

بررسی مشروعیت تولد فرزند بعد از وفات والدین

محرم مولائی^۱، حمید طالب زاده^۲

^۱ دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد ارومیه

^۲ استادیار رشته حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد ارومیه

نام و نشانی ایمیل نویسنده مسئول:

محرم مولائی

Mola2.mh@gmail.com

چکیده

فلسفه وجودی فقه که مدیریت مطلوب زندگی از گهواره تا گور و حتی بعد از وفات نیز می‌باشد با لحاظ همین منابع، اصول و قواعد اثبات شدنی است. با مدنظر قرار دادن این مبنای کلی نوشتار فعلی در صدد پاسخگویی به یکی از مسائل نوپیدای عصر حاضر است. تولد طفل بعد از وفات والدین و حتی با فاصله زمانی زیاد که از رهگذر توانمندیهای بشری حاصل شده اسات سوالی مختلف فقهی را به دنبال خود آورده است. سوال اصلی فقهی ناظر به مشروعیت و یا عدم آن می‌باشد و دنبال آن این مباحث مطرح می‌شود که مسئله نسب و ارث و مسائل مربوط به اعمال ولایت و حضانت چه حکمی پیدا می‌کنند. البته بعد حقوق بشری این عنوان نیز موضوع دیگری است که خود جای کار مستقل دارد. مباحثی همچون حق انتخاب کودک و حق استیلاد و نحوه اعمال و اجرای حق در این رابطه از مباحث حقوق بشری محسوب می‌شود. در نگاه فقهی با پذیرش اصل اولیه اباحه و عدم پذیرش اصله الحظر دلیل عمده‌ای بر ممنوعیت و حرام بودن انجام چنین کاری وجود ندارد و والدین و یا یکی از آنها حق انجام چنین وصیتی را نیز دارند. انتساب این طفل به والدین نیز خود با منع فقهی مواجه نمی‌باشد چرا که اصولاً نمی‌توان فرزند را تنها فرزند متولد از طریق رحم دانست. دلیل قطعی هم بر ضرورت تولد از رحم جهت انتساب طفل به والدین وجود ندارد. با مشخص شدن نسبت سایر مسائل همچون ارث، میراث، حضانت، قیومیت و ولایت نیز احکام خودش را خواهد داشت که حکم این طفل حکم بچه‌ای است که والدین او فوت کرده باشند. مقررات حقوقی در این ارتباط نیاز به شفاف سازی و تبیین دارد که قانونگذار ایرانی هنوز نیازی به اقدام در خصوص آن ندیده است و اسناد بین المللی در قالب حمایت‌های حقوقی عام در این راستا قابل استناد می‌باشند.

واژگان کلیدی: تولد فرزند، مشروعیت، جنین، تلقیح مصنوعی، نسب، انتساب طفل به والدین.

مقدمه

یکی از مهمترین دستاوردهای نوین در عرصه علوم پزشکی و تجربی امکان نگهداری جنین منجمد شده برای مدت طولانی در موسسات بانک جنین است. این امر سبب شده که گاهی جنین‌های آزمایشگاهی سال‌ها پس از انعقاد نطفه و حتی بعد از وفات والدین متولد شوند. اما مسائل و مشکلات متعدد و پیچیده‌ای در حوزه‌های اخلاقی، فقهی و حقوقی این مسئله مطرح است که می‌بایست از طرف عالمان فقه از یک سو و حقوق دانان و متخصصان از سوی دیگر به آنها پاسخ مناسب داده شود تا زمینه‌ی مناسب برای تدوین و تصویب قوانین و احکام جامع و راه گشا فراهم گردد.

مهمترین مسائل قابل طرح در خصوص موضوع مورد بحث، بررسی مشروعیت و جواز تولد فرزند بعد از وفات والدین یا یکی از آنهاست و این که آیا والدین حق دارند برای بعد از وفات خود، از طرق وصیت، وکالت، رضایت و... چنین اقدامی داشته باشند؛ در صورت جواز، احکام فقهی حقوقی ناظر بر این مسئله و وضعیت انتساب، ارث، نفقه، محرمیت، حضانت و ولایت فرزندان چگونه خواهد بود؟ البته تمرکز اصلی بحث ناظر بر وضعیتی است که تولد فرزند بعد از وفات والدین باشد و اگر از تولد فرزند بعد از وفات یکی از والدین سخن به میان آمده است، جنبه فرعی و تبعی دارد.

در مورد مشروعیت، رویکرد بحث کاملاً فقهی است و جای نگاه حقوقی نسبت به آن نیست؛ ولی در قسمت آثار و احکام فقهی - حقوقی، از آن جا که مباحث حقوقی بر گرفته از مباحث فقهی است و به دلیل کافی نبودن مطالب فقهی، رویکرد بحث، توجه به هر دو مبحث فقهی و حقوقی است. از این رو تلاش می‌شود با تکیه بر اصول و قواعد کلی فقه و حقوق و نیز بهره‌گیری از فتاوی فقه‌ها و اندیشه‌های حقوقی برای مسائل فوق، پاسخ مناسب ارائه شود. با وجود اینکه پیشرفت علوم پزشکی و گسترش مراکز ناباروری، امکان باردار شدن زوجین نابارور را از طریق انجماد جنین و انتقال آن به وجود آورده، و استقبال زنان و مردان نابارور از این شیوه‌های درمانی رو به فزونی است، اما با بررسی کتاب‌های فقهی و حقوقی مشاهده شده که به وضعیت فقهی و حقوقی کودکان متولد از این روش‌ها پرداخته‌اند، می‌توان دریافت. قانون‌گذار ایران در سال ۱۳۸۲ اولین قدم را در این زمینه با تصویب قانون نحوه‌ی اهدای جنین به زوجین نابارور برداشته و برخی از تکالیف زوجین نابارور برداشته و برخی از تکالیف زوجین گیرنده‌ی جنین را در ماده ۳ قانون مذکور بر شمرده است، ولی تنها به بعضی از آثار نسب «حضانت، تربیت، نفقه و احترام» اشاره کرده است و در مورد نسب، مهمترین مسئله‌ی توالد و تناسل و مسائل مهمی همچون وراثت، محرمیت و ولایت که فرع بر آن است سکوت اختیار کرده و نتوانسته آثار و ابعاد حقوقی رویداد مذکور را تبیین نماید و به ابهامات افزوده است.

تاریخچه تولد فرزند پس از مرگ والدین

اولین عمل برداشت موفق اسپرم از شخص متوفی در سال ۱۹۸۰ میلادی انجام گرفت که به دنبال آن موارد دیگر نیز گزارش شده است. پس از این گزارش‌ها و اطلاع یافتن مردم از این امکان، تمایل برای استفاده از چنین خدماتی به آهستگی رواج پیدا کرد، به طوری که در گزارش‌های ارائه شده تا سال ۱۹۹۵ تقریباً در ۴۰ مرکز آمریکایی، ۸۲ تقاضا برای دریافت اسپرم پس از مرگ ثبت شده است. اولین تولد فرزند حاصل از پدر متوفی در سال ۱۹۹۷ در کشور انگلستان گزارش شده است که در آن خانمی تقاضای دریافت اسپرم از شوهرش که دچار مرگ مغزی شده بود را داشته تا از آن برای تولید جنین و باردار شدن استفاده کند. اما به علت مخالفت‌های دادگاه انگلستان به ناچار این کار، در کشور بلژیک انجام شده است که این رویداد بحث‌ها و شبهات فراوانی در خصوص گرفتن اسپرم از اشخاص متوفی یا اشخاصی که در وضعیت نباتی به سر می‌برند در پی داشت. دومین فرزند حاصل از تولید مثل پس از مرگ در سال ۱۹۹۹ در آمریکا به دنیا آمد. از این تاریخ به بعد گزارش‌های متعددی در رابطه با استفاده‌ی موفق از اسپرم افراد متوفی گزارش شده است. در سال ۲۰۰۴، پس از گذشت یک سال و نیم از فوت همسرش، فرزند آن متوفی را به دنیا آورده است. در این گزارش آمده بود که همسر فوت شده‌ی این زن، هنگام حیات، اسپرم خود را منجمد و رضایت نامه‌ای مبنی بر اجازه‌ی ادامه‌ی درمان ناباروری در صورت فوت، به همسر خود داده بود (علیزاده و عمانی سامانی، ۱۳۹۱، ص ۲۷). مواردی از این دست در کشور ما نیز رخ داده است. از جمله، مردی که فرزند جوان خود را از دست داده بود به یک مرکز درمان ناباروری مراجعه می‌کند و تقاضا می‌کند که از جنین‌های منجمد فرزندش برای به دنیا آوردن یادگار فرزندش استفاده شود. مورد دیگر تولد نوزادی است که حاصل از انجماد جنین و پس از ۱۱/۵ سال انجماد در ازمایه، در اصفهان به دنیا آمد (علیزاده و عمانی سامانی، ۱۳۹۱، ص ۲۸).

تولد فرزند بعد از وفات والدین

منظور از تولد فرزند بعد از وفات والدین، تولد آن دسته از کودکانی است که از طریق لقاح اسپرم و تخمک یا جنین شکل یافته از زن و شوهر شرعی و قانونی، بعد از وفات آنها یکی از آنها صورت می‌گیرد.

این روش به گونه‌ای است که زن و مردی که امکان فرزند دار شدن ندارند به مراکز درمان ناباروری مراجعه کرده تا از طریق اخذ سلولهای جنسی آنها، انعقاد جنین و انتقال آن به رحم (صاحب تخمک، همسر دوم مرد یا زن بیگانه) در زمان مناسب، صاحب فرزند شوند. اما در فاصله‌ی انعقاد و انجماد نطفه و کاشت آن در رحم و یا حتی بعد از کاشت در رحم (قبل از تولد) صاحبان نطفه فوت می‌کنند و با وجود وصیت، نطفه‌ی آنها به شخص ثالثی اعم از همسر دوم متوفی یا زن بیگانه منتقل می‌شود و یا این که یکی از آن (صاحبان نطفه) فوت می‌کند و همسر وی تصمیم می‌گیرد از نطفه‌ی انجماد یافته‌ی متوفی، صاحب فرزند شود یا به دیگری واگذار کند. همچنین می‌توان در زمانی که فرد از دنیا رفته یا در حالت مرگ مغزی، اسپرم یا تخمک را استخراج و زمینه‌ی باروری را فراهم کند.

باروری و فرزند آوری بعد از مرگ می‌تواند در فاصله زمانی کوتاه یا بلند مدت بعد از مرگ متصور باشد. به گونه‌ای که مقارن با فوت و بلافاصله بعد از آن یا در حالت مرگ مغزی، از گامت متوفی استفاده شود، یا این که بعد از گذشت سالها از فوت والدین، از گامت و جنین منجمد آنها برای تولد فرزندان (واسطه نه نوه) با فاصله زمانی طولانی استفاده شود.

برای شناخت مشروعیت باروری پس از مرگ باید به بررسی رابطه‌ی زوجیت پس از مرگ زوجین پرداخت و این که آیا مرگ یکی از زوجین سبب از بین رفتن رابطه‌ی زوجیت می‌شود؟ اگر اسپرم مرد در زمان زوجیت اخذ و با تخمک همسرش در همان زمان یا بعد از مرگ ترکیب گردد و یا بعد از مرگ شوهر اخذ و با تخمک همسر ترکیب گردد، استفاده از آن در زمان عده چه حکمی دارد؟ و اگر بعد از انقضای عده، چنین بهره برداری صورت گیرد چه حکمی دارد؟ معیار مشروعیت، زمان گرفتن نطفه است، یا زمان تلقیح و ترکیب (رضانیا معلم، ۱۳۸۹، ص ۲۳۳).

معیار مشروعیت تولد فرزند بعد از وفات والدین

با مراجعه به نظرات فقها، معیار جواز و عدم جواز باروری و تولد فرزند بعد از وفات والدین یا یکی از آنها در دو دیدگاه بررسی می‌شود : یک دیدگاه این که، مرگ سبب از بین رفتن رابطه‌ی زوجیت می‌گردد و اخذ، انعقاد جنین و واگذاری آن به منظور استفاده و بهره برداری از آن بعد از وفات (چه در زمان عده یا بعد از انقضای عده) جایز نمی‌باشد. دیدگاه دیگر این که با مرگ، رابطه‌ی زوجین از بین نمی‌رود و جواز تلقیح و واگذاری جنین و بهره برداری از آن در زمان حیات والدین به زمان پس از مرگ آنها نیز تسری پیدا می‌کند (روحانی علی آبادی، ۱۳۹۱، ص ۲۸۳).

دیدگاه مخالفان وجود رابطه زوجیت

فقهای شیعه به طور مستقل در باره‌ی این موضوع بحث نکرده‌اند، بلکه به مناسبت مسائل مرتبط با عده‌ی وفات مثل کفن زوجه، غسل دادن هر یک از زوجین نسبت به دیگری و ... می‌توان این گونه استنباط کرد که برخی فقها مرگ را سبب زوال عصمت و رابطه‌ی زوجیت دانسته‌اند مثلاً آیت الله یوسف بحرانی (بحرانی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۶۴) و آیت الله محسن طباطبایی حکیم (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۱۶۴) در بحث کفن زن، در برابر کسانی که معتقدند کفن زن بر شوهرش واجب است، چون رابطه‌ی زوجیت باقی است، اعتراض کرده‌اند و وجه یاد شده را ضعیف می‌شمارند (رضانیا معلم، ۱۳۸۹، ص ۲۳۴). همچنین تعدادی دیگر از فقها، تلقیح اسپرم زوج به زوجه را بعد از مرگ وی حرام دانسته‌اند و معتقدند: زوجیت که رابطه‌ی اعتباری بین زن و مرد است با فوت یکی از آنها از بین می‌رود. همچنین در برابر دلائل دیگر موافقان بقای زوجیت مانند : استصحاب و روایات وارده (که در جای خود بیان می‌شوند) معتقدند، استصحاب بقای زوجیت در اینجا به دلیل عدم بقای موضوع کاربردی ندارد و روایات وارده در مورد جواز غسل مرد توسط همسرش در صورت فوت و بالعکس و همچنین نظر به جسد مرد، دلیل بقای زوجیت نیست، بلکه به دلیل ورود نص است که به صورت تعبدی باید به آن ملتزم بود.

دیدگاه موافقان بقای زوجیت

در مقابل این نگرش، عده‌ای دیگر از فقها قائل به بقای زوجیت در مدت عده‌ی وفات هستند. از علمای معاصر می‌توان به آیت الله علامه محمدتقی جعفری و آیت الله فاضل لنکرانی که نظریه‌ی جواز انتقال نطفه‌ی زوج پس از مرگ به رحم زوجه را داده‌اند، اشاره کرد (جعفری تبریزی، بی تا، ص ۳۰۷؛ فاضل موحدی لنکرانی، ج ۲، ص ۴۹۰).

آیت الله محمد تقی جعفری می‌فرماید: «مسلم است که زوجه تا پایان عده‌ی وفات» چهار ماه و ده روز «تنزیلاً (که در اصطلاح اصولی تنزیل را حاکم می‌نامند) در حکم زوجه‌ی متوفی می‌باشد. این حکم در روایات وارده به طور متعدد آمده است که عده‌ی وفات از موقعی شروع می‌شود که خبر فوت زوج را دریافت نماید، نه آغاز زمان واقعی فوت.» (جعفری تبریزی، بی‌تا، ص ۳۰۸)

در روایتی از محمد بن مسلم آمده است که از امام باقر و یا امام صادق (ع) پرسیدم: «فی الرجل يموت و تخته امراه و هو غائب قال تعدد من يوم يبلغها وفاته» (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۲۰۲) (در مورد مردی که در حال سفر بمیرد) (همسر او از چه تاریخی عده‌ی وفات نگه دارد؟) آن حضرت فرمودند: از روزی که خبر مرگ شوهر به او برسد.

ایشان به دلیل دیگری نیز با این بیان استناد می‌کنند که: «اگر بینهی معتبر (دو شاهد عادل) قائم شد بر این که شوهر زنی از دنیا رفته است و آن زن عده‌ی وفات نگه داشت، چنانچه زوج برگشت آیا آن زن زوجه‌ی اوست یا نه؟ در حالی که احدی از فقها نگفته است برای به وجود آمدن علقه‌ی ازدواج به عقد جدید نیازمند می‌باشد.» (جعفری تبریزی، بی‌تا، ص ۳۱۲)

"با عنایت به استدلالهای هر دو گروه، خصوصاً گروه دوم به نظر می‌رسد بیشتر احکام مترتب بر عنوان زوجیت به زمان پس از مرگ نیز تسری پیدا می‌کند، یعنی اصل، بقای احکام مترتب بر زوجیت است و عدم تسری احکام زوجیت به بعد از زمان مرگ نیازمند دلیل است، مثل وجود دلیل خاص بر جواز نکاح شوهر با خواهر همسر یا همسر پنجم در زمان عده‌ی وفات.» (رضانیا معلم، ۱۳۸۹، ص ۲۴۰)، دلیل بر این ادعا، علاوه بر دلائل ذکر شده توسط گروه دوم، به ترتیب زیر است:

الف- آیات

در آیات تشریع عده‌ی وفات و آیات ارث، خداوند بر همسر شوهر مرده، اطلاق "زوجه" نموده است؛ یعنی از آیات کریم ظاهر می‌شود که زوجیت تا بعد از وفات یکی از زوجین باقی است. برخی از این آیات عبارتند از:

"و الذین يتوفون منکم و یذرون ازوجاً یترصن بانفسهن اربعه اشهر و عشراً ..." (سوره‌ی بقره (۲)، آیه ۲۳۴)

"و کسانی از شما که می‌میرند و همسرانی باقی می‌گذارند، باید همسران چهار ماه و ده روز انتظار برند [و از شوهر کردن خودداری ورزند]..."

"و الذین يتوفون منکم و یذرون ازوجاً وصیه لازوجهم متاعاً الی الحول غیر اخراج..." (سوره‌ی بقره (۲)، آیه ۲۴۰) "و کسانی از شما که مرگشان نزدیک می‌شود و همسرانی به جا می‌گذارند، باید برای همسرانشان وصیت کنند که آنها را تا یک سال بدون بیرون کردن از خانه از هزینه زندگی بهره‌مند سازند"

ب- روایات

روایات در این باب متعدد است. از جمله روایاتی که دلالت دارند بر جواز غسل هر یک از زوجین توسط دیگری، نگاه هر یک از زوجین به عورت دیگری پس از مرگ و نیز اطلاق وجوب پرداخت کفن زوجه توسط شوهر و... که همگی نشان دهنده‌ی بقای رابطه زوجیت پس از مرگ هستند (رضانیا معلم، ۱۳۸۹، ص ۲۴۱). از این روایات می‌توان به روایت عبدالله بن سلیمان از امام صادق (ع) اشاره کرد که نقل می‌کند: از امام صادق (ع) سؤال کردم آیا جایز است مرد هنگام مرگ همسر به وی نگاه کند یا غسلش بدهد؟ امام فرمودند: منعی نیست (طوسی، ۱۴۲۱ق، ص ۱۹۷).

همچنین در روایت دیگری در جواب امام صادق (ع) به عبدالله بن سلیمان آمده است:

"... ان شاء ان تعد فی بیت زوجها اعتدت و ان شاءت اعتدت فی بیت اهلها و لا تکتحل" (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۲، ص ۲۴۳)

"جایز است زن عده‌ی وفات را در خانه‌ی زوج خود که وفات یافته است بگیرد"

ج- عرف

در عرف به زنی که شوهرش بمیرد می‌گویند: "زن فلانی است" چنان که شهید ثانی هم گفته‌اند: "یصدق علیها انها زوجه..." (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۳۰۹)

د- اصل برائت

اصل، برائت از حرمت است، زیرا دلیلی بر حرمت تزریق اسپرم شوهر متوفی به همسرش در زمان عده‌ی وفات نداریم (رضانیا معلم، ۱۳۸۹، ص ۲۴۴).

ه- استصحاب بقای احکام و آثار زوجیت

اگر به جهت قصور در ادله نسبت به حکم بقا یا زوال زوجیت در زمان عده و به تبع آن در مورد جواز یا عدم جواز تولد فرزند بعد از وفات والدین تردیدی وجود داشت، به اصل استصحاب بقای زوجیت تمسک می‌شود و بقای زوجیت در مورد همسر متوفی به دست می‌آید و به تبع، جواز تولد فرزند هم ثابت می‌شود.

"البته در صورتی که استصحاب در احکام کلی را جایز دانسته و با مرگ، موضوع را تغییر یافته ندانیم، بعد از شک در استمرار برخی از احکام مترتب بر زوجیت، بقای آنها را استصحاب می‌کنیم" (رضانیا معلم، ۱۳۸۹، ص ۲۴۷) چنان که صاحب البرهان جواز نگاه ثابت شده در زمان حیات را برای پس از مرگ استصحاب نموده است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ص ۸۴).

و - اصل اباحه

می‌توان با صرف نظر از بقا یا عدم بقای زوجیت و اصل جاری در جانب سبب، مستقیماً به سراغ جواز یا عدم جواز تولد فرزند بعد از وفات در این مورد مشکوک رفته و به اصله الاباحه تمسک نمود.

ز - حقیقی بودن اطلاق زوجیه بر زن شوهر مرده

"در اصول ثابت شده است اطلاق مشتق بر دارنده صفت، حقیقت است، چنان که قرآن با اطلاق واژه‌ی "زوجیه" بر زن شوهر مرده قصد مجازی نداشته و ندارد. برداشت عرفی هم این نظر را تأیید می‌کند. پس، چنین زنی، حقیقتاً زوجیه‌ی شوهر متوفی است" (رضانیا معلم، ۱۳۸۹، ص ۲۴۷).

"بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که: اخذ، ترکیب و تلقیح اسپرم و تخمک زوجهین بعد از مرگ هر یک از آن دو جایز است، چون رابطه‌ی زوجیت باقی است و به رغم مخالفت بعضی از فقها، با عنایت به دلایل شش گانه‌ی فوق، بر زن شوهر مرده اطلاق "زوجیه" صحیح است. البته تجویز باروری در زمان عده‌ی وفات به حسب حکم اولی است، ولی اگر زمانی، عنوان ثانوی حرمت، صدق نماید و یا در بردارنده‌ی حرام دیگری باشد، عمل مزبور جایز نخواهد بود، مثلاً چنانچه اخذ اسپرم شوهر پس از مرگ، هتک حرمت محسوب گردد (که البته چنین احتمالی بعید به نظر می‌رسد) یا مستلزم لمس و کشف عورت باشد، عمل یاد شده ممنوع است." (رضانیا معلم، ۱۳۸۹، ص ۲۴۵)

در پاسخ به پرسش بعدی (بقای زوجیت بعد از انقضای عده‌ی وفات) از کلام تعدادی از فقهای شیعه، از جمله: شهید اول و آیت الله خوئی بر می‌آید که رابطه‌ی زوجیت بعد از انقضای عده وجود دارد.

در روایتی آمده است که حتی در پایان عده‌ی وفات و ازدواج مجدد زن اگر شوهر برگردد، زن متعلق به زوج اولش می‌باشد، البته "برای استبراء رحم" عده نگه می‌دارد و سپس به شوهر اولش بر می‌گردد. روایت چنین است:

"عن علی بن ابراهیم، باسناده عن ابی بصیر و غیره عن ابی عبدالله (ع): "انه قال فی شاهدین شهدا علی امراه بان زوجها طلقا او مات عنها فتزوجت ثم جاء زوجها، قال یضربان الحد و یضمنان الصداق للزوج بما غراه ثم تعتد و ترجع الی زوجها الاول" "از علی بن ابراهیم با اسناد خود از ابوبصیر و غیره، او از امام صادق (ع) در باره‌ی دو شاهد که به زنی شهادت دادند: شوهرش او را طلاق داده یا مرده است و زن با تکیه به شهادت دو شاهد ازدواج کرده، سپس شوهرش آمد؟ سؤال نمود و امام (ع) فرمودند: به آن دو شاهد حد جاری می‌شود و مهریه را برای شوهر دوم، ضامن می‌شوند. زیرا آن دو شاهد، آن مرد را به ضرر انداخته‌اند و زن بر می‌گردد به همسر اول خود"

اما برخی دیگر معتقدند اطلاق زوجیه بر زن بعد از انقضای عده‌ی وفات شوهر، به حسب عرف و برخی تعلیلهای ذکر شده در روایات مانند: (....) لانه اذا مات کامت فی عده منه. "ممنوع است.

چنان که آیت الله بحرانی، آیت الله محمد سعید طباطبایی حکیم و ... بر این نکته تصریح دارند، حتی آیت الله خوئی به رغم استدلال به وجود رابطه‌ی زوجیت، احتیاط را در عدم ترتب احکام و آثار زوجیت می‌دانند و مبنای احتیاط خود را دچنین ذکر می‌کنند: «حتی اگر احتمال دهیم که طولانی شدن زمان، رابطه‌ی زوجیت را از بین می‌برد (همین امر کفایت می‌کند که بگوییم، زن شوهر مرده، زوجیه نیست». به هر حال مبانی مطرح در این مساله بدست می‌آید. عده‌ای قائلند که به موت، رابطه‌ی زوجیت منقضی می‌شود، گروه دوم رابطه‌ی زوجیت را در زمان عده باقی و بعد از آن زائل می‌دانند و گروه سوم نیز زوجیت بین زوج و زوجه را تا ابد باقی می‌مانند. پس با دانستن مبانی این مساله، پاسخ سؤال ما نحن فیه روشن می‌شود که آیا تولید فرزند با استفاده از اسپرم، تخمک و جنین متوفی، برای همسر یا غیر همسر جائز است یا خیر؟ بنا بر مبنای اول خیر، مبنای دوم فقط این کار را در زمان عده مجاز می‌شمارد و بر مبنای سوم باید گفت این کار برای همیشه مجاز خواهد بود. نکته‌ی مهم در پاسخ به سؤال بعدی، تفاوت بین لقاح پس از مرگ توسط اسپرم متوفی در مقابل استفاده از جنینهای منجمد موجود که تشکیل آنها به زمان حیات زوجین بر می‌گردد می‌باشد.

در آراء موجود در باره‌ی تلقیح پس از مرگ به نطفه اشاره شده است. اطلاق کلمه‌ی نطفه به جنین توسط بسیاری از فقها انجام می‌گیرد و بنابراین، نطفه به تمامی مساوی با اسپرم نیست، از این رو، با ذکر این نکته می‌توان گفت که احتمالاً انتقال جنینهای منجمد فرد متوفی نیز تابع تلقیح پس از مرگ می‌شود. ولی می‌توان استنباط کرد که چون عمل انجماد سازی در زمان حیات مرد و با رضایت وی بوده پس این عمل را منع نکرده‌اند. برای روشن شدن مشروعیت اقسام باروری بعد از مرگ باید دید معیار در مشروعیت تلقیح چه زمانی است؟ آیا معیار، زمان گرفتن نطفه است، یا زمان تلقیح و ترکیب؟

معیار زمانی مشروعیت تولد فرزند

ظاهر روایاتی که ریختن نطفه‌ی مرد در رحم زن بیگانه را تحریم می‌کند (ابن بابویه، ۱۴۱۴ق، ص ۲۶۳) این است که معیار مشروعیت باروری و تولد فرزند، زمان ترکیب و تلقیح است، نه هنگام اخذ نطفه. بنابراین تلقیح نطفه پس از پایان یافتن زوجیت جایز نیست، هر چند در زمان زوجیت گرفته شده باشد.

با توجه به این مطلب و بنا بر دیدگاه عدم بقای زوجیت پس از مرگ، تنها فروضی مجاز می‌باشد که اخذ گامت و تلقیح جنین (محصول ترکیب اسپرم و تخمک زوج شرعی) قبل از وفات صاحبان جنین، صورت بگیرد چه انتقال جنین به رحم ثالث، قبل از وفات آنها یا بعد از آن باشد. زیرا نطفه به صورت حلال منعقد شده و در حال تلقیح، زوجیت حاصل بوده و در صورت شک نیز، اصل اباحه است.

علت این امر (بنا بر دیدگاه عدم بقای زوجیت پس از مرگ) بطلان زوجیت یا انحلال رابطه‌ی نکاح بعد از وفات شوهر یا زن می‌باشد. در صورت حکم به بطلان زوجیت و یا انحلال آن در صورت فوت مرد، عمل تلقیح اسپرم بعد از فوت، در حکم تلقیح اسپرم اجنبی است که به نظر اکثر مراجع و فقها حرام است؛ (روحانی علی آبادی، ۱۳۹۱، ص ۲۸۳) اگر چه برخی از آنها حکم به جواز عمل مذکور داده‌اند (روحانی علی آبادی، ۱۳۹۱، ص ۲۸۴).

بعد از بررسی معیار مشروعیت تولید مثل و باروری بعد از مرگ و بیان دیدگاه‌های مربوط به رابطه‌ی زوجیت پس از مرگ، می‌توان به بررسی مشروعیت شیوه‌های تولد فرزند بعد از مرگ پرداخت.

حکم شرعی تولد فرزند به حسب عوارض آن

بحث گذشته پیرامون اصل باروری و تولد فرزند (در زمان حیات و بعد از مرگ) با قطع نظر از عوارض و مسائل جنبی آن بود. در این مبحث عوارض جانبی آن مورد بحث قرار می‌گیرد، زیرا در مواردیکه فتوا به جواز داده می‌شود - که شرح آن گذشت - این کار غالباً مستلزم مقدماتی است که از دیدگاه شرع حرام شمرده شده است، نظیر لمس و نگاه حرام و گاه استمناء برای در اختیار گذاشتن نطفه جهت ایجاد باروری. آیا باروری و تولد فرزند با توجه به این عوارض حرام، مجاز است؟ یا تنها در صورتی جایز خواهد بود که مستلزم این امور نباشد، مثل این که اقدام کننده‌ی باروری با زنی که می‌خواهد نطفه را به وی منتقل کند رابطه‌ی زوجیت داشته باشد؟ و آیا اضطراب شخص نابارور می‌تواند انجام مقدمات حرام را توجیه نماید؟

در پاسخ سؤال فوق می‌توان مدعی شد: شکی نیست که در عملیات تولد فرزند باید از محرمانه‌ای که ممکن است با مقدمات تولد همراه باشد، اجتناب کرد، اما اولاً موارد مذکور به نفس تولد فرزند بعد از مرگ ارتباطی ندارد، به عبارتی عارض بر آن است و جزو ذات آن نیست. بنابراین عدم رعایت آنها، موجب حرمت خود تولد نیست. علاوه بر این اگر بتوان فرایند مزبور را بدون نظر و لمس و حرام انجام داد، این عمل متصف به حرمت نخواهد بود. کتاب حاضر در صدد تبیین حلیت یا حرمت ذاتی تولد فرزند است و عوارض جانبی کار را مورد بررسی قرار نمی‌دهد. ثانیاً گاه نازایی منجر به صدمات شدید روحی، روانی و عصبی به زوجه، زوج یا هر دو می‌شود و چه بسا منجر به فروپاشی زندگی می‌گردد. در این صورت درمان ناباروری یک امر حیاتی و ضروری محسوب می‌شود که به حکم قاعده‌ی: "الضرورات تبیح المحذورات" (حریم پناهی، ۱۳۹۶، ص ۱۳۶) می‌توان به جواز آن قائل شد. ثالثاً اگر حرمت نگاه به عورت دلیلی بر عدم جواز تولد فرزند بعد از مرگ است، چرا زایمان طبیعی که مستلزم نگاه به عورت است، دلیلی بر حرمت حامله شدن طبیعی نیست؟! این در حالی است که با اقدام باروری آزمایشگاهی و تولد فرزند به نوعی مداوای بیماری نازایی صورت گرفته است و بنا بر نظر بسیاری از فقها اقدام بیمار در صورت ضرورت و به جهت مداوای بیماری‌اش اگر چه ناچار به انجام حرامی شود مجاز می‌باشد (خلفی، ۱۳۹۴، ص ۷۱).

با توجه به مطالب مذکور، فرزند آوری در موارد ضرورت جایز می‌باشد و در صورتی که ضرورتی وجود نداشته باشد، ظاهراً باید از آن صرفنظر کرد.

اما باید دید مصادیق ضرورت چیست و چه مواردی را در بر می‌گیرد.

مصادیق مختلفی را می‌توان برای ضرورت بر شمرد. از جمله: (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹، صص ۱۳۷-۱۳۵)

۱- زوجه یا زن متقاضی مبتلا به نوعی بیماری جسمی یا روحی شدیدی هستند که حاملگی و تولد فرزند تنها راه درمان آنها می‌باشد، یا بدون حاملگی و فرزند آوری بهبودی آنها سخت و مشکل است. چنین ضرورتی عوارض جانبی تولد فرزند مانند لمس و نگاه جرم و ... را مباح نموده، و راه را برای این اقدام هموار می‌سازد.

۲- زن متقاضی از ناراحتی جسمی یا روحی رنج نمی‌برد و جسم و روحش سالم است، ولی اگر بچه دار نشود، زندگی مشترکش مواجه با مشکل مهمی می‌شود، یا از هم می‌پاشد و در صورت طلاق، با توجه به این که به صورت طبیعی باردار نمی‌شود، شانس ازدواج مجدد او

^۱ - بر اساس قاعده‌ی مزبور، اگر شخصی به حکم ضرورت مرتکب عمل سوء و خلاف قانونی شد، قابل سرزنش و مجازات نیست.

ضعیف است. در چنین صورتی نیز فرزند آوری با استفاده از جنین اهدایی زوج متوفی جایز می‌باشد، و ضرورت مذکور محذورات مزبور را مجاز می‌شمارد.

۳- ضرورتی از سوی زن متقاضی وجود ندارد، بلکه از ناحیه‌ی شوهر احساس ضرورت می‌شود. مثل این که زندگی بدون بچه برای زوج بسیار سخت و طاقت فرساست و بیم آن می‌رود که اگر به همین شکل ادامه یابد، زوج بیمار نیز دچار افسردگی شدید شود. همچنین ضرورت‌های مشابه دیگر.

ضرورت حاصل برای شوهر، اجازه‌ی باروری و فرزند آوری به زن را می‌دهد، همان گونه که ضرورت حاصل برای طفل شیرخوار، اجازه‌ی افطار روزه را به مادر می‌دهد. یا ضرورت تشنگی حیوان، در جایی که آب کمیاب است، به صاحب حیوان اجازه‌ی تیمم می‌دهد.

۴- ایجاد محرمیت، که یکی از مباحث این تحقیق است، نیز می‌تواند به عنوان ضرورت، مجوز این کار گردد. البته در مواردی که واقعا نیاز به آن باشد.

۵- زوج و زوجه هیچ ضرورتی برای انجام این کار ندارند، ولی جامعه نیاز به تکثیر نسل مسلمان دارد. مثل این که مسلمانان یک منطقه، یا کشوری در اقلیت هستند، و عده‌ی زیادی از زنان آنها عقیم و نازا می‌باشند. در اینجا ضرورت حاصل برای جامعه‌ی اسلامی، فرزند آوری حتی بعد از مرگ زوجین را تجویز می‌کند، هر چند مستلزم نگاه و لمس حرام، یا مانند آن باشد.

لذا با عنایت به مطالب فوق، هر نوع باروری و فرزند آوری (مشروط به این که زوجین شرعی باشند) در موارد ضرورت می‌تواند مجاز تلقی شود.

برآیند مطالعه در این پژوهش، نشان می‌دهد در خصوص وضعیت شرعی باروری و تولد فرزند بعد از وفات والدین تاکنون به جهت بدیع بودن موضوع اظهارنظر چندانی از طرف فقها صورت نگرفته است، اما از آنجا که این مساله معمولاً به منظور حل مشکل ناباروری زوجین مطرح است، با عنایت به عموم ادله‌ی قرآنی و روایی در فقه و به تبع آن قانونی مدنی که از آرا و اندیشه‌های فقها سرچشمه یافته است این نتیجه حاصل شد: در صورتی که فرایند مزبور خارج از چهارچوب رابطه‌ی زوجیت نباشد مابینتی با موازین شرعی در این خصوص به نظر نمی‌رسد.

لذا بنا بر ترتیب حکم بر بقای زوجیت بعد از مرگ زوجین و در صورت رضایت والدین و وراثت و با توجه به دلائل ومویداتی چون: اصالة الاباحه و اصالة البرائة و ضرورت های اجتماعی و فردی در درمان نازایی، نظریه‌ی جواز تولد فرزند بعد از وفات والدین بر آیند نوشتار حاضر خواهد بود.

مساله‌ی تولد فرزند بعد از وفات والدین که در سایه‌ی پیشرفته‌های عظیم علمی و با بهره‌گیری از اسپرم، تخمک و جنین زن و شوهر شرعی در زمان بعد از وفات امکان پذیر گردیده، باعث بروز پرسشهای زیادی در عرصه‌ی روابط فردی، اجتماعی، و مباحث فقهی و حقوقی گردیده است. بنابراین از آن جهت که وضع و تدوین قوانین و احکام جامع در جهت پاسخگویی به سئوالات و پایداری نظم جامعه ضروری است، دانش حقوق ناگزیر است با استعانت از فقه همراه این مسائل نو ظهور گام بردارد.

آنچه در این فصل از تحقیق مد نظر است بررسی احکام تکلیفی و وضعی فرزند متولد شده بعد از مرگ والدین یا یکی از آنها است. از این رو مناسب می‌نماید و با آن که در بین مستندات فقه و مقررات قانونی نصی در خصوص آن نمی‌توان یافت، به کمک قواعد و اصول کلی و روح مقررات موضوعه، احکام فقهی و حقوقی آن استنباط گردد.

در این رابطه مباحث و موضوعات زیادی مطرح می‌شود که عمده ترین آنها مساله‌ی نسب، ارث، نفقه، محرمیت، ولایت، حضانت و تربیت است و از آن جا که پاره‌ای از مبانی استنباط احکام موضوع این فصل با مبانی مربوط به جنین آزمایشگاهی و تلقیح مصنوعی بین گامت زوجین بی ارتباط نیست، بحث بدان نیز معطوف می‌گردد. بنابراین قبل از بیان مسائل مربوط به نسب و آثار مالی و غیر مالی آن، در ابتدای فصل به بررسی ماهیت فقهی حقوقی جنین آزمایشگاهی و اختیارات والدین نسبت به آن پرداخته می‌شود.

در ابتدا باید روشن شود که آیا جنین آزمایشگاهی (که با استقرار آن در رحم، مقدمات تولد کودکی بعد از وفات والدین فراهم می‌آید) از نظر احکام شرعی و آثار حقوقی دارای اهلیت تمتع، احترام و حقوق انسانی است؟ آیا گامت یا جنین، جزء مال و حق اختصاصی انسان است؟ آیا جنین آزمایشگاهی در حکم عدم و فاقد قابلیت تملک می‌باشد یا آن که موجود تلقی می‌شود و می‌تواند موضوع عناوین مختلف فقهی مانند بیع، اعراض، صلح، هبه، وکالت، اذن و وصیت قرار گیرد؟ (علیزاده و عمانی سامانی، ۱۳۹۱، ص ۲۹)

سعی در این مبحث از کتاب بر این است که بر پایه‌ی مبانی فقهی حقوقی و بهره‌گیری از فتاوی فقها و اندیشه‌های حقوقی، برای سئوالات فوق و سئوالات دیگری که در این زمینه مطرح است، پاسخ مناسب ارائه شود.

ارث فرزند متولد شده بعد از وفات والدین

همانطور که قبلاً گفته شد هرگاه باروری مصنوعی (اعم از داخل یا خارج رحمی) با استفاده از اسپرم و تخمک زوجین و رحم زوجه یا همسر دوم صورت بگیرد، اشکالی در انتساب فرزند با والدین وجود ندارد، چون طبق دلائل شرعی و فتاوی، صاحب اسپرم پدر فرزند است و همچنین صاحب تخمک در صورت انتقال جنین به رحم وی، مادر کودک می‌باشد، ولی در صورت انتقال جنین به رحم همسر دوم، کودک به صاحب تخمک یا رحم (بنابر اختلاف مبانی) منتسب خواهد بود و در نتیجه بین فرزند و پدر و مادر وی حالت توارث وجود خواهد داشت (خویی، ابوالقاسم، ۱۴۱۰ق، ص ۲۷؛ سیستانی، علی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۴۶۲).

وضعیت ارث فرزند متولد شده بعد از وفات والدین در قانون

با بررسی و دقت در قوانین حقوقی ایران معلوم می‌شود که در هیچ یک از مواد قانون مدنی، اطلاقی که مقتضی برقراری توارث میان پدر و مادر و طفلی که نطفه‌ی او پس از وفات والدین منعقد شده باشد وجود ندارد. بنابراین کودکی که نطفه‌ی او پس از وفات صاحب اسپرم یا تخمک منعقد شده باشد از صاحبان اسپرم یا تخمک ارث نمی‌برد، چون شرط وراثت، وجود وارث در زمان فوت مورث است. این نظریه مطابق با ظاهر ماده‌ی ۸۷۵ قانون مدنی است که مقرر می‌داند شرط وراثت زنده بودن وارث در حین فوت مورث است و اگر حملی باشد در صورتی ارث می‌برد که نطفه‌ی او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود اگر چه فوراً پس از تولد بمیرد (صفایی و علوی قزوینی، ۱۳۸۵، ص ۵۲).

از طرفی قانون ایران نسبت به موردی که انعقاد جنین در زمان حیات زوجین، ولی انتقال جنین و تولد فرزند پس از وفات زوجین یا یکی از آنها صورت گرفته باشد، ساکت است. بنابراین می‌توان با استناد به اطلاقی مواد قانون مدنی و منحصر نبودن مواد مربوطه به زمان حیات والدین یا بعد از آن، فرزند متولد شده بعد از وفات والدین را نیز از حقوق مدنی از جمله ارث برخوردار دانست.

نفقة فرزند متولد شده بعد از وفات والدین

مطابق ماده‌ی ۱۱۹۹ قانون مدنی، در صورتی فرزند از نفقه برخوردار خواهد بود که نسب وی به پدر و مادرش محرز باشد و نفقه‌ی اولاد بر عهده‌ی پدر است. پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به اتفاق، به عهده‌ی اجداد پدری است با رعایت الاقرب فالاقرب. در صورت نبودن پدر یا اجداد پدری و یا عدم قدرت آنها، نفقه بر عهده‌ی مادر است، هر گاه مادر هم زنده و یا قادر به انفاق نباشد، با رعایت الاقرب فالاقرب، به عهده‌ی اجداد و جدات مادری و جدات پدری واجب النفقه است و اگر چند نفر از اجداد و جدات مزبور از حیث درجه‌ی اقربیت، مساوی باشند، نفقه را باید به حصه‌ی متساوی تأدیه کنند (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۳۶۲).

این حکم قانونی فراگیر بوده و شامل رویان آزمایشگاهی و در رحم مصنوعی هم می‌شود. چنان که شامل جنین طبیعی شده و بر مادر جنین پرداخت می‌شود و هزینه‌ی نگهداری رویان هم بر عهده‌ی پدر است. در مورد نفقه‌ی فرزند نیز فقها، حتی اگر از زنا باشد، آن را واجب می‌دانند. بنابراین کسانی که در باروری آزمایشگاهی، طفل را به صاحب اسپرم نسبت می‌دهند، به طریق اولی باید نفقه را بر وی واجب دانند. چرا که حتی اگر این شیوه را جایز ندانند، کمتر فقیهی آن را زنا دانسته و حتی اگر مثل آن باشد، باز هم نفقه بر وی واجب است (صفایی و امامی، ۱۳۹۲، صص ۳۹۴-۳۸۰).

ولایت فرزند متولد شده بعد از وفات والدین

یکی از آثار نسب مشروع، ولایت قهری است و چون فرزند ناشی از تلقح مصنوعی بین زوجین هم دارای نسب مشروع است ولایت قهری این طفل با ولایت طفل ناشی از مواقعه تفاوتی ندارد.

فرزند حاصل از اسپرم و تخمک زوجین تا زمانی که به سن بلوغ و رشد برسد تحت ولایت قهری پدر وجد پدری است و اگر بعد از بلوغ معلوم شود که این کودک غیر رشدی است یا دارای جنون می‌باشد و سفه یا جنون وی به زمان صغر اتصال دارد نیز تحت ولایت پدر و جد پدری می‌باشد (ماده‌ی ۱۱۹۳ ق.م.)^۲

اما در ادامه این سؤال مطرح است که ولایت فرزند که بعد از وفات والدین نطفه‌اش منعقد گردیده یا به رحم انتقال یافته بر عهده‌ی کیست؟ مطابق ماده‌ی ۱۱۸۰ ق.م، ولایت بر فرزند، حق پدر و جد پدری است. این حق در صورتی قابل پذیرش است که فرزند را به پدر ملحق دانست و اما طبق مبانی کسانی که در پاسخ به سؤال فوق، فرزند را به علت انعقاد نطفه بعد از وفات صاحب اسپرم، به وی ملحق

^۲ - ماده‌ی ۱۱۹۳ ق.م: «همین که طفل کبیر و رشید شد از تحت ولایت خارج می‌شود و اگر بعداً سفیه یا مجنون شود قیمی برای او معین می‌شود.»

نمی‌دانند، ولایت را نیز حق وی نمی‌دانند. در حالت انتقال جنین به رحم مادر جانشین، نیز مادر جانشین بر فرزند متولد از رحم اجاره‌ای ولایت نخواهد داشت. همچنین شوهر مادر اجاره‌ای چون رابطه‌ای با کودک از این جهت ندارد، بر طفل ولایت نخواهد داشت.

"در گذشته، ولایت طفل به مادر نیز محول می‌شد، اما بعد از انقلاب به موجب ماده‌ی واحده‌ی لایحه‌ی قانونی مصوب ۱۳۵۸/۷/۱۵ ولایت مادر که در ماده‌ی ۱۵ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۶ پیش بینی شده بود، ملغا و نسخ ضمنی گردید." (مهدوی کنی، و همکاران، ۱۳۹۲، ص ۱۹۴)

در این صورت با استفاده از ملاک ماده‌ی ۱۱۸۵^۳ و ۱۲۱۸^۴ ق.م. برای فرزند مزبور قیم تعیین می‌شود که به استناد ماده‌ی ۶۱ قانون امور حسبی^۵ می‌تواند خود مادر باشد و بر دیگران مقدم است.

بنابراین هر چند در فقه شیعه مادر بر فرزند ولایت ندارد، اما اگر پدر و جد پدری، در قید حیات نباشند و برای فرزند تحت ولایت خود، وصی منصوب نکرده باشند، در این صورت قیم منصوب به حکم دادگاه، وظیفه‌ی ولایت را عهده دار خواهد بود. در اینجا ممکن است دادگاه، مادر صاحب تخمک (در صورت زنده بودن) یا هر کس دیگر از جمله مادر جانشین را برای قیمومیت تعیین کند (مهدوی کنی و همکاران، ۱۳۹۲، ص ۱۹۴).

فقه‌ها در رابطه با این مساله این گونه نظر داده‌اند :

آیت الله فاضل لنکرانی می‌فرماید : شرعا فرزند مرد صاحب اسپرم و زن صاحب تخمک است و آنها بر او ولایت دارند.^۶

آیت الله خامنه‌ای می‌فرماید : ولایت او با ولی شرعی فعلی اوست ولی از او ارث نمی‌برد.

آیت الله مظاهری می‌فرماید: آن کودک، فرزند صاحب اسپرم و صاحب تخمک است، ولی ولایت او مربوط به زوجی است که با اجازه‌ی پدر و مادر اصلی او، صاحب جنین شده و اکنون پدر و مادر فرعی او محسوب میشوند و فرقی نمی‌کند زمان تولد فرزند، پدر و مادر اصلی او (صاحبان اسپرم و تخمک) زنده باشند یا از دنیا رفته باشند. همچنین فرقی نمی‌کند که جنین در دستگاه رشد کند یا در رحم شخص ثالث پرورش یابد و در هر صورت فرزند زن و مردی است که صاحب تخمک و اسپرم هستند.^۷

آیت الله گرامی : ولایت مربوط به صاحب اسپرم و تخمک است و اگر فوت شده‌اند حاکم شرع کسی را امین می‌کند و بهتر که صاحب رحم اجاره‌ای را انتخاب کند.^۸

حضانة و تربیت

اصل معنای حضانة، نگهداری و حفظ است و در اصطلاح حقوقی به نگهداشتن طفل، مواظبت و مراقبت او و تنظیم روابط او با خارج اطلاق می‌شود. تربیت به معنی پروردن و پروراندن و آموختن آداب و اخلاق و پرورش روح و جسم است و در اصطلاح حقوقی به معنای پرورش روحی و اخلاقی (معنوی) اطفال استعمال شده است (صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۳۳۱).

طبق مواد ۱۱۶۸ و ۹ و ۱۱۷۹ و ۱۰ مادر تا ۷ سال از بدو تولد و بعد از آن وظیفه‌ی نگهداری بر عهده‌ی پدر است و در مدتی که حضانة با مادر است اگر مبتلا به جنون شود یا با فرد دیگری ازدواج کند حضانة از او سلب می‌شود و با پدر خواهد بود.

حق حضانة تا زمانی که فرزند، بالغ و رشید نشده برای ابوبن، وصی و یا قیم تعیین شده، باقی است. وقتی که فرزند - چه پسر و چه دختر - از لحاظ سن، بالغ شده و از لحاظ عقل و درک رشید شده باشد، حق حضانة ساقط گردیده و فرزند مالک نفس خود خواهد شد و دیگر پدر و مادر نسبت به او حق حضانة نخواهند داشت (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۳۳۶).

تربیت طفل از لوازم حضانة است. یکی از وظایف مهم والدین در برابر فرزندان این است که به تربیت اخلاقی و پرورش فکری و عقلی آنها همت گمارند و اطفال و نوجوانان را به تحصیل علم و فراگیری آگاهیهای شغلی مناسب برای امرار معاش و رفع حوائج ضروری زندگی

^۳- ماده‌ی ۱۱۸۵ ق.م: هرگاه ولی قهری محجور شود مدعی العموم مکلف است مطابق مقررات راجعه به تعیین قیم، قیمی برای طفل معین کند.

^۴- ماده‌ی ۱۲۱۸ ق.م: برای اشخاص ذیل تصب قیم می‌شود : ۱- برای صغاری که ولی خاص ندارند ۲- برای مجانین و اشخاص غیر رشید که جنون یا عدم رشد آنها متصل به زمان صغر آنها بوده و ولی خاص نداشته باشند. ۳- برای مجانین و اشخاص غیر رشید که جنون یا عدم رشد آنها متصل به زمان صغر آنها نباشد.

^۵- ماده‌ی ۶۱ امور حسبی: پدر یا مادر محجور مادام که شوهر ندارد با داشتن صلاحیت برای قیمومت بر دیگران مقدم می‌باشد.

^۶- استفتاء از دفتر مرحوم آیت الله فاضل توسط محقق، همان

^۷- استفتاء از آیت الله مظاهری توسط محقق، به شماره استفتاء ۲۳۷۴۹ تاریخ ۱۳۹۲/۴/۲

^۸- استفتاء از آیت الله گرامی توسط محقق به تاریخ ۱۳۹۴/۵/۲۹

^۹- ماده‌ی ۱۱۶۸ ق.م: نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبن است.

^{۱۰}- ماده‌ی ۱۱۷۹ ق.م: ابوبن حق تنبیه طفل خود را دارند ولی به استناد این حق نمی‌توانند طفل خود را خارج از حدود تادیب تنبیه نمایند.

و ادار و تشویق کنند. بنابراین حضانت بیشتر ناظر به حمایت جسمی از کودک است، اما تربیت شامل آموختن آداب و سنن اخلاقی و مذهبی و اجتماعی و... بوده و ناظر بر روح و روان طفل است. حضانت از لحاظ ضمانت اجرایی نیز قوی تر و جدی تر از تربیت بوده به گونه ای که قانون گذار برای حضانت، تعدادی ضمانت اجرای مدنی و کیفری مقرر کرده است، ولی در زمینه ی تربیت کودکان، ضمانت اجرایی، بیشتر جنبه ی اخلاقی دارد و برای غفلت والدین در خصوص تربیت، ضمانت اجرای مادی و حقوقی خاصی پیش بینی نشده و ی اجرای مجازات چندان جدی تلقی نگردیده است (صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۳۴۷).

به نظر می رسد آن چه در حضانت و تربیت طفل مورد توجه قانون گذار است مصلحت و سعادت طفل و توجه به حقوق و موضوعاتی است که تحت عنوان "احقیق" در بحث حضانت می تواند برای والدین و کودک مطرح باشد چرا که مسئولیتهای والدین در این خصوص صرفا جهت تامین منافع و مصالح کودک است. به همین جهت حضانت حق و تکلیف ابوین است (مزروعی، ۱۳۹۵، ص ۹۵).

نتیجه گیری

برآیند مطالعه در این پژوهش نشان می‌دهد، جنین آزمایشگاهی (که با استقرار آن در رحم، مقدمات تولد فرزندی بعد از وفات والدین فراهم می‌آید) قبل از کاشت در رحم، مادامی که در مسیر تکامل و رشد قرار دارد و چرخه تکامل آن متوقف نشده است، عنوان حمل بر آن صدق می‌کند و همانند جنین داخل رحم از حقوق مدنی متمتع می‌گردد و موضوع احکام شرعی قرار می‌گیرد، ولی اگر منجمد شده باشد، از آغاز رشد مجدد و انتقال به رحم، موضوع احکام شرعی قرار می‌گیرد و با زنده متولد شدن کشف می‌گردد که از این زمان قابلیت دارا شدن حق و تکلیف را داشته است. لذا در زمان انجماد و توقف رشد، عنوان حمل بر آن صدق نمی‌کند، پس می‌تواند به عنوان مال لحاظ شود و نسبت به آن حمل و انتقال صورت بگیرد. بنابراین صاحبان آن می‌توانند جنین و همچنین گامت خود را در زمان حیات و یا بعد از مرگ، تحت عناوین فقهی و حقوقی مختلفی مانند: بیع، اعراض، صلح، هبه، وکالت، اذن، وصیت و قرارداد خصوصی واگذار کنند و به ملکیت دیگری درآورند. هر چند این انتقال و واگذاری، مراحل مختلفی از جمله: اخذ گامت، تلقیح و انتقال آن به رحم دارد که هر مرحله آثار و بار حقوقی خاصی دارد. به طوری که در مرحله اول و دوم نه تنها کرامت و منزلت انسان مخدوش نمی‌گردد، بلکه از جهت فراهم شدن مقدمات درمان ناباروری زوجین، مفید و مورد پسند جامعه است. در مرحله سوم که جنین به رحم منتقل می‌شود، نه تنها اطلاق بیع بر جنین بلکه استفاده از عناوینی مثل هبه، صلح، اعراض و مانند آن نیز در این باره معارض با کرامت انسان است. زیرا جنین در این مرحله حمل نام دارد که قانون مدنی به جهت هویت و شخصیت خاص حمل، آثار حقوقی ویژه‌ای را پیش بینی کرده است. بنابراین در این مرحله نیازی به انطباق آن با عقود معین نیست بلکه بخشی از فرایند درمان است که اهدا کنندگان و مراکز درمانی به عنوان مشارکت در آن مستحق دریافت عوض خواهند بود. اما در بعد مشروعیت تولد فرزند بعد از وفات والدین، بنا بر نظر اکثر فقها در صورتی که انعقاد اسپرم و تخمک زوجین در زمان حیات صورت گرفته باشد، انتقال آن به رحم شخص ثالث یا رحم مصنوعی جایز است (البته در صورتی که عملیات مزبور مستلزم نظر و لمس حرام باشد، پرهیز از آن لازم است) و نیز در موردی که انعقاد، بعد از مرگ صورت پذیرد، طبق دیدگاه بقای زوجیت بعد از مرگ می‌توان حکم به جواز نمود. ولی طبق دیدگاه عدم بقای زوجیت بعد از مرگ، به علت قطع رابطه‌ی زوجیت، تلقیح در حکم تلقیح بیگانه و حرام است. در مورد احکام وضعی فرزند متولد شده، از آن جا که حقوق والد و فرزندی به طور مستقیم با نسب فرزند در ارتباط است، با تعیین نسب و الحاق فرزند به والدین، احکام وضعی دیگر از جمله ارث، نفقه، محرمیت، ولایت و حضانت معین می‌گردد. فرزند متولد شده در این روش از نظر نسب، به نظر اکثر فقها، به صاحبان اسپرم و تخمک منسوب می‌گردد و صاحب رحم با وجود محرمیتش با فرزند، مادر نسبی محسوب نمی‌شود، البته با توافق می‌تواند حضانت و سرپرستی فرزند را به عهده بگیرد. در شیوه‌ی تولد فرزند از طریق اهدا جنین نیز صاحبان اسپرم و تخمک، پدر و مادر قانونی محسوب می‌شوند اگر چه متقاضیان جنین می‌توانند حضانت و سرپرستی فرزند را برای همیشه به عهده بگیرند. در صورت اعتقاد به بقای رابطه‌ی زوجیت و مجاز دانستن انعقاد نطفه بعد از مرگ و اثبات نسب برای طفل مزبور، نمی‌توان قائل به ثبوت ارث برای فرزند حاصل از این نوع باروری شد، زیرا از جمله شرایط ارث بردن، وجود وارث در زمان حیات مورث است پس با توجه به ماده‌ی ۸۷۵ ق. م اگر طفل در موقع فوت مورث وجود داشته و نطفه‌ی او قبل از فوت او منعقد بوده است، در صورت زنده متولد شدن از اقارب خود ارث می‌برد اگر چه فوراً پس از تولد بمیرد.

ادله‌ی شرعی در مورد ارث، ناظر به جنینی است که عرف (عموم یا متخصصان) آن را حمل تلقی کند. عنوان حمل بر جنین حاصل از تلقیح خارج از رحم اسپرم و تخمک زوجین، از هنگام انتقال آن به رحم و همچنین بر جنین مزبور قبل از انتقال به رحم، مادامی که در مسیر تکامل و رشد قرار دارد و منجمد نگردیده است، صدق می‌کند.

پس تردیدی نمی‌توان داشت که این جنینها با انتقال به رحم و زنده متولد شدن، مشمول همان حقوق و احکام وضعی می‌باشند که فرزندان طبیعی دارند.

پیشنهادهای

فرزندار شدن از جمله حقوق فطری و طبیعی هر انسان است. مادامی که منابع طبیعی قادر به ارضاء این حس نیرومند انسانی نیست باید نظام حقوقی، این ظرفیت و انعطاف را داشته باشد که تحت شرایطی از راههای جانشین استفاده کند. اکنون که بر اثر پیشرفت علوم و دگرگونی‌های جدید این امکان وجود دارد که جنین را سالیان طولانی نگهداری و سپس به رحم زن یا رحم مصنوعی منتقل کنند، باید به تناسب این تحول، ضوابط و معیارهای خاصی را تدوین و به اجرا گذاشت. تا با استفاده از آن راهگشای مسائل و مشکلات اجتماعی کودکان ناشی از این روشها در زمینه‌های ارث، نفقه، ولایت، حضانت، تربیت و محرمیت باشد. زیرا اگر قانون صریح و شفاف در این زمینه تدوین نگردد و هر کس بر مبنای نظره‌ی فقهی مرجع تقلید خود عمل کند، باعث به وجود آمدن مشکلات اجرایی، حقوقی و قضایی بی شماری در کشور خواهد شد. البته ضرورت دارد پیش از اقدام به قانونگذاری، کارشناسان و متخصصان آشنا به روشهای گوناگون تولد فرزند بعد از مرگ، با

برگزاری همایشها و گردهماییهای تخصصی، انواع روشهای این شیوه را برای مجامع فقهی و حقوقی و قانون گذاران به دقت تشریح و توصیف کنند تا بدین وسیله قانونگذار به تصمیم شایسته بر مبنای آراء فقیهان دست یابد. همچنین به نظر می رسد وزارتخانه های بهداشت و درمان، دادگستری کشور و سایر دستگاههای مرتبط مانند ثبت احوال، در نظارت بر بانکهای جنین و اعمال قوانین با یکدیگر هماهنگی لازم را داشته باشند.

و نیز شایسته است با توجه به نیاز روز جامعه برخی از مراجع بزرگوار تقلید و فقیهان، دروش خارج فقه خود را به این گونه مباحث اختصاص دهند.

در آخر پیشنهاد می شود پژوهشگران علاقمند در این زمینه در موضوعات نزدیک به این مساله، مانند تولد فرزند بعد از طلاق والدین نیز پژوهشهای لازم را به عمل آورند و در قالب کتب و مجلات تخصصی، همایشها و سمینارهای فقهی و حقوقی به جامعه عرضه کنند. خداوند را شاکریم که به ما توفیق داد با بضاعت وتوشه ای اندک، قدمی در راه گسترش علم و دانش برداریم. امید است مورد استفاده ی محققان و پژوهشگران قرار گیرد.

مراجع

[۱]	علیزاده، ل. و عمانی سامانی، ر.، ۱۳۹۱، تولید مثل پس از مرگ: حقوق بیمار و دیدگاه اسلامی، مجله‌ی ایرانی اخلاق و تاریخ پزشکی، دوره‌ی پنجم، شماره ۴، ۱۳۹۱
[۲]	رضانیا معلم، م.ر.، ۱۳۸۹، باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، چاپ دوم، بوستان کتاب، قم، ۱۳۸۹
[۳]	روحانی علی آبادی، م.، ۱۳۹۱، حکم شرعی تلقیح اسپرم و نطفه بیگانه، روشهای نوین تولید مثل انسانی، مجموعه مقالات، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۱
[۴]	بحرانی، ی.، ۱۴۰۵ق، الحقائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، محقق: محمد تقی ایروانی و عبدالرزاق مفرم، جلد ۴، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵ ه.ق
[۵]	طباطبایی حکیم، م.، ۱۴۱۶ق، مستمسک العروه الوثقی، چاپ اول، جلد ۴، قم، موسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ق.
[۶]	جعفری تبریزی، م.ت.، بی تا، رسائل فقهی، موسسه‌ی تحقیقات و نشر معارف اهل البیت (ع) بی تا
[۷]	مجلسی، محمدباقر، مرآه العقول فی شرح اخبار آل الرسول، ج ۲۱، دارالکتب الاسلامیه، تهران، چاپ دوم، ۱۴۰۴ ق، ص ۲۰۲
[۸]	طوسی، محمد بن الحسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، ۱۴۲۱ق
[۹]	حر عاملی، م.ح.، ۱۴۰۹ق، وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، محقق: گروه پژوهش موسسه آل البیت (ع)، ج ۲۲، چاپ اول، قم، موسسه آل البیت (ع)، ۱۴۰۹ ق
[۱۰]	شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، جلد ۹، محقق: گروه پژوهش موسسه‌ی معارف اسلامی، قم، موسسه‌ی معارف اسلامی، ۱۴۱۳ ه. ق
[۱۱]	ابن بابویه، م.، ۱۴۱۴ق، اعتقادات الامامیه، چاپ دوم، قم، کنگره‌ی شیخ مفید، ۱۴۱۴ق.
[۱۲]	حرم پناهی، م.، ۱۳۹۶، تلقیح مصنوعی (قواعد فقهی)، فصلنامه فقه اهل بیت (ع) شماره‌ی ۹، ۱۳۹۶
[۱۳]	مکارم شیرازی، ن.، ۱۳۸۹، حیل‌های شرعی و چاره جوییهای صحیح، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۹
[۱۴]	خویی، ا.، ۱۴۱۰ق، منهاج الصالحین، جلد اول، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ق
[۱۵]	سیستانی، ع.، ۱۴۲۲ق، المسائل المنتخبه، چاپ نهم، قم، مکتب سماحه آیت الله سیستانی، ۱۴۲۲ ق
[۱۶]	صفایی، ح. و علوی قزوینی، ع.، ۱۳۸۵، ارث کودکان آزمایشگاهی، فصلنامه‌ی اندیشه‌های حقوقی، سال چهارم، شماره ۱۱، ۱۳۸۵
[۱۷]	طاهری، ح.، ۱۴۱۸ق، حقوق مدنی، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ دوم، ۱۴۱۸ق
[۱۸]	صفایی، ح. و امامی، ا.، ۱۳۹۲، مختصر حقوق خانواده، ۱۳۹۲

[۱۹]	مهدوی کنی، ص؛ احمدوند، ب. و نوراحمدی، ا.، ۱۳۹۲، بررسی احکام فقهی - حقوقی کودکان متولد شده از رحم جانشین، فصلنامه‌ی پژوهشهای فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره‌ی ۳۱، ۱۳۹۲
[۲۰]	مزروعی، ر.، ۱۳۹۵، ماهیت حضانت و تعیین صاحبان آن، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، شماره ۵۵، ۱۳۹۵