

## حضانة نوزاد حاصل از رحم جایگزین در فقه امامیه و حقوق ایران

محمد روشن<sup>۱</sup>

میثم شکوهی<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۶/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۹/۱۶

چکیده

حضانة یکی از احکام تکلیفی و از آثار نسب مشروع است که موضوع آن با تولد نوزاد ایجاد می‌شود. یکی از مسائل مهمی که به لحاظ حقوقی در موضوع حضانة کودکان مطرح می‌شود، مسئله تعیین افرادی است که می‌توانند و می‌بایست به این تکلیف حقوقی اقدام نمایند. با این حال در مورد نوزادانی که خاستگاه تکون و ایجاد آنان رحم جایگزین می‌باشد، مساله کمی جدی و پیچیده تر به نظر می‌رسد. چرا که در این مورد می‌بایست قبل از طرح مسائل مربوط به حضانة، به موضوع انتساب طفل به افراد دخیل در قرارداد رحم جایگزین پرداخت. آنچه مسلم است آن است که پدر و مادر عهده دار اصلی امر حضانة و نگهداری کودک هستند. در تعیین پدر و مادر نوزاد حاصل از رحم جایگزین نیز می‌بایست معیار شرعی، قانونی و عرفی «نسب» ملاک و مناط حکم قرار گیرد. نهایتاً آن که برای نسب و انتساب نوزاد به پدر و مادر نیز سنجه ای لازم است وجود داشته باشد. از این رو نگارندگان بر اساس یافته‌های علم پزشکی، مبانی و موازین فقهی و حقوقی و همچنین با عنایت به داوری عرف، دیدگاه «انتساب ژنتیکی» را بعنوان سنجه انتساب مزبور ارائه می‌نمایند، سنجه‌ای که منجر به انتساب نوزاد به ناقلان صفات وراثتی می‌شود.

واژگان کلیدی، حضانة، رحم جایگزین، نسب.

مقدمه

یکی از مسائل مهمی که به دنبال تولد نوزادان حاصل از رحم جایگزین بوجود می‌آید، مسئله نگهداری، سرپرستی و حمایت از این نوزادان است. این موضوع که ممکن است در بادی امر کم اهمیت جلوه نماید مساله مهمی است که در مقام عمل امکان ابتلای آن زیاد است. چه بسا مدتی پس از تولد نوزاد، زوجین متقاضی رحم جایگزین، از یکدیگر جدا شده و هر کدام طالب حضانة کودک باشند یا در فرضی محتمل ممکن است صاحب رحم بعلت علقه و وابستگی عاطفی

۱- دانشیار دانشگاه شهید بهشتی m-roshan@sbu.ac.ir

۲- نویسنده مسول و دانشجوی دکترای حقوق خصوصی عدالت mshokoohi۶۷@gmail.com

که در طی مدت بارداری به جنین پیدا می‌کند، با این استدلال که کودک منسوب به وی است از سپردن آن به زوجین متقاضی خودداری نماید. این احتمال در جایی که صاحب رحم علقه ژنتیکی نیز با کودک دارد قوت می‌یابد. همچنین ممکن است افراد دیگری که ارتباط ژنتیکی با کودک دارند نیز چنین ادعایی را داشته باشند. با توجه به توضیحات فوق الذکر، برای یافتن چاره می‌بایست ابتدائاً معنا، مفهوم و ماهیت حضانت، شرایط حضانت و افراد عهده دار امر حضانت مشخص گردد. پس از آن لازم است به طور کلی به این سؤال مهم پاسخ داده شود که کودک به چه کسی منسوب است؟ کسی که علقه ژنتیکی دارد؟، کسی که وی را حمل نموده و او را در رحمش رشد داده و بزرگ نموده، یا اینکه در این جا مطابق تعهد قراردادی بایستی کودک را به متقاضیان سپرد هر چند آنان هیچ گونه علقه ژنتیکی و فیزیولوژیک هم با کودک نداشته باشند. همچنین در این فرض اخیر نیز این سؤال پیش می‌آید که طفل را باید به مرد متقاضی سپرد یا زن متقاضی؟ در فقه امامیه و به تبع آن در حقوق ایران پدر و مادر با تفصیلی، عهده دار امر حضانت نوزاد هستند حال باید دید پدر و مادر در اینجا خصوص افرادی است که علقه ژنتیکی دارند یعنی صاحبان اسپرم و تخمک، یا این که می‌شود از پدر و مادر تفسیر موسع تری کرد و مثلاً حامل جنین را هم حتی اگر علقه ژنتیکی نداشته باشد مادر قلمداد کرد.

در قرارداد استفاده از رحم جایگزین فروض متعدد و مختلفی از اشتراکات ژنتیکی و فیزیولوژیک وجود دارد، لیکن در صورتی که بتوان قاعده ای کلی برای چگونگی انتساب کودک به افراد دخیل در قرارداد مزبور به دست داد، می‌توان بوسیله آن برای تمام فروض مطرح در بارداری جایگزین، راه حل مناسبی را پیدا نمود. بر این اساس نگارندگان در پژوهش پیش رو برآنند تا با ارائه سنجه ای مناسب و مقتضی، مسئله نسب نوزاد حاصل از رحم جایگزین را حل نموده و به تبع آن به مسئله راجع به حضانت نوزاد حاصل از رحم جایگزین که از آثار نسب بوده و سؤال اصلی پژوهش پیش رو را تشکیل می‌دهد، پاسخ گویند.

## ۱- تعریف و مفهوم استفاده رحم جایگزین

استفاده از رحم جایگزین فرآیندی است که طی آن بانوی صاحب رحمی، آمادگی خود را جهت حمل جنین برای زوج ناباروری را اعلام می‌کند تا به مجرد تولد نوزاد او را در اختیار زوج قرار دهد.

این فرایند در قالب قراردادی که زوجین متقاضی با بانوی صاحب رحم منعقد می‌کنند صورت می‌پذیرد. مطابق این قرارداد بانوی صاحب رحم می‌پذیرد تا با باروری خارج از رحم حاصل از ادغام اسپرم و تخمک زوجین متقاضی و یا اشخاص دیگر باردار شده، جنین حاصل را در رحم خود نگهداری کرده و پس از تولد، نوزاد حاصل از فرایند مذکور را در اختیار زوجین متقاضی قرار دهد.

در مجموع فرایند رحم جایگزین به دو شیوه کلی صورت می‌پذیرد. در شیوه نخست بانوی صاحب رحم در نتیجه لقاح تخمک وی با اسپرم مرد متقاضی در محیط آزمایشگاه باردار می‌شود. در این روش (surrogate mother) که به آن حالت جانشینی نسبی گفته می‌شود، بانوی صاحب رحم علاوه بر ارتباط فیزیولوژیک، ارتباط ژنتیکی نیز با جنین دارد. در شیوه دوم نطفه حاصل از لقاح تخمک و اسپرم زوجین متقاضی به رحم بانوی صاحب رحم منتقل می‌شود و بانوی اخیر تنها ارتباط فیزیولوژیک با جنین دارد. به این شیوه جانشینی کامل (complete surrogacy) گفته می‌شود.

## ۲- معنا و مفهوم و ماهیت حضانت

### ۲-۱ معنای لغوی و اصطلاحی حضانت

حضانت از ریشه عربی حضن است. حضن در لغت به معنای اطراف شیء کنار و گوش (جوهری، ۱۴۱۰ ه.ق، ج ۵، ص ۲۱۰۲) و همچنین کمی پایین تر از زیر بغل تا تهیگاه به کار رفته است. (فراهیدی، ۱۴۱۰ ه.ق، ج ۳، ص ۱۰۵) واژه حضانت از مصدر حاضن و حاضنه به معنای حفاظت، نگهداری و پرورش کودک است. حضانت در اصطلاح به معنای ولایت بر طفل به منظور حفظ و نگهداری، تربیت و سرپرستی او می‌باشد. به عبارت دیگر حضانت نگاهداشتن طفل، مواظبت و مراقبت او و تنظیم روابط و با خارج است. (صفایی و امامی، ۱۳۸۸، ص ۳۴۴) فقها نیز تعاریف مشابهی را از حضانت ارائه کرده‌اند. مرحوم صاحب جواهر در تعریف حضانت عنوان می‌دارد «ولایه و سلطنه علی تربیه الطفل و ما يتعلق بها من مصلحه حفظه و جعله من سریره و کحله و تنظیفه و غسل خرقة و ثیابه و نحوذلك».

حضانت از یک سو ناظر به نگهداری و حمایت از جسم کودک است و از سوی دیگر ناظر به حمایت معنوی و اخلاقی و همچنین تربیت کودک می‌باشد. فقها و حقوقدانان نیز در خلال مباحث خود در موضوع حضانت به این نکته اشاره کرده‌اند و حضانت را ناظر به دو بعد جسمانی و معنوی کودک دانسته‌اند. (فخر المحققین، ۱۳۸۷، ج ۱۳، ص ۹) و (امامی، بی تا، ج ۳، ص ۴۳)

بنابراین حضانت به صرف نگهداری از طفل و پرورش جسم او محدود نمی‌شود بلکه شامل حمایت‌ها و هدایت‌های معنوی، عاطفی و اخلاقی طفل نیز می‌شود.

### ۲-۲- حق یا حکم بودن حضانت

یکی از سوالاتی که در مقوله حضانت مطرح می‌شود آن است که آیا حضانت اساساً حکم است یا حق؟ آیا حضانت صرفاً حق و امتیازی است که به پدر و مادر اعطا می‌شود یا آن که تکلیفی است بر دوش آنان که موظف به انجام آن‌اند؟

از آن جا که قابلیت انتقال و اسقاط دو ویژگی اساسی در حقوق است و در مقابل این دو قابلیت در مقولاتی که حکم هستند وجود ندارد، می‌بایست مشخص شود که حضانت ماهیتاً در کدام یک از دو مفهوم فوق الذکر می‌گنجد. فقها و حقوقدانان نظرات متفاوتی را در پاسخ به این سؤال مطرح کرده‌اند. برخی حضانت را یک حق دانسته‌اند می‌توان گفت کسانی که در موضوع حضانت قائل به ولایت بر کودک نیستند موافق این نظر هستند. ایشان در مباحث خود حول موضوع حضانت، حضانت را صرفاً حق و اولویتی برای پدر و مادر می‌دانند و نه وظیفه و تکلیفی غیر قابل اسقاط و انتقال (نجفی، ۱۴۰۴ ه.ق، ج ۳۱، ص ۲۸۳) و (امامی، ۱۳۴۹، ص ۱۵۳).

در مقابل عده ای قائل به آن‌اند که حضانت از مقوله حکم است و بر پدر و مادر تحمیل می‌شود و ایشان نمی‌توانند از این تکلیف و وظیفه شانه خالی کنند. می‌توان گفت کسانی که معتقدند حضانت ولایتی است که پدر و مادر بر کودک دارند به نوعی قائل به این نظر هستند. (شهیدثانی، ۱۴۱۳ ه.ق، ج ۵، ص ۴۵۸)

با این حال قانون گذار در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی حضانت را هم حق و هم تکلیف ابویین می‌داند. بعلاوه ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی به این نکته اشاره دارد که هیچ یک از پدر و مادر تا زمانی که حضانت به موجب قانون بر عهده آنان است حق ندارند از انجام این وظیفه امتناع ورزند.

در توجیه ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی باید گفت که حضانت از جمله اموری است که با حفظ مصالح اجتماعی و نظم عمومی ارتباط دارد و حضانت حقی یک سویه نیست بلکه کودک نیز در این جا ذینفع و ذیحق است. فلذا بر پدر و مادر است که به وظیفه خود در این خصوص عمل کنند. در مقابل حقی که در ماده قانونی مزبور بدان اشاره شده همان حق تقدم و اولییتی است که پدر و مادر در حضانت از کودک نسبت به دیگران دارند. پدر و مادر حق دارند تا آن چه بر عهده آنان است را انجام دهند و از کودک و دیگران بخواهند تا مانع اجرای وظیفه آنان نشوند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۷۳)

### ۳-مباشرت در حضانت

یکی از موضوعاتی که ذیل مبحث حضانت کودک مطرح می‌شود مسئله لزوم و عدم لزوم مباشرت در امر حضانت است. حقوقدانان ورود چندانی به این موضوع نداشته‌اند لیکن برخی از فقها متعرض این نکته شده‌اند. برخی مباشرت در امر حضانت را شرط می‌دانند و تنها در صورتی که حضانت کننده قدرت برحضانت نداشته باشد، نایب گرفتن را مجاز می‌دانند. (بحرانی، ۱۴۰۵ ه.ق، ج ۲۵، ص ۹۱) و (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۴۲۸)

در مقابل برخی معتقدند که افراد می‌توانند بدون آنکه حق حضانتشان ساقط شود، این حق را از طریق سپردن کودک به افراد دیگر اعمال کنند. (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ص ۲۸۰) در عین حال قائلین به نظر اخیرالذکر سپردن کامل و مطلق کودک به دیگری را مجاز نمی‌دانند و این کار را تنها با نظارت حضانت کننده جایز می‌دانند. به نظر می‌رسد که نظر گروه دوم مطابقت بیشتری با اصول و موازین فقهی و حقوقی دارد چرا که منع صریحی راجع به استنابه در امر حضانت در شرع و قانون وجود ندارد و لذا اصل بر جواز انجام این کار است. ضمن آن که ضرورت‌های زندگی در عصر حاضر نیز جواز نایب گرفتن در امر حضانت نوزادان را اجتناب ناپذیر می‌کند.

### ۴-شرایط حفاظت نوزاد

برای سرپرست و حفاظت نوزاد شرایطی لازم است که ذیلاً به آن‌ها اشاره می‌شود:

۴-۱ عقل و قدرت: اولین شرط لازم برای احراز صلاحیت حفاظت نوزاد، آن است که فرد عاقل باشد و همچنین توان سرپرستی، نگهداری و تربیت کودک را دارا باشد (شهیدثانی، پیشین، ص ۴۲۳) و (طباطبایی، ۱۴۱۳ ه.ق، ج ۲، ص ۱۶۲) دلیل وجود چنین شرطی کاملاً روشن است چرا که اصولاً سپردن امر سرپرستی و نگهداری کودک به فردی که دچار اختلالات دماغی است و یا توان انجام این تکلیف را ندارد بر خلاف عقل سلیم است و با اهداف مترتب بر حفاظت نوزاد منافات دارد.

۴-۲ اسلام: فقهای امامیه اتفاق نظر دارند که سرپرست کودک باید مسلمان باشد علت عمده وجود این شرط آیه نفی سبیل است دلیل دیگر آن که کودک در دوران حفاظت از عقاید و افکار والدین خود تأثیر می‌پذیرد و لذا ترس آن می‌رود که کافر عقاید خود را به بچه منتقل نماید (نجفی، پیشین، ص ۲۸۳)

۳-۴ صلاحیت اخلاقی: همان گونه که ذکر شد یکی از اهداف حفاظت، تربیت کودک و رسیدگی به بعد معنوی وجود او می باشد بدون شک کسی که عهده دار سرپرستی و تربیت کودک می شود زمانی خواهد توانست کودک را به لحاظ معنوی و اخلاقی به سر منزل مقصود رساند که خود فردی صالح و متخلق به اخلاق کریمه باشد - فاسدان اخلاقی که خود فاقد اخلاق اند نه تنها نمی توانند درباره پرورش اخلاقی کودک، اقدامی کنند بلکه با توجه به تأثیر رفتار والدین در کودک آنان را نیز دچار انحطاط اخلاقی خواهند کرد و اطلاق آیه لاتضار والده بولدها و لامولود له بولده، آن را نفی می کند. (طاهری نیا، ۱۳۸۸، ص ۱۲۷)

۴-۴- عدم ازدواج مادر: این شرط مختص مادر کودک است و بر اساس آن سپردن سرپرستی و نگهداری کودک به مادر، مشروط به این است که مادر کودک با فرد دیگری جز پدر کودک مزبور ازدواج نکرده باشد (طوسی، ۱۴۰۷ ه.ق، ج ۵، ص ۱۳۲) و (وجدانی فخر، ۱۴۲۶ ه.ق، ج ۱۲، ص ۳۰۰)

آزادگی، امانت داری، اقامت مادر در محل ثابت، سلامتی از بیماری های مزمن مسری نیز از جمله شرایط دیگری است که برای حضانت ذکر شده و در جای خود محل بحث و تأمل می باشد. (نظری توکلی، ۱۳۸۵، ص ۲۵۹)

#### ۵- حضانت حقی برای پدر و مادر

ناگفته پیداست که حضانت هر کودکی بر عهده پدر و مادر اوست و همان گونه که قبلاً گفته شد قانون گذار در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، حضانت را حق و تکلیفی برای ابویین کودک می داند. بنابراین ایشان در نگهداری و پرورش جسمی و معنوی و اخلاقی کودک بر دیگران اولویت دارند.

این در فرضی است که زوجیت میان مرد و زن استمرار دارد و زن و مرد در کنار هم زندگی می کنند. اما در صورتی که زن و مرد به واسطه فسخ نکاح یا طلاق از یکدیگر جدا شوند این سؤال مطرح می شود که حضانت کودک بر عهده کدامیک از زن و مرد است؟

آراء و نظرات فقها در این مسئله مختلف است و هر کدام از ایشان بر اساس برداشت خود از روایات وارده به یک نظر متمایل شده اند. مشهور فقها سرپرستی و حضانت فرزند پسر تا دو سال و دختر را تا ۷ سال از آن مادر می دانند و پس از آن حضانت کودک را بر عهده پدر می دانند (شهید ثانی، پیشین، ص ۱۹۶) (حلی، ۱۳۸۷ ه.ق، ج ۳، ص ۲۵۶) (نجفی، پیشین، ص ۲۹۲).

گروهی از فقها مادر را برای حضانت پسر تا هفت سالگی و برای دختر تا سن بلوغ سزاوار می دانند (همان، ص ۲۹۱). نظر دیگر آن است که اولویت مادر برای حضانت فرزند دختر تا نه سالگی باشد (همان، ص ۲۹۱) چهارمین نظر آن است که مادر تا زمانی که ازدواج نکرده برای حضانت فرزند اعم از پسر و دختر سزاوار است. مرحوم صاحب جواهر این نظر را متعلق به شیخ صدوق می داند.

و نهایتاً دیدگاه پنجمی نیز وجود دارد که بر اساس آن مادر تا دو سالگی حق حضانت کودک را دارد و پس از آن بهتر است تا هفت سالگی نیز خود مادر به سرپرستی کودک اعم از پسر و دختر مبادرت ورزد (خوئی، ۱۴۱۳ ه.ق، ج ۲، ص ۲۸۵).

قانون مدنی ایران نظر مشهور فقه امامیه را پذیرفته و در ماه ۱۱۶۹ مقرر می‌دارد «برای نگهداری طفل، مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت و پس از انقضاء این مدت حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آن‌ها با مادر خواهد بود»

با این حال به نظر می‌رسد که اولویت مادر تا سن دو سالگی در مورد پسر با واقعیت‌های جامعه و مصلحت کودک سازگار نبود (صفایی و امامی، پیشین، ص ۳۴۹) بنابراین قانون گذار ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی را در مورخه ۸/۹/۸۲ به نحو ذیل اصلاح نمود:

«برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند مادر تا سن ۷ سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است

تبصره، بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد». در صورتی که یکی از زوجین فوت نماید فقهای امامیه بالاتفاق معتقدند که سرپرستی و نگهداری کودک به دیگری منتقل می‌شود (خوئی، پیشین، ص ۲۸۶) و (گلپایگانی، ۱۴۰۹ ه.ق، ج ۲، ص ۱۷۸).

همین نظر در ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی نیز منعکس گردیده و قانون گذار در این ماده در صورت فوت یکی از ابویین حضانت را با آن که زنده است می‌داند.

#### ۶- انتساب طفل به پدر و مادر

حضانت از آثار نسب قانونی می‌باشد. بنابراین برای پاسخ به این سؤال که حضانت نوزاد حاصل از رحم جایگزین بر عهده چه کسی است، می‌بایست مسئله انتساب طفل در قرارداد استفاده از رحم جایگزین را مورد بررسی قرار داد. هرگاه طفلی بر اساس جریان عادی امر - یعنی وقوع نزدیکی میان زن و مرد در یک نکاح مشروع و محترم و انعقاد نطفه در رحم زن و رشد و بالندگی جنین حاصل در رحم زن مزبور - متولد شود در شناسایی پدر و مادرش و مشکلی وجود نخواهد داشت. لیکن در مبحث قرار داد استفاده از رحم جایگزین شناسایی و انتساب طفل به پدر و مادر به این سادگی امکان پذیر نخواهد بود چه این که در ارتباط با قرارداد استفاده از رحم جایگزین در برخی فروض سه الی چهار نفر ذی مدخل هستند. بعنوان مثال در فرضی که نطفه حاصل از انعقاد اسپرم و تخمک زوج و زوجه بیمار به رحم زنی دیگر منتقل می‌شود سه نفر در ایجاد و تولد نوزاد حاصل مدخلیت دارند. لہذا پس از آن که دانسته شد حضانت نوزاد حق و تکلیفی است که بر دوش پدر و مادر قرار دارد، می‌بایست برای سرپرستی و نگهداری از اطفال حاصل از رحم جایگزین به دنبال ملاکی بود تا بتوان بوسیله آن پدر و مادر منتسب به چنین اطفالی را شناسایی و امر حضانت را بدان‌ها سپرد.

#### ۶-۱ نسب پدری در رحم جایگزین

مطابق با موازین عرفی و دانش پزشکی بدون شک صاحب اسپرم پدر کودک محسوب می‌شود چه این که فرزند صفات ژنتیکی را از صاحب اسپرم به ارث می‌برد. به عبارت دیگر فردی که اسپرم خود را برای لقاح با سلول جنسی زن و انعقاد نطفه اولیه به اشتراک می‌گذارد به لحاظ پزشکی و همچنین به لحاظ عرفی پدر کودک محسوب می‌شود.

با مراجعه به مباحث مطروحه توسط فقهای امامیه راجع به نسب و الحاق کودک به والدین خویش می‌توان به این نتیجه دست یافت که فقها کودک را ملحق به مردی می‌دانند که صاحب مایع جنسی (منی) می‌باشد. (سبزواری، ۱۴۲۳ ه.ق، ص ۷۹)، (تبریزی، ۱۴۲۷ ه.ق، ص ۳۳۳)، (صدر، ۱۴۲۰ ه.ق، ج ۶، ص ۳۷) به عبارت دیگر عنوان پدر کودک به فردی داده می‌شود که کودک مزبور حاصل از لقاح سلول جنسی وی (اسپرماتوزوئید) با سلول جنسی زن (اوول) است. حقوقدانان نیز ملاک فوق الذکر را برای انتساب طفل به پدر پذیرفته‌اند. ایشان معتقدند در صورتی که عمل لقاح بصورت مشروع صورت گرفته باشد، قانون از هر حیث این نسب را به رسمیت می‌شناسد و اگر نطفه بصورت نامشروع منعقد شده باشد، هر چند تمام آثار نسب را به دنبال نخواهد داشت ولی صاحب اسپرم پدر طبیعی کودک محسوب می‌شود (روشن، ۱۳۸۸، ص ۱۶۵) (مهرپرور، ۱۳۷۹، ص ۳۸۰).

## ۶-۲- نسب مادری در رحم جایگزین

بر خلاف پدر که تنها به لحاظ ژنتیک و بیولوژیک با فرزند خود رابطه طبیعی و خونی دارد مادر هم به لحاظ ژنتیک و هم به لحاظ فیزیولوژیک با فرزند خود رابطه طبیعی دارد به عبارت دیگر مادر با در اشتراک نهادن سلول جنسی خود (تخمک) برای لقاح و انعقاد نطفه با کودک ارتباط ژنتیکی دارد و انگهی فرزند می‌بایست مراحل رشد و نمود جنینی خود را در رحم مادر سپری نموده و به کمال جسمی برسد.

در موارد معمول و عادی که کودکی از لقاح اسپرم زوج و تخمک زوجه نطفه‌اش منعقد می‌شود و در رحم همان زن دوران تکامل جنینی خود را طی کرده و توسط بانوی مذکور متولد می‌شود، مشکل و تردیدی در شناسایی مادر و انتساب طفل به وی وجود ندارد لیکن در فرض تولد نوزاد به روش رحم جایگزین ممکن است دو الی سه زن در ارتباط با ایجاد و رشد کودک ذی مدخل باشند بعنوان مثال هر گاه نطفه منعقد شده از اسپرم زوج و تخمک سالم زوجه، به رحم بانویی دیگر منتقل شود و در رحم بانوی اخیر به رشد و تکامل رسیده و متولد شود و پس از تولد توسط شیر بانوی ثالثی تغذیه شود سؤالی که در اینجا مطرح می‌گردد آن است که این طفل را باید به کدامیک از سه بانوی مزبور منتسب دانست و کدامیک از این سه زن مادر طفل محسوب می‌شود؟

در این جا نظرات متعددی مطرح شده عده ای حمل فرزند و ولادت او را ملاک الحاق و انتساب طفل به مادر می‌دانند و معتقدند زنی که تنها با اشتراک تخمک در خلقت نوزاد دخیل بوده مشمول اولوالارحام نمی‌شود (موحد ابطحی، ۱۳۸۶، ص ۱۴۰) قرآن کریم در آیات متعدد من جمله آیه ۲ سوره مبارکه مجادله ملاک انتساب طفل به مادر را حمل و تولد نوزاد قلمداد می‌کند. (روشن، پیشین، ص ۱۶۸) این نظر در میان فقها نیز طرفدارانی دارد (نجفی، پیشین، ج ۴۱، ص ۳۹۸) (خوئی، ۱۴۱۸ ه.ق، ج ۳۲، ص ۳۳۵) (سیستانی، ۱۴۱۷ ه.ق، ج ۱، ص ۲۶۳)، (تبریزی، پیشین، ص ۱۷۴) گروهی دیگر با رد دلایل گروه نخست قائل به آن‌اند که طفل ملحق به مادری است که با اشتراک سلول جنسی خود در خلقت وی شرکت داشته قائلین به این نظر به اصل و ریشه بوجود آمدن طفل توجه می‌کنند و از آن جایی که سلول جنسی از تخمک زن

صاحب تخمک بوجود آمده همین زن را مادر طفل می‌دانند (روشن، پیشین، ص ۱۷۶) گروهی از فقها نیز به این نظر متمایل شده‌اند (سبزواری، پیشین، ص ۲۵۳)، (مکارم، ۱۴۲۹ ه.ق، ص ۸۵)

سومین نظری که راجع به این موضوع مطرح گردیده (فیض‌اللهی، ۱۳۸۹، ص ۱۶۹) آن است که برای انتساب طفل به مادر ارتباط ژنتیکی و فیزیولوژیکی باهم لازم است و هر کدام به تنهایی کفایت نمی‌کند به عبارت دیگر عنوان مادر به زنی اطلاق می‌شود که هم از طریق به اشتراک نهادن سلول جنسی صفات وراثتی خود را به طفل انتقال داده باشد و هم آن که کودک را در دوران جنینی در رحم خود پرورانده و او را متولد کرده باشد.

و نهایتاً دیدگاه چهارمی نیز وجود دارد که بر خلاف دیدگاه اخیر هر دو زن صاحب تخمک و صاحب رحم را در فرض یکی نبودن این دو، مادر قلمداد می‌کند (مرقاتی، ۱۳۸۴، ص ۲۴۸) به عقیده اینان طفل در یک زمان دارای دو رابطه مادری می‌باشد یکی با زن صاحب تخمک و دیگری با زنی که او را در رحم خود نگهداری و پرورانده است از میان فقها آیت الله موسوی اردبیلی و مرحوم فاضل لنکرانی بدین نظر متمایل شده‌اند. (فیض‌اللهی، پیشین، ص ۱۷۰)

#### ۶-۲-۱ دیدگاه مختار

به نظر می‌رسد دیدگاهی که صاحب تخمک را مادر طفل قلمداد می‌کند بسیار مستحکم و غیر قابل تردید است به گونه‌ای که می‌توان موضوع را از بدیهیاتی دانست که حداقل در جهان امروز کمتر کسی در صحت آن تردید دارد. اول آن که بر اساس یافته‌های دانش پزشکی تردیدی وجود ندارد که نوزاد تولد یافته محصول لقاح اسپرم مرد با تخمک زن است. در ماجرای لقاح، سلول‌های جنسی نر و ماده ترکیب شده و هر کدام از این دو سلول نیمی از صفات ژنتیکی فرزند را شکل می‌دهد و انگهی نقش رحم تنها در این است که پس از لانه‌گزینی نطفه، جنین را از طریق بند ناف تغذیه می‌کند و در واقع در حکم ظرفی برای رشد و نمو جنین است و لذا صاحب رحم هیچ‌گونه ارتباط بیولوژیکی و ژنتیکی با کودک ندارد.

ثانیاً نسبت مفهومی عرفی است و عرف نیز طفل را فرزند صاحب نطفه می‌شناسد. از دیدگاه عرف زنی که ارتباط ژنتیکی با جنین ندارد و صرفاً جنین را در طی نه ماه در رحم خود نگاه داشته و پس از این مدت جنین را بدنیا می‌آورد، مادر نوزاد شناخته نمی‌شود. حتی موارد عدیده‌ای را می‌توان یافت که نوزاد از بدو تولد به بانویی جز مادر ژنتیکی خود سپرده می‌شود و بانوی مزبور نوزاد را سال‌ها نگهداری و سرپرستی می‌کند؛ با این حال از نظر گاه عرف زنی که در فرایند ایجاد نطفه نوزاد دخیل بوده است، مادر طفل تلقی می‌شود.

ثالثاً آیاتی از قرآن کریم وجود دارد که در آن صراحتاً نسبت نتیجه پیدایش و ثمره نطفه قلمداد شده که از جمله آن‌ها می‌توان به آیه ۵۴ سوره مبارکه فرقان استناد کرد.

#### نتیجه:

حضانت یکی از آثار نسب است که عبارت‌اند از ولایت در سرپرستی و نگهداری از کودک در جهت رشد و پرورش جسمی و روحی آن. حضانت حقی است برای نوزاد و تکلیفی است بر دوش والدین به گونه‌ای امکان اسقاط و واگذاری



آن به دیگران به موجب قرارداد خصوصی و یا طرق دیگر وجود ندارد. با این حال مباشرت والدین در این امر شرط نمی‌باشد و امکان انجام این وظیفه توسط دیگران نیز میسر است لیکن این امر باید تحت نظارت والدین قانونی کودک باشد.

با عنایت به فروض متعدد دخالت افراد در باروری به روش رحم جایگزین و الزام و تکلیف به حضانت نوزاد در خصوص پدر و مادر در حقوق ایران و فقه امامیه، بایستی مشخص می‌شد که اطلاق پدر و مادر شامل کدامیک از افراد دخیل در باروری به روش فوق الذکر می‌شود.

از تتبع در عرف، لغت و اقوال مختلف فقها و حقوقدانان و منابع معتبر حقوق اسلامی این نتیجه بدست آمد که افرادی که در انعقاد نطفه دخالت دارند یعنی صاحبان سلول‌های جنسی که صفات مختلف ژنتیکی نوزاد، حاصل ادغام کروموزوم‌های موجود در هسته‌های اسپرم و تخمک آنان است، پدر و مادر کودک محسوب می‌شوند و مکلف به حضانت نوزاد حاصل از رحم جایگزین می‌باشند. لیکن در فرض جدایی افراد مزبور از یکدیگر، می‌بایست مطابق ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی عمل می‌شود. منتها همان گونه که گفته شد می‌توان مباشرت به حضانت و سرپرستی کودک را با نظارت و اشراف فرد حضانت کننده به فرد دیگری سپرد. این امر می‌تواند در فرضی که نوزاد حاصل از رحم جایگزین ارتباط ژنتیکی با (زوجه) متقاضی ندارد، راه حلی برای نگهداری و سرپرستی نوزاد توسط زوجین متقاضی باشد. با این حال دارا بودن شرایطی که برای حضانت ذکر شد نیز برای زوجین متقاضی لازم است.

فهرست منابع

کتاب فارسی:

امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۳، تهران، انتشارات اسلامیة

جمعی از نویسندگان (۱۳۸۴)، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، چاپ اول، تهران: پژوهشکده ابن سینا و سمت جمعی از نویسندگان (۱۳۸۶)، رحم جایگزین، چاپ اول، تهران: پژوهشکده فناوری‌های نوین علوم پزشکی جهاد دانشگاهی ابن سینا و سمت روشن، محمد، حمداللهی (۱۳۸۸)، عاصف، بررسی تطبیق فقهی و حقوقی قرارداد استفاده از رحم جایگزین، چاپ اول، تهران: مجد صفایی و امامی حسین و اسدالله (۱۳۸۹)، مختصر حقوق خانواده، چاپ هفدهم، تهران: میزان طاهری نیا، احمد (۱۳۸۸)، حضانت نوزاد از دیدگاه اسلام، چاپ اول، قم: مؤسسه آموزش و پژوهش امام خمینی فیض اللهی، نجات (۱۳۸۹)، اهدای جنین و دیگر روش‌های باروری کمکی در حقوق ایران، چاپ اول، تهران: جنگل کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، حقوق مدنی خانواده، چاپ ششم، تهران: میزان گلپایگانی، آیت آ... سیدمحمد رضا (۱۴۰۹ ه.ق)، مجمع المسائل، چاپ دوم، قم: دارالقرآن کریم مهرپور، حسین (۱۳۷۹)، مباحثی از حقوق زن از منظر حقوق داخلی، مبانی فقهی و موازین بین المللی، چاپ اول، تهران: موسسه اطلاعات مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۹ ه.ق)، احکام پزشکی، چاپ اول، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب ع نظری توکلی، سعید (۱۳۸۵)، حفاظت کودکان در فقه اسلامی، چاپ اول، تهران: سمت

**کتاب عربی:**

بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵ ه.ق)، الحدائق الناظرة فی احکام العترة الطاهرة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ ه.ق)، تاج اللغة و صحاح العربیة، ج ۵، چاپ اول، بیروت: دارالعلم للملایین حلّی، محمد حسن بن یوسف (۱۳۸۷ ه.ق)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القوائد، ج ۳، چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ ه.ق)، موسوعه الامام الخوئی، ج ۳۲، چاپ اول، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۳ ه.ق)، منهاج الصالحین، ۲ مجلد، ج ۲، چاپ بیست و هشتم، قم: مدینه العلم سیستانی، سید علی حسینی (۱۴۱۷ ه.ق)، منهاج الصالحین، ج ۱، چاپ پنجم، قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی صدر، شهید سید محمد (۱۴۲۰ ه.ق)، ماوراء الفقه، جلد ۶، چاپ اول، بیروت: دارالأضواء الطباعة و النشر و التوضیح طباطبایی، سید علی (بی تا)، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل (القدمیه)، ج ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ ه.ق)، الخلاف، ج ۵، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ ه.ق)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، ج ۸، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ ه.ق)، الروضة البهیة فی شرح لمعه الدمشقیة (محشی-کلاتر)، ج ۵، چاپ اول، قم: کتابفروشی داوری فخرالمحققین (۱۳۷۸ ه.ق)، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، ج ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ ه.ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۱ و ۴۱، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی وجدانی فخر، قدرت الله (۱۴۲۶ ه.ق)، الجواهر الفخریة فی شرح الروضة البهیة، ج ۱۲، چاپ اول، قم: سماءقلم

**پایان نامه:**

امامی، اسدالله (۱۳۴۹)، مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، رساله دکتری، به راهنمایی حسن افشار، دانشگاه تهران

**مقالات:**

موحدابطحی، سید مهدی (۱۳۸۶)، مادر جایگزین و راههای مادر شدن، رحم جایگزین، تهران: سمت  
مرقاتی، طه (۱۳۸۴)، حقوق کودک در اهدای گامت، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران: سمت