

## **Paternal parentage of the child born by embryo donation in Jurisprudence and Law of Iran**

**Fatemeh Taherkhani**

### **Abstract**

Although passing the Method of Embryo Donation to Sterile Spouses Act in 2003 was a positive step toward regularizing one of assisted reproduction methods, but it may be criticized due to some vagueness in its content, lack of sanction, and referring many essential issues to bylaw. One of the most important problems of this Act is that it does not clarify parentage and the legal effects of embryo donation causing confusion in the financial and non financial rights of the child. There are a lot of disagreements in jurisprudence and Law on this issue and each offers defensible principles to prove its case. Some consider the sperm donor, and some others consider the legal father as the real father of the child. Still others believe that these children are fatherless. Based on the result of the discussion, regarding the philosophy of enacting laws, intention of donors and recipients of embryos, and most importantly considering the best interest of the child which has been greatly emphasized in Islam, and also stated in the international conventions, the Iranian legislator should consider the recipients of the embryo as the legal parents of the child noting a kind of abstractive and presumed parentage.

### **Keywords**

Embryo donation, paternal parentage, legal husband, sperm donor

## نسب پدری کودک تولد یافته از اهدای جنین در فقه و حقوق ایران

فاطمه طاهرخانی<sup>1</sup>

### چکیده

تصویب قانون نحوه‌ی اهدای جنین به زوجین نابارور در سال 1382 ش.، اگرچه گام مثبتی در جهت قانونمند کردن یکی از راه‌های باروری کمکی محسوب می‌شود، ولی به دلیل ابهامات موجود در متن آن و فقدان ضمانت اجرای قانونی و احاله‌ی بسیاری از مسایل مهم به آیین‌نامه اجرایی قانون قابل نقد می‌باشد.

از مهم‌ترین ایرادهای این قانون روشن‌نمودن مسأله نسب و آثار و ابعاد حقوقی مسأله اهدای جنین بوده که منجر به مسکوت ماندن بسیاری از حقوق مالی و غیرمالی کودک متولد از این روش شده است. اختلاف آرای فقهی و حقوقی در این زمینه بسیار بوده و هر یک در اثبات خود مبانی قابل دفاعی را مطرح می‌نمایند. عده‌ای مرد صاحب نطفه را پدر جنین می‌دانند و عده‌ای دیگر مرد دریافت‌کننده جنین و صاحب فراش را پدر می‌دانند و نهایتاً نظر دیگری این اطفال را فاقد پدر می‌داند.

مطابق برآیند مباحث مطروحه، نظر به فلسفه وضع قانون، اراده و قصد اهداکنندگان و دریافت‌کنندگان جنین و مهم‌تر از همه حفظ حقوق این کودک و در نظر گرفتن بهترین منفعت کودک که در شرع مقدس اسلام بر آن بسیار تاکید شده و در کنوانسیون‌های بین‌المللی هم بیان گردیده است، قانونگذار ایران باید با در نظر گرفتن نوعی نسب اعتباری و حکمی، دریافت‌کنندگان جنین را صاحبان طفل و نسب این کودک قرار دهد.

### واژگان کلیدی

اهدای جنین؛ نسب پدری؛ صاحب فراش؛ صاحب نطفه

## نسب پدري کودک تولديافته از اهداي جنين در فقه و حقوق ايران

### نسب

فقیهان و حقوقدانان می‌بایست پایه‌های زیست‌شناسان و پزشکان در فرایند تولید غیرطبیعی انسان حرکت نموده و ضمن حل مشکلات و نارسایی‌های محتمل، انسان را در پیمودن طریق کمال رهنمون باشند. بر پایه‌ی این هدف همزمان با تولد نخستین انسان آزمایشگاهی در سال 1978 م، و فراگیر شدن شیوه‌های مصنوعی درمان نازایی از جمله «اهدای جنین» در دهه‌های اخیر، عالمان فقه و حقوق، مباحث جدی در موافقت و مخالفت با این شیوه‌ها طرح نموده‌اند. حکومت اسلامی نیز در راستای تسهیل امور مردم، قانون اهدای جنین را در سال 1382 ش.، به تصویب مجلس شورای اسلامی رساند. در اهدای جنین، جنین حاصل از اسپرم و تخمک زن و مرد دیگر اعم از که بین آن دو رابطه زوجیت باشد یا نه، در محیط آزمایشگاه ایجاد شده و به رحم زوجه منتقل می‌گردد. البته در ایران با توجه به پایه‌ی شرعی قوانین و بر اساس قانون نحوه‌ی اهدای جنین به زوجین نابارور، اهداکنندگان باید زوجین قانونی و شرعی باشند. بنابراین اهدای جنین یک شیوه‌ی درمان نازایی است که بر اساس آن اسپرم مرد و تخمک زن گرفته شده و در محیط آزمایشگاه در مجاورت یکدیگر قرار داده می‌شود تا پس از لقاح و تقسیمات اولیه و حداکثر تا پنج روز از زمان لقاح به رحم زن متقاضی منتقل گردد. همچنین می‌توان از جنین‌هایی که قبلاً منجمد شده‌اند نیز استفاده نمود؛ گرچه درصد موفقیت کمتری دارند.

بعد از به دنیا آمدن چنین کودکی مسأله رابطه او با اهداکنندگان و دریافت کنندگان مطرح می‌شود که آثار حقوقی این قضیه بسیار مهم و حایز

اهمیت است. یکی از این مسایل مهم در فقه و حقوق مسأله «نسب» است که در نتیجه‌ی آن قرابت و خویشاوندی بین افراد معین می‌شود و بدین وسیله، در مرحله نخست، ارکان خانواده بنیان گذاشته می‌شود و در مرحله بعد، بر پایه‌ی آن، افراد دارای وظایف و تعهداتی نسبت به یکدیگر خواهند شد.

از بررسی مجموع روایات باب «نسب» کاملاً واضح است که اسلام، ارزش ویژه‌ای برای «نسب» قائل است و تحت هیچ شرایطی، به وجود آمدن اشکال در انساب را نمی‌پذیرد.

قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور و آیین‌نامه اجرایی آن در خصوص هویت و نسب طفل ناشی از اهدای جنین ساکت است و بر خلاف قوانین برخی از کشورهای خارجی که نسب کودک را به صراحت مشخص و حقوق و تکالیف اهداکنندگان و دریافت‌کنندگان را در قبال کودک حاصل کاملاً روشن نموده است، وضعیت حقوقی کودک حاصل و هویت و نسب او در حقوق ایران فعلاً وضعیت چندان روشنی ندارد و به این منظور در این مبحث سعی شده است که به جهت سکوت قانون و به حکم اصل 167 قانون اساسی، نظر غالب و قابل پذیرش در حقوق فعلی ایران احراز و وضعیت نسب تا حدودی مشخص شود.

### مفهوم نسب

معنای لغوی «نسب»، قرابت، خویشاوندی و علاقه و رابطه میان دو شی است. (معلوف، 1364 ش.) در زبان فارسی به آن نژاد می‌گویند (دهخدا، 1373 ش.) و در زبان فرانسه کلمه «Filiatien»، به معنای سلسله، نسل، ذریه، پیوستگی و تعاقب چیزهایی است که در نتیجه‌ی یکدیگرند، آمده است. (امامی، 1349 ش.)

از نظر حقوقی، قانون مدنی تعریفی از نسب ارائه نکرده است. علمای حقوق سعی نموده‌اند که سکوت قانونگذار را با تعریف نسب جبران کنند. دکتر سیدحسن امامی (1349 ش، ص 151) «نسب» را این‌گونه تعریف کرده است: «نسب به معنی قرابت و خویشاوندی است و امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید. از این امر رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد، موجود می‌گردد». بعضی دیگر از حقوقدانان در مورد نسب معتقدند «نسب عبارت است از رابطه خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالثی باشند که به این معنی مترادف با قرابت نسبی است که یک رابطه طبیعی و خونی بین خویشاوندان نسبی خط مستقیم یا خط اطراف است». (صفایی و امامی، 1372 ش.)

آقای محمد بروجردی عبده (1339 ش، ص 28) در تعریف نسب گفته است: «نسب علاقه‌ای است بین دو نفر که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالثی حادث می‌شود و بعضی دیگر در تعریف نسب گفته‌اند که رابطه شخصی به دیگری از طریق ولادت، خواه به او منتهی شود (مانند منتهی شدن پسر به پدر) خواه به ثالث منتهی شود مانند دو برادر که به پدر و مادر منتهی می‌شود». (جعفری لنگرودی، 1376 ش.)

«نسب» به دو معنای عام و خاص تعریف شده است. نسب عام، وابستگی و ارتباط خونی و حقوقی موجود بین دو نفر است که در اثر تولد یکی از صلب یا بطن دیگری و یا در اثر ولادت هر دو نفر از ثالثی ایجاد می‌شود. نسب عام به این معنی همان قرابت نسبی و مترادف با آن است. به همی تعاریفی که ارائه شد، این اشکال وارد است که نسب را مترادف با مفهوم «قرابت نسبی» انگاشته‌اند. (صفایی و امامی، 1372 ش.) در حالی که مفهوم قرابت و آثار آن با مفهوم نسب و آثار

آن، یکی نیستند. چنان که هیچ یک از این دو مفهوم به علل «نزدیکی» و «ولادت»، که در برخی از این تعاریف آمده است، وابسته نیستند. همچنین در این تعاریف به این حقیقت که «نسب» رابطه‌ای قراردادی و اعتباری است یا تکوینی و واقعی، اشاره نشده است. به اضافه، نسب خود دارای انواع متفاوتی است (نسب مشروع، نسب ناشی از شبهه، ناشی از زنا، ناشی از لقاح مصنوعی و فرزندخواندگی) و با این که هر یک از این‌ها در وصف نسب مشترک‌اند، تنها در وصف اعتبار شرعی و قانونی با یکدیگر تمایز و تفاوت پیدا می‌کنند. (رضانیا معلم، 1383 ش.)

### ماهیت نسب

در خصوص ماهیت نسب چهار نظریه مطرح است:

- 1- نسب یک حقیقت شرعیه است که صرفاً قانون یا شرع آن را جعل می‌کند. بدین معنا که هر نسبی را که مقنن آن را مشروع و قانونی بداند، نسب مشروع و قانونی است. مثلاً مطابق قانون مشروعیت انگلیس مصوب 1959 م، و مواد 330 و 331 قانون مدنی فرانسه، طفل غیر مشروع با ازدواج بعدی والدین او مشروع می‌شود و مشروع کردن نسب یا با ازدواج تحقق می‌یابد و یا به حکم مقامات قضایی. بنابراین قانونگذار فرانسه و انگلیس، در کنار نسب مشروع، نسبت به برقراری نسب اطفال نامشروع نیز جعل قانون نموده است. (صفر، 1383 ش.)
- 2- نسب یک امر واقعی، طبیعی و تکوینی است که از طریق ژنتیکی و یا انتقال اجزای سلولی و ژنتیکی یک شخص قابل تحقق است، اگرچه نحوه انتقال این اجزا مشروع نیز نباشد. (شهیدی، 1375 ش.)

3- نسب یک حقیقت عرفیه است؛ یعنی هر رابطه و نسب را که عرف قابل تحقق بداند، قانون نیز همان را می‌پذیرد؛ کما این که حقوق اسلام، نسب خونی قبل از اسلام را که عرف پذیرفته بود، تنفیذ نموده است.

4- نسب صرفاً یک رابطه اعتباری است که از راه قانون یا عرف یا اراده طرفین آن قابل تحقق است؛ اعم از این که رابطه خونی و ژنتیکی بین طرفین وجود داشته باشد یا خیر.

شارع و به تبع آن قانونگذار، بنابر مصالحی از جمله پیشگیری از هرج و مرج و اختلاط میاه و ایجاد نظم به خصوص از لحاظ تعیین حقوق و وظایف منسوبین، نسبت به یکدیگر، نکاح را تاسیس نموده و رابطه‌ی نسبی طفل ناشی از نکاح را با دو طرف صاحب نطفه شناخته است و در این قسمت، طفل ناشی از نزدیکی به شبهه را نیز به طفل حاصل از نکاح ملحق ساخته است.

در نتیجه این تاسیس، رابطه‌ی طفل ناشی از زنا را با طرفین نطفه قطع کرده و آن احکام خاص را در این مورد نشناخته است. چنان که صاحب جواهر (1367 ش، ص 234) می‌گوید: «النسب یثبت مع النکاح الصحیح و مع الشبهه و لا یثبت مع الزنا».

همچنین مطابق اطلاق مواد 1158-1160 قانون مدنی ایران، قانونگذار سعی کرده است تا آنجا که عادتاً ممکن باشد، رابطه نسبی مشکوک را ثابت فرض نموده، با الحاق طفل به پدر و مادر و ایجاد نسب مشروع، نسل بشر را از سرگردانی و بلا تکلیفی نجات داده و موارد قطع رابطه نسب را هرچه بیشتر محدود سازد. بنابراین در غیر از مواردی که تصریح به عدم اعتبار آنها نموده، در سایر موارد، در تعیین نسب از حدود اعتبارات عرفی تجاوز نکرده است و اگر در مواردی از نسب عرفی دلیلی به عنوان مخصص در دست نباشد، می‌توان حکم عام

را جاری نمود؛ برای مثال، هر گاه تردید کنیم که آیا شارع و قانونگذار در اعتبار نسب طفل حد معینی از اختلاف سنی زوجین را تجویز کرده و در صورت وجود اختلاف سنی بیشتر نسب طفل را با زوجین قطع می‌کند یا نه؟، تامل نداریم که در این موارد باید از نظر عرف متابعت کنیم و بگوییم چون عرف به محض تکون شخصی از نطفه‌ی شخصی دیگر، رابطه‌ی نسبی را برقرار می‌سازد و جهات دیگر را در پیدایش نسب موثر نمی‌داند، قانون نیز از همین نظر پیروی می‌کند.

حقوق ایران در خصوص ماهیت نسب، به نظریه حقیقت شرعیه بودن نسب نزدیک‌تر است؛ اگرچه در حقوق ایران، به تبع نظریات مشهور فقهای اسلام، واقعی و طبیعی بودن نسب و توجه به عرف نیز تا حدودی تاکنون از نظر دور نمانده است، لیکن نظریه اصلی پذیرفته شده در حقوق ایران، همان نظریه قانونی بودن نسب است؛ زیرا اعتبار و قرارداد، موجب تحقق نسب نمی‌شود و در مواردی همانند تبنی (فرزندخواندگی) که در حقوق برخی از کشورها نیز موجب تحقق و شناسایی نسب است، رابطه اعتباری و قراردادی فرزندخواندگی در حقوق اسلام و ایران موجب نسب شناخته نشده است و در قرآن کریم به صراحت آمده که فرزندخواندگی موجب تحقق رابطه حقیقی فرزندگی نمی‌شود<sup>۱</sup> و ازدواج مومنان با فرزندخوانده‌ها و زنان سابق فرزندخوانده آنها نیز مجاز شناخته شده است.<sup>۲</sup>

همچنین «رضاع» نیز اگرچه وفق نظر مشهور فقها و ماده 1046 قانون مدنی ایران از موانع نکاح محسوب می‌شود، ولی موجب تحقق نسب نیست و سایر آثار نسب غیر از مانعیت در نکاح را ندارد و رضاع صرفاً از حیث مانعیت نکاح همانند نسب است و صرف نشر حرمت را نیز نمی‌توان جعل نسب دانست. (صفار، 1383 ش). بنابراین رضاع که یک امر اختیاری است و با اراده و اختیار اشخاص قابل



تحقق است، موجب تحقق نسب نمی‌شود و به تعبیر قرآن حرمت خواهر و مادر رضاعی نیز<sup>۳</sup> فقط از حیث نکاح می‌باشد.

#### نقش اماره فراش در تحقق نسب

اماره فراش نیز در حقوق ایران موجب جعل نسب نیست؛ بلکه این قاعده فقط وسیله و اماره‌ای برای کشف حقیقت و اثبات نسب در موارد مشکوک است که به منظور حمایت از فرزند حاصل و رفع سرگردانی او از جهت نسب وضع گردیده است و مقنن چنین فرض نموده که در صورت امکان انتساب طفل به زوج و زانی، با رعایت ضوابطی همانند حداقل و حداکثر مدت حمل، باید طفل را به زوج منسوب نمود. بنابراین فراش نیز اماره و قرینه‌ای است که صرفاً می‌تواند از طرق اثبات نسب باشد و به تنهایی نمی‌تواند جعل نسب نماید. (صفا، 1383 ش.)

#### نقش عرف در تحقق نسب

اگرچه برخی از حقوقدانان ایران، نسب را یک رابطه عرفی دانسته‌اند که در فقه و حقوق اسلام و ایران نیز به تبع عرف به عنوان یک رابطه خویشاوندی ناشی از خون شناخته شده است، (شهیدی، 1375 ش.) اما واقعیت این است که داوری عرف را در تحقق نسب نمی‌توان قاطع دانست و بدون دخالت قانونگذار نمی‌توان به راحتی نسب کودکان حاصل از اهدای جنین را به زن صاحب رحم یا صاحب تخمک ملحق دانست. (صفایی، 1378 ش.)

در الحاق چنین کودکانی به شوهر زن صاحب رحم نیز با توجه به نظرات مخالف اکثریت قریب به اتفاق فقها، داوری عرف به هیچ وجه نمی‌تواند قاطع باشد. با وجود این نمی‌توان نقش عرف را در تبیین مفهوم نسب نادیده انگاشت؛

زیرا تاکنون در خصوص نسب حقیقت شرعیه‌ای وجود نداشته است و آنچه قانون آن را پذیرفته، همان مفاهیم عرفی و اعتباری نسب بوده است. (صفر، 1383 ش.)

### نقش نزدیکی در تحقق نسب

در برخی از مواد قانون مدنی ایران همچون مواد 1158، 1159، 1160 و 1165 به تبعیت از فتاوا و نظرات مشهور فقهای امامیه، قانونگذار از کلمه نزدیکی استفاده کرده است و با توجه به این که این مواد نیز در کتاب هشتم قانون مدنی و در باب اول آن تحت عنوان «نسب» مقرر شده‌اند، این شبهه به وجود آمده که از نظر قانونگذار، برای پیدایش نسب، وجود نزدیکی بین زن و مرد ضروری شناخته شده است و به این جهت در باروری‌های مصنوعی و کمکی که نزدیکی وجود ندارد، پیدایش نسب نیز منتفی است.

با وجود این در پاسخ به شبهه مذکور، گفته شده است اولاً کلمه «نزدیکی» به عنوان فرد شایع و مصداق معمول بیان شده است و قانونگذار در مقام بیان این نکته نبوده است که ایجاد نسب منحصر به آمیزش و نزدیکی است. ثانیاً در مواردی که تفخیز یا مساحقه سبب پیدایش اولاد شود، شرع، حکم به نسب داده و طفل مولود را به صاحب نطفه ملحق دانسته است، مگر آن که رابطه، نامشروع (زنا) باشد که نص بر قطع نسب داریم (صفر، 1383 ش.) و طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود و بنابراین، نسب مشروع و قانونی نیز قابل تحقق نیست؛ زیرا برای پیدایش نسب، نزدیکی و رابطه جنسی مشروع ضرورت دارد.

آنچه در خصوص مشروعیت نزدیکی برای پیدایش نسب ذکر شد، نظر عده‌ای از فقهاست. از دیدگاه بسیاری دیگر از فقها، کودک حاصل از رابطه نامشروع نیز به صاحبان نطفه و به زن و مرد زناکار ملحق می‌شود و به آنها منتسب است و

فقط به جهت وجود نص خاص، یکی از آثار نسب یعنی توارث بین آنها برقرار نیست و گرنه بین زانی و مولود ناشی از زنا، رابطه نسبی برقرار است و مقتضی توارث نیز که نسب می‌باشد، موجود است و فقط توارث به جهت وجود نص خاص، محقق نمی‌شود. همچنان که کفر و قتل مورث نیز با وجود نسب، مانع توارث می‌شود. بنابراین در تحقق نسب نزدیکی مشروع شرط نیست (موسوی بجنوردی، بی تا) و در زنا نیز نسب محقق می‌شود و به غیر از توارث، سایر آثار نسب و از جمله نفقه و حضانت و حرمت نکاح و غیر آنها بین طرفین برقرار می‌شود. (صفار، 1383 ش.) همچنان که مطابق رای وحدت رویه شماره 617/3/1376 دیوان عالی کشور و به تبعیت از نظر برخی از فقهای عظام همچون امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله، پدر طبیعی و نامشروع طفل مکلف به اخذ شناسنامه برای طفل متولد از زنا شده است.

#### هویت و نسب پدری

نطفه طفل در نتیجه امتزاج اسپرم مرد با تخمک زن ایجاد می‌شود، عمل ترکیب اسپرم با تخمک در شرایط طبیعی تحت شرایط خاص انجام می‌پذیرد که هیچکس نمی‌تواند از این ترکیب فوراً اطلاع حاصل نماید. زوجین نیز از زمان انعقاد نطفه مطلع نمی‌شوند. بنابراین اثبات نسب پدری به لحاظ محسوس نبودن زمان تشکیل نطفه مسأله‌ای بسیار مشکل و پیچیده است. امروزه نیز آزمایش‌های پزشکی از قبیل آزمایش خون و حتی تشخیص ژنتیکی از طریق DNA راه گشای اثبات نسب نیست و به طور قطع نمی‌توان نسب را از لحاظ علمی اثبات کرد. با آزمایش‌های مذکور نمی‌توان رابطه پدر و فرزندی را ثابت کرد. آزمایش‌های علمی و پزشکی موجود تنها قادر به نفی نسب می‌باشند؛ یعنی در مواردی می‌توانند اثبات کنند که

کودک به دنیا آمده محصول اسپرم یا تخمک شخص مورد نظر نیست، ولی قادر به اثبات نسب نمی‌باشد؛ به عبارت دیگر، به طور قطع نمی‌توان ثابت کرد که این بچه از اسپرم یا تخمک شخص مورد نظر است.

### نسب پدری در آیات و روایات

برای یافتن نسب پدری کودک تولد یافته از اهدای جنین به بررسی آیات و روایات مرتبط می‌پردازیم.

#### الف - آیات

در قرآن کریم آیاتی هستند که به صراحت تکلیف نسب پدری را روشن ساخته‌اند که به نمونه‌هایی از آن به اختصار یاد می‌کنیم.

1- «و هو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً و صهراً...»<sup>۴</sup> و اوست کسی که از آب، بشری آفرید و او را (دارای خویشاوندی) نسبی و دامادی قرار داد...»

در کلمه‌ی «الماء» دو احتمال داده شده است، یکی مطلق آب که بنا بر آیه «و جعلنا من الماء كل شيء حي»<sup>۵</sup>، منشا پیدایش تمام موجودات زنده است، و دیگری نطفه، که بنا بر آیه: انا خلقنا الانسان من نطفه امشاج»<sup>۶</sup> منشا خلق بشر است.

2- «ایحسب الانسان أن يترك سدي. ألم يك نطفه من مني يمّني. ثم كان علقه فخلق فسوي. فجعل منه الزوجين الذكر و الانثي»<sup>۷</sup> آیا انسان گمان می‌کند بی‌هدف رها می‌شود؟ آیا او نطفه‌ای از منی که در رحم ریخته می‌شود نبود؟ سپس

به صورت خون بسته درآمد و خداوند او را آفرید و موزون ساخت و از او دو زوج مرد و زن آفرید.»

3- «و لقد خلقنا الانسان من سلاله من طين. ثم جعلناه نطفه في قرار مكين. ثم خلقنا النطفه علقه فخلقنا العلقه مضغه فخلقنا المضغه عظاماً فكسونا لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر فتبارك الله احسن الخالقين»<sup>4</sup> و ما انسان را از عصاره‌ای از گل آفریدیم، سپس او را از نطفه‌ای در قرارگاه مطمئن (رحم) قرار دادیم؛ سپس نطفه را به صورت علقه (خون بسته) و علقه را به صورت مضغه (چیزی شبیه گوشت جویده شده) و مضغه را به صورت استخوان‌هایی درآوردیم و بر استخوان‌ها گوشت پوشاندیم؛ سپس آن را آفرینش تازه‌ای دادیم؛ پس بزرگ است، خدایی که بهترین آفرینندگان است.»

با بررسی در آیات قرآن که نمونه‌هایی از آن ذکر شد، به این نتیجه می‌رسیم که همه‌ی این آیات، خلقت انسان را به نطفه نسبت داده و در برخی موارد تصریح کرده‌اند که نطفه از منی است، بنابراین مطابق نص آیات شریفه صاحب اسپرم پدر کودک محسوب می‌شود.

## ب - روایات

محمد بن مسلم می‌گوید:

«سمعت ابا جعفر و ابا عبدالله عليهما السلام يقولان، بينا الحسن بن علي (ع) في مجلس علي اميرالمومنين (ع) اذ اقبل قوم، فقالوا: يا ابا محمد، اردنا اميرالمونين (ع)، قال: و ما حاجتكم، قالوا: اردنا ان نسأله عن مسأله.»

قال: و ما هي تخبرونا بها. قالوا: امرأه جامعها زوجها، فلما قام عنها قامت بموتها فوكت علي جارية بكر فساحتها، فألقت فيها، فحملت فما تقول؟ فقال الحسن (ع): انه يعمر الي المرأه فيؤخذ منها مهر الجارية بكر في اول و هله، لان الولد لا يخرج منا حتي تشق، فتذهب عذرتها ثم ترجم المرأه لانها محضه و ينظر بالجارية حتي تضع ما في بطنها، و يرد الي ابيه صاحب النطفه ثم يجلد الجارية الحد؛ (حرعاملی، 1391 ق).

هنگامی که حسن بن علی (ع) در مجلس امیرالمومنین (ع) بود، عده‌ای پیش او آمدند و گفتند: با امیرالمومنین (ع) کار داریم. امام حسن (ع) فرمود: سؤال خود را بگویید. گفتند: چه می‌گویید در مورد زنی که پس از آمیزش با شوهرش با کنیزی باکره مساحقه نمود و با انتقال نطفه مرد، کنیز حامله شد. امام حسن (ع) فرمود: ابتدا باید سراغ زن رفت و مهر کنیز باکره را از او گرفت؛ زیرا هنگام زایمان حتماً بکارت او از بین می‌رود. سپس باید آن زن را به خاطر شوهرداشتن رجم نموده و منتظر شد تا کنیز فرزند خود را به دنیا آورد. فرزند به پدرش داده می‌شود و جاریه حد مساحقه را متحمل می‌شود.»

روایت دیگر، روایت اسحاق بن عمر از امام صادق (ع) است که مشابه همین صحیحی محمد بن مسلم بوده و در دلالت نزدیک به آن می‌باشد. از این دو روایت به خوبی روشن است که ملاک نسب، پیدایش طفل از منی مرد است و حتی در صورت حرام بودن زن بر مرد (که در این جا کنیز بر مرد حرام است) فرزند، حقیقتاً و عرفاً به مرد ملحق می‌شود.

امام جعفر صادق (ع) از امام علی (ع) نقل می‌کنند که فرمودند:

«جاء رجل الي رسول الله فقال: كنت اعزل عن جاريه لي فجاءت بولد فقال ان الوكاء قد ينفلت فألحق به.

مردی نیز حضرت رسول الله (ص) آمد و گفت: کنیزی که هنگام آمیزش با او، عزل می کردم، فرزندی به دنیا آورد. پیغمبر (ص) فرمودند: گاهی بند مشک رها می شود و فرزند را به او ملحق کن. رهاشدن بند مشک کنایه از ورود منی مرد به رحم زن است و از همین جهت که منی (اسپرم) منشأ پیدایش فرزند است، فرزند به او ملحق می شود.»

#### نقش اماره فراش در اثبات نسب

در تعریف اماره فراش، فراش در لغت به معنی «بستر» و «هر چه بگسترانند» آمده است و در اصطلاح حقوقی عبارت است از این که «طفلی که از زن شوهردار به دنیا آمده است، فرزند شوهر فرض می شود و ملحق به اوست» (صفایی و امامی، 1374 ش.).

اصطلاح اماره فراش از حدیث نبوی «الولد للفراش و للعاهر الحجر». (حر عاملی، 1391 ق.) - فرزند، مخصوص شوهر و برای زناکار سنگ است - گرفته شده است. کلمه فراش در حدیث فوق ممکن است به معنی بستر باشد و از آن «نزدیکی مشروع» اراده شده باشد و یا ممکن است معنی آن رابطه زوجیت موجود بین زوجین باشد. اگر معنی اول را برای کلمه فراش قائل شویم، در این صورت برای الحاق طفل به زوج با تصریح کلمه «فراش» احراز وجود بستر یا نزدیکی مشروع (یا با تعبیر وسیع تری که تلقیح مصنوعی را هم شامل گردد) لازم است. اگر معنی دوم اراده شده باشد، یعنی منظور این باشد که طفل ملحق به رابطه زوجیت است با توجه به این که در این حدیث شرط

نزدیکی مانند ماده 1158 قانون مدنی وجود ندارد و شرط امکان الحاق طفل به زوج را از دلیل خارج استفاده می‌کنیم، می‌توان گفت که در فرض مورد بحث نیز طفل ملحق به زوج می‌باشد؛ زیرا از اطلاق حدیث با در نظر داشتن سایر ادله استفاده می‌گردد که طفل به صورت امکان ولو به صورت احتمال به رابطه زوجیت تعلق دارد. (شهیدی، 1375 ش.) بدین ترتیب، اماره فراش نسبت به شبهه، اکثر فقها عقیده دارند که اگر زن نیز در اشتباه باشد، قابل اجراست و نویسندگان قانون مدنی نیز همین امر را از فقه اقتباس کرده‌اند. (کاتوزیان، 1378 ش.)

با مقایسه دو معنی احتمالی فوق به نظر می‌رسد که معنی اول با وضع کلام مساعدتر بود و با ذوق سلیم سازگار است؛ یعنی منظور از فراش همان بستر (رابطه تناسلی مشروع یا تلقیح مصنوعی) است و لذا در الحاق طفل به طرفین، وجود این رابطه مشروع باید مسلم باشد.

به موجب اماره فراش، طفل متولد از زن شوهردار به شوهر ملحق خواهد شد. در حقوق ایران قاعده یا اماره فراش در دو ماده 1158 و 1159 قانون مدنی پیش‌بینی شده است.

ماده 1158 قانون مدنی می‌گوید: «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از 6 ماه و بیشتر از 10 ماه نگذشته باشد».

و مطابق ماده 1159 ق.م: «هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود، ملحق به شوهر است؛ مشروط بر این که مادر هنوز شوهر نکرده باشد و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل بیش از 10 ماه نگذشته باشد، مگر آنکه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کمتر از 6 ماه و بیش از 10 ماه گذشته است».



لازم به ذکر است که ماده 1322 ق.م اماره فراش را صریحاً جز امارات قانونی به شمار آورده است.

بنابراین نتیجه می‌گیریم که اماره فراش قاعده حقوقی است که از آثار تاسیسی ازدواج است و به موجب آن «زندگی مشترک زوجین، وقوع و تاریخ نزدیکی بین زن و شوهر و ارتباط آبستنی زن به آن» مفروض شناخته شده است. لذا بر اساس این اماره «فرزندان زن شوهردار منسوب به شوهر او هستند»، مگر این که خلاف آن با اثبات عدم زندگی مشترک و هم‌زیستی زوجین (در مواردی که به لحاظ غیبت، مسافرت، حبس و بستری‌بودن در بیمارستان و نظایر آن، امکان وقوع نزدیکی بین زن و شوهر با احتساب حداقل و حداکثر مدت حمل مذکور در ماده 1158 وجود نداشته است) و عدم امکان توالد و تناسل اثبات شود که در این صورت از اعتبار ساقط می‌گردد.

لذا با توجه به این حکم که خلاف اماره قانونی را به وسیله دلایل دیگر می‌توان اثبات کرد و با عنایت به اعلام این که «قاعده فراش از امارات است»، به نظر می‌رسد، امکان پذیرش هر دلیلی که خلاف اماره فراش را ثابت کند، وجود دارد. حقوقدانان تمایل به پذیرفتن دلایل مخالف اماره فراش دارند که این امر از جهات علمی نیز قابل دفاع است؛ زیرا امروزه با پیشرفت‌های علمی از قبیل تجزیه خون و آزمایش DNA و همچنین با اثبات این که مرد عقیم است می‌توان در بسیاری موارد به یقین رسید که طفل به شوهر ارتباط ندارد. (کاتوزیان، 1378 ش.).

و از طرف دیگر مصلحت اجتماعی و منافع طفل و آرامش کانون خانوادگی و حیثیت زناشویی ایجاب می‌کند که اماره فراش مادام که خلاف آن ثابت نگردد، از تاریخ ولادت طفل قابل اجرا باشد. بنابراین با وجود رابطه زوجیت، اصولاً فراش تحقق می‌یابد. (صفایی و امامی، 1372 ش.) در نتیجه طفلی که نطفه‌اش در زمان

زوجیت منعقد شده و تا 10 ماه پس از انحلال زوجیت متولد شده است، به شوهر ملحق می‌گردد و لزومی ندارد که شخص مدعی نسب (شوهر زن شوهردار) نزدیکی یا توانایی تولید مثل خود را از نظر داشتن اسپرم سالم و مناسب تولید مثل ثابت کند. در حالت اهدای جنین، ممکن است گفته شود به هنگام انتقال جنین به رحم مادر متقاضی، رابطه زوجیت بین زن و مرد متقاضی برقرار است و از طرفی چون جنین حداکثر بعد از سپری شدن 2 روز از عمل تلقیح مصنوعی و ترکیب اسپرم و تخمک و در مرحله 6 تا 8 سلولی (در حالت انجماد نیز همین مدت برقرار است؛ یعنی جنین منجمد شده حداکثر در مرحله 6 تا 8 سلولی قرار دارد) به رحم مادر متقاضی منتقل می‌شود، لذا از جهت حداقل و حداکثر مدت حمل مشکلی ایجاد نمی‌شود و زمان دو روز در مدت 6 تا 10 ماه دوران احتساب شده برای حمل، قابل مسامحه است. بنابراین در صورتی که عمل انتقال جنین در مدت زوجیت انجام پذیرد و طفل با احتساب مدت مذکور در مواد 1158 و 1159 قانون مدنی به دنیا بیاید، اماره فراش به نفع پدر متقاضی جاری می‌گردد و وی از آن منتفع می‌شود. براساس اماره فراش، پدر متقاضی که شوهر زنی است که کودک را به دنیا آورده است، پدر طفل متولد از حالت اهدای جنین تلقی می‌گردد.

قاعده فراش که طفل را ملحق به پدر متقاضی می‌کند تا زمانی که از اعتبار نیفتاده است، جاری می‌شود این اماره به وسیله دعوی نفی ولد (ناظر به تحقق نیافتن شرایط اماره فراش) از طرف هر شخصی که نفع مشروعی از اقامه چنین دعوائی دارد و یا دعوی اثبات نسب از طرف شخصی که قصد اثبات نسب مشروع طفل به خود، یعنی تکنون جنین با استفاده از اسپرم وی را دارد، ساقط است.

ضمناً خود پدر متقاضی نیز می‌تواند با دعوی نفی ولد (اثبات خلاف اماره فراش) انتساب کودک را به خود نفی کند؛ زیرا دعوی نفی ولد که ناظر بر تحقق نیافتن شرایط اماره فراش یا اثبات خلاف اماره فراش می‌باشد، از نظر دلیل در حقوق ایران دارای محدودیتی نیست و می‌توان از کلیه دلایل برای بی‌اعتبار ساختن اماره فراش استفاده کرد. بدین ترتیب قاعده فراش تا زمانی که به وسیله دعوی نفی ولد از اعتبار نیفتاده است، جاری بوده و طفل به وجود آمده، در اثر حالت اهدای جنین را به شوهر زن صاحب رحم (پدر متقاضی) ملحق می‌کند. در صورت ثبوت دعوی، ناظر به تحقق نیافتن شرایط اماره فراش توسط هر شخص ذینفعی که نفع مشروعی از اقامه دعوی داشته باشد و یا ثبوت دعوی، ناظر به اثبات خلاف اماره فراش توسط خود پدر متقاضی، اماره فراش ساقط شده و دیگر موردی برای الحاق طفل به صاحب فراش (پدر متقاضی) نخواهد بود، ثبوت دعوی نسب از سوی اهداکننده یا صاحب اسپرم در جنین‌هدایی در رابطه با طفل متولد شده در حالت اهدای جنین، منجر به نفی ولد طفل از پدر متقاضی شده و طفل ملحق به اهداکننده اسپرم و یا صاحب اسپرم در جنین‌هدایی خواهد شد.

این مطلب به این علت مطرح گردید که آیا در بحث تلقیح مصنوعی بالاخص مادر جانشین می‌توان در پی پدید آمدن طفل برای توجیه انتساب طفل به شوهر زن از قاعده فراش استفاده کرد؛ یعنی کافی باشد مرد با زن نزدیکی کرده باشد ولو یک‌بار و با لقاح مصنوعی، اسپرم مرد و تخمک زن دیگری که با هم تلقیح شده و ظرف مدت 6 ماه و حداکثر 10 ماه به شرح فوق بچه متولد شود و بتوان بچه را منتسب به شوهر کرد و قضیه نسب را حل نمود؟

باید قائل به این نظر بود که قاعده فراش در اینجا کارایی ندارد؛ زیرا قاعده فراش در موردی که احتمال الحاق فرزندی به دو نفر هست کاربرد دارد و حال

آنکه در اهدای جنین به انعقاد و تکوین جنین از نطفه مرد اهداکننده یقین داریم و موجبی برای اتصال طفل به زوج اهداگیرنده، وجود ندارد. بالاخص زمانی که ناباروری زوج از لحاظ پزشکی به اثبات رسیده باشد.

البته غیر از توسل به اماره فراش، راه‌های دیگری نیز برای اثبات نسب پدری وجود دارد. قانونگذار ایران در زمینه اثبات نسب، هیچ‌گونه محدودیتی از لحاظ دلیل قائل نشده است و هر یک از ادله اثبات دعوی در این باره می‌تواند به کار آید. برای مثال طبق ماده 1161 ق.م اقرار صریح یا ضمنی در این زمینه معتبر دانسته شده و پس از آن دعوی نفی ولد، مسموع نخواهد بود.

#### نظرات فقها و حقوقدانان در خصوص نسب پدری

قانون ایران در خصوص نسب طفل حاصل از اهدای جنین ساکت است و به حکم اصل 167 قانون اساسی، برای روشن شدن هویت طفل حاصل ناگزیر از مراجعه به فتاوی معتبر فقها هستیم.

نظرات ارائه شده از جانب فقها و دیگر اندیشمندان در این خصوص متفاوت است و از جمع‌بندی تئوری‌های ارائه شده از طرف آنان به این نتیجه می‌رسیم که در خصوص هویت پدری طفل حاصل از اهدای جنین سه نظریه مطرح شده است. مطابق یک نظر، طفل حاصل ملحق به مرد صاحب نطفه می‌باشد. وفق نظریه دوم نیز شوهر زن صاحب رحم، پدر قانونی و شرعی فرزند حاصل محسوب می‌شود؛ اگرچه نطفه فرزند، متعلق به مرد دیگری است. بر طبق نظریه سوم نیز هیچکدام از

دو مرد صاحب نطفه و صاحب فراش، پدر محسوب نمی‌شوند و فرزند حاصل بدون پدر تلقی خواهد شد.

### الف - دیدگاه پدر بودن صاحب نطفه

اکثریت قریب به اتفاق فقهای معاصر، مرد صاحب اسپرم یا زوج اهدا کننده جنین را پدر شرعی و قانونی فرزند حاصل می‌دانند. (فروزان‌فر و مزروعی، 1384 ش.)

نتیجه استفتا از برخی مراجع عظام تقلید بدین شرح می‌باشد:

آیت‌... العظمی محمدتقی بهجت: «بچه مال صاحب نطفه است».

آیت‌... العظمی سیدعلی خامنه‌ای: «بچه متعلق به مرد و زن صاحب نطفه است».

(خامنه‌ای، س 1275)

مرحوم آیت‌... محمدفاضل لنکرانی: «در فرض مزبور کودک ملحق به صاحب نطفه است ولی نسبت به آن زن محرم است». (لنکرانی، س 1611)

حضرت آیت‌... موسوی اردبیلی: «صاحب اسپرم پدر این کودک است».

آیت‌... العظمی ناصر مکارم شیرازی: «بچه مال شوهر زن نیست و ملحق به

صاحب نطفه است ولی نسبت به آن زن محرم است». (مکارم شیرازی، س 1529)

حضرت آیت‌... سیستانی: «صاحب نطفه پدر است».

مرحوم آیت‌... خویی نیز می‌فرمایند که «تلقیح اسپرم مرد اجنبی به زن جایز

نیست، لیکن در صورتی زنی از اسپرم مرد بیگانه باردار و سپس بچه‌دار شود، بچه

متعلق و ملحق به صاحب نطفه می‌باشد و تمام احکام ناشی از نسب نیز بین بچه و

مرد صاحب نطفه جاری می‌شود». (معاونت آموزش قوه قضائیه، س 5454)

مشهور فقهای امامیه، انتساب اشخاص به همدیگر را فقط از راه خون ممکن دانسته‌اند. قانون مدنی ایران نیز در مواد 1165 و 1166، به تبعیت از نظر مشهور فقهای امامیه، برقراری نسب از راه خون را پذیرفته و حتی در صورتی که نزدیکی بین دو یا چند شخص بدون رابطه زوجیت شرعی، اما از روی شبهه صورت گرفته باشد، باز هم قائل به تحقق نسب قانونی است.

با وجود این مطابق ماده 1167 قانون مدنی زنا مانع تحقق نسب است و طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود و اماره فراش نیز در زنا راه ندارد. (کاتوزیان، 1378 ش.) غیر از این مورد استثنایی (زنا) در سایر موارد فقها در انتساب طفل به صاحبان نطفه تردیدی نکرده‌اند و با توجه به این که در لقاح خارج رحمی و اهدای جنین و انتقال بعدی جنین به رحم زوجه متقاضی نیز زنا تحقق نمی‌یابد. بنابراین تردیدی وجود ندارد که جنین یا طفل حاصل، منسوب به صاحبان نطفه خواهد بود و پدر و مادر واقعی طفل مولود همان‌هایی خواهند بود که طفل از سلول‌های جنسی آن‌ها به وجود آمده است اگرچه بین صاحبان نطفه رابطه زوجیت شرعی نیز وجود نداشته باشد؛ زیرا به این مورد زنا اطلاق نمی‌شود و تنها موردی که مانع یا شرط عدم تحقق نسب است، فقط زناست.

ملاحظه می‌شود که به اعتقاد طرفداران این نظریه، تنها راه تحقق نسب و از جمله نسب پدری یک شخص و در مسأله اهدای جنین، وجود رابطه ژنتیکی و خونی بین دو شخص است؛ زیرا نسب و تعیین پدر و مادر قانونی و واقعی طفل توسط شرع و قانون به پدر و مادر طبیعی طفل اهدا شده است و به دلیل وجود یک قرارداد یا شایستگی یا نیاز یک شخص و یا حتی مصلحت کودک نمی‌توان به یک بیگانه سمت «پدر» یا «مادر» بودن اعطا نمود و اینها موهبتی هستند که خداوند به انسان ارزانی می‌دارد.

## ب - دیدگاه پدربودن صاحب فراش

طبق نظریه قبلی، «نسب» عبارت از رابطه خویشاوندی است که از راه خون، بین دو یا چند شخص، برقرار می‌شود و در عرف اجتماعات قبل از اسلام عبارت از تکوین یک انسان از نطفه دیگران بوده است که اسلام نیز همین عرف را امضا و تایید نموده است و در واقع در مورد نسب، حقیقت شرعیه‌ای وجود ندارد و در فقه نیز نسب به معنای عرفی خود به کار رفته است.

با وجود این در مواردی همانند زنا، نسب طبیعی و ناشی از خون، مورد قبول شرع واقع نشده است و از همین جا معلوم می‌شود که صرف وجود رابطه خونی و ژنتیک بین دو یا چند شخص موجب تحقق و ثبوت نسب نیست و اگر دین اسلام نیز عرف قبل از اسلام را پذیرفته و امضا نموده است، پس عرف خاص قشر ناباروران جامعه مبنی بر قبول فرزندی اطفال حاصل از نطفه دیگران نیز می‌تواند مورد قبول و امضای شرع باشد.

از طرف دیگر، اگر ماده 3 قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، الحاق کامل طفل را به زوجین دریافت‌کننده جنین نپذیرفته و به جهت ایراد فقهای محترم شورای نگهبان و نظرات ارائه شده از طرف سایر اندیشمندان، وظایف و تکالیف دریافت‌کنندگان جنین و طفل حاصل را از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر تکالیف اولاد و پدر و مادر دانسته است، لیکن همین محدودیت و عدم الحاق کامل فرزند حاصل به دریافت‌کنندگان با قصد و نیت اهداکنندگان و دریافت‌کنندگان منطبق نیست و با مصلحت طفل و خانواده و جامعه نیز سازگاری ندارد و به این جهت مطلوب آن است که طفل به کسانی

ملحق شود که خواهان او بوده‌اند و او را به عنوان فرزند پذیرفته‌اند. (صفایی، 1384ش).

علاوه بر آنچه گفته شد، قاعده فراش نیز به نفع تحقق نسب بین فرزند حاصل با مرد صاحب فراش جریان دارد؛ زیرا مطابق این قاعده در صورت وجود رابطه نامشروع بین زن شوهردار با مرد اجنبی و حاملگی آن زن در مدت نزدیکی و وجود شرایط الحاق طفل به شوهر، فرزند حاصل به شوهر زن یعنی مرد صاحب فراش منسوب و ملحق می‌شود و نه به مرد زانی؛ در مورد انتقال جنین نیز که زن و شوهر پذیرنده متقاضی جنین هستند و رابطه نزدیکی بین زوجین پذیرنده نیز محرز و مسلم است، مطابق قاعده فراش و روایت مبنای آن (الولد للفراش و للعاهر الحجر) در الحاق طفل به شوهر زوجین دریافت‌کننده جنین نباید هیچ تردیدی به خود راه داد؛ زیرا الحاق طفل حاصل به شوهر زن صاحب رحم کاملاً با قاعده فراش منطبق است. بنابراین اهدای جنین از لحاظ نسب مشکلی ایجاد نمی‌کند و فرزندگی که از طریق اهدای جنین متولد می‌شود، متعلق به زن و شوهر پذیرنده و اهداگیرنده جنین می‌باشد. (روشن، 1384ش).

به اعتقاد برخی از حقوقدانان، عنوان و رابطه پدر و مادری نیز همانند بسیاری از عناوین و روابط حقوقی و فقهی مثل رابطه زوجیت دارای ماهیت حقیقی نیست؛ بلکه از یک ماهیت اعتباری و هنجاری برخوردار است. بنابراین نمی‌توان با تکیه بر دیدگاه سنتی نسب، این رابطه را صرفاً از طریق بیولوژیک احراز و اثبات نمود و همین‌طور نمی‌توان فرزندان ناشی از اهدای گامت و جنین را بدون پدر و مادر و یا دارای پدر و مادر نامعلوم و یا دارای بیش از یک پدر و مادر دانست؛ بلکه باید بر آن بود که رویکرد هنجاری و اعتباری که بر حقیقت اعتباری رابطه نسبی



استوار است، بر رویکرد بیولوژیک ترجیح دارد و به این جهت باید این رابطه اعتباری را مبنا قرار داد و با تکیه بر قصد و نیت اهداکنندگان و اهداشوندگان جنین، زن و مرد اهداگیرنده جنین را پدر و مادر فرزند متولد از اهدای جنین تلقی کرد. (راسخ، 1384 ش.)

### ج - دیدگاه بدون پدر بودن فرزند حاصل از اهدای جنین

بنابر اعتقاد برخی از اندیشمندان، طفلی که در نتیجه اهدای گامت یا اهدای جنین متولد می‌شود نه به مرد صاحب نطفه ملحق می‌شود و نه به مرد صاحب فراس؛ مرحوم آیت‌... سیدمحسن حکیم بر این اعتقادند که اگر نطفه مردی اجنبی به یک زن داخل شود، فرزند حاصل نه به صاحب نطفه ملحق می‌شود و نه به شوهر زن. علت عدم الحاق طفل به شوهر، آن است که نطفه ایشان منشا طفل نبوده است و علت عدم الحاق به مرد صاحب نطفه نیز، عدم نزدیکی مشروع و عدم مشروعیت ادخال نطفه او به زن نامحرم است. به اعتقاد مرحوم حکیم، حتی اگر زنی، نطفه شوهرش را به رحم خود وارد کند، اگرچه مرتکب فعل حرام نشده است، اما به جهت عدم نزدیکی بین زوجین، فرزند حاصل به شوهر ملحق نمی‌شود. بنابراین با توجه به این که در اهدای گامت یا اهدای جنین، نزدیکی مشروع صورت نمی‌گیرد و برخلاف دلایل مربوط به حفظ فرج، نطفه اجنبی به زن وارد می‌شود، لذا طفل حاصل به هیچ کدام از دو مرد مورد بحث ملحق نمی‌شود. (فروزانفر و مزروعی، 1384 ش.) و الحاق طفل به مرد صاحب نطفه در موارد استثنایی همانند موضوع روایت اسحاق بن عمار نیز برخلاف قاعده می‌باشد که صرفاً به جهت وجود نص خاص می‌باشد که باید فقط در همان مورد استثنایی مورد پذیرش قرار گیرد.

برخی از فقها نیز علت عدم الحاق طفل به صاحب نطفه را اعراض صاحب نطفه می‌دانند. آیت‌... صانعی (1384 ش، ص 593) در این خصوص می‌فرمایند: «صاحب اسپرم در صورتی که از نطفه خود اعراض نکرده باشد، پدر محسوب می‌شود. آری، در صورتی که مرد اجنبی از نطفه خود اعراض کرده باشد (مثلاً نطفه را در بانک اسپرم قرار داده تا هرکس خواست، از آن استفاده کند) پدر محسوب نمی‌شود؛ به هر حال شوهر، پدر محسوب نمی‌شود».

بنابراین با توجه به این که اهدای جنین یا اعراض از آن به اعتقاد برخی از فقها پذیرفته شده است (مکارم شیرازی، 1380 ش.) و به اعتقاد برخی از فقها همانند آیت‌... صانعی نیز، شوهر زوجین پذیرنده به علت نداشتن رابطه خونی با فرزند حاصل، پدر او محسوب نمی‌شود و صاحب نطفه نیز در صورت اعراض از نطفه و نداشتن قصد بچه‌دار شدن، پدر محسوب نمی‌شود، فلذا هیچکدام از دو مرد مذکور، نمی‌توانند پدر طفل محسوب شوند و در این شرایط، طفل حاصل را باید بدون پدر یا دارای پدر نامعلوم محسوب نمود.

علاوه بر آنچه که گفته شد، در مواردی که مشخص نباشد که اسپرم تلقیح شده در اهدای گامت یا اهدای جنین متعلق به کدام مرد است، همانند موردی که نطفه یا جنین را از بانک اسپرم یا بانک جنین تحویل بگیرند و مشخصات اهداکننده مشخص نباشد یا به هر دلیل از بین برود، اعلام شده است که می‌توان از قاعده قرعه برای تعیین نسب و پدر یا مادر طفل استفاده کرد؛ زیرا «القرعه لكل أمر مشكل». در برخی روایات نیز تصریح شده است که می‌توان برای تعیین نسب از قرعه استفاده کرد: «سلیمان از حضرت صادق (ع) روایت کرده است که علی (ع) در موردی که سه مرد با زنی در یک طهر فاصله (البته در زمان قبل از اسلام) نزدیکی کرده‌اند، قضاوت کرده و برای الحاق ولد به قرعه

متوسل گردیده است. بدین نحو که فرزند را ملحق به مردی دانست که قرعه به او اصابت کرده است و آن مرد را ملزم به تأدیه دو ثلث دیه به دو مرد دیگر نموده است.»

با وجود این، باید توجه داشت که صرف نظر از صحت و سقم روایت مذکور، توسل به قرعه زمانی میسر است که صاحبان نطفه محصور و معین باشند و شبهه محصوره باشد تا بتوان از قرعه استفاده کرد (همانند مورد روایت که سه نفر بوده‌اند) و در صورتی که شبهه غیر محصوره باشد و در بانک اسپرم یا جنین، هزاران نطفه یا جنین وجود داشته باشد یا صاحبان آنها کلاً یا جزئاً مشخص نباشد، امکان استفاده از قاعده قرعه وجود ندارد و با توجه به جریان اصل استصحاب عدم، نسبت به هر یک از صاحبان نطفه، با تعارض اصل عدم با اماره ظاهر، امکان توسل به قرعه وجود ندارد (شهیدی، 1375 ش.) و بنابراین باید طفل را در این صورت بدون نسب تلقی نمود.

## نتیجه

قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب سال 1382 ش.، در مورد نسب ساکت بوده و این مسأله خود منجر به نامشخص بودن حقوق این کودکان گردیده است و نظر به این که نظریات متعددی در خصوص نسب از منابع و فتاوی معتبر فقهی قابل استخراج است، دست یافتن به نظریه‌ای که هم مغایر موازین شرعی نباشد و هم حقوق این کودکان را کاملاً رعایت نموده باشد، دشوار است. زیرا در مسأله اهدای جنین دو مرد صاصب اسپرم و مرد صاحب فراش وجود داشته که هر یک طبق مبانی قابل دفاعی می‌توانند، صاحب نسب این طفل محسوب شوند، اما به نظر می‌رسد آنچه مثبت رابطه حقوقی بین طفل و اهداکنندگان و اهداگیرندگان است، دو مسأله قانون و اراده است؛ زیرا در رابطه بین صاحب نطفه و جنین و طفل حاصل از آن قانون و شرع تکلیف را مشخص نموده است و موارد استثنایی عدم الحاق طفل به صاحب نطفه نیز مانند طفل متولد از زنا که ملحق به زانی نمی‌گردد، در قانون و شرع مشخص شده است و موارد دیگری را که قانون در مورد آن‌ها ساکت است، باید از طریق اصل حاکمیت اراده حل و فصل نمود. بدین معنا که باید ببینیم آیا اهداکنندگان از نطفه خود اعراض نموده و یا خواستار حفظ مالکیت خود بر آن هستند؟ اگر فلسفه و هدف وضع قانون اهدای جنین را در نظر بگیریم، به این نتیجه می‌رسیم که اهداکنندگان جنین قصد داشتن مولودی را برای خود ندارند و در واقع با اهدای این جنین از نطفه خود اعراض نموده‌اند و اراده اهداکنندگان جنین بچه‌دار شدن دریافت کنندگان آن است و چنانچه بر وجود رابطه نسبی بین اهداکنندگان و طفل اصرار ورزیم، مخالف قصد و اراده زوجین اهداکننده و دریافت کننده حکم نموده و مهم‌تر از آن حقوق این کودک را نادیده انگاشته‌ایم. بنابراین قانونگذار ایران به منظور پیشگیری از مشکلات احتمالی و

حفظ حقوق کودک متولد از اهدای جنین باید قائل به ایجاد نوعی نسب حکمی و قانونی شده و صراحتاً اهداگیرندگان را پدر و مادر واقعی این کودک دانسته و به تشتت آرا در این خصوص پایان بخشد.

## پی‌نوشت‌ها

- 1- «... و ما جعل ادعباتکم و ابنااتکم...» سوره احزاب، آیه 3.
- 2- سوره احزاب، آیه 37
- 3- «... حرمت علیکم... و أمهاتکم اللاتی ارضعنکم و اخواتکم من الرضاعه...» سوره نسا، آیه 22
- 4- سوره فرقان، آیه 54
- 5- سوره انبیا، آیه 30
- 6- سوره انسان، آیه 2
- 7- سوره قیامت، آیات 36-39
- 8- سوره مؤمنون، آیات 12-14

## فهرست منابع

- امامی، اسدالله - (1349 ش.)، مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، چاپ دانشگاه تهران
- بروجردی عبده، محمد - (1339 ش.)، کلیات حقوق اسلامی، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر - (1376 ش.)، حقوق خانواده، کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم
- حر عاملی، محمد بن حسن - (1391 ق.)، وسائل‌الشیعه، الطبعة الرابعة، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی
- حسینی خامنه‌ای، سیدعلی - (1382 ش.)، اجوبه الاستفتائات، ج 2، چاپ پنجم، تهران، انتشارات هدی
- دهخدا، علی‌اکبر - (1373 ش.)، لغت‌نامه دهخدا، چاپ اول، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران
- راسخ، محمد - (1384 ش.)، نسب به مثابه یک مفهوم هنجاری - تحلیلی از تعیین رابطه پدر و مادری با فرزند متولد از نطفه اهدایی، مقاله ارائه‌شده به دومین سمینار کشوری اهدای گامت و جنین، دانشگاه تهران
- رضانیا معلم، محمدرضا - (1383 ش.)، باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، چاپ اول، انتشارات بوستان کتاب، قم
- روشن، محمد - (1384 ش.)، بررسی فقهی اهدای گامت و جنین، مقاله ارائه‌شده در دومین سمینار کشوری اهدای گامت و جنین، دانشگاه تهران
- شهیدی، مهدی؛ مجموعه مقالات حقوقی، چاپ اول، نشر حقوقدان، 1375.
- صانعی، (آیت‌الله) حاج شیخ یوسف - (1384 ش.)، استفتائات قضایی، دوره 2 جلدی، چاپ دوم، نشر میزان

- صفار، محمدجواد - (1383 ش.)، قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور در بوته نقد و تحلیل، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره 39
- صفایی، سیدحسین - (1384 ش.)، نارسایی‌های قانون ایران درباره اهدای گامت و جنین با توجه به حقوق تطبیقی، مجموعه مقالات اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری (جمعی از نویسندگان)، چاپ اول، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن‌سینا
- صفایی، سیدحسین؛ امامی، دکتر سیداسدالله - (1382 ش.)، حقوق خانواده، جلد اول، چاپ سوم، انتشارات گنج دانش
- فاضل لنکرانی، محمد - (1380 ش.)، جامع‌المسائل، جلد 1، چاپ دهم، انتشارات امیرالعلم، قم
- فروزان‌فر، مجتبی؛ مزروعی، رسول - (1384 ش.)، برخی از احکام تکلیفیه و وضعیه تلخیص مصنوعی و طفل متولد از آن، مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور حقوقی، جلد 4 (تهیه و گردآوری معاونت آموزش قوه قضائیه)، چاپ اول، نشر قضا، قم
- کاتوزیان، ناصر - (1378 ش.)، حقوق خانواده (دوره دو جلدی)، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار معاونت آموزش قوه قضائیه - (1382 ش.)، مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور کیفری، جلد اول، چاپ دوم، نشر مرکز تحقیقات فقهی
- معلوف، لوئیس - (1364 ش.)، المنجد فی اللغة و الاعلام، چاپ دوم، [بی‌جا]، انتشارات اسماعیلیان
- مکارم شیرازی، ناصر - (1380 ش.)، مجموعه استفتائات جدید، ج 1 و 2، چاپ دوم، انتشارات امام علی بن ابی طالب، قم
- موسوی بجنوردی، حسن، القواعد الفقیهه، قم، انتشارات دارالکتب العلمیه، [بی‌تا]
- نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، چاپ هفتم، بیروت، داراحیاء التراث العربی، [بی‌تا]

## یادداشت شناسه مؤلف

فاطمه طاهر خانی: کارشناس ارشد حقوق خانواده دانشگاه امام صادق (ع)

پست الکترونیکی: fatemeh\_law@yahoo.com

تاریخ وصول مقاله: 1389/1/22

تاریخ پذیرش مقاله: 1389/3/28