

Effect of the Variable of Marriage on the Reproductive Right in the Legal Systems of Islam, the United Kingdom and the United States

Received: 14/02/2017; Accepted: 25/12/2017 Mohaddeseh Moeinifar¹

Abstract:

Childbearing and its related aspects is one of the issues that is of significance in the current Iranian society and one of the factor which influences it is marriage. In addition, through the changes occurred in families and its relative collapse in western countries, the way of considering the issue of childbearing, while not losing its value and importance, has been highly different. The present study, through a descriptive-analytic approach, has attempted to answer the main question that what is the position of a variable such as marriage in vindication of the reproductive right of human in Islamic, UK and US legal systems? The results of this research demonstrate that in Islamic law, marriage is an important factor in vindicating the human reproductive right, so the singles cannot do so without it and even after the dissolution of marriage due to various causes like death, divorce, termination, apostasy etc., this vindication is limited and only in certain situations is permissible. However, in British law it is subject to the written permission of the husband and in US law, after the death of the husband, the wife can use his sperm for childbearing unlimitedly and give birth to a child in this way. The significance of this matter is illustrated when the rights of babies and children is the case. From the Islamic point of view, parentage as a basic and essential right can guarantee the other rights of the child, and if this right cannot be proven, then it would not be easy to talk about other rights of the child.

Keywords: Reproductive Right, Marriage, Celibacy, Divorce, Death, Dissolution of the Marriage.



¹ Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Islamic Sciences and Researches, Imam Khomeini International University of Qazvin; Email: moeinifar@isr.ikiu.ac.ir

تأثیر متغیر نکاح در استیفای حق تولید مثل در حقوق اسلام، انگلیس و آمریکا

تاریخ دریافت ۹۵/۱۱/۲۶ - تاریخ پذیرش ۹۶/۱۰/۰۴ محدثه معینی فر^۱

چکیده

فرزندآوری و مباحث مربوط به آن، از مسائلی است که در جامعه امروز ایران حائز اهمیت و یکی از عوامل مؤثر بر آن، ازدواج است. به علاوه، با تحولات خانواده و اضمحلال نسبی آن در کشورهای غربی مسأله فرزندآوری ارزش و اهمیت خود را از دست نداده، اما نحوه توجه به آن بسیار متفاوت شده است. پژوهش پیش رو، کوشیده به روش توصیفی - تحلیلی به این پرسش اساسی پاس دهد که در نظام حقوقی اسلام، انگلیس و آمریکا متغیری مثل نکاح در استیفای حق تولیدمثل انسان چه جایگاهی دارد؟ نتایج این پژوهش نشان می‌دهد در اسلام، ازدواج عاملی مهم در استیفای حق تولید مثل است و افراد مجرد نمی‌توانند بدون آن به این کار اقدام کنند و پس از انحلال نکاح به طرق مختلفی چون مرگ، طلاق، فسخ، ارتداد و غیره، نیز این استیفا محدود و فقط در برخی حالت‌ها، حکم آن جواز است؛ ولی در حقوق انگلیس، این امر نیازمند اجازه‌نامه کتبی زوج است و در آمریکا، پس از مرگ زوج، زوجه می‌تواند بدون هیچ محدودیتی از اسپرم وی برای فرزندآوری استفاده کند و از این طریق صاحب فرزند شود. اهمیت این موضوع هنگامی روشن می‌شود که پای حقوق اطفال و کودکان در میان باشد. از دیدگاه اسلامی، نسب به عنوان یک حق پایه و اساسی می‌تواند حقوق دیگر کودک را تضمین نماید و در صورتی که نتوان این حق بنیادین را اثبات کرد، صحبت از سایر حقوق به سادگی میسر نخواهد بود.

واژگان کلیدی: حق تولید مثل، نکاح، تجرد، طلاق، موت، انحلال نکاح.





مقدمه

خانواده به عنوان سلول بنیادی هر جامعه دارای کارکردهای متفاوتی است. یکی از کارکردهای متفاوت آن، فرزندآوری و افزایش نسل است. تمامی جامعه شناسان غربی هنگام سخن گفتن از کارکردهای خانواده، به کارکرد افزایش نسل اشاره می‌کنند. البته با توجه به تحولات خانواده در عصر کنونی در کشورهای غربی، بسیاری از این کارکردها محقق نمی‌شوند یا به گونه‌ای کامل تحقق نمی‌یابند. از سوی دیگر، طرح نظریات حقوقی گوناگون همچون نظریه منفعت و نظریه حق در حقوق کشورهای مذکور و توجه به موضوع حقوق افراد سبب شده است تا بحث جدیدی با عنوان حق تولیدمثل در این کشورها مطرح شود که نحوه استیفای آن از مسائل مهم است. متغیرهای مختلفی مانند ازدواج بر نحوه استیفای حق تولیدمثل مؤثر هستند. بر همین اساس، پژوهش حاضر درصدد پاسخگویی به این سؤال است که در نظام حقوقی اسلام، انگلیس و آمریکا متغیری مثل نکاح در استیفای حق تولیدمثل انسان چه جایگاهی دارد؟

این پژوهش به روش توصیفی - تحلیلی انجام شده و بر این فرضیه مبتنی است که متغیر نکاح در نظام حقوقی اسلام به عنوان مقدمه مهم و ضروری برای فرزندآوری در نظر گرفته شده، درحالی که این موضوع اهمیت خود را در قوانین انگلیس و آمریکا از دست داده است.

در این مقاله تلاش شده تأثیر سه موضوع مهم تجرد، ازدواج و انحلال آن بر استیفای حق تولیدمثل سنجیده شود و موضع قانونگذار نظام‌های حقوقی فوق نسبت به آن تبیین شود.



۱. تجرد

از بررسی آیات و روایات و روش‌های سلبی و ایجابی حفظ مقصد نسل یا تحصیل مصالح و دفع مفسد برای حفظ آن می‌توان به این نتیجه رسید که یگانه راه فرزندآوری و تحقق بخشیدن به اصل تکثیر نسل در چارچوب نکاح شرعی است. به علاوه، نخستین حق فرزند، تولد او در خانواده و از پدر و مادری شایسته است. بنابراین، نمی‌توان حق تولیدمثل را برای افراد مجرد قائل شد، زیرا در اولین گام، حق کودک در داشتن والدین نادیده انگاشته می‌شود. این بحث با موضوع استیفای حق تولیدمثل پس از مرگ نیز تلاقی دارد که به بخش‌های زیر تقسیم و بررسی می‌شود:

۱. گاهی فرد اساساً ازدواج نکرده و از اسپرم یا تخمک یا جنین بیگانه برای زادآوری بهره‌مند و صاحب فرزند می‌شود، در صورت نخست، علاوه بر انجام کار حرام، کودک را از داشتن پدر یا مادر محروم کرده و در صورت دوم، که از نظر بیش‌تر فقها صاحبان نطفه، پدر و مادر حقیقی کودک هستند، وی را از داشتن هر دو محروم کرده است.

۲. گاهی تجرد فرد به واسطه طلاق یا فوت همسر اوست و مجدد ازدواج ننموده است.

۳. علاوه بر این، ممکن است که زوجین پیش از ازدواج، اقدام به این کار کنند که چند حالت دارد: نخست، همه فرآیند پیش از عقد صورت گیرد. دوم، لقاح پیش از عقد باشد، اما کاشت پس از عقد صورت گیرد. سوم، برداشت اسپرم و تخمک پیش از عقد باشد، اما تلقیح و کاشت پس از عقد صورت گیرد.

حکم این مسأله را می‌توان از مباحث فقها درباره فرزندآوری پیش از عقد به واسطه ملاعبه (تفخیزد) یا دخول به دست آورد. هر چند برخی فقها کودک ناشی از ملاعبه و تفخیزد پیش از عقد را منتسب به پدر و مادرش می‌دانند، ولی برای ارث باید با سایر وراث صلح نماید و کودک ناشی از دخول پیش از عقد را ولد زنا تلقی می‌کنند (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۵۵۱)؛ اما برخی دیگر بدون آن که میان ملاعبه و دخول فرق بگذارند، هر دو را ولد زنا می‌دانند (قبله‌ای، ۱۳۷۸). بنابراین، می‌توان حکم دو صورت نخست را بر اساس این دو دیدگاه، ملحق به زنا یا عدم انتساب نمود. اما در مورد حالت سوم (برداشت پیش از عقد و تلقیح پس از آن) به نظر می‌رسد که صرف نظر از مقدمات حرام، به عنوان





اولی حلال باشد، اما با لحاظ مقدمات حرام مانند استمنا، لمس و نظر و با توجه به آن که هیچ توجیهی برای انجام مقدمات آن توسط افراد مجرد وجود ندارد، احتیاط ایجاب می‌کند که به حرمت صورت سوم نیز حکم شود؛ اما اگر ضرورتی مانند بیماری ایجاب کند، برداشت و ذخیره آن مباح است و لقاح و کشت باید پس از عقد صورت گیرد.

فقهای شافعی هر سه صورت را جایز نمی‌دانند، زیرا در هنگام انزال منی، باید رابطه زوجیت موجود باشد. درباره تخمک زن نیز این حرمت وجود دارد (شرینی، ۱۳۷۷: ۵۳۹-۵۳۸)؛ اما برخی به جواز آن، برای مرد و زن در صورت وجود ضرورت حکم نموده‌اند (خلف، ۱۴۳۱: ۱۱۶-۱۱۱).

قانون انگلیس ارائه خدمات به زنان مجرد را مشروط به رعایت حق رفاه کودکان ناشی از فرآیند کرده، ولی در آمریکا قانون مشخصی درباره روش‌های کمک باروری وجود ندارد، اما کلینیک‌های ناباروری در آمریکا به ارائه خدمات درمان ناباروری نسبت به زنان مجرد نیز اقدام می‌کنند (Dickens and Cook, 1999: 58).

۲. نکاح و انواع آن

استیفای حق تولیدمثل در چارچوب ازدواج، با توجه به انواع آن دارای احکام متفاوتی است:


۱-۲. نکاح دائم

یگانه چارچوب تحقق فرزندآوری، ازدواج است. پس در اسلام، فرزندآوری در غیر این چارچوب معنایی ندارد.

۲-۲. نکاح موقت

درباره نکاح موقت یا متعه، میان فقهای امامیه و اهل سنت اختلاف است، در حالی که فقهای امامیه رأی به جواز آن می‌دهند (نجفی، ۱۳۶۳، ج ۳۰: ۱۴۰)، فقهای اهل سنت حکم مربوط به آن را نسخ شده و حرام می‌دانند (شافعی، ۱۴۰۳، ج ۵: ۸۵؛ نووی، بی‌تا، ج ۱۶: ۲۴۹؛ اصبحی، ۱۴۰۶، ج ۲: ۵۴۲؛ سرخسی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۱۵۲؛ ابن قدامه، بی‌تا، ج ۷: ۵۷۲؛ منیسی، ۱۴۱۶: ۴۷). از نظر فقهای امامیه، علاوه بر عقد دائم، در عقد موقت نیز فرزندآوری



 محقق و فرزند حاصل از آن به پدرش ملحق است و شوهر به واسطه شبهه نمی‌تواند وی را از خود نفی کند، اما اگر چنین کند، فرزند از او نفی می‌شود؛ اگر چه او کار حرامی انجام داده، زیرا فرزندی را که طبق حکم شارع ظاهراً ملحق به اوست، از خود نفی کرده است (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۵: ۲۸۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۲: ۱۹۲؛ یوسفی (فاضل آبی)، ۱۴۰۸: ۱۹۶؛ مکی عاملی، بی تا: ۱۷۵؛ حلی، ۱۴۰۷: ۴۲۳؛ طباطبایی، ۱۴۱۲: ۲۸)؛ هر چند عده‌ای با این حکم مخالف هستند (اسدی (علامه حلی)، ۱۴۱۸: ۹۹؛ حلی، ۱۳۸۷: ۲۶۰)؛ اما اگر دست از انکار بردارد و اعتراف کند که فرزند از آن اوست، این اعتراف صحیح است و فرزند به او ملحق می‌شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۵: ۲۸۸).

۲-۳. نکاح مسیار

نکاح مسیار همان نکاح دائم است که تمام شرایط نکاح را مثل ایجاب، قبول، مهر و شاهد - که در نظر فقهای اهل سنت از ارکان یا شرایط نکاح است - دارد، با این تفاوت که با شرط ضمن عقد یا اجرای عقد بر مبنای تراضی و توافق قبل از عقد یا بر مبنای عرفی یا با تعهد اخلاقی زن از بسیاری از حقوق خویش مانند حق نفقه، سکنی، لباس و حق قَسَم می‌گذرد و ممکن است مرد نیز از بعضی حقوق خود، مانند حق تسلط بر زن در رابطه با خروج از منزل یا اشتغال بگذرد یا ممکن است طرفین متقابلاً از حق ارث خود گذشت نمایند (زحیلی، ۲۰۰۶: ۸۴). البته در حکم این نکاح میان فقهای اهل سنت اختلاف است:

۱. بعضی این نکاح و شرایط آن را صحیح می‌دانند.
۲. بعضی نکاح مسیار را صحیح؛ ولی شرایطش را صحیح نمی‌دانند.
۳. بعضی نکاح و شرایط آن را فاسد می‌دانند.
۴. توقف.

برای بررسی بحث فرزندآوری در این چارچوب قطعاً باید تابع نظر نخست یا دوم بود، زیرا از منظر آنان که قائل به توقف یا حرمت شده‌اند، فرزندآوری در این نکاح جایز نیست:





۱- بر مبنای نظر آنان که معتقدند مسیاری، نکاح جایزی است که مقاصد و اهداف ازدواج از قبیل آرامش و معاشرت و تربیت اولاد، در آن تحقق نمی‌یابد (زحیلی، ۱۳۸۲: ۱۱۲)؛ نکاح مذکور، نمی‌تواند چارچوب مناسبی برای فرزندآوری باشد.

۲- بر مبنای نظر آنان که زوجه در این نکاح، می‌تواند برخی حقوق خود را مانند نفقه و میت اسقاط کند، می‌تواند حق فرزندآوری خود را نیز ساقط نماید. در غیر این صورت، فرزندآوری هم می‌تواند در این چارچوب تحقق یابد و اولاد نیز به پدر و مادرشان منتسب هستند.

۲-۴. همزیستی مشترک

قرارداد هم‌خانگی یا هم‌زیستی مشترک به روابطی اطلاق می‌شود که بین دو بزرگسال بدون ازدواج رسمی یا غیر رسمی یا تمایل به آن منعقد شده است، زیرا هم‌جنسند یا قدرت بر ازدواج در شرایط حقوقی و رسمی را ندارند (Sanford, 2003: 11-12).

همان‌طور که ذکر شد در اسلام، تنها ازدواج، معتبر و شرعی است، بنابراین، حکم همزیستی مشترک از نظر همه فقهای اسلام، حرمت و ملحق به زناست. بنابراین، تمامی فقهای اسلام به اتفاق در این مورد نیز طفل را به زانی ملحق نمی‌دانند و در نتیجه، رابطه شرعی نسبی و احکام و آثار ناشی از آن برای آن دو به جز حرمت نکاح محقق نیست. دلیل حکم هم‌احادیث به ویژه حدیث نبوی «الولد للفراش و للعاهر الحجر» و اجماع است (نجفی، ۱۳۶۳، ج ۲۹: ۲۵۶-۲۵۷).

البته یک نظر دیگر در میان فقهای امامیه وجود دارد که منتسب به مرحوم امامقانی است که اقوی از نظر وی، برابری ولد زنا و حلال زاده در همه احکام نسب به استثنای ارث است که به علت نص خاص بین زنازاده و خویشان او رابطه توارث وجود ندارد، اما در غیر این مورد (ولایت پدر و جد پدری، حق حضانت پدر و مادر، الزام به انفاق نسبت به این فرزند و حرمت نکاح) هم‌چون فرزندان شرعی هستند. آیت‌الله سیستانی (حسینی سیستانی، بی‌تا: ۶۸۵) و علامه بجنوردی نیز از این نظر تبعیت می‌کنند (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۴۴). آیات عظام



گلپایگانی و خمینی نفقه برای ولد زنا را واجب (کریمی، ۱۳۶۵: ۳۷؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۷۶) و آیت‌الله مدنی نیز علاوه بر نفقه، وی را از جهت حضانت ملحق به والدین خویش می‌دانند (مدنی تبریزی، ۱۴۱۶: ۱۸۷).

بنابراین، فرزندآوری از این طریق به معنای شرعی، حق زانی و زانیه نیست و نمی‌توانند بر اساس رابطه فاسد زنا، برای خود حق فرزندآوری لحاظ کنند، زیرا از نظر قواعد شرعی، فرزند به آن‌ها ملحق نمی‌شود. علاوه بر عدم جواز طلب فرزند از رابطه‌ای فاسد چون زنا یا سایر اشکال مدرن آن چون همزیستی مشترک و پیامدهای آن برای طفل مذکور در نظر شرع چون قطع رابطه توارث، نمی‌توان از آثار منفی آن بر کودک و اجتماع صرف نظر کرد که در روایاتی به آن‌ها اشاره شده است.

طبق قانون هم‌زیستی مشترک مدنی انگلستان مصوب ۲۰۰۴، شرکای جنسی می‌توانند هم‌زیستی مشترک داشته باشند و در این مسأله میان هم‌جنس‌گرایان و غیر آنان تفاوتی وجود ندارد (Gaffney-Rhys and others, 2011-2012: 12). طبق قوانین مذکور، زن و مرد هم‌زیست باید قراردادی داشته باشند که امور مربوط به آنان را مدیریت نماید. این امور شامل مواردی چون التزام‌های مادی، حق مالکیت، تکالیف والدینی، حفاظت در برابر خشونت خانگی، حق خاتمه دادن روابط و حق پذیرش فرزند خوانده می‌باشد (Standley, 2001: 45-47). این در حالی است که با افزایش هم‌خانگان در انگلستان، تعداد کودکان تولد یافته خارج از چارچوب ازدواج نیز افزایش یافته است. اما قانون کودکان ۱۹۸۹ تدبیری در این باره ندارد و در عین حال، این امر در تعارض با منفعت عالیه کودک است (Standley, 2001: 215). این امر نشان می‌دهد که از نظر قوانین مذکور فرزندآوری در این چارچوب، قانونی است و حتی به این افراد نیز خدمات درمان ناباروری و فرزند خواندگی ارائه می‌شود.

آمارها در آمریکا نشان می‌دهد که تا سال ۲۰۰۰ زنان و مردانی که ازدواج ننموده (چه از هم‌جنس‌بازان یا غیر آنان) در طی ۱۰ سال گذشته، به ۷۲ درصد افزایش یافته‌اند. این آمارها نشان می‌دهد بیش‌تر مردم به هم‌خانگی به عنوان جایگزینی برای ازدواج نگاه می‌کنند (Luppino, 2008: 113). در ایالت کالیفرنیا در سال ۲۰۰۳ قانونی برای به رسمیت





شناختن هم‌خانگی به تصویب رسید. باید دانست همان‌طور که در انگلستان کودکان ناشی از این روابط با مسائل و مشکلات بسیاری روبرو هستند، در آمریکا نیز این کودکان دارای مشکلات عدیده‌ای مانند مسأله نفقه و روابط نامن و شکننده با والدینشان هستند. علاوه بر این، در این مشکلات، والدین نیز درگیر هستند، از جمله این که برای پدر، در روابطش با فرزند خود، ابهام وجود دارد. این ابهام به جهت عدم وجود قانونی است که این کودکان را مشروع بداند (Sanford, 2003: 16-17).

۲-۵. ازدواج همجنس‌گرایان

حکم این مسأله نیز بسیار واضح است، اما برای بسط بحث ذکر چند نکته لازم است:

۱- به کار بردن لفظ ازدواج برای لواط یا مساحقه حتی در قوانین کشورهای غربی جایگاهی ندارد، زیرا قوانین مذکور ازدواج را میان دو غیر همجنس پذیرفته و در نتیجه، زندگی مشترک همجنس‌گرایان را در ذیل عنوان همزیستی مشترک یا مدنی، قانونی اعلام نموده‌اند (Sanford, 2003: 16-17). در اسلام نیز تعریف شرعی ازدواج میان دو غیر همجنس محقق است، نه دو همجنس و در چرایی حرمت زنا، مساحقه و لواط روایاتی (حر عاملی، ۱۴۱۴: ۳۳۲-۳۳۳) وجود دارند که از آنها می‌توان فهمید که اساساً حکمت مخالفت با زنا، لواط و مساحقه از آن جهت است که از این روابط یا فرزند نامشروعی پدید می‌آید یا اساساً فرزندی پدید نمی‌آید. بنابراین، تقاضای فرزند در همجنس‌گرایی در کشورهای آمریکا یا انگلیس در واقع تلاش برای مشروعیت بخشیدن به این روابط است تا آنها را نوعی از خانواده معرفی کنند.

۲- حکم همجنس‌گرایی همان حکم لواط و مساحقه در شرع اسلام است و شاید بتوان ادعا کرد که حرمت آن بیش از زناست، زیرا در تعارض با فطرت انسان است.

۳- نکته سوم، فرزندآوری در چارچوب این رابطه فاسد (لواط و مساحقه) است و با توجه به حرمت وطی در دُبُر که علت آن قرار نگرفتن منی زوج در محل زادآوری (قُبُل) بود، می‌توان دریافت که نخست، فرزندآوری در این رابطه اساساً امکان تحقق عملی ندارد؛ دوم، این روابط بالذات حرام هستند؛ هم به جهت ادله‌ای که اشاره شد و با توجه به نگاه مقاصدی، قطعاً از این رابطه فرزندآوری محقق نخواهد شد. حال که از طریق طبیعی



فرزندآوری برای آنان ممکن نیست، آیا جایز است که از طریق روش‌های کمک باروری یا فرزندخواندگی به گونه‌ای حق فرزندآوری ایشان را پاسخ گفت؟

اسلام فرزندآوری خارج از چارچوب ازدواج شرعی را نمی‌پسندد، پس از طریق روش‌های کمک باروری و فرزندخواندگی هم نمی‌توان آنان را صاحب فرزند کرد. این حکم علاوه بر مباحث مربوط به حرمت یا جواز روش‌های کمک باروری و فرزندخواندگی است که به ذات روش‌های مذکور تعلق دارد. قطعاً برخی روش‌ها و همچنین، فرزندخواندگی (تبنی) شامل حکم تحریم هستند. با توجه به دیدگاه اهل سنت درباره حرمت ورود ثالث در روش‌های کمک باروری، حتی اگر بر فرض محال پذیرفته شود که همجنس‌گرایان در حکم زوجین هستند، با این حال به جهت لزوم ورود ثالث در استفاده از روش‌های کمک باروری، نمی‌توان حکم به جواز استفاده از روش‌های فوق برای آنان از منظر فقهای امامیه و اتفاق فقهای اهل سنت داد، زیرا پیوند زناشویی میان صاحبان تخمک و اسپرم وجود ندارد، هر چند برخی فقهای اهل سنت آن را از مصادیق زنا نمی‌شمرند.

پس از بررسی قوانین اسلامی، قوانین کشورهای انگلیس و آمریکا بررسی می‌شوند. مجازات مرگ در آمریکا و اروپا در اواخر قرن ۱۸ و اوایل ۱۹ برای این اعمال لغو گردید (گیدنز، ۱۳۸۶: ۲۲۵) که در نهایت در سال ۱۹۵۵ مؤسسه حقوقی آمریکا پیش‌نویس قانون جزایی مدل را منتشر ساخت و پیشنهاد نمود که تمام روابط رضایت‌مندانه میان اشخاص بالغ در خلوت شخصی آنان از شمول قوانین کیفری خارج شود (هارت، ۱۳۸۸: ۴۵-۴۴). اما در سطح ایالتی، ایالت ماساچوست برای نخستین بار ازدواج هم‌جنس‌گرایان را قانونی نمود (Luppino and Miller, 2008: 176). در قوانین ایالت ورمونت نیز تغییرات مشابهی به اجرا درآمد که محدودیت ازدواج میان غیر هم‌جنس‌گرایان را برداشت و منافع مشابهی (هم‌چون زوجین) برای آنان در نظر گرفت (Sanford, 2003: 21). پس از این، دیگر ایالت‌ها، نیز بر اساس تغییرات قانونی ایالت ورمونت، اقدام به تغییر قوانین خود کردند تا ازدواج هم‌جنس‌گرایان را به رسمیت بشناسند (Sanford, 2003: 22). در قانون ثبت هم‌خانگی کالیفرنیا نیز به دو مورد اشاره شده است: زوجین هم‌جنس‌باز نباید نسبت خونی با هم داشته باشند و بر اساس توافق آنان، یکی از آنها باید هزینه‌های زندگی را به عهده





بگیرد. علاوه بر این، در این قوانین، سایر حقوق نیز برای آنان در نظر گرفته شده است (Sanford, 2003: 20).

در انگلستان نیز طبق قانون دولت‌های محلی^۱ مصوب ۱۹۸۸ توسعه روابط هم‌جنس-گرایانه توسط دولت‌های محلی ممنوع بود (Hoggart, 2003: 155)، ولی این ممنوعیت چندان دوامی نداشت و بالاخره پس از تصویب قانون هم‌زیستی مشترک مدنی ۲۰۰۴، زوجین هم‌جنس‌گرا هم توانستند به صورت قانونی اعلام هم‌ماهنگی مدنی نمایند و از حقوق و تکالیف قانونی همچون زوجین برخوردار خواهند بود (Sendall, 2011: 85; Herring, 2007: 67). همچنین، در اصلاحات قانون باروری انسان و جنین‌شناسی ۱۹۹۰ دامنه والدین قانونی به افراد هم‌جنس‌گرا نیز توسعه یافت تا آن‌ها نیز بتوانند از روش‌های کمک باروری بهره ببرند (Knight and Smith, 2013: 110).

۳. انحلال نکاح

انحلال نکاح می‌تواند به طرق مختلفی واقع شود که در ذیل به آن‌ها اشاره می‌شود:

۳-۱. مرگ یا موت زوج

در استفاده از روش‌های کمک باروری پس از مرگ چهار حالت متصور است:

الف- لقاح خارج رحمی تخمک زوجه و اسپرم زوج در زمان حیات هر دو و به-کارگیری آن در زمان‌های بعدی (نخست، بعد از مرگ زوج و قبل از دفن وی، دوم، بعد دفن وی و اثنای عده وفات و سوم، بعد انتهای عده) و برداشت اسپرم زوج در حال کما یا اغمایی که پس از آن مرگ واقع می‌شود.

ب- برداشت اسپرم از زوج پس از مرگ و قبل از سرد شدن بدن وی و سپس لقاح آن (خارج رحمی یا داخل رحمی) با تخمک زوجه در عده یا بعد از آن و برداشت اسپرم از فرد مرگ مغزی نیز ملحق به این مورد است.

ج- لقاح تخمک زوجه با اسپرم زوج پس از مرگ زوج





د- لقاح تخمک و اسپرم زوجین متوفی و قرار دادن آن در رحم زن دیگری

نظرات فقهای اسلام را می‌توان به پنج گروه تقسیم نمود:

۱- جواز مطلق در صورتی که مستلزم حرام نباشد. این نظر متعلق به آیات عظام خامنه-

ای (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۸۸: ۳۰۴)، شاهرودی (حسینی، ۱۴۲۲: ۱۳۰)، مدنی (مدنی تبریزی، ۱۴۱۶: ۱۶۵) و بهجت (حسینی، ۱۴۲۲: ۱۳۲) و عبد‌العزیز خیاط از فقهای اهل سنت است. ادله فقهای امامیه، بقای زوجیت بعد از موت است که از روایات و ظاهر آرای فقها به دست می‌آید. از اقوال فقها درباره جواز غسل زوج میت توسط زوجه یا بالعکس به دست می‌آید که زوجیت هم‌چنان باقی است. فقهای امامیه، زیدیه، فقهای حنفی در یکی از اقوال، فقهای مالکی، حنبلی و شافعی رأی به جواز تغسیل زوجین پس از موت توسط همسر او داده‌اند (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۴۰۸؛ نجفی، ۱۳۶۳، ج ۴: ۵۳؛ موسوی خویی، ۱۴۱۱: ۱۱۸؛ روحانی، ۱۴۱۴: ۳۴؛ جنداری، بی‌تا: ۴۱۲؛ رافعی، بی‌تا: ۱۲۸ و ۱۳۲؛ بکری دمیاطی، ۱۴۱۸: ۱۲۷؛ اصبحی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۱۸۵؛ مقدسی، بی‌تا: ۳۱۲؛ سمرقندی، ۱۴۱۴: ۲۴۱؛ سید سابق، ۱۳۹۷: ۵۱۷؛ حسینی، ۱۴۲۲: ۱۲۶-۱۲۸). فقهای اهل سنت در دفاع از نظر خود می‌گویند: «در این تلقیح نسب ثابت است و اثبات نسب، خود دلیل جواز آن است. دوم، اسپرمی که در بانک نطفه نگه‌داری می‌شود، متعلق به زوج است و همین مقدار برای اباحه کفایت می‌کند» (لطفی احمد، ۲۰۱۱: ۱۱۷-۱۱۴). علاوه بر این، برخی فقهای اهل سنت به وصیت فاطمه به امام علی و پیامبر [به عایشه درباره غسل، کفن و دفن خود پس از مرگ نیز استناد کرده‌اند و سپس بیان می‌دارند که احکام زوجیت با وفات خاتمه نمی‌یابد، بلکه پس از عده خاتمه می‌یابد. بنابراین، وی قائل به جواز مشروط به پیش از اتمام عده است (صالحی، ۲۰۰۷: ۶۹).

۲- حرمت مطلق که نظر آیات عظام مکارم شیرازی (علیان‌نژادی، ۱۳۸۶: ۸۱)، فاضل

لنکرانی (حسینی، ۱۴۲۲: ۱۳۱) و موسوی اردبیلی (حسینی، ۱۴۲۲: ۱۳۱-۱۳۲) و مصطفی زرقا از فقهای اهل سنت است. دلیل زرقا این است که زوجیت با وفات خاتمه می‌یابد و نطفه مذکور، نطفه غیر زوج است که قطعاً نطفه حرام است. در مقابل، فقهای امامیه وی را به پدرش منتسب می‌دانند و احکام محرمیت را درباره وی جاری می‌کنند (روحانی، ۱۳۷۷:





۳۵؛ مؤمن، ۱۳۸۴: ۱۰۰-۱۰۳؛ علیان نژادی، ۱۳۸۶: ۸۱؛ مدنی تبریزی، ۱۴۱۶: ۱۶۵؛ حسینی، ۱۴۲۲: ۱۳۰)، به جز آیت‌الله اراکی که وی را با توجه به آیه «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ» (نسا، ۱۱) ملحق به مادرش می‌داند (اراکی، ۱۳۷۱: ۵۸۰).

۳- جواز در همه حالات به جز حالت دوم و چهارم (نظر آیت‌الله صافی) (حسینی، ۱۴۲۲: ۱۳۰)

۴- جواز در همه حالات به جز حالت چهارم (نظر آیت‌الله علوی گرگانی) (حسینی، ۱۴۲۲: ۱۳۱)

۵- نظریه تفصیل میان لقاح خارج رحمی و داخل رحمی که در هر چهار حالت اگر لقاح خارج رحمی صورت گیرد، جایز است؛ اما لقاح داخل رحمی جایز نیست (حسینی، ۱۴۲۲: ۱۳۰-۱۳۲).

با بررسی نظرات فقها می‌توان چنین نتیجه گرفت که هر چند فقها در زمان لقاح و قرار دادن اسپرم یا جنین در رحم اختلاف دارند (بعد از عده یا در عده)؛ اما مقدمات آن مثل نظر و لمس را جایز نمی‌دانند، زیرا زوجه به تنهایی نمی‌تواند چنین کاری را انجام دهد (نیاز به پزشک است) و ضرورتی هم به جهت فوت زوج در این باره وجود ندارد. بنابراین، به نظر می‌رسد عدم جواز به واسطه حرمت مقدمات درست باشد. همچنین تلقیح در اثنای عده نیز خلاف قواعد عده مانند پرهیز از آرایش و غیر آن است. همچنین، این امر می‌تواند به جهت فقدان زوج، اضطراب و ناراحتی را برای مادر و فرزندش به ارمغان بیاورد.

به‌علاوه، در تولد طفل فاقد پدر، حکمتی نیست، به ویژه آن‌که وی از محبت و عاطفه پدری محروم است و از این مهم‌تر آن‌که عرف جوامع چنین امری را نمی‌پذیرند و علاوه بر این، مجالی را برای بهتان و غیبت فراهم می‌آورد. پس احوط حرمت است و این حرمت بعد از اتمام عده شدت می‌یابد (حسینی، ۱۴۲۲: ۱۳۳-۱۳۲). علاوه بر همه این موارد، با توجه به نظریات تحریم و جواز و آثار آن مانند محرومیت از ارث از سمت پدر به نظر می‌رسد هر چند موضوع فوق در حیطه حق تولیدمثل مادر است، اما به جهت تبعات منفی آن بر کودک و محرومیت وی از حقوقی چون داشتن پدر و ارث بهتر آن است که به حرمت آن حکم شود. این محرومیت از ارث حتی در موردی که زوجه رویان ترکیب یافته از



گامت خود و همسرش را پس از مرگ زوج در رحم خود قرار می‌دهد، نیز وجود دارد، زیرا «طبق مواد (۹۵۷) و (۱۲۷۰) قانون مدنی جنین در صورتی از حقوق مذکور برخوردار خواهد شد که عنوان «حمل» بر او صدق کند و حمل عرفاً به جنینی اطلاق می‌شود که در داخل رحم در حال تکامل است و اطلاق این عنوان برای نطفه ترکیب شده، مادام که خارج رحم است، صادق نیست؛ بنابراین، عبارت مواد فوق را نمی‌توان شامل رویان خارج رحم دانست» (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۴۴-۱۴۲). البته خلاف این نظر هم با استناد به روح مقررات در میان حقوق‌دانان وجود دارد. این گروه بر این اعتقادند که «منظور اصلی قانون-گذار، شناخت حقوق مزبور مانند ارث برای نطفه ترکیب شده به عنوان یک انسان بالقوه است، اعم از آن که ترکیب و تشکیل او در داخل یا خارج رحم باشد و ابتدای پیدایش و تکامل در داخل رحم خصوصیتی ندارد که حقوق فوق را به جنین منحصر کرده باشد. از منظر آنان، استدلال اخیر قوی است و نمی‌توان خلاف آن را اظهار نظر کرد. بدین جهت مواد مذکور بدون تردید نسبت به کودک آزمایشگاهی در دوران خارج رحم نیز شمول خواهد داشت» (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۴۴-۱۴۲). اما باید دانست که این نظر و استدلال تنها انصراف به موضع خود یعنی حالت نخست دارد و در مورد سه حالت دیگر کارایی ندارد. پس بر فرض هم اگر بتوان این نظر و استدلال را پذیرفت، عدم شمولیت آن نسبت به سایر موارد، بزرگ‌ترین عیب آن است.

از نظر برخی فقها، نیز از ادله ارث مستفاد می‌شود، توارث موقوف به وجود او در حال حیات میت ولو به صورت نطفه است (مدنی تبریزی، ۱۴۱۶: ۱۶۵). پس کودک مذکور در همان یک حالت از حق ارث برخوردار است، اما در سایر موارد (تلقیح نطفه پس از فوت زوج) نمی‌توان به بهره‌مندی کودک مذکور از ارث حکم نمود.

البته عده‌ای نیز به تقویت استدلال قائلان به بقای رابطه زوجیت پس از مرگ می-پردازند تا در نهایت نظر خود یعنی جواز استفاده از روش‌های کمک باروری پس از مرگ زوج را به دست آورند. نخستین دلیل، آیات ۲۳۴ و ۲۴۰ بقره می‌باشد که خداوند در آنها در موضوع تشریح عده وفات و آیات ارث همسر شوهر مرده را «زوجه» خوانده است که می‌رساند، زوجیت پس از مرگ باقی است. دومین دلیل روایاتی است که دلالت بر جواز





غسل هر یک از زوجین توسط دیگری، نگاه هر یک از زوجین به عورت دیگری پس از مرگ و نیز اطلاق وجوب تکفین زوجه توسط شوهر دارند و در نتیجه، همگی آن‌ها نشانه بقای رابطه زوجیت پس از مرگ هستند. باقی ادله وی نیز عرف، اصل برائت، استصحاب بقای احکام و آثار زوجیت و حقیقی بودن اطلاق زوجه بر زن شوهر مرده هستند. سپس وی بیان می‌دارد که از ادله فوق جواز این امر به حکم اولی به دست می‌آید، ولی اگر عنوان ثانوی بر حرمت صدق نماید یا در بردارنده حرام دیگری باشد، عمل مزبور جایز نخواهد بود (رضانیا معلم، ۱۳۸۳: ۲۴۶-۲۴۰). به نظر می‌رسد اشکالاتی به این استدلال وارد است:

نخست، استدلال به آیات فوق تام و تمام نیست، زیرا به نظر می‌رسد این نام‌گذاری را نمی‌توان از مسائل رابطه میان حکم و موضوع دانست، بلکه به نظر می‌رسد، این نام‌گذاری به جهت صراحت بیش‌تر نسبت به واژگانی چون نسا و غیر آن در نظر گرفته شده است تا مکلف را متوجه تکلیف نماید و اهمیت موضوع را به جهت حق ثالث به او نشان دهد. هر چند در این فرضی هم که بیان شد، یقین و قطعی وجود ندارد. دوم، در این ادله حق ثالث، یعنی فرزند نادیده انگاشته شده است؛ زیرا فرزند در صورت تولد یتیم خواهد بود. سوم، به نظر می‌رسد که از این آیه می‌توان چنین برداشت نمود که زوجیت تا زمان عده برقرار است و در نتیجه احکام وارد شده در روایات را نیز در بر می‌گیرد و پس از عده، زوجیت خاتمه می‌یابد. در نتیجه، «یتربصن بانفسهن اربعه اشهر و عشا» به واژه «ازواجها» بازمی‌گردد و از ظاهر آیه پیداست، جمله فوق ازواجها را توصیف می‌کند. چهارم، شاید روایت مربوط به جواز غسل و نگاه به عورت و سایر موارد به جهت آن است که زوجین نسبت به عورت هم تقدم دارند تا دیگران. تنها موردی که جواز نگاه به عورت را دارد، میان زوجین است، پس از مرگ هم به جهت اهمیت این موضوع و حفظ عرض میت مسلمان چنین حکمی صادر شده است. البته در حکمتی که برای حکم مذکور بیان شد، قطعیتی وجود ندارد. بنابراین، از این مورد نیز بقای زوجیت پس از مرگ استفاده نمی‌شود. این حکم مخصوص محل خود است که قابلیت سرایت به موارد دیگر را ندارد. به علاوه، حکمی تبعیدی است که باید به قدر متیقن در عمل به آن اکتفا نمود. پنجم، برخی فقها بیان می‌



دارند «ادله دیگری چون جواز نکاح زوجه پنجم بدون فوت وقت پس از مرگ یکی از زوجه‌ها یا ازدواج با خواهر زوجه متوفی پس از مرگ وی نیز بر نظر ما تأکید دارد» (محسنی، ۱۳۸۲: ۹۳-۹۲). ششم، برخی بیان می‌دارند «به جهت عدم بقای موضوع، استصحاب آن امکان ندارد» (محسنی، ۱۳۸۲: ۹۳-۹۲) و برخی دیگر در اشکال به استصحاب بقای زوجیت بیان می‌دارند: «نخست، با وجود جزم به اختصاص زوجیت به حال حیات، تمسک به استصحاب محلی ندارد. دوم، در صورت شک در بقای زوجیت، استصحاب عدم انشای زوجیت بعد از مرگ بر استصحاب بقای زوجیت حاکم است و معارضی ندارد. سوم، استصحاب بر جزم به بقای زوجیت چیزی نمی‌افزاید و اقتضای ترتب احکام، بر جسد فاقد روح و جماد را ندارد» (قائمی، ۱۴۲۷: ۳۷۵).

پایه نظریه جزم در استثنای حق تولد مثل در حقوق اسلام، محسنی و آرمیجا

در انگلیس طبق قانون باروری انسان و جنین‌شناسی، ذخیره‌سازی اسپرم بدون رضایت کتبی صاحب آن قانونی نیست. همچنین، زن پس از مرگ شوهرش نمی‌تواند اسپرم وی را بدون رضایت‌نامه در رحم خود یا بیرون از آن تلقیح کند. علاوه بر این، همسر وی حق ندارد اسپرم همسرش را به کشور دیگری منتقل کند که در آن‌جا نگهداری از اسپرم زوج یا اهدا کننده نیاز به رضایت‌نامه کتبی ندارد. بنابراین، طبق قوانین انگلستان برای ذخیره‌سازی و بهره‌برداری از گامت انسان باید رضایت‌نامه کتبی صاحب گامت موجود باشد (Brazier, 1997: 341).

در قوانین آمریکا در این باره حکمی وجود ندارد، به همین جهت مباحث حقوقی بسیاری درباره آن نگاشته شده است. بر اساس کامن‌لا، خویشاوند نزدیک حق قانونی برای تصمیم‌گیری درباره اموال متوفی را دارد. با این وجود، این حق بسیار محدود تعریف شده است. بر اساس اصول حقوقی کامن‌لا، در این جا هیچ حق مالکیت صریحی وجود ندارد. دادگاه‌های آمریکا از اصطلاح «حقوق شبه مالکیت» برای توصیف منافع بیوه یا خویشاوند نزدیک وی در مدیریت امور مربوط به بدن متوفی بهره می‌برند. نخستین نگرانی درباره این حقوق این است که خود بدن را در برابر صدمات حفظ نمی‌کند، اما مانع از وقوع اعمال





نامناسب نسبت به بدن میت می‌شود. این حق، شامل حق دفن میت پس از اطلاع از مرگ وی می‌باشد. بر اساس حقوق کامن‌لا، این حق خویشاوند نزدیک می‌تواند توسط قانون یا دستور قضایی با توجه به ادله‌ای مثل عدالت یا اخلاق حسنه محدود شود. علاوه بر کامن‌لا، قانون متحد الشکل اهدای اعضا با هدف کالبد شکافی^۱ به استخراج اعضا و بافت‌ها پس از مرگ اشاره کرده است. با این وجود، به نظر می‌رسد قانون مذکور نسبت به استخراج اسپرم از متوفی کاربردی ندارد. به‌ویژه آن‌که این قانون تنها اختصاص به پیوند اعضا یا بافت متوفی برای درمان دارد و به نظر نمی‌رسد استخراج و تلقیح اسپرم پس از مرگ شامل درمان یا پیوند شود. بنابراین، نه حقوق کامن‌لا و نه قانون مذکور، حق قانونی در اعلام رضایت را در استخراج اسپرم پس از مرگ به همسر یا بازمانده یا خویشاوند نزدیک متوفی نمی‌دهد. این امر به این معناست که تمامی استخراج‌های اسپرم پس از مرگ با توجه به فقدان رضایت صریح بیمار پیش از مرگ، بدون رضایت معتبر قانونی او صورت گرفته است. همچنین، بر اساس قانون فعلی، رضایت صریح پیش از مرگ بیمار برای برداشت اسپرم وی پس از مرگ لازم و ضروری است. بحث دیگر، حریم خصوصی است که می‌تواند جایگاه تصمیمات درباره تولیدمثل و درمان‌های پزشکی را در آرای دادگاه‌ها در این‌باره تقویت کند و در نتیجه، می‌تواند تفسیرکننده حق تصمیم‌گیری درباره تولیدمثل پس از مرگ باشد. با این وجود، چون برای تولیدمثل پس از مرگ مانند تولیدمثل در زمان حیات فرد، ادله ارزشمندی وجود ندارد، معلوم نیست که دادگاه بتواند محدوده حق حریم خصوصی را تا حد تولیدمثل پس از مرگ توسعه دهد. بنابراین، شناسایی رضایت بیمار بر اساس قانون فعلی ممکن نخواهد بود. علاوه بر این، قانون باید تعارض‌های میان تمایلات بیمار و خویشاوند نزدیک وی را نیز در نظر بگیرد. در صورت عدم رضایت صریح بیمار یا عدم استنباط منطقی رضایت وی در استخراج اسپرم، رضایت خویشاوند نزدیک از نظر قانونی معتبر نخواهد بود (Strong, 1999: 356-357). همچنین، دادگاه عالی ماساچوست طی حکمی، کودکانی را که پس از مرگ والدین خود از ترکیب گامت‌های آنان به وجود



1- Uniform Anatomical Gift Act (UAGA)

می آیند، مشمول قانون توارث بدون وصیت نامه دانسته و در نتیجه، این کودکان از والدین خود ارث می برند (Cohen, 2001: 110).

۳-۲. موت فرضی غائب مفقود الاثر

حکم موت فرضی غائب مفقود الاثر نیز به مرگ ملحق است که دارای دو حالت است: نخست، جای غایب معلوم است و از او خبر می رسد، به اتفاق فقها ازدواج زوجه او جایز نیست (بکری بغدادی (شیخ مفید)، ۱۴۱۰: ۵۳۷؛ طوسی، بی تا: ۵۳۸؛ اسدی (علامه حلی)، ۱۴۱۸: ۱۴۴؛ حلی، ۱۳۸۷: ۳۵۳؛ اصفهانی (فاضل هندی)، ۱۴۱۶، ج ۸: ۱۲۴؛ نووی، بی تا، ج ۱۸: ۱۵۸؛ ابن قدامه، بی تا، ج ۹: ۱۳۰؛ سرخسی، ۱۴۲۱، ج ۱۱: ۳۹؛ اصبحی، ۱۳۲۳، ج ۲: ۱۶۳). دوم، در صورت عدم اطلاع از زوج که میان فقها درباره ازدواج زوجه او اختلاف است. ابوحنیفه، شافعی و احمد بن حنبل بیان می دارند که ازدواج وی جایز نیست، تا مدتی بگذرد که عادتاً چنین گمشده ای زنده نمی ماند (نووی، بی تا، ج ۱۸: ۱۵۸؛ ابن قدامه، بی تا، ج ۹: ۱۳۰؛ سرخسی، ۱۴۲۱، ج ۱۱: ۳۹). اما مالک معتقد است که چهار سال انتظار بکشد و سپس چهار ماه و ده روز عده نگه دارد و پس از آن ازدواج برای او جایز است (اصبحی، ۱۳۲۳، ج ۲: ۱۶۳). فقهای امامیه نیز در این موضوع قائل به تفصیل شده اند. صورت نخست، اگر تأمین مالی زوجه به واسطه مالی برجا مانده از زوج، ولی زوج، فردی متبرع و غیر آن صورت گیرد، ازدواج او جایز نیست تا به وفات زوج یا طلاق خود آگاهی یابد (بکری بغدادی (شیخ مفید)، ۱۴۱۰: ۵۳۷؛ طوسی، بی تا، ۵۳۸؛ اصفهانی (فاضل هندی)، ۱۴۱۶، ج ۸: ۱۲۴؛ اسدی (علامه حلی)، ۱۴۱۸: ۱۴۴؛ حلی، ۱۳۸۷: ۳۵۳). در این فرض، اگر از طریق روش های کمک باروری صاحب فرزند شود، چون وی هنوز زوجه اوست و فرزند منتسب به پدرش است و از او ارث می برد. صورت دوم، اگر تأمین مالی زوجه ممکن نباشد (بکری بغدادی (شیخ مفید)، ۱۴۱۰: ۵۳۷؛ طوسی، بی تا: ۵۳۸؛ اصفهانی (فاضل هندی)، ۱۴۱۶: ۱۲۴؛ اسدی (علامه حلی)، ۱۴۱۸: ۱۴۴؛ حلی، ۱۳۸۷: ۳۵۳)، دو فرض مطرح است. نخست، در جایی است که زوجه با وجود مفقود شدن زوج تقاضای





طلاق و صدور حکم موت فرضی را ندارد که در این صورت وی هم‌چنان زوجه غائب است و طفل مذکور هم به وی منتسب خواهد بود و در نتیجه ارث هم خواهد برد. دوم، پس از گذشت چهار سال و انجام جستجو درباره زوج، وی تقاضای طلاق و صدور حکم موت فرضی از حاکم داشته باشد و چون با امر حاکم طلاق داده می‌شود، می‌تواند مشمول حکم طلاق شود، اما چون در نوع عده اختلاف است، از نظر برخی عده چنین زنی عده طلاق است (موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۳۴۰) و برخی دیگر آن را عده وفات می‌دانند (نجفی، ۱۳۶۳، ج ۳۲: ۲۹۳)؛ بنا بر نظر نخست حکم آن ملحق به طلاق بائن است و در صورت وجود اسپرم زوج، تلقیح آن با تخمک زوجه جایز نیست و بنا بر نظر دوم، حکم آن باید ملحق به موت شود و در این صورت قبل از پایان عده می‌تواند به این کار اقدام کند. اما همان مشکلات پیش گفته برای وی و فرزندش وجود خواهد داشت، مانند محرومیت از ارث. اما اگر غائب مفقود الاثر پیدا شد، هم‌چنان که انتساب وی به پدرش بلا اشکال خواهد بود، مسأله ارث نیز حل خواهد شد.

۳-۳. طلاق

در باروری پس از طلاق و شناخت حکم آن در فقه امامیه، باید میان طلاق رجعی و بائن فرق گذاشت. در فقه امامیه، با توجه به تفصیل میان موقعیت زوجه در عده طلاق‌های بائن و رجعی موضوع جنبه‌های مختلفی می‌یابد. از یک دیدگاه، مطلقه رجعی در حکم زوجه (طوسی، ۱۳۸۸: ۲۰۴؛ نجفی، ۱۳۶۳، ج ۳۲: ۱۷۳؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۳۴۶؛ اراکی، ۱۳۷۱: ۵۸۱؛ مدنی تبریزی، ۱۴۱۶: ۱۶۷) و در دیدگاه دیگر، زوجه حقیقی است (غروی تبریزی، ۱۴۰۷: ۱۲۵). بنابراین، اگر پس از طلاق، در عده رجعیه این کار صورت گیرد، کودک متعلق به هردو و جایز است، زیرا قدر متیقن در احکام ثابت در عده رجعی، جواز وطی است و در صورت اثبات جواز آن، تلقیح نیز جایز خواهد بود. اما اگر پس از عده باشد و در عده نیز رجوعی واقع نشود، چنین کاری جایز نخواهد بود. اما در عده طلاق بائن موضوع کمی متفاوت است و رابطه زوجیت منقطع می‌گردد و در نتیجه، پس از طلاق بائن و حتی در عده، تلقیح جایز نخواهد بود. اما فقهای اهل سنت در این موضوع میان طلاق‌های بائن و رجعی (از نظر برخی فقهای اهل سنت مانند فقهای حنبلی هر چند زوجه



در عده طلاق رجعی را در حکم زوجه می‌دانند (شافعی، ۱۴۲۱، ج ۳: ۲۰۳) تفاوتی نمی‌گذارند و در نتیجه، استفاده از اسپرم زوج برای فرزندآوری پس از طلاق و حتی در عده طلاق رجعی از این دیدگاه جایز نیست، مگر آن‌که وی مجدداً با همسرش ازدواج کند (حسونه دمشقی، ۱۴۲۶هـ: ۳۴)، ولی برخی باروری در زمان عده را به طور مطلق جایز می‌دانند (سلامه، ۱۴۱۷: ۹۸).

۳-۴. فسخ نکاح از نظر فقهای امامیه،

عده آن‌هم چون طلاق (سه طهر) بدون رجوع از فسخ است و نکاح به طور قطعی منحل می‌شود و زنی که در عده فسخ است با شوهر پیشین اجنبی است (حلی، ۱۴۱۱: ۴۴۵). از عبارات فقهای اهل سنت پیداست که در این جا نیز وی را در حکم زوجه نمی‌دانند (جزیری، ۱۴۲۱، ج ۴: ۴۶۱-۴۶۶). بنابراین، از نظر فقهای امامیه، حکم این مورد ملحق به طلاق بائن (حرمت) و از نظر فقهای اهل سنت، ملحق به طلاق (حرمت) است.

۳-۵. ارتداد

فقهای امامیه، در این بحث میان مرتد ملی و فطری تفاوت قائل شده‌اند و بر این اساس، زوجه مرتد فطری پس از ارتداد، از او جدا می‌شود و عده وفات نگه می‌دارد؛ اگر چه با هم نزدیکی نکرده باشند (نجفی، ۱۳۶۳، ج ۴۲: ۶۰۵؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۹: ۳۳۹؛ اصفهانی (فاضل هندی)، ۱۴۰۵، ج ۲: ۴۳۵؛ اسدی (علامه حلی)، ۱۴۱۸: ۵۷۷؛ محقق حلی، ۱۳۷۴: ۱۸۳)؛ اما حرمت نکاح مرتد ملی از میان نمی‌رود، مگر آن‌که تا پس از زمان عده‌ای که همسرش از هنگام ارتداد او نگاه داشته است، بر کفر خود باقی بماند. عده‌ای که همسرش نگاه می‌دارد، عده طلاق رجعی است. پس اگر همسرش عده را سپری کند و او هنوز به اسلام باز نگشته باشد، همسرش از او جدا می‌شود (نجفی، ۱۳۶۳، ج ۴۲: ۶۱۵؛ محقق حلی، ۱۳۷۴: ۱۸۴؛ اسدی (علامه حلی)، ۱۴۱۸: ۵۷۸؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۹: ۳۴۳). فقهای اهل سنت حکم جدایی میان زوجین را به مجرد ارتداد ثابت می‌دانند (جزیری، ۱۴۲۱، ج ۵: ۴۰۱). بنابراین، در موضوع استفاده از روش‌های کمک باروری، از منظر فقهای امامیه اگر زوج مرتد ملی باشد، حکم آن به طلاق رجعی ملحق می‌شود (حلیت) و در صورتی که





فطری باشد، به طلاق بائن (حرمت) ملحق است. به علاوه، همان طور که در فرزندآوری پس از مرگ زوج هیچ حکمتی وجود ندارد، در این جا نیز به طریق اولی در فرزندآوری پس از ارتداد زوج حکمتی وجود ندارد، به ویژه آن که انعقاد نطفه پس از ارتداد وی باشد، زیرا از نظر فقهای امامیه، اگر نطفه او در حال کافر بودن پدر و مادرش بسته شده باشد، هر چند که پدر و مادرش هنگام تولد او مسلمان شوند، آن شخص مسلمان فطری نیست (نجفی، ۱۳۶۳، ج ۴۲: ۶۰۴). فقهای اهل سنت نیز در این باره هم چون مسأله طلاق حکم به حرمت خواهند نمود، زیرا زوجه در طلاق بائن نسبت به زوج اجنبی است.

۳-۶. لعان

از نظر فقهای امامیه، یکی از آثار لعان، حرمت ابدی زوجه است (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۶: ۲۰۹). بنابراین، از نظر فقهای امامیه، بارداری پس از لعان با اسپرم زوج پیشین، قطعاً جایز نخواهد بود. در وقوع بینونت ابدی میان زوجین پس از لعان میان فقهای اهل سنت اختلاف است، جمهور فقها به جهت وجود روایاتی از پیامبر [به آن قائل هستند؛ اما عثمان و برخی فقهای بصره معتقدند بینوتی میان زوجین حاصل نمی شود؛ زیرا آیه لعان، متضمن چنین حکمی است و حکم صریحی در روایات بیان نشده است (قرطبی اندلسی، ۱۴۲۱: ۸۲۹). همچنین، شافعی و مالک معتقدند لعان، فسخ است، اما ابوحنیفه آن را طلاق بائن می داند (نمری قرطبی، ۱۴۲۱: ۷۵۵). بنابراین، استفاده از اسپرم زوج پس از فسخ نیز جایز نیست.

۳-۷. بذل مدت در نکاح منقطع

تلقیح پس از بذل مدت نیز قطعاً حرام است، زیرا علاوه بر حکم عمل مذکور در عقد موقت که پیش از این بحث شد، حکم جواز انتفای ولد با نفی او و بدون نیاز به لعان در عقد موقت نیز مؤید این نظر است (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۶: ۱۹۲-۱۹۳).



نتیجه‌گیری

فرزندآوری امر مهمی در دین اسلام است و از آنجا که اسلام دینی است مبتنی بر نظام حق و تکلیف متقابل، حق تولیدمثل را حقی آمیخته به تکلیف می‌داند و با این رویکرد همیشه در پی حفظ حقوق افراد آسیب‌پذیرتر چون کودکان است. در همین چارچوب است که اسلام متغیر نکاح را برای فرزندآوری طبیعی یا از طریق روش‌های کمک باروری شرط ضروری می‌داند. هر چند برخی فقهای اسلام فرزندآوری زوجه در ایام عده وفات را جایز شمرده‌اند، اما به نظر می‌رسد که با توجه به اهمیت دادن اسلام به ازدواج و تأثیر در آن در حفظ موقعیت کودک بهتر است در تمامی موارد که اساساً نکاحی وجود ندارد یا به نحوی از انحا منحل شده است، دقت لازم را در جواز استفاده از روش‌های کمک باروری نمود و اجازه نداد که در تراحم میان حقوق والدین و فرزندان، حقوق والدین بر حقوق آنان مقدم شود. اما در حقوق انگلیس و آمریکا رویکردها نسبت به این مسأله متفاوت است. رویکرد فردگرایانه و توجه به حقوق فردی سبب شده است تا همیشه در جدال حقوق والدین و کودکان، حقوق والدین بر حقوق آنان مقدم شود و در این میان هیچ چیز نمی‌تواند مانع استیفای حق تولیدمثل افراد شود. البته این موضوع در حقوق آمریکا بسیار شدیدتر از حقوق انگلیس است، زیرا حداقل در حقوق انگلیس استفاده از اسپرم زوج میت، منوط به وجود اجازه نامه کتبی از خود اوست، در حالی که در قوانین آمریکا این محدودیت هم وجود ندارد.

منابع

- ۱) اراکی، محمدعلی، ۱۳۷۱ش، توضیح المسائل؛ قم، اسلامی، چ ۱.
- ۲) رضایا معلم، محمدرضا، ش ۱۳۸۳، باروری‌های نوین تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق؛ قم، بوستان کتاب، چ ۱.
- ۳) روحانی، سید محمدصادق، ۱۳۷۷ش، استفتانات قوه قضائیه، تهران، سپهر، چ ۱.





- (۴) زحیلی، وهبه، ۱۳۸۲ش، فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم عبدالعزیز سلیمی، تهران، احسان، چ ۱.
- (۵) شهیدی، مهدی، ۱۳۸۲ش، «وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی»، مجموعه مقالات روش‌های نوین تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، تهران، سمت و پژوهشکده ابن سینا، چ ۱.
- (۶) علیان‌نژادی، ابوالقاسم، ۱۳۸۶ش، احکام پزشکی مطابق فتاوی آیت‌الله مکارم شیرازی، قم، امام علی بن ابی‌طالب، چ ۱.
- (۷) قبله‌ای، خلیل، «بررسی احکام فقهی و حقوقی کودکان نامشروع»؛
(۸) <http://www.ensani.ir/fa/19032/magazine.aspx> (15/2/2015)
- (۹) کریمی، حسین، ۱۳۶۵ش، موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی، قم، شکوری، چ ۱، ج ۱.
- (۱۰) گیدنز، آنتونی، ۱۳۸۶ش، جامعه‌شناسی، ترجمه منوچهر صبوری، تهران، نشر نی، چ ۱۶.
- (۱۱) مدنی تبریزی، سید یوسف، ۱۴۱۶ق، المسائل المستحدثة، قم، اسماعیلیان، چ ۴.
- (۱۲) مؤمن، محمد، ۱۳۸۴ش، «شبهه‌سازی»، مجله کاوشی نو در فقه اسلامی، ش ۴۶.
- (۱۳) هارت، هربرت، ۱۳۸۸ش، آزادی، اخلاق، قانون، محمد راسخ، تهران، طرح نو، چ ۱.
- (۱۴) ابن‌قدامة، عبدالله بن احمد، بی‌تا، المغنی فی فقه الامام احمد بن حنبل الشیبانی، بیروت، دارالکتب العربی، ج ۷ و ۹.
- (۱۵) اراکی، محمدعلی، ۱۴۱۵ق، کتاب البیع، قم، اسماعیلیان، چ ۱.
- (۱۶) اسدی (علامه حلی)، حسن بن یوسف، ۱۴۱۸ق، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم، اسلامی، چ ۱.
- (۱۷) اصبحی، مالک بن انس، ۱۴۰۶ق، الموطأ، تعلیق محمدفؤاد عبدالباقی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چ ۱، ج ۲ و ۱.
- (۱۸) اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن حسن، ۱۴۱۶ق، کشف اللثام عن القواعد الاحکام، قم، اسلامی، چ ۱، ج ۲ و ۱.
- (۱۹) _____؛ ۱۴۰۵ق، کشف اللثام عن القواعد الاحکام، قم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی، چ ۱.



- ✱ (۲۰) بجنوردی، سید محمدحسن، ۱۴۱۹ق، القواعد الفقهيہ، تحقیق مهدی مهریزی و محمدحسن درایتی، قم، الہادی، ج ۱، ص ۴.
- (۲۱) بکری بغدادی، محمد بن نعمان (شیخ مفید)، ۱۴۱۰ق، المقنعہ، قم، اسلامی، ج ۲.
- (۲۲) بکری دمیاطی، ابی بکر، ۱۴۱۸ق، اعانہ الطالبین، بیروت، دارالفکر، ج ۱، ص ۲.
- (۲۳) جبعی عاملی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۰ق، الروضہ البہیہ فی شرح اللمعہ الدمشقیہ، قم، داوری، ج ۱، ص ۵، ۶، ۹.
- (۲۴) جزیری، عبدالرحمن، ۱۴۲۱ق، الفقہ علی مذاہب الاربعہ، قاہرہ، خلف الجامع الازہر، ج ۱، ص ۵ و ۴.
- (۲۵) جنداری، احمد بن عبداللہ، بی تا، شرح الازہار، یمن، مکتبہ غمضان، ج ۱.
- (۲۶) حر عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۱۴ق، وسائل الشیعہ الی تحصیل مسائل الشریعہ، قم، مؤسسہ آل البیت، ج ۱، ص ۲۰.
- (۲۷) حسونہ دمشقی، عرفان بن سلیم، ۱۴۲۶ق، التلقیح الصناعی و أطفال الأنایب و غرس الاعضا البشریہ بین الطب و الدین، بیروت، المکتبہ العصریہ، ج ۱.
- (۲۸) حسینی، شہاب الدین، ۱۴۲۲ق، التلقیح الصناعی بین العلم و الشریعہ، بیروت، دارالہادی، ج ۱.
- (۲۹) حسینی خامنہ ای، سیدعلی، ۱۴۲۰ق، اجوبہ الاستفتانات، بیروت، الدار الاسلامیہ، ج ۱.
- (۳۰) حسینی سیستانی، سیدعلی، بی تا، استفتانات، بی جا، بی نا، بی جا.
- (۳۱) حلّی، ابی طالب محمد بن حسن؛ ۱۳۸۷ق، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، قم: المطبعہ العلمیہ، ج ۱، ص ۳.
- (۳۲) حلّی، ابن فہد؛ ۱۴۰۷ق، المہذب البارع فی شرح المختصر النافع، تحقیق مجتبی عراقی، قم، اسلامی، ج ۱، ص ۳.
- (۳۳) حلّی، احمد بن ادريس، ۱۴۱۱ق، السرائر الحاوی لتحریر الفتاویق، نشر اسلامی، ج ۲.
- (۳۴) خلف، طارق عبدالمنعم محمد، ۱۴۳۱ق، احکام التدخل الطبی فی النطف البشریہ فی الفقہ الاسلامی، اردن، دار النفائس، ج ۱.





- (۳۵) رافعی، عبدالکریم؛ بی تا، فتح العزیز فی شرح الوجیز، بیروت، دارالفکر، بی جا، ج ۵.
- (۳۶) روحانی، سید محمد صادق؛ ۱۴۱۴ق، فقہ الصادق، قم، دارالکتاب، ج ۲، ج ۲.
- (۳۷) زحیلی، وہبہ؛ ۲۰۰۶م، قضایا الفقہ و الفکر المعاصر، دمشق، دارالفکر، ج ۱، ج ۱.
- (۳۸) سرخسی، شمس الدین، ۱۴۲۱ق، مبسوط للسرخسی، تحقیق خلیل محی الدین المیس، بیروت، دارالفکر، ج ۱، ج ۵ و ۱۱.
- (۳۹) سلامہ، زیاد احمد، ۱۴۱۷ق، اطفال الانابیب بین العلم و الشریعہ بیروت، دار البیاق، ج ۱.
- (۴۰) سمرقندی، علاء الدین، ۱۴۱۴ق، تحفہ الفقہاء، بیروت، دارالکتب العلمیہ، ج ۱۲، ج ۱۲.
- (۴۱) سید سابق؛ ۱۳۹۷ق، فقہ السنہ، بیروت، دارالکتاب العربی، ج ۳، ج ۱.
- (۴۲) شافعی، محمد بن ادیس، ۱۴۰۳ق، الام، بیروت، دارالفکر، ج ۲، ج ۳ و ۵.
- (۴۳) شربینی، شمس الدین محمد بن احمد، ۱۳۷۷ق، مغنی المحتاج الی معرفہ معانی الفاظ المنہاج، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی جا، ج ۴.
- (۴۴) صالحی، شوقی زکریا، ۲۰۰۷م، التلیح الصناعی الداخلي و الخارجی بین الشریعہ الاسلامیہ و القوانين الوضعیہ، بی جا، العلم و الایمان للنشر و التوزیع، ج ۱.
- (۴۵) طباطبائی، سید علی، ۱۴۱۲ق، ریاض المسائل، قم، اسلامی، ج ۱، ج ۱۰.
- (۴۶) طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۸۸ق، المبسوط، تہران، المکتبہ المرتضویہ لاحیاء آثار الجعفریہ، ج ۲، ج ۶.
- (۴۷) _____، بی تا، النہایہ فی مجرد الفقہ و الفتاوی، قم، قدس محمدی.
- (۴۸) غروی تبریزی، علی، ۱۴۰۷ق، التنیح فی شرح العروہ الوثقی: تقریر درس آیت اللہ موسوی خوئی، قم، دار العلم، ج ۱، ج ۸.
- (۴۹) قاتنی، محمد، ۱۴۲۷ق، المبسوط فی فقہ المسائل المعاصرہ، قم: مرکز فقہ الائمہ الاطہار، ج ۱، ج ۱.
- (۵۰) قرطبی اندلسی، محمد بن احمد بن رشد، ۱۴۲۱ق، بدایہ المجتہد و نہایہ المقتصد، از کتاب مصادر الفقہیہ، گردآوری علی اصغر مروارید، بیروت، دارالتراث، ج ۱، ج ۳۳.



- ☆ (۵۱) کلینی رازی، محمد بن یعقوب، ۱۳۶۷ش، الفروع من الکافی، تصحیح و تعلیق علی اکبر غفاری، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چ ۳.
- (۵۲) لطفی احمد، احمد محمد، ۲۰۱۱م، التلیح الصناعی بین اقوال الاطباء و آراء الفقهاء، اسکندریه، دارالفکر الجامعی، چ ۱.
- (۵۳) محسنی، محمد آصف، ۱۳۸۲ش، الفقه و مسائل الطیبه، قم، بوستان کتاب، چ ۱، ج ۱.
- (۵۴) محقق حلی، جعفر بن حسن، ۱۴۰۲ق، المختصر النافع، تهران، بعثت، چ ۲.
- (۵۵) _____، ۱۳۷۴ش، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران: منشورات الاعلمی، چ ۲، ج ۴.
- (۵۶) مقدسی، محمد بن احمد بن قدامه، بی تا، الشرح الکبیر، بیروت، دارالکتاب العربی، بی چا، ج ۲.
- (۵۷) مکی عاملی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین، بی تا، القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیه، تحقیق سید عبدالهادی حکیم، قم، مفید، بی چا.
- (۵۸) منیسی، سامیه، ۱۴۱۶ق، المرأه و تنظیم الاسره فی الاسلام، قاهره، دارالفکر العربی، چ ۱.
- (۵۹) موسوی خمینی، سید روح الله، ۱۳۹۰ش، تحریر الوسیله، قم، اسماعیلیان، چ ۲، ج ۲.
- (۶۰) موسوی خویی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۱ق، کتاب الطهاره، قم، العلمیه، چ ۲، ج ۸.
- (۶۱) موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، ۱۴۱۳ق، مجمع المسائل، قم، دار القرآن الکریم، چ ۱، ج ۱.
- (۶۲) نجفی، محمدحسن؛ ۱۳۶۳ش، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چ ۲، ج ۲، ۳۰، ۲۹، ۴۰، ۴۱ و ۴۲.
- (۶۳) نمری قرطبی، یوسف بن عبدالله، ۱۴۲۱ق، الکافی فی فقه اهل المدینه، از کتاب مصادر الفقهی، ج ۳۳، گردآوری علی اصغر مروارید، بیروت، دارالتراث، چ ۱.
- (۶۴) نووی، محی الدین، بی تا، المجموع شرح المذهب، بیروت، دارالفکر، بی چا، ج ۱۶ و ۱۸.
- (۶۵) یوسفی (فاضل آبی)، زین الدین، ۱۴۰۸ق، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، قم، اسلامی، چ ۱.



- 66) Brazier, Margaret; (1997), "Hard cases make bad law", Journal of medical ethics, Vol. 23.
- 67) Cohen, I. Glenn; (2000), "Recent developments in Health law", American journal of law & Medicine and Harvard law & Health Care Society, Vol. 28.
- 68) Dickens, B.M. and R.J. Cook; (1999), "Some ethical and legal issues in assisted reproductive technology", International Journal of Gynecology and Obstetrics, Vol.66.
- 69) Gaffney-Rhys, Ruth and others; (2011-2012), Family law; New York: Oxford University press, Sixth Edition.
- 70) Herring, Jonathan; (2007), Family law; England: Longman, Third Edition.
- 71) Hoggart, Lesley; (2003), "Teenage pregnancy: the government dilemma", Capital & Class, No. 27.
- 72) Knight, Christine and Smith, Malcolm K.; (2013), "Editorial: the human fertilization and embryology Act 2008; New genetics and society, Vol. 32.
- 73) Luppino, Grace A., and Justine Fitzgerald Miller; (2008), Family law and practice, United States of America: Pearson education ; First Edition.
- 74) Sanford, M. Kate; (2003), Family law in America; Oxford University press, First Edition.
- 75) Sendall, Jane; (2011), Family law hand book; New York: Oxford university press, Sixth Edition.
- 76) Standley, Kate;(2001), Family law; New York: Palgrave, First Edition.
- 77) Strong, Carson; (1999), "Ethical and legal Aspects of Sperm retrieval after death or persistent vegetative state", Journal of law, medicine and Ethics, Vol. 27.

