

## بررسی احکام فقهی - حقوقی کودکان متولدشده از رحم جایگزین<sup>۱</sup>

صدیقه مهدوی کنی \*

بهناز احمدوند \*\*

انسیه نوراحمدی \*\*\*

### چکیده:

رحم جایگزین، مادر بدلی یا رحم اجاره‌ای، پدیده‌ای است که در سایه‌ی پیشرفت علم ژنتیک و علم جنین‌شناسی به تجارت رایجی در جهان امروز و به خصوص در کشورهای فقیر تبدیل شده است و از آنجا که منشأ ایجاد مسائل مختلف فقهی و حقوقی گشته است، فقها و حقوقدانان به بررسی آن پرداخته و در صدد پاسخگویی به مسائل مطروحه در آن می‌باشند. در این مقاله بر آن شدیم تا نسب کودکان تولد یافته از این طریق را از منظر فقه و حقوق بررسی نماییم و مسائل مترتب بر آن از جمله: محرمیت، حضانت، وراثت، ولایت و ... را بیان نموده و جایگاه کودک را در کانون خانواده مطرح می‌نمایم، بررسی‌های صورت گرفته نشان می‌دهد که فقها و حقوقدانان با تمسک به اصول اسلامی، کلیات، معیارها و شاخص‌های عرفی و مصلحت بنیان خانواده و مصلحت طفل جوابگوی خلاءهای موجود بوده‌اند، تبیین مبانی ایشان حاصل این مقاله است.

**کلید واژه‌ها:** مادر جایگزین، مادر حکمی، نسب، ولایت قهری، الزام به انفاق،

توارث.

۱- تاریخ وصول: ۸۹/۱/۲۲ تاریخ پذیرش: ۹۲/۲/۱۷

\* استادیار علوم قرآن و حدیث دانشگاه امام صادق (ع) s.mahdavi@isu.ac.ir

\*\* کارشناس ارشد حقوق ارتباطات دانشگاه علامه طباطبایی

\*\*\* کارشناس ارشد فقه و حقوق اسلامی دانشگاه یزد

## ۱- مقدمه

باتوجه به تعاریف مختلفی که فقها و حقوقدانان<sup>۱</sup> از نسب ارائه داده‌اند می‌توان در تعریف نسب چنین گفت:

نسب از نظر لغت به معنای قرابت، اصل، نژاد، خویشاوندی و پیوستگی و ارتباط بین دو شیء (انسان) است.<sup>۲</sup>

علی اکبر قرشی در قاموس قرآن آورده است که: «نسب و نسبت، اشتراکی است از طرف یکی از والدین نسبت طولی مثل اشتراک از حیث پدران و فرزندان و نسبت عرضی مانند نسبی که میان عموزادگان و برادرزادگان است»<sup>۳</sup>.

در نظر عرف فرزندی که از رابطه‌ی جنسی مرد و زن به وجود آید، بین او و والدینش رابطه‌ای برقرار می‌شود که عرف از آن به «نسب» نام می‌برد.<sup>۴</sup> پس نسب عرفاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه‌ی انسان دیگر انتزاع می‌شود.<sup>۵</sup>

«نسب عرفاً و لغتاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه‌ی انسان دیگر انتزاع می‌شود»؛ بنابراین ملاک اصلی در نسب پدری رابطه‌ی بیولوژیکی است که به لحاظ تکون طفل از اسپرم مرد می‌باشد، فلذا مرد صاحب اسپرم پدر طفل محسوب می‌شود. در این راستا می‌توان از ادله‌ی اثبات دعوی و اماره‌ی فراش<sup>۶</sup> بهره جست. پیرامون تشخیص مادر طفل ناشی از این روش تلقیح مصنوعی پنج نظریه وجود دارد که به بررسی و تحلیل آنها می‌پردازیم:

۱- ر. ک. حسین صفایی و دیگران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، تهران، دانشگاه تهران، چ اول، ۱۳۸۴، ص ۴۰۳؛ محمد، بروجردی عبده، کلیات حقوق اسلامی، چ ۲، تهران، گنج دانش، چ اول، ۱۳۸۰، ص ۲۸۰؛ نجفی، محمد حسن. جواهر الکلام. تهران، دارالکتب اسلامی، ۱۳۱۴، ج ۳۹، ص ۷؛ همان منبع، ج ۲۹، ص ۲۳۸؛ علی، شریف، حقوق خانواده، تهران، دنیای نو، چاپ اول، ۱۳۷۷، ص ۱۹۵؛ سید حسن، امامی، حقوق مدنی ۵، تهران، انتشارات اسلامی، چ ۲، ۱۳۷۴، ش ۵، ج ۵، ص ۱۵۱؛ سید حسن، امامی، حقوق مدنی ۳، تهران، انتشارات اسلامی، چ ۱۳، ۱۳۷۶، ش ۱۷۰.

۲- ابوالحسین، احمد بن فارس بن زکریا، معجم مقاییس اللغة، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ هـ ق، ج ۵، صص ۴۲۳-۴۲۴؛ احمد، سیاح، فرهنگ بزرگ جامع نوین، انتشارات اسلام، بی تا، ص ۲۰۲۲؛ خلیل بن احمد، الفراهیدی، کتاب العین، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۴ هـ ق، ج ۴، ص ۲۱۴؛ خلیل، جر، فرهنگ عربی - فارسی، سید حمید طبیبیان، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۶۵، ش ۵، ص ۲۰۴۲.

۳- سید علی اکبر، قرشی، قاموس قرآن، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷، ش ۵، ج ۶-۷، ص ۵۱؛ - حسین بن محمد، راغب اصفهانی، ترجمه و تحقیق مفردات الفاظ قرآن، غلامرضا خسروی (مترجم)، تهران، مرتضوی، چ ۲، ۱۳۸۱، ش ۳، ص ۳۲۲.

۴- سید علی، علوی قزوینی، «آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان»، مجله مجتمه آموزشی قم، ص ۱۹۲.

۵- عباس، نایب زاده، بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی - «مادر جانشین - اهداء تخمک اجنین»، ص ۲۶۲.

۶- ر. ک. زین الدین، الجعبی العاملی، الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه، تهران، مجد، ۱۳۸۰، ش ۴۳۱، ص ۴۳۱. محمد حسن، ربانی، «بررسی برخی از مباحث تلقیح»، مسائل مستحدثه پزشکی (۱)، مؤسسه ی بوستان کتاب، چ ۱۳۸۶، ص ۸۷ به بعد.

- الف) مادر ژنتیکی، مادر قانونی است.
- ب) مادر جانشین، مادر قانونی است.
- ج) طفل دارای دو مادر قانونی است.
- د) هیچ یک مادر نسبی نیستند.
- ه) هردو مادر رضاعی‌اند.

## ۲- تحلیل نظریات جهت تشخیص مادر طفل ناشی از رحم جایگزین

- الف) مادر ژنتیکی، مادر قانونی است.
- ب) مادر جانشین، مادر قانونی است.

### ۲-۱- استناد به قرآن

برخی از فقها<sup>۱</sup> با استناد به آیاتی از قرآن بر این عقیده‌اند که ملاک مادر بودن حمل کودک است بنابراین زنی که کودک را حمل کرده و سپس او را زاییده است او از دیدگاه شریعت مادر این کودک به شمار می‌آید

به عنوان نمونه از آیه ۲ سوره‌ی مجادله (الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَ زُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ) یعنی از میان شما کسانی که زنانشان راظهار می‌کنند بدانند که زنانشان مادرانشان نشوند مادرانشان فقط زنانی هستند که آنان را زاییده‌اند، چنین استنباط کرده‌اند که (مادر کودک همان زنی است که او را می‌زاید در نتیجه زنی که او را حمل می‌کند در شرع مادر اوست و کودک به او ملحق می‌شود و به صاحب تخمک بر نمی‌گردد). البته طرفداران این قول به آیات دیگری نیز استشهاد کرده‌اند مثل (او شما را در شکم مادرانتان

<sup>۱</sup> - روش های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، تهران، سمت، چاپ اول، ۱۳۸۲ ه.ش. در استفتائی که از علما بعمل آمد:

ص ۳۹۳: آیت الله تبریزی: ملاک را حمل میدانند.

ص ۳۹۵: آیت الله فاضل لنکرانی: نوبی را مادر عرفی میدانند.

ص ۳۹۵: آیت الله موسوی اردبیلی: هر دو را مادر میدانند.

شیرازی، ناصر مکارم، استفتاءات جدید (مکارم)، ۳ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، دوم، ۱۴۲۷ ه ق؛ در ج ۱، ص: ۴۶۴؛ و همچنین در کتاب "شیرازی، ناصر مکارم، حبله‌های شرعی و چاره‌جوئی‌های صحیح، در یک جلد، انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، دوم، ۱۴۲۸ ه ق، ص ۱۳۳: "مادر جانشین به منزله فرزند رضاعی است.

خلقتی پس از خلقت و در ظلمتهای سه گانه می آفریند.<sup>۱</sup> یا (خداوند می داند که هر زنی به چه باردار است و رحم ها چه می کاهد و چه می افزاید)<sup>۲</sup> یا (خداوند شما را از شکم های مادرانتان بیرون آورد در حالیکه چیزی نمی دانستید)<sup>۳</sup>. (ما به انسان درباره‌ی پدر و مادرش سفارش کردیم. مادرش او را با ناتوانی روی ناتوانی حمل کرد ...) <sup>۴</sup> لذا تعدادی از فقها مانند آیت الله خویی قایل به این هستند که مادر همان کسی است که فرزند را در شکم خویش پروراند و رشد و نمو او در آنجا صورت گرفته است و مادر همان کسی است که دوران بارداری را طی کرده است و او را زاییده است.

## ۲-۲- ارزیابی دیدگاه فقهاء

در آیات شریفه‌ی مزبور مادر به طور مطلق و به صیغه‌ی حصر کسی است که فرزند را زاده است. بر پایه‌ی این استدلال فرزندی که از انتقال جنین به دنیا آمده است، به صاحب رحم منسوب می‌شود ولی به نظر می‌رسد که آیه‌ی شریفه بر این نظریه دلالت ندارد و از موضوع بحث منصرف است (مجلات، ۱۳۸۴، ۶۷) چرا که این حصر اضافی است نه یک حصر حقیقی و در مقام رد توهم کسانی است که می‌پنداشتند به صرف گفتن جمله‌ی (تو نسبت به من همچون پشت مادرم هستی) در خطاب به زنانشان، زنان آنان مانند مادر آنها می‌گردند و بر آنها حرام ابدی می‌شوند (نیک‌زاد و جورسرای، ۱۳۸۶، ۵۹).

خداوند در این آیه توجه می‌دهد که صرف گفتن این جمله سبب نمی‌شوند که همسر مرد، مادر وی به شمار آیند و بر او حرام شوند. زیرا مادر او همان زنی است که او را به دنیا آورده نه آن زنی که وی خطاب به او سخن مزبور را گفته است (علوی قزوینی، ۱۳۷۲، ۲۲۱، ۲۲۰). به تعبیر دیگر می‌توان گفت حق این است که مقدمات حکمت نسبت به موضوع مورد بحث در این آیه فراهم نیست، چون آیه در مقام نفی مادر بودن از زنانی است که با آنانظهار شده است نه آنکه در مقام اثبات باشد تا در نتیجه بتوان بر آن اطلاقی تصور کرد (یزدی، ۱۳۷۵، ۱۱۶). البته موافقین این نظریه در رد نظر مخالفینشان بیان داشته‌اند که: حصر در اینجا اگرچه اضافی است و در رد کسانی است که باظهار زنانشان را مادرانشان می‌پنداشتند، اما در اصول ثابت شده که مورد مخصص یا مقید نیست و نزد عقلا ظهور کلام ملاک اعتبار است.

۱- آیه ۶ سوره‌ی زمر: "يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ"

۲- آیه ۸ سوره‌ی رعد: "اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيصُ الْأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ"

۳- آیه ۷۸ سوره‌ی نحل: "وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا"

۴- آیه ۱۴ سوره‌ی لقمان: "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ"

برای اثبات مدعی خود آیات استنادی زیر را آورده‌اند:

(وَصَيَّنَّا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا) (آیه‌ی ۱۵ سوره‌ی احقاف) و 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.

(وَصَيَّنَّا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ) و انسان را درباره‌ی پدر و مادرش سفارش کردیم مادرش به او باردار شد سستی بر روی سستی.

چگونگی استدلال این گروه به آیات مزبور این است که خداوند مادر را چنین توصیف می‌کند:

مادر است که حمل و زایمان می‌کند و رنج و مشقت بارداری و سستی آن را تحمل می‌کند. پس مفهوم مخالف آن این می‌شود که اگر زنی حمل نکند و نوزاد و مشقت‌های حمل را تحمل نکند او مادر نیست (رضانیا معلم، ۱۳۸۰، ۳۲۴) از طرف دیگر باز مخالفین برای رد نظر بالا به کلمات موجود در آیه تمسک کرده و می‌گویند که (ولدن) به معنی زایمان نیست تا معنی آیه این باشد: (مادر تنها همان زنی است که نوزاد را می‌زاید خواه نطفه از او و شوهرش باشد خواه از دیگری) (محلاتی، ۱۳۸۴، ۶۷). زیرا این آیات ناظر به موارد غالب (و بلکه دائم در آن زمان) است. در عرف گذشته راه تشخیص پیدایش و تکون فرزند، زایمان و زاییدن بوده و جز این راه دیگری در دسترس نداشته‌اند. زایمان ملاک عرفی و اماره‌ی ظاهری بر این مطلب بود که رحم زن در تشکیل جنین دخالت دارد، یعنی تخمدان زن بوسیله‌ی تخمکی که رها می‌سازد، نطفه‌ی جنین را می‌سازد حال که از راه واقعیت علمی منشاء پیدایش نطفه به یقین ثابت شده است، اماریت زایمان مطلق نیست، یعنی از نظر قضایی اثبات خلاف اماره ممکن است، اگرچه قانونگذار اسلام و بشری برای حفظ آرامش کانون خانواده، اماره بودن زایمان را حفظ کرده و واقعیت‌های علمی و واقعی را در حالات عادی مناط اعتبار تلقی نکرده‌اند. (رضانیا معلم، ۱۳۸۰، ۳۲۶) اما با این حال باید توجه داشت که این آیات در صدد ارائه‌ی تعریف برای مادر نیستند (نیک‌زاد و جورسرایبی، ۱۳۸۶، ۵۸) تا گفته شود: هر کس شما را زاییده است مادر شماست. بنابراین، اگر می‌گفت مادر کسی است که شما را حمل کند و بزاید، دلالت بر معنای مادریت می‌کرد؛ ثانیاً فقیهان اسلامی اتفاق نظر دارند که عناوین پدر بودن، مادر بودن، فرزندی و دختری از عناوینی هستند که دارای معنای شرعی نیستند، بلکه با همان معانی و مفاهیم عرفیشان موضوع احکام قرار گرفته‌اند. ثالثاً با صرف نظر از ظهور کلمه‌ی (ولد) با همه‌ی مشتقاتش در معنای موجود شدن و پیدایش، یادآوری ویژگی حمل و زایمان در این آیات، از باب غلبه است، به طوری که در آن

زمان همیشه چنین بوده است (رضانیا معلم، ۱۳۸۰، ۳۲۹). بلکه خداوند در این آیات، با ذکر روال جاری و طبیعی خود، آموزه‌ها و یا اندرزها را بیان می‌دارد شاهد این امر آن است که همه‌ی قیود و یا عناوینی که در این آیات بیان شد، قابل استخراج نیست، مثلاً عنوان (زاده شدن) در برخی از این آیات آمده است، با اینکه قطعاً چنین عنوانی دخالت ندارد. چون اگر با (سزارین) فرزند از شکم بیرون آورده شود، در مصداق مادر بودن زن خللی وارد نمی‌شود. با اینکه در این حالت عنوان مزبور صادق نیست. از این گذشته اگر ملاک مادر بودن حمل و یا زاییدن باشد در آنجایی که لقاح و نیز رشد و نمو در خارج از رحم یعنی در داخل دستگاه صورت می‌گیرد چه باید گفت؟ آیا در آنجا هم نمی‌توان صاحبان اسپرم و تخمک را پدر و مادر دانست؟ آیا می‌توان در این مورد تشکیک کرد که به دید عرف، صاحبان اسپرم و تخمک، پدر و مادر او هستند؟ آیا همین امر نشان دهنده این نیست که ملاک صدق مادر، بارداری و زادن نیست (مؤمن قمی، ۱۳۷۴، ۷۴).

مخالفتان این عقیده به آیاتی از قرآن نیز تمسک جسته‌اند:

۱. در قرآن و بعضی از اخبار برای پدر نیز همین تعبیر (ولد) به کار رفته است. برای نمونه در سوره‌ی بلد (و والد و ما ولد) و در بعضی از دعاها مثل: (اعوذ بالله من شر والد و ما ولد) کلمه‌ی (و ما ولد) آمده است و مسلماً این کلمه در قرآن و دعا به معنی (زایمان) نیست و همچنین اطلاق والد به پدر مانند اطلاق والد است به مادر؛ بنابراین، لازم است کلمه‌ی (و ما ولد) و (ولدنهم) به غیر از زایمان حمل شود. به نظر می‌رسد که معنی ولد این است: (پدر و مادر منشاء وجود هستند). در مجمع البحرین آمده است: (تولد منه ای نشاء منه). بر این اساس، هر مرد یا زنی که منشاء بوجود آمدن فرزندی شود، آن فرزند به آنها ملحق می‌گردد. پس آیه‌ی ظهار بر این دلالت دارد که کودک تلقیحی به صاحبان جنین منتسب است؛ زیرا کودک از آنها ناشی شده و متولد می‌شود و نه از صاحب رحم (محلاتی، ۱۳۸۴، ۶۷).

۲. دلیل دیگر بر این مدعی که مراد از (ولدنهم) زایمان نیست، اینکه، در کتاب، سنت و کلمات فقها

هر جا سخن از زایمان است با عبارت (وضع حمل) تعبیر شده است (محلاتی، ۱۳۸۴، ۶۸).

مثلاً در مورد حضرت مریم (ع) واژه‌ی وضع حمل به کار رفته است. در سوره‌ی طلاق<sup>۱</sup> در مورد زن-های حامل آمده است که عده‌شان بعد از وضع حمل تمام می‌شود و واژه‌ی ولد به کار نرفته است. در طلاق بائن نیز مرد باید نفقه‌ی زن حامل را تا زمانی که زن حمل خود را وضع کند بپردازد. بدین ترتیب چه بسا منظور از آیه‌ی ۲ سوره‌ی مجادله زایمان نباشد و منظور کسی باشد که بچه از وی ناشی شده است.

۱- آیه ۴ سوره ی طلاق: "...أولاتُ الْأَخْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يُضَعْنَ حَمْلُهُنَّ..."

بنابراین این آیه دلالت بر مادری دارد که منشاء بچه است و منظور، زن صاحب رحم نیست (محالاتی، ۱۳۸۴، ۶۸).

۳. برخی از آیات قرآن کریم صریحاً به صحت نظریه‌ی (صدق پدر و مادر بر صاحبان اسپرم و تخمک) استدلال کرده‌اند (نیک زاد و جورسرای، ۱۳۸۶، ۵۸).

قرآن می‌فرماید: ( وَ هُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَ صِهْرًا ) (فرقان، ۵۴) یعنی اوست که از آب (نطفه) بشری آفرید و نگاه او را به صورت بستگان (رابطه‌های نسبی) و وابستگان (رابطه‌های سببی) درآورد ازین آیه می‌توان استفاده کرد که منشاء روابط نسبی و سببی همان منی (نطفه) است بنابراین باید بر اساس آن پدر، مادر، خواهر، برادر، دایی، عمه، عمو، خاله، داماد، عروس و افراد دیگر را مشخص نمود.

### ۲-۳- علت تامه

ممکن است گفته شود که نطفه‌ی زن صاحب تخمک معد بوده برای زن صاحب رحم که این دومی جزء اخیر علت تامه‌ی به دنیا آمدن بچه بوده است پس اولاد ملحق به دومی یعنی زن صاحب رحم می‌شود (نایب‌زاده، ۱۳۸۴، ۲۷۸).

### ۲-۴- حکم عقل

از نظر عقلی هم فرزندان، تنها نتیجه‌ی تخمک و صفات به ارث برده شده از زنها نیست، بلکه فرزندان به طور کلی انسان نتیجه‌ی تعاملش با محیط اطراف است، خصوصاً آن زمانی که به صورت جنین به دیواره‌ی رحم چسبیده و همه‌ی وجود و رشد روانی و جسمی وی متأثر است و چنان که خداوند می‌فرماید: (... يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِّنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ ...) شما را در شکم‌های مادرانتان آفرینشی پس از آفرینشی دیگر در تاریکی‌ها ی سه گانه (مشیمه، رحم و شکم) خلق کرد. باز در جای دیگر می‌فرماید (اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَ مَا تَعْيِضُ الْأَرْحَامُ وَ مَا تَزْدَادُ ...) خدا می‌داند آنچه را هر ماده‌ای (در رحم) باز می‌گیرد و نیز آنچه را که رحم‌ها می‌کاهند و آنچه را می‌افزاید).

پس کاهش و افزایش در جنین از مواردی است که رحم زن حامل آماده کرده است. در این صورت آیا سزاوار است که صاحب تخمک را مادر بدانیم و نقش صاحب رحم را به اندازه پرورش‌دهنده کاهش

دهیم؟ (رضانیا معلم، ۱۳۸۰، ۳۲۴) البته مخالفین بیان داشته‌اند که: استدلال به حکمت‌ها و جنبه‌های عقلی در نظریه گروه دوم به نظر می‌رسد به قیاس شبیه‌تر است؛ ثانیاً، احکام بر همان عناوین موضوعات خارجی مرتب می‌شوند نه بر ملاک آنها، خصوصاً احراز ملاک‌های واقعی احکام و علم به آنها، غیرممکن است<sup>۱</sup> و ثالثاً از نظر پزشکی ثابت شده که رحم نقش‌هایی دارد؛ نظیر آماده‌سازی رحم برای پذیرش جنین و کنترل رشد تهاجمی آن، کنترل و مهار سیستم دفاعی موجود در رحم تا جنین دفع نگردد، تبادل پیام‌ها در زمان لانه‌گزینی جنین و در نتیجه تمایز و نمو سلول‌های تمایز نیافته جنین و تشکیل جفت برای مبادلات غذایی، تنفسی و مواد دفعی جنین با مادر. این نقش‌های رحم، اگرچه فراتر از یک ظرف و تغذیه تنها برای جنین است، اما این مقدار آگاهی از نقش‌های رحم، جنبه‌ی سازندگی و تشکیل‌دهندگی برای جنین ندارد و داوری عرف را درباره‌ی پیدایش جنین از اسپرم و تخمک دگرگون نمی‌کند (رضانیا معلم، ۱۳۸۰، ۳۲۹).

## ۲-۵- طفل دارای دو مادر قانونی است.

این گروه مبنای انتساب کودک به زن را عرف می‌دانند و بر این عقیده‌اند که عرف به روشنی هر دو زن را مادر می‌داند و مانعی هم ندارد که کودکی صاحب دو مادر باشد (نایب زاده، ۱۳۸۴، ۲۷۹).

استدلال عده‌ی دیگری از طرفداران این نظریه این است که روایات وارده بر مواردی انصراف دارند که رحم زن یکی از دو رکن تشکیل دهنده جنین است؛ یعنی نطفه بوسیله تخمکی که بوسیله همین رحم تولید می‌شود تشکیل شده باشد و در فرض بحث که رحم تولیدکننده و در نتیجه تشکیل دهنده نطفه نیست، بلکه جنین تنها در رحم او پرورش یافته و نوزاد از او متولد شده، احتیاطاً مادر تلقی خواهد شد و اینگونه فرزندان دو مادری هستند. ظاهراً منظور این عده این است که هر دو مادر واقعی و نسبی هستند چنانکه از استدلالشان بر می‌آید (نایب‌زاده، ۱۳۸۴، ۲۷۸).

## ۲-۶- هیچ یک مادر نسبی نیستند.

این گروه معیار پیدایش فرزند را از ناحیه پدر یک عامل می‌داند و آن اسپرم مرد است، ولی ارتباط و انتساب فرزند را به مادرش بر اثر دو عامل می‌داند:

<sup>۱</sup> - طبق این دلیل مخالفین می‌توان گفت چون صاحب رحم، کودک را به دنیا می‌آورد مادر او محسوب می‌شود یعنی صاحب رحم موضوع خارجی محسوب می‌گردد که حکم مادری بر او بار می‌گردد.



۲-۶-۱- ارتباط تکوینی و وراثتی فرزند به مادر که بوسیله تخمک حاصل می‌شود.

۲-۶-۲- ارتباط حملی و ولادتی و حضانتی که بوسیله رحم محقق می‌شود.

پس زمانی که تخمک از زنی باشد مسؤولیت حمل را به عهده نمی‌گیرد و حامل جنین، زن دیگری است دو عامل انتساب فرزند به مادر در هر یک از صاحب تخمک و صاحب رحم وجود نداشته و هیچکدام مادر محسوب نمی‌شوند (رضانیا معلم، ۱۳۸۰، ۳۲۵).

## ۲-۷- هر دو مادر رضاعی اند

عده‌ای دیگر معتقدند اگرچه نتوان هر دو را مادر نسبی به حساب آورد، اما فرزند با هریک از صاحب تخمک و صاحب رحم یک نوع ارتباطی دارد و هر دو را می‌توان به عنوان مادر رضاعی تلقی کرد؛ زیرا هر دو در پیدایش و تکون نوزاد تأثیرگذار و سهیم بوده‌اند و از سوی دیگر، دلیل قاطعی هم نیست که امیت شرعی اختصاص به هریک از آن دو دارد.<sup>۱</sup>

از نظر نگارندگان این نظریه از محل بحث خارج است چرا که هدف مشخص نمودن ابوی نسبی طفل می‌باشند نه رضاعی و هر زنی که با شرایط ویژه رضاع طفلی را شیر دهد می‌تواند مادر رضاعی طفل محسوب شود. حال با توجه به نظریه‌ی مشروعیت نسب ناشی از مادر جانشین و تحقق نسب قانونی در آن، برآنیم تا آثار فقهی- حقوقی این نسب را بررسی نماییم.

## ۳- احکام فقهی- حقوقی کودکان متولدشده از رحم جایگزین

### ۳-۱- حرمت نکاح

در حالت جانشینی در بارداری، پدر حکمی، پدر قانونی طفل است درحالی که در رابطه با تعیین مادر قانونی سه نظریه مطرح کردیم که یکی مادر بیولوژیکی و دیگری زن صاحب رحم و سومی هر دو را مادر قانونی طفل می‌دانستند که ما نظریه‌ی سوم را تقویت نموده و قائل بر این شدیم که طفل دارای دو مادر

۱- صاحب جواهر می‌فرماید: «أن مجرد كون الماء من شخص لا يكفي في حقوق الولد شرعاً» (جواهرالکلام، ۴۱، ۳۹۸) یعنی صرف تعلق نطفه به شخصی نسب شرعی را ثابت نمی‌کند و کودک شرعاً به صاحب نطفه ملحق نمی‌شود. در رابطه زن و مرد نامحرم (زنا) به رغم تعلق نطفه به زانی و زانیه شرع نسب- کودک متولدشده از این رابطه را به رسمیت نمی‌شناسد.

است.

حال بحث اصلی این است که اگر بر این عقیده باشیم که نسب طفل به صاحب اسپرم و تخمک می‌رسد و همان گونه که مرد به لحاظ نشأت گرفتن طفل از اسپرم او، پدر محسوب می‌شود، زن صاحب تخمک نیز مادر محسوب است آیا می‌توان به زنی که جنین را در شکم خود پرورش داده نیز عنوان مادری داد و از نظر ممنوعیت نکاح حکم مادر رضاعی را بر او بار نمود و در نتیجه بین او و بچه محرمیت و حرمت نکاح به وجود آورد همان گونه که در قرابت رضاعی این وضع وجود دارد (مهرپور، ۱۳۷۶، ۱۸۹).

از نظر قانونی می‌توان به کمک وحدت ملاک و یا به استناد مفهوم اولویت، حکم قرابت رضاعی را نسبت به باروری جانشینی جریان داد و چنین استدلال کرد که ملاکات نشر حرمت در رضاع به همان اندازه یا بعضاً با شدت بیشتری در مورد باروری جانشینی وجود دارد و وقتی که رضاع با اجتماع شرایط خاص خود سبب نشر حرمت و مانع نکاح است، به طریق اولی تکامل و تشکّل طفل در رحم می‌تواند نسبت به نکاح مانعیت داشته باشد.

بنابراین اگر این قرابت را قرابت مادر جانشینی بنامیم، با استفاده از مطالب مطروحه می‌توان نتیجه‌گیری کرد که: «قرابت مادر جانشینی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت رضاعی است» و مطابق ماده ۱۰۴۶ ق.م: «قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی است ...» یعنی هر عنوانی که از خویشاوندی نسبی باعث حرمت می‌گردد، همان عنوان در خویشاوندی رضاعی موجب حرمت نکاح خواهد بود. به عبارت دیگر هر یک از عناوین نسبی مذکور در ماده ۱۰۴۵ ق.م که از موانع نکاح شناخته شده است، همان عنوان در خویشاوندی رضاعی از موانع نکاح به شمار می‌رود (امامی، ۱۳۷۳، ۴، ۳۰۵).

نتیجه‌ی مزبور از این فرض چنین بود که نسب طفل به صاحب تخمک و اسپرم می‌رسد، حال اگر عکس فرض مذکور را در نظر بگیریم، یعنی مادر جانشین (زن صاحب رحم) را تنها مادر طفل (مادر قانونی) بدانیم باید دید حکم ممنوعیت نکاح بین طفل و مادر حکمی که صاحب تخمک می‌باشد، چگونه خواهد بود؟

در اینجا اگرچه با پذیرش این نظریه که «زن صاحب رحم، مادر قانونی طفل است»، زن صاحب تخمک را از عنوان «مادری» محروم کرده‌ایم ولی نمی‌توان این واقعیت را که زن صاحب تخمک، منشاء تکون و تشکیل جنین بوده و اصولاً طفل از تخمک وی نشأت گرفته است، کتمان کرد و وحدت خونی بین زن صاحب تخمک و طفل را نادیده گرفت. بدین ترتیب با عنایت به فلسفه‌ی عمده‌ی ممنوعیت نکاح بین

اقربای نزدیک که همانا جلوگیری از ازدواج بین بعضی از اقربای نسبی است که دارای وحدت خونی نزدیکی با هم هستند و با توجه به تکون مستقیم طفل به دنیا آمده در اثر حالت جانشینی در بارداری از مادر حکمی (زن صاحب تخمک) که حاکی از نزدیک‌ترین نوع وحدت خونی امکان‌پذیر در خلقت بشری می‌باشد و همین طور دلایل اجتماعی، اخلاقی و عاطفی می‌توان نتیجه گرفت که در فرض سؤال مطرح شده باید مادر حکمی را که جنین از تخمک وی به وجود آمده و یکی از دو منشأ اصلی تکون طفل است، از نظر ممنوعیت نکاح در حکم مادر قانونی طفل محسوب نمود و در نتیجه حکم به ممنوعیت نکاح بین وی با طفل به دنیا آمده داد (نایب‌زاده، ۱۳۸۴، ۳۳۷-۳۳۸) پس صاحب تخمک نیز، با فرزند متولد از رحم جانشین مانند صاحب اسپرم رابطه ی خونی دارد و چنین کودکی، فرزند خونی اوست و چون این کودک فرزند صاحبان اسپرم و تخمک است، حرمت نکاح با سایر اقارب نسبی، روشن است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶، ۱۰۷).

### ۳-۲- حضانت

برابر ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی: «هرگاه مادری در مدتی که حضانت طفل با اوست مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند حق حضانت به پدر واگذار می‌شود». بنابراین شوهر کردن مادر طفل به شخصی غیر از پدر طفل، از موانع اجرا یا عوامل سقوط حق حضانت است. فلذا بحث حضانت طفل متولد از مادر جانشین را در دو مورد جداگانه با توجه به شوهردار بودن یا نبودن مادر جانشین ارائه می‌دهیم: صورتی را که مادر جانشین در هنگام تولد طفل دارای شوهر نباشد در دو حالت مختلف مادر جانشینی به تفکیک مورد تحلیل قرار می‌دهیم:

### ۳-۲-۱- حالت جانشینی در بارداری

در این حالت با توجه به آنچه در بحث مربوط به نسب پدری و مقدمه‌ی بحث حاضر گفتیم، پدر حکمی که پدر بیولوژیکی طفل هم می‌باشد، پدر قانونی طفل است و در مورد نسب مادری نیز سه نظریه را ارائه دادیم که ذیلاً فروض مختلف آن را ذکر کرده و حکم هر فرض را در مورد حضانت طفل تعیین خواهیم کرد:

در حالتی که مادر حکمی، مادر قانونی طفل است و پدر حکمی، پدر طفل می‌باشد، نظریه مباحث

مطروحه در مورد حقوق و تکالیف ابوبین در مورد حضانت طفل در دوران زوجیت، حضانت طفل را بر عهده‌ی والدین حکمی که رابطه‌ی زوجیت بین آنها برقرار است، می‌داند که باید با همکاری یکدیگر طفل را پرورش داده و بزرگ کنند. مادر حکمی دارای حق اولویت در مورد حضانت طفل تا سنین مذکور در ماده‌ی ۱۱۶۹ ق.م.می‌باشد؛ در این فرض اعتقاد به وجود یا عدم وجود قرابت ناشی از مادر جانشینی بین مادر جانشین و طفل، تفاوتی در حکم مربوط به حضانت طفل نخواهند داشت چرا که همان طور که گفتیم قرابت مادر جانشینی به مشابه قرابت رضاعی فقط در مورد ممنوعیت نکاح مؤثر است و اثری در سایر آثار نسب از جمله حضانت طفل ندارد. در حالتی که مادر جانشین، مادر قانونی طفل است و پدر حکمی، پدر طفل می‌باشد؛ به علت عدم وجود رابطه‌ی زوجیت بین پدر و مادر و جدایی آنان، وضعیت این فرض، مشابه موقعی است که نکاح بین پدر و مادر طفل به سببی از اسباب قانونی منحل شده و یا در اثر ناسازگاری، بدون انحلال نکاح، ابوبین به صورت جداگانه از یکدیگر زندگی می‌کنند. در این وضعیت برطبق ماده ۱۱۶۹ ق.م.حق اولویت در مورد حضانت طفل تا دو سال در مورد پسر و تا هفت سال در مورد دختر با مادر است، بنابراین مادر جانشین دارای حق اولویت در مورد حضانت طفل تا سنین مذکور نسبت به پدر حکمی است.

در حالتی که طفل دارای دو مادر قانونی است، پدر حکمی، پدر قانونی طفل و مادر جانشین و مادر حکمی هر دو مادر قانونی طفل به شمار می‌آیند. بدین ترتیب در یک سو مادر جانشین قرار دارد که مادر طفل است و بنا به فرض فاقد شوهر می‌باشد و در طرف دیگر زن و شوهری قرار دارند که شوهر پدر طفل و زوجه مادر طفل می‌باشند؛ اگر مبنای قواعد حاکم بر حضانت را «مصلحت و سعادت کودک» بدانیم در قیاس بین خانواده‌ای که از پدر و مادر طفل تشکیل شده و این دو به شوق بچه‌دار شدن سبب به وجود آمدن بچه شده‌اند با زن مجردی که درست است مادر طفل بوده اما خود در کانون خانواده‌ای قرار ندارد، در می‌یابیم که مصلحت کودک ایجاب می‌کند که حضانت وی به عهده‌ی مادری باشد که همسر پدر طفل است. بنابراین در این وضعیت حق حضانت مادر کمی نسبت به حق حضانت مادر جانشین دارای اولویت بوده و ارجح می‌باشد.

### ۳-۲-۲- حالت جانشینی با باروری مصنوعی

در این حالت، پدر حکمی، پدر طفل و مادر جانشین، مادر طفل، می‌باشند و مادر حکمی که در تشکیل

جنین و حمل او در رحم نقشی نداشته است هیچ سمتی نسبت به طفل ندارد. وضعیت این حالت از نظر بحث حضانت مانند حالتی است که مادر جانشین، مادر قانونی طفل است که قبلاً مطرح گشت. در صورتی که مادر جانشین، زن شوهردار باشد، برابر ماده‌ی ۱۱۷۰ ق.م.ا.گ.م در مدتی که حضانت طفل با اوست به دیگری شوهر کند، حق حضانت با پدر خواهد بود. سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا شوهر کردن مادر باعث سقوط حق حضانت می‌شود یا مانع از آن است؟ صورتی که مادر جانشین در هنگام تولد طفل دارای شوهر است، را در دو حالت مختلف مادر جانشینی به تفکیک بررسی می‌کنیم:

### ۳-۲-۲-۱- حالت جانشینی در بارداری

در این حالت، پدر حکمی که پدر بیولوژیکی طفل می‌باشد، پدر قانونی کودک است و در مورد نسب مادری نیز سه نظریه وجود دارد که ذیلاً فروض مختلف آن را ذکر می‌کنیم:

در حالتی که مادر حکمی، مادر قانونی است و پدر حکمی، پدر طفل می‌باشد حکم مسأله مشابه همین فرض در حالت جانشینی در بارداری در صورتی که مادر جانشین در هنگام تولد دارای شوهر نبود، می‌باشد. در حالتی که مادر جانشین، مادر قانونی طفل است و پدر حکمی، پدر قانونی طفل، شوهردار بودن مادر جانشین مانع اجرای حق حضانت مادر جانشین در مورد طفل به دنیا آمده می‌باشد. با وجود این مانع برای حق اولویت مادر جانشین در حضانت طفل، حضانت وی به عهده‌ی پدر حکمی که پدر قانونی طفل است، قرار می‌گیرد.

در حالتی که طفل دارای دو مادر قانونی است، گرچه مادر جانشین مادر قانونی طفل است ولی همسر وی پدر طفل نمی‌باشد و نسبتی با وی ندارد و در قیاس بین خانواده‌ای که از زن و شوهری تشکیل شده که پدر و مادر طفل بوده و هر دو به شوق بچه‌دار شدن سبب به وجود آمدن طفل شده‌اند با خانواده‌ی مادر جانشین، در می‌یابیم که مصلحت طفل نیز- علاوه بر وجود مانع قانونی برای حق حضانت مادر جانشین- ایجاب می‌کند که حق حضانت با مادر حکمی باشد.

### ۳-۲-۲-۲- حالت جانشینی با باروری مصنوعی

در این حالت نیز مادر حکمی که در تشکیل جنین و حمل آن در رحم نقشی نداشته است هیچ سمتی

نسبت به طفل ندارد اما پدر حکمی، پدر طفل و مادر جانشین، مادر طفل محسوب می‌شود. با وجود مانع برای حق اولویت مادر جانشین در حضانت بچه (شوهردار بودن مادر جانشین)، حضانت طفل برعهده پدر حکمی که پدر قانونی طفل است قرار می‌گیرد.<sup>۱</sup>

### ۲-۲-۲-۳- ولایت قهری

ولایت طفل برابر ماده ۱۱۸۰ ق.م. با پدر و جدّ پدری است بنابراین نه صاحب تخمک و نه مادر اجاره-ای بر فرزند متولد از رحم اجاره‌ای ولایت نخواهند داشت. در گذشته، ولایت طفل به مادر نیز محول می-شد، اما بعد از انقلاب به موجب ماده واحده‌ی لایحه‌ی قانونی مصوب ۱۳۵۸/۷/۱۵ ولایت مادر که در ماده-ی ۱۵ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۶ پیش‌بینی شده بود ملغی گردید (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶، ۱۱۱). در مورد شوهر مادر اجاره‌ای چون رابطه‌ای با کودک از این جهت ندارد، بر نوزاد ولایت نخواهد داشت و منحصرأ در وضع کنونی و نظام فعلی حقوق ایران، پدر و جدّ پدری تا سن بلوغ بر کودک ولایت دارند (گواهی، ۱۳۷، ۱۳۸۷).

اگر کودک بعد از بلوغ مجنون یا سفیه شود و سفه و جنون وی متصل به زمان صغر باشد، در این صورت نیز برابر ماده ی ۱۱۸۰ ق.م. ولایت بر فرزند، ادامه پیدا می‌کند و اگر پدر و جدّ پدری، در قید حیات نباشند و برای نگهداری و تربیت فرزند تحت ولایت خود، وصی منصوب نکرده باشند، در این صورت قیم منصوب به حکم دادگاه، وظیفه‌ی ولایت را عهده‌دار خواهد بود. در این جا ممکن است دادگاه، مادر اولیه یا صاحب تخمک یا هر کس دیگر از جمله مادر جانشین را برای قیمومیت تعیین کند (موسوی بجنوردی، ۱۱۱، ۱۳۸۶).

### ۳-۳۴- الزام به انفاق

نفقه‌ی این کودک با توجه به ماده ۱۱۹۹ ق.م. برعهده پدر است و پس از فوت او یا عدم قدرت او بر انفاق، به عهده‌ی اجداد پدری است با رعایت الاقرب فالاقرب و در صورت نبودن پدر و اجداد پدری و یا عدم قدرت آنها، نفقه بر عهده‌ی مادر است (محلاتی، ۷۴، ۱۳۸۴).

با توجه به نظریات ارائه‌شده در مورد تعیین مادر قانونی طفل متولدشده از حالت جانشینی در بارداری،

۱- ر.ک: عباس، نایب زاده، بررسی روش‌های نوین باروری مصنوعی، صص ۳۵۲ الی ۳۶۰

هریک از مادر جانشین یا مادر حکمی را می‌توان مادر قانونی طفل به حساب آورده که ملزم به انفاق خواهند بود. یکی از نظریات ارائه شده بر این مبنا بود که طفل دارای دو مادر قانونی است که در این صورت دو نفر در یک طبقه ملزم به انفاق خواهند بود (نایب‌زاده، ۳۶۴، ۱۳۸۴).

از طرفی شاید بتوان اذعان نمود که اگر بتوان مادر جانشین را مادر رضاعی تلقی نمود باید گفت: تکلیف انفاق برای مادر جانشین وجود ندارد و این کودک از جهت نفقه با صاحب رحم هیچ رابطه‌ی حقوقی ندارد (صمدی اهری، ۱۳۸۲، ۱۵۵).

شایان ذکر است نفقه‌ی حمل در حالت مادر جانشین به عهده‌ی پدر حکمی (مرد صاحب اسپرم) است و چون جنین نمی‌تواند مستقیماً از دهان تغذیه کند، نفقه به عامل داده می‌شود تا به وسیله خون او به مصرف جنین برسد (ساعدی، ۵۵، ۱۳۸۷). این امر تعارضی با حق نفقه‌ی مادر جانشین بر شوهرش در ایام بارداری ندارد.

### ۳-۵- تربیت

برابر ماده‌ی ۱۱۷۸ ق.م ابوبین مکلفند که در حدود توانایی خود به تربیت اطفال خود برحسب مقتضی اقدام کنند و نباید آنها را مهمل بگذارند. در زمینه‌ی فرزند ناشی از رحم جانشین تکلیف قانونی و شرعی آنان است و در اینکه آیا مادر جانشین در زمینه‌ی تربیت کودک تکلیف دارد یا خیر؟ باید گفت در صورتی که حضانت کودک را برعهده داشته باشد تربیت وی در این رابطه جزء حق و تکلیف وی خواهد بود (گواهی، ۱۳۸۷، ۱۳۷).

### ۳-۶- توارث

در این حالت از باروری مصنوعی، پدر حکمی پدر قانونی کودک است. در این رابطه چون مواجهه‌ای صورت نگرفته به یقین می‌توان گفت بین صاحب اسپرم و کودک، توارث برقرار است (مجلات، ۷۷، ۱۳۸۴). در رابطه با توارث بین کودک و مادر می‌توان گفت که اگر مادر حکمی (صاحب تخمک)، مادر قانونی کودک باشد، رابطه توارث بین او و کودک برقرار می‌شود؛ در اینجا فرقی نمی‌کند که اعتقاد به وجود رضاعی بودن قرابت صاحب رحم با کودک داشته یا نداشته باشیم چرا که قرابت مادر جایگزین از حیث تمام آثار نسب مانند خویشاوندی نسبی نیست و فقط از حیث ممنوعیت نکاح مؤثر است لذا در قرابت مادر

جایگزین رابطه‌ی توارث وجود ندارد و اگر مادر جانشین مادر قانونی کودک باشد، در این حالت رابطه‌ی توارث از یک سو بین کودک و پدر حکمی و از طرف دیگر بین کودک و مادر جانشین برقرار می‌شود و دلیلی بر این که وجود نکاح صحیح بین پدر و مادر شرط وراثت در نسب باشد در دست نیست و تمام اولاد به غیر از ولدالزنا از پدر و مادر خود ارث می‌برند، بنابراین رابطه‌ی توارث به شرط مزبور در این حالت موجود می‌گردد و اگر مادر جانشین و مادر حکمی هر دو مادر قانونی کودک باشند؛ باید ببینیم در حقوق ایران می‌توان در آن واحد رابطه توارث را با دو مادر محقق دانست.

ماده ۸۶۵ ق.م می‌گوید: «اگر در شخص واحد موجبات متعدده ارث جمع شود به جهت تمام آن موجبات، ارث می‌برد مگر اینکه بعضی از آنها مانع دیگری باشد که در این صورت فقط از جهت عنوان مانع می‌برد» بدین ترتیب؛ «هر کسی که هر یکی از اقسام خویشاوندی مذکور در قانون مدنی را که موجب ارث است، داشته باشد به لحاظ هر خویشاوندی نصیب خود را از ترکه می‌برد، زیرا قانون هریک از آن روابط را به تنهایی از موجبات ارث شناخته است» (امامی، ۱۳۷۶، ۱۷۷). در نتیجه براساس مستفاد از ماده‌ی ۸۶۵ ق.م کودک به دنیا آمده هم از مادر جانشین و هم از مادر حکمی ارث می‌برد (ساعدی، ۱۳۸۷، ۵۳).

### ۳-۷- وصیت

برابر ماده‌ی ۸۵۱ ق.م وصیت برای حمل صحیح است لیکن تملک او منوط است به اینکه زنده متولد شود. با توجه به آنچه سابقاً گفتیم، حکم این ماده در مورد کودک متولد از مادر جانشین در دوران خارج از رحم نیز جریان خواهد داشت. کودک آزمایشگاهی از لحظه‌ی انعقاد جنین از حقوق مدنی متمتع می‌گردد و وصیت نیز از حقوق مدنی انسان است بنابراین وصیت برای کودک متولد از مادر جانشین از لحظه‌ی انعقاد جنین صحیح است البته مشروط به اینکه زنده متولد شود.

### ۳-۸- حق ملاقات

نکته‌ای که در پایان ذکر آن لازم به نظر می‌رسد حق ملاقات طفل برای هر کدام از این سه نفر: پدر حکمی، مادر حکمی و مادر جانشین است که از نگاهداری و حضانت طفل محروم است. گرچه ماده‌ی ۱۱۷۴ ق.م حق ملاقات را تنها برای ابوین شناخته است<sup>۱</sup> ولی باید دانست که این حق منحصر به پدر و

۱- ماده‌ی ۱۱۷۴ ق.م: « در صورتی که به علت طلاق یا به هر جهت دیگر ابوین طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند، هریک از ابوین



مادر نیست و در هر مورد که دادگاه ملاقات طفل با سایر خویشاوندان را از نظر عاطفی ضروری یا مفید تشخیص دهد، می‌تواند در این مورد رأی مقتضی را صادر و سرپرست طفل را به فراهم کردن وسایل آن الزام کند (صفایی و امامی، ۱۳۸۶، ۱۴۷).

ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده در این مورد می‌گوید: «... دادگاه همچنین ترتیب ملاقات اطفال را برای طرفین معین می‌کند. حق ملاقات طفل در صورت غیبت یا فوت پدر یا مادر به تشخیص دادگاه با سایر اقربا خواهد بود».

در فقه امامیه نیز موضوع ملاقات طفل با در نظر گرفتن اثرات روحی و عاطفی آن مورد توجه قرار گرفته و بعضی از فقها به حق ملاقات تصریح کرده‌اند (نجفی، ۱۹۸۰، ۳۱، ۲۹۲ - ۲۲۶ به نقل از صفایی و امامی، ۱۳۸۶، ۱۴۷) و در این خصوص به حرمت قطع رحم و اضرار و آیاتی که به احسان به پدر و مادر و خویشان امر نموده است،<sup>۱</sup> استناد کرده‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۸۶، ۱۴۷).

بدین ترتیب در حالت جانشینی در بارداری، هر کدام از مادر حکمی یا مادر جانشین را که مادر قانونی طفل محسوب نکنیم و بدین لحاظ برای وی حق حضانت قائل نشده و نگاهداری طفل را به دیگری بسپاریم، در ردیف اقربا قرار دارد و برای وی حق ملاقات طفل را قائل شد و بر این نظر بود که مادر جانشین یا مادر حکمی بر حسب مورد، حق ملاقات طفل را دارد.

#### ۴- یافته‌های پژوهش

رحم جایگزین، مادر بدلی یا رحم اجاره‌ای، پدیده‌ای است که در سایه ی پیشرفت علم ژنتیک و علم جنین شناسی به تجارت رایجی در جهان امروز و به خصوص در کشورهای فقیر تبدیل شده است و از آنجاکه منشأ ایجاد مسائل مختلف فقهی و حقوقی گشته است، فقها و حقوقدانان به بررسی آن پرداخته و پاسخگوی مسائل مطروحه در آن می‌باشند. رحم جایگزین یعنی توافق با بانوی صاحب رحمی که آمادگی خود را برای حاملگی به زوج نابارور اعلام می‌نماید؛ به گونه‌ای که پس از زایمان، نوزاد حاصل را به زوج نابارور تحویل دهد. بانوی صاحب رحم که حامل بارداری است مادر جایگزین و زوج نابارور والدین حقیقی فرزند تلقی می‌گردند. نسب قانونی و شرعی در مورد طفل به دنیا آمده از حالت مادر جانشین تحقق پیدا

که طفل تحت حضانت او نمی‌باشد، حق ملاقات طفل خود را دارد. تعیین زمان و مکان ملاقات و سایر جزئیات مربوط به آن در صورت اختلاف بین ابوبین با محکمه است.»

۱- سوره نساء، آیه ۴۰

می‌کند. در حالت جانشینی در بارداری سه نظریه در مورد رابطه‌ی مادری نسبت به طفل مطرح شده است: گروهی زن صاحب تخمک، عده‌ای زن صاحب رحم و برخی هر دو را مادر طفل می‌دانند. دلایل ارائه شده توسط هر گروه در جهت اثبات نظریه‌ی خود آورده شده است که در تحلیل‌های ارائه شده ما نظریه‌ی سوم یعنی «دو مادری بودن طفل» را از سایر نظریه‌ها مناسب‌تر دانسته‌ایم. در حالت جانشینی با باروری مصنوعی، مادر جانشین که هم صاحب تخمک و هم‌زنی است که جنین را حمل نموده و بچه را به دنیا آورده است، مادر طفل محسوب می‌شود. ملاک اصلی در نسب پدری رابطه‌ی بیولوژیکی است که به لحاظ تکون طفل از اسپرم مرد می‌باشد، فلذا مرد صاحب اسپرم پدر طفل محسوب می‌شود. در این راستا می‌توان از ادله‌ی اثبات دعوی و اماره‌ی فراش بهره جست.

در حالت جانشینی در بارداری اگر مادر حکمی یعنی زن صاحب تخمک را مادر قانونی طفل بدانیم، با استفاده از ملاک قرابت رضاعی در اسلام می‌توان حکم ممنوعیت نکاح را بین صاحب رحم (مادر جانشین) و طفل به دنیا آمده محقق دانست. این قرابت را که از نظر ممنوعیت نکاح در حکم قرابت رضاعی است، «قرابت مادر جانشینی» نام نهاده‌ایم. آثار قرابت مادر جانشینی و رابطه‌ی اطفال متولد شده از طریق باروری جانشینی یک مادر جانشینی با یکدیگر مورد بررسی قرار گرفته است. استفاده از ملاک قرابت رضاعی در اسلام می‌توان حکم ممنوعیت نکاح را بین صاحب رحم (مادر جانشین) و طفل به دنیا آمده محقق دانست. این قرابت را که از نظر ممنوعیت نکاح در حکم قرابت رضاعی است، «قرابت مادر جانشینی» نام نهاده‌ایم. آثار قرابت مادر جانشینی و رابطه‌ی اطفال متولد شده از طریق باروری جانشینی یک مادر جانشینی با یکدیگر مورد بررسی قرار گرفته است.

باتوجه به معین شدن نسب طفل حاصله بر مبنای نظرات گوناگون، تکلیف مسائل کودک از جمله ولایت قهری، الزام به انفاق، تربیت، توارث، وصیت، حق ملاقات که مترتب بر مسأله‌ی نسب می‌باشند حل گشته است.

در پایان سخن بی‌مناسبت نیست که نگارندگان به عنوان عضو کوچکی از جامعه‌ی پژوهشگران با دیدی سازنده و نقادانه به بیان پیشنهادها راهگشا در زمینه‌ی موضوع مربوطه بپردازند. باشد که مورد توجه قانونگذاران و مجریان آن قرار گیرد.

نظر به اینکه مسائل و قراردادهای مربوط به رحم جایگزین از جمله مباحث نوظهور در کشورمان است و هنوز در خصوص برخی جزئیات آن اختلاف‌نظرهایی در میان فقها و حقوقدان‌ها دیده می‌شود، فلذا قانونی

در این زمینه تدوین نشده و قانون «نحوه‌ی اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲» که تنها قانون موضوعه در زمینه‌ی روش‌های نوین بارداری در کشورمان به حساب می‌آید نیز راهگشا نیست چرا که در این قانون به تمامی روش‌های تولید مثل مصنوعی مخصوصاً مسائل مربوط به رحم جایگزین اشاره‌ای نشده است؛ بنابراین تدوین قانون مدون در این زمینه می‌تواند باعث جلوگیری از اختلاف‌نظرها شود. ذیلاً به برخی موارد مهم و مرتبط با موضوع که نیاز به قانونگذاری در این زمینه دارد اشاره می‌شود:

الف) اجازه‌ی استفاده‌ی زوجین نابارور از رحم جایگزین در کشورمان، ضمن ارائه‌ی تعریفی دقیق از «رحم جایگزین»؛

ب) لحاظ برخی محدودیت‌های ارائه شده در حقوق خارجی برای طرفین قرارداد رحم جایگزین در حقوق ایران، مطابق با شرع مقدس اسلام و عرف و عادت جامعه، تعیین شرایط ویژه برای استفاده‌کنندگان از اجاره‌ی رحم، مانند تأیید ناباروری زوجین متقاضی فرزند از سوی متخصصان مربوطه و سایر شرایط مندرج در ماده‌ی ۲ قانون نحوه‌ی اهدای جنین به زوجین نابارور؛

ج) جلوگیری از سوء استفاده‌های مالی از عمل مزبور و تعیین مبلغ حق‌الزحمه پرداختی به مادر جانشین در حد عرفی و متناسب با حقوق مربوط به شخصیت والای زن در حقوق اسلام؛  
د) توجه به اجازه‌ی شوهر مادر جانشین در قرارداد مربوطه؛

ه) با توجه به صحت و اعتبار قراردادهای اجاره‌ی رحم، در صورت تخلف هر یک از طرفین قرارداد در طی مدت آن، ضمانت اجرایی متناسب با تخلف انجام شده برای آنان در نظر گرفته شود.  
و) تلقیح از بانک اسپرم برای دختران مجرد، زنان بیوه یا مطلقه و پسران مجرد ممنوع باشد. استفاده از رحم اجاره‌ای دختران باکره ممنوع باشد.

ز) مطابق قانون، موارد اهلیت زن برای اجاره‌ی رحم مشخص شود.

ح) دریافت‌کنندگان جنین و بانوی صاحب رحم مورد بررسی قرار گیرند که آیا صلاحیت سرپرستی و حمل کودک را دارند، لذا بررسی تمکن مالی، بیماری‌های جسمی یا روحی صعب‌العلاج یا رشد عقلی به گونه‌ای که سفیه نباشند یا مبرابودن از فساد اخلاقی و اعتیاد به الکل یا مواد مخدر لازم است. علاوه بر آن آنان باید از نظر سنی در سن کهولت نباشند، زیرا رسیدگی به طفل در ایام پیری معمولاً به شایستگی انجام نمی‌پذیرد. از طرفی حداقل سنی (مثلاً ۲۵ سالگی) برای امکان پذیرش مادر جانشینی در آیین‌نامه‌ای از سوی هیأت وزیران منظور گردد.

## فهرست منابع

۱. قرآن کریم.
۲. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.
۳. ابن فارس، ابوالحسین احمد بن فارس بن زکریا، ۱۴۰۴ هـ ق، معجم مقاییس اللغة، مکتب الاعلام الاسلامی، جلد ۵.
۴. امامی، سیدحسن، ۱۳۷۴ هـ ش، حقوق مدنی، جلد ۵، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
۵. امامی، حسن، ۱۳۷۶ هـ ش، حقوق مدنی، جلد ۳، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ سیزدهم.
۶. امامی، حسن، ۱۳۷۳ هـ ش، حقوق مدنی، جلد ۴، تهران، اسلامی، چاپ دوازدهم.
۷. آخوندی، محمد مهدی؛ بهجتی اردکانی، زهره، ۱۳۸۷ هـ ش، «رحم جایگزین؛ تعریف انواع و ضرورت استفاده از آن در درمان ناباروری»، رحم جایگزین، تهران، سمت، چاپ دوم.
۸. بروجردی عبده، محمد، ۱۳۸۰ هـ ش، کلیات حقوق اسلامی، جلد ۲، تهران، گنج دانش، چاپ اول.
۹. جر، خلیل، ۱۳۶۵ هـ ش، فرهنگ عربی - فارسی، سید حمید طبیبیان، تهران، انتشارات امیرکبیر.
۱۰. الجعبی العالمی، زین الدین، ۱۳۸۰ هـ ش، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، تهران، مجد.
۱۱. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، ۱۳۸۱ هـ ش، ترجمه و تحقیق مفردات الفاظ قرآن، غلامرضا خسروی (مترجم)، تهران، مرتضوی، جلد ۳، چاپ دوم.
۱۲. ربانی، محمدحسن، ۱۳۸۶ هـ ش، «بررسی برخی از مباحث تلقیح»، مسائل مستحدثه پزشکی (۱)، مؤسسه‌ی بوستان کتاب، چاپ دوم.
۱۳. رضایا معلم، محمدرضا، ۱۳۸۰ هـ ش، «وضعیت حقوقی (نسب) کودک ناشی از انتقال جنین»، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، تهران، سمت.
۱۴. ساعدی، سحر، ۱۳۸۷ هـ ش، «احکام وضعی رحم جایگزین»، رحم جایگزین، سمت، چاپ دوم.
۱۵. سیاح، احمد، بی‌تا، فرهنگ بزرگ جامع نوین، انتشارات اسلام.
۱۶. شریف، علی، ۱۳۷۷ هـ ش، حقوق خانواده، تهران، دنیای نو، چاپ اول.
۱۷. شریف، علی، ۱۳۷۷ هـ ش، حقوق خانواده، تهران، دنیای نو، چاپ اول.
۱۸. صفایی و دیگران، ۱۳۸۴ هـ ش، حسین، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، تهران، دانشگاه تهران، چاپ اول.

۱۹. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله، ۱۳۸۶ه.ش، حقوق خانواده، جلد ۲، تهران، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.
۲۰. صمدی اهری، محمدهاشم، ۱۳۸۲ه.ش، نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام، کتابخانه گنج دانش، تهران.
۲۱. علوی قزوینی، سید علی، ۱۳۷۲ه.ش، «آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان»، مجله مجتمع آموزشی قم، سال دوم.
۲۲. الفراهیدی، خلیل بن احمد، ۱۴۲۴ ه ق، کتاب العین، بیروت، دارالکتب العلمیه، جلد ۴.
۲۳. قرشی، سید علی اکبر، ۱۳۶۷ه.ش، قاموس قرآن، دارالکتب الاسلامیه، جلد ۷-۶-۵.
۲۴. گواهی، زهرا، ۱۳۸۷ه.ش، «بررسی احکام وضعی استفاده از رحم جایگزین»، رحم جایگزین، تهران، سمت، چاپ اول.
۲۵. محلاتی، شهربانو، ۱۳۸۴ه.ش، بررسی خلاءهای قانونی حقوق کودک(۱)، تهران، روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان.
۲۶. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۸ ه ق، حیل‌های شرعی و چاره‌جویی‌های صحیح، در یک جلد، انتشارات مدرسه‌ی الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، چاپ دوم.
۲۷. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۷ ه ق، استفتاءات جدید (مکارم)، ۳ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، جلد اول، چاپ دوم.
۲۸. موسوی بجنوردی، سید محمد، ۱۳۸۶ه.ش، اندیشه‌های حقوقی (۱)، حقوق خانواده، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۲۹. مومن قمی، محمد، ۱۳۷۴، «سخنی درباره تلقیح مصنوعی»، فصل‌نامه فقه اهل بیت.
۳۰. مهرپور، حسین، ۱۳۷۶ه.ش، «نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی»، مجله‌ی تحقیقات حقوقی دانشکده شهید بهشتی، شماره ۲۰-۱۹.
۳۱. نایب زاده، عباس، ۱۳۸۰ه.ش، «بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی- «مادر جانشین - اهداء تخمک/جنین»»، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول.
۳۲. نجفی، محمدحسن، ۱۹۸۰م، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۳۱، بیروت، دار احیاء التراث العربی.

۳۳. نجفی، محمدحسن، ۱۹۸۰م، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد نکاح و جلد ۴۱، اسباب تحریم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۳۴. نجفی، محمد حسن، ۱۳۱۴.ش، جواهر الکلام، جلد ۳۹، تهران، دارالکتب اسلامیه.
۳۵. نیک‌زاد، عباس، ۱۳۸۶.ش، سید غلام علی جورسرایبی، «بررسی احکام وضعی اهدای گامت»، مجله‌ی دانشگاه علوم پزشکی بابل دوره‌ی نهم شماره‌ی ۳.
۳۶. یزدی، محمد، ۱۳۷۵.ش، «باروری‌های مصنوعی و حکم فقهی آن»، فصل‌نامه فقه اهل بیت، سال ۲.