

## بررسی وضعیت حقوقی کودک متولد شده از رحم جایگزین با رویکردی بر نظر امام خمینی (س)

سید محمد موسوی بجنوردی<sup>۱</sup>

معصومه محمدخانی<sup>۲</sup>

چکیده: یکی از کارکردهای نهاد خانواده تولید مثل است و از آنجا که بقای نوع بشر در گرو آن بوده و این مسأله موجب قوام خانواده نیز می‌گردد، حائز اهمیت است؛ اما عده‌ای از خانواده‌ها، به دلیل وجود اختلالات گوناگون، به طور طبیعی قادر به ایفای نقش تولید مثل و فرزندآوری نیستند. پیشرفت‌های شگرف در فناوری‌های تولید مثل در سالیان اخیر، توانسته بسیاری را صاحب فرزند یا امیدوار به آینده در انتظار نگه دارد. استفاده از رحم جایگزین یکی از شیوه‌های نوین باروری و از موارد چالش برانگیز در حیطه درمان‌های کمک به باروری است. این شیوه از دوجنبه شایسته بررسی است. ۱. آیا استفاده از این شیوه از جهت شرعی و حقوقی جایز است یا نه؟ ۲. وضعیت و آثار حقوقی آن نظیر نسبت، حرمت نکاح، حضانت و ... چگونه است؟ مقاله حاضر درصدد بررسی جنبه اخیر این شیوه می‌باشد.

**کلیدواژه‌ها:** نسبت، حرمت نکاح، حضانت، تربیت، ولایت قهری، توارث، نفقه، روابط مالی

### مقدمه

ناباروری، بسیاری از زوجها را در سراسر جهان رنج می‌دهد، پزشکان در کشورهای مختلف در تلاش برای درمان ناباروری هستند، پیشرفت‌های شگرف در فناوری‌های تولید مثل در سالیان اخیر،

۱. استاد بازنشسته دانشگاه خوارزمی و مدیر گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی و اندیشه‌های امام خمینی (س) پژوهشکده

E-mail: mosavi@ri-khomeini.com

امام خمینی (س) و انقلاب اسلامی، تهران، ایران

Email: ma.mohammadkhani@yahoo.com

۲. محقق و پژوهشگر

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۲/۲۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱/۱۸

توانسته بسیاری را صاحب فرزند یا امیدوار به آینده در انتظار نگه دارد. استفاده از رحم جایگزین<sup>۱</sup>، یکی از روش‌های نوین باروری و از موارد چالش برانگیز در حیطه درمان‌های کمک به باروری است.

این روش درمانی چنانچه به منظور کمک‌رسانی به زوجین نابارور - که دیگر روش‌های درمان برای آنان مؤثر نبوده - انجام شود از طرف برخی فقهای معاصر پذیرفته شده است؛ اما محاکم فقهی اهل سنت درباره آن سختگیری بیشتری نموده‌اند و حتی آن را حرام دانسته و مبلغ دریافتی حاصل از آن را نیز حرام دانسته‌اند. مثل شیخ رجب تمیمی، شیخ ابراهیم شقره، شیخ عبدالله بن زید آل محمود و ...

استفاده از رحم جایگزین، برای حیات بخشیدن به یک نوزاد به‌رغم سابقه تاریخی طولانی آن، گزینه‌ای است که از حدود دو سه دهه قبل به شیوه امروزی مطرح شده است و لذا جا دارد که به مسائل پیرامون آن با تکیه بر ادله استنباطی و با هدف تبیین پدیده‌ای که در عرصه پزشکی رخ داده است، پرداخته شود.

صرف نظر از جواز یا عدم جواز استفاده از رحم جایگزین، اگر این شیوه تحقق یابد، سؤالات فقهی و حقوقی بی‌شماری در خصوص حقوق فرزند متولد شده به وجود خواهد آمد؛ لذا در این پژوهش به بررسی نسب و احکام وضعی مالی و غیر مالی اینگونه کودکان خواهیم پرداخت.

## (۱) نسب

### (۱-۱) مفهوم لغوی و اصطلاحی نسب

نسب از نظر لغت مصدر و به معنی علاقه، رابطه، قرابت و خویشاوندی به‌ویژه در خصوص پدران اطلاق می‌گردد (مصطفوی ۱۴۰۲ ج ۱۲: ۹۳؛ ابن منظور ۱۴۱۴ ج ۱: ۷۵۵؛ فراهیدی ۱۴۱۰ ج ۷: ۲۷۱).

مفسران، فقها و حقوقدانان در تعریف اصطلاحی نسب از معنای لغوی آن دور نگشته‌اند. چنانکه برخی در تعریف نسب چنین می‌نویسند: «منظور از نسب، پیوندی است که در میان انسان‌ها از طریق زاد و ولد به وجود می‌آید؛ مانند ارتباط پدر و فرزند یا برادران با یکدیگر» (مکارم شیرازی ۱۴۲۱ ج ۱۱: ۲۸۵؛ ۱۳۷۴ ج ۱۵: ۱۲۷). قانون مدنی ایران «نسب» را تعریف نکرده است، لیکن علمای حقوق سعی نموده‌اند که سکوت قانونگذار را با تعریف نسب جبران کنند. به عنوان نمونه: محمد

1 . Surrogacy

بروجردی عبده در تعریف نسب گفته است: «نسب علاقه‌ای است بین دو نفر که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالثی حادث می‌شود» (بروجردی عبده ۱۳۳۹: ۲۸۰). با این تعریف، نسب مترادف با «قرابت نسبی» است. این نسب به معنی عام است؛ اما نسب به معنی خاص عبارت است از رابطه پدر فرزندی یا مادر فرزندی. منظور ما از نسب در این پژوهش، نسب به معنای خاص یعنی رابطه پدر فرزندی و مادر فرزندی است.

## ۲-۱) چگونگی انتساب طفل به والدین

### ۲-۱-۱) چگونگی انتساب طفل به پدر:

از نظر دانش پزشکی (عرف خاص)، منشأ پیدایش و ماده سازنده جنین از ناحیه پدر، اسپرم موجود در منی انسان است، عرف (عام) 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 (رضا نیا معلم ۱۳۸۶: ۳۱۴؛ ۱۳۸۲: ۳۲۱). آنچه از فتاوی فقها در دست است نیز نشان‌دهنده آن است که بچه‌ای که از زن متولد می‌شود، از لحاظ نسب پدری، ملحق به مردی است که جنین از ترکیب اسپرم او با تخمک زن پدید آمده است، حتی اگر اسپرم او در رحم زن به صورت غیر مشروع استقرار یافته باشد، هر چند قانون به آن رسمیت نمی‌بخشد، ولی صاحب اسپرم به طور طبیعی پدر محسوب شده و بعضی از آثار نسب مانند حرمت نکاح در پی می‌آید و به هر حال بچه منتسب به مرد دیگری نمی‌شود (مهرپور ۱۳۸۲: ۱۶۳). قانون نیز در مجموع مواد مربوط به نسب، نظر به پیدایش یکی از دیگری داشته است. همین مفهوم را می‌توان در قرآن کریم نیز یافت؛ چنانکه آیه زیر منشأ پیدایش انسان و ملاک نسب را با تعبیر بسیار زیبا چنین بیان نموده است: «و هو الذی خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً...» «و اوست کسی که از آب، بشری آفرید و او را [دارای خویشاوندی] نسبی و دامادی قرار داد...» (فرقان: ۵۴).

### ۲-۲-۲) چگونگی انتساب طفل به مادر:

در چگونگی انتساب فرزند به مادر، سه نظر مختلف ارائه شده است:

**الف) ملاک زاییدن است:** فقها و اندیشمندان طرفدار این نظر، اینگونه استدلال می‌کنند که: «اساساً در زمان نزول آیات و صدور روایات مردم به اطلاعات جدید پزشکی — که کودک حاصل از لقاح اسپرم و تخمک است — آگاهی نداشتند و رحم زن را ظرف رشد جنین می‌پنداشتند، با وجود

این، زن صاحب رحم را مادر می دانستند. این نشان می دهد که مبنای داوری آنها زاییدن بود؛ یعنی زنی که کودک را زایمان می کرده، مادر می دانستند و قانونگذار اسلام نیز این عرف را تحت شرایطی امضا نموده است. از این گروه می توان صاحب *ایضاح الفوائد* (فخرالمحققین ۱۳۸۷ ج ۳: ۴۳)، خوئی (۱۴۰۱: ۵۹۸)، شیخ جواد تبریزی (خوئی و تبریزی ۱۴۱۶: ۳۶۲) و اراکی (۱۳۷۳: ۵۹۸) و بسیاری از فقهای اهل سنت را نام برد. این گروه برای تأیید نظر خود به آیات ۲ مجادله؛ ۱۵ احقاف؛ ۱۴ لقمان استدلال می کنند.

چگونگی استدلال این گروه به آیات مذکور بدین شرح است که خداوند مادر را چنین توصیف می کند: مادر کسی است که حمل و زایمان می کند و رنج و مشقت بارداری و سستی آن را تحمل می کند. پس مفهوم مخالف آن این می شود که اگر زنی حمل نکند و نزاید و مشقت های حمل را تحمل نکند، مادر نیست. در فرض مسأله چون صاحب تخمک، جنین خود را در رحم خویش نگه نداشته و او را وضع حمل نکرده است؛ بنابراین مادر طفل به شمار نمی آید.

**ب) ملاک پیدایش از تخمک و ولادت است:** طرفداران ملاک فوق، معیار پیدایش فرزند از ناحیه مادر را دو عامل می دانند: ۱. ارتباط تکوینی و وراثتی فرزند با مادر که به وسیله تخمک حاصل می شود و ۲. ارتباط حملی، ولادتی که به وسیله رحم محقق می شود. طرفداران این ملاک، خود به سه دسته تقسیم می شوند یک عده می گویند زمانی که تخمک از زنی باشد که مسئولیت حمل جنین را به عهده نمی گیرد و حامل جنین، زن دیگری است، دو عامل انتساب فرزند به مادر در هیچ یک از صاحب تخمک و صاحب رحم وجود نداشته و هیچ کدام مادر محسوب نمی شوند (بکربن عبدالله ۱۴۰۸: ۴۳۶؛ خطیب ۱۴۱۸: ۱۵۵). عده دیگری از طرفداران این نظریه معتقدند که هم صاحب تخمک و هم صاحب رحم هر دو «مادر مشروع» (واقعی، نسبی، حقیقی و قانونی) فرزند، تلقی می شوند. استدلال آنها این است که روایات به مواردی انصراف دارند که رحم زن، یکی از دو رکن تشکیل دهنده جنین است؛ یعنی جنین از ترکیب اسپرم مرد و تخمک زن که به وسیله رحم او تولید می شود، تشکیل شده باشد و در فرض بحث، رحم تولید کننده و در نتیجه تشکیل دهنده جنین نیست و تنها جنین در رحم پرورش یافته و نوزاد از او متولد شده، لذا احتیاطاً صاحب رحم نیز مادر تلقی خواهد شد و این قبیل فرزندان دو مادری هستند. از این گروه می توان موسوی اردبیلی (قربان نیا ۱۳۸۲: ۳۶۹؛ مرقاتی ۱۳۸۵: ۲۴۸-۲۴۷؛ ۱۳۸۳: ۱۴۳) را نام برد. دسته سوم از این گروه معتقدند که اگرچه نمی توان هر دو را مادر نسبی (قانونی) به حساب آورد، اما فرزند با هر یک از

صاحب تخمک و صاحب رحم یک نوع ارتباطی دارد؛ لذا هر دو را می‌توان به عنوان «مادر رضاعی» تلقی کرد، زیرا هر دو در پیدایش و تکون نوزاد تأثیرگذار و سهمیم بوده‌اند. از سوی دیگر دلیل قاطعی هم وجود ندارد که مادر بودن شرعی به هر یک از آن دو اختصاص داشته باشد (خطیب ۱۴۱۸: ۱۵۲).

ج) ملاک، پیدایش از تخمک است: تمام نظریه‌هایی که ملاک انتساب فرزند به مادر را پیدایش فرزند از تخمک می‌دانند متکی بر یک یا چند دلیل از استدلال‌های زیر می‌باشند:

۱) دیدگاه عرفی: ملاک مادر بودن در نظر عرف، همانند ملاک پدر بودن است؛ بنابراین صاحب تخمک به عنوان «مادر» در نظر گرفته می‌شود.

۲) تلقی جنین به عنوان موجود بشری: زیگوت به محض ایجاد و قبل از انتقال به رحم مادر جانشین، هویت و اصلیت وابسته به پدر و مادری را کسب کرده است و این نشان می‌دهد که مادر ژنتیکی، مادر قانونی کودک است.

۳) قیاس با اسپرم مرد: نقش تخمک زن در تعیین هویت جنین، یک نقش پویا، مشابه نقش اسپرم مرد است؛ در نتیجه همانطور که همیشه مرد صاحب اسپرم، پدر کودک تلقی می‌شود، زن صاحب تخمک نیز مادر کودک محسوب می‌گردد.

۴) قصد قراردادی: زوج نابارور که صاحب اسپرم و تخمک بوده‌اند، شوق بچه‌دار شدن را در ذهن داشته و با فراهم کردن زمینه ایجاد قرار داد، گام‌های عملی را برای تحقق خواسته‌شان برداشته‌اند، یعنی هدف آنان از انعقاد قرارداد، بچه‌دار شدن است و گرنه آنها، قصد بخشیدن زیگوت به مادر جانشین را نداشته‌اند.

۵) شرط لازم: اساس و منشأ تکون طفل، همان اسپرم مرد و تخمک زن است؛ لذا تخمک زن یکی از دو علت لازم برای به وجود آمدن طفل می‌باشد، بنابراین این مادر ژنتیکی است که باید مادر قانونی طفل تلقی شود.

از جمله طرفداران این نظریه می‌توان امام خمینی، صانعی، مؤمن، شهیدی و ... از فقهای اهل سنت شیخ مصطفی زرقاء و یوسف قرضاوی و ... را نام برد. امام خمینی این مسأله را در بحث مربوط به مسائل مستحدثه مطرح نموده و به نتیجه قطعی در مورد ترجیح دوران حمل یا تخمک زن، برای الحاق طفل و نسب او به مادر نرسیده‌اند؛ ولی به نظر می‌رسد بیشتر متمایل بوده‌اند که صاحب تخمک را مادر تلقی کنند. ایشان می‌فرمایند:

اگر حمل در حالی که علقه یا مضغه است یا بعد از دمیده شدن روح، از رحم زنی به رحم زنی دیگر منتقل شود، پس در رحم این زن نشو نماید و متولد شود، آیا فرزند زن اولی است یا دومی؟ بدون شبهه در صورتی که بعد از کامل شدن خلقت او و دمیده شدن روح به او باشد از اولی می‌باشد، چنان که اشکالی در این نیست در صورتی که بیرون آورده شود و در رحم مصنوعی قرار بگیرد و در آن رشد کند. و اما اگر قبل از آن، در حالی که مثلاً مضغه است بیرون آورده شود در آن اشکال است. البته اگر ثابت شود که نطفه زوجین منشأ بیجه می‌باشد، ظاهر آن است که به آنها ملحق می‌شود، چه به رحم زنی منتقل شود یا به رحم مصنوعی (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۲ و ۱: ۹۹۰ م ۱۰).

### نقد و بررسی

به نظر می‌رسد در استدلال‌های گروه نخست بدین قرار می‌توان خدشه وارد نمود: (۱) استناد به آیه زهرا، وافی مقصود آنها نیست؛ زیرا اولاً آیه در مقام ردّ پندار کسانی است که گمان می‌کردند به صرف «ظهار» زنانشان، مادرانشان می‌شوند و در نتیجه برایشان حرام ابدی می‌گردند (رضا نیا معلم ۱۳۸۶: ۳۲۳). ثانیاً به نظر می‌رسد که مستفاد از این آیه برخلاف نظر این گروه آن است که صاحب تخمک، مادر طبیعی و قانونی است (قبله‌ای خوبی ۱۳۸۵: ۲۳۲؛ ۱۳۸۲: ۲۶۹). زیرا ولادت (ولد) به معنای زاییدن نیست بلکه معنای اصلی آن بیرون شدن چیزی از چیز دیگر است و این اصل در همه مشتقات لغت «ولد» وجود دارد (مصطفوی ۱۴۰۲ ج ۱۳: ۲۰۰-۱۹۹). بر این اساس، آیه ظاهر در این است که مادران شما کسانی هستند که شما را به وجود آورده‌اند، و زنان شما، چون شما را به وجود نیاورده‌اند، مادر شما محسوب نمی‌شوند. شاهد بر درستی این معنا، آیات متعددی است که در آنها بر پدر هم اطلاق «والد» شده است. نظیر آیه «و سوگند به پدر و آن کسی را که او به وجود آورد» (بلد: ۳) و «... هیچ پدری را به جای فرزندش و هیچ فرزندی را به جای پدرش پاداش و کیفر نمی‌دهند...» (لقمان: ۳۳). که مراد از «والد» پدر است و حال آنکه پدر نمی‌زاید، بلکه او به وجود آورنده است. ثالثاً در قرآن کریم، هر جا سخن از زاییدن و زایمان به میان آمده، عبارت «وضع» به کار رفته است: مانند: «فَلَمَّا وَضَعَتْهَا قَالَتْ رَبِّ إِنَّي وَضَعْتُهَا أُنْثَى...» «پس چون فرزندش را بزاد، گفت: پروردگارا، من دختر زاده‌ام...» (آل عمران: ۳۶)، «...حَمَلْتَهُ أُنْثَى كُرْهًا وَ وَضَعْتَهُ كُرْهًا...» «... مادرش با تحمل رنج به او باردار شد و با تحمل رنج او را به دنیا آورد...» (احقاف: ۱۵)، «...وَ تَضَعُ

كُلُّ ذَاتِ حَمَلٍ حَمَلٌ...» «... و هر آبستنی بار خود را فرو می‌نهد و می‌افکند...» (حج: ۲) و همچنین ر.ک: طلاق: ۴ و ۶) بنابراین هر جا در قرآن، ولادت آمده باید آن را به غیر معنای زاییدن حمل کرد. (۲) استدلال این گروه به آیات ۱۵ احقاف و ۱۴ لقمان خالی از مناقشه نیست؛ زیرا اولاً این آیات خبر از یک واقعت خارجی داده و به انسان تذکر می‌دهد آن وقت که جنین بوده‌اید، مادر، شما را حمل و زایمان کرده است، پس از نیکی کردن در حق آنها دریغ نکنید؛ ثانیاً آیات فوق، هیچ کدام مفهوم (مخالف) ندارد و یادآوری و ویژگی حمل و زایمان در این آیات از باب غلبه است؛ ثالثاً طبق این آیات اطلاق «ام» بر زن حامل، پیش از زایمان صحیح است، پس زایمان، ملاک تعیین مادر نیست. همچنین اگر بچه از طریق عمل جراحی سزارین به دنیا بیاید، یا اینکه مادری بمیرد و بچه در شکم او باشد و بچه را با عمل جراحی خارج کرده، او را زنده بیرون آورند؛ در اینگونه موارد، مادر، فرزند را به دنیا نیاورده، بنابراین باید گفت چون او بچه را نرزیده مادر محسوب نمی‌شود و حال آنکه عرف او را مادر این فرزند می‌داند.

در نقد دیدگاه دوم باید گفت که در نظر عرف و به نظر بسیاری از فقها و نیز از نظر دستاوردهای علمی و پزشکی، زنی که نخستین مرحله وجود کودک از وی است، مادر تلقی می‌شود و آن کسی نیست جز صاحب تخمک. در نقد دسته‌ای که معتقد به نظریه دومادری برای کودک هستند، نیز باید گفت که ملتزم شدن به این نظریه نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا اولاً در مخالفت با آیات قرآنی است چرا که خداوند در قرآن می‌فرماید: «لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلالَةٍ مِنْ طِينٍ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً...» «به یقین انسان را از گل خالص آفریدیم. سپس او را نطفه گردانیده در جایگاهی استوار (صلب و رحم) قرار دادیم. آنگاه نطفه را به صورت علقه در آوردیم...» (مؤمنون: ۱۴-۱۲) چنانکه ملاحظه می‌شود آیه شریفه مبدأ انسان را نطفه قرار داده و رحم را یک قرارگاه معرفی فرموده است که نطفه را در خود نگه می‌دارد. ثانیاً این نظریه مستلزم تأسیس فقه جدید است؛ مثلاً خداوند در قرآن می‌فرماید: «... فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَكْدٌ وَوَرِثَةٌ أَبَوَاهُ فَلِأُمَّهِ الثُّلُثُ...» «... اگر فرزندی نداشته باشد، تنها پدر و مادرش از او ارث می‌برند، مادرش یک سوم ارث می‌برد [و مابقی به پدر می‌رسد...]» (نساء: ۱۱) یعنی سهم الارث پدر و مادر در صورت نبود فرزندی، یک سوم از آن مادر و بقیه از آن پدر است. اگر صاحب رحم هم مادر (شرعی و نسبی) باشد؛ بر این اساس، به هر یک از مادرها یک سوم ماترک را بدهیم به پدر مبلغی اختصاص می‌یابد که خلاف نص قرآن است و لازمه آن تأسیس فقه جدید است یا اگر به هر دو

مادر یک سوم بدهیم و آنان سهم مذکور را بین خود تقسیم نمایند باز اشکال فوق به شکل دیگری مطرح می‌شود. چرا که ظاهر از عبارت «فَلِأُمَّهَ الْوَالِدِ» آن است که هر شخص که متصف به عنوان «ام» گردد و مادر متوفی شناخته شود، سهم الارث او یک سوم ماترک است.

بنابراین فرزند حاصل از رحم جایگزین به صاحبان اسپرم و تخمک منتسب است و صاحب رحم حق نسبی با فرزند ندارد. البته، این بدین معنا نیست که صاحب رحم با فرزند ارتباطی ندارد یا بر وی محرم نیست. تفصیل این بحث در جای خود خواهد آمد.

### ۳-۱) بررسی نسب طفل متولد از حالات مختلف رحم جایگزین

**الف) نسب طفل حاصل از لقاح (طبیعی یا غیرطبیعی) بین اسپرم و تخمک زوجین و پرورش یافته در خارج از رحم مادر:** فرزند حاصل از این نوع تلقیح، فرزند شرعی و قانونی زن و شوهر تلقی می‌شود و از تمامی حقوق فرزندی برخوردار بوده او نیز موظف است به تمام مسئولیت‌های مبتنی بر فرزندی پایبند باشد. بنا بر این مسأله هیچ تفاوتی میان لقاح خارجی و داخلی از نظر حقوقی وجود ندارد؛ زیرا در هر دو صورت، تخمک و اسپرم زن و شوهر باعث به وجود آمدن چنین فرزندی شده‌اند.

**ب) نسبت طفل حاصل از لقاح (طبیعی یا غیر طبیعی) بین اسپرم و تخمک زوجین و پرورش یافته در رحم ثالث:** در اینجا دو فرض قابل تصور است: ۱) فرضی که جنین مذکور به رحم زنی که با شوهر رابطه زوجیت دارد (به عنوان همسر دوم) منتقل گردد. ۲) فرضی که جنین مذکور به رحم زنی که با شوهر رابطه زوجیت ندارد، منتقل گردد.

در مورد اول نظر به اینکه در نظام حقوقی اسلام، هدف اصلی قانونگذار، یعنی جلوگیری از گسترش موجبات انساب غیر مجاز، در این قسم از باروری تحقق یافته و پرورش جنین نیز در رحمی صورت می‌گیرد که با مرد صاحب اسپرم رابطه زناشویی دارد؛ لذا تردیدی در الحاق فرزند به پدر و مادر صاحب نطفه نخواهد بود و طبعاً کلیه آثار مترتب بر نسب قانونی بین آنان (کودک و پدر و مادر صاحب نطفه) برقرار می‌شود، آنچه در اینجا، قابل بحث و تردید آمیز است تبیین ماهیت رابطه بین طفل و زنی است که طفل در رحم او پرورش یافته است. به بیان دیگر در این مورد، مسئله مورد بحث در خصوص زن صاحب رحم است که آیا مادر طفل تلقی می‌شود یا خیر؟ برخی از محققین می‌گویند: حکم رضاعی بر زن صاحب رحم بار می‌شود و در نتیجه بین او و



کودک، محرمیت و حرمت نکاح به وجود می آید، همانگونه که در قرابت رضاعی این حالت وجود دارد (مکارم شیرازی ۱۳۸۱ ج ۱: ۴۶۵؛ فاضل لنکرانی بی تا ج ۱: ۵۶۵). البته چنین حکمی در قرآن و سنت و مباحث فقهی سابقه ای ندارد، ولی حال که چنین پدیده ای مصداق خارجی پیدا کرده، بعید نیست بتوان گفت که رحم زن در دوران تکون برای جنین مانند پستان های او در دوران رضاع و شیرخوارگی است که موجب تغذیه جنین می باشد، بنابراین همان ملاکی که در مورد قرابت رضاعی وجود دارد و طفل در اثر شیرخوردن از پستان زن حکم فرزند او را پیدا می کند و همانند فرزند نسبی، محرمیت و حرمت نکاح برایش ایجاد می شود، در اینجا هم که آن ملاک قوی تر است حداقل حکم قرابت رضاعی برقرار می شود. به بیان دیگر ملاک و ضابطه رضاع، یعنی رویدن گوشت و محکم شدن استخوان در اینجا نیز وجود دارد، در نتیجه می توان احکام رضاع را جاری کرد. البته مادر رضاعی، مادر حقیقی و حقوقی نیست و تنها مادر حکمی است که نسبت به فرزند محرم می باشد.

#### نقد و بررسی

به نظر می رسد با اتکاء به وحدت ملاک حاکم بر قرابت رضاعی و تنقیح مناط در مورد اخیر و اینکه در فرض مورد بحث نیز همان ملاک و مناط به وجه قوی تری وجود دارد؛ بنابراین رابطه نسب را بین ثالث (که همسر دوم مرد است) و طفل پرورش یافته در رحم او می توان برقرار دانست؛ بدین توضیح که چون در قرابت رضاعی، آنچه منشأ قرابت می گردد، رویدن گوشت و استخوان از شیرمادر رضاعی بر طفل شیرخوار است و به تعبیر فقها انبات لحم و عظم، علت قرابت رضاعی دانسته شده، در اینجا نیز بی تردید جنین از خون ثالث تغذیه نموده و رشد می نماید، یعنی چون جنین انتقال یافته به رحم ثالث به نسبت زمانی که در رحم مانده، از خون او تغذیه نموده و میزان تأثیر این تغذیه در هر شرایطی از تأثیر شیردادن نسبت به کودک بیشتر است - بویژه که در اکثر موارد، طفل پس از زایمان از شیر ثالث نیز استفاده می کند - برقرار دانستن نوعی رابطه خویشاوندی بین طفل و ثالث بسیار معقول تر و پذیرفتنی تر است؛ لذا زن ثالث در حکم مادر رضاعی بوده در نتیجه این قرابت نسبی متضمن کلیه آثار آن از قبیل وراثت نخواهد بود بلکه بدهتاً موجب محرمیت و حرمت نکاح به میزانی که از قرابت رضاعی ناشی می شود، خواهد گردید.

در مورد دوم که یکی از موارد شایع و در عین حال بحث برانگیز لقاح مصنوعی است علی رغم تشّت آرایبی که در جواز یا عدم جواز انتقال جنین به رحم زن بیگانه وجود دارد، در خصوص امکان برقراری نسب و سایر آثار وضعی این انتقال، نظرات، هماهنگ تر و مثبت بوده است. عده زیادی از فقها و محققین معتقدند که رابطه بین کودک و صاحبان نطفه، رابطه ای قانونی و از نوع نسب صحیح بوده و موجب برقراری آثار نکاح صحیح بین دو طرف خواهد بود (حاتمی ۱۳۷۸: ۶۶) و بیگانه بودن زنی که رحم خویش را ظرف پرورش نطفه دیگران قرار داده است، تأثیری در قانونی بودن رابطه بین طفل و صاحبان نطفه نخواهد داشت. آنچه قابل بحث و مطمح تشّت آرا قرار می گیرد، رابطه طفل با زنی است که کودک در رحم او پرورش یافته است. گروهی از فقها معتقدند که در این قسم از باروری، صاحب رحم با کودک تولد یافته، هیچگونه ارتباطی ندارد حتی اگر کودک را شیر دهد؛ زیرا زنی که کودک را شیر می دهد تحت شرایطی مادر رضاعی طفل به شمار می آید و در فرض مورد بحث ما، آن شرایط محقق نیست (قبله ای خوبی ۱۳۸۵: ۲۳۴؛ ۱۳۸۷: ۲۱۴؛ ۱۳۸۲: ۲۷۱). برای اثبات این مدعا به اخبار ذیل استناد می شود: (۱) در صحیحۀ برید آمده است: از امام باقر<sup>(ع)</sup> درخواست کردم که برای من حدیث شریف نبوی<sup>(ص)</sup> را که فرموده است: «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» را تفسیر کند. امام<sup>(ع)</sup> فرمود: «هر زنی که از شیر شوهرش، طفل زن دیگری را شیر دهد، خواه پسر باشد خواه دختر، این همان است که رسول الله فرموده است.» (حرعاملی ۱۴۰۹ ج ۲۰: ۳۸۸؛ شیخ صدوق ۱۴۱۳ ج ۳: ۴۷۵). (۲) در صحیحۀ عبدالله بن سنان آمده است: از امام صادق<sup>(ع)</sup> از لبن فحل (شیر شوهر) پرسیدم: امام<sup>(ع)</sup> فرمود: زن تو از شیر تو و شیر طفل تو، طفل زن دیگری را شیر دهد، پس آن کودک بر تو محرم می شود<sup>۱</sup> (حرعاملی ۱۴۰۹ ج ۲۰: ۳۸۹).

از این روایات استفاده می شود که شیر باید شیر شوهر صاحب رحم و شیر فرزندی باشد که از اسپرم وی (شوهر صاحب رحم) متکون و نشأت یافته است تا رابطه رضاعی بین زن صاحب رحم و طفل دیگری برقرار گردد، در حالی که در مفروض ما، اسپرم متعلق به مرد دیگری است. بنابراین کودک متولد شده هیچگونه رابطه نسبی و رضاعی با صاحب رحم ندارد.

۱. «سألت ابا عبدالله<sup>(ع)</sup> عن لبن الفحل، قال: هو ما أرضعت إمرأتك من لبنك و لبن ولدك ولد إمرأة أخرى فهو حرام».

به نظر می‌رسد در این قسم از باروری از این جهت که ملاک و ضابطه رضاع، یعنی «انبات اللحم و شد العظم» وجود دارد چون در دوران جنینی با تغذیه از مواد غذایی رحم برای کودک انبات لحم و عظم ایجاد می‌گردد ولی از آن جهت که مطلق این ملاک برای تحقق قرابت رضاعی و نشر حرمت کافی نیست بلکه همان طور که در ماده ۱۰۴۶ ق.م به اقتباس از فقه امامیه آمده است باید شرایطی موجود باشد تا نشر حرمت تحقق گردد؛ لذا این مسأله قابل بررسی و تأمل است. هر چند که از لحاظ وجدانی و اخلاقی این امر قابل قبول نیست که چنین کودکی بتواند قانوناً با زنی که او را مدتی در رحم خود پرورش داده ازدواج کند. بنابراین شاید بتوان گفت که پرورش کودک در رحم زن می‌تواند موجب برقراری نوعی قرابت تحت عنوان خاص و ابداعی (مثلاً قرابت خونی یا قرابت ژنتیکی) که آثار خاصی از قبیل ممنوعیت نکاح و امثال آن را به دنبال خواهد داشت، گردد که همان طور که گفته شد این مسأله جای تأمل و دقت است.

**ج) نسب طفل حاصل از حالت جانشینی با باروری مصنوعی (جانشینی جزئی):** در حالت جانشینی جزئی، مادر جانشین (زن بیگانه) جنین حاصل از امتزاج تخمک خود با اسپرم همسر زوجه نابارور را حمل می‌نماید. با توجه به اینکه در این حالت، جنین از تخمک مادر جانشین تشکیل می‌شود و خود مادر جانشین نیز جنین را حمل نموده، او را به دنیا می‌آورد - صرف نظر از حکم تکلیفی و بحث مشروعیت و عدم مشروعیت عمل - در هر حال طفل ملحق به مادر جانشین است، چرا که وی هم صاحب تخمک است و هم صاحب رحم که وظیفه بارداری و زایمان بچه را انجام داده است. بنابراین در این حالت، مادر جانشین، مادر قانونی و بیولوژیکی کودک محسوب می‌شود و بدون تردید صاحب اسپرم نیز پدر قانونی و بیولوژیکی او بوده و لذا تمام حقوق و تکالیف والدین - فرزندی بین صاحبان نطفه و کودک برقرار می‌شود. همسر زوج نابارور، مادر متقاضی به شمار خواهد رفت که هیچگونه ارتباط ژنتیکی / بیولوژیکی با کودک نخواهد داشت و در صورت تحویل فرزند به او، رابطه بین آنها از نوع فرزندخواندگی است. حال اگر بین مادر جانشین - که هم صاحب تخمک است و هم صاحب رحم - و همسر زوج نابارور و متقاضی فرزند، رابطه زناشویی برقرار باشد (به عنوان همسر دوم) دیگر مسأله جانشینی (با باروری مصنوعی) مطرح نمی‌باشد.

**د) نسب طفل حاصل از حالت جانشینی با استفاده از اسپرم اهدایی:** در این شیوه، زوجه نابارور صاحب تخمک، مادر بیولوژیکی و قانونی طفل محسوب می‌گردد و بین طفل و مادر جانشین می‌توان قائل به وجود نوعی قرابت تحت عنوان خاص و ابداعی شد. اما اینکه صاحب اسپرم

(اهدایی) پدر طفل محسوب می‌گردد یا نه؟ باید گفت که کودک متولد شده از این نوع تلقیح، از نظر لغوی، عرفی، زیستی و ژنتیکی به اهدا کننده اسپرم منتسب است و در مورد نسبت طفل با شوهر زنی که طفل، حاصل از ترکیب تخمک او با اسپرم اهدایی است نیز باید بگوییم که بر اساس مبنای فقهی و حقوقی اسلامی، بین این کودک و شوهر زن رابطه نسبی وجود ندارد و هیچ یک از حقوق و تکالیف پدر - فرزندی واقعی بین آنها وجود ندارد، مگر احکامی که به تبع همسرش متعلق آن قرار می‌گیرد؛ نظیر حرمت نکاح، چرا که کودک متولد شده، فرزند همسر اوست و در صورتی که دختر باشد ریبیه است و شوهر نمی‌تواند با او ازدواج نماید (گرچی و دیگران ۱۳۸۴: ۴۳۳) و بهترین دلیل در عدم پیوستگی نسبی بین شوهر زن و طفل حاصل از تلقیح با اسپرم اهدایی، استناد به آیه شریفه «... وَ مَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ...» و پسرخواندگانتان را پسران واقعی شما قرار نداده است...» (احزاب: ۴) است. که به حکم این آیه، فرزند خواندگی حکم فرزند واقعی را ندارد و هیچ اثر حقوقی و اجتماعی نیز به دنبال نخواهد داشت. ولی با این وجود ما می‌توانیم در ظاهر (عرف عقلا) کودک را به شوهر زن منتسب کنیم.

**ه) نسب طفل حاصل از حالت جانشینی با استفاده از جنین اهدایی:** مسأله اساسی در این حالت، وضعیت نسب کودک متولد شده با صاحبان گامت (اسپرم و تخمک) از یک سو و گیرندگان گامت و صاحب رحم از سوی دیگر است. از تطبیق نتایجی که در مباحث مربوط به تعیین نسب پدری و مادری به دست می‌آید، در مورد نسب پدری و مادری در این حالت می‌توان گفت که اهداکننده اسپرم «پدر» و اهدا کننده تخمک «مادر» کودک متولد شده، محسوب خواهند شد. سید حسین صفایی می‌گوید که نظریه سنتی این است که طفل به صاحب نطفه ملحق می‌شود؛ اغلب فقهای معاصر نیز 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 گامت برقرار می‌گردد؛ در حالی که در این مورد (انتقال جنین)، آنها اغلب ناشناخته بوده و خواهان طفل نمی‌باشند و فقط به انگیزه خیرخواهی و نیکوکاری اقدام به اهدای 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 آنها ملحق شود نه به صاحبان نطفه. عدم الحاق طفل به زن و شوهر متقاضی بی‌شک به مصلحت کودک نیست؛ زیرا در این صورت زن و شوهر تکلیفی به نگاهداری و تربیت و تأمین هزینه زندگی طفل نخواهند داشت و

توارثی هم بین آنان نخواهد بود. صاحبان نطفه هم، بر فرض که شناخته شوند، احساس مسئولیت نسبت به طفلی که خواهان آن نبوده‌اند، نمی‌کنند و شاید تحمیل حضانت و نفقه طفل بر آنان غیر عادلانه باشد. پس حل این مشکل به اجتهاد و قانونگذاری جدید، نیاز دارد؛ چنانکه در کشورهایمانند فرانسه، مشکل با مداخله قانونگذار حل شده است (صفایی ۱۳۸۳: ۸۱).

گرچه اظهارنظرهای فوق، اختصاص به حالت «اهدای جنین» داشته و ربطی به حالت مادر جانشین با استفاده از جنین اهدایی ندارد، ولی از این جهت که قابل انطباق با مسأله مورد نظر ما بوده و گویای این مطلب است که بر اساس قواعد سنتی حقوق مدنی، طفل ملحق به صاحبان جنین می‌شود، مفید فایده است. قانونگذار ایران با تصویب قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور در ۸۲/۴/۲۹ هر چند که در جهت حل مشکل زوجین نابارور، توانست تحولی ایجاد کند و مشکل خانواده‌های نابارور را تا حدودی حل کرده و به آرزوی بچه دار شدن آنان پاسخ مثبت بدهد؛ ولی با این وجود، بررسی تطبیقی آن نشان می‌دهد که این قانون، برداشتی ناقص از قانون حمایت از کودکان بی سرپرست است و در زمینه نسب طفل حاصل از این روش و آثار آن نارساست. ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مقرر داشته است که: «وظایف و تکالیف زوجین اهدا گیرنده جنین و طفل متولد شده، از لحاظ نگهداری، تربیت، نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است.»<sup>۱</sup> بدین ترتیب، قانونگذار بدون تصریح به الحاق طفل به زوجین پذیرنده، فقط به بعضی از آثار نسب اشاره نموده و مسأله توارث را مسکوت گذاشته است، حال آنکه مطلوب، الحاق طفل به دریافت کنندگان جنین با تمامی آثار آن از جمله توارث است. البته پذیرش این راه حل که با حقوق تطبیقی<sup>۲</sup> نیز هماهنگی دارد، نیازمند اجتهاد جدید در راستای حل مشکل فقهی و شرعی است.

همان طور که گفته شد مطالب بالا در واقع راه حل حقوق تطبیقی مسأله است اما از نظر شرعی و فقهی، همان طور که قبلاً نیز گفته شد طفل به صاحبان گامت ملحق می‌شود و زوجین گیرنده، والدین حقوقی و قانونی کودک به شمار نمی‌آیند؛ اما با توجه به اینکه در این حالت از بارداری، صاحبان گامت اغلب ناشناخته بوده و خواهان طفل نیستند، سؤال این است که این کودک که

۱. این ماده، مشابه ماده ۱۱ قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست است.

۲. در قانون فرانسه طفل به زن و مرد درخواست کننده ملحق می‌شود و این الحاق دارای تمامی آثار نسب مشروع اعم از ارث، نفقه، ولایت قهری، حضانت، منع نکاح، احترام و غیر آن است.

خود در تولدش هیچ نقشی نداشته از یک سو پدر و مادر طبیعی اش مجهول بوده یا خواهان او نیستند و از سوی دیگر با گیرندگان جنین نیز رابطه اتصال از طریق ولادت ندارد، پس تکلیف او از لحاظ نسب چیست؟ در اینجا می توان گفت که با توجه به همان نظریه سنتی، صاحبان گامت والدین حقیقی و قانونی کودک هستند ولی برای اینکه کودک بلا تکلیف نماند می توان صاحب رحم و همسر او را به عنوان متولی کودک در نظر گرفت.

## ۲) آثار غیر مالی کودک متولد از رحم جایگزین

### ۲-۱) حرمت نکاح

در قانون مدنی نکاح با اقارب نسبی، سببی و رضاعی تا درجه معینی ممنوع شده است. با توجه به مطالبی که در بحث مربوط به نسب مطرح نمودیم دریافتیم طفلی که از اسپرم یک موجود به وجود می آید از جهت بیولوژی و طبیعی فرزند خونی او محسوب می گردد و با فرزند ناشی از مقاربت با زن - اعم از اینکه زن زوجه او باشد یا نباشد و اعم از اینکه مقاربت ناشی از شبهه باشد یا غیر شبهه - تفاوت ندارد همان طور که برابر ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی ایران، نکاح انسان با فرزند خود قانوناً و شرعاً ممنوع است، در انواع حالات رحم جایگزین نیز، نکاح بین طفل و صاحب اسپرم ممنوع و باطل است. در این مسأله بین فرزند حاصل از مقاربت صحیح و غیر صحیح و فرزند حاصل از عدم مقاربت تفاوتی وجود ندارد؛ زیرا از نظر زیست شناسی کودک رابطه خونی با صاحب اسپرم دارد و همین رابطه خونی سبب حرمت نکاح بین آنان می گردد. به همین دلیل بنابر قول مشهور فقهای امامیه که ملاک قانونگذاری ایران در ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی است. فرزند ناشی از زنا و شبهه نیز در ردیف فرزند مشروع با مقاربت طبیعی، از جهت حرمت نکاح دانسته شده است و طفل ناشی از اسپرم مردی، ولو در رحم زن بیگانه، چون زنا مصداق ندارد، به صاحب اسپرم ملحق می گردد و وجود رابطه ذاتی خونی باعث حرمت نکاح می شود (موسوی بجنوردی ۱۳۸۵: ۶؛ ۳۱۶؛ صمدی اهری ۱۳۸۲: ۱۳۶). صاحب تخمک نیز با فرزند متولد از رحم جایگزین همانند صاحب اسپرم، رابطه خونی دارد و لذا ممنوع است که صاحب تخمک با این کودک ازدواج کند. بنابراین از آنجا که این کودک فرزند صاحبان اسپرم و تخمک است، حرمت نکاح با سایر ارقاب نسبی روشن است و نیازی به توضیح ندارد.

در مورد حرمت نکاح طفل با مادر جانشین (که علقهٔ زوجیت بین او و صاحب اسپرم وجود ندارد) می‌توان گفت که او با نوزاد بیگانه نیست. بنابراین از جهت نکاح باید معتقد باشیم که این کودک فرزند وی محسوب می‌شود و نکاح بین آنان ممنوع و شرعاً حرام است. با شوهر این زن نیز (اگر زن شوهر داشته باشد)، از جهت حرمت نکاح رابطه دارد گرچه فرزند او نیست ولی ریبیهٔ زن وی محسوب می‌شود که برابر بند سوم ماده ۱۰۴۷ قانون مدنی ایران، نکاح شوهر زن اجاره‌ای با دختر متولد از رحم زوجه اش که در اجارهٔ غیر بوده، با توجه به اینکه با زن مزبور قرابت خونی دارد، ممنوع دائمی است.

تنها مسألهٔ مهم در استفاده از انواع رحم جایگزین، حالت جانشینی با استفاده از اسپرم اهدایی بیگانه است که در این حالت سؤال اساسی این است که فرزند ناشی از اسپرم اهدایی با شوهر زن (صاحب تخمک) که با اسپرم بیگانه صاحب آن فرزند شده چه رابطه‌ای از جهت جواز یا حرمت نکاح دارد؟ از جهت نسب و قرابت خونی، طفل مزبور چون از اسپرم شوهر (همسر زن صاحب تخمک) به وجود نیامده در واقع رابطه‌ای با شوهر آن زن ندارد ولی از نظر ظاهر ما می‌توانیم کودک را به شوهر زن منتسب کنیم. همچنین طبق بند سوم از ماده ۱۰۴۷ قانون مدنی، شوهر زن نمی‌تواند با این طفل ازدواج کند به عبارت دیگر دختر زوجه در ردیف دختر نسبی زوج و از محارم محسوب می‌شود، ممنوع است که شوهر با دختر زوجهٔ خود ازدواج کند.

## ۲-۲) حضانت طفل متولد از حالات مختلف رحم جایگزین:

از نظر امام خمینی، حضانت عبارت است از: تربیت فرزند و آنچه در مورد مصلحت فرزند به این امر تعلق می‌گیرد «مادر به حضانت فرزند و تربیت او و آنچه که به حضانت او تعلق دارد از جهت مصلحت حفظ بچه در مدت شیر دادن- یعنی دو سال- سزاوارتر است، در صورتی که مادر حرّ و مسلمان و عاقل باشد؛ چه بچه پسر باشد یا دختر؛ چه او را خودش شیر دهد یا دیگری، پس برای پدر جایز نیست که او را در این مدت از مادر بگیرد اگرچه بنابر احوط (وجوبی)، مادر او را از شیر گرفته باشد» (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۲ و ۱: ۷۵۳-۷۵۲ م ۱۶).

برابر ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی ایران «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است.» بنابراین طفل به هر کس نسبت داده شود همو حق و وظیفهٔ حضانت طفل را دارد. در این مورد فرقی میان

اطفال ناشی از روابط جنسی و اطفال ناشی از تلقیح مصنوعی و یاری شده وجود ندارد و بر اساس ماده ۱۱۶۹ ق.م. مادر (صاحب تخمک) در نگاهداری طفل از زمان تولد تا هفت سالگی بر پدر اولویت دارد و پس از انقضای این مدت، حضانت با پدر (صاحب اسپرم) است. اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست، مبتلا به جنون شود یا با دیگری ازدواج کند، حق حضانت طفل از وی ساقط و به پدر واگذار می‌شود (ماده ۱۱۷۰ ق.م) و در صورت فوت یکی از ابویین، حضانت طفل با آنکه زنده است خواهد بود (ماده ۱۱۷۱ ق.م) و کسی که قانوناً عهده دار حضانت کودک است حق ندارد از نگاهداری او امتناع کند و در صورت امتناع برابر ماده ۱۱۷۲ همان قانون، به حکم دادگاه خانواده، ملزم به حضانت خواهد شد و اگر الزام ممکن یا مؤثر نباشد، حضانت با خرج پدر و در صورت فوت پدر با هزینه و خرج مادر انجام می‌گیرد و اگر در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی صاحب اسپرم (پدر) یا صاحب تخمک (مادر) که کودک تحت حضانت اوست، صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی کودک در معرض خطر باشد، دادگاه خانواده می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای مدعی العموم (رئیس دادگستری) هر تصمیمی را که برای حضانت کودک مقتضی باشد، اتخاذ نماید (ماده ۱۱۷۳ ق.م).

در مورد مادر جانشین، باید مشخص گردد که او مادر کودک محسوب می‌شود یا خیر؟ که در صورت مادر بودن برابر ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی، تا سن هفت سالگی حق و تکلیف حضانت دارد ولی با توجه به قرارداد مربوط به رحم جایگزین به نظر می‌رسد تکلیف او ساقط باشد مگر اینکه صاحب تخمک فوت شده یا مجنون گردد و یا به هر علتی قادر به حفظ و نگاهداری کودک نباشد که در این صورت شاید بتوان با توجه به مصلحت طفل، این تکلیف را بر او تحمیل کرد و اجرت حضانت را برعهده صاحب اسپرم (پدر) قرار داد؛ هر چند قبول چنین نظریه‌ای با توجه به اینکه این تکلیف خارج از قرارداد و تراضی حاصل است، چندان آسان نباشد اما شاید مصلحت طفل این نظریه را توجیه کند و نظریه خلاف آن نیز منطقی به نظر می‌رسد. بنابراین برای مادر جانشین حق حضانتی نیست. اما اگر او به عنوان حق حضانت، خواستار نگاهداری طفل باشد، شاید با توجه به مصلحت کودک بتوان برای او نیز حق حضانت قائل شد. صاحبان اسپرم و تخمک پدر و مادر کودک محسوب می‌شوند، ولی بی‌انصافی است که مادر جانشین را از ملاقات با این کودک محروم سازند (موسوی بجنوردی ۱۳۸۵ ج ۶: ۳۱۹).



تنها مسأله، در مورد حضانت طفل حاصل از حالت جانشینی با استفاده از گامت بیگانه است که بحث از حضانت اینگونه اطفال بسیار دشوار می‌نماید؛ چرا که در این روش، کودک با دو پدر و مادر سروکار دارد: (۱) پدر و مادر بیولوژیک که صاحبان گامت می‌باشند (۲) پدر و مادر قانونی که گیرندگان سلول‌های جنسی‌اند. شاید بتوان مشکل حضانت این کودکان را با توجه به نظر برخی از فقها مبتنی بر نظر اراده و اعراض حل کرد. اعراض در اصطلاح فقه و حقوق عبارت است از انشاء قلع مالکیت از مال: چشم پوشی مالک از اموال خود به قصد ترک مالکیت. در نتیجه مال مورد اعراض، جزء مباحات است هر چند که اعراض کننده قصد اباحه آن را نداشته باشد، اعراض به معنای اذن در تصرف دیگران نیست، بلکه اثر مستقیم اعراض، ساقط نمودن سلطه مالکانه است، از آنجا که اعراض نوعی ایقاع است، لذا اعراض از مال سبب بلا مالک بودن مال می‌شود، اما مال مالیت خود را از دست نمی‌دهد (جعفری لنگرودی ۱۳۷۸: ۴۷۸). بر همین مبنا، صانعی فتوای خود را بر پایه اعراض صاحبان سلول‌های جنسی استوار نموده و می‌فرماید: «صاحب اسپرم در صورتی که از نطفه خود اعراض نکرده باشد پدر محسوب می‌شود. آری در صورتی که مرد اجنبی از نطفه خود اعراض کرده باشد (مثلاً نطفه را در بانک اسپرم قرارداد داده تا هر کس خواست از آن استفاده کند) پدر محسوب نمی‌شود (صانعی ۱۳۸۲: ۱۲۵). البته مشکل حضانت این کودکان از طریق دیگری نیز قابل حل است و آن هم بر اساس اراده طرفین است. در مسأله اسپرم و تخمک‌اهدایی، ارائه‌دهندگان اسپرم و تخمک با اهدای سلول‌های جنسی خود، هدف تولید فرزند برای خودشان را ندارند؛ بلکه می‌خواهند در فرآیند درمان زوج‌های نابارور مشارکت نمایند؛ همچنین گیرندگان نیز کودکان متولد شده را برای خود می‌خواهند؛ لذا اینجا اراده طرفین منشأ اثر است. اهداکنندگان در این فرآیند صرفاً بر مبنای اقدامی خیرخواهانه ولو گاه در قبال دریافت وجه، سلول‌های جنسی خود را در اختیار مراکز درمانی قرار می‌دهند و حتی به ذهنشان خطور نمی‌کند که این اسپرم و تخمک فرزندانشان خواهد شد. بنابراین گیرندگان اسپرم و تخمک، صاحبان کودک تلقی شده و باید حضانت کودک را برعهده بگیرند و در واقع تمام حقوق و تکالیفی که در امر حضانت برعهده والدین بیولوژیک است برعهده گیرندگان سلول‌های جنسی نیز هست.

در مورد حضانت طفل حاصل از حالت جانشینی با استفاده از جنین‌اهدایی نیز باید گفت که: در قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور گفته شده که جنین از تخمک و اسپرم دو همسر شرعی تشکیل می‌شود و سپس به زوجین نابارور اهدا می‌گردد. اگرچه بین گیرندگان جنین و

کودک متولد شده، رابطه ژنتیکی وجود ندارد، اما قانونگذار به منظور تضمین آینده کودک، درصدد ایجاد همان حقوق و تکالیفی است که والدین و اولاد با یکدیگر دارند. در ماده ۳ مصوب ۱۳۸۱/۶/۵ مجلس شورای اسلامی، رعایت حقوق و تکالیف حاکم بر روابط فرزند و والدین بر زوجین گیرنده جنین و کودک متولد شده، الزامی تلقی شده بود. در تاریخ ۱۳۸۲/۳/۱۸ این ماده از طرف مجلس شورای اسلامی اصلاح و به شورای نگهبان ارسال گردید (مرکز تحقیقات شورای نگهبان ۱۳۸۳: ۱۵۷) که مجدداً مورد ایراد شورای نگهبان قرار گرفت و در نهایت با تصویب این ماده در تاریخ ۱۳۸۲/۴/۲۹ مقرر شد که: «وظایف و تکالیف اهدا گیرنده جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگاهداری، تربیت نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است.»

### ۲-۳) تربیت

#### ۲-۳-۱) کسانی که عهده‌دار تربیت طفل هستند:

تربیت طفل مراحل مختلفی دارد که مدتی پس از ولادت نوزاد شروع خواهد شد. در مراحل اولیه زندگی و در سنین پایین، تنها مادر و پدر هستند که تربیت طفل را به عهده دارند ولی در مراحل بعدی دولت و سازمانها و ارگانهای عمومی و دولتی نیز در این امر مهم مداخله دارند و ابوین را یاری می‌کنند.

همان‌طور که گفتیم در ماده ۱۱۷۸ ق.م اینگونه بیان شده است که ابوین مکلفند در حدود توانایی خود به تربیت اطفال همّت گمارند و آنها را خودسر رها نکرده، مهمل نگذارند و اگر بر اثر عدم مراقبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت و تربیت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر قرار گیرد، دادگاه می‌تواند ... تصمیم شایسته‌ای اتخاذ کند و طفل را به هر کس که مقتضی بداند، جهت نگاهداری و تربیت بسپارد (ماده ۱۱۷۳ ق.م)؛ بنابراین در کنار حضانت، تربیت نیز به عهده کسی است که مکلف به نگاهداری طفل است و در واقع تربیت جدای از امر حضانت نیست هر چند ممکن است گفته شود تربیت از قدرت ولایت ناشی می‌شود و مقوله‌ای جدای از حضانت است ولی ناگفته نماند که در صورت جدایی زوجین و در مدتی که طفل تحت حضانت مادر است تفکیک تربیت از حضانت تقریباً غیرممکن است و پدر هر چند که به عنوان ولی قهری مسئول تربیت طفل است ولی عملاً نمی‌تواند در تربیت او نقش چندانی داشته باشد، بنابراین در صورتی که مادر در تربیت طفل تحت حضانت خود

مسامحه کند، ناچار دادگاه باید به منظور حمایت از کودک، تصمیم مقتضی و شایسته‌ای اتخاذ کند به نحوی که طفل از جهت تربیت اخلاقی در معرض خطر قرار نگیرد و خودسر بار نیاید. در صورت فقدان پدر و مادر، جد پدری و پس از او، وصی منصوب از طرف پدر یا جد پدری و در صورت نبودن وصی، قیم به ترتیبی که در بحث حضانت مواد ۱۱۸۸ و ۱۲۳۵ ق.م.مقرر است، عهده‌دار تربیت طفل خواهند بود. بنابراین با توجه به مطالب ارائه شده درمی‌یابیم که در هر یک از حالات رحم جایگزین تربیت طفل بر عهده فرد یا افرادی است که حضانت طفل با آنهاست و تنها چیزی که قابل بحث است این است که آیا مادر جایگزین هم در این زمینه تکلیفی دارد یا خیر؟ که با توجه به مطالبی که در مبحث حضانت بیان شد، در این باره باید گفت در صورتی که او حضانت کودک را به عهده بگیرد، تربیت وی، جزء حق و تکلیف او خواهد بود ولی در غیر این صورت، او تکلیفی نخواهد داشت.

#### ۲-۴) ولایت قهری

##### ۱-۴-۲) ولایت بر اطفال ناشی از رحم جایگزین:

برابر ماده ۱۱۸۰ ق.م. طفل صغیر تحت ولایت پدر و جد پدری خود است و همچنین است طفل غیر رشید یا مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد. در فقه اسلامی خصوصاً در فقه شیعه گرچه در رابطه با ولایت قهری مادر بر فرزند، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد، چنانکه صانعی معتقدند که با وجود مادر، پدر بزرگ بر طفل ولایت ندارد (صانعی ۱۳۸۹ ج ۲: ۲۵۵-۲۵۴) و امام خمینی معتقدند که ولایت تصرف در مال طفل و ملاحظه مصالح و شؤون او با پدر و جد پدری است. و با نبود آنها، قیم یکی از آنها چنین ولایتی دارد. و قیم کسی است که یکی از پدر و جد وصیت کند که ناظر در امور طفل باشد. و با نبود قیم، ولایت او با حاکم شرع است. و اما مادر و جد مادری و برادر تا چه رسد به سایر نزدیکان، ولایتی بر او ندارند (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱ و ۲: ۵۲۱ م ۵).

قانون مدنی سمت ولایت قهری را به پدر و جد پدری اختصاص داده و این سمت را برای مادر نشناخته است. قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳ در ماده ۱۵ خود، مادر را نیز ولی قهری در ردیف پدر و جد پدری قرار داده بود ولی بعد از پیروزی انقلاب به موجب ماده واحده لایحه قانونی الغای مقررات مخالف با قانون مدنی راجع به ولایت و قیمومت مصوب ۱۳۵۸/۷/۱۸ ماده

۱۵ قانون حمایت خانواده به طور ضمنی فسخ گردید و در حال حاضر مادر بر کودک خود ولایت ندارد.

بنابراین طفل ناشی از لقاح مصنوعی تا زمانی که به سن بلوغ و رشد برسد تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خواهد بود، همچنین اگر بعد از بلوغ معلوم شود که این کودک غیر رشید است یا دارای جنون می باشد و سقه یا جنون وی به زمان صغر اتصال دارد ولایت پدر (صاحب اسپرم) و جد پدری بر او ادامه می یابد و اگر پدر و جد پدری در قید حیات نباشند و برای نگاهداری و تربیت کودک تحت ولایت خود وصی منصوب نکرده باشند، در این صورت قیم منصوب به حکم دادگاه، وظیفه ولایت را عهده دار خواهد بود. در اینجا ممکن است دادگاه، مادر (صاحب تخمک) یا هر کس دیگر از جمله مادر جایگزین را برای قیمومت تعیین نماید. لذا در بحث ولایت اطفال ناشی از رحم جایگزین با مشخص شدن پدر کودک، مسأله ولایت بر او نیز حل می شود. بنابراین نه صاحب تخمک و نه زن صاحب رحم بر طفل متولد از رحم جایگزین ولایت نخواهد داشت.

مسأله مهم در اینجا بحث ولایت بر اطفال ناشی از رحم جایگزین با استفاده از اسپرم بیگانه (اهدایی) و جنین اهدایی است که با توجه به ماده ۱۱۸۰ ق.م باید بگوییم که ولایت بر این اطفال بر عهده پدر (صاحب اسپرم) و جد پدری است، اما در بیشتر موارد، اهدا کننده اسپرم و جنین ناشناخته اند همچنین قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور - که در مباحث گذشته مطرح شد - می گوید وظایف و تکالیف زوجین دریافت کننده جنین از لحاظ نگاهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است؛ بنابراین در حالت جانشینی با استفاده از جنین اهدایی قانون تکلیف را مشخص کرده است. تنها مسأله در حالت جانشینی با استفاده از اسپرم اهدایی است که شاید بتوان گفت چون صاحب اسپرم از اسپرم خود اعراض کرده همانطور که در مباحث قبلی توضیح داده شد؛ در این فرآیند درصدد این نبوده که خود، صاحب فرزند شود، بلکه می خواسته در فرآیند درمان زوجین نابارور مشارکت نماید؛ همچنین گیرندگان نیز طفل متولد شده را برای خود می خواهند؛ لذا اراده طرفین در اینجا منشأ اثر است. بنابراین می توان گفت گیرنده اسپرم بر طفل ولایت می یابد اما بر این استدلال ایراد وارد است و آن اینکه رابطه پدر و فرزند همانند مباحث نیست که بر اساس عدم اعراض به وجود آید و با اعراض صاحب نطفه، او از پدر و صاحب نطفه بودن در آید بلکه یک رابطه واقعی خارجی و یک امر تکوینی است و صاحب

نطفه بودن باعث ولایت یافتن می‌شود، منتها در این قسم از باروری چون صاحبان نطفه اغلب ناشناخته بوده و گیرندگان نطفه نیز والدین واقعی کودک محسوب نمی‌شوند؛ لذا کودک متولد شده از مصادیق «من لا ولی له» می‌باشد که تولیت او با حاکم شرع است؛ صاحب رحم و همسر او می‌توانند به خاطر مصلحت کودک از سوی حاکم شرع متصدی و متولی کودک شوند.

### ۳) آثار مالی کودک متولد شده از رحم جایگزین

#### ۳-۱) توارث

##### ۳-۱-۱) توارث در حالت مادر جانشین:

رابطه توارث بین طفل و والدین حکمی (صاحبان گامت) برقرار است؛ زیرا هم از جهت بیولوژیکی و خونی، هم در عرف و هم در حقوق اسلام، طفل فرزند آنها است و در مواد ۸۶۱ و ۸۶۲ قانون مدنی ایران به اقتباس از حقوق اسلام و فقه امامیه، موجبات ارث، نسب است و سبب و اولین طبقه ای که بین آنها توارث برقرار است پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد است و اولاد در عرف و حقوق و شرع به کسانی گفته می‌شود که از اسپرم و تخمک مرد و زنی به وجود آمده باشند که صاحبان اسپرم و تخمک پدر و مادر آنها محسوب می‌شوند و از جمله موانع توارث بین چنین افرادی به موجب ماده ۸۸۴ ق.م، ولادت ناشی از زناست؛ بنابراین منحصراً فرزندان ناشی از زنا از جهت توارث، رابطه‌ای با زانی و زانیه ندارند؛ زیرا عمل زنا مانعیت دارد (صفایی و قاسم‌زاده ۱۳۷۸: ۳۶) نه عدم وجود علقه زوجیت بین زن و مردی که طفل حاصل از ترکیب اسپرم و تخمک آنهاست. قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه، فرزند ناشی از مقاربت به واسطه اکراه یا شبهه را از موانع ارث قرار نداده است؛ بنابراین به طریق اولی در مورد طفل ناشی از رحم جایگزین که مقاربتی بین صاحب اسپرم و مادر جایگزین صورت نگرفته، می‌توان گفت که ممنوعیت توارثی وجود ندارد و بین صاحبان گامت و طفل ناشی از آنها که در رحم جایگزین رشد کرده و متولد شده، توارث برقرار است و آنان از یکدیگر ارث می‌برند.

اگر مادر جایگزین را مادر نسبی به معنای عرفی و قانونی ندانیم و چنین استدلال کنیم که مادر نسبی کودک، صاحب تخمک است نه مادر جایگزین و معتقد باشیم که مادر جایگزین با اینکه اشتراک خونی با کودک دارد، مادر قانونی محسوب نمی‌شود و رابطه وی با کودک شبیه رابطه فرزند رضاعی است - البته با توجه به ماده ۱۰۴۶ ق.م، فرزند رضاعی، حدود و مشخصه‌ای دارد

که در شرع و قانون مقرر شده و خارج از محدوده تعریف شده اگر کودکی به وجود آید به آن کودک، فرزند رضاعی نمی توان اطلاق کرد؛ علی الخصوص که فرزند رضاعی دارای وضعی استثنایی است و منحصرأ آثار آن در حرمت نکاح ظاهر می شود، به این ترتیب فرزند ناشی از رحم جایگزین را (همانطور که در بحث نَسَب به تفصیل پیرامون آن صحبت کردیم) نمی توان فرزند رضاعی دانست. در این صورت با اینکه از جهت نکاح، حرمت و ممنوعیت وجود دارد ولی قرابت نسبی که موجب تحقق ارث بین آنها باشد، تحقق نیافته است؛ بنابراین موجبات قانونی توارث بین آنها فراهم نشده و از همدیگر ارث نخواهند برد و بدین ترتیب مشکل دو مادر وارث نیز حل می گردد.

سؤال در مورد توارث در حالت جانشینی با استفاده از اسپرم یا تخمک بیگانه (اهدایی) است که اگر در تلقیح اسپرم یا تخمک، صاحبان آنها معلوم نباشد - که غالباً هم، چنین است و باید برای جلوگیری از ایجاد مشکلات بعدی برای گیرندگان گامت، دهندگان مجهول باشند - مسأله توارث کودکی که در این میان متولد می شود چگونه خواهد بود؟ همان طور که قبلاً نیز بیان شد، فقط بین صاحبان گامت و کودک رابطه طبیعی (خونی) وجود دارد و بین آنها نسب ثابت می شود، لذا زوج فاقد اسپرم یا زوجه فاقد تخمک که گیرنده اسپرم یا تخمک هستند، پدر و مادر (حقیقی و قانونی) کودک به شمار نمی آیند تا رابطه توارث بین آنها برقرار باشد. حال سخن در اینجاست که این کودک که خود در تولدش هیچ نقشی نداشته و مانند سایر کودکان باید از برخی حقوق مادی بهره مند گردد، به جهت مجهول بودن پدر و مادر طبیعی اش، از آنها ارث نمی برد، از سوی دیگر با گیرندگان اسپرم یا تخمک نیز رابطه اتصال از طریق ولادت را ندارد، پس تکلیف این کودک از نظر بهره مندی مایملک پدر و مادر حکمی چگونه خواهد بود؟ در اینجا، راه حلی که می توان پیشنهاد نمود این 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 آنها خواهد بود و آنها ملزم باشند وصیت کنند که این کودک به اندازه سهم یکی از وراثت طبقه اول در حد ثلث، سهم ببرد. البته، اصل وصیت از عقود جایز است ولیکن با آوردن آن به عنوان شرط عقد لازم، لازم خواهد شد (قبله ای خویی ۱۳۸۵: ۲۳۰ - ۲۲۹).

در رابطه با توارث در حالت جانشینی با استفاده از جنین اهدایی نیز باید گفت که در حقوق ایران، الحاق کامل طفل به زن و شوهر متقاضی فرزند، پذیرفته نشده است، چرا که ماده ۳۱ قانون

نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، بدون تصریح به الحاق طفل به زوجین اهدا گیرنده، فقط به بعضی از آثار نسب از قبیل نگهداری، تربیت، نفقه و احترام اشاره نموده و می گوید: «وظایف و تکالیف زوجین اهدا گیرنده جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری، تربیت، نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است.» و مسأله توارث را مسکوت گذاشته است. بدین سان قانونگذار ایران، با توجه به نظر سنتی فقها مبنی بر اینکه طفل از لحاظ نسب به صاحبان نطفه ملحق می شود اثر توارث برای این رابطه قائل نشده است. این نظر از لحاظ مصلحت طفل و خانواده و جامعه قابل ایراد است؛ زیرا صاحبان نطفه در اینگونه موارد ناشناخته اند، وانگهی آنان نمی خواستند صاحب فرزند شوند و تحمیل الحاق طفل به آنها با آثاری که بر این الحاق مترتب است نه با خواست آنها توافق دارد و نه با مصلحت طفل و مصالح اجتماعی سازگار است. بنابراین مطلوب آن است که طفل به کسانی ملحق شود و از اشخاصی ارث ببرد که خواهان او بوده، رابطه پدر فرزندی و مادر فرزندی و آثار مترتب بر آن را صریحاً یا ضمناً پذیرفته اند. البته پذیرش این راه حل که با حقوق تطبیقی (حقوق فرانسه) نیز هماهنگی دارد، نیازمند اجتهاد جدید در راستای حل مشکل فقهی و شرعی است (صفایی ۱۳۸۵: ۱۸۰).

مطالب بالا در واقع راه حل حقوق تطبیقی مسأله است و همان طور که در مبحث نسب اینگونه اطفال نیز گفتیم از نظر شرعی و فقهی طفل به صاحبان نطفه ملحق می شود و از آنها ارث می برد و گیرندگان نطفه والدین حقوقی و قانونی کودک به شمار نمی آیند اما با توجه به اینکه در این حالت از بارداری، صاحبان گامت اغلب ناشناخته بوده یا خواهان طفل نیستند سؤال این است که از یک سو کودک به جهت مجهول بودن پدر و مادر طبیعی اش از آنها ارث نمی برد و از سوی دیگر با گیرندگان جنین رابطه اتصال از طریق ولادت را ندارد، پس تکلیف این کودک از لحاظ توارث چگونه خواهد بود؟ در این مورد نیز می توان همان راه حل مطرح در بالا را پیشنهاد نمود.

## ۲-۳) الزام به انفاق (نفقه):

قانون مدنی در ماده ۱۱۰۷ در تعریف نفقه می گوید: «نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل: مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض» و در ماده ۱۲۰۴ می گوید: «نفقه اقارب عبارت است از مسکن، البسه، غذا و اثاث البیت به قدر رفع حاجت با در نظر گرفتن درجه

استطاعت منفق» بنابراین می‌بینیم که قانون مدنی این نیازمندی‌ها را ذکر کرده ولی مقدار نفقه را معین ننموده و آن را به درجه استطاعت منفق و به قدر رفع احتیاج منفق علیه موکول نموده است.

### ۱-۲-۳) نفقه طفل متولد از حالات مختلف رحم جایگزین:

نفقه‌ای که در اینجا مطرح می‌گردد، جزء نفقه اقارب است که یکی از آثار نسب قانونی به شمار می‌آید. اقارب جمع اقرب و به معنی عام شامل خویشان نسبی، سببی و رضاعی می‌شود، ولی در اینجا، مقصود از اقارب، خویشان نسبی است، زیرا بین خویشان سببی و رضاعی تکلیف به نفقه وجود ندارد. در مورد خویشان نسبی هم، فقط برای کسانی که قرابت آنها در خط مستقیم (عمودی) باشد، تکلیف انفاق مقرر شده است (صفایی و امامی ۱۳۷۸: ۳۹۳). چنانکه ماده ۱۱۹۶ ق.م.تصریح می‌نماید که «فقط اقارب نسبی در خط عمودی اعم از صعودی یا نزولی، ملزم به انفاق به یکدیگر می‌باشند.» بر اساس ماده ۱۱۹۹ ق.م. «نفقه اولاد بر عهده پدر است. پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به انفاق، بر عهده اجداد پدری است با رعایت الاقرب فالاقرب. در صورت نبودن پدر و اجداد پدری و یا عدم قدرت آنها، نفقه بر عهده مادر است. هرگاه مادر هم زنده یا قادر به انفاق نباشد با رعایت الاقرب فالاقرب به عهده اجداد و جدات مادری و جدات پدری واجب النفقه است و اگر چند نفر از اجداد و جدات مزبور از حیث درجه اقربیت مساوی باشند، نفقه را باید به حصه مساوی تأدیه کنند».

با توجه به مطالب فوق‌الذکر صاحب اسپرم، پدر قانونی طفل محسوب می‌شود و او مکلف به تأمین نفقه کودک خواهد بود و این تکالیف بعد از او به اجداد پدری سرایت خواهد کرد. در صورت فقدان طبقه اول و دوم یا عدم قدرت آنها در پرداخت نفقه، مادر (صاحب تخمک) که جزء طبقه سوم است، ملزم به انفاق کودک خواهد بود و این تکلیف به اجداد و جدات مادری و جدات پدری با توجه به ماده ۱۱۹۹ ق.م. سرایت خواهد کرد.

در مورد انفاق بین کودک و صاحب رحم جایگزین چون مسأله، جدید است، مطلبی در قانون مدنی مشاهده نمی‌شود و فقها و حقوقدانان هم اظهارنظری نکرده‌اند. کودک پرورش یافته در رحم جایگزین گرچه بر اساس نظر برخی، رابطه خونی با صاحب رحم دارد و از بعضی جهات نظیر حرمت نکاح در حکم فرزند صاحب رحم جایگزین است ولی قانون و عرف و قرارداد، تکلیفی از جهات نفقه برای صاحب رحم پیش‌بینی نکرده و به طور ضمنی نیز تکلیفی از آن استنباط نمی‌شود



و چون تکلیف، خلاف اصل است و هر تکلیفی باید توسط قانون یا عرف یا قرارداد برای کسی ایجاد شود، لذا در صورت تردید، اصل عدم، قابل اجراست، بنابراین در این زمینه صاحب رحم، تکلیفی در مورد انفاق کودک ندارد و به قرارداد طرفین مربوط می‌شود.

در رابطه با نفقه طفل در حالت جانشینی با استفاده از اسپرم بیگانه می‌توان گفت که با توجه به نظر اراده و اعراض، پدر حکمی که در اثر نداشتن اسپرم (سالم) اقدام به دریافت اسپرم غیر نموده، ملزم به پرداخت نفقه کودک است؛ زیرا صاحب اسپرم از اسپرم خود اعراض نموده و اراده کرده که کودک متعلق به زوجین نابارور باشد و زوجین نابارور نیز اراده کرده اند که کودک متعلق به آنها باشد. و این، با خواست طرفین - دهنده و گیرنده اسپرم - و همچنین مصلحت طفل و خانواده و جامعه سازگارتر است. بنابراین در وهله اول نفقه طفل با پدر حکمی و بعد از او بر عهده اجداد پدری و در وهله سوم بر عهده مادر و در آخر بر عهده اجداد و جدات مادری و جدات پدری است.

در مواردی که علاوه بر رحم جایگزین از تخمک اهدایی نیز استفاده می‌شود، پدر کودک همان صاحب اسپرم است که نفقه کودک در وهله اول بر عهده اوست و در وهله دوم، در صورت فوت یا عدم توانایی او در پرداخت نفقه، اجداد پدری موظف به پرداخت نفقه کودک می‌باشند و در وهله سوم، با تحقق شرایط قانونی مذکور، پرداخت نفقه بر عهده مادر (صاحب تخمک) خواهد بود که با تکیه بر نظر اراده و اعراض می‌توان گفت که چون صاحب تخمک از تخمک خود اعراض نموده لذا دیگر موظف به پرداخت نفقه نخواهد بود و از طرفی چون دریافت کنندگان با اراده خود اقدام به دریافت تخمک نموده‌اند، موظف هستند که نفقه طفل را بپردازند؛ یعنی در این حالت هم، برای وجوب نفقه به جای اینکه به نسب طبیعی و شرعی تمسک نماییم به نسب قانونی استناد می‌کنیم. بنابراین در وهله سوم، مادر حکمی و در وهله چهارم در صورت فوت یا عدم توانایی او اجداد و جدات مادری و جدات پدری ملزم به انفاق کودک می‌باشند.

در خصوص حالت جانشینی با استفاده از جنین اهدایی در ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور آمده است: «وظایف و تکالیف زوجین اهداء گیرنده جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری، تربیت، نفقه و احترام نظیر وظایف اولاد و پدر و مادر است.» بنابراین قانون، در

خصوص نفقه این کودکان تعیین تکلیف نموده و این تکلیف را بر عهده گیرندگان جنین قرار داده است.

## منابع

- ابن منظور، محمدبن مکرم. (۱۴۱۴ق) *لسان العرب*، بیروت: دار صادر، چاپ سوم.
- اراکی، محمدعلی. (۱۳۷۳) *استفتائات رساله توضیح مسائل*، قم: مؤسسه چاپ الهادی، چاپ اول.
- امام خمینی، سیدروح‌الله. (۱۳۷۹) *تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- بروجردی عبده، محمد. (۱۳۳۹) *کلیات حقوق اسلامی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم.
- بکر بن عبدالله، ابوزید. (۱۴۰۸ق) «طرق الانجاب فی الطب الحدیث و حکمها الشرعی»، *مجله مجمع فقه اسلامی*.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸) *تومینولوژی حقوقی*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ دهم.
- حاتمی، علی اصغر. (۱۳۷۸) *لقاح مصنوعی از دیدگاه حقوقی*، *مجله دیدگاه‌های حقوقی*، شماره ۱۶ و ۱۵.
- حرّ عاملی، محمدبن حسن. (۱۴۰۹ق) *وسائل الشیعه*، تحقیق و تصحیح گروه پژوهش مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، قم: انتشارات مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، چاپ اول.
- خطیب، یحیی عبدالرحمن. (۱۴۱۸ق) *احکام المرأة الحامل فی الشریعة الاسلامیة*، اردن: دارالفائس، چاپ اول.
- خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۰۱ق) *مستحدثات المسائل*، قم: چاپخانه علمیه.
- \_\_\_\_\_ و شیخ جواد تبریزی. (۱۴۱۶ق) *صراط النجاة فی اجوبة الاستفتائات*، قم: بی‌نا، چاپ اول.
- رضایا معلم، محمدرضا. (۱۳۸۶) *باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق*، قم: مؤسسه بوستان کتاب، چاپ دوم.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۸۲). «وضعیت حقوقی (نسب) کودک ناشی از انتقال جنین»، *مجموعه مقالات روش‌های نوین تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق*، تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده ابن‌سینا، چاپ دوم.
- شیخ صدوق، محمدبن‌علی بن‌بابویه. (۱۴۱۳ق) *من لایحضره الفقیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
- صانعی، یوسف. (۱۳۸۹) *التعلیق علی تحریر الوسیله امام خمینی (ره)*، تهران: مؤسسه چاپ و نشر عروج.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۸۲) *مجمع المسائل*، قم: انتشارات میثم تمار، چاپ هفتم.
- صفایی، سیدحسین. (۱۳۸۵) *نارسی‌های قانون ایران (دربارهی اهدای گامت و جنین با توجه به حقوق تطبیقی، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری)*، تهران: انتشارات سمت، چاپ دوم.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۸۳) «تولیدمثل مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق فرانسه و ایران»،

تهران: *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۶۴.

- \_\_\_\_\_ و سیداسدالله امامی. (۱۳۷۸) *مختصر حقوق خانواده*، تهران: نشر دادگستر، چاپ دوم.
- \_\_\_\_\_ و سیدمرتضی قاسم زاده. (۱۳۷۸) *حقوق مدنی: اشخاص و محجورین*، تهران: سمت، چاپ چهارم.
- صمدی اهری، محمدهاشم. (۱۳۸۲) *نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- فاضل لنکرانی، محمد. (بی تا) *جامع المسائل*، قم: انتشارات مطبوعاتی امیر، چاپ یازدهم.
- فخر المحققین، محمدبن حسن. (۱۳۸۷ ق) *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، تحقیق و تصحیح سیدحسین موسوی کرمانی، شیخ علی پناه اشتهازدی و شیخ عبدالرحیم بروجردی، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ ق) *العین*، قم: منشورات الهجره، چاپ دوم.
- \_\_\_\_\_ *قانون مدنی*.
- قبله‌ای خوبی، خلیل. (۱۳۸۷) *بررسی احکام ارث کودکان ناشی از اهدای گامت*، (مسائل مستحدثه جنین، کودکان نامشروع، کودکان بزهارکار، توارث در اهدای گامت، تشریح و حجب)، تهران: انتشارات سمت، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۸۲) «بررسی مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین»، *مجموعه مقالات روش‌های نوین تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق*، تهران: انتشارات سمت پژوهشکده ابن سینا، چاپ دوم.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۸۵) *بررسی احکام وضعی کودکان ناشی از اهدای گامت در رابطه با توارث*، (اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری)، تهران: انتشارات سمت، چاپ دوم.
- قربان‌نیا، ناصر. (۱۳۸۲) «حکم تکلیفی و وضعی انتقال جنین تکون یافته از اسپرم و تخمک زن و شوهر قانونی به رحم زن دیگر»، *مجموعه مقالات روش‌های نوین تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق*، تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا، چاپ دوم.
- گرجی، ابوالقاسم و دیگران. (۱۳۸۴) *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول.
- مرقاتی، سیدطه. (۱۳۸۵) *حقوق کودکان در اهدای گامت (اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری)*، تهران: انتشارات سمت، چاپ دوم.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۸۳) «نسب ناشی از لقاح مصنوعی با دخالت عامل بیگانه»، بی جا: *مجله مقالات و بررسی‌ها*، شماره ۷۵.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان. (۱۳۸۳) *مجموعه نظریات شورای نگهبان*، تهران: نشر دادگستر، دوره ششم، سال سوم.
- مصطفوی، حسن. (۱۴۰۲ ق) *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران: انتشارات مرکز الکتاب لترجمه

- والنشر، چاپ اول.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۴) *تفسیر نمونه*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ . (۱۴۲۱ق) *الامثل فی تفسیر کتاب الله المنزل*، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب<sup>(ع)</sup>، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۸۱) *استفتانات جدید*، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب<sup>(ع)</sup>.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد. (۱۳۸۵) «کودکان متولد از رحم اجاره‌ای»، *مجموعه مقالات فقهی، حقوقی، فلسفی و اجتماعی*، تهران: انتشارات پژوهشکده امام خمینی<sup>(س)</sup> و انقلاب اسلامی، چاپ اول.
- مهرپور، حسین. (۱۳۸۲) «نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی»، *مجموعه مقالات روش‌های نوین تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق*، تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا، چاپ دوم.