

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه

عاصف حمدالهی*

تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۰۹/۱۵

بهزاد پورسید**

تاریخ پذیرش: ۱۳۸۸/۱۱/۰۳

چکیده

در شرع مقدس اسلام برای هر فعلی از افعال انسان‌ها حکمی هست؛ مسأله استفاده از رحم جایگزین و انتساب طفل متولد از رحم جایگزین از افعالی است، که باید حکم تکلیفی و وضعی آن مشخص گردد. در این مقاله آن‌چه مورد تعقیب و نتیجه‌گیری قرار می‌گیرد، ناظر بر احکام تکلیفی نیست بلکه به بررسی حکم وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه می‌شود. از جمله مسائل مهمی که در ارتباط با این موضوع در قلمرو مسائل حقوقی مطرح است، این است که کودک متولد شده در اثر لقاح بعد از فوت پدر، آیا وارث محسوب می‌گردد و با بقیه وراثت در ماترک شریک می‌باشد یا خیر؟ وضعیت ارث جنین منجمد شده نیز از مسائلی است که به مناسبت بحث از توارث کودکان متولد از رحم جایگزین قابل بررسی است. در زمینه نفقه هم مسائلی چند مطرح است از جمله مباحث مهمی که به مناسبت بحث از نفقه طفل متولد از رحم جایگزین قابل طرح است این است که آیا حاملی که در رحم مادر جانشین قرار دارد مستحق نفقه می‌باشد یا خیر؟ سعی ما در این نوشتار بر این است که بر پایه مبانی فقهی- حقوقی و بهره‌گیری از فتاوی فقها و اندیشه‌های حقوقی برای سؤالات فوق و سؤالات دیگری که در این زمینه مطرح است، پاسخ مناسب ارائه نمائیم.

واژگان کلیدی

توارث، نفقه، رحم جایگزین، باروری مصنوعی، مادر جانشین

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم a.hamdallahi@gmail.com

** عضو هیئت علمی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی

مقدمه

در شرع مقدس اسلام برای هر فعلی از افعال انسان‌ها حکمی وجود دارد؛ مسأله استفاده از رحم جایگزین و انتساب طفل متولد از رحم جایگزین از افعالی است که باید حکم تکلیفی و وضعی آن مشخص گردد. با توجه به این‌که بحث مطرح شده در این مقاله ناظر بر احکام تکلیفی نیست، لذا ما وارد حکم تکلیفی جواز یا حرمت نمی‌شویم. احکام وضعی کودکان متولد از رحم جایگزین در دو دسته متمایز قابل بررسی است:

- احکامی که به رابطه طبیعی و حقوقی بین دو انسان (فرزند و پدر و مادر) مربوط می‌شوند، مانند نسب و توارث
- احکامی که ناظر به استیفای حقوق معنوی و مادی کودک اند، مانند حضانت، ولایت و نفقه

لکن ما در این نوشتار تنها به بررسی حکم وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه، با توجه به مسایل مختلفی که در این زمینه مطرح است، می‌پردازیم. از نظر حقوقی مسایل متعددی در این زمینه مطرح است. در زمینه توارث این مسأله مطرح است، که کودک متولد شده در اثر لقاح بعد از فوت پدر، آیا وارث محسوب می‌گردد و با بقیه وراثت در ماترک شریک می‌باشد؟ یا خیر؟ مسأله دیگر که شباهت کامل با مسأله قبلی دارد وضعیت ارث طفل در فرضی است که زوجین هر دو از دنیا رفته‌اند و بعد از فوت آنها نطفه طفل منعقد می‌گردد. از جمله مسائل دیگر در مورد ارث کودکان آزمایشگاهی وضعیت ارث جنین منجمد شده است، که به مناسبت بحث از توارث کودکان متولد از رحم جایگزین قابل بررسی است. در زمینه نفقه هم مسایلی چند مطرح است از جمله این که آیا حمله که در شکم مادر جانشین قرار دارد مستحق نفقه می‌باشد؟ یا خیر؟ پاسخ گویی به این پرسش‌ها و پرسش‌های دیگری که در زمینه توارث و نفقه طفل متولد از رحم جایگزین مطرح می‌شود از نظر حقوقی دشوار هست که نیازمند توجه عمیق و اساسی به اصول و قواعد کلی فقه و حقوق و نیز بهره گیری از فتاوی فقها و اندیشه‌های حقوقی است. در این مقاله نخست به

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۱۹۱

بررسی وضعیت ارث جنین لقاح یافته بعد از وفات صاحب اسپرم یا زوجین، وضعیت ارث جنین منجمد شده و نیز وضعیت طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث می‌پردازیم (بخش اول) و سپس از حکم وضعی طفل متولد از رحم جایگزین و جنین فرا کاشته در رحم جایگزین در رابطه با نفقه (بخش دوم) سخن می‌گوییم.

۱. توارث

کلمه ارث به معنای بقاء بوده و وارث به معنای باقی است. ارث و میراث در یک معنی استعمال می‌شود. در قرآن کریم نیز در موارد مختلف کلمه ارث آمده است و اکثراً به مفاهیم معنوی آن اشاره دارد. برای مثال در آیه ۶۳ سوره مریم آمده است «تِلْكَ الْجَنَّةُ الَّتِي نُورِثُ مِنْ عِبَادِنَا مَنْ كَانَ تَقِيًّا» ولی در آیات هفتم الی ۱۳ سوره نساء کلمه ارث به معنای اصطلاحی آن یعنی نصیب و قسمت معین به کار رفته است. برخی از فقهای امامیه در تعریف ارث آورده‌اند: آنچه که انسانی به مناسبت موت انسان دیگر اصالتاً استحقاق پیدا می‌کند، به جهت وجود نسب یا سبب. (عاملی‌غروی، ۱۴۱۹ق، ص ۴)، در این تعریف کلمه موت به‌طور مطلق آورده شده و اعم از موت حقیقی و موت فرضی است. موارد استحقاق ممکن است یکی از موارد زیر باشد:

- ۱- مال: اعم از منقول و غیر منقول و اعیان و منافع
- ۲- متعلقات مال: یعنی حقوق مالی مانند حق خیار و حق شفعه
- ۳- امور دیگر: مانند حق قصاص و حق اجرا و... (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۵، ۶۵)

بنابراین ارث در اصطلاح به معنای انتقال قهری دارائی متوفی به ورثه او می‌باشد و منظور از دارائی، اموال و حقوق مالی است، که در حین فوت، دارا بوده است و دیون به ورثه منتقل نمی‌شود و به ترکه تعلق می‌گیرد و در حقیقت ترکه وثیقه دیون آنان است، بدون آن‌که ورثه شخصاً مدیون آن طلب‌کاران باشد. انتقال ترکه بدون اراده متوفی و ورثه تحقق می‌یابد و به این جهت آن را انتقال قهری نامیده‌اند. پس ارث، انتقال قهری دارائی و مالکیت مورث به ورثه می‌باشد. البته لازم به ذکر است، که بین ارث و

ترکه فرق می‌باشد. زیرا کلمه ارث به معنای استحقاق بوده، ولی ترکه، متعلق این استحقاق می‌باشد. نظر به این که تبیین شرایط وراثت امری است، که در بحث و بررسی وراثت فرزند متولد از رحم جایگزین ضروری می‌نماید؛ لذا ابتدائاً به بیان سه نظر ذیل که می‌تواند مبنای بحث ما در وراثت فرزند مزبور باشد، می‌پردازیم:

۱. یک نظر این است که قانون مدنی در ماده ۸۶۱ نسب را به‌طور مطلق شرط وراثت دانسته است و ولدالزنا را در ماده ۸۸۴ از این امر استثناء نموده است. به این ترتیب معلوم می‌شود، که شرط وراثت، نسب است و فقط ولدالزنا برابر ماده ۸۸۴ ق.م.ا از ارث محروم شده است. لذا می‌توان گفت: که ولد ناشی از غیر زنا در صورتی که نسب تحقق یابد، ارث می‌برد، چرا که ماده ۸۸۴ ق.م.ا استثنائی بر ماده ۸۶۱ این قانون است و عمل به وحدت ملاک استثناء خلاف است؛ لذا استثناء مندرج در ماده ۸۸۴ را با توجه به اطلاق ماده ۸۶۱ باید به‌طور محدود تفسیر کرد. به این ترتیب تمام اقسام دیگر اولاد از ارث مورث خود بهره‌مند می‌باشند و دلیلی بر آن که شرط وراثت در نسب، نکاح صحیح است، موجود نیست. (امامی، ۱۳۷۰، ج ۳، ص ۲۱۶)

۲. نظر دیگر این است، که که مراد از این اطلاق ولادت صحیح است و الفاظ در این جا برای تمسک به اطلاق حجیت ندارد، زیرا تمسک به اطلاق با فرض آن است، که شارع در مقام بیان بوده باشد و شروط دیگری را بیان نکرده باشد. لذا اصل رابطه نامشروع خود مانع است و این جا نمی‌توان فقط به اطلاق تمسک نمود. در این که آیا می‌توان در این جا می‌توان به اطلاق ولد تمسک کرد، یا مراد از ولد یعنی ولد ناشی از نکاح صحیح است؟ می‌توان گفت ظاهراً در اطلاق مولود بر ولادت ناشی از رابطه غیرشرعی می‌توان تردید نمود. این بحث نظیر بحث صحیح و اعم در اصول است.

۳. ممکن است، گفته شود در این جا اصل مثبت جاری است، یعنی حتی در فرض انتساب نطفه به مرد و زن خارج از علقه نکاح نمی‌توان احکام عقلی و شرعی

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۱۹۳

دیگر چون ارث را بر آن بار کرد. به عبارت دیگر امکان انتساب با حکم برقراری ارث ملازمه‌ای ندارد و اصل مثبت مانع آن است.

نظر اول قابل اتکا می‌باشد و در این نوشتار بر اساس این نظر به بحث اصلی یعنی وراثت فرزند متولد از رحم جایگزین می‌پردازیم. چنانچه گفته شد، شرط وراثت، نسب است. بنابراین برای برقراری رابطه توارث بین طفل ناشی از مادر جانشین و پدر و مادر قانونی‌اش و توارث این دو با یکدیگر، تحقق نسب در مورد طفل مزبور لازم می‌نماید. بدین ترتیب در این جا به بررسی تحقق یا عدم تحقق نسب طفل متولد از رحم جایگزین به مناسبت بحث از وراثت فرزند مزبور قابل بررسی است. در واقع سؤال این است که آیا نسب در این حالت ثابت می‌شود یا خیر؟ در خصوص تحقق نسب در طفل متولد از رحم جایگزین اختلاف نظر وجود دارد. برخی عقیده دارند باید رابطه جنسی بین زن و مرد مباح باشد، تا نسب مشروع محسوب شود. آنان در تحقق نسب دو چیز را شرط می‌دانند، یکی ارتباط مشروع و دیگری ارتباط زوج و زوجه به طریق متعارف؛ (حکیم، ۱۴۰۰ق.، ج ۲، ۲۱۵) بنابراین اگر فرزندی از یک زن و مرد متولد شود و به نکاح صحیح یا شبهه مستند نباشد، نسب او مشروع نخواهد بود، هرچند ولدالزنا هم نباشد. مطابق این نظریه فرزند متولد از رحم جایگزین در صورتی که مشروع نباشد؛ نسب مشروع نخواهد داشت. در اشکال به این نظریه گفته شده است؛ این نظریه مدرک شرعی ندارد. اجماع و نص خاص که در مورد ولدالزنا به آن‌ها استناد شده است، ارتباطی به این مورد ندارد. هیچ کدام از اجماع و حدیث فراشبر این باور نیستند، که رابطه باید مباح باشد. مضافاً این که از حیث عرف و لغت نیز بر این کودک ولد صدق می‌کند و از طرف شرع نیز مانعی نرسیده است (قبله‌ای خوئی، ۱۳۸۴، ص ۲۶۸) و از فقهای معاصر نیز هرکس که در این زمینه مطلبی دارد و در تلقیح مصنوعی بحثی کرده است، در انتساب، مباح بودن ارتباط را شرط ندانسته است. این نظریه با توجه به روایات وارده، در مسأله مساحقه، که در آن خلاف آن را بیان می‌کنند، خدشه‌پذیر می‌نماید: برای روشن شدن این بحث، روایت منقول از امام حسن (ع) را به اختصار بیان

می‌کنیم: «ابن مسلم گفت: شنیدم ابا جعفر و اباعبدالله علیهما السلام می‌گفتند: حسن بن علی (ع) در مجلس حضرت علی (ع) حضور داشت، که عده‌ای وارد شدند و می‌خواستند از حضرت علی (ع) مسأله‌ای را سؤال کنند، به علت عدم حضور حضرت در مجلس نزد امام حسن (ع) سؤال را طرح کردند. آن مسأله این بود، که مردی با زن خود نزدیکی و زن با همان حالت بی‌درنگ با دختر باکره‌ای مساحقه نموده و در نتیجه این عمل، نطفه از رحم زن وارد رحم دختر گردیده و دختر حامله شده است. چه باید کرد؟ حضرت امام حسن (ع) فرمودند: ابتدا به زن رجوع کنید و از او مهر دختر باکره را بگیرید؛ زیرا طفل حاصل از مساحقه، از رحم دختر خارج نمی‌شود، مگر با ازاله بکارت وی؛ سپس زن را چون شوهر داشته، رجم کنید و پس از آن به انتظار بنشینید تا دختر باکره زایمان و طفل را به پدرش رد کنید و دختر مزبور را تازیانه بزنید». (حرعاملی، بی‌تا، ج ۱۸، ص ۴۲۶)

آنچه، از مدلول این دسته از روایات به دست می‌آید و اکثر فقهای بزرگ امامیه نیز معتقدند، این است، که کودک به صاحب اسپرم ملحق می‌شود، اگرچه در اثر یک عمل حرام مانند مساحقه کودک تولد یافته باشد؛ در واقع تحریم مسأله، در نسب طفل هیچ‌گونه اثری نداشته است. به نظر ما در رابطه با تحقق نسب شرعی در حالت استفاده از رحم جایگزین، صرف‌نظر از بحث مشروعیت یا عدم مشروعیت عمل، نظر به دلایلی که از نظر شرعی در رابطه با تحقق نسب در زنا ذکر شده است، و این که عده‌ای از فقها حتی برالحاق ولدالزنا به زانی و زانیه اصرار دارند، در حالی که مسلم است رابطه غیرمشروع و کودک نامشروع است، می‌توان حکم به تحقق نسب در حالت مادر جانشینی که حتی در غیرمشروع بودن آن اتفاق نظر وجود ندارد، داد.

از سوی دیگر همان‌طور که گفتار و سخنان فقهای اسلامی در باب نسب دلالت دارد و تفصیلاً به آن پرداخته شده است، قانون‌گذار اسلام در مسأله نسب حقیقت و تأسیس متفاوت از تأسیس عرفی ایجاد نکرده و تنها در ولدزنا به دلیل مصالحی و براساس ادله‌ای خاص در نسب ناشی از آن یا در بعضی از احکام مترتب بر

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۱۹۵

آن تصرف نموده است. بنابراین، مطابق معیارها و قواعد اصولی، در غیرمورد خاص «زنا» بایستی به عام رجوع شود. عام در فرض بحث، مشروعیت نسب لغوی و عرفی است. نظر دیگری در این خصوص این است، که اصل فقط فرض نسب است، نه مشروع بودن نسب. ممکن است ایراد شود، که قانون‌گذار برای اثبات نسب، آمیزش و نزدیکی زوجین را معتبر دانسته است؟ زیرا برابر ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از ۶ ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد». به این ترتیب برابر ماده فوق‌الذکر طفل متولد در زمان زوجیت در صورتی به شوهر نسبت داده می‌شود که بین او و زن نزدیکی واقع شده باشد. لذا طفلی که به وسیله عمل نامتعارف تلقیح مصنوعی زن و شوهر به دنیا آمده است، به دلیل عدم وقوع نزدیکی بین زن و شوهر، به شوهر منتسب نمی‌گردد. این برداشت برابر نظر فقهای است، که در آن اگر مرد با زنی آمیزش جنسی نداشته باشد، کودک تولد یافته به او ملحق نشده، فرزند وی به حساب نمی‌آید. (نجفی، ۱۴۰۰، ج ۳۱، ص ۲۲۹) سؤال اصلی که در این قسمت قابل طرح است، این است، که آیا با توجه به این شرایط می‌توان نتیجه گرفت، که به دلیل عدم وقوع نزدیکی بین زن و شوهر، طفلی که به وسیله عمل نامتعارف تلقیح مصنوعی زن و شوهر به دنیا آمده است، به شوهر منتسب نمی‌گردد؟ برخی از فقها مانند آیه‌الله سیدمحسن حکیم که در تحقق نسب ارتباط زوج و زوجه به طریق متعارف و ارتباط مشروع را شرط می‌دانند، بر این باورند، که نسب با تلقیح ثابت نمی‌شود، هرچند تلقیح اسپرم زوج به زوجه باشد. (حکیم، ۱۴۰۰، ج ۲، ص ۳۰۰)

در نقد و بررسی موضوع اعتبار آمیزش جنسی در مباحث مختلفی از کتاب فقه، الحاق ولد در ازدواج دائم و موقت، لزوم رعایت عده، لعان و نفی ولد، و به تبع آن در مواد ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و ۱۱۶۰ ق.م.طرح شده است، اما به نظر می‌رسد، اعتبار آمیزش جنسی در تحقق نسب و برقراری ارتباط خویشاوندی میان پدر حقیقی و کودک، تنها از این جهت است، که در شرایط عادی و البته در بیشتر موارد، راه انتقال اسپرم به رحم زن،

آمیزش جنسی است (خوانساری، ۱۳۵۷، ج ۴، ص ۴۴۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق.، ج ۴، ص ۳۳) و از آن بر نمی آید، که «نزدیکی» را وسیله منحصر مشروع ساختن نسب قرار داده باشد، به همین دلیل در تحقق نسب طفلی که در اثر تفخیز یا سایر تماس های بدنی زن و شوهر ایجاد شده است، تردید وجود ندارد، (عاملی، ۱۴۱۶ق.، ج ۲، ص ۲۱۵) به طوری که در نزدیکی های غیرمتعارف نیز اگر احتمال رسیدن اسپرم به رحم وجود داشته باشد، فرزند به صاحب اسپرم ملحق می شود. (نجفی، ۱۴۰۰ق.، ج ۳۱، ص ۲۲۳) هرچند این گونه نزدیکی به خودی خود نمی تواند، عامل بارداری شود. (بحرانی، ۱۴۰۵ق.، ج ۲۵، ص ۴)

دکتر کاتوزیان معتقد است، که نزدیکی جنسی فقط راه معتاد آبستنی است و نفس این اقدام به تنهایی اثری در احکام نسب ندارد و آنچه سبب انتساب طفل به پدر و مادر می شود، رابطه زوجیت بین آنان یا اعتقاد به وجود چنین رابطه ای است و در انتساب طفل به پدر و مادر نباید تردید کرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۵۶) پس اگر نزدیکی جنسی را شرط بدانیم، به آن دلیل خواهد بود، که علم به تحقق پیدا نکردن آن، علم به وجود مانع برسر راه تحقق نسب و حصول خویشاوندی است. (عاملی، ۱۴۱۶ق.، ج ۱۰، ص ۲۱۲) از این رو، اگر پدر بیشتر از زمان بارداری، ده ماه از همسر خود دور باشد، فرزند به او ملحق نمی شود؛ چرا که آمیزش در خلال آن ممکن نبوده است. (شریف مرتضی، ۱۴۰۴ق.، ج ۱، ص ۲۸۸) از جمع مطالب ارائه شده می توان نتیجه گرفت، که «نزدیکی جنسی» مذکور در ماده ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق.م به اعتبار این که سبب انعقاد نطفه می گردد مورد نظر قانون گذار واقع شده است و خصوصیتی در نزدیکی و مواقعه زوجین نیست تا در نسب مؤثر گردد، دریافتیم که با تحقق نسب، رابطه توارث بین طفل ناشی از حالت استفاده از رحم جایگزین و پدر و مادر قانونی اش برقرار می گردد، ولی قرابت و خویشاوندی به تنهایی کافی برای ارث بردن یکی از دیگری نیست؛ بلکه برای تحقق ارث شروطی در نظر گرفته شده است. در کتب فقهی موت مورث و وجود وارث را شرط توارث دانسته اند و در ماده ۸۷۵ ق.م نیز بدان اشاره شده

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۱۹۷

است. بحث اصلی ما در رابطه با شرط وجود وارث است. حیات وارث باید همزمان فوت مورث باشد. لذا سؤالی که قبل از ورود به بحث اصلی توارث در حالت مادر جانشین به ذهن خطور می‌کند، این است که کودک متولد شده در اثر لقاح بعد از فوت پدر یا بعد از فوت زوجین، آیا وارث محسوب می‌گردد و با بقیه وراثت در ما ترک شریک می‌باشد؟ یا خیر؟ مسئله دیگری که امروزه با گسترش امکانات و تکنولوژی پزشکی و بالا رفتن تخصص‌ها، که امکان رشد طفل را در داخل فضاها، آزمایشگاهی فراهم آورده، مطرح است، این است، که آیا حقوق مدنی و به‌ویژه حکم ارث نسبت به کودک آزمایشگاهی، بعد از انعقاد نطفه و مادام که به رحم منتقل نشده است، جاری می‌شود یا خیر؟ پاسخ‌گویی به این سؤالات و سؤالات دیگری که در زمینه ارث در حالت استفاده از رحم جایگزین مطرح است، موضوع مباحثی خواهند بود که در این قسمت از نوشتار به‌طور جداگانه مورد بررسی خواهند گردید:

۱.۱. وضعیت حقوقی طفل ناشی از لقاح بعد از فوت زوج یا زوجین

در این بخش این سؤال مطرح است، که کودک متولد شده در اثر لقاح بعد از فوت پدر، آیا وارث محسوب می‌گردد و با بقیه وراثت در ما ترک شریک می‌باشد؟ یا خیر؟ مسأله دیگر که شباهت کامل با مسأله قبلی دارد، وضعیت حقوقی طفل در فرضی است، که زوجین هر دو از دنیا رفته‌اند و بعد از فوت آن‌ها نطفه طفل منعقد می‌گردد. لازم به ذکر است که چنین طفلی الزاماً باید در رحم مصنوعی مراحل رشد خود را طی نماید و یا این‌که بعد از انعقاد نطفه در رحم زن دیگری بصورت اجاره رحم پرورش یابد. پاسخ به سؤال فوق مستلزم بررسی و تحلیل شرایط تحقق ارث در مورد مسأله مدنظر می‌باشد، که در زیر به آن پرداخته می‌شود: جنین از لحاظ فیزیکی موجود مستقلی نبوده و وابسته به مادر است و از لحاظ جسمانی تکامل نیافته است. اما از نظر حقوقی همانند سایر انسان‌ها از بعضی حقوق متمتع می‌گردد، که در فقه اسلامی و قانون اساسی ایران این موضوع تصریح شده است. لکن باید شروطی که در قانون برای

تمتع جنین بیان شده، محقق گردد. مواد ۸۷۵ و ۹۷۵ ق.م ایران صراحتاً ارث بردن جنین و شرایط آن را بیان نموده است. ماده ۸۷۵ ق.م می گوید: «شرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حمل باشد در صورتی ارث می برد، که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود اگر چه فوراً بعد از تولد بمیرد». از مفهوم مواد قانون مدنی و فقه اسلامی بر می آید که علاوه بر وجود شرایط عمومی ارث دو شرط اساسی برای تمتع جنین از ارث وجود دارد که عبارتند از:

۱- انعقاد نطفه جنین در زمان فوت مورث (موجود بودن جنین)

۲- زنده بودن جنین هنگام تولد.

اولین شرط در تحقق ارث موجود بودن وارث در زمان فوت مورث است؛ چرا که ارث باعث انتقال قهری اموال مورث به وارث می شود و منتقل الیه باید موجود باشد تا قابلیت تملک داشته باشد. با انعقاد نطفه انسان اولین مرحله از مراحل زندگی او شکل می گیرد و از لحاظ قانونی نیز آغاز برخورداری از حقوق، از اولین لحظه حیات می باشد (مواد ۹۵۶ و ۹۵۷ ق.م). به عبارت دیگر بین برخورداری از حقوق و آغاز حیات رابطه مستقیم وجود دارد. در مبحث ارث، قانون گذار نحوه شناسایی موجودیت حمل را با انعقاد نطفه او در زمان فوت مورث می داند. قسمت انتهایی ماده ۸۷۵ ق.م همین مطلب را بیان می دارد: «... و اگر حمل باشد در صورتی ارث می برد که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود اگر چه فوراً پس از تولد بمیرد». برابر این ماده شرط وراثت حمل، انعقاد نطفه در زمان فوت ورث و زنده متولد شدن طفل است؛ به این ترتیب نظر به این که توارث یکی از حقوق مدنی است می توان گفت که به طور کلی تمتع حمل از حقوق مدنی از زمان انعقاد نطفه آغاز می گردد البته مشروط بر این که زنده متولد شود. بنابراین در حالت استفاده از رحم جایگزین چنانچه نمونه گیری گامت نر و ماده از پدر و مادر حکمی برای امتزاج آن دو در محیط آزمایشگاه و انتقال به رحم جایگزین انجام شده باشد، لکن قبل از امتزاج اسپرم با تخمک در محیط آزمایشگاه و یا در داخل رحم جایگزین، یکی یا هر دو نفر از والدین حکمی فوت کنند

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۱۹۹

و عمل تلقیح پس از فوت انجام شود، حمل مزبور از صاحب اسپرم یا تخمکی که در حین تلقیح فوت نموده است، ارث نمی‌برد زیرا ترکیه با فوت مورث به ورثه موجود حین الفوت منتقل می‌شود و جنین به معنای «تخمک بارور شده» در حین موت موجود نبوده است فلذا تمام ترکیه به ورثه موجود در حین فوت مورث می‌رسد. در نتیجه با عنایت به مطالبی که گفته شد، می‌توان گفت: طفلی که نطفه‌اش بعد از فوت انسان منعقد می‌شود، از دارائی او ارث نمی‌برد؛ زیرا نطفه طفل در زمان فوت مورث منعقد نبوده است در حالی که یکی از شرایط تحقق ارث برای حمل انعقاد نطفه حمل در زمان فوت مورث است، در پاسخ به این استدلال گفته شده است، که شرط وجود وارث حین فوت مورث موضوعیت نداشته و صرفاً به دلیل کاشفیت آن از نسب اخذ شده است. برخی از فقهای امامیه بر این باورند، که در ثبوت ارث، صرف انتساب فرزندی به مورث کافی است، هرچند نطفه او پس از فوت مورث منعقد شده باشد؛ صاحب جواهر در «جواهر الکلام» می‌گوید: «فانه لادلیل علی اعتبار مقارنه صدق الولد للموت، بل یکفی الصدق بعد ذلک...» «دلیلی بر اعتبار هم زمانی میان صدق عنوان ولد و فوت مورث موجود نیست، بلکه صدق این عنوان ولد بعد از فوت نیز کفایت می‌کند.» (نجفی، ۱۴۰۰ق، ج ۲۹، ص ۳۹) یا در جای دیگر آورده است: «لاطلاق النصوص بارئه مع ولادته حیا الشامل لمالوکان عند موت مورثه نطفه، نعم یشترط العلم بوجوده عندالموت لیحکم بانتسابه الیه...» «اطلاق نصوص ارث حملی که زنده متولد شده، شامل مواردی است، که وارث به هنگام فوت مورث نطفه بوده است. برای صحت انتساب حمل به مورث، علم به وجود حمل در هنگام فوت مورث معتبر است.» (نجفی، ۱۴۰۰ق، ج ۳۹، صص ۷۹-۱۰۹) صاحب «ریاض المسائل» در این خصوص می‌فرماید: «نعم یشترط العلم بوجوده عندالموت لیحکم بانتسابه الیه...» (طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۴۳۳) همچنین محقق اردبیلی در مجمع الفائده و البرهان آورده است: «فلو جامع فمات بعده بلا فصل ثم جاد الولد لاقول مده الحمل و قبل مضی اقصاه بحيث یحکم بکونه

ملحقاً به یرث آبیّه.. «؛ هرگاه مردی بلافاصله پس از جماع با همسرش، بمیرد و سپس طفلی متولد شود، که با توجه به امارات مربوط به حداقل و حداکثر دوران بارداری، به متوفی ملحق شود، طفل مزبور از پدر خود ارث می‌برد». (محقق اردبیلی، ۱۴۱۴ق.، ج ۱۱، ص ۵۴۶) از آنجا که حداقل زمان لازم برای عبور اسپرماتوزئید از دهانه رحم تا منتهی الیه لوله‌های فالوپ و در نهایت باروری تخمک، ۲۴ تا ۴۸ ساعت است. (آخوندی، ۱۳۸۴، ص ۱۶) لذا در این فرض آنچه مسلم است، این که هنگام فوت مرد، هنوز لقاح بین اسپرم و تخمک صورت پذیرفته و انعقاد نطفه پس از فوت صاحب اسپرم صوت گرفته است؛ ولی به عقیده‌ایی فقیه بزرگ، محقق اردبیلی هرگاه انتساب طفل به صاحب اسپرم (پدر) ثابت باشد، رابطه توارث میان آنها ثابت است. (صفائی و علوی قزوینی، ۱۳۸۵، ص ۴۸) ممکن است برای اثبات این مدعا به احادیثی که اطلاق دارد و در آنها به لزوم انعقاد نطفه حمل در زمان فوت مورث، اشاره‌ای نشده، استناد نمود. (صفائی و علوی قزوینی، ۱۳۸۵، ص ۴۷) برخی از این روایات عبارتند از:

- «... عن أبي بصير قال: قال ابو عبدالله(ع): قال أبي(ع): اذا تحرک المولود تحرکاً بیناً فانه یرث و یورث فانه ریمایا کان أخرس»: ابا بصیر از امام صادق(ع) نقل کرده است، که امام(ع) فرمودند: پدرم امام باقر(ع) فرمودند: هرگاه نوزاد هنگام تولد حرکت آشکاری از خود بروز دهد، پس آن طفل از خویشاوندان ارث می‌برد و خویشاوندان نیز از او ارث می‌برند، هرچند هنگام تولد صدای گریه او شنیده نشود، زیرا ممکن است نوزاد گنگ باشد». (حرالعالمی، بی تا، ج ۱۷، ص ۵۸۸)
- «... عن الفضیل قال: سأل الحکم بن عتیبه ابا جعفر(ع) عن الصبی یسقط من أمه غیر مستهل أبورث؟ فاعرض عنه، فأعاد علیه، فقال: اذا تحرک تحرکاً بیناً ورث فانه ریمایا کان أخرس...»؛ حکم بن عتیبه از امام باقی(ع) سؤال کرد: نوزادی از مادرش متولد می‌شود، بدون این که صدای گریه از او شنیده شود. آیا این طفل می‌تواند وارث باشد؟ امام(ع) از وی روی برگرداندند؛ ولی او سؤال خود را تکرار کرد. سپس امام(ع) فرمودند: هرگاه نوزاد هنگام تولد حرکت آشکاری از خود نشان دهد از خویشاوندان خود ارث می‌برد، د

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۲۰۱

هرچند صدایی از او هنگام تولد شنیده نشود، زیرا ممکن است نوزاد لال باشد. (حراعاملی، بی تا، ج ۱۷، ص ۵۸۹) پس می توان گفت: هر گاه انتساب طفل به مورث قطعی باشد، از دیدگاه فقه ارث او مشکلی نخواهد داشت؛ هرچند که نطفه بعد از موت مورث نیز منعقد شود و در قانون مدنی نیز می توان گفت، که شرط مذکور برای اثبات نسب اخذ شده است. بر ادله یاد شده ایرادات و اشکالات ذیل وارد شده است: (صفائی و علوی قزوینی، ۱۳۸۵، ص ۴۹)

۱. بر خلاف سخن صاحب جواهر، از ظاهر اکثر ادله باب ارث، تقارن زمانی میان صدق «ولد» و موت مورث لازم می نماید. مانند آیه شریفه ۱۱ سوره نساء: «وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ» و نیز آیه ۱۲ سوره مذکور که می فرماید: «وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَّمْ يَكُنْ لَّهُنَّ وَلَدٌ». همان گونه که ملاحظه می شود، در این آیات برای بیان حکم صورت فرزندان بودن مورث، از صیغه ماضی، مانند «إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ» یا «إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ» و «ان لم یکن لهن ولد» استفاده شده است، و ظاهر صیغه ماضی آن است که مورث از قبل و به هنگام مرگ دارای اولاد بوده است و این ایراد که صیغه ماضی در آیات فوق منسلخ از معنای زمان بوده و صرفاً برای بیان حکم صورت فرزندان بودن مورث، مورد استفاده قرار گرفته، خلاف ظاهر وضع این صیغه است و تنها در صورت وجود قرینه عقلی یا لفظی می توان به آن مستلزم گردید؛ چنان که در آیاتی مانند «كَانَ اللَّهُ سَمِيعًا بَصِيرًا» (نساء، آیه ۴) و... قرینه عقلیه نسبت به انسلاخ صیغه ماضی از زمان وجود دارد. ولی در آیات ارث چنین قرینه ای در کار نیست.

۲. بر فرض وجود اطلاق در آیات یاد شده باید گفت، که اطلاقات مزبور منصرف به مواردی هستند، که جنین یا حامل در زمان فوت مورث وجود داشته باشد و شمول آن نسبت به فرزندی که پس از فوت مورث موجود می گردد، مورد تردید است و نتیجتاً اصل عدم ارث جاری خواهد بود.

۲۰۲ عاصف حمدالهی و بهزاد پورسید

۳. روایات مربوط به ارث حمل نیز صرفاً در مقام بیان عدم اعتبار گریه کردن کودک هنگام تولد، در ثبوت است، و به هیچ وجه در صدد بیان سایر جهات، از قبیل اعتبار انعقاد نطفه حمل قبل یا بعد از وفات پدر نیست. بنابراین، روایات مزبور نسبت به فرض مورد بحث فاقد اطلاقند و یا حداقل اطلاق آنها مورد تردید است.

۴. از دیدگاه نگارنده فرض این است، که در تمامی ادله ذکر شده فرض انتساب در لحظه فوت شرط است و لذا باید در لحظه فوت انی نطفه منعقد شده باشد و الا یکی از شرایط یعنی حیات وارث در لحظه فوت مورث صدق نمی کند. لذا نمی توان این ادعا را پذیرفت، آن هم بر خلاف نص که نطفه می تواند بعد از فوت منعقد شود زیرا شرط حیات وارث شرطی مستقل از شرط انتساب شرعی است. و این جا وجود دو شرط لازم است و نباید این دو را مخلوط کرد.

در این بین نظر برگزیده را به این ترتیب می توان بیان نمود، که: هر چند نظریه ارث طفل از صاحبان اسپرم یا تخمک مویدات قابل توجهی در فقه دارد، ولی از آن جا که توجیه آن فقط لحوق شرعی نطفه به زوجین است، ولی شرط حیات را نادیده می گیرد، مورد اشکال است و احکام ارث به لحاظ آمره بودن و این که بر مبنای نصوص شرعی و ادله خاص هستند، بر اساس استحسانات عقلی قابل تعمیم نیست. به این ترتیب نظریه عدم ارث طفل از صاحبان اسپرم یا تخمک، که مطابق با فتاوی برخی از فقهای معاصر امامیه، (سیستانی، ۱۴۱۴ق، ص ۴۹۵) همچنین ظاهر ماده ۸۷۵ ق.م است، اقوی به نظر می رسد. ماده ۸۷۵ ق.م. مقرر می دارد: «شرط وراثت زنده بودن وارث در حین فوت مورث است و اگر حمله باشد، در صورتی ارث می برد، که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود، اگرچه سریعاً پس از تولد بمیرد». برخی از حقوق دانان در این فرض قائل به تسامح بوده و معتقدند، که طفل را نباید از ارث محروم نمود و در بیان این مطلب نوشته اند: «فرض چنین حالتی در نزدیکی معتاد زن و شوهر نادر است. ولی در صورتی که با تلقیح مصنوعی نطفه شوهر در رحم زن قرار گیرد، احتمال وقوع آن بعید به نظر نمی رسد، به همین جهت تردید شده است، که آیا

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۲۰۳

چنین فرزندی را باید در زمره وارثان آورد یا به دلیل انعقاد نطفه پس از مرگ باید او را از میراث محروم کرد؟ تفسیر ادبی و منطقی ماده ۸۷۵ این نتیجه را تلقی می‌کند، که چون نطفه بعد از مرگ مورث بسته شده است، باید او را محروم شناخت ولی، واقعیت این است که قانون‌گذار به وضع معتاد نزدیکی زن و شوهر نظر داشته است نه تلقیح مصنوعی، به همین جهت هم تاریخ انعقاد نطفه را تاریخ نزدیکی فرض کرده است، پس اگر رویه قضایی به این نتیجه عاقلانه برسد، که به این فرزند مشروع نیز باید ارث داد، نباید این تصمیم را خلاف مفاد و روح قانون دانست، وانگهی در تمیز انعقاد نطفه قانون‌گذار به مسامحه عرفی آشکار تن داده و اماره نسب را معیار قرار داده است؛ یعنی طفلی را که پیش از ۱۰ ماه از تاریخ فوت شوهر به دنیا آمده است موجود فرض می‌کند (ماده ۱۱۵۹ ق.م) در حالی که احتمال دارد نطفه پس از فوت بسته شده باشد. انگیزه این تسامح مقنن به ارث بردن چنین کودکی است، روح قانون تعبیری از همین هدف‌ها است. پس جای آن دارد، که گفته شود اگر چنین ناشی از لقاح مصنوعی نیز در فاصله کمتر از ۱۰ ماه از تاریخ فوت پدر به دنیا آید، وارث شناختن او با روح قانون و اراده مفروض او در برخورد با این فرع نوظهور و حادث موافق است، به‌ویژه که این نتیجه با عدالت که هدف غائی قواعد سازگارتر می‌نماید. در مورد مادری هم که شوهر به هنگام نزدیکی فوت می‌کند و انعقاد نطفه در فاصله کوتاهی پس از آن رخ می‌دهد، باید از همین معیار تسامح استفاده کرد». (کاتوزیان، ۱۳۷۶، صص ۹۵-۹۶)

از دیدگاه نگارنده توجیه ارث طفل از صاحبان اسپرم یا تخمک بر مبنای عدالت مورد ایراد می‌باشد، چراکه مبنای ارث عدالت نبوده، بلکه ادله خاص و نصوص شرعی است و لذا موسع تفسیر نمودن احکام قانون مدنی هم خلاف اصل است و این امر استحسان عقلی است، که در ادله ارث قابل اتکا نیست. اگر این‌گونه تفسیر کنند در فرض هم‌بستری زوجین بدون عقد نکاح شرعی و بر مبنای رضایت طرفین هم باید قائل به همین تفسیر بر مبنای عدالت شویم !!! همچنین تمسک به روح قانون در توجیه نظریه ارث طفل از صاحبان اسپرم یا تخمک قابل تمسک نیست، چراکه در ادله خاص

۲۰۴ عاصف حمدالهی و بهزاد پورسید

تمسک به روح قانون جواز عقلی ندارد. مبنای ما لحوق اسپرم و تخمک زن است ولو باروری و ایجاد نطفه با فاصله اندکی باشد این امر از نظر عرفی قابل قبول است و دقتهای پزشکی خیلی رواجی ندارد. ولی دامنه قابل تسری به سایر موارد از جمله جایی که بعداً لقاح واقع شود را نمی‌پذیرد.

۱.۲. وضعیت ارث جنین منجمد شده

تا به این جا دانستیم که نطفه ترکیب یافته در داخل رحم که عرفاً به آن عنوان «حمل» اطلاق می‌گردد، از لحظه امتزاج اسپرم با تخمک (انعقاد نطفه) از حقوق مدنی متمتع می‌گردد. حال سؤالی که مطرح می‌شود این است، که آیا این حقوق نسبت به کودک آزمایشگاهی، بعد از انعقاد نطفه و مادام که به رحم منتقل نشده است، جاری می‌شود یا خیر؟ ماده ۹۷۵ ق.م.می‌گوید: «حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد، مشروط بر این که زنده متولد شود» و در ماده ۲۷۰ ق.م. نیز آمده است: «اقرار برای حمل در صورتی مؤثر است، که زنده متولد شود». تردیدی نیست که مقررات فوق نسبت به تخمک بارور شده در داخل رحم و نیز تخمکی که در خارج رحم (محیط آزمایشگاه) تشکیل شده است، از هنگام انتقال آن به رحم قابل اعمال است؛ زیرا از جهت عرفی و سنتی «حمل» به جنین داخل رحم گفته می‌شود، حال باید به این سؤال پاسخ داد، که آیا حقوق کلی مدنی نسبت به کودک آزمایشگاهی، بعد از انعقاد نطفه و مادام که به رحم منتقل نشده است، جاری می‌شود، یا خیر؟ به‌طوری که حقوق ایجاد شده به نفع او در صورت زنده متولد شدن، از زمان انعقاد نطفه استقرار یابد.

قبل از پاسخ به این سؤال لازم است مقدمه‌ای به تبیین منظور خود از حقوق کلی مدنی و تعریف لغوی و اصطلاحی «حمل» پرداخته شود:

مقدمه اول: منظور، حقوق مدنی است، که مقررات مدنی هر جامعه برای شخصی در ارتباط با اشخاص دیگر می‌شناسد، برخی در تعریف حقوق کلی مدنی آورده‌اند: «منظور از حقوق کلی مدنی، حقوق مدنی شخص به‌طور کلی و بدون ارتباط

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۲۰۵

با موضوع یا شخص معینی است، مانند حق مالک شدن به طور کلی که در برابر حقوق جزئی مدنی مثل حق مالکیت نسبت به مزرعه معین، قرار دارد و به همین جهت از آن به حقوق کلی مدنی تعبیر کردیم، حقوق کلی مدنی همان اهلیت تمتع یا حق تمتع است که در بعضی مواد قانون مدنی نظیر «۹۵۶ و ۹۵۹ ذکر شده است». (شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی، ۱۳۸۰، ص ۱۷۳)

مقدمه دوم: از نظر لغوی حمل واژه‌ای عربی است و در معانی مختلفی چون: بار، میوه، درخت، بچه داخل رحم زن به کار رفته است: مرحوم دهخدا در معنای حمل می‌نویسد: «حمل کلمه‌ای است عربی و مصدر، که در معناهایی چون باردار شدن زن، حامله شدن بکار می‌رود؛ حامل و حامله نعت از آن» (دهخدا، ۱۳۳۸، ج ۱۹، ص ۸۰۲) مرحوم دکتر معین در این باره می‌نویسد: «حمل در زبان فارسی به معنای بار است و در زبان عربی به معنای آبستن (معین، ۱۳۷۵، ج ۱، صص ۱۲-۱۴) در فرهنگ معجم الوسیط از حمل به آن چه که در داخل شکم است و بار درخت تعبیر شده است (انیس ابراهیم، ۱۴۱۶ق.، ص ۱۹۹)

- در کتب فقهی حمل به همان معنای بچه انسان از زمان انعقاد نطفه تا پیش از وضع حمل گفته می‌شود و البته این بازه زمانی مورد تقسیم قرار گرفته است. نکته دیگر آن که واژه حمل و جنین در اصطلاح فقهاء مترادف فرض شده است و در اکثر کتب فقهی سعی بر آن بوده است که واژه جنین مورد تعریف و نقد و بررسی قرار گیرد. نزد فقهای امامیه و عامه معنای اصطلاحی جنین خارج از معنای لغوی آن نبوده، همان بچه در شکم مادر بیان گردیده است. شهید ثانی جنین را چنین تعریف می‌کند: «الجنین هو الحمل فی بطن امه و سمي به لاستتار فيه» (عاملی، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۳۰۰)

- دکتر سیدحسن امامی در تعریف حمل چنین می‌گوید: «حمل زمانی گفته می‌شود که منی وارد رحم زن شود و بین تخم ذکور و تخمک اناث امتزاج حاصل گردد که آنرا لقاح نیز گویند. لقاح بلافاصله پس از ورود منی در رحم حاصل نمی‌شود

بلکه مدتی لازم است تا امتزاج به وجود آید و گاه اتفاق می افتد که تا حدود مدت دو ساعت پس از نزدیکی انجام می گیرد». (امامی، ۱۳۷۰، ج ۴، ص ۵۲)

- دکتر جعفر جعفری لنگرودی نیز در تعریف حمل چنین می گوید: «حمل به موجودی گفته می شود که در رحم زن وجود پیدا می کند و آغاز وجودی آن از تاریخ انعقاد نطفه است و انتهای وجود آن ولادت است. در حقوق حمل تفاوتی نمی کند از راه مواقعه حاصل شده باشد یا از طریق دیگر». (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷، ص ۲۵۲)

به این ترتیب پاسخ سؤال فوق بستگی دارد، به این که قانون گذار جنینی را که هنوز به رحم منتقل نشده، «حمل» به حساب می آورد یا خیر؟ نظر به این که برای تشخیص مفاهیم عناوین و موضوعات احکام فقهی و حقوقی ناگزیر از مراجعه به عرف عام هستیم، و از جهت عرفی و سنتی «حمل» به جنین داخل رحم گفته می شود. لذا بدون شک از دیدگاه عرف عام عنوان «حمل» بر جنین استقرار یافته در داخل رحم صادق است؛ و اطلاق این عنوان بر زیگوت تشکیل شده در محیط آزمایشگاهی با تردید روبرو است.^۱ و عرف در صحت آن دچار شک و تردید می گردد، و این تردید خود نشانه عدم وضع لفظ «حمل» برای جنین تشکیل یافته در خارج از رحم است؛ زیرا به مقتضای قواعد اصولی، عدم تبادر معنا از لفظ دلیل بر عدم وضع است. بنابراین احکام مترتب بر عنوان «حمل» در مورد جنین آزمایشگاهی قابل اجرا نیست. (صفایی و علوی قزوینی، ۱۳۸۵، ص ۵۴) ولی با مراجعه به روح قانون و انگیزه عدالت جویی قانون گذار در می یابیم، که منظور اصلی قانون گذار، شناخت حقوق مزبور برای نطفه ترکیب شده به عنوان یک انسان بالقوه است، اعم از این که ترکیب و تشکیل او در خارج یا داخل رحم باشد؛ و تکامل در داخل رحم خصوصیتی ندارد، تا این که ابتدای پیدایش حق تمتع را از حقوق مدنی از هنگام انتقال به رحم قرار دهیم و حقوق مزبور را منحصر به جنین مستقر در رحم نماییم. (شهیدی، ۱۳۸۰، صص ۱۷۰-۱۷۱) اطلاق عنوان «حمل» به جنین داخل رحم نیز از جهت تغلیب است و ناظر به موارد عرفی و طبیعی می شود، به نظر نگارنده نیازی به انگیزه عدالت جویی در این خصوص نیست

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۲۰۷

زیرا مبنایی برای تفسیر قواعد نیست، بلکه رعایت قاعده تغلیب کارساز است و اغلب و عرفاً بر جنین داخل رحم حمل اطلاق می‌شود ولی اگر نگاهداری جنین در فضای خارج رحم نظیر حمل تلقی شود ظاهر اینست که رعایت این قاعده اقلیت شرط نیست و می‌توان ولو با مسامحه اطلاق حمل بر آن نمود و به جنینی که مراحل رشد خود را در خارج از رحم می‌پیماید نیز «حمل» گفته شود، حتی می‌توان مدعی شد امروزه با گسترش امکانات و تکنولوژی پزشکی و بالا رفتن تخصص‌ها، در بسیاری از زایمان‌ها که حیثاً جای مادر در خطر است و یا این‌که جنین نارس است، آنرا در داخل فضاهای آزمایشگاهی کامل شدن رشد کودک و طی مراحل جنین نگه می‌دارند و تلقی جامعه از این مرحله رشد کودک همانند زمان درون رحم مادر، به عنوان «حمل» می‌باشد، با این توضیح می‌توان گفت که جنینی که در داخل رحم مصنوعی قرار دارد نیز حمل به حساب می‌آید و در صورت زنده متولد شدن از حقوق مدنی برخوردار خواهد شد. از سوی دیگر، ممکن است گفته شود: در احکام مربوط به جنین، عنوان «حمل» موضوعیت ندارد، بلکه موضوع و عنوان اصلی احکام، جنین در حال رشد و نمو است، خواه داخل یا خارج رحم باشد. و با عنایت به این مطلب بین دو مورد تفکیک قائل شد: (صفایی و علوی قزوینی، ۱۳۸۵، ص ۵۵)

۱. موردی که نطفه منعقد شده بدون وقفه به رشد خود ادامه می‌دهد، خواه در رحم باشد یا بیرون آن؛ که در این صورت، این جنین از تمام حقوق مدنی متمتع می‌گردد و با زنده متولد شدن او کشف می‌شود که از ابتدای زمان تشکیل جنین تمام حقوق مدنی به نفع او ایجاد شده و با زنده متولد شدن او، حقوق ایجاد شده به نفع او از زمان انعقاد نطفه استقرار می‌یابد.

۲. موردی که جنین بعد از تشکیل، منجمد شده و مراحل رشد و تکامل آن متوقف می‌گردد و شاید تا سالیان متمادی نیز به حال انجماد باقی بماند؛ که در این صورت، به علت عدم قرار داشتن آن در مسیر رشد و تکامل، و نیز عدم صدق عنوان «حمل» احکام

حقوقی جنین بر آن مترتب نیست و جنین مزبور از حقوق مدنی برخوردار نمی‌گردد تا زمانی که مجدداً در مسیر رشد و تکامل قرار گیرد.

برخی از احادیث منقوله از معصومین(ص) درباره حرمت اسقاط جنین، نیز این احتمال را تقویت می‌نماید، برای مثال شخصی از امام(ع) در مورد زنی که ایام عادت(حیض) او به تأخیر افتاده و آن زن تردید دارد که این تأخیر به سبب حمل و بارداری است یا به علل دیگری از قبیل بیماری و مانند آن. سؤال آن است که آیا جایز است این زن دارویی مصرف نماید که بی درنگ حائض گردد؟ امام(ع) در پاسخ فرمودند: «لا تفعل ذلک، این عمل را انجام ندهد». راوی می‌گوید: «از امام(ع) پرسیدم: و لو کان ذلک من حبل أنما کان نطفه کنطفه الرجل الذی یعزل، فقال لی: آن النطفه اذا وقعت فی الرحم تصیر الی الحلقه ثم الی مضغه ثم الی ما شاء الله. و آن النطفه اذا وقعت فی غیر الرحم لم یخلق منها شیء...؛ بر فرض که این تأخیر ایام عادت نیز ناشی از حمل و بارداری باشد، چه تفاوتی است، میان اسقاط نطفه داخل رحم و نطفه‌ای که مرد در هنگام آمیزش آن را در خارج از رحم عزل می‌نماید؟ امام(ع) در پاسخ فرمودند: «وقتی نطفه در رحم قرار گرفت به علقه و سپس به مضغه و... تبدیل می‌شود، ولی هرگاه خارج از رحم عزل شود، چیزی از آن خلق و آفریده نمی‌شود». (صدوق، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۹۴) همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، در این حدیث، ملاک حرمت اسقاط جنین، در معرض رشد و تکامل بودن آن معرفی شده است. به این ترتیب نقطه آغاز حق تمتع کودک آزمایشگاهی از حقوق مدنی هنگام انعقاد نطفه یعنی زمان امتزاج تخمک یا اسپرم است و فرقی نمی‌کند که این حمل در داخل رحم و یا در خارج رحم(محیط آزمایشگاه) صورت پذیرد. لکن از آن‌جا که موضوع و عنوان اصلی احکام مزبور، جنین در حال رشد و نمو است، خواه داخل یا خارج رحم باشد. درخصوص موردی که جنین بعد از تشکیل، منجمد شده و مراحل رشد و تکامل آن تا سالیان متمادی متوقف می‌گردد، به علت عدم قرار داشتن آن در مسیر رشد و تکامل، و نیز عدم صدق عنوان

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۲۰۹

«حمل» احکام حقوق جنین بر آن نیست. به این استدلال و نتیجه در عبارات حقوق دانانی همچون دکتر شهیدی با تعبیرات خاصی اشارت رفته است که در صفحه پیشین بیان شد. دکتر شهیدی با در نظر گرفتن روح مقررات قانونی بر این باور است که منظور اصلی قانون گذار، شناخت حقوق مزبور برای نطفه ترکیب شده به عنوان یک انسان بالقوه است، اعم از این که ترکیب و تشکیل او در خارج یا داخل رحم باشد؛ و تکامل در داخل رحم خصوصیتی ندارد. (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۱۷۰)

در نتیجه نیز با عنایت به آنچه گفته شد، در این زمینه می توان گفت: که منظور اصلی قانون گذار، شناخت حقوق مزبور برای نطفه ترکیب شده به عنوان یک انسان بالقوه است، اعم از این که ترکیب و تشکیل او در خارج یا داخل رحم باشد؛ و تکامل در داخل رحم خصوصیتی ندارد تا این که ابتدای پیدایش حق تمتع را از حقوق مدنی از هنگام انتقال به رحم قرار دهیم و حقوق مزبور را منحصر به جنین مستقر در رحم نماییم. لیکن این مطلب که بین جنین در حال رشد و نمو و جنین منجمد شده در این خصوص تفکیک قائل شده و جنین منجمد شده را به علت عدم قراردادن آن در مسیر رشد و تکامل از احکام حقوق جنین محروم نموده، قابل توجیه به نظر نمی رسد چراکه جنینی که مدتی از رشد و تکامل متوقف گردیده، نطفه ترکیب شده ای است که هنوز به عنوان یک عنوان یک انسان بالقوه مطرح است.

مسئله دیگری که در رابطه با توارث کودک آزمایشگاهی قابل طرح است، مسأله شرط زنده متولد شدن جنین است، که باعث استقرار حقوق متزلزلی می گردد، که با انعقاد نطفه برای جنین ایجاد شده است. حال چنانچه، دانشمندان قادر باشند تا پایان دوران جنینی، جنین را در آزمایشگاه نگه دارند، یا این که جنین را به دلایل مختلفی پیش از انقضای حداقل مدت حمل (۶ ماه) از رحم بیرون بیاورند و در آزمایشگاه نگهداری کنند، آیا شرط زنده متولد شدن برای تمتع از حقوق مدنی منتفی خواهد بود؟ «به نظر می رسد که در این صورت نیز «تولد» موضوعیت ندارد و بلکه حیات مستقل جنین در خارج از رحم شرط استقرار حقوق متزلزلی است که با انعقاد جنین به نفع او

ایجاد شده است. از اینرو، در صورت انقضای حداقل مدت حمل در صورتی که جنین به محیط آزمایشگاه نیاز نداشته باشد، زنده خارج کردن آن از محیط آزمایشگاه در حکم زنده متولد شدن است و نظریه پزشک متخصص در این زمینه تعیین کننده است» (صفایی و علوی قزوینی، ۱۳۸۵، ۵۶) و به تعبیر برخی از استادان: «هرگاه ثابت شود که جنین آزمایشگاهی به طور مستقل در خارج از محیط آزمایشگاه می تواند زنده بماند، شخصیت و اهلیت تمتع حقوقی جنین کامل شده و استقرار می یابد؛ ولو این که پس از خارج کردن از محیط آزمایشگاهی بمیرد». (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۳۶)

۱.۳. توارث در حالت استفاده از رحم جایگزین

در این قسمت از نوشتار لازم است، قبل از تبیین توارث در حالت استفاده از رحم جایگزین، مقدمتا به تبیین موضوع استفاده از رحم جایگزین در مباحثی چون مفهوم و اشکال مختلف آن بپردازیم تا زمینه برای بررسی حکم وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث مهیا شود.

۱.۳.۱. تعریف استفاده از رحم جایگزین

در لقاح خارج رحمی در مواقعی که زنی برای به ثمر رساندن جنین زوج دیگر باردار می شود، اطلاق رحم جایگزین به کار می رود. تعاریفی برای استفاده از رحم جایگزین ارائه شده است. برخی آن را چنین تعریف کرده اند:

«قراردادی است که به موجب آن، یک زن (مادر جانشین) در مقابل یک زوج ازدواج کرده موافقت می کند، که جنینی را برای آنها حمل کرده، بچه را به دنیا آورد و او را به مجرد تولد به آن زوج تسلیم نماید و آنها بچه را مثل فرزند خودشان بزرگ کنند. (نایب زاده، ۱۳۸۰، ص ۸۲) با بهره مندی از این تعاریف، تعریف بهتری برای استفاده از رحم جایگزین ارائه کرده اند: «قرارداد استفاده از رحم جایگزین توافقی است، که بر پایه آن، زنی (مادر جانشین) می پذیرد تا با روش های کمکی تولید مثل و استفاده از اسپرم و تخمک والدین حکمی یا اشخاص ثالث که در آزمایشگاه بارور شده و یا به

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۲۱۱

جنین تبدیل شده، باردار شود و در حالی که ارتباط ژنتیکی با فرزند ندارد، فرزند ناشی از آن تخمک بارور شده یا به جنین تبدیل شده را حمل کند و پس از تولد، او را به زوج طرف توافق (والدین حکمی یا متقاضی) تحویل دهد». (علیزاده، ۱۳۸۵، ص ۱۸۰) این تعریف از آن جهت که به اشکال مختلف استفاده از رحم جایگزین اشاره دارد جامع افراد است و نیز از آن جهت که بارداری مادر جانشین با تخمک خویش را در بر ندارد، مانع اغیار هست. به این ترتیب ایرادات تعاریف قبلی را ندارد. لکن آوردن عبارت «اشخاص ثالث» محل تأمل است ضرورتی ندارد، موردی که ایجاد تردید می کند و یا محل خدشه است در تعریف بیاوریم.

۱.۳.۲. اشکال مختلف استفاده از رحم جایگزین

استفاده از رحم جایگزین از جهت چگونگی ارتباط ژنتیکی مادر جانشین و والدین حکمی یا والدین متقاضی با جنین حاصله به سه دسته تقسیم می شود: (نایب زاده، ۱۳۸۰، ص ۷۹)

۱.۳.۲.۱. جانشینی در بارداری

حالتی است، که به موجب آن مادر جانشین به وسیله تکنیک های کمکی تولید مثل و با استفاده از جنین حاصل از اسپرم و تخمک والدین حکمی، باردار می شود. در این حالت مادر جانشین که به او «جانشین کامل»^۲ نیز اطلاق می شود، هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه نداشته و او تنها به موجب توافق جانشینی در بارداری، اعم از آن که تجاری یا غیرتجاری باشد، تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته در خارج رحم را که متشکل از اسپرم و تخمک والدین حکمی است و با استفاده از روش های کمکی تولید مثل به وی منتقل گردیده و باردار شده است، حمل می کند. از آن جا که در شرایط متعارف، رحم پذیرنده سلول تخم برای این کار خود، دستمزد می گیرد، بررسی حقوقی این مسأله در بحث ماهیت قرارداد استفاده از رحم جایگزین و با عنوان «اجاره رحم» و «جعاله» قابل بررسی است. همچنین از آن جا که ارتباط تکوینی بین طفل و مادر

جانشین و همچنین صاحب تخمک وجود دارد، در این که مادر اصلی طفل کدام یک از این دو می باشد، از مسائل مهم در این زمینه است که بررسی آن مجال خاصی را می طلبد.

۱.۳.۲.۲. جانشینی سنتی رحم

در این قسم بر مبنای توافق با مادر جانشین، اسپرم مرد زوجه نابارور به طور مصنوعی به داخل رحم وی منتقل می شود، که پس از حامله شدن فرزند را برای آنها حمل نموده و پس از تولد تسلیم آنها کند. در واقع در این قسم، تخمک مادر جانشین با اسپرم مرد که پدر حکمی به شمار می رود، بارور می شود و مادر جانشین، تخمک بارور شده خود با اسپرم پدر حکمی را حمل می کند؛ بنابراین، مادر جانشین (مادر جانشین جزئی)^۳ و همچنین پدر حکمی با بچه ارتباط ژنتیکی خواهند داشت؛ چرا که تخمک مادر جانشین با استفاده از لقاح داخل رحمی^۴ یا خارج رحمی با اسپرم مرد بارور می شود و مادر جانشین، جنین حاصل از تخمک خود را که با اسپرم پدر حکمی بارور شده است، حمل می کند و زوجه نابارور، مادر متقاضی به شمار خواهد رفت و هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه نخواهد داشت و در صورت تحویل فرزند به او، رابطه بین آنها از نوع فرزندخواندگی است. به نظر می رسد چنین قسمی تخصصاً از بحث جانشینی در بارداری خارج است و پرداختن به آن در این جا جایگاهی ندارد. چرا که در قسم مزبور، زن، صاحب تخمک و رحم و مادر اصلی فرزند است. (علیزاده، ۱۳۸۵، ص ۱۸۱) بنابراین اطلاق مادر جانشین بر چنین زنی و همچنین اطلاق رحم جایگزین بر این رحم صادق نیست و موضوع هبه یا فروش تخمک یا فرزند از سوی مادر نسبی درباره آن قابل طرح و بررسی است.

۱.۳.۲.۳. جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی

این شیوه بر پایه ارتباطی سه گانه میان والدین متقاضی، زوج یا اشخاص ثالث صاحب اسپرم و تخمک یا جنین و مادر جانشین استوار است؛ بدین گونه که زن و

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۲۱۳

شوهر نابارور (والدین متقاضی) از تخمک یا جنین اهدایی (والدین حکمی) برای عمل تلقیح مصنوعی و باردار نمودن مادر جانشین استفاده می‌کنند. استفاده از این قسم در استفاده از رحم جایگزین، رواج و توجیه زیادی ندارد، اما احتمال و امکان استفاده از این شیوه وجود دارد و داخل بودن آن در موضوع بحث ممکن است.

۱.۳.۳. حکم وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث

باعنایت به مطالب بالا آشکار گردید، که اشکال مختلفی بر استفاده از رحم جایگزین متصور است. در این قسمت از نوشتار به بررسی حکم توارث طفل متولد در برخی از حالات آن می‌پردازیم:

۱.۳.۳.۱. حالت جانشینی در بارداری

وجود رابطه نسبی بین وارث و مورث از موجبات ارث است، لذا با توجه به انتساب طفل به پدر حکمی، وی پدر قانونی طفل است و رابطه توارث بین طفل متولد از رحم جایگزین و پدر حکمی برقرار است. در بیان رابطه توارث بین طفل و مادر در صورتی که مادر حکمی (صاحب تخمک) را مادر قانونی طفل بدانیم، رابطه وراثت بین طفل و وی برقرار می‌شود، اما اگر مادر جانشین مادر قانونی طفل باشد؛ در این حال رابطه توارث از یک سو بین طفل و پدر حکمی و از طرف دیگر بین طفل و مادر جانشین برقرار می‌شود و نبود رابطه زوجیت بین آن‌ها دلیلی بر نفی وراثت نخواهد بود. چرا که دلیلی بر آن که شرط وراثت در نسب، نکاح صحیح است، موجود نیست و فقط ولد الزنا برابر ماده ۸۸۴ ق.م.ا از ارث محروم شده است و قانون مدنی در ماده ۸۶۱ نسب را به طور مطلق شرط وراثت دانسته است. نا گفته نماند این مطلب بلحاظ این که قانون مدنی در مقام بیان حکم تمامی انواع لقاح نطفه نبوده محل تأمل می‌نماید به طوری که می‌توان گفت که اطلاق ماده قابل تمسک نیست. در این فرض، نظریه سومی درباره نسب مادری داده شده و آن انتساب فرزند حاصل از رحم جایگزین به مادر جانشین و

مادر حکمی است. طبق این نظریه مادر جانشین و مادر حکمی هر دو مادر قانونی طفل می‌باشند.

در این میان نظر برگزیده به این صورت خواهد بود، که از نظر دانش پزشکی به اثبات رسیده که منشأ پیدایش و سلول سازنده جنین از ناحیه مادر، تخمک زن است و در این تردیدی نیست. همچنین از نظر پزشکی اثبات شده که رحم نقش‌هایی دارد، نظیر آماده سازی رحم برای پذیرش جنین و کنترل رشد تهاجمی آن، کنترل و مهار سیستم دفاعی موجود در رحم تا جنین دفع نگردد، تبادل پیام‌ها در زمان لانه‌گزینی جنین و در نتیجه تمایز و نمو سلول‌های تمایز نیافته جنین و تشکیل جفت برای مبادعات غذایی، تنفسی و مواد دفعی جنین با مادر^۵، لذا از انتساب بچه، چه از لحاظ طبیعی و ژنتیکی و چه از لحاظ اخلاقی و عرف و عادت به صاحب اسپرم و تخمک نمی‌توان چشم پوشید. از سوی دیگر نیز نمی‌توان از تعلق و وابستگی طفل به کسی که ماهها در درون رحم او و همچون جزئی از پیکر او رشد کرده و شکل گرفته صرف نظر کرد. مخصوصاً اگر به تعبیراتی که در قرآن کریم در مورد مراحل مختلفی که نطفه پس از قرار گرفتن در رحم زن طی می‌کند تا شکل کامل انسانی را بگیرد، توجه شود.

در عین حال می‌توان گفت این نقش‌های رحم، اگر چه فراتر از یک ظرف و تغذیه تنها برای جنین است، اما این مقدار آگاهی از نقش‌های رحم، جنبه سازندگی و تشکیل دهنده برای جنین ندارد و داوری عرف را در انتزاع نسب از پیدایش طفل از نطفه زن و مرد دگرگون نمی‌کند،^۶ این که در گذشته عرف عادی نقش مادر را حمل و زایمان کودک می‌دانست، بدان جهت بود که راه تشخیص پیدایش و تگون فرزندان، زایمان و زاییدن بوده و جز این، راه دیگری در دسترس نداشتند. زایمان ملاک عرفی و اماره ظاهری بر این مطلب بود که رحم زن در تشکیل جنین دخالت دارد؛ یعنی تخمدان زن به وسیله تخمکی که رها می‌سازد، نطفه جنین را می‌سازد. حال که با پیشرفت دانش پزشکی واقعیت علمی منشأ پیدایش نطفه به یقین ثابت شده، اماریت زایمان مطلق نیست، یعنی از نظر قضایی اثبات خلاف اماره ممکن است، اگر چه

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۲۱۵
قانون‌گذار اسلام برای حفظ آرامش کانون خانواده، آماره زایمان را حفظ کرده و
واقعیت علمی و واقعی را در حالات عادی مناط اعتبار تلقی نکرده است. «رضانیا معلم،
(۱۳۸۰: ۳۲۶)

در میان حقوق‌دانان نیز این عقیده مطرح است، که: «در این مورد، نسب قانونی
بین زنی که طفل در رحم او رشد پیدا کرده و خود طفل به وجود نخواهد آمد، زیرا
تخمک این زن در پیدایش کودک شرکت نداشته است و صرف تکامل یافتن و
گذراندن مراحل رشد در رحم، سبب تحقق نسب نیست، بنابراین، طفل فقط به صاحبان
نطفه ملحق خواهد گردید...» (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۱۶۶)

در میان آیات قرآنی با وجود آن‌که، آیه «إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ
فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا» (قرآن کریم، انسان، آیه ۲) در اثبات منشأ بودن تخمک زن در تولد
طفل قابل استناد است ولی در تعمیم دادن آن بر این‌که هر آن‌چه منشأ تکون انسان
است می‌تواند در جایگاه مادر باشد، بی آنکه سایر نقش‌های مادر ملاحظه گردد، محل
تأمل می‌نماید. اما آیه «وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ
قَدِيرًا» (قرآن کریم، فرقان، آیه ۵۴) که در آن نسب نتیجه پیدایش و ثمره نطفه قلمداد
شده است، ملاک عرف را که منشأ پیدایش فرزند را غیر از زایمان و حمل می‌داند،
مورد تأیید قرار می‌دهد. این معنا، هم از تعبیر جعل نسبت به نسب و هم از تفریع جعل
نسب بر خلق از مادر قابل استفاده است. بنابراین در این‌که فرزند مزبور با هر یک از دو
زن صاحب تخمک و زنی که وی را حمل و زایمان کرده است، ارتباط تکوینی و
واقعی دارد در این تردیدی نیست. ارتباطی که از نظر عقلی و پزشکی ثابت شده
می‌نماید. لکن از بین این دو ارتباط، به دلایل فوق‌الذکر ارتباط طفل با صاحب تخمک
ملاک رابطه مادری و فرزندی است.

از سوی دیگر برای برقراری پیوند نسبی نیاز به دلیل داریم، پس تا زمانی که
چنین دلیلی به دست نیاید، با قاطعیت حکم می‌کنیم که کودک با صاحب رحم
هیچ پیوند نسبی ندارد؛ افزون بر این، اصل عدمی نیز چنان‌چه شک در برقراری چنین

پیوندی داشته باشیم اثبات کننده همین مطلب خواهد بود بلی اگر می‌توانستیم برخی از اوصاف ژنتیک را که از طریق نطفه به فرزند منتقل می‌شود از طریق قرار گرفتن در رحم زن دیگری نیز برای او قائل شویم، شاید می‌توانستیم ملاکی بگیریم و به وجود نسب حکم کنیم ولی این در صورتی است که علم زیست شناسی جواب ما را در این زمینه به‌طور جامع نداده است. هر چند که دلیل محکمی بر عدم تأثیر رحم در حال جنین و به ارث بردن صفات هم نداریم.^۷ بنابراین، نظریه‌ای که طبق آن صاحب تخمک مادر قانونی طفل هست، درست و صحیح می‌نماید و رابطه وراثت بین طفل و وی برقرار می‌شود. برخی از فقهاء با استناد به برخی از آیات قرآنی بر این باورند که صاحب رحم مادر قانونی طفل است، لکن این استدلال‌ها خالی از مناقشه نیست (حمدالهی، ۱۳۸۷، ص ۱۸۷)

- برخی از فقهاء بر پایه این استدلال که در آیه شریفه «مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ» (قرآن کریم، مجادله، آیه ۲) مادر به‌طور مطلق و به صیغه حصر کسی است که فرزند را زاده است، بر این باورند فرزندی که از رحم اجاره‌ای به دنیا آمده است به صاحب رحم منسوب می‌شود؛ ولی به نظر می‌رسد آیه هیچ‌گونه دلالتی بر زاییدن و زایمان زنان نیز نمی‌کند تا مشعر یا صریح در این باشد که ملاک مادریّت، زایمان است، چرا که زایمان واژه فارسی است که معادل آن در فرهنگ قرآن که فرهنگ عربی و تازی است «وضع» می‌باشد. در کتاب و سنت و کلمات فقهاء هر جا سخن از زایمان آمده است با عبارت «وضع حمل» تعبیر شده است چنانکه قرآن در ماجرای مادر مریم بنت عمران می‌گوید: «فَلَمَّا وَضَعَتْهَا قَالَتْ رَبِّ إِنِّي وَضَعْتُهَا أُنْثَىٰ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا وَضَعْتَ وَلَئِنَّ الذَّكَرَ كَأَلْأُنْثَىٰ» (قرآن کریم، آل عمران، آیه ۳۶)؛ هنگامی که مریم را نهاد و زایید، گفت پروردگار من، من دختر زاییدم، خداوند دانای‌تر است به آنچه او نهاده و زاییده است و مرد مانند زن نمی‌باشد.

- استدلال به آیه «وحملته امه کرها و وضعته کرها» و نیز آیه شریفه «وحملته امه وهنا علی وهن» در این که مادر کسی است، که با مشقت باردار شود و با مشقت

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۲۱۷

وضع حمل نماید نیز خالی از مناقشه نیست: چرا که این آیات دلالت ندارد که مادر کسی است که حمل نماید و بزاید یا سختی را تحمل کند، بلکه به انسان تذکر می‌دهد آن وقت که جنین بوده‌اید، مادر، شما را حمل و زایمان کرده است، پس از نیکی در حق آن‌ها دریغ نکنید.

۱.۳.۳.۲. جانشینی سستی رحم

در این حالت تخمک مادر جانشین با استفاده از لقاح داخل رحمی یا خارج رحمی با اسپرم مرد بارور می‌شود و مادر جانشین، جنین حاصل از تخمک خود را که با اسپرم پدر حکمی بارور شده است، حمل می‌کند. در مورد توارث طفل در این حالت از جانشینی دو نظر قابل طرح است:

- رابطه وراثت از یک سو بین طفل و پدر حکمی و از طرف دیگر بین طفل و مادر جانشین، که صاحب تخمک و رحم و مادر اصلی فرزند است، برقرار می‌شود و نبود پدر رابطه زوجیت بین آن‌ها دلیلی بر نفی وراثت نمی‌باشد چرا که دیدیم دلیلی بر این که وجود نکاح صحیح بین پدر و مادر شرط وراثت در نسب باشد در دست نیست.
- با توجه به این که در خصوص این لقاح جواز شرعی نداریم لذا در این موضوع اصالة الصحة هیچ حجیتی نداشته و اصل عدم جاری است و وقتی بر انجام فعل جواز نباشد یعنی فعل را حرام بدانیم قطعا هیچ حکم حقوقی بر این بار نمی‌شود زیرا اصل عدم در این جا اصل مسببی است و لذا در مقام اجرا مقدم است. با وجود اصل عدم امکان انتساب اصولا وجود ندارد و لذا قطعا از شمول ادله ارث خارج است. اگر اینگونه باشد فقط اصل انتساب طبیعی جنین به صاحبان نطفه برقرار است و طفل را ولد الزنا تلقی نمی‌کنیم ولی قطعا بر مبنای اصل مثبت نمیتوانیم احکام ارث را در این جا بار کنیم.

احکام وضعی طفل در حالت استفاده از رحم جایگزین در دو دسته متمایز قابل بررسی است:

- احکامی که به رابطه طبیعی و حقوقی بین دو انسان (فرزند و پدر و مادر) مربوط می‌شوند، مانند نسب و توارث.
- احکامی که ناظر به استیفای حقوق معنوی و مادی کودک اند، مانند حضانت، ولایت و نفقه.

توارث از جمله احکام گروه اول است، که به امور طبیعی وابسته است. به عبارت دیگر در صورت اثبات نسب است، که ترتب آثار حقوقی از جمله توارث بین کودک و والدین را در پی خواهد داشت، لذا توارث بین طفل متولد از رحم جایگزین در حالت جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی با هر کدام از والدین متقاضی و صاحبان نطفه بستگی به این دارد که نسب طفل با کدامیک از این دو برقرار شود. از اینرو ضروری است که نسب طفل جهت تبیین حکم ارث وی، بررسی شود. در تبیین مسأله بر اساس قواعد عمومی باید گفت که از نظر فقهی و حقوقی طفل ملحق به صاحبان نطفه است. اغلب فقهای معاصر چنین فتوا داده‌اند، در این قسمت به نظریات ارائه شده از جانب برخی فقهاء و حقوق‌دانان در رابطه با جنین اهدائی می‌پردازیم:

بنابر نظر حضرت آیت الله مؤمن^۸ و حجه الاسلام قبله‌ای^۹، به لحاظ نسب، کودک از آن صاحبان نطفه بوده و هیچ‌رابطه نسبی با زن و شوهر اهداء شونده (پذیرنده جنین) نخواهد داشت. دکتر سید حسین صفائی در تبیین حکم وضعی انتقال جنین با نطفه اجنبی بیان نموده است: «نظریه سنتی این است که طفل به صاحب نطفه ملحق می‌شود. در باب انتقال جنین نیز اغلب فقهای معاصر 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 تخمک و اسپرم برقرار می‌گردد، در حالی که در مورد انتقال جنین آنان اغلب

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۲۱۹

ناشناخته هستند وانگهی خواهان طفل نمی‌باشند و فقط به انگیزه خیرخواهی و نیکوکاری اقدام به اهداء 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 آنان ملحق شود، نه به صاحبان نطفه». (صفائی، ۱۳۸۳، ص ۸۱) اگر چه اظهار نظرهای فوق الذکر در مورد حالت «اهداء جنین» ایراد شده، ولی از این جهت که گویای این مطالب است که براساس قواعد سنتی، طفل ملحق به صاحبان جنین می‌شود، در مورد مسأله مد نظر ما مفید فایده است. این که طفل ملحق به صاحبان جنین نشود، بر خلاف مطلوب متقاضیان جنین که خواستار بچه بوده و می‌خواهند بچه از آن خودشان باشد، است. راه حل‌هایی در حقوق کنونی برای رسیدن به مطلوب متقاضیان به نظر می‌رسد که در ذیل به آن پرداخته می‌شود.

۱.۳.۳.۳.۱. استفاده از ملاک مصلحت کودک

راه‌حلی که در حقوق کنونی برای رسیدن مطلوب متقاضیان از جانب برخی از حقوق‌دانان مطرح هست استفاده از ملاک مصلحت و سعادت کودک و حمایت قانون در این رابطه از کودک می‌باشد. در نظر ایشان استفاده از ملاک مصلحت ملاکی است که مبنای جهت‌گیری قانون‌گذاران و عرف عقلا در شناسائی نهادهای حقوقی در رابطه با کودک است، به‌طوری‌که می‌توان گفت ملاک قاعده فراش، رعایت مصلحت کودک است زیرا در آن‌جا هم معلوم نیست کودک محصول اجزاء ژنتیکی صاحب فراش باشد. همچنین حکم ماده ۱۱۶۰ ق.م.راجع به تعارض دو اماره فراش، که طفل را ملحق به شوهر دوم دانسته است براساس رعایت مصلحت می‌باشد؛ چرا که مقتضای قاعده این است که اماره فراش نسبت به هر دو به علت تعارض ساقط گردد، لذا حکم ماده ۱۱۶۰ ق.م. از جهت حمایت از خانواده و کودکان متولد از آن هست زیرا بنا به فرضی، خانواده نخست منحل شده است و کودک در زمان زوجیت دوم به دنیا آمده است پس

ملاحظات اجتماعی مربوط به اماره فراش ایجاب می‌کند که طفل منسوب به شوهر دوم شود. هرچند که انتساب طفل به هر یک از دو شوهر از حیث ولایت اماره فراش بر وقوع آبستن مادر، یکسان است. بر این اساس گفته‌اند: که به منظور حمایت از کودک مزبور و تحت شرایط خاصی وی در اختیار زن و مرد متقاضی جنین قرار گرفته و تنها آنان دارای حق و مسئولیت نسبت به او باشند. و صاحبان جنین اهدائی که انگیزه‌ای در تولد و نگهداری او ندارند هیچ مسئولیت و حقی نسبت به او نداشته باشند دکتر سید حسین صفایی در این زمینه می‌فرماید: «... از لحاظ منطقی و اجتماعی شایسته است که طفل به زن و مرد متقاضی جنین ملحق شود، نه به صاحبان نطفه، عدم الحاق طفل به زن و شوهر متقاضی بی شک به مصلحت کودک نیست، زیرا در این صورت زن و شوهر تکلیفی به نگهداری و تربیت و تأمین هزینه زندگی طفلی نخواهند داشت و توازنی هم بین آنان نخواهد بود صاحبان نقطه هم، بر فرض این‌که شناخته شوند، احساس مسئولیت نسبت به طفلی که خواهان آن نبوده‌اند نمی‌کنند و شاید تحمیل حضانت و نطفه طفل بر آنان غیر عادلانه باشد». نظم عمومی را نیز دخیل دانسته و در جهت رعایت مصلحت طفل و حمایت از منافع او، حقوق و مسئولیت‌های پدری و مادری را از صاحبان جنین اهدائی (که معمولاً زن و مردی می‌باشند که ناشناخته بوده و نمی‌خواهند بچه‌دار شوند) سلب کرده و با اتکاء به مصلحت کودک، وی را در اختیار زن و شوهر متقاضی جنین گذاشته و با در نظر گرفتن مسئولیت‌های پدری و مادری برای پذیرندگان جنین در این مورد راه‌گشا باشد. (نایب‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۵۵۶)

از دیدگاه نگارنده فراش اماره‌ای عقلی بر مبنای عقل و عرف است که کاشف از حکم واقعی است مگر خلاف آن ثابت شود. یعنی خود فراش هم قابل خدشه است. در این باب قطعاً مصلحت قاعده‌ای نیست که کشف از حکم واقعی نماید زیرا خود مصلحت امری اعتباری است که کاشف از حقیقت نیست. لذا در این بحث دلالت و حجیتی ندارد. همچنین در اجرای نتایج شرعی و احکام آن قاعده منع جاری است، پس جوازی برای آن نداریم.

در حقوق اسلام فرزند خواندگی وجود ندارد و آثار حقوقی مربوط به نسب بر فرزند خواندگی بار نمی‌شود. این معنی از خود قرآن است که در سوره احزاب آیه ۴ آمده است: «وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ» همچنین در آیه ۳۷ در مورد ازدواج پیامبر با همسر مطلقه پسر خوانده خود زید بن حارثه و اعتراض مردم باز صریحا حکم را بیان کرده است، که فرزند خواندگی اثری در اثبات نسب و آثار مترتب بر آن ندارد: «فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا» در مقررات قانون موضوعه ایران نیز فرزند خواندگی که آثار حقوقی مربوط به نسب بر آن بار شود به رسمیت شناخته نشده است. لکن به موجب قانون حمایت از کودکان بی سرپرست، مصوب اسفند ۱۳۵۳، نهاد سرپرستی مورد قبول واقع شده است، که مشابه فرزند خواندگی است. راه حل دیگری که برای رسیدن به مطلوب متقاضیان به نظر می‌رسد، استفاده از این نهاد سرپرستی است. براساس ماده ۱ و ۳ این قانون، وجود رابطه نکاح بین زن و مرد سرپرست، اقامت در ایران، توافق برای سرپرستی، صاحب فرزند نشدن تا پنج سال از ازدواج (مگر به دلیل پزشکی)، سی سال سن برای یکی از زوجین، عدم محکومیت جزایی مؤثر، عدم حجر، شایستگی اخلاقی (به تشخیص دادگاه)، تمکن مالی، عدم ابتلا به بیماری‌های واگیردار صعب‌العلاج، عدم اعتیاد با الکل یا مواد مخدر از شرایط اعطای حکم سرپرستی است.

به این ترتیب از نظر شرایط پذیرش فرزند مانعی برای سرپرستی زن و شوهر متقاضی جنین وجود ندارد. ضمن این که شرط صاحب فرزند نشدن تا پنج سال از ازدواج شامل این دو نمی‌شود. چرا که تبصره ۲ ماده ۳ می‌گوید: هر گاه زوجین به دلایل پزشکی نتوانند از یکدیگر صاحب فرزند شوند دادگاه می‌تواند آن‌ها را از این شرط معاف کند. همچنین از نظر شرایط طفلی که برای سرپرستی به خانواده‌ای سپرده

می‌شود (ماده ۶ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست) مانعی وجود ندارد. «تنها اشکالی که از نظر شرایط طفل مورد پذیرش در نهاد سرپرستی در تطبیق با حالت مادر جانشینی با استفاده از جنین اهدایی به وجود می‌آید، بند «ب» ماده ۶ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست می‌باشد که اگر محرمانه بودن اطلاعات مربوط به هویت صاحبان جنین اهدایی را حمل بر «شناخته نشدن آنان» کنیم و «از طرفی مادر جانشین را مادر قانونی طفل محسوب ننمائیم، مشکل حقوقی مرتفع شده و راه برای رسیدن متقاضیان جنین به خواسته خود در این حالت فراهم می‌آید».

۱.۳.۳.۳. قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور

قانون‌گذار ایران با تصویب قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور در ۸۲/۴/۲۹ هرچند که در جهت حل مشکل زوجین نابارور توانست تحولی ایجاد کند و مشکل خانواده‌های نابارور را، تا حدی حل کرده و به آرزوی بچه دار شدن آنان پاسخ مثبت داده است. با وجود این، بررسی تطبیقی آن نشان می‌دهد که این قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور 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 مقرر داشته است که: «وظایف و تکالیف زوجین اهدا گیرنده جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر است».^{۱۰} به این سان قانون‌گذار بدون تصریح به الحاق طفل به زوجین پذیرنده، فقط به بعضی از آثار نسب (نگهداری، تربیت، نفقه و احترام) اشاره کرده و مسأله توارث را سکوت گذاشته است. به نظر می‌رسد سکوت قانون مذکور به معنای عدم اعمال قاعده ارث در این مورد است زیرا به لحاظ حقوقی شرایط ارث در این فرض اصولاً وجود ندارد. لذا ابهامی در قانون نیست.

در مورد نفقه، در این قانون، معلوم نیست آیا این یک تکلیف یک جانبه است برای دریافت کنندگان جنین است یا یک تکلیف متقابل بر طبق قواعد نفقه اقارب به

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۲۲۳

شمار می‌آید. هر چند مطلوب آن است که این نفقه مانند نفقه اولاد یک تکلیف متقابل باشد که با نظریه الحاق کامل طفل به زوجین دریافت کننده نیز هماهنگ خواهد بود. (صفائی، ۱۳۸۴، ص ۱۸۰) ولی از آنجاکه رابطه نفقه رابطه یک طرفه است و حکم نفقه این‌جا فقط رابطه‌ای قراردادی از جانب زوجین پذیرنده است، لذا امکان تسری آن به سایر موارد وجود ندارد. در این فرض، نظریه‌ای هم داده شده و آن انتساب فرزند حاصل از حالت مادر جانشینی با استفاده از جنین اهدایی به متقاضیان فرزند است. این نظریه در بعضی کشورهای غربی به صورت قانون درآمده است، توجیهشان این است که قراردادهای بچه سازی مشروعیت داشته و از شاخه‌های حق تولد تضمین شده در قانون اساسی است، لذا چنانچه مصلحت کودک، معیار تمیز شخص دارنده حضانت است، بایستی معیار پدر یا مادر بودن هم قرار گیرد. (صفائی، ۱۳۸۳، ص ۸۱) در فرانسه، قبل از سال ۱۹۹۴ قانون خاصی در این خصوص وجود نداشت. در ۲۹ ژوئیه ۱۹۹۴ دو قانون در این کشور به تصویب رسیدند که مقررات جدیدی در این زمینه آورند: یکی قانون شماره ۶۵۳ - ۹۴ و دیگر قانون ۶۵۴ - ۹۴ که اولی قانون مدنی و دومی قانون سلامت عمومی را اصلاح کرده است. در ماده ۱۹ - ۳۱۱ بند ۱ مقرر کرده است که بین اعطا کننده اسپرم با فرزند حاصل از آن هیچ گونه نسبتی برقرار نمی‌شود و تقاضا کنندگان را والدین قانونی می‌داند. به نظر برخی از محققین از این‌که قانون در مورد طفل ناشی از زنا، با وجود آن‌که «عرف» طفل ناشی را به صاحبان نطفه ملحق می‌کند، نظر عرف را رعایت نکرده است. (ماده ۱۱۶۷ ق.م)، همچنین بنا به مصالحی رابطه نسبی مشکوک را با وجود آن‌که معلوم نیست که طفل محصول اجزاء ژنتیکی صاحب فراش باشد، ثابت فرض نموده است (ماده ۱۱۵۸، ۱۱۵۹، ۱۱۶۰ قانون مدنی در مورد اماره فراش)، می‌توان نتیجه گرفت که در صورت وجود مصالحی از نوع مصالحی که باعث عدم تبعیت قانون از عرف در این موارد استثناء شده است، قانون بصورت اعم می‌تواند در جهت حفظ منافع و مصالح جامعه و به صورت اخص در جهت حفظ منافع کودک، در محدوده حقوق خانواده اقدام به جعل نسب کند. و با عدم تبعیت از عرف، با تدوین مقرراتی در

قالب قانون موضوعه، نسب پدری و مادری ایجاد کند. (نایب‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۵۵۹) در پاسخ این نظریه باید گفت: وجود قرارداد یا مصلحت کودک یا تهیه جنین و تقاضای فرزند به انسان‌ها سمت پدری یا مادری اعطا نمی‌کند، بلکه این موهبتی است که خداوند به‌طور طبیعی به انسان ارزانی داشته، چنان‌که خداوند تعالی در آیات ۴-۵ سوره احزاب، افراد را منع کرده که فرزند دیگران را به خود نسبت دهند، چرا که رابطه طبیعی و تکوینی را نمی‌توان با قرارداد قطع کرد و این نوع تصمیم، اعتبار محض است و اثری ندارد. برخی از علماء حقوق در عبارات خود نیز به این مطلب اشاره نموده‌اند: «در نظام حقوقی ما، نسب مشروع هیچگاه از نسب طبیعی دور نمی‌افتد، قانون و دادگاه وصف «مشروع» یا «نامشروع» بودن نسب طبیعی را معین می‌کند ولی هرگز به دلیل شایستگی یا وجود قرارداد یا حتی مصلحت کودک به بیگانه سمت «مادری» اعطاء نمی‌کند، این موهبتی است که خداوند با طبیعت به انسان ارزانی می‌دارد و قوانین تنها آثار آنرا معین می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۳۶) به نظر نگارنده ایجاد نسب به لحاظ مبنای فقهی و حقوقی اساساً قابل قبول نیست و جعل احکام وضعی ناشی از اراده ما نیست بلکه حکم شارع است.

۲. الزام به نفقه

۲.۱. نفقه طفل متولد از رحم جایگزین

یکی از آثار نسب قانونی، الزام به انفاق اقارب و خویشاوند در خط مستقیم (عمودی) می‌باشد. چنان‌که ماده ۱۱۹۶ ق.م.تصریح می‌نماید، که اقارب نسبی در خط عمودی فقط ملزم به انفاق به یک‌دیگر می‌باشند. چنان‌که می‌دانیم خویشاوندان خط عمودی به دو دسته اطلاق می‌گردد:

- کسانی که شخص از آنان متولد شده است (اقارب عمودی صعودی شخص)
- کسانی که آنان از شخص متولد شده‌اند (اقارب عمودی نزولی شخص)

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۲۲۵

در معنی اصطلاح نفقه آورده‌اند، که نفقه در اصطلاح حقوقی عبارت است از چیزی که برای گذران زندگی لازم و مورد نیاز است. قانون مدنی این نیازمندیها را در ماده ۱۲۰۴ ذکر کرده است، ولی مقدار نفقه اقارب را معین ننموده و آنرا موکول به درجه استطاعت منفق و به قدر رفع احتیاج انفاق شونده نموده است. بر اساس ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی، نفقه اولاد برعهده پدر است. پس از فوت پدر یا عدم قدرت او بر انفاق، بر عهده اجداد پدری است و در صورت نبودن پدر یا جدی پدری یا عدم قدرت آن، نفقه فرزند بر عهده مادر است. در صورت زنده نبودن مادر، یا عدم قدرت بر انفاق وی، نفقه برعهده اجداد و جدات مادری و جدات پدری است. در این ماده قانون‌گذار در درجه نخست پدر و با ترتیباتی مادر را مسئول پرداخت نفقه اولاد قلمداد کرده است. نظر به این‌که در مورد نسب پدری در حالت استفاده از رحم جایگزین، پدر حکمی، پدر قانونی طفل محسوب می‌شود لذا در مورد نفقه طفل از جهت پدر و اجداد پدری مشکلی بروز نخواهد کرد. از آن‌جا که الزام خویشان هر طبقه در انفاق بچه منوط به این است که از گروه قبلی کسی زنده یا قادر به انفاق نباشد. لذا در صورت فقدان طبقه اول و دوم و یا عدم قدرت آنان از پرداخت نفقه، مادر که جزء طبقه سوم است ملزم به انفاق بچه خواهد بود.

بر مبنای نظریاتی که در مورد تعیین مادر قانونی طفل متولد از رحم جایگزین مطرح است، در این‌که هر یک از مادر جانشین یا مادر حکمی را بتوان مادر قانونی طفل به حساب آورد، وی ملزم به انفاق خواهد بود. یکی از این نظریات ارائه شده، نظریه دو مادری بودن طفل است. حال باید بررسی کنیم که در صورت وجود این وضعیت با توجه به این‌که دو نفر در یک طبقه ملزم به انفاق خواهند بود، اجرای این تکلیف چگونه باید انجام بپذیرد. در این فرض دو نفری که به حکم قانون ملزم به انفاق اولاد خود خواهند بود، هر دو در یک طبقه قرار دارند و از لحاظ قرابت با طفل نیز هیچ‌کدام بر دیگری مقدم نیست. این فرض در مورد طبقه چهارم نیز قابل تحقق

است. مقنن در مورد چگونگی اجرای تکلیف در این فرض، در ماده ۱۱۹۹ ق.م حدود و تکالیف این افراد را به این گونه تعیین می‌نماید:

«اگر چند نفر از اجداد و جدات مزبور از حیث درجه اقربیت مساوی باشند، نفقه را باید به حصه مساوی تأدیه کنند...» در صورتی که بعضی از خویشانی که درجه قرابت مساوی با مستحق دارند معسر باشند، دیگران باید سهم آنان را جبران کنند. زیرا، بند اخیر ماده ۱۱۹۹ ق.م در مورد تساوی حصه مشروط بر این است که خویشان شرایط الزام به انفاق را دارا باشند. خویشاوند معسر از شمار ملزمان به انفاق خارج می‌شود». (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۷۳۵) بنابراین به ناچار باید حکم به تساوی را ناظر به موردی شمرد که همه انفاق کنندگان بتوانند آنچه را که شایسته یک زندگی متعارف برای مستحق نفقه است فراهم سازند یا از حیث استطاعت بین آنان تفاوت فاحشی نباشد؛ ولی در جایی که یکی از آنان به مراتب ثروتمندتر از دیگری است، دادگاه باید میزان احتیاج متعارف مستحق را در نظر آورد و آنرا به تساوی تقسیم کند در این صورت هرگاه انفاق کننده فقیرتر نتواند همه آنچه را که معین شده است بپردازد، الزام او به تناسب میزان توانایی‌اش کاهش می‌یابد. (صفایی و امامی، ۱۳۸۱، ص ۱۸۶) با این فرض، مادر حکمی دارا تر، ناتوانی مادر جانشین را جبران می‌کند و از میزان نفقه فرزند نیز کاسته نمی‌شود. درخصوص حالت مادر جانشین با استفاده از جنین اهدایی گفتیم که در حقوق ایران الحاق کامل طفل به زن و شوهر متقاضی پذیرفته نشده است. ولی در 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 و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است».

همان‌طوری که ملاحظه می‌شود با توجه به ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور این تکلیف برعهده گیرندگان جنین (مرد و زن) گذاشته شده است. از آن‌جا که یکی از آثار نسب، تکلیف متقابل پدر و مادر و اولاد در پرداخت نفقه، در صورت عدم بضاعت یک طرف و استطاعت طرف دیگر است. اشکالی که بر ماده ۳

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۲۲۷

وارد است این که معلوم نیست آیا این یک تکلیف یک جانبه برای دریافت کنندگان جنین است یا یک تکلیف متقابل بر طبق قواعد نفقه اقارب به شمار می آید. باید گفت: به دلیل عدم وجود نسب بین متقاضیان جنین و طفل متولد از این طریق و وجود رابطه نسبی بین صاحبان اصلی اسپرم و تخمک تشکیل دهنده جنین و طفل و استفاده مقنن از کلمه «نظیر» در ماده ۳، تنها باید حکم به تکلیف یک طرفه پدر و مادر داد. در واقع از ظاهر ماده برمی آید که فقط زن و شوهر دریافت کننده تکلیف به انفاق دارند و طفل، حتی بعد از رسیدن به سن رشد و با داشتن تمکن مالی، وظیفه ای در این خصوص ندارد. مطابق قاعده عدم نیز نفقه برای اقربا جاری نیست به عبارت دیگر رابطه نفقه در این جا حکمی خلاف اصل و فقط برای زوجین است. به نظر ما مطلوب آن است که این نفقه مانند نفقه اولاد یک تکلیف متقابل باشد که با نظریه الحاق کامل طفل به زوجین متقاضی نیز هماهنگ خواهد بود.

۲.۲. نفقه جنین فراکاشته شده در رحم جایگزین

سؤال مهمی که در این قسمت از نوشتار قابل طرح است این است که آیا حاملی که در رحم مادر جانشین قرار دارد مستحق نفقه می باشد یا خیر؟ برای پاسخ به این پرسش باید فتوای فقها و ادله مورد استناد آنها و احکام قانون مدنی را در مورد «نفقه ناظر به زن حامل بعد از انحلال نکاح» مورد بحث و بررسی قرار دهیم.

وجوب انفاق زن حامل در طلاق رجعی و بائن یکی از موجبات الزام افراد به پرداخت نفقه یک دیگر، رابطه سببی است در اثر رابطه سببی زوج الزام به پرداخت نفقه زوجه می گردد اما در صورتی که موجب انفاق از بین برود، این الزام نیز منتفی خواهد شد؛ چنانکه در اثر طلاق، چون رابطه زوجیت از بین می رود، الزام زوج به انفاق زوجه مطلقه نیز که در اثر عقد نکاح به وجود آمده بود زایل می شود. البته در طلاق رجعی، تا زمانی که زوجه مطلقه در عده می باشد همانند زوجه تلقی شده و مستحق انفاق خواهد بود (ماده ۱۱۰۹ ق.م) در این مورد استدلال شده است که در طلاق رجعی

رابطه زوجیت به طور کلی قطع نمی گردد و طلاق رجعی موجب انحلال قطعی نکاح نمی گردد بلکه در ایام عده آثار نکاح تا حدی باقی می ماند و مدت عده رجعی در واقع امتداد دوره زوجیت یا در حکم آن است و احکام همان دوران بر آن بار می شود و به این دلیل است که در صورت رجوع مرد، رابطه ازدواج سابق با کلیه آثاری که داشته است ادامه خواهد یافت و دیگر نیازی به ازدواج مجدد نخواهد بود اما در اثر طلاق بائن، چونکه رابطه زوجیت به طور کلی قطع می گردد، این الزام نیز وجود نخواهد داشت با این حال در ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی، مقنن به پیروی از آراء مشهور فقهای امامیه، زوجه مطلقه باینه را در صورتی که از زوج خود حامله باشد، تا زمان وضع حمل مستحق نفقه دانسته است که این حکم به طریق اولی در مورد مطلقه رجعی حامله نیز محقق خواهد بود و این مطابق نظر مشهور فقهای امامیه است. محقق حلی، با قائل شدن به سقوط نفقه مطلقه باینه، فقط در صورتی زن مطلقه باینه را مستحق نفقه می داند که از شوهر خویش حامله باشد ولی در مورد ماهیت این نفقه و این که متعهد آن چه کسی می باشد اظهار نظر صریح نکرده است (محقق حلی، ۱۴۱۹ق.، ج ۱-۲، ص ۵۰۷). همچنین در این زمینه روایتی را از حضرت علی (ع) و امام باقر (ع) نقل نموده اند، که در آن جا نیز وجوب انفاق مطلقه باینه حامل قابل توجه است (خوانساری، ۱۳۵۰، ج ۴، ص ۴۸۱) که ایشان می فرمایند: «الحبلی اجلها آن تضع حملها، و علیه نفقتها بالمعروف حتی تضع حملها» و هو قول الله عز و جل: (و اولات الاحمال اجلهن آن یضعن حملهن)» در این روایت پایان عده زن حامله وضع حمل او ذکر شده و برای او نفقه مقرر گردیده تا این که وضع حمل نماید. مستند کلام حضرت علی (ع)، آیه ۶ از سوره طلاق می باشد. در تفسیر این آیه برخی از مفسرین، مفاد آیه را وجوب نفقه دانسته اند، که این الزام بعد از طلاق و در مدت حمل زن می باشد و منظور از طلاق را طلاق بائن ذکر کرده و می گویند در طلاق رجعی در مدت عده اعم از این که زن حامله باشد یا نه، نفقه اش به عهده زوج می باشد؛ بنابراین وجوب نفقه، در اثر طلاق بائن است (مقدس اردبیلی، ۱۳۶۲، ص ۳۴۵) بعضی از مفسرین، نیز در تفسیر این قسمت از آیه فرموده اند: «اگر زنان

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۲۲۹

طلاق حامله باشند باید نفقه آنان را بدهید تا فرزند خود را بزنند» (طباطبایی، ۱۳۶۰، ج ۳۸، صص ۲۸۲-۲۸۳) که در تفسیر فوق، کلمه طلاق به صورت مطلق به کار رفته است؛ پس طلاق بائن را هم شامل می‌شود. با وجود این هر چند فقها در استحقاق مطلقه باینه حامله نسبت به نفقه از جانب زوج متفق القول می‌باشند اما بعضی از آنها در ماهیت و مبنای نفقه مذکور با یک‌دیگر اختلاف نظر دارند. منشأ اختلاف از آنجا ناشی می‌شود که در اثر طلاق بائن، رابطه زوجیت از بین رفته، لذا زوج در مقابل زوجه تکلیفی به انفاق ندارد، اما در صورتی که مطلقه باینه حامله باشد مستحق نفقه خواهد بود. بنابراین اختلاف شده است که متعهدله نفقه، مطلقه باینه حامله می‌باشد یا جنین؟ به عبارت دیگر آیا این الزام به خاطر کودکی است که زن از نسل او در شکم دارد، یا به خاطر زن می‌باشد و قانون‌گذار خواسته است به این دلیل که زن توانایی کارکردن را در این دوران ندارد هزینه زندگی او را بر دوش در طفل قرار دهد؟

این اختلاف نظر در بین حقوق‌دانان نیز مشاهده می‌شود چرا که آنها نیز در تفسیر ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی آراء متفاوتی را ارائه داده‌اند و سکوت قانون‌گذار در مشخص نمودن متعهد له این نفقه، بر دامنه اختلاف افزوده است.

۲.۲.۱. تعلق نفقه به حامل

به نظر می‌رسد، این نظریه در بین فقهای امامیه از شهرت بیشتری برخوردار باشد از جمله فقهای بزرگی که نفقه را از آن حامل می‌داند، صاحب جواهر می‌باشد که می‌گوید: «بر زوجه مطلقه بائن غیر حامله انفاق نمی‌شود به خاطر اصل و نصوصی که در این زمینه هست و شیخ طوسی که در مبسوط گفته است که بر مطلقه بائن مطلقاً انفاق نمی‌شود؛ ضعف این گفتار با دلایل زیاد روشن شد.» (نجفی، ۳۱: ۱۴۰۰/۳۵۹)

فقهای که نفقه را برای حامل می‌دانند فقط در صورتی که مطلقه باینه حامله باشد او را مستحق نفقه می‌دانند و در غیر این صورت او را از انفاق محروم می‌دانند.

قائلین به این نظریه دلایلی را برای اثبات نظر خود بیان می‌کنند که عبارتند از:

۲۳۰ عاصف حمدالهی و بهزاد پورسید

- کتاب: در قرآن کریم در سوره طلاق آیه ۶ آمده است: «و آن کن اولات حمل فانفقوا علیهن حتی یضعن حملهن» زنان مطلقه اگر حامله باشند تا وقت وضع حمل نفقه دهید.

- اطلاق این آیه شامل مطلقه رجعیه و مطلقه بائنه هر دو می شود و فهمیده می شود که در هر دو مورد نفقه حق زن است و این که گفته شود انفاق برای حمل است خالی از توجیه می باشد.

- سنت: روایتی که در این زمینه در گفتار قبلی از امیرالمومنین علی(ع) نقل گردید نفقه را برای زن در ایام حاملگی دانسته است و شوهر را مکلف به پرداخت آن به زن می کند و در آن تفکیکی بین مطلقه رجعیه و بائنه نشده است پس انفاق در مطلقه بائنه برای زن است چنانکه در مطلقه رجعیه اینگونه می باشد.

- نظر فقها و حقوق دانان، مشهور فقها سبب استحقاق نفقه برای حامله در عده طلاق بائن را وصف حاملگی زن و در واقع وجود حمل می دانند، اما به نظر این دسته از فقها در عین حال که فقط مطلقه بائن را در صورت حامله بودن، مستحق نفقه می دانند همین نکته را برای تعلق نفقه به حامل نیز دلیل محسوب می دارند. نهایت این که وصف حاملگی وصف زن است و تعلق نفقه به خاطر وصف هم باشد برای صاحب وصف است.

از بین حقوق دانان دکتر کاتوزیان نفقه مذکور در ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی را از آن مطلقه بائنه می داند و استدلال می کند چون حمل قبل از تولد، پاره ای از وجود مادر است و وجود مستقلی ندارد لذا پدر درباره انفاق به او تکلیفی ندارد و از ظاهر ماده ۱۱۰۹ نیز بر می آید که نفقه برای تأمین گذران زندگی زن و جبران زحمتی است که وی متحمل می شود و زن تا زمانی که باردار است استحقاق گرفتن نفقه را دارد نه دستمزد. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۹۶)

برخی دیگر از حقوق دانان نیز معتقدند گر چه قانون مدنی صراحتاً به موضوع اشاره نکرده ولی می توان گفت که از قول مشهور پیروی نموده است؛ به این دلیل که

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۲۳۱

آنچه در ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی مستثنی شده نفقه زوجه است نه حمل و ظاهر آن است که نفقه حق زن است نه فرزندش و شوهر به اعتبار زوجیت سابق، نفقه زن مطلقه خود را در مدت حمل می‌دهد (محقق داماد، ۱۳۷۳: ۳۰۳)

۲.۲.۲. تعلق نفقه به جنین

در فقه امامیه همان‌طور که قبلاً بیان شد در اصل وجوب نفقه برای مطلقه بائنه حامله اختلافی وجود ندارد لکن در تعیین متعهد له این نفقه اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقهاء گفته‌اند نفقه از آن جنین است، شیخ طوسی (ره) از جمله فقهای است که این نظر را دارد و می‌گوید: «همان‌طور که بیان شد نفقه برای حامل نبوده بلکه ظاهراً برای حمل است». (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۶، ص ۲۶) محقق در شرایع می‌گوید: «هل النفقه للحمل اولامته؟ قال الشيخ: هي للحمل». (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۳۲۰) صاحب جواهر در شرح عبارت فوق می‌نویسد: جماعتی از فقهاء نیز این نظریه را پذیرفته‌اند، بلکه صاحب حدائق آن را به اکثر فقهاء نسبت داده است. (نجفی، ۱۴۰۰، ج ۱۱، ص ۲۰۷) همچنین شهید ثانی (ره) با بیان این نکته که نفقه بدون تردید به سبب جنین می‌باشد در مورد این که نفقه مذکور برای حمل است یا حامل، می‌گوید: «شکی نیست که نفقه به جهت حمل است اما در این که نفقه برای حمل است دو قول وجود دارد و مشهورترین آن‌ها این است که؛ نفقه برای حمل است». (عاملی، ۱۴۱۲، ص ۲۶۵) به خاطر آن که نفقه دائر مدار وجود حمل و یا عدم او می‌باشد و در صورتی که حمل موجود باشد بر او نفقه لازم است مثل زوجیت که سببی برای نفقه زن. در این خصوص بعضی از فقهاء استناد کرده‌اند به آیه ۶ سوره طلاق و گفته‌اند: از تفسیر این آیه بر می‌آید که علت وجوب نفقه، وجود حمل است و با وضع حمل، چون دیگر حملی وجود ندارد وجوب نفقه نیز از بین می‌رود چرا که طبق آیه با وضع حمل، مطلقه بائنه مستحق نفقه‌ای نخواهد بود، لذا معلوم می‌شود که نفقه به خاطر حمل بوده است نه حامل، و

۲۳۲ عاصف حمدالهی و بهزاد پورسید

شوهر به اعتبار این که پدر حمل است، نفقه زن حامل را می دهد. (شیخ طوسی، ۱۳۴۳، ص ۵۱۸) فقهای که معتقد به این نظر هستند دلایلی را به شرح زیر بیان کرده اند:

- نفقه دایر مدار حمل است، اگر مطلقه بائن حمل داشته باشد مستحق نفقه است و اگر حمل نداشته باشد چنین حقی برای او نیست و این نشان دهنده آن است که نفقه برای حمل است.
- موجبات نفقه منحصر در زوجیت، قرابت و ملکیت است (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ص ۵۲۸) و چون در این جا زوجیت وجود ندارد و مالکیت نیز معقول نیست پس قرابت است که موجب نفقه می شود.

از میان حقوق دانان دکتر امامی در تفسیر ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی بدون آن که به طور قطع در مورد نفقه حمل یا حامل اظهار نظر نماید. از نظر تحلیلی نفقه را از آن حمل دانسته و معتقد است زوج از باب نفقه اقارب، به فرزند خود که حمل است نفقه می دهد و چون جنین به طور مستقیم نمی تواند آن را دریافت کند به مادر داده می شود تا به وسیله خون او تغذیه شود. (امامی، ۱۳۷۰، ج ۲، صص ۴۴۰-۴۴۱) در واقع قانون گذار برای رعایت حال بچه، زن را مستحق نفقه شناخته هر چند که رابطه نکاح کاملاً منحل شده است. (صفایی و امامی، ۱۳۸۱، ص ۱۸۷)

اکثر حقوق دانانی که نفقه را برای حامل می دانند در واقع حمل را وجودی مستقل فرض نمی کنند تا مستحق نفقه گردد لکن باید گفت قانون گذار در ماده ۹۵۷ قانون مدنی غیر از شرط زنده متولد شدن و انعقاد نطفه در زمان حیات فرد، شرط دیگری را برای جنین هر چند که مستقل از مادر نیست برقرار نموده است. در این خصوص، «قاعده ای است در علم اصول به این مضمون که تعلیق حکم بر وصف مشعر علیت است پس وقتی می گویند به حامل نفقه بدهید یعنی به خاطر حمل نفقه بدهید حاملی که چه از نظر زیستی و چه از نظر حقوقی مستقل از مادر خود می باشد». (لنکرودی، ۱۳۶۸، ص ۱۷۱) همچنین قانون گذار در ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۲۳۳

می‌گوید: «در عده وفات، زن حق نفقه ندارد» و دیگر سخنی از استحقاق نفقه در صورت حاملگی به میان نیامده است، و این در حالی است که در ماده ۱۱۰۹ ق.م. برای مطلقه باینه در صورت حاملگی نفقه قرار داده است، فلذا پذیرش این قول را که قانون مدنی از نظر مشهور پیروی نموده مشکل می‌نماید. در نهایت به نظر می‌رسد، نفقه مذکور در ماده ۱۱۰۹ ق.م. برای جنین است؛ و بین زن مطلقه و زوج هیچ رابطه مؤثر که منشاء وجوب انفاق باشد وجود ندارد؛ چرا که با انحلال قطعی نکاح و از بین رفتن رابطه زوجیت، موجبی برای نفقه زن وجود ندارد و این در صورتی است که بین جنین و پدر او به لحاظ وجود رابطه نسبی، انفاق به خاطر قرابتی که وجود دارد واجب شده است؛ بنابراین پدر طبق ماده ۱۱۹۹ ق.م. مکلف به دادن نفقه فرزند خود می‌باشد و از این حیث تفاوتی بین فرزند و جنین وجود ندارد. به این ترتیب می‌توان گفت: در حالت استفاده از رحم جایگزین مادر جانشین به علت حمل جنین فراکاشته والدین حکمی مستحق نفقه از جانب ایشان خواهد بود.

۳. نتیجه‌گیری

با عنایت به مطالب گذشته نتایج زیر حاصل می‌گردد:

۱. قانون مدنی در ماده ۸۶۱ نسب را به‌طور مطلق شرط وراثت دانسته است و ولدالزنا را در ماده ۸۸۴ از این امر استثناء نموده است. به این ترتیب معلوم می‌شود که شرط وراثت، نسب است و فقط ولدالزنا برابر ماده ۸۸۴ ق.م. از ارث محروم شده است فلذا می‌توان گفت که ولد ناشی از غیر زنا در صورتی که نسب تحقق یابد، ارث می‌برد چرا که ماده ۸۸۴ ق.م. استثنائی بر ماده ۸۶۱ این قانون است و عمل به وحدت ملاک استثناء خلاف است. لذا استثناء مندرج در ماده ۸۸۴ را با توجه به اطلاق ماده ۸۶۱ باید به‌طور محدود تفسیر کرد. به این ترتیب تمام اقسام دیگر اولاد از ارث مورث خود بهره‌مند می‌باشند و دلیلی بر آن که شرط وراثت در نسب، نکاح صحیح است، موجود نیست.

۲. هرچند که نظریه ارث طفل از صاحبان اسپرم یا تخمک مویدات قابل توجهی در فقه دارد ولی از آنجاکه توجیه آن فقط لحوق شرعی نطفه به زوجین است ولی شرط حیات را نادیده میگیرد مورد اشکال است و احکام ارث به لحاظ آمره بودن و این که بر مبنای نصوص شرعی و ادله خاص هستند بر اساس استحسانات عقلی قابل تعمیم نیستند. بدین ترتیب نظریه عدم ارث طفل از صاحبان اسپرم یا تخمک، که مطابق با فتاوی برخی از فقهای معاصر امامیه (سیستانی ۱۴۱۴ق، ص ۴۹) و نیز ظاهر ماده ۸۷۵ ق.م است، اقوی به نظر می رسد. همچنین توجیه ارث طفل از صاحبان اسپرم یا تخمک بر مبنای عدالت مورد ایراد می باشد چراکه مبنای ارث عدالت نیست بلکه ادله خاص و نصوص شرعی است و لذا موسع تفسیر نمودن احکام قانون مدنی هم خلاف اصل است و این امر استحسان عقلی است که در ادله ارث قابل اتکا نیست. اگر اینگونه تفسیر کنند در فرض همبستری زوجین بدون عقد نکاح شرعی و بر مبنای رضایت طرفین هم باید قائل به همین تفسیر بر مبنای عدالت شویم! همچنین تمسک به روح قانون در توجیه نظریه ارث طفل از صاحبان اسپرم یا تخمک قابل تمسک نیست چراکه در ادله خاص تمسک به روح قانون جواز عقلی ندارد.

۳. منظور اصلی قانون گذار، شناخت حقوق مزبور برای نطفه ترکیب شده به عنوان یک انسان بالقوه است، اعم از این که ترکیب و تشکیل او در خارج یا داخل رحم باشد؛ و تکامل در داخل رحم خصوصیتی ندارد تا این که ابتدای پیدایش حق تمتع را از حقوق مدنی از هنگام انتقال به رحم قرار دهیم و حقوق مزبور را منحصر به جنین مستقر در رحم نماییم. لیکن این مطلب که بین جنین در حال رشد و نمو و جنین منجمد شده در این خصوص تفکیک قائل شده و جنین منجمد شده را به علت عدم قرارداد داشتن آن در مسیر رشد و تکامل از احکام حقوق جنین محروم نموده، قابل توجیه به نظر نمی رسد چراکه جنینی که مدتی از رشد و تکامل متوقف گردیده، نطفه ترکیب شده ای است که هنوز به عنوان یک انسان بالقوه مطرح است. بدین

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۲۳۵

ترتیب این ادعا با شرط خاص انعقاد قبل از فوت تعارض ندارد تا گفته شود اجتهاد مقابل نص است.

۴. وجود قرارداد یا مصلحت کودک یا تهیه جنین و تقاضای فرزند به انسان‌ها سمت پدری یا مادری اعطا نمی‌کند، بلکه این موهبتی است که خداوند به‌طور طبیعی به انسان ارزانی داشته، چنانکه خداوند تعالی در آیات ۴ و ۵ سوره احزاب، افراد را منع کرده که فرزند دیگران را به خود نسبت دهند، چرا که رابطه طبیعی و تکوینی را نمی‌توان با قرارداد قطع کرد و این نوع تصمیم، اعتبار محض است و اثری ندارد. لذا این نظریه که در مورد حالت جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی قانون بصورت اعم می‌تواند در جهت حفظ منافع و مصالح جامعه و به صورت اخص در جهت حفظ منافع کودک، در محدوده حقوق خانواده اقدام به جعل نسب کند. و با عدم تبعیت از عرف، با تدوین مقرراتی در قالب قانون موضوعه، نسب پدری و مادری ایجاد کند، صحیح به نظر نمی‌رسد. این نظریه در بعضی کشورهای غربی به صورت قانون در آمده است.

۵. در حقوق ایران برای رسیدن به مطلوب والدین حکمی یا متقاضی می‌توان حقوق و مسئولیت‌های پدری و مادری را برای والدین حکمی یا متقاضی نسبت به بچۀ متولد از رحم جایگزین در حالت جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی، برقرار نمود. قانونگذار ایران با تصویب قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور در ۸۲/۴/۲۹ در این جهت گام برداشته است. ماده ۳ قانون مزبور مقرر داشته است که:

«وظایف و تکالیف اها گیرنده جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر است». بدین سان 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. به نظر می‌رسد، سکوت قانون مذکور به معنای عدم اعمال قاعده ارث در این مورد است زیرا به لحاظ حقوقی شرایط

ارث در این فرض اصولاً وجود ندارد. لذا ابهامی در قانون نیست. به عبارت دیگر حکم ارث بموجب این قانون برقرار نیست و علت عدم تصریح تعارض این حکم با عموم ادله ارث در قانون مدنی است.

۶. حکم ارث قطعاً بموجب این قانون برقرار نیست به نظر می‌رسد نفقه مذکور در ماده ۱۱۰۹ ق.م برای جنین است؛ و بین زن مطلقه و زوج هیچ رابطه مؤثر که منشاء وجوب اتفاق باشد وجود ندارد؛ چرا که با انحلال قطعی نکاح و از بین رفتن رابطه زوجیت، موجبی برای نفقه زن وجود ندارد و این در صورتی است که بین جنین و پدر او به لحاظ وجود رابطه نسبی، اتفاق به خاطر قرابتی که وجود دارد واجب شده است. به عبارت روشن تر پدر طبق ماده ۱۱۹۹ ق.م مکلف به دادن نفقه فرزند خود می‌باشد و از این تفاوتی بین فرزند و جنین وجود ندارد. بدین ترتیب می‌توان گفت: در حالت استفاده از رحم جایگزین مادر جانشین به علت حمل جنین فراکاشته والدین حکمی مستحق نفقه از جانب ایشان خواهد بود.

یادداشت‌ها

۱- به گفته برخی از پزشکان «حمل» عبارت است از: «آمیخته شدن بارور زنده یا بافت و نسوج زنده» برخی از محققین گفته‌اند: با این تعریف عنوان «حمل» بر زیگوت تشکیل شده در خارج رحم نیز صادق خواهد بود. (آصف المحسنی، الفقه و المسائل الطبیة، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۲، ص ۹۵.)

2- Total surrogacy .

3 - Artificial insemination surrogcy.

۴- باروری مصنوعی (IUI): در این شیوه از درمان، اسپرم پس از گرفته شدن، شست و سو و آماده سازی، مستقیماً به داخل رحم تزریق می شود (اخوندی و محمد رضا صادقی، همان، ص ۳۸)

۵- دکتر غفاری، سخنرانی ارائه شده در نخستین سمپوزیوم مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین، دانشگاه تهران، ۱۵ بهمن ۱۳۷۷.

۶- برخی بر این باورند دآوری «عرف» به عنوان یک عامل تعیین کننده در رابطه با پیدایش نسبت، در این مورد مبهم است و دآوری آن قاطع نیست و دشوار است که با اتکاء به عرف، کودک را ملحق به صاحب رحم یا تخمک بدانیم زیرا همانطوری که ملاحظه نمودیم پاره‌ای به استناد عرف، کودک را ملحق به صاحب رحم و گروه دیگر ملحق به صاحب تخمک و گروهی هم به هر دو دانسته‌اند و این ابهام عرف را نشان می‌دهد، لذا در این مورد از لحاظ عرفی و عادت و چه از لحاظ تکوینی نمی‌توان از هر دو چشم پوشید، پس می‌توان بر آن بود که طفل دارای دو مادر است» (عباس نایب‌زاده، منبع پیشین، ص ۲۸۵)

۷- سخنرانی ارائه شده توسط دکتر مهدی شهیدی، نخستین سمپوزیم مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین، دانشگاه تهران، ۱۵ بهمن ۱۳۷۷.

- ۸- آیه الله مومن، سخنرانی ارائه شده در نخستین سمپوزیوم مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین، دانشگاه تهران، ۱۵ بهمن ۱۳۷۷.
- ۹- خلیل قبله ای، سخنرانی ارائه شده در نخستین سمپوزیوم مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین، دانشگاه تهران، ۱۵ بهمن ۱۳۷۷.
- ۱۰- این ماده مشابه ماده ۱۱ قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب ۱۳۵۳ می باشد.
- ۱۱- ماده ۱۲۰۴ ق.م: «نفقه اقارب عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت به قدر حاجت با در نظر گرفتن درجه ی استطاعت منفق»

منابع

منابع فارسی

۱. امامی، سیدحسن (۱۳۷۰)، *حقوق مدنی*، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۷)، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۵)، *ارث*، تهران: انتشارات گنج دانش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۸)، *حقوق خانواده*، تهران: انتشارات گنج دانش.
۵. حمدالهی، عاصف (۱۳۸۷)، «*قرارداد استفاده از رحم جایگزین در فقه امامیه و حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه*»، پایانامه دوره کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
۶. دهخدا، علی اکبر (۱۳۳۸)، *لغت نامه*، تهران: دانشگاه تهران.
۷. رضایا معلم، رضا (۱۳۸۰)، «*وضعیت حقوقی کودک ناشی از انتقال جنین*»، روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، تهران: سمت و پژوهشکده ابن سینا.
۸. شهیدی، مهدی (۱۳۷۴)، *ارث*، تهران: انتشارات سمت.
۹. شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، *وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی (مجموعه مقالات)*، تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده خانواده.
۱۰. صفایی، سیدحسین؛ قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۷۵)، *حقوق مدنی اشخاص و محجورین*، تهران: انتشارات سمت.
۱۱. صفایی، سیدحسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۸۱)، *حقوق خانواده*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

۲۴۰ عاصف حمدالهی و بهزاد پورسید

۱۲. صفایی، سیدحسین (۱۳۸۳)، «تولید مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق ایران و فرانسه»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۴.
۱۳. صفایی، سید حسین (۱۳۸۴)، «نارسایی‌های قانون ایران در باره اهدای گامت و جنین با توجه به حقوق تطبیقی»، مجموعه مقالات، تهران: سمت و پژوهشکده ابن سینا.
۱۴. صفایی، سید حسین؛ علوی قزوینی، سیدعلی (۱۳۸۵)، «ارث کودکان آزمایشگاهی»، اندیشه‌های حقوقی، شماره ۱۱.
۱۵. علیزاده، محمد (۱۳۸۵)، «وضعیت فقهی حقوقی قرارداد استفاده از رحم جایگزین»، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۹.
۱۶. عاملی غروی، سید محمد جواد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الکرامه، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۷. قبله‌ای خویی، خلیل (۱۳۸۴)، «بررسی احکام وضعی کودکان ناشی از اهدای گامت در رابطه با توارث»، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری (مجموعه مقالات)، تهران: پژوهشکده ابن سینا و سمت.
۱۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (ارث)، تهران: انتشارات دادگستر.
۱۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، حقوق خانواده، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، قانونی مدنی در نظم کنونی، تهران: نشر میزان.
۲۱. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۳)، حقوق خانواده، تهران: مرکز نشر اسلامی.
۲۲. معین، محمد (۱۳۷۵)، فرهنگ فارسی، تهران: انتشارات امیر کبیر.
۲۳. نائب زاده، عباس (۱۳۸۰)، بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.

احکام وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با توارث و نفقه ۲۴۱

منابع عربی

۲۴. ابن ادریس، حلی (۱۴۱۰ق.)، سرائر، قم: انتشارات جامعه المدرسین.
۲۵. اردبیلی؛ احمد ابن محمد (۱۴۱۴ق.)، مجمع الفوائد و البرهان، قم: موسسه النشر الاسلامیه.
۲۶. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۳۶۲)، زبده البیان فی احکام القرآن، ترجمه سیدجعفر سجادی، تهران: مؤسسه مطبوعاتی عطایی.
۲۷. انیس، ابراهیم، و جمعی از همکاران (۱۴۱۶ق.)، المعجم الوسیط، تهران: فرهنگ اسلامی.
۲۸. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق.)، الحداثق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم: موسسه نشر اسلامی.
۲۹. حرعاملی، محمد بن حسن (بی تا)، وسائل الشیعه، تحقیق، ربانی شیرازی و محمد رازی، تهران: المکتبه الاسلامیه.
۳۰. حکیم، سید محسن (۱۴۰۰ق.)، منهاج الصالحین، بیروت: دارالتعارف.
۳۱. خوانساری، سیداحمد (۱۳۵۷)، جامع المدارک، تهران: مکتبه الصدوق.
۳۲. شریف، مرتضی (۱۴۰۴ق.)، الرسائل، به اشراف سید احمد حسینی، قم: انتشارات دارالقرآن الکریم.
۳۳. شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن علی (۱۳۸۷)، المبسوط، تهران: مکتبه المرتضویه.
۳۴. شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن علی (۱۳۴۳)، النهایه، با ترجمه محمد تقی دانش پژوه، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۵. طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ق.)، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم: مؤسسه آل بیت (ع).

۲۴۲ عاصف حمدالهی و بهزاد پورسید

۳۶. طباطبائی، سید محمد حسین (۱۳۶۰)، *المیزان فی تفسیر القرآن*، تهران: مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم.

۳۷. عاملی، زید بن علی (۱۴۱۲ق.)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.

۳۸. عاملی، زیدالدین بن علی (۱۴۱۶ق.)، *مسالك الافهام*، تهران: تحقیق و نشر مؤسسه المعارف الاسلامیه.

۳۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۶ق.)، *القواعد الفقهیة*، قم: انتشارات مدرسه علی بن ابیطالب (ع).

۴۰. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۰ق.)، *جواهرالکلام*، تهران: دارالکتب الاسلامیه.