

سلامت و رفاهیت



دانشکده ادبیات و علوم انسانی
گروه الهیات

پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد رشته فقه و
مبانی حقوق اسلامی

عنوان پایان نامه:

نسب و حقوق مدنی طفل ناشی از اهدای نطفه و جنین در فقه امامیه و حقوق ایران

استاد راهنما:

دکتر خدیجه مرادی

استاد مشاور:

دکتر علی مرتضوی مهر

نگارش:

فرنگیس عامریان

مهر ماه ۱۳۹۵

پاس خدایی را که سخنش عبرت است و لطفش مدام

باس فراوان از

سرکار خانم دکتر خدیجه مرادی (استاد راهنما)

جناب آقای دکتر علی مرتضوی مهر (استاد مشاور)

و دیگر بزرگوارانی که این سناگر دکترین را روحی دوباره دمیدند، بلکه ایرانی، همچنانی سر بلند بماند.

تقدیم به

پدر و ارسته و دلوزم که درس خوش اخلاقی و سازد زیستن را به من آموخت.

به مادر مهربانم: آینه افتادگی، عاطفه و پارسایی که زندگی برایش همه نبح بوده، وجودش برایم، همه مهر

به همسر مهربانم که او در همه چیز متفاوت است و زیبا و پر شور، زندگی در کنار او فقط می‌تواند نیک باشد.

همچنین تقدیم به فرزندان عزیزم که در دوران تحصیل، عدم حضور مرا در خانه تحمل کردند.

چکیده

ناباروری یکی از قدیمی ترین مشکلات بشری است که از دیرباز سبب شده مبتلایان به آن، دوره‌ای از زندگی خود را با انواع فشارهای عصبی بگذرانند و این مساله موجب تلاش هایی برای دستیابی به راه حل های آن شده است. با پیشرفت دانش پزشکی، بسیاری از زوج های نابارور مشکل خود را با استفاده از روش های نوین باروری برطرف می کنند. این روش ها شامل لقاح داخل رحمی، لقاح خارج رحمی، اهدا جنین، اهدای گامت و رحم جایگزین است. از اهداف مهم این رساله، این است که با استفاده از نظر فقها و حقوقدانان، دیدگاه اسلام را در مورد باروری مصنوعی، مبتنی بر فقه امامیه از نظر جواز یا حرمت، مورد بررسی قرار دهد. همچنین از آنجا که، «نسب» یکی از مسائل مهم در قوانین فقهی، حقوقی و اجتماعی است، و برخی از روش های جدید باروری گاه به گونه ای است که در نسب کودکان باعث ایجاد شبهه می شود لذا در این رساله تلاش می شود که نسب کودکان ناشی از این روش های باروری مورد بحث و بررسی قرار گیرد و آثار نسب از جمله ارث، نفقه، محرمیت، حضانت و ولایت نیز بررسی و تبیین شود. بررسی ها نشان می دهد که با وجود مخالفت پاره ای از فقها و صاحب نظران، بیشتر صور تلقیح مصنوعی، فاقد منع شرعی است و قول به جواز آنها قابل دفاع به نظر می رسد و همچنین با مطمح نظر قراردادن مصالح کودکان متولد از تلقیح مصنوعی و مشروع و قانونی دانستن نسب این کودکان، می توان گام بزرگی در راستای رفع تبعیض و جلوگیری از مشکلات بعدی در جامعه اسلامی برداشت.

کلید واژه ها: نسب، تلقیح مصنوعی، مادر جانشین، اهدای جنین، توارث

فصل اول شناخت مفاهیم

۲.....	مبحث اول - شناخت اصطلاحات
۲.....	گفتار اول - مفهوم نسب
۲.....	بند اول - معنای لغوی نسب
۳.....	بند دوم - معنای اصطلاحی نسب
۶.....	بند سوم - انواع نسب
۸.....	بند چهارم - ضابطه نسب از نظر شارع
۹.....	بند پنجم - ماهیت نسب
۱۱.....	گفتار دوم - مفهوم تلقیح مصنوعی
۱۱.....	بند اول - معنای لغوی تلقیح
۱۲.....	بند دوم - معنای اصطلاحی تلقیح
۱۲.....	گفتار سوم - مفهوم حضانت
۱۲.....	بند اول - معنای لغوی حضانت
۱۲.....	بند دوم - معنای اصطلاحی حضانت
۱۴.....	بند سوم - ماهیت حضانت
۱۵.....	بند چهارم - اولویت حضانت
۱۶.....	بند پنجم - شرایط حضانت کننده (حاضن)
۱۷.....	بند ششم - پایان حق حضانت
۱۷.....	گفتار چهارم - مفهوم نفقه
۱۷.....	بند اول - معنای لغوی نفقه
۱۷.....	بند دوم - معنای اصطلاحی نفقه
۱۸.....	گفتار پنجم - ارث
۱۸.....	بند اول - معنای لغوی ارث
۱۹.....	بند دوم - معنای اصطلاحی ارث
۲۰.....	گفتار ششم - ولایت
۲۰.....	بند اول - معنای لغوی ولایت
۲۱.....	بند دوم - معنای اصطلاحی ولایت
۲۱.....	بند سوم - اقسام ولایت
۲۳.....	گفتار هفتم - مادر جانشین (رحم جایگزین - رحم اجاره‌ای)
۲۴.....	گفتار هشتم - انواع حکم
۲۴.....	بند اول - معنای حکم تکلیفی
۲۴.....	بند دوم - معنای حکم وضعی
۲۴.....	بند سوم - ارتباط بین حکم تکلیفی و حکم وضعی

مبحث دوم - پیشینه (تاریخچه) و انواع تلقیح مصنوعی	۲۵
گفتار اول - تاریخچه تلقیح مصنوعی	۲۵
گفتار دوم - جایگاه این مسأله در میان مسائل مشابه آن	۲۷
گفتار سوم - انواع تلقیح مصنوعی	۲۸

فصل دوم: آثار نسب ناشی از تلقیح مصنوعی با توجه به اقسام آن در فقه امامیه و حقوق ایران

مبحث اول - تلقیح مصنوعی با اسپرم همسر شرعی	۳۴
گفتار اول - جواز یا حرمت تلقیح مصنوعی با اسپرم همسر شرعی (حکم تکلیفی)	۳۴
بند اول - تلقیح داخلی رحمی (IUI)	۳۴
بند دوم - تلقیح خارج رحمی (IVF)	۳۶
بند سوم - تلقیح اسپرم مرد و تخمک همسرش و قرار دادن در رحم همسر دیگر او	۳۶
بند چهارم - تلقیح اسپرم مرد و تخمک همسرش پس از فوت مرد	۳۶
گفتار دوم - آثار مالی و غیرمالی نسب ناشی از تلقیح مصنوعی با اسپرم همسر شرعی	۳۷
بند اول - بررسی تحقق نسب در حالت تلقیح مصنوعی نطفه مرد و تخمک همسر شرعی او	۳۷
بند دوم - آثار مالی	۳۹
بند سوم - آثار غیرمالی	۴۲
مبحث دوم - تلقیح مصنوعی با اسپرم یا تخمک بیگانه (اجنبی)	۴۴
گفتار اول - جواز یا حرمت تلقیح مصنوعی با اسپرم یا تخمک بیگانه (حکم تکلیفی)	۴۴
بند اول - حکم تکلیفی تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه (اسپرم اهدایی)	۴۴
بند دوم - حکم تکلیفی تلقیح مصنوعی با تخمک بیگانه (تخمک اهدایی)	۵۶
بند دوم - حکم تکلیفی تلقیح مصنوعی با تخمک بیگانه (تخمک اهدایی)	۵۶
گفتار دوم - آثار مالی و غیر مالی نسب ناشی از تلقیح مصنوعی با اسپرم یا تخمک بیگانه (اجنبی)	۵۶
بند اول - بررسی تحقق نسب در حالت تلقیح مصنوعی با اسپرم یا تخمک بیگانه	۵۸
بند دوم - آثار مالی	۶۴
بند سوم - آثار غیر مالی	۶۶
مبحث سوم - اهدای جنین	۶۷
گفتار اول - حکم تکلیفی اهدای جنین	۶۸
بند اول - دلایل عدم جواز اهدای جنین	۶۸
بند دوم - دلایل جواز اهدای جنین	۷۰
گفتار دوم - آثار مالی و غیر مالی نسب حاصل از اهدای جنین	۷۱
بند اول - آثار غیر مالی	۷۲
بند دوم - آثار مالی	۷۵

فصل سوم: احکام و آثار ناشی از قرارداد مادر جانشین

مبحث اول - قرارداد مادر جانشین (رحم جایگزین)	۷۹
گفتار اول - اشکال مختلف استفاده از رحم جایگزین	۷۹

بند اول - جانشینی در بارداری	۸۰
بند دوم - جانشینی سنتی رحم	۸۰
بند سوم - جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی	۸۰
گفتار دوم - مشروعیت روش رحم جایگزین از دیدگاه فقه اسلامی	۸۰
بند اول - انتقال به رحم همسر شرعی مرد	۸۰
بند دوم - انتقال به رحم زن بیگانه	۸۱
بند سوم - ادله عدم جواز استفاده از رحم جایگزین	۸۱
بند چهارم - ادله جواز استفاده از رحم جایگزین	۸۳
مبحث دوم - نسب در حالت مادر جانشین (رحم جایگزین)	۸۴
گفتار اول - انتقال جنین به رحم همسر دوم	۸۴
بند اول - نسب پدری	۸۵
بند دوم - نسب مادری	۸۵
گفتار دوم - انتقال جنین به رحم زن بیگانه	۸۶
بند اول - نسب پدری	۸۶
بند دوم - نسب مادری	۸۶
گفتار سوم - قرابت رضاعی طفل با مادر جانشین	۹۱
گفتار چهارم - آثار مالی و غیرمالی نسب در حالت مادر جانشین (رحم جایگزین)	۹۳
بند اول - آثار مالی	۹۳
بند دوم - آثار غیرمالی	۹۵

ضمائم ۱۰۳

منابع ۱۱۲

نشانه های اختصاری

ق.م.....	قانون مدنی
ق.آ.د. م	قانون آیین دادرسی مدنی
ق.ا.....	قانون اساسی
ر.ک.....	رجوع کنید
ج.....	جلد
ص.....	صفحه
(ص).....	صلی الله علیه و آله
(ع).....	علیه السلام
(ه).....	رحمه الله

مقدمه

تولید مثل و تکثیر نسل، ضروری ترین قاعده بقا و دوام جامعه، در سایه خانواده شکل می گیرد و از همین رو خانواده، به عنوان نهادی مقدس، مورد توجه و احترام ادیان، قوانین و عرف می باشد. حفظ و استحکام این نهاد مستلزم برقراری رابطه عاطفی، وفاق و همدلی بین زن و شوهر است که با پیدایش اولاد میسر می شود. زیرا، کودکان علاوه بر آنکه باعث تداوم نسل و نسب می باشند، مایه امید، تلاش و شادابی زندگی بوده، پیوند و همدلی و اتحاد بین زن و شوهر را مستحکم ساخته و به پایداری زندگی مشترک کمک می کنند.

مسئله نداشتن اولاد و محروم بودن از این نعمت، یکی از مشکلات اساسی بوده که از دیرباز بشر با آن مواجه بوده است. چه بسیار خانواده هایی که عمری ثروت و وقت و انرژی خود را صرف درمان نازایی کرده اند و با آرزو و حسرت داشتن فرزند، چشم از دنیا فرو بستند و چه بسا، خانواده هایی که در کمال خوشبختی به علت نداشتن فرزند، تن به جدایی و متارکه داده اند. خداوند متعال در سوره شوری آیات ۴۹ و ۵۰ می فرماید: «لله ملک السماوات و الأرض یخلق ما یشاء یهب لمن یشاء اناثاً و یهب لمن یشاء الذکور ، او یزوجهم ذکراً و اناثاً و یجعل من یشاء عقیماً» انه علیم قدیر « با این حال بشر در سایه علم و دانشی که موهبت الهی می باشد، توانسته است با نوآوری های چشمگیر و شگفت آور در عرصه های مختلف زندگی انسان، افق های جدیدی را در جهت رفع کمبودهای جسمی، مادی و اجتماعی بگشاید. به ویژه با ظهور تکنولوژی نوین در تولید مثل انسانی و به کارگیری روش های جدید درمان ناباروری موسوم به ART، ابواب جدیدی را در عالم پزشکی به روی زوج های جوانی که خواهان فرزند می باشند، ولی به دلیل بیماری این امکان به صورت طبیعی برای آنها وجود ندارد، گشوده است. حق داشتن فرزند و احساس نیاز به بقاء و تولید هم نوع، زوجین نابارور را به پذیرش روش های نوین تلقیح مصنوعی سوق می دهد. روش های نوین باروری مصنوعی یکی از مسائل نو پیداست که پیشرفت دانش پزشکی آن را به عرصه فقه و حقوق کشانده است و از آنجا که قوانین و مقررات حقوقی ریشه در احکام مذهبی دارد، هیچ حقوقدان و اندیشمندی در دانش حقوق، نمی تواند بدون بهره مندی از این منبع عظیم، در جهت قانونی کردن چنین مسائل جدیدی گام بردارد، بلکه نخست باید فقیهان جواز شرعی آن را تأیید و حکم وضعی آن را روشن کنند، سپس به صورت ماده یا مواد قانونی در آید. در بررسی فقهی این موضوع، با دو نوع پرسش روبرو هستیم که پاسخ به هر یک سهمی حیاتی در جهت گیری فقه در ارتباط با مسئله باروری دارد. اولاً؛ آیا اساساً طرق باروری غیرمتعارف و تولد براساس روش های پزشکی جدید، به لحاظ فقهی پذیرفتنی است؟ و آیا همه انواع مختلف این نوع باروری، از نظر حکم، یکسان

است؟ ثانیاً حکم وضعی، مانند نسب، و دیگر احکام و آثار مترتب بر آن همانند: ارث، نفقه، محرمیت، حضانت و ولایت سؤالات مهم دیگری است که این موضوع مستحدث با آنها مواجه است. بدیهی است پس از مشخص شدن وضعیت نسب طفل ناشی از تلقیح مصنوعی، دیگر وضعیت های فقهی و حقوقی او روشن می شود. قانونگذار ایران هم در سال ۱۳۸۲ اولین قدم را در این زمینه با تصویب قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور برداشته است، اما این قانون کاستی هایی دارد که انتظار می رود قانونگذار با تنظیم و تدوین مقررات جامع تری در تبیین رژیم قانونی، حقوقی استفاده از «روش های نوین باروری در تولید مثل انسانی» و روشن ساختن وضعیت حقوقی اطفال متولد شده با این روش ها، بکوشد تا از این حیث کمبودها و کاستی های قانونی برطرف گردد.

مجموعه حاضر با عنوان نسب و حقوق مدنی طفل ناشی از اهدای نطفه و جنین در فقه امامیه و حقوق ایران، تدوین یافته و مباحث مربوط به آن در سه فصل تهیه و تنظیم گردیده است. فصل اول به شناخت مفاهیم و کلیات اختصاص دارد که مشتمل بر دو مبحث است. مبحث اول مربوط به شناخت اصطلاحات است که از هشت گفتار تشکیل شده است. در مبحث دوم به پیشینه و انواع تلقیح مصنوعی پرداخته ایم که مشتمل بر سه گفتار است. فصل دوم به آثار نسب ناشی از تلقیح مصنوعی با توجه به اقسام آن در فقه امامیه اختصاص دارد که شامل سه مبحث است. مبحث اول به تلقیح مصنوعی با اسپرم همسر شرعی اختصاص دارد که شامل دو گفتار است. مبحث دوم به تلقیح مصنوعی با اسپرم یا تخمک بیگانه پرداخته ایم که شامل دو گفتار است. و مبحث سوم اهدای جنین را بیان کرده ایم که این مبحث نیز شامل دو گفتار است. فصل سوم نیز به احکام و آثار ناشی از قرار داد مادر جانشین اختصاص یافته که شامل دو مبحث می باشد. مبحث اول به قرار داد مادر جانشین اختصاص دارد که شامل دو گفتار می باشد. در مبحث دوم نسب در حالت مادر جانشین را بررسی کرده ایم که شامل چهار گفتار می باشد. امید است که توانسته باشیم در این رساله از نظر علمی، گامی موثر و مفید برداریم.

بیان مسأله:

جامعه بشری دائماً در حال تغییر و تحول است. روز به روز مسائل جدیدی پیش می‌آید که از جنبه‌های مختلف نیاز به بررسی و پژوهش دارد. علوم فقه و حقوق نیز ناگزیرند تا همزمان با این تحولات، توسعه یابند تا جوابگوی نیازهای جامعه باشند، چون در غیر این صورت مشکلات عدیده‌ای بر سر راه جامعه قرار می‌گیرد. لذا فقدان قانون در مورد مسائل جدید منجر به هرج و مرج می‌گردد. یکی از مسائل جدید که از جنبه‌های مختلف قابل بررسی است؛ مسأله روش‌های جدید باروری به طریق مصنوعی می‌باشد.

مسأله تلقیح مصنوعی ابتدا در مورد گیاهان و حیوانات صورت گرفت و کم‌کم در مورد انسان هم انجام شد و نتایج مثبتی داشت.

تلقیح مصنوعی می‌تواند باعث حل مشکلات بسیاری از خانواده‌ها شود که از نعمت داشتن فرزند محروم هستند، ولی البته همچون دیگر مسائل جدید، باعث نگرانی‌ها و مخالفت‌هایی نیز شده است.

این مسأله فقط از جنبه فقهی و حقوقی اهمیت ندارد و چه بسا جنبه‌های اخلاقی و اجتماعی آن مهم‌تر از جنبه فقهی و حقوقی آن می‌باشد. مسائلی همچون ترکیب اسپرم با تخمک در خارج از رحم، ترکیب اسپرم و تخمک مرد و زن بیگانه، انتقال جنین زوجین به رحم زن ثالث، پرورش جنین در لوله آزمایشگاه، اهداء تخمک و جنین و ... سوالات بی‌شماری را ایجاد می‌کند.

با توجه به این که این مسائل در جامعه ظهور می‌کند و انجام می‌شود و تقاضای زیادی هم ممکن است برای آن وجود داشته باشد و از طرف دیگر در مورد حکم تکلیفی و حکم وضعی آن و تکالیف و وظایف حقوقی طرفین پیچیدگی و ابهام وجود دارد، اهمیت این پژوهش روشن می‌شود. لذا در این پژوهش سعی بر این است که ابتدا انواع روش‌های تلقیح مصنوعی توضیح داده شده و حکم تکلیفی و حکم وضعی آن تبیین گردد، سپس نسب طفل حاصل از تلقیح مصنوعی به وسیله اسپرم شوهر و همچنین اسپرم اجنبی بررسی شود و وضعیت طفل ناشی از اهدای جنین مشخص گردد؛ همین‌طور وضعیت نسب مادری جنین حاصل از رحم اجاره‌ای بررسی شود و آثار ناشی از نسب از جمله: ارث، نکاح، نفقه، حضانت طفل حاصل از این طریق تبیین گردد و نظرات فقهاء و حقوقدانان در این موارد مورد بررسی قرار گیرد.

پیشینه پژوهش

نسب از مباحث اصلی در بحث فقه و حقوق خانواده است که آثار زیادی بر آن مترتب است. فقهای متقدم از جمله شیخ طوسی (۱۳۸۷ق) و علامه حلی (۱۴۱۲ق) و همچنین شهیدین (۱۴۱۴ق) در بحث نسب مفصلاً به آن پرداخته و راه‌های الحاق نسب را مشخصاً تعیین کرده‌اند. اما پیشرفت‌های علم ژنتیک و پزشکی در بحث نسب باب جدیدی را گشوده که می‌تواند محل تأمل و فکر فقها و صاحب‌نظران باشد و آن مسأله اهداء نطفه و جنین و همچنین نسب و حقوق ناشی از آن است.

با عنایت به این که این موضوع در زمره ی مباحث کتب فقهی متقدمان مطرح نشده و از موضوعات فقه نوین و مبتلابه بشر امروزی است و با توجه به این که در جهان امروز با پیشرفت دانش ژنتیک و پزشکی بسیاری از زوج‌های نابارور مشکل خود را با استفاده از روش‌های نوین باروری مانند تلقیح مصنوعی و رحم اجاره‌ای برطرف می‌کنند و در این میان برخی از روش‌های جدید باروری گاه به گونه‌ای است که باعث شبهه نسبت به نسب کودکان می‌شود، و از آنجا که نسب یکی از مسائل مهم در قوانین فقهی و حقوقی و اجتماعی است؛ لذا مقالات متعددی در این زمینه نوشته شده اما هر کدام از این مقالات به جوانب و قسمت‌هایی از مسأله نسب پرداخته‌اند و در هیچ کدام از آنها به طور جامع به نسب طفل ناشی از اهداء نطفه و جنین پرداخته نشده است.

از جمله مقاله‌ای با عنوان «احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه» (۱۳۸۸) نوشته شده که در این مقاله حکم وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه مورد بررسی قرار داده شده و به حکم تکلیفی آن پرداخته نشده است. همچنین مقاله‌ای تحت عنوان «شرح و بررسی قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور» (۱۳۸۷) نگارش شده که به شرح و توضیح مواد مختلف این قانون و نقد و ارزیابی آن پرداخته شده است و مقاله دیگری تحت عنوان «بررسی اخلاقی رازداری در اهداء گامت و جنین» (۱۳۸۶) نوشته شده که بررسی مسأله رازداری از نظر اخلاقی از طرف اهداکنندگان و دریافت کنندگان پرداخته است.

در این پژوهش، نگارنده سعی بر این دارد که نسب کودکان ناشی از اهداء نطفه و جنین در فقه امامیه و حقوق ایران را مورد بررسی قرار دهد و به جوانبی مانند حکم تکلیفی، نکاح، ارث، حضانت، تابعیت پرداخته شود که در مقالات دیگر کمتر به آنها پرداخته شده است.

اهداف پژوهش

در احکام اسلام موضوع تلقیح مصنوعی به ترتیبی که امروزه از جهت علمی و عملی مطرح است، سابقه نداشته است، ولی در زمینه حامل شدن زن از زن دیگر از طریق مساحقه یا عمل ناشی از تفخیز مصادیق و احکامی را می‌توان ارائه کرد که با تلقیح مصنوعی شباهت دارد.

هرچند در آغاز برخی از اربابان ساحت فقه قائل به ممنوعیت مطلق در همه ی صور تلقیح مصنوعی بوده‌اند یا بعضی دیگر از مراجع تقلید در مقام افتاء حتی تلقیح نطفه زوج به زوجه شرعی و قانونی خود را محل تأمل و اشکال می‌دانستند، اما با به رسمیت شناختن این مسأله به جواز از سوی برخی دیگر از فقهاء و قانونی دانستن نسب اطفال ناشی از تلقیح مصنوعی، اختلافات نظر عدیده‌ای به وجود آمد که دیدگاه‌های جدیدی را مطرح کرد.

در این پژوهش سعی می‌شود که با مطمح نظر قرار دادن مصالح کودکان متولد از تلقیح مصنوعی و مشروع و قانونی دانستن نسب این کودکان در همه اشکال تلقیح، گامی در راستای رفع تبعیض و جلوگیری از مشکلات بعدی در جامعه اسلامی برداشته شود. از اهداف دیگر این پژوهش:

- ارائه راهکار و راه حل قانونی پیرامون نسب ناشی از لقاح مصنوعی.

- هدفمند و قانونمند کردن روابط زوجین و شخص اجیر در رحم اجاره‌ای.

- بیان حقوق و تکالیف زوجین دریافت کننده جنین و فرزند حاصل از انتقال جنین.

- بیان روش‌های احراز نسب، تولید جنین و انتقال آن.

سؤال‌های پژوهش:

۱- وضعیت نسب طفل متولد از اهداء نطفه و جنین چگونه است؟

۲- حکم تکلیفی و حکم وضعی کودک متولد از رحم جایگزین چیست؟

۳- پیامدهای فقهی و حقوقی متحمل بر طفل حاصل از اهدای جنین از جمله نسب، نکاح، ارث، نفقه، حضانت و تابعیت چیست؟

روش پژوهش

روش این تحقیق، روش تحقیق منطقی و استدلالی است و روش اصلی گردآوری مطالب، روش کتابخانه‌ای و همچنین استفاده از سایت‌های اینترنتی و نرم‌افزارهای فقهی است.

فصل اول

شناخت مفاهیم

در ابتدای پرداختن به هر موضوعی لازم است اجزای تشکیل دهنده موضوع و واژگان کلیدی آن را شناخت. از آنجایی که عنوان موضوع این پژوهش «نسب و حقوق مدنی طفل ناشی از اهدای نطفه و جنین در فقه امامیه و حقوق ایران» می‌باشد، واژگان کلیدی آن عبارتند از: نسب، تلقیح مصنوعی، مادر جانشین، اهدای جنین و توارث؛ که در این فصل از پژوهش سعی بر این است که توضیح مختصری پیرامون این اصطلاحات داده شود. البته نسب آثاری نیز دارد از جمله ارث، نکاح، نفقه، حضانت، ولایت و لذا لازم است این اصطلاحات را نیز بشناسیم و همچنین توضیح مختصری نیز در مورد حکم تکلیفی و حکم وضعی داده می‌شود.

مبحث اول- شناخت اصطلاحات

گفتار اول- مفهوم نسب

عنوان نسب از مفاهیمی است که به رابطه طبیعی بین دو انسان (فرزند و پدر و مادر) مربوط می‌شود و در روایات دارای احکام گسترده‌ای است، با وجود این، تعریف دقیقی از آن ارائه نشده است؛ همچنان که در باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی ایران، که به احکام نسب اختصاص دارد تعریفی از نسب دیده نمی‌شود. بنابراین به منظور دستیابی به تعریف جامعی از ماهیت نسب، لازم است به مفهوم لغوی و عرفی و همچنین تعاریفی که در این زمینه از سوی فقها و حقوقدانان ارائه شده است، بپردازیم:

بند اول- معنای لغوی نسب

در تعریف لغوی نسب آورده‌اند: نسب در لغت به معنای قرابت، اصل و عرق است. (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۷۵۵)

نسب از نظر لغت به معنی خویشاوندی و قرابت است که از مصدر انتساب می‌باشد مثلاً گفته می‌شود او فرزند فلانی است یا اینکه به قبیله یا شهری نسبت داده می‌شود. (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۴۲۸)

همچنین نسب را به معنی نژاد و خویشاوندی خونی که منشأ آن ولادت است، تعریف کرده‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۳۶۳).

«وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا»^۱ نسب و نسبت اشتراکی است از طرف یکی از والدین. نسب طولی مثل اشتراک از حیث پدران و فرزندان و نسب عرضی مانند نسبی که میان عموزادگان و برادرزادگان است.

نسب راجع به ولادت نزدیک است. «النسب و النسبة: القرابة» مراد از نسب در آیه مرد و از صهر زن است. یعنی: خدا اوست که از آب بشر آفرید و او را دو قسم صاحب نسب (مذکر) و صاحب اختلاط (مونث) قرار داد (قرشی، ۱۴۱۴ ق، ج ۷، صص ۵۲-۵۱)

نسب: کلمه واحدی است به معنی متصل شدن چیزی به چیز دیگر، از آن نسب به وجود می آید.^۲ (مصطفوی، ۱۴۰۲ ق، ج ۱۲، ص ۹۳)

در زبان فارسی به آن نژاد می گویند. (دهخدا، ۱۳۷۳، ص ۴۷۰)

در زبان فرانسه واژه «فیلیاسیون»^۳ به معنای سلسله، نسل، ذریه، پیوستگی و تعاقب چیزهایی که نتیجه یکدیگرند، آمده است. (به نقل از امامی، ۱۳۴۹، ص ۶)

در زبان انگلیسی واژه «کن شپ»^۴ به معنی نسب است. (به نقل از حسینی، ۱۳۸۵، ص ۵۲۹) همچنین در تعریف نسب آورده شده که: «نسب در لغت به معنی خویشاوندی است و آن ارتباط خاص حاصل از ولادت نزدیک یا دور است»^۵. (مشکینی، بی تا، ص ۵۳۵)

یکی از حقوقدانان در تعریف نسب گفته است: نسب در لغت به معنای نژاد، اصل، قرابت و خویشاوندی است. و در قانون مدنی، یکی از عنوانهای فرعی اولاد است؛ لذا نسب، امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می آید و از این طریق رابطه خونی و طبیعی بین طفل و آن دو نفر (پدر و مادر) موجود می گردد. (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۰۰)

بند دوم- معنای اصطلاحی نسب

به منظور شناسایی ماهیت حقوقی نسب، لازم است برخی از تعاریفی را که در این زمینه از سوی فقهاء و حقوقدانان ارائه شده است، بررسی کنیم. بعضی از فقهاء نسب را چنین تعریف کرده اند:

^۱ - سوره فرقان آیه ۵۴

^۲ - «نسب: کلمه واحده، قیاسها اتصال شیء بشیء، منه النسب، سمی لاتصاله وللاتصال به».

- نسب اتصال و رابطه یک شخص با دیگری مانند پدر و پسر یا منتهی شدن دو شخص ثالث مانند دو برادر از طریق ولادت است^۱ (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۹، ص ۷)

- مراد از نسب علاقه بین دو شخص است که از تولد یکی از آن دو از دیگری یا تولد آن دو از شخص سوم به وجود می آید^۲. (انصاری، بی تا، ص 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. (علوی قزوینی، ۱۳۸۰، ص ۱۹۰)

بعضی از حقوقدانان 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، بنابراین نسب هر کس مستقیماً به دو نفر میرسد که یکی مادر و دیگری پدر است.» (امامی، بی تا، ج ۵، ص ۱۵۱)

- «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 «قرابت نسبی» است که یک رابطه طبیعی و خونی بین خویشاوندان نسبی خط مستقیم یا خط اطراف است.» (صفایی و امامی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۳۹)

همچنین گفته شده است: «نسب علاقه ای بین دو نفر است که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالث حادث می شود.» (بروجردی عبده، ۱۳۳۹، ص ۲۸۰)

نظر دیگر نسب را رابطه ی شخصی با دیگری از طریق ولادت می داند، خواه به او منتهی شود مانند: منتهی شدن پسر به پدر یا به ثالث منتهی شود مانند دو برادر که به پدر و مادر منتهی می شود.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ص ۵۷۲)

همچنین گفته شده که: «نسب در قانون مدنی، یکی از عنوان های فرعی اولاد است؛ لذا نسب، امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می آید و از این طریق رابطه خونی و طبیعی بین طفل و آن دو نفر (پدر و مادر) موجود می گردد. (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۰۰) ایرادی که در تعاریف فوق به نظر می رسد این است که هیچ یک از تعاریف فوق، حقیقت و ماهیت نسب را تعیین نکرده اند که به چه دلیل به وسیله ولادت یا رابطه طبیعی، فرزند به مادر یا پدر منتسب می گردد؟ 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

۱ «النَّسَبُ وَهُوَ الْإِتِّصَالُ بِالْوِلَادَةِ يَأْتِيهَا أَحَدُ الشَّخْصِ إِلَى الْآخِرِ كَالْأَبِ وَالْإِبْنِ أَوْ بَانْتِهَائِهِمَا إِلَى الثَّلَاثِ.»

۲ المراد بالنسب علاقه بین شخصین، تحدث من تولد أحدهما من الآخر أو تولدهما من ثالث

چه اثباتاً؟ که در این صورت قانونگذاران فقط می‌توانند به خاطر برخی مصالح یک سری آثار را نادیده بگیرند. (روشن، ۱۳۸۸، ص ۱۶۱)

«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، منطق تقنین اقتضاء می‌نمود که معنی مورد نظر خویش را بیان نماید تا تأخیر بیان از زمان احتیاج، لازم نیاید و به اصطلاح اصولی در مورد عنوان حقیقت شرعیه یا قانونی وجود ندارد. (علوی قزوینی، ۱۳۸۹، صص ۱۹۳ و ۱۹۴)

در این باره به تعبیر برخی از فقهاء 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، صص ۲۲۱ و ۲۲۲)

«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.» (روحانی، بی تا، ج ۲۱، ص ۲۲۱) لذا از آن جا 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. بنا بر 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 اعتبارات نفس‌الأمری است، به عبارت روشن‌تر، عقلاء و قانونگذار در مقابل این منشأ اعتبار (تولد)، ناگزیر از اعتبار رابطه نسبی هستند. قرآن کریم نیز به این امر اشاره می‌کند: «وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا...»^۱ و اوست کسی که از آب بشری را آفرید و او را دارای خویشاوندی نسبی و دامادی قرار داد...».

در این آیه از تفریع جعل بر «خلق من الماء بشرًا» 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، ص ۳۲۲)

^۱ سوره فرقان، آیه ۵۴