

احکام وضعی کودکان ناشی از اهدای گامت در رابطه با توارث

دکتر خلیل قبله‌ای خویی: * استادیار، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، قوه قضائیه

فصلنامه پایش

سال ششم شماره چهارم پاییز ۱۳۸۶ صص ۳۶۵-۳۷۱

تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۸۶/۲/۲۲

چکیده

در حقوق اسلامی در صورتی بین دو نفر توارث برقرار می‌شود که بین آن دو یا رابطه نسبی برقرار باشد و یا رابطه سببی که اصطلاحاً موجبات ارث نامیده می‌شود. یعنی بین مورث (ارث‌گذار) و وارث (ارث‌بر) ارتباط خویشاوندی خونی و یا رابطه زوجیت باشد. در بحث ما سخن در موجب نسبی است و این که در اهدای گامت (اسپرم یا تخمک یا هر دو) بین چه کسانی رابطه خویشاوندی خونی برقرار می‌شود و بین فرزند و چه کسانی رابطه توارث ایجاد می‌شود؟

در این مقاله آنچه مورد تعقیب و نتیجه‌گیری قرار می‌گیرد ابتدا تعیین رابطه نسبی بین دهنده اسپرم، تخمک و صاحب رحم است که مسأله ارث از آن رابطه پیروی می‌کند. از نظر اینجانب پدر طبیعی کودک در اهدای اسپرم صاحب اسپرم است و مادر طبیعی صاحب تخمک و چون به سبب مجهول بودن دهنده اسپرم و تخمک مسأله توارث بین کودک و آنان منقطع می‌شود، ضرورت دارد تحت شرایطی مثلاً در ضمن یک عقد لازم دیگر درخواست کننده متعهد گردد که حضانت کودک و نفقه او را برعهده بگیرد و با وصیت به نفع کودک از محل ثلث جایگزینی برای ارث پیش بینی کند، ولی از طرف کودک نسبت به زوجین گیرنده گامت، رابطه ارث برقرار نخواهد شد. از نظر اینجانب صاحب رحم در صورتی که تخمک از او نباشد به رغم دادن شیر به کودک هیچ گونه رابطه طبیعی با حمل خود نخواهد داشت و احکام رضاع نیز در مورد او صدق نمی‌کند و رابطه توارث نیز بین آنان برقرار نمی‌شود.

کلیدواژه‌ها: اهدای گامت، نسب، توارث، نفقه، رحم اجاره‌ای

* 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

یکی از فواید نکاح (ازدواج) که در شرعیت اسلام به آن تأکید شده است، تولید مثل است (فانکحوا ما طاب لکم من النساء (نساء)، ۳)، إن الله - عزوجل - یحب البیت الذی فیہ العرس و یبعض البیت الذی فیہ الطلاق). حضرت ابراهیم (ع) در برابر نعمت بزرگ داشتن فرزند خدای را سپاس می‌گوید (الحمد لله الذی وهب لی علی الکبر اسماعیل و اسحاق ابراهیم، ۳۹). بنابراین، هر زن و شوهری حق دارند از داشتن فرزند برخوردار شوند و از خداوند بخواهند که برای آنان فرزندان صالح عطا فرماید.

متأسفانه در بین گروهی از زوجین به عللی ناباروری شیوع دارد و چه بسا زنان و مردانی برای همیشه از داشتن فرزند محروم می‌مانند، ولی جای خوشحالی است که اخیراً در اثر تلاش دانشمندان در حوزه پزشکی درصد قابل توجهی از زنان و مردان با درمان ناباروری از طریق ART می‌توانند با داشتن فرزند کانون خانواده خود را گرم کنند. حال سؤال این است: موضع شرع در برابر این پدیده چیست؟

برخی معتقدند: این گروه باید در برابر مقدرات تسلیم شوند و این محرومیت را تحمل کنند. دسته‌ای دیگر پذیرفتن فرزندهای بی سرپرست را به عنوان فرزند خوانده توصیه می‌کنند و بالأخره گروهی استفاده از تولید مثل با روش‌های پزشکی کمکی (ART) اعم از اهدای اسپرم یا تخمک یا جنین و احیاناً مادر جانشین را راه‌حل مشکل می‌دانند. نویسندگان این مقاله راه حل سوم را بر می‌گزینند و معتقد است که فقه اسلامی این امکان را فراهم می‌سازد که علاوه بر احکام تکلیفی (جواز یا حرمت) احکام وضعی (ارث، نفقه و ...) موضوع مورد بحث روشن گردد.

در شرع مقدس اسلام برای هر فعلی از افعال انسان‌ها حکمی قانون‌گذاری شده است (إن لكل واقعه حکماً یشرک فیہ العالم و الجاهل)؛ مسأله تولید مثل و انتساب کودک متولد شده از طریق مصنوعی از افعالی است که باید حکم تکلیفی و وضعی آن مشخص گردد. ما در این مقاله وارد حکم تکلیفی، جواز یا حرمت، نمی‌شویم و به فرض حرام بودن تولید مثل از طریق اهدای گامت یا جنین می‌توانیم در زمینه احکام وضعی بحث کنیم، اگر چه از نظر اینجانب ادله حرمت تمام نیست.

تولید مثل با استفاده از اسپرم یا تخمک یا جنین بیگانه (غیر زوجین) هرچند جزء مسائل مستحدثه (جدید) به شمار می‌آید و لکن در زمان‌های قدیم موارد مشابهی بین مردم اتفاق می‌افتاد و در

این زمینه پرسش‌هایی از ائمه اطهار (ع) به عمل می‌آمد. در صحیح محمد بن مسلم از امام باقر و امام صادق (علیهما السلام) آمده است: امام حسن مجتبی (ع) در زمان حیات پدر بزرگوار در جایگاه آن حضرت حضور داشت جماعتی وارد شده، گفتند: یا ابامحمد ما با امیر مؤمنان کار داریم. فرمود: چه حاجتی دارید؟ گفتند: مردی با همسر خود هم‌بستر می‌شود و بعد از آن همسر او با دختر باکره‌ای مساحقه می‌کند و در نتیجه اسپرم شوهر وارد رحم دختر شده، او باردار می‌شود. در این خصوص چه می‌فرمایید؟ امام حسن (ع) می‌فرماید: این معضلی است. ابوالحسن را می‌طلبید و لکن من نیز پاسخ می‌دهم: ابتدا زن باید به دختر مهرالمثل بپردازد، زیرا در حین تولد بکارت دختر زایل می‌شود. سپس زن سنگسار می‌شود؛ زیرا او محصنه است و به دختر مهلت داده می‌شود تا زایمان کند و بچه را به صاحب نطفه (اسپرم) تحویل می‌دهد و دختر حدّ می‌خورد (حد مساحقه غیر محصنه یعنی صد تازیانه) [۱].

اهدای گامت: اهدای گامت از دو کلمه «اهدا» و «گامت» ترکیب یافته است. چرا به جای بیع گامت از واژه «اهدا» استفاده شده است؟

در کتب فقهی فقهای پیشین مانند شیخ انصاری (ره) در کتاب مکاسب محرمة درباره خرید و فروش گامت (اسپرم) حیوان مطالبی مطرح شده است و ایشان به دو دلیل خرید و فروش آن را حرام می‌دانند، اول این که منی نجس است و خرید و فروش نجاسات حرام است و دوم این که، بیع تملیک است و تملیک در اینجا معنی ندارد، زیرا منی در حیوانات اگر در رحم ماده قرار بگیرد نماء ماده تلقی می‌شود. بنابراین مشتری از آن سود نمی‌برد، چرا که چه آن را بخرد و چه نخرد در هر دو صورت حیوانی که در اثر آن منی متولد می‌شود متعلق به صاحب حیوان است. صاحب حیوان اگر خودش مشتری است از معامله سودی نمی‌برد و اگر دیگری است حیوان به دنیا آمده مایملک مشتری نمی‌شود [۲]. به طوری که ملاحظه گردید از نظر فقهی خرید و فروش اسپرم حیوان با مشکل رو به روست و در مورد اسپرم انسان به طریق اولی چنین خواهد بود؛ زیرا، انسان قابل خرید و فروش نیست، خواه بعد از تولد و خواه در زمان جنینی و نطفه بودن. در خرید و فروش اسپرم مرد شیخ انصاری می‌گوید در اینجا کودک ناشی از اسپرم خریداری شده به صاحب اسپرم ملحق می‌شود. پس در اینجا نیز خرید و فروش فایده‌ای نخواهد داشت. بنابراین باید در مورد استفاده از گامت (اسپرم یا تخمک) بحث اهدا مطرح شود.

در فقه اسلامی و قانون مدنی برای ارث حمل دو شرط ذکر شده است. در ماده ۸۷۵ ق.م.آ آمده است: «اگر حملی باشد در صورتی ارث می‌برد که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود؛ اگرچه فوراً پس از تولد بمیرد.» در بحث اهدای گامت در صورتی که انعقاد نطفه در رحم مادر بعد از فوت مورث باشد مستلزم یک اشکال مهم خواهد بود و آن این است که چنین حملی اگر از پدر ارث ببرد با شرط اول منافات دارد و اگر ارث نبرد با آیه شریفه «بوصیکم الله فی اولادکم للذکر مثل حظ الانثیین» منافات دارد، که در آینده بدان خواهیم پرداخت.

موانع ارث: آنچه از موانع ارث به موضوع مورد بحث ما مربوط می‌شود مانعیت حمل است، آن هم حمل ناشی از اهدای گامت یا تلقیح مصنوعی. اکنون باید بررسی کرد که حمل از موانع ارث است یا از مصادیق حاجب؟ در این مسئله اختلاف نظر وجود دارد: به نظر می‌رسد حمل به یک اعتبار مانع و به اعتبار دیگر حاجب است [۴].

توارث در اهدای گامت: به طوری که پیش‌تر بیان شد گاهی مشکل ناباروری به ضعف یا فقدان اسپرم زوج مربوط می‌شود که درمان ناباروری با اهدای اسپرم صورت می‌پذیرد و گاهی مشکل ناباروری با فقدان یا ضعف تخمک زوجه ارتباط دارد که در این فرض با اهدای تخمک درمان محقق می‌شود و گاهی مشکل ناباروری از جانب زوجین است که با اهدای جنین درمان صورت می‌گیرد و بالأخره گاهی جنین متعلق به زوجین به علت ناسالم بودن رحم زن از طریق رحم زن دیگری متولد می‌شود. حال هر یک از صور فوق جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

اهدای اسپرم و تخمک: در مسأله اهدای اسپرم و تخمک نخستین مسئله‌ای که مطرح می‌شود، وضعیت نسب کودک متولد شده با صاحبان اسپرم و تخمک از یک سو و گیرندگان اسپرم و تخمک و صاحب رحم از سوی دیگر است. آنچه مسلم است زوج فاقد اسپرم با کودک متولد شده رابطه نسبی ندارد و از یکدیگر ارث نمی‌برند و صاحب اسپرم پدر طبیعی این کودک است و از نظر اینجانب رابطه مادری و فرزندی فقط بین صاحب تخمک و کودک برقرار می‌شود. اما در مورد زوج فاقد اسپرم نیازی به استدلال نیست؛ زیرا، گفته شد، نسب یک نوع اتصال است به وسیله ولادت و در مفروض ما هیچ نوع ولادت بین آن دو وجود ندارد؛ اما اینکه، صاحب اسپرم پدر کودک به‌شمار می‌رود یکی از ادله، صحیحه محمد بن مسلم است که در مقدمه بدان اشاره شد. امام حسن (ع) فرمود: «یرد الولد إلی أبیه صاحب النطفه» یعنی کودک به پدرش که صاحب نطفه است

انواع اهدای گامت: در تکون کودک وجود سه رکن ضرورت دارد: اسپرم، تخمک و رحم. از این رو، گاهی ناباروری از ناحیه زوج است و زوجه از حیث تخمک و رحم سالم است که درمان ناباروری از طریق اهدای اسپرم صورت می‌پذیرد. در مواردی ناباروری فقط ناشی از ناباروری تخمک زوجه است که در این صورت اهدای تخمک مطرح می‌شود و گاهی فقط رحم زن قابلیت پرورش جنین را ندارد که از مادر جانشین استفاده می‌شود و گاهی رحم زوجه سالم است و اسپرم زوج و تخمک زوجه ناسالم‌اند که با اهدای جنین درمان صورت می‌پذیرد. هر یک از فروض فوق دارای احکام تکلیفی و وضعی خاص هستند که از نظر اینجانب حکم تکلیفی در همه موارد جواز است و ادله ارائه شده از سوی قائلین به حرمت قابل مناقشه است که ما در اینجا وارد آن نمی‌شویم، اما در مورد احکام وضعی صور مختلف فقط به مسئله ارث خواهیم پرداخت که لازم می‌دانم به طور اختصار درباره ارث به نکاتی اشاره کنم:

ارث در فقه: ارث واژه عربی است و معنای مصدري آن عبارت است از: انسانی با مردن انسانی دیگر چیزی از ماترک او را به موجب نسب یا سبب استحقاق یابد. در ماده ۸۶۱ ق.م.د درباره نسب آمده است: «نسب عبارت است از اتصال کسی به کسی دیگر به وسیله ولادت، خواه یکی به دیگری منتهی شود، مانند پدر و فرزند و خواه هر دو به شخص ثالثی منتهی گردد، مانند دو برادر یا دو خواهر و یا یک برادر و یک خواهر.» این تعریفی است که شهید ثانی آن را در شرح لمعه آورده است [۳] شهید ثانی ولادت را به وجه شرعی مقید کرده و تولد نامشروع را صاحب نسب نمی‌شناسد و لکن حق آن است که در نسب حقیقت شرعیه وجود ندارد. نسب شرعی همان نسب عرفی و لغوی است و اینکه ولد زنا محروم از ارث می‌شود به خاطر فقدان نسب نیست بلکه زنا مانع از توارث می‌گردد، مانند قتل که اگر پدری فرزند مشروع خود را بکشد از او ارث نمی‌برد با این که نسب بین آنان برقرار است. پس اگر فرزندی در اثر اهدای گامت به وجود آید هرچند نامشروع هم تلقی شود مانعی از توارث نخواهد بود؛ زیرا او قطعاً ولد زنا نیست تا از ارث محروم شود.

شرایط ارث: برای تحقق ارث شروطی در نظر گرفته شده است. در کتب فقهی موت مورث و وجود وارث را شرط توارث دانسته‌اند و در ماده ۸۷۵ ق.م.نیز بدان اشاره شده است. از این ماده یک شرط برای توارث فهمیده می‌شود و آن زنده بودن وارث است بعد از موت مورث و چون فوت مورث از آن شرط فهمیده می‌شود ضرورت ندارد آن را یک شرط علی‌حده ذکر کند.

رد می‌شود و جماعتی از فقهای امامیه نیز بدان معتقدند، در بیشتر کلمات فقها حقوق ولد به صاحب اسپرم چنین تعلیل شده است: «لأنه من مائه» [۱].

فرع: در اینجا یک فرعی مطرح می‌شود که اگر مردی با زنی زنا کند و آن زن با یک زن دیگری بلافاصله مساحقه نماید و زن دوم باردار شود این حمل چه حکمی دارد؟ بعضی از فقها این کودک را ولد زنا خوانده‌اند و لکن حق آن است که این کودک مانند سایر کودکان تلقیحی است که اسپرم در آنها به طریق حرام گرفته شده و به طریق حرام عمل لقاح انجام گرفته است که کودک، ولد زنا محسوب نمی‌شود و کودک به صاحب اسپرم ملحق می‌شود، همان‌طوری که از روایت امام حسن (ع) مستفاد است [۱]. در مورد الحاق کودک به صاحب تخمک در آینده بحث خواهیم کرد و لیکن در اینجا به نظر صاحب ریاض اشاره می‌کنیم: سید علی طباطبایی کودک را به صاحب تخمک ملحق می‌داند و همه احکام ولد از قبیل محرمیت و توارث را بین ولد و صاحب تخمک برقرار می‌داند [۵].

مسئله دیگری که در این باب مطرح است رابطه کودک متولد شده از طریق اهدای گامت با سایر خویشان مانند اجداد و برادران و خواهران و عموها، عمه‌ها و خاله‌ها و دایی‌ها و فرزندان آنهاست که متفرع بر مسئله اثبات نسب است که در صورت اثبات به سایر طبقات نیز تعمیم می‌یابد.

مسئله دیگری که در مباحث گذشته به آن اشاره شد مسئله مانع و حاجب بودن جنینی است که با اهدای گامت تکوین یافته است. حمل نسبت به خود از موانع ارث است. یعنی تا زمانی که حمل است و هنوز زنده متولد نشده است ارثی به او تعلق نمی‌گیرد. این جنین علاوه بر آن نسبت به سایر وارثان می‌تواند حاجب نیز باشد و هیچ فرقی بین این حمل و حمل‌های دیگر وجود ندارد. البته در این حمل یک خصوصیتی وجود دارد که اگر تحقق یابد حاجب دیگران نمی‌شود، مثلاً اگر انعقاد نطفه حمل بعد از موت مورث و تقسیم ماترک بین وارثان متوفی باشد، در این فرض، این حمل نه خود ارث می‌برد و نه دیگران را حجب می‌کند و اگر قبل از تقسیم ماترک منعقد شده باشد، هر چند بعد از موت مورث باشد مانند سایر حمل‌ها مانع و حاجب خواهد بود. البته این نظر با شرطی که در فقه و قانون به آن اشاره شده و آن وجود وارث حین فوت مورث است، مغایرت دارد و ایجاد اشکال می‌کند.

در جواب این اشکال باید گفت: این شرط موضوعیت ندارد بلکه به خاطر کاشفیت آن از نسب اخذ شده است. در برخی از کلمات

فقها به آن تصریح شده است: «نعم يشترط العلم بوجوده عند الموت ليحكم بانتسابه اليه» [۸-۶]. بنابراین، اگر نطفه بعد از موت مورث نیز منعقد شود از دیدگاه فقه ارث او مشکلی نخواهد داشت. در قانون مدنی نیز می‌توان گفت که شرط مذکور برای اثبات نسب اخذ شده است. اکنون باید دید نطفه‌ای که بعد از موت مورث منعقد می‌شود تا چه زمانی می‌تواند از ماترک پدر (صاحب اسپرم) ارث ببرد. گاهی اتفاق می‌افتد که فاصله موت و اهدای گامت یا جنین به طول انجامد.

به نظر می‌رسد که این مسئله مبتنی بر تشخیص تاریخ تملک وارثان است، یعنی اگر قبل از انتقال ترکه به ورثه تلقیح صورت بگیرد قطعاً حمل در صورت زنده متولد شدن ارث می‌برد، هرچند در حین موت مورث نطفه‌اش منعقد نشده باشد و اگر بعد از انتقال، تلقیح صورت پذیرد، بعید نیست که حمل از ارث محروم شود، هر چند زنده متولد شود؛ زیرا، بعد از انتقال ترکه به ورثه و تملک آنان چیزی باقی نمی‌ماند. پس بهتر است بگوییم: حمل در صورتی ارث می‌برد که نطفه او حین انتقال ترکه به وراثت در رحم مادر منعقد بوده و زنده هم متولد شده باشد.

اکنون باید دید انتقال ترکه به وارثان از چه زمانی آغاز می‌شود. برخی از فقها معتقدند که مالکیت ورثه نسبت به ماترک بعد از کسر دیون و عمل به وصیت تحقق می‌یابد و مستند آنان آیه «من بعد وصية يوصي بها او دين» (نساء، ۱۱) است. محقق اردبیلی (ره) می‌نویسد: «آیه دلالت بر آن دارد که وارث قبل از آن دو (اخراج وصیت و دین) ارث را تملک نمی‌کند بلکه تصرف او هم جایز نیست مگر بعد از اخراج آن دو» [۹، ۱۰]. از آنچه بیان شد می‌توان نتیجه گرفت: اگر تلقیح گامت قبل از تملک وراثت صورت پذیرد حمل جزء وارثان خواهد بود و اگر بعد از تملک انعقاد تحقق یابد چیزی از ماترک به حمل نمی‌رسد هرچند عنوان ولد به او صدق کند؛ زیرا وقتی ماترک وجود داشت حملی موجود نبود و زمانی که ولد وجود می‌یابد ماترکی موجود نیست تا ارثی برقرار شود.

نامعلوم بودن اهداکنندگان گامت: اگر در تلقیح گامت (اسپرم یا تخمک) صاحبان آنها معلوم نباشند که غالباً هم چنین است و باید برای جلوگیری از مشکلات بعدی برای گیرندگان گامت اهداکننده‌ها مجهول باشند، کودکی که در این بین متولد می‌شود مسئله توارث او چگونه خواهد بود؟ و یا اگر کسی کودک ناشی از اهدای گامت را از مصادیق زنا به شمار بیاورد، چنان که برخی توهم کرده‌اند، احکام ولد در مورد این کودک چگونه خواهد بود؟

پیش‌تر بیان شد فقط بین صاحب اسپرم و تخمک و کودک رابطه طبیعی وجود دارد و بین آنان نسب ثابت می‌شود، لذا زوج فاقد اسپرم یا زوجه فاقد تخمک که گیرنده اسپرم و تخمک هستند پدر و مادر کودک به‌شمار نمی‌آیند، تا رابطه توارث بین آنان برقرار باشد. حال سخن در اینجاست این کودکی که خود در تولدش هیچ نقشی ندارد و مانند سایر کودکان باید از برخی حقوق مادی بهره‌مند شود از پدر و مادر طبیعی خود به جهت مجهول بودن ارث نمی‌برد و از سوی دیگر با گیرندگان اسپرم و تخمک نیز رابطه اتصال از طریق ولادت را ندارد، پس تکلیف این کودک از نظر بهره‌مندی از مایملک پدر و مادر حکمی چگونه خواهد بود؟ به نظر اینجانب راه‌حلی که وجود دارد و می‌تواند شبهه ارثی را از جانب پدر و مادر حکمی نسبت به کودک به وجود آورد این روش است که بعد از اهدای گامت و انعقاد نطفه در رحم در ضمن یک عقد لازم دیگر گیرندگان اسپرم یا تخمک متعهد شوند که حضانت بچه و نفقه او بر عهده آنان خواهد بود و آنان ملزم باشند وصیت کنند که این کودک به اندازه سهم یکی از وراثت در طبقه اول در حد ثلث سهم ببرد؛ البته برای اهل دقت پوشیده نیست اصل وصیت از عقود جایز است و لیکن با آوردن آن به عنوان شرط عقد لازم، لازم خواهد شد. نقد مخالفان انتساب کودک به صاحبان اسپرم و تخمک: بعضی از فقها مانند آیه الله سید محسن حکیم (ره) [۱۱] معتقدند که نسب با تلقیح ثابت نمی‌شود، هر چند تلقیح اسپرم زوج به زوجه باشد. آنان در تحقق نسب دو چیز را شرط می‌دانند: یکی، ارتباط زوج و زوجه به طریق متعارف و دیگری ارتباط مشروع؛ یعنی اگر ارتباط مشروع نباشد نسب ثابت نمی‌شود هر چند انتقال از طریق متعارف و معتبر باشد و بر عکس اگر انتقال از طریق متعارف نباشد نسب ثابت نمی‌شود هر چند مشروع باشد. مدعیان این نظریه باید این دو شرط را اثبات کنند. آیا در صورتی که زوجه در اثر تفخیز زوج باردار شود می‌توان گفت این حمل با صاحب اسپرم رابطه پدر فرزندی ندارد؟ اخبار صحیحیه خلاف آن را بیان می‌کنند، چنان که از روایت منقول از امام حسن (ع) استفاده می‌شود و در مباحث گذشته گفتیم اکثر فقهای بزرگ امامیه نیز معتقدند که کودک به صاحب اسپرم لاحق می‌شود. اگر چه در اثر یک عمل حرام مانند مساحقه کودک تولد یافته باشد. برخی از فقها و حقوق دانان در اهدای گامت و اثبات نسب، شبهه را شرط می‌دانند و معتقدند که اگر صاحب اسپرم به عمل تلقیح جاهل باشد، پدر طفل محسوب و اگر عالم باشد نسب ثابت نخواهد شد. صاحبان این نظریه معتقدند

که نسب با دو چیز ثابت می‌شود: نکاح صحیح و شبهه. بنابراین اگر صاحب اسپرم به تلقیح آگاه باشد هیچ کدام از دو شرط مذکور محقق نخواهد شد و لذا نسب نیز ثابت نمی‌شود. این نظریه از چند جهت قابل مناقشه است. اولاً مراد از وطی به شبهه یا شبهه در وطی آمیزش مردی با زنی است که استحقاق آن را ندارد و خود را مستحق آن می‌داند و این شبهه گاهی حکمیه است و گاهی موضوعیه. جهالتی که در مسأله مورد بحث ما مطرح می‌شود با وطی به شبهه طرح شده در فقه مرتبط نیست. ثانیاً اگر پذیرفته شود که در صورت علم انتقال گامت در رحم مشروع نیست، باز هم می‌توان گفت که صاحب اسپرم پدر کودک است. عبارت فوق دلالت ندارد بر این که هر جا نکاح و یا شبهه نباشد پس نسب ثابت نیست، بلکه بر اساس ادله تنها زنا را موجب نسب نمی‌دانند. تلقیح هر چه باشد مشروع یا غیر مشروع مسلماً زنا نیست. ثالثاً دلیلی وجود ندارد که نسب فقط با نکاح و شبهه ثابت می‌شود. در عبارت فوق اگر مفید حصر هم باشد اضافی است نه حقیقی. رابعاً این عبارت نه روایت است و نه مضمون روایت، بلکه نتیجه استنباطی است از حدیث فراش که خالی از مناقشه نیست.

در اهدای تخمک مادر کیست؟ در منهاج الصالحین آمده است: اگر زنی اسپرم مرد اجنبی را در رحم خود قرار بدهد گناه کرده است ولی فرزند به او و صاحب اسپرم ملحق می‌شود و اگر فرزند دختر باشد صاحب اسپرم نمی‌تواند با او ازدواج کند [۱۲].

بعضی از فقها از روایات مساحقه منقول از امام حسن (ع) این نظریه را استفاده کرده‌اند، از جمله صاحب ریاض معتقد است: «الحاق ولد به دختر قوی به نظر می‌رسد به خاطر صدق عرفی و عدم مانع شرعی» [۱۳]. در مقابل، گروه دیگری الحاق ولد را به صاحب تخمک در بعضی از صور قبول ندارند و معتقدند که نسب فقط با نکاح صحیح و شبهه ثابت می‌شود و صاحب تخمک چون شبهه ندارد (دختر باکره در مساحقه) کودک به او ملحق نمی‌شود [۱۴]. ما در گذشته این نظریه را رد کردیم (که الحاق کودک به والدین فقط با نکاح صحیح یا شبهه میسر است)؛ بنابراین، کودک مانند الحاق به صاحب اسپرم فقط به صاحب تخمک ملحق می‌شود.

برخی از بزرگان معتقدند که مادر کسی است که فرزند را زاده است و مستند آنان آیه شریفه ظاهر است: «الذین یظاهرون منکم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم» (مجادله، ۲) در این آیه به طور مطلق و با حصر کسی مادر طفل است که فرزند

از او زاده شود. بر این اساس، فرزندی که در رحم اجاره‌ای یا عاریتی رشد کرده مادرش صاحب رحم است.

به نظر می‌رسد این آیه بر خلاف این نظریه دلالت می‌کند و مستفاد از آیه آن است که صاحب تخمک مادر طبیعی است، زیرا ولادت به معنی زاییدن نیست. در قرآن هر جا سخن از زاییدن آمده به وضع حمل تعبیر شده است، مانند «فلما وضعها قالت ربّ اینی وضعها أنثی والله اعلم بما وضعت.» (آل عمران، ۳۶) یعنی مادر مریم وقتی مریم را به دنیا آورد، گفت خدایا دختر زاییدم و خدای داناتر است به آنچه او وضع کرده است و در سوره احقاف نیز همین معنا آمده است: «حملته امّه کرهأ و وضعتہ کرهأ» (احقاف، ۱۵) و یا فرمود: «و وضع کل ذات حمل حملها» (حج، ۲ و نیز بنگرید: طلاق، ۴ و ۶).

به طوری که ملاحظه می‌شود هر جا در قرآن کریم ولادت آمده باید آن را به غیر معنای زاییدن حمل کرد، زیرا ولادت در حق پدر نیز استعمال شده است. فرمود: «و والد و ماولد» (بلد، ۳) مراد از والد پدر است. بنابراین، لازم است کلمه «و ما ولد» و «ولدنهم» به معنای غیر از زایمان حمل شود. به نظر اینجانب معنای «ولد» یعنی منشأ تولد قرار گرفتن است. پدر و مادر منشأ وجود فرزند خود هستند. در مجمع‌البحرین آمده است: «تولّد منه ای نشأ منه». این منشأ بودن در مورد پدر اسپرم او و در مورد مادر تخمک اوست.

برخی از فقها، آیه «و حملته امه کرهأ و وضعتہ کرهأ» و نیز آیه شریفه «حملته امّه وهنأ علی وهن» (لقمان، ۱۴) مستند خود قرار می‌دهند و استدلال می‌کنند که مادر کسی است که با مشقت باردار شود و با مشقت وضع حمل نماید و مفهوم مخالف آیه چنین خواهد بود که اگر کسی مشقت بارداری را تحمل نکند مادر نیست و در فرض مسأله چون صاحب تخمک، جنین خود را در رحم خویش نگه نداشته و او را وضع حمل نکرده است، بنابراین مادر طفل به شمار نمی‌آید. این استدلال خالی از مناقشه نیست؛ زیرا آیات فوق هیچ‌کدام مفهوم ندارند و قید «حملته» قید غالبی است و گر نه ممکن است مادری باشد که حامل نباشد و ممکن است زنی حامل کودکی باشد و مادر او نباشد، مانند زنی که از زنا باردار است و مشهور او را مادر نمی‌شناسد. دسته‌ای از فقیهان معتقدند در صورتی که تخمک از یک زن و رحم متعلق به زن دیگری باشد طفل دارای دو مادر خواهد بود و لکن ملتزم شدن به این نظریه نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا اولاً مستلزم آفرینش جدید و مخالفت با آیات قرآنی است؛ چرا که فرمود: «لقد خلقنا الانسان من سلاله من طین

ثم جعلناه نطفه فی قرار مکین ثم خلقنا النطفه علقه...» (مؤمنون، ۱۲-۱۴).

چنان که ملاحظه می‌شود آیه شریفه مبدأ انسان را نطفه قرار داده و رحم را یک قرارگاه معرفی فرموده است که نطفه را در خود نگه می‌دارد. به طوری که در تفسیر مجمع‌البیان در ذیل آیه پنجم سوره حج آمده، نطفه مایعی است که از مرد و زن به وجود می‌آید (النطفه هی الماء القلیل یكون من الذکر و الانثی) [۱۵].

و در قرآن نطفه به معنای آمیخته اسپرم و تخمک نیز به کار رفته است، مانند آیه ذیل «إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج» (انسان، ۲) فخر رازی معتقد است که «أمشاج» که صفت نطفه است مفرد آمده، لذا مراد از نطفه آمیخته ماء مرد با ماء زن است [۱۶].

ثانیاً این نظریه مستلزم تأسیس فقه جدید است، مثلاً در قرآن سهم‌الأثر پدر و مادر در صورت نبود فرزند، یک سوم به مادر و بقیه از آن پدر است. فرمود: «فان لم یکن له ولد و ورثه ابواه فلامه الثلث» (نساء، ۱۱) اگر صاحب رحم هم مادر باشد و بر این اساس به هر یک از مادرها یک سوم ماترک را بدهیم، به پدر مبلغی اختصاص می‌یابد که خلاف نص قرآن است و لازمه آن تأسیس فقه جدید است و یا اگر به هر دو مادر یک سوم بدهند و آنان سهم مذکور را بین خود تقسیم نمایند باز اشکال فوق به شکل دیگری مطرح می‌شود. علاوه بر ارث در مسأله حضانت نگهداری کودک بر عهده کدام یک از مادران خواهد بود. از آنچه بیان شد این نتیجه به دست می‌آید که نظر اول و دوم را نمی‌توان توجیه کرد، پس حق این است که منشأ نسبت جنین با مادر همان است که در انتساب او به پدر گفته شد، یعنی همان تحلیلی که در مورد پدر بیان گردید (لانه خلق من مائه) از جانب مادر نیز وجود دارد. در قرآن منشأ تکون کودک نطفه معرفی شده است، چرا که فرمود: «خلقه من نطفة فقدّره» (عبس، ۱۸) که ترکیبی است از اسپرم و تخمک.

ارتباط صاحب رحم با کودک: رابطه حقوقی کودک ناشی از اهدای گامت با صاحب رحم اجاره‌ای یا عاریه‌ای با اختلاف مبانی متفاوت است. به نظر نویسنده صاحب رحم با کودک تولد یافته هیچ‌گونه ارتباطی ندارد حتی اگر کودک را شیر دهد. زیرا زنی که کودک را شیر می‌دهد تحت شرایطی مادر رضاعی طفل به شمار می‌آید و در مفروض ما آن شرایط محقق نیست. در صحیحہ عبدالله بن سنان آمده است: «هو ما أرضعت امرأتک من لبنک و لبن ولدک و ولد إمراة أخرى فهو حرام» [۱۷]، یعنی زن تراز شیر تو و شیر طفل تو بچه یک زن دیگری را شیر دهد، پس آن کودک محرم

می‌شود. از این روایت استفاده می‌شود که شیر باید شیر شوهر صاحب رحم و شیر فرزندی باشد که از اسپرم وی متکون گردد، در حالی که در مفروض مسأله اسپرم متعلق به مرد دیگری است. بنابراین، کودک متولد شده که اسپرم و تخمک وی از زن و شوهر دیگری است و تنها جنین به وجود آمده به رحم زن دیگر منتقل می‌شود، هیچ‌گونه ارتباط نسبی و رضاعی با صاحب رحم ندارد.

بحث و نتیجه گیری

از آنچه بیان گردید می‌توان به طور اختصار نتایج ذیل را ارائه داد:

- ۱- خرید و فروش اسپرم و تخمک همان‌طور که در مورد حیوان حرام است، در مورد انسان نیز جایز نیست و باید در درمان ناباروری اهدای گامت مطرح باشد. ۲- در مسأله ارث باید بین ارث‌گذار و ارث‌برنده اتصال به واسطه ولادت برقرار باشد و این ارتباط فقط بین صاحب اسپرم و صاحب تخمک و فرزند متولد شده برقرار است. ۳- به نظر نویسندگان در صورتی که کودک متولد شده از طریق ART ارث تعلق می‌گیرد که اسپرم مورث در رحم زن استقرار یافته باشد و نیز حمل زنده متولد گردد. ۴- در صورتی که دهنندگان اسپرم و تخمک مجهول باشند که باید چنین نیز باشد، گیرندگان

منابع

- ۱- شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه، باب ۳ از ابواب حد سحوق و قیاده، جلد ۲۸، قم، ۱۴۱۲ قمری
- ۲- شیخ انصاری، المکاتب، تبریز، ۱۳۷۵ قمری
- ۳- شهید ثانی، تحریرالروضه فی شرح اللمعه، چاپ اول، سمت، تهران، ۱۳۸۰
- ۴- قبله‌ای خویی خلیل، ارث، چاپ اول، سمت، تهران، ۱۳۸۱
- ۵- طباطبایی سید علی، ریاض المسائل فی بیان الأحکام بالدلائل، جلد ۱۶، مؤسسه آل‌البیت، قم، ۱۴۰۴ قمری
- ۶- طباطبایی سید علی، ریاض المسائل فی بیان الأحکام بالدلائل، جلد ۱۴، مؤسسه آل‌البیت، قم، ۱۴۰۴ قمری
- ۷- زین الدین بن علی العاملی (الشهید الثانی)، مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الأسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۳ قمری
- ۸- نجفی محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الأسلام، جلد ۱۳، چاپ اول، مؤسسه المرتضی‌العالمیه، بیروت، ۱۴۱۲ قمری
- ۹- اردبیلی مقدس، زبده البیان فی احکام القرآن، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، قم

اسپرم و تخمک ملزم شوند ضمن عقد لازم وصیت به نفع طفل کنند تا از ثلث آنان در حد سهم پسر یا دختر به آن کودک تعلق بگیرد. ۵- از نظر نویسندگان صاحب رحم در صورتی که تخمک متعلق به دیگری باشد هیچ‌گونه رابطه مادری با طفل ندارد و در نتیجه توارث بین کودک و صاحب رحم برقرار نمی‌شود. ۶- توارث بین کودک و صاحب رحم در صورتی که تخمک از او نباشد در هیچ حالتی برقرار نمی‌شود.

تشکر و قدردانی

به تأسی از «من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق» وظیفه خود می‌دانم از برخی شخصیت‌های حقوقی و حقیقی تشکر کنم: ابتدا از پژوهشکده ابن‌سینا و جناب آقای دکتر محمدمهدی آخوندی، رئیس دانشمند آن پژوهشکده، که زمینه طرح مباحث جدید را فراهم می‌سازند تا مسائل مربوط به آنها از نظر فقهی، حقوقی، اجتماعی و جز اینها بین عالمان و محققان طرح گردد. بنده خود را وامدار این بزرگوار و همکاران سختکوش ایشان می‌دانم و نیز باید از جناب حجه‌الاسلام دکتر سید طه مرقاتی سپاسگزار باشم که زحمت ویرایش و تنظیم مطالب را بر عهده داشتند. خداوند بر توفیقات ایشان بیفزاید.

- ۱۰- الکاظمی فاضل الجواد، مسالک الأفهام الی آیات الأحکام، جلد ۴، چاپ اول، انتشارات مرتضوی، قم، ۱۳۶۵
- ۱۱- حکیم سید محسن، منهاج الصالحین، دارالتعارف للمطبوعات، جلد ۷، ۱۹۸۰ میلادی، بیروت
- ۱۲- الموسوی الخوئی السید ابوالقاسم، منهاج الصالحین فتاوی محقق خوئی (قده)، جلد ۷، چاپخانه مهر، قم
- ۱۳- طباطبائی سید علی، ریاض المسائل فی بیان الأحکام بالدلائل، جلد ۱۶، مؤسسه آل‌البیت، قم، ۱۴۰۴ قمری
- ۱۴- قواعد الأحکام، جلد ۳
- ۱۵- الشیخ ابوعلی الفضل بن الحسن الطبرسی، شرکه المعارف الأسلامیه، جلد ۶، ۱۳۷۹ قمری
- ۱۶- امام فخر رازی، تفسیر فخر رازی، داراحیاء التراث الاسلامی، بیروت
- ۱۷- الشیخ محمد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعه الی تحصیل المسائل الشرعیه، باب ۶ از ابواب «ما یحرم بالرضاع»، جلد ۴، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام لاحیاء التراث، قم، ۱۴۱۲ قمری