

بررسی رابطه محرمیت میان کودک و صاحب رحم جایگزین

محمد ادیبی مهر^۱، محمد جواد محمدی^۲

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۱/۱۲/۰۶؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۲/۰۷/۱۳)

چکیده

استفاده از رحم جایگزین در درمان ناباروری از مباحثی است که با سؤالات و ابهامات متعددی مواجه است. یکی از مسائلی که در این مبحث کمتر مورد توجه اندیشوران قرار گرفته، بررسی رابطه میان کودک و صاحب رحم جایگزین از جهت نشر حرمت است. اثبات یا نفی این رابطه آثار متعددی دارد. نگارندگان کوشیده‌اند با بررسی ادله مختلفی که ممکن است در اثبات حرمت استدلال شوند به این مسئله پاسخ گویند. دستاورد این پژوهش پس از بررسی استدلال‌های مختلف، این است که هیچ‌یک از این ادله برای اثبات مدعا کافی نیست. مفهوم اولویت نسبت به حرمت از راه رضاع نیز که مهم‌ترین به‌شمار می‌رود، دارای شرایط لازم برای حجیت نیست. هر چند به‌طور جزمی نمی‌توان رابطه محرمیت را رد کرد و بهتر است از جنبه ازدواج - به دلیل اهمیت فراوان آن - جانب احتیاط رعایت شود.

واژه‌های کلیدی: رحم جایگزین، صاحب رحم، کودک متولد از رحم جایگزین، محرمیت، نشر حرمت.

۱. دانشیار گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی پردیس قم، دانشگاه تهران نویسنده مسئول:

Email: madiby@ut.ac.ir

۲. دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم.

مقدمه

در زمینه اصل استفاده از رحم جایگزین تا به حال تحقیقات متعددی انجام گرفته است، اما هنوز هم ابعاد و جوانب متعددی از این موضوع به صورت جدی واکاوی فقهی نشده است. آنچه در این مقاله از نظر خواهد گذشت، پژوهشی است در زمینه یکی از مسائل مرتبط با مبحث لقاح مصنوعی با استفاده از رحم جایگزین، یعنی رابطه کودک با زن صاحب رحم جایگزین از جنبه محرمیت که تاکنون کمتر به آن توجه کرده‌اند.

در کشور ایران، قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور در سال ۱۳۸۲ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. با آنکه قانون مزبور درباره تشریفات وظایف اهداکنندگان و درخواست‌کنندگان طفل متولدشده، مقرراتی را بیان داشته، در زمینه نسب کودک و رابطه وی با هر یک از زن صاحب رحم و صاحب تخمک سکوت اختیار کرده و تنها به برخی از آثار نسب، مانند نگهداری، تربیت، نفقه و احترام اشاره کرده است؛ پس ضروری به نظر می‌رسد که درباره آن تحقیقات جدی‌تری صورت پذیرد. توضیح آنکه کودک متولد از رحم جایگزین، از جهت مادر با دو فرد مواجه است: فردی که منشأ پیدایش جنین بوده و سلول ابتدایی جنس ماده از وی است (صاحب تخمک) و فردی که جنین پس از تشکیل، به رحم او انتقال یافته و در رحم وی پرورش پیدا کرده و زاییده شده است.

سؤال اساسی این خواهد بود که اگر از لحاظ نسب مادر را صاحب تخمک بدانیم، کودک از جنبه حقوقی چه رابطه‌ای با صاحب رحم دارد؟ آیا می‌توان او را نیز محرم کودک دانست و آثار حقوقی آن را بار کرد، هرچند مادر نسبی ندانیم یا خیر؟ نگارندگان در صددند با بررسی ادله‌ای که از قوت نسبی برخوردار است و در اینجا مطرح می‌شوند به این سؤال پاسخ گویند.

تعریف‌ها و کلیات

تلقیح از ریشه لقیح به معنای آبستن کردن است (مصری، ۱۴۲۴، ج ۲: ۵۷۹). منظور از تلقیح مصنوعی اجرای عملیات آبستن‌سازی و ترکیب بین اسپرم جنس مذکر و تخمک جنس مؤنث از راه غیرمعمول آن است (العداری، ۱۴۲۹: ۶۷).

منظور از روش استفاده از رحم جایگزین در اینجا صورتی است که در آن اسپرم مرد و تخمک همسر شرعی و قانونی وی را ترکیب می‌کنند و بعد از تشکیل جنین اولیه به رحم شخص ثالثی انتقال می‌دهند تا در آنجا رشد کند و به مرحله زایمان برسد.

«مَحْرَم» کسی است که ازدواج با او حلال نباشد (حسینی واسطی، ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۲۷۷). در اصطلاح فقه و در باب نکاح به کسی گفته می‌شود که ازدواج با او به صورت همیشگی به یکی از این سه دلیل حرام باشد: ۱. وجود قرابت نسبی؛ ۲. وجود رابطهٔ رضاع (شیرخوارگی)؛ ۳. وجود حالت مصاهره (دامادی). همچنین به هر زنی که نزدیکی با وی جایز باشد، مثل همسر و ملک یمین نیز مَحْرَم گفته می‌شود^۱ (حلی، ۱۴۱۹: ۲۵۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۴: ۳۲۳۸).

علاوه بر معنای فقهی آن، معانی دیگری هم دارد که برخی از آنها عبارتند از: ۱. خویشی، کس و کسانی که حق ورود به خانهٔ دیگری را داشته باشند؛ ۲. رازدار و ندیم؛ ۳. هر کسی یا چیزی که برخوردار از احترام باشد و هیچ‌گونه تعرضی بیرون از موازین شرعی و قانونی نسبت به آن روا نباشد و دفاع از او واجب است (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴، ج ۳: ۱۷۴۱).

اسباب ثبوت حرمت نکاح

به‌طور کلی راه‌های نشر حرمت (از طریق غیرعقوبت) در سه دسته خلاصه می‌شوند: ۱. نسب؛ ۲. رضاع؛ ۳. مصاهره.

الف) محرمات نسبی، زنانی هستند که به جهت خویشاوندی نسبی بر مرد حرامند و شامل چهار گروه می‌شوند:

۱. الف) اصول شخصی که عبارتند از مادر، مادربزرگ و هرچه بالاتر روند.
۲. الف) فروع شخصی، مانند دختر، دختر دختر، دختر پسر و هرچه پایین‌تر روند، همان‌طور که خداوند فرموده: «حرمت علیکم امهاتکم و بناتکم» (نساء: ۲۳).
۳. الف) فروع پدر و مادر، مانند خواهران مادری، خواهران پدر و مادری، خواهران پدری و دختران فرزندان برادران و خواهران و هرچه که فروتر روند، چنانکه خداوند فرموده است: «و بنات الاخ و بنات الاخت» (نساء: ۲۳).
۴. الف) طبقهٔ نخست از فروع پدربزرگ‌ها و مادربزرگ‌ها که عبارتند از عمه‌ها و خاله‌های خود فرد یا پدر و مادرش، چنانکه خداوند می‌فرماید: «حرمت علیکم امهاتکم و بناتکم و اخواتکم و عماتکم و خالاتکم» (نساء: ۲۳). اما طبقهٔ دوم یا غیرمستقیم این فروع حرام نیست، بنابراین ازدواج با دختران عمه و دختران خاله و ... جایز است.

۱. تعبیر دقیق‌تر دربارهٔ همسر و ملک یمین، در اصطلاح فقیهان این است که اینها حلیله فرد محسوب می‌شوند نه مَحْرَم.

ب) مُحرمات سببی، آن گروه از خویشاوندان و بستگان سببی هستند که ازدواج با آنها به‌طور دائم حرام است و عبارتند از:

۱. ب) همسر اصول و هرچه بالاتر روند، چنانکه خداوند فرموده است: «و لاتنکحوا ما نکح آبائکم من النساء الا ما قد سلف، انه کان فاحشةً و مقتاً و ساء سبیلاً» (نساء: ۲۲)، از این‌رو زن پدر و زن پدربزرگ و هرچه بالاتر روند، بر شخص حرام است.

۲. ب) اصول زن و هرچه بالاتر روند که به‌محض وقوع عقد بر انسان حرام می‌شوند، مانند مادر زن و مادربزرگ زن، چنانکه خداوند می‌فرماید: «امهات نسائکم»، (نساء: ۲۳).

۳. ب) همسر فروع و هرچه پایین‌تر روند، مانند زن پسر و زن پسر پسر، همچنانکه خداوند می‌فرماید: «و حلالل ابنائکم الذین من اصلابکم».

۴. ب) فروع زن و هرچه پایین‌تر روند، مانند دختر زن، چنانکه خداوند فرموده است: «و ربائبکم اللاتی فی حجورکم من نسائکم اللاتی دخلتم بهن» (نساء: ۲۳).

ج) محرمات رضاعی، در برگیرنده همان دسته افرادی است که به‌علت نسب و سبب حرام هستند، چنانکه خداوند متعال می‌فرماید: «و امهاتکم اللاتی ارضعنکم و اخواتکم من الرضاعة» (همان) که عبارتند از:

۱. ج) اصول شخصی و هرچه بالاتر روند (مادر و مادربزرگ).

۲. ج) فروع رضاعی (دختر رضاعی، دختر دختر رضاعی و دختر پسر رضاعی).

۳. ج) فروع پدر و مادر رضاعی.

۴. ج) فروع مستقیم جد و جده.

۵. ج) مادر و جدات رضاعی مادر.

۶. ج) زن پدر و پدربزرگ رضاعی.

۷. ج) زن پسر و زن پسر پسر رضاعی.

۸. ج) دختر رضاعی زن و دخترانش، هرچه فروتر روند (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴، ج ۳: ۱۷۴۳).

شرایط تحقق رضاع

هرچند موضوع پژوهش حاضر، محرمیت از راه رضاع نیست، از آنجا که موضوع محل بحث تا حد زیادی با بحث محرمیت از طریق رضاع مرتبط است، آگاهی از این مباحث در تحلیل و نقد استدلال‌هایی که در آینده به آنها اشاره خواهد شد، به ما کمک می‌کند. ماده ۱۰۴۶ ق.م.د در تبیین شرایط تحقق قرابت رضاعی که همگی از فقه امامیه بوده

و از کتاب‌های فقهی استفاده شده است،^۱ می‌گوید: «قربان رضاعی در حکم قربان نسبی است، مشروط بر اینکه:

اولاً: شیر زن از حمل شروع باشد.

ثانیاً: شیر مستقیماً از پستان مکیده شود.

ثالثاً: طفل، لااقل یک شبانه‌روز یا پانزده دفعه متوالی شیر کامل خورده باشد، بدون

اینکه در این میان، غذای دیگر یا شیر زن دیگری را بخورد.

رابعاً: شیر خوردن طفل، قبل از تمام شدن دو سال از تولد او باشد.

خامساً: مقدار شیری که طفل خورده است، از یک زن و از یک شوهر باشد، بنابراین

اگر طفل در شبانه‌روز مقداری از شیر یک زن و مقداری از شیر زن دیگر بخورد، موجب

حرمت نمی‌شود، اگر چه شوهر آن دو زن یکی باشد.

همچنین اگر یک زن، یک دختر و یک پسر رضاعی داشته باشد که هر یک را از شیر

متعلق به شوهر دیگر شیر داده باشد، آن پسر و یا آن دختر، برادر و خواهر رضاعی نبوده

و ازدواج بین آنها از این حیث ممنوع نمی‌باشد» (حجتی اشرفی، ۱۳۸۴: ۱۳۶).

ماهیت رابطه رضاع

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که ماهیت رابطه رضاع چگونه است؟ آیا این

پدیده نیز همانند نسب، پدیده‌ای از سنخ تکوین است یا اینکه به اصطلاح تعبیدی بوده و در

تعریف و تحدید آن نیازمند بیان قانونگذار شریعت است؟ برخی بر این باورند که رابطه رضاع

از سنخ رابطه نسب است و ماهیت تکوین و شکل‌گیری یکی از دیگری را دارد.

محقق بحرالعلوم در مقدمه رساله رضاع خود در این زمینه می‌نویسد:^۲ رابطه رضاع

از سنخ رابطه نسب بوده که در آن ارتباط بین دو طرف نسبت ارتباطی تکوینی و به نحو

مشتق شدن یکی از دیگری است. زیرا کودک از پدر و مادرش پدید آمده و ماده اصلی

(شکل‌گیری) او از ماده پدر و مادر مشتق شده، به گونه‌ای که در همه طبقات پایین

۱. و یحرم بالرضاع ما یحرم بالنسب بشرط کونه عن نکاح و أن ینبت اللحم أو یشد العظم أو یتّم يوماً و لیلةً أو

خمس عشرة رضةً و الأقرب النثر بال عشر، و أن یکون المرتضع فی الحولین، و أن لا تفصل بینها برضاع آخری،

و أن یکون اللبن لفحل واحد (ابن مکی عاملی، ۱۷۷).

۲. «اما المقدمه، فهی ان ربط الرضاع من سنخ ربط النسب الذی هو ربط بین النسب و المنسوب الیه ربط تکوین و

اشتقاق، فان الولد متکون من والديه، و مادته الأصلية مشتقة من مادتهما الساریة فی جمیع الطبقات النازلة... و

لعل الرضاع بشرائطه كما یعرب عنه ما قیل: «ان لحمه الرضاع کلحمة النسب» له تأثیر فی ذلک الربط الأصلی»

(بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۳: ۱۲۸ - ۱۲۹).

دست [نوه، نتیجه و ...] این ماده وجود دارد ... به نظر می‌رسد که رضاع نیز در صورت تحقق شرایط، همچنانکه جمله «خویشاوندی رضاع همانند خویشاوندی نسب است» نیز همین را بیان می‌دارد - تأثیرگذار در این رابطه اصلی است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۳: ۱۲۸-۱۲۹).

اما باید توجه داشت که همگونی و مسانخت بین رابطه رضاع و نسب، سبب نمی‌شود تا بگوییم همچنانکه نسب پدیده‌ای واقعی و عرفی است^۱ و قانونگذار شریعت بی‌آنکه تعبد دیگری برای نسب و پدر و مادر و فرزند نسبی داشته باشد، احکام را بر اساس همین نظام طبیعی و موضوعات واقعی وضع کرده است، پدیده رضاع و رابطه رضاعی نیز به همین شیوه است (محلّاتی، ۱۳۸۴: ۷۰)، چه آنکه آشکارا پیداست که از نظر قانونگذار شریعت، رابطه رضاع تنها با وجود شرایط خاصی - که در مباحث قبلی به برخی از آنها اشاره شد - رسمیت می‌یابد، این‌گونه نیست که شکل‌گیری و تکون فردی از فرد دیگر به هر شکلی که باشد، بتواند رابطه رضاع را محقق کند. به همین علت فقیهان شیعه در مبحث رضاع بر این نکته تأکید دارند که تحقق خویشاوندی از راه رضاع، مشروط به حصول شروطی است که در این بخش یادآور شده‌اند، شاید بتوان گفت محقق بحرالعلوم خود نیز به این امر واقف بوده و در کلام خود به این مطلب اشاره کرده است، از این رو در ادامه سخنی که پیشتر از وی بیان شد، می‌نویسد: «و از آنجا که ما از رضاع و مقدار معتبر در آن و شرایط حصول آن آگاهی کاملی نداریم، به آنچه در دلیل به آن اشاره شده است، اکتفا می‌کنیم»^۲.

بررسی رابطه بین کودک و زن صاحب رحم

در مباحث پیشین اشاره شد که اگر در تعیین مادر نسبی کودک متولد از رحم جایگزین، به این نتیجه رسیدیم که کودک، فرزند مادر اصلی - دارنده سلول جنسی ماده (تخمک) - بوده و از این جهت یعنی رابطه نسبی، ارتباطی با مادر جانشین - زن صاحب رحم - ندارد، این پرسش مطرح می‌شود که آیا راه دیگری برای اثبات رابطه محرمیت بین این دو وجود دارد، به‌گونه‌ای که از آن رهگذر به محرمیت میان ایشان حکم و آثار فقهی و حقوقی آن را اثبات کرد؟

برای پاسخ به این سؤال ناگزیریم تا همه استدلال‌ها و احتمال‌هایی را که شاید در اثبات محرمیت مؤثر باشد، بررسی کنیم:

۱. در واقع مقصود این است که نسب امری است که منشأ انتزاع آن امری واقعی است، و این‌طور نیست که تعبدی باشد.

۲. «حیث انا لم تحط به علماً و بکمیتة و بشرائط حصوله اقتصرنا فیه علی ما اعرّب عنه الدلیل» (بحرالعلوم، همان: ۱۲۹).

دلیل یکم: مفهوم اولویت

برخی از نویسندگان در بیان رابطه محرمیت بین کودک و مادر جانشین به ادله ایجاد رابطه حرمت از راه شیرخوارگی تمسک جسته‌اند و گفته‌اند: زن صاحب رحم همانند زن شیردهنده به کودک است، چنانکه کودک از زن شیردهنده تغذیه می‌کند، جنین کاشته‌شده نیز چنین می‌کند و از این جنبه نمی‌توان نقش زنی که جنین را در رحم خود نگه داشته و به مرحله زایمان رسانده است، کمتر از زن شیردهنده به طفل دانست، نادیده انگاشتن نقش زن دارنده رحم جایگزین، ظلم بزرگی در حق وی به‌شمار می‌رود، چرا که این کودک از نخستین مراحل بعد از انعقاد نطفه و از هنگامی که جنینی ابتدایی و متشکل از چند سلول بوده است تا آخرین مرحله یعنی وضع حمل در رحم چنین زنی رشد و نمو کرده و ماه‌ها از خون او تغذیه کرده، به‌طوری که گوشت و پوست و استخوان او از این زن شکل گرفته است. بنابراین اگر بگوییم میان این دو محرمیت برقرار بوده و نکاح بین ایشان شرعاً ممنوع است، سخن گزافی به‌میان نیاورده‌ایم (با تفاوت در کیفیت بیان رک. به: جواهری، ۱۴۲۲، ج ۳: ۱۲۸؛ صادقی مقدم، ۱۳۸۴: ۱۶۳؛ صمدی اهری، ۱۳۸۲: ۱۳۹؛ محلاتی، ۱۳۸۴، ج ۱: ۶۹ و مرسی زهره، ۱۹۹۳: ۳۷۸). همچنین ممکن است از راه تنقیح مناط حکم مذکور اثبات شود (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۷: ۱۶۵).

در بررسی و نقد این دلیل، لازم است تا در ابتدا، نحوه استفاده از ادله محرمیت به‌واسطه رضاع، برای پژوهش حاضر به‌صورت اصولی و فنی تبیین شود تا در ادامه بتوانیم آن را نقد و بررسی کنیم، برای رسیدن به این مقصود، ناچاریم مقدماتی را به اختصار مطرح کنیم:

تبیین مفهوم موافق

در اصطلاح اندیشمندان علم اصول فقه، مفهوم به معنایی گفته می‌شود که در ظاهر کلام آورده نشده است، ولی به‌سبب خصوصیتی، از منطوق کلام فهمیده شود (جمعی محققان، ۱۳۸۹: ۷۶۲). اگر مفهوم مستلزم ثبوت همان حکم ذکر شده در منطوق باشد و تنها موضوع حکم (به‌تعبیر دقیق‌تر، متعلق حکم) تغییر کرده باشد، به آن مفهوم موافقت گفته می‌شود (صنقرعلی، ۱۴۲۶، ج ۲: ۵۰۱)، به‌عنوان مثال در دلیلی آمده است که «به پدر و مادر خود اف مگو»، مفهوم این جمله آن است که «پدر و مادر خود را مورد ضرب و شتم قرار مده»، در اینجا حکم - حرمت - تغییری نکرده و تنها موضوع آن از گفتن اف، به ضرب و شتم تغییر کرده است.

مفهوم موافق به دو گونه است:

گاهی استفاده مفهوم از راه اولویت است، یعنی ثبوت حکم برای موضوع آن در جمله مذکور، به اولویت یقینی کشف از ثبوت آن حکم برای موضوعی دیگر می‌کند^۱، همانند مثالی که قبل تر بیان شد، در این صورت تردیدی نیست که چنین مفهومی نزد همگان جهت است (زین‌الدین بن علی عاملی: ۱۰۸).

گاهی استفاده مفهوم به سبب یقین به وجود علت حکم مذکور در کلام در موضوعی دیگر است، زیرا وقتی یقین پیدا شد که علت حکم بیان شده برای موضوع، در مفهوم نیز وجود دارد، آن حکم به مفهوم نیز سرایت پیدا می‌کند. به این گونه، مفهوم مساوات گفته می‌شود، هر چند برخی در اطلاق «مفهوم» در اینجا اشکال کرده‌اند و آن را بیگانه از اصطلاح مفهوم می‌دانند و از آن به [قیاس] منصوص‌العله یاد می‌کنند (بروجردی، ۱۴۱۵: ۲۹۵؛ غروی نائینی، ۱۴۲۴، ج ۱ و ۲: ۵۵۵).

تحقق مفهوم - چه موافق باشد و چه مخالف - به وجود ویژگی‌های خاصی در کلام مشروط است که در اصول فقه به آن اشاره می‌شود، به عنوان مثال محقق خراسانی در بحث مفهوم شرط (مفهوم مخالف) معتقد است که تنها در صورتی مفهوم دارد که جمله شرط علت منحصراً تحقق جمله جزا باشد (خراسانی، ۱۴۲۴: ۲۳۱). حال باید دید که تحقق مفهوم اولویت نیازمند تحقق چه شرایطی است.

شرایط تحقق مفهوم اولویت

برای استفاده مفهوم اولویت از یک جمله، لازم است آن جمله دارای شرایطی باشد. مهم‌ترین شرط در تحقق این مفهوم که مورد اتفاق نظر همه اصولیان شیعه محسوب می‌شود، این است که اولویت به دست آمده باید به طور قطعی باشد، بنابراین اگر اولویت به مرتبه قطع نرسد و ظنی باشد، چنین مفهومی اعتبار ندارد.

هر چند در تحلیل مفهوم اولویت و جایگاه‌شناسی آن در اصول فقه در آرای اندیشمندان این علم اختلاف نظر وجود دارد، اما به هر حال باید توجه داشت که این شرط (اولویت قطعی) اساسی‌ترین شرط و رکن تحقق این مفهوم در نزد اصولیان امامیه است.

مفهوم اولویت چه از سنخ دلالت الفاظ باشد و به دلالت لفظیه التزامیه از کلام برداشت شود (مظفر، ۱۳۸۴، ج ۳: ۵۹۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۶، ج ۲: ۱۵۲) و چه آنکه

۱. در این صورت، استفاده مفهوم از رهگذر دلالت التزامیه لفظیه خواهد بود. هر چند اولویت مدلول التزامی نسبت به مدلول مطابقی قطعی است.

برگشت چنین مفهومی به همان تنقیح مناط باشد، به این بیان که مناط حکم در مفهوم قوی‌تر و شدیدتر از مناط حکم در منطوق است، لذا سبب استفادهٔ مفهوم می‌شود (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱: ۵۷؛ فاضل‌لنکرانی، ۱۴۲۸، ج ۲: ۵۳۵)، در هر صورت باید دانست که وجود مفهوم تنها و تنها مشروط به وجود اولویت قطعی است نه ظنی.

نقد و بررسی دلیل نخست: با عنایت به مقدماتی که گذشت، نقد دلیل اول روشن می‌شود، زیرا اگرچه در برخی روایات به این نکته اشاره شده که رضاع در صورتی تحقق پیدا می‌کند که موجب روییدن گوشت و محکم شدن استخوان شود، باید توجه داشت که این مقدار از بیانی که در احادیث وارد شده برای سرایت حکم محرمیت به مورد بحث ما کافی نیست، برای اینکه حکم مذکور شامل کودک متولد از رحم جایگزین نیز بشود، لازم است احراز کنیم که ملاک در محرمیت در باب رضاع، رویش گوشت و محکم شدن استخوان است.

روشن است که نمی‌توان چنین اموری را ملاک نشر حرمت و علت تام تحقق حکم دانست، به‌گونه‌ای که حکم، در آمدن و نیامدن دائرمدار آن باشد. زیرا چنانکه در مباحث پیش‌تر گفته شد، محرمیت در باب رضاع، تنها در صورتی ایجاد می‌شود که شرایط آن محقق شود. به‌عنوان مثال باید شیر زن ناشی از حمل مشروع باشد، جاری شدن آن از ناحیهٔ شوهر زن باشد، مستقیماً از پستان مکیده شود، قبل از اتمام دوسالگی باشد؛ این شرایط به‌وضوح حاکی از این است که مجرد رویش گوشت و... کافی نیست و برای آمدن حکم ضروری است که این امر در اثر یک نظام حاصل شود و در صورت تحقق کامل این نظام است که به رابطهٔ محرمیت میان دهندهٔ شیر و کودک حکم می‌شود (سیستانی، ۱۴۲۵: ۴۸۱؛ علوی قزوینی، ۱۳۹۰: ۷۹).

از سوی دیگر با دقت در احادیث باب رضاع می‌توان دریافت که در هیچ‌یک از آنها روییدن گوشت و محکم شدن استخوان، به‌عنوان «علت حکم» نیامده است و تنها این احادیث متضمن تبیین موضوع نشر حرمت شده‌اند و بیان داشته‌اند که موضوع نشر حرمت «ما أنبت اللحم و شد العظم» است، یعنی شیردادنی که دارای این خصوصیت باشد نه صرف انبات لحم و... (خویی، مجمع‌الرسائل: ۱۴۳).

از توضیحات بالا روشن می‌شود که ادعای استفادهٔ رابطهٔ محرمیت بین کودک و بین زن صاحب رحم از راه مفهوم اولویت، ادعای ناصوابی است، زیرا گفته شد که مفهوم اولویت در فقه شیعه تنها در صورتی معتبر است که به‌طور قطعی استفاده شود و در مورد موضوع این پژوهش، ادعای اولویت قطعی امکان‌پذیر نیست، چرا که شرایط

بیان شده برای نشر حرمت، بیانگر این حقیقت است که صرف نشأت گرفتن روییدن گوشت و ... از شیر دهنده، نمی‌تواند در تحقق حکم مؤثر باشد. به‌طور کلی تا زمانی که یک نظام از پیش تعریف شده توسط قانونگذار شریعت به‌طور کامل عملی نشود، رابطهٔ محرمیت محقق نخواهد شد حتی اگر بالاترین مراتب رویش گوشت و ... اتفاق بیفتد، به‌عنوان مثال در فرضی که کودک بعد از اتمام دو سالگی از شیر زنی تغذیه کند، حتی اگر مدتی طولانی این کار ادامه پیدا کند به‌طوری که آثار رشد در اثر خوردن آن شیر آشکار شود (مثلاً یک سال تداوم داشته باشد) نشر حرمت نمی‌شود یا در فرضی که شیر مادر دوشیده شود و کودک آن را از ظرف بنوشد، به اعتقاد بسیاری از فقیهان نمی‌توان به رابطهٔ محرمیت حکم کرد.

در حالی که در صورت تحقق کامل این نظام، حتی اگر به نظر عرف روییدن گوشت و محکم شدن استخوان، محقق نشده باشد (مانند فرض شیردادن در پانزده مرتبهٔ متوالی یا یک شبانه‌روز) باز می‌توان به محرمیت حکم کرد. حال با وجود اینها چگونه می‌توان ادعای اولویت قطعی داشت و رویش گوشت و ... را علت تامهٔ نشر حرمت دانست؟

دلیل دوم: صدق «مادر» بر صاحب رحم

برخی از فقیهان معتقدند که هرچند از لحاظ شرعی زن صاحب تخمک مادر وی محسوب می‌شود، با این حال زن صاحب رحم نیز به وی مجرم است، چرا که چنین زنی مادر عرفی این کودک شمرده می‌شود. بنابراین تمام احکام فرزند عرفی، از قبیل حرمت نکاح و غیر آن بین این دو نفر جاری است و تنها در مورد ارث مصالحه کنند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۸: ۹۷-۹۸؛ صمدی اهری، ۱۳۸۲: ۴۱).

نقد و بررسی: در مقدمه اشاره شد به اینکه مبنای این پژوهش صورتی است که در آن از میان زن صاحب تخمک و زنی که دارندهٔ رحم جایگزین است، زن صاحب تخمک را برگزیده باشیم و او را مادر نسبی طفل بدانیم.

حال بر اساس مبنا مذکور سؤال این است که چگونه می‌توان زن صاحب رحم را مادر عرفی طفل معرفی کرد؟ ظاهر این سخن که با وجودی که مادر کودک، زن صاحب تخمک است، به‌لحاظ عرفی زن صاحب رحم مادر به‌شمار می‌رود، در واقع به این برمی‌گردد که بگوییم - لاقلاً در این مورد - تعریف شرع با تعریف عرف دربارهٔ مادر نسبی تفاوت دارد.

بنابراین باید دید که آیا اساساً شرع در این گونه موارد نیز برای نسب و تعیین مادر نسبی تعریف مستقلی دارد (اگرچه در بعضی از موارد با رأی عرف مغایر باشد) یا اینکه این گونه امور از قبیل اموری محسوب می‌شود که قانونگذار شریعت آن را به عرف واگذار کرده است؟ به نظر می‌رسد که پدیدهٔ نسب و نیز مفاهیمی همچون «پدر» و «مادر» از مفاهیمی هستند که با همان معنای متداول در نزد عرف، موضوع احکام قرار گرفته‌اند و اصطلاح شرعی خاصی در مقابل عرف ندارند. البته ممکن است در بعضی موارد قانونگذار شریعت به دلیل ملاحظاتی در این مفاهیم دخل و تصرفاتی داشته باشد، چنانکه قرآن کریم می‌فرماید: «... و ما جعل ازواجکم اللاتی تظاهرون منهن امهاتکم و ما جعل أَدعیاءکم أبناءکم ذلکم قولکم بأفواہکم و اللہ یقول الحق و هو یتهدی السبیل» (احزاب: ۴)؛ «... و هرگز همسرانتان را که مورد اظهار^۱ قرار می‌دهید مادران شما قرار نداده و (نیز) فرزندخوانده‌های شما را فرزند حقیقی شما قرار نداده است، این سخن شماسست که به دهان خود می‌گویید (سخنی است باطل و بی‌پایه)، اما خداوند حق را می‌گوید و او به راه راست هدایت می‌کند». در این آیه خداوند اظهارکنندگان نسبت به همسر و نیز کسانی که فرزندخوانده را فرزند خویش و خود را پدر و مادر وی می‌دانند، مورد تخطئه قرار داده است.

صاحب جواهر در مورد نسبت چنین می‌گوید: آشکارا پیداست که شارع در تعیین موضوعات نسب (یعنی پدر بودن و مادر بودن و عمو بودن و دایی بودن و امثال آن) نقشی ندارد، بلکه مرجع در این مباحث (همانند بسیاری از مباحث دیگر) لغت و عرف است.^۲ محقق نراقی نیز در این زمینه می‌گوید: در نسب صدق لغوی و عرفی معتبر است نه شرعی، بلکه اساساً نسب، حقیقت شرعی‌ای ندارد تا معتبر باشد،^۳ همچنین محقق خوئی معتقد است که: آنچه از مذاق شارع و نیز ظاهر بعضی ادله برداشت می‌شود این است که بحث نسب به عرف واگذار شده است.^۴

با این توضیحات روشن می‌شود که ادعای وجود مادر عرفی در کنار مادر از دیدگاه شارع صحیح به نظر نمی‌رسد و مادر حقیقی تنها آن فردی است که از نگاه عرف، مادر شمرده شود

۱. «ظهار» این است که مردی به همسرش بگوید: «پشت تو همانند پشت مادرم (بر من حرام) است، در این صورت مرد باید برای رجوع به همسرش کفاره یا او را طلاق دهد.

۲. «ان من الواضح البین عدم مدخلیه الشارع فی تحقیق موضوعات النسب من الأبوة و الأمومة و الخؤولة و نحوها، بل هی لیست الا کثیرها من الألفاظ التي مرجعها إلى العرف و اللغة» (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۹: ۳۰۹).

۳. «ان المعتمد، الاول [=الصدق الغوی و العرفی] بل لاحقیقة شرعیة للنسبة» (نراقی، ۱۴۱۷: ۲۲۲).

۴. «بل مقتضی ما یفهم من مذاق الشارع و ظاهر بعض الأدلة، ان النسب موکول إلى العرف»، (خوئی، ج ۳۲: ۳۵۸).

و از آنجا فرض مسئله صورتی است که زن صاحب تخمک را به‌عنوان مادر نسبی برگزیده شده باشد، روشن می‌شود که این دلیل نیز دلیل مناسبی برای اثبات محرمیت نیست.

دلیل سوم: احادیث مربوط به آغاز آفرینش انسان

ممکن است در اثبات نشر حرمت میان کودک و صاحب رحم، به احادیثی استدلال شود که درباره آغاز آفرینش انسان و کیفیت خلقت حضرت حوا سخن گفته است، شیخ صدوق از زراره نقل می‌کند که از امام صادق (ع) پرسیدند و گفتند: مردمی در ناحیه ما می‌گویند خداوند عزوجل حوا را از آخرین دنده چپ آدم آفرید، آیا همین‌طور است؟ امام (ع) فرمود: خداوند منزّه است و بسیار برتر از آنکه چنین کند، آیا کسی که به این قائل شده، می‌گوید: خداوند توان آن نداشت که حوا را از غیر دنده آدم بیافریند، و از این راه برای گویندگان هرزه‌گوی باز گذارد که یکی بگوید: اگر از دنده آدم بود، پس او با پاره تن خود همبستر گشته، اینان را چه شده است؟^۱ (غفاری و دیگران، ۱۳۶۷، ج ۵: ۳).

از روایت بالا و موارد مشابه آن فهمیده می‌شود که ازدواج میان کودک و صاحب رحم نیز جایز نیست، زیرا اجزای این کودک ماه‌ها از بدن صاحب رحم تغذیه کرده و رشد و نمو یافته است.

نقد و بررسی: در جواب این دلیل گفته شده افزون بر اینکه برخی دیگر از احادیث معارض با این حدیث است^۲، امام (ع) از قول هرزه‌گویان، ازدواج به شکل گفته‌شده را مورد انکار و اشکال دانست و این مقدار دلالت بر انکار آن توسط خود امام (ع) ندارد (سیستانی، ۱۴۲۵: ۴۷۸-۴۷۹).

به‌نظر می‌رسد هر دو پاسخ گذشته خدشه‌پذیر باشد، علامه مجلسی پس از بیان دو روایتی که معارض با این روایت به‌نظر می‌رسند، به جهت آنکه مضمون این دو روایت میان عامه از شهرت برخوردار است، هر دو را بر تقیه حمل می‌کند (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۱۱: ۲۲۶). از سوی دیگر هرچند امام (ع) اشکال را از سوی اهل تشنیع طرح کرد، اما ظاهر متن مؤید این است که این اشکال را بجا می‌داند، به‌همین دلیل به‌محض شنیدن این سخن از راوی فرمودند: «سبحان الله، تعالی الله عن ذلك علواً کبیراً».

۱. روی عن زرارة بن اعین انه قال: سئل ابو عبد الله (عليه السلام) عن خلق حواء و قيل له ان اناساً عندنا يقولون - ان الله عزوجل خلق حواء من ضلع آدم الأيسر الأقصى، فقال: سبحان الله و تعالی عن ذلك علواً کبیراً أيقول من يقول هذا ان الله تبارک و تعالی لم یکن له من القدرة ما یخلق لآدم زوجة من غیر ضلعه و یجعل للمتکلم من اهل التشنیع سیلاً إلى الکلام ان يقول: ان آدم کان ینکح بعضه بعضاً اذا کانت من ضلعه ما لهؤلاء؟.... (صدوق، ج ۳: ۳۷۹).

۲. رک به کتاب «الاحتجاج علی اهل اللجاج» (طبرسی، ۱۴۰۳، ج ۲: ۳۱۵).

از این رو بهتر است در نقد این دلیل گفته شود: استفادهٔ یک قانون کلی از این گونه روایات بسیار مشکل است، زیرا تنها در صورتی می‌شود به یک قانون کلی رسید که بتوان به ملاک حکم دست یافت تا بتوان آن را به موارد دیگر نیز سرایت داد، از سوی دیگر در این روایت نیز تصریحی به ملاک نشده است، زیرا اگر ملاک در حرمت ازدواج این بود که بخشی از او از بدن دیگری است، بسیاری از شرایطی که در مبحث رضاع برای تحقق محرمیت ذکر شده است، بی‌مورد بود (مگر آنکه گفته شود این میزان هرچند مقتضی را برای حرمت نکاح بیان کرده، در باب رضاع دستخوش تصرفاتی از جانب شارع شده است). بنابراین سرایت حکم از این حدیث به مسئلهٔ ما را نمی‌توان از راه تنقیح مناط دانست، بلکه در واقع از نوع قیاس مستنبط‌العلة به شکل ظنی است که در نزد فقیهان شیعه حجت نیست.

دلیل چهارم: ارتکاز متشرعه

منظور از ارتکاز متشرعه ادراک ناخودآگاه به معلوماتی است که در عمق اذهان متشرعه رسوخ کرده است و منشأ پیدایش آن به‌طور دقیق روشن نیست، هرچند به‌طور اجمال می‌دانیم که اعتقاد ایشان به شریعت واحد و پایبندی به احکام آن، در این ارتکاز دخیل بوده است (جمعی از محققان، ۱۳۸۹: ۱۴۵).

ممکن است در اثبات ادعای نشر حرمت، به ارتکاز متشرعه تمسک شود، با این بیان که ازدواج میان زن و کودکی که ماه‌ها در رحم وی پرورش یافته و از خورش تغذیه کرده و تمامی مراحل خلقت جنین را در درون رحم او گذرانده و توسط او زاییده شده است، هیچ‌گاه مورد تأیید متشرعه نیست و شکی نیست که متشرعه این کار را به ارتکاز خود جایز نمی‌دانند.

نقد و بررسی: هرچند خدشه در تحقق چنین ارتکازی، مشکل است و اصل وجود آن دور از نظر نیست. آنچه مهم خواهد بود، بحث از اعتبار این ارتکاز است، زیرا ارتکاز متشرعه تنها در صورتی حجت محسوب می‌شود و به‌عنوان سندی برای حکم شرعی تلقی می‌شود که با امضای شارع یا لاقلاً با عدم منع او تأیید شود.

بر این اساس اعتماد بر چنین ارتکازی فقط در صورتی صحیح است که یقین کنیم در زمان معصومین (ع) وجود داشته است، به‌طوری که مورد تأیید معصوم (ع) قرار گرفته باشد، زیرا تا زمانی که تأیید معصوم (ع) نسبت به چنین ارتکازی احراز نشود، نمی‌توان به‌طور جزم ادعا کرد که این حکم، حکمی بوده که قانونگذار شریعت وضع کرده است، بلکه احتمال می‌رود منشأ آن امور دیگری غیر از بیان نبی (ص) یا امامان

معصوم (ع) باشد، مثلاً از رأی برخی از فقها در برخی از اعصار سرچشمه گرفته باشد یا به دلیل وجود برخی مقدمات بی‌اساس و افکار ناصحیح باشد (حکیم، ۱۹۶۳: ۲۰۱؛ شهیدی، بی‌تا، ج ۵: ۱۶۶-۱۶۷).

از اینجا روشن می‌شود که تمسک به چنین ارتکازی برای اثبات نشر حرمت در موضوع این تحقیق درست نیست، زیرا اساساً مسئلهٔ رحم جایگزین و مسائل مرتبط با آن از امور نوپیدایی است که سابقهٔ چندانی ندارد، بنابراین نمی‌توان مورد تأیید شارع بودن آن را به اثبات رساند، از سوی دیگر مجرد اینکه چیزی در ارتکاز متشرعه باشد، برای ترتیب اثر دادن کافی نیست، البته دربارهٔ ارتکاز مذکور اشکال و جواب‌های دیگری نیز باقی است که خارج از حد موضوع پژوهش است.

افزون بر آنکه بیان شد، می‌توان گفت این دلیل نیز همانند دلیل سوم به اصطلاح اخص از مدعاست، یعنی بر فرض صحت تنها حرمت ازدواج را ثابت می‌کنند و رابطهٔ محرمیت با همهٔ آثارش را نمی‌توان از این راه اثبات کرد، مگر آنکه ثابت شود میان حرمت ازدواج در این مورد و سایر آثار محرمیت، ملازمه وجود دارد.

دلیل پنجم: صدق رَحِم

بیان دیگری که شاید برای اثبات نشر حرمت گفته شود، این است که کودکی که از طریق رحم یک زن پا به حیات می‌گذارد - به اصطلاح - در زمرهٔ «رَحِم» آن زن به‌شمار می‌رود و از ارحام وی محسوب می‌شود. زیرا معیار در «رَحِم» این است که شخص در آن رحم بوده باشد یا با غیر خود در بعضی از مراتب بالاتر در یک رحم اجتماع داشته باشد، همانند پسرعموها که در رحم مادر بزرگ پدری خود اجتماع دارند، به اعتبار اینکه پدران ایشان در آن رحم بوده‌اند (قائنی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۳۵۱). از سوی دیگر روشن است که انسان نمی‌تواند با کسی که از رَحِم خود او شمرده می‌شود، ازدواج کند.

نقد و بررسی: این استدلال به لحاظ منطقی هم از نظر صغری و هم از جهت کبری خدشه‌پذیر است، زیرا اینکه گذراندن دوران جنینی در رحم یک زن برای اثبات رحم بودن کافی باشد، به اثبات نرسیده است، چه بسا گفته شود که این مقدار تنها جزئی از علت محسوب می‌شود و لازم است چنین زنی منشأ پیدایش آن کودک هم بوده باشد والا مجرد اینکه رشدش در این رحم باشد، برای صدق اینکه از ارحام وی به‌شمار رود، کافی نیست و اگر چنین ادعایی ثابت نشود، حداقل به‌عنوان احتمالی جدی در اینجا مطرح است و مانع از احراز قطعی علت تامه در صدق آن می‌شود.

افزون بر اینکه بر فرض بپذیریم چنین کودکی از ارحام آن زن شمرده می‌شود، نمی‌توان به نشر حرمت میان این دو حکم کرد، زیرا روشن است هر رحمی «محرّم» محسوب نمی‌شود، به طوری که ازدواج با وی ممنوع باشد و به بیان دیگر ازدواج با هر رحمی ممنوع نیست، چنانکه میان دخترعمو و پسرعمو - که از ارحام یکدیگرند - رابطه محرمیت برقرار نیست. به بیان دیگر «رحم» و «ارحام» در ادله تنها موضوع احکام دیگری در باب ارث و صلّه رحم و مانند اینها هستند، نه حکم حرمت ازدواج. بنابراین مجرد صدق رحم بر فردی به تنهایی برای اثبات ادعای مذکور کافی نیست.

دلیل ششم: روایات دال بر حرمت ازدواج با قابله

برخی از احادیث موجود در متون روایی بیانگر حرمت ازدواج فرزند با زن قابله - زنی که عهده‌دار تسهیل زایمان مادر فرد بوده و در وقت زایمان به مادرش کمک رسانده - است. شاید در اثبات حرمت ازدواج فرزند با زن صاحب رحم و نشر حرمت میان آن دو، به این دسته از احادیث استدلال شود.

محقق کلینی با سند خود از جابرین یزید نقل می‌کند که آیا فرزند می‌تواند با قابله خود ازدواج کند؟ حضرت فرمود: «نه و با دختر او [نیز] نمی‌تواند ازدواج کند، [زیرا] قابله یکی از مادران او شمرده می‌شود»^۱. این حدیث در سایر کتب اربعه حدیثی نیز ذکر شده است (صدوق، ج ۳: ۴۱۰؛ طوسی، ۱۳۹۰، ۳: ۱۷۶؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷: ۱۵۵).

همچنین ابراهیم بن عبدالحمید نقل می‌کند که از امام کاظم (ع) درباره قابله مرد پرسیدم که آیا آن مرد می‌تواند با قابله‌اش ازدواج کند؟ حضرت فرمود: «اگر قابله یکی دو سه بار او را [در زمان ولادت و طفولیت] تحویل بگیرد و تربیت کند، اشکالی ندارد^۲ و اگر [بیش از این مقدار بوده، یعنی] هم قابله او بوده و هم تربیت و تکفل او را به عهده داشته، پس به درستی که من خود و فرزندانم را از آن نهی می‌کنم»^۳.

۱. «عَنْ جَابِرِ بْنِ يَزِيدَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الْقَابِلَةِ أَيْحِلُّ لِلْمَوْلُودِ أَنْ يَنْكِحَهَا فَقَالَ لَا وَ لَا ابْنَتَهَا هِيَ بَعْضُ أُمَّهَاتِهِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۴۴۷ - ۴۴۸).

۲. معمولاً متن حدیث را به شکل «تَقَبَّلَ» خوانده‌اند و به معنای عام قبول کردن و تحویل گرفتن دانسته‌اند، اما اگر «تَقَبَّلَ» بخوانیم معنا می‌شود: اگر دوسه مرتبه بیوسد، حرام نیست، اما اگر توأم با تربیت و تکفل باشد، حکم مادر را دارد (رک به زنجانی، ج ۱۸: ۵۹۴۶).

۳. «عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَبْدِ الْحَمِيدِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَ عَنِ الْقَابِلَةِ تَقَبَّلَ الرَّجُلُ أَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فَقَالَ إِذَا كَانَتْ قَبْلَتَهُ الْمَرْءَ وَالْمَرْثِيْنَ وَالثَّلَاثَةَ فَلَا بَأْسَ وَ إِن كَانَتْ قَبْلَتَهُ وَ رَبَّتَهُ وَ كَفَلَتْهُ فَإِنِّي أَنهَى نَفْسِي عَنْهَا وَ وَ لَدِي» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰: ۵۰۲).

از این روایات و سایر روایاتی که در این زمینه وارد شده است، استفاده می‌شود که ازدواج کودک متولد از رحم جایگزین با صاحب رحم نیز جایز نیست، زیرا آنچه موجب نشر حرمت در قابله شده در صاحب رحم نیز موجود است، بلکه چه بسا بتوان ادعای قیاس اولویت کرد و صاحب رحم را از زن قابله، اولی به نشر حرمت دانست (قائنی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۳۵۲).

نقد و بررسی: در نقد این دلیل می‌توان دو پاسخ داد:

نخست: استدلال بالا بر قیاس معتبر (تنقیح مناط) از نگاه امامیه مبتنی نیست، زیرا از نظر ما قیاسی معتبر است که ناشی از قطع به مناط حکم باشد، همچنان که در قیاس اولویت نیز اشاره شد که اولویت باید به شکل قطعی باشد و مادامی که مناط حکم به‌طور دقیق روشن نباشد، ادعای اولویت در حکم، مشکل است. اما در اینجا به‌طور دقیق و قطعی ثابت نشده است که معیار در حرمت نکاح چیست. از سوی دیگر نقش زن صاحب رحم که حمل و زایمان طفل محسوب می‌شود، غیر از نقش زن قابله است و نمی‌توان ادعای وحدت ملاک قطعی در آن دو کرد.

دوم: حکم به حرمت حتی دربارهٔ مورد این روایات یعنی ازدواج با زن قابله قطعی نیست و بسیاری از فقیهان در اینجا به کراهت معتقد هستند^۱، این استفاده شاید از جمع میان این دسته از روایات و روایاتی که دال بر جواز باشد، مانند روایتی که احمدین محمدین ابی نصر بزنطی از امام رضا (ع) نقل کرده است که ایشان فرمود: «سبحان الله! مگر می‌شود که قابله بر مولود حرام باشد؟»^۲ بنابراین بر فرض که قیاس - چه به شکل مساوات و چه اولویت - ادعا شده در اینجا معتبر باشد، از نوع قیاس ظنی نباشد باز هم نمی‌توان استفاده حرمت دربارهٔ کودک و زن صاحب کرد و حداکثر به کراهت ثابت حکم می‌شود.

نتیجه‌گیری

آنچه در مجموع و پس از بررسی ادله می‌توان اظهار کرد، این است که هیچ‌یک از استدلال‌هایی که برای اثبات نظریهٔ رابطهٔ حرمت بین کودک متولد از رحم جایگزین و زن صاحب رحم گفته شده است، استحکام کافی ندارد. اولویت در وجود این حکم که با

۱. رک به محقق حلی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۱۸۱؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۱۵۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۴۹؛ ابن مکی عاملی، ۱۸۱؛ سبزواری، بی‌تا، ج ۲: ۷۹؛ نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۹: ۳۴؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۴۲۶؛ طباطبایی بزدی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۷۹۸؛ خویی، ۶/۳۲ و دیگران).

۲. «عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ أَبِي نَصْرٍ قَالَ: قُلْتُ لِلرَّضَا ع يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ الَّتِي قَبِلَتْهُ فَقَالَ سُبْحَانَ اللَّهِ مَا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ مِنْ ذَلِكَ» (رک به حر عاملی، ۱۴۰۳، ج ۲۰: ۵۰۲).

بهره بردن از مفهوم اولویت (نسبت به حرمتی که در رضاع به واسطهٔ شیر خوردن از زنی بیگانه حاصل می‌شود) ادعا شده است نیز پذیرفتنی نیست، به دلیل آنکه اولییتی ظنی است و نمی‌توان به نتیجهٔ آن در اثبات حکم شرعی اعتماد کرد. بنابراین حکم به رابطهٔ محرمیت میان این دو ثابت نیست.

همچنین لازم است نارسایی‌های موجود در قانون نحوهٔ اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب سال ۱۳۸۲ که از جهت تعیین نسب و نیز رابطهٔ حقوقی کودک با هر یک از صاحب رحم و صاحب تخمک مسکوت مانده و فاقد رأی است، اصلاح شود. در هر صورت از آنجا که مسئلهٔ ازدواج از مسائلی است که اهمیت فراوانی دارد و با توجه به ارتكازی که در اذهان متشرعه نسبت به عدم جواز ازدواج کودک با زنی که ماه‌ها در رحم وی پرورش یافته و زاده شده است، وجود دارد (با آنکه هیچ‌یک از ادلهٔ گفته‌شده را به‌عنوان دلیل بر اثبات این رابطه نپذیرفتیم)^۱ بهتر است در بخش ازدواج، احتیاط رعایت شود.^۲

منابع

- [۱]. قرآن کریم؛
- [۲]. ابن بابویه قمی، محمد بن علی، *من لایحضره الفقیه*، مصحح: علی اکبر غفاری، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۳ هـ.ق؛
- [۳]. انصاری، مرتضی، *کتاب النکاح*، کنگرهٔ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ هـ.ق، چاپ اول؛
- [۴]. بحر العلوم، محمد بن علی، *بلغة الفقیه*، مکتبهٔ الصادق علیه السلام، تهران، ۱۴۰۳، چاپ چهارم؛
- [۵]. بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة علیهم السلام*، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۰۵ هـ.ق، چاپ اول؛

۱. دقت شود که نتیجهٔ فوق در صورتی است که تنها مرحلهٔ بارداری توسط زن صاحب رحم انجام پذیرد و الا اگر بعد از مرحلهٔ زایمان شیردهی نیز توسط وی اتفاق بیفتد، در صورتی که اتحاد فحل را شرط تحقق اصل رضاع بدانیم و تنها دخیل در ایجاد محرمیت بین وی و خواهر یا برادر رضاعی وی باشد (سبحانی، ۱۴۲۴: ۹۹).
 رابطهٔ محرمیت بین کودک و صاحب رحم برقرار خواهد شد، مشروط به آنکه سایر شرایط رضاع مراعات شود.
 ۲. بحث از اقتضای اصل اولی در مسائل مرتبط با نکاح، از جملهٔ مباحثی است که مورد اختلاف نظر جدی میان فقیهان بوده، دسته‌ای قائل به اباحه و دستهٔ دیگر قائل به احتیاط هستند. تعیین اینکه در اینجا احتیاط تنها در مرتبهٔ حسن است یا لازم‌المراعاة است، وابسته به این خواهد بود که مقتضای اصل اولیه را چه بدانیم، که این گفتار گنجایش بحث از آن را ندارد.

- [۶]. بروجردی (طباطبائی)، حسین، *نهایه الاصول*، مقرر: حسینعلی منتظری، نشر تفکر، قم، ۱۴۱۵هـ.ق، چاپ اول؛
- [۷]. بورقعه، سفیان بن عمر، *النسب و مدى تأثیرات المستجدات العلمیه فی اثباته*، دارکنوز اشبیلیا، ریاض، ۱۴۲۸هـ.ق، چاپ اول؛
- [۸]. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸، چاپ اول؛
- [۹]. جمعی از محققان، *فرهنگنامه اصول فقه*، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ۱۳۸۹، چاپ اول؛
- [۱۰]. الجواهری، حسن، *بحوث فی الفقه المعاصر*، نشر مجمع الذخائر الاسلامیه، قم، ۱۴۲۲هـ.ق، چاپ اول؛
- [۱۱]. حجتی اشرفی، غلامرضا، *قانون مدنی*، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۴، چاپ اول؛
- [۱۲]. حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۳هـ.ق، چاپ اول؛
- [۱۳]. حلی، نجم‌الدین، *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، مؤسسه المطبوعات الدینیة، قم، ۱۴۱۸هـ.ق، چاپ ششم؛
- [۱۴]. حسینی واسطی، سیدمحمد مرتضی، *تاج العروس من جواهر القاموس*، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۴هـ.ق، چاپ اول؛
- [۱۵]. الحکیم، محمدتقی، *الاصول العامه للفقه المقارن*، دارالاندلس، بیروت، ۱۹۶۳م، چاپ اول؛
- [۱۶]. حلی، (علامه حلی) حسن بن یوسف، *نهایه الاحکام فی معرفه الاحکام*، مؤسسه آل‌البیت، قم، ۱۴۱۹هـ.ق، چاپ اول؛
- [۱۷]. حمداللهی، عاصف و محمد روشن، *قرارداد استفاده از جایگزین*، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۸، چاپ اول؛
- [۱۸]. خراسانی، محمدکاظم، *کفایه الاصول*، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۲۴هـ.ق، چاپ هشتم؛
- [۱۹]. الخوئی، سیدابوالقاسم، *مجمع الرسائل، رساله فی الرضاع*، مقرر: محمدتقی ایروانی و محمد مهدی موسوی، قم، ؟، ؟، قم؛
- [۲۰]. خوئی، سیدابوالقاسم، *موسوعه الامام الخوئی*، مقرر: رضا موسوی خلخالی، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، قم، ۱۴۲۷هـ.ق، چاپ اول؛
- [۲۱]. خوئی، سید ابوالقاسم، *موسوعه الامام الخوئی*، مقرر: محمدتقی خوئی، بی‌تا، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی؛
- [۲۲]. سبحانی، جعفر، *فقه الرضاع*، مقرر: حسن محمد مکی العاملی، مؤسسه امام صادق، قم، ۱۴۲۴هـ.ق، چاپ دوم؛
- [۲۳]. سبزواری، محمد باقر، *کفایه الاحکام*، انتشارات مهدوی، اصفهان، بی‌تا، چاپ اول؛
- [۲۴]. سیستانی، محمدرضا، *وسائل الانجاب الصناعیه*، دارالمورخ العربی، بیروت، ۱۴۲۵هـ.ق، چاپ اول؛

- [۲۵]. شهیدی، محمدتقی، *دراسات فی الاصول*، قم، بی تا؛
- [۲۶]. صادقی مقدم، محمدحسن، *(مبانی فقهی و بایسته‌های قانون نحوهٔ اهدای جنین به زوجین نابارور)*، اهدای گامت و جنین، سمت، تهران، ۱۳۸۴، چاپ اول؛
- [۲۷]. صمدی اهری، محمدهاشم، *نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام*، کتابخانهٔ گنج دانش، تهران، ۱۳۸۲، چاپ اول؛
- [۲۸]. سنقرعلی، محمد، *المعجم الاصولی*، بی جا، منشورات نقش، ۱۴۲۶هـ.ق، بی جا، چاپ دوم؛
- [۲۹]. طاهری، محمدعلی و دیگران، *دانشنامهٔ حقوق خصوصی*، نشر محراب، تهران، ۱۳۸۴، چاپ اول؛
- [۳۰]. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم، *العروة الوثقی*، بیروت، مؤسسة الأعلمی، بیروت، ۱۴۰۹هـ.ق، چاپ دوم؛
- [۳۱]. طبرسی، احمدبن علی، *الاحتجاج علی اهل اللجاج*، مصحح: محمدباقر خراسان، نشر مرتضی، مشهد، ۱۴۰۳هـ.ق، چاپ اول؛
- [۳۲]. طوسی، محمدبن حسن، *الاستبصار فیما اختلف فيه الاخبار*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰هـ.ق، چاپ اول؛
- [۳۳]. طوسی، محمدبن حسن، *تهذیب الاحکام*، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۴۰۷هـ.ق، چاپ چهارم؛
- [۳۴]. عاملی، محمدبن مکی، *اللمعة الدمشقیة*، دارالترث، بیروت، ۱۴۰۹هـ.ق، چاپ اول؛
- [۳۵]. عاملی (شهیدثانی)، زین‌الدین بن علی، *تمهید القواعد*، مکتب الاعلام الاسلامی، قم، ۱۳۷۴، چاپ اول؛
- [۳۶]. العذاری، سعیدکاظم، *التلخیص الصناعات بین العلم و الشریعة*، نشر مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، قم، ۱۴۲۹هـ.ق، چاپ اول؛
- [۳۷]. علوی قزوینی، سیدعلی و قائنی محمد، *نشست‌های علمی مرکز فقهی ائمه اطهار مرکز فقهی ائمه اطهار*، قم، ۱۳۹۰، چاپ اول؛
- [۳۸]. غروی نائینی، محمد حسین، *فوائد الاصول*، مقرر: محمد علی کاظمی خراسانی، مؤسسهٔ نشر اسلامی، قم، ۱۴۲۴هـ.ق، چاپ هشتم؛
- [۳۹]. غفاری، علی اکبر و دیگران، *ترجمهٔ من لایحضره الفقیه*، نشر صدوق، تهران، ۱۳۶۷، چاپ اول؛
- [۴۰]. فاضل آبی، حسن، *کشف الرموز فی شرح مختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۷هـ.ق، چاپ سوم؛
- [۴۱]. فاضل لنکرانی، محمد، *الاحکام الطبیة*، حوزهٔ فقه ائمه اطهار، دمشق، ۱۴۲۸هـ.ق، چاپ اول؛
- [۴۲]. فاضل لنکرانی، محمد جواد، *بررسی فقهی - حقوقی تلخیص مصنوعی*، مرکز فقهی ائمه اطهار، قم، ۱۳۸۷، چاپ اول؛
- [۴۳]. قائنی، محمد، *المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة*، مرکز فقهی ائمه اطهار، قم، ۱۴۲۴هـ.ق، چاپ اول؛

- [۴۴]. کلینی، محمدبن یعقوب، *الکافی*، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۴۰۷هـ.ق، چاپ چهارم؛
- [۴۵]. مجلسی، محمدباقر، *بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الأئمة الاطهار*، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۳هـ.ق، چاپ دوم؛
- [۴۶]. محلاتی، شهربانو، *بررسی خلأهای قانونی حقوق کودک*، روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان، تهران، ۱۳۸۴، چاپ اول؛
- [۴۷]. محمد منصور، شهات ابراهیم، *نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي*، دارالفکر الجامعی، مصر، ۲۰۱۱م، چاپ اول؛
- [۴۸]. محمود حمزه، محمد، *اجارة الارحام بين الطب والشريعة الاسلامية*، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۲۸هـ.ق، چاپ اول؛
- [۴۹]. مرسیی زهرة، محمد، *الانجاب الصناعي*، جامعة الكويت، کویت، ۱۹۹۳م؛
- [۵۰]. مصری، ابن منظور، *لسان العرب*، دارالفکر، بیروت، ۱۴۲۴هـ.ق، چاپ سوم؛
- [۵۱]. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، مصحح: سید مهدی حسینی، مؤسسه الامام المنتظر، قم، ۱۳۸۴، چاپ اول؛
- [۵۲]. مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الاصول*، مقرر: احمد قدسی، نسل جوان، قم، ۱۴۱۶هـ.ق، چاپ دوم؛
- [۵۳]. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۹۸۱م، چاپ هفتم؛
- [۵۴]. نراقی، احمد، *مستند الشیعه*، آل البيت، قم، ۱۴۱۷هـ.ق، چاپ اول؛
- [۵۵]. ولایی، عیسی، *فرهنگ تشریحی اصلاحات اصول*، نشر نی، تهران، ۱۳۷۴، چاپ اول.