

دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت

سال پنجم، شماره ۱۰، پائیز و زمستان ۱۳۹۷

بررسی ابعاد حقوقی حساب جاری بانکی در حقوق ایران و تطبیقی

اصغر محمودی^۱، جلال سلطان احمدی^۲، محمد علی سهمانی اصل^۳، قادر بابائی^۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۸/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۱/۱۰

چکیده

قرارداد تشکیل حساب جاری بانکی، اقتضای می‌کند، که ماهیت آن قرارداد مشخص و معین گردد، از طرفی، مشتریان به تبع چکی که در دست دارند، بانکها مکلفند، به اندازه اعتمادی که دارنده چک به صاحب حساب و بانک عامل دارد، به تعهدات خودشان عمل نمایند. بانک مسئولیت مدنی، ناشی از عملیات بانکی را دارد. بانکها با جذب سپرده‌ها از طریق انعقاد قرارداد "حساب جاری بانکی" که در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ به نام قرض‌الحسنه جاری می‌باشد. اقدام به تجهیز منابع پولی می‌کنند. در این مقاله با در نظر گرفتن حقوق بانکی، عرف بانکداری، حقوق مدنی و حقوق تعهدات و بازار پول و مقررات پولی و بانکی کشورمان، شناخت همه جانبه ماهیت حقوقی قرارداد حساب جاری بانکی و روابط طرفین این قرارداد بررسی می‌شود. دغدغه اصلی اینجانب، از نگارش این مقاله تعیین ماهیت حقوقی حساب جاری بانکی است. که ارائه تعریف حقوقی دقیق از قرارداد حساب جاری در معنای خاص، منوط به مطالعه و بررسی دقیق ماهیت این قرارداد مهم حقوق بانکی است.

واژه‌های کلیدی: حساب جاری، ماهیت حقوقی سپرده‌ها، سپرده قرض الحسنه جاری، حقوق بانکی، قرارداد حساب جاری بانکی.

۱. استادیار دانشگاه پیام نور

۲. استادیار دانشگاه پیام نور

۳. استاد مدعو دانشگاه شهید بهشتی (دانشکده مدیریت و حسابداری) و مدیر عامل بانک رفاه کارگران

۴. نویسنده مسئول و دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی مرکز تحصیلات تکمیلی دانشگاه پیام نور،

۱. مقدمه

الف: تحدید موضوع

ارائه تعریف حقوقی دقیق از قرارداد حساب جاری در معنای خاص منوط به شناخت دقیق ماهیت این قرارداد است که در ادامه در این مقاله به آن پرداخته خواهد شد.

معنای عام حساب جاری عبارت است از کلیه معاملات و عملیات میان دو شخص اعم از حقیقی یا حقوقی و تاجر یا غیر تاجر لیکن این اصطلاح به لحاظ کثرت استعمال بیشتر روابط میان بانک و صاحب حساب جاری را متبادر به ذهن می‌نماید، که این معنای خاص از مصادیق همان تعریف فوق است. اصطلاح حساب جاری در حقوق بانکی به معنای کلیه معاملات و مبادلات مالی میان بانک و صاحب حساب جاری تعریف گردیده است.

ژرژ ریپر و امانوئل ورژه در جلد اول کتاب حقوق تجارت خود که در سال ۱۹۵۶ منتشر گردید حساب جاری را عقدی تعریف نموده که به موجب آن دو شخص در روابط معاملاتی خود توافق می‌کنند، مجموع عملیات فیما بین را در حساب واحدی بصورت پرداخت‌های بدهکار و بستانکار ثبت نمایند (کیایی، کریم، ۱۳۴۷، ص ۱۵).

یکی از مؤلفین ایرانی پس از ارائه تعاریف مختلف از حساب جاری در نهایت حساب جاری را قراردادی معرفی می‌کند که "به موجب آن دو یا چند شخص توافق می‌کنند تمام یا قسمتی از عملیات و دریافت‌ها و پرداخت‌های خود را در حسابی به این نام انجام دهند (کیایی، کریم، ۱۳۴۷، ص ۱۵).

تعاریف فوق به معنای عام حساب جاری، بدون ملاحظه فرضی که یک طرف قرارداد بانک باشد، پرداخته‌اند. لیکن آنچه موضوع این مقاله می‌باشد قرارداد حساب جاری‌ای است که یک طرف آن شخص حقوقی به نام بانک می‌باشد. حساب جاری در این معنای خاص در فرهنگ دهخدا به حسابی تعبیر شده است که «در بانکها بنام اشخاص باز می‌گردد و شرایط نقل و انتقال وجوه سپرده در این حساب آسان می‌باشد و معمولاً سودی برای آن منظور نمی‌شود (دهخدا، علی اکبر، ۱۳۴۰، ص ۵۲۶)».

ب: تقسیم موضوعات به شرح ذیل است.

۲. مبانی نظری و مروری بر مطالعات گذشته، تاریخچه و مفاهیم

همانگونه که اشاره شد، حساب جاری معنایی وسیع‌تر از معنای مصطلح در حقوق بانکی دارد. در واقع به هر نوع صورت معاملات و مبادلات میان دو شخص اعم از بازرگان و غیر بازرگان حساب جاری اطلاق می‌شود. در گذشته حساب جاری چیزی بیش از یک تابلوی حاوی ستون بدهکار و بستانکار ناشی از معاملات میان دو شخص نبوده است و در آن زمان به حساب جاری صرفاً از حیث جنبه‌های حسابداری آن توجه می‌شد. بعنوان مثال "مرلن" از مؤلفین فرانسوی قرن نوزدهم حساب جاری را از حیث تجاری و بانکی اینگونه تعریف نموده است: «در اصطلاح تجارتی حساب جاری نماینده وضع دو بازرگان در روابط فیما بین و بدهکاری و بستانکاری مشترک آنها است و در اصطلاح بانکی عبارت از پرداخت‌های متقابل طرفین و بروات صادره عهده یکدیگر می‌باشد (کیایی، کریم، ۱۳۴۷، ص ۱۳)».

۲-۱. سابقه تاریخی

حساب جاری به معنای عام در بین اقوام مختلف از قبیل بابلی‌ها، یونانی‌ها و رومیها متداول بوده است. علاوه بر این حساب جاری به معنای خاص و به عنوان یکی از فعالیت‌های متداول در بانکهای بابل، یونان و روم متداول بوده است به نحوی که بانکداران، علی‌الخصوص بانکداران رومی، عملیات مشتریان را یادداشت نموده و این عملیات مرتباً در دفاتر تجاری بانک ثبت شده و مانده این حسابها از طرف صاحب آن همواره قابل مطالبه بوده است (کیایی، کریم، ۱۳۴۷، ص ۸ و ۹). برخی از حقوقدانان فرانسوی سعی کرده‌اند مبنا و آثار حقوقی فعلی مترتب بر قرارداد حساب جاری را به عملیات حساب جاری در یونان و روم مرتبط سازند. اما واقعیت آن است که تا قبل از نیمه دوم قرن نوزدهم عملیات حساب جاری در بانکها صرفاً جنبه حسابداری داشته و به جنبه‌های حقوقی آن به عنوان یک قرارداد توجه نمی‌گردیده و صرفاً به نحو عملی بین بانک و صاحب حساب متداول بوده است. لذا می‌توان گفت اگر چه حساب جاری از لحاظ عملی بسیار قدیمی بوده و تا حدود ۲۰ قرن قبل از میلاد مسیح نیز سابقه داشته است، لیکن از لحاظ حقوقی نوپا بوده و از نیمه دوم قرن نوزدهم میلادی است، که حقوقدانان در تالیفات خویش به جنبه‌های حقوقی آن توجه نموده و کم کم

متناسب با نیازها و مشکلاتی که در این خصوص ایجاد گردیده کشورهای اروپایی مبادرت به وضع قوانین در این مورد نموده‌اند. (Cranston, 2018)

هم اکنون در ایران عمدتاً دو قانون به تنظیم نحوه فعالیت بانکها می‌پردازند: «قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱/۰۴/۱۸» که جایگزین «قانون بانکی و پولی کشور مصوب سال ۱۳۳۹» گردیده و دیگری «قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) مصوب ۱۳۶۲/۶/۸». اولین قانونی که در ایران به حساب جاری اشاره نموده است «قانون اجازه تأسیس بانک ملی ایران برای پیشرفت در امر تجارت و فلاح و زراعت و صنعت» مصوب ۱۳۰۶/۴/۱۴ مجلس شورای ملی می‌باشد. ماده پنجم این قانون که بواسطه «قانون افزایش سرمایه بانک ملی» مصوب ۱۳۱۴/۴/۷ و ملی شدن بانکها نسخ شده است، مقرر می‌داشت: «بانک مجاز است ودایع نقدی مدت دار و جاری قبول کند و...» (ضیایی، منوچهر، ۱۳۷۲، ص ۴۴) در قانون بانکی و پولی کشور مصوب ۱۳۳۹ و نیز قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸ هیچ اشاره‌ای به قرارداد حساب جاری نشده است، اما بند ۳ ماده ۱ قانون عملیات بانکی بدون ربا یکی از اهداف نظام بانکی را ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش تعاون عمومی و قرض الحسنه از طریق جذب و جلب وجوه آزاد، اندوخته‌ها، پس اندازها، سپرده‌ها و... می‌داند. همچنین بند ۸ ماده ۲ همین قانون یکی از وظایف نظام بانکی را افتتاح انواع حسابهای قرض الحسنه (جاری و پس انداز) و... می‌داند.

۲-۲. ماهیت قرارداد حساب جاری بانکی

تشخیص ماهیت قرارداد حساب جاری از ضرورت‌های اساسی این مقاله می‌باشد. زیرا بدون تشخیص ماهیت این قرارداد ادامه بحث و پاسخ به سؤالات مربوط به شرایط انعقاد، آثار این قرارداد، حقوق و تکالیف متقابل طرفین این قرارداد و... امکانپذیر نیست. در خصوص ماهیت قرارداد حساب جاری نظریات مختلفی ارائه گردیده و اساساً از موضوعات بحث برانگیز در حقوق بانکی به شمار می‌آید. در این بخش به نظریات ارائه شده در این زمینه پرداخته خواهد شد.

۲-۲-۱. نظریه ودیعه تلقی کردن قرارداد حساب جاری بانکی

ماده ۶۰۷ قانون مدنی در تعریف ودیعه می‌گوید: «ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد برای آنکه آنرا مجانی نگاه دارد...» پاره‌ای از نویسندگان حقوقی برای رفع

عیب ماده ۶۰۷ قانون مدنی در تعریف عقد ودیعه که توهّم عینی بودن این عقد را القاء می‌کند، این عقد را چنین تعریف نموده‌اند: «عقدی است که به موجب آن برای نگاهداری رایگان از مالی به دیگری نیابت داده می‌شود» (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵، ص ۷۲). از این تعریف ۴ ویژگی برای ودیعه استنباط شده است: ۱- ودیعه عقد است. ۲- ودیعه عقدی جایز است. ۳- ودیعه از عقود اذنی است. ۴- ودیعه عقدی رضایی است. ۵- ودیعه رایگان است (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵، ص ۶-۸). مشکل اصلی در تطابق قرارداد حساب جاری با عقد ودیعه به لحاظ عدم امکان استرداد عین وجوه توسط بانک و مغایرت این قسمت از قرارداد با ماده ۶۱۹ قانون مدنی می‌باشد. زیرا همانگونه که سابق بیان گردید «قرارداد سپرده قرض الحسنه جاری» از ابزارهای تجهیز منابع بانکی بوده، فلذا بانک اصل وجوه را دست نخورده نگاهداری نمی‌کند بلکه وجوه دریافتی از صاحب حساب جاری را در قالب یکی از عقود معین و به عنوان اعتبار به دیگری می‌دهد، و در واقع تعهد بانک در قرارداد حساب جاری به بازپرداخت مثل وجوه دریافتی است و نه عین این وجوه که برخی از حقوقدانان فرانسوی نظر داده‌اند، که اذن مالک (مودع) بر اینکه طرف مقابل (مستودع) مثل مال را پس بدهد، وصف ودیعه بودن چنین قرارداد را مخدوش نمی‌کند (کاشانی، محمود، ۱۳۸۴، ص ۱۴۴). برخی دیگر از طرفداران ودیعه تلقی کردن قرارداد حساب جاری جهت رفع این ایراد به تئوری «ودیعه خلاف قاعده» تمسک نموده‌اند.

۲-۲-۲. تئوری قرض تلقی کردن قرارداد حساب جاری بانکی

مطابق ماده ۶۴۸ قانون مدنی «قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعذر رد مثل قیمت یوم‌الرد را بدهد.» قرض از عقود تملیکی است و موجب انتقال مالکیت موضوع قرض به مقترض می‌شود. با مقایسه عقد قرض و قرارداد حساب جاری مشاهده می‌شود که این دو عقد از حیث آثار و تعهداتی که ایجاد می‌کنند وجوه تشابه فراوانی دارند همین باعث شده بسیاری از نویسندگان حقوقی با ذکر شباهت‌های فراوان آثار و تعهدات طرفین در عقود قرض و سپرده‌های بانکی به طور کلی حکم به یگانگی ماهیت این عقود داده‌اند و اندک تفاوت‌های

موجود در آثار قراردادهای (علی‌الخصوص قرارداد حساب جاری) با عقد قرض را در قالب شروط ضمن عقد قرض توجیه نموده‌اند.

برخی در جهت رفع ایرادات وارده به نظریه قرض تلقی کردن قرارداد حساب جاری اقدام به تفکیک میان عقد قرض و عقد قرض‌الحسنه نموده و چنین استدلال نموده‌اند که عقد قرض‌الحسنه نوع خاصی از عقد قرض است که در آن قصد احسان و انگیزه‌های معنوی وجود دارد حال آنکه در عقد قرض ضرورت چنین قصدی لازم نیست و به همین خاطر ماده ۶۴۸ قانون مدنی اشاره به قصد احسان نموده است. لذا قرارداد حساب جاری با عقد قرض انطباق دارد و نه قرض‌الحسنه (فرزین‌وش و شعبانی، اسدالله و احمد، ۱۳۸۷، ص ۲۷۵). اما چنین تفکیک نیز ایراد فوق را مرتفع نمی‌سازد، زیرا اساساً اشکال در آنجاست که مطابق مرسوم در حین انعقاد قرارداد حساب جاری نه مشتری قصد قرض دادن وجوه خود به بانک را دارد و نه بانک قصد دریافت چنین وجوهی را به عنوان قرض از مشتری دارد. لذا با توجه به ایراد فوق که بی‌پاسخ مانده است و نظر به اینکه قصد مشترک و هدف در قرارداد حساب جاری با عقد قرض متفاوت است. لذا نمی‌توان به استناد برخی اشتراکات در آثار و تعهدات ناشی از انعقاد این دو عقد مدعی وحدت ماهیت این دو عقد شد.

۲-۳. قرارداد حساب جاری بانکی به عنوان یک عقد نامعین

برخی نویسندگان حقوقی پس از سنجش امکان تطابق قرارداد حساب جاری با عقد معین در نهایت چنین نتیجه‌گیری نموده‌اند که قرارداد مذکور از حیث قصد مشترک و آثار آن عقدی ویژه و مستقل بوده و می‌بایست آنرا در زمره عقود نامعین تلقی و به حکم ماده ۱۰ قانون مدنی آنرا نسبت به طرفین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع دانست و تا حد امکان سعی نمود، احکام مربوطه را از طریق شرایط ضمن عقد در این قرارداد پیش‌بینی نموده و در موارد باقی مانده که قرارداد پیش‌بینی لازم را ننموده است از احکام خاص عقود قرض و ودیعه در موارد مشابه استفاده نمود (کیایی، کریم، ۱۳۴۷، ص ۴۴-۴۶). از میان نویسندگان حقوق بانکی نیز برخی با رد نظریه قرض تلقی کردن قرارداد حساب جاری با دلایلی مشابه همان دلایلی که سابق بیان گردید، این قرارداد را نوعی عقد نامعین دانسته‌اند (مسعودی، علیرضا، ۱۳۸۶، ص ۷۲).

نتیجه آنکه قرارداد حساب جاری قراردادی خاص، مستقل و نامعین بوده و برای کشف شرایط خاص انعقاد این قرارداد، آثار آن، تعهدات متقابل طرفین و... می‌بایست از متن قرارداد که مبین قصد مشترک طرفین می‌باشد، و نیز منابع پراکنده، نظیر قواعد عمومی قراردادها، حقوق تجارت، عرف خاص بانکی، اصول و قواعد فقهی و حقوقی استفاده نمود.

۳. شرایط ویژه قرارداد حساب جاری بانکی

از آنجایی که شرایط اساسی صحت معاملات در مواد ۱۹۰ الی ۲۱۸ قانون مدنی بیان گردیده و نویسندگان حقوق مدنی به تفصیل به شرح این شرایط پرداخته‌اند، لذا در این مطالعه از تکرار این مطالب خودداری شده است. علاوه بر شرایط اساسی صحت معاملات که در انعقاد تمامی قراردادها رعایت می‌گردند، شرایط خاصی نیز وجود دارد که مختص قرارداد حساب جاری بوده و بانک‌ها با رعایت چنین شرایطی اقدام به پذیرش تقاضای افتتاح حساب جاری و انعقاد قرارداد با متقاضی می‌نمایند. این شرایط برگرفته از عرف و رویه رایج بانکداری در کشورمان بوده و بانک مرکزی نیز طی بخشنامه‌های متعدد و پراکنده بانک‌ها را ملزم به رعایت این شرایط حین انعقاد قرارداد حساب جاری نموده است. در ادامه مهمترین این شرایط ویژه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۳-۱. معرف

مطابق رویه رایج بانک‌ها و بخشنامه‌های مؤکد بانک مرکزی، افتتاح قرارداد حساب جاری برای متقاضی منوط به تأیید شدن متقاضی از ناحیه شخصی است که در آن بانک حساب جاری داشته و به لحاظ صحت عمل مورد تأیید بانک باشد. شرط معرف مختص اشخاص حقیقی متقاضی افتتاح حساب جاری بوده و اشخاص حقوقی نظیر شرکت‌ها نیازی به ارائه معرف ندارند، زیرا هویت و مشخصات شرکت‌ها و نمایندگان آنها از طریق مدارک ثبتی‌ای که اداره ثبت شرکت‌ها و مؤسسات غیرتجاری به بانک ارائه می‌نماید به راحتی قابل احراز است (بانک ملی ایران، ۱۳۸۵، ص ۱۷۸ و ۱۷۹).

۳-۲. توانایی امضاء کردن

یکی از شروط منحصر به فرد قرارداد حساب جاری شرط ضرورت توان امضاء توسط متقاضی افتتاح حساب جاری است، شاید در بدو امر این سؤال حادث شود، که چه خصوصیتی در قرارداد حساب جاری وجود دارد، که چنین آثاری را بر امضاء کردن مترتب می‌سازد؟ پاسخ این سؤال را می‌بایست در ارتباط تنگاتنگ «قرارداد حساب جاری» و «چک» و نیز آثار ویژه مترتب بر امضاء در چک جستجو نمود. همچنین لازم به ذکر است که در مورد متقاضیان صاحب حساب ناتوان از امضاء (نایبنا، معلول یا بی‌سواد) نیز برخی از نویسندگان حقوق بانکی راه حل مناسب و در عین حال موافق با قانون را استفاده از وکیل می‌دانند (کیایی، کریم، ۱۳۴۷، ص ۵۲ و ۵۳).

۳-۳. عدم وجود سابقه چک برگشتی

یکی دیگر از شروط لازم جهت انعقاد قرارداد حساب جاری در ماده ۲۱ قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵/۴/۱۶ بیان گردیده است. مطابق این ماده «بانک‌ها مکلفند کلیه حساب‌های جاری اشخاصی را که بیش از یک بار چک بی‌محل صادر کرده و تعقیب آنها منتهی به صدور کیفرخواست شده باشد بسته و تا سه سال به نام آنها حساب جاری دیگری باز نمایند...» چنانچه متقاضی ظرف سه سال اخیر منتهی به تقاضای افتتاح حساب جاری، حداقل دو فقره، صدور چک بلا محل منتهی به شکایت و صدور کیفرخواست داشته باشد، انعقاد قرارداد حساب جاری بین بانک و چنین اشخاصی امکانپذیر نمی‌باشد. بخشنامه مصوب تاریخ ۱۳۶۱/۱۰/۲۱ اداره کل نظارت و امور بانک‌های بانک مرکزی که به تمامی بانک‌های کشور ابلاغ گردیده شرط فوق را به شرح ذیل مورد اشاره قرار داده است: «بررسی لیست سیاه (دفتر ثبت مشخصات صادرکنندگان چک‌های بلا محل که طی سه سال بیش از یکبار چک بلا محل صادر نموده باشند) توسط مسوول افتتاح حساب جاری شعبه و اطمینان از اینکه متقاضی قبلاً مشمول ماده (۲۱) قانون صدور چک نبوده و از افتتاح حساب جاری محروم نگردیده باشند (مجموعه بخشنامه‌های مدیریت نظارت و امور بانک‌های بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۵، ص ۴۳۴)».

۳-۴. تابعیت یا اقامت در ایران

مطابق بخشنامه‌ها و مقررات بانکی تقاضای افتتاح حساب جاری از جانب اشخاصی پذیرفته می‌شود که تابعیت ایرانی داشته یا جواز اقامت در ایران را داشته باشند. بند ب بخشنامه شماره نب/۵۲۳۴ تاریخ ۱۳۶۱/۱۰/۲۱ اداره کل نظارت و امور بانک‌های بانک مرکزی انعقاد قرارداد حساب جاری با اشخاص حقیقی تابع یک کشور خارجی را منوط به وجود و ارائه جواز اقامت متقاضی دانسته است (مجموعه بخشنامه‌های مدیریت نظارت و امور بانک‌های بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۵، ص ۴۳۴). بدین ترتیب انعقاد قرارداد حساب جاری بین بانک‌های ایران و اتباع بیگانه که فاقد مجوز اقامت در ایران باشند نظیر بیگانگانی که بعنوان پناهنده در ایران سکونت دارند و دارای مجوز سکونت (موسوم به کارت آبی رنگ) از وزارت کشور می‌باشند و یا بیگانگانی که با روادید جهانگردی یا روادید موقت سه ماهه وارد ایران می‌شوند، امکانپذیر نمی‌باشد.

۴. ضمانت اجرای شروط انعقاد

۴-۱. ضمانت اجرای شرایط اساسی صحت قرارداد حساب جاری بانکی

ضمانت اجرای شرایط اساسی صحت معاملات در قانون مدنی و توسط نویسندگان حقوق مدنی به تفصیل بیان گردیده و تمامی احکام مربوط به ضمانت اجرای شرایط اساسی صحت معاملات در قرارداد حساب جاری نیز جاری می‌باشد. لذا بیان مجدد آن مباحث در این مطالعه بی مورد خواهد بود.

۴-۲. ضمانت اجرای شروط ویژه قرارداد حساب جاری بانکی

در این بخش از مطالعه سعی داریم اعتبار قرارداد حساب جاری را در حالت عدم رعایت شروط ویژه قرارداد حساب جاری بررسی نمائیم.

۴-۲-۱. ضمانت اجرای شرط ارائه معرف

ماده ۱۴ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸ یکی از وظایف بانک مرکزی را دخالت و نظارت در امور پولی و بانکی از طریق تعیین مقررات افتتاح حساب جاری و پس انداز و سایر حساب‌ها ذکر نموده است. (بند ۸ ماده فوق) ماده ۳۷ همین قانون بانک‌ها را مکلف به تبعیت از دستورات بانک مرکزی نموده است و نهایت ماده ۴۴ این قانون تخلف بانک از دستورات بانک

مرکزی را مستوجب مجازات‌های انتظامی از قبیل تذکر انتظامی، پرداخت جریمه نقدی و ممنوعیت موقت یا دائم بانک از انجام برخی امور بانکی دانسته است. غیر از ضمانت اجرای فوق در این قانون و سایر قوانین بانکی مرتبط ضمانت اجرایی برای رعایت دستورات بانک مرکزی ملاحظه نمی‌گردد.

۴-۲-۲. ضمانت اجرای شرط توانایی امضاء کردن

اداره کل نظارت و امور بانک‌های بانک مرکزی در بخشنامه شماره ۳۵/۱۰۳۱ تاریخ ۳۵/۵/۲۲ ۱۳۷۳/۵/۲۲ انعقاد قرارداد حساب جاری بدون رعایت شرط فوق را غیر ممکن تلقی نموده است. ضرورت شرط فوق ناشی از ماده ۱۳۱ قانون تجارت است که امضای چک توسط صادرکننده (صاحب حساب) را لازم دانسته و دیگر طرق اعلام قصد نظیر مهر، اثر انگشت و ... را نپذیرفته است. البته برای اثبات ضرورت امضاء در صدور چک می‌توان به مواد ۲ و ۴ قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵ نیز استناد نمود، که تطبیق امضای صادر کننده بر روی چک با نمونه امضای وی در بانک افتتاح کننده حساب را ضروری دانسته است.

۴-۲-۳. ضمانت اجرای شرط عدم وجود سابقه چک برگشتی

مطابق ماده ۲۱ قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵ چنانچه شخصی بیش از یکبار چک بلامحل صادر نموده و علیه نامبرده کیفرخواست صادر گردیده باشد بانک‌ها تا سه سال حق افتتاح حساب جاری برای چنین شخصی را نخواهند داشت. با توجه به ارتباط مستقیم حکم مندرج در ماده فوق با نظم عمومی و حقوق اشخاص ثالث، تردیدی در آمره بودن حکم فوق وجود ندارد، فلذا چنانچه بانک بدون استعلام سابقه متقاضی از بانک مرکزی یا علیرغم اخذ استعلام و کشف وجود مانع قانونی مبادرت به انعقاد قرارداد حساب جاری با چنین شخصی نماید، تردیدی در بطلان چنین قراردادی به لحاظ مخالفت با قانون آمره وجود نخواهد داشت.

۴-۲-۴. ضمانت اجرای شرط تابعیت یا اقامت در ایران

شرط تابعیت ایرانی داشتن یا اقامت متقاضی در ایران اگرچه در جهت حفظ نظم و حقوق اشخاص ثالث وضع گردیده، لیکن نظر به اینکه مستند آن صرفاً بخشنامه بانک مرکزی بوده و ضمانت اجرای

قانونی برای آن پیش‌بینی نگردیده فلذا به نظر می‌رسد تخلف از چنین شرطی خللی به اعتبار قرارداد حساب جاری وارد نمی‌سازد، که البته از نقائص قانون محسوب می‌شود.

۵. آثار قرارداد حساب جاری بانکی

اثر یک قرارداد صرفاً ایجاد تعهد نیست، بلکه با بررسی انواع عقود معین و نامعین ملاحظه می‌گردد، که یک قرارداد ممکن است، منجر به انتقال مالکیت، ایجاد شخصیت حقوقی، انتقال یا زوال تعهد و یا ایجاد اذن و اباحه گردد (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۷، ص ۵۰۳).

با انعقاد قرارداد حساب جاری، حسابی تحت همین عنوان و به نام متقاضی نزد بانک افتتاح می‌شود. مطابق آنچه که از مفاد این قرارداد و قصد طرفین قرارداد دانسته می‌شود، بانک در مقابل صاحب حساب متعهد می‌گردد، کلیه وجوهی را که صاحب حساب یا اشخاص ثالث قصد واریز به این حساب دارند، را بپذیرد. و متقابلاً صاحب حساب حق واریز وجوه به این حساب را خواهد داشت. عین وجوه واریزی به این حساب به تملک بانک درآمده و بانک معادل وجوه دریافتی مدیون صاحب حساب می‌گردد، لذا صاحب حساب حق خواهد داشت، در هر زمان با کشیدن چک دین خویش را از بانک مطالبه نماید، و بانک نیز متعهد می‌گردد به محض مطالبه، دین خویش را به صاحب حساب یا هر شخص دیگر دارنده چک بپردازد. (Ellinger et al, 2011)

با توجه به مفاد قرارداد حساب جاری که فوق بیان گردید، آثار این قرارداد را تحت سه عنوان زیر می‌توان طبقه‌بندی و تشریح نمود:

۱- تعهد بانک به پذیرش وجوه واریزی به حساب

۲- انتقال مالکیت وجوه به بانک

۳- تعهد بانک به استرداد عندالمطالبه مثل وجوه

۵-۱. تعهد به پذیرش وجوه

با انعقاد قرارداد حساب جاری بانک متعهد به پذیرش تمامی وجوه واریزی به حساب مشتری خواهد بود. این تعهد از آثار منجز و بدون قید و شرط قرارداد حساب جاری بوده و بانک نمی‌تواند از ایفای آن امتناع نماید.

اگر چه تعهد بانک به پذیرش وجوه واریزی به حساب جاری صرفاً در مقابل صاحب حساب بوده و متعهد که صرفاً صاحب حساب می‌باشد، لیکن حسب مفاد قرارداد و قصد مشترک طرفین، بانک مؤظف است وجوه واریزی به حساب مشتری را، صرفنظر از اینکه توسط صاحب حساب یا شخص ثالث واریز گردد، بپذیرد. البته، که این به معنای تعهد بانک در مقابل اشخاص ثالث نبوده و صرفاً ناشی از تعهد بانک در مقابل صاحب حساب می‌باشد، زیرا میان بانک و اشخاص ثالث رابطه قراردادی مستقیمی متصور نبوده و از طرف دیگر قرارداد حساب جاری متضمن هیچ تعهدی به نفع ثالث نمی‌باشد.

۲-۵. انتقال مالکیت وجوه واریزی به بانک

درخصوص اینکه آیا وجوه واریزی به حساب جاری کماکان در مالکیت صاحب حساب باقی می‌ماند یا به بانک منتقل می‌گردد نظریات مختلفی ابراز گردیده که منشاء این اختلاف، اختلاف نظر در خصوص ماهیت قرارداد حساب جاری است.

اکثر قریب به اتفاق نویسندگان حقوقی، اعم از کسانی که قابل به "ودیعه خلاف قاعده بودن" ماهیت سپرده‌گذاری هستند یا کسانی که ماهیت سپرده‌گذاری را عقد قرض یا قراردادی نامعین و مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی می‌دانند، قائل به اثر ناقل سپرده‌گذاری هستند. دیوان کشور فرانسه نیز در آرای متعددی (دو رأی مورخ ۲۸ ژوئن ۱۸۶۲ و ۲۹ ژوئیه ۱۹۲۹) به صراحت حکم به انتقال مالکیت پرداخت‌ها در حساب جاری داده است و تنها عده معدود نظیر بواستل، حقوقدانان فرانسوی، قائل به انتقال مالکیت پرداخت‌های حساب جاری نبوده و معتقدند با محفوظ ماندن مالکیت پرداخت کننده، گیرنده می‌تواند مانند یک نماینده و وکیل آزادانه در آن تصرف نماید (کیایی، کریم، ۱۳۴۷، ص ۶۷). از میان نویسندگان حقوق بانکی ایران نیز برخی با ذکر دلایلی منکر انتقال مالکیت پرداخت‌ها به بانک شده‌اند (کیایی، کریم، ۱۳۴۷، ص ۶۸).

۳-۵. تعهد بانک به استرداد عندالطالبه مثل وجوه

پس از پرداخت وجوه در حساب جاری و انتقال مالکیت وجوه به بانک، یک رابطه دائن و مدیونی میان بانک و صاحب حساب ایجاد می‌شود، بدین توضیح که بانک به میزان وجوهی که دریافت و تملک نموده است، مدیون گردیده و تعهد به استرداد مثل این وجوه را در مقابل صاحب حساب

می‌پذیرد. این رابطه دائن و مدیونی و تعهد به استرداد مثل وجوهی دریافتی به عنوان اثر قرارداد حساب جاری و بخشی از مقصود مشترک طرفین قرارداد چنان بدیهی و مسلم تلقی گردیده که تنظیم کنندگان متن قرارداد حساب جاری و شرایط عمومی پیوست آن در بانک‌های مختلف خود را بی نیاز از ذکر صریح آن دیده‌اند. لیکن غالب مواد این قرارداد بر مبنای این اثر قراردادی استوار می‌باشند. مبنای چنین رابطه و تعهدی را در مقررات بانکی نیز می‌توان بنحو پراکنده ملاحظه نمود؛ نظیر ماده ۴ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲/۶/۸ که مقرر می‌دارد: «بانک‌ها مکلف به باز پرداخت اصل سپرده‌های قرض‌الحسنه (پس انداز و جاری) می‌باشند...» و یا ماده ۲ آئین نامه تجهیز منابع پولی مصوب ۱۳۶۲/۹/۲۷ که مقرر می‌دارد: «استرداد اصل سپرده‌های قرض‌الحسنه توسط بانک‌ها تعهد و تضمین می‌گردد و بانکها مکلفند، عندالمطالبه اصل سپرده‌های قرض‌الحسنه را مسترد نمایند.» و همچنین ماده ۲ دستورالعمل اجرایی قبول سپرده مصوب ۱۳۶۲/۱۰/۱۸ شورای پول و اعتبار که مقرر می‌دارد: «سپرده‌های قرض‌الحسنه اعم از جاری یا پس‌انداز برذمه بانک می‌باشد...»

حساب جاری عقدی نا معین و بحکم ماده ۱۰ قانون مدنی بوده و در حالیکه انتقال مالکیت وجوه پرداختی به وضوح از قصد طرفین قابل استنباط می‌باشد، نیازی به دلیل دیگر جهت اثبات ناقل بودن این قرارداد نمی‌باشد و صرفاً عقود معینی نظیر قرض و بیع اثر ناقل نداشته و در یک قرارداد نامعین موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی نیز چنانچه طرفین قصد انتقال مالکیت نمایند با مانع حقوقی مواجه نمی‌باشد.

۶. آثار ضمنی قرارداد

آنچه تاکنون بیان گردید، آثار اصلی قرارداد حساب جاری بود، که ناشی از مفاد قرارداد و توافق مشترک طرفین این قرارداد می‌باشد، اما در ادامه به بررسی آثاری پرداخته می‌شود که ممکن است موضوع قصد مشترک طرفین نبوده و حتی شاید به ذهن طرفین این قرارداد نیز خطور ننموده باشد، اما از آنجا که این آثار از مقررات و عرف حاکم بر قرارداد حساب جاری نشأت می‌گیرد، فلذا می‌بایست، آن‌ها را در زمره آثار قرارداد حساب جاری تلقی نمود، زیرا به حکم ماده ۲۲۰ قانون مدنی «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین

به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم می‌باشند.» نظر به پراکنده بودن منابع این آثار ضمنی، شمارش آنها دشوار بوده و در ادامه صرفاً به دو نمونه از این آثار اشاره می‌گردد:

۶-۱. تعهد صاحب حساب به اعلام آدرس

به لحاظ اهمیت آدرس صاحب حساب از حیث مقررات آیین دادرسی مدنی و کیفری و نیز نحوه ارسال اخطاریه‌ها و اعلامیه‌های بانکی، صاحب حساب مکلف است، در حین افتتاح حساب آدرس دقیق خویش را به بانک اعلام نموده و به محض تغییر آدرس، مراتب را بلافاصله به بانک اعلام نماید. در صورت عدم رعایت تعهد فوق از ناحیه صاحب حساب، بانک حق خواهد داشت، عملیات حساب جاری چنین شخصی را تا زمان اعلام آدرس صحیح متوقف نماید (مجموعه بخشنامه‌های مدیریت نظارت و امور بانکهای بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۵، ص ۴۳۰).

۶-۲. تعهد بانک به حفظ اطلاعات حساب

از دیگر آثار ضمنی قرارداد حساب جاری، تعهد بانک به عدم افشای اطلاعات مربوط به حساب جاری اشخاص است. این تعهد ریشه در عرف و رویه مسلم بانکداری داشته و اهمیت آن به حدی بوده است که حتی قانونگذار نیز در ماده ۳۰۴ قانون سابق آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های حقوقی را از اخذ اطلاعات مربوط به حسابهای اشخاص در بانکها منع می‌نمود و صرفاً در موارد کیفری امکان استعمال از بانک در خصوص اطلاعات حساب اشخاص وجود داشت. لیکن در ماده ۲۱۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی حق مطالبه هرگونه اطلاعات به نحو مطلق به دادگاه داده شده و تنها استثنای وارده به این اختیار مطلق دادگاهها، مصالح سیاسی کشور و نظم عمومی ذکر گردیده است.

مدیریت نظارت و امور بانکهای بانک مرکزی نیز در بخشنامه‌های متعدد بر این تعهد بانک در مقابل صاحب حساب تأکید نموده و افشای اطلاعات حساب اشخاص را (به استثنای مواردی که به تجویز قانون ارائه اطلاعات به مراجع ذیصلاح بلاشکال اعلام گردیده است.) ممنوع اعلام نموده است مجموعه بخشنامه‌های مدیریت نظارت و امور بانکهای بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۵، ص ۳۳۴-۳۳۶).

۶-۳. سایر تعهدات بانک

- الف: صدور گواهینامه عدم موجودی و تسلیم آن به دارنده قانونی چک
- ب: ارسال یک نسخه از گواهینامه عدم موجودی به نشانی اعلامی صاحب حساب
- پ: اطلاع رسانی به صاحب حساب از طریق تلفن، ایمیل و تلفن همراه و ارسال پیامک مبنی بر تکمیل موجودی
- ت: احراز هویت دارنده چک از طریق کارت ملی، گواهینامه رانندگی، شناسنامه و کارت پایان خدمت
- پ: تشخیص و بررسی تعلق چک به صادر کننده از طریق مشخصات چک و شماره حساب و شماره سریال مندرج در دفاتر قانونی و سیستم‌های الکترونیکی
- ث: بررسی اصالت چک با وسایل حفاظتی و امنیتی که بر اساس مقررات اداره بازرسی و حراست بانک معین شده است.
- ح: بررسی قرارداد حساب جاری به جهت تعیین حدود اختیارات بانک در قبال پرداخت میزان مبالغ چکهای صادره صاحب حساب

۶-۴. مسئولیت ناشی از عدم اجرای تعهدات قراردادی توسط بانک

انجام هرگونه عملیات بانکی اعم از اینکه ناشی از انعقاد صریح یا غیر صریح با مشتری باشد، برای بانک و مشتری در صورتی که در این راستا، خساراتی متوجه طرف مقابل گردد، ایجاد مسئولیت می‌کند (Dooley, 1972). در هر قراردادی طرفین متعهد و پایبند به اجرای تعهدات خود هستند، بانک‌ها نیز مانند هر طرف قرارداد دیگر مکلف به رعایت تعهدات خود می‌باشند.

الف: مسئولیت ناشی از عملیات مربوط به چک‌ها

ب: مسئولیت بانک در مورد چکهای مجعول

پ: مسئولیت بانک پس از وصول چکها و اسناد وصولی مشتریان در صورت مفقودی چک‌ها

ت: مسئولیت بانک در موارد افتتاح و بستن حساب جاری

ث: ضوابط مقرر در مورد نحوه پرداخت وجه چک‌ها

۷. انحلال ارادی قرارداد حساب جاری بانکی

انحلال قرارداد حساب جاری را در عرف بانکداری «بستن حساب» گویند و منظور از آن ختم حساب و پایان دادن به رابطه معاملاتی طرفین حساب جاری و انحلال قطعی حساب است (کیایی، کریم، ۱۳۴۷، ۲۰۸).^۱

در ادامه موارد ارادی انحلال قرارداد حساب جاری بررسی خواهد شد.

الف: فسخ یکجانبه قرارداد حساب جاری بانکی توسط هر یک از طرفین

قرارداد حساب جاری عقدی جایز بوده و مطابق ماده ۱۸۶ قانون مدنی هر یک از طرفین هرگاه اراده نماید حق فسخ این قرارداد را خواهد داشت. بند ۱۲ قرارداد حساب جاری بانک سامان که مشابه آن در قرارداد حساب جاری سایر بانکها نیز قابل مشاهده است.

ب: انحلال قرارداد حساب جاری بانکی با توافق طرفین

ماده ۲۸۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «بعد از معامله طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ نمایند.» در تعریف اقاله گفته شده است: «تراضی دو طرف عقد است بر انحلال آن» (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۷، ص ۱۶)

۸. انحلال قهری قرارداد حساب جاری بانکی

انحلال قرارداد حساب جاری ممکن است بنحو غیر ارادی و بر اثر اتفاقاتی نظیر ورشکستگی، حجر، فوت و...

۸-۱. موارد انحلال مربوط به بانک

موارد انحلال قهری قرارداد حساب جاری که مربوط به بانک می‌باشد، را می‌توان به شرح ذیل بررسی نمود:

الف- ممنوعیت بانک از انجام عملیات بانکی به حکم هیأت انتظامی بانکها

ب- انحلال بانک

ج- ورشکستگی بانک

۱. البته این بستن را نباید با بستن حساب به معنی تنظیم صورتحساب در پایان هر دوره^۱ محاسبه یا در پایان هر سال مالی و به هنگام تهیه ترازنامه اشتباه کرد.

۸-۲. انحلال قهری به علل مربوط به صاحب حساب

قرارداد حساب جاری قهراً منحل و منفسخ می‌گردد:

الف- انحلال به حکم ماده ۲۱ قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵/۴/۱۶

ب- فوت صاحب حساب

مطابق ماده ۹۵۴ قانون مدنی: «کلیه عقود جایز به موت احد طرفین منفسخ می‌شود...» قرارداد

حساب جاری در زمره عقود جایز می‌باشد.

ج- سفته صاحب حساب

قانونگذار حالتی را متصور است که سفته پس از انعقاد قرارداد حادث گردد. در چنین حالتی ماده

۹۵۴ به صراحت حکم به انفساخ را داده است.

د- جنون صاحب حساب

ماده ۹۵۴ قانون مدنی به صراحت حکم به انفساخ عقود جایز در صورت فوت یا سفته هر یک از

طرفین اصدار نموده است.

و- انحلال شخص حقوقی صاحب حساب

چنانچه صاحب حساب یک شرکت سهامی باشد همانگونه که در بحث در خصوص انحلال بانک

تشریح گردید، به حکم ماده ۲۰۸ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت به صرف انحلال، قرارداد

حساب جاری منفسخ نمی‌گردد. علت دیگر آنکه با زوال شخصیت حقوقی یکی از طرفین قرارداد

حساب جاری اجرای قرارداد غیرممکن می‌گردد، فلذا قرارداد به لحاظ غیر مقدور شدن اجرای آن

منفسخ می‌گردد.

ه- ورشکستگی صاحب حساب

برخی به صراحت نظر به انفساخ قرارداد حساب جاری به علت ورشکستگی صاحب حساب (در

حالی که شخص حقیقی است) داده‌اند و در توجیه این عقیده به ماده ۴۱۸ قانون تجارت و ممنوعیت

تاجر ورشکسته از مداخله در اموال خویش اشاره نموده‌اند (بهمند و بهمنی، محمد و محمود، ۱۳۷۹،

ص ۲۲۶ و ۲۲۷).

۹. آثار انحلال قرارداد حساب جاری بانکی

اثر اولیه و اساسی انحلال قرارداد حساب جاری، متوقف شدن عملیات حساب است. به عبارت دیگر با بسته شدن حساب جاری عملیاتی نظیر واریز وجوه به حساب یا برداشت از حساب پایان می‌یابد. (کیایی، کریم، ۱۳۴۷، ص ۳۱۸).

۱۰. مطالعه تطبیقی

در قوانین موضوعه کشورهایی که ذکر آن گذشت از حساب جاری تعریفی نشده است، اما از طرف مؤلفین حقوق بازرگانی و بانکداری و اساتید حقوق کلاسیک و معاصر مخصوصاً در کتب حقوق و بازرگانی فرانسه و سایر کشورهای اروپائی از قبیل آمریکا، کانادا، انگلیس، مالزی، سویس و بلژیک راجع به حساب جاری تعاریف مختلف بعمل آمده است. مرحوم دکتر زنگنه در کتابی که بنام بانک، تألیف نموده حساب جاری را چنین تعریف کرده است:

«حساب جاری قراردادیست که بین دو شخص منعقد می‌شود بر طبق آن کلیه معاملاتی که بین آنها وقوع می‌یابد در یک صورت واحد وارد شده ارقام آن اختصاصات خود را فاقد گشته و نتیجه آن مانده تر از آن خواهد بود».

تعریف‌هایی را که مؤلفین خارجی حقوق بازرگانی از قبیل مرلن ((Merlin, 1825 لیون کان - و رنو^۱ و لاکور و بوترن^۲ و ریپر ((Ripert, 1959 از حساب جاری نموده‌اند می‌توان بطور کلی بدو دسته تقسیم نمود:

بعضی از مؤلفین مانند مرلن و آلوزه (Alauzet, 1879) و دیتز (Dietz, 1869) حساب جاری را یک عمل حسابداری ساده و تابلو مشتمل بر ستون بدهکار و بستانکار تعریف کرده و هیچ گونه اثر حقوقی برای آن قائل نشده‌اند. علاوه بر اینکه عده‌ای از مؤلفین قرن ۱۹ و اوائل قرن ۲۰ حساب جاری را صرفاً یک عمل حسابداری تلقی کرده‌اند، مدت‌ها رویه قضائی دوران مزبور نیز مبنی

1. Lyon- Caen et Renault

2 Léon Lacour et Jacques Bouteron

بر همین نظریه بود و آراء متعدد از دیوان کشور فرانسه و بلژیک مبنی بر اینکه حساب جاری یک عمل حسابداری و بانکی بیش نبوده و هیچ گونه اثر حقوقی بر آن مترتب نمی باشد، صادر شده است.^۱ عقیده مزبور از طرف عده ای از مؤلفین دیگر مانند دلامار ((Delamare, 1862) و پواتون (Poitvin, 1862) که از مؤلفین معروف فرانسه اند و تئوری مخصوصی راجع به حساب جاری دارند مورد انتقاد شدید واقع شده و حساب جاری را نوعی عقد تعریف کرده اند.

۱. بواسل (Boistel, 1884) تعریفی از حساب جاری کرده که از طرف عمده ای از مؤلفین از قبیل لیون کان و رنو و تالر^۲ هم پذیرفته شده است با عقیده مخصوصی که بواسل برخلاف سایر مؤلفین راجع به عدم انتقال مالکیت پرداخت های حساب دارد که بموقع خواهیم دید ذکر تعریف وی که مفاد آن ذیلاً نقل می شود بی مورد خواهد بود:

«حساب جاری عقدی است که بموجب آن طرفین قرار می گذارند، هنگامی که مطالبات ناشی از عملیات آنها وارد حساب می شود استقلال و وضع خاص خود را از دست داده تشکیل مانده می دهد، که فقط در دوران مورد توافق طرفین قابل مطالبه باشد».

۲. ژرژ ریپر و امانوئل ورژه در جلد اول کتاب حقوق تجارت منتشر در ۱۹۵۶ (Emmanuel Vergé and Georges Ripert, 1956) از بیان توضیح لازم در اطراف تعریف های عده ای که از حساب جاری شده تعریفی پیشنهاد نموده اند که مفاد آن ذیلاً درج می گردد:

«حساب جاری عقدی است که به موجب آن دو شخص در روابط معاملاتی خود موافقت می نمایند، مجموع عملیات مختلف بین خود را از طریق ثبت پرداخت های بدهکار و بستانکار در حساب واحدی انجام دهند بستانکاری ها و بدهکاری های ناشی از دوران عمل حساب حالت تعلیق داشته فقط موقع بستن حساب مانده آن بطور قطع قابل پای یا پای و مطالبه خواهد بود».

۱. رأی مورخ ۱۰ نوامبر ۱۸۱۸ و ۱۰ فوریه ۱۸۴۷ و ۲۵ مارس ۱۸۶۲ و ۲۸ ژوئن ۱۸۶۲.

۱۲. نتیجه مباحث

در این مقاله سعی گردید، پژوهشی جامع از قرارداد حساب جاری ارائه گردد. از کنکاش در ماهیت این قرارداد چنین نتیجه‌گیری شد، که این قرارداد با هیچ‌یک از عقود ودیعه یا قرض تطابق نداشته، بلکه باید، آن را در زمره عقود نامعین تلقی نمود. در نهایت، قرارداد حساب جاری بانکی عبارت است از:

قراردادی است، که مطابق آن بانک و مشتری (صاحب حساب) توافق می‌کنند، که حسابی معین تحت عنوان حساب جاری بانکی بنام مشتری (صاحب حساب) در بانک افتتاح کند و بانک تعهد می‌نماید، کلیه وجوه واریزی به این حساب را به پذیرد و تمام یا بخشی از معادل آن وجوه را حسب دستور مشتری به وی یا هر شخص دیگر دارنده چک بپردازد. قرارداد حساب جاری قراردادی خاص، مستقل و نامعین بوده و برای کشف شرایط خاص انعقاد این قرارداد، آثار آن، تعهدات متقابل طرفین و... می‌بایست از متن قرارداد که مبین قصد مشترک طرفین می‌باشد، و نیز منابع پراکنده‌ای نظیر قواعد عمومی قراردادها، حقوق تجارت، عرف خاص بانکی، اصول و قواعد فقهی و حقوقی استفاده نمود.

در بررسی آثار قرارداد حساب جاری بانکی ملاحظه گردید، که سه اثر اصلی این قرارداد عبارتند از "تعهد بانک به پذیرش وجوه واریزی"، "انتقال مالکیت وجوه واریزی به بانک" و "تعهد بانک به استرداد عندالمطالبه مثل وجوه دریافتی". و آثار ضمنی نیز بررسی شد. در بخش آخر موارد انحلال قرارداد بررسی گردید. در این بخش ابتدا موارد ازادی انحلال در این قرارداد بررسی شد، و سپس مواردی که قهری قرارداد حساب جاری با انحلال مواجه می‌گردد، مورد بحث قرار گرفت. این موارد قهری خود در دو دسته موارد مرتبط با بانک و صاحب حساب مورد بررسی قرار گرفت. ممنوعیت بانک از انجام عملیات به حکم هیات انتظامی بانک‌ها از علل انحلال قهری مرتبط با بانک می‌باشد، لیکن استدلال شد، که انحلال یا ورشکستگی بانک را نمی‌توان موجب انحلال فوری قرارداد حساب جاری دانست و در این‌گونه موارد قرارداد حساب جاری تا پایان امر تسویه به قوت خویش باقی خواهد ماند. در ادامه موارد انحلال قهری مرتبط با صاحب حساب مورد بحث قرار گرفت. ملاحظه

گردید، که مطابق ماده ۲۱ قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵/۴/۱۶ یکی از موارد انحلال قرار داد حساب جاری بانکی صدور بیش از یکبار چک بلامحل توسط صاحب حساب است، البته در صورتی که منجر به صدور کیفرخواست گردد.

فهرست منابع

الف-فارسی

اسکینی، ربیعا (۱۳۸۰)، حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری، جلد اول، چاپ پنجم، انتشارات سمت، تهران.
امامی، سید حسن (۱۳۷۷)، حقوق مدنی، جلد (۲)، چاپ چهاردهم، کتابفروشی اسلامیه، قم.
بهمند و بهمنی، محمد و محمود (۱۳۷۹)، بانکداری داخلی (۱)، چاپ هفتم، موسسه عالی بانکداری ایران، تهران.
دهخدا، علی اکبر (۱۳۴۰)، فرهنگ دهخدا، جلد دوم، چاپخانه دانشگاه تهران.
شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، سقوط تعهدات، چاپ ششم، انتشارات مجد، تهران.
ضیایی، منوچهر (۱۳۷۲)، مجموعه قوانین پولی و بانکی و سایر قوانین مربوطه از سال ۱۲۸۵ تا سال ۱۳۷۰، جلد اول، چاپخانه سازمان برنامه و بودجه کشور، تهران.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، حقوق مدنی، عقود معین (۴)، شرکت سهامی انتشار، تهران.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس‌هایی از عقود معین (۲)، چاپ نهم، کتابخانه گنج دانش، تهران.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار، تهران.
کاشانی، محمود (۱۳۸۴)، «نارسایی‌های حقوقی بانکداری در ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، ۴۲، تهران.
کیایی، کریم (۱۳۴۷)، حساب جاری، چاپ شرکت بورس تهران.
مسعودی، علیرضا. (۱۳۸۶)، حقوق بانکی، انتشارات پیشبرد، تهران.

ب-انگلیسی

University of London. Centre for Commercial Law Studies, & Chartered Institute of Bankers (London) (1999), European banking law: the banker-customer relationship. R. Cranston (Ed.). LLP.
Ellinger, E. P., Lomnicka, E., & Hare, C. (2011), Ellinger's modern banking law. Oxford University Press.
Cranston, R. (2018), Principles of banking law. Oxford University Press.

ج-فرانسه

Things you need to know about banking in France - Complete France
Merlin, Répertoire de Jurisprudence, 1825, Compte courant
Lyon- Caen et Renault, Traité de droit Commercial t. 1v.
Léon Lacour et Jacques Bouteron, précis de droit commercial, t 2.
Ripert, traité élémentaire de droit commercial 1959.
Delamarre et Le Poitvin, traité de droit Commercial, 1862 t. 111. p. 434.

Boistel, PRÉCIS de droit Commercial, 1884, No 880 A.

Dalloz Répertoire de droit Commercial et des sociétés. Emmanuel Vergé et Georges Ripert, 1956, t 1er p. 537, No 38.

Alauzet, Commentaire de code de Commerce, 1879. t. 1er.

Dietze, des comptes courants, 1869.

دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت

سال پنجم، شماره ۱۰، پائیز و زمستان ۱۳۹۷

آثار حقوقی تولد کودک از طریق رحم جایگزین

محمدحسین بیاتی^۱، حمیدرضا رنجبر قاسمی^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۰/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۴/۲۷

چکیده

استفاده از رحم جایگزین در درمان ناباروری از مباحثی است که با سؤالات و ابهامات متعددی مواجه است. از آن جا که نوزادانی که با روش رحم جایگزین متولد می‌شوند مانند کودکان متولد از لقاح طبیعی از حقوق مدنی برخوردار هستند، پرداختن به حقوق آنان در فرآیند باروری تا تولد و حتی پس از آن ضروری می‌نماید. یکی از مسائلی که در این مبحث کمتر مورد توجه اندیشوران قرار گرفته، بررسی آثار حقوقی تولد کودک از طریق رحم جایگزین است. نگارندگان کوشیده‌اند با بررسی آثار حقوقی تولد کودک از طریق رحم جایگزین از جهت نسب، حضانت، ولایت، ارث و نفقه کودکان، جنبه‌های آن را روشن نمایند، بنابر این هدف این تحقیق بررسی آثار مالی و غیر مالی عقد قرارداد رحم جایگزین می‌باشد. دستاورد این پژوهش این است که مهمترین مسئله تعیین نسب کودک است و با مشخص شدن نسب، تعیین تکلیف سایر حقوق مالی و غیرمالی کودکان مزبور، با توجه به مبانی موجود در نظام حقوقی ایران چندان دشوار نخواهد بود.

کلیدواژه‌گان: رحم جایگزین؛ قرارداد رحم جایگزین؛ آثار حقوقی قرارداد؛ نسب پدری؛

نسب مادری

۱. دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی، استادیار دانشگاه عدالت

۲. نویسنده مسئول و دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه عدالت، hamidraha14@gmail.com

مقدمه

برای رفع مشکل زنانی که به طور طبیعی نابارورند یا به علت موجه پزشکی نمی‌توانند جنین خود را در رحم خویش تا روز تولد نگه دارند، استفاده از «رحم جایگزین» در قالب یکی از قراردادهای معتبر، راه کار مناسبی به نظر می‌رسد. این پدیده نسبت به ره‌آوردهای دیگر علمی امتیاز ویژه‌ای دارد و آن، توجه به نهاد خانواده و مسائل مربوط به آن است. منظور از رحم جایگزین مداخله زن دیگری (غیر همسر) در تولید مثل مصنوعی است که مادر جایگزین هم نامیده می‌شود، به این صورت که زن ثالث قدرت پرورش فرزند را در رحم خود دارا می‌باشد و با قبول اسپرم و تخمک یا جنین از پدر و مادر حکمی، آن را برایشان پرورش می‌دهد و این شیوه، موضوع حقوقی و فقهی جدیدی است که پرسش‌های زیادی را برانگیخته است. انجام روز افزون این شیوه درمانی در ایران و وجود متقاضیان بی‌شمار به همراه وجود نکات مبهم فراوان در این زمینه، مانع بزرگی در راه استفاده از این دستاورد مهم پزشکی به شمار می‌آید و تأمل و تفحص زیادی را از سوی متخصصین فقهی و حقوق‌دانان می‌طلبد تا با نگاهی عمیق‌تر تمامی زوایای این موضوع مورد بررسی قرار گیرد. بدیهی است که استفاده از مبانی معمول در حقوق کودکان متولد از طریق طبیعی نمی‌تواند در بررسی حقوق نوزادان تولد یافته از روش رحم جایگزین کاملاً ثمر بخش باشد (طباطبائی و جلیلی، ۱۳۹۳: ۳۸). و از طرفی عدم تبیین دقیق این حقوق، زمینه ساز بروز مشکلات بسیاری می‌شود. از این رو لازم است با توجه به پیامدهای این روش جدید تولید مثل انسانی، نسبت به اظهار نظر و قانونمند کردن مراحل مختلف آن از زمان انعقاد قرار داد مادر جانشین تا تولد و پس از آن اقدام نماید تا در صورت بروز مشکلات احتمالی، پاسخ صریح حقوقی وجود داشته باشد. بنابر این هدف این تحقیق بررسی آثار مالی و غیر مالی عقد قرارداد رحم جایگزین می‌باشد. در این مقاله ابتدا گونه‌های مختلف روش رحم جایگزین از نظر ارتباط ژنتیکی مادر جانشین با جنین به اختصار بررسی شده سپس در دو قسمت، حقوق غیرمالی یعنی نسب، حضانت، ولایت و حقوق مالی یعنی ارث و نفقه کودکان متولد شده از این روش تبیین شده است.

۱. تعریف رحم جانشین و ویژگی‌های آن

رحم جایگزین یا جانشین، از زمره شیوه‌های درمان ناباروری است که با استفاده از رحم زن دیگر واقع می‌شود. این جایگزینی ممکن است به صورت جزئی (نسبی) یا کلی صورت پذیرد. در نوع کامل آن، از تخمک زن حامل‌کننده کودک برای جنین استفاده نمی‌شود و فاقد هرگونه ارتباط ژنتیکی میان مادر و کودک است، اما در نوع جزئی، از تخمک صاحب رحم برای باروری استفاده شده و مادر و کودک از ارتباط ژنتیکی برخوردار هستند (رحیمی، ۱۳۸۶: ۱۶۵).

در این روش، تخمک و اسپرم از زوج نابارور گرفته شده و ضمن لقاح آن در محیط آزمایشگاهی، در رحم مادر داوطلب حمل جنین یا جانشین رحم گذارده می‌شود. در این حالت، انتقال جنین یا جنین‌های ناشی از لقاح تخمک و اسپرم زوج نابارور به رحم یک زن دیگر صورت می‌پذیرد. زن حامل‌کننده جنین، در وضعیت یادشده، تنها یک میزبان برای جنین است و از نظر ژنتیکی هیچ‌گونه مشارکتی با جنین حاصله ندارد. در چنین حالتی، اسپرم پدر با تخمک مادر در محیط آزمایشگاهی لقاح داده می‌شود و جنین مزبور در رحم زن دیگری که قابلیت بچه‌دار شدن را داشته باشد، جایگزین می‌شود و نوزاد متولدشده ویژگی‌های ژنتیکی پدر و مادر خود را به ارث می‌برد. مادر جانشین از نظر قانونی، فاقد وجاهت حقوقی نیست.

توافق زوج قانونی نابارور برای بهره‌مندی از رحم زن دیگر جهت حمل و پرورش جنین متعلق به آنها و سرانجام تحویل و استرداد نوزاد تولدیافته به زن و شوهر مزبور، اصولاً در قالب یک قرارداد استدعا و اجابت تحقق می‌یابد. طرفین عقد در این قرارداد را از یک سو، زن و شوهر نابارور و از سوی دیگر، مادر پذیرنده جنین «مادر جانشین» تشکیل می‌دهند و مطابق قواعد عمومی قراردادها، اراده انشایی این دو طرف است که منجر به پیدایش عمل حقوقی مورد بحث می‌گردد (سیفی، ۱۳۸۷: ۶۷).

در قرارداد استفاده از رحم جایگزین، به موجب آن یک زن به‌عنوان مادر جانشین، بنا به درخواست یک زن و شوهر (والدین حکمی) موافقت می‌کند که ضمن حمل جنین و طی ایام بارداری، به ترتیب مقرر در قرارداد، نسبت به به‌دنیا آوردن جنین مزبور به عنوان فرزند آنها اقدام کند و پس از آن، نوزاد مزبور را به آنها تحویل نماید. موجبات استفاده از این روش به علت عدم وجود رحم در زن اصلی به صورت مادرزادی، ابتلای زن به بیماری‌های مخرب و بدخیم مانند سرطان،

قلبی، فشار خون و دیابت، ابتلای زن به سقطهای مکرر که منجر به ناباروری و توقف خود به خودی حاملگی گردیده است، عدم موفقیت در تکرار درمان ناباروری به روش لقاح خارج رحمی، وجود نقص یا بیماری که قادر به حمل جنین نباشد، آسیب دیدن رحم و برداشتن رحم طی یک بیماری یا تصادف و مانند آنهاست.

بدین ترتیب، رحم جایگزین روشی است که طی آن زن صاحب رحم، جنین فرد دیگری را در رحم خود حمل می‌کند و بر مبنای توافقی که از قبل صورت گرفته است، تعهد می‌نماید که پس از طی دوران بارداری و زایمان، نوزاد حاصل را به زوجین نابارور تحویل دهد. حمل‌کننده جنین ضروری است از نظر جسمی و سلامت فردی و شخصی؛ سالم، فاقد وضعیت بارداری خطرناک، برخوردار از تجربه قبلی بارداری و زایمان، فاقد بیماری‌هایی چون ایدز و هیپاتیت و عادت به مصرف دارو و الکل یا اعتیاد بدان‌ها، دارای حسن سابقه و معاشرت و برخوردار از رضایت همسر یا خانواده وی و دارای آمادگی روحی و روانی مناسب برای پذیرش این مسئولیت باشد.

۲. جنبه‌های مثبت و منفی رحم جایگزین

۲-۱. جنبه‌های مثبت

۱- با استفاده از این روش، آرزوی دیرینه خانواده‌های فاقد فرزند و نابارور، به واقعیت تبدیل شده و موجب بقای خانواده و نسل آنها می‌گردد و خود زمینه‌ساز کاهش آمار طلاق در کشور و حل مشکلات زوج‌های نابارور در این رابطه خواهد شد.

۲- در این روش، به جهت تولید جنین‌های مربوطه، امکان استفاده از آنها و مطالعه در زمینه‌های مختلف ژنتیکی و درمان بیماری‌هایی مانند سرطان فراهم می‌شود.

۳- روش رحم جایگزین، همراهی با پیشرفت فن‌آوری‌های نوین پزشکی در زمینه ژنتیک و درمان ناباروری می‌توان محسوب گردد.

۴- روش مزبور متناسب با عرف و فرهنگ و نظام حقوقی و اجتماعی هر کشور و دولتی قابل پذیرش یا منع و رد است.

۵- فرزند صالح از این روش از لحاظ ژنتیکی تمام خصوصیات والدین صاحب نطفه را دارد و نسبت به روش‌های غیرشرعی و یا فرزند خواندگی ارجحیت دارد.

- ۶- این روش به زنانی که از لحاظ تخمک‌گذاری مشکلی نداشته و دلایل دیگری برای ناباروری دارند، کمک می‌کند. از این رو درصد بالایی از مشکلات ناباروری حل می‌شود.
- ۷- از لحاظ فقهی فرزندی که در رحم جایگزین رشد یافته، مشروع محسوب می‌گردد.

۲-۲- جنبه‌های منفی

- ۱- لقاح خارج از رحم سبب جدایی رابطه جنین و تولیدمثل می‌گردد که به هیچ‌وجه، شایسته نیست.
- ۲- بروز و ظهور احتمالی برخی از نابهنجاری‌ها در جنین هنگام لقاح خارج از رحم یا هنگام انتقال جنین.
- ۳- این روش هنوز مورد قبول همه مردم واقع نشده و اکثر آنها از آن بی‌اطلاع بوده و در نتیجه دید و نگاه مناسبی نسبت به فردی که در مقام حمل‌کننده جنین برخواهد آمد، وجود ندارد.
- ۴- احتمال انتقال بیماری‌های ویروسی و عفونی مانند ایدز و هیپاتیت و... از مادر جانشین به جنین یا برعکس، وجود دارد.
- ۵- تحمیل قهری درد و رنج و آسیب‌های احتمالی به جنین حاصل از لقاح خارج از رحم در انجام تحقیق و آزمایشات در دستور کار.
- ۶- ممکن است رحم جایگزین کاملاً، جای مادر ژنتیک و طبیعی را بگیرد و موجب نابودی خانواده گردد و زمینه توسعه تجارت رحم جانشین و دور ریختن جنین‌های اضافه را فراهم کند.
- ۷- ظهور و بروز اشکالات متعدد حقوقی و خانوادگی و فقدان مکانیسم قانونی لازم برای حل و فصل آنها.
- ۸- ضعف نظام حقوقی، عرفی و قانونی مرتبط برای مدیریت و هدایت حقوقی و حل و فصل اختلافات حاصله.
- ۹- توسعه روابط پنهانی احتمالی بین حمل‌کننده جنین با همسر و شخص ثالث و آثار و پیامدهای حاصله نسبت به جنین و والدین ژنتیکی آنها.
- ۱۰- بروز و ظهور بسیار از مشکلات روحی و روانی در حمل‌کننده جنین و خانواده وی و والدین ژنتیکی کودک.

۱۱- آگاهی بعدی نوزاد حاصل از استفاده از رحم جانشین، ممکن است سبب بروز مشکلات روحی، روانی و اجتماعی برای وی گردد.

۱۲- امکان سوءاستفاده‌های حقوقی، مالی و پزشکی در این روش منتفی نبوده و گسترش بازار دلایلی‌های این حوزه نشان از این واقعیت دارد (زمانی درمزاری، ۱۳۹۲: ۱۰).

۳. نگاه‌ها و رویکردهای موجود نسبت به رحم جایگزین

۱- نگاه و رویکرد نخست، مبتنی بر حق افراد در تعیین سرنوشت خویش و حاکمیت اراده آنان با رعایت حفظ و احترام به حقوق دیگران و عدم ورود هرگونه خسارت و لطمه به آنان است. در این حالت، قرارداد توافق‌شده بین افراد تا زمانی که مضر نسبت به دیگران نباشد، نافذ و معتبر بوده و طبق قواعد عمومی قراردادها قابل اعمال است.

۲- نگاه و رویکرد دوم، دائر بر تأکید بر نظام هنجاری و ارزشی جامعه است. بدین معنا که با وجود حاکمیت افراد بر سرنوشت خویش و اعتبار اصل آزادی قراردادهای بین آنها، ممکن است رحم جایگزین، ارزش‌های جامعه را به شدت زیر سؤال برده و شأن و کرامت انسانی جنین را مخدوش نماید و در نتیجه، تزلزل و نیستی بنیان خانواده و عشق و دوستی زوجین را همراه داشته باشد. در این دیدگاه، قرارداد تنها در چارچوب ارزش‌های اجتماعی قابل تأیید و تنفیذ است و نه در خارج از آن.

شایان ذکر است؛ در سال ۱۹۷۶ یک وکیل حقوقی در آمریکا به نام نوئل کین، نخستین توافقنامه رسمی میان یک زوج و مادر جایگزین را تنظیم کرد و از آن زمان «رحم جایگزین» به عنوان یک راه‌حل مهم در درمان نازایی زنان به کار گرفته شد. مانند هر تجارت دیگری، در این مورد نیز دلالان و واسطه‌ها وارد صحنه شدند و با شناسایی زنان مایل به استفاده از رحم جایگزین، بارداری آنها از راه مصنوعی با اسپرم مردی که همسرش نابارور بود، صورت می‌گرفت.

استفاده از بارداری جایگزین در سال ۱۹۸۰ که فن‌آوری این عرصه پیشرفت کرد و تکنیک‌های جدید به کار گرفته شد، افزایش یافت. درحقیقت، از این زمان از تکنیک رحم جایگزین که براساس آن، تخمک و اسپرم یک زوج در شیشه لقاح می‌یابد و سپس به رحم جایگزین منتقل می‌شود، مورد استفاده قرار گرفت.

در آمریکا اولین بار در قضیه "Baby M" به شکل گسترده‌ای به موضوع رحم جایگزین پرداخته شد. در این پرونده، مادر جایگزین کودکی که در ۱۹۸۶ متولد شده بود از تحویل وی به والدین طبیعی او امتناع نمود. دادگاه نیوجرسی به‌رغم وجود موافقت‌نامه‌ای که به امضا دو طرف رسیده بود، مادر جایگزین را مادر قانونی طفل قلمداد کرد و موافقت‌نامه منعقد را بلااثر و غیر قانونی دانست، لکن با در نظر گرفتن منافع طفل، حضانت وی را به والدین طبیعی‌اش (پدر بیولوژیکی و همسرش) واگذار کرد (زمانی درمزاری، ۱۳۹۲: ۱۱).

در این میان، برخورد دولت‌ها و کشورها مبتنی بر دو رویکرد یاد شده است. در تمامی ایالت‌های استرالیا (به جز تاسمانیا که به موجب قانون قراردادهای رحم جایگزین، مورخ ۱۹۹۳، این موضوع را در هرحالتی غیر قانونی می‌داند)، رحم جانشین با هدف نوع دوستی و کمک به غیر، تنها موردی است که قانونی قلمداد می‌شود و در تمامی ایالات، بهره‌برداری تجاری از رحم جایگزین، عملی مجرمانه قلمداد می‌شود.

برخلاف سایر ایالت‌های استرالیا، در استرالیای شرقی و و جنوب استرالیا، استفاده از رحم جایگزین تنها برای زوج‌های غیرهمجنس امکان‌پذیر بوده و استفاده از این امکان برای همجنس‌بازان غیرقانونی است. در کانادا، موضوع رحم مزبور به موجب قوانین این کشور پذیرفته شده و قانونی است و کلیه هزینه‌های این امر می‌تواند توسط والدین طبیعی طفل پرداخته شود. این در حالی است که در کبک، قراردادهای ناظر بر موضوع رحم جایگزین غیرقابل اجرا هستند. به موجب ماده ۵۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۹۹۱؛ هرگونه قراردادی که به موجب آن زنی متعهد به حمل یا زادن طفل دیگری شود، مطلقاً باطل است.

دادو ستد رحم جایگزین در هند به موجب حکم دادگاه عالی هند در سال ۲۰۰۲ امری قانونی است. هند به‌طور ویژه، مقصد زوج‌هایی است که نمی‌توانند بارور شوند و به فکر استفاده رحم زنی دیگر برای رشد دادن فرزند خود در طول دوران حاملگی هستند. رحم جایگزین آن‌چنان در هند رواج پیدا کرده که در کل هندوستان ۳۰۰۰ کلینیک به این امر اختصاص یافته است و بیشتر مشتریان این کلینیک‌ها از آمریکا، استرالیا، اروپا و آسیا مراجعه می‌کنند.

برخلاف هند، در ایتالیا، به موجب قانون، تمامی قراردادهای و توافقات مربوط به رحم جایگزین غیرقانونی است. شورای پژوهش ژاپن نیز در وضعیت مشابه ایتالیا، در مارس ۲۰۰۸ ممنوعیت استفاده

از رحم یاد شده را اعلام کرد و تأکید کرد که پزشکان و مشتریان آنها که خلاف این قانون عمل نمایند به موجب قانون مجازات خواهند شد .

با این وجود، در بلژیک و هلند رحم جایگزین در قالب نوع دوستانه آن پذیرفته شده و قانونی است، لکن استفاده تجاری از این امکان، غیرقانونی است. با این حال، محدودیت‌هایی که توسط دولت در این عرصه اعمال می‌گردد، مانع از آن است که زوجها در داخل کشور خود از این روش استفاده نمایند و غالباً به کشورهای دیگری مراجعه می‌کنند .

در این میان، در لاهور و کراچی پاکستان، بسیاری از مراکز درمانی به تجارت رحم جایگزین می‌پردازند و دولت تاکنون قانونی جهت سامان‌دهی این اقدام‌ها به تصویب نرسانده است. علاوه بر این، مقامات مذهبی در عربستان سعودی استفاده از مادر جانشین را مجاز نمی‌دانند. آن‌ها معتقدند که پزشکان باید تمامی تلاش خود را برای بازگرداندن باروری زن به کار گیرند و اولین پیوند رحم در جهان را در یک زن نابارور تحریم کرده‌اند .

در انگلستان نیز به موجب قانون ناظر بر توافقات رحم جایگزین، مصوب ۱۹۸۵، بهره‌برداری تجاری از آن ممنوع است و پرداخت هرگونه مبلغی به مادر جایگزین بیش از مبلغ تعیین شده به موجب قانون، غیر قانونی است. بدون توجه به ملاحظات قراردادی یا مالی ناظر بر هزینه‌های دوران بارداری، مادر جایگزین می‌تواند از حق قانونی خود برای نگه داشتن طفل پس از تولد استفاده کند؛ حتی در مواردی که وابستگی ژنتیکی میان آنها وجود ندارد (زمانی درمزاری، ۱۳۹۲: ۱۲).

در کشورهایی مانند اتریش، سوئد، آلمان و نروژ، استفاده از رحم جایگزین ممنوع بوده و غیرقانونی است. در فنلاند، یونان و ایرلند، استفاده از آن بدون هیچ‌گونه مقررات قانونی صورت می‌گیرد. در فرانسه، دانمارک و هلند، پرداخت هرگونه وجهی به صاحب رحم جایگزین ممنوع اعلام شده است. در ایالات متحده نیز رویه مشترکی وجود ندارد و هر ایالت تابع قوانین خاص خود است. در ایالت‌های آریزونا، نیوجرسی و میشیگان، قرارداد رحم جایگزین کاملاً ممنوع اعلام شده، اما در سایر ایالات مانند فلوریدا و کالیفرنیا، تحت شرایطی مجاز شمرده شده است؛ ولو آنکه مبتنی بر سود و منفعت احتمالی باشد (علیزاده، ۱۳۸۵: ۱۸)

۴. تفاوت رحم جانشین با شیوه‌های دیگر ناباروری

۱- در حقوق ایران، تعریف و ضابطه قانونی نسبت به رحم جانشین تعریف نشده و فاقد قانون خاص در این رابطه است، اما نسبت به اهداء جنین، قانون اهداء جنین به زوجین نابارور، مصوب ۲۹ تیر ۱۳۸۲، تصویب و لازم‌الاجراء شده است.

۲- نظر به فقدان قانون خاص نسبت به استفاده از رحم جانشین، اقدام والدین ژنتیکی و حمل‌کننده جنین یا اشخاص ثالث، نوعاً مبتنی بر انعقاد قرارداد خصوصی در چارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی و با رعایت الزامات مربوط به قواعد عمومی قراردادها و تجویز شرعی حاصله، حسب مورد است، اما این موضوع در خصوص اهداء جنین و گامت متفاوت بوده و طرفین در چارچوب شرایط قانونی مقرر در آن باید عمل کنند.

۳- برخلاف اهداء جنین، در روش استفاده از رحم جایگزین، دادگاه‌ها و محاکم قضایی مجاز به صدور مجوز قانونی لازم و صدور رأی در این باره، جز نسبت به مطالبات یا خسارات موضوع قراردادهای ارجاعی، نیستند.

۴- برخلاف روش استفاده از رحم جایگزین، وضعیت حقوقی جنین حاصل از اهدای جنین، از حیث نفقه، نسب، وراثت و مانند آن به جهت تصویب قانون خاص و آثار حاصل از آن مشخص است. ۵- نظر به تصویب قانون اهداء جنین، نحوه درخواست و اعمال آن، به ترتیب مقرر در این قانون تعریف و مشخص شده است، اما نسبت به روش استفاده از رحم جانشین، به لحاظ فقدان قانون خاص، روش‌ها و اقدامات طرفین، جز نسبت به امور پزشکی ذی‌ربط و ضروری، بنا به تعدد و تفاوت توافقات و تصمیمات متفاوت خواهد بود.

۶- شرط لزوم دارا بودن تابعیت ایران در کنار سایر شروط قانونی مقرر در قانون اهداء جنین مانند طرح و تقدیم تماشای مشترک زوجین به دادگاه برای درخواست صدور مجوز، گواهی پزشک مربوطه مبنی بر عدم توانایی زوجین به بچه‌دار شدن و مستعد بودن زوجه برای دریافت جنین، صلاحیت اخلاقی و اهلیت قانونی آنها، عدم ابتلاء به بیماری‌های صعب‌العلاج و اعتیاد ضروری است، اما شرایط یادشده لزوماً نسبت به روش استفاده از رحم جایگزین معمول نبوده و حتی، می‌تواند مغایر آن نیز در عمل، باشد (زمانی درمزاری، ۱۳۹۲: ۲۱).

۷- برابر ماده یک قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، مصوب ۱۳۸۲، اهدا و انتقال جنین‌های حاصل از تلقیح خارج از رحم زوج‌های قانونی به رحم زنانی است که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی، ناباروری آنها به اثبات رسیده است، اما در بحث رحم جایگزین، زن می‌پذیرد تا ضمن قرار گرفتن جنین در رحم وی و رشد آن، پس از به دنیا آمدن کودک، آنرا به زوجین متقاضی تحویل دهد (زمانی درمزاری، ۱۳۸۹: ۳۳۵).

۸- نسبت به کودک حاصل از تولد ناشی از اهداء جنین، با تجویز حاصله از سوی دادگاه برای وی شناسنامه صادر خواهد شد، اما نسبت به کودکان متولد از روش رحم جایگزین، نظر به ممنوعیت صدور گواهی ولادت به نام غیر از زن زایمان‌کننده و لزوم صدور بعدی شناسنامه برابر آن طبق ماده ۱۹ قانون ثبت احوال- والدین ژنتیکی برای تحصیل شناسنامه برای وی به نام خود به‌عنوان پدر و مادر او دچار مشکلات حقوقی و قانونی خواهند شد. با این وجود، در این حالت، برای آنکه نسبت به زوج‌هایی که از شیوه رحم جایگزین استفاده می‌کنند، با مشکل روبه‌رو نشوند، ثبت احوال براساس گواهی صادره از سوی بیمارستان و تصریح به این واقعیت و مهم، مبنی بر اینکه شخصی که زایمان می‌کند، به‌عنوان رحم جایگزین و حمل‌کننده جنین بوده است، نام مالک تخمک و اسپرم یا والدین ژنتیکی به‌عنوان پدر و مادر واقعی در شناسنامه کودک ثبت می‌نماید.

اقدام سازمان مزبور، نه از حیث الزام قانونی، بلکه با توجه به نظریه مشورتی صادره از سوی اداره کل حقوقی قوه قضائیه در سال ۱۳۸۴ که فاقد وصف قانون یا هرگونه الزام یا ضمانت‌اجرائی است، به منظور حل مشکلات حقوقی والدین ژنتیکی صورت می‌پذیرد.

۵. ماهیت حقوقی استفاده از رحم جایگزین

عنوان اجاره یا عاریه بودن قرارداد استفاده از رحم جایگزین نیز منطبق با هیچ یک از دو عقد معین یادشده نیست. اگر عقد اجاره باشد، باید اوصاف عقد اجاره مانند مالکیت مستأجر نسبت به منافع (رحم اجاره‌ای) مفروض شود، اما در عمل و واقعیت، این‌گونه نیست. همچنین، برابر ماده ۴۳۶، با توافق طرفین جهت فسخ یا با فوت هر یک، قرارداد منفسخ نمی‌گردد. از طرفی، بی‌نام یا بدون نام ماندن این قرارداد نیز از حیث حقوقی چاره کار نبوده و مشکلات را افزایش خواهد داد و طرفین

مجبور می‌گردند نسبت به همه مسائل قابل طرح مذاکره و تصمیم‌گیری نمایند (رحیمی، ۱۳۸۶: ۱۷۳).

در اجاره، مورد اجاره جزئاً یا کلاً، در صورت عدم منع مستأجر از سوی موجر، قابل واگذاری یا اجاره به غیر خواهد بود. این تجویز نسبت به قرارداد استفاده از رحم جایگزین نه تنها بی‌معنا بوده، بلکه دارای تالی فاسد نیز هست و بیان‌گر عدم شمول قواعد مربوط به عقد اجاره در این باره نیز خواهد بود. در حقوق ایران، موضوع رحم جایگزین مضمول قانون خاصی نیست و همانند فنلاند، یونان و ایرلند، بدون وجود قانون خاصی، این شیوه مورد استفاده قرار می‌گیرد.

درباره رحم جایگزین در حقوق ایران مقررات خاصی وجود ندارد و وضعیت حقوقی آن ناشی از قواعد عام حقوقی، فقه، توافق ارادی طرفین و تجارب دیگر کشورها، با استفاده از فن‌آوری‌های نوین پزشکی است. برای صحت قرارداد رحم جایگزین، صرف استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی و قواعد عمومی قراردادها، کافی نیست و تصویب و وضع مقررات ویژه و خاص در این باره ضرورت دارد. تعریف و تدقیق تعهدات طرفین و حدود مسئولیت قراردادی آنها نیز در این باره ضروری است. همچنین در مسئولیت خارج از قرارداد، یا اساساً، قرارداد نافذی میان زیان‌دیده و عامل ورود ضرر وجود ندارد یا اینکه ضرر ناشی از نقض تعهدات قراردادی نیست، بلکه تکالیف عمومی زیر پا گذاشته شده و از رفتار انسان متعارف تجاوز شده است.

رحم جایگزین به جهت خاص و نوین بودن آن، فاقد هرگونه عرف یا مقررات قانونی خاصی بوده و ضرورت دارد نظام حقوقی آن تصویب و مورد اجرا گذارده شود و دخالت قانون‌گذار در این باره لازم است. رحم جایگزین دارای ابعاد و آثار اجتماعی متعدد است که در صورت نادیده گرفتن آن، ممکن است موجب بروز آسیب‌های جدید در جامعه گردد و نظم عمومی نادیده گرفته شود (رحیمی، ۱۳۸۶: ۱۶۵).

با سکوت قوانین و مقررات درباره استفاده از رحم جایگزین، ۲ راه برای حل موضوع به نظر می‌رسد:

۱- مراجعه به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی که به جهت نوین بودن موضوع و عدم تجارب خاص در این باره و فقدان وجود متن صریحی در آیات و روایات در این خصوص و برداشت‌های اختلافی موجود در این زمینه، چندان مؤثر و سودمند نیست.

۲- مراجعه به عمومات و قواعد کلی قراردادها در بحث استفاده از رحم جایگزین است که مورد توجه بیشتر حقوق دانان قرار دارد. در همین رابطه، ماده ۱۰ قانون مدنی، ناظر به نفوذ و اعتبار قراردادها و توافقات خصوصی موافق با قانون افراد و عدم مخالفت صریح آن با قراردادن رحم جایگزین، ماده ۲۱۹ همان قانون در اعلان اصل لزوم صحت در قراردادها و نیز لازم الاجرا بودن عقود مبتنی بر قانون بین طرفین و قائم مقام قانونی آنها برابر ماده ۲۱۹ قانون مزبور و اصول و قواعد فقهی مربوطه مانند اصله اللزوم، اصله الصحه، قاعده احترام و... در تقویت این دیدگاه نقش مهمی دارند (صفایی و امامی، ۱۳۹۰: ۳۲۰).

در این میان، برخی از حقوق دانان ایرانی با تأکید بر لزوم حفظ شأن و کرامت انسانی و رعایت عشق و حرمت خانواده، نسبت به استفاده از رحم جایگزین و قرارداد مربوط به آن ابراز تردید کرده و برخی دیگر همانند حقوق دانان فرانسوی، قرارداد رحم جایگزین را موجب تصرف در وضعیت شخص و جسم انسان و برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه مذکور در ماده ۹۷۵ قانون مدنی بر شمرده اند (صفایی، ۱۳۸۳: ۸۳).

۶. آثار غیر مالی مربوط به کودک متولد از رحم جایگزین

منظور از آثار غیر مالی این است که کودک از جهت قرابت نسبی و آثار ناشی از آن نظیر حرمت نکاح و حضانت و تربیت و ولایت هم رابطه ای با صاحب اسپرم و تخمک و مادر اجاره ای و خانواده آنها خواهد داشت که در اینجا به بررسی این موارد می پردازیم.

۶-۱. نسب پدری

پیرامون این موضوع که پدر کودک متولد شده از روش رحم جایگزین چه کسی است، سه دیدگاه عمده وجود دارد. ابتدا به تبیین مختصر این دیدگاه های پردازیم و سپس ضمن نقد و بررسی آن، نظریه ای را که با مبانی فقهی و حقوقی ما انطباق بیش تری دارد بر می گزینیم.

الف) دیدگاه اول: فاقد نسب پدری

در این دیدگاه کودک متولد از روش رحم جایگزین، فاقد نسب پدری است؛ زیرا حمل و ولادت باید در فراش و با نزدیکی بین زن و شوهر صورت گیرد در حالی که در بارداری به روش رحم

جایگزین ایجاد حمل در فراش و با نزدیکی بین زن و شوهر صورت نگرفته است پس کودک به زوج که صاحب اسپرم است منتسب نمی‌شود (گواهی، ۱۳۸۶: ۱۲۸)

تحلیل: این دیدگاه صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا آن چه سبب انتساب کودک به پدر و مادر می‌شود رابطه زوجیت بین آن‌هاست و خصوصیتی در نزدیکی بین زن و شوهر وجود ندارد تا در تحقق نسب مؤثر باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۲۲) در واقع این که نطفه زوجین در چه مکانی نهاده و تکثیر شده است اهمیتی ندارد، آن چه مهم است تعلق نطفه به زوجین می‌باشد که در بارداری به روش رحم جایگزین، چنین وصفی موجود است و طبیعی یا غیرطبیعی بودن روند به وجود آمدن فرزند، هیچ تأثیری در حقوق و وظایف فرزندی و آثار مترتب بر آن ندارد، زیرا نزدیکی بین زن و شوهر به عنوان مصداق معمول بارداری می‌باشد و ایجاد رابطه مشروع، منحصر به آمیزش طبیعی نیست، بنابراین آمیزش طبیعی به خودی خود خصوصیتی ندارد تا بود و نبود آن ملاکی برای الحاق یا عدم الحاق کودک به پدر و مادر باشد (مؤمن قمی، ۱۴۱۵: ۸۰).

ب) دیدگاه دوم: نسب پدری براساس توافق در قرارداد

در این دیدگاه از آنجا که قرارداد منعقد به وسیله افراد عاقل و بالغ می‌باشد تعیین والد نیز براساس آن توافقات صورت می‌گیرد (رحیمی، ۱۳۸۶: ۳۷۴)

تحلیل: این دیدگاه نیز نمی‌تواند مورد پذیرش قرار گیرد، زیرا نسب به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی بین زن و مرد به وجود می‌آید و منشأ تکوینی و واقعی دارد، پس با انعقاد قرارداد نمی‌توان این رابطه را تغییر داد. به عبارت دیگر، اگرچه قرارداد استفاده از روش رحم جایگزین با توجه به اصل حاکمیت اراده می‌تواند در قالب ماده ۱۱ قانون مدنی پذیرفته شود و بر اساس اصل حاکمیت اراده، تعهدات طرفین قرارداد بر اساس اراده آن‌ها ایجاد شود، اما در قرارداد استفاده از روش رحم جایگزین، همه آثار قرارداد نمی‌تواند بر اساس اراده طرفین تعیین گردد و پاره‌ای آثار قهری مانند نسب، به صورت قهری و غیرارادی بر آن مترتب می‌شود (رخشنده رو، ۱۳۸۶: ۴۰۷)

ج) دیدگاه سوم: نسب پدری براساس ارتباط ژنتیکی:

این دیدگاه به ارتباط ژنتیکی کودک توجه دارد و کسی را پدر این کودک می‌داند که اسپرم او در تشکیل جنین نقش داشته است.

تحلیل: این دیدگاه با مبانی فقهی و حقوقی سازگارتر است از نظر پزشکی نیز ماده سازنده جنین از ناحیه پدر، اسپرم موجود در منی وی است (دهقانی و همکاران، ۱۳۸۸: ۱۴۹) و همسر مادر، جانشین، هیچ رابطه‌ای با کودک متولد شده ندارد تا پدر او به حساب آید اما از جهت حرمت نکاح، این طفل فرزند زوجه اوست و اگر دختر باشد شوهر نمی‌تواند با چنین دختری ازدواج کند (گرجی و همکاران، ۱۳۸۷: ۴۳۳) در عرف عام نیز انتساب به پدر، مبتنی بر پیدایش کودک از نطفه اوست. اکثر فقها نیز بر آن اعتقادند، این است که کودک به صاحب اسپرم ملحق می‌شود. بر این اساس، پدر کسی است که صاحب نطفه باشد (یزدی، ۱۳۷۵: ۱۱)

۶-۲- نسب مادری

برای تولید و پرورش جنین، زن دو نقش عمده دارد: یکی دادن تخمک و ترکیب تخمک با اسپرم مرد و دیگری جای دادن این موجود مرکب در رحم، جهت تغذیه و رشد و نمو (مهرپور، ۱۳۷۹: ۳۸۱)

در واقع، پدر تنها از نظر ژنتیکی با فرزند خود رابطه طبیعی و خونی دارد، اما مادر هم از نظر ژنتیکی، یعنی از طریق تخمک و هم از نظر فیزیولوژیک، یعنی از طریق نگهداری کودک در رحم خود با فرزند خویش رابطه خونی و طبیعی دارد (حمداللهی؛ روشن، ۱۳۸۸: ۱۶۷)

اگر اسپرم مردی با تخمک زنی ترکیب گردد و جنین تشکیل شده در رحم آن زن پرورش یابد، بدون هیچ‌گونه تردیدی، زن، مادر این کودک و مرد، پدر اوست. اما در روش استفاده از رحم جایگزین، اسپرم و تخمک زوجین (پدر و مادر حکمی) پس از لقاح در رحم زن دیگری (مادر جانشین) کاشته شده و باردار می‌شود. در این حالت هر یک از این دو زن، یکی از طریق تخمک و دیگری از نظر نگهداری در رحم خویش با کودک متولد شده ارتباط طبیعی دارند. حال این سؤال مطرح می‌شود که مادر این کودک کیست؟

الف) دیدگاه اول: فاقد نسب مادری

عده قلیلی به علت عدم وقوع نزدیکی بین زن و شوهر، کودک متولد شده را فاقد نسب می‌دانند

(حاتمی، ۱۳۷۸: ۶۰)

(ب) دیدگاه دوم: مادر جایگزین مادر قانونی طفل است.

طرفداران این دیدگاه بر این اعتقادند که ملاک اثبات نسب مادری، ولادت کودک از مادر است و این ولادت دلیل قاطعی است بر این که زنی که کودک را به دنیا می‌آورد، از نظر بیولوژی مادر حقیقی طفل است. در عین حال که نمی‌توان از وابستگی کودک نسبت به مادر جانسین که ماه‌ها کودک را در رحم خود، چون جزئی از پیکر خویش نگه داشته و همه وجود و رشد روانی و جسمی جنین، متأثر از اوست، چشم پوشید (رضانیا معلم، ۱۳۸۰: ۳۲۴)

از جمله طرفداران این نظریه (آیت الله روحانی (استفتای ۱۸ صفر ۱۴۲۶ ق)؛ آیت الله تبریزی (استفتای ۸۴/۱/۳۰/۴۵۳)؛ آیت الله موسوی اردبیلی (استفتای ۲/۵۱۲، ۱۳۸۴/۱/۲۵)؛ (نقل از رخشنده رو و صادقی: ۱۳۸۸)

آیت الله اراکی و بیش تر فقهای اهل سنت می‌باشند. به عنوان نمونه آیت الله اراکی چنین استدلال می‌نمایند که نطفه زن صاحب تخمک، معد است برای زن صاحب رحم، و عامل دوم یعنی رحم جزء اخیر علت تامه به دنیا آمدن کودک است، پس اولاد به دومی یعنی زن صاحب رحم ملحق می‌شود (گرمارودی، ۱۳۸۶: ۳۱۳)

طرفداران این دیدگاه، جدای از آن که برای اثبات ادعای خود به تعریف مادر در لغت‌نامه‌ها استدلال می‌نمایند، به بعضی از آیات نیز استناد می‌کنند (مجادله / آیه ۲). استفاده این دسته از فقها از این آیات به این صورت بوده است که مادر را زنی می‌دانند که کودک را به دنیا می‌آورد، نه زنی که تخمک متعلق به اوست.

(ج) دیدگاه سوم: مادر حکمی (ژنتیکی) مادر قانونی طفل است

این دیدگاه در میان فقها طرفداران زیادی دارد از جمله آیت الله خمینی (موسوی خمینی، ۱۳۶۳، ج ۲: ۵۶۱) آیت الله خامنه‌ای (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۸۲: ۲۸۲)، (آیت الله صافی گلپایگانی (استفتای ۲۹۹۱/۸۳)؛ آیت الله منتظری (استفتای ۴۶۳۰، ۱۳۸۴/۱/۱۵)؛ آیت الله مکارم شیرازی (استفتای ۹۶۴۳، ۱۳۸۴/۱/۱۴)؛ آیت الله صانعی (استفتای ۱۳۱۰۹، ۱۳۸۴/۱/۳۰)؛ (نقل از رخشنده رو و صادقی: ۱۳۸۸)

دلایل این دیدگاه از این قرارند:

حقایق علمی: پر واضح است که دستاوردهای پزشکی، کودک تولدیافته را، محصول اسپرم پدر حکمی و تخمک مادر حکمی می‌دانند و هیچ نقش اصلی و کلیدی برای رحم مادر جایگزین قائل نیستند (ناصری، ۱۳۸۶: ۱۶۶).

عرف: مفهوم نسب از مفاهیم عرفی است و عرف هم، طفل را فرزند صاحب نطفه یا تخمک می‌شناسد. (حمداللهی؛ روشن، ۱۳۸۸: ۷۴)

تشابه با اسپرم: تکوین جنین و پیدایش طفل، همواره با دو عنصر اسپرم و تخمک حاصل می‌آید، و چون همیشه صاحب اسپرم، پدر کودک محسوب می‌شود، طبعاً صاحب تخمک نیز مادر او به شمار خواهد رفت. دلیل دیگر، این که صفات وراثتی کودک فقط از زنی منتقل می‌شود که تخمک از اوست (مرقاتی، ۱۳۸۵: ۲۴۶). این دیدگاه قابلیت پذیرش بیشتری را در جامعه ایرانی دارد.

د) دیدگاه چهارم: کودک دارای دو مادر قانونی است.

گروهی از فقها و حقوق دانان سعی کرده‌اند با ارائه ادله‌ای این نظریه را تقویت نمایند که امکان تعلق طبیعی کودک به دو زن وجود دارد و هر یک از آنان می‌توانند مادر طبیعی و قانونی طفل به شمار آیند (مرقاتی، ۱۳۸۵: ۲۴۷).

از میان فقها و حقوق دانان معاصر، آیات عظام موسوی اردبیلی و صادقی تهرانی (گرمارودی، ۱۳۸۶: ۳۱۳) و دکتر قاسم زاده (قاسم زاده، ۱۳۸۷: ۶۴) کودک متولد شده از رحم جایگزین را دارای دو مادر می‌دانند و برای آن اشکالی جز خلاف عادت بودن، قائل نیستند و بر این باورند که کودک را باید هم به صاحب تخمک نسبت داد و هم به مادر جانشین، زیرا اگرچه هسته نخستین انسانی را صاحبان اسپرم و تخمک، تولید می‌کنند ولی این مقدار کافی نیست و تولید اعضاء و جوارح به ویژه در جریان تبدیل جنین به هیأت انسانی به مادر جانشین نسبت داده می‌شود، بنابراین، نسبت دادن چنین کودکی به دو مادر با مبانی و اصول پذیرفتنی است.

مبنای این احتمال نیز عرف، قلمداد شده است و عرف مادر چنین کودکی را، هر دو زن می‌داند. روشن است که افزون بر غرابت و نامتعارف بودن این سخن، پشتوانه عرفی هم ندارد زیرا چنانچه گفته شد، عرف، کودک را به زن صاحب تخمک ملحق می‌کند. علاوه بر این، مشکلات و پیامدهای حل ناشدنی دیگری مانند نابسامانی در توارث، محرمیت و نفقه نیز در مسئله رخ خواهد نمود.

از دیدگاه‌های ذکر شده طرفداران دیدگاه سوم دارای استدلال‌های محکم‌تری هستند، زیرا بدون شک و بر اساس یافته‌های پزشکی، نطفه کودک متولد شده از این روش که آغاز آفرینش وی و نخستین جزء وجود اوست، از لقاح اسپرم و تخمک مادر حکمی او به دست می‌آید و همین آفریده نخست، نخستین مرحله وجود این کودک است و صرف گذراندن مراحل رشد در رحم سبب تحقق نسب نمی‌باشد (مؤمن قمی، ۱۳۷۴: ۷۲)

۶-۳- حضانت

حضانت، نگه داشتن طفل، مواظبت و مراقبت او و تنظیم روابط او با خارج است (صفایی و امامی، ۱۳۹۰: ۱۳۸)

حضانت به منظور حمایت از صغیر و برای نگه داری جسمی و روحی اوست که مطابق مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۷۲ قانون مدنی و نظر بسیاری از فقها، هم حق و هم تکلیف والدین به حساب می‌آید (جبعی عاملی، بی‌تا، ج ۵: ۴۶۴)

اما سؤال این است که حضانت کودک متولد شده از روش رحم جایگزین با چه کسی است؟ برخی بر این اعتقادند که با توجه به آن که علی‌الاصول قراردادی بین پدر و مادر حکمی و مادر جانشین منعقد می‌شود احتمال اختلاف نسبت به سرپرستی کودک، منتفی است و اختلافات احتمالی بر مبنای قرارداد منعقد، حل و فصل می‌شود و کودک به کسی داده می‌شود که در قرارداد، مشخص شده است (قاسم زاده، ۱۳۸۷: ۵۰)

این دیدگاه صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا قوانین حضانت و نگه داری از کودک، جزء قوانین آمره می‌باشد که ارتباط تنگاتنگی با نظم عمومی دارد و از همین رو والدین نمی‌توانند بر خلاف آن تراضی نمایند و به عنوان نمونه، حضانت طفل را به شخص دیگری بسپارند، چرا که حضانت، هم حق و هم تکلیف والدین است.

برخی دیگر هم بر این اعتقادند که باید دید فرزند چه کسی را هم چون مادر خود می‌داند، صاحب تخمک یا مادر جانشین را؟ (مستولی، ۱۳۸۸: ۴۵)

به عبارت دیگر، مصلحت کودک می‌تواند معیار تمیز شخصی باشد که دادگاه حضانت کودک را به او می‌سپارد. با همین معیار باید پدر یا مادر را برگزیند یا بیگانه‌ای را بر آنان ترجیح داد. حضانت

تنها حق پدر یا مادر نیست، سِمَتی اجتماعی است که در اعطای آن شایستگی و توان به عنوان شرط ضروری مورد توجه قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۴۵۸)

این نظر نیز قابل خدشه است، زیرا حضانت، حق و تکلیف والدین است نه اشخاص دیگر. بر اساس نظری که در بحث نسب پذیرفتیم، صاحب اسپرم، پدر و صاحب تخمک، مادر این کودک است، بنابراین حضانت کودک بر اساس ماده ۱۱۶۹ اصلاحی سال ۸۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام با رعایت مواد باب دوم کتاب هشتم قانون مدنی، تا هفت سالگی برعهده صاحب تخمک و سپس بر عهده صاحب اسپرم خواهد بود. واگذاری حضانت به اشخاص ثالث در راستای رعایت مصلحت کودک هم منوط به احراز عدم صلاحیت والدین است که در مورد تمام کودکان صدق می‌کند خواه به طریق طبیعی متولد شده باشد یا به روش رحم جایگزین.

و البته به مفاد قراردادی که بین طرفین بسته می‌شود نیز بستگی دارد، چنانچه بعضی ممکن است کودک را برای مدتی برای استفاده از شیر مادر واسطه، به او بسپارند.

۶-۴- تربیت

در زمینه فرزند ناشی از رحم جایگزین می‌توان گفت صاحب اسپرم و تخمک بطور یقین والدین طفل محسوب هستند و تربیت کودک از تکالیف قانونی و شرعی آنان است که در این زمینه تردیدی وجود ندارد و آنچه قابل بحث است در مورد مادر جایگزین است، بی تردید در صورتی که حضانت کودک بر عهده مادر جایگزین باشد تربیت کودک نیز جزء حق و تکلیف وی خواهد بود ولی در غیر این صورت تکلیفی نخواهد داشت.

۶-۵- ولایت

ولایت در اصطلاح حقوقی عبارت است از سلطه و اختیاری که قانون به جهتی از جهات به شخصی برای انجام دادن امور مربوط به غیر می‌دهد، به کسی که این سمت را دارد، ولی گویند و ولایتی که به حکم قانون اعطا شده است، اصطلاحاً ولایت قهری نامیده می‌شود (یثربی قمی، ۱۳۸۸: ۲۰۶)

با توجه به این که ما در مبحث نسب، صاحب اسپرم را، پدر واقعی کودک دانستیم و با عنایت به ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی که در مقام تعیین اولیای قهری، مقرر می‌دارد «هر یک از پدر و جد پدری

نسبت به اولاد خود ولایت دارند» می‌توان اعلام نمود در بحث رحم جایگزین، پدر حکمی و به تبع او پدر پدر حکمی، اولیای قهری کودک محسوب می‌شوند.

اگر پدر و جد پدری در قید حیات نباشند و برای نگهداری و تربیت فرزند تحت ولایت خود وصی منصوب نکرده باشند در این صورت قیم منصوب به حکم دادگاه وظیفه ولایت را عهده دار خواهد بود که ممکن است دادگاه مادر صاحب تخمک و یا هر کس دیگر از جمله مادر جایگزین را برای قیمیت تعیین نماید.

۷- آثار مالی کودک متولد از رحم جایگزین

۷-۱- نفقه

نفقه کودک متولد از روش رحم جایگزین در دو دوره زمانی قابل بررسی است؛ یکی از زمان انتقال نطفه لقاح یافته والدین حکمی به رحم مادر جانشین تا زمان تولد و دیگری پس از تولد. انفاق مصدر باب افعال به معنای صرف و خرج کردن مال و در اصطلاح حقوقی عبارتست از تأمین مخارج ضروری فردی اعم از خوراک و پوشاک و مسکن و اثاث‌البیت که قانوناً تحت تکلف دیگری است. در روابط اقارب، فقط اقارب نسبی در خط عمودی اعم از صعودی و نزولی الزام به انفاق دارند.

الف) دوران حاملگی

با توجه به ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی و این که بر اساس مباحث گفته شده در بحث نسب، صاحب اسپرم را پدر کودک دانستیم، می‌توان این‌گونه استنباط نمود که در دوران حاملگی، پدر حکمی موظف به پرداخت نفقه مادر جانشین خواهد بود، زیرا پدر حکمی از باب نفقه اقارب، ملزم به پرداخت نفقه فرزند خود که در حالت حمل است، می‌باشد، اما چون حمل مستقیماً نمی‌تواند از این نفقه استفاده نماید و تغذیه و پرورش او از راه خون مادر جانشین صورت می‌گیرد، بنابر این، پدر حکمی ملزم به پرداخت نفقه به مادر جانشین است تا به وسیله خون او تغذیه به جنین برسد (ساعدی، ۱۳۸۶: ۵۵)

ب) دوران پس از تولد

با توجه به مشخص شدن پدر و مادر کودک متولد شده از روش رحم جایگزین در بحث نسب، و هم چنین مفاد ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی، پدر حکمی کودک یعنی صاحب اسپرم طبق مقررات فقهی

مکلف است نفقه کودک خود را که در رحم جایگزین رشد کرده و متولد شده است بپردازد و در پرداخت نفقه درجه اقریبیت ملاک تکلیف است بنابر این در صورت نبودن پدر تکلیف انفاق با جد پدری و سپس با پدر جد پدری و الی آخر خواهد بود و اگر پدر و اجداد پدری در قید حیات نباشند و یا با وجود در قید حیات بودن قدرت پرداخت نفقه را نداشته باشند نفقه کودک بر عهده مادر است. چون در این شیوه لقا، صاحب تخمک مادر است، بنابر این او موظف به تأمین نفقه می‌باشد.

۷-۲- توارث

پیرامون رابطه توارث بین کودک متولد شده از روش رحم جایگزین و مادر نیز، با توجه به آن که در بحث نسب، زن صاحب تخمک را مادر کودک دانستیم، رابطه توارث بین کودک و مادر حکمی (زن صاحب تخمک) برقرار است.

الف) توارث بین صاحبان اسپرم و تخمک و کودک

بر اساس ماده ۸۶۱ قانون مدنی، نسب یکی از موجبات ارث است و بدون شک، کودک متولد شده از روش رحم جایگزین، دارای نسب مادری و پدری می‌باشد و مطابق مقررات ارث مذکور در مواد ۸۶۱ به بعد قانون مدنی، ارث می‌برد. منشاء حیات انسان از نطفه آغاز می‌شود و تنها کسانی به صورت مطلق، پدر و مادر واقعی تلقی می‌شوند که در پیدایش این نطفه سهمیم بوده و از آنجا که بین صاحبان اسپرم و تخمک و کودک قرابت نسبی وجود دارد، طبق مقررات قانونی و فقهی اقارب نسبی از یکدیگر ارث می‌برند و جای هیچ گونه شبهه ای نیست که کودک از جهت ژنتیکی منتسب به صاحبان اسپرم و تخمک است، بنابراین بین آنها توارث برقرار است

ب) توارث بین مادر جایگزین و کودک

برای بررسی برقراری ارث بین کودک و صاحب رحم ابتدا باید به این مسئله توجه شود که صاحب رحم چه رابطه‌ای با کودک متولد شده دارد؟ با توجه به مباحثی که مطرح شد، مادر جایگزین در حکم مادر رضاعی کودک محسوب می‌شود، در این صورت با این که از جهت حرمت نکاح به مثابه مادر و فرزند هستند و بین فرزندان آنها نیز این حرمت وجود دارد ولی قرابت نسبی که موجب تحقق ارث بین آنان باشد، تحقق نیافته است بنابراین از یکدیگر ارث نخواهند برد. آیت‌اله مکارم شیرازی بر این عقیده هستند. البته عده‌ای بر این اعتقادند که این کودک از مادر جانشین نیز ارث می‌برد با این استدلال که مادر جانشین را مادر رضاعی کودک می‌دانند (مقصودی، ۱۳۸۸: ۹۴). اما

این عقیده صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا از یک سو کودک هیچ ارتباط ژنتیکی با مادر جانشین ندارد و از سوی دیگر بر فرض که مادر جانشین را مادر رضاعی کودک بدانیم، باز هم هیچ رابطه توارثی بین آن‌ها به وجود نخواهد آمد زیرا بر اساس ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی و هم چنین متون فقهی، تنها اثر رابطه رضاعی، ایجاد محرمیت در مسأله نکاح است نه ایجاد رابطه توارث.

به هر حال سؤال این است که در صورتی که علاوه بر صاحب تخمک، صاحب رحم نیز مادر باشد و هر دو، مادر کودک محسوب شوند آیا می‌توان در آن واحد رابطه توارث را با دو مادر محقق دانست؟

با توجه به ماده ۸۶۵ قانون مدنی که اجتماع موجبات متعدد ارث را در یک نفر پذیرفته است باید گفت هر کس که یکی از اقسام خویشاوندی مذکور در قانون مدنی را که موجب ارث است داشته باشد به لحاظ هر خویشاوندی نصیب خود را از ترکه می‌برد زیرا قانون هر یک از آن روابط را به تنهایی از موجبات ارث دانسته است (امامی، ۱۳۴۹: ۱۷۷)

بنابراین، کودک، هم از مادر حکمی و هم از مادر جانشین ارث خواهد برد و در صورتی که کودک متولد از روش رحم جایگزین پیش از آن دو بمیرد، آن دو بر روی هم یک سوم ماترک در صورت نداشتن حاجب و یک ششم ماترک در صورت داشتن حاجب را به ارث می‌برند که باید بین خود به تساوی تقسیم کنند (شهیدی، ۱۳۷۹: ۱۰۸)

۸- تعهدات و تکالیف مادر جانشین

تعهدات مادر جانشین، به شرح ذیل خواهد بود:

- مادر جانشین باید تعهد نماید جنین را تا پایان دوره جنینی حمل و در موعد مقرر وضع و تا زمان تسلیم به والدین از او نگهداری کند و تمام تکالیف قراردادی یا عرفی خود را اجرا کند.
- مادر جانشین باید از ارتکاب کارهای زیانبار و خطرناک به حال جنین خودداری نماید.
- باید از انجام مقاربت و نزدیکی با همسر خود یا اشخاص ثالث خودداری نموده و مانع از اختلاط نسل احتمالی گردد.

- مادر جانشین باید کلیه تجویزهای پزشک مسئول مربوطه و آزمایشات پزشکی را انجام و در جلسات مشاوره پزشکی و روان‌شناسی و تخصصی شرکت نماید.

- همچنین مادر جانشین باید اطلاعات درست مربوط به وضعیت سلامت یا بیماری احتمالی خویش را به والدین ژنتیکی و پزشک مسئول مربوطه ارائه نماید.

نتیجه گیری و پیشنهادات

کودکان مانند سایر افراد جامعه از حقوقی برخوردارند که ملیت، نژاد، رنگ، دین و حتی نحوه تولد آنان نمی‌تواند مانع از احقاق حقوق آنان شود. به عنوان مثال، می‌توان به حق داشتن پدر و مادر شایسته، حق نسب، حق برخورداری از سلامت جسم و روان، حق تغذیه با شیر مادر، حق بهره‌مندی از حمایت پدر، حق تعلیم و تربیت، حق نفقه، اداره اموال کودک توسط ولی، ارث و غیره اشاره کرد. بدون تردید کودکان متولد از روش رحم جایگزین، مانند کودکان متولد از لقاح طبیعی از همه حقوق مدنی برخوردارند. با توجه به این که شمار این کودکان رو به افزایش است استفاده غیر ضابطه مند از روش کمک باروری مادر جایگزین ممکن است حلال‌زادگی را کنار بزند و حسب و نسب را در جامعه به هم بریزد. از این رو ضروری است قانون گذار با بررسی‌های همه جانبه در این پدیده مداخله کند و با وضع قانونی جامع، مسأله را سامان دهد و حقوق و تکالیف این قبیل کودکان و نیز سایر اشخاص دخیل در این روش تولید مثل انسانی را به طور دقیق مشخص نماید. مهم‌ترین وضعیتی که قانون گذار باید تکلیف آن را مشخص کند نسب این کودکان است، زیرا با مشخص شدن نسب، تعیین تکلیف سایر حقوق مالی و غیرمالی کودکان مزبور، با توجه به مبانی موجود در نظام حقوقی ایران چندان دشوار نخواهد بود. کاری که قانون گذار در سال ۱۳۸۲ در باره روش کمک باروری اهدای جنین انجام داد و به صراحت، وظایف و تکالیف پدر و مادر را بر عهده زوجین اهداگیرنده جنین گذاشت. علاوه بر این، امروزه در مراکز درمان ناباروری برای انجام این روش، قراردادهای متنوع و غیر کارشناسی تنظیم می‌شود که دخالت قانون گذار را می‌طلبد.

بهبتر است برای رفع مشکل ناباروری افرادی که به طور طبیعی به این عارضه مبتلا هستند و با توجه به نقص قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲ باید مقررات جامع و کاملی در این خصوص تصویب شود که همه صور شرعی باروری مصنوعی در آن گنجانده شده و حقوق اشخاص ثالث شناسایی و از آنها حمایت شود.

همچنین جهت جلوگیری از اختلاف نسب و جلوگیری از نکاح کودک تولد یافته از روش استفاده از رحم جایگزین با محارم باید اطلاعات مربوط به هویت صاحبان تخمک و اسپرم مانند دیگر فرزندان که از روش طبیعی متولد می‌شوند در اسناد سجل احوال موضوع ماده ۱۳ قانون ثبت احوال و نه در شناسنامه که در دست افراد است، ثبت شود و دسترسی به آنها تابع مقررات ویژه باشد. و نیز لازم است که دایه جنین با توجه به فرهنگ جامعه ما و رعایت نظم عمومی و اخلاق حسنه متأهل باشد.

فهرست منابع

- امامی، اسدالله (۱۳۴۹)، نسب در حقوق ایران و فرانسه، تهران: انتشارات امیری.
- جبعی عاملی (شهیدثانی)، زین الدین، بی تا. ألروضه ألهبیه فی شرح ألمعه أدمشقیه، بیروت: دارالعالم الاسلامی.
- حاتمی، علی اصغر (۱۳۷۸)، لقاح مصنوعی از دیدگاه حقوق، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، سال چهارم، شماره ۱۱.
- حسینی خامنه‌ای، سیدعلی (۱۳۸۲)، أجوبه ألسفئات (ترجمه فارسی)، تهران: انتشارات بین المللی هدی، چاپ پنجم.
- حمداللهی، عاصف؛ روشن، محمد (۱۳۸۸)، بررسی تطبیقی فقهی و حقوقی قرارداد استفاده از رحم جایگزین، تهران: انتشارات مجد.
- دهقانی، جواد (۱۳۸۸)، ژنتیک پزشکی، تهران: انتشارات رفیع.
- رحیمی، حبیب الله (۱۳۸۶)، مسؤولیت مدنی ناشی از رحم جایگزین، مجموعه مقالات رحم جایگزین، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا.
- رخشنده رو، هامیرا (۱۳۸۶)، قرارداد استفاده از رحم زن، مجموعه مقالات رحم جایگزین، تهران: انتشارات سمت.
- رضانیا معلم، محمدرضا (۱۳۸۰)، وضعیت حقوقی (نسب) کودک ناشی از انتقال جنین، مجموعه مقالات روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا.
- زمانی درمزاری، محمد رضا (۱۳۹۲)، چالش‌های حقوقی استفاده از رحم جایگزین، تهران: موسسه حقوقی و بین‌المللی زمانی.
- ساعدی، سحر (۱۳۸۶)، احکام وضعی رحم جایگزین، مجموعه مقالات رحم جایگزین، تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا.
- سیفی، غلامعلی (۱۳۸۷)، حقوق اشخاص ثالث در رحم جانشین، فصلنامه باروری و ناباروری، بهار ۱۳۸۷، ۸۱-۶۵.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۹)، ارث، چاپ سوم، تهران: انتشارات سمت.
- صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۹۰)، حقوق خانواده، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ پنجم.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۳)، تولید مثل مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق فرانسه و ایران، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۴.
- طباطبائی، سیدمحمدصادق، جلیلی، مهدی (۱۳۹۳)، حقوق مالی و غیرمالی کودکان متولد از روش رحم جایگزین، فصلنامه حقوق پزشکی، پاییز، سال هشتم، شماره سی‌ام، صص ۶۳-۳۷.
- علیزاده، مهدی (۱۳۸۵)، وضعیت فقهی و حقوقی استفاده از رحم جایگزین، ضرورت به کارگیری تکنیک‌های باروری کمکی در تولید مثل انسان، مجله الهیات و حقوقی، شماره ۱۹.

قاسم زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۷)، قراردادهای رحم جایگزین (دایگی پیش از تولد) در حقوق ایران، مجله باروری و ناباروری، دوره ۹، شماره ۲، مسلسل ۲۶.

کانونزبان، ناصر (۱۳۷۱)، حقوق مدنی خانواده، تهران: شرکت انتشار، چاپ دوم.
کانونزبان، ناصر (۱۳۸۶)، توالد بدون عشق مجموعه مقالات رحم جایگزین، تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا.

گرچی، ابوالقاسم و همکاران (۱۳۸۷)، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم.
گرمارودی، شیرین (۱۳۸۶)، بازاندیشی خویشاوندی؛ سخنی درباره رحم جایگزین در ایران مجموعه مقالات رحم جایگزین، تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا.
گواهی، زهرا (۱۳۸۶)، بررسی احکام وضعی استفاده از رحم جایگزین مجموعه مقالات رحم جایگزین، تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا.

زمانی درمزاری، محمدرضا (۱۳۸۹)، چالش‌های حقوقی استفاده از رحم جایگزین، صص ۲۱-۲۲.
زمانی درمزاری، محمد رضا (۱۳۸۹)، حقوق خانواده (ازدواج و طلاق)، جلد دوم، چاپ سوم، انتشارات کلک سیمین.
مرفاتی، سیدطه (۱۳۸۵)، حقوق کودکان در اهدای گامت، مجموعه مقالات اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا، چاپ دوم.

مستولی، سیدعلی (۱۳۸۸)، نگاهی نو به قرارداد رحم جایگزین، مجله عدالت، سال اول، شماره ۳.
مقصودی، علی (۱۳۸۸)، بررسی آثار قرارداد رحم جایگزین، مجله عدالت، سال اول، شماره ۵.
مهرپور، حسین (۱۳۷۹)، حقوق زن، تهران: انتشارات اطلاعات.

موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۶۳)، تحریرالوسیله، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
مؤمن قمی، محمد (۱۳۷۴)، سخنی درباره تلقیح، فقه اهل بیت (ع)، سال اول، شماره چهارم.
مؤمن قمی، محمد (۱۴۱۵ق)، کلمات سَدیده فی مسائل جَدیده، چاپ اول، قم: انتشارات نشراسلامی.
ناصری، حسین (۱۳۸۶)، واکاوی احکام فقهی نسب در کودک متولد از روش رحم جانشین مجموعه مقالات رحم جایگزین، تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا.

یثربی قمی، سیدعلی (۱۳۸۸)، حقوق خانواده، تهران: انتشارات سمت، چاپ دوم.
یزدی، محمد (۱۳۷۵)، باروری‌های مصنوعی و حکم فقهی آن، فقه اهل بیت (ع)، سال دوم، شماره ۵ و ۱.