

## نسب مادری کودک تولد یافته از اهدای جنین در حقوق ایران

اکرم صغیری؛ فاطمه طاهر خانی\*\*

### چکیده

امروزه استفاده از روش‌های باروری کمکی در مواردی که زوج، زوجه و یا هر دو مشکل ناباروری داشته باشند، در مراکز درمان ناباروری در ایران انجام می‌شود. یکی از این روش‌ها، نهاد اهدای جنین است که طبق قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور» مصوب سال ۱۳۸۲ و آیین‌نامه‌ی اجرایی آن مجاز و قانونی شمرده می‌شود. در این روش اسپرم و تخمک زوجین قانونی و شرعی در محیط آزمایشگاه تلقیح و جنین حاصل به زوجین قانونی و شرعی دیگری اهدا می‌شود.

مسأله‌ی مهم در این خصوص، نسب کودک متولد از این روش می‌باشد که به دلیل سکوت قانون، باید مطابق اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، حکم آن را با تفحص در منابع و فتاوی معتبر فقهی به دست آورد؛ در این راستا، تشخیص و تعیین نسب مادری که با دخالت دو زن صاحب رحم و صاحب تخمک همراه است، با چالش مواجه بوده و نیازمند کنکاش بیش تری است. برآیند نوشتار حاضر آن است که با توجه به آیات و روایات، اصل حاکمیت اراده، قصد افراد و مصلحت کودک، زن صاحب رحم، مادر واقعی کودک محسوب شده و کودک متعلق به او است.

واژگان کلیدی: باروری کمکی، اهدای جنین، نسب مادری، صاحب تخمک،

صاحب رحم، دو مادری

\* دکتری فقه و حقوق خصوصی، عضو هیأت علمی دانشگاه شهید مطهری

\*\* کارشناس ارشد حقوق خانواده

## ۱. درآمد

مسأله‌ی ناباروری و روش‌های درمان آن از دیرباز مورد توجه حکیمان و پزشکان بوده است، به نحوی که، حتی در آثار به جای مانده از تمدن‌های مصر، یونان و روم باستان، نوشته‌هایی در خصوص مداوای ناباروری مشاهده می‌شود.

در لقاح طبیعی، نفوذ یک اسپرم به داخل تخمک بدون استفاده از فن‌آوری کمکی باروری (ART) و در داخل بدن یک زن صورت می‌گیرد. در صورتی که هر یک از شرایط لازم برای تحقق لقاح طبیعی وجود نداشته باشد، باروری یا لقاح به صورت طبیعی امکان‌پذیر نخواهد بود و در این صورت است که با استفاده از فن‌آوری‌های کمکی باروری یا روش پیشرفته‌ی درمان نازایی به لقاح مصنوعی روی می‌آورند.

برخی از روش‌های باروری کمکی به روش‌های داخل رحمی موسوم هستند که در آن‌ها لقاح در داخل رحم صورت می‌پذیرد. در حالی که در برخی از روش‌ها، تحقق لقاح بین گامت‌های نر و ماده در خارج از بدن و در محیط آزمایشگاه صورت می‌گیرد که به آنها روش‌های خارج رحمی اطلاق می‌شود. در نظام حقوقی ایران با تصویب «قانون نحوه‌ی اهدای جنین به زوجین نابارور» در سال ۱۳۸۲ و آیین‌نامه‌ی اجرایی آن، روش لقاح خارج رحمی به شیوه‌ی انتقال جنین (IVF) و جبهه‌ی قانونی یافته است. در این روش پس از تهیه‌ی سلول‌های جنسی زن و مرد، آن‌ها را در محیط آزمایشگاهی در کنار یکدیگر قرار می‌دهند تا عمل لقاح انجام پذیرد. بعد از لقاح اسپرم و تخمک، جنین تشکیل و رشد آن شروع می‌شود؛ در مرحله‌ی تکثیر سلولی و به فاصله‌ی دو روز از تاریخ لقاح یعنی در زمان چهار تا هشت سلولی جنین، آن را وارد لوله‌ی رحم می‌کنند تا به رشد طبیعی خود در داخل رحم ادامه دهد. (Hill, 2001, p.354) یکی از موضوعات و آثار مهمی که بر امر اهدای جنین به زوجین نابارور مترتب می‌شود، مسأله‌ی تشخیص نسب طفل متولد از این شیوه است.

«قانون نحوه‌ی اهدای جنین به زوجین نابارور» مصوب ۱۳۸۲ و آیین‌نامه‌ی اجرایی آن، در خصوص هویت و نسب طفل ناشی از اهدای جنین ساکت است. سکوت

۱- ART (Assisted Reproductive Techniques) به مفهوم روش‌های پیشرفته و کمکی درمان ناباروری است که با اخذ سلول جنسی از زن و مرد یا یکی از آن‌ها انتقال جنین یا تخمک بارور شده و یا سلول جنسی به رحم پذیرنده تحقق می‌یابد.

قانون، اختلاف نظر میان فقها و حقوق دانان را موجب شده است. ضمن آن که باید به این حقیقت نیز توجه داشت که با تولد و رشد چنین کودکانی، احتمال وقوع اختلاف و طرح دعاوی میان افراد درگیر در این فرایند، امری غیر قابل اجتناب است. بنابراین، قانون گذار باید پیش از بروز چنین مشکلاتی، و در مقام رفع این نقیصه‌ی بزرگ قانونی که در بسیاری از نظام‌های حقوقی جهان مرتفع شده است، برآید. طبق ماده‌ی ۳ قانون اهدای جنین به زوجین نابارور و وظایف و تکالیف زوجین اهداگیرنده‌ی جنین و طفل متولد شده، از لحاظ نگهداری، تربیت، نفقه و احترام، نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است. از این رو مقنن ایرانی، به رغم وقوف به این امر که دریافت کنندگان جنین، او را به عنوان فرزند قبول می‌کنند، از به کار بردن کلمات و عباراتی که به صراحت حاکی از تحقق رابطه‌ی نسبی باشد، امتناع نموده و صرفاً رابطه‌ی میان طفل مولود و دریافت کنندگان آن را از نظر برخی آثار نسب مانند حضانت و نفقه، همانند وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر دانسته است. این روش، به خلاف رویکرد برخی نظام‌های حقوقی جهان است که نسب کودک و حقوق و تکالیف اهداکنندگان و دریافت کنندگان را در قبال چنین کودکانی به روشنی بیان نموده‌اند با این وصف می‌توان گفت در نظام حقوقی ایران، وضعیت حقوقی کودک حاصل از روش اهدای جنین و هویت و نسب او، چندان روشن نیست.

در این نوشتار تلاش شده است با توسل به حکم مقرر در اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی، نظر غالب و قابل پذیرش در حقوق فعلی ایران بررسی و وضعیت نسب چنین کودکانی تا حدودی مشخص و تبیین شود. با توجه به نظریه اکثریت قریب به اتفاق فقهای امامیه مبنی بر الحاق کودک به صاحب اسپرم، اختلاف بیش تر در خصوص نسب مادری حادث می‌شود. به عبارت دیگر، به جهت دخیل بودن دو زن؛ صاحب تخمک و صاحب رحم، در پیدایش جنین و تولد آن، تعیین نسب مادری اهمیت بیش تری می‌یابد.

## ۲. مفهوم و ماهیت نسب

### ۲-۱. مفهوم نسب

«نسب» در لغت به معنای قرابت، خویشاوندی و علاقه و رابطه‌ی میان دو

شیء است (ابن فارس، ۱۴۰۴، ص ۴۲۳) در زبان فارسی به آن نژاد می‌گویند (دهخدا، ۱۳۷۳، ص ۴۷۰) و در زبان فرانسه واژه‌ی Filiation به معنای سلسله، نسل، ذریه، پیوستگی و تعاقب چیزهایی که نتیجه‌ی یکدیگرند، آمده است. (امامی، ۱۳۴۹، ص ۶)

قانون مدنی ایران، تعریفی از نسب ارائه نکرده است. اما حقوق دانان در تعریف آن آورده‌اند: «قربت و خویشاوندی است و امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید. از این امر رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد موجود می‌گردد». (صفایی و امامی، ۱۳۷۴، ص ۱۵۱)

برخی حقوق دانان نسب را رابطه‌ی خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالثی باشند، به کار می‌برند؛ نسب در این معنی، مرادف با قربت نسبی، یعنی رابطه‌ی طبیعی و خونی بین خویشاوندان نسبی خط مستقیم یا خط اطراف است. (همان، ص ۳۹)

هم‌چنین گفته شده است: نسب علاقه‌ای بین دو نفر است که به سبب تولد یکی از آن‌ها از دیگری یا تولدشان از «شخص ثالثی حادث می‌شود» (بروردی عبدی، ۱۳۳۹، ص ۲۸)؛ نظر دیگر نسب را رابطه‌ی شخص با دیگری از طریق ولادت می‌داند، خواه به او منتهی شود مانند منتهی شدن پسر به پدر یا به ثالث منتهی شود، مانند دو برادر که به پدر و مادر منتهی می‌شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ص ۵۷۲۲)

صاحب جواهر نسب را اتصال دانسته است؛ اتصال و رابطه‌ی یک شخص با دیگری مانند پدر و پسر، یا منتهی شدن دو شخص ثالث مانند دو برادر از طریق ولادت. پلانیول و ریپر از نویسندگان حقوق فرانسه نسب را چنین تعریف کرده‌اند: «رابطه نسلی و خونی بین دو شخص که یکی پدر یا مادر دیگری است» و افزوده‌اند: «در زبان حقوقی، نسب رابطه‌ی بلاواسطه بین پدر یا مادر یا فرزند است» و لوئی ژوسران نیز چنین می‌گوید: «نسب عبارت است از رابطه یک شخص با پدر و مادر یعنی کسانی که مستقیماً سبب ایجاد او شده‌اند.» (امامی، ۱۳۴۹، ص ۷)

## ۲-۲. ماهیت نسب

در خصوص ماهیت نسب چهار نظریه مطرح است:

الف) نسب یک حقیقت شرعیه است که صرفاً قانون یا شرع آن را جعل

۱- «هو الاتصال بالولادة بانتها، واحد الشخص إلى الآخر كالأب والابن أو بانتهائهما إلى الثالث».

می‌کند. در این معنا مشروع و قانونی بودن نسب، منوط به نظر مقنن است. برای مثال، به موجب قانون مشروعیت انگلیس<sup>۱</sup> مصوب ۱۹۵۹ و مواد ۳۳۰ و ۳۳۱ قانون مدنی فرانسه، طفل غیر مشروع، با ازدواج بعدی والدین مشروع می‌شود؛ بنابراین، مشروع کردن نسب، در نتیجه‌ی ازدواج تحقق می‌یابد و یا به حکم مقامات قضائی؛ بر این اساس، در حقوق فرانسه و انگلیس، در کنار نسب مشروع، نسبت به برقراری نسب برای اطفال نامشروع نیز جعل قانون شده است. (صفر، ۱۳۸۳، ص ۲۴۳)

ب) نسب، امری واقعی، طبیعی و تکوینی است که از طریق ژنتیکی، یا انتقال اجزای سلولی و ژنتیکی یک شخص، قابل تحقق است، هر چند نحوه‌ی انتقال این اجزاء مشروع نباشد. (شهیدی، ۱۳۷۵، ص ۱۶۴)

ج) نسب یک حقیقت عرفیه است؛ یعنی عرف، هر رابطه و نسبی را قابل تحقق بداند، قانون نیز می‌پذیرد؛ هم‌چنان که حقوق اسلام، نسب خونی پیش از اسلام را که عرف پذیرفته بود، تنفیذ نمود. (همان‌جا)

د) نسب صرفاً رابطه‌ای اعتباری است که از راه قانون یا عرف یا اراده‌ی طرفین آن قابل تحقق است؛ اعم از آن که رابطه‌ی خونی و ژنتیکی میان طرفین وجود داشته باشد، یا خیر.

شارع و به تبع آن قانون‌گذار، بنا بر مصالحی از جمله پیش‌گیری از هرج و مرج و اختلاط میاه و ایجاد نظم به خصوص از لحاظ تعیین حقوق و تکالیف منسوبین نسبت به یکدیگر، نکاح را تأسیس نموده و رابطه‌ی نسبی طفل ناشی از نکاح را با دو طرف صاحب نطفه به رسمیت شناخته و طفل ناشی از نزدیکی به شبهه را نیز به طفل حاصل از نکاح ملحق ساخته است. در نتیجه‌ی این تأسیس، قانون‌گذار رابطه‌ی طفل ناشی از زنا را با طرفین نطفه قطع کرده و آن را مشمول احکام خاص این رابطه ندانسته است.<sup>۲</sup>

هم‌چنین شارع تلاش نموده تا آنجا که عادتاً ممکن باشد، رابطه‌ی نسبی مشکوک را ثابت فرض کند،<sup>۳</sup> با الحاق طفل به پدر و مادر و فرض نسب مشروع، نسل بشر

#### 1- Legitimacy Act.

۲- ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود.»

صاحب جواهر در این خصوص چنین می‌گوید: «النسب یثبت مع النکاح الصحیح و مع الشبهه و لایثبت مع الزنا» (جواهرالکلام، ج ۲۹، ص ۲۳۴)

۳- اطلاق مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۰ قانون مدنی ایران.

را از سرگردانی و بلا تکلیفی نجات داده و موارد قطع رابطه‌ی نسب را هر چه بیش‌تر محدود سازد. بنابراین، به جز مواردی که تصریح به عدم اعتبار آن‌ها نموده، در سایر مواضع، در تعیین نسب از حدود اعتبارات عرفی تجاوز نکرده است، لذا، چنان‌چه در مواردی از نسب عرفی، دلیلی به عنوان مخصص در دست نباشد، می‌توان حکم عام را جاری نمود؛ برای مثال، هرگاه تردید کنیم که آیا شارع و قانون‌گذار در اعتبار نسب طفل، حد معینی از اختلاف سنی زوجین را تجویز کرده و در صورت وجود اختلاف سنی بیش‌تر، نسب طفل را با زوجین قطع می‌کند یا نه، بی‌تأمل باید از نظر عرف متابعت کرد و قائل بر آن شد که چون عرف به محض تکون شخصی از نطفه‌ی شخص دیگر، رابطه‌ی نسبی را برقرار می‌سازد و جهات دیگر را در پیدایش نسب مؤثر نمی‌داند، لذا قانون نیز از همین نظر پیروی می‌کند.

حقوق ایران در خصوص ماهیت نسب، به نظریه‌ی حقیقت شرعیه بودن نسب نزدیک‌تر است. به‌رغم آن‌که، به تبع نظریات مشهور فقهای امامیه، واقعی و طبیعی بودن نسب و توجه به عرف نیز تا حدودی از نظر دور نمانده است، نظریه‌ی اصلی پذیرفته شده، همان نظریه‌ی قانونی بودن نسب است؛ زیرا اعتبار و قرارداد، موجب تحقق نسب نمی‌شود؛ به عنوان مثال فرزندخواندگی در حقوق برخی از کشورها موجب تحقق و شناسایی نسب است، اما رابطه‌ی اعتباری و قراردادی در حقوق اسلام و ایران موجب نسب شناخته نمی‌شود. در قرآن کریم نیز، فرزندخواندگی موجب تحقق رابطه‌ی حقیقی فرزندی تلقی نشده و ازدواج مؤمنان با فرزندخوانده‌ها و زنان سابق فرزندخوانده‌ی آن‌ها نیز مجاز شناخته شده است. (احزاب: ۳۷)

مثال دیگر، رابطه‌ی ناشی از رضاع است؛ مطابق نظر مشهور فقهای امامیه و قانون مدنی ایران، رضاع<sup>۱</sup> که امری اختیاری و به اراده‌ی اشخاص است و از موانع نکاح محسوب می‌شود، تحقق نسب را موجب نشده و دیگر آثار نسب را در بر ندارد؛ بلکه صرفاً از حیث مانعیت نکاح همانند نسب است و صرف نشر حرمت را نیز نمی‌توان جعل نسب دانست. (صفار، همان، ص ۲۴۴)

۱- ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی: «قربان رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قربان نسبی است...».

### ۳. نظریه‌ها در مورد نسب مادری کودک تولد یافته از اهدای جنین

در خصوص هویت و نسب مادری کودک متولد از اهدای جنین، میان فقها و علمای حقوق اختلاف است. عده‌ای صاحب تخمک را مادر واقعی کودک می‌دانند و برخی صاحب رحم را مادر تلقی کنند؛ در این میان، تعدادی، صاحب رحم و صاحب تخمک را مادر کودک می‌دانند و بر این اعتقادند که چنین کودکی دو مادر دارد و سرانجام برخی هیچ یک را مادر کودک تلقی نکرده و به بی‌مادر بودن چنین کودکی معتقدند. در مباحث زیر هر یک از این دیدگاه‌ها شرح داده می‌شود.

#### ۳-۱. مادر بودن صاحب تخمک و ادله‌ی آن

قائلین به این دیدگاه، می‌گویند از دید عرف، ملاک مادر بودن، همانند ملاک پدر بودن است. عرف، زنی را که در نخستین مرحله‌ی آفرینش و ایجاد و پیدایش جنین سهم دارد، به عنوان مادر تلقی می‌کند و آن زن جز صاحب تخمک، شخص دیگری نیست؛ زیرا تخمک وی در نخستین مرحله‌ی وجود کودک دخالت داشته و نطفه‌ی جنین از ترکیب تخمک وی و اسپرم به وجود آمده است. پس از این مرحله تغذیه، پرورش و رشد جسمانی و روحی جنین، نقشی جز استمرار بقا و رشد وی ندارد.

از نظر دانش پزشکی به اثبات رسیده است که منشأ پیدایش و سلول سازنده‌ی جنین از ناحیه‌ی مادر، تخمک زن است و در این تردیدی نیست؛ بر اساس آخرین اطلاعات پزشکی، رحم زن در تغذیه، رشد و حفظ جنین نقش‌های متعددی ایفا می‌کند، اما نقشی نخستین در پیدایش و حتی تکامل جنین ندارد؛ زیرا، کودک محصول تخمک زن است (غفاری، ۱۳۸۲، ص ۹) از سوی دیگر، عرف از پیدایش طفل از نطفه‌ی زن و مرد، یک نوع رابطه‌ی واقعی و طبیعی انتزاع می‌کند که نسب نام دارد.

در عرف گذشته، راه تشخیص پیدایش و تکون فرزند، زاییدن بوده؛ زایمان ملاک عرفی و اماره‌ی ظاهری بر این امر بود که رحم زن در تشکیل جنین دخالت دارد؛ حال که به شیوه‌ی علمی، منشأ پیدایش جنین ثابت شده است، نمی‌توان به نحو اطلاق، زایمان را اماره دانست. از نظر قضایی، اثبات خلاف اماره ممکن است، اسلام برای حفظ آرامش کانون خانواده، اماره بودن زایمان را حفظ کرده و واقعیت‌های علمی واقعی را در حالات عادی مناط اعتبار ندانسته است. این موضوع که عرف منشأ پیدایش فرزند را غیر



از زایمان و حمل می‌داند، مورد تأیید قانون‌گذار اسلام نیز قرار گرفته است؛ به نحوی که در قرآن کریم نیز (فرقان: ۵۴)؛ نسب، نتیجه‌ی پیدایش و ثمره‌ی نطفه قلمداد شده است؛ این معنا از تعبیر «جعل نسب به نسب» و همچنین از تفریع «جعل نسب بر خلق از ماء» قابل استفاده است و نیز در آیه‌ای دیگر<sup>۲</sup> (انسان: ۲) با اشاره به نطفه یا زیگوت حاصل از ترکیب اسپرم و تخمک مرد و زن ایجاد انسان را مبتنی بر نطفه می‌داند که مخلوطی از اسپرم و تخمک است.<sup>۳</sup> نتیجه آن که، انتساب فرزند حاصل از انتقال جنین به صاحب اسپرم و صاحب تخمک است و صاحب رحم با فرزند رابطه‌ای نسبی ندارد؛ هر چند به نظر می‌رسد به لحاظ حداقل نه ماه تغذیه جنین، بتوان وی را در حکم مادر رضاعی طفل تلقی کرد. از سوی دیگر، شارع مقدس در خصوص زنا نیز صرفاً توارث را به عنوان یکی از آثار نسب منافی دانسته است؛ بنابراین، باید به این نتیجه قائل شد که حتی در زنا نیز به جز ارث بر فرزند و پدر و مادر طبیعی احکام دیگر مترتب می‌شود که این حرمان به اعتبار مزج غیرشرعی نطفه و تخمک است نه تماس جنسی و دخول؛ زیرا شارع مقدس بر دخول مجازات بار کرده است. با این وجود زانی و زانیه، پدر و مادر طفل هستند و تمام تکالیف بر آن‌ها وضع می‌شود؛ بدیهی است در اینجا صرفاً ملاک رابطه‌ی نسبی، مزج نطفه و تخمک است، نه تماس جنسی.

نتیجه آن که، عرف از رابطه‌ی ژنتیکی فرزند با صاحب اسپرم و تخمک، عنوان نسب را انتزاع می‌کند، بنابراین، عنوان نسب، یک اعتبار صرف و قراردادی نیست تا بتوان با وضع و تدوین قانون، رابطه‌ی شخص را از منشأ ژنتیکی جدا نمود، بلکه عنوانی دارای منشأ تکوینی، واقعی و طبیعی است، از این رو عرف، طفل را فرزند صاحب نطفه می‌شناسد و بین او و صاحبان نطفه، رابطه‌ی نسب برقرار می‌نماید؛ صاحب تخمک، مادر کودک محسوب می‌شود و نسب قانونی بین زنی که طفل در رحم او رشد پیدا کرده و 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 نیز سبب تحقق نسب نیست؛ (شهیدی، همان، ص ۱۶۶) زیرا، اساس و منشأ تکون طفل، همان اسپرم مرد و تخمک

۱- «و هو آذی خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً و کان ربک قدیراً»

۲- «إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا»

۳- آیات دیگری نیز از قرآن کریم، بر این معنا اشعار دارد؛ از جمله: (نجم: ۴۶؛ مرسلات: ۲۰؛ مؤمنون: ۱۴؛ مریم: ۸؛ ذاریات: ۲۷)



زن است. تخمک زن یکی از دو علت لازم برای به وجود آوردن طفل است؛ از این رو، این مادر ژنتیکی، باید مادر قانونی طفل تلقی شود و با توسل به مبانی اصولی مانند اصل عدم حرمت و عدم قرابت، حکم به تحقق خویشاوندی میان طفل و زنی که نطفه‌ی او در مرحله‌ی تکون شرکت نداشته، اما تکامل طفل در رحم وی انجام شده است، موجه به نظر نمی‌رسد (همان، ص ۱۶۸-۱۶۷)، لذا مادر ژنتیکی، مادر قانونی طفل به شمار می‌آید. برخی از نویسندگان حقوق کشور نیز بر این دیدگاه اذعان دارند! اینان بر این عقیده‌اند که عالم پزشکی نتوانسته است در خصوص نقش رحم در تکون جنین حقایق زیادی را آشکار نماید؛ این مقدار آگاهی موجود از نقش رحم در رشد جنین، برای تغییر دآوری عرف در انتزاع مفهوم نسب و انتساب کودک به زن صاحب رحم کافی نیست و نمی‌توان عرفاً زن صاحب رحم را مادر تلقی کرد. بنابراین، کودک محصول تخمک زن است و باید به او ملحق شود مادر ژنتیکی، مادر قانونی است.

برخی از فقهای معاصر نیز به این دیدگاه قائل هستند.<sup>۱</sup> برخی عبارات ایشان در این خصوص، چنین است: «بچه متعلق به مرد و زن صاحب نطفه است». (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۸۲، ص ۱۲۷۵) «فرزند متعلق به صاحبان نطفه است، ولی ارث بردن ولد از صاحب نطفه محل اشکال است». (گلپایگانی، ۱۴۱۹ ه.ق، ص ۵۳) «استفاده از نطفه بیگانه برای صاحب فرزند شدن جایز نیست و تولد فرزند باید مستند به ازدواج صحیح شرعی باشد، ولی اگر چنین عملی انجام شود، فرزند متعلق به صاحبان نطفه است و نسبت به مادری که در رحم او کشت شده، نیز محرم می‌باشد، بدون آن که از او ارث ببرد». (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰، ص ۴۶۶) یکی دیگر از ایشان با پذیرش این نظریه، زن صاحب تخمک را مادر تلقی می‌کنند، اما پدر بودن صاحب نطفه را در صورتی پذیرفته‌اند که از نطفه‌ی خود اعراض نکرده باشد. (صانعی، ۱۳۸۰، ص ۱۳۲۳)

قیاس اسپرم مرد با تخمک زن از جهت انتساب طفل به آن‌ها، قیاس مع الفارق است؛ زیرا رابطه‌ی طفل با پدر منحصر به اسپرم مرد است و مرد پس از دادن سلول جنسی، نقش دیگری در تکون جنین ندارد، اما زن علاوه بر دادن تخمک، جنین را تا زمان تولد در رحم خود رشد می‌دهد؛ صرفاً در صورتی که رحم در کار نبوده و

۱- از فقهای معاصر آیت‌الله خامنه‌ای، آیت‌الله مکارم شیرازی، آیت‌الله صافی گلپایگانی و تعداد دیگری از فقها نظر مذکور را ارائه فرموده‌اند.

سلول‌های جنسی زن و مرد، در خارج از رحم تلقیح شده و به طور آزمایشگاهی تا هنگام تولد در خارج از رحم رشد و نمو پیدا کند، قیاس اسپرم با تخمک صحیح خواهد بود. ملاک مادر بودن از دیدگاه عرف، به ویژه عرف عام، به وجود آمدن کودک از تخمک زن نیست، بلکه در نگاه عرف و به ویژه در زمان‌های گذشته و صدر اسلام که عرف از وجود تخمک و تکون کودک از آن اطلاعی نداشت، حمل و ولادت کودک و بارداری آن تا تولد بیشتر مدنظر بوده است؛ شاید به همین دلیل بوده است که در آیات و روایات به مادر حقیقی طفل «والده» که به معنای زاینده‌ی طفل است، اطلاق شده است، حال آن که لفظ «ام» به معنای اعم شامل مرضعه و حاضنه نیز بوده است.

### ۲-۳. دیدگاه مادر بودن صاحب رحم و ادله‌ی آن

در مقابل دیدگاه یاد شده، برخی فقهای معاصر و نویسندگان بر این عقیده‌اند که 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 بود؛ ایشان زنی که کودک را زایمان می‌کرد، مادر می‌دانستند و قانون‌گذار اسلام نیز این عرف را تحت شرایطی امضا کرد.

برخی از قائلین به این دیدگاه، (موسوی خویی و تبریزی، ۱۴۱۸هـ.ق، ص ۳۷۲) برای تأیید این نظریه به آیاتی چند استدلال کرده‌اند. نخستین و مهم‌ترین، آیه‌ی شریفه‌ی «... ان أمهاتهم الا اللائی ولدنهم». (مجادله: ۲) است. بدین معنی که آیه مطلقاً زانی را که می‌زایند، مادر محسوب کرده است. خواه تخمک از وی باشد یا نباشد؛ به خصوص که با کلمات حصر این مفهوم را اعلام نموده است و به رغم آن که حصر در اینجا اضافی است و در رد کسانی است که با اظهار، زانسان را مادرانشان می‌پنداشتند، اما در علم اصول اثبات شده که مورد، مخصص یا مقید نیست و نزد عقلا ظهور کلام ملاک اعتبار است. آیات دیگری که مورد استناد قرار گرفته است، آیه‌ی شریفه‌ی «و وصینا الإنسان بوالدیه إحساناً حملته أمه کرهاً و وضعته کرهاً...» است. (احقاف: ۱۵) همچنین به آیه‌ی شریفه‌ی «و وصینا الإنسان بوالدیه حملته أمه وهناً علی وهن ...» استناد شده است. (لقمان: ۱۴)

استدلال ایشان به آیات مزبور آن 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 است که هر کس حمل نکند و نزاید و مشقت‌های حمل را تحمل نکند، مادر نیست (رضانیامعلم، ۱۳۸۳، ص ۳۲۴) از نظر عقلی نیز فرزند تنها نتیجه‌ی تخمک و صفات به ارث برده شده از زن نیست، بلکه فرزند و به طور کلی انسان، نتیجه‌ی تعامل با محیط اطراف است؛ خصوصاً آن زمانی که به صورت جنین به دیواره‌ی رحم چسبیده و همه‌ی وجود و رشد روانی و جسمی وی متأثر از رحم است. چنان که خداوند می‌فرماید: «شما را در شکم‌های مادرانتان آفرینشی پس از آفرینشی (دیگر) در تاریکی‌های سه‌گانه (مشیمه، رحم و شکم) خلق کردیم» (زمر: ۶) باز در جای دیگر پروردگار می‌فرماید: «خداوند می‌داند آنچه را هر ماده‌ای (در رحم) باز می‌گیرد و آنچه را که در رحم‌ها می‌کاهند و آنچه را می‌افزایند.» (رعد: ۸) بنابراین، کاهش و افزایش در جنین از مواردی است که رحم زن حامل آماده کرده است؛ در این صورت آیا سزاوار است صاحب تخمک را مادر بدانیم و نقش صاحب رحم را به اندازه‌ی پرورش‌دهنده کاهش دهیم؟

بر این دیدگاه چنین خدشه شده است که آیه‌ی شریفه «إِنَّ أُمَّهَاتِهِمِ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ» وافی به مقصود نیست؛ زیرا، اولاً، آیه در مقام رد پندار کسانی است که گمان می‌کردند به صرفظهار، همسر، مادرشان می‌شود که حرمت ابدی دارد، بنابراین، در مقام بیان مفهوم شرعی مادر نبوده و مقدمات حکمت جهت اخذ اطلاق، تمام نیست تا گفته شود مورد نمی‌تواند تخصیص بزند. ثانیاً، معنای اصلی «ولد»، بیرون شدن چیزی از چیز دیگر است و پیدایش از آن، ثمره‌اش می‌باشد پس این اصل (پیدایش چیزی از چیز دیگر) در تمام مشتقات و تعابیر متفاوت لغت «ولد» وجود دارد. (رضانیامعلم، همان، ص ۳۲۵) بر این اساس، ظاهر آیه آن است که مادران شما کسانی هستند که شما را به وجود آورده‌اند و زنان شما چون شما را به وجود نیآورده‌اند، مادر محسوب نمی‌شوند. این معنا بر زاییدن و زایمان زنان دلالت ندارد تا مشعر یا صریح در این باشد که ملاک مادر بودن، زایمان است، بلکه به عکس ظاهر در این است که منشأ پیدایش

۱- «... یخلقکم فی بطونِ أُمَّهَاتِکُمْ خَلْقاً مِنْ بَعْدِ خَلْقِ فِی ظِلْمَاتٍ ثَلَاثٍ...»

۲- «لِلَّهِ يُعَلِّمُ مَا تُحْمَلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَ مَا تُعْضِ الْأَرْحَامُ وَ مَا تُرْذَلُ...»

فرزند محسوب نمی‌شود. شاهد این مدعا، آیات متعددی است که در آن‌ها بر پدر نیز اطلاق «والد» شده است.<sup>۱</sup> حال آن که پدر نمی‌زاید، بلکه به وجود آورنده است؛ بنابراین، استدلال به آیه تمام نیست؛ همچنین دو آیه‌ی شریفه‌ی استنادی دیگر، بر این دلالت ندارد که مادر کسی است که حمل نماید و بزاید یا سختی را تحمل نماید، بلکه به انسان تذکر می‌دهد آن وقت که چنین بوده‌اید مادر شما، شما را حمل و زایمان کرده است. پس، از نیکی در حق آن‌ها دریغ نکنید؛ ضمن آن که، مطابق این آیات، اطلاق امّ بر زن حامل، پیش از زایمان صحیح است، پس زایمان ملاک تعیین مادر نیست. این استدلال دقیق نیست؛ زیرا، همان که حمل می‌کند، آخر الامر می‌زاید.

نتیجه آن که، اولاً، آیات یاد شده و آیات دیگر در مقام بیان شرعی مفهوم «ام» نیستند تا گفته شود: هر کسی شما را زاییده است، مادر شما است، ثانیاً، فقهای اسلامی اتفاق نظر دارند که عناوین پدر بودن، مادر بودن، پسر و دختری، از عناوینی هستند که دارای معنای شرعی نیستند، بلکه با همان معانی و مفاهیم عرفی موضوع احکام قرار گرفته‌اند، ثالثاً، صرف نظر از ظهور کلمه‌ی ولد با همه مشتقاتش در معنای موجود شدن و پیدایش، یادآوری حمل و زایمان در این آیات از باب غلبه است؛ به طوری که در آن زمان همیشه چنین بوده است.

همچنین در خصوص استناد به عقل در این نظریه ایراد کرده‌اند که اولاً، این مسأله به قیاس شبیه‌تر است. ثانیاً، احکام بر همان عناوین موضوعات خارجی مترتب می‌شوند نه بر ملاک آن‌ها؛ خصوصاً آن که احراز ملاک‌های واقعی احکام و علم به آن‌ها غیر ممکن است. ثالثاً، به رغم آن که از نظر پزشکی ثابت شده است که رحم نقش‌های متعددی، نظیر آماده‌سازی محیط برای پذیرش جنین، کنترل رشد آن، کنترل و مهار سیستم دفاعی موجود در بدن برای جلوگیری از دفع جنین، تغذیه و ... دارد؛ اما این نقش‌های رحم جنبه‌ی سازندگی و تشکیل‌دهندگی برای جنین ندارد. با وجود آن که نقش رحم فراتر از یک ظرف و تغذیه‌ی صرف برای جنین است، داوری عرف را برای پیدایش جنین از اسپرم و تخمک دگرگون نمی‌کند.

۱- لقمان: ۳۳ و آیات دیگر. مقصود از والد مطلق آن چیزی است که خودش چیزی را ایجاد می‌کند. بنابراین، اطلاق والد بر زن دیگر نیز به این معنا صحیح است؛ این احتمال وجود دارد که در آیه این معنا از ولدنهم مقصود باشد و در این صورت استدلال به آیه تمام نیست.

۲- «الاحکام ترتب علی عناوین موضوعاتها لا علی ملاکاتها»

عرف با ملاحظه‌ی مناسبات میان جنین و زن و مرد آن را انتزاع می‌کند و در حقیقت، قانون‌گذار این داوری را امضا و تأیید کرده و گاه شرایط و قیودی هم به آن اضافه می‌کند. در اینجا این پرسش مطرح می‌شود که آیا از نظر علم پزشکی مناسبات واقعی میان جنینی که در حال تبدیل شدن به انسان کامل است، با زن صاحب رحم به اندازه‌ای هست که در داوری عرف مؤثر واقع شده و بتواند طفل را به زن صاحب رحم نسبت دهد؟ (جعفرزاده، ۱۳۷۷، ص ۱۵)

واقعیت آن است که از نظر علم پزشکی، جنین پیش از لانه‌گزینی به صورت یک توده‌ی سلولی تمایز نیافته و مانند یک تومور سرطانی، قادر به جایگزینی در هر بخشی از بدن است و اگر در جایی به جز رحم جایگزین شود، مانند یک تومور رشد کرده و سبب تخریب آن بافت می‌گردد (مانند حاملگی‌های خارج رحمی که منجر به خونریزی فراوان از بافت مجاور می‌شود) و این در حالی است که همین جنین فقط در زمان خاصی در رحم قادر به جایگزینی می‌باشد و در غیر این زمان توسط رحم دفع می‌شود. بنابراین، یکی از نقش‌های مهم رحم، آماده‌سازی محیط برای پذیرش جنین و کنترل رشد تهاجمی آن است. از سوی دیگر، جنین محتویات ژنتیکی متفاوتی از مادر دارد و به همین جهت به طور طبیعی توسط سیستم ایمنی مادر به عنوان یک جسم خارجی تلقی می‌شود؛ جسمی که باید دفع شود؛ با وجود این، سیستم دفاعی در رحم به طور موضعی برای عدم دفع جنین، مهار می‌شود. همچنین، در زمان لانه‌گزینی، میان جنین و مادر پیام‌هایی مبادله می‌شود که به تمایز و نمو سلول‌های تمایز نیافته‌ی جنین کمک می‌کند. نقش مهم دیگر رحم، در تشکیل جفت است که در مبادلات غذایی، تنفسی و مواد دفعی جنین با مادر نقش اساسی دارد. نتیجه آن که، از نظر پزشکی نقش رحم بسیار فراتر از یک ظرف و تغذیه صرف برای جنین است.

با توجه به این مقدار اطلاعات پزشکی و رشد جنین در رحم و سرانجام واقعه‌ی زایمان، گروهی بر این باورند که عرف، طفل را منتسب به زنی می‌داند که او را زاییده است؛ این مفهوم به راحتی از تعریف مادر در فرهنگ‌های لغت نیز مستفاد است. یکی از نویسندگان حقوق کشور بر این اعتقاد است که اساساً در 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. با وجود این، صاحب رحم

را مادر می‌دانستند. این نشان می‌دهد که مبنای داوری آنها زاییدن بود، یعنی آن که کودک را زایمان می‌کرد، مادر دانسته می‌شد، قانون‌گذار اسلام نیز این عرف را تحت شرایطی امضاء کرد. بنابراین، کودک ملحق به زن صاحب رحم است. (فروزان فرومزروعی، ۱۳۸۴، ص ۱۰۶)

می‌توان برخی آیات و روایاتی که بر تأثیر رحم در تکون طفل نقش دارد، بدین ترتیب برشمرد:

۱- «خدا است آن که صورت شما را در رحم مادرانتان هرگونه اراده کند می‌آفریند خدایی جز آن ذات یکتا نیست که به هر کار خواهد توانا و به همه چیز دانا است» (آل عمران: ۶)

با وجود آن که، خدای متعال در این آیه تصویر و صورتگری انسان و کیفیت آن را به خواست و اراده‌ی الهی مبتنی ساخته است، آن را با قید «یصورکم فی الارحام» آورده که بر اهمیت و نقش رحم اشاره دارد.

۲- «همانا ما آدمی را از گل خالص آفریدیم پس او را نطفه گردانیده و در جای استوار قرار دادیم؛ سپس نطفه را علقه و علقه را گوشت پاره و آن گوشت را استخوان و سپس بر استخوان‌ها گوشت پوشانیدیم (و پیکری کامل نمودیم) پس از آن (به دمیدن روح پاک) خلقتی انشاء نمودیم آفرین بر قدرت کامل بهترین آفریننده» (مؤمنون: ۱۲/۱۴)

در این آیه و همچنین آیه‌ی دیگری<sup>۳</sup> (حج: ۵) مراحل خلقت انسان و رشد و نمو او از خاک تا انسان کامل و رجعت دوباره‌ی او به خاک به نحو روشنی بیان شده است. آیات مذکور دو حقیقت مستقل را بیان می‌کنند؛ از یک سو، به منشأ خلقت انسان از خاک به عنوان یک موجود تک‌سلولی اشاره نموده و از سوی دیگر، نحوه‌ی خلقت انسان از طریق تکثیر سلولی و نشأت از نطفه را متذکر می‌شوند. از میان این مراحل خلقت که مشتمل بر هفت مرحله است، فقط مرحله‌ی آفرینش از خاک و جعل نطفه، در خارج از

۱- «هو الذی یصورکم فی الارحام کیف یشاء لاله الا هو العزیز الحکیم

۲- «و لقد خلقنا الانسان من سلاله من طین- ثم جعلناه نطفه فی قرار مکین- ثم خلقنا النطفه علقه فخلقنا العلقه مضغه فخلقنا المضغه عظاماً فکسونا العظام لحماً ثم انشأناه خلقاً آخر فتبارک الله احسن الخالقین»

۳- «یا ایها الناس ان کنتم فی ریب من البعث فانا خلقناکم من تراب ثم من نطفه ثم من علقه ثم من مضغه مخلقه و غیر مخلقه لنبین لکم و نفر فی الارحام ما نشاء...».

رحم تحقق می‌یابد؛ سایر مراحل، در رحم صورت می‌گیرد؛ این امر، خود مبین این حقیقت است که نقش رحم از تخمک و نطفه بیش‌تر است؛ زیرا، در وجود زن صاحب رحم است که نطفه به علقه تبدیل شده و سپس مراحل بعدی را طی می‌کند تا هنگامی که به اراده‌ی الهی مرحله‌ی پایانی و نهایت خلقت انسان صورت گرفته و با نفخ روح تبدیل به یک انسان کامل می‌شود.

بنابراین، اگر قرار باشد این همه تغییر، تحول، تکون و پیشرفت منشأ اثر نباشد و صرفاً به منشأ اصلی پیدایش توجه شود، باید اصولاً خاک، منشأ و اصل خلقت، تلقی شود نه نطفه؛ زیرا، وفق نص صریح قرآن حکیم، انسان اولیه از خاک پدید آمده است. حال آن‌که، این نوع برداشت صحیح نبوده و باید به تمام مراحل خلقت انسان و تعدد آن‌ها توجه شود؛ حال که از هفت مرحله‌ی پیدایش انسان کامل، پنج مرحله در رحم تحقق می‌یابد، چگونه می‌توان به چنین نقشی که رحم داشته، توجه نکرده و صاحب رحم را مادر تلقی نکرد. شاید به همین جهت باشد که عرف تمام جوامع دنیا، ملاک مادر بودن را به حمل و وضع آن مترتب می‌داند. (فروزان فرومزروعی، همان، صص ۱۱۹-۱۱۸) بنابراین، در صورت تردید در مادر بودن انحصاری یکی از دو زن صاحب تخمک و صاحب رحم، مادر بودن صاحب رحم، ادله‌ی قوی، محکم و قابل قبول‌تری دارد.

هم‌چنین از برخی روایات و از جمله روایتی که کلینی از سعید بن مسیب از امام زین‌العابدین علی بن الحسین (ع) نقل می‌فرمایند استنباط می‌شود که تحول نطفه به علقه و علقه به مضغه و...، غیر از چیزی است که در اسپرم و تخمک وجود دارد. این تحول عظیم علاوه بر تحولات و رشد جسمی، اعطای روح است که در جنین اتفاق می‌افتد و در همین مرحله است که جنین به انسان کامل تبدیل شده و از آن پس، دیه‌ی انسان کامل را دارد.<sup>۱</sup>

برخی نظام‌های حقوقی جهان، به صراحت حکم این مسأله را بیان نموده‌اند؛ از جمله، ماده‌ی ۲۷ قانون باروری انسانی و جنین‌شناسی مصوب ۱۹۹۰ انگلیس، در بند یکم خود مقرر داشته است که «فقط زنی که در نتیجه قرار دادن یک جنین یا اسپرم یا تخمک در بدن او، در حال حمل طفل بوده و یا او را حمل نموده است، مادر طفل تلقی

۱- مواد ۴۸۷ به بعد قانون مجازات اسلامی.



می شود نه زن دیگر». بند دوم همین ماده نیز اعلام می دارد که بند یکم در مورد کودکی اعمال نمی شود که به واسطه‌ی فرزندخواندگی، فرزند پذیرنده یا پذیرندگان او محسوب می شود.

چنین حکمی، از یک فرض مقرر در حقوق کامن لان نشأت می گیرد که به موجب آن هر زنی که مطابق مقررات، کودکی را به دنیا می آورد، مادر وی محسوب می شود. (Douglas, 1993, p.636)

### ۳-۳. دیدگاه دو مادری و ادله‌ی آن

قائلین به این دیدگاه، به رغم آن که معیار پیدایش فرزند از ناحیه‌ی پدر را بر اثر عامل اسپرم می دانند، ارتباط و انتساب فرزند به مادرش را در نتیجه‌ی دو عامل می دانند: نخست، ارتباط تکوینی و وراثتی فرزند به مادر که به وسیله‌ی تخمک حاصل می شود و دوم، ارتباط حملی، ولادتی و حضانتی که به وسیله‌ی رحم محقق می شود.

در حقیقت، طرفداران این نظریه بر این باورند که صاحب تخمک و صاحب رحم هر دو، مادر مشروع تلقی می شوند. استدلال ایشان بر این است که روایات وارده مبنی بر مادر بودن صاحب رحم، به مواردی انصراف دارد که رحم زن یکی از دو رکن تشکیل دهنده‌ی جنین است؛ بدین معنی که نطفه به وسیله‌ی تخمکی که توسط همین رحم تولید می شود، تشکیل شده باشد و در فرض بحث که رحم، تولیدکننده و در نتیجه تشکیل دهنده‌ی جنین نیست، بلکه جنین تنها در رحم پرورش یافته و نوزاد از او متولد شده است؛ احتیاطاً مادر تلقی خواهد شد؛ این گونه فرزندان دو مادری هستند و ظاهراً مقصود آن است که هر دو مادر واقعی و نسبی هستند. (رضانیا معلم، همان، ص ۳۲۵)

برخی دیگر از طرفداران این نظر معتقدند حتی اگر نتوان هر دو را مادر نسبی محسوب کرد، فرزند با هر یک از صاحب تخمک و صاحب رحم نوعی ارتباط دارد و هر دو را می توان به عنوان مادر رضاعی دانست؛ زیرا، هر دو در پیدایش و تکون نوزاد تأثیرگذار و سهمیم بوده‌اند و از سوی دیگر دلیل قاطعی مبنی بر این که مادر شرعی صرفاً به یکی از این دو اختصاص دارد، در دست نمی باشد.

ارتباط هر دو زن با کودک تغییرناپذیر و پابرجا است؛ به نحوی که هر دوی ایشان بدون اضافه شدن به هم قادر به وجود آوردن کودک نبوندند. در این خصوص از

لحاظ طبیعی، ژنتیکی و نیز اخلاقی و عرف و عادت، از انتساب کودک به صاحب تخمک به عنوان اساس و منشأ تکون طفل نمی‌توان چشم پوشید و از سوی دیگر نمی‌توان از تعلق و وابستگی طفل به کسی که ماه‌ها در درون او و همچون جزئی از پیکر وی رشد کرده و شکل گرفته، صرف‌نظر کرد. مخصوصاً با توجه به مراحل مختلفی که پس از قرار گرفتن نطفه در رحم زن طی می‌شود تا نطفه شکل کامل انسانی بر خود گرفته و سرانجام به دنیا آید. (مهرپور، ۱۳۸۲، ص ۱۸۷)

پس می‌توان بر این دیدگاه بود که طفل دارای دو مادر است و همان گونه که پیشتر گفته شد، بر اساس این دیدگاه مانعی ندارد که طفل در آن واحد دارای دو رابطه‌ی مادری باشد؛ زیرا، این رابطه‌ها اعتباری هستند و در عالم اعتبار می‌توان دو رابطه را با هم برقرار کرد.

یکی از مشکلاتی که در نتیجه‌ی قائل شدن به دیدگاه دومادری ایجاد می‌شود، مسأله‌ی توارث و مشکلات ناشی از آن است. ضمن آن که، پذیرش این نظریه در برخی موارد مستلزم توجه به قصد طرفین است. به عنوان مثال، زنی که امکان باروری را به طور طبیعی ندارد و به ناچار برای مثال سلول جنسی خواهر خود را به قصد باردار شدن و با علم و نیت وی و آگاهی هر دو از موضوع مورد استفاده قرار داده و در نهایت صاحب فرزند می‌شود، کدام منطق حقوقی اجازه می‌دهد که صاحب رحم، مادر نبوده و خواهر وی که صاحب تخمک است، مادر تلقی شده و یا در مادری زن صاحب رحم شریک شود. هرگاه نظریه‌ی مادر بودن مشترک صاحب رحم و صاحب تخمک پذیرفته شود، در مثال یاد شده، هر دو ایشان به طور همزمان مادر و نیز خاله‌ی کودک می‌باشد؛ این امر با فقه و قانون تعارض آشکار دارد.

#### ۴-۳. دیدگاه مادر نبودن هیچ یک از زنان صاحب تخمک و صاحب

##### رحم

نظریه‌ی چهارمی که از سوی برخی نویسندگان ارائه شده، این است که هیچ یک از دو زن صاحب تخمک و صاحب رحم نمی‌توانند عنوان مادر را داشته و رابطه‌ی مادر و فرزندی میان آن‌ها و جنین یا طفل برقرار شود؛ زیرا، مادر به کسی اطلاق می‌شود که فرزند از خون، ژن و سلول جنسی او حاصل شده و در رحم او رشد و نمو یافته باشد؛

به عبارت دیگر، مادر شخصی است که دارای دو خصیصه باشد: نخست آن که، فرزند از تخمک او حاصل شده باشد و دیگر آن که، فرزند در رحم وی رشد و نمو یافته و از او متولد شده باشد. بنابراین، در صورتی که هر یک از دو خصیصه در یک زن وجود نداشته باشد، اطلاق عنوان مادر بر چنین زنی صادق نیست. در مورد مادر نبودن زن صاحب رحم گفته شده است که اصل جنین از نطفه‌ی زن دیگر، یعنی زن صاحب تخمک می‌باشد هنگامی که اصل و منشأ آفرینش جنین ناشی از زن صاحب تخمک است، چگونه می‌توان زن صاحب رحم را مادر تلقی کرد؟ ضمن آن که برخی روایات نیز به اهمیت نطفه و تخمک مادر دلالت دارند؛ همانند روایاتی که شباهت فرزند به مادر یا دایی و خاله‌اش را ناشی از نطفه‌ی مادری او می‌دانند. (یستایی، ۱۴۲۵، ص ۴۲۳) بنابراین، زنی که تخمک کودک از وی نیست، یعنی زن صاحب رحم نمی‌تواند مادر تلقی شود. در مقابل، مادر باید صاحب رحم نیز باشد. بنابراین، هرگاه فرزند از نطفه‌ی یک زن باشد که فرزند در رحم او رشد نکرده، چنین زنی نیز نمی‌تواند مادر باشد. زیرا، آیات و روایات متعددی همانند آیات مورد استناد در نظریه‌ی قبلی بر مادر بودن زن صاحب رحم دلالت دارند و با جمع روایات (حرعاملی، ۱۴۰۳، ص ۵۷۹) و آیات اخیر با روایات دال بر مادر بودن صاحب نطفه می‌توان به این نتیجه رسید که در صورتی که صاحب تخمک و رحم یکی نباشند، هیچ یک مادر محسوب نمی‌شوند.

یکی از فقهای معاصر، (صانعی، ۱۳۸۲، ص ۶۴) زن صاحب رحم را مادر تلقی نکرده و زن صاحب تخمک را در صورتی مادر می‌داند که از نطفه‌ی خود اعراض نکرده باشد. بر این نظریه نیز برخی ایرادها مترتب می‌شود از جمله آن که، چگونه ممکن است، فرزندی که در حال طبیعی متولد شده است، مادر نداشته باشد؟ آیا پیشرفت‌های علم ژنتیک و امکان انتقال و اهدای جنین این حق را به بشر می‌دهد که فرزندی را از نعمت مادری محروم نموده و یا مادری را از مادر بودن منع کند؟ اینکه هیچ یک از این زنان، مادر محسوب نشوند، با هیچ منطقی سازگار نیست و وجدان حقوقی نیز آن را نمی‌پذیرد؛ شاید به همین دلیل است که در بین فقها و حقوق دانان کمتر کسی طرفدار این نظریه است.

۱- همانند روایت «الولد فی بطن أمه غذاوه الدم».

#### ۴. برآمد

اهدای جنین، به ویژه در تشخیص «مادر قانونی» طفل وضع دشواری را ایجاد کرده است. تلاش‌های صورت گرفته برای حل این مسأله، به طور جدی هنجارهای اجتماعی را تغییر داده و طرح دیدگاه‌های متفاوتی را موجب شده است. عرف جامعه نیز در این خصوص با ابهام مواجه بوده و داوری آن قاطع نیست.

از میان دیدگاه‌های مطرح شده، عقیده‌ی بدون مادر بودن این کودک به دلیل عدم داشتن مبانی علمی و همچنین مشکلات عملی مترتب بر آن قابل پذیرش نیست. زیرا، کودکی که حاصل لقاح اسپرم و تخمک مرد و زنی است که از طریق شرعی و قانونی به این عمل مبادرت نموده‌اند، نمی‌تواند بدون نسب باشد. دیدگاه‌های دیگر نیز هر یک بهره‌ای از حقیقت دارند، اما مصون از خدشه و انتقاد نیستند.

با توجه به این که امروزه در علم پزشکی به اثبات رسیده است که نقش رحم بسیار فراتر از تغذیه‌ی صرف است، به نظر می‌رسد دیدگاه مادر بودن صاحب رحم با واقع سازگارتر و دیدگاه برگزیده باشد. برخی آیات قرآن کریم به ویژه آیات ۱۴-۱۲ سوره‌ی مؤمنون، آیه‌ی ۴۶ سوره‌ی نجم و آیه‌ی ۶ سوره‌ی زمر و همچنین ادله‌ی حضانت همانند آیه‌ی ۲۳۳ سوره‌ی بقره که به زن صاحب رحم اختصاص دارد و روایات وارده که در آن‌ها به اهمیت بطون و ارحام مادران اشاره شده است، نیز می‌تواند مؤید و مستندی باشد بر حکم به مادر واقعی بودن زن صاحب رحم.

هم‌چنین، به موجب مقررات کنوانسیون حقوق کودک، باید همواره در تصمیم‌گیری‌های راجع به کودک مصلحت کودک و منفعت وی، مدنظر قرار گیرد. در حقیقت در روند اهدای جنین، قصد اهداکننده‌ی اسپرم و تخمک، داشتن فرزند نیست؛ این شخص از سلول جنسی خود اعراض نموده است و این اهداگیرندگان هستند که پس از به دنیا آمدن کودک، او را متعلق به خود می‌دانند: مصلحت این کودک اقتضاء دارد که به کسانی ملحق شود که خواهان تولد وی بوده و او را فرزند خود محسوب می‌نمایند. نتیجه آن که، با توجه به آیات قرآن کریم، اصل حاکمیت اراده، قصد اهداکنندگان و اهداگیرندگان و هم‌چنین مصلحت و منفعت کودک، مادر بودن زن صاحب رحم به واقع

۱- بند یک ماده‌ی ۳ کنوانسیون حقوق کودک: «در تمام اقدامات مربوط به کودکان توسط مؤسسات رفاه اجتماعی عمومی و یا خصوصی، دادگاه‌ها، مقامات اجرایی یا ارگان‌های حقوقی انجام می‌شود، منافع کودک از اهم ملاحظات می‌باشد.»

نزدیک تر است و مناسب است قانون گذار ایران برای پایان دادن به تمامی این مباحث، جنین زنی را به عنوان مادر طفل متولد از اهدای جنین به رسمیت شناسد.

### فهرست منابع

- ۱- امامی، اسدالله؛ مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه؛ چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۴۹.
- ۲- بروجردی عبده، محمد؛ کلیات حقوق اسلامی؛ چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۹.
- ۳- جعفرزاده، میرقاسم؛ در آمدی بر مسائل فقهی - حقوقی؛ بولتن تولید مثل و نازایی پژوهشکده بیولوژی و تکنولوژی جهاد دانشگاهی، شماره های ۱۳ - ۱، ۷۸ - ۱۳۷۷.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ حقوق خانواده؛ کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۶.
- ۵- جمعی از نویسندگان؛ روش های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)؛ چاپ اول، انتشارات سمت، ۱۳۸۰.
- ۶- دهخدا، علی اکبر؛ لغت نامه دهخدا؛ چاپ اول، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
- ۷- رضایا معلم، محمدرضا؛ باروری های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق؛ چاپ اول، انتشارات بوستان کتاب قم، ۱۳۸۳.
- ۸- روحانی علی آبادی، محمد؛ «حکم شرعی تلقیح اسپرم و نطفه بیگانه»؛ روش های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)؛ چاپ اول، انتشارات سمت، بهار ۱۳۸۰.
- ۹- شهیدی، مهدی؛ مجموعه مقالات حقوقی؛ چاپ اول، نشر حقوقدان، ۱۳۷۵.
- ۱۰- صاعی، حاج شیخ یوسف؛ استفتائات قضایی؛ دوره ی دوجلدی، چاپ دوم، نشر میزان، ۱۳۸۴.
- ۱۱- صاعی، یوسف؛ مجمع المسائل؛ جلد هفتم، انتشارات میثم تمار، قم، ۱۳۸۲.
- ۱۲- صفار، محمدجواد؛ «قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور در بوته نقد و تحلیل»؛ مجله ی تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ی ۳۹، بهار و تابستان ۱۳۸۳.

- ۱۳- صفایی، سیدحسین؛ امامی، سید اسدالله؛ **حقوق خانواده**؛ جلد اول، چاپ سوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۲.
- ۱۴- غفاری، معرفت؛ **«روش‌های پیشرفته در درمان نازایی»**؛ مجموعه‌ی مقالات روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (جمعی از نویسندگان)؛ چاپ دوم، انتشارات پژوهشکده‌ی ابن‌سینا و سازمان سمت، ۱۳۸۲.
- ۱۵- فروزان‌فر، مجتبی؛ مزروعی، رسول؛ **«برخی از احکام تکلیفیه و وضعیه تلقیح مصنوعی و طفل متولد از آن»**؛ مجموعه‌ی نظریات مشورتی فقهی در امور حقوقی؛ جلد چهارم (تهیه و گردآوری معاونت آموزش قوه قضائیه)، چاپ اول، قم، نشر قضا، ۱۳۸۴.
- ۱۶- مکارم شیرازی، ناصر؛ **مجموعه استفتائات جدید**؛ جلد اول و دوم، چاپ دوم، قم، انتشارات امام‌علی‌بن‌ابی‌طالب، ۱۳۸۰.
- ۱۷- مهرپور، حسین؛ **«نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی»**؛ مجموعه‌ی مقالات روش‌های نوین تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق؛ چاپ دوم، انتشارات پژوهشکده‌ی ابن‌سینا و سازمان سمت، ۱۳۸۲.
- ۱۸- ابن‌فارس، احمد؛ **معجم مقاییس اللغه**؛ [بی‌جا]، مکتب الاعلام اسلامی، ۱۴۰۴ هـ.
- ۱۹- حر عاملی، محمدبن حسن؛ **وسائل الشیعه**؛ الطبعة الرابعة، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۳۹۱ هـ.
- ۲۰- حسینی خامنه‌ای، سیدعلی؛ **اجوبه الاستفتائات**؛ جلد دوم، چاپ پنجم، تهران، انتشارات هدی، ۱۳۸۲.
- ۲۱- حسینی سیستانی، سیدعلی؛ **المستحدثات من المسائل الشرعیة**؛ جلد دوم، لندن، مؤسسه امام علی (ع)، ۱۴۱۶ هـ.
- ۲۲- صافی گلپایگانی، لطف‌الله؛ **جامع الاحکام**؛ جلد اول و دوم، چاپ اول، قم، انتشارات حضرت معصومه (س)، ۱۴۱۹ هـ.
- ۲۳- موسوی الخویی، سید ابوالقاسم؛ **التبزیزی، جواد؛ صراه النجاه**؛ جلد سوم، چاپ اول، قم، انتشارات صدیقه شهیده، ۱۴۱۸ هـ.
- ۲۴- نجفی، محمدحسن؛ **جواهر الکلام**؛ چاپ هفتم، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، [بی‌تا].

25- Gillian Douglas: Assisted reproduction and the welfare of the child, 2nd ed. 1993.

26- John Lawrence Hill: "What does it meant to be A PARENT?"; New York University Law review, Vol. 66.



پروفیسر شکارہ گل علم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی