

مجله علمی - پژوهشی حقوق خصوصی
دوره هشتم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۰
صفحات ۱۶۹ - ۱۹۵

احکام حقوقی طفل حاصل از رحم جایگزین

اسدالله لطفی^۱، صالح سعادت^{۲*}

۱. دانشیار گروه فقه و حقوق دانشگاه بین‌المللی امام خمینی(ره)

۲. دانشجوی دکتری فقه و حقوق اسلامی دانشگاه یاسوج

(تاریخ دریافت: ۹۰/۵/۲۲؛ تاریخ تصویب: ۹۰/۹/۲۰)

چکیده

یکی از پدیده‌های نوین جامعه بشری صاحب فرزند شدن از طریق رحم اجاره‌ای می‌باشد که طی آن بانوی صاحب رحم، نطفه یا جنین فرد دیگری را در رحم خود حمل می‌کند و پس از طی دوران بارداری و زایمان، بر مبنای قراردادی از پیش منعقد شده، نوزاد حاصل را به زوج صاحب گامت تحویل می‌دهد. در این مورد در قوانین حقوقی بیشتر کشورهای از جمله ایران کم‌تر سخنی به میان آمده است، از این رو، نوشتار حاضر در تلاش است تا با تحقیق و مطالعه بیشتر در منابع فقهی و حقوقی به تبیین احکام حقوقی اء م از نسب، ارث، وصیّت، نفقه، حضانت و ولایت مربوط به این گونه افراد پرداخته و بدین وسیله ضمن رعایت حقوق آنان از وجود فرزندی بی‌هویت و گاه بی‌سرپرست در جامعه جلوگیری نماید. برای تحقق این اهداف در آخر مقاله پیشنهاداتی نیز در حیطه قانون‌گذاری جهت قانونی ساختن این امر در قوانین ایران اسلامی ارائه شده است.

واژگان کلیدی

تلقیح مصنوعی، اجاره رحم، نسب، نفقه، ارث.

مقدمه

علم ژنتیک بدون اغراق از داغ‌ترین اخبار این دوران بوده و دست‌آوردهای بحث‌انگیز و جالبی را به طور وسیع در جامعه جهانی کنونی ایجاد کرده است، این علم با پیشرفت‌های جدید خود توانسته است کمک شایان توجهی به تولید نسل انسان بنماید و به وسیله نوآوری‌های خود کمک شایسته‌ای را به افراد نیازمند در این زمینه کرده است. یکی از این نوآوری‌ها که توانست بسیاری از نواقص و عیوب زن و مرد را در تولید نسل جبران کند، عملی است به نام تلقیح مصنوعی، این عمل در ابتدا به منظور اصلاح نژاد و تکثیر نسل حیوانات اهلی به کار گرفته شده بود، اما دانشمندان بعدها با گذشت زمان توانستند آنرا در مورد انسان‌ها نیز عملی کنند و در حال حاضر، به خاطر وجود این علم امید به داشتن فرزند در زوج‌های نابارور، تقویت شده و زوج‌های نابارور در سراسر دنیا به این فن‌آوری اقبال کرده‌اند، به نحوی که خانواده‌های زیادی از این طریق توانستند فرزندی منسوب به خود داشته باشند، البته افراد به دلایل مختلفی از این روش استفاده می‌کنند، در برخی موارد زوج‌های نابارور به دلیل نوعی بیماری مانند نقص در اسپرم مرد و یا تخمک زن، و یا به دلیل وجود مشکلی در اندام‌های تناسلی یکی از طرفین مانع لقاح اسپرم با تخمک می‌شود و بسیاری از دلایل دیگر باعث می‌شود که زوجین به عمل تلقیح مصنوعی تمایل پیدا کنند و به تناسب بیماری یا دلیل ناباروری‌شان مورد درمان قرار می‌گیرند. یکی از دلایل و مواردی که موجب استفاده از تلقیح مصنوعی بوده و موضوع مورد بحث ما نیز می‌باشد، جایی است که برخی از زنان به طور مادرزاد فاقد رحم بوده و یا به دلیل بیماری، رحم آنها برداشته شده باشد و در برخی مواقع نیز بیماری رحمی، زن را از داشتن فرزند محروم می‌کند و در موارد نادری بیماری مزمنی نظیر دیابت حاد، حاملگی را غیر ممکن می‌سازد، که در این موارد برای چنین زنی از رحم یک زن دیگر (رحم جایگزین) استفاده می‌شود که به این حالت «اجاره رحم» اطلاق می‌شود. که این عمل امروزه با گذر زمان در کشورهای اسلامی هم شیوع پیدا کرده، به نحوی که بسیاری از خانواده‌ها که نداشتن طفل زندگی آنها را در ورطه

نابودی و از هم پاشیدن قرار داده، با کمال رضایت‌مندی حاضر به انجام این عمل شده‌اند و به همین دلیل، قانون‌گذاران کشور ما هم باید برای سامان دادن به این وضعیت نوپیدا اقدام به تدوین قوانینی نمایند که متناسب با فرهنگ جامعه اسلامی ما باشد.

در زمینه جواز یا عدم جواز انتقال جنین به رحم زن بیگانه که غالباً رحم مورد اجاره واقع می‌شود، به طور مفصل و گسترده در مقالات و کتاب‌های مختلف بحث و بررسی صورت گرفته و نسبت به مشروعیت و جواز آن (اجاره رحم) بسیاری از فقهای امامیه نظر مثبت داده و قرارداد حاصل از آن را نیز صحیح دانسته‌اند، بنابراین ما در این مقاله درصدد بحث پیرامون مشروعیت یا عدم مشروعیت استفاده از رحم جایگزین نیستیم، بلکه با فرض صحت این مسأله از لحاظ تکلیفی، به بحث از احکام حقوقی که فرزندان حاصل از این نوع بارداری دارند، پرداخته و با توجه به پیامدهای اجتماعی و مذهبی این بحث و ضرورت این امر به ارایه راه‌حل‌های مناسب در رابطه با بحث نسب، نفقه، ارث و وصیت و... اینگونه افراد پرداخته‌ایم و نظر به این که به دلیل جدید بودن این موضوع در قانون مدنی حکمی در رابطه با احکام مذکور در مورد این افراد مشاهده نمی‌شود، پیشنهادهای جهت تدوین مواد قانونی مرتبط برای حل و فصل مشکلات آنها داده می‌شود.

پیشینه موضوع

تلقیح مصنوعی برای نخستین بار در سال ۱۷۶۵ میلادی به منظور اصلاح نژاد و تکثیر نسل حیوانات، توسط یک دانشمند آلمانی به نام جاکوبین بر روی ماهی‌ها انجام شد و متعاقب آن برای تولید مثل انسان نیز مورد آزمایش قرار گرفت و در برخی کشورها مانند آمریکا معمول گردید. با پیشرفت علم و استفاده از تکنیک‌های برتر، نخستین نوزاد آزمایشگاهی به نام لوییز براون در سال ۱۹۷۸ میلادی در لندن با تلاش دکتر استپتو و همکارانش به دنیا آمد. پس از آن در سال ۱۹۸۸ میلادی، یعنی یک سال پس از این موفقیت در کشور انگلستان، ۹۵۶ کودک از طریق باروری خارج رحمی متولد شدند. هم‌چنین در ایالات متحده بیش از چهار هزار بار انجام گرفته که ۸۷۴۱ مورد وضع حمل شده و ۵۱۰۳ مورد آن از طریق باروری خارج رحمی بوده

است. تاریخچه قانون‌گذاری آن در کشورهای جهان سوم که اغلب کشورهای اسلامی نیز در این زمره قرار دارند، قانون و مقررات خاصی تدوین نشده است. باروری از طریق تلقیح مصنوعی از نیمه دوم قرن بیستم گسترش فوق‌العاده‌ای یافته است. به نحوی که امروزه از اهم پدیده‌ها و پیشرفت‌های این قرن محسوب می‌شود و سالیان مدیدی است که در اکثر کشورهای دنیا مورد استفاده قرار می‌گیرد. بهره‌گیری از این فن‌آوری از سال ۱۳۶۸ در ایران آغاز شده و هم‌اکنون ایران به عنوان یکی از کشورهای پیشرو در این زمینه مطرح است. جمهوری اسلامی ایران با تدوین قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور (مصوب ۱۳۸۲/۴/۲۹) قانونی را در پنج ماده به تصویب رسانیده که تنها یکی از روش‌های موجود را به تصریح تجویز کرده است. باروری به کمک ابزار پزشکی به شیوه‌ای که امروزه مطرح است، با عنوان انتقال منی از راه مساحقه که در فقه امامیه حرام است و نیز استدخال منی در فقه شافعی تناسب دارد، ولی این نوع از باروری (پزشکی) در روایات سابقه‌ای نداشته است و در فقه نیز جز در عصر حاضر پیشینه‌ای ندارد و فقط از آیات، روایات و ابواب فقهی مرتبط و اصول و کلیات فقه شیعه و از ادله و روایات خاص مربوط به شیوه‌های غیرطبیعی تولید مثل می‌توان احکام و آثار باروری پزشکی را استنباط کرد.

تبیین مسأله

باید بگوییم امروزه بسیاری از زوج‌های جوان به علل مختلف، توانایی باروری و صاحب فرزند شدن را ندارند و از این رهگذر با نارسایی‌های عاطفی و اجتماعی جانکاهی مواجهند که گاه به جدایی منجر می‌شود. طبیعی است که هرگونه راهکاری که آنان را از این تنگنا رهایی بخشد، مورد استقبال قرار می‌گیرد و ایشان را امیدوار می‌سازد، به ویژه اگر به تأیید تعالیم دینی و ضوابط قانونی نیز رسیده باشد. یکی از راه‌های صاحب فرزند شدن زوج‌های نابارور، بهره‌گیری از فن‌آوری «رحم جایگزین» است. انتقال جنین به رحم بیگانه از جمله مسایل مستحدث و جدیدی است که از مدت‌پیدایی آن در جهان کم‌تر از ربع قرن می‌گذرد. در این حالت زن و مرد هر دو سالم هستند. یعنی مرد اسپرم می‌سازد و زن تخمک آزاد می‌کند. لکن از

نظر نقص ارگانیک یا بیماری مثل دیابت یا تالاسمی نمی‌تواند جنین را ننگه دارد، در چنین مواقعی دو صورت فرض می‌شود:

الف. جنین به رحم زنی که محرم این مرد است و آمیزش با وی برای مرد منع شرعی ندارد، انتقال داده می‌شود که در این صورت طبق نظر اکثر فقها، بلکه قریب به اتفاق آنها، خواه این زن صاحب تخمک باشد یا همسر دیگر او و یا کنیز او باشد، دلیلی بر حرام بودن آن نیست (مؤمن، ۱۴۱۵، ص ۸۰-۹۱؛ روحانی، ۱۴۱۴، ص ۵؛ خرازی، ۱۴۲۳، ص ۱۷۳-۲۴۴)، زیرا در تمام این صورت‌ها مرد نطفه خود را در رحمی قرار داده که برای او حلال است، نه حرام و در جایی آن را کاشته که بر خلاف دستور خداوند نیست. زن هم نطفه شوهر خود را حمل کرده است، بنابراین، فقها بنا به نبود وجود دلیل بر حرمت و با استناد به اصل اباحه، آن را جایز دانسته و فتوایی بر حرمت آن ندارند (خویی، ۱۴۱۰، ص ۴۲۷؛ سیستانی، ۱۴۱۶، ص ۴۵۹). البته فقهای اهل سنت در این فرض اختلاف نظر دارند، عده‌ای برای تأمین مصلحت استوار ماندن بنیان خانواده و نظایر آن، این عمل را جایز می‌دانند (خالدمنصور، ۱۴۲۰، ص ۹۵). در مقابل گروهی با این استدلال که امکان اختلاط نسب از طرف مادر در این فرض وجود دارد، حکم به عدم جواز آن داده‌اند (عارف، ۱۴۲۱، ص ۸۱۸). با مراجعه به قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور» مشاهده می‌شود که آنجا نیز بر جواز قانونی باروری تخمک زن با اسپرم همسرش در خارج از رحم اشاره دارد. ماده ۱ این قانون بیان می‌کند: به موجب این قانون، کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری ذی صلاح مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون، نسبت به انتقال جنین‌های حاصله از تلقیح خارج از رحم زوج‌های قانونی و شرعی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی، ناباروری آنها (هر یک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده، اقدام نمایند. بنابراین، این مرحله از نظر شرعی و قانونی منعی ندارد.

ب. جنین به زنی منتقل شود که آمیزش با او بر این مرد حرام است. که این حالت هم بنا به نظر اکثر فقهای امامیه جایز می‌باشد (خامنه‌ای، ۱۳۷۹، ص ۶۸؛ صانعی، ۱۳۷۶، ص ۶۹۰). اما در مقابل، فقهای عامه همگی قایل به حرمت این قسم هستند، زیرا بین زوج و زن صاحب رحم

رابطه شرعی زوجیت وجود ندارد و از سوی دیگر، این فرض منجر به کشف عورت زن صاحب رحم می‌گردد که زنی سالم است و کشف عورت جز بنا بر ضرورت، آن هم فقط نسبت به مریض، جایز نمی‌باشد (عارف، ۱۴۲۱، ص ۸۱۳؛ خالد منصور، ۱۴۲۰، ص ۳-۱۰۲). اما مسأله مورد بحث با توجه به مبتلابه بودن آن در جوامع امروزی بالطبع منشأ ایجاد مسایل حقوقی نیز شده است، در حقوق مدون و قوانین موضوعه ایران موضوع تلقیح مصنوعی و به دنبال آن بحث رحم جایگزین به سکوت برگزار شده و به همین دلیل، یکی از مسایل مستحدثه به شمار می‌آید. از این رو در ادامه به بررسی مهم‌ترین مسایل مرتبط با اینگونه کودکان، یعنی بحث نسب، ارث، نفقه، حضانت، ولایت و وصیت پرداخته و این موارد را به نحو روشن تبیین می‌کنیم.

نسب

شاید بتوان گفت مهم‌ترین مسأله در خصوص این کودکان بحث نسب این افراد می‌باشد که کدامیک از دو زن (صاحب تخمک یا صاحب رحم) مادر واقعی طفل بوده و پدر قانونی این نوزاد کیست؟ نسب بر اساس تعاریف رایج در لسان فقها و حقوق‌دانان، عبارت است از هر گونه رابطه خونی میان دو نفر که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالث تحقق می‌یابد. در مورد فردی که با روش‌های نوین پزشکی به صورت مادر جایگزین، تکون و تولد یافته، این پرسش ایجاد می‌شود که وضعیت نسب و قرابت او و در نتیجه، پیامدها و آثار آن به چه ترتیبی خواهد بود؟ مسأله نسب یکی از مسایل اساسی در حوزه احکام وضعی به ویژه در احوال شخصیه و حقوق خانواده است، زیرا دربردارنده بسیاری از آثار و نتایج مهم مانند ارث، مَحرمیت، حضانت و... می‌باشد.

از نظر لغوی لغت نسب عبارت است از قرابت، اصل، عرق (ابن منظور، ۱۳۷۹، ص ۷۵۵؛ سعدی، ۱۴۰۸، ص ۳۵۱)، در زبان فارسی به معنای نژاد، اصل و خویشاوندی است (انوری، ۱۳۸۱، ص ۷۸۰۳؛ دهخدا، ۱۳۷۷، ص ۲۲۴۵۲). از نظر حقوقی، با آن که باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی ایران (عنوان مواد ۱۱۵۸-۱۱۶۷) به احکام مربوط به «نسب» پرداخته، ولی تعریف صریحی از ماهیت آن به چشم نمی‌خورد، به همین جهت حقوق‌دانان تعاریف

مختلفی را ارایه داده‌اند.

امامی در تعریف نسب می‌نویسد: نسب امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید. از این امر، رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد، موجود می‌گردد» (امامی، ۱۳۷۳، ص ۱۵۱). برخی دیگر قایلند: نسب به معنای خویشاوندی است و امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید. از این امر، رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد، موجود می‌گردد (جمعی از محققان، ۱۴۲۸، ص ۹؛ امامی، ۱۳۷۳، ص ۱۵۱؛ بروجردی، ۱۳۸۱، ص ۲۸۰). اما هیچ یک از این تعاریف، حقیقت و ماهیت نسب را بیان ننموده است که آیا نسب، رابطه‌ای اعتباری و قراردادی است، یا امری تکوینی و واقعی؟ با توجه به عدم تعریف ماهیت نسب از سوی شارع یا قانون‌گذار می‌توان ادعا کرد که مقنن در رابطه با حقیقت نسب از عرف پیروی کرده است. حال سؤال این است که عرف چه چیزی را منشأ اعتبار رابطه نسبی می‌داند؟ برای پاسخ به این پرسش ضروری است که بحث را در نسب مادری و پدری به طور جداگانه پی گیریم:

۱. نسب مادری

می‌توان گفت پیچیده‌ترین و مشکل‌ترین بحث در مورد طفل حاصل از رحم اجاره‌ای بحث بر سر این است که مادر قانونی طفل تولد یافته از حالت جانشینی در بارداری، چه کسی است؟ در این خصوص سه نظر عمده وجود دارد:

الف: عده‌ای از فقها ملاک انتساب فرزند به مادر را زاییدن می‌دانند، یعنی معتقدند که صاحب رحم، مادر طفل است، از نظر این گروه اساساً در زمان نزول آیات و صدور روایات مردم به اطلاعات جدید پزشکی که کودک، حاصل لقاح اسپرم و تخمک است، آگاهی نداشتند و رحم زن را ظرف رشد جنین می‌پنداشتند و با وجود این، زن صاحب رحم را مادر می‌دانستند. این نشان می‌دهد که مبنای داوری آنها زاییدن بوده است، یعنی زنی که کودک را به دنیا می‌آورد، او را مادر می‌دانستند و قانون‌گذار اسلام نیز این عرف را تحت شرایطی امضا کرده است (محقق داماد، ۱۳۷۹، ص ۵۱). برای مثال، شیخ عبدالباسط از فقهای اهل سنت در مقاله‌ای تحت عنوان

«طفل آزمایشگاهی» بیان می‌دارد: فرزند، منسوب به مادرش است که او را حمل کرده، اما صاحب تخمک مثل مرغی است که تخم می‌گذارد و جوجه‌اش منسوب به او نیست، بلکه منسوب به کسی است که حضانت او را به عهده داشته است، هم‌چنین مادری که تخمک را حمل می‌کند و جنین در رحم او رشد کرده و تغذیه می‌کند و متحمل دردها و سختی‌هایی می‌شود، فرزند منسوب به او است...» (مجله الوعی، ۱۴۰۴، ص ۶۲). این گروه در ادامه برای اثبات نظر خود به آیاتی از قرآن استناد کرده‌اند از جمله آیه ۲ سوره مجادله.^۱ بنابر نظر آنها در این آیه شریفه مادر به‌طور مطلق و به صیغه حصر، کسی است که فرزند را به دنیا آورده است. بر پایه این استدلال فرزندگی که از انتقال جنین به دنیا آمده است، به صاحب رحم منسوب می‌شود، بر همین مبنا، صاحب جواهرالکلام در یک واقعه مشهور (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۲۹۸) کودک را به همسر مرد، ملحق نمی‌سازد، به این دلیل که از او متولد نشده است. سیدمحمدصادق روحانی می‌نویسد: بچه به صاحب نطفه ملحق می‌شود، یعنی پدر او صاحب نطفه است و اما مادر او، آن زن دیگری است که اجیر شده است، به دلیل آیه شریفه فوق (صمدی اهری، ۱۳۸۲، ص ۳۵). در پاسخ از استدلال به این آیه فوق می‌توان گفت: اولاً، این آیه در مقام ردّ کسانی است که ظهار می‌کنند، یعنی با تشبیه همسر خویش به مادرشان، او را بر خود حرام می‌کنند و اصولاً ربطی به محل بحث ندارد، چون در این آیه مبارکه خداوند توجه می‌دهد که صرف گفتن این جمله سبب نمی‌شود که همسر مرد، مادر وی به شمار آید؛ زیرا مادر او همان زنی است که او را به دنیا آورده است، نه آن زنی که وی خطاب به او، سخن یاد شده را گفته است، پس یادآوری ویژگی مادر (زاده شدن کودک از او) بدین علت است که همیشه کودک را مادر می‌زاید، وقتی در آن زمان همیشه چنین بوده است و اگر این آیه در کنار سایر آیاتی گذارده شود که بر نسب و آثار نسبی دلالت می‌کنند مثلاً آیاتی که لفظ أصلاب در آن آمده یا مثل آیاتی که بین فرزند و فرزند خوانده تفاوت قایل می‌شود^۲ و همسران پسران شما

۱. «الذین یظاهرون منکم من نسائهم ما هنّ امهاتهم ان امهاتهم أوالا لانی ولدنهم...».

۲. و می‌فرماید: «و حلائل ابناءکم الذین من اصلابکم» (نساء/۲۳)

شما که از پشت شما هستند» بنابراین دلالت آیه بر موردی است که تخمک از آن مادر است و بر رحم اجاره‌ای دلالت ندارد و موضوع آیه شریفه، خارج از این بحث است. ثانیاً به نظر می‌رسد منظور از «ولدن» زایمان نیست تا معنی آیه این باشد که «مادر شما تنها همان زنی است که نوزاد را می‌زاید، خواه نطفه از او و شوهرش باشد، خواه از دیگری»، بلکه می‌توان ادعا کرد که مطابق آیه، مادر، صاحب تخمک است نه صاحب رحم، چون معنای اصلی ولد بیرون شدن از چیز دیگر است همان‌طور که در قرآن و برخی از روایات برای پدر نیز همین تعبیر به‌کار رفته است به عنوان نمونه در سوره بلد آیه ۳^۱ کلمه وما ولد به معنی زایمان نیست و هم‌چنین اطلاق والد به پدر مانند اطلاق والده است به مادر، بنابراین لازم است «وما ولد» و «ولدنهم» به معنی غیر از زایمان حمل شود.

دلیل دیگر این گروه یک دلیل عقلی است، بدین ترتیب که از نظر عقلی فرزند تنها نتیجه تخمک و صفات به ارث برده شده از زنها نیست، بلکه فرزند و به‌طور کلی انسان نتیجه تعاملش با محیط اطراف است. خصوصاً آن زمانی که به‌صورت جنین به دیواره رحم چسبیده و همه وجود و رشد روانی و جسمی وی متأثر از رحم است (بدرالمتولی، ۱۹۸۶، ص ۲۸۳). چنان‌که خداوند متعال می‌فرماید:^۲ شما را در شکم‌های مادرانتان آفرینشی پس از آفرینش (دیگر) در تاریکی‌های سه‌گانه [مشیمه، رحم و شکم] خلق می‌کند. و یا در جای دیگر می‌فرماید:^۳ خدا می‌داند آنچه را که هر ماده‌ای (در رحم) باز می‌گیرد و نیز آنچه را که رحم‌ها می‌کاهند و آنچه را که می‌افزایند. با توجه به تمام این مطالب به این نتیجه می‌رسیم که کاهش و افزایش در جنین از مواردی است که رحم زن حامل آماده کرده است. در این صورت آیا سزاوار است که صاحب تخمک را مادر بدانیم و نقش صاحب رحم را به اندازه پرورش‌دهنده کاهش دهیم؟ (رضانیا، ۱۳۸۳، ص ۳۲۴). در مورد این استدلال هم باید بگوییم اولاً، احکام بر همان عناوین موضوعات خارجی مترتب می‌شوند نه بر ملاک آنها، خصوصاً احراز ملاک‌های واقعی، احکام و

۱. «و والد و ما ولد»

۲. یخلقکم فی بطون امهاتکم خلقاً من بعد خلق فی ظلمات ثلاث... (زمر/۶)

۳. الله یعلم ما تحمل کل انثی و ما تغیض الارحام و ما تزداد... (رعد/۸)

علم به آنها، غیرممکن است، ثانیاً، از نظر پزشکی ثابت شده که رحم نقش‌هایی دارد، نظیر آماده‌سازی رحم برای پذیرش جنین و کنترل رشد تهاجمی آن، کنترل و مهار سیستم دفاعی موجود در رحم تا جنین دفع نگردد. تبادل پیام‌ها در زمان لانه‌گزینی جنین و در نتیجه تمایز و نمو سلول‌های تمایز نیافته جنین و تشکیل جفت برای مبادلات غذایی، تنفسی و مواد دفعی جنین با مادر (غفاری، ۱۳۷۷، ص ۵۳) این نقش‌های رحم، اگرچه فراتر از یک ظرف و تغذیه تنها برای جنین است، اما این مقدار آگاهی از نقش‌های رحم، جنبه‌های زندگی و تشکیل‌دهندگی برای جنین ندارد و داوری عرف را درباره پیدایش جنین از اسپرم و تخمک دگرگون نمی‌کند. بنابراین، دلیل عقلی هم قابل خدشه می‌باشد.

دلیل آخر این گروه عبارت است از، عدم قابلیت زیست‌پذیری جنین در خارج از رحم: از نظر آنها ژنتیک مبنای منحصر برای تعیین پدر است، ولی مادر به وسیله ژنتیک تعیین نمی‌شود. در توجیه این نظر استدلال شده که تخمک بارور شده در ظرف مخصوص کشت تا زمانی که به رحم منتقل نشود، قابلیت زیست‌پذیری را کسب نمی‌کند و هنوز موجود انسانی نیست، بلکه پس از انتقال به رحم می‌توان آن را یک موجود انسانی تلقی کرد. در این هنگام است که حقوق منسوب به والدین ایجاد می‌شود، بنابراین زن صاحب رحم مادر قانونی خواهد بود. اما با دقت نظر در این خصوص ملاحظه می‌شود که از نظر زیست‌شناسی، کودک رابطه خونی با صاحبان اسپرم و تخمک دارد و فرزند طبیعی آنها می‌باشد و همین رابطه خونی باعث ایجاد قرابت نسبی می‌گردد و ملاک اصلی الحاق نسب به والدینش، پیدایش او از نطفه ایشان است و قانون‌گذار هم خصوصیت خاصی نظیر نزدیکی را برای الحاق فرزند لازم ندانسته است. به علاوه سلول تشکیل‌دهنده از ترکیب اسپرم و تخمک برای مدتی که دوران جنینی نام دارد، در رحم به زندگی خود ادامه می‌دهد و این دوران موقت باعث نمی‌شود که اصل ایجاد طفل از بین برود و یا طفل جزئی از وجود زن صاحب رحم محسوب شود. بنابراین دلیل ارایه شده قابل مناقشه می‌باشد.

ب- کودک دارای دو مادر قانونی است: مطابق نظر این گروه هم صاحب تخمک و هم صاحب رحم هر دو مادر مشروع تلقی می‌شوند. این گروه مبنای انتساب کودک به زن را عرف

می‌دانند و بر این عقیده‌اند که عرف به روشنی هر دو زن را مادر طفل می‌شناسد و مانعی ندارد که کودکی صاحب دو مادر باشد، زیرا رابطه پدری و مادری نیز دو رابطه هستند که در یک زمان باهم وجود دارند. بدین ترتیب، طفل در یک زمان می‌تواند دارای دو رابطه مادری باشد که چون هر دو رابطه، اعتباری است از لحاظ حقوقی وجود هر دو در یک زمان اشکالی ندارد. برای مثال، آیت‌الله سیستانی در این مورد می‌نویسد: نسبت به هر دو احتیاط ترک نشود (سیستانی، ۱۴۲۲، ص ۲۰۵). سیدمحمدشاهرودی می‌گوید: ...آن کودک فرزند صاحب رحم می‌باشد و نسبت به صاحب رحم جانب احتیاط را رعایت نمایند (صمدی اهری، ۱۳۸۲، ص ۳۸). البته لازم به ذکر است که عده دیگری از همین گروه قایلند که گرچه این گونه اطفال دارای دو مادر می‌باشند، ولی نمی‌توان آنها را مادر نسبی به شمار آورد، بلکه آنها را باید مادر رضاعی تلقی کرد، زیرا هر دو در پیدایش و تکون نوزاد تاثیرگذار و سهم بوده‌اند و از سوی دیگر، دلیل قاطعی هم نیست که مادر شرعی اختصاص به هریک از آن دو دارد. به نظر ادعای اینکه عرف چنین برداشتی را دارد قابل قبول نباشد. آنچه عرف می‌پذیرد و اسلام نیز بر آن صحه می‌گذارد، آن است که طفل ملحق به صاحبان اسپرم و تخمک می‌باشد و صاحب رحم تنها حمل و ظرف رشد و پرورش جنین محسوب می‌شود. اگر بعد از ترکیب اسپرم و تخمک زوجین، نطفه را در دستگاه قرار دهند، هیچ‌گاه عرف نمی‌گوید، دستگاه مادر قانونی طفل است. استناد به رابطه پدری و مادری در یک زمان برای اثبات دو رابطه مادری نیز عقلانی نیست، زیرا جنین از ترکیب اسپرم پدر و تخمک مادر ایجاد می‌شود، یعنی اجزای تشکیل‌دهنده نطفه از پدر و مادر است، ولی در مورد زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم نمی‌توان اینگونه استدلال کرد، بنابراین چنین قیاسی صحیح نیست و علاوه بر این، مشکلات و پیامدهای حل ناشدنی دیگری مانند نابسامانی در اموری مانند حضانت، توارث، محرمیت، وصیت، نفقه و برخی ناهنجاری‌های روانی و اجتماعی، نیز در فرض مسأله رخ خواهد نمود که ناتمام بودن این نظریه را اثبات می‌کند.

ج: مادر حکمی (ژنتیکی) مادر قانونی طفل است: (خامنه‌ای، ۱۳۷۹، ص ۶۸؛ صانعی،

۱۳۷۵، ص ۶۹۰)، بنابر نظر این گروه ملاک مادر بودن در این نظر مانند ملاک پدر بودن است،

عرف زنی را که در نخستین مرحله آفرینش و ایجاد و پیدایش جنین سهم دارد، به عنوان مادر تلقی می‌کند و آن زن جز صاحب تخمک کس دیگری نیست، زیرا تخمک وی در نخستین مرحله وجود کودک دخالت داشته و نطفه جنین از ترکیب تخمک وی و اسپرم به وجود آمده است. پس از این مرحله، تغذیه، پرورش و رشد جسمانی و روحی جنین هیچ نقشی جز استمرار بقا و رشد وی ندارد (شهیدی، ۱۳۷۸، ص ۱۶۷)؛ و شرع نیز این دیدگاه را تأیید کرده است. همچنان که با مراجعه به آیات قرآن (نجم/۴۵-۴۶، مؤمنون/۱۲-۱۴، طارق/۵-۷، فرقان/۵۴) مشاهده می‌کنیم که در همه آنها، آفریدن انسان به نطفه نسبت داده شده و بلکه تصریح شده است که نطفه از اسپرم است، آن هنگام که در رحم ریخته شود، شاید تقیید به زمان برای سلامت اجزای موجود در اسپرم و شایستگی آنها برای انسان شدن در یک زمان معین است نه آنکه انسان به گونه مطلق از اسپرم آفریده شده باشد. این خود به این حقیقت اثبات شده علمی اشاره دارد که حیات این اجزاء، تنها در یک دوره زمانی محدود ممکن است. آیت‌الله مکارم شیرازی در این مورد می‌نویسد: ... صاحبان نطفه و تخمک، پدر و مادر او محسوب می‌شوند و صاحب رحم به منزله مادر رضاعی است و محرم او می‌باشد و یا آیت‌الله سید محمد سعید حکیم می‌گوید: ... فرزند به زن و شوهر ملحق می‌شود و به صاحب رحم ملحق نمی‌شود (صمدی اهری، ۱۳۸۲، ص ۳۲-۴۴) دکتر محمدعباس از فقهای اهل سنت در تأیید این قول می‌نویسد: اصل جنین تخمک است که همه صفات مادر و پدر را بعد از تلقیح حمل می‌کند و اساس جنین می‌باشد، مثل بذر برای گیاه و رحمی که آن تخمک را حمل کرده مثل زمینی است که بذر در آن قرار داده می‌شود، چگونه علاقه صاحب تخمک به آن جنین هدر می‌رود؟ (محمد عباس، ۱۴۰۵، ص ۲۰۱).

به نظر می‌رسد از آنجایی که فرزند مزبور با هریک از دو زن، یعنی صاحب تخمک و زنی که وی را حمل و زایمان کرده است، ارتباط تکوینی و واقعی دارد، بهترین وضعیت این است که قبل از اقدام به این عمل (اجاره رحم) بایستی طبق یک قرارداد فیما بین تمام زوایای قضیه بین طرفین مشخص شود تا در آینده مشکلی پیش نیاید، اما در صورتی که چنین کاری صورت نگرفته و هیچ نوع عقد و توافق قبلی بین طرفین وجود نداشت، در این صورت با توجه به

دلایل ذیل قول سوم، یعنی مادر بودن صاحب تخمک معقول تر می باشد:

۱. حقایق علمی و دست آوردهای پزشکی، کودک تولد یافته را، محصول اسپرم پدر حکمی و تخمک مادر حکمی می دانند و هیچ نقش اصلی و کلیدی برای رحم مادر جانشین قایل نیستند.

۲. چنانچه پیش از این هم گفته شد، مفهوم نسب از مفاهیم عرفی است و عرف، طفل را فرزند صاحب نطفه (اینجا منظور صاحب تخمک است) می شناسد.

۳. تشابه با اسپرم، تکوین جنین و پیدایش طفل، همواره با دو عنصر اسپرم و تخمک حاصل می آید، و چون همیشه صاحب اسپرم (دست کم در غالب موارد)، پدر کودک محسوب می شود، طبعاً صاحب تخمک نیز مادر او به شمار خواهد رفت.

۴. رعایت مصلحت و سعادت کودک: مفاهیمی چون مادر داشتن، تحت سرپرستی فردی مهربان بودن که به تربیت او اقدام کند، از زمره حقوق طبیعی کودک است که در کنوانسیون های بین المللی هم به رسمیت شناخته شده است. در واقع، مصالح و منافع کودک، مبنای جهت گیری قانون گذاران و عرف عقلا در شناسایی نهادهای حقوقی مزبور است. حال که زن صاحب تخمک اصرار به بردوش گرفتن مسؤولیت مادری کودک را دارد می توان به منظور حمایت از کودک، وی را مادر قانونی قلمداد نمود و صاحب رحم را که هیچ انگیزه ای در تولد و نگهداری کودک نداشته است، از این عنوان محروم کرد. بنابراین مادر عرفی و واقعی کودک، همان صاحب تخمک بوده و تمام آثار مالی و غیر مالی مانند حضانت، تربیت، نفقه، مسایل مرتبط با ازدواج و ارث و... که بر یک کودک سالم صحیح و صالح و پاک بار می شود بر این گونه کودکان نیز بار می شود.

اما در مورد زن دومی که طفل را در رحم خود پرورش می دهد بگوییم: اولاً بهتر است این زن در زمان اقدام به این عمل شوهردار باشد که در این صورت نیز بنا به شرایط ویژه ای که بر این وضعیت حاکم است حتماً با اجازه شوهرش عمل نماید، و یا مطلقه باشد، تا از نظر شأن و منزلت اجتماعی و ادامه زندگی در آینده مشکلی برای او پیش نیاید چون اگر دختر باکره ای اقدام به این عمل کند، به دنیا آوردن طفل منتهی به از بین رفتن پرده بکارت او خواهد بود که این وضعیت نیز در ادامه به احتمال زیاد شرایط زندگی او را تحت شعاع قرار دهد. ثانیاً: اگر

قبلاً طی قراردادی حقوق و مزایایی برای او در نظر گرفته شده باشد که طبق همان عمل می‌شود، ولی اگر توافقی در بین نباشد بنا به انصاف و عدالت و با توجه به تمام زحماتی که او در این مدت از بابت حمل کشیده باید اجرتی که از نظر عرف در شأن و منزلت اوست به او تعلق بگیرد، هم‌چنین می‌توانند در مورد نفقه زن دوم نیز در این مدت تعیین تکلیف کنند. ولی در ارتباط با طفل، ایشان در حالت کلی هیچ نوع رابطه سببی با فرزند ندارد، اما در مورد نسبت بین ایشان و فرزند در بین فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد، بدین ترتیب که بنا به نظر گروهی هیچ حکم خاصی بین آنها وجود ندارد، مگر در جایی که صاحب رحم بعد از تولد، بنا به شرایطی طفل را شیر بدهد که در این صورت احکام رضاعی تحقق می‌یابد (صافی، ۱۳۷۶، ص ۲۱۹). عده‌ای دیگر از فقها جانب احتیاط را گرفته و گفته‌اند: زن صاحب رحم، خواه به کودک، شیر بدهد و خواه شیر ندهد، نسبت به آن کودک محرم می‌باشد (یزدی، بی‌تا، ص ۳۴). به نظر می‌توان در این مورد گفت که اگر صاحب رحم بعد از به دنیا آمدن طفل او را شیر داده و شرایط تحقق نشر حرمت رضاعی نیز وجود داشته باشد بین آن دو محرمیت رضاعی به وجود آمده و تمام احکام رضاعی نیز بر آنها جاری می‌شود، اما اگر چنین اتفاقی نیفتاده و صاحب رحم طفل را شیر ندهد، در این صورت نیز با توجه به اینکه اخلاق، روان‌شناسی، باورهای تاریخی - اجتماعی و از همه مهم‌تر باورهای دینی مانع از ازدواج کودک با صاحب رحم می‌شود، بلکه بین آن دو نوعی محرمیت تصور می‌کند، چنان که اخلاق عمومی به شدت پرهیز می‌دهد و آن را از رابطه رضاعی، قوی‌تر می‌داند، اگر یک شبانه روز شیر خوردن در آغوش زنی، او را در حکم مادر طفل قرار می‌دهد، منطقی خواهد بود که پرورش یافتن در رحم او به مدت نه ماه، حرمت در نکاح ایجاد کرده و حتی می‌توان گفت این کودک که از خون صاحب رحم ماه‌ها تغذیه کرده و گوشت و استخوان و پوست او، از خون این زن تشکیل شده است، پس با توجه به وحدت ملاک و یا به استناد به مفهوم اولویت، حکم قرابت رضاعی در این خصوص جاری خواهد شد. نتیجه اینکه صاحب رحم در حد پرورش‌دهنده جنین حاصله از اسپرم تخمک زن و شوهری قانونی بوده و نسبتی با طفل از نظر نسب ندارد، اما مادر رضاعی او محسوب می‌شود، و میان آنها حرمت نکاح برقرار بوده و طفل نسبت به او محرم می‌باشد.

۲. نسب پدری

در فقه اسلامی و در قانون برای اثبات نسب و حفظ آرامش خانواده‌ها، اماراتی را به عنوان راههای ثبوت نسب مشروع بیان کرده‌اند، یکی از مهم‌ترین این راه‌کارها برای اثبات نسب پدری، اماره فراش است. فراش در لغت به معنای هر چه بگسترانند و بستر آمده است و در اصطلاح حقوقی منظور از قاعده فراش این است که اگر طفلی از زن شوهردار به دنیا بیاید و انتساب آن به شوهر و مرد غیر شوهر مشتبه باشد به موجب این قاعده، کودک به شوهر آن زن ملحق می‌شود. مستند اصلی قاعده فراش، این حدیث نبوی است که می‌گوید: «الولد للفراش و للعاهر الحجر» (صدوق، ۱۴۱۳، ص ۳۸۰؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ص ۳۶۸)، دو احتمال در معنای فراش در این حدیث، داده شده است. فراش ممکن است به معنای بستر باشد و از آن، نزدیکی مشروع، مراد باشد و یا ممکن است به معنای رابطه زوجیت موجود میان زوجین باشد. با احتمال دوم که قطعاً می‌توان کودک ناشی از رحم جایگزین را به والدین حکمی ملحق کرد، زیرا میان آن دو، رابطه زوجیت وجود داشته است. اما بنا بر احتمال اول (که منظور از فراش، بستر و نزدیکی باشد) برای الحاق کودک به والدینش، باید بستر را در معنای عام‌تری از نزدیکی متعارف و تناسلی به کار ببریم تا شامل لقاح اسپرم و تخمک در رحم مادر جانشین نیز بگردد. بنابراین می‌توان مدعی شد که واژه نزدیکی در ماده ۱۵۸ق.م نیز به عنوان سبب انعقاد نطفه و تکوین طفل به کار رفته است و در تلقیح مصنوعی نیز ترکیب اسپرم و تخمک اتفاق می‌افتد.

به طور کلی، رابطه میان زن و مرد که باعث پیدایش کودک می‌شود بر سه قسم است:

۱. رابطه مشروع: که خود بر دو قسم است: رابطه زوجیت میان مرد و زن، و موارد مجاز و معتبر در تحقق نسب در خارج از خانواده (شبهه، فقدان تمییز و اکراه) کودکانی که از رابطه مشروع به وجود می‌آیند، کودکان مشروع هستند. ۲. رابطه نامشروع: آن نیز شامل زنا و تفخیزی می‌شود که منجر به آبستنی زن می‌گردد و کودکی را که محصول یک رابطه نامشروع است، کودک نامشروع می‌خوانند. ۳. رابطه‌ای که محل اختلاف است که می‌توان به تلقیح مصنوعی (چه با اسپرم شوهر و یا اسپرم بیگانه) و همین مسأله مادر جانشین را مثال آورد. با توجه به این مطالب در اثبات نسب پدری در مسأله مادر جانشین می‌توان گفت: این کودک، حاصل عملی است که

ارکان تشکیل دهنده رابطه مشروع را دارا است: نخست، رابطه زوجیت میان مرد و زن وجود دارد، دوم، تکون کودک پس از نزدیکی تحقق یافته و سوم، نزدیکی نیز در کار بوده است. البته پر واضح است که مراد از نزدیکی، آمیزش و اختلاط منی مرد با تخمک زن است، نه صرف نزدیکی به شیوه متعارف. بنابراین، کودک ناشی از این نوع از لقاح نیز مشروع خواهد بود و لازمه مشروعیت او، آن است که به پدر و مادر خود انتساب و ملحق گردد. رابعاً اگر ادله مشروعیت، شامل حال او نگردد، حداکثر داخل در قسم سوم از اقسام یعنی رابطه مورد اختلاف می‌شود که حکم در چنین مواردی، مراجعه به قواعد عمومی و اصول عملیه است. این مسأله و اشکالات آن در مسأله تلقیح مصنوعی میان اسپرم و تخمک زوجین که در رحم زوجه فراکاشته می‌شود (چه با روش‌های خارج رحمی و چه با روش‌های داخل رحمی) نیز مطرح است. به عبارت دیگر، این پرسش آنجا هم رخ می‌نماید که آیا می‌توان کودکی را که از طریقی غیر از نزدیکی متعارف زوجین تکون یافته به آنها ملحق کنیم؟ پاسخ مثبت است، زیرا در حقیقت، این که نطفه زوجین در چه مکانی نهاده شده و تکثیر گردیده است، اهمیت ندارد، آن چه مهم است، تعلق نطفه به زوجین است که در محل بحث (مادر جانشین) وجود دارد. فقهای معاصر اگر چه به طور صریح به مسأله مادر جانشین نپرداخته‌اند، اما از فتاوی آنها درباره کودک ناشی از عمل تلقیح مصنوعی می‌توان نظر مساعد آنان را از باب وحدت موضوع، در محل بحث نیز به دست آورد. به تعدادی از نقطه نظرات آنان اشاره می‌شود: اگر منی مرد را در رحم زنش وارد کردند، چه به وجه حلال یا حرام و از آن، بچه تولید شد، اشکالی نیست که بچه مال زن و مرد است و همه احکام فرزند را دارد (خیمینی، بی‌تا، ص ۴۱۳) تلقیح زن به نطفه شوهرش جایز است، ولی اگر عمل توسط غیر شوهر انجام شود و در اثر آن مس یا نظر به آلت تناسلی زن لازم آید، جایز نخواهد بود (خویی، بی‌تا، ص ۴۲). با یک نگرش کلی به نظرات فقها درباره تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر می‌توان به خوبی دریافت که از منظر آنان چنانچه اسپرم شوهر به هر شکلی با تخمک همسرش ترکیب گردد (به شرطی که از مقدمات حرام مانند نگاه بیگانه به اندام تناسلی زن اجتناب گردد) اعم از این که این کار در خود رحم زن صورت پذیرد و یا در محیط آزمایشگاه باشد یا در مکان دیگری مانند رحم مادر جانشین، نه تنها جایز است، بلکه بچه

حاصل از آن نیز به همین مرد و زن انتساب می‌یابد. دکتر امامی نیز بر این عقیده است که طفل متولد شده (از طریق تلقیح مصنوعی)، طفل قانونی است و تمامی شرایط لازم برای نسب قانونی را دارا می‌باشد و فرقی که مورد لقاح مصنوعی با موارد عادی دارد آن است که در لقاح مصنوعی، طفل به وسیله نزدیکی طبیعی یعنی نزدیکی زن و شوهر به وجود نیامده است و این امر تأثیری در نسب قانونی ندارد، زیرا قانون، نزدیکی را شرط نسب قانونی قرار نداده و به همین جهت است که طفل متولد از تفخید زن و شوهر منتسب به پدر و مادر می‌باشد (امامی، ۱۳۷۳، ص ۱۵۱). دکتر کاتوزیان هم بر این باور است که نزدیکی جنسی، فقط راه معتاد آبستنی است و نفس این اقدام به تنهایی اثری در احکام نسب ندارد و آن چه سبب انتساب طفل به پدر و مادر می‌شود، رابطه زوجیت بین آنان یا اعتقاد به وجود چنین رابطه‌ای است و در انتساب طفل به پدر و مادر نباید تردید کرد، زیرا هیچ عمل نامشروعی انجام نگرفته است (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۱۸۴). علاوه بر اینها با مراجعه به علوم تجربی می‌بینیم که از نظر پزشکی، منشأ پیدایش و ماده سازنده جنین از ناحیه پدر، اسپرم موجود در منی انسان است، عرف نیز معیار و ملاک نسب و ارتباط بین دو انسان را پیدایش یکی از دیگری می‌داند و بر این اساس، برای بیان این امر واقعی و تکوینی عنوانی به نام نسب انتزاع می‌کند. شاهد بر این ادعا، آیات و روایاتی است که در این زمینه وجود دارد،^۱ منشأ پیدایش انسان بیان شده است. از تفریع «جَعَلَ» بر «خلق من الماء بشراً» استفاده می‌شود که همان بشر خلق شده از آب (نطفه) دارای نسب است و این همان برداشت عرفی از نسب است که منشأ نسب را پیدایش و تکوین طفل از نطفه می‌داند و اعتبار عرف منشأ واقعی دارد.

نطفه

دومین بحث در احکام حقوقی مرتبط با اطفال حاصل از رحم استیجاری بحث از نفقه آنها است که باید بگوئیم از نظر بیولوژیکی، صاحب تخمک یکی از عوامل اصلی تشکیل دهنده جنین بوده است و با ترکیب اسپرم و تخمک است که حیات انسان آغاز می‌شود. لذا در نظام

۱. در آیه «هوآلذی خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً...» (فرقان/۵۴)

خلقت فقط عوامل تشکیل دهنده نطفه، پدر و مادر شمرده می‌شوند، اگرچه نقش صاحب رحم در به ثمر رسیدن این نطفه بسیار قابل توجه است. اما نفقه این طفل با توجه به ماده ۱۱۹۹ق.م بر عهده پدر است و پس از فوت یا عدم قدرت او بر انفاق، به عهده اجداد پدری است با رعایت الاقرب فالاقرب و در صورت نبودن پدر و اجداد پدری و یا عدم قدرت آنها، نفقه بر عهده مادر است، چون در اینجا ثابت شد که صاحب تخمک مادر این کودک است، بنابراین ایشان است که موظف به تأمین نفقه کودک می‌باشد و این تکلیف به اجداد و جدات مادری نیز با توجه به ماده ۱۱۹۹ق.م که مقرر می‌دارد: «... هرگاه مادر هم زنده نباشد با رعایت الاقرب فالاقرب به عهده اجداد و جدات مادری و جدات پدری واجب النفقه است و اگر چند نفر از اجداد و جدات مزبور از حیث درجه اقربیت مساوی النفقه باشند، نفقه را باید به حصه مساوی تادیه کنند» نیز سرایت می‌کند.»

همان گونه که قبلاً بیان شد، صاحب رحم از آن جهت که مدتی جنین را در رحم خویش پرورش داده و در تکوین طفل نقش مهمی را ایفا کرده است، حکم رضاعی بر او بار می‌شود، از نظر نفقه و حضانت باید بگوییم که هیچ مسؤولیتی بر عهده او نیست، و همان گونه که مادر رضاعی با وجود ایجاد بعضی از آثار حقوقی مثل: حرمت نکاح بین او و کودک یا حرمت نکاح بین کودک رضاعی با برادران و خواهران رضاعی و یا بین کودک رضاعی و مادر رضاع، توارث و یا تکلیف به انفاق وجود ندارد، در مورد صاحب رحم اجاره‌ای نیز قایل به خصوصیات و احکام خاص شده و می‌گوییم تکلیف انفاق برای مادر اجاره‌ای وجود ندارد و این کودک از جهت نفقه با صاحب رحم هیچ رابطه حقوقی ندارد (صمدی اهری، ۱۳۸۲، ص ۱۵۴) به نظر می‌رسد از این حیث است که قانون‌گذار محترم در حقوق کنونی حکمی را در مورد صاحب رحم صادر نکرده و تکلیفی را از جهت نفقه بر عهده او نگذاشته است.

حضانت و ولایت

هم‌چنان که ثابت شد صاحبان اسپرم و تخمک پدر و مادر کودک محسوب می‌شوند (ماده ۱۱۶۸ق.م) و البته به مفاد قراردادی که بین طرفین بسته می‌شود نیز بستگی دارد، چنانچه بعضی ممکن است کودک را برای مدتی برای استفاده از شیر مادر واسطه، به او بسپارند. در

مورد ولایت هم در وضع کنونی و سیستم فعلی حقوق ایران، فقط پدر و جد پدری ولایت دارند و تا زمانی که کودک به سن بلوغ نرسیده تحت ولایت پدر و جد پدری، یعنی صاحب اسپرم و پدر صاحب اسپرم خواهد بود، اگر پدر و جد پدری در قید حیات نباشند و برای نگهداری و تربیت فرزند تحت ولایت خود وصی منصوب نکرده باشند، در این صورت قیم منصوب به حکم دادگاه وظیفه ولایت را عهده‌دار خواهد بود که ممکن است دادگاه مادر صاحب تخمک و یا هر کس دیگر از جمله مادر جانشین را برای قیمیت تعیین نماید.

ارث

در این قسمت درصدد تبیین این موضوع هستیم که فرزند حاصل از رحم اجاره‌ای، از جهت توارث چه رابطه‌ای با صاحبان اسپرم و تخمک و صاحب رحم دارد. باید بگوییم در این بحث رابطه ارث طفل حاصل از رحم اجاره‌ای به سه شخص قابل بررسی است که به ترتیب مورد بحث قرار می‌گیرد:

الف. با صاحب تخمک: می‌دانیم که منشأ حیات انسان از نطفه آغاز می‌شود و تنها کسانی به صورت مطلق، پدر و مادر واقعی تلقی می‌شوند که در پیدایش این نطفه سهیم بوده و دخالت مستقیم دارند، بنابراین به جرأت می‌توان ابراز داشت که صاحبان تخمک و اسپرم والدین حقیقی هستند، اگر چه نقش صاحب رحم اصلاً قابل انکار نیست و در رشد تکوینی جنین تأثیر بسزایی دارد، اما به یقین صاحب تخمک در درجه اول در تکون طفل نقش دارد. بنابراین بین صاحب تخمک و کودک قرابت نسبی وجود داشته و طبق ماده ۸۶۱ ق.م.ا ق.م.ا نسب از یکدیگر ارث می‌برند و جای هیچ‌گونه شبهه‌ای نیست که کودک از جهت ژنتیکی منتسب به صاحب تخمک است، پس بین آنها توارث برقرار است.

ب. با صاحب رحم: با توجه به این مطلب که ما در این نوشتار شخص صاحب رحم را هم چون مادر رضاعی او محسوب کردیم، بنابراین بین آن دو از جهت حرمت نکاح، حکم مادر رضاعی مانند مادر و فرزند است و بین فرزندان آنها نیز حرمت وجود دارد، اما قرابت نسبی که سبب ایجاد توارث بین آنها شود، تحقق نمی‌یابد و لذا از یکدیگر ارثی نمی‌برند.

ج. با صاحب اسپرم: اجماع فقها بر این است که تلقیح اسپرم شوهر و تخمک زن را در

داخل یا خارج رحم و انتقال آن به داخل رحم را در صورتی که مستلزم امر حرامی نباشد، جایز می‌دانند و دلیل جواز آن نیز این است که نطفه از اسپرم مرد و همسر قانونی، منعقد شده و فقط طریقه انعقاد از راه غیر طبیعی بوده است. بنابراین طفل متولد شده فرزند قانونی بوده و از نظر بیولوژیکی، ملحق به صاحب اسپرم است و به موجب مواد ۸۶۱ و ۸۶۲ ق.م اولین طبقه‌ای که بین آنها توارث برقرار می‌شود، پدر و مادر و اولاد است. تنها جایی که کودک از ارث محروم می‌شود، جایی است که فرزند نامشروع باشد. در رابطه با کودک ناشی از رحم اجاره‌ای، چون مواقعه‌ای صورت نگرفته، به یقین می‌توان گفت که بین صاحب اسپرم و کودک، توارث برقرار است و آنان از یکدیگر ارث می‌برند.

وصیت

طبق حکم ماده ۸۵۱ ق.م که به موجب آن وصیت برای حمل صحیح دانسته شده، در موضوع وصیت کودک حاصل از رحم اجاره‌ای نیز جریان داشته، و می‌توان نسبت به او نیز در دوران حمل وصیت کرد، اما تملک طفل نسبت به «موصی به» منوط به زنده متولد شدن اوست. اما بحث دیگری که در اینجا قابل ذکر است، اینکه طبق ماده ۸۵۲ ق.م که مقرر می‌دارد: «اگر حمل در نتیجه جرمی سقط نشود، موصی به، به ورثه او می‌رسد، مگر اینکه جرم مانع ارث باشد» در این ماده فرض شده است که اگر جرم سبب سقوط حمل و تلف شدن او نشود و طفل زنده به دنیا آید، مالک موصی به خواهد شد. این فرض مبتنی بر حالت عادی و معمولی است که اگر حادثه‌ای اتفاق نیفتد، معمولاً حمل با گذراندن مراحل طبیعی خود، زنده متولد می‌شود بدین جهت قانون او را مانند طفلی می‌داند که زنده متولد شده و شرط تملک موصی به را داشته است، در این صورت، مثل یک انسان کامل با تلف شدن او، موصی به، به وارث او انتقال پیدا می‌کند، مگر اینکه جرم مانع ارث باشد، مانند آنکه وارث جنین، اقدام به ارتکاب جرم منتهی به سقط کرده باشد.

نتیجه

در زمینه جواز یا عدم جواز انتقال جنین به رحم زن بیگانه که غالباً رحم مورد اجاره واقع می‌شود، در قانون مدنی ایران با سایر قوانین حکم صریحی وجود ندارد، ولی از آنجا که در برابر ضوابط عقلی و اصول حقوقی اگر امری را قانون منع نکرده باشد، مباح است از آنجا که کلیه اعمال و اقدامات انسان‌ها در صورتی که با اخلاق حسنه و نظم عمومی مخالفت نداشته باشد و در قانون نیز به ممنوعیت آن تصریح نشده باشد، جایز است. در موضوع مورد بحث نیز نظر به اینکه انتقال جنین به رحم بیگانه یا اجاره‌ای برای رفع مشکلات خانواده‌های علاقه‌مند به فرزند که قادر نیستند به طور عادی و طبیعی و به وسیله مقاربت صاحب فرزند شوند، مفید و موجب استحکام روابط خانوادگی و تداوم آن خواهد شد. و اخلاق عمومی نیز با آن مخالفت ندارد و نظام جامعه نیز متزلزل نمی‌گردد، لذا می‌توان گفت قانوناً این اقدام جایز است و اندیشمندان حقوقی نیز در ایران نسبت به موضوع نظر موافق دارند.

در موضوع نسب طفل، با استناد به قرآن کریم و سنت اسلامی به این نتیجه رسیدیم که صاحب تخمک، مادر محسوب می‌شود و زنی که جنین در رحم خود پرورش داده، حکم رضاعی بر او بار می‌شود و در نتیجه بین او و کودک محرمیت و حرمت نکاح به وجود می‌آید. و هم‌چنین در مورد نسب پدری هم این نتیجه حاصل شد که شوهر زن صاحب تخمک و به عبارتی صاحب اسپرم پدر واقعی طفل محسوب می‌شود.

از آنجا که ثابت کردیم که صاحبان تخمک و اسپرم والدین حقیقی هستند، بنابراین طبق ماده ۸۶۱ ق.م که مقرر می‌دارد اقارب نسبی از یکدیگر ارث می‌برند، کودک از جهت ژنتیکی منتسب به صاحب اسپرم و صاحب تخمک بوده، و بین آنها توارث برقرار است.

نفقه طفل حاصل از رحم با توجه به ماده ۱۱۹۹ ق.م بر عهده پدر است و پس از فوت یا عدم قدرت او بر انفاق، به عهده اجداد پدری است با رعایت الاقرب فالاقرب و در صورت نبودن پدر و اجداد پدری و یا عدم قدرت آنها، نفقه بر عهده مادر، اجداد و جدات مادری است. طبق حکم ماده ۸۵۱ ق.م که به موجب آن وصیت برای حمل صحیح دانسته شده، در موضوع وصیت کودک حاصل از رحم اجاره‌ای نیز جریان داشته، و می‌توان نسبت به او نیز در

دوران حمل وصیت کرد، اما تملک طفل نسبت به «موصی به» منوط به زنده متولد شدن اوست.

پیشنهادات

۱. بر مبنای قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲/۴/۲۹ و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۸۳/۱۲/۱۹، درمان ناباروری با انتقال جنین‌های تشکیل شده از نطفه زوج‌های قانونی و شرعی در خارج از رحم با شرایطی مجاز است. به موجب ماده ۱ این قانون: «کلیه مراکز تخصصی درمان بیماران نابارور ذی‌صلاح مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون نسبت به انتقال جنین‌های حاصل از تلقیح خارج از رحم زوج‌های قانونی و شرعی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی، ناباروری آنها (هریک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده اقدام نمایند. مراکز مذکور در صورت موافقت و رضایت کتبی زوج‌های اهدا کننده و تسلیم جواز دریافت جنین از دادگاه خانواده از طرف زن و شوهر متقاضی (مواد ۲ و ۴ قانون و ۳ تا ۵ آیین‌نامه) می‌توانند به درمان ناباروری اقدام کنند. قانون‌گذار ایران در این قانون فقط حالت خاصی از درمان ناباروری را پیش‌بینی کرده و حالت‌های دیگر آن به‌ویژه بهره‌مندی از رحم جایگزین (رحم دیگری) برای پرورش جنین را از قلم انداخته است. اگر چه از مدت‌ها پیش ماهیت توافق مربوط به استفاده از رحم مادر جایگزین و احکام شرعی و آثار حقوقی این تراضی در محافل علمی ایران مورد گفتگو قرار گرفته و عالمان دینی و اندیشمندان حقوق موضوعه اقدام به ارایه نقطه نظرات خود نموده‌اند، ولی تاکنون از طرف مقنن، قانون خاصی در این زمینه به تصویب نرسیده است. بنابراین نیاز است که قانون‌گذار محترم هرچه سریع‌تر نسبت به وضع قوانین مکفی و مناسب نسبت به این مورد اقدام نماید. که در این قانون تدابیری جهت قانون‌مند کردن مواردی چون اهلیت زن صاحب رحم، هزینه اجاره رحم، الزام فرد صاحب رحم به رعایت تغذیه مناسب و آنچه برای سلامت جنین ضروری است، و از طرف مقابل الزام صاحبان اسپرم و تخمک نسبت به رعایت حق و حقوق زن حامل اعم از پرداخت هزینه‌ها و مخارج دوران بارداری و زایمان، رسیدگی و تأمین مستمری و نفقه او از لحاظ معیشتی و دیگر

مواردی که در قرارداد فیما بین منعقد شده است.

۲. از آنجایی که احتمال هرنوع سوء استفاده از رحم جایگزین از طرف افراد ثروتمند وجود دارد، لازم است که کسانی که درصدد اقدام از این طریق می‌باشند حتماً در ابتدا از طرف مراکز تخصصی درمان بیماران نابارور ذی صلاح مورد معاینه قرار گرفته و از نابارور بودن زن اطمینان حاصل شود.

۳. تا جایی که امکان دارد با توجه به پیامدهای روحی و روانی، اجتماعی و حقوقی نسبت به فرزندان حاصل از این نوع تلقیح، افرادی که قادر به فرزنددار شدن نیستند را به پذیرش کودک از پرورشگاه‌ها و کودکان بی سرپرست تشویق و ترغیب نمود که در این صورت علاوه بر اینکه معضل جدیدی ایجاد نمی‌گردد، از تعداد کودکان بی سرپرست جامعه نیز کاسته می‌شود.

۴. با توجه به اینکه صاحب اسپرم و تخمک پدر و مادر طفل حاصل از رحم جایگزین محسوب شدند، آثار حقوقی فیما بین کودک و پدر و مادر او از لحاظ ارث و نفقه و... مترتب می‌باشد، لذا لازم است تا قوانین حقوقی مناسبی در این موارد وضع گردد.

۵. الزام طرفین به اینکه حتماً باید برای اجرای این عمل، اقدام به انعقاد قرارداد به صورت مکتوب و قانونی در دفاتر اسناد رسمی که در آن حق و حقوق طرفین کاملاً رعایت شده و نسبت به مسایل و احتمالات آتی از جمله لزوم تحویل نوزاد پس از تولد به زوجین صاحب تخمک و اسپرم توسط صاحب رحم، تعیین تکلیف شود.

۶. درباره مسأله صدور گواهی از سوی مراکز زایمان، بهتر است که زن و شوهر صاحب نطفه با ارایه مدارک و قرارداد فیما بین به مسئولین مربوطه نسبت به صدور گواهی زایمان به اسم خودشان اقدام نمایند.

۷. یکی از اساسی‌ترین مسایل در بحث از رحم جایگزین این است که این عمل فقط در مورد زنانی قابلیت اجرا داشته باشد که باکره نیستند، بنابراین به صراحت این امر باید مورد تأکید قانون‌گذار قرار بگیرد که استفاده از رحم اجاره‌ای دختران باکره ممنوع می‌باشد. چون

دختر باکره به واسطه زایمان دیگر باکره نخواهد بود که خود این امر مستلزم مباحث دیگری مانند وجوب مهریه می باشد.

۸. در مواردی که از رحم زن دیگری استفاده می شود، توصیه می شود برای یقین یافتن از محرمیت زن صاحب رحم و فرزند، در صورت امکان صاحب رحم نسبت به شیر دادن به فرزند تا میزانی که موجب حرمت بین آن دو می شود اقدام شود.

منابع و مأخذ

قرآن کریم.

۱. ابن منظور، محمدبن مکرّم (۱۳۷۹)، *لسان العرب*، بیروت، انتشارات دار صادر.
۲. انوری، حسن (۱۳۸۱)، *فرهنگ بزرگ سخن*، تهران، انتشارات سخن.
۳. بدرالمتولی، عبدالباسط (۱۹۸۶)، *مجمع الفقه الاسلامی*، دوره دوم، عدد دوم، جزء یک.
۴. جمعی از محققان (۱۴۲۸ق)، *موسوعه الاحکام الاطفال و ادله‌ها*، چ دوم، قم، مرکزفقه ائمه اطهار.
۵. خالد منصور، محمد (۱۴۲۰ق)، *الأحكام الطّیبه*، بیروت، دارالفنائس.
۶. خامنه‌ای، سیدعلی (۱۳۷۹)، *اجوبه الاستفتاءات*، تهران، انتشارات بین‌المللی الهدی.
۷. خرازی، سیدمحسن (۱۴۲۳ق)، *«التلفیح الصناعی و احکامه»*، قراءات فقهی معاصر فی معطیات الطب الحدیث، بیروت، الغدیر.
۸. خمینی، سیدروح الله (۱۳۷۶)، *توضیح المسائل*، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد.
۹. خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، *منهاج الصالحین*، چ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم.
۱۰. دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷)، *لغت‌نامه*، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۱۱. رضانیامعلم، محمدرضا (۱۳۸۳)، *باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق اسلامی*، قم، پژوهشکده فقه و حقوق، بوستان کتاب.
۱۲. روحانی، سیدمحمدصادق (۱۴۱۴ق)، *المسائل المستحدثه*، چ چهارم، قم، مؤسسه دارالکتاب.
۱۳. سعدی، ابوحبیب (۱۴۰۸ق)، *القاموس الفقهی*، دمشق، چاپ دوم، انتشارات دارالفکر.
۱۴. سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۶ق)، *منهاج الصالحین*، قم، مکتب آیت الله سیدعلی سیستانی.
۱۵. شهیدی، مهدی (۱۳۷۸)، *مجموعه مقالات حقوقی*، تهران، نشرحقوقدان.
۱۶. شیخ طوسی، محمدبن حسن (۱۳۹۰)، *الاستبصار*، تهران، دارالکتب الاسلامیه.

۱۷. صانعی، یوسف (۱۳۷۶)، *مجمع المسائل*، چ دوم، انتشارات میثم تمار.
۱۸. صدوق، محمدبن علی بابویه قمی (۱۴۱۳ق)، *من لایحضره الفقیه*، قم، انتشارات جامعه مدرسین.
۱۹. صمدی اهری، محمدهاشم (۱۳۸۲)، *نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام*، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش.
۲۰. عارف، علی (۱۴۲۱ق)، *الامّ البدلیه رؤیه اسلامیة*، اردن، دارالفنائس.
۲۱. غفاری، معرفت (۱۳۷۷)، *مقاله ارایه شده به نخستین سمپوزیوم مسایل فقهی حقوقی انتقال جنین*، تهران، دانشگاه تهران.
۲۲. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۹)، *بررسی فقهی حقوق خانواده*، تهران، مرکز نشر علوم انسانی.
۲۳. مؤمن، محمد (۱۴۱۵ق)، *کلمی فی التلقیح، کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة*، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۲۴. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۷)، *جواهرالکلام*، چ سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
۲۵. یزدی، محمد (بی تا)، *ثلاث رسائل*، قم، نشریه امیرکبیر.