

حقوق کودکان در اهدای گامت

دکتر سید طه مرقاتی: * استادیار پژوهش، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)

فصلنامه پایش

سال ششم شماره چهارم پاییز ۱۳۸۶ صص ۳۴۷-۳۵۴

تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۸۶/۲/۲۲

چکیده

بدیهی است که استفاده از مبانی معمول در حقوق کودکان تولد یافته از طریق طبیعی نمی‌تواند در بررسی مسأله ارث، حضانت، ولایت، نفقه و حرمت نکاح کودکان تولد یافته از طریق اهدای گامت چندان ثمربخش باشد. در این مقاله سعی شده است که با بررسی منابع فقهی و حقوقی، شیوه‌ای منطقی و قابل اجرا برای تدوین قوانین و آیین نامه‌های ضروری ارائه گردد. هم صاحب رحم و هم صاحب تخمک می‌توانند مادر طفل محسوب شوند. بنابراین، در اهدای گامت، کودک از طریق مادر دارای نسب خواهد بود و تمامی حقوق او قابل اثبات و استیفاست و مادر می‌تواند برخی از تعهداتی را که در کودکان طبیعی برعهده پدر طبیعی است، به گردن بگیرد. اما در صورت اهدای اسپرم، از آنجا که شوهر، پدر طبیعی کودک به شمار نمی‌آید، اگر بخواهد که با اهدای اسپرم، صاحب فرزند شود، باید بر اساس مقرراتی، تعهداتی را در زمینه تأمین نیازهای کودک و سرپرستی او و حتی پیش‌بینی منابعی به عنوان جایگزین ارث از طریق وصیت، البته در محدوده ثلث و یا هبه در زمان حیات خود بپذیرد و نیز می‌توان در مسأله محرمیت و حرمت نکاح از ادله مربوط به ریبیه بهره گرفت.

کلیدواژه‌ها: تلقیح مصنوعی، گامت، مادر جانشین، حقوق، کودکان

* نویسنده پاسخگو: تهران، بزرگراه جلال آل احمد، بعد از پل یادگار امام روبروی پمپ گاز، سازمان سمت، طبقه هشتم، کد پستی: ۱۴۶۳۶، صندوق پستی:

۱۴۱۵۵/۶۳۸۱

تلفن: ۴۴۲۴۸۷۷۸

مقدمه

انسان ماهیتاً موجودی اجتماعی و به اصطلاح مدنی بالطبع است. خداوند، خالق همه هستی، آنگاه که از کیفیت خلقت انسان سخن می‌گوید، به زندگی قبیله‌ای و اجتماعی او اشاره می‌کند: «یا ایها الناس إنا خلقناکم من ذکر و أنثی و جعلناکم شعوباً و قبائل لتعارفوا إنا أکرّمکم عندالله اتقاکم انّ الله علیکم خبیر» (حجرات، ۱۳: ای مردم! ما شما را از یک مرد و زن آفریدیم و شما را تیره‌ها و قبیله‌ها قرار دادیم تا یکدیگر را بشناسید، گرامی‌ترین شما نزد خداوند باتقواترین شماست، خداوند دانا و آگاه است). این انسان اجتماعی سرا پا نیازمند از سویی در جامعه‌ای زندگی می‌کند و به طور یکسان از نعماتی برخوردار است که خداوند منان در اختیار او گذاشته است و قرآن کریم در آیات بسیار بر این امر اشاره دارد: «او [خدایی] است که همه آنچه را [از نعمت‌ها] در زمین وجود دارد برای شما آفرید...» (بقره، ۲۹). از سوی دیگر خصلت فزون‌طلبی و ستمگری وی اگر با تربیت‌های اخلاقی کنترل نشود، طغیان نموده و برای رسیدن به مطامع خود، حقوق دیگر انسان‌ها را ضایع می‌کند. از این رو، وضع قوانین و مقررات و اجرای آنها در جوامع برای جلوگیری از این خوی تجاوزگری انسان و استیفای حق صاحبان حقوق بوده است.

کودکان به عنوان بخشی از جامعه مانند سایر افراد از حقوقی برخوردار هستند که رنگ، ملیت، دین، دارا و ندار بودن آنها و کیفیت تولد آنان نمی‌تواند مانع از احقاق آن حقوق گردد. در مقدمه اعلامیه جهانی حقوق کودک که در سال ۱۹۵۹ م منتشر شد و اولین سند حقوقی مستقل برای کودکان جهان به‌شمار می‌رود، آمده است: «کودکان بایستی دوران کودکی خود را با خوشبختی و آسایش بگذرانند و از حقوق اجتماعی ویژه برخوردار گردند» [۱]. در مکتب غنی اسلام نیز مسأله حقوق کودکان - به‌ویژه حقوق متقابل کودکان و والدین - جایگاه پراهمیتی به خود اختصاص می‌دهد، به عنوان مثال می‌توان به حق داشتن پدر و مادر شایسته، حق برخورداری از سلامت جسم و روان، ارث برای جنین، حق نسب و حق تغذیه با شیر مادر و وظایف پدر در این رابطه، حق تعلیم و تربیت، حق نفقه، اداره اموال کودک توسط ولی و ارث کودک اشاره کرد.

سؤالی که در این مقدمه قابل طرح است این که: آیا کودکانی که از طریق روش‌های کمکی پزشکی (ART) متولد می‌شوند، می‌توانند به صرف مصنوعی بودن شیوه تولد آنان از بخشی از حقوق

خود محروم باشند؟ مسلماً جواب این پرسش، منفی است ولی با توجه به این که در برخی از شیوه‌های درمانی، امکان استفاده از عامل بیگانه از طریق اهدای گامت یا جنین یا مادر جانشین وجود دارد، چه راهکارهایی هست که بتوان در مسیر استیفای حقوق کودکان گام برداشت؟

این مقاله درصدد پژوهشی است برای پاسخ به این قبیل پرسش‌ها.

یافته‌ها

حقوق کودک، خواه در تولد با روش متداول و خواه روش مصنوعی با استفاده از عوامل بیگانه، به چند دسته کلی قابل تقسیم است: ۱- بهره‌مندی کودک از وجود زوجینی که پدر و مادر حکمی او به شمار می‌آیند. ۲- برخورداری از ارث یا مالی که بتواند جایگزین ارث باشد. ۳- حضانت و نگهداری طفل در دوران طفولیت از سوی والدین یا کسانی که در حکم آنان هستند. ۴- تأمین نفقه کودک در دوران نیازمندی او از جانب والدین حقیقی یا حکمی او و ۵- قرار گرفتن تحت ولایت کسانی که می‌توانند قانوناً ولی او به‌شمار آیند.

صورت‌های مختلف تلقیح مصنوعی با دخالت عامل بیگانه.

در روش‌های کمکی پزشکی (ART) برای درمان نا باروری زوجین با توجه به نارسایی زوج یا زوجه، حالات مختلفی قابل فرض است که عبارتند از:

۱- زوج اسپرم بارور دارد و زوجه از تخمک بارور و رحم سالم برخوردار است، ولی به جهت مانعی، لقاح طبیعی صورت نمی‌پذیرد. از این رو اسپرم مرد و تخمک زن پس از لقاح در محیط آزمایشگاه (IVF) به رحم زوجه منتقل می‌شود و مراحل رشد و دوران جنینی خود را به طور طبیعی طی می‌کند. این فرض از موضوع پژوهش ما خارج است و حقوق کودک متولد شده با روش IVF مذکور مانند سایر کودکان متولد شده از طریق طبیعی است. البته مرحوم آیه الله سید محسن حکیم (ره)، از فقهای برجسته شیعه، نسب این کودک را از جانب پدر ثابت نمی‌داند [۲] که البته قول شاذ و نادری است که دیگر فقهای عظام آن را نمی‌پذیرند و صاحب اسپرم را پدر طبیعی کودک و صاحب تخمک و رحم را مادر طبیعی او می‌شناسند [۳].

۲- اهدای جنین: در این حالت زوج فاقد اسپرم بارور و زوجه فاقد تخمک بارور ولیکن دارای رحم سالم است که در این صورت معمولاً

می‌شود که باردار شدن از طریق مصنوعی یکی از افعال مکلفین است و باید یکی از احکام پنجگانه تکلیفی (وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه) را داشته باشد و آنچه فعلاً مورد نیاز ماست جواز بالمعنی الاخص (اباحه) و حرمت است.

اما در مورد شکل اول که اسپرم و تخمک از زوجین است و جنین در رحم زوجه پرورش می‌یابد، تقریباً همه فقها قائل به جواز هستند، البته در صورتی که در مقدمات درمان به حرامی مرتکب نشوند و از نظر احکام وضعی، وضعیت کودک متولد شده مطابق سایر کودکانی است که از طریق معمول و طبیعی متولد می‌شوند. گو این که در بین فقهای شیعه، آیه الله بروجردی و آیه الله میلانی [۴] و اهل سنت، شیخ عبدالعزیز بن عبدالله بن باز و شیخ احمد الحجی [۵] قائل به عدم جواز تلقیح مصنوعی اسپرم شوهر با تخمک همسر هستند. ولیکن در مورد درمان نا باروری از طریق دخالت عامل بیگانه، اعم از اهدای گامت و جنین و رحم اجاره‌ای اختلاف نظر در بین فقهای شیعه وجود دارد و تقریباً همه فقهای اهل سنت در این موارد قائل به حرمت هستند [۶].

با توجه به این که بحث مطرح شده در این مقاله ناظر بر احکام تکلیفی نیست، ما وارد طرح استدلال قائلین به حرمت و رد آن از سوی قائلین به جواز نمی‌شویم و اجمالاً اشاره می‌کنیم، ادله ارائه شده از آیات و روایات به موضوع تلقیح مصنوعی با دخالت عامل بیگانه مربوط نمی‌شود و در صورت مراجعه به اصول عملیه، چون شک ما در خود تکلیف است، حتی در شبهات حکمیه تحریمیه نیز مورد، محل اجرای اصل برائت است نه اصل احتیاط. اما در مورد مجوز ارتکاب به برخی از محرمات در مقدمه درمان، از نظر مؤلف مقاله چون نا باروری یک نوع بیماری است و از نظر فقه اسلامی درمان هر گونه بیماری در صورت امکان و وجود مفسده در صورت عدم درمان، واجب است، لذا در مواردی عندالضرورة و به مقدار رفع ضرورت، می‌توان با تمسک به برخی قواعد فقهی، مانند قاعده لاضرر و قاعده اضطرار به عنوان حکم ثانوی قائل به جواز ارتکاب به محرمات شد، البته بر اساس قاعده «الضرورات تنقذ بقدرها» باید مراجعه به روش‌های درمانی در حد رفع ضرورت باشد.

حکم وضعی صور مختلف

اما در مورد احکام وضعی کودکان متولد شده با روش‌های کمکی پزشکی (ART)، خواه ما قائل به حرمت باشیم و خواه قائل به جواز، ضرورت دارد وضعیت نسب و توارث و حضانت و ... این قبیل کودکان بررسی و راهکارهایی ارائه شود. احکام وضعی به دو دسته

از جنین اهدایی استفاده می‌شود. این روش درمان نا باروری، خوشبختانه پس از اولین سمپوزیوم بررسی فقهی و حقوقی اهدای جنین که در سال ۱۳۷۷ از سوی پژوهشکده ابن‌سینا و دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران برگزار شد، وجهه قانونی پیدا کرد و قانون اهدای جنین در سال ۱۳۸۲ در مجلس شورای اسلامی تصویب شد که البته آیین نامه اجرایی آن باید با کارهای کارشناسی مبتنی بر پژوهش تنظیم گردد که با اجرای دقیق آن آیین نامه‌ها حقوق کودکان متولد شده از طریق فوق استیفا شود. در این مقاله راهکارهایی برای این روش درمانی از نظر حقوق کودکان ارائه شده است.

۳- اهدای اسپرم: در صورتی که زوج، فاقد اسپرم بارور ولیکن زوجه دارای تخمک بارور و رحم سالم باشد، معمولاً درمان نا باروری از طریق اهدای اسپرم صورت می‌پذیرد. این فرض علاوه بر این که از نظر حکم تکلیفی بین فقها و حقوقدانان معرکه‌آراست و گروهی قائل بر حرمت و دسته‌ای قائل بر جواز هستند که البته از نظر اینجانب ادله حرمت، تمام نیست و در پایان نامه خود به تفصیل به آن پرداخته‌ام، از نظر حکم وضعی مانند ارث، حضانت، ولایت و نفقه نیز بحث‌های جدی را می‌طلبد.

۴- اهدای تخمک: در این فرض زوجه، فاقد تخمک سالم است ولیکن زوج، دارای اسپرم سالم و زوجه دارای رحم سالم است و برای درمان نا باروری از تخمک زن دیگر، خواه زن دوم مرد یا بیگانه استفاده می‌شود. در این روش درمانی نیز هم از نظر حکم تکلیفی و هم حکم وضعی، مسأله قابل بررسی است که در احکام وضعی، عمده مباحث در اطراف انتساب کودک به صاحب تخمک یا صاحب رحم دور می‌زند. برخی نسب کودک را از جانب مادر به صاحب تخمک ثابت می‌دانند و گروهی به صاحب رحم و دسته‌ای به هر دو و بالأخره بعضی به هیچکدام.

۵- مادر جانشین: در این صورت زوج و زوجه دارای گامت سالم هستند، ولی زوجه، رحم سالم ندارد. در این فرض، جنین آماده شده در محیط آزمایشگاه از طریق IVF به رحم زن دیگری منتقل می‌شود و جنین پس از تولد به زوجین صاحب جنین تحویل داده می‌شود. در این شیوه درمانی نیز بحث پیشین درباره نسب مادری کودک مطرح می‌شود.

حکم تکلیفی صور مختلف

به‌طوری که پیش‌تر بیان شد در درمان نا باروری از طریق ART از نظر فقهی در دو مرحله بحث می‌شود: ابتدا این مسأله مطرح

تقسیم می‌شوند:

- ۱- احکامی که به رابطه طبیعی بین دو انسان (فرزند و پدر و مادر) مربوط می‌شوند، مانند نسب و توارث.
- ۲- احکامی که ناظر به استیفای حقوق معنوی و مادی کودک هستند، مانند حضانت، ولایت و نفقه.

تمایز اصلی بین این دو دسته از احکام این است که احکام گروه اول به امور طبیعی وابسته و غیر قابل جایگزینی هستند. یعنی نسب کودک از نظر پدری یا مادری یا ثابت می‌شود یا نه، که در صورت اثبات، آثار حقوقی و احکام اولاد بر آن مترتب خواهد بود، از جمله توارث بین کودک و پدر و مادر.

ولی دسته دوم، راه‌های فقهی و حقوقی پیش بینی شده در شریعت اسلام برای استیفای حقوق کودکان در مراحل مختلف زندگی و حتی دوران بارداری است. با بررسی احکام فقهی ملاحظه می‌شود هر جا به عللی مانعی از محقق شدن حقوق کودک به وجود آید، بلافاصله جایگزینی برای آن پیش بینی می‌شود، مثلاً اگر مادر یا پدر یا هر دو از نظر اخلاقی، شایستگی حضانت و ولایت کودک را نداشته باشند، قانون، این مسئولیت را به ترتیبی که در فقه پیش بینی شده به سایر خویشاوندان محول می‌کند. البته این مسأله به فقه اختصاص ندارد و در معاهدات بین‌المللی مانند مصوبه مجمع عمومی سازمان ملل در سال ۱۹۸۶ در زمینه حمایت از کودکان با رجوع ویژه به تعیین محل نگهداری و فرزند خواندگی ملی و بین‌المللی، نیز آمده است: «تخاذ ساز و کارهای مناسب جهت حضانت و سرپرستی از کودکان در شرایط عدم امکان مراقبت توسط والدین و یا خویشاوندان» [۷].

نسب

نسب در لغت به معنای قرابت و خویشاوندی است و در اصطلاح، رابطه خویشاوندی بین دو نفر را گویند که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالثی باشند [۸]. به عبارت دیگر نسب، امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید [۹]. قرآن کریم نیز به این امر اشاره می‌کند: «و هو الذی خلق من الماء بشراً فجعله نسباً» (فرقان، ۵۴). این نسب در حالت طبیعی یا مشروع است که در اثر نکاح صحیح به وجود می‌آید و گروهی، نسب ناشی از شبهه را نیز به نسب مشروع ملحق و کلیه احکام اولاد دارای نسب صحیح را نسبت به ولد شبهه ثابت می‌دانند و یا نا مشروع که بالاجماع، نسب ناشی از زنا از این قبیل است که در این صورت برخی از آثار حقوقی مانند توارث بین زانی و زانیه و کودک

متولد شده در اثر زنا منقطع می‌گردد. فرض دیگری از نسب، رابطه ولادت بین پدر و مادر طبیعی و کودکی است که در اثر ارتباط زن و مرد نا محرم بدون تحقق زنا متولد می‌شود. این کودک به رغم نا مشروع بودن در حکم ولد الزنا نخواهد بود و بنا بر قولی توارث و سایر احکام اولاد درباره آن کودک برقرار می‌گردد.

نسب ناشی از تلقیح مصنوعی

هر فرزندی که به دنیا می‌آید از نظر طبیعی با یک زن و یک مرد ارتباط ژنتیک دارد. یعنی از اسپرم مرد و تخمک زن به وجود می‌آید و پس از گذراندن دوران جنینی خود در رحم آن زن متولد می‌شود. صاحب اسپرم پدر طبیعی و صاحب تخمک و رحم مادر طبیعی این کودک هستند، اما در شرع و قانون در صورتی آثار شرعی و حقوقی بر این رابطه طبیعی مترتب می‌شود که فرزند به دنیا آمده، نتیجه رابطه نا مشروع زنا نباشد، اگر چه بین زانی و زانیه و کودک مذکور حرمت ازدواج برقرار می‌شود. حال این سؤال مطرح است که کودک متکوّن از لقاح مصنوعی با دخالت عامل بیگانه (غیر همسر) در زمره نکاح صحیح است یا زنا؟

در بین فقها این عبارت اشتها دارد که در موارد زنا نسب شرعی ثابت نمی‌شود [۱۰]. بدیهی است که عدم انتساب ولد الزنا به پدر و مادر خود در شرع، به این معنا نیست که شارع، اصطلاح خاصی را وضع کرده است، بلکه در شرع «ولد» همان معنای لغوی و عرفی را دارد و اختلاف در مصداق است. یعنی شرع همان کودک متولد از زنا را نیز مانند عرف «ولد» زانی و زانیه می‌داند، ولیکن آثار شرعی را بر این مصداق بار نمی‌کند. ثمره این بحث در جایی ظاهر می‌شود که اگر در موردی از نسب عرفی، دلیلی به عنوان مخصص در دست نباشد، حکم عام جاری می‌شود. مثلاً در صورت ثبوت نسب همه احکام وضعی مانند توارث، حضانت، ولایت و وجوب نفقه اولاد بین کودک و پدر و مادر طبیعی برقرار می‌شود ولی به دلیل خاصی کودک متولد از رابطه نا مشروع زنا، از تحت حکم عام خارج است و بین کودک و والدین او توارث برقرار نمی‌شود.

حال سخن در این است که کودک متولد از طریق اهدای گامت در زمره ولد الزناست، یا ولد نا مشروع ملحق به کودکان مشروع و یا در حکم کودکان مشروع است؟ به نظر می‌رسد چنین کودکانی مسلماً در حکم ولد الزنا نخواهند بود. زیرا، زنا عملی است نا مشروع بین زن و مردی نا محرم و در لقاح مصنوعی، زن با مرد ارتباط زناشویی برقرار نمی‌کند، اما در مورد الحاق این کودکان به کودکان نا مشروع یا ولد شبهه و یا مشروع باید گفت: اگر ما استفاده از

گامت بیگانه را حرام بدانیم، این کودکان در حکم کودکانی خواهند بود که در اثر رابطه نا مشروع دون زنا متولد می‌شوند و اگر این عمل را جایز بدانیم، این کودکان در حکم کودکان مشروع خواهند بود و چون در فرض ما شبهه‌ای وجود ندارد، الحاق این کودکان به ولد شبهه وجهی نخواهد داشت.

پدر کیست؟ با روشن شدن معنای نسب از نظر لغوی، عرفی و شرعی درباره نسب پدری ناشی از لقاح مصنوعی با استفاده از اسپرم بیگانه باید گفت: پدر طبیعی این کودک صاحب اسپرم است که البته در صورت معلوم بودن، می‌تواند از کلیه آثار شرعی و حقوقی ابوت برخوردار باشد. یعنی او از کودک ارث و کودک نیز از او ارث ببرد و ولایت و حضانت در سن خاصی بر عهده اوست و نفقه خویشان بین آنان برقرار است و در مقابل بین زوج فاقد اسپرم و متقاضی و کودک هیچ گونه رابطه نسب برقرار نیست، البته اگر کودک متولد شده دختر باشد ریبیه او تلقی و محرم او می‌گردد.

وظایف زوج فاقد اسپرم

در اهدای گامت، زوج فاقد اسپرم با رضایت تمام، متقاضی داشتن فرزندی است که اسپرم او از طریق مرد دیگری اهدا می‌شود که برای گیرنده ناشناس است و او نیز گیرندگان اسپرم را نمی‌شناسد. در این صورت احکام وضعی منبعث از نسب طبیعی مانند توارث به دلیل مجهول بودن پدر بین فرزند و پدر طبیعی برقرار نمی‌شود و چون زوج متقاضی نیز رابطه طبیعی با کودک ندارد پدر آن کودک به شمار نمی‌آید و لذا توارثی بین آنان برقرار نخواهد بود، ولی برای استیفای حقوق این کودک که در اثر اراده زوج متقاضی و کمک دهنده اسپرم متولد شده، راه حلی به نظر می‌رسد و آن این است که زوج در محضر دادگاه و در ضمن عقد لازمی متعهد شود پس از تولد این کودک از محل ثلث خود به اندازه سهم یک پسر یا دختر به نفع او وصیت کند و به عبارتی با این عمل شبه ارثی برای کودک تدارک ببیند.

اما در مورد احکامی که به امور طبیعی وابسته نیستند که عبارت هستند از: حضانت، ولایت و نفقه کودک در صورتی که پدر طبیعی به هر علتی در بین نباشد که در فرض ما مجهول است و در نتیجه جد و سایر خویشان نیز نامعلوم هستند. حضانت و ولایت و نفقه کودک می‌تواند با پذیرش زوج متقاضی و التزام دادگاه بر عهده او باشد و از این طریق این دسته از حقوق کودکان متولد شده با اهدای اسپرم استیفا گردد، البته در صورتی که نسب از سوی مادر ثابت نباشد.

مادر کیست؟ مادر بر خلاف پدر که فقط از نظر ژنتیک و بیولوژیک با فرزند خود رابطه طبیعی و خونی دارد، هم از نظر بیولوژیک از طریق تخمک و هم از نظر فیزیولوژیک از طریق نگهداری کودک در رحم خود با فرزند خویش رابطه طبیعی دارد که اثبات آن بر عکس اثبات نسب پدری آسان‌تر است. زیرا هر کودکی در اثر زایمان از زنی متولد می‌شود که مادر او تلقی می‌شود، در حالی که مسأله تعلق اسپرم به یک مرد امری مخفی است.

به طوری که در صورت مختلف درمان نا باروری بیان شد، در برخی از حالات، درمان با اهدای تخمک و یا دخالت رحم زنی که تخمک از او نیست، انجام می‌شود. حال سؤال این است آیا صاحب تخمک مادر طفل است یا صاحب رحم؟ گروهی از فقهاء از جمله آیه الله خویی [۱۱] صاحب رحم را مادر کودک می‌دانند و آیه «الذین یظاهرون منکم من نسائهم ما هن امهاتهم إن امهاتهم إلا اللاتی ولدنهم» (مجادله، ۲) (کسانی که از شما به همسرانشان اظهار می‌کنند آنان هرگز مادرانشان نیستند، مادرانشان تنها کسانی‌اند که آنها را به دنیا آورده‌اند) را مستند خود قرار داده‌اند و ولادت را از نظر لغت و عرف همان زایمان زن معرفی می‌کنند. آیه الله اراکی در اینکه صاحب رحم مادر است چنین استدلال می‌کند: «تطفه زن صاحب تخمک معد بوده برای زن صاحب رحم که این دومی جز، اخیر علت تامه به دنیا آمدن بچه بوده است. پس اولاد ملحق به دومی یعنی زن صاحب رحم می‌شود [۱۲]. آیه الله روحانی در اثبات نظریه خود چنین بیان می‌کند: «موضوعاتی که در لسان شرع گرفته شده منزل بر متفاهم عرفی است و در هر موردی اگر نظر شارع مقدس بر خلاف آن باشد تصریح به آن می‌کند و در این مورد که صاحب تخمک مادر است، صراحتی در بین نیست و از آیه «إن امهاتهم الا اللاتی ولدنهم» استفاده می‌شود که تمام موضوع، پرورش در رحم است.» (استفتایی که نویسنده مقاله در تاریخ ۸۳/۲/۳ از آیه الله روحانی نموده است). برخی از محققان معتقدند: «ولدن» در آیه فوق به معنای زایمان نیست، زیرا در قرآن و بعضی از اخبار برای پدر نیز همین تعبیر به کار رفته است. در سوره بلد می‌فرماید: «و والد و ما ولد» یعنی پدر و مادر منشأ وجودی فرزند خود هستند. در آیات قرآنی هر جا سخن از زایمان آمده با عبارت «وضع» به کار رفته است: «قالت رب انی وضعتها انثی» (آل عمران، ۳۶) یا «حملته أمه کرهأ و وضعتها کرهأ» (احقاف، ۱۵) [۱۳]. برخی از روحانیون یهود معتقدند: زنی که جنین را حمل کرده و بچه را به دنیا آورده است مادر نوزاد محسوب می‌شود، حتی اگر تخمک از آن زن دیگری

باشد. اینان معتقدند ژنتیک مبنای منحصر برای تعیین پدر است، ولی مادری به وسیله ژنتیک تعیین نمی‌شود. زیرا تخمک بارور شده در محیط بیرون از رحم تا زمانی که به رحم منتقل نشود، قابلیت زیست پذیری را کسب نمی‌کند و هنوز موجود انسانی نیست و پس از انتقال به رحم موجود انسانی تلقی می‌شود و در این هنگام است که حقوق منسوب به والدین ایجاد می‌شود، بنابراین زن صاحب رحم مادر قانونی است [۱۴].

در مقابل، برخی از فقها صاحب تخمک را مادر طفل می‌دانند. چرا که «ام» در لغت به معنای «اصل کل شیء و عماده» و سبب اطلاق آن به زنی که کودک را به دنیا می‌آورد این است که اصل جنین از اوست. این گروه معتقدند که اولاً، رحم صرفاً نقش حفظ و نگهداری و تغذیه تخمک لقاح یافته را دارد، همان طور که پس از تولد، تغذیه کودک از طریق شیر دادن است و چنین زنی، مادر حقیقی کودک تلقی نمی‌شود و ثانیاً، صفات وراثتی کودک فقط از زنی منتقل می‌شود که تخمک از اوست [۱۵] و نیز به این آیه تمسک می‌کنند: «انا خلقنا الانسان من نطفة امشاج نبتليه» (انسان، ۲) البته استدلال به این آیه در اثبات منشأ بودن تخمک زن در تولد طفل قابل پذیرش است، اما تعمیم دادن آن بر این که هر آنچه منشأ تکون انسان است می‌تواند در جایگاه مادر باشد، بی آن که سایر نقش‌های مادر ملاحظه گردد، محل تأمل است. نظریه سوم دو مادری است، که برخی از محققان آن را برگزیده‌اند: در تکون انسان دو رکن اساسی وجود دارد: پدر و مادر. در گذشته اگر چه در برخی آیات اشاره تلویحی به نقش نطفه زن وجود دارد، ولیکن عرف عادی، نقش مادر را حمل و زایمان کودک می‌داند. با پیشرفت علوم این واقعیت آشکار شد که زن دو نقش اساسی در تولید مثل ایفا می‌کند: نقش تخمک و نقش رحم، به طوری که اختلال در هر یک از آن دو تولید مثل را غیر ممکن می‌سازد و تا کنون به رغم پژوهش‌های فراوان، فرضیه امکان اخذ تخمک از گیاه و ساختن رحم مصنوعی به مرحله عمل نرسیده است. بنابراین، گروهی از فقها سعی کرده‌اند با ارائه ادله عقلی و نقلی این نظر را تقویت کنند که امکان تعلق طبیعی کودک به دو زن وجود دارد و در شرایط خاص هر یک از آنان می‌توانند مادر طبیعی و قانونی طفل به‌شمار آیند. برخی از استادان حقوق کویت می‌گویند: «مادر حقیقی برای تولد کودک سه مرحله را به انجام می‌رساند: تلقیح تخمک، بارداری و زایمان. زنی که این مراحل را طی کند بی تردید به صفت مادر بودن متصف می‌شود. این سه مرحله در ارتباط طبیعی جنسی به صورت

سهل طی می‌شود. البته آنچه در ظاهر مشهود است بارداری زن و زایمان است [۱۶].

آنچه مسلم است در آیات و روایات یا صاحب تخمک به عنوان مادر معرفی می‌شود و یا صاحب رحم و طبیعی است که درباره تعلق کودک به دو مادر، به دلیل نو بودن بحث، مطالبی در آن منابع به چشم نمی‌خورد. لذا از طریق ادله نقلی نمی‌توان نظریه دو مادری را اثبات کرد، ولی از نظر عقلی دو نقش مهم زن در تکون کودک غیر قابل انفکاک است و نباید آن را با مادر رضاعی و زنی که وظیفه تربیت کودک را بر عهده دارد، مقایسه کرد و اگر به مادر رضاعی «مادر» اطلاق می‌شود، قطعاً مجازگویی است، در حالی که نقش صاحب تخمک و صاحب رحم یک امر تکوینی است که می‌تواند در انتساب کودک به هر دو، نقش عمده‌ای را ایفا نماید و اطلاق واژه «مادر» به آنان معنای حقیقی است. ممکن است این مسأله به سبب غیر عادی بودن آن در وهله نخست مشکل به نظر برسد که با عوض کردن فرض مسأله، این غرابت از بین خواهد رفت. امروزه از نظر پزشکی این امکان فراهم است که هسته تخمک از ماده سیتوپلازم اطراف هسته در تخمک جدا شود و هسته تخمک زن دیگری جایگزین گردد و هر دو زن از نظر بیولوژیک با هم مشترک شوند. حال سؤال این است آنانی که فقط صاحب تخمک را مادر می‌شناسند، درباره این تخمک که از دو زن استیصال شده چه موضعی خواهند داشت؟ قطعاً هر دو زن را در تکون جنین انسان مؤثر خواهند دانست و به هر دو، نقش مادری را خواهند داد. بنابراین، در فرض مسأله که تخمک از آن یک زن و رحم متعلق به زن دیگری است، می‌توان گفت هر دو مادر طبیعی کودک هستند. از بین فقهای معاصر آیه الله اردبیلی نظریه دو مادری را برگزیده‌اند (استفتایی که نویسنده مقاله در تاریخ ۸۳/۲/۳ از ایشان نموده است). نویسنده مقاله در پایان‌نامه دکتری خود با استدلال و تبیین نقش رحم در تکون کودک این نظریه را تقویت نموده که صاحب تخمک و صاحب رحم هر دو مادر طفل تلقی می‌شوند و راه‌حلهایی برای احکام وضعی قابل پیش بینی است.

احکام وضعی از جانب مادر

به نظر اینجانب با گزینش نظریه دو مادری، در همه حالات، لقاح مصنوعی با دخالت عامل بیگانه کودک متولد شده از جانب مادر هویت پیدا می‌کند و برخی از مسئولیت‌های پدر طبیعی در صورتی که بنا بر مصالحی باید مجهول باشد به مادر منتقل می‌شود، مانند حضانت و نفقه و در صورتی که دادگاه او را به عنوان قیم بشناسد،

نظر تغذیه کودک خود را پرورش دهند، کودک را تحویل می گیرند و کلیه حقوق کودک از ناحیه زوجین صاحب اسپرم و تخمک که متقاضی داشتن فرزند بودند، تأمین می گردد.

بحث و نتیجه گیری

در پایان مناسب است نتیجه مباحث مطرح شده در مقاله، که بر تأسیس مبانی خاصی منتهی شد، با صورت های مختلف لقاح مصنوعی با دخالت عامل بیگانه فهرست وار در جدول ۱ بیان شود.

تشکر و قدردانی

بر خود فرض می شمارم از استاد بزرگوارم حضرت آیه الله قبله ای- دام ظلّه العالی- تشکر کنم که سخاوتمندانه به پرسش های بنده در موارد متعدد پاسخ می دادند و نیز از همکاران خودم در پژوهشکده ابن سینا آقایان دکتر محمدمهدی آخوندی، دکتر غفاری و دکتر میلانی فر که با برگزاری سمینار اهدای گامت و جنین زمینه پژوهش و نگارش این مقاله را فراهم آوردند.

وظایف ولایت پدر نیز قابل انتقال است. همان طور که می تواند به زوج متقاضی منتقل شود و نیز مسأله نسب و توارث بین کودک و مادر (خواه صاحب تخمک و خواه صاحب رحم) نیز با این مبنا قابل حل خواهد بود. اشکالی که در مبنای دو مادری پیش می آید این است که اگر متقاضی داشتن کودک، از رحم زن دیگری استفاده کند و این امر نمی تواند مانند اهدای تخمک مجهول باشد، لذا امکان بروز مشکلاتی بین دو مادر در زمینه تصاحب کودک وجود دارد که نمونه هایی در دادگاه های کشورهای غربی پیش آمده است. به نظر می رسد همان طور که در اهدای تخمک و اسپرم مراکز درمانی مشخصات اهدا کننده و گیرنده را محرمانه نگه می دارند و برای طرفین فقط مشخصات کلی بیان می شود، در مورد مادر جانشین هم می توان چنین عمل کرد و زنی که متعهد می شود که جنین را به مدت ۹ ماه در رحم خود پرورش دهد، هیچ گونه اطلاعی از صاحبان جنین نداشته باشد و متقابلاً صاحبان جنین نیز مادر جانشین را مشخصاً نشناسند و فقط مشخصات مادر جانشین برای بیمارستان محل تولد معلوم و محفوظ باشد. در این صورت پس از تولد و احیاناً دادن شیر اولیه در صورتی که صاحبان جنین بتوانند از

خلاصه مباحث مطرح شده در مقاله

روش درمان	نسب	حقوق کودک
اهدای اسپرم	پدر طبیعی صاحب اسپرم مادر طبیعی صاحب تخمک و صاحب رحم	بین زوج فاقد اسپرم و کودک به جهت فقدان نسب توارث برقرار نمی شود ولیکن ضمن عقد لازم متعهد می شود از محل ثلث به نفع کودک به اندازه سهم یک پسر یا دختر وصیت کند. حضانت و نفقه کودک برعهده مادر خواهد بود و دادگاه می تواند زوج یا مادر را به عنوان قیم کودک معین کند.
اهدای تخمک	پدر طبیعی صاحب اسپرم (زوج) و مادر طبیعی صاحب تخمک و صاحب رحم (زوجه) است.	بین زوج و زوجه و کودک به جهت اثبات نسب رابطه توارث برقرار است و حضانت و نفقه کودک برعهده زوجین خواهد بود و به جهت مجهول بودن صاحب تخمک رابطه توارث بین او و کودک منقطع خواهد بود.
اهدای جنین	پدر طبیعی صاحب اسپرم (اهداکننده) و مادر طبیعی صاحب تخمک (اهدا-کننده) و صاحب رحم است.	بین زوج فاقد اسپرم و کودک به علت فقدان نسب توارث برقرار نمی شود ولیکن ضمن عقد لازم الزام بر وصیت متصور است و کودک از جانب زوجه که صاحب رحم و مادر است هویت پیدا می کند و حضانت و نفقه کودک برعهده اوست و ولایت کودک نیز با تعیین قیم از سوی دادگاه قابل پیش بینی است.
مادر جانشین	پدر طبیعی زوج است و مادر طبیعی زوجه صاحب تخمک و صاحب رحم	بین زوجین و کودک نسب ثابت می شود و در نتیجه توارث برقرار خواهد بود و چون مادر جانشین برای صاحبان جنین مجهول است و او نیز گیرندگان کودک متولد شده را نمی شناسد توارث بین کودک و او منتفی خواهد بود و کلیه حقوق کودک از جانب زوجین قابل استیفاست.

- ۱- مصفا نسرين، کنوانسیون حقوق کودک، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۲
- ۲- حکیم سید محسن، منهاج الصالحین، دارالتعارف للمطبوعات، بیروت، ۱۹۸۰ میلادی
- ۳- خویی سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، مطبعة الديوانی، بغداد
- ۴- امامی، مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، ۱۳۴۹
- ۵- محمد خالد منصور، الاحکام الطبیة المنعقدة بالنساء، دارالنفائس، اردن، ۱۹۹۹ میلادی
- ۶- عبده محمد، الفتاوی المصریة، وزارت اوقاف، مصر، ۱۹۸۳ میلادی
- ۷- مصفا نسرين، کنوانسیون حقوق کودک، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۲
- ۸- صفایی حسین، امامی اسدا...، حقوق خانواده، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۱
- ۹- امامی سید حسن، حقوق مدنی، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۳۹
- ۱۰- قائنی محمد، المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة، مرکز فقه ائمه اطهار، قم، ۱۴۲۴ قمری
- ۱۱- خویی سید ابوالقاسم، المسائل الشرعیة، ۱۴۱۶ قمری
- ۱۲- رساله توضیح المسائل، استفتانات
- ۱۳- قبله‌ای خلیل، بررسی مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، سمت و پژوهشکده ابن‌سینا، تهران، ۱۳۸۰
- ۱۴- نایب‌زاده عباس، بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی، مجمع علمی و فرهنگی مجد، تهران، ۱۳۸۰
- ۱۵- المرسی زهره محمد، وسائل الانجاب الصناعي، جامعه الكويت، کویت، ۱۹۹۳ میلادی
- ۱۶- المرسی زهره محمد، وسائل الانجاب الصناعي، جامعه الكويت، کویت، ۱۹۹۳ میلادی