

سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران



موسسه
آموزش عالی
شانديز

گروه حقوق

پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد در رشته: حقوق

گرایش حقوق خصوصی

عنوان:

بررسی وضعیت نسب و ارث در متولدین ناشی از تلقیح مصنوعی

استاد راهنما:

دکتر مریم میر احمدی

پژوهشگر:

زهرا ابراهیمی توندري

بهار ۱۴۰۱



بسمه تعالی

تعهد نامه اصالت پایان نامه / رساله

اینجانب محمد البراهیمی نوری دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته در رشته حقوق که در تاریخ ۲۳/۰۳/۱۴۰۰ از پایان نامه / رساله خود تحت عنوان: "بررسی وظایف نهیسیه در رسیدگی به شکایات از تفریح و تفریح" دفاع نموده‌ام بدینوسیله متعهد می‌شوم: با کسب نمره ۱۷

دفاع نموده‌ام بدینوسیله متعهد می‌شوم:

- ۱- این پایان نامه / رساله حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و ...) استفاده نموده‌ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده‌ام.
- ۲- این پایان نامه / رساله قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین‌تر و یا بالاتر) در سایر دانشگاه‌ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.
- ۳- چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره‌برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و ... از این پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی موسسه آموزش عالی شان‌دیز مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.
- ۴- چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می‌پذیرم و موسسه آموزش عالی شان‌دیز مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی‌ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی: محمد البراهیمی نوری

امضاء و تاریخ: ۲۳/۰۳/۱۴۰۰

تقدیم به:

خانواده عزیزم

به پاس قدردانی از قلبهایی آکنده از عشق و معرفت که محیطی سرشار از عشق و امنیت و آرامش و آسایش برای من فراهم آورده اند.

سپاسگزاری:

استاد برجسته سرکار خانم دکتر مریم میر احمدی

به استناد آیه شریفه ۱۰ از سوره مبارکه فاطر که خداوند می فرماید " اَلَيْسَ لِيُصَدِّقَ الْكَلِمَ الطَّيِّبَ وَالْعَمَلُ الصَّالِحَ يَرْفَعُهُ "، سخنان و کلام ارزشمند به سوی خدا صعود

می کند و با ابدیت نخیست پیدا کرده و همواره آثار خود را ظاهر می سازند؛ بسی شایسته است از تلاش های مداوم و کوشش های مستمر حضرت عالی در اسامه

تعلیم و تربیت و بطن توسعه علم و دانش و نیز از روشن رایی و کارگشایی شموغش شابه عنوان استاد راهنما در کمال امتنان و افتخار تقدیر و تشکر نمایم.

چکیده

یکی از مسائل مورد اختلاف مباحث حقوقی مربوط به تلقیح مصنوعی می باشد ، مداخله شخص ثالث در تولید مثل مصنوعی انسان باعث ایجاد مباحث حقوقی گسترده ای در این زمینه و در حقوق خانواده شده است . از جمله این مباحث نسب و ارث است . در صورت که کودک ناشی از تلقیح مصنوعی از نطفه شوهر و یا با استفاده از مادر جانشین به وجود بیاید مشکلی از نظر نسب ندارد. اما اگر طفل ناشی از تلقیح مصنوعی حاصل نطفه بیگانه باشد هر چند قانون در این زمینه ساکت است ولی مطابق نظر اکثر علما حقوق نسب به صاحب نطفه بر می گردد و نزدیکی در پیدایش نسب موضوعیت ندارد . قیمومت این اطفال مشمول مقررات قانون مدنی هستند و در این زمینه تفاوتی بین این اطفال با سایر کودکان نیست. قانونگذار در تشخیص نسب ، ضابطه عرفی که به وجود آمدن انسان از اسپرم پدر و تخمک مادر است را پذیرفته است . در ماده ۸۷۵ قانون مدنی شرط متأخر در ارتباط با ارث بردن جنین را پذیرفته است و معتقد است هر زمان انتساب طفل ناشی از تلقیح مصنوعی به مورث قطعی باشد ، زنده متولد شدن طفل مربوط به تلقیح مصنوعی کاشف از مالکیت او در مورد اسهم الارش از زمان فوت مورث است و از پدر متوفی اش ارث خواهد برد .

واژگان کلیدی: ارث، نسب، تلقیح مصنوعی، جنین ، رحم اجاره ای.

فهرست مطالب

مقدمه	۵
الف: بیان مسئله	۵
ب: پیشینه ی تحقیق	۶
ج: ضرورت و اهمیت تحقیق	۶
د:اهداف تحقیق	۷
ه: پرسش های تحقیق	۷
و: فرضیه های تحقیق	۷
ز: روش تحقیق	۸
ح: سازماندهی تحقیق	۸
فصل اول: کلیات	۹
۱-۱- مفاهیم و تاریخچه	۱۰
۱-۱-۱- مفاهیم	۱۲
۱-۱-۱-۱- مفهوم نسب	۱۲
۱-۱-۱-۱-۱- مفهوم نسب در اصطلاح فقهی	۱۵
۱-۱-۱-۱-۲- مفهوم نسب در اصطلاح حقوقی	۱۵
۱-۱-۱-۱-۳- مفهوم نسب در عرف	۱۵
۱-۱-۱-۲- مفهوم ارث	۱۵
۱-۱-۱-۳- مفهوم تلقیح مصنوعی	۱۶
۱-۱-۱-۳-۱- تلقیح در لغت	۱۶
۱-۱-۱-۳-۲- تلقیح در اصطلاح	۱۷
۱-۱-۱-۳-۳- تلقیح از منظر فقهی	۱۷
۱-۱-۲- تاریخچه	۱۸
۱-۲- انواع تلقیح مصنوعی	۱۹
۱-۲-۱- تلقیح مصنوعی داخلی	۱۹

- ۱-۲-۱-۱- لقاح همگون یا تلقیح بین همسران ۱۹
- ۱-۲-۱-۲- لقاح ناهمگون یا تلقیح بین دو بیگانه ۱۹
- ۱-۲-۲- تلقیح مصنوعی خارجی ۲۰
- ۱-۳- دیدگاه های فقهی در ارتباط با تلقیح مصنوعی ۲۰
- ۱-۳-۱- جواز مطلق تلقیح مصنوعی در همه اقسام ۲۵
- ۱-۳-۲- ممنوعیت مطلق تلقیح مصنوعی در همه اقسام ۲۵
- ۱-۳-۳- جایز بودن مطلق تلقیح مصنوعی بین زوجین و جواز مشروط بین بیگانگان ۲۶
- ۱-۳-۴- جایز بودن مطلق تلقیح مصنوعی بین زوجین و منع مطلق بین بیگانگان ۲۶
- ۱-۳-۵- نظریه حرام بودن همه اقسام تلقیح مصنوعی جز بین زوجین با وجود شرایطی ۲۶
- فصل دوم: وضعیت نسب ناشی از تلقیح مصنوعی ۲۷
- ۲-۱- اماره اثبات نسب مشروع ۲۸
- ۲-۱-۱- اماره فراش در حقوق ۳۰
- ۲-۱-۲- قاعده فراش در فقه امامیه ۳۱
- ۲-۱-۳- منشأ انتساب ۳۲
- ۲-۲- نسب در انتقال جنین منجمد و فرزند آزمایشگاهی ۳۳
- ۲-۲-۱- وضعیت نسب در انتقال جنین منجمد ۳۳
- ۲-۲-۱-۱- در حقوق ۳۴
- ۲-۲-۱-۲- در فقه امامیه ۳۴
- ۲-۲-۲- وضعیت نسب در انتقال فرزند آزمایشگاهی ۳۵
- ۲-۲-۲-۱- در حقوق ۳۵
- ۲-۲-۲-۲- در فقه امامیه ۳۵
- ۲-۳- وضعیت نسب ناشی از تلقیح اسپرم ۳۶
- ۲-۳-۱- وضعیت نسب ناشی از تلقیح اسپرم مرد به رحم همسرش ۳۶
- ۲-۳-۱-۱- در حقوق ۳۶
- ۲-۳-۱-۲- در فقه امامیه ۳۸

- ۳۹-۲-۳-۲- وضعیت ناشی از تلقیح اسپرم مرد بیگانه ۳۹
- ۳۹-۲-۳-۲-۱- در حقوق ۳۹
- ۴۰-۲-۳-۲-۲- در فقه امامیه ۴۰
- ۴۱-۲-۴- وضعیت نسب در رحم اجاره ای ۴۱
- ۴۱-۲-۴-۱- در حقوق ۴۱
- ۴۲-۱-۴-۱-۱- رابطه طفل با زن اجاره ای ۴۲
- ۴۳-۱-۴-۱-۲- رابطه طفل با شوهر زن اجیر ۴۳
- ۴۳-۱-۴-۱-۳- رابطه طفل با صاحب اسپرم ۴۳
- ۴۳-۱-۴-۱-۴- رابطه طفل با صاحب تخمک ۴۳
- ۴۴-۲-۴-۲- در فقه امامیه ۴۴
- ۴۴-۲-۵- آثار نسب ناشی از تلقیح مصنوعی ۴۴
- ۴۴-۱-۲-۵- آثار غیر مالی نسب ناشی از تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر ۴۴
- ۴۵-۱-۱-۲-۵- حرمت نکاح ۴۵
- ۴۶-۱-۲-۵-۱-۲- حضانت ۴۶
- ۴۷-۱-۲-۵-۱-۳- ولایت ۴۷
- ۴۹-۲-۵-۲- آثار غیر مالی نسب ناشی از تلقیح مصنوعی با اسپرم غیر شوهر ۴۹
- ۴۹-۱-۲-۵-۲-۱- جواز یا حرمت نکاح با صاحب نطفه ۴۹
- ۵۰-۲-۵-۲-۲- جواز یا حرمت نکاح با شوهر زن ملحوقه ۵۰
- ۵۱-۲-۵-۲-۳- حرمت یا جواز نکاح با صاحب تخمک ۵۱
- ۵۲-۲-۵-۲-۴- تربیت ۵۲
- ۵۳-۲-۵-۳- آثار مالی نسب ناشی از تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر ۵۳
- ۵۴-۱-۲-۵-۳- وصیت ۵۴
- ۵۶-۲-۵-۳-۲- نفقه ۵۶
- ۵۷-۲-۵-۴- آثار مالی نسب ناشی از تلقیح مصنوعی با اسپرم غیر شوهر ۵۷
- ۵۸-۲-۵-۴-۱- نفقه ۵۸

۶۰ ۲-۴-۵-۲- حضانة
۶۲ فصل سوم: وضعیت ارث در تلقیح مصنوعی
۶۳ ۳-۱-۳- ارکان ارث
۶۳ ۳-۱-۱- بررسی مقتضیات ارث
۶۴ ۳-۱-۲- موانع ارث
۶۵ ۳-۱-۳- ارث حمل
۶۵ ۳-۱-۳-۱- شرایط ارث حمل در متون فقهی
۷۱ ۳-۱-۳-۲- شرایط ارث حمل در قانون مدنی
۷۴ ۳-۲- وضعیت ارث در حالت اهدا
۷۵ ۳-۲-۱- وضعیت ارث در اهدای اسپرم
۷۵ ۳-۲-۲- وضعیت ارث در اهدای تخمک
۷۵ ۳-۳- وضعیت ارث در تلقیح مصنوعی بین همسران و بعد از فوت صاحب اسپرم
۷۹ ۳-۳-۱- وضعیت ارث در تلقیح مصنوعی بین همسران
۷۹ ۳-۳-۲- وضعیت ارث در لقاح بعد از فوت صاحب اسپرم
۸۰ ۳-۳-۲-۱- دیدگاه های حقوق دانان
۸۱ ۳-۳-۲-۲- دیدگاه های فقها
۸۱ ۳-۳-۲-۲-۱- دیدگاه فقها در مورد بقای علقه زوجیت پس از مرگ
۸۳ ۳-۳-۲-۲-۲- دیدگاه فقها در مورد انقطاع علقه زوجیت پس از مرگ
۸۴ ۳-۴- وضعیت ارث در اهدای جنین و رحم اجاره ای
۸۴ ۳-۴-۱- وضعیت ارث در اهدای جنین
۸۵ ۳-۴-۲- وضعیت ارث در رحم اجاره ای
۸۶ نتیجه گیری و پیشنهادات
۸۸ فهرست منابع

الف: بیان مسئله

تلقیح مصنوعی یکی از روش‌های درمان نازایی است که عبارت است از: «آبستن کردن زن به وسیله وسایل مصنوعی بدون انجام عمل مقاربت.» با توجه به علل نازایی، درمان‌های طبی و جراحی‌های مختلفی انجام می‌شود ولی در بعضی از موارد از جمله: نازایی با علت نامشخص که حدود ۳۰ درصد از موارد را تشکیل می‌دهد و انسداد لوله رحم، از روش‌های جدید آزمایشگاهی استفاده می‌شود. این روش‌ها شامل؛ تلقیح اسپرم به داخل رحم (IUI)، لقاح خارجی رحمی (IVF)، تلقیح نطفه به داخل لوله رحم (GIFT)، انتقال نطفه بارور شده به داخل لوله رحم (ZIFI)، تزریق اسپرم به داخل تخمک (ICSI)، اهدای جنین و اهدای تخمک است.

مراجعه زوجین به مراکز درمان نازایی و استفاده از روش درمان تلقیح مصنوعی گسترش یافته و نیاز است که به مباحث حقوقی این مسأله پرداخته شود و قانون‌گذار باید همگام با پیشرفت‌ها، قوانین مرتبط تصویب کند.

شناخت ناباروری امری قدیمی است که در گذشته این وضعیت باعث به وجود آمدن چند حالت می‌شده است؛ گروه قلیلی زندگی را بدون داشتن فرزند ادامه می‌دادند، گروه کثیری چندهمسری را برمی‌گزیدند و بقیه نیز یا به فرزندخواندگی روی می‌آوردند و یا محیطی سرد و بی‌عاطفه همراه با خشونت علیه زنان را ایجاد می‌کردند تا به جدایی و طلاق انجامد.

طبق آخرین گزارش سازمان جهانی بهداشت در جهان ۸۰ میلیون زوج از مشکل ناباروری رنج می‌برند در برخی گزارشات این رقم ۷۰ میلیون است. این رقم در کشور ما ۳ میلیون را به خود اختصاص داده است و سالانه ۱۰۰ هزار زوج به این تعداد افزوده می‌شود. یعنی از هر دوازده زوج یک زوج نابارور است و در واقع یک پنجم زوجین نابارورند؛ از این رهگذر این افراد با فشارهای روانی-اجتماعی متعددی مواجهند که گاه به جدایی، خشونت، چندهمسری و طلاق می‌انجامد. در حال حاضر ۳ تا ۵ درصد طلاق‌ها ناشی از این پدیده است. هرگونه راهکاری که به این اقشار جامعه کمک کند مورد استقبال قرار می‌گیرد. افزون بر این نتایج، با توجه به این که رقم بالایی از افراد در جامعه نابارورند، درمان این افراد به سیاست جمعیتی کشور در حل مشکل کمبود نسل جوان از اهمیت بالایی برخوردار است. هرچه دامنه تحقیقات در این حوزه گسترده‌تر باشد نیاز جامعه برجسته‌تر می‌شود و قانون نیز که به دنبال نظم اجتماع است فعال می‌شود تا از این نیاز جامعه حمایت کند.

تلقیح مصنوعی از نظر حقوقی؛ مسأله قابل توجهی است که حقوق دانان به آن توجه نموده و آن را مورد بررسی قرار داده‌اند و هر کدام نظریات متفاوتی ابراز نموده‌اند لازم به توضیح است که در حقوق مدون و قوانین موضوعه کشورمان موضوع تلقیح مصنوعی به سکوت برگزار شده و یکی از مسائل مستحدثه به شمار می‌آید.

قبل از این که در مورد وضعیت نسب وارث ناشی از تلقیح مصنوعی بحث شود، لازم است ابتدا در مورد مشروعیت و عدم مشروعیت خود تلقیح مصنوعی بحث شود، این که حقوق دانان و فقها چه نظری در مورد تلقیح مصنوعی دارند، آیا آن را مجاز می‌دانند یا نمی‌دانند؟

یکی از اساسی‌ترین دغدغه‌ها در مورد اطفال ناشی از تلقیح؛ بحث نسب است، چرا که در بردارنده آثار مهمی است و در این تحقیق در مورد این مسأله بحث شده است.

در جوامع مسلمان که تشخیص مصلحت و مفسده امور بر عهده دین است، لازم است مسائل نوظهور بر دین عرضه شده و احکام آن بیان شود که متصدی این مهم؛ علم فقه است و بر عالمان این حوزه واجب است تا پاسخ‌گوی نیاز جامعه در زمینه مسائل نوظهور باشند، زیرا همگامی و حتی پیشگامی دین نسبت به امور مستحدثه و پاسخ‌گویی به سؤالات و نیازها لازمه حضور و نفوذ دین در تمام جوانب زندگی افراد است و اگر این مهم مورد توجه قرار نگیرد به مرور زمان دین از صحنه انسان‌ها رخت بر می‌بندد و به یک امر تشریفاتی و بی‌استفاده مبدل خواهد شد.

ب: پیشینه ی تحقیق

اغلب پژوهش‌های موجود به بحث از انواع روش‌های درمانی و احکام تکلیفی و وضعی پرداخته‌اند و تأکید و هدف آنها حول جنین آزمایشگاهی بعد از استقرار در رحم است. پژوهش‌های اندکی که به وضعیت جنین قبل از انتقال به رحم مربوط می‌شود به حق حیات پرداخته‌اند و از دیگر حقوق مدنی سخنی به میان نیاورده‌اند.

ج: ضرورت و اهمیت تحقیق

۱- لزوم شناخت قواعد فقهی و حقوقی به علت گسترش استفاده از تلقیح مصنوعی در بین زوجین نابارور

۲- شناخت ابعاد موضوع جهت مشخص شدن خلاء های قانونی ضروری است . با شناخت این خلاء ها می

توان اقدام به رفع آن ها نمود.

۳- ایجاد بسترهای علمی و حقوقی مناسب در جهت گسترش استفاده از شاخه های جدید علمی ضروری است این امر ما را همگام با پیشرفت دانش و تکنولوژی به سمت جلو هدایت می کند .

د: اهداف تحقیق

۱. بررسی وضعیت حقوقی متولدین ناشی از تلقیح مصنوعی در حقوق ایران
۲. بررسی دیدگاههای فقهی در رابطه با تلقیح مصنوعی
۳. بررسی وضعیت نسب متولدین ناشی از تلقیح مصنوعی در فقه امامیه

ه: پرسش های تحقیق

سؤالات اصلی

۱. وضعیت نسبت و ارث متولدین ناشی از تلقیح مصنوعی چگونه است؟

سؤالات فرعی

۱. آیا بر جنین آزمایشگاهی، عنوان (حمل) موجود در قانون مدنی و متون فقهی صادق است؟
۲. در مورد انواع لقاح مصنوعی چه حکم تکلیفی برگزیده می شود و این حکم اعم از حرمت یا جواز با استناد به کدامین دلیل از مجموعه دلایل اجتهادی یا فقهاتی صادر شده است؟
۳. منشأ انتساب فرزند به والدین چیست و آیا این منشأ در مورد جنین آزمایشگاهی موجود است؟

و: فرضیه های تحقیق

فرضیه اصلی

۱. به نظر می رسد پدر و مادر متقاضی در تمامی اقسام تلقیح مصنوعی، اولیای اصلی طفل محسوب و کودک دارای نسب مشروع بوده و از ایشان ارث می برد.

فرضیات فرعی:

۱. به نظر می‌رسد فرزندان حاصل از انواع لقاح مصنوعی به صاحب اسپرم و صاحب تخمک منسب است.
۲. به نظر می‌رسد با توجه به روند تصویب قانون نحوه اهدای جنین، مفهوم والدین- فرزند مفهومی تکوینی و واقعی است و ژنتیک مبنای منحصر انتساب به والدین است.
۳. به نظر می‌رسد فرزندان حاصل از انواع لقاح مصنوعی با شرایطی از تمامی حقوق و تکالیف فرزندان مشروعی که به صورت طبیعی متولد می‌شوند برخوردار هستند.

ز: روش تحقیق

روش تحقیق در پژوهش حاضر به صورت توصیفی تحلیلی بوده و در گردآوری مطالب از ابزار کتابخانه‌ای استفاده شده است.

ح: سازماندهی تحقیق

پژوهش حاضر به طور کلی از سه فصل تشکیل شده است، پس از بررسی کلیات در فصل نخست، در فصل دوم احکام و آثار نسب در تلقیح مصنوعی و در فصل سوم در مورد ارث در تلقیح مصنوعی صحبت شده است.

فصل اول: کلیات

۱-۱- مفاهیم و تاریخچه

اماره فراش در حقوق ایران دلیل جعل نسب نیست بلکه صرفا وسیله و اماره ای برای کشف حقیقت و اثبات نسب در موارد مشکوک است که به منظور حمایت از فرزند حاصل و رفع سرگردانی او از جهت نسب وضع گردیده است و مقنن چنین فرض نموده که در صورت امکان انتساب طفل به زوج و زائی با رعایت ضوابطی، همانند حداقل و حداکثر مدت حمل باید طفل را به زوج منسوب نمود. بنابراین فراش نیز اماره و قرینه ای است که صرفا می تواند از طریق اثبات نسب مورد استناد قرار گیرد و به تنهایی نمی تواند جعل نسب نماید (صفار، ۱۳۸۳: ۲۴۵).

بر اساس این اماره طفلی که در مدت زوجیت متولد می شود به شوهر ملحق می گردد هر چند که زن شوهردار با مردان اجنبی دیگر رابطه جنسی برقرار کرده و انعقاد نطفه طفل از شوهر زن مشکوک باشد. این اماره حجیت و اعتبار خواهد داشت مگر آنکه دلیلی خلاف مفاد آن را اثبات کند. حال می خواهیم ببینیم آیا اماره مزبور نسبت به وضعیت کودک آزمایشگاهی که از ترکیب نطفه زن و شوهر قانونی در خارج از رحم به وجود آمده و مراحل اولیه تکامل خود را نیز در لوله آزمایشگاه سپری کرده است حاکمیت دارد یا خیر؟ آیا پس از تولد فرزند شوهر زنی که نطفه پس از انعقاد در رحم او قرار داده شده می تواند بدون دلیل لعان، منکر انتساب طفل به خود شود؟ یا اینکه مانند موارد بارداری عادی و طبیعی اماره فراش اجازه نفی ولد بدون دلیل و لعان را به شوهر نمی دهد و در این صورت هرگاه شوهر مدعی نفی ولد باشد باید در برابر اماره الحاق ادعای خود را به کمک دلیل به مرحله ثبوت برساند؟

بدیهی است فرض مسئله در موردی است که دخالت اسپرم شوهر در انعقاد نطفه مسلم نباشد و با فرض مسلم بودن طرح این مسئله دیگر جایگاهی ندارد. با اندک دقتی در منابع اماره فراش و مقررات مربوطه به خصوص عبارت ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی به نظر می رسد که اماره فراش را نمی توان در مورد کودک آزمایشگاهی جاری کرد زیرا اولاً اماره مذکور در موردی حکومت دارد که بین زن و شوهر نزدیکی انجام شده باشد. چنانچه ماده ۱۱۵۸ مذکور با عبارت مشروط به اینکه از تاریخ نزدیکی .. به خوبی از این امر حکایت دارد در صورتی که در مورد کودک آزمایشگاهی فرض این است که نزدیکی بوجود نیامده بلکه طفل از ترکیب نطفه در خارج رحم پیدا شده است. ثانياً با ملاحظه مقررات مربوطه به نظر می رسد که لزوم رابطه جنسی از آن جهت مورد توجه قرار گرفته است که در صورت نزدیکی، ورود اسپرم شوهر در داخل رحم همسرش عرفاً مسلم خواهد بود، هرچند که اسپرم مردان بیگانه ای هم در آن وارد شده باشد. در صورتی که در مورد کودک آزمایشگاهی زمانی که نطفه ترکیب شده در داخل رحم قرار داده می شود اصولاً در ورود اسپرم شوهر ولو در وضع ترکیب به داخل رحم زن تردید وجود دارد. در اماره فراش امکان انعقاد طفل از اسپرم شوهر فراهم است.

هرچند که این امکان نسب به اسپرم دیگران نیز موجود باشد ولی نسب به کودک آزمایشگاهی همین فراهم بودن امکان انعقاد از اسپرم شوهر مشکوک و مورد تردید است اگر اسپرم شوهر داخل رحم شده باشد امکان مزبور فراهم است والا این امکان منتفی است (نایب زاده، ۱۳۸۰: ۳۰۱).

با لحاظ گفته های بالا حکومت اماره فراش را نسبت به مورد بحث باید منتفی دانست. در نتیجه با استناد به اصول علمی مانند اصل عدم، شوهر می تواند بدون دلیل منکر انتساب طفل به خود باشد و این طرف دعوی است که باید تحقق نسب را نسبت به او اثبات کند. نفی ولد نه تنها از جانب شوهر ممکن است بلکه زن نیز می تواند منکر انعقاد طفل از نطفه خود و در نتیجه تحقق نسبت او به خود گردد. بدیهی است در صورت وقوع اقرار به تسب از جانب هر یک از مرد و زن مانعی در اجرای مقررات ماده ۲۷۳ قانون مدنی نبوده و طفل با اجتماع شرایط قانونی به مقرر الحاق می گردد.

اگرچه برخی از حقوق دانان ایران نسب را یک رابطه عرفی دانسته اند که در فقه و حقوق اسلام و ایران نیز به تبع عرف به عنوان یک رابطه خویشاوندی ناشی از خون شناخته شده است (شهیدی، ۱۳۸۰: ۱۶۴).

اما واقعیت این است که داوری عرف را در تحقق نسب نمی توان قاطع دانست و بدون دخالت قانون گذار نمی توان به راحتی نسب کودکان حاصل از اهدای جنین را به زن صاحب رحم یا صاحب تخمک ملحق دانست (صفائی، ۱۳۷۸: ۴).

در الحاق چنین کودکانی به شوهر زن صاحب رحم نیز با توجه به نظرات مخالف اکثر قریب به اتفاق فقهاء، داوری عرف به هیچ وجه نمی تواند قاطع باشد. با وجود این نمی توان نقش عرف را در مفهوم نسب نادیده انگاشت زیرا تاکنون در خصوص نسب حقیقت شرعی ای وجود نداشته است و آنچه قانون آن را پذیرفته همان مفاهیم عرفی و اعتباری نسب بوده است (شهیدی، ۱۳۸۰: ۱۶۴).

بطوریکه ایت الله محمد مومن در مقاله خویش تحت عنوان « سختی درباره تلقیح » ترجمه موسی دانش (جعفرزاده) نیز بیان می دارد « اگر آمیزش صاحب منی با زن حامل نطفه باشد مانند همسر و کنیز » در این صورت تردیدی نیست که کودک به وجود آمده از آب این مرد فرزند اوست. دلیل آن این است که از دیدگاه عرف وقتی کودک فرزند مرد به شمار می آید که این کودک از آب او به وجود آمده باشد و آب او به وسیله آمیزش در داخل مهبل ریخته شده باشد و حتی اگر مرد منی خود را در بیرون از مهبل تخلیه کند و سپس با کمک همسرش آن را داخل مهبل بریزد و همسر او باردار شود بی گمان عرف این کودک را فرزند آن مرد خواهد شناخت (مومن، ۱۳۸۰: ۶۳).

۱-۱-۱- مفاهیم

نسب عرفا رابطه اعتباری است که از پیدایش یک انسان از نطفه دیگر حاصل می گردد. قانون نیز همین رابطه را محترم دانسته و احکامی برای آن وضع نمود. منتها بنا به ملاحظات اخلاقی و دینی، جلوگیری از اختلاط میاه و ایجاد حفظ نظم عمومی بلحاظ تعیین حقوق و وظایف منسوبین نسبت به یکدیگر نکاح را تاسیس نمود. بنابراین این اطفال حاصل از نکاح از حیث نسب قانون به صاحب نطفه منسوب می گردند، هرچند طفل ناشی از شبهه نیز شرعا و قانونا به طفل ناشی از نکاح ملحق شده است اما طفل ناشی از زنا رابطه ای با طرفین نطفه ندارد. بموجب ماده ۱۶۷ طفل مزبور ملحق به زانی نمی شود. آنچه قانونگذار در پیدایش نسب موثر دانسته از نظر عرف نیز دور نیفتاده و سایر اموری که از نظر عرف در پیدایش نسب موثر نمی تواند باشد از جمله اختلاف سنی زیاد زوجین یا اعتبار رابطه نسبیا شباهت ظاهری زوجین نمی تواند قانونا ملاک پیدایش نسب باشد. قانون مدنی ایران به پیروی از حقوق اسلام سعی نموده است تا آنجا که عادت ممکن است با الحاق طفل به پدر و مادر و ایجاد نسب مشروع نسل بشر را از سرگردانی و بلا تکلیفی نجات داده و موارد قطع رابطه نسب را هر چه بیشتر محدود سازد و بدین ترتیب طرفین زنا را اعتبار نمی نماید (شهیدی، ۱۳۸۰: ۱۱۴-۱۱۵).

۱-۱-۱-۱- مفهوم نسب

در لغت نسب به معنای اتصال چیزی به چیزی است (ابوالحسین، ۱۴۰۴: ۴۲۴). در قاموس قرآن نیز آمده است: نسب و نسبت اشتراکی است از طرف یکی از والدین نسبت طولی مثل اشتراک از حیث پدران و فرزندان و نسبت عرضی مانند نسبتی که میان عموزادگان و برادرزادگان است (قرشی بنائی، ۱۴۱۲: ۵۱).

در برخی از مواد قانون مدنی ایران همچون مواد ۱۱۵۹، ۱۱۵۸، ۱۱۶۰، ۱۱۶۵ به تبعیت از فتاوا و نظرات مشهور فقهای امامیه از کلمه نزدیکی استفاده کرده است. چنانکه در متون فقهی برای الحاق کودک به شوهر سه شرط بیان شده است:

۱) تحقق نزدیکی جنسی میان زن و مرد

۲) گذشت دست کم شش ماه از زمان نزدیکی تا زمان تولد کودک (حداقل زمان حمل)

۳) عدم فاصله بیش از ده ماه میان نزدیکی و تولد کودک (حداکثر زمان حمل)

بر این اساس این شبهه به وجود آمده است که از نظر قانونگذار برای پیدایش نسب وجود نزدیکی بین زن و مرد ضروری شناخته شده است و به این جهت در باروری های مصنوعی و کمکی که نزدیکی وجود ندارد پیدایش نسب نیز منتفی است.

هرچند موضوع اعتبار آمیزش جنسی (دخول) به عنوان فرد شایع و مصداق معمول در مباحث مختلفی از کتاب فقه (الحاق ولد در ازدواج دائم و موقت، لزوم رعایت عده همان نفی ولد) مطرح شده است اما به نظر می رسد اعتبار آمیزش جنسی در تحقق نسب و برقراری ارتباط خویشاوندی میان پدر (حقیقی - بیولوژیک) و کودک تنها از این جهت است که در شرایط عادی و البته در بیشتر موارد راه انتقال به رحم زن آمیزش جنسی است (قرشی بنائی، ۱۴۱۲: ۱۱۷).

بنابراین می توان گفت قانون گذار با بیان نزدیکی، قصد این نکته را نداشته است که ایجاد نسب منحصر به آمیزش و نزدیکی است وانگهی در مواردی که تفخیز یا مساحقه سبب پیدایش اولاد شود، شرع، حکم به نسب داده و طفل مولود را به صاحب نطفه ملحق دانسته است مگر آنکه رابطه نامشروع (زنا) باشد که نص بر قطع نسب داریم (صفار، ۱۳۸۳: ۲۴۸-۲۴۹). از این رو طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی شود زیرا نسب مشروع و قانونی نیز به صرف نزدیکی محقق نشده و برای پیدایش نسب، نزدیکی و روابط جنسی مشروع ضرورت دارد.

آنچه در خصوص مشروعیت نزدیکی برای پیدایش نسب ذکر شد نظر عده ای از فقهاست. از دیدگاه عده ای دیگر کودک حاصل از رابطه نامشروع نیز به صاحبان نطفه و به زن و مرد زناکار ملحق می شود و به آنها منتسب است و فقط به جهت وجود نص خاص یکی از آثار نسب یعنی توارث بین آنها برقرار نیست و گرنه بین زانی و مولود ناشی از زنا رابطه نسبی برقرار است و مقتضی توارث نیز که نسب می باشد موجود است و فقط توارث به جهت وجود نص خاص محقق نمی شود. همچنانکه کفر و قتل مورث نیز با وجود نسب مائع توارث می شود.

بنابراین حکم تحریم تزویجی که به جهت نسب لازم می آید، از برای او ثابت است. پس می تواند از چنین پدری قصاص نماید، اگر او را بکشد، نه پدر از او ارث می برد و نه او از پدر، و غیر ذالک از احکام نسب و لیکن اگر دختر باشد، پدر نتواند آن را به همسری برگزیند، اگر زانی پدر باشد و اگر پسر باشد، مادر نتواند او را به شوهری بگیرد. و همچنین همه هفت قسم شوهر و زن که گذشت حرام است، بر او نیز جاری است. بعضی از متاخرین از فقها، بر این اشکال نموده اند: که اگر مناط صدق لغوی ولد است، چون لغت ولد است، و از آب او خلق شده است، باید تمامی احکام ولد جاری باشد و اگر مناط صدق شرعی است، پس چنین فرزندی شرعا ولد نمی باشد. پس باید هیچیک از احکام ولد بر او جاری نشود. مگر آنکه گفته شود که مناط صدق شرعی است و احکام ولد بر او جاری نمی شود، مگر حرمت تزویج، به جهت تحقق اجماع بر آن بخصوصه و باقی احکام ولد به

اصل خود باقی است و بر او جاری نمی شود پس از آنچه مصنف ره فرموده است که: حرام می شود بر زانی و زانیه یکی از فروع مسئله است و اختصاص به آن ندارد. بلکه هر کسی که بر او حرام می بود، با او بر آن کس حرام می بود اگر نسبش ثابت می بود، شرعاً حال نیز حرام است ولیکن چنانچه گفته شد این حکم ولد که بر او جاری است می شود اختصاص به تزویج دارد.

بنابراین در تحقق نسب نزدیکی مشروع شرط نیست. همچنانکه مطابق رای وحدت رویه شماره ۱۷ ۶/۳/۴/۱۳۷۶ دیوان عالی کشور و به تبعیت از نظر برخی از فقها عظام همچون امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله، پدر طبیعی و نامشروع طفل مکلف به اخذ شناسنامه برای طفل از زنا شده است.

به هر حال تردیدی نیست که هویت طفل متولد شده یا جنین اهدایی باید معلوم و مشخص باشد و حقیقت این است که نمی توان نسب و هویت یک انسانی را که اشرف مخلوقات و خلیفه خداوند در روی زمین است پنهان داشت. نسب و هویت و منشا جنین و طفل ناشی از آن هم نسبت به پدر و هم نسبت به مادر او باید مشخص باشد.

قرآن کریم می فرماید «ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَآيِسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا» (احزاب: ۵)

علامه طبرسی در خصوص حفظ نسب و در تفسیر این آیه شریفه می فرماید که دلالت این آیه این است که انتساب طفل به غیر پدر مجاز نیست و از سنت معصومین نیز عدم جواز انتساب طفل به غیر از پدر استنباط می شود تاجایی که صاحب مجمع البیان از قول امام علی (ع) نقل می کند که هر کس به غیر از پدرش منسوب شود لعنت خدا بر او باد (طبرسی، ۱۴۱۱: ۱۲۰). محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام استدلال کرده است که چون این ولدی است که از نطفه مرد زانی و زن زاینه تولید شده و لذا لغتاً فرزند بر آن صدق می کند. از میان فقهای عامه نیز ابوحنیفه به چنین استدلالی تمسک جسته اند.

با وجود آنچه گفته شد باید هویت و نسب طفل حاصل از اهداء جنین و همچنین سایر روشهای باروری کمکی روشن و مشخص شود تا از بالاتکلیفی وضعیت طفل مذکور و ادعاها و نزاع های اشخاص درگیر اهداء جنین ممانعت بعمل آید زیرا با استفاده روشهای باروری کمکی ممکن است افراد مختلف نسبت به یک طفل ادعای نسب کرده و دعوی ولایت، حضانت و وراثت او را مطرح نمایند. اهداء کننده اسپرم و اهداء کننده تخمک یا زوجین اهداء کننده جنین و همچنین زن و شوهر متقاضی فرزند یا اهداء شوندگان جنین زن اجاره دهنده رحم (مادر جانشین) هر کدام ادعای نسب و فرزندگی جنین یا طفل حاصل را بنمایند.