

واکاوی مشروعیت باروری پس از مرگ در فقه امامیه با رویکردی به آرای فقهای اهل سنت

سید حسین صفایی،^۱ حسن فدایی،^۲ امین امیرحسینی^۳

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۳/۳، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۷/۲۵)

چکیده

یکی از مسائلی که امروزه در نظام حقوقی ایران به عنوان موضوعی مستحدث مورد توجه و عنایت است، موضوع باروری پس از مرگ است. این پدیده که همگام با رواج و گسترش روشهای باروری مصنوعی به میان آمده است، به این شکل است که افراد اقدام به انجماد گامت یا جنین خود برای باروری پس از مرگ می‌کنند. میان فقهای امامیه در باب مشروعیت این امر اختلاف نظر وجود دارد و برای کشف حکم واقعی در این حوزه، توجه به آرای اختلافی فقها ضروری به نظر می‌رسد. برخی از فقها با استفاده از ادله‌ای نظیر روایات، به استناد عدم انقطاع رابطه زوجیت میان زوجین پس از مرگ، این کار را صحیح می‌دانند و در مقابل، برخی دیگر با استناد به ادله و استناد به عدم وجود رابطه زوجیت، مشروعیت این امر را مخدوش می‌دانند. میان فقهای اهل سنت نیز در این مورد اختلاف نظر وجود دارد که در این نوشتار دیدگاه آنان نیز بررسی خواهد شد. درنهایت به نظر می‌رسد، با توجه به مدلول آیات و روایات و نیز توجه به مقتضیات زمان و ضرورت تولید نسل، مشروع دانستن پدیده مزبور ارجح باشد.

کلیدواژه‌ها: باروری پس از مرگ، مشروعیت، رابطه زوجیت، مقتضیات و شرایط.

۱. استاد دانشگاه تهران / shsafaei@ut.ac.ir

۲. دکترای حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق (ع) و مدیر آموزش کرسی حقوق بشر دانشگاه شهید

بهشتی (نویسنده مسئول) / lawer.hf@gmail.com

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی / a_amirhoseiny@sbu.ac.ir

طرح مسئله

امروزه با توجه به سیاستهای کلان جمعیتی، مسئله باروری پس از مرگ اهمیت بسیاری دارد. آنچه اهمیت این مسئله را دوچندان می‌کند، تلاش برای حفظ کرامت ذاتی انسان و رعایت حقوق و منافع کودک است. موضوع باروری پس از مرگ را باید از دو حیث ثبوتی و اثباتی مورد توجه قرار داد و درباره آن حکم کرد؛ یعنی باید این دو مرحله را از هم تفکیک کرد. پرسش اساسی این است که در محله ثبوتی آیا با مرگ زوج، رابطه زوجیت وی با زوجه منقطع می‌گردد؟ در صورتی که رابطه زوجیت باقی باشد، می‌توان باروری پس از مرگ را صحیح دانست؛ در حالی که در صورت عدم بقای رابطه زوجیت، حکم به عدم صحت باروری مزبور اقوی است.

در باب مرحله اثباتی نیز پرسش اساسی این است که در صورت وقوع باروری پس از مرگ، اثبات صحت آن و اینکه شرایط مزبور حاصل بوده و در نهایت، انتساب طفل به والدین بر عهده چه کسی است؟ آیا صرف بقای مدت عده در صحت باروری کافی است یا احراز تحقق یافتن سایر شرایط باروری نیز ضروری است؟

در میان فقهای شیعه این بحث به صورت خاص مورد تحلیل و بررسی قرار نگرفته است؛ اما بسیاری از فقها مرگ را موجب زوال رابطه زوجیت و از همین روی تلقیح اسپرم زوج به زوجه را پس از مرگ وی حرام می‌دانند. گروهی از فقهای اهل سنت، به‌ویژه حنفیها و حنبلیها نیز همین اعتقاد را دارند. در مقابل، برخی از فقهای اعم از شیعه و سنی قائل به بقای زوجیت در مدت عده وفات هستند. از میان فقهای معاصر که قائل به جواز انتقال نطفه زوج به زوجه پس از مرگ هستند، می‌توان به آیت‌الله فاضل لنکرانی و علامه محمدتقی جعفری اشاره کرد.

بنا بر آنچه بیان شد، طبق نظر برخی از فقها، در زمان عده می‌توان اسپرم زوج را به رحم زوجه انتقال داد؛ اما میان فقها در عدم جواز انتقال اسپرم پس از زمان عده اتفاق نظر وجود دارد. از طرف دیگر این مسئله تنها در حالتی است که اقدام به برداشت اسپرم از مرد متوفی نماییم؛ اما اگر اسپرم را در زمان حیات نباتی یا همان مرگ مغزی از متوفی اخذ نماییم، شکی نیست که از نظر فقهی و حقوقی مورد تأیید است؛ زیرا هنوز فوت کامل محقق نشده و رابطه زوجیت پایدار است. تنها جایی که چالش حقوقی این مسئله نمود پیدا می‌کند، در حالت انتقال اسپرم از مرد به زن پس از فوت مرد است که این نیز در دو

حالت متصور است: اول اینکه انتقال اسپرم پس از زمان عده صورت گیرد که کاملاً باطل است؛ زیرا رابطه زوجیت طبق نظر جمیع به اتفاق فقها کاملاً از بین رفته است. حالت دیگر هنگامی است که انتقال اسپرم در زمان عده صورت گیرد که این حالت نیز موافقان و مخالفانی دارد و هر یک استدلال خود را دارند؛ پس در این مورد نیز نمی‌توان به اجماع فقها تمسک نمود؛ زیرا اجماعی وجود ندارد که بتوان بدان استناد نمود.

دیدگاه فقه امامیه

در این خصوص فقها نظرات متعددی را بیان نموده‌اند که ذیلاً بدانها اشاره خواهیم کرد. ابتدا به بیان آرای فقهای شیعه و ادله هر گروه و در نهایت به بررسی ادله آنها پرداخته خواهد شد. به علاوه باید افزود، مقررات خاصی در این خصوص در نظام حقوقی کشور وجود ندارد و مباحث فقهی منبع اصلی تقنین در این زمینه واقع می‌گردد. فقها در این مسئله دو رویکرد فقهی دارند: یک رویکرد آن را مطلقاً حرام می‌داند. تکیه معتقدان به این نظر بیش از هر چیز بر حفظ فروج از غیرشوهر است و این روش را مصداق افراغ منی در رحم بیگانه می‌دانند. رویکرد دیگر آن است که در مورد تردید بین حلیت و حرمت یک عمل، اصل حلیت باید جاری شود و دست‌کم در موارد ضروری باید حکم به جواز آن داد (صفایی و امامی، ۱۳۸۱ش، ۲۸).

گروه اخیر به این بحث اشاره دارند که شارع تنها نسب ناشی از زنا را معتبر ندانسته است و زنا نیز به معنای انحلال است و دیگر تماسهای بدنی را شامل نمی‌شود؛ به تعبیر دیگر تعریف زنا مشخص است و نمی‌توان آن را به موارد دیگر تسری داد (رضانیا، ۱۳۸۰ش، ۶). تردیدی نیست که حرمت در صدق عناوین نسبیت‌گرایی ندارد؛ زیرا صدق این عناوین نسبی بر اساس وجود ارتباط تکوینی صاحب منی و کودک استوار است. تنها دلیل عمومی که احکام مربوط به نسب را تخصیص زده، زناست و زنا هم اینجا صدق نمی‌کند (مؤمن، ۱۳۷۴ش، ۹۸).

در این مجال ابتدا آرای فقهای مخالف و موافق مشروعیت باروری پس از مرگ تبیین و در نهایت ادله آنان بررسی و نقد خواهد شد.

۱. دیدگاه مخالفان

فقهای شیعه مستقلاً درباره این موضوع بحث نکرده‌اند؛ بلکه به اقتضای مسائل مرتبطی همچون عده وفات، کفن زوجه، تغسیل هر یک از زوجین توسط دیگری و... مرگ را

سبب زوال رابطه زوجیت دانسته‌اند (بحرانی، ۱۴۱۰ق، ۴/۶۴). طبق دیدگاه این دسته از فقها، با مرگ زوج رابطه زوجیت از بین می‌رود و در نتیجه نسبت به هم بیگانه محسوب می‌شوند؛ از همین رو عده‌ای از فقها، تلقیح اسپرم زوج به زوجه را پس از مرگ زوج حرام دانسته‌اند.^۴ بر اساس مدلول روایات متعدد، هدر دادن منی جایز نیست؛ اگرچه از طریق تلقیح باشد؛ زیرا تنها راه آن آمیزشی است که بر آن سکون مترتب باشد و آثار مترتب بر آمیزش بر لقاح مصنوعی نمی‌شود.^۵

۴. آیت‌الله سیدمحمد فضل‌الله می‌فرماید: «احوط ترک آن است؛ زیرا علاقه زوجیت بین زوج و زوجه‌اش به سبب مرگ قطع می‌گردد و حکم منی زوج میت حکم منی اجنبی است که ادخال منی او در رحم زن به واسطه تلقیح مصنوعی حرام است...».

آیت‌الله سیدمحمد حسینی شیرازی تزریق منی مردی را که پیش از ازدواج برداشت شده، بعد از مرگ زوج به رحم زوجه جایز نمی‌دانند.

آیت‌الله سیدمحمد سعید طباطبایی حکیم می‌فرماید: با مرگ شوهر رابطه زوجیت از بین می‌رود و تلقیح منی {شوهر سابق} منی غیرزوج و حرام است. ایشان در جایی اشاره کرده‌اند: این امر میسر نیست؛ زیرا در باب حکم تکلیفی بر آن آثار مخربی بار است که بر حکم وضعی نیز آثار نامطلوبی دارد.

آیت‌الله مکارم شیرازی در پاسخ به استفتایی در این باب این‌گونه بیان داشته‌اند: سؤال ۱۵۲۸- منی مرد تا ۷۲ ساعت بعد از مرگ از نظر علمی دارای حیات کامل است. اگر زوجه درخواست تلقیح مصنوعی از شوهر متوفای خود بکند، آیا اطبا مجاز به این کار هستند و حکم ولد چیست؟ لازم به ذکر است که این عمل بعضاً در خارج اعمال می‌گردد و عمدتاً در مواردی است که زوجه از زوج فرزندی نداشته باشد و در همان اوایل ازدواج به هر دلیلی زوج متوفی گردد. جواب: اشکال دارد.

آیت‌الله منتظری نیز فتوای خود را در این خصوص این‌گونه بیان کرده‌اند: سؤال ۱۸۷: نطفه مرد تا ۷۲ ساعت پس از مرگ از نظر علمی دارای حیات است؛ اگر زوجه درخواست تلقیح مصنوعی از شوهر متوفای خود کند، آیا اطبا مجاز به این کار هستند و حکم بچه چیست؟ لازم به ذکر است که این عمل بعضاً در خارج از کشور اعمال می‌گردد و عمدتاً در مواردی است که زن از همسر خود فرزندی نداشته باشد و در همان اوایل ازدواج به هر دلیلی متوفی گردد. جواب: بقای علقه زوجیت بعد از مرگ تا این حد مورد اشکال است؛ بنابراین عمل مذکور خالی از اشکال نیست؛ ولی اگر انجام شد، بچه ملحق به آنان خواهد بود.

۵. آیت‌الله سیدعلی سیستانی نیز در این خصوص بر این عقیده‌اند: «مسئله ۶۹: احوط ترک تلقیح مصنوعی با منی زوج پس از موت وی می‌باشد و اگر این کار صورت پذیرفت، فرزند مشروع می‌باشد و ملحق به صاحب نطفه می‌باشد و همه احکام نسب نیز بدان مترتب می‌گردد، به جز ارث که این فرزند از پدرش ارث نمی‌برد...».

در جمع‌بندی نظر مخالفان از فقهای شیعه می‌توان اذعان داشت که این دسته از فقها، علی‌رغم اینکه به صورت جداگانه و به تفصیل این موضوع را به بحث و بررسی نگذاشته‌اند، در موقعیتهای خاص و به مناسبت‌های ویژه‌ای از این موضوع سخن رانده و استدلال کرده‌اند که مرگ، علقه زوجیت را زایل می‌نماید و در این خصوص به مواردی همچون عدم جواز تکفین زن توسط شوهر و نیز عدم جواز تغسیل زن توسط شوهر استناد نموده‌اند.

۲. دیدگاه موافقان

این گروه هم به طور مستقل از زوال یا بقای رابطه زوجیت بحث نکرده‌اند؛ بلکه به مناسبت، برخی از مسائل مرتبط با عده وفات را مطرح کرده‌اند.

شیخ انصاری می‌گوید: ادله و روایاتی که مخالفان ما ذکر کرده‌اند، نمی‌تواند در برابر قولی که ما اختیار کردیم، با وجود اخباری که ما ذکر کردیم، شهرت و مخالفت آن با دیدگاه ابوحنیفه و موافقت آن با اصول و عمومات مقاومت نماید (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۲۱۸/۴؛ همدانی، ۱۴۱۶ق، ۳۳/۵).

بنابراین اخبار بر ترتب حکم بر زوجیت زمان مرگ دلالت دارند و همین امر، زوجیت زمان مرگ، موضوع جواز تغسیل هر یک توسط دیگری پس از مرگ است که بعد از وقوع این موضوع از آن حالت دگرگونی پیدا نمی‌کند. علت‌های ذکر شده در روایات (که زوجه در عده شوهرش است) نیز با این وجه منافات دارد؛ در نتیجه استنباط می‌گردد که (طول مدت) چهار ماه و ده روز سبب تعدی از بین رفتن رابطه زوجیت نمی‌گردد؛ پس با عدم زوال رابطه زوجیت در آن مدت، زیاد شدن یک ساعت یا یک روز و یا بیشتر هم سبب از بین رفتن رابطه زوجیت نمی‌شود (خویی، ۱۴۱۱ق، ۱۲۸/۸). به طور خلاصه ایشان در زمان عده وفات، رابطه زوجیت را باقی و احکام ذکر شده را برای بعد از عده وفات هم جاری می‌دانند.^۶

آیت‌الله سیدکاظم حسینی حائری نیز نظر خود را راجع به این مسئله این‌گونه بیان نموده است: «سؤال: آیا زن می‌تواند منی زوج متوفای خود را به خود تلقیح نماید؟ ایشان در پاسخ فرمودند: احتیاط واجب بر عدم استفاده از منی زوج پس از مرگ و انقضای عده است.»

۶. آیت‌الله صانعی بارور کردن زن با اسپرم منجمدشده شوهرش را که فوت نموده است، فی‌حد ذاته تا وقتی که مجدداً ازدواج نکرده است، جایز می‌دانند.

بنا بر دلایل مذکور، انتقال نطفه زوجی که از دنیا رفته، به زوجه در طول عده وفات بدون اشکال است؛ اما درباره مسئله ارث باید گفت: بدیهی است که به مجرد فوت شخصی، اموال او طبق قواعد باب ارث به وارث او منتقل می‌گردد؛ به غیر از استثنائاتی که در جای خود مطرح شده است.

طرفداران بقای رابطه زوجیت که برای اثبات ادعای خود به دلایلی همچون وجوب تکفین همسر بر شوهر استدلال می‌کنند و سبب آن را انفاق واجب شوهر به همسر دانسته‌اند، چنین نتیجه‌گیری می‌کنند که تلقیح مصنوعی پس از مرگ هر یک از زوجین صحیح و نسب کودک ناشی از آن مشروع است. برخی از فقها به آیات راجع به عده وفات و ارث در آیه ۲۳۴ سوره مبارکه بقره و آیات ۱۱ و ۱۲ سوره مبارکه نساء برای اثبات بقای رابطه زوجیت استناد کرده‌اند. پاره‌ای دیگر از فقها، اعم از شیعه و سنی، قائل به بقای زوجیت در مدت عده وفات هستند. از علمای معاصر آیت‌الله صانعی، نظر به جواز انتقال نطفه زوج پس از مرگ به رحم زوجه داده است (صانعی، بی تا، ۵۷/۱) که علامه جعفری و آیت‌الله فاضل لنکرانی نیز بر همین عقیده‌اند.

۳. ادله موافقان و مخالفان

در مقام بیان ادله موافقان و بررسی و نقد آنها، به موارد زیر پرداخته می‌شود:

حضرت آیت‌الله فاضل لنکرانی با توجه به استدلال زیر این‌گونه بیان می‌دارند: سؤال: از نظر علمی هرگاه مردی فوت کند، تا مدت محدودی می‌توان نطفه او را به رحم زنی منتقل کرد و وی را بارور کرد. الف) انتقال نطفه زوج پس از مرگ به رحم زوجه چه حکمی دارد؟ ب) احکام مربوط به والد را از نظر طهارت، وارث و غیره بیان فرمایید.

جواب: تزریق نطفه متوفی به زوجه او توسط بانوان ایرادی ندارد؛ مگر اینکه مستلزم نظر به عورت غیر باشد؛ در هر حال در صورت تزریق، فرزند ملحق به صاحب نطفه (متوفی) و کلیه آثار ولد مترتب می‌شود. از علامه جعفری نیز در این باب استفتایی صورت پذیرفته است که بدان اشاره می‌کنیم: سؤال: از نظر علمی هرگاه مردی فوت نماید، تا مدت محدودی می‌توان نطفه او را به رحم زنی منتقل کرد و او را بارور نمود؛ لذا:

الف) انتقال نطفه زوج پس از مرگ به رحم زوجه چه حکمی دارد؟ ب) احکام مربوط به ولد را از نظر طهارت و ارث بفرمایید.

پاسخ: مسلم است که زوجه تا پایان عده وفات «چهار ماه و ده روز» در حکم زوجه متوفی می‌باشد. این حکم در روایات وارده به‌طور متعدد آمده است که عده وفات از موقعی شروع می‌شود که خبر فوت زوج را دریافت نماید، نه آغاز زمان واقعی فوت.

۱- اینکه بسیاری از فقهای مخالف برای تبیین و تثبیت نظر خود به ادله عقلی استناد می‌کنند، مخدوش است و دلیل عقلی‌ای مبنی بر تأیید مدعای ایشان وجود ندارد (بحرانی، ۱۴۱۰ق، ۴/۶۴).

۲- هیچ دلیلی، خواه به مطابقت و خواه به تضمین، دلالت نمی‌کند که آنچه قبل از مرگ ثابت بوده، برای بعد از مرگ هم ثابت و جاری است. استدلال به (دلالت) التزام نیز صحیح نیست؛ چون ملازمه وجود ندارد؛ به‌عکس، مرگ مستلزم فقدان بسیاری از احکام زوج است؛ چنان‌که در صورت وفات زوجه در مدت‌زمان عده وفات، ازدواج با خواهر زن یا زن پنجم جایز است (همان). بر همین اساس، این دسته از فقها را اعتقاد بر آن است که نمی‌توان بر اساس بقای حالت سابق، بقای زوجیت را محرز دانست و حکم به امکان باروری پس از مرگ نمود؛ زیرا در بقای حالت سابق باید شرایط ماقبل باقی باشد و تغییری رخ نداده باشد که این امر منتفی است.

۳- اگر استدلال موافقان تمام باشد، اقتضا دارد، حکم یادشده به همسر دائمی اختصاص پیدا کند، نه متعه و ناشزه؛ در حالی که ظاهر کلمات آنها خلاف این است (همان)؛ لذا به استناد ادله موافقان باید حکم به متعه و ناشزه را پذیرفت؛ زیرا مبنای ایشان مطلق است و بر ناشزه و متعه، صدق نشوز صورت می‌گیرد.

۴- برخی از فقها نیز در مقام استدلال بیان می‌دارند: کفن زن بر شوهرش واجب است؛ چون رابطه زوجیت تا زمان مرگ باقی و ثابت است و بر این اساس غسل زن، نگاه به وی و ارث بردن از او از احکام زوجیت است و تهیه کفن هم از جمله این احکام است و لذا کفن نیز از مخارج زوجه است که در نتیجه بقای رابطه زوجیت، بر عهده مرد قرار می‌گیرد. همچنین برخی در مسئله وجوب کفن همسر متوفی بر شوهر معتقدند: «... یا به این علت است که تهیه کفن از اقسام انفاق واجب شوهر به همسرش است؛ زیرا بعد از مرگ رابطه زوجیت باقی است و به همین دلیل غسل دادن زن و نگاه کردن به وی جایز است... و در این حالت عنوان "زوجه" بر وی صادق است...» (نجفی، بی‌تا، ۴/۲۵۴).

۵- این دسته از فقها، در مقام استدلال، به دلیل فقه‌ای استصحاب استناد نموده‌اند که بر اساس آن، نمی‌توان در بقای موضوع که رابطه زوجیت است، اشکال کرد؛ همان‌گونه که جواز مس و نظر و سایر احکام ثابت در زمان حیات استصحاب می‌شود.

۶- روایات منع تهدیر نطفه از جمله روایت اسحاق بن عمار که می‌گوید: «به امام صادق علیه السلام عرض کردم که زنا بدتر است یا نوشیدن شراب و چرا خدای متعال برای

نوشیدن شراب هشتاد ضربه شلاق مقرر فرموده، ولی در مورد زنا صد ضربه؟ امام علیه السلام فرمود: ای اسحاق، حد یکی است؛ ولی در مورد زنا یادشده، زیرا او نطفه را هدر داده و آن را در جای مناسب آن نگذاشته است؛ جایی که خداوند امر فرموده است» (حرعاملی، ۱۴۱۴ق، ۳۷۳/۱۸). البته در سلسله سند این روایت حسن بن علی بن ابی حمزه بطائنی واقع شده است که روایتش را ضعیف قلمداد کرده‌اند.

در این حدیث دو دلیل و حکمت برای حرمت زنا ذکر شده است: الف) هدر دادن نطفه ب) قرار دادن آن در جای نامناسب. از حدیث یادشده این‌طور برداشت می‌شود که اگر نطفه در جایی غیر از آنچه شارع معین کرده است، قرار داده شود، تضييع خواهد شد؛ پس جمله دوم که معطوف به جمله اول است، به منزله جمله مفسر برای جمله اول است و قسمت اول، اصل اولیه را می‌رساند، مبنی بر اینکه انسان حق تضييع نطفه را ندارد و بر همین اساس پاره‌ای از فقها عزل از زوجه حره را مکروه و پاره‌ای آن را حرام دانسته‌اند (موسوی عاملی، ۱۳۷۱ش، ۵۸/۲).

دلیل این فقیهان بر حرمت عزل این است که هدف از نطفه، تولد یافتن فرزند است و نباید آن را ضایع کرد. جمله دوم به عنوان مفسر و مکمل جمله اول می‌گوید: باید آن را در جای خودش که خدای تعالی رضایت به آن دارد، قرار داد و جای مناسب و سزاوار آن، همان رحم زوجه است؛ لذا انجام نطفه و پرورش آن پس از فوت زوجین، با توجه به تصریح آیات موجب فراش نخواهد بود؛ زیرا قرآن در آیاتی چون «نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ» (بقره، ۲۲۳) و «هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ» (بقره، ۱۸۷) به آن تصریح دارد.

۷- برخی فقها در بحث وجوب تغسیل همسر توسط شوهر بیان می‌دارند: «چون اثر زوجیت باقی است، در نتیجه نگاه به زن و غسل دادن همسر متوفی جایز است» (فاضل هندی، ۱۴۱۸ق، ۱۱۰/۱). ایشان در بحث جواز تغسیل شوهر توسط همسر بین کنیز (ملک یمین) ازدواج کرده و بین همسر دارای عده وفات که بعد از عده با فرد دیگری ازدواج می‌کند، تمایز قائل شده‌اند؛ به این بیان که اولی نمی‌تواند شوهر سابق خود را غسل دهد، اما دومی می‌تواند. وی دلیل این تمایز را از بین رفتن عصمت و رابطه زوجیت در زمان حیات در مورد ملک یمین می‌داند؛ اما در مورد زوجه این رابطه را منقطع نمی‌داند. به عنوان مؤید می‌توان به نظر صاحب جواهر در بحث غسل دادن یکی از زوجین توسط

دیگری نیز استناد نمود که می‌نویسد: «روایت محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام بر غیر آن دلالت می‌کند که رابطه زوجیت شده؛ بلکه شاید مثل یک مسئله ضروری در مذهب ماست» (نجفی، بی‌تا، ۵۳/۴). ایشان در ادامه پس از نقل کلام شهید در ذکری (که با انقضای عده زن و بلکه با ازدواج وی، جایز است که مرد را غسل دهد؛ اگرچه چنین فرضی نزد ما بعید است) اشعار می‌دارد: «بعضی از فقهای متأخر در جایز نبودن غسل شوهر توسط همسر تعلیل کرده‌اند که همسر در چنین صورتی بیگانه محسوب می‌شود؛ ... اولاً در فراگیر بودن اطلاق اخبار نسبت به چنین فرض نادری تردید است و ثانیاً علت ذکر شده در صحیح حلی و... (با این مضمون که چون زن در عده شوهرش است، می‌تواند او را غسل دهد؛ پس، از بعد از انقضای عده برای وی غسل دادن جایز نیست؛ به خصوص اگر ازدواج کرده باشد)، نمی‌تواند دلیلی بر بیگانه بودن همسر باشد؛ بلکه اسم "زوجه" بر وی صادق است و ادعای نادر بودن فرض مورد بحث، هرچند صحیح است، ولی در حکم مسئله اثری ندارد» (همان).

در باب تغسیل نیز در یک جمع‌بندی نهایی می‌توان به نظر شیخ انصاری استناد جست که بیان می‌دارد: «برای هر یک از زوجین (چه دائم و چه منقطع و در حکم زوجه مطلقه رجعیه) جایز است که دیگری را غسل دهد؛ همان‌گونه که از شیخ طوسی و اسکافی و جعفری و سید مرتضی و سلار و ابن‌ادریس و محقق و علامه و شهیدین و محقق کرکی و اردبیلی و نیز متأخران از آنان نقل شده است. شیخ طوسی نیز در کتاب خلاف آن را قول امامیه دانسته و گفته است: نزد ما (طایفه امامیه) جایز است که مرد زنش را و زن شوهرش را غسل دهد».

مرحوم خوئی رحمته الله نیز در مسئله جواز غسل یکی از زوجین توسط دیگری، بعد از نقل اخباری که بین همسر و شوهر تفاوت قائل شده‌اند، معتقد است: چون زن در عده شوهرش است، نگاه به وی و غسل او جایز است؛ اما شوهر چون در عده همسرش نیست، پس نمی‌تواند به بدن همسرش بعد از مرگ نگاه کند. لذا در باب اخبار رسیده در جواز غسل همسر توسط شوهر با این تعلیل همراه شده که همسر در عده شوهرش است. این تعلیل به‌صراحت بر بقای رابطه زوجیت بین آن دو دلالت می‌کند و در نتیجه همسر می‌تواند به عورت شوهرش نگاه کند (خوئی، ۱۴۱۱ق، ۱۲۲/۸).

فقهای متأخر نیز برخی با بیان استدلالهایی به تقویت این دیدگاه پرداخته‌اند و معتقدند: این اخبار بر این حمل می‌شود که مردان به‌طور مطلق و درست در عده زنشان نیستند؛ نه

اینکه می‌خواهد بگوید: رابطه زوجیت بین آن دو به‌طور کلی منقطع شده است؛ چراکه اگر شوهر به‌طور کلی بیگانه باشد، چگونه برایش جایز است، همسرش را با حالت عریان یا از روی لباس غسل دهد؟ چگونه برایش جایز است، به صورت، کف دست و موی همسرش نگاه کند، در حالی که صحیحه حلبی صراحت در جواز دارد؟ به‌اضافه، خود این اخبار بر بقای رابطه زوجیت و جواز نگاه شوهر به همسرش بعد از مرگ دلالت دارد؛ چون قمیص و درع فقط از بالای منکب تا رکبه و یا تا پا را می‌پوشاند و گردن و سر مکشوف می‌ماند و نیز دست از ذراع تا آخر کف آن پوشیده می‌شود و پاها مکشوف‌اند؛ پس (بدون رابطه زوجیت) چگونه نگاه او به همسرش جایز است؟ (همان، ۱۲۰/۸).

۸- دلیل دیگر آنکه در مسئله زنی که شوهرش از دنیا رفته است، به عنوان حکمت حکم می‌توان گفت: استحکام تشکل خانواده در اسلام یک اصل است. زن با ترک آرایش در موقع از دنیا رفتن همسرش، اصالت محبت و وفا در میان دو رکن اساسی خانواده، یعنی زن و شوهر را اثبات می‌کند و این حالت حتی در فرزندان آن خانواده و دیگر خویشاوندان و همه آنان که از فوت شوهر زن اطلاع پیدا کرده‌اند، تأثیر ارزشی برای اصالت ارتباطات خانوادگی به وجود می‌آورد (جعفری، ۱۴۱۹ق، ۳۰۶).^۷ همان‌طور که

۷. حضرت آیت‌الله صافی گلپایگانی طبق استفتای ذیل در این زمینه معتقدند:

سؤال: انتقال نطفه زوج پس از مرگ به رحم زوجه چه حکمی دارد؟

جواب: اگر مستلزم فعل حرامی نگردد، حکم جواز بعید نیست و الله العالم.

آیت‌الله محمد روحانی نیز در استفتایی که از ایشان شده است، این‌گونه بیان کرده‌اند:

س ۱۵- در تاریخ ۷۴/۱/۱ زن و شوهری که بچه‌دار نمی‌شدند، جهت انجام تلقیح مصنوعی به بیمارستان مراجعه و در تاریخ ۷۴/۱/۲ مرد در تصادف فوت کرد و در تاریخ ۷۴/۱/۳ تلقیح طبق موازین پزشکی صورت گرفته و پس از ۹ ماه فرزند به دنیا آمده است؛ با توجه به مثال یادشده، سؤالات زیر مطرح می‌باشد:

الف) انجام تلقیح مصنوعی به نظر حضرت عالی از نظر شرع چه صورتی دارد؟ (ب) آیا چنین فرزندی به خانواده یادشده ملحق می‌شود یا خیر؟ (ج) در صورت ملحق شدن، آیا چنین فرزندی از ارث (ماترک) متوفی برخوردار می‌گردد یا خیر؟

جواب سؤال الف) اگر نطفه از همسر شرعی زن گرفته شود و مستلزم امر محرمی نباشد، مانعی ندارد.

جواب سؤال ب) فرزند به مادر ملحق است و تمام احکام مادر- فرزندی مترتب می‌شود.

جواب سؤال ج) ارث بردن چنین فرزندی از پدر متوفی در فرض سؤال مشکل است و بهتر است با

ورثه مصالحه کنند.

می‌بینیم ایشان باروری پس از فوت زوج را در صورت عدم وقوع در امری محرم مجاز می‌دانند.

۹- اطلاق ادله‌ای که مرد را در تجهیز و تدفین زوجه احق دانسته است. ادله مزبور با هیچ استثنایی تخصیص نخورده است؛ لذا در موضع شک و پس از فحوص از ادله می‌توان به عموماً ادله تمسک جست. شیخ انصاری بر همین اساس معتقد است: بر این قول علاوه بر اطلاق ادله‌ای که مرد را نسبت به زوجه‌اش تا وقتی او را در قبر بنهد، احق دانسته، مصحح ابن‌سنان دلالت دارد؛ از امام صادق علیه السلام سؤال می‌کند که آیا جایز است مرد به زوجه‌اش که مرده است، نگاه کند یا او را غسل دهد، وقتی کسی نیست که او را غسل دهد و آیا جایز است زن به شوهرش که مرده است، نگاه کند؟ امام پاسخ دادند: این کار اشکالی ندارد. به این سبب، معمولاً خانواده زن او را غسل می‌دهند که شوهرش به آنچه آنان دیدن آن را کراهت دارند، نگاه نکند.

شیخ درباره اینکه چرا سائل در سؤال خویش از جواز غسل زن توسط شوهرش، قید کرده است که دیگری نباشد، بیان می‌دارد: «ظاهراً این تقیید به دلیل آن است که غالباً با وجود زنانی از خانواده زوجه درگذشته، شوهرش به غسل او مباشرت نمی‌کند [نه آنکه این تقیید به سبب آن باشد که در صورت وجود زنان دیگری برای غسل، مرد نتواند زوجه‌اش را غسل دهد]». علاوه بر آن، طبق صحیحه ابن‌مسلم، سؤال‌کننده از امام می‌پرسد: «مرد می‌تواند زوجه‌اش را غسل دهد؟» امام می‌فرماید: «آری می‌تواند؛ خانواده زوجه به خاطر تعصب است که شوهر را منع می‌کنند». روایات دیگری نیز وجود دارد که مؤید این معنا هستند.^۸

۱۰- روایات در باب بقای رابطه زوجیت پس از مرگ متعدد است؛ به نحوی که می‌توان گفت، این روایات در حد مستفیضه هستند؛ از آن جمله این روایت است: «محمد بن یعقوب باسناده عن محمد بن مسلم عن احدهما علیهما السلام فی الرجل یموت و تحته امرأته و هو غائب قال تعتد من یوم یبلغها وفاته». اینکه زن تا پایان عده وفات در حکم زوجه

۸. صحیحه منصور نیز بر همین دیدگاه دلالت دارد. وی از امام می‌پرسد: مرد به همراه همسرش به سفر می‌رود؛ آیا می‌تواند زوجه‌اش را غسل دهد؟ امام پاسخ می‌دهند: آری؛ اگرچه خواهر و مادر مرد نیز همراهشان باشند. تنها مرد باید بر عورت زن خرقه‌ای بیفکند.

صحیحه حلبی نیز چنین دلالتی دارد. وی سؤال می‌کند: مرد می‌تواند زوجه‌اش را غسل دهد؟ امام می‌فرماید: بله می‌تواند؛ اما از روی لباس.

متوفاست، دلایل متعدد دارد؛ مانند جواب امام صادق علیه السلام به عبدالله بن سلیمان که جایز است، زن عده وفات را در خانه زوج خود که وفات یافته است، بگذرانند: «ان شاءت ان تعتد فی بیت زوجها اعتدت و ان شاءت اعتدت فی بیت اهلها و لا تکتحل» (خوانساری، ۱۳۶۴ش، ۴۰۶).

اگر بینه معتبر (دو شاهد عادل) قائم باشد بر اینکه شوهر زنی از دنیا رفته و آن زن عده وفات نگه داشته است، چنانچه زوج باز گردد، آیا آن زن زوجه اوست یا نه؟ احدی از فقها نگفته است که برای به وجود آمدن علقه ازدواج به عقد جدید نیاز است.

در روایتی آمده است که حتی در پایان عده وفات و ازدواج مجدد زن اگر شوهر برگردد، زن متعلق به زوج اول است؛ البته «برای استقرار رحم» عده نگه می‌دارد و سپس به شوهر اولش بر می‌گردد. روایت چنین است: «عن علی بن ابراهیم باسناده عن ابی بصیر و غیره عن ابی عبدالله علیه السلام انه قال فی شاهدین شهدا علی امرأة بان زوجها طلقها او مات عنها فتزوجت ثم جاء زوجها؛ قال یضربان الحد و یضمنان الصداق للزوج بما ضراه ثم تعتدو ترجع الی زوجها الاول» (همان)؛ روایت شده است از علی بن ابراهیم با اسناد او از ابوبصیر و غیر او از امام صادق علیه السلام درباره دو شاهد که به زنی شهادت دادند که شوهرش او را طلاق داده یا مرده است؛ زن با تکیه به شهادت دو شاهد ازدواج کرده، سپس شوهرش آمد. امام علیه السلام فرمود: به آن دو شاهد حد جاری می‌شود و مهریه را برای شوهر دوم ضامن می‌شوند؛ زیرا آن دو شاهد آن مرد را به ضرر انداخته‌اند و زن بر می‌گردد به همسر اول خود.

۱۱- شهرت فتوایی که نمی‌تواند دلیلی متقن بر صحت مدعا باشد؛ اما برخی از قائلان به این دیدگاه، از باب مؤید بدان نیز تمسک جسته و در صدد تقویت دیدگاه خود برآمده‌اند. به علاوه باید اذعان داشت که شهرت، به خودی خود نمی‌تواند دال و مبنایی برای حجیت باشد؛ اما در مقام مؤید می‌تواند به تقویت این دیدگاه کمک کند.

۱۲- برهان و فرض خلف؛ این دسته در باب تلقیح اسپرم شوهر به زوجه خود فتوا به جواز داده‌اند؛ مگر اینکه مقدمات خارجی موجب حرمت آن شود؛ مانند تماس مرد یا زن اجنبی، فلذا به طور کلی‌تر می‌توان گفت که از دیدگاه فقه پویای شیعه، کودکان نامشروع کودکانی هستند که در نتیجه روابط جنسی ممنوع متولد می‌شوند؛ پس می‌توان گفت: بسیاری از فقها با استناد به فرض خلف و احصای موارد تلقیح نامشروع، به موارد مشروع

دست خواهند یافت (خیمینی، بی تا، ۴۲۱/۲)؛ به عبارت دیگر ایشان را اعتقاد بر آن است که با احصای کودکان نامشروع می توان به مصادیق کودکان مشروع دست یافت. بر همین اساس فقط کودکان متولدشده از روابط نامشروع، از مصادیق کودکان نامشروع اند؛ پس چون کودکان متولدشده از طریق تلقیح مصنوعی به طور مطلق مشروع اند، با این استدلال، حکم به صحت باروری پس از مرگ می نمایند.

۱۳- استناد به روایات باب مساحقه؛ برخی از فقها نیز در باب مساحقه به روایتی مرتبط به این مسئله استناد جسته اند و این بحث را در ذیل موضوع مساحقه به نحوی مطرح کرده اند. بر اساس روایت مزبور، اگر پس از وطی زوجی با زوجه اش، زوجه با دختر باکره ای مساحقه کند، حمل دختر باکره که متولد می شود، ملحق به زوج است؛ زیرا از آب اسپرم مرد خلق شده است. بر همین اساس، با استناد به روایت مزبور و فتوای فقها در این باب می توان استدلال نمود که چون در اینجا طفل متولد از رحم زوجه ای که همسر صاحب نطفه نیست، به مرد ملحق است. در همین راستا، برخی دیگر از فقها بر این باورند که تفخیز دارای شباهت زیادی با تلقیح مصنوعی است و عمل زن و مرد زنا محسوب نمی شود و برای تفخیز مجازاتی غیر از عمل زنا در نظر گرفته شده و مجازات آن همان حد سحق (صد تازیانه) است؛ پس باروری زن از راه غیرطبیعی و بدون مواجهه جنسی عملاً در اسلام تحقق یافته و فرزند ناشی از این لقاح مصنوعی در حدود ضوابط زمان خود آثاری به وجود آورده و به صاحب اسپرم ملحق گردیده است (میرهاشمی، ۱۳۸۳ ش، ۶۸ و ۶۹).

نگارندگان این مقاله را باور بر این است که باروری پس از مرگ تفاوتی بنیادین با تفخیز دارد و لزوماً مستلزم وقوع در محرمات نیست؛ لذا وقتی نسب کودک ناشی از تفخیز به نحوی از انحا پذیرفته شده است، به طریق اولی باروری پس از مرگ را نمی توان غیرمجاز و فرزند حاصل از آن را نامشروع قلمداد نمود.^۹

۹. آیت الله سیدمحمد حسینی شاهرودی نیز در استفتائات خود ذیل سؤال ۲۵۲ در خصوص این موضوع اظهار نظر نموده است:

«آیا گرفتن منی زوج پس از موت وی و قبل از سرد شدن جسمش و تلقیح آن به زوجه در هنگام عده و پس از انقضای عده جایز است؟ پاسخ: ایرادی ندارد؛ در صورتی که مستلزم کاری حرام یا هتک حرمت متوفی نباشد». به طور خلاصه می توان گفت: این دسته از فقهای شیعه در زمان عده وفات، رابطه زوجیت را باقی و احکام ذکرشده را برای بعد از عده وفات هم جاری می دانند.»

مخالفان نیز برای اثبات مدعای خود از ادله‌ای بهره گرفته‌اند که بدانها پرداخته می‌شود:

۱- کفن را نمی‌توان از موارد نفقه دانست؛ زیرا نفقه تا زمانی باقی است که رابطه زوجیت وجود داشته باشد و به عبارتی تا لازم وجود نداشته نباشد، ملزوم نیز تحقق نخواهد یافت. در همین راستا تا زمانی که زوجه در قید حیات باشد، رابطه زوجیت باقی است و زوج مکلف به رعایت حقوق زوجه است؛ اما با فوت یکی از طرفین، رابطه مزبور منقطع شده و نمی‌توان مرد را مکلف به رعایت حقوق زوجه دانست (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴ق، ۱۶۴/۴). در باب باروری نیز در این دیدگاه، در صورت پذیرش انقطاع رابطه زوجیت به واسطه فوت، هر گونه اقدام به باروری نیز ممنوع و بی‌مبناست.

۲- این فقها در پاسخ به کسانی که پس از انقضای زمان عده، غسل شوهر توسط همسر را جایز می‌دانند، به علت اینکه پس از انقضای عده، همسر در حکم بیگانه است، بیان می‌دارند: «همسر به دلیل مرگ زوج و نه به دلیل خارج شدن از عده، بیگانه محسوب می‌شود؛ با این وجود، در ترتب احکام ثابت شده برای همسر در زمان مرگ یا آنچه در حکم مرگ است، ضرر نمی‌کند» (همان). در مقام تأیید این دیدگاه، برخی از فقها را اعتقاد بر آن است که برای وجوب تهیه کفن زوجه توسط زوج، به بقای عرفی و شرعی رابطه زوجیت میان زوجین پس از مرگ زوجه استدلال شده است (همدانی، ۱۴۱۶ق، ۳۳/۵).

۳- عده‌ای از فقها با استناد به روایات سعی کرده‌اند حکم فقهی این مسئله را مورد بررسی و تحلیل قرار دهند که شرح آن در ادامه خواهد آمد:

روایت زیر که طبرسی در *الاحتجاج* آورده است، بر مقصود دسته‌ای از فقها که مخالف تلقیح پس از مرگ هستند، دلالت می‌کند و منع تلقیح را می‌رساند: «زندیقی از حضرت صادق علیه السلام سؤال کرد: چرا خداوند متعال آمیزش با چهارپایان را حرام کرد؟ امام فرمود: خوش نداشت مرد آب خود را هدر دهد و آن را در غیر آنچه خداوند برای او روا داشته است، قرار دهد (هدف ارضای شهوات است). اگر خداوند آمیزش با حیوانات را حلال می‌کرد، هر مردی ماده‌الاعی را اختیار می‌کرد و حاجت خود را بر می‌آورد. در آن صورت فساد فراوان می‌شد. از پشتش برای سواری استفاده می‌کرد و در فرج او وطی می‌نمود؛ ولی خداوند پشت آنها را برای سواری و باربری مباح کرد و فروج آنها را حرام گرداند. خداوند متعال برای مردان، زنان را خلق کرد تا مردان با آنان انس بگیرند و آرامش یابند و زنان جایگاه شهوات آنها باشند و زنان، مادران فرزندان آنها باشند» (حرعاملی، ۱۴۱۴ق،

۳۵۰/۱۸). به استناد روایت وارده که از نظر سند مورد توجه فقها قرار گرفته و شهرت آن جابر ضعف سند روایت است، باید اذعان داشت که بر همین مبنا، پذیرش قول به حرمت باروری پس از مرگ از این روایت نیز استفاده می‌شود.

۴- در روایاتی که موافقان ذکر می‌کنند، تخصیص وجود دارد که بر اساس آن، تا زمانی که شخص دیگری مثلاً خواهر یا مادرزن وجود داشته باشد، مرد حق تغسیل و تکفین وی را نخواهد داشت؛ این دسته از فقها، به قید در روایات توجه نموده‌اند؛ لذا از این بیان برداشت می‌شود که اذن به زوج در تغسیل و تکفین از باب اضطرار بوده و زمانی این امر مجاز است که کسی برای انجام آن وجود نداشته باشد و به عبارتی حکم اولی نیست.

۵- باید اذعان داشت که پذیرش دیدگاه موافقان، در اینجا موجب بروز یک اشکال می‌شود و آن اینکه بعد از تمام شدن مدت عده، زن در نظر عرف و بنا بر مبنایی که عرف عقلا آن را می‌پذیرد، بیگانه فرض می‌شود؛ لذا رابطه زوجیت بین زوجین قطع شده، در نهایت غسل مرد بیگانه جایز نیست.

۶- در مقام استدلال برخی از فقها نیز به عرف توجه نموده‌اند که بر اساس آن، در نظر عرف رابطه زوجیت به وسیله مرگ قطع می‌گردد، نه به انقضای عده؛ عده حکم شرعی تبعیدی است که برای تجلیل میت و احترام وی تشریح شده است، نه برای بقای رابطه زوجیت؛ چون اعتبار زوجیت برای جماد بی‌معناست.

دیدگاه فقه اهل سنت

در فقه اهل سنت نیز همچون فقه شیعه، دیدگاه واحدی بین فقها وجود ندارد که مناط تصمیم‌گیری قرار گیرد. پاره‌ای از فقهای اهل سنت بر این باورند که رابطه زوجیت به محض حدوث مرگ منقضی می‌گردد و به تبع آن باروری پس از مرگ جایز نخواهد بود؛ در مقابل، پاره‌ای دیگر از فقهای اهل سنت قائل به بقا و دوام این رابطه حتی پس از مرگ زوج هستند و در نتیجه این عمل از دیدگاهشان مشروع تلقی می‌گردد. در ادامه آرای مختلف این فقها از نظر خواهد گذشت:

۱. دیدگاه مخالفان

گروه بزرگی از فقهای معاصر اهل سنت مانند گروهی از فقهای شیعه معتقد به قطع رابطه زوجیت به هنگام مرگ شده‌اند. این گروه نیز به مناسبت به مسائل مرتبط با غسل میت و

جواز تغسیل یکی از زوجین توسط دیگری هنگام وفات، مرگ را قطع عصمت و حیات زوجیت دانسته‌اند (هرچند عده دیگری چنین اعتقادی ندارند).

از نظر حنفیها «برای مرد غسل زنش جایز نیست؛ چون ازدواج منقطع شده است و مرد نسبت به زن بیگانه محسوب می‌شود؛ اما اگر زوج بمیرد، زن می‌تواند وی را غسل دهد؛ چون زن در عده مرد است، پس زوجیت در حق زن باقی است؛ حتی اگر پیش از مرگ طلاق رجعی داده باشد. حنبلیها نیز چنین اعتقادی دارند» (جزیری، ۱۹۹۸م، ۵۰۲/۱).

عده‌ای دیگر از فقهای مصری با این استدلال با تلقیح مصنوعی پس از مرگ شوهر مخالفند که پس از مرگ زوج حملی وجود ندارد و زوجه جز یک‌هشتم از ارثیه هیچ حقی ندارد؛ ولی اگر بخواهد تلقیح مصنوعی کند، باید نظر ورثه را جلب کند و دلیلی یقینی ارائه کند، مبنی بر اینکه نطفه و تخمک منتسب به زوجین بوده است؛ حال اگر با این امر موافق و بدان راضی بودند، امکان انجام تلقیح مصنوعی پس از مرگ زوج وجود دارد و اگر ورثه نپذیرند، زوجه حق باروری پس از مرگ را نخواهد داشت (همان، ۲۶/۱).

۲. ادله مخالفان

۱- روایات باب تغسیل زوجه؛ جصاص رازی از فقهای بزرگ حنفی می‌گوید: به این سبب برای مرد جایز نیست زوجه‌اش را غسل دهد که از پیامبر روایت شده است: خداوند به مردی که به عورت زنی و دختر او نگاه کرده باشد، نظر نمی‌کند. حال از آنجاکه همگان متفق‌اند بر جواز ازدواج آن مرد با دختر زوجه‌اش قبل از غسل زوجه در صورتی که به آن زن دخول نکرده باشد و در نتیجه بتواند به عورت دختر زن نگاه کند، چنین خواهیم یافت که نگاه به آن زن بر مرد حرام است؛ (چراکه در این صورت هم توانسته به عورت زن نگاه کند و هم به عورت دختر زن؛ در حالی که روایت آن را جایز نشموده است) مگر همان‌طور که بر شخص اجنبی جایز است، زنی را نگاه کند.

به علاوه در دفاع از این دیدگاه و در مقام پاسخ به استدلال کسانی که غسل زوجه توسط زوج را جایز می‌شمرند، می‌گوید:

«ممکن است گفته شود: روایت است، رسول خدا به عایشه فرمود: اگر پیش از من بمیری، تو را غسل داده، کفن کرد، بر تو نماز گذارده و دفنت می‌کنم. پیامبر در اینجا خبر می‌دهد که خودش عایشه را غسل خواهد داد.

پاسخ آن است که در روایات صحیحه لفظ غسل نیامده و تنها دفن در آن مذکور است. حتی اگر غسل در آن آمده باشد، باز ادعای شما را ثابت نمی‌کند؛ زیرا ممکن است، مقصود رسول خدا امر به غسل عایشه باشد، نه مباشرت به غسل او؛ همان‌طور که روایت شده، عباس و فضل و مردی از انصار پیامبر را همراه علی علیه السلام غسل دادند؛ در حالی که تنها علی علیه السلام پیامبر را غسل داد و باقی او را کمک می‌کردند؛ با این حال غسل به همه آنان نسبت داده شده است؛ همچنین اگر گفته شود: علی علیه السلام (حضرت) فاطمه علیها السلام را غسل داد، خواهیم گفت: (حضرت) فاطمه علیها السلام در دنیا و آخرت همسر علی علیه السلام است؛ چراکه پیامبر فرمودند: هر نسب و سببی روز قیامت منقطع است، جز نسب و سبب من» (جصاص، ۱۴۳۱ق، ۲/۲۰۵).

۲- دلیل دیگری که جصاص برای عدم جواز غسل زوجه توسط شوهرش آورده است، آیه شریفه: «... وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ» (نساء، ۲۳) است. وی می‌گوید: اگر برای مرد جایز بدانیم به عورت زوجه مرده‌اش نگاه کند و در عین حال بتواند با خواهر او ازدواج کند، گویا بین دو خواهر جمع نموده است و این به ظاهر کتاب حرام است. علاوه بر این جواز ازدواج با خواهر زوجه دلیل بر وقوع جدایی و ارتفاع زوجیت بین زن و مرد است؛ زیرا اگر نکاح باقی بود، مرد حق نداشت با خواهر زوجه‌اش ازدواج کند.

۳- انقطاع رابطه زوجیت پس از فوت؛ وقوع این قسم (باروری با منی زوج پس از وفات وی) احتمال دارد و بدیهی است که اقدام بر این کار در شرع جایز نیست؛ چون زوجیت با مرگ پایان می‌یابد و در این هنگام تلقیح با نطفه غیر زوج انجام می‌گیرد که چنین نطفه‌ای حرام است» (سلامه، ۱۴۱۷ق، ۸۱)؛ لذا باید اذعان داشت که باروری از زوج متوفی ممکن نیست؛ به دلیل انفساخ عقد و زوال رابطه بین زوجین با مرگ.

از نظر اهل سنت، به اتفاق همه فقها، عصمت و حیات زوجیت بعد از پایان عده منقطع است و هیچ‌گونه علقه‌ای نیست که زن را به شوهر مرده ارتباط دهد؛ در نتیجه انجام باروری با اسپرم شوهر سابق (که مرده است) حرام و گناه است و شرکا هم گناهگار محسوب می‌شوند (همان، ۸۳).

۴- دوری از موضع تهمت و غیبت؛ پاره‌ای از فقهای مصری قائل به عدم جواز این نوع از باروری هستند، با این استدلال که این امر باعث می‌شود خانواده میت وارد یک درگیری با زوجه شوند و وی را به زنا پس از مرگ زوج متهم کنند؛ زیرا زوج در طول

حیاتش صاحب فرزند نشده؛ پس چطور همسرش پس از وفاتش فرزندی آورده است؟ (پس علت این امر) استیلا بر میراث متوفی است و علاوه بر این، رابطه زوجیت با وفات منقضی می‌گردد و لذا قاضی می‌باید این مسئله را حل و فصل نماید و در خصوص آن تصمیم‌گیری نماید (خلیل).

برای جمع‌بندی نظر فقهای اهل سنت باید به نظر یکی از بزرگ‌ترین مراکز صدور فتوای اهل سنت اشاره کرد: «فتوای شماره ۳۲۷۴۸: حکم تلقیح با منی زوج پس از مرگ وی (دوم ربیع الثانی ۱۴۲۴ق).

سؤال: آیا می‌توان نطفه زوج را تخزین و نگهداری نمود و در صورت نگهداری و مرگ زوج، آیا زوجه می‌تواند این نطفه را برای تلقیح مصنوعی به خود مورد استفاده قرار دهد؟ پاسخ: در خصوص تلقیح مصنوعی با منی پس از مرگ زوج، چه در ایام عده و چه پس از عده، باید گفت که اختلافی در منع آن وجود ندارد، به خاطر انقطاع حیات زوجیت با مرگ؛ زیرا این انقطاع مانند انقطاع با طلاق بائن است که در آن صورت هم کسی با عدم جواز تلقیح مصنوعی پس از آن مخالفتی ندارد و یکی از دلایل دال بر انقطاع حیات زوجیت پس از مرگ این است که اگر زوجه بمیرد، زوج می‌تواند با خواهر زنش یا عمه زنش به محض مرگ زوجه ازدواج نماید؛ ولی در خصوص جواز تغسیل هر یک از زوجین توسط دیگری پس از مرگ زوج باید گفت که این امر از آثار زوجیت است؛ مثل ارث و سکنی و دلیلی بر بقای خود زوجیت محسوب نمی‌شود» (www.islamport.com). فقها تلقیح مصنوعی تخمک زوجه با منی زوج نگهداری شده در بانک منی را پس از انقضای حیات زوجیت رد می‌نمایند (www.tawtheegonline.com).

این گروه از فقها نیز با استدلال به مواردی همچون غسل میت و جواز تغسیل یکی از زوجین توسط دیگری هنگام وفات، منکر بقای رابطه زوجیت در این دوره می‌باشند و لذا فعل باروری پس از مرگ را به رسمیت نمی‌شناسند.

۳. دیدگاه موافقان

این گروه هم مثل عده‌ای از فقهای شیعه، مرگ را سبب زوال عصمت و رابطه زوجیت نمی‌دانند.

غزالی معتقد است: «مردان را باید غسل دهند و زنان را زنان و در صورت اختلاف جنس، فقط زوجیت و محرمیت است که مجوز غسل خواهد بود» (غزالی، ۱۴۱۷ق، ۳۶۶/۲).

با توجه به این احکام می‌توان گفت: اگر رابطه زوجیت پایان یافته بود، برای مرد لمس زن و به عکس جایز نبود. این نتیجه از گفتار مخالفان مثل حنفیها هم فهمیده می‌شود. اینان تصریح کرده‌اند که با مرگ، نسبت به مرد زوجیت منقطع است، اما نسبت به زن زوجیت باقی است و زن در عده مرد است.

عبدالعزیز خیاط در این خصوص می‌گوید: «حکم در این حالت (باروری پس از وفات مرد) این است که فرزند مرد است. عملیات تلقیح (باروری) اگرچه نیکو و مستحسن نیست، اما شرعاً جایز است. گفتار فقها در مورد باروری طبیعی زن پس از مرگ زوجش راهنمایی بر این مطلب است. این در حالی است که در دوران عده به سر می‌برد یا کمتر از مدت شش ماه فرزند را به دنیا می‌آورد و یک زن به زایمان وی شهادت می‌دهد (نزد فقها یا دو مرد یا یک مرد و دو زن نزد ابوحنیفه). در این صورت نسب فرزند ثابت می‌شود به این دلیل که فراش با وجود عده ثابت است و نسب پیش از زایمان و انتساب نطفه به آن مرد ثابت است و تنها امر غیرنیکو این است که زن به فرزندآوری به این شیوه روی آورد». البته طبق گفتار فوق بهتر است هنگام گرفتن منی از مرکز نگهداری انجمادی شهادت گرفته شود تا بعدها زن متهم به زنا نگردد؛ به‌ویژه نزد مالکیها آبستنی هنگام غیبت زوج از علائم زنا محسوب می‌شود (سلامه، ۱۴۱۷ق، ۸۳).

پاره‌ای از فقهای مصری بر این باورند که زن می‌تواند منی زوج را به رحم خود تزریق نماید، به شرطی که تلقیح، تلقیح حقیقی باشد و مأخوذ از زوج و زوجه دارای مشکل باشد. در صورتی که مرکز بر تلقیح مصنوعی در زمان معینی موافقت نماید و زوج متوفی ماترکی برای فرزند خود به جا گذاشته باشد، مانعی وجود نخواهد داشت؛ در این حالت حتی اگر از متوفی پیش از فوتش در این خصوص پرسیده شود، خواهد گفت: تلقیح بعد از مرگ انجام شود؛ زیرا وی میراثی از خود به جا گذاشته و آرزو می‌کرده است، کسی که از وی ارث می‌برد، به دنیا بیاید. شیخ محمد احمد مصطفی مدیر بازرسی تبلیغ در وزارت اوقاف مصر معتقد است، تا زمانی که نطفه از مرد و تخمک از زن وجود داشته باشد، امکان تلقیح پس از وفات زوج وجود دارد و فرزند به پدر متوفی منسوب می‌گردد و از وی ارث می‌برد؛ مشروط بر اینکه دلیل واقعی وجود داشته باشد که دادگاه برای حل و فصل نزاع

بدان استناد کند تا دیگران گمان نکنند که این فرزند حاصل زناست. دکتر عبدالعظیم المطعنی استاد تحصیلات تکمیلی در دانشگاه الازهر و عضو مجلس اعلی در امور اسلامی قاهره معتقد است که زوجه می‌تواند نطفه زوج را پس از مرگش در رحم خود تزریق نماید و فرزند از پدرش ارث می‌برد، بدون اینکه نیازی به رجوع به ورثه باشد؛ زیرا این عقد می‌برم دارای دو قسمت است: قسمتی مربوط به زوجه است و قسمت دیگر مربوط به زوج است و زوج موافق با تلقیح مصنوعی بوده است؛ ولی مرگ به وی مهلت نداده است؛ لذا مرکزی که مجوز تلقیح را می‌دهد، باید به شروط عقد ملتزم باشد؛ زیرا تمام ارکان عقد صحیح است و دادگاهی نیز که به رسیدگی در خصوص این پرونده می‌پردازد، می‌بایست حکم به جواز این موضوع دهد (خلیل).

۴. ادله موافقان

۱- تغسیل زوجه؛ اگر میت مرد باشد و زوجه داشته باشد، جایز است که او را غسل دهد؛ به دلیل آنکه عایشه روایت کرده: ابوبکر وصیت کرد که اسماء بنت عمیس او را غسل دهد. اگر نیز میت زن باشد و شوهر داشته باشد، می‌تواند او را غسل دهد؛ چراکه عایشه از پیامبر روایت کرده است که ایشان فرمودند: اگر پیش از من بمیری، ضرر نکرده‌ای زیرا من تو را غسل می‌دهم و کفن می‌کنم و بر تو نماز گذارده، دفنت می‌کنم (فیروزآبادی شیرازی، ۱۴۱۶ق، ۱/۲۳۸).

۲- بقای زوجیت؛ در کفایة النبیة چنین استدلال شده که اگر مرد با خواهر یا دختر زوجه ازدواج نکرده باشد، می‌تواند او را غسل دهد؛ زیرا علی علیه السلام فاطمه علیها السلام را به همراهی اسماء بنت عمیس غسل داد و هیچ یک از صحابه نیز کار او را مورد انکار قرار نداد؛ پس این امر میان صحابه اجماعی بوده است (ابن‌رفعه، ۲۰۰۹م، ۵/۱۸).

مرد می‌تواند زوجه‌اش، ام‌ولد و کنیزش را غسل دهد. دلیل این امر آیه شریفه «وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ» (نساء، ۱۲) است. در این آیه زوجه مرده را زوجه نامیده است. در زمان حیات، دیدن بدن و بوسیدن و لمس زوجه و ام‌ولد و کنیز بر وی جایز بوده و پس از مرگ نیز بر همان جواز باقی است و هر کس مدعی تحریم است، باید دلیل و نصی بیاورد که چنین چیزی موجود نیست (ابن‌حزم، ۱۳۵۲ق، ۵/۱۷۴).

اقوال و استدلال‌ات عده‌ای از موافقان چنین است: وهبه زحیلی از جمهور فقهای اهل سنت نقل می‌کند: «برای هر یک از زوجین غسل دیگری پس از مرگ جایز است».

ابن قدامه مقدسی می‌گوید: «مؤید ماست آنچه را که ابن‌منذلی روایت کرد که علی علیه السلام فاطمه علیها السلام را غسل داده، به این دلیل که پیغمبر به عایشه گفت: ما ضرک لو مت فقت علیک فضلک و کفنتک و صلیت علیک و دفنتک» (سلامه، ۱۴۱۷ق، ۸۲).

دیدگاه برگزیده

بررسی ادله فقهای امامیه و با نگاهی به ادله فقهای اهل سنت نشان می‌دهد، که در این مسئله باید در وهله اول به احصای ملاک حرمت یا عدم حرمت پرداخت و در ادامه با کشف ملاک مزبور، به بررسی موضوع پرداخت.

رابطه تلقیح میان زوجیت در صورتی دارای حلیت است که میان زوجین رابطه زوجیت وجود داشته باشد و تا زمانی که رابطه زوجیت باقی است، باید حکم به حلیت رابطه و باروری داد و زمانی که رابطه زوجیت باقی نباشد، هر گونه ارتباط موجب باروری ممنوع و مستوجب حکم حرمت است؛ بنابراین باید در میان ادله مزبور بدین امر پرداخت که آیا عندالله با فوت یکی از طرفین، رابطه زوجیت باقی است یا با فوت هر یک از طرفین رابطه مزبور منتفی می‌گردد؟

برای کشف این امر باید به ادله اجتهادی و در صورت عدم تکافوی ادله مزبور به ادله فقهاتی استناد جست.

به علاوه لازم به ذکر است که عدم بقای زوجیت پس از مزی عده وفات، میان فقها مشترک است و فقها بر آن اجماع دارند؛ لذا مسئله مورد بحث، بقا یا عدم بقای رابطه زوجیت در دوران عده وفات است که در صورت بقای رابطه زوجیت در دوره مزبور، باروری در این دوره مشروع بوده، فرزند متولدشده را باید مشروع دانست؛ در حالی که در صورت پذیرش عدم بقای رابطه زوجیت، حکم به صحت باروری پس از مرگ منتفی است؛ لذا در این راستا به بیان ادله در این زمینه پرداخته خواهد شد.

۱. روایات

روایاتی که به تفصیل به لحاظ قطعی‌السند بودن از سوی دیدگاههای مختلف، مورد خدشه واقع شده و در موارد متعددی، به دلیل استفاده از احادیث غیر صحیح، حکم به عدم قابلیت استناد احادیث مزبور شده است. در این مجال فرصت بررسی احادیث و مباحث رجالی نیست؛ ولی بر اساس ادله مختلف از سوی هر دو دیدگاه می‌توان احادیث مورد استناد را

مورد خدشه دانست و حکم به تساقط نمود (اذا تعارضاً، تساقطاً)؛ علاوه بر آن، وجه تمایز و ادله تراجیح در هیچ یک از احادیث یافت نشد.

۲. استصحاب

در صورت عدم امکان تمسک به ادله اجتهادی، باید به ادله فقهاتی روی آورد. استصحاب بر سه رکن اساسی استوار است که در این مسئله قابل سر بیان است: اولاً رابطه زوجیت گذشته مورد یقین و اطمینان است. ثانیاً در اینکه رابطه زوجیت باقی مانده یا نه شک نموده‌ایم و ثالثاً تقدم زمانی یقین بر شک وجود دارد؛ لذا با حصول تمامی شرایط استصحاب باید حکم به بقای زوجیت در دوران عده نمود. به علاوه به عنوان مؤید می‌توان وحدت ملاک نیز گرفت که بر اساس آن باید اذعان داشت، نمی‌توان در بقای موضوع که رابطه زوجیت باشد اشکال کرد؛ همان‌گونه که جواز مس و نظر و سایر احکام ثابت در زمان حیات استصحاب می‌شود.

۳. اصل عدم

اصل بر عدم است و تا زمانی که شک در وقوع امری وجود دارد، باید به اصل مزبور تمسک جست. در این راستا، در وجود مقتضی یقین وجود دارد و بدان علم وجود دارد؛ حال شک می‌شود که مانع (قطع رابطه زوجیت) حاصل شده است یا نه که در این مسئله، حکم به عدم حصول و وقوع حادث می‌شود.

۴. اصل صحت

بر اساس اصل مزبور باید اذعان داشت، در مواردی که بین صحت یا عدم صحت امری که وقوع یافته است، شک رخ دهد و معلوم نباشد که صحیح است یا خیر، باید حکم به صحت نمود و بر همین اساس، با جریان اصل صحت در این موضوع، باید آن را جایز دانست و آثار آن را نیز مورد تأیید قرار داد.

لذا در مانحن‌فیه نیز اصل صحت را باید جاری دانست و بر همین اساس، باروری پس از مرگ صحیح است و دلیلی بر نامشروع بودن و حرمت آن وجود ندارد.

در نهایت باید اذعان داشت، در فقه شیعه مسئله اجتهاد وجود دارد و یکی از توابع آن این است که عقیده یک مرجع برای پیروانش حجیت و سندیت دارد. حال برخی از فقها بر این باورند که ازدواج پس از مرگ منقضی می‌شود و حتی از اینکه یک مرد بدن همسرش را پس از مرگ بشوید، جلوگیری می‌کنند و برخی دیگر بر این باورند که پس از مرگ در یک زمان خاص که چهار ماه و ده روز (عده) است، زوجین در علقه زوجیت هستند. در

ابتدا شاید فلسفه تشریح عده، امکان بارداری بوده است؛ چراکه در آن زمان انجام هیچ تست آزمایشگاهی برای بررسی مرحله اولیه حاملگی وجود نداشت. بعضی دیگر بر این باورند که علت تشریح عده، فراهم آوردن مهلتی برای زوجین است تا فکر کنند و دوباره به هم ببینند؛ با این حال عده یک قانون اسلامی است و همه باید از آن پیروی کنند. با توجه به ایده‌های اصلی ارائه‌شده که هر دوی آنها در میان روحانیون شیعه و سنی، معتقدانی دارند، دو ایده نیز می‌تواند در مورد استفاده از اسپرم پس از مرگ وجود داشته باشد: الف) انجام آن در ظرف مدت عده بدون اشکال است (چهار ماه و ده روز). ب) انجام آن پس از مرگ همسر ممنوع است. جمهور فقها زن بیوه را پس از پایان عده، «زوجه» نمی‌دانند و در نتیجه تلقیح با اسپرم شوهر متوفی را پس از این زمان جایز نمی‌دانند؛ ولی انجام باروری در زمان عده وفات مورد توافق بعضی از فقهاست. نکته مهم تفاوتی است که بین لقاح پس از مرگ توسط اسپرم متوفی و استفاده از جنینهای منجمد موجود که تشکیل آنها به زمان حیات زوجین برمی‌گردد، وجود دارد. در آرای موجود درباره تلقیح پس از مرگ به نطفه اشاره شده است. اطلاق کلمه نطفه به جنین توسط بسیاری از فقها صورت پذیرفته است؛ بنابراین نطفه به تمامی مساوی با اسپرم نیست؛ لذا می‌توان گفت: احتمالاً انتقال جنینهای منجمد فرد متوفی نیز تابع تلقیح پس از مرگ است؛ بنابراین نظرهای علما، به استفاده از جنین منجمد فرد متوفی نیز تسری دارد (علیزاده و عمانی سامانی، ۱۳۹۱ش، ۸۷).

بر همین اساس در نهایت با تمسک به ادله مزبور باید قول به بقای رابطه زوجیت میان طرفین را جاری دانسته و بدان حکم نمود و گفت: رابطه زوجیت پس از وقوع مرگ منقطع نمی‌گردد و باید آن را جاری دانست که در نتیجه آن، باروری پس از مرگ در مدت عده صحیح است.

در نهایت لازم به ذکر است که در حوزه اثباتی یک اشکال اساسی آن است که باردار شدن زوجه پس از مرگ زوج اگر از طریق رابطه نامشروع یا ازدواج موقت صورت بگیرد و آن را به شوهر ببندد، چه حکمی دارد و راهکار آن چیست؟

باید پذیرفت که این امر می‌تواند آسیبی جدی برای مشروعیت بارداری پس از مرگ باشد؛ اما از آنجاکه امروزه با پیشرفت دانش پزشکی، امکان درمان ناباوری فراهم شده و این امر از ضرورت‌های جامعه امروزی است (صفایی و علوی قزوینی، ۱۳۸۵ش، ۳۵؛ صفایی، ۱۳۸۳ش، ۵۹) و مخالفتی با شرع ندارد، موضوع باروری پس از مرگ مورد تأیید

برخی از فقها قرار گرفته است (محسنی، ۱۴۲۴ق، ۲۱۹؛ قبله‌ای خوبی، ۱۳۸۰ش، ۳۱۱)؛ لذا برای حل مشکل سوءاستفاده‌های احتمالی باید به دنبال یافتن راه‌حلی بود تا از آسیبهای این موضوع کاسته شود.

در همین راستا برای حل این معضل باید بیان داشت که اگر زوجه مرتکب فعلی خلاف شرع و منافی عفت یا از طریق نکاح موقت باردار شود، قاضی در مقام حکم به انتساب نسب فرزند به زوج متوفی، باید از طریق ادله‌ای نظیر ادله و آزمایشهای پزشکی و بررسی ژنتیک نظیر D.N.A و آزمایش گروه خون به یقین برسد؛ بدین معنا که تمامی ویژگیهای ژنتیکی فرزند متولدشده، با زوجه و زوج متوفی منطبق باشد. آزمایشهای مزبور به نحوی است که در صورت عدم انطباق گروه خون یا ژنتیک فرد با والدین وی (زوجه و زوج متوفی) می‌توان به‌طور یقینی و قطعی حکم به نفی نسب نمود و یقین و علم، حجت است؛ اما اگر ویژگیهای ژنتیکی فرزند با والدین وی انطباق داشت، در اینجا با دلایل پزشکی نسب وی اثبات می‌شود؛ لذا باید بر اساس قاعده فراش حکم نمود؛ علاوه بر این، اصولی نظیر صحت و... که در نظام حقوقی اسلام مورد پذیرش‌اند (مؤمنی و مسجدسرای، ۱۳۹۱ش، ۶۳) نیز گواهی بر این مدعاست؛ لذا پیشنهاد می‌شود، دادگاه در مواردی که لازم می‌داند، از پزشکی قانونی استعلام نماید و پس از پاسخ نهاد مزبور، طبق روش مذکور حکم نماید.

البته باید به این نکته اذعان داشت که این حکم با وظیفه و تعریفی که از قضاوت می‌شود، هماهنگ است؛ زیرا قضاء مقامی است که فصل خصومت یا تطبیق احکام کلی برای موارد جزئی در آن صورت می‌گیرد (مؤمنی و اجداد، ۱۳۹۳ش، ۱۰).

حال باید به این امر نیز توجه داشت که اثبات مشروعیت منوط به صحت نسب جهت مطالبه حقوق است و دلیل بودن نیز باید مورد توجه قرار گیرد که در همین راستا باید اذعان داشت که در مقام اثبات عدم وجود نسب از طریق آزمایش دی، ان، ای باید این آزمایش مقدم و حاکم بر اماره فراش قرار داده شود؛ چراکه آنچه از آزمایش دی، ان، ای در نفی رابطه ابوت حاصل می‌شود، بر خلاف حالت قبل همان‌طور که بیان شد، قطعی است. از طرف دیگر قاعده فراش نیز اماره است و جایگاه اماره در اثبات حق برای ذی‌حق آنجاست که راهی برای رسیدن به قطع یافت نشود؛ حال آنکه در این مورد قطع

حاصل شده است؛ لذا آزمایش دی، ان، ای بر اماره فراش مقدم شده، بر اماره فراش حاکم داشته می‌شود.

اما در صورتی که در آزمایش مزبور تمامی موارد مورد سنجش با هم تطابق یابند، باز هم نمی‌توان حکم به وجود نسب نموده، آن را اثبات نمود؛ زیرا در آزمایش دی، ان، ای به علت هزینه‌های بالا نمی‌توان تمامی آیتها را با هم تطابق داد و لذا قطع حاصل نمی‌گردد؛ به عبارت بهتر آزمایش دی، ان، ای به علت هزینه‌های بالای آن به صورت کامل انجام نمی‌شود؛ بنابراین چون تمامی موارد با هم تطبیق داده نمی‌شوند، نمی‌توان با تطابق بسیاری از آیتها حکم به صحت آزمایش مزبور و اثبات نسب نمود؛ در حالی که در صورت عدم تطابق حتی یکی از موارد، نفی نسب و عدم وجود نسب قطعی است و قطع هم به حکم عقل و شرع یقین‌آور و علم‌آور است و لذا بر اماره فراش حاکم خواهد بود.

در ادامه باید به نظر برخی از صاحب‌نظران اشاره نمود که بیان می‌دارند، مسلماً همیشه ناتوانی در پیش بردن دعوی با محق نبودن ملازمه ندارد؛ چه محکومیت می‌تواند ناشی از ضعف و قصور خواهان یا وکیل او در طرح دعوی و اثبات ادعا یا اشتباه قاضی یا عوامل دیگر باشد؛ اما این مسئله نباید موجب گرایش به عقیده رایج و غالب شود، مبنی بر اینکه اثبات همواره تابع و فرع بر ثبوت است یا این توهم که اثبات همواره در خدمت مرحله ثبوت است و ثبوت و وجود حق را نمی‌توان به امکان اثبات آن ربط داد. درست این است که گفته شود: اگر حقی قانوناً به هیچ طریقی امکان اثبات قضایی نداشته باشد، آن حق قابل مطالبه نیست و حقی که مطلقاً قابل مطالبه نیست، چنان است که در عالم حقوق وجود ندارد؛ پس برای آن نباید مرحله ثبوتی هم قائل شد. در مفهوم حق، سلطه و اختیاری نهفته است که برای ذی‌حق ایجاد می‌شود تا دیگری یا دیگران را به اجرای آن مجبور سازد. این اجباری است که نظام حقوقی به رسمیت می‌شناسد و برای حفظ انتظام امور، اشخاص را از به‌کارگیری شخصی اجبار ممنوع می‌کند و حمایت قوای عمومی را برای این منظور وعده می‌دهد. اگر حقی از این حمایت و امکان اجبار محروم باشد، بدان

معناست که فاقد سلطه و اختیاری است لازمه تعریف حق است؛ پس می توان گفت: چنین حقی وجود ندارد (مغنیه، ۱۹۶۴م، ۲۰).^{۱۰}

هرچند فقها احادیث را اصلی از اصول اثبات و دلیلی در این باب قرار نداده اند، سابقه ای است بر وجود پزشکی قانونی در شریعت اسلامی و بنا به گفته صاحب جواهر: «بعضی از فقها به این گونه احادیث عمل کرده و بعضی به جهت عدم اطمینان آن را رها کرده اند؛ زیرا گفته پزشکان گمان آور است و طریق شرعی نیست» (نجفی، بی تا، ۱۶۴/۴ و ۱۶۵). از این گفته چنین بر می آید که اگر بررسیهای پزشکی قانونی قطعی و مفید علم باشد، از نظر شرعی معتبر است.

آخوند خراسانی می گوید: «سزاوار نیست که در رجوع به کارشناسان (و متخصصان) و اعتماد به گفته آنان اشکال کرد و برای اعتماد به گفته آنان تعدد متخصصین و عدالت و اسلام آنان شرط نیست؛ همچنان که شهادت و گواهی چنین است؛ زیرا شهادت از حس است؛ اما کارشناسان گفتارشان از روی حدس و رأی است؛ ولی آنچه بر آن اتفاق است، اعتماد بر گفته کارشناس در صورتی است که از آن اطمینان حاصل شود». مغنیه نیز معتقد است: علم حاصل از پزشکی قانونی حجت است؛ مگر در نسب شناسی که منع شرعی دارد. ... اعتبار علم از هر سرچشمه ای حاصل شود، نیاز به امضای شارع نداریم؛ زیرا علم به خودی خود حجت است (بی آزار شیرازی، ۱۳۸۳ش، ۵۴ و ۵۵).

بنابراین از راه آزمایش خون و سایر وسایل تشخیص پزشکی قانونی نمی توان فرزندی را به مردی ملحق یا نفی کرد؛ زیرا این آزمایشها قطعی نیست و معیار قاعده الولد للفراش (فرزند متعلق به بستر خانواده است)، همچنان حاکم است، مگر اینکه دلیل قطعی خلاف آن را ثابت کند. امروزه وسیله مدرنی به نام D.N.A کشف شده که با اطمینان بالایی نسبت افراد را تشخیص می دهد. مکارم شیرازی در جواب استفتای «اگر از طرف قاضی، زنی را جهت معاینه و تشخیص نطفه ای که در رحم دارد، به نزد پزشک قانونی بفرستند و طبیب بتواند تشخیص دهد که نطفه متعلق به شوهر این زن نبوده، بلکه از مرد اجنبی است، در این حال اگر طبیب واقعیت را گزارش دهد، جان زن به خطر می افتد و اگر خلاف گزارش

۱۰. ... لان الحق بما هو و بدون دلیل به منزله عدم و لذا قیل: ان الدلیل هو قوام حیاة الحق... (مغنیه، ۱۹۶۴م، ۲۱). این را در برابر قول صاحب جواهر قرار می دهد که می گوید: «الحکم عندنا ینفذ ظاهرا، لا باطنا و لا یتبیح للمشهد له ما حکم به الا مع العلم بصحة الشهادة او الجهل بحالها».

دهد، بچه ملحق به شوهر این زن می‌شود، چه باید کرد؟»، می‌گوید: «در این گونه موارد، قول طبیب و یقین او برای قاضی حجت نیست و حتی یقین خود قاضی هم که از این طریق حاصل شود، حجیت آن محل اشکال است؛ بنابراین لزومی ندارد که طبیب یقین خود را در این گونه موارد بازگو کند و در نتیجه به حسب حکم ظاهری بچه ملحق به شوهر است و این گونه احکام ظاهری مشکلی ایجاد نمی‌کند» (همان، ۶۶ و ۶۵).

در نهایت باید اذعان داشت که مبتنی بر احتیاط و رعایت قواعد فقه امامیه و نیز حجیت ادله صادره از سوی شارع، نظر اخیر اقوی می‌نماید.

نتیجه

۱. جمهور فقهای زن بیوه را پس از پایان عده، «زوجه» نمی‌دانند و در نتیجه تلقیح با اسپرم شوهر متوفی را پس از این زمان جایز نمی‌دانند؛ ولی انجام باروری در زمان عده وفات مورد توافق بعضی از فقهاست.
۲. در فقه اهل سنت همچون فقه شیعه، دیدگاه واحدی بین فقها وجود ندارد که مناط تصمیم‌گیری قرار گیرد.
۳. پاره‌ای از فقهای اهل سنت بر این باورند که رابطه زوجیت به محض حدوث مرگ، منقضی می‌گردد و لذا باروری پس از مرگ به تبع آن جایز نخواهد بود.
۴. در مقابل، پاره‌ای دیگر از فقهای اهل سنت با استناد به مواردی همچون جواز لمس زن توسط شوهر و جواز تکفین و غیره، قائل به بقا و دوام این رابطه حتی پس از مرگ زوج می‌باشند و در نتیجه این عمل از دیدگاهشان مشروع تلقی می‌گردد.

فهرست منابع

- قرآن کریم.
- ابن حزم، علی بن احمد، المحلی، مصر، ادارة الطباعة المنيرية، ۱۳۵۲ق.
- ابن رفاعه، احمد بن محمد، كفاية النبيه شرح التنبيه، بيروت، دارالكتب العلمية، ۲۰۰۹م.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، كتاب الطهارة، قم، كنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی احكام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- بی آزار شیرازی، عبدالکریم، «پزشکی قانونی در فقه و حقوق اسلامی»، مجله مدرس علوم انسانی، شماره ۳۷، زمستان ۱۳۸۳ش.
- جزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعة، بیروت، دارالتقلین، ۱۹۹۸م.
- جصاص، احمد بن علی، شرح مختصر الطحاوی، مدینه، دارالسراج، ۱۴۳۱ق.
- جعفری، محمدتقی، رسائل فقهی، تهران، کرامت، ۱۴۱۹ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ق.
- خلیل، محمد، «علماء مسلمون یختلفون حول مشروعیة الإنجاب من الزوج المتوفی عن طریق التلقيح الصناعي»، جريدة الشرق الاوسط، در: <http://archive.aawsat.com>
- خمینی، سیدروح الله، تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (علیه السلام)، بی تا.
- خوانساری، محمد بن حسین، التعليقات علی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، المدرسة الرضویة، ۱۳۶۴ش.
- خویی، سیدابوالقاسم، التنتیج فی شرح العروة الوثقی، قم، العلمیة، ۱۴۱۱ق.
- رضانیانیا، محمدرضا، «وضعیت حقوقی کودک ناشی از انتقال جنین» در: روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، تهران، سمت؛ پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۰ش.
- سلامه، زیاد احمد، اطفال الانابيب بین العلم و الشریعة، بیروت، الدار العربیة للعلوم، ۱۴۱۷ق.
- صانعی، یوسف، استفتائات پزشکی، قم، میثم تمار، بی تا.
- صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۱ش.
- صفایی، سیدحسین و سیدعلی علوی قزوینی، «ارث کودکان آزمایشگاهی»، مجله حقوق خصوصی، شماره ۱۱، ۱۳۸۵ش.

- صفایی، سیدحسین، «تولید مثل مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق فرانسه و ایران»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۶۴، ۱۳۸۳ش.
- طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق.
- علیزاده، لیلا و رضا عمانی سامانی، «تولید مثل پس از مرگ: حقوق بیمار و دیدگاه اسلامی»، *مجله اخلاق و تاریخ پزشکی*، دوره پنجم، شماره ۴، مرداد ۱۳۹۱ش.
- غزالی، محمد بن محمد، *الوسیط فی المذهب*، قاهره، دارالسلام، ۱۴۱۷ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، *کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ق.
- فیروزآبادی شیرازی، ابراهیم بن علی، *المهذب فی فقه الامام الشافعی*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۶ق.
- قبله‌ای خویی، خلیل، «بررسی مسائل فقهی حقوقی انتقال جنین»، در: *روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)*، تهران، سمت؛ پژوهشکده ابن‌سینا، ۱۳۸۰ش.
- محسنی، محمدآصف، *الفقه و مسائل طبیه*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۴ق.
- مغنیه، محمدجواد، *اصول الاثبات فی الفقه الجعفری*، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۹۶۴م.
- موسوی عاملی، سیدمحمد، *نهایة المرام*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۷۱ش.
- مؤمن، محمد، «سخنی درباره تلقیح»، ترجمه موسی دانش، *مجله فقه اهل بیت*، شماره ۴، زمستان ۱۳۷۴ش.
- مؤمنی، عابدین و اصغر اجداد، «اختیار قاضی در عفو مجرمان»، *مجله فقه مقارن*، شماره ۳، بهار و تابستان ۱۳۹۳ش.
- مؤمنی، عابدین و حمید مسجدسرایبی، «اصل اندیشی در نظام حقوقی اسلام»، *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۷، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ش.
- میرهاشمی، سرور، «تلقیح مصنوعی در اندیشه فقهی - حقوقی و موافقان و مخالفان آن»، *مجله فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)*، شماره ۳۶، زمستان ۱۳۸۳ش.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
- همدانی، رضا بن محمدهادی، *مصباح الفقیه*، قم، مؤسسه الجعفریه لاحیاء التراث، ۱۴۱۶ق.

- <http://www.tawtheegonline.com>

- <http://www.islamport.com>