



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد ملارد

پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد (M.A)

رشته حقوق خصوصی

عنوان:

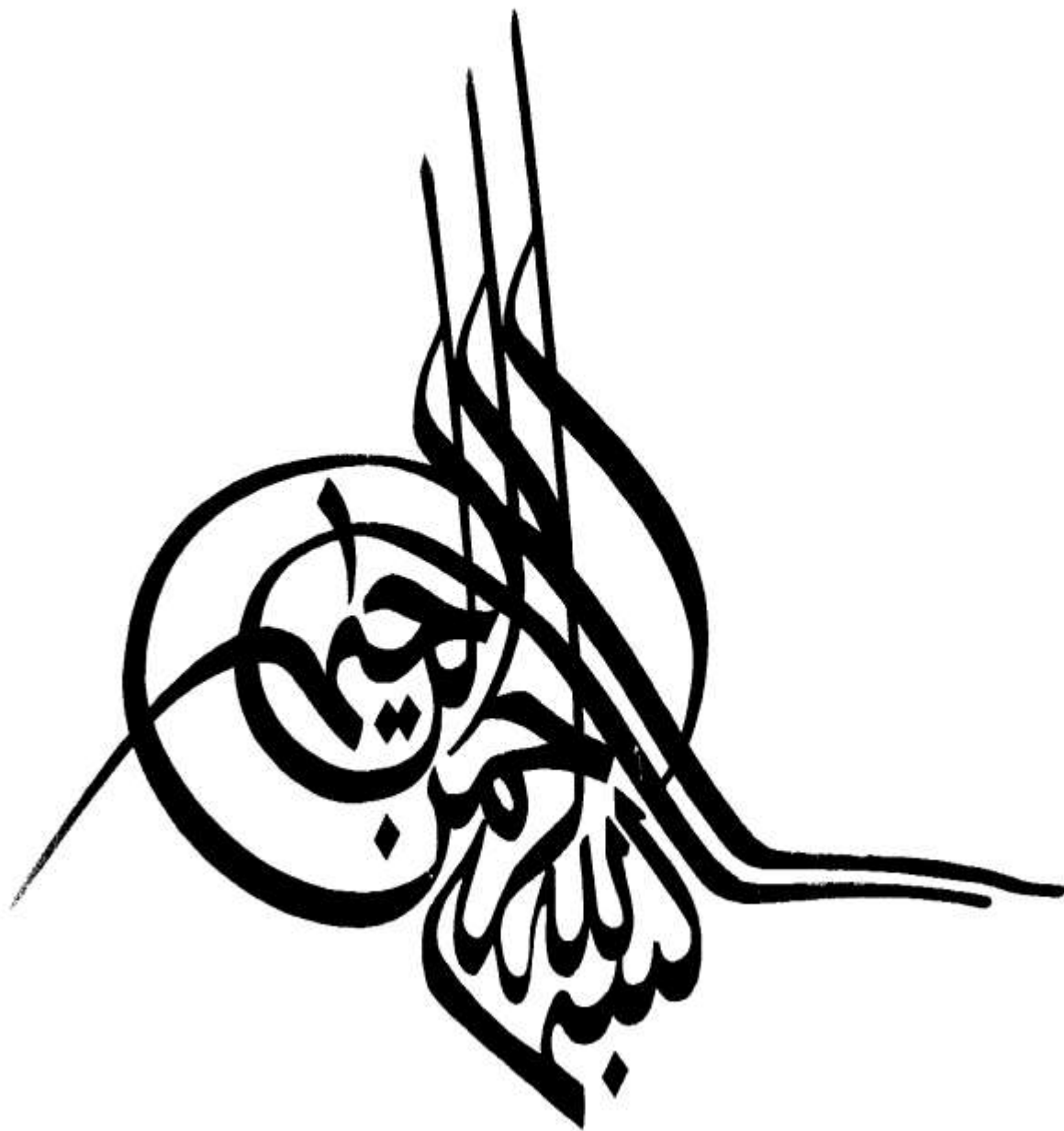
مسئولیت مدنی ناشی از اهدای گامت و اجاره رحم

استاد راهنما:

دکتر شهرام بیگی

نگارنده: سمیه هدایتی زفرقندی

زمستان ۱۴۰۰



واحد ملارد

باسمه تعالی

با تأییدات خداوند متعال جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد خانم/آقای ..... در رشته حقوق گرایش حقوق خصوصی با حضور استاد راهنما، استاد(استادان) مشاور و هیأت داوران در دانشگاه آزاد اسلامی واحد ملارد در تاریخ تشکیل گردید. در این جلسه، پایان نامه با موفقیت مورد دفاع قرار گرفت. بدینوسیله تایید میشود پایان نامه مذکور از لحاظ محتوای علمی و فرمت و نگارش کامل وبدون نقص می باشد.

استاد راهنما: دکتر

استاد (استادان مشاور):

۱-

هیأت داوران:

۱- دکتر

۲- دکتر

نماینده تحصیلات تکمیلی واحد:

تاریخ و امضاء

معاون پژوهشی دانشگاه :

تاریخ و امضاء



### تعهد نامه اصالت رساله یا پایان نامه

اینجانب دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته در رشته حقوق گرایش حقوق خصوصی در تاریخ ..... از پایان نامه خود تحت مسئولیت مدنی ناشی از اهدای گامت و اجاره رحم با کسب نمره ..... با درجه ..... دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد میشوم:

۱. این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و ...) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منابع مورد استفاده و سایر مشخصات آن در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام
۲. این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (همسطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاهها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.
۳. چنانچه بعد از فراغت از تحصیل قصد استفاده و هر گونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و ... از این پایان نامه داشته باشم از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای لازم را اخذنمایم.
۴. چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می پذیرم و واحد ملزم است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی

## تشکر و قدردانی

با سپاس بی کران از خداوندگار یکتا که انسان اشرف مخلوقات را پدید آورد، تا ظلمت کده ی تیره و تاریک زمین را به نور محبت بشر زینت و در میان جنگ و جدل، خرابی و ویرانی، صلح و آرامش، عمران و آبادی زندگی آرام پدید آورد.

با سپاس از اساتیدم در دوره تحصیلات تکمیلی و استاد راهنمای بزرگوار دکتر ..... که در تصحیح نوشته هایم با متانت و بزرگواری ایرادهایم را گوشزد نمود، سپاس از اساتید داور که با سعه صدر در هنگام دفاع از این پایان نامه مرا تحمل نمودند.

تقدیم به :

چشم هایی که در راه ماندند و دل هایی که آنها را راندند ؛

تقدیم به اشک هایی که غرورشان شکست و عهدهایی که کسی آنها را نبست ؛

تقدیم به همه آنهایی که زیر سایه هستی دلواپس یکدیگرند ؛

تقدیم به پدر و مادر عزیزمان که مشوق حیات علمی مان هستند و ایمان زندگی را از مکتبشان آموختیم ؛

و در پایان تقدیم به کسانی که مرا در انجام این تحقیق یاری کردند.

## چکیده

اهدای گامت یکی از مباحث جدید در حقوق است. بحث مسئولیت مدنی ناشی از اهدای گامت یکی از مباحث جدید و مهم در حقوق خصوصی است، که ما در این تحقیق بر آن متمرکز شده ایم. بران مبنا نتایج ما به صورت کلی اینگونه بیان می شود که مشکل از این بابت است که چون استفاده از رحم جایگزین موضوعی کاملاً جدید محسوب میشود، هنوز عرف خاصی درباره آن شکل نگرفته است و روشن نیست که در چه مواردی میتوانیم بگوییم که از رفتار انسان متعارف تجاوز شده و تقصیری محقق شده است. براین اساس ما در این پایان نامه به مسئولیت مدنی ناشی از اهدای گامت و اجاره رحم می پردازیم، سوال ما این است که سوال اصلی این پایان نامه اینگونه مطرح شده است که در چه شرایطی در روش اهدای گامت و رحم اجاره ای، مسئولیت مدنی ایجاد می شود و خسارت قابل مطالبه است؟ و فرضیه ما هم این است که در شرایطی که قانونگذار در مورد حدود مسئولیت طرفین قرارداد در روش اهدای گامت و رحم اجاره ای دخالت نماید و مقررات روشن و راهشگایی وضع نماید، مسئولیت مدنی ایجاد می شود و خسارت قابل مطالبه است.

کلیدواژگان: رحم جایگزین، مسئولیت مدنی، مسئولیت قراردادی، گامت، ضمان قهری.

|                                                |    |
|------------------------------------------------|----|
| فصل اول: کلیات                                 | ۴  |
| ۱- بیان مسئله                                  | ۵  |
| ۱-۲ اهمیت و ضرورت انجام تحقیق                  | ۱۰ |
| ۱-۳ مرور ادبیات و سوابق مربوطه                 | ۱۰ |
| ۱-۴ سؤالات تحقیق:                              | ۱۳ |
| ۱-۵ فرضیه‌های تحقیق:                           | ۱۴ |
| ۱-۶ اهداف مشخص تحقیق                           | ۱۴ |
| ۱-۷ تعریف کلیدواژگان                           | ۱۵ |
| ۱-۷-۱ مسئولیت                                  | ۱۵ |
| ۱-۷-۲ مسئولیت مدنی                             | ۱۵ |
| ۱-۷-۳ گامت                                     | ۱۵ |
| ۱-۷-۴ رحم جایگزین:                             | ۱۵ |
| ۱-۸ روش تحقیق                                  | ۱۵ |
| ۱-۹ گردآوری داده‌ها                            | ۱۶ |
| ۱-۱۰ روش‌ها و ابزار تجزیه و تحلیل داده‌ها:     | ۱۶ |
| ۱-۱۱ سازماندهی تحقیق                           | ۱۷ |
| فصل دوم: مسئولیت مدنی                          | ۱۸ |
| ۲-۱ مفاهیم                                     | ۱۹ |
| ۲-۱-۱ مسئولیت مدنی                             | ۱۹ |
| ۲-۲ ارکان تحقق مسئولیت                         | ۲۸ |
| ۲-۲-۱ ارکان تحقق مسئولیت قهری                  | ۲۹ |
| ۲-۲-۲ ارکان تحقق مسئولیت قراردادی              | ۳۳ |
| ۲-۳ مبنا و اهداف مسئولیت مدنی                  | ۳۷ |
| ۲-۳-۱ مبانی مسئولیت مدنی                       | ۳۷ |
| فصل سوم: مشروعیت اهدای گامت و اجاره رحم در فقه | ۴۳ |
| ۳-۱ حالت‌های مختلف تشکیل جنین                  | ۴۴ |

|       |                                                                                                |    |
|-------|------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| ۳-۱-۱ | ورود اسپرم با دستگاه در رحم همسر شرعی                                                          | ۴۵ |
| ۳-۱-۲ | تلقیح اسپرم و تخمک همسر شرعی و جایگزینی در رحم زن                                              | ۴۶ |
| ۳-۱-۳ | تلقیح اسپرم مرد و تخمک همسر شرعی و رشد آن در محیط آزمایشگاه                                    | ۴۷ |
| ۳-۱-۴ | تلقیح اسپرم مرد پس از فوت وی                                                                   | ۴۷ |
| ۳-۱-۵ | تلقیح اسپرم مرد با تخمک همسر وی و جایگزینی در رحم زن دیگر                                      | ۴۸ |
| ۳-۱-۶ | منشأت تشکیل جنین، اسپرم مرد و تخمک زن دیگری                                                    | ۴۹ |
| ۳-۲   | اشتباه پزشک در تلقیح                                                                           | ۴۹ |
| ۳-۲-۱ | تشکیل جنین های متعدد، انتقال و نگهداری آنها                                                    | ۵۰ |
| ۳-۲-۲ | توارث در حالت استفاده از رحم جایگزین                                                           | ۵۱ |
| ۳-۳   | اشکال مختلف استفاده از رحم جایگزین                                                             | ۵۱ |
| ۳-۳-۱ | جانشینی در بارداری                                                                             | ۵۱ |
| ۳-۳-۲ | جانشینی سنتی رحم                                                                               | ۵۲ |
| ۳-۳-۳ | جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی                                                      | ۵۲ |
| ۳-۳-۴ | حکم توارث طفل متولد شده از رحم جایگزین                                                         | ۵۳ |
| ۳-۴   | توارث در حالت اهدای گامت                                                                       | ۵۹ |
| ۳-۴-۱ | وضعیت توارث در حالت اهدای اسپرم (بیگانه)                                                       | ۵۹ |
| ۳-۴-۲ | وضعیت توارث با اهدای تخمک                                                                      | ۶۲ |
| ۳-۴-۳ | وضعیت ارث جنین لقاح یافته بعد از وفات صاحب اسپرم                                               | ۶۶ |
| ۳-۴-۴ | وضعیت ارث جنین منجمد شده                                                                       | ۷۳ |
|       | فصل چهارم: مسوولیت مدنی ناشی از اهدای گامت و قوانین مرتبط                                      | ۷۹ |
| ۴-۱   | نامعلوم بودن اهدا کنندگان گامت و تاثیر آن در وراثت                                             | ۸۰ |
| ۴-۲   | دلایل فائیلین به تحقق نسب میان اهداء کنندگان جنین و طفل متولد شده از اهدای جنین و نقد نظر آنها | ۸۱ |
| ۴-۲-۱ | بررسی آیات                                                                                     | ۸۱ |
| ۴-۲-۲ | نظریه مادر بودن صاحب تخمک                                                                      | ۸۵ |
| ۴-۲-۳ | نقد نظریه نظریه مادر بودن صاحب تخمک                                                            | ۸۶ |
| ۴-۲-۴ | بررسی روایات                                                                                   | ۸۷ |

|         |                                           |     |
|---------|-------------------------------------------|-----|
| ۵-۲-۴   | بررسی نظر فقها و حقوقدانان                | ۹۰  |
| ۱-۵-۲-۴ | قائلین به جواز لقاح مصنوعی با اسپرم اجنبی | ۹۱  |
| ۶-۲-۴   | بررسی سایر ادله                           | ۹۲  |
| ۱-۶-۲-۴ | بررسی آیات                                | ۹۳  |
| ۲-۶-۲-۴ | بررسی نظریه حقوقدانان                     | ۹۶  |
| ۳-۴     | مسئولیت مدنی ناشی از اهدای گامت           | ۹۷  |
|         | فصل پنجم: نتیجه گیری و پیشنهادات          | ۱۰۰ |
| ۱-۵     | نتیجه گیری                                | ۱۰۱ |
| ۲-۵     | پیشنهادهای                                | ۱۰۳ |
|         | منابع                                     | ۱۰۴ |
|         | ضمیمه قوانین داخلی در رحم اجاره ای        | ۱۰۹ |

## فصل اول: کلیات

## ۱-۱ بیان مسئله

ناباروری به عنوان یکی از بحران های عمده در طول دوران زندگی مطرح می باشد که عامل بالقوه ای جهت تهدید ثبات فردی و روابط اجتماعی است. از ناباروری به عنوان سومین عامل یا یکی از پنج عامل اول طلاق نام برده شده است. حدود یک چهارم زوجها در ایران ناباروری اولیه را تجربه می کنند. در برخی موارد یکی از زوجین یا هر دو توانایی ایجاد گامت (سلول جنسی) را ندارد، لذا تنها راه حل درمانی برای این دسته از زوجین استفاده از روش اهدای گامت (اسپرم یا تخمک) یا اهدای جنین است و در صورت وجود مشکلات آناتومیک رحم، نیاز به استفاده از رحم اجاره ای به وجود می آید (علیزاده و همکاران، ۱۳۸۸).

در فرآیند تولید مثل، استفاده از رحم جایگزین اقسام مختلفی دارد و می توان آن را بر مبنای وجود و یا عدم وجود ارتباط ژنتیکی بین والدین و فرزند، کیفیت قرارداد یا آثار آن تقسیم کرد. بنابراین جانشینی در بارداری بر پایه وجود یا عدم وجود ارتباط ژنتیکی مادر جانشین (زن ثالث) و والدین، اعم از حکمی یا متقاضی با جنین، به دو دسته قابل تقسیم است:

### الف) جانشینی در بارداری

مادر جانشین از نظر ژنتیکی هیچ ارتباطی با کودک ندارد و او تنها به موجب توافق جانشینی در بارداری، تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته در خارج رحم را که متشکل از اسپرم و تخمک والدین حکمی است و با استفاده از روش های کمکی تولید مثل به وی منتقل و باردار شده است حمل می کند. این قسم در مقایسه با اقسام دیگر، رواج بیشتری دارد و عمده بحث مجامع حقوقی و قضایی در استفاده از رحم جایگزین بر پایه این قسم است.

### ب) جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی

این روش بر اساس 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 می کنند؛ بنابراین، این قسم با نظر به استفاده زوج نابارور از تخمک بارور شده یا جنین اهدایی، به دو قسم قابل تقسیم است:

## ۱. با جانشینی 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 زوج های دیگر یا مردان و زنان ثالثی که از یکدیگر بیگانه اند، تهیه و در آزمایشگاه بارور می شود 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 می گردد. 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. با جانشینی 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 می شود، سپس جنین تخمک بارور شده ای با استفاده از روش های باروری کمکی در رحم مادر جانشین کشت می شود. 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 (لطفی، ۱۳۹۱).

قرارداد رحم جایگزین، قراردادی است که طبق آن زنی توافق می کند تا با استفاده از روش های کمکی تولید مثل و با استفاده از اسپرم و تخمک والدین حکمی، جنین آنها را حمل نموده و پس از وضع حمل و تولد نوزاد و طبق توافق او را به والدین حکمی اش تحویل نماید که قرارداد اجاره رحم به دو شکل می باشد:

۱. قرارداد های معوض (تجاری) که در این نوع قرارداد، زوجین نابارور (والدین حکمی) تعهدی می کنند که در قبال خدمات زن صاحب رحم مبلغی را با توافق مادر جایگزین به وی پرداخت نمایند که مبلغ پرداختی به عنوان عوض تعهدات زن صاحب رحم تلقی می گردد.

۲. قراردادهای غیرمعوّض (غیرتجاری)، در این نوع قرارداد زن صاحب رحم صرفاً به خاطر انگیزه های انسان دوستانه تن به این کار می دهد و حق الزاحمه ای دریافت نمی کند که این نوع قرارداد اغلب بین دوستان و خویشاوندان والدین حکمی انجام می پذیرد.

شایان ذکر است که از نظر تقسیم بندی اعمال حقوقی، قرارداد رحم جایگزین جزو عقود قرار می گیرد، زیرا که به موجب ماده ۱۸۳ قانون مدنی: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر انجام امری نمایند» و با توجه به ماده ۱۸۵ قانون مدنی قرارداد رحم جایگزین در گروه عقود لازم قرار خواهد گرفت.

عقود لازم عقودي اند که هیچ یک از طرفین قرارداد حق فسخ (انحلال و از بین بردن عقد) را ندارند مگر با توافق دو طرف عقد که بدان تفاسخ یا اقاله می گویند، لکن در مورد قرارداد رحم جایگزین با توجه به حساسیت موضوع آن، اقاله قرا داد یا همان توافق دو طرف عقد مبنی بر برهم زدن عقد منعقد صرفاً تا قبل از استقرار جنین در رحم مادر جانشین ممکن خواهد بود و بعد از استقرار جنین بنا بر حاکمیت قواعد آمره (قواعدی که افراد نمی توانند برخالف آن توافق یا تراضی کنند و ضمانت اجرای آن بطلان قرارداد است و قواعد آمره نقطه مقابل قواعد تکمیلی و تفسیری می باشند، که در آنها طرفین قرارداد می توانند با توافق یکدیگر خلاف آن توافق نمایند) (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۸۰).

مسئولیت مدنی به معنای عام شامل مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری می شود. مسئولیت در صورتی قراردادی به حساب می آید که اولاً بین زیان دیده و عامل ورود ضرر قرارداد صحیحی وجود داشته باشد و ثانیاً خسارت، ناشی از اجرا نکردن مفاد آن قرارداد باشد. بنابراین ابتدا لازم است بررسی نماییم که آیا قرارداد رحم جایگزین، قرارداد صحیحی محسوب می گردد یا خیر. پس از آنکه پاسخ این سوال روشن شد، این مسئله مطرح می گردد که مفاد قرارداد رحم جایگزین کدام است و در چه صورتی خسارات را ناشی از اجرا نکردن مفاد آن می دانیم. در صورتی که قرارداد استفاده از رحم جایگزین اساساً منعقد نگردد یا اینکه قرارداد به دلیل عدم تحقق برخی از شرایط صحت آن مثل معلوم و معین نبودن موضوع یا عدم اهلیت یکی از طرفین صحیح نباشد یا اینکه به تبع برخی از فقها چنین قراردادی را باطل بدانیم یا آن را مخالف اخلاق حسنه و نظم

عمومی قلمداد کنیم، در این صورت موضوع مسئولیت قهری مطرح خواهد شد. البته ممکن است قرارداد صحیح باشد و همچنان مسئولیت قهری تلقی گردد. زیرا ممکن است زیان دیده یا عامل زیان جزء متعاقدين نباشد یا اینکه خسارت به بار آمده ناشی از نقض تعهد قراردادی نباشد. در کل در فرضی که میان زیان دیده و عامل ورود زیان پیمان صحیحی وجود نداشته باشد یا خسارت، ناشی از نقض تعهدات قراردادی نباشد (اعم از این که این تعهدات به صراحت در عقد ذکر شده باشند یا عقد متبانیاً بر آن منعقد شده باشد و جزء لوازم قرارداد باشد) مسئولیت را غیرقراردادی یا خارج از قرارداد می نامند. در اینجا برای تحقق مسئولیت قهری لازم است تا ضرر به بار آمده توسط عامل زیانبار ناشی از نقض تکالیف عمومی باشد. به عبارت دیگر لازم است احراز گردد که فاعل زیانبار یکی از تکالیف عمومی و قانونی را نقض کرده و خسارت ناشی از این تخلف است (رحیمی، ۱۳۸۷). کلیه عقود و قراردادهای عادی بر مبنای دو ماده ۱۰ و ۱۹۰ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران منعقد می گردد. بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی:

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.» و بر اساس ماده ۱۹۰ قانون مدنی:

«برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:

۱. قصد طرفین و رضای آنها (یا با امضاء قرارداد قطعی می گردد).

۲. اهلیت طرفین (اهلیت یعنی شخص باید بالغ و عاقل و رشید باشد).

۳. موضوع معین که مورد معامله باشد

۴. مشروعیت جهت معامله»

از سویی می توان گفت که قوانین و مقررات مسئولیت مدنی به اندازه ای عام و کلی می باشد که موضوع اهدای گامت و رحم اجاره ای را نیز در بر می گیرد و از این حیث مشکلی وجود ندارد. اما مشکل از این بابت است که چون استفاده از رحم جایگزین موضوعی کاملاً جدید محسوب می شود، هنوز عرف خاصی درباره

آن شکل نگرفته است و روشن نیست که در چه مواردی می توانیم بگوییم که از رفتار انسان متعارف تجاوز شده و تقصیری محقق شده است (رحیمی، ۱۳۸۷).

همچنین بر اساس قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲/۴/۲۹ و آیین نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۸۳/۱۲/۱۹ درمان ناباروری با انتقال جنین های تشکیل شده از نطفه زوج های قانونی و شرعی در خارج از رحم با شرایطی مجاز است. به موجب ماده ۱ این قانون: «کلیه مراکز تخصصی درمان بیماران نابارور ذی صلاح مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون نسبت به انتقال جنین های حاصل از تلقیح خارج از رحم زوج های قانونی و شرعی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی، ناباروری آنها (هر یک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده اقدام نمایند.»

با نارسایی رحم در حالی که پیشرفت پیوند رحم به عوامل پزشکی بستگی دارد، نگرانی های اخلاقی و قانونی مهمی نیز وجود دارد. پیوند رحم برای زنان بدون دسترسی به رحم جایگزین ضروری است. همچنین ممکن است زنان ناباروری که از رحم اجاره ای بدشان می آید به دنبال آن باشند. این پایان نامه به بررسی مسائل پزشکی، اخلاقی، قانونی و سیاستی می پردازد که در پیوند رحم به وجود می آیند، از جمله نقش سیاست های رحم جایگزین که آنها را ضروری می سازد. نتیجه این است که یک مسیر اخلاقی روشن برای استفاده از رحم جایگزین یا پیوند رحم توسط زنان مبتلا به نارسایی رحم وجود دارد. تکنیک های کمک باروری مانند IVF و انجماد جنین در اوایل دهه ۱۹۸۰ بخشی پذیرفته شده از درمان ناباروری در اروپا و ایالات متحده شد و از آن زمان در سراسر جهان گسترش یافت. با افزایش تجربه، تغییرات بسیاری در IVF از جمله ICSI، تخمک اهدایی، رحم جایگزین بارداری، تشخیص ژنتیکی قبل از لانه گزینی، و فریز تخمک. هر نوآوری مستلزم کار از طریق نگرانی های ایمنی، کارایی و اخلاقی مطرح شده بود، و در بیشتر موارد به وضعیت قابل قبولی با پوشش بیمه در بسیاری از مناطق دست یافت. این در حالی است که در کشورهای مانند ایران کماکان بحث اهدای گامت، در نگاه جامعه چندان مثبت و قابل اطمینان به نظر نمی رسد. درباره رحم جایگزین در حقوق ایران مقررات خاصی وجود ندارد اما در سال ۱۳۸۲ قانونی در خصوص اهدای جنین در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید و شورای نگهبان نیز آن را در سال ۱۳۸۳ تایید کرد که می توان از آن در امر رحم اجاره ای نیز بهره برد. در

استفتائی که از آیت الله خامنه ای در سوال آیا انتقال خون بین مسلمان و غیرمسلمان، جایز است یا نه؟ پاسخ را جایز نوشته اند که می توان به طور ضمنی به گامت هم این پاسخ را در خصوص جنین مسلمان و غیر مسلمان درست دانست.

با توجه به اینکه در این قانون و آیین نامه اجرایی آن، قانونگذار فقط حالت خاصی از درمان ناباروری را پیش بینی کرده و حالت های دیگر آن به ویژه بهره مندی از اهدای گامت و رحم اجاره ای را مد نظر قرار نداده است و صراحتاً به مسئولیت مدنی ناشی از این روش اشاره ننموده است، لذا پژوهشگر به دنبال پاسخ این سوال است که: در چه شرایطی در روش اهدای گامت و رحم اجاره ای، مسئولیت مدنی ایجاد می شود و خسارت قابل مطالبه است؟

## ۱-۲ اهمیت و ضرورت انجام تحقیق

پیوند رحم از ابتدا از نظر اخلاقی بحث برانگیز بوده است. واکنش اولیه این بود که پیوند رحم بیش از حد تکنولوژیکی است، یک روش انتخابی پرهزینه، به طوری که زنان ممکن است تجربه بارداری و زایمان فرزند خود را در زمانی که گزینه های کم هزینه و سرزده در دسترس هستند، داشته باشند. از آنجایی که بحث گامت، در قوانین ایران نیامده است پرداختن به آن ضرورت و اهمیت ویژه دارد.

## ۱-۳ مرور ادبیات و سوابق مربوطه

• صالحی (۱۳۹۱) در پژوهشی با عنوان "ماهیت حقوقی قراردادهای رحم جایگزین" بیان کرد: «قرارداد رحم جایگزین مشتمل بر سه طرف است، مرد و زنی که به عنوان زوجین نابارور مادر جانشین را به خدمت گرفته اند، و مادر جانشین که تراضی می کند تا از طریق باروری طبی و با جنین زوجین حامله شود. به طور معمول مادر جانشین در قبال مبلغی پول می پذیرد تا جنین را حمل نموده و بعد از زایمان به زوجین تحویل دهد. زوجین نابارور توافق می کنند تا علاوه بر مخارج پزشکی و امثالذکر مبلغی را به مادر جانشین تأدیه نمایند. به علاوه زوجین نابارور به موجب قرارداد، متقبل حضانت طفل نیز می شوند. شروط دیگری که ممکن

است در قرارداد رحم جایگزین لحاظ شود عبارت است از: تعهد مادرِ جانشین مبنی بر عدم ادعای رابطه خویشاوندی با طفل، اشتراط شروطی از قبیل ترک استعمال مواد دخانی و مخدر، عدم مصرف مشروبات الکلی، عدم استفاده از بعضی اغذیه و یا حتی عدم مجامعت با زوج خویش در دوران حاملگی. به نظر می رسد ماهیت این قرارداد در قالب عقود معین، مانند اجاره، عاریه، جعاله و امثالذلک نمی گنجد و بر اساس ماده ۱۱ قانون مدنی می تواند مقبول واقع شود. مع الوصف همه آثار قرارداد بر اساس اراده طرفین نمی تواند تعیین شود و برخی آثار قهری بر آن مترتب می شود. مهمترین اثر، قرابت و نسب حاصل از قرارداد است که به صورت قهری و غیر ارادی حاصل می شود. در این وجیزه با نگاهی مقارنه ای به مقایسه این قرارداد با عقود دیگر پرداخته و ماهیت آن تبیین و قالب حقوقی مناسب برای این قرارداد ارائه شده است.»

• عظیم زاده و معینی فر (۱۳۹۰) در پژوهشی با عنوان "بررسی تطبیقی مسئله رازداری در اهدای گامت و جنین" بیان کردند: «پس از ورود تکنولوژی های نوین کمک باروری به عرصه علم، مباحث اخلاقی فراوانی طرح شد که یکی از آنها رازداری در اهدای گامت یا جنین است. رویکرد کشورها در بحث اهدای ناشناس گامت یا جنین متفاوت است. برخی کشورها، رازداری را مجاز دانسته اند و بعضی دیگر غیرمجاز. مخالفان با ارائه دلایلی چون حق کودک برای دانستن، لزوم آگاهی از پیشینه پزشکی، جلوگیری از زناي محارم، کاهش سطح اطمینان میان والدین و فرزندان، ایجاد مشکلات هویتی برای کودک، و مقایسه قوانین فرزندخواندگی و قوانین مربوط به آن مخالفت خود را با این مسئله اعلام می کنند. موافقان نیز با دلایلی چون اهمیت نداشتن روابط ژنتیکی، حمایت از واحد خانواده، حمایت از کودک و والدینش در برابر عکس العمل های منفی جامعه، جلوگیری از تخریب روابط والدین فعلی و کودک، حق آزادی تولید مثل و حق حریم خصوصی، نگرانی از ایجاد اشکال جدید خانواده، ایجاد نظام تربیتی واحد برای کودک، و از بین بردن استرس کودک در رابطه با دانستن منشأ ژنتیکی اش، بر جواز آن تأکید دارند.»

• علیزاده و همکاران (۱۳۸۸) در پژوهشی با عنوان "اهدای ترکیبی گامت و رحم اجاره ای و حقوق والد-فرزند" بیان کردند: «در برخی موارد نادر نیاز به ترکیبی از دو یا چند نوع اهدا وجود دارد که این امور علاوه بر مشکلات ناشی از حکم تکلیفی از نظر احکام وضعی نیز می تواند ایجاد مشکل نماید و حقوق والد-فرزند را مورد شک و شبهه و سؤال قرار دهد. در این مقاله با استفاده از منابع فقهی و حقوقی به حقوق والد

- فرزندی مانند نسب، حضانت، ولایت، نفقه و محرمیت در مورد انواع اهدا، رحم اجاره‌ای و علی‌الخصوص اهدای ترکیبی پرداخته شده است. به نظر می‌رسد که به‌جز ترکیب اهدای جنین و رحم اجاره‌ای که همانند سرپرستی و فرزندخواندگی است، در بقیه‌ی موارد اهدای ترکیبی می‌توان حقوق والد فرزندی را همانند اهدای ساده در نظر گرفت.

• رحیمی (۱۳۸۷) در پژوهشی با عنوان "مسئولیت مدنی ناشی از رحم جایگزین" بیان کرد: «برای صحت قرارداد رحم جایگزین صرف استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی و قواعد عمومی قرارداد در شرایط صحت، کافی نیست و لازم است تا مقررات ویژه‌ای برای آن تصویب شود. به علاوه لازم است تا زوجین خواستار فرزند و حمل‌کننده جنین و شوهر او (در صورتی که متاهل باشد) تمام موضوعات و تعهدات را در قرارداد ذکر نمایند تا حدود مسئولیت قراردادی طرفین کاملاً روشن باشد. در مسئولیت خارج از قرارداد، یا اساساً قرارداد نافذی میان زیان دیده و عامل ورود ضرر وجود ندارد یا اینکه ضرر ناشی از نقص تعهدات قراردادی نیست، بلکه تکالیف عمومی زیر پا گذاشته شده و از رفتار انسان متعارف تجاوز شده است. قوانین و مقررات مسئولیت مدنی آنچنان عام و کلی است که موضوع مورد بحث ما را نیز در بر می‌گیرد و از این حیث مشکلی وجود ندارد. اما مشکل از این بابت است که چون استفاده از رحم جایگزین موضوعی کاملاً جدید محسوب می‌شود، هنوز عرف خاصی درباره آن شکل نگرفته است و روشن نیست که در چه مواردی می‌توانیم بگوییم که از رفتار انسان متعارف تجاوز شده و تقصیری محقق شده است. مباحث مطرح شده در این مقاله ضرورت مداخله قانونگذار و تصویب قانون را به روشنی به اثبات می‌رساند. موضوع رحم جایگزین دارای ابعاد و آثار متعدد اجتماعی است که در صورت نادیده انگاشته شدن، ممکن است موجب بروز آسیب‌های جدی در جامعه گردد و نظم عمومی نادیده گرفته شود».

• رستمی و خافی (۲۰۱۶) در پژوهش خود تحت عنوان "مسئولیت مدنی ناشی از رد عضو پیوندی" بیان کردند که عدم پذیرش عضوهای پیوندی موردی است که در آن سیستم ایمنی بدن دریافت‌کننده عضو پیوندی را پس می‌زند. جلوگیری و کاهش چنین دافعه‌هایی اصلی‌ترین نگرانی جراحان و دریافت‌کنندگان می‌باشد. مسئولیت‌های مربوط به عدم پذیرش پیوند و عوارض ناشی از آن ماهیتی قراردادی دارد. علاوه بر این برخلاف سایر مسئولیت‌های مربوط به جراحی، دو نوع قرارداد وجود دارد که عبارتند از: قرارداد "اهدای

عضو بین اهدا کننده و دریافت کننده " و " قرارداد درمان " اگر عدم پذیرش عضو به علت عملکرد چندگانه ی عضو اهدایی باشد ، در این صورت اهداکننده خود مسئول اثرات جانبی می باشد. در قرارداد درمان، مسئولیت مربوط به عدم پذیرش عضو از اصولی کلی پیروی می کند که در قوانین جدید مجازات اسلامی مصوب سال ۲۰۱۳ به تصویر ارائه شده است. معمولاً بر اساس قانون، اهدا کننده و وارثان دریافت کننده که مرگ مغزی شده اند نسبت به مسئولیت های ناشی از تاثیرات جانبی مسئولیتی ندارند. پژوهش حاضر در نظر دارد مسائل فوق را بر اساس قوانین معاصر پزشکی ایران می باشد.

- بناجیانو و همکاران (۲۰۱۴) در پژوهش خود تحت عنوان " دادگاه قانون اساسی ایتالیا، محدودیت اهدای گامت در ایتالیا را حذف می کند " بیان کرد در سال ۲۰۰۴ ، دادگاه قانون اساسی ایتالیا درمان هایی را که شامل اهدای گامت ، اهدای جنین ، انجماد رویان و انتقال بیش از سه جنین می شد را ممنوع کرد. اساساً سه بیانیه توسط دادگاه ارائه شد : ممنوعیتی که حق سلامت زوجین ، تعیین سرنوشت خود و بچه داشتن را نقض می کند. در این پژوهش ، به پیامدهای چنین تصمیمات و چالش های قانونی پرداخته شده است.

#### ۱-۴ سوالات تحقیق:

سوال اصلی:

۱- در چه شرایطی در روش اهدای گامت و رحم اجاره ای، مسئولیت مدنی ایجاد می شود و خسارت قابل مطالبه است؟

۲- در چه شرایطی در روش اهدای گامت و رحم اجاره ای، مسئولیت قراردادی ایجاد می شود و خسارت قابل مطالبه است؟

سوالات فرعی:

۱. در چه شرایطی در روش اهدای گامت و رحم اجاره ای، مسئولیت قهری ایجاد می شود و خسارت قابل مطالبه است؟

## ۱-۵ فرضیه‌های تحقیق:

۱. در شرایطی که قانونگذار در مورد حدود مسئولیت طرفین قرارداد در روش اهدای گامت و رحم اجاره ای دخالت نماید و مقررات روشن و راهشگایی وضع نماید، مسئولیت مدنی ایجاد می شود و خسارت قابل مطالبه است.

۲. در شرایطی که برای صحت قرارداد اهدای گامت و رحم اجاره ای صرفاً به ماده ۱۰ قانون مدنی و قواعد عمومی قرارداد در شرایط صحت استناد شود، مسئولیت مدنی ایجاد می شود و خسارت قابل مطالبه است.

## ۱-۶ اهداف مشخص تحقیق

• هدف آرمانی:

بررسی مسئولیت مدنی ناشی از اهدای گامت و اجاره رحم

• هدف کلی:

بررسی شرایطی که در روش اهدای گامت و رحم اجاره ای، فردی در مقابل دیگری موظف به جبران خسارت می شود.

• اهداف ویژه:

۲. بررسی مسئولیت قراردادی ناشی از اهدای گامت و اجاره رحم

۳. بررسی مسئولیت قهری ناشی از اهدای گامت و اجاره رحم

## ۱- ۷- تعریف کلیدواژگان

### ۱-۷-۱ مسئولیت

تعریف مسئولیت از نظر حقوقی عبارت است از تعهدی قانونی که شخص به علت ضرری که به دیگری وارد نموده است باید جبران نماید. خواه این اضرار ناشی از تقصیر و کوتاهی فعل یا ترک فعلی باشد و خود مستقیماً در امر اضرار نقش داشته باشد (مباشر) یا امر ضرر به غیر ناشی از فعالیت او باشد که رفتار اخیر در فقه به معنای ضمان بکار رفته است. که آن اعم از هر نوع مسئولیت مدنی یا کیفری می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۶۴۲).

### ۱-۷-۲ مسئولیت مدنی

«مسئولیت مدنی» عبارت از التزام شخص به جبران خسارت وارده به غیر می‌باشد. ایجاد این مسئولیت گاه ناشی از نقض تعهدات قراردادی است و گاه تخطی از تکالیف عرفی و قانونی است. لذا «مسئولیت مدنی» در معنای عام شامل مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی است؛ لیکن «مسئولیت مدنی» در معنای خاص به معنای الزام به ترمیم و جبران خسارت در خارج از روابط قراردادی است (تقی زاده و هاشمی، ۱۳۸۸: ۷).

### ۱-۷-۳ گامت

گامت یا کامه عبارت از یاخته‌ای تخصص‌یافته که مسئول تولید مثل جنسی است. گامت‌ها معمولاً حاوی نصف کروموزوم‌های جاننداری که از آن ایجاد شده‌اند هستند. (اصطلاحاً هاپلوئید هستند). در انسان گامت نر را تخم و گامت ماده را تخمک می‌نامند و گامت‌های طبیعی انسان حاوی بیست و سه کروموزوم هستند.

### ۱-۷-۴ رحم جایگزین:

رحم جایگزین به این معناست که زن متأهلی (به موجب قرارداد رحم جایگزین) دایگی جنین متعلق به دیگری را (در رحم خود) تا زمان تولد بپذیرد و تعهد نماید که کودک را پس از تولد یا در زمان معینی به والدین او برگرداند (قاسم زاده، ۱۳۸۷).

## ۱- ۸- روش تحقیق

پژوهش در علم حقوق، به لحاظ نوع می‌تواند جنبه بنیادین یا کاربردی داشته باشد. تحقیقات بنیادین، جنبه‌ی نظری داشته و به مسایل کلان جامعه و فلسفه‌ی تصویب قوانین و مقررات می‌پردازد، در حالی که هدف از

تحقیق کاربردی، ارائه ی راه حل فوری برای مسایل و نیازهای موجود جامعه است. همچنین در علم حقوق، بیشتر پژوهش ها به لحاظ روش به صورت توصیفی-تحلیلی صورت می گیرد. بنابراین پژوهش حاضر بر اساس موضوع به لحاظ نوع، جنبه بنیادین دارد و از نوع مطالعات توصیفی- تحلیلی می باشد. روش ها و ابزارهای گردآوری اطلاعات در این تحقیق به صورت کتابخانه ای و با مراجعه به تحقیقات علمی گذشته و حال از قبیل کتاب ها، مقاله ها، پایان نامه ها و... صورت می گیرد. این پژوهش به منظور توصیف عینی و کیفی محتوای مفاهیم به صورت نظامدار انجام خواهد شد و پژوهشگر به دنبال تجزیه و تحلیل و توصیف مطالب است و جهت تجزیه و تحلیل اطلاعات جمع آوری شده از روش تحلیل محتوا استفاده خواهد شد.

### ۱-۹ گردآوری داده ها

در این پژوهش از روش کتابخانه ای یا اسنادی استفاده خواهد شد. در این روش پژوهشگر از مهم ترین ابزار خود یعنی فیش برداری استفاده خواهد کرد. ابزار جمع آوری اطلاعات محقق در روش کتابخانه ای، همه اسناد چاپی همانند کتاب، دایره المعارف ها، فرهنگ نامه ها، مجلات، روزنامه ها، هفته نامه ها، ماهنامه ها، لغت نامه ها، سالنامه ها، مصاحبه های چاپ شده، پژوهش نامه ها، کتاب های همایش های علمی، متون چاپی نمایه شده در بانک های اطلاعاتی و اینترنت و اینترانت و هر منبعی که به صورت چاپی قابل شناسایی باشد؛ است. پژوهشگر با مراجعه به همه منابع شناسایی شده از قبل، مطالب مهم و مورد نیاز خود در فیش های تحقیق البته با ذکر دقیق مشخصات منبع مورد استفاده، می نویسد. اطلاعات جمع آوری شده که در فیش ها ثبت شده اند با یک نظم منطقی دسته بندی شده و ثبت خواهند شد

### ۱-۱۰ روش ها و ابزار تجزیه و تحلیل داده ها:

قلمرو پژوهش حاضر را متن های مکتوب، شفاهی و تصویری درباره موضوع "مسئولیت مدنی ناشی از اهدای گامت و اجاره رحم" تشکیل می دهد. اطلاعات و مواد اولیه تحلیل به روش کتابخانه ای گردآوری شده و سپس به روش تحلیل محتوا مورد تجزیه و تحلیل عقلانی قرار گرفته و نتیجه گیری می شود. بنابراین توصیف عینی و کیفی محتوای مفاهیم به صورت نظامدار انجام خواهد شد.

## ۱-۱-۱ سازماندهی تحقیق

فصل اول: کلیات است که شامل بیان مسئله ی تحقیق، سوالات و فرضیات، روش تحقیق، اهمیت و ضرورت، تعریف کلیدواژگان و مسئولیت مدنی و دیگر مورد تدقیق قرار گرفت.

فصل دوم: مسئولیت مدنی است که در خصوص انواع مسئولیت، از جمله مسئولیت قراردادی، مسئولیت قهری و ارکان مسئولیت بحث شده است.

فصل سوم: مشروعیت اهدای گامت واجاره رحم در فقه است که به بحث حالت های مختلف تشیل جنین، تلقیح اسپرم، بحث اشتباه پزشک، جانشینی سستی رحم و... پرداخته شده است .

فصل چهارم: مسولیت مدنی ناشی از اهدای گامت و قوانین مرتبط است.

فصل پنجم : نتیجه گیری و پیشنهادات است که در ابتدا به پاسخ سوال اصلی تحقیق می پردازیم و سپس پیشنهادات را ارائه می دهیم.

## فصل دوم: مسئولیت مدنی

هر پژوهشی نیاز به شناخت مفاهیم اولیه و بنیادین و همچنین مبانی ای دارد که موضوع مورد پژوهش در محدوده ی شرایط و بر پایه ی ویژگی های آن استوار شده است. پس در ابتدا به بررسی مفاهیم اولیه ای که این تحقیق بر آن استوار است پرداخته شود و اصطلاحاتی مانند مسئولیت مدنی، انواع آن و مفاهیم مشابه از همدیگر تمیز داده شوند. همچنین، آشنایی با شرایط و ارکان مسئولیت مدنی در اقسام آن و تمایز آن ها از یکدیگر ضروری می نماید. علاوه بر بررسی مفاهیم اولیه و بنیادین، لازم است برای ورود به مباحث اصلی تحقیق، ابتدا شرایط و ویژگی های مختلف هر یک از اصطلاحات فوق مانند: شرایط وقوع مسئولیت و موارد این چنینی برای خواننده روشن و ضابطه مند شود. بنابراین، در این فصل در وهله ی نخست، مروری بر این مفاهیم بنیادین مورد توجه است. سپس، شرایط و ارکان مسئولیت مورد تبیین قرار خواهد گرفت. بررسی مبانی هر یک از دو قسم مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی، موضوع گفتار سوم این فصل است.

## ۲-۱ مفاهیم

از جمله مقدمات یک تحقیق و پژوهش، تعریف دقیق و صحیح مفاهیمی است که درباره ی آن ها بحث می شود. بدیهی است، خواننده باید با علم به معانی این اصطلاحات وارد بحث اصلی تحقیق شود. گرچه خواننده ی این پژوهش حقوقدان بوده و علم و آگاهی وی نسبت به مفاهیم ابتدایی مفروض است با این حال، تعریف مختصر اصطلاحات مقدماتی تحقیق ضروری به نظر می رسد. از آنجا که موضوع مورد بحث ما مبتنی بر دو اصطلاح حقوقی مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی است، ابتدا باید مفهوم و ماهیت مسئولیت مشخص شود و معیار تفکیک آن به دو قسم مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی تبیین شود. لذا، در این گفتار به بررسی مفاهیم کلی همچون مسئولیت مدنی، مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری خواهیم پرداخت و در ادامه با مبانی هر یک از این دو نوع مسئولیت بیشتر آشنا خواهیم شد.

## ۲-۱-۱ مسئولیت مدنی

مسئول اسم مفعول، به معنی پرسیده شده و درخواست شده و بازخواست شده می باشد. مسئولیت مصدری جعلی از مسئول و از ریشه ی «سأل یسأل» به معنای پاسخگویی، بر عهده گرفتن، ملتزم شدن و کفیل شدن و موظف بودن به انجام دادن امری معنا شده است (فرهنگ فارسی معین، ۱۳۷۱: ۴۰۷۷). در کلام الهی واژه ی

مسئولیت، در معنای بازخواست و مورد مجازات واقع شدن به دلیل انجام یا خودداری از انجام کاری استعمال گردیده است. برای نمونه، در آیه ی ۳۴ سوره ی اسراء و ۲۳ سوره ی صافات کلمه ی مسئول به صورت «وافوا بالعهد ان العهد کان مسئولاً» و «وقفوهم انهم مسئولون» و نیز در حدیث «کلکم راع و کلکم مسئول عن رعیت» به کار رفته و بدین معناست که مسئول مورد بازخواست و تنبیه قرار گرفته است، گویی در ازای اشتباه و کم کاری خویش باید مجازات شود.

مدنی در لغت به معنای شهری، اسم منسوب به مدینه و شهر آمده است. در اصطلاح فقه و حقوق نیز به اموری گفته می شود که مربوط به ادعای حقوقی و مدنی (در مقابل کیفری) و ترتیب جبران خسارت صدمات مالی و حقوقی می باشد (انصاری، ۱۳۸۶: ۱۷۷۱).

در اصطلاح حقوقی، منظور از مسئولیت پاسخگو بودن شخص در قبال اعمالی است که عرفاً به او استناد داده می شود و ضمانت اجرای قانونی آن بر حسب نوع مسئولیت، متفاوت است (باریکلو، ۱۳۸۵: ۲۲). در واقع، مسئولیت مدنی هنگامی بوجود می آید که شخص ملزم به ترمیم خسارتی باشد که به دیگری فارغ از جنبه ی کیفری امر وارد کرده است. برخی بر این عقیده اند که در هر مورد که کسی موظف به جبران خسارت دیگری است، در برابر او مسئولیت مدنی دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۴۸) و برخی نیز آن را عبارت از مسئولیت شخص در برابر خسارتی که آن شخص یا شیء تحت حراست وی به دیگران وارد می کند و همچنین مسئولیت شخص بر اثر تخلف از انجام تعهدات قراردادی تعریف نموده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۴: ۱۷۳). تعاریف ارائه شده هر یک نقاط قوت و ضعفی دارند که با تلفیق آن ها می توان به یک تعریف جامع و مانع رسید.

برای شناخت بهتر مسئولیت مدنی، لازم است این نوع مسئولیت از مفاهیم مشابه تمیز داده شود. به طور معمول هنگامی که از واژه ی مسئولیت استفاده می شود، ابتدا مسئولیت اخلاقی به ذهن متبادر می شود. بنابر گفته ی استاد فرانسوی: «حقوق در فنی ترین بخش های خود، یعنی تعهدات، نیز مرهون قواعد اخلاقی است. آنچه را حقوق می نامیم، در واقع اخلاقی است که ضمانت اجرای مادی و دولتی یافته است.» (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۴۹) این در حالی است که مسئولیت مدنی تفاوت های اساسی با مسئولیت اخلاقی دارد. در واقع، مسئولیت اخلاقی به معنی احساس گناه است و جنبه ی شخصی دارد ولی مسئولیت مدنی چهره ای اجتماعی داشته و تا خطائی در

بیرون سر نزنند مسئولیتی در کار نخواهد بود. به علاوه در مسئولیت مدنی؛ ایراد ضرر، شرط و از ارکان مسئولیت است ولی در مسئولیت اخلاقی، ملاک شرمساری وجدان است و بر خلاف مسئولیت مدنی دارای ضمانت اجرا نیز نمی باشد (جلیلوند، ۱۳۷۳: ۱۷).

مسئولیت کیفری نیز از مسئولیت مدنی متمایز است. مسئولیت مدنی ممکن است مسبوق به امر کیفری باشد یا نباشد؛ به این ترتیب جبران خسارت گاهی همراه مجازات است و گاهی بدون آن. به علاوه، این دو نوع مسئولیت از نظر هدف و معیار سنجش نیز با هم متفاوت هستند. معیار سنجش در مسئولیت مدنی، میزان زیان وارده است در حالی که معیار سنجش در مسئولیت کیفری، شدت «خطا» یا «تقصیر» متهم در نقض قاعده ی لازم الاجرای عمومی است. نیز، هدف مسئولیت کیفری حفاظت و صیانت از منافع جامعه است ولی هدف مسئولیت مدنی حمایت از منافع شخص زیان دیده است (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۵۳). از آنچه گفته شد ظاهر است که مسئولیت مدنی زمانی محقق می شود که شخصی بدون مجوز قانونی به حق دیگری لطمه بزند و در اثر آن زبانی به او وارد شود، فرقی نمی کند عملی که موجب زیان شده است جرم باشد یا شبه جرم. در هر موردی که شخص عرفاً موظف به جبران خسارت دیگری است، گفته می شود که این فرد مسئولیت مدنی دارد و ضامن است. جبران ها در مسئولیت مدنی به عنوان ضمانت اجرای حقوق مدنی، نقش حساس و مهمی را در مطالبه و استیفای حقوق افراد و در نتیجه تنظیم روابط اجتماعی و حقوقی بازی می کند. بدون تصور جبران های مسئولیت مدنی، حق مفهوم واقعی و عینی خود را از دست داده وجنبه ی اخلاقی و ارزشی به خود می گیرد. در ضمن، چیزی که به واقع حق را از حالت بالقوه به صورت بالفعل در آورده و آن را به طور ملموس در اختیار صاحبان حق قرار می دهد، قواعد و مقررات موجود در نظام حقوقی کشورهاست که جبران های مناسبی در آن پیش بینی شده است.

برای اینکه حق در مسئولیت مدنی با تکیه بر جنبه ی حقوقی و عادلانه ی خود تبیین شود، لازم است به اهداف مستتر در جبران خسارات ناشی از مسئولیت توجه نمود.

در مجموع سه هدف جبران خسارت زیان دیده، یعنی تنبیهی و بازدارنده بودن و ایجاد صلح و ثبات و برقراری نظم در جامعه، از اهداف اصلی مسئولیت عنوان گردیده است (یادینی، ۱۳۸۴: ۳۲۰). هر چند این امر مانع از آن

نیست که اهداف دیگری را برای مسئولیت معرفی نمود. مهمترین هدف مورد توجه قانونگذار یا شارع در امر مسئولیت مدنی، جبران خسارات وارده بر زیان دیده و تسلی دادن به ایشان به جهت زیان های وارده است که در واقع کانون اصلی قواعد مسئولیت مدنی به شمار می رود. به عبارت دیگر، زمانی که بحث ضرر و زیان مطرح می شود بیشتر توجهات به شخص زیان دیده است و هدف از توجه به ایشان نوعی احساس همدردی و التیام دادن به وی به جهت وضعیتی است که در اثر ورود ضرر پیدا کرده است (یادینی، ۱۳۸۴: ۹۰). در واقع، قانونگذار سعی می نماید عامل زیان را مجبور نماید که وضعیت زیان دیده را تا حد ممکن و کافی به وضعیت قبل از ورود زیان بازگرداند. بنابراین، جبران خسارت با پرداخت مبلغی پول تنها هدف مسئولیت مدنی در ارتباط با زیان دیده نیست بلکه، جلوگیری از ورود خسارت در آینده و رفع تجاوز نسبت به حقوق خواهان نیز از دیگر اهداف مسلم مسئولیت مدنی است. برای نمونه، زمانی که جبران خسارت برای آسیب ناشی از حقوقی که ماهیت اقتصادی و مالی ندارد و کاملاً معنوی است، ممکن نیست؛ نباید قائل به این نظر شد که چون امکان جبران عین خسارات وجود ندارد و خسارات وارده نیز جنبه ی مالی و اقتصادی ندارد، باید وضعیت چنین خساراتی را بدون جبران رها نمود بلکه، باید با راه حل های التیام بخش سعی در معادل سازی خسارات نمود و با روش های معنوی یا پرداخت مبالغی تعادل روانی زیان دیده را عودت بخشید (باریکلو، ۱۳۸۵: ۴۰). اگرچه گاهی پرداخت مبلغی پول تحت شرایطی ممکن است اثر عکس داشته باشد.

حتی بعضی معتقدند می توان از راهکار پرداخت خسارات تنبیهی که در برخی از کشورها در موارد استثنایی و خاص از طرف دادگاه در حق زیان دیده و علیه خوانده اعمال می شود استفاده نمود (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۹۶۰). و البته این امر نیاز به مطالعه ی عمیق و جدی دارد و باید هماهنگی و عدم مخالفت آن با قواعد فقهی را نیز در نظر داشته باشیم.

جنبه دیگر جبران خسارات ناشی از مسئولیت مدنی متوجه نوعی مجازات نمودن شخصی است که باعث ورود زیان شده است در حقیقت قانونگذار وارد کننده زیان را ملکف می نماید تا زیان وارد شده را جبران کند تا هم باعث التیام زیان دیده شود و هم ضربه ای مالی برای تنبیه ایشان باشد تا درس عبرتی باشد برای وی و اطرافیان که از اقدامات زیانبار پرهیز نمایند و در امورات خود بی مبالاتی و بی احتیاطی را به حداقل ممکن برسانند. چرا که در واقع واردکننده ی زیان با انجام فعل زیانبار به منافع مشروع زیان دیده تجاوز و تعدی نموده

است و تحمیل مسئولیت بر او موجب می شود که اولاً نتایج و پیامدهای فعل زیانبار را خود تحمل کند ثانیاً تحمل این پیامدها موجب می شود که او احتیاط بیشتری نماید و از انجام مجدد چنین عملی اجتناب کند. دیگران نیز با توجه به وجود چنین قواعد حقوقی سعی می کنند تا از چنین قواعدی درس گیرند. و این همان مصداقی بارز از قاعده ی معروف پیشگیری بهتر از درمان می باشد (بادینی، ۱۳۸۵: ۳۵۷) که از این حیث به هدف بازدارندگی قواعد مسئولیت مدنی معروف است.

هدف دیگری که قانونگذار از جبران زیان به موجب قواعد مسئولیت مدنی دنبال می کند، قاعده مند نمودن و انضباط دادن به امورات مادی، مالی و روابط معاملاتی بین مردم مختلف از یک جامعه یا جوامع متفاوت است. در واقع، حقوق خصوصی با تضمین حقوق و آزادی شهروندان از این طریق نقش نظارتی حقوق عمومی را برعهده می گیرد. چرا که در غیر این صورت مسلم است که هر شخص و دستگاهی تنها منافع شخصی خویش را مد نظر قرار می دهد و برای دستیابی به منافع بی پایان خود به هر کاری ممکن است دست بزنند که تداوم این وضعیت باعث بی نظمی و هرج و مرج در جامعه و از بین رفتن قواعد و اصول حقوقی می شود این در حالی است که وجود ضمانت اجرای مدنی باعث می شود که اشخاص به منافع سایرین نیز توجه کنند و همواره طوری رفتار نمایند که مطلوب عموم و متعارف و معمول است نه اینکه باعث هنجارشکنی شوند (بادینی، ۱۳۸۵: ۳۵۸)

با توجه به توضیحات نسبتاً شفاف فوق الذکر، تا حد کافی با مفهوم و اهداف مسئولیت ناشی از ورود زیان آشنا شدیم که با توجه به موضوع مورد بررسی در این تحقیق الزامات خارج از قرارداد، و مسئولیت ناشی از قرارداد دو مصداق اصلی مسئولیت ناشی از ورود زیان به شمار می روند که قبل از بررسی مبانی این دو نوع مسئولیت لازم است ابتدا با مفهوم و مبنای هر یک از آنها به طور دقیق آشنا شد.

#### الف) مسئولیت قراردادی

بسیاری از ضرر و زیان هایی که معمولاً در جوامع رخ می دهد از روابط و رفتارهای متداول اشخاص و مواردی که متعارفاً قراردادی در خصوص آن ها منعقد نمی گردد، ناشی می شوند اما در برخی موارد قراردادی بین وارد کننده ی زیان و زیان دیده معتقدند، است. بنابراین، می توان مسئولیت قراردادی را عبارت از وظیفه ای

دانست که در اثر تخلف از انجام تعهد قراردادی و به هدف جبران خسارت ناشی از تخلف برعهده ی شخص ثابت می شود (شهیدی، ۱۳۸۹: ۵۰). کسی که به عهد و پیمان خود وفا نمی کند و باعث ضرر طرف قرارداد خود می شود، باید از عهده ی خساراتی که وارد می کند برآید. ضمانتی که متخلف در این باره پیدا می کند به لحاظ ریشه ی تعهد اصلی «مسئولیت قراردادی» نامیده می شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۷۲) بر خلاف مسئولیت قهری که ریشه در تعهد قانونی دارد.

همچنین گفته شده مسئولیت قراردادی، مسئولیت کسی است که به موجب عقدی از عقود معین یا غیر معین تعهدی را پذیرفته و به علت عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام آن، خسارتی به متعهدله وارد نموده است. در این صورت، متعهد مکلف است خسارت وارده را جبران کند. براین اساس، مسئولیت قراردادی التزام به جبران ضررهای وارده در نتیجه ی عدم اجرای قرارداد توسط متعهد می باشد (امامی، ۱۳۵۲: ۳۵). عده ای دیگر از حقوقدانان، مسئولیت قراردادی را مسئولیت متعهد در عقد قلمداد می کنند که یا تعهد خود را انجام نمی دهند و یا آن را مطابق با قراردادی که منعقد نموده است به پایان نمی رساند. به بیان دیگر در مسئولیت قراردادی، متعهد، تعهد ناشی از عقد را به جا نمی آورد، خواه در انجام ندادن تعهد تعمد داشته و خواه عدم انجام به واسطه ی مسامحه ی متعهد باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۲۸۸). و در هر دو صورت مسئولیت قراردادی محقق می گردد.

مسئولیت قراردادی را نباید با مفاهیم مشابه چون تعهدات قراردادی اشتباه گرفت. تعهد قراردادی ریشه در اراده و خواست طرفین دارد اما مسئولیت قراردادی جبران های عدم انجام تعهد یا تسامح در انجام صحیح تعهد مورد اتفاق طرفین در عقد است که جبران آن مورد انشاء و اراده ی طرفین واقع نشده، بلکه عواقبی است که قانونگذار یا متعارف محل برای عدم انجام تعهد قراردادی بر شخصی که نقض تعهد نموده، تحمیل می نماید (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۲۶۸). در هر قرارداد، طرفین تعهداتی را به عهده می گیرند و با توجه به اصل لزوم قراردادی ملزم به رعایت و انجام تعهدات خود هستند و چنانچه به تعهد خود عمل نکنند، می توان آن ها را اجبار به انجام تعهد نمود. تا اینجا مجالی برای مسئولیت قراردادی نیست بلکه، بحث از تعهد قراردادی و الزام به انجام تعهد است. اما، هرگاه طرف مقابل در رهگذر تخلف از تعهد قراردادی متضرر گردد، تعهد دیگری برعهده ی متخلف قرار می گیرد که از آن به مسئولیت قراردادی تعبیر می شود. به عبارت دیگر مسئولیت

قراردادی التزام به جبران ضررهای وارده در نتیجه ی عدم اجرای قرارداد توسط متعهد و جزای عهدشکنی و نقض قرارداد است (شجاع پوریان، ۱۳۸۹: ۲۸). برای مثال، سازمان انتقال خونی که وظیفه ی دریافت خون از اشخاص داوطلب را دارد، متعهد است که از وسایل بهداشتی و ضد عفونی شده استفاده نماید یا آزمایشات لازم را به خوبی انجام دهد. چنانچه در این خصوص قراردادی با بیمارستان منعقد نماید سپس در انجام وظیفه ی خود قصور نماید و از این طریق موجب انتقال بیماری به بیماران آن بیمارستان شود، می توان این مسئولیت را در قبال بیمارستان قراردادی قلمداد نمود.

مهمترین منشأ مسئولیت قراردادی، قراردادی است که بین دو شخص منعقد شده و در اثر تخلف از تعهد باعث به وجود آمدن مسئولیت شده است. شاید گفته شود که نمونه های انتقال بیماری های مسری، از جمله نمونه هایی مانند مثال فوق، مبنای قراردادی ندارند بلکه اگر زیانی باید جبران شود مبنای آن قهری است. ولی باید توجه نمود که وجود قرارداد یا تعهد در برخی از مراکز درمانی یا انتقال خون یا در مراکز دیگری که خدمات مشابه ارائه می دهند، در حقیقت به این معنا است که این مراکز تعهدات خود را به نحو احسن انجام دهند و انجام مورد تعهد به نحو مطلوب خواسته ی متعارف بیمار است (قابل دسترسی در تارنمای : <http://www.reference.com> حال، در صورت کوتاهی و قصور باید بر اساس مفادی که عرفاً بر آن قرارداد تحمیل می شود، جبران خسارت نمایند).

با توجه به استناد چنین مسئولیتی به قرارداد، عقد یا تراضی طرفین، در خصوص ماهیت این نوع مسئولیت گفته شده که مسئولیت ناشی از قرارداد، زیر مجموعه ی آثار عقد به شمار می رود. به این معنی که، چون متعهد تعهدات مندرج در قرارداد یا تعهداتی که به صورت صریح یا ضمنی از آن قرارداد ناشی می شود را پذیرفته است<sup>۱</sup>، لذا در صورت عدم انجام این گونه تعهدات در واقع آثار ناشی از تراضی طرفین مخدوش گردیده و به همین علت است که این نوع مسئولیت را از مسئولیت قهری متمایز می دانند و عنوان مسئولیت قراردادی به آن اطلاق می شود (کاتوزیان، ۱۳۶۸) به هر حال لازم است تعهد قراردادی از مسئولیت قراردادی که متضمن جبران

---

- این نظریه در ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی فرانسه ذیل عنوان آثار تعهدات ناشی از قرارداد قانونگذاری شده است.

هایی برای حمایت از زیان‌دیده‌ی قراردادی است، متمایز شود و در این تحقیق عمدتاً به جبران‌های مسئولیت قراردادی توجه می‌شود.

## ب) مسئولیت قهری

در حقوق موضوعه‌ی ایران حتی در قانون معروف به مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، از مسئولیت مدنی تعریفی ارائه نشده‌اند اما، با مطالعه‌ی این قانون مشخص است که به منظور حمایت از منافع شخص در امنیت بدنی، مالی، روحی، شهرت، اعتبار و آبرو تصویب گردیده و امنیت در همه جنبه‌های فوق‌مد نظر قانونگذار بوده است.

لذا، نویسندگان حقوق اوصافی را برای مسئولیت قهری در نظر گرفته و آن را تعریف نموده‌اند. به عنوان مثال برخی، مسئولیت مدنی را این گونه تعریف نموده‌اند: «مسئولیت قهری عبارت است از مسئولیت‌های ناشی از حوادث (مسئولیت محض)، زیرا خواهان می‌تواند فقط با اثبات اینکه تخلف واقع شده است خسارت دریافت کند و چون خوانده مرتکب تخلف شده است نیازی به اثبات وضعیت روحی یا تقصیر او در وظیفه‌ی مراقبت لازم نیست.» (محمد زاده امیری، بی تا) در تعریفی دیگر آمده است: «هرگاه بر اثر کردار و رفتار فرد یا افرادی به دیگر فرد یا افراد جامعه خساراتی وارد آید، مسئولیت مدنی تحقق می‌یابد و به عبارت ساده از مسئولیت مدنی به عنوان زیان خصوصی می‌توان نام برد» (همان). «ویلیام پروسر»، در کتاب معروف «راهنمای قانون مسئولیت مدنی»، مسئولیت مدنی را «اصطلاح به کار رفته‌ای برای یک دسته‌ی گوناگون و کم و بیش غیر مرتبط از خطاهای مدنی، غیر از نقض قرارداد می‌دانند که دادگاه برای آن دادخواهی در قالب دعوی خسارت را فراهم خواهد ساخت.» (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۶۳) همچنین گفته می‌شود که مسئولیت قهری، مسئولیت ناشی از نقض تکلیفی است که ابتدائاً توسط قانون مقرر شده است. چنین تکلیفی در مقابل اشخاص بطور کلی است و خسارات حاصل از نقض آن از طریق اقامه‌ی دعوی برای مطالبه‌ی خسارت تقویم نشده، قابل جبران است (بادینی، ۱۳۸۵: ۳۷) و راهی جز اقامه‌ی دعوا وجود ندارد.

برخی دیگر از نویسندگان، در خصوص تعریف مسئولیت غیر قراردادی، معتقدند: در فرضی که دو طرف یک اختلاف هیچ پیمانی با یکدیگر ندارند یا اینکه در قرارداد خود راجع به مسئولیت های ناشی از ارتباط خود هیچ گونه قید و شرطی پیش بینی ننموده اند و یکی از آن دو به عمد یا به خطا به دیگری ضرر می رساند، مسئولیت غیر قراردادی یا خارج از قرارداد محقق است. مسئولیت قهری مسئولیت جبران ضرر ناشی از فعل یا ترک فعلی است که از نظر قانون و عرف خطا محسوب می شود (النقیب، ۱۹۸۴: ۳۰). مشاهده می گردد که عرف نیز در این بیان در کنار قانون نقشی تعیین کننده را ایفاء می نماید .

برخی حقوقدانان نیز بر این عقیده اند که الزام به جبران خسارت در مسئولیت قهری، منطبق با وقایع حقوقی ای می باشد که در دسته بندی اسباب ایجاد تعهد از آن نام برده شده و مشتمل است بر رویدادهایی که اثر آن به حکم قانون معین می شود. چنانکه در قانون مدنی به اثر این وقایع، تحت عنوان الزامات خارج از قرارداد و ضمان قهری اشاره شده است. از اینرو برخی معتقدند که «هیچ اصطلاحی همانند وقایع حقوقی نمی تواند اسباب پراکنده و گوناگون تعهدات قهری را در خود جمع کند و بر این اساس استدلال می کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۰۴). در حقیقت، واژه ی مسئولیت مدنی که امروزه در حقوق ما تعبیری شایع و متداول است، در اصل به خانواده ی حقوق رومی- ژرمنی تعلق دارد (von bar, 2002: 51) و پس از تصویب قانون مسئولیت مدنی کاربرد بیشتری پیدا کرده است (ره پیک، ۱۳۹۰: ۲۳). مشاهده می گردد که قانون مسئولیت مدنی نقطه ی عطفی در تحول مفاهیم مرتبط با مسئولیت مدنی به حساب می آید.

در فقه اسلامی از عناوین ضمان قهری یا ضمانات استفاده می شود اما تعاریفی که حقوقدانان از این واژه ارائه داده اند کمابیش یکسان و با تأکید بر لزوم «جبران خسارت» است که سابقه ی فقهی آن را می توان قاعده ی لاضرر دانست. از جمله گفته شده است مسئولیت مدنی، عبارت از التزام و تعهد قانونی شخص به جبران ضرر و زیانی است که در نتیجه ی عمل مستند به او، به دیگری وارد شده است (باریکلو، ۱۳۸۹: ۲۲). برخی مسئولیت مدنی را به معنای جبران خسارت ناشی از رفتارهای زیان بار دانسته اند (ره پیک، ۱۳۸۵: ۲۲) و عده ای مسئولیت مدنی را وظیفه ی شخص مسئولی می دانند که برعهده ی وی گذاشته شده تا زیان های وارد آمده به دیگری را جبران کند (ژوردن، ۱۳۸۵: ۲۳). برخی تعاریف فوق، حوزه ی مسئولیت را بیش از اندازه گسترش می دهد اما این امر بدیهی است که هر ضرری قابل جبران نیست و تحمل برخی زیان ها لازمه ی

زندگی اجتماعی است. بنابراین، ضرری قابل جبران و موجب مسئولیت است که من غیرحق وارد شده باشد و به همین منظور بایستی در تعریف مسئولیت مدنی قید ناروا بودن به ضرر افزوده شود (غمامی، ۱۳۸۸: ۱۳). از طرفی، شخص تنها مسئول جبران خسارتی است که منتسب به وی باشد بنابراین قابلیت انتساب نیز باید به نوعی داخل در تعریف شود. با در نظر گرفتن نکات فوق، شاید بتوان مسئولیت خارج از قرارداد را اینگونه تعریف نمود: «مسئولیت غیر قراردادی عبارتست از الزام و تعهد شخص به جبران ضرر ناروایی که به دیگری وارد نموده و این ضرر عرفاً به او منتسب است.» (داراب پور، ۱۳۸۷: ۳۹). اما به طور کلی برای تمایز مسئولیت مدنی از مسئولیت قراردادی، می توان گفت عمده تفاوتی که کلیه حقوقدانان نسبت به آن اتفاق نظر دارند این است که، مسئولیت قراردادی مبتنی بر تخلف قراردادی است و قرارداد مزبور ممکن است به شیوه های متفاوتی از جمله شفاهی، کتبی، و یا ضمنی باشد؛ در حالی که مسئولیت قهری ناشی از قرارداد و توافق فی مابین نمی باشد. به عبارت دیگر، مسئولیت مدنی فعل زیانبار ناشی از تعهد سابق نیست. تعهدی که بر مبنای توافق یا قرارداد صورت گرفته باشد. بلکه مسئولیت قهری به دنبال حادثه یا اتفاقی به وجود می آید که عرفاً در حق یک شخص زیانبار باشد. در حقوق نیز، به اعتقاد بسیاری از حقوقدانان، پیشگیری از روی دادن حادثه ی زیانبار مهمتر از جبران خسارت است. بنابراین، اگر چه صرف مسئول بودن اشخاص و به کار گیری مقررات مسئولیت مدنی موجب احتیاط بیشتر می شود اما این هدف مستقیم و اصلی مسئولیت مدنی نیست، بلکه وجود مسئولیت مدنی مستلزم وجود احتیاط بیشتر اشخاص می شود از این رو در مورد این عقیده که بازدارندگی یکی از کارکردهای مهم مسئولیت مدنی است، تردیدی وجود ندارد (داراب پور، ۱۳۸۷: ۳۵۷). حال این زیان ممکن است به طرق مختلفی از جمله زیان به جسم، جان، مال، شخصیت، حیثیت و آبرو یا به روح و روان شخص باشد لذا، مسئولیت مدنی را می توان اینگونه تعریف نمود: «مسئولیتی است که ناشی از تخلف از تعهد سابق نبوده و در اثر حادثه ی منتسب به شخص حادث می شود که عرفاً موجب ورود زیان مادی و معنوی به دیگری می شود.»

## ۲-۲ ارکان تحقق مسئولیت

هر یک از مسئولیت قهری و قراردادی دارای شرایط خاصی است که در ذیل به صورت مختصر شرایط مزبور مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

## ۲-۲-۱ ارکان تحقق مسئولیت قهری

مطابق قواعد مسئولیت، برای اینکه مسئولیت محقق شود و زیاننده این حق را داشته باشد که بتواند خسارات خود را از وارد کننده ی زیان مطالبه نماید، باید سه رکن اصلی فعل زیانبار، ایراد ضرر و رابطه ی سببیت بین فعل و ضرر وجود داشته باشد. در ذیل به بررسی هر یک از این عناصر به طور خلاصه اشاره می شود.

### الف) فعل زیانبار (فعل زیانبار، ترک فعل)

مسئولیت مدنی شخص وارد کننده ی زیان، به واسطه ی انتساب عمل نامشروع و غیر قانونی است که موجب ورود ضرر به زیاننده شده است. این عمل، در یک فرض انجام فعلی است که سبب ورود زیان شده است. برای نمونه، در صورتی که شخص مبتلا به بیماری ایدز یا هیپاتیت با اشخاص مختلف، بدون رعایت اصول بهداشتی و درمانی، ارتباط جنسی برقرار کند یا به صورت غیر متعارفی معاشرت نموده و از طریق این رفتارها بیماری خود را به ایشان منتقل نماید، در حقیقت به واسطه ی انجام فعل مثبت، اقدام به انتقال بیماری خود نموده و در صورت حصول سایر شرایط مسئولیت مدنی، باید زیان های وارده را جبران نماید.

فقیهان اسلام برای بیان مقصود خود در این زمینه، از واژه ی تعدی و اعتدا و مشتقات آن استفاده کرده اند. تعدی و اعتدا و عدوان، در لغت به معنی ظلم، تجاوز از حد، تجاوز کردن و گذشتن از جایی به جای دیگر، ستم و زورآوری، سخت گیری و تجاوز چیزی به غیر خودش آمده است. فقه هم از معنی لغوی این اصطلاح دور نیفتاده و از این واژه در معنی تجاوز (به معنی اعم کلمه)، استفاده کرده است. همچنین، این واژه در معانی غصب، تجاوز به چیزی بدون اذن مالک، اتلاف مال، انجام کاری بدون اذن شرعی، تجاوز از حد مأذون و... به کار رفته است و گاهی هم این واژه را به جای تقصیر به کار می برند و آن زمانی است که کسی از شیوه ی متعارف در جایی که شایسته و سزاوار آن است تجاوز کند. برای مثال می گویند: او به خاطر تقصیرش در فلان کار متعدی است. در نتیجه، تعدی یا اعتدا در این معنی در نزد فقها شامل عمد، خطا، تقصیر، اهمال و تفریط می گردد (قاسم زاده، بی تا). بنابراین، نیز هر شخصی که به هر صورت اقدام به انتقال بیماری خود به اشخاص سالم نماید در حقیقت به نوعی ظلم یا تجاوز به سلامتی وی نموده یا اینکه در حق وی تعدی و ستم نموده است. برای مثال، اگر مادری که خود مبتلا به بیماری لاعلاج HIV می باشد، بی پروا و بدون اینکه به توصیه های پزشک گوش فرا دهد یا اینکه بدون مراجعه به پزشک و کسب دستورات لازم، اقدام به شیردهی بچه ی

خود یا دیگری نماید و از این طریق کودک را مبتلا به این بیماری نماید، در حقیقت مرتکب فعل زیانباری شده که ناشی از بی احتیاطی وی بوده است.

در بیشتر موارد، علت انتقال بیماری های مسری و خطرناک به اشخاص عدم رعایت یک سری اصول بهداشتی و مراقبتی توسط پزشکان و پرستاران یا خود بیماران مبتلا می باشد. عدم رعایت این اصول نیز، یک نوع فعل منفی بوده و در حقیقت به این معنا است که برای جلوگیری از انتقال بیماری به دیگران اصول و دستورات خاصی باید رعایت شود اما به علت عدم انجام آنها (ترک فعل) بیماری به دیگران سرایت پیدا کرده است و شخص انتقال دهنده به علت همین ترک فعل مکلف به جبران زیان های وارد شده به شخصی است که بیماری را به وی سرایت داده است. شخص مبتلا به بیماری هپاتیت از سرنگی جهت تزریق استفاده نموده و سپس آن را به گوشه ای از اتاق می اندازد و دوست وی بدون اینکه از بیماری وی و یا استفاده ی ایشان از سرنگ اطلاع داشته باشد، اقدام به استفاده ی مجدد از سرنگ می نماید اما شخص مبتلا در این زمان سکوت کرده و عکس العملی از خود نشان نمی دهد. در اینجا، شخص بیمار گرچه تعمداً هم در انتقال بیماری نداشته است اما با ترک فعل خود بی مبالاتی نموده و از نقطه نظر عرفی لازم بود مانع استفاده ی مجدد دوستش می شد .

#### ب) ورود ضرر

منظور از ضرر آن است که در اموال شخص، نوعی نقص ایجاد شود و یا منافع مسلم او از دست برود و یا به سلامت و حیثیت و عواطف او لطمه ای وارد شود. به موجب ماده ی ۱ قانون مسئولیت مدنی، اصل ۱۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قسمت اخیر ماده ی ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی و ماده ی ۴۸۶ قانون مجازات اسلامی، ضرر اعم از مادی یا معنوی بوده و ضرر مادی ممکن است به واسطه ی از بین رفتن مال یا فوت شدن منفعتی باشد. همچنین، بموجب ماده ی ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، منفعتی که حصول آن ممکن بوده است نیز قابل مطالبه هستند و طبق اصل ۱۷۱ قانون اساسی و ماده ی ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، ضرر و زیان معنوی شامل کسر حیثیت یا اعتبار اشخاص یا صدمات روحی ناشی از درد جسمی و رنج های روحی می گردد. در هنگام تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی، این امر مورد توجه بوده و در تبیین معنای خسارت معنوی مثال هایی نظیر کتک زدن، ریختن آبرو و مانند آن که نشانگر تمام ابعاد خسارت معنوی است، آورده شده

اند(قاسم زاده، ۱۳۸۷: ۴۶) و همه ی این موارد نشان دهنده ی این است که جبران خسارات معنوی همواره مورد توجه قانونگذار ایرانی بوده است.

ایجاد ضرر، بدین معناست که بایستی به واسطه ی فعل یا ترک فعل وارد کننده ی زیان، ضرری متوجهی شخص شده باشد تا این ضرر قابل جبران باشد. هدف از قواعد مسئولیت مدنی، جبران ضرری است که رخ داده است یعنی، باید ضرری وارد شود تا جبران آن مطرح گردد. ضرر دارای مفهوم عرفی است و بسته به گستره ی زمانی و مکانی، موارد گوناگونی مانند: صدمه به اموال، عدم النفع، لطمه به سلامت جسمانی، حیثیت و شرافت افراد و ضررهای معنوی می تواند در گسترده ی جبران ضرر بگنجد(غمامی، ۱۳۷۶: ۵۴). در کل، هر جا که نقص در اموال ایجاد شود یا منفعت مسلمی از دست برود یا به سلامت و حیثیت و عواطف شخص لطمه ای وارد آید، می گویند ضرری به بار آمده است(کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۴۴). در نتیجه ی تحقق این ضرر است که مسئولیت مدنی موضوعیت پیدا می نماید.

لذا در ماده ی یک قانون مسئولیت مدنی در خصوص رکن ضرر مقرر شده: «هرکس بدون مجوز قانونی لطمه ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می باشد». همچنین، در ماده ی ۲ این قانون آمده: «در موردی که عمل وارد کننده ی زیان موجب خسارت مادی یا معنوی دیگری شود، دادگاه پس از رسیدگی و ثبوت امر او را به جبران خسارت مزبور محکوم می نماید».

علاوه بر ضرر مادی که تقریباً مفهوم مشخصی دارد، ضررهای معنوی را می توان ضررهایی دانست که بر شرافت یا شهرت اشخاص وارد می آیند و یا از تألمات جسمی و دردهای بدنی یا لطمات روحی که به واسطه ی از دست رفتن خویشان و نزدیکان شخص به او وارد می آید، نشات می گیرند(غمامی، پیشین: ۶۱). در ماده ی ۱۰ قانون مسئولیت مدنی در این خصوص مقرر شده: «کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی، خانوادگی او لطمه وارد شود، می تواند از کسی که لطمه ای وارد آورده است، جبران زیان مادی و معنوی خود را بخواهد». این ماده تنها به لطمه ی وارده به حیثیت و اعتبارات خانوادگی اشخاص اشاره کرده اما، در مقام تکمیل ماده ی فوق می توان به مفاد تبصره ی ۱ ماده ی ۱۴ قانون آئین دادرسی کیفری اشاره نمود که مقرر می دارد: «زیان معنوی عبارت از صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی یا اجتماعی است».

شایان ذکر است که، طبق اصل ۱۷۱ قانون اساسی و تبصره ی ۱ ماده ی ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، این قبیل خسارات نیز قابل تقویم مادی می‌باشند. مواد ۱ تا ۳ قانون مسئولیت مدنی نیز ضرر را اعم از مادی و معنوی دانسته و تشخیص میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آن را با توجه به اوضاع و احوال به عهده ی دادگاه گذاشته است. لذا، با استناد به این مواد و اصول قانون اساسی می توان جبران ضرر معنوی به زیاننده را نیز، قانونی دانست. بنابراین، ورود ضرر در تحقق جبران ضروری است و تا زمانی که ضرری محقق نشود، بررسی جبران های آن، لغو و بی فایده است.

### ج) رابطه ی سببیت

آنچه سبب می شود شخص واردکننده ی ضرر را مسئول جبران زیان های وارده به زیان دیده بدانیم، رابطه ای است که میان فعل یا ترک شخص وی و زیان وارده وجود دارد. به گونه ای که عرفاً بتوان فعل یا ترک فعل شخص را مسبب ورود زیان به زیاننده دانست. اما، در صورتی که نتوان به واسطه ی عرف و اوضاع و احوال این رابطه را کشف و اثبات نمود، نمی توان به هیچ وجه او را ضامن خسارات وارده دانست (شیخ محمدحسن، بی تا: ۲۵۰). لذا، برای تحقق مسئولیت باید احراز شود که بین ضرر و فعل زیانبار رابطه ی سببیت وجود دارد، یعنی ضرر از آن فعل ناشی شده است. البته برای اینکه حادثه ای سبب شود، باید آن حادثه در زمره ی شرایط ضروری تحقق ضرر باشد یعنی، احراز شود که بدون آن ضرر واقع نمی شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۴۵۱). البته بررسی این امر گاهی بسیار دشوار بوده و در مواردی غیر ممکن نیز می باشد.

در مجموعه مواد مربوط به مسئولیت مدنی مقرر در قوانین مختلف حقوقی نیز، این نوع رابطه به گونه ای مستتر است. چنانچه در ماده ی ۳۲۸ قانون مدنی آمده است: «هر کس مال غیر را تلف کند، ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد...» همانگونه که مشاهده می شود، در این ماده بین تلف و فعل مباشر رابطه علیت مستقیم وجود دارد. همچنین، این رابطه ی مستتر بین زیان و وارد کننده ی آن در ماده ۳۳۱ قانون مدنی وجود دارد. همین رابطه از بعضی مواد قانون مسئولیت مدنی از جمله مواد ۱، ۲ و ۱۲ قابل استنباط است.

بنابراین، با توجه به این قواعد، مسئولیت مدنی فقط ضررهای منتسب به فعل غیر را پوشش می دهد و باید رابطه ی سببیت بین فعل زیانبار و ضرر وارده محقق باشد تا جبران های مسئولیت مدنی نسبت به آن صدق کند.

## ۲-۲-۲ ارکان تحقق مسئولیت قراردادی

مسئولیت قراردادی نیز مانند مسئولیت قهری دارای ارکان و عناصری است که بدون تحقق این عناصر و شرایط، نمی توان چنین مسئولیتی را قراردادی دانسته و متعهد قراردادی را ملزم به جبران خسارت نمود. عناصر مسئولیت قراردادی عبارت است از وجود قرارداد، تخلف از انجام تعهد قراردادی، ورود ضرر و اینکه ضرر مزبور در نتیجه ی تخلف متعهد از آن قرارداد باشد که در ذیل به آن اشاره می شود.

### الف) وجود قرارداد

همانگونه که از عنوان این نوع مسئولیت پیداست، رکن اساسی این مسئولیت، وجود قرارداد منشأ تعهد است که تخلف از این تعهد موجب ورود خسارت می شود. به عبارت دیگر، فعل زیانبار شخص مسئول در مسئولیت قراردادی عبارت از تخلف از انجام تعهد می باشد. تعهد نیز ناشی از قرارداد است. حال اگر قراردادی در میان نباشد، تعهد ناشی از قرارداد محقق نمی شود تا تخلف از انجام آن فعل زیانبار محسوب گردد (باریکلو، ۱۳۸۷: ۲۵). در این خصوص گفته شده: «شرط مهمی که برای تحقق مسئولیت قراردادی باید احراز شود، وجود رابطه ی صحیح قراردادی بین عامل زیان و زیان دیده می باشد و گر نه مسئولیت قراردادی نیست.» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۸۶) با توجه به مراتب فوق، اولین رکن برای تحقق مسئولیت قراردادی وجود عقد و توافقی است که تعهدی را بین دو طرف به وجود آورده و اثر اصلی آن التزام طرفین به مفاد آن است. در این رابطه، ماده ی ۲۱۹ قانون مدنی بیان می دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است.»

ممکن است اینگونه تصور شود که منظور از وجود قرارداد، تنها قرارداد کتبی است در حالی که عقود می توانند هم بصورت کتبی منعقد گردند و هم بصورت شفاهی. اگر بخواهیم عقود را از قراردادها با این تفاوت متمایز کنیم، دچار اشتباه خواهیم شد زیرا قراردادها نیز می توانند هم بصورت کتبی باشند و هم به صورت شفاهی. چنانچه در حقوق کشورهای دیگر، قراردادهای شفاهی شناخته شده اند.

منظور از قرارداد، هم قراردادهای مشمول عقود معین مانند بیع، بیع شرط، معاوضه، اجاره، مزارعه و مساقات، مضاربه، جعاله، شرکت، ودیعه، عاریه، قرض، وکالت، ضمان عقدی، حواله، کفالت، صلح، رهن، هبه، و قراردادهای غیر معین یعنی قراردادهای مشمول ماده ی ۱۰ قانون مدنی، می باشد.

برای تحقق مسئولیت قراردادی، صرف وجود هرگونه قرارداد کفایت نمی کند. قرارداد باید مطابق با قواعد و شرایط اساسی حاکم بر معاملات به نحو صحیح منعقد شده باشد. پس برای تحقق مسئولیت قراردادی، لازم است عقد صحیحی موجود باشد که اجرای آن بر متعهد لازم بوده اما متعهد از اجرای آن سرباز زند(عبدالرزاق احمد، ۱۹۶۴: ۶۵۴). به بیان دیگر، قراردادی که در زمان انعقاد آن یکی از طرفین قرارداد فاقد اهلیت لازم بوده یا قصد و رضایت مکفی نداشته و یا دارای دیگر شرایط اساسی عقد (مثلاً فاقد جهت مشروع) نباشد، نمی تواند منشأ ایجاد تعهد و به تبع آن مسئولیت قراردادی برای شخص متعهد شود.

#### ب) تخلف از تعهد

یکی دیگر از شرایط تحقق مسئولیت قراردادی، تخلف در انجام یا تأخیر یا انجام ناقص تعهدی است که به موجب قرارداد یا توافق بر عهده ی متعهد گذاشته شده است. در واقع تخلف در انجام، نقص یا تأخیر در انجام تعهد قراردادی، همان فعل یا ترک فعل زیانباری است که از ناحیه ی شخص متعهد سبب ورود زیان به متعهد له گردیده است. لذا، تا زمانی که متعهد از انجام تعهد قراردادی خودداری ننماید، نمی توان ایشان را مسئول ورود زیان قلمداد نمود(باریکلو، پیشین: ۲۶). برای تحقق مسئولیت قراردادی، علاوه بر اینکه متعهد می بایست از تعهد خود خودداری یا به نحوی در انجام تعهد خللی وارد کند، متعهد له نیز باید اجرای اصل تعهد را مطالبه نماید؛ یعنی مطالبه ی خسارت در طول مطالبه ی اجرای تعهد اصلی است. همچنین، در مواردی که متعهد له می تواند به موجب اقدامات خویش مانع از ورود بیشتر خسارت شود، می بایست از چنین اقدامی خودداری ننماید هر چند که سبب ورود این خسارت از ناحیه ی متعهد ایجاد شده باشد. در این رابطه می توان به قاعده ی اقدام استناد کرد. در همین راستا در ماده ی ۱۱۴ قانون دریایی ایران مقرر شده: هیچ کس نمی تواند ضرری را که از «اقدام» خود او ناشی شده است، از دیگری بخواهد. بنابر این اگر در قرارداد آمده باشد که کارخانه ای، چوب تهیه شده به وسیله ی طرف قرارداد را به کاغذ تبدیل کند ولی چوبی در اختیار کارخانه گذارده نشود،

متعهد مسئولیتی از جهت عدم اجرای تعهد ندارد هر چند، وی بتواند چوب مورد نظر را از جای دیگری تهیه کند. به عبارت دیگر، طرفی که در نتیجه ی نقض قرارداد متحمل زیان می شود، باید همه ی آنچه را در توان دارد به منظور کاهش و به حداقل رساندن خسارت خود مبذول دارد. مصداق قانونی دیگر از اعمال قاعده ی اقدام در این رابطه را می توان از مفاد ماده ی ۴ قانون مسئولیت مدنی استنتاج یا کرد. در هر حال، خواهان نباید بیکار بنشیند و شاهد ورود خسارت به خویش و خوانده باشد. به تعبیر دیگر، او نمی تواند تا حدودی که خسارات قابل اجتناب بوده است، از خوانده مطالبه ی خسارت کند. براساس ماده ی ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی، در صورتی که خسارت مستند به متعهد نباشد بلکه به متعهده یا شخص ثالث یا حادثه ی خارجی (فورس ماژور) مستند باشد، نمی توان متعهد را مسئول شناخت و از وی جبران خسارت را طلب نمود. ماده ی ۲۲۱ ق.م. نیز در سه وضعیت، متعهد را مسئول جبران خسارت قلمداد کرده است: نخست جبران خسارت در قرارداد تصریح شده باشد که در این صورت به استناد ماده ی ۱۰ ق.م. متعهد مسئول جبران خسارت خواهد بود. دوم تعهد عرفاً به منزله ی تصریح باشد. یعنی، هنگامی که شخصی در برابر دیگری تعهدی را بر عهده می گیرد، از عرف استنباط می شود که طرفین ضمناً بر لزوم جبران خسارت در صورت عدم اجرای تعهد توافق کرده اند، مگر اینکه خلاف آن را در قرارداد تصریح کرده باشند سوم تعهد بر حسب قانون موجب ضمان باشد. بنابراین، اجرای مفاد ماده ی ۲۲۱ نیز با لحاظ مقررات مندرج در ماده ی ۲۲۷ و ۲۲۹ قابلیت استناد و اجرا دارد (احمدوند، ۱۳۸۳: ۲۴). چنین قاعده ای در حقوق کشورهای دیگر نیز به گونه ای مورد پذیرش قرار گرفته است. در حقوق انگلستان، متعهده در صورتی استحقاق مطالبه ی خسارت را دارد که به وظیفه و تکلیف خود عمل کرده، و برای کاهش خسارت نیز تا حد معقول تلاش کرده باشد. به هر حال تخلف متعهد در اجرای تعهد یکی از شرایط اساسی تحقق مسئولیت قراردادی است که متضمن جبران های متعددی برای زیان دیده ی قراردادی می باشد.

### ج) ورود ضرر

از جمله عناصر مشترک مسئولیت قهری و قراردادی، محقق بودن ضرر و زیانی است که می بایست از ناحیه ی وارد کننده ی زیان جبران شود. به بیان دیگر، یکی از ارکان تحقق مسئولیت قراردادی ورود ضرری است که در نتیجه ی عدم انجام تعهد توسط متعهد، به متعهد له وارد شده است. در واقع، هدف مسئولیت قراردادی احقاق

حق و جبران خسارت است و تازمانی که خسارتی وارد نشود، مسئولیت فاقد موضوع است. ممکن است بین طرفین، قرارداد معتبری وجود داشته و یکی از طرفین به تعهد خود عمل نکرده یا با تأخیر عمل کند ولی، از عدم انجام تعهد یا تأخیر در اجرای آن، به طرف مقابل ضرری وارد نشود. در این صورت، با اینکه دو شرط از شرایط تحقق مسئولیت قراردادی (وجود قرار معتبر و نقض قرارداد) موجود است لیکن، به خاطر عدم ورود ضرر، شخص ناقض قرارداد مسئول نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۳۸) چرا که گفتیم ورود ضرر رکن اساسی برای تحقق مسئولیت مدنی قلمداد می شود .

لازم به ذکر است که ضرر وارده باید در نتیجه ی تأخیر یا عدم انجام تعهدی باشد که از قرارداد ناشی شده و ضرر نیز به متعهد له آن قرارداد وارد شده باشد زیرا، مطابق با اصل نسبی بودن قراردادهای، متعهد قراردادی تنها در برابر متعهدله آن قرارداد مسئول است (باریکالو، پیشین: ۲۷). بنابراین تحقق ضرر شرط موضوعی تحقق جبران های قراردادی است چون بدون ضرر، عنوان جبران موضوعاً منتفی است.

#### (د) رابطه ی سببیت

از دیگر عناصر و شرایط مشترک بین مسئولیت قهری و قراردادی، وجود رابطه ی سببیت بین فعل عامل زیان و ضرر و زیان وارده است. اگر چنین رابطه ای وجود نداشته باشد، نمی توان ضرر وارده را منتسب به فعل شخص متعهد دانست و زمانی که این استناد وجود نداشته باشد جبران زیان از طرف چنین شخصی غیر عادلانه و خلاف اصول حقوقی است. به همین جهت است که در ماده ی ۶۶۶ و ۶۳۹ قانون مدنی، وجود سببیت عرفی شرط مسئولیت وکیل در قبال موکل و مالک در خصوص مالی است که برای امر وکالت در اختیار وکیل گذاشته شده است (بادینی، ۱۳۸۶، ۲۸). لازم به ذکر است که، رابطه ی سببیت در صورتی قابل احراز است که دو شرط دیگر مسئولیت قراردادی وجود داشته باشد. یعنی، ضرری وارد شده و متعهد قراردادی نیز مرتکب فعل یا ترک فعلی شده باشد. احراز رابطه ی علیت بین فعل زیانبار و خسارت (ضرر) را رابطه ی سببیت می گویند. در مواردی که تقصیر شرط ایجاد مسئولیت نیست، رابطه ی سببیت اهمیت بیشتری پیدا می کند و اثبات وجود آن دشوارتر می شود. برای اینکه حادثه ای سبب محسوب شود، باید آن حادثه در زمره ی شرایط ضروری تحقق ضرر باشد یعنی، احراز شود که بدون آن، ضرر واقع نمی شود (الوند، ۱۳۸۶: ۲۲). اهمیت احراز این عنصر

در جایی بیشتر قابل لمس است که به موجب دخالت چند عامل ضرر حادث گردد. در این خصوص، نظریات مختلفی در باب مسئولیت مدنی ابراز گردیده که نظریه ی رابطه ی سببیت عرفی از مقبولیت بیشتری برخوردار است.

## **۲-۳ مبنا و اهداف مسئولیت مدنی**

مسئولیت مدنی ناشی از جبران خسارت زیان‌دیده، اهدافی چند را دنبال می‌کند. بدون وجود اهداف خاص، هیچ کس را نمی‌توان ملزم به پرداخت وجه یا مالی به عنوان خسارت، به دیگری نمود. تبیین این اهداف می‌تواند به شناخت بیشتر تفاوت و وجه تمایز یا وحدت مسئولیت قهری و قراردادی، که در هر دو جبران خسارت صورت می‌پذیرد، کمک نماید.

به علاوه، زندگی اجتماعی بدون تردید نمی‌تواند عاری از ورود ضرر و زیان باشد. از این جهت، باید اصول و قواعدی حاکم بر این روابط باشد که اشخاص در اموراتشان حد و مرز یکدیگر را بشناسند و به حقوق همدیگر احترام بگذارند. به همین منظور، جبران خسارت زیان‌دیده مبتنی بر مبنای خاصی است که تنها می‌توان عامل زیان را محکوم به جبران آن کرد.

با توجه به مطالب فوق، بررسی اصول، مبانی و قواعدی که به طور کلی جبران خسارات مبتنی بر آن می‌باشد، ضروری است.

## **۲-۳-۱ مبانی مسئولیت مدنی**

در این عنوان به برخی از مبانی مسئولیت مدنی که معطوف به مسئولیت قهری است، به صورت مختصر، اشاره می‌شود.

### **الف) تقصیر**

مطابق با این نظریه، چنانچه تقصیر عامل در ورود زیان ثابت شود، مقصر باید از عهده ی تأدیه ی خسارات وارده بر زیان دیده برآید. بنابراین، مسئولیت تنها با احراز تقصیر ایجاد می‌شود و اصل بر عدم مسئولیت فاعل است و به دلیل موافق بودن ادعای او با اصل، نیازی به ارائه ی دلیل ندارد. در این نظریه، بار اثبات تقصیر بر عهده ی زیان‌دیده است. لذا، در صورت عدم اثبات تقصیر، مسئولیت و جبرانی تصور نمی‌شود اما در صورت

اثبات ظاهری تقصیر، فاعل زیان می تواند در مقام دفاع و پاسخ، تقصیر خود را رد و عدم تقصیر را اثبات کند یا به علت خارجی استناد نماید تا از مسئولیت معاف گردد (قاسم زاده، پیشین: ۹۶). البته مشخص نیست عدم تقصیر را که پیداست امر عدمی می باشد چگونه می توان ثابت نمود. پر واضح است که لااقل مصادیقی وجود دارد که نمی توان عدم تقصیر را ثابت نمود.

در این خصوص گفته شده است؛ فاعل زمانی مسئول خسارت ناشی از عمل خود است که در انجام آن عمل تقصیر نموده باشد. بنابر این نظریه، تقصیر شرط اساسی مسئولیت مدنی می باشد. البته، تقصیر به تنهایی کافی نبوده بلکه باید با قابلیت مسئولیت همراه شود تا امکان مطالبه ی خسارت فراهم گردد (امامی، ۱۳۸۶: ۱۲۳). یعنی شخص را بتوان در برابر تقصیر انجام گرفته مسئول دانست.

برای تشخیص تقصیر، باید معیار متعارف را در نظر گرفت. به این معنی که اگر عملی که موجب خسارت شده از ناحیه ی شخص محتاطی صورت می گرفت، چنین خسارتی را به بار نمی آورد والا، هر گاه فاعل رعایت احتیاطات لازمه را در انجام عمل نموده باشد، مسئول خسارت وارده به غیر نخواهد بود. بنابر این نظریه، کسی که از عامل زیان مطالبه ی خسارت می نماید، باید تقصیر فاعل را اثبات نماید.

در نظام حقوقی ایران، بسیاری از مسائل براساس این نظریه تحلیل و حل و فصل می شود و مطابق با نظری، در تمامی مسائل حقوقی با اثبات آن در دادگاه، می توان جبران خسارات را خواستار شد زیرا، با اثبات تقصیر جای هیچگونه حرف و حدیثی برای رد ادعای طرف مقابل باقی نمی ماند.

در خصوص مبنای تقصیر نیز باید گفت؛ این مبنا در حقیقت از جهاتی نارسا است و نمی تواند معیار مشخصی برای ضررهای قابل پیش بینی باشد. به علاوه، تقصیر امروزه مفهومی عرفی پیدا کرده است به گونه ای که مفهوم تقصیر با نوع زیان سنجیده نمی شود بلکه نوع رفتار انسان متعارف ملاک ارزیابی عمل واردکننده ی زیان است، فارغ از اینکه واردکننده ی زیان چه زیان هایی را پیش بینی می کرده یا در نتیجه ی خطا و تخلفاتی که مرتکب شده، چه ضرر و زیان هایی را وارد کرده است زیرا، در این صورت معیار، شخصی (قابلیت پیش بینی توسط وارد کننده زیان) می شود و در حقیقت قاعده از اساس بی اعتبار می گردد زیرا، علاوه بر اینکه با مفهوم

نوعی تقصیر در تعارض است امکان اثبات آن نیز به نوعی غیر ممکن می باشد زیرا، خواننده باید اثبات کند که چنین زیان هایی از جانب وی قابل پیش بینی بوده است.

#### ب) خطر

تا اواخر قرن نوزدهم، علمای حقوق فقط عنصر تقصیر را لازمه ی ایجاد مسئولیت مدنی می دانستند اما، توسعه ی قابل توجه ماشینیسیم تهدیدی برای جوانب مختلف زندگی بشر بود زیرا، خطرات در جامعه ی صنعتی به مراتب بالاتر از یک جامعه ی ساده و سنتی است. البته، منظور از اینکه خطرات در جامعه ی صنعتی بیشتر است، خطرات از بین رفت مال یا ایراد خسارت های مادی است. لذا، این تحول صنعتی باعث شد تا حقوقدانان در مبانی مسئولیت مدنی خود تجدید نظر نمایند. در حقیقت، مبانی تقصیر در مسئولیت مدنی در عصر ماشینیسیم با توجه به خطرات آن نمی توانست حافظ عدالت و انصاف باشد. بنابراین، این فکر بوجود آمد که در برخی موارد بدون تقصیر هم مسئولیت ایجاد شود. به نظر این گروه، در دنیای صنعتی مواردی پیش می آید که نمی توان گفت تقصیر خواننده سبب وقوع زیان بوده است زیرا، نمی توان به طور قطع ادعا نمود که هر گاه تقصیر وی نبود، ضرر هم واقع نمی شد. در این فرضیه گفته می شود هر کسی که به فعالیتی بپردازد، محیط خطرناکی را برای دیگران بوجود می آورد و چنین شخصی که از این محیط منتفع می شود، باید زیان های ناشی از آن را نیز جبران کند. به عبارت دیگر، برای مسئول دانستن شخص نیازی نیست که او در انجام عمل خسارت بار حتماً مرتکب تقصیری شده باشد بلکه، همین که از عمل خطر آفرین او خسارتی به بار آید، خواه در انجام آن عمل مرتکب تقصیری شده یا نشده باشد، مسئول بوده و باید خسارت وارده را جبران نماید.

معتقدان به این نظریه، از قاعده ی فقهی من له الغنم و علیه الغرم استفاده نموده اند و بر این باورند که اگر شخص یا گروهی از منفعت چیزی استفاده می کنند، باید زیان ها و خطرات ناشی از آن را نیز جبران نمایند.

شایان ذکر است که نظریه ی خطر، به جهت آنکه خواننده را حتی بدون تقصیر و رفتار قابل سرزنشی مسئول می شناسد، مورد انتقاد قرار گرفته است. از این رو، عده ای با قرار دادن کار نامتعارف به عنوان مبنای مسئولیت، سعی کرده اند نظریات «تقصیر» و «خطر» را تعدیل کنند. در واقع «کار نامتعارف» ضمن اینکه به شدت و غلظت «تقصیر» نیست، نوعی بی مبالاتی است و گامی در جهت تعدیل نظریه ی خطر و ایجاد نظریه ای بینابین و

مختلط می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۰۳). بررسی اینگونه نظریه ای نیز می‌تواند خود موضوع تحقیقی جداگانه قرار گیرد.

### ج) استناد

نظریه ی قابلیت استناد، جدیدترین نظریه ای است که در باب مسئولیت مدنی پیشنهاد گردیده است. این نظریه، به گونه ای جبران خسارت زیان‌دیده را توجیه می‌نماید که می‌توان در اکثر دعاوی حقوقی خساراتی را که عرفاً باید جبران شود را توجیه نموده و قانونی قلمداد کرد. از جمله اینکه، شخصی به مقتضای حرفه و کار خود ممکن است زیانی را به یکی از طرفین وارد نماید.

براساس این نظریه، مبنای مسئولیت مدنی، قابلیت استناد زیان به عامل زیان است. ملاک احراز قابلیت استناد هم، رابطه ی سببیت عرفی است. این نظریه ریشه ای فقهی نیز دارد به گونه ای که می‌تواند تمامی قواعد موجد و مسقط ضمان در فقه امامیه را توجیه نماید. بسیاری از فقها در عبارات خود، متعرض این موضوع شده اند. در حقوق ایران نیز، علیرغم تصریح ماده ی ۱ قانون مسئولیت مدنی به مبنای تقصیر و علی رغم نظر برخی حقوقدانان، قابلیت استناد به شکل بهتری می‌تواند مسئولیت مدنی را توجیه نماید. دکترین حقوقی فرانسه نیز، در پذیرش نظریات جدید در مسئولیت مدنی نوآوری‌هایی از خود نشان داده (حسینی نژاد، ۱۳۷۰: ۱۳)، به گونه ای که به نظر می‌رسد این نظریه نیز مورد استقبال برخی حقوقدانان قرار بگیرد.

در حقوق ایران، با بررسی مبانی فقهی قانون مدنی و سایر قوانین، به این نتیجه می‌رسیم که «قابلیت استناد» مبنایی مناسب برای مسئولیت مدنی در حقوق اسلامی است. این نظریه، «قابلیت استناد زیان به عامل زیان» را به عنوان مبنای مسئولیت مدنی می‌شناسد یعنی، هر جا ضرری وارد شود که قابل استناد به فردی باشد، همان فرد مسؤول شناخته می‌شود و همین قابلیت استناد به عنوان مبنای مسؤولیت قرار می‌گیرد (یزدانیان، ۱۳۷۹: ۳۰).

اگرچه بنابر دیدگاهی این نظریه به عنوان یک تئوری نوپا محسوب می‌شود اما، در واقع این نظریه همان صورت تکامل یافته ی احراز رابطه ی سببیت در فقه و قانون ما می‌باشد که بسیار در حقوق و محاکم مورد استفاده قرار می‌گیرد. بر اساس این نظریه، مبنای مسئولیت مدنی، قابلیت استناد زیان به عامل زیان است. ملاک احراز قابلیت استناد نیز، رابطه ی سببیت عرفی است. در نهایت، با توجه به اینکه اصول و منابع مسئولیت

مدنی در حقوق ایران تا حد زیادی مبتنی بر نظرات فقهای امامیه است و با عنایت به اینکه در متون فقهی تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت مدنی مورد توجه واقع نشده و از نظر فقهای امامیه، مسئولیت مدنی بر احراز رابطه ی سببیت بین زیان و عامل آن استوار است، ضروری است نظریه ی قابلیت استناد به عنوان مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران مورد توجه قرار گیرد و حداقل به عنوان یک نظریه در کنار سایر نظریات مطرح گردد.

#### (د) تضمین حق

این نظریه از این جهت تضمین حق نامیده شده است که به زیان‌دیده اطمینان می دهد زیان های وارده بر وی به هر نحو جبران می شود و هیچ زیانی بدون پرداخت باقی نمی ماند. در حقیقت، این نظریه به جای توجه و ارزیابی کار فاعل زیان، به منافع از دست رفته ی زیان‌دیده و حقوق تضییع شده ی او عنایت نموده است. این نظریه زمانی مطرح گردید که برخی از نظریه پردازان، قائل به تفاوت بین حقوق تضییع شده ی جسم و جان انسان از حقوق مادی و معنوی او شدند. با این مضمون که هیچ کس حق این را ندارد که حقوق و سلامتی و ایمنی زندگی دیگران را به مخاطره بیاندازد. لذا، به محض اینکه حقی از کسی ضایع شد، واردکننده ی زیان موظف به جبران زیان های وارده است.

بازتاب این نظریه در حقوق ایران نیز مشاهده می شود و اکنون در برخی از مواد قانون مدنی، به عنوان مبنای مسئولیت مدنی کاربرد دقیقی دارد. برای نمونه، در مورد مسئولیت تضامنی غاصبان با حسن نیت در کنار غاصب اصلی و اتلاف‌کننده ی غیرعمدی مال دیگری، قانونگذار جز به رفع ضرر از مالک نمی‌اندیشد و در راستای تضمین منافع مالک به قانونگذاری پرداخته است. همچنین، در برخی از قوانین دیگر ما مانند قوانین مربوط به راهنمایی و رانندگی، خصوصاً زمانی که به جسم شخص در اثر حوادث رانندگی صدمه ای وارد می شود، عامل زیان باید زیان های وارده را تحت عناوین هزینه ی درمان و دیه یا خسارات معنوی، جبران نماید. در ارتباط با اختصاص مسئولیت تضامنی واردکنندگان زیان به مسئولیت قهری نیز، در حقوق فرانسه گرچه گفته شده که ماده ی ۱۲۰۲ قانون مدنی این کشور مقرر کرده «...تضامن وجود ندارد جز با تصریح در قرارداد...» اما، این بدان معنی نیست که در مسئولیت های غیر قراردادی اصل بر تضامن است ولی در مسئولیت قراردادی در صورت

تصریح تضامن وجود دارد. گفته شده؛ منظور این ماده اصل تعهدات قراردادی است نه مسئولیت های ناشی از قرارداد .

## فصل سوم: مشروعیت اهدای گامت و اجاره رحم در فقه

### ۳-۱ حالت های مختلف تشکیل جنین

مطابق ماده ۱ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، مراکز تخصصی تنها در انتقال جنین حاصله از تلقیح خارج از رحم « زوجهای قانونی و شرعی » مجاز می باشد. بنابراین از روش های تلقیح خارج رحمی آنچه مورد پذیرش قانون گذار واقع شده انتقال جنین حاصل از اسپرم و تخمک زن و شوهر قانونی و شرعی است بدین معنا که وجود رابطه نکاح با رعایت شرایط و موانع آن، از ضروریات شرایط اهداء کنندگان جنین می باشد. اما نکته مهم اینکه ازدواج مذکور در ماده ۱ قانون اخیرالذکر نکاح دائم است یا شامل نکاح موقت نیز می شود؟

اگرچه ازدواج موقت دارای همان شرایط و موانع نکاح دائم است و از لحاظ آثار نیز به جزء نفقه (مگر اینکه شرط نفقه شود)، وارث همانند نکاح دائم است اما در اهدای جنین شاید از مهمترین مسائل امر مسئولیت و تعهد در این فرایند است که این مهم تنها در سایه استمرار رابطه زوجیت تامین می گردد به هر حال تردیدی نیست که نکاح منقطع با هم فوایدی که دارد نمی تواند جای نکاح دائم را بگیرد (صفایی، امامی، ۱۳۸۱)

بنابراین نظربه اینکه هدف نکاح موقت با توجه به معتبرترین متون فقهی، توالد و تناسل نیست. (نجفی، ۱۴۰۰ ه.ق)

و اینکه در قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور عبارت « زوجین قانونی و شرعی » بکار رفته که یکی از شرایط قانونی بودن، ثبت واقعه نکاح می باشد و از آنجا که تنها نکاح دائم به ثبت می رسد به نظر می رسد که ازدواج در قانون مذکور، تنها ازدواج دائمی باشد. مسئله اهدای جنین و تولد طفل ناشی از آن مسائل حقوق مهمی را در خصوص روابط طفل مزبور و پدر و مادر اهداء کننده و گیرنده مطرح می کند

اهمیت نسب و ثبوت آن بر کسی پوشیده نیست و در مورد هرانسانی تعیین اینکه نسب او به چه شخص بر می گردد ضرورت دارد بنابراین در خصوص طفل ناشی از اهدای جنین این سوال مطرح می شود که طفل به والدین ژنتیکی (اهداء کننده جنین) منتسب است یا والدین متقاضی؟

برخی از حقوق دانان معتقدند که ملاک اصلی الحاق نسب بین طفل و شخص یا اشخاص دیگر، پیدایش او از نطفه ایشان است، منتها قانون گذار فقط زنا را مانع تحقق نسب مشروع دانسته است بنابراین در هر مورد اگر

زنا صادق نباشد مانعی درانتساب طفل به شخصی که ازنطفه اوتکوین پیدا کرده وجود نخواهد داشت. (حسینی شریف، ۱۳۸۷) درقاعده « الولد للفراش والعاشر العجر » فراش به معنی رابطه جنسی مشروع بین زوجین بوده واین رابطه درمفهوم وسیع خود شامل تلقیح مصنوعی نیز می گردد بگونه ای که به موجب اماره فراش طفل متولد ازتلقیح مصنوعی گامت زوجین نیز مشمول ماده ۱۱۵۸ ق. م. بوده واماره فراش دراین مورد نیز جریان دارد، چرا که درتحقق نسب وقوع نزدیکی به معنای متعارف آن مدنظر نیست بلکه تکوّن جنین از ترکیب زن وشوهر ملاک است. همچنانکه اگر درنتیجه تماس بدنی تفخیز، زوجه آبستن شود باید جنین را منسوب به آن زن و شوهر کرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۹)

بنابراین وبا عنایت به ماده ۱ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور که جنین از نطفه زن وشوهر شرعی وقانونی تشکیل می شود طفل متولد شده ملحق به صاحبان نطفه بوده وهیچ ارتباطی با زن ومرد متقاضی جنین ندارد وتنها رحم زوجه محیط مساعد برای پرورشی جنین است به این ترتیب اگر چه نظراتی دیگر وجود دارد که عده ای طفل را به مادر متقاضی وگروهی نیز هم به زن صاحب رحم منتسب می کنند اما آنچه عقل وشرع عرف به آن تمایل دارد انتساب کودک به زن وشوهر صاحب نطفه می باشد. وضعیت توارث کودک متولد شده ازطریق اهدای جنین با والدین طبیعی خود، تابع ثبوت رابطه نسبی وعدم آن است، وصاحب اسپرم پدرقانونی وشرعی طفل می باشد وبدین لحاظ رابطه توارث میان آن ها برقرار خواهد بود. ولی وضعیت توارث میان کودک وزن صاحب تخمک یا صاحب رحم، مبتنی بر ثبوت نسب مادری است که حکم مساله بر اساس مبانی مختلف در تشخیص مادر واقعی و قانونی طفل متفاوت خواهد بود به طور کلی دراین رابطه فروض زیر قابل تصوراست.

### ۳-۱-۱ ورود اسپرم با دستگاه در رحم همسر شرعی

اسپرم مرد با دستگاه وارد رحم همسرشرعی وی شده وپس ازتلقیح با تخمک جنین تشکیل می شود. دراین روش که به روش جایگزینی مستقیم (گیفت معروف است) اسپرم وتخمک با هم وارد لوله رحم می شوند، درنتیجه، لقاح ورشد جنین به طور طبیعی در داخل رحم صورت می گیرد.

فقها، درجواز عمل مذکور به اصاله لاباحه (مومن، ۱۳۷۶، ۸۰) واصل برائت شرعی وعقلی (خرم پناهی، ۱۳۷۶، ۱۳۶) استناد ویبان کرده اند که شبهه ای درجواز این عمل وجود ندارد وعناوین حرام ازقبیل زنا وریختن نطفه

در رحم حرام این مورد را شامل نمی شود و عمل با اصل احتیاط در خروج نیز مغایرتی ندارد (یزدی، ۱۳۷۵، ص ۱۰۰، خویی، ۱۳۸۴، ۴۲، خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱، ۶۲۱، مکارم شیرازی، ج ۲، ۱۳۸۱، ۶۰۲)

در این فرض نسب جنین متکی بر روابط صحیح شرعی و منسوب به مرد صاحب اسپرم وزن صاحب تخمک است در نتیجه بین جنین مذکور در صورتی که زنده متولد شود و پدر و مادرش، رابطه وراثت برقرار است و برابر بند قبل ارث می برند.

### ۳-۱-۲ تلقیح اسپرم و تخمک همسر شرعی و جایگزینی در رحم زن

اسپرم مرد پس از تزریق در تخمک همسرش و تشکیل جنین در رحم وی قرار می گیرد. در این روش پس از تزریق اسپرماتوزوئید به داخل سیتوپلاسم تخمک و لقاح در آزمایشگاه پس از حداقل دو روز رشد، جنین تشکیل شده واره رحم می شود (افلاطونیان، ۱۳۸۰، ۲۰۲)

احکام این حالت نیز مانند بند قبل مشمول اصله لا باحه است و در جنین تشکیل شده از زن و شوهر شرعی است که در صورت عدم ارتکاب مقدمات حرام، فرزند مرد وزن مذکور شناخته شده و رابطه وراثت بین آنها و فرزند برقرار است.

کشت گامت مونث و اسپرم زن و شوهر شرعی در محیط آزمایشگاهی و انتقال به رحم زن

در این روش که به روش «زیفت» معروف است، جنین یک سلولی که معمولاً ۱۸ تا ۲۴ ساعت پس از تلقیح قابل مشاهده است، به رحم منتقل می گردد تا رشد به صورت طبیعی در داخل لوله رحم انجام شود (کی، ۱۳۷۵، ۷۶۰)

این روش نیز از نظر شرعی فاقد اشکال و جنین تشکیل شده به زن و شوهر مذکور منسوب است و در صورت زنده متولد شدن از آنها ارث می برد و در صورت فوت بعد از تولد آنها نیز از وی ارث می برند.

### ۳-۱-۳ تلقیح اسپرم مرد و تخمک همسر شرعی و رشد آن در محیط آزمایشگاه

اسپرم مرد و تخمک همسر شرعی وی در محیط آزمایشگاه تلقیح و تا پایان دوره جنینی و رشد تا تولد در محیط آزمایشگاه است. در صورت پیشرفت علم پزشکی و امکان ساخت رحم مصنوعی و عملی شدن این روش، جنین تشکیل شده فرزند صاحبان اسپرم و تخمک است و از آنها ارث می برد.

### ۳-۱-۴ تلقیح اسپرم مرد پس از فوت وی

اسپرم مرد پس از فوت وی، با یکی از روش های فوق به همسر وی تلقیح می شود. این حالت در روش طبیعی نیز متصور است و ممکن است مرد هنگام نزدیکی با همسر خود فوت نماید و انعقاد نطفه پس از فوت صورت پذیرد و یا اسپرم مرد را برای تلقیح با تخمک همسر آماده کنند و قبل از تلقیح مرد از دنیا برود و یا اسپرم مرد را در بانک اسپرم نگهداری (فاضل لنکرانی، بی تا، ۱۵۶۶) تا پس از سال ها و یا رفع بیماری زن با تخمک وی تلقیح و جنین تشکیل شود. در این مورد برخی از فقها نظریه جواز عمل مذکور داده اند (خامنه ای، ۱۳۷۳، فاضل لنکرانی، ۵۶۵) اما برخی دیگر از فقها این عمل را وجه اشکال دانسته اند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۱، ۴۱۴)

به نظر می رسد علت این امر بطلان زوجیت یا انحلال رابطه نکاح بعد از وفات شوهر باشد زوجیت که رابطه ای اعتباری بین زن و مرد است با فوت یکی از آنها از بین می رود استصحاب بقای زوجیت نیز در اینجا به دلیل عدم بقای موضوع کاربردی ندارد. روایات وارد در مورد جواز غسل مرد توسط همسرش در صورت فوت و بالعکس و همچنین نظر به جسد مرد، دلیل بقای زوجیت نیست، بلکه به دلیل ورود نص است که به صورت تعبدی باید به آن ملتزم بود (آصف المحسنی، ۱۳۸۲، ۹۳، ۹۴)

در صورت حکم به بطلان زوجیت و یا انحلال آن در صورت فوت مرد، عمل تلقیح اسپرم بعد از فوت در حکم تلقیح اسپرم اجنبی است که به نظر اکثر مراجع و فقها حرام است (خمینی، ۱۳۷۹، ص ۶۲، خویی، ۱۳۸۴، ص ۴۲، مکارم شیرازی، ج ۲، ۱۳۸۱، ص ۶۰۸ صافی گلپایگانی، ۱۳۷۱، ص ۲۲۰، مومن، ۱۴۱۵، ص ۸۰، سیستانی، ۱۳۷۸، ص ۷۶۵). اگر چه برخی از آنها حکم به جواز عمل مذکور داده اند (یزدی، ۱۳۷۵، ص ۱۰۵؛ بجنوردی، ۱۳۷۱، ص ۲۲۵) در نتیجه با وجود رابطه نسبی بین صاحب اسپرم و صاحب تخمک و رحم و جنین تشکیل شده، جنین به دلیل فقدان شرط انعقاد نطفه قبل از فوت مورث از میت ارث نمی برد برخی از فقها نظریه وجود رابطه توارث بین صاحب اسپرم یعنی متوفی و فرزند داده اند (خامنه ای، ۱۳۷۳) بعضی دیگر از فقها عقیده

ای به وجود رابطه وراثت بین صاحب اسپرم و فرزند در این حالت ندارند و با حداکثر قائل به احتیاط و مصالحه هستند. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۱، ص ۶۱۱؛ فاضل لنکرانی، بی تا، ج ۱، ص ۵۶۵؛ سیستانی، ۱۳۷۸، ص ۷۶۵)

علت این حکم، عدم وجود مقتضی وراثت، یعنی تحقق شرط وجود وارث حین فوت مورث است. به علاوه اینکه هنگام فوت، ترکه به وراثت موجود منهای جنین مذکور که هنوز موجود نشده است منتقل می شود.

### ۳-۱-۵- تلقیح اسپرم مرد با تخمک همسر وی و جایگزینی در رحم زن دیگر

اسپرم مرد با تخمک همسر وی تلقیح و در رحم همسر دیگر او قرار می گیرد (مادر جانشین). در جواز عمل مذکور تردیدی وجود ندارد و فقها نظر به جواز عمل مذکور داده اند (فاضل لنکرانی، بی تا، ج ۱، ص ۵۶۸؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۴۶۴؛ مؤمن، ۱۴۱۵ق، ص ۹۱) در صورت تردید در حرمت عمل، اصل برائت جاری می شود (صافی گلپایگانی، ۱۳۷۱، ص ۲۱۸؛ حرم پناهی، ۱۳۷۶، ص ۱۴۷) در این صورت صاحبان اسپرم و تخمک، پدر و مادر جنین محسوب و رابطه وراثت بین آنها برقرار است. همسر دیگر مرد رابطه نسبی با جنین ندارد و در نتیجه فرزند از وی ارث نمی برد لیکن بین وی و جنین رابطه محرمیت برقرار است. جنین از همسر شرعی تشکیل و در رحم زن دیگری قرار می گیرد. جنین از اسپرم مرد و تخمک همسرش تشکیل در رحم زن دیگری (شوهردار یا بدون شوهر) قرار می گیرد.

بر اساس قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب سال ۱۳۸۲، جنین های تشکیل شده از زن و شوهر شرعی در خارج از رحم بارضایت آنان و با تأیید مراکز پزشکی مبنی بر بارور نشدن زوجین گیرنده جنین و با اجازه دادگاه به رحم دیگری منتقل می شود. با توجه به تشکیل جنین از نطفه مرد و تخمک همسر شرعی وی رابطه نسبی بین جنین وزن و مرد مذکور برقرار و از یکدیگر ارث می برند. انتقال این جنین به رحم زن دیگر مانند قرار دادن آن در یک محیط مناسب رشد است و مشمول اصاله الاباحه است (مؤمن، ۱۴۱۵ ق، ص ۹۲؛ یزدی، ۱۳۷۵، ص ۱۰۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۳۷۱، ص ۲۱۹؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۶۱۰؛ فاضل لنکرانی، بی تا، ج ۱، ص ۵۶۴)

به دلیل عدم وجود رابطه ژنتیکی بین جنین وزن گیرنده، رابطه نسبی و وراثت برقرار نیست و تنها به دلیل ارتزاق جنین در مدت حمل از زن گیرنده، در حکم مادر رضاعی و در نتیجه با وی محرم است و به همین دلیل

باشوهر زن گیرنده نیز رابطه محرمیت برقرار است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۴۹۵؛ یزدی، ۱۱۸، ۱۳۷۵) گفتنی است که اگر زن دارای شوهر باشد اجازه شوهر لازم است (صافی گلپایگانی، ۱۳۷۱، ص ۲۱۹) و در هر صورت اجازه زن لازم است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۶۱۰)

### ۳-۱-۶ منشأ تشکیل جنین، اسپرم مرد و تخمک زن دیگری

منشاء تشکیل جنین، اسپرم مرد و تخمک زن دیگری غیر از همسر مرد است. در این مورد در تشکیل جنین به دلیل بارور نشدن تخمک زوجه، از تخمک زن دیگری استفاده شده است که با مرد رابطه زوجیت ندارد. در این مورد نیز فقها نظر به عدم جواز داده اند (صافی گلپایگانی، ۱۳۷۱، ص ۲۲۲) بین فرزند متولد از این طریق و صاحبان اسپرم و تخمک نسب شرعی وجود ندارد در نتیجه رابطه وراثت برقرار نیست. جنین از اسپرم مرد اجنبی و تخمک زن تشکیل می شود. در این حالت به دلیل عدم توانایی مرد از اسپرم مرد دیگری که رابطه زوجیت با صاحب تخمک ندارد استفاده می شود. با توجه به حرمت تلقیح اسپرم اجنبی با تخمک زن، رابطه نسبی مشروع بین جنین و صاحبان اسپرم و تخمک وجود ندارد و در نتیجه رابطه وراثت نیز برقرار نمی باشد.

### ۳-۲ اشتباه پزشک در تلقیح

اشتباه پزشک یا عوامل درمان در استفاده از اسپرم مرد اجنبی به جای اسپرم شوهر و تلقیح با تخمک زن. جنین تشکیل شده نسبت به صاحب اسپرم فاقد نسب شرعی صحیح است اما نسبت به صاحب تخمک و رحم به دلیل اشتباه و شبهه دارای نسب صحیح مادری است. در نتیجه بین جنین و مرد رابطه وراثت برقرار نیست اما بین جنین و مادر رابطه وراثت برقرار است. بین جنین و شوهر زن رابطه نسب و وراثت برقرار نیست لیکن رابطه محرمیت برقرار است.

اشتباه در استفاده از تخمک زن دیگری به جای تخمک زن و تلقیح با اسپرم شوهر و تشکیل جنین و قراردادن در رحم همسر مرد صاحب اسپرم. جنین نسبت به صاحب تخمک به دلیل شبهه دارای نسب صحیح و ازوی ارث می برد. همچنین جنین مذکور نسبت به صاحب اسپرم دارای نسب صحیح و وراثت برقرار است. زن مرد صاحب اسپرم که جنین در رحم او رشد کرده است، مادر جانشین تلقی و رابطه نسب و وراثت با جنین ندارد ولی باوی محرم است.

### ۳-۲-۱ تشکیل جنین های متعدد، انتقال و نگهداری آنها

تشکیل جنین های متعدد از زن و شوهر شرعی و انتقال برخی از آنها به زوجین نابارور. در چارچوب قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، از تلقیح خارج از رحم زوج های قانونی و شرعی، امکان تشکیل جنین های متعدد وجود دارد. هریک از جنین های مذکور با صاحبان اسپرم و تخمک رابطه نسبی و وراثت دارند. تأکید قانونگذار بر تشکیل جنین از ازدواج های شرعی و قانونی به معنی ثبت ازدواج های مذکور و احراز نسب جنین های تشکیل شده است. چنانچه جنین مذکور به رحم زن شوهرداری که ناباروری وی با انجام اقدامات پزشکی به اثبات رسیده است منتقل گردد و در رحم وی رشد و سپس متولد گردد، هیچ رابطه نسبی و وراثتی با صاحب رحم ندارد و تنها می توان وی را در حکم مادر رضاعی دانست. وظیفه پدر و مادر گیرنده جنین، از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است. به عقیده نویسنده مراکز تخصصی درمان ناباروری باید ضمن ثبت قانونی مشخصات دهندگان جنین، هویت آنها را نیز ثبت و نگهداری نمایند و از انتقال جنین های تشکیل شده اطمینان حاصل نمایند و گرنه مجاز به تشکیل جنین بدون در نظر گرفتن امکان انتقال آنها نیستند.

تشکیل جنین های متعدد و نگهداری آنها. اگرچه با اجازه قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب سال ۱۳۸۲، امکان تشکیل جنین های متعدد وجود دارد لیکن همه باید بدانند که هریک از جنین های تشکیل شده در حقیقت فرزند پدر و مادر ژنتیکی هستند که حق حیات دارند. نگهداری آنها در حال بلاتکلیفی مجوزی ندارد. هریک از آنها اگر در محیط مساعد رشد قرار گیرند و زنده متولد شوند از پدر و مادر خود ارث می برند. در صورت وجود جنین در جمع وراث و فوت یکی از پدر و مادر جنین، ترکه با رعایت ماده ۸۷۸ قانون مدنی تقسیم می شود. در ماده مذکور آمده است که چنانچه حمل زنده متولد شود و مانع از ارث بردن تمام یا بعضی از ورثه باشد، ترکه تقسیم نمی شود و اگر زنده متولد شدن حمل مانع از ارث بردن کسی نشود باید به اندازه حصه دو پسر برای حمل کنار گذاشته شود.

البته این در صورتی است که جنس حمل و تعداد آن معلوم نباشد و الاً به اندازه حصه حمل که جنس وی (دختر یا پسر) و تعداد آن معلوم است کنار گذاشته می شود. ملاحظه می شود که تشکیل جنین های متعدد هم از لحاظ شرعی و هم اخلاقی و هم تعیین تکلیف سائرین، حائز اهمیت است.

در صورت تشکیل جنین از اسپرم و تخمک افرادی که هویت آن‌ها معلوم نیست و انتقال به رحم دیگر، جنین مذکور در واقع دارای پدر و مادر ژنتیکی هستند ولی در ظاهر فاقد پدر و مادرند و در صورتی که زنده متولد شوند، از کسی ارث نمی‌برند. جنین مذکور با زن گیرنده و شوهر وی نیز رابطه نسبی و وراثت ندارد و تنها دارای رابطه محرمیت است. در صورتی که در چارچوب قانون نحوه اهدای جنین به رحم زن گیرنده منتقل شده باشد، وظایف و تکالیف زن و شوهرگیرنده جنین از لحاظ نگهداری، تربیت، نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف پدر و مادر او است.

### ۳-۲-۲ توارث در حالت استفاده از رحم جایگزین

در این قسمت از نوشتار لازم است، قبل از تبیین توارث در حالت استفاده از رحم جایگزین، مقدماتی به تبیین موضوع استفاده از رحم جایگزین در مباحثی چون مفهوم و اشکال مختلف آن بپردازیم تا زمینه برای بررسی حکم وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث مهیا شود.

### ۳-۳ اشکال مختلف استفاده از رحم جایگزین

استفاده از رحم جایگزین از جهت چگونگی ارتباط ژنتیکی مادر جانشین و والدین حکمی یا والدین متقاضی با جنین حاصله به سه دسته تقسیم می‌شود: (نایب‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۷۹)

### ۳-۳-۱ جانشینی در بارداری

حالتی است، که به موجب آن مادر جانشین به وسیله تکنیک‌های کمکی تولید مثل و با استفاده از جنین حاصل از اسپرم و تخمک والدین حکمی، باردار می‌شود. در این حالت مادر جانشین که به او «جانشین کامل» نیز اطلاق می‌شود، هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه نداشته و او تنها به موجب توافق جانشینی در بارداری، اعم از آن که تجاری یا غیرتجاری باشد، تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته در خارج رحم را که متشکل از اسپرم و تخمک والدین حکمی است و با استفاده از روش‌های کمکی تولید مثل به وی منتقل گردیده و باردار شده است، حمل می‌کند.

از آنجا که در شرایط متعارف، رحم پذیرنده سلول تخم برای این کار خود، دستمزد می‌گیرد، بررسی حقوقی این مسأله در بحث ماهیت قرارداد استفاده از رحم جایگزین و با عنوان «اجاره رحم» و «جعاله» قابل بررسی

است. همچنین از آنجا که ارتباط تکوینی بین طفل و مادر جانشین و همچنین صاحب تخمک وجود دارد، در این که مادر اصلی طفل کدامیک از این دو می باشد، از مسائل مهم در این زمینه است که بررسی آن مجال خاصی را می طلبد.

### ۳-۳-۲ جانشینی سنتی رحم

در این قسم بر مبنای توافق با مادر جانشین، اسپرم مرد زوجه نابارور به طور مصنوعی به داخل رحم وی منتقل می شود، که پس از حامله شدن فرزند را برای آنها حمل نموده و پس از تولد تسلیم آنها کند. در واقع در این قسم، تخمک مادر جانشین با اسپرم مرد که پدر حکمی به شمار می رود، بارور می شود و مادر جانشین، تخمک بارور شده خود با اسپرم پدر حکمی را حمل می کند؛ بنابراین، مادر جانشین (مادر جانشین جزئی) و همچنین پدر حکمی با بچه ارتباط ژنتیکی خواهند داشت؛ چرا که تخمک مادر جانشین با استفاده از لقاح داخل رحمی یا خارج رحمی با اسپرم مرد بارور می شود و مادر جانشین، جنین حاصل از تخمک خود را که با اسپرم پدر حکمی بارور شده است، حمل می کند و زوجه نابارور، مادر متقاضی به شمار خواهد رفت و هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه نخواهد داشت و در صورت تحویل فرزند به او، رابطه بین آنها از نوع فرزندخواندگی است. به نظر می رسد چنین قسمی تخصصاً از بحث جانشینی در بارداری خارج است و پرداختن به آن در این جا جایگاهی ندارد. چرا که در قسم مزبور، زن، صاحب تخمک و رحم و مادر اصلی فرزند است. (علیزاده، ۱۳۸۵، ص ۱۸۱) بنابراین اطلاق مادر جانشین بر چنین زنی و همچنین اطلاق رحم جایگزین بر این رحم صادق نیست و موضوع هبه یا فروش تخمک یا فرزند از سوی مادر نسبی درباره آن قابل طرح و بررسی است.

### ۳-۳-۳ جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی

این شیوه بر پایه 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) برای عمل تلقیح مصنوعی و باردار نمودن مادر جانشین استفاده می کنند. استفاده از این قسم در استفاده از رحم جایگزین، رواج و توجیه زیادی ندارد، اما احتمال و امکان استفاده از این شیوه وجود دارد و داخل بودن آن در موضوع بحث ممکن است.

### ۳-۳-۴ حکم توارث طفل متولدشده از رحم جایگزین

باعنایت به مطالب بالا آشکار گردید، که اشکال مختلفی بر استفاده از رحم جایگزین متصور است. در این قسمت از نوشتار به بررسی حکم توارث طفل متولد در برخی از حالات آن می‌پردازیم:

#### • حالت جانشینی در بارداری

در بیان رابطه توارث بین طفل و مادر در صورتی که مادر حکمی (صاحب تخمک) را مادر قانونی طفل بدانیم، رابطه وراثت بین طفل و وی برقرار می‌شود، اما اگر مادر جانشین مادر قانونی طفل باشد؛ در این حال رابطه توارث از یک سو بین طفل و پدر حکمی و از طرف دیگر بین طفل و مادر جانشین برقرار می‌شود و نبود رابطه زوجیت بین آن‌ها دلیلی بر نفی وراثت نخواهد بود. چرا که دلیلی بر آن که شرط وراثت در نسب، نکاح صحیح است، موجود نیست و فقط ولدالزنا برابر ماده ۸۸۴ ق.م.ا از ارث محروم شده است و قانون مدنی در ماده ۸۶۱ نسب را به‌طور مطلق شرط وراثت دانسته است. ناگفته نماند این مطلب بلحاظ این که قانون مدنی در مقام بیان حکم تمامی انواع لقاح نطفه نبوده محل تأمل می‌نماید به‌طوری که می‌توان گفت که اطلاق ماده قابل تمسک نیست. در این فرض، نظریه سومی درباره نسب مادری داده شده و آن انتساب فرزند حاصل از رحم جایگزین به مادر جانشین و مادر حکمی است. طبق این نظریه مادر جانشین و مادر حکمی هر دو مادر قانونی طفل می‌باشند.

در این میان نظر برگزیده به این صورت خواهد بود، که از نظر دانش پزشکی به اثبات رسیده که منشأ پیدایش و سلول سازنده جنین از ناحیه مادر، تخمک زن است و در این تردیدی نیست. همچنین از نظر پزشکی اثبات شده که رحم نقش‌هایی دارد، نظیر آماده سازی 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 لانه گزینی جنین و در نتیجه تمایز و نمو سلول‌های تمایز نیافته جنین و تشکیل جفت برای مبادعات غذایی، تنفسی و مواد دفعی جنین با مادر، لذا از انتساب بچه، چه از لحاظ طبیعی و ژنتیکی و چه از لحاظ اخلاقی و عرف و عادت به صاحب اسپرم و تخمک نمی‌توان چشم پوشید. از سوی دیگر نیز نمی‌توان از تعلق و وابستگی طفل به کسی که ماهها در درون رحم او و همچون جزئی از پیکر او رشد کرده و شکل گرفته صرف نظر کرد. مخصوصاً اگر به تعبیراتی که در

قرآن کریم در مورد مراحل مختلفی که نطفه پس از قرار گرفتن در رحم زن طی می‌کند تا شکل کامل انسانی را بگیرد، توجه شود.

در عین حال می‌توان گفت این نقش‌های رحم، اگر چه فراتر از یک ظرف و تغذیه تنها برای جنین است، اما این مقدار آگاهی از نقش‌های رحم، جنبه سازندگی و تشکیل دهنده‌گی برای جنین ندارد و داوری عرف را در انتزاع نسب از پیدایش طفل از نطفه زن و مرد دگرگون نمی‌کند، این‌که در گذشته عرف عادی نقش مادر را حمل و زایمان کودک می‌دانست، بدان جهت بود که راه تشخیص پیدایش و تکون فرزند، زایمان و زاییدن بوده و جز این، راه دیگری در دسترس نداشتند.

زایمان ملاک عرفی و اماره ظاهری بر این مطلب بود که رحم زن در تشکیل جنین دخالت دارد؛ یعنی تخمدان زن به وسیله تخمکی که رها می‌سازد، نطفه جنین را می‌سازد. حال که با پیشرفت دانش پزشکی واقعیت علمی منشأ پیدایش نطفه به یقین ثابت شده، امارت زایمان مطلق نیست، یعنی از نظر قضایی اثبات خلاف اماره ممکن است، اگر چه قانون‌گذار اسلام برای حفظ آرامش کانون خانواده، اماره زایمان را حفظ کرده و واقعیت علمی و واقعی را در حالات عادی مناط اعتبار تلقی نکرده است. «(رضانیا معلم، ۱۳۸۰: ۳۲۶)

در میان حقوق‌دانان نیز این عقیده مطرح است، که: «در این مورد، نسب قانونی بین زنی که طفل در رحم او رشد پیدا کرده و خود طفل به وجود نخواهد آمد، زیرا تخمک این زن در پیدایش کودک شرکت نداشته است و صرف تکامل یافتن و گذراندن مراحل رشد در رحم، سبب تحقق نسب نیست، بنابراین، طفل فقط به صاحبان نطفه ملحق خواهد گردید...» (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۱۶۶)

در میان آیات قرآنی با وجود آن‌که، آیه «إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا» (قرآن، انسان: ۲) در اثبات منشأ بودن تخمک زن در تولد طفل قابل استناد است ولی در تعمیم دادن آن بر این‌که هر آنچه منشأ تکون انسان است می‌تواند در جایگاه مادر باشد، بی آنکه سایر نقش‌های مادر ملاحظه گردد، محل تأمل می‌نماید. اما آیه «وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا» (قرآن، فرقان: ۵۴) که در آن نسب نتیجه پیدایش و ثمره نطفه قلمداد شده است، ملاک عرف را که منشأ پیدایش فرزند را غیر از زایمان و حمل می‌داند، مورد تأیید قرار می‌دهد. این معنا، هم از تعبیر جعل نسبت به نسب و هم از تفریع جعل

نسب بر خلق از مادر قابل استفاده است. بنابراین در این که فرزند مزبور با هر یک از دو زن صاحب تخمک و زنی که وی را حمل و زایمان کرده است، ارتباط تکوینی و واقعی دارد در این تردیدی نیست. ارتباطی که از نظر عقلی و پزشکی ثابت شده می‌نماید. لکن از بین این دو ارتباط به دلایل فوق الذکر ارتباط طفل با صاحب تخمک ملاک رابطه مادری و فرزندى است.

از سوی دیگر برای برقراری پیوند نسبی نیاز به دلیل داریم، پس تا زمانی که چنین دلیلی به دست نیاید، با قاطعیت حکم می‌کنیم که کودک با صاحب رحم هیچ پیوند نسبی ندارد؛ افزون بر این، اصل عدمی نیز چنانچه شک در برقراری چنین پیوندی داشته باشیم اثبات کننده همین مطلب خواهد بود بلی اگر می‌توانستیم برخی از اوصاف ژنتیک را که از طریق نطفه به فرزند منتقل می‌شود از طریق قرار گرفتن در رحم زن دیگری نیز برای او قائل شویم، شاید می‌توانستیم ملاکی بگیریم و به وجود نسب حکم کنیم ولی این در صورتی است که علم زیست شناسی جواب ما را در این زمینه به طور جامع نداده است.

هر چند که دلیل محکمی بر عدم تأثیر رحم در حال جنین و به ارث بردن صفات هم نداریم. بنابراین، نظریه‌ای که طبق آن صاحب تخمک مادر قانونی طفل هست، درست و صحیح می‌نماید و رابطه وراثت بین طفل و وی برقرار می‌شود. برخی از فقهاء با استناد به برخی از آیات قرآنی بر این باورند که صاحب رحم مادر قانونی طفل است، لکن این استدلال‌ها خالی از مناقشه نیست. (حمدالهی، ۱۳۸۷، ص ۱۸۷)

برخی از فقهاء بر پایه این استدلال که در آیه شریفه «مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ» (قرآن، مجادله: ۲) مادر به طور مطلق و به صیغه حصر کسی است که فرزند را زاده است، بر این باورند فرزندى که از رحم اجاره‌ای به دنیا آمده است به صاحب رحم منسوب می‌شود؛ ولی به نظر می‌رسد آیه هیچ گونه دلالتی بر زاییدن و زایمان زنان نیز نمی‌کند تا مشعر یا صریح در این باشد که ملاک مادريت، زایمان است، چرا که زایمان واژه فارسی است که معادل آن در فرهنگ قرآن که فرهنگ عربی و تازی است «وضع» می‌باشد. در کتاب و سنت و کلمات فقهاء هر جا سخن از زایمان آمده است با عبارت «وضع حمل» تعبیر شده است چنانکه قرآن در ماجرای مادر مریم بنت عمران می‌گوید: «فَلَمَّا وَضَعَتْهَا قَالَتْ رَبِّ إِنِّي وَضَعْتُهَا أُنْثَىٰ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا وَضَعْتَ وَلَئِنْ الذَّكَرُ

كَالْأُنثَى» (قرآن، آل عمران: ۳۶)؛ هنگامی که مریم را نهاد و زایید، گفت پروردگار من، من دختر زاییدم، خداوند داناتر است به آنچه او نهاده و زاییده است و مرد مانند زن نمی‌باشد.

استدلال به آیه «وَحَمْلَتْهُ امه كرها و وضعته كرها» و نیز آیه شریفه «وَحَمْلَتْهُ امه و هنا علی و هن» در این که مادر کسی است، که با مشقت باردار شود و با مشقت وضع حمل نماید نیز خالی از مناقشه نیست: چرا که این آیات دلالت ندارد که مادر کسی است که حمل نماید و بزاید یا سختی را تحمل کند، بلکه به انسان تذکر می‌دهد آن وقت که جنین بوده‌اید، مادر، شما را حمل و زایمان کرده است، پس از نیکی در حق آن‌ها دریغ نکنید.

#### • جانشینی سستی رحم

در این حالت تخمک مادر جانشین با استفاده از لقاح داخل رحمی یا خارج رحمی با اسپرم مرد بارور می‌شود و مادر جانشین، جنین حاصل از تخمک خود را که با اسپرم پدر حکمی بارور شده است، حمل می‌کند. در مورد توارث طفل در این حالت از جانشینی دو نظر قابل طرح است:

رابطه وراثت از یک سو بین طفل و پدر حکمی و از طرف دیگر بین طفل و مادر جانشین، که صاحب تخمک، رحم و مادر اصلی فرزند است، برقرار می‌شود و نبود پدر رابطه زوجیت بین آن‌ها دلیلی بر نفی وراثت نمی‌باشد چرا که دیدیم دلیلی بر این که وجود نکاح صحیح بین پدر و مادر شرط وراثت در نسب باشد در دست نیست.

با توجه به این که در خصوص این لقاح جواز شرعی نداریم لذا در این موضوع اصاله الصحه هیچ حجیتی نداشته و اصل عدم جاری است و وقتی بر انجام فعل جواز نباشد یعنی فعل را حرام بدانیم قطعا هیچ حکم حقوقی بر این بار نمی‌شود زیرا اصل عدم در این جا اصل مسببی است و لذا در مقام اجرا مقدم است. با وجود اصل عدم امکان انتساب اصولا وجود ندارد و لذا قطعا از شمول ادله ارث خارج است. اگر اینگونه باشد فقط اصل انتساب طبیعی جنین به صاحبان نطفه برقرار است و طفل را ولد الزنا تلقی نمی‌کنیم ولی قطعا بر مبنای اصل مثبت نمیتوانیم احکام ارث را در این جا بار کنیم.

احکام وضعی طفل در حالت استفاده از رحم جایگزین در دو دسته متمایز قابل بررسی است:

احکامی که به رابطه طبیعی و حقوقی بین دو انسان (فرزند و پدر و مادر) مربوط می‌شوند، مانند نسب و توارث.

احکامی که ناظر به استیفای حقوق معنوی و مادی کودک اند، مانند حضانت، ولایت و نفقه.

توارث از جمله احکام گروه اول است، که به امور طبیعی وابسته است. به عبارت دیگر در صورت اثبات نسب است، که ترتب آثار حقوقی از جمله توارث بین کودک و والدین را در پی خواهد داشت، لذا توارث بین طفل متولد از رحم جایگزین در حالت جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی با هر کدام از والدین متقاضی و صاحبان نطفه بستگی به این دارد که نسب طفل با کدامیک از این دو برقرار شود. از اینرو ضروری است که نسب طفل جهت تبیین حکم ارث وی، بررسی شود. در تبیین مسأله بر اساس قواعد عمومی باید گفت که از نظر فقهی و حقوقی طفل ملحق به صاحبان نطفه است. اغلب فقهای معاصر چنین فتوا داده‌اند، در این قسمت به نظریات ارائه شده از جانب برخی فقهاء و حقوق‌دانان در رابطه با جنین اهدائی می‌پردازیم:

بنابر نظر حضرت آیت الله مؤمن و حجه الاسلام قبله‌ای، به لحاظ نسب، کودک از آن صاحبان نطفه بوده و هیچ‌رابطه نسبی با زن و شوهر اهداء شونده (پذیرنده جنین) نخواهد داشت. دکتر سید حسین صفائی در تبیین حکم وضعی انتقال جنین با نطفه اجنبی بیان نموده است:

«نظریه سنتی این است که طفل به صاحب نطفه ملحق می‌شود. در باب انتقال جنین نیز اغلب فقهای معاصر چنین فتوا داده‌اند. نتیجه این نظر آن است که رابطه نسب با آثار آن از قبیل ولایت قهری، حضانت، نفقه و ارث بین طفل و صاحبان تخمک و اسپرم برقرار می‌گردد، در حالی که در مورد انتقال جنین آنان اغلب ناشناخته هستند و انگهی خواهان طفل نمی‌باشند و فقط به انگیزه خیرخواهی و نیکوکاری اقدام به اهداء نطفه یا جنین کرده‌اند، در مقابل، زن و شوهر متقاضی می‌خواهند از این طریق صاحب فرزند شوند و نیاز عاطفی و روانی خود به داشتن فرزند را رفع نمایند. پس از لحاظ منطقی و اجتماعی شایسته است که طفل به آنان ملحق شود، نه به صاحبان نطفه» (صفائی، ۱۳۸۳، ص ۸۱) اگر چه اظهار نظرهای فوق الذکر در مورد حالت «اهداء جنین» ایراد شده، ولی از این جهت که گویای این مطالب است که براساس قواعد سنتی، طفل ملحق به صاحبان جنین

می‌شود، در مورد مسأله مد نظر ما مفید فایده است. این‌که طفل ملحق به صاحبان جنین نشود، بر خلاف مطلوب متقاضیان جنین که خواستار بچه بوده و می‌خواهند بچه از آن خودشان باشد، است. راه حل‌هایی در حقوق کنونی برای رسیدن به مطلوب متقاضیان به نظر می‌رسد که در ذیل به آن پرداخته می‌شود.

#### • استفاده از ملاک مصلحت کودک

راه‌حلی که در حقوق کنونی برای رسیدن مطلوب متقاضیان از جانب برخی از حقوق‌دانان مطرح هست استفاده از ملاک مصلحت و سعادت کودک و حمایت قانون در این رابطه از کودک می‌باشد. در نظر ایشان استفاده از ملاک مصلحت ملاکی است که مبنای جهت‌گیری قانون‌گذاران و عرف عقلا در شناسایی نهادهای حقوقی در رابطه با کودک است، به‌طوریکه می‌توان گفت ملاک قاعده فراش، رعایت مصلحت کودک است زیرا در آن‌جا هم معلوم نیست کودک محصول اجزاء ژنتیکی صاحب فراش باشد.

همچنین حکم ماده ۱۱۶۰ ق.م.راجع به تعارض دو اماره فراش، که طفل را ملحق به شوهر دوم دانسته است براساس رعایت مصلحت می‌باشد؛ چرا که مقتضای قاعده این است که اماره فراش نسبت به هر دو به علت تعارض ساقط گردد، لذا حکم ماده ۱۱۶۰ ق.م. از جهت حمایت از خانواده و کودکان متولد از آن هست زیرا بنا به فرضی، خانواده نخست منحل شده است و کودک در زمان زوجیت دوم به دنیا آمده است پس ملاحظات اجتماعی مربوط به اماره فراش ایجاب می‌کند که طفل منسوب به شوهر دوم شود.

هرچند که انتساب طفل به هر یک از دو شوهر از حیث ولایت اماره فراش بر وقوع آبستن مادر، یکسان است. بر این اساس گفته‌اند: که به منظور حمایت از کودک مزبور و تحت شرایط خاصی وی در اختیار زن و مرد متقاضی جنین قرار گرفته و تنها آنان دارای حق و مسئولیت نسبت به او باشند. و صاحبان جنین اهدائی که انگیزه‌ای در تولد و نگهداری او ندارند هیچ‌مسئولیت و حقی نسبت به او نداشته باشند.

دکتر سید حسین صفایی در این زمینه می‌فرماید: «... از لحاظ منطقی و اجتماعی شایسته است که طفل به زن و مرد متقاضی جنین ملحق شود، نه به صاحبان نطفه، عدم الحاق طفل به زن و شوهر متقاضی بی شک به مصلحت کودک نیست، زیرا در این صورت زن و شوهر تکلیفی به نگهداری و تربیت و تأمین هزینه زندگی طفلی نخواهند داشت و توازنی هم بین آنان نخواهد بود صاحبان نقطه هم، بر فرض این‌که شناخته شوند،

احساس مسئولیت نسبت به طفلی که خواهان آن نبوده‌اند نمی‌کنند و شاید تحمیل حضانت و نطفه طفل بر آنان غیر عادلانه باشد». نظم عمومی را نیز دخیل دانسته و در جهت رعایت مصلحت طفل و حمایت از منافع او، حقوق و مسئولیت‌های پدری و مادری را از صاحبان جنین اهدائی (که معمولاً زن و مردی می‌باشند که ناشناخته بوده و نمی‌خواهند بچه‌دار شوند) سلب کرده و با اتکاء به مصلحت کودک، وی را در اختیار زن و شوهر متقاضی جنین گذاشته و با در نظر گرفتن مسئولیت‌های پدری و مادری برای پذیرندگان جنین در این مورد راه‌گشا باشد. (نایب‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۵۵۶)

از دیدگاه نگارنده فراش اماره‌ای عقلی بر مبنای عقل و عرف است که کاشف از حکم واقعی است مگر خلاف آن ثابت شود. یعنی خود فراش هم قابل خدشه است. در این باب قطعاً مصلحت قاعده‌ای نیست که کشف از حکم واقعی نماید زیرا خود مصلحت امری اعتباری است که کاشف از حقیقت نیست. لذا در این بحث دلالت و حجیتی ندارد. همچنین در اجرای نتایج شرعی و احکام آن قاعده منع جاری است، پس جوازی برای آن نداریم.

### ۳-۴ توارث در حالت اهدای گامت

#### ۳-۴-۱ وضعیت توارث در حالت اهدای اسپرم (بیگانه)

در صورتی که زوج فاقد اسپرم بارور بوده ولیکن زوجه دارای تخمک بارور و رحم سالم باشد، معمولاً درمان ناباروری از طریق اهدای اسپرم صورت می‌گیرد. درمسأله اهدای اسپرم اولین سوالی که مطرح می‌شود، وضعیت نسب کودک متولد شده با صاحب اسپرم از یک سو و گیرندگان اسپرم اهدائی از سوی دیگر است. قدر مسلم این که زوج فاقد اسپرم با کودک متولد شده هیچ گونه رابطه نسبی ندارد و این دو از یکدیگر ارث نمی‌برند؛ زیرا نسب امری است که از تکون طفل از نطفه دیگری انتزاع می‌شود و درمسأله مفروض هیچ گونه رابطه تولیدی و تکوینی میان زوج فاقد اسپرم و طفل متولد شده وجود ندارد. برعکس، کودک به صاحب نطفه ملحق می‌گردد و رابطه توارث نیز میان آن‌ها برقرار می‌شود؛ زیرا معیار ثبوت نسب که همانا تکون طفل از نطفه دیگری است، درمورد آن‌ها صادق است و حدیث صعیه محمد بن مسلم درمورد مساحقه زن شوهر دار با دختر باکره نیز برآن دلالت دارد؛ زیرا دراین حدیث، امام حسن (ع) فرمودند: «یردّ الولد إلی أبيه صاحب النطفه» کودک به پدرش که صاحب نطفه است ردّ می‌شود و جماعتی از فقهای امامیه نیز براین عقیده اند و دربریش تر

کلمات آن ها محقق فرزند به صاحب اسپرم چنین تعلیل شده است: «لأنه من مائه» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ص ۷۰۷؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۲۵) تعدادی از صاحب نظران معتقدند که با توجه به پیچیدگی های مسائل حقوقی ناشی از فروض مختلف تلقیح مصنوعی، مسائل مالی را باید با مصالحه حل و فصل نمود (احمدی فقیه، ۱۳۸۰، ص ۲۲۳)

در تحریر الوسیله نیز آمده است:

«اگر تلقیح مصنوعی با بیگانگان با علم و اطلاع مرد وزن صورت گرفته باشد، درمساله ارث باید احتیاط کرد: بدین گونه که نه سایرورثه کودک متولد شده را ازاین طریق بکلی از ارث محروم سازند و نه این کودک، همه سهم الارث خود را ملک خود بداند، بلکه با ورثه مصالحه کنند»

مرحوم آیت الله گلپایگانی درخصوص طفل متولد شده از تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه چنین اظهارنظر کرده اند: «تلقیح نطفه اجنبی به اجنبیه از نظر حقیر جایز نیست و درمسأله توارث، احتیاط با مصالحه با سایر ورثه ترک نشود»

که این نظر از بعد حقوقی قابل ایراد است زیرا: اولاً: قواعد ارث ازجمله قواعد آمره است و اختیار آن با افراد نیست.

ثانیاً: این راه حل، تکلیف را درموردی که طرفین به مرحله سازش و مصالحه نرسند، مشخص نکرده است (صفائی، ۱۳۸۴، ص ۲۲۳)

بنابراین، می توان گفت که اصولاًمسأله توارث مبتنی برثبوت نسب است و اگر رابطه نسبی ثابت شود. توارث نیز خود به خود اثبات می شود.

برخی از حقوق دانان و فقها، دراهدای گامت و اثبات نسب، شبهه را شرط دانسته و گفته اند: «اگر صاحب اسپرم به عمل تلقیح جاهل باشد، پدر طفل محسوب است و اگر عالم باشد، نسب ثابت نخواهد شد. صاحبان این نظریه معتقدند که نسب صرفاً درنکاح صحیح و شبهه ثابت می شود. بنابراین، اگر صاحب اسپرم به تلقیح آگاه

باشد، هیچ یک از دو امر مذکور تحقق نخواهد داشت ولذا نسب وبتبع آن توارث نیز ثابت نمی شود، (کاتوزیان ۱۳۷۲، ص ۲۹) این نظریه از جهاتی قابل بحث وگفتگو است ، زیرا

اولاً – مقصود از شبهه درکلام فقها ، آمیزش مردی بازنی است که واقعاً استحقاق آن را ندارد، ولی خود را مستحق آن می داند.

این شبهه گاهی حکیمه وگاهی موضوعیه است – جهالتی که درمساله مورد بحث مطرح می شود اصولاً باوطی بشبهه مطرح شد، درفقه ارتباطی ندارد.

ثانیاً- هیچ دلیل اثباتی معتبر مبنی برانحصار اسباب ثبوت نسب درنکاح صحیح ویا شبهه وجود ندارد ، بلکه برعکس ، نسب شرعی نیز درتمام موارد ثبوت نسب عرفی ثابت است ، مگر درمورد زنا که درآن – به عقیده مشهور فقهای امامیه وقانون مدنی – الحاق طفل به زانی منتفی است، وروشن است که تلقیح با اسپرم اهدایی ، خواه انجام دادن ان تکلیفا حرام باشد یا نباشد، مصداق زنا نیست وعلم وجهل نیز دراین امر دخالتی ندارد . برخی ازفقهای اهل سنت نیز تلقیح با استفاده از اسپرم مرد بیگانه را نامشروع دانسته واحکام ولدالزنا را برآن جاری کرده وگفته اند : همچنان که درمورد زنا ، توارث بین پدر وکودک منتفی است ، درمورد این بحث چنین خواهد بود. ابن حزم اندلسی درکتاب « المحلی » دراین خصوص می نویسد: « ولد الذنا از مادر ومادر از او ارث می برد وبرای اوست حق مادری ازقبیل ، نیکی کردن وانفاق وحرمت نکاح وسایر احکام مادران؛ اما شخصی که ازنطفه او طفل به دنیا آمده است ، از مال وی ارث نمی برد وحق پدری نیز برای او ثابت نمی شود ، نه درمورد نیکی کردن ونه نفقه ونه حرمت نکاح ونه سایر موارد ؛ زیرا او نسبت به آن فرزند بیگانه است ومن خلافی درآن ملاحظه نکرده ام ، مگر در صورت حرمت نکاح فقط .

ابوحنیفه ، مالک وشافعی نیز معتقدند که ولدالزنا از مادر وخواهر وبرادر مادری خود ارث می برد وبالعکس درنتیجه درمورد این کودکان که ثمره ترکیب اسپرم وتخمک بیگانه هستند ، توارث میان طفل وصاحب اسپرم برقرار نمی شود، ولی بین طفل ومادری که او را حمل وزایمان کرده است ، توارث برقرار می شود؛ اما زنی که صرفاً اهداء کننده تخمک است ، مادر طفل به شمار نمی آید ورابطه توارث منتفی است.

ولی با توجه به ملاک ومعیار مشروعیت نسب که همانا تکوّن طفل از نطفه دیگری است ، مشخص می شود که به دلیل ثبوت رابطه نسبی میان طفل وصاحب اسپرم اعم از شوهر یا بیگانه از یک سو وزنی که طفل را بدنیا آورده است (اعم از زوجه یا اجنبیه ) خواه، صاحب تخمک باشند یا خیر) ازسوی دیگر، رابطه توارث میان آنها برقرار خواهد شد.

### ۳-۴-۲ وضعیت توارث با اهدای تخمک

به طور کل در این رابطه فروض زیر قابل تصور است:

#### ۱- اگر زن صاحب تخمک مادر قانونی طفل باشد

در این صورت رابطه وراثت تنها میان طفل و زن صاحب تخمک برقرار می شود، و هیچ گونه رابطه توارث میان کودک و زن صاحب رحم برقرار نخواهد شد، هر چند معتقد باشیم که میان زن صاحب رحم و کودک مزبور رابطه قرابت وجود دارد و زن صاحب رحم به منزله مادر رضاعی طفل است، زیرا قرابت مادر جانشین از حیث آثار نسب مانند قرابت خویشاوندی نیست و فقط از جهت ممنوعیت نکاح همانند قرابت نسبی است، لذا در قرابت مادر جانشین، همانند قرابت رضاعی - رابطه توارث موجود نیست.

#### ۲- اگر مادر جانشین (زن صاحب رحم) مادر قانونی طفل باشد.

در این حالت رابطه توارث میان طفل و مادر جانشین برقرار می گردد، هر چند مادر جانشین زوجه صاحب اسپرم نباشد، زیرا همان گونه که سابقاً بیان شد، توارث صرفاً تابع ثبوت رابطه نسب عرفی است و تحقق نکاح صحیح با وجود شبهه میان پدر و مادر طفل در آن شرط نیست، لذا در غیر مورد زنا، تمام فرزندان از والدین عرفی و طبیعی خود ارث می برند، و با توجه به این که مساله (مادر جانشین) با اسپرم یا تخمک بیگانه مصداق حقیقی زنا نیست، رابطه توارث به شرح فوق در این حالت نیز برقرار می گردد.

#### ۳- هرگاه مادر جانشین و زن صاحب تخمک هر دو مادر قانونی طفل محسوب شوند.

در این صورت باید ابتدا این مساله را مورد بررسی قرار دهیم که آیا ممکن است یک فرد از دو مادر و یا دو مادر از یک فرزند ارث ببرند؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، سهم الارث آنها چه مقدار است؟ به عقیده برخی

از صاحب‌نظران سهم الارث مادر، یعنی یک سوم ترکه در فرض نداشتن اولاد و یک ششم در صورت وجود اولاد یا اخوه برای متوفا - میان دو مادر تقسیم می‌شود و چنانچه یکی از دو مادر فوت نماید کودک مزبور سهم الارث خود را مطابق قواعد ارث از هر یک از آن دو می‌برد. (سیستانی، ۱۴۲۵ ه.ق، ص ۴۲۵)

به نظر می‌رسد که نظریه فوق مناقشه است، زیرا ظاهر آیه شریفه «فان لم یکن له ولد وورثه ابواء فلامه الثلث» (قرآن، نساء: ۱۱)، گویای آن است که سهم مادر در صورت نبودن فرزند یک سوم ترکه است، حال اگر صاحب رحم و تخمک هر دو مادر باشند و متوفاً دارای زوج و پدر و دو مادر باشد، بر اساس ظاهر آیات قرآن باید هریک از مادرها یک سوم ترکه و زوج نیز یک دوم ترکه را ارث ببرند و باقی مانده به قرابت به پدر می‌رسد، در حالی که فرض بالا مقدار سهام از ترکه بیش‌تر است و معلوم نیست که این مقدار اضافه از سهم چه کسانی باید کسر شود، زیرا در فقه امامیه موارد نقصان‌تر از سهام، فقط در مورد وجود بنت و بنتین یا اخت و اختیتین پیش بینی شده است که در آن صورت نیز نقص به آن‌ها وارد می‌شود.

از سوی دیگر، با توجه به این که در موارد اجتماع وارثان صاحبان فرض و قرابت، ابتدا صاحبان فرض سهم خود را از ترکه می‌برند و سپس باقی مانده به صاحبان قرابت می‌رسد، در فرض یاد شده مادران و زوج از کسانی هستند که باید سهم خود را به طور کامل ببرند. نتیجتاً در فرض مورد بحث، به پدر سهمی از ترکه اختصاص نخواهد یافت و این نتیجه قطعاً خلاف نص قرآن کریم و لازمه آن تاسیس فقه جدید است.

اگر گفته شود (چنان که در استدلال فوق بدان اشاره شده است)، به هر دو مادر یک سوم ترکه به فرض داده شود و آنان سهم مذکور را بین خود بالسویه تقسیم نمایند، چنان که در زوجات متعدد این گونه است که آن‌ها یک هشتم: یا یک چهارم ترکه را میان خود بالسویه تقسیم می‌کنند، در پاسخ این شبهه نیز باید گفت:

اولاً: اراده جنس از واژه «ام» در آیه شریفه «فلامه الثلث» خلاف ظاهر است، خصوصاً با ملاحظه اضافه واژه «ام» به ضمیر مفرد که به متوفاً راجع است، بلکه ظاهر از عنوان مذکور آن است که هر شخصی که متصف به این عنوان «ام» گردید و مادر متوفاً شناخته شد، سهم الارث او یک سوم از ترکه است.

ثانیاً: قیاس مورد بحث با حصه زوجات متعدد که میان آن‌ها بالسویه تقسیم می‌شود، قیاس مع الفارق است، زیرا به نص آیه قرآن فرض یک هشتم یا یک چهارم به تمام زوجات اختصاص دارد، در حالی که چنین نصی در

فرض مورد بحث وجود ندارد، زیرا در آیه ۱۲ سوره نساء آمده است: «و لهن الربع مما ترکتم إن لم یکن لکم ولد فإن کان لکم ولد فلهن الثمن مما ترکتم». همان گونه که ملاحظه می‌شود در این آیه شریفه از ضمیر جمع مونث (هن) و حرف «لام» که مفید اختصاص و ملکیت می‌باشد، استفاده شده است و از آن استفاده می‌شود که فرض یک هشتم یا یک چهارم به تمام زوجات اختصاص دارد، در حالی که در آیه مورد بحث از واژه «ام» به صیغه مفرد تعبیر شده و لازمه آن اختصاص یک سوم یا یک ششم به هر فردی است که متصف به این عنوان است و البته این نتیجه، چنان که قبلاً گفته شد، مخالف نص قرآن کریم است.

برخی از نویسندگان نیز در فرض اخیر (فرض دو مادری) با استناد به ماده ۸۶۵ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «اگر در شخص واحد موجبات متعدد ارث جمع شود، به جهت تمام آن موجبات ارث می‌برد، مگر این که بعضی از آن‌ها مانع دیگری باشد که در این صورت فقط از جهت عنوان مانع می‌برد» گفته‌اند که هر چند منظور از موجبات متعدد ارث در این ماده اجتماع چند عنوان خویشاوندی نسبی یا اجتماع خویشاوندی سببی و نسبی است، اطلاق آن، موضوع مورد بحث ما را نیز در بر می‌گیرد، چرا که در این فرض موجبات متعدد (توارث از دو مادر) در یک نفر که همان طفل متولد از مادر جانشین می‌باشد، جمع شده است (نایب زاده، ۱۳۸۰، ص ۳۷۷)

استدلال فوق قابل ایراد است، زیرا اصولاً منظور قانونگذار از اجتماع موجبات متعدد اثر آن است که یک وارث به لحاظ اجتماع عناوین متعدده نسبی و سببی از مورث واحد به چند جهت ارث ببرد، مانند این که وارث هم زوجه متوفاً و هم دختر خاله او باشد، ولی در جایی که یک وارث لحاظ خویشاوندی با افراد متعدد از هر یک از آن‌ها جداگانه ارث ببرد، نمی‌توان او را مصداق ارث بردن به موجبات متعدده ارث دانست.

از این رو استناد به اطلاق ماده ۸۶۵ ق. م در فرض مورد بحث به منظور اثبات توارث میان طفل و مادر و بالعکس موجه به نظر نمی‌رسد، چرا که در فرض مورد بحث خارج از قلمرو ماده مزبور است.

#### ۴- نظر برگزیده

با توجه به این که به عقیده نگارنده، معیار و ملاک نسب مادری، تولد و زایمان است (نظریه دوم) و لذا مادر جانشین مادر شرعی و قانونی طفل است، رابطه توارث نیز میان طفل و زن صاحب رحم (مادر جانشین) برقرار

خواهد شد، و بر فرض شک و تردد در تشخیص مادر قانونی طفل در حالت مادر جانشین مقتضای اصل، عدم توارث میان طفل و هر یک از دو زن صاحب تخمک یا رحم خواهد بود (سیستانی، ۱۴۲۵، ص ۴۷۵)

#### ۵- نامعلوم بودن اهداء کننده گامت

ممکن است در تلقیح گامت (اسپرم یا تخمک) صاحبان آن‌ها معلوم نباشند که غالباً نیز چنین است و در برخی از کشورها، مانند فرانسه این امر الزامی است و اهدای جنین باید محرمانه و یا به تعبیر قانون فرانسه بی‌نام باشد. (صفائی، ۱۳۸۳، ص ۷۱) هر چند این امر در قانون نحوه اهدای جنین نابارور (مصوب ۸۲/۱۴/۲۹) ذکر نشده است، در مواد ۱۳ و ۱۶ آیین‌نامه این قانون آمده است. به هر حال این مساله مطرح می‌شود که مساله توارث کودکی که از این طریق متولد می‌شود، چگونه خواهد بود؟ آیا کودکی که خود در تولدش هیچ نقشی نداشته و مانند سایر کودکان باید از برخی حقوق مادی بهره‌مند شود، از پدر و مادر طبیعی خود (بنابراین که مادر صاحب تخمک باشد)، به علت مجهول بودن ارث نمی‌برد؟ از سوی دیگر با توجه به این که کودک با گیرندگان اسپرم و تخمک نیز رابطه تکوینی و اتصال از طریق ولادت را ندارد، پس تکلیف این کودک از نظر بهره‌مندی از مایملک پدر و مادر حکمی خود چگونه خواهد بود؟

در فرض سوال، اگر صاحب رحم از مادر بدانیم، حل مشکل توارث میان کودک و مادر و خویشاوندان مادری او ساده و آسان خواهد بود، ولی اگر زن صاحب تخمک را مادر طفل تلقی کنیم، مساله پیچیده‌تر خواهد بود، زیرا فقط میان صاحب اسپرم و تخمک (بنابر اختلاف میانی) و کودک رابطه طبیعی و تکوینی وجود دارد و نسب نیز میان آنان ثابت است، لذا زوج فاقد اسپرم یا زوج فاقد تخمک که گیرنده جنین اهدایی هستند، پدر و مادر کودک به شمار نمی‌آیند تا رابطه توارث میان آن‌ها ثابت شود.<sup>۲</sup>

---

<sup>۲</sup> با عنایت به این امر بود که ماده ۳ قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور» مورد مخالفت شورای نگهبان قرار گرفت. در نظریه شورای نگهبان آمده است: اگر مقصود از مفاد ماده ۳ ترتیب کلیه آثاری است که برای فرزندان واقعی می‌باشد، خلاف شرع است و اگر مقصود دیگری است، مشخص شود تا اظهار نظر گردد، (مجموع نظریات شورای نگهبان، دوره ششم، سال سوم، ۱۵۷).

یا اصلاح ماده ۳ توسط مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۸۲/۳/۱۸ این ماده به شرح ذیل به شورای نگهبان ارسال گردید: «وظایف و تکالیف زوجین اهدا گیرنده جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام، نظیر حقوق و تکالیف اولاد و پدر و مادر است». این ماده مجدداً مورد ایراد شورای نگهبان قرار گرفت، علت ایراد تغییر کلمه «وظایف» به «حقوق» در ذیل ماده بود که نظر شورای نگهبان به شرح زیر اعلام شد:

در این صورت چگونه می‌توان کودک مزبور را از طریق قانونی، از میراث والدین حکمی خود بهره‌مند ساخت؟

برخی از صاحب‌نظران در پاسخ به سوال فوق گفته‌اند: «به نظر این جانب راه حلی که وجود دارد و می‌تواند شبه ارثی را از جانب پدر و مادر حکمی نسبت به کودک به وجود آورد، این روش است که بعد از اهدای گامت و انعقاد نطفه در رحم، در ضمن یک عقد لازم دیگر، گیرندگان اسپرم یا تخمک متعهد شوند که حضانت بچه و نطفه او بر عهده آنان خواهد بود و آنان ملزم باشند، وصیت کنند که این کودک به اندازه سهم یکی از وارث در طبقه اول در حد ثلث سهم ببرد. البته بر اهل دقت پوشیده نیست که اصل وصیت از عقود جائز است، ولیکن با آوردن آن به عنوان شرط عقد لازم، لازم خواهد شد (قبله‌ای خوئی، ۱۳۸۰، ص ۲۳۰)

هر چند استفاده از روش فوق به منظور تامین آینده مالی فرزندان متولد از طریق انتقال جنین، مناسب است، ولی این روش حداکثر تا میزان ثلث دارایی زمان فوت می‌تواند کارساز باشد. از این رو استفاده از سایر راه حل‌ها، از قبل استفاده از صنعت بیمه یا سایر راه حل‌های قراردادی، مانند شرط هبه اموال در زمان حیات به صورت شرط نتیجه، و با ایجاد مدیونیت به نفع طفل در زمان حیات و ... می‌تواند موثر باشد و در آیین‌نامه و یا اصلاحات آینده قانون باید مورد نظر قرار گیرد.

### ۳-۴-۳ وضعیت ارث جنین لقاح یافته بعد از وفات صاحب اسپرم

هرگاه تشکیل جنین و انتقال آن به رحم مادر بعد از فوت مورث (صاحب اسپرم) تحقق یابد و از این طریق کودکی متولد شود، آیا رابطه توارث میان آن‌ها برقرار است یا خیر؟

در فقه اسلامی و قانون مدنی برای ارث حمل دو شرط ذکر شده است، چنان که در ماده ۸۷۵ ق.م.آ آمده است: «اگر حملی باشد، در صورتی ارث می‌برد که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود، اگر چه فوراً پس از تولد بمیرد.»

---

«کلمه "وظایف" در صد ماده ۳، در ذیل همین ماده به کلمه "حقوق" تغییر یافته است که موجب ابهام است. باید روشن شود تا اظهار نظر گردد، با اصلاح کلمه مذکور و تغییر آن به وظایف، در ذیل ماده و سایر اصلاحات قانون مذکور در ۱۳۸۲/۶/۸ شورای نگهبان آن را تایید کرد. ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مقرر می‌دارد: «وظایف و تکالیف زوجین اهدا گیرنده و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد پدر و مادر است.»

بحثی که در خصوص ماده فوق مطرح است آن است که آیا شرط تحقق نطفه وارث (حمل) در زمان فوت مورث موضوعیت داشته یا صرفاً به لحاظ صحت انتساب حمل به مورث اعتبار شده است؟ در صورت پذیرش احتمال اخیر، ارث جنین لقاح یافته بعد از موت صاحب اسپرم از دارایی‌های (ترکه) او، بلا مانع است، زیرا با فرض قطعیت انتساب حمل مزبور به صاحب اسپرم (مورث) عمومات ادله ارث از قبیل آیه شریفه: «یوصیکم الله فی اولادکم للذکر مثل حظ الانثیین» (قرآن، نساء: ۱۱) و غیره، شامل فرض مورد بحث نیز خواهد بود.

از آن جا که ماده ۸۷۵ ق. م از فقه امامیه اقتباس شده است، به ناچار پاسخ پرسش بالا را نیز باید در منابع فقهی و اقوال فقهای امامیه جست و جو نمود. برخی از فقهای امامیه معتقدند که در ثبوت ارث، صرف انتساب فرزند به مورث کافی است هر چند نطفه او پس از فوت موثر منعقد شده باشد، چنان که صاحب جواهر می‌گوید: «فأنه لا دلیل علی اعتبار مقارنه صدق الولد للموت، بل یکفی الصدق بعد ذلک ...» دلیلی بر اعتبار هم زمانی میان صدق عنوان ولد و فوت مورث موجود نیست، بلکه صدق این عنوان ولد بعد از فوت نیز کفایت می‌کند» (نجفی، ۱۴۰۰، ص ۱۰۹ و ۷۲) برخی از مراجع عظام تقلید معاصر (آیت الله فاضل لنکرانی) نیز فرموده‌اند: در فرض مورد بحث، بهتر است با سایر وراثت مصالحه شود (رضانیا معلم، ۱۳۸۴، ص ۴۷۷) در این باره فقها اختلاف نظر دارند دو نظریه در این زمینه مطرح است:

الف: عدم جواز ارث: در این زمینه مقام معظم رهبری فرمودند: اگر نطفه شوهر گرفته شود وبعد از وفات او با تخمک همسرش لقاح شده و سپس به رحم منتقل شود عمل مذکور فی نفسه اشکال ندارد و کودک به صاحب تخمک و رحم ملحق میشود و الحاق آن به صاحب نطفه هم بعید نیست و فرزندى که به دنیا می‌آید از صاحب نطفه ارث نمیرد .

ب: جواز ارث: از امام خمینی (ره) سؤالی در این باره شده است بدین مضمون: اگر شوهر زن یک روز قبل از عمل تلقیح فوت کند و نطفه بعد از فوت شوهر منعقد گردد، آیا طفل از شوهر ارث می‌برد؟  
فرق بین زنده بودن پدر (صاحب نطفه) در حین تلقیح: فرقی بین زنده بودن پدر در حین تلقیح یا مردن او نیست، بعد از آنکه زوج خود خواستار فرزند ناشی از تلقیح بوده است. (محمدی همدانی، ۱۳۷۱)

یکی دیگر از فقهای معاصر در این مورد معتقدند فرزند حاصل از این عمل، حلال زاده است و همه آثار فرزند از قبیل ارث و محرمیت و... بر او بار می شود و در ترتیب آثار فرقی بین زنده بودن صاحب نطفه در حین تلقیح و یا مردن او نیست. (صانعی، ۱۳۷۷)

در سخنان برخی از فقهای امامیه از جمله سیستانی در کتاب وسائل الانجاب الصناعیه ملاک و معیار توارث میان جنین و والدین خود، منعقدبودن نطفه جنین در زمان فوت مورث معرفی شده است و حتی در عبارات فقه ها تصریح شده است که انعقاد نطفه حین الموت کافی در تحقق ارث است، ولی ممکن است دائره ارث را وسیع تر از عنوان حمل قرار داده و معتقد شویم که صرف دخول اسپرم در مهبل قبل از وفات زوج نیز کافی در تحقق ارث است لذا هرگاه مردی هنگام آمیزش با همسر خود یا بلافاصله پس از آمیزش فوت کند و بر اثر این عمل، همسر او باردار شود و کودکی را به دنیا آورد، کودک مزبور از پدر خود ارث می برد، هرچند هنگام فوت مرد، حملی تحقق نیافته و حتی هنوز لقاح بین اسپرم و تخمک نیز صورت نگرفته باشد (اردبیلی، ۱۴۱۴ ه.ق)

البته به نظر می رسد که این تعمیم نیز صحیح نیست، زیرا نصوص وارد در مسأله ارث جنین صرفاً به حمل دلالت دارد و عنوان حمل زمانی صادق است که لقاح میان اسپرم و تخمک انجام شده و جنین در جداره رحم لانه گزینی کرده باشد، چنانکه از فقهای معاصر مرحوم آیت الله خویی در کتاب المسائل الشریعه در مسأله ارث جنین صدق عنوان حمل را در زمان فوت مورث معتبر دانسته است. بنابراین انعقاد نطفه و تحقق حمل پس از فوت مورث، خواه به صورت طبیعی یا مصنوعی، سبب برقراری توارث میان جنین و والدین او نخواهد شد (صفایی، علوی قزوینی، ۱۳۸۵)

با توجه به مطالب بیان شده به نظر می رسد هرچند حملی که نطفه اش پس از فوت پدرش منعقد شده است به معنای حقیقی فرزند متوفی است و محروم ماندنش از ارث، با احساسات و عواطف سازگار نیست، اما با وجود صراحت ماده ۸۷۵ ق.م در مورد شرط بودن انعقاد نطفه حمل برای وراثت او، پذیرفتن ارث برای چنین فرزندی قانوناً ممکن به نظر نمیرسد. حال به فرض که چنین فرزندی از پدر خود ارث نبرد آیا از اقارب نسبی خود ارث میبرد یا با قطع رابطه توارث بین پدر و فرزند، رابطه توارث بین فرزند و خویشاوندان نسبی نیز منتفی است؟

با توجه به ماده ۸۶۲ ق. م اشخاصی که به موجب نسب ارث میبرند سه طبقه اند:

۱. پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد

۲. اجداد و برادر و خواهر و اولاد آنها

۳. اعمام و اعمات و احوال و خالات و اولاد آنها

حال آنکه در موقع فوت اقارب نامبرده شده طفل وجود داشته و نطفه او قبل از فوت آنها منعقد بوده است بنابراین این فرزند از اقارب خود ارث میبرد و عرفاً نیز فرزند حاصل از تلقیح مصنوعی از برادران و خواهران و همچنین نوه و جد و جده خود محسوب و از جهت قانونی و شرعی نیز از محارم آنان محسوب است یعنی چنین فردی نمیتواند با عمه، خاله خود ازدواج کند پس مطابق ضوابط قانونی این طفل از اقارب خود ارث میبرد و منع شرعی و قانونی در بین نیست. (صمدی اهری، ۱۳۸۲)

همچنین محقق اردبیلی در مجمع الفائده و البرهان آورده است: «فلو جامعفمات بعده بلا فصل ثم جاء الولد لاقلاً مده الحمل و قبل مضي أقصاء بحيث يحكم بكونه ملحقاً به يرث من أبنیه» (محقق اردبیلی، ۱۴۱۴، ص ۵۴۶) چنان که از عبارت فوق استفاده می شود، هرگاه مردی بلافاصله پس از آمیزش با همسر خود، فوت نماید و سپس کودکی متولد شود که با توجه به امارات مربوط به حداقل یا حداکثر دوران بارداری، به متوفا منتسب می گردد، طفل مزبور از پدر خود ارث می برد. در این فرض آن چه مسلم است این که هنگام فوت مرد، هنوز لقاح بین اسپرم و تخمک صورت نگرفته است تا چه رسد که بتوانیم آن را «حمل» به شمار آوریم. و قطعاً انعقاد نطفه پس از فوت صاحب اسپرم صورت گرفته است، زیرا حداقل زمان لازم برای عبور اسپرماتوزئید از دهانه رحم (سرویکس) تا منتهی الیه لوله های فالوپ و در نهایت باروری تخمک، ۲۴ تا ۴۸ ساعت است، ولی به عقیده این فقیه بزرگ (محقق اردبیلی) هرگاه انتساب طفل به صاحب اسپرم (پدر) ثابت باشد، رابطه توارث میان آنها ثابت است.

پس می توان گفت که هرگاه انتساب طفل به مورث قطعی باشد، وی از مورث خود ارث می برد هر چند انعقاد نطفه او با کمک روش های کمکی تولید مثل (IVF) پس از فوت مورث صورت گرفته باشد، زیرا اطلاقات ادله

ارث از قبیل آیه شریفه «یوصیکم الله فی اولادکم للذکر مثل حظ الانثین» (قرآن، نساء: ۱۱) و ... شامل فرض مورد بحث خواهد بود.

ولیکن مستفاد از ادله مربوط به ارث وارث کافری که قبل یا بعد از تقسیم ترکه مورث خود مسلمان شده است، آن است که ترکه میت قبل از تقسیم آن میان وارث، در حکم مال میت است و با تقسیم آن انتقال به وارث صورت می‌گیرد، و از این روست که مشهور فقهای امامیه در خصوص ارث کافر از منابع و نمائات منفصل ترکه در فاصله زمانی میان موت مورث و تقسیم ترکه گفته‌اند: «هرگاه وارث کافر قبل از تقسیم ترکه مسلمان شود، از اصل ترکه و نمائات آن ارث می‌برد، در صورتی که اگر انتقال ترکه به وارث با موت مورث صورت پذیرد، باید با تعبد بر نصوص وارده در خصوص ارث کافر، ملتزم شویم که کافری که قبل از تقسیم ترکه مسلمان شده است، تنها از اعیان ترکه ارث می‌برد، نه از نمائات و منافع آن، زیرا در نصوص مزبور به استحقاق کافر مزبور از نمائات ترکه اشاره ای نشده است و از طرفی نیز - مطابق فرض - نمائات یاد شده در ملکیت ورثه ایجاد شده‌اند و نتیجتاً آن‌ها مالک نمائات هستند، زیرا نمائات در ملکیت تابع اصل مال است (قاعده تبعیت منافع از عین)، در حالی که این نتیجه مورد پذیرش مشهور فقها امامیه قرار نگرفته است.

بنابراین، با عنایت به مطالب بالا ممکن است گفته شود که هرگاه تاریخ انعقاد نطفه و تشکیل جنین قبل از تقسیم ترکه باشد، در این صورت به لحاظ عدم انتقال ترکه به وراث، احکام و مقررات حاکم بر ارث جنین مجری خواهد بود (ماده ۸۷۸ ق.م) و جنین مزبور در ارث سهم می‌باشد، ولی هرگاه تشکیل جنین مزبور پس از تقسیم ترکه متوفاً صورت گرفته باشد، طفل مزبور به دلیل انتقال قطعی ترکه به سایر وراث از ارث محروم است.

با وجود این، به نظر می‌رسد ادله یاد شده تماماً مناقشه و ایرادند، زیرا:

اولاً: بر خلاف سخن صاحب جواهر، ظاهر اکثر ادله باب ارث، لزوم تقارن زمانی میان صدق «ولد» و موت مورث است، مانند آیه شریفه ۱۱ سوره نساء: «ولأبویہ لکل واحد منها السدس مما ترک إن کان له ولد، وأن لم یکن له ولد و ورثه أبواه فلامه الثلث» و نیز آیه ۱۲ سوره مذکور که می‌فرماید: «و لکم نصف ما ترک ازواجکم إن لم یکن لهن ولد.»

همان گونه که ملاحظه می‌شود در آیات فوق برای بیان حکم صورت فرزندان بودن مورث، از صیغه ماضی، مانند «إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ» یا «أَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ» استفاده شده است، و ظاهر صیغه ماضی آن است که مورث از قبل - و به هنگام مرگ - دارای اولاد بوده است.

ممکن است ایراد شود که صیغه ماضی در آیات فوق منسلخ از معنای زمان بوده، صرفاً برای بیان حکم صورت فرزندان بودن مورث، مورد استفاده قرار گرفته است، چنان که این گونه استعمال در آیات قرآن کریم فراوان وجود دارد، مانند آیات «كَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا» (قرآن، فتح: ۴۸) و نیز «كَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا» (قرآن، احزاب: ۳۳) و مانند آن.

پاسخ این شبهه آن است که انسلخ صیغه ماضی از زمان، خلاف ظاهر وضع این صیغه است و تنها در صورت وجود قرینه عقلی یا لفظی می‌توان با آن ملتزم گردید، چنان که در تمامی آیات یاد شده مانند «كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا» (قرآن، نساء: ۴)

و... قرینه عقلیه نسبت به انسلخ صیغه ماضی از زمان وجود دارد، ولی در آیات مورد بحث (آیات ارث) چنین قرینه‌ای در کار نیست.

ثانیاً: بر فرض وجود اطلاق در آیات یاد شده (آیات ارث) باید گفت که اطلاقات مزبور منصرف به مواردی است که جنین یا حمل در زمان فوت مورث وجود داشته باشد و شمول آن نسبت به فرزندی که پس از فوت مورث موجود می‌گردد، مورد تردید است و نتیجتاً اصل عدم ارث جاری خواهد بود.

ثالثاً: روایات مربوط به ارث حمل نیز صرفاً در مقام بیان عدم اعتبار استهلال (گریه کردن) کودک هنگام تولد، در ثبوت ارث است، و به هیچ وجه در صدد بیان سایر جهات، از قبیل اعتبار انعقاد نطفه حمل قبل یا بعد از وفات پدر نیست. بنابراین، روایات مزبور نسبت به فرض مورد بحث فاقد اطلاقند و یا حداقل اطلاقات آنها مورد تردید است.

رابعاً: استناد به فتوای مشهور فقها در خصوص ارث کافری که قبل از تقسیم ترکه مسلمان شده از عین و منافع ترکه، به منظور اثبات عدم انتقال ترکه به وراث قبل از تقسیم آن، صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا ممکن است مبنای مشهور در خصوص فتوای یاد شده آن باشد که اصولاً مطلق کفر در زمان مورث مانع تحقق ارث نیست،

بلکه کفر مستمر تا زمان تقسیم ترکه از موانع ارث محسوب است، و بدین لحاظ ادله ارث کافر، مفید اطلاعات ادله‌ای است که مطلقاً کفر را مانع ارث شمرده‌اند.

بنابر توجیه فوق، سهم الارث وارث کافر پس از فوت مورث و قبل از تقسیم ترکه به ملکیت او وارد می‌گردد، ولی این انتقال به صورت شرط متاخر مشروط به تحقق اسلام وارث کافر است. پس هر گاه وارث مزبور قبل از تقسیم ترکه مسلمان شود، کشف می‌گردد که سهم الارث او از ترکه از زمان فوت مورث و به او انتقال یافته و نتیجتاً نمائات و منافع آن نیز در ملکیت او ایجاد شده است و بدین جهت وی مالک نمائات ترکه نیز خواهد بود. از این رو تحلیل فتوای مشهور فقها در خصوص ارث کافر بر اساس نظریه عدم انتقال ترکه به وراث قبل از تقسیم، قابل پذیرش نیست.

برخی از نویسندگان نیز در این خصوص آورده‌اند: در کلمات فقهای امامیه ملاک و معیار توارث میان جنین و والدین خود، «حمل» بودن جنین در زمان فوت مورث معرفی شده است و حتی در عبارات برخی از فقها تصریح شده است که انعقاد نطفه حین الموت کافی در تحقق ارث است، ولی ممکن است دائره ارث را وسیع‌تر از عنوان «حمل» قرار داده و معتقد شویم که صرف دخول اسپرم در مهبل قبل از وفات زوج نیز کافی در تحقق ارث است و لذا هر گاه مردی هنگام آمیزش با همسر خود بلافاصله پس از آمیزش فوت کند و بر اثر این عمل همسر او باردار شود و کودکی را به دنیا آورد، کودک مزبور از پدر خود ارث می‌برد، هر چند هنگام فوت مرد، حملی تحقق نیافته و حتی هنوز لقاح بین اسپرم و تخمک نیز صورت نگرفته است (سیستانی، ۱۴۲۵ ه.ق).

به نظر می‌رسد که این تعمیم نیز صحیح نیست، زیرا نصوص وارد در مساله ارث جنین صرفاً به توریث «حمل» دلالت دارند و عنوان «حمل» زمانی صادق است که لقاح میان اسپرم و تخمک انجام شده و جنین در جداره رحم لاله‌گزینی کرده باشد، چنان که از فقهای معاصر مرحوم آیت‌الله خوئی در مساله ارث جنین، صدق عنوان «حمل» را در زمان فوت مورث معتبر دانسته است. (خوئی، ۱۴۱۶ ه.ق، ص ۲۰۵) بنابراین، انعقاد نطفه و تحقق حمل پس از فوت مورث، خواه به صورت طبیعی یا مصنوعی، سبب برقراری توارث میان جنین و والدین او نخواهد شد.

با عنایت به مطالب بالا آشکار گردید که اصولاً در هیچ یک از ادله باب ارث اطلاقی که مقتضی برقراری توارث میان صاحب اسپرم و صاحب تخمک (بر مبنایی که وی مادر طفل شناخته شود) و طفلی که نطفه او پس از وفات والدین منعقد شده باشد وجود ندارد بنابراین کودکی که نطفه او پس از وفات صاحب اسپرم یا تخمک منعقد شده باشد از صاحبان اسپرم یا تخمک ارث نمی برند و شرط وراثت وجود وارث در زمان فوت مورث است. این نظریه مطابق با فتوای برخی از فقهای معاصر امامیه (سیستانی، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۴۹۵)؛ و نیز ظاهر ماده ۸۷۵ قانون مدنی است که مقرر می دارد: « شرط وراثت زنده بودن وارث در حین فوت مورث است و اگر حاملی باشد، در صورتی ارث می برد که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود، اگر چه فوراً پس از تولد بمیرد.

### ۳-۴-۴ وضعیت ارث جنین منجمد شده

به این جا دانستیم که نطفه ترکیب یافته در داخل رحم که عرفاً به آن عنوان «حمل» اطلاق می گردد، از لحظه امتزاج اسپرم با تخمک (انعقاد نطفه) از حقوق مدنی متمتع می گردد. حال سؤالی که مطرح می شود این است، که آیا این حقوق نسبت به کودک آزمایشگاهی، بعد از انعقاد نطفه و مادام که به رحم منتقل نشده است، جاری می شود یا خیر؟ ماده ۹۷۵ ق.م می گوید: «حمل از حقوق مدنی متمتع می گردد، مشروط بر این که زنده متولد شود» و در ماده ۲۷۰ ق.م نیز آمده است: «اقرار برای حمل در صورتی مؤثر است، که زنده متولد شود». تردیدی نیست که مقررات فوق نسبت به تخمک بارور شده در داخل رحم و نیز تخمکی که در خارج رحم (محیط آزمایشگاه) تشکیل شده است، از هنگام انتقال آن به رحم قابل اعمال است؛ زیرا از جهت عرفی و سنتی «حمل» به جنین داخل رحم گفته می شود، حال باید به این سؤال پاسخ داد، که آیا حقوق کلی مدنی نسبت به کودک آزمایشگاهی، بعد از انعقاد نطفه و مادام که به رحم منتقل نشده است، جاری می شود، یا خیر؟ به طوری که حقوق ایجاد شده به نفع او در صورت زنده متولد شدن، از زمان انعقاد نطفه استقرار یابد.

قبل از پاسخ به این سؤال لازم است مقدمه ای به تبیین منظور خود از حقوق کلی مدنی و تعریف لغوی و اصطلاحی «حمل» پرداخته شود:

مقدمه اول: منظور، حقوق مدنی است، که مقررات مدنی هر جامعه برای شخصی در ارتباط با اشخاص دیگر می شناسد، برخی در تعریف حقوق کلی مدنی آورده اند: «منظور از حقوق کلی مدنی، حقوق مدنی شخص

به‌طور کلی و بدون ارتباط با موضوع یا شخص معینی است، مانند حق مالک شدن به‌طور کلی که در برابر حقوق جزئی مدنی مثل حق مالکیت نسبت به مزرعه معین، قرار دارد و به همین جهت از آن به حقوق کلی مدنی تعبیر کردیم، حقوق کلی مدنی همان اهلیت تمتع یا حق تمتع است که در بعضی مواد قانون مدنی نظیر «۹۵۶ و ۹۵۹ ذکر شده است». (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۱۷۳)

مقدمه دوم: از نظر لغوی حمل واژه‌ای عربی است و در معانی مختلفی چون: بار، میوه، درخت، بچه داخل رحم زن به کار رفته است: مرحوم دهخدا در معنای حمل می‌نویسد: «حمل کلمه‌ای است عربی و مصدر، که در معنایی چون باردار شدن زن، حامله شدن بکار می‌رود؛ حامل و حامله نعت از آن» (دهخدا، ۱۳۳۸، ص ۸۰۲) مرحوم دکتر معین در این باره می‌نویسد: «حمل در زبان فارسی به معنای بار است و در زبان عربی به معنای آبستن (معین، ۱۳۷۵، ص ۱۲-۱۴) در فرهنگ معجم الوسیط از حمل به آنچه که در داخل شکم است و بار درخت تعبیر شده است. (انیس ابراهیم، ۱۴۱۶ه.ق، ص ۱۹۹)

- در کتب فقهی حمل به همان معنای بچه انسان از زمان انعقاد نطفه تا پیش از وضع حمل گفته می‌شود و البته این بازه زمانی مورد تقسیم قرار گرفته است. نکته دیگر آن‌که واژه حمل و جنین در اصطلاح فقهاء مترادف فرض شده است و در اکثر کتب فقهی سعی بر آن بوده است که واژه جنین مورد تعریف و نقد و بررسی قرار گیرد. نزد فقهای امامیه و عامه معنای اصطلاحی جنین خارج از معنای لغوی آن نبوده، همان بچه در شکم مادر بیان گردیده است. شهید ثانی جنین را چنین تعریف می‌کند: «الجنین هو الحمل فی بطن امه و سمی به لاستتار فیه» (عاملی، ۱۴۱۲، ص ۳۰۰)

دکتر سیدحسن امامی در تعریف حمل چنین می‌گوید: «حمل زمانی گفته می‌شود که منی وارد رحم زن شود و بین تخم ذکور و تخمک اناث امتزاج حاصل گردد که آنرا لقاح نیز گویند. لقاح بلافاصله پس از ورود منی در رحم حاصل نمی‌شود بلکه مدتی لازم است تا امتزاج به‌وجود آید و گاه اتفاق می‌افتد که تا حدود مدت دو ساعت پس از نزدیکی انجام می‌گیرد». (امامی، ۱۳۷۰، ص ۵۲)

دکتر جعفر جعفری‌لنگرودی نیز در تعریف حمل چنین می‌گوید: «حمل به موجودی گفته می‌شود که در رحم زن وجود پیدا می‌کند و آغاز وجودی آن از تاریخ انعقاد نطفه است و انتهای وجود آن ولادت است. در حقوق حمل تفاوتی نمی‌کند از راه مواقعه حاصل شده باشد یا از طریق دیگر». (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۶۷، ص ۲۵۲)

به این ترتیب پاسخ سؤال فوق بستگی دارد، به این‌که قانون‌گذار جنینی را که هنوز به رحم منتقل نشده، «حمل» به حساب می‌آورد یا خیر؟ نظر به این‌که برای تشخیص مفاهیم عناوین و موضوعات احکام فقهی و حقوقی ناگزیر از مراجعه به عرف عام هستیم، و از جهت عرفی و سنتی «حمل» به جنین داخل رحم گفته می‌شود.

لذا بدون شک از دیدگاه عرف عام عنوان «حمل» بر جنین استقرار یافته در داخل رحم صادق است؛ و اطلاق این عنوان بر زیگوت تشکیل شده در محیط آزمایشگاهی با تردید روبرو است. و عرف در صحت آن دچار شک و تردید می‌گردد، و این تردید خود نشانه عدم وضع لفظ «حمل» برای جنین تشکیل یافته در خارج از رحم است؛ زیرا به مقتضای قواعد اصولی، عدم تبادل معنا از لفظ دلیل بر عدم وضع است.

بنابراین احکام مترتب بر عنوان «حمل» در مورد جنین آزمایشگاهی قابل اجرا نیست. (صفایی و علوی قزوینی، ۱۳۸۵، ص ۵۴) ولی با مراجعه به روح قانون و انگیزه عدالت‌جویی قانون‌گذار در می‌یابیم، که منظور اصلی قانون‌گذار، شناخت حقوق مزبور برای نطفه ترکیب شده به عنوان یک انسان بالقوه است، اعم از این‌که ترکیب و تشکیل او در خارج یا داخل رحم باشد؛ و تکامل در داخل رحم خصوصیتی ندارد، تا این‌که ابتدای پیدایش حق تمتع را از حقوق مدنی از هنگام انتقال به رحم قرار دهیم و حقوق مزبور را منحصر به جنین مستقر در رحم نماییم. (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۱۷۰-۱۷۱)

اطلاق عنوان «حمل» به جنین داخل رحم نیز از جهت تغليب است و ناظر به موارد عرفی و طبیعی می‌شود، به نظر نگارنده نیازی به انگیزه عدالت‌جویی در این خصوص نیست زیرا مبنایی برای تفسیر قواعد نیست، بلکه رعایت قاعده تغليب کارساز است و اغلب و عرفاً بر جنین داخل رحم حمل اطلاق می‌شود ولی اگر نگاهداری جنین در فضای خارج رحم نظیر حمل تلقی شود ظاهر اینست که رعایت این قاعده اغلیت شرط نیست و می‌توان ولو با مسامحه اطلاق حمل بر آن نمود و به جنینی که مراحل رشد خود را در خارج از رحم می‌پیماید نیز «حمل» گفته شود، حتی می‌توان مدعی شد امروزه با گسترش امکانات و تکنولوژی پزشکی و بالا رفتن

تخصص‌ها، در بسیاری از زایمان‌ها که احیاناً جای مادر در خطر است و یا این‌که جنین نارس است، آنرا در داخل فضا‌های آزمایشگاهی کامل شدن رشد کودک و طی مراحل جنین نگه می‌دارند و تلقی جامعه از این مرحله رشد کودک همانند زمان درون رحم مادر، به عنوان «حمل» می‌باشد، با این توضیح می‌توان گفت که جنینی که در داخل رحم مصنوعی قرار دارد نیز حمل به حساب می‌آید و در صورت زنده متولد شدن از حقوق مدنی برخوردار خواهد شد. از سوی دیگر، ممکن است گفته شود: در احکام مربوط به جنین، عنوان «حمل» موضوعیت ندارد، بلکه موضوع و عنوان اصلی احکام، جنین در حال رشد و نمو است، خواه داخل یا خارج رحم باشد. و با عنایت به این مطلب بین دو مورد تفکیک قائل شد: (صفایی و علوی قزوینی، ۱۳۸۵، ص ۵۵)

۱- موردی که نطفه منعقد شده بدون وقفه به رشد خود ادامه می‌دهد، خواه در رحم باشد یا بیرون آن؛ که در این صورت، این جنین از تمام حقوق مدنی متمتع می‌گردد و با زنده متولد شدن او کشف می‌شود که از ابتدای زمان تشکیل جنین تمام حقوق مدنی به نفع او ایجاد شده و با زنده متولد شدن او، حقوق ایجاد شده به نفع او از زمان انعقاد نطفه استقرار می‌یابد.

۲- موردی که جنین بعد از تشکیل، منجمد شده و مراحل رشد و تکامل آن متوقف می‌گردد و شاید تا سالیان متمادی نیز به حال انجماد باقی بماند؛ که در این صورت، به علت عدم قرار داشتن آن در مسیر رشد و تکامل، و نیز عدم صدق عنوان «حمل» احکام حقوقی جنین بر آن مترتب نیست و جنین مزبور از حقوق مدنی برخوردار نمی‌گردد تا زمانی که مجدداً در مسیر رشد و تکامل قرار گیرد.

برخی از احادیث منقوله از معصومین (ص) درباره حرمت اسقاط جنین، نیز این احتمال را تقویت می‌نماید، برای مثال شخصی از امام (ع) در مورد زنی که ایام عادت (حیض) او به تأخیر افتاده و آن زن تردید دارد که این تأخیر به سبب حمل و بارداری است یا به علل دیگری از قبیل بیماری و مانند آن.

سؤال آن است که آیا جایز است این زن دارویی مصرف نماید که بی درنگ حائض گردد؟ امام (ع) در پاسخ فرمودند: «لاتفعل ذلک، این عمل را انجام ندهد». راوی می‌گوید: «از امام (ع) پرسیدم: و لو کان ذلک من حبل انما کان نطفه کنطفه الرجل یعزل، فقال لی: آن النطفه اذا وقعت فی الرحم تصیر الی الحلقه ثم الی مضغه ثم الی ما شاء الله. و آن النطفه اذا وقعت فی غیر الرحم لم یخلق منها شیء...» بر فرض که این تأخیر ایام عادت

نیز ناشی از حمل و بارداری باشد، چه تفاوتی است، میان اسقاط نطفه داخل رحم و نطفه‌ای که مرد در هنگام آمیزش آن را در خارج از رحم عزل می‌نماید؟ امام(ع) در پاسخ فرمودند: «وقتی نطفه در رحم قرار گرفت به علقه و سپس به مضغه و... تبدیل می‌شود، ولی هرگاه خارج از رحم عزل شود، چیزی از آن خلق و آفریده نمی‌شود.»

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، در این حدیث، ملاک حرمت اسقاط جنین، در معرض رشد و تکامل بودن آن معرفی شده است. به این ترتیب نقطه آغاز حق تمتع کودک آزمایشگاهی از حقوق مدنی هنگام انعقاد نطفه یعنی زمان امتزاج تخمک یا اسپرم است و فرقی نمی‌کند که این حمل در داخل رحم و یا در خارج رحم(محیط آزمایشگاه) صورت پذیرد. لکن از آنجا که موضوع و عنوان اصلی احکام مزبور، جنین در حال رشد و نمو است، خواه داخل یا خارج رحم باشد. درخصوص موردی که جنین بعد از تشکیل، منجمد شده و مراحل رشد و تکامل آن تا سالیان متمادی متوقف می‌گردد، به علت عدم قرار داشتن آن در مسیر رشد و تکامل، و نیز عدم صدق عنوان «حمل» احکام حقوق جنین بر آن نیست. به این استدلال و نتیجه در عبارات حقوق دانانی همچون دکتر شهیدی با تعبیرات خاصی اشارت رفته است که در صفحه پیشین بیان شد. دکتر شهیدی با در نظر گرفتن روح مقررات قانونی بر این باور است که منظور اصلی قانون‌گذار، شناخت حقوق مزبور برای نطفه ترکیب شده به عنوان یک انسان بالقوه است، اعم از این که ترکیب و تشکیل او در خارج یا داخل رحم باشد؛ و تکامل در داخل رحم خصوصیتی ندارد. (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۱۷۰)

در نتیجه نیز با عنایت به آنچه گفته شد، در این زمینه می‌توان گفت: که منظور اصلی قانون‌گذار، شناخت حقوق مزبور برای نطفه ترکیب شده به عنوان یک انسان بالقوه است، اعم از این که ترکیب و تشکیل او در خارج یا داخل رحم باشد؛ و تکامل در داخل رحم خصوصیتی ندارد تا این که ابتدای پیدایش حق تمتع را از حقوق مدنی از هنگام انتقال به رحم قرار دهیم و حقوق مزبور را منحصر به جنین مستقر در رحم نماییم.

لیکن این مطلب که بین جنین در حال رشد و نمو و جنین منجمد شده در این خصوص تفکیک قائل شده و جنین منجمد شده را به علت عدم قراردادن آن در مسیر رشد و تکامل از احکام حقوق جنین محروم نموده،

قابل توجه به نظر نمی‌رسد چراکه جنینی که مدتی از رشد و تکامل متوقف گردیده، نطفه ترکیب‌شده‌ای است که هنوز به عنوان یک عنوان یک انسان بالقوه مطرح است.

مسئله دیگری که در رابطه با توارث کودک آزمایشگاهی قابل طرح است، مسأله شرط زنده متولد شدن جنین است، که باعث استقرار حقوق متزلزلی می‌گردد، که با انعقاد نطفه برای جنین ایجاد شده است. حال چنانچه، دانشمندان قادر باشند تا پایان دوران جنینی، جنین را در آزمایشگاه نگه دارند، یا این که جنین را به دلایل مختلفی پیش از انقضای حداقل مدت حمل (۶ ماه) از رحم بیرون بیاورند و در آزمایشگاه نگهداری کنند، آیا شرط زنده متولد شدن برای تمتع از حقوق مدنی منتفی خواهد بود؟

«به نظر می‌رسد که در این صورت نیز «تولد» موضوعیت ندارد و بلکه حیات مستقل جنین در خارج از رحم شرط استقرار حقوق متزلزلی است که با انعقاد جنین به نفع او ایجاد شده است. از اینرو، در صورت انقضای حداقل مدت حمل در صورتی که جنین به محیط آزمایشگاه نیاز نداشته باشد، زنده خارج کردن آن از محیط آزمایشگاه در حکم زنده متولد شدن است و نظریه پزشک متخصص در این زمینه تعیین کننده است» (صفایی و علوی قزوینی، ۱۳۸۵، ۵۶) و به تعبیر برخی از استادان: «هرگاه ثابت شود که جنین آزمایشگاهی به‌طور مستقل در خارج از محیط آزمایشگاه می‌تواند زنده بماند، شخصیت و اهلیت تمتع حقوقی جنین کامل شده و استقرار می‌یابد؛ ولو این که پس از خارج کردن از محیط آزمایشگاهی بمیرد». (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۶).

## فصل چهارم: مسولیت مدنی ناشی از اهدای گامت و قوانین مرتبط

#### ۴-۱ نامعلوم بودن اهدا کنندگان گامت و تاثیر آن در وراثت

ممکن است در تلقیح گامت (اسپرم یا تخمک) صاحبان آن ها معلوم نباشند که غالباً نیز چنین است و در برخی از کشورها، مانند فرانسه این امر الزامی است و اهدای جنین باید محرمانه و یا به تعبیر قانون فرانسه بی نام باشد (صفائی، ۱۳۸۳، ص ۷۱). هر چند این امر در قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور (مصوب ۸۲/۴/۲۹) ذکر نشده است، در مواد ۱۳ و ۱۶ آیین نامه این قانون آمده است. به هر حال این مسأله مطرح می شود که مسأله توارث کودکی که از این طریق متولد می شود، چگونه خواهد بود؟ آیا کودکی که خود در تولدش هیچ نقشی نداشته و مانند سایر کودکان باید از برخی حقوق مادی بهره مند شود، از پدر و مادر طبیعی خود (بنابراین که مادر صاحب تخمک باشد)، به علت مجهول بودن ارث نمی برد؟ از سوی دیگر با توجه به این که کودک با گیرندگان اسپرم و تخمک نیز رابطه تکوینی و اتصال از طریق ولادت را ندارد، پس تکلیف این کودک از نظر بهره مندی از ما یملک پدر و مادر حکمی خود چگونه خواهد بود؟

در فرض سؤال، اگر صاحب رحم را مادر بدانیم، حل مشکلات توارث میان کودک و مادر و خویشاوندان مادری او ساده و آسان خواهد بود، ولی اگر زن صاحب تخمک را مادر طفل تلقی کنیم، مسأله پیچیده تر خواهد بود، زیرا فقط میان صاحب اسپرم و تخمک (بنابر اختلاف مبانی) و کودک رابطه طبیعی و تکوینی وجود دارد و نسب نیز میان آنان ثابت است. لذا زوج فاقد اسپرم یا زوج فاقد تخمک که گیرنده جنین اهدایی هستند، پدر و مادر کودک به شمار نمی آیند تا رابطه توارث میان آن ها ثابت شود، در این صورت چگونه می توان کودک مزبور را از طریق قانونی از میراث والدین حکمی خود بهره مند ساخت؟

برخی از صاحب نظران در پاسخ به سؤال فوق گفته اند: «به نظر جناب آقایان سید حسن صفایی و سید علی علوی قزوینی راه حلی که وجود دارد و می تواند شبه ارثی را از جانب پدر و مادر حکمی نسبت به کودک به وجود آورد، این روش است که بعد از اهدای گامت و انعقاد نطفه در رحم، در ضمن یک عقد لازم دیگر، گیرندگان اسپرم یا تخمک متعهد شوند که حضانت بچه و نفقه او بر عهده آنان خواهد بود و آنان ملزم باشند، وصیت کنند که این کودک به اندازه سهم یکی از وراثت در طبقه اول در حد ثلث سهم برسد. البته بر اهل دقت پوشیده نیست که اصل وصیت از عقود جائز است، ولیکن با آوردن آن به عنوان شرط عقد لازم، لازم خواهد شد» (قبله ای خلیل، ۱۳۸۰، ص ۲۳۰).

هر چند استفاده از روش فوق به منظور تأمین آینده مالی فرزندان متولد از طریق انتقال جنین، مناسب است، ولی این روش حداکثر تا میزان ثلث دارایی زمان فوت می تواند کارساز باشد. از این رو استفاده از سایر راه حل ها، از قبیل از صنعت بیمه یا سایر راه حل های قراردادی، مانند شرط هبه اموال در زمان حیات به صورت شرط نتیجه، و یا ایجاد مدیونیت به نفع طفل در زمان حیات و ... می تواند مؤثر باشد و در آیین نامه و یا اصلاحات آینده قانون باید مورد نظر قرار گیرد.

مادر واقعی در کودک ناشی از اهدای جنین کیست؟ و حکم امور مالی و غیر مالی آن کدام است؟

پرسش این است که کدامیک از دو زن (صاحب تخمک یا صاحب مهبل و رحم) از دیدگاه شرع ملاک مادر بودن برای این نوزاد را دارد؟ ملاک مادر بودن از دیدگاه شرع مانند ملاک پدر بودن است بدین گونه که نخستین مرحله آفرینش کودک اوّل مادر است. با توجه به اینکه مادر تخمک گذاری می کند و در سوره طارق از خلقت انسان سخن می گوید که خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ یَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَ التَّرَائِبِ؛ «از آب نطفه جهنده خلق شده که از میان صلب پدر و سینه مادر بیرون آمده است»<sup>۳</sup>، بر این اساس وقتی فرض بر این باشد که نطفه کودک آغاز آفرینش اوست و نخستین جزء وجود او، از لقاح دو عنصر یعنی همان تخمک و اسپرم به دست می آید، همین آفریده نخست، نخستین مرحله وجود کودک است، و اما تغذیه کودک که پس از این مرحله صورت می گیرد، تنها سبب رشد کودک می شود و هیچ نقش دیگری ندارد. تنها سبب رشد کودک می شود و هیچ نقش دیگری ندارد.

#### ۴-۲ دلایل قانونی به تحقق نسب میان اهداء کنندگان جنین و طفل متولد شده از اهدای جنین و نقد نظر آنها

##### ۴-۲-۱ بررسی آیات

۱- قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ یَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَ یَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ؛ «ای رسول ما زنان مؤمن را بگو تا چشمها و فروج و اندامشان را محفوظ دارند»<sup>۴</sup>.

۳ - سوره مبارکه طارق، آیه شریفه ۷

۴ - سوره مبارکه نور، آیه شریفه ۳۱

۲- الذین هم لفروجهم حافظون إلّا علی أزواجهم أو ما ملکت أیمانهم فإنهم غیر ملومین، فمن ابتغی وراءَ ذلک فأُولئکَ هم العادون؛ «آنان که فروج و اندامشان را از عمل حرام نگاه می دارند، مگر بر جفتهایشان یا کنیزان ملک یمین آنها که هیچ گونه ملامتی در مباشرت این زنان بر آنها نیست. و کسی که غیر این زنان حلال را به مباشرت طلبد البته ستم‌کار و متعدی خواهد بود»<sup>۵</sup>.

۳- حرمت علیکم أمهاتکم و بناتکم و أخواتکم و عماتکم و خالاتکم و بنات الأخ و بنات الأخت و أمهاتکم اللاتی أَرْضَعْنِکُمْ و أخواتکم مِنَ الرضاعه و أمهات نسائکم و ربائبکم اللاتی فی حجورکم من نسائکم اللاتی دخلتم بهنّ فإن لم تکنوا دخلتم بهنّ فلا جناح علیکم و حلایل أبنائکم الذین من أصلابکم و إن تجمعوا بین الأختین إلّا ما قد سلف إن الله کان غفوراً رحیمًا؛ «حرام شد برای شما ازدواج با مادر و دختر و خواهر و عمه و خاله و دختر برادر و دختر خواهر و مادران رضاعی و خواهران رضاعی و مادر زن و دختران زن که در دامن شما تربیت شده‌اند، اگر با زن مباشرت کرده باشید و اگر دخول با زن نکرده‌اید باکی نیست که ازدواج کنید و نیز حرام شد زن و فرزندان صلبی و نیز حرام شد جمع میان دو خواهر مگر آنچه پیش از این انجام داده‌اید. براستی خداوند آمرزنده و مهربان است»<sup>۶</sup>.

قائلین به منع ارث بری و تلقیح، به «یحفظن فروجهن» و الذین و لفروجهم حافظون الا علی أزواجهم...؛ استناد می‌کنند و معتقدند باید فروج از هر چیزی اعم از نگاه و لمس و در اختیار گذاردن برای دیگری که جنینش را پرورش دهد، پاک نگه داشته شود و حفظ گردد. در آیه سوم وقتی محارم سببی و نسبی را مطرح می‌کند، می‌فرماید فرزندان صلبی (چه آنها که با آمیزش از طریق همسر متولد می‌شود اعم از پاک، زنا، ولد شبهه، و چه آنها که از طریق تلقیح مصنوعی به دنیا می‌آیند) متعلق به پدر هستند و ازدواج با همسر آنها حرام است. و آنها که قائل به جواز هستند، معتقدند که از هیچ کدام از این آیات که محارم را مطرح می‌کند، مسأله زنا و حرمت تلقیح از آنها فهمیده نمی‌شود. پس حکم به اباحه را صادر می‌کنند.

<sup>۵</sup> - سوره مبارکه مؤمنون، آیات ۵-۷

<sup>۶</sup> - سوره مبارکه نساء، آیه شریفه ۲۳

ملاک مادر بودن از دیدگاه شرع مانند ملاک پدر بودن است بدین گونه که نخستین مرحله آفرینش کودک اوول مادر است. با توجه به اینکه مادر تخمک گذاری می کند و در سوره طارق از خلقت انسان سخن می گوید که خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَ التَّرَائِبِ؛ «از آب نطفه جهنده خلق شده که از میان صلب پدر و سینه مادر بیرون آمده است»<sup>۷</sup>، بر این اساس وقتی فرض بر این باشد که نطفه کودک آغاز آفرینش اوست و نخستین جزء وجود او، از لقاح دو عنصر یعنی همان تخمک و اسپرم به دست می آید، همین آفریده نخست، نخستین مرحله وجود کودک است، و اما تغذیه کودک که پس از این مرحله صورت می گیرد، تنها سبب رشد کودک می شود و هیچ نقش دیگری ندارد. اگر چه بعضی از صاحب نظران معتقدند که اگر ملاک را در مادر رضاعی، روئیدن گوشت و استخوان در فرزند بدانیم می توان در زن صاحب رحم اجاره ای اطلاق مادر رضاعی نمود. چون رشد فرزند از طریق او است. لیکن عده ای با نظر بر شرایط کامل رضاع مثل آنکه عامل تغذیه بایستی شیر «فحل» باشد در این حکم خدشه نموده اند و قائلند غذایی که کودک در داخل مهبل زن بدان تغذیه می کند، همان غذایی است که پس از تولد و بیرون آمدن از مهبل بدان تغذیه می کند. بدین معنی که این تغذیه سبب رضاع نمی شود و کودک را از حالت فرزند بودن برای صاحبان منی و تخمک بیرون آورد؛ همان گونه که اگر این نطفه را در دستگاه آزمایشگاه قرار می دادند تا سیر تکاملی را طی کند، هیچ گاه این دستگاه مادر طفل نمی شد (میر هاشمی، ۱۳۸۶: ۲).

و در رد نظر کسانی هم که با استناد به این آیه می گویند مادر طفل آن است که او را زاییده باشد. الذین یظاهرون منکم من نسائهم ما هنّ أمهاتهنّ إن أمهاتهنّ إلا اللّائی ولدنهم و أنهم ليقولون منکرّاً من القول و زوراً و إن الله لعفوٌ غفور؛ «از میان شما کسانی که زنان خود را ظاهر می کنند، بدانند که زنانشان مادرشان نشوند. مادرانشان فقط زنانی هستند که آنان را زاییده اند»<sup>۸</sup>.

آیه الله مؤمن پاسخ می دهند، آیه مبارک برخلاف دیدگاه عرفی دلالت ندارد زیرا در مقام رد توهم کسانی است که می پنداشتند به صرف گفتن جمله «تو نسبت به من مانند پشت مادرم هستی» خطاب به زنانشان، زنان آنان بر ایشان حرام ابدی می شوند. خداوند در این آیه مبارکه توجه می دهد که صرف گفتن این جمله سبب نمی شود

<sup>۷</sup> - سوره مبارکه طارق، آیه شریفه ۷

<sup>۸</sup> - سوره مبارکه مجادله، آیه شریفه ۲

که همسر مرد، مادر وی به شمار آید زیرا مادر او همان زنی است که او را زاییده، نه آن زنی که وی خطاب به او، سخن یاد شده را گفته پس یادآوری ویژگی مادر (زاده شدن کودک از او) بدین علت است که همیشه کودک را مادر می‌زاید وقتی در آن زمان همیشه چنین بوده است و اگر این آیه در کنار سایر آیاتی گذارده شود که بر نسب و آثار نسبی دلالت می‌کنند مثلاً آیاتی که لفظ اصلاّب در آن آمده یا مثل آیاتی که بین فرزند و فرزند خوانده تفاوت قائل می‌شود و می‌فرماید «و حلالی أبناءکم الذین من أصلابکم»<sup>۹</sup>، همسر فرزند نسبی است نه فرزند خوانده. بنابراین دلالت آیه بر موردی که تخمک از آن مادر است و رحم اجاره‌ای است، دلالت ندارد و موضوع آیه خارج از این بحث است.

مطابق این نظریه مادر عرفی و واقعی کودک همان پدر و مادر (صاحبان اوّل و اسپرم) شناخته می‌شوند و تمام آثار مالی و غیر مالی که بر یک کودک سالم صحیح و صالح و پاک بار می‌شود بر این گونه کودکان نیز بار می‌شود مثل حضانت، تربیت، نفقه، مسائل مربوط به ازدواج، ارث و ....

از نظر پزشکی، منشأ پیدایش و ماده سازنده جنین از ناحیه پدر، اسپرم موجود در منی انسان است؛ عرف نیز معیار و ملاک نسب و ارتباط بین دو انسان را پیدایش یکی از دیگری می‌داند و بر این اساس، برای بیان این امر واقعی و تکوینی عنوانی به نام نسب انتزاع می‌کند.

شاهد بر این ادّعا، آیات و روایاتی است که در این زمینه وجود دارد، به عنوان مثال در آیه «و هو الذی خلق من الماء بشراً فجعله نسباً و صهراً...»<sup>۱۰</sup> منشأ پیدایش انسان بیان شده است. از تفریع «جَعَلَ» بر «خلق من الماء بشراً» استفاده می‌شود که همان بشر خلق شده از آب (نطفه) دارای نسب است و این همان برداشت عرفی از نسب است که منشأ نسب را پیدایش و تکوّن از طفل از نطفه می‌داند<sup>۱۱</sup> و اعتبار عرف منشأ واقعی دارد. به همین جهت، اعتبار و قراردادهای غیر واقعی مانند فرزند خواندگی همان گونه که قرآن کریم بیان نموده، غیر مشروع و بی اثر است.

<sup>۹</sup> -سوره مبارکه نساء، آیه شریفه ۲۳

<sup>۱۰</sup> -سوره مبارکه فرقان، آیه شریفه ۵۴

<sup>۱۱</sup> -سوره مبارکه احزاب، آیات ۵ و ۴

و استناد به آیه سوره مجادله در مورد مادر بودن وافی به مقصود نیست؛ زیرا، اولاً: آیه اطلاق ندارد، بلکه در مقام ردّ پندار کسانی است که گمان می کردند به صرف ظاهر، زنانشان مادرانشان می شوند و در نتیجه بر آنها حرام ابدی می شوند، پس در مقام بیان مفهوم شرعی «أمّ» نبوده و مقدمات حکمت جهت اخذ اطلاق تمام نیست؛ ثانیاً: این که خداوند در این ایه، مادر را کسی معرفی کرده است که بچه را می زاید، منافاتی ندارد با این که غیر او نیز مادر باشد، مانند مادر رضاعی که گرچه طفل را حمل نکرده و او را به دنیا نیاورده، امّا خداوند او را مادر نامیده است: «و أمّهاتکم اللّاتی أرضعنکم...»<sup>۱۲</sup>؛ ثالثاً: کلمه «ولدن» در این ایه به معنای زایمان نیست، زیرا در کتاب و سنت هر جا سخن از زایمان آمده است با عبارت «وضع» بیان شده است. چنان که قرآن در ماجرای مادر حضرت مردم می گوید: «فلما وضعتها قالت ربّ ائنی وضعتها أنثی...»<sup>۱۳</sup>

طرفداران این نظریه معتقدند که ملاک مادر بودن در نظر عرف، همانند ملاک پدر بودن است. عرف، زنی را که در نخستین مرحله آفرینش و ایجاد و پیدایش جنین سهم دارد، به عنوان مادر تلقی می کند؛ و او کسی جز صاحب تخمک نیست. تغذیه این کودک از رحم که پس از این مرحله صورت می گیرد، تنها سبب رشد کودک می شود (و هیچ نقش دیگری ندارد) و این دلیل نمی شود که کودک از حالت فرزند بودن برای صاحبان اسپرم و تخمک بیرون آید. (مؤمن ، ۱۳۷۴: ۹۸) این گروه، علاوه بر اشکالات مطرح شده بر نظریه قبل، استدلال می کنند که از نظر دانش پزشکی به اثبات رسیده است منشأ پیدایش و سلول سازنده جنین از ناحیه مادر، تخمک زن است و در این تردیدی نیست و عرف نیز همین را ملاک می داند و آیاتی از قرآن کریم نیز بر آن دلالت دارد، مانند: «أنا خلقنا الانسان من نطفة أمشاج»<sup>۱۴</sup> و «هو الذی خلق من الماء بشراً...»<sup>۱۵</sup>.

#### ۴-۲-۲ نظریه مادر بودن صاحب تخمک

با توجه به اینکه منشاء به وجود آمدن جنین عبارت از دو سلول جنسی نر و ماده می باشد، بنابراین باید به اصل و ریشه به وجود آمدن طفل توجه شود و از آنجا که سلول جنسی از تخمک زن صاحب تخمک به وجود آمده

<sup>۱۲</sup> - سوره مبارکه نساء ، آیه شریفه ۲۳

<sup>۱۳</sup> - سوره مبارکه آل عمران ، آیه شریفه ۳۶

<sup>۱۴</sup> - سوره مبارکه انسان، آیه شریفه ۲

<sup>۱۵</sup> - سوره مبارکه فرقان، آیه شریفه ۵۴

است، بنابراین همانند زناشویی‌های طبیعی در این مورد نیز مادر واقعی طفل، زن صاحب تخمک می‌باشد و زن صاحب رحم به دایه‌ای می‌ماند که مولود حاصل از خون و ژن دیگری را پرورش می‌دهد. اعم از اینکه، این پرورش جنین در دامن داخلی زن یعنی رحم او باشد و یا دامن خارج از رحم او باشد. زیرا نگهداری جنین در رحم همانند نگهداری کودک پس از تولد او می‌باشد و همچنان که زن مرضعه یا حاضنه مادر واقعی طفل نمی‌باشند، زن صاحب رحم نیز که طفل از تخمک او به وجود نیامده، مادر حقیقی طفل نمی‌تواند باشد. بنابراین بین زن صاحب رحم و طفلی که متولد می‌شود، نسب قانونی و شرعی برقرار نمی‌شود و حتی حرمتی نیز بین آن دو به وجود نخواهد آمد و قیاس این مورد به رضاع که شرایط خاصی دارد، قیاس مع الفارق است. (شهیدی، ۱۳۷۵: ۱۶۶)

آیت‌الله مکارم شیرازی فتوا داده‌اند که: «استفاده از نطفه‌ی بیگانه برای صاحب فرزند شدن جایز نیست و تولد فرزند باید مستند به ازدواج صحیح شرعی باشد ولی اگر چنین عملی انجام شود، فرزند متعلق به صاحبان نطفه است و نسبت به مادری که در رحم او کشت شده نیز محرم می‌باشد بدون آنکه از او ارث ببرد». (مکارم، بی تا: ۴۶۶) آیت‌الله صانعی هم نظر مذکور را پذیرفته و قائل به مادر بودن زن صاحب تخمک هستند. لیکن ایشان پدر بودن مرد صاحب نطفه را در صورتی پذیرفته‌اند که از نطفه خود اعراض نکرده باشد (صانعی، بی تا، ج ۲، ص ۱۳۲۳).

از فقهای معاصر آیت‌الله خامنه‌ای، آیت‌الله مکارم شیرازی، آیت‌الله صافی گلپایگانی و تعداد دیگری از فقها نظر مذکور را ارائه فرموده‌اند. آیت‌الله خامنه‌ای فرموده‌اند که «بچه متعلق به مرد و زن صاحب نطفه است» (خامنه‌ای، آیت‌الله سید علی، استفتائات، س ۱۲۷۵). آیت‌الله صافی گلپایگانی نیز فرموده‌اند که: «فرزند متعلق به صاحبان نطفه است ولی ارث بردن ولد از صاحب نطفه محل اشکال است.

#### ۴-۲-۳ نقد نظریه نظریه مادر بودن صاحب تخمک

نظریه مادر بودن زن صاحب تخمک با ایرادات زیر مواجه شده است:

۱. قیاس اسپرم مرد با تخمک زن از جهت انتساب طفل به آنها قیاس مع الفارق است. زیرا رابطه‌ی طفل با پدر صرفاً منحصر به اسپرم مرد است و مرد بعد از دادن سلول جنسی هیچ نقش دیگری در تکون جنین ندارد اما زن

علاوه بر دادن تخمک جنین را در رحم خود نیز تا تولد او رشد می‌دهد و جنین بدون استفاده از رحم زن قابل تکون نیست. بلی اگر رحم در کار نباشد و سلول‌های جنسی زن و مرد در خارج از رحم تلقیح شده و به طور آزمایشگاهی تا تولد او در خارج از رحم رشد و نمو پیدا کند، در این صورت قیاس اسپرم با تخمک صحیح خواهد بود.

۲. تأثیر رحم در خلقت و تکون کودک صرف تغذیه و رشد کودک نیست و اگر تأثیر آن بیشتر از تخمک نباشد دست کم کمتر از آن نیست و امروزه کمتر کسی است که تأثیر رحم و تغذیه و استراحت و رفتار زن صاحب رحم را در تکون کودک و سلامتی و شخصیت آینده او انکار نماید و هر روز اخبار تازه‌ای از کشفیات جدید دانشمندان در خصوص تأثیر زن صاحب رحم و مراقبت‌های دوران بارداری او بر کودک به گوش می‌رسد.

۳. ملاک مادر بودن از دیدگاه عرف و به ویژه عرف عام، به وجود آمدن کودک از تخمک زن نیست بلکه حمل و ولادت کودک و بارداری آن تا تولد در نگاه عرف به ویژه در زمان‌های گذشته و صدر اسلام و زمان نزول قرآن کریم که عرف از وجود تخمک و تکون کودک از آن اطلاعی نداشت بیشتر مد نظر بوده است و شاید به این جهت بوده که در آیات و روایات به مادر حقیقی طفل «والده» که به معنای زاینده طفل است، اطلاق شده است در حالی که لفظ «ام» به معنای اعم شامل مرضعه و حاضنه نیز بوده است.

#### ۴-۲-۴ بررسی روایات

۱- علی بن سالم از امام صادق(ع) روایت کرده است:

إِنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَذَاباً يَوْمَ الْقِيَامَةِ رَجَالاً أَقْرَأُ نَظْفَةً (نطفه عقاب) فِي رَحِمِ يَحْرَمِ عَلَيْهِ؛ «شدیدترین عذاب در روز قیامت، عذاب مردی است که نطفه خود را - و در نقل دیگری نطفه عقاب را - در رحم زنی نامحرم بریزد» (الحر العاملی، ۱۳۹۰هـ، ج ۱۴، ص ۲۳۹).

۲- حر عاملی از صدوق نقل می‌کند که پیامبر(ص) فرمود:

لَنْ يَعْمَلَ ابْنُ آدَمَ عَمَلًا أَكْبَرَ عِندَ اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ مِنْ رَجُلٍ قَتَلَ نَبِيًّا أَوْ إِمَامًا أَوْ هَدَمَ الْكَعْبَةَ الَّتِي جَعَلَهَا اللَّهُ قِبْلَةً لِعِبَادِهِ أَوْ أَفْرَغَ مَائِهِ فِي إِمْرَأَةٍ حَرَامًا؛ «در میان کارهایی که بنی آدم انجام می‌دهد، کاری بدتر و گرانتر بر خداوند عزوجل

از کشتن پیامبر یا امام یا خراب کردن کعبه که خداوند آن را برای بندگان قبله قرار داده یا ریختن منی از روی حرام توسط مرد در رحم زنی نمی‌باشد (الحر العاملی، ۱۳۹۰هـ، ج ۱۴، ص ۲۳۹).

۳- قلتُ لأبي عبدالله(ع): الزنا شرٌّ أو شرب الخمر و كيف صارَ في شرب الخمر ثمانون و في الزنا

مئة فقال يا إسحاق الحدُّ واحد و لكن زيد هذا لتفيعه النظفه و لوضعه إياها في غير موضعه الذي امرهُ الله عزوجل؛ «به امام صادق(ع) عرض کردم که زنا بدتر است یا شرب خمر و چرا حد شرب خمر ۸۰ تازیانه است، اما حد زنا ۱۰۰ تازیانه قرار داده شده است؟ امام(ع) فرمودند ای اسحاق حد هر دو یکسان است ولی چون زنا موجب می‌شود که نطفه ضایع گردیده و در غیر جایگاهی که خداوند امر فرموده قرار گیرد حد آن زیادتیر شده است».

۴- اتی النبی (ص) أعرابی فقال یا رسول الله (ص) أوصنی، فقال: إحفظ ما بین رجلیک؛ «مردی بادیه نشین نزد پیامبر(ص) آمد و گفت یا رسول الله(ص) مرا اندرز بده. فرمود: دامن نگهدار».

۵- سمعتُ أبا جعفر یقولُ: ما من عبادة أفضل من عَفَه بطن و فرج؛ «از امام باقر(ع) شنیدم که فرمود هیچ عبادتی برتر از پاک داشتن شکم و دامن نیست».

۶- روایت محمد بن سنان از امام رضا(ع) که در پاسخ مسائل او نوشت: و حرم الله الزنا لما فيه من الفساد و من قتل النفس و ذهاب الأنساب و ترک التریه الأطفال و فساد الموارث. و ما أشبه ذلک من وجوه الفساد؛ «امام رضا(ع) فرمودند: که خداوند زنا را حرام گردانیده؛ زیرا در آن مجموعه فسادهاست، از قتل نفس و از بین رفتن نسبها و ترک تربیت اطفال و کودکان و از بین رفتن ارث و مواردی از این قبیل که زمینه‌های انواع فساد است (از جمله فسادی که در فرد ایجاد می‌شود و فسادی که از قبل فرد دامن جامعه را می‌گیرد). (الحر العاملی، ۱۳۹۰هـ، ج ۱۴، ص ۲۳۹)».

۷- روایت احمد بن علی بن ابی طالب طبرسی (در کتاب احتجاج از امام صادق(ع)):

إِنَّ زَنَدِيقًا قَالَ لَهُ لِمَ حَرَّمَ اللَّهُ الزَّانَا قَالَ لِمَا فِيهِ مِنَ الْفَسَادِ وَ ذَهَابِ الْمَوَارِثِ «زندیقی از امام صادق(ع) پرسید چرا خداوند زنا را حرام گردانیده است؟ حضرت فرمود چون باعث فساد و از بین رفتن نظام ارث می‌شود».

برخی گفته‌اند این حدیث و حدیث قبلی دلالت می‌کند بر اینکه حکمت تحریم «زنا» به هم ریختن نظام خویشاوندی و ارث بری است و عین همین حکمت در حرمت تلقیح مصنوعی نیز وجود دارد.

۸- عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُوَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي حَمَزَةَ عَنْ شُعَيْبِ الْحَدَّادِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع رَجُلٌ مِنْ مَوَالِيكَ يُقْرِئُكَ السَّلَامَ وَقَدْ أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً قَدْ وَافَقَتْهُ وَاعْجَبَهُ بَعْضُ شَأْنِهَا وَقَدْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا عَلَى غَيْرِ السَّنَةِ وَقَدْ كَرِهَ أَنْ يُقَدِّمَ عَلَى تَزْوِيجِهَا حَتَّى يَسْتَأْمَرَكَ فَتَكُونِ أَنْتَ تَأْمَرُهُ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع هُوَ الْفَرْجُ وَ أَمْرُ الْفَرْجِ شَدِيدٌ وَمِنْهُ يَكُونُ الْوَلَدُ وَ نَحْنُ نَحْتَاطُ فَلَا يَتَزَوَّجُهَا. (کلینی، ۳۲۹هـ.ق: ۴۲۴) به امام صادق (ع) عرض کردم مردی از دوستانتان به شما سلام می‌رساند. وی قصد دارد با زنی زیبا که با طلاق غیر مطابق سنت از شوهرش جدا شده ازدواج نماید. زن نیز با این کار موافق است ولی آن مرد نمی‌خواهد بدون اجازه شما به این کار اقدام کند. آیا به او اجازه می‌دهید؟ امام صادق (ع) در مورد این امر به فرج (مسائل آمیزشی) مربوط می‌شود که از آن فرزند متولد می‌شود. احکام و دستورات در این مورد سخت است. در چنین مسأله‌ای ما احتیاط می‌کنیم. پس با او ازدواج نکنند.

این حدیث دلالت می‌کند بر اینکه در مواقع شک در مسائل مربوط به فرج و آمیزش و آنچه که از آن فرزند متولد می‌شود «احتیاط» واجب است. چون از اینکه امام (ع) نهی از ازدواج را بر احتیاط متفرع نمود، دانسته می‌شود که در نزد امام حکم مطمئن در چنین موردی «شبهات تحریمیه» احتیاط است؛ هر چند که اصل اولی در شبهات تحریمیه براءت می‌باشد؛ چون واضح است که اگر طلاق باطل باشد، وجوب احتیاط دلیل موجهی ندارد و اگر صحیح باشد، نهی از ازدواج دلیلی ندارد؛ اما اشکال عمده این است که امام (ع) با اینکه همه احکام را می‌داند، چرا احتیاط می‌کند؟ قائلان به جواز می‌گویند: چاره‌ای جز حمل احتیاط بر استحباب نیست. همان طور که این مطلب تا حدودی از آوردن صیغه جمع و استناد دادن احتیاط به خودشان (نحن نحتاط) فهمیده می‌شود.

اما قائلین به عدم جواز می‌گویند آنچه از جمع روایات استفاده می‌شود، این است که نفس ریختن نطفه در رحم زنی نامحرم به هر نحوی که باشد، حرام است، اعم از زنا یا دستگاه‌هایی مثل لوله آزمایش یا چیز دیگر. زیرا از جمله دلایل این را عنوان کرده‌اند که نسبها به هم ریخته، تربیت اطفال به هم می‌خورد و ارث و اموال متلاشی می‌شود و صاحبان اصلی شان مجهول است.

#### ۴-۲-۵ بررسی نظر فقها و حقوقدانان

اگر زن صاحب تخمک مادر قانونی طفل باشد، در این صورت رابطه وراثت تنها میان طفل و زن صاحب تخمک برقرار می شود، و هیچ گونه رابطه توارث میان کودک و زن صاحب رحم برقرار نخواهد شد، هر چند معتقد باشیم که میان زن صاحب رحم و کودک مزبور رابطه قرابت وجود دارد و زن صاحب رحم به منزله مادر رضاعی طفل است، زیرا قرابت مادر جانشین از حیث آثار نسب مانند قرابت خویشاوندی نیست و فقط از جهت ممنوعیت نکاح همانند قرابت نسبی است، لذا در قرابت مادر جانشین - رابطه توارث موجود نیست.

طفل متولد از اهدای جنین، به پدر و مادر ژنتیکی خود یعنی اهداء کنندگان گامت منتسب است و نسب قانونی تنها در رابطه با آنها برقرار می شود نه زوجین متقاضی جنین. به طور کلی عرف طفل را فرزند صاحب نطفه می شناسد و بین او و طرفین نطفه رابطه نسب برقرار می نماید، خواه انتقال نطفه مرد به رحم زن از راه طبیعی باشد یا از طریق مصنوعی (حتی در مورد زنا هم عرف طفل را به صاحب نطفه ملحق می کند، در نهایت قانون در اینجا نظر عرف را رعایت نکرده است)، نیز ماده ای وجود ندارد که نظر عرف را در این مسئله انکار نموده باشد. در این مورد رابطه نسب بین طفل و زوجین صاحب نطفه برقرار می گردد و طفل ملحق به آن دو می باشد (صفایی، ۱۳۸۵: ۴۳).

در بررسی مواد ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و ۱۱۶۰ (ق.م) قید نزدیکی به عنوان فرد شایع تلقی شده، قانون گذار در مقام بیان حصر رابطه مشروع به آمیزش نداشته است. طفل متولد شده طفل قانونی است، تمامی شرایط لازم را برای نسب قانونی دارا می باشد. تفاوتی که لقاح مصنوعی با موارد عادی دارد آن است که در لقاح مصنوعی، طفل به وسیله طبیعی یعنی «نزدیکی زن و شوهر» به وجود نیامده است، این امر تأثیری در نسب قانونی ندارد زیرا قانون نزدیکی را شرط نسب قانونی قرار نداده و به همین جهت است که طفل متولد از تفخیز زن و شوهر منتسب به پدر و مادر می باشد.

تلقیح مصنوعی با نطفه شوهر، امروزه مشکل حقوقی و شرعی ندارد. از لحاظ نسب و آثار و تبعات متفرع بر آن مشکلی ایجاد نمی کند، بچه ای که به این ترتیب پدید می آید متعلق به زن و شوهر است و همه آثار مربوط به نسب صحیح و مشروع را داراست. عمل مزبور علی الاصول فاقد جنبه کیفری و ماهیت جرم و حرمت

شرعی است، مگر اینکه در طریق اعمال این روش، عمل حرام و یا احیاناً جرم صورت گیرد که فقط همان عمل، جرم یا حرام است و تأثیری در اصل صحت عمل ندارد.

با عنایت به بررسی فقهی و حقوقی که در موضوع لقاح مصنوعی با اسپرم شوهر صورت گرفت مشخص شد: فقهای بسیاری اصل تلقیح را عملی جایز دانسته و نزدیکی، عاملی برای مشروعیت طفل نبوده، لذا فرزند متولد از تفخیز ولد مشروع می باشد و در حقوق موضوعه اگر چه قانون در خصوص آن ساکت است، ولی مبنای آن مشروعیت فرزند حاصل از لقاح مصنوعی است و بین حقوق دانان نظر مخالفی مشاهده نمی شود.

به علت آنکه اسپرم فاقد قدرت باروری است اول با اسپرم مرد اجنبی تلقیح می گردد که این نوع لقاح را A.I.D می گویند که به روش I.V.F انجام می پذیرد. این روش از ابتدای پیدایش، با مخالفت های جدی روبه رو بوده است تا جایی که برخی آن را از مصادیق زنا دانسته و حتی در سال ۱۹۲۱ م. دادگاهی در کانادا آن را زنا تلقی نمود.

کلیسای کاتولیک نیز به شدت این عمل را رد کرده و آن را غیر اخلاقی اعلام نموده است. این آرا کم کم تعدیل شده تا جایی که در سال ۱۹۸۵ م. یک دادگاه اسکاتلندی رأی داد که زنا فقط با تماس بدنی مصداق پیدا می کند و A.I.D زنا محسوب نمی شود. نمایندگان نهمین کنگره بین المللی حقوق جزا در سال ۱۹۶۴ م. در هلند اظهار داشتند: تلقیح مصنوعی چون متضمن مقاربت مرد و زن نیست رابطه نامشروع محسوب نمی گردد.

#### ۴-۲-۵-۱ قائلین به جواز لقاح مصنوعی با اسپرم اجنبی

فقها در پاسخ به این سؤالات که تلقیح نطفه یا اسپرم بیگانه (غیر از زوج) در رحم زن شوهردار شرعاً مجاز است یا خیر؟ و کودکانی که در دستگاه مصنوعی یا دستگاه آزمایشگاهی به وجود آیند، از نظر شرعی چه رابطه ای با صاحبان نطفه و تخمک دارند (صاحب نطفه و صاحب تخمک زن و شوهر باشند یا نباشند)؟ نظرات متفاوتی بیان کرده اند که به ترتیب قائلین به جواز و حرمت لقاح مصنوعی با اسپرم اجنبی توضیح داده می شود:

آیت الله حاج سید صادق روحانی: زن شوهردار یا غیر شوهردار اگر اجنبیه باشند فرقی ندارند، در هر دو مورد به حسب ادله جایز است. آنچه بعضی خیال کرده اند که ادخال منی در رحم اجنبیه را روایات دلالت بر حرمت

آن می کند اشتباه است. قرائنی در روایات است که دلالت دارد بر اینکه حرام آن است که این عمل به واسطه جماع باشد ولی به مقتضای اصالة الاحتیاط در فروج نباید انجام داد.

آیت الله سیدعلی حسینی خامنه ای: فی نفسه اشکال ندارد، فرزند ملحق به مرد و زن صاحب آب است و نسبت به صاحب رحم احتیاط باید مراعات شود.

آیت الله حاج سید محمد شیرازی: با اجازه شوهر بی آنکه در ضمنش حرامی باشد جایز است.

بند دوم: قائلین به حرمت لقاح مصنوعی با اسپرم اجنبی

تعدادی از علماء از جمله حضرت آیت الله العظمی حاج شیخ محمدتقی بهجت لقاح مصنوعی با اسپرم بیگانه را فی نفسه خلاف احتیاط دانست ولی مولود را در حکم فرزند آنان دانست.

این گروه بر اساس آیات و روایاتی که در مباحث گذشته به آن اشاره شد و همچنین بر اساس مغایر دانستن آن با اغراض تشریع ازدواج و مقتضای قاعده احتیاط و مغایر دانستن آن با اخلاق حسنه قائل به حرمت لقاح مصنوعی با اسپرم اجنبی شدند. (فیض الهی، ۱۳۸۹: ۱۱۵)

#### ۴-۲-۶ بررسی سایر ادله

قانون ایران در خصوص نسب طفل حاصل از اهدای جنین ساکت است و به حکم اصل ۱۶۷ قانون اساسی برای روشن شدن هویت طفل حاصل ناگزیر از مراجعه به فتاوی معتبر فقها هستیم. با توجه به اینکه اهدای جنین و نهادهای مشابه آن، محصول پیشرفت های علمی ۳۰ سال اخیر می باشد فلذا بدیهی است که فقه قدیم در این خصوص ساکت است. اگر چه در خصوص نسب ناشی از وطی به شبهه و امثال آن در فقه قدیم نیز نظرات و فتاوی متعددی وجود دارد که ملاک آنها نیز قابل استفاده است. با وجود این فقهای متأخر و همچنین نویسندگان حقوقی و سایر اندیشمندان معاصر در خصوص هویت طفل حاصل از اهدای جنین و همچنین تلقیح مصنوعی به صورت خاصی به اظهار نظر پرداخته اند.

نظرات ارائه شده از جانب فقها و دیگر اندیشمندان در این خصوص متفاوت است و از جمع بندی تئوری های ارائه شده از طرف آنان به این نتیجه می رسیم که در خصوص هویت پدیری طفل حاصل از اهدای جنین سه

نظریه مطرح شده است. مطابق یک نظر، طفل حاصل ملحق به مرد صاحب نطفه می‌باشد. وفق نظریه دوم نیز شوهر زن صاحب رحم، پدر قانونی و شرعی فرزند حاصل محسوب می‌شود اگر چه نطفه فرزند، متعلق به مرد دیگری است. بر طبق نظریه سوم نیز هیچکدام از دو مرد صاحب نطفه و صاحب فراش، پدر محسوب نمی‌شوند و فرزند حاصل بدون پدر تلقی خواهد شد (فیض الهی، ۱۳۸۹: ۱۱۵).

گروهی از فقها (سیستانی، تبریزی و مکارم)، متأثر از نظریه سنتی، نسب پدری و مادری را بین صاحبان گامت و کودک برقرار و اعتقاد بر برقراری وراثت، حضانت، نفقه و محرمیت در نکاح بین آنان ابراز داشته‌اند.

#### ۴-۲-۶-۱ بررسی آیات

کسانی هم با استناد به این آیه می‌گویند مادر طفل آن است که او را زاییده باشد. الذین یظاهرون منکم من نسائهم ما هنّ أمهاتهم إنّ أمهاتهم إلّا اللّائی ولدنهم و أنّهم لیقولون منکراً من القول و زوراً و إنّ الله لعفوٌ غفور؛ «از میان شما کسانی که زنان خود را ظاهر می‌کنند، بدانند که زنانشان مادرشان نشوند. مادرانشان فقط زنانی هستند که آنان را زاییده‌اند»<sup>۱۶</sup>.

به تعبیری قرآن کریم هر چند در مقام رد کسانی است که با تشبیه زن خود به مادر خویش (ظاهر) او را در حکم مادر دانسته و برخورد حرام می‌دانستند ولی می‌تواند اشاره ای به این معنی باشد که به هر حال آنکه بچه را به دنیا می‌آورد مادر محسوب است برخی فقها نیز معیار لعوق و عدم لعوق فرزند را به زن ولادت یا عدم ولادت دانسته‌اند چنانچه صاحب جواهر در قضیه مواقعه مرد با همسرش و مساحقه او با کنیز و محل برداشتن کنیز می‌گوید که بچه قطعاً به همسر مرد ملحق نمی‌شود زیرا از او متولد نشده است.

به نظر می‌رسد مادر طفل در مثال فوق با توجه به آنچه از احکام حقوقی اخذ شد و آنچه در مقام بحث و نقد از نظریه های مختلف فقهی و حقوقی حاصل می‌شود طفل در نهایت از ترکیب اسپرم و تخمک حاصل می‌شود. بنابراین صاحب اسپرم پدر او و صاحب تخمک مادر او است البته بدون توجه به جنبه های شرعی یا غیر شرعی عمل فوق که قبلاً هم اشاره شد حال با توجه به اینکه تکلیف شخصی که نه ماه طفل را حمل کرده است و از شیره و خون خود طفل را پرورش داده است و در نهایت به نوزاد تبدیل کرده است مشخص شود با

<sup>۱۶</sup> - سوره مبارکه مجادله، آیه شریفه ۲

استفاده از احکام حقوقی که اگر چه بی معنا است و دور از شان و منزلت انسانی است که او را با حیوان و یا حیواناً گیاه مقایسه کرد خواهیم گفت صاحب رحم به عنوان عامل سوم کمک کرده تا طفل به دنیا آید و این درد و رنجی که متحمل شده است بی شک قابل ارج نهادن و جبران خواهد بود تا صاحب رحم هم از این باب مزد زحمات و اجر خود را دریافت نماید.

در لغت و همین طور در عرف مادر یا والده به شخصی اطلاق می شود که کسی را می زاید و دیگری از او متولد می شود؛ بنابراین زنی که کودک را حمل کرده و سپس او را زاییده است، همو مادر این کودک به شمار می آید. (خویی، بی تا: ۵۶۱) آنان به آیاتی چند از قرآن استناد می کنند که مهم ترین آنها ایة «إِنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِلَّا اللَّاتِي وَلَدْنَهُمْ...»<sup>۱۷</sup>، (مادران آنها تنها کسانی هستند که ایشان زاده اند) می باشد. در این ایة شریفه مادر به طور مطلق و به صیغه حصر کسی است که فرزند را زاده است. حصر در اینجا اگر چه اضافی است و در ردّ کسانی است که با «ظهار» زنانشان را مادرانشان می پنداشتند، اما در علم اصول ثابت شده است که مورد مخصّص یا مقید نیست و نزد عقلا، ظهور کلام ملاک اعتبار است. این دسته برای ادعای خود به آیات دیگری از قرآن مجید از جمله وَ وَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَ وَضَعَتْهُ كُرْهًا وَ حَمْلُهُ وَ فِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا<sup>۱۸</sup> و وَ وَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَ فِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ<sup>۱۹</sup> و آیة ۷۸ سوره نحل نیز استناد می کنند که به جهت خلاصه نمودن مطلب و ذکر آن در این پایان نامه از ذکر آنها خودداری می گردد.

با توجه به انتقادات وارد بر نظریه اول، گروهی دیگر از اندیشمندان بر این باورند که احکام اختصاصی مادر را باید به زن صاحب رحم مترتب نمود. زیرا تخمک یک عده سلول های جنسی آزاد شده در یک دوره از طهارت زن است که توسط رحم او آزاد می شود و در صورت وجود سلول جنسی نر ممکن است یکی از چند تخمک زن با آن لقاح حاصل نموده و جنینی را تشکیل دهد و گرنه این تخمک ها خود به خود از بین می روند و توسط رحم دفع می شوند و به عبارت دیگر تخمک ها، سلول ها و ترشحات زایدی هستند که توسط رحم دفع می شوند

<sup>۱۷</sup> - سوره مبارکه مجادله، آیه شریفه ۲

<sup>۱۸</sup> - سوره مبارکه احقاف، آیه شریفه ۱۵

<sup>۱۹</sup> - سوره مبارکه لقمان، آیه شریفه ۱۴

و بدون رحم به خودی خود توان تولیدمثل و تشکیل جنین را ندارند و این رحم است که زمینه را برای باروری تخمک با اسپرم مرد فراهم نموده و سپس جنین را تشکیل نموده و آن را تا نوزادی کامل و تولد و رشد و نمود می‌دهد.

اشکالی که در خصوص دلالت آیه شریفه بر مادر بودن صاحب رحم وجود دارد این است که آیه شریفه در مقام تعیین مادر آن هم در زمانی که امکان تولد یک طفل از رحم یک زن و از تخمک زن دیگر وجود نداشته است، نیست. بلکه شأن نزول آیه شریفه دفع توهّم برخی از اعراب جاهلی بوده که زنان خود راظهار می‌کردند و بعد ازظهار بر این عقیده بودند که زوجه آنها مادرشان می‌باشد و آیه شریفه این توهّم را از بین برده مقرر نمود که زن، باظهار شوهرش، مادر او نمی‌شود و زوجه، همان زوجه است و مادر نمی‌شود و مادر نیز کسی است که انسان را مولود نموده و به وجود آورده است.

۲۰- سوره مبارکه مجادلہ، آیہ شریفہ ۲ .

سوره مبارکه النجم<sup>۲۱</sup> و آیه شریفه ۶ از سوره مبارکه الزمر<sup>۲۲</sup> و آیه شریفه ۷۸ از سوره مبارکه النحل<sup>۲۳</sup> و آیه شریفه ۱۵ از سوره مبارکه الاحقاف<sup>۲۴</sup> از آن جمله‌اند.

نقد نظریه: وقتی فرزندی در حالت طبیعی از یک زن متولد شده است، چگونه می‌توان تصور کرد که چنین فرزندی مادر نداشته باشد. آیا پیشرفت‌های علم ژنتیک و امکان انتقال و اهدای جنین این حق را به بشر می‌دهد که فرزندی را از نعمت مادری محروم نموده و یا مادری را از مادر بودن ممنوع نماید. بالاخره فرزندی که متولد شده و از آسمان نیز نازل نشده و از زمین نیز نروئیده باید مادری داشته باشد و در چنین حالتی مادر این کودک یا صاحب تخمک یا صاحب رحم و یا هر دوی آنها می‌باشد و اینکه هیچ کدام از آنها مادر نباشند با هیچ منطقی سازگار نیست و وجدان حقوقی نیز آن را نمی‌پذیرد و شاید به این دلیل باشد که در بین فقها و دانشمندان بزرگ کمتر کسی طرفدار این نظریه شده است.

#### ۲-۶-۲-۴ بررسی نظریه حقوق‌دانان

با عنایت به ملاک و معیار مشروعیت نسب که همانا تکنون طفل از نطفه دیگری است، آشکار می‌گردد که به دلیل ثبوت رابطه نسبی میان طفل و صاحب اسپرم (اعم از شوهر یا اجنبی) از یک سو و زنی که طفل را به دنیا آورده است (اعم از زوجه یا اجنبیه، خواه صاحب تخمک باشند یا خیر) از سوی دیگر، رابطه توارث میان آن‌ها برقرار خواهد شد.

ولی اجمالاً، زن صاحب رحم، مادر شرعی و قانونی طفل است و بر عکس، زن صاحب تخمک، هیچ رابطه نسبی با طفل ندارد، زیرا اساساً خطابات شارع و قانونگذار همواره متوجه عموم افراد جامعه است. از این رو الفاظ و عناوین مأخوذه در ادله شرعی و قانونی، محمول بر معانی عرفیه است، مگر در مواردی که قرینه خاصی مبنی بر عدم پیروی قانونگذار از معنای رایج عرفی در میان باشد، از سوی دیگر با مراجعه به عرف آشکار می‌شود که در عرف نیز عنوان «مادر» به زنی اطلاق می‌شود که کودک را به دنیا می‌آورد، چنان که مفهوم «مادر» در

۲۱. «... و إذ اتمم أجنه فی بطون أمهاتکم ...».

۲۲. «... یخلقکم فی بطون أمهاتکم خلقاً من بعد خلق ...».

۲۳. «... أخرجکم من بطون أمهاتکم لتعلمون شیئاً...».

۲۴. «حملته امه کرهاً و وضعته کرهاً ...».

حیواناتی که از طریق ولادت تولید مثل می نمایند نیز، به حیواناتی اطلاق می شود که فرزندش را متولد می کند. بنابراین، مفهوم عرفی و لغوی «مادر» یکسان است، نتیجتاً در مورد دخالت دو زن در پیدایش طفل نیز می توان اذعان نمود که مادر واقعی کودک زن صاحب رحم است که نوزاد را متولد کرده است، و طفل مزبور هیچ انتسابی با زن صاحب تخمک ندارد. از این رو رابطه توارث نیز تنها میان کودک و زن صاحب رحم برقرار می شود.

اگر مادر جانشین (زن صاحب رحم) مادر قانونی طفل باشد، در این حالت رابطه توارث میان طفل و مادر جانشین برقرار می گردد، هر چند مادر جانشین زوجه صاحب اسپرم نباشد، زیرا همان گونه که سابقاً بیان شد، توارث صرفاً تابع ثبوت رابطه نسب عرفی است و تحقق نکاح صحیح یا وجود شبهه میان پدر و مادر طفل در آن شرط نیست، لذا در غیر مورد زنا، تمام فرزندان از والدین عرفی و طبیعی خود ارث می برند، و با توجه به این که مسأله (مادر جانشین) با اسپرم یا تخمک بیگانه مصداق حقیقی زنا نیست، رابطه توارث به شرح فوق در این حالت نیز برقرار می گردد.

از آنجا که نسب طفل حاصل از اهدای جنین مشروع بوده و رابطه پدری و مادری با طفل برقرار است، آثار نسب مشروع نیز مطابق با قانون مدنی، برقرار خواهد بود.

### ۳-۴ مسوولیت مدنی ناشی از اهدای گامت

پیشرفت‌های اخیر و روش‌های جدید کشف‌شده برای درمان ناباروری از جمله لقاح آزمایشگاهی و تولید مثل شخص ثالث سوالات و چالش‌های بسیاری را با ابعاد مختلف اخلاقی، حقوقی، جامعه‌شناختی و روان‌شناختی مطرح می‌کند. در کشورهای اسلامی، علیرغم پیشرفت‌های فراوان در استفاده از این فناوری، هنوز مسائل مربوط به شناخت روش‌های IVF و بازتولید شخص ثالث و قانونی‌سازی این روش، چالش‌برانگیز است. رویکرد معدودی از روحانیون شیعه به این موضوع، قانونی شدن درمان ناباروری را در ایران تسهیل کرده است. مجلس شورای اسلامی با استناد به آراء علمای شیعه (فتوا) قانون اهدای جنین به زوجین نابارور و آیین‌نامه آن را تصویب کرد که می‌توان آن را نمونه موافقی از قانونی‌سازی تولید مثل شخص ثالث در یک کشور اسلامی

دانست. قانون فوق اجازه اهدای جنین را از طریق لقاح مصنوعی از زوج های قانونی به زوج های نابارور می دهد. اما بسیاری از جنبه های حقوقی این رویداد در این قانون مشخص نشده است و در بسیاری از موارد باعث ایجاد ابهامات متعددی شده است. این بلاتکلیفی به ویژه در مورد حقوق و تکالیف گیرندگان و کودک، مشکلات مهمی را ایجاد می کند که نگرانی های بیشتری را ایجاد می کند .

درخواست اهدای جنین باید توسط هر دو طرف امضا شده و به دادگاه ارسال شود. همانطور که در قانون مشخص شده است، دادگاه باید به نفع اهدای جنین رای دهد. طبق ماده ۴ دادگاه باید بدون طی تشریفات قانون آیین دادرسی مدنی به درخواست فوری رسیدگی کند. در صورت عدم تایید صلاحیت متقاضیان توسط دادگاه می توانند نسبت به رای دادگاه تجدید نظر کنند. ماده ۴ نیز حاکی از آن است که رأی دادگاه در خصوص صلاحیت گیرندگان و اجازه انتقال جنین غیر قابل فسخ است. بنابراین قانون برای سایر ذینفعان یا مراجع نظارتی مانند وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی حقی برای اعتراض به رای دادگاه پیش بینی نکرده است

تصویب قانون اهدای جنین به زوج های نابارور و آیین نامه آن گام مهمی برای رفع مشکلات حقوقی زوج های نابارور بود که می توان با استفاده از روش های IVF به آنها کمک کرد. قانون مذکور را می توان تحولی مهم در حقوق اسلام دانست. بدون شک یکی از مهمترین دلایل تصویب این قانون، تایید مشروعیت درمان ناباروری (از طریق استفاده از بازتولید شخص ثالث) توسط بسیاری از روحانیون شیعه بوده است. این قانون علیرغم مزایای فراوان، دارای ابهاماتی است و مشکلات عملی خاصی را ایجاد می کند. یکی از مهم ترین این ایرادات، عدم شناخت رابطه نسبیت حقوقی بین فرزند و گیرندگان است. این رویکرد سنتی، از یک سو به ناعادلانه برخی از حقوق گیرندگان و کودک را سلب می کند و از سوی دیگر، رابطه حقوقی مستمری را بین کودک و اهداکنندگان بر خلاف قصد آنها تحمیل می کند. در واقع با توجه به تئوری «قصد و چشم پوشی» از آنجایی که هر دو طرف قصد دارند اهداکنندگان با نوزاد تازه متولد شده رابطه ای نداشته باشند، تحمیل رابطه ارثی بر اهداکنندگان منطقی یا منصفانه به نظر نمی رسد، در حالی که رابطه ارثی بین نوزاد تازه متولد شده است. کودک و گیرندگان می توانند به نفع جامعه و کودک مورد نظر خدمت کنند. در حالی که این مشکل وجود دارد، می توان پیشنهاد کرد که می توان از وصیت نامه رسمی یا بیمه عمر به نفع کودک به عنوان راه حلی موقت برای

حفظ منافع کودک استفاده کرد. اما با توجه به ادله مذکور، بازنگری در قانون و آیین‌نامه آن با توجه به رویکردهای نوین فقهی مناسب به نظر می‌رسد.

## فصل پنجم: نتیجه گیری و پیشنهادات

## ۵-۱ نتیجه گیری

این پایان نامه در سه فصل به علاوه ی نتیجه گیری تدوین شده است. سوال اصلی این پایان نامه اینگونه مطرح شده است که در چه شرایطی در روش اهدای گامت و رحم اجاره ای، مسئولیت مدنی ایجاد می شود و خسارت قابل مطالبه است؟ آنچه در این پایان نامه بدان رسیدیم این است که در ایران، قانون خاصی که دقیقاً در گستره و مصداق رحم اجاره ای و گامت باشد وجود ندارد اما بحث تقصیر، نظریه خطر، استناد و تضمین حق را می توان در خصوص مسئولیت مدنی ناشی از اهدای گامت می توان در نظر گرفت.

خرید و فروش اسپرم و تخمک همان طور که در مورد حیوان حرام است ، در مورد انسان نیز جایز نیست و باید در درمان ناباروری اهدای گامت مطرح باشد. در شیوه درمان ناباروری از طریق اهدای جنین ، زوج فاقد اسپرم با کودک متولد شده هیچ گونه رابطه نسبی ندارند و به این جهت از یکدیگر ارث نمی برند ، بلکه به دلیل ثبوت رابطه نسبی میان طفل و صاحب اسپرم (اجنبی) تنها رابطه توارث میان آنها برقرار خواهد شد . در شیوه درمان ناباروری از طریق اهدای تخمک ، زن صاحب رحم مادر شرعی و قانونی طفل است و برعکس ، زن صاحب تخمک هیچ رابطه نسبی با طفل ندارد . بنابراین ، رابطه توارث نیز تنها میان کودک و زن صاحب رحم برقرار می شود .

همچنین در شیوه درمان ناباروری با استفاده از اسپرم بیگانه ، زوج فاقد اسپرم با کودک متولد شده هیچ گونه رابطه نسبی ندارد و به همین علت از یکدیگر ارث نمی برند و به دلیل ثبوت رابطه نسبی میان طفل و صاحبان اسپرم و تخمک رابطه توارث برقرار خواهد شد.

در شیوه درمان ناباروری از طریق اهدای جنین ، صاحب اسپرم پدر قانونی و شرعی طفل است و بدین لحاظ رابطه توارث میان آنها برقرار خواهد بود و نیز مادر جانشین مادر شرعی و قانونی طفل بوده ، بنابراین ، رابطه توارث نیز میان طفل و زن صاحب رحم ( مادر جانشین ) برقرار خواهد شد .

در حقوق ایران برای رسیدن به مطلوب والدین حکمی یا متقاضی می توان حقوق و مسئولیت های پدری و مادری را برای والدین حکمی یا متقاضی نسب به بچه متولد از رحم جایگزین در حالت جانشینی با استفاده از

تخمک یا جنین اهدایی ، برقرار نمود . قانونگذار ایران با تصویب قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور در ۸۲/۴/۲۹ در این جهت گام برداشته است.

ماده ۳ قانون مزبور مقرر داشته است که :

« وظایف و تکالیف گیرنده ی جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر است » . بدین سان قانون گذار بدون تصریح به الحاق طفل به زوجین پذیرنده ، فقط به بعضی از آثار نسب اشاره نموده و مساله توارث را مسکوت گذاشته است ، حال آن که مطلوب الحاق به دریافت کنندگان جنین با با تمامی آثار آن از جمله توارث است . به نظر می رسد ، سکوت قانون مذکور به معنای عدم اعمال قاعده ارث در این مورد است زیرا به لحاظ حقوقی شرایط ارث در این فرض اصولاً وجود ندارد. لذا ابهامی در قانون نیست . به عبارت دیگر حکم ارث به موجب این قانون برقرار نیست و علت عدم تصریح تعارض این حکم ادله ارث در قانون مدنی است.

طفلی که نطفه او پس از وفات والدین به طور طبیعی منعقد شود و یا با روش های باروری ، نطفه منعقد و در رحم زن استقرار یابد ، با توجه به فقدان یکی از شروط ماده ۸۷۵ ، جنین از مرد ارث نمی برد . بین جنین های مذکور و گیرندگان آنها رابطه ی نسب و وراثت برقرار نیست و در صورتی نطفه ی آنها قبل از فوت مورث منعقد شده باشد و زنده متولد شوند از آنها ارث می برند

حقوق مدنی از جمله ارث متمتع می گردد ، و باید همانند جنین داخل رحم سهم الارث او را کنار نهاد تا هنگام تولد ، و یا در صورتی که جنین مزبور مانع ارث اشخاص موجود باشد ، باید از تقسیم ترکه تا تولد طفل خودداری شود.

## ۵-۲ پیشنهادات

- می شود که قانونگذار ایران با استفاده از نظرات فقها ، حقوقدانان و صاحب نظران وضعیت ، ارث و سایر آثار وضعی کودکان ناشی از اهدای جنین را در انواع مختلف روش های باروری مصنوعی تعیین و تصویب نماید تا به مناقشات و نظرات گوناگون در مرحله عمل ، پایان دهد .
- پیشنهاد می شود دهندگان اسپرم و تخمک مجهول باشند که باید چنین نیز باشد ، گیرندگان اسپرم و تخمک ملزم شوند ضمن عقد لازم وصیت به نفع طفل کنند تا از ثلث آنان در حد سهم پسر یا دختر به آن کودک تعلق بگیرد.

## منابع

### الف- کتاب

- الوند، فضل الله، تقسیم مسئولیت مدنی، اصفهان، انتشارات دادیار، ۱۳۸۶، ج ۱،
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، تهران، نشر میزان، ج ۱، چاپ اول، ۱۳۷۸ش
- امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد ۳، انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۵۲،
- انصاری، مسعود، دانش نامه حقوق خصوصی؛ تهران، محراب فکر، ۱۳۸۴، ج ۳.
- بهرامی احمدی، حمید، کلیات عقود و قراردادها، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۸،
- باریکلو، علیرضا، مسئولیت مدنی، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۵.
- باریکلو، علی رضا، مسئولیت مدنی، انتشارات میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۹،
- بادینی، حسن، فلسفه مسئولیت مدنی، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۴،
- شجاع پوریان، سیاوش، مسئولیت قراردادی پزشک در برابر بیمار، انتشارات فردوسی، چاپ اول ۱۳۸۹،
- شهیدی، مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ چهارم ۱۳۸۹،
- شهیدی، مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، تهران انتشارات مجد، ۱۳۸۲،
- صفایی، حسین، حقوق مدنی تطبیقی، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۵،
- حسینی نژاد، حسینقلی، مسئولیت مدنی. انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۷۰،
- جعفری لنگرودی، جعفر، حقوق تعهدات، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۲.
- جلیلوند، یحیی، مسئولیت مدنی قضات و دولت، تهران: یلدا، ۱۳۷۳،
- داراب پور، مهرباب، مسئولیت های خارج از قرارداد، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۷،
- ره پیک، حسن، حقوق مسئولیت مدنی و جبران ها، انتشارات خرسندی، چاپ پانزدهم ۱۳۹۰،

ژوردن، پاتریس، تحلیل رویه قضایی در زمینه مسئولیت مدنی، ترجمه مجید ادیب، چ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶،

ژوردن، پاتریس، اصول مسئولیت مدنی، ترجمه مجید ادیب، انتشارات میزان، چاپ دوم ۱۳۸۵،

غمامی، مجید، قابلیت پیش بینی ضرر در مسئولیت مدنی، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۸۸،

قاسم زاده، مرتضی، الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرار داد. انتشارات میزان ۱۳۸۷،

قاسم زاده، مرتضی، مبانی مسئولیت مدنی، تهران، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۵.

عدل، مصطفی، حقوق مدنی به کوشش محمد رضا بندرچی، قزوین، بحرالعلوم، ۱۳۷۳،

کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، چاپ اول، تهران، انتشارات بهشهر، ۱۳۶۸

کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ششم ۱۳۸۶،

کاتوزیان، ناصر، مسئولیت ناشی از عیب تولید، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۱،

کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، الزام های خارج از قرارداد، ضمان قهری، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۴،

یزدانیان، علیرضا، حقوق مدنی. قلمرو مسئولیت مدنی، نشر آیلار، چاپ اول، ۱۳۷۹،

یزدی طباطبایی، محمد کاظم، حاشیه مکاسب، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۷۸، ج ۲،

معین، محمد، فرهنگ فارسی، ج ۱، چاپ هشتم، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۷۱،

وحدتی شبیری، حسن، مبانی مسئولیت مدنی قراردادی، چ اول، تهران، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵،

نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۲۷، چ دوم : تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵،

نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۴۳، چ دوم : تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵،

لوراسا، میشل، مسئولیت مدنی، ترجمه محمد اشتیری، چ اول، تهران، گستر، ۱۳۷۵،

نصیری، مجید، قابلیت پیش بینی ضرر در مسئولیت مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳،

وحدتی شبیری، حسن، مبانی مسئولیت قراردادی، انتشارات پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۵،

## ب- مقالات

احمدوند، ولی اله، آثار و احکام شرط تعیین خسارت ناشی از تأخیر و عدم اجرای تعهد در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، نشریه مصباح، مهر و آبان ۱۳۸۳، ش ۵۳،

قاسم زاده، مرتضی، «مفهوم غیر قانونی یا ناهنجاری بودن فعل زیانبار در مسئولیت مدنی» قابل دسترسی در تارنمای <http://ghavanin.ir> :

کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد: ضمان قهری، جلد اول و دوم، انتشارات دانشگاه تهران، سال ۱۳۸۲، شماره ۷۵

محمد زاده امیری، فاطمه، «مسئولیت مدنی چیست؟ قابل دسترسی در تارنمای : [www.malipress.ir.news.detail](http://www.malipress.ir.news.detail)

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مسئولیت قراردادی، مجله حقوقی وزارت دادگستری، شماره ۱، ۱۳۶۴،

## ج- پایان نامه

شیوایی کجوری، شمس الدین مقایسه مسئولیت قراردادی با مسئولیت غیر قراردادی پایان نامه کارشناسی ارشد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۹۰

## ۲- منابع عربی

النقیب، عاطف، النظریه العامه للمسئولیه الناشئه عن الفعل الشخصی، انتشارات عواید، دیوان المطبوعات الجامعیه، الجزائر، الطبعة الثالثة، ۱۹۸۴ م.

سراج، محمد احمد، ضمان العدوان فی الفقه الاسلامی، چاپ اول، قاهره، دارالثقافه، ۱۴۱۰ه.ق،

عبدالرزاق احمد، السنهوری، الوسیط، ج ۱، چاپ دوم، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، لبنان، ۱۹۶۴ م،

حسن علی ذنون، المبسوط فی المسئولیة المدینه، ج ۱، چاپ اول، شرکت تاعیس، بغداد، بی تا

السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط، ج ۱، چاپ دوم، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، لبنان، ۱۹۶۴ م

الموسوی الخویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۷، چاپ اول، قم، موسسه انصاریان، بی تا،

الحکیم، محسن، مستمسک العروه، قم، انتشارات اسماعیلیان، چاپ اول، ج ۱۳، ۱۴۱۶

حلی (علامه حلی)، حمال الدین ابی منصور الحسن (۱۹۹۱م). قواعد الاحکام. مندرج در: سلسله الینابیع الفقهیه،

ج ۲۵. بیروت: انتشارات دار التراث العربی و دار الاسلامیه.

## Reference

- Braschi(p), V. , La prescription en droit de la responsabilite e, these Aix-Marseille (d.) 1995,
- Weir(t),V.,Copelex liabilities, intrrnational Encyclopedia of coparative Law, Vol. XI, tort, Chop. 12. N10a 46, cite par Viny 1995: n167, p. 282.
- Tunce, Andere la, responsabilite civile. Paris: Economica, 2 edition. 1990. P. 45.
- Brun(a), Rapport et domaines respectifs des responsabilites contractuelle et dilictuelle cite par Viney 1995:p282.
- Mazeud (H,j et l.), Essal de classification de loboligation Rev. Trim. Dr. Civ. 1936, p.1
- Viney. Genevieve. introduction a la responsabilite (sous la direction de jaques Ghestin) paris , L. G. D.J. 1995.
- Frossard (J.),V. ,la distinction des obligations de moyens et des obligation de resultat, LGDGJ, 1965 cite par le Tourneau 2001.
- Le Tourneau. Et cadiet.Loic, Droit de la responsabilite civile. Dune dette de responsabilite a une creance dindemnisation: RTD. Civ.1981.
- savatie, Rene, Traite de la resoinsabilite civil en droit Francaise. 2 edition paris ,1951, N662
- V. starack ,Boris, Roland. Henri, Boyer. Laurant. Obligations. 4 edition. Paris litee. ,1993,p157.
- von bar, Christian, study on property law and non-contractual liability law as they releate to contract law, University of Osnabrück publisher, Hamburg,2002, p 51(
- Jordain Patris,Les principes de la responsabilite civile. 5 ed. Paris Dalloz.2000
- Carbobonnier, Alian, Droit des obligations. 2 ed. Paris. universitaires , 1992,
- planio, marcel, ripert. Gerges. Traite pratique de droit civil francais Tome. 6 paris , 1930. P. 302.

## ضمیمه قوانین داخلی در رحم اجاره ای

برخلاف آنچه عده‌ای تصور می‌کنند مسأله ناباروری زوجین و راه‌های درمان آن در قانون ما تا حدودی پیش‌بینی شده و حتی به تصویب رسیده و تحت عنوان قانون اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب سال ۱۳۸۲ اجرایی نیز شده است که در ۴ ماده است و به جهت اهمیت آن چهار ماده‌اش را عیناً برایتان می‌آورم:

ماده ۱: به موجب این قانون کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری ذی‌صلاح مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون نسبت به انتقال جنین‌های حاصله از تلقیح خارج از رحم زوج‌های قانونی و شرعی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی ناباروری آنها (هر یک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده اقدام نمایند.

ماده ۲: تقاضای دریافت جنین اهدایی باید مشترکاً از طرف زن و شوهر تنظیم و تسلیم دادگاه شود و دادگاه در صورت احراز شرایط ذیل مجوز دریافت جنین را صادر می‌کند:

زوجین بنا به گواهی معتبر پزشکی، امکان بچه‌دار شدن نداشته باشند و زوجه استعداد دریافت جنین را داشته باشد.

زوجین دارای صلاحیت اخلاقی باشند.

هیچ‌یک از زوجین محجور نباشند.

هیچ‌یک از زوجین مبتلا به بیماری‌های صعب‌العلاج نباشند.

هیچ‌یک از زوجین معتاد به مواد مخدر نباشند.

زوجین بایستی تابعیت جمهوری اسلامی ایران را داشته باشند.

ماده ۳: وظایف و تکالیف زوجین اهدا گیرنده جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است.

ماده ۴: بررسی صلاحیت زوجین متقاضی در محاکم خانواده، خارج از نوبت و بدون رعایت تشریفات آئین دادرسی مدنی صورت خواهد گرفت و عدم تأیید صلاحیت زوجین قابل تجدیدنظر می‌باشد.

درست است که در این قانون مستقیماً در خصوص رحم جایگزین صحبت نشده بلکه پیرامون جنین اهدایی است اما با دقت در آن می‌توان دریافت که قانون ما به طور کلی به پرورش جنین حاصل از زوجین مشروع را در رحم بانوی دیگری مجوز داده است که این خود قدم بزرگی در تایید رحم جایگزین در قانون است. مورد دیگر اینکه در حقیقت نسب شرعی و قانونی افراد به پدر و مادر فیزیولوژیکی آنها می‌رسد که در مورد رحم جایگزین قطعاً و به طور غیر قابل انکار پدر و مادر فیزیولوژیکی که همان صاحبان نطفه هستند پدر و مادر حقیقی‌اند نه بانویی که بچه را به دنیا آورده و همسرش و آنها هیچ گونه ادعایی در مورد کودک نمی‌توانند داشته باشند. به طور کلی در قانون ما هیچ معنی در خصوص رحم جایگزین وجود ندارد.

اصولاً قراردادهای اجاره رحم به دو عنوان کلی تقسیم میشوند: قراردادهای دوستانه و قراردادهای تجاری.

قراردادهای تجاری: در این نوع قراردادهای زوجین متقاضی بچه، با انعقاد قرارداد رحم جایگزین و در ازای این عمل، (در اختیار قرار دادن رحم برای باروری) مبلغی را با توافق بانوی جانشین میپردازند که این مبلغ عوض تعهدات بانوی جانشین تلقی میگردد.

اما حالت دوم قرارداد، قرارداد دوستانه است که در این نوع قراردادهای بانوی جانشین مبلغی به عنوان عوض تعهدات خود از زوجین متقاضی دریافت نمیکند و معمولاً زن و شوهر متقاضی زنی از بستگان نزدیک خود را جهت قبول این عمل برمیگزینند و بانوی جانشین نیز اغلب به دلیل انگیزه‌های نوع دوستانه تن به این کار میدهد.

اما برای شمایی که دلتان میخواهد از ماهیت این گونه قراردادهای خلاصه وار سر در بیاورید بگویم که: در مورد قرارداد رحم جایگزین که دارای ماهیت شبیه به عقد اجاره اشخاص میباشد، نیز باید این عقد را در شمار عقود رضایی دانست؛ یعنی صرف رضایت طرفین قابل اجراست و احتیاج به تشریفات خاصی ندارد اما بهتر است به دلیل اهمیت موضوع این گونه قراردادهای و آثار بسیار مهم آن، برای صیانت بهتر از خانواده، شکل خاص و تشریفات معینی برای بیان توافق و شرایط انعقاد این گونه قراردادهای معین کرد تا در شمار عقود تشریفاتی قرار گیرد.

اما نکته بسیار مهم دیگر لازم یا جایز بودن این قرارداد است به این معنی که طرفین باید حتماً به قرارداد پایبند باشند و نمیتوانند خلاف آن رفتار کنند و اجازه ندارند با میل و رضای خود هر وقت خواستند آن را رها کنند؟ در لازم یا جایز بودن قرارداد رحم جایگزین با توجه به قاعده فقهی «اصاله اللزوم» که ماده ۲۱۹ قانون مدنی نیز بیانگر آن میباشد؛ اصل بر لزوم قراردادهای خصوصی میباشد به غیر آنچه قانون تصریح به جایز بودن آنها نموده است و عقد برای متعاملین لازم الاتباع است و امکان فسخ عقد، امری استثنائی و برخلاف اصل است.

بنابراین همه قراردادهای خصوصی بجز موارد مصرحه در خود قانون را باید از جمله عقود لازم به شمار آورد. در نتیجه قرارداد رحم جایگزین از این حیث در زمره قراردادهای لازم میباشد و طرفین آن باید به تعهدات مندرج در این قرارداد پایبند باشند و آنها را ایفا نمایند.

به موجب ماده ۹۶۰ قانون مدنی: «هیچ کس نمیتواند از خود سلب حریت کند یا در حدودی که مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه باشد از استفاده از حریت خود صرفنظر کند. ولی با وجود این پاره ای از قراردادهای که موضوع آنها حقوق مربوط به شخصیت است و در برخی از موارد به این حقوق صدمه میزند مجاز شناخته شده است: همانند قراردادهایی که صدمه سبک و ناچیز به جسم انسان وارد میکنند و موضوع آن نیز منفعت عقلایی و مشروع دارند مانند فروش گیسو یا خون انسان یا قراردادهایی که دارای نفع عمومی اند نیز صحیح میباشند؛ مانند قرارداد عضو برای پیوند کلیه یا قلب که طبق بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی، میتوان گفت که عمل پیوند عضو با رضایت اعطاکننده و رعایت موازین فنی و علمیو نظامات دولتی مجاز است.

## Surrogacy:

رحم اجاره ای ترتیبی است که اغلب توسط یک توافقنامه قانونی پشتیبانی می شود که به موجب آن یک زن (ناقل حاملگی) موافقت می کند که فرزندی را برای شخص یا افرادی دیگر به دنیا بیاورد که پس از تولد والدین (والدین) کودک تبدیل شوند. هنگامی که بارداری از نظر پزشکی غیرممکن است، زمانی که خطرات بارداری برای مادر مورد نظر خطرناک است، یا زمانی که یک مرد مجرد یا یک زوج مذکر مایل به داشتن فرزند هستند، ممکن است افراد به دنبال یک قرارداد رحم جایگزین باشند. رحم جایگزین یکی از بسیاری از فناوری های کمک باروری در نظر گرفته می شود.

## civil liability

مسئولیت مدنی یک تعهد قانونی است که طرف را ملزم به پرداخت خسارت یا پیروی از سایر اجرائیات دادگاه در یک دعوا می کند. متفاوت از مسئولیت کیفری، که اغلب توسط دولت برای جبران یک اشتباه عمومی مطرح می شود، مسئولیت مدنی معمولاً توسط یک طرف خصوصی برای شکایت برای جبران خسارت یا حکم صادر می شود.

## contractual liability

اصطلاح "مسئولیت قراردادی" به معنای مسئولیتی است که یکی از طرفین به نمایندگی از طرف دیگر بر اساس یک قرارداد بر عهده می گیرد. بیمه مسئولیت قراردادی دعاوی علیه یک تجارت را پوشش می دهد که ناشی از فرض آن از طریق قرارداد مسئولیت شخص دیگری است.

## gamete

گامت ها سلول های تولید مثلی یک موجود زنده هستند. به آنها سلول های جنسی نیز گفته می شود. گامت های ماده را سلول های تخمک یا تخمک و گامت های مردانه اسپرم می نامند. گامت ها سلول های هاپلوئید هستند و هر سلول فقط یک کپی از هر کروموزوم را حمل می کند.

## Abstract

donation donation is one of the new topics in law. The discussion of civic responsibility arising from donation donation is one of the most important and important issues in private law, which we are focusing on in this study. Based on our results in general, the problem is that since the use of surrogate uterus is a completely new issue, there is still no specific custom about it, and it is unclear in what cases we can say that the behavior of the conventional human being exceeded and its fault has been proven. on this basis, in this thesis we consider the civil liability arising from the dedication of and charter rent, our question is that the main question of this thesis is that in what condition, civil liability is created and damages are demanded in the procedure of donation donations and charter? and our hypothesis is that, in the case where the legislator is concerned about the limits of responsibility of the parties in the procedure of donation and mercy and impose clear rules and regulations, civil liability is created

**keywords:** alternative compassion, civil liability, contractual liability, contractual



**Islamic Azad University**

**Master's Thesis (MA)**

**Course: Private Law**

**Issue:**

**Civil liability arising from gamete donation and uterine rent**

**Supervisor:**

**Dr. Shahram Beigi**

**Writer:**

**Somayeh Hedayati Zafarghandi**

**Winter 2022**