

تبیین مفهوم مادری در رحم اجاره‌ای از دیدگاه فقهی و حقوق موضوعه*

لیلا کوشنده**

چکیده

بسیاری از مادرانی که قادر به بارداری نمی‌باشند، امروزه به کمک رشد علم پزشکی می‌توانند با کمک رحم اجاره‌ای، و یا مادر میانجی، صاحب فرزند شوند. اما این امر از منظر فقهی و حقوقی دارای ابهاماتی زیادی بوده و فرزند تولد یافته در حالات مختلف، آثار و احکام گوناگونی بر او مترتب می‌باشد. که مهمترین آن، دو مادری شدن فرزند است، یعنی مادری که تخمک لازم برای تشکیل جنین را داده و سپس مادری که بعد از شکل‌گیری و انتقال جنین، در رحم خویش نگه دارنده طفل می‌باشد. نگارنده در مقاله کوشیده است با بررسی منابع فقهی و حقوقی به تبیین موضوع پیش رو بپردازد.

واژگان کلیدی: مادر، فرزند طبیعی، جنین، رحم اجاره‌ای، مادر میانجی

مقدمه

در سال ۱۳۸۳ (شمسی) قانون نحوه انتقال جنین به زوجین نابارور در ایران به تصویب رسیده است. قانون مذکور با همراهی علم پزشکی توانسته است یکی از مهمترین مشکلات زوج‌هایی را که بنا به دلایل مختلفی نمی‌توانستند بچه‌دار شوند، با ایجاد امکان انتقال جنین به رحم اجاره‌ای تسهیل سازد. به موجب این قانون کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون نسبت به انتقال جنین‌های حاصل از تلقیح خارج از رحم‌های قانونی و شرعی، در رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی ناباروری آنها (هریک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده است، اقدام کنند. به این ترتیب که جنین متعلق به یک زن و شوهر بارور را از طریق تلقیح خارج از رحم یک زن بارور قرار می‌دهند تا به طور طبیعی به حیات خود ادامه داده، پرورش یافته و متولد شود. اجاره رحم، انتقال یک یا شمار بیشتری از جنین‌های ناشی از لقاح تخمک و اسپرم زوج نابارور به رحم یک زن دیگر است. در این حالت فرد اجاره دهنده رحم، تنها یک میزبان برای جنین است و از نظر ژنتیکی هیچ‌گونه مشارکتی با جنین حاصله ندارد. در حقیقت در اجاره رحم، اسپرم پدر با تخمک مادر در محیط آزمایشگاهی لقاح داده می‌شود و جنین حاصله در رحم زن دیگری که قابلیت بچه‌دار شدن را داشته باشد، جایگزین می‌شود و نوزاد متولد شده ویژگی‌های ژنتیکی پدر و مادر خود را به ارث می‌برد. لذا در حالیکه بیش از یک دهه از تصویب قانون مذکور و فرایند اجرایی آن می‌گذرد، اما از منظر فقهی دیدگاه‌های مختلفی در این باره وجود دارد و بسیاری از عواقب و پیامدهایی که بصورت ناخواسته ممکن است بعد از تولد فرزند پیش آید، کمتر مورد اشاره و بررسی قرار گرفته و خला‌های قانونی بسیاری مشاهده می‌شود که

کمتر محل بحث بوده است. زیرا پر واضح است که قانون مذکور بیشتر کلیات را مورد شناسایی قرار داده و جزئیاتی از قبیل ارث، نفقه، نکاح، حضانت و سایر حقوق کودک، نیاز هست که بیش از پیش به صورت روشن و صریح تدوین شود.

نگارنده با بهره‌گیری از روش توصیفی تحلیلی و بررسی دیدگاه‌های مختلف فقهی و مواد قانونی و حقوقی تلاش در انجام این مهم داشته است که امید می‌رود مورد توجه قرار گیرد.

مفاهیم

۱- مادر:

مادر ترجمه «ام» که والده باشد؛ زنی که یک یا چند بچه به دنیا آورد. (دهخدا، ۱۳۷۸: ذیل واژه مادر) همچنین واژه «ام» به معنای مادر در قاموس فرهنگ اسلامی و فرهنگ‌های مربوط به نهاد خانواده و جامعه، بخصوص جوامع مشرق زمین که بعضاً با فرهنگ غنی اسلام توسعه یافته‌اند بسیار شاخص و ارزشمند است. (داودی فرد، ۱۳۸۵: ۲۳) مادر یا ننه یا مامان یکی از نسبت‌های خانوادگی است و به والد طبیعی یا اجتماعی مؤنث گفته می‌شود. واژه ننه که به عنوان برابر برای مادر به کار می‌رود و معانی دیگری نیز دارد از ریشه هندواروپایی *nan* به معنی مادر و پرستار است. این واژه به معنای مولد، سرمنشأ و اصل و ریشه هر چیز به کار برده می‌شود. در «منتهی‌الارب» به معنای «والده» به کار رفته است و در «غیاث اللغات» به معنای اصل، عماد و ستون کلمه به کار می‌رود که در آغاز کلمات دیگر آمده و با هر عبارتی که به آن اضافه شود به کار برده خواهد شد. (دهخدا، ۱۳۷۸: ج ۳، ۳۲۹۸ - ۳۲۹۷)

۲- مادر میانجی:

مادری که بر اساس قرارداد مادر جانشین، در مقابل زوج نابارور تعهد می کند که جنین حاصل از لقاح اسپرم و تخمک آنها را در رحم خود پرورش داده و بعد از تولد، نوزاد را به آنها تحویل دهد. (یدالهی باغلوئی، اسدی نژاد، ۱۳۹۱، ۱۳۱) به بیانی دیگر «مادر اجاره‌ای» یا «مادر میانجی» فردی است که نه ماه تمام در وجود خود از کودکی نگهداری می کند که فرزند خودش نیست.

۳- رحم اجاره‌ای:

رحم اجاره‌ای یکی از روش‌های درمان ناباروری است که طی سال‌های اخیر رواج یافته و بر اساس آن زمانی که یکی از دو طرف زوجین دچار مشکل باشد، ابتدا هر یک از آنان را که عامل اصلی ناباروری است، تحت درمان قرار می‌دهند و سپس بعد از لقاح مصنوعی در آزمایشگاه و پس از گذشت سه روز، درست زمانی که جنین ۶ تا ۸ سلولی است آن را در رحم مادر اجاره‌ای می‌گذارند که به او «مادر اجاره‌ای» یا «مادر میانجی» می‌گویند.

- اقسام اهدای جنین:

۱) قسم اول: اهداء جنین زن و شوهر به زن اجنبی که فاقد تخمک است، ولی رحم او قابلیت پرورش جنین را دارد، یعنی از تخمک زن و اسپرم شوهر تشکیل جنین داده و به رحم زن نازا انتقال دهند.

۲) قسم دوم: اهداء جنین از طرف مرد و زن اجنبی به زن عقیم و نازا، یعنی از اسپرم نامحرم و تخمک زن نامحرم تشکیل جنین داده به رحم زن نازا و عقیم انتقال دهند.

۳) قسم سوم: رحم اجاره، در این قسم زن و شوهر با اسپرم و تخمک خود تشکیل جنین داده و در رحم زن نامحرمی قرار می‌دهند تا بعد از انقضاء مدت حمل و وضع کودک را به صاحبان جنین تحویل دهد، این رحم ممکن است عاریه‌ای هم باشد. (صفایی، ۱۳۸۳: ۲۳)

روش‌های به‌کارگیری رحم اجاره‌ای

۱) رحم جایگزین کامل

در این حالت مادر جانشین هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه ندارد و تنها به موجب توافق جانشینی در بارداری، اعم از آن‌که 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 روش‌های کمکی تولید مثل به وی منتقل گردیده و باردار شده است، حمل می‌کند. (موسوی خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۲۸ و علوی قزوینی، ۱۳۸۰: ۳۹۷)

۲) رحم جایگزین جزئی (نسبی)

در این حالت بر اساس توافق با مادر جانشین، اسپرم مرد زوجه نابارور به طور مصنوعی به داخل رحم وی منتقل می‌شود، 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 می‌رود، بارور می‌شود و مادر جانشین، تخمک بارور شده خود با اسپرم پدر حکمی را حمل می‌کند؛ بنابراین، مادر جانشین و همچنین پدر حکمی با بچه ارتباط ژنتیکی خواهند داشت. و زوجه نابارور، مادر متقاضی به شمار خواهد رفت و هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه نخواهد داشت؛ از این‌رو در صورت

تحویل فرزند به او، رابطه بین آنها از نوع فرزندخواندگی است. چنین قسمی تخصصاً از بحث ما خارج است؛ چراکه در این قسم زن، صاحب تخمک و رحم و مادر اصلی فرزند است. 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. (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۶۰۶)

حالت جانشینی در بارداری

در این مورد نظرات مختلفی وجود دارد:

۱- مادر ژنتیکی و صاحب تخمک، مادر قانونی است.

۲- زن صاحب رحم (مادر جانشین)، مادر قانونی است.

۳- طفل دارای دو مادر قانونی است.

بر هر نظریه‌ای انتقاداتی وارد است که در اینجا مجال بحث آنها نیست. ولی به طور خلاصه می‌توان گفت که حالت مادر جانشین مشکلاتی را خصوصاً در مورد اینکه مادر قانونی چه کسی است ایجاد کرده و ملاک مشخص و ثابتی نمی‌توان به دست داد و عرف هم که مبنای نظر است مبهم است چون هم گروه اول به استناد عرف کودک را ملحق به صاحب تخمک می‌دانند و هم گروه دوم با استناد به عرف کودک را ملحق به مادر جانشین می‌دانند و هم گروه سوم با استناد به عرف، کودک را ملحق به هر دو می‌دانند. قانون فقط می‌تواند تعیین کند که چه کسی حق حضانت بچه را دارد ولی نمی‌تواند بگوید که در واقع چه کسی کودک را ایجاد کرده و در واقع مادر است. می‌توان گفت که هر یک از این زنان نقشی جداگانه در تکون طفل داشته‌اند و مانعی

ندارد که طفل در آن واحد دارای دو رابط مادری باشد. چون این رابطه‌های در عالم اعتبار است.

الف) حالت جانشینی با باروری مصنوعی

در این حالت، مادر جانشین جنین حاصل از ترکیب تخمک خودش با اسپرم پدر حکمی را حمل می‌نماید. به این ترتیب هم تخمک مربوط به مادر جانشین است و هم خودش جنین را حمل می‌کند و در این مورد طفل ملحق به مادر جانشین است و مادر جانشین، مادر قانونی بچه است. (نایب زاده، همان: ۱۳۰)

ب) انتقال جنین تشکیل شده به رحم مادر جانشین

در این مورد تخمک بارور شده به لوله رحم منتقل می‌شود. با ملاحظه منابع فقهی در این مورد به این نتیجه می‌رسیم که این منابع در مورد اسپرم مرد است و شامل انتقال جنین به رحم نمی‌شود.

با توجه به منابع فقهی می‌توان دریافت که واژه نطفه در استعمالات قرآنی و روایی مربوط به اسپرم مردان و یا حداکثر تخمک زنان است و مربوط به جنین یا تخمک بارور شده نمی‌شود. بدین ترتیب ممنوعیت ادخال نطفه که در آیات و روایات مورد بحث قرار گرفته شامل انتقال جنین (تخمک بارور شده) به رحم زن نمی‌شود و بنابراین انتقال جنین به رحم زن بلا اشکال و بلامانع است. (شاهین فرد، خاطره و همکاران، ۱۳۹۰، ۲۳۱)

پ) مراحل انتقال جنین

انتقال جنین در چهار مرحله انجام می‌گیرد:

- ۱- گرفتن تخمک: به وسیله داروی مخصوصی تخمدان تحریک می‌شود، در نتیجه تعداد تخمک‌های رسیده زیاد می‌گردد. سپس توسط سوزنی مخصوص از طریق واژن به گرفتن تخمکها اقدام می‌شود. تخمکها را در خارج از بدن در محیط‌های مخصوصی مورد کشت (محلولهای حاوی مواد غذایی) قرار داده و آنها را در داخل فضای مخصوص (یک نوع یخچال مخصوص) قرار می‌دهند.
- ۲- گرفتن اسپرم: این عمل به طرق گوناگون انجام می‌شود: بعضی از آنها حرام (استمناء) و بعضی دیگر مجاز است؛ مانند مثالهای زیر:
 - الف - شوهر در اثر تماس با همسر خود تحریک شده بدین وسیله نمونه اسپرم را گرفته در لوله‌های مخصوص می‌ریزند.
 - ب - از طریق سوزن از محل تجمع اسپرم روی بیضه نمونه تهیه می‌شود و در داخل لوله‌های مخصوص ریخته می‌شود. (PESA)
 - ج - از طریق میکروسکوپی اسپرم از سر بیضه جدا می‌شود و در داخل لوله‌های مخصوصی قرار داده می‌شود. (MESA)
 - د - یک تکه از بیضه را جدا کرده در محط آزمایشگاه اقدام به جدا کردن اسپرم از نسج بیضه می‌شود. (TESE)
- ۱- پس از تهیه اسپرم آن را با تخمک مخلوط می‌کنند. این عمل نیز با روشهای متعدد انجام می‌گیرد.
- ۲- بعد از این مراحل در صورت موفق بودن عمل، تخمک لقاح یافته و جنین تشکیل می‌شود. در مرحله ۶ الی ۸ سلولی جنین‌ها داخل لوله مخصوصی (لوله انتقال دهنده) جمع شده، سپس از طریق واژن و دهانه رحم به داخل رحم انتقال می‌یابند. این عمل معمولاً ۴۸ ساعت پس از گرفتن تخمک صورت می‌گیرد. (قبله‌ای، ۱۳۸۵: ۱۶)

بررسی مسائل فقهی و حقوق

- دیدگاههای فقهی

در بررسی دیدگاه فقهای عظام سه دیدگاه در این زمینه وجود دارد:

گروهی از فقها همانند آیت‌الله سیستانی، آیت‌الله تبریزی و آیت‌الله مکارم شیرازی، متأثر از نظریه سستی، نسب پدری و مادری را بین صاحبان گامت و کودک برقرار و اعتقاد بر برقراری وراثت، حضانت، نفقه و محرمیت در نکاح بین آنان ابراز داشته‌اند. گروهی دیگر از فقها (آیت‌الله صانعی) معتقدند صاحبان گامت با اهداء جنین، از آن اعراض کرده و دیگر حقی نسبت به آن جنین یا طفل متولد شده ندارند و این اهداء گیرندگان هستند که نسبت به جنین ذیحق بوده و بر اساس ابراز داشته‌اند وراثت، انفاق و حضانت بین طفل و صاحبان گامت وجود نداشته و فقط در خصوص محرمیت در نکاح قائل به احتیاط شده‌اند. این دسته محرمیت در نکاح، نفقه و حضانت را بین کودک و اهداء گیرندگان برقرار و لیکن در خصوص ارث، این رابطه منحصر به کودک و زن صاحب رحم دانسته‌اند و فتوا داده‌اند که کودک و شوهر زن صاحب رحم از یکدیگر ارث نمی‌برند. گروه سوم از فقها (آیت‌الله خویی) ملاک نسب را هم مالکیت بر گامت و هم زایمان دانسته و بر این اساس وراثت، نفقه، محرمیت در نکاح و حضانت را بین صاحبان گامت و زن صاحب رحم از یکسو و طفل از سوی دیگر برقرار دانسته‌اند. (ناصری، ۱۳۸۶: ۱۵۶-۱۶۳)

از دیدگاههای مختلف در مجموع می‌توان چنین استنباط کرد: موافقان می‌گویند که نعمت فرزنددار شدن حق زوجین است و نداشتن فرزند می‌تواند آثار زیانباری بر خانواده‌ها داشته باشد و نمی‌توانیم مانع تلاش زوجین برای فرزنددار شدن شویم. مخالفان نیز می‌گویند که این قراردادها در واقع جسم انسان را مورد مبادله قرار می‌دهد

و باعث از بین رفتن زحمت جسم انسانها است. عمل انتقال جنین مستلزم اختلاط و افساد نسبها است. (مهرپور، ۱۳۷۶: ۱۶۷)

تبیین حالت‌های مختلف مادر میانجی از منظر فقهی و حقوقی

برای تبیین مسأله در فروض مختلف آن را بررسی می‌کنیم:

۱- لقاح داخل رحمی ۲- لقاح خارج رحمی

۱) لقاح داخل رحمی

الف) حالت جانشین در بارداری

در این مورد هم لقاح و هم رشد جنین در داخل لوله رحم انجام می‌گیرد و اسپرم شوهر و تخمک همسر او تهیه می‌شود و همراه با هم بدون اینکه ترکیب شوند وارد لوله رحم مادر جانشین می‌شوند.

این روش را به چند مرحله تجزیه می‌کنیم:

۱- در مرحله اول اسپرم شوهر و تخمک زن که وارد لوله رحم مادر جانشین شده‌اند باهم امتزاج می‌یابند که نفس این عمل بلا اشکال است و تخمک زن با اسپرم شوهرش بارور می‌شود.

۲- تزریق تخمک به رحم مادر جانشین: در این مورد اگر آیات مربوط به حفظ فرج را مورد نظر قرار دهیم این آیات عمومیت دارند و تعیین مصداق نکرده‌اند و آنان که با توجه به این آیات منع تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه را نتیجه گرفته‌اند در مورد تزریق تخمک زنی به رحم زن دیگر هم باید چنین نظر دهند و از طرف دیگر روایاتی را که در این مورد می‌توان بررسی کرد اگر مورد توجه قرار دهیم می‌فهمیم که لحن صریح این روایات مربوط به ادخال

اسپریم مرد به رحم زن بیگانه است و در این روایات هیچ قرینه‌ای مبنی بر تعمیم وجود ندارد.

۳- در مورد قاعده احتیاط هم که در فرض احتیاط تلقیح مصنوعی با اسپریم بیگانه مورد توجه قرار گرفت، در اینجا نمی‌تواند کارایی داشته باشد چون منظور احتیاط در اختلاط میاه و انساب می‌باشد که شامل این مورد نمی‌شود پس تنها دلیل برای منع تزریق تخمک زنی به زن دیگر عام بودن آیات است و دلایل دیگر نمی‌تواند مورد استناد قرار بگیرد.

۴- فراهم ساختن زمینه لقاح اسپریم و تخمک متعلق به زن و شوهر در رحم ثالث. در این مورد اگر بگوئیم ملاک آیات منع ادخال اسپریم مرد به رحم زن بیگانه، حفظ نسب و تعیین پدر و مادر طفل متولد شده است، می‌توانیم بگوئیم این مورد را در بر نمی‌گیرد چون لقاح بین اسپریم و تخمک زن و شوهر حاصل می‌شود.

ب) حالت جانشینی با باروری مصنوعی

در این حالت اسپریم مرد (پدر حکمی) با تخمک مادر جانشین در داخل لوله رحم ترکیب می‌شود. (صمدی اهری، ۱۳۸۲: ۱۸-۱۹)

۲) لقاح خارج رحمی

در این مورد لقاح بین اسپریم و تخمک در خارج از رحم صورت می‌گیرد و جنین به رحم منتقل می‌شود این مورد شامل دو فرض می‌شود:

۱- فراهم کردن زمینه لقاح بین اسپریم و تخمک در آزمایشگاه

۲- انتقال جنین تشکیل شده به رحم مادر جانشین (صفایی، ۱۳۸۰: ۴۵)

بند اول - فراهم کردن زمینه لقاح بین اسپرم و تخمک در آزمایشگاه

الف) حالت جانشینی در بارداری

در این حالت چون لقاح بین اسپرم و تخمک زن و شوهر در محیط آزمایشگاه اتفاق می افتد مشکلی بروز نمی کند.

ب) حالت جانشینی با باروری مصنوعی

در این حالت لقاح بین اسپرم و تخمک زن و مرد بیگانه صورت می گیرد در محیط آزمایشگاه و در مورد اینکه نفس ترکیب اسپرم زن و مردی بیگانه آیا جایز است یا خیر؛ به نظر می رسد: آیات و روایات مربوط به حفظ فروج ربطی به این موضوع نداشته باشند، چون این ترکیب مربوط به محیط آزمایشگاه است نه فروج مرد و زن و همچنین در بین فقها هم اظهار نظر صریحی تاکنون در این مورد انجام نشده است. و تنها در اعلام نظر مجمع فقه اهل البیت که متشکل از چندین فقیه حوزه های علمیه می باشد چنین عملی خلاف احتیاط اعلام شده است. زیرا ممکن است احتیاط مزبور استحبابی باشد. زیرا دلیلی بر وجوب احتیاط مشاهده نمی شود. (نایب زاده، همان: ۱۲۹)

آثار و احکام مترتب بر فرزند تولد یافته در رحم جایگزین

۱) نسب در حالت مادر جانشین

در مورد مادر جانشین ممکن است گفته شود هر چند زنا نیست ولی فاقد نسب است. در پاسخ می توان گفت: کسانی که در ولد، قائل به نسب شرعی نیستند به دو چیز استناد می کنند:

۱- اجماع ۲- حدث فراش (امامی، ۱۳۴۹: ۶)

در مورد اجماع، صاحب جواهر به اجماع محصل و منقول استناد می‌کند و مشخص است که اجماع محصل صاحب جواهر نسبت به ما اجماع منقول است. پس ما اجماع محصل نداریم، مدرک این اجماع کنندگان هم حدیث فراش است. پس اعتبار این اجماع به اندازه اعتبار حدیث فراش است. از طرف دیگر اجماع چه محصل و چه منقول وقتی حجت است که کاشف از قول معصوم باشد و گرنه خود اعتباری ندارد و احراز کشف برای ما غیر ممکن است. از بیانات فقها هم که بر عدم توارث در زنا اجماع کرده‌اند نمی‌توانیم نفی نسب را استنباط کنیم اگر چه بعضی از آنها بعد از نفی توارث، نسب را نیز نفی کرده‌اند ولی نمی‌توانیم بگوئیم همه آنها نسب را نفی کرده‌اند. در مورد حدیث فراش هم اگر چه از حیث سند مشکلی ندارد ولی از جهت دلالت مشکل دارد. چون این حدیث در مواردی است که تردید وجود داشته باشد. در الحاق طفل به فراش یا به زانی. یعنی امکان الحاق به هر دو وجود دارد ولی ما تردید داریم و در اینجا است که به فراش ملحق می‌شود ولی اگر بنا بر دلایلی امکان الحاق به فراش وجود نداشته باشد، نمی‌توانیم بگوئیم الولد للفراش. به همین دلیل یک نظر می‌گوید که در زنا نسب نفی نشده است

پس نتیجه می‌گیریم دلایلی که برای نفی نسب در زنا ذکر شده حتی در مورد زنا هم قابل مناقشه است چه رسد به این مورد که بگوئیم در مادر جانشین هم نفی نسب وجود دارد و نسب فقط در مورد نکاح صحیح و یا به شبهه است. پس در مورد مادر جانشین با توجه به اینکه عده‌ای از فقها حتی در مورد زنا هم اصرار بر الحاق طفل به زانی و زاینه دارند می‌توانیم بگوئیم که نسب تحقق پیدا می‌کند. در مورد قانونی بودن نسب هم با توجه به اینکه قانون فقط نسب ناشی از زنا را نپذیرفته، می‌توان در این مورد حکم به تحقق نسب داد. (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ج ۲: ۸۲)

۲) حرمت نکاح

در حالت جانشینی با باروری مصنوعی پدر حکمی، پدر قانونی و مادر جانشین مادر قانونی طفل محسوب می‌شوند و رابطه نسب بین این دو و طفل محقق می‌شود و مادر حکمی هیچ نوع ارتباطی با طفل ندارد لذا هیچ گونه رابطه‌ای بین او و طفل به وجود نمی‌آید.

در حالت جانشینی در بارداری، پدر حکمی، پدر قانونی طفل است در حالی که در رابطه با تعیین مادر قانونی گفتیم که نظرات متفاوت است. حال اگر بر این عقیده باشیم که نسب بچه به صاحب اسپرم و تخمک می‌رسد و همان‌گونه که مرد به لحاظ نشأت گرفتن طفل از اسپرم او پدر محسوب می‌شود، زن صاحب تخمک نیز مادر محسوب است، آیا می‌توان به زنی که جنین را در شکم خود پرورش داده، عنوان مادری داد و از نظر ممنوعیت نکاح حکم مادر رضاعی را بر او بار نمود، برای تبیین بهتر مسئله عینا به نقل نوشته‌ای از دکتر شهیدی می‌پردازیم: «... و بعد از انقضای دوره حمل، طفلی از آن متولد گردد، از نظر نسب و آثار قانونی چه وضعیتی نسبت به این زن خواهد داشت؟ تا آنجا که اطلاع داریم این فرض هنوز در عالم پزشکی وقوع نیافته است، ولی ممکن است در آینده نزدیک واقع گردد.^۱ آنچه مسلم است، این است که در این مورد، نسب قانونی بین زنی که طفل در رحم او رشد یافته 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، ولی آیا این مورد را می‌توان سبب نشر حرمت دانست یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا صرف تکامل طفل در رحم زن می‌تواند از

۱- پیش بینی استاد سه سال بعد از نوشتن این مقاله، اکنون به حقیقت پیوسته است.

موانع نکاح به حساب آید؟ مثلاً آیا کودک مزبور می‌تواند بعداً با آن زن یا همسر و فرزندان او ازدواج کند؟ (شهیدی، ۱۳۸۱: ۲۳)

ایشان پس از بحث و مذاقّه مفصل و چیدن همه احتمالات حقوقی و فقهی در کنار همدیگر سرانجام به این نتیجه می‌رسند که حکم به تحقق خویشاوندی بین طفل و زنی که نطفه او در مرحله تکون شرکت نداشته ولی تکامل طفل در رحم او انجام شده، موجه به نظر نمی‌رسد. البته از نظر قانونی می‌توان به کمک وحدت ملاک و یا به استناد مفهوم اولویت حکم قرابت رضاعی را نسبت به باروری جانشینی جریان داد. و می‌توان گفت که قرابت مادر جانشینی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت رضاعی است. این نتیجه در فرضی است که نسب بچه به صاحب تخمک و اسپرم می‌رسد. حال اگر بر عکس این فرض بگوئیم که مادر جانشین یعنی زن صاحب رحم را مادر طفل (مادر قانونی) بدانیم. باید بگوئیم که چون جنین از تخمک او به وجود آمده، از نظر ممنوعیت نکاح در حکم مادر قانونی طفل محسوب است و در نتیجه باید حکم به ممنوعیت نکاح بین او و طفل به دنیا آمده داد. (صمدی اهری، همان: ۲۳)

۳) حضانت

اگر بپذیریم که صاحب رحم، مادر کودک است، اثبات حق حضانت بر او مشکل به نظر می‌رسد، زیرا یکی از شروط حضانت این است که مادر با مرد دیگر ازدواج نکرده باشد و گرنه حضانت ساقط است. در حدیث آمده است: «المرأه أحق بالولد مالم تتزوج». (حر عاملی، ۱۳۷۳: ج ۲۱، باب ۸۱)

در مسأله مورد نظر صاحب رحم از اول با صاحب اسپرم رابطه‌ای نداشته و با مرد دیگری ازدواج کرده است. پس مشکل است بگوئیم که او حق حضانت دارد، بلکه

می‌توان گفت اگر ازدواج در اثنا مسقط حضانت باشد، ازدواج بدوی و سابق به طریق اولی مسقط خواهد بود. بلی اگر صاحب رحم بیوه باشد حق حضانت از آن او خواهد بود و همچنین اگر کودک به صاحبان جنین ملحق شود مادر او صاحب تخمک بوده و او حق حضانت خواهد داشت. مطالب مذکور در صورتی است که پدر کودک را صاحب اسپرم بدانیم. اینها مربوط به قسم اول است که صاحب رحم نسبت به صاحب اسپرم بیگانه باشد، ولی در قسم دوم که صاحب رحم همسر دوم صاحب اسپرم است، حکم خاصی دارد، که از گذشته‌ها روشن می‌شود. (قبله ای، همان: ۲۵۷)

بنابراین در مورد حضانت برابر م ۱۱۶۸ ق.م. نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبن است و به این دلیل بستگی دارد که مادر جانشین را مادر قانونی بدانیم یا مادر حکمی را. و دیدیم که اختلاف نظر وجود دارد و طفل به ناچار تحت حضانت والدین حکمی یا مادر جانشین قرار می‌گیرد و اگر نظریه سوم را که گفتیم طفل در این حالت دارای ۲ ماده قانونی است را تقویت کنیم. باید بگوئیم که طفل در حالت جانشینی در بارداری دارای دو مادر قانونی می‌باشد و گفته شد که حضانت با مادر حکمی است. یا ممکن است گفته شود که حضانت با مادر جانشین است. در هر حالت نکته‌ای که باید مد نظر قرار داد این است که هر یک از این ۳ نفر یعنی پدر حکمی و مادر حکمی و مادر جانشین را که از حق حضانت محروم کنیم حق ملاقات او محفوظ است. بنابراین در حالت جانشینی در بارداری هر کدام از مادر حکمی یا مادر جانشین را که مادر قانونی طفل محسوب نکنیم باز هم به لحاظ قرابتی که از نقش هر یک از اینها در تکون طفل ناشی می‌شود او را در ردیف اقربا باید قرار دهیم و حق ملاقات او را محترم بشماریم. (گرچی، ۱۳۸۷: ۱۸۷)

نتیجه‌گیری

ناباروری یکی از مشکلاتی است که این روزها بیش از سه میلیون زوج ایرانی با آن دسته و پنجه نرم می‌کنند و بنیان برخی از خانواده‌ها به همین علت با تهدید مواجه می‌شود. این در حالی است که یکی از راه‌های درمان ناباروری استفاده از رحم اجاره‌ای است که به دو صورت انجام می‌شود. در روش اول که به آن لقاح مصنوعی می‌گویند، نطفه مرد و تخمک زن خودش را در خارج از رحم بارور و به دلیل عدم توانایی زن در بارداری، آن را به رحم زن دیگری تزریق می‌کنند. در روش دوم نطفه مرد را در رحم غیر همسرش تزریق کرده و از تخمک زن دیگری استفاده می‌کنند تا وی از این طریق صاحب فرزند شود.

آنچه که در روش‌های معمول پزشکی برای اهداء جنین یا گامت مورد استفاده قرار می‌گیرد، همان روش اول لقاح مصنوعی است که قانون آن در ۲۹ تیرماه سال ۱۳۸۲ طی ۵ ماده در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید و در هشتم مرداد ۱۳۸۳ به تایید شورای نگهبان و آیین‌نامه آن در تاریخ ۱۹ اسفند ۱۳۸۳ به تصویب هیأت دولت رسیده و مجوز پرورش کودک حاصل از سلول مادر و پدر شرعی در رحم فرد دیگر، در قبال دریافت اجرت صادر شد.

در مورد طفل به دنیا آمده از حالت مادر جانشین، نسب قانونی و شرعی تحقق پیدا می‌کند. در حالت جانشینی در بارداری سه نظریه در مورد رابطه مادری نسبت به طفل وجود دارد: گروهی زن صاحب تخمک، گروهی دیگر زن صاحب رحم و برخی هم هر دو را مادر طفل می‌دانند. در حالت جانشینی با باروری مصنوعی، مادر جانشین که هم صاحب تخمک است و هم جنین را حمل نموده است، مادر طفل محسوب می‌شود. در حالت جانشینی در بارداری اگر مادر حکمی یعنی زن صاحب تخمک را

مادر طفل بدانیم با استفاده از ملاک قرابت رضاعی می‌توان حکم ممنوعیت نکاح را بین زن صاحب رحم و طفل محقق دانست. در صورتی که قائل به دو مادری بودن طفل باشیم وی از هر دو ارث می‌برد. و با هر دو رابطه توارث طفل برقرار می‌شود.

منابع

- قرآن کریم
- امامی، اسدا... (۱۳۴۹): *مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه*، تهران، چاپخانه موسوی.
- حر عاملی (۱۳۷۳): *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، تصحیح و تحقیق علی ربانی شیرازی چ هشتم، تهران، انتشارات اسلامی.
- داودی فرد، پروین (۱۳۸۵): *قداست مادر در فرهنگ اسلامی*، پاسدار اسلام، تیر ۱۳۸۵، شماره ۲۹۵.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۸): *لغت نامه دهخدا*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- رینز، مک کارتی، جین، ادواردنر (۱۳۹۰): *مفاهیم کلیدی در مطالعات خانواده*، ترجمه محمد مهدی لیبی، تهران: علم.
- شاهین فرد، خاطره و همکاران (۱۳۹۰): «*مشروعیت بهره‌گیری از رحم جایگزین با استناد به اصل حلیت*» چکیده مقالات کنگره سالیانه اخلاق و حقوق باروری چالشها و راهکارهای رحم جایگزین، پژوهشگاه رویان.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲): *مقاله تلقیح مصنوعی انسان*، مجله حقوقی دادگستری، دوره اول.

- شیخ صدوق، محمد (۱۳۹۰ ه. ق): *من لایحضره الفقیه*، تهران، چاپ و نشر دارالکتب الاسلامیه، چاپ پنجم.
- صادقی، سهیلا (۱۳۸۴): *"چالش فمینیسم با مادری"*، کتاب زنان، شماره ۲۸.
- صفائی، حسین (۱۳۸۰): *مقاله انتقال جنین*، تهران، انتشارات سمت.
- صفائی، حسین (۱۳۸۳): *مقاله اهدای جنین به زوجین نابارور*، تهران.
- صمدی اهری، محمد هاشم (۱۳۸۲): *نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام*، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
- فیض کاشانی، محسن (بی تا): *المعجد البیضاء فی تهذیب الاحیاء*، تصحیح علی اکبر غفاری قم: النشر الاسلامی.
- علوی قزوینی (۱۳۸۰): *مجموعه مقالات روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق*، چ اول، تهران.
- فاضل لنگرانی، محمد (۱۳۸۳): *جامع المسائل*، قم، نشر امیر العلم.
- قبله‌ای، خلیل (۱۳۸۵): *بررسی احکام فقهی و حقوقی کودکان نامشروع*، مجله دیدگاههای حقوقی، شماره ۱۶-۱۲.
- کاتوزیان، ن (۱۳۷۵): *حقوق مدنی*، ج ۲، چ اول، تهران، گنج دانش.
- گرجی، ابوالقاسم و همکاران (۱۳۸۷): *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- مشیرزاده، حمیرا (۱۳۸۲): *فمینیسم*، از جنبش تا نظریه اجتماعی، تهران، شیرازه.
- مهرپور، حسین (۱۳۷۶): *نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی*، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۰-۱۹.
- موحد ابطحی، مهدی (۱۳۸۶): *«مادر جانشین و راههای مادر شدن رویکردی نو به آیات و روایات»* مجموعه مقالات رحم جایگزین، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰): *منهاج الصالحین*، قم، انتشارات مدینه العلم.

- ناصری، حسین (۱۳۸۱): «واکاوی احکام فقهی نسب در کودک متولد از رحم جانشین» مجموعه مقالات رحم جایگزین، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا.
- نایب زاده، عباس (۱۳۸۰): بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
- یدالهی باغلوئی، عباس، سید محمد اسدی نژاد (۱۳۹۱): شرایط اساسی صحت قرارداد مادر جانشین در بارداری در فقه امامیه و حقوق موضوعه، فصلنامه فقه پزشکی، سال سوم و چهارم، شماره ۹ و ۱۰، زمستان ۱۳۹۰ و بهار ۱۳۹۱.
- یزدی، آیت‌الله محمد (۱۳۷۵): «باروریهای مصنوعی و حکم فقهی آن» مجله فقه اهل البیت، سال دوم، شماره های ۵ و ۶ بهار و تابستان.