



بررسی فقهی و حقوقی تلقیح مصنوعی و وضع حقوقی اطفال ناشی از این تلقیح با اسپرم مرد بیگانه

پدیدآورنده (ها) : جاویدان، زهرا

حقوق :: نشریه قانون یار :: بهار ۱۴۰۱، سال ششم - شماره ۲۱

صفحات : از ۹۳ تا ۱۲۰

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1907545>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۱/۱۲/۰۷

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و برگرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



- آثار نسب نامشروع و رأی وحدت رویه مورخ ۱۳۷۶/۴/۳
- حقوق کودکان نامشروع در کنوانسیون حقوق کودک و قوانین اسلامی با رویکردی به دیدگاه فقهی امام خمینی (س)
- حضانت کودکان از نگاه فقه و حقوق
- رویکردی تطبیقی بر سقط جنین در حقوق ایران و انگلستان
- معیاری برای هر دو نظام: بالاترین مصلحت کودک بررسی وضعیت حضانت در فقه و کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹
- انتساب طفل طبیعی به والدین در فقه امامیه و حقوق ایران
- بررسی وضعیت ارث جنین ناشی از تلقیح مصنوعی پس از فوت صاحب اسپرم (پدر) از منظر فقهی و حقوقی
- بررسی حقوق فرزندان نامشروع
- بررسی حقوق کودک قبل از تولد و بعد از تولد در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی
- فلسفه و حقوق کودک
- نسب فرزند نامشروع و آثار آن از منظر فقه و حقوق
- ارزیابی مبانی فقهی دیه فرزند نامشروع با نگرشی بر ماده ۵۵۲ قانون مجازات اسلامی

عناوین مشابه

- بررسی وضعیت ارث جنین ناشی از تلقیح مصنوعی پس از فوت صاحب اسپرم (پدر) از منظر فقهی و حقوقی
- تحلیل فقهی و حقوقی آثار تلقیح مصنوعی به وسیله اجاره رحم
- بررسی فقهی و حقوقی مشروعیت نسب طفل ناشی از اجاره رحم و صاحبان او (در پرتوی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)
- قتل ناشی از سرایت: بررسی فقهی و حقوقی
- بررسی فقهی-حقوقی وضعیت متفاوت زن و مرد نسبت به فسخ نکاح و دیدگاه امام خمینی در این باره
- چالش‌های فقهی، حقوقی و اخلاقی تلقیح مصنوعی و رویارویی با حق باروری زوجین نابارور
- تلقیح مصنوعی در اندیشه فقهی-حقوقی و موافقان و مخالفان آن
- بررسی سنّ مسئولیت کیفری اطفال و عدالت حقوقی از منظر فقه و حقوق اسلامی
- بررسی فقهی و حقوقی حکم شهادت بر سرقت پیشین پس از اجرای مجازات حدی
- بررسی فقهی و حقوقی بر حق پخش فوتبال

فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: ۷۸۸۶۴ Article Cod: Y6SH21A223 ISSN-P: ۲۵۳۸-۳۷۰۱

بررسی فقهی و حقوقی تلقیح مصنوعی و وضع حقوقی اطفال ناشی از این تلقیح با اسپرم مرد بیگانه

(تاریخ دریافت ۱۴۰۰/۰۹/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۱/۰۲/۱۸)

زهرا جاویدان^۱

چکیده

مسئله تلقیح مصنوعی انسان یکی از پدیده‌های نوینی است که با شکوفایی دانش پزشکی پا به عرصه هستی نهاده و به تبع منشأ ایجاد مسائل مختلف حقوقی شده است و بدلیل آنکه این موضوع یکی از موضوعات نوین می‌باشد، متأسفانه در حقوق مدون و قوانین موضوعه ایران سخنی محکم و قابل دفاع از آن به میان نیامده است. البته جمهوری اسلامی ایران با تدوین قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور قانونی را در پنج ماده به تصویب رسانده که تنها یک روش از روش‌های موجود را به تصریح تجویز کرده است، این قانون خاص، هیچ‌گونه اشاره‌ای به اموری مثل اهدای اسپرم، اهدای تخمک و رحم جایگزین، به عنوان دیگر فروض مطروحه در زمینه روش‌های مصنوعی باروری نکرده و تنها به پدیده اهدای جنین به عنوان یکی از مصادیق تلقیح مصنوعی و توابع و حواشی آن پرداخته است. تلقیح مصنوعی اصطلاحاً عبارت است از داخل کردن نطفه مرد در رحم زن بوسیلهٔ آلات پزشکی یا هر وسیله دیگری غیر از مقاربت و نزدیکی. نسب طفل ناشی از این تلقیح به پدر و مادر خود منتسب شده و همه آثار نسب قانونی و شرعی هم بر این طفل بار می‌شود. در این مقاله قصد داریم به بررسی فقهی و حقوقی تلقیح مصنوعی و وضع حقوقی اطفال ناشی از این تلقیح با اسپرم بیگانه پردازیم و ابعاد حقوقی و فقهی به همراه استفتائات مربوطه در این رابطه را مورد بررسی و مذاقه قرار دهیم.

واژگان کلیدی: تلقیح مصنوعی، نطفه، اسپرم مرد بیگانه، وضع حمل، نسب قانونی و شرعی، فقه

بخش اول: مباحث فقهی تلقیح مصنوعی

ابتدا قبل از هر گونه بحثی در رابطه با حکم تکلیفی انواع روشهای تلقیح مصنوعی باید روشن کنیم آیا اصولاً اهداء خرید و فروش نطفه جنین چه مرد و چه زن در حقوق اسلام قابل پذیرش است یا خیر؟ ما فرض می‌کنیم که طبیعتاً تلقیح مصنوعی در بعضی حالات آن یکی از این دو روش جهت باروری اتفاق می‌افتد. تا به حال کمتر راجع به این مقوله در مقالات و کتب تألیفی در این زمینه پرداخته شده. در حقوق اسلام قانونی است به نام ممنوعیت خرید و فروش شیء نجس که زیر مجموعه مکاسب محرمه قرار می‌گیرد. از قدیمی‌ترین متونی که در توضیح این قانون می‌تواند به آن رجوع کرد و به شرح و بسط این مسأله بیشتر از دیگران تا زمان خودش پرداخته است. کتاب مکاسب محرمه مرحوم شیخ انصاری است. ایشان در بخش مکاسب محرمه از کتاب مکاسب خود چنین فرموده اند: خرید و فروش منی به دو دلیل حرام است:

اول؛ به دلیل اینکه عین منی نجس است.

دوم؛ چون فایده عقلایی ندارد و اگر بیرون بریزد که حتماً فایده ای بر آن مترتب نیست.

به طور واضح این دو دلیل باطل است زیرا با علم امروزه بشر بدون تماس با منی آن را به رحم دیگری متصل می‌کند و فایده عقلایی نیز بر آن مترتب شده است. تنها دلیلی که می‌ماند تعبد است. که تعبداً از طرف شارع خرید و فروش آن را حرام اعلام کنیم.

پس حدیث حرمت بیع نجس شامل منی و تخمک نمی‌شود.

اکنون هر کدام از صور تلقیح مصنوعی را همراه با ابهامات و ایرادات حقوقی و دینی آن بیان می‌کنیم. تلقیح اسپرم شوهر به همسر خود از جهت احکام تکلیفی چه صورتی دارد؟ به دلایل متعدد پزشکی در اثر بعضی اختلالات جسمی مرد ممکن است انتقال اسپرم مستقیماً یا غیر مستقیم از طریق دهانه یا گردن رحم امکانپذیر نباشد که در این صورت پزشکان راه‌هایی دارند که اسپرم مرد را به وسیله دستگاه مخصوص بدون فعل حرام می‌توانند به رحم همسر قانونی او منتقل نمایند. این روش فی حد نفسه، مسلماً مشمول اصله الاباحه است و جایز است و تکلیف زن و شوهر مشخص است و قانون هیچ گونه ابهامی در این زمینه باقی نگذاشته است که مشخصاً فرزند متعلق به زن و شوهر است و ابهامی در این روش نیز باقی نمی‌ماند. در عین حال برخی از فقها چون مرحوم آیه ... بروجردی و آیه ... میلانی این حالت را نیز محل اشکال دانسته اند. اگر گروهی از فقها در به کارگیری این روش ابهامی دارند احتمالاً به جهت بیم از ارتکاب کارهای مقدماتی حرام نظیر اخذ تخمک از زن توسط نامحرم و یا اخذ

اسپرم به روش غیر مجاز بوده است در حقوق فعلی ایران و حقوق خارجی به این عمل به دیده یک روش درمانی نگریسته و نیازی به وضع مقررات در این زمینه نمی‌باشد. بر اساس قاعدهٔ فراش که بعداً توضیح خواهیم داد حقوق بین فرزند و والدین را قانون مشخص کرده است.

صورت دوم: تلقیح اسپرم مرد به رحم زن بیگانه

دو حالت دارد:

حالت اول: زنی که نطفهٔ مرد اجنبی به او تزریق می‌گردد، دارای شوهر باشد.

حالت دوم: زنی که نطفهٔ مرد اجنبی به او تزریق می‌گردد، دارای شوهر نباشد. این فرض محل بحث ما زمانی است که طفلی از او به دنیا بیاید و بخواهیم آن طفل را به کسی نسبت دهیم والا در حالت عادی احکام تکلیفی آن مانند نکاح رسمی باید باشد و بدون جاری شدن صیغه محل بحث نیست.

حالت اول: آیا زن با وجود داشتن شوهر به علت عقیم بودن شوهر خود می‌تواند از اسپرم مرد دیگری بصورت آزمایشگاهی استفاده کند؟ جواب: از نظر شرعی برخی فقها قائلند به اینکه اصل عمل حرام است به دلیل اینکه هدف از ازدواج و بقای نسل بشر نابسامان می‌گردد.

جواب: احکام تکلیفی تلقیح مصنوعی زن با اسپرم بیگانه جنجالی ترین بخش از تلقیح مصنوعی در میان همهٔ ادیان می‌باشد. به کارگیری این روش، موافقان اندک ولی مخالفان فراوانی دارد. اگر چه در بین فقها در مستندات و حکم مستخرجه اختلاف نظر وجود دارد ولی دلیل قاطعی بر حرمت یا عدم جواز عمل تلقیح مصنوعی زن با اسپرم شوهر بیگانه یافت نمی‌شود. ذیلاً نظریات فقها را به طور مفصل بیان می‌نمائیم.

در توضیح المسائل حضرت آیه ... خوئی آمده است: جایز نیست نطفه و منی مرد اجنبی را به زنی تلقیح و تزریق نمایند و فرقی نمی‌کند عمل تلقیح به وسیلهٔ شخص اجنبی انجام بگیرد یا به وسیلهٔ شوهر خود. (قبله ای، خ، سایت قوانین دادگستری تهران www.dadgostry.com)

در کتاب «المسائل المستحدثة» آمده است: «فالاظهر عدم جواز التلقیح بنطفه رجل اجنبی» (همان) در تحریر الوسیله آمده است: تلقیح نطفه مرد اجنبی جایز نیست خواه زن شوهر داشته باشد، خواه نه. خواه زوج و زوجه به این امر راضی باشند خواه نه و همچنین فرق نمی‌کند زن از محارم صاحب نطفه باشد، خواه نباشد. (همان)

«... یا گاهی اوقات سؤال می‌کنند که آیا می‌شود نطفهٔ مرد اجنبی را در رحم یک زنی که زن او نیست اجنبیه است قرار بدهند؟ ببیند این با این هدف کلی شارع مخالف است، زیرا شارع می‌خواهد نسل

معین باشد، این بچه ای که به دنیا می‌آید، پدر و مادر او کاملاً مشخص باشد. اصلاً یکی از علت‌ها و حکمت‌های حرمت زنا همین است، که اگر زنا در جامعه رایج باشد دیگر اصلاً مسئله نسل و اینها بطور کلی از بین می‌رود و هیچ این نسل مشخص نیست که این بچه متعلق به چه کسی است، تهدید کننده نسل بشر و جامعه بشری است، غیر از اینکه نظام خانواده را از بین می‌برد، غیر از این که سلامت را از بین می‌برد، غیر از اینکه مشکلات دیگری که شاید حالا هنوز خیلی شان روشن نیست بوجود می‌آورد، اما یکی از مشکلاتش هم همین است، بنابراین از اهداف مهم خداوند در جعل یک شریعت این است که این نسل باید محفوظ بماند، روی این قاعده ما الان می‌توانیم بیاییم بگوئیم که به حسب حکم اولی قرار دادن نطفه یک مرد اجنبی در رحم یک اجنبیه حرام است و جایز نیست. دیگر نیازی به عناوین ثانویه نداریم. قرار دادن نطفه مرد در رحم زن اجنبیه و همچنین جنین متکون از نطفه غیر زوج جایز نیست. (فاضل لنکرانی، م)

«... با توجه به آیات و روایات و ارتکازات متشرعه و احکام شرعیه برای فقیه اطمینان حاصل می‌شود که طریق مشروع تولید نسل و تحصیل ولد فقط منحصر به ازدواج شرعی است و در مواردی که بدون ازدواج حکم به الحاق فرزند به پدر و مادر شده است، عدم عمد و معذور بودن آنها مدخلیت دارد و این صورت تلقیح صناعی در عرف متشرعه یا احکام رضاع و محرمانه بالمصاهره و حرمت جمع بین اختین و اصل ازدواج شرعی که منحصر در عقد داریم و منقطع است، مغایرت دارد و اگر در بعض این موارد به همه آنها بالانفراد اشکال شود، از مجموع اطمینان به عدم جو از حاصل است.» (صافی گلپایگانی، م)

«تلقیح نطفه مردی به زوجه دیگری، جایز نیست، خواه طرفین راضی باشند یا نباشند.» (سبحانی، ج)
 «تلقیح نطفه غیر زوج، مشترکاً و منفرداً، از باب لزوم احتیاط در فروج و اطلاق آیه شریفه «و الذین هم لفروجهم حافظون» حرام است» (مرعشی شوشتری، سید م ح)
 «تلقیح منی غیر شوهر به رحم زن حرام است» (مجمع فقه اهل بیت (ع))
 «این کار زنا محسوب نمی‌شود و از عناوین محرمه هم که در شرع حرام شده باشد نیست، لذا بر اساس اصل اصالة الاباحه جایز است» (موسوی بجنوردی، سید م)
 «تلقیح اجنبی به رحم زن، فی نفسه موجبی برای منع ندارد، ولی از مقدمات حرام باید اجتناب نمود» (خامنه‌ای، سید ع)

در مجموع در بین مراجع و فقهای گذشته هیچ اختلاف نظری درباره حرام بودن تلقیح اسپرم غیر شوهر

وجود نداشته و از آیات عظام مرحوم آیت ... بروجردی، امام خمینی، خوئی، گلپایگانی و اراکی (رحمه ...) فتاوی صریحی در این مورد صادر گردید، ولی در بین مراجع جدید در این باره اختلاف اجتهاد و نظر وجود دارد. جمعی از مراجع و فقیهان مانند: آیات عظام صافی گلپایگانی، فاضل لنکرانی، مکارم شیرازی، شیخ جواد تبریزی، بهجت، منتظری، موسوی اردبیلی، نوری همدانی، صانعی، یحیی نوری، مدنی تبریزی، سیستانی، سبحانی و... فتاوی صریح درباره حرام بودن این عمل صادر کرده اند. برخی نیز مانند: آیه ... خامنه ای، آیه ... سید محمد موسوی بجنوردی این عمل را جایز می دانند.

جواب:

و اما از نظر فقهی این نوع باروری اگر صورت گرفت دو حالت دارد:

الف- با زن به عمل لقاح جاهل است که در این حالت بنا به نظر اکثریت فقها، طفل حاصل از این عمل در حکم ولد شبهه بوده و در نتیجه به مادر ملحق می باشد.

ب- یا زن به عمل لقاح آگاه است: که در این حالت زن به عدم رابطه زوجیت بین خود و دهنده اسپرم آگاهی دارد بنا به عقیده بعضی از فقها و همچنین برخی حقوقدانان طفل حاصل، در حکم ولد الزناست و ما می دانیم ولد الزنا ملحق به زانی نمی شود.

اما از آنجائیکه تلقیح مصنوعی را به هیچ وجه به عنوان زنا نمی توان اثبات کرد از این رو برخی از فقهای معاصر حکم به الحاق طفل به مادر داده اند. به عقیده این عده، انعقاد نطفه هر چند که به صورت حرام و غیر مشروع صورت گرفته باشد در غیر مورد زنا به علت فقدان دلیل شرعی طفل ملحق به مادر می شود زیرا فقط در زنا است که نفی ولد می شود و دلیل دیگری که می آورند عموم آیه « ان امهانهم الا اللائی ولد نهم » (سوره مجادله آیه ۲) می باشد.

فقهای اهل سنت نیز عمدتاً این عمل را حرام می دانند، دکتر یوسف القرضاوی در کتاب الحلال و الحرام فی السلام این نوع تلقیح مصنوعی را حرام دانسته و از شیخ شلتوت نقل کرده که گفته است: در این عمل جرمی زشت و گناهی بزرگ است که با زنا یک ماهیت دارد و نتیجه اشان که همانا نهان آب مرد بیگانه در رحم زنی که بین آنها عقد زوجیت شرعی نیست یکی است. (مهرپور، ح، تهران، ۱۳۸۰)

بخش دوم: وضعیت حقوقی اطفال ناشی از لقاح مصنوعی

چنانکه معلوم است نسب عبارت از رابطه خویشاوندی است که از راه خون، بین دو یا چند شخص برقرار می شود. (شهیدی، م، ۱۳۸۱) تعریف دیگری برای نسب بیان شده که هر کدام به نوعی به رابطه طبیعی و خونی بین طفل و پدر و مادری که با هم نزدیکی داشته اند اشاره می کند:

صاحب جواهر در تعریف نسب می‌نویسد: نسب عبارت است از منتهی شدن ولادت شخصی به دیگری مانند پدر و پسر یا انتهای ولادت دو شخص به ثالث، مانند دو برادر و پدر (همان) تعریف صاحب جواهر به نوعی بیان کننده منشأ اعتبار رابطه نسبی است. دکتر سید حسن امامی، نسب را چنین تعریف کرده است: «نسب امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید. از این امر، رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد موجود می‌گردد. (همان)

آقای محمد عبده بروجدی می‌نویسد: «نسب علاقه‌ای است بین دو نفر که به سبب تولید یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالث حادث می‌شود» (همان)

استاد سید علی علوی قزوینی در مقاله آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان ایرادی به تعاریف فوق وارد دانسته اند که ضمن آوردن متن آن برای تنویر ذهن خوانندگان به ضرورت چنین ایرادی صحه می‌گذاریم:

«ایرادی که بر تعاریف فوق وارد است اینکه نسب را به امر حاصل از انعقاد نطفه زن و مرد تعریف کرده اند، ولی حقیقت این «امر» را تبیین نکرده اند که آیا این امر، یک رابطه اعتباری و قراردادی است یا تکوینی و واقعی و چون در مقام تعریف باید از الفاظ مبهم پرهیز شود، از این رو تعاریف فوق موجه به نظر نمی‌آید. با توجه به عدم تعریف ماهیت نسب از سوی شارع یا قانونگذار شاید بتوان ادعا کرد که مقنن در رابطه با حقیقت نسب از عرف پیروی می‌کند و همان معنایی را که عرف از نسب به دست می‌دهد شناسایی نموده است، زیرا اگر مقنن اصطلاح دیگری غیر از معنای عرفی نسب، در نظر داشت، منطقی تقنین اقتضا می‌کرد که معنی مورد نظر را بیان نماید تا تأخیر بیان از زمان احتیاج لازم نیاید و به اصطلاح اصولی در مورد عنوان نسب حقیقت شرعی یا قانونی وجود ندارد. با توجه به همین مطلب معلوم می‌شود که تعاریف مذکور در صدد تبیین حدود معنای عرفی نسب بر آمده اند، اگر چه بعضی از این تعاریف خالی از ایراد نیستند. به هر حال چون قانونگذار در تبیین ماهیت نسب از عرف تبعیت کرده است، لازم است ابتدا معنای عرفی را بیان نموده، سپس تصرفاتی را که قانونگذار در این معنای عرفی به عمل آورده است را متذکر شویم. (همان)

آنچه از اشکال استاد علوی قزوینی باید متذکر شد اینکه ایشان فرموده اند: شارع یا قانونگذار از ماهیت نسب تعریفی ارائه نکرده اند. شاید بهتر بود می‌گفتند، قانونگذار از ماهیت نسب تعریفی ارائه نکرده است. چون شارع در بیان حکم کلی به تعریف از ماهیت یک عنوان شرعی نمی‌پردازد. البته دقیقاً

مشخص نیست که منظور ایشان از کلمه شارع مراد قانونگذار است یا خیر؟ ولی شکی نیست که تکوین منشأ نسب از نظر شارع مقدس است و مستمسک عرف تکوینیات است از جمله در همین مسأله نسب.

شکی نیست که عرف تکون یک انسان از اسپرم مرد و تخمک زن را منشأ اعتبار رابطه نسبی می‌داند، بدین معنی بعد از پیدایش طبیعی طفل از والدین خویش، یک امر اعتباری و رابطه قرار دادی بین طفل و والدین خود را برقرار می‌نماید که آن را نسب می‌نامد و بر این رابطه اعتباری نیز آثاری مترتب می‌کند؛ البته مقصود از اعتباری بودن نسب، این نیست که نسب از اموری است که وجود یا عدم آنها صرفاً در اختیار معتبرین بوده و هیچ گونه وجود حقیقی نداشته باشد، بلکه نسب از اعتبارات نفس الامری است؛ به این معنی که نسب امر اعتباری است که دارای منشأ اعتبار واقعی و حقیقی است. این امر اعتباری از این منشأ اعتبار ناگزیر از اعتبار رابطه نسبی هستند، مانند امکان در مقایسه با ماهیات یا زوجیت در ارتباط با اعداد زوج، با توجه به توضیحات فوق در تعریف نسب می‌توان گفت:

« نسب عرفاً و لغتاً رابطه ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود.» (همان)

به نظر نگارنده در تعریف مفهوم نسب باید پا را از اعتبار فراتر گذاشت و از مفهوم مطابقی که شارع مقدس در مقام بیان نسب در آیات خود به آن اشاره کرده بسنده کرد. هر چند هدف استاد محترم در تعریف نسب شناسایی تمام متولدین اعم از طبیعی و مصنوعی و تعیین حقوق مدنی آنهاست و این کار بسیار ارزنده ای است ولی به نظر می‌رسد برای تأسیس اصل نسب نیازی به شناسایی نسب به عنوان یک اعتبار غیر تکوینی احساس نمی‌شود.

بخش سوم: راه‌های اثبات نسب مشروع یا مشروع کردن نسب

گفتیم از راه‌ها یا دلایل اثبات نسب یکی عرف است. این کلمه عرف اعم است از عرف اجتماعات و عرف پزشکی و...

دوم: رضاع است که در واقع نوعی جعل نسب یا مشروعیت بخشیدن به نسب محسوب می‌گردد و تقریباً برخی آثار نسب واقعی را دارد و البته نه تمام آنها را.

سوم: اماره یا دلیل قاعده فراش

در اینجا به طور مفصل به دلیل مهم یعنی «اماره فراش» می‌پردازیم زیرا مهمترین دلیل در اثبات و جعل نسب در قوانین ما به تبع از فقه امامیه منظور می‌گردد: ابتدا مسأله را در فقه امامیه بررسی می‌کنیم. اما

دکتر شهیدی در ادامه مقاله «تلقیح مصنوعی انسان در استدلال خوبی ضمن دو فرض می‌نویسند: در فرض یک، در صورتی که زن دارای شوهر و الحاق طفل به شوهرش ممکن باشد در حقوق امامیه نیز حکمی مشابه قانون مدنی ایران دارد، زیرا حدیث «الولد للفراس و للعاهر الحجر» مورد استفاده می‌باشد. (شهیدی، م، همان)

اماره فراس یا قاعده فراس که از جمله معروف منقول از پیامبر اکرم (ص): «الولد للفراس و للعاهر الحجر» گرفته شده است، می‌تواند در برخی موارد مشتبه و مبهم، قانوناً نسب را ثابت نماید و الحاق طفل را به پدر به رسمیت بشناسد. البته از این قاعده نمی‌توان به عنوان یک نهاد جعل نسب یاد کرد، بلکه در واقع وسیله و اماره است برای کشف نسب و مفروض دانستن پیدایش بچه ای از مردی. (مهرپور، ح، همان)

این اماره حجیت و اعتبار خواهد داشت مگر آنکه دلیلی، خلاف مفاد آن را اثبات کند. (شهیدی، م، همان) آقای دکتر شهیدی با آنکه در مقاله «تلقیح مصنوعی انسان» با مسامحه این قاعده را در مورد کودک آزمایشگاهی تا حدودی حاکم دانسته اند ولی در مقاله «وضعیت کودک آزمایشگاهی» این مسأله را منتفی می‌دانند. البته با دلایلی که در مورد هر کدام از این دو نظریه ارائه کرده اند و ما ذیلاً در مقام مقایسه به هر دو می‌پردازیم: «قبلاً گفتیم که با توجه به اینکه نسب یک رابطه عرفی است و قانون در آن حقیقتی فرض نکرده است و با استفاده از روح قانون می‌توان نتیجه گرفت که در الحاق طفل به زوج نزدیکی طبیعی خصوصیتی ندارد و طفل ناشی از تلقیح مصنوعی نطفه نیز ملحق به صاحبان نطفه است، زیرا عرف نسب را محقق دانسته و قانون نیز در این مورد مانند رابطه زنا نفی نسب ننموده است. ولی از ظاهر ماده ۱۱۵۸ ق.م استفاده می‌شود که برای الحاق طفل به زوج مشروع، نزدیکی زوجین و یا به تعبیر وسیع تری که استنباط گردید (رابطه تلقیح مصنوعی بین آن دو) باید احراز گردد، یعنی همان طور که رابطه مرد اجنبی یا زن در مورد ماده ۱۱۵۸ ق.م برای ما معلوم است، باید بدانیم که رابطه طبیعی و یا مصنوعی بین زوجین نیز واقع گردیده است و در این صورت اگر تردید کنیم که طفل از نطفه زوج منعقد گردیده است یا نطفه مرد اجنبی، طفل مزبور را بر طبق ماده مزبور به زوج ملحق می‌کنیم.

ولی در فرعی که هم اکنون مورد بحث ماست فرض این است که رابطه طبیعی بین زوجین واقع نشده و در اصل رابطه تلقیحی نیز تردید داریم یعنی نمی‌دانیم که آیا نطفه تزریق شده از همسر قانونی است یا از مرد اجنبی، بنابراین الحاق طفل مزبور به زوج مشروع به هیچ وجه با مفاد ماده ۱۱۵۸ ق.م سازگار

نیست و علیهذا نمی توان نسبی برای طفل تعیین نمود. مگر اینکه بگوئیم منظور قانونگذار از قید کلمه نزدیکی صرفاً تصویر امکان و احتمال انعقاد طفل از نطفه زوج است و این امکان و احتمال در فرض مورد بحث نیز وجود دارد ولی این توجیه دور از منطق حقوقی بوده و نمی تواند دارای ارزش علمی باشد.

آری اگر بگوئیم که ماده ۱۱۵۸ ق. م از مفاد حدیث « الولد للفراش و للعاهر الحجر » اقتباس شده و بر طبق یک احتمال ضعیف، که خواهد آمد، می توانیم از حدیث مزبور استفاده کنیم که طفل از نظر فقهی نیز ملحق به زوج است بعید نیست با مراجعه به مبنای ماده ۱۱۵۸ ق. م یعنی حدیث مزبور بتوان طفل را قانوناً نیز متعلق به زوج دانست.

الحاق طفل به زوج در این فرض در صورت تعدد نطفه‌های مشتبه مشکل تر می شود؛ مانند آنکه نطفه زوج مشروع بین دو هزار نطفه مردان اجنبی که در مکانی نگهداری می شود اشتباه گردد. در این صورت اشکال الحاق طفل به زوج خیلی بیشتر است، در صورتی که اگر نزدیکی و یا رابطه مصنوعی زوج با زن احراز می شد هر چند بدانیم که افراد زیادی با زن رابطه طبیعی نامشروع و یا رابطه تلقیحی برقرار کرده اند، در این صورت بر طبق اطلاق ماده ۱۱۵۸ ق. م به وجود رابطه نسبی بین طفل و زوج مشروع زن حکم می شد. (همان) ایشان سپس در مقاله وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی می نویسد:

« می خواهیم بینیم آیا این اماره نسبت به وضعیت کودک آزمایشگاهی که از ترکیب نطفه زن و شوهر قانونی، در خارج رحم به وجود آمده و مدتی نیز از مراحل اولیه تکامل خود را در لوله آزمایشگاه سپری کرده است، حاکمیت دارد یا خیر؟

بدیهی است فرض مسأله در موردی است که دخالت اسپرم شوهر در انعقاد نطفه مسلم نباشد و با فرض مسلم بودن، طرح این مسأله دیگر جا ندارد.

با اندک دقتی در منابع اماره فراش و مقررات مربوط به خصوص عبارات ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی به نظر می رسد که اماره فراش را نمی توان در مورد کودک آزمایشگاهی جاری کرد. زیرا اولاً؛ اماره مذکور در موردی حکومت دارد که بین زن و شوهر نزدیکی انجام شده باشد. چنانکه ماده ۱۱۵۸ مذکور با عبارت «... مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی...» به خوبی از این امر حکایت دارد در صورتی که در مورد کودک آزمایشگاهی، فرض این است که نزدیکی به وجود نیامده، بلکه طفل از ترکیب نطفه در خارج رحم پیدا شده است. ثانیاً با ملاحظه مقررات مربوطه به نظر می رسد که لزوم رابطه جنسی از آن

جهت مورد توجه قرار گرفته است که در صورت نزدیکی ورود اسپرم شوهر در داخل رحم همسرش، عرفاً مسلم خواهد بود. هر چند که اسپرم مردان بیگانه ای هم در آن وارد شده باشد. در صورتی که در مورد کودک آزمایشگاهی، زمانی که نطفه ترکیب شده در داخل رحم قرار داده می‌شود، اصولاً در ورود اسپرم شوهر ولو در وضع ترکیب به داخل رحم زن تردید وجود دارد. در اماره فراش، امکان انعقاد نطفه طفل از اسپرم شوهر، فراهم است، هر چند که این امکان نسبت به اسپرم دیگران نیز موجود باشد. ولی نسبت به کودک آزمایشگاهی، همین فراهم بودن امکان انعقاد از اسپرم شوهر، مشکوک و مورد تردید است، اگر اسپرم شوهر داخل رحم شده باشد، امکان مزبور فراهم است و الا این امکان منتفی است. با لحاظ گفته‌های بالا، حکومت اماره فراش را نسبت به مورد بحث باید منتفی دانست. در نتیجه با استناد به اصول علمی، مانند اصل عدم، شوهر می‌تواند بدون دلیل منکر انتساب طفل به خود باشد و این طرف دعوی است که باید تحقق نسب را نسبت به او اثبات کند.

نفی ولد نه تنها از جانب شوهر ممکن است بلکه زن نیز می‌تواند منکر انعقاد طفل از نطفه خود و در نتیجه تحقق نسبت او به خود گردد.

بدیهی است در صورت وقوع اقرار به نسبت از جانب هر یک از مرد و زن مانعی در اجرای مقررات ماده ۱۲۷۳ قانون مدنی نبوده و طفل با اجتماع شرایط قانونی به مقر الحاق می‌گردد. (همان) نهایتاً دکتر شهیدی در عنوان حقوق تطبیقی در مقایسه با فقه امامیه دو فرض ممکن را مورد بررسی و کنکاش قرار می‌دهند:

فرض اول؛ در این فرض الحاق طفل به زوج مشروع از لحاظ نزدیکی و یا لقاح مصنوعی که قطعاً بین آن دو به عمل آمده است امکان دارد، یعنی طفل متولد در مدت بین شش ماه و ده ماه از تاریخ نزدیکی زوج یا زوجه به دنیا آمده باشد.

فرض دوم؛ این است که رابطه نزدیکی و یا لقاح مصنوعی قطعی بین زوجین موجود نشده و الحاق طفل به زوج جز از طریق احتمالی این نطفه مشتبه امکان نداشته باشد و نظر خود را در فرض دوم با دو معنای محتمل از واژه فراش تحلیل کرده است. در فرض اول نظر ایشان این است که رابطه نسبی بین طفل و زوجین برقرار می‌گردد. زیرا قاعده «الولد للفراش» را در این فرض کاملاً حاکم می‌دانند. دو معنای محتملی که ایشان از کلمه فراش در فرض دوم معتقد عبارتند از:

الف - بستر که از آن نزدیکی مشروع اراده شده باشد.

ب- رابطه زوجیت بین زوجین می‌باشد.

معتقدند: «اگر معنی اول را برای کلمه فراش قابل شویم، در این صورت مانند آنچه در قسمت حقوق مدنی بیان گردید برای الحاق طفل به زوج یا تصریح کلمه «فراش» احراز وجود بستر با نزدیکی مشروع یا (یا به تعبیر وسیع تری که رابطه مصنوعی را هم شامل گردد) رابطه تناسلی بین زوجین لازم است. در فرض مورد بحث که اصل ارتباط طبیعی و یا مصنوعی مورد تردید است نمی توان طفل را مربوط به زوج دانست و علیهذا نمی توان نسبی برای طفل در نظر گرفت. بعید نیست بتوان گفت که با در نظر گرفتن آنکه به مصداق «القرعه لکل امر، مشکل» فقها در موارد مشابه برای تعیین فرد مشتبه در بین افراد متعدد، به قرعه متوسل می شوند، در اینجا نیز نسبت با قرعه تعیین گردد. بدین نحو که اگر قرعه به نام زوج اصابت کرد، نسب مشروع و الا نسبت غیر مشروع با سایرین دارد. زیرا از ادله موجود نمی توان حکم مورد بحث را نفیاً و یا اثباتاً استفاده نمود. یعنی دلیل اثبات نسب مشروع و یا نفی آن در مورد بحث وجود ندارد و قرعه برای رفع تردید و اشکال مورد استفاده قرار می گیرد. (همان)

البته ایشان در ادامه مبحث قرعه یادآور شده اند که اولاً قرعه باید در بین افراد محصور باشد، ثانیاً در پاره ای موارد استقراع غیر ممکن می گردد، ثالثاً قرعه برای رفع تحیر به عنوان حکم ظاهری که هیچگونه حکایتی از واقع امر ندارد تشریح گردیده است. لذا باید در حکومت آن به قدر متیقن از موارد آن اکتفا نمود.

ایشان در رابطه با معنی دوم اراده شده از کلمه «فراش» نیز معتقدند: «اگر معنی دوم اراده شده باشد یعنی منظور این باشد که طفل ملحق به رابطه زوجیت است. با توجه به اینکه در این حدیث شرط نزدیکی مانند ماده ۱۱۵۸ ق.م وجود ندارد و شرط امکان الحاق طفل به زوج را از دلیل خارج استفاده می کنیم. می توان گفت که در فرض مورد بحث نیز طفل ملحق به زوج است، زیرا از اطلاق حدیث با در نظر داشتن سایر ادله استفاده می گردد که طفل در صورت امکان ولو به صورت احتمال به رابطه زوجیت تعلق دارد. ولی با مقایسه دو معنای احتمالی فوق به نظر می رسد که معنای اولی با وضع کلام مساعدتر بوده و با ذوق سلیم سازگار است، یعنی منظور از فراش همان بستر (رابطه تناسلی مشروع بین زوجین) است و لذا در الحاق طفل به زوجین وجود این رابطه باید مسلم باشد و در مورد مانحن فیه در اصل آن تردید بوده و بنابراین نمی توان رابطه نسبی برای طفل اعتبار نمود. (همان)

این مقررات با اینکه قابل قبول است و در صورت مواجه شدن با عمل انجام شده می تواند قابل استفاده و کارگشا باشد نمی تواند موجب تجویز قانونی عمل لقاح یعنی پدید آوردن وضع شبهه آمیز گردد و قانونگذار نباید مبنای تشریح خود را حیل‌های قانونی بگذارد و این طریق را تجویز کند. پیداست در

مواردی که امکان الحاق طفل به مرد وجود نداشته باشد، طبعاً از این قاعده نمی‌توان استفاده کرد. به هر حال بین حل معضل پیش آمده به وسیله امارات و قواعد قانونی چون قاعده فراش و مقررات مربوط به شبهه با صدور حکم و فتوی به جواز و وضع قانون، فرق است. قانونگذار باید با در نظر گرفتن قواعد اصلی و ماهوی و مصالح جامعه، عملی را تجویز و حدود و ثغور آن را مشخص یا آن را ممنوع کند. (مهرپور، ح، همان)

دیگر صاحب‌نظران در این عرصه نیز تعریف نسبتاً مشابهی را برای تلقیح مصنوعی و احکام تکلیفی و جزایی آن نموده‌اند که با ملاحظه اختصار کلام از آوردن خودداری می‌کنیم. «از جمله کسانی که مفصل بحث کرده‌اند؛ استاد سید علی علوی قزوینی هست که در دو مقاله‌ای با عنوان آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان: جداگانه اصول و فروع گوناگون را به دقت بررسی کرده‌اند که ما در مبحث حقوق تطبیقی از مطالب مقاله ایشان استفاده کردیم و بنا به پیشرفت از مطالب ایشان باز هم استفاده خواهیم کرد. در یکجا ایشان در باب همین قاعده فراش نظرشان غیر از رأی آقای دکتر شهیدی است که ذیلاً عرض می‌کنیم:

همچنین باید دانست که اجرای قاعده فراش از امارات معتبر قانونی در مقام اثبات نسب مشروع است. از این رو، اعتبار این قبیل امارات در ظرف عدم وجود یقین به خلاف یا وفاق مدلول اماره است، زیرا در صورت یقین به خلاف مضمون اماره، موضوعی برای تعبد به این قبیل امارات باقی نمی‌ماند و در فرض یقین به مضمون اماره نیز اعتبار اماره فراش تحصیل خواهد بود.

با توجه به مطالب فوق روشن می‌شود که امارت و ظنون غیر معتبر نمی‌تواند با اماره فراش معارضه نماید. حال باید دانست که اجرای اماره فراش در صورتی است که امکان الحاق طفل به شوهر وجود داشته باشد و فقها برای تحقق این امکان سه شرط را معتبر دانسته‌اند. (علوی قزوینی، سید ع، همان) ایشان در شرط اول می‌دانند، وجود علقه و رابطه زوجیت را میان مرد و زن کافی می‌دانند و دلیل ایشان نیز این است که اصولاً مجامعت امر پنهانی است و اقامه دلیل بر آن سخت است. بنابراین وجود رابطه زوجیت خود بیان‌کننده رابطه زناشویی و نزدیکی از مجرای طبیعی خواهد بود به اقرار زوجین.

«... مگر آنکه خلاف آن اثبات گردد با اقامه دلیلی نظیر غیبت و مسافرت یا بیماری و بستری بودن زن و شوهر و یا زندانی شدن یکی از آنها، به نحوی که همبستر شدن و نزدیکی مسیر نباشد، عدم وقوع مقاربت ثابت شده اماره فراش ساقط می‌گردد.» (همان)

رأی ما به ایشان نزدیک است. با این اضافه که اگر اقرار یکی از زوجین خلاف گفته دیگری باشد در

این صورت فقط با اقامه دلیل محکمی می‌توان رأیش نافذ باشد و الا نه، فلذا اقرار زوجین را باید شرط کرد نه زوج و یا زوجه را فقط، بنابراین برای اجرای قاعده فراش، اثبات نزدیکی بین زوجین ضرورت ندارد و اگر چنانچه ملاحظه می‌شود بعضی از فقها دخول را معتبر دانسته اند به ملاحظه این بوده است که مقاربت مقدمه وصول اسپرم مرد به رحم زن است و دخول موضوعیت در این مسأله ندارد. با ملاحظه مفاد مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی نیز می‌توان مطلب فوق را استنباط نمود، به همین جهت ماده ۱۱۵۹ ق.م.ت. تاریخ انحلال نکاح را مبدأ احتساب حداقل مدت قرار داده و فرض قانونگذار چنین است که تا آخرین لحظه قبل از انحلال نکاح، استمتاع و نزدیکی امکان پذیر است. (همان) شرط دوم و سوم نیز که در گذشته بیان کردیم. از تاریخ نزدیکی تا زمان طفل کمتر از شش ماه نباشد و همچنین بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد طفل نگذشته باشد.

بخش چهارم: جایگاه حقوقی تلقیح مصنوعی و قانون مدنی

در قانون مدنی ایران مشخصاً راجع به تلقیح مصنوعی مطلبی نداریم. لکن مواردی که به این مبحث کمک می‌کنند را ذیلاً اشاره می‌کنیم و بعضی فروعاً مسأله را درباره تلقیح مصنوعی بصورت سؤال مطرح می‌کنیم که می‌توان بنا به اقتضای هر مورد راهکارهایی توسط علمای فقه و حقوقدانان مطرح شود.

ماده ۸۵۲- اگر حمل در نتیجه جرمی سقط شود موصی به ورثه او می‌رسد مگر اینکه جرم مانع ارث باشد.

ماده ۸۷۵- شرط وراثت، زنده بودن در حیت فوت مورث است و اگر حملی باشد در صورتی ارث می‌برد که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود اگر چه فوراً پس از تولد بمیرد.

ماده ۸۸۴- ولد الزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمی‌برد لیکن اگر حرمت رابطه که طفل ثمره آن است نسبت به یکی از ابویین ثابت و نسبت به دیگری به واسطه اکراه یا شبهه زنا نباشد طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث می‌برد و بالعکس.

ماده ۹۵۷- حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد مشروط بر اینکه زنده متولد شود.

ماده ۱۰۴۵- نکاح با ارقاب نسبی ذیل ممنوع است اگر چه قرابت حاصل از شبهه زنا باشد:

- ۱- نکاح با پدر و اجداد و با مادر و جدات هر قدر که بالا برود.
- ۲- نکاح با پدر و اجداد و با مادر و جدات هر قدر که بالا برود.
- ۳- نکاح با برادر و خواهر و اولاد آنها تا هر قدر که پایین برود.

۴- نکاح با عمات و خالات خود و عمات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات.

ماده ۱۰۵۵- نزدیکی به شبهه و زنا اگر سابق بر نکاح باشد از حیث مانعیت نکاح در حکم نزدیکی با نکاح صحیح است ولی مبطل نکاح سابق نیست.

از ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی تا ۱۲۵۶ راجع به امور نسب، نفقه، نگهداری حضانت و نصب قیم اطفال می‌تواند در مورد تلقیح مصنوعی نیز بکار برده شوند.

ماده ۱۱۵۸: طفل متولد در زمان زوجیت، ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد.

ماده ۱۱۵۹: هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ نکاح تا روز ولادت طفل بیش از ده ماه نگذشته باشد مگر آن که ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کمتر از شش ماه و یا بیش از ده ماه گذشته باشد.

ماده ۱۱۶۰: در صورتی که عقد نکاح پس از نزدیکی منحل شود و زن مجدداً شوهر کند و طفلی از او متولد گردد، طفل به شوهری ملحق می‌شود که مطابق مواد قبل الحاق او به آن شوهر ممکن است در صورتی که مطابق مواد قبل الحاق طفل به هر دو شوهر ممکن باشد طفل ملحق به شوهر دوم است مگر آن که امارات قطعیه بر خلاف آن دلالت کند.

ماده ۱۱۶۱: در موارد قبل هر گاه شوهر صریحاً یا ضمناً اقرار به ابوت خود نموده باشد دعوی نفی ولد از او مسموع نخواهد بود.

ماده ۱۱۶۶: هرگاه به واسطه وجود مانعی نکاح بین ابوین طفل باطل باشد نسبت طفل به هر یک از ابوین که جاهل بر وجود مانع بوده مشروع و نسبت به دیگری نامشروع خواهد بود.

ماده ۱۱۶۷: طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود.

ماده ۱۰۴۵ ق.م می‌گوید: «نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است اگر چه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد...»

سؤال: آیا می‌توان نسب ناشی از لقاح مصنوعی را هم مشمول این ماده دانست و حکم به ممنوعیت نکاح در آن مورد نمود یا خیر؟

ماده ۱۰۵۴ ق.م «زنانی با زن شوهر دار یا زنی که در عده رجعیه است موجب حرمت ابدی است.»

سؤال: آیا رابطه لقاح مصنوعی نیز موجب حرمت ابدی است یا خیر؟

ماده ۱۰۵۷ ق.م «زنی که سه مرتبه متوالی زوجه یک نفر بوده و مطلقه شده، بر آن مرد حرام می‌شود،

مگر اینکه به عقد دائم به زوجیت دیگری در آمده و پس از وقوع نزدیکی با او به واسطه اطلاق یا فسخ یا فوت، فراق حاصل شده باشد.»

سؤال: اگر زنی که سه مرتبه مطلقه شده به عقد مرد دیگری در آید به جای نزدیکی نطفه مرد به او تلقیح گردد و حتی از این عمل حامله گردد آیا این تلقیح می تواند نقش محلل را داشته باشد؟

ماده ۱۰۹۲: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد زن مستحق نصف مهر خواهد بود.» سؤال این است: هرگاه شوهر با زن نزدیکی نکند، ولی رابطه تلقیح مصنوعی بین آن دو برقرار گردد و زن حامله شود آیا زن مستحق نصف مهر است یا تمام آن؟

ماده ۱۱۴۲ ق.م «طلاق زنی که با وجود اقتضای سنی عادت زنانگی نمی شود وقتی صحیح است که از تاریخ آخرین نزدیکی با زن سه ماه گذشته باشد.»

سؤال: آیا اگر بین شوهر و زن نزدیکی طبیعی واقع نشده ولی لقاح مصنوعی برقرار گردیده باشد، در این صورت نیز لازم است که برای طلاق از تاریخ آن سه ماه گذشته باشد یا خیر؟

ماده ۱۱۰۸ ق.م «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود.»

سؤال: آیا زوج می تواند در صورت ناتوانی جنسی و عدم قدرت بر تماس طبیعی، زوجه خود را تکلیف به لقاح مصنوعی نماید یا خیر؟

و به عبارت دیگر می توان تمکین زن را برای عمل لقاح از جمله وظایف او محسوب نمود یا خیر؟ ماده ۱۰۵۵ ق.م «نزدیکی به شبهه و زنا اگر سابق بر نکاح باشد از حیث مانعیت نکاح در حکم نزدیکی یا نکاح صحیح است ولی مبطل نکاح سابق نیست.»

یعنی اگر مردی با زنی نزدیکی کند هر چند شبهه و زنا باشد، دختر آن زن و همچنین مادر او به مرد حرام می شود.

سؤال: مستفاد از لقاح مصنوعی در این مورد چه حکمی است؟

ماده ۱۱۴۵ ق.م «در موارد ذیل طلاق بائن است: طلاقی که قبل از نزدیکی واقع شود و...»

سؤال: اگر طلاق قبل از نزدیکی و بعد از لقاح مصنوعی انجام شود، رجعی است یا بائن؟

ماده ۱۱۰۱ ق.م «هرگاه عقد نکاح از نزدیکی به جهتی فسخ شود زن حق مهر ندارد مگر در صورتی که موجب فسخ، عنن باشد که در این صورت با وجود فسخ نکاح زن مستحق نصف مهر است.»

سؤال: اگر در مورد مذکور نزدیکی واقع نشده باشد ولی عمل تلقیح صورت گرفته باشد، آیا همین

حکم جاری خواهد شد؟

ماده ۱۰۹۹ ق.م « در صورت جهل زن به فساد نکاح و وقوع نزدیکی، زن مستحق مهر المثل است. »
سؤال: اگر در ماده فوق الذکر نزدیکی واقع نشده باشد ولی عمل تلقیح صورت گرفته باشد آیا همین

حکم جاری خواهد شد؟

ماده ۱۰۹۷ ق.م « در نکاح منقطع هر گاه شوهر قبل از نزدیکی تمام مدت نکاح را ببخشد باید نصف مهر را بدهد. »

ماده ۱۰۹۸ ق.م « در صورتی که عقد نکاح اعم از دائم یا منقطع باطل بوده و نزدیکی واقع شده، زن حق مهر ندارد و اگر مهر را گرفته شوهر می‌تواند آن را استرداد نماید. »

ماده ۱۰۹۳ ق.م « هرگاه مهر در عقد ذکر نشده باشد و شوهر قبل از نزدیکی و تعیین مهر زن خود را طلاق دهد زن مستحق مهر المتعه است و اگر بعد از آن اطلاق دهد مستحق مهر المثل خواهد بود. »

ماده ۱۱۵۵ ق.م « زنی که بین او و شوهر خود نزدیکی واقع نشده و همچنین زن یائسه نه عده طلاق دارد نه عده فسخ نکاح، ولی عده وفات در هر مورد باید رعایت شود. »

در همه موارد فوق سؤال از چگونگی وضعیت بدون نزدیکی و با تلقیح مصنوعی خواهد بود؟

اما سؤال: در مبحث اهداء جنین، حضانت کودک تلقیحی حق کدامیک از زنهاست؟

صاحب رحم یا صاحب تخمک؟

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 و گر نه حضانت ساقط است. در حدیث آمده است: « المرأه أحق بالولد مالم تتزوج. » (حر عاملی، م، ۱۳۷۳، ج ۲۱، باب ۸۱)

در مسأله مورد نظر صاحب رحم از اول با صاحب اسپرم رابطه ای نداشته و با مرد دیگری ازدواج کرده است. پس مشکل است بگوییم که او حق حضانت دارد، بلکه می‌توان گفت اگر ازدواج در اثنا مسقط

حضانت باشد ازدواج بدوی و سابق به طریق اولی مسقط خواهد بود. بلی اگر صاحب رحم بیوه باشد حق حضانت از آن او خواهد بود و همچنین اگر کودک به صاحبان جنین ملحق 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، حکم خاصی دارد، که از گذشته‌ها روشن می‌شود. (قبله ای، خ، همان، ص ۲۵۷)

بخش پنجم: قاعدهٔ فراش در حقوق امامیه

بند اول: نسب طفل حاصل از القاح مصنوعی به وسیله اسپرم شوهر

در این مورد مناقشه‌ای نیست: خواه عمل تلقیح به وسیله شوهر انجام گرفته باشد یا به وسیله شخص اجنبی و همچنین اعم از اینکه زوجین از این عمل مطلع باشند یا هر دو یا یکی از آنها از انجام عمل تلقیح بی‌اطلاع باشند، زیرا قانونگذاری در اعتبار رابطه نسبی امری اضافه بر آنچه که عرف در این خصوص لازم می‌داند شناسایی نکرده است و فقط در پاره‌ای موارد به جهت رعایت بعضی از مصالح اجتماع، تصرفاتی در تعیین حدود نسب به عمل آورده است؛ مثلاً مطابق ماده ۱۱۶۷ ق.م « طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود. » بنابراین چون عرف تکون طفل از نطفهٔ دیگری را منشأ ایجاد رابطه نسبی میان آنها می‌داند. یعنی طفل را فرزند صاحب نطفه می‌داند و میان او و طرفین نطفه رابطه نسبی برقرار می‌نماید، اعم از اینکه نطفه از مجرای طبیعی به رحم زن منتقل شده باشد یا به وسیله آلات و وسایل مصنوعی، و از سوی دیگر به لحاظ اینکه در این مورد مادهٔ قانونی بر خلاف نظر عرف وجود ندارد، باید بر این نظر بود که در مورد تلقیح اسپرم شوهر و ایجاد طفل بر اثر این عمل، رابطه نسبی قانونی و شرعی میان طفل و زوجین برقرار می‌شود و طفل حاصل به لحاظ نسب ملحق ایشان خواهد بود. (همان).

ایشان به اشکالی که ممکن است قانونگذار برای اثبات نسب، آمیزش و نزدیکی زوجین را معتبر دانسته، پاسخ داده است که قبلاً راجع به شروط اجرای قاعده فراش ذکر نمودیم، آمیزش و مقاربت جنسی در الحاق طفل به زوجین موضوعیت نداشته و صرفاً به عنوان مقدمه رسیدن نطفه زوج به رحم زن اعتبار شده است، به همین جهت است که طفل متولد از تفخیز زن و شوهر از نظر قانونی و شرعی منتسب با زوجین است. با توجه به توضیحات فوق روشن می‌شود که کلمه « نزدیکی » در ماده ۱۱۵۸ ق.م به منظور بیان فرد شایع و مصداق معمول ذکر گردیده است و قانونگذار در مقام بیان انحصار ایجاد رابطه جنسی مشروع از طریق آمیزش طبیعی نبوده است. (همان).

حقوق تطبیقی: در حقوق فرانسه و در قانون فعلی آن کشور، در زمینه تلقیح مصنوعی مقرراتی پیش‌بینی نشده است؛ ولی کمیسیون اصلاح قانون مدنی که به ریاست یکی از دانشمندان معروف حقوق به نام ژولیو دولاموندایر (Julliot cle la morandere) تشکیل شده بود پیشنهاد کرد در بند دوم ماده ۴۹۰ طرح پیشنهادی اضافه گردد که « اگر به هر وسیله ثابت شود طفل از راه تلقیح مصنوعی، خواه اسپرم شوهر و خواه شخص بیگانه با رضایت کتبی شوهر به وجود آمده است نفی ولد پذیرفته

نمی‌شود»

هر چند طرح کمیسیون مزبور اصولاً به علت مخالفت مجلسین سنا و ملی فرانسه به تصویب نرسیده و معلق مانده است، عملاً بر حسب رویه متداول طفل حاصل از لقاح مصنوعی با اسپرم شوهر که در زمان زوجیت متولد، یا نطفه‌اش در زمان زوجیت منعقد است. (علوی قزوینی، سید ع)

تا اینکه قانون «تولید مثل با کمک پزشکی» در سال ۱۹۹۴ میلادی تصویب شد. و تغییراتی نیز در حقوق مدنی جهت مسامحه در امر تولید مثل بوجود آمد.

به عنوان مثال قانونگذار فرانسه برای پیشگیری از عواقب احتمالی در ۲۹ ژوئیه ۱۹۹۴ میلادی قانونی به تصویب رساند که به موجب آن اعطای اسپرم به صورت رایگان و الزاماً بی نام و مخفی خواهد بود و اعطا کننده ضمن اهداء حق هر گونه دعوی نسب را از خود سلب می‌نماید. (موسوی جمالی، ع) در حال حاضر در فرانسه محدودیت‌هایی توسط قانونگذار پس از یک دوره طولانی مدت و سکوت و بلا تکلیفی در قوانین ایجاد شده که همین امر موجب کندی روند معالجه نازایی و تلقیح مصنوعی می‌گردد.

بند دوم: نسب طفل حاصل از لقاح مصنوعی بوسیله اسپرم مرد اجنبی

آقای سید علی علوی قزوینی در این رابطه ضمن بیان دو فرض گذشته که اولی موردی است که نطفه مرد اجنبی به زنی که دارای شوهر قانونی است تزریق شود و عادتاً نیز امکان باروری زن از شوهر خود معقول باشد و دومی موردی است که زن دارای شوهر نباشد یا عادتاً امکان باروری از شوهر خود را نداشته باشد یا اینکه یقین پیدا کنیم که حمل ناشی از نطفه شوهر نیست در مورد فرض اول معتقدند که: به صرف تلقیح نطفه اجنبی نمی‌توان طفل را به صاحب نطفه تزریق شده ملحق نمود یا اصلاً نفی سلب کرد؛ بلکه مضمون قاعده فراش و مدلول ماده ۱۱۵۸ ق.م چنین اقتضاء می‌نماید که طفل را باید به شوهر قانونی و شرعی زن منتسب نماییم. (علوی قزوینی، سید ع).

در فرض دوم بر خلاف نظر دکتر امامی که بیان صورت علم و جهل طرفین نسبت به انجام عمل تلقیح تفاوت قائل شده‌اند و بر خلاف نظر برخی دیگر از صاحب نظران که اظهار نظر نموده‌اند چون نص خاص در قانون موجود نیست با توجه به اهمیتی که قانون مدنی ایران به پیروی از حقوق امامیه در جهت تنظیم انساب و جلوگیری از اختلاط میاه در مباحث مربوط به نسب و نکاح وعده مبذول داشته‌اند و با استفاده از روح قانون، می‌توان استنباط نمود که طفلی که در اثر ترکیب نطفه خود با نطفه زن اجنبی پیدایش یافته و در رحم غیرزوجه مشروع پرورش گردیده است نمی‌توان به صاحب نطفه

ملحق نمود مگر در صورتی که صاحب نطفه به طرف دیگر در اشتباه باشد، ایشان معتقدند: « آنچه از اصول و قواعد حقوقی قابل استنباط است، طفل متولد از لقاح مصنوعی به وسیله اسپرم بیگانه به رحم زن اجنبی، ملحق به صاحب نطفه است، زیرا همان طور که در مباحث قبل بیان شد عرف تکون طفل از انسان دیگری را منشأ اعتباری و انتزاع رابطه نسبی می‌داند و قانونگذار نیز نظریه عرف را در این خصوص پذیرفته است و تنها در زنا نسب را منتفی دانسته است (ماده ۱۱۶۷ ق. م) و چون تلقیح عرفاً و شرعاً زنا محسوب نمی‌شود و همچنین اطلاق ولد عرفاً بر این طفل صحیح است و منع صریح قانونی نیز در این مورد ندارد، باید بر این عقیده بود که طفل ملحق به صاحب نطفه است ممکن است ایراد شود که مفهوم مخالف اماره فرش چنین اقتضاء می‌کند که الحاق ولد فقط در مورد وجود فراش امکان‌پذیر است و در غیر مورد فراش، خواه زنا و خواه لقاح مصنوعی اصولاً طفل ملحق به کسی نیست. پاسخ به این ایراد آن است که اصولاً قاعده فراش یک قاعده ظاهری است که برای موارد مشکوک وضع گردیده است و مفهوم آن، این نیست که با انتفای فراش نسب منتفی است. (همان)

حقوق تطبیقی: در این خصوص ضمن بیان حدیث صحیح ابن مسلم نظر آقای علوی قزوینی را در این باره مطابقت داده و اعلان می‌کنیم که در مورد فرض مذکور رأی ما به ایده ایشان تطبیق می‌کند. در این حدیث آمده که عده‌ای برای سؤال در مورد مساحقه زن شوهردار با دختر باکره به مجلس حضرت علی (ع) وارد شدند. سؤال خود را امام حسن (ع) اینگونه مطرح کردند: که مردی با زن خود نزدیکی کرده و زن با همان وضع با دختر باکره‌ای مساحقه نموده و در نتیجه این عمل، نطفه از رحم زن وارد رحم دختر گردیده و دختر حامله شده است چه جواب می‌دهید؟ امام حسن (ع) در جواب فرمودند: که مهر دختر باکره را از زن بگیرید، زیرا طفل ناشی از نطفه شوهر زن باید از رحم دختر خارج نمائید و این امر مقدور نیست مگر با ازاله بکارت وی. زن شوهردار چون محصنه بوده رجم کرده و پس از آن که طفل متولد گردید به صاحب نطفه داده شود و دختر مذکور را تازیانه بزنید. نظر آقای علوی قزوینی در رابطه با حدیث اینست که: « طفل حاصل از مساحقه مزبور ملحق به صاحب نطفه است و چون مساحقه و تلقیح از جهت مناط این حکم، فرقی با یکدیگر ندارند، (زیرا ملاک الحاق، خلق طفل از نطفه صاحب نطفه است) لذا در تلقیح نیز طفل به صاحب نطفه است. (همان)

بخش ششم: وضع حقوقی اطفال ناشی از تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه

بند اول: رابطه طفل ناشی از لقاح مصنوعی با مادر طبیعی خود (زن ملقوحه)

از موارد اختلاف در تلقیح مصنوعی یکی همین مورد است که میان فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای می‌گویند در صورت جهل زن به عمل لقاح طفل حاصل در حکم ولد شبهه است و به زن ملقوحه ملحق می‌شود و در صورت علم زن به عمل لقاح، طفل حاصل در حکم ولد زنا است و به پدر و مادر طبیعی خود ملحق نخواهد شد. ولی استاد علوی قزوینی در این رابطه نظر دیگری دارند به عقیده ایشان طفل حاصل از تلقیح مصنوعی به مادر طبیعی خود ملحق است. و اما دلایل ایشان:

« زیرا اولاً، طفل در رحم زن ملقوحه تکون یافته است و رشد نموده و عرفاً و لغتاً اطلاق مادر به او صحیح است. ثانیاً دلیل شرعی و قانونی مبنی بر عدم الحاق طفل به زن ملقوحه وجود ندارد. زیرا آنچه نفی ولد می‌کند به ولد زنا مختص است و طفل حاصل از تلقیح مصنوعی ولد زنا محسوب نمی‌شود. ثالثاً: عموم آیه شریفه « ان امهاتهم الا الی ولدنهم ... (سوره مجادله، آیه ۲) دلالت دارد که طفلی که در رحم زن رشد می‌نماید ملحق به مادرش است و زن مادر آن طفل محسوب می‌شود؛ لذا طفل حاصل از لقاح مصنوعی به مادر طبیعی خود ملحق می‌گردد و بین او مادر و خویشاوندان مادری او توارث برقرار خواهد شد. برخی از فقها نیز چنین فتوا داده‌اند. در حقوق مدنی ایران نیز با ملاحظه اینکه تنها طفل حاصل زنا به زانیه ملحق نمی‌شود (ماده ۱۱۶۷ ق. م) انتساب طفل حاصل از تلقیح مصنوعی به مادر طبیعی خود منع قانونی ندارد. (علوی قزوینی ، همان)

در بعضی سیستمهای حقوقی خارجی در مورد نسب پدری طفل مذکور نوعی « جعل نسب » انجام شده به طوری که شوهر زنی را که مورد ایجاد رابطه « رضایت شوهر به انجام عمل تلقیح مصنوعی » با « تحقق نسب پدری » دارند. ولی در یک جمع‌بندی کلی می‌توان گفت که حقوق خارجی در مورد ایجاد رابطه بین شوهر زن نابارور و کودک که به دنیا آمده، اصرار بر « رضایت شوهر » دارد (نایب زاده ، همان)

بند دوم: رابطه طفل با صاحب نطفه

لازم به ذکر است در این رابطه دو عقیده وجود دارد. گروه اول که پیدایش طفل از طرق غیرمتعارف را اگر صاحب اسپرم می‌دانند (مرد بیگانه) جاهل بر عمل تلقیح باشد، در حکم ولد شبهه و ملحق به صاحب اسپرم می‌دانند و اگر عالم بر عمل تلقیح باشد در حکم ولد زنا می‌دانند و معتقدند ان پدیده همانند عمل زنا بر اساس خانواده لطمه خواهد زد. گروه دوم معتقدند: طفل ناشی از تلقیح مصنوعی با

اسپریم بیگانه در هر دو حالت جاهل ودن و عالم بودن صاحب اسپریم به تلقیح مصنوعی، فرزند صاحب اسپریم است و تمام مسائل زیست‌شناختی و حقوقی این طفل به صاحب اسپریم برمی‌گردد. دقیقاً به همین دلیل طفل دارای حقوقی است که باید به صاحب اسپریم برگردد مگر خلاف آن ثابت شود.

۱. ثبت تولد طفل

طفل بوجوند آمده به روش تلقیح مصنوعی و با اسپریم مرد بیگانه حق هویت دارد. و باید شناسنامه داشته باشد. اما این برگ هویت به نام چه کسی و با چه مجوز قانونی باید ثبت شود؟ این سؤالی است که قانونگذار باید جواب دهد. آنچه مسلم است با توجه به رأی ما به قول دوم مبنی بر شناخت صاحب اسپریم به عنوان پدر طفل، وظیفه اوست که به نام خود برای طفل ثبت هویت کند و این تعارضی با سرپرستی طفل در آینده توسط شخصی ثالث با نام شوهر زن ملقوحه ندارد. زیرا در قانون ما « جعل نسب » پذیرفته نشده و رضایت شوهر زن ملقوحه دلیل بر مباح بودن عمل تلقیح نمی‌تواند قرار بگیرد. بنابراین ما فعلاً چاره‌ای نداریم جز اینکه هویت به نام صاحب اسپریم ثبت شود مگر قانونگذار مستمسک قانونی برای این معضل پیدا کند. به نظر می‌رسد عرف آمادگی پذیرش چنین تلقیحی را همچنان که گذشت ندارد و تنها راه حل اینست که در مشخصات اسپریم اهدایی نزد مرکز ناباروری بصورت محرمانه باقی بماند تا هر وقت نیاز به پیگیری توسط دادگاه پیدا شد قابل دسترسی باشد. ولی این مشخصات باید به گونه‌ای در کارت هویت طفل قید شود که بعدها از عوارض جنبی آن پرهیز شود. لذا در این صورت این سوال پیش می‌آید که آیا طفل حق دارد نسب خود را بداند و آیا بستگان صاحب نطفه بعدها می‌توانند در صورت مرگ صاحب نطفه پیگیر انتساب طفل به خو باشند؟

۲. حق طفل برای دانستن نسب خود

به نظر می‌رسد از طرفی وجود علایم خاص در کارت هویت طفل به شناسایی او توسط مراکز ذی‌صلاح در امر ازدواج کمک می‌کند. از طرف دیگر این برنامه به صورت جدی و دقیق انجام نگیرد ممکن است در آینده بدون سبب زندگی آرام طفل کنجکاو شده و به دنبال هویت اصلی خویش به دنبال مفرّ و منبعی جستجو را آغاز می‌کند. اینجاست که دادگاه دیگر چاره‌ای ندارد جز اینکه با توسل به قوانین مرجع خود به کودک هویت اصلی او را بشناساند. یا در حالت دیگری ممکن است والدین صاحب اسپریم یا بستگان او که از وی ارث می‌برند در صورت مرگش اگر قطعاً بدانند که اسپریم از آن او بوده به دنبال اثبات مقام والدینی یا انتساب خود به آن مرحوم باشند. هر چند اثبات این انتساب کاری بس مشکل خواهد بود ولی همانطور که قبلاً نیز اشاره کردیم. قابل پیگیری است و وجود

خانواده‌ها را دچار تشویش می‌کند. و چون ما قانونی به نام اعراض از اسپرم نمی‌توانیم به خاطر عواقب سوء اخلاقی اجتماعی آن داشته باشیم. ناگزیر باید باز تأکید کنیم که قانونگذار باید چنین مراکزی را تحت فشار قانونی داشته باشیم. تا بی سبب به فاش کردن هویت افراد اقدام نکنند. اصل بر « محرمانه بودن اطلاعات کسب شده در روش تولید مثل با دخالت شخصی ثالث » می‌باشد که این اصل در مورد « حق دانستن » که در حقوق خارجی برای طفل به دنیا آمده در نظر گرفته شده است، استثناء می‌شود. جلوگیری از ازدواج افراهم هم خون و محارم با یکدیگر از این حق حمایت می‌کند. (نایب زاده، ع).

۳. حق طفل در اقامه دعوی مسئولیت مدنی

در روش بهره‌گیری از شخص یا اشخاص ثالث در امر تولیدمثل، اهداء کننده گامت یا اهداکنندگان جنین در مقابل طفل به لحاظ خسارت راجع به دوران جنینی مسئولیت مدنی دارند و شخصی که از آن جنین بوجود آمده یا نماینده او حق مطالبه خسارات را دارد.

برای صاحبان اسپرم و تخمک نیز می‌توان قایل به تحقق مسئولیت مدنی نسبت به طفل گردید. (همان). مسئولیتهای مدنی که شامل حق مطالبه خسارت توسط طفل می‌گردد عبارت است از حق حضانت، نطقه، ولایت و تربیت و سایر حقوق معنوی. در دوران بلوغ و بزرگسالی این حقوق بر عهده صاحب نفقه‌ای یا قیم رسمی خواهد بود که دادگاه رأساً تعیین می‌کند و خود فرد ناشی از جنین نیز می‌تواند تعیین کننده باشد. این حقوق زمانی پررنگ تر می‌گردد که فرد مذکور دچار نقص هائی بشود که در قانون نیاز به سرپرست پیدا می‌شود. از قبیل حجر سفه و ...

حقوق تطبیقی: در مورد آثار نسب در حقوق فرانسه یک نوآوری و یک قاعده استثنایی ما بر خلاف قواعد سنتی، دیده می‌شود. قواعد سنتی می‌گوید که بچه باید به صاحب نطفه ملحق شود و در جایی که بچه از نطفه شخص ثالث است و شخص ثالث هم ناشناس، بچه به زن و شوهر متقاضی ملحق می‌شود نه به صاحب نطفه و صاحب نطفه از اقامه دعوی نسب و اقامه دعوی مسئولیت مدنی مصون است یعنی بعد این بچه می‌تواند و شخص دیگری نیز می‌تواند او را وادار بر اقامه دعوی علیه صاحب نطفه کند، مثلاً بگوید که تو پدر این بچه هستی و مطالبه خسارت کند. به هر حال مسائل، مسائل مهمی است و به مطالعه و تعمق نیاز دارد. در فقه هم همان طور که ملاحظه شد اختلاف نظر وجود دارد و نمی‌شود یک نظر قاطعی در اینگونه مسائل داد و بسیاری از مسائل را با قواعد سنتی پاسخگو بود. پس لازم است مطالعه و تحقیق بیشتری در این زمینه صورت بگیرد و قانونی هم لازم است که جوانب امر را بسنجد. البته این نکته را هم اضافه کنم که حقوق تطبیقی می‌گوید: استفاده از حقوق نباید کورکورانه

باشد، یعنی اگر ما از تجارب کشورهای دیگر استفاده می‌کنیم این استفاده باید در حدودی باشد که اخلاق و فرهنگ و اعتقادات ما اقتضا می‌کند. (صفایی، ح، ۱۳۸۰، ص ۲۲۷).

آنچه به نظر می‌رسد، ما هیچگاه این اجازه را نداریم که در موارد مذکور که صاحب نطفه (شخص ثالث) مشخص نیست، پدر و مادر را صاحب نطفه بدانیم و مسئولیت شخص ثالث را منتفی کنیم. زیرا از فرهنگ و اخلاق و شرع، بدور است. و قوانین ما نمی‌تواند این مورد را در خود جای دهد. البته این فقط یک راه دارد و آن هم، مسئولیت شخص ثالث را بعنوان غایب مفقودالاثر با قوانین با قوانین مخصوص خودش منتفی کنیم که این قاعده هر موقع می‌تواند با پیدایش مرد مذکور به هم بخورد.

۴. مسئولیت مدنی پزشک در مقابل طفل

مسئولیت مدنی پزشک در این رابطه عین مسئولیت صاحب یا صاحبان اسپرم، تخمک یا گامت خواهد بود. و پیگیری حقوق طفل ر عهده سرپرستی است که دادگاه رأساً تعیین می‌کند و یا دادگاه به عنوان قیم و در صورت بلوغ و بزرگسالی نیز خود فرد یا نماینده قانونی وی می‌تواند پیگیر حقوق خود باشد.

بند سوم: رابطه طفل با شوهر زن

اگر زن و شوهر دارای اقدام به باروری با اسپرم بیگانه کند و بدین روش فرزندی از او متولد شود. چه رابطه حقوقی بین فرزند و شوهر زن خواهد بود؟ در قوانین فعلی راجع به این مقوله ما حکمی نداریم. و واقعیت نیز اینست که طفل از نطفه شوهر بوجود نیامده تا رابطه حقوقی با وی داشته باشد. اما همان‌طور که عرفاً تا خلاف قاعده فراش ثابت نشود طفل را ملحق به شوهر زن بدانیم. ولی چون ما فی البداهه نمی‌توانیم در قوانین « جعل نسب » کنیم چاره‌ای نداریم که به عرف رجوع کنیم. و تا زمانی که شوهر نفی ولد نکرده و از طریق خود برای طفل شناسنامه تهیه کرده، کلیه اقدامات آنها را مخفی بدانیم. و ما می‌دانیم و قبلاً نیز اشاره کردیم، بسیار سخت خواهد بود که بعد از فوت شوهر افراد ذی نفع از متوفی بتوانند خلاف اماره فراش را به اثبات برسانند. هر چند در صورت اثبات، نسب ظاهری طفل خود بخود منتفی خواهد شد.

نتیجه گیری

از آنجا که عمل تلقیح اسپرم مرد اجنبی به زن، زنا محسوب نمی‌شود و از آن حیث حرام نیست باید دید علت حرمت آن از نظر فقها چیست؟ از مرحوم آیه ا... بروجردی نقل شده است: آنچه از مفاهیم ادله و بعضی مناطق آنها مستفاد می‌شود، این است که تلقیح مصنوعی منی مرد اجنبی بر همراه اجنبیه خواه دارای زوج باشد یا نباشد حرام است و در بعضی صور آن احکام ولد زنا ثابت است و در بعضی

صور احکام ولد شبهه...» آیت... میلانی نیز فرموده اند: «از ظواهر آیات و روایات درباره لقاح اختیاری (مصنوعی) چیزی به نظر نرسیده است، ولی از لحن الخطاب و ذوق فقهی میتوان گفت که یقیناً جایز نیست. برای حرمت این عمل به مفاد برخی از آیات قرآن و احادیث که دلالت بر لزوم حفظ فرج و احتیاط در آن و یا گناه بودن ریختن آب مرد به صورت حرام در فرج زن دارند استناد شده است، ولی از دقت در آیات و روایات وارده بخوبی می‌توان فهمید که ناظر به مقاربت و تماس بدنی و عمل جنسی است و از این حیث دلالتی بر حرمت عمل پزشکی تلقیح اسپرم مرد در رحم زن ندارد. ولی برخی از فقها از این آیات و روایات اینگونه نتیجه‌گیری کرده‌اند که مقتضای آنها رعایت احتیاط در مورد مبداء تکون فرزند یعنی فرج است و بنابراین اگر در جواز تلقیح مصنوعی شک کردیم، نمی‌توان به اصل براءت متمسک شد بلکه باید اصاله الاحتیاط را اجرا کرد و به عدم جواز نظر داد. (همان) ولی آنچه در نهایت امر حائز اهمیت است اینکه به فقها پیشنهاد شود که آیا جواز یا عدم جواز تلقیح مصنوعی را نمی‌توان به نتیجه این عمل منوط دانست؟ و آیا صرفاً به دلیل عدم وجود نص صریح در قرآن و روایات در نهی از این عمل، می‌توان به جواز آن حکم کرد؟

منابع و مآخذ

الف) فهرست منابع فارسی به ترتیب حروف الفبا

- ۱- آخوندی، محمد مهدی- بهجتی اردکانی، زهره - عارفی، سهیلا، " آشنایی با لقاح طبیعی، لقاح خارج رحمی و ضرورت استفاده از گامت جایگزین در درمان ناباروری"، مجموعه مقالات اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، پژوهشکده‌ی ابن سینا و مرکز تحقیق و توسعه‌ی علوم انسانی سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت) پاییز ۱۳۸۵
- ۲- آخوندی، محمد مهدی - صادقی، محمد رضا، " ضرورت به کارگیری تکنیک‌های باروری کمکی در تولید مثل انسان"، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، تهران، انتشارات پژوهشکده ابن سینا و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، تابستان ۱۳۸۲
- ۳- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد پنجم، کتابفروشی اسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۶
- ۴- "استفتائات و دیدگاه‌های مذهبی"، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، تهران، انتشارات پژوهشکده‌ی ابن سینا و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)
- ۵- بهجتی اردکانی، زهره- آخوندی، محمد مهدی- میلانی فر، علی رضا- بدری، یونس، " مشاوره، ارزیابی سلامت و تطابق اهدا کننده و دریافت کننده در درمان باروری جایگزین"، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، پژوهشکده‌ی ابن سینا و مرکز تحقیق و توسعه‌ی علوم انسانی سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)
- ۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ سوم
- ۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲.
- ۸- جمعی از نویسندگان، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، انتشارات سمت، چ اول، ۱۳۸۴
- ۹- خامنه‌ای، سید علی، اجوبه الاستفتائات، تهران، انتشارات بین المللی الهدی، چاپ دوم، ۱۳۸۱
- ۱۰- درس نامه‌ی دستگاه تولید مثل، تهران، دانشکده‌ی پزشکی دانشگاه علوم پزشکی و خدمات

بهداشتی و درمانی شهید بهشتی، مهر ۱۳۸۶. چاپ سوم

- ۱۱- روحانی، محمد صادق، مسائل المستحدثه، قم، دارالکتاب، چاپ چهارم، ۱۴۱۴ هجری شمسی
- ۱۲- صادقی مقدم، محمد حسین " مبانی فقهی و باسسته‌های قانون «نحوه‌ی اهدای جنین به زوجین نابارور»، " اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، پژوهشکده‌ی ابن سینا و مرکز تحقیق و توسعه‌ی علوم انسانی سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، پاییز ۱۳۸۵
- ۱۳- صفایی، سید حسین و امامی، اسد...، مختصر حقوق خانواده، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان، پاییز ۱۳۸۱
- ۱۴- صفایی، سید حسین، نارسایی‌های قانون ایران درباره اهدا گامت و جنین با توجه به حقوق تطبیقی، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، چاپ دوم، تهران، انتشارات سمت
- ۱۵- صفایی، سید حسین " نارسایی قانون ایران درباره‌ی اهدای گامت و جنین با توجه به حقوق تطبیقی "، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، پژوهشکده‌ی ابن سینا و مرکز تحقیق و توسعه‌ی علوم انسانی سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، پاییز ۱۳۸۵
- ۱۶- صفایی، سیدحسین و امامی اسدالله، حقوق خانواده، جلد ۲، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول
- ۱۷- روشن، محمد، قرارداد استفاده از رحم جایگزین، مجد، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۸
- ۱۸- کاتوزیان، ناصر، کانون وکلا، شماره ۴، شفق، پاییز و زمستان ۱۳۶۹
- ۱۹- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، ج ۲، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا
- ۲۰- فلاحیان، معصومه، بیماری‌های زنان و ناباروری، تهران، انتشارات سنجش، ۱۳۸۱

ب) منابع فقهی و عربی

- ۲۱- ابی الحسن علی بن ابراهیم قمی، تفسیر قمی، جلد ۲، انتشارات دار الحجه
- ۲۲- حسین بن محمد راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، نشر ذوی القربی
- ۲۳- حلی، ابوالقاسم نج مال‌الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، موسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم
- ۲۴- حر عاملی، محمد حسن، وسایل الشیعه، جلد ۱۴، دار الاحیا التراث العربی
- ۲۵- حرعاملی، محمدبن حسن، وسایل الشیعه الی تحصیل مسایل الشریعه، بیروت، موسسه آل البیت (ع) لاحیاء و التراث، چ دوم
- ۲۶- حلی، ابوالقاسم نج مال‌الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲،

موسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم

خوبی، سید ابوالقاسم، معجم رجال الحدیث، ج ۱۱، انتشارات محلاتی

۲۷- صناعی، یوسف، مجمع المسائل استقنات، جلد ۲، قم، انتشارات میثم تمار، چاپ نهم، تابستان

۱۳۸۶

۲۸- طبری، محمدبن جریر، جامع البیان عن تأویل القرآن؛ تفسیر الطبری، قاهره، دارالمعارف، بی تاج

۲۹- موسوی خمینی (ره)، روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، موسسه نشر اسلامی، قم، بی تا

۳۰- نجفی، محمد حسین، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۹، کتابفروشی الاسلامیه، تهران،

چاپ سوم

پ) لیست مقالات مورد استفاده

۳۱- قربان نیا، ناصر، " حکم تکلیفی و وضعی انتقال جنین تکون یافته از اسپرم و تخمک زن و شوهر

قانونی به رحم زن دیگر"، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات

)، تهران، انتشارات پژوهشکده ابن سینا و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت

)، تابستان ۸۲

۳۲- قبله ای خوبی، خلیل، " بررسی احکام وضعی کودکان ناشی از اهدای گامت در رابطه با توارث

"، مجموعه مقالات اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، پژوهشکده ابن سینا و مرکز

تحقیق و توسعه‌ی علوم انسانی سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، پاییز

۱۳۸۵.

۳۳- غفاری، معرفت، " روش‌های پیشرفته در درمان نازایی " روش‌های نوین تولید مثل انسانی از

دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، تهران، انتشارات پژوهشکده‌ی ابن سینا و سازمان مطالعه و

تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)

۳۴- گروه نویسندگان، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)،

تهران، انتشارات پژوهشکده‌ی ابن سینا و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)

)، تابستان ۸۲

۳۵- صافی گلپایگانی، لطف ا...، " استفتائات و نظریات " فصل نامه‌ی رهنمون، تهران، مدرسه‌ی عالی

شهید مطهری

۳۶- نظری توکلی، سعید، " روش‌های کمکی تولید مثل در حقوق اسلام"، اهدای گامت و جنین

جین در درمان ناباروری، تهران، پژوهشکده‌ی ابن سینا و مرکز تحقیق و توسعه‌ی علوم انسانی سازمان
مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)

فصلنامه علمی-حقوقی قانون یار - دوره ششم - شماره ۳۱ - بهار ۱۴۰۱ - دبیرخانه مرکزی ۰۲۱۶۶۹۷۹۵۱۹

