# نسب طفل متولد از رحم جایگزین

**نویسندگان**
**1 محمد روشن؛ 2 عاصف حمد الهی**
**1عضو هیأت علمی پژوهشکدهٔ خانوادهٔ دانشگاه شهید بهشتی**
**2دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم**

**کلیدواژگان**
جانشینی در بارداری؛ مادر جانشین؛ باروری مصنوعی؛ نسب

## مقدمه

در شرع مقدس اسلام برای هر فعلی از افعال انسان‌ها حکمی است. مسأله استفاده از رحم جایگزین و انتساب طفل متولد از رحم جایگزین از افعالی است که از این قاعده مستثنی نیست؛ لذا باید حکم تکلیفی و وضعی آن مشخص گردد. بحث مطرح شده در این مقالهٔ ناظر بر وضعیت نسب کودکان متولد از رحم جایگزین است، لذا ما وارد حکم تکلیفی جواز یا حرمت نمی‌شویم و فقط به تبیین حکم وضعی طفل متولد از رحم جایگزین در رابطه با نسب پدری و مادری که محور و اساس بحث و بررسی‌ها دربارهٔ سایر احکام وضعی طفل مزبور می‌باشد، می‌پردازیم. نکته‌ای که بررسی آن در بحث انتساب طفل متولد از رحم جایگزین قبل از هر چیزی متقدم می‌نماید، بحث ماهیت نسب می‌باشد؛ چرا که با تبیین ماهیت نسب است که امکان تصمیم‌گیری دقیق و روشن در مورد رابطهٔ نسب در پدیدهٔ مادر جانشین بوجود می‌آید.

به این ترتیب در این نوشتار مطالب خود را در دو مبحث جداگانه خواهیم آورد. در مبحث اول به بررسی ماهیت نسب می‌پردازیم و مبحث دوم به رابطهٔ نسب در حالت استفاده از رحم جایگزین مربوط است.

### 1. ماهیت نسب

عنوان نسب از مفاهیمی است که به رابطهٔ طبیعی بین دو انسان(فرزند و پدر/ مادر) مربوط می‌شود و در روایات دارای احکام گسترده ای است. با وجود این، تعریف دقیقی از آن ارائه نشده است، همچنان که در باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی ایران، که به احکام نسب اختصاص دارد، تعریفی از نسب دیده نمی‌شود. بنابراین به‌منظور دستیابی به تعریف جامعی از ماهیت نسب، لازم است به مفهوم لغوی و عرفی و همچنین تعاریفی را که در این زمینه از سوی فقها و حقوق‌دانان ارائه شده است پرداخته، سپس چگونگی انتساب طفل را به والدین را در نسب پدری و مادری به طور جداگانه پی می‌گیریم و در پایاندر گفتار دیگری شرایط قانون‌گذار اسلام را برای پذیرش این مفهوم بیان کنیم.

#### 1. 1. مفهوم نسب

نسب از نظر لغت مصدر و به معنی قرابت و علاقه و رابطهٔ بین دوستی‌ها است[1] و در زبان فارسی آن را نژاد می‌گویند.

با آن‌که باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی ایران به احکام مربوط به نسب اختصاص یافته است ولی تعریفی از نسب نکرده است. علماء حقوق سعی نموده‌اند که سکوت قانون‌گذار را با تعریف نسب جبران کنند. به منظور شناسایی ماهیت حقوقی نسب، لازم است برخی از تعاریفی را که دراین زمینه از سوی فقهاء و حقوق‌دانان ارائه شده است، بررسی می‌کنیم.

بعضی از فقهاء نسب را چنین تعریف نموده‌اند:

1. «النسب و هو الاتصال بالولادة بانتهاء احد هما الی الآخر او بانتهائهما الی ثالث»(نجفی، 1981، ج29، ص238)
2. «المراد بالنسب علاقه بین شخصین، تحدث من تولد احدهما من الآخر او تولدهما من ثالث»(انصاری، بی‌تا، ص401)

ایرادی که در تعاریف فوق به نظر می‌رسد این است که اتصال ولادت در حقیقت، منشأ اعتبار رابطهٔ نسبی است ولی حقیقت نسب امری است که از اتصال ولادت انتزاع می‌شود؛ لذا در این تعریف بین امر اعتباری و منشأ اعتبار خلط شده است.(علوی قزوینی، 1380، ص190)

بعضی از حقوق‌دانان در رابطه با حقیقت نسب چنین بیان داشته‌اند:

1. «نسب به معنی قرابت و خویشاوندی است و امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید. از این امر رابطهٔ طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد موجود می‌گردد»(امامی، 1343، ج 5، ص151)
2. «نسب عبارت است از رابطهٔ خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالث باشند که به این معنی مترادف با «قرابت نسبی» است که یک رابطهٔ طبیعی و خونی بین خویشاوندان نسبی خط مستقیم یا خط اطراف است»(صفائی و امامی، 1374، ج 2، ص39)

ایرادی که در تعاریف فوق به نظر می‌رسد این است که هیچ یک از تعاریف فوق، حقیقت و ماهیت نسب را تبیین نکرده‌اند که به چه دلیل به وسیله ولادت یا رابطهٔ طبیعی، فرزند به مادر یا پدر منتسب می‌گردد؟ ملاک رابطهٔ آن دو چیست؟ آیا این امر، یک رابطه اعتباری و قراردادی است تا در هر زمان قانون‌گذار خواست بتواند اعتبار دیگری را وضع و تصویب نماید یا این‌که این امر یک رابطه و ارتباط تکوینی و واقعی است و گریزی از آن نیست چه نفیا و چه اثباتاً؟ که در این‌صورت قانونگذاران فقط می‌توانند به خاطر برخی مصالح یک سری آثار را ندیده انگارند.

با توجه به این‌که در هیچ یک از متون قرآنی و روایی، مفهوم خاصی از نسب ارائه نشده است شاید بتوان گفت که مقنن در رابطه با حقیقت نسب از عرف پیروی نموده و همان معنایی که عرف از نسب به دست می‌دهد را شناسایی نموده است؛ زیرا اگر مقنن اصطلاح دیگری غیر از معنای عرفی نسب در نظر داشت، منطق تقنین اقتضا می‌نمود که معنی مورد نظر خویش را بیان نماید تا تأخیر بیان از زمان احتیاج، لازم نیاید و به اصلاح اصولی در مورد عنوان حقیقت شرعیه یا قانونی وجود ندارد.
بر این مطلب فقیهان اسلامی تصریح می‌کنند که در مسأله نسب از سوی شارع و قانون‌گذار اسلام، تأسیس جدید ایجاد نشده و همان مفهوم متمرکز عرفی تأیید شده است. در این باره، به تعابیر برخی از فقها اشاره می‌کنیم:
1. «نسب عرفی ملاک و معیار ترتب احکام شرعی است و برای نسب اصلاً حقیقت شرعی وجود ندارد و اصل هم عدم نقل مفهوم نسب عرفی به مفهوم شرعی آن است»(نراقی، 1405، ج16، صص221 و222)
2. «اگر نسب حقیقت شرعی می‌داشت صحیح بود(نفی احکام نسب از ولد زنا)، لکن وجود حقیقت شرعی برای نسب ثابت نشده، بلکه به عکس عدم آن ثابت شده است. بنابراین نسب، مثل سایر عناوین بر همان مفهوم و برداشت عرفی مترتب می‌شود»(روحانی، بی‌تا، ج21، ص221)
لذا از آن‌جا که قانون‌گذار در تبیین ماهیت نسب از عرف تبعیت کرده است، لازم است ابتدائاً معنای عرفی نسب معلوم گردد، سپس به تصرفاتی که شارع در این معنای عرفی به عمل آورده است، بپردازیم:
بنابر عرف، تکون یک انسان از اسپرم مرد و تخمک زن، منشأ اعتبار رابطهٔ نسبی است؛ به عبارت دیگر، عرف پس از پیدایش طبیعی طفل از والدین خویش، یک امر اعتباری و قراردادی بین طفل و والدین او برقرار می‌نماید که آن را نسب می‌نامد و بر این رابطهٔ اعتباری نیز آثاری را مترتب می‌کند.
مقصود از اعتباری بودن نسب این نیست که نسب هیچ‌گونه وجود حقیقی ندارد و وجود یا عدم آن صرفاً در اختیار اعتبار کنندگان است، بلکه نسب از اعتباریات نفس الامری است، به عبارت روشن‌تر، عقلا و قانون‌گذار در مقابل این منشأ اعتبار(تولد)، ناگزیر از اعتبار رابطهٔ نسبی هستند. قرآن کریم نیز به این امر اشاره می‌کند: «و هو الذی خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و صهرا...»(و اوست کسی که از آب بشری آفرید و او را «دارای خویشاوندی» نسبی و داماد قرارداد...).[2]
در این آیه از تفریع جعل بر «خلق من الماء بشرا» استفاده می‌شود که همان بشر خلق شده از آب، دارای نسب است و نسب وی اعتبار و حالت تغییر یافته از آب «نطفه» است و از غیر آن نشأت نمی‌گیرد، بلکه به لحاظ منشأ خلقت بشر، نسب اعتبار و تفریع می‌شود.(رضانیا معلم، 1380، ص322) ازاین رو، اعتبار و قراردادهای غیر واقعی دربارهٔ آن غیر مشروع و بی‌اثر است، چنان‌که در آیهٔ زیر این معنا به صراحت بیان شده است:
«... وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ... ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا»[3](و پسرخواندگانتان را پسران(واقعی) شما قرار نداده است. این گفتار شما به زبان شما است، ولی خدا حقیقت را می‌گوید و اوست که به راه راست هدایت می‌کند. آنان را به نام پدرانشان بخوانید... و اگر پدرانشان را نمی‌شناسید، پس برادران دینی و موالی شمایند و در آنچه اشتباهاً مرتکب آن شدید بر شما گناهی نیست، ولی در آنچه دلهایتان عمد داشته است «مسئول هستید»...)
به‌هرحال با توجه به توضیحات فوق می‌توان در تعریف نسب گفت:
«نسب عرفاً و لغتاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود»(علوی قزوینی، 1380، ص192)
با توجه به همین مطلب است که برخی از حقوق‌دانان در تعریف نسب دقت به عمل آورده و نسب خاص را از قرابت نسبی یا نسب عام تفکیک نموده و هر یک را علی حدّه تعریف نموده‌اند:
**نسب عام:** نسب عام یا قرابت نسبی عبارت است از علاقه و رابطهٔ خونی و حقوقی موجود بین دو نفر که در اثر تولد یکی از آن‌ها از دیگری یا تولد هر دو از شخص ثالث به وجود آمده است.
**نسب خاص:** نسب به معنای خاص عبارت است از علاقه و رابطهٔ خونی و حقوقی بین دو نفر که در اثر تولد یکی از صلب یا صلب دیگری به وجود آمده است.(علوی قزوینی، 1380، ص192)
منظور ما از نسب در این بحث رابطهٔ پدر فرزندی و مادر فرزندی است که می‌توان آن را تحت عنوان نسب پدری و نسب مادری قرار داد.

### 2. چگونگی انتساب طفل به والدین

از جمله مباحثی که در تبیین هرچه بیشتر حقیقت و ماهیت نسب مؤثر است، چگونگی انتساب طفل به والدین می‌باشد که این بحث را درنسب پدری و مادری به طور جداگانه پی می‌گیریم.

#### 2.1. چگونگی انتساب طفل به پدر

بر اساس تعریفِ نسب در موازین عرفی اعم از عرف عام و خاص، دانش پزشکی و اعتقادات مذهبی تردیدی در این نیست که «صاحب اسپرم» پدر بچه‌ای است که از نطفهٔ حاصل از امتزاج اسپرم وی با یک سلول ماده(تخمک) به وجود آمده است به عبارت دیگر منشأ پیدایش و مادهٔ سازندهٔ جنین از ناحیه پدر، اسپرم موجود در منی مرد است و عرف هم بر این اساس، برای بیان این امر واقعی و تکوینی عنوانی به نام نسب انتزاع می‌کند؛ در واقع انتساب به پدر مبتنی بر خلقت کودک از نطفهٔ اوست و مردِ صاحب اسپرم، پدر طفل محسوب می‌شود.
آن‌چه که از فتاوی فقهاء در دست است نیز نشان دهنده آن است که بچه‌ای که از زن متولد می‌شود، از لحاظ نسب پدری ملحق به مردی است که جنین از ترکیب اسپرم او با تخمک زن پدید آمده است یعنی اگر صاحب اسپرم معلوم باشد، او پدر بچه محسوب است حال اگر اسپرم وی به صورت مشروع در رحم زن قرار گرفته باشد(با عقد نکاح صحیح یا به صورت شبهه) قانون از هر حیث

این نسب را به رسمیت می‌شناسد و اگر استقرار اسپرم در رحم زن به صورت غیر مشروع باشد، هرچند قانون به آن رسمیت نمی‌دهد ولی صاحب اسپرم به طور طبیعی پدر محسوب شده و بعضی از آثار نسب چون حرمت نکاح نیز در پی می‌آید و به هر حال بچه منتسب به مرد دیگری نمی‌شود.(مهرپور، 1376، صص 179-180)
قوانین و حقوق اکثر کشورهای جهان که در آن‌ها، از رابطهٔ طبیعی و واقعی یاد شده، عنوان نسب را انتزاع کرده‌اند و بر آن آثار متعددی مترتب کرده‌اند، شاهد بر این ادعا می‌باشد.(صدرزاده افشار، بیتا، ج3، ص37)
دربارهٔ منشأ پیدایش فرزند از ناحیهٔ پدر، آیات و روایات وجود دارند که به جهت اختصار فقط به ذکر آیهٔ 54 سوره فرقان که در آن منشأ پیدایش انسان و ملاک نسب، با تعبیر زیبا بیان شده است، بسنده می‌کنیم:
**«و هو الذی خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و شهرا»(**و اوست کسی که از آب، بشری آفرید و او را «دارای خویشاوندی» نسبی و دامادی قرارداد...)
در کلمهٔ «الماء» دواحتمال داده شده است:

1. مطلق آب؛ یعنی منشأ پیدایش اشیای زنده، مطلق آب است.
2. نطفه؛ یعنی بشر از نطفه خلق شده است.

احتمال اخیر را آیه «انّا خلقنا الانسان من نطفه امشاج...»[4]تأیید می‌کند.(طباطبائی، 1393، ج15، ص229) چرا که سیاق آیه هم به همین اشعار دارد. در هر صورت، در این آیه، نکته بسیار ظریف وجود دارد و آن این‌که نسب و صهر با تعبیر جعل که به معنای برگرداندن و تغییر دادن چیزی بر یک حالت خاص است، بر بشر مترتب شده است که از تفریع آن بر «خلق من الماء بشرا» برداشت می‌شود.(رضانیا معلم، 1380، ص322) که همان بشر خلق شده از آب، دارای نسب است و نسب وی اعتبار و حالت تغییر یافته از آب «نطفه» است و از غیر آن نشأت نمی‌گیرد، برداشتی که همان برداشت عرفی از نسب است که منشأ نسب را پیدایش و تکون از آب «نطفه» می‌داند.
نتیجه این‌که نسب از ناحیهٔ پدر، عرفاً و لغتاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش فرزند از اسپرم و نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود.

### 2.2. چگونگی انتساب طفل به مادر

پیش‌تر بیان شد که نسب از اعتبارات نفس الامری است که دارای منشأ اعتبار واقعی و حقیقی است که این امر اعتباری(نسب) از این منشأ اعتبار می‌شود و به عبارت روشن‌تر خردمندان و قانون‌گذاران در مقابل این منشأ اعتبار، ناگزیر از اعتبار رابطهٔ نسبی هستند.
مطلب دیگر این‌که، مادر بر خلاف پدر که فقط از نظر ژنتیک و بیولوژیک با فرزند خود رابطهٔ طبیعی و خونی دارد، هم از نظر بیولوژیک از طریق تخمک و هم از نظر فیزیولوژیک از طریق نگهداری کودک در رحم خود با فرزند خویش رابطهٔ طبیعی دارد. به‌گونه‌ای که از انتساب بچه، چه از لحاظ طبیعی و ژنتیکی و چه از لحاظ اخلاقی و عرف و عادت به حساب اسپرم و تخمک نمی‌توان چشم پوشید، از سوی دیگر 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 صرفه‌نظر کرد.
حال سؤال این است که آیا عرف، تکون یک انسان از اسپرم مرد و تخمک زن را منشأ اعتبار رابطهٔ نسبی می‌داند و یا پرورش جنین در رحم زن و تولد از او و یا هر دو را منشأ اعتبار می‌کند؟ به عبارت دیگر آیا هر دو امر واقعی و نفس الامری می‌توانند منشأ اعتبار باشد یا نه؟
بر همین اساس در چگونگی انتساب فرزند به مادر، نظریه‌های متعددی ارائه شده است:

1- ولادت، ملاک انتساب طفل به مادر است.
2- تکون، ملاک انتساب طفل به مادر است.
3- مادر دارنده دو عامل ولادت و تکون با هم است.

#### 1. 2. 2. ولادت، ملاک انتساب طفل به مادر است

این دسته از فقها در اثبات نظریهٔ خود چنین بیان می‌کنند:
«اساساً در زمان نزول آیات و صدور روایات مردم به اطلاعات جدید پزشکی که کودک، حاصل لقاح اسپرم و تخمک است آگاهی نداشتند و رحم زن را ظرف رشد جنین می‌پنداشتند، و با وجود این، زن صاحب رحم را مادر می‌دانستند. این نشان می‌دهد که مبنای داوری آن‌ها زاییدن بوده است؛ یعنی زنی که کودک را زایمان می‌کرد، او را مادر می‌دانستند و قانون‌گذار اسلام نیز این عرف را تحت شرایطی امضاء کرد»(محقق داماد، 1375، ص2) به عبارت دیگر موضوعاتی که در لسان شرع گفته شده منزل بر متفاهم عرفی است و در هر موردی اگر نظر شارع مقدس بر خلاف آن باشد تصریح به آن می‌کند و در این مورد که صاحب تخمک مادر است صراحتی در بین نیست و از آیهٔ **«**إن امهاتهم الا اللاتی ولدنهم**»[5]**استفاده می‌شود که تمام موضوع، پرورش در رحم است!(مرقاتی، 1384، ص 245)
این گروه برای تأیید نظریه خود به آیات چندی استدلال می‌کنند در کلمات بعضی از بزرگان فقها آمده است: «فان الام هی المرأه التی تلد الولد کما هو مقتضی قوله تعالی: الذین یظاهرون منکم من نسائهم ما هن امهاتهم أن امهاتهم الا اللائی ولدنهم».(خویی، 1410، ج2، ص284) در این آیهٔ شریفه مادر به طور مطلق و به صیغهٔ حصر کسی است که فرزند را زاده است و حصر در اینجا، اگر چه اضافی است و در رد کسانی است که با «ظهار» زنانشان را مادرشان می‌پنداشتند، اما در اصول ثابت شده که مورد، مخصص یا مقید نیست و نزد عقلا ظهور کلام ملاک اعتبار است.(رضانیا معلم، 1380، ص324)

حال، این سؤال مطرح می‌شود که آیا مخصص نبودن مورد در آیهٔ ظهار، می‌تواند دلیلی برای تمسک به اطلاق باشد؟ به نظر می‌رسد که تمسک به اطلاق تنها در جایی روا است که متکلم در مقام بیان تمام قیود و شرایط باشد تا «عدم البیان فی مقام البیان» دلیلی بر اطلاق باشد.

آیات استنادی دیگر، آیات زیر است:

«و وصینا الانسان احسانا حملته امه کرها و وضعته کرها»**[6]**(و انسان را نسبت به پدر و مادرش سفارش کردیم، مادرش با تحمل رنج به او باردار شد و با تحمل رنج او را به دنیا آورد)

«وصینا الانسان بوالدیه حملته امه وهنا علی وهن»[7]**(**و انسان را دربارهٔ پدر و مادرش سفارش کردیم، مادرش به او باردار شد، سستی بر روی سستی)

چگونگی استدلال این گروه به آیات مزبور این است که خداوند مادر را چنین توصیف می‌کند: مادر است که حمل و زایمان می‌کند و رنج و مشقت بارداری و سستی آن را تحمل می‌کند. پس مفهوم مخالف آن این می‌شود که اگر زنی حمل نکند و نزاید و مشقت‌های حمل را تحمل نکند او مادر نیست.

از میان فقها بعضی معیار لحوق و عدم لحوق فرزند را به زن ولادت یا عدم ولادت دانسته‌اند؛ و در قضیه مواقعه مرد با همسرش و مساحقهٔ او(زن) با کنیز و حمل برداشتن کنیز می‌گویند: بچه قطعاً به همسر مرد ملحق نمی‌شود؛ زیرا از او متولد نشده است.(نجفی، 1981، ج41، ص398) و بعضی دیگر صاحب رحم را مادر تلقی می‌کنند و چنین استدلال می‌کنند:

«نطفه زن صاحب تخمک معد بوده برای زن صاحب رحم که این دومی جزء اخیر علت تامهٔ به دنیا آمدن بچه بوده است. پس اولاد ملحق به دومی یعنی زن صاحب رحم می‌شود.»(اراکی، 1370، ص598)

با توجه به مناسبات واقعی که از نظر علم پزشکی بین جنینِ منجر به طفل با زنِ‌صاحب رحم برقرار است که برای رحم نقشی بسیار فراتر از یک ظرف و تغذیه تنها برای جنین تعریف می‌کند.[8] هم‌چنین نمی‌توان از تعلق و وابستگی طفل به کسی که ماه‌ها در درون رحم او همچون جزئی از پیکر او رشد کرده و شکل گرفته صرف‌نظر کرد. مخصوصاً اگر به تعبیراتی که در قرآن در مورد مراحل مختلفی که پس از قرار گرفتن نطفه در رحم(به تعبیر قرآن: قرار مکین) طی می‌کند تا شکل کامل انسانی را بگیرد، توجه کنیم چنان‌چه خداوند می‌فرماید: «... یخلقکم فی بطون امهاتکم خلقا من بعد خلق فی ظلمات ثلاث...»[9](شما را در شکم‌های مادرانتان آفرینشی پس از آفرینشی(دیگر) در تاریکی‌های سه‌گانه خلق کرد. باز در جای دیگر می‌فرماید: «الله یعلم ما تحمل کل انثی و ما تغیض الارحام و ماتزداد...»[10](خدا می‌داند آنچه را هر ماده‌ای(در رحم) باز می‌گیرد و(نیز) آنچه را که رحم‌ها می‌کاهند و آنچه را می‌افزایند) و یا در جای دیگر می‌فرماید: «و لقد خلقنا الانسان من سلاله من طین ثم جعلناه نطفه فی قرار مکین، ثم خلقنا النطفه علقه فخلقنا العلقه مضغه فخلقنا المضغه عظاما فکسونا العظام لحما ثم انشاءناه خلقا آخر...»[11]. لذا اگر واقعاً روح انسانی و خلقت انسانی گرفتن در رحم مادر پس از طی مراحل مذکور در آیه که با کاهش و افزایش در جنین همراه است، باشد و قبل از آن جنین فقط یک شیء باشد، آیا سزاوار است که صاحب تخمک را مادر بدانیم و نقش صاحب رحم را به اندازه پرورش دهنده کاهش دهیم.

### 2. 2. 2. دارنده دو عامل ولادت و تکون با هم مادر است

این گروه می‌گویند برای پیدایش هر فرزند دو عامل تأثیرگذار است، یکی پیدایش فرزند از تخمک و دیگری حمل فرزند و ولادت وی از مادر. لذا دارندهٔ این دو عامل با هم، مادر است. پس زمانی که تخمک از زنی باشد که مسئولیت حمل را به عهده نمی‌گیرد و حامل جنین، زن دیگری است دو عامل انتساب فرزند به مادر در هر یک از صاحب تخمک و صاحب رحم وجود نداشته و هیچ کدام مادر محسوب نمی‌شوند.(ابوزید، بی‌تا، ج3، ص 436)

عدهٔ دیگر از طرفداران این نظریه معتقد هستند: هم صاحب تخمک و هم صاحب رحم هر دو مادر مشروع تلقی می‌شوند استدلالشان این است که از نظر عقلی، فرزند تنها نتیجهٔ تخمک و صفات به ارث برده شده از زن نیست، بلکه فرزند و به طور کلی انسان نتیجه تعاملش با محیط اطراف است که این دو نقش مهم زن در تکون کودک غیر قابل انفکاک است و نباید آن را با مادر رضاعی و زنی که وظیفهٔ تربیت کودک را بر عهده دارد، مقایسه کرد و نقش صاحب رحم را به اندازه پرورش دهنده کاهش داد، رحمی که از نظر پزشکی نقشی بسیار فراتر از یک ظرف و تغذیه تنها برای جنین دارد، به طوری که اختلال در هر یک از آن دو تولید مثل را غیر ممکن می‌سازد، بنابراین نقش صاحب تخمک و صاحب رحم یک امر تکوینی است که می‌تواند در انتساب کودک به هر دو، نقش عمده‌ای را ایفا نماید و اطلاق واژه «مادر» به آنان؛ بر خلاف اطلاق واژه «مادر» به مادر رضاعی که قطعاً مجازگویی بوده؛ در معنای حقیقی است، ممکن است این مسأله به سبب غیر عادی بودن آن در وهلهٔ نخست مشکل به نظر برسد که با عوض کردن فرض مسأله این غرابت از بین خواهند رفت. امروزه از نظر پزشکی این امکان فراهم است که هستهٔ تخمک از مادهٔ سیتوپلاسم اطراف هسته در تخمک جدا شود و هسته تخمک زن دیگری جایگزین گردد و هر دو زن از نظر بیولوژیک با هم مشترک شوند.

حال سؤال این است آنانی که فقط صاحب تخمک را مادر می‌شناسند دربارهٔ این تخمک که از دو زن استیصال شده چه موضعی خواهند داشت؟ قطعاً هر دو زن را در تکون جنین انسان مؤثر خواهند دانست و به هر دو نقش مادری را خواهند داد. بنابراین در فرض مسأله که تخمک از آن یک زن و رحم متعلق به زن دیگری است می‌توان گفت هر دو مادر طبیعی کودک‌اند(مرقاتی، 1384، ص247)؛ بعضی از فقها نظریهٔ دو مادری را برگزیده‌اند(مرقاتی، 1384، ص 247)

به این ترتیب طفل در یک زمان دارای دو رابطهٔ مادری می‌شود که چون هر دو رابطه «اعتباری» هستند، از لحاظ حقوقی وجود هر دو در یک زمان ممکن می‌باشد.

در آیات و روایات دربارهٔ تعلق کودک به دو مادر مطالبی به چشم نمی‌خورد، در آن منابع یا صاحب تخمک به عنوان مادر معرفی می‌شود و یا صاحب رحم. برخی از محققان با جمع ادلّهٔ نقلی که طفل را ملحق به صاحب نطفه می‌دانند و هم‌چنین ادلّهٔ نقلی که عملِ تولد را ملاک رابطهٔ مادر و فرزندی می‌داند، زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم را مادر طفل محسوب کرده و بر این عقیده‌اند افزون بر این‌که دو مادری بودن طفل را عرف برقرار می‌کند، این ادله هم بر هر دو رابطه دلالت دارد(قربان‌نیا، 1380، صص369-370)

در مقابل برخی از محققان براین باورند که از طریق ادلة نقلی نمی‌توان این نظریه را اثبات کرد و این جمع را بین آیات و روایات برقرار نمی‌کنند.(مرقاتی، 1384، ص247)

**3. 2. 2. تکون، ملاک انتساب طفل به مادر است**

برخی از فقها صاحب تخمک را مادر طفل می‌دانند و به معنای لغوی کلمة «امّ» استناد می‌کنند؛ چرا که «امّ» در لغت به معنای «اصل کل شیء و عماده»است و سبب اطلاق آن به زنی که کودک را به دنیا می‌آورد این است که اصل جنین از او است. در نظر این گروه، ملاک مادر بودن از دیدگاه عرف، همانند ملاک پدر بودن است و از آنجا که نخستین مرحله آفرینش کودک از آب مادر است، در این مورد صاحب تخمک به عنوان «مادر» در نظر گرفته می‌شود چرا که در نخستین مرحلة آفرینش و ایجاد و پیدایش جنین سهم دارد. پس از این مرحله، تغذیه، پرورش و رشد جسمانی و روحی جنین هیچ نقشی، جز استمرار و بقا و رشد وی ندارد همان‌طور که پس از تولد تغذیه کودک از طریق شیر دادن است و چنین زنی مادر حقیقی کودک تلقی نمی‌شود و ثانیاً صفات وراثتی کودک فقط از زنی منتقل می‌شود که تخمک از اوست. لذا نسب قانونی بین زنی که طفل در رحم او رشد پیدا کرده و خودِ طفل به وجود نخواهد آمد چرا که، تخمک این زن در پیدایش کودک، شرکت نداشته است و صرف تکامل یافتن و گذراندن مراحل رشد در رحم نیز سبب تحقق نسب نیست.

بعضی دیگر از فقهاء نیز این مسأله را در بحث مربوط به مسائل مستحدثه مطرح نموده و به نتیجه قطعی در مورد ترجیح دوران حمل یا تخمک زن برای الحاق طفل و نسبت فرزند به مادر نرسیده‌اند. ولی به نظر می‌رسد بیشتر تمایل دارند که صاحب تخمک را مادر بشناسند. ایشان می‌گویند: «اگر حمل در حالی که هنوز علقه یا مضغه است یا بعد از دمیده شدن روح از رحم زنی به رحم زن دیگر منتقل شود و در آن رحم نشو و نما نموده و متولد گردد آیا فرزند زن اول محسوب می‌شود یا دوم؟ شکی نیست که اگر بعد از کامل شدن خلقت و دمیده شدن روح، به رحم زن دیگر منتقل شود، فرزند زن اول محسوب می‌شود. چنان‌که اگر در این حال خارج و در رحم دیگر نگهداری شود، فرزند همان زن خواهد بود. ولی اگر قبل از شکل گرفتن کامل و دمیده شدن روح مثلاً در حال مضغه بودن، از رحم زن به رحم زن دیگر منتقل شود، در این‌که بچه متعلق به کدام یک از این دو زن است، مسأله مورد اشکال است. بلی اگر ثابت شود که نطفة زوجین منشأ طفل است ظاهراً باید بچه را ملحق به زوجین نمود.»(الموسوی‌الخمینی، بی‌تا، ج2، ص623)

با توجه به عبارت اخیر و نیز تمسک به آیة «انا خلقنا الانسان من نطفه امشاج نبتلیه» که در اثبات منشأ بودن تخمک زن در تولد طفل قابل پذیرش است، باید گفت که بچه ملحق به زوجین است، در صورتی‌که تعمیم دادن آن بر این‌که، آنچه منشأ تکون انسان است می‌تواند در جایگاه مادر باشد، بی آن‌که سایر نقش‌های مادر ملاحظه گردد، محل تأمل است.

برخی از نویسندگان حقوقی در بین ادلة خود بر این نظریه، به مقررات فقهی و قانونی در مورد گیاه، استناد جسته‌اند.(مهرپور، 1376، صص184-185) برابر مقررات قانونی در مورد گیاه، صاحب بذر یعنی در واقع صاحب تخم و نطفه، مالک گیاه پدید آمده از آن خواهد بود، هر چند این بذر در زمین دیگری رشد و نمو کرده و ثمر به بار آورده باشد؛ یعنی در واقع مولد گیاهی متعلق به صاحب نطفه و بذر است و زمین که ظرف و بستر و حامل آن بذر است در انتساب گیاه به صاحب آن اثری ندارد. مادة 33 قانون مدنی می‌گوید: «نما و محصولی که از زمین حاصل می‌شود مال مالک زمین است، چه به‌خودی خود روییده باشد یا بواسطه عملیات مالک، مگر این‌که نما یا حاصل از اصله یا حبه غیر حاصل شده باشد که در این‌صورت درخت و محصول مالِ صاحب اصله یا حبه خواهد بود، اگرچه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد»

اگر به ساحت انسانی جسارت کنیم و او را با گیاه و حیوان تشبیه نماییم، بر اساس این نظریة مادر ژنتیکی، مادر قانونی طفل است و مادر جانشین رابطه‌ای با بچه ندارد.

**4. 2. 2. نظر برگزیده**

از نظر دانش پزشکی به اثبات رسیده که منشأ پیدایش و سلول سازندهٔ جنین از ناحیه مادر، تخمک زن است و در این تردیدی نیست. هم‌چنین از همان منظر اثبات شده که رحم نقش‌هایی دارد، نظیر آماده سازی برای پذیرش جنین و کنترل رشد تهاجمی آن، کنترل و مهار سیستم دفاعی موجود در رحم جهت جلوگیری از دفع جنین، 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؛[12] 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 صرف‌نظر 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 کنیم. چنان‌چه خداوند می‌فرماید: «... یخلقکم فی بطون امهاتکم خلقا من بعد خلق فی ظلمات ثلاث...»[13](شما را در شکم‌های مادرانتان آفرینش پس از آفرینش دیگر در تایکی‌های سه‌گانه خلق کرد)

باز در جای دیگر می‌فرماید: «الله یعلم ما تحمل کل أنثی و ما تغیض الارحام و ماتزداد...»[14](خدا می‌داند آنچه را هر ماده‌ای در رحم باز می‌گیرد، و نیز آنچه را که رحم‌ها می‌کاهند و آنچه را می‌افزایند) یا در جای دیگر می‌فرماید: «و لقد خلقنا الانسان من سلاله من جنین ثم جعلناه نطفه فی قرار مکین، ثم خلقنا النطفه علقه فخلقنا العلقه مضغه فخلقنا المضغه عظاما فکسونا العظام لحما ثم انشاءناه خلقا آخر...»[15]،

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، جنبة سازندگی و تشکیل دهندگی برای جنین ندارد و داوری عرف را در انتزاع نسب از پیدایش طفل از نطفه زن و مرد دگرگون نمی‌کند، [16]این‌که در گذشته عرف عادی نقش مادر را حمل و زایمان کودک می‌دانست، بدان جهت بود که راه تشخیص پیدایش و تکون فرزند، زایمان و زاییدن بوده و جز این، راه دیگری در دسترس نداشتند. زایمان ملاک عرفی و امارهٔ 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، «أماریت زایمان» مطلق

نیست، یعنی از نظر قضائی اثبات خلاف اماره ممکن است، اگرچه قانون‌گذار اسلام برای حفظ آرامش کانون خانواده، اماره زایمان را حفظ کرده و واقعیت علمی و واقعی را در حالات عادی مناط اعتبار تلقی نکرده‌است.»(رضانیا معلم، 1380، ص326)
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، 1375، ص166)
در میان آیات قرآنی با وجود آنکه، آیهٔ «انا خلقنا الانسان من نطفه امشاج نبتلیه» 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 «هو الذی خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و صهرا»**[17]**که در آن نسب نتیجه پیدایش و ثمرهٔ 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، می‌توان با قاطعیت حکم نمود 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. آری 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 به طور جامع نداده است. هر چند که دلیل محکمی بر عدم تأثیر رحم در حال جنین و به ارث بردن صفات هم نداریم.(شهیدی، 1380، ص218)
بنابراین، نظریهٔ گروه سوم درست و صحیح می‌نماید، اما استدلال‌های گروه نخست و دوم به قرار زیر قابل خدشه است:
1. در کلمات برخی از بزرگان فقها آمده است:
«فان الأم هی المرأه التی تلد الولدکما هو مقتضی قوله تعالی:«الذین یظاهرون منکم من نسائهم ما هن امهاتهم أن امهاتهم الا اللائی ولدنهم»(خویی، 1410، ج2، ص284)
در این آیهٔ شریفه مادر به طور مطلق و به صیغهٔ حصر کسی است که فرزند را زاده است. بر پایهٔ این استدلال فرزندی که از رحم اجاره‌ای به دنیا آمده است به صاحب رحم منسوب می‌شود؛ ولی به نظر می‌رسد که آیهٔ شریفه بر این نظریه دلالت ندارد بلکه مطابق آیه، مادر صاحب تخمک است نه صاحب رحم، در توضیح این مدعا باید گفت: در فرهنگ فارسی لفظ مادر بر هرگونه ارتباط طفل با زن اطلاق می‌شود، یعنی به زن مرضعه، زن مربیه در رحم و نیز زنی که منشأ تکون طفل بوده را مادر می‌گویند، و این به دلیل فقر در واژه است که فرهنگ فارسی بدان دچار است. اما در فرهنگ عربی، برای هر مورد به تناسب اصل آن لغت خاصی وجود دارد در فرهنگ قرآن برای این انتساب دو لفظ وجود دارد. لفظ «والده» که لفظ عامی است و تنها به زنی اطلاق می‌شود که منشأ تکون طفل بوده و لفظ «ام» که لفظ عام است که به معنی منتهاالیه نسبت بر والده، مرضعه، مربیه و امثال آن‌ها اطلاق می‌شود. به اصطلاح منطقی نسبت میان ام و والده عام و خاص مطلق است یعنی هر والده‌ای ام است اما هر امی والده نیست و لذا در آیهٔ ظهار لفظ والده از «ام» استثناء شده است چنان‌که فرمود: «ان امهاتهم الا و اللائی ولدنهم»(نیست مادران آن‌ها مگر آن‌هایی که آنان را تولید نموده‌اند) مفسرین شیعه و سنی می‌گویند: منظور از والده مادر حقیقی است یعنی ظهار کننده خیال می‌کرده است که با ظهار زن او مادر وی می‌شود قرآن آن تخیل را نفی کرده؛ زیرا مادر حقیقی کسی است که در تولید و تکون فرد نقش دارد اما نفی مطلق هم نکرده که مادر حکمی هم نیست بلکه تشبیه ظهر زن به ظهر مادر او را در حکم مادر قرار می‌دهد،[18] از این جهت که آمیزش و همسری با وی را تا دادن کفاره تشبیه، تحریم می‌کند. بنابراین آیه در مقام نفی مطلق امومت نیست که بخواهد بگوید مادر فقط به مادر تولیدی می‌گویند و به دیگران مادر گفته نمی‌شود بلکه تنها در مقام رفع تخیل ظهار کننده است.(بطحائی گلپایگانی، 1380، ص379)
از سوی دیگر اصل در مادهٔ «ولد» «هو خروج شیء عن شیء و نتاجه بالتکون منه فالأ صل و هو تکون شیء عن شیء آخر، محفوظ و منظور فی هذه المشتقات و هی ولدن، ولدت والده، ولد، والدات و مولود» است؛ یعنی معنای اصلی «ولد» بیرون شدن چیزی از چیزی دیگر و پیدایش از آن ثمره‌اش است. پس این اصل(پیدایش چیزی از چیز دیگر) در همه مشتقات و تعابیر متفاوت لغت «ولد» وجود دارد»(مصطفوی، 1395، ج1، ص124)
به این ترتیب افزون بر این‌که مطابق آیه، مادر صاحب تخمک است، آیه هیچ‌گونه دلالتی بر زاییدن و زایمان زنان نیز نمی‌کند تا مشعر یا صریح در این باشد که ملاک مادریت، زایمان است، چرا که زایمان واژهٔ فارسی است که معادل آن در فرهنگ قرآن که فرهنگ عربی و تازی است «وضع» می‌باشد. در کتاب و سنت و کلمات فقها هر جا سخن از زایمان آمده است با عبارت «وضع حمل» تعبیر شده است چنان‌که قرآن در ماجرای مادر مریم بنت عمران می‌گوید: «فلما وضعتها قالت رب انی وضعتها انثی والده اعلم بما وضعت و لیس الذکر کالانثی»[19](هنگامی که مریم را نهاد و زایید، گفت پروردگار من، من دختر زاییدم، خداوند داناتر است به آن‌چه او نهاده و زاییده است و مرد مانند زن نمی‌باشد) در سوره احقاف آمده است: «حملته امه کرها و وضعته کرها»[20]مادر بار حمل را با درد و زحمت تحمل کرد و با درد و زحمت وضع حمل نمود(زایمان کرد) *و در سوره حج می‌فرماید*: «و تضع کل ذات حمل حملها»[21]هر زن بارداری در آن روز وضع حمل کند، و در سوره طلاق می‌فرماید: «و اولات الأحمال اجلهن أن یضعن حملهن»[22] انقضای عدهٔ زنان باردار وضع حمل آنان است.

به طوری که ملاحظه می‌شود در هیچ آیه از زایمان به ولادت تعبیر نشده است لذا هرجا در قرآن کریم ولادت آمده باید آن را به غیر معنای زاییدن حمل کرد.
شاهد بر درستی این معنا، آیات متعددی است که در آن‌ها بر پدر هم اطلاق «والد» شده است[23]و حال آن‌که پدر نمی‌زاید، بلکه به وجود آورنده است.
بنابراین با توجه به دو واژه تولد و وضع، آیه ظاهر دراین است که آن‌چه اساس انتساب است و نسبت مادر و فرزندی را برقرار می‌کند تکون و تولد است و بی‌تردید حمل جنین توسط رحم، سپس زایمان، منشأ پیدایش فرزند محسوب نمی‌شود.
2. برخی از فقها، آیة «و حملته امه کرها و وضعته کرها» و نیز آیة شریفه «و حملته امه وهنا علی وهن» را مستند خود قرار می‌دهند و استدلال می‌کنند که مادر کسی است که با مشقت باردار شود و با مشقت وضع حمل نماید. پس مفهوم مخالف آیه چنین خواهد بود اگر زنی حمل نکند و نزاید و مشقت‌های حمل را تحمل نکند او مادر نیست.
این استدلال خالی از مناقشه نیست: در این‌که وجود کودک در رحم مادر شکل می‌گیرد و مادر عهده‌دار بارداری و زایمان اوست، تردیدی وجودی ندارد؛ اما این‌که هر کس این دو توصیف در حق او صادق باشد، مادر است، موضوعی است که با این آیات قابل اثبات 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. ثانیاً آیات فوق هیچ کدام مفهوم ندارد و یادآوری ویژگی حمل و زایمان در این آیات از باب غلبه است، به طوری که در آن زمان همیشه چنین بوده است و گرنه ممکن است مادری باشد که حامل نباشد و ممکن است زنی حامل کودکی باشد و مادر او نباشد مانند زنی که از زنا باردار است و مشهور او را مادر نمی‌شناسد.(قبله‌ای خویی، 1384، ص233)
3. دسته‌ای از فقیهان معتقدند در صورتی که تخمک از یک زن و رحم متعلق به زن دیگری باشد طفل دارای دو مادر خواهد بود ولکن ملتزم شدن به این نظریه نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا اولاً در مخالفت با آیات قرآنی است؛ چرا که فرمود: «لقد خلقنا الانسان من سلاله من طین ثم جعلناه نطفه فی قرار مکین ثم خلقنا النطفه علقه...»[24] چنان‌که ملاحظه می‌شود آیة شریفه مبدأ انسان را نطفه قرار داده و رحم را یک قرارگاه معرفی فرموده است که نطفه را در خود نگه می‌دارد در تفسیر مجمع البیان در ذیل آیه پنجم سوره حج آمده، نطفه مایعی است که از مرد و زن به وجود می‌آید(النطفه هی الماء القیل یکون من الذکر و الانثی)(طبرسی، 1379، ج6، ص178) و در قرآن نطفه به معنای آمیخته اسپرم و تخمک نیز به کار رفته است، مانند آیة ذیل «إنا خلقنا الانسان من نطفه امشاج» [25] بعضی از مفسرین معتقدند که «أمشاج» که صفت نطفه است مفرد آمده، لذا مراد از نطفه آمیخته ماء مرد و ماء زن است.
ثانیاً: این نظریه مستلزم تأسیس فقه جدید است؛ مثلاً در قرآن سهم الارث پدر و مادر در صورت نبود فرزند، 1/3 از آن مادر و بقیه از آن پدر است. فرمود: «فان لم یکن له ولد و ورثه ابواه فلامه الثلث» به این ترتیب اگر صاحب رحم هم مادر باشد، با توجه به این‌که در مورد اجتماع وراث صاحب فرض و قرابت، ابتدا صاحبان فرض سهم خود را از ترکه می‌برند و سپس مابقی به صاحبان قرابت می‌رسد بر این اساس باید به هر یک از مادرها 1/3 ماترک را بدهیم و به پدر مبلغی اختصاص می‌یابد که خلاف نص قرآن است و لازمه آن تأسیس فقه جدید است و یا اگر به هر دو مادر 1/3 بدهند و آنان سهم مذکور را بین خود تقسیم نمایند باز اشکال فوق به شکل دیگری مطرح می‌شود. در واقع ظاهر از عبارت «فلامه الثلث» آن است که هر شخصی که متصف به عنوان «ام» گردد و مادر متوفا شناخته شود، سهم‌الارث او یک سوم از ترکه است خصوصاً این‌که اضافه واژة «ام» به ضمیر مفرد که به متوفا راجع است، مؤید می‌باشد. به این ترتیب چنین اختصاصی(اختصاص1/3به هر دو مادر)صحیح نیست اختصاصی که طبق نص آیة قرآن در فرض تعدد زوجات متوفی دیده می‌شود. مطابق آیة 12سوره نساء«و لهن الربع مما ترکتم ان لم یکن لکم ولد فان کان لکم ولد فلهن الثمن مما ترکتم» از ضمیر جمع مؤنث(هن) و حرف «لام» استفاده می‌شود که فرض یک هشتم یا یک چهارم به تمام زوجات اختصاص دارد.
**نتیجه**: انتساب فرزند حاصل از رحم جایگزین، به صاحب اسپرم و صاحب تخمک درست است و صاحب رحم حق نسبی با فرزند ندارد، البته این به این معنا نیست که صاحب رحم با فرزند ارتباطی ندارد یا بر وی محرم نیست که انشاءا... در جای خود بحث خواهد شد.

### 3.1. شرایط قانون‌گذار اسلام در پذیرش مفهوم عرفی نسب

نسب عرفاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود. از نظر فقهی نسب، یک امر طبیعی است و اساس تحقق نسب و منشأ اصلی الحاق طفل به شخص ذکور و اناث، همان انعقاد نطفه از دو شخص مذکور بوده است، همان چیزی که در عرف عام اجتماعات قبل و بعد ظهور اسلام به عنوان منشأ نسب مطرح بوده و است.
آن‌چه مسلم است این است که پس از ظهور اسلام، این مبنای طبیعی مورد انکار شارع مقدس قرار نگرفته است و به اصطلاح اصولی، در مورد عنوان نسب، حقیقت شرعیه‌ای وجود ندارد، بلکه در فقه نیز نسب به همین معنی عرفی اطلاق می‌گردد؛ منتها در یک مورد، نسب طبیعی مورد شناسایی حقوق اسلام قرار نگرفته است و آن مورد مربوط به زنا است «النسب یثبت مع النکاح الصحیح و مع الشبهه و لایثبت مع الزنا»(نجفی، 1981، ج10، ص495) از منظر حقوق، قانون مدنی ایران نیز در این مورد، از اسلام متابعت کرده و بر مقررات آن، چیزی نفیاً یا اثباتاً نیفزوده است. لذا به موجب ماده 1167 قانون مدنی، قانون‌گذار فقط زنا را مانع تحقق نسب مشروع دانسته است. بنابراین در هر مورد که زنا صادق نباشد مانعی در انتساب طفل به شخصی که از نطفه او تکون پیدا کرده است وجود نخواهد داشت.
مسائلی در این زمینه قابل طرح است:
گفتیم که قانون‌گذار اسلام عنوان نسب را که عرف از رابطة تکوینی(تکون و پیدایش از نطفة والدین) انتزاع و اعتبار کرده، امضا و مشروع قلمداد کرده و تنها در نسب ناشی از زنا تصرف نموده است؛ حال سؤال این است که آیا قانون‌گذار اسلام در مفهوم نسب

تصرف کرده است؟ به عبارت دیگر تصرف شارع اسلام در نسب ناشی از زنا سبب می‌شود که در مفهوم نسب تصرف کرده باشد یا نه؟ تصرف قانون‌گذار براساس چه دلیل و مصلحتی می‌باشد؟ سؤال اصلی دیگر دراین قسمت این است که معیار تشخیص نسب مشروع چیست؟ آیا هر طفل که از نظر لغوی و عرفی فرزند نامیده می‌شود، در شرع هم تا زمانی که ناشی از زنا نباشد، این وصف را دارا است یا این‌که نسب مشروع نیاز به علت مشروع دارد و آنچه ناشی از نکاح درست یا نزدیکی به شبهه نباشد، نامشروع است؟

### 3.1.1. دلیل تصرف قانون‌گذار در مفهوم عرفی نسب

در این زمینه برخی با برقراری تلازم بین حرمت زنا و نفی نسب، بر این باورند که انتفای نسب حاصل از زنا در حدیث خاصی برای ما بیان نشده و از حرمت زنا، نفی نسب استفاده شده است(کاتوزیان، 1378، ج2، ص28) در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت: اگر چه در حرمت و قبح ذاتی زنا شکی نیست، اما هر فعل حرامی حتی اگر ذاتی باشد، سبب نفی نسب نمی‌شود. چراکه: اولاً کسانی که معتقد به نفی نسب حاصل از زنا هستند، تنها از حرمت زنا، حکم وضعی و در نتیجه نفی نسب را انتزاع نکرده‌اند، بلکه همان‌طور که بعد از این ذکر خواهد شد، استدلال آن‌ها بر این مطلب مستند به روایات و اجماعاتی است.(نجفی، 1981، ج 29، ص257)

ثانیاً در علم اصول ثابت شده است که بین حکم تکلیفی و وضعی ملازمه‌ای نیست؛ چون شارع و قانون‌گذار اسلام، عناوینی مثل نسب را موضوع برای آثار متعددی قرار داده است. چنان‌که نزد عرف و عقلا هم‌چنین است، در این‌صورت ممکن نیست موضوع، منتزع و متأخر از حکم باشد(بجنوردی، 1421، ج2، ص257)

### 3.1.2. عیار تشخیص نسب مشروع

آیا طفل که از نظر لغوی و عرفی فرزند نامیده می‌شود، در شرع هم تا زمانی که ناشی از زنا نباشد، این وصف را دارا است یا این که نسب مشروع نیاز به علت مشروع دارد و آنچه ناشی از نکاح درست یا نزدیکی به شبهه نباشد، نامشروع است؟

از گفتار و سخنان فقها اسلامی(فخر المحققین، 1387، ج3، ص42) در باب نسب فهمیده می‌شود قانون‌گذار اسلام در مسأله نسب حقیقت و تأسیس متفاوت از تأسیس عرفی ایجاد نکرده و تنها در ولدالزّنا به دلیل مصالحی و براساس ادله‌ای خاص در نسب ناشی از آن یا در بعضی از احکام مترتب بر آن تصرف نموده است.(کرکی، 1408، ج12، ص191؛ بجنوردی، 1419، ج4، ص44) بنابراین، مطابق معیارها و قواعد اصولی، در غیر مورد خاص «زنا» بایستی به عام رجوع شود. عام در فرض بحث مشروعیت نسب لغوی و عرفی است.

دلیل ما بر این که قانون‌گذار اسلام، منحصراً و تنها برخی احکام و آثار نسب ناشی از زنا را استثناء کرده و آن را غیر مشروع تلقی کرده است، اجماع، روایات و اخبار رسیده از پیغمبر(ص) و ائمه اطهار(ع) و سخنان فقها است که ذکر خواهد شد.

عده‌ای از فقها و حقوق‌دانان با این استدلال که نزدیکی حرام از دو جزء تشکیل شده است:

1) ادخال آلت مردانه

2) ریختن منی در رحم

عقیده دارند که هر یک از این دو عمل حرام مستقلی است که گاهی با هم رخ می‌دهند. لذا هیأت اجتماعی متشکل از ادخال آلت و ریختن منی در رحم، تأثیری در عدم مشروعیت فرزند ندارد و شرط نیست، بلکه معیار، ریختن منی در رحم از روی آگاهی و عمد است و انصراف اطلاق ادلة نفی نسب ناشی از زنا، به ریختن منی به صورت نزدیکی حرام، از آنجا که چنین انصرافی ناشی از غلبه وجود است مضر به اطلاق نیست، هم‌چنین فرد نادر که ریختن منی به رحم زن بدون نزدیکی می‌باشد از جهت حکم مشکوک نمی‌باشد، تا مانع اطلاق شود.

بنابراین به هر طریق حرام، منی مرد بیگانه به رحم زن بیگانه رسانده شود حرام و مانع الحاق فرزند به والدین طبیعی‌اش خواهد شد و مقصود از زنا در مسأله نسب اعم از «ادخال آلت مردانه به همراه ریختن منی در رحم» است و مواردی از قبیل تفخیذ مرد با زن بیگانه، سپس انزال منی و جذب آن توسط رحم، افراغ منی به رحم زن بیگانه، تلقیح اسپرم مرد بیگانه به تخمک زن بیگانه و... را شامل می‌شود.(کاتوزیان، 1378، ج2، ص28)

مؤیداتی را بر این نظریه هم ذکر کرده اند:

1. دراین زمینه برخی با برقراری تلازم بین حرمت زنا و نفی نسب و این‌که انتفای نسب حاصل از زنا در حدیث خاصی بیان نشده، از حرمت زنا نفی نسب را استفاده نموده‌اند.(کاتوزیان، 1378، ج2، ص28) و حکم این مسأله را به سایر تماس‌های جنسی مرد و زن بیگانه که حرام ذاتی است تسری داده و از حرمت آن انتفاع نسب را استفاده نموده و همه تماس‌های نامشروع را در حکم زنا می‌شمرند؛ ضعف و سستی این مطلب در صفحات قبلی روشن شد.

2. مشهور فقها در مسألة مساحقة زن شوهردار با دختر باکره با انتساب طفل به او مخالفت کرده‌اند و حکم زنا را دربارۀ وی جاری ساخته‌اند چرا که دختر باکره کارش نامشروع می‌باشد. اما در مورد الحاق فرزند به شوهر از روایات نقل شده در مسأله مساحقه زن شوهردار با دختر باکره استفاده می‌شود که چون شوهر با زن خود نزدیکی کرده، هیچ اراده و اختیاری در انتقال نطفه به دیگری نداشته، لذا فرزند به او ملحق شده است(کاتوزیان، 1387، ج2، ص30)

در برابر نظریة یاد شده، برخی از فقها می‌گویند: با امعان نظر در روایات نتیجه می‌شود که عنوان زنا، از مفاهیم و موضوعات عرفی است که در مورد آن حقیقت شرعیه ثابت نشده است.

معنای عرفی‌ای که در کتاب حدود در مسألة حد زنا، مفهوم زنا براساس آن تقریر شده است و در آن دخول آلت مردانه رکن اساسی و ضروری قید شده است و ظاهر عنوان «زنا» در کلمات فقها(لایثبت النسب بالزنا) نشان از همین معنای عرفی دارد.( کاتوزیان،

1387، ج2، ص30) در واقع فقها در مسأله نسب ناشی از زنا، علاوه بر این‌که اصطلاح جدیدی، غیر آن‌چه در کتاب حدود گفته‌اند ندارند، بلکه تصریح کرده‌اند که مرادشان از زنا، مقاربت با شرایط خاص آن در حدود مورد نظر است، چنان‌که در مسأله نسب ناشی از زنا می‌گویند: «و هو وطء المکلف محرمه بالأصاله مع العلم بالتحریم»(عاملی، 1416، ج7، صص202-203)، تعاریفی مشابه این تعریف از جانب فقهای دیگر در همین موضوع ذکر شده است.(کرکی، 1408، ج12، ص190)

بنابراین در پاسخ به این سخن که هیأت اجتماعی متشکل از ادخال آلت و ریختن منی در رحم، تأثیری در عدم مشروعیت فرزند ندارد و شرط نیست، می‌توان گفت: وقتی شارع در مقام بیان حکمی باشد بیانگر این است که آن هیأت اجتماعی باتمام حدود و قیودش موضوعیت داشته و در صورت تحقق هر یک از اجزای آن، اگرچه خود به تنهایی دارای اثر می‌باشند، اما اثر موضوع ترکیبی را ندارند(کاتوزیان، 1387، ج2، ص30) بنابراین تردیدی نیست که به سایر تماس‌های جنسی عنوان زنا اطلاق نمی‌شود.[26] اگرچه در حرمت و قبح ذاتی آن‌ها شکی نیست، ولی هر فعل حرامی حتی اگر ذاتی باشد، سبب نفی نسب نمی‌شود.

شاید این توهم از نظر شرعی به میان آید که این موارد هر چند زنا نیستند، لکن فاقد نسب می‌باشند. چراکه از عبارت فقها که گفته‌اند: «نسب با نکاح صحیح و با شبهه ثابت می‌شود» مستفاد می‌گردد که هر چیز که نکاح و یا شبهه نباشد، با آن نسب ثابت نمی‌شود هر چند زنا هم نباشد، چرا که اگر تمام فرزندان طبیعی، جز کودک ناشی از زنا، به پدر و مادر خود منسوب شوند، کافی بود تنها این استثنا بیان شود و نیازی به این تقسیمات نبود.(کاتوزیان، 1378، ج2، ص28) بنابراین، همان‌گونه که بیان شده: نسب علت مشروع و قطعی می‌خواهد.(حلی، 1410، ج2، ص526)

در پاسخ این استدلال گفته شده: این تقسیم ناشی از چگونگی ارتباط جنسی مرد و زن در آن اعصار بوده و در نتیجه، نظرشان تنها به ثبوت نسب از جهت و طی بوده است و سایر نسب‌ها را لحاظ نکرده‌اند چنان‌که بعضی از فقها می‌فرمایند: «...المراء هنا ثبوت النسب من حیث الوطی» مراد ما از تقسیم نسب به سه قسم صحیح، شبهه، زنا، تنها ثبوت نسب از طریق وطی بوده است» تا به این اشکال «قد یشکل اولاً بخروج المکره... و ثانیاً بخروج التکون من مائه بمساحقه او غیر ها مما هو ملحق به شرعاً» پاسخ دهند.(نجفی، 1981، ج29، ص247) پس از عبارت فوق حصر استفاده نمی‌شود و اگر حصر هم باشد حصر اضافی است نه حقیقی یعنی در میان سه رابطهٔ «نکاح، شبهه و زنا» نسب تنها با نکاح و یا شبهه ثابت می‌شود و از این استفاده نمی‌شود که نسب با تلقیح مصنوعی یا حالت مادر جانشین یا حالت اهداء جنین ثابت نمی‌شود.

**نتیجه‌گیری**

مفهوم زنا در مسأله نسب همان مفهوم زنا در باب حدود است که یکی از رکن‌های ضروری آن ادخال است و شارع اسلام تنها در نسب ناشی از زنا تصرف کرده است و آن را معتبر ندانسته است و در بقیه موارد نمی‌توان حکم زنا را به آن سرایت داد.

البته این‌که در باب نسب قانون‌گذار اسلام چرا فقط نسب ناشی از زنا را منفی دانسته است، بر اساس روایات و اخبار رسیده از پیغمبر(ص) و ائمه اطهار(ع) و سخنان فقها و اجماع می‌باشد که در مبحث بعدی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

**1.3. 3. تلازم یا عدم تلازم بین نامشروع بودن طفل و تحقق نسب**

به طور کلی رابطهٔ بین زن و مرد که سبب تکون کودک می‌گردد بر سه قسم است:

1. رابطهٔ مشروع
2. رابطهٔ نامشروع
3. رابطه‌ای که از حیث مشروع یا نامشروع بودن مورد اختلاف است.

رابطهٔ زوجیت بین زن و مرد یا اعتقاد به چنین رابطه‌ای(شبهه)، رابطه را مشروع می‌گرداند و کودکانی که ازاین رابطه بوجود می‌آید کودکان مشروع هستند.«النسب یثبت مع النکاح الصحیح و مع الشبهه»

رابطهٔ زنا و رابطه‌ای که در آن زنا نیست لکن در اثر تماس زن و مرد نامحرم، زن حامله شود و کودکی به دنیا بیاید مانند تفخیذ، رابطهٔ غیر مشروع است. کودکانی که از رابطهٔ غیر مشروع به وجود می‌آیند، کودکانی نامشروع هستند.(قبله‌ای، 1378، ص116)

سؤال اصلی در این قسمت این است که آیا نامشروع بودن کودک ملازمه با عدم تحقق نسب دارد؟

در مبحث پیشین مشخص گردید که شارع اسلام تنها در نسب ناشی از زنا تصرف کرده و آن را معتبر ندانسته و در بقیه موارد نمی‌توان حکم زنا را به آن سرایت داد در این مبحث پا را فراتر نهاده و به بررسی وجود یا عدم وجود نسب کودک متولد از زنا که در مورد آن ادعای تحقق نسب شده است، می‌پردازیم. چرا که در صورت اثبات چنین ادعایی این نتیجه مهم مستفاد می‌گردد که نامشروع بودن حمل، ملازمه با عدم تحقق نسب ندارد. البته این بحث فقهی از نظر حقوق کنونی ایران با توجه به مادهٔ 1167 ق. م که مقرر می‌دارد: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود»، کاربرد نداشته و قابل اعتناء نیست.

از تتبع در منابع فقهی و اقوال فقها فهمیده می‌شود که در فقه در مورد نسب کودک ناشی از زنا اختلاف نظر است و به طور کلی درباره ولدالزّنا دو نظریه وجود دارد:

1- ولدالزّنا به زانی و زانیه ملحق می‌شود و تنها ارث به حکم نص خاص استثنا شده است(ایروانی و خلخالی، 1417، ص77) و در بقیه احکام، نسب بین آن‌ها محفوظ است. چنان‌چه بعضی از فقها فرموده‌اند: ولدالزّنا از حبوه ارث نمیبرد و لکن قضای نمازهای فوت شدهٔ پدر بر او واجب می‌شود چرا که او فرزند شرعی و عرفی و لغوی آن شخص محسوب می‌شود.(بجنوردی، 1419، ج4، ص46)

2- نسب ناشی از زنا مطلقا پذیرفته نیست و تنها حکم تحریم نکاح با استناد به اجماع و صدق ولد از حیث لغت(نجفی، 1981، ج10، ص495) به عنوان استثناء بر آن مترتب می‌شود.(نجفی، 1981، ج10، ص495)

استدلال آن‌ها بر این مطلب مستند به روایات و اجماعات است: «نسب حاصل از زنا ثابت نمی‌شود. دلیل بر آن، اجماع منقول و محصل است، بلکه ممکن است ادعای ضروری بودن بر آن گردد، تا چه رسد از ادعای معلولیت آن از نصوص یا تواتر روایات در این مسأله»(نجفی، 1981، ج29، ص257؛ کرکی، 1408، ج12، ص190)

شایان ذکر است که همهٔ کسانی که قائل بر این نظریه هستند، حکم تحریم نکاح را استثناء نموده و گفته‌اند: ولدالزّنا از حیث لغت منسوب به زانی و زانیه است و کسی حق ندارد با فرزند خود ازدواج کند. حکم تحریم نکاح در این حالت که نظر مشهور فقها می‌باشد، تنها دلیلش اجماع و احتیاط است(عاملی، 1412، ج7، ص221؛ کرکی، 1408، ج29، ص257) که این اجماع از جانب برخی فقها مورد اشکال قرار گرفته است. بعضی از فقها به دلیل این اشکالات، برای اثبات تحریم نکاح زانی با دختر زانی‌اش استدلال می‌کند: «بل یظهر من النصوص ان التحریم ذاتی لا مدخلیه للنسب الشرعی فیه»(نجفی، 1981، ج29، ص257) از روایات ظاهر می‌گرددکه تحریم نکاح ذاتی است و در آن، نسب شرعی هیچ‌گونه تأثیر و دخالتی ندارد.

سؤال اصلی که در این قسمت مطرح است این‌که اگر ولدالزّنا بر حسب لغت به زانی ملحق می‌شود «لانه مخلوق من مائه» چه دلیلی وجود دارد که او برحسب شرع، نسب نداشته باشد و بر زانی ملحق نشود؟ برخی از فقها با این استدلال که ولد حقیقت شرعیه ندارد و هرچه از عرف و لغت دربارهٔ ولد فهمیده می‌شود به لسان شارع نیز همان مراد است، ولدالزّنا را لغتاً، عرفاً و شرعاً ولد می‌دانند، زیرا جریان دو اصل معتبر «اصاله عدم النقل در الفاظ» و «عدم ثبوت حقیقت شرعیه» مخصوصاً در ولد ایجاب می‌کند که نسب در زنا نیز ثابت شود.

به نظر می‌رسد با این استدلال نمی‌توان به وجود نسب در ولدالزّنا حکم داد و پذیرش و عدم پذیرش نسب ناشی از زنا بستگی به قوت دلیلی دارد که مشهور فقها در حکم به عدم الحاق طفل به زانی و زانیه آن استفاده کرده‌اند با این مقدمه مطالب این قسمت از نوشتار به نقد و بررسی دلایل مورد استناد مشهور فقها در زمینه نسب ناشی از زنا اختصاص می‌یابد لکن قبل از بررسی دلایل مذکور به صحت و سقم استدلال فوق‌الذکر از جانب طرفداران ثبوت نسب در ولدالزّنا شده است، می‌پردازیم.

نظر به این‌که عدم انتساب ولدالزّنا به پدر و مادر خود در شرع به این معنا نیست که شارع اصطلاح خاصی را وضع کرده است، بلکه در شرع «ولد» همان معنای لغوی و عرفی را دارد و اختلاف در مصداق است؛ یعنی شرع همان کودک متولد از زنا را نیز مانند عرف «ولد» زانی و زانیه می‌داند لیکن آثار شرعی را بر این مصداق بار نمی‌کند.

به این ترتیب تصرف شارع اسلام در نسب ناشی از زنا سبب نمی‌شود که در مفهوم نسب تصرف کرده باشد بلکه این مصداق را نپذیرفته است.

فلذا این اشکال از جانب برخی‌ها که عدم انتساب ولدالزّنا به پدر و مادر با پذیرش مفهوم عرفی برای نسب در لسان شارع تعارض دارد، صحیح نمی‌باشد، تا بخواهیم برای رفع این ایراد، ولدالزّنا را به والدین خود منتسب بدانیم.

گفته شد که استدلال فقهایی که قائل به عدم الحاق طفل به زانی و زانیه هستند، مستند به روایات و اجماعاتی است. صاحب جواهر(ره) برای اثبات این نظریه به اجماع منقول و محصل استناد می‌کنند. افزون بر اجماع، به روایات معتبری نیز استناد کرده‌اند که ذکر می‌شود:

1- صحیح حلبی از امام صادق(ع) قال: «ایما رجل وقع علی ولیده قوم حراما ثم اشتراها فادعی ولدها فانه لایورث منه شی، فان رسول الله(ص) قال: الولد للفراش و للعاهر الحجر و لایورث ولدالزّنا الارجل یدعی ابی ولیدته»(حرعاملی، 1414، صص14 و583)

«چه بسا مردی با کنیز قومی از راه حرام نزدیکی کرده و سپس او را خریده است و ادعا می‌کند فرزند آن کنیز از آن او است(و حال آن‌که) از او چیزی ارث نمی‌برد؛ زیرا رسول خدا(ص) فرموده‌اند: فرزند به فراش اختصاص دارد و برای زناکار محرومیت است...»

2- روایت محمد بن اشعری، قال: «کتب بعض أصحابنا الی أبی جعفر الثانی(ع) معی یسأله عن رجل فجر بامرأه ثم انه تزوجها بعد الحمل فجائت بولد هو أشبه خلق الله به فکتب بخطه و خاتمه: الولد لغیه لایورث»(حرعاملی، 1414، صص14و568)

«با جمعی از دوستان به امام جواد(ع) نامه‌ای نوشتیم و از او سؤال کردیم که مردی با زنی زنا کرده و پس از باردار شدن با او ازدواج می‌کند و زن فرزندی می‌آورد که از همهٔ مردم به آن مرد شبیه‌تر است. امام(ع) با خط و مهر خود در جواب نوشت: کسی از زنا زاده ارث نمی‌برد.»

در نهایت حدیث سومی که بر آن استناد می‌کنند، حدایث فراش است که روایات منقول از طرق شیعه و اهل سنت بر اعتبار و حجیت آن دلالت دارد.(مجلسی، بی‌تا، صص44-113)

وجه استدلال مشهور فقها به این روایات در این است که نفی ارث بین زانی و زانیه و فرزند زانی از آن دو، در این احادیث نشان دهنده این است که بین آن‌ها هیچ‌گونه نسب شرعی وجود ندارد. تعبیر فقها در مورد فرزند زانی که می‌گویند: اصل نسب منتفی است یا می‌گویند: نسب منتفی است، مؤید این ادعا است.

**نقد و بررسی دلایل**

در مورد اجماع، به اجماع محصل و منقول استناد می‌شود. بدیهی است که اجماع محصل مذکور نسبت به ما، اجماع منقول است بنابراین ما اجماع محصل نداریم اجماعی که در این مورد ادعا شده است از چند جهت قابل مناقشه است:

اولاً اجماع مصطلح نیست؛ زیرا مدرک اجماع‌کنندگان معلوم یا حداقل محتمل است و آن حدیث فراش است. چنین اجماعی از درجهٔ اعتبار ساقط است.

ثانیاً، اجماع خواه محصل باشد و خواه منقول، هنگامی حجت است که کاشف از قول معصوم باشد وگرنه خود اجماع قطع‌نظر از کاشفیت اعتباری ندارد و احراز کشف برای ما امکان‌پذیر نیست.

**در مورد روایات:** در روایت نخست، کلام امام(ع) و حدیث نبوی هیچ‌گونه دلالتی بر نفی نسب ولد زنا از زانی نمی‌کند؟ زیرا استناد امام(ع) به حدیث نبوی بیانگر این است که اگر فراشی محقق گردد و از این طریق فرزندی به دنیا آید، ولی درنسب وی شک گردد، طبق حدیث فراش فرزند به زوج ملحق می‌شود.

بنابراین اگر در مواردی فراش تحقق پیدا نکرده و از سوی دیگر، دانسته شود که فرزند از منی زانی است، حدیث و قاعدهٔ فراش مؤثر نیستند.(بحرانی، 1405، ج23، ص313؛ روحانی، 1414، ج21، صص217 و 218) کلام امام هم در مورد ارث نبردن فرزند زانی از والدین به عکس است و به نسب ارتباطی ندارد؛ زیرا شاید نفی ارث از ولدالزّنا، دلایل دیگری باشد، نه این‌که نشان دهنده انتفای نسب وی باشد. ثانیاً بین توارث و عدم نسب تلازم نیست.(محسنی، بی‌تا، ص 105)

درخصوص روایت دوم دو قرائت ذیل از جانب فقها شده است:

1- واژه «غی» در لغت به معنی گمراهی است و در حدیث بالا کنایه از زنا است و «لام» برای بیان علت می‌باشد.(حرم پناهی، 1380، ص110)

2- در این روایت، از فرزندی که از منی زانی خلق شده، تعبیر به «لغیه» شده است. لغیه، ظاهرش باطل بوده و محرومیت است(محسنی، بی‌تا، ص103)؛ در هر صورت این لغیه و محرومیت فرزند زانی از جهت ارث است، نه این‌که مطلقاً در مورد نسب یا نکاح با محارم و... لغیه و محروم باشد.

حدیث «الولد للفراش و للعاهر الحجر» نیز از حیث دلالت مورد مناقشه قرار گرفته است؛ زیرا حدیث در موردی کاربرد دارد که ولد مردد باشد میان دو نفر که یکی فراش و دیگری زنا است. در این‌صورت که ممکن است ولد به هر یک از آن‌ها ملحق شود، با این حدیث، جانب فراش تقویت شده است؛ پس در مواردی که یقیناً فراشی محقق نیست، مانند زنا با زنی که شوهرش از او دور است و ولد بر او ملحق نمی‌شود نمی‌توان گفت الولد للفراش، به عبارت دیگر موضوع این حدیث، زن شوهرداری است که در خلال دوره زناشویی و آمیزش جنسی با شوهر خود، دچار انحراف عمدی یا غیر عمدی جنسی شده، باردار می‌شود. حال برای شوهر وی این سؤال مطرح می‌شود که بارداری همسرش ناشی از آمیزش جنسی خود او است یا نتیجه ارتباطات نامشروع وی با مرد یا مردان دیگر؟ بعضی از فقها در این‌خصوص می‌فرمایند:

«و اما ما ورد من أن الولد الفراش و للعاهر الحجر فهو حکم ظاهری فی مقام تردد الولد بین کونه ولدا لمن یجوز له نکاح الامرأه و کونه ولد اللزانی و لیس فی مقام بیان حکم واقعی»(ایروانی و خلخالی، 1417، ص77 )

یعنی حدیث فراش در موارد مشکوک جریان دارد، در جاهایی که معلوم نباشد کودک از چه کسی بوجود آمده است، از زانی یا صاحب فراش و شارع در مقام بیان حکم واقعی نیست.

**نتیجه:** از آن‌چه تاکنون گفته شد این نتیجه به دست می‌آید: شارع مقدس نسب را از زنا نفی نکرده و هیچ نصی واردنشده است که ولدالزّنا ولد نیست. تنها ارث نفی شده است، پس همهٔ احکام نسب در باب زنا نیز مترتب می‌شود غیر از ارث. از تعبیر فقها نیز چنین استفاده می‌شود:

1. «و لا یرثه ابواه»(طوسی، بی‌تا، ص681)
2. «ولدالزّنا یرثه ولده و زوجته لا أبواه»(مکی‌عاملی، 1411، ص238)
3. «ولدالزّنا لا یرث من والده الزانی و لا من اقرباء والده»(نراقی، بی‌تا، صص2 و 763)
4. «الرابع(من موانع الارث) التولد من الزنا»(خمینی، بی‌تا، صص2 و 369) مانع از ارث به این معنی است که در ولدالزّنا مقتضی توارث(نسب) وجود دارد، ولی زنا مانع از تأثیر آن است؛ چنان‌که در قتل و کفر چنین است؛ یعنی در قاتل و کافر نسب موجود است ولی قتل و کفر مانع از ارث است.

مطلب دیگر این‌که، از آن‌جا که طفل ناشی از ارتباط جنسی است که نفس تحقق چنین ارتباط جنسی(لقاح اسپرم و تخمک) برای الحاق او به پدر و مادر خود کافی است؛(عاملی، 1416، صص8-379) فلذا اگر کودکی در نتیجه ارتباط جنسی حرام به دنیا بیاید، هرچند که فاقد احترام است و مشروع نیست(حلی، 1387، صص3-71) لکن بدان معنا نیست، که کودک متولد شده از رابطه نامشروع فاقد پدر و مادر باشد. چرا که طبیعتاً چنین امری، تکوینی است و از دایره اعتبار خارج بوده و قابل رفع شرعی نخواهد بود و چنین فرزندی از حق پدری و مادری که به نظر می‌رسد از حقوق طبیعی است نه تحققی(جعفری لنگرودی، 1384، ص216) برخوردار خواهد بود هرچند که قانون‌گذار می‌تواند برخی از آثار چنین رابطه تکوینی را نادیده بگیرد.

### *2. رابطه نسب در استفاده از رحم جایگزین*

بعد از تبیین ماهیت نسب در این قسمت از نوشتار به رابطهٔ نسب در حالت استفاده از رحم جایگزین می‌پردازیم. تحقق یا عدم تحقق نسب و نیز وضعیت نسب طفل متولد از رحم جایگزین از مباحث مطروحه در این زمینه به شمار می‌روند که به مناسبت بحث از نسب طفل مزبور قابل بررسی است.

### 2.1. تحقق نسب در حالت استفاده از رحم جایگزین

در این قسمت از نوشتار نسب کودک متولد از رحم جایگزین مورد مطالعه قرار می‌گیرد که آیا نسب در این حالت ثابت می‌شود یا خیر؟ البته بحث هنگامی ضرورت دارد که عدم تحقق نسب در ولدالزّنا ثابت باشد؛ چرا که اگر همچنان که برخی از فقهاء مدعی هستند، بپذیریم که ولدالزّنا نیز فرزند زانی و زانیه است موردی برای این بحث باقی نمی‌ماند، زیرا وقتی کودک ناشی از زنا به زانی و زانیه ملحق شود الحاق کودک تلقیحی به صاحبان جنین قطعی خواهد بود هرچند تلقیح و یا انتقال جنین مجاز باشد.

در خصوص تحقق نسب در طفل متولد از رحم جایگزین اختلاف‌نظر وجود دارد. برخی عقیده دارند باید رابطهٔ 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، 1400، صص2 -215)؛ بنابراین اگر فرزندی از یک زن و مرد متولد شود و به نکاح صحیح یا شبهه مستند نباشد نسب او مشروع نخواهد بود، هر چند ولدالزّنا 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: این نظریه مدرک شرعی ندارد. اجماع و نص خاص که در مورد ولدالزّنا به آن‌ها استناد شده است ربطی به این مورد ندارد. نه اجماع می‌گوید که رابطه باید مباح باشد و نه حدیث فراش. مضافاً این‌که از حیث عرف و لغت نیز

بر این کودک ولد صدق می‌کند و از طرف شرع نیز مانعی نرسیده است(خلیل قبله‌ای، 1380، ص268) 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 اباجعفر 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 نتیجهٔ 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 ازالهٔ 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، 1414، صص18-426)
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. این مطلب جای تأمل می‌نماید. چرا که در این خصوص این سخن از فقهاء را داریم که: از روایات نقل شده در مسأله مساحقهٔ زن شوهردار با دختر باکره استفاده می‌شود که شوهر چون با زن خود نزدیکی کرده، هیچ اراده و اختیاری در انتقال نطفه به دیگری نداشته و فرزند به او ملحق شده است، اما دختر باکره چون کارش نامشروع بوده، مشهور فقها با انتساب طفل به او مخالفت کرده‌اند و حکم زنا را دربارهٔ وی جاری ساخته‌اند.[27]
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 کردیم و این که عده‌ای از فقها حتی بر الحاق ولدالزّنا به زانی و زانیه اصرار دارند در حالی که مسلم است رابطه غیر مشروع 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 همان‌طوری که گفتار و سخنان فقیهان اسلامی در باب نسب دلالت دارد و تفصیلاً به آن پرداخته شده 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 آن تصرف نموده است. بنابراین، مطابق معیارها و قواعد اصولی، در غیر مورد خاص «زنا» بایستی به عام رجوع شود. عام در فرض بحث، مشروعیت نسب لغوی و عرفی است.
ممکن است ایراد شود که قانون‌گذار برای اثبات نسب، آمیزش و نزدیکی زوجین را معتبر دانسته است؟ زیرا برابر مادهٔ 1158 قانون مدنی «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر این‌که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از 6 ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد». به این ترتیب برابر مادهٔ فوق‌الذکر طفل متولد در زمان زوجیت در صورتی به شوهر نسبت داده می‌شود که بین او و زن نزدیکی واقع شده باشد.
فلذا طفلی که به وسیلهٔ عمل نامتعارف تلقیح مصنوعی زن و شوهر به دنیا آمده است، به‌دلیل عدم وقوع نزدیکی بین زن و شوهر، به شوهر منتسب نمی‌گردد.
این برداشت برابر نظر فقهایی است که در آن اگر مرد با زنی آمیزش جنسی نداشته باشد، کودک تولد یافته به او ملحق نشده، فرزند وی به حساب نمی‌آید.(روحانی، بی‌تا، صص23-215؛ نجفی، 1981، ص31-229)
سؤال اصلی که در این قسمت قابل طرح است این است که آیا با توجه به این شرایط می‌توان نتیجه گرفت به‌دلیل عدم وقوع نزدیکی بین زن و شوهر، طفلی که به‌وسیلهٔ عمل نامتعارف تلقیح مصنوعی زن و شوهر به دنیا آمده است، به شوهر منتسب نمی‌گردد؟
برخی از فقها در تحقق نسب ارتباط زوج و زوجه به طریق متعارف و ارتباط مشروع را شرط می‌دانند(حکیم، 1400، صص2-215) و معتقدند که نسب با تلقیح ثابت نمی‌شود هرچند تلقیح اسپرم زوج به زوجه باشد.

**نقد و بررسی:**

هرچند موضوع اعتبار آمیزش جنسی(دخول) در مباحث مختلفی از کتاب فقه(الحاق ولد در ازدواج دایم و موقت، لزوم رعایت عده، لعان و نفی ولد) و به تبع آن در مواد 1158، 1159 و 1160 ق. م مطرح شده است، اما به نظر می‌رسد اعتبار آمیزش جنسی در تحقق نسب و برقراری ارتباط خویشاوندی میان پدر حقیقی_ بیولوژیک و کودک، تنها از این جهت است که در شرایط عادی و البته در بیشتر موارد، راه انتقال اسپرم به رحم زن، آمیزش جنسی است(خوانساری، بی‌تا، صص4 -443؛ مکارم شیرازی، 1416، صص 4-33) و از آن بر نمی‌آید که «نزدیکی» را وسیلهٔ منحصر مشروع ساختن نسب قرار داده باشد، به همین دلیل در تحقق نسب طفلی که در اثر تفخیذ یا سایر تماس‌های بدنی زن و شوهر ایجاد شده است، تردید وجوددارد(عاملی، 1416، صص2-215) بطوری‌که در نزدیکی‌های غیر متعارف(وطی‌در دبر) نیز اگر احتمال رسیدن اسپرم به رحم وجود داشته باشد، فرزند به صاحب اسپرم ملحق می‌شود.(نجفی، 1981، صص31-223) هرچند این‌گونه نزدیکی به خودی خود نمی‌تواند عامل بارداری شود.(بحرانی، بی‌تا، صص25-4)
بعضی از حقوق‌دانان معتقدند که نزدیکی جنسی فقط راه معتاد آبستنی است و نفس این اقدام به تنهائی اثری در احکام نسب ندارد و آن‌چه سبب انتساب طفل به پدر و مادر می‌شود، رابطهٔ زوجیت بین آنان یا اعتقاد به وجود چنین رابطه‌ای است و در انتساب طفل به پدر و مادر نباید تردید کرد.(کاتوزیان، 1371، صص2- 56)

پس اگر نزدیکی جنسی را شرط بدانیم به آن دلیل خواهد بود که علم به تحقق پیدا نکردن آن، علم به وجود مانع بر سر راه تحقق نسب و حصول خویشاوندی است.(بهبهانی، 1405، صص2-409) از این رو اگر پدر بیشتر از زمان بارداری(ده ماه) از همسر خود دور باشد(غیبت)، فرزند به او ملحق نمی‌شود چرا که آمیزش در خلال آن ممکن نبوده است.(شریف مرتضی، 1404، صص1- 288)
از جمع مطالب ارائه شده می‌توان نتیجه گرفت که «نزدیکی جنسی» مذکور در مادهٔ 1158 و 1159 ق.م به اعتبار این که سبب انعقاد نطفه می‌گردد مورد نظر قانون‌گذار واقع شده است و خصوصیتی در نزدیکی و مواقعه زوجین نیست تا در نسب مؤثر گردد.

## 2.2. وضعیت نسب طفل متولد از رحم جایگزین

وضعیت نسب طفل متولد از مادر جانشین در دو حالت نسب مادری و پدری قابل بررسی است که در این قسمت از نوشتار به بررسی نسب طفل مزبور در حالات مختلف استفاده از رحم جایگزین پرداخته می‌شود. در این‌خصوص لازم است ابتدائاً به تبیین مفهوم و اشکال مختلف استفاده از رحم جایگزین که برای بررسی چنین حکم وضعی ضروری است، پرداخته شود.

### 2.2.1. تعریف و اشکال مختلف استفاده از رحم جایگزین

نظر به این‌که مباحثی مانند مفهوم استفاده از رحم جایگزین و اشکال مختلف آن، در شمار اموری است که می‌تواند چنین موضوعی را برای بررسی حکم وضعی آن تبیین کند لذا بنا است ابتدائاً به تبیین مفهوم قرارداد مزبور و معرفی اشکال مختلف آن پرداخته و سپس به بررسی حکم وضعی آن بپردازیم.

#### 2.2.1.1. مفهوم استفاده از رحم جایگزین

در لقاحِ خارجِ رحمی در مواقعی که زنی برای به ثمر رساندن جنین زوج دیگر باردار می‌شود، اطلاق رحم جایگزین به کار می‌رود. تعاریفی برای استفاده از رحم جایگزین ارائه شده که برخی آن را چنین تعریف کرده‌اند: «قراردادی است که به‌موجب آن، یک زن(مادر جانشین) در مقابل یک زوج ازدواج کرده(والدین حکمی) موافقت می‌کند 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، 1380، ص82)
با بهره‌مندی از این تعاریف، تعریف بهتری برای استفاده از رحم جایگزین ارئه شده است: «قرارداد استفاده از رحم جایگزین توافقی است که بر پایهٔ آن، زنی(مادر جانشین) می‌پذیرد تا با روش‌های کمکی تولید مثل و استفاده از اسپرم و تخمک والدین حکمی یا اشخاص ثالث که در آزمایشگاه بارور شده و یا به 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، 1385، ص180)
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 است و به این ترتیب ایرادات تعاریف قبلی را ندارد.

#### 2.2.1.2. اشکال مختلف استفاده از رحم جایگزین

استفاده از رحم جایگزین از آن جهت چگونگی ارتباط ژنتیکی مادر جانشین و والدین حکمی یا والدین متقاضی با جنین حاصله به سه دسته تقسیم می‌شوند:(نایب‌زاده، 1380، ص79)

**1. جانشینی در بارداری**

حالتی است که به موجب آن مادر جانشین به وسیلهٔ تکنیک‌های کمکی تولید مثل و با استفاده از جنین حاصل از اسپرم و تخمک والدین حکمی، باردار می‌شود. در این حالت مادر جانشین که به او «جانشین کامل»[28] نیز اطلاق می‌شود، هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه ندارد و او تنها به موجب توافق جانشینی در بارداری، اعم از آنکه تجاری یا غیر تجاری 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.
از آن‌جا که در شرایط متعارف، رحم پذیرنده سلول تخم برای این کار خود، دستمزد می‌گیرد، بررسی حقوقی این مسأله در بحث ماهیت قرارداد استفاده از رحم جایگزین و با عنوان «اجارهٔ رحم» و «جعاله» قابل بررسی است.
همچنین از آن‌جا که ارتباط تکوینی بین طفل و مادر جانشین و همچنین صاحب تخمک وجود دارد در این‌که مادر اصلی طفل کدامیک از این دو می‌باشد از مسائل مهم در این زمینه است که بررسی آن مجال خاصی را می‌طلبد.

**2. جانشینی سنتی رحم**

در این قسم بر مبنای توافق با مادر جانشین، اسپرم مرد زوجه نابارور به‌طور 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 شدهٔ خود با اسپرم پدر حکمی را حمل می‌کند؛ بنابراین، مادر جانشین(مادر جانشین جزئی)[29] و همچنین پدر حکمی با بچه ارتباط ژنتیکی خواهند داشت؛ چرا که تخمک مادر جانشین با استفاده از لقاح داخل رحمی[30] 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 و زوجه نابارور، مادر متقاضی به شمار خواهد رفت و هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه نخواهد داشت و در صورت تحویل فرزند به او، رابطهٔ بین آن‌ها از نوع فرزندخواندگی است.(آخوندی، 1384، ص32)
به نظر می‌رسد چنین قسمی تخصصاً از بحث جانشینی در بارداری خارج است و پرداختن به آن در اینجا جایگاهی ندارد چرا که در قسم مزبور، 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.

**3. جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی**

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

**نسب پدری**

از آن‌جا که انتساب طفل به پدر، مبتنی بر خلقت کودک از نطفة او است و مرد صاحب اسپرم، پدر طفل محسوب می‌شود بنابراین تعیین نسب پدری بر خلاف نسب مادری دشوار نیست. به این ترتیب بحث تحلیلی در مورد نسب پدری طفل متولد از رحم جایگزین موکول به اثبات نسب پدری می‌باشد که می‌طلبد برای پاسخگویی در این زمینه وارد بحث اثبات نسب پدری شویم که خارج از موضوع بحث ما است و بررسی آن مجال خاصی را می‌طلبد.

**نسب مادری**

با توجه به حالات سه‌گانه که برای استفاده از رحم جایگزین متصور است به بحث از نسب مادری طفل متولد از مادر جانشین در حالات مزبور می‌پردازیم.

**1. حالت جانشینی در بارداری**

با توجه به این‌که زن صاحب تخمک و صاحب رحم در جریان باروری جانشینی با طفل متولد از رحم جایگزین ارتباط تکوینی دارند بررسی رابطه طفل با هر کدام از این‌دو قابل بررسی است. از آن‌جا که در بحث از مادر قانونی، انتساب طفل به زن صاحب تخمک پذیرفته شد لذا مسأله اساسی ما در این قسمت بررسی رابطة طفل با صاحب رحم خواهد بود.

**1.1. رابطه طفل با صاحب تخمک**

همة احتمالات و نظریه‌هایی که دربارة منشأ انتساب طفل به مادر آمد، در این فرض قابل تطبیق است. از توضیحاتی که در نقد و بررسی این نظریات به عمل آمد، نتیجه این شد که انتساب فرزند حاصل از رحم جایگزین به صاحب اسپرم و صاحب تخمک درست است و صاحب رحم حق نسبی با فرزند ندارد، هرچند که طفل مزبور با وی ارتباط تکوینی و واقعی دارد.

**1.2. رابطه طفل با صاحب رحم**

حال سؤال اصلی در این قسمت از نوشتار این است که: آیا می‌توان به کمک وحدت ملاک به استناد مفهوم اولویت، حکم قرابت رضاعی را نسبت به مورد بحث جریان داد و چنین استدلال کرد که ملاک نشر حرمت در رضاع این است که رشد جسمانی مرتضع، بر اثر تغذیه او از ماده‌ای فراهم آمده که از جسم مرضعه تولید گردیده است و در مورد بحث نیز مسلماً این وضع موجود است یا آن‌که وقتی رضاع با احتمال شرایط خاص خود سبب نشر حرمت و مانع نکاح باشد به طریق اولی تکامل و تشکل طفل در رحم، می‌تواند نسبت به نکاح مانعیت داشته باشد؟
رابطة حقوقی کودک ناشی از صاحب رحم اجاره‌ای یا عاریه‌ای با اختلاف مبانی متفاوت است. برخی از محققین می‌گویند: حکم رضاعی بر او بار می‌شود و در نتیجه بین او و بچه محرمیت و حرمت نکاح به وجود می‌آید، همان‌گونه که در قرابت رضاعی این وضع وجود دارد.(مکارم شیرازی، 1381، صص1-465)؛ فاضل لنکرانی، بی‌تا، 1-565) البته چنین حکمی در قرآن و سنت و مباحث فقهی سابقه ندارد، ولی حال که چنین پدیدهای مصداق خارجی پیدا کرده، بعید نیست بتوان گفت: از آن‌جا که رحم زن در دوران تکمیلی برای جنین مانند پستان‌های او در دوران رضاع و شیرخوارگی است که موجب تغذیه جنین بوده؛ پس همان‌طور که مادر رضاعی مادر حقیقی و حقوقی نیست و تنها مادر حکمی است که نسبت به فرزند فقط محرم می‌باشد، در اینجا هم که آن ملاک قوی‌تر است حدأقل حکم قرابت رضاعی برقرار می‌شود به بیان دیگر ملاک و ضابطه رضاع یعنی روییدن گوشت و محکم شدن استخوان در اینجا نیز وجود دارد و در نتیجه می‌توان احکام رضاع را جاری کرد.(طوسی، 1420، صص 5-96) پس زن پذیرای جنین نیز مادر حقیقی و حقوقی جنین نیست بلکه به دلیل تغذیه رحمی مادر حکمی و محرم اوست.
«به وجود ملاک مذکور در بالا، به خصوص از آن‌جا می‌توان بهتر پی برد که در بسیاری روایات فقهی و عبارات فقها، برای تحقق نشر حرمت در رضاع، رویش گوشت و استخوان و یا به بیان امروز، پیدایش سلول‌های بدن طفل از شیر مرضعه به عنوان ضابطه معرفی گردیده است. هر چند رویش گوشت و استخوان، در روایات مذکور، صرفاً به عنوان ضابط تحقق نشر حرمت ذکر شده است(شهیدی، 1380، ص167)[31] ولی نحوة بیان و تعبیر آن‌ها طوری است که بعید نیست بتوان ضابط مذکور را به اصطلاح فقهی نوعی مصرحه حکم، تلقی کرد. مع الوصف استنباط مزبور در ملاک‌گیری، قدری دور از احتیاط و شبیه قیاس به‌نظر می‌رسد؛ زیرا درست است که نمو جسمانی طفل از زن به عنوان ضابطه و یا حتی در سطح علت مصرحه حکم نشر حرمت معرفی شده است، ولی منشأ این نمو در فقه و همچنین در مادة 1064قانون مدنی، شیر است نه مواد درونی دیگری که طفل در مراحل جنینی برای تکامل جنینی خود، از آن استفاده می‌کند. مضافاً بر آن که مطلق تغذیه از شیر مرضعه، سبب تحقق خویشاوندی رضاعی و نشر حرمت نیست، بلکه همان‌طور که مادة 1046 قانون مدنی مقرر می‌دارد، باید شرایطی را از قبیل به وجود آمدن شیر از حمل مشروع و مکیدن آن از پستان، دارا باشد. مفهوم شرایط مذکور این است اگر مثلاً شیر ناشی از حمل نباشد(چنان‌که در موارد استثنائی امکان دارد) یا آن‌که ناشی از حمل نامشروع باشد یا آن‌که از پستان مکیده نشده باشد بلکه پس از خروج از آن به وسیلة ظرف و غیره مورد استفاده قرار گرفته باشد. خویشاوندی بین طفل و زن به وجود نمی‌آید و منعی برای ازدواج آن دو و یا ازدواج طفل با خویشاوندان زن به وجود نخواهد آمد، هرچند که تغذیه طفل از شیر به حدی باشد که رویش گوشت و استخوان او را سبب شده باشد. در این‌صورت نسبت به وحدت ملاک و ذات علت حکم، دریچه‌ای برای ورود تردید در ذهن باز می‌شود. آیا از نظر فقهی و تبعاً از جهت قانون مدنی، علت حکم نشر حرمت که آن را منصوص تلقی کردیم، صرفاً رویش سلول‌های بدن طفل از مطلق مواد تولیدی در درون جسم زن است، یا آن‌که علت، خصوص نمو این سلول‌ها از شیر آن زن می‌باشد و شیر در این مورد خصوصیتی دارد؟»(شهیدی، 1380، ص167)

ممکن است گفته شود، همان‌طوری‌که برخی از فقها تصریح کرده‌اند، رابطة رضاع از سنخ رابطة نسب است و ماهیت تکون و نشأت گرفتن یکی از دیگری دارد.(بحرالعلوم، 1403، ص3 و صص 127-128)[32] روایات عدیده‌ای نیز در فقه اسلام موجود است که مبنای ممنوعیت نکاح بین اقربای رضاعی را تأثیر شیر در کودک قرار داده و خویشاوندی ناشی از آن را در ردیف خویشاوندی ناشی از نسب شمرده است. بنابراین آنچه اهمیت دارد صرف نشأت گرفتن یکی از دیگری است که هم در قرابت نسبی و هم در قرابت رضاعی موجب نشر حرمت می‌گردد، در اولی رابطه از طریق خون و در دومی رابطه از راه شیر برقرار می‌شود فلذا شیر در این مورد هیچ خصوصیتی ندارد و این استفاده از مواد تولیدی در درون جسم زن است که باعث ایجاد رابطه شده است به این ترتیب علت حکم نشر حرمت صرفاً روش سلول‌های بدن طفل از مطلق مواد تولیدی در درون جسم زن است و شیر در این باب طریقیت دارد نه موضوعیت.

در پاسخ باید گفت: هرچند که جهت شباهت موضوع مجهول‌الحکم(قرابت مادر جانشینی) همان جهتی است که علت ترتب حکم بر موضوع ثابت‌الحکم(قرابت مادر رضاعی) گردیده، لیکن قیاس منصوص‌العله که مأخذ موضوع مجهول‌الحکم می‌باشد، در صورتی موجب تعدیة حکم موضوعی بر موضوع دیگر- به اعتبار اشتراک آن‌ها در علت حکم می‌گردد- که: جهت شباهت باید همان جهتی باشد که علت ترتب حکم بر اصل(موضوع ثابت‌الحکم) گردیده است.

- جهات فارقه‌ای که بین اصل(موضوع ثابت‌الحکم) و فرع(موضوع مجهول‌الحکم) موجود می‌باشد مدخلیتی در تعلق و عدم تعلق حکم بر اصل نداشته باشد. به این ترتیب در مورد مادر جانشینی و مادر رضاعی در عین حالی‌که از حیث نمو جسمانی طفل از زن با یکدیگر شباهت دارند، لیکن در صورتی می‌توان حکم قرابت رضاعی را نسبت به باروری جانشینی جریان داد که معلوم شود علت قرابت رضاعی، مطلق «نبات اللحم و شد العظم» است نه نمو جسمانی مقید به شرایطی خاص؛ به گونه‌ای که هر کدام از این شرایط نباشد، قرابت رضاعی محقق نمی‌گردد.

حال سؤال این است که آیا با به دست آوردن ملاک هر یک از این شروط و با اثبات این مطلب که هر کدام از این شروط مبتنی بر ملاکی است که با جمع این ملاکات قرابت محقق می‌گردد، می‌توان با آگاهی از مناسبات بین زن صاحب رحم با جنین، به توضیح و مقایسة علل ایجاد قرابت رضاعی با حالت استفاده از رحم جایگزین پرداخت و چنین استدلال کرد که ملاکات نشر حرمت در رضاع به همان اندازه و یا بعضاً با شدت بیشتری در مورد باروری جانشینی وجود دارد؟

قبل از پاسخگویی به این سؤال، به طور اختصار به توجیه‌های مختلفی که از جانب برخی صاحب‌نظران در این زمینه رفته‌است، می‌پردازیم:

برای مثال برخی با این استدلال که شیری که طفل در دو سال اول زندگی خود می‌خورد در پرورش جسمی و روانی او تأثیر بیشتری دارد، شرط «شیر خوردن طفل قبل از پایان دو سالگی» را توجیه کرده‌اند(کاتوزیان، 1371، صص1-105) یا «خوردن شیر در آغوش زن» را که قانون مدنی به تبع فقه امامیه یکی از شرایط ایجاد قرابت رضاعی قرارداده است، این‌طور توجیه نموده‌اند که از دیرباز کودکی را که در آغوش زنی شیر می‌خورده است مردم به دیدة فرزند به او می‌نگریستند به‌گونه‌ای که در عادات اقوام، شیر دادن به کودک عملاً ایجاد یک نوع علاقه بین زن شیردهنده و شوهر او با کودک می‌نمود که آن را در ردیف خویشاوندی نسبی در خانواده جلوه می‌داد و افراد خانواده همان حمایتی را از خویشاوندان می‌نمودند که از خویشاوندان نسبی خود می‌کردند. این است که قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح، در نظر این قبایل مانند خویشاوندی نسبی به شمار رفته است. اسلام نیز این اخلاق اجتماعی را که منشاء قرابت رضاعی بوده، محترم شمرده و کودک را در حکم فرزند زن قرارداده است و قانون مدنی نیز آن فرض حقوقی را از فقه گرفته است.(کاتوزیان، 1371، ص106)

به نظر می‌رسد برای این‌گونه ملاک‌گیری در مورد محل بحث ما اعتباری نیست تا بخواهیم بر اساس این ملاکات به مقایسة مادر جانشینی و مادر رضاعی، برای توجیه جهات فارقه که بین موضوع ثابت‌الحکم(اصل) و موضوع مجهول‌الحکم(فرع) وجود دارد، بپردازیم؛ چرا که در تعدیة موضوع ثابت‌الحکم به موضوع مجهول‌الحکم، شرط است که علیت آن صفتی که مناط حکم فرض گردیده است باید به‌وجه قاطع و یا به ظن متآخم محرز و مسلم گردیده و بر آن اطمینان حاصل شده باشد که این اطمینان به دو شرط حاصل می‌گردد: یکی آن‌که علیت به یکی از طرق شرعیه از قبیل قول یا فعل یا تقریر معصوم(ع) و یا اجماع و امثال آن محرز شود نه از طریق حدس و تقریب که ایمن از خطاء و اشتباه نیستند.

دوم آن‌که قول معصوم و یا مفاد اجماع در بیان علیت جامع، مبین و متضح‌الدلاله باشد و آن اعم است از دلالت منطوقی و مفهومی.

به این ترتیب تا زمانی‌که معلوم نشود که علت قرابت ناشی از شیر، مطلق نمو جسمانی طفل از زن است و یا در صورت اثبات این امر که علت قرابت ناشی از نمو جسمانی مقید به شرایط خاصی از جانب شارع است تا ملاک این شرایط به‌وجه قاطع و یا به ظن متآخم محرز و مسلم نگردد، نمی‌توان به کمک وحدت ملاک و یا به استناد مفهوم اولویت، حکم قرابت رضاعی را نسبت به باروری جانشینی جریان داد.

از نظر روش اصولی نیز با توجه به اصولی، مانند اصل عدم حرمت و قرابت، حکم به تحقق خویشاوندی بین طفل و مادر جانشین، موجه به نظر نمی‌رسد.

هرچند که از لحاظ وجدانی و اخلاقی نیز این امر قابل قبول نیست که مثلاً کودک ناشی از مادر جانشین بتواند قانوناً با زنی که او را مدتی در رحم خود پرورش داده است ازدواج کند. لکن در این‌که این امر چه مقدار می‌تواند در حکم مسألة ما تأثیرگذار باشد، جای بررسی دارد.

با عنایت به آنچه گذشت می‌توان گفت این حکم که «قرابت مادر جانشینی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت رضاعی است» از استدلال کافی برخوردار نیست و اثر قرابت رضاعی از حیث ممنوعیت نکاح در حالت استفاده از رحم جایگزین بین زن صاحب رحم و طفل برقرار نیست.

2. **حالت جانشینی سنتی رحم**

در حالت جانشینی سنتی رحم، مادر جانشین جنین حاصل از تخمک خود را که با اسپرم مردی که پدر حکمی به شمار می‌رود، بارور شده است، حمل می‌کند. با توجه به این که دراین حالت، جنین از تخمک مادر جانشین تشکیل می‌شود و از طرفی خود مادر جانشین نیز نطفه را حمل نموده و بچه را به دنیا می‌آورد- صرف‌نظر از حکم تکلیفی و بحث مشروعیت و عدم مشروعیت عمل- در هر حال طفل ملحق به مادر جانشین است چرا که در این قسم، زن، صاحب تخمک و رحم و مادر اصلی فرزند است. بنابراین در حالت جانشینی سنتی رحم، مادر جانشین مادر قانونی بچه محسوب می‌شود. در این قسم، همسر زوج نابارور، مادر متقاضی به شمار خواهد رفت و هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه نخواهد داشت و در صورت تحویل فرزند به او، رابطة بین آن‌ها از نوع فرزندخواندگی است.

**3. حالت مادر جانشینی با استفاده از تخمک، جنین اهدایی**

در این حالت، زن و شوهر نابارور از تخمک یا جنین اهدائی برای عمل تلقیح مصنوعی و باردار نمودن مادر جانشین استفاده می‌کنند. اگرچه در این حالت، از تخمک یا جنین اهدائی برای عمل تلقیح مصنوعی استفاده می‌گردد ولی به لحاظ این که بارداری و زایمان به عهده مادر جانشین قرار داده می‌شود حالت مذکور با حالت اهداء تخمک، جنین تفاوت ساسی دارد. ویژگی مهم حالت اهداء تخمک، جنین نسبت به حالت مادر جانشین با استفاده از تخمک، جنین اهدایی، باردار شدن زن نابارور و تولد بچه در داخل خانواده و به‌وسیلة زنی است که نقش زوجه را در خانواده خواستارِ ِ کودک ایفا می‌کند، در واقع این ویژگی در حالت مادر جانشینی با تخمک یا جنین اهدائی وجود ندارد و در نتیجة این حالت از نظر حقوقی فرض جداگانه‌ای را از حالت اهداء تخمک، جنین ایجاد می‌نماید. از طرفی دخالت تخمک یا جنین اهدائی در امر تولید مثل با استفاده از مادر جانشین، این را از حالت مادر جانشین نیز مجزا می‌سازد.

این حالت از لحاظ چگونگی ارتباط ژنتیکی بچه با زن و شوهری که خواستار بچه هستند به دو حالت تقسیم می‌شود:

**3.1. حالت مادر جانشینی با استفاده از تخمک اهدائی**

در این حالت، جنین حاصل از اسپرم پدر حکمی و تخمک اهداء شده در رحم مادر جانشین فراکاشته می‌شود. مادر جانشین از لحاظ ژنتیکی ارتباطی با بچه ندارد ولی وظیفة حمل جنین و به دنیا آوردن کودک به عهدة مادر جانشین گذاشته شده است که این مهم را انجام دهد.

مادر متقاضی، ارتباط ژنتیکی با بچه نداشته و از طرفی جنین را حمل و زایمان نکرده است. بنابراین نظریات سه‌گانة تعیین نسب مادری را می‌توان بین اهداء کنندة تخمک که زن صاحب تخمک است و مادر جانشین که زن صاحب رحم می‌باشد، لحاظ قرار داد؛ مادر متقاضی مادر بچه محسوب نمی‌شود.

**3.2. حالت مادر جانشینی با استفاده از جنین اهدائی**

در مسألة اهدای جنین مسأله‌ای که مطرح می‌شود، وضعیت نسب کودک متولد شده با صاحبان اسپرم و تخمک از یک سو و گیرندگان اسپرم و تخمک و صاحب رحم از سوی دیگر است.

از تطبیق نتایجی که در مباحث مربوط به تعیین نسب مادری و پدری به دست می‌آمد، در مورد نسب پدری و مادری در حالت مادر جانشینی با استفاده از جنین اهدائی می‌توان گفت که اهداء کنندة اسپرم «پدر» محسوب شده و اهداء کنندة تخمک یا مادر جانشین یا هر دو براساس نظریه‌های مطروحه در مورد نسب مادری «مادر طفل متولد شده در این حالت» محسوب خواهند شد.

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[33] به لحاظ نسب، کودک از آن صاحبان نطفه بوده و هیچ رابطة نسبی با زن و شوهر اهداء شونده(پذیرندة جنین) نخواهد داشت.

بعضی از حقوق‌دانان در تبیین حکم وضعی انتقال جنین با نطفة اجنبی بیان نموده است:

«نظریة سنتی این است که طفل به صاحب نطفه ملحق می‌شود. در باب انتقال جنین نیز اغلب فقهای معاصر چنین فتوا داده‌اند. نتیجة این نظر آن است که رابطة 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 ناشناخته هستند و چه بسا خواهان طفل نمی‌باشند و فقط به انگیزة 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.»(صفایی، 1383، ص81) گرچه اظهارنظرهای فوق‌الذکر 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 مسألة مد نظر ما مفید فایده است.

1. **نظرات دیگر**

این که طفل ملحق به صاحبان جنین نشود، بر خلاف مطلوبِ ِ ِ 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.

**4.1. استفاده از ملاک مصلحت کودک**

راه‌حلی که در حقوق کنونی برای رسیدن مطلوب متقاضیان به نظر می‌رسد استفاده از ملاک مصلحت و سعادت کودک و حمایت قانون در این رابطه از کودک می‌باشد. ملاکی که مبنای جهت‌گیری قانون‌گذاران و عرف عقلا در شناسائی نهادهای حقوقی در

رابطه با کودک است، به‌طوری که می‌توان گفت ملاک قاعدة فراش، رعایت مصلحت کودک است زیرا در آن‌جا هم معلوم نیست کودک محصول اجزاء ژنتیکی صاحب فراش باشد. هم‌چنین حکم ماده 1160 ق.م راجع به تعارض دو امارة فراش، که طفل را ملحق به شوهر دوم دانسته است بر اساس رعایت مصلحت می‌باشد؛ چرا که مقتضای قاعده این است که امارة فراش نسبت به هر دو به علت تعارض ساقط گردد(اذا تعارضا تساقطا) فلذا حکم مادة 1160 ق.م از جهت حمایت از خانواده و کودکان متولد از آن است زیرا بنا به فرضی، خانوادة نخست منحل شده است و کودک در زمان زوجیت دوم به دنیا آمده است پس ملاحظات اجتماعی مربوط به امارة فراش ایجاب می‌کند که طفل منسوب به شوهر دوم شود. هرچند که انتساب طفل به هر یک از دو شوهر از حیث ولایت امارة فراش بر وقوع آبستن مادر، یکسان است.

بر اساس این ملاک می‌توان گفت: 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 می‌فرمایند: «...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 بی‌شک به مصلحت کودک نیست، زیرا در این‌صورت زن و شوهر تکلیفی به نگهداری و تربیت و تأمین هزینة زندگی طفل نخواهند داشت و توازنی هم بین آنان نخواهد بود و صاحبان نقطه هم، بر فرض این‌که شناخته شوند، احساس مسئولیت نسبت به طفلی که خواهان آن نبوده‌اند، نمی‌کنند و شاید تحمیل حضانت و نطفة طفل بر آنان غیر عادلانه باشد.»

از سوی دیگر نظم عمومی نیز می‌تواند 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، 1380، ص556)

### 4.2. فرزند خواندگی

در حقوق اسلام فرزند خواندگی وجود ندارد و آثار حقوقی مربوط به نسب بر فرزندخواندگی بار نمی‌شود. این معنی از خود قرآن است که در سورة احزاب آیة 4 آمده است: «و ما جعل ازواجکم اللائی تظاهرون منهن امهاتکم و ما جعل ادعیائکم ابنائکم، ذالکم قولکم بافواهکم و الله یقول الحق و هو یهدی السبیل...» و در آیه 37 در مورد ازدواج پیامبر با همسر مطلقه پسر خوانده خود زید بن حارثه و اعتراض مردم باز صریحا حکم را بیان کرده که فرزندخواندگی اثری در اثبات نسب و آثار مترتب بر آن ندارد: «فلما قضی زید منها و طرا زوجنکها لکی لایکون علی المؤمنین حرج فی ازواج ادعیائهم اذاقضوا منهن و طرا و کان امرالله مفعولا»

در مقررات قانون موضوعه ایران نیز فرزند خواندگی که آثار حقوقی مربوط به نسب بر آن بار شود به رسمیت شناخته نشده است. لیکن به موجب قانون حمایت از کودکان بی سرپرست(مصوب اسفند 1353)، نهاد سرپرستی مورد قبول واقع شده است که مشابه فرزندخواندگی است. راه حل دیگری که برای رسیدن به مطلوب متقاضیان به نظر می‌رسد، استفاده از این نهاد سرپرستی است. بر اساس مادة 1 و 3 این قانون، وجود رابطة 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 این‌که شرط صاحب فرزند نشدن تا پنج سال از ازدواج شامل این دو نمی‌شود. چرا که تبصرة 2 مادة 3 می‌گوید: هرگاه 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(مادة 6 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» مادة 6 قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست 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 خواستة خود در این حالت فراهم می‌آید.

## 5. قانون نحوة اهدای جنین به زوجین نابارور

قانون‌گذار ایران با تصویب قانون نحوة اهدای جنین به زوجین نابارور در 1382/4/29 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 نحوة اهدای جنین به زوجین نابارور برداشتی ناقص از قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست است و در زمینه نسب طفل حاصل از این روش و آثار آن نارسا است. مادة 3 قانون مقرر داشته است که: «وظایف و تکالیف زوجین اهدا گیرندة جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر است». این ماده مشابه مادة 11 قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب 1353 می‌باشد. 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 مسکوت گذاشته است،[34] حال آن‌که مطلوب الحاق طفل به دریافت کنندگان جنین با تمامی آثار آن از جمله توارث است. البته پذیرش این راه حل که با حقوق تطبیقی[35] نیز هماهنگی دارد نیازمند اجتهاد جدید در راستای حل مشکل فقهی و شرعی است در زمینة منع نکاح و به تعبیری محرومیت نیز قانون ایران ساکت است. اگر انتساب طفل به زن و شوهر متقاضی را با تمام آثار آن بپذیریم، منع نکاح با خویشان نزدیک نیز از آثار آن خواهد بود.

در مورد نفقه، در این قانون، معلوم نیست آیا این یک تکلیف یک جانبه است برای دریافت‌کنندگان جنین است یا یک تکلیف متقابل بر طبق قواعد نفقة اقارب به شمار می‌آید. به این ترتیب این یک اشکال بر قانون نحوة اهدای جنین به زوجین نابارور می‌باشد و

مطلوب آن است که این نفقه مانند نفقه اولاد یک تکلیف متقابل باشد که با نظریة الحاق کامل طفل به زوجین دریافت‌کننده نیز هماهنگ خواهد بود.(صفایی، 1384، ص180)

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 و توجیهشان این است که قراردادهای بچه‌سازی مشروعیت داشته و از شاخه‌های حق تولد تضمین شده در قانون اساسی است، لذا چنان‌چه مصلحت کودک، معیار تمیز شخص دارنده حضانت است، می‌بایست معیار پدر یا مادر بودن هم قرار گیرد.(صفایی، 1383، ص81)

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.(مادة 1167 ق.م) هم‌چنین بنا به مصالحی رابطة نسبی مشکوک را با وجود آنکه معلوم نیست که طفل محصول اجزاء ژنتیکی صاحب فراش باشد، ثابت فرض نموده است(مواد 1158، 1159، 1160 قانون مدنی در مورد امارة 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 به‌صورت 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، 1380، ص559)

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، چنان‌چه خداوند تعالی در آیات 4 و 5 سوره احزاب، افراد را منع کرده که فرزند دیگران را به خود نسبت دهند، چرا که رابطة 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 اشارت رفته‌اند: «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 آن را معین می‌کند»(کاتوزیان، 1371، صص2-36)

**نتیجه‌گیری**

1. شارع مقدس نسب را از زنا نفی نکرده و هیچ نصی وارد نشده است که ولدالزّنا ولد نیست. تنها ارث نفی شده است، پس همة احکام نسب در باب زنا نیز مترتب می‌شود غیر از ارث.

2. از آن‌جا که طفل ناشی از ارتباط جنسی است که نفس تحقق چنین ارتباط جنسی(لقاح اسپرم و تخمک) برای الحاق او به پدر و مادر خود کافی است؛ فلذا اگر کودکی در نتیجه ارتباط جنسی حرام به دنیا بیاید، هرچند که فاقد احترام است و مشروع نیست لکن بدان معنا نیست، که کودک متولد شده از رابطة نامشروع فاقد پدر و مادر باشد. چرا که طبیعتاً چنین امری، تکوینی است و از دایرة اعتبار خارج بوده و قابل رفع شرعی نخواهد بود. و چنین فرزندی از حق پدری و مادری که به نظر می‌رسد از حقوق طبیعی است نه تحققی، برخوردار خواهد بود هرچند که قانون‌گذار می‌تواند برخی از آثار چنین رابطة تکوینی را نادیده بگیرد.

3. 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 مطرح است و این که عده‌ای از فقها حتی بر الحاق ولدالزّنا به زانی و زانیه اصرار دارند، در حالی که مسلم است رابطة غیر مشروع 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 فقیهان اسلامی درباب نسب دلالت دارد، قانون‌گذار اسلام در مسألة نسب حقیقت و تأسیس متفاوت از تأسیس عرفی ایجاد نکرده و تنها در ولد زنا به دلیل مصالحی و براساس ادله‌ای خاص در نسب ناشی از آن یا در بعضی از احکام مترتب بر آن تصرف نموده است. بنابراین، مطابق معیارها و قواعد اصولی، در غیر مورد خاص «زنا» می‌بایست به عام رجوع شود. عام در فرض بحث، مشروعیت نسب لغوی و عرفی است.

4. نسب از ناحیه پدر، عرفاً و لغتاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش فرزند از اسپرم و نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود.

5. در این‌که طفل متولد از رحم جایگزین 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، ارتباط طفل با صاحب تخمک ملاک رابطه مادری و فرزندی است. بنابراین انتساب فرزند حاصل از رحم جایگزین، به صاحب اسپرم و صاحب تخمک درست است و صاحب رحم حق نسبی با فرزند ندارد.

6. تا زمانی‌که معلوم نشود که علت قرابت ناشی از شیر، مطلق نمو جسمانی طفل از زن است و یا در صورت اثبات این امر که علت قرابت ناشی از نمو جسمانی مقید به شرایط خاصی از جانب شارع است تا ملاک این شرایط به وجه قاطع و یا به ظن متآخم محرز و مسلم نگردد، نمی‌توان به کمک وحدت ملاک و یا به استناد مفهوم اولویت، حکم قرابت رضاعی را نسبت به باروری جانشینی جریان داد. از نظر متد اصولی نیز با توجه به اصولی، مانند اصل عدم حرمت و قرابت، حکم به تحقق خویشاوندی بین طفل و مادر جانشین، موجه به‌نظر نمی‌رسد. به این ترتیب می‌توان گفت این حکم که «قرابت مادر جانشینی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت رضاعی است» از استدلال کافی برخوردار نیست و اثر قرابت رضاعی از حیث ممنوعیت نکاح در حالت استفاده از رحم جایگزین بین زن صاحب رحم و طفل برقرار نیست. هرچند که از لحاظ وجدانی و اخلاقی نیز این امر قابل قبول نیست که مثلاً کودک ناشی از حالت مادر جانشین بتواند قانوناً با زنی که او را مدتی در رحم خود پرورش داده است ازدواج کند. لکن در این‌که این امر چه مقدار می‌تواند در حکم مسأله ما تأثیرگذار باشد، جای بررسی دارد.

7. در حالت جانشینی سنتی رحم، مادر جانشین مادر قانونی بچه محسوب می‌شود. دراین قسم، همسر زوج نابارور، مادر متقاضی به شمار خواهد رفت و هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه نخواهد داشت و در صورت تحویل فرزند به او، رابطة بین آن‌ها از نوع فرزند خواندگی است

8. 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، چنان‌چه خداوند تعالی در آیات 4 و5 سورة احزاب، افراد را منع کرده که فرزند دیگران را به خود نسبت دهند، چرا که رابطة 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 به صورت اعم می‌تواند در جهت حفظ منافع و مصالح جامعه و به‌صورت اخص در جهت حفظ منافع کودک، در محدودة 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.

9. 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 بچة متولد از رحم جایگزین در حالت جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی، برقرار نمود. قانون‌گذار ایران با تصویب قانون نحوة اهدای جنین به زوجین نابارور در 82/4/29 در این جهت گام برداشته است. مادة 3 قانون مزبور مقرر داشته است که: «وظایف و تکالیف اهدا گیرندة جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر است». به این‌سان قانون‌گذار بدون تصریح به الحاق طفل به زوجین پذیرنده، فقط به بعضی از آثار نسب(نگهداری، تربیت، نفقه و احترام) اشاره نموده و مسالة توارث را مسکوت گذاشته است، حال آن‌که مطلوب الحاق طفل به دریافت‌کنندکان جنین با تمامی آثار آن از جمله توارث است.

**یادداشت‌ها**

**منابع**

کتب فارسی


1. امامی، اسد الله)1349(، *نسب در حقوق ایران و فرانسه*، تهران: دانشگاه تهران.
2. امامی، سید حسن)1343(، *حقوق مدنی*، تهران: اسلامیه.
3. بطحایی گلپایگانی، سید هاشم)1380(، *تحقیقی پیرامون تولد بدون مناکحت، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق(مجموعه مقالات)*، تهران: سمت و پژوهشکدة ابن سینا.
4. جعفری لنگرودی، محمد جعفر)1384(، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: کتابخانة گنج دانش.
5. حرم پناهی، محسن)1380(، *«تلقیح مصنوعی» روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق(مجموعه مقالات)*، تهران: سمت و پژوهشکدة ابن سینا.
6. رضانیا معلم، رضا)1380(، *«وضعیت حقوقی کودک ناشی از انتقال جنین»، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق( مجموعه مقالات)*، تهران: سمت و پژوهشکدة ابن سینا.
7. شهیدی، مهدی)1375(، *مجموعه مقالات*، تهران: نشر حقوق‌دان.
8. صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله)1374(، *حقوق خانواده*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
9. علوی قزوینی، سید علی)1380(، *«آثار حقوقی تلقیح مصنوعی» روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق(مجموعه مقالات)*، تهران: سمت و پژوهشکدة ابن سینا.
10. قبله‌ای خویی، خلیل)1384(، *«بررسی احکام وضعی کودکان ناشی از اهدای گامت»، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری(مجموعه مقالات)*، تهران: سمت و پژوهشکدة ابن سینا.
11. قبله‌ای، خلیل(1378)، «بررسی احکام فقهی و حقوقی کودکان نامشروع«، *فصلنامة دیدگاه‌های حقوقی دانشکدة علوم قضائی و خدمات اداری*، شمارة 14-13.
12. قربان‌نیا، ناصر)1380(، *«حکم تکلیفی و وضعی انتقال جنین...»، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق(مجموعه مقالات)*، تهران: سمت وپژهشکدة ابن سینا.
13. کاتوزیان، ناصر)1378(، *حقوق مدنی( خانواده)*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
14. محقق داماد، مصطفی)1375(، *«میزگرد مسایل فقهی و حقوقی انتقال جنین«*، تهران: بولتن تولید مثل و نازایی پژوهشکدة بیولوژی و بیوتکنولوژی و نازایی جهاد دانشگاهی، ش5.
15. مرقاتی، سید طه)1384(، *«حقوق کودکان در اهدای گامت»، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری(مجموعه مقالات)*، تهران: سمت و پژوهشکدة ابن سینا.
16. مهرپور، حسین)1376(، *«نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی«*، تهران: مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش 19-20.
17. موسوی خمینی، سید روح الله(بی‌تا)، *تحریر الوسیله*، قم: مؤسسه مطبوعاتی دار العلم.

18. نایب‌زاده، عباس)1380(، *بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی(مادر جانشین -اهدای تخمک جنین(*، تهران: انتشارات مجد.

**کتب عربی**

1. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور(1410ه.ق)، *السرائر( الحادی لتحریر الفتاوی)*، قم: موسسة نشر اسلامی.
2. ابو زید، بکر بن عبدالله(بی‌تا)، «طرق الانجاب فی الطب الحدیث و حکمها الشرعی«، *مجله مجمع الفقه الاسلامی*.
3. آل بحرالعلوم، سید محمد(1403ه.ق)، *بلغه الفقیه*، تهران: منشورات مکتبه الصادق(ع).
4. انصاری، مرتضی(بی‌تا)، *رساله مقتضیات الارث و اقسامها*، تهران: چاپ سنگی.
5. ایروانی و خلخالی، سید محمد(1417ه.ق)، *مباحث فقهی محقق خوئی(ره)؛ احکام الرضاع فی فقه الشیعه*، قم: المنیر.
6. بجنوردی، حسن(1419ه.ق)، *القواعدالفقهیه*، تحقیق مهدی مهریزی، تهران: انتشارات هادی.
7. بجنوردی، حسن(1421ه.ق)، *منتهی‌الاصول*، تهران: موسسة تنظیم و نشر اسلامی تراث الامام الخمینی.
8. بحرانی، یوسف(1414ه.ق)، *الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره*، قم: موسسة نشر اسلامی.
9. حر عاملی، محمد حسن(1414ه.ق)، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسایل الشیعه*، قم: موسسة آل البیت.
10. حرّ عاملی، محمد حسن(بی‌تا)، وسائل الشیعه، ابواب النکاح المحرم.
11. حکیم، سید محسن(1400ه.ق)، منهاج الصالحین، بیروت: دار التعارف.
12. حلی، محمد بن حسن)1387(، *ایضاح الفوائد*، قم: انتشارات علمیه.
13. خوانساری، سید احمد)1357(، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، تهران: مکتبه الصدوق.
14. خویی، سید ابوالقاسم(1410ه.ق)، *منهاج‌الصالحین*، قم: نشر مدینةالعلم.
15. روحانی، سید محمد(بی‌تا)، *فقه الصادق فی شرح التبصره*، قم: انتشارات مهراستوار.
16. شریف، مرتضی(1405ه.ق)، *الرسائل*، به اشراف سید احمد حسینی، قم: انتشارات دار القرآن الکریم.
17. طباطبایی، سید محمد حسین(1393ه.ق)، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم: موسسة اسماعیلیان.
18. طبرسی، فضل بن حسن)1379(، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
19. طوسی، محمد بن حسن(بی‌تا)، *النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی*، قم: انشارات قدس محمدی.
20. عاملی، زید الدین بن علی(1412ه.ق)، *الروضة البهیه*، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
21. عاملی، زید الدین بن علی(1416ه.ق)، *مسالک الافهام*، تهران: تحقیق و نشر المعارف الاسلامیه.
22. فاضل لنکرانی، محمد(بی‌تا)، *جامع المسائل*، قم: مطبوعاتی امیر.
23. فخر المحققین)1387(، *ایضاح الفوائد*، قم: انتشارات علمیه.
24. کرکی، علی بن حسین(1408ه.ق)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
25. محسنی، محمد آصف(1477ه.ق)، *الفقه و المسائل الطبیه*، قم: محمد آصف المحسنی.
26. مصطفوی، حسن(1395ه.ق)، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران: مرکز نشر فرهنگ.
27. مکارم شیرازی، ناصر(1381ه.ق)، *استفتائات جدید*، قم: انتشارات مدرسه امام علی ابن ابیطالب(ع)
28. مکارم شیرازی، ناصر(1416ه.ق)، *القواعد الفقهیه*، قم: انتشارات مدرسه امام علی ابن ابیطالب(ع)
29. مکی عاملی، محمد(1411ه.ق)، *اللمعة الدمشقیه*، قم: دار الفکر.
30. موسوی بجنوردی، محمد حسن(1419ه.ق)، *القواعد الفقهیه*، تحقیق مهدی مهریزی، تهران: انتشارات هادی.
31. موسوی بهبهانی، سید علی(1405ه.ق)، *الفوائد العلیه*، اهواز: دار العلم.
32. نجفی، محمد حسن(1981م)، *جواهر الکلام*، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
33. نراقی، احمد(1405ه.ق)*(، مستند الشیعه فی احکام الشریعه*، قم: انتشارات آیت‌الله مرعشی.

---

1- «النسب: مصدر القرابه، جمع انساب»(المنجد)، «القرابه: ایقاع التعلق و الارتباط بین شیئین»(منجد الطلاب)؛ «نسب ای قرابه و جمع انساب»(المصباح المنیر)؛ «النون والسین و الباء کلمه واحده قیاسها اتصال شیء بشیء منه النسب، سمی لاتصاله و للاتصاله به»(معجم مقابیس اللغه، ص424)

[2] - فرقان، آیه54.

[3] - احزاب، آیات4 و 5.
[4] - انسان، آیه2.
[5] - مجادله، آیه2.
[6] - احقاف، آیه 15
[7] - لقمان، آیه14
[8] - دکتر غفاری، سخنرانی ارائه شده در نخستین سمپوزیوم مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین، دانشگاه تهران، 15 بهمن 1377.
[9] - مومنون، آیات12 و14.
[10] - زمر، آیه 16.
[11] - رعد، آیه8.
[12] - دکتر غفاری، سخنرانی ارائه شده در نخستین سمپوزیوم مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین، دانشگاه تهران، 15 بهمن 1377.
[13] - زمر، 16.
[14] - رعد، آیه8.
[15] - مومنون، آیات 12-14.
[16]- برخی بر این باورند «عرف» به عنوان یک عامل تعیین‌کننده در رابطه با پیدایش نسبت، در این مورد مبهم است و داوری 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، بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی«مادر جانشین، اهدای تخمک یا جنین»، ص285)
[17] - فرقان، آیه54.
[18] - چنان‌چه زنان پیامبر را نیز چون ازدواج با آن‌ها مطلقاً ممنوع بوده است، امهات‌المومنین می‌نامیدند.
[19] - آل عمران، آیه36.
[20] - احقاف، آیه15.
[21] - حج، آیه2.
[22] - طلاق، آیه4.
[23] - « و والد و ما ولد» بلد، آیه3.
[24] - مؤمنون، 12-14.
[25] - انسان، 2.
[26]- البته در حدیثی از امام صادق(ع) بر نگاه و بوسیدن و لمس حرام، زنا اطلاق شده است. این اطلاق اولاً مجازی است و ثانیاً از حیث جرم و گناه است، نه این‌که در الحاق ولد و مسأله نسب مؤثر باشد(حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج14، ابواب النکاح المحرم، ص246)
[27] - در مورد نسب مادری چنین طفلی امام خمینی(ره) در تحریرالوسیله ج 2، ص 471، تصریح دارند که فرزند ملحق به دختری می‌شود که در اثر مساحقه حمل برداشته است. عبارت ایشان چنین است: «لووطا زوجته فساحقت بکرا فحملت البکر فالولد للواطئی صاحب الماء و علی الصبیه الجلد ماه بعد وضعها ان کانت مطاوعه والولد یلحق بها ایضاالله» صاحب ریاض نیز در مورد الحاق بچه به دختر همین نظر را اختیار کرده است.البته بسیاری از فقها در الحاق طفل به دختر نیز تردید نموده و عدم انتساب او را به دختر(کنیز) ترجیح داده‌اند، بدان سبب که قرار گرفتن منی مرد در رحم او به‌صورت مشروع نبوده است. از جمله بنگرید به کلام علامه در قواعد که با اظهار نظر به الحاق طفل به مرد به‌عنوان صاحب نطفه و عدم الحاق قطعی آن به همسر مرد نسبت به الحاق آن به کنیز یا دختر تردید نموده و می‌گوید: اقوی عدم الحاق است «و الحق الولد بالرجل من ماء غیر زان و فی الحاقه بالصبیه اشکال اقربه العدم فلایتوارثان و لایلحق بالکبیره قطعاً...» ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، ج4، ص 494. همچنین بنگرید نظر شهید ثانی در شرح لمعه، ج 9، ص 162: «... و لایلحق بالزوجه قطعا و لابالبکر علی الاقوی...»

[28]- Total surrogacy.
[29]- Artificial insemination surrogcy.
[30] - باروری مصنوعی(IUI):در این شیوه از درمان، اسپرم پس از گرفته شدن، شست و شو و آماده سازی، مستقیما به داخل رحم ترزیق می‌شود.
[31] - از جمله روایات مذکور روایت صحیحه‌ای است با این عبارت «قلت له ما یحرم من الرضاع قال ما انبت اللحم و شد العظم...»، به نقل از مهدی شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی: وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی، ص167.
[32] - «ان الربط الرضاع من سنخ ربط النسب الذی هو ربط بین النسب و الونسوب الیه ربط تکوین و اشتقاق، فان الولد متکون من والدیه، و مادته الاصیلیه مشتقه من مادتهما الساریه فی جمیع الطبقات النازله سریان المصادر فی جمیع مشتقاتها، و لذا کان نماء

کل بذر من جنس اصله، «من یزرع الشوک لم یحصد به عنبا» و لیس الا لسریان حقیقه الاصل فی فروعه، و لعل الرضاع بشرائطه کما یعرب عنه ما قیل:(آن لحمه الرضاع کلحمه النسب)»

[33] - آیه الله مومن، سخنرانی ارائه شده در نخستین سمپوزیوم مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین، دانشگاه تهران، 15بهمن1377.

[34] - قانون حمایت از کودکان از این جهت نسبت به قانون نحوة اهدای جنین کامل‌تر است، چرا که در مادة 2 قانون حمایت به صراحت آمده است که سرپرستی از موجبات ارث نیست لیکن در قانون نحوة اهدای جنین به عدم وجود رابطه بین زوجین گیرنده تصریح نشده است، اگرچه با توجه به مبانی فقهی و نظرات فقها این امر مسلم است.

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