

## چالش‌های اثبات نسب از طریق امارهٔ فراش در روش‌های کمک‌باروری

مجتبی زاهدیان\*  
طنّاز رضانیا\*\*

### چکیده

با اینکه خانواده مقدس‌ترین نهاد جامعه است همیشه در کانون خانواده افراد به وظایف و تعهدات خود عمل نمی‌نمایند. آمار خیانت‌های همسران به یکدیگر حاکی از همین مطلب است. اما تکلیف فرزندان که در چنین خانواده‌هایی به دنیا می‌آیند چیست؟ در این مورد باید گفت شرع مقدس اسلام و به تبع آن قوانین کشورمان مقررات خاصی را پیش‌بینی نموده‌اند که به واسطهٔ آن‌ها چنانچه در نسب طفلی تردیدی ایجاد شود طفل با شرایطی خاص به خانواده‌ای که در آن به دنیا آمده است ملحق می‌گردد و این امر با اعمال اماره فراش محقق می‌شود.

توالد همیشه به سادگی و با روش غالب آن یعنی نزدیکی زوجین در چارچوب روابط خانوادگی انجام نمی‌پذیرد. امروز بسیاری از زوجین از داشتن نعمت فرزند محروم‌اند و این آرزو جز با استفاده از آخرین دستاوردهای علمی بشر و استفاده از تکنیک‌های کمک‌باروری جامعهٔ عمل نخواهد پوشید. در این تکنیک‌ها شروطی که برای اعمال امارهٔ فراش در نظر گرفته شده‌اند به چالش کشیده می‌شوند. در این جستار برآنیم تا ببینیم آیا می‌توان به گونه‌ای پاسخگوی این چالش‌ها باشیم تا اماره از اثر نیفتد یا لاجرم باید تسلیم گشت و عدم حکومت آن را پذیرفت.

### واژگان کلیدی

امارهٔ فراش، ناباروری، تلقیح مصنوعی، اهدا، گامت، جنین، رحم جایگزین، شبیه‌سازی.

۱ - دکتری تخصصی حقوق خصوصی، استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد، وکیل پایه یک دادگستری.

رایانامه: zahedian.mojaba@yahoo.com

۲ - کارشناس ارشد حقوق خصوصی، مدرس دانشگاه. رایانامه: t\_rezania@yahoo.com

## مقدمه

عصر امروز عمیقاً تحت تأثیر پیشرفت‌هایی علمی و فناوری است که پایه‌گذار تمدن و فرهنگی نوین گشته‌اند. گرچه نتایج این پیشرفت‌ها زندگی انسان را ساده‌تر و دلپذیرتر و وی را توانمندتر نموده، چالش‌هایی بسیار را در حوزه‌های اخلاقی و فرهنگی و مذهبی و دیگر جنبه‌های زندگی اجتماعی وی پدید آورده است. از این‌رو، اندیشمندان این حوزه‌ها می‌کوشند تا از قافله عقب نمانند و با ظهور عقاید و اندیشه‌های نو نگاهی تازه به پدیده‌های مختلف بیفکنند.

یکی از حوزه‌هایی که در ادیان مختلف مخصوصاً در اسلام به آن توجه ویژه شده است، خانواده است. به همین سبب، قانونگذار کشور ما با هدف تحکیم این واحد اجتماعی قوانینی را وضع کرده است که عمدتاً بر مبنای فقه امامیه‌اند و قواعدی محکم و خدشه‌ناپذیرند که ابعادی گوناگون از نکاح تا انحلال آن و نیز روابط بین اعضای خانواده و وظایف هر یک را در برمی‌گیرند.

یکی از این قواعد مهم و حساسیت‌زا مربوط به بحث نسب است؛ چه اثبات نسب به ساده‌ترین شکل ممکن شدنی است اما نفی آن بسیار دشوار است.

یکی از طرق اثبات نسب قاعده فراش است که از حدیث نبوی معروف «الولد للفراش وللعاهر الحجر» گرفته شده است. به موجب این قاعده چنانچه انتساب طفلی به پدر مشکوک باشد، نسب آن طفل به پدر با شرایطی اثبات می‌گردد. این قاعده در حقوق ایران از این جهت که یکی از ادله اثبات نسب قانونی طفل به حساب می‌آید و مطابق آن کودک متولدشده ملحق به شوهر می‌شود، معروف به «اماره فراش» است. دو ماده ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی ایران مبتنی بر این قاعده‌اند و ماده ۱۳۲۲ این قانون نیز آن را از امارات قانونی به حساب آورده است.

با این حال، با پیشرفت دانش پزشکی و ژنتیک چالش‌هایی مختلف فراروی این قواعد و دستورات شرعی قرار گرفته‌اند و احکام و دستورات مربوط به خانواده نیز از این قاعده مستثنا نیستند. در این جستار بر آنیم تا چگونگی رویارویی این قاعده مهم فقهی با دستاوردهای نوین پزشکی را بررسی کنیم.

## ۱- ناباروری و روش‌های درمان آن

مشکل ناباروری از موضوعاتی است که پژوهشگران و متخصصان علوم پزشکی از دیرباز راه‌حل‌هایی مختلف را برای آن آزمایش کرده‌اند. اگر درمان‌های ناباروری از مرحله درمان دارویی فراتر روند به‌طور عمده به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند که عبارتند از: درمان ناباروری بدون دخالت عامل بیگانه؛ درمان ناباروری با دخالت عامل بیگانه. در روش درمانی اول، زوجین همه عوامل بارداری موفقیت‌آمیز

را خود فراهم می‌آورند. این عوامل عبارتند از: گامت‌های زوجین<sup>۱</sup>، و رحم زوجه که نقش نگهداری جنین و رشدونموی آن را به مدت ۹ ماه بر عهده دارد. اما بر خلاف این روش در روش دیگر یک یا چند عامل بیگانه در وقوع بارداری و به انتها رسیدن آن نقش عمده ایفا می‌کنند. این عامل بیگانه می‌تواند اسپرم، تخمک یا رحم باشد.

### ۱-۱- روش‌های درمان ناباروری بدون دخالت عامل بیگانه

در این روش‌ها زوجین همهٔ عوامل بارداری موفق را تأمین می‌کنند. اما حسب نیاز، تکنیک‌های مختلفی برای این منظور به کار گرفته می‌شوند که به بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت. شایان ذکر است که علت این تقسیم‌بندی برای درک بهتر مطلب است و گرنه این تکنیک‌ها با وجود عامل بیگانه نیز استفاده می‌گردند که در جای خود توضیح خواهیم داد.

#### ۱-۱-۱- تلقیح مصنوعی داخل رحمی

در روش درمانی تلقیح داخل‌رحمی، اسپرم و تخمک در داخل رحم قرار می‌گیرند و همان‌جا با هم ترکیب می‌شوند و زایگوت<sup>۲</sup> را تشکیل می‌دهند. گرچه در این روش، لقاح به صورت کاملاً طبیعی و با نزدیکی زوجین صورت نمی‌گیرد همین‌که گامت‌ها در مجاورت هم قرار می‌گیرند بقیهٔ مراحل همانند لقاح طبیعی است. دخالت علم، صرفاً در شروع این فرایند و حذف عامل نزدیکی است. این روش به چند صورت انجام می‌پذیرد:

IUI (intra uterine insemination): تلقیح اسپرم شسته‌شده در داخل رحم یا هر جایی بالاتر از سوراخ داخلی دهانهٔ رحم.

SIFT (sperm intra fallopian transfer): تلقیح اسپرم شسته‌شده در درون لوله‌های رحم به‌وسیلهٔ کاتترهای مخصوص، مانند شیوهٔ GIFT (کریم‌زاده، طاهری پناه، ۱۳۷۷: ۲۰۵).

GIFT (gamete intra fallopian transfer): جراح در این شیوه، اووسیت<sup>۳</sup> و اسپرم شسته‌شده را به داخل لوله‌های رحم وارد می‌کند. این عمل به‌منظور استفاده از شرایط فیزیولوژیکی است که منجر به حاملگی می‌شود. در این شیوه، گامت نر و ماده در محل طبیعی بارور شدن قرار می‌گیرند. بنابراین، حداقل یکی از لوله‌های رحم باید سالم باشد.

DIPI (direct intra peritoneal insemination): تزریق داخل صفاقی اسپرم. این شیوه در جایی کاربرد دارد که علت ناباروری ضعف حرکت اسپرم‌ها، تعداد کم اسپرم‌ها، اختلال در ترشحات دهانهٔ

۱ - (Gammete): سلول‌های جنسی که در مردان تحت عنوان اسپرم و در زنان تحت عنوان تخمک شناخته می‌شوند.

۲ - (Zygote): تخمک بارور شده، قبل از اینکه شروع به تقسیم سلولی نماید.

۳ - (Oocyte): تخمک قبل از مرحلهٔ تخمک‌گذاری.

رحم و نازایی به علت نامشخص باشد.

### ۱-۲-۱- تلقیح مصنوعی خارج رحمی

فناوری‌های کمک باروری یا ART به تمام شیوه‌هایی اطلاق می‌شوند که در آن‌ها اووسیت‌ها در خارج از بدن دست‌کاری می‌شوند. به همین دلیل، به آن‌ها تلقیح مصنوعی خارج رحمی اطلاق شده است. این روش به چندین شیوه انجام می‌پذیرد:

IVF (in vitro fertilization): در این شیوه درمانی ابتدا تخمدان‌ها را با استفاده از داروهای تحریک تخمک‌گذاری تحریک می‌نمایند. این عمل در طول سیکل قاعدگی زن انجام می‌شود و رشد فولیکول‌ها در فواصل زمانی معین توسط پزشک و به کمک سونوگرافی واژینال یا داخل مهبل کنترل می‌گردد.

بعد از بالغ شدن فولیکول‌ها و قبل از آزاد شدن، نوبت به جمع‌آوری تخمک‌ها می‌رسد. این عمل در حالت بیهوشی عمومی و در اتاق عمل و با استفاده از دستگاه سونوگرافی واژینال و سوزن‌های مخصوص صورت می‌گیرد.

همان روزی که تخمک‌ها را جمع‌آوری می‌کنند، از مرد هم می‌خواهند تا مایع منی خود را به آزمایشگاه تحویل دهد. سپس طی فرایندی که به آن شستشوی اسپرم گفته می‌شود اسپرم‌ها از مایع منی جدا می‌شوند و برای عمل تلقیح استفاده می‌گردند. سپس تعدادی اسپرم را در ظرف مخصوص حاوی محیط کشت، به‌طور جداگانه در مجاورت تخمک‌ها قرار می‌دهند تا لقاح بیابند و تشکیل جنین بدهند. انتقال جنین آخرین مرحله عمل است و به‌صورت ساده و سرپایی انجام می‌شود، بدین‌صورت که پزشک دهانه رحم را باز می‌کند و سپس یک یا چند جنین را در قطره‌ای از محیط کشت قرار می‌دهد و آن‌ها را از طریق دهانه رحم در حفره رحم تخلیه می‌نماید. چنانچه بعد از انتقال، جنینی اضافه مانده باشد آن را در دستگاه‌هایی مخصوص و تحت دمای بسیار پایین (۱۹۶°C-) و در نیتروژن مایع منجمد می‌کنند تا برای موارد بعدی استفاده شود.

ICSI (Intra cytoplasmic sperm injection): تزریق مستقیم اسپرم به داخل سیتوپلاسم تخمک یا میکرواینجکشن یا ICSI یکی از شیوه‌های پیشرفته ART است که عملی بسیار ظریف به‌شمار می‌رود و با سوزن‌های مخصوص و زیر میکروسکوپ‌های قوی انجام می‌گیرد. غیر از مرحله تشکیل جنین بقیه مراحل آن مثل IVF است.

ZIFT (zygote intra fallopian transfer): در این شیوه، زایگوت‌ها را به داخل لوله رحم منتقل می‌کنند. در شیوه ZIFT مانند IVF با تحریک تخمدان‌ها تعداد زیادی تخمک به‌دست می‌آید و سپس به همان روش تخمک‌ها را جمع‌آوری می‌نمایند و در ظروف مخصوص آزمایشگاه قرار می‌دهند تا با اسپرم بارور شوند. روز بعد، زمانی که تخمک‌ها به مرحله پرونوکلئار رسیدند زایگوت‌ها را وارد لوله

رحم می‌نمایند(همان:۲۲۲).

TET (tubal embryo transfer) این شیوه شبیه ZIFT است با این تفاوت که به جای انتقال جنین‌ها در مرحله پرونوکلنار آن‌ها را وقتی جنین دوسلولی هستند، منتقل می‌کنند. به این ترتیب، ۲۴ ساعت بعد از اینکه تخمک بارور به مرحله پرونوکلنار رسید، برای اولین بار تقسیم می‌شود و جنین دوسلولی را به وجود می‌آورد. به این عمل تقسیم سلولی (cleavage) گفته می‌شود. در این مرحله یا مدتی بعد از آن است که در عمل TET جنین‌ها را به داخل لوله رحمی منتقل می‌کنند. تخمک‌های بارور و تقسیم‌شده را که در مراحل اولیه تقسیم سلولی اند و جنین نامیده می‌شوند، به داخل لوله رحم منتقل می‌کنند(همان: ۲۲۳).

شبیه‌سازی (cloning): شبیه‌سازی ایجاد و تولید موجودی مشابه موجود اصلی بدون دخالت عنصر جنسی است. بنابراین، در دنیای امروز رابطه جنسی به منظور تولیدمثل مطرح نیست و حتی شرط لازم یا کافی برای تولیدمثل نیز محسوب نمی‌شود.

شبیه‌سازی نتیجه مطالعه و شناسایی سلول‌های بنیادین است. در شبیه‌سازی تمام سلول‌های انسان و از جمله سلول‌های جنسی، از سلول‌های بنیادی یا پایه به وجود می‌آیند. لذا با تشکیل سلول‌های جنسی و لقاح آن‌ها و تشکیل جنین انسانی و انتقال آن به رحم متقاضی امکان تولد نوزاد زنده وجود دارد. از این رو، دانشمندان در سال‌های اخیر شبیه‌سازی را یکی از شیوه‌های تلقیح مصنوعی به‌شمار آورده‌اند (ایزدی فرد، پیردهی حاجیکلا، کاویار، ۱۳۸۹: ۳۰؛ فیض‌اللهی، ۱۳۸۹: ۴۵-۴۹).

## ۲- روش‌های درمان ناباروری با دخالت عامل بیگانه

استفاده از عامل بیگانه زمانی است که زوجین نتوانند عوامل بارداری موفق را تأمین نمایند. این عوامل می‌توانند اسپرم، تخمک، یا هر دو، و رحم باشد.

### ۲-۱- اهدای اسپرم

به‌طور کلی، زمانی اسپرم اهدا می‌شود که دستگاه تناسلی مرد، به‌هردلیلی توانایی تولید اسپرم را نداشته باشد. گاهی نیز ممکن است بارور شدن اسپرم ناهنجاری‌هایی کروموزومی را در جنین ایجاد کند که باعث انتقال بیماری‌های ژنتیکی یا معلولیت‌های شدید یا سقط جنین می‌گردد.

### ۲-۲- اهدای تخمک

این شیوه در ابتدا برای درمان بیمارانی به کار می‌رفت که دچار نارسایی زودرس تخمدان بودند اما بعدها کاربرد گسترده‌تری برای گروه‌هایی دیگر یافت؛ از جمله بیماران مسن؛ ناقلان بیماری ژنتیک، به‌خصوص به هنگام در دسترس نبودن (PGD (Pregestational diagnosis)؛ بیمارانی که در صورت حاملگی موفق به ختم آن نمی‌شدند. معمولاً تکنیک این شیوه IVF است.

### ۲-۳- اهدای جنین

اهدای جنین زمانی انجام می‌پذیرد که از اسپرم و تخمک زوجین نمی‌توان استفاده کرد. به عبارتی، چنانچه گامت‌های زن و شوهر شرایط لازم برای سپری شدن دوره بارداری موفقیت‌آمیز را نداشته باشند ولی رحم زوجه قابلیت لانه‌گزینی و نگهداری جنین را برای طول مدت بارداری داشته باشد از جنین زن و مرد دیگری استفاده می‌شود. در این روش، اسپرم و تخمک زن و مردی بیگانه در محیط آزمایشگاه تلقیح می‌شود و جنین حاصل که ۳ یا ۵ روز از عمر آن می‌گذرد به رحم زوجه متقاضی منتقل می‌گردد. تکنیکی که برای این منظور استفاده می‌گردد معمولاً IVF است.

### ۲-۴- رحم جایگزین

گاهی رحم زوجه، سالم نیست و یا وی نمی‌تواند وظیفه ۹ ماهه حمل جنین را تحمل کند. در این صورت، زوجین با بانویی دیگر توافق می‌کنند که این وظیفه را بر عهده بگیرد و پس از زایمان، نوزاد را به زوجین نابارور تحویل دهد. در حقیقت، بانوی صاحب رحم «مادر جایگزین» نامیده می‌شود. به‌طور کلی، در این روش درمانی، براساس منشأ تخمکی که برای ایجاد جنین استفاده می‌شود، با دو گروه عمده سروکار داریم: در گروه اول، بانوی صاحب رحم صرفاً رحم خود را در اختیار زوجین قرار می‌دهد و نقشی در اهدای تخمک ندارد. در این حالت، جنین از تلقیح اسپرم و تخمک زوجین در محیط آزمایشگاه تشکیل می‌شود و به رحم بانوی صاحب رحم منتقل می‌گردد. این روش جایگزینی کامل (full surrogacy) یا جایگزینی بارداری (gestational surrogacy) شناخته می‌شود.

در گروه دوم، زوجه نابارور ممکن است علاوه بر نیاز به استفاده از رحم جایگزین محتاج اهدای تخمک نیز باشد. در این حالت، چه‌بسا از تخمک بانوی صاحب رحم نیز برای درمان ناباروری زوجین استفاده گردد. این روش را جایگزینی نسبی (conventional surrogacy) می‌نامند.

### ۳- اماره فراش در مواجهه با روش‌های کمک‌باروری

در این بخش، خواهیم دید در مواجهه با این روش‌ها یا می‌توان اماره فراش را حاکم نمود یا اماره تأثیر خود را از دست می‌دهد و بی‌ارزش می‌گردد.

### ۳-۱- روش‌های کمک‌باروری بدون دخالت عامل بیگانه

در روش‌های کمک‌باروری بدون دخالت عامل بیگانه مناقشات کمتری وجود دارد و امروز، درمانی برای ناباروری به‌شمار می‌رود که زوجین نابارور را به آرزوی دیرین فرزند داشتن می‌رساند. در این حالت، می‌توان فروض مختلفی در نظر گرفت که ذیلاً بررسی می‌شود.

### ۳-۱-۱- تلقیح مصنوعی قبل از انحلال نکاح

گروه اندکی در تحقق نسب طفل متولد با این شیوه، شرط اساسی را نزدیکی و ارتباط جنسی متعارف زن و شوهر می‌دانند. به عبارتی، دو شرط را برای تحقق نسب ضروری می‌دانند: یکی اینکه بین

زن و مرد ارتباط جنسی متعارف برقرار شود؛ دیگر اینکه این ارتباط مشروع باشد. بنابراین، چنانچه حمل و بارداری از طریق غیر متعارف - مثلاً تلقیح مصنوعی - صورت گیرد، نسب اثبات نمی‌شود. از نظر این گروه شرط لازم برای اعمال قاعده فراش نزدیکی متعارف جنسی است (حکیم، ۱۴۰۰: ۲۱۵). بقیه فقها حتی آن دسته که نفس عمل را مجاز نمی‌دانند نسب را ثابت و اماره فراش را چنانچه شرایط دیگر آن مهیا باشد جاری می‌دانند ولی معتقدند از مقدمات حرام باید اجتناب گردد؛ مثلاً عمل انتقال را نامحرم انجام ندهد و یا منی مرد به طریق حرام گرفته نشود (موسوی خمینی، ۱۳۸۳). بنابراین، چنانچه تلقیح مصنوعی صورت گیرد و از فاصله انجام این عمل تا تولد طفل حداقل ۶ ماه و حداکثر ۱۰ ماه زمان سپری گردد، اماره فراش جاری است و نوزاد به صاحب فراش یعنی زوج منسوب می‌گردد و تمام آثار حقوقی و شرعی نسب مشروع بر آن بار می‌گردد.

### ۳-۱-۲- انتقال جنین‌های فریزشده

مبدأ احتساب حداقل و حداکثر مدنظر قانونگذار در مورد روش‌های تلقیح مصنوعی خارج‌رحمی، زمان انتقال آن‌هاست. بنابراین، اگر زوجین بخواهند از جنین‌های فریزشده خود استفاده نمایند، چنانچه از لحظه انتقال آن‌ها به رحم زوجه تا تولد طفل بیشتر از ۶ ماه و کمتر از ۱۰ ماه سپری شود، اماره فراش جاری است و براساس آن، طفل ملحق به زوج خواهد شد. حتی اگر جنین‌ها سال‌ها در مرکز ناباروری منجمد شده باشند و بعد از این مدت طولانی به رحم زوجه منتقل شوند، در اصل قضیه تفاوتی ایجاد نمی‌کند و اماره فراش با رعایت همه شرایط آن قابل اجرا خواهد بود.

### ۳-۱-۳- تلقیح مصنوعی بعد از انحلال نکاح

اسباب انحلال نکاح عبارتند از: موت، فسخ، طلاق، بذل و انقضای مدت در نکاح منقطع.

### ۳-۱-۳-۱- تلقیح مصنوعی بعد از فوت زوج

درباره تلقیح مصنوعی بعد از فوت شوهر اختلاف نظر زیادی به چشم می‌خورد؛ برای مثال آیت‌الله خامنه‌ای آن را جایز می‌دانند و معتقدند که طفل به زوجه ملحق می‌شود و الحاق او به زوج نیز بعید نیست ولی از وی ارث نمی‌برد (خامنه‌ای، ۱۴۲۴: ۲۸۲). برخی دیگر از جمله آیت‌الله مکارم‌شیرازی آن را محل اشکال می‌دانند و معتقدند چنانچه انجام دهندگان این عمل نسبت به این مسئله جهل داشته باشند طفل به مادر منسوب می‌گردد و احکام محرمیت جاری می‌شود اما به پدر ملحق نخواهد شد (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۹: ۸۱). مفهوم مخالف این عقیده آن است که اگر طرفین با علم به این مسئله اقدام به انجام این عمل نمایند طفل به هیچ‌کدام از طرفین ملحق نخواهد شد.

آیت‌الله فاضل‌لنکرانی نسب ناشی از چنین عملی را فقط نسبت به مادر ثابت می‌دانند و معتقدند تمام حقوق والد- فرزند بین این دو برقرار می‌شود. اما ایشان درباره نسب پدری محتاطانه‌تر عمل کردند و معتقدند طفل حاصل از این عمل، حقوق تمام‌عیار نخواهد داشت؛ برای

مثال چنین طفلی ارث نمی‌برد و باید با سایر وراثت مصالحه کند (موحدی‌لنکرانی، بی‌تا: ۵۶۵). برخی دیگر معتقدند چنانچه زوجه بعد از فوت زوج مجدداً ازدواج نماید این عمل قطعاً جایز نیست و در صورت ازدواج نکردن نیز محل تأمل و اشکال است اما با این تفسیر چنانچه این عمل انجام شود طفل ملحق به زوجه و زوج متوفاست و تمامی آثار حقوقی ناشی از این انتساب بر آن حاکم خواهد گردید (منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۲۷: ۹۰).

برای تلقیح مصنوعی بعد از فوت زوج و با استفاده از اسپرم وی دو حالت کلی قابل تصور است: حالت اول: فرض کنیم زوجین با استفاده از یکی از تکنیک‌های تلقیح مصنوعی خارج‌رحمی مثلاً آی وی اف (IVF) اقدام به درمان ناباروری خود کرده و در پیرویه درمانی‌شان تعدادی جنین به دست آورده باشند اما قبل از استفاده از این جنین‌ها زوج فوت کند. سؤال این است که آیا بعد از فوت وی امکان استفاده زوجه از جنین‌ها و انتقال آن‌ها به رحم خود وجود دارد؟ اگر این امکان هست آیا اماره فراش را می‌توان جاری نمود و طفل را ملحق به زوج ساخت؟

حالت دوم: اسپرم زوج دریافت می‌گردد و در بانک اسپرم نگهداری می‌شود اما زوج قبل از استفاده از اسپرم فوت می‌کند. در این صورت، آیا زوجه می‌تواند از این اسپرم‌ها استفاده کند و هر کدام از طرق درمان ناباروری را به کار گیرد؟ اگر چنین امکانی هست تکلیف نسب فرزند حاصل از این عمل چیست؟ در هر یک از حالات فوق اسپرم شوهر در زمان حیات وی و با آگاهی و رضایت او برای انجام عمل تلقیح مصنوعی گرفته می‌شود. این ویژگی باعث می‌شود این دو روش را در یک دسته و ذیل عنوان تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر و بعد از فوت وی بررسی نماییم.

از مجموع آنچه گفته شد به نظر می‌رسد چنانچه این عمل انجام گردد - چه به طریق لقاح داخل‌رحمی، چه خارج‌رحمی - چند فرض قابل تصور است و در هر یک از این فرض‌ها به نتایج متفاوت می‌رسیم.

فرض اول: زن مجدداً ازدواج نکرده باشد. به نظر برخی فقها چنانچه زن بعد از فوت شوهر نطفه وی را به رحم خویش تزریق نماید فی‌نفسه بی‌اشکال است (موسوی‌خیمینی، ۱۴۲۴: ۹۴۸). بنابراین، چه تلقیح قبل از فوت صورت گرفته باشد چه بعد از آن چنانچه مادر هنوز ازدواج نکرده باشد طفل به زوج متوفای منسوب می‌گردد.

از طرفی، با در نظر گرفتن ماده ۱۱۵۹ ق.م. چنانچه زوجه با استفاده از اسپرم زوج و یا جنین‌های حاصل از ترکیب تخمک خودش و اسپرم‌های زوج اقدام به تلقیح مصنوعی نماید، اگر از تاریخ فوت تا تولد طفل بیشتر از ۱۰ ماه نگذشته باشد اماره جاری است و براساس آن، طفل ملحق به متوفای خواهد شد، مگر اینکه از تاریخ انتقال تا ولادت کمتر از ۶ ماه و بیشتر از ۱۰ ماه گذشته باشد. در این صورت، دو حالت قابل تصور است:



یکی اینکه زوجین بدون استفاده از روش‌های کمک‌باروری به هیچ‌عنوان احتمال بارداری را نداشته باشند. حالت دوم اینکه احتمال بارداری بدون روش‌های کمک‌باروری به‌طورکلی منتفی نباشد و زوجین بتوانند با نزدیکی طبیعی بچه‌دار شوند. در مورد حالت اول باید گفت کسی که می‌خواهد از قسمت آخر ماده ۱۱۵۹ قانون مدنی استفاده نماید کافی است که ثابت کند از تاریخ انجام تلقیح مصنوعی، مدت زمان مذکور در ماده رعایت نشده است. اما در حالت دوم این مسئله دشوارتر است و باید ثابت کند از تاریخ نزدیکی زوجین قبل از فوت زوج این مواعد رعایت نشده است؛ چون احتمال بارداری زوجه از زوج متوفا در زمان حیات وی به‌کلی منتفی نیست.

فرض دوم: زن ازدواج مجدد نموده باشد. در این فرض نیز دو حالت متصور است. حالت اول: نطفه شوهر اول در زمان حیات شوهر دوم منتقل شود؛ حالت دوم: نطفه شوهر اول را بعد از فوت شوهر دوم منتقل کند.

قانونگذار در ماده ۱۱۶۰ ق.م در مورد طفل متولدشده بعد از انحلال نکاح و ازدواج مجدد زوجه، تعیین تکلیف نموده است. در این مورد خاص اگر زن اقدام به تلقیح مصنوعی بعد از فوت زوج و در زمان حیات شوهر دوم نماید، چنانچه بر طبق مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق.م امکان الحاق طفل به شوهر متوفا یا به شوهر دوم موجود باشد طفل به وی ملحق می‌گردد، و چنانچه امکان اعمال اماره فراش نسبت به هر دو باشد طفل به شوهر دوم ملحق می‌شود؛ چون فراش وی فعلیت دارد. علت این الحاق آن است که معلوم نیست طفلی که متولد می‌شود حاصل تلقیح مصنوعی است یا نزدیکی زن با شوهر دومش. مگر اینکه ثابت شود که مرد اصلاً امکان فرزنددار شدن را ندارد یا اینکه شرایط دیگری که برای اعمال اماره فراش لازم است در مورد وی مهیا نباشد.

اما اگر شوهر دوم نیز فوت نموده باشد و زن اقدام به تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر اول نماید، در اینجا ممکن است در هر دو مورد، امکان اجرای اماره فراش وجود داشته باشد. بنابراین، دو اماره فراش داریم که هیچ‌کدام فعلیت ندارند و چنانچه وجه رجحانی برای هیچ‌یک پیدا نماییم، هر دو ساقط است و به‌ناچار باید به سراغ ادله دیگر رفت.

### ۳-۱-۲-۳ تلقیح مصنوعی بعد از طلاق، فسخ و بذل مدت

چنانچه نکاح به دلیل طلاق، فسخ یا بذل مدت منحل گردد، دو حالت قابل تصور است:

حالت اول: در زمان زوجیت، اسپرم و تخمک زوجین در محیط آزمایشگاه تلقیح و نگهداری می‌شوند. بعد از انحلال نکاح این جنین‌ها به رحم زوجه منتقل می‌گردند. چنانچه زوجه هنوز ازدواج نکرده باشد، اگر به لحاظ زمانی شرایط مذکور در ماده ۱۱۵۹ موجود باشد، اماره فراش جاری است و طفل به شوهر سابق ملحق می‌گردد؛ چراکه انعقاد نطفه در زمان زوجیت صورت گرفته است.

اما اگر زوجه مجدداً ازدواج نموده باشد ماده ۱۱۶۰ قانون مدنی به جریان می‌افتد. حکومت یک

اماره یا چنانچه هر دو اماره، قابل جریان باشند امارهٔ فراش شوهر دوم حاکم می‌گردد. قانونگذار در بخش آخر ماده می‌گوید مگر اینکه امارات قطعیه، خلاف آن دلالت کنند؛ مثلاً شوهر زن جزو مواردی باشد که به کلی عقیم است و امکان فرزنددار شدن را جز با استفاده از تکنیک‌های کمک‌باروری نداشته باشد؛ یا خود زن مشکلی دارد که امکان بارداری طبیعی با نطفهٔ شوهر دوم را نداشته باشد؛ مثلاً فاقد لوله‌های فالوپ باشد. در این صورت، فراش شوهر قبلی حاکم، و طفل به وی منسوب می‌گردد.

حالت دوم: اسپرم شوهر در زمان زوجیت اخذ شده ولی تلقیح مصنوعی صورت نگرفته است. در این حالت، استفاده از اسپرم وی بعد از انحلال نکاح مثل استفاده از اسپرم بیگانه است.

### ۳-۱-۳-۳ تلقیح مصنوعی با نطفه‌ای که قبل از ازدواج اخذ شده

فرض کنیم مرد جوانی در شرایطی قرار می‌گیرد که ممکن است در آینده امکان فرزنددار شدن را نداشته باشد؛ برای مثال، به علت ابتلا به سرطان بیضه، باید هر دو بیضهٔ او خارج شوند و این یعنی عقیمی کامل. لذا برای اینکه فرصت پدر شدن وی در آینده از او سلب نگردد، اسپرم‌های وی در چند انزال دریافت می‌کنند و آن‌ها را در بانک‌های اسپرم نگهداری می‌نمایند. حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که چنانچه این مرد ازدواج نماید و از این اسپرم‌ها برای باردار کردن همسر وی استفاده گردد و بدین شیوه طفلی متولد گردد وضعیت نسب طفل و امارهٔ فراش به چه طریق خواهد بود؟

به نظر می‌رسد چنانچه شرایط اماره مهیا باشد، طفل ملحق به زوج خواهد شد. اگرچه اسپرم‌ها در زمانی اخذ شده‌اند که هیچ‌گونه رابطهٔ زوجیتی بین زوجین برقرار نبوده، این امر در اصل قضیه خللی ایجاد نمی‌کند؛ چراکه ترکیب اسپرم‌ها با تخمک زن در زمان زوجیت روی داده است و همین برای امکان اجرای اماره، کافی است.

### ۴- روش‌های کمک‌باروری با دخالت عامل بیگانه

زمانی که پای استفاده از عامل بیگانه به میان می‌آید چالش‌های بیشتری نمود می‌یابند و اعمال قاعدهٔ فراش را با مشکلات بیشتری مواجه می‌سازند. در این مبحث به این امر خواهیم پرداخت که در مواجهه با این دشواری‌ها چه اتفاقی خواهد افتاد. آیا محلی برای اعمال قاعده باقی می‌ماند یا باید به کلی از آن دست شست؟

### ۴-۱- اهدای اسپرم

در مورد رابطهٔ طفل با زوج نابارور و امکان اعمال قاعدهٔ فراش دو فرض قابل تصور است:

فرض اول: امکان باردار شدن زن از نطفهٔ شوهر

ممکن است زمانی اقدام به استفاده از اسپرم اهدایی شود که امکان بارداری زن از شوهر نیز وجود داشته باشد؛ برای مثال، زن و شوهر از نظر ژنتیکی با هم سازگار نباشند و شانس تولد فرزند طبیعی

برای آن‌ها کم باشد. در این صورت، ممکن است طفلی که متولد می‌شود حاصل ترکیب اسپرم و تخمک زن باشد. بنابراین، امکان اجرای قاعدهٔ فراش و الحاق طفل به زوج وجود دارد.

لازم به یادآوری است که به موجب حدیث «الولد للفراش و للعاهر الحجر» عمل به قاعدهٔ فراش شرایطی دارد؛ از جمله آنکه امکان تکون طفل از اسپرم مرد موجود باشد. بنابراین، در موردی که نطفهٔ مرد بیگانه به رحم زنی تزریق شود که عادتاً امکان باروری وی از شوهرش وجود دارد طفل ملحق به شوهر زن می‌شود، ولی در صورتی که زن صاحب رحم عادتاً امکان باروری از شوهر خود را نداشته باشد یا اینکه یقین پیدا کنیم که حمل ناشی از نطفهٔ شوهر نیست، در این صورت بدون تردید قاعدهٔ فراش را نمی‌توان جاری کرد؛ زیرا قاعدهٔ فراش از امارات معتبرهٔ شرعی است و اعتبار این قبیل امارات در ظرف عدم وجود یقین به خلاف است؛ چه در صورت یقین به خلاف مضمون اماره، موضوعی برای تعبد بدان باقی نمی‌ماند. پس در حالتی که اهدای اسپرم با یکی از روش‌های داخل‌رحمی - مثلاً آی یو آی - صورت گرفته باشد و امکان بارور شدن زوجه از زوج وجود داشته باشد، امارهٔ فراش جاری است و طفل متولدشده به زوج ملحق می‌گردد.

بنابراین، عمل تلقیح نه‌تنها مانع اعمال امارهٔ مذکور در مادهٔ ۱۱۵۸ قانون مدنی نمی‌شود بلکه در واقع، مادهٔ مزبور چنین اقتضایی دارد. برخی فقها نیز بر این نظر می‌باشند و معتقدند چنانچه امکان تکون طفل از نطفهٔ شوهر وجود داشته باشد و نطفهٔ اجنبی به وی تلقیح گردد سپس شوهر با او مقاربت نماید، امارهٔ فراش جاری می‌شود و طفل به شوهر ملحق می‌گردد (سید محمدصادق روحانی، المسائل المستحدثة، ص ۹؛ به نقل از: علوی قزوینی، ۱۳۷۴: ۱۸۷).

فرض دوم: امکان باردارنشدن زن از نطفهٔ شوهر

ممکن است امکان باردار شدن زن از شوهر به کلی منتفی باشد؛ مثلاً دستگاه تناسلی مرد اصلاً تولید اسپرم نکند یا از نظر کیفیت به گونه‌ای باشد که امکان بارداری با اسپرم‌های شوهر وجود نداشته باشد. در این حالت، به دو طریق امکان استفاده از اسپرم اهدایی وجود دارد: تکنیک‌های لقاح داخل‌رحمی یا خارج‌رحمی. در تکنیک‌های داخل‌رحمی اسپرم از اهداکننده اخذ می‌شود و پس از شسته‌شدن در آزمایشگاه، داخل رحم زوجه تزریق می‌گردد.

به نظر می‌رسد، در این حالت امارهٔ فراش جاری نیست و طفلی که به دنیا می‌آید ملحق به زوج نخواهد شد؛ زیرا همان‌گونه که قبلاً نیز بیان گردید قطع و یقین بر اینکه طفل از نطفهٔ زوج به وجود نیامده است وجود دارد. بنابراین، امکان اجرای اماره و الحاق طفل به صاحب فراش نیست.

اما حالتی نیز قابل‌تصور است که در آن از طریق تکنیک لقاح خارج‌رحمی از اسپرم اهدایی استفاده شود. در این صورت، تفاوتی نمی‌کند که زوج در گروهی قرار گیرد که امکان بارداری از اسپرم او وجود داشته باشد یا نه؛ زیرا همین‌که جنین یا زایگوت در محیط آزمایشگاه تشکیل، و به رحم

منتقل گردد احتمال باروری از زوج منتفی است.

اما در مورد ارتباط طفل با اهداکننده اسپرم در این فرض مناقشه و اختلاف نظر وجود دارد. با دقت در آرا و نظرات علمای فقه و حقوق می‌توان دو نظر کلی را در این باره مشاهده نمود:

نظر اول: بر طبق این نظر، طفل در هر صورت به صاحب نطفه ملحق می‌گردد. در واقع، اهداکننده اسپرم، پدر طفل و زوجة نابارور مادر طفل تلقی می‌گردند. از بین این علما می‌توان به آیت‌الله تبریزی (روشن، ۱۳۹۱: ۴۱۶) و آیت‌الله موسوی بجنوردی (همان: ۴۱۷) اشاره نمود.

نظر دوم: صاحبان این نظر دو دسته‌اند: برخی از آن‌ها وضعیت کودک را به کودک متولد از زنا تشبیه نموده و او را ملحق به پدر و مادر بیولوژیکی خود ندانسته‌اند. بر مبنای این اندیشه، چنانچه طفلی از نطفه زن و مردی بیگانه که بین آن‌ها علقه زوجیت برقرار نیست به وجود آید، چون ثمره ارتباطی نامشروع و خارج از چارچوب ازدواج است، در حکم زناست و رابطه نسبی بین صاحبان نطفه و طفل برقرار نمی‌گردد. از دید این گروه، آگاهی و ناآگاهی صاحبان نطفه تأثیری در اصل قضیه نخواهد داشت. از نظر ایشان برای نفی نسب، صرف نزدیکی دو بیگانه کافی نیست. به عبارتی، مواجهه زن و مرد بیگانه خصوصیتی در نفی نسب ندارد بلکه ملاک اصلی برای نفی نسب نامشروع بودن رابطه است (ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، ص ۵۲۶؛ به نقل از گواهی، ۱۳۸۷: ۱۳۰-۱۳۲).

گروه دیگر، فرزند حاصل را در حکم ولد شبهه دانسته و احکام شبهه را بر او بار کرده‌اند. بنابراین، اگر بر اثر لقاح مصنوعی بین دو بیگانه که جاهل به رابطه زوجیت اند، یا اینکه به تصور اینکه نطفه شوهر تلقیح می‌شود ولی نطفه بیگانه باشد و بر اثر این تلقیح طفلی متولد گردد در حکم ولد شبهه است و به صاحبان نطفه ملحق می‌گردد. بدیهی است چنانچه فقط یک طرف در جهل و ناآگاهی به سر برد طفل فقط به همان طرف ملحق خواهد گردید (موسوی خمینی، ۱۳۸۳: ۹۰۰).

در مورد نظر گروهی که طفل را در حکم ولد زنا می‌دانند باید گفت برای تحقق زنا وجود ارکان متعددی ضرورت دارد؛ از جمله اینکه باید نزدیکی واقع شده باشد. مطابق با نظر فقهای امامیه در صورتی نزدیکی محقق می‌شود که آلت تناسلی مرد در قبل یا دبر زن داخل شود و این دخول حداقل به اندازه ختنه‌گاه صورت گیرد (صفایی، امامی، ۱۳۸۵: ۳۲۴).

بنابراین، عنوان زنا را بر هر رابطه‌ای که خارج از چارچوب نکاح صحیح باشد، نمی‌توان اطلاق نمود. لذا در مورد تلقیح مصنوعی بین دو بیگانه چون شرایط لازم برای تحقق زنا فراهم نیست نمی‌توان عنوان زنا را به آن داد و طفلی را که از این طریق متولد می‌شود، در حکم ولد زنا دانست و نسب او را نفی نمود.

اما درباره نظر گروهی که سعی در جاری نمودن احکام شبهه دارند باید گفت عنصر مهم در جاری شدن احکام شبهه وقوع نزدیکی است و از آنجاکه در این مورد نزدیکی صورت نگرفته است نمی‌توان

آن را با شبهه، قیاس کرد و احکام آن را جاری نمود.

نکتهٔ دیگر اینکه اگر حتی بپذیریم که در صورت علم، انتقال نطفه به رحم مشروع نیست باز هم در انتساب طفل به صاحب اسپرم تردیدی وجود ندارد؛ چراکه آنچه در فقه، اسباب عدم انتساب طفل به‌شمار می‌رود زناست و هر آنچه زنا نباشد سبب انتساب طفل به صاحب نطفه می‌گردد؛ و این سبب، می‌تواند شبهه باشد یا نزدیکی داخل در نکاح صحیح و یا تلقیح مصنوعی؛ زیرا براساس آنچه گفتیم، عناصر اثبات زنا در تلقیح مصنوعی با نطفهٔ بیگانه، وجود ندارد.

بدین جهت، چون شرایط اعمال امارهٔ فراش مهیا نیست و از طرفی، از طفل نیز نفی نسب نمی‌توان کرد، باید وی را ملحق به صاحب اسپرم دانست و او را پدر طبیعی طفل شمرد، منتها نه بر مبنای استدلال گروهی که احکام شبهه را جاری می‌دانند؛ زیرا همان‌گونه که شرح آن گذشت در این مورد، امکان اعمال احکام شبهه وجود ندارد.

#### ۲-۴- اهدای تخمک

این عمل به لحاظ شرعی می‌تواند به دو طریق صورت گیرد: یکی اینکه اهداکنندهٔ تخمک موانع نکاح را نداشته باشد و بتواند به عقد نکاح دائم یا موقت زوج درآید. در این صورت، تخمک وی گرفته می‌شود و با اسپرم زوج تلقیح می‌گردد و به رحم زوجهٔ نابارور منتقل می‌شود. در این حالت، از هر تکنیکی که برای تلقیح استفاده شود، امکان اعمال اماره وجود دارد. اما در موردی که بین بانوی صاحب تخمک و زوج نابارور نکاحی منعقد نگردد باید گفت همهٔ محققان بر این باورند که نسب واقعی طفل به صاحب اسپرم می‌رسد مگر آن دسته‌ای که راه افراط را پیموده و ترکیب گامت‌های دو بیگانه را از مصادیق زنا برشمرده‌اند. در این حالت، چون مورد مشکوکی وجود ندارد و در انتساب طفل به صاحب اسپرم تردیدی نیست، امارهٔ فراش جاری نمی‌شود.

#### ۳-۴- اهدای جنین

بین تمام روش‌های کمک‌باروری که در آن عنصر بیگانه دخیل است اهدای جنین تنها روشی است که در کشور ما به مرحلهٔ قانونگذاری رسیده است؛ قانونی که با وجود مناقشات بی‌شمار، در نهایت، به حصول اجماع و تصویب در سال ۱۳۸۲ ش. گردید. با وجود این، قانون اهدای جنین به زوجین نابارور خالی از اشکال نیست و بسیاری از مسائل را بی‌جواب گذاشته است.

بسیاری از فقها باتوجه به آیات و روایات و نیز ادلهٔ دیگر معتقدند پدر حقیقی طفل، صاحب اسپرم است. برخی معتقدان به این نظر عبارتند از: آیات عظام سیستانی، تبریزی، خامنه‌ای، فاضل‌لنکرانی و مکارم شیرازی (فتاوی و دیدگاه‌های فقیهان امامیه، ۱۳۸۰: ۳۹۳-۳۹۸).

اما نکته‌ای که معمولاً به آن توجهی نمی‌شود امارهٔ فراش است؛ زیرا در مورد اهدای جنین دو امارهٔ فراش داریم که ممکن است هیچ‌کدام بر دیگری رجحانی نداشته باشد و به‌ناچار مجبور شویم

به ادله دیگر تمسک جویمیم.

اما این دو اماره کدامند؟ یکی اماره فراش زوج متقاضی؛ به این معنا که ممکن است فرض فرزنددار شدن این زوج کاملاً منتفی نباشد؛ زیرا افزون بر جنین‌های اهدایی به رحم زوجه پذیرنده، چه بسا بین این دو یعنی زوج و زوجه نزدیکی صورت گیرد و احتمال بارداری با ترکیب تخمک و اسپرم خودشان وجود داشته باشد. در این حالت، چنانچه شرایط دیگر موجود باشد از جمله حداقل و حداکثر مدت حمل، اماره فراش قابل اجرا خواهد بود و طفل ملحق به زوج متقاضی می‌گردد. لذا این حالت همان حالت مشکوکی است که قانونگذار اماره فراش را برای تعیین تکلیف درباره نسب طفل وضع نموده است.

اماره دیگری که ممکن است به جریان افتد، فراش صاحبان جنین اهدایی است. بدین ترتیب، دو اماره داریم که با هم برابرند و در صورتی که نزاعی صورت گیرد اگر یکی از طرفین با ارائه دلیلی نتواند اماره دیگری را از اثر بیندازد، هر دو دلیل ساقط می‌شوند و باید به سراغ دلایل دیگری مثل امارات قضایی اثبات نسب رفت.

اما اگر زوجین متقاضی به هیچ‌عنوان توانایی بچه‌دار شدن را نداشته باشند؛ مثلاً زن بی‌تخمدان باشد و مرد به‌کلی، نتواند اسپرم تولید کند، در این صورت، یک اماره بیشتر نداریم و آن هم فراش صاحبان جنین است که بر مبنای آن طفل به آن‌ها منتسب می‌گردد.

اگر به قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور نیز نگاهی بیندازیم خواهیم دید که در قانون هم نظر قانونگذار بر انتساب طفل به صاحبان جنین است؛ چراکه در ماده ۳ می‌گوید: «وظایف و تکالیف زوجین اهداگیرنده جنین و طفل متولدشده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است». به عبارتی، ارتباط طفل و زوجین پذیرنده را محدود به مواردی چون حضانت و نفقه نموده است و نه بیشتر.

#### ۴-۴- رحم جایگزین

جانشینی در بارداری بدین صورت است که زنی با زوجی توافق نماید که جنینی را که به طریق تلقیح خارج رحمی در آزمایشگاه تشکیل شده است و ممکن است گامت‌های تشکیل‌دهنده آن متعلق به خود زوجین باشد یا دیگری، حمل کند و پس از به دنیا آوردن بدون هیچ ادعایی به آن زوج تحویل دهد.

برای رحم جایگزین حالتی متعدد قابل تصور است که بررسی آن مجال دیگری می‌طلبد. در اینجا به جانشینی کامل یعنی حالتی که گامت‌ها متعلق به زوجین نابارور است، می‌پردازیم.

در این روش معمولاً با انجام تکنیک IVF در آزمایشگاه، تخمک‌ها و اسپرم‌ها لقاح داده می‌شوند و سپس جنین‌های حاصل را به رحم مادر جایگزین که سیکل قاعدگی‌اش را با صاحب تخمک تنظیم

نموده‌اند منتقل می‌کنند.

در مورد نسب پدری و امکان اعمال قاعدهٔ فراش باید گفت نسب، حقیقت شرعیه ندارد. بنابراین، حقیقتی عرفی است و عرف کسی را والدین حقیقی طفل می‌داند که منشأ پیدایش وی باشد. به عبارتی، اسپرم و تخمک متعلق به هر کسی که باشد همان شخص، پدر و مادر حقیقی طفل محسوب می‌شوند. در این فرض نیز چون اسپرم متعلق به زوج متقاضی است پدر حقیقی طفل همو تلقی خواهد شد. در این مسئله بین صاحب‌نظران اختلافی به چشم نمی‌خورد؛ زیرا فارغ از حکمی که برای جواز یا عدم جواز این عمل صادر می‌شود طفل مزبور به صاحب اسپرم ملحق می‌گردد و فرزند شرعی و قانونی وی به‌شمار می‌رود.

ممکن است این سؤال پیش آید که آیا امارهٔ فراش را در مورد این شخص می‌توان جاری نمود؟ در پاسخ باید گفت امکان اعمال قاعده وجود دارد؛ زیرا اولاً نطفهٔ طفل در زمان زوجیت منعقد گشته است؛ ثانیاً مراد از نزدیکی، آن نزدیکی معتاد و متداول نیست بلکه همین که اسپرم مرد و تخمک زن با هم آمیخته گردند و تشکیل جنین را بدهند نزدیکی مورد نظر قانونگذار محقق شده است. به همین دلیل است که طفل ناشی از تفخیز، بی‌چون‌وچرا به صاحب اسپرم ملحق خواهد شد. بنابراین، در این مورد باید بین حالتی که بانوی صاحب رحم مجرد است و حالتی که متأهل است تفاوت گذاشت. در مورد حالت اول هیچ اشکالی ایجاد نمی‌شود و طفل به صاحبان نطفه ملحق می‌گردد و از نظر ارتباط با بانوی صاحب رحم طبق قواعد رضاع عمل می‌گردد. به عبارتی، در این حالت فقط یک فراش داریم و آن هم فراش صاحب اسپرم است.

حالت دوم اینکه ممکن است بانوی صاحب رحم متأهل باشد و بین او و شوهرش نزدیکی صورت گرفته باشد و این تردید ایجاد شود که طفل، متعلق به چه کسی است. در این حالت، دو فراش داریم: یکی فراش صاحب رحم و دیگری صاحب نطفه؛ زیرا در هر دو رابطهٔ زوجیت وجود دارد و نطفهٔ طفل در زمان زوجیت منعقد شده است.

با بررسی پژوهش‌های انجام‌شده نکتهٔ جالب‌توجهی به نظر رسید که باید به آن اشاره نماییم؛ و آن اینکه کمتر کسی به اجرای قاعدهٔ فراش و امکان الحاق طفل متولدشده از زن صاحب رحم به شوهر وی در صورتی که شوهردار باشد اشاره نموده است.

در این باره باید گفت چنانچه برحسب شرایط مقرر در مورد اماره، امکان الحاق طفل به هر کدام از صاحبان فراش وجود داشته باشد طفل به همان ملحق می‌گردد؛ یعنی اگر به لحاظ زمانی امکان الحاق طفل به صاحب اسپرم موجود نباشد بی‌شک طفل ملحق به شوهر صاحب رحم می‌گردد. همچنین اگر برهمین اساس امکان الحاق طفل به شوهر صاحب رحم وجود نداشته باشد بی‌شک طفل به صاحب اسپرم منتسب می‌گردد. اما موضوع زمانی پیچیده می‌شود که شرایط اجرای اماره در هر دو مورد مهیا



باشد. در این صورت، دو اماره فراش مقابل هم قرار می‌گیرند و متعارض می‌گردند.

در باره تعارض دو اماره فراش در ماده ۱۱۶۰ قانون مدنی وضعیت خاصی پیش‌بینی شده است. در این ماده دو اماره‌ای با هم متعارض می‌گردند که یکی فعلیت داشته باشد و دیگری متعلق به گذشته باشد. قانونگذار با توجه به رعایت مصالح خانواده اماره‌ای را که فعلیت دارد بر اماره سابق رجحان داده است. در فرض مورد نظر ما دو اماره همزمان فعلیت دارند. چنانچه بتوان دلیلی پیدا نمود که یکی از دو اماره را بر دیگری برتری داد به همان ترتیب عمل می‌شود؛ مثلاً پدر بیولوژیکی ثابت نماید که شوهر صاحب رحم به دلیل غیبت، حبس، بیماری و مسافرت امکان نزدیکی با همسر خویش را نداشته است، اماره فراش وی را از اثر می‌اندازد. اما اگر دلیلی بر برتری هیچ‌کدام بر دیگری موجود نباشد، در واقع، پای تعارض دو دلیل به میان می‌آید که بر طبق قاعده «اذا تعارضتا تساقطا» هر دو ساقط می‌شوند و باید به سراغ ادله دیگر رفت. در این صورت، پای امارات قضایی و نظرات کارشناسی به میان می‌آید و چه بسا ادعای مدعی اثبات شود. در این صورت، پدر و مادر حقیقی طفل همین دو نفر اخیر خواهند بود و زوجین ناباور و متقاضی دست خالی خواهند ماند.

حالتی دیگر نیز قابل تصور است که مادر جانشین، مجرد باشد و شخصی ادعای ابوت طفل کند. در این صورت، طفل به صاحب فراش یعنی پدر طبیعی ملحق خواهد گردید؛ زیرا این امر دقیقاً مصداق حدیث فراش است که می‌فرماید: طفل ملحق به صاحب فراش است و برای زناکار سنگ؛ یعنی تردید میان نسب ناشی از زنا و نسب مشروع وجود دارد. لذا چنانچه شرایط الحاق طفل به صاحب فراش به لحاظ حداقل و حداکثر مدت حمل وجود داشته باشد طفل ملحق به وی می‌گردد.

بنابراین، چنانچه طفل به هر دلیلی به صاحب اسپرم ملحق گردد، پدر واقعی طفل همو خواهد بود اما در مورد شوهر بانوی صاحب رحم همه فقها معتقدند چنانچه طفل دختر باشد ربیبه وی به‌شمار می‌آید و نمی‌تواند با او ازدواج کند.

#### ۴-۵- شبیه‌سازی

یکی از چالش‌برانگیزترین بحث‌های حقوقی در خصوص شبیه‌سازی، موضوع نسب است. نظرات مختلفی که در این باره تاکنون ابراز شده، شبیه‌سازی را به یکی از غامض‌ترین مسائل حقوقی در بین اندیشمندان معاصر تبدیل کرده است.

در باره انتساب طفل حاصل از شبیه‌سازی به مرد صاحب سلول جسمی، در فقه امامیه دو دیدگاه قابل طرح است این دو دیدگاه عبارتند از:

دیدگاه اول: عدم انتساب به پدر

عده‌ای از فقهای امامیه همچون آیات عظام موسوی اردبیلی و حکیم با استناد به تعریف عرف از نسب و تأیید شرعی آن معتقدند که طفل شبیه‌سازی شده، پدر ندارد. این گروه دلایل ذیل را برای



اثبات نظر خود برشمرده‌اند:

(الف) پدر عرفاً یعنی صاحب سلول جنسی، و در این مورد چنین سلولی وجود ندارد. پس این طفل اساساً از نطفهٔ مرد نیست. از نظر این گروه، معیار ابوت در قرآن خلقت از جزء او نیست بلکه از اسپرم اوست.

(ب) ابوت فرع بر افرام منی است و زوجیت در اینجا نقشی ندارد.

(ج) مرجع در تعیین نسب، عرف است نه چیز دیگر و شارع مقدس در ترتب احکام آن، بر عرف اعتماد نموده است.

البته قائلان این نظر، در همهٔ فروض مطرح در شبیه‌سازی، طفل شبیه‌سازی‌شده را فاقد پدر دانسته‌اند، اما این نظر در جای خود محل مناقشهٔ جدی است؛ زیرا به فرض که عرف، امروز چنین تصویری از پدر دارد که در جای خود محل بحث است، اگر این فهم عرفی به زودی تغییر کند، در آن صورت باید به تبع عرف از این نظر دست برداشت. وانگهی به نظر نمی‌رسد دلیلی داشته باشیم که تحقق نسبت فرزندی را به انزال منی بداند، هرچند غالباً چنین است. اما اگر فردی نزد حاکم شرع رفت و مدعی شد که به یاد نمی‌آورد هنگام آمیزش انزال منی کرده باشد، آیا به صرف آن می‌تواند نفی ولد کند؟ اینجاست که باید از این گونه قیده‌های زاید دست کشید و تنها ملاک را همان فراش زوجیت و امکان الحاق دانست. از این رو، برخی فقها در فرض وقوع، شخص شبیه‌سازی‌شده را به والدین یعنی پدر و مادر شرعی نه بیولوژیک خود ملحق می‌سازند؛ یعنی معتقدند از نظر شرعی، برای تحقق ابوت، لازم نیست که احراز شود فرزند حتماً از نطفهٔ مرد است بلکه آنچه شرعاً موجب الحاق فرزند به پدر می‌شود، همان فراش است و بس. کافی است که فرزند در دایرهٔ زوجیت پدید آمده باشد و دلیلی برخلاف آن در دست نباشد تا فرزند زوجین به شمار رود. این قاعده چنان استوار است که حتی پدر نیز نمی‌تواند فرزند را از خود نفی کند (معینی فر؛ حاج علی، ۱۳۸۹: ۴ و ۵).

دیدگاه دوم: انتساب به پدر

بعضی از فقها از جمله آیات عظام موسوی سبزواری، حائری و مکارم شیرازی قائل به تفکیک میان سه فرض شده‌اند (همان: ۵ و ۶) و بر این اساس، در فرضی که سلول جسمی از مرد گرفته شود و در تخمک زن قرار داده شود، فرزند تنها به پدر ملحق می‌شود، نه مادر؛ و گفته‌اند که در اینجا فرزند تنها از آن پدر است؛ زیرا وی محصول هستهٔ سلول جسمی پدر است. از نظر آنان، اگر هسته از مادر باشد، وی تنها دارای مادر خواهد بود؛ زیرا آنچه با تکثیر شدن، رشد و نمو می‌کند، همان هستهٔ نطفه است و سیتوپلاسم موجود پیرامون آن به منزلهٔ غذای آن هسته تلقی می‌شود. همچنین عده‌ای از این گروه، میان اهدای سلول جسمی از سوی زوج و فرد بیگانه فرقی نگذاشته و در هر دو صورت، طفل را دارای پدر دانسته‌اند. این گروه دلایل زیر را برای نظر خویش اقامه کرده‌اند:

## الف) استناد به صحیحۀ محمد بن مسلم

ب) در مشروع بودن این پدر یا مادر، عقد شرعی شرط نیست؛ زیرا عقد شرعی در جایی لازم است که فرزند از طریق لقاح سلول‌های جنسی به دنیا بیاید. بدین ترتیب، نسب این طفل از هر جهت روشن می‌شود و با اطلاق ادلۀ نسب، تمام احکام نسب بر او مترتب می‌شود. فرض انصراف ادلۀ نسب به نسب حاصل از ازدواج طبیعی، انصراف بدوی ناشی از آن است که در عصر صدور روایات، تنها از این طریق، نسبت برقرار می‌شده است (همان: ۶ و ۷).

اما عده‌ای دیگر از این گروه همچون آیت‌الله جناتی، علاوه بر اینکه صاحب سلول جسمی را پدر طفل می‌دانند، برای این طفل قائل به وجود مادر نیز شده‌اند و تنها وی را منتسب به پدر یا صاحب سلول جسمی نمی‌دانند (همان: ۲۱). البته ذکر این نکته نیز خالی از ضرورت نیست که در صورتی که صاحب سلول جسمی، یک زن باشد، قطعاً آن طفل فاقد پدر است.

برخی فقها نیز راه افراط پیموده و طفل حاصل از شبیه‌سازی را فاقد هرگونه نسبی دانسته‌اند. از دید این گروه طفل نه مادر دارد و نه پدر. دیدگاه دیگری نیز از سوی بعضی فقها مطرح شده است که براساس آن، طفل شبیه‌سازی‌شده، فاقد هرگونه نسب است (علیان نژادی، ۱۳۸۰: ۲۷).

بر پایه آنچه گذشت، چنانچه در شبیه‌سازی، سلول جنسی متعلق به زوجه، و سلول جسمی متعلق به زوج باشد، این عمل در دایرۀ نکاح صحیح صورت گرفته است و می‌توان قاعدۀ فراش را اعمال کرد و طفل را به زوجین منسوب نمود؛ زیرا نسب امری عرفی است و حقیقت شرعی ندارد. از طرفی، شرط لازم برای اعمال قاعدۀ فراش نزدیکی جنسی نیست.

از آنجاکه در تولیدمثل جنسی، فرد اطلاعات ژنتیکی خود را از صاحبان سلول‌های جنسی دریافت می‌کند در شبیه‌سازی نیز این اتفاق صورت می‌گیرد. به عبارتی، طفل حداقل به یکی از طرفین منتسب می‌شود. بنابراین، دیدگاه عدم انتساب به هیچ‌کدام از صاحبان سلول‌ها دیدگاهی افراطی است.

اما چنانچه در امر شبیه‌سازی، صاحب سلول جسمی یا خود صاحب سلول جنسی یک زن باشد، دیگر قاعدۀ فراش اعمال نمی‌شود و طفل بدون پدر خواهد شد.

## نتیجه‌گیری

در اغلب موارد حتی زمانی که بحث دخالت عامل بیگانه در درمان ناباروری مطرح می‌گردد، می‌توان امارۀ فراش را حاکم نمود و طفل را به زوجین نابارور منسوب نمود. بنابراین، برخلاف آنچه در بادی امر به نظر می‌رسد مسئله غامضی وجود ندارد؛ همین‌که این حقیقت را بپذیریم که نزدیکی مدنظر قانونگذار در امارۀ فراش موضوعیت ندارد و صرفاً طریق متداول بارداری است حل و فصل باقی قضایا

به راحتی صورت می‌گیرد. کمالینکه کسی در انتساب طفل متولد از تفخیز به صاحبان نطفه تردیدی ندارد. در بسیاری از مقالات و پژوهش‌هایی که بررسی شدند، به این مسئله کمتر توجه شده است. این امر می‌تواند به دلیل فقدان اطلاعات کافی در مورد بخش علمی تلقیح مصنوعی باشد.

همچنین دریافتیم که مقوله نسب عرفی است و حقیقت شرعیه ندارد. به همین جهت، در این بحث نیازمند بستری مناسب در جامعه هستیم؛ چراکه عرف امری مطلق نیست و تابع شرایط زمان و مکان است، به گونه‌ای که امری در زمان یا مکانی خاص ممکن است به شدت مخالف عرف و عادات مردم محسوب گردد اما در مکان و یا زمانی دیگر همسو با آن. این تغییرات عرفی می‌توانند پیامد تغییر در فرهنگ و اعتقادات جامعه باشند که به مرور زمان امری است اجتناب‌ناپذیر.

در عصر ما که عصر فناوری اطلاعات نامیده می‌شود این شانس وجود دارد که همگام با جهان، بستر فرهنگی- اجتماعی مناسبی را برای پذیرش بسیاری از پدیده‌ها و فناوری‌هایی که درباره آن بحث شد، فراهم سازیم. برای نیل به این مقصود برگزاری سمینارهای متعدد، فرهنگ‌سازی و قرار دادن دانش مورد نیاز در اختیار دانش‌پژوهان، محققان، اندیشمندان و حتی افراد عادی جامعه می‌تواند بسیار راهگشا باشد. کمالینکه اگر به پژوهش‌های انجام‌شده و آثاری که در این راستا تألیف گشته‌اند نگاهی بیندازیم خواهیم دید که به مرور زمان دیدگاه‌ها خیلی متفاوت شده‌اند و از آن خشکی و تعصب نخستین، خبری نیست.

به هر تقدیر باینکه در کشور ما خلأ قانونی شدیدی در این رابطه به چشم می‌خورد، این خلأ ناشی از اهمال قانونگذار نیست بلکه او به طور حتم زمینه مناسبی برای این عمل ملاحظه ننموده است و شاید علت این تعلل فقدان شرایط مناسب برای قانونگذاری بوده است. امید است با انجام پژوهش‌های متعدد چراغی بر سر راه دانش‌پژوهان قرار گیرد تا با ایجاد بستر مناسب قانونگذاری نقشی را که باید، ایفا کنند و مشکلات عدیده‌ای که منشأ آن فقدان قوانین خاص در این زمینه است، فراموش شوند.

## منابع

- ۱- ایزدی فرد، علی اکبر؛ پیردهی حاجیکلا، علی؛ کاویار، حسین، (۱۳۸۹ش.): «بررسی فقهی وضعیت نسب در شبیه سازی انسانی»، فصلنامه (علمی - پژوهشی) پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره چهاردهم، شماره ۲ (پیاپی ۶۷)، تابستان.
- ۲- آخوندی، محمدمهدی؛ بهجتی اردکانی، زهره؛ عارفی، سهیلا و همکاران، (۱۳۸۶ش.): «آشنایی با لقاح طبیعی، لقاح خارج رحمی و ضرورت استفاده از گامت جایگزین در درمان ناباروری»، فصلنامه پایش، سال ششم؛ شماره چهارم.
- ۳- آخوندی، محمدمهدی؛ بهجتی اردکانی، زهره، (۱۳۸۷ش.): «رحم جایگزین و ضرورت استفاده از آن در درمان ناباروری»، فصلنامه باروری و ناباروری، بهار.
- ۴- حسینی خامنه‌ای، سید علی بن جواد، (۱۴۲۴ق.): أجوبه الاستفتاءات، دفتر معظم‌له، قم.
- ۵- حکیم، سیدمحسن، (۱۴۰۰ق.): منهاج الصالحین، دارالتعارف، بیروت.
- ۶- روشن، محمد، (۱۳۹۱ش.): حقوق خانواده، انتشارات جنگل، جاودانه، تهران.
- ۷- سایت رسمی پژوهشکده رویان [www.royaninstitute.org](http://www.royaninstitute.org)
- ۸- صفایی، سیدحسین؛ امامی، اسدالله، (۱۳۸۵ش.): مختصر حقوق خانواده، نشر میزان، تهران.
- ۹- عاملی، شهید ثانی؛ زین الدین بن علی، (۱۴۱۰ق.): الروضة البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه (المحشی - کلانتر)، کتابفروشی داوری.
- ۱۰- علوی قزوینی، سیدعلی، (۱۳۷۴ش.): آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان، فصلنامه نامه مفید، شماره ۳.
- ۱۱- فتاوی و دیدگاه‌های فقیهان امامیه؛ روش‌های تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، گروه فقه و حقوق و روانشناسی پژوهشکده ابن سینا (جهاد دانشگاهی) و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)؛ تهران؛ بهار ۱۳۸۰ش.
- ۱۲- فیض اللهی، نجات، (۱۳۸۹ش.): اهدای جنین و دیگر روش‌های باروری کمکی در حقوق ایران، انتشارات جنگل، تهران.
- ۱۳- کریم‌زاده میبیدی، محمدعلی؛ طاهری پناه، ربابه، (۱۳۷۷ش.): راز باروری، راهنمای زوج نابارور، انتشارات یزد.
- ۱۴- گواهی، زهرا، (۱۳۸۷ش.): بررسی احکام وضعی استفاده از رحم جایگزین؛ بررسی رحم جایگزین از منظر: پزشکی، حقوقی، فقهی، اخلاقی - فلسفی، روان‌شناختی، جامعه‌شناختی (مجموعه

مقالات)؛ انتشارات سمت و پژوهشکده ابن‌سینا، تهران.

- ۱۵- معینی فر، محدثه؛ حاج‌علی، فریبا، (۱۳۸۹ش.): نسب طفل شبیه‌سازی شده در نظام حقوقی اسلام، دو فصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، شماره ۵۲.
- ۱۶- مکارم‌شیرازی، ناصر، (۱۴۲۹ق.): احکام پزشکی، انتشارات مدرسه علی بن ابی‌طالب (علیه السلام)، قم.
- ۱۷- منتظری نجف‌آبادی، حسین‌علی، (۱۴۲۷ق.): احکام پزشکی، نشر سایه، قم.
- ۱۸- موحدی لنکرانی، محمدفاضل، (بی‌تا): جامع‌المسائل (فارسی)؛ جلد ۱، انتشارات امیر قلم؛ قم.
- ۱۹- موسوی خمینی، سیدروح‌الله، (۱۳۸۳ش.): تحریر الوسیله، ترجمه علی اسلامی؛ محمد قاضی‌زاده، دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
- ۲۰- \_\_\_\_\_، (۱۴۲۴ق.): توضیح المسائل (محشی)، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.