

## بررسی نسب و ارث کودکان متولد از اجاره رحم\*

دکتر سید محمد هادی ساعی  
استادیار دانشگاه بین المللی امام خمینی  
اکرم برزگری  
کارشناس ارشد الهیات دانشگاه بین المللی امام خمینی

### چکیده

یکی از پدیده های نوین پزشکی رحم جایگزین است، جایگزینی رحمی زمانی ضرورت می یابد که زوج همه ی عوامل دخیل در شکل گیری فرزند را داشته ولی بدلیل فقدان رحم سالم و برخی عوامل دیگر امکان داشتن فرزند از آنها سلب گردیده است اما تکنولوژی لقاح خارج رحمی این امکان را برای چنین زوجهایی فراهم نموده که جنین سالم آنها در آزمایشگاه جنین شناسی تشکیل شود و درموقعیتی مناسب به رحم شخص ثالث انتقال یابد از آنجا که مشروعیت رحم جایگزین در حقوق کنونی ما وانطباق آن با مقررات و الزامات فقهی و مذهبی ضروری به نظر میرسد، لذا در صدد برآمدیم که با بررسی برخی مباحث فقهی و حقوقی این موضوع گامی هرچند اندک در روشن شدن آن برداشته باشیم.

باعنایت به مطالب فوق بر آنیم مسئله نسب و ارث کودکان متولد از طریق فرآیند جایگزینی رحمی را در این مقاله بررسی و واکاوی نماییم .  
واژگان کلیدی:

جنین ، رحم جایگزین ، مادرجانشین ، نسب ، ارث

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۱/۳/۱۰

\* تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۰/۱۰/۲۰

نشانه پست الکترونیکی نویسنده: sm\_h\_saei@yahoo.com

مقدمه :

با توجه به افزایش ناباروری در بین زوجین اخیراً روش های متعددی برای درمان آن ابداع شده است از جمله این روش های نوین، استفاده از رحم اجاره ای یا رحم جایگزین است. در این روش علاوه بر زوج نابارور، زنی که جنین را در رحم خود پرورش می دهد تا پس از تولد آن را در اختیار زوج نابارور قرار دهد نیز، نقش و اهمیت ویژه ای دارد. از این روش در شرایطی که زوجه فاقد توانایی لازم برای حمل و پرورش جنین در رحم خود باشد، استفاده می شود.

تلقیح مصنوعی و به تبع آن رحم اجاره ای یکی از مسائل نو پیداست که پیشرفت و شکوفایی دانش پزشکی، آن را به عرصه فقه و حقوق کشانده و ارتباط بین فقه و حقوق از یک طرف و علوم طبیعی را از سوی دیگر به اثبات رسانده است.

اگر چه این مسائل نو ظهور، مولود مقتضیات زمان و مکان است و در فقه ما چنانچه باید مورد بحث و بررسی قرار نگرفته است؛ اما از افتخارات مکتب فقهی امامیه توجه و اهتمام خاص به اصل اجتهاد است. فقها با استفاده از اصول ثابت و لا یتغیری که در دین تعبیه شده است، فروع و مسائل جدید را با آن منطبق می سازند. چنانکه امام رضا (ع) فرموده اند:

« عَلَيْنَا إِقَاءُ الْأُصُولِ وَعَلَيْكُمْ التَّفْرِيعُ »

« بر ماست که اصول را به شما بیاموزیم، بر شماست که فروع را استنباط کنید. »  
البته باید توجه داشت که در این زمینه اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد به گونه ای که کار را بر حقوق دانان کشورمان مشکل ساخته است. اما با تحقیق و بررسی و مشخص کردن نکات مبهم و همچنین بر اساس مبانی مسلم فقهی می توان راه را هموار ساخت. هر چند در این زمینه کتب و رساله هایی تدوین و چاپ شده است اما به دلیل کاستی های موجود و اهمیت موضوع برآنیم که در مقاله حاضر با پرداختن به برخی از احکام وضعی از جمله نسب و ارث این کودکان و تبیین نظرات شارع در این زمینه راهگشای متشرعه در جهت بکارگیری آن شویم. این امر به نوبه خود در بسیاری موارد می تواند موجب استحکام بنیان خانواده هایی شود که بر اثر مشکلاتی قادر به تولید نسل نمی باشند.

۱-تَسَبُّب:

نسب از نظر لغت به معنای قرابت، اصل، نژاد و پیوستگی میان دو شیء است.  
(فرهنگ فارسی دکتر معین / ۴/ ۴۷۱۴، دهخدا / ۱۳/ ۱۹۸۴۸)

۱-۱- پیدایش نَسَب:

نسب یک امر طبیعی است و در عرف اجتماعات پیش از ظهور اسلام از تکون یک انسان از ترکیب نطفه ی دو انسان ذکور و اناث حاصل می شده است. و پس از ظهور اسلام نیز این مبنا مورد تأیید شارع قرار گرفت و به اصطلاح اصولی در مورد نسب، حقیقت شرعیه نداریم (شهیدی «وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاه»/ ۱۳۶)

۱-۲- چند تعریف از نسب:

★ نسب عرفاً و در لغت رابطه ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه انسانی دیگر انتزاع می شود. «(قزوینی «آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان» ۱۹۲)

تعریف دیگری از نسب از زبان یکی از حقوق دانان:

★ نسب امری است که به واسطه ی انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد بوجود می آید. از این امر، رابطه ای طبیعی و خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد موجود می گردد. «امامی، حقوق مدنی/ ۱۵/۵)

۱-۲-۱- نسب در عرف و قانون:

عدم تعریف نسب از سوی شارع و قانون گذار شاید به این دلیل باشد که شارع در تعریف نسب تابع عرف بوده در حقیقت همان معنایی را که عرف تعریف کرده برگزیده است زیرا اگر اصطلاح دیگری مد نظر داشت می بایست بیان می کرد تا مسئله تأخیر بیان پیش نیاید. (قزوینی «آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان» ۱۹۱)

عرف نیز تکون یک انسان از اسپرم مرد و تخمک زن را منشأ رابطه نسبی می داند.

۱-۲-۲- نسب در قرآن و انطباق آن با عرف:

قرآن کریم منشأ پیدایش انسان را نطفه می داند.

★ *إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ* (دهر/ ۲)

★ ما انسان را از نطفه آمیخته آفریدیم.

★ *يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى* (حجرات/ ۱۳)

★ ای مردم ما شما را از مرد و زنی آفریدیم.

→ *وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا* و كان ربك قديراً

﴿(فرقان/ ۵۴)

★ و اوست کسی که از آب، بشری آفرید و او را [دارای خویشاوندی] نسبی و

دامادی قرار داد و پروردگار تو همیشه تواناست.

و در آیات دیگری نیز به این نکته اشاره شده است. در این آیات افریدن انسان به نطفه نسبت داده شده و نطفه از اجزای زنده موجود در منی مرد و تخمک زن بوجود می آید و فرزند حاصل از نطفه متعلق به کسانی است که صاحب دو جزء نخستین بوده اند و تنها آن زن و مرد منشأ نسب و پیدایش و تولد این طفل می باشند. (یزدی «باروریهای مصنوعی و حکم فقهی آن»/ ۷۵)

این همان مطلبی است که بعضی از محققین نیز به آن اشاره داشته اند: «که نسب امر اعتباری است و دارای منشأ واقعی و حقیقی است. و عقل و قانونگذار در مقابل این منشأ اعتباری ناگزیر از اعتبار رابطه نسبی می باشد. مانند زوجین در ارتباط با اعداد زوج. (علوی قزوینی «آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان»/ ۱۹۲)

### ۳-۱- زمینه های پیدایش نسب:

همانطور که می دانیم از نظر اسلام و فقه امامیه، نسبی معتبر و مورد پذیرش است که دارای شرایط خاص بوده و در محیط خانواده تحقق یافته باشد و نکاح تنها منبع مورد پذیرش برای تشکیل خانواده است. البته گاه در شرایط خاص نسب در خارج خانواده نیز مشروع بوده و به رسمیت شناخته شده و از موارد نامشروع استثناء شده که بیان خواهیم کرد.

در این میان لازم است که نسب های مشروع و مورد پذیرش در فقه امامیه را مورد تحقیق و بررسی قرار داده و با شرایط تأیید و پذیرش آن ها آشنا شده و با مقایسه شرایط لازم و انطباق آن با موضوع مورد بحثمان بتوانیم به این پرسش پاسخ دهیم که آیا کودک متولد شده از مادر جانشین دارای شرایط لازم برای نسب مشروع می باشد یا خیر؟

### ۱-۳-۱- شرایط تحقق نسب در خانواده:

برای آنکه خانواده شکل بگیرد وجود ازدواج صحیح ضروری است و پدر و مادر کودکی که نسب آن مورد بحث است بایستی از طریق ازدواج با هم اقدام به تشکیل خانواده کرده باشند. ارکان این نسب از نظر قانونی شامل موارد زیر می باشد:

۱- وجود نکاح صحیح، یعنی زن و مردی که در مورد نسب کودکان آن ها بحث می شود بایستی زن و شوهر باشند.

۲- طفل در اثر نزدیکی آنان متولد شود.

۳- نزدیکی و انعقاد نطفه ی طفل بعد از نکاح واقع شده باشد.

### ۲-۳-۱- شرایط تحقق نسب در خارج از خانواده:

قانون کشور ما که بر گرفته از فقه امامیه است. علاوه بر تحقق نسب در خانواده در چند مورد تحقق نسب در خارج از خانواده را نیز به رسمیت شناخته است و طفل متولد

شده را به والدین طبیعی اش منتسب کرده است. و نسب آنها را جزء نسب های مشروع اعلام کرده که موارد آن را ذکر می کنیم:

۱- نزدیکی به شبهه، نزدیکی کسانی که به دلیل جهل به حکم یا موضوع به بطلان نکاح یا نزدیکی واقف نبوده اند.

۲- نزدیکی کسانی که قوه تمیز درست و نادرست را ندارند مانند افراد خواب، بیهوش، مجنون و مست.

۳- نزدیکی کسی که به حرمت رابطه خود با دیگری آگاه است ولی با اکراه و اداریه به این عمل شده اند. (کاتوزیان، حقوق خانواده / ۶/۲ - بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی / ۲۶۴)

و برخی با توجه به قابلیت انتساب طفل ناشی از تلقیح مصنوعی زن با اسپرم بیگانه آنرا به عنوان مورد چهارم از انتساب های مورد پذیرش در خارج از خانواده قرار داده اند که در این مورد به بحث می پردازیم.

پس از بیان مبادی ضروری، اینک زمان پاسخ گویی به پرسش اصلی مقاله فرا رسیده است. پاسخ به این پرسش که: « تکلیف نسب در خصوص مادر جانشین چگونه است؟ » در این مبحث نسب پدری و مادری مورد بررسی قرار می گیرد. مخصوصاً در زمینه ی، نسب مادری و بیان این امر که عنوان مادری اختصاص به کدامیک از زنان دارد؟

#### ۴-۱- روابط موجود در تکون طفل:

شایسته است قبل از وارد شدن به این بحث، رابطه زن و مرد را که موجب تکون طفل می شود مورد بررسی قرار دهیم.

#### ۱- رابطه مشروع

۲- رابطه ای که مورد اختلاف است که مشروع است یا غیر مشروع (نزدیکی به شبهه)

#### ۳- رابطه غیر مشروع

#### ۱-۴-۱- رابطه مشروع:

- رابطه زوجیت بین زن و مرد
- اعتقاد به رابطه ی زوجیت که همان شبهه است. کودکان متولد از این روابط، دارای نسب مشروع و مورد پذیرش می باشند.

#### ۲-۴-۱- رابطه غیر مشروع:

بر دو قسم است:

• رابطه زنا

• تفخیز

کودکانی که از رابطه ی غیر مشروع به دنیا می آیند کودکان نامشروع محسوب می شوند. خواه از طریق زنا و خواه از راه تفخیز.

البته باید به این نکته توجه داشته باشیم که نامشروع بودن طفل به معنای عدم تحقق نسب نیست زیرا در مورد نسب کودک ناشی از زنا اختلاف نظر است. و نظریه ای وجود دارد که بیان می دارد؛ ولد زنا به زانی و زانیه ملحق می شود تنها ارث به حکم نصّ خاص استثناء شده است و نامشروع بودن عمل والدین طفل، موجب نامشروعیت طفل نمی شود. (ناصری «واکاوی احکام فقهی نسب در کودک متولد از رحم جانشین»/ ۲۶۴)

طرفداران این نظریه ( الحاق ولد زنا به زانی و زانیه) اظهار می کنند: ولد زنا بر حسب عرف و لغت به زانی ملحق می شود: «لأنّه مخلوقٌ من مائه فهو یُسمی وکد ( جواهر الکلام / ۱۰۴۹۵ ) چرایابداز نظر شرع بدون نسب باشد. در صورتی که در مورد نسب ما قائل به تبعیت از عرف هستیم پس در لسان شرع نیز باید همان نظر پذیرفته شود و ثانیاً شارع مقدس نسب را از ولد زنا نفی نکرده، و در هیچ نصی بیان نکرده که ولد زنا ولد نیست و محرومیت او از ارث به مقتضی اینکه امکان ارث بری بدلیل نسب وجود داشت ولی زنا مانع شده، بنابراین زنا مانع نفوذ نسب نیست همچنین آنان استدلال هایی را در رد حدیث « الولد للفراش و للعاهر الحجر » بیان می کنند از جمله اینکه، این حدیث در مواردی که شک در الحاق طفل بین دو نفر داریم، جاری می شود و با تمسک به این حدیث جانب فراش مورد تأیید قرار می گیرد. و فرزند ملحق به فراش می شود اما این حدیث در مواردی که فراش وجود ندارد مانند زنا با زن بیوه یا زنی که شوهرش مدتها از او دور است کاربرد ندارد. (بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی/ ۲۶۷ - قبله ای « بررسی مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین » / ۲۶۵)

همچنین مطالب استاد سید محمد حسن موسوی بجنوردی در قواعد الفقهیه به گونه ای تأییدی است بر مدعای آنان، آنجا که می نویسد: « حبه به ولد زنا نمی رسند ولی قضای نمازهای فوت شده پدر در صورتی که وی پسر بزرگ تر باشد بر او واجب است، چرا که او فرزند شرعی و عرفی و لغوی آن شخص است. » (القواعد الفقهیه / ۴/ ۴۶)

اما با تمام این اوصاف این بحث از نظر حقوق کشور ما مورد قبول و تأیید نیست و با توجه به ماده ی ۱۱۶۷ ق.م که بیان می کند: « طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی شود» کاربرد ندارد.

با این وجود از این بحث می توانیم نتیجه ی مهمی برای موضوع مورد بررسی مان بگیریم که نامشروع بودن عمل، ملازمه با عدم تحقق نسب ندارد. چرا که طبق نظریه قبلی با اطمینان برای کودک متولد از عمل نامشروع ادعای نسب شده است. و این مباحث در مسئله مورد بحث ما به طریق اولی مطرح است.

۳-۴-۱- رابطه ای که مورد اختلاف است که آیا مشروع است یا غیر مشروع:

عمل تلقیح مصنوعی زن با اسپرم بیگانه و حالت مادر جانشین از نظر مشروعیت مورد اختلاف است همان طور که بیان کردیم دلیل قاطعی بر حرمت یا ممنوعیت این عمل نداریم به نظر می رسد نمی توان حکم به نامشروع بودن این گونه کودکان صادر کرد شاید این تصور مطرح شود درست است که حالت مادر جانشین زنا نیست اما کودکان متولد از این طریق فاقد نسب می باشند زیرا بسیار در عبارت فقها دیده ایم که بیان می کنند: نسب با نکاح صحیح یا شبهه ثابت می شود. و بحث مورد نظر ما جزء هیچکدام قرار نمی گیرد. اما در پاسخ این استدلال می توان ایرادات زیر را بیان کرد که:

• این استدلال متوقف بر استفاده حصر از عبارت فقیهان است. در حالی که دلیل قطعی بر این مطلب نداریم.

• در صورتی که این عبارت مفید حصر باشد، حصرش اضافی است نه حقیقی یعنی نسب نسبت به زنا منحصر در این دو امر است. یعنی در میان سه رابطه « نکاح»، « شبهه»، « زنا»، نسب با نکاح و یا شبهه ثابت می شود. و از این حصر نمی توان نتیجه گرفت که نسب در حالت مادر جانشین ثابت نیست.

• مدرک این حصر یا اجماع است یا حدیث فراش، اجماعی که در این جا مطرح شده مورد پذیرش نیست زیرا مدرک اجماع کنندگان حدیث فراش است و حدیث فراش نیز چنان چه قبلاً بحث کردیم دلالتش خالی از اشکال نیست. زیرا در مواردی کاربرد دارد که کودک مردد باشد بین دو نفر یکی صاحب فراش و دیگری زنا، اما در مواردی که فراش وجود ندارد مانند زن بیوه نمی توان به این حدیث توسل کرده و ولد را به فراش ملحق نمود.

با توجه به این مطالب و ناکافی بودن آنها در مورد عدم ثبوت نسب در موضوع بحث ما واضح است. پس با توجه به این استدلال ها نمی توان حکم به عدم ثبوت نسب در موارد تلقیح مصنوعی، حالت مادر جانشین را صادر کرد مخصوصاً اینکه نامشروع بودن آن مورد بحث و تردید جدی است. و علاوه بر این قانون گذار فقط نسب ناشی از زنا را مورد تأیید قرار نداده و به رسمیت نشناخته پس با توجه به این صحبت ها می توان نتیجه گرفت: نسب کودکان متولد از رحم جایگزین قانونی و مورد تأیید و پذیرش می باشد.

### ۱-۵-۱- نسب پدری:

#### ۱-۵-۱-۱- نظریه مخالفان انتساب کودک به پدر:

استدلال این گروه مبنی بر عدم انتساب این کودک به پدر « عدم وقوع نزدیکی » است زیرا همانطور که قبلاً بیان کردیم یکی از سه شرط تحقق نسب در خانواده « وقوع نزدیکی است » که ما در مورد مادر جانشین شاهد این مسئله نیستیم و از سوی دیگر از جمله موارد استثناء شده در خارج خانواده نیز نمی باشد زیرا نه مصداق شبهه نه مصداق اکراه، نه فقدان قوه ی تمیز در مورد آن صادق نیست (ناصری « واکاوی احکام فقهی نسب در کودک متولد از رحم جانشین »/ ۱۶۶) و علاوه بر این بعضی از فقهای اهل سنت معتقدند حمل و ولادت بایستی در فراش صورت گیرد، در حالی که در موضوع مورد بحث ما حمل و ولادت در فراش صورت نگرفته در نتیجه فرزند به صاحب اسپرم ملحق نمی باشد. (رضانیا معلم « وضعیت حقوقی نسب کودک ناشی از انتقال جنین »/ ۳۴۵)

#### ۱-۵-۱-۲- پاسخ به نظریه مخالفان:

اما انتساب کودک به صاحب اسپرم امری است که مورد پذیرش اکثریت فقها می باشد. زیرا نزدیکی جنسی فقط راه معمول و عادی آبستنی است و نفس این اقدام خود به تنهایی اثری در احکام نسب ندارد و آنچه سبب انتساب طفل به پدر و مادر می شود رابطه زوجیت بین آنهاست یا اعتقاد به وجود چنین رابطه ای است. فرزند متولد از لقاح مصنوعی را فرزند قانونی زن و شوهر می دانند و نسب او را به رسمیت می شناسند.

و روایاتی نیز این ادعا را اثبات می کند. از جمله روایتی از حضرت امیر (ع) که: مردی نزد علی بن ابی طالب آمد و گفت: زنم با آنکه دختری نوجوان و دوشیزه است باردار شده و اکنون نه ماه از بارداری او می گذرد من جز گمان خیر به او ندارم و خود نیز پیری کهنسالم و از او کام برنگرفته ام و او همچنان دوشیزه مانده است.

علی (ع) از او پرسید: آیا بر روی شرمگاه او آب می ریختی؟ امام در ادامه ضمن توضیح این مسئله فرزند را ملحق به آن مرد نمود. (وسائل الشیعه/ ۱۱۳/۱۵)

با توجه به این مطالب می توان گفت:

اگر تخمک زنی را با اسپرم شوهرش در آزمایشگاه بارور کنند و پس از باروری آن را دوباره به رحم همان صاحب تخمک یا زن دیگر منتقل کنند در انتساب طفل به پدر و مادر نباید تردید کرد زیرا خود تلقیح حرمتی ندارد و عمل نامشروعی صورت نگرفته. تنها تفاوتی که وجود دارد این است که علم به کمک ناباروری آمده و راه تازه ای را پیش روی زوج نابارور قرار داده است.



از انجائی که این عمل تقدس و حرمت خانواده و قوانین آن را نمی شکند و نطفه با حسن نیت در اختیار خانواده قرار می گیرد مباح می باشد. (کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده ۲۲/۲)

تنها تفاوتی که دارد این است که طفل از راه طبیعی یعنی نزدیکی زن و شوهر به وجود نمی آید و این هم تأثیری در الحاق نسب ندارد. (لطفی، قواعد فقه ۱۲/۲)

علاوه بر این در پاسخ به کسانی که برای تحقق نسب، علاوه بر ارتباط مشروع زوج و زوجه، متعارف بودن آن را نیز شرط می داند (از جمله معتقدین به این نظریه آیت الله بروجردی است) می توانیم این گونه بیان کنیم: اکثر فقهای بزرگ به تأسی از حکم امام حسن (ع) در مورد مساحقه حتی در صورت تولد کودک از ترکیب دو نطفه بیگانه، کودک را به صاحب اسپرم ملحق می داند. (قبله ای « احکام وضعی کودکان ناشی از اهدای گامت در رابطه با توارث» / ۲۳۰)

با تمام این صحبت ها مراجع عظامی که حتی حکم به ممنوعیت و عدم جواز استفاده از رحم جایگزین کرده اند اما از نظر نسب، کودک متولد از این طریق را منتسب به صاحبان نطفه نموده و در نسب آن شکی وارد نساخته اند. (فاضل لنکرانی، جامع المسائل ۵۶۴/۱)

در مورد اشکال بعدی که معتقدین به عدم انتساب طفل متولد از تلقیح به پدر وارد کرده اند و می گویند که: « کودک باید در فراش متولد شود تا منتسب به پدرش باشد.» باید گفت: نسب پدری همانند مادری چندان محسوس و آشکار نیست که به راحتی قابل اثبات باشد. قانون گذار در این زمینه اماره ی قانونی را قرار داده که اثبات نسب پدری را آسان تر می کند که این اماره ی قانونی برگرفته از روایت « الولد للفراش و للعاهر الحجر که کودک متولد در زمان زوجیت را از آن شوهر دانسته است و جز از طریق لعان نمی توان خلاف آن را اثبات کرد. (کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده ۵۱/۲ - لطفی، قواعد فقه مدنی ۱۱/۲)

برخی از صاحب نظران در خصوص معنای حدیث چنین بیان کرده اند: « کلمه فراش ممکن است به معنی بستر باشد و از آن نزدیکی مشروع اراده شده باشد و ممکن است معنی آن رابطه زوجیت موجود بین زوجین باشد.

در انطباق این معانی با موضوع بحث، محققان نظرات مختلفی بیان کرده اند. از جمله عده ای معتقدند مورد معنای دوم ( رابطه زوجیت) در « جانشینی کامل» \_ تخمک و اسپرم مربوط به رابطه زوجیت می باشد \_ با احتمال دوم قطعاً می توان کودک ناشی از رحم جایگزین را به والدین حکمی ملحق کرد زیرا میان آن دو رابطه ی زوجیت وجود داشته

است. (شهیدی « تلقیح مصنوعی انسان » ۱۲۰/ - شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی (۱۵۳/

و در مقابل عده ای بیان می کنند که: در حقوق کنونی ما اماره ی فراش از آثار عقد نکاح نبوده و برای برقراری آن، وجود رابطه ی زوجیت الزامی نیست و در هر موردی که بتوان نسب را پذیرفت قابل اجراست (از قبیل وطی به شبهه) فلذا با توجه به این که در حالت مادر جانشین قائل به تحقق نسب شدیم، پس فراش از این نظر قابل اجراست. (ناصری « واکاوی احکام فقهی نسب در کودک متولد از رحم جانشین » اما با توجه به احتمال اول ( که منظور از فراش بستر و نزدیکی باشد) تقریباً به این مضمون معنا کرده اند:

برای الحاق کودک به والدینش بایستی نزدیکی را در معنای عام تری در نظر بگیریم تا شامل موضوع « مادر جانشین» نیز گردد. با توجه به ادله ی ارائه شده در این زمینه می توان مدعی شد که در ماده ۱۱۵۸ (ماده ۱۱۵۸ ق.م: طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کم تر از ۶ ماه و بیش تر از ده ماه نگذشته باشد) ق.م که معنای واژه « نزدیکی» در حقیقت کاشف از انعقاد نطفه و تکون طفل از آن می باشد. این برداشت از نزدیکی به وضوح در تلقیح مصنوعی نیز وجود دارد. زیرا در آن نیز ترکیب و انعقاد اسپرم و تخمک و تشکیل جنین وجود دارد، پس نزدیکی موجود در ماده ۱۱۵۸ شامل تلقیح مصنوعی نیز می شود. (بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی / ۳۰۶)

البته باید متذکر شویم که اجرای اماره ی فراش در نسب ناشی از نکاح صحیح با نسب ناشی از تلقیح مصنوعی متفاوت است. زیرا در نکاح صحیح زوجیت و نزدیکی آنان موافق با ظاهر بوده است و برای اثبات نسب نیازی به دلیل نبوده اما در مورد تلقیح مصنوعی و نسب ناشی از آن، بایستی وقوع تلقیح مصنوعی اثبات شود. در حقیقت باید خلاف اصل ثابت شود.

بایستی اضافه کنیم با توجه به قرائن موجود می توان اماره ی فراش پدر حکمی را در اولویت قرار داد. از جمله:

- یکی از شرایط اصلی قرارداد مادر جانشین در صورت تأهل زن، رضایت همسر اوست (از آنجائی که جایگزین کردن نطفه بارور شده در رحم، تا مدتی مانع از حق استمتاع زوج از زوجه می شود به همین دلیل یکی از شرایط قرارداد جایگزین رضایت شوهر زن می باشد. این امر در قراردادهای لحاظ می شود) و یکی از تعهدات احتمالی در این زمینه از سوی شوهر زن بدین مضمون است که تا مدت زمان معین از نزدیکی با همسرش خودداری کند.

- از سوی دیگر با توجه به رضایتی که در این میان حاصل می شود، مادر جانشین و همسرش در حقیقت می پذیرند که در صورت تولد کودک، ادعایی نسبت به آن نداشته باشند و آن را به والدین حکمی تحویل دهند.

- باردار شدن مادر جانشین بعد از تلقیح مصنوعی امری مسلم است، اما بارداری زن پس از نزدیکی با شوهرش امری قطعی نبوده و مورد تردید است.

- با توجه به مصالح اجتماع، خانواده و کودک، الحاق او به پدر و مادر حکمی مورد قبول تر می باشد.

با توجه به راه کارهایی که در این زمینه اندیشه شده است، در صورتی که باروری مادر جانشین از شوهر خود وجود نداشته باشد و از سویی دیگر یقین بدانیم حمل ناشی از نطفه ی شوهر نیست، پس بدون تردید قاعده ی فراش قابلیت اجرا ندارد.

بنابراین در صورت یقین به خلاف مضمون اماره، موضوعی برای تعبد باقی نمی ماند. و در فرض مورد بحث نیز مطمئنیم تشکیل نطفه در خارج رحم بوده، همسر مادر جانشین هیچ گونه نقشی در تکون طفل نداشته و جنین پس از تشکیل به رحم منتقل شده است. قربان نیا «حکم تکلیفی و وضعی انتقال جنین تکون یافته از اسپرم و تخمک زن و شوهر قانونی به رحم زن دیگر» (۳۷۰/)

امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله در این خصوص بیان داشته اند:

★ لو حصل عمل التلقیح بماء غیر الزوج و كانت المرأة ذات بعل و علم ان الولد من التلقیح فلا اشکال فی عدم لحوق الولد بالزوج...

★ اگر عمل تلقیح با منی غیر شوهر انجام گیرد و زن دارای شوهر باشد و مسلم باشد که بچه ناشی از تلقیح است، شکی نیست که بچه به شوهر ملحق نمی شود. (تحریر الوسیله / ۶۲۱)

قضیه ما در این جا مشابه جائی است که وقتی ما مطمئن هستیم که شوهر غائب بوده یا اصلاً با او نزدیکی نکرده، پس شکی در انتساب کودک به شوهر نداریم، و کودک را ملحق به صاحب اسپرم می دانیم. (الفقه والمسائل الطبیه / ۹۱)

با توجه به تمامی توضیحات بیان شده، در مورد نسب پدری باید گفت:

از نظر دانش پزشکی، منشأ پیدایش و ماده ی سازنده ی جنین از ناحیه پدر، همان اسپرم است. در حقیقت از ترکیب اسپرم این شخص با تخمک، اجزای سازنده ی کودک تشکیل شده است. عرف هم معیار و ملاک نسب را پیدایش یکی از دیگری می داند و برای این امر تکوینی و واقعی، عنوانی به نام «نسب» قرار داده شده است. (قربان نیا «حکم

تکلیفی و وضعی انتقال جنین تکون یافته از اسپرم و تخمک زن و شوهر قانونی به رحم زن دیگر «/۳۶۹»

فرزند حاصل از نطفه، تنها به کسانی که صاحب آن دو جزء نخستین هستند، نسبت داده می شوند و چون اسپرم این مرد در تکون او مورد استفاده قرار گرفته، بی شک نمی توان عنوان پدر بودن را از او انتزاع کرد. (یزدی «باروری های مصنوعی و حکم فقهی آن» /۷۰)

حتی در مواردی از تلقیح که از نظر بعضی از فقها، غیر مشروع بوده و نسب آن به رسمیت شناخته نشده است، به طور طبیعی صاحب اسپرم پدر کودک متولد شده محسوب می شود و بعضی از آثار نسب، هم چون حرمت نکاح و ... را نیز در پی دارد و منتسب به مرد دیگر یا بی نسب شناخته نمی شود. (مهرپور «نگرش به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی» /۱۶۳)

پس ما نیز بر این عقیده ایم که عرفاً و لغتاً پیدایش فرزند از اسپرم و نطفه انسان دیگر، موجب انتساب فرزند به او می شود و در تحقق نسب پدری در لقاح مصنوعی تقریباً جای تردیدی وجود ندارد.

#### ۶-۱- نسب مادری:

در معیار انتساب مادر به فرزند نظریه های متعددی وجود دارد که از جمله می توان به موارد زیر اشاره کرد:

• گروهی از فقها معیار انتساب کودک به مادر را متولد شدن کودک از او می دانند و به همین دلیل زن صاحب رحم را به عنوان مادر قانونی طفل محسوب می کنند. (صراة النجاة /۲۷۰)

• گروه دیگر از فقها منتسب شدن کودک به زنی را منوط به دو عامل: نطفه و زایمان کرده و به همین دلیل در مسأله مورد بحث ما هر دو زن، صاحب تخمک و صاحب رحم را به عنوان مادر قانونی طفل محسوب می کنند. (موسوی اردبیلی /استفتاآت /۴۰۷)

• گروه سوم که ملاک مادری در پیدایش کودک از تخمک او می دانند به همین دلیل فقط زن صاحب تخمک را به عنوان مادر قانونی طفل قبول می کنند. (تحریر الوسیله /۲/۶۲۳- پزشکی در آینه اجتهاد /۱۱۶- لنکرانی /جامع المسائل /۵۷۱)

هر گروه برای تأیید ادعای خویش ادله و استدلال هایی را بیان کرده اند که لازم دیدیم در اینجا به بررسی اجمالی آنها بپردازیم.

#### ۱-۶-۱- گروه نخست صاحب رحم را مادر می دانند

درست است که در زمان نزول قرآن مردم اطلاعات پزشکی در مورد اسپرم و تخمک نداشتند و زن صاحب رحم را مادر می دانستند و ملاک تشخیص مادری «زاییدن» بود، یعنی مادر کسی بود که کودک را زایمان می کرد و اسلام نیز این مسئله را تا حدودی پذیرفته و آن را امضاء کرده است و آنان برای تأیید استدلال های خود اشاره به آیه ۲ سوره ی مجادله می کنند:

★...هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ «

★ مادران آنها تنها کسانی اند که ایشان را زاده اند.»

و اینان بیان می کنند که این آیه مطلقاً کسانی را که می زایند به عنوان مادر محسوب می کند، خواه تخمک از او باشد یا نباشد.

هرچند در این جا حصر، حصر اضافی است و در رد نظر کسانی که با "ظهار" زنان خویش را مادر معرفی می کنند آمده است اما آنان بیان می کنند که ظهور کلام نزد عقلا دارای حجت است. (رضا نیا معلم «وضعیت حقوقی (نسب) کودک ناشی از انتقال جنین» (۳۲۴/۳) همچنین به آیات دیگری استناد می کنند که خداوند از لفظ مادری برای کسی که حامل کودک است استفاده کرده است از جمله :

★ وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ (نجم/۳۲)

★ از همان گاه که در شکمهای مادرانتان [در زهدان] نهفته بودید.»

★ وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئاً (نحل/۷۸)

★ خدا شما را از شکم مادرانتان- در حالی که چیزی نمی دانستید- بیرون

آورد.»

★ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا (احقاف/۱۵)

★ و ما انسان را [نسبت] به پدر و مادرش به احسان سفارش کردیم. مادرش با

تحمل رنج به او باردار شد و با تحمل رنج او را به دنیا آورد.»

★ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ (لقمان/۱۴)

★ انسان را درباره پدر و مادرش سفارش کردیم، مادرش به او باردار شد. سستی

بر روی سستی»

و ایشان استدلال می کنند که خداوند در توصیف مادر این گونه بیان می کند: کسی که مشقت و سختی بارداری و وضع حمل را تحمل می کند، و از مفهوم مخالف آیه برای استدلال خویش استفاده می کنند که اگر زنی مشقت و سختی بارداری را تحمل نکرده و کودک را زاییده مادر نیست. (رضا نیا معلم «وضعیت حقوقی (نسب) کودک ناشی از انتقال جنین» (۳۲۴/۳))

هم چنین بیان می کند که مادری به وسیله ی ژنتیک تعیین نمی شود. زیرا تخمک بارور شده در محیط بیرون از رحم تا زمانی که به رحم وارد نشود قابلیت زیست پذیری کسب نمی کند و هنوز موجود زنده نیست و پس از انتقال به رحم، موجود زنده تلقی می شود و در این هنگام حقوق منسوب به والدین ایجاد می شود، بنابراین زن صاحب رحم مادر قانونی است. (مرقاتی «حقوق کودکان در اهدای گامت / ۲۴۶»)

دکتر نوروزی، رئیس انجمن ناباروری ایران در این زمینه بیان می کند: « یکی از نشانه های قدرت بی منتهای خداوند در خلقت رحم مشهود است. عملکرد رحم بسیار دقیق و پیچیده است و بشر با تمام تلاش های فراوان هنوز نتوانسته حتی گوشه ای از عملکرد رحم را در بیرون کشف کرده و رحم مصنوعی بسازد. قدرت خداوند رحم را به گونه ای بسیار شگفت انگیز خلق نموده است.»

وقتی این جنین به رحم منتقل می شود آن گاه قابلیت زیست پذیری و رشد پیدامی کند و با کاشته شدن در رحم ، جزء وجود جسم گیرنده می شود و هویت گیرنده را به دست می آورد. (بررسی روش های نوین باروری مصنوعی / ۲۷۹-۲۷۸)

علاوه بر این بیان می کنند که هیچ گونه دلیل قاطع بر عدم تاثیر رحم بر کودک وجود ندارد. بلکه همان گونه که اطباء نظر داده اند وجود کودک، شکل گیری، تغییرات صحیح جسمانی و ... همگی در رحم صورت می گیرد و متأثر از صاحب رحم می باشد. (فقه و المسائل الطبیة / ۵۸۹)

و از سویی، این برداشت از مادر که صاحب رحم را به عنوان مادر قانونی بدانیم با تعریف لغوی آن نیز سازگارتر است. زیرا در تعریف معنای مادر نیز در لغت نامه ها اشاره شده که مادر زنی است که یک یا چند بچه بدنیا آورده. (دهخدا / ۱۲ / ۱۷۵۸۵) و از مراجع عظام ما آیات عظام اراکی، خوئی و تبریزی بر این عقیده هستند که صاحب رحم مادر قانونی است.

آیت الله العظمی اراکی این گونه توضیح می دهند: « ممکن است گفته شود که نطفه ی زن صاحب تخمک معد بوده برای زن صاحب رحم که این جزء اخیر علت تامه ی به دنیا آمدن بچه بوده است پس اولی ملحق به دومی یعنی زن صاحب رحم می شود.»

شیخ جوادی تبریزی نیز نظرات استاد خویش آیت الله العظمی خوئی را پذیرفته و نظرات ایشان را به عنوان نظر خویش در رساله ی عملیه ی خود بیان کرده و هر جایی که علاوه بر نظر استاد نظری داشته به آن اضافه کرده است.

ایشان در پاسخ سوالی در باره ی مادر قانونی کودک متولد شده از تلقیح، زن صاحب رحم را به عنوان مادر کودک دانسته و حتی اجازه ی مطالبه ی کودک متولد شده را نیز به زن صاحب رحم داده است.<sup>۱</sup> (صراط النجاة/۳/۲۷۰)

وعلاوه بر این در استفتاء به عمل آمده پژوهشگر ابن سینا از مراجع عظام در این زمینه آمده: آیت الله تبریزی در پاسخ به سوالی که والدین فرزند متولد از تلقیح مصنوعی چه کسانی هستند اینگونه بیان کرده اند:

★ انتقال جنین به رحم زن دیگر جایز نیست لکن در صورتی که این کار انجام شود، فرزندی که متولد می شود فرزند زنی است که از او متولد شده- یعنی در رحم او بزرگ شده و از او متولد شده- و فرزند مردی که از نطفه او بوجود آمده.» (برای توضیح بیش تر نک: «روش های نوین تولید مثل از دیدگاه فقه و حقوق» بخش فتاوا/۳۹۳)

۲-۶-۱- دو مادری :

اما عقاید گروه دوم با هم یکسان نبوده خود این گروه به چند دسته تقسیم می شود: الف) گروهی که معتقدند هر دو زن مادر کودک محسوب می شوند یعنی اینکه هر دو مادر از نظر قانونی مادر نسبی می باشند و دلیل این مطلب را عرف می دانند و بیان می کنند که عرف هر دو زن را به عنوان مادر می پذیرد و مانعی هم برای این مسئله پیش نمی آید. و در نتیجه در بیانات خود می گویند آنچه که ممکن نیست آن است که طفلی دارای دو پدر باشد ولی دارای دو مادر بودن فاقد اشکال است.

آیت الله موسوی اردبیلی براین عقیده می باشد چنانکه در پاسخ به استفتائی از ایشان اینگونه بیان می کند:

★ به نظر برخی مادر، صاحب رحم است زیرا زنی که بچه را در رحم خود نگه داشته و به دنیا آورده مادر اوست. قرآن هم فرموده است: ( مادرانشان تنها کسانی اند که آنها را به دنیا آورده اند)، علاوه بر این چند بار شیر دادن زن را مادر رضاعی می کند. نه ماه، در رحم نگه داشتن و از شیر جان به او غذا دادن به طریق اولی او را مادر می کند و این قیاس ممنوع نیست، بلکه تمسک به اولویت بود و حجت است و اشکالی ندارد و برخی از بزرگان نیز صاحب تخمک را مادر می دانند و احتمالاً دلیل آنها طبیعت کار است. به نظر این جانب هر دو استدلال فوق درست است و این نوزاد دو مادر دارد و اشکالی هم در این نمی بینیم جز خلاف عادت بودن» (موسوی اردبیلی «استفتاآت»/۱/۴۰۷)

برخی از محققین نیز با استدلال و تبیین نقش رحم در تکون کودک، این نظریه را تقویت کرده و صاحب تخمک و صاحب رحم را مادر کودک دانسته اند.

اما به نظر می‌رسد برای کودکی که دارای دو مادر نسبی و قانونی است مسائل و مشکلات فراوانی بوجود می‌آید زیرا از نظر قانونی هر دو می‌توانند ادعای حضانت، نفقه، ارث و ... در مورد کودک داشته باشند و این مسئله مشکلات زیادی را برای کودک به همراه خواهد داشت. چگونه می‌توان برای هر دو زن قائل به حق حضانت شد و یا مسائل دیگر این امر با مصلحت کودک ناسازگار بوده و علاوه بر این پذیرش این امر از سوی هر دو زن سخت است.

ب) و برخی از آنان بر این عقیده اند که کودک دارای دو مادر است اما این بدان معنا نیست که هر دو مادر نسبی و قانونی باشند. بلکه صاحب تخمک مادر قانونی او بوده و صاحب رحم مادر رضاعی محسوب می‌شود. آنان برای اثبات عقاید خود به دلایل نشر حرمت در باب رضاع استناد کرده و بیان می‌کنند:

دلیل نشر حرمت در رضاع روئیدن گوشت و محکم شدن استخوان است که در اثر مکیدن شیر مادر رضاعی حاصل می‌شود، و بیان می‌کنند که این ملاک در مورد رحم جایگزین نیز مصداق می‌یابد، زیرا اگر نوشیدن شیر موجب روئیدن گوشت و محکم شدن استخوان شود و تمام اجزاء او توسط صاحب رحم شکل گرفته و ملاک ایجاد حرمت در اینجا شدیدتر نیز می‌باشد. هرچند که برای رد این نظریه بطلان قیاس را مطرح می‌کنند. (مرقاتی «اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری»/۲۴۸) اما آنان نیز در پاسخ بیان می‌کنند که این تمسک به اولویت بوده و حجت می‌باشد. آیت الله مکارم شیرازی که در این باره می‌فرماید:

★ این فرزند متعلق به صاحبان نطفه و با آنها محرم است و از آنان ارث می‌برد و در مورد مادر جانشین به منزله ی فرزند رضاعی است بلکه از آن در بعضی جهات اولویت دارد چرا که تمام گوشت و استخوان او از وی روئیده است بنابراین حرام است که بعداً با آن زن و فرزندان او ازدواج کند اما در هر حال ارث نمی‌برد. (مکارم شیرازی «احکام پزشکی»/۷۶-۷۵)

ج) و گروهی دیگر از فقها بر این عقیده هستند که زن صاحب رحم فقط در صورتی به عنوان مادر رضاعی پذیرفته می‌شود که بعد از تولد کودک به او شیر دهد و در غیر این صورت پذیرفته شدن او به عنوان مادر رضاعی محل تأمل می‌باشد. آنان بیان می‌کنند که در قرآن و روایات به وضوح به مسئله «شیر خوردن» اشاره شده و نمی‌توان حکم آن را به موارد دیگر سرایت داد.



ایت الله یزدی در این زمینه می گوید: « زنی هم که فرزند را در رحم خود پرورانده است و جزء نخستین از او نیست، اگر فرزند را با همان شرایط باب رضاع شیر دهد مادر رضاعی اوست و به احتیاط نزدیکتر آن است که گرچه مادرش شمرده نمی شود اما با این حال بر او حرام نیست.» (یزدی) ★ باروری های مصنوعی و حکم فقهی آن «(۸۱)

### ۳-۶-۱- صاحب تخمک مادر قانونی کودک

کسانی که مادر ژنتیکی را مادر کودک می داند به دلایلی استناد می کنند. لذا ما نیز بر آن شدیم که ابتدا این دلایل را ذکر کرده و در ادامه، استدلالهای گروه نخست را مورد نقد و بررسی قرار دهیم.

#### • دلایل عرفی:

ملاک مادر بودن از دیدگاه عرف همان ملاک پدر بودن است. اینکه نخستین مرحله آفرینش کودک از صاحب منی و تخمک گرفته شده است و در قرآن نیز به این مسئله اشاره شده است:

★ *إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ* (انسان/۲)

ما انسان را از نطفه مختلطی آفریدیم و او را می آزمایشیم ( بدین جهت) او را شنوا و بینا قرار دادیم.

در آیات متعدد دیگر که به کرات اشاره به خلق شدن انسان از آب و سپس تبدیل آن به نطفه شده بنابراین نطفه از ترکیب اسپرم و تخمک حاصل می شود و این نطفه ی آغازین حیات است.

و نخستین مرحله ی وجود کودک از صاحبان منی و تخمک حاصل می شود پس با توجه به این توضیحات صاحب تخمک به عنوان ( مادر) تلقی می شود، زیرا تخمک این زن یکی از علل ایجاد نطفه بوده و در شکل گیری و پیدایش او نقش بسزایی داشته و صرف تکامل یافتن و گذراندن مراحل، در رحم غیر از صاحب تخمک، مانع از انتساب این کودک به صاحب تخمک نمی شود و این کودک ملحق به صاحب تخمک است. (کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة / ۹۹- بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی / ۳۷۲- شهیدی «مجموعه مقالات» ۱۶۱)

#### • قیاس با اسپرم:

از آنجا که اغلب فقها پذیرفته اند که مردصاحب اسپرم پدر قانونی طفل محسوب می شود و از طرفی در تشکیل نطفه نقش تخمک نیز همانند نقش اسپرم می باشد پس اگر صاحب اسپرم را باید به عنوان پدر قانونی پذیرفت صاحب تخمک را نیز باید مادر قانونی به شمار آورد. چرا که در حقیقت مقام والدینی بوسیله زن ها تعیین می گردد.

• ریشه اصلی هویت و وراثت کودک:

محققین علم پزشکی معتقدند که جنین یا زیگوت به محض ایجاد و تشکیل، هویت پدر و مادر را کسب می کند و تشکیل نطفه در خارج و انتقال آن به رحم جایگزین، مانع از این امر نمی شود.

ما دلیل قطعی مبنی بر تأثیر رحم بر جنین نداریم شاید تا حد محدودی شاهد تأثیرات اخلاقی باشیم. اما اصل و ریشه وراثتی را از صاحبان نطفه دریافت می کند. پس با توجه به اینکه صاحب تخمک یکی از پایه های اصلی برای تشکیل نطفه می باشد، به هیچ وجه نمی توانیم منکر عدم تأثیر او بر جنین شویم. پس نتیجه می گیریم که صاحب تخمک نقش اصلی در تشکیل هویت نطفه داشته و مادر قانونی طفل محسوب می شود. (بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی / ۲۷۲)

از آنجا که زوج نابارور از طریق عادی صاحب فرزند نمی شوند و به پیشنهاد پزشکان تصمیم به استفاده از رحم جایگزین می گیرند و قراردادی بدین مضمون که: «مادر جانشین فرزند را پس از تولد به زوجین نابارور تحویل دهد» میان این زوج و زن صاحب رحم منعقد می شود.

قصد زوجین مبتنی بر این است که فرزند خودشان را از این طریق به دنیا آورده و قصد اعراض از نطفه را ندارند و مادر جانشین نیز این امر را پذیرفته که زن صاحب تخمک مادر قانونی کودک باشد و او هیچ گونه ادعایی بر این امر نداشته باشد و قراردادهای مبنی بر جانشینی با این مضمون تنظیم و امضاء می شود و قصد زن صاحب تخمک مبنی بر این امر او را مستحق پذیرش عنوان مادر قانونی می کند. (بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی / ۲۷۳-شهادی «بررسی ابعاد حقوقی اهداء و انتقال جنین» ۲۸۱)

• مصلحت کودک و سعادت او:

با توجه به بررسی های انجام شده می توانیم درک کنیم که زوجینی که مجبور به استفاده از رحم جایگزین هستند در واقع از بی فرزندی رنج می برند و در آرزوی فرزند می باشند. و در مقابل زنانی که در این زمینه خدمات ارائه می کنند دارای فرزند هستند و یا تمایلی به داشتن فرزند ندارند و از طرفی زنی که اصرار به مادر شدن دارد و طالب فرزند است مطمئناً در مقایسه با زنی که تمایلی به داشتن فرزند ندارد می تواند مادر دلسوزتری برای این کودک باشد. پس با توجه به رویه قضایی که همیشه مصلحت کودک را مقدم می دارد باید زن صاحب تخمکی که خواهان مادر شدن است به عنوان مادر قانونی کودک قلمداد کرده و او را مادر کودک بدانیم.

و دلایل دیگری نیز وجود دارد که اگر بخواهیم تمامی آنها را ذکر کنیم موجب اطاله ی کلام این مبحث خواهد شد؛ لذا به ذکر مهمترین آنها اکتفا کردیم.  
۱-۶-۱- پاسخ به استدلال گروه نخست ( صاحب رحم را مادر قانونی طفل می دانند)

معتقدین به مادر واقعی بودن صاحب رحم برای اثبات ادعاهای خویش به آیاتی اشاره کرده اند از جمله:

★ **وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَيَّ وَهْنًا (لقمان / ۱۴)**

★ **وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا (احقاف / ۱۵)**

هر چند آیات فوق در صدد بیان و معرفی مادر نیست و تنها به عنوان تذکر بیان می کند که وقتی شما جنین بودید این مادران شما بودند که سختی حمل و زایمان را تحمل کردند؛ پس مبدا که نیکی در حق آنها را فراموش کنید.

اما در پاسخ به چنین استدلالی برخی از محققین اینگونه پاسخ گفته اند که « در فرهنگ و عرف ایرانی لفظ مادر به هر گونه ارتباط طفل با زن اطلاق می شود. یعنی به زنی که طفل را شیر می دهد و یا او را متکون کرده و نیز به زنی که او را در رحم پرورش می دهد و وضع حمل می کند. اما در زبان عربی و تازی به علت غنای بیشتری که دارد برای هر مورد به تناسب لفظ معادلی قرار داده و در قرآن برای این انتساب دو لفظ وجود دارد: یکی «والده» که لفظ خاص است و دیگری «ام» که لفظ عام است.

لفظ «والده» به زنی اطلاق می شود که منشأ تکنون طفل است. اما لفظ «ام» بر: والده، مرضعه، مربیه و امثال آنها اطلاق می شود و رابطه میان ام و والده عموم و خصوص مطلق است. هر والده ام هست اما هر امی والده نیست» (بطحائی گلیایگانی «تحقیقی پیرامون تولد بدون مناکحت» / ۳۷۹)

و از سوی دیگر در مسئله نسب دریافتیم که عناوین پدری، مادری، فرزندی عناوین عرفی هستند و دارای معنای شرعی نمی باشند و با همان معنای عرفی موضوع احکام قرار می گیرند.

یکی از محققین در این زمینه اینگونه بیان می کند:

★ **عرف از پیدایش طفل از نطفه ی زن و مرد، یک نوع رابطه ی واقعی و طبیعی انتزاع می کند که نسب نام دارد. در عرف گذشته، راه تشخیص پیدایش و تکنون فرزند، زایمان و زاییدن بود، ولی این معیار، بعد از پیشرفت های علمی و کشف منشأ پیدایش جنین، اعتبار گذشته خود را ندارد؛ یعنی اماره بودن زایمان مطلق نیست و از نظر قضایی، اثبات خلاف اماره امکان پذیر است. اگرچه قانون گذار اسلام و بشری برای حفظ آرامش**

کانون خانواده، اماره بودن زایمان را حفظ کرده و واقعیت های علمی و واقعی را در حالات عادی مناط اعتبار تلقی نکرده است.

بنابراین، اگر همان عرف در مورد خاصی یقین داشته باشد که زنی نابارور است، آیا به صرف این که قدرت حمل و زایمان را دارد، او را مادر تلقی می کند؟ در حالی که در عکس این مورد، یعنی جایی که به علل مختلفی، مثل مرگ مادر، زودرسیدن جنین، وجود خطر جانی برای مادر یا فرزند و .... با عمل جراحی جنین از رحم زن بارور بیرون آورده می شود و در رحم مصنوعی با مراقبت های ویژه رشد می یابد، عرف تردیدی ندارد که زن حامل و صاحب رحم، به رغم این که او را نژائیده است، مادر واقعی نوزاد محسوب می شود و این دلیلی ندارد جز این که عرف منشأ پیدایش فرزند را غیر از زایمان و حمل می داند.» (باروری های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق/ ۳۲۱)

مقدمات حکمت برای تمسک به اطلاق تنها در جایی رواست که متکلم در مقام بیان تمام قیود و شرایط باشد تا «عدم الییمان فی المقام الییمان» دلیلی بر اطلاق باشد. علاوه بر این برخلاف نظر ایشان ما عقیده داریم که این آیه به گونه ای تأیید کننده ی نظرات کسانی که صاحب تخمک را مادر قانونی کودک می دانند نه صاحب رحم را. و اما کلمه «ولدن» که آنان به معنی زایمان معنا کرده اند، اما به عقیده ما «ولدن» به معنی زایمان نمی باشد.

شاهد بر درستی این معنا، آیات متعددی است که در آنها بر پدر هم اطلاق والد شده است حال آنکه پدر نمی زاید بلکه بوجود آورنده است.

مثلاً آنجا که می فرماید:

★ یا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ وَأَخْشَوْا يَوْمًا لَّا يَجْزِي وَالِدٌ عَنْ وَالدِّهِ (لقمان / ۳۳)

★ از پروردگارتان پروا بدارید و بترسید از روزی که هیچ پدری به کار فرزندش

نمی آید.»

★ وَوَالِدٍ وَمَا وَلَدَ (بلد/ ۳)

پدران و فرزندان آنان.

پس با این توضیحات به نظر می رسد کلمه «و ما ولد» و «ولد نهم» بایستی در معنایی غیر از «زایمان» معنا شود. هر مرد و زنی که منشأ تکون، شکل گیری و بوجود آمدن کودکی باشند، کودک متولد شده به آنان ملحق خواهد شد. بنابراین آیه ظهار بیان می کند کودک تلقیحی به صاحبان جنین منتسب می باشد نه صاحب رحم. (بطحائنی گلیپایگانی «تحقیقی پیرامون تولد بدون مناکحت»/ ۳۷۹-مرقاتی «حقوق کودکان در اهدای گامت»/ ۲۴۶)

دلیل دیگر برای اثبات اینکه مراد آیه از « ولدنهم» به معنی زایمان نمی باشد این مطلب است که هر جا در قرآن صحبت از زایمان شده با عبارت « وَضَع حَمْلٍ» بیان شده است. در سوره ی آل عمران در یک آیه سه بار اشاره به زایمان شده است و در هیچ کدام از کلمه « وُلِدْنَ» استفاده نشده است بلکه هر سه بار « وَضَع» آمده است. در فرهنگ قرآن که فرهنگ عربی و تازی است معادل واژه ی زایمان واژه ی وَضَع می باشد در ماجرای مادر مریم بنت عمران در قرآن اینگونه آمده است.

★ فَلَمَّا وَضَعَتْهَا قَالَتْ رَبِّ اِنِّیْ وَضَعْتُهَا اُنْثٰی وَاَللّٰهُ اَعْلَمُ بِمَا وَضَعْتَ وَلَیْسَ الذَّکَرُ کَالْاُنْثٰی

(ال عمران/۳۶)

★ پس چون فرزندش را بزاد، گفت: پروردگارا، من دختر زاده ام- و خدا به آنچه او زاییده دانایتر بود- و پسر چون دختر نیست»

آیات دیگر که همگی از واژه وضع برای عنوان زایمان استفاده کرده اند. گروهی دیگر از محققین به بخش صرفی آیه توجه کرده اند و از این طریق بر رد، ادعای آنان کوشیده اند و در توضیح مطلب بیان کرده اند که حصر به دو قسم تقسیم می شود. ۱- حصر حقیقی مثل « لا اِلهَ اِلَّا اللهُ» که دلالت به انحصار مطلق می کند. ۲- حصر اضافی که نسبت به شیء خاص دیگری دارای حصر است. مثلاً گفته می شود، زید فقط به مسافرت می رود، یعنی اگر نسبت به عمرو سنجیده شود فقط زید به مسافرت می رود نه عمرو. (مسائل مستحدثه پزشکی/ ۱/ ۱۱۵)

آیه شریفه در خصوص زنانی است که «ظهار» شده اند یعنی آنان مادران شما محسوب نمی شوند، بلکه مادران شما فقط کسانی هستند که شما را به دنیا آورده اند. بنابراین آیه شریفه دلالت ندارد که فقط مادر کسی است که بچه را زاییده است زیرا آیه روند عادی تولید مثل را بیان می کند نه انواع تولید مثل را. پس ادعای آنان موجه به نظر نمی آید.

با توجه به مطالب بیان شده می توان اینگونه نتیجه گرفت که مادر قانونی طفل، زن صاحب تخمک بوده و فرزند منتسب به صاحب اسپرم و تخمک می باشد. اما این بیان بدین معنا نیست که زن صاحب رحم هیچ گونه ارتباطی با کودک نداشته بلکه ما بر این عقیده هستیم که زن صاحب رحم می تواند به عنوان مادر رضاعی کودک محسوب شود. اما مطرح شدن او به عنوان مادر قانونی بنا به دلایلی که بیان کردیم مورد پذیرش نمی باشد.

اکثر فقها این نظر را مورد تأیید قرار داده و پذیرفته اند و ما در اینجا به نظر چند تن از ایشان اشاره می کنیم:

امام خمینی (ره) در کتاب تحریر الوسیله خود در این زمینه می فرمایند:

★ چنانچه قبل از دمیده شدن روح، جنین به رحم دیگر انتقال یافته باشد مثلاً در هفته سوم و چهارم در آن اشکال است. مگر اینکه ثابت شود نطفه ی مرد و زن اولی منشأ کودک بوده است. در این صورت کودک به آن زن و مرد ملحق می شود خواه به رحم طبیعی منتقل شده باشد یا به رحم مصنوعی» (تحریر الوسیله/۲/۶۲۳-فقه و طب\_ مصادیق پزشکی فتاوی حضرت خمینی (ره) /۵۶)

حضرت آیت الله خامنه ای به نظر می آید نظر حضرت امام خمینی (ره) را پذیرفته. در پاسخ به سوالی در این زمینه اینگونه بیان کرده اند:

سؤال: « بعضی از بیماران زن به علت اشکال در شکل و ساختمان رحم قادر به نگهداری جنین در رحم خود نمی باشند، آیا این امکان هست که جنین را به رحم زن دیگری وارد نموده تا در آنجا پرورش یابد و پس از دنیا آمدن به والدین اصلی خود بازگردانده شود؟ به عبارت دیگر در این مدت در یک رحم اجاره ای بسر می برد. علی الظاهر حضرت امام در این مورد نظر موافق داشته و این کار را بلا اشکال می دانسته اند؟

جواب: حکم تکلیفی مسئله بیان شد و در مورد الحاق فرزند اگر نطفه ی زوجین منشأ طفل باشد وکد ملحق به زوجین است.(پزشکی در آئینه اجتهاد/۱۱۶) آیت الله صانعی نیز در این زمینه بیان کرده اند:

★ اگر نطفه منعقد شده زن و شوهری را از رحم زن خارج کرده و به رحم زن دیگری منتقل کنند (رحم اجاره ای یا عاریه ای) بچه در شکم این زن بزرگ شده و از او متولد شود آن بچه به زن اول که صاحب تخمک و منشأ تحقق نطفه امشاج است متعلق می باشد و زن دوم در صورتی که با تحقق شرایط رضاع او را شیر دهد، مادر رضاعی فرزند خواهد بود. (استفتاآت پزشکی مطابق با فتاوی حاج شیخ یوسف صانعی/۵۶)

آیت الله سید محمد سعید طباطبائی حکیم نیز در این زمینه معتقد است صاحب تخمک مادر کودک می باشد و صاحب رحم حق مطالبه کودک را ندارد.<sup>۲</sup>

همچنین نظر مجمع فقه اهل البیت نیز مؤید این مطلب است که در پاسخ به سوالاتی که از سوی مرکز مطالعات و تحقیقات اخلاق اسلامی از آقای محمد مؤمن دبیر این مجمع شده چنین پاسخ داده اند:

★ آمیختن تخمک زن با منی شوهرش در خارج رحم و سپس قرار دادن آن در رحم زن بیگانه جائز است و این هم یک نوع رحم اجاره ای است و مادر نوزاد همان زن صاحب تخمک است.

- در تمام موارد تلقیح، پدر طفل مردی است که از منی او طفل تکون یافته و مادر او نیز زنی است که طفل از تخمک او بوجود آمده است. «مجموعه مقالات و گفتارهای دومین سمینار دیدگاه اسلام در پزشکی/۶۹۶»

## ۲- توارث

همان طور که بیان کردیم یکی از آثار قرابت نسبی «ارث» است ارث در لغت به معنی: آنچه از مال به وارث رسد، وامانده، باقی گذاشتن مالی است پس از مرگ خود. (دهخدا/۱/۱۳۹۰-معین/۱/۱۹۴)

ارث در اصطلاح حقوقی: انتقال قهری دارائی متوفی به ورثه ی او. (امامی، حقوق مدنی/۳/۱۶۹)

موجب ارث عبارت است از: رابطه ی بین دو نفر که در اثر فوت یکی، دیگری از او قهراً ارث می برد. رابطه ی مزبور قرابت خویشاوندی است. (امامی، حقوق مدنی /۳/۱۷۰) در ماده ی ۸۶۷ ق.م. تصریح شده: ارث به موت حقیقی یا به موت فرضی مورث تحقق پیدا می کند.

و ماده ی ۸۶۱ ق.م. نیز مقرر می کند: موجب ارث دو امر است: نسب و سبب. اولین طبقه ای که میان آنها موجبات ارث برقرار می شود در ماده ی ۸۶۲ ق.م. به آن اشاره شده<sup>۳</sup> میان پدر و مادر و اولادِ اولاد می باشد. در عرف زمانی فرزندی را متعلق به کسی می کنیم و فرزند او می نامیم که از اسپرم و یا تخمک او بوجود آمده باشد. صاحبان اسپرم و تخمک پدر و مادر کودک محسوب می شوند. پس موجبات تحقق نسب میان آنان برقرار می شود. (بجنوردی، مجموعه مقالات /۳۲۳-، اندیشه های حقوقی ۱ (بخش حقوق خانواده)/۱۱۳) اما در این میان یک استثنائی وجود دارد که اسلام این نسبت پدر و فرزندی یا مادر و فرزندی را به رسمیت نشناخته است و قائل به توارث میان آنها نمی باشد. ماده ی ۸۸۴<sup>۴</sup> ق.م. به این امر متذکر شده و علت عدم توارث میان آنان عمل زناست نه عدم وجود رابطه ی زوجیت.

فلذا با توجه به مطالب قبلی به این نتیجه رسیدیم که تلقیح مصنوعی اصلاً زنا محسوب نمی شود و هیچ یک از فقها چنین عملی را مشابه زنا در نظر نگرفته اند حتی اگر تلقیح میان دو بیگانه صورت گرفته باشد. بنابراین ممنوعیت توارثی وجود ندارد.

بیان کردیم که صاحب اسپرم پدر قانونی کودک محسوب می شود و بنابراین نسب میان صاحب اسپرم و کودک پذیرفته شده است. بدین ترتیب مقتضی موجود و مانع مفقود است فلذا بلاشک از یکدیگر ارث می برند. (بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی /۲۷۳)

اما در مورد توارث میان کودک و مادر مسئله فرق می‌کند. و چندین احتمال وجود دارد که بایستی به آنان بپردازیم:

۱-۲- توارث میان صاحب تخمک و کودک متولد شده در صورتی که صاحب تخمک را مادر قانونی کودک بدانیم

معتقدین به این مطلب اظهار می‌کنند همان طور که کودک را به صاحب اسپرم ملحق می‌دانیم بایستی به صاحب تخمک نیز ملحق کنیم. زیرا نطفه از ترکیب اسپرم و تخمک آنان تشکیل شده و از سویی میان صاحب تخمک با کودک رابطه‌ی خونی و نسبی برقرار است. پس با توجه به ماده ی ۸۶۱ ق.م (ماده ۸۶۱ ق.م: موجب ارث دو امر است: نسب و سبب) بایستی میان آنان توارث وجود داشته باشد. قائلین به این مطلب مادر جانشین را مادر رضاعی می‌دانند. که فقط از جنبه ی محرمیت نکاح قابل توجه است. و از جنبه ارث، میان آنان توارث وجود نداشته و مسئله ارث دو مادری مطرح نمی‌شود. (مستحدثه پزشکی ۱۳۱/۱-۱۳۰)

۲-۲- توارث بین کودک و صاحب رحم در صورتی که مادر جانشین را مادر قانونی بدانیم

معتقدین به این امر اینگونه بیان می‌کنند که میان کودک و مادر جانشین اشتراک خونی وجود دارد و همین اشتراک خونی موجب پیدایش قرابت نسبی را فراهم می‌کند، در این حالت صورت مسأله مشخص می‌شود و با توجه به ماده ۸۶۱ و ۸۶۲ ق.م<sup>۵</sup> توارث میان کودک و مادر جایگزین ایجاد می‌شود. و کودک از یک سو از پدر حکمی خویش ارث می‌برد و از سوی دیگر از مادر جانشین، حال ممکن است اینگونه ایراد وارد شود که میان پدر حکمی و مادر جانشین نکاح صحیح وجود ندارد پس چگونه توارث برقرار است؟

همانطور که در مبحث قبلی بیان کردیم فقه اسلام و قانون کشورمان ( ماده ی ۸۸۴ ق.م ) تنها نسب ناشی از زنا را محترم ندانسته و موارد دیگر مانند وطی به شبهه را مورد پذیرش قرار داده و موضوع بحث نیز یقیناً زنا نبود و نسب کودک مورد احترام بود پس بنابراین توارث میان آنها برقرار خواهد بود.

۳-۲- اگر صاحب رحم و صاحب تخمک ( هر دو ) را مادر قانونی کودک بدانیم در مورد مادر بودن صاحب تخمک که اکثریت فقها نظر مثبت داشته و آن را تأیید می‌کنند و با توجه به حل شدن رابطه ی مادری او، سراغ مادر جانشین می‌رویم. هرچند که در مباحث قبلی به این مطلب پرداختیم اما اشاره گذرا به آن را خالی از لطف نمی‌دانیم. بعضی از فقها در این زمینه بیان می‌کنند: « به طور مسلم کمتر کسی



می تواند این کودک را بیگانه از مادر اجاره ای بداند و اگر رابطه بین کودک و مادر اجاره ای مقطوع نیست و اگر نمی توانیم قرابت موجود بین آنها را قرابت رضاعی یا در حکم رضاعی بدانیم پس شایسته است که چنین کودکی را فرزند مادر اجاره ای بدانیم و بین آنان به وجود قرابت نسبی قائل شویم و اگر این نظریه را بپذیریم تکلیف توارث روشن می شود اثر حقوقی این نظریه این است که کودک دارای دو مادر است. (بجنوردی، مجموعه مقالات ۳۲۷-اندیشه های حقوقی ۱) (بخش حقوق خانواده) / ۱۱۵)

موضوع مورد بحث این است که آیا دو نفر با یک عنوان می توانند از یک نفر ارث ببرند، و آیا یک نفر با یک عنوان می تواند از دو نفر ارث ببرد؟

در مورد اینکه دو نفر می توانند از یک نفر ارث ببرند جای شکی وجود ندارد مانند اینکه متوفی دارای دو دختر باشد، یا اینکه دارای چند پسر باشد که همه آنها می توانند با هم از پدر خویش ارث ببرند. پس با توجه به این مسئله دو مادر نیز می توانند از فرزند خویش ارث ببرند مخصوصاً اینکه با توجه به ماده ی ۸۹۱<sup>۶</sup> ق.م: مادر دارای حاجب نبوده و در هر حال ارث می برد. پس در نتیجه هر دو مادر می توانند از او ارث ببرند.

اما آنچه در اینجا مبهم است این موضوع است که آیا از ما ترک متوفی بایستی سهم الارث یک مادر کنار گذاشته شود یا دو مادر؟ همانطور که می دانیم به دلیل مستحدثه بودن موضوع و سکوت قانون، ما سخن قطعی برای گفتار خود نداریم. زیرا با توجه به مواد قانونی نمی توانیم چیزی را با قاطعیت بیابیم و حکم موضوع مورد بحث را به آن تسری دهیم اما با توجه به روح قانون می توان اینگونه نتیجه گرفت: سهم الارث مادر فرض ثابت و مشخصی دارد که امکان کم و زیاد کردن آن وجود ندارد پس بایستی دو مادر سهم الارث یک مادر را میان خود به مصالحه تنصیف کنند.<sup>۷</sup> زیرا ما باید مسئله غالب را در نظر بگیریم و موضوع مورد بحث ما جزء موارد نادر است. پس بنابراین شایسته است موضوع را بر مبنای غالب انطباق داده با توجه به آن مطلب خود را بیان کرده باشیم. اما موضوع دیگری که جای بحث دارد این است که آیا یک نفر می تواند با دو خانواده رابطه ی وراثت داشته باشد؟

با در نظر گرفتن ماده ی ۸۶۵ ق. م که مقرر می کند: اگر در شخص واحد موجبات متعدد، ارث جمع شود به جهت تمام آن موجبات ارث می برد مگر اینکه بعضی از آنها مانع دیگری باشد که در این صورت از جهت عنوان مانع ارث می برد پس با توجه به ماده ی فوق اگر یک فردی از چند جهت بتواند از متوفی ارث ببرد و هیچ کدام مانع دیگری نباشد. ارث بری او از چند جهت مانعی ایجاد نمی کند.

در توضیح این مطلب بهتر است نظر حقوق دانان را بیان کنیم: «هرکس هر یک از اقسام خویشاوندی مذکور در قانون مدنی را که موجب ارث است داشته باشد به لحاظ هر خویشاوندی نصیب خود را از ترکه می برد زیرا قانون هریک از آن روابط را به تنهایی از موجبات ارث شناخته است» (امامی، حقوق مدنی / ۱۷۷/۳)

در نتیجه می توان گفت اطلاق این مطلب، می تواند موضوع مورد بحث ما را نیز شامل گردد زیرا که در این فرض نیز موجبات متعدد ارث در یک نفر جمع شده است. اما با این تفاوت که از دو خانواده می باشد. در قانون مدنی کشور ما توارث میان مادر و فرزندی امری مسلم و پذیرفته می باشد. و از سوی دیگر ماده ۸۶۵ ق. م. تعدد ارث را در یک نفر پذیرفته است. پس در نتیجه این کودک می تواند از هر دو مادر خویش یعنی مادر حکمی ( صاحب تخمک ) و مادر جانشین ( صاحب رحم ) ارث ببرد. (بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی / ۳۷۹-۳۷۷)

#### نتیجه گیری:

از آنجا که دلیل روشنی در حرمت عمل مذکور در دست نیست عمل به اصل برائت تنها گزینه مورد وفاق می تواند باشد با توجه به اصل مذکور و با توجه به عدم دلیل بر تحریم از سویی و احراز عدم مخالفت چنین عملی با شریعت از سوی دیگر، می توان ادعا کرد که گرفتن تخمک از زن و لقاح آن با اسپرم مرد در خارج و سپس جایگزینی آن در رحم زن دیگر، محکوم به جواز می باشد و دلیل قطعی بر تأیید و انجام آن لازم نیست زیرا این مسأله از مسائل مستحدثه بوده و در عصر شارع موضوعیت نداشته است.

در مورد نسب کودکان متولد شده بایستی مطرح کنیم که نمی توان به صرف اینکه راه و شیوه های جدید بوجود آمده در قانون سابقه نداشته و قانون گذار به آن تصریح نکرده، نسب ناشی از آن را به رسمیت شناخت.

در نسب پدری این کودکان اختلاف نظری وجود ندارد. اما در مورد نسب مادری اکثریت فقها حق مادری را برای صاحب تخمک قائل شده و او را به عنوان مادر کودک به رسمیت می شناسند و در پاسخ به کسانی که زن صاحب رحم را با ملاک اینکه مسئولیت وضع حمل را بر عهده گرفته به عنوان مادر می پذیرند، اینگونه بیان می کنند که:

بعد از پیشرفت های علمی و کشف منشأ پیدایش جنین، زایمان و زاییدن دیگر اعتبار گذشته خود را ندارد، یعنی اماره بودن زایمان مطلق نیست و از نظر قضایی اثبات خلاف اماره امکان پذیر است و زن صاحب رحم را به کمک وحدت ملاک و یا به استناد مفهوم اولویت، به عنوان مادر رضاعی کودک می پذیرند. با توجه به اینکه این موضوع ارتباط

تنگاتنگی با مبحث اجاره در فقه دارد، عمومات و اطلاقات ادله اجاره شامل اجاره رحم می گردد و دلیل قطعی معارض نداریم و در صورت عدم پذیرش این گونه عقود در تحت عنوان عقداجاره می توان چنین قراردادی را تحت ماده ۱۰ ق. م به رسمیت شناخته و به مهر تایید مههور نمود.

به نظر نگارنده بررسی آراء کلیه موافقان و مخالفان جهت رسیدن نتیجه گیری صحیح و استنتاج راهکارهای علمی جهت وضع مقررات رحم جایگزین در کشور یک ضرورت است.

یادداشت ها:

۱. س: ۸۱۵ من طرق انجاب فی بلاد الغرب هو التلقیح من الزوج ببویضه زوجته و ایداع البویضه الملحقه فی رحم امرأة اجنبیة فهنا عدة اسئله:

- ما حکم هذه العملیه؟

- ما هی ام المولود و صاحبه الرحم ام صاحبه البویضه؟

- هل یحق لصاحبه الرحم المطالبة بالمولود؟

آیت الله العظمی خویی

۱- حکم نفس العملیه و هی الايداع بعد التلقیح المزبور الأجنبيه ففیه اشکال

۲- اما الآم فهی التي حملته و وضعته

۳- نعم بقدر امو متها، والله العلم

۲. سؤال: رجل زرع نطفة فی رحم امرأة اجنبیة بواسطة الوسائل الطبیبة و متفقاً معها علی حمل الجنین مقابل مبلغ معین من المال. لاین رحم زوجة لا یتحمل حمل الجنین و نطفة مكونة من مائه هو و ماء زوجة الشرعیة و أنما الامراة الأجنبيه وعاء حامل فقط، فمع العلم بحرمة ذلك لاختلاط المیاه، لكن المشکلة التيحدثت بعدئذ هی أن المرأة المستأجره للحمل طالبت بالولد الذي نما و ترعرع فی أحشائها فما هو الحكم؟

جواب: الوالد لیس لها، لیس لها الحق المطالبة به و بحضانة.

کتاب: فقه الاستنساخ البشري و فتاوی طیبة لسماحة المرجع الدینی السيد محمدسعیدالطباطبائی الحکیم، سوال ۱۸، چاپ اول، [بی جا بی تا]

۳. ماده ۸۶۲: اشخاصی که به موجب نسب ارث می برند سه طبقه اند: ۱- پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد؛ ۲- اجداد، برادر و خواهر و اولاد آنها؛ ۳- اعمام و عمات و اخوان و خالات و اولاد آنها.

۴. ماده ۸۸۴: ولدالزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمی برد، لیکن اگر حرمت رابطه که طفل ثمره ی آن است نسبت به یکی از ابویین ثابت و نسب به دیگری به واسطه اکراه یا شبهه ی زنا نباشد، طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث می برد و بالعکس.
۵. اشخاصی که به موجب نسب ارث می برند سه طبقه اند: ۱- پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد؛ ۲- اجداد، برادر و خواهر و اولاد آنها؛ ۳- اعمام و عمات و اخوان و خالات و اولاد آنها.
۶. ماده ۸۹۱ ق.م: وراثت ذیل حاجب از ارث ندارند: پدر، مادر، پسر، دختر، زوج و زوجه.
۷. آیت الله بهجت در پاسخ به سؤال با این مضمون: ارث به کدامیک از مادران تعلق می گیرد به صاحب رحم یا صاحب تخم یا هر دو در صورتی که به هر دو متعلق باشد سهم الارث هر یک چه مقدار است تنصیف می گردد یا خیر؟ پاسخ داده اند: به تنصیف مصالحه کنند ( متن استفتاء در انتهای پایان نامه خانم اکرم برزگری دانشجوی دانشگاه بین المللی امام خمینی درج شده است).

#### منابع:

- ۱.
۲. امامی، سید حسن. «حقوق مدنی»، (۱۳۷۳)، تهران: انتشارات اسلامیه، چاپ نهم.
۳. تبریزی، میرزا جواد. «استفتاآت»، (جدید)، (۱۳۸۳) انتشارات سرور.
۴. دهخدا، علی اکبر. «لغت نامه دهخدا»، (۱۳۷۳)، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول از دوره جدید.
۵. جمعی از نویسندگان، «اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری»، (مجموعه مقالات)، (۱۳۸۴)، تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا، چاپ اول.
۶. \_\_\_\_\_، «روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق»، (مجموعه مقالات)، (۱۳۸۰)، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا، چاپ اول.
۷. \_\_\_\_\_، «رحم جایگزین»، (مجموعه مقالات)، (۱۳۸۶)، تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا.
۸. \_\_\_\_\_، «مسائل مستحدثه پزشکی»، (تهیه و تحقیق دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان)، (۱۳۸۴)، قم: انتشارات بوستان کتاب قم.

۹. \_\_\_\_\_، «مجموعه مقالات و گفتارهای دومین سمینار دیدگاه‌های اسلام در پزشکی»، (۱۳۸۰)، گرد آموری و تنظیم دکتر سیدحسین فتاحی معصوم، مشهد: انتشارات دانشگاه علوم پزشکی مشهد.
۱۰. رضایا معلم، محمدرضا. «باروری های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق»، (۱۳۸۳)، قم: انتشارات بوستان کتاب قم، چاپ اول.
۱۱. شهیدی، مهدی. «مجموعه مقالات حقوقی»، (۱۳۷۵)، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول.
۱۲. صافی، حاج شیخ یوسف. «استفتائات پزشکی»، (۱۳۷۷)، قم: انتشارات میثم تمار، چاپ اول.
۱۳. صافی، لطف الله. «توضیح المسائل»، قم، انتشارات دارالقران، ۱۴۱۴هـ.ق.
۱۴. صمدی اهری، محدداشم. «نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام»، (۱۳۸۲)، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ اول.
۱۵. طباطبائی حکیم، سیدمحمد سعید. «فقه الإستنساخ البشری و فتاوی طیبیه»، (۱۴۲۰ه.ق)، (بی جا، بی نا)، چاپ اول.
۱۶. عاملی، حر. (۱۴۰۹ هـ.ق). محمد بن حسن، «وسائل الشیعه». قم، انتشارات مؤسسه آل البیت،
۱۷. عزیزی، فریدون. «فقه و طب»، (مصادیق پزشکی فتاوی حضرت امام خمینی(ره))، (۱۳۷۴)، انتشارات فرهنگ اسلامی، چاپ سوم.
۱۸. فاضل لنکرانی، محمد. «جامع المسائل استفتائات»، (۱۳۸۰)، ج ۱ و ۲، قم، انتشارات امیرالعلم، چاپ دهم.
۱۹. قرآن کریم، ترجمه ی مهدی فولادوند.
۲۰. کاتوزیان، ناصر. «حقوق مدنی خانواده»، (۱۳۷۲)، ج ۲، تهران، انتشارات شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ سوم.
۲۱. لطفی، اسدا...، «قواعد فقه مدنی ۲»، (۱۳۸۳)، همدان: انتشارات دانشگاه بوعلی سینا.
- لغت نامه
۲۲. المحسنی، آصف. محمد، «الفقه و المسائل الطیبیه»، قم، انتشارات یاران، چاپ اول.
۲۳. المدنی تبریزی، سید یوسف. «المسائل المستحدثه»، (مطابق فتاوی سید یوسف المدنی تبریزی)، (۱۴۱۳ ه.ق)، قم: انتشارات مکتبه اسماعیلیان، چاپ اول.

۲۴. معین، محمد. «فرهنگ فارسی ۴ جلدی»، (۱۳۶۴)، تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ هفتم.
۲۵. مکارم شیرازی، ناصر، «احکام پزشکی»، (گردآوری ابوالقاسم علین نژادی)، (۱۳۸۷)، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، چاپ اول.
۲۶. موسوی اردبیلی. «استفتاآت»، (۱۳۷۷)، ج ۱، قم، انتشارات نجات، چاپ اول.
۲۷. موسوی بجنوردی، سید محمد. «اندیشه های حقوقی ۱»، (۱۳۸۶)، (حقوق خانواده)، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول.
۲۸. موسوی بجنوردی، سیدحسین. «القواعد الفقهیه»، (۱۴۱۳ ه.ق)، قم: انتشارات مطبعه ی اسماعیلیان، چاپ دوم.
۲۹. موسوی خامنه ای، سید علی. «پزشکی در آئینه اجتهاد ۱»، (۱۳۷۵)، (تحقیق خلیل علی محمدزاده)، تهران، انتشارات انصاریان، چاپ اول.
۳۰. \_\_\_\_\_، «اجوبه للاستفتاآت»، (۱۴۱۵ ه.ق)، ج ۲، بی جا، انتشارات دارالنبأ للنشر و التوزیع، چاپ اول.
۳۱. موسوی خمینی، روح الله. «تحریر الوسیله»، (بی تا)، ج ۲، قم، مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم، چاپ سوم.
۳۲. موسوی خمینی، روح الله. «توضیح المسائل»، (بی تا)، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد، چاپ نهم.
۳۳. موسوی خوئی، ابوالقاسم. «منهاج الصالحین»، (۱۴۱۰ ه.ق)، قم: انتشارات مدینه العلم، چاپ بیست و نهم.
۳۴. \_\_\_\_\_، «توضیح المسائل»، (۱۴۱۲ ه.ق)، قم، مطبعه مهر.
۳۵. مؤمن، محمد. «کلمات سدیده فی مسائل جدید»، (۱۴۱۵ ه.ق)، قم: انتشارات نشر الاسلامی، چاپ اول.
۳۶. نایب زاده، عباس. «بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی»، (۱۳۸۰)، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول.
۳۷. یزدی، سید محمدکاظم. «سؤال و جواب استفتاآت»، (گردآوری سید مصطفی محقق داماد)، (۱۳۷۶)، قم: انتشارات نشر علوم اسلامی، چاپ اول.