

## واکاوای احکام فقهی نسب در کودک متولد از رحم جایگزین

حسین ناصری مقدم (Ph.D.)

- گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

### چکیده

**زمینه و هدف:** نسب بر اساس تعاریف رایج در لسان فقها و حقوق دانان، عبارت است از هر گونه رابطه خونی میان دو نفر که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخصی ثالث تحقق می‌یابد. در مورد فردی که با روش‌های نوین پزشکی به صورت مادر جایگزین تکون و تولد یافته، این پرسش خودنمایی می‌کند که وضعیت نسب و قرابت او و در نتیجه، پیامدها و آثار آن به چه ترتیبی خواهد بود؟ امروزه بسیاری از زوج‌های جوان به علل مختلف، توانایی باروری و صاحب فرزند شدن را ندارند و از این رهگذر با نارسایی‌های عاطفی و اجتماعی جانکاهی مواجهند که گاه به جدایی فرجام می‌یابد. طبیعی است که هرگونه راهکاری که آنان را از این تنگنا رهایی بخشد، مورد استقبال قرار گیرد و ایشان را امیدوار سازد، به ویژه اگر به تأیید تعالیم دینی و ضوابط قانونی نیز برسد. یکی از راه‌های صاحب فرزند شدن زوج‌های نابارور، بهره‌گیری از فن‌آوری «رحم جایگزین» است. البته در این مسیر، با چند چالش فقهی و حقوقی روبه‌رویم که ناگزیر از پاسخگویی بدانها می‌باشیم. یکی از این پرسشها، مسأله «تعیین نسب» در کودکان تولد یافته از این طریق است. نگارنده در این پژوهش در صدد اثبات این است که در همه روش‌هایی که در داخل خانواده، باعث ایجاد کودک می‌شوند، او به پدر و مادر حکمی خود (یعنی مرد و زنی که از به هم پیوستن اسپرم و تخمک آنان به وجود آمده است) تعلق دارد. همچنین در این نوشتار، ملاک تعیین پدری (ابوت) و مادری (امومت) و نیز مفهوم خانواده (فراش) تحلیل خواهد شد. در انجام سخن، آثار و پیامدهای انتساب، نیز بررسی می‌گردند.

**روش بررسی:** در حقیقت پرسش اصلی آن است که پدر و مادر شرعی و قانونی طفل متولد شده از طریق رحم جایگزین کیستند؟ (و یا از آن سو، این کودک، فرزند چه اشخاصی محسوب می‌گردد؟) در این راستا ضمن بررسی لغوی، شرعی و عرفی مفهوم نسب و اقسام آن، زمینه‌های پیدایش نسب و شرایط تحقق آن در خانواده و خارج آن، از جمله در مبحث مادر جانشین، مورد تحلیل قرار خواهد گرفت. این موضوع ضمن دو بحث شناسایی پدر و شناسایی مادر ارزیابی می‌شود.

**نتایج:** شکی نیست که مفهوم نسب از منظر شرع و قانون، در محیط خانواده (که تعبیر رسای آن در لسان فقیهان، همان *فراش* است)، تحقق می‌یابد. منظور از خانواده، وجود دو شرط نکاح صحیح و تکوین کودک در اثر نزدیکی پس از این نکاح است که یکی از اقسام آن، مسئله مادر جانشین به طریق (H.I.D) است. اما در مواردی که کودک در خارج از خانواده به دنیا آمده باشد، مسئله نسب او دارای اشکال و احکام متفاوتی خواهد بود اما آنچه که در این نوشتار محل نقض و ابرام است، قابلیت انتساب کودک ناشی از عمل تلقیح مصنوعی زن با اسپرم مرد بیگانه است (A.I.D) که آیا از موارد الحاقی به تحقق نسب در خانواده به شمار می‌آید یا خیر؟ اما در روش‌های خارج از خانواده، مانند تلقیح مصنوعی با اسپرم مرد بیگانه، پدر کودک همان اهدا کننده اسپرم خواهد بود (صرف نظر از روایی یا ناروایی این عمل از منظر شرع و قانون) و مادر او نیز صاحب تخمک است، اگرچه جنین در رحم او رشد نکرده باشد.

**کلید واژگان:** نسب، رحم جایگزین، تلقیح مصنوعی، احکام شرعی، آبستنی، ازدواج، باروری، ناباروری.

**مسئول مکاتبه:** حسین ناصری مقدم (Ph.D.)، دانشکده الهیات شهید مطهری پردیس دانشگاه فردوسی، میدان پارک، مشهد، ایران.

پست الکترونیک: [naseri1962@ferdowsi.um.ac.ir](mailto:naseri1962@ferdowsi.um.ac.ir)

## زمینه و هدف

امروزه با توسعه فن‌آوری‌های نوین در عرصه دانش پزشکی، امکانات و توانمندی‌های تازه‌ای فراروی بشر قرار گرفته است. یکی از این عرصه‌ها، به کارگیری روش‌های نوین در زمینه «باروری» است. هم سنگ این پیشرفت‌ها، پرسش‌ها و چالش‌های تازه‌ای از منظرهای متفاوت به ویژه با روی-آورد علوم انسانی مانند مباحث فلسفی، فقهی و حقوقی، روان‌شناختی، جامعه‌شناختی و ... گام در میان نهاده‌اند که این علوم را گریز و گزیری از آنها نیست.

در این میان، پرسش‌های متنوعی با روی-آورد فقهی نسبت به فرآیند جایگزینی رحم، فرا روی پژوهندگان قرار دارد که غالباً با سویه روایی یا ناروایی اصل عمل، مطرح می‌گردد. با این همه، یکی از اساسی‌ترین دغدغه‌ها در این زمینه، موضوع نسب است، که گفت‌وگو درباره آن گرچه از نظر رتبی، متأخر از بحث روایی عمل است، اما به لحاظ حکمی، ترتبی-به خصوص در جانب ایجاب (یعنی روایی و جواز عمل)- وجود ندارد و این بحث را باید جدای از آن که در مسئله روایی به چه نتیجه‌ای رسیده‌ایم، پی جست. به دیگر عبارت، حتی بنابر ممنوعیت عمل جانشینی ولو در برخی از صور، می‌توان و بایست در احکام فقهی پسینی که از لوازم قهری‌اند، گفت و گو کرد.

از منظر گونه‌شناسی احکام، دسته نخست، اصطلاحاً احکام تکلیفی نام نهاده شده‌اند که از بایسته و ناپایسته‌ها در حوزه رفتار فرد، سخن می‌گویند. اما دسته دوم، به احکام وضعی مشهورند، که گرچه به طور مستقیم برای رفتار و عمل فرد، تعیین تکلیف نمی‌کنند، اما آثار و پیامدهای آن را به تصویر می‌کشند (۱)¹.

یکی از احکام وضعی که در محل بحث ما از اهمیت بسیاری برخوردار است، مسئله نسب و آثار آن در مقوله رحم جایگزین است. آنچه در این نوشتار، محل بررسی و واکاوی قرار می‌گیرد، تعیین نسب پدری و مادری کودک تولد یافته از طریق فرایند جایگزینی است، اعم از آن که مادر جانشین به هنگام تولد کودک، شوهر داشته باشد یا خیر.

اصطلاح شناسی<sup>۲</sup>

۱. *رحم جایگزین یا جانشینی در بارداری*<sup>۳</sup>: شیوه‌ای است برای دستیابی زوج‌های نابارور به بچه که به موجب آن، مادر جانشین به وسیله روش‌های کمکی تولید مثل و با استفاده از جنین حاصل از اسپرم و تخمک والدین حکمی، باردار می‌شود.

۲. *قرارداد رحم جایگزین*<sup>۴</sup>: «قراردادی است که به موجب آن، یک زن (مادر جانشین) در مقابل یک زوج ازدواج کرده، موافقت می‌کند که جنینی را برای آنها حمل کرده، بچه را به دنیا آورد و او را به مجرد تولد، تسلیم زوج کند و آنها بچه را مثل فرزند خودشان بزرگ کنند (۲)».

۳. *والدین حکمی*<sup>۵</sup>: زن و شوهری که خواستار فرزند هستند و بچه برای آنها به دنیا می‌آید. این دو ممکن است والدین ژنتیکی کودک باشند و یا یکی از آنها با کودک ارتباط ژنتیکی داشته باشد. البته برخی بر این باورند که اصطلاح والدین حکمی درباره زوج نابارور در صورتی که اسپرم و تخمک متعلق به آنها باشد، اصطلاح مناسبی نیست، چرا که این مرد به اتفاق فقها و حقوق دانان، و همسر نابارور وی به نظر اکثر فقها، هر دو پدر و مادر واقعی و نسبی چنین فرزندی به شمار می‌روند (۳).

2- Terminology

3- Gestational surrogacy

4- Surrogacy agreement

5- Commissioning couple

۱- احکام شرعی دارای تقسیمات گوناگونی است. یکی از آنها تقسیم حکم به تکلیفی و وضعی است.

و اطلاق رحم جایگزین بر رحم او، صادق نیست (۳). البته با یک تأویل می‌توان او را نیز مادر جانشین دانست، با این بیان که درست است این زن، خود صاحب تخمک است اما در حقیقت می‌خواهد برای زوج نابارور، رحم خود را به کار گیرد و رحم خود را جایگزین رحم مادر حکمی (اصلی) کرده است.

۳. *جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی*: در این حالت، زن و شوهر نابارور از تخمک یا جنین اهدایی برای عمل تلقیح مصنوعی و باردار کردن مادر جانشین بهره می‌برند. این عمل از لحاظ چگونگی ارتباط ژنتیکی بچه با زن و شوهری که خواستار بچه هستند، به دو گونه است:

الف) *مادر جانشینی با استفاده از تخمک اهدایی*: در این قسم، جنین حاصل از اسپرم پدر حکمی و تخمک اهدا شده، در رحم مادر جانشین، فرا کاشته می‌شود در این صورت همانند دیگر صور، مادر جانشین از لحاظ ژنتیکی ارتباطی با جنین ندارد ولی پدر حکمی با بچه مرتبط است.

ب) *مادر جانشینی با استفاده از جنین اهدایی*: جنین اهدایی از زوج‌های دیگر و یا مردان و زنانی که با هم بیگانه‌اند، گرفته شده است و در رحم مادر جانشین، فرا کاشته می‌شود.

### روش بررسی و بحث

گرچه اصل موضوع جانشینی در بارداری یک موضوع چند بعدی است و می‌توان از زوایای گوناگون به آن نگریست و از همین رهگذر شایسته برخورداری از «مطالعات میان رشته‌ای» است، اما نگارنده در این مجال، تنها از منظر درون فقهی و با رویکردی فقه مدارانه به موضوع می‌پردازد و پژوهش‌های دیگر قلمروها را به ارباب آنها وا می‌گذارد.

۴. *والدین متقاضی<sup>۱</sup> یا اجتماعی<sup>۲</sup>*: زن و شوهری که خواستار بچه هستند و بچه برای آنها به دنیا می‌آید در حالی که هیچ ارتباط ژنتیکی با جنین ندارند.

۵. *جانشینی با باروری مصنوعی<sup>۳</sup>*: حالتی است که به موجب آن، مادر جانشین به وسیله روش‌های کمک باروری و با استفاده از جنین حاصل از امتزاج تخمک خود فرد با اسپرم پدر حکمی (شوهر زوج نابارور) باردار می‌شود. در این حالت، مادر جانشین از نظر ژنتیکی به بچه مرتبط است.

*گونه‌های مختلف ارتباط ژنتیکی مادر جانشین با جنین*: بهره‌گیری از رحم جایگزین در فرآیند باروری دارای تقسیمات گوناگونی است. یکی از آنها که در مباحث فقهی و حقوقی تأثیرگذار است، کیفیت ارتباط ژنتیکی مادر جانشین با جنین است که بر این اساس به سه دسته تقسیم می‌شود:

۱. *جانشینی در بارداری<sup>۴</sup>*: در این حالت که به آن، مادر جانشین کامل<sup>۵</sup> نیز اطلاق می‌گردد، مادر جانشین هیچ ارتباط ژنتیکی با جنین ندارد و تنها براساس توافق به عمل آمده، تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته در خارج رحم را که متشکل از اسپرم و تخمک والدین حکمی است، حمل می‌کند (۳).

۲. *جانشینی با باروری مصنوعی*: در این حالت که به آن، مادر جانشینی جزئی نیز گفته می‌شود، مادر جانشین، جنین حاصل از تخمک خود را که با اسپرم پدر حکمی بارور شده است، حمل می‌کند. او از نظر ژنتیکی با کودک، مرتبط است.

البته برخی، این قسم را تخصصاً از محل بحث، بیرون دانسته‌اند چرا که این زن، صاحب تخمک و مادر اصلی کودک است، بنابراین، اطلاق مادر جانشین بر چنین زنی

1- Intended parents  
2- Social parents  
3- Artificial insemination surrogacy  
4- Gestational surrogacy  
5- Full surrogacy

6- Egg donation surrogacy  
7- Embryo donation surrogacy

قسم دوم، در میان زوج‌های نابارور انگیزه‌ای برای بهره‌گیری از آن وجود ندارد. از این رو حکم روایی یا ناروایی «جانشینی در بارداری» را به بحث می‌گذاریم. همانگونه که پیش از این اشاره شد در این روش، اسپرم شوهر و تخمک همسر وی (والدین حکمی) با روش‌های مختلف فراهم آمده و بدون این که با هم ترکیب شوند وارد لوله رحم مادر جانشین می‌شوند تا افزون بر لقاح، رشد جنین هم در داخل لوله رحم صورت پذیرد. البته این مسئله خود می‌تواند با وجود یا فقدان رابطه زوجیت میان مادر جانشین با مرد صاحب اسپرم، دارای دو حالت گردد:

**حالت اول:** حکم تلقیح اسپرم و تخمک به رحم مادر جانشینی که همسر صاحب اسپرم است.

این مسئله خود از دو زاویه قابل بررسی است. نخست، از منظر نفس فرآهم آوری اسپرم و تخمک از زوج نابارور و بارور ساختن تخمک با اسپرم؛ یعنی آیا می‌توان اسپرم مرد و تخمک زن را جمع‌آوری کرد و آنها را در داخل یا خارج رحم، ممزوج کرد؟ و دوم، به لحاظ وارد کردن آنها در رحم زنی دیگر.

به نظر می‌رسد نفس این عمل به لحاظ آموزه‌های فقهی، خالی از اشکال باشد، به ویژه اگر در جریان این فرایند، رفتار ناروایی مانند نگاه، تماس نامحرم، خودارضایی و ... تحقق نیابد؛ متون فقهی نیز گواه این مدعایند.

امام خمینی (ره) می‌فرماید: وارد نمودن منی مرد در رحم زوجه او با آلاتی مثل آب دزدک، اشکالی ندارد، لکن باید از مقدمات حرام احتراز نمایند (۴).

آقای گلپایگانی نیز بر این باور است که: بر حسب مستفاد از ادله شرعی، نطفه مرد به هر نحو که در رحم حلیله خود قرار بگیرد جایز است (۵).

همچنین دسته‌ای دیگر از فقهای امامی بر این نظریه ابرام کرده‌اند (۶-۹).

ناگفته پیداست که نگاه فقه شناسانه نیز می‌تواند برخوردار از دو سویه باشد. در سویه نخست بر شناخت دقیق اما مختصر موضوع مورد بحث تمرکز می‌شود و در سویه دوم، در احکام موضوع شناخته شده گفت و گو می‌گردد.

روش بحث مانند هر موضوع فقهی دیگر، روش استدلالی و تحلیلی است که بر پایه اصول و مبانی پذیرفته شده فقهای ارجمند، استوار است. گردآوری اطلاعات لازم نیز مبتنی بر ابزار کتابخانه‌ای و اسنادی است.

با توجه به این که در فصل پیشین به اصطلاح شناسی موضوع اشاره شد، اکنون به تحلیل و ارزیابی فقه شناسانه بحث در دو سطح تکلیفی و وضعی می‌پردازیم.

#### احکام تکلیفی جانشینی در بارداری

با این که درون مایه اصلی این نوشتار، معطوف به احکام وضعی به ویژه «مسئله نسب» است اما نظر به این که نسب‌شناسی در برخی از گونه‌های مسئله، مبتنی بر پی جست و شناخت احکام تکلیفی است، ناگزیریم از باب مقدمه به گوشه‌هایی از احکام تکلیفی نیز بپردازیم<sup>۱</sup>. البته از میان همه اقسام، تنها به بیان حکم تکلیفی در گونه نخست «جانشینی در بارداری» خواهیم پرداخت و در ادامه، نسب شناسی را در همین قسم به سامان می‌رسانیم چرا که هم بارزترین و کامل‌ترین مصداق رحم جایگزین است و هم پر ابتلاترین.

بر خلاف جانشینی با باروری مصنوعی (قسم دوم) که همانطور که گفته شد، افزون بر آنکه به طور تخصصی و موضوعی از محل بحث بیرون است، در کشورهای نظیر ما چندان کاربرد و طرفدار ندارد و اما قسم سوم، اگرچه در موضوع مادر جانشین داخل است اما همانند

۱- یکی از اختلاف‌های دقیق فقیهان در باب احکام شرعی مسئله ترتب احکام است بدین معنا که برخی بر این باوراند که احکام تکلیفی از احکام وضعی انتزاع می‌گردند و گروهی مانند شیخ انصاری معتقدند که وضعیات از تکلیفات، انتزاع می‌شوند.

نساء/ ۲۲ و ۲۳). عموم این آیات بنا بر قاعده باید دربرگیرنده محل بحث نیز باشد. یعنی چنانچه مستفاد از این آیات لزوم حفظ فرج از هر چیزی باشد، هم شامل اسپرم مرد بیگانه و هم در برگیرنده تخمک زنی دیگر می‌شود و هیچ خصوصیتی در اسپرم نیست که باعث عدم شمول آیات نسبت به تخمک شود (۱۱).

البته در مبحث AID گفته شده که این دسته آیات از شمول تلقیح مصنوعی، انصراف دارند (۱۲) و انصراف آنها از محل بحث (وارد ساختن تخمک یک زن به رحم زن دیگر) آشکارتر است.

۲. همچنین روایاتی (۱۳) که از سوی مخالفان AID مورد استناد قرار گرفته، ناظر به وارد کردن اسپرم مرد بیگانه به رحم زن است و هیچگونه قرینه‌ای دال بر عمومیت وجود ندارد. افزون بر این که به هنگام صدور روایات مزبور، با موجود ژنتیکی مستقلی به نام تخمک آشنا نبوده و این امکان برای بشر میسر نبود که تخمک زن را شناسایی و آن را از بدنش خارج و به رحم زن دیگری منتقل کند. اراده چنین عمومی - بر فرض وجود قرینه‌ای حاکی از عمومیت - تحمیل بر روایات خواهد بود. بنابراین به نظر می‌رسد از نقطه نظر روایات، هیچ دلیلی مبنی بر حرمت مجرد «ادخال تخمک متعلق به زنی به رحم زنی دیگر» در دسترس نیست، خواه زن صاحب تخمک با شوهر زن دریافت کننده، رابطه زوجیت قانونی داشته باشد یا نداشته باشد (۱۲).

۳. قاعده احتیاط نیز که در مبحث AID مورد استناد قرار می‌گیرد، اینجا کارایی ندارد زیرا مراد از احتیاط در امر فروج و نکاح، جلوگیری از اختلاط میاه و درهم ریختن نسب است که در این جا مطرح نیست.

**حالت دوم:** حکم تلقیح اسپرم و تخمک به رحم مادر جانشینی که همسر صاحب اسپرم نیست.

در مسئله پیشین، درباره روایی اصل فراهم آوری اسپرم و تخمک و امتزاج آنها با هم، سخن گفته شد و همان دلایل در این جا نیز ساری است. همچنین حکم

مهم‌ترین دلیل روا بودن این عمل را باید فقدان دلیل بر حرمت و نیز استناد به اصله الاباحه (۱۰)<sup>۱</sup> به شمار آورد. و اگر گروهی نیز، روایی این عمل را مورد انکار یا تردید قرار داده‌اند، به لحاظ بیم از ارتکاب پاره‌ای از اعمال ناروا بوده است.

اما در خصوص وارد ساختن اسپرم و تخمک در رحم مادر جانشین، نظر به این که میان این زن و صاحب اسپرم، رابطه زوجیت برقرار است، بنابراین وارد کردن اسپرم مرد به داخل رحم همسرش روا خواهد بود؛ همانگونه که در صورت پیشین، اشاره و تأکید شد که دلیلی بر ممنوعیت فراهم آوری اسپرم مرد (البته از راه جایز) و امتزاج آن با تخمک همسرش (داخل یا خارج رحم) و یا وارد ساختن اسپرم شوهر در رحم همسرش وجود ندارد. البته هدف از وارد کردن اسپرم به رحم این زن، تلقیح نیست چرا که فرض آن است که اسپرم این مرد با تخمک همسر نابارورش بارور گردیده است و رحم زن دوم، تنها باید به عنوان جایگاه و محل استقرار جنین، مورد استفاده قرار گیرد.

ولی می‌توان از روایی ورود تخمک یک زن در رحم زن دیگر پرسش کرد؛ تا کنون در این خصوص (یعنی وضعیت شرعی وارد ساختن تخمک آماده برای باروری به درون رحم زنی دیگر) بحث چندانی نشده است و غالباً فقها درباره وارد کردن اسپرم مرد بیگانه به رحم زن (AID)<sup>۲</sup> سخن گفته‌اند که البته به لحاظ ملاکی می‌توان ادله موافقان و مخالفان آن مسئله را به این جا نیز تسری داد که به نظر می‌رسد قول به جواز در این جا نزدیک‌تر به حقیقت باشد زیرا:

۱. در بحث AID به آیاتی از قرآن استناد شده است که به مردان و زنان، فرمان می‌دهد که فروجشان (دستگاه تناسلی) را حفظ کنند (نور/ ۳۰، مؤمنون/ ۵، معارج/ ۲۹،

۱- کلّ شیئ یكون فیه حرامٌ و حلالٌ فهو لک حلالٌ ابدأً حتی تعرف الحرام منه بعینه فتدعه

2- Artificial Insemination Donor

از غیر همسران، نگهداری از اشخاص بیگانه با انگیزه تمتعات جنسی است و ورود نطفه‌ای را که از آلت او به طریق حلال بیرون می‌آید به داخل اندام تناسلی زن به کمک ابزار طبی را شامل می‌شود (۱۶، ۱۵).

دوم: برخی از مفسران گفته‌اند که مراد از حفظ، تنها حفظ از «نگاه دیگران» است که تعدادی از روایات (در مجامیع روایی شیعه و اهل سنت) نیز گواه این مدعا است (۲۰-۱۷).

سوم: حتی به فرض پذیرش استفاده تعمیم از حذف متعلق در آیه، باز هم این آیات نمی‌توانند بر ناروایی تلقیح مصنوعی دلالت کنند زیرا «تخصیص اکثر» لازم می‌آید که نکوهیده است چرا که مراد این نیست که باید فروج را از هر چیزی نگهداری کرد بل که منظور، نگهداری از هر چیزی است که خداوند آن را حرام کرده است مانند زنا، مس، نگاه و... (۱۵).

چهارم: با توجه به این که در دانش اصول ثابت شده است که نمی‌توان به «عام» در «شبّهات مصداقیه» تمسک ورزید (۲۱) ما نمی‌توانیم از لزوم «حفظ فرج از همه امور حرام» چنین استنباط کنیم که: پس تلقیح مصنوعی هم حرام است.

در مجموع، به نظر می‌رسد آیات «حفظ»، توانایی تحریم وارد ساختن اسپرم بیگانه به رحم زن را ندارند.

ب- *اطلاق و عموم روایات*: در مجامیع روایی امامیه اخباری وجود دارد که مخالفان AID بدانها تمسک می‌ورزند مانند این روایت: *إِنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَذَابًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ رَجُلٌ أَقْرَ نُطْفَتَهُ فِي رَحِمٍ يَحْرُمُ عَلَيْهِ (۱۳)*: «سخت‌ترین کیفر در روز رستاخیز برای مردی است که نطفه خود را در رحم زنی که بر او حرام است قرار دهد».

مخالفان با استناد به این گونه روایات، بر این باورند که قرار دادن نطفه مرد بیگانه در رحم زن به هر طریقی که باشد، نامشروع به شمار آمده است. آنچه موضوع حرمت است، قرار دادن نطفه مرد بیگانه در رحم زن

وارد ساختن تخمک زنی در رحم زن دیگر نیز بررسی شد. اما مسئله اصلی در این فرض، بحث از روایی یا ناروایی وارد ساختن اسپرم مرد بیگانه در رحم مادر جانشین است و این همان مبحث AID است که پیش از این مورد اشاره قرار گرفت و اکنون با تفصیل بیشتر به بیان در می‌آید.

**حکم تکلیفی وارد ساختن اسپرم مرد بیگانه در رحم زن (AID)**

فقه‌های امامی در برابر پدیده A.I.D به دو گروه مخالف و موافق تقسیم شده‌اند. اکنون دلایل مخالفان، یک به یک مطرح می‌شود و آن گاه در هر دلیل، پاسخ موافقان به بیان در می‌آید.

*الف) اطلاق و عموم آیات*: چند آیه در قرآن کریم وجود دارد که مردان و زنان را به حفظ فروج (دستگاه تناسلی) خود، فرمان داده است (نور/۳۰، مؤمنون/۵، معارج/۲۹، نساء/۲۲ و ۲۳). به عنوان نمونه در آیه ۳۰ سوره نور آمده است: *قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ*. مخالفان AID براساس این دسته از آیات بر این باورند که هر عملی که با حفظ فروج ناسازگار باشد، زیر پا نهادن فرمان الهی و تعدی از مقررات شرعی است و هر گونه عملی در ارتباط با اندام تناسلی (همانند تلقیح با اسپرم بیگانه) با فقدان رابطه زوجیت و نبود اجازه شرعی و قانونی، روا نخواهد بود (۱۴).

با توجه به این که در این آیات، مفعول و متعلق حفظ، محذوف است، امر به حفظ، افاده عمومیت می‌کند یعنی باید «فرج» را از هر چیزی حفظ کرد چه ورود نطفه‌ای از طریق زنا باشد یا به وسیله ابزار پزشکی.

اما موافقان در پاسخ می‌گویند:

نخست: این دسته از آیات اساساً ناظر به زنا و مقاربت‌های نامشروع است و هر چند متعلق حفظ در آیات، ذکر نشده است اما حذف آن از باب وضوح و روشنی بوده است نه تعمیم. بنابراین معنای حفظ فروج

و حال آن که حرام بودن تلقیح مصنوعی (به ویژه به کارگیری روش IUI<sup>۱</sup>)، اول کلام است (۱۶).

### ج- قاعده احتیاط

مخالفتان AID بر این باورند که روایات برای «فروج» و «تناسل» ارج و اهمیت ویژه‌ای مقرر کرده‌اند و خواسته‌اند که در مورد آن، با احتیاط کامل عمل شود تا اندازه‌ای که وجود هرگونه تردید و شبهه و احتمال حرمت را باعث جریان احتیاط دانسته‌اند (۲۵). بنابراین در صورت شک در جواز تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه، راهی برای اجرای اصل برائت و اباحه وجود ندارد چرا که مطلوب شارع در این خصوص، رعایت جانب احتیاط است (۲۶، ۲۷).

در پاسخ این استدلال، موافقان اظهار می‌دارند که رعایت احتیاط در همه جا پسندیده نیست و حتی ممکن است بر اساس آیه «قُلْ اللَّهُ أَزْنُ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ» (یونس/۵۹).

تحریم این عمل و اجرای احتیاط، از مصادیق افترا بستن به خداوند محسوب گردد و اصولاً قاعده و اصل پذیرفته شده در این گونه موارد (یعنی شک در تکلیف)، اباحه و جواز است.

همچنین در روایت مهمی که مورد استناد مخالفان قرار گرفته است، امام صادق (ع) می‌فرماید: «و نحن نحتاط» (۲۸) که با توجه به صیغه جمع و انتساب احتیاط به خودشان، به نظر می‌رسد که احتیاط استحبابی مراد باشد (۱۶).

افزون بر این، نمی‌توان از این روایات چنین استنباط کرد که «تنها راه مشروع تکون نطفه، نکاح است» چرا که این برداشت، مفهوماً مغایر با قاعده احتیاط است و از دیگر سو با توجه به فقدان تلقیح مصنوعی در زمان صدور روایات، استفاده حرمت تلقیح با اسپرم مرد بیگانه از این روایات، بسیار بعید به نظر می‌رسد.

است و روش ادخال، هیچگونه خصوصیتی ندارد و بر این اساس حتی با رضایت زن و مرد هم، ممنوعیت بر طرف نمی‌شود (۲۲).

همچنین در پاره‌ای از این روایات، قرار دادن منی در رحم زن بیگانه به عنوان موضوعی مستقل برای حرمت معرفی شده است و آن را منحصر به روشی خاص نمی‌سازد (۱۳). در حقیقت، مقاربت و نزدیکی یکی از مصادیق آشکار ادخال نطفه در رحم است و چون حکم، محصور بر مصداق شایع خود نیست، استقرار نطفه بیگانه در رحم زن، مطلقاً حرام خواهد بود (۱۴).

البته گروهی از مخالفان با استناد به این روایات، تنها صورتی از ادخال نطفه را تحریم می‌کنند که منجر به لقاح و ترکیب گردد. از نظر اینان از آنجا که واژه «نطفه» به معنای «آمیخته اسپرم مرد و تخمک زن» است، بنابراین تزریق اسپرم زمانی حرام است که منجر به انعقاد جنین و حاملگی گردد (۷).

اما موافقان در برابر این روایات چنین پاسخ می‌دهند:

نخست: عبارت‌هایی که در این روایات آمده نظیر «تضییع الماء» و «اقرار النطفه فی رحم یحرم علیه» با موضوع بحث بی‌ارتباطند چرا که به آنچه در این خصوص متعارف است یعنی استقرار نطفه به صورت زنا، انصراف دارد. همچنین این روایات شامل صورتی که قرار دادن نطفه به وسیله خود زن یا شوهر انجام شود، نمی‌گردد (۲۳).

دوم: هر چند برخی از روایات به گونه عام «تضییع منی» را ممنوع می‌کنند ولی در مقابل، روایاتی مبنی بر «عزل منی» وجود دارند که از نظر سند بر روایات ممنوعیت تضییع منی، برتری دارند (۲۴).

سوم: (این دلیل به روایاتی اختصاص دارد که متن آن چنین است: «افراغ مائه فی امرأه حراماً» چرا که «حراماً» صفت مصدر مقدر «افراغاً» است، یعنی روایت بر حرمت افراغی دلالت دارد که از قبل، حرام بودنش معلوم باشد

1- Intrauterine Insemination

## د- تغایر با اهداف تشریح نکاح

دسته‌ای از فقها با وجود عدم دستیابی به دلیلی معتبر برای تحریم AID باز هم به انکار آن پرداخته‌اند و دلیل آنان مغایر بودن این نوع اعمال با غرض شارع در تشریح نکاح است. آیت الله میلانی بر این باور است: «از ظواهر آیات و روایات درباره لقاح اختیاری (مصنوعی) چیزی به نظر نرسیده ولی از لحن الخطاب و ذوق فقهی می‌توان گفت که یقیناً جایز نیست.» (۲۹).

آیت الله خویی نیز می‌نویسد: «داخل کردن منی مرد بیگانه در رحم زن روا نیست، خواه تلقیح به واسطه مرد اجنبی باشد یا به واسطه همسرش.» (۳۰).

اما موافقان، ضمن آن که بر فقدان نصی در باب تحریم این عمل تأکید می‌ورزند، معتقدند که هیچ یک از عنوان‌های حرام مانند زنا بر تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه، صدق نمی‌کند و از آن سو مقتضای قاعده اولی در هر عمل، جواز و اباحه است.

در انجام این بحث و پس از بررسی دلایل موافقان و مخالفان، به نظر می‌رسد که قول به جواز AID، از استحکام بیش‌تری برخوردار باشد. البته مسئله نسب و انتساب طفل ناشی از این فرآیند، در مبحث بعدی مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

اما پیش از ورود در بیان احکام نسب در کودک تولد یافته از مادر جانشین، باید مفهوم نسب را تبیین کنیم:

## مفهوم نسب

یکی از مسایل اساسی در حوزه احکام وضعی به ویژه در احوال شخصیه و حقوق خانواده، مسئله نسب است، چرا که در بردارنده بسیاری از آثار و نتایج مهم مانند ارث، محرمیت، حضانت و ... می‌باشد.

## نسب در لغت

نسب که در پارسی به آن، نژاد گفته می‌شود، ارتباط ژنتیکی و خونی میان دو یا چند نفر است. نسب را می‌توان به خویشاوندی و قرابت تفسیر کرد. چنانکه میان والدین و فرزندان، یا برادران و خواهران، رابطه

نسبی برقرار است. البته نسب یک مفهوم مشکک و مدرج است و به میزان نزدیکی و دوری افراد از هم، تفاوت می‌کند، یقیناً فرزند انسان از عموزاده به او نزدیکتر است. گرچه هر دو خویشاوند نسبی به شمار می‌روند.

لغت شناسان در تعریف آن گفته‌اند:

نسب عبارت است از یک نوع رابطه خونی میان دو نفر که به سبب تولد یکی از آنان از دیگری و یا تولد هر دو از شخص ثالث، تحقق می‌یابد (۳۱).

## نسب در اصطلاح

فقها و حقوق دانان تعریف تازه یا متفاوتی از نسب، ارائه نکرده‌اند بلکه در تبیین معنای آن، همان معنای لغوی را آورده‌اند و شاید علت، آن باشد که مفهوم نسب دارای حقیقت شرعی یا حقوقی نیست.

نسب به معنای خویشاوندی است و امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید. از این امر، رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد، موجود می‌گردد (۳۲).

قانون مدنی ما نیز شاید به دلیل وضوح معنایی، تعریفی از نسب ارائه نکرده است.

## تفکیک نسب از قرابت نسبی

برخی از حقوق دانان میان نسب و قرابت نسبی، تمایز قائل شده‌اند. از منظر آنان، قرابت نسبی (نسب عام) گسترده‌تر است و شامل همه خویشاوندان نسبی می‌گردد، اما نسب (نسب خاص) تنها دربرگیرنده رابطه والدین و فرزندان می‌شود (۳۳).

## زمینه‌های پیدایش نسب

اصولاً نسب که دارای یک منشأ طبیعی است از دیر باز در اجتماعات بشری به عنوان یک واقعیت پذیرفته شده است. عرف، این رابطه را معتبر دانسته است و شرع و قانون نیز بر آن صحه گذاشته‌اند، گرچه در تحدید دایره و ضوابط آن میان عرفها، شرایع و قوانین، تفاوت‌هایی نیز وجود دارد. مثلاً از نگاه فقه و حقوق



ج- نزدیکی با شخصی که با اکراه، وادار به این عمل شده است (۳۴).

بعداً خواهیم دید که برخی، با توجه به قابلیت انتساب طفل ناشی از عمل تلقیح مصنوعی زن با اسپرم بیگانه (AID)، این قسم را نیز گونه چهارمی برای تحقق نسب دانسته‌اند.

اینک پس از بیان مبادی ضروری بحث و تحریر محل نزاع، بایسته است تا به پرسش اصلی یعنی تعیین تکلیف نسب در مسئله مادر جانشین بپردازیم.

از آنجا که مفهوم نسب به معنای خاص، در برگرفته رابطه پدری و مادری است<sup>۱</sup>. این مبحث را در دو بخش جداگانه مورد تحلیل قرار می‌دهیم:

۱- *نسب پدری در حالت مادر جانشین*: پیش از این گفته شد که حالت مادر جانشین دارای سه گونه مختلف می‌باشد، که نسبت پدری را باید در هر سه واکاوی کرد. *ا. جانشینی در بارداری (مادر جانشین کامل)*: در این قسم، اسپرم و تخمک زوج نابارور (والدین حکمی) وارد رحم مادر جانشین می‌گردد، اعم از آن که لقاح و ترکیب در محیط آزمایشگاه صورت پذیرد یا در رحم مادر جانشین تحقق یابد.

به نظر می‌رسد کم در دسترترین قسم، همین مورد باشد چرا که نمی‌توان در الحاق طفل متولد شده از این طریق به پدر حکمی‌اش، تردید کرد. جدا از آن که در روایی و جواز این عمل چه حکمی صادر می‌کنیم، باید کودک مزبور را فرزند شرعی و قانونی همین مرد دانست چرا که او منشأ پیدایش گردیده است و قبلاً در تعریف نسب گفته شد که شرع در باب نسب، دارای اصطلاح خاصی نیست (فقدان حقیقت شرعیه).

۱- اصولاً نسب یک مفهوم تضاییفی است به این معنا که در هر نسبتی، می‌توان از دو زاویه نگریست. به عنوان مثال، اگر گفته شود X پدر Y است لاجرم، Y هم فرزند X خواهد بود.

اسلامی، این نسبت و خویشاوندی زمانی اتفاق می‌افتد و معتبر است که در فضای مشروع شکل گرفته باشد. در عین حال، چون بحث این پژوهش، ناظر به نسب خاص (پیوند والدین و فرزندان) است، می‌توان مدعی شد که تکوین یک انسان از ترکیب نطفه یک مرد و یک زن، از منظر همه جوامع بشری، فی الجمله موجب پیدایش نسب است.

### شرایط تحقق نسب

همانگونه که اشاره شد، از منظر فقه اسلامی، نسبی معتبر است که از شرایط لازم برخوردار باشد. این شرایط گاهی در محیط نکاح تحقق می‌یابد و گاهی در خارج آن، و از آنجا که در فقه اسلامی، نکاح، تنها منبع خانواده است، پس می‌توان مسئله را در دو صورت بررسی کرد:

۱. *تحقق نسب در خانواده*: برای آن که یک خانواده شکل بگیرد وجود یک نکاح صحیح، ضرورت دارد و برای آن که یک نسب معتبر در محیط خانواده تحقق یابد، باید نطفه‌ای از زوجین، تکوین یابد. بنابراین، نسب ناشی از خانواده دارای سه رکن است:

أ) وجود نکاح صحیح

ب) وقوع نزدیکی میان زوجین

ج) انعقاد نطفه پس از نزدیکی

۲. *تحقق نسب در خارج از خانواده*: فقه اسلامی و قوانین برگرفته از آن، در مواردی، کودکی را که در خارج از محیط خانواده تکوین یافته باشد را نیز به والدین طبیعی‌اش ملحق می‌کنند و چنین نسبی را مشروع می‌انگارند. این مسئله معمولاً در یکی از سه حالت اتفاق می‌افتد:

أ) نزدیکی با شبهه از سوی کسانی که به واسطه جهل به حکم یا موضوع، به بطلان نکاح یا نزدیکی واقف نبوده‌اند.

ب) نزدیکی با کسانی که قوه تمییز ندارند مانند شخص در خواب، بیهوش، مست، دیوانه و ...

## اماره فراش

یکی از راه کارهایی که در فقه اسلامی برای اثبات نسب، پیش‌بینی شده است اماره فراش است که معادل آن در حقوق کشورهای غربی، فرض قانونی اماره پدری است. فراش در لغت به معنای هر چه بگسترانند و بستر آمده است (۳۵) و در اصطلاح حقوقی عبارت است از این که طفلی که از زن شوهردار به دنیا آمده است، فرزند شوهر فرض می‌شود و ملحق به اوست (۳۶).

این مصطلح از حدیث نبوی (ص) الولد للفراش و للعاهر الحجر (۳۷)<sup>۱</sup> گرفته شده است. دو احتمال در معنای فراش در این حدیث، داده شده است. فراش ممکن است به معنای بستر باشد و از آن، نزدیکی مشروع، مراد باشد و یا ممکن است به معنای رابطه زوجیت موجود میان زوجین باشد. با احتمال دوم که قطعاً می‌توان کودک ناشی از رحم جایگزین را به والدین حکمی ملحق کرد زیرا میان آن دو، رابطه زوجیت وجود داشته است. اما بنابر احتمال اول (که منظور از فراش، بستر و نزدیکی باشد)، برای الحاق کودک به والدینش، باید بستر را در معنای عام‌تری از نزدیکی متعارف و تناسلی به کار ببریم تا شامل لقاح اسپرم و تخمک در رحم مادر جانشین نیز بگردد. بنابراین می‌توان مدعی شد که واژه نزدیکی در ماده ۱۱۵۸ ق.م نیز به عنوان سبب انعقاد نطفه و تکوین طفل به کار رفته است و در تلقیح مصنوعی نیز ترکیب اسپرم و تخمک اتفاق می‌افتد.

تنها نکته‌ای که باقی می‌ماند آن است که آیا وضعیت تأهل و مجرد مادر جانشین، تأثیری در این الحاق دارد یا خیر؟

این جا دو فرض را می‌توان پیش‌بینی کرد:

۱- *تجرده مادر جانشین در هنگام تولد بچه*: اگر به لحاظ احتساب اقل و اکثر مدت حمل از زمان فراکاشتن گامت

یا جنین در رحم او، امکان الحاق وجود داشته باشد، طفل به پدر حکمی (صاحب اسپرم) ملحق می‌شود. اما اگر چنین امکانی نباشد، قاعداً باید براساس عموم و اطلاق ادله، اماره فراش منحصرأ نسبت به شوهر سابق زن جاری گردد؛ گرچه به نظر می‌رسد شمول قاعده فراش نسبت به چنین موردی که تعلق اسپرم به فرد دیگری معلوم است، سزایمند نباشد. بدیهی است که در پاره‌ای از موارد نیز، میان دو اماره فراش، تعارض پیش می‌آید. البته ماده ۱۱۶۰ ق.م، حکم تعارض دو اماره را به هنگام تولد کودک پس از ازدواج مجدد زن در موردی که انتساب طفل به هر دو شوهر (سابق و فعلی) ممکن باشد مشخص کرده است (کودک را به شوهر دوم ملحق کرده است). از این رو چون می‌توان اماره فراش ناشی از حالت مادر جانشین را در حکم یکی از دو اماره فراش ناشی از نکاح صحیح در صورت تعارض دانست، می‌توان اماره فراش پدر حکمی (صاحب اسپرم) را مقدم دانست.

ب- *تأهل مادر جانشین به هنگام تولد کودک*: اگر از نظر زمانی، الحاق کودک به پدر حکمی ممکن نباشد به شوهر فعلی زن انتساب می‌یابد. اما اگر به لحاظ زمانی، الحاق کودک به پدر حکمی ممکن باشد، و ضمناً الحاق او به شوهر مادر جانشین ناممکن باشد، قهراً منتسب به پدر حکمی خواهد گردید. اما در صورت تعارض که اماره فراش در مورد هر دو قابل اجرا باشد مسئله پیچیده می‌شود زیرا بر خلاف صورت پیشین (صورت مجرد زن) این جا دو خانواده (در مفهوم مصطلح) وجود دارد. در چنین وضعیتی اگر بتوان با آزمایش‌های ژنتیکی نظیر DNA نسب کودک را اثبات کرد که مسئله روشن است اما در صورت عدم امکان چنین آزمایشی، اگر پدر حکمی بتواند ثابت کند که از نظر احتساب حداقل و حداکثر مدت حمل، شوهر زن به دلیل غیبت، مسافرت، حبس یا بستری بودن در بیمارستان، اساساً نمی‌تواند

۱- یعنی فرزند متعلق به صاحب بستر (شوهر) است و برای زنکار، تنها سنگ (نامیدی و حرمان) می‌باشد.

با همسرش نزدیکی کرده باشد و اماره فراش او را از اعتبار بیندازد، طفل به او ملحق می‌شود.

البته برخی از فقیهان در چنین مواردی از قرعه، بهره می‌جویند (۳۸،۳۹) (اگرچه به نظر می‌رسد شمول قرعه از چنین موردی منصرف باشد) ولی به نظر می‌رسد با عنایت به دلایل ذیل، مقدم داشتن اماره فراش پدر حکمی در اولویت باشد:

۱. تعهد احتمالی مادر جانشین در قرارداد، مبنی بر خودداری از نزدیکی با همسرش در مدت تعیین شده. نظر به این که معمولاً فرایند مادر جانشینی بر اساس انعقاد یک قرارداد که از پشتوانه‌های حقوقی برخوردار است، تحقق می‌یابد، می‌توان این تعهد را بر عهده مشروط علیه (مادر جانشین) قرار داد.

۲. باروری مادر جانشین پس از تلقیح مصنوعی مسلم است ولی این که نزدیکی او با شوهرش منجر به ایجاد نطفه شده باشد، معلوم نیست.

۳. مصالح روانی و اجتماعی که از بچه‌دار شدن والدین حکمی تحقق می‌یابد.

### مخالفتان الحاق نسب پدری در مادر جانشین

در برابر این دیدگاه، ممکن است کسانی در رابطه نسبی این کودک با پدر طبیعی‌اش، تردید روا دارند. استدلال آنها مبتنی بر این است که تکوین کودک ناشی از حالت مادر جانشین، نه در محیط خانواده است و نه در محیط خارج از خانواده که از سوی قانون‌گذار، مشروعیت داشته باشد. اما این که در محیط خانواده نیست به این دلیل که تحقق خانواده با سه شرط فراهم می‌آید که نزدیکی یکی از آنها است و در محل بحث، این شرط، مفقود است.

اما این که نسب در خارج خانواده نیز نیست به این دلیل است که شارع و قانونگذار، تنها مواردی خاص از تکوین کودک در خارج از خانواده را موجب تحقق نسب دانسته است که مسئله مادر جانشین از آن موارد نیست، چرا که نه مصداق شبهه، نه فقدان قوه تمییز و نه از باب

اکراه است.

### پاسخ به نظریه مخالفان

به طور کلی رابطه میان زن و مرد که باعث پیدایش کودک می‌شود بر سه قسم است:

۱. رابطه مشروع

۲. رابطه نامشروع

۳. رابطه‌ای که محل اختلاف است.

رابطه مشروع خود بر دو قسم است: رابطه زوجیت میان مرد و زن، و موارد مجاز و معتبر در تحقق نسب در خارج از خانواده (شبهه، فقدان تمییز و اکراه). کودکانی که از رابطه مشروع به وجود می‌آیند، کودکان مشروع هستند.

رابطه نامشروع نیز شامل زنا و تفریض می‌شود که منجر به آبستنی زن می‌گردد و کودکی را که محصول یک رابطه نامشروع است، کودک نامشروع می‌خوانند.

برای رابطه‌ای هم که محل اختلاف است می‌توان به تلقیح مصنوعی (چه با اسپرم شوهر و یا اسپرم بیگانه) و همین مسئله مادر جانشین را مثال آورد.

اما در پاسخ به استدلال مخالفان اثبات نسب پدری در مسئله مادر جانشین دو گونه می‌توان وارد شد:

### پاسخ نخست

این که گفته شد کودک حاصل از جانشینی در بارداری، نامشروع است کاملاً محل مناقشه است زیرا این کودک، حاصل عملی است که ارکان تشکیل دهنده رابطه مشروع را دارا است:

نخست، رابطه زوجیت میان مرد و زن وجود دارد، دوم، تکون کودک پس از نزدیکی تحقق یافته و سوم، نزدیکی نیز در کار بوده است. البته پر واضح است که مراد از نزدیکی، آمیزش و اختلاط منی مرد با تخمک زن است نه صرف نزدیکی به شیوه متعارف. بنابراین کودک ناشی از این نوع از لقاح نیز مشروع خواهد بود و لازمه مشروعیت او، آن است که به پدر و مادر خود

انتساب یابد و ملحق گردد.

و رابعاً اگر ادله مشروعیت، شامل حال او نگردد، حداکثر داخل قسم سوم از اقسام یعنی رابطه مورد اختلاف می‌شود که حکم در چنین مواردی، مراجعه به قواعد عمومی و اصول عملی است.

این مسئله و اشکالات آن در مسئله تلقیح مصنوعی میان اسپرم و تخمک زوجین که در رحم زوجه فراکاشته می‌شود (چه با روش‌های خارج رحمی و چه روش‌های داخل رحمی) نیز مطرح است. به عبارت دیگر این پرسش آنجا هم رخ می‌نماید که آیا می‌توان کودکی را که از طریقی غیر از نزدیکی متعارف زوجین تکون یافته به آنان ملحق بکنیم؟ پاسخ مثبت است زیرا در حقیقت، این که نطفه زوجین در چه مکانی نهاده شده و تکثیر گردیده است اهمیت ندارد، آن چه مهم است، تعلق نطفه به زوجین است که در محل بحث (مادر جانشین) وجود دارد. فقهای معاصر اگرچه به طور صریح به مسئله مادر جانشین نپرداخته‌اند اما از فتاوی آنان درباره کودک ناشی از عمل تلقیح مصنوعی می‌توان نظر مساعد آنان را از باب وحدت موضوع، در محل بحث نیز برداشت کرد. به تعدادی از نقطه نظرات آنان اشاره می‌شود:

اگر منی مرد را در رحم زنش وارد کردند چه به وجه حلال یا حرام و از آن، بچه تولید شد، اشکالی نیست که بچه مال زن و مرد است و همه احکام فرزندان را دارد (۴۰).

تلقیح زن به نطفه شوهرش جایز است، ولی اگر عمل توسط غیر شوهر انجام شود و در اثر آن مس یا نظر به آلت تناسلی زن لازم آید، جایز نخواهد بود (۴۱).

با یک نگرش کلی به نظرات فقها درباره تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر می‌توان به خوبی دریافت که از منظر آنان چنانچه اسپرم شوهر به هر شکلی با تخمک همسرش ترکیب گردد (به شرطی که از مقدمات حرام مانند نگاه بیگانه به اندام تناسلی زن اجتناب گردد) اعم

از این که این کار در خود رحم زن صورت پذیرد و یا در محیط آزمایشگاه باشد یا در مکان دیگری مانند رحم مادر جانشین، نه تنها جایز است که بچه حاصل از آن نیز به همین مرد و زن انتساب می‌یابد.

این قسمت را با سخن دو نفر از دانشیان حقوق به انجام می‌رسانیم:

دکتر سید حسن امامی بر این عقیده است که طفل متولد شده (از طریق تلقیح مصنوعی)، طفل قانونی است و تمامی شرایط لازم را برای نسب قانونی دارا می‌باشد و فرقی که مورد لقاح مصنوعی با موارد عادی دارد آن است که در لقاح مصنوعی، طفل به وسیله طبیعی نزدیکی یعنی نزدیکی زن و شوهر به وجود نیامده است و این امر تأثیری در نسب قانونی ندارد زیرا قانون، نزدیکی را شرط نسب قانونی قرار نداده و به همین جهت است که طفل متولد از تفخیز زن و شوهر منتسب به پدر و مادر می‌باشد (۳۲).

دکتر ناصر کاتوزیان هم بر این باور است که نزدیکی جنسی، فقط راه معتاد آبستنی است و نفس این اقدام به تنهایی اثری در احکام نسب ندارد و آن چه سبب انتساب طفل به پدر و مادر می‌شود، رابطه زوجیت بین آنان یا اعتقاد به وجود چنین رابطه‌ای است و در انتساب طفل به پدر و مادر نباید تردید کرد چرا که هیچ عمل نامشروعی انجام نگرفته است (۴۲).

### پاسخ دوم

این پاسخ، مبتنی بر این اصل است که: نامشروع بودن عمل والدین طفل، همواره موجب نامشروعیت طفل، نمی‌شود. به دیگر عبارت، نامشروع بودن تحقق کودک ملازمه با عدم تحقق نسب ندارد، به دلیل آن که فقیهان در مورد نسب کودک ناشی از زنا اختلاف نظر دارند و برخی بر این باورند که ولدالزنا به والدین طبیعی‌اش ملحق می‌شود و تنها از این میان، ارث با دلیل خاص (۴۳)، استثنا شده است (۴۴).

طرفداران این نظریه می‌گویند: اگر عرف و لغت، ولدالزنا

نباشد، نمی‌تواند اثبات گر نسب باشد هر چند زنا هم به شمار نرود.

#### در پاسخ این استدلال می‌توان گفت:

نخست، این استدلال متوقف بر استفاده حصر از عبارت فقیهان می‌باشد در حالی که چنین چیزی معلوم نیست. دوم، در صورتی هم که این عبارت، مفید حصر باشد، حصرش اضافی است نه حقیقی، یعنی نسب در قیاس با زنا و شبیهه، در این دو امر انحصار دارد.

سوم، مدرک این حصر یا اجماع است یا حدیث فراش. دلیل اجماع که به خاطر مدرکی بودن معتبر نیست (مدرکش همین حدیث فراش است) و حدیث فراش را چنانچه پیش از این گفتیم مربوط به تردد کودک میان یک فراش یقینی و یک زنا یقینی است (۴۷) و در حالت مادر جانشین، چنین نیست.

#### ۲- نسب مادری در حالت مادر جانشین

در این بخش بحث بر سر این است که مادر قانونی طفل تولد یافته از حالت جانشینی در بارداری، چه کسی است؟ پیش از پیشرفت‌های دانش پزشکی شاید این پرسش نامعقول به نظر می‌رسید اما با امکان پذیر شدن پدیده‌ای چون مادر جانشین نه تنها نامعقول نیست که پاسخ یابی آن نیز چندان آسان نمی‌نماید.

سه احتمال در این مسئله وجود دارد:

أ) مادر حکمی (ژنتیکی - صاحب تخمک)

ب) مادر جانشین (صاحب رحم)

ت) هر دو

اینک درباره هر یک از این احتمالات، سخن می‌گوییم.

أ) مادر حکمی (ژنتیکی) مادر قانونی طفل است. دلایل

این دیدگاه که باور نگارنده نیز هست، از این قرارند:

۱. حقایق علمی: پر واضح است که دستاوردهای پزشکی، کودک تولد یافته را، محصول اسپرم پدر حکمی و تخمک مادر حکمی می‌دانند و هیچ نقش اصلی و کلیدی برای رحم مادر جانشین قایل نیستند.

را به والدینش ملحق می‌کند (لانه مخلوق من مائه) چرا او به حسب شرع، بدون نسب باشد؟ سید محمد حسن بجنوردی می‌نویسد:

حبوه<sup>۱</sup> به ولد الزنا نمی‌رسد ولی قضای نمازهای فوت شده پدر در صورتی که وی پسر بزرگتر باشد بر او واجب است چرا که او فرزند شرعی و عرفی و لغوی آن شخص است (۴۴).

همچنین قائلان الحاق ولد الزنا در رد دلالت حدیث الولد للفراش و للعاهر الحجر گفته‌اند: موضوع حدیث جایی است که کودکی، میان دو نفر که یکی فراش و دیگری زناکار است مردد باشد که این جا حدیث حکم می‌کند که او را به فراش ملحق سازیم، اما در مورد بحث چنین نیست. به خاطر عنایت به همین نکته است که گروهی از فقیهان بر این باورند که شارع، نسب را از ولد الزنا نفی نکرده است (۴۵).

گرچه این نظریه میان فقهای ما شاذ و نامشهور است و حتی قانون مدنی نیز آن را به رسمیت نشناخته است<sup>۲</sup>، اما می‌تواند به عنوان محملی برای الحاق این گونه کودکان، مورد اتکا قرار گیرد<sup>۳</sup>.

ممکن است برخی در نفی نسب کودک متولد از مادر جانشین بگویند: درست است که حالت مادر جانشین زنا نیست اما با این وجود فاقد نسب است زیرا فقیهان تصریح کرده‌اند که: نسب با نکاح صحیح و شبیهه ثابت می‌شود (۴۶). بنابراین هر چیزی که نکاح یا شبیهه

۱- آنچه از میراث که به پسر بزرگ‌ترش در مقابل وجوب قضای نمازهای پدر، اختصاص دارد.

۲- ماده ۱۱۶۷

۳- البته می‌توان اشکال جدی‌تری را به دلالت این حدیث و ادله مشابه بر محل بحث وارد کرد که خلاصه‌اش این است: حدیث مزبور و ادله‌ای که کودک را از زناکار، نفی می‌کنند، همه و همه موردی را در بر می‌گیرند که زنا ی فرد، اثبات شده باشد اما در محل بحث، این اول الکلام است یعنی ما هنوز نمی‌دانیم که این عمل والدین حکمی، زنا هست یا خیر. به تعبیر اصولیان، حکم نمی‌تواند موضوع خود را بسازد.

۲. عرف: چنانچه پیش از این هم گفته شد، مفهوم نسب از مفاهیم عرفی است و عرف، طفل را فرزند صاحب نطفه (اینجا منظور صاحب تخمک است) می‌شناسد.

۳. تشابه با اسپرم: تکوین جنین و پیدایش طفل، همواره با دو عنصر اسپرم و تخمک حاصل می‌آید، و چون همیشه صاحب اسپرم (دست کم در غالب موارد)، پدر کودک محسوب می‌شود، طبعاً صاحب تخمک نیز مادر او به شمار خواهد رفت.

۴. دلایل دیگری نیز ذکر شده است که از نظر نگارنده خالی از مناقشه نیستند، مانند قصد قراردادی، مقررات قانون مدنی در مورد گیاه، رعایت مصلحت و سعادت بچه و ...

ب- مادر جانشین، مادر قانونی است. دلایل این احتمال از این قرارند:

۱- عرف: با توجه به اطلاعات و دست آوردهای علم پزشکی، می‌دانیم که جنین پیش از لانه‌گزینی در شکل یک توده سلولی نامتمایز قادر به جایگزینی در هر نقطه‌ای از بدن است که در هر جایی جز رحم قرار گیرد، باعث تخریب می‌گردد. همچنین رحم نقش‌های مهم دیگری مانند مبادله پیام‌های حیاتی، تشکیل جفت و ... را به عهده دارد. بنابراین هر کسی از این اطلاعات با خبر شود، کودک را به زن صاحب رحم، ملحق می‌کند.

در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت: عرف و ما (به عنوان بخشی از آن) برای رحم مادر جانشین نقش و سهمی قائلیم ولی نه در حد و اندازه زن صاحب تخمک که بیش‌ترین نقش را در تکون و ایجاد ویژگی‌های کودک (در کنار اسپرم مرد) دارا است.

۲- قرآن: آیه ۲ سوره مجادله: «إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَكَلَدْنَهُمْ»

گروهی از فقیهان با استناد به این آیه بر این باورند که در هر صورت، کسی که کودک را به دنیا می‌آورد (می‌زاید)، مادر او به شمار می‌رود. بر همین مبنا صاحب جواهر در یک واقعه مشهور (۴۸)، کودک را به همسر مرد، ملحق نمی‌سازد به این دلیل که از او متولد نشده است (۴۹).

در پاسخ از استدلال به این آیه گفته شده: این آیه در مقام رد کسانی است که ظهار می‌کنند یعنی با تشبیه همسر خویش به مادرشان، او را بر خود حرام می‌کنند و اصولاً ربطی به محل بحث ندارد. همچنین ممکن است "ولدنهم" به معنای زایمان نباشد چرا که نظیر این واژه را در مورد پدر هم داریم «و والد و ما ولد» (بلد/ ۳) که نمی‌توان آن را بر زایمان حمل کرد. بنابراین شاید مراد آیه سوره مجادله، زایمان نباشد بل که منظور، کسی باشد که بچه از او ناشی شده باشد.

۳- علت ناقصه: ممکن است کسی بگوید عضو فراکاشته شده، جزء وجود جسم گیرنده می‌شود، بنابراین عضو انتقال یافته درست در همان زمانی که فراکاشته می‌شود، هویت گیرنده را به دست می‌آورد.

ج- کودک دارای دو مادر قانونی است.

مبنای این احتمال نیز عرف، قلمداد شده است و عرف مادر چنین کودکی را، هر دو زن می‌داند<sup>۱</sup>.

روشن است که افزون بر غرابت و نامتعارف بودن این سخن، پشتوانه عرفی هم ندارد زیرا چنانچه گفته شد، عرف، کودک را به زن صاحب تخمک ملحق می‌کند. علاوه بر این، مشکلات و پیامدهای حل ناشدنی دیگری (نابسامانی در اموری مانند حضانت، توارث، محرمیت، وصیت، نفقه و برخی ناهنجاری‌های روانی و اجتماعی) نیز در مسئله رخ خواهد نمود.

۱- براساس استفتای دکتر سید طه مرقاتی از آیت الله موسوی اردبیلی در

تاریخ ۱۳۸۳/۲/۱۸

## منابع

- ۱- حکیم محمدتقی. الاصول العامه للفقہ المقارن. بیروت، مؤسسه آلالبیت للطباعة و النشر، ۱۹۷۹ م، صفحه: ۵۶.
- ۲- نایب‌زاده عباس. بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی «مادر جانشین، اهدای تخمک یا جنین». تهران، مجد، ۱۳۸۰ ه.ش، صفحه: ۸۲.
- ۳- عزیززاده مهدی. وضعیت فقهی و حقوقی استفاده از رحم جایگزین. مشهد، فصلنامه الهیات و حقوق، دانشگاه رضوی، سال ششم، شماره ۱۹، ۱۳۸۵ ه.ش، صفحات: ۸۱-۱۷۷.
- ۴- خمینی (امام) سید روح الله. توضیح المسائل فارسی. صفحه: ۴۱۳، مسأله ۲۸۷۴.
- ۵- گلبایگانی سید محمدرضا. مجمع المسائل. چاپ چهارم، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۳۷۲ ه.ش، جلد ۲، صفحه: ۱۷۶.
- ۶- خویی سید ابوالقاسم. منهاج الصالحین. چاپ ۲۸، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ه.ق، صفحات: ۳-۴۲.
- ۷- مؤمن محمد. کالبدشناسی در آموزشهای پزشکی. فقه اهل بیت، سال اول، شماره ۱، ۱۳۷۴ ه.ش، صفحات: ۹۱-۸۰.
- ۸- روحانی سید محمد صادق. المسائل المستحدثه. چاپ چهارم، قم، مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۴ ه.ق، صفحه: ۵.
- ۹- خرازی سید محسن. التلقیح الصناعی و احکامه. قرائات فقهیه معاصره فی معطیات الطب الحدیث، بیروت، الغدیر، ۱۴۲۳ ه.ق، جلد ۱، صفحه: ۲۴۴.
- ۱۰- حرّ عاملی محمد بن الحسن. وسائل الشیعه. تحقیق عبد الرحیم ربانی شیرازی، تهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۴۰۳ ه.ق، جلد ۲۴، صفحه: ۲۳۶.
- ۱۱- جعفرزاده میر قاسم. درآمدی بر مسائل فقهی حقوقی ART. بولتن تولید مثل و نازایی، پژوهشکده بیولوژی و تکنولوژی جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۸ ه.ش، شماره ۷.
- ۱۲- جعفرزاده میر قاسم. درآمدی بر مسائل فقهی حقوقی ART. بولتن تولید مثل و نازایی، پژوهشکده بیولوژی و تکنولوژی جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۸ ه.ش، شماره ۸.
- ۱۳- حرّ عاملی محمد بن الحسن. وسائل الشیعه. تحقیق عبد الرحیم ربانی شیرازی، تهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۴۰۳ ه.ق، جلد ۱۴، صفحه: ۲۳۹.
- ۱۴- علوی قزوینی. سید علی. آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان، فصلنامه نامه مفید، شماره ۳، سال اول، ۱۳۷۴، صفحه: ۱۷۰.
- ۱۵- مؤمن محمد. کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة. قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵، صفحات: ۸-۵۷.
- ۱۶- حرم پناهی محسن. مجله فقه اهل بیت. سال سوم، شماره ۹، صفحات: ۸-۱۴۰.
- ۱۷- حرّ عاملی محمد بن الحسن. وسائل الشیعه. تحقیق عبد الرحیم ربانی شیرازی، تهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۴۰۳ ه.ق، جلد ۱، صفحه: ۲۲۱.
- ۱۸- کلینی محمد بن یعقوب. فروع کافی. قم، دارالکتب الاسلامیه، آخوندی، ۱۳۸۸ ه.ق، آداب الخلو، حدیث ۳، جلد ۲، صفحه: ۳۵.
- ۱۹- طوسی (شیخ) ابو جعفر محمد بن الحسن. التبیان فی تفسیر القرآن. قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۹ ه.ق، جلد ۷، صفحه: ۴۲۸.
- ۲۰- فخر رازی. تفسیر فخر رازی. جلد ۲۳، صفحه: ۲۰۵.
- ۲۱- مظفر محمدرضا. اصول الفقه. قم، نشر دانش اسلامی، ۱۴۰۵ ه.ق، جلد ۱، صفحه: ۱۳۹.
- ۲۲- جعفرزاده میر قاسم. درآمدی بر مسائل فقهی حقوقی ART. بولتن تولید مثل و نازایی، پژوهشکده بیولوژی و تکنولوژی جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۸ ه.ش، شماره ۴، صفحه: ۲.
- ۲۳- قبله‌ای خلیل. بررسی احکام فقهی و حقوقی کودکان نامشروع. فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۱۳ و ۱۴، ۱۳۷۸ ه.ش.
- ۲۴- یزدی محمد. باروری‌های مصنوعی و حکم فقهی آن. فقه اهل بیت، شماره ۵-۶، ۱۳۷۵، صفحات: ۹-۱۰۲.
- ۲۵- یزدی محمد. باروری‌های مصنوعی و حکم فقهی آن. فقه اهل بیت، شماره ۵-۶، ۱۳۷۵، صفحه: ۵۲.
- ۲۶- حرّ عاملی محمد بن الحسن. وسائل الشیعه. تحقیق عبد الرحیم ربانی شیرازی، تهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۴۰۳ ه.ق، جلد ۱۹، صفحه: ۱۵.
- ۲۷- حرّ عاملی محمد بن الحسن. وسائل الشیعه. تحقیق عبد الرحیم ربانی شیرازی، تهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۴۰۳ ه.ق، جلد ۱۴، صفحه: ۲۴۶.

- ۲۸- حرّ عاملی محمد بن الحسن. وسائل الشیعه. تحقیق عبد الرحیم ربانی شیرازی، تهران، المكتبة الاسلامیة، ۱۴۰۳ ه.ق، جلد ۱، صفحه: ۱۹۳.
- ۲۹- جعفرزاده میرقاسم. درآمدی بر مسائل فقهی حقوقی ART. بولتن تولید مثل و نازایی، پژوهشکده بیولوژی و تکنولوژی جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۸ ه.ش، شماره ۵، صفحه: ۲.
- ۳۰- خویی سید ابوالقاسم. منهاج الصالحین. چاپ ۲۸، قم، مدینة العلم، ۱۴۱۰ ه.ق، جلد ۱، صفحه: ۴۲۷.
- ۳۱- فیروزآبادی. مجدالدین. القاموس المحيط، بیروت، دارالمعرفه، بی تا، جلد ۱، صفحات: ۲-۱۳۱.
- ۳۲- امامی سید حسن. حقوق مدنی. چاپ دوازدهم، تهران، اسلامیة، ۱۳۷۳ ه.ش جلد ۵، صفحه: ۱۵۱.
- ۳۳- صفایی سید حسین. اسدالله امامی. حقوق خانواده، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴ ه.ش، جلد ۲، صفحات: ۸-۹.
- ۳۴- کاتوزیان ناصر. حقوق مدنی. خانواده، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۲-۱۳۷۱ ه.ش، جلد ۲، صفحه: ۶.
- ۳۵- فیروزآبادی مجدالدین. القاموس المحيط، بیروت، دارالمعرفه، بی تا، جلد ۲، صفحه: ۲۸۲.
- ۳۶- صفایی سید حسین. اسدالله امامی. حقوق خانواده، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴ ه.ش، جلد ۲، صفحه: ۴۸.
- ۳۷- حرّ عاملی محمد بن الحسن. وسائل الشیعه. تحقیق عبد الرحیم ربانی شیرازی، تهران، المكتبة الاسلامیة، ۱۴۰۳ ه.ق، جلد ۱، صفحه: ۵۶۵.
- ۳۸- محقق حلی. شرایع الاسلام. تهران، انتشارات استقلال، بی تا، لدا، صفحه: ۵۶۳.
- ۳۹- شهید ثانی. مسالک الافهام. جلد ۱، صفحات: ۴-۴۶۳.
- ۴۰- خمینی (امام) سید روح الله. توضیح المسائل فارسی. صفحه: ۱۴، مسأله ۲۸۷۵.
- ۴۱- خویی ابو القاسم. مستحدثات المسائل. صفحات: ۳-۴۲.
- ۴۲- کاتوزیان ناصر. حقوق مدنی خانواده. چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۲-۱۳۷۱ ه.ش، جلد ۵، صفحات: ۵-۱۸۴.
- ۴۳- حرّ عاملی محمد بن الحسن. وسائل الشیعه. تحقیق عبد الرحیم ربانی شیرازی، تهران، المكتبة الاسلامیة، ۱۴۰۳ ه.ق، جلد ۱، صفحه: ۵۶۶.
- ۴۴- بجنوردی سید محمد حسن. القواعد الفقهیة. تصحیح مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی، قم، نشر الهادی، ۱۳۷۷ ه.ش، جلد ۴، صفحه: ۴۶.
- ۴۵- قبله‌ای خلیل. بررسی احکام فقهی و حقوقی کودکان نامشروع. فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۱۳ و ۱۴، ۱۳۷۸ ه.ش. صفحه: ۱۳۰.
- ۴۶- سید علی طباطبایی. ریاض المسائل. قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ه.ق، جلد ۱۰، صفحه: ۱۲۹.
- ۴۷- خویی سید ابوالقاسم. تكملة المنهاج. قم، مدینة العلم، ۱۴۱۰ ه.ق، مبحث نکاح، جلد ۱، صفحه: ۱۰۹.
- ۴۸- حرّ عاملی محمد بن الحسن. وسائل الشیعه. تحقیق عبد الرحیم ربانی شیرازی، تهران، المكتبة الاسلامیة، ۱۴۰۳ ه.ق، جلد ۱، صفحه: ۴۲۶.
- ۴۹- نجفی محمدحسن. جواهر الکلام. بیروت، دارإحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۹۸۱ م، ۴۱ جلد، صفحه: ۳۹۸.