا خلاف فيه بين المسلمين؛ بل إجماعهم عليه، بحيث لا يرتاب فيه ذو مسكئ. و يكفي في القطع بتحقيق الإجماع ملاحظه الإجماعات المتواتره المنقولۀ في ذلك من زمان الشيخين الى زماننا هذا، كما هو واضح لمن راجع كلماتهم بل يمكن دعوى الضرورة الفقهيّة عليه.»^۲

دانشمندان علم فقه و اصول، متعرض این قاعده شده اند ولی کمتر بحث مستقلی به آن اختصاص داده شده است. در کتب حدیثی نیز روایات قرعه در ابواب مختلف آمده است، ولی شیخ حر عاملی سعی کرده است در کتاب «وسائل» این روایات را در باب قضاء جمع کند.^۳

۳ - ۱ - ۳ - مفاد قاعده

این قاعده با توجه به لسان ادله، دارای تعبیرات مختلفی است؛ از جمله: «القرعۀ لكل أمر مجهول»؛ «القرعۀ لكل أمر مشتبہ» و «القرعۀ لكل أمر مشكل».^۴ هرچند که گفته شده است: «در ادله این مسأله از تعبیر «مشكل» استفاده نشده است و ما فقط تعبیر مجهول را داریم.» «فالحق انه ليس في عناوين الأدلة من عنوان «المشكل» عين و لا اثر، و انما المذكور فيها عنوان «كل مجهول» كما في رواية محمد بن حكيم عن ابي الحسن موسى عليه السلام و كما في مرسله الشيخ في «النهاية» عنه عليه السلام و عن غيره من آبائه و آبائهم (عليهم السلام)»^۵

قرعه در لغت به معنی سهم و نصیب است و در اصطلاح، تدبیری است که در هنگام شبهه و ابهام برای تعیین مطلوب به کار می رود؛ «القرعۀ في اللغة السهم و النصيب، و في عرف الفقهاء و العرف العام الاحتيال في تعيين المطلوب لدى الشبهة و الإبهام بكتابه و نحوها.»^۶ «مأخوذة من قرعته: إذا كفتته، كأنه

۱. محمد بن حسن موسوی، بجنوردی، القواعد الفقهيّة، ج ۱، ص ۲۲۱.

۲. ناصر، مکارم شیرازی، القواعد الفقهيّة، ج ۱، ص ۳۵۵.

۳. باقر، ایروانی، دروس تمهيدیة فی القواعد الفقهيّة، ج ۲، ص ۱۲.

۴. محمد، روحانی قمی، القواعد الفقهيّة، ج ۷، ص ۲۳۳.

۵. ناصر، مکارم شیرازی، القواعد الفقهيّة، ج ۱، ص ۳۵۷.

۶. میرزا علی، مشکینی، اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها، ذیل اصطلاح قرعه.

كف الخصوم بذلك، و هی اسم مصدر بمعنی الاقتراع، و هو الاختیار بإلقاء السهام و نحو ذلك.^۱ نویسنده دیگری، قرعه را چنین تعریف می کند: «مراد از قرعه در این جا عمل به قرعه برای تعیین مطلوب در امور مشتبّه شرعی است؛ و قرعه در زمانی به آن عمل می شود که موردی مشتبّه شود و راهی برای توسل به کشف آن نباشد؛^۲ برخی دیگر از نویسندگان، قرعه را به انداختن تیر و غیر تیر در اطراف مشتبّه برای استخراج حق از بین آن ها معنا کرده اند؛ «و هی إحالة السهام أو غيرها بين أطراف مشتبّه لاستخراج الحق من بينها.»^۳ برخی دیگر قرعه را طریقی برای مشخص شدن آنچه واقعا یا در حدود علم ما مشخص نیست می دانند: «طریقه للتمييز فيما لا يكون متميزا واقعا أو في حدود علمنا؛ و لها أساليب متعددة.»^۴

به نظر، روشن شدن مفاد این قاعده، بستگی تام به فهمیدن معنای مشکل، مجهول و مشتبّه دارد؛ و این مهم، مبتنی بر بررسی لسان ادله است. البته ادعا شده است که مضمون این قاعده، روشن است؛ ولی به نظر می رسد که این ادعا، درست نباشد؛ «لعل مضمون القاعدة واضح، و هو ان الواقع إذا أشكل في مورد و لم يمكن تشخيصه من خلال أماره أو أصل فيمكن المصير في تعيينه إلى الاقتراع و ذلك بكتابة قطع متعددة و سحب واحدة منها.»^۵

۱ - ۲ - ۳ - مستندات قاعده

۱ - ۲ - ۳ - آیات قرآنی

۱ - ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَ مَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَفْئَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَ مَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ ؛ «(ای پیامبر!) این، از خبرهای غیبی است که به تو وحی می کنیم؛ و تو در آن هنگام که قلم های خود را (برای قرعه کشی) به آب می افکندند تا کدام یک کفالت و سرپرستی مریم را عهده دار شود، و (نیز) به هنگامی که با هم کشمکش داشتند، حضور نداشتی؛ (و همه این ها، از راه وحی به تو گفته شد).»

۱. محمود، عبد الرحمان، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، ج ۳، ص ۸۳.

۲. محمد کاظم، مصطفوی، مائنه قاعدة فقهية، ص ۱۹۱.

۳. حکیم، سید محمد تقی: القرعة و الاجتهاد و التقليد (الأصول العامة)، ص ۵۳۳.

۴. محمد، صدر، ما وراء الفقه، ج ۸، ص ۵۱۲.

۵. باقر، ایروانی، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، ج ۲، ص ۱۳.

این آیه اشاره به گوشه دیگری از داستان مریم نموده، می فرماید: «آنچه را درباره سرگذشت مریم و زکریا برای تو بیان کردیم، از خبرهای غیبی است که به تو وحی می کنیم»؛ «ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ»؛ زیرا این داستان ها به این صورت (صحیح و خالی از هر گونه خرافه) در هیچ یک از کتب پیشین که تحریف یافته اند، وجود ندارد و سند آن تنها وحی آسمانی قرآن است.

آن گاه در ادامه این سخن، می گوید: «در آن هنگام که آن ها قلم های خود را برای (قرعه کشی و) تعیین سرپرستی مریم، در آب افکندند، تو حاضر نبودی و نیز هنگامی که (علمای بنی اسرائیل برای کسب افتخار سرپرستی او) با هم کشمکش داشتند، حضور نداشتی» و ما همه این ها را از طریق وحی به تو گفتیم «وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُ أَقْلَامُهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ».

همان گونه که در تفسیر آیات قبل گفته شد، مادر مریم پس از وضع حمل، نوزاد خود را در پارچه ای پیچیده، به معبد آورد، و به علما و بزرگان بنی اسرائیل خطاب کرد: این نوزاد برای خدمت خانه خدا نذر شده است، سرپرستی او را بر عهده بگیرید و از آن جا که مریم از خانواده ای بزرگ و معروف به پاکی و درستی بود (خانواده عمران)، عابدان بنی اسرائیل، برای سرپرستی او بر یکدیگر پیشی می گرفتند، و به همین جهت، چاره ای جز قرعه نیافتند؛ به کنار نهی آمدند و قلم ها و چوب هایی که به وسیله آن قرعه می زدند، حاضر کردند و نام هر یک را به یکی از آن ها نوشتند، هر قلمی در آب فرو می رفت، برنده قرعه نبود؛ تنها قلمی که روی آب باقی ماند، قلمی بود که نام زکریا بر آن نوشته شده بود.

به این ترتیب، سرپرستی زکریا نسبت به مریم، مسلم شد و در واقع از همه سزاوارتر بود؛ زیرا علاوه بر دارا بودن مقام نبوت، شوهر خاله مریم هم بود. البته لازم به ذکر است که از این آیه و آیاتی که در سوره «صافات» درباره یونس آمده، استفاده می شود که برای حل مشکل و یا در هنگام مشاجره و نزاع، و هنگامی که کار به بن بست کامل می رسد، و هیچ راهی برای پایان دادن به نزاع دیده نمی شود، می توان از قرعه، استمداد جست.^۱

۲ - وَ إِنْ يُونُسَ لَمِنْ الْمُرْسَلِينَ إِذْ أَبَقَ إِلَى الْفُلْكِ الْمَشْحُونِ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ فَالْتَقَمَهُ الْحُوتُ وَ هُوَ مُلِيمٌ^۲؛ و یونس از رسولان (ما) است! (به خاطر بیایور) زمانی را که به سوی کشتی پر (از

۱. ناصر، مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ج ۲، ص ۶۳۲-۶۳۶.

۲. صافات/ ۳۷، ۱۳۹-۱۴۲.

جمعیت و بار) فرار کرد؛ و با آن ها قرعه افکند (و قرعه به نام او افتاد و) مغلوب شد! (او را به دریا افکندند) و ماهی عظیمی او را بلعید، در حالی که مستحق سرزنش بود.

این آیات در مورد یونس و داستان ترک کردن قوم خطاکار از جانب یونس است؛ توضیح آن که یونس علیه السلام همانند سایر انبیا، دعوت خود را از توحید و مبارزه با بت پرستی شروع کرد، و سپس با مفاسدی که در محیط رایج بود، به مبارزه پرداخت. اما آن قوم متعصب که چشم و گوش بسته از نیاکان خود تقلید می کردند، در برابر دعوت او تسلیم نشدند. یونس علیه السلام همچنان از روی دلسوزی و خیرخواهی مانند پدری مهربان آن قوم گمراه را اندرز می داد، ولی، در برابر این منطق حکیمانه، چیزی جز مغالطه و سفسطه از دشمنان نمی شنید. تنها گروه اندکی که شاید از دو نفر تجاوز نکردند (عابد و عالمی!) به او ایمان آوردند. یونس علیه السلام آن قدر تبلیغ کرد که، تقریباً از آن ها مأیوس شد، در بعضی از روایات آمده است: به پیشنهاد مرد عابد (و با ملاحظه اوضاع و احوال قوم گمراه) تصمیم گرفت به آن ها نفرین کند. این برنامه، تحقق یافت و یونس علیه السلام به آن ها نفرین کرد، به او وحی آمد که در فلان زمان عذاب الهی بر آن ها نازل می شود، هنگامی که موعد عذاب نزدیک شد، یونس علیه السلام همراه مرد عابد از میان آن ها بیرون رفت، در حالی که خشمگین بود، تا به ساحل دریا رسید؛ در آن جا یک کشتی پر از جمعیت و بار را مشاهده کرد، و از آن ها خواهش نمود که او را نیز همراه خود ببرند. به هر حال، یونس علیه السلام سوار بر کشتی شد، اما طبق روایات، ماهی عظیمی سر راه را بر کشتی گرفت، دهان باز کرد، گویی غذایی می طلبد. سرنشینان کشتی گفتند: به نظر می رسد گناهکاری در میان ما است! (که باید طعمه این ماهی شود، و چاره ای جز استفاده از قرعه نیست) در این جا قرعه افکندند. قرعه به نام یونس علیه السلام درآمد! طبق روایتی، قرعه را سه بار تکرار کردند، و هر بار به نام یونس علیه السلام در آمد؛ ناچار، یونس علیه السلام را گرفتند و در دهان ماهی عظیم، پرتاب کردند!

قرآن در آیات مورد بحث، با یک جمله کوتاه به این ماجرا اشاره کرده می گوید: «یونس با آن ها قرعه افکند و مغلوب شد!» «فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ.» «سَاهَم» از ماده «سَهَم» در اصل، به معنی تیر، و «مساهمه» به معنی قرعه کشی آمده است؛ زیرا به هنگام قرعه کشی، نام ها را بر چوبه های تیر می نوشتند، و با هم مخلوط می کردند، سپس یک چوبه تیر، از آن بیرون می آوردند و به نام هر کس اصابت می کرد، مشمول قرعه می شد. «مُدْحَضٌ» از ماده «ادحاض» به معنی باطل کردن و زایل نمودن و مغلوب کردن است، و در این جا منظور این است که قرعه به نام او، اصابت کرد.

این تفسیر، نیز گفته شده که دریا طوفانی شد، و بار کشتی سنگین بود، و هر لحظه خطر غرق شدن، سرنشینان کشتی را تهدید می کرد؛ چاره ای جز این نبود که برای سبک شدن کشتی بعضی از افراد را به دریا بیفکنند، و قرعه به نام یونس علیه السلام درآمد؛ او را به دریا انداختند، و درست در همین هنگام نهنگی فرا رسید و او را در کام خود فرو برد.^۱

البته این دو داستان در روایات هم با اشاره به قرآن نمود پیدا کرده است؛ حماد بن عیسی به واسطه یک تن از حریر از امام باقر علیه السلام روایت کرده که فرمود: اولین کسی که درباره او قرعه زدند، مریم بنت عمران بود که خدا می فرماید: «و تو ای رسول ما! حاضر نبودی آن هنگام که برای نگهبانی و کفالت مریم قرعه می زدند.» و سهام قرعه، شش عدد بود. پس از آن، برای یونس علیه السلام قرعه کشیدند، آن زمان که با قوم خود به کشتی نشست و کشتی به گرداب افتاد و برای نجات لازم شد به دریا افکنند و به آن حیوانی که به کشتی حمله کرده بود، قربانی دهند؛ و قرعه کشیدند تا چه کس را به دریا افکنند؛ و تا سه بار، قرعه به نام یونس بیرون آمد. فرمود: آن گاه یونس علیه السلام به عرشه کشتی درآمد و ناگهان با نهنگی دهان گشوده رو به رو گردید؛ پس خود را به دهان او افکند.^۲

بر استدلال به این دو آیه، مناقشه شده است؛ از جمله:

۱ - در داستان حضرت یوسف، (ع) در آیه کریمه صافات، قصه ای را نقل می کند که مشتمل بر حادثه ای است که در آن قرعه صورت گرفته است، و دلیلی بر امضای این نقل حتی در شریعت آن زمان نداریم، چه رسد به اعتبار آن در زمان ما؛ «ان الآیة الکریمه تنقل قصه وقعت فی زمن غابر اشملت علی الاقتراع، و ذلک لایدل علی امضاء ما وقع فیها من أحداث حتی فی تلک الشریعه فضلاً عن شریعتنا.» البته شایان توجه است که شرکت جناب یوسف یا سکوت در برابر این واقعه هیچکدام نمی تواند این دلیل را به حدی از اعتبار برساند که مستند قاعده قرعه باشد. این مناقشه طابق النعل بالنعل، در مورد کریمه آل عمران نیز جاری است.

۲ - شاید حکم مذکور، مخصوص شرایع سابق باشد و دلیلی بر امضا و تأیید آن در شریعت ما نداریم. تمسک به عویصه استصحاب حکم شرایع سابق و عدم نسخ آن نیز خود اول کلام است و دلیلی ندارد.^۳

۱. ناصر، مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ج ۲، ص ۶۳۲-۶۳۶.

۲. محمد بن علی بن بابویه، قمی (شیخ صدوق)، من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۱۰۹-۱۱۰.

۳. باقر، ایروانی، دروس تمهیدی فی القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۱۴.

۳ - این دو آیه کریمه، اگر دلالتی بر حجیت قرعه داشته باشند، که ندارند، حجیت آن ها به این نحو نیست که قرعه، یک مرجع متعین از جانب شارع مقدس در موارد برخورد با مشکل باشد؛ بلکه شاید تدبیری باشد از باب رویه طرفین دعوا در عمل به قرعه و یا آنچه نزدیک به قرعه است؛ و با این احتمال، وجهی برای عمل و استناد به این دو آیه کریمه نیست؛

۴ - این دو آیه کریمه در صورت دلالت هم دلیلی بر شمول نسبت به غیر مورد ندارد؛ «هذا مضافا الی انها حتی لو دلت علی حجیة القرعة و تعینها من قبل الشارع کمرجع عند تمشکل الأمر فهی خاصه بموردها و لیس لها اطلاق تدل بواسطته علی مرجعیة القرعة فی غیر موردها»^۱

۳-۱-۲-۲- سنت

۱ - محمد بن حکیم گوید: «از امام موسی بن جعفر علیه السلام درباره چیزی پرسیدم. حضرت به من فرمود: هر مجهولی، در آن قرعه است. گفتیم: قرعه هم خطا می کند و هم درست به واقع می خورد. حضرت فرمود: هر چیزی که خداوند بدان حکم کند، خطا نمی کند.»^۲

۲ - منصور بن حازم گوید: «یکی از یاران ما از امام صادق علیه السلام درباره مسأله ای پرسید. حضرت به او فرمود: این در قرعه، معلوم می گردد. سپس حضرت افزود: چه قضیه ای عادل تر از قرعه است، البته اگر کار به خداوند عز و جل واگذار گردد؟ آیا خداوند - تبارک و تعالی - نمی فرماید: و با آن ها قرعه افکند و (قرعه به نام او افتاد) مغلوب شد.»^۳

۳ - زید بن ارقم گوید: «سه نفر را که با کنیزی در یک طهر آمیزش کرده بودند و کنیز فرزندی آورده بود و هر کدام ادعا داشتند که فرزند از آن اوست، نزد امیرالمؤمنین علیه السلام آوردند. امیرالمؤمنین علیه السلام به یک نفرشان فرمود: از این فرزند به دلخواه می گذری تا برای این یکی باشد؟ او گفت: نه. به دیگری فرمود: آیا تو دلت می خواهد که این فرزند برای این یکی باشد؟ او گفت: نه. حضرت به دیگری فرمود: دوست داری که فرزند برای این یکی باشد؟ او گفت: نه. حضرت فرمود: من شماها را شریکانی می بینم که با هم کنار نمی آید. من میان شما قرعه می کشم و هر کدام که قرعه به نامش خورد، دو سوم بها [ی کنیز] را بر عهده او می گذارم و فرزند را به او می دهم. آنان این حکم را برای

۱. همان، ص ۱۵-۱۶.

۲. محمد حسن، طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۶، ص ۲۴۰، ح ۵۹۳

۳. محسن طباطبایی، حکیم، مستدرک الوسائل، ج ۱۷، ص ۳۷۴، ح ۴.

رسول خدا صلی الله علیه و آله ذکر کردند. حضرت فرمود: من هم در این مورد جز آنچه علی علیه السلام فرموده است، نمی یابم.^۱

۴ - امام باقر علیه السلام فرمود: «امیرالمؤمنین علیه السلام در یمن درباره گروهی که خانه بر سرشان خراب شد و دو بچه ماندند، یکی از آن دو آزاد و دیگری برده بود، حکم داد. امیرالمؤمنین علیه السلام میان آنان قرعه کشید و قرعه به نام یکی از آن دو در آمد و مال را برای او قرار داد و دیگری را آزاد کرد.»^۲

۵- از امیرالمؤمنین و امام باقر و امام صادق علیهم السلام روایت شده است: «در موردی که مشکل است (روشن نیست)، حکم به قرعه را واجب کرده اند.»^۳

۳-۱-۲-۳- اجماع

سومین دلیل بر مشروعیت قرعه، اجماع است. در تقریر این دلیل گفته شده است که: «علمای مسلمین و کل امت اسلامی به طور موجب جزئی، قرعه را قبول دارند، اما در موارد، اختلاف است؛ یعنی بعضی آن را در خصوص منازعات، بعضی در خصوص شبهات موضوعیه، بعضی می گویند که موضوعیه تحریمیه، و بعضی در خصوص شبهات موضوعیه وجوبیه می دانند. بعضی می گویند که قرعه در شبهات موضوعیه تحریمیه مطلقاً نمی آید؛ بعضی دیگر می گویند در شبهات بدویه نمی آید و در خصوص شبهات مقرونه به علم اجمالی می آید؛ خلاصه آن که دیدگاه ها مختلف است ولی می توان گفت که قرعه به طور موجب جزئی، حجت است؛ و به طور سلب کلی هم هیچ یک از علمای اسلام نگفته اند که قرعه، حجت نیست؛ و عده ای که بر کنار گذاشتن قرعه اصرار دارند، می گویند قرعه به مقداری حجت است که فقها بدان عمل کرده اند؛ پس معلوم می شود که باز قرعه را در مواردی حجت می دانند. بنابراین، به طور قطع می گوییم به نحو موجب جزئی، قرعه حجت است و احدی از فقهای اسلام به طور سلب کلی، منکر قرعه نشده اند.»^۴ بر این دلیل هم مناقشاتی وارد است؛ از جمله:

۱. وجود اجماع، محرز نیست

۱. محمد بن علی بن بابویه، قمی (شیخ صدوق)، من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۹۲

۲. همان، ج ۳، ص ۹۵-۹۴

۳. آقا حسین، طباطبایی بروجردی، منابع فقه شیعه، مترجمان: مهدی حسینیان قمی و م. صبور، ج ۳۰، ص ۲۰۵-۲۱۷.

۴. محمد بن حسن موسوی، بجنوردی، قواعد فقهیه، ج ۱، ص ۲۲۹-۲۳۰.

۲. احتمال مدرکی بودن اجماع با وجود روایات هست؛ البته مستدل هم به این اشکال، اذعان کرده است و در ادامه استدلال به اجماع می نویسد: «البته می دانیم که این اجماعات، حجیتی ندارند؛ زیرا روایات زیادی بر وفق آن ها هست و در اصول گفته شده است که اجماع مدرکی، اعتباری ندارد؛ زیرا اجماع وقتی حجت است که کشف قطعی از رأی معصوم (ع) بکند و دلیلی بر وفق مجمعی نباشد؛ اما در باب قرعه، روایات بسیار بر وفق مجمعی وجود دارد و احتمال بسیار قوی ای که مدرک فتوای مجمعی همین روایات باشد و وقتی مدرک اجماعات، روایات باشد وظیفه، مراجعه به روایات و برداشت از آن ها است؛ چون فهم اصحاب برای ما حجت نیست. بنابراین، چنین اجماعی برای ما کارساز نیست؛ فقط این اجماع می تواند ضعف روایات را جبران کند؛ یعنی برداشت ما از این اجماع، آن است که علم اجمالی داریم. بعضی از این روایات از معصوم (ع) صادر شده است که قهراً این معنی، محقق تواتر اجمالی است.»^۱ البته معلوم نیست که استفاده ابزاری از اجماعی که مدرکی یا محتمل المدرک است، درست باشد.

۳- ۱- ۲- ۳- ۴- سیره و بنای عقلا

بیان و تقریر این استدلال بدین بیان است: «بنای عقلا در موارد تزام حقوق در جایی که ترجیحی در بین نباشد و اماره ای برای تعیین واقع در کار نباشد، بر این قرار گرفته که با قرعه فصل خصومت می کنند، حتی در داستان قرعه کشی حضرت یونس، قرعه بدین سبب صورت نگرفت که دلیل شرعی برای کشتی نشستگان به نظرشان آمده، بلکه آن ها از روی فطرت و ارتکاز عقلایی خود به این کار دست زده اند؛ ایشان سپس اشاره می کنند که قرعه نزد عقلا به عنوان یک اصل عملی برای رفع نزاع و مخاصمه به کار می رود و جنبه کاشفیت و طریقت در آن دیده نمی شود؛ و تمام روایات عامه و خاصه، ناظر به همین معنا است و امضای بنای عقلایی می باشد و هیچ تفاوتی بین بنای عقلا و روایات منصوص در کار نیست.»^۲ «و اما السیره العقلائیة فلا اشکال فی انعقادها علی العمل بالقرعة فی الامور المشکلة و الأمثلة فی حیاتنا الاجتماعیة الیوم کثیرة فیقرع بین الطلاب فی المدارس إذا زاد عددهم عن الحدّ المقرّر للقبول و بین من تقدّم بطلب الحج إذا زاد العدد، و هكذا فی أمثلة اخرى. و هذه السیره

۱. محمد بن حسن موسوی، بجنوردی، قواعد فقهیه، همان.

۲. موسی، شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ج ۹، ص ۲۹۸۱.

حيث لانتحتمل حدوثها جدیداً و لم يرد عنها ردع بل ورد ما يدل على الامضاء - من قبيل جمله «و القرعة سنة» في الصحيحة السابقة - فتكون حجة^۱

با توجه به ادله در تبیین مراد از «مجهول» و «مشتبه» گفته شده است: «ظاهراً مراد از مجهول، مجهول مطلق است؛ یعنی آنچه راهی برای تشخیص و شناخت آن نه از ادله قطعی و نه ظنی نباشد و حتی اصول عملیه هم در مورد آن، کارایی نداشته باشد. با این بیان، هر چه که به یکی از طرق و موازین شرعی، معلوم باشد تحت عنوان «مجهول» داخل نیست. بنای عقلاً هم که در ادله مسأله، از آن سخن رفت، همین معنا را از مجهول تأیید می کند؛ «و الظاهر ان المراد بالمجهول هو المجهول المطلق، اعنی ما لا طريق إلى معرفه حاله لا من الأدلة القطعية و لا الظنية، و لا من الأصول العملية بان لا يكون مجراها ... و على هذا كل ما كان حاله معلوما بأحد الطرق و الموازين الشرعية، قطعية كانت أو ظنية، أماره كانت أو أصلاً، لم يكن داخلاً تحت عنوان «المجهول» الوارد في اخبار الباب. و يؤيد ذلك جدا ان مجرى القرعة عند العقلاء أيضاً ما لا يمكن حله بشيء من - الطرق و الأصول الدائرة بينهم، بحيث كان ترجيح بعض الاحتمالات على بعض من قبيل - الترجيح بلا مرجح، و قد عرفت ان الشارع المقدس امضى طريقته»^۲

۳ - ۱ - ۴ - بینه (شهادت)

بینه در لغت^۳ به معنی دلیل، حجت قوی و برهان آمده است. راغب اصفهانی در المفردات بینه را به معنی دلالت واضح آورده است. لفظ بینه مشتق از ریشه «بان- بین- بیاناً» بوده و گفته شده^۴ صفت مشبهه ایست که موصوف آن حجت و دلیل است. لذا بینه عبارتست از دلیل واضح و آشکار که زوایای پنهانی نداشته باشد. در این صورت میتوان گفت مترادف با لفظ برهان است.

۱. باقر، ایروانی، دروس تمهیدیة فی القواعد الفقهیة، ج ۲، ص ۱۸.

۲. ناصر، مکارم شیرازی، القواعد الفقهیة، ص ۳۵۷-۳۵۸.

۳. احمد، فتح الله، معجم الفاظ الفقه الجعفری، ص ۳۴۰.

۴. محمد بن حسن موسوی، بجنوردی، قواعد فقهیة، ج ۳، ص ۹.

در القاموس الفقهي^۱ آمده: لفظ بینه در کلام خدا و رسول او و نیز در کلام صحابه به معنی مطلق آن یعنی هر آنچه که حق را آشکار می کند، بکار رفته که اعم است از تعبیری که در اصطلاح فقهاء (به معنی دو شاهد یا یک شاهد و یک سوگند) بکار می رود.

گفته شده^۲ مناسبت اطلاق بینه به دو شاهد، حدیث رسول گرامی اسلام (ص) است که فرمود: «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر». یعنی مدعی حق باید برای ادعای خود دلیل (یعنی دو شاهد) بیاورد چرا که اگر مقصود، مطلق دلیل بود، شامل «ید» نیز – که یکی از ادله است – می شد و می توانست بعنوان دلیل منکر تلقی شود، که در نتیجه دو دلیل در عرض یکدیگر بوده و در تعارض با هم قرار می گرفتند و بینه بعنوان یک دلیل مطلق نمی توانست بر دلیل مطلق دیگر حاکم شود.

شهید اول^۳ بینه را به حجت و دلیل شرعی تعبیر کرده است.^۴ محمد بن حسن بجنوردی در تلاش برای جمع بین معنی لغوی و اصطلاحی آن چنین آورده است: ظاهر امر حکایت از این دارد که بینه در لسان شرع عبارت از شهادت دو مرد عادل است. لذا هنگامی که شارع مقدس به چنین شهادتی اعتبار می بخشد و آن را اماره و دلیل بر امری قرار می دهد، در این حال شهادت دو مرد عادل می تواند مصداق «دلیل واضح» که همان معنی لغویست، باشد. در نتیجه مقصود از بینه در شرع، همان شهادت است نه مطلق دلیل.

وی در ادامه می فرماید: می توان گفت لفظ بینه بدلیل کثرت استعمال در شهادت دو شاهد، منقول عرفی یا حداقل منقول شرعی است.^۵

محقق نراقی^۶ نیز در استدلالی مشابه، لفظ بینه را حقیقت در معنی لغوی آن (به معنی آشکار کننده) می داند و با استناد به روایات منقول از امام صادق (ع)^۷ عقیده دارند که در شرع فقط بعنوان شاهد استعمال شده است.

۱. سعدی، ابو جیب، القاموس الفقهي، ص ۴۷.

۲. ناصر، مکارم شیرازی، القواعد الفقهيّة، ج ۲، ص ۴۶.

۳. محمد بن مکی، عاملی (شهید اول)، الدروس الشرعیة، ج ۱، ص ۴۱۶.

۴. محمد بن حسن موسوی، بجنوردی، قواعد فقهیه، ج ۳، ص ۹.

۵. محمد بن حسن موسوی، بجنوردی، قواعد فقهیه، ج ۳، ص ۱۲.

۶. مولی احمد بن محمد مهدی، نراقی، مستند الشیعة، ج ۱۸، ص ۷.

۷. محمد بن حسن، طوسی، الاستبصار، ج ۳، ص ۴۳؛ همان، تهذیب الاحکام، ج ۶، ص ۲۳۶؛ محمد بن علی بن بابویه، قمی (شیخ صدوق)، من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۶۵.

۳- ۱- ۴- ۱- شهادت

لفظ شهادت از ریشه «شهد» گرفته شده و در کتب لغت معانی مختلفی برای آن ذکر شده است از قبیل: حاضر شدن- دانستن- ملاحظه کردن و خبر دادن.

برخی گفته‌اند^۱ مراد از لفظ شهادت در فقه، اعلام و اخبار از چیزی است که خبر دهنده به آن علم داشته باشد، چه علم از طریق حواس ظاهری یا غیر آن حاصل گردد.

شهید ثانی در مسالک^۲ می‌فرماید: شهادت در معنی لغوی آن به اخبار یقینی اطلاق می‌شود و در شرع عبارتست از خبر دادن از حق ثابتی برای شخص دیگری به شرطی که خبر دهنده قاضی یا حاکم نباشد. زیرا در این صورت حکم محسوب است نه شهادت. وی در ادامه می‌فرماید: با این قید، اخبار خداوند و رسول گرامی او و ائمه معصومین علیهم‌السلام داخل در تعریف بوده و شهادت محسوب می‌شود. همچنین است خبر دادن حاکمی به حاکم دیگر، چون در این حالت انشاء حکمی مطرح نیست.

صاحب جواهر^۳ با استناد به آیه مبارکه «فمن شهد منکم الشهر» شهادت را در لغت به «حضور» تعبیر نموده و معنی اصطلاحی آن را در شرع، همان تعریف شهید اول عنوان می‌کند، الا اینکه در نتیجه‌گیری اظهار می‌دارد: نظر به اینکه مرجع تعریف لفظ شهادت به معنی عرفی آن برمی‌گردد، لذا اصوب آن است که تعریف آن را به عرف واگذار کنیم. چرا که معلوم نیست معنی شرعی مخصوصی داشته باشد. صاحب‌العناوین الفقهیه^۴ شهادت را در لغت و عرف به یک معنی می‌داند و می‌فرماید: شهادت در «اخبار از روی علم نسبت به امری که متعلق به دیگری باشد»، ظهور دارد. لذا اقرار شخص علیه خودش نیز می‌تواند شهادت تلقی شود زیرا مصداق اخبار از روی علم است.

پس از اشاره به معنی اصطلاحی و مورد نظر شارع مقدس از بینه این سؤال مطرح است که آیا بینه در شرع، حقیقت در شهادت (دو شاهد) است؟ یا به معنی مطلق دلیل است که لازم است مدعی در مقام اثبات ادعای خود در محکمه اقامه کند؟

۱. محمد رضا موسوی، گلپایگانی، کتاب الشهادت، ص ۱۷.

۲. زین الدین بن علی، عاملی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام، ج ۱۴، ص ۱۵۳.

۳. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۷.

۴. میر عبد الفتاح بن علی حسینی، مراغی، عناوین الفقهیه، ج ۲، ص ۶۴۸.

بدون شک در منابع فقهی بینه به همراه سوگند - که بیشتر برای ختم دعواست - مهمترین ابزار قضاوت اعلام شده و ظاهر حدیث نبوی «انما اقضی بینکم بالبینات والایمان» شاهی بر این مطلب است و بنابه قولی، منحصر در این دو است لیکن در شرایط مختلف، نوع و تعداد آن متفاوت می‌شود. قول به انحصار ادله نیز از همین تعبیر نشأت گرفته و مواردی را به آن افزوده‌اند. لذا در اصل اعتبار آن در فقه و قضاء اسلامی هیچ تردیدی مطرح نشده و فقهاء اتفاق نظر دارند. با این وصف در تعیین مصداق بینه بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. گروهی بینه را مساوی با شهادت دو مرد عادل می‌دانند و گروهی دیگر برای بینه معنی عام و مطلق قائل هستند. گروه اخیر هم نوعاً بینه را در شهادت متجلی می‌دانند اما یا به تعبد و یا به لحاظ نقل شرعی یا عرفی واژه «بینه» به «شهادت عدلین»، ضمن اینکه اعتبار مطلق آن را هم قبول دارند. در کنار این اقوال می‌توان به قولی اشاره کرد که بینه را به عنوان مطلق دلیل (هر دلیلی که شأن اثباتی داشته باشد) مطرح می‌نماید. در ادامه بحث به بررسی مبانی دو قول (اختصاص بینه به شهادت دو مرد و عدم اختصاص) پرداخته می‌شود.

۳- ۱- ۴- ۱- ۱- قول به اختصاص بینه به شهادت دو شاهد

از گفتار و نوشته‌های فقهاء^۱ چنین بر می‌آید که عموماً تلقی آنها از بینه در روایات دو شاهد مرد است و به این تلقی در متون فقهی تأکید می‌نمایند، اگر چه برخی از آنها در این معنی مناقشه کرده و یا در نحوه و زمان نقل آن از معنی لغوی به معنی اصطلاحی و شرعی اختلاف دارند.

در اطلاق لفظ بینه به شهادت شهود، عموماً به روایت معروف از نبی اکرم (ص): «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» تمسک شده و فقهاء امامیه^۲ نیز علاوه بر آن روایت، به روایت مشهور: «انما اقضی بینکم بالبینات و الایمان» استناد جسته‌اند. در استناد به این روایات گفته شده اگر مدعی، بینه ارائه کند، بر مدعی علیه حاکم خواهد شد.

با این وصف اگر بینه را به مطلق دلیل حمل کنیم، ممکن است منکر، کسی باشد که دلیلی مانند «ید» با اوست و «ید» نیز با توجه به روایت حفص بن غیاث^۳ یکی از دلایل مالکیت محسوب است. لذا هر کدام از مدعی و مدعی علیه دلیلی خواهند داشت که ترجیح یکی به دیگری موجب می‌خواهد. مگر

^۱. یحیی بن شرف، النووی الدمشقی، روضه الطالین، ج ۱، ص ۱۹۹.

^۲. محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۷، ص ۴۱۴؛ محمد حسن، طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۶، ص ۲۲۹.

^۳. محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۷، ص ۳۸۷.

اینکه روایت، مقید به موردی شود که منکر هیچ گونه دلیلی نداشته باشد که آن هم خلاف ظاهر روایت است.^۱

علاوه بر روایات مذکور به روایات دیگری نیز در کتب مختلف فقهی استناد شده که برخی از آنها عبارتند از:

- روایت مسعده بن صدقه از امام صادق (ع) که فرمود: «... و الأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير هذا او تقوم به البينه»^۲ در استناد به این روایت گفته شده ذکر کلمه «بینه» به عنوان بدل «یستبین» - که به معنی روشن شدن و آشکار شدن است - نشان می‌دهد که حقیقت «بینه» با «یستبین» متفاوت است. چرا که اگر بینه هم به معنی مطلق آشکار شدن بود نمی‌توانست به عنوان بدل، متأخر از آن قرار گیرد.

البته در این استدلال مناقشه شده به این نحو که ذکر «بینه» در مقابل «استبانه» در این روایت به معنی تباین آن دو نیست تا حکماً در عرض یکدیگر بوده یا معنی غیر مترادفی داشته باشند بلکه به فرض اینکه مترادف نباشد، می‌تواند عموم و خصوص مطلق باشند و ذکر خاص (یعنی بینه) پس از عام (یعنی مطلق دلیل) بدون اشکال است.^۳

- روایاتی از امام صادق (ع)^۴ و امام زمان (ع)^۵ نقل شده که در آنها عبارات «البینه العدول» و «البینه العادله» به کار رفته و چون صفت عادل منحصر در انسان است، موصوف آن نمی‌تواند معنی مطلق و لفظی بینه باشد. بلکه لاجرم به شاهد و شهادت شهود حمل می‌شود.

- روایاتی از امام صادق (ع) منقول است^۶ که عبارت: «اکثرهم بینه» و در روایتی دیگر^۷ «البینه سواء فی العدد» در آنها ذکر شده و این عبارات می‌توانند دلیلی بر اطلاق بینه به شاهد باشند. در روایات دیگری نیز گاهی دو کلمه «بینه» و «شهود» به جای یکدیگر به کار رفته‌اند و بدلیل اینکه دو کلمه غیر مترادف

۱. محمد بن حسن موسوی، بجنوردی، قواعد فقهیه، ج ۳، ص ۹.

۲. محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۵، ص ۳۱۳.

۳. محمدصادق، روحانی، فقه الصادق، ج ۸، ص ۲۵۶.

۴. محمد حسن، طوسی، الاستبصار، ج ۳، ص ۴۳.

۵. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۲۷۳.

۶. محمد بن علی بن بابویه، قمی (شیخ صدوق)، من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۶۵.

۷. محمد حسن، طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۶، ص ۲۳۶.

نمی‌توانند به جای یکدیگر به کار روند، مورد استناد فقهاء، در اثبات اطلاق لفظ بینه به شاهد قرار گرفته‌اند.^۱

۳- ۱- ۴- ۲- قول به اعتبار مطلق بینه وعدم اختصاص آن به شهادت شهود

فقهاء امامیه اگرچه با استناد به حدیث مشهور نبوی: «انما اقضی بینکم بالبینات والایمان»، بینه را در احادیث و روایات به معنی شهادت دو شاهد تلقی نموده‌اند، اما برخی از آنها متذکر این امر شده‌اند که با وصف اطلاق بینه به شهادت شهود در لسان اخبار، لفظ بینه در معنی مطلق آن به نحو حقیقی به کار رفته و به معنی «آشکار کننده» می‌باشد.^۲

محقق نراقی با وصف بیان نظر خود در عوائد الایام و مستند الشیعه^۳ مبنی بر اطلاق بینه به دو شاهد (در اخبار و روایات)، در مبحث علم قاضی، امکان عدم اختصاص لفظ بینه به شهادت شهود را مطرح کرده و می‌فرماید: ممکن است مقصود از «بینه» هر چیزی باشد که قاضی در حکم خود به آشکار شدن آن نیازمند است و ظاهر هم این است که بینه زمانی مفید فایده خواهد بود که ادعای مدعی حق، برای قاضی، مجهول باشد. لذا شأنیت بینه برای تبیین و رفع حجاب از مقصود، برای قاضی خواهد بود. با این وصف برخی از فقهاء، لفظ بینه را یا به معنی مطلق دلیل به کار برده‌اند و یا در قول دیگر خود به آن اذعان نموده‌اند. سید مرتضی علم الهدی- از قدماء- در مبحث علم قاضی می‌فرماید: علم قاضی قوی‌ترین بینه است. زیرا وقتی اقرار و شهادت را از مصادیق بینه می‌دانیم، علم یقینی (علم قاضی) از جهت کاشفیت آن از واقع، قوی‌تر از آنهاست.^۴ در این فرموده سید مرتضی بینه به معنی مطلق دلیل و اعم از شاهد عنوان شده است.

از صاحب التنقیح نقل شده^۵ که لفظ بینه در قرآن و احادیث به معنی لغوی آن به کار رفته و حقیقت شرعیه یا متشرعیه‌ای برای آن ثابت نیست. در قرآن که بدون شک در معنی لغوی آن استعمال شده و مقصود از لفظ «بینات» در حدیث پیامبر اکرم (ص) «انما اقضی بینکم بالبینات» نیز به معنی دلایل آشکار

۱. ناصر، مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۴۸.

۲. مولی احمد بن محمد مهدی، نراقی، عوائد الایام، ص ۲۷۶ - ۲۷۸.

۳. مولی احمد بن محمد مهدی، نراقی، مستند الشیعه، ج ۱۷، ص ۹۴.

۴. همان، ج ۱۷، ص ۴۹۲.

۵. ناصر، مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۴۸.

کننده است. در حالیکه اگر بخواهیم لفظ بینه را به شاهد تعبیر کنیم، دلیل قوی نیاز است و چنین دلیلی وجود ندارد.

صاحب العناوین^۱ اعتبار تعدد در شهادت شهود (دو شاهد بودن) را فقط مستند به اجماع می‌داند و معتقد است در شرع مقدس نیز بجز اجماع مورد استناد فقهاء، دلیلی بر اعتبار دو نفر بودن آن نیست. اغلب فقهاء، اعتبار بینه را بعنوان یک اماره- که حداکثر افاده ظن می‌کند- منسوب به شارع می‌دانند. چه آنهایی که معتقد به اعتبار مجعول از قبل شارع هستند و یا آنهایی که اعتبار آن را عقلایی قلمداد می‌نمایند که به امضاء و تأیید شارع رسیده باشد.

در قوانین الاصول^۲ در خصوص دلیل اعتبار شهادت عدلین با وصف عدم افاده علم، آمده است: چون بینه، شرعاً جانشین علم است، اعتبار دارد. اعتبار بخشی از سوی شارع در لسان دیگر فقهاء نیز به چشم می‌خورد.

میرزای قمی همچنین در غنائم الایام^۳ اعتبار بینه را تعبد محض می‌داند و می‌فرماید: اگر از شهادت افراد فاقد شرایط، ظن قوی‌تری نسبت به شهادت بینه حاصل شود، اعتباری نخواهد داشت. چرا که اعتبار بینه به حصول ظن نیست، بلکه تعبد محض است. این تعبیر در اقوال دیگران نیز وجود دارد. صاحب ریاض اعتبار بینه را به لحاظ حصول ظن و ایجاد وثوق ندانسته و تصریح کرده که مناط عمل در بینه، خصوصیت آن است، نه مفید ظن بودن آن.^۴

شهید اول در دروس^۵ می‌فرماید: ملاک قبول روایت، وثوق است. اما قبول شهادت شهود و صدور حکم، تعبدی است. و به همین دلیل در جایی که شهادت زنان یا دیگر صنوف پذیرفته نیست، روایت آنها ممکن است پذیرفته باشد. با توجه به طریق بودن امارات و شهادت شهود- که یکی از امارات است- عموم فقهاء، اعتبار اماره را به لحاظ کاشفیت از واقع، قلمداد می‌نمایند. در حالی که در برخی از طرق مورد اشاره، اهتمام شارع مقدس، کشف واقع نبوده یا به تعبیر دیگر خود طریق، موضوعیت

۱. میر عبد الفتاح بن علی حسینی، مراغی، العناوین الفقهیه، ج ۲، ص ۶۵۵.

۲. ابو القاسم بن محمد حسن، میرزای قمی، القوانين المحکمه فی اصول الفقه، ص ۴۷۳.

۳. ابو القاسم بن محمد حسن، میرزای قمی، غنائم الایام، ج ۵، ص ۳۰۳.

۴. علی بن محمد، حائری طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۲، ص ۴۲۲.

۵. محمد بن مکی، عاملی (شهید اول)، الدروس الشرعیة، ج ۲، ص ۷۸.

دارد. لذا می‌توان گفت در تمام مواردی که «شهادت شهود» به عنوان طریق خاص شارع مطرح است، موضوعیت و سببیت داشته و استثنائی بر اصل اعتبار بینه و شهادت تلقی می‌گردد و اعتبار سایر موارد، بر محور وثوق حاصل از صحت قول شهود، باقی بوده و می‌تواند مبنای صدور حکم قرار گیرد. بدین ترتیب تعیین طرق خاص از سوی شارع برای برخی موضوعات، منافاتی با اصل معیار ادله (شأن اثباتی) در سایر موارد ندارد. در این راستا برخی بزرگان^۲ فرموده‌اند: اگر گفته شود شارع مقدس اثبات زنا را فقط از طریق شهادت چهار شاهد مرد امکان پذیر ساخته، منافاتی با اصل اعتبار سایر ادله مانند: علم قاضی ندارد. زیرا می‌تواند برای اجراء برخی حدود، حتی علم را هم فاقد اعتبار اعلام کند.

۳- ۱- ۴- ۲- نتیجه‌گیری

با مروری که در ادله قائلین دو قول (قول به اختصاص بینه به شهادت دو شاهد مرد عادل و قول به اعتبار بینه به عنوان مطلق دلیل اثبات) صورت گرفت مشخص شد فقهاء بیشتر بر قول اول بودند اگر چه دلیل قوی بر این اختصاص ابراز نکرده‌اند و اعتبار مطلق بینه را هم با دلیل قابل اتکاء رد ننموده‌اند. با این وصف می‌توان گفت؛ حجیت بینه، مطلق نیست، بلکه اعتبار آن در صورتی است که علم برخلاف آن نداشته باشیم و یا تصریحی مبنی بر موضوعیت داشتن آن از طرف شارع وجود داشته باشد.^۳

۳- ۱- ۵- قیافه شناسی

قیافه از ماده‌ی «قَوَف» به معنای تتبع و دنبال کردن آثار یک شیئی است. اسم فاعل آن «قائف» است که در لغت چنین معنا شده است: «هو الذی یعرف الآثار»^۴؛ کسی که دنبال آثار می‌گردد،

۱. محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۷ ص ۱۷۶.

۲. محمد رضا، گلبایگانی، کتاب القضاء، ج ۱، ص ۱۶۱.

۳. ابوالفضل، موسویان، قلمرو حجیت علم قاضی در فقه، مجله مقالات و بررسی‌ها، دانشگاه تهران، شماره ۷۷، ص ۱۷.

۴. جمال الدین محمد بن مکرم، ابن منظور، لسان العرب، ج ۹، ص ۲۹۳: الْقَائِفُ: الذی یَعْرِفُ الْأَثَارَ، و الجمع الْقَائِفَةُ. یقال: قُفَّتْ أثره إذا اتَّبَعْتَهُ مِثْلَ قَفْوَتِ أثره ... الْقَائِفُ الذی یَتَّبِعُ الْأَثَارَ و یعرفها و یعرف شَبَهَ الرجل بأخیه و أویه. و یقال: فلان یَقُوفُ الْأَثَرَ و یَقْتَأِفُهُ قِیَافَهُ مِثْلَ قَفَا الْأَثَرَ و اقتفاه. ابن سیده: قَافَ الْأَثَرَ قِیَافَهُ و اقْتَأَفَهُ اقْتِیَافاً و قَافَهُ یَقُوفُهُ قَوْفاً و تَقَوُّفَهُ تَتَبُّعُهُ (مبارک بن محمد، جزری) ابن

مثلاً با دنبال کردن ردّ پای کسی که آن ردّ پا را می شناسد می تواند بفهمد کجا بوده است. سپس این معنا گسترش یافته و در انساب هم به کار رفته است؛ یعنی قائف با فراست خود، نسب فرزندی را معین می کند که مثلاً پدر او چه کسی است یا عمو، دایی، خاله و ... او را مشخص می کند. پس مراد از قیافه در این جا؛ یعنی شخصی با قیافه و نگاه کردن به آثار کسی و مقایسه ی آن با دیگران، نسب او را به دست بیاورد.

۳- ۱- ۵- ۱- ادله ی حرمت قیافه

۳- ۱- ۵- ۱- اجماع و اخلاف

عده ای به ادعای اجماع و اخلافی که نقل شده اکتفاء کرده اند، در حالی که معلوم است در این جا اجماع وجود ندارد و نهایت همان اخلاف است و اخلاف هم نمی تواند مستند حکم باشد.

۳- ۱- ۵- ۲- صحیحہ ی محمد بن قیس

و رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ - عَلَيْهِمَا السَّلَام - قَالَ: كَانَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ - عَلَيْهِ السَّلَام - يَقُولُ: لَا أَخَذُ بِقَوْلِ عَرَّافٍ وَلَا قَائِفٍ وَلَا لَصٍّ وَلَا أَقْبِلُ شَهَادَةَ الْفَاسِقِ إِلَّا عَلَى نَفْسِهِ.^۱
مرحوم صدوق - قدس سره - در من لایحضره الفقیه به کسانی ابتدای سند کرده که مستقیماً آن ها را درک نکرده است، واسطه هایی که به این افراد داشته را برای اختصار در مشیخه ی آخر کتاب ذکر کرده است. از جمله کسانی که به آن ها ابتدای سند کرده، محمد بن قیس است. در مشیخه می فرماید:

اثیر)، النهایه فی غریب الحدیث و الأثر، ج ۴، ص ۱۲۱: القائف: الذی یتتبع الآثار و يعرفها، و يعرف شبه الرجل بأخیه و أبیه، و الجمع: القافه. يقال: فلان یَقُوفُ الأثر و یَقْتَفُهُ قِیَافَهُ، مثل: قفا الأثر و اقتفاه.

۱. محمد بن علی بن بابویه، قمی (شیخ صدوق)، من لا یحضره الفقیه، ج ۳، أبواب القضايا و الاحکام، باب من یجب رد شهادته، ح ۲۶، ص ۵۰.

و ما كان فيه عن محمد بن قيس فقد رويته عن أبي - قدس سرهما - عن سعد بن عبد الله عن إبراهيم بن هاشم عن عبد الرحمن بن أبي نجران عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس.^۱ این افراد همه ثقاتند و خود محمد بن قیس هم ثقة است، بنابراین این روایت از لحاظ سند تمام است. محمد بن قیس از امام باقر - علیه السلام - نقل می کند که امیرالمؤمنین - علیه السلام - می فرمودند: من به قول عراف (کاهن یا منجم)، قائف و دزد اخذ نمی کنم و شهادت فاسق را قبول نمی کنم، مگر این که علیه خودش باشد.

۳- ۱- ۵- ۱- ۲- ۱- بررسی دلالت روایت

درباره ی عبارت «لَا أَخْذُ بِقَوْلِ عَرَّافٍ وَلَا قَائِفٍ» دو احتمال وجود دارد: احتمال اول: عراف و قائف از آن جهت که فاسقند، شهادتشان پذیرفته نمی شود و این که حضرت در ادامه می فرمایند: «وَلَا أَقْبِلُ شَهَادَةَ الْفَاسِقِ إِلَّا عَلَى نَفْسِهِ»، از باب ذکر عام بعد از خاص است و مانند آن است کسی بگوید: نحوی را دوست دارم، فقیه را دوست دارم، ... و عالم را دوست دارم؛ یعنی کلاً عالم را دوست دارم.

بنا بر این احتمال استفاده می شود قائف فعلش حرام است و ممکن است حتی بالملازمه استفاده شود که رفتن پیش او هم حرام باشد؛ زیرا رفتن پیش او تشویق به حرام است و موجب فسق می شود. احتمال دوم: قول عراف و قائف از آن جهت که کلامشان اعتبار ندارد و اتری بر آن مترتب نیست، پذیرفته نمی شود؛ یعنی همان طور که مثلاً شهادت نساء در مورد هلال پذیرفته نمی شود، هر چند عادل عدول باشند، شهادت قائف هم در مورد قیافه پذیرفته نمی شود. طبق احتمال دوم، دیگر این روایت دالّ بر حرمت قیافه نیست و فقط دالّ بر عدم حجّیت قول قائف در مورد صنعت قیافه است، امّا در موارد دیگر اگر عادل باشد منافاتی ندارد که پذیرفته شود.

۱. همان، ج ۴، ص ۴۸۶.

در این جا قرینه وجود دارد که احتمال دوم مراد است؛ زیرا حضرت می فرمایند: «لَا أَخْذُ بِقَوْلِ عَرَّافٍ وَلَا قَائِفٍ» و تعبیر به «لَا أَخْذُ» می کنند، ولی در مورد شهادت فاسق تعبیر را عوض می کنند و می فرمایند: «وَلَا أَقْبِلُ شَهَادَةَ الْفَاسِقِ إِلَّا عَلَى نَفْسِهِ»

و اگر هم احتمال دوم اظهر نباشد، مردد بین این دو احتمال می شود، لامحاله به قدر متیقن اخذ می شود و قدر متیقن، آن است که کلامش در مورد قیافه پذیرفته نمی شود، ولی فسق او اثبات نمی شود. بنابراین با این روایت، حرمت قیافه ثابت نمی شود.

۳ - ۱ - ۵ - ۱ - ۳ - روایت اُبی بصیر

حَدَّثَنَا أَبِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ حَدَّثَنَا سَعْدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي حَمْزَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ - عَلَيْهِ السَّلَام - قَالَ: مَنْ تَكْهَنَ أَوْ تُكْهَنَ لَهُ فَقَدْ بَرِئَ مِنْ دِينِ مُحَمَّدٍ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ - قُلْتُ: فَالْقِيَافَةُ؟ قَالَ: مَا أَحَبُّ أَنْ تَأْتِيَهُمْ وَقَلَّ مَا يَقُولُونَ شَيْئًا إِلَّا كَانَ قَرِيبًا مِمَّا يَقُولُونَ وَقَالَ: الْقِيَافَةُ فَضْلُهُ مِنَ النَّبُوَّةِ ذَهَبَتْ فِي النَّاسِ.^۱ این روایت از لحاظ سند به خاطر علی بن ابی حمزه بطائنی^۲ کذاب و ملعون، ناتمام است.

ابوبصیر از امام صادق - علیه السلام - نقل می کند که فرمودند: کسی که کھانت کند یا برای او کھانت شود [یعنی نزد کاهن می رود تا برای او کھانت کند]، از دین حضرت محمد - صلی الله علیه و آله و سلم - برائت جسته است. عرض کردم پس قیافه چی؟ حضرت فرمودند: دوست ندارم که پیش قیافه

^۱ محمد بن علی بن بابویه، قمی (شیخ صدوق)، الخصال، ج ۱، ص ۱۹.

^۲ محمد بن عمر بن عبد العزیز، کشی، رجال الکشی، ص ۴۰۴: قَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ، سَمِعْتُ عَلِيَّ بْنَ الْحَسَنِ ابْنَ أَبِي حَمْزَةَ كَذَبَ مُلْعُونٌ، قَدْ رَوَيْتُ عَنْهُ أَحَادِيثَ كَثِيرَةً، وَكُتِبَتْ تَفْسِيرُ الْقُرْآنِ كُلُّهُ مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى آخِرِهِ، إِلَّا أَنِّي لَا أَسْتَحِلُّ أَنْ أُرْوِيَ عَنْهُ حَدِيثًا وَاحِدًا.

شناس بروی و کم است چیزی که می گویند إلا آن که قریب به آن چه که می گویند می باشد.^۱ سپس فرمودند: قیافه سرریزی از نبوت است که در میان مردم رفته است.^۲ این روایت دلالت بر حرمت ندارد؛ زیرا تعبیر «مَا أَحَبُّ» هم در حرمت و هم در کراهت استعمال می شود و اعم از حرمت و کراهت است و استفاده ی حرمت از آن نیاز به قرینه دارد، بنابراین بیشتر از کراهت نمی توانیم ملتزم شویم، خصوصاً با توجه به عبارت صدر روایت که کهنات را مساوی برائت از دین محمد- صلی الله علیه و آله و سلم - می داند، اما لحن روایت نسبت به قیافه عوض می شود و عبارت «مَا أَحَبُّ» آورده می شود، در حالی که اگر قیافه مثل کهنات حرام بود، باید به یک سیاق باشد. این روایت نسخه ی دیگری در وسائل دارد که باز از خصال نقل کرده، ولی مقداری بانسخه ی خصال و بحار متفاوت است، نسخه ی وسائل این چنین است:

و [مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ] فِي الْخِصَالِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَعْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي حَمْزَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ - عَلَيْهِ السَّلَام - قَالَ: مَنْ تَكْهَنَ أَوْ تُكْهِنَ لَهُ فَقَدْ بَرِيَ مِنْ دِينِ مُحَمَّدٍ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ - قَالَ: قُلْتُ فَأَلْقِيَاهُ؟ قَالَ: مَا أَحَبُّ أَنْ تَأْتِيَهُمْ وَقِيلَ مَا يَقُولُونَ شَيْئاً إِلَّا كَانَ قَرِيباً مِمَّا يَقُولُونَ فَقَالَ: أَلْقِيَاهُ فَضَلَّهُ مِنَ النَّبُوَّةِ ذَهَبَتْ فِي النَّاسِ حِينَ بُعِثَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ -^۳

در این نسخه می فرماید: «قِيلَ مَا يَقُولُونَ شَيْئاً إِلَّا كَانَ قَرِيباً مِمَّا يَقُولُونَ»؛ در حالی که تعبیر «قِيلَ» از حضرت بعید است و به نظر می آید این نسخه غلط باشد، هم چنین ذیل روایت که می گوید: «أَلْقِيَاهُ فَضَلَّهُ مِنَ النَّبُوَّةِ ذَهَبَتْ فِي النَّاسِ حِينَ بُعِثَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ -» این مطلب که علم قیافه در حین بعثت پیامبر نزد مردم رفته، در روایات نامعهود و نامانوس است.

۳- ۱- ۵- ۴- روایت نبوی

^۱ مقصود از عبارت «قِيلَ مَا يَقُولُونَ شَيْئاً إِلَّا كَانَ قَرِيباً مِمَّا يَقُولُونَ» یا این است که فی الجمله و خیلی کم قولشان قریب به واقع است و یا مراد این است که اکثراً قولشان قریب به واقع است، علی ای حال این تأییدی بر آن است که قول قائف فی الجمله قریب به واقع است. در ادامه هم تأیید دیگری ذکر می کنند که قیافه سرریزی از نبوت است.

^۲ منافاتی ندارد که قیافه سرریزی از نبوت باشد و به اصطلاح از شئون نبوت باشد، اما این کار نسبت به غیر انبیاء حرام باشد. کما این که کهنات هم همین طور بوده است.

^۳ محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۷، کتاب التجاره، أبواب ما یکتسب به، باب ۲۶، ح ۲، ص ۱۵۰ و الخصال، ج ۱، ص ۲۰.

روایت نبوی - صلی الله علیه و آله و سلم - رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ - صلی الله علیه و آله و سلم - أَنَّهُ نَهَى عَنِ السَّحْرِ وَ الْكِهَانَةِ وَ الْقِيَافَةِ وَ التَّمَائِمِ.^۱ از نبی مکرم اسلام - صلی الله علیه و آله و سلم - نقل شده که حضرت از سحر، کهنات، قیافه و تمیمه ها نهی کردند.

دلالیت این روایت بر حرمت واضح است؛ چون نهی ظهور در حرمت دارد و همان طور که سحر و کهنات حرام است، قیافه هم حرام است. اما این روایت از لحاظ سند ناتمام است.

۳ - ۱ - ۵ - ۱ - ۵ - روایت از عامه

روایتی از عامه در شرح نهج البلاغه ی ابن ابی الحدید: عن النبی - صلی الله علیه و آله و سلم - القیافه و الطرق و الطیره من الخبث.^۲ از نبی مکرم اسلام - صلی الله علیه و آله و سلم - نقل شده است که فرمودند: قیافه و طرُق و طیره از خبائث است.

الْجَعْفَرِيَّاتُ، بِالسَّنَدِ الْمُتَقَدِّمِ^۳ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ - عَلَيْهِ السَّلَام - أَنَّهُ قَالَ: مِنَ السُّحْتِ ثَمَنُ الْمَيْتَةِ إِلَى أَنْ قَالَ: وَ أَجْرُ الْكَاهِنِ إِلَى أَنْ قَالَ: وَ أَجْرُ الْقَائِفِ الْخَبَرِ.^۴

۱. محمد باقر بن محمد تقی، مجلسی دوم، بحار الأنوار، ج ۵۹، ص ۲۷۸. علامه ی مجلسی این روایت را از سرائر ابن ادریس، ج ۳، ص ۱۴۴ نقل کرده است.

۲. عبد الحمید بن محمد بن محمد، ابن ابی حدید، شرح نهج البلاغه، ج ۱۹، ص ۳۷۴.

۳. أَخْبَرَنَا عَبْدُ اللَّهِ أَخْبَرَنَا مُحَمَّدٌ حَدَّثَنِي مُوسَى قَالَ حَدَّثَنَا أَبِي عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ - عَلَيْهِمُ السَّلَام -

۴. میرزا حسین، نوری، مستدرک الوسائل، ج ۱۳، کتاب التجار، أبواب ما يكتسب به، باب ۲۳، ج ۱، ص ۱۱۰ و الجعفریات، ص ۱۸۰. متن کامل این روایت چنین است: الْجَعْفَرِيَّاتُ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ - عَلَيْهِمُ السَّلَام - قَالَ: مِنَ السُّحْتِ ثَمَنُ الْمَيْتَةِ وَ ثَمَنُ الْقَلَّاحِ وَ مَهْرُ الْبَغِيِّ وَ كَسْبُ الْحَجَّامِ وَ أَجْرُ الْكَاهِنِ وَ أَجْرُ الْفَقِيرِ وَ أَجْرُ الْقَرْطُونِ وَ الْمِيزَانِ إِلَّا فَقِيرًا يَكِيلُهُ صَاحِبُهُ أَوْ مِيزَانًا يَزِنُ بِهِ صَاحِبُهُ وَ ثَمَنُ الشُّطْرُنِجِ وَ ثَمَنُ الثَّرْدِ وَ ثَمَنُ الْقَرْدِ وَ جُلُودُ السَّبَاعِ وَ جُلُودُ الْمَيْتَةِ قَبْلَ أَنْ تُدْبَغَ وَ ثَمَنُ الْكَلْبِ وَ أَجْرُ الشُّرْطِيِّ الَّذِي لَا يَعْدِيكَ إِلَّا بِأَجْرٍ وَ أَجْرُ صَاحِبِ السَّجَنِ وَ أَجْرُ الْقَائِفِ وَ ثَمَنُ الْخَنْزِيرِ وَ أَجْرُ الْقَاضِي وَ أَجْرُ السَّاحِرِ وَ أَجْرُ الْحَاسِبِ بَيْنَ الْقَوْمِ لَا يَحْسِبُ لَهُمْ إِلَّا بِأَجْرٍ وَ أَجْرُ الْقَارِي الَّذِي لَا يَقْرَأُ الْقُرْآنَ إِلَّا بِأَجْرٍ وَ لَا بَأْسَ أَنْ يُجْرَى لَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ وَ الْهَدْيَةِ يُلْتَمَسُ أَفْضَلُ مِنْهَا وَ ذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى (وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ) وَ هُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى (وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رِبَا لِيَرْبُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُوا عِنْدَ اللَّهِ) وَ هِيَ الْهَدْيَةُ يَطْلَبُ مِنْهَا مِنْ تَرَاثِ الدُّنْيَا أَكْثَرُ مِنْهَا وَ الرِّشْوَةُ فِي الْحُكْمِ وَ عَسْبُ الْفَحْلِ وَ لَا بَأْسَ أَنْ يَهْدَى لَهُ الْعَلْفُ وَ أَجْرُ الْقَاضِي إِلَّا قَاضٍ يُجْرَى عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ وَ أَجْرُ الْمُؤَدِّنِ إِلَّا مُؤَدِّنٌ يُجْرَى عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ. (همان، باب ۵، ج ۱، ص ۷۰)

در این روایت اجر قائف از سحت شمرده شده و دالّ بر حرمت وضعی آن است. ولی این حرمت وضعی نه به خاطر آن است که کارش شریف است، متل آن چه در مورد مؤذّن یا معلّم قرآن گفته شده که نمی تواند اجرت بگیرد، بلکه به خاطر حرمت آن است؛ یعنی چون قیافه تکلیفاً حرام است پس نمی تواند در مقابل عملش اجرت بگیرد، و در حقیقت بعید است عملی حلال باشد ولی اخذ اجرت در مقابل آن صحیح نباشد.

۳- ۱- ۵- ۲- نتیجه کلام در حرمت قیافه

این ها تمام روایاتی بود که در مورد قائف و قیافه وارد شده است و تنها روایتی که می تواند معتبر باشد، همان صحیحی ی محمد بن قیس است که حضرت فرمودند: «لَا أَخْذُ بِقَوْلِ عَرَافٍ وَلَا قَائِفٍ» که در توضیح آن گفتیم بیش از این استفاده نمی شود که قول قائف حجت نیست و دلالتی بر حرمت قیافه ندارد. در مورد اجماع و لاخلاف هم گفتیم که نمی توان به آن اعتماد کرد، بنابراین نمی توانیم بگوییم قیافه بما هی قیافه حرام است.

مرحوم شیخ می فرماید: دروس^۱، جامع المقاصد^۲، التنقیح^۳، مسالک^۴، مفتاح الکرامه^۵، حرمت قیافه را مقید کرده اند به صورتی که حرامی بر آن مترتب شود و ظاهر این است که این [قید] مراد همه است

۱. یحرم القیافه و التکسّب بها، سواء استعمل فی إلحاق الأنساب، أو فی قفو الآثار إذا ترتب علیها حرام (محمد بن مکی، عاملی شهید اول)، الدروس الشرعیة، ج ۳، ص ۱۶۵).

۲. القیافه حرام و هی: إلحاق الأنساب بما یزعم أنه یعلمه من العلامات، أو إلحاق الآثار إذا رتب علیه محرماً، أو جزم بنسبه من زعم علمه بکونه أثره. (علی بن حسین، عاملی کرکی) محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۳۳).

۳. القیافه فهی التفرس لإلحاق الأبناء بالإباء بسبب اتفاقهم فی صفه من الصفات، و هو حرام عندنا. و قال بعض أهل السنه بجوازها، لأن ... و بالجملة القیافه حرام، سواء استعملت فی إلحاق الأنساب أو قفو الآثار و غیر ذلک، و کل ما یتکسب منها حرام أیضاً (مقداد بن عبد الله، سیوری حلّی، التنقیح الرائع، ج ۲، ص ۱۳).

۴. القیافه: هی الاستناد الی علامات و مقادیر یترتب علیها إلحاق بعض الناس ببعض و نحوه. و أنّما یحرم إذا جزم به، أو رتب علیه محرماً. (زین الدین بن علی، شهید ثانی عاملی) شهید ثانی، مسالک الأفهام، ج ۳، ص ۱۲۸).

۵. قد حکم فی الدروس و التنقیح و جامع المقاصد بتحريمها فی قفو الآثار إذا رتب علیها حرام و لم أجده لغيرهم (جواد بن محمد حسینی، عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۱۲، ص ۲۷۲).

[یعنی همه فقهاء حرمت قیافه را بر صورت ترتب حرام بر آن مقید کرده اند] و إلا مجرد حصول اعتقاد

علمی یا ظنی به نسب شخصی، موجب حرمت نمی شود و دلیلی بر حرمت آن وجود ندارد.^۱

بنابراین از این کلام مرحوم شیخ - قدس سره - استفاده می شود که ایشان هم معتقدند اگر هیچ اثر محرّمی بر آن مترتب نشود، حرام نیست و رفتن پیش او هم در صورتی که اثر حرامی بر آن مترتب نشود حرام نیست. اثر حرام در صورتی مترتب می شود که مثلاً زیدی که در فراش بکر متولد شده و از لحاظ شرعی ملحق به بکر است؛ چون «الولد للفراش و للعاهر الحجر»، با صنعت قیافه بگوید نوع راه رفتنش، خطوط کف دست و پایش، شکل چشم و گوشش، نوع حرق زدنش و ... اقتضاء می کند که پدرش بکر نیست، بلکه عمرو است و او را نسبت به عمرو دهد و آثار فرزند عمرو بودن را بر آن بار کند، که این حرام است. اما اگر چنین نسبتی ندهد و صرف این که خودش اعتقاد علمی یا ظنی پیدا کند و دیگران هم صرفاً جهت این که ببینند چه می گوید پیش او بروند، حرام نیست. اما حقیقت آن است که این کلام شیخ - قدس سره - با مدعای ایشان که فرمودند قیافه بعنوان حرام است و اجماع بر آن قائم است، منافات دارد؛ یعنی اگر قیافه بعنوان حرام باشد حتی اگر اثر حرامی بر آن مترتب نشود هم حرام است، رفتن پیش او هم حرام است. بلکه ما که ادله ی حرمت قیافه را تمام ندانستیم، می توانیم بگوییم در صورتی حرام است که اثر محرّمی بر آن مترتب شود، مثل نسبت دادن زید به عمرو در حالی که در فراش بکر متولد شده، یا حتی نسبت دادن مجهول الهویه به کسی با صنعت قیافه؛ زیرا: اولاً: این مصداق قول به غیر علم است و هر جا قول به غیر علم حرام باشد، به این اعتبار قیافه حرام خواهد بود. ثانیاً: خود نسبت دادن کسی به دیگری بدون علم هم حرام است. ثالثاً: این انتساب مخالف استصحاب عدم ازلی انتساب او به این شخص است (نظیر استصحاب عدم قرشیت مرأه)، و الغاء اعتبار حجّت شرعی می باشد.

در صورتی هم که با قیافه شناسی اطمینان به نسب او پیدا کند، باز می گوئیم حجّیت اطمینان چون از باب امضاء سیره ی عقلاء است، اطمینان در چنین مواردی با وجود این روایات خصوصاً صحیحیه ی محمد بن قیس ردع شده و حجّت نیست.

۱. مرتضی بن محمد امین، انصاری دزفولی، کتاب المکاسب المحرمه، ج ۲، ص ۸.

۳- ۱- ۶- علم قاضی

مسأله استناد قاضی به علم خود از دیر زمان میان فقهای ما مورد بحث و در محافل علمی حوزوی مطرح بوده است. آنان در این مسأله اتفاق نظر داشته‌اند که چنانچه قاضی امام معصوم (ع) باشد، جایز است به علمش استناد کند. اما اگر معصوم نباشد، اجمالاً می‌توان گفت که بین فقهای شیعه در این مسأله اختلاف نظر و تفاوت آراء وجود دارد.

دیدگاه قول مشهور^۱ آن است که می‌توان به علم قاضی غیر معصوم به طور مطلق استناد کند اما از ابن جنید اسکافی نقل شده است که وی قائل به عدم جواز به طور مطلق است.^۲ ولی گروهی از فقهای شیعه بین حقوق الله و حقوق الناس تفاوت گذاشته و قائل به تفصیل شده‌اند و فتوا به جواز علم قاضی در حقوق الناس و عدم جواز در حقوق الله داده‌اند.^۳

۳- ۱- ۶- ادله قول مشهور فقها

به ظاهر آنچه از ادله برداشت می‌شود همان است که مشهور گفته‌اند و در شماری از کتب فقهی ادعای اجماع بر آن کرده‌اند، البته نه به دلیل این اجماعی که ادعا شده است، زیرا به فرض که بپذیریم این اجماع منعقد شده باشد، نمی‌توان به آن استناد کرد، چرا که به احتمال قوی سند اجماع کنندگان همه یا برخی از وجوهی است که سید مرتضی ذکر کرده یا وجوهی است که دیگران ذکر کرده‌اند. با این وصف، چنین اجماعی نه رأی معصوم را برای ما آشکار می‌سازد و نه از دلیل دیگری غیر از ادله‌ای که به دست ما رسیده، خبر می‌دهد. افزون بر این، با وجود مخالفینی چون ابن حمزه و ابوصلاح حلبی و شیخ در مبسوط که قائل به تفصیل شده‌اند اجمالی در این مسأله محقق نشده است بلکه از دو راه می‌توان بر رأی مشهور استدلال کرد: تمسک به عمومات مبحث قضا و دیگری تمسک به ادله خاصی که دال بر حجیت و اعتبار علم قاضی است.

۳- ۱- ۶- ۱- استدلال به عمومات

۱. علی بن حسین موسوی، شریف مرتضی، الانتصار، ص ۴۸۶ و ۴۹۱، مسأله ۲۷۱؛ محمد بن حسن، طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۳۰۹ و ۳۲۲، مسأله ۴۱؛ حمزه بن علی حسینی، حلبی (ابن زهره)، غیة النزوع، ص ۴۳۸-۴۳۶.
۲. زین الدین بن علی، عاملی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام، کتاب القضاء، ج ۱۳، ص ۳۸۴.
۳. محمد بن حسن، طوسی، المبسوط، ج ۸، ص ۱۲.

با ذکر چند مقدمه، به بیان این استدلال می‌پردازیم:

۱- مقدمه نخست

بی‌شک هر قاضی که به طور عام یا خاص از ناحیه ولی امر مسلمانان برای قضاوت میان مردم گمارده شده باشد، موظف به رعایت احکام خداوند متعال در قضاوت‌های خود می‌باشد. بدین معنا که شارع مقدس برای تمام امور مبتلا به مردم حکمی مقرر کرده است. چه بسا مردم در بعضی از مصادیق حکم خداوند، اختلاف پیدا کنند که در این صورت به قاضی مراجعه می‌کنند. یا ممکن است فردی نسبت به تکالیفی که خداوند بر عهده او گذاشته عصیان کرده و از آن تجاوز کند. بنابراین، خداوند قاضی را به عنوان مرجعی قرار داده تا در مورد این شخص خطاکار حد یا تعزیری را که خداوند مقرر فرموده به اجرا گذارد.

خلاصه، بر قاضی واجب است که بر طبق حکم خداوند، حکم صادر کند- چه در منازعات و دعوایی که از نوع حقوق الناس است و چه در حدود و تعزیراتی که مربوط به حقوق الله است. این آیه نیز به همین معنا رهنمون است: وَ كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ^۱

در تورات بر بنی اسرائیل مقرر داشتیم که جان در مقابل جان، و چشم در مقابل چشم، و بینی در برابر بینی، و گوش در مقابل گوش و دندان در مقابل دندان می‌باشد و هر زخمی قصاص دارد. اگر کسی آن را ببخشد، کفاره گناهان او محسوب می‌شود. هر کس به احکامی که خدا نازل کرده حکم نکند، ستمگر است.

خداوند متعال در این آیه، حکم قصاص نفس و اعضای بدن را در برابر مثل آن بیان فرموده. پس از آن و در انتهای آیه فرموده: «هر کس به آنچه خداوند فرو فرستاده حکم نکند، ستمگر و متجاوز به حدود خدا است.» بنابراین ابتدای آیه قرینه مسلم و قطعی است بر این که مراد از حکم به «ما انزل الله» در ذیل آیه بعد از ثبوت موضوع آن، رعایت احکام الهی و صدور حکم براساس آن است.

پس آیه مبارکه بر قاضی واجب کرده حکمی را که خداوند برای موضوعی قرار داده رعایت کرده و به آن حکم کند. اجمالاً، مقصود از «ما انزل الله» در این آیه مبارکه و آیات^۲ بعدی که خداوند متعال، به

۱. مائده / ۵، ۴۵.

۲. مائده / ۵، ۴۸ و ۴۹.

پیامبر اکرم فرمان می‌دهد که براساس آن حکم کند، (فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ)^۱ همان حکمی است که حاکم شرع پس از طیّ مراحل و مقدمات داورى، صادر می‌کند، پس خداوند بر قاضی واجب کرده تا پس از طیّ همهّ مراحل و مقدماتی که برای اثبات موضوع مورد نزاع، لازم است، حکم خود را طبق آنچه خداوند در آن موضوع حکم کرده، صادر کند. بنابراین چنانچه برای قاضی ثابت شد که مدعی علیه فردی را کشته یا بینی کسی را بریده است می‌بایست به حکم آیه قصاص، مدعی علیه را به عنوان قصاص، محکوم به قتل یا محکوم به بریدن بینی بکند. در غیر این صورت در زمره کسانی قرار می‌گیرد که بر اساس «ما انزل الله» حکم نکرده و در نتیجه طبق آیات قرآن، فاسق و ظالم و کافر خواهد بود. نکته قابل توجه آن که موارد مذکور در آیات، اگر چه از موارد حقوق الناس است اما معیار، صدور حکم بر اساس «ما انزل الله» است و این که هیچ قرینه‌ای بر مقید بودن آن وجود ندارد.

از آن سو دقت در آیات یاد شده، به روشنی مقصود آیه دیگر را نیز تبیین خواهد کرد: فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَصُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ^۲؛ پس اگر نزد تو آمدند، میان آنان داورى کن یا آنان را روى بر گردان و اگر از آنان روى گرداندی، به تو هیچ زیانی نمی‌رسانند. اگر میان آنان داورى کردی، با عدالت داورى کن، که خدا عادلان را دوست دارد. چرا که منظور از داورى به قسط و عدل به قرینه آیه قصاص - که قبلاً ذکر شد و به دنبال این آیه می‌آید - آن است که بر پیامبر (ص) لازم و واجب است که هنگام داورى بین آنان حکم به قصاص نفس در برابر نفس و چشم در برابر چشم و ... کند. به این معنا که وی در هر واقعه‌ای براساس حکم خدا در آن قضیه حکم کند. بنابراین حکم به قسط، حکم کردن براساس حکمی است که خداوند برای هر قضیه‌ای تشریع کرده است.

حاصل آن که با ملاحظه آیات قرآن و با تأمل در آنها هیچ تردیدی باقی نمی‌ماند که حکم کردن به قسط و حکم به «ما انزل الله» حکم کردن براساس حکمی است که خداوند برای موضوعات مختلف مقرر کرده است که در قرآن به نمونه‌هایی از آن اشاره شده: وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ...^۳ بر این اساس در این آیات آنچه پس از حرف «بأ» آمده مانند «فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ»^۴

۱. مائده / ۵ ، ۴۸.

۲. مائده / ۵ ، ۴۲.

۳. مائده / ۵ ، ۴۵.

۴. مائده / ۵ ، ۴۸.

یا «بِالْقِسْطِ»^۱ همان حکمی است که قاضی پس از طی مقدمات داوری، انشاء می‌کند. بنابراین باید این حکم، «ما انزل الله» باشد که از آن به قسط تعبیر شده است.

از سویی با توجه به همین استدلال این موضوع نیز روشن می‌شود که منظور از عدل در آیه «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ»^۲ نیز خود همان حکمی است که قاضی در نهایت آن را صادر می‌کند و اگر حکم قاضی همان باشد که خدا برای آن مرافعه معین کرده است، در این صورت حکم به ما انزل الله و به قسط و عدل کرده است و اگر حکم قاضی، حکم مقرر خداوند نباشد، قاضی مشمول وعیدهای مذکور در آیات می‌شود: «فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ»، «... هُمُ الظَّالِمُونَ» «... هُمُ الْفَاسِقُونَ».

چنان چه ادعا شود که منظور از قسط و عدل در آیات گذشته آن است که شیوه تحقیق در واقعه مورد مرافعه همان شیوه و طریقی باشد که شارع مقرر کرده است، این ادعا خلاف ظاهر آیات است، اگر چه عمل کردن طبق شیوه‌ای که شارع مقرر کرده نیز واجب است اما منظور آیه از قسط و عدل مثل منظور از «ما انزل الله» محتوای حکم (محکوم به) است که خداوند در این قضیه مورد نزاع به عنوان حکمی الهی مقرر کرده است.^۳

نتیجه مقدمه نخست آن است که خداوند بر قاضی واجب کرده است که در هر مرافعه‌ای که به او رجوع می‌شود- خواه از موارد حقوق الله و خواه از موارد حقوق الناس باشد- براساس حکمی که خداوند برای آن مقرر کرده است، داوری کند. پس بر قاضی فرض است که زناکار را به تناسب نوع جرمش به حد شلاق یا سنگسار و یا اعدام محکوم کند و همچنین فردی را که جان دیگری را به عمد ستانده و نفس محترمی را عمداً به قتل رسانده است به عنوان قصاص محکوم به اعدام کند و اگر قتل شبه عمد بوده جانی را به پرداخت دیه محکوم کند. همچنین موارد دیگر از این دست. حال چنانچه قاضی پس از ثبوت موضوع، این احکام را صادر نکند، فردی ظالم و فاسق خواهد بود.

۲. مقدمه دوم

۱. مائده / ۵ ، ۴۲.

۲. نساء / ۴ ، ۵۸.

۳. محمد مؤمن، قمی ، حجیت علم قاضی ، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۳۰، ص ۲۴ .

مقتضای نصب قاضی - چه نصب عام و چه نصب خاص - آن است که احکام وی برای همه لازم الاتباع باشد بلکه گماردن فردی به این منصب و وادار کردن مردم به این که در نزاع‌هایشان به او رجوع کنند، جز لازم الاجرا بودن احکام وی، معنای دیگری ندارد. بنابراین، سخن امام صادق (ع) در معتبره ابو خدیجه که فرمود: «از این که برخی از شما از برخی دیگر نزد حاکمان جور شکایت برد، بپرهیزید، بلکه بنگرید به کسی از خود شما که پاره‌ای از مسائل ما را می‌داند. او را میان خود قاضی قرار دهید؛ چرا که من او را قاضی قرار داده‌ام پس مراعات خود را نزد وی برید»^۱ دلیل روشنی است بر این که آنچه این قاضی بدان حکم می‌کند خصومت با آن فیصله داده می‌شود و تبعیت از آن بر شیعیان آن حضرت که پیرو او هستند و فرامینش را گردن می‌نهند، لازم است.

در مقبوله عمر بن حنظله به صراحت به این لازمه آشکار، اشاره شده است. آن جا که امام صادق (ع) پس از نهی کردن از طرح شکایت نزد حاکمان طاغوت و در پاسخ ابن حنظله که عرض می‌کند: «پس آن طرفین دعوا چه کنند؟» فرمود: باید بنگرند و فردی از میان خود شما را که راوی احادیث ما باشد و به حلال و حرام ما نظر داشته و آشنا به احکام ما باشد به عنوان حکم بپذیرند. من او را برای شما قاضی قرار داده‌ام. اگر او بر اساس حکم ما قضاوت کرد ولی حکمش مورد پذیرش [طرفین دعوا یا یکی از آن دو] واقع نشد، در حقیقت چنین شخصی حکم خدا را سبک شمرده و ما را رد کرده است و هر کس ما را رد کرده باشد، خدا را رد کرده و این در حد شرک به خدا است.^۲

امام صادق (ع) در این حدیث به صراحت فرموده‌اند که پذیرش حکم چنین قاضی‌ای واجب است و نپذیرفتن و رد آن به مثابه رد حکم ائمه است و این کار در حد شرک ورزیدن به خدا است.

۳. مقدمه سوم:

حکم شرعی قاضی در یک واقعه مشخص، مستلزم ثبوت و تشخیص موضوع آن حکم نزد قاضی است؛ زیرا آن رویداد مشخص از مصادیق موضوع آن حکم کلی است. بنابراین، فقط هنگامی که برای قاضی ثابت شد که فلان شخص از مصادیق زن یا مرد زناکار در آیه «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ»^۳ است او را محکوم به حد زنا و شلاق می‌کند. بر این اساس چنانچه خداوند تعالی حکم

۱. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۱۳، باب ۱ از ابواب صفات قاضی، ح ۵.

۲. همان، ص ۱۳۶، باب ۱۱ از ابواب صفات قاضی، ح ۱.

۳. نور/ ۲۴، ۲.

قاضی را حجت شرعی قرار داده و پیروی کردن از آن را لازم شمرده باشد و از طرفی این حکم متفرع بر تشخیص موضوع از ناحیه قاضی باشد و نیز متفرع بر این باشد که قاضی احراز کند که این موضوع از مصادیق حد زنا است، پس به ناچار تشخیص قاضی - که در روند صدور و اجرای حکم قرار گرفته - نیز حجت است و مشروع و گرنه حکم وی حجت نخواهد بود، چرا که نتیجه، تابع احسن مقدمات است.

به عبارت دیگر: بی شک چنانچه برای فردی ثابت شد که موضوع حکمی بر یک مورد جزئی و شخصی منطبق است و حکم آن موضوع بر آن مورد جزئی نیز به اثبات رسید، در این صورت تنها برای خود آن فرد حجت است نه برای دیگران. آری شاید بتوان گفت: از باب شهادت یک فرد عادل زمانی که شرایط قبول شهادت در آن جمع باشد، حجت است. اما چنانچه نزد قاضی ثابت شد که فلان موضوع که دارای حکم است بر آن مورد جزئی و خاص منطبق است و با تطبیق حکم آن موضوع کلی بر این مورد خاص حکم خود را صادر کند، در این صورت این حکم قاضی برای غیر او حجت شرعی است و پیروی از آن واجب است و خصومت را فیصله می دهد و نقض آن جایز نیست.^۱ این مطلب به تفصیل در کتب فقه آمده است.

با توجه به این مقدمات سه گانه، چنانچه فرضاً قاضی خود شاهد باشد که شخصی به عمد فرد دیگری را به قتل رساند، سپس ولی مقتول نزد این قاضی اقامه دعوا کرده و خونخواه مقتول شود و از نظر او همان شخص، متهم به کشتن مقتول باشد، این قاضی که برای قضاوت و حکم به «ما انزل الله» در مراجعات گمارده شده به یقین می داند که «ما انزل الله» در این مورد خاص، اگر ولی دم بخواهد، قصاص آن قاتل است. در این صورت بر قاضی فرض است به مقتضای قاضی بودنش حکم به قصاص دهد و بر مردم هم واجب است که حکم او را بپذیرند و اگر قاضی حکم به قصاص نکند از زمره کسانی به شمار می رود که خداوند درباره آنان فرمود: *وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ... هُمُ الظَّالِمُونَ ... هُمُ الْفَاسِقُونَ*.^۲

«ما انزل الله» در این واقعه برای قاضی روشن است و در این جا همان قصاص است و کسی که حکم او را نپذیرد حکم خدا را سبک شمرده و این کار در مرز شرک به خدا قرار دارد.

۱. محمد مؤمن، قمی، حجیت علم قاضی، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۳۰، ص ۲۶.

۲. مائده/ ۵، ۴۴ و ۴۵ و ۴۷.

این حکم اگر چه متفرع بر این است که موضوع نزد قاضی ثابت شده باشد و در ثبوت موضوع احتمال خطا و اشتباه می‌رود، جز آن که در تمام موارد، حکم قاضی متفرع بر ثبوت موضوع نزد وی است و دیگر مجالی برای توجه نمودن به احتمال خطای قاضی در تشخیص موضوع باقی نمی‌ماند و تشخیص وی از موضوع حکم بر دیگران حجت است.

بر این اساس، عموماً باب قضا اقتضای جواز بلکه وجوب استناد قاضی به علم خود و انشای حکم مطابق با موضوع حکم را- که نزد وی ثابت شده است- دارد؛ چرا که موضوع اصلی در آیات حکم به «ما انزل الله» است.

پس حکم به «ما انزل الله» واجب است و کسی که چنین حکم نکند از جمله فاسقین محسوب می‌شود. از سویی اطلاق «ما انزل الله» اقتضا می‌کند که در این امر، حقوق الله و حقوق الناس یکسان باشد و مقتضای این اطلاقات اعتبار علم قاضی در هر دو مورد (حقوق الناس و حقوق الله) است.^۱

حاصل سخن آن که: خداوند تبارک و تعالی در آیه «السَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا»^۲ قطع دست دزد را و در آیه «... فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةً»^۳ تازیانه زدن زناکار را بر مسلمان واجب کرده است. پرواضح است که اجرای این گونه احکام به عهده ولی امر مسلمانان می‌باشد؛ از سویی اگر وی برای اجرای چنین احکامی قاضی گمارد، او مکلف است دست سارق را قطع و زانی را شلاق بزند همچنان که مکلف است در موارد قتل نفس یا قطع عضو حکم به قصاص به مثل نماید و در هر قضیه‌ای نیز حکم به «ما انزل الله» کند؛ از سویی دیگر- چنان که گفتیم- فرض علم داشتن قاضی به موضوع حکم، بیان دیگری از فرض ثبوت و وجود موضوع در متن واقع و انکشاف این واقع برای قاضی است. با توجه به دو نکته مذکور، بی‌تردید قاضی مأمور و مکلف است به این که حکم به «ما انزل الله» کند، مثل حکم به قطع دست و شلاق زدن به کسی که می‌داند سارق و زانی است و پرواضح است که در صورت عدم صدور چنین حکمی او از جمله ستمگران و فاسقان خواهد بود.

یکی از مواردی که همگان پذیرفته‌اند این است که از ادله تکالیف مثل «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ»^۴ چنین برداشت می‌شود که چنانچه مکلف آگاه و عالم به موضوع تکلیف شد، تکلیف برای او به فعلیت

۱. محمد مؤمن، قمی، حجیت علم قاضی، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۳۰، ص ۲۷.

۲. مائده / ۵، ۳۸.

۳. نور / ۲۴، ۲.

۴. مائده / ۵، ۳.

می‌رسد و در مخالفت کردن معذور نیست. از طرف دیگر وجوب قطع دست دزد و شلاق زدن زناکار و حکم نمودن به «ما انزل الله» نیز افراد و مصادیقی از این تکالیف اند و کسی که مکلف به این احکام است همان قاضی است. پس چگونه می‌تواند در فعلیت بخشیدن به این احکام توقف کند و درنگ نماید؟! با توجه به این بیان دیگر هیچ زمینه‌ای برای تردید باقی نمی‌ماند.

بی‌شک علم قاضی نسبت به تکلیف او طریقی است. اما همین علم نسبت به وجوب ترتیب اثر دادن بر دیگری موضوعی است و نهایت چیزی که از استدلال فوق برداشت می‌شود این است که علم قاضی برای خود او از این حیث که تکلیف آور و مسؤولیت‌زا است حجت است و مشروع. اما دیگر دلیلی وجود ندارد که این علمش به عنوان این که موضوع عمل و فعل دیگری واقع شود، حجت باشد؟ در پاسخ به سوال بیان شده اینگونه می‌توان پاسخ داد که بی‌شک برداشت و استنباط از وجوب حکم کردن به «ما انزل الله» «قسط» و «حق» این است که بر طرفین دعوا بلکه بر امت اسلام و مسلمانان بلکه حتی بر شهروندان [غیرمسلمان] دولت اسلامی واجب است که این حکم را بپذیرند. جای این احتمال نیست که خداوند بر حاکم شرع واجب کرده است که حکم به ما انزل الله کند اما شهروندان در پذیرش و عدم پذیرش و انکار آن آزادند؛ چرا که ملازمه بین این دو وجوب ثابت و برقرار است به این معنا که اگر واجب است که قاضی به «ما انزل الله» حکم کند این وجوب مستلزم این است که بر شهروندان دولت اسلامی نیز پذیرش این حکم واجب است. به طور مثال اگر بر قاضی واجب است که هنگام حصول علم به سارق و زناکار بودن فردی و به دلیل اطاعت از فرامین الهی، آن دو را به قطع دست و شلاق محکوم کند بر مجریان حکم نیز واجب است حکم وی را به اجرا گذارند و از آن سو بر آن دو محکوم هم واجب است که به این احکام گردن نهند و در برابر آن خاضع باشند. ملخص کلام آن که به دلیل فهم عرفی قطعی حجیت علم قاضی - که طریقی است - در این جا مستلزم حجیت موضوعی آن نیز می‌باشد. شایان ذکر است که در مورد این ملازمه پیش‌تر در مقدمه دوم سخن گفتیم.

محقق عراقی در شرح تبصره المتعلمین این گونه استدلال را مورد مناقشه قرار داده و می‌گوید: در صورتی می‌توان به این استدلال تمسک جست که مقصود از حکم کردن به حق و قسط و عدل، حکم کردن به این موارد در واقعیت امر و قضیه باشد لازمه چنین سخنی آن است که قضاوت از آثار خود واقعیت باشد نه از آثار حجت آن.^۱ اما باید توجه داشت که این برداشت با روایت «رجل قضی

۱. محمد مؤمن، قمی، حجیت علم قاضی، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۳۰، ص ۳۰.

بالحق و هو لا يعلم»^۱ منافات دارد؛ چرا که از ظاهر کلام امام (ع) برمی آید که مثل چنین قضاوتی در واقع و نفس الامر جایز نیست، نه از حیث وضع و تکلیف. بنابراین برای زدودن چنین منافاتی دو راه حل در پیش داریم:

یا از این روایات دست کشیده و آنها را چنین توجیه کنیم که منظور این روایات از حکم کردن به حق و قسط و عدل، حکم کردن در مقام فصل خصومت و داوری است یا تنها روایت آخری را توجیه کرده و بگوییم: این روایت می خواهد مجازات چنین قاضیانی را از آن جهت که تجری کرده اند، اثبات کند، بدون آن که چنین تجری اقتضای نافذ نبودن قضاوت آنها را داشته باشد. اگر چه این توجیه برخلاف سیاق روایت است.

با دوران میان این احتمالات بعید نیست که احتمال اول رجحان داشته باشد و حداقل اگر رجحان ندارد در سطح احتمالات دیگر قرار می گیرد که در نتیجه همه از حجیت ساقط می شوند؛ چرا که این گونه عموماً - بنابر احتمال نخست - برای اثبات این صغری که فصل خصومت به حق در این مقام از هر طریقی می شود، صلاحیت ندارند بلکه باید این نکته با دلیل دیگری احراز شود.^۲

این اشکال با توجه به مباحث گذشته منتفی است. بدین بیان که آغاز شدن آیه «وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ» با احکام قصاص در صدر آیه، دلیل روشنی است بر این که منظور از «ما انزل الله» حکم واقعی است که خداوند فرو فرستاده و آن را برای پیامبر تبیین کرده است، مانند «... النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ....»

پس بر قاضی فرض است که عدول نوزد و در صدور حکم به «ما انزل الله» توقف نکند، و علم قاضی ناگزیر راهی برای رسیدن وی به واقع است.

از آن سو چنانچه نظر خود را فقط به آیه قصاص و نظایر آن معطوف کنیم خواهیم گفت که از آثار و تبعات رسیدن به حکم واقعی و انکشاف آن لزوم قضاوت بر اساس آن است و علم هم ارزشی جز طریقت ندارد. آری چنانچه قاضی حتی پس از فحص و جستجو علم به واقع پیدا نکرد و در نتیجه حکم آن مورد خاص و «ما انزل الله» درباره آن - حتی به سبب روشن نمودن موضوع باشد - برای او آشکار نگشت، بر او فرض نیست که حکم صادر کند؛ چرا که برای داوری و حکم وی دو حالت متصور است: یا حکم وی مطابق با واقع خواهد شد که در این صورت تکلیفی را انجام داده و به واجبی

۱. ر. ک: محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۲۲، باب ۴ از ابواب صفات قاضی، ح ۶.

۲. آقا ضیاء الدین علی کزازی، عراقی، شرح التبصرة المتعلمین، کتاب القضاء، ص ۳۷.

عمل نموده است و یا حکمش مخالف با واقع در می‌آید و در نتیجه حکم وی معصیت خواهد شد چرا که به «ما انزل الله» حکم نکرده است.

اما اگر نظر خود را علاوه بر آیات به ادله دیگر و از جمله همین روایتی که ایشان در اشکالشان به آن اشاره فرموده‌اند بیفکنیم لزوماً می‌پذیریم که علم داشتن به حق موضوع جواز حکم خواهد بود. لازمه این سخن آن است که امر دیگری که همان علم داشتن به «ما انزل الله» باشد، به شرایط قضاوت اضافه شود و در نتیجه علمی که ظاهر در طریقی بودن است جزء موضوع حکم واقع می‌شود. پس می‌بایست قضاوت براساس احکامی صورت بپذیرد که هم حکم واقعی قضیه در شریعت بوده هم قاضی عالم به آن باشد.

این سخن ما نه با محذور و مشکلی رو به رو است و نه برخلاف ظاهر ادله می‌باشد و نه در تقابل با احتمالات و توجیهاتی است که ایشان فرموده‌اند بلکه در نهایت امر علاوه بر شرایط دیگر که در باب قضاوت معتبر است شرط دیگری اضافه شد و آن شرط این است که قاضی می‌بایست به مشروع بودن آنچه حکم می‌کند و برمی‌گزیند عالم باشد. این سخن گویا مدلول و مفاد روایت اشاره شده را به صراحت بیان می‌کند. چنین روایتی می‌تواند دایره حکم کلی در «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» را تا اندازه‌ای محدود ساخته و آن را مقید کند. این تصرف اندک در مدلول آیه اشکالی ندارد. از این گذشته، دلیل عمده اعتبار علم قاضی در باب قضا، روایات دیگری غیر از این روایتی است که محقق عراقی ذکر کرده است و گرنه این روایت از طریق برقی، مرفوعه است و حجیت ندارد.^۱

افزون بر آن، تأمل در بخش‌های مختلف روایت برای ما آشکار می‌سازد که منظور امام (ع) از علم در این روایت همان علم داشتن به احکامی است که خداوند در موارد خاص فرستاده است. بدین ترتیب این احتمال که منظور علم به آداب قضاوت باشد، منتفی است؛ چرا که در مرفوعه برقی از امام صادق (ع) نقل شده است که فرمود: القضاة أربعة، ثلاثة في النار و واحد في الجنة: رجل قضی بجور و هو يعلم فهو في النار، و رجل قضی بجور و هو لا يعلم فهو في النار، و رجل قضی بالحق و هو لا يعلم فهو في النار، و رجل قضی بالحق و هو يعلم فهو في الجنة؛^۲ قاضیان چهار دسته‌اند؛ سه دسته آنان در آتش جهنم و یک دسته در بهشت جای دارند. فردی که دانسته به ظلم و جور قضاوت کند در آتش است؛

۱. محمد مؤمن، قمی، حجیت علم قاضی، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۳۰، ص ۳۱.

۲. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۲۳، باب ۴ از ابواب صفات قاضی، ح ۶.

فردی که ندانسته به جور قضاوت کند در آتش است؛ فردی که ندانسته به حق قضاوت کند در آتش است؛ فردی که دانسته به حق قضاوت کند، جایگاهش بهشت خواهد بود.

چنان که ملاحظه می‌شود مفهوم قضاوت کردن به جور و ظلم که در دو فقره بخش اول روایت آمده چیزی جز این نیست که حکم انشا شده قاضی در مورد مشخصی ظالمانه و تضییع کننده حقی بوده و برخلاف «ما أنزل الله» در آن مورد و به همان معنایی که بیان کردیم و توضیح دادیم، باشد. از سوی دیگر سیاق واحد کلام قرینه است بر این که منظور از حق در دو بخش اخیر روایت نیز آن است حکمی را که قاضی در واقعه‌ای انشا می‌کند عین «ما أنزل الله» در آن واقعه باشد.

بنابراین برداشت ایشان از واژه «حق» در روایت و اظهار این که منظور از آن، حق بودن کیفیت اجرای داوری و مشروع بودن راهکار آن است کاملاً مخالف با مفهوم ظاهری روایت بلکه گمان می‌رود که مخالف با مفهوم صریح آن باشد. پس برداشتی که از ظاهر نزدیک به صریح خود روایت می‌شود [با قطع نظر از هر قرینه خارجی] این است که روایت، قضاوت را مشروط می‌کند به این که می‌بایست براساس احکامی شکل گیرد که این احکام از ناحیه خداوند فرستاده شده باشد و احکام قاضی در هر واقعه و رویدادی مطابق با آن صادر شود و از طرفی نسبت به آن (یعنی نسبت به حکمی که خداوند در آن واقعه تشریع کرده و فرستاده است) علم و آگاهی داشته باشد. آری این برداشت و این قرائت دقیقاً هماهنگ و همسو با مقصود اصلی ما در این استدلال است. خداوند آگاه به همه چیز و هدایت کننده بندگان به راه‌های صواب است.

این جان کلام در خصوص اقامه دلیل برای حجیت و مشروعیت علم قاضی با استفاده از دلایل عام مبحث قضا بود. اکنون به راه دوم می‌پردازیم.

۳- ۱- ۶- ۱- ۲- تمسک به روایات خاص

۱- روایت نخست

شیخ صدوق در «من لایحضره الفقیه» روایتی را تحت عنوان کلی «قضاوت‌های امیرمؤمنان (ع)» آورده و سلسله راویان را ذکر کرده و به اصطلاح مستندش ساخته است و نیز در امالی از پدر خود، از علی بن محمد بن قتیبه، از حمدان بن سلیمان، از نوح بن شعیب، از محمد بن اسماعیل، از صالح بن عقبه، از علقمه بن محمد الحضرمی و از امام صادق جعفر بن محمد (ع) نقل کرده‌اند که فرمود:

عربی بیابانی نزد پیامبر (ع) آمد و مدعی شد که پیامبر هفتاد درهم پول شتری را که به وی فروخته است می‌خواهد. پیامبر به آن اعرابی فرمود: [آیا آن هفتاد درهم را از من نگرفته‌ای؟ اعرابی گفت: نه. پیامبر در پاسخ فرمود: به راستی که من (نسخه بدل از کتاب امالی)] آن را به تو پرداخته‌ام. اعرابی گفت: کسی را بگمار که بین من و تو داوری کند. در این هنگام مردی از قریش آمد؛ حضرت به وی فرمود: بین ما داوری کن. آن مرد به اعرابی گفت: چه شکایتی علیه رسول خدا داری؟ اعرابی گفت: هفتاد درهم پول شتری را که به او فروخته‌ام، می‌خواهم. آن مرد [به پیامبر] عرض کرد: ای رسول خدا، شما چه می‌گویید؟ حضرت فرمود: به او پرداخته‌ام. آن مرد به اعرابی گفت: تو چه می‌گویی؟ اعرابی گفت: به من نپرداخته است. آن مرد به پیامبر عرض کرد: آیا دلیل یا شاهی داری بر این که شما آن پول را پرداخته‌ای؟ حضرت فرمود: خیر. آن مرد به اعرابی گفت: آیا سوگند یاد می‌کنی که به حَقّ نرسیده‌ای و از او نگرفته‌ای؟ اعرابی گفت: آری.

پیامبر (ص) فرمود: همراه این مرد برای داوری نزد کسی خواهیم رفت که بین ما براساس حکم خدای عزّ و جلّ داوری کند.

پیامبر (ص) همراه آن اعرابی نزد علی بن ابی طالب رفتند. علی (ع) گفت: رسول خدا، چه شده است؟ حضرت فرمود: ابوالحسن، بین من و این اعرابی داوری کن. علی به اعرابی فرمود: چه شکایتی علیه رسول خدا داری؟ اعرابی عرض کرد: هفتاد درهم پول شتری که از من خریده است، از او می‌خواهم. علی به پیامبر (ص) گفت: شما چه می‌فرمایید؟ حضرت فرمود: پول شتر را به او پرداخته‌ام. علی (ع) فرمود: اعرابی، آیا رسول خدا راست می‌گوید؟ اعرابی عرض کرد: خیر. چیزی به من نداده است. در این هنگام علی (ع) شمشیرش را از نیام کشید و گردن اعرابی را زد.

پیامبر به علی (ع) فرمود: چرا چنین کردی؟! علی (ع) پاسخ داد: ای رسول خدا! ما شما را که اوامر و نواهی خدا را [برای ما آورده‌ای] و از بهشت، جهنم، ثواب، عذاب، وحی خدای عزّ و جلّ برای ما گفته‌اید، راستگو دانسته و شما را تصدیق کرده‌ایم. چگونه می‌شود شما را در مورد پول شتر این اعرابی، راستگو ندانیم! او را کشتم؛ چرا که با سؤالی که از او کردم (آیا رسول خدا راست می‌گوید؟) و پاسخی که داد (خیر؛ چیزی به من نداده است) نسبت دروغ به شما داد. سپس حضرت فرمود: ای علی، کارت

درست بود، ولی دیگر چنین عملی را تکرار مکن. آن گاه پیامبر متوجه آن مرد قریشی که در پی‌اش آمده بود، شد و فرمود: این، حکم خدا بود نه آنچه تو حکم کردی.^۱

متن روایت از «من لایحضره الفقیه» است که اندک تفاوتی با متن امالی دارد اما خدشه‌ای به استدلال ما وارد نمی‌کند.

دلالت روایت

آن فرد قریشی در این نزاع- با فرض این که پیامبر (ص) دلیل یا شاهی بر پرداخت پول شتر به اعرابی نداشت- حکم کرد که اعرابی سوگند یاد کند بر این که حقش را استیفا نکرده و پولش را از پیامبر نگرفته است. پیامبر (ص) این حکم را متفاوت با حکم خدا دانست. لذا حضرت و اعرابی از علی (ع) خواستند تا بینشان داوری کند. قضاوت وی این بود که پیامبر (ص) پول شتر را پرداخت کرده و مدیون نیست؛ به همین دلیل علی (ع) پیامبر (ص) را وادار به پرداخت آن نکرد و چون اعرابی صریحاً اظهار کرد که پیامبر امین [نعوذ بالله] دروغ می‌گوید، علی (ع) شمشیرش را از نیام کشید و او را برای نسبت دروغ به پیامبر کشت. پس از آن، در تبیین دلیل داوری خود، فرمود: ما شما را در مورد خبر آوردن از اوامر و نواهی خدا و ... تصدیق کرده و راستگو می‌دانیم، حال چگونه می‌توان در مورد پول شتر این اعرابی شما را صادق و راستگو ندانیم!

حاصل دلیل این است که من بدون هیچ تردیدی می‌دانم که شما قطعاً پول شتر را به اعرابی پرداخته‌اید و او هیچ حقی به گردن شما ندارد.

بنابراین حکم خدا بری الذمه بودن شما است و به همین دلیل حکم من نیز برائت ذمه شما است. امام علی (ع) در دلیل آوردن برای داوری‌اش تنها اکتفا به پیامبر بودن حضرت نکرده بلکه تأکید ورزیده به این که ایشان پیامبری صادق است و همین امر باعث شد که علم به راستگویی و برائت ذمه حضرتشان از پول شتر اعرابی، حاصل شود؛ از این رو این حکم، حکمی مستند به علم [اطمینان قلبی] قاضی است نه این که مستند به مشاهدات حسّی باشد بلکه حکم بر پایه یک اعتقاد صحیح اسلامی مبنی بر این که پیامبر (ص) دروغ نمی‌گوید، استوار است. از سویی خود حضرت نیز دوباره این حکم را حکم خدا

^۱. محمد بن علی بن بابویه، قمی (شیخ صدوق)، من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۱۰۶-۱۰۵، کتاب القضا یا باب «ما یقبل من الدعاوی بغیر بینه»، ح ۳۴۲۵ و محمد بن حسن، طوسی، الأمالی (للشیخ الطوسی)، ص ۹۱-۹۰، مجلس ۲۲، ح ۲ و ر. ک: محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۲۷۴، باب ۱۸ از ابواب کیفیت حکم، ح ۱.

ارزیابی فرمود: یک بار پیش از آن که علی (ع) را به داوری بخواند؛ آن جا که فرود: «قطعاً با این مرد [اعرابی] شخصی را به داوری خواهم گرفت تا بین ما به حکم خدای عزّ و جلّ داوری کند» و دیگر بار پس از داوری علی (ع) زمانی که به آن فرد قریشی فرمود: «این حکم، حکم خدا بود نه آنچه تو حکم کردی».

این فرموده پیامبر یک توصیه ارشادی به این نکته است که هر قاضی می‌بایست چندی باشد که نه این که این مقوله (داوری به حکم خدا) از مختصات و ویژگی‌های امام معصوم (ع) است. نتیجه این بحث (بحث دلالتی روایت) این می‌شود که روایت آشکارا بیان می‌کند و دلالت دارد بر این که حکم قاضی چنانچه مستند به علم یقینی‌اش باشد، حکم خدا است که مقصود ما هم همین است پس دلالتش [بر اثبات مدعای ما] تام و بدون خدشه است.

سند روایت

در سلسله راویان این حدیث در کتاب امالی شیخ صدوق نام دو راوی حدیث برده شده: یکی صالح بن عقبه و دیگری علقمه بن محمد حضرمی که علقمه از اولی نقل می‌کند. هیچ کدام آن دو توثیق نشده‌اند بلکه به احتمال قوی صالح بن عقبه همان ابن عقبه بن قیس باشد که علامه در خلاصه او را تضعیف کرده. گفته علامه در مورد وی چنین است: بسیار دروغگو و از غالیان است. به گفته و نقلش نیست و نباید توجه نمود.^۱

دلیل قوی بودن این احتمال آن است که راوی صالح بن عقبه در سند امالی - چنان که از ظاهر روایت قبل از آن، استنباط می‌شود - محمد بن اسماعیل بن بزیع است که از راویان ابن قیس کذاب شمرده شده است. آری، سند حدیث در کتاب من لایحضره الفقیه در زیر مجموعه «قضاوت‌های امیرمؤمنان (ع)» صحیح است. عنوان و تیتراژ این سند در مبحث «المشیخه» (فصل مشایخ مؤلف) چنین است: همه قضاوت‌های متفرق امیرمؤمنان (ع) در این کتاب را من از پدرم و محمد بن حسن - رضی الله عنهما - نقل کرده‌ام [و این دو] از سعد بن عبدالله، از ابراهیم بن هاشم، از عبدالرحمن بن ابی نجران از عاصم بن حمید، از محمد بن قیس، از ابو جعفر (ع) (امام باقر (ع)) نقل کرده‌اند.^۲

۱. حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، رجال العلامة - خلاصة الأفعال، ص ۳۶۰.

۲. محمد بن علی بن بابویه، قمی (شیخ صدوق)، من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۵۲۶.

ظاهر این عنوان گویای آن است که سند مذکور شامل این قضاوت و داوری امیرمؤمنان (ع) نیز می‌شود؛ چنان که صاحب وسایل نیز همین برداشت را کرده و گفته است:

محمد بن علی بن حسین (شیخ صدوق) بر اساس استناد این حدیث به قضاوت‌های امیرمؤمنان (ع) نقل می‌کند که راوی گفت: «عربی بیابانی آمد ...».^۱ پس هم سند حدیث معتبر است و هم دلالت آن بر مدعای ما تام و خدشه‌ناپذیر است.

۲. روایت دوم

شیخ صدوق در من لایحضره الفقیه روایتی را به ابن عباس اسناد داده است: پیامبر (ص) از منزل عایشه بیرون آمد. در این هنگام عربی بیابانی که شتری با خود می‌کشید، به سوی پیامبر رفت و عرض کرد: ای محمد، این شتر را از من می‌خری؟ حضرت فرمود: ای اعرابی، چند می‌فروشی؟ اعرابی عرض کرد: دویست درهم. حضرت فرمود: اما شتر تو بیش از این می‌ارزد.

پیامبر آن قدر قیمت شتر را بالا برد تا به چهار صد درهم خرید. اما همین که پیامبر پول اعرابی را پرداخت، اعرابی دستش را به طرف افسار شتر برد [و آن را گرفت] و گفت: هم پول و هم شتر مال من است؛ اگر محمد ادعایی دارد باید بیّنه بیاورد.

پیامبر از اعرابی خواست که به داوری دو سالخورده‌ای که از آن جا بگذرند رضایت دهد. [او هم راضی شد.] دو سالخورده یکی پس از دیگری آمدند و هر دو به پیامبر (ص) عرض کردند: ای رسول خدا، حکم مرافعه ما در مورد شتر روشن است؛ چرا که اعرابی خواستار بیّنه است. پیامبر به سالخورده دوم فرمود: بنشین تا فردی یافت شود که بین من و اعرابی به حق قضاوت کند.

در این هنگام علی بن ابی طالب (ع) وارد شد. پیامبر اعرابی فرمود: آیا داوری این جوان را می‌پذیری؟ اعرابی عرض کرد: آری. هنگامی که علی (ع) نزدیک شد حضرت فرمود: این ابوالحسن، بین من و این اعرابی داوری کن. علی گفت ای رسول خدا [ماجرای] حضرت فرمود: شتر مال من است و پول‌ها مال اعرابی. اعرابی گفت: خیر، هم شتر و هم پول مال من است. اگر پیامبر ادعایی دارد باید بیّنه بیاورد. علی (ع) به اعرابی فرمود: شتر را به رسول خدا تحویل ده. اعرابی گفت: این کار را نمی‌کنم مگر پیامبر بیّنه بیاورد.

^۱. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۲۷۴، باب ۱۸ از ابواب کیفیت حکم، ح ۱.

علی(ع) به منزل رفت و شمشیرش را حمایل کرد و بازگشت و [به اعرابی] فرمود: شتر را به رسول خدا تحویل بده. اعرابی پاسخ داد: این کار را نمی‌کنم مگر بینه بیاورد. در این هنگام علی [با شمشیرش] ضربه‌ای به او زد که همه حجازیان گفتند: با این ضربه، سرش را از تن جدا کرد. اما برخی از عراقیان گفتند: خیر، تنها عضوی از بدنش جدا ساخت.

پیامبر (ص) فرمود: ای علی، چه باعث شد که تو این کار را انجام دهی؟ علی (ع) گفت: ای رسول خدا، شما را برای خبر آوردن از وحی آسمانی تصدیق می‌کنیم و راستگو می‌دانیم و حال آن که برای چهار صد درهم [ناچیز] راستگو ندانیم؟!^۱

دلالت و سند روایت

دلالت این روایت مثل روایت قبلی واضح است و بحثی که پیرامون دلالت آن روایت ارائه شد در این روایت نیز می‌آید، جز آن که سند این روایت معتبر نیست. علامه محمدتقی مجلسی در روضه درباره سند این روایت اظهار داشته: چنان که از ظاهر سند این روایت برمی‌آید، راویانش همه از اهل سنت هستند و شیخ صدوق آن را با هدف برهان آوردن علیه آنان، در کتابش بیان کرده است. البته ممکن است این روایت در دیدگاه و منظر شیخ صدوق یا از ناحیه راویان شیعه هم نقل شده یا این که متواتر بوده؛ چرا که وی اظهار داشته است که تمام روایت‌های که در این کتاب (من لایحضره الفقه) نقل شده، صحیح السند می‌باشند.^۲

شایان ذکر است از مطالبی که درباره دلالت این دو حدیث گفتیم، ضعف استدلالاتی برخی از محققان در شرحی که بر تبصره علامه نگاشته و خواسته استدلال به این دو روایت را مورد خدشه قرار دهند، کاملاً آشکار می‌شود. وی چنین گفته است.

زیرا چنان که دانستید این که امام می‌تواند براساس علمش - که برای هر فردی حجت است - قضاوت نماید و فصل خصومت کند، لازم نمی‌آید که دیگران نیز بتوانند براساس علمشان که هیچ حجتی برای غیر خودشان ندارد - قضاوت کنند. افزون بر این که این امکان وجود دارد که بگوییم عمل امام به انگیزه فصل خصومت و قضاوت نبوده بلکه ممکن است فعل امام به عنوان ترتیب اثر بخشیدن به واقعیتی که

۱. محمد بن علی بن بابویه، قمی (شیخ صدوق)، من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۱۰۸-۱۰۶، باب «ما یقبل من الدعا وی بغیر بینه»، ج ۳۴۲۶، و ر. ک: محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، باب ۱۸ از ابواب کیفیت حکم، ح ۲.

۲. محمد تقی، مجلسی اول، روضه المتقین، ج ۶، ص ۲۵۶، کتاب القضا یا و الأحکام.

حجت و دلیلی بر آن وجود دارد، انجام گرفته باشد و پرواضح است که هر ترتیب اثر دادنی براساس و بر پایه وجود حجت و دلیل، تا زمانی که قصد و انگیزه داوری و فصل خصومت در میان نباشد، حکم نیست.^۱

ضعف مطلب فوق این است که پیامبر (ص) دو بار این نکته را که حکم علی (ع) حکم خدا است. مورد تأکید قرار داد: یک بار قبل از قضاوت و بار دیگر بعد از آن. از سوی دیگر پیامبر (ص) در توجیه و ارشاد آن فرد قریشی نیز فرمود که این حکم، حکم خدا بوده است؛ یعنی باید هر حاکمی چنین حکم کند چنان که علی (ع) نیز در توجیه عمل خود دلایلی آورد که این دلایل خود موجب حصول علم برای خود وی و دیگر مؤمنان خواهد شد و حاصل آن این است: از آن جا که رسول خدا صادق و راستگو است پس به صحت ادعای وی علم حاصل می شود پرواضح است که در حصول چنین علمی بین امام و دیگر مؤمنان تفاوتی نیست.^۲

نتیجه حدیث مذکور به صراحت دلالت دارد بر این که حکم، حکم خدا بوده که علی (ع) براساس آن داوری کرده است. نه صرف ترتیب اثر بخشیدن به واقعیتی که حجت و دلیلی بر آن وجود دارد. پس آن حکم، حکمی بوده که توسط حاکم و قاضی معصوم صادر شده است و غیر امام نیز باید از امام معصوم پیروی کند، چنان که رسول خدا (ص) به همین مطلب اشاره فرمود.

۳. روایت سوم

در صحیحۀ سلیمان بن خالد است که وی از امام صادق (ع) نقل می کند: در کتاب علی (ع) آمده است: یکی از پیامبران [از مشکل خود در حل اختلافات پیروانش] نزد پروردگار گلایه کرد و پرسید: پروردگارا! در مواردی که نه دیده ام و نه مشاهد کرده ام، چگونه قضاوت کنم؟ خداوند به وی وحی کرد: بین آنان براساس کتابم داوری کن و آنان را در پناه نام و یاد من آور و به آن قسمشان ده. امام فرمود: این تکلیف کسی است که بینۀای نداشته باشد.^۳

دلالت روایت

۱. آقا ضیاء الدین، عراقی، شرح تبصرة المتعلمين، كتاب القضاء، ص ۴۱-۴۰.

۲. محمد مؤمن، قمی، حجیت علم قاضی، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۳۰، ص ۴۱.

۳. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۲۲۹، باب ۱ از ابواب کیفیت حکم، ح ۱.

بی‌شک مفهوم عرفی جمله «پروردگارا، در مواردی که نه دیده‌ام و نه شاهد کرده‌ام چگونه قضاوت کنم؟» این است که قضاوت قاضی در مواردی که دیده و شاهد بوده، جایز است و هیچ مشکلی ندارد. مشکل قضاوت آن جا است که نه دیده و نه مشاهده کرده است. از سوی دیگر این قصه از کتاب علی (ع) نقل شده و آشکار است که تنها برای آموزش روش قضاوت آورده شده است. به همین دلیل امام (ع) به دنبال این قصه فرموده: «این تکلیف برای کسی است که بینۀ نداشته باشد.» پس این روایت صحیح به دلیل همین مفهوم آشکار و روشن دلالت می‌کند بر این که قاضی می‌تواند با استناد به علم و مشاهده خویش قضاوت کند و این حکم اختصاص به قاضی‌ای که پیامبر یا معصوم باشد، ندارد. مانند همین روایت، روایت مرسل ابان بن عثمان - از صاحب اجماع است. وی این روایت را از فردی و او از امام صادق (ع) نقل می‌کند.^۱

۴. روایت چهارم

گاهی در این مقوله به روایت حسین بن خالد از امام صادق (ع) تمسک کرده و دلیل می‌آورند: اگر امام ببیند که فردی زنا می‌کند یا خمر می‌آشامد باید بر او حد جاری کند. امام (ع) برای اجرای این حکم در این حالت که خود مشاهده کرده است، نیازی به بینۀ ندارد؛ چرا که امام [در حقیقت] امانت دار خدا و معتمد او بین‌بندگان او است. ولی چنانچه امام دید که فردی دزدی می‌کند، او را از این کار نهی کرده ولی به راه خود می‌رود و او را به حال خود می‌گذارد. عرض کردم: چرا بدین گونه؟ امام فرمود: زیرا وقتی حقوق از آن خدا است بر امام واجب است که آن را به اجرا درآورد و وقتی از آن مردم بود، آنان خود مسئولند.^۲

در تبیین استدلال به روایت فوق باید گفت: این روایت با صراحت دلالت می‌کند بر این که قاضی چنانچه علم به جرمی داشته که مجازاتش حد است، می‌تواند حد را جاری سازد و در این حکم (جواز استناد قاضی به علمش) تفاوتی بین حق الله و حق الناس نیست؛ زیرا روایت، دلالت می‌کند بر این که قاضی نمی‌تواند در جرمی مثل سرقت (که حق الناس است) حد را جاری سازد نه به این جهت که علمش حجت و مشروع نیست بلکه بدین دلیل که اجرای حد بستگی به درخواست مردم دارد. آری چنانچه صاحب حق درخواست اجرای حد کند، بی‌تردید حد جاری می‌شود.

^۱. همان، ح ۲.

^۲. همان، ح ۲۸، ص ۵۸-۵۷، باب ۳۲ از ابواب مقدمات حدود، ح ۳.

با نگاهی منصفانه درخواست می‌یافت که به این روایت [برای اثبات مدعا] نمی‌توان استدلال کرد؛ زیرا مضمون آن عام نیست تا شامل غیر امام هم بشود؛ چرا که احتمال دارد داوری و حکم کردن براساس علم، اختصاص به کسانی داشته باشد که خدا آنها را بین مردم امین و معتمد خود قرار داده است و عمومیت تا شامل غیر امام معصوم (ع) هم بشود. به عبارتی دیگر: احتمال دارد، خاستگاه مشروعیت و حجیت علم معصوم، منصب و مقام امین الهی وی باشد نه منصب قضاوت و داوری بین مسلمانان.

۵. روایت پنجم

گاه به سخن امیرمؤمنان در صحیحۀ عبدالرحمن تمسک کرده و استدلال می‌آورند. روایت درباره زره طلحه است که علی (ع) آن را در دست فردی دید [و نتوانست آن را از وی بازپس گیرد]. در نتیجه علی (ع) همراه آن شخص نزد شریح رفته و از او خواستند تا بینشان داوری کند. شریح قاضی از علی (ع) برای اثبات مدعایش دو شاهد عادل آزاد خواست. علی سه بار شاهد آورد ولی شریح در هر سه بار، شهود او را نپذیرفت. در این هنگام علی به شریح فرمود: وای بر تو، اما و رهبر مسلمانان، امانت دار و مسؤول اموری در جامعه مسلمانان است که بسیار مهم‌تر و خطیرتر از این زره است.^۱

به این سخن این گونه استدلال می‌شود که مراد امیرمؤمنان (ع) از این گفته: «... یؤمن من أورههم...» آن است که امام چون امین و عهده‌دار امور مسلمانان است، به ناچار دروغ نمی‌گوید و برای قاضی نسبت به هر ادعایی که او می‌کند حاصل می‌شود. از این رو بر قاضی است که به گفته وی اعماد کرده و براساس آن یعنی بر اساس علم شخصی خود حکم صادر کند.

اگر در این روایت، منصفانه بنگریم، احتمال خواهیم داد مراد از آن سخن، این باشد که نپذیرفتن ادعای امام (ع)، که امین مسلمانان است باعث وهن و موجب تضعیف مقام امامت خواهد شد؛ چرا که امام و رهبر مسلمانان امانت دار اموری در جامعه اسلامی است که بسیار خطیرتر و مهم‌تر از موضوع زره است. پس موضوع مطرح در این سخن، فراتر از صرف علم قاضی به صحت و درستی مدعا است و آن موضوع این است که چنان چه قاضی مدعای امام (ع) را نپذیرد تضعیف و وهن مقام امامت شده است و همین امر لزوم پذیرش سخن امام و ادعای وی را ایجاب می‌کند. پس در این سخن هیچ گونه

۱. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۲۶۷-۲۵۴، باب ۱۴ از ابواب کیفیت حکم، ح ۶.

دلالت و اشاره‌ای به این مقوله که قاضی می‌تواند به علم خود در سایر موارد اعتماد و استناد کند، وجود ندارد. بنابراین به هیچ یک از این دو روایت برای اثبات مدعا (حجّیت علم قاضی) نمی‌توان استناد کرد و دلیلی آورد [چرا که دلالتشان بر مدعا تام و بی‌خدا نیست بلکه احتمالات دیگری هم در آنها داده می‌شود] جز آن که با وجود کامل بودن دلالت سایر ادله که در گذشته به آنها اشاره شد، دیگر نیازی به این دو روایت برای اثبات مدعا نداریم.

شایان ذکر است که در برابر این ادله برخی مدعی وجود ادله دیگری هستند که دال بر عدم جواز استناد قاضی به علمش در قضاوت و داوری است و این دسته از روایات هم مقید کننده گروه نخست از روایات - که همان ادله عموم مطلقات باب قضا هستند - می‌باشند و هم با گروه دوم از روایات معارضند. این روایات عبارتند از:

۱. صحیح هاشم بن حکم از امام صادق (ع) رسول خدا (ص) فرمود: بی‌شک بین شما براساس بینة و قسم داوری خواهم کرد. برخی از شما [در نزاع] آگاه‌تر بر صحت و سقم ادعای خود نسبت به طرف دیگر است. بنابراین در مورد هر کس که حکم کردم تا بخشی از اموال برادر دینی‌اش به او پرداخت شود در حقیقت پاره‌ای از آتش جهنم را به او واگذار کرده‌ام.^۱

بی‌شک پیامبر (ص) در این جا تصریح فرموده که راهکارهای قابل اعتماد و استناد در قضاوت منحصر در بینة و قسم است. یعنی پیامبر در قضاوت و داوری براساس علمش حکم نمی‌نماید و پرواضح است که ما نیز نباید از سنت وی پا را فراتر نهیم و قاضی در قضاوت به علم خود استناد کند.

۲. ابوضمره از پدرش نقل می‌کند:

امیرمؤمنان (ع) فرمود: احکام قضایی و داوری بین مسلمانان بر سه پایه استوار است. شهادت افراد عادل یا سوگندهای قاطعانه و محکم یا سنت‌های تأیید شده از سوی پیشوایان هدایت.^۲ در این روایت حضرت به صراحت حکم فرموده مستند همه احکام قضایی از این سه مورد خارج نیست؛ در حالی که «علم» هیچ یک از آن سه نیست. با این وجود جایز نیست که در قضاوت و دادرسی، به علم قاضی استناد شود.

۱. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۲۳۲، باب ۲ از ابواب کیفیت حکم، ح ۱.

۲. همان، ج ۲۷، ص ۲۳۱، باب از ابواب کیفیت حکم، ح ۶. در این حدیث همچنین به جای «ماضیه»، «جادیه» آمده و به جای «من»، «مع» آمده است.

پاسخ استدلالات فوق

در حقیقت دلالت هیچ کدام از دو روایت گذشته [بر مدعای آنان] تام و کامل نیست و قابل خدشه است. [به عبارت دیگر برداشتی که از این روایات در جهت اثبات مدعای خود کرده‌اند ناتمام و خدشه‌پذیر است] زیرا:

۱. کاربرد واژه «إنما» در صحیحۀ ابن هاشم باعث شده بپندارند که روایت دلالت می‌کند بر این که مستند قضاوت منحصر به بینۀ و سوگند است و حال این که در جای خود با تحقیق بیان نمودیم که معلوم نیست این واژه برای رساندن مفهوم حصر در کلام، وضع شده باشد، بلکه حصر، نوعی برداشت است که روند طبیعی و منطقی و فضای کلی کلام به دست می‌آید. این روند در این جا به طور قطع چنین چیزی را اقتضا نمی‌کند؛ زیرا پیامبر (ص) در این روایت می‌خواهد بفرماید که در قضاوت‌هایش بین مردم، به علم یقینی مطابق با واقع اعتماد و اتکال نمی‌کند و صرف قضاوتش حلال کننده حرامی نیست، بلکه در ضاوت‌هایش به آنچه قاضیان به آن استناد می‌کنند و بر پایه‌اش حکم صادر می‌نمایند، اعتماد می‌کند و آن هم سوگند و بینۀ است. حال چنانچه برخلاف واقع حکم شد و در نتیجه بخشی از مال برادر دینی به محکوم^۱ رسید، درحقیقت پاره‌ای از آتش جهنم به او رسیده است پس حرام است که آن را بگیرد و در آن تصرف کند.

بنابراین پرواضح است آنچه پیامبر گرامی اسلام (ص) در صدد بیان آن است هیچ اقتضایی ندارد. جز ثابت شدن این مطلب که حضرت در قضاوت و داوری بر بینۀ و سوگند اعتماد و استناد می‌کند و با وجود این دیگر نیازی نیست که مستند قضاوت منحصر در بینۀ و قسم باشد و به غیر این دو به مستندات دیگری نتوان اعتماد نمود.

افزون بر این، چنانچه بپذیریم که واژه «إنما» دلالت بر حصر و محدودیت می‌کند، در این صورت چاره‌ای جز این نیست که حصر آن، حصر اضافی (نسبی) نسبت به قضاوت‌های متعارف و مرسوم بین مردم باشد؛ چرا که در نوع دادرسی‌های متداول، قاضی علم شخصی به شکایات ندارد و غالباً در قضاوت‌هایش تنها به بینۀ و سوگند استناد می‌کند. از سویی چنانچه بخواهیم حصر را حقیقی و واقعی بدانیم، درباره قضاوت‌هایی که براساس اقرار مدعی علیه انجام می‌گیرد و نیز دادرسی‌هایی که بر شهادت یک شاهد و قسم مدعی استوار است چه پاسخی خواهیم داشت؟ هر پاسخ و توجیهی که برای این دو داریم دقیقاً همان پاسخ و توجیهی خواهد بود که درباره سندیت و مشروعیت علم قاضی اظهار می‌شود.

حاصل مقصود پیامبر (ص) در این روایت - و الله العالم - این است که: بی شک من در مورد دعاوی مطرح نزد خود، بررسی دقیق نمی‌کنم و از موضوعاتش تحقیق و تفحص نمی‌نمایم تا زمانی که برایم در هر موردی نسبت به قضیه‌ای علم عادی [نوعی نه شخصی] حاصل شود، چنان که به علم غیب هم تکیه و اعتماد نمی‌نمایم، بلکه در داورهای آنها تنها به بینه و قسم که از خطا و عدم موافقتش با واقع مأمون نیست، استناد می‌کنم.

در نتیجه چنانچه به نفع شخصی حکم کردم تا مال دیگری را بستاند [در واقع ذی حق نباشد] آن مال بر او حرام خواهد بود [و به صرف حکم من، آن مال برای او حلال نمی‌شود]. خلاصه، این حصر [که روایت از کاربرد واژه «إنما» برداشت می‌شود] اضافی است که در چارچوب قضاوت‌های متعارف و معمول و شناخته شده قرار گیرد، قضاوت‌هایی که در تقابل با قضاوتی است که بر اساس علم انجام می‌پذیرد و این علم مطابق با واقعی است که از راه جستجوی غیر متعارف یا به الهام از ناحیه خداوند و تفضل او به دست می‌آید چنان که پیامبر (ص) می‌فرماید:

بی شک من در قضاوت‌هایی که از راه‌های طبیعی، علم ندارم، براساس علم غیرمتعارف حکم نمی‌کنم بلکه داوروام طبق امثال بینه و قسم است. پس زمانی که قضاوت‌هایم به واقع اصابت نکرد و در قضاوت به واقعیت و حقیقت امر نرسیدم، داور من و حکمی که صادر کرده‌ام، حلال کننده حرام‌های خدا نیست. به هر حال مقصود از این حصر این نیست که چنان چه پیامبر (ص) خود به طور اتفاقی و گذرا شاهد و ناظر رویدادی بود و عالم به مسأله‌ای از راه‌های عادی و متعارف بود، دیگر به علمش اعتماد نمی‌کند و براساس آن قضاوت نمی‌نماید.

بنابراین، حصر در روایت چنانچه بپذیریم که واژه مربوط بر آن دلالت می‌کند، حصر اضافی است. البته قبلاً گفته نشد که ثابت نشده است که واژه «إنما» برای افاده مفهوم حصر وضع شده باشد. نتیجه بحث این شد که این روایت صحیح هیچ شاهد و قرینه‌ای ندارد تا بر مدعای مخالفان ما دلالت داشته باشد و آنان بتوانند برداشت مورد نظر خود را از آن بکنند.^۱

۲. سرانجام درباره روایت ابو حمزه با چشم پوشی از خدشه در سند - اگر چه به سبب وجود بزنی در سلسله راویان حدیث در سندی که صدوق آورده و اسناد دادن حدیث به او صحیح باشد - چنین می‌گوییم که هر چند دلالت حدیث بر این که احکام مسلمانان منحصرأ بر سه پایه استوار است، تام و

۱. محمد مؤمن، قمی، حجیت علم قاضی، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۳۰، ص ۴۸.

خداشه‌ناپذیر است. اما احتمال دارد که صدور حکم براساس علم قاضی، یکی از مصادیق سنت‌ها و روش‌های تأیید شده از ناحیه امامان معصوم باشد، آنان که خود امانت داران خدا در میان خلق خداوند و بر آنان واجب است که حدود خدا را زمانی که ناظر ارتکاب موضوع این حدود توسط فردی‌اند، به اجرا گذارند، به گونه‌ای که در روایت حسین بن خالد^۱ گذشت.

پس در این روایت نیز دلیل و شاهی بر مدّعی مخالفان یافت نمی‌شود.

۳-۱-۶-۱-۳- جمع بندی روایت

نتیجه کل بحث این می‌شود که دلالت ادله عموم مبحث قضا و برخی از روایت‌های خاص در این مقوله (جواز استناد قاضی به علم خود)، تام و خداشه‌ناپذیر است و دلیل معتبری هم نیست تا با این دلیل تعارض کند. پس حق این است که علم قاضی نیز یکی از مستندات قضاوت و یکی از راه‌کارهای کشف واقع و داوری براساس آن است.

از سویی در گذشته به این مقوله اشاره شد که هیچ شاهد و قرینه‌ای یافت نمی‌شود که عمومات را تخصیص زده و دلالت آنها را اختصاص به حقوق الناس یا حقوق الله قرار دهد. پس دلالت این عمومات، عام است و شامل کلیه حقوق می‌شود.

همچنین روایتی که حاکی از قضاوت امیرمؤمنان (ع) در قصه اعرابی است، اگر چه در مورد حقوق الناس است ولی تمام تأکید پیامبر (ص) در این بود که ابن حکم، حکم خدا است و امیرمؤمنان (ع) هم در توضیح و تبیین وجود موضوع حکم که مستلزم ترتب حکم بر آن است فرمود:

وجود و ثبوت موضوع حکم به جهت علم پیدا کردن به آن بود و این علوم هم به دلیل این که پیامبر (ص) صادق است و کاذب نیست، حاصل شده است. پس لازمه این سخن امیرمؤمنان (ع) آن است که ما این مقوله را به همه مواردی که حکم خدا توسط علم قاضی کشف و ثابت شده است، نیز سرایت دهیم و هیچ تفاوتی هم قایل نشویم و هیچ اشاره‌ای به تفاوت داشتن این حکم بین حقوق الناس و حقوق الله نکنیم.

۱. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۵۸-۵۷، باب ۳۲ از ابواب مقدمات حدود، ح ۳.

به عبارت دیگر: فهم عرفی از این حدیث این است که چنان چه قاضی به حکم خدا علم پیدا کرد- گرچه از صداقت مدعی باشد- می‌بایست بدون اندک تردیدی در این که داوری در موارد مختلف تفاوت ندارد، حکم خدا را ساری و جاری سازد. پس دیدگاه صحیح این است که علم قاضی به طور مطلق حجت و مشروع است هم در حقوق الله و هم حقوق الناس.

۳- ۱- ۷- لعان

واژه «لعان» از نظر لغوی مشتق مصدر «لعن» می‌باشد. لعن به معنای دور ساختن و طرد کردن از خیر و خوبی است و بعضی از لغویین آن را به معنای دور ساختن از خداوند و نیز نفرین و دشنام دادن می‌دانند. در قرآن کریم، آیه «بَلْ لَّعَنَهُمُ اللَّهُ بِكُفْرِهِمْ» (بقره، آیه ۸۸) و «يَلْعَنُهُمُ اللَّاعِنُونَ» (بقره، آیه ۱۵۹) به معنای دور ساختن و طرد نمودن از رحمت خدا است. از این مصدر، واژه «لعن» که جمع آن «لعان» و «لعنات» است ساخته شده که نیز به معنای دور ساختن و طرد کردن می‌باشد. بدین جهت به شخصی که از سوی مردم مورد دشنام و ناسزا واقع شده «لعین» یعنی مطرود می‌گویند. «لعان» و «التعان» و «ملاعنه» در لغت به معنای وقوع نفرین و دشنام بین دو یا چند نفر است و بدین ترتیب به عمل کسی که خودش را مورد دشنام و نفرین قرار داده «لعان» نمی‌گویند، لذا چنانچه دو یا چند نفر به یکدیگر دشنام دهند و نفرین کنند گفته می‌شود که یکدیگر را «لعان» نموده‌اند. در طوایف عرب جاهلی وقتی که فردی از قبیله آنها از دستورها و سنن قبیله تمرّد و سرکشی می‌کرد او را از قبیله خود می‌رانند و به چنین شخصی اصطلاحاً گفته می‌شد که وی لعین قبیله است.^۱ از دیدگاه فقهی امامیه، لعان عبارت است از: لعن هر یک از زوجین دیگری را که تحت شرایط خاصی به عمل می‌آید و یکی از اسباب لعان، انکار ولد است^۲ بدین صورت که شوهر عاقل و بالغ، فرزندی را که مطابق قاعده فراش و امارات اثبات نسب به وی تعلق دارد، انکار کند. لعان در این مورد در صورتی به عمل می‌آید که زن، دائمی

۱. فخر الدین، طریحی، مجمع البحرین، ج ۶، ص ۳۰۹؛ جمال الدین محمد بن مکرم، ابن منظور، لسان العرب، لسان العرب، ج

۱۳، ص ۳۸۸؛ سعدی ابو جیب، القاموس الفقهی، ص ۳۲۹ و ۳۲۰.

۲. حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، مختلف الشیعه، ج ۲، ص ۷۴۲.

بوده و شوهر با او نزدیکی کرده باشد و همچنین شرایط الحاق فرزند به پدر، از قبیل تولد پس از شش ماه و کمتر از ده ماه، موجود باشد و پدر نیز قبلاً اعتراف به انتساب فرزند به خود را نکرده باشد.

۳- ۱- ۷- ۱- شرایط لعان

لعان از راههای نفی نسب می باشد و شرایط خاصی دارد، با شرایط زیر، لعان برای انکار ولد تحقق می یابد:

(الف) زوجه دائمی باشد.

(ب) نزدیکی بین زوجین واقع شده باشد.

(ج) شرایط الحاق فرزند به پدر موجود باشد.

(د) پدر نفی انتساب فرزند به خود را نموده باشد.

ممکن است شوهر در زمان حاملگی زن، فرزند درون شکم وی را انکار نموده باشد ولی در زمان تولد وی سکوت اختیار نماید. برخی عقیده دارند که سکوت، دلیل بر اعتراف به انتساب فرزند به خویش نیست بلکه اعم از اعتراف و انکار است.^۱ ولی شهید در مسالک عقیده دارد که شوهر باید پس از تولد، فوراً انکار ولد کند؛ زیرا این حق مانند خیارات برای دفع ضرر است و باید بلافاصله پس از حصول آن، به موقع اجرا گذارده شود والا ممکن است گفته شود که مدعی حق واقعاً محق نبوده یا ضرر را به خود متوجه ندانسته است یا این که ضرر را پذیرفته ولی از ادعای آن منصرف شده است.^۲

۳- ۱- ۷- ۲- کیفیت لعان

از نظر اسلام لعان شرایطی دارد که باید محقق شود. برای انجام لعان باید تشریفات زیر به عمل آید:

(الف) حضور زوجین در محضر حاکم یا قائم مقام او،

(ب) تکرار جملات ویژه اجرای لعان توسط هر یک از زوجین.

^۱. حسن، امامی، حقوق مدنی، ج ۳، ص ۳۰۵-۳۰۹.

^۲. همان.

بر این اساس شوهری که قصد دارد همسر خود را لعان نماید و یا نسب فرزندی را از خویش نفی کند باید به اتفاق زوجه در برابر حاکم شرع حاضر گردند و شوهر در مقابل حاکم بایستد و چهار مرتبه این جمله را عیناً تکرار کند:^۱

«أشهد بالله اني لمن الصادقين فيما قلت من قذفها أو نفى ولدها» و سپس یک مرتبه هم بگوید: «لعنة الله على ان كنت من الكاذبين». پس از شوهر، زن نیز، باید چهار مرتبه بگوید: «أشهد بالله انه لمن الكاذبين في مقالته من الرمي بالزنا أو نفى الولد» و در مرتبه پنجم بگوید: «ان غضب الله على ان كان من الصادقين».

۳ - ۱ - ۷ - ۳ - آثار مترتب بر لعان

پس از لعان، آثاری بر آن مترتب می شود که در این بخش به آن اشاره می شود:

الف) سقوط حدّ قذف از شوهر و حدّ زنا از زن (در صورتی که لعان در اثر نسبت دادن زنا به زن باشد)،

ب) انحلال رابطه زوجیت بین زن و شوهر (بدون نیاز به اجرای طلاق)،

ج) ایجاد حرمت دائمی بین زن و شوهر به طوری که تا ابد نمی توانند با یکدیگر رابطه زوجیت برقرار سازند^۲

د) قطع رابطه توارث بین زن و شوهر،

ه) سلب انتساب فرزندان از پدر (در صورتی که لعان برای نفی ولد به عمل آمده باشد) و عدم ارث بردن از یکدیگر چنانچه فرزندی به دنیا آید، نسبت او به مرد منتفی است، اما نسبتش به زن محفوظ خواهد ماند.^۳

برخی از فقها معتقدند که اقرار اقارب پدری به نسب فرزند ملاعنه، مانند بینة بوده که قانوناً در اثبات نسب مؤثر است.^۴ در صورتی که شوهر، حمل زن را انکار کند و بدین سبب لعان واقع شود و پس از آن، نوزادان دو یا چند قلوب به دنیا آیند همگی آنان به واسطه این که از طرف مادر خویشاوند هستند از

۱. روح الله، خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۶۱.

۲. علی بن حسین موسوی، شریف مرتضی، الانتصار، ص ۱۰۸؛ محمد حسن، طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۳۹.

۳. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۴، ص ۶۵.

۴. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۹، ص ۲۷۰.

یکدیگر ارث خواهند برد .^۱ ولی پدر به علت انکار همه آنها از آنان ارث نخواهد برد و نسب وی از آنان قطع می‌گردد .

لعان اگر بر اثر اتهام زنا به همسر صورت گرفته باشد، توارث بین زوجین از بین رفته و از یکدیگر ارث نمی‌برند و این مانعیت، همیشگی و غیر قابل رفع است و حتی اگر مرد بعد از مدتی خود را تکذیب کند، توارث مجدداً برقرار نمی‌شود.

در لعانی که برای انکار فرزند صورت گرفته علاوه بر قطع توارث بین زن و شوهر، بین مرد و فرزند لعان شده‌اش نیز توارث از بین خواهد رفت. لذا فرزندی که تا لحظه لعان به مرد مزبور تعلق داشت با وقوع آن از وی بیگانه می‌شود؛ نه پدر از وی ارث می‌برد و نه او از پدر ارث خواهد برد و به تبع بین وی و اقوام پدری‌اش نیز توارث وجود نخواهد داشت، ولی بین مادر و اقوام مادری‌اش توارث برقرار خواهد بود. مانعیت لعانی که به واسطه انکار ولد از تأثیر مقتضی ارث بردن جلوگیری می‌نماید، قابل رفع بوده و دائمی نیست و چنانچه مرد از ادعای خود برگردد، فرزند مزبور از پدر ارث می‌برد ولی پدر از ارث او محروم خواهد ماند و اقوام پدری نیز از این فرزند ارث نمی‌برند. لذا لعان، مانعی خاص است که با دیگر موانع ارث، تفاوت اساسی دارد.

^۱. محمد بن مکی، عاملی (شهید اول)، الدروس الشرعیة، ص ۲۵۵؛ محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۹، ص ۲۷۳؛ جواد بن محمد حسینی، عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۸، ص ۲۱۱؛ حسن، امامی، حقوق مدنی، ج ۳، ص ۲۰۷.

فصل دوم - اصل اولی در اثبات نسب و راههای جدید اثبات نسب

۳-۲-۱- اصل اولی (انحصار یا عدم انحصاری بودن) ادله ی اثبات نسب

در خصوص انحصار ادله اثبات نسب، بحث مستقلى در منابع فقهی و کتب حقوقی صورت نگرفته است؛ اما در زمینه انحصار ادله اثبات دعوی دو نظریه کلی وجود دارد.

برخی بر اساس روایات وارده از معصومان علیهم السلام - از جمله روایت صحیح هاشم ابن حکم از امام صادق (ع) که پیامبر اکرم(ص) می فرماید: «إِنَّمَا أَقْضَى بَيْنَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَالْإِيمَانِ وَبَعْضُكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَيُّمَا رَجُلٍ قَطَعْتُ لَهُ مِنْ مَالِ أَخِيهِ شَيْئًا فَإِنَّمَا قَطَعْتُ لَهُ بِهِ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»؛^۱ [ای مردم!] تنها من در میان شما طبق گواهی گواهان و سوگندها دادرسی می کنم و [چه بسا باشد که] برخی از شما از برخی دیگر بهتر دلیل می آورد؛ بنابراین، هر فردی که من از مال برادرش چیزی را برای او [به واسطه بینه یا سوگند دروغ] جدا کنم، تنها برای او با آن، قطعه ای از آتش جدا کرده ام. - معتقدند استفاده از کلمه انما بعنوان ادات حصر، بیانگر انحصار ادله اثبات دعوی در « بینه » برای مدعی و یمین (سوگند) برای منکر بوده است و دلیلی به غیر از آن قابل پذیرش نیست.^۲ در واقع بر مبنای این روایت، پیامبر اکرم (ص) مستندات قضاوت را منحصر به « بینه » و «سوگند» دانسته اند.^۳ عده ای نیز بر این اعتقادند که اولاً - ادله اثبات دعوی غیرحصری است؛ زیرا در روایت مذکور، ادات حصر به کار نرفته است و از آنجا که در این روایت « اقرار» در زمره ادله اثبات دعوی نیامده است .

۱. محمد بن حسن ، حر عاملی ، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۲۳۲ ؛ محمد بن یعقوب ، کلینی ، الکافی ، ج ۱۴، ص ۶۵۶؛ محمد حسن ، طوسی ، التهذیب، ج ۶، ص ۲۲۹، ح ۵۵۲.

۲. محمد جعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ج ۱، ص ۴۰.

۳. غفور، خوینی، ادله اثبات دعوی و بررسی تطبیقی آن ، ص ۴۵۱ - ۴۵۰ ؛ ابوالفضل، اصفهانی، حسین بن محمد راغب، مفردات ألفاظ القرآن، موسویان، قلمرو حجیت علم قاضی در فقه، ش ۷۷، ص ۱۷ ؛ محمد علی ، خورسندیان، بررسی حجیت علم قاضی در فقه و حقوق ایران، ش ۴۳، ص ۶۷ ؛ محمد مؤمن، قمی ، خسارت دادرسی ، نشریه قضاوت، شماره ۲۵ .

بنابراین نمی توان به حصری بودن آن حکم نمود^۱؛ ثانیاً - بینه هر چند که در لسان فقها و فقه مصطلح به معنای شهادت دو شاهد عادل به کار رفته است^۲ اما به معنای دلیل روشن و چیزی که چیز دیگر با آن اثبات می شود، آمده است^۳ و لذا بینه همه طرقي را که به کشف حقیقت منجر می گردد، دربر می گیرد.

در خصوص ادله اثبات نسب نیز همین استدلال جریان دارد. اولاً - ادله اثبات نسب در هیچ یک از متون فقهی تحت عنوانی خاص مورد بحث قرار نگرفته، بلکه در ابواب مختلف نظیر اولاد، مواریث و... به صورت پراکنده بیان شده است.^۴

ثانیاً - در بیان ادله اثبات نسب، از ادات حصر استفاده نشده است.^۵

ثالثاً - دلیل خاص بر انحصار ادله اثبات نسب نداریم.

بررسی ادله اثبات نسب حکایت از آن دارد که این ادله حصری نیست و در زمان خود تمامی دلایل اثبات را در بر می گرفته است و راه قابل اعتماد دیگری برای اثبات، غیر از آنچه در متون فقهی مطرح گردیده است وجود نداشت.

۱ - اماره فراش به عنوان ساده ترین شیوه اثبات، گرچه مختص نسب است و لیکن به نظر می رسد برای مجازات زانی بوده و در جایی است که احتمال انتساب ولد به پدر می رود بکاررفته است ولی در مانحن این احتمال وجود ندارد.

۲ - قرعه قاعده فقهی کلی و عمومی است و برای امر مشکل و مشتبه بکار می رود لذا مختص نسب نمی باشد.

۳ - بینه و اقرار نیز عام بوده و برای اثبات دعوا بکار می برد لذا از ادله ی شرعی مختص نسب نمی باشد.

۴ - لعان برای نفی ولد بکار می رود و مختص اثبات نسب نیست.

۱. غفور، خوئینی، ادله اثبات دعوی و بررسی تطبیقی آن، ص ۱۱.

۲. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۲۳۱؛ یاسین عیسی، عاملی، الاصطلاحات الفقهیه فی الرسائل العلمیه، ص ۳۶.

۳. حسین بن محمد راغب، اصفهانی، مفردات ألفاظ القرآن، ص ۶۸ - ۶۹.

۴. محمد بن حسن، حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۳۸۳، باب ۱۷ از احکام الاولاد، حدیث ۱۱؛ یوسف بن احمد، بحرانی، الحقائق الناضره، ج ۲۵، ص ۴؛ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، تذکره الفقهاء (ط - القدیمة)، ص ۶۰۸.

۵. محمد رضا، مظفر، اصول الفقه، ج ۱، ص ۱۲۷؛ ابی بکر محمد، سرخسی، اصول السرخسی، ج ۱، ص ۲۲۶ - ۲۲۷.

۵ - قیافه شناسی را نیز شارعرد می کند چون احتمال خطا در آن زیاد است.

۶ - علم قاضی بنا بر نظر کسانی که علم قاضی را مطلقا حجت می دانند در سایر دعاوی نافذ است و مختص نسب نمی باشد .

با توجه مطالب بیان شده می توان گفت در مورد ادله اثبات نسب حقیقت شرعیه وجود ندارد^۱ شارع آن را به عرف موکول کرده است .بنابراین تبیین ماهیت عرف و نقش آن در استنباط و جایگاه آن در بین ادله لازم و ضروری می باشد .

۳ - ۲ - ۱ - ۱ - جایگاه عرف در بین ادله

عرف از ابزارهایی است که مجتهد برای استنباط حکم شرعی از آن استفاده می کند ، عرف در لغت به معنای آرامش و سکون،^۲ فعل پسندیده از ناحیه عقل یا شرع^۳ یا خوی و عادت^۴ آمده است و در اصطلاح شارع برای عرف، تعریفی بیان نکرده است، بلکه تعریف این واژه، به خود عرف وانهاده شده است.^۵ اما در میان علمای شیعه ، تعریف های گوناگونی ارائه گردیده^۶ که برترین آن عبارت است از: «روش و شیوه مستمر عملی یا گفتاری که در میان همه یا بیشتر مردم، یا قوم یا گروه خاصی شناخته شده و مرسوم باشد.»^۷ برخی عرف را شامل «مرتکرات ذهنی» نیز دانسته اند.^۸

عرف یکی از ادله استنباط در فقه و حقوق اسلام است که باید جایگاه آن، به طور شایسته در کتب فقهی و اصولی نمایان گردد. با مراجعه به متون فقهی و اصولی، این نکته آشکار می گردد که اصولیان و

۱. علی بن حسین، عاملی کرکی (محقق ثانی)، جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۹۱؛ محمد بن حسن موسوی، بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۴۴.

۲. احمد ابن فارس، ابن زکریا، معجم مقاییس اللغة، ج ۴، ص ۲۸۱.

۳. محمد بن مکرم، ابن منظور، لسان العرب، ج ۹، ص ۲۳۸-۲۳۹.

۴. حسن، عمید، فرهنگ عمید، ص ۷۲۸.

۵. روح الله، خمینی، انوارالهدایه، ج ۱، ص ۱۰۶ و ۱۹۶.

۶. محمدباقر، صدر، المعالم الجدیدة للاصول، ص ۱۶۸؛ عباسعلی، عمیدزنجانی، فقه سیاسی، ج ۲، ص ۲۱۷؛ محمدعلی، کاظمی، تقریر فرائدالاصول، تحقیق رحمت الله رحمتی، ج ۳، ص ۱۹۲.

۷. محمدتقی، طباطبائی حکیم، الاصول العامة للفقهاء المقارن، ص ۴۱۹؛ محمدحسین نائینی، فوائداصول، ج ۳، ص ۱۹۲؛ علیرضا فیض، مبادی فقه و اصول، ص ۲۱۹ و ۲۲۴-۲۲۵؛ امام خمینی، الرسائل، ج ۱، ص ۲۲۷.

۸. محمدباقر، صدر، بحوث فی علم الاصول، ج ۴، ص ۲۳۴.

فقیهان در موارد متعددی عرف را واسطه کشف قواعد اصولی یا فقهی دانسته‌اند، اما چون عرف را به عنوان یک سند مستقل قبول نداشته‌اند، آن را به تقریر معصوم علیه‌السلام ارجاع می‌دادند.^۱ عرف، ممکن است «منبع»^۲ و سرچشمه شریعت نباشد، اما می‌توان آن را به عنوان «سند و دلیل»^۳ کشف احکام قرار داد و جایگاه آن را در کنار سایر ادله علم اصول تثبیت کرد.

در چگونگی استنباط به وسیله آن، نزد شیعه، سه دیدگاه یا کاربرد ذکر شده است که برخی به طور مستقل حجّیت دارند و برخی تحت عنوان «سنت» قرار می‌گیرند؛ زیرا احتیاج به امضای شارع و یا عدم ردع وی دارد. در ذیل، به این سه کاربرد اشاره می‌شود:

۱- گاهی عرف، موضوع حکم شرعی را تبیین می‌نماید؛ مثل تبیین معنای لفظ «صعید» در آیه «فَتَتِمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا» (نساء ۴/ ۴۳)

در این کاربرد، عرف به طور مستقل حجّیت دارد، و مستقیماً مورد استدلال قرار می‌گیرد.

۲- گاهی عرف، برای تنقیح - روشن ساختن - ظهور الفاظ به کار می‌رود؛ مانند کشف مراد متکلم، اعم از شارع و غیرشارع. این کاربرد از عرف در ابواب مختلفی از فقه، مثل اقرار، وصیت، وقف و...، دارای ثمره است.

۳- گاهی عرف، سبب استنباط حکم شرعی می‌گردد و این در مواردی است که در مسئله نصی وجود نداشته باشد؛ مانند حکم به شرعی بودن عقد استصناع که از عقود عرفی است.

حجّیت در دو مورد اخیر به استمرار عرف تا زمان معصوم علیه‌السلام بستگی دارد. اما در مورد اول، علاوه بر آن، به امضا و یا عدم ردع ایشان نیز نیاز دارد و در حقیقت، تحت عنوان حجّیت سنت قرار می‌گیرد.^۴

۱. ر.ک: محمدعلی، کاظمی، تقریر فرائدالاصول، تحقیق رحمت‌الله رحمتی، ج ۳، ص ۱۶۱؛ ابو القاسم موسوی، خویی، التنقیح فی شرح العروه الوثقی، ج ۳، ص ۱۲۸؛ محسن، حکیم، مستمسک العروه الوثقی، ج ۲، ص ۱۸، ۳۸ و ۷۰؛ احمد بن یوسف، خوانساری، جامع المدارک، ج ۱، ص ۲۱۶؛ محمدتقی، حکیم، اصول العامه، ص ۴۱۰.

۲. منابع اجتهاد، منابع و مصادری است که مجتهد برای استنباط احکام به آنها رجوع می‌نمایند. ر.ک: محمدابراهیم، جناتی، همان، ص ۳ و ۴.

۳. دلیل به چیزی گفته می‌شود که قابلیت استنباط حکم شرعی از آن وجود دارد. (ابو القاسم موسوی، خویی، اجودالتقریرات، ج ۱، ص ۳).

۴. محمدتقی، طباطبایی حکیم، الاصول العامه، ص ۴۱۹؛ محمدحسین نائینی، فوائدالاصول، ج ۳، ص ۱۹۲؛ علیرضا فیض، مبادی فقه و اصول، ص ۲۱۹، ۲۲۴ و ۲۵۴.

۳-۲-۱-۱-۱ - بررسی اعتبار عرف‌های مستحدثه^۱

عرف در هر زمان و مکانی تنوع و تغییر دارد. در واقع، زمان و مکان ظرف عرف هستند و در تحقق مصادیق متعدد و جدید برای عرف تأثیرگذارند. با گذر زمان، ممکن است در شریعت دو اتفاق بیفتد: اول، بعضی احکام کارایی خود را از دست بدهند و در جامعه موضوعیت نداشته باشند. شاهد بر این ادعا، کلام آیت‌الله سبحانی است که در این زمینه می‌فرماید:

ممکن است آفتی دیگر نیز به فقه برسد و آن، از بین رفتن جنبه‌های کاربردی در فقه است، تا به صورت بازی فکری و تمرین درآید. در فقه اسلامی گاه مسائلی یافت می‌شود که ممکن است در طول یک قرن یک بار اتفاق نیفتد. با آنکه مسائلی اینچنین تنها ورزش فکری است، لیکن از آن‌رو که ارتباطی با زندگی انسان ندارد، صرف وقت در آنها، فقه را از حالت پویا و زنده به عالم خیال می‌برد. مثلاً، مسائل مربوط به برده‌داری که با عنوان «اماء و عبيد» در فقه شناخته می‌شود، قرن‌های پیشین مورد نیاز بوده، لکن امروز هیچ مصداقی در خارج ندارد.^۲

در این صورت چون موضوع این‌گونه احکام، از بین رفته است نیاز به بحث ندارد.

دوم، با تغییر و پیشرفت جوامع و عرف، موضوعات جدیدی آشکار گردد. اگرچه این موضوعات عرفی، ظرف احکام شریعت هستند، اما خود آنها از شریعت ناشی نشده‌اند، بلکه محصول روابط متقابل انسان‌ها در زندگی اجتماعی خود هستند. ضرورت‌های زندگی جمعی این رفتارها و پیوندها را آفریده است و شریعت فقط با احکام و رفتار خود، آنها را تصحیح کرده و در جهت مشخصی هدایت می‌کند. برای این مورد دو فرضیه قابل تصور است:

۱- موضوع^۳ یا اجزای آن به گونه‌ای تغییر کند که موجب تبدیل حکم شود؛ مانند اینکه خون انسان در زمان گذشته به عنوان چیزی که منفعت عقلایی ندارد و از اعیان نجسه است، مطرح بوده، از این‌رو، فقها خرید و فروش آن را جایز نمی‌دانستند.^۴

۱. عرفی است که پس از ظهور اسلام و پس از تشریع احکام به وجود آمده باشد. محمد ابوزهره، اصول فقه، ص ۲۵۶؛ محمد تقی طباطبایی حکیم، الاصول العامة، ص ۱۹۹.

۲. جعفر سبحانی، در مصاحبه با مجله الحیاء الطیبه، ش ۷ و ۶، ص ۸۸.

۳. یا به گفته برخی مصادیق. ابوالقاسم علیدوست، فقه و مصلحت، ص ۴۲۴.

۴. مرتضی‌انصاری، المکاسب، ج ۱، ص ۴.

اما چون امروزه، خون برای خوردن خرید و فروش نمی‌شود، بلکه برای تزریق به بدن بیماران و نجات جان آنان به کار می‌رود و این یک نوع استفاده عقلایی و با اهمیتی است که قابل مقایسه با نوع استفاده‌ای که در گذشته از خون می‌شده، نیست. بنابراین، به جواز خرید و فروش آن فتوا داده می‌شود.^۱

۲ - به وجود آمدن نیازها و ضرورت‌های جدیدی که در زمان‌های گذشته به عنوان نیاز و ضرورتی اجتماعی مطرح نبوده‌اند، اما اکنون یا در زمان‌های آینده، به تدریج به عنوان امری ضروری، مورد نیاز جامعه بشری است. برای نمونه، می‌توان به موضوع «پول» اشاره کرد. پول یک پدیده اجتماعی است که به منظور آسان کردن روابط اقتصادی بین مردم، به وجود آمد.^۲

بسیاری از مسائل جدید علم پزشکی، همچون تشریح مرده و پیوند اعضای او به زنده، تلقیح مصنوعی و همین‌طور ضرورت‌های اقتصادی مانند بیمه و بانک‌داری^۳ از همین قبیل می‌باشند.

با توجه به مطالبی که در مبحث پیشین ارائه شد، در عصر کنونی، پای عرف‌های مستحدث زیاد می‌باشد؛ زیرا عرف‌هایی که در زمان معصوم علیه‌السلام پدید آمده‌اند و یا پیش از آن بوده‌اند، تشخیص آن بر عهده معصوم علیه‌السلام بوده و حکم آنها را بیان داشته است. اما تکلیف عرف‌های جدید که منشأ پیدایش مسائل جدید بسیاری شده‌اند (مانند گرفتن مالیات به روش امروزی که بیرون از مفهوم زکات و خراج است و در عصر پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله وجود نداشت)^۴ چگونه است؟

موضوعات فراوان دیگری نیز هستند که به عنوان عرف‌های نوپیدا مطرحند؛ از جمله: بیمه، مضاربه، سینما، ماهواره، تصاویر و فیلم‌ها، نحوه پوشش، روابط دختر و پسر، ذبح صنعتی، برخورد با کفار، ازدواج با اهل کتاب، قراردادهای و وام‌های بانکی، مسائل پزشکی، خرید و فروش اعضای بدن، تلقیح، تشریح، پیوند اعضا، سقط جنین، جلوگیری از بارداری، سرقتی، حقوق معنوی مؤلفان و مصنفان و ...

۳ - ۲ - ۱ - ۲ - حجّیت عرف‌های مستحدثه در اثبات نسب

۱. ناصر، مکارم شیرازی، توضیح‌المسائل، مسئله ۱۷۵۲؛ محمد فاضل موحّدی، لنگرانی رساله توضیح‌المسائل، توضیح‌المسائل، مسئله ۲۱۵۹؛ جواد بن علی، تبریّزی، المسائل المنتخبه، مسئله ۲۰۶۳.

۲. ر.ک: محمود منتظر ظهور، اقتصاد خرد و کلان، ص ۱۳۰.

۳. محمد جواد، فاضل لنگرانی، «زمان و مکان و علم فقه»، از فیض، علیرضا، نقش زمان و مکان در فقه و اجتهاد، ج ۳، ص ۵۹ و ۶۰.

۴. خلیل‌رضا، منصوری، همان، ص ۵۵؛ محمد ابوزهره، همان، ص ۲۵۶؛ محمد تقی طباطبایی حکیم، الاصول‌العامة، ص ۱۹۹.

بسیاری از علما حجّیت را برای عرف، به صورت امضایی می‌پذیرند؛^۱ یعنی باید توسط معصوم امضا شود و قلم صحت از طرف او بر آن بخورد. اما در عرف‌های نوپیدا چگونه می‌توان این امضا را به دست آورد و حجّیت آن را اثبات کرد؟

در پاسخ، می‌توان گفت: «رجوع جاهل به عالم در ارتکاز همه انسان‌ها هست، امامان معصوم علیهم‌السلام نیز آگاه بودند که عالمان شیعه در عصر غیبت چاره‌ای جز اجتهاد و مراجعه به اسناد نداشته و عوام آنها هم به خاطر این ارتکاز (رجوع جاهل به عالم)، گزینه‌ای جز رجوع به علمای خود را بر نمی‌گزینند. با این وضعیت، اگر رضایت امامان علیهم‌السلام به این امر نبود، بر ایشان بود که از این ارتکاز و تأسیس پیش‌بینی شده نهی نمایند؛ زیرا فرقی بین سیره متصل به عصر معصومان علیهم‌السلام و غیر آن از سیره‌های مستحدثی که مورد علم امامان علیهم‌السلام بوده، و از تأسیس آن در آینده خبر داده‌اند، نیست»^۳ چراکه شارع مقدس موظف به جلوگیری از منکر است و اگر از سیره‌ای که در آینده محقق می‌شود ناراضی باشد، دلالت عقل بر این است که باید نارضایتی خود را اعلام کند؛ زیرا بیان شریعت، حفظ دین و دفاع از نوامیس الهی، از مسئولیت‌های پیامبر و امام علیه‌السلام است^۵ و اگر عدم بیان معصوم، موجب استقرار رویه‌ای باطل در انحراف از مسیر حق گردد، حافظان شریعت جلوی این رویه باطل را می‌گیرند.^۶ از طرفی هم سکوت ایشان، دلالت بر عدم بطلان آن عرف است. البته نه اینکه از طریق معجزه و غیب بگویند؛ چون بنای شرع در بیان احکام بر معجزه نیست.^۷

نتیجه سخن این است که فرقی بین عرف مستحدثه و غیرمستحدثه نیست و حجّیت برای هر دو به یک تعبیر و روش می‌باشد؛ اگر معصوم از عرفی نهی نکرده و مخالف متون و نصوص دینی هم نباشد و

۱. به عنوان نمونه، محمدعلی کاظمی، تقریر فرائد الاصول، تحقیق رحمت‌الله رحمتی، ج ۳، ص ۱۶۱؛ محسن، حکیم، مستمسک العروه الوثقی، ج ۲، ص ۱۸، ۳۸ و ۷۰؛ عبدالاعلی، سبزواری، تهذیب الاصول، ص ۱۰۶؛ محمدباقر، صدر، دروس فی علم الاصول، ج ۲، ص ۱۳۱.

۲. رک: مرتضی، انصاری، فرائد الاصول، ج ۱، ص ۷۴.

۳. روح الله، خمینی، الرسائل، ج ۲، ص ۱۳۰.

۴. ابوالقاسم، خوئی، اجود التقریرات، ج ۱، ص ۳۸.

۵. محمد باقر، وحید بهبهانی، الفوائد الحائریه، ص ۱۰۶.

۶. محمدبن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۱، ص ۱۷۸.

۷. مصطفی، موسوی خمینی، تحریرات فی الاصول، تحقیق: محمد سجادی و حبیب‌الله عظیمی، ج ۴، ص ۳۸۲.

موجب پدیدار شدن رویه‌ای باطل نشود، می‌توان به آن عمل کرد و آن را دارای اعتبار دانست.^۱ طرق اثبات نسب از نظر عرف وقتی حجت است که موجب حصول علم و اطمینان بوده و راهی به واقع باشد.

۳-۲-۱- مفهوم و حجیت علم در استناد به ادله

۳-۲-۱- مفهوم علم

علم در لغت دانستن، دانش، معرفت و فهم یک مسأله است^۲ و در اصطلاح فقهی یقین و اطمینان معنا شده است.^۳ در بعضی از کتب لغت نیز علم مترادف با قطع و یقین آمده است.^۴ قطع، در لغت بریدن^۵ و انکشاف کامل^۶ معنا شده است. اصولیان تعریف صریحی از قطع ارائه ننموده‌اند و از آن به انکشاف تام یا کشف تام تعبیر کرده‌اند^۷ از نحوه استدلال ایشان پیداست که در قطع قائل به احتمال خلاف نیستند.^۸ در مجموع قطع را میتوان اعتقاد جازمی که در نظر قاطع با واقع مطابق است تعریف نمود و لذا، شخص قاطع واقع را برای خود مکتشف می‌داند و به هیچ وجه احتمال خلاف در آن نمی‌دهد.^۹

۳-۲-۲- حجیت علم

۱. ر.ک: ابوالقاسم علی‌دوست، فقه و مصلحت، ص ۱۶۹.

۲. حسین بن محمد راغب، اصفهانی، مفردات ألفاظ القرآن، ص ۳۴۳.

۳. محمد جعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۶۸.

۴. ابوهلال، عسکری، معجم الفروق اللغویه، ج ۱، ص ۳۷۴.

۵. جمال الدین محمد بن مکرم، ابن منظور، لسان العرب، ج ۸، ص ۲۷۶.

۶. مرتضی، انصاری، فرائد الاصول، ج ۱، ص ۷.

۷. محمد باقر، صدر، دروس فی علم الاصول، ج ۱، ص ۱۷۷.

۸. محمد صادق، علم الهدی، آیا در موارد قطع احتمال خلاف راه ندارد؟ ۱۳۹۰ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

http://alamolhoda.ir/index.php?option=com_content&view=article&id=۱۸۲:osool-۶۱&catid=۴۵:osool&Itemid=۱۴۹۰_ftn۳

۹. محمد رضا، مظفر، اصول الفقه، ج ۲، ص ۲۶.

اصولیان قطع را به دو دسته تقسیم نموده اند: قطع طریقی و قطع موضوعی. قطع طریقی قطعی است که خصوصیت و موضوعیت ندارد و صرفاً راهی است به سوی واقع؛ اما قطع موضوعی خود صفت قطع در مقابل صفات دیگر نفس چون ظن و شک در موضوع حکم شرعی دخالت دارد و حکم شرع دایر مدار حالت قطع است.^۱

قاعده اولیه در قطع، طریقت است مگر در مواردی که بر موضوعیت داشتن دلیل داشته باشیم و لذا در موارد شک، به طریقی بودن حکم می نماییم.^۲

اصولیان معتقدند چون قطع فی نفسه راهی به سوی واقع است، حجیت آن ذاتی است؛ یعنی طریقت و کاشفیت از لوازم ذات آن است، مثل زوجیت برای عدد چهار و جعل شارع اثباتاً و نفیاً به آن تعلق نمی گیرد.^۳

برخی از اصولیان هم ادله حجیت قطع را شامل علم عادی نیز می دانند و حجیت علم عادی و عرفی را ذاتی دانسته اند.^۴ در توجیه آن آمده است که قطع مورد نظر اصولیان، قطع به آن مفهومی نیست که به هیچ وجه احتمال خلاف در آن نرود بلکه این قطع در مرتبه بالاتری از اطمینان مصطلح^۵ تعریف می شود که طیف وسیعی از کشف است که لاجرم به نقطه اوج (صد درصد) نمیرسد، بلکه در اکثر مواقع لایه رقیقی از احتمال مخالفت با واقع را به همراه خود دارد، البته این احتمال گاه آن قدر ناچیز است که نزد انسانهای نسبتاً دقیق نیز قابل اعتنا و مبنای عملی و حتی نظری قرار نمی گیرد. لذا حجیت قطع، عقلی یا ذاتی نیست، بلکه امری فطری و عرفی است که به مقتضای فطرت و خلقت آدمی اعتبار یافته است.^۶

در فقه نیز علم اخص از قطع تعبیر میشود و رسیدن به علمی که هیچ مجهولی در آن نماند، منظور نیست؛ بلکه علم عادی و متعارف مورد نظر است که به وسیله آن، دعاوی مورد حل و فصل قرار می

۱. مرتضی، انصاری، فرائد الاصول، ج ۱، ص ۸.

۲. همان.

۳. مرتضی، انصاری، فرائد الاصول، ج ۱، ص ۸-۹.

۴. محمد علی، خورسندیان، بررسی حجیت علم قاضی در فقه و حقوق ایران، ص ۶۱.

۵. مرتبه عالی کشف، مرتبه ای که آدمی به حکم طبیعت و فطرت خدادادیش، ترتیب اثری به احتمال خلاف در آن نمی دهد.

۶. محمد صادق، حسینی، آیا در موارد قطع احتمال خطا راه ندارد؟، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی

http://alamolhoda.ir/index.php?option=com_content&view=article&id=۱۸۲:osool-۶۱&catid=

[۴۵:osool&Itemid=۱۴۹__](http://alamolhoda.ir/index.php?option=com_content&view=article&id=۱۸۲:osool-۶۱&catid=۴۵:osool&Itemid=۱۴۹__)

گیرند و با عنوان قطع عادی یا عرفی از آن بحث میشود که به آن اطمینان و ظن به علم نیز میگویند؛ پس، علم عادی علمی است که اغلب اعضای جامعه وقتی به آن دست یابند، به احتمال خلاف آن توجه نمیکنند، هر چند احتمال خلاف آن عقلاً امکان پذیر باشد و اگرچه اقلیت مردم به آن عمل کنند؛ زیرا علم عادی موجب سکون و اطمینان میشود و مردم علم عرفی را کاشف از واقع می دانند؛^۱ زیرا عمل بر اساس علم غیرعادی موجب اختلال در نظام عالم هستی است؛ زیرا مشیت و اراده خداوند به جریان امور بر اساس نظام اسباب و مسببات طبیعی و علم عادی نوع بشر تعلق گرفته است و لذا پیامبر (ص) و ائمه علیهم السلام برای شفای بیماری خود و سایرین از علم غیب استفاده نمی کردند.^۲

بنابراین ملاحظه می گردد که منظور از قطع، علمی نیست که هیچگونه احتمال خلاف در آن نرود؛ بلکه تا میزانی که سبب سکون و اطمینان نفس برای مکلف گردد کافی است؛ لذا فقها ملاک حجیت علم عرفی را بنای عقلاً دانسته اند، که شارع آن را رد نکرده است.^۳ حجیت علم قاضی در متون فقهی و حقوقی مفصل بحث شده است.

مشهور فقهای امامیه علم قاضی جامع الشرایط قضاوت را به طور مطلق دارای حجیت دانسته اند؛^۴ زیرا همان علم عادی که سبب سکون نفس می گردد و بر اساس عادت، احتمال خلاف آن وجود ندارد، در حجیت علم قاضی نیز کافی است.^۵

۳- ۲- ۱- ۳- حجیت ادله اثبات نسب

ادله اثبات نسب شامل اماره فراش، اقرار، بینه و قرعه می باشند که ذیلاً توضیح داده می شود:

الف - امارات

بنابر نظر مشهور، قطع و حجیت امارات و طرق نازل منزله آنها از باب قائم مقامی قطع و برخلاف قطع، جعلی و تابع جعل جاعل است،^۶ لذا، اماره هم میتواند مستند شهادت قرار گیرد؛ زیرا منظور از

^۱. جلال الدین، مدنی، آیین دادرسی مدنی، ص ۳۷۹

^۲. لطف الله، صافی گلپایگانی، معارف دین، ج ۱، ص ۱۲۱؛ محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۱، ص ۲۹۰.

^۳. حسین، مظاهری، حجیت مظنه، درس خارج اصول، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://www.eshia.ir/Feqh/Archive/Mazaheri/Osool/۸۸>

^۴. محمد علی، خورسندیان، بررسی حجیت علم قاضی در فقه و حقوق ایران، ص ۶۱.

^۵. همان، ص ۶۱

^۶. غفور، خوینی، ادله اثبات دعوی و بررسی تطبیقی آن، ص ۴۲.

قطع در بینه، قطع طریقی است نه صفتی؛ پس هر چه طریق به واقع است میتواند مستند تتمیم کشف باشد و عقلا کاشفیتی با رجحان قطع برای اینها در نظر گرفته اند و در لسان آیات و اخبار از جعل حجیت و طریقت اثری نیست؛ بلکه عمل عقلا در طول تاریخ وامضای آن توسط شارع ملاک حجیت طرق و امارات معتبر می باشد.^۱

عده ای نیز بر این عقیده اند که حجیت طرق و امارات از باب قائم مقامی قطع نیست، بلکه قطع طریق عقلی است و طرق و امارات، طریق عقلایی و قطع از این جهت بر طرق عقلایی مقدم است؛ زیرا عقلا زمانی به طرق و امارات ترتیب اثر می دهند که قطع در مقام مفقود باشد؛ عملشان از باب جانشینی نیست. و لذا اگر علمی هم به عنوان مبنا وجود نداشت، باز هم عقلا بدون توجه به جعل و تنزیل، به امارات و طرق عمل می کردند.^۲

لذا در مواردی که طریق عقلی بر حجیت اماره ای تعلق گیرد و سیره عقلا بر عمل به آن قرار یابد و ردعی از جانب شارع در آن مورد وجود نداشته باشد، تبعیت از آن از باب منجزیت و معذوریت، همانگونه که در حجیت قطع آمده است، دارای حجیت است.

قانونگذار انتساب فرزند متولد در زمان زوجیت را به شوهر با وضع اماره فراش به صورت حکمی عام کاشف از نسب قرار داده است.^۳ این اماره تا زمانی اعتبار دارد که دلیلی برخلاف آن نباشد.

ب - بینه (شهادت)

حجیت بینه مورد قبول همه علما قرار دارد. اما عده ای معتقدند که بینه تنها مفید ظن است، ولی شارع آنرا هم مرتبه علم قرار داده است. برخی نیز معتقدند بینه سبب علم عادی می شود که حجیت آن را عرف قبول و شارع نیز تأیید کرده است.

فقهای امامیه معتقدند که علم بر بینه مقدم است و قاضی در صورت آگاهی از واقع، نه به بینه نیازمند است و نه می تواند به استناد بینه، حکمی برخلاف علم خود صادر کند.

^۱ . غفور، خوئینی، ادله اثبات دعوی و بررسی تطبیقی آن، ص ۴۲.

^۲ . همان

^۳ . ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی (خانواده)، ص ۱۲۶.

در این میان تعداد معدودی، از جمله ابن حمزه، این نظریه را منحصرأً درباره حق پذیرفته اند و گروهی اظهار کرده اند که علم قاضی مطلقاً بر بینه مقدم است.^۱ بنابراین به نظر می رسد حجیت شهادت، مطلق نیست، بلکه اعتبار آن در صورتی است که علم برخلاف آن نداشته باشیم و یا تصریحی مبنی بر موضوعیت داشتن آن از طرف شارع وجود داشته باشد.^۲

ج - اقرار

در حجیت اقرار به عنوان یکی از دلایل اثبات دعوی تردیدی نیست. در کتابهای فقهیاز اقرار به عنوان سیدالادله (سرور دلیلها) و اقوی الحجج (قویترین حجتها) نام برده شده است.^۳ با این استدلال که شخص عاقل هیچگاه بر ضرر خود اقدام نمی کند؛ مگر اینکه برای بیان واقع و فراغت از ذمه خویش باشد. مهمترین دلیل حجیت اقرار، سیره عقلا معرفی گردیده است و آیات و روایات دال بر حجیت اقرار، به عنوان امضای شارع به حساب آمده است.^۴ با این حال با دقت در شرایط اقرار و همچنین ماهیت آن مشخص میگردد که دلیل مذکور دارای اعتبار مطلق نیست؛ زیرا اقرار اخبار به حق است و مانند هر خبر دیگری همواره احتمال صدق و کذب بودن آن وجود دارد.

بر اساس نظریه فقها، ادعای فساد بعد از اقرار مسموع نیست.^۵ ظاهر بر این است که اقرار قاطع دعوی است و دلیل مخالف آن مورد پذیرش قرار نمی گیرد. با این حال به نظر میرسد این حکم اختصاص به اقراری دارد که به دور از هر گونه خطا یا اشتباه باشد و الا در صورت اشتباه مقرر، نمی توان به طور مطلق بر اعتبار اقرار و صحت آن حکم نمود.^۶ به بعد؛ زیرا این حکم، خلاف عدالت و انصاف است.

۱. حس، طارمی، بینه، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی :

<http://www.encyclopaediaislamica.com/madkhal2.php?sid=۲۵۳۳>

۲. ابوالفضل، موسویان، قلمرو حجیت علم قاضی در فقه، ص ۱۷.

۳. حسین، ابوئی مهریزی، حکم اقرار مریض از دیدگاه مذاهب خمس، ص ۱۱۰؛ محمد، عظیمی، ادله اثبات دعوی، ص ۷۹.

۴. حسین، ابوئی مهریزی، حکم اقرار مریض از دیدگاه مذاهب خمس، ص ۱۱۰.

۵. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۵، ص ۱۵۳.

۶. امیر حسین، شیخ نیا، ادله اثبات دعوی، ص ۷۲؛ حسن، امامی، حقوق مدنی تهران، ج ۵، ص ۱۷۲؛ جلال الدین، مدنی،

آیین دادرسی مدنی، ج ۲، ص ۴۶۸؛ ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی (خانواده)، ج ۲، ص ۷۱.

د - قرعه

قرعه یکی از قواعد مهم فقهی است که در اثبات نسب نیز به کار می رود. در حجیت قرعه اختلاف نظر وجود دارد. برخی از علما با استناد به روایات وارده بر، این عقیده اند که قرعه به خطا نمی رود و به واقع برخورد می نماید^۱ و قرعه را همچنان که کاشف میدانند مثبت هم قلمداد میکنند و در این مورد به روایت محمدبن حکیم استناد می نمایند. وی به امام عرض می کند که: قرعه هم خطا دارد و هم صواب. امام در جواب می فرماید آنچه را که خدا حکم کند، خطا ندارد؛ مقصود از کاشفیت آن است که آنچه خدا حکم میکند، قطعاً مبین واقع است و مقصود از اثبات آن است که آنچه خدا حکم میکند، همان صواب است. در صورتی که واقع معین در افراد مورد قرعه وجود داشته باشد، قرعه کاشف از واقع است، اما اگر واقع معین بین افراد مورد قرعه نباشد، دلیل قرعه ابتدائاً جعل حکم می کند^۲ در رد این نظریه استدلال شده است که: قرعه تنها برای فصل خصومت تشریع شده و روایت محمدبن حکیم که میگوید قرعه خطا نمی کند: برای تأکید بر حجیت قرعه است زیرا عمل به قرعه برخلاف رویه معمول بین عقلاست و پر واضح است که قرعه چیزی نیست که در آن خطا نباشد، مگر آنکه آن را وحی بدانیم و این غیرمعقول به نظر می رسد؛ زیرا لازمه اش آن است که قرعه از امارات هم قویتر باشد.^۳

از آنجا که بیشتر ادله اثبات نسب، ظنی و اعتبار آنها نسبی است^۴ و تنها به عنوان راهی برای رسیدن به واقع، توسط شارع تعیین شده اند و نصی مبنی بر موضوعیت داشتن هیچ یک از آنها وجود ندارد و محصور در موارد مذکور از طرف شارع نیستند، و طرق عامه و از مرتکرات عرفی و مشروط به عدم علم به خلاف هستند می توان ادعا کرد که ملاک آنها در طرق دیگری که دارای این خصوصیات است نیز تطبیق می شود و این مسأله انگیزه می شود که راههای جدید اثبات یا نفی نسب مورد بررسی دقیق انجام شود تا گستره ی صدق این ملاک ها بر راههای جدید احراز شود.

۱. محمد بن حسن موسوی، بجنوردی، قواعد فقهیه، ص ۱۹.

۲. علی اکبر، محمودی دشتی، ادله اثبات دعوی، ص ۱۴۶.

۳. همان، ص ۱۴۶ - ۱۴۷.

۴. بتول، آهنی، اعتبار علم قاضی در صدور حکم، فصلنامه فقه و حقوق اسلامی، ش ۲۵، ص ۳۰.

فصل سوم - راههای جدید اثبات یا نفی نسب

از طریق آزمایش دی.ان.ای و انگشت نگاری روش هایی برای تشخیص نسب وجود دارد که باید بررسی کنیم آیا به کاربردن این طریق جایز است یا نه و در صورت تشخیص، آیا می توان نسبت داد یا خیر؟^۱

در پاسخ می گوئیم اگر چنین روش هایی قطع آور باشد کما این که گفته می شود متخصصین فن قائلند قطع آور است می توان طبق آن عمل نمود و نسبت داد، گرچه خلاف «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» باشد؛ زیرا این قاعده یک حکم ظاهری است و موضوعش شک است^۲، کما این که اگر روایت صحیحی ای دلالت کند «صلاه الجمعه لیست بواجبه» ولی کسی قطع داشته باشد نماز جمعه واجب است، آن روایت در حق او حجت نیست؛ چون امارات برای کسی حجت است که قطع به حکم ندارد. مگر این که با وجود روایات قطعش زایل شود و الا با وجود قطع دیگر امارات حجت نیست. در ما نحن فیه هم با قطع به انتساب به غیر فراش، روایات «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ»^۳ برای او حجت نیست. نهی «لَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ»^۴ هم شامل او نمی شود؛ زیرا فرض این است که آزمایش دی.ان.ای و انگشت نگاری علم پیدا می کند. بنابراین مشکلی ندارد.^۵

^۱ از آنجا که این مسائل از مسائل پزشکی و خارج تخصص بنده می باشد مطالب بیان شده از مقالات علمی پژوهشی که در این زمینه نوشته شده اقتباس گرفته و در این بخش به بررسی و نقد آن می پردازیم.

^۲ گرچه فقیهی از قدما فرموده است موضوعش شک نیست و یک تعبّد است، ولی این درست نیست؛ زیرا کسی که قطع به ولد الزنا بودن شخصی داشته باشد، نمی تواند بر خلاف قطع، او را ملحق به فراش کند.

^۳ محمد بن حسن، طوسی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، تتمه کتاب النکاح، أبواب نکاح العبد و الإماء، باب ۵۶، ح ۱، ص ۱۶۹؛ محمد حسن، طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۸، ص ۱۸۳؛ محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۵۸، ص ۴۸۹.

^۴ اسراء/ ۱۷، ۳۶.

^۵ شاید بتوان گفت هر چند قطع فی نفسه حجت است، اما چون حصول قطع از طریق مقدماتی بوده که آن مقدمات مورد نهی قرار گرفته است، پس تقصیر دارد و معذور نیست؛ زیرا این عمل مصداق تجسس بوده و حرام است. بله، در مواردی که تجسس حرام نباشد، مانعی ندارد. (امیر حسین، شیخ نیا، ادله اثبات دعوی، ص ۷۲)

۳-۳-۱ - آزمایش دی.ان.ای و انگشت نگاری ژنتیکی

۳-۳-۱-۱ - قدرت اثباتی آزمایش دی.ان.ای از لحاظ علمی

دی.ان.ای^۱ یا دئوکسی ریبو نوکلئیک اسید، نوعی اسید نوکلئیک می باشد که دارای دستورالعمل های ژنتیکی است. ^۲قطعاتی از دی.ان.ای که اطلاعات ژنتیکی را با خود حمل می کنند ژن ^۳ نامیده می شوند ؛ دی.ان.ای دارای توالی های دیگری نیز می باشد که برای ساخت خود دی.ان.ای یا تنظیم استفاده از اطلاعات ژنتیکی موجود در، ژن استفاده می شود. ^۴ این قسمتهای خاص از ۲۰۰ تا ۱۴۰۰۰ باز تشکیل شده که در طول دی.ان.ای چند بار تکرار شده اند، لذا به آنها مناطق تکرارشونده اطلاق می شود. ^۵ ترتیب پشت سر هم قرار گرفتن اجزای تشکیل دهنده این مناطق تکرارشونده در هر فرد منحصر به خود اوست ^۶ بنابراین با تعیین توالی بازها در این مناطق تکرارشونده امکان شناخت هویت یک فرد وجود دارد. همانگونه که اثر، انگشت هر فرد مختص به خود اوست دی.ان.ای هم خاص خود او می باشد. ^۷

برای ایجاد یک کودک باید سلولهای نر و ماده در بدن مادر با هم ترکیب شوند به این فرایند لقاح ^۸ گویند. سلول ماده و سلول نر هر کدام ۲۳ کروموزم دارند، سلولی تخمی که از ترکیب سلول نر و ماده به وجود میآید، ۴۶ کروموزوم دارد و یک موجود زنده جدید است ^۹ که تعیین توالی اجزای تشکیل

۱. DNA: deoxyribo nucleic acid.

۲. نقش اصلی مولکول دی.ان.ای ذخیره سازی طولانی مدت اطلاعات ژنتیکی است.

۳. در واقع یک ژن بخش معینی از دی.ان.ای است.

۴. محمد رضا، غفاری، دئوکسی ریبو نوکلئیک اسید (DNA-) چیست؟، پایگاه تخصصی ژنتیک در ایران، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی <http://genetics1.mihanblog.com/post/9> :

۵. حسنعلی، مؤذن زادگان و بابک عظیمی فر، اخلاق زیستی از منظر حقوقی، ص ۱۵۰.

۶. تنها دوقلوهای همسان توالی مشابه دارند. گودرزی، فرامرز و مهرزاد کیانی، آیین دادرسی کیفری، ص ۱۲۷.

۷. حسن، صناعی زاده، نقش DNA در تشخیص هویت، پزشکی قانونی نشر دادگستر، ۱۳۸۷، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی : <http://kooldinali.parsiblog.com/Posts/360>

۸. باروری.

۹. اگر کروموزومهای درون سلول یک انسان را کنار یکدیگر قرار دهیم، ۴۶ کروموزوم میشود. هر دو کروموزوم یکجفت را میسازند. یکی از این جفتهای کروموزوم از مادر و دیگری از پدر به ارث برده میشوند (علیرضا، بحرینی، DNA چه معنایی دارد؟) پایگاه تخصصی ژنتیک در ایران، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی : <http://genetics1.mihanblog.com/post/9>

دهنده مناطق تکرارشونده با آزمایش دی.ان.ای که انگشت نگاری ژنتیکی^۱ هم نامیده میشود^۲ کاری سخت و پیچیده است زیرا تعداد این اجزاء زیاد است و به علاوه ابعاد کروموزوم و دی.ان.ای بسیار ریز است؛ لذا آزمایش دی.ان.ای در چندین مرحله انجام می پذیرد^۳. دو شیوه زیر برای انجام آزمایش دی.ان.ای مورد استفاده قرار می گیرد.

۳-۳-۱-۲- شیوه های آزمایش دی.ان.ای

۳-۳-۱-۲-۱- روش تجزیه قطعات چند شکلی طولی

روش تجزیه قطعات چند شکلی طولی^۴ با مطالعه نشانگرهای تکرار تاندوم های متغیر^۵: استفاده از این روش به سال ۱۹۸۰ م برمی گردد. دقت این آزمایش در تشخیص هویت و اثبات نسب ۹۹/۹۹% بوده اما چرخه زمانی آن طولانی است^۶ دی.ان.ای را در این شیوه با روش های شیمیایی اخذ و توسط آنزیم های محدودکننده به قطعاتی برش می دهند، طول و تعداد قطعات به دست آمده از نمونه هر فرد با نمونه فرد دیگر تفاوت دارد^۷.

۳-۳-۱-۲- روش واکنش زنجیرهای پلیمرز

روش واکنش زنجیرهای پلیمرز^۸ با مطالعه نشانگرهای توالی های کوتاه کوتاه تکرارشونده^۹:

۱. DNA TYPING

۲. خصیصه آزمایش دی.ان.ای این است که برخلاف گروه های خونی که جهت رد ابوت به کار میروند کاربرد آن برای اثبات ابوت است.

۳. حسن، صناعی زاده، نقش DNA در تشخیص هویت، پزشکی قانونی، نشر دادگستر، ۱۳۸۷، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی

<http://kooldinali.parsiblog.com/Posts/۳۶۰>:

۴. Restriction fragment length polymorphism (RFLP)

۵. Variable Numbers of Tandem Repeats (VNTR)

۶. <http://www.dnacenter.com/science-technology/dna-history-۱۹۸۰.html>.

۷. محمد، فاضل، آشنایی با انگشت نگاری دی.ان.آ و کاربردهای آن، ماهنامه زیست فناوری، شماره ۸، ص ۷.

۸. Polymerase Chain Reaction (PCR)

۹. Short Tandem Repeat (SRT)

این روش پیشرفته از سال ۱۹۹۰ م مورد استفاده قرار گرفته و قدرت اثباتی آن بالاتر ۹۹/۹۹٪ است^۱ که در مقایسه با روش قبلی از سرعت بیشتری برخوردار است.^۲ توالی کوتاه تکرارشونده به طور معمول ۲ تا ۱۰ جفت باز طول دارند و تعداد تکرارها در هر فرد متفاوت است. در این روش، امکان اشتباه شدن فردی با فرد دیگر تقریباً به صفر می رسد.^۳

هنگام مقایسه بین نشانگرها اگر فرزند حتی در یک ناحیه با پدر یا مادر فرضی تفاوت داشته باشد، رابطه خویشاوندی تأیید نمی شود.

درصد خطای این آزمایش بسیار ناچیز میزان خطا $\approx 19 \times 10^{-7}$ است^۴ در پزشکی قانونی ابتدا گروههای خونی مادر، فرزند و پدر احتمالی را بررسی می کنند؛ اگر هیچ گونه عدم تجانسی بین پدر احتمالی و فرزند مشاهده نمی توان رد کرد، لذا مرحله بعدی، انجام آزمایشی دیگری^۵ بر روی « ابوت »، نشود.

خون مادر، فرزند و پدر احتمالی است که در این صورت اگر باز هم هیچگونه عدم تجانسی بین پدر احتمالی و فرزند مشاهده نشود، آزمایش انگشت نگاری ژنتیکی را انجام می دهند.^۶

^۱. مینا، نریمان، همکاری علم ژنتیک در اثبات ابوت یا نسب، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی :

http://www.drnariman.ir/site/index.php?option=com_content&view=article&id=۲۸

^۲. Ibid.

^۳. محمد، فاضل، آشنایی با انگشت نگاری دی.ان.آ و کاربردهای آن، ماهنامه زیست فناوری، شماره ۸، ص ۷؛ محمد آصف، ظفری، کاربرد دی.ان.ای در اثبات جرائم، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://www.daneshju.ir/forum/f۹۹۲/t۱۵۴۵۳۸.html>

^۴. برای شناسایی این نشانگرها از دستگاه توالی یاب ABI استفاده میشود. در این دستگاه نمونه های دی.ان.ای پس از انجام آزمایش PCR

اولیه در لوله های الکتروفورز موینه حرکت کرده و با توجه به اندازه قطعات از هم تفکیک شده و به صورت گراف های کامپیوتری نمایش داده میشوند. به این ترتیب اندازه نشانگرهای ژنتیکی در فرزندان و پدر و مادر فرضی اندازه گرفته و با یکدیگر مقایسه می شوند.

^۵. محمد، فاضل، آشنایی با انگشت نگاری دی.ان.آ و کاربردهای آن، ماهنامه زیست فناوری، شماره ۸، ص ۱۰.

^۶. HLA TYPING.

^۷. زهرا طلیعه، علیا، تشخیص هویت ژنی، مجله تعالی حقوق قوه قضائیه، شماره ۶، ص ۸.

در هر یک از این راه حل ها همواره مواردی از اثبات یا رد ابوت وجود دارند که به طور قطع می توان بر آنها اظهار نظر نمود^۱ با این حال، نتایج این آزمایشها در سایر موارد هیچ گاه به ۱۰۰٪ نمی رسد؛ علت این است که برای رسیدن به یک نتیجه ۱۰۰٪ لازم است کل مردان جهان مورد آزمایش قرار گیرند تا با تکمیل جامعه آماری بتوان به نتیجه یقینی دست یافت. مع الوصف، وجود احتمال بالاتر از ۹۹/۹۹٪ بیانگر آن است که رابطه ای فی مابین کودک و پدر احتمالی وجود دارد که امکان وجود آن با شخص دیگری با این مقدار تقریب ژنتیکی تقریباً محال است و این مسأله عملاً، مفهوم اثبات رابطه ابوت است.^۲

تمایزات موجود در دی.ان.ای افراد موجب شد که یک دانشمند انگلیسی به نام الک جفریز در سال ۱۹۸۵ به فکر ابداع روشی برای تعیین هویت افراد بر اساس تمایزات ژنی بیافتد که به روش انگشت نگاری ژنتیکی معروف شده است.^۳

پس از آن در کشورهای دیگر نیز شاهد استفاده از این روش در تشخیص محکومیت اشخاص مظنون و یا اثبات نسب افراد بوده ایم.

۳-۱-۳- میزان اعتبار تشخیص هویت بر اساس انگشت نگاری ژنتیکی

برخی مدعی اند، تعیین هویت ژنتیکی تنها روشی است که تا کنون از نظر علمی خدشه ناپذیر بوده و فرد نمی تواند در آن دخالت کرده و آزمایش را مخدوش کند، زیرا برای مثال در تعیین هویت بر اساس اثر انگشت و یا قسمتهای مختلف بدن امکان دستکاری وجود داشته و فرد می تواند با عمل جراحی پلاستیک بر روی سر انگشتان و یا قسمتهای دیگر بدن، آن را دستکاری کند.^۴ اما در تعیین هویت ژنتیکی غیر از ادعای قطعی بودن این آزمایشات، چنین امکانی وجود ندارد. برای اثبات یا نفی ادعای قطعی بودن تشخیص هویت ژنتیکی و برای تعیین میزان اعتبار آن در فقه و حقوق و استفاده از

۱. علیرضا، صیوری و حمیده یادگاری، مقایسه کارایی گروههای اصلی و فرعی خونی با DNA TYPING در رد رابطه پدر-فرزندی، مجله پزشکی قانونی، شماره ۴۵، ص ۲۸.

۲. Genetic connections, ۲۰۱۲.

۳. الن، ترو، مهندسی ژنتیک (فن دستکاری موجودات زنده)، ترجمه محمدحسین صنعتی، محمود خضاب و چکامه عظیم پور، ص ۳۲؛ حبیب الله، دبیری، انقلاب ژنتیک، ص ۸۰.

۴. محمد آصف محسنی، قندهاری، الفقه و مسائل طبیه، ج ۲، ص ۲۷.

آن به عنوان دلیل معتبر در آرای محاکم، لازم است ابتدا میزان اعتبار آن از منظر علم ژنتیک مطالعه شده و سپس اعتبار آن در فقه و حقوق بررسی شود.

۳- ۱- ۴- میزان اعتبار تشخیص هویت ژنتیکی از منظر علم ژنتیکی

برخی متخصصان علم ژنتیک مدعی اند که شناسایی افراد خاص به صورت انحصاری، توسط الگوهای RFLP مشکل به نظر می رسد، زیرا، همیشه یک احتمال بسیار جزئی وجود دارد و آن اینکه ممکن است دو شخص الگوی ژنی مشابه داشته باشند^۱ هر چند برخی احتمال انطباق اثر انگشت دو فرد را، غیر از دوقلوهای یکسان یک تخمی که الگوی اثر انگشت ژنی یکسانی دارند، به نسبت یک در پنج میلیارد^۲ برخی دیگر آن را فوق العاده ضعیف دانسته اند^۳ با این حال، هر چه مناطقی از دی.ان.آ. که تجزیه و تحلیل می شود، بیشتر باشد، جورشدگی میان دو الگو با اطمینان بیشتری انجام می شود.^۴ به همین دلیل یک مرکز آزمایشگاهی اظهار داشته است ۹۹/۹۹ درصد احتمال تطبیق را نشان دهد و در چنین صورتی احتمال اینکه ساترن بلات حاصل از دو فرد به طور اتفاقی شبیه به هم باشد، یک در میلیارد تخمین زده شده است^۵ حتی در مورد دو برادر دوقلو که البته همسان نباشند، این احتمال را یک در میلیون محاسبه کرده اند.^۶

نتیجه اینکه در صورتی که آزمایشات اثر انگشت ژنی، منطبق نبودن دو نمونه را تأیید کند، این احتمال ۱۰۰ درصد شده و پذیرش نتیجه قطعی است،^۷ اما در صورت اثبات انطباق دو نمونه، اینکه واقعا این دو نمونه متعلق به یک فرد نباشد، احتمال بسیار ضعیفی است. به دلیل ضعیف بودن این احتمال، بسیاری آن را نادیده گرفته و نتایج این آزمایشات را قطعی بیان کرده اند از طرف دیگر به دلیل همین

۱. والتر انساین، هیل، مقدمه ای بر مهندسی ژنتیک، ترجمه صادق ولیان بروجنی و محمد رونقی، ص ۲۶۴ - ۲۶۵.

۲. حبیب الله، دبیری، انقلاب ژنتیک، ص ۷۸ - ۷۹.

۳. رولف دی، اشمیت، راهنمای مهندسی ژنتیک و بیوتکنولوژی (اصول و کاربردهای صنعتی)، ص ۲۵۴.

۴. والتر انساین، هیل، مقدمه ای بر مهندسی ژنتیک، ترجمه صادق ولیان بروجنی و محمد رونقی، ص ۲۶۴ - ۲۶۵.

۵. الن، ترو، مهندسی ژنتیک (فن دستکاری موجودات زنده)، ترجمه محمدحسین صنعتی، محمود خضاب و چکامه عظیم پور، ص ۸۶.

۶. محمد آصف محسنی، قندهاری، الفقه و مسائل طبیه، ج ۲، ص ۲۸.

۷. همان، ص ۲۹.

احتمال ضعیف، برخی متخصصان ژنتیک هشدار می دهند که نتایج انگشت نگاری دی.ان.ای. در اثبات هویت، بایستی همراه با شواهد به دست آمده از طرق سنتی و بر مبنای مورد به خصوص، تعبیر شوند.^۱

۳- ۱- ۵- میزان اعتبار تشخیص هویت بر اساس انگشت نگاری ژنتیکی در فقه

مطابق مباحث پیشین، وجود احتمال مشابهت در الگوی ژنی دو فرد، توسط ریاضی دانان و به کمک حساب احتمالات^۲ و با توجه به انتقال کروموزوم ها و ژنهای پدر و مادر به فرزندان محاسبه شده است،^۳ اما آیا وجود چنین احتمال ضعیفی می تواند نتیجه ی آزمایشات ژنتیکی را از درجه ی اعتبار قطعی ساقط کرده و تنها نشان دهند ه ی یک احتمال قوی باشد؟ اگر چنین است آیا این احتمال و ظن قوی معتبر است یا خیر؟

روشن است که وجود احتمال مشابهت و انطباق اثر انگشت ژنتیکی بین دو فرد -هر چند به میزان بسیار ضعیف- که از طرف متخصصان بیان شده است و همچنین مشابهت اثر انگشت ژنتیکی میان دوقلوهای همسان، به هرحال عدم قطعیت تشخیص هویت ژنتیکی را اثبات می کند^۴ اما این احتمال در دو فرد عادی به اندازه ای ضعیف است که از طرف اکثریت قریب به اتفاق دانشمندان، اعم از ریاضی دان، حقوقدان و متخصصین علم ژنتیک نادیده گرفته شده است.^۵ در مورد احتمال وجود یک دوقلوی همسان نیز، تحقیق و اثبات تک زا بودن فرد یا همسان نبودن دو قلوها مسئله را مشابه مورد قبل خواهد کرد.

۱. حبیب الله، دبیری، انقلاب ژنتیک، ص ۷۸ - ۷۹.

۲. محمد آصف محسنی، قندهاری، الفقه و مسائل طبیه، ج ۲، ص ۲۸ - ۲۹.

۳. برای مثال در روسیه، پروفیسور ایوانف (Ivanov) برای بررسی درصد احتمال منسوب بودن یک طفل به پدر بزرگ مادر ی اش، از ریاضی دانان تقاضا کرد با اطلاعاتی از علم ژنتیک که در اختیار آنان قرار می دهد یک تجزیه و تحلیل ریاضی پیچیده را توسط کامپیوتر انجام داده و نتیجه گیری کنند. ریاضی دانان بر اساس اطلاعات و محاسبات، این احتمال را ۹۹/۹۹ درصد بیان کردند (حبیب الله، دبیری، انقلاب ژنتیک، ص ۷۹)

۴. بر همین اساس در برخی ایالات آمریکا، دادگاهها این آزمایشات را به عنوان ادله اثبات دعوا نپذیرفته اند (محمد آصف محسنی، قندهاری، الفقه و مسائل طبیه، ج ۲، ص ۳۲)

۵. محمد آصف محسنی، قندهاری، الفقه و مسائل طبیه، ج ۲، ص ۲۸.

همچنین ادعای احتمال ایجاد تغییراتی در ژنتیک افراد پس از تولد و در طول حیات که از طرف برخی مطرح شده است، در صورت صحت، به دلیل احتمال بالای ضعیف بودن آن، در فرض مسئله تغییری به وجود نخواهد آورد.^۱

با توجه به آنچه بیان شد می توان اظهار داشت، حال که عقلا این احتمالات بسیار ضعیف را نادیده گرفته و عمل بر طبق چنین ظنی که درصد خلاف آن بسیار ناچیز است را عمل به غیر علم تلقی نمی کنند، ظن حاصل از آزمایشات انگشت نگاری ژنتیکی با تمسک به همین سیره ی بنای عقلا از جمله ی ظنون معتبر شمرده می شود؛ همچنان که در اثبات حجیت ظواهر الفاظ و یا استصحاب به چنین مدرکی استناد می شود.^۲

بر همین اساس برخی دانشمندان علم فقه و اصول برای اثبات اعتبار این آزمایشات چنین استدلال کرده اند حجیت اماره ای که اطمینان آور بوده و گونه ای باشد که باعث سکون نفس شود، عقلایی است و از طرف شارع نیز منعی در مورد آن بیان نشده است.^۳

بنابراین می توان معتقد بود، منعی وجود ندارد که شارع، با عقلا در بنا و سیره شان هم مسلک باشد، زیرا به تعبیر مرحوم مظفر، شارع از جمله ی عقلا و رئیس آنهاست^۴ و نه تنها منعی از جانب او در این مورد اثبات نشده، بلکه حکم او در عمل به شهادت شهود، بینة و غیره^۵ که در تمام آنها احتمال ضعیفی از خلاف وجود دارد، همراهی او با عقلاء را در نادیده گرفتن احتمالات بسیار ضعیف اثبات می کند.^۶

۱. همان، ص ۳۲.

۲. مرتضی بن محمد امین، انصاری دزفولی، فرائدالاصول، ج ۱، ص ۶۶؛ محمد رضا، مظفر، اصول الفقه، ج ۳، ص ۱۴۰ - ۱۴۳؛ محمد فاضل موحدی، لنکرانی، إیضاح الکفایه، ج ۴، ص ۲۰۳.

۳. محمد آصف محسنی، قندهاری، الفقه و مسائل طبیه، ج ۲، ص ۲۹.

۴. محمد رضا، مظفر، اصول الفقه، ص ۱۴۲.

۵. قال النبی انما اقضی بینکم بالبینات و الایمان (محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۷، ص ۴۱۴).

۶. همانند تمسک به بنای عقلاء در حجیت ظواهر و خبر واحد، چرا که در مورد ظواهر چنین استدلال می شود که گرفتن ظاهر و اعتماد به آن در فهمانیدن مقصود از مواردی است که سیره ی عقلاء بر آن جریان یافته و چون مانعی در همراهی شارع با عقلاء در این مورد وجود ندارد و شارع خود از جمله ی عقلاء است، حتماً با آنان هم مسلک است؛ همچنین در مورد خبر شخص واحد مورد اطمینان گفته می شود مانعی ندارد که شارع در اعتماد به خبر شخص واحد برای رسانیدن احکام با عقلاء هم مسلک باشد و منعی هم از جانب او ثابت نشده است. (انصاری دزفولی، فرائدالاصول، ج ۱، ص ۶۶؛ محمد رضا، مظفر، اصول الفقه، ص ۱۴۲).

بنا بر آنچه گفته شد می توان نتیجه گرفت، اگر انگشت نگاری ژنتیکی اطمینان آور باشد بدون تفاوت در اثبات یا نفی مدعا، معتبر خواهد بود.^۱ با این حال رعایت سه نکته برای استفاده از این آزمایشات ضروری به نظر می رسد؛ اول اینکه، اعتماد به نتیجه ی تشخیص هویت ژنتیکی برای صدور حکم باید پس از اثبات نبود یک دوقلوی همسان برای شخص مورد نظر باشد؛ دوم، دقت شود که آزمایشات به گونه ای انجام شده باشند که کمترین میزان اشتباه و خلاف در آن متصور باشد؛ سوم، بهتر است این نتایج همراه با شواهد دیگر مستند حکم واقع شوند.

به طور مشخص می توان مهمترین کاربرد تشخیص هویت به روش انگشت نگاری ژنتیکی را در دو حوزه ی اثبات نسب و شناسایی جنایتکاران با همکاری پزشکی قانونی تقسیم کرد.^۲ در موارد اختلاف نظر در هویت والدین، انگشت نگاری ژنتیکی می تواند شواهد انکارناپذیری از وابستگی خانوادگی تأمین کند، زیرا اثر انگشت ژنتیکی طفل قسمتهایی دارد که با برخی از قسمت های به دست آمده از اثر انگشت ژنتیکی پدر و مادر همخوانی دارد و احتمال اینکه این همخوانی به طور تصادفی باشد، بسیار ناچیز است.^۳

۳-۳-۱-۶- اعتبار آزمایش دی.ان.ای و انگشت نگاری ژنتیکی از دیدگاه فقهای معاصر

با توجه به جدید بودن استفاده از انگشت نگاری ژنتیکی و آزمایش ژنتیک در اثبات نسب، در تقریرات فقهای متقدم نصی برای آن نمی توان یافت. مع الوصف با مراجعه به متون فقهی ملاحظه می گردد که امکان توسل به کلیه طرق برای اثبات نسب وجود داشته است. ساده ترین راه برای اثبات نسب، توسل به اماره فراش بوده و در صورت فقدان طرق دیگر، از قرعه استفاده می شده است. ادله اثبات نسب در هیچ یک از متون فقهی تحت عنوانی خاص مورد بحث قرار نگرفته، بلکه در ابواب مختلف نظیر اولاد، مواریث و... به فراخور موضوع، بررسی شده است.^۴

۱. محمد آصف محسنی، قندهاری، الفقه و مسائل طبیه، ج ۲، ص ۲۷.

۲. محمد آصف محسنی، قندهاری، الفقه و مسائل طبیه، ج ۲، ص ۲۷.

۳. دسموند اس. تی، نیکول، پیش درآمدی بر مهندسی ژنتیک، ترجمه محمود امین لاری، ص ۱۸۶ - ۱۸۷.

۴. محمد بن حسن، حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۳۸۳، باب ۱۷ از احکام الاولاد، حدیث ۱۱؛ یوسف ابن احمد، بحرانی، الحقائق الناضره، ج ۲۵، ص ۴؛ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، تذکره الفقهاء (ط - القدیمه)، ص ۶۰۸.

استفتائی در خصوص استفاده از انگشت نگاری ژنتیکی و آزمایش ژنتیک از مراجع تقلید به عمل آمده است، مراجع تقلید در پاسخ به این استفتا به چند دسته تقسیم می گردند.

۱ - حجیت این موارد را مشروط به مطلق علم است : اکثریت بر این عقیده اند که در صورت حصول علم میتوان بر مبنای آن علم، عمل نمود. آیت الله لطف الله صافی گلپایگانی «نسب به استناد آزمایشهای مذکور شرعاً ثابت نمیشود ولی اگر کسی شخصاً علم به نسب پیدا کرد خودش موظف به ترتیب آثار آن است والله العالم»

آیت الله سید عبدالکریم موسوی اردبیلی «اگر آزمایشات به قدری دقیق باشد که برای نوع افراد کارشناس نیز سبب قطع و یقین جهت انتساب فرزند به شخص آن مرد باشد جهت انتساب فرزند به او کافی است».

آیت الله حسین نوری همدانی «اگر علم حاصل شود میتواند حکم به وجود نسبت کند».

آیت الله سیدعلی خامنه ای «حجیت ندارد، مگر در صورت حصول یقین»^۱

۲ - حجیت این موارد مشروط به علم قاضی است : برخی دیگر از مراجع بر این باورند که علمی که از طریق این آزمایشها حاصل گردد حجت نیست و با این آزمایشها نمی توان نسب را ثابت نمود.^۲ در این میان برخی آن را موکول به علم قاضی کردند، آیت الله محمد فاضل لنکرانی «اگر برای قاضی علم حاصل شود که کودک برای فرد مورد نظر است کودک به او ملحق میشود».^۳

۳ - عدم حجیت این موارد و لو مشروط به علم قاضی باشد : برخی علم قاضی را نیز در این موارد نپذیرفته و قائل به عدم حجیت این آزمایشها شدند ، آیت الله مکارم شیرازی «این گونه آزمایشها ... و علم قاضی که ناشی از آن باشد حجت نیست ... و نسب نیز با این آزمایشات ثابت نمی شود؛ اینگونه آزمایشها با توجه به تخلف های فراوانی که دارد حجت نیست». علت این حکم به حجیت

۱. حسینی، محمد، استفتاء اثبات نسب به وسیله آزمایشهای ژنتیک، ی بیتا، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

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

۲. همان .

۳. همان .

علم قاضی برمی گردد؛ یعنی علم قاضی زمانی حجیت دارد که از طریق حس یا مبادی قریب به حس باشد.^۱

در فرض تعارض این آزمایشها و انگشت نگاری ژنتیکی با اماره فراش نیز در میان علما اختلاف نظر وجود دارد. عده ای بر این عقیده اند که این آزمایشها حجیت نداشته و بر اماره فراش مقدم نمی گردند. آیت الله جواد تبریزی «آزمایش و تجزیه خون و امثال آنها اعتباری ندارد. اگر برای مجتهد جامع الشرایط علم حاصل شود میتواند به علم خود عمل کند والله العالم». آیت الله ناصر مکارم شیرازی «اینگونه آزمایشها نمی تواند مرجح شود». آیت الله صافی گلپایگانی «در فرض سؤال ترجیح باید فقط با امارات شرعیه باشد والله العالم»^۲

عده ای نیز به امکان عمل قاضی به علم خود در صورت حصول یقین اظهار نظر نموده اند. آیت الله سید علی سیستانی «تنها با طریق قطعی ترجیح داده میشود ولیکن حد زنا با آن ثابت نمی شود. بلی، برای قضاوت باید به نحوی باشد که اجتهاد شخص در آن اعمال شود»^۳.

بنابراین امکان تلقی آزمایشهای «دی.ان.ای» و انگشت نگاری ژنتیکی به عنوان یک دلیل مستقل در اثبات نسب وجود دارد. ضمن اینکه اکثر فقها بر حجیت آن مشروط به مفید علم بودن، اظهار نظر نموده اند که با پیشرفت علم و قرائن فراوانی که نشان می دهد در اکثر این موارد علم عادی (اطمینان) حاصل شده و با تفحصی که انجام شده و شواهدی که دیده شده ظاهراً این مسائل از مسائل علم آور می باشد که تا بحال خلاف آن ثابت نشده است. امروزه قابلیت استفاده از دستاوردهای مهندسی ژنتیک و روش هایی چون انگشت نگاری ژنتیک و آزمایشهای دی ان ای در تشخیص هویت افراد، کشف حقایق باستان شناسی، تعیین جنسیت و به ویژه بررسی رابطه نسبی بین افراد به لحاظ کشف واقع، امری مسلم و غیر قابل انکار است.^۴

^۱. مکارم شیرازی، ناصر، قابل دسترسی در پایگاه

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

^۲. حسینی، محمد، استفتاء اثبات نسب به وسیله آزمایشهای ژنتیک، ی بیتا، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

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

^۳. حسینی، محمد، استفتاء اثبات نسب به وسیله آزمایشهای ژنتیک، ی بیتا، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

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

^۴. پیله، اعظم، نقش DNA در اثبات نسب در فقه و حقوق، ص ۱۳۸ - ۱۵۳

که می توان به نتیجه مثبت آزمایش دی.ان.ای مرحوم غضنفر رکن آبادی شهید کشته شده در فاجعه
منا اشاره کرد که پیکر ایشان توسط پزشکی قانونی شناسایی شد.^۱

^۱. www.irna.ir/fa/News/۸۱۸۵۸۸۸۷/

بخش چهارم

آثار و احکام مترتب بر اثبات یا نفی نسب

آثار واحکام مترتب بر اثبات یا نفی نسب

در فقه امامیه، احکام فراوانی بر اثبات یا نفی نسب مترتب است. بعضی از احکام فقهی، بر شناخت رابطه فرزند با پدر و مادر یا بر شناخت نسبت‌های فامیلی دیگر، مبتنی است. تبعیت فرزند از پدر و مادر در کفر و اسلام، در طهارت و نجاست، در بردگی و حریت، جواز ربا بین پدر و فرزند، قصاص نشدن پدر به قتل فرزند، مقبول نبودن شهادت پسر بر ضد پدر، وجوب قضای نمازهای میت بر پسر بزرگ‌تر، مسائل ارث، حبوه (اموالی از ترکه میت که اختصاص به پسر بزرگ‌تر دارد مانند قرآن، انگشتر، شمشیر و لباس)،^۱ نظر به محارم و ازدواج با آنان، دیه قتل خطایی که بر عاقله (خویشان پدری قاتل، مانند برادران، عموها و فرزندان آنها)^۲ واجب است، ولایت پدر و جد، حقوق طرفینی مانند حق حضانت و نفقات، حقوق والدین و اطاعت از آنها و مسائل اخلاقی مانند صله رحم، هبه به اقارب، عقیقه فرزند و مسائل فراوان دیگری، بر حفظ انساب متوقف است.^۳ در این بخش آثار را از دو جهت مالی و غیر مالی تقسیم کرده و به بررسی آنها پرداخته می‌شود.

۴ - ۱ - آثار مالی

طفل ناشی از تلقیح مصنوعی یا رحم اجاره ای، با اسپرم شوهر همان طوری که بیان شد فرزند مشروع والدین است بنابراین از جهت آثار مالی مترتب بر نسب نظیر ارث، نفقه و نظایر آن مانند فرزند ناشی از روابط جنسی و فرزند معمولی است که در این نوشتار بطور خلاصه راجع به آن بحث می‌شود.

۴ - ۱ - ۱ - توارث

^۱ مولی احمد بن محمد مهدی، نراقی، مستند الشیعه، ج ۷، ص ۳۳۴ - ۳۳۷؛ محمد بن حسن، حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۸، ص ۲۸۱

^۲ . میرزا علی، مشکینی، مصطلحات الفقه، ص ۱۹۵.

^۳ . عبدالرحمن، محمدی هیدجی، النسب و فروع الفقهیه، ص ۱۴۵.

توارث از باب تفاعل که به معنای ارث بردن از یکدیگر است. ارث مصدر ورث به معنای انتقال چیزی از شخصی به دیگری بعد از مرگ است.^۱ همه لغویان، کاربرد ارث را در انتقال مال حقیقت می‌دانند؛ ولی در حقیقت یا مجاز بودن استعمال این واژه در انتقال غیر مال بر یک رأی نیستند^۳ به شخصی که چیزی به او منتقل می‌شود، وارث، و به شخصی که از او منتقل شده، موروث یا مورث گفته می‌شود اصطلاح فقهی ارث هماهنگ با معنای لغوی آن عبارت است از انتقال مال و دارایی از کسی، پس از مرگش به خویشاوندان نسبی یا سببی، به موجب حکم خدا.^۴ بیش‌تر فقیهان برای ارث معنای اصطلاحی ذکر نکرده‌اند که خود گویای تقارب معنای اصطلاحی و لغوی است.

موجبات ارث در اسلام، خویشاوندی نسبی و سببی (پیوند زناشویی) بوده و اگر کسی وارث نسبی و سببی نداشته باشد، امام وارث او است. (ولاء)^۵ آیات ۷ نساء / ۴ و ۶ احزاب / ۳۳ و مانند آن، دو حکم کلی در باب ارث بیان کرده است:

۱. همه ارحام (خویشان نسبی) ارث می‌برند

۲. در ارث بردن، ارحام بر غیر ارحام و همین‌طور ارحام نزدیک‌تر بر ارحام دورتر مقدمند. ارحام میّت بر اساس دوری و نزدیکی به سه طبقه تقسیم می‌شوند: الف. پدر و مادر و فرزندان که نزدیک‌ترین خویشاوندان (بدون واسطه) هستند؛ ب. خواهر و برادر و پدر بزرگ و مادر بزرگ که به واسطه پدر و مادر با میّت مرتبط بوده، در مرتبه دوم قرار دارند؛ ج. عمو، عمّه، دایی و خاله که به واسطه پدر بزرگ و مادر بزرگ با میّت مرتبط بوده، در مرتبه سوم قرار دارند. بنابراین فرزند ناشی از لقاح مصنوعی با اسپرم شوهر از کلیه اقارب نسبی عنوان شده فوق ارث می‌برد و کلیه اقارب و ذکور نیز از او ارث خواهند برد به شرط اینکه موجبات ارث فراهم گردد و موانع ارث وجود نداشته باشند. شرط وراثت اینگونه اطفال این است که نطفه آنان در حین فوت مورث منعقد شده باشد و اگر این حمل بعد از

^۱ اسماعیل بن حماد، جوهری، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیّه، ج ۱، ص ۲۷۲.

^۲ احمد بن فارس، ابن زکریا، مقاییس اللغة، ج ۶، ص ۱۰۵؛ حسین بن محمد راغب، اصفهانی، مفردات، ص ۸۶۳؛ جمال الدین محمد بن مکرم، ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۵، ص ۲۶۶.

^۳ محمد حسن، طوسی، التبیان، ج ۸، ص ۸۳؛ حسین بن محمد راغب، اصفهانی، مفردات ألفاظ القرآن، ص ۸۶۴.

^۴ جواد بن محمد حسینی، عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۸، ص ۴؛ زین الدین بن علی، عاملی (شهید ثانی)، الروضة البهیة، ج ۸، ص ۱۱.

^۵ مقداد بن عبد الله، فاضل مقداد، کنز العرفان، ج ۲، ص ۳۲۸.

فوت پدر به وجود آمده باشد با اینکه فرزند شرعی و قانونی آن پدر است و با او کاملاً قرابت خونی دارد چون نطفه او حین الموت پدر منعقد نشده از او ارث نخواهد برد.^۱

از این رو فرزندی که در مورد آن‌ها نسب تحقق پیدا کند از ارث مورث خود برخوردار خواهند شد و هیچ دلیلی برای این امر وجود ندارد که تنها اگر نسب از طریق نکاح صحیح باشد، ارث بری تحقق پیدا خواهد کرد.^۲

در مورد کودک ناشی از رحم اجاره‌ای نیز چنانچه تحقق نسب احراز گردد، اگر سایر شرایط لازم برای توارث نیز محقق باشد، رابطه توارث بین کودک ناشی از این حالت و پدر و مادر شرعی وی برقرار خواهد بود.

اما بحث اصلی در این زمینه در مورد شرط وجود وارث است. از یک طرف بنا بر نظر فقها از شروط ارث آن است که وارث در زمان مرگ مورث موجود باشد و یا در صورت حمل بودن، نطفه در زمان مرگ مورث منعقد شده باشد.^۳ از طرف دیگر در رحم اجاره‌ای ترکیب اسپرم و تخمک در محیط آزمایشگاهی انجام می‌گیرد حال چنانچه این ترکیب در زمان مرگ مورث صورت گرفته باشد شرط ارث تحقق می‌یابد. اما سؤال در اینجا است که اگر مورث قبل از این امتزاج در محیط آزمایشگاه یا در داخل رحم اجاره‌ای از دنیا برود آیا به خاطر آن که انعقاد نطفه در اینجا صورت نگرفته پس توارثی نیز نخواهد بود؟

عده‌ای معتقدند شرط وجود وارث در زمان مرگ مورث موضوعیت ندارد و تنها به خاطر کاشفیت از نسب این شرط قرار داده شده پس هرگاه انتساب طفل به صاحب اسپرم اثبات گردد، رابطه توارث بین آن‌ها محقق خواهد بود. به همین سبب است که فقها آورده‌اند: در ثبوت ارث، صرف انتساب فرزند به مورث کافی است و برای صحت انتساب حمل به مورث، علم به وجود آن در هنگام فوت مورث معتبر است اگرچه انعقاد نطفه پس از فوت وی صورت گرفته باشد. البته مشروط به آن که زنده متولد شود حتی اگر بلافاصله پس از تولد از دنیا برود.^۴ لازم به یادآوری است که چون در بحث نسب مشخص گردید که نسب کودک ناشی از رحم اجاره‌ای به صاحب اسپرم و تخمک بر می‌گردد پس توارث نیز

۱. محمد هاشم، صمدی اهری، نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام، ص ۷۹.

۲. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۹، ص ۷۹؛ علی بن محمد، حائری طباطبائی، ریاض المسائل، ج ۱۴، ص ۴۳۳.

۳. نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۲۹۷.

۴. محمد بن حسن، طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۶، ص ۲۴.

تنها بین کودک و صاحب تخمک و اسپرم خواهد بود و چون صاحب رحم و شوهر وی هیچ رابطه نسبی با کودک ندارند پس توارثی نیز بین آنها نخواهد بود.

۴ - ۱ - ۲ - نفقه

از دیگر مسائل مربوط به کودک ناشی از لقاح و رحم اجاره‌ای بحث نفقه است . بنا بر نظر فقها نفقه فرزند برعهده پدر بوده و در صورت نبودن پدر یا عدم توانایی وی در پرداخت نفقه این تکلیف بر عهده اجداد پدری خواهد بود. در صورت نبودن یا عدم توانایی آنها، نفقه فرزند برعهده مادر و در صورت زنده نبودن یا عدم توانایی وی این تکلیف برعهده اجداد و جدات مادری و جدات پدری است.^۱ در مورد کودک ناشی از رحم اجاره‌ای نیز چون نسب وی به پدر و مادر شرعی (صاحب تخمک و اسپرم) بر می‌گردد پس طبقات مذکور در مورد این کودک نیز ملزم به پرداخت نفقه هستند .

اما مسئله مهم در این قسمت بحث تعلق نفقه در دوران بارداری است. الزام به نفقه برای زن متوقف به رابطه سببی و زوجیت است در حالی که بین حامل در رحم اجاره‌ای و صاحب اسپرم چنین رابطه‌ای وجود ندارد حال این سؤال مطرح است که آیا با این وجود صاحب اسپرم ملزم به پرداخت نفقه در دوران حمل است؟

برای پاسخ به این پرسش باید نظر فقها و ادله مورد استناد آنها در مورد نفقه زن حامل بعد از انحلال نکاح مورد بررسی قرار گیرد.

از دیدگاه فقها الزام به نفقه مشروط به رابطه سببی است و در صورتی که این رابطه منحل گردد این الزام نیز برداشته خواهد شد. اما مشهور فقها معتقدند در صورتی که زن باردار باشد حتی در صورت انحلال نکاح نیز تا زمان وضع حمل، مستحق نفقه می‌باشد.^۲ مستند این قول آیات و روایاتی است که در این باره وارد شده است از جمله آیه ۶ از سوره طلاق: «وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ»؛^۳ و اگر باردارانند خرجشان را بدهید تا وضع حمل کنند .

۱. محمد حسین ، طباطبائی، المیزان، ج ۱۹، ص ۳۱۷.

۲. حسن بن یوسف، حلی ، تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۷۵؛ نجم الدین جعفر، محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۲۹۵.

۳. طلاق/ ۶۵، ۶.

در تفسیر این آیه آمده است: اگر زنان طلاق حامله باشند باید نفقه آنان پرداخت شود تا فرزند خود را به دنیا آورند.^۱ در اینجا کلمه طلاق به صورت مطلق ذکر شده از این رو طلاق بائن را که در آن زوجیت به طور کلی از بین رفته نیز در بر می گیرد .

بنابر نظر مشهور فقها استحقاق نفقه برای زن باردار در عده طلاق بائن به خاطر وصف باردار بودن زن و وجود حمل است.^۲ پس در رحم اجاره‌ای نیز که این وصف وجود دارد و صاحب رحم، کودک پدر شرعی را حامل است، الزام به نفقه وجود خواهد داشت.

اما در مورد این که این نفقه برای حمل است یا حامل اختلاف نظر وجود دارد و نظر مشهور این است که نفقه برای حمل می باشد.^۳

آنچه از آیه ۶ سوره طلاق بر می آید نیز موید این ادعاست. زیرا بر طبق این آیه وجوب نفقه در ایام عده بائن به خاطر وجود حمل است و با وضع حمل، چون دیگر حملی وجود ندارد، وجوب نفقه نیز برداشته می شود از این جا معلوم می گردد که نفقه به خاطر حمل بوده نه به خاطر حامل.^۴

بنابراین برای فرزند ناشی از لقاح مصنوعی و رحم اجاره ای با اسپرم شوهر تمام شرایط انفاق اقارب نسبی جاری می شود.

در صورت فقر پدر و تمکن فرزند، نفقه‌ی پدر بر فرزند واجب است.^۵ و فرزند نمی تواند زکات مالش را به پدر بدهد.

۴ - ۲ - آثار غیر مالی

آثار غیر مالی به دو قسمت آثار عبادی و غیر عبادی تقسیم می شود :

۴ - ۲ - ۱ - آثار غیر عبادی

فرزند ناشی از تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر از لحاظ آثار غیر عبادی با فرزند ناشی از رابطه جنسی و موافقه تفاوتی ندارد بنابراین در این بخش به بررسی موارد : نکاح ، حضانت ، ولایت فرزند ناشی از

۱. زیدالدین بن علی، عاملی (شهید ثانی)، الروضة البهیة، ج ۶، ص ۸۰.

۲. محمد حسن، طوسی، النهایه، ص ۵۴۳.

۳. عباس، نایب زاده، بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی، ص ۳۹۲.

۴. محمد، روحانی و فاطمه، نوغانی، احکام پزشکی، ص ۳۷-۷۰؛ روح الله، موسوی خمینی، توضیح المسائل، ج ۲، ص ۹۴۸.

۵. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۱۷، ص ۳۵-۴۵.

لقاح مصنوعی پرداخته می شود.

۴-۲-۱-۱ حرمت نکاح

طفل ناشی از تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر فرزند واقعی زوجین است و با والدین خود رابطه خونی دارد بنابراین همانند فرزندان ناشی از مواجهه از محارم پدر و مادر و محارم دیگر نسبی و سببی خواهد بود. بنابراین طفل مزبور نمی تواند با پدر و اجداد و مادر و جدات هر قدر بالاتر رود و همچنین با اولاد هر قدر پایین رود و برادر و خواهر و اولاد آنها هر قدر پایین رود و همچنین با عمات و خالات خود و عمات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات ازدواج کند با توجه به مراتب عنوان شده فرزند ناشی از لقاح مصنوعی با اسپرم شوهر با کلیه اقارب نسبی پدر و مادر خود قرابت نسبی دارد و تمام آثار قرابت ناشی از نسب مشروع بر این فرزند جاری می شود.^۱

۴-۲-۱-۲ حضانت

«حضانت» یا نگهداری از کودکی که بین والدینش طلاق واقع شده، از موضوعهای بحث‌انگیز حقوقی و فقهی بوده است. از یک طرف، مصالح روحی و جسمی کودک مد نظر است و از طرفی حقوق و تکالیف هر یک از والدین باید مورد توجه قرار گیرد. بی‌اعتنایی به هریک، باعث اختلالات مهم در روابط خانوادگی خواهد شد؛ به همین دلیل است که پدر یا مادر، معمولاً در اثبات ذی حق بودن خود بر نگهداری از کودک مشترک، پافشاری می‌کنند.

برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است.

و بدین ترتیب، بر چالشی دیرین نقطه پایانی گذاشت. ولی بحث ما در این است که آیا مصوبه مجمع که بر خلاف نظر مشهور فقهاست، جایگاه فقهی مناسبی دارد یا فقط بر مبنای مصلحت اندیشی صرف بنا شده است؟

ادله فقهی امامیه نیز بر اولویت حضانت مادر تا سن هفت سالگی تأکید دارد و در نظر اقلیت فقها نیز مبانی حقوقی متینی دارد

^۱. محمد هاشم، صمدی اهری، نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام، ص ۶۸.

۱. تعریف حضانت

«حضانت» از ریشه «حَضَن» گرفته شده و به «در آغوش گرفتن مادر (فرزندش را) و چسباندن او به سینه‌اش» اطلاق می‌شود که کنایه از نگهداری و تربیت جسمی و روحی کودک است. به همین دلیل، به کسی که حضانت کودک را بر عهده گرفته «حاضنه» می‌گویند. در زبان عربی به مهد کودک «الحضانه» گفته می‌شود. جالب اینکه به عمل پرندگی که بر روی تخم‌ش خوابیده تا از آن جوجه برآید نیز حضانت می‌گویند.^۱ پس معلوم می‌شود که این واژه، غالباً بر موضوع نگهداری و تربیت و حفظ کودک و فرزند اطلاق شده است.

در اصطلاح، حضانت، پرورش اطفال است به وسیله پدر و مادر و اقارب او که هم حق است و هم تکلیف است برای ممتنع از حضانت، و نیز به معنای پرورش هم از لحاظ مادی و هم از لحاظ معنوی و اخلاقی می‌باشد.^۲

۲. بررسی نظرات فقهی

روایات مربوط به مقوله حضانت، به دو دسته تقسیم می‌شود که برای دقت بیشتر، هر دو گروه را ذکر می‌کنیم:

۱ - دسته اول حضانت را پایان سن شیرخوارگی و مشترک بین دختر و پسر می‌داند.

مانند: روایت محمد بن یعقوب کلینی، از شیخ ابو علی اشعری، از حسن بن علی، از عباس بن عامر، از داود بن حصین، از امام صادق (ع) نقل می‌کند که در تفسیر آیه شریفه «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ...» فرمودند: تا زمانی که فرزند در شیر خوارگی است، در کنار والدین است [و هریک از والدین بر او به طور تساوی حق حضانت دارد]، ولی وقتی دوران شیر خواری به پایان رسید، پدر بر وی محق‌تر از مادر است.^۳

۲ - دسته دوم حضانت دختر را تا سن هفت سالگی بیان می‌کند.

۱. لوئیس، معلوف، المنجد فی اللغة، ص ۱۳۹، «حَضَن».

۲. محمد جعفر، جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوقی، ج ۳، ص ۱۶۶۶ - ۱۶۶۷.

۳. محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۵؛ محمد حسن، طوسی، تهذیب، ج ۸، ص ۱۰۴؛ محمد حسن، طوسی، استبصار، ج ۳، ص ۳۲۰؛ محمد بن علی بن بابویه، قمی (شیخ صدوق)، من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۷۴؛ محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۷۰، باب ۸۱، ح ۱.

روایت ابن بابویه (صدوق) با سندهای صحیح که به عبدالله بن جعفر حمیری می‌رسد، از ایوب بن نوح نقل می‌کند که امام صادق (ع) در پاسخ به سؤال یکی از پیروانش که پرسیده بود «من همسری دارم که از او فرزندی ایجاد شده و طلاقش داده‌ام (حضانت کودک چه می‌شود؟)» فرمودند: «مادر اگر بخواهد، تا هفت سالگی فرزند، بر حضانت وی اولویت دارد».^۱

دیدگاه اکثر فقیهان متأخر بر این است که پایان حضانت مادر بر کودک پسر، دوسالگی و بر کودک دختر، هفت سالگی است.^۲ که این نظریه، عقیده مشهور است و فقهای معاصر نیز غالباً از آن پیروی کرده‌اند.^۳

صاحب جواهر می‌گوید: أشهر^۴ بلکه مشهور^۵ میان فقیهان ما همین رأی است که آن را مقتضای جمع میان ادله روایی موضوع دانسته‌اند. وی در توضیح، ادامه می‌دهد که در روایت داود بن حصین^۶ حق حضانت تا دو سالگی از آن مادر و پس از آن، برای پدر دانسته شده است و در روایت دیگر، یعنی حدیث ایوب بن نوح^۷ تا هفت سال با مادر و پس از آن با پدر است.^۸

در بررسی این دو دسته حدیث باید گفت که اگر چه فرزند در آنها به طور مطلق آمده است، ولی مقتضای جمع بین آن دو این است که روایات دسته اول را در باره پسر و روایات گروه دوم را خاص دختر بدانیم و بدین ترتیب، تعارض دو گروه روایت یاد شده از بین می‌رود. امام خمینی در تحریر الوسیله نظریه صاحب جواهر را پذیرفته، می‌نویسد:

۱. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۷۱.

۲. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۰.

۳. روح الله، موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۷۹، مسئله ۱۶.

۴. «اشهر» در موردی به کار می‌رود که رأی مخالف نیز شهرت داشته باشد.

۵. «مشهور» به فتوایی گفته می‌شود که فاقد شهرت فتوایی است و جنبه ندرت دارد.

۶. «عن أبي عبد الله (ع) قال في قوله تعالى (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ) مادام الولد في الرضاع، فهو بين الابوين بالسوية، فإذا فطم فالأب أحق به من الأم...» (محمد بن يعقوب، کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۵، ح ۴؛ محمد حسن، طوسی، تهذیب، ج ۸، ص ۱۰۴؛ محمد حسن، طوسی، استبصار، ج ۳، ص ۳۲۰؛ محمد بن علی بن بابویه، قمی (شیخ صدوق)، من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۷۴، شماره ۱۳۰۲، محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۷۰، باب ۸۱، شماره ۱).

۷. «عن أيوب بن نوح، قال: كتبت إليه (ع) بعض اصحابه: أنه كانت لي امرأة و لي منها ولد، و خلّيت سبيلها. فكتب (ع): المرأة أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين، إلّا أن تشاء المرأة» (محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۷۲، شماره ۶ و ۷).

۸. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۰.

حق حضانت فرزند (چه دختر و چه پسر) تا دو سالگی با مادر است و پس از دو سال، اگر فرزند پسر بوده، پدر احق است و اگر دختر باشد، تا هفت سالگی، مادر، مقدم است و پس از آن با پدر خواهد بود.^۱

با توجه به مباحث بیان شده حضانت در مورد فرزند ناشی از لقاح مصنوعی هم حق و هم تکلیف برای ابوی محسوب است و پدر و مادر مکلفند از چنین فرزندى حفاظت نمایند و از این جهت نیز هیچ تفاوتی بین اطفال ناشی از رابطه جنسی و اطفال ناشی از تلقیح مصنوعی وجود ندارد.^۲

۴-۲-۱-۳- ولایت

پدر و جد پدری، در کلیه امور مربوط به اموال کودک، مانند حفاظت و نگهداری، خرید و فروش، اجاره، رهن، پرداخت دین، وصول طلب، نگهداری سرمایه در مکان مخصوص، افتتاح حساب بانکی، اقامه دعوی برای استیفای حقوق طفل، دفاع از دعوایی که بر علیه او اقامه شده و از این قبیل امور...، تا زمان بلوغ او ولایت دارند و آثار اعمالی که به نمایندگی از کودک (محجور) انجام می‌دهند، برای مولی علیه است و دامنگیر او می‌شود، به عنوان مثال اگر مالی به نمایندگی از او بخرند، آن مال به ملکیت مولی علیه در می‌آید و ثمن معامله از مال او پرداخت می‌شود، هم‌چنین اگر برای مولی علیه وام بگیرند، اقساط وام از مال او پرداخت خواهد شد.^۳

این ولایت به جعل الهی است، به این معنی که هر یک از آن‌ها ولی اجباری از طرف شارع می‌باشند، و مورد توافق فقها است. شیخ طوسی در این باره می‌نویسد: «تدبیر امور صغیر و مجنون به دست پنج نفر می‌باشد، پدر و جد پدری، وصی آنها، حاکم و امام و کسی که از طرف حاکم مأموریت دارد.^۴ هم‌چنین محقق حلی می‌گوید: «در انجام معاملات شرط است متعاقدين دارای عقل و اختیار باشند و نیز فروشنده، مالک یا ولی مالک باشد، مانند پدر، جد پدری، حاکم و امین وی و نیز وصی.^۵ شبیه این

۱. روح الله، موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۷۹، مسئله ۱۷.

۲. محمد هاشم، صمدی اهری، نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام، ص ۶۹.

۳. انصاری، قدرت الله، احکام و حقوق کودکان در اسلام، ج ۲، ص ۱۹-۲۰.

۴. محمد حسن، طوسی، المبسوط، ج ۲، ص ۲۰۰.

۵. نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۱۴.

تعبیر در عبارات فقهای قدیم^۱ و بسیاری از فقیهان معاصر^۲ دیده می‌شود. امام خمینی (قدس سره) در این باره می‌نویسد: «ولایت تصرف در مال طفل و اعمال نظر در مصالح و شئون وی، برای پدر و جد پدری است و در غیاب این دو، قیم و وصی هر کدام از آنها این مسئولیت را به عهده خواهد داشت و در صورتی که هیچ‌کدام از آنها نباشند، حاکم شرع دارای این مسئولیت است و در مرحله آخر، مؤمنین عادل احتیاطاً باید در این باره انجام وظیفه نمایند.^۳ این نظریه در کتاب تفصیل الشریعه^۴ نیز مورد تأکید قرار گرفته است.

با احراز انتساب کودک تولدیافته از رحم اجاره‌ای به پدر و مادر شرعی، وی در حکم متولد از نکاح خواهد بود از این رو احکام فقهی و حقوقی مربوط به متولد نکاح از قبیل حضانت و ولایت در مورد این کودک نیز ثابت خواهد بود. در واقع می‌توان گفت: چون انتساب این کودک به صاحب تخمک و اسپرم مشروع می‌باشد پس وی از کلیه حقوق کودکان مشروع برخوردار خواهد بود.^۵

۴ - ۲ - ۱ - ۴ - قصاص

در فقه همانطور که برای قتل عمد قصاص معین شده است موانعی هم تحت عنوان شرایط قصاص مطرح شده است. یکی از شرایط این است که قاتل پدر مقتول نباشد. این شرط از موانع اجرای قصاص در مورد پدر است که این امر طبق حدیثی از امام صادق (ع) که فرمودند: (لا یقتل والد بولده و یقتل

۱. حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، قواعد الأحکام، ج ۲، ص ۱۳۵؛ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، تحریر الاحکام الشرعیة، ج ۲، ص ۵۴۱؛ محمد بن مکی، عاملی (شهید اول)، اللعنة الدمشقیة، ص ۶۲؛ علی بن حسین، عاملی کرکی (محقق ثانی)، جامع المقاصد، ج ۵، ص ۱۸۷، و ج ۴، ص ۸۵؛ زین الدین بن علی، عاملی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام، ج ۳، ص ۱۶۴ - ۱۶۶؛ احمد بن محمد، اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۹، ص ۲۳۰ - ۲۳۶

۲. محمد کاظم طباطبایی، یزدی، العروة الوثقی مع التعليقات، ج ۵، ص ۱۲۶؛ ابو القاسم موسوی، خویی، مصباح الفقاهة، ج ۱۱، ص ۵. محمد تقی، آملی طبری تهرانی، المکاسب و البیع، ج ۲، ص ۳۳۰

۳. روح الله، موسوی خمینی، تحریر الوسیلة، ج ۲، ص ۱۲، مسأله ۵.

۴. محمد فاضل موحدی، لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه (کتاب الحجر)، ص ۲۹۸ - ۲۹۹

۵. خلیل علی، محمدزاده، پزشکی در آیین اجتهاد، ص ۱۱۶، استفتاء شماره ۱۱۸۵۷/۷.

الولد بوالده پدر در صورتی که فرزندش را بکشد قصاص نمی‌شود اما فرزند اگر پدرش را بکشد قصاص می‌شود می‌باشد.^۱

علامه حلی در این زمینه می‌گوید: اگر پدر فرزندش را بکشد قصاص نمی‌شود هر چند پدر در درجه دوری قرار داشته باشد. اما اگر فرزند پدرش را بکشد قصاص می‌شود، همچنین مادر اگر فرزندش را بکشد قصاص می‌شود و بقیه خویشاوندان مانند اجداد و جدات مادری و برادران و خواهران و عموها و عمه‌ها و خاله‌ها و دایی‌ها قصاص می‌شوند.^۲

ملا محسن فیض در این زمینه می‌گوید: پدر به واسطه قتل فرزند قصاص نمی‌شود و دلیل آن نص و اجماع می‌باشد.^۳

امام خمینی در تحریرالوسیله در بخش فروع فعل قصاص و بعنوان یکی از شروط اعمال مجازات قصاص چنین توضیح می‌دهند: «شرط سوم انتفاء پدر بودن است. پس پدر به قتل فرزندش کشته نمی‌شود و ظاهر آن است پدر پدر کشته نمی‌شود.^۴

شهید اول می‌فرماید: و منها (ای و من شرائط القصاص) انتفاء الابوه - فلا يقتل الوالد وان علا بابه^۵ و ان نزل لقوله صلى الله عليه وآله: «لا يقاد لابن من ابیه»^۶ والبننت كالابن اجماعاً، و بطریق اولی و فی بعض الاخبار عن الصادق علیه السلام: لا يقتل والد بولده و يقتل ولد بوالده.^۷

علامه حلی و بسیاری از فقیهان در استدلال بر حکم مذکور به عدم تکافوی فرزند با پدر و شرف پدر اشاره می‌کنند و می‌نویسند: «المانع من القصاص شرف الابوه» یعنی امری که مانع از قصاص است موقعیت برتر و حرمت این موقعیت و شرف است لذا حکم را تعمیم می‌دهند به پدر کافر و عبد^۸

۱. محمد بن یعقوب، کلینی، ج ۷، ص ۲۹۸، ح ۳؛ قمی (شیخ صدوق)، محمد بن علی بن بابویه، من لا یحضره الفقیه، ج

۴، ص ۱۲۰، محمد حسن، طوسی، التهذیب، ج ۱۰، ص ۲۳۷؛ محمد بن حسن، حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۹، ص ۷۷.

۲. حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۶۰۸.

۳. محمد محسن ابن شاه مرتضی، فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۱۲۷.

۴. روح الله، خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۵۲۱.

۵. محمد بن مکی، عاملی (شهید اول)، اللمعه الدمشقیه، ص ۲۷۰.

۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۲۹، ص ۷۷.

۷. محمد بن یعقوب، کلینی، ج ۷، ص ۲۹۸، ح ۳؛ محمد بن علی بن بابویه، قمی (شیخ صدوق)، من لا یحضره الفقیه، ج

۴، ص ۱۲۰، محمد حسن، طوسی، التهذیب، ج ۱۰، ص ۲۳۷؛ محمد بن حسن، حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۹، ص ۷۷.

۸. حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، حلی، تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۲۴۸.

شهید ثانی در مسالک در تبیین فلسفه این حکم می‌نویسد: « لان الوالد سبب وجود الولد فلا يحسن ان يصير الولد سببا معدوما له ولا يليق ذالك بحرمة الابوه و لرعاية حرمة لم يحد لقتله: ^۱ پدر سبب وجود فرزند است لذا فرزند نمی‌تواند سبب معدوم شدن وی گردد بعلاوه که این حکم با شرافت و حرمت ابوت در تنافی است، و به جهت رعایت حرمت وی است که در قذف فرزند نیز حد بر او جاری نمی‌شود. این احکام به طفل ناشی از لقاح مصنوعی و رحم اجاره ای نیز سرایت می‌کند .

۴- ۲- ۲- آثار عبادی

فرزند ناشی از تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر و رحم اجاره ای از لحاظ آثار عبادی مانند طهارت ، قضاء نماز پدر ، با فرزند ناشی از رابطه جنسی و مواقعه تفاوتی ندارد بنابراین در این بخش به بررسی این آثار پرداخته می‌شود.

۴- ۲- ۱- تبعیت

تبعیت ، اصطلاحی فقهی به معنای تبعیت چیزی از حکم یا عنوان شرعی چیز دیگر . تبعیت در لغت به معنای پیروی کردن و تابع بودن است ^۲ و در منابع فقهی ، بویژه فقه امامی ، به اصطلاحی خاص تبدیل شده است . در برخی علوم دیگر مانند اصول فقه و حقوق و علوم سیاسی نیز در معانی خاصی به کار رفته است.

کاربرد واژه تبعیت در متون فقهی ، بویژه منابع متأخر امامی ، رواج بسیار دارد و در ابواب گوناگون فقه از جمله طهارت و نماز و جهاد و بیع به کار می‌رود. هرچند این واژه یا کلمات مشابه آن در شماری

^۱ . زین الدین بن علی، عاملی (شهید ثانی) ، مسالک الأفهام ، ج ۱۵، ص ۱۵۶.

^۲ . جمال الدین محمد بن مکرم ، ابن منظور ، لسان العرب، ج ۸، ص ۲۷ ؛ خلیل بن احمد، فراهیدی، کتاب العین، ج ۲، ص ۷۸ ؛ احمد بن محمد مقرئ، فیومی، المصباح المنیر، ج ۲، ص ۷۲.

از منابع نسبتاً متقدم فقهی کم و بیش کاربرد داشته^۱؛ تنها در منابع متأخر جنبه اصطلاح یافته و به عنوان یکی از مطهرات (پاک کننده ها) مطرح شده^۲ و در ابواب مختلف رایج گردیده است.^۳

تبعیت در فقه شیعه در چهارمورد آمده است: تبعیت در طهارت و نجاست، تبعیت در اسلام و کفر، تبعیت در ملکیت، تبعیت در استیطان^۴ که دو مورد اخیر خارج از بحث ما می باشد لذا در این بخش فقط دو مورد اول یعنی تبعیت در طهارت و نجاست و تبعیت در اسلام و کفر بررسی می شود.

۴-۲-۱-۱- تبعیت در طهارت و نجاست

تبعیت در طهارت و نجاست مصداقهای متعددی دارد. در برخی موارد یک شخص از شخصی دیگر تبعیت می کند که این خود بر دو گونه است:

۱- تبعیت فرزند غیرممیز یک فرد کافر از وی در طهارت به دلیل مسلمان شدن او. اصل این حکم مورد اجماع فقهای شیعه است^۵، ولی در باره شمول آن به فرزند ممیز اختلاف نظر وجود دارد^۶ مستند آن را برخی روایت حفص بن غیاث^۷ و برخی دیگر قاعده تبعیت فرزند از اشرف ابوبن دانسته اند^۸

۱. جعفر بن حسن، محقق حلّی، شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۲۸۹؛ حسن بن یوسف، علامه حلی، نهاية الاحکام، ج ۱، ص ۲۷۴.

۲. محمدکاظم، یزدی طباطبائی، العروة الوثقی، ج ۱، ص ۱۴۲ - ۱۴۴؛ احمد بن محمد مهدی، نراقی، مستند الشیعة فی احکام الشریعة، ج ۱۱، ص ۳۴۱.

۳. محمدحسن، نجفی، جواهرالکلام، ج ۶، ص ۲۹۱-۲۹۲، ج ۱۴، ص ۲۵۶۶، ج ۲۲، ص ۳۵۵، ج ۲۳، ص ۱۲۶-۱۲۸، ج ۳۸، ص ۱۸۳-۱۸۴.

۴. محمود هاشمی، شاهرودی، معجم فقه الجواهر، ج ۲، ص ۶.

۵. محسن طباطبائی، حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۲۶.

۶. عبدالهادی، فضلی، مبادی علم الفقه، ج ۱، ص ۱۲۲۲.

۷. مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَنْ حَفْصِ بْنِ غِيَاثٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ الرَّجُلِ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ - إِذَا أَسْلَمَ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَظَهَرَ عَلَيْهِمُ الْمُسْلِمُونَ - بَعْدَ ذَلِكَ فَقَالَ: إِسْلَامُهُ إِسْلَامٌ لِنَفْسِهِ - وَلَوْلَدِهِ - الصَّغَارِ وَهُمْ أَحْرَارٌ - وَوَلَدُهُ وَ مَتَاعُهُ وَ رَقِيقُهُ لَهُ - فَأَمَّا الْوَلَدُ الْكِبَارُ فَهُمْ قِيَاءٌ لِلْمُسْلِمِينَ - إِلَّا أَنْ يَكُونُوا أَسْلَمُوا قَبْلَ ذَلِكَ - (محمد بن حسن، حرّ عاملی، وسائل الشیعة، ج ۱۵، ص ۱۱۶-۱۱۷).

۸. ابو القاسم موسوی، خویی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ج ۴، ص ۲۱۱ - ۲۲۲؛ محسن طباطبائی، حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۲۶؛ باقر، ایروانی، دروس تمهیدیة فی الفقه الاستدلالی، ج ۱، ص ۱۴۳.

وحدت محل سکونت فرزند و پدر و مادر یا جدا بودن او از آنها و نیز اراده او، در حکم تبعیت تأثیری ندارد.^۱

۲- تبعیت اسیر از مسلمانی که او را اسیر کرده در طهارت، به شرط آنکه اسیر مزبور بالغ نباشد و پدر یا جدش همراه وی نباشند؛ برخی دلیل این حکم را وجود سیره مستمر بر طهارت اسیر نابالغ با شرایط مذکور دانسته اند و برخی به ادله ای دیگر استناد جسته اند.^۲ برخی فقها شمول این حکم را نسبت به اسیری که ابراز کفر کند، نپذیرفته اند.^۳

۴- ۲- ۱- ۲- تبعیت در اسلام و کفر

تبعیت در اسلام و کفرگاه به صورت تبعیت یک شخص از شخص دیگر است. مصداق بارز آن تبعیت فرزند نابالغ است از پدر یا مادر خود، در اسلام، با مسلمان شدن یکی از والدین که در منابع فقهی از آن به قاعده تبعیت فرزند از اشرف ابویین تعبیر می شود. این حکم شامل کودک ممیز و نوجوان در آستانه بلوغ نیز می شود و به اسلام آنها حکم می گردد، حتی فقها اسلام آوردن جد پدری یا مادری کودک را در حکم به اسلام کافی دانسته اند.^۴ از آنسو با ارتداد متبوع، اسلام تابع از میان نمی رود^۵ همچنین گاه مسلمان بودن یک شخص به تبعیت از اقامتگاه وی مفروض شمرده می شود. به نظر فقها، بچه گم شده ای که در دارالاسلام یافته شود، محکوم به مسلمان بودن است، هرچند در اختیار شخص کافر قرار گرفته باشد.^۶ با توجه به مطالب بیان شده تبعیت در طهارت و نجاست و تبعیت در اسلام و کفر در مورد طفل ناشی از لقاح مصنوعی و رحم اجاره ای نیز قابل تطبیق می باشد.

۴- ۲- ۲- قضا نماز پدر

۱. عبدالاعلی، سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۲، ص ۱۱۵.
۲. محسن طباطبایی، حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۲۶-۱۲۷؛ عبدالاعلی، سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۲، ص ۱۱۵؛ ابو القاسم موسوی، خویی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ج ۴، ص ۲۱۲۲.
۳. ابو القاسم موسوی، خویی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ج ۴، ص ۲۱۲-۲۱۳.
۴. محمدحسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۸، ص ۱۸۳، ج ۳۹، ص ۲۶-۲۵؛ ابو القاسم موسوی، خویی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ج ۴، ص ۲۱۱-۲۱۲.
۵. محمدحسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۹، ص ۲۵۵.
۶. نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۳، ص ۲۲۷؛ محمدحسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۸، ص ۱۸۱.

طبق نظر اکثر فقها بر پسر بزرگ واجب است که نماز و روزه هایی که از پدر قضاء شده است بعد از مرگ پدر، بجا آورد ملا احمد نراقی تعبیر ولی میت را آورده که باید عباداتی مثل نماز را از طرف میت قضا کند بزرگترین فرزند ذکور اوست^۱ وی در باره واجب نبودن نمازهای قضای میت بر دیگران می نویسد: در عدم وجوب نمازهای قضایی که فوت شدنشان از سوی میت معلوم است بر غیر ولی میت شکی نیست.^۲ در پاره ای از روایات از بزرگترین فرزند ذکور میت که عهده دار قضای نماز و روزه میت است تحت عنوان سزاوارترین فرد ولی نسبت به او یاد شده است. از امام صادق (ع) سوال شد: اگر شخصی از دنیا رفت و نماز و روزه قضا داشت، چه باید کرد؟ آن حضرت فرمود: فرد اولی (سزاوارترین فرد) نسبت به میت، آنها را قضا کند.^۳

طبق نظر اکثر مراجع فعلی نیز نماز و روزه قضای پدر بر پسر بزرگ تر واجب است؛ یعنی بر پسر بزرگ تر واجب است نماز و روزه های فوت شده پدر را بعد از مرگش یا خود انجام دهد^۴ یا کسی را اجیر کند. البته برخی از مراجع نماز و روزه پدر و مادر هر دو را واجب می دانند.

باید توجه داشت که برخی از فقها می فرمایند این تکلیف (وجوب قضای نماز و روزه پدر یا پدر و مادر) حتی اگر پدر و مادر از روی نافرمانی نماز و روزه خود را نخوانند، نیز متوجه پسر بزرگتر است،^۵ اما برخی دیگر می فرمایند در چنین صورتی واجب نیست یا بهتر است که پسر بزرگتر قضا نماید.^۶ با بررسی انجام شده، این حکم شامل فرزند حاصل از لقاح مصنوعی و رحم اجاره ای نیز می شود.

۱. مولى احمد بن محمد مهدى، نراقى، مستند الشیعه فی أحكام الشریعه؛ ج ۷، ص ۳۳۴ - ۳۳۷.

۲. همان.

۳. محمد بن حسن، حرّعاملی، وسائل الشیعه، ج ۸، ص ۲۸۱.

۴. روح الله، خمینی، توضیح المسائل (المحشى للإمام الخمينی)، ج ۱، ص ۷۶۱، م ۱۳۹۰.

۵. امام خمینی و آیه الله نوری همدانی (روح الله، خمینی، توضیح المسائل (المحشى للإمام الخمينی)، ج ۱، ص ۷۶۱، م ۱۳۹۰).

۶. آیات عظام مکارم شیرازی و علی سیستانی می باشد. (روح الله، خمینی، توضیح المسائل (المحشى للإمام الخمينی)، ج ۱، ص ۷۶۱، م ۱۳۹۰).

نتیجه و جمع بندی

با توجه به اهتمام شارع نسبت به حفظ حریم خانواده و نسب، این نتیجه به دست می آید که طفل ناشی از تلقیح مصنوعی یا رحم اجاره ای، با اسپرم شوهر مانند فرزند مشروع والدین است و تمام آثار مترتب بر نسب مانند ارث، نفقه، حضانت، ولایت و ... که در طفل معمولی بیان شد بر آن صدق می کند. و با دستیابی بشر به تکنیکهای جدید، از یک سو، امکان استفاده از ابزار علمی در حوزه علوم انسانی فراهم شده و از سوی دیگر در بحث اثبات نسب با استناد به طریقت ادله اثبات نسب و عدم وجود دلیلی، مبنی بر انحصار ادله و با توجه به حجیت قطع و استناد به علم عرفی، استناد به راههای قطعی چون آزمایش دی ان ای و انگشت نگاری ژنتیکی را می توان مورد پذیرش قرار داده و می توان این روش علمی جدید را یکی از ابزارهایی که با دقت بسیار بالا به کمک ادله اثبات نسب آمده است قلمداد کرد و اطمینان حاصل از آزمایش دی ان ای و انگشت نگاری ژنتیکی به لحاظ شرعی را معتبر و حجت دانست.

فهرست منابع و مآخذ

منابع فارسی

۱. قرآن کریم.
۲. نهج البلاغه، امام علی بن ابی طالب(ع)، انتشارات دار الهجره، قم.
۳. ابوئی مهریزی، حسین، حکم انکار بعد از اقرار در فقه و حقوق اسلامی، مجله مطالعات اسلامی، دانشگاه مشهد، شماره ۵۷، پاییز ۱۳۸۱ ه.ش.
۴. ابوئی مهریزی، حسین، حکم اقرار مریض از دیدگاه مذاهب خمس، مجله مطالعات و بررسیها، دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران، شماره ۵۱ و ۵۲، ۱۳۸۰ ه.ش.
۵. اشمیت، رولف دی، راهنمای مهندسی ژنتیک و بیوتکنولوژی (اصول و کاربردهای صنعتی)، ترجمه جعفروطن خواه دولت سرا، تهران، ۱۳۸۶ ه.ش.
۶. امامی، اسدالله و صفائی، حسین، حقوق خانواده، قرابت و نسب و آثار آن، تهران، چاپ اول، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴ ه.ش.
۷. امامی، حسن، حقوق مدنی، تهران، چاپ دوم، اسلامیه، ۱۳۴۳ ه.ق.
۸. انصاری، قدرت‌الله، احکام و حقوق کودکان در اسلام، ۲ جلد، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۳۹۲ ه.ش.
۹. انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، چاپ دوم، سخن، ۱۳۸۲ ه.ش.
۱۰. فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، بیروت، دار الکتب العلمیه، بی تا.
۱۱. آهنی، بتول، اعتبار علم قاضی در صدور حکم، فصلنامه فقه و حقوق اسلامی (ندای صادق)، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، شماره ۲۵، ۱۳۸۱ ه.ش.

۱۲. بروجری، آقا حسین طباطبایی، منابع فقه شیعه، مترجمان: حسینیان قمی، مهدی - صبور، ۳۱ جلد، تهران، چاپ اول، انتشارات فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ هـ.ق.
۱۳. بطحایی گلپایگانی، هاشم، تحقیقی پیرامون تولد بدون مناکحت، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، تهران، سمت و پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۰ هـ.ش.
۱۴. تروالن، مهندسی ژنتیک (فن دستکاری موجودات زنده)، ترجمه محمدحسین صنعتی، محمود خضاب و چکامه عظیم پور، تهران، مرکز ملی تحقیقات مهندسی ژنتیک و تکنولوژی زیستی، ۱۳۷۹ هـ.ش.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، چاپ ششم، گنج دانش، ۱۳۷۲ هـ.ش.
۱۶. جنّاتی، محمد ابراهیم، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۳۷۰ هـ.ش.
۱۷. حسنی، محمد، استفتاء اثبات نسب به وسیله آزمایش‌های ژنتیکی، بی تا، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی <http://vakilghaseminan.blogfa.com/post-۱۵.aspx>
۱۸. حسینی، محمد صادق، آیا در موارد قطع احتمال خلاف راه ندارد؟، ۱۳۹۰، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: http://alamolhoda.ir/index.php?option=com_content&view=article%id=۱۸۲:osool-۶۱&catid=۴۵:osool&Itemid=۱۴۹
۱۹. خورسندیان، محمد علی، بررسی حجیت علم قاضی در فقه و حقوق ایران، مجله علوم اجتماعی، شیراز، دانشگاه شیراز، شماره ۴۱، تابستان ۱۳۸۳ هـ.ش.
۲۰. خوئینی، غفور، ادله اثبات دعوی و بررسی تطبیقی آن، تهران، چاپ اول، فضیلت علم، ۱۳۸۱ هـ.ش.
۲۱. دبیری، حبیب الله، انقلاب ژنتیک، تهران، موسسه فرهنگی و انتشاراتی فن و هنر، ۱۳۷۷ هـ.ش.
۲۲. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران، بی جا، دانشگاه تهران، ۱۳۳۸ هـ.ش.

۲۳. رضایا معلم ، محمد رضا ، باروری های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، قم ، بوستان کتاب ، ۱۳۸۶ هـ.ش.

۲۴. روحانی علی آبادی، محمد، حکم شرع تلقیح اسپرم و نطفه بیگانه، روش های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، تهران، سمت و پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۰ هـ.ش.

۲۵. روحانی علی آبادی ، محمد و فاطمه نوغانی، احکام پزشکی، تهران ، موسسه فرهنگی انتشاراتی تیمورزاده نشر طبیب، ۱۳۷۸ هـ.ش.

۲۶. شاهرودی ، محمود هاشمی ، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۲جلد، قم، موسسه دایره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع) ، ۱۳۸۲ هـ.ش.

۲۷. شیخ نیا، امیر حسین، ادله اثبات دعوی، تهران، چاپ دوم ، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴ هـ.ش.

۲۸. شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات، تهران، نشر حقوق دان ، ۱۳۷۵ هـ.ش.

۲۹. صافی گلپایگانی، لطف الله، معارف دین، قم، چاپ اول ، آستان مقدسه حضرت معصومه، ۱۳۸۲ هـ.ش.

۳۰. صوری، علیرضا و حمیده یادگاری، مقایسه کارایی گروه های اصلی و فرعی خونی با DNA TYPING در رد رابطه پدر- فرزندی، مجله پزشکی قانونی، شماره ۴۵، بهار ۱۳۸۶ هـ.ش.

۳۱. صفایی ، حسین و اسدالله امامی ، مختصر حقوق خانواده ، تهران ، چاپ نهم ، نشر میزان ، ۱۳۸۴ هـ.ش.

۳۲. صمدی اهری ، محمد هاشم، نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام، تهران ، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ هـ.ش.

۳۳. صناعی زاده، حسن، نقش DNA در تشخیص هویت، پزشکی قانونی نشر دادگستر، ۱۳۸۷، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://kooldinali.parsiblog.com/Posts/۳۶۰>

۳۴. طارمی، حسن ، بینه ، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://www.encyclopaediaislamica.com/madkhal۲.php?sid=۲۵۳۳>

۳۵. طبائی، مهشید سادات ، « نقش آزمایشهای دی.ان.ای در اثبات نسب از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران » ، فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، دوره ۱۷ ، ش ۵۶ ، بهار ۱۳۹۱ هـ.ش.

۳۶. ظفری، محمد آصف، کاربرد دی.ان.ای در اثبات جرائم، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی <http://www.daneshju.ir/forum/f992/t1054538.html>

۳۷. عبادی، مصطفی، غلامرضا بیدخوری و لاله عارف عشقی، زیست شناسی مولکولی (۱) (ساختار، همانند سازی، ترمیم، نو ترکیبی DNA و مهندسی ژنتیک)، تهران ، پوران پژوهش، ۱۳۸۷ هـ.ش.

۳۸. عراقی، عزت الله، حقوق زن در دوران ازدواج چیست؟، بی جا ، نشر راهنما، ۱۳۶۹ هـ.ش.

۳۹. عمید، حسن ، فرهنگ عمید، تهران، چاپ هشتم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۱ هـ.ش.

۴۰. عظیمی، محمد، ادله اثبات دعوی ، تهران، چاپ سوم ، کسری، ۱۳۸۱ هـ.ش.

۴۱. غفاری، محمدرضا، دزوکسی ریبو نوکلئیک اسید چیست (DNA) ؟ پایگاه تخصصی ژنتیک در ایران، آخرین به روز رسانی، ۹۱/۱/۳ ، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <http://genetics.mihanblog.com/post/9>

۴۲. علیا، زهرا طلوعه، تشخیص هویت ژنی ، مجله تعالی حقوق قوه قضائیه، شماره ۶، مرداد و شهریور ۱۳۸۹ هـ.ش.

۴۳. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و مصلحت، تهران، چاپ اول، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی ، ۱۳۸۸ هـ.ش.

۴۴. امید زنجانی، عباس علی، فقه سیاسی، ۲ جلد، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۶۷ هـ.ش.

۴۵. فاضل، محمد ، آشنایی با انگشت نگاری دی.ان.ای و کاربردهای آن ، ماهنامه زیست فناوری ، کانون تفکر ستاد توسعه زیست فناوری کشور، شماره ۸، آذر ۱۳۸۸ هـ.ش.

۴۶. فضلای ، عبدالهادی ، مبادی علم الفقه، بیروت ، ۱۴۱۶ هـ.ق.

۴۷. فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، تهران ، چاپ پنجم ، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۱ هـ.ش.

۴۸. فیض، علیرضا، نقش زمان و مکان در فقه و اجتهاد، فصلنامه ی حضور، مؤسسه ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی، شماره ۵ و ۶، تابستان و پاییز ۱۳۷۱ هـ.ش.
۴۹. قربان‌نیا، ناصر، «حکم تکلیفی و وضعی انتقال جنین...»، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، تهران، سمت و پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۰ هـ.ش.
۵۰. قمی، محمد مؤمن، حجیت علم قاضی، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۳۰، بی تا.
۵۱. قمی، محمد مؤمن، خسارت دادرسی، نشریه قضاوت، شماره ۲۵، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی <http://www.ghazavat.com/25/maghale.htm>
۵۲. قمی، محمد مؤمن، سخنرانی ارائه شده در نخستین سمپوزیوم مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین، دانشگاه تهران، ۱۵ بهمن ۱۳۷۷ هـ.ش.
۵۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (خانواده)، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸ هـ.ش.
۵۴. لنکرانی، محمد فاضل موحدی، رساله توضیح المسائل (فاضل)، در یک جلد، قم، چاپ صد و چهاردهم، ۱۴۲۶ هـ.ق.
۵۵. لنکرانی، محمدجواد، بررسی فقهی حقوقی تلقیح مصنوعی، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۳۸۷ هـ.ش.
۵۶. مدنی، جلال الدین، آیین دادرسی مدنی، تهران، چاپ چهارم، گنج دانش، ۱۳۷۵ هـ.ش.
۵۷. محلاتی، شهربانو، بررسی خلاءهای قانونی حقوق کودک ناشی از تلقیح مصنوعی، شورای فرهنگی و اجتماعی زنان، روابط عمومی، تهران، ۱۳۸۴ هـ.ش.
۵۸. محمدزاده، خلیل علی، پزشکی در آئینه اجتهاد، قم، انصاریان، ۱۳۷۵ هـ.ش.
۵۹. محمودی دشتی، علی اکبر، ادله اثبات دعوی، قم، چاپ اول، باقری، ۱۳۷۳ هـ.ش.
۶۰. مرقاتی، طه، «حقوق کودکان در اهدای گامت»، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری (مجموعه مقالات)، تهران، سمت و پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۴ هـ.ش.
۶۱. معلوف، لوئیس، المنجد فی اللغة، بیروت، چاپ بیست و یکم، دارالمشرق، ۱۹۷۳ م.
۶۲. معین، محمد، فرهنگ معین، تهران، چاپ ششم، امیر کبیر، ۱۳۶۳ هـ.ش.

۶۳. مکارم شیرازی، ناصر، استفتائات جدید، قم، انتشارات مدرسه امام علی ابن ابیطالب (ع)، ۱۳۸۱ هـ.ق.
۶۴. مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، تهران، چاپ بیست و یکم، دارالکتب اسلامی، ۱۳۸۳ هـ.ش.
۶۵. مکارم شیرازی، ناصر، رساله توضیح المسائل (مکارم)، در یک جلد، قم، چاپ پنجاه و دوم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۹ هـ.ق.
۶۶. منتظرظهور، محمود، اقتصادخرد و کلان، تهران، دانشگاه تهران، موسسه انتشارات و چاپ، ۱۳۸۱ هـ.ش.
۶۷. مؤذن زادگان، حسنعلی و بابک عظیمی فر، اخلاق زیستی از منظر حقوقی، فلسفی و علمی تهران، چاپ دوم، سمت، ۱۳۸۴ هـ.ش.
۶۸. موسویان، ابوالفضل، قلمرو حجیت علم قاضی در فقه، مجله مقالات و بررسی ها، دانشگاه تهران، شماره ۷۷، بهار و تابستان ۱۳۸۴ هـ.ش.
۶۹. مهرپور، حسین، مباحثی از حقوق زن، اطلاعات، تهران، ۱۳۹۳ هـ.ش.
۷۰. نایب زاده، عباس، بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی، تهران، مجلد، ۱۳۸۰ هـ.ش.
۷۱. نریمان، مینا، همکاری علم ژنتیک در اثبات ابوت یا نسب، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی :
http://www.drnariman.ir/site/index.php?option=com_content&view=article&id=۲
۷۲. نیکول، دسموند اس.تی، پیش درآمدی بر مهندسی ژنتیک، ترجمه محمود امین لاری، شیراز، دانشگاه شیراز، ۱۳۷۸ هـ.ش.
۷۳. یزدی، محمد، باروری های مصنوعی و حکم فقهی آن، مجله فقه اهل بیت، شماره ۶، سال دوم، ۱۳۷۵ هـ.ش.
۷۴. یزدی، مصطفی محقق داماد، قواعد فقه (محقق داماد)، ۴ جلد، تهران، چاپ دوازدهم، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ هـ.ق.

۷۵. هیل، والتر انساین، مقدمه ای بر مهندسی ژنتیک، ترجمه صادق ولیان بروجنی و محمد رونقی، اصفهان، دانشگاه اصفهان، ۱۳۸۶ ه.ش.

منابع عربی

۷۶. آملی طبری تهرانی، محمد تقی بن آخوند ملا محمد بن علی، المکاسب و البیع، تقریرات درس محقق نائینی، قم، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۱۳ ه.ق.
۷۷. ابن ابی حدید، عبد الحمید بن محمد بن محمد، شرح نهج البلاغه ابن ابی الحدید، قم، مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی (ره)، ۱۴۰۳ ه.ق.
۷۸. ابن زکریا، احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۶ جلد، قم، چاپ اول، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ ه.ق.
۷۹. ابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن محمد، المغنی، بیروت، ۱۴۰۳ ه.ق.
۸۰. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، ۱۵ جلد، بیروت، چاپ سوم، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، ۱۴۱۴ ه.ق.
۸۱. اراکی، محمد علی، کتاب النکاح (للأراکی)، در یک جلد، قم، چاپ اول، نور نگار، ۱۴۱۹ ه.ق.
۸۲. اراکی، محمد علی، المکاسب المحرمه (للأراکی)، در یک جلد، مؤسسه در راه حق، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۸۳. اردبیلی، احمد بن محمد، زبدۀ البیان فی أحكام القرآن، در یک جلد، تهران، چاپ اول، المکتبه الجعفریة لإحياء الآثار الجعفریة، بی تا.
۸۴. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ۱۴ جلد، قم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ه.ق.
۸۵. اشعری، علی بن اسماعیل، مقالات الإسلامیین و اختلاف المصلین، مصحح: ریتز، هلموت، دار النشر فرانز شتاينر، بیروت بی تا.
۸۶. اصفهانی، حسین بن محمد راغب، مفردات ألفاظ القرآن، در یک جلد، دار العلم - الدار الشامیة، لبنان - سوریه، اول، ۱۴۱۲ ه.ق.

۸۷. اصفهانی، محمد تقی رازی نجفی، تبصرة الفقهاء، ۳ جلد، قم، چاپ اول، مجمع الذخائر الإسلامية، ۱۴۲۷ هـ.ق.
۸۸. اصفهانی، ابو الحسن، وسیله النجاة (مع حواشی الگلپایگانی)، ۳ جلد، قم، چاپ اول، چاپخانه مهر، ۱۳۹۳ هـ.ق.
۸۹. انصاری، قدرت الله، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ۴ جلد، قم، چاپ اول، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام (ع)، ۱۴۲۹ هـ.ق.
۹۰. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، کتاب النکاح (للشیخ الأنصاری)، در یک جلد، قم، چاپ اول، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۹۱. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، فرائد الاصول، قم، چاپ اول، اسماعیلیان، ۱۳۷۵ هـ.ق.
۹۲. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری)، ط - الحدیث، ۶ جلد، قم، چاپ اول، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۹۳. انصاریان، حسین، الأسرة و نظامها فی الإسلام، قم، دارالعرفان، ۱۴۲۵ هـ.ق.
۹۴. ایروانی، باقر، دروس تمهیدیة فی القواعد الفقهیة، دو جلد، قم، چاپ سوم، دار الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۶ هـ.ق.
۹۵. بجنوردی، محمد بن حسن موسوی، قواعد فقهیه، ۲ جلد، تهران، چاپ سوم، مؤسسه عروج، ۱۴۰۱ هـ.ق.
۹۶. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ۲۵ جلد، قم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵ هـ.ق.
۹۷. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، بلغة الفقیه، ۴ جلد، تهران، چاپ چهارم، منشورات مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ هـ.ق.
۹۸. بروجری، آقا حسین طباطبائی - مترجمان: حسینیان قمی، مهدی - صبوری، منابع فقه شیعه، ۳۱ جلد، تهران، چاپ اول، انتشارات فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ هـ.ق.

۹۹. تبریزی، جواد بن علی، صراط النجاة (للتبریزی)، ۷ جلد، قم، چاپ اول، دار الصدیقه الشهیده، ۱۴۲۷ هـ.ق.
۱۰۰. تبریزی، جواد بن علی، المسائل المنتخبه (للتبریزی)، در یک جلد، قم، چاپ پنجم، دار الصدیقه الشهیده سلام الله علیها، ۱۴۲۷ هـ.ق.
۱۰۱. جزری (ابن اثیر)، مبارک بن محمد، النهایه فی غریب الحدیث و الأثر، ۵ جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی تا.
۱۰۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، چاپ ششم، گنج دانش، ۱۳۷۲ هـ.ش.
۱۰۳. جناتی، محمد ابراهیم، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۳۷۰ هـ.ش.
۱۰۴. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیه، ۶ جلد، بیروت، چاپ اول، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۰۵. حائری طباطبایی، علی بن محمد، ریاض المسائل (ط - القدیمه)، ۲ جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، بی تا.
۱۰۶. حائری مازندرانی، محمد بن اسماعیل، منتهی المقال فی أحوال الرجال، ۷ جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۶ هـ.ق.
۱۰۷. حرّعاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ۳۰ جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۱۰۸. حسینی، شهاب الدین، التلخیص الصناعات بین العلم و الشریعه، بیروت، دار الإسلامیه، ۱۴۲۰ هـ.ق.
۱۰۹. حکیم، محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶ هـ.ق.
۱۱۰. حکیم، محسن طباطبایی، منهاج الصالحین (المحشّی للحکیم)، ۲ جلد، بیروت، چاپ اول، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۱۱. حکیم، محمدتقی، الاصول العامه للفقّه المقارن، قم، چاپ دوم، مؤسسه آل البيت للطباعه و النشر،

۱۳۹۰ هـ.ق.

۱۱۲. حلی (ابن زهره)، حمزه بن علی حسینی، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، در یک جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ هـ.ق.

۱۱۳. حلی ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ۳ جلد، قم، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ هـ.ق.

۱۱۴. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان، ۲ جلد، قم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ هـ.ق.

۱۱۵. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین، در یک جلد، تهران، چاپ اول، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ هـ.ق.

۱۱۶. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط - الحديثة)، ۶ جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ هـ.ق.

۱۱۷. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکره الفقهاء (ط - القديمة)، در یک جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۳۸۸ هـ.ق.

۱۱۸. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، رجال العلامة - خلاصة الأقوال، در یک جلد، نجف، چاپ دوم، منشورات المطبعة الحیدریة، ۱۳۸۱ هـ.ق.

۱۱۹. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، ۳ جلد، قم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ هـ.ق.

۱۲۰. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، ۹ جلد، قم، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ هـ.ق.

۱۲۱. حلی، فخر المحققین محمد بن حسن بن یوسف، إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ۴ جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ هـ.ق.

۱۲۲. حلی، یحیی بن سعید، الجامع للشرائع، در یک جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه سید الشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ هـ.ق.
۱۲۳. حمیری، نشوان بن سعید، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم، ۱۲ جلد، دار الفکر المعاصر، بیروت، چ اول، ۱۴۲۰ هـ.ق.
۱۲۴. خمینی، روح الله، انوار الهدایه فی التعلیقہ علی الکفایا، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۱۲۵. خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، ۲ جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی تا.
۱۲۶. خمینی، روح الله، الرسائل، ۲ جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۲۷. خمینی، مصطفی، تحریرات فی الأصول، ۸ جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۱۸ هـ.ق.
۱۲۸. خوانساری، احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ۷ جلد، قم، چاپ دوم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ هـ.ق.
۱۲۹. خویی، ابو القاسم موسوی، أجود التقريرات، ۲ جلد، قم، چاپ اول، مطبعة العرفان، ۱۳۵۲ هـ.ش.
۱۳۰. خویی، ابو القاسم موسوی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ۶ جلد، قم، چاپ اول، تحت اشراف جناب آقای لطفی، ۱۴۱۸ هـ.ق.
۱۳۱. خویی، ابو القاسم موسوی، مبانی تکملة المنهاج، ۲ جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره، ۱۴۲۲ هـ.ق.
۱۳۲. خویی، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهة (المکاسب)، ۷ جلد، بی تا.
۱۳۳. خویی، ابو القاسم موسوی، منهاج الصالحین (للخوئی)، ۲ جلد، قم، چاپ بیست و هشتم، نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۳۴. خویی، ابو القاسم موسوی، موسوعة الإمام الخوئی، ۳۳ جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره، ۱۴۱۸ هـ.ق.

۱۳۵. راوندی، قطب الدین سعید بن عبدالله، فقه القرآن (للاوندی)، ۲ جلد، قم، چاپ دوم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - رحمه الله، ۱۴۰۵ هـ.ق.
۱۳۶. روحانی، محمدصادق، فقه الصادق، قم، چاپ سوم، مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۱۳۷. روحانی قمی، محمد حسینی، القواعد الفقهیه (منتقى الأصول)، ۳ جلد، قم، چاپ اول، چاپخانه امیر، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۱۳۸. سبزواری، عبدالاعلی، تهذیب الأصول، ۲ جلد، قم، چاپ دوم، مؤسسه المنار، بی تا.
۱۳۹. سبزواری، عبد الاعلی، مهذب الأحكام (للسبزواری)، ۳۰ جلد، قم، چاپ چهارم، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۱۴۰. سرخسی، ابی بکر محمد، اصول السرخسی، بیروت، چاپ اول، دارالکتاب العلمیه، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۱۴۱. سعدی، ابو جیب، القاموس الفقہی لغۀ و اصطلاحا، در یک جلد، دمشق، چاپ دوم، دار الفکر، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۱۴۲. سیستانی، علی حسینی، المسائل المنتخبه (للسیستانی)، در یک جلد، قم، چاپ نهم، دفتر حضرت آیه الله سیستانی، ۱۴۲۲ هـ.ق.
۱۴۳. سیوری حلی، مقداد بن عبد الله، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ۴ جلد، قم، چاپ اول، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، ۱۴۰۴ هـ.ق.
۱۴۴. شاهرودی، محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۲ جلد، قم، مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۳۸۲ هـ.ش.
۱۴۵. شاهرودی، محمود هاشمی، قراءات فقهیه معاصره، دو جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۳ هـ.ق.
۱۴۶. شاهرودی، محمود هاشمی، معجم فقه الجواهر، ۶ جلد، بیروت، چاپ اول، الغدیر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۱۴۷. شبیری زنجانی، موسی، کتاب نکاح (زنجانی)، ۲۵ جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، ۱۴۱۹ هـ.ق.

۱۴۸. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، الانتصار فی انفرادات الإمامیه، در یک جلد، قم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۱۴۹. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، رسائل الشریف المرتضی، ۴ جلد، قم، چاپ اول، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵ هـ.ق.
۱۵۰. صافی گلپایگانی، لطف الله، جامع الأحکام (صافی)، دو جلد، انتشارات حضرت معصومه سلام الله علیها، قم - ایران، چهارم، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۱۵۱. صدر، محمد، ما وراء الفقه، ۱۰ جلد، بیروت، چاپ اول، دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۲۰ هـ.ق.
۱۵۲. صدر، محمدباقر، دروس فی علم الاصول، ۳ جلد، بیروت، چاپ دوم، دارالکتب اللبنانی مکتبه المدرسه، ۱۴۰۶ هـ.ق.
۱۵۳. صدر، محمدباقر، المعالم الجدیدة للأصول (طبع جدید)، قم، چاپ دوم، کنگره شهید صدر، ۱۳۷۹ هـ.ش.
۱۵۴. صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام، ۴ جلد، بیروت، چاپ اول، دار الهادی، ۱۴۲۰ هـ.ق.
۱۵۵. ضیف، شوقی، المعجم الوسیط، قاهره، چاپ چهارم، مکتبه الشروق الدولیة، ۱۴۲۶ هـ.ق.
۱۵۶. طباطبایی، محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۹۳ هـ.ق.
۱۵۷. طباطبایی قمی، تقی، مبانی منهاج الصالحین، ۱۰ جلد، قم، چاپ اول، منشورات قلم الشرق، ۱۴۲۶ هـ.ق.
۱۵۸. طبرسی، فضل بن حسن، تفسیر جوامع الجامع، مشهد، آستان قدس رضوی، ۱۳۷۷ هـ.ش.
۱۵۹. طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، با مقدمه محمدجواد بلاغی، تهران، ناصرخسرو، ۱۳۷۲ هـ.ش.

۱۶۰. طریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، ۶ جلد، تهران، چاپ سوم، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ هـ.ق.
۱۶۱. طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، ۴ جلد، تهران، چاپ اول، دار الکتب الإسلامية، ۱۳۹۰ هـ.ق.
۱۶۲. طوسی، محمد بن حسن، الأمالی (للشیخ الطوسی)، در یک جلد، قم، چاپ اول، دار الثقافة، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۱۶۳. طوسی، محمد بن حسن، التبیان فی تفسیر القرآن، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۱۶۴. طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الأحکام، ۱۰ جلد، تهران، چاپ چهارم، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ هـ.ق.
۱۶۵. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، ۶ جلد، قم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ هـ.ق.
۱۶۶. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه، ۸ جلد، تهران، چاپ سوم، المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ هـ.ق.
۱۶۷. طوسی، محمد بن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، در یک جلد، بیروت، چاپ دوم، دار الكتاب العربی، ۱۴۰۰ هـ.ق.
۱۶۸. عاملی، جواد بن محمد حسینی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - الحدیثه)، ۲۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۹ هـ.ق.
۱۶۹. عاملی، محمد بن علی موسوی، نهایه المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام، ۲ جلد، قم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۱ هـ.ق.
۱۷۰. عاملی، یاسین عیسی، الاصطلاحات الفقهیة فی الرسائل العملیه، در یک جلد، بیروت، چاپ اول، دار البلاغه للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۱۷۱. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، ۳ جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ هـ.ق.

۱۷۲. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامیه، در یک جلد، بیروت، چاپ اول، دار التراث - الدار الإسلامية، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۷۳. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقية (المحشی - کلاتر)، ۱۰ جلد، کتابفروشی داورى، قم - ایران، اول، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۷۴. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسه المعارف الإسلامية، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۱۷۵. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ۱۳ جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۱۷۶. عبد الرحمان، محمود، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، ۳ جلد، بی تا.
۱۷۷. عراقی، آقا ضیاء الدین علی کزازی، شرح تبصرة المتعلمين (للاغا ضیاء)، ۵ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۱۷۸. عسکری، ابوهلال، معجم الفروق اللغویه، قم، چاپ اول، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ هـ.ق.
۱۷۹. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، ۲ جلد، قم، چاپ سوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۱۸۰. فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، قم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ هـ.ق.
۱۸۱. فتح الله، احمد، معجم الفاظ الفقه الجعفری، کتاب الکترونیکی مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت (ع)، ۱۳۸۸ هـ.ش.
۱۸۲. فخر رازی، ابو عبدالله محمد بن عمر، التفسیر الکبیر (مفاتیح الغیب)، بیروت، چاپ سوم، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۰ هـ.ق.
۱۸۳. فخر رازی، محمد بن عمر، المحصل، محقق: اتای، حسین، قاهره، مکتبه دار التراث، بی تا.

۱۸۴. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، ۸ جلد، قم، چاپ دوم، نشر هجرت، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۸۵. فضلی، عبدالهادی، مبادئ علم الفقه، بیروت، ۱۴۱۶ هـ.ق.
۱۸۶. فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، بیروت، دار الکتب العلمیه، بی تا.
۱۸۷. فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، مفاتیح الشرائع، ۳ جلد، قم، چاپ اول، انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی - ره، بی تا.
۱۸۸. فیومی، احمد بن محمد مقرئ، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، در یک جلد، قم، چاپ اول، منشورات دار الرضی، بی تا.
۱۸۹. قرشی، علی اکبر، قاموس قرآن، جلد، تهران، چاپ چهارم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۴ هـ.ش.
۱۹۰. قرطبی، محمد بن احمد انصاری، الجامع الاحکام القرآن (تفسیر قرطبی)، بیروت، چاپ دوم، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۵ هـ.ق.
۱۹۱. قمی، محمد مؤمن، کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة، در یک جلد، قم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۱۹۲. قمی (شیخ صدوق)، محمد بن علی بن بابویه، الخصال، قم، چاپ دوم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ هـ.ق.
۱۹۳. قمی (شیخ صدوق)، محمد بن علی بن بابویه، من لا یحضره الفقیه، ۴ جلد، قم، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۱۹۴. قمی مشهدی، محمد بن محمد رضا، تفسیر کنز الدقائق و بحر الغرائب، تحقیق حسین درگاهی، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸ هـ.ش.
۱۹۵. قندهاری، محمد آصف محسنی، الفقه و مسائل طبیة، ۲ جلد، قم، چاپ اول، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴ هـ.ق.
۱۹۶. کاظمی خراسانی، محمد علی، فوائد الاصول، تقریرات میرزای نائینی، ۳ جلد، با تعلیقات ضیاءالدین عراقی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۹ هـ.ق.

۱۹۷. کشی، محمد بن عمر بن عبد العزیز، رجال کشی، در یک جلد، مشهد، مؤسسه نشر دانشگاه مشهد، ۱۴۹۰ هـ.ق.
۱۹۸. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، الکافی (ط - دار الحديث)، ۱۵ جلد، قم، چاپ اول، دار الحديث للطباعة و النشر، ۱۴۲۹ هـ.ق.
۱۹۹. گلپایگانی، محمد رضا موسوی، کتاب الشهادات (للگلپایگانی)، در یک جلد، قم، چاپ اول، جناب مقرر کتاب، ۱۴۰۵ هـ.ق.
۲۰۰. گلپایگانی، محمد رضا موسوی، کتاب القضاء (للگلپایگانی)، ۲ جلد، قم، چاپ اول، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۲۰۱. گلپایگانی، محمد رضا موسوی، مجمع المسائل (للگلپایگانی)، ۵ جلد، قم، چاپ دوم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۲۰۲. لنکرانی، محمد فاضل موحدی، ایضاح الکفایه، قم، چاپ پنجم، نوح، ۱۳۸۵ هـ.ش.
۲۰۳. لنکرانی، محمد فاضل موحدی، جامع المسائل (عربی - للفاضل)، در یک جلد، قم، چاپ اول، انتشارات امیر قلم، ۱۴۲۵ هـ.ق.
۲۰۴. لنکرانی، محمد فاضل موحدی، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الحجر، در یک جلد، قم، چاپ اول، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۱ هـ.ق.
۲۰۵. لنکرانی، محمد فاضل موحدی، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الحدود، در یک جلد، قم، چاپ اول، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۲ هـ.ق.
۲۰۶. لنکرانی، محمد فاضل موحدی، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - النکاح، در یک جلد، قم، چاپ اول، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۱ هـ.ق.
۲۰۷. لنکرانی، محمد فاضل موحدی، رساله توضیح المسائل (فاضل)، در یک جلد، قم، چاپ صد و چهاردهم، ۱۴۲۶ هـ.ق.
۲۰۸. مجلسی اول، محمد تقی، روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، ۱۳ جلد، قم، چاپ دوم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور، ۱۴۰۶ هـ.ق.
۲۰۹. مجلسی اول، محمد تقی، لوامع صاحبقرانی، ۸ جلد، قم، چاپ دوم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۴ هـ.ق.

۲۱۰. مجلسی دوم ، محمد باقر بن محمد تقی، بحار الأنوار، ۳۳ جلد، بیروت ، چاپ اول ، مؤسسه الطبع و النشر، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۲۱۱. مجلسی دوم، محمد باقر بن محمد تقی، ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، ۱۶ جلد، قم ، چاپ اول ، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره ، ۱۴۰۶ هـ.ق.
۲۱۲. محقق حلی ، نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۴ جلد، قم ، چاپ دوم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۲۱۳. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، ۲ جلد، قم ، چاپ ششم ، مؤسسه المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ هـ.ق.
۲۱۴. مراغی، میر عبد الفتاح بن علی حسینی، العناوین الفقهیة، ۲ جلد، قم ، چاپ اول ، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۲۱۵. مشکینی، میرزا علی، اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها، در یک جلد، قم ، چاپ ششم ، نشر الهادی، ۱۴۱۶ هـ.ق.
۲۱۶. مشکینی، میرزا علی، مصطلحات الفقه، در یک جلد، بی تا.
۲۱۷. مصطفوی ، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۷ جلد ، تهران ، مرکز نشر آثار العلامة المصطفوی، ۱۴۳۰ هـ.ق.
۲۱۸. مصطفوی، محمد کاظم، مائه قاعدة فقهیة، در یک جلد، قم، چاپ چهارم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۱ هـ.ق.
۲۱۹. مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، قم ، چاپ دوم ، مکتب الاعلام الاسلام ، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۲۲۰. معلوف، لويس، المنجد فی اللغة، بیروت، چاپ بیست و یکم ، دارالمشرق، ۱۹۷۳ م.
۲۲۱. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، أوائل المقالات ، قم ، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید - رحمه الله علیه، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۲۲۲. مفید ، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، المقنعة (للشیخ المفید)، در یک جلد، قم ، چاپ اول ، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید - رحمه الله علیه، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۲۲۳. مکارم شیرازی، ناصر، الفتاوی الجديدة (لمکارم)، ۳ جلد، قم ، چاپ دوم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ هـ.ق.

۲۲۴. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهية (لمکارم)، ۲ جلد، قم، چاپ سوم، مدرسه امام امیر المؤمنین - علیه السلام، ۱۴۱۱ هـ.ق.
۲۲۵. میرزای قمی، ابو القاسم بن محمد حسن، القوانين المحکمه فی اصول الفقه، کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۷۸ هـ.ش.
۲۲۶. میرزای قمی، ابو القاسم بن محمد حسن، غنائم الأيام فی مسائل الحلال و الحرام، ۶ جلد، قم، چاپ اول، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۲۲۷. نائینی، محمد حسین، فوائد الأصول، ۴ جلد، قم، چاپ اول، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۶ هـ.ش.
۲۲۸. نجفی (صاحب الجواهر)، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ۴۳ جلد، بیروت، چاپ هفتم، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ.ق.
۲۲۹. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، در یک جلد، قم، چاپ اول، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۲۳۰. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، ۱۹ جلد، قم، چاپ اول، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۲۳۱. نوری، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ۱۸ جلد، بیروت، چاپ اول، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۲۳۲. النووی الدمشقی، یحیی بن شرف، روضه الطالبین، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی تا.
۲۳۳. یزدی، مصطفی محقق داماد، قواعد فقه (محقق داماد)، ۴ جلد، تهران، چاپ دوازدهم، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ هـ.ق.
۲۳۴. یزدی طباطبایی، محمد کاظم طباطبایی، العروة الوثقی (للسید الیزدی)، ۲ جلد، بیروت، چاپ دوم، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۲۳۵. واسطی زبیدی حنفی، محب الدین سید محمد مرتضی حسینی، تاج العروس من جواهر القاموس، ۲۰ جلد، بیروت، چاپ اول، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۲۳۶. وحید بهبهانی، محمدباقر بن محمد اکمل، الفوائد الحائریة، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ هـ.ق.

Abstract

Regarding to importance of generation for keeping the family and generation stability and sequence of some of juridical decrees about recognition of offspring and his(her) parents kinship or other family relations, the lawyer always try to preserve generation. Hence for proving the generation in Ja'fari jurisprudence several reasons such as Alfrash(Frasch rule-the base of the bed), confession, testimony, ... ,and in assuming the absence of stronger reasons, due to the discovery of fact, believes in the weakest arguments such as "the rule of low lot". The importance of the issue of generation and how to prove it by new ways such as tests, DNA fingerprinting and the conditions for realizing it, especially in the area of mostahdethe(a new phenomenon) such as in vitro fertilisation and surrogacy that are one of current era new subjects all are the main reasons for selecting this subject. According to the subject structure the manner and method of the study is a library and descriptive method, and the information have been gathered by taking notes from valid and primary source books of juridical and legal and by using of juridical specialized soft wares and the articles of various research sites for more certainty and benefits. The article wants to clarify the ways of realizing and proof of parentage in mostahdethe issues such as in vitro fertilisation and surrogacy, and to investigate new ways of prove or disprove generation and their authority in view of jurisprudence, and express the works and sequence decrees on prove or disprove generation, and regarding to non-restricted prove or disprove reasons it is concluded the results of DNA and DNA fingerprinting are valid and authorized in view of religious decrees.

Keywords: Generation, Generation prove, Generation realized, Mostahdethe issues, DNA testing