

موضوع مقاله:

مادر جانشین و رابطه آن با طفل (۲)

گرد آورندگان:

بلال شاکری - هادی وحیدی پور

دانش پژوهان رشته تخصصی فقه و اصول ورودی ۸۱

چکیده

در شماره پیشین نشریه به تعیین محل نزاع و تعریف تلقیح، اقسام آن، جواز و عدم جواز تلقیح مصنوعی پرداختیم که در آن بیان شد اصل اولیه در تمامی شبهات تحریمیه براءت است در صورتی که اصل ثانوی برخلاف آن نباشد. اما در این جا دو اصل دیگر وجود دارد که عبارتند از اصل احتیاط در فروج و حفظ انساب از اختلاط و اشتباه که به صورت مفصل به این دو اصل پرداخته شد.

بعد از آن به دنبال بیان این نکته بودیم که دلایل رویکرد جامعه به مادر جانشین ناشی از چه عواملی است. و در پایان حکم استفاده از مادر جانشین را بررسی کردیم و ادله مخالفین را ذکر و از آن پاسخ گفته و به این نتیجه رسیدیم که استفاده از مادر جانشین جایز است. در این قسمت در پی این نکته هستیم که مادر طفل در این فرایند کیست و چه احکامی بر طرفین مترتب است.

کلید واژه

مادر جانشین، طفل، نسب

مادر کیست ؟

همچنانکه ثابت شد از نظر ادله شرعی دلیل قاطعی بر حرمت یا ممنوعیت مادر جانشین

وجود ندارد، بنابراین نمی توان بر نامشروع بودن کودکی که از این طریق بوجود آمده است، حکم نمود. البته باید درباره نسب این طفل بحث شود و مراد از نسب، نسب پدری نیست بلکه مراد نسب مادری است؛ در این زمینه سه احتمال وجود دارد:

۱- مادر حکمی (صاحب تخمک) مادر طفل است؛

۲- مادر جانشین مادر طفل است؛

۳- هر دو مادر طفل محسوب می شوند؛

برای ورود به بحث ابتدا نسب را از نظر اصطلاح و لغت بررسی کرده سپس به بررسی احتمالات می پردازیم.

نسب در لغت^۱: اصل . سلسله . خاندان . قرابت . خویشی

در اصطلاح^۲: در قانون مدنی تعریف خاصی برای آن ذکر نشده ولی حقوقدانها نسب را چنین تعریف کرده اند:

سید حسن امامی: نسب به معنای قرابت و خویشاوندی است و امری است که بواسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد بوجود می آید. و از این امر رابطه طبیعی خونی بین طفل و والدین حاصل می شود .

سید حسن صفائی: نسب عبارتست از رابطه خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالثی باشند.

محمد عبده بروجردی: نسب علاقه ای بین دو نفر که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالثی حادث می شود.^۳

بررسی احتمالات

برای ورود به بحث ابتدا به تعریف مادر می پردازیم.

مادر در لغت: زنی که یک یا چند بچه به دنیا آورده باشد.^۴

البته باید توجه داشت که در گذشته کسی که فرزندی را به دنیا می آورد مادر محسوب می شد اما در زمان حاضر به علت بروز مسائلی مانند مادر جانشین اختلاف ایجاد شده است که مادر چه کسی است^۵ و همانطور که گذشت سه احتمال مطرح است که آنها را بررسی می کنیم.

مادر حکمی مادر طفل است.

برای این قول ادله ای ذکر شده است که عبارتند از

۱- آیات:۶

الف (انا خلقنا الانسان من نطفة امشاج نبتليه فجعلناه سميعاً بصيراً^۷

ب (يخرج من بين الصلب و الترائب^۸

پ (يا ايها الناس انا خلقناكم من ذكر و انثى^۹

۲- دیدگاه عرف: از آنجا که نسب از مفاهیم عرفی است . عرف ، طفل را فرزند صاحب

نطفه می داند و صرف تکامل یافتن در رحم سبب نسب نیست.^{۱۰}

۳- تلقی جنین به عنوان موجود بشری دلیل بر این است که از همان لحظه انعقاد نطفه فرض

می شود که موجود بشری تحقق یافته بنابراین نطفه قبل از انتقال به رحم مادر جانشین هویت و اصلیت وابسته به پدر و مادر را کسب کرده است.

۴- قیاس با اسپرم مرد: همانطور که مرد صاحب اسپرم پدر بچه تلقی می شود . زن صاحب

تخمک نیز مادر محسوب می شود (براساس این قیاس مقام والدین بوسیله ژنها تعیین می شود)^{۱۱}

۵- قصد قراردادی: هدف قرارداد با مادر جانشین این است که والدین حکمی صاحب

فرزند شوند بنابراین قصد زن صاحب نطفه به ایجاد بچه، وی را مستحق دارا شدن اعتبار کامل عنوان مادری می نماید.

۶- رعایت مصلحت و سعادت بچه: از آنجا که صاحب تخمک اصرار بر بدوش کشیدن

مسئولیت مادری را دارد و از طرفی مادر جانشین هیچ انگیزه ای در تولد و نگهداری بچه ندارد به

همین منظور به خاطر حمایت از کودک و رعایت مصلحت او مادر ژنتیکی مادر وی قلمداد می‌گردد.^{۱۲}

۷- مقررات قانون مدنی در باره گیاه: در فقه و قانون مدنی آمده است که گیاه از آن صاحب بذر است نه صاحب زمین و اگر انسان را به گیاه تشبیه کنیم بچه از آن صاحب تخمک است نه مادر جانشین که به منزله ظرف تلقی می‌گردد.^{۱۳}

۸- شرط لازم: یکی از دو علت لازم برای بوجود آمدن بچه تخمک زن است، لذا صاحب تخمک مادر بچه محسوب می‌شود.

۹- اصل عدم حرمت و عدم قرابت: با توجه به این اصل در مقام شک (شک در اینکه مادر جانشین، مادر است یا خیر) اصل عدم قربت و عدم حرمت جاری می‌شود.^{۱۴}

۱۰- از آنجا که طفل خصائص تخمک را به ارث می‌برد و صاحب رحم مانند مادر رضاعی فقط نقش تغذیه را بر عهده دارد و چنین نیست که صفات موروث را از او به ارث ببرد، لذا صاحب تخمک مادر محسوب می‌شود.

اشکال: ما دلیل قطعی بر اینکه رحم دخیل در صفات موروثی نباشد نداریم بلکه بعضی اطبا می‌فرمایند وراثت فقط نتیجه اسپرم و تخمک نیست بلکه عوامل محیطی در آن دخیل است که یکی از شدیدترین عوامل محیطی اتصال جنین به رحم است.^{۱۵}

۱۱- فقها می‌فرمایند برقراری نسب با نکاح صحیح یا وطی به شبهه ثابت می‌شود و این رابطه در مورد مادر جانشین موجود نیست.

اشکال

۱- از عبارت فقها حصر استفاده نمی‌شود.

۲- بالفرض که حصر را بپذیریم این حصر حقیقی نیست بلکه حصر اضافی است یعنی، در میان سه رابطه زنا، شبهه و نکاح نسب منحصر در دو قسم اخیر است ولی این ثابت نمی‌کند که

نسب به تلقیح مصنوعی ثابت نشود.

۳- دلیل چنین ادعایی که نسب فقط با نکاح و شبهه ثابت می شود نه با زنا و اسباب دیگر، ممکن است اجماع یا حدیث فراش باشد.

در مورد اجماع صاحب جواهر در نفی نسب به وسیله زنا اجماع محصل و منقول را به عنوان دلیل ذکر کرده اما این اجماع اشکال دارد:

۱. اجماع مدرکی است (حدیث فراش مدرک آن است)

۲. اجماع زمانی حجت است که کاشف از قول معصوم باشد و چنین احرازی برای ما مشکل بلکه غیر ممکن است؛ چون از کلمات فقها بر عدم توارث، نفی نسب استفاده نمی شود. اما در باره حدیث فراش باید گفت که حدیث مربوط به جایی است که کودک مردد بین دو نفر که یکی فراش و دیگری زانی است باشد؛ ولی در جایی که فراش وجود ندارد، مثل زنا با زن بیوه، نمی توان گفت الولد للفراش بلکه فرزند ملحق به زانی است.

بنابراین، ادله در نفی نسب در زنا قاصر است تاچه رسد که از آنها حصر نسب به نکاح و شبهه را بخواهیم استفاده کنیم. همچنین با توجه به اینکه برخی فقها قائلند در ولد الزنا نیز نسب برقرار است و آثار آن بار می شود مگر در ارث که بدلیل خاص خارج شده، می توان گفت در تلقیح مصنوعی و مادر جانشین که چنین رابطه نامشروعی وجود ندارد نسب محقق است و اما از نظر قانونی هم باید گفت از آنجا که قانون فقط نسب ناشی از زنا را قبول ندارد پس نسب قانونی در مورد مادر جانشین وجود دارد.^{۱۶}

مادر جانشین مادر طفل است.

برای این قول نیز ادله ای ذکر کرده اند.

۱- آیات قرآن^{۱۷}

الف (الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مَنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَكَذَٰنَهُمْ^{۱۸}

ب) (إِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ^{۱۹}

ج) (وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا^{۲۰}

د) (وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا^{۲۱}

ه) (يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ^{۲۲}

وجه استدلال به آیه دو مجادله: این آیه مادر بودن را منحصر در کسی کرده که طفل را بدنیا آورده است.^{۲۳}

مؤید مطلب اینکه صاحب جواهر در قضیه نزدیکی مرد با همسرش و مساحقه همسر با کنیز و حامله شدن کنیز می‌فرماید: بچه قطعا به همسر مرد ملحق نمی‌شود چون از او متولد نشده است.

اشکال

۱- آیه در مقام بیان ضابطه مادری نیست بلکه در مقام بیان این است که زوجهظهار شده مادر طفل محسوب نمی‌شود. (حصر در آیه به اضافه ازواج است نه به معنای حصر در مادر بودن)^{۲۴}

۲- ولادت منسوب به صاحب رحم نیست بلکه همانطور که از ناحیه پدر به اعتبار نطفه نسب برقرار است از ناحیه مادر نیز به اعتبار تخمک نسب برقرار می‌باشد.

شاهد بر مطلب اینکه: بدون در نظر گرفتن تخمک زن رحم نقش ظرفی برای پرورش جنین را بر عهده دارد مانند رحم مصنوعی که در این صورت طفل بدنیا آمده از آن، دیگر مادر ندارد.^{۲۵}

جواب: درست است که موضوع آیه بحثظهار است ولی تعلیل آیه معنای عامی دارد چون می‌فرماید مادر کسی است که شما از او متولد شده اید و این معنا مضمون صدر آیه را نیز ثابت می‌کند. چون انسان از زوجه متولد نشده است. (مورد مخصص نیست)

۳- شاید «ولدنهم» در آیه به معنای زایمان نباشد چون نظیر این آیه در باره پدر نیز در قرآن استعمال شده است مثل آیه: «ووالد و ماولد»^{۲۶}

۴- هر جا در قرآن از زایمان صحبت شده تعبیر به وضع حمل گردیده است مثلاً در مورد حضرت مریم علیها السلام در سوره طلاق آیه چهار خداوند درباره زنان حامله می‌فرماید: «ان یضعن حملهن» بنابراین ممکن است بگوییم این آیه در مورد زایمان نباشد و منظور کسی باشد که منشا ایجاد بچه یعنی صاحب تخمک است.^{۲۷}

۲- عرف: در علم پزشکی ثابت شده که نقش رحم فراتر از صرف تغذیه برای جنین است مثلاً از آنجا که بین مادر و جنین تفاوت ژنتیکی وجود دارد به طور طبیعی سیستم ایمنی بدن مادر جنین را به عنوان جسم خارجی تلقی کرده و باید آنرا دفع کند ولی این سیستم دفاعی در رحم به طور موضعی مهار می‌شود، تا جنین دفع نگردد و همچنین پیامهایی بین مادر و جنین مبادله می‌شود که به تمایز و نمو سلولهای شکل نیافته جنین کمک می‌کند و نقش مهم دیگر رحم در تشکیل جفت است که در مبادلات غذایی، تنفسی و موارد دفعی جنین نقش اساسی دارد.

با توجه به این مطلب و رشد جنین در رحم و نهایتاً واقعه زایمان بعضی معتقدند که عرف بچه را منسوب به زنی می‌کند که او را زائیده است و این مفهوم با معنای لغوی مادر سازگار است.

۳- علت تامه: نطفه، مُعدّ برای زن صاحب رحم محسوب می‌شود ولی زن صاحب رحم جزء اخیر علت تامه است و بچه به وی ملحق می‌گردد.

۴- یک جزء از بدن مادر جانشین: همانطور که در بحث پیوند اعضا گفته می‌شود که جزء پیوندی جزء بدن محسوب می‌گردد در نتیجه می‌توان گفت که جنین کاشته شده جزئی از بدن صاحب رحم محسوب می‌شود. بنابر این وی مادر طفل است.

۵- عدم قابلیت زیست پذیری جنین در خارج رحم: تخمک تا زمانیکه به رحم منتقل نشود قابلیت زیست پذیری را کسب نمی‌کند و هنوز موجود انسانی نیست و وقتی به رحم منتقل شد این قابلیت را بدست می‌آورد و به عنوان یک موجود انسانی تلقی می‌شود و در این زمان است که

حقوق منسوب به والدین جریان پیدا می کند.

۶- مقررات حاکم بر گیاهان: برخی از یهودیان چنین استدلال کرده اند که اگر درختی کاشته شود تا سه سال خوردن میوه آن ممنوع است ولی اگر جوانه ای را به درخت رشد یافته پیوند بزنیم جوانه استقلال خود را از دست داده و هویت درخت گیرنده را کسب می کند. بنابراین می توان از میوه آن قبل از سه سال استفاده کرد و این علت در مورد انسان نیز جاری است یعنی جنین به محض انتقال به رحم مادر جانشین هویت خود را از دست داده و تابع مادر می شود.^{۲۸}

هر دو مادر طفل هستند

ادله این قول عبارتند از:

- ۱- عرف: عرف بر این عقیده است که هر دو زن مادر طفل هستند و مانعی وجود ندارد که کودک صاحب دو مادر باشد.^{۲۹}
- ۲- از آنجا که ارتباط دو زن با طفل تغییر ناپذیر و پا برجاست و ایندو با کمک یکدیگر قادر بر تولید نسل هستند به این صورت که نمی توان از نقش صاحب تخمک که منشا تکون طفل است چشم پوشی کرد و از طرفی نمی توان از تعلق و وابستگی طفل به مادر جانشین که ماهها در رحم او و همچون جزئی از پیکر او رشد کرده چشم پوشی کرد می توان گفت طفل دارای دو مادر می باشد و این مانعی ندارد چون مادری رابطه ای اعتباری است. و در عالم اعتبار می توان دو رابطه را با یکدیگر برقرار کرد.^{۳۰}
- ۳- شاید بتوان گفت در بحث مادر رضاعی علت محرمیت این است که گوشت و پوست کودک رضاعی از مادر ایجاد شده و این علت در صاحب رحم نیز وجود دارد چون جنین به وسیله تغذیه از بدن وی شکل انسانی به خود می گیرد بنابراین صاحب تخمک که منشا تکون است مادر و مادر جانشین که سبب رشد طفل است مادر رضاعی طفل می باشد.

قول مختار

از آنجا که هر سه گروه برای اثبات نظر خود به عرف استدلال کرده اند عرف مبهم است در نتیجه نمی توان به عرف به عنوان دلیل تعیین کننده در رابطه با پیدایش نسب استناد کرد.^{۳۱}

با توجه به اشکالی که به عرف وارد شد ما بر آن شدیم تا ضابطه نسب را از نظر عرف و لغت و از نظر شرع و رابطه این دو را با یکدیگر بررسی کنیم.

ضابطه نسب از نظر عرف

برای بدست آوردن ضابطه عرف درباره نسب باید به لغت و وضع مراجعه نمود که نسب برای چه چیز وضع شده است. از نظر وضع لفظ مادر برای کسی وضع شده که جنین از نطفه او بوجود آمده باشد بنابراین به مجرد انعقاد نطفه در رحم به وسیله زن، وی مادر طفل محسوب می شود و اینکه تکون جنین و استمرارش در رحم باشد اثری در اطلاق مادر به وی ندارد. و همچنین در وضع، متعین نشده که شروع انعقاد در رحم باشد بنابراین اگر انعقاد نطفه در خارج رحم باشد اطلاق مادر به صاحب تخمک صحیح است.

تا به اینجا ثابت شد از نظر وضع اطلاق مادر به صاحب تخمک صحیح است باقی می ماند بحث از مادر جانشین که آیا وضع شامل آن می شود یا خیر. در این باره باید گفت ضابطه عام بودن وضع برای الفاظ در موارد مستحدثه این است که این موارد با معنای وضعی تباین نداشته باشند بلکه مصداقی از مصداق معنا محسوب شوند هر چند که مصداق در قیود با یکدیگر اختلاف دارند به عبارت دیگر وقتی وضع را همراه با معنی در نظر میگیریم مطلق است و هیچ قیدی ندارد (نه اینکه بگوییم تمام قیود را داشته باشد) چون جمیع قیود در هنگام وضع برای واضع متصور نبوده، بالفرض که بگوئیم وضع طالب تمام قیود باشد ولی لحاظ این قیود به صورت اجمالی است (به خاطر اینکه بیان شد واضع تمام قیود را نمی دانسته است) و لحاظ اجمالی نیز کافی است تا معانی مستحدثه را در بر بگیرد.^{۳۲}

با توجه به مطالب ذکر شده باید گفت وضع شامل هر دو مادر می شود چون بین این دو مصداق تباین وجود ندارد و فقط در برخی قیود متفاوتند بنابراین از نظر عرف صدق مادر بر هر دو صحیح است. ممکن است این سوال پیش بیاید که اگر در اصل وضع شک کردیم چه باید کرد؟ در جواب می توان گفت شک در وضع به دو صورت است:

۱- شک در مفهوم: در این صورت جزم به عدم وضع داریم چون اگر در شبهه مفهومی شک در وضع کنیم اصل عدم آن است.

۲- شک در مصداق: در این صورت مجالی برای جریان شک نیست چون وضع یک امر وجدانی است و معیار در ظهور وضع عرف است و شخص شاک از اهل عرف است. بنابراین یا یقین به شمول وضع دارد و یا یقین به عدم شمول وضع. در نتیجه شک قابل تصور نیست یعنی مفاهیم در نزد اهل محاوره مجمل نیستند.^{۳۳}

ضابطه نسب از نظر شرع

در اینجا این سوال پیش می آید که آیا ضابطه شرع با عرف متفاوت است یا خیر؟ دو دیدگاه در این زمینه وجود دارد.

۱- بعضی معتقدند که بین این دو اختلاف است (از نظر شرع ولد الزنا فرزند محسوب نمی شود بر خلاف عرف)

۲- گروهی قائل به اتفاق بین این دو هستند که ما به بیان ادله دو گروه می پردازیم.

ادله قول اول

۱- اجماع بر نفی ولد الزنا شرعا

اشکال :

اولا اجماع مدرکی است (حدیث فراش مدرک آن است)

ثانیا مساله اجماعی نیست چون قائلین به اجماع اعتراف به وجود اختلاف دارند^{۳۴}

۲- حدیث فراش «الولد للفراش و العاهر للحجر»^{۳۵} این حدیث ظاهراً متواتر است.

اشکال:

در این روایت دو احتمال وجود دارد.

الف) مراد از انتساب ولد هنگام شک باشد یعنی ما شک کنیم که ولد از زوج به وجود آمده یا از غیر (و این احتمال قدر متیقن از روایت است به خاطر موارد تطبیق روایت بین شیعه و اهل سنت) در این صورت ما حکم می کنیم که ولد از زوج است.

اما با این احتمال روایت ربطی به بحث ما ندارد (چون ما این مطلب را بررسی می کردیم که شرط نسب شرعی این است که فرزند متولد از زنا نباشد)

ب: مراد حصر انتساب ولد به فراش باشد یعنی به کسی شرعاً فرزند اطلاق می شود که مخلوق از زوج باشد بنابراین درباره کسی که یقین داریم فرزند زنا است به هیچ کس منتسب نمی شود چون موضوع فراش منتفی است و به زانی هم منتسب نیست چون بیان شد که روایت حصر را می رساند و این معنایی است که اصحاب برداشت کرده اند و طبق این معنا می توان به حدیث در بحث استناد کرد.

ولی این معنا خلاف ظاهر حدیث است چون اگر بگوییم معنای حدیث حصر است موجب می شود که روایت متضمن دو حکم باشد.

۱- حکم ظاهری که در زنا باشد. (قدر متیقن از روایت)

۲- حکم واقعی که در یقین به زنا باشد.

و این حرف موجب استعمال لفظ در اکثر از معنای واحد می شود که صحیح نیست.^{۳۶}

اشکال:

اینجا استعمال لفظ در اکثر از معنای واحد نیست بلکه لفظ در معنای واحد (معنای جامع) استعمال شده است و معنای واحد (جامع) این است که ولد به غیر فراش منتسب نمی شود نه در

مورد شک و نه در مورد یقین.

جواب: بالفرض که معنای واحد (جامع) را قبول کنیم بازهم اشکال وارد است چون با ادله ثابت شده که فرزند زنا ملحق به زانی می شود اگر چه حکم به توارث ینشان نشود.^{۳۷}

بحث دیگری که در باره این روایت مطرح است اینکه: بالفرض که بپذیریم حدیث نسب را منحصر در فراش کرده آیا این حرف فقط در جایی است که در مقابل زنا باشد یا مطلق است و حتی اگر این امر دائر باشد بین فراش و وطی به شبهه یا یقین به وطی به شبهه داشته باشیم روایت بگوید به وی نیز بر نمی گردد.

در این فرض اختلاف است عده ای می فرمایند روایت مطلق حصر را می رساند چون قسمت اول حدیث جمله مستقلی است و ربطی به ذیل حدیث ندارد بلکه ذیل حدیث به خاطر تطبیق مورد بوده هر چند که فقها در شبهه چنین حکمی نداده اند و قائل به قرعه شده اند.

اشکال:

۱- بیان گردید که روایت زمانی نفی ولد الزنا می کند که فراش وجود داشته باشد ولی اگر فراش در بین نباشد هیچ بحثی نیست که فرزند ملحق به زانی می شود.

۲- این قول صرف ادعا است و دلیل و شاهی ندارد.

حدیث از مواردی است که صلاحیت دارد کلام همراه با قرینه بوده ، پس حداقل از ظهور کلام در آن جلوگیری می کند.^{۳۸}

۳- (دلیل سوم قول اول) از اینکه می بینیم گفته اند بین ولد الزنا و زانی توارث نیست می فهمیم ینشان نسبی وجود ندارد چون در اینجا ما شک می کنیم عدم توارث از باب تخصیص است یا تخصّص که در دوران بین ایندو اصاله العموم تخصیص را نفی می کند. بنابراین باید گفت در زنا نسب وجود ندارد. و الا وجهی برای تخصیص ارث نبود.

اشکال:

رجوع به اصل عقلایی برای احراز مقصود است، نه جایی که ما مراد را می‌دانیم و بخواهیم با اصل کیفیت استعمال را ثابت کنیم و در اینجا عدم ارث محقق است و شک در این است که به صورت تخصیصی بوده یا تخصّصی و ما اصلی نداریم که یکی را ثابت کند. ثانياً در اینجا دوران بین تخصیص و تخصّص نیست بلکه دوران بین تخصیص و حکومت است.

۱- (دلیل چهارم قول اول) روایاتی که علت سخت گیری در شهادت بر زنا را چنین ذکر کرده اند. چون زنا موجب قتل نفس و از بین رفتن نسب و فساد میراث می‌شود.
اشکال:

۱- روایت به خاطر وجود محمد بن سنان ضعیف السند است
۲- مرجع ضمیر در ظرف برگشت به نفس زنا دارد و حکم شرع مستلزم نفی نسب نیست بلکه از بین رفتن نسب با توجه به وضوح برخی اخبار به خاطر جهالت نسب است. و اینکه فرزند پدر را نمی‌شناسد.

ادله قول دوم (موافقت شرع و عرف)

۱- عدم تمامیت ادله مشهور بر نفی نسب در زنا
۲- عموم ادله احکام مترتب بر موضوع نسب.
توضیح: الفاظ مستعمل در کلام شارع تا زمانی که اصطلاح خاصی برای آن ثابت نشود حمل بر معنای عرفی می‌گردد.

۱- روایاتی که ولد الزنا را ملحق به پدر می‌دانند.^{۳۹}
روایت ابن اسحاق مدینی از امام سجّاد علیه السلام قال: «ایما ولد الزنا ولد فی الجاهلیه فهو لمن ادعاه من اهل الاسلام»^{۴۰}

با توجه به مطالب ذکر شده ثابت گردید که در ضابطه نسب بین عرف و شرع اختلافی نیست و با توجه به اینکه از نظر عرف صدق مادر بر هر دو زن ثابت گردید و همچنین به خاطر جمع بین آیات (ادله قول اول و دوم) می توان گفت هر دو زن به عنوان مادر فرزند محسوب می گردند (البته مادر جانشین شاید در حکم مادر رضاعی باشد)

آثار نسب

با توجه به نظر مشروعیت نسب ناشی از مادر جانشین باید گفت پذیرش نظریه مادر بودن مادر حکمی یا صاحب رحم یا هر دو به معنای ترتب کلیه آثار نسب است که از جمله این آثار عبارتند از: حرمت نکاح ، حضانت طفل ، ولایت قهری ، الزام به انفاق ، وصیت وارث.

پی نوشت ها

۱. دهخدا، علی اکبر. لغت نامه دهخدا. ماده نسب.
۲. نائب زاده، عباس، بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی، ص ۲۶۰
۳. بنابر تعریف اول بوسیله تلقیح مصنوعی نسب حاصل نمی شود ولی بنابر تعریف دوم نسب برای مادر جانشین و مادر حکمی حاصل می شود و تعریف سوم نیز سبب را فقط برای مادر جانشین ثابت می کند.
۴. دهخدا، علی اکبر، فرهنگ دهخدا، ماده مادر
۵. نائب زاده، عباس، بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی، ص ۲۷۰-۲۷۲
۶. قانثی، محمد، المبسوط فی فقه مسائل المعاصر: المسائل الطبییه، ص ۳۴۵-۳۴۶
۷. انسان / ۲
۸. طارق / ۷
۹. حجات / ۱۳
۱۰. نائب زاده، عباس، بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی، ص ۲۷۰-۲۷۲
۱۱. همان، ص ۲۷۲
۱۲. همان، ص ۲۷۳
۱۳. همان، ص ۲۷۳-۲۷۴
۱۴. همان، ص ۲۷۴
۱۵. محسنی، محمد آصف، الفقه و مسائل الطبییه ص ۹۰-۹۱
۱۶. نائب زاده، عباس، بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی، ص ۲۶۸-۲۷۰
۱۷. محسنی، محمد آصف، الفقه و مسائل الطبییه، ص ۸۹-۹۰
۱۸. مجادله / ۲
۱۹. نجم / ۳۲
۲۰. احقاف / ۱۵
۲۱. نحل / ۷۸
۲۲. زمر / ۶
۲۳. قانثی، محمد، المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة المسائل الطبییه، ص ۳۴۵؛ نائب زاده، عباس، بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی، ص ۲۷۷

٢٤. نائب زاده، عباس، بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی، ص ٢٧٧؛ قاننی، محمد، المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة المسائل الطبية، ص ٣٤٥
٢٥. قاننی، محمد، المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة المسائل الطبية، ص ٣٤٥
٢٦. بلد / ٣
٢٧. نائب زاده، عباس، بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی، ص ٢٧٧ - ٢٧٨
٢٨. نائب زاده، عباس، بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی، ص ٢٧٦ - ٢٧٩
٢٩. همان، ص ٢٨٠ - ٢٧٩
٣٠. همان ص ٢٨٥ - ٢٨٦
٣١. همان، ص ٢٨٥
٣٢. قاننی، محمد، المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة المسائل الطبية، ص ٣١٥
٣٣. قاننی، محمد، المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة المسائل الطبية، ص ٣١٥
٣٤. همان، ص ٣٣١
٣٥. کلینی، کافی، ج ٥ ص ٤٩١؛ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ج ٣، ص ٤٥٠؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ٨، ص ١٦٨
٣٦. قاننی، محمد، المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة المسائل الطبية، ص ٣٣٥
٣٧. همان، ص ٣٣٦
٣٨. قاننی، محمد، المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة المسائل الطبية، ص ٣٣٨
٣٩. قاننی، محمد، المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة المسائل الطبية، ص ٣٤٠ - ٣٤١
٤٠. طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، ج ٩، ص ٣٤٤؛ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ٢٦، ص ٢٧٦

کتابنامه

۱. طوسی، محمد بن حسن، *الإستبصار*؛ دار الکتب الإسلامية، ۱۳۹۰ هـ ق
۲. مجلسی، محمد باقر، *بحار الأنوار*؛ مؤسسه وفا، بیروت، ۱۴۰۴ هـ ق
۳. نائب زاده، عباس، *بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی*؛ انتشارات مهر، چاپ اول ۱۳۸۰ هـ ش
۴. _____، *تهذیب الأدلة*؛ دار الکتب الإسلامية، ۱۳۶۵ هـ ق
۵. قمی، علی بن ابراهیم، *تفسیر القمی*؛ مؤسسه دار الکتب، ۱۴۰۴ هـ ق
۶. جعفری، محمد تقی، *رسائل فقهی*؛ مؤسسه علامه جعفری و انتشارات تهذیب، چاپ اول ۱۳۸۰ هـ ش
۷. دهخدا، علی اکبر، *فرهنگ دهخدا*؛ مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۲ هـ ش
۸. محسنی، محمد آصف، *الفقه الطیبة*؛
۹. صدوق، محمد بن علی بن حسن بن بابویه قمی، *من لا یحضره الفقیه*؛ جامعه مدرسین ۱۳۱۸ هـ ق
- ۱۰- قائنی، محمد، *المبسوط فی الفقه المسائل المعاصرة*، المسائل الطیبة؛
- ۱۱- کلینی، محمد بن باقی، *الکافی*؛ دار الکتب الإسلامية؛ ۱۳۶۵ هـ ش
- ۱۲- نوری، حسین، *مستدرک الوسائل*؛ مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۸ هـ ق
- ۱۳- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*؛ مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ هـ ق