ORIGINAL ARTICLE

The legal rules of the newborn from the rented womb

Asadolah Lotfi

Associate Professor of islamic jurisprudence department of imam khomeini international university

(Received December 25, 2011 ; Accepted March 6, 2012)

Abstract

Background and purpose: One of the modern human society phenomenon is having children by the rented womb in which the owner womb woman cant keep an embryo of another person in her womb. And after the end of pregnancy period on based on presigned contract the newborn deliver to the owner embryo couple.

Materials and methods: in this case, in legal rules of the more countries like iran we didn't have any detailed and perfect rules. So this article is going to analyze and study this case by the more consider and research in jurisprudence and legal sources to explain the legal rules like lineage, inheritance, the will and its pertaining alimony in these peoples. And meanwhile regarding of the rights of them, is prevented from without identity children birth and sometimes without parents in society.

Results: For realizing to these goals in the end of the essay some suggestions has said about making law for this case in Islamic republic of iran rules.

Conclusion:

Key words: Artificial insemination, rent of womb, lineage, alimony, inheritance

J Mazand Univ Med Sci 2012; 22(88): 116-131 (Persian).

[Downloaded from jmums.mazums.ac.ir on 2024-03-29]

مروری

مجله دانشگاه علوم پزشکی مازندران
دوره بیست و دوم شماره ۸۸ اردیبهشت سال ۱۳۹۱ (۱۳۱-۱۱۶)

بررسی و تحلیل نسب کودک حاصل از رحم استیجاری از دیدگاه فقهی

اسدالله لطفی[1]

چکیده

سابقه و هدف: یکی از پدیده‌های نوین جامعه بشری تولد کودک از طریق رحم اجاره‌ای است 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 کشورها از جمله ایران کمتر سخنی به میان آمده است، لذا در مقاله حاضر با بررسی و پژوهشی که در ادله و منابع فقهی و حقوقی صورت گرفته است احکام حقوقی نسب کودک حاصل از رحم استیجاری استخراج و استنباط گردیده است. تا بدین‌وسیله ضمن رعایت حقوق آنان از وجود فرزندانی بی‌هویت و گاه بی‌سرپرست در جامعه جلوگیری گردد. برای تحقق این اهداف در آخر مقاله پیشنهاداتی نیز در حیطه قانون‌گذاری جهت قانونی ساختن این امر در قوانین ایران ارائه گردیده است.

مواد و روش ها: پروژه مزبور به شکل کتابخانه‌ای و از نوع پژوهشی و تحلیلی است بدین‌معنی که با مراجعه به کتب فقهی و حقوقی و بررسی و تحلیل دلیل‌های شرعی به نتایجی در قالب آثار و احکام حقوقی منجر شده که با توجه به این‌که موضوع مورد بحث از مسائل جدید می باشد در منابع فقهی و حقوقی گذشته چندان سابقه ای نداشته است.

یافته‌ها و استنتاج: صاحبان تخمک و اسپرم والدین حقیقی طفل حاصل از رحم استیجاری هستند و کودک از جهت ژنتیکی متنتسب به صاحب اسپرم و صاحب تخمک می‌باشد، بنابراین همانند اقارب نسبی، بین آن‌ها رابطه توارث، وصیت و سایر احکام حقوقی برقرار می‌باشد.

واژه‌های کلیدی: تلقیح مصنوعی، اجاره رحم، نسب مادری و نسب پدری

مقدمه

یکی از نوآوری‌های علم ژنتیک، عملی است به‌نام تلقیح مصنوعی، تلقیح در لغت به معنی باردار کردن و لقاح به معنی باردار شدن است. تلقیح مصنوعی در اصطلاح عبارت است از این که زن را با وسایل مصنوعی و بدون این‌که نزدیکی صورت گیرد آبستن کنند و به تعبیر دیگر اسپرماتوزئید را با وسایل پزشکی وارد رحم زن کنند و از این راه او را باردار کنند. به خاطر وجود علم ژنتیک 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. ما در این مقاله به بحث از احکام فقهی، حقوقی نسب فرزندان حاصل از این نوع بارداری پرداخته و با توجه به پیامدهای اجتماعی و

مولف مسئول: اسدالله لطفی- تهران: دانشگاه بین المللی امام خمینی (ره)
گروه فقه و حقوق، دانشگاه بین المللی امام خمینی (ره)
E mail: lotfi.asadollah@yahoo.com

تاریخ دریافت : ۹۰/۱۰/۴ تاریخ ارجاع جهت اصلاحات : ۹۰/۱۱/۱۶ تاریخ تصویب : ۹۰/۱۲/۱۶

[Downloaded from jmums.mazums.ac.ir on 2024-03-29]

حقوقی این بحث و ضرورت این امر، راه حل‌های مناسبی در رابطه با بحث نسب این‌گونه افراد ارائه می‌شود 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 نمی شود، پیشنهاداتی نیز جهت تدوین مواد قانونی مرتبط برای حل و فصل مشکلات آن‌ها ذکر شده است.

پیشینه موضوع

تلقیح مصنوعی برای نخستین بار در سال ۱۷۶۵ میلادی به منظور اصلاح نژاد و تکثیر نسل حیوانات، به‌وسیله یک دانشمند آلمانی به نام جاکوبین بر روی ماهی‌ها انجام شد و متعاقب آن برای تولید مثل انسان نیز مورد آزمایش قرار گرفت. در برخی کشور ها مانند آمریکا معمول گردید و 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 چهل 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 کشوهای 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 اهمّ پدیده‌ها و پیشرفت‌های این قرن محسوب می‌شود و سالیان مدیدی است که در بیشتر کشورهای دنیا مورد استفاده قرار می گیرد. بهره‌گیری از این فن‌آوری از سال ۱۳۶۸ در ایران آغاز شد و هم اکنون 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، ابواب فقهی مرتبط و اصول وکلیات فقه شیعه و از ادلّه و روایات خاص مربوط به شیوه‌های غیرطبیعی تولیدمثل می‌توان احکام و آثار باروری پزشکی را استنباط کرد(۱).

رحم جایگزین

یکی از مواردی که موجب استفاده از تلقیح مصنوعی بوده و موضوع مورد بحث ما هست جایی است که برخی از زنان به طور مادرزاد فاقد رحم بوده و یا به دلیل بیماری، رحم آن‌ها برداشته شده باشد ودر 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 می سازد که در این موارد برای چنین زنی از رحم یک زن دیگر(رحم جایگزین) انجام می‌گیرد که به این حالت «اجاره رحم» اطلاق می‌شود.

مفهوم استفاده از رحم جایگزین

جانشینی در بارداری توافقی است که بر پایهٔ آن، زنی (مادر جانشین) می پذیرد تا با روش‌های کمکی تولید مثل و استفاده از اسپرم و تخمکِ والدین حکمی یا اشخاص ثالث که در آزمایشگاه بارور شده و یا به جنین تبدیل شده، باردار شود و در حالی که ارتباط ژنتیکی با فرزند ندارد، فرزند ناشی از آن تخمک بارور شده یا به جنین تبدیل شده را حمل کند و پس از تولد، او را به زوج طرف توافق (والدین حکمی یا متقاضی) تحویل دهد. والدین حکمی یا متقاضی، زن و شوهری هستند که خواستار فرزند می باشند

[Downloaded from jmums.mazums.ac.ir on 2024-03-29]

و مادر جانشین، کودکی را که با آن‌ها ارتباط ژنتیکی ندارد، برای آن‌ها حمل کرده و به دنیا می‌آورد.

مشروعیت رحم جایگزین

هم‌چنان که اشاره گردید، یکی از راه‌های صاحب فرزند شدن زوج‌های نابارور، بهره‌گیری از فن‌آوری«رحم جایگزین»است. 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 نگه دارد در چنین مواقعی دو صورت فرض می شود:

اول، 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 بیشتر فقهاء بلکه قریب به اتفاق آن‌ها خواه این زن صاحب تخمک باشد یا همسر دیگر او باشد، دلیلی بر حرام بودن آن نیست. چرا که در تمام این صورت‌ها مرد نطفه خود را در رحمی قرار داده که برای او حلال است و زن هم نطفه شوهر خود را حمل کرده است. البته فقهای اهل سنّت در این فرض اختلاف نظر دارند. عده‌ای برای تأمین مصلحت استوار ماندن بنیان خانواده و نظایر آن، این عمل را جایز می‌دانند(۲). در مقابل گروهی با این استدلال که امکان اختلاط نسب از طرف مادر در این فرض وجود دارد، حکم به عدم جواز آن داده اند(۳).

دوم، جنین به رحم زنی منتقل شود که آمیزش با او بر این مرد حرام است. بسیاری از فقهای اهل سنّت تلقیح را در این حالت حرام دانسته اند(۴). برخی از این مخالفت‌ها مستند به آیات و احادیثی است که روابط جنسی را جز در موارد معیّن حرام می‌دانند. به نظر مخالفان این ادله اصولاً دخالت عامل ثالث را در انعقاد نطفه ممنوع دانسته اند ولی با توجه به این که در فرض مورد بحث، جنین از خود زوجین نشأت می یابد، شمول ادلهٔ یاد شده بر آن قابل مناقشه است. علت مهم‌تر مخالفت، آثار ناشی از جانشینی و اجارهٔ رحم و اشکالات شرعی و حقوقی آن، از جمله مسئله نسب مادری، است(۵). این اشکالات البته حل نشدنی نمی‌نماید، مثلاً اشکال لزوم کشف عورت را چنین پاسخ داده می‌شود که در برخی موارد چنین استلزامی وجود ندارد و در پاره‌ای موارد، به دلیل ضرورت یا عسر و حرج، حرمت از اساس منتفی است(۶). همچنین، موضوع لزوم احتیاط نمودن در امور جنسی (یا «فروج » به اصطلاح احادیث و فقها) در فرض مورد بحث که رابطهٔ زوجیت وجود دارد، مصداق نمی‌یابد. فقهاء دربارهٔ مشکل نسب مادریِ فرزند حاصل از تلقیح هم بحث و راه حل آن را بررسی کرده‌اند که در ادامه مقاله ذکر می‌شود. اما این موضوع در فقه امامیه تا حدودی اختلافی است. برخی فقهای امامیه این‌گونه تلقیح را روا شمرده‌اند، مشروط بر آن‌که ضوابط شرعی (از قبیل حرمت نظر یا لمس) رعایت شود(۷). البته برای انتقال جنین به رحم جانشین، رضایت صاحبان اسپرم و تخمک (زن و شوهر) و نیز اجازهٔ شوهرِ زن اجاره دهندهٔ رحم ضروری است(۸). آیت ا... خامنه‌ای در پاسخ به سؤالی به این صورت که آیا تلقیح نطفه‌ی مرد اجنبی به همسر مردی که بچه دار نمی‌شود، از طریق قرار دادن نطفه در رحم او جایز است؟ پاسخ داده اند که: «تلقیح زن از نطفه‌ی مرد اجنبی فی نفسه اشکال ندارد ولی باید از مقدمات حرام از قبیل نگاه و لمس حرام و غیر آن‌ها اجتناب شود و به هر حال در صورتی که با این روش کودکی به دنیا بیاید، ملحق به شوهر آن زن نمی‌شود بلکه ملحق به نطفه و به زنی که صاحب رحم و تخمک است. می شود»(۹)آیت ا... صانعی نیز وارد نمودن اسپرم مرد اجنبی به رحم زن را حرام دانسته اند. اما به نظر ایشان می‌توان اسپرم مرد اجنبی و تخمک همسر را در خارج (شرایط آزمایشگاه) مخلوط کرد و سپس جنین حاصل را به رحم زن انتقال داد که در این صورت، همسر که صاحب تخمک منشا ء است، مادر محسوب می‌شود و صاحب اسپرم نیز در صورتی که از نطفه‌ی خود اعراض نکرده باشد، پدر محسوب می‌شود(۱۰). با این حساب با توجه به آیات و روایت ذکر شده و نیز

[Downloaded from jmums.mazums.ac.ir on 2024-03-29]

نظر فقها این گونه نتیجه گرفته می‌شود تلقیح اسپرم مرد اجنبی با تخمک زن شوهردار عملی حرام است. ولیکن مطابق فتوای برخی از فقهاء تلقیح اسپرم و تخمک زوجین و قرار دادن آن در رحم زن دیگر به عنوان رحم استیجاری اشکالی ندارد.

حالات استفاده از رحم جایگزین

استفاده از رحم جایگزین در فرآیند تولید مثل را بر پایهٔ مقسم‌های متفاوت مانند وجود یا عدم وجود ارتباط ژنتیکی بین والدین و فرزند، کیفیت قرارداد یا آثار آن می‌توان به چند قسم تقسیم کرد؛ برای مثال، جانشینی در بارداری را بر پایهٔ وجود یا عدم وجود ارتباط ژنتیکی مادر جانشین (زن ثالث) و والدین، اعم از حکمی یا متقاضی با جنین به سه دسته تقسیم کرده اند(۱۱).

الف) جانشینی در بارداری

مادر جانشین هیچ ارتباطی با کودک ژنتیکی ندارد و او تنها به موجب توافق جانشینی در بارداری، تخمک بارورد شده یا جنین رشد یافته در خارج رحم را که متشکل از اسپرم و تخمکِ والدین حکمی است و با استفاده از روش‌های کمکی تولید مثل به وی منتقل و باردار شده است حمل می‌کند(۱۲) این قسم در مقایسه با اقسام دیگر، رواج بیشتری دارد و عمدهٔ بحث مجامع حقوقی و قضایی در استفاده از رحم جایگزین بر پایهٔ این قسم است.

ب) جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی

این شیوه بر پایهٔ ارتباطی سه گانه میان والدین متقاضی، زوج یا اشخاص ثالث صاحب اسپرم و تخمک یا جنین و مادر جانشین استوار است؛ بدین گونه که زن و شوهر نابارور (والدین متقاضی) از تخمک یا جنین اهدایی والدین حکمی (اشخاص ثالث) برای باروری مادر جانشین استفاده می‌کنند؛ بنابراین، این قسم با نظر به استفادهٔ زوج نابارور از تخمک بارور شده یا جنین اهدایی، به دو قسم قابل تقسیم است:

۱. جانشینی با استفاده از جنین اهدایی

مادر جانشین و زوج نابارور (والدین متقاضی) در این قسم، هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه ندارند؛ چراکه ابتدا اسپرم و تخمکی از زوج‌های دیگر یا مردان و زنان ثالثی که از یکدیگر بیگانه‌اند، تهیه و در آزمایشگاه بارور می‌شود و سپس تخمک بارور شده، رشد داده می شود تا آن‌که به جنین تبدیل می شود، سپس جنین بر مبنای قراردادی بین والدین متقاضی با مادر جانشین به رحم وی منتقل می‌گردد. سرانجام، مادر جانشین پس از حمل و زایمان، آن را به والدین متقاضی تحویل می دهد. استفاده از این قسم در استفاده از رحم جایگزین رواج زیادی ندارد، اما احتمال و امکان استفاده از این شیوه وجود دارد و داخل بودن آن در موضوع بحث ممکن است.

۲. جانشینی با استفاده از تخمک اهدایی

مادر جانشین و مادر متقاضی در این قسم، ارتباط ژنتیکی با بچه ندارند؛ چراکه تخمک اهدایی از سوی زن ثالث با اسپرم پدر حکمی بارور می‌شود، سپس چنین تخمک بارور شده‌ای با استفاده از روش‌های باروری کمکی در رحم مادر جانشین کشت می‌شود. استفاده از این قسم نیز در استفاده از رحم جایگزین رایج نیست و توجیه زیادی ندارد. اما احتمال و امکان استفاده از این شیوه وجود دارد و داخل بودن آن در موضوع بحث نیز ممکن است.

مشروعیّت یا عدم مشروعیّت جانشینی از بارداری

برای آن که توافق و رابطهٔ بین والدین حکمی با مادر جانشین در موضوع استفاده از رحم جایگزین، در شمار وقایع حقوقی شمرده شود و به گونه‌ای باشد که اثر یا آثار حقوقی‌ای را برای طرف‌های مرتبط با آن ایجاد کند، ضرورت دارد قانون‌گذار نخست، سبب و فرآیند چنین پدیده‌ای را با مبانی نظام خود بررسی و مشخص کند که آیا این گونه بهره وری از رحم بر پایهٔ نظام مزبور، شرایط وقایع حقوقی را دارد و ممکن است در شمار آن‌ها شمرده شود یا نه؟ و در صورت مثبت

[Downloaded from jmums.mazums.ac.ir on 2024-03-29]

بودن پاسخ، نوع و چگونگی آن را تعیین کند(۱۳). چنین امری تاکنون در قوانین ایران تحقّق نیافته است و از سوی قانون‌گذار ایران، قانون خاصّی که به موضوع جانشینی در بارداری اختصاص یافته باشد و چگونگی آن را تبیین کرده باشد، تصویب یا تدوین نگردیده است و رأی وحدت رویّه‌ای نیز در این باره وجود ندارد. بنابراین، برای تعیین وضعیت حقوقی چنین قراردادی بر پایهٔ نظام حقوقی ایران، گزیری نیست جز آن‌که از قواعد عمومی قراردادها و دیگر قوانین متناسب با این موضوع، مانند قانون نحوهٔ اهدای جنین به زوجین نابارور مصوّب تیرماه ۱۳۸۲ ش. استفاده کرد و از آن‌ها بهره برد. برای چنین هدفی ابتدا می توان از تعریف جانشینی در بارداری که مبیّن موضوع شناسی آن است بهره برد. این تعریف، بیانگر آن است که استفاده از رحم جایگزین پدیده‌ای است که در اثر ارادهٔ چند شخص و توافق ارادهٔ آن‌ها با یکدیگر به وجود می‌آید. از این رو، قسم «عقود» از «اعمال حقوقی» گسترهٔ مناسبی است که بتوان سبب و شرایط پدیدهٔ جانشینی در بارداری در آن بررسی کرد و با تبیین وضعیت حقوق ایران در این باره و در صورت فراهم بودن شرایط لازم، نوع آن را نیز تعیین کرد.

طبق مادّهٔ ۱۹۰ ق.م. شرایطی مانند «قصد طرفین و رضای آن‌ها»، «اهلیت طرفین»، «موضوع معیّن که مورد معامله باشد» و «مشروعیّتِ جهت معامله» برای صحت هر معامله یا قراردادی اساسی است. چنین شرایطی جای بررسی دارد، اما بحث مهم و اصلی در این نوشتار، شرایط موضوع معامله است؛ چراکه مورد معامله یا موضوع قرارداد جانشینی در بارداری، از نظر فقهی(۱۴) و طبق مادّهٔ ۲۱۵ و ۹۷۵ ق.م.، باید «متضمّن منفعت عقلایی مشروع» و غیر منافی با «اخلاق حسنه» باشد. این موضوع موجب می‌شود تا بررسی شرط مشروعیّت موضوع قرارداد در چنین قراردادهایی به دلیل جدید بودن آن‌ها، اهمیت ویژه پیدا کند و بررسی آن نسبت به دیگر شرایط صحت قراردادها تقدّم یابد. چراکه اگر مشخص شود که موضوع این گونه قراردادها، نامشروع و فاقد چنین شرطی است، بررسی دیگر شروط و درستی یا نادرستی آن‌ها نتیجه‌ای را در برنخواهد داشت.

قانون ایران دربارهٔ مشروعیّت یا عدم مشروعیّت موضوع جانشینی در بارداری سکوت کرده و حکم آن را تعیین نکرده است. پس باید با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و مادّهٔ ۳ آیین دادرسی مدنی، حکم مشروع یا نامشروع بودن موضوع چنین قراردادهایی را در منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر جست وجو کرد. حکم مشروع یا نامشروع بودن قسمت‌های مختلف جانشینی در بارداری و مراحل هریک از قسمت‌ها با یکدیگر یکسان نیست. حال، هر یک را به ترتیب بررسی می کنیم:

الف) حکم جانشینی در بارداری

این قسم جانشینی در بارداری از دو مرحلهٔ جمع‌آوری اسپرم و تخمک زوج نابارور و بارور کردن آن‌ها با یکدیگر و همچنین بارور کردن رحم مادر جانشین با تخمک مزبور یا جنین حاصل از آن تشکیل می شود. مرحلهٔ نخست آن، یعنی نفس عمل جمع‌آوری اسپرم و تخمک از زوج نابارور در صورتی که دارای مقدّمات حرامی مانند نگاه، لمس نامحرم و خودارضایی نباشد و همچنین بارور کردن تخمک زن با اسپرم همسرش در داخل یا خارج رحم، از نظر فقهی منعی ندارد و در منابع فقهی، دلیلی بر عدم مشروعیّت آن‌ها نیست(۱۵). در نتیجه، فقهاء نیز بنا به نبود دلیل بر حرمت و با استناد به اصل اباحه، آن را جایز دانسته و فتوایی بر حرمت آن‌ها ندارند(۱۶). قانون «نحوهٔ اهدای جنین به زوجین نابارور» نیز بر جواز قانونی باروری تخمک زن با اسپرم همسرش در خارج از رحم اشاره دارد. مادّهٔ ۱ این قانون بیان می کند: به موجب این قانون، کلیّهٔ مراکز تخصّصی 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

[Downloaded from jmums.mazums.ac.ir on 2024-03-29]

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 است اقدام نمایند. بنابراین، این مرحله از نظر شرعی و قانونی منعی ندارد. اما مرحلهٔ دوم آن، یعنی بارور کردن رحم زن دومی با تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته از آن، بدون وجود رابطهٔ زناشویی بین مرد صاحب اسپرم و زن صاحب رحم جانشین، این گونه نیست و دیدگاه‌های فقهی و فتاوی در جواز(۱۷) و عدم جواز آن وجود دارد(۱۸). این که کدام یک از این دو قسم فتاوی با ساختار منابع و اصول فقهی موافق تر و با حکم واقعی مطابق است، امری درون فقهی است و بررسی تفصیلی آن‌ها نوشتار دیگری را اقتضا دارد. اما در این نوشتار، به اختصار و در حدّ ضرورت به مباحثی از آن‌ها برای تنویر بیشتر بحث پرداخته می‌شود. منابع فقهی، بیشتر به باروری مصنوعی اختصاص دارد و موضوع جانشینی در بارداری در آن ها کمتر مطرح و بررسی شده است. در میان استفتائات نیز فقط چند استفتاء است که به نفس جانشینی در بارداری پرداخته و در آن‌ها نیز به طور معمول، فقط حکم موضوع بیان شده است، بی‌آن‌که دلایل حکم در آن‌ها بررسی شود. اما به نظر می‌رسد برخی از مباحث مطرح در باروری کمکی زن با اسپرم مرد بیگانه، دربارهٔ مرحلهٔ دوم جانشینی در بارداری نیز مورد استناد قرار گرفته است. بنابراین، فقهایی که حکم به عدم جواز استفاده از رحم جایگزین بدون وجود رابطهٔ زناشویی می‌کنند، به دلایلی نیز استناد می‌نمایند که به جهت پرهیز از اطاله سخن از بیان دلایل آن‌ها خودداری می‌کنیم. اما مسأله مورد بحث با توجه به مبتلا به بودن آن در جوامع امروزی منشأ ایجاد مسائل حقوقی شده است، در قوانین موضوعه ایران موضوع تلقیح مصنوعی و به دنبال آن بحث اجاره رحم به سکوت برگزار شده و از این جهت نیاز قانون‌گذاری در این مورد است. در این قسمت به تحلیل و بررسی نسب طفل حاصل از رحم استیجاری می‌پردازیم.

نسب

شاید بتوان گفت مهم‌ترین مساله 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؟ برای پاسخ به این پرسش ضروری است که بحث را در نسب مادری و پدری به طور جداگانه پی‌گیریم و در ابتدا مفهوم نسب را توضیح دهیم:

مفهوم نسب

نسب از نظر لغت مصدر و به معنای قرابت، علاقه و رابطه بین دو شی است(۱۹) ماده نسب، ص ۸۰۳ در زبان فارسی به معنای نژاد، اصل و خویشاوندی است(۲۰). در کتب حقوقی نسب چنین تعریف شده است: «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»(۲۱). تعریف مزبور، حقیقت و ماهیت نسب را بیان نمی‌کند یعنی در این‌که ماهیت نسب یک امر حقیقی است. یا اعتباری؟ قانون‌گذار اشاره‌ای نکرده است با توجه به عدم تعریف ماهیت نسب از سوی شارع یا قانون‌گذار می‌توان ادّعا کرد که مقنن در رابطه با حقیقت نسب از عرف پیروی می‌کند و به اصطلاح اصولی، در مورد عنوان نسب، حقیقت شرعیه یا متشرّعه‌ای وجود ندارد، البته این بدان معنا نیست که نسب اعتباری محض است و هیچ‌گونه وجود حقیقی ندارد، بلکه نسب از اعتبارات نفس الأمری و دارای منشأ اعتبار واقعی است. حال سؤال این است که عرف چه چیزی را منشأ اعتبار رابطهٔ 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

در این‌که مادر قانونی طفل تولد یافته از حالت جانشینی

[Downloaded from jmums.mazums.ac.ir on 2024-03-29]

در بارداری، چه کسی است؟ در این خصوص سه نظر عمده وجود دارد:

الف: عده‌ای از فقهاء ملاک انتساب فرزند به مادر را زائیدن 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 می پنداشتند و با وجود این، زن صاحب رحم را مادر می دانستند. این نشان می‌دهد که مبنای داوری آن‌ها زائیدن بوده است، یعنی زنی که کودک را زایمان می‌کرد، او را مادر دانسته و قانون‌گذار اسلام نیز این عرف را تحت شرایطی امضاء کرده است(۲۲). این گروه در ادامه برای اثبات نظر خود به آیاتی از قرآن استناد کرده‌اند از جمله آیه ۲سوره مجادله است که می فرماید: "الذین یظاهرون منکم من نسائهم ماهنّ امهاتهم ان امهاتهم الّا اللائی ولدنهم..." مطابق این دیدگاه در این آیه شریفه مادر بطور مطلق و به صیغه حصر، کسی است که فرزند را به دنیا آورده است. بر پایه این استدلال فرزندی که از انتقال جنین به دنیا آمده است، به صاحب رحم منسوب می‌شود. بر همین مبنا صاحب جواهرالکلام در یک واقعه مشهور(۲۳) کودک را به همسر مرد، ملحق نمی‌سازد. به این دلیل که از او متولد نشده است. سیدمحمدصادق روحانی می نویسد: "... 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(ان امهاتهم الّا اللائی ولدنهم)(۲۴).

در پاسخ از استدلال به این آیه فوق می توان گفت: اولاً: این آیه در مقام ردّ کسانی است که اظهار 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 می دهد که صرف گفتن این جمله سبب نمی‌شود که همسر مرد، مادر وی به شمار آید زیرا مادر او همان زنی است که او را زائیده 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 قرار گیرد که بر نسب و آثار آن دلالت می‌کنند مطلب روشن‌تر می شود. مثل آیاتی که لفظ أصلاب در آن آمده یا آیاتی که بین فرزند و فرزند خوانده تفاوت قائل می شود و می‌فرماید: «و حلائل ابناءکم الذین من اصلابکم(نساء/۲۳) و همسران پسران 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 « وَلَدَ » 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 «و والد و ما ولد» کلمه وما ولد به معنی زایمان نیست و همچنین اطلاق والد به پدر مانند اطلاق والده است به مادر، بنابراین لازم است«و ما ولد» و «ولدنهم» به معنی غیر از زایمان حمل شود.

دلیل دیگر این گروه یک دلیل علمی است. بدین ترتیب که از نظر علمی 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 متاثر از رحم است(۲۵). چنان که خداوند متعال می‌فرماید: یخلقکم فی بطون امهاتکم خلقاً من بعد خلق فی ظلمات ثلاث...(زمر/۶). شما را در شکم های مادرانتان آفرینشی پس ازآفرینش(دیگر)در تاریکی های سه گانه[مشیمه،

[Downloaded from jmums.mazums.ac.ir on 2024-03-29]

رحم و شکم] خلق می‌کند و یا در جای دیگر می‌فرماید: الله یعلم ما تحمل کل انثی و ما تغیض الارحام و ما تزداد...(رعد/۸) خدا می‌داند آن چه را که هر ماده‌ای(در رحم) باز می‌گیرد و نیز آن چه 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 پرورش دهنده کاهش دهیم؟(۲۶) 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 علم به آن‌ها، غیر ممکن است. ثانیاً: از نظر پزشکی ثابت شده که در آماده‌سازی برای پذیرش جنین و کنترل رشد تهاجمی آن، کنترل و مهار سیستم دفاعی موجود در رحم اهمیت دارد تا جنین دفع نگردد لذا قرار داشتن در رحم نقش دارد.تبادل پیام ها در زمان لانه‌گزینی جنین و در نتیجه تمایز و نمو سلول‌های تمایز نیافته جنین، تشکیل جفت برای مبادلات غذایی، تنفسی و مواد دفعی جنین با مادر، این نقش‌های رحم، اگرچه فراتر از یک ظرف و تغذیه تنها برای جنین است، اما این مقدار آگاهی از نقش های رحم، جنبه های زندگی و تشکیل دهندگی برای جنین ندارد و داوری عرف را درباره پیدایش جنین از اسپرم و تخمک دگرگون نمی کند. بنابراین، دلیل علمی این گروه هم قابل خدشه می باشد.

دلیل آخر این گروه عبارت از عدم قابلیت زیست‌پذیری جنین در خارج از رحم می باشد. 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 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 می شود، بنابراین زن صاحب رحم مادر قانونی خواهد بود. اما با دقت نظر در این خصوص ملاحظه می‌شود که از نظر زیست شناسی، 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 تشکیل دهنده از ترکیب اسپرم و تخمک برای مدتی که دوران جنینی نام دارد در رحم به زندگی خود ادامه می دهد 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 ارائه 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 می دانند و بر این عقیده‌اند که عرف به روشنی هر دو زن را مادر طفل می‌شناسد و مانعی ندارد که کودکی صاحب دو مادر باشد چرا که رابطه پدری و مادری نیز دو رابطه هستند که در یک زمان با هم وجود دارند. بدین ترتیب طفل در یک زمان می تواند 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 آیت الله سیستانی در این مورد می نویسد: نسبت به هر دو احتیاط ترک نشود، سیدمحمد شاهرودی می‌گوید:...آن کودک فرزند صاحب رحم می‌باشد و نسبت به صاحب رحم جانب احتیاط را رعایت نمایند(۲۷). البته لازم به ذکر است که عده‌ی دیگری از همین گروه قائلند که گرچه این گونه اطفال دارای دو مادر می‌باشند ولی نمی‌توان آن‌ها را مادر نسبی به شمار

[Downloaded from jmums.mazums.ac.ir on 2024-03-29]

آورد بلکه آن‌ها را باید مادر رضاعی تلقی کرد زیرا هر دو در پیدایش و تکون نوزاد تاثیرگذار و سهیم بوده‌اند. از سوی دیگر دلیل قاطعی هم نیست که مادر شرعی اختصاص به هریک از آن دو دارد. در پاسخ به این نظر می گوییم: ادعای این‌که عرف چنین برداشتی را دارد قابل قبول نیست زیرا آن‌چه عرف می پذیرد 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. چنان‌چه اگر بعد از ترکیب اسپرم و تخمک زوجین، نطفه را در دستگاه قرار دهند هیچ گاه عرف نمی‌گوید دستگاه مادر قانونی طفل است. استناد به رابطه پدری و مادری در یک زمان برای اثبات دو رابطه مادری نیز عقلائی نیست. زیرا جنین از ترکیب اسپرم پدر و تخمک مادر ایجاد می‌شود یعنی اجزاء تشکیل دهنده نطفه از پدر و مادر است ولی در مورد زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم نمی توان 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 داد که نا تمام بودن این نظریه را اثبات می کند.

ج: مادر حکمی(ژنتیکی) مادر قانونی طفل است

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. 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 مرد به‌وجود آمده است. پس از این مرحله، تغذیه، پرورش و رشد جسمانی و روحی جنین هیچ نقشی جز استمرار بقا و رشد وی ندارد(۲۸) 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 می کنیم 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. آیت الله 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 می باشد و یا آیت الله سید محمدسعید حکیم می گوید:..فرزند به زن و شوهر ملحق می شود و به صاحب رحم ملحق نمی‌شود(۲۹). 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 می کند 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 می شود، چگونه علاقه صاحب تخمک به آن جنین هدر می‌رود؟»(۳۰).

ما بعد از ذکر اقوال مختلف باید بگوئیم 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 فیمابین 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 نداشته باشد، در این صورت با توجه به دلایل ذیل قول سوم یعنی مادر بودن صاحب تخمک معقول‌تر می‌باشد: الف:حقایق علمی و دستاوردهای پزشکی، کودک تولد

[Downloaded from jmums.mazums.ac.ir on 2024-03-29]

یافته را، محصول اسپرم پدر حکمی و تخمک مادر حکمی می‌دانند و هیچ نقش اصلی و کلیدی برای رحم مادرجانشین قائل نیستند، ب: 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) می‌شناسد، ج: تشابه با اسپرم، تکوین جنین و پیدایش طفل، همواره با دو عنصر اسپرم و تخمک حاصل می‌آید، و چون همیشه صاحب اسپرم(دست کم در غالب موارد)، پدر کودک محسوب می‌شود، طبعاً صاحب تخمک نیز مادر او به شمار خواهد رفت و د: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 کنوانسیون‌های بین‌المللی هم به رسمیت شناخته شده است. در واقع مصالح و منافع کودک، مبنای جهت‌گیری قانون‌گذاران و عرف عقلا در شناسایی نهادهای حقوقی مزبور است.حال که زن صاحب تخمک اصرار به بردوش گرفتن مسئولیت مادری کودک را دارد می‌توان به منظور حمایت از کودک، وی را مادر قانونی قلمداد نمود و صاحب رحم را که هیچ انگیزه‌ای 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، مسائل مرتبط با ازدواج و ارث و... که بر یک کودک سالم صحیح و صالح و پاک بار می‌شود بر این گونه کودکان نیز بار می‌شود.

نسبت زن صاحب رحم با طفل

در ارتباط با طفل، زن صاحب رحم در حالت کلی هیچ نوع رابطه سببی با فرزند ندارد، اما در مورد نسبت بین ایشان و فرزند اختلاف نظر وجود دارد. بدین ترتیب که بنا به نظر گروهی از فقهاء هیچ حکم خاصی بین آن‌ها وجود ندارد مگر در جایی که صاحب رحم بعد از تولد طفل را شیر بدهد که در این صورت احکام رضاعی تحقق می‌یابد. عده ای دیگر از فقهاء جانب احتیاط را گرفته و گفته اند: زن صاحب رحم، خواه به کودک، شیر بدهد و خواه شیر ندهد نسبت به آن کودک محرم می باشد(۳۱). به نظر می‌رسد در این مورد بگوییم: 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 آن‌دو نوعی محرمیّت تصور می‌کند چنان که اخلاق عمومی به شدت پرهیز می دهد و آن را از رابطه رضاعی، قویتر می داند. اگر یک شبانه روز شیر خوردن در آغوش زنی، او را در حکم مادر طفل قرار می دهد، منطقی خواهد بود که پرورش یافتن در رحم او به مدت نه ماه، حرمت در نکاح ایجاد کرده و حتی می توان 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 پرورش دهنده جنین حاصله از اسپرم تخمک زن و شوهر وی، 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 کرده اند. یکی از مهم‌ترین این راه کارها برای اثبات نسب پدری، أماره فراش است منظور از أماره فراش این است که اگر طفلی از زن شوهردار به

[Downloaded from jmums.mazums.ac.ir on 2024-03-29]

دنیا بیاید و انتساب آن به شوهر مشتبه باشد به موجب این قاعده، کودک به شوهر آن زن ملحق می‌شود مستند اصلی قاعده فراش، حدیث نبوی(ص) است که می‌گوید: «الولد للفراش و للعاهر الحجر»(۳۲) 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. مطابق احتمال دوم می‌توان کودک ناشی از رحم جایگزین را به والدین حکمی ملحق کرد زیرا میان آن دو، رابطه زوجیت وجود داشته است. اما بنابر 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 بشود. بنابراین می‌توان مدعی شد که واژه نزدیکی در ماده ۱۱۵۸ق.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 تمییزواکراه) کودکانی که از رابطه مشروع به وجود می‌آیند، کودکان مشروع هستند، ۲- رابطه نامشروع، آن نیز شامل زنا و تفخیذی 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 مسئله مادر جانشین را مثال آورد. با توجه به این مطالب در اثبات نسب پدری در مسئله ما در جانشین می‌توان گفت: این کودک، حاصل عملی است که ارکان تشکیل‌دهنده رابطه مشروع را دارا است: نخست، رابطه زوجیت میان مرد و زن وجود دارد، دوم، تکوّن کودک پس از نزدیکی تحقق یافته و سوم، نزدیکی نیز در کار بوده است. 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. چهارم این‌که، 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 مسئله و اشکالات آن در مسئله 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 (مادرجانشین) وجود دارد. فقهای معاصر اگرچه به‌طور صریح به مسئله مادرجانشین نپرداخته‌اند اما از فتاوای آن‌ها درباره کودک ناشی از عمل تلقیح مصنوعی می‌توان نظر مساعد آنان را از باب وحدت موضوع، در محل بحث نیز برداشت کرد. به تعدادی از نقطه نظرات آنان اشاره می‌شود: اگر منی مرد را در رحم زنش وارد کرد چه به وجه حلال یا حرام و از آن، کودکی متولد گردد، اشکالی نیست که کودک تعلق به زن و مرد داشته و همه احکام فرزند را دارد(۳۳) 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(۳۴) با یک نگرش کلی به نظرات فقهاء درباره تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر می‌توان به خوبی دریافت که از منظر آنان چنان‌چه اسپرم شوهر به هر شکلی با تخمک همسرش

[Downloaded from jmums.mazums.ac.ir on 2024-03-29]

ترکیب گردد(به شرطی که از مقدمات حرام مانند نگاه بیگانه به اندام تناسلی زن اجتناب گردد) اعمّ 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 کودک حاصل از آن نیز به همین مرد و زن انتساب می‌یابد. حقوق‌دانان هم نیز بر این عقیده هستند که طفل متولد شده(از طریق تلقیح مصنوعی)، طفل قانونی است و تمامی شرایط لازم برای نسب قانونی را دارا می‌باشد(۳۵) و 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 چرا که هیچ عمل نامشروعی انجام نگرفته است(۳۶). علاوه بر این‌ها با مراجعه به علوم تجربی می‌بینیم که از نظر پزشکی، منشأ پیدایش و ماده سازنده جنین از ناحیهٔ 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 ادّعا، آیات و روایاتی است که در این زمینه وجود دارد، به عنوان مثال در آیهٔ «و هو الّذی خلق من الماء بشراً فجعله نسباً و صهراً...» (فرقان/۵۴) منشأ پیدایش انسان بیان شده است. از تفریع «جَعَل» 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 تکوّن از طفل از نطفه می‌داند و اعتبار عرف منشأ واقعی دارد.

در موضوع نسب طفل، با استناد أدله فقهی خصوصاً قرآن کریم به این نتیجه رسیدیم که صاحب تخمک، مادر کودک محسوب می‌شود و زنی که جنین را 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. 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.

در پایان نتیجه می‌گیریم بر مبنای قانون نحوهٔ اهداء جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲/۴/۲۹ و آیین‌نامهٔ اجرایی آن مصوب ۱۳۸۳/۱۲/۱۹، درمان ناباروری با انتقال جنین‌های تشکیل شده از نطفهٔ زوج‌های قانونی و شرعی در خارج از رحم با شرایطی مجاز است. به موجب مادهٔ ۱ این قانون: «کلیهٔ 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 ۲و ۴ قانون و۳ تا۵ 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. بنابراین پیشنهاد می‌گردد قانون‌گذار محترم هرچه سریع‌تر نسبت به وضع قوانین مکفی و مناسب نسبت به این مورد اقدام نماید. در این قانون تدابیری جهت قانونمند کردن مواردی چون اهلیّت 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 او از لحاظ معیشتی و دیگر مواردی که در

[Downloaded from jmums.mazums.ac.ir on 2024-03-29]

قرارداد فیما بین منعقد شده است رعایت گردد. 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 فرزند دار شدن نیستند را به پذیرش کودک از پرورشگاه‌ها و کودکان بی‌سرپرست تشویق و ترغیب نمود که در این صورت علاوه بر این‌که معضل جدیدی ایجاد نمی‌گردد، از تعداد کودکان بی‌سرپرست جامعه نیز کاسته می‌شود. با توجه به این‌که صاحب اسپرم و تخمک پدر و مادر طفل حاصل از رحم اجاره‌ای محسوب شدند، آثار حقوقی فی‌ما بین کودک و پدر و مادر او از لحاظ ارث و نفقه و... مترتب می باشد، لذا لازم است تا قوانین حقوقی مناسبی در این موارد وضع گردد. 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 مسائل و احتمالات آتی از جمله لزوم تحویل نوزاد پس از تولد به زوجین صاحب تخمک و اسپرم توسط صاحب رحم، تعیین تکلیف شود. یکی از اساسی‌ترین مسایل در بحث از رحم اجاره‌ای 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 به‌واسطه زایمان دیگر باکره نخواهد بود که خود این امر مستلزم مباحث دیگری مانند وجوب مهریه می‌باشد. در مواردی که از رحم زن دیگری استفاده می شود توصیه می شود برای اطمینان یافتن از محرمیت زن صاحب رحم و فرزند، صاحب رحم نسبت به شیر دادن به فرزند تا میزانی که موجب حرمت بین آن دو می‌شود اقدام شود، اگر امکان چنین کاری نبود صیغه محرمیتی بین آن دو خوانده شود تا از مشکلات احتمالی آتی کاسته شود.

References

1. m.rezania moallem barvarihaye pezeshki as didghahe fegh va hghugh ghom entesharate daftare tablighate islamik 1383 shamsi .
2. M. Mohammad. Alahkam altabbieh. page 952 Beirut. Dar alnafayes. 2004 .
3. A. Aref. A. al ommol badalieh .j2p 118 Jorda: dar alnafayes. 1421.
4. ale mahmood majmoeye rasael jelde 3 resaleye 10 page 429/abdol javad mohammad bohuson fi ashariateleslamiyah valghanon tiattebel islamiya eskandaria page 121/ majmaolfeghe alislami page 37 .
5. rojoae konid be / majmaolfeghe alislami page 37 tehran 1418 .
6. ali sistani alfegh lelmoghtarebin page 281 ghom 1419 / ali sistani almostahdasat menalmasael ashareyyah landan 1416 w 14
7. sayyed ali ghamenei pezesh dar aaineye ejtehad (esteftaate as aayatollah ghamenei) yusofe sanei esteftaate pezeshki page 63 ghom 1377 / musavie ardabili esteftaate jelde 1 page 408 / mohammade moamen soghni rar bareye talghih sale 1 shmareye 1 va kalematon sadidah fi masaele jadidah page 66 ghom 1415 .
8. naser makareme shirazi esteftaate jaded jelde 2 page 610 ghom 1380 shamsi
9. ghamenei ajvebatilesteftaat jelde 2 page 282
10. sanei majmaolmasael esteftaat jelde 2 page 203 ghom 1386
11. nayebzadeh abbas barrasi hoghughie raveshhaye novine barvari masnuai page 79 enteshrate majd 1380
12. nayebzadeh abbas barrasi hoghughie raveshhaye novine barvari masnuai page 79

[Downloaded from jmums.mazums.ac.ir on 2024-03-29]

enteshrate majd 1380 / aghondi va mohammad reza sadeghi page 33 1380
13. katuzian naser hoghugh ghanevadeh jelde 1 page 345 daneshhkahe Tehran 1376
14. allamehe helli tazkeratolfoghaha jelde 2 page 22 1413/ mohagheghe karaka jameolmaghased jelde 4 page 92 1408
15. mohammad moamen soghani dar talghih majelle gheghhe ahlolbyt namber 4/ gharrazi sayyed mohsen attalghih assensei va ahkamohu jelde 1 page 244 va 173 beyrut alghdir 1423
16. imam ghomeyni tahrir alvasilah jelde 2 page 621/ moosavi ghoie seratonnajat fi ajvebatel esteftaat/ mostahdasolmasael jelde 1 page 427 / sistsni esteftaat jelde 1 page 459 1416.
17. Aayatollah ghamenei ajvebatolesteftaat jelde 2 page 282 1381 / makareme shirazi esteftaate jaded jelde 2 page 610 ghom 1380 / lotfollah safi golpayegani esteftaat va nazariyyat faslnamehe rahnemun Tehran madresehe aali shahid motahhari sale 77 shomarehe 2/ musaviye ardabili esteftaat jelde 1 page 408 / yusofe sanei majmaolmasael esteftaat jelde 2 page 203 rar shmare ghaelan be javaz hastand
18. hazarate aayat sayed abolghsem khoyi serat annejat fi ajvebatel esteftaat ghom 1416/ mostahdasatol masael ghom 1401/ javade tabrizi esteftaat 1416 ali sistani alfegh lelmoghtarebin page 281 ghom 1419 va fazele lankarani jameol masael jelde 2 page 423 ghom matbuati amir az ghaelan be adame javaz hastand.
19. lois maluf almonjed beyrut dare demashgh 1997 miladi
20. hasane anvari farhnge bozorge sohkan jelde 8 entesharate sohkan 1381 / ali akbare dehhkoda loght nameh jelde 14 tehran enteshrate daneshgahe Tehran 1377
21. dr hasane emami hoghugh madani jelde 5 page 151 enteshrate islamiye 1379 / dr katuziyan hoghugh hkanevadeh jelde 2 page 1 enteshrate islamiye 1379
22. kg i S.A. ojoubat alesteftaat.j2p68 Tehran: alhoda.2003 ./. Sa. Y. majm almasael. Second sedition Tehran: meithame tammar. 1997
23. a. Aref A. al ommol badalieh .j2p 818 Jorda: dar alnafayes. 14.
24. Emami H. the civil law. Twelfth edition,j5 page151 Tehran: eslamie2004
25. n. Javaher alkalam. J4 page 298Tehran: dar alkotob aleslamieh. 2006
26. r. Samadi ahari M.H. the lineage from artificial insemination in iran and islam law.page 38 Tehran: ganje page35 danesh liberary. 2003
27. b. Badr al motevalli A. generalities of the islamic jurisprudence.j1 page283 Second edition. 1st part. 1986
28. R. Rezania moallem M.R. the medical pregnancies from view of Islamic jurisprudence and law.page324 Qom: boostane ketab. 2004
29. s. Samadi ahari M.H. the lineage from artificial insemination in iran and islam law. Tehran: ganje page35 danesh liberary. 2003
30. sh. Shahidi M. a series of law essays. Tehranpage 167 : hoghoughdan 2005
31. S. Samadi ahari M.H. the lineage from artificial insemination in iran and islam law. Tehran: ganje page35 danesh liberary. 2003
32. al azhar magazine. Number21.page 21. 2006
33. Y .yazdi M salaso rasael nashre page 34 amir kabir. 2003
34. tou .Sheikh tousi M. H. al estebsar.j4page368 Tehran: dar alkotob aleslamie. 2011/. Sadough M. man la yahzarohou alfaghih, j 4page 380qom: jameeye modarresin. 1413.

[Downloaded from jmums.mazums.ac.ir on 2024-03-29]

35. kh. Khomeini S.R. tozih almasael. page 430 masalehe 2875 Tehran: institutions of publishing of imam Khomeini s works.

36. kh. Khoii S.A. mostahdesat almasael. j2page42 Tehran: institution of publishing of khoyi s works.

[Downloaded from jmums.mazums.ac.ir on 2024-03-29]