



بررسی وضعیت فقهی و حقوقی استفاده از رحم جایگزین و تطبیق آن بر

«رای شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر تهران»

سیده نرگس محمدی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۹/۸؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۲۸

چکیده

رحم جایگزین یا رحم اجاره ای، پدیده ای است که امروز بدلیل پیشرفتهای علمی در بسیاری از کشورها به امری رایج تبدیل شده است. از آنجا که این مسئله می تواند منشاء ایجاد بسیاری از مباحث فقهی و حقوقی شود؛ لذا فقها و حقوق دانان به بررسی آن پرداخته اند. در این مقاله بر آن شدیم، مبانی فقهی و حقوقی فرزند متولد از رحم جایگزین را بررسی و آن را بر رای ۲۶ دادگاه تجدیدنظر تهران در مورد تعیین وضعیت حقوقی - فقهی دو قلوهای متولد شده از رحم جایگزین تطبیق نماییم. تحقیق به صورت توصیفی و تحلیلی و به روش کتابخانه ای انجام شده است. نتیجه اینکه حالت بررسی شده در این مقاله که جنین حاصل از تخمک و اسپرم زوجین نابارور به رحم جایگزین منتقل می گردد با توجه به تصریح مشهور فقها بر جواز انتقال جنین منع شرعی ندارد و تنها در انجام مقدمات آن باید از لمس و نگاه حرام بدون ضرورت اجتناب کرد.

طبق رای دادگاه بدوی و دادگاه تجدیدنظر برای حل منازعه صورت گرفته بین صاحب تخمک و صاحب رحم، جنین متولد شده به صاحب رحم داده می شود؛ اما لازم است نحوه ارث بردن، حضانت، انفاق و ولایت در این پرونده نیز مورد توجه قرار گیرد.

واژگان کلیدی: رحم جایگزین، اهدای جنین، صاحب رحم، نسب، دادگاه تجدیدنظر، نقد

۱. سطح چهار فقه خانواده مدرسه علمیه تخصصی معصومیه قم،

مقدمه

تولید نسل یکی از اهداف ازدواج است. وجود فرزند در خانواده آثار و برکات زیادی به همراه دارد. یکی از مشکلات عصر حاضر ناباروری می باشد که برخی از خانواده ها با آن مواجه هستند. تلقیح مصنوعی یکی از راههای است که به زوجین کمک می کند که از نعمت داشتن فرزند برخوردار شوند. مسئله نحوه هماهنگی فقه و حقوق اسلامی از یک سوء و مقتضیات زمان از سوی دیگر، دغدغه اصلی همه اندیشمندان مسلمان قرن حاضر بوده است. بویژه اهتمام به نهاد خانواده باعث شده توجه ویژه به این بحث شده است. رحم جایگزین به عنوان یکی از روش های نوین باروری در تحقیق مورد بررسی قرار گرفته است. با توجه به اهمیت مسئله ضروری است به مبانی فقهی و حقوقی طفل متولد شده از رحم جایگزین پرداخته شود. در این مقاله در کنار بررسی مبانی و مفاهیم مورد نظر نیم نگاهی به مسئله فوق در خصوص دو فرزند که از طریق روش های باروری نوین متولد شدند و منازعه ای که بین دو خانواده در خصوص حقوق و تکالیفی که نسبت به این دو فرزند دوقلو وجود دارد، شده است. در زمینه موضوع مورد بحث تحقیقاتی صورت گرفته است؛ به برخی از آنها اشاره می شود: باروری های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق نوشته محمدرضا رضانیا معلم؛ مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه نوشته اسدالله امامی، حکم شرعی تلقیح اسپرم و نطفه بیگانه نوشته محمد روحانی علی آبادی؛ باروری های مصنوعی و حکم فقهی آن نوشته محمد یزدی. روش تحقیق حاضر، تحلیلی - توصیفی و به صورت کتابخانه ای است و در سطوح زیر مباحث را ارائه می کند:

۱. مفهوم رحم جایگزین و مبانی فقهی و حقوقی آن ۲. مفهوم نسب و نحوه انتساب طفل متولد از رحم جایگزین ۳. احکام فقهی و حقوقی کودک متولد از رحم جایگزین ۴. نیم نگاهی به ادله دادگاه و نقدهای وارد بر آن ۵. جمع بندی

۱. وضعیت فقهی و حقوقی فرزند متولد از رحم جایگزین

۱-۱. مفهوم رحم جایگزین

بررسی فقهی مسائل مستحدثه مستلزم شناخت تمامی جوانب و حالات موضوع می باشد. تبیین حکم فقهی رحم جایگزین به عنوان یکی از روش های باروری مصنوعی که صورتهای مختلفی را شامل می شود؛ نیازمند شناخت این حالات و استخراج مسائل فقهی در آن است. رحم جایگزین یا «جانشینی در بارداری» یعنی توافق با بانوی صاحب رحمی که آمادگی خود را برای حاملگی برای زوج نابارور اعلام می نماید. به گونه ای که پس از زایمان نوزاد حاصل را به زوج نابارور تحویل خواهد داد. بانوی صاحب رحم که

حامل بارداری است مادر جانشین و زوج نابارور را والدین حکمی تلقی می‌شوند. (رضانیا معلم، ۱۳۸۱، ص ۴۳۳). رحم جایگزین یکی از روش‌های لقاح خارج رحمی (ivf) است. روش‌های لقاح خارج رحمی بسته به نوع مشکل زوجین، به روش اهداء تخمک، اهدای اسپرم، اهدای جنین و استفاده از رحم جایگزین تقسیم می‌شود. روش رحم جایگزین می‌تواند با روش‌های دیگر همراه باشد، مثلاً مواردی که زوج فاقد اسپرم سالم باشد یا زوجه توانایی تخمک نداشته باشد و... ممکن است از تخمک یا اسپرم یا جنین اهدایی دیگری و قرار دادن آن در رحم جایگزین استفاده شود. روش جایگزین به دو دسته تقسیم می‌شود:

۱. جایگزینی نسبی یا جانشینی با باروری مصنوعی: در این حالت بارداری خانوم صاحب رحم در نتیجه لقاح تخمک وی با اسپرم همسر نابارور حاصل می‌شود. در این روش خانوم صاحب رحم از نظر ژنتیکی به کودک وابسته بوده و مادر ژنتیکی نیز محسوب می‌شود.

۲. جایگزینی کامل یا جانشینی در بارداری: در این حالت تخمک و اسپرم زوجین نابارور به روش لقاح خارج رحمی به جنین تبدیل شده و به رحم جایگزین منتقل می‌گردد. در این روش از نظر ژنتیکی فرزند حاصل هیچ ارتباطی با خانوم صاحب رحم نداشته و زوجین نابارور والدین ژنتیکی کودک محسوب می‌شوند. (آخوندی، ۱۳۸۶، ص ۶).

۲-۱. بررسی وضعیت فقهی رحم جایگزین

مواردی که رحم جایگزین مورد استفاده قرار می‌گیرد مختلف است، از این رو دست یابی به حکم فقهی و حقوقی واحدی که همه آنها را در بر گیرد، دشوار یا غیر ممکن است. در این تحقیق سعی شده است فقط یک حالت قابل تصور برای رحم جایگزین بررسی و مسائل فقهی و حقوقی آن گفته شود.

«رحم جایگزین با استفاده از جنین حاصل از اسپرم و تخمک زوجین نابارور: این قسم از جانشینی در بارداری از دو مرحله جمع آوری اسپرم و تخمک زوجین نابارور و بارور کردن آنها با یکدیگر و همچنین بارور کردن رحم مادر جانشین با تخمک مزبور یا جنین حاصل از آن تشکیل می‌شود. مرحله نخست آن، نفس عمل جمع آوری اسپرم و تخمک از زوج نابارور در صورتی که دارای مقدمات حرامی مانند نگاه، لمس نامحرم، و خودارضایی نباشد و همچنین بارور کردن تخمک زن با اسپرم همسرش در داخل یا خارج رحم، از نظر فقهی منعی ندارد و در منابع فقهی، دلیلی بر عدم مشروعیت این



موارد نیست. در نتیجه فقها نیز بنا به نبود وجود دلیل بر حرمت و با استناد به اصل اباحه، آن را جایز دانسته و فتوایی بر حرمت آنها نداده اند. (رضانیا معلم، همان، ص ۴۳۳).

اما مرحله دوم آن، یعنی بارور کردن رحم زن دومی با تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته از آن را می‌توان بر اساس وجود رابطه زوجیت اعم از موقت و دائم بین مرد صاحب اسپرم و زن صاحب رحمبه دو صورت تقسیم کرد:

صورت اول: جنین به رحم زنی که با مرد صاحب اسپرم رابطه زوجیت دارد، انتقال داده میشود که در این صورت دلیلی بر حرمت نیست.

صورت دوم: موردی که جنین به رحم زنی منتقل میشود که با مرد صاحب اسپرم رابطه زوجیت ندارد. در این مورد اختلاف نظر بیشتر است. و دیدگاههای فقهی و فتوایی در جواز و عدم جواز آن وجود دارد. (رضا نیا معلم، همان، ص ۴۳۳)

از بررسی دلایل جواز و عدم جواز جانشینی در بارداری روشن میشود که این صورت دارای منع شرعی نمی‌باشد. همچنین می‌توان بر جواز این مورد چنین استدلال کرد که حفظ جنین چه در دستگاه مصنوعی و چه در رحم، ولو در رحم بیگانه واجب است، اگر وجوب احراز نشود، لااقل جواز آن احراز می‌گردد. جنین را نباید از بین برد، بنابراین انتقال آن به رحم بیگانه منعی ندارد، زیرا دلیلی بر حرمت آن در شرع وجود ندارد حتی بر زن زنا کار حرام است که جنین بوجود آمده را سقط کند. با عدم دلیل بر حرمت انتقال جنین به رحم بیگانه، برابر اصل حلیت و اصل برائت حکم بر جواز آن میشود. زیرا این قسم نیز از شبهه‌های بدوی تحریمی است و در مورد آن نیز برائت شرعی و عقلی جاری میشود. (منشادی، ۱۳۸۷، ص ۱۸۹)

۱-۳. نظریه و دیدگاه فقها در مورد استفاده از رحم جایگزین: (منبع دیدگاه فقها: رضا نیا معلم، از صفحه ۴۳۳ به بعد استفتائات مراجع)

۱. نظریه جواز مطلق استفاده از رحم جایگزین در همه انواع و اقسام آن:

از این گروهند مقام معظم رهبری آیت الله خامنه‌ای، آیت الله سید حسن طباطبایی قمی، آیت الله محمد یزدی. آیت الله سید محمد موسوی بجنوردی. استدلال این گروه به طور خلاصه این است که هیچ آیه و روایت و دلیل شرعی خاصی بر ممنوعیت آن وجود ندارد. اگرچه در تلقیح اسپرم بیگانه احتیاط را در ترک دانسته و پرهیز از مقدمات حرام را در غیر وجود ضرورت واجب می‌دانند

۲. نظریه ممنوعیت مطلق استفاده از رحم جایگزین در همه انواع و اقسام آن حتی

اگر ضروری باشد.

از این گروه هستند آیت الله میلانی، آیت الله تبریزی، آیت الله بهجت، آیت الله فاضل لنکرانی، آیت الله بروجردی، آیت الله نوری همدانی، آیت الله سید حسن مرعشی شوشتری. این گروه علاوه بر استدلال به آیات و روایات با استناد به آثار زیان بار این روش مثل هتک حرمت، آگاهی بیگانه بر عورت بدون ضرورت و نیز دلیل معتبر شرعی و قواعد «درء المفاسد مقدم علی جلب المصالح»، «ما غلب ضروره فهو ضرر محض»، قاعده «سد الذرائع» استناد کرد، همه اقسام را حرام می دانند، اگرچه در ذات و اصل خود حرام نباشند، لکن به خاطر عوارض و آثار زیان بار حرام می گردد.

۳. نظریه جواز مطلق استفاده از رحم جایگزین حتی موارد استفاده از گامت بیگانه به استثنای موارد متضمن لقاح داخل رحمی اسپرم بیگانه: از این گروه هستند، آیت الله محمد مومن قمی و آیت الله محسن حرم پناهی، آیت الله صانعی. این گروه از فقها استفاده از رحم جایگزین را در تمامی موارد به جز تزریق مستقیم اسپرم زوج نابارور یا اسپرم بیگانه به داخل رحم جایگزین، جایز می دانند. استدلال این گروه این است که تلقیح یه روش داخل رحمی به خاطر روایات خاص حرام است. اما نسبت به ترکیب اسپرم و تخمک بیگانه در خارج از رحم هیچ دلیلی برای منع دریافت نمی گردد. پس جایز است.

۴. نظریه جواز مطلق استفاده از رحم جایگزین با استفاده از جنین زوجین و منع مطلق آن با استفاده از گامت بیگانه (تلقیح اسپرم غیر شوهر). از این گروه هستند: امام خمینی (ره)، آیت الله منتظری، آیت الله خویی، آیت الله صافی گلپایگانی، آیت الله مکارم شیرازی.

این گروه معتقدند که آنچه ملاک حرمت یا حلیت، یا جواز یا منع قرار می گیرد، ترکیب اسپرم و تخمک زوجین یا دخالت عامل بیگانه است و شیوه های بکارگیری، هیچ تاثیری در جواز و یا حرمت اصل موضوع ندارد. دلایل ایشان آیات و روایات، ادله عقلی و استحسانی، فلسفه تشریع نکاح، ملاک موجود در ممنوعیت زنا و... می باشد.

۴-۱. بررسی وضعیت حقوقی رحم جایگزین

پس از انجام آزمایش های قطعی و موفقیت آمیز اعلام شدن روش های درمانی، قانون گذار ایران در سال ۱۳۸۲ در مورد شیوه های نوین درمان بارداری و تلقیح مصنوعی اقدام به وضع قانون نمود و قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور» را در پنج ماده به تصویب رسانید و وزارت بهداشت را مکلف نمود تا به کمک وزارت دادگستری، آیین

نامه اجرایی این قانون را تنظیم کند. این آیین نامه در سال ۱۳۸۳ به تصویب هیات وزیران رسید. ماده یک قانون مذکور مقرر می‌دارد: «به موجب این قانون کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری ذی صلاح مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون نسبت به انتقال جنین‌های حاصل از تلقیح خارج از رحم زوج‌های شرعی و قانونی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی ناباروری آنها (هریک به تنهایی یا هردو) به اثبات رسیده، اقدام کنند».

با توجه به شیوه‌های مختلف تلقیح مصنوعی و اختلاف نظر فقها در مورد برخی از شیوه‌های مذکور، قانون‌گذار در قانون نحوه اهدای جنین از سوی زوجین شرعی و قانونی را پذیرفته و اهدای اسپرم یا تخمک را تجویز نکرده است. در مورد سایر روشهای تلقیح مصنوعی (رحم جایگزین) قانون مذکور، حکم صریحی را بیان نداشته و باید به کمک اصول حقوقی و نظریات فقهی، حکم قضیه را مشخص نمود.

در مورد لقاح مصنوعی سلولهای جنسی زوج و زوجه در داخل یا خارج از رحم، قانون نحوه اهدای جنین ساکت است. مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی با توجه به نظر غالب فقهای معاصر که قائل به جواز چنین عملی می‌باشند و نیز با استناد به اصل برائت می‌توان شیوه درمانی مزبور مورد پذیرش نظام حقوقی ایران دانست.

در مورد رحم جایگزین نیز هرچند قانون‌گذار به صراحت اعلام موضع ننموده، اما این روش را نیز باید مورد تایید قانون‌گذار دانست. چرا که اولاً آنچه ممکن است مورد اختلاف فقها باشد، مشروعیت وارد کردن جنین در رحم زن بیگانه است و قانون‌گذار با پذیرش اهدای جنین در قانون نحوه اهدای جنین، این عمل را صحیح دانسته است. حال چه تفاوت می‌کند بعد از تولد، طفل مسترد شود یا صاحب رحم آن را نزد خود نگه دارد. به علاوه وقتی قانون وارد کردن جنین در رحم زن بیگانه را برای اهدا پذیرفته، به طریق اولی با موردی که وارد کردن جنین در رحم اجنبی بر مبنای استرداد آن به والدین اصلی باشد، مورد پذیرش قرار بگیرد.

ثانیاً بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی «قرار دادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است» قراردادهای مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز مطابق ماده ۹۷۵ قانون مدنی، قابلیت اجرا ندارد. لذا موضوع قرارداد رحم را می‌توان کمک به حفظ و ادامه حیات جنین موجود دانست. لذا عقد مذکور با نظم عمومی و اخلاق حسنه مخالفت ندارد و به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی با توجه به عدم منع صریح قانون، قرارداد اجاره رحم را باید صحیح و نافذ

دانست. این نتیجه را اصل صحت (ماده ۲۲۳ قانون مدنی) نیز تایید می‌کند. (صفری، ۱۳۹۷، ص ۱۰-۱).

معمولاً نویسندگان حقوقی در باب تعیین ماهیت حقوقی قرار داد استفاده از روش مادر جانشین به قالب‌های عقدی توجه داشته و بر این اعتقادند که چنین عملی باید در ساختار حقوقی «عقد» محقق شود، چرا که از میان وقایع و اعمال حقوقی، عقد است که برای انعقاد و ایجاد اثر دلخواه ناشی از آن، به توافق دو یا چند اراده نیاز دارد. بدین ترتیب، عمل حقوقی ایقاع و واقعه حقوقی، تخصصاً از گستره چنین موضوعی خارج است چرا که ایقاع با انشای یک اراده و واقعه حقوقی در اثر قانون و بدون توجه به اراده انشایی شخص ایجاد می‌شود. (علیزاده، سال نامشخص، ص ۱۵۰). دلیل چنین رویکردی واضح است زیرا در بحث استفاده از روش مادر جانشین همواره دو طرف وجود دارد، صاحبان اسپرم و تخمک (والدین حکمی) از یک سوء و مادر جانشین از سوی دیگر، اما آیا صرف مداخله دو طرف در این رابطه به معنای انحصار تحلیل این رابطه حقوقی در قالب عقد و قراردادی دو جانبه است. در پاسخ منفی نباید تردید نمود، زیرا آنچه برای عقد بودن یک رابطه حقوقی لازم است، دخالت انشایی اراده طرفین در خلق آثار حقوقی است، نه صرف لزوم یا مداخله دو طرف. برای تصدیق این مدعا کافی است به وصیت عهدی نگاه کنیم که در آن بیگمان سخن از یک رابطه دوجانبه است، اما با این وجود به تصریح قانون مدنی (ماده ۸۳۴)، ما با یم ایقاع روبه رو هستیم. اختلاف جدی که در عقد یا ایقاع بودن وصیت تملیکی در بین فقها وجود دارد به نحوی که نشان می‌دهد که صرف مداخله دو نفر در یک رابطه حقوقی، کافی برای عقد تلقی کردن آن نیست و گر نه بحث از عقد یا ایقاع بودن وصیت تملیکی و ایقاعات غیرعاقلانه می‌نمود. برای تعیین عنوان و ماهیت عقدی را که افراد در توافقاتی خود استفاده می‌کنند چندین ملاک وجود دارد یکی قصد مشترک طرفین است زیرا عنصر سازنده هر عقد قصد مشترک است. معیار دیگر عرف است زیرا وقتی افراد در برابر حکم عرف سکوت می‌کنند دلیل آن است که دیدگاه عرف و اراده عموم را پذیرفته‌اند. علاوه بر این تشخیص نوع عقد در تقسیم بندی عقود تاثیر به سزایی در تعیین ماهیت آن دارد، به عنوان مثال خصوصیات هر توافق از قبیل لزوم یا جواز، عهدی یا تملیکی بودن، معوض یا غیر معوض بودن، معاملی یا مسامحی بودن فرضایی یا تشریفاتی بودن و غیره می‌تواند در تشخیص و تعیین ماهیت عقد کمک شایانی بنماید.

۲. تطبیق قرار داد مادر جانشین با ماده ۱۰ قانون مدنی: برخی انعقاد قرار داد مادر جانشین را در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی مناسب دانسته‌اند. اگر ماده ۱۰ قانون مدنی را

به عنوان یک قالب تکمیلی و برای پر کردن خلاء باقیمانده از عقود معین به حساب نیاوریم قابلیت تطبیق با قرار داد استفاده از رحم جایگزین را دارد، زیرا طبق ماده ۱۰ قانون مدنی، ضروری نیست که برای ایجاد تعهد، توافق اشخاص به صورت یکی از عقود معین در قانون باشد و این موضوع درباره جانشینی در بارداری نیز مصداق دارد و اشخاص می‌توانند درباره آن به صورت قرارداد خصوصی که در قانون عنوان و صورت خاصی ندارد با یکدیگر توافق کنند و خود، شرایط و آثار آن را طبق قواعد عمومی قراردادها و اصل حاکمیت تعیین نمایند. در واقع با پذیرش دیدگاه فوق نه تنها مانعی برای اشخاص در مراجعه به عقود معین که قابلیت انطباق با قرار داد استفاده از رحم جایگزین را دارند وجود ندارد بلکه میتوان از ماده ۱۰ قانون مدنی نیز استفاده نمود. از محاسن انعقاد قرارداد رحم جایگزین با استفاده از ماده ۱۰ قانون مدنی این است که افراد می‌توانند قرارداد را با هر عنوانی که بخواهند منعقد کنند، آثار و نتایج آن را به دلخواه تعیین کنند. افزون بر این اصل اراده اقتضاء دارد که در تفسیر قرار داد به آنچه متعاقبین به طور صریح یا ضمنی اراده کرده اند توجه شود؛ بنابراین به نظر می‌رسد ماده ۱۰ مناسبترین قالب برای انعقاد قرار داد رحم جایگزین بوده و در عین حال از ایرادات وارده بر عقود معین مصون است.

۵. مفهوم نسب و نحوه انتساب طفل متولد از رحم جایگزین

با توجه به تعاریف مختلفی که فقها و حقوقدانان از نسی ارائه داده اند می‌توان در تعریف نسبت چنین گفت:

نسبت از نظر لغت به معنای قرابت، اصل، نژاد، خویشاوندی و پیوستگی و ارتباط بین دو شی (انسان) است. (بوالحسن، ۱۴۰۴ ه ق، ج ۵، صص ۴۲۳-۴۲۴). علی اکبر قریشی در قاموس قرآن آورده است که: «نسب و نسبت، اشتراکی است از طرف یکی از والدین نسبت طولی مثل اشتراک از حیث پدران و فرزندان و نسبت عرضی مانند نسبی که میان عموزادگان و برادرزادگان است». (قرشی، ۱۳۶۷ ه ش ج ۷-۶-۵ ص ۵۱).

در نظر عرف فرزندی که از رابطه ی جنسی مرد و زن به وجود می‌آید، بین او و والدینش رابطه ای برقرار می‌شود که عرف از آن به «نسب» نام می‌برد. (قزوینی، سال نامشخص، ص ۱۹۲). پس نسب عرفا رابطه ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه ی انسان دیگر انتزاع می‌شود. (نایب زاده، سال نامشخص، ص ۲۶۲)

نسب عرفا و لغتا رابطه ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه ی انسان دیگر انتزاع می‌شود. بنابراین ملاک اصلی در نسب پدری رابطه ی بیولوژیکی است که به

لحاظ تکون طفل از اسپرم مرد می‌باشد، فلذا مرد صاحب اسپرم، پدر طفل محسوب می‌شود. (الجعبی العاملی ۱۳۸۰ هـ ش ص ۴۳۱ و ربانی، ۱۳۸۶، ۲، ص ۸۷). در این راستا می‌توان از ادله‌ی اثبات دعوی و اماره‌ی فراش بهره‌ی جست. پیرامون تشخیص مادر طفل ناشی از این روش تلقیح مصنوعی پنج نظریه وجود دارد که به بررسی و تحلیل آنها می‌پردازیم:

- (الف) مادر ژنتیکی، مادر قانونی است.
- (ب) مادر جانشین، مادر قانونی است.
- (ج) طفل دارای دو مادر قانونی است.
- (د) هیچ یک مادر نسبی نیستند.
- (ه) هر دو مادر رضاعی اند.

۵-۱. تحلیل نظریات جهت تشخیص مادر طفل ناشی از رحم جایگزین

- (الف) مادر ژنتیکی، مادر قانونی است.
- (ب) مادر جانشین، مادر قانونی است.

۵-۲. استناد به قرآن

برخی از فقها با استناد به آیاتی از قرآن بر این عقیده اند که ملاک مادر بودن حمل کودک است.

آیت الله تبریزی: ملاک را حمل می‌داند. آیت الله فاضل لنکرانی ویرا مادر عرفی می‌داند. آیت الله موسوی اردبیلی: هر دو را مادر می‌داند. آیت الله مکارم شیرازی مادر جانشین به منزله فرزند رضاعی است. بنابراین زنی که کودک را حمل کرده و سپس او را زاییده است او از دیدگاه شریعت مادر این کودک به شمار می‌آید.

به عنوان نمونه از آیه ی ۲ سوره مجادله {الَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَأَنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مَنكُرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌ غَفُورٌ} یعنی از میان شما کسانی که زنانشان راظهار می‌کنند بدانند که زنانشان مادرانشان نشوند مادرانشان فقط زنانی هستند که آنان را زاییده اند، چنین استنباط کرده اند که (مادر کودک همان زنی است که او را می‌زاید در نتیجه زنی که او را حمل میکند در شرع مادر اوست و کودک به او ملحق می‌شود و به صاحب تخمک بر نمی‌گردد).

البته طرفداران این قول به آیات دیگری نیز استشهاد کرده اند مثل (او شما را در شکم مادرانتان خلقتی پس از خلقت و در ظلماتهای سه گانه می آفریند). سوره ۶ سوره زمر یا (خداوند می داند که هرزنی به چه باردار است و رحم ها چه می کاهد و چه می افزاید). آیه ۸ سوره رعد یا خداوند (یا خداوند شما را از شکمهای مادرانتان بیرون می آورد در حالی که چیزی نمی دانستید) آیه ۷۸ سوره نحل. (ما به انسان درباره پدر و مادرش سفارش کردیم. مادرش او را با ناتوانی حمل کرد) آیه ۱۴ سوره لقمان. ولذا تعدادی از فقها مانند آیت الله خویی قایل به این هستند که مادر همان کسی است که فرزند را در شکم خود پروراند و رشد و نمای او در آنجا صورت گرفته اس تو مادر همان کسی است که دوران بارداری را طی کرده است و او را زاییده است.

۳-۵. طفل دارای دو مادر قانونی است.

این گروه مبنای انتساب کودک به زن را عرف می دانند و بر این عقیده اند که عرف به روشنی هر دو زن را مادر می دانند و مانعی هم ندارد که کودکی صاحب دو مادر باشد. (نایب زاده، ۱۳۸۴، ۲۷۹).

۴-۵. هیچ یک مادر نسبی نیستند.

این گروه معیار پیدایش فرزند را از ناحیه پدر یک عامل می دانند و آن اسپرم مرد است، ولی ارتباط و انتساب فرزند را به مادرش بر اثر دو عامل می دانند: ۱. ارتباط تکوینی و وراثتی فرزند به مادر که بوسیله تخمک حاصل میشود. ۲. ارتباط حملی و ولادتی و حضانتی که بوسیله رحم محقق می شود. پس زمانی که تخمک از نی باشد مسئولیت حمل را بر عهده نمی گیرد و حامل جنین، زنی دیگر است دو عامل انتساب فرزند به مادر در هریک از صاحب تخمک و صاحب رحم وجود نداشته و هیچکدام مادر محسوب نمی شوند. (رضانیا معلم، ۳۲۵، ۱۳۸۰).

۵-۵. هر دو مادر رضاعی اند

عده ای معتقدند اگر چه نتوان هر دو را مادر نسبی به حساب آورد، اما فرزند با هریک از صاحب تخمک و صاحب رحم یک نوع ارتباطی دارد هر دو را می توان به عنوان مادر رضاعی تلقی کرد: زیرا هر دو در پیدایش و تکون نوزاد تاثیر گذار و سهمیم بوده اند. و از سوی دیگر، دلیل قاطعی هم نیست که اهمیت شرعی اختصاص به هریک از آن دو

دارد. (نجفی، جلد ۴۱، صفحه ۳۹۸).

۶. احکام حقوقی کودک متولد از رحم جایگزین

۶-۱. حضانت

برابر ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی «هر گاه مادری در مدتی که حضانت طفل با اوست مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند حق حضانت به پدر واگذار میشود بنابراین شوهر کردن مادر طفل به شخصی غیر از پدر طفل از موانع اجرا یا عوامل سقوط حق حضانت است». (قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران). فلذا بحث حضانت طفل متولد از مادر جانشین را در دو مورد جداگانه با توجه به شوهر دار بودن یا نبودن مادر جانشین ارایه میدهیم صورتی را که مادر جانشین در هنگام تولد طفل رارای شوهر نباشد در دو حالت مطلع مادر جانشینی به تحقیق مورد تحلیل قرار میدهیم

۶-۱-۱. حالت جانشینی در بارداری

در این حالت با توجه به آنچه در بحث مربوط به نسب بدری و مقدمه ی بحث حاضر گفتیم پدر حکمی که پدر بیولوژیکی طفل هم میباشد پدر قانونی طفل هست و در مورد نسب مادری نیز ۳ نظریه را اریه دادیم که ذیلا فروض مختلف انرا ذکر کرده و حکم هر فرض را در مورد حضانت طفل تایید خواهیم کرد در حالتی که مادری حکمی مادر قانونی طفل هست و پدر حکمی پدر طفل میباشد نظریه مباحث مطروحه در مورد حقوق و تکالیف ابوی در مورد حضانت طفل در دوران زوجیت حضانت طفل بر عهده ی والدین حکمی که رابطه ی زوجیت بین انها برقرار است می داند که باید با همکاری یکدیگر طفل را پرورش داده و و بزرگ کنند مادر حکمی دارای حق اولویت در مورد حضانت طفل تا سنین مذکور در ماده ی ۱۶۹ ق.م.می باشد در این فرض اعتقاد به وجود یا عدم وجود قرابت ناشی از مادر جانشینی بین مادر جانشین و طفل تفاوتی در حکم مربوط به حضانت طفل نخواهد داشت چرا که همانطور که گفتیم قرابت مادر جانشینیه مشابه قرابت رضاعی فقط در مورد ممنوعیت نکاح موثر است و اثری در سایر اثار نسب از جمله حضانت طفل ندارد در حالتی که مادر جانشین مادر قانونی طفل است و پدر حکمی پدر طفل می باشد به علت عدم وجود رابطه ی زوجیت بین پدر و مادر و جدایی آنان وضعیت این فرض مشابه موقعی است که نکاح بین پدر و مادر طفل به سببی از اسباب قانونی منحل شده و یا در اثر نا سازگاری بدون انحلال نکاح ابوین به ثورت جداگانه از یکدیگر زندگی می کنند در این وضعیت بر طبق ماده ۱۶۹ ق.م. حق



اولویت در مورد حضانت طفل تا دو سال در مورد پسر و تا هفت سال در مورد دختر بامادر است بنابر این مادر جانشین دارای حق اولویت در مورد حضانت طفل تا سنین مذکور نسبت به پدر حکمی است. (قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران).

درحالتی که طفل دارای دو مادر قانونی است پدر حکمی پدر قانونی طفل و مادر جانشین و مادر حکمی هر دو مادر قانونی طفل به شمار می‌آیند. بدین ترتیب در یک سو مادر جانشین قرار دارد که مادر طفل است و بنا به فرض فاقد شوهر می‌باشد و در طرف دیگر زن و شوهری قرار دارند که شوهر پدر طفل و زوجه مادر طفل می‌باشند. اگر مبنای قواعد حاکم بر حضانت را «مصلحت و سعادت کودک» بدانیم در قیاس بین خانواده ای که از پدر و مادر طفل تشکیل شده و این دو به شوق بچه دار شدن سبب به وجود آمدن بچه شده اند با زن مجردی که درست است مادر طفل بوده اما خود در کانون خانواده ای قرار ندارد در می‌یابیم که مصلحت کودک ایجاب میکند که حضانت وی به عهده ی مادری باشد که همسر پدر طفل است بنابر این در این وضعیت حق حضانت مادر کمی نسبت به حق حضانت مادر جانشین دارای اولویت بوده و ارجح می‌باشد.

۶-۱-۲. حالت جانشینی با باروری مصنوعی

در این حالت پدر حکمی پدر طفل و مادر جانشین مادر طفل می‌باشند و مادر حکمی که در تشکیل جنین و حمل او در رحم نقشی نداشته است هیچ سمتی نسبت به طفل ندارد. وضعیت این حالت از نظر بحث حضانت مانند حالتی که مادر جانشین مادر قانونی طفل است که قبلاً مطرح گشت.

در صورتی که مادر جانشین زن شوهر دار باشد برابر ماده ی ۱۱۷۰ ق.م.ا.گ.م مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست به دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود. (قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران).

۶-۱-۳. حالت جانشینی در بارداری

در این حالت در حکمی که پدر بیولوژیکی طفل میباشد پدر قانونی کودک است و در مورد نسب مادری نیز سه نظریه وجود دارد که ذیلاً فروض مختلف آن را ذکر میکنیم:

در حالتی که مادر حکمی مادر قانونی است و پدر حکمی پدر طفل میباشد حکم مساله مشابه همین فرض در حالت جانشینی در بارداری در صورتی که مادر جانشین در



هنگام تولد دارای شوهر نبود میباید.

در حالتی که مادر جانشین مادر قانونی طفل است و پدر حکمی پدر قانونی طفل شوهردار بودن مادر جانشین مانع اجرای حق حضانت مادر جانشین در مورد طفل به دنیا آمده میباید. با وجود این مانع برای حق اولویت مادر جانشین در حضانت طفل حضانت وی به عهده ی پدر حکمی که پدر قانونی طفل است قرار میگیرد.

در حالتی که طفل دارای دو مادر قانونی است گرچه مادر جانشین مادر قانونی طفل است ولی همسر وی پدر طفل نمیباشد و نسبتی با وی ندارد و در قیاس بین خانواده ای که از زن و شوهری تشکیل که پدر و مادر طفل بوده و هر دو به شوق بچه دار شده سبب به وجود آمدن طفل شده اند با خانواده ی مادر جانشین در می یابیم که مصلحت طفل نیز-علاوه بر وجود مانع قانونی برای حق حضانت مادر جانشین-ایجاب میکند که حق حضانت با مادر حکمی باشد.

۶-۱-۴. حالت جانشینی با باروری مصنوعی

در این حالت نیز مادر حکمی که در تشکیل جنین و حمل آن در رحم نقشی نداشته است هیچ سمتی نسبت به طفل ندارد اما پدر حکمی پدر طفل و مادر جانشین مادر طفل محسوب میشود با وجود مانع برای حق اولویت مادر جانشین در حضانت بچه حضانت طفل بر عهده پدر حکمی که پدر قانونی طفل است قرار میگیرد.

۶-۲. ولایت قهری

ولایت طفل برابر ماده ۱۸۰ ق.م. با پدر و جد پدری است بنابراین نه صاحب تخمک و نه مادر اجاره ای بر فرزند متولد از رحم اجاره ای ولایت نخواهد داشت. در گذشته ولایت طفل به مادر نیز محول می شد اما بعد از انقلاب به موجب ماده واحده ی لایحه ی قانونی مصوب ۱۳۵۸/۷/۱۵ ولایت مادر که در ماده ی ۱۵ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۶ پیش بینی شده بود ملغی گردید. در مورد شوهر مادر اجاره ای چون رابطه ای با کودک از این جهت ندارد بر نوزاد ولایت نخواهد داشت و منحصر در وضع کنونی و نظام فعلی حقوق ایران پدر و جد پدری تا سن بلوغ بر کودک ولایت دارند. (قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران).

۶-۳. الزام به انفاق

نفقه ی این کودک با توجه به ماده ی ۱۱۹۹ ق.م. بر عهده پدر است و پس از فوت او



با عدم قدرت او بر انفاق به عهده ی اجداد پدری است با رعایت الاقرب فالاقرب و در صورت نبودن پدر و اجداد پدری و یا عدم قدرت آنها نفقه بر عهده ی مادر است. (قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران).

با توجه به نظریات ارایه شده در مورد تعیین مادر قانونی طفل متولد شده از حالت جانشینی در بارداری هر یک از مادر جانشین یا مادر حکمی را می توان مادر قانونی طفل به حساب آورده که ملزم به انفاق خواهند بود یکی از نظریات ارایه شده بر این مبنا بود که طفل دارای دو مادر قانونی است که در این صورت دو نفر در یک طبقه ملزم به انفاق خواهند بود از طرفی شاید بتوان اذعان کرد که اگر نتوان مادر جانشین را مادر رضاعی تلقی کرد باید گفت: تکلیف انفاق برای مادر جانشین وجود ندارد و این کودک از جهت نفقه با صاحب رحم هیچ رابطه ی حقوقی ندارد.

شایان ذکر است نفقه ی حمل در حالت مادر جانشین به عهده پدر حکمی است و چون جنین نمی تواند مستقیماً از دهان تغذیه کند، نفقه به حامل داده میشود تا به وسیله خون او به مصرف جنین برسد. این امر تعاری با حق نفقه مادر جانشین بر شوهرش در ایام بارداری ندارد.

۴-۶. توارث

در این حالت باروری مصنوعی، پدر حکمی پدر قانونی کودک است. در این رابطه چون مواجهه ای صورت نگرفته به یقین می توان گفت بین صاحب اسپرم و کودک توارث برقرار است. و در رابطه با توارث بین مادر و کودک می توان گفت که اگر مادر حکمی، مادر قانونی کودک باشد، رابطه توارث بین او و کودک برقرار میشود؛ در اینجا فرقی نمیکند که اعتقاد به وجود درضاعی بودن قرابت صاحب رحم با کودک داشته یا نداشته باشیم چرا که قرابت مادر جانشین از حیث تمام آثار نسب مانند خویشاوندی نسبی نیست و فقط از حیث ممنوعیت نکاح موثر است لذا در قرابت مادر جایگزین رابطه توارث وجود ندارد و اگر مادر جانشین مادر قانونی کودک باشد، در این حالت رابطه ی توارث از یک سوء بین کودک و پدر حکمی و از طرف دیگر بین کودک و مادر جانشین برقرار می شود. دلیلی بر این که وجود نکاح صحیح بین پدر و مادر شرط وراثت در نسب باشد در دست نیست و تمام اولاد به غیر از ولدالزنا از پدر و مادر خود ارث می برند، بنابراین رابطه توارث به شرط مزبور در این حالت موجود می گردد و اگر مادر جانشین و مادر حکمی هر دو مادر قانونی کودک باشند، باید ببینیم در حقوق ایران می توان در آن واحد رابطه توارث با دو مادر محقق دانست.

ماده ۸۶۵ ق.م می گوید: «اگر در شخص واحد موجبات متعدد در ارث جمع شود به

جهت تمام آن موجبات، ارث می‌برند مگر اینکه بعضی از آنها مانع دیگری باشند که در این صورت فقط از جهت عنوان مانع می‌برد». بدین ترتیب؛ «هرکسی که هر یکی از اقسام خویشاوندی مذکور در قانون مدنی را که موجب ارث است، داشته باشد به لحاظ هر خویشاوندی نصیب خود از را از ترکه می‌برد، زیرا قانون هریک از آن روابط را به تنهایی موجب ارث شناخته است. در نتیجه براساس مستفاده از ماده ۸۶۵ ق.م.کودک به دنیا آمد * هم از مادر جانشین و هم از مادر حکمی ارث می‌برد. (قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران).

۵-۶. نیم‌نگاهی به رای شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر تهران

۵-۶-۱. وقایع پرونده

زن و شوهری هستند که امکان باردار شدن زن وجود داشته است، اما به دلیل مشکلاتی که داشته جنین مکرراً سقط می‌شده و بچه‌ای به دنیا نمی‌آمده است. در مقابل خانواده دومی وجود داشتند که امکان بارداری زن توسط همسر خودش وجود نداشته اما در عین حال امکان بقای حمل جنین در زن وجود داشته است. هر دو در مراحل درمان با هم آشنا می‌شوند و خانواده اول جنین را تحویل خانواده دوم می‌دهد و در نهایت فرزند دوقلویی متولد می‌شود. نزاعی که بین این دو خانواده وجود داشته اهدای جنین و اجاره رحم بوده است. خانواده اول که صاحب جنین بوده با استناد به اینکه رحم را اجاره کرده، مدعی ست که فرزند متعلق به اوست و حضانت را باید او به عهده بگیرد و به تبع حقوق و وظایف هم به عهده‌ی او خواهد آمد. در مقابل خانواده دوم هم با استناد به اینکه آنچه رخ داده است اهدای جنین بوده و خانواده اول را معرض از ماجرا می‌دانند، مدعی این هستند که فرزند متعلق به آن‌هاست و خانواده اول حقی در این ماجرا و حضانت آن فرزند ندارد. دادگاه بدوی رای به نفع خانواده دوم صادر کرده و اهدا را ترجیح داده است. اما دادگاه تجدیدنظر باز هم به نفع خانواده دوم حضانت را صادر کرده است.

سوالاتی که در این پرونده باید به آن پاسخ جدی داده شود تا حل روشنی از ماجرا وجود داشته باشد عمدتاً در دو بحث مختص و موضوعی پرونده و منازعه و بحث‌های مبنایی مسئله‌ی تولد چنین فرزندان وجود دارد. در بحث موضوعی آنچه نقش اصلی و اساسی را ایفا می‌کند مسئله ماهیت و عمل رخ داده است. آنچه که رخ داده با عنوان و یا با ماهیت اهدا باید ترسیم شود و یا با عنوان و ماهیت اجاره رحم، که به تبع آثار خودش را در مسئله نشان خواهد داد. برای پاسخ به این سوال باید از قرائن استفاده



بشود و در صورت فقدان قرائن باید ببینیم اصل اولیه و اصول چه چیزی را اقتضا می‌کند که در صورت شک چنین رخداد چه ماهیتی را حمل بکند و در صورت تعارض یا تنافی اصول یکی را ترجیح بدهیم. اما در خصوص بحث‌های مبنایی که در این پرونده هست چند مسئله بسیار مهم و اساسی وجود دارد که باید حتماً به آن پرداخته بشود. از جمله اینکه ما معیارمان برای اطلاق پدر و مادر چه چیزی است؟ خصوصاً در اینجا چون مادر نقش مهمی را ایفا می‌کند. آیا ما مسئله‌ی صاحب تخمک و جنین را معیار قرار می‌دهیم یا مسئله صاحب رحم بودن و تولد پایانی را.

مسئله دومی که در این پرونده نقش مهمی را ایفا می‌کند، مسئله والدین حضانتی هست، آیا حضانت را به یکی از خانواده‌ها، خصوصاً خانواده دوم بدهیم، مسئله ولایت را باید به کدام یک از خانواده‌ها سرایت بدهیم. بعد هم فروع مختلف آن مثل شناسنامه و بقیه حقوق هم به تبعش مطرح خواهد شد. این مجموع سوالاتی است که در فرایند نشان مطرح خواهد شد.

۶-۵-۲. رای دادگاه تجدید نظر

شعبه ۲۴۵ دادگاه خانواده تهران به نفع زن حامل نوزادها حکم داده و حضانت را در اختیار او و شوهرش قرار داده است.

نکات اساسی استدلال دادگاه بدوی از این قرار است: (کلیه مطالب مربوط به پرونده به نقل از نشست نقد رای شعبه ۲۶ دادگاه تجدید نظر تهران می‌باشد، اسفند ۱۴۰۲، www.mfeqh.ir).

الف. براساس قرائن و شواهد توافق فی ما بین اهدای جنین بوده نه رحم اجاره‌ای؛
ب. به زنی که نوزادی را به دنیا آورده بیشتر مادر اطلاق می‌شود تا زنی که صاحب تخمک است؛

ج. سلب حضانت از زنی که نوزاد را به دنیا آورده و سپردن آن به صاحب تخمک علاوه بر اینکه موجب آسیب‌های روحی و روانی می‌شود ترجیح بلا مرجح است.
هر چند دادگاه بدوی در رای دیگری حکم به اثبات نسب و صدور شناسنامه برای والدین بیولوژیکی نوزادان داده بود.

دادگاه تجدید نظر حکم دادگاه بدوی مبنی بر واگذاری حضانت به زن دنیا آورنده نوزادان و شوهرش را تایید می‌کند اما با ترتیب و استدلالی که با رای بدوی تفاوت‌هایی دارد این حکم را صادر می‌کند.

نکات اساسی استدلال دادگاه تجدید نظر بدین شرح است:

الف. قرارداد مشخص و روشنی بین طرفین منعقد نشده که به طور دقیق روشن شود ماهیت قرارداد اهدای جنین بوده یا رحم اجاره ای. از طرفی اهدای جنین طبق قوانین مجاز است اما در جواز رحم اجاره ای حکمی در قوانین نیامده است.

ب. اظهارات مرکز درمانی ناباروری نشان دهنده فرآیند تولید مثل براساس اهدای جنین است اما وظایف قانونی خود را در این باره ترک کرده است زیرا:

اولا موظف به حفظ محرمانگی و ناشناسی بوده که آن را رعایت نکرده است.

ثانیا این مرکز درمانی موظف بوده معرفی نامه جهت اخذ حکم دادگاه خانواده در تجویز اهدای جنین را صادر کند که در این مورد تخلف کرده و آن را انجام نداده است.

ثالثا صاحب رحم خودش یک فرزند پسر داشته و نیازی برای درمان ناباروری نداشته است. اما بر اساس قانون جوانی جمعیت سال ۱۴۰۰ به متقاضیان با ناباروری ثانویه اجازه درمان ناباروری از طریق روشهای نوین داده شده است. (در این پرونده صاحب رحم فقط می توانسته حمل جنین نماید و شوهرش هم جراحی کرده بود.

رابعا مرکز درمان ناباروری مجوز باروری با دخالت شخص را نداشته است.

ج. بنابراین ماهیت عمل موضوع پرونده، باروری به روش اهدای جنین است.

وقتی موضوع پرونده، باروری به روش اهدای جنین است، مشمول قانون نحوه اهدای جنین به زوج های ناباروری مصوب ۱۳۸۳ است. براساس این قانون نهاد حقوقی والدین حضانتی تاسیس شده است که مسوولیت ها و اختصاصات پدری و مادری را برای پذیرندگان جنین، ایجاد می کند. در نهایت دادگاه با تفکیک بین والدین نسبی و والدین حضانتی در فقه و حقوق، مصلحت و غبطه را در عدم استرداد دو نوزاد به والدین بیولوژیکی شان دانسته و حضانت را برای صاحب رحم و شوهرش تثبیت می کند. سرانجام حکم می دهد که صدور شناسنامه هم برای پذیرندگان جنین بلا مانع است.

جستجو در حقوق خارجی، پرونده ای در ایالات متحده آمریکا در سال ۱۹۸۹ رانشان می دهد که تا حدودی با این پرونده مشابهت هایی دارد که تصمیم قضایی اتخاذ شده در آن منجر به تاثیر بر نهادهای قانون گذاری شده و تاسیسات و تغییرات قانونی را به دنبال داشت. این پرونده به پرونده Baby M مشهور شده است. در این مورد یک زوج ساکن نیوجرسی آمریکا به نام ویلیام و الیزابت استرن می خواستند صاحب فرزند شوند اما نمی توانستند بدون خطر پزشکی برای الیزابت اقدام کنند. آنها با یک مرکز باروری تماس گرفتند. یک زن به نام مری وایتهد که متاهل و دارای دو فرزند بود به درخواست آنها پاسخ داد. قرار دادی امضاء شد که طبق آن مری وایتهد با اسپرم ویلیام

استرن بارور شده و ده هزار دلار دریافت کرده و نوزاد به دنیا آمده را به آنها تحویل داده و از تمام حقوق مادری اش گذشته و به هیچ عنوان با نوزاد در آینده ارتباط برقرار نکند. بعد از تولد نوزاد، مری وایتهد با نوزاد فرار کرده و حاضر به تحویل نوزاد نشد و بیان کرد نمی‌تواند از نوزاد دل بکند.

ماجرا با شکایت ویلیان و الیزابت استرن به دادگاه کشیده شد. دادگاه بدوی نیوجرسی حکم به اجرای قرار داد کرد و ابراز نمود: «قرار داد، قرار داد است و باید اجراء شود» اما دادگاه عالی نیوجرسی حکم دادگاه بدوی را نقض کرد. دادگاه در رد اعتبار این قرار داد نوشت: «براساس این قرار داد مادر طبیعی به طور فسخ ناپذیری قبل از این که از شدت علاقه اش به کوک مطلع باشد، مرتکب این کار شده است. او هرگز تصمیمی کاملاً داوطلبانه و آگاهانه نگرفته است؛ زیرا او نمی‌توانست قبل از به دنیا آمدن کودک، احساسات خود را پیش بینی کند. البته دادگاه عالی نیوجرسی تعادلی در مسئله ایجاد کرد. حضانت نوزاد را به ویلیام والیزابت استرن سپرد؛ زیرا به دلیل جایگاه شغلی و اجتماعی آنها، نفع نوزاد را در آن دید که با آنها زندگی کند؛ اما حق ملاقات را هم برای مری وایتهد در نظر گرفت. (رای دادگاه بدوی و دادگاه تجدید نظر مربوط به نشست: WWW.mfeqh.ir/ray ۲۴۵)

۶-۵-۳. بررسی اول: (همان، دیدگاه یکی از اساتید حقوق حاضر در نشست می‌باشد).

«... اساس حکم بدوی سه استدلال دارد: یکی مرکز فعالیت، که آیا مجاز به اهدای جنین بوده؟ دوستانی که حقوق اداری مطالعه می‌فرمایند و پژوهش کردند می‌دانند که ما گاهی اوقات می‌گوییم عدم رعایت تشکیلات شکلی باعث بطلان می‌شود. حالا مثلاً در مزایده و مناقصه‌های دولتی می‌گوییم اگر عدم رعایت باشد باعث بطلان می‌شود. آیا عدم رعایت تشریفاتی که در اینجا داریم، نگرفتن حکم از دادگاه، نقض محرمانگی، اینکه این دو رفته‌اند به یک مرکز غیرمجاز، می‌تواند خدشه‌ای به اصل قصه وارد کند. این‌ها باید معلوم بشود.

دو اینکه حسب عرف فردی که زایمان کند مادر است. چندجا از معیار عرف در اینجا استفاده شده.

استدلال بعدی این است که سلب حضانت باعث آسیب روحی، روانی و ترجیح بلامرجح است. ترجیح بلامرجح قاعده‌ای است که هر دو طرف می‌توانند ازش استفاده کنند. او می‌گوید که این مال من است، جزئی از وجود من است. ترجیح بلامرجح است

که تو می‌دهی‌اش به کسی که این را به دنیا آورده است. این می‌گوید من آسیب روحی می‌بینم این را به من برنگردانی، او هم می‌گوید من آسیب روحی می‌بینم این را به من برنگردانی. یعنی ما باید از یکسری از اصولی مدد بگیریم که برای له آن کسی که داریم این اصل را مدد می‌گیریم قابلیت استفاده داشته باشد. و الا من الان عرض می‌کنم که اینجا چرا ترجیح بلامرجح است؟ آنکه این را از جسمش داده و اهدا کرده باید ترجیح داشته باشد. و بعد اینکه صاحب تخمک هفت بار سقط داشته و هزینه باروری بالا بوده و قصد استخدام کسی را داشته باشد. صاحب رحم یک پسر دارد و به علت مشکل شوهر قادر به بارداری نیست. من پرسیدم و گفتند که این بیماری با شست‌وشوی اسپرم‌ها قابل درمان بوده. یعنی این کنسر بیضه طوری است که قابلیت درمان دارد. خب ما جزئیات را نداریم. الان اگر ما مطلع نبودیم یک رای بدوی داشتیم و یک رای تجدیدنظر. یعنی کلا هشت صفحه دست من بوده. فرمت تنظیمی اهدای جنین تیک خورده. پس از بارداری شوهر صاحب تخمک وسوسه شده و پسر را انتخاب می‌کند. همین انتخاب پسر خلاف کرامت ذاتی انسان است. یعنی از همان ابتدا نگاه تبعیض‌آمیز وجود دارد که انگار جنس انتخاب می‌کند!

صدور شناسنامه به نام والدین حضانتی بعدا با دعوای اثبات نسب باطل و به نام والدین ژنتیکی صادر می‌شود. همسر صاحب رحم مبتلا به کنسر بیضه بوده و کاملاً نابارور است. در اینجا ما مواجه‌ایم با اینکه وحدت قصد وجود ندارد. از ظاهر که نگاه کنیم او می‌گوید من دادم برای اینکه برایم فرزند آوری شود و دیگری می‌گوید که این‌ها را اهدا کرد. از کجا اهدا کرد؟ تیک زده. حالا ما باشیم و آن تیک وجود نداشته باشد اصل بر چیست؟ اینجا باید تاسیس اصل کنیم. اصل بر این است که من گامت و رویان را مال نمی‌دانم، حالا اگر مال هست شما شک می‌کنید که این مال از ملکیت من خارج شده. اصل می‌گوید که این کماکان باقی بر ملک توست. ملک هم که نگوییم؛ ولایت دارم بر این. شک می‌کنیم که از حوزه ولایت من خارج شد یا نه. می‌گوییم همچنان در حوزه من باقی‌ست. آمدند تمسک کردند که به فتوای آیت‌الله مکارم که الحاق فرزند به صاحب جنین و محرمیت با مادر رضایی و حق حضانت با صاحبان جنین. الان این جنین قبلاً مال کی بوده، اختصاص داره، ولایت چه کسی بر آن حاکم بوده؟ می‌گویند ولایت صاحبان اسپرم. می‌خواهید بگویید که از حیطة اختیار من خارج شده، شما باید دلیل محکم بیاورید که از حیطة اختیار من خارج شده. با دلیل‌های ضعیف شما نمی‌توانید چیزی را از ملکیت (ملکیت از باب تنزیل) من خارج کنید. بنابراین من همچنان اراده‌ام بر این حاکم است. نکته بعدی اینکه بند الف ماده دو می‌گوید که شرط



عدم امکان فرزندآوری. این‌ها یکبار بچه‌دار شده‌اند. بند الف ماده ۲ ناظر به آن است که آیا هیچگاه قدرت باروری و فرزندآوری نداشته باشند. یا نه، کلی طبیعی یک مصداق خارجی پیدا کرد. باید تکلیف ما روشن شود آیا امکان فرزنددار شدن بما هی هی مورد نظر است یا اینکه امکان فرزنددار شدن فعلا و الان است، که من فرزند دوم می‌خواهم و امکانش را ندارم.

اینکه استرداد فرزندان و مغایرت با مسائل آن‌ها تلقی به پدر و مادر شدن این‌ها دارد، مگر ما براساس تلقی افراد حکم صادر می‌کنیم. من فکر می‌کردم اگر چنین کاری را برای شما انجام دهم چنین اجرتی را به من می‌دهید. نزاع می‌شود می‌گویند اجرت المثل. آیا تلقی به پدر و مادر شدن رافع مسئولیت مدنی هم هست؟ ما فقط تلقی که می‌کنیم مسئولیت کیفری را از ما برمی‌دارد. تلقی کردیم که این لیوان مال من است. برداشتم با خودم بردم و یکی در راه گفت آقا این لیوان مال شما نیست که! ولی در راه شکستم. این شکسته شدن نه ربودن بهش تعلق می‌گیرد، نه خسارت عمدی به اموال می‌شود. می‌شود یک اتفاق مدنی که افتاده و یک اشتباهی که من کردم. این استناد به ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده، من نظرم این است که ماده ۴۵ اتفاقا ماده‌ای است که درواقع یک قاعدی تفسیری است برای کل دادرسی در حوزه کودک. رعایت مصلحت، رعایت غبطه،... این ماده آیا می‌تواند مبنای استدلال برای خانواده ژنتیکی هم باشد.... نکته آخر اینکه در متن آمده صدور شناسنامه به نام پذیرنده چنین بلامانع است. دعوا اصلا استرداد طفل است. یک نکته اساسی که در این بحث‌های نو پدید ما حل نکردیم و از کنارش رد می‌شویم بحث ارث این‌هاست.... (همان، ناقد یکی اساتید حقوق حاضر در نشست می‌باشد).

۶-۵-۴. بررسی دوم

«در خصوص این پرونده؛ به چندتا مبانی تامل کنید شاید روی حکم اثر داشته باشد. ولو می‌تواند روی حکم هم اثر نداشته باشد و نتیجه هم همین باشد. منتها مبانی باید مطرح بشود.

یک مسئله تفاوت اهدا با اجاره؛ دعوایی دارند که خانم پذیرنده می‌گوید اهدا بوده... هبه است یا اجاره است. آقایون می‌گویند اگر راهکاری دارید مطرح کنید اگر نه هر دو را با اصل عدم اثبات می‌کنیم و خصوصیت خاص هریک از این دو را با اصل منتفی می‌کنیم.

آنچه که اینجا مهم است این است که مادر کیست. مشکلی که هست این است که

آیا بچه‌ها را بدهیم به این خانم پذیرنده؟ یا بدهیم به آن خانم دهنده؟ مهم نیست که اهدا کرده یا نه. اهدا احکام خاص خودش را دارد. چیه بوده که اهدا کند! ماهیت می‌خواهد یا نمی‌خواهد! اجاره اشکالات خاص خودش را دارد. سه چهارتا اشکال جدی دارد اجاره جنین.... مثلاً مالیت نیست درحالی‌که اجاره باید مالیت داشته باشد. مثلاً ۶ ماه نگه می‌دارد یا ۹ ماه نگه می‌دارد.

اگر اجاره است باید مشکلات اجاره بودنش مرتفع بشود. اگر هدیه است ببینید امکان هدیه دارد یا نه.

بحث مالیه بحث مهمی است که باید مشخص بشود که آیا این به خاطر نجاستش، به خاطر بی‌ارزشی‌اش، به خاطر فضله بودنش، اصلاً امکان انتقال وجود دارد یا ندارد. مسئله دیگر اینکه اصلاً زن می‌تواند بدون اجازه شوهر بچه‌دار بشود یا نه؟!یکی از مسائل این است که زن شوهردار بدون اذن شوهرش می‌تواند این کار را بکند یا نه؟ آقاییون می‌گویند در اختیار خودش است، اما از این جهت که مدتی نمی‌تواند با مرد نزدیکی داشته باشد و مرد حق و حقوقی دارد لذا باید رضایت او را جلب کند. این بحث‌ها همه هست اما چیزی که مهم است این است که کدام یک از این مباحث در پرونده نقش دارد. آن چیزی که در این پرونده نقشی ندارد اجاره‌ای بودن یا هدیه بودن است که چندین بار هم مطرح شده. کار نادرستی کردند. اثر وضعی دارد اینکه نمی‌تواند پول بگیرد یا می‌تواند پول بگیرد و غیره. این بچه زنازاده نیست، وقتی زنازاده نشد دعوا سر این است که بچه برای صاحب تخمک است یا برای صاحب رحم است. مشهور می‌گویند که بچه‌ی صاحب تخمک است. صاحب رحم نقش یک دستگاهی را دارد که ارزش استفاده می‌شود، خودش هم قبول کرده. یک قرارداد در این مورد هست که همه‌ی موارد ریز به ریز ذکر شده و صاحب رحم این قرارداد را می‌پذیرد. حالا با همه‌ی این‌ها مادر کیست؟ خودم شخصاً معتقدم مادر صاحب تخمک است. من معتقدم تولد به معنای زایمان نیست، برخلاف مشهور. لغت هم همین است؛ تولد یعنی منشا شدن. ام یعنی آنکه منشا است.

لذا ما باید مادر را تشخیص بدهیم... به نظرم این حرف درست نیست که بگوییم عرف این فرد را مادر می‌داند. من خودم از افراد عرف پرسیدم! گفتم یک کسی تخمک داده و یک کسی در شکمش نگه می‌دارد! یک زمانی دوتایی با هم بود. نمی‌خواستم نظر خودم را بگویم اما این محل بحث است. اگر نظر آقای خویی و آقای تبریزی حاکم است قاضی نباید تردید بکند. مسلماً استدلال هم نمی‌خواهد، باید بدهد به آنکه تخمک داده. دعوا هم نداشتند باید بدهند به او. یعنی اگر او می‌گفت مال خودت باشد و او می‌گفت



نمی‌خواهم باز هم باید می‌گفتی نخیر باید بگیری! چرا؟ چون شما مادری، نمی‌توانی از مادری‌ات کنار بکشی، لازمه مادری حضانت است. من دلیلی برای تفکیک نسب و حضانت ندیدم. پس نسب مشخص بشود مال کیست معلوم می‌شود. آن نگهداری و اینها هم توافق است و باقی‌ش مهم نیست و با توافق و قرارداد قابل حل است. بنابراین درباره حضانت تصمیم بگیریم بقیه احکام به دنبالش می‌آید... یک بحثی است در حضانت که می‌گویند اگر مادر دیوانه شد حضانت را ازش بگیرید و می‌گویند نه، چرا بگیریم! الزاما در حضانت مباشرت نیست

یک مسئله هم ترجیح بلامرجه که برای من ابهام داشت. ترجیح بلامرجه درجایی‌ست که هر دو یکسان باشد.

نکته دیگر آسیب‌های روانی، اتفاقات اجتماعی است که در بحث تغییر جنسیت هم همین مشکلات را داریم...

شوهر این زن هیچ دخالتی نمی‌تواند داشته باشد. شوهر این زن پذیرنده اصلا کاره‌ای نیست. حتی اگر این زن صاحب رحم بدون اجازه شوهرش این کار را کرده باشد، کار حرامی هم صورت گرفته باشد، و شوهر هم حتی بگوییم مجوز دارد این را سقط کند چون بگوید بدون اجازه من بوده و می‌خواهم سقط بشود، حالا اگر تا اینجا هم پیش برویم، هیچ ربط دیگری ندارد، نه در ارث، نه در نسب، نه در محرمیت، محرمش هم نمی‌شود. شیر هم بخورد محرمش نمی‌شود چون باید از فحل باشد، این شیر از فحل نیست. تنها راه ربیبه فرزند است که اگر ما این بچه را فرزند این خانم بدانیم. پس اگر ما این بچه را فرزند این خانم بدانیم تمام می‌شود می‌رود، محرم می‌شود و حرمت ازدواج اتفاق می‌افتد. پای شوهر این زن به هیچ‌وجه نباید به مسئله باز بشود چون کاره‌ای نیست.

بنده با رای صادره‌ای که می‌گوید صاحب رحم مادر است مخالفم. ضمن اینکه ادله‌ای که استدلال شده بود و بعضی‌ها برجسته شده بود و این بعضی‌ها اصلا نقش نداشت و تاثیر گذاشت در جو تصمیم‌گیری مثلا آسیب اجتماعی و اذیت می‌شود و اینها که یک‌خورده‌ای احساسی کرده بودند. آنکه حدودا ۲۰۰ تومن هزینه کرده که بیشتر مضطر است تا اوایی که لااقل یک فرزند داشته. قاضی باید آنچه که اجرا می‌کند قانون باشد، یا فتوای معیار و یا فتوای مشهور و یا فتوای رهبری. در فتوای رهبری هم که صاحب تخمک مادر است. فتوای معیار هم اگر نظر حاکم ولی فقیه است که نظرش صاحب تخمک است. اگر مشهور فقهاست که صاحب تخمک است. یک چیزهایی را احتیاط می‌کنند و گرنه مشهور غیر از آقای خویی و آقای تبریزی بقیه می‌گویند صاحب تخمک.

اشکال من این است که بر اساس اینها باید قضاوت می‌شد. به نظر من؛ البته نه نظر شخصی من، بلکه براساس معیارهایی که در قوه قضاییه و آیین دادرسی وجود دارد، باید بچه را بدهند به همان مادر صاحب تخمک. «(همان، دیدگاه یکی از اساتید سطوح عالی حوزه حاضر در نشست می‌باشد).

۷. جمع بندی

در قسمت اول مقاله که در مورد انتساب فرزند به مادر بود گفته شد که چند نظریه وجود دارد. برخی ملاک مادر بودن را حمل کودک و زایمان می‌دانستند که دلیلشان آیه ۲ سوره مجادله بود که مادر حقیقی را مادری می‌دانست که طفل را به دنیا آورده بود (زاییده بود)، برخی ملاک مادر بودن را شخص صاحب تخمک دانسته اند. گروهی نیز معتقدند هم صاحب تخمک و هم صاحب رحم هر دو مادر واقعی و شرعی محسوب می‌شوند و همچنین گروهی نیز هیچ یک از طرفین را مادر طفل حساب نمی‌کرده اند. هر کدام از این چهار دیدگاه ادله خاص خود را دارند که می‌توانید به مقالات و کتب مربوطه مراجعه کنید.

با توجه به اتفاق نظر اکثر فقها در عدم وجود حقیقت شرعی برای مفهوم نسب و ایرادات وارد بر ادله قائلین به نظریات اول وسوم و چهارم در مسئله نسب مادری به نظر می‌رسد احتساب صاحب تخمک به عنوان مادر واقعی طفل قول صحیح تری باشد. از سوی دیگر بدیهی است که در پدر بودن صاحب اسپرم نیز تردیدی وجود ندارد.

با بررسی نظرات مشهور فقها و گزارشی که از نشست نقل شد، به نظر می‌رسد فرزندان متولد شده از رحم جایگزین به صاحب تخمک و صاحب اسپرم متعلق است. البته فارغ از رای مشهور با توجه به این که صاحب رحم قبلاً دارای فرزند بوده است در حالی که صاحب تخمک صاحب فرزند نمی‌شده اند بیشتر ماهیت رحم اجاره ای به نظر می‌رسد. از طرفی اینکه به هر دو خانواده شناسنامه اهدا شده است خود این مسئله می‌تواند مشکلات بعدی در بحث ارث و نفقه فرزند نیز بوجود آورد. ضمن اینکه در این رای در کنار تعیین مادر و پدر باید توجه بیشتری به مصلحت طفل و مسائلی مثل ارث و انفاق .. می‌شد.

نتیجه گیری

با توجه به تصویب قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور می‌توان مشروعیت انتقال جنین را با توجه به نظر اکثریت فقها استنباط نمود. اما در موارد استفاده از گامت

بیگانه (تلقیح اسپرم غیرشوهر) با توجه به دلایل حکم اولی بر عدم جواز است مگر در موارد ضرورت و مشقت می‌توان به حکم ثانوی حکم بر جواز داد. در مورد لقاح داخل رحمی اسپرم بیگانه به دلیل عدم ضرورت و تصریح روایات از لحاظ شرعی مطلقاً ممنوع است. در مورد اصل جانشینی در بارداری با توجه به تصویب قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور و تایید آن توسط شورای نگهبان و نظر به این که این عمل برای رفع مشکلات خانواده‌های علاقمند به فرزند که قادر نیستند به طور عادی و طبیعی صاحب فرزند شوند، مفید می‌باشد و موجب استحکام روابط خانوادگی و تداوم آن می‌شود. همچنین این عمل با اخلاق عمومی مغایرتی ندارد و موجب تزلزل نظام اجتماعی نیز نمی‌شود، لذا می‌توان گفت این عمل از لحاظ شرعی و قانونی مجاز است. نتیجه اینکه حالت بررسی شده در این مقاله که جنین حاصل از تخمک و اسپرم زوجین نابارور به رحم جایگزین منتقل می‌گردد با توجه به تصریح مشهور فقها بر جواز انتقال جنین منع شرعی ندارد و تنها در انجام مقدمات آن باید از لمس و نگاه حرام بدون ضرورت اجتناب کرد.

طبق رای دادگاه بدوی و دادگاه تجدیدنظر برای حل منازعه صورت گرفته جنین متولد شده به صاحب رحم داده می‌شود. هر چند طبق ادله و فتوای مشهور فقها فرزند مال صاحب تخمک است. همان طور که در متن مقاله نیز اشاره شد رای دادگاه تجدید نظر براساس شواهد و قرائنی بود که در پرونده مطرح شده بود من جمله ماهیت اهداء بودن جنین که باعث می‌شد صاحب رحم را مادر بدانند. اما لازم است نحوه ارث بردن، حضانت، انفاق، ولایت در این پرونده نیز مورد توجه قرار گیرد.



منابع

۱. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.
۲. آخوندی، محمد مهدی، بهجتی اردکانی، زهره، «رحم جایگزین، تعریف، انواع و ضرورت استفاده از آن در ناباروری» رحم جایگزین (مجموعه مقالات)، چاپ اول، انتشارات پژوهشکده ابن سینا و سمت، تهران، ۱۳۸۶.
۳. ابوالحسن، احمد بن فارس بن زکریا، معجم مقاییس اللغة، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ ه، ق، ج، ۵.
۴. الجعبی العاملی. زین الدن، الروضه البهیة فی شرح لمعه الدمشقیة، تهران، جد ۱۳۸۰ ه ش ص ۴۳۱.
۵. محمد حسن ربانی، (بررسی برخی از مباحث تلقیح) مسائل مستحدثه پزشکی. موسسه بوستان کتاب، چاپ ۱۳۸۶، ۲.
۶. رضایا معلم، محمدرضا، ۱۳۸۳، باروری های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، چاپ اول، قم، انتشارات بوستان کتاب.
۷. صفری غلامعلی، هرمز اسدی کوه آباد، سید حسن حسینی، ۱۳۹۷؛ «نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی رحم جایگزین فقه، حقوق و علوم جزاء»، شماره ۱۰.
۸. علی قزوینی، سید علی، سال نامشخص؛ «آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان»؛ مجله مجتمع آموزشی قم.
۹. علیزاده، مهدی، سال نامشخص؛ «وضعیت فقهی و حقوقی استفاده از رحم جایگزین»؛ مجله تخصصی الهیات و حقوق/پژوهشها.
۱۰. قرشی، سید علی اکبر، ۱۳۶۷؛ قاموس قرآن؛ دارالکتب الاسلامیه.
۱۱. منشادی، حمید رحمانی، ۱۳۸۷؛ «مشروعیت رحم جایگزین در اندیشه فقهی»؛ فصلنامه اخلاق پزشکی، سال دوم شماره سوم.
۱۲. نایب زاده، عباس، سال نامشخص؛ «بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی-مادر جانشین-اهدای تخمک/جنین». شماره مجله نامشخص
۱۳. نجفی، محمد حسن، سال نامشخص؛ جواهر الکلام؛ ج ۴۱، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
۱۴. نشست نقد رای شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر تهران با موضوع «وضعیت فقهی-حقوقی والدین حضانتی در کودک متولد از رحم جایگزین»، روز یکشنبه



۱۳ اسفند ۱۴۰۲ در سالن اجتماعات مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی برگزار شده
است. www.mfeqh.ir

