

۳۶. شهید ثانی، زین‌الدین جبعی عاملی، *الروضه البهیه (شرح لمعه)*، قم، داوری، ۱۴۱۰ ق.
۳۷. همو، *مسالك الافهام*، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۸. صدوق، محمد بن علی، *الخصال*، تحقیق علی‌اکبر غفاری، قم، جامعه مدرسین، بی‌تا.
۳۹. همو، *من لا یحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۴ ق.
۴۰. سنه‌اجی قزاقی، احمد بن ادريس، *الفروق*، دار الکتب العلمیه، ۱۹۹۸ م.
۴۱. طباطبایی، سیدمحمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۲. طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان*، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۰۶ ق.
۴۳. طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرین*، تحقیق سیداحمد حسینی، چاپ دوم، قم، مکتب النشر الثقافه الاسلامیه، ۱۴۰۸ ق.
۴۴. طوسی، محمد بن حسن، *الاستبصار*، چاپ چهارم، قم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۳ ش.
۴۵. همو، *التبیان فی تفسیر القرآن*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۴۶. همو، *الخلافت*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۴۷. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المکتبه الرضویه، ۱۳۸۷ ق.
۴۸. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، قم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵ ق.
۴۹. عاملی، سیدمحمد، *مدارک الاحکام*، قم، آل‌البت، ۱۴۱۰ ق.
۵۰. عسقلانی، ابن حجر، *فتح الباری*، چاپ دوم، بیروت، دار المعرفه، بی‌تا.
۵۱. علم‌الهدی، سید مرتضی، *الانتصار*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۵۲. همو، *الذریعه الی اصول الشریعه*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۶ ش.
۵۳. همو، *الناصریات*، رابطه الثقافات و العلاقات الاسلامیه، ۱۴۱۷ ق.
۵۴. غروی اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه المکاسب*، انواری، ۱۴۱۸ ق.
۵۵. غزالی، محمد، *المستصفی فی علم الاصول*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۷ ق.
۵۶. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، چاپ دوم، دار الهجره، ۱۴۰۹ ق.
۵۷. فیروزآبادی الهورینی، شیخ نصر، *القاموس المحیط*، بی‌تا.
۵۸. قمی، میرزا ابوالقاسم، *قوانین الاصول*، چاپ سنگی.
۵۹. کاشف‌الغطاء، جعفر، *کشف الغطاء*، چاپ سنگی، اصفهان.
۶۰. کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، *جامع المقاصد*، قم، آل‌البت، ۱۴۰۸ ق.
۶۱. کلینی، محمد بن یعقوب، *اصول کافی*، چاپ سوم، آخوندی، ۱۳۸۸ ق.
۶۲. گلپایگانی، محمدرضا، *کتاب الشهادات*، قم، دار القرآن الکریم.
۶۳. همو، *کتاب القضاء*، قم، دار القرآن الکریم.
۶۴. مجلسی، محمدباقر، *بحار الانوار*، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الوفاء، بی‌تا.
۶۵. مزنی، اسماعیل، *مختصر المزنی*، بیروت، دار المعرفه، بی‌تا.
۶۶. مناوی، محمد عبدالرؤف، *فیض التدریر شرح الجامع الصغیر*، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
۶۷. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، چاپ سوم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۴۷ ش.
۶۸. نراقی، ملااحمد، *مستند الشیعه*، مشهد، آل‌البت، ۱۴۱۵ ق.
۶۹. نوری طبرسی، میرزا حسین، *مستدرک الوسائل*، آل‌البت، ۱۴۰۸ ق.
۷۰. نووی، محیی‌الدین، *المجموع*، بیروت، دار الفکر، بی‌تا.

## آثار ناشی از قرارداد استفاده از رحم جایگزین\*

- مهدی علیزاده<sup>۱</sup>
- کارشناس ارشد حقوق خصوصی

### چکیده

قرارداد جانشینی در بارداری از پیچیدگی‌های ویژه‌ای برخوردار است، چرا که علاوه بر آثار عمومی قراردادها، آثار خاصی را در بر می‌گیرد. چگونگی تعهدهای مادر جانشین و والدین حکمی در مقابل یکدیگر و خودداری آنها از ایفای تعهدات می‌تواند مسائل مهم بسیاری را در آثار عمومی قرارداد ایجاد کند. از سوی دیگر، اجرای قرارداد مطابق مفاد نیز موجب می‌شود تا مباحث جدیدی در مورد نسب فرزند ناشی از جانشینی در بارداری، چگونگی حریمیت و یارث وی مطرح شود که ضرورت دارد از نظر فقهی - حقوقی بررسی شود. در این نوشتار تلاش شده تا بر پایه مبانی و منابع فقه امامیه و حقوق ایران آثار ناشی از قرارداد استفاده از رحم جایگزین بررسی و تبیین گردد.

\* تاریخ دریافت: ۱۳۸۶/۵/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۷/۱۰/۲۶.

واژگان کلیدی: رحم جایگزین، قرارداد جانشینی در بارداری، باروری کمکی، مادر جانشین، والدین حکمی، حقوق خصوصی.

### مقدمه

وضعیت استفاده از رحم جایگزین (علیزاده، ۱۳۸۵: ۱۷۷) و همچنین ماهیت قرارداد آن (همو، ۱۳۸۶: ۱۴۹) بر پایه دو دانش فقه و حقوق پیش از این بررسی شد و مشخص گردید، در نظام حقوقی ایران، قانون خاص، رأی وحدت رویه و یا رویه قضایی که به جانشینی در بارداری اختصاص یافته باشد و حکم قانونی آن را تبیین کند، وجود ندارد. با وجود این، تبیین گردید که بنا بر قواعد عمومی قراردادها، همچنین قوانین متناسب با این موضوع مانند قانون مدنی و قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب تیرماه ۸۲ از یک سو و بنا بر مبانی و منابع فقهی، فتاوا و استفتائات از سوی دیگر، استفاده از این شیوه جانشینی، بدون ایجاد عقد نکاح بین مادر جانشین و صاحب اسپرم برای برخی از زوجهای نابارور و با ایجاد عقد نکاح مزبور برای تمامی زوجهای نابارور جایز است و آنها می‌توانند چنین شیوه‌ای را به طور مستقیم یا با تمهید مقدماتی، موضوع قراردادی مانند اجاره اشخاص قرار دهند و در نتیجه، تعهدات و قراردادهایی را با مادر جانشین، زوجهای دیگر و یا اشخاص ثالثی که به نحوی با این موضوع مرتبط می‌گردند، منعقد کنند.

در این نوشتار تلاش می‌شود، تا بر پایه مبانی و منابع فقه امامیه و حقوق ایران، آثار ناشی از قرارداد استفاده از رحم جایگزین بررسی شود و تبیین گردد که در صورتی که اشخاص اقدام به انعقاد چنین قراردادی نمایند، آثار، احکام و نتایج نقض تعهدات قرارداد مزبور به چه وضعیتی می‌باشد.

انعقاد هر قراردادی و در شمار آنها قرارداد جانشینی در بارداری موجب می‌شود تا آثار، احکام و تعهدهای عامی ایجاد شود و طرفهای آن متعهد به انجام اموری شوند. اما قرارداد جانشینی در بارداری، علاوه بر آثار عمومی فوق، آثار خاص دیگری مانند وضعیت رابطه نسبی فرزند متولدشده با والدین حکمی و مادر جانشین، محرمیت فرزند با آنان و همچنین کیفیت ارث‌بری وی از آنان یا به عکس را نیز دربردارد که نیاز است تا به آنها پرداخته شود که به ترتیب زیر بررسی می‌شود.

## ۱. آثار و نتایج عمومی

### ۱-۱. تعهدهای مادر جانشین

اجیر در قرارداد اجاره اشخاص به طور معمول متعهد می‌شود تا کار مورد تعهد را مطابق شرایط قرارداد، عرف مرسوم و قواعد شغلی، اجرا، موضوع کار را تسلیم و کالا را تا زمان تحویل به مستأجر حفظ کند و مستأجر متعهد به قبض کالا یا پذیرش کار و پرداخت اجرت است (کاتوزیان، عقود معین، ۱۳۷۴: ۵۷۸/۱).

این آثار عمومی، در قرارداد جانشینی در بارداری مبتنی بر اجاره اشخاص نیز جاری است، اما به دلیل ارتباط چنین قراردادی با شخصیت جسمانی و معنوی انسان تفاوتی نیز دارد. مادر جانشین به موجب قرارداد جانشینی متعهد می‌شود تا مطابق شرایط قرارداد، عرف مرسوم در بارداری و اصول پزشکی، تخمک بارور شده یا جنین والدین حکمی را در رحم خویش به مدت معینی نگهداری کند و با رعایت اموری که برای سلامتی خود و جنین ضرورت دارد، آن را پرورش دهد و پس از طی زمان بارداری و زایمان، فرزند را به والدین حکمی تحویل دهد.

به این ترتیب اجیر (مادر جانشین) در قرارداد جانشینی در بارداری، مباشر خاص است و عمل بارداری و زایمان باید به وسیله خود او انجام شود، مگر آنکه بر اساس قرارداد جانشینی، مادر جانشین اجازه واگذاری چنین عملی را با رعایت شرایط لازم به زن دیگر داشته باشد. اگر چنین اجازه‌ای را نداشته باشد و پس از انعقاد قرارداد و قبل از بارداری از انجام تعهد خودداری کند، دادگاه می‌تواند او را اجبار به انجام تعهد کند. هرگاه اجبار از این راه نیز ممکن نشود، والدین حکمی حق فسخ قرارداد و مطالبه خسارات ناشی از عدم انجام تعهد را پیدا می‌کنند. اما اگر خودداری بعد از بارداری باشد، مسئله دشوار می‌شود، به ویژه هنگامی که خودداری منجر به ارتکاب جرایم نسبت به اشخاص و آسیبهای جسمانی علیه جنین شود. موضوع خودداری از انجام تعهد در این وضعیت، علاوه بر جنبه حقوقی، جنبه کیفری نیز پیدا می‌کند.

بر پایه مباحث مسئولیت مدنی قراردادی، والدین حکمی می‌توانند خساراتی را مطالبه کنند که مسلم، مستقیم، مشروع، شخصی، جبران‌نشده و قابل پیش‌بینی باشد

(کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۷۸/۱). بنابراین، والدین حکمی می‌توانند در صورتی که مادر جانشین به تعهد قراردادی خود پس از انعقاد قرارداد و پیش از بارداری عمل نکند، هزینه‌های پرداختی مختلف مانند هزینه آزمایشات، امور درمانی و امور مقدماتی دیگری که برای این امر ضرورت داشته و همچنین وجه التزامی را که مادر جانشین در قرارداد متعهد شده تا در صورت عهدشکنی به والدین حکمی بپردازد، مطالبه کنند (همان: ۲۴۳/۱). والدین در قسم اخیر می‌توانند وجه التزام را مطالبه کنند، هرچند که از تخلف مادر جانشین خسارتی به بار نیامده باشد و آنان در این باره نیازی به اثبات خسارت ندارند. اما اینکه عهدشکنی مادر جانشین موجب وقوع خسارت احتمالی در آینده شود، با توجه به موضوع قرارداد جانشینی در بارداری امری دور از انتظار است و با فرض آنکه تحقق پیدا کند، در صورتی که نتیجه مسلم و مستقیم وضع فعلی والدین حکمی زیان دیده باشد، با استفاده از ماده ۵ قانون مسئولیت مدنی می‌توان آن را در حکم خسارت مسلم و مستقیم کنونی برشمرد. گرچه درباره زیانهای آینده مانند زیانهای گذشته، یقین و قناعت وجدانی به دست نمی‌آید و همه چیز احتمالی است. بنابراین، درباره میزان زیانهای احتمالی به ظن قوی و نزدیک به یقین که در حکم علم و مبنای بسیاری از احکام است، استناد می‌شود (همان: ۲۷۹/۱).

موضوع دیگر آنکه مفاد تعهد جانشینی در بارداری، ناظر به نتیجه حاصل از بارداری نیست، بلکه به نظر می‌رسد، تعهد ناظر به انجام پاره‌ای از مواظبتها و کوششها برای حفظ جنین و رشد آن است، چراکه زنده و سالم ماندن و یا نماندن جنین و همچنین رشد کردن یا نکردن جنین، از توان و اراده مادر جانشین خارج است. بنابراین، مادر جانشین، کافی است ثابت کند که مطابق شرایط قرارداد و عرف مرسوم در بارداری و پزشکی، تمام کارهایی را که لازمه بارداری بوده است، انجام داده و در این باره کوتاهی نکرده است. اما تعهد مادر جانشین به تحویل نوزاد پس از زایمان، ناظر به نتیجه است و در صورت خودداری از آن باید علت خارجی را که مانع کار او شده است، ثابت کند تا از مسئولیت آن مبرا شود. این علت باید خارجی باشد به گونه‌ای که نتوان آن را به متعهد مربوط کرد (قانون مدنی، ماده ۲۲۷)، دیگر آنکه غیر قابل پیش‌بینی باشد و شخص بر حسب عادت، انتظار وقوع آن را

نداشته باشد، همچنین باید احترام‌ناپذیر باشد و شخص نتواند آن را دفع کند (قانون مدنی، ماده ۲۲۹) و گرنه مسئول است (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۴۸۹/۱؛ همو، قواعد عمومی، ۱۳۷۴: ۸۱۱/۴). موضوع دیگر آنکه مادر جانشین به موجب قرارداد جانشینی در بارداری وظیفه دارد تا همانند هر امین دیگری از نوزاد متولد شده تا زمان تحویل به والدین حکمی، به دور از افراط و تفریط نگاهداری و حضانت کند. اگر در بحث نسب اثبات شود که مادر جانشین، مادر نسبی است، نگهداری و حضانت از نوزاد متولد شده مطابق ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی هم حق و هم تکلیف اوست. اما اگر چنین نسبی اثبات نشود، این حضانت تکلیفی است که در نتیجه قرارداد جانشینی در بارداری ایجاد می‌شود.

## ۲-۱. تعهدهای والدین حکمی

همان‌گونه که مادر جانشین ملزم است نوزاد را به والدین حکمی تحویل دهد، والدین حکمی نیز ملزمند نوزاد را در موعد مقرر تحویل بگیرند و گرنه باید خسارات ناشی از تأخیر خود مانند هزینه‌های خوراک، پوشاک، درمان، از کارافتادگی، اجرت‌المثل نگهداری و شیردهی را جبران کنند. همچنین، والدین حکمی ملزمند با تمام شدن کار موضوع قرارداد، اجرت مادر جانشین را بپردازند و به نظر می‌رسد که زایمان پایان کار موضوع قرارداد باشد، مگر آنکه شرایط قرارداد به گونه‌ای دیگر تنظیم شده و دوران شیردهی را شامل شود.

## ۲. آثار و نتایج اختصاصی

قرارداد جانشینی در بارداری، علاوه بر آثار عمومی فوق، آثار خاص دیگری مانند وضعیت رابطه نسبی فرزند متولد شده با والدین حکمی و مادر جانشین، محرمیت فرزند با آنان و همچنین کیفیت ارث‌بری وی از آنان یا به عکس را نیز در بر دارد که نیاز به بررسی دارد.<sup>۱</sup>

وضعیت رابطه نسبی چنین فرزندی با والدین حکمی و مادر جانشین، در میان آثار خاص دیگر، نقش مبنایی دارد، چراکه اثبات یا عدم اثبات آن، بر وضعیت دیگر آثار،

۱. مشابه این آثار در قرارداد اجاره شخص دایه برای شیردهی نوزاد نیز تقریباً مطرح می‌باشد.

تأثیر مستقیم دارد و می‌تواند مبنای اثبات یا نفی وضعیتهای محرمیت و ارث‌بری گردد. پس ضرورت دارد، نخست به وضعیت رابطه نسبی چنین فرزندی پرداخته شود تا با بهره‌بری از نتایج این بررسی، وضعیت دیگر آثار نیز مشخص گردد.

## ۱-۲. نسب فرزندی ناشی از جانشینی در بارداری

مرد صاحب اسپرم و زن صاحب تخمک و رحم، در تمامی موارد به استثنای مورد رابطه نامشروع زنا، از نظر شرعی پدر و مادر نسبی فرزند محسوب می‌شوند و در این باره اختلافی نیست (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۲۲/۳ و ۲۵۶/۲۹)، اما بین فقهای امامیه درباره نسب مادری زن صاحب تخمک و یا زن صاحب رحم با فرزندی که در اثر شیوه جانشینی در بارداری به دنیا آمده، اختلاف است. بیشتر فقهای معاصر زن صاحب تخمک (خمینی (امام)، بی تا: ۶۲۳/۲؛ روشهای نوین تولید مثل...، ۱۳۸۰: ۳۹۴)، برخی زن صاحب رحم (تبریزی، ۱۴۱۶: ۲۶۹/۳؛ روشهای نوین تولید مثل...، ۱۳۸۰: ۴۰۶) و برخی هر دو را مادر نسبی فرزند بر شمرده‌اند (روشهای نوین تولید مثل...، ۱۳۸۰: ۳۹۵) و برخی زن صاحب تخمک را مادر نسبی و زن صاحب رحم را مادر عرفی فرزند دانسته‌اند (همان: ۳۹۴) و برخی نیز تعیین مادر در این مورد را از نظر شرعی مشکل دانسته و رعایت احتیاط بین آنها را ضروری می‌دانند (سیستانی، ۱۴۱۶: ۴۵۹/۱؛ همو، ۱۴۱۷: ۴۳۲).

قانون مدنی ایران درباره نسب پدری و مادری، مرد صاحب اسپرم و زن صاحب تخمک و رحم، از فقه امامیه پیروی کرده و بر مقررات آن، چیزی نفیاً یا اثباتاً نیفزوده است (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۶/۲؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۰: ۴۲/۲ و ۱۰۶). از مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۷ قانون مدنی چنین استنباط می‌شود که مرد صاحب اسپرم و زن صاحب تخمک و رحم، در تمامی موارد به استثنای رابطه نامشروع زنا، از نظر قانونی، پدر و مادر نسبی فرزند محسوب می‌شوند. اما قانون مدنی، نسبت به وضعیت نسبی این فرزند با زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم ساکت است. پس می‌توان با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ آیین دادرسی مدنی حکم چنین موضوعی را در منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر جستجو کرد.

از نظر فقهی، دلیل معذرت مکلفینی که مقلد هستند، عمل به فتوای مرجعشان است.

اما برای آنکه وضعیت فقهی و حقوقی نسب فرزند ناشی از جانشینی در بارداری با تفصیل بیشتری تبیین گردد، می‌توان از مفهوم نسب متعارف و شرایط لازم برای ایجاد آن در فقه و حقوق بهره برد و بررسی کرد که مفهوم و شرایط مزبور درباره فرزند ناشی از جانشینی نیز صدق می‌کند یا نه و آیا می‌تواند این رابطه نسبی، بین والدین حکمی و مادر جانشین و چنین فرزندی نیز برقرار شود؟ به دلیل چنین ضرورتی، نخست مفهوم و شرایط لازم برای ایجاد نسب متعارف در فقه و حقوق به اختصار بررسی و سپس با استفاده از یافته‌های آن وضعیت نسب ناشی از جانشینی در بارداری تبیین می‌شود.

نسب در لغت به معنای خویشاوندی (فراهیدی، ۱۴۰۹: ۲۷۱/۷؛ جوهری، ۱۴۰۷: ۲۴۴/۱؛ ابن منظور، ۱۴۰۵: ۷۵۵/۱؛ معین، ۱۳۶۰: ۴۷۱۴/۴)، اصل و نژاد (معین، ۱۳۶۰: ۴۷۱۴/۴؛ دهخدا، ۱۳۳۵: ۴۶۹/۴۳) به کار رفته است. اما درباره مفهوم اصطلاحی آن می‌توان گفت، تعریفی از سوی شارع که بیانگر وجود مفهوم حقیقت شرعیه برای این واژه در فقه و همچنین تعریفی از سوی قانونگذار ایران که بیانگر وجود مفهوم قانونی برای آن در قانون ایران باشد، موجود نیست. بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که شارع و قانونگذار تبیین ماهیت و مفهوم نسب را به عرف واگذار کرده است، چرا که اگر ماهیت و مفهومی غیر از این مقصود می‌بود، منطبق تشریح و تقنین چنین اقتضا و ایجاب می‌کرد که آن را بیان کند تا قبح عدم بیان و یا قبح تأخیر بیان از زمان احتیاج لازم نیاید.

چنین استدلال و استنباطی، فقها و حقوقدانان را بر آن داشته است تا بکشند با بهره‌بری از ماهیت و مفهوم این واژه در عرف، تعریف اصطلاحی متناسبی را تبیین کنند، به گونه‌ای که بتوان با استفاده از آن، ماهیت و مفهوم نسب را شناسایی کرد و نسب مصادیق خارجی را تشخیص داد و آن را به دیگران نیز شناساند.

تعاریف اصطلاحی فقهی و حقوقی که تا کنون برای این مقصود بیان شده است، بسیار نزدیک به یکدیگر می‌باشد و تفاوت اندکی با هم دارد. برای مثال، برخی نسب را چنین تعریف کرده‌اند:

نسب عبارت از منتهی شدن رابطه ولادت شخصی به شخص دیگر (مانند فرزند به پدر) و یا دو شخص به شخص ثالث (مانند دو برادر به پدر) است، به طوری که ولادت مزبور شرعی و یا در حکم آن باشد و در عرف نیز نسب بر آن صدق کند

(علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۴۱/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۰/۸؛ طباطبایی، ۱۴۰۴: ۳۳۴/۲؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۱۰/۱۹؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۷/۳۹؛ خوانساری، ۱۳۵۵: ۲۸۱/۵).

تعریف اصطلاحی فوق درباره نسب، تعریفی است که در منابع فقهی بسیار متداول می‌باشد و تقریباً تمامی فقها در تعریف نسب، با اندک اضافاتی که بیشتر مربوط به گستره آن می‌باشد و آن را مشخص تر می‌نماید، همین تعریف را بیان کرده‌اند. اصل این تعریف را علامه حلی در قرن هفتم هجری قمری مطرح کرده و به تدریج از سوی فقهای دیگر مانند شهید ثانی، سیدعلی طباطبایی، محقق نراقی و محمدحسن نجفی نیز مقبولیت پیدا کرده و تکمیل گردیده است. در بین حقوقدانان نیز محمد عبده این تعریف را برگزیده و حتی می‌توان گفت که منشأ دیگر تعاریف حقوقی نیز قرار گرفته است.

برخی حقوقدانان، نسب را رابطه یا وابستگی خونی و حقوقی می‌دانند و می‌گویند: [نسب] رابطه خونی و حقوقی است که پدر و مادر را به فرزندان آنان مربوط می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱/۲).

و یا

در اصطلاح حقوقی با توجه به کتاب هشتم قانون مدنی [نسب] وابستگی خونی و حقوقی بین افراد را گویند (صفایی و امامی، ۱۳۸۰: ۳/۲).

برخی دیگر از حقوقدانان نسب را چنین تعریف می‌کنند:

نسب 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 (امامی، ۱۳۷۰: ۱۵۱/۵).

تحلیل تعاریف فوق، بیانگر آن است که تمامی این تعاریف با آنکه از جهت گستره با یکدیگر تفاوت دارد، به دلیل برخوردار بودن از تعبیری مانند «ولادت»، «انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد»، «رابطه خونی» و «وابستگی خونی» دارای وجه مشترک هستند و تمامی آنها برقراری رابطه نسبی بین دو یا چند شخص را ناشی از رابطه ولادت و منتهی شدن رابطه ولادت شخصی به شخص دیگر برشمرده‌اند،

چراکه رابطه خونی و یا وابستگی خونی تنها از این راه ایجاد می‌شود، مشروط بر اینکه ولادت شرعی، قانونی و در حکم آنها باشد و ولادت یکی از آنها و یا هر دوی آنها با توجه به رعایت فاصله عرفی متناسبی به دیگری و یا شخص ثالثی منتهی شود. پس بنا به این تعاریف، نسب یا رابطه نسبی، ناشی از رابطه ولادت شرعی یا قانونی و در حکم آنهاست و عنصر ولادت با چنین کیفیتی، نقشی اساسی در ایجاد رابطه نسبی بین آنها دارد تا بدان پایه که یکی از ارکان بسیار مهم آن است و بدون آن، رابطه نسبی بین این افراد ایجاد نمی‌شود.

آیه «الذین یظاهرون منکم من نسائهم ما هنّ أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللاتی ولدنهم...» (مجادله/ ۲) که در تبیین مفهوم «مادر» و در صدد جلوگیری از ایجاد انحراف در مفهوم عرفی آن است، بیان می‌کند: «کسانی که همسرانشان راظهار می‌کنند [و می‌گویند: تو نسبت به من به منزله مادرم هستی، این‌طور نیست]، آنان هرگز مادرانشان نیستند، مادرانشان تنها کسانی هستند که آنها را به دنیا آورده‌اند...». از این آیه نیز می‌توان شرطیت و ضرورت وجود رابطه ولادت و منتهی شدن رابطه ولادت اشخاص با یکدیگر را برای برقراری رابطه نسبی بین دو یا چند شخص و یا حداقل بین فرزند و مادر تحصیل کرد، چراکه منطوق آیه دلالت بر این دارد که شرط برقراری نسبت مادری بین یک زن و یک شخص آن است که شخص از آن زن به دنیا آمده باشد، به بیانی دیگر، رابطه ولادت بین آنها برقرار باشد و ولادت چنین شخصی به آن زن منتهی شود.

پس از تبیین نقش رابطه ولادت در ایجاد رابطه نسبی، بحث مهم دیگری که در این باره می‌تواند طرح و بررسی شود، این است که آیا رابطه ولادت امری بسیط است و دارای مفهوم واحدی می‌باشد؟ یا اینکه دارای فرایندی چندگانه است و بر پایه اینکه گستره آن چه فرایندهایی را در بر می‌گیرد، می‌تواند دارای مفهوم عام و خاص باشد. دیگر آنکه در صورتی که رابطه مزبور بسیط نباشد، این موضوع نیز مطرح می‌باشد که آیا تأثیر فرایندهای چندگانه آن در ایجاد رابطه ولادت بین شخصی به شخص دیگر و انتساب نسب آنها به یکدیگر و همچنین انتقال ویژگیهای جسمانی و شخصیتی اشخاص یکسان است یا آنکه تأثیرات متفاوتی بر کیفیت ایجاد چنین اموری دارد و این

تفاوتها نیز می‌تواند بر رابطه بین اشخاص تأثیر بگذارد و چنین رابطه‌ای را متفاوت کند. بدیهی است که رابطه ولادت امری بسیط نیست، چراکه دارای فرایند چندگانه‌ای مانند تحصیل اسپرم و تخمک، باروری تخمک با اسپرم، بارداری و زایمان است و به دلیل آنکه مفهوم ولادت و رابطه ولادت در گستره‌های متفاوت استعمال شده است، می‌تواند دارای دو مفهوم عام و خاص باشد. رابطه ولادت در مفهوم خاص به زایمان یا بارداری و زایمان بدون توجه به کیفیت مراحل تحصیل اسپرم و تخمک و باروری تخمک و بالعکس اطلاق می‌شود. حال آنکه ولادت در مفهوم عام، دربرگیرنده تمامی مراحل مختلف و فرایندهای چندگانه است که با باروری تخمک با اسپرم آغاز و با طی مراحل دوران بارداری و سپس زایمان پایان می‌پذیرد. مفهوم عام در مقایسه با مفهوم خاص، کثرت استعمال بیشتری دارد و در اغلب موارد، مقصود از ولادت همان مفهوم عام آن است و انصراف به آن دارد.

با اینکه نقش مراحل و فرایندهای مزبور در ایجاد رابطه ولادت بین شخصی با شخص دیگر و انتساب نسب آنها با یکدیگر و همچنین انتقال ویژگیهای جسمانی و شخصیتی اشخاص یکسان نیست. اما زن صاحب تخمک به دلیل رابطه ژنتیکی چنین فرزندی با وی نقش بیشتری در منتهی شدن انتساب فرزند به خود دارد، چراکه بر پایه برخی از روایات<sup>۱</sup> و همچنین بر اثر یافته‌های دانش پزشکی (عرف خاص) (خاوری و شریعتی، بی‌تا: ۸)، تمام خصوصیات ژنتیکی چنین فرزندی که در ساختار

۱. برای مثال، امام محمد باقر علیه السلام فرمودند: «مردی از انصار با همسر خود شرفیاب محضر رسول مکرم اسلام صلی الله علیه و آله شد و عرض کرد: یا رسول الله! این زن دخترعمو و همسر من است، زنی پاک و عقیق می‌باشد، برای من فرزندی آورده است که چهره‌اش سیاه، لوله‌های بینی او گشاد، موهایش پیچیده و بینی‌اش پهن است. خلاصه طفلی با ممیزات نژادی یک حبشی متولد شده است. نظیر چنین فرزندی در خانواده و اجداد پدری و مادری‌ام نیست. حضرت از زن سؤال کرد: چه می‌گویی؟ زن قسم یاد کرد از هنگامی که من به همسری این مرد درآمده‌ام، با هیچ کس نیامیخته‌ام. حضرت مانند کسی که به فکر فرو رود، سر به زیر انداخت و سپس سر بلند کرد و دیده به آسمان گشود. بعد رو به شوهر کرد و فرمود: بین هر انسان تا حضرت آدم، نود و نه عرق وجود دارد که همه در ساختمان فرزند مؤثر است. هنگامی نطفه در رحم قرار گیرد، عرقها به جنبش افتاده و همه از خدا درخواست دارند که فرزند مزبور، شبیه آنها ساخته شود. این بجه غیر مشابه به شما از همان عرقهای دور است که در اجداد و اجداد اجدادات سابقه دارد. کودک را بگیر که فرزند توست! زن عرض کرد: یا رسول الله صلی الله علیه و آله عقده مرا گشودی و از غصه خلاصم کردی (حرّ عاملی، بی‌تا: ۱۲۸/۱۵).

جسمانی، روانی و شخصیتی وی بسیار مؤثر می‌باشد، متعلق و منتسب به اسپرم مرد و تخمک زن صاحب تخمک است. برای مثال، هسته لویبیاست که موجب می‌گردد تا گیاه حاصل از آن، لویبیا شود، نه خاک و یا اسپرم، و تخمک است که موجب می‌گردد تا موجودی انسان یا غیر انسان، سفید یا رنگین پوست شود، نه رحم. حال آنکه زن صاحب رحم، بدون ارتباط با خصوصیات ژنتیکی فرزند، تنها مرحله پرورش و زایمان وی را بر عهده دارد. پس به دلیل وجود ارتباط ژنتیکی مزبور و همچنین انتقال خصوصیات اشخاص از راه ژنتیک، خصوصیات این فرزند به زن صاحب تخمک انتساب پیدا می‌کند تا به زن صاحب رحم.

ظاهراً مطالب فوق درباره شرطیت رابطه ولادت برای ایجاد نسب و توجه به نقش تخمک در انتقال خصوصیات ژنتیکی والدین به فرزندان و همچنین ملاک و معیار قرار دادن اعطای تخمک و باروری آن با اسپرم برای منتهی شدن رابطه ولادتی اشخاص با یکدیگر، مبنای فتوای آن دسته از فقهای است که زن صاحب تخمک را مادر نسبی فرزند ناشی از جانشینی در بارداری دانسته‌اند (خمینی (امام)، بی‌تا: ۶۲۳/۲؛ نیز ر.ک: روشهای نوین تولید مثل...، ۱۳۸۰: ۳۹۴؛ حسینی، ۱۴۲۳: ۲۲۵/۲). برای مثال، آیه الله صافی بیان می‌کند: فرزند به حمل کننده تخمک منتسب نمی‌شود، چراکه وی ظرفی برای تخمک محسوب می‌شود (همان).

علاوه بر مطالب فوق، ظاهراً قاعده «الزرع للزراع» (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۷۶/۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۲۲۵/۵؛ خوانساری، ۱۳۵۵: ۲۲۵/۵) و مباحث مرتبط به آن نیز به نحوی مورد توجه و استفاده قرار گرفته است.

اما مطالب فوق درباره شرطیت رابطه ولادت برای ایجاد نسب از یک سو و دلالت ظهور آیه ۲ سوره مجادله بر اراده نوعی دیگر از مفهوم خاص برای ولادت؛ یعنی، نتیجه حاصل از عمل بارداری و زایمان بدون توجه به مرحله کیفیت باروری از سوی دیگر، مبنای فتوای آن دسته از فقهای است که زن صاحب رحم را مادر نسبی فرزند ناشی از جانشینی در بارداری دانسته‌اند (تبریزی، ۱۴۱۶: ۲۶۹/۳؛ روشهای نوین تولید مثل...، ۱۳۸۰: ۴۰۶). چراکه می‌توان چنین استدلال کرد، مطابق این آیه، عنوان «ولادت» بر فعل بارداری و زایمان که از زن صاحب رحم صادر می‌شود، صدق می‌کند و شکی در آن نیست، اما

صدق چنین عنوانی بر عمل اعطای تخمک که از زن صاحب تخمک صادر می‌شود، محل شک و تردید است و وقتی دلایلی بر صدق آن وجود نداشته باشد، اصل بر عدم صدق آن است. در نتیجه بین زن صاحب تخمک و فرزند متولدشده در اثر شیوهٔ جانشینی در بارداری، رابطهٔ ولادتی برقرار نمی‌شود و پیرو آن، زن، مادر محسوب نخواهد شد. برای مثال، مرحوم خویی در پاسخ به اینکه کدام یک از این زنها (زن صاحب تخمک یا زن صاحب رحم)، مادر فرزند محسوب می‌شود، می‌فرماید: «... أمّا الأمّ فهي التي حملته و وضعته...» (تبریزی، ۱۴۱۶: ۲۶۹/۳)؛ ... اما مادر [فرزند مزبور] زنی می‌باشد که او را حمل و زایمان کرده است.

اما به نظر می‌رسد، بر پایهٔ قراین بسیاری مانند شرایط حاکم در زمان ارائهٔ تعاریف و عدم دستیابی دانش پزشکی به استفاده از شیوهٔ جانشینی در بارداری، مقصود از ولادت در تعاریف فوق در تمام یا حداقل غالب موارد، ولادت به مفهوم عام آن می‌باشد که دربرگیرندهٔ تمامی مراحل مختلف و فرایند مزبور مانند تحصیل اسپرم و تخمک، باروری تخمک با اسپرم، بارداری و زایمان است، نه مفهوم خاص که منحصر در باروری یا ولادت و یا بارداری و ولادت باشد.

پس هرگاه رابطهٔ ولادت ضابطه و معیار برای برقراری نسب باشد و از نظر عرف عام و خاص (پزشکی)، رابطهٔ ولادت دلالت بر مفهوم عام داشته باشد و از رابطهٔ ولادت، مفهوم عام با فرایندهای مزبور اراده شود، زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم هر دو می‌توانند مادر نسبی فرزند ناشی از جانشینی در بارداری محسوب شوند، بی‌آنکه بحثی از کمیت و کیفیت شرکت آنها در مراحل مختلف رابطهٔ ولادت مطرح باشد، چراکه هر یک از آنها در یک یا چند مرحله از مراحل فرایند رابطهٔ ولادت که عامل ایجاد رابطهٔ نسبی است، شرکت دارند و رابطهٔ ولادت چنین فرزندی به دلیل چنین شرکتی از سوی زن صاحب تخمک و صاحب رحم در این رابطه، می‌تواند به هر دوی آنان منتهی شود و همین اندازه که رابطهٔ ولادت به آنها منتهی شود، برای ایجاد رابطهٔ مادر نسبی بین زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم با چنین فرزندی می‌تواند کافی باشد.

بنابراین، با وجود انتساب خصوصیات ژنتیکی فرزند به زن صاحب تخمک، رابطهٔ ولادتی فرزند ناشی از جانشینی در بارداری، با توجه به مفهوم عام و دلالت

آیهٔ ۲ سورهٔ مجادله<sup>۱</sup> زن صاحب رحم را هم شامل می‌شود. بنابراین، نمی‌توان نقش زن صاحب رحم را در این باره نادیده گرفت و وی نیز به استناد معیار و ضابطهٔ ضرورت رابطهٔ ولادت برای ایجاد و برقراری رابطهٔ نسبی و همچنین به دلیل شرکت وی در مراحل از فرایند رابطهٔ ولادت، می‌تواند مادر نسبی محسوب شود.

ظاهراً این امر مبنای فتوای آن دسته از فقهای است که زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم هر دو را مادر نسبی فرزند ناشی از جانشینی در بارداری دانسته‌اند (ر.ک: روشهای نوین تولید مثل...، ۱۳۸۰: ۳۹۵)، چراکه می‌توان چنین استدلال کرد: هر کدام از آنها در رابطهٔ ولادت که ضابطه و معیار ایجاد نسب است، به نوعی شرکت داشته‌اند. برای مثال، آیهٔ الله موسوی اردبیلی در این باره بیان می‌کند:

صاحب اسپرم پدر این فرزند است و زن صاحب تخمک و صاحب رحم هر دو مادر این فرزند هستند (همان).

نابرابری تأثیر تخمک و رحم در ایجاد رابطهٔ ولادت بین شخصی با شخص دیگر و انتساب نسب آنها با یکدیگر و همچنین انتقال ویژگیهای جسمانی و شخصیتی اشخاص موجب گردیده تا برخی از فقها با آنکه مفهوم عام را برای رابطهٔ ولادت پذیرفته‌اند، اما به دلیل آنکه تخمک در مقایسه با رحم نقش مؤثرتری دارد، اصالت را به تخمک بدهند و بین نوع رابطهٔ نسبی زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم تفاوت قائل شوند و زن صاحب تخمک را مادر نسبی و زن صاحب رحم را مادر عرفی بشناسند. برای مثال، آیهٔ الله فاضل لنکرانی در این باره بیان می‌کنند:

صاحب نطفه و تخمک، پدر و مادر او می‌باشند و صاحب رحم مادر عرفی کودک محسوب می‌شود (همان).

تصریح به رابطه‌ای مانند مادر عرفی برای زن صاحب رحم به دلیل اینکه مادر عرفی در شرع دارای احکام خاص و یا احکام متعلق به مادر نسبی مانند حریمیت و ارث نمی‌باشد، تأثیری در بحث ایجاد نمی‌کند. نتیجه اینکه این فتوا در واقع به فتوای

۱. «کسانی که همسرانشان را ظاهر می‌کنند [و می‌گویند: تو نسبت به من به منزلهٔ مادرم هستی، این طور نیست]، آنان هرگز مادرانشان نیستند، مادرانشان تنها کسانی هستند که آنها را به دنیا آورده‌اند...».

قسم اول بازگشت دارد و دارای آثار مترتب بر آن می‌شود.

علی‌رغم آنچه تا کنون بیان گردید، برخی نیز تعیین مادر نسبی در شیوه‌جانشینی در بارداری را از نظر شرعی مشکل دانسته‌اند و رعایت احتیاط بین زنه‌ای صاحب تخمک و صاحب رحم با این فرزند را ضروری می‌دانند (سیستانی، ۱۴۱۶: ۴۵۹/۱). برای مثال، آیه‌الله سیستانی بیان می‌کند:

«فی المسألة احتمالات فلا بد من رعاية الاحتیاط بینهما» (سیستانی، ۱۴۱۷: ۴۳۲)؛ احتمالاتی در این مسئله وجود دارد، ناگزیر باید بین آن دو رعایت احتیاط شود.

بنابراین، فتاوی‌ای فوق در نهایت به چهار فتوا بازگشت می‌کند: برخی زن صاحب تخمک و برخی زن صاحب رحم و برخی دیگر هر دوی آنها را مادر نسبی فرزند ناشی از شیوه‌جانشینی در بارداری می‌دانند و برخی نیز قائل به احتیاط شده‌اند. مادر نسبی بودن زن صاحب تخمک در مقایسه با فتاوی‌ای دیگر طرفداران بیشتری دارد. به نظر می‌رسد، قانونگذار اگر قول سوم را برگزیند و زن صاحب تخمک و صاحب رحم را مادر نسبی بداند، گرچه خلاف فتوای مشهور عمل کرده است، اما به دلیل آنکه فتوا درباره‌ی آن وجود دارد اشکالی نداشته و خلاف شرع محسوب نمی‌شود.

## ۲-۲. حریمیت

هنگامی که بین دو یا چند شخص رابطه‌ی نسبی یا سببی برقرار شود، آثار متعددی به وجود می‌آید که محرم شدن آنها با یکدیگر، در شمار این آثار است (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۴۹۵/۲؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۷۱/۲۹). حریمیت نیز آثار متعددی با خود به همراه دارد که ایجاد مانعیت برای ازدواج آنها با یکدیگر یا با برخی از وابستگان آنها، در شمار این آثار است (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۵۰۷/۲؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳۹/۲۹؛ خمینی (امام)، بی‌تا: ۲۶۱/۲). اینکه حریمیت ناشی از رابطه‌ی نسبی و سببی مانع برای ازدواج دارندگان چنین رابطه‌ای با هم می‌باشد (ر.ک: نساء/ ۲۳)، اختلافی نیست و فقها و حقوقدانان بر چنین موضوعی اتفاق دارند.<sup>۱</sup>

بین فقها و حقوقدانان درباره‌ی اینکه بین مرد صاحب اسپرم و فرزند ناشی از جانشینی در بارداری رابطه‌ی نسبی برقرار می‌گردد و آنها پدر و فرزند محسوب می‌شوند، اختلافی

۱. مواد ۱۰۴۵ تا ۱۰۴۷ قانون مدنی به این موضوع پرداخته و بر آن دلالت دارد.

وجود ندارد. نتیجه اینکه حکم مانعیت برای ازدواج، به آنها تعلق می‌گیرد، یعنی اگر فرزند دختر باشد، این مرد، پدر، برادران و پسران وی نمی‌توانند با این دختر ازدواج کنند. اما اینکه چنین موضوعی و حکمی درباره‌ی زن صاحب تخمک، زن صاحب رحم و همسر وی نیز جریان دارد و به آنها نیز تعلق می‌گیرد یا نه، موضوعی است که با توجه به مطالب گذشته درباره‌ی نسب، نمی‌تواند یکسان باشد و نیاز به بررسی دارد.

بنا به فتاوی‌ای که زن صاحب تخمک را مادر نسبی دانستند، بدیهی است که بین زن صاحب تخمک و فرزند، رابطه‌ی نسبی برقرار می‌گردد و هرگاه فرزند ناشی از جانشینی در بارداری پسر باشد، زن و فرزند در اثر چنین رابطه‌ای، با یکدیگر محرم می‌شوند، در نتیجه حکم مانعیت برای ازدواج، آنها را در بر می‌گیرد. بر این اساس از نظر مبانی فقه و حقوق، ازدواجی بین این پسر با چنین زنی و همچنین مادر، خواهر و دختران وی نمی‌تواند محقق شود. حال آنکه موضوع درباره‌ی زن صاحب رحم تفاوت دارد و چنین نیست، چراکه بر پایه‌ی این قسم فتاوا، بین زن صاحب رحم و فرزند ناشی از جانشینی در بارداری رابطه‌ی نسبی وجود ندارد و چنین زنی مادر نسبی و محرم فرزند شمرده نمی‌شود و هنگامی که چنین باشد، مانعیتی نیز برای ازدواج بین وی و همچنین مادر، خواهر و دختران وی با این فرزند در صورتی که فرزند پسر باشد، وجود ندارد، مگر آنکه به دلیل تحقق سبب یا اسبابی دیگر بین آنها رابطه‌ی سببی برقرار شود و در اثر ایجاد رابطه‌ی سببی با یکدیگر محرم شوند.

برای مثال، زن صاحب رحم پس از زایمان فرزند ناشی از جانشینی در بارداری را با رعایت شرایط لازم مندرج در فقه و حقوق شیر دهد، نتیجه اینکه در اثر چنین عملی، رابطه‌ی رضاع بین آنها برقرار می‌گردد و زن صاحب رحم، مادر رضاعی فرزند و فرزند نیز فرزند رضاعی زن محسوب می‌شود و به موجب چنین رابطه‌ی سببی و بر اساس قاعده مشهور «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۷۵۳/۲؛ بخوردی، ۱۴۱۹: ۳۱۷/۴؛ مصطفوی، ۱۴۱۷: ۳۱۵) با یکدیگر محرم می‌شوند.

مثال دیگر اینکه اگر زن صاحب رحم مجرد باشد و پیش از اقدام به جانشینی در بارداری به همسری مرد صاحب اسپرم درآید و در چنین وضعیتی اقدام به جانشینی در بارداری نماید، در اثر برقراری رابطه‌ی سببی مصاهرت (ازدواج)، بین وی و فرزند



در صورتی که پسر باشد، محرمیت ایجاد می‌شود، چراکه فرزند شوهر زن صاحب رحم محسوب می‌شود.

مثال اخیر همان پیشنهادی است که در بحث وضعیت فقهی - حقوقی استفاده از رحم جایگزین برای برطرف شدن حکم عدم جواز استفاده از شیوه‌جانشینی در بارداری بیان شد. با به کارگیری این عمل، مانعی برای استفاده از شیوه‌جانشینی در بارداری باقی نمی‌ماند. علاوه بر این ثمره، به کارگیری پیشنهاد مذکور موجب می‌شود بین زن صاحب رحم و فرزند ناشی از جانشینی در بارداری محرمیت نیز ایجاد شود.

پیشنهاد اخیر، بین زن صاحب رحم و فرزند مزبور، ایجاد محرمیت می‌کند، اما موضوع عدم محرمیت مادر، خواهر و فرزندان زن صاحب رحم با این فرزند را حل نخواهد کرد. بنابراین، پیشنهاد می‌شود که در صورت نیاز به برقراری چنین محرمیتی، زن صاحب رحم علاوه بر اقدام به ازدواج با مرد صاحب اسپرم، فرزند ناشی از جانشینی در بارداری را پس از زایمان شیر دهد.

وضعیت محرمیت بنا به آن قسم از فتاوا که زن صاحب تخمک را مادر نسبی و زن صاحب رحم را مادر عرفی دانستند، نیز مانند وضعیت فوق است و آنچه در آنجا بیان شد، درباره آن نیز صدق می‌کند.

اما بنا به آن قسم از فتاوا که زن صاحب رحم را مادر نسبی دانستند، بدیهی است که بین زن صاحب رحم و فرزند، رابطه نسبی برقرار می‌گردد و هرگاه که فرزند ناشی از جانشینی در بارداری، پسر باشد، زن و فرزند در اثر چنین رابطه‌ای، با یکدیگر محرم می‌شوند، در نتیجه حکم مانعیت برای ازدواج، آنها را در بر می‌گیرد. بر اساس این از نظر مبانی فقه و حقوق، ازدواج این پسر با چنین زنی و همچنین مادر، خواهر و دختران وی ممنوع و حرام است.

بر پایه این قسم فتاوا، موضوع درباره زن صاحب تخمک تفاوت دارد و به دلیل آنکه بین زن صاحب تخمک و فرزند رابطه نسبی وجود ندارد، چنین زنی مادر نسبی محسوب نمی‌شود و از این جهت محرم نیستند، اما به دلیل آنکه زن صاحب تخمک همسر مرد صاحب اسپرم می‌باشد و چنین فرزند، فرزند شوهر زن صاحب تخمک می‌باشد، به دلیل رابطه سببی مصاهرت (ازدواج) با یکدیگر محرم هستند و ازدواج

آنها حرام است.

مادر، خواهر و دختران زن صاحب تخمک در این قسم، با فرزند مزبور در صورتی که فرزند پسر باشد، نامحرمند، مگر آنکه به دلیل تحقق سبب یا اسبابی دیگر، بین آنها رابطه سببی برقرار شود و در اثر ایجاد این رابطه سببی با یکدیگر محرم شوند. بنا به آن قسم از فتاوا که زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم را مادر نسبی دانستند، وضعیت محرمیت آنان و همچنین مادران، خواهران و فرزندان آنها با فرزند ناشی از جانشینی در بارداری مشخص است و نیازی به بررسی ندارد.

بنا به آن قسم از فتاوا که تعیین مادر نسبی در شیوه‌جانشینی در بارداری را از نظر شرعی مشکل دانسته‌اند و رعایت احتیاط بین زنهای صاحب تخمک و صاحب رحم با فرزند را ضروری می‌دانند، زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم از جهت نسب با فرزند ناشی از جانشینی در بارداری محرم نیستند، اما برای رعایت احتیاط، باید احکام زنان محرم را نسبت به آنها اجرا کنند و با آنان ازدواج نکنند.

البته هرگاه بین مرد صاحب اسپرم با یک یا هر دوی این زنهای رابطه زوجیت برقرار باشد، بین زن یا زنان و فرزند به دلیل تحقق چنین رابطه سببی، محرمیت ایجاد می‌شود و آنها از جهت محرمیت مزبور نمی‌توانند با یکدیگر ازدواج کنند.

## ۲-۳. ارث

نسب و سببهای زوجیت و ولاء موجبات ارث هستند و هرگاه این عوامل بین اشخاصی ایجاد شود، اشخاص از یکدیگر ارث می‌برند. اشخاصی که به موجب نسب ارث می‌برند، عبارت از سه طبقه «پدر، مادر، فرزندان و فرزندان فرزندان»، «اجداد، برادر، خواهر، فرزندان آنها» و «عموها، عمه‌ها، دایه‌ها، خاله‌ها و فرزندان آنها» می‌باشند. این موضوع در فقه<sup>۱</sup> و حقوق<sup>۲</sup> امری اتفاقی است و در آن اختلافی نیست. بنابراین، بنا بر آن قسم از فتاوا که زن صاحب تخمک را مادر نسبی فرزند ناشی از

۱. این موضوع در بیشتر کتابهای فقهی در باب ارث مطرح شده است (برای نمونه ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۹: ۸۱۱/۴؛ فاضل آبی، ۱۴۰۸: ۴۱۸/۲؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۳۲۵/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۰/۱۳؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۱۰/۱۹؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۷/۳۹؛ خوانساری، ۱۳۵۵: ۲۸۱/۵).

۲. قانون مدنی، مواد ۸۶۱ و ۸۶۲.

جانشینی در بارداری دانستند، زن و فرزند از یکدیگر ارث می‌برند و بنا بر آن قسم از فتاوا که زن صاحب رحم را مادر نسبی چنین فرزندی دانستند، زن و فرزند از یکدیگر ارث می‌برند و بنا بر آن قسم که هر دو زن صاحب تخمک و صاحب رحم را مادر نسبی دانستند، زنان مزبور از فرزند ناشی از جانشینی در بارداری و فرزند نیز از زنان صاحب تخمک و صاحب رحم ارث می‌برند. بنا بر آن قسم از فتاوا که زن صاحب رحم را مادر عرفی دانستند و یا اینکه رعایت احتیاط بین زنان و فرزند را ضروری دانستند، فرزند و زنان مزبور از یکدیگر ارث نمی‌برند، گرچه به مصالحه با یکدیگر سفارش شده‌اند.

### نتیجه‌گیری

مادر جانشین به موجب آثار عمومی قرارداد جانشینی در بارداری متعهد می‌شود تا مطابق شرایط قرارداد، عرف مرسوم در بارداری، اصول پزشکی، تخمک بارور شده یا جنین والدین حکمی را در رحم خویش به مدت معینی نگهداری کند و با رعایت اموری که برای سلامتی خود و جنین ضرورت دارد، آن را پرورش دهد و پس از طی زمان بارداری و زایمان، فرزند را به والدین حکمی تحویل دهد. به این ترتیب اجیر (مادر جانشین) در قرارداد جانشینی در بارداری، مباشر خاص است. اگر وی از انجام تعهد خودداری کند و این خودداری، پس از انعقاد قرارداد و قبل از بارداری باشد، دادگاه می‌تواند او را اجبار به انجام تعهد کند. هرگاه اجبار از این راه نیز ممکن نشود، والدین حکمی حق فسخ قرارداد و مطالبه خسارات ناشی از عدم انجام تعهد را پیدا می‌کند. اما اگر خودداری بعد از بارداری باشد، مسئله دشوار می‌شود، به ویژه هنگامی که خودداری منجر به آسیب‌های جسمانی به جنین شود. موضوع خودداری از انجام تعهد در این وضعیت، علاوه بر جنبه حقوقی، به دلیل ارتکاب جرائم علیه اشخاص مانند سقط جنین جنبه کیفری نیز پیدا می‌کند.

موضوع دیگر آنکه مفاد تعهد جانشینی در بارداری، ناظر به نتیجه حاصل از بارداری نیست، بلکه به نظر می‌رسد، تعهد ناظر به انجام پاره‌ای از مواظبت‌ها و کوشش‌ها برای حفظ جنین و رشد آن است، چراکه زنده و سالم ماندن و یا نماندن

جنین و همچنین رشد کردن یا نکردن جنین، از توان و اراده مادر جانشین خارج است. بنابراین، مادر جانشین در این باره کافی است ثابت کند که مطابق شرایط قرارداد و عرف مرسوم در بارداری و پزشکی، تمام کارهایی را که لازمه بارداری بوده است، انجام داده و کوتاهی نکرده است. اما تعهد مادر جانشین به تحویل نوزاد پس از زایمان، ناظر به نتیجه است و در صورت خودداری از آن باید علت خارجی را که مانع کار او شده است، ثابت کند تا از مسئولیت آن مبرا شود. همچنین مادر جانشین به موجب قرارداد جانشینی در بارداری وظیفه دارد تا همانند هر امین دیگری از نوزاد متولد شده تا زمان تحویل به والدین حکمی، به دور از افراط و تفریط نگاهداری و حضانت کند.

همان‌گونه که مادر جانشین ملزم است تا نوزاد را به والدین حکمی تحویل دهد، والدین حکمی نیز ملزمند نوزاد را در موعد مقرر تحویل بگیرند و گرنه باید خسارات ناشی از تأخیر خود را جبران کنند. همچنین والدین حکمی ملزمند با تمام شدن کار موضوع قرارداد، اجرت مادر جانشین را بپردازند و به نظر می‌رسد که زایمان، پایان کار موضوع قرارداد باشد، مگر آنکه شرایط قرارداد به گونه‌ای دیگر تنظیم شده باشد.

قرارداد جانشینی در بارداری، علاوه بر آثار عمومی فوق، آثار خاص دیگری مانند وضعیت رابطه نسبی فرزند متولد شده با والدین حکمی و مادر جانشین، محرمیت فرزند با آنان و همچنین کیفیت ارث‌بری وی از آنان یا به عکس را نیز در بر دارد.

مرد صاحب اسپرم و زن صاحب تخمک و رحم مطابق با مفاد مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۷ قانون مدنی در تمامی موارد به استثنای رابطه نامشروع زنا، پدر و مادر نسبی فرزند محسوب می‌شوند. اما قانون مدنی، نسبت به وضعیت نسبی این فرزند با زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم ساکت است. پس می‌توان با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ آیین دادرسی مدنی، حکم چنین موضوعی را در منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر جستجو کرد.

بین فقهای امامیه درباره نسب مادری زن صاحب تخمک و یا زن صاحب رحم با فرزندی که در اثر شیوه جانشینی در بارداری به دنیا آمده، اختلاف است. اکثر

فقه‌های معاصر، زن صاحب تخمک، برخی زن صاحب رحم و برخی هر دو را مادر نسبی فرزند برشمرده‌اند. حال آنکه برخی زن صاحب تخمک را مادر نسبی فرزند و زن صاحب رحم را مادر عرفی فرزند برشمرده‌اند. و برخی نیز تعیین مادر در این مورد را از نظر شرعی مشکل و رعایت احتیاط بین آنها را ضروری دانسته‌اند.

پس از استدلال‌های تفصیلی انجام شده در این باره می‌توان بیان کرد که با وجود انتساب خصوصیات ژنتیکی فرزند به زن صاحب تخمک، رابطه ولادتی فرزند ناشی از جانشینی در بارداری با توجه به مفهوم عام و دلالت آیه ۲ سوره مجادله زن صاحب رحم را هم شامل می‌شود. بنابراین، نمی‌توان نقش زن صاحب رحم را در این باره نادیده گرفت و وی نیز به استناد معیار و ضابطه ضرورت رابطه ولادت برای ایجاد و برقراری رابطه نسبی و همچنین به دلیل شرکت وی در مراحل از فرایند رابطه ولادت می‌تواند مادر نسبی محسوب شود.

ظاهراً این امر مبنای فتوای آن دسته از فقهای است که زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم هر دو را مادر نسبی فرزند ناشی از جانشینی در بارداری دانسته‌اند، چراکه می‌توان چنین استدلال کرد، هر کدام از آنها در رابطه ولادت که ضابطه و معیار ایجاد نسب است، به نوعی شرکت داشته‌اند.

اگرچه از نظر فقهی، دلیل معذرت مکلفینی که مقلد هستند، عمل به فتوای مرجعشان است. اما از نظر حقوقی، قانونگذار می‌تواند قول مادر نسبی بودن زن صاحب تخمک و صاحب رحم را برگزیند. گرچه این عمل قانونگذار خلاف نظر مشهور است، اشکالی وجود نخواهد داشت، چراکه خلاف شرع عمل نکرده است.

بین فقها و حقوقدانان درباره اینکه بین مرد صاحب اسپرم و فرزند ناشی از جانشینی در بارداری رابطه نسبی برقرار می‌گردد و آنها پدر و فرزند محسوب می‌شوند، اختلافی وجود ندارد. نتیجه اینکه حکم مانعیت برای ازدواج، به آنها تعلق می‌گیرد، یعنی اگر فرزند مزبور دختر باشد، این مرد، پدر، برادران و پسران وی نمی‌توانند با دختر مزبور ازدواج کنند.

این حکم بین زن صاحب تخمک و صاحب رحم با فرزند ناشی از جانشینی در بارداری نیز در صورتی که قانونگذار آنها را مادر نسبی بداند، حاکم خواهد بود.

### کتاب‌شناسی

۱. ابن فهد حلی، *المهذب البارع*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲. ابن منظور، *لسان العرب*، قم، نشر ادب حوزه، ۱۴۰۵ ق.
۳. اردبیلی، *مجمع الفائدة و البرهان*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۳ ق.
۴. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ هشتم، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۰ ش.
۵. بجنوردی، سیدمحمدحسین، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۶. تبریزی، میرزا جواد، *صراط النجاه*، دفتر نشر برگزیده، ۱۴۱۶ ق.
۷. جوهری، اسماعیل، *الصحاح*، چاپ چهارم، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۰۷ ق.
۸. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، تحقیق شیخ محمد رازی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۹. حسینی، سیدشهاب‌الدین، *التلخیص الصناعمی بین العلم و الشریعه*، بیروت، بی تا، ۱۴۲۳ ق.
۱۰. حسینی مراغی، سید عبدالفتاح، *العناوین الفقهیه*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۱. خاوری، هوشنگ و منوچهر شریعتی، *توارث عمومی*، بی تا.
۱۲. خمینی (امام)، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، اسماعیلیان، بی تا.
۱۳. خوانساری، سیداحمد، *جامع المدارک*، چاپ دوم، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۵۵ ش.
۱۴. دهخدا، علی اکبر، *لغتنامه*، تهران، مجلس شورای ملی، ۱۳۳۵ ش.
۱۵. *روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)*، تهران، جهاد دانشگاهی و سمت، ۱۳۸۰ ش.
۱۶. سیستانی، سیدعلی، *الفتاوی المیسره*، چاپ سوم، قم، مکتب آیه‌الله سیستانی، ۱۴۱۷ ق.
۱۷. همو، *منهاج الصالحین*، قم، مکتب آیه‌الله سیستانی، ۱۴۱۶ ق.
۱۸. شهید ثانی، *الروضه البهیة*، قم، داوری، ۱۴۱۰ ق.
۱۹. همو، *مسالك الافهام*، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۰. صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی، *حقوق خانواده*، چاپ چهارم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۰ ش.
۲۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *العروة الوثقی*، چاپ دوم، بیروت، الاعلمی، ۱۴۰۹ ق.
۲۲. طباطبایی، سیدعلی، *ریاض المسائل*، قم، آل البیت، ۱۴۰۴ ق.
۲۳. علامه حلی، *قواعد الاحکام*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۴. علیزاده، مهدی، «ماهیت قرارداد استفاده از رحم جایگزین»، *مجله تخصصی الهیات و حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی*، شماره ۲۳، ۱۳۸۶ ش.
۲۵. همو، «وضعیت فقهی - حقوقی استفاده از رحم جایگزین»، *مجله تخصصی الهیات و حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی*، شماره ۱۹، ۱۳۸۵ ش.
۲۶. فاضل آبی، *کشف الرموز*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۸ ق.
۲۷. فراهیدی، خلیل، *کتاب العین*، چاپ دوم، دار الهجره، ۱۴۰۹ ق.
۲۸. کاتوزیان، ناصر، *خانواده*، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵ ش.
۲۹. همو، *دوره عقود معین*، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴ ش.
۳۰. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴ ش.
۳۱. همو، *مسئولیت مدنی*، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸ ش.