

**Legal Principles and Rules of Alimony of Cloned Child***Davood Seify Ghareyataq<sup>1</sup>, Kafie Khojaste Mah Siyah<sup>2</sup>, Zahra Dehbashi<sup>3</sup>***Abstract**

The child's right to receive alimony from his parents, is one of the basic human rights, which has been seriously challenged by the arrival of new technologies of reproduction. This paper seeks to answer questions and challenges about alimony of cloned Child. In this regard, the theoretical foundation of entitlement to alimony- such as the theory of compliance with legal parentage and compliance of alimony with conventional parity, theory of contractual nature of alimony, and theory of having credit and legal origin have been analyzed and explicated. Then, cloned child's alimony is discussed based on different assumptions such as cloning with couple of cells, cells stranger, an alien egg, a fetus alimony in during pregnancy and alimony of child in embryo donation and clonic without the interference of man. By analyzing the legal opinions, laws and spirit of the law. The article concludes that alimony payments depend on child's well-being rather than the legal parentage. The obligation to pay alimony is for the legal father who is the owner of the cell nucleus. And, in the event of non-payment or agreement, transference of the embryo recipients and those who are committed to get the child simulation is preferred.

**Keywords**

Cloning, Alimony, Rights of Child, Best Interest

Please cite this article as: Seify Ghareyataq D, Khojaste Mah Siyah K, Dehbashi Z. Legal Principles and Rules of Alimony of Cloned Child. Iran J Med Law 2016; 10(37): 123-148.

1. MA, Department of Law, University of Zabol, Zabol, Iran. (Corresponding author) Email: dseify@uoz.ac.ir

2. MA, Department of Islamic Studies, Zabol Branch, Islamic Azad University, Zabol, Iran.

3. Assistant Professor, Department of Parturition, Zabol University of Medical Sciences, Zabol, Iran.

Original Article

Received: 12 January 2016

Accepted: 5 May 2016

## مبانی حقوقی و احکام نفقه کودک شبیه‌سازی شده

داود سیفی قره‌یتاق<sup>۱</sup>، کافیه خجسته ماه سیاه<sup>۲</sup>، زهرا دهباشی<sup>۳</sup>

### چکیده

حق نفقه طفل بر پدر و مادر خود، یکی از اساسی‌ترین حقوق انسانی به شمار می‌آید که با ظهور فناوری‌های جدید تولید مثل به چالش جدی کشیده شده است. مقاله حاضر در پی پاسخگویی به سؤالات و چالش‌های موجود در نفقه طفل شبیه‌سازی شده است. در این راستا، ابتدا مبانی نظری استحقاق نفقه مانند نظریه تبعیت از نسب شرعی، زوجیت عرفی، قراردادی بودن نفقه و منشأ اعتباری و قانونی دانستن نفقه تحلیل و تبیین می‌شود. در ادامه به احکام نفقه طفل شبیه‌سازی شده در فروع مختلف نظیر شبیه‌سازی ناشی از سلول زن و شوهر، سلول مرد بیگانه، تخمک بیگانه، نفقه جنین در ایام بارداری و نفقه اهدا جنین و کودک شبیه‌سازی شده بدون دخالت مرد پرداخته شده است. از تطور در آرای فقهی، قوانین مدنی و مذاق شریعت برمی‌آید که نفقه بیش از آنکه تابع نسب شرعی و رابطه والد و فرزندی باشد، بر پایه مصلحت کودک سامان می‌پذیرد. بر این اساس الزام به تأدیه نفقه طفل، بر ذمه صاحب سلول دارای هسته به عنوان پدر قانونی است. در صورت تعذر یا توافق طرفین، انتقال‌گیرندگان جنین و کسانی که متعهد به دریافت کودک شبیه‌سازی شده‌اند، نسبت به سایرین ارجحیت دارند.

### واژگان کلیدی

شبیه‌سازی، نفقه، حقوق طفل، مصلحت

۱. مربی، گروه حقوق، دانشگاه زابل، زابل، ایران. (نویسنده مسؤول) Email: dseify@uoz.ac.ir

۲. مربی، گروه معارف، دانشگاه آزاد اسلامی زابل، زابل، ایران.

۳. استادیار، گروه زنان و زایمان، دانشگاه علوم پزشکی زابل، زابل، ایران.

## مقدمه

کودکان به عنوان بخشی از جامعه مانند سایر افراد از حقوق برخوردارند که رنگ و ملیت دین، دارا و ندار بودن آن‌ها و کیفیت تولد آنان نمی‌تواند مانع از احقاق آن حقوق گردد. اعلامیه جهانی حقوق کودک در مقدمه خود با تأکید بر این نکته مقرر دانسته است: «کودکان بایستی دوران کودکی خود را با خوشبختی و آسایش بگذرانند و از حقوق اجتماعی مطلوب برخوردار گردند.»

حقوق کودکان گستره وسیعی را دربر می‌گیرد که از آن جمله می‌توان حق داشتن پدر و مادر شایسته، حق برخورداری از سلامت جسم و روان، ارث‌بری، حق نسب، حق تغذیه، نگهداری، حق تعلیم و تربیت، حق نفقه، اداره اموال کودک و... اشاره کرد.

سؤالی که در این رهگذر مطرح می‌شود این‌که آیا کودکانی که از طریق روش‌های کمکی متولد می‌شوند، به صرف مصنوعی بودن تولد، باید از بخشی از حقوق خود محروم شوند، مسلماً جواب این پرسش منفی است. بنابراین خواه قائل به حرمت شبیه‌سازی باشیم، خواه قائل به جواز باشیم، در صورت تولد کودک در عمل ضرورت دارد نسبت به احکام وضعی آنان از حیث توارث، نسبت، حضانت، نفقه و محرمیت... اظهار نظر و تعیین تکلیف نمود. در این راستا احکام وضعی به دو دسته قابل تقسیم است: ۱- احکامی که به رابطه طبیعی بین دو انسان (فرزند و پدر و مادر) مربوط می‌شود، مانند نسب و توارث؛ ۲- احکامی که ناظر به استیفای حقوق معنوی و مادی کودک‌اند، مانند حضانت، ولایت، نفقه.

تمایز اصلی بین این دو دسته از احکام این است که احکام گروه اول به امور طبیعی وابسته و غیر قابل جایگزین است، یعنی نسب کودک از نظر پدری یا مادری یا ثابت می‌شود یا نه که در صورت اثبات آثار حقوق و احکام اولاد بر آن مترتب خواهد بود، از جمله توارث بین کودک و پدر و مادر، ولی دسته دوم راه‌های پیش‌بینی‌شده در شریعت و قانون برای استیفای حقوق کودکان در مراحل مختلف زندگی و حتی دوران بارداری است. با بررسی احکام فقهی ملاحظه می‌شود هر جا به عللی، مانعی برای محقق شدن حقوق کودک به وجود آید، بلافاصله جایگزینی برای آن پیش‌بینی می‌شود، مثلاً اگر مادر یا پدر یا هر دو از نظر اخلاقی شایستگی حضانت یا ولایت کودک را نداشته باشند، قانون این مسؤولیت را به ترتیبی که در قانون پیش‌بینی شده، به سایر خویشاوندان محول می‌کند.

ضرورت تحقیق از آن روست که با توجه به فراز و نشیب‌هایی که در مورد وضعیت حقوقی طفل شبیه‌سازی شده وجود دارد، لازم است بحث حضانت و نفقه کودک شبیه‌سازی شده مشخص شود که نفقه این کودک بر عهده چه کسی هست. حقیقت آن است زن و شوهری که بر اثر قراردادی، باعث ولادت کودکی می‌شوند، حق ندارند با مستمسک قراردادن این مسأله که کودک به آن‌ها ملحق نیست، از زیر بار مسؤولیت نگهداری و تأمین نفقه و حقوق کودک شانه خالی کنند. از این رو شناسایی کسی که ملزم به تأدیه نفقه می‌باشد، ضروری است.

هدف از این تحقیق نیز تبیین این نکته اساسی است که با توجه به فروض مختلفی که در شکل‌گیری کودک شبیه‌سازی شده وجود دارد، این‌که پدر و مادر این کودک چه کسی است صاحب نطفه، شوهر زن صاحب تخمک، صاحب رحم، صاحب تخمک، هر دو یا هیچ کدام و همچنین به همان صورت که نسب کودک به والدین می‌رسد و ارث می‌برند آیا نفقه هم این چنین است. این‌ها مسائلی می‌باشد که وضعیت حقوقی طفل شبیه‌سازی شده را تحت‌الشعاع خود قرار می‌دهد. پیدا کردن مسؤول حقوق مالی در شبیه‌سازی، ارتباط ناگسستنی با مبنایی نظری نفقه دارد. از این رو در این تحقیق ابتدا به مبانی نظری استحقاق نفقه پرداخته شده و بخش بعدی به بیان فروض مختلف نفقه کودک که در این زمینه مطرح شده اختصاص دارد.

### مفهوم شبیه‌سازی، نفقه

شبیه‌سازی از کلمه یونانی «klon» به معنای جوانه‌زدن و ترکه چوب گرفته شده است و در لغت به معنای بریدن، تکثیر کردن، قلمه‌زدن است (۱-۲)، اما اصطلاح شبیه‌سازی عبارت است از «فرآیند تولید غیر جنسی گروهی از سلول‌ها، مولکول‌ها یا موجودات زنده را که به بیان همگی از نظر ژنتیکی مشابه نیای مشترک باشند (۳). به بیان ساده‌تر، کلونینگ به معنای «تولید مثل و ایجاد موجودی مشابه نسخه اصلی به طریق غیر جنسی» می‌باشد (۱).

شبیه‌سازی در زیست‌شناسی عبارت است از تکثیر موجودات زنده بدون آمیزش جنسی که موجودات حاصل نسخه‌های همانندی از موجود اولیه‌ای هستند که از آن حاصل شده‌اند، برخلاف تولید مثل جنسی که موجود حاصل آمیزه‌ای از ویژگی‌های جنسی نر و ماده را دارد.

در شبیه‌سازی ترکیبی از اسپرم مرد و تخمک زن که منجر به ایجاد سلول جنسی گامت می‌گردد، وجود ندارد، بلکه سلول جسمی از برخی اندام‌های انسان مذکر، مؤنث دریافت و در

تخمک تخلیه شده یک زن قرار داده می شود و طی مراحل دقیقی به رحم منتقل می شوند. از اینجا به بعد زیگوت ایجاد شده و مراحل رشد خود را آغاز می کند، پس تولید زیگوت بدون اسپرم مرد اولین مرحله شبیه سازی انسان است. در حقیقت شبیه سازی انسان روند به وجود آمدن یک موجود زنده جدید از یک موجود زنده دیگر به طریق غیر جنسی است. دستگاه خلقت انسانی آن چنان پیچیده است که همه فرایند شبیه سازی و لقاح مصنوعی در محیط آزمایشگاهی صورت نمی گیرد، بلکه جزء اصلی این فناوری و شبیه تولید مثل، دخالت یک موجود انسانی از طریق قراردادن زیگوت در رحم خود می باشد که ممکن است هسته سلولی از اندامکان او یا فرد دیگری باشد (۴-۶).

نفقه به معنای تأمین هزینه زندگی کسی، آن گونه که عادتاً بدان نیازمند است از خوراک و پوشاک و مسکن و نیازمندی های زندگی. نفقه دادن به سه دسته واجب است و به تعبیر دیگر اسباب وجوب نفقه سه چیز است:

- زوجیت: یعنی نفقه زن دائمی بر شوهر واجب است.
- خویشاوندی: تأمین هزینه زندگی پدر و مادر تنگدست بر فرزند واجب است و تأمین هزینه زندگی فرزندان تنگدست بر پدر و مادر واجب است.
- ملک: نفقه دادن به بردگان و چهارپایان واجب است، به طور متداول و معمول در عرف مردم (۷).

ماده ۱۲۰۴ ق.م. مقرر می دارد: «نفقه اقارب عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت به قدر حاجت با در نظر گرفتن درجه استطاعت منفق.» نفقه در اصطلاح حقوقی عبارت است از چیزی که برای گذران زندگی لازم و مورد نیاز است. قانون مدنی این نیازمندی ها را در ماده ۱۲۰۴ ق.م. «... مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت به قدر حاجت با در نظر گرفتن درجه استطاعت منفق» ذکر کرده است، ولی مقدار نفقه اقارب را معین ننموده و آن را موکول به درجه استطاعت منفق و به قدر رفع احتیاج اتفاق شونده نموده است. بر اساس ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی، نفقه اولاد بر عهده پدر است، پس از فوت پدر یا عدم قدرت او بر انفاق، بر عهده اجداد پدری است و در صورت نبودن پدر یا جد پدری یا عدم قدرت آن، نفقه فرزند بر عهده مادر است. در صورت زنده نبودن مادر یا عدم قدرت بر انفاق وی، نفقه بر عهده اجداد و جدّات مادری و جدّات

پدری است. در این ماده قانونگذار در درجه نخست پدر و با ترتیباتی مادر را مسؤول پرداخت نفقه اولاد قلمداد کرده است.

### مبانی نظری استحقاق نفقه

#### ۱- نظریه تبعیت نفقه از نسب شرعی

اکنون جای این سؤال پیش می‌آید همان‌گونه که تبعیت از نسب شرعی منجر به استحقاق ارث می‌شود، در مورد نفقه هم این اصل صادق است؟ به عبارت دیگر آیا نفقه تابع نسب است؟ با توجه به این‌که سبب و نسب از موجبات ارث هستند، اصل نسب از نطفه زوجین است عرفاً صاحب نطفه را پدر و زوجه او را که صاحب تخمک است را مادر می‌نامند، لذا برای ارث‌بردن از شخصی باید نسب شرعی و قانونی باشد و نفی نسب نشده باشد. ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه در تأیید وجود ملازمه میان نفقه اولاد و رابطه نسب مقرر می‌دارد: «نفقه اولاد بر عهده پدر است، پس از فوت پدر یا عدم قدرت او بر انفاق، بر عهده اجداد پدری است.» از این ماده برداشت می‌شود که نفقه فرزند بر عهده کسی است که با وی رابطه خویشی در خط عمودی دارد و هرگاه رابطه پدری - فرزندی و مادری - فرزندی برقرار نباشد، التزام به پرداخت نفقه هم منتفی است. ماده ناظر بر نسب مشروع و قانونی است و قانونگذار نسب نامشروع را به رسمیت نمی‌شناسد.

در بحث نفقه فقها قرابت نسبی میان منفق و منفق علیه را یکی از اسباب تحقق نفقه می‌دانند (۸-۱۰)، اما در مورد کودکانی که به شکل نامشروع متولد می‌شوند، در اینجا باید مواردی که کودک با یکی از ابوين نسبت مشروع دارد، با مواردی که از هر دو طرف نامشروع است، از هم تفکیک کرد. اگر کودک از طرف پدر مشروع باشد با وجود پدر قانونی، نفقه بر عهده پدر یا جد پدری می‌باشد و اگر از طرف پدر نامشروع و از طرف مادر مشروع باشد، در اینجا پدر ملزم به پرداخت هزینه وضع حمل و ایام نقاهت مادر می‌باشد (۱۱). در مواردی که نسب کودک نسبت به هر دو طرف نامشروع باشد، مطابق ماده ۱۱۶۷ ق.م. کودک منتسب به هیچ یک از پدر و مادر نیست و به تبع آن، حق مطالبه نفقه به عنوان نفقه اقارب و به استناد ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی ندارد، اما چون کودک محتاج، انفاق و سرپرستی است، حقوقدانان هر کدام به طرق مختلفی به این مسأله پرداخته‌اند.

یکی از استادان حقوق در این مورد می‌نویسد: «می‌توان بر آن بود که اتفاق کسی که محتاج است، واجب کفایی است و عقل و وجدان اجتماعی بر متمکنان لازم می‌داند که از محتاج نگهداری و به او اتفاق کنند و پدر و مادر طبیعی که سبب ایجاد کودک بوده‌اند، از دیگران نسبت به آن کودک اولی می‌باشند. بنابراین به نظر می‌رسد بی‌مناسبت نیست که پدر و مادر از باب تسبیب، ملزم به اتفاق طفل دانسته می‌شوند» (۱۱)، اما یکی دیگر از حقوقدانان حق کودک طبیعی بر پدر و مادر خویش را در زمره حقوق طبیعی برمی‌شمارد و می‌گوید: «آنچه انکارناپذیر به نظر می‌رسد، این است که پدر و مادر طفل طبیعی از نظر اخلاقی در برابر ثمره گناه خود مسؤولیت دارند، دینی که وجدان عمومی و اخلاق می‌شناسد، ولی قانون حق رجوع به مدیون را به طلبکار نداده است و بر طبق قواعد عمومی تعهدات، اجرای تعهد به وفای دین طبیعی، آن را به دین حقوقی تبدیل می‌کند (۱۲).

## ۲- نظریه زوجیت عرفی، عرف مقبول

آیا نفقه تابع زوجیت عرفی است؟ برخی از فقها شخص شبیه‌سازی‌شده را به والدین، یعنی پدر و مادر شرعی نه بیولوژیک خود، ملحق می‌سازند (۱۳)، یعنی معتقدند از نظر شرعی برای تحقق ابوت، لازم نیست که احراز شود فرزند حتماً از «نطفه مرد» است، آنچه شرعاً موجب الحاق فرزند به پدر می‌شود، همان فراش است و پس. کافی است که فرزند در دایره زوجیت پدید آمده باشد و دلیلی برخلاف آن در دست نباشد تا فرزند زوجین به شمار رود. وانگهی به نظر نمی‌رسد ما دلیلی داشته باشیم که تحقق نسبت فرزند به «افراغ منی» باشد، هرچند غالباً چنین است، لیکن اگر فردی نزد حاکم شرع رفت و مدعی شد که به یاد نمی‌آورد هنگام آمیزش افراغ منی کرده باشد، آیا صرف آن می‌تواند نفی ولد کند؟ اینجاست که باید از قیده‌های زاید دست کشید و تنها ملاک را همان فراش زوجیت و امکان الحاق دانست.

این قاعده چنان استوار است که حتی پدر نیز نمی‌تواند فرزند را از خود نفی کند، پس لازم نیست که فرزند لزوماً از نطفه پدر باشد و این مسأله احراز شود، بلکه معیار فراش زوجیت و امکان الحاق است و پس (۱۳). بنابراین به استناد ماده ۱۱۹۹ ق.م. صاحب فراش پدر طفل به حساب می‌آید و مسؤولیت‌هایی از قبیل نفقه و حضانت از وظایف او خواهد بود و با ترتیباتی به عهده مادر است، چراکه ملاک تحقق زوجیت، فراش می‌باشد.

در فقه اسلامی وجود حقیقت شرعی برای نسب ثابت نشده است، بلکه به عکس، عدم آن ثابت شده است. بنابراین نسب، مثل سایر عناوین بر همان مفهوم و برداشت عرفی مترتب می‌شود. همچنین دلیلی وجود ندارد که نسب به گونه مطلق (از ولد زنا)، نفی شده باشد و نفی بعضی احکام ولد زنا، ادله خاص دارد» (۱۴-۱۶). از طرف دیگر عرف جامعه نیز در تلقیحات مصنوعی و موارد مشابه مانند شبیه‌سازی، پدر و مادر ظاهری (گیرندگان جنین) را پدر و مادر عرفی به حساب آورده و آن‌ها را ملزم به پرداخت نفقه و تربیت و نگهداری کودک می‌نماید.

شایستگی عرف برای ملاک‌بودن در نفقه در مقایسه با نسب به مراتب بیشتر است، زیرا وقتی نسب که داری آثار متعدد مالی و غیر مالی (حرمت، ارث، حضانت، عبادت و...) دارد، از زوجیت عرفی تبعیت می‌کند، راحت‌تر می‌توان پذیرفت فرد ملزم به پرداخت نفقه را عرف تعیین کند.

### ۳- قراردادی بودن نفقه در شبیه‌سازی

ماده ۳ قانون اهدا جنین بیان می‌دارد: «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». همانطوری که ملاحظه می‌شود با توجه به ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور این تکلیف بر عهده گیرندگان جنین (مرد و زن) گذاشته شده است. از آنجا که یکی از آثار نسب، تکلیف متقابل پدر و مادر و اولاد در پرداخت نفقه، در صورت عدم بضاعت یک طرف و استطاعت طرف دیگر است. اشکالی که بر ماده ۳ وارد است این‌که معلوم نیست آیا این یک تکلیف یک‌جانبه برای دریافت‌کنندگان جنین است یا یک تکلیف متقابل بر طبق قواعد نفقه اقارب به شمار می‌آید.

باید گفت به دلیل عدم وجود نسب بین متقاضیان جنین و طفل متولد از این طریق و وجود رابطه نسبی بین صاحبان اصلی اسپرم و تخمک تشکیل‌دهنده جنین و طفل و استفاده مقنن از کلمه «نظیر» در ماده ۳، تنها باید حکم به تکلیف یک‌طرفه پدر و مادر داد. در واقع از ظاهر ماده برمی‌آید که فقط زن و شوهر دریافت‌کننده تکلیف به انفاق دارند و طفل، حتی بعد از رسیدن به سن رشد و با داشتن تمکن مالی، وظیفه‌ای در این خصوص ندارد. مطابق قاعده عدم نیز نفقه برای اقربا جاری نیست. به عبارت دیگر رابطه نفقه در اینجا حکمی خلاف اصل و فقط برای زوجین است. به نظر ما مطلوب آن است که این نفقه مانند نفقه اولاد یک تکلیف متقابل باشد که با نظریه الحاق کامل طفل به زوجین متقاضی نیز هماهنگ خواهد بود (۱۷)، ولی از



آنجا که رابطه نفقه رابطه یک طرفه است و حکم نفقه اینجا فقط رابطه‌ای قراردادی از جانب زوجین پذیرنده است، لذا امکان تسری آن به سایر موارد وجود ندارد.

بر مبنایی این تحلیل التزام به پرداخت نفقه از یک رابطه قراردادی میان متقاضیان کودک و دهندگان نطفه نشأت می‌گیرد در واقع متقاضیان به صورت ضمنی پذیرفته‌اند حقوق مالی و معنوی کودک را تأمین کنند. دهنده اسپرم و تخمک هرگز قصد بچه‌دار شدن و تحمل بار مالی نفقه و حضانت را ندارند، در غیر این صورت حاضر به اعطای جنین به دیگری نمی‌شدند و اگر مجبور بشوند آنگاه غرض مقنن از قانون اهدا منتفی می‌گشت. بنابراین تعهد حضانت، پرداخت نفقه و سایر حقوق مالی (جز ارث) نتیجه تراضی میان دهندگان سلول و گیرندگان می‌باشد. قانونگذار نیز در ماده ۳ قانون اهدا این توافق ضمنی را تأیید و تثبیت کرده است، زیرا اتخاذ رویکرد جدید برخلاف مواد قانون مدنی گواه بر این است که نفقه می‌تواند مبنایی غیر از نسب داشته باشد.

در حقوق امریکا، ثبت نام والدین متقاضی در گواهی ولادت کودک، مستلزم این است که قضات دیوان عالی کشور، توافقنامه رحم جایگزین را معتبر بدانند، پس از صدور حکم دادگاه، دفتر ثبت احوال کالیفرنیا، تنها اجازه دارد نام والدین متقاضی را به عنوان پدر و مادر قانونی طفل، ثبت کند. برخی دیگر (مانند یوتا و تنسی) تنها در صورتی والدین متقاضی را به عنوان پدر و مادر قانونی طفل به رسمیت می‌شناسند که حداقل یکی از آن‌ها با طفل، رابطه ژنتیکی داشته باشند و در ایالت دیگر تنها در صورتی که والدین متقاضی، طبق قانون آن ایالت، ازدواج معتبر و صحیحی داشته باشند، به عنوان پدر و مادر قانونی طفل محسوب خواهند شد. به طور کلی در حقوق این کشور محتوایی قرارداد متقاضیان با صاحب رحم تعیین‌کننده نسب و نفقه کودک می‌باشد، حتی اگر قانوناً داشتن رابطه ژنتیکی با یکی از والدین شرط تحقق نسب و آثار باشد، باز در انتساب طفل به همسر متقاضی که رابطه ژنتیکی ندارد، اراده طرفین در قرارداد ملاک عمل خواهد بود (۱۹-۱۸).

#### ۴- نظریه منشأ اعتباری و قانونی داشتن نفقه (نظریه غبطه و مصلحت کودک)

قانونگذار در ماده ۱۱۶۰ ق.م. به حمایت از کودکانی پرداخته است که پس از انحلال عقد و ازدواج مجدد زن متولد می‌شوند و مقرر داشته است چنین کودکی متعلق به شوهر است که مطابق قاعده فوق الحاق وی به آن شوهر ممکن باشد و در صورتی که الحاق او به هر دو شوهر

ممکن باشد، متعلق به شوهر دوم است. حکم ماده ۱۱۶۰ ق.م. از جهت حمایت از خانواده و کودکان متولد از آن هست، زیرا بنا به فرضی، خانواده نخست منحل شده است و کودک در زمان زوجیت دوم به دنیا آمده است، پس ملاحظات اجتماعی مربوط به اماره فراش ایجاب می کند که طفل منسوب به شوهر دوم شود، هرچند که انتساب طفل به هر یک از دو شوهر از حیث ولایت اماره فراش بر وقوع آبستن مادر، یکسان است.

بر این اساس گفته شده که به منظور حمایت از کودک مزبور و تحت شرایط خاصی وی در اختیار زن و مرد متقاضی جنین قرار گرفته و تنها آنان دارای حق و مسئولیت نسبت به او باشند و صاحبان جنین اهدایی که انگیزه‌ای در تولد و نگهداری او ندارند، هیچ مسئولیت و حقی نسبت به او نداشته باشند. یکی از حقوقدانان در این زمینه می گوید: «... از لحاظ منطقی و اجتماعی شایسته است که طفل به زن و مرد متقاضی جنین ملحق شود، نه به صاحبان نطفه، عدم الحاق طفل به زن و شوهر متقاضی بی شک به مصلحت کودک نیست، زیرا در این صورت زن و شوهر تکلیفی به نگهداری و تربیت و تأمین هزینه زندگی طفلی نخواهند داشت و توازنی هم بین آنان نخواهد بود، صاحبان نطفه هم بر فرض این که شناخته شوند، احساس مسئولیت نسبت به طفلی که خواهان آن نبوده اند، نمی کنند و شاید تحمیل حضانت و نفقه طفل بر آنان غیر عادلانه باشد» (۲۰). برخی دیگر از نویسندگان معتقدند مقنن در قانون اهدا نظم عمومی را دخیل دانسته و در جهت رعایت مصلحت طفل و حمایت از منافع او، حقوق و مسئولیت های پدری و مادری را از صاحبان جنین اهدایی (که معمولاً زن و مردی می باشند که ناشناخته بوده و نمی خواهند بچه دار شوند) سلب کرده و با اتکا به مصلحت کودک، وی را در اختیار زن و شوهر متقاضی جنین گذاشته که با در نظر گرفتن مسئولیت های پدری و مادری برای پذیرندگان جنین می تواند در این مورد راه گشا باشد (۲۰).

در اکثر نهادهای حقوق مدنی و خانواده نظیر قیمومت، حضانت، ملاقات با کودک، ولی قهری، وصی معیار قانونگذار مصلحت و غبطه کودک می باشد. به عنوان مثال ولی قهری نمی تواند برخلاف مصلحت و غبطه کودک عمل حقوقی انجام دهد و استمرار نقض این مصلحت به عزل ولی قهری می انجامد و در بحث ازدواج کودک نیز گرچه در قانون مدنی سابق و فقه امامیه ولی قهری اختیار مطلق داشته و نیازی به اخذ اذن دادگاه در نکاح کودک ندارد، اما مقنن در ماده

۱۰۴۱ قانون مدنی ازدواج دختر بالغ زیر ۱۳ سال را ممنوع نموده، به صراحت حفظ مصلحت دختر را علت مجوز می‌شمارد (۱۲، ۲۱).

مطابق ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده در موارد انحلال نکاح دادگاه خود در مورد چگونگی حضانت و نگهداری اطفال و نحوه پرداخت هزینه‌های حضانت و نگهداری تصمیم مقتضی اتخاذ می‌کند. دادگاه مکلف است که در این مواقع با توجه به وابستگی عاطفی و مصلحت طفل، ترتیب، زمان و مکان ملاقات وی با پدر و مادر و سایر بستگان را تعیین کند.

از مجموع این مواد برمی‌آید که در تعیین شخص پرداخت‌کننده نفقه نیز باید مصلحت و غبطه کودک را معیار قرار داد نه رابطه نسبی و سببی. این مطلب که مقنن در بحث نفقه اقارب بعد از پدر و جد پدری نفقه را بر عهده مادر می‌گذارد، خلاف قاعده خویشاوندی نزدیک در بحث ارث می‌باشد، زیرا برادر و خواهر بر خویشان مادری تقدم دارند، حال آنکه صرفاً در خط عمودی نفقه واجب شده است. این مسأله نشان می‌دهد که مقنن در وضع قاعده نفقه به رابطه سببی صرفاً به عنوان یک ابزار توجیه‌کننده مصلحت نگاه می‌کند، یعنی فرض بر این است که در خط عمودی مصلحت کودک بهتر تأمین می‌شود. حال اگر این هدف با رابطه تأمین نشود، باید به قالب دیگری متوسل گردید. یکی از حقوقدانان نیز در تأیید این مبنا برای امور کودک حتی نسب مقرر می‌دارد: «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» (۲۲).

این تحلیل یکی از نظریات مطرح در حقوق امریکا است. قوانین ایالت واشنگتن قرارداد رحم جایگزین را معتبر و لازم‌الاجرا دانسته و در صورت بروز اختلاف درباره نسب و سرپرستی طفل، میان مادر جانشین و والدین متقاضی، دادگاه، برای حل و فصل اختلاف، صرفاً مطابق با منفعت و مصلحت کودک حکم خواهد داد، صرف نظر از این که تکون طفل، از نطفه والدین متقاضی بوده است یا خیر (۱۹).

### نفقة کودک در فروض مختلف شبیه‌سازی

به جهت اشکال متنوع انتقال جنین شبیه‌سازی شده لازم است حضانت و نفقه طفل در هر یک از صور به طور مستقل مطرح گردد که در زیر به بررسی آن می‌پردازیم.

#### ۱- نفقه حمل کودک شبیه‌سازی شده در ایام بارداری

با پیشرفت فناوری و امکان تشخیص برخی بیماری‌های جنین در رحم به واسطه آزمایش‌های دی‌ان‌ای، آمینیوسنتز و گرفتن عکس‌های چندبعدی، درمان تمام یا بخشی از آن بیماری در رحم فراهم شده است. علاوه بر این، رشد جنین نیازمند تغذیه ویژه و استفاده از برخی مکمل‌های دارویی توسط مادر است که صرفاً نافع به حال جنین می‌باشد. این مراقبت‌ها و مواردی دیگری از این دست که در ارتباط با تغذیه و سلامتی جنین بوده و فقط اختصاص به جنین دارد، نیازمند هزینه قابل‌توجهی است. هزینه‌های فوق این احتمال را در نظم نوین حقوقی تقویت می‌کند که باید نسبت به جنین نیز نفقه اختصاصی در نظر داشت. از این رو در نظام حقوقی نفقه حمل جدای از نفقه مادر بوده که توسط واجب‌النفقة وی، یعنی پدر ژنتیکی او باید پرداخت گردد. در فرض شبیه‌سازی نیز باید قائل به این نظر شد حملی که در رحم مادر جانشین وجود دارد، دارای نفقه مختص خود بوده و علاوه بر نفقه‌ای که شوهر مادر جانشین از باب نفقه زوجه به همسر خود می‌دهد، والدین ژنتیکی نیز باید نفقه جنین متعلق به خود را به مادر جانشین پرداخت نمایند. برخی حقوقدانان نیز قائل به چنین نظری شده‌اند (۲۳).

#### ۲- حقوق کودک در شبیه‌سازی ناشی از سلول زن و شوهر

در حالتی که کودک از سلول شوهر و همسر وی در لقاح خارج رحمی با انتقال به رحم همسر وی، به وجود می‌آید تردیدی در انتساب طفل به زن و شوهر نیست و تمام آثار نسب صحیح بین ایشان جاری است، خواه عمل شبیه‌سازی به وسیله شوهر یا به وسیله اجنبی انجام گرفته باشد و خواه زوجین عالم و جاهل به عمل تلقیح باشد، لذا حضانت و نفقه کودک همانند سایر اولاد طبیعی آنان بر عهده زن و شوهر می‌باشد، تفاوتی و احکام خاصی نسبت با نسب نفقه اولاد متولدشده در یک رابطه جنسی مشروع ندارد، همه فقها و حقوقدانان معتقد به این نظر می‌باشند (۸، ۲۶-۱۱).

### ۳- حقوق طفل حاصل از شبیه سازی به وسیله سلول مرد بیگانه

در این حالت جنین از سلول مرد اجنبی تشکیل می یابد که بین او با زن صاحب تخمک و یا صاحب رحم رابطه زوجیت قانونی و شرعی وجود ندارد، حقوق کودک در این فرض با سه فرد ارتباط دارد: نخست صاحب سلول جسمی یا نطفه؛ دوم، شوهر زن متقاضی فرزند؛ سوم، زوجه صاحب رحم که صاحب تخمک نیز هست. در این که کدام یک از این سه نفر وظیفه پرداخت نفقه و حضانت از طفل را بر عهده دارند، فقها اختلاف نظر دارند در واقع بسته به پذیرش هر کدام نظریات مطرح شده در مبحث نسب چنین طفلی، فرد موظف تغییر می کند، یعنی در صورت پذیرفتن الحاق طفل به صاحب سلول، نفقه و حضانت بر عهده او خواهد بود و در صورت پذیرش نظریه پدربودن صاحب فراش حضانت و نفقه بر عهده ایشان خواهد بود. در صورت پدربودن هیچ یک از آنان هیچ کدام حق حضانت و نفقه ندارد، در صورت پدربودن هر دو، هر کدام حق حضانت و نفقه دارند.

۳-۱- نظریه حق حضانت و نفقه صاحب نطفه و سلول: به اعتقاد برخی از فقها و حقوقدانان کودک فرزند حقیقی و قانونی صاحب اسپرم یا (سلول جسمی) تلقی می شود، در نتیجه تمامی حقوق و تکالیف پدری فرزندی از جمله حضانت و نفقه، میان آنها برقرار است (۱۲، ۳۱-۲۵). عرف نیز معیار و ملاک نسب و ارتباط بین دو انسان را پیدایش یکی از دیگری می داند. شاهد این ادعا، آیات و روایت هایی است که در این زمینه وجود دارد. به عنوان مثال در آیه «و هو الذی خلق من الماء بشراً فجعله نسباً و صهراً...» (فرقان: ۵۴) که درباره منشأ پیدایش انسان بیان شده است که می فرماید «اوست کسی که از آب، بشری آفرید و او را [دارای خویشاوندی] نسبی و سببی قرار داد و پروردگار تو همواره تواناست». از تفریغ «جعل» بر «خلق من الماء بشراً» استفاده می شود که همانا بشر خلق شده از آب (نطفه) دارای نسب است.

### ۳-۲- نظریه التزام صاحب سلول به حضانت و نفقه در صورت عالم و معلوم بودن وی:

بر مبنای این نظریه صاحب نطفه در صورتی موظف به پرداخت نفقه و ادای وظایف حضانت است که در تلقیح مصنوعی مشخص و معلوم باشد تا با انتساب کودک به او تمام حقوق و تکالیف پدری و فرزندی میان آنها برقرار گردد. مضافاً در صورتی که مرد و زنی که لقاح مصنوعی و شبیه سازی بین آنان به عمل آمده، جاهل به حقیقت امر باشد، در این صورت طفل به آنان ملحق می گردد، زیرا طفل مزبور در ردیف ولد شبهه است. بالطبع تکالیف پدری و فرزندی میان

صاحب نطفه جاهل و فرزند برقرار می شود، اما در حالتی که صاحب نطفه عالم به انتقال جنین حاصل از نطفه خود به رحم زن بیگانه باشد، فرزند به او ملحق نمی گردد و در نتیجه وظیفه ای به پرداخت نفقه و نگهداری و تربیت طفل ندارد (۱۲، ۲۷، ۳۲).

**۳-۳- التزام صاحب فراش به حضانت طفل و پرداخت نفقه:** بر مبنای این نظریه که صاحب فراش پدر طفل به حساب می آید، نفقه و حضانت کودک از حقوق و تکالیف او خواهد بود (۲۷، ۳۵-۳۳)، به عقیده نویسندگان این مقاله این نظر در مقایسه با سایر نظریات از منطق و استدلال محکم تری برخوردار بوده و با مصلحت کودک و جامعه سازگاری بیشتری دارد و تمایل قانونگذار در التزام صاحب فراش به تأمین حقوق کودک با قانون اهدای جنین هماهنگی دارد، اگرچه مقنن در ماده ۳ قانون اهدای جنین، متقاضیان را پدر و مادر طفل به حساب نیاورد است، لیکن وظایف و تکالیف دریافت کنندگان طفل را از لحاظ نگهداری و تربیت، نفقه و احترام، نظیر تکالیف پدر و مادر قانونی دانسته است. از سوی دیگر، التزام صاحب نطفه به پرداخت نفقه، حضانت طفل با قصد و نیت اهداکننده اسپرم و سلول و تخمک منطبق نیست و آنان به هیچ وجه خواستار داشتن فرزند، بر عهده دار شدن تکلیف نفقه و حضانت نبوده اند، چه بسا اگر به آنان گفته شود موظف به تأمین حقوق کودک ناشی از اهدای اسپرم هستند، هرگز حاضر به اهدا نخواهند شد. بنابراین تحمیل نفقه و حضانت به صاحب نطفه برخلاف انصاف و عدالت است.

بنابر صراحت ماده ۱۱۹۹ از قانون مدنی نفقه اولاد بر عهده پدر است و پس از فوت او و یا عدم قدرت وی بر انفاق به عهده اجداد پدری با رعایت الاقرب و فالاقرب می باشد و در صورت نبودن افراد مذکور و یا عدم قدرت آن ها بر پرداخت بر عهده مادر است. در قانون مورد بحث این تکلیف تنها بر عهده گیرندگان جنین (زوج و زوجه) قرار داده شده است و به لحاظ فقدان رابطه نسبی طفل متولد شده با گیرندگان جنین دیگر نمی توان تکلیف پرداخت نفقه را برای سایر افراد مذکور در ماده ۱۱۹۰ قانون مدنی مقرر نمود (۳۶).

**۳-۴- نظریه عدم تکلیف صاحب فراش و صاحب نطفه به حضانت و نفقه طفل:** به موجب نظریه ای که طفل حاصل را فاقد پدر می دانست، یعنی نه صاحب فراش و نه صاحب نطفه و سلول را شایسته وصف پدری نمی دید (۳۷). نفقه و حضانت کودک بر عهده هیچ کدام از دو مرد مزبور نمی باشد، بلکه نفقه و حضانت را در چنین حالتی می بایست به عهده مادر

طبیعی طفل یا دولت گذاشت، البته معتقدین به این نظر که حتی در انتقال جنین و شبیه‌سازی با نطفه زن و شوهر قانونی از این نظر پیروی نموده است، متعرض وضعیت نفقه در حکم خود نشده است و صرفاً به انکار نسب میان طفل با صاحب فراش و اهداکننده اسپرم پرداخته است که انکار نسب و خویشاوندی، عدم التزام به پرداخت نفقه و حضانت را نتیجه می‌دهد. به نظر می‌رسد این قول در مقایسه با دیدگاه‌های دیگر از ایرادات بیشتری برخوردار است. حداقل از جهت حضانت و نفقه غیر قابل پذیرش می‌باشد، زیرا با فاقد پدردانشتن و فاقد مادرانشتن چنین طفلی، وضعیت پرداخت نفقه و حضانت طفل غیر مشخص است. این نیز پذیرفته نیست که اگر در عمل طفلی متولد شد، او را مستحق دریافت نفقه ندانیم.

**۵-۳- نفقه و حضانت طفل نسبت به زوجه صاحب رحم و تخمک:** مطابق اکثر نظریات، یعنی با لحاظ معیار پیدایش جنین از نطفه و ملاک زاییدن و ولادت، زوجه مذکور مادر طبیعی و قانونی طفل محسوب می‌گردد. بنابراین تمامی حقوق و تکالیف مادری و فرزندگی میان کودک و مادر مترتب می‌شود.

#### ۴- حقوق کودک در استفاده از تخمک بیگانه

در حالی که زن نابارور باشد، تخمک زن بیگانه با سلول شوهر زن در لقاح خارج رحمی ترکیب و جنین به رحم زن نابارور انتقال می‌یابد. قسم دیگر استفاده از تخمک بیگانه آن است که صاحبان جنین نسبت به هم بیگانه‌اند، یعنی نطفه شبیه‌سازی زن و مرد بیگانه به رحم زوجه، زوجین نابارور منتقل می‌یابد. در این نوع درمان ناباروری، مسأله اصلی تعیین تکلیف حضانت و نفقه کودک با زن صاحب تخمک یا صاحب رحم و متقاضی کودک است که به جهت تهافت آرای اندیشمندان در هویت مادری طفل، محل اختلاف آرا است.

**۱-۴- نظریه الزام صاحب تخمک به ایفای حقوق کودک:** بر پایه این نظریه اهداکننده تخمک در شبیه‌سازی و انتقال جنین مادر کودک است و از تمام حقوق و تکالیف مادری و فرزندگی برخوردار است (۲۱، ۲۸، ۳۹-۳۸). بنابراین زنی که در نخستین مرحله آفرینش و ایجاد پیدایش جنین سهم دارد، هرچند طفل را ولادت ننموده است، موظف به پرداخت نفقه فرزند در صورت عدم پرداخت یا ناتوانی پدر طفل می‌باشد. حق حضانت نیز به مثابه نفقه بر عهده اوست، زیرا ملاک تعلق حق حضانت احراز رابطه خویشاوندی پدری و مادری میان فرزند با افراد است، در فرض مزبور این رابطه اثبات می‌گردد.

اما بر پایه نظریه مصلحت در این فرض چون زن دهنده تخمک بی‌هسته قصد فرزندارشدن ندارد و با انعقاد قرارداد با گیرندگان آن را به آن‌ها اعطا می‌کند و در بسیاری از موارد ناشناخته باقی می‌ماند. الزام وی به نفقه و بری‌الذمه کردن گیرندگان خلاف غبطه کودک می‌باشد. بنابراین التزام به پرداخت نفقه بر عهده زن صاحب رحمی است که متقاضی فرزند می‌باشد.

**۲-۴- نظریه التزام صاحب رحم به ایفای حقوق کودک:** بر پایه یکی از دیدگاه‌های پیش‌گفته، از میان زنان، صاحب رحم شایسته‌تر بر وصف مادری است تمامی آثار و تکالیف مادری و فرزنددی میان او و طفل متولدشده اثبات می‌گردد (۲۶، ۴۱-۴۰). بنابراین صاحب رحم موظف به پرداخت نفقه کودک در صورت وجود شرایط قانونی است. همچنین حق حضانت نیز به نفع او ایجاد می‌گردد. با وجود این به اعتقاد برخی از حقوقدانان حتی اگر بپذیریم که صاحب رحم مادر کودک است، اثبات حق حضانت بر او مشکل به نظر می‌رسد، زیرا یکی از شروط حضانت این است که مادر با مرد دیگر ازدواج نکرده باشد، وگرنه حضانت ساقط است. در حدیث آمده است: «المراه لحق مالوله مالم تتزوج» (۴۲).

در مسأله مورد نظر صاحب رحم از اول با صاحب سلول جسمی در شبیه‌سازی و اسپرم (در تلقیح مصنوعی) رابطه نداشته و با مرد دیگری ازدواج کرده است، پس مشکل است بگوییم که او حق حضانت دارد، بلکه می‌توان گفت اگر ازدواج بعد از طلاق مسقط حضانت باشد، ازدواج بدوی و سابق به طریق اولی مسقط خواهد بود، یعنی اگر صاحب رحم بیوه باشد، حق حضانت از آن او خواهد بود. همچنین اگر کودک به صاحبان جنین محلق شود، مادر او صاحب تخمک بوده و او حق حضانت خواهد داشت. مطالب مذکور در صورتی است که پدر کودک را صاحب اسپرم بدانیم، این‌ها مربوط به قسم اول است که صاحب رحم نسبت به صاحب اسپرم بیگانه باشد، ولی در قسم دوم که صاحب رحم همسر دوم صاحب اسپرم است، مسأله حضانت صاحب رحم فاقد ایراد است (۴۳).

**۳-۴- نظریه مسؤولیت مشترک صاحب رحم و تخمک در نفقه و حضانت:** به اعتقاد پاره‌ای از اندیشمندان که صاحب رحم و تخمک را مادر طفل تلقی می‌نمودند، هر یک از زنان در پرداخت نفقه و بر عهده‌گرفتن تعلیم و تربیت و حفاظت و نگهداری از طفل مسؤولیت مشترک دارند (۴۴)، البته اشتراک در مسؤولیت بدان معنا نیست که نصف پرداخت نفقه بر عهده صاحب رحم و یا صاحب تخمک باشد یا در مسأله حضانت بخشی از دوران حضانت کودک



به عهده یکی و برخی دوران بر عهده دیگری است، بلکه مقصود از اشتراک مسؤولیت، مسؤولیت تضامنی هر یک از زنان در تأمین هرچه بهتر حقوق کودک است که با مصلحت کودک سازگاری بیشتری دارد. هر گاه یکی از زنان به پرداخت تمام نفقه کودک اقدام کند، مسؤولیت از دیگری برداشته می‌شود. شاید حتی بتوان گفت در چنین حالتی نیز کودک حق مطالبه نفقه از دیگری نیز داشته باشد.

نظریه مزبور در مسأله حضانت کودک با ایرادات اساسی مواجه است، زیرا از یکسو مبنای برای اختلاف میان صاحب رحم و صاحب تخمک واقع شده و هر یک ادعایی را در حضانت طفل مطرح خواهد نمود که علاوه بر تحمیل هزینه بر جامعه (رسیدگی دادگاه‌ها، اتلاف وقت، مراجع قضایی...) کودک را سرگردان و دچار بیماری روانی خواهد کرد، از سوی دیگر اثبات حق حضانت برای صاحب رحم مشکل به نظر می‌آید، زیرا یکی از شروط حضانت برای مادر عدم رابطه زوجیت با مرد غیر از پدر طفل است که در فرض مسأله صاحب رحم از اول با صاحب سلول رابطه نداشته و با مرد دیگری ازدواج کرده است.

ایراد دیگر این است که الزام زن صاحب رحم با قصد و اراده او در هنگام قرارداد معارض است، زیرا وی به هیچ عنوان قصد فرزنددار شدن و ملتزم ساختن خویش به حقوق کودک را ندارد و با تحمیل نفقه بر وی در واقع اصل استقلال انسان‌ها و حاکمیت اراده را نقض کرده‌ایم.

#### ۴-۴- نظریه سلب مسؤولیت از هر دو زن: بر پایه این نظریه که نتیجه منطقی دیدگاه

فاقد مادرانستن طفل است، هیچ یک از زنان الزام به پرداخت نفقه و نگهداری و تربیت طفل ندارد. به اعتقاد برخی از حقوقدانان صاحب رحم از آن جهت که مدتی جنین را در رحم خویش پرورش داده و در تکیون طفل نقش مهمی را ایفا کرده است، حکم مادر رضاعی بر او بار می‌شود. از نظر نفقه و حضانت باید گفت هیچ مسؤولیتی بر عهده او نیست و همان‌گونه که مادر رضاعی با وجود ایجاد بعضی از آثار حقوقی مثل حرمت نکاح بین او و کودک یا حرمت نکاح بین کودک رضاعی با برادران و خواهران رضاعی و بین کودک رضاعی و مادر رضاعی، توارث و یا تکلیف به نفقه وجود ندارد، در مورد صاحب رحم اجاره‌ای نیز قائل به خصوصیات احکام خاص شده و باید گفت تکلیف اتفاق برای مادر اجاره‌ای وجود ندارد و این کودک از جهت نفقه با صاحب رحم هیچ رابطه حقوقی ندارد (۴۵). به نظر می‌رسد از این حیث است که قانونگذار در حقوق کنونی

حکمی را در مورد صاحب رحم (جز اهدا جنین) صادر نکرده و تکلیفی را از جهت نفقه بر عهده او نگذاشته است (۴۶).

در نقد این نظریه ذکر این نکته ضروری است که محروم نمودن کودک از تربیت در دامن مادر و مهر محبت او با هیچ یک از یافته‌های پزشکی، روانشناسی، اجتماعی و ضوابط اخلاقی جامعه سازگاری ندارد، وانگهی کلمه تربیت که فقها در تعریف حضانت به کار برده‌اند دارای دو جنبه جسمی و روحی مادی و معنوی است و اختصاص به پرورش جسمی ندارد (۸، ۴۷-۱۰). ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی نیز به جنبه معنوی و اخلاقی حضانت اشاره می‌کند چه این ماده مقرر می‌دارد که هرگاه در اثر عدم مواظبت با انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد. دادگاه می‌تواند تصمیمی را که درباره حضانت کامل مقتضی بداند اتخاذ کند.

#### ۵- نفقه در اهدای جنین شبیه‌سازی شده زوجین قانونی به زوجین نابارور

مهم‌ترین بخش قانون اهدای جنین، تعیین رابطه بین کودک متولدشده و زوجین گیرنده جنین است. از آنجا که در فرض قانون، جنین از اسپرم مرد و تخمک همسر شرعی وی تشکیل شده است، رابطه ژنتیک بین گیرندگان جنین و طفل متولد از آنها وجود ندارد و رحم زوجه گیرنده محیطی مساعد برای پرورش جنین تشکیل شده از نطفه دیگران است، با این وصف قانونگذار به منظور تعیین آینده کودک درصدد ایجاد همان حقوق و تکالیفی بوده است که پدر و مادر و اولاد با یکدیگر دارند، لذا در ماده ۳ قانون اهدای جنین (مصوب ۱۳۸۱/۶/۵ مجلس) رعایت حقوق و تکالیف حاکم بر روابط فرزند و پدر و مادر بر زوجین گیرنده جنین، الزامی تلقی شده بود، تطبیق حقوق و تکالیف فرزند متولد از طریق انتقال جنین با حقوق و تکالیف اولاد و پدر و مادر به دلیل فقدان رابطه نسبی میان کودک، انتقال گیرندگان مورد مخالفت شورای نگهبان واقع شد. بدین عبارت که «اگر مقصود از مفاد ماده ۳ ترتب کلیه آثاری است که برای فرزند واقعی می‌باشد، خلاف شرع است و اگر مقصود دیگری است مشخص شود تا اظهار نظر گردد.» با اصلاح ماده ۳ در تاریخ ۱۳۸۲/۳/۱۸ به شرح ذیل به شورای نگهبان ارسال گردید. «وظایف و تکالیف زوجین اهداگیرنده جنین و طفل متولدشده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر حقوق و تکالیف اولاد پدر و مادر است.» این بار نیز شورای نگهبان به جهت استفاده از کلمه حقوق به جای وظایف در ذیل ماده، به آن ایراد گرفته و اظهار داشت «کلمه

وظایف در صدر ماده ۳، در ذیل همین ماده به کلمه حقوق تغییر یافته است که موجب ابهام است باید روشن شود تا اظهار نظر گردد» (۴۹).

با اصلاح کلمه مذکور و سایر اصلاحات و تعدیل شماره مواد، در نهایت ماده ۳ قانون اهدای جنین در این خصوص مقرر داشت: «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.» بر پایه این ماده به بررسی نفقه طفل او در اهدای جنین به زوجین ناباروری به نحو مختصر می‌پردازیم.

بر اساس ماده ۱۱۹۹ ق.م. نفقه اولاد بر عهده پدر است، پس از فوت پدر، عدم توان او بر انفاق، به عهده اجداد پدری است در صورت نبودن پدر یا جد پدری یا عدم ملائت آنان، نفقه بر عهده مادر است، در صورت زنده نبودن مادر یا عدم قدرت بر انفاق وی نفقه بر عهده اجداد و جدات مادری و جدات پدری است، در این ماده قانونگذار در درجه نخست پدر و با ترتیباتی مادر را مسؤول پرداخت نفقه اولاد قلمداد کرده است (۴۷، ۵۲-۴۹) با توجه به ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور این تکلیف بر عهده گیرندگان جنین (مرد و زن) گذاشته شده است.

از آنجا که یکی از آثار نسب، تکلیف متقابل پدر و مادر و اولاد در پرداخت نفقه در صورت عدم بضاعت یک طرف و استطاعت طرف دیگر است (۲۱)، در پاسخ به این سؤال که آیا تکلیف مذکور نیز یک تکلیف متقابل است یا فقط زوجین گیرنده جنین مکلف به پرداخت نفقه‌اند، باید گفت به دلیل عدم وجود رابطه نسبی بین گیرندگان جنین و طفل متولد از این طریق و وجود رابطه نسبی بین صاحبان اصلی سلول جسمی و تخمک تشکیل‌دهنده جنین با طفل و استفاده قانونگذار از کلمه وظایف و تکالیف به جای واژه حق در ماده ۳، تنها باید حکم به تکلیف یک طرفه پدر و مادر داد. سرایت این تکلیف به پدر و جد پدری در صورت فوت پدر یا عدم ملائت او بر انفاق یا اجداد و جدات مادری و جدات پدری در صورت زنده نبودن مادر یا عدم ملائت او بر انفاق همان گونه که ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی مقرر گردیده است، نیز بعید به نظر می‌رسد.

ناگفته نماند که به صراحت ماده ۳ قانون اهدا، طفل حاصل از انتقال جنین در صورت وجود شرایط نفقه، یعنی تمکن مالی کودک، عدم تمکن مالی پدر و مادر، ملزم به پرداخت نفقه است، زیرا تکلیف نفقه زوجین دریافت‌کننده و طفل متولدشده نظیر تکالیف اولاد و پدر و مادر است

که یک تکلیف طرفینی است، اما نسبت به پرداخت نفقه سایر اشخاص نظیر فرزندان طبیعی زوجین متقاضی یا پدر و مادر انتقال گیرندگان، طفل ناشی از انتقال جنین الزامی ندارد.

#### ۶- نفقه کودک در شبیه سازی بدون دخالت مرد

این نوع شبیه سازی خود دو قسم دارد. در نوع نخست صرفاً یک زن دخالت دارد و در نوع دوم دهنده هسته سلول سوماتیک و پرورش دهنده جنین دو زن بیگانه هستند.

##### ۱-۶- تشکیل زیگوت از سلول جسمی و تخمک بی هسته زن و انتقال به رحم زن

**بیگانه دیگر (دخالت دو زن):** استفاده این روش معمولاً در جایی است که زن فاقد همسر تمایل به فرزندارشدن آن هم فرزند همسان با خود دارد، اما رحم او به دلایل وجود بیماری های جسمی و توان پرورش جنین تا مرحله تولد را ندارد. همچنین در مواردی که زن شوهر دارد، ولی به دلیل وجود بیماری صعب العلاج، مشکلات ژنتیکی یا اوصاف ظاهر بسیار نامطلوب در شوهر و ترس از سرایت این نارسایی ها به کودک، استفاده از هسته سلولی شوهر امکان پذیر نیست یا وجود صفات و استعداد برجسته در زن نظیر زیبایی، هوش، او را به استفاده از سلول جسمی خود ترغیب می کند، از این تکنیک بهره می برند که در اینجا ابتدا هسته سلول جسمی زن را با تخمک بدون هسته او بارور ساخته، آن را به رحم اجاره ای زن بیگانه منتقل می کنند، البته گاهی سلول جسمی را از زن بیگانه گرفته و با تخمک این زن ترکیب و زیگوت را به رحم صاحب تخمک (همسر) منتقل می کنند.

در فرضی که صاحب سلول جسمی زن باشد، نظرات مختلفی ابراز شده است. گروهی معتقدند که صاحب سلول مادر او محسوب می شود و صاحب رحم مادر رضاعی به حساب می آید، اما در این فرض در انتساب نسب به زن صاحب هسته یا صاحب تخمک بی هسته، ترجیح با زن دهنده هسته است، زیرا آنچه با تکثیر شدن رشد و نمو می کند، همان هسته نطفه است و سیتوپلاسم موجود در تخمک داده شده به منزله غذای آن هسته تلقی می شود. گفته می شود که نوزاد پدید آمده از شبیه سازی ناشی از هسته سلول جسمی است و تخمک تخلیه شده زن در اینجا هیچ نقشی جزء تغذیه آن سلول ندارد و این امر سبب نمی شود که رشد کننده، همان سیتوپلاسم باشد. بدین ترتیب فرد شبیه سازی شده کودک زن صاحب سلول تلقی می شود و صاحب تخمک بدون هسته نه مادر نسبی این کودک است و نه مادر رضاعی او (۲۱، ۲۸، ۳۲، ۳۹-۳۸، ۵۳).

به اعتقاد پاره‌ای از اندیشمندان که صاحب رحم و تخمک را مادر طفل تلقی می‌نمودند (۴۴)، هر یک از زنان در پرداخت نفقه و بر عهده‌گرفتن تعلیم و تربیت و حفاظت و نگهداری از طفل مسؤولیت مشترک تضامنی دارند، اما بر پایه نظریه تبعیت احکام حضانت و نفقه از مصلحت کودک، الزام زن صاحب هسته (زن متقاضی) به پرداخت نفقه اقوی می‌نماید. مضافاً این‌که غالب نویسندگان و فقها زن صاحب سلول (هسته یا تخمک) را مادر نسبی طفل می‌دانند. در این حالت که هیچ مردی در تکوین جنین دخالت ندارد کودک فاقد پدر بوده و تبعاً نفقه بر عهده مادر است، اما در فرضی که شوهر زن نیز متقاضی فرزند از طریق شبیه‌سازی شود. با وحدت ملاک از قانون اهدا جنین به زوجین نابارور، می‌توان وی را نیز به پرداخت نفقه ملزم ساخت.

**۲-۶- دهنده سلول، صاحب تخمک و حمل‌کننده هر سه یک زن باشد:** در این روش ابتدا هسته سلول جسمی زن را از بافت‌های جسمی جدا نموده و آن را درون تخمک او که قبلاً هسته آن خارج گردیده، وارد می‌کند، سپس در محیط آزمایشگاهی با شوک الکتریکی یا فعل و انفعالات شیمیایی خاص، به پیوند و تقسیم سلولی وادار نموده و جنین حاصله را به رحم همان زن انتقال می‌دهند. زوجین معمولاً زمانی از این شیوه استفاده می‌کند که امکان استفاده از سلول جسمی شوهر وجود ندارد، اما در عین حال هم حاضر به استفاده از اسپرم بیگانه یا سلول جسمی بیگانه نیستند. همچنین همسر دارای قدرت پرورش جنین را در رحم خودش دارد، بدیهی است در این فرض پرداخت نفقه بر عهده همان زن می‌باشد و این تکلیف بر مبنایی تمامی نظریات قابل توجیه می‌باشد.

### نتیجه‌گیری

از تطور در آرای فقهی و قوانین مدنی و مذاق شریعت برمی‌آید که پرداخت نفقه بیش از آنکه تابع نسب شرعی و رابطه والد و فرزندی باشد، بر پایه مصلحت کودک سامان می‌پذیرد. این رویکرد در قانون اهدا جنین به زوجین نابارور پذیرفته شده است. آنچه از این تحقیق بر می‌آید این است که نفقه اولاد بر عهده پدر و مادر می‌باشد، اما در مورد نفقه کودک شبیه‌سازی شده فروض مختلفی متصور است که فرد مسؤول نفقه در آن‌ها متغیر می‌باشد:

۱- نفقه کودک در دوران حمل و بارداری بر عهده والدین ژنتیکی است که باید نفقه جنین متعلق به خود را به مادر جانشین پرداخت نمایند.

- ۲- نفقه کودکی که از سلول زن و شوهر باشد، چون تردیدی در نسب وجود ندارد، نفقه هم بر عهده زن و شوهر می‌باشد.
- ۳- درباره نفقه کودکی که از سلول مرد بیگانه است، نظرات مختلفی وجود دارد: الف - نفقه کودک به صاحب سلول جسمی تعلق می‌گیرد؛ ب - نفقه کودک به صاحب فراش (گیرندگان جنین) تعلق می‌گیرد؛ ج - نفقه کودک به صاحب رحم و تخمک تعلق می‌گیرد. از بین این نظریات، الزام پرداخت نفقه بر صاحب سلول سوماتیک اقوی به نظر می‌رسد، البته در صورت عدم تمکین و یا عدم توانایی مالی بر پایه نظریه مصلحت، نفقه بر ذمه متقاضی است.
- ۴- در صورتی که سلول جسمی با تخمک بی‌هسته ترکیب شود، زن صاحب رحم شایسته‌تر بر وصف مادری است و تمامی آثار و تکالیف مادری و فرزندگی میان او و طفل متولدشده اثبات می‌گردد، مگر این‌که در قرارداد این تکلیف ساقط شده باشد.
- ۵- هنگامی که زوجین قانونی به زوجین نابارور جنین شبیه‌سازی را اهدا می‌کنند، بر اساس وحدت ملاک مستنبط از ماده ۳ قانون اهدا جنین به زوجین نابارور و مصلحت کودک، نفقه کودک بر عهده گیرندگان جنین می‌باشد.
- در پایان، چند راه‌کار جهت حل مشکلات احتمالی به وجودآمده در کودک شبیه‌سازی شده پیشنهاد می‌گردد:
- با توجه به اختلاف نظر بین فقها، نبودن قانون مدون و مشکلاتی که در این روش وجود دارد، بهتر است استفاده از این روش فقط در صورتی مجاز شود که تنها راه حل مشکل ناباروری زوجین باشد تا از سوء استفاده و بهره‌کشی از زنان و تجاری‌شدن آن جلوگیری شود.
- بحث شبیه‌سازی نیازمند قانون مدون و جامع است. این مهم را می‌توان با تدوین قانون جامع باروری مصنوعی به انجام رساند. این قانون باید همه شقوق باروری مصنوعی نظیر اهدا جنین و گامت و شبیه‌سازی را دربر گیرد، اما تا زمان تصویب قانون، جهت رعایت حقوق کودک مناسب به نظر می‌رسد که به جای استفاده از روش شبیه‌سازی، از کودکان بی‌سرپرست نگهداری شود.

## References

1. Illmensee K. Cloning in reproductive medicine. J Assist Reprod Genet 2001; 18: 451-467.
2. Tong WF, Ng YF, Ng SC. Somatic cell nuclear transfer (cloning): implications for the medical practitioner. Singapore Med J 2002; 47(7): 369-376.
3. Mohammadi A. Human cloning, moral, law and jurisprudence. Qom: Meref; 2008. p.67. [Persian]
4. Mohajeri A. A report on the cloning. Tehran: Office of Women's Studies; 2002. p.12. [Persian]
5. Salman Saadi D. Cloning between Science and Jurisprudence. Beirut: dar-ul-Arabi; 2002. p.8. [Arabic]
6. Sagers LA. Proliferate favorite trees by grafting, cloning. 2009. Available at: <http://www.deseretnews.com/article/705288167/Proliferate-favorite-trees-by-grafting-cloning.html?pg=all>. Accessed May 17, 2014.
7. Feyz M. Rule of Jurisprudence. Tehran: Samt Publishe; 2000. p.378. [Persian]
8. Najafi MH. Jvahr-ul-Klam. Tehran: Dar ul-ketab Publication; 1997. Vol.29 p.250-253. Vol.31 p.289. Vol.41 p.391. [Arabic]
9. Mohgegh Helli A. Sharay-ul-Eslam. Qom: Institute of Ismaili Studies; 1997. Vol.2 p.176. [Arabic]
10. Jebee Al-Ameli ZI. Rozat-ul-Bahiey fi Lomae-ul-Damshgiye. Qom: Islamic Studies Institute; 1994. Vol.2 p.120-132. [Arabic]
11. Imami H. Family Law. Tehran: Islamic bookstore; 1997. Vol.5 p.193-179. [Persian]
12. Katuzian N. Family law. Tehran: Enteshar Publications; 2010. Vol.2 p.29-30, 338. [Persian]
13. Eslami H. Human cloning and the Shia. Qom: Journal of New Exploration in Islamic Law 2006; 44: 57-59. [Persian]
14. Ruhani MS. Figh-ul-Sadegh. Qom: dar al-ketab; 1993. Vol.21 p.221. [Arabic]

15. Naraqi A. Documentary Shia law. Qom: Ayatollah Marashi Publication; 1995. Vol.16 p.221. [Arabic]
16. Tabatabai SA. Riaz al-Masayel. Qom: Islam Publications; 1994. Vol.6 p.424. [Arabic]
17. Safai SH. Failure Iran's cod for gamete and embryo according to Comparative Law. Tehran: Samat Publisher; 2005. p.180. [Persian]
18. Brinsden P. Gestational Surrogacy. Human Reproduction Update 2003; 9(5): 91-200.
19. Hofman Darra L. "Mama's Baby, Daddy's Maybe" A State-by-State Survey of Surrogacy Laws and Their Disparate Gender Impact. William Mitchell Law Review 2009; 35(2): 1-21.
20. Nayebyzadeh A. Legal Study of modern methods of artificial insemination. Tehran: Majd; 2001. p.556. [Persian]
21. Safai SH, Emami A. Concise Family Law. 10th ed. Tehran: Mizan; 2013. p.56, 216, 274, 322. [Persian]
22. Katuzian N. Reproduction without love, in Proceedings of surrogacy. Tehran: Samt Publication; 2009. p.458. [Persian]
23. Roshan M. Family law. Tehran: Jangal Publication; 2009. p.291. [Persian]
24. Khomeini R. Tahrir-ul-Vasileh. 3th ed. Qom: Islam Publication; 1994. Vol.1-2 p.62. [Arabic]
25. Fazel Lankarani M. Jame-ul-Masael. 10th ed. Qom: Amirul-Elm; 2001. Vol.2 p.71, 676. [Persian]
26. Khoei AQ. Minhaj-ul-Saaliheen. Qom: Medina-ul-Elm; 1999. Vol.1 p.92, 427, 463. [Arabic]
27. Gorji A, Safai H, Emami A, Aragi E. A comparative study of family law. Tehran: Tehran University Press; 2005. p.424-425, 433. [Persian]
28. Makarem Shirazi N. New Esteftaat. Qom: Imam Ali School Publication; 2002. Vol.2 p.416-464. [Persian]
29. Khamenei SA. Esteftaat. 5th ed. Tehran: Hoda International Publications; 2003. p.369. [Arabic]
30. Helli H. Gavaed-ul-Ahkam. Qom: Islam Publications; 1995. Vol.3 p.528. [Arabic]



31. Ardabili A. Majma-ul-Favayd-ul-Borhan. Qom: Islam Publications; 1995. Vol.13 p.125. [Arabic]
32. Shahidi M. The legal status of infants. In Proceedings Human reproductive technology in jurisprudence and law. Tehran: Samt; 2001. p.166-167. [Persian]
33. Alavi Qazvini A. Artificial insemination. Qom: Imam Khomeini Research Center of jurisprudence; 2006. p.53. [Persian]
34. Safai SH. Family law. Tehran: Mizan; 2006. Vol.2 p.105. [Persian]
35. Rasekh M. Parentage as a normative concept analysis of the relationship between parents. Children born from donated sperm, the second National Seminar of gamete and embryo donation Speaking, Tehran University; 2006. p.7. [Persian]
36. Fakoor H. A Study on Criminalizing Human Cloning in Iranian Statutes. Iran J Med Law 2009; 3(11): 145-170. [Persian]
37. Hakim M. Minhaj-ul-Saaliheen. Najaf: Adab Publications; 1995. Vol.2 p.215. [Arabic]
38. Momeni M. Cloning. Journal of New Exploration in Islamic Jurisprudence 2007; 12(46): 30-90. [Persian]
39. Safi Golpayegani L. Jame-ul-Ahkam. Qom: Hazrat Masume Publication; 1998. Vol.1-2 p.53. [Arabic]
40. Hellih M ibn H. Izah-ul-Favayed. Qom: Islam Publications; 1986. Vol.3 p.43. [Arabic]
41. Sadr M. Beyond jurisprudence. Beirut: Dar-al-Azvar; 1999; Vol.6 p.19, 273. [Arabic]
42. Hor Ameli M H. Al-Wasayel. Beirut: Dar-al-Tras; 1999. Vol.21. p.363. [Arabic]
43. Qebley Khoi K. Jurisprudence and legal study of embryo transfer. In modern methods of human reproduction and law. Tehran: Samt Publication; 2001. p.274. [Persian]
44. Mousavi Ardabili A. Esteftaat. Konjineh Fiqh Software. [Persian]
45. Samadi Ahari MH. Lineage of artificial insemination in Iran and Islam. Tehran: Ghanje Danesh Publication; 2003. p.154. [Persian]

46. Lotfi A. Saadat S. The Juridical Laws of the Child is born from Replacement Womb. Journal of Private Law 2011; 8(19): 186. [Persian]
47. Tusi MH. Al-Khlaf. Qom: Islam Publications; 1986. Vol.2 p.132. Vol.6 p.8-9. [Arabic]
48. Sadeghi moghadam MH. Jurisprudence and law granting the embryos to infertile couples. Nameh Mofid Journal 2004; 10(46): 35-40. [Persian]
49. Shahid Sani. Masalek-u-Afham. Qom: Institute of Islamic Studies; 1992. Vol.8 p.452. [Arabic]
50. Mughniyeh MJ. Jurisprudence in five religions. 10th ed. Beirut: Dar al-Seqleyn; 2000. Vol.2 p.393. [Arabic]
51. Jaziri AR. Jurisprudence in four religions and religion Shiite. Beirut: Dar al-Seqleyn; 1998. Vol.4 p.664-665. [Arabic]
52. Shelby M. Ahkam-ul-Asreh-ul fi Islam. Beirut: Dar al-nehzeh; 1997. p.421-423. [Arabic]
53. Momen M. Discussion about insemination. Fiqh Ahl-ul Bayt Journal 1995; 1(4): 71-72. [Persian]