

نیت

بسمه تعالی

تعهدنامه اصالت پایان نامه

اینجانب زینب ترک دانشجوی رشته حقوق خصوصی مقطع کارشناسی ارشد دانشگاه علامه محدث نوری بدینوسیله اصالت کلیه مطالب و مندرجات موجود در مباحث مطروحه در این پایان نامه را با عنوان **بررسی فقهی و حقوقی نسب در استفاده از رحم جایگزین** تأیید و تصدیق کرده اعلام می نمایم که تمامی محتوای این پایان نامه حاصل مطالعه، تحقیق و تفکر خودم بوده و به هیچ وجه رونویسی از پایان نامه و یا هیچ اثر یا منبع اعم از داخلی، خارجی و بین المللی نبوده و قانون مالکیت معنوی را رعایت نموده و از اقتباس مطالب دیگران بدون ذکر مأخذ خودداری کرده ام. و تعهد می نمایم در صورت استفاده از مطالب این پایان نامه در کتب، مجلات یا همایش ها اعم از داخلی و خارجی عنوان کامل و نشانی دانشگاه را قید نمایم. نیز ملتزم و متعهدم در صورت اثبات عدم اصالت این پایان نامه و یا احراز عدم صحت مفاد و یا لوازم این تعهدنامه در هر زمان و مرحله از مراحل که منتهی به فارغ التحصیلی شده و یا پس از آن و یا تحصیل در رشته یا در مقاطع دیگر و یا اشتغال و ... ، دانشگاه حق دارد ضمن اعلام رد پایان نامه، نسبت به لغو و ابطال مدرک تحصیلی مربوط اقدام نماید. مضافاً به اینکه کلیه مسؤولیت ها، پیگردها و پیامدهای قانونی و نیز خسارات مادی و معنوی وارده از هر حیث متوجه اینجانب می باشد.

زینب ترک

وزارت علوم، تحقیقات و فناوری



دانشگاه علامه محدث نوری

(غیردولتی - غیرانتفاعی)

دانشکده اقتصاد و علوم اداری

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد در رشته حقوق گرایش حقوق خصوصی

موضوع:

بررسی فقهی و حقوقی نسب در استفاده از رحم جایگزین

استاد راهنما:

دکتر سید مسیح حسینی

اساتید داور:

دکتر جمشید یحیی پور

دکتر مهدی علاء

دانشجو:

زینب ترک

شهریور ماه ۱۳۹۸

سیاسگزاری

« من لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق »

اینجانب از راهنمایی بی دریغ استاد فرهیخته جناب دکتر سید مسیح حسینی، (استاد محترم راهنما) که با صبر و بردباری فراوان در مراحل مختلف تهیه این پایان نامه، اینجانب را راهنمایی نموده اند کمال تشکر و قدردانی خویش را اعلام می نمایم و از خدای بزرگ توفیق روز افزون ایشان را خواستارم.

تقدیم به:

این مجموعه را به روح پدر عزیزم

و مادرم

که صبورانه یاری ام کرد.....

تقدیم می کنم.

که موقعیت کنونی خویش را مدیون صبوری و همراهی ایشان هستم

چکیده

داشتن فرزند آرزوی هر زوجی می باشد و این میل از ابتدای خلقت آدم تا به امروز و آینده وجود داشته و خواهد داشت، لیکن همواره گروهی از خانواده ها به دلایل پزشکی از نعمت داشتن فرزند محروم اند به گونه ای که حدود ۱۰ الی ۱۵ درصد از زوجها نابارورند امروزه با پیشرفت چشم گیر علم پزشکی، روشهای نوین بسیاری برای حل مشکل نازایی ارائه شده است. در عین حال قانون مدنی در ماده ۸۶۱ نسب را به طور مطلق شرط وراثت دانسته است. منظور اصلی قانون گذار، 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. ما در پژوهش پیش رو به بررسی فقهی و حقوقی نسب در استفاده از رحم جایگزین می پردازیم و در پایان نتیجه ی لازم ارائه می گردد.

کلمات کلیدی:

فقه. حقوق. نسب. رحم جایگزین. زوج

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
مقدمه:	۱
۱- بیان مسئله:	۱
۲- نوآوری تحقیق:	۲
۳- سوالات و فرضیه ها:	۲
۴- پیشینه پژوهش:	۳
۵- روش تحقیق:	۴
۶- اهداف تحقیق:	۴

فصل اول: کلیات

مبحث اول: مفهوم اصطلاحی نسب و لقاح:	۶
گفتار نخست: مفهوم نسب و دیدگاه اسلام:	۶
بند اول: معنای لغوی و اصطلاحی نسب:	۶
بند دوم: دیدگاه اسلام نسبت به نسب:	۸
بند سوم: تعریف تلقیح مصنوعی:	۹
بند چهارم: انواع تلقیح مصنوعی:	۱۰
مبحث دوم: انواع رحم، جایگزینی و انتساب طفل به والدین آن:	۱۰
گفتار نخست: انواع رحم جایگزین:	۱۱
بند اول: جایگزینی در بارداری:	۱۱
بند دوم: جایگزینی سنتی رحم:	۱۱
بند سوم: جایگزینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی:	۱۲
گفتار دوم: چگونگی انتساب طفل به والدین:	۱۶
بند اول: انتساب طفل به پدر:	۱۶
بند دوم: انتساب طفل به مادر:	۱۸

فصل دوم: مشروعیت اهداء و انتقال جنین و ماهیت رحم جایگزین

مبحث اول: مشروعیت اهداء و انتقال جنین:	۲۸
گفتار نخست: قواعد مربوط به مشروعیت:	۲۸
بند اول: قاعده نفی عسر و حرج:	۲۸
بند دوم: قاعده ضروریات تبیح المحظورات:	۲۹

- بند سوم: حدیث رفع: ۳۰
- بند چهارم: قاعده تسلیط: ۳۰
- بند پنجم: آثار مثبت روانی - اجتماعی ۳۰
- بند ششم: مشروعیت مشروط ۳۱
- گفتار دوم: ممنوعیت مطلق در قرآن و روایات ۳۲
- بند اول: قرآن کریم ۳۲
- بند دوم: روایات ۳۳
- مبحث دوم: ماهیت رحم جایگزین و جواز رحم جایگزین ۳۶
- گفتار نخست: جواز دخول نطفه در رحم زن اجنبی و تلقیح خارج رحمی ۳۶
- بند اول : انعقاد نطفه در رحم زن اجنبی ۳۶
- بند دوم : جواز تلقیح خارج رحمی ۳۹
- گفتار دوم: ماهیت موضوع از دیدگاه عقلی و فقه ۴۰
- بند اول: بررسی موضوع از منظر فقهاء ۴۰
- بند دوم : ماهیت موضوع از منظر عقلی ۴۲

فصل سوم: استفاده از راهکار مصلحت کودک در اثبات نسب

- مبحث اول: چگونگی لقاح در رحم جایگزین و احکام جنین ایجاد شده ۴۶
- گفتار نخست: احکام جنین ایجاد شده و انتقال آن ۴۶
- بند اول : ابعاد حقوقی اهداء و انتقال جنین ۴۶
- بند دوم: احکام جنین ایجاد شده ۵۰
- گفتار دوم: چگونگی لقاح در رحم جایگزین با اسپرم اجنبی ۵۴
- بند اول: رابطه طفل با مادر ۵۴
- بند دوم: رابطه طفل با صاحب نطفه ۵۵
- بند سوم: رابطه طفل با شوهر زن ۵۶
- مبحث دوم: مصلحت کودک و احکام رحم جایگزین ۵۶
- گفتار نخست: طفل ناشی از لقاح بعد از فوت و وضعیت ارث آن ۵۶
- بند اول: وضعیت حقوقی طفل ناشی از لقاح بعد از فوت زوج یا زوجین ۵۶
- بند دوم: وضعیت ارث جنین منجمد شده ۶۰
- گفتار دوم: فرزند خواندگی و قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور ۶۲
- بند اول: فرزند خواندگی ۶۲
- بند دوم: قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور ۶۴

گفتار سوم: حقوق اشخاص ثالث و احکام خاص رحم جایگزین.....	۶۷
بند اول: بررسی احکام خاص انتقال جنین:.....	۶۷
بند دوم: انتقال حمل به رحم جایگزین و حقوق اشخاص ثالث.....	۶۹
نتیجه گیری و پیشنهادات:.....	۷۲
پیشنهادات:.....	۷۴
منابع و مأخذ:.....	۷۵
ضمائم.....	۸۰

علائم اختصاری

آیین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری	آ.ل.ق.ا.ک.و.د
دادگاه عالی انتظامی قضات	د.ع.ا.ق
دیوان عالی کشور	د.ع.ک
قانون اجرای احکام مدنی	ق.ا.ا.م
قانون اصول تشکیلات عدلیه و محاضر شرعیه و حکام صلحیه	ق.ا.ت.ع
قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری	ق.ا.پ.ق.د
قانون امور حسبی	ق.ا.ح
قانون اصول محاکمات حقوقی	ق.ا.م.ح
قانون تجارت	ق.ت
قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب	ق.ت.د.ع.ا
قانون ثبت	ق.ث
قانون جدید آیین دادرسی مدنی در دادگاههای عمومی و انقلاب در امور	ق.ج.ا.د.م
مدنی	
قانون قدیم آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸	ق.ق.آ.د.م
قانون مدنی	ق.م
محکمه عالی انتظامی قضات	م.ع.ا.ق

مقدمه:

در شرع مقدس اسلام برای هر فعلی از افعال انسان‌ها حکمی هست؛ مسأله استفاده از رحم جایگزین و انتساب طفل متولد از رحم جایگزین از افعالی است، که باید حکم تکلیفی و وضعی آن مشخص گردد. در این پژوهش آنچه مورد تعقیب و نتیجه‌گیری قرار می‌گیرد، ناظر بر احکام تکلیفی به بررسی حکم وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه می‌شود. از جمله مسائل مهمی که در ارتباط با این موضوع در قلمرو مسائل حقوقی مطرح است.

۱- بیان مسئله:

در شرع مقدس اسلام برای هر فعلی از افعال انسان‌ها حکمی است. تولد هر انسانی ناشی از پدر و مادری است که او را به وجود آورده‌اند. این تولد یک نوع ارتباط طبیعی بین طفل و به وجود آورندگان او ایجاد می‌کند که در اصطلاح حقوقی نسب نامیده می‌شود. مبنای نسب قانونی، ازدواج و رابطه مشروع است. بنابراین در زمان انعقاد نطفه، باید رابطه قانونی بین زوجین برقرار باشد. طفلی که در فاصله بین شش الی ۱۰ ماه از رابطه ایجاد شود، ملحق به شوهر است.

زیرا فرض بر این است که زن به شوهر خود وفادار بوده است. چنانچه نسب قانونی باشد، قرابت و خویشاوندی ایجاد می‌کند که این قرابت بر حسب دوری و نزدیکی آثاری را به همراه دارد. این آثار گاهی به صورت حق است مانند حق حضانت و حق ولایت و گاه به صورت تکلیف است مانند تکلیف اطاعت و احترام اولاد نسبت به والدین.

نسب در حکم قانون نسبی است که مبنای آن رابطه ناشی از اشتباه و اکراه باشد. نسب غیر قانونی ناشی از رابطه نامشروع است. اثبات نسب مادری در مقایسه با نسب پدری آسان‌تر است زیرا دوران حاملگی و زایمان به آسانی قابل پنهانکاری و انکار نیست به خصوص که طبق قانون ثبت احوال تولد هر کودکی ظرف ۱۵ روز پس از به دنیا آمدن او باید به یکی از حوزه‌های ثبت احوال اعلام و برای طفل شناسنامه گرفته شود.

این تکلیف در مرحله اول به عهده پدر و در صورت غیبت او با سایرین از جمله جد پدری، مادر، سرپرست و امین طفل خواهد بود. اثبات نسب پدری به خصوص اگر ناشی از یک رابطه قانونی نباشد، مشکل است و به خصوص در ازدواج‌های شرعی که بدون ضوابط قانونی انجام می‌پذیرد (مانند صیغه)، دشوارتر است. از آنجایی که در اثبات نسب با احتیاط عمل می‌شود با کمترین دلیل نسب ثابت می‌شود اما جز با قوی‌ترین ادله که لعان است نفی نمی‌شود. با این حال امروزه برای نفی نسب از دلایل دیگری چون عوامل ژنتیکی و آزمایشات پزشکی هم استفاده می‌شود. علاوه بر اماره فراش، اقرار و شهادت نیز در زمره دلایلی است که به طور معمول در دعاوی اثبات نسب مورد استناد قرار می‌گیرد و در این باره اختلافی نیست.

دلایل دیگری مانند قیافه شناسی و قرعه هم در اثبات نسب وجود دارد که در این موارد اختلاف نظر به مراتب بیشتر است. در نهایت طرق مشترک اثبات نسب در فقه شناسی و تمایل فطری ولد بعد از بلوغ به متنازعین را در صورتی که دلیل دیگری نباشد جزو طرق اثبات نسب می داند. برخی دیگر از فقها برای اثبات نسب از قرعه هم کمک می گیرند ولی قانون مدنی ایران متعرض این دلایل نشده و ذکر از قرعه و قیافه به میان نیاورده است.

با توجه به این که ادله و امارات مورد نظر فقها در نفی و اثبات نسب خصوصیت و موضوعیتی نداشته و مقصود حمایت از اصل مسأله نسب به عنوان یکی از ارزش های ضروری بوده است امروزه می توان از طرق و ادله علمی که دلالت روشن تری بر مسأله دارند استفاده نمود. هر چند امروزه با آزمایش های مدرن پزشکی و تطبیق گروه های خونی از جمله آزمایش H-L-A برای اثبات نسب کمک گرفته می شود.

که در مسأله استفاده از رحم جایگزین و انتساب طفل متولد از رحم جایگزین این آزمایشات از مهمترین دلایل اثبات نسب محسوب می شود؛ لذا باید حکم تکلیفی و وضعی آن مشخص گردد. در بحث ناظر وضعیت نسب کودکان متولد از رحم جایگزین ما وارد حکم تکلیفی جواز یا حرمت نمی شویم و فقط به تبیین حکم وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با نسب پدری و مادری که محور و اساس بحث و بررسی ها درباره سایر احکام وضعی طفل مزبور می باشد، می پردازیم.. ما در پژوهش پیش رو به بررسی فقهی و حقوقی نسب در استفاده از رحم جایگزین می پردازیم و در پایان نتیجه گیری لازم ارائه می گردد.

۲- نوآوری تحقیق:

با این جمع بندی و با توجه به اینکه در حوزه بررسی فقهی و حقوقی نسب در استفاده از رحم جایگزین تا کنون پایان نامه ای به صورت مستقل کار نشده است و اینکه اگر هم مطلبی بوده مقاله ای به صورت جزئی بوده است، لذا این پایان نامه به صورت اختصاصی به این مقوله می پردازد و در پایان نتیجه گیری لازم را ارائه می نماید.

۳- سوالات و فرضیه ها:

-سوالات:

۱ - آیا تشکیل جنین در محیط آزمایشگاه و انتقال آن به رحم زن بیگانه از نظر شرعی و قانونی جایز است؟

۲- ماهیت حقوقی استفاده از رحم جایگزین چیست؟

۳- طفل متولد از رحم جایگزین ملحق به کیست؟ به صاحبان نطفه یا صاحب رحم؟

- فرضیه ها:

- ۱- در حقوق ایران، در زمینه استفاده از رحم جایگزین از نظر شرعی و قانونی منعی صورت نگرفته است.
- ۲- در حقوق ایران ساختار عقد «اجاره اشخاص» در بین عقود معین، ساختار مناسب تری با توافق و تعهد به جانشینی در بارداری دارد.
- ۳- در حقوق ایران، در خصوص نسب پدری طفل متولد از رحم جایگزین، اکثر قریب به اتفاق فقها و حقوقدانان، طفل را ملحق به صاحب اسپرم می دانند.

۴- پیشینه پژوهش:

در برخی کتب و مقالات به طور اختصار به بررسی فقهی و حقوقی نسب در استفاده از رحم جایگزین اشاره شده است:

« زن و شوهر نابارور از تخمک یا جنین اهدائی برای عمل تلقیح مصنوعی و باردار نمودن مادر جانشین استفاده می کنند. اگرچه در این حالت، از تخمک یا جنین اهدائی برای عمل تلقیح مصنوعی استفاده می گردد ولی به لحاظ این که بارداری و زایمان به عهده مادر جانشین قرار داده می شود حالت مذکور با حالت اهداء تخمک، جنین تفاوت اساسی دارد. ویژگی مهم حالت اهداء تخمک، جنین نسبت به حالت مادر جانشین با استفاده از تخمک، جنین اهدایی، باردار شدن زن نابارور و تولد بچه در داخل خانواده و به وسیله زنی است که نقش زوجه را در خانواده خواستار کودک ایفا می کند، در واقع این ویژگی در حالت مادر جانشینی با تخمک یا جنین اهدائی وجود ندارد و در نتیجه این حالت از نظر حقوقی فرض جداگانه ای را از حالت اهداء تخمک، جنین ایجاد می نماید. از طرفی دخالت تخمک یا جنین اهدائی در امر تولید مثل با استفاده از مادر جانشین، این را از حالت مادر جانشین نیز مجزا می سازد. » (اسدی، ۱۳۸۳، ۵۷۰)

۲. « در مسأله اهدای جنین مسأله ای که مطرح می شود، وضعیت نسب کودک متولد شده با صاحبان اسپرم و تخمک از یک سو و گیرندگان اسپرم و تخمک و صاحب رحم از سوی دیگر است. از تطبیق نتایجی که در مباحث مربوط به تعیین نسب مادری و پدری به دست می آید، در مورد نسب پدری و مادری در حالت مادر جانشینی با استفاده از جنین اهدائی می توان گفت که اهداء کننده اسپرم «پدر» محسوب شده و اهداء کننده تخمک یا مادر جانشین یا هر دو براساس نظریه های مطروحه در مورد نسب مادری «مادر طفل متولد شده در این حالت» محسوب خواهند شد. » (آیه الله مومن: ۱۳۷۷، ۱۶۳)

۳. « راه حلی که در حقوق کنونی برای رسیدن مطلوب متقاضیان به نظر می رسد استفاده از ملاک مصلحت و سعادت کودک و حمایت قانون در این رابطه از کودک می باشد. ملاکی که مبنای جهت گیری قانون گذاران و عرف عقلا در شناسائی نهادهای حقوقی در رابطه با کودک است، به طوری که می توان گفت

ملاک قاعده فراش، رعایت مصلحت کودک است زیرا در آن جا هم معلوم نیست کودک محصول اجزاء ژنتیکی صاحب فراش باشد. هم چنین حکم ماده ۱۱۶۰ ق.م راجع به تعارض دو اماره فراش، که طفل را ملحق به شوهر دوم دانسته است بر اساس رعایت مصلحت می باشد؛ چرا که مقتضای قاعده این است که اماره فراش نسبت به هر دو به علت تعارض ساقط گردد (اذا تعارضتا تساقطا) فلذا حکم ماده ۱۱۶۰ ق.م از جهت حمایت از خانواده و کودکان متولد از آن است 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 می کند که طفل منسوب به شوهر دوم شود. هر چند که انتساب طفل به هر یک از دو شوهر از حیث ولایت اماره فراش بر وقوع آبستن مادر، یکسان است..» (نایب زاده، ۱۳۸۰، ۲۱۶).

۵- روش تحقیق:

شیوه ی انجام دادن هر کار و یا طرز اجرای هر هدف و برنامه را «روش» می نامند. مسلم است که انجام دادن کار و اجرای هدف بر اساس اصول و قواعدی صورت می پذیرد، لذا کارهایی را که از روی عادت و بدون آگاهی و با پیروی از نظم و سیاق معینی انجام می دهیم، نمی توانیم روش دار بنامیم. انواع روش ها را انسان ها طراحی یا ابداع کرده اند و به کار می گیرند و لذا وجه مشخصه ی روش این است که از آگاهی و درک انسان سرچشمه گرفته باشد. استفاده مجموعه و یا ترکیبی از روش ها برای رسیدن به اهداف جدیدتر و مبهم تر را «روش شناسی» می نامند، مثل روش تحقیق درباره ی انسان و یا روش نظریه پردازی. روش این تحقیق توصیفی - تحلیلی است و روش گردآوری اطلاعات در این تحقیق بصورت کتابخانه ای بوده و برای گردآوری اطلاعات در این تحقیق شامل تمامی اسناد کتابخانه ای، مقالات، کتب، مجلات استفاده شده که محقق در طی انجام این تحقیق در دسترس دارد.

۶- اهداف تحقیق:

هدف از این پژوهش بررسی فقهی و حقوقی نسب در استفاده از رحم جایگزین است در این پایان نامه بر آن هستیم که به ابهامات در مورد قرینه مثبت و دعاوی بر آن پاسخ داده شود.

فصل اول: کلیات

فصل اول پژوهش پیش رو به کلیات تحقیق می پردازد و خود به دو مبحث جداگانه با گفتار های مجزا می باشد. که هر گفتار به بندهای مجزا تقسیم بندی می گردد.

مبحث اول: مفهوم اصطلاحی نسب و لقاح

مبحث اول از فصل اول در طی دو گفتار و بندهای تفکیک شده به بررسی مفهوم اصطلاحی نسب و لقاح می پردازد. اینک به بررسی گفتار نخست در طی دو بند می پردازیم:

گفتار نخست: مفهوم نسب و دیدگاه اسلام

گفتار نخست از مبحث اول به بررسی تبیین مفهوم نسب و دیدگاه اسلام در طی دو بند می پردازد. ذیلا به بررسی بند اول می پردازیم:

بند اول: معنای لغوی و اصطلاحی نسب

نسب از نظر لغت مصدر و به معنی قرابت و علاقه و رابطه بین دوستی ها است و در زبان فارسی آن را نژاد می گویند. با آن که باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی ایران به احکام مربوط به نسب اختصاص یافته است ولی تعریفی از نسب نکرده است. علماء حقوق سعی نموده اند که سکوت قانون گذار را با تعریف نسب جبران کنند. به منظور شناسایی ماهیت حقوقی نسب، لازم است برخی از تعاریفی را که در این زمینه از سوی فقهاء و حقوق دانان ارائه شده است، بررسی می کنیم. بعضی از فقهاء نسب را چنین تعریف نموده اند:

۱. «النسب و هو الاتصال بالولادة بانتفاء احد هما الى الآخر او بانتفائهما الى ثالث» (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۹، ۲۳۸)

۲. «المراد بالنسب علاقة بين شخصين، تحدث من تولد احدهما من الآخر او تولدهما من ثالث»

(انصاری، ۱۴۱۰، ۴۰۱)

ایرادی که در تعاریف فوق به نظر می رسد این است که اتصال ولادت در حقیقت، منشأ اعتبار رابطه نسبی است ولی حقیقت نسب امری است که از اتصال ولادت انتزاع می شود؛ لذا در این تعریف بین امر اعتباری و منشأ اعتبار خلط شده است.

بعضی از حقوق دانان در رابطه با حقیقت نسب چنین بیان داشته اند: «نسب به معنی قرابت و خویشاوندی است و امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می آید. از این امر رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد موجود می گردد» (امامی، ۱۳۴۹، ۱۵۱)

و یا «نسب عبارت است از رابطه خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالث باشند که به این معنی مترادف با «قربان نسبی» است که یک رابطه طبیعی و خونی بین خویشاوندان نسبی خط مستقیم یا خط اطراف است» (صفایی، ۱۳۷۴، ۳۹)

ایرادی که در تعاریف فوق به نظر می‌رسد این است که هیچ یک از تعاریف فوق، حقیقت و ماهیت نسب را تبیین نکرده‌اند که به چه دلیل به وسیله ولادت یا رابطه طبیعی، فرزند به مادر یا پدر منتسب می‌گردد؟ ملاک رابطه آن دو چیست؟ آیا این امر یک رابطه اعتباری و قراردادی است تا در هر زمان قانون‌گذار خواست بتواند اعتبار دیگری را وضع و تصویب نماید یا این که این امر یک رابطه و ارتباط تکوینی و واقعی است و گریزی از آن نیست چه نفیاً و چه اثباتاً؟ که در این صورت قانونگذاران فقط می‌توانند به خاطر برخی مصالح یک سری آثار را ندیده‌انگارند. با توجه به این که در هیچ یک از متون قرآنی و روایی، مفهوم خاصی از نسب ارائه نشده است شاید بتوان گفت که مقنن در رابطه با حقیقت نسب از عرف پیروی نموده و همان معنایی که عرف از نسب به دست می‌دهد را شناسایی نموده است؛ زیرا اگر مقنن اصطلاح دیگری غیر از معنای عرفی نسب در نظر داشت، منطقی تقنین اقتضا می‌نمود که معنی مورد نظر خویش را بیان نماید تا تأخیر بیان از زمان احتیاج، لازم نیاید و به اصلاح اصولی در مورد عنوان حقیقت شرعی یا قانونی وجود ندارد. بر این مطلب فقیهان اسلامی تصریح می‌کنند که در مسأله نسب از سوی شارع و قانون‌گذار اسلام، تأسیس جدید ایجاد نشده و همان مفهوم متمرکز عرفی تأیید شده است.

در این باره به تعبیر برخی از فقها اشاره می‌کنیم:

«نسب عرفی ملاک و معیار ترتب احکام شرعی است و برای نسب اصلاً حقیقت شرعی وجود ندارد و اصل هم عدم نقل مفهوم نسب عرفی به مفهوم شرعی آن است» (نراقی، ۱۴۰۵، ج ۱۶، ۲۲۱-۲۲۲) و یا. «اگر نسب حقیقت شرعی می‌داشت صحیح بود (نفی احکام نسب از ولد زنا)، لکن وجود حقیقت شرعی برای نسب ثابت نشده، بلکه به عکس عدم آن ثابت شده است. بنابراین نسب، مثل سایر عناوین بر همان مفهوم و برداشت عرفی مترتب می‌شود»

لذا از آنجا که قانون‌گذار در تبیین ماهیت نسب از عرف تبعیت کرده است، لازم است ابتدائاً معنای عرفی نسب معلوم گردد، سپس به تصرفاتی که شارع در این معنای عرفی به عمل آورده است، پردازیم: بنابر عرف، تکون یک انسان از اسپرم مرد و تخمک زن، منشأ اعتبار رابطه نسبی است؛ به عبارت دیگر عرف پس از پیدایش طبیعی طفل از والدین خویش، یک امر اعتباری و قراردادی بین طفل و والدین او برقرار می‌نماید که آن را نسب می‌نامد و بر این رابطه اعتباری نیز آثاری را مترتب می‌کند.

مقصود از اعتباری بودن نسب این نیست که نسب هیچ‌گونه وجود حقیقی ندارد و وجود یا عدم آن صرفاً در اختیار اعتبارکنندگان است، بلکه نسب از اعتباریات نفس الامری است، به عبارت روشن‌تر، عقلاً و قانون‌گذار در مقابل این منشأ اعتبار (تولد)، ناگزیر از اعتبار رابطه نسبی هستند. قرآن کریم نیز به این امر اشاره می‌کند. «و هو

الذی خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و صهرا...» (رواست کسی که از آب بشری آفرید و او را «دارای خویشاوندی» نسبی و داماد قرارداد...).

در این آیه از تفریع جعل بر «خلق من الماء بشرا» استفاده می‌شود که همان بشر خلق شده از آب، دارای نسب است و نسب وی اعتبار و حالت تغییر یافته از آب «نطفه» است و از غیر آن نشأت نمی‌گیرد، بلکه به لحاظ منشأ خلقت بشر، نسب اعتبار و تفریع می‌شود. (رضانیا معلم، ۱۳۸۰، ۳۲۲)

از این رو اعتبار و قراردادهای غیر واقعی درباره آن غیر مشروع و بی‌اثر است، چنان که در آیه زیر این معنا به صراحت بیان شده است: «... وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ... اذْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا» (و پسرخواندگانتان را پسران (واقعی) شما قرار نداده است. این گفتار شما به زبان شما است، ولی خدا حقیقت را می‌گوید و اوست که به راه راست هدایت می‌کند. آنان را به نام پدرانشان بخوانید... و اگر پدرانشان را نمی‌شناسید، پس برادران دینی و موالی شما را در آنچه اشتباهاً مرتکب آن شدید بر شما گناهی نیست، ولی در آنچه دل‌هایتان عمد داشته است «مسئول هستید...») به هر حال با توجه به توضیحات فوق می‌توان در تعریف نسب گفت: «نسب عرفاً و لغتاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود».

با توجه به همین مطلب است که برخی از حقوق دانان در تعریف نسب دقت به عمل آورده و نسب خاص را از قرابت نسبی یا نسب عام تفکیک نموده و هر یک را علی‌حده تعریف نموده‌اند: نسب عام یا قرابت نسبی عبارت است از علاقه و رابطه خونی و حقوقی موجود بین دو نفر که در اثر تولد یکی از آنها از دیگری یا تولد هر دو از شخص ثالث به وجود آمده است. و نسب به معنای خاص عبارت است از علاقه و رابطه خونی و حقوقی بین دو نفر که در اثر تولد یکی از صلب یا صلب دیگری به وجود آمده است. منظور ما از نسب در این بحث رابطه پدر فرزندی و مادر فرزندی است که می‌توان آن را تحت عنوان نسب پدری و نسب مادری قرار داد.

بند دوم: دیدگاه اسلام نسبت به نسب

نسب عرفاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود. از نظر فقهی نسب، یک امر طبیعی است و اساس تحقق نسب و منشأ اصلی الحاق طفل به شخص ذکور و اناث، همان انعقاد نطفه از دو شخص مذکور بوده است، همان چیزی که در عرف عام اجتماعات قبل و بعد ظهور اسلام به عنوان منشأ نسب مطرح بوده و است. آن‌چه مسلم است این است که پس از ظهور اسلام، این مبنای طبیعی مورد انکار شارع مقدس قرار نگرفته است و به اصطلاح اصولی، در مورد عنوان نسب، حقیقت شرعی‌ای وجود ندارد، بلکه در فقه نیز نسب به همین معنی عرفی اطلاق می‌گردد؛ منتها در یک مورد، نسب طبیعی مورد شناسایی حقوق

اسلام قرار نگرفته است و آن مورد مربوط به زنا است «النسب یثبت مع النکاح الصحیح و مع الشبهه و لایثبت مع الزنا» (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۵، ۴۹۵)

از منظر حقوق، قانون مدنی ایران نیز در این مورد، از اسلام متابعت کرده و بر مقررات آن، چیزی نفیاً یا اثباتاً نیفزوده است. لذا به موجب ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی، قانون گذار فقط زنا را مانع تحقق نسب مشروع دانسته است.

بنابراین در هر مورد که زنا صادق نباشد مانعی در انتساب طفل به شخصی که از نطفه او تکون پیدا کرده است وجود نخواهد داشت. قانون گذار اسلام عنوان نسب را که عرف از رابطه تکوینی (تکون و پیدایش از نطفه والدین) انتزاع و اعتبار کرده، امضا و مشروع قلمداد کرده و تنها در نسب ناشی از زنا تصرف نموده است.

گفتار دوم: مفهوم لقاح مصنوعی و انواع آن

گفتار دوم از مبحث اول به بررسی مفهوم و انواع لقاح مصنوعی در طی دو بند می پردازد. ذیلاً به بررسی بند اول می پردازیم:

بند سوم: تعریف تلقیح مصنوعی

تلقیح مصنوعی اصطلاحاً عبارت است از داخل کردن نطفه مرد در رحم زن بوسیله آلات پزشکی یا هر وسیله دیگری غیر از مقاربت و نزدیکی. لقاح، در لغت آبتن شدن (صفی پور، ع، منتهی الارب - تاج المصادر: لقاح (اللقح آبتن شدن) و تلقیح (همان - تلقیح: آبتن کردن باد درخت را) نیز به معنی آبتن کردن است. همانطور که ملاحظه می شود معنی اصطلاحی تلقیح از معنی لغوی آن چندان دور نگردیده است؛ بدین معنا که لقاح مصنوعی عبارتست از آبتن شدن زن بوسیله تزریق اسپرماتوزوئید مرد به رحم زن به کمک وسایل پزشکی و آلات مصنوعی بدون انجام عمل مقاربت و نزدیکی. (معین، ۱۳۷۵، ۸۳) در گذشته برخی از فقیهان بنام شیعه این عمل را جایز نمی دانستند، ولی اینک غالب فقها آن را تجویز می کنند. دلیل جواز این نوع باروری آن است که نطفه از اسپرم و تخمک زوجین بسته شده و تنها لقاح از راه غیر معمول بوده است و دلیلی بر حرمت آن وجود ندارد، اصل برائت عقلی و شرعی نیز بر جواز آن دلالت دارد؛ همچنین هیچ عنوانی از عناوین حرام از قبیل زنا یا ریختن منی در رحم حرام و یا جای دادن آن در چنین رحمی، بر این کار صدق نمی کند.

اکثریت فقهای اهل سنت این نوع تلقیح را در صورت رعایت ضوابط و شروط معینی جایز می دانند؛ و در مقابل، عدّه کمی چون شیخ احمد الحجی این عمل را جایز ندانسته اند. مهم ترین دلیل موافقین، آن است که این کار سبب می شود زوجین صاحب فرزند شوند و در میان آنها مودّت به وجود آید و زندگی آنها استمرار پیدا کند. در مقابل، مخالفین می گویند: دارا شدن فرزند فقط از طریق مقاربت امکان پذیر است و بچه دار نشدن مشیت الهی است که تلقیح مصنوعی با آن مخالف است.

بند چهارم : انواع تلقیح مصنوعی

تلقیح مصنوعی ممکن است با نطفه و اسپرماتوزوئید شوهر انجام گیرد. که به آن تلقیح مصنوعی هرمولوگ گویند و همچنین امکان دارد عمل تلقیح بوسیله نطفه بیگانه تحقق یابد که به آن تلقیح مصنوعی هترولوگ گویند. تلقیح منی هرمولوگ هنگامی ضرورت پیدا می کند که شوهر دارای قابلیت باروری طبیعی بوده ولی به علت چاقی یا نقص آلت مردانه نتواند موقع انزال، منی خود را روی گردن رحم بریزد و تلقیح منی هترولوگ در مواردی مناسب است که ثابت شود ناباروری شوهر غیر قابل درمان است. (مهرپور، ۱۳۸۰، ۲۴)

بنابراین لقاح مصنوعی بر دو قسم کلی از نظر پزشکی است و این دو قسم کلی خود زیر مجموعه ها و شقوق مختلفی دارد. - اهدای تخمک: به عنوان یکی از روشهای درمان ناباروری با سابقه رسمی حدود ۵ سال به ادعای بسیاری از کارشناسان توانسته با اهدای فرزند به زوجهای نابارور موجب تحقق رؤیای شیرین بچه دار شدن شود. گرچه غالب اهداء کنندگان در ایران برای تأمین یک منبع مالی تن به این کار می دهند ولی در حقیقت این تجارت می تواند خطرناک باشد پس چه بسیار خوب است با کنترل این روش، تجارت تخمک را مانع شد و در عوض با تبلیغات صحیح جامعه را تشویق کنند که تخمک را دواطلبانه و انسان دوستانه اهداء کنند. نداشتن مادرزادی تخمدان، نارسایی زودرس تخمدان، جراحی و شیمی درمانی، امکان انتقال بیماری ژنتیکی از طریق تخمک خود به نوزاد، سقط جنین مکرر، عدم موفقیت در سیکلهای مکرر لقاح خارج رحم و افزایش سن از جمله مواردی است که این روش درمانی برای آن توصیه می شود. (نائب زاده، ۱۳۸۰، ۳۷) طرح « رحم اجاره ای » یا « مادر اجاره ای » یکی از راه حل‌های مثبتی است که از حدود دو سال پیش توسط برخی از کلینیک های باروری و ناباروری به اجرا در آمده است در این روش زنانی که مشکل نگهداری جنین در رحم دارند، می توانند از رحم زن دیگری به عنوان محلی مناسب برای رشد جنین خود استفاده کنند. زمانی که یکی از دو طرف زوجین دچار مشکل باشد، ابتدا هر یک از آنها را که عامل اصلی ناباروری است تحت درمان قرار می دهند و سپس بعد از لقاح مصنوعی در آزمایشگاه و پس از گذشت سه روز، یعنی درست زمانی که جنین ۶ تا ۸ سلولی است آن را در رحم مادر اجاره ای می گذارند از آن زمان به بعد به او «مادر اجاره ای» یا «مادر میانجی یا واسطه» میگویند. (علیزاده، ۱۳۸۵، ۴۱)

مبحث دوم: انواع رحم، جایگزینی و انتساب طفل به والدین آن

مبحث دوم از فصل اول در طی دو گفتار و بندهای تفکیک شده به بررسی تبیین انواع رحم و جایگزینی و انتساب طفل به والدین آن می پردازد. اینک به بررسی گفتار نخست در طی دو بند می پردازیم: