

بررسی مبانی فقهی رابطه توارث «رابطه مالی» میان جنین اهدایی و گیرندگان آن بر مبنای قرارداد

زهرا بیگدلی^۱

دانشجوی دکتری (سطح ۴)، فقه تربیتی، موسسه عالی حوزوی امام رضا

چکیده

آنچه از نص صریح قرآن درباره مقررات توزیع ارث به عنوان یک حکم وضعی به دست می آید، پایه و اساس ارث بری بر مبنای نسب و سبب است. برای سبب در فقه امامیه چهار عنوان مطرح شده است: ۱- سبب زوجیت، ۲- سبب ولاء عتق، ۳- سبب ولاء ضمان جریره، ۴- سبب ولاء امام. مراتب نیز در نسب و سبب بیان و رعایت گردیده است. در میان این چهار سبب آنچه در این پژوهش حائز اهمیت بوده و بدان پرداخته شده است، ولاء ضمان جریره است. ضمان جریره همان مسئولیت پرداخت دیه و خطای شخص دیگری است که هیچ نسبت و خویشاوندی با ضامن ندارد و به عنوان یکی از احکام امضایی مورد تایید شارع مقدس بوده است. ضامن جریره هیچ مباشرتی در جنایت ندارد، اما دیه خطاکار را طی یک قراردادی می پردازد و از این طریق وی از مضمون ارث می برد. در روش نوین باروری براساس اهداء اسپرم و تخمک با اعراض صاحبان نطفه، جنین اهدایی مجهول النسب خواهد بود. جنین اهدایی، فرزند حکومت می باشد و ولایتش بر حاکم شرع است و با انتفاء عنوان پدر و مادر، منتسب به زوجین (گیرنده جنین) نخواهد بود و در این صورت رابطه توارثی نیز با ایشان نخواهد داشت. برای حل این مسئله، محقق با رجوع به منابع فقهی با روش تحلیل و توصیف نصوص شرعی و قواعد عمومی سعی نموده، با توجه به پیشینه فقهی رابطه توارث با قرارداد در ضمان جریره و عدم رد و منع شارع از آن، براساس مقتضیات زمان و مصلحت موجود که همان جلوگیری از تزییع حقوق مالی طفل مولود و زوج گیرنده می باشد، رابطه توارث میان ایشان را ضمن انعقاد عقد قرارداد بیان نماید. شاید بتوان ضمان جریره را راهکاری عملی جهت برقراری رابطه توارث میان گیرندگان و جنین اهدایی عنوان نمود.

واژگان کلیدی: جنین اهدایی، قرارداد، ارث، ضمان جریره

^۱ نویسنده مسئول: Za.bigdeli@chmail.ir

مقدمه

یکی از شیوه‌های نوین باروری در تلقیح مصنوعی اهداء جنین می‌باشد. با توجه به اینکه اهداء جنین جزء مسائل نوپدید است، هم اکنون شاید تلقی گیرندگان جنین، دارا شدن فرزندی با تمام شرایط انتساب والحقا به آنهاست. درحالی که، هیچ تردیدی در بین فقها در انتساب والحقا این کودکان به صاحبان نطفه و تخمک وجود ندارد. با توجه به اینکه ارث از طریق نسب و سبب اثبات می‌گردد و در اهدای جنین، هیچ کدام میان جنین اهدایی و گیرندگان وجود ندارد. مسئله توارث میان زوج گیرنده و طفل مولود از منظر فقهی مسکوت مانده است و همین موضوع می‌تواند در آینده ای نزدیک مشکلات حادّی را برای خانواده‌های پذیرنده جنین و طفل حاصل به وجود آورد. در این پژوهش برآنیم تا رابطه توارث میان زوجین گیرنده و جنین اهدایی را با وجود پیشینه فقهی قرارداد در منابع فقهی متقدم و با استناد به اصول کلی وقواعد عام موجود در نصوص شرعی مورد بررسی قرار داده؛ تا با تدوین قانون جامعی در این زمینه ضمن پاسخگویی به نیازهای زوجین نابارور، از تضییع حقوق افراد تولد یافته از این روش‌ها نیز جلوگیری شود. در این مقاله ابتدا بررسی فقهی نسب و ارث جنین اهدایی مورد بررسی قرار گرفته است و در ادامه موضوعات اصولی مانند انواع حکم وقواعد فقهی چون ضمان جریره، مصلحت وقاعده الحاکم ولی لمن لا ولی له مورد بررسی قرار گرفته است. و در نهایت ضمن بیان رابطه توارث «مالی» براساس آیات و روایات، پیشینه فقهی قرارداد توارث در ضمان جریره، به اثبات این رابطه از طریق قرارداد ضمن عقد، با کمک استدلال واستنباط قواعد عمومی و اصول کلی بحث می‌گردد. و در نهایت نتیجه مباحث ارائه گردیده است.

بیان مسئله

در جنین اهدایی بی شک به لحاظ شرعی طفل حاصل منتسب به صاحبان اسپرم و تخمک بوده است. هرچند ایشان با نیت و هدف کمک به زوجین نابارور و با طیب نفس از طفل حاصل در تمامی وظایف و مسئولیت‌های خویش «حضانت، تربیت، نفقه...» اعراض نموده اند و دراصل طفل مولود مجهول‌الصاحب «مجهول‌النسب» محسوب میشود. اما با اعراض صاحبان تخمک و اسپرم طفل مولود منتسب به زوجین گیرنده نخواهد بود. هرچند تلقی عرف دریافت جنین اهدایی با تمام الحاقاتش حتی در نسب و ارث است. و همین امر در آینده ای نه چندان دور مشکلات عده ای را در صورت فوت طرفین به وجود خواهد آورد. چر که مسکوت و مغفول ماندن مسئله ارث موجب تضییع حقوق مالی طرفین «جنین اهدایی و گیرندگان آن» خواهد شد. با توجه به پویایی فقه شیعه و با مراجعه به نص صریح قران و تمسک به روایات منصوص از معصوم شاید بتوان راه حلی برای این مسئله مهم یافت.

فرضیه:

رابطه توارث «مالی» میان زوجین گیرنده و جنین اهدایی طی قراردادی با استناد به نص صریح قران و روایات موجود در این زمینه و عدم رد و منع از عقود غیرمعینه در زمان معصوم برقرار می‌شود.

گفتار اول: ارث جنین اهدایی بر مبنای نسب

طفل حاصل از تلقیح مصنوعی با اسپرم و تخمک بیگانه صرف نظر از احکام تکلیفی، احکام وضعی و حقوقی نیز برآن مترتب می‌باشد. اولین مسئله‌ای که در اهدای جنین مطرح می‌شود، وضعیت نسب طفل مولود با گیرندگان آن است. مسئله مهمی که در پیدایش نسب مطرح است تفحص دلایلی است که چگونه فرزند به والدین منتسب می‌شود؟ به وسیله ولادت و رابطه خونی یا همان ملاک تکوینی و واقعی یا ملاک اعتبار و قرارداد است؟ ملاکی که برخی از کشورها مانند آمریکا و فرانسه در نسب ناشی از باروری های جدید تصویب کرده اند و رابطه خونی را نادیده گرفته اند. و آن پذیرش پدر و مادر حکمی است.

ملاک حکم وضعی پدر بودن

دقت در برخی از آیات و روایات دلالت بر صحت برداشت عرفی از نسب پدری می‌نمایند. همانند سوره فرقان آیه ۵۴: «وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا»؛ و اوست که از آب، بشری آفرید و او را دارای (دو نوع پیوند) نسبی و سببی کرد و پروردگارت همواره تواناست. «جمعی از مفسران معتقدند که منظور از «ماء» آب نطفه است که همه انسانها به قدرت پروردگار توسط آن به وجود می‌آیند. (طبرسی، ۱۳۷۲، نجفی، ۱۳۹۸، قرائتی، ۱۳۸۳)

روایات بسیاری نیز مؤید این مطلب است، به عنوان مثال می‌توان به روایتی از جعفر بن محمد از حضرت علی (علیه السلام) اشاره کرد: «مردی نزد پیامبر اکرم (صلوات الله علیه) آمد و عرض کرد: کنیزی که هنگام آمیزش با اومی کردم، فرزندی به دنیا آورد. حضرت رسول (صلوات الله علیه) فرمودند: قَدْ يَنْفَلِتُ - فَأَلْحَقَ بِهِنَّ الْوَالِدَ». گاهی بند مشک رها می‌شود و فرزند به او ملحق می‌شود. (حرعاملی، ۱۴۰۹ق)

از آنچه بیان شد می‌توان فهمید مفهوم عرفی نسب از سوی پدر همان مفهومی است که از طریق آیات و روایات و نص شرعی به دست می‌آید. پس نسب پدری، نسبی اعتباری است که از پیدایش فرزند از اسپرم انسان دیگر انتزاع می‌شود.

ملاک حکم وضعی مادر بودن

در مورد اینکه از دیدگاه عرف، مادر به چه کسی اطلاق می‌شود؟ با توجه به اینکه دو عامل تخمک و رحم در ایجاد رابطه بین مادر و طفل نقش اصلی را دارد، بر همین اساس اختلاف آراء و نظر وجود دارد. چرا که برخی صاحب تخمک، برخی صاحب رحم، و برخی معتقد به دوماذری بودن طفل می‌باشند.

- صاحب تخمک

عده‌ای از فقها که معتقدند صاحب تخمک مادر جنین می‌باشد با استناد به آیات (سوره نجم، ۴۵-۴۶، سوره طارق -۵) مانند سوره انسان (۷۶) آیه ۲ که خداوند متعال می‌فرماید: «إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ...»، که منظور از «امشاج» همان ترکیب و اختلاط حاصل از آمیزش اسپرم و تخمک می‌باشد. اطلاق می‌شود. پس بدون تردید نطفه مبدأ تکون انسان و نسب و نژاد است، طبعاً فرزند منتسب و ملحق به کسی است که نطفه از اوست. (بابکی، ۱۳۹۳) و همچنین برخی روایات مانند موثقه اسحاق بن عمار نیز آمده است: «إِنَّ أَوَّلَ مَا يُخْلَقُ نُطْفَةٌ...» «با توجه به این روایت نیز منشأ پیدایش انسان نطفه است و عرف نطفه را مبدأ پیدایش سلول سازنده جنین میدانند. (بابکی، همان) بنابراین ملاک مادر بودن از دیدگاه این عده صاحب تخمک می‌باشد که به عنوان عاملی برای پیدایش و تکون انسان است.

- صاحب رحم

این گروه برای اثبات نظر خود با استناد به سوره مجادله آیه دوم مادر را به طور مطلق کسی می‌دانند که فرزند را به دنیا آورده است. از جمله آیت الله خویی با استناد به آن در منهاج الصالحین می‌فرماید: «اگر زنی اسپرم مرد اجنبی را در رحم خود قرار بدهد گناه کرده است ولی فرزند به او و صاحب اسپرم ملحق می‌شود و اگر دختر باشد صاحب اسپرم نمی‌تواند با او ازدواج کند.» (موسوی خویی، ۱۴۰۱ق) بنابراین طبق آنچه با استناد به آیه ظهار در خصوص مادر بودن صاحب رحم مطرح گردید، در نتیجه شوهر صاحب رحم نیز با کودک محرم می‌شود. طبق این نظریه صاحب اسپرم پدر کودک محسوب می‌شود و صاحب تخمک به جهت اینکه کودک فرزند شوهرش است به او محرم می‌شود، به عبارت دیگر در نسب به صاحب تخمک و شوهر صاحب رحم بالمصاهره محرم می‌شود (قبله ای خویی، ۱۳۷۸). علاوه بر آیه مذکور آیات (لقمان، ۱۴، احقاف، ۴۶، رعد، ۸)

دیگری نیز برای اثبات این نظریه مورد استفاده فقها و مفسرین قرار گرفته است. نظریه این گروه را می‌توان اینگونه استدلال نمود که «اساساً در زمان نزول آیات و صدور روایات مردم اطلاعات جدید پزشکی که کودک حاصل از لقاح اسپرم و تخمک آگاهی نداشتند و رحم زن را ظرف رشد جنین می‌پنداشتند، و با وجود این زن صاحب رحم را مادر می‌دانستند. این نشان می‌دهد که مبنای داوری آنها زاییدن بود؛ یعنی زنی که کودک را زایمان می‌کرد، او را مادر می‌دانستند و قانون‌گذار اسلام نیز عرف را تحت شرایطی امضا کرد (رضانیا معلم، ۱۳۸۹). آیت الله مؤمن نظر مرحوم خوئی را برخلاف عرف می‌دانند و می‌فرمایند: خصیصه «أم» که با زایمان کردن ذکر شده است به خاطر امر غالبی در همان زمان بوده که زن هم صاحب رحم و هم صاحب تخمک بوده است. این آیه دلالتی بر تبعد شرعی و صدق عنوان «أم» بر کسی که زایمان می‌کند ندارد. ایشان مثالی آورده اند که مواردی وجود دارد که طفل را قبل از موعد از بطن مادر خارج می‌کنند در مادر بودن زن شکی نیست هر چند زایمان نکرده باشد. (مؤمن قمی، ۱۴۱۵ق)

- هم صاحب رحم و هم صاحب تخمک

از نظر این عده هم صاحب تخمک و هم صاحب رحم هر دو مادر شرعی و واقعی برای طفل محسوب می‌شوند. «این نظریه در برابر دو نظریه یاد شده بر دو رکن اساسی در تکوین انسان تأکید می‌کند. اگرچه در برخی از آیات و اظهار نظرهای تخصصی به نقش نطفه زن در خلقت انسان اشاراتی وجود دارد، اما عرف عادی کسی را مادر طفل می‌شناسد که حمل را در رحم خود پرورش داده و زایمان کند. با پیشرفت علوم این واقعیت آشکار گردید که زن دو نقش در تولید مثل ایفا می‌کند: نقش تخمک و نقش رحم. به طوری که اختلال در هریک از آن دو تولید مثل را غیرممکن می‌سازد. بنابراین در صورتی که تخمک از یک زن و رحم متعلق به زن دیگری باشد هر دو زن می‌توانند در جایگاه مادر قرار بگیرند. «(مرفاتی، ۱۳۸۳) چرا که نقش صاحب رحم در پرورش طفل طبق ادله قائلین به این رأی و نظر بیشتر از مادر رضاعی می‌باشد، که به طفل فقط شیر می‌دهد، و موجب روئیدن گوشت و محکم شدن استخوان می‌شود. صاحب رحمی که در تکوین طفل پیوندی شدید با او دارد، پس صاحب رحم را در احکام تکلیفی و وضعی باید مادر نسبی طفل محسوب کرد. علاوه بر آنکه در اینجا دلیلی که مانع از تعدد مادر باشد وجود ندارد، و همچنین ادله‌ای که به ضرورت و حدت مادر قضاوت کند نیز موجود نیست. (بحرانی، ۱۴۲۳ق) مضاف به اینکه ادله‌ای که مادر رضاعی را معتبر می‌داند می‌تواند اشاره به امکان تعدد مادر داشته باشند. عرف نیز ابایی از پذیرش صدق عنوان مادری برای هر دو طرف (صاحب تخمک، صاحب رحم) ندارد. (همان) با توجه به آنچه بیان شد می‌توان هم صاحب تخمک و هم صاحب رحم را به عنوان مادر شرعی و نسبی محسوب کرد. از میان فقهای معاصر شیعه آیت الله موسوی اردبیلی قائل به دو مادری است. ایشان فرموده‌اند: «به اعتقاد ما هر دو امر واقعی و نفس الامر می‌تواند منشأ اعتبار باشد؛ یعنی هم زن صاحب تخمک و هم زنی که جنین را در رحم خویش پرورش داده است منشأ اعتبارند و هر دو، مادر طفل به شمار می‌آیند و اشکالی بر آن مترتب نیست. (مرفاتی، همان)

- نظر برگزیده

با عنایت به معنای آیه دوم سوره انسان در قرآن کریم «ما او را از آب نطفه خلق کردیم»، ایجاد انسان از نطفه می‌باشد که مخلوطی از «دوماء» اسپرم و تخمک می‌باشد. زیرا اسپرم و تخمک فقط به صورت بالقوه شأنیّت انسان شدن را دارا می‌باشند، و به عنوان علت اصلی تکوین جنین محسوب می‌شوند؛ و هیچ‌گونه رابطه تکوینی میان زوج و زوجه گیرنده و طفل مولود وجود ندارد. همانطوری که در صحیح محمد بن مسلم در مورد مساحقه زن شوهر دار با دختر باکره نیز بر این مسئله دلالت دارد، زیرا امام حسن (علیه السلام) فرمودند: «یرد الولد الی ایه صاحب النطفه»، کودک به پدرش که صاحب نطفه است رد می‌شود؛ و جماعتی از فقهای امامیه نیز بر این عقیده‌اند و در پیش کلمات آنها حقوق فرزند به صاحب اسپرم چنین تعلیق شده است. دستاوردهای پزشکی نیز صاحبان نطفه را منشأ تکوین طفل می‌دانند و هیچ نقش اصلی برای رحم قائل نیستند. (ناصری مقدم، ۱۳۸۷) طبق مستندات مطروحه صاحبان اسپرم و تخمک پدر و مادر جنین اهدایی خواهند بود. (حرعاملی، همان)

در تلقیح مصنوعی با توجه به اینکه صاحبان نطفه و تخمک از جنین حاصل اعراض کرده و به مراکز درمانی اجازه اهدای آن را داده‌اند نمی‌توان رأی به الحاق طفل به ایشان نمود، لذا از نظر ارث، حضانت، نفقه و تربیت در برابر طفل مسئولیتی برعهده آنان نخواهد بود و در صورت معلوم بودن فقط بین طفل و صاحبان اسپرم و تخمک حرمت ازدواج برقرار می‌شود (مرفاتی، همان). طبق قاعده فقهی «الحاکم لمن لا ولی له» ولی طفل مولود حاکم شرع و قانونگذار است.

دیدگاه برخی از فقها درباره نسب و ارث جنین اهدایی

از نظر اکثریت قریب به اتفاق فقها و مراجع عظام نسب طفل مولد از تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه به زوج ملحق نمی‌شود. در نتیجه رابطه توارثی نیز میان ایشان وجود ندارد.

آیت الله خویی (رحمه الله):

طفل ملحق به صاحبان نطفه می‌باشد و فرقی بین این طفل و سایر اولاد صاحبان نطفه از لحاظ نسب و ارث وجود ندارد. (موسوی خویی، بی تا)

امام خمینی (رحمه الله):

« اگر عمل تلقیح با نطفه غیرزوج صورت بگیرد و زن شوهردار بوده و بداند که فرزند از تلقیح است، پس در ملحق نشدن فرزند به زوج اشکالی نیست». (موسوی خمینی، بی تا)

آیت الله سیستانی:

اشکالی در الحاق طفل به صاحبان نطفه نخواهد بود زیرا از موارد و طیء به شبهه است. در همه احکام نسب و ارث فرقی بین این طفل و سایر اولاد صاحبان نطفه نیست. (سیستانی، ۱۴۱۷ق)

آیت الله محمد سعید حکیم:

طفل به صاحبان نطفه ملحق می‌شود. و از ایشان ارث می‌برد. (طباطبایی، ۱۴۲۲ق)

آیت الله و حید خراسانی:

این طفل ملحق به صاحبان نطفه بوده و فرقی بین او و سایر اولاد صاحبان نطفه نمی‌باشد. از ایشان ارث می‌برد. (وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق)

آیت الله خامنه‌ای (دامت برکاته):

ملحق به صاحب نطفه و تخمک بوده و الحاق آن به زنی که صاحب رحم است مشکل می‌باشد لذا باید نسبت به احکام شرعی مربوط به نسب، احتیاط رعایت شود. (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۴ق)

با توجه به اینکه طفل مولد از تلقیح مصنوعی همانند سایر اطفال دارای حقوق می‌باشند. در صورت مشروع دانستن طفل حاصل از تلقیح مصنوعی، تفاوتی میان ایشان و سایر اطفال نخواهد بود. پس با تدبیر در مورد ارث کودک موجب جلوگیری از تضییع مالی او خواهد بود.

گفتار دوم: ارث جنین اهدایی بر مبنای سبب

بند اول: تعریف و تبیین

طبق آنچه که در فقه امامیه از موجبات ارث مطرح شده نسب و سبب می‌باشد.

سبب: از اتصال و ارتباط دو نفر باهم، به واسطه زوجیت و یا از طریق و لاء (ولایت) (عاملی، ۱۴۱۳ق) در واقع ریشه این قرابت در انعقاد عقد است. و این خویشاوندی به موجب عقد ایجاد می‌شود مانند، عقد ازدواج و و لاء. فقهاء امامیه (نراقی، ۱۴۱۷ق) برای و لاء سه مرتبه در نظر گرفته‌اند: و لاء عتق، و لاء ضمان جریره، و لاء امام.

شهیدی قرابت سببی را اینگونه تعریف می‌کند: «خویشاوندی سببی را در معنی اعم باید نوعی رابطه و قرابت شخصی با شخص دیگر دانست، خواه منشاء آن نکاح دائم باشد یا و لاء سه گانه. (حلی، ۱۴۱۰ق) بر خلاف زوجیت که با همه طبقات ارث جمع می‌شد، و لاء مترتب بر سه طبقه مذکور در باب سبب می‌باشد که در صورت نبود سه طبقه قبل نوبت به آن می‌رسد.

زیرا در تعریف و لاء آمده: «نوعی قرب حکمی، بدون آنکه عامل و لادت و یا زناشویی در آن وارد شود، منشاء وراثت گردد. (شهیدی، ۱۳۸۱) و دارای اقسامی است:

- و لاء عتق:

آزاد کننده برده در صورت وجود شرایط زیر از اوارث می‌برد:

۱. برده را مجانی و تبرعاً آزاد کرده باشد.

۲. از جنایت و دیه برده تبری نکرده باشد.

در صورت وجود دو شرط بالا، (طوسی، ۱۴۲۶ق) و به شرط آنکه بنده آزاد شده، وارث دیگری نداشته باشد در این صورت مولی از اوارث می‌برد. و اما در مورد خویشاوندی به واسطه و لاء عتق که مربوط به دوره برده داری می‌باشد و امروزه در روابط اجتماعی متروک مانده و عدم کاربرد آن در جوامع انسانی قرن بیست و یکم در مورد جزئیاتش وارد بحث نمی‌شویم.

- و لاء امام

اگر کسی فوت کند و هیچ وارث نسبی و سببی نداشته باشد اموال او به امام (علیه السلام) است. از بین سبب‌های مذکور فقط زوجیت است که با تمامی وراثت نسبی و سبب دیگر می‌تواند ارث ببرد (عاملی، همان). باتوجه به قاعده «الامام وارث من لاوارث له»، که به طور صریح در روایات آمده است و از جمله در صحیح‌های بریدبن معاویه از امام باقر (علیه السلام) که می‌فرمایند: «... اگر با هیچ یک از مسلمانان و لائی ندارد، تا بمیرد ارث او از آن امام مسلمانان است. (کلینی، ۱۴۰۷ق) در صورتی که متوفی بدون وارث باشد ماترک او به امام (علیه السلام) می‌رسد در واقع این ولایت بین امام یا حاکم و شخصی که اصلاً وارثی نداشته باشد، به وجود می‌آید؛ مگر این که شوهر داشته باشد که در این صورت نصف ترکه به فرض، مابقی به رد به او داده خواهد شد و این حکم بین فقهاء مشهور می‌باشد. (اردبیلی، ۱۴۰۳ق) ترکه متوفی بدون وارث در صورت حضور امام (علیه السلام) در اختیار ایشان قرار داده می‌شود. در زمان غیبت امام عصر (عجل الله تعالی فرجه) باید ترکه‌ی میتی که جز امام وارثی ندارد فقط به دست مجتهد جامع شرایط برسد تا طبق نظرش در مصالح اسلام مصرف کند یا به اذن و اجازه‌ی او در مواردی که اجازه می‌دهد مصرف شود. (طباطبایی، ۱۴۱۵ق) امام خمینی (رحمه الله) در تحریر الوسیله در این مورد می‌فرماید: «در صورت نبودن وارث، امر ترکه‌ی متوفی راجع به حاکم است.» مراد به حاکم، طبق فرموده ایشان فقیه جامع شرایط می‌باشد. (موسوی خمینی، همان)

- و لاء ضمان جریره

بحث و لاء ضمان جریره از قواعد فقهی است که می‌توان از آن برای رابطه توارث میان زوجین گیرنده و طفل مولود از اسپرم و تخمک اهدایی استفاده کرد. زیرا آنچه از محتوای ضمان جریره حاصل می‌شود نشان از آن دارد که در اسلام ارث دادن می‌تواند به واسطه عقد قرارداد نیز باشد. ضمان به معنای تعهد و عهده دار شدن است. مراد از جریره در این اصطلاح جنایت است. ضمان جریره بدین معناست که شخصی جنایات دیگری را ضمانت کند و از جانب وی جرایم مالی را که به عهده اش ثابت می‌شود بپردازد و در مقابل پس از مرگ او وارث وی شود. ضمان جریره در صورتی ارث می‌برد که وارث نسبی و معتق نداشته باشد. اما زوجین سهم اعلا‌ی خود را می‌برند و بقیه به ضامن جریره داده می‌شود. (طوسی، همان)

ضمان جریره با و لاء ضمان به دو صورت منعقد می‌شود. اگر هر دو ضامن یکدیگر شوند صیغه عقد ضمان جریره بدین صورت است: «با تو پیمان می‌بندم که مرا یاری کنی و من تورا یاری کنم و شر دشمن را از من دفع کنی و من شر دشمن را از تو دفع

کنمودیه مرا بپردازی و من دیه تو را بپردازم و توازن ارث بری و من از تو». و دیگری قبول کند. اگر فقط یکی ضامن دیگری شود و طرف مقابل ضامن نباشد به این صورت است «باتو پیمان می بندم که مرا یاری کنی و دشمن را از من دفع کنی و دیه مرا بپردازی و از من ارث بری و دیگری قبول کند». (نجفی، ۱۴۲۲ق) اما در مورد و لاء ضمان جریره، کسی که در جامعه تنهاست و خویشاوندی ندارد تا یاور و کمک او باشد، چه اشکالی دارد که با یک نفر قرارداد ببندد که در کارها برادروار به یکدیگر کمک کنند و هنگامی که یکی از آنها از دنیا برود دیگری از او ارث ببرد؛ با این پیمان و عقد شخص ضامن در مقابل ارث، مسئولیت مضمون له را با اختیار خود به عهده می‌گیرد. به مناسبت بحث عقد قرارداد در و لاء ضمان جریره در ارث بری به بررسی اصل آزادی قرار داد ذیل همین مبحث می‌پردازیم.

- اصل آزادی قراردادها

در حقوق اسلام اختیار و آزادی اشخاص در قراردادها و تعهدات تا جایی امکان دارد که با احکام و دستورات الهی منافات نداشته باشد. همانطوری که فقه امامیه در مبحث شروط نیز، روایات معتبری مورد بررسی قرارداد است مبتنی بر اینکه نافذ و معتبر بودن شروط ضمن عقود منوط به عدم مخالفت با کتاب الله است. بنابراین به طریق اولی در خود عقود و قراردادها و تعهدات و الزامات اصلی نیز این اصل مهم مورد تأکید و توجه فقیهان بوده است. بنابراین جهت نافذ بودن تعهدات و الزامات و آزادی افراد در آن باید با رعایت چهار چوب و مقررات بیان شده در شرع منافات نباشد. از جمله آن می‌توان به عواملی که محدود کننده اصل آزادی قراردادی می‌باشند یعنی قوانین امری، اخلاق حسنه، نظم عمومی اشاره نمود.

- حکم تکلیفی و وضعی جنین اهدایی:

در جنین اهدایی اسپرم و تخمک بعد از اهدا و اعراض صاحبان آن در محیط آزمایشگاه با یکدیگر ترکیب و در رحم زوجه گیرنده کاشته می‌شود. نوعاً دور از اختیار صاحبان نطفه انجام می‌گیرد. بنابراین هیچ عنوان حرامی بر آن صدق نمی‌کند. برخی از فقها این شیوه کمک باروری را مجاز دانسته‌اند. (قبله ای خوبی، همان) و بر اساس اصولی چون اصالة البرائة و اصالة الاباحه و... که از مستقلات عقلیه در اصول می‌باشند هر عملی رامی‌توان مباح دانست، مگر عملی که از طرف شارع صراحتاً ممنوع شده باشد، در عمل تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه چون دلیلی که صراحتاً حرمت این روش را ثابت کند وجود ندارد و مصداق ولد زنا نیز نمی‌باشد، باید به همین اصل اصولی اصالة الاباحه رجوع و حکم به جواز دانست. زیرا در منابع فقه شیعه در این باره منع صریح شرعی و قانونی وجود ندارد. اما در بحث حکم وضعی با توجه به اینکه توارث با سبب و نسب امکان پذیر است و به دلیل منتفی بودن نسب، توارث را میان طفل مولود و گیرندگان جنین نمی‌تواند برقرار شود. در صورت عدم توارث حق طرفین تضییع خواهد شد

حاصل بحث:

در حقوق اسلام اختیار و آزادی اشخاص در قراردادها و تعهدات تا جایی امکان دارد که با احکام و دستورات الهی منافات نداشته باشد. در مسئله جنین اهدایی و عدم رابطه توارث او با گیرندگان که موجب تضییع حقوق مالی طفل مولود در آینده خواهد شد؛ با توجه به اصل آزادی اراده‌ها در انعقاد قراردادها قانون گذار می‌تواند برای حل این مسئله طی یک عقد قراردادی ارث بری طفل مولود از زوج و بالعکس را در کنار واگذاری حضانت، تربیت، ولایت و نفقه به زوجین گیرنده اجازه نماید.

بند دوم: پیشینه فقهی ضمان جریره

- آیات

سوره نساء (۴) آیه ۳۳ یکی از بهترین مستندات قرآنی ما برای اثبات توارث با استفاده از قرارداد می‌باشد. چرا که خداوند متعال با صراحت در این آیه به ارث بردن هم پیمانان از یکدیگر به واسطه عهد و پیمان و قرارداد اشاره نموده و می‌فرماید:

« وَ لِكُلِّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَ الَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيْبَهُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدًا. »
 «برای هرکس، وراثتی قرار دادیم که از میراث پدر و مادر و نزدیکان ارث ببرند؛ و نیز کسانی که با آنها پیمان بسته اید، نصیبشان را بپردازید؛ خداوند بر هر چیز شاهد و ناظر است.» در حقیقت قرآن بار دیگر به مسائل ارث بازگشته و خلاصه‌ای از احکام آن را بیان کرده، می‌فرماید: «برای هر کس اعم از زن و مرد، وراثتی قرار دادیم که از او ارث برند و آنچه پدران و مادران و نزدیکان به یادگار می‌گذارند، طبق برنامه خاصی در میان آنها تقسیم می‌گردد». این جمله در حقیقت مقدمه‌ای است برای حکمی که به دنبال آن بیان گردیده است، می‌فرماید: «... وَ الَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيْبَهُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدًا؛ کسانی که با آنها پیمان بسته اید، نصیب و سهم آنها را از ارث بپردازید.» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴) اینک باید مشخص نمود که مقصود از کسانی که با آنها پیمان بسته می‌شود چه کسانی هستند؟ و در چه شرایطی می‌توان این پیمان را بست؟ تا مسئله ارث بری وارث دهی میان ایشان اتفاق افتد.

- مشروعیت ضمان جریره

در زمان جاهلیت عرب، رابطه توارث از سه راه امکان داشت: از طریق نسب، و نسب در نزد آنها منحصر در فرزندان پسر بود و کودکان و زنان از ارث بردن محروم بودند. از طریق «تَبَنِي» یعنی پسر خواندگی و از طریق عهد و پیمان که از آن تعبیر به و لاء می‌کردند. در آغاز اسلام که هنوز قانون ارث نازل نشده بود به همین روش عمل می‌شد اما به زودی مسأله اُخوت اسلامی جای آن را گرفت و تنها مهاجران و انصار که با یکدیگر پیمان اُخوت بسته بودند از یکدیگر ارث می‌بردند. پس از مدتی که اسلام گسترش پیش تری پیدا کرد، ارث انتقال به خویشاوندان نسبی و سببی پیدا کرد و حکم اُخوت در زمینه ارث منسوخ و قانون نهایی ارث نازل گشت. (نجفی، ۱۴۲۲ق) در کتاب عوالی اللثالی روایت می‌شود که پیامبر اکرم (صلوات الله علیه) و قتی به مدینه آمد، میان مهاجران و انصار پیوند برادری برقرار کرد. پس مهاجر از انصار ارث می‌برد و برعکس و این قانون با خویشاوندی و قرابت نسخ شد. (سبزواری، ۱۴۲۲ق)

سپس در سه آیه از سوره نساء اندازه آن را بیان کرد و این سه آیه پایه و اساس احکام ارث است که خداوند سهم‌های اصلی را که هفده سهم است را در آن‌ها بیان فرموده‌اند. (بروجردی، همان)

آنچه به مفهوم آیه نزدیک تر است، این است که: مراد از پیمان «ضمان جریره» یکی از عقود معروف اسلامی است که مورد تایید فقها و علمای حقوق است. قبل از اسلام و جود داشته، و هرگاه مولایی می‌خواست بنده خود را آزاد کند می‌توانست چنین مقرر دارد که من قبل از امام از توارث خواهم برد و تمام دیاتی که بر اثر جنایات به عهده تو خواهد آمد تأدیه خواهم کرد، (عرفانی، ۱۳۸۱) و اسلام آن را اصلاح کرد، چون جنبه سازنده داشت بر آن صحه گذاشت، بدین صورت که؛ دو نفر با هم قرار می‌گذاشتند در کارها «برادروار» به یکدیگر کمک کنند، و در برابر مشکلات یکدیگر را یاری نمایند، و هنگامی که یکی از آنها از دنیا برود شخصی که باز مانده است از وی ارث ببرد. (مکارم شیرازی، همان) مشروعیت عقد ضمان جریره و ثبوت ارث از طریق آن حکمی اجماعی است و مورد قبول فقها می‌باشد. (سبزواری، همان) لازم به یاد آوری است که و لاء ضمان جریره به عنوان یکی از اسباب ارث بری، نتیجه رابطه تناسب تأثیر بین عامل معین و نتیجه آن می‌باشد. مجموع شرط و سبب مقتضی می‌باشد. بنابراین سبب به تنهایی عامل مؤثر نبوده بلکه نیاز به عامل کمکی به نام شرط دارد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰) و این شرط در ضمان جریره همان ضامن بودن به دیه و جنایات مضمون له می‌باشد.

- عقد بودن ضمان جریره

عقد همان عهد و پیمانی موکد است که عنصر تعهد در آن دخیل است. و تمام عقود معاوضی و غیرمعاوضی را در بر می‌گیرد. و باتوجه به انواع عقود، می‌توان نتیجه گرفت ضمان جریره یک عقد عهدی است، زیرا ایجاد حق دینی و تعهد برای یک طرف در مقابل طرف دیگر با ایجاب و قبول می‌نماید. و از جمله شرایط تحقق عقد ضمان جریره ابراز بیرونی آن است و این عقد زمانی محقق می‌گردد که طرفین آنچه را که قصد کرده‌اند به نحوی به یکدیگر ابراز دارند؛ یعنی متوقف بر انشای طرفین

می‌باشد. که در اینجا هر یک از طرفین می‌گوید: «عاقبتک علی ان تعقل عنی و ترثنی، یعنی با تو عهد و پیمان بستم تا دیه مرا به عهده بگیری و از من ارث ببری و طرف دیگر (ضامن) می‌گوید: قبلت: یعنی قبول کردم.» بنابراین به لحاظ عرف و قانون طبق شرایطی که در ضمان جریره بیان شد، ضمان جریره یک عقد است که برای ایجاد تعهد دارای دو طرف ایجاب و قبول با شرایط خاص آن است.

- لازم بودن ضمان جریره

از آنجائیکه در ضمان جریره، شخصی که با رضایت و میل خود با دیگری عقد منعقد می‌نماید و او را ولی خود بر می‌گزیند تا ضامن جنایات احتمالی و خطایی او شود و در ازای آن از او ارث ببرد به آن عقد موالات نیز گفته می‌شود. به لازم و جایز بودن عقد مذکور در اخبار و احادیث اشاره‌ای نشده است، ولی با توجه به اصل لزوم عقود می‌توان گفت عقد ضمان جریره یا عقد موالات عقدی لازم است. (عرفانی، همان، زیرا با قاعده استصحاب زمانی که شک نماییم که با فسخ یکی از طرفین عقد آیا عقد باطل و بی اثر شد یا نه؟ اقتضای استصحاب باقی ماندن آثار عقد می‌باشد. همچنین برای لزوم عقد ضمان جریره طبق نظر برخی فقها (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق) می‌توان به عموم ادله لفظی «اوفوا بالعقود»، و یا روایت «المؤمنون عند شروطهم» که در مباحث قبلی مطرح گردید تمسک جست، و ثابت نمودن زمانی که شرایط تحقق عقد ضمان جریره از جمله نداشتن وارث نسبی و جود دارد؛ باید به این عقد پایبند بود. نکته قابل توجه این است که عقد ضمان جریره که در آن شخصی ضامن جنایت و دیه فرد دیگری می‌شود با هر لفظی که دلالت بر این ولایت بکند منعقد می‌شود. بدون اینکه لفظ خاصی در آن معتبر باشد. زیرا اصل در عقود عدم اعتبار لفظ خاص می‌باشد. بنابراین عقود با لفظ و صیغه ایجاب و قبول منعقد می‌شود. مادامی که مانعی برای اجرای عقد با لفظ نباشد نوبت به غیر لفظ نمی‌رسد. و علت کفایت مجرد هر لفظی بر عقد ضمان جریره تحقق مقتضی است که همان قبول طرفین بر این و لاء می‌باشد؛ و هیچ مانعی در صحت عقد نیست. اجماع نیز بر صحت عقد و جود دارد. (سبزواری، ۱۴۱۳ق) پس چنانچه در عقد ضمان یکی از آن دو وارث نداشته باشد و بگوید: «عاقبتک علی ان تعقل عنی و ترثنی؛ با تو عهد و پیمان بستم تا به مصلحت امر من باشی و دیه من را به عهده بگیری و از من ارث ببری.» دیگری هم بگوید: «قبلت؛ قبول کردم». در این صورت عقد مجزی است. (اردبیلی، همان)، مهم ایجاب و قبول طرفین است با هر لفظی که باشد.

چنانچه هیچ کدام از آن‌ها دارای وارث و ورثه نبودند یکی از آن‌ها بگوید «عاقبتک علی ان تعقل عنی و اعقلک و ترث منی وارثک؛ عهد بستم که مصلحت‌اندیش امر من باشی و من هم مصلحت‌اندیش امر تو باشم و تو از من ارث ببری و من هم از تو ارث ببرم و دیگری بگوید: «قبلت؛ قبول کردم» کافی است. (همان) بنابراین با توجه به آنچه در سوره نساء (۴) آیه ۳۳ خداوند متعال مورد تأکید قرار داده‌اند، و همچنین ناپسند بودن عهد شکنی میان عقلاء و عرف و لزوم پایبندی به تمام عقود و عقود و لاء ضمان جریره لازم می‌باشد. بدیهی است این شخص از ضامن ارث نمی‌برد مگر آن‌که او نیز متقابلاً ضامن او شود؛ به تعبیر دیگر هر دو ضامن یکدیگر شوند. (برهانیان، نقیبی، ۱۳۸۶) این پیمان و عقد دو طرفه احکام و شرایط خاصی دارد که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

- شرایط تحقق ضمان جریره

۱- شروط عامه‌ای که در تمامی قراردادها و عقود لازم است، مانند؛ عقل و بلوغ، رشد و اختیار که از امور مسلم برای برقراری عقود می‌باشد. در اینجا نیز لازم ضروری می‌باشد.

۱- آنکه آن ضامن جریره مانعی از موانع ده گانه ارث نداشته باشد، نظیر و جود وارثی اقرب از ضامن جریره، مثل و جود طبقات ثلاثه از ارحام و وجود مولای معتق.

۲- آنکه عقد مشتمل بر ایجاب و قبول واقع بسازند. (موسوی خمینی، همان) عقد ضمان جریره این است که یکی به دیگری بگوید: با تو عهد و قرارداد می‌بندم که تو مرا یاری کنی و عاقله من باشی و از من ارث ببری و دیگری بگوید: قبول کردم.

گاهی ممکن است این قرارداد طرفینی باشد، یعنی یکی از آنها بگوید: با تو قراردادی بندم بر اینکه تو مرا یاری کنی و من تو را؛ تو از من دفاع کنی و من از تو؛ تو عاقله من باشی و من عاقله تو؛ تو از من ارث ببری و من از تو؛ دیگری بگوید: قبول کردم و این ارث از ضامن به اقارب ایشان تعدی نمی‌یابد. (طباطبایی حائری، نجفی همان)

۳- حریت ضامن و مضمون عنه، که اگر عبدی ضمانت بنماید یا حرّی ضامن عبدی بنماید، ضمانتش باطل خواهد بود.

۴- آنکه مضمون له، در حال عقد ضمانت مثل حال موت، وارث اقربی نداشته باشد از طبقات ثلاثه ارحام و از مولای معتق، بلی احد الزوجین با ضامن جریره وارث‌اند و نصیب اعلی راهم می‌برند از نصف و ربع. (موسوی خمینی، همان) بنابراین با وجود شرایط فوق، اگر دو شخص با یکدیگر هم پیمان در خطای احتمالی و دیه باشند می‌توانند با قرارداد، از یکدیگر ارث برند و رابطه توارث میان ایشان برقرار است. در روایتی نیز از امام صادق (علیه السلام) درباره ضامن مسلمانی از مسلمان دیگر سوال شد؛ حضرت فرمودند: «إِنْ ضَمَّنَ عَقْلَهُ وَ جَنَایَتَهُ وَرَثَهُ؛ اگر دیه و جنایتش را ضمانت کند از اوارث می‌برد و مولای اوست. (حرّعاملی، همان)

با توجه به مطالب مطرح شده و اینکه شرط اصلی در ضامن جریره نداشتن طبقه وراثت نسبی می‌باشد، و ولاء ضامن به عنوان سببی برای ارث بری می‌باشد. زیرا آنچه در نصوص فقه شیعه مورد اتفاق است، این است که ارث ضامن جریره متأخر از وارث نسبی و ولاء عتق می‌باشد. بنابراین در عقد ضامن جریره وقتی ارث مضمون له به ضامن می‌رسد که وارث نسبی و مولای معتق نداشته باشد. و این شرایط فقط در سائبه تحقق دارد، زیرا برده آزاد شده‌ای است، که تحت و لای آزاد کننده خود نیست و در تصرف مال خود آزاد است و هر کجا بخواهد آن را قرار می‌دهد. (موسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، بی تا) در نتیجه به مجرد عهد و پیمان بر ضامن جریره و تحقق عقد طرفین از یکدیگر ارث می‌برند و نیازی به ذکر آن در عقد نیست.

در ادامه برخی از روایت‌هایی که دلالت می‌کند بر اینکه عقد ضامن جریره به مجرد انشاء محقق می‌شود بیان گردیده است.

۱- «عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: إِذَا وَلِيَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ فَلَهُ مِيرَاثُهُ وَ عَلَيْهِ مَعْقَلَتُهُ

۲- «عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَنَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع فِيمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا سَائِبَةً - أَنَّهُ لَا وَ لَاءَ لِمَوْلَاهِ عَلَيْهِ - فَإِنْ شَاءَ تَوَالَى إِلَى رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَلْيَشْهَدْ أَنَّهُ يَضْمَنُ جَرِيرَتَهُ وَ كُلَّ حَدَثٍ يَلْزَمُهُ فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ فَهُوَ يَرِثُهُ...؛ از ابن سنان از امام صادق (علیه السلام) نقل کرده که فرمود: امیرالمومنین در مورد کسی که بنده آزاد کرده بود، حکم کرد به اینکه مالک هیچ و لایتی بر بنده ندارد و بنده می‌تواند با فردی از مسلمانان عقد و لاء ببندد و باید براین که آن شخص ضامن جنایت اوست شاهد بگیرد. در این صورت ضامن از مضمون ارث می‌برد. (حرّعاملی، همان)

۳- «وَ عَنْهُ عَنْ خَالِدِ بْنِ جَرِيرٍ عَنْ أَبِي الرَّبِيعِ قَالَ: سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ الْأَنْبِيَةِ فَقَالَ الرَّجُلُ يُعْتَقُ غُلَامَهُ وَ يَقُولُ لَهُ أَذْهَبَ حَيْثُ شِئْتَ - لَيْسَ لِي مِنْ مِيرَاثِكَ شَيْءٌ وَ لَا عَلَيَّ مِنْ جَرِيرَتِكَ شَيْءٌ وَ يُشْهَدُ عَلَيَّ ذَلِكَ شَاهِدَيْنِ؛ از امام صادق (علیه السلام) در باره سائبه سوال شد، حضرت فرمود: مردی که غلام خود را آزاد می‌کند و می‌گوید: یه هر کجا که می‌خواهی برو، نه از ارث و میراث تو چیزی به نفع من باشد و نه از جریره و جنایت تو چیزی برعهده من باشد و آن مولای من باشد (آزادی عبد و عدم ضامن جریره) شاهد بگیرد. (همان) اینکه شاهد براعلام بردیگران مبنی بر عدم سرپرستی و ضامن بودن در عبد، را می‌توان تعمیم داد به حالتی که زوج و زوجه اهداء کننده همین حالت را دارند یعنی با اعراض از جنین از ارث او نیز اعراض کنند و گیرندگان به عنوان کسانی که ضامن بر جریره و حضانت طفل را به عهد می‌گیرند هم عقد با جنین در رابطه توارث باشند.

- ظهور وارث بعد از ضامن جریره

اگر با کسی که از طبقات ارث نسبی محروم است، ضامن عقد جریره واقع شود اما بعد از عقد قرارداد فرزند و بچه‌ای از او متولد شود آیا عقد به خاطر و لادت فرزند باطل می‌شود یا اینکه عقد همچنان نافذ است؟

مرحوم سبزواری می‌فرماید: «در صورتی که فرزند بعد از عقد ضامن جریره متولد شود دو وجه و وجود دارد: وجه اول اینکه بگوییم مقتضای اصل، بقای عقد و صحت آن است. چرا که اصل در عقود نافذ و جاری بودنشان می‌باشد. و وجه دوم آن است

که: ظهور ادله عدم وارث را در این عقد شرط کرده‌اند چه ابتدأ و چه استداماً. یعنی شرط است که در عقد و لاء ضمان جریره هیچ وارثی نباشد یعنی از ابتدا وارثی نباشد و در ادامه نیز وارثی نباشد. پس با این شرط و در این صورت عقد ضمان جریره باطل می‌شود. به خاطر قاعده « انتفای مشروط با انتفای شرط » البته بعد از ذکر دو وجه ایشان می‌فرمایند؛ لکن احوط تجدید عقد است یعنی احتیاط این است که در صورت فقد وارث دوباره عقد ضمان جریره را طرفین از اول بخوانند و تجدید کنند. (نجفی، همان) همین قول را آیت الله فیاض در توضیح المسائل خویش اینگونه بیان نموده‌اند: « اگر مضمون هنگام قرارداد، وارث نسبی نداشت و پس از آن فرزند به دنیا بیآورد و تا هنگام مرگ پدر زنده بماند اظهر این است که قرارداد ضمان جریره باطل می‌شود و اگر تا زمان مرگ پدر، فرزند زنده نماند، قرارداد صحیح است. (کابلی، ۱۴۲۶ق)

- زوج و زوجه در ضمان جریره

در مباحث گذشته با استناد به روایات ثابت شد که ضمان جریره در سائبه تحقق می‌یابد و همچنین سائبه را به کسی که وارث نسبی و مولای معتق ندارد، طبق نصوص و ارده تبیین کردیم. بنابراین با توجه به آنکه زوج و زوجه وارث نسبی و مولای معتق نمی‌باشند، اگر با ضامن جریره باشند سهم الارث زوج و زوجه طبق برخی آراء فقهی بیشترین سهم و نصیب به ایشان می‌رسد و مابقی اموال را به ضامن می‌دهند. مرحوم طباطبایی (رحمه الله) اشاره نموده‌اند که در غنیه براین مطلب اجماع شده است به دلیل عموم ادله و خصوص نصوصی که دلالت بردخول زوج و زوجه همراه با ضامن جریره بر ارث می‌نماید. (نجفی، طباطبای حائری، همان) چرا که زوج و زوجه با تمام طبقات و رأث ارث می‌برد. (عاملی، ۱۴۱۷ق) همچنین آیت الله فیاض در این زمینه فرموده‌اند مضمون زوج یا زوجه داشته باشد، زوج نصف مال و زوجه چهار یک آن را به ارث می‌برد و بقیه مال به ضامن داده می‌شود. (کابلی، همان)

- جواز صدور ایجاب و قبول از ناحیه وکیل و وصی

در عقد ضمان جریره اتحاد موجب و قابل جایز است. یعنی کسی که صیغه ایجاب و قبول را جاری می‌کند یک نفر باشد و همچنین و کالت از طرفین در خواندن عقد ضمان جریره جایز است. و نیز جایز است که عقد ضمان جریره توسط وصی و حاکم واقع شود. یعنی جایز است و وصی از جانب موصی له و حاکم از طرف شخص و اشخاصی که نسبت به آنان ولایت دارد، عقد را بخواند و در عقد ضمان جریره از جانب و وصی و حاکم فرقی نمی‌کند که شخص موصی له و محکوم له ضامن باشد یا مضمون. البته لازم به ذکر است که باید مصلحت موصی له و محکوم له در صورتی که عقد از جانب و وصی و حاکم واقع شود مراعات گردد.

- ارث ضامن جریره

در عقد ضمان جریره ارث بردن فقط مختص به ضامن است. و به ورآث، بستگان و نزدیکان او منتقل نمی‌شود. بنابراین اگر ضامن بمیرد ورثه او نمی‌توانند از این و لاء ضمان جریره ارث ببرند. زیرا عقد ضمان جریره فقط بین ضامن و مضمون له به صورت طرفینی می‌باشد. آنچه از اجماع فقهاء و اطلاق روایات و نصوص شرعی به دست می‌آید همان عدم تعدی ارث از ضامن می‌باشد. از جمله این روایات می‌توان به: « صحیحه ابی بصیر، عن ابی عبد الله علیه السلام، قال: السائبه لیس لأحد علیها سبیل، فان والی أهدا فمیراثه له و جریرته علیه، و ان لم یوال أهدا فهو لأقرب الناس لمولاه الذی أعتق؛ ابی بصیر از امام صادق (علیه السلام) فرمود: هیچ کس بر سائبه سلطه ندارد. سائبه اگر با کسی پیمان ضمان بست، میراث سائبه و جنایات او نیز بر عهده متولی است و اگر سائبه با کسی عقد و لاء بست اموال او به نزدیکترین شخص از و ابستگان مولایی که عبد را آزاد کرده، می‌رسد. (اردبیلی، همان)

بند سوم: استفاده از قاعده ضمان جریره به عنوان یک مدل فقهی جهت ارث بری از طریق قرارداد

پیمان ضمان جریره نشان می دهد که توافق برسر عقد توارث در اسلام سابقه دارد. در جنین اهدایی به کمک اسپرم و تخمک اهدایی، زوجین گیرنده به عنوان پدر و مادران حکمی کودک توافق می کنند که حضانت، تربیت، نفقه و تمام نیازهای روحی و روانی کودک را در مراحل رشد و بلوغ تامین نمایند. وضامن او باشند. و به نوعی می توان گفت بحث ضمان جریره بسیار به طفل مولود از شیوه های نوین باروری شبیه است.

با عنایت به اطلاق آیه ۳۳ سوره نساء « عقدت ایمانکم » و توجه به الفاظی که در عقد ضمان جریره بیان می شود، و همچنین عدم رد و منع معصوم از قرارداد میان سائبه و ضامن؛ با توجه به مشروعیت و امضایی بودن ضمان جریره در اسلام فقها برای مورد مستحدثه جهت تطبیق آن با الغای خصوصیت از سائبه بهره ببرند. و قرارداد ی میان قانون گذار به عنوان ولی جنین اهدا یی «مضمون له» و گیرندگان آن «ضامن» منعقد ساخت.

نتیجه گیری

این مقاله به منظور «بررسی رابطه توارث «رابطه مالی» میان جنین اهدایی و گیرندگان آن بر مبنای قرارداد از منظر فقهی» انجام شد. با توجه به مطالبی که در زمینه نسب و ارث جنین اهدایی در این پژوهش مورد بررسی قرار گرفت، نتایج ذیل حاصل گردید:

در صورتی که در تلقیح مصنوعی از اهداء جنین استفاده گردد (اسپرم و تخمک اهدایی) و جنین حاصل به رحم زوجه گیرنده انتقال یابد، اکثر فقها طفل مولود را ولد زنا ندانسته اند و طبق اصل اصالة الإباحه او را فرزند مشروع والدین محسوب کرده اند و طبق نص صریح قرآن و روایات وارده در مورد صاحبان نطفه و تخمک باید گفت صاحب اسپرم و صاحب تخمک قطعاً پدر و مادر طفل مولود کودک محسوب می شوند.

بنابراین جنین اهدایی از نظر نسب متعلق به صاحبان نطفه می باشد که با مجهول ماندن و اعراض ایشان از جنین اهدایی، طفل حاصل مجهول الصاحب می باشد و با انتفاء عنوان پدر و مادر، منتسب به زوج گیرنده نخواهد بود. بنابراین در صورت فوت طفل مولود یا والدین حکمی وی (گیرنده گان جنین اهدایی) چون رابطه نسب با پدر مادر (زوج گیرنده) منتفی است این دو از هم ارث نمی برند. در این صورت می توان با استناد به قاعده فقهی «الحاکمُ ولی لِمَن لا ولی له» طفل حاصل، فرزند حکومت می باشد و ولایتش بر حاکم شرع است، بنابراین حاکم وارث او می باشد و هیچگونه رابطه توارثی را نمی توان میان طفل مولود و زوجین گیرنده از طریق نسب برقرار دانست.

با توجه به اینکه مغفول ماندن رابطه توارث میان جنین اهدایی و زوجین پذیرنده به عنوان یکی از مسائل مهم اقتصادی، موجب تضییع حقوق مالی کودکان حاصل از اهداء جنین در آینده خواهد بود، اما از آنجا که موجبات توارث سبب از طریق زوجیت و ولاء امکان دارد با استناد به پیشینه فقهی ضمان جریره صحه اسلام بر آن به عنوان سبب از طریق ولاء که می تواند به عنوان مصادیق بارزی از آزادی قرارداد در چهارچوب شرع و قانون باشد. با عنایت به اینکه قطعاً قراردادهایی در زمان معصومین (علیه السلام)، متداول بوده که بنا بر نیازهای اجتماعی زمان خویش از این قراردادها بهره می گرفته اند. این رویه عرفی از گذشته هم چنان ادامه داشته و رد و منعی درباره این رویه به ما نرسیده است. از همین عدم رد و منع از طرف شارع، می توان به امضاء معاملات و قراردادهای مستحدث پی برد و قراردادهایی را منعقد ساخت که خارج از عقود معینه باشد، بلکه می توان در عقود معینه نیز تغییراتی داد و اموری را به آن اضافه نمود. بنابراین حاکم شرع با استناد به قاعده فقهی «الحاکمُ ولی لِمَن لا ولی له»، و با اختیاراتی که حکومت اسلامی بنا به قاعده مصلحت در اختیار وی (مجتهد جامع الشرایط عادل) در زمان غیبت قرارداد داده است، می تواند بر اساس مقتضیات زمان و ضرورت حفظ حقوق مالی کودکان حاصل از جنین

اهدایی اینگونه رابطه توارث را براساس قرارداد و با زوج گیرنده تدوین و امضاء نماید تا بدین وسیله فقه پویای شیعه به این مسئله نوظهور جامعه مسلمین پاسخ داده باشد.

منابع

قرآن کریم

اردبیلی، مقدس، مجمع الفائده والبرهان فی شرح الازهان، ج ۸ و ج ۱۱ چاپ اول، قم: دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ه. ق.

بابکی، محمد، تلقیح مصنوعی واحکام آن در آثار فقهی امام خمینی، چاپ اول، تهران: چاپ و نشر عروج، ۱۳۹۳.
بروجردی، حسین، منابع فقه شیعه، ج ۲۶ و ج ۲۹، مترجم: محمد حسین، مهوری، مهدی، حسینیان قمی، چاپ اول، تهران: فرهنگ سبز، ۱۳۸۷.

برهانیان، عبدالحسین، نقیبی، ابوالقاسم بررسی مبانی بیمه در اسلام، چاپ اول، قم: پژوهشکده تحقیقات اسلامی، ۱۳۸۶.
جعفری لنگرودی، جعفر، وصیت-ارث، چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.
حسینی خامنه ای، علی، اجوبه الاستفتائات (فارسی)، چاپ اول، قم: دفتر مقام معظم له در قم، ۱۴۲۴ ه. ق.
حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعۀ الی تحصیل مسائل الشریعه، ج ۲۱ و ج ۲۹ چاپ اول، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ه. ق.

حکیم، طباطبایی، محمد سعید، مرشد المغترب توجیحات و فتاوی، چاپ اول، نجف اشرف: دفتر آیت الله، ۱۴۲۲ ه. ق.
حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۳، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ه. ق.
رضانیا معلم، محمد رضا، (۱۳۸۹) "وضعیت حقوقی (نسب) کودک ناشی از انتقال جنین،" مجموعه مقالات روش‌های نوین تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، چاپ سوم، سمت، پژوهشگاه ابن سینا، تهران.
سبزواری، عبد الاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، ج ۱۶ و ج ۱۷ و ج ۳۰، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار دفتر حضرت آیت الله، ۱۴۱۳ ه. ق.

سیستانی، علی، منهاج الصالحین، ج ۱، چاپ پنجم، قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی، ۱۴۱۷ ه. ق.
سند بحرانی، محمد، فقه الطب والتضخم النقدي، چاپ اول، بیروت: مؤسسه ام القرى، ۱۴۲۳ ه. ق.

شهیدی، مهدی، ارث، چاپ چهارم، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۱
طباطبایی حائری، علی بن محمد، ریاض المسائل، ج ۱۴، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ه. ق.
عاملی، زین الدین، مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام، ج ۷، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ه. ق.
عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، ج ۳، و ج ۲ چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ه. ق.

عرفانی، توفیق، قرارداد بیمه در حقوق اسلام و ایران، چاپ دوم، تهران: انتشارات کیهان، ۱۳۸۱.
فیاض کابلی، محمد اسحاق رساله توضیح المسائل (فیاض)، چاپ اول، قم: انتشارات مجلسی، ۱۴۲۶ ه. ق.
قبله ای خوبی، خلیل، (۱۳۷۸) "بررسی احکام فقهی و حقوقی کودکان نامشروع"، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۱۳ و ۱۴.

موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، و ج ۳ و ج ۴، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی تا.
موسوی خوبی، ابو القاسم، منهاج الصالحین، ج ۱ و ج ۲ چاپ بیست و هشتم، قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ ه. ق.

مؤمن قمی، محمد، کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۵ ه.ق.

نجفی، کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، أنوار الفقاهة (کتاب المیراث)، چاپ اول، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ه.ق.

محمد بن یعقوب، کلینی، الکافی، مترجم: علی اکبر غفاری، ج ۷، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ه.ق.
مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، ج ۳ و ج ۷ و ج ۲۶ چاپ اول، تهران: دارالکتب، ۱۳۷۴.

مرقاتی، طه، (۱۳۸۳)، نسب ناشی از لقاح مصنوعی با دخالت عامل بیگانه " مقالات و بررسی‌ها دفتر (۷۵)، بهار و تابستان.

نراقی، احمد، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ه.ق.

وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین، ج ۲، چاپ پنجم، قم: مدرسه امام باقر علیه السلام، ۱۴۲۸ ه.ق.

وحید خراسانی، حسین، توضیح المسائل، چاپ نهم، قم: مدرسه امام باقر علیه السلام، ۱۴۲۸ ه.ق.