

## آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان

پدیدآورنده (ها) : علوی قزوینی، سید علی

میان رشته ای :: نشریه نامه مفید :: پاییز ۱۳۷۴ - شماره ۳ (ISC)

صفحات : از ۱۶۵ تا ۱۹۶

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/26971>

دانلود شده توسط : مصطفی رستمی

تاریخ دانلود : ۱۴۰۱/۰۹/۱۶

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 بر گرفته 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.



- وضعیت فقهی و حقوقی استفاده از رحم جایگزین
- بررسی نسب و ارث کودکان متولد از اجاره رحم
- تبیین تطبیقی مبانی نظری، شرعی و اخلاقی اسلام، یهودیت و مسیحیت
- ارث کودک ناشی از تلقیح مصنوعی
- بررسی رحم جایگزین از دیدگاه فقهی و حقوقی
- بررسی وضعیت ارث جنین ناشی از تلقیح مصنوعی پس از فوت صاحب اسپرم (پدر) از منظر فقهی و حقوقی
- تلقیح مصنوعی از دیدگاه اخلاق و حقوق کیفری
- ماهیت حقوقی قرارداد رحم جایگزین
- استقرار رحم و تأثیر آن بر احکام مترتب بر جنین در فقه اسلامی و حقوق موضوعه
- درنگی در حکم فقهی تلقیح مصنوعی اسپرم شوهر متوفی به زن
- بررسی ارث جنین آزمایشگاهی
- باروری های پزشکی و بررسی مبانی فقهی و حقوقی آن با تأکید بر ضرورت تامین مصالح شریعت

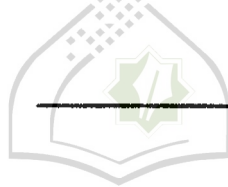
## عناوین مشابه

- تحلیل فقهی و حقوقی آثار تلقیح مصنوعی به وسیله اجاره رحم
- آثار حقوقی روش‌های متنوع تلقیح مصنوعی
- بررسی فقهی و حقوقی تلقیح مصنوعی و وضع حقوقی اطفال ناشی از این تلقیح با اسپرم مرد بیگانه
- بررسی وضعیت ارث جنین ناشی از تلقیح مصنوعی پس از فوت صاحب اسپرم (پدر) از منظر فقهی و حقوقی
- بررسی وضعیت حقوقی طفل متولد از تلقیح مصنوعی با دخالت عامل بیگانه
- شبیه‌سازی انسان در عرفان و ادیان غیراسلامی و آثار حقوقی آن
- نقش هوش مصنوعی در شکل‌دهی به روابط انسان و ماشین در آثار سینمایی معاصر
- آثار حقوقی واگذاری عضو انسان مرده یا مبتلا به مرگ مغزی
- چالش‌های فقهی، حقوقی و اخلاقی تلقیح مصنوعی و رویارویی با حق باروری زوجین نابارور
- مشکلات حقوقی کودکان مولود تلقیح مصنوعی در آمریکا

## آثار حقوقی

# تلقیح مصنوعی انسان

سید علی علوی قزوینی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مقدمه:

همزمان با گسترش حوزه دانش بشری و دستاوردهای نوین در عرصه علوم تجربی، مسائل پیچیده حقوقی نیز خود نمایی کرده و راه‌های مناسب خویش را می‌طلبند از آنجا که دانش حقوق یگانه علمی است که متکفل ارائه راه‌های مناسب برای این قبیل مشکلات و مسائل خاص می‌باشد ناگزیر است که همراه با این مسائل نو ظهور گام بردارد و برای این گونه پرسشها، پاسخهای مناسب ارائه دهد. خوشبختانه دانش حقوق در قواعد و مقررات موضوعه خلاصه نمی‌شود بلکه حقوق دانشی است با قواعد و ضوابط کلی و اصول عامه‌ای که به مثابه اهرمهای استنباط در اختیار حقوقدانان قرار می‌گیرد، لذا باتکیه بر این اصول عمومی، حقوقدانان قادر خواهند بود که با هر گونه مسائل جدید حقوقی که در رویاروی ایشان قرار می‌گیرد و شاید در قوانین موضوعه هم سخنی از آن نرفته باشد، برخورد مناسب نموده و جوابهای صحیح و راه‌های شایسته ارائه دهند.

۱۶۵ مسأله تلقیح مصنوعی انسان که موضوع بررسی و تحقیق ما در این نوشتار قرار

گرفته است، یکی از پدیده های نوینی است که با شکوفائی دانش پزشکی پا به عرصه هستی نهاده و بالتبع منشأ ایجاد مسائل مختلف حقوقی شده است و بدلیل آنکه این موضوع یکی از موضوعات نوین می باشد، متأسفانه در حقوق مدون و قوانین موضوعه ایران سخنی از آن به میان نیامده است، از این رو برای تحقیق و مطالعه در اطراف جنبه های حقوقی این مسأله ناگزیر باید از اصول کلی و ضوابط عامه استمداد جست و بدین لحاظ ممکن است در پاره ای از موارد، استنباطات نگارنده از اصول کلی حقوقی دارای ایرادات و مناقشاتی نیز باشد؛ امید است با بیان موارد خلل و تبیین نقاط ضعف موجبات رفع نقایص از این مقاله فراهم آید.

### تعریف تلقیح مصنوعی و انواع آن:

تلقیح مصنوعی اصطلاحاً عبارتست از داخل کردن نطفه مرد در رحم زن بوسیله آلات پزشکی یا هر وسیله دیگری غیر از مقاربت و نزدیکی.

لقاح، لغتاً آبستن شدن<sup>۱</sup> (Fecundation de chamean) و تلقیح نیز به معنی آبستن کردن است<sup>۲</sup>. همانطور که ملاحظه میشود معنی اصطلاحی تلقیح از معنی لغوی آن چندان دور نگردیده است؛ بدین معنا که لقاح مصنوعی عبارتست از آبستن شدن زن بوسیله آلات پزشکی و تلقیح مصنوعی عبارتست از آبستن کردن زن بوسیله تزریق اسپرماتوزوئید مرد به رحم زن به کمک وسایل پزشکی و آلات مصنوعی بدون انجام عمل مقاربت و نزدیکی.

تلقیح مصنوعی ممکن است با نطفه و اسپرماتوزوئید شوهر انجام گیرد که به آن تلقیح مصنوعی هومولوگ (AIH) گویند و همچنین امکان دارد عمل تلقیح بوسیله نطفه بیگانه تحقق یابد که به آن تلقیح مصنوعی هترولوگ (AID) گویند<sup>۳</sup> تلقیح منی هومولوگ هنگامی ضرورت پیدا می کند که شوهر دارای قابلیت باروری طبیعی بوده ولی به علت چاقی یا نقص آلت مردانه نتواند موقع انزال، منی خود را روی گردن رحم بریزد و تلقیح منی هترولوگ در مواردی مناسب است که ثابت شود ناباروری شوهر غیر قابل درمان است.<sup>۴</sup>

بنابراین لقاح مصنوعی بر دو قسم است که ما در این نوشتار احکام و خصوصیات هر یک را مورد بررسی و مطالعه قرار خواهیم داد.

۱- منتهی الارب - تاج المصادر: لقاح [لَقَحَ]. آبستن شدن شتر]

۲- منتهی الارب: تلقیح: آبستن کردن باد درخت را.

۳ و ۴- ویلسون، رابرت. بیماریهای زنان و زایمان. ترجمه علی نوری. ص ۳۸۳.

## تاریخچه پیدایش لقاح مصنوعی :

دانش پزشکی با پیشرفتهای جدید خود توانسته است کمک شایان توجهی به تولید نسل انسان بنماید و بوسیله تلقیح مصنوعی و رفع بعضی از نواقص و عیوب مردان نظیر عنن ، یا انزال سریع و یا معالجه عیوب مجاری تناسلی زنان یا مردان آرزوی کسانی که سالیانی دراز در انتظار فرزند بسر می بردند را به تحقق برساند .

قابل ذکر است که مسأله تلقیح ابتدا در حیوانات اهلی و به منظور اصلاح نژاد یا تکثیر نسل بکار می رفت در آغاز این کار را یکی از دانشمندان آلمانی بنام Lubwig Jacobi در سال ۱۷۶۵ روی ماهیها انجام داد چند سال بعد یک دانشمند و کشیش ایتالیایی بنام پرفسور Spalanzoni تلقیح را روی سگها آزمایش کرد و نتیجه مثبت گرفت و بالأخره در اواخر قرن نوزدهم یکی از دانشمندان روسی بنام Elielva تلقیح مصنوعی در حیوانات چهار پا را عملی ساخت که این روش فعلاً نیز مورد استفاده قرار می گیرد .

بدنبال موفقیت این آزمایشات در حیوانات ، دامنه تلقیح مصنوعی به انسانها نیز سرایت نمود و این آزمایشات در مورد انسان ، در کشورهای مختلف از قبیل فرانسه ، انگلستان به اجراء درآمد . چنانچه یک پزشک انگلیسی بنام John hunter در سال ۱۷۹۹ گزارشی در این زمینه به دولت انگلستان داد و در فرانسه ده مورد تلقیح مصنوعی در زنان انجام گرفته که قدیمی ترین آنها را مربوط به سال ۱۸۳۸ دانسته اند . ده سال بعد یکی از دانشمندان فرانسوی موسوم به Cerard گزارش داد که از ۷۲ زنی که تلقیح مصنوعی شده اند ، ۴۱ نفر آنها از این طریقه بار دارد گردیده اند و تقریباً از سال ۱۹۱۴ موضوع تلقیح مصنوعی کاملاً توجه پزشکان و علماء را بخود معطوف داشت . در سال ۱۹۱۴ یکی از پزشکان انگلیسی مقیم مصر موسوم به دکتر جامیسون شنیده بود که در میان بدویان طریقه ای برای معالجه زنان عقیم وجود دارد که گاه منجر به آبستن شدن زنها و گاهی منتهی به فوت آنان می گردد . این موضوع ، نظر پزشک مزبور را بخود جلب کرد و در اثر بررسی دریافت که زنان بدوی به قطعه ای از پشم افسون می خوانند و بعد آنرا به زنان نازا می دهند تا به رحم خود بمالند و معتقد بودند که زن حامله می شود یا می میرد . این پزشک پس از تحقیقات بیشتری دریافت که زنان بدوی پشم را به نطفه مردان آغشته و سپس آنرا به زن عقیم می دهند تا استعمال نماید که علاوه بر نطفه مقدار زیادی از میکربهای مضر موجود در پشم وارد رحم زن می گردند و اگر زن بنیه قوی

داشت در مقابل میکربها مقاومت می کرد و الا از پای در می آمد و تلف می شد. دکتر جامیسون پس از خاتمه جنگ جهانی اول به انگلستان مراجعت کرد و در صدد بر آمد بوسیله تلقیح مصنوعی - که قبلاً آزمایش شده بود و بدویان و صحرائشینان نیز بعنوان ورد و جادو از آن استفاده می کردند - و از راه صحیح علمی هزاران زن را که آرزوی مادر شدن داشتند بارور کند و بوسیله لوله آزمایش نطفه مرد را به رحم زن منتقل نماید تا بدین وسیله خانواده های زیادی را که از نداشتن فرزند تهدید به نابودی و متلاشی شدن می گردیدند نجات دهد و در این رهگذر گاهی به علت بی ثمر بودن منی شوهر، از نطفه مردان بیگانه استفاده می نمود.<sup>۵</sup>

رواج تلقیح مصنوعی در انگلستان و هجوم زنان بی فرزند به بیمارستانهای لندن موجب شد که موضوع تلقیح مصنوعی در مجلس عوام انگلستان مطرح و وزیر بهداشتی وقت استیضاح و دولت تخطئه گردد که چرا تولد این گونه اطفال را مانند سایر اطفال شرعی و قانونی به ثبت می رسانند.<sup>۶</sup>

## بخش اول: تلقیح مصنوعی از دیدگاه شریعت و قانون

### فصل اول: تلقیح مصنوعی و حکم تکلیفی آن

در این بحث دو مورد را می توان تصور نمود: اول - موردی که در آن نطفه زوج بر زوجه قانونی و مشروع تلقیح می شود. دوم - موردی که در آن نطفه مرد بیگانه به زن اجنبی تزریق می گردد.

بررسی مورد اول: اگر تلقیح مصنوعی بوسیله تزریق نطفه شوهر به همسر قانونی او صورت گیرد این عمل کاملاً مشروع و جایز است؛ و در این خصوص هیچ گونه ابهامی وجود ندارد. مضافاً اینکه اصالة الاباحه نیز در این مورد جاری می شود؛ لذا طفل مولود نیز مشروع و قانونی بوده و کلیه آثار طفل حاصل از نزدیکی طبیعی بین زن و شوهر بر چنین طفلی نیز مترتب می گردد. در این زمینه برخی از فقهاء امامیه فتوا به مشروعیت تلقیح نطفه زوج به همسر قانونی خود، داده اند. برای مثال آیت الله خوئی در این مورد چنین اظهار عقیده کرده اند:

تلقیح زن به نطفه شوهرش جایز است بلی اگر این عمل توسط غیر شوهر

۵- مجله صبا، دوره پنجم، ش ۸.

۶- مجله خواندنیها، ش ۷۲، ص ۸۰، ۷ اردیبهشت ۱۳۲۶، شماره مسلسل ۲۷۶.

انجام شود و در اثر آن مس یا نظر به آلت تناسلی زن لازم آید، جایز نخواهد بود و حکم ولد حاصل از این عمل نیز بدون هیچ تفاوتی مانند سایر اولاد زوجین خواهد بود.<sup>۷</sup>

بررسی مورد دوم: در صورتی که تلقیح بواسطه تزریق اسپرم مرد بیگانه به رحم زن انجام شود این عمل شرعاً حرام و ممنوع است و برای اثبات حرمت و ممنوعیت، ممکن است به ادله زیر تمسک نمود: دلیل اول: آیه شریفه: «قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ» (سوره نور، آیه ۳۰) «ای پیامبر به زنهای مؤمنه بگو که چشمهای خود را از دیدن بیگانه بشهوت فرو پوشانند و فروج (آلت تناسلی) خویش را از زشتی ها نگهدارند».

این آیه شریفه به حفظ فرج امر نموده است و چون متعلق حفظ، در این آیه بیان نشده است و عدم ذکر متعلق نیز افاده عموم می نماید، مقتضی آیه کریمه لزوم حفظ فرج از هر چیز، حتی تلقیح مصنوعی است. از این رو مدلول آیه مزبور منحصر به حفظ فرج از نزدیکی یا مقاربت نامشروع نیست بلکه سایر انواع روابط نامشروع از قبیل مساحقه و تفخیز و... را نیز شامل است که تلقیح مصنوعی نیز از جمله آن موارد می باشد.

ممکن است در دلالت آیه فوق بر حرمت تلقیح، ایراد شود به اینکه ظاهر آیه شریفه لزوم حفظ فرج (اعم از مقاربت و نگاه کردن) از غیر شوهر می باشد، ولی نسبت به شوهر یا خود زن، آیه هیچگونه دلالتی بر لزوم حفظ ندارد و بعبارت دیگر تصرف شوهر یا خود زن در فرج بوسیله داخل کردن جسمی یا مایع سیالی در آن، مشمول آیه فوق نیست. لذا اگر نطفه مرد اجنبی توسط شوهر یا خود زن به رحم او تزریق شود، این عمل هیچ گونه ممنوعیتی نخواهد داشت. مطلب فوق را روایاتی که در تفسیر این آیه از ائمه معصومین علیهم السلام نقل شده است نیز تأیید می نماید. زیرا در این روایات حفظ را، به حفظ از نگاه کردن تفسیر فرموده اند. و اما سایر آیاتی که در خصوص حفظ فرج در قرآن کریم وجود دارد نیز دلالت بر مدعای مذکور ندارند زیرا اصولاً: احکام این آیات مختص به مردان است.

در جواب از ایراد فوق می توان گفت که حفظ فرج از ادخال نطفه اجنبی

۷- خوئی، سید ابوالقاسم. مستحذات المسائل. صص ۴۲-۴۳. «يجوز تلقيح الزوجة بنطفة زوجها؛ نعم لايجوز ان يكون المباشر غير الزوج اذا كان ذلك موجباً للنظر الى العورة او مسها وحكم الولد منه حكم سائر اولادها بلا فرق».

هر چند توسط شوهر یا خود زن باشد از لوازم و شؤونات حفظ از غیر است و از این رو اطلاق حفظ از غیر، مقتضی حرمت ادخال نطفه غیر شوهر به رحم زن می باشد.

دلیل دوم: برخی روایات است که بر حرمت انزال منی در فرج زنی که بر انسان حرام است دلالت دارند. این نصوص، متضمن حرمت قرار گرفتن نطفه اجنبی در رحم اجنبیه است که شامل تلقیح نیز می شود اهم نصوص وارده در این خصوص عبارتند از:

الف: روایت علی بن سالم از امام صادق (ع) که فرمود: بدترین مردم در قیامت کسانی هستند که نطفه خود را در رحم زنی که بر او حرام است قرار بدهند.<sup>۸</sup>

ب: مرسله صدوق از پیامبر اکرم (ص): بالاترین گناه نزد پروردگار، کشتن پیامبر یا امام یا خراب کردن کعبه، قبله گاه بندگان، و یا ریختن نطفه مرد در رحم زنی که بر او حرام است می باشد.<sup>۹</sup>

استدلال به این دسته از نصوص چنین است که روایات فوق به دلالت التزامی بر حرمت قرار دادن نطفه مرد در رحم زن اجنبی دلالت دارند؛ اگر چه این عمل از طریقی غیر از مقاربت و نزدیکی صورت بگیرد.

بنابراین اگر قرار دادن نطفه اجنبی بوسیله زوج یا زوجه حتی با رضایت ایشان نیز صورت پذیرد موجب جواز عمل نخواهد بود؛ زیرا ملاک حرمت، قرار دادن نطفه بیگانه در رحم زن است، به هر کیفیتی که این عمل تحقق پذیرد.

ممکن است گفته شود که ظاهر این روایات مقاربت و نزدیکی غیر مشروع میان زن و مردی است که بین آنها علقه زوجیت نباشد، لذا قرار دادن غیر مستقیم نطفه مرد اجنبی در رحم زن مشمول روایات نخواهد بود ولی در پاسخ از ایراد فوق می توان گفت که مقاربت و نزدیکی یکی از مصادیق بارز و آشکار قرار دادن نطفه مرد بیگانه در رحم زن اجنبی است و چون حکم مقصور بر مصداق شایع خود نیست استقرار نطفه

۸- وسائل الشیعه. باب ۴ از ابواب نکاح المحرم و مایناسبه، ح: «انَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَذَاباً يَوْمَ الْقِيَمَةِ رَجُلًا أَمْرُتْهُ فِي رَحْمٍ يَحْرَمُ عَلَيْهِ».

۹- همان منبع، قال النبی (ص) لَنْ يَمَكَلَ ابْنُ آدَمَ عَمَلًا أَعْظَمُ عِنْدَ اللَّهِ مِنْ رَجُلٍ قَتَلَ نَبِيًّا أَوْ هَدَمَ الْكَعْبَةَ الَّتِي جَعَلَهَا اللَّهُ قِبْلَةً لِعِبَادِهِ أَوْ أَمْرًا حَرَامًا.



حرام در رحم زن مطلقاً حرام و ممنوع خواهد بود.

دلیل سوم: از آنجا که فروج و آلت تناسلی زنان محل تکون طفل است و بی مبالاتی در امر فروج، منجر به اختلاط میاه و نسب اشخاص می گردد، شارع مقدس به تنظیم احکام مربوط به آن اهتمام خاص مبذول داشته است، بطوری که فروج بر اشخاص مباح نمی گردد مگر با اذن شارع؛ از این رو به مجرد احتمال حرمت و ممنوعیت، احتیاط و امتناع لازم می گردد. مدعای فوق را روایاتی که در این زمینه وارد گردیده است نیز تأیید می نماید از جمله:

۱- صحیحۃ شعب الہدای بہ امام جعفر صادق (ع) عرض کردم: یکی از دوستان شما سلام می رساند و قصد تزویج با زنی دارد که توافق حاصل است و آن زن شوهری داشته که او را بغیر سنت و روش اسلام طلاق داده است و مرد کراحت دارد که اقدام بازدواج با آن زن بنماید و از شما دستور می خواهد چه دستوری می دهید؟ ابو عبدالله (ع) فرمود: در مسأله فرج مطرح است و موضوع فرج مسأله مهمی است و از آن طفل متولد می گردد و ما احتیاط می کنیم، پس با آن زن ازدواج نکند.<sup>۱۰</sup>

۲- روایت العلاء بن سیابہ از حضرت صادق (ع) در مورد زنی که به مردی وکالت داده تا او را به مرد دیگری تزویج نماید. امام (ع) در این خصوص فرمودند: نکاح امر مهمی است و سزاوار است که در آن احتیاط شود زیرا در نکاح مسأله فرج مطرح است و از آن ولد به وجود می آید.<sup>۱۱</sup>

با دقت در مضمون این روایات ظاهر می شود که به علت اینکه فرج مبدأ تکون انسان است و در این قبیل موارد نیز احتیاط مطلوب شارع است لذا در هر موردی که شک در جواز یا حلیت نمودیم باید احتیاط را معمول داریم بنابراین اگر در مشروعیت تلقیح مصنوعی شک بنمائیم. جایی برای اجرای اصالة البرائة وجود ندارد بلکه به

۱۰- وسائل الشیعه، ج ۲، ص ۲۵۸، باب ۱۵۷ از ابواب مقدمات النکاح و آدابہ، ح ۲۵۵۷۲: «قَالَ قُلْتُ لَابِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) رَجُلٌ مِنْ مَوَالِيكَ يَقْرئُكَ السَّلَامَ وَقَدْ ارَادَ انْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً وَقَدْ وَافَقْتَهُ وَاعْجَبَهُ بَعْضُ شَأْنِهَا وَقَدْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ فَطَلَّقَهَا عَلَيَّ غَيْرِ السَّنَةِ وَقَدْ كَرِهَ انْ يَقْدَمَ عَلَيَّ تَزْوِيجَهَا حَتَّى يَسْتَأْمَرَكَ فَتَكُونُ انْتِ تَأْمَرُهُ فَقَالَ ابُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ هُوَ الْفَرْجُ وَ امْرُؤُ الْفَرْجِ شَدِيدٌ وَمَنْ يَكُونُ الْوَلَدُ وَنَحْنُ نَحْتَاطُ فَلَا يَتَزَوَّجُهَا.

۱۱- همان منبع، ح ۱۹، ص ۱۶۳ روایت ۲۴۳۶۹، باب ۲، کتاب الوکالت: «انَّ النِّكَاحَ آخِرَى وَآخِرَى اَنْ يُحْتَاطَ فِيهِ وَهُوَ فَرْجٌ وَمَنْ يَكُونُ الْوَلَدُ».

مقتضای عموم علت (لزوم احتیاط در مبدأ تکون انسان) باید به احتیاط عمل نمائیم و مقتضای احتیاط در این خصوص نیز عدم جواز و یا بعبارت دیگر حرمت و ممنوعیت عمل تلقیح با نطفه مرد اجنبی است.

برخی از فقهای امامیه نیز در این مورد چنین اظهار نظر کرده اند: مرحوم آیت الله بروجردی در زمینه تلقیح مصنوعی فرموده اند:

«آنچه از مفاهیم ادله و بعضی مناطیق آنها استفاده می شود این است که تلقیح مصنوعی مرد اجنبی بر مرثه اجنبیه خواه دارای زوج باشد یا نباشد حرام است؛ و در بعضی صور آن احکام ولد الزنا ثابت است و در بعضی صور احکام ولد شبهه؛ و اما تلقیح منی زوج به زوجه محل تأمل و اشکال است و الله العالم بحقایق و احکامه»<sup>۱۱</sup>

آیت الله خوئی نیز در این خصوص چنین فتوی داده اند:

تلقیح زن به منی مرد بیگانه جایز نیست، خواه عمل تلقیح توسط مرد اجنبی تحقق پذیرد یا بوسیله خود شوهر...<sup>۱۲</sup>

بعضی از فقهای اهل سنت نیز تلقیح بوسیله اسپرم مرد بیگانه را ممنوع و حرام دانسته اند، از آن جمله در مصر علامه شلتوت در خصوص این مسأله چنین اظهار نظر کرده است:

تلقیح مصنوعی یقیناً از فرزند خواندگی پست تر است.<sup>۱۳</sup>

شاید بتوان از نقطه نظر اجتماعی و روانشناسی ادعا کرد که فرزند ناشی از تلقیح نطفه مرد بیگانه موجب تشمت و پراکندگی کانون خانواده می گردد و رواج این عمل مسلماً سبب بی نظمی و اغتشاش اجتماعی و حقوقی خواهد بود، چنانچه در گزارش تقدیمی به آکادمی علوم اجتماعی و سیاسی فرانسه در تاریخ ۶ مه ۱۹۴۹ چنین آمده است:

«طفلی که بطور مصنوعی در خانواده به وجود می آید و از نام خانوادگی پدر خانواده بهره مند می گردد آسایش و آرامش خانواده و زندگی زناشویی را متزلزل می گرداند، زیرا اقدام به تلقیح مصنوعی، زن و

۱۲- به نقل از: کاظم زاده، حسین. جنبه حقوقی لقاح مصنوعی (پایان نامه دوره لیسانس، چاپ نشده).

۱۳- خوئی، سید ابوالقاسم. مستحدثات المسائل. صص ۴۲-۴۳.

۱۴- کاظم زاده، حسین. جنبه حقوقی لقاح مصنوعی. ص ۴۵ (پایان نامه دوره لیسانس، چاپ نشده): انّ التلقیح الصناعی اقطع جزماً من التبی.

شوهر را دائماً در معرض تصادمات روحی و برخورد‌های روانی قرار می‌دهد و مخصوصاً اگر طفل با مشخصات و خصوصیتی که مورد آرزوی زوجین بوده است، متولد نشود این تصادم شدیدتر می‌گردد. گذشته از این پدر نمی‌تواند خود را با محیط جدید تطبیق نموده و نسبت به طفلی که در واقع برای او بیگانه است علاقه نشان بدهد، همچنین ممکن است طفل حاصل از لقاح مصنوعی بدون اطلاع و ندانسته در اثر ازدواج، مرتکب زنای با محارم شود؛ یعنی با یکی از محارم پدری (پدر واقعی) رابطه جنسی برقرار نماید که این ارتباط اخلاقاً زشت و زننده بوده و از نظر مذهب نیز جایز نیست.<sup>۱۵</sup>

## فصل دوم : تلقیح مصنوعی و حقوق جزا.

مسئله‌ای که از دیدگاه حقوق جزا مطرح می‌باشد این است که آیا تلقیح مصنوعی را می‌توان بعنوان یک عمل مجرمانه تلقی نمود یا خیر؟

ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مقرر می‌دارد:

«هرگاه مرد و زنی که بین آنها علقه زوجیت نباشد، مرتکب عمل منافی عفت، غیر از زنا از قبیل تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تانودونه ضربه محکوم خواهند شد و اگر عمل با عفت و اکراه باشد فقط اکراه کننده تعزیر می‌شود.»

مطابق ماده فوق هر زن و مردی که بین آنها علقه زوجیت نباشد و مرتکب عمل منافی عفت شوند اگر با رضایت طرفین باشد تانودونه ضربه شلاق محکوم خواهند شد و در صورت اکراه فقط مکره محکوم می‌شود. حال آیا می‌توان ادعا کرد که تلقیح مصنوعی اسپرم مرد بیگانه به رحم زن اجنبی از مصادیق اعمال منافی عفت غیر از زنا محسوب می‌شود یا خیر؟ در صورت مثبت بودن جواب ناچاریم مثالهایی را که در متن قانون بعنوان مصادیق عمل منافی عفت غیر زنا ذکر شده است بارزترین مصادیق اعمال منافی عفت غیر از زنا، محسوب کنیم، نه مصادیق انحصاری آن.

۱۵- امامی، سید حسن. مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه. محل انتشار تهران، ناشر، مؤسسه حقوق تطبیقی شماره ۵، سال ۱۳۴۹ ص ۷۰. به نقل از:

J.C.P.M.Mergr: Linsemination artificielle.1957.

ولی با توجه به ظهور عرفی کلمه «اعمال منافی عفت» خصوصاً با ملاحظه تمثیل قانونگذار از این اعمال می توان ادعا کرد که مقصود از اعمال منافی عفت غیر از زنا، عبارتست از هر نوع رابطه مستقیم و غیر مشروع بین مرد و زنی که بین آنها علقه زوجیت موجود نباشد؛ بنابراین تلقیح مصنوعی مشمول عنوان اعمال منافی عفت نخواهد بود؛ زیرا در تلقیح هیچ گونه رابطه مستقیم و بلا واسطه بین زن و مرد اجنبی وجود ندارد. اصل تفسیر مضیق مقررات جزایی نیز استدلال فوق را تأیید می نماید، زیرا مطابق ماده ۲ قانون مجازات اسلامی

«هر فعل یا ترك فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده جرم است»

و چون تلقیح صناعی در هیچ یک از متون قانونی به عنوان جرم ذکر نشده یا برای آن مجازات یا اقدامات تأمینی یا تربیتی تعیین نگردیده است بحکم ماده فوق و اصل تفسیر مضیق قوانین جزایی، تلقیح اسپرم مرد بیگانه به رحم زن جرم تلقی نمی شود؛ ولی از سوی دیگر طبق ماده ۳ آئین دادرسی مدنی در موارد سکوت و نبودن نص خاص، باید به عرف و عادت مسلم مردم مراجعه نمود و بنظر می رسد که عرف و عادت مسلم فعلی اکثریت مردم ایران، مقررات فقهی و دستورات اسلامی است که جنبه استمرار داشته و الزام وجدانی پیدا کرده است و مطابق شریعت مقدس اسلام و فقه امامیه، همانطور که قبلاً بیان شد، لقاح مصنوعی بامنی مرد بیگانه ممنوع است از این رو می توان گفت ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی نسبت به ماده ۲ قانون مجازات اسلامی حاکم است و بدین جهت باید مطابق ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی و با عنایت به عرف فعلی مردم ایران، تلقیح منی مرد بیگانه به رحم زن اجنبی را جرم تلقی کرد و از نظر مجازات نیز به علت اینکه مقدار و نوع آن در قانون و شرع تعیین نشده است مطابق ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) تعیین مقدار و نوع مجازات به نظر حاکم و اگذارده شده است که البته این مجازات باید کمتر از مقدار حد باشد.

### فصل سوم: حقوق تطبیقی:

موضوع تلقیح مصنوعی در نهمین کنگره بین المللی حقوق جزا<sup>۱۶</sup> مورد بحث و بررسی قرار گرفت. شعبه دوم کنگره مزبور که نسبت به جرائم علیه خانواده و

۱۶- این کنگره از ۲۴ الی ۳۰ اوت ۱۹۶۴ در شهر لاهه، مرکز کشور هلند برگزار گردید.

جرایم جنسی مطالعه و بررسی می کرد، تلقیح مصنوعی را چنین مورد بحث و گفتگو قرار داد:

چون در این اواخر عده ای بوسیله تلقیح مصنوعی صاحب فرزند می شوند، مسائل ناشی از این امر در خور بررسی است. مسئله باید از دو نظر مورد توجه واقع شود: یکی در موردی که حاملگی زن بوسیله نطفه شوهر صورت می گیرد، دیگری در موردی که حاملگی بوسیله نطفه شخصی غیر از شوهر انجام می شود.

در فرض اول در صورتی که زن و شوهری بخواهند صاحب فرزندی شوند ولی شوهر بدون اینکه عقیم باشد، نتواند وظایف زناشویی را انجام دهد، نطفه وی با وسیله طبی مخصوص گرفته و به زن تلقیح می شود که در این مورد هیچ گونه اشکال حقوقی و جزائی پیش نمی آید و علم طب و جراحی به چنین مردی، امکان می دهد از نعمت فرزند برخوردار گردد. فرزندی که از این راه بوجود می آید متعلق به شوهر است.

اما در مورد تلقیح مصنوعی زن بوسیله نطفه شخصی غیر از شوهر، مشکلات فراوان روی می دهد. این مورد وقتی است که برای شوهر امکان انجام وظایف زناشویی هست، ولی به علت نازایی نمی تواند دارای فرزند شود و زن آرزوی داشتن فرزند را دارد و اگر زن بخواهد طفلی نه از طریق غیر مشروع داشته باشد، باید به تلقیح مصنوعی متوسل شود و اگر بدون رضایت شوهر دست به این کار بزند اشکالات فراوان ایجاد می گردد، زیرا فرزندی که از این راه بدنیا می آید فرزند شوهر نیست و بالنتیجه یک طفل غیر قانونی است و اگر این کار با رضایت شوهر انجام شود باز خالی از اشکال قانونی نیست؛ چون از نظر علمی و زیست شناسی این فرزند نمی تواند متعلق به شوهر باشد.

از طرف دیگر این سؤال پیش می آید که تلقیح مصنوعی با رضایت یا بدون رضایت شوهر اصولاً رابطه نامشروع محسوب می شود یا نه؟ بنظر نمایندگان کنگره، چون تلقیح مصنوعی متضمن مقاربت مرد و زن نیست رابطه نامشروع محسوب نمی گردد. برای جلوگیری از بروز مشکلات موجود، طرح جدید قانون جزای آلمان تلقیح مصنوعی را در صورتیکه

نطفه متعلق به شوهر نباشد، منع کرده است، ولی نمایندگان کنگره عقیده داشتند که تلقیح مصنوعی نباید جرم شناخته شود، معذالک در مواقعی که زن بدون رضایت شوهر دست به این کار بزند می توان او را مجازات نمود. و در مورد فرزندانی که از این راه بوجود می آیند کنگره عقیده داشت که باید مقرراتی تصویب شود تا وضع حقوقی این گونه اطفال نظیر سایر اطفال و حقوق و تکالیف والدین نسبت به آنها و بالعکس معلوم باشد و بالاخره کنگره با توجه به گزارش شعبه دوم اظهار نظر کرد که قوانین جزائی نباید تلقیح مصنوعی را جز در موردی که زن راضی نباشد و در موردی که شوهر به این کار رضایت ندهد منع کنند.<sup>۱۷</sup>

## بخش دوم: وضعیت حقوقی اطفال ناشی از لقاح مصنوعی

### فصل اول: ماهیت نسب:

نسب از نظر لغوی به معنی قرابت و علاقه و رابطه بین دو شیء است و در زبان فارسی آنرا نژاد می گویند.<sup>۱۸</sup> در زبان فرانسه کلمه (Filiation) یا (فیلیاسیون) به معنی سلسله، نسل، ذریه، پیوستگی و تعاقب چیزهایی که نتیجه یکدیگرند آمده است.

ماهیت حقوقی نسب: با آنکه باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی ایران به احکام مربوط به نسب اختصاص داده شده است ولی تعریف صریحی از ماهیت نسب در این قانون به چشم نمی خورد از این رو حقوقدانان به منظور شناسایی ماهیت حقوقی نسب تعاریف مختلفی را ارائه داده اند.

به منظور دستیابی به تعریف جامعی از ماهیت حقوقی نسب، لازم است ابتداءً تعاریفی را که در این زمینه از سوی فقها و حقوقدانان ارائه شده است را مورد بررسی قرار دهیم و سپس به مباحث شناسایی نسب اطفال تلقیحی پردازیم. صاحب جواهر در تعریف نسب می نویسد:

«نسب عبارتست از منتهی شدن ولادت شخصی به دیگری مانند پدر و

۱۷- مجله حقوقی وزارت دادگستری، ش ۳ (اسفند ماه ۱۳۴۳).

۱۸- النسب. مص. القرابه. ج انساب (النسبه والنسبه) القرابه. ایقاع التعلق والارتباط بین الشیئین. المنجد ومنجد الطلاب.

پسر یا انتهای ولادت دو شخص به ثالث، مانند دو برادر و پدر<sup>۱۹</sup>  
و در جای دیگر تعریفی نظیر آنچه گذشت ارائه می کند<sup>۲۰</sup>

ایرادی که در تعریف فوق بنظر می رسد این است که اتصال ولادت در حقیقت، منشأ اعتبار رابطه نسبی است ولی حقیقت نسب امری است که از اتصال ولادت انتزاع می شود؛ لذا در این تعریف بین امر اعتباری و منشأ اعتبار خلط شده است (والله العالم).

دکتر سید حسن امامی، نسب را چنین تعریف کرده است:

«نسب مصدر است و به معنی قرابت و خویشاوندی می باشد»

سپس اضافه می کند:

«نسب امری است که بواسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد بوجود می آید از این امر، رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد موجود می گردد»<sup>۲۱</sup>.

آقای محمد عبده بروجردی می نویسد:

«نسب علاقه ای است بین دو نفر که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالث حادث می شود»<sup>۲۲</sup>.

ایرادی که در تعاریف فوق بنظر می رسد این است که 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 قرار دادی است یا اینکه این امر یک رابطه و ارتباط تکوینی و واقعی است و چون در مقام تعریف باید از الفاظ مبهم پرهیز شود از این رو تعاریف فوق موجه بنظر نمی آید. 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 نموده و همان معنایی که عرف از نسب بدست می دهد را شناسایی نموده است؛ زیرا اگر مقنن، اصطلاح دیگری غیر از معنای عرفی نسب، در نظر داشت، منطقی تقنین اقتضا می نمود که معنی مورد نظر خویش را بیان نماید تا تأخیر بیان از زمان احتیاج، لازم

۱۹- نجفی، محمد حسن. جواهر الکلام. ج ۳۹، ص ۷: می نویسد: «هو الاتصال بالولادة بانتهاء احد الشخصين الى الآخر كالاب والابن او بانتهاهما الى ثالث».

۲۰- همان منبع، ج ۲۹، ص ۲۳۸: «النسب وهو الاتصال بالولادة بانتهاء احدهما الى الآخر او بانتهاهما الى ثالث».

۲۱- امامی، سید حسن، حقوق مدنی. ج ۵، ص ۱۵۱.

۲۲- عبده بروجردی، محمد. کلیات حقوق اسلامی. ص ۲۸۰.

نیاید. و به اصطلاح اصولی در مورد عنوان نسب حقیقت شرعیه یا قانونی وجود ندارد با توجه به همین مطلب معلوم می شود که تعاریف مذکور در صدد تبیین حدود معنای عرفی نسب برآمده اند، اگر چه بعضی از این تعاریف خالی از ایراد هم نیستند. بهر حال چون قانونگذار در تبیین ماهیت نسب از عرف تبعیت کرده است، لازم است ابتداءً معنای عرفی نسب را بیان نموده، سپس تصرفاتی را که قانونگذار در این معنای عرفی بعمل آورده است را متذکر شویم.

شکی نیست که عرف تکون یک انسان از اسپرم مرد و تخمک زن را منشأ اعتبار رابطه نسبی می داند؛ بدین معنی که عرف بعد از پیدایش طبیعی طفل از والدین خویش، یک امر اعتباری و رابطه قرار دادی بین طفل و والدین خود بر قرار می نماید که آنرا نسب می نامد و براین رابطه اعتباری نیز آثاری مترتب می کند؛ البته شایان ذکر است که 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 اعتباریات نفس الامری است، به این معنی که نسب امر اعتباری است که دارای منشأ اعتبار واقعی و حقیقی است که این امر اعتباری از این منشأ اعتبار انتزاع می شود؛ به عبارت واضحتر، عقلاً و قانونگذار در مقابل این منشأ اعتبار، ناگزیر از اعتبار رابطه نسبی هستند مانند امکان در مقایسه با ماهیات یا زوجیت در ارتباط با اعداد زوج. بهر حال با توجه به توضیحات فوق می توان در تعریف نسب گفت:

«نسب عرفاً و لغتاً رابطه ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه انسان دیگر انتزاع می شود».

لازم به توضیح است که قانونگذار به منظور تأمین سلامت اجتماع و خانواده ها و جلوگیری از هرج و مرج و اخلاط میاه و تنظیم انساب اشخاص، نهاد حقوقی نکاح را به عنوان تنها نهاد ایجاد کننده نسب بین طفل و زوجین شناسائی کرده است و البته طفل ناشی از شبهه را نیز به طفل ناشی از نکاح صحیح ملحق دانسته است (مواد ۱۱۵۸ -۱۱۶۰ ق-م) ولی در غیر مورد نکاح صحیح یا شبهه، مانند زنا، رابطه نسبی میان طفل متولد از زنا با والدین طبیعی خود را به رسمیت نشناخته است. (ماده ۱۱۶۷-ق.م)

گفتنی است این تصرفات در تعیین حدود نسب، محدود به تصرفاتی است که قانونگذار صریحاً به آن تصریح نموده باشد، ولی در سایر موارد مشکوک برای تعیین حدود نسب باید به عرف مراجعه کرد مثلاً: اگر تردید کنیم که آیا در شناسایی نسب از



نظر قانونگذار شباهت ظاهری طفل به والدین تأثیر دارد یا خیر؟ باید از نظر عرف متابعت کنیم و تردیدی نیست که عرف تکوّن طفل از نطفه مرد و تخمک زن را باعث ایجاد ارتباط نسبی بین آنها می‌داند و سایر جهات را در پیدایش نسب مؤثر نمی‌داند. قابل ذکر است که قانون مدنی ایران همگام با فقه امامیه فقط در مورد زنا، رابطه نسبی را غیر معتبر تلقی کرده است و در موارد دیگر از قبیل شبهه، اکراه (نسبت به مکره) با الحاق طفل به پدر و مادر طبیعی آنها به رابطه عرفی نسب اعتبار قانونی و شرعی بخشیده‌اند.

حقوق تطبیقی - در حقوق فرانسه همانند حقوق ایران، تعریف صریحی از نسب بعمل نیامده است ولی حقوقدانان این کشور سعی کرده‌اند با ارائه تعریف، سکوت قانونگذار را جبران کنند.

پرفسور ژان کارینه استاد دانشکده حقوق پاریس نسب (فیلیاسیون) را چنین تعریف کرده:

«فیلیاسیون عبارت از رابطه حقوقی موجود بین پدر و مادر و فرزند است، نسب دو نوع است پدری و مادری، نسب ممکن است مشروع، نامشروع یا طبیعی باشد.»<sup>۲۳</sup>

بلانیول ورپیر نسب را چنین تعریف نموده است.

«نسب عبارتست از رابطه نسلی و خونی موجود بین دو شخص که یکی پدر یا مادر دیگری است و اضافه کرده‌اند که در زبان حقوقی نسب رابطه بلا واسطه بین پدر یا مادر با فرزند است.»<sup>۲۴</sup>

ژان بولانژ JeanBoulange همین تعریف را در خصوص نسب پذیرفته است.<sup>۲۵</sup>

لوئی ژوسران Louis Gosserand می‌گوید

«نسب عبارت است از رابطه یک شخص با پدر و مادر یعنی کسانی که

23- Carbonnier (J) c.droit eivil. T.I.NO (84.P48)

۲۴- امامی، سید حسن. مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، ص ۷، انتشار تهران، ناشر مؤسسه حقوق تطبیقی سال، ۱۳۴۹. به نقل از:

Planiol (M) Ripert (G): Traite Pratique de droit civil Francais. T.II NO709.

25- Boulangre (J)et Ripert (G):Traite de droit eivil d'apres Le traite de planiol.T. 1.NO. 1621.

به نقل از کتاب مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، ص ۸.

مستقیماً سبب ایجاد او شده اند»<sup>۲۶</sup>

در دیکسونر حقوقی نسب چنین تعریف شده:

در زبان حقوقی از کلمه فیلیاسیون رابطه یک فرد با کسانی که مستقیماً عامل ایجاد او بوده اند (پدر و مادر) به ذهن متبادر می گردد این رابطه وقتی که از جانب طفل مورد نظر قرار گرفته باشد نام نسب بخود می گیرد و وقتی که از طرف پدر رابطه مزبور مورد نظر واقع می شود بنام Paternite (ابوت) و وقتی از جانب مادری مورد توجه و بحث قرار می گیرد. بنام maternite (رابطه مادری) نامیده می شود.<sup>۲۷</sup>

بنظر برخی از نویسندگان مفهوم نسب در حقوق ایران با مفهوم فیلیاسیون در حقوق فرانسه متفاوت است، زیرا مفهوم نسب در حقوق ایران هر نوع رابطه خونی موجود بین دو نفر است اعم از اینکه رابطه مزبور قرابت در خط مستقیم یا قرابت در خط اطراف (با واسطه یا بلاواسطه) باشد در صورتیکه مفهوم فیلیاسیون در حقوق فرانسه تنها شامل رابطه بلا واسطه موجود بین پدر و مادر با فرزند خواهد بود و همچنین نسب در حقوق فرانسه شامل فرزند خواندگی نیز می شود در حالی که در حقوق ایران فرزند خواندگی منشأ هیچ گونه آثار حقوقی نیست.<sup>۲۸</sup>

## فصل دوم: امارات اثبات نسب مشروع

از آنجا که تشخیص دقیق بارداری زن به وسیله شوهر کار بسیار دشواری است و حتی علوم پزشکی با پیشرفت چشمگیری که در قرون اخیر داشته است، در بعضی موارد نتوانسته است مشخص کند که طفل از اسپرم شوهر بوجود آمده است؛ از این رو قانونگذاران برای اثبات نسب و حفظ آرامش خانواده ها، امارات مختلفی را به عنوان راههای ثبوت نسب مشروع بیان کرده اند؛ البته قابل ذکر است که بررسی تمام این امارات از موضوع بحث این نوشتار خارج است و احتیاج به مقاله جداگانه ای دارد ولی از آنجا که قاعده فراش از مهمترین نوع این امارات است و با بحث مورد نظر ما نیز ارتباط مستقیم دارد مناسب است بررسی کوتاهی درباره این قاعده به عمل آوریم.

26- Jasserand (1): Cours de droit civil positif francais T,I,NO IOB

به نقل از کتاب مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، ص/ ۸.

۲۷- همان

۲۸- همان

## اماره فراش La presumption de paternite

همان طور که قبلاً بیان شد قانونگذار برای حفظ عفت خانوادگی و رعایت آرامش زندگانی زناشویی و تعیین وضعیت اطفال، هر طفلی را که از زن شوهر دار متولد شود و بتوان آنرا به شوهر قانونی او منسوب کرد ملحق به شوهر می داند. این اماره قانونی در حقوق امامیه، قاعده فراش نامیده می شود. قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه امامیه، این اماره قانونی را در مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق. م بیان نموده است مطابق ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی .

«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».

بنابر مفاد ماده فوق برای اجرای اماره فراش در مورد طفلی که در زمان زوجیت متولد شده است سه شرط ضروری است:

اول: وقوع نزدیکی .

دوم: تولد بعد از گذشتن ششماه از تاریخ نزدیکی .

سوم: نگذشتن بیش از ده ماه از زمان نزدیکی تا زمان ولادت طفل .

ماده ۱۱۵۹ قانونی مدنی در این مورد می گوید:

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

مطابق مدلول ماده فوق برای الحاق طفل بشوهر دو شرط لازم است:

اول: عدم ازدواج مجدد مادر .

دوم: وضع حمل زوجه سابق در ظرف مدت ده ماه از تاریخ انحلال نکاح .

بحث پیرامون خصوصیات این دو ماده قانونی از عهده این مقاله خارج است لذا از آن مباحث صرف نظر می شود ولی از آنجا که نویسندگان قانون مدنی مضمون دو ماده فوق را از فقه امامیه اقتباس کرده اند، مناسب است مختصری راجع به قاعده فراش در فقه امامیه توضیح داده شود .

## «قاعده فراش در حقوق امامیه»

قاعده فراش در فقه امامیه مستفاد از حدیث نبوی مشهور «ألوکد للفراش وکلعه الحجر» می باشد. این روایت را تمام طوائف مسلمین اعم از شیعه و سنی پذیرفته اند<sup>۲۹</sup> که ما به منظور رعایت اختصار از نقل روایات وارده خود داری می نمایم.

از نظر لغوی معنی کلمه فراش در حدیث نبوی مذکور عبارت است از چیزی که برای خوابیدن یا غیر آن روی زمین می گسترانند و در اینجا کنایه از شوهر قانونی و شرعی است به ملاحظه اینکه زوج حق مضاجعه و استمتاع نسبت به همسر خود را دارد. و این قبیل کنایات در لغت عرب و قرآن کریم فراوان است.<sup>۳۰</sup>

برخی از صاحب نظران در خصوص معنای حدیث چنین اظهار نظر کرده اند:

«کلمه فراش ممکن است به معنی بستر باشد و از آن نزدیکی مشروع اراده شده باشد و ممکن است معنی آن رابطه زوجیت موجود بین زوجین باشد»<sup>۳۱</sup>

ولی بنظر می رسد این تعریف خالی از مناقشه نیست زیرا حرف (لام) در کلمه (للفراش) به معنی اختصاص و تعلق است از این رو اگر معنای فراش، نزدیکی یا مقاربت مشروع باشد (با توجه به اینکه مقاربت، از افعال انسان محسوب می شود) معنای حدیث مختل خواهد شد، زیرا نتیجه چنین خواهد شد که فرزند تعلق به نزدیکی مشروع دارد و این نوع سخن گفتن در محاورات معمولی مستهجن و غیر مأنوس می باشد. و اگر نزدیکی مشروع هم خود کنایه دیگری از شوهر قانونی باشد در این صورت کلام مستلزم دو کنایه خواهد بود که با امکان وجود معنایی که مستلزم یک کنایه است نیازی به معنایی که مستلزم دو کنایه باشد وجود ندارد. و اما معنای دوم که عبارت از رابطه زوجیت باشد نیز خلاف مفاهیم عرفی است و با ذوق سلیم سازگار نیست از این رو متعین در معنای فراش همان شوهر قانونی و شرعی است.

کلمه (العاهر) که در قسمت دوم حدیث آمده به معنای زانی است و حجر نیز به

۲۹- ر.ک: صحیح مسلم. ج ۴، ص ۱۷۱؛ صحیح بخاری. ج ۲، ص ۳.

۳۰- بجنوردی، سید حسن. القواعد الفقهیه. ج ۴، ص ۲۴.

۳۱- شهیدی، مهدی. مقاله تلقیح مصنوعی انسان، مجله حقوقی وزارت دادگستری. (مرداد ۱۳۴۵) ص ۱۰۰.

معنای سنگ است و این جمله کنایه از طرد زانی و عدم الحاق ولد به او است .  
 تردیدی نیست که رسول اکرم (ص) در این حدیث در مقام بیان حکم شرعی بوده‌اند، نه اخبار از امر خارجی و به عبارت دیگر این قبیل سیاقات، انشاء حکم در قالب اخبار است که امثال آن در ادله شرعیه فراوان است . مانند یغتسل و یعید (غسل می کند و اعاده می نماید، که در واقع امر به غسل و اعاده است) . همچنین باید دانست که قاعده فراش از امارات معتبره 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 نمی ماند، و در فرض یقین به مضمون اماره نیز اعتبار اماره فراش تحصیل حاصل خواهد بود . با توجه به مطالب فوق روشن می شود که امارات و ظنون غیر معتبر نمی تواند 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 دانسته اند :

شرط اول: نزدیکی و مقاربت - برخی از فقهای امامیه نزدیکی و انزال منی را از شرایط اجرای قاعده فراش می دانند؛ ولی بنظر می رسد برای اجراء اماره فراش اصولاً اثبات مجامعت و نزدیکی بین زن و مرد و انزال، که امری پنهانی است و اقامه دلیل بر آن متعسر است، لازم نیست؛ بلکه وجود علقه زوجیت میان مرد و زن کفایت می کند تا فرض کنیم که رابطه زناشویی برقرار گشته، نزدیکی از مجرای طبیعی بعمل آمده، مگر آنکه خلاف آن ثابت گردد؛ مثلاً: با اقامه دلایلی نظیر غیبت و مسافرت یا بیماری و بستری بودن زن و شوهر و یا زندانی شدن یکی از آنها، به نحوی که هم بستر شدن و نزدیکی میسر نباشد، عدم وقوع مقاربت ثابت شده، اماره فراش ساقط می گردد .  
 بنابراین برای اجرای قاعده فراش، اثبات نزدیکی بین زوجین ضرورت ندارد و اگر چنانچه ملاحظه می شود بعضی از فقها دخول را معتبر دانسته اند به ملاحظه این بوده است که مقاربت مقدمه وصول اسپرم مرد به رحم زن می باشد و دخول موضوعیت در این مسأله ندارد<sup>۳۲</sup> با ملاحظه مفاد مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی نیز می توان مطلب فوق را استنباط نمود، بهمین جهت ماده ۱۱۵۹ ق . م تاریخ انحلال نکاح را مبدأ احتساب حداقل و اکثر مدت حمل قرار داده و فرض قانونگذار چنین است که تا

۳۲- بجنوردی، سید حسن . ج ۴، ص ۳۰ . «فاعتبار الدخول لیس لموضوعیه فیه، بل من جهة کونه مقدمه لوصول الماء الی رحمها» .

آخرین لحظه قبل از انحلال نکاح، استمتاع و نزدیکی امکان پذیر است.  
شرط دوم: تولد طفل بعد از گذشتن شش ماه از تاریخ نزدیکی.  
شرط سوم: نگذشتن بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد طفل.  
بعلت اینکه بررسی شروط دوم و سوم از هدف این نوشتار خارج است، از بحث در اطراف این شروط صرف نظر می نمایم.

حقوق تطبیقی - در حقوق فرانسه قاعده فراش در مورد اطفالی جریان دارد که نطفه آنها در زمان زوجیت ابوبین منعقد گردیده است و برای تعیین زمان انعقاد نطفه باید از فرض قانونی دوران حاملگی زن که در اکثر کشورهای جهان حداقل آن ۱۸۰ روز (شش ماه) و حداکثر آن سیصد روز (ده ماه) پیش بینی شده است استمداد نمود ولی در مورد اطفالی که نطفه آنان خارج از رابطه زوجیت منعقد شود اماره فراش اصولاً قابل اجرا نبوده و اینگونه اطفال باید در ردیف اطفال نامشروع (طبیعی) قرار گیرند؛ البته امروزه دامنه حکومت اماره فراش، و در نتیجه مشروعیت اطفال، در کشور فرانسه توسعه پیدا کرده است، رویه قضایی آن دسته از اطفال که نطفه آنها خارج از رابطه زوجیت منعقد شده ولی تولد آنان در زمان زوجیت به وقوع پیوسته باشد را مشروع می داند.<sup>۳۳</sup>

**فصل سوم: نسب طفل حاصل از لقاح مصنوعی بوسیله اسپرم شوهر**  
بعضی اوقات با اینکه منی شوهر قدرت بارور کردن و آبستن نمودن زن را داراست ولی بلحاظ عیوبی نظیر عنن، انزال سریع و یا نواقص موجود در آلت تناسلی مرد و یا عیوب دستگاه تناسلی زن، انعقاد نطفه از طریق طبیعی امکان پذیر نیست که در این صورت دانش پزشکی به کمک ابزار و وسایل مخصوص اسپرماتوزوئید شوهر را گرفته و به رحم زن تزریق می نمایند. در این فرض اگر زن بوسیله این عمل از اسپرم شوهر خود حامله گردد طفل حاصل از این لقاح مصنوعی به چه کسی ملحق می شود؟ تردیدی نیست که در فرض فوق طفلی که از نطفه شوهر به وجود می آید، فرزند قانونی شوهر خواهد بود و تمام آثار نسب صحیح بین ایشان جاری است؛ خواه عمل تلقیح بوسیله شوهر انجام گرفته باشد، یا بوسیله شخص اجنبی؛ و همچنین اعم از اینکه

33- Mareaud (J.L.H) et Michel ge Juglast. Lecons de droit Clril T.L.V.no s872  
ets-Ripert (G) Boulanger (J): traite de droit Civil.T.I.NO s1946 ets.

زوجین از این عمل مطلع باشند یا هر دو یا یکی از آنها از انجام عمل تلقیح بی اطلاع باشند. زیرا همان طور که در فصل اول راجع به ماهیت نسب ذکر کردیم قانونگذار در اعتبار رابطه نسبی امری، اضافه بر آنچه که عرف در این خصوص لازم می‌داند شناسائی نکرده است و فقط در پاره‌ای موارد بجهت رعایت بعضی از مصالح اجتماعی 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 نطفه دیگری را منشأ ایجاد رابطه نسبی میان آنها می‌داند بطوری که 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 بوسیله آلات و وسایل مصنوعی، و از سوی دیگر بلحاظ اینکه در این مورد ماده‌ای 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 شده و طفل حاصل، به لحاظ نسب، ملحق به ایشان خواهد بود.

ممکن است ایراد شود که قانون‌گذار برای اثبات نسب، آمیزش و نزدیکی زوجین را معتبر دانسته است؛ زیرا برابر ماده ۱۱۵۸ ق. م «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از ۶ ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد» بنابراین از این ماده ظاهر چنین استفاده می‌شود که لقاح مصنوعی باعث حکم به ثبوت نسب میان طفل حاصل از تلقیح و زوجین صاحب نطفه نخواهد بود؛ زیرا در این مورد نزدیکی و آمیزش میان زوجین انجام نشده است. ولی با توجه به مطالبی که در فصل دوم راجع به شروط اجرای قاعده فراش ذکر نمودیم، آمیزش و مقاربت جنسی در الحاق طفل به زوجین موضوعیت نداشته و صرفاً بعنوان مقدمه ایصال نطفه زوج به رحم زن اعتبار شده است، بهمین جهت است که طفل متولد از تفخیز زن و شوهر از نظر قانونی و شرعی منتسب به 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 نسبی مشروع از طریق آمیزش طبیعی نبوده است. برخی از فقهای معاصر نیز در این خصوص مطابق مدعای فوق فتوی داده اند مثلاً آیت الله خوئی (ره) در این زمینه چنین اظهار نظر نموده اند:

«تلقیح زوجه به نطفه شوهرش جائز است و حکم طفل متولد از این عمل، بدون هیچ تفاوتی در حکم سائر اولاد زوجین است».<sup>۳۴</sup>

حقوق تطبیقی - در حقوق فرانسه و در قانون مدنی فعلی آن کشور، در زمینه تلقیح مصنوعی مقرراتی پیش بینی نشده است؛ ولی کمیسیون اصلاح قانون مدنی که به ریاست یکی از علماء و دانشمندان معروف حقوق به نام ژولیو دولاموندیر Julliot de la Morandiere 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 بارضایت کتبی شوهر به وجود آمده است نفی ولد پذیرفته نمی شود».

هر چند طرح کمیسیون مزبور اصولاً بعلت مخالفت مجلسین سنا و ملی فرانسه به تصویب نرسیده و معلق مانده است ولی عملاً بر حسب رویه متداول طفل حاصل از لقاح مصنوعی با اسپرم شوهر که در زمان زوجیت متولد یا نطفه اش در زمان زوجیت منعقد میگردد مشروع محسوب است؛ زیرا تمام شرایط مشروعیت را از نظر حقوقی و عملی واجد است.<sup>۳۵</sup>

**فصل چهارم: نسب طفل حاصل از لقاح مصنوعی بوسیله اسپرم مرد اجنبی**  
در مورد تزریق نطفه مرد بیگانه به رحم زن، دو فرض را باید از یکدیگر تفکیک نمود:

فرض اول: موردی است که نطفه مرد اجنبی به زنی که دارای شوهر قانونی است تزریق می شود و عادتاً نیز امکان باروری زن از شوهر خود معقول باشد، در این صورت مطابق ماده ۱۱۵۸ ق. م در صورتی که از تاریخ نزدیکی شوهر تا زمان تولد طفل کمتر از ۶ ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد طفل ملحق به شوهر مشروع او می باشد و به بیان روشنتر، مادامی که احتمال نزدیکی بین زوجین و انعقاد نطفه از اسپرم شوهر موجود باشد به صرف تلقیح نطفه اجنبی نمی توان طفل را به

۳۴- خوبی، سید ابوالقاسم. مستحدثات المسائل. صص ۴۲-۴۳. «يجوز تلقيح الزوجة بنطفة زوجها... و حکم الولد منه حکم سائر اولادهما بلا فرق اصلاً».

۳۵- امامی، سید حسن. مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه. به نقل از کتاب مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه. ص ۳۶۲ محل انتشار، تهران، سال ۱۳۴۹.



صاحب نطفه تزریق شده ملحق نمود و یا اصلاً نفی نسب کرد؛ بلکه مضمون قاعده فراش و مدلول ماده ۱۱۵۸ ق. م چنین اقتضاء می نماید که طفل را باید به شوهر قانونی و شرعی زن منتسب نماییم. برخی از فقهای امامیه نیز در این خصوص چنین فتوی داده اند:

اشکالی نیست در اینکه اگر نطفه اجنبی به زن تلقیح شود و شوهر قانونی زن با او مقاربت نماید و احتمال تکون طفل از نطفه شوهر موجود باشد طفل متولد شده ملحق به شوهر است.<sup>۳۶</sup>

فرض دوم: این است که زن دارای شوهر نباشد یا عادتاً امکان باروری از شوهر خود را نداشته باشد و یا اینکه یقین پیدا کنیم که حمل ناشی از نطفه شوهر نیست. برخی از حقوقدانان میان صورت علم و جهل طرفین نسبت به انجام عمل تلقیح تفاوت قائل شده اند. دکتر امامی در مورد جهل طرفین به عمل لقاح چنین اظهار نظر نموده است:

«در صورتیکه مرد و زنی که لقاح مصنوعی بین آنان بعمل آمده جاهل به حقیقت امر بوده اند در این صورت طفل ملحق به پدر و مادر طبیعی خود می باشد، زیرا طفل مزبور در ردیف ولد شبهه است و همانگونه که ولد شبهه ملحق به کسی است که جاهل به حرمت رابطه بوده است در مورد مزبور بطریق اولی ملحق به او خواهد بود. زیرا دخول با مرد اجنبی واقع نشده است در صورتی که یکی از زن و مرد جاهل به حقیقت امر باشد طفل نسبت به او، در حکم ولد شبهه است.»<sup>۳۷</sup>

و در صورت جهل طرفین به عمل لقاح چنین آورده است:

«از نظر تحلیلی می توان بر آن بود که آنچه از اصول حقوقی و مخصوصاً مواد قانونی مدنی ایران، استنباط می شود آن است که هر فرزند طبیعی، قانونی است مگر آنکه قانون تصریح به خلاف نموده باشد و موردی را که قانون نشناخته است ولد الزنا است که ملحق به کسی که مرتکب زنا شده نمی گیرد و در بقیه موارد طفل ملحق به پدر و مادر است و فرقی هم بین پدر و مادر از جهت آنکه بوسیله طبیعی منی در رحم زن قرار گرفته یا

۳۶- روحانی، سید محمد صادق. المسائل المستحدثة. ص ۹. «لا اشکال فی انه اذا لقع نطفة الاجنبی وقاریها زوجها واحتمل تکون الولد من ماء الزوج فتکون الولد ملحقاً بالزوج».

۳۷- امامی سید حسن. حقوق مدنی. ج ۵، ص ۱۸۵.

بوسیلهٔ مصنوعی نمی‌توان گذارد سپس اضافه می‌کند «به نظر می‌رسد که پیروی از نظر اول با اصول اخلاقی و حفظ خانواده که سلولهای متشکله اجتماع است چنانچه در جله سوم از آن پیروی شده، اولی باشد، ولی از نظر قضایی محض نمی‌توان از نظر اخیر دست برداشت».<sup>۳۸</sup>

در همین زمینه بعضی از صاحب نظران چنین اظهار نظر نموده‌اند در این صورت (فرض مورد بحث) نص خاصی در قانون موجود نیست ولی با توجه به اهتمام خاصی 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 و عده مبذول داشته است و با استفاده از روح قانون، می‌توان استنباط نمود که طفلی که در اثر ترکیب نطفه مرد با نطفه زن اجنبی پیدایش یافته و در رحم غیر زوجه مشروع پرورش گردیده است نمی‌توان به صاحب نطفه ملحق نمود مگر در صورتی که صاحب نطفه نسبت به طرف دیگر در اشتباه باشد.<sup>۳۹</sup>

ولی آنچه که به نظر می‌رسد و از اصول و قواعد حقوقی نیز بخوبی قابل استنباط است، این است که طفل متولد از لقاح مصنوعی بوسیله 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 اعتبار و انتزاع رابطه نسبی می‌داند و قانونگذار نیز نظریه عرف را در این خصوص پذیرفته است و تنها در مورد زنا نسب را منتفی دانسته است (ماده ۱۱۶۷ ق.م). و نظر به اینکه تلقیح در مانحن فیه عرفاً و شرعاً زنا محسوب نمی‌شود و همچنین اطلاق (ولد) عرفاً بر این طفل صحیح است و منع صریح قانونی نیز در این مورد وجود ندارد باید بر این عقیده بود که طفل ملحق به صاحب نطفه است. ممکن است ایراد شود که مفهوم مخالف، اماره فراش چنین اقتضاء می‌کند که الحاق ولد فقط در مورد وجود فراش امکان پذیر 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.

۳۸- همان، ص ۱۸۶.

۳۹- شهیدی، مهدی. تلقیح مصنوعی انسان، مجله حقوقی وزارت دادگستری. (مرداد ۱۳۴۵) ص ۹۶.

## حقوق تطبیقی:

همین مطلب را می‌توانیم در حقوق امامیه نیز با استفاده از حدیثی که در مسأله مساحقه زن شوهر دار با دختر باکره وارد شده است، به اثبات برسانیم.

در صحیح ابن مسلم - ابن مسلم گفت شنیدم ابا جعفر و ابا عبدا...  
علیهما السلام می‌گفتند حسن بن علی (ع) در مجلس حضرت علی (ع)  
بود که عده‌ای وارد شدند و مسأله‌ای را می‌خواستند از حضرت علی (ع)  
سؤال کنند به علت عدم حضور حضرت در مجلس، نزد امام حسن (ع)  
 مطرح کردند و آن مسأله چنین بود که مردی با زن خود نزدیکی کرده و زن  
در همان حالت با دختر باکره‌ای مساحقه نموده و در نتیجه این عمل نطفه  
از رحم زن وارد رحم دختر گردیده و دختر حامله شده است چه باید  
کرد؟

حضرت امام حسن (ع) فرمودند که مهر دختر باکره را از زن بگیرد زیرا  
طفل حاصل از مساحقه از رحم دختر خارج نمیشود مگر با ازاله بکارت  
وی. سپس زن را چون محصنه بوده رجم کنید و پس از آن که طفل متولد  
گردید به صاحب نطفه رد شود و دختر مزبور را تازیانه بزنید.<sup>۴۰</sup>

همان طور که از حدیث فوق استفاده میشود طفل حاصل از مساحقه مزبور  
ملحق به صاحب نطفه است و چون مساحقه و تلقیح از جهت ترتب این حکم، فرقی  
با یکدیگر ندارند (زیرا ملاك الحاق، خلق طفل از نطفه صاحب نطفه است) لذا در  
تلقیح نیز، طفل ملحق به صاحب نطفه است.

در حدیث فوق ممکن است ایراداتی نیز وجود داشته باشد که از طرح اشکالات  
و جوابها در این خصوص صرف نظر می‌شود برخی از فقهای معاصر امامیه نیز بر این

۴۰- وسائل الشیعة، ج ۲۸، ص ۱۶۷، باب ۳ ح ۳۴۴۷۴ از ابواب حد السحق والقیاده، قال: سمعت  
ابا جعفر و ابا عبدالله (ع) یقولان بینا الحسن بن علی (ع) فی مجلس علی امیر المؤمنین (ع) اذا  
قبل قوم فقالوا یا ابا محمد اردنا امیر المؤمنین (ع) قال وما حاجتکم قالوا اردنا ان نسأله عن  
مسأله قال وماهی تخبرونا بها قالوا: امرئة جامعها زوجها فلما قام عنها قامت فوقعت علی  
جارية بکر فساحتها فالقت النطفة فیها فحملت فما تقول - فقال الحسن (ع): انه یعمد الی  
المرئة فیؤخذ منها مهر الجارية البکر فی اول وهله لان الولد لا یخرج منها حتی تشق عذرتها - ثم  
ترجم المرئة لانها محصنه - وینتظر بالجارية حتی تضع ما فی بطنها - و یرد الی ابيه صاحب  
النطفة ثم تجلد الجارية الحد.

عقیده اند که طفل حاصل از تلقیح اسپرم بیگانه به پدر طبیعی خود (صاحب نطفه) ملحق است<sup>۴۱</sup>. از فقهای سابقه نیز شیخ طوسی درنهایه الاحکام و شهید ثانی در مسالک و محقق در شرایع و همچنین صاحب ریاض و صاحب جواهر طفل را ملحق به صاحب نطفه می دانند.

نتیجه: از مباحث قبل نتیجه می شود که هر گاه تلقیح بواسطه نطفه شوهر قانونی صورت بگیرد و همچنین در صورتی که تلقیح به نطفه اجنبی باشد وزن دارای همسر قانونی باشد و امکان الحاق طفل به شوهر او موجود باشد طفل حاصله ملحق به شوهر است. ولی در صورتی که تلقیح با نطفه بیگانه انجام گرفته باشد و امکان الحاق به شوهر نباشد یا اصولاً زن دارای همسر قانونی نباشد در این صورت طفل ناشی از این عمل ملحق به صاحب نطفه و زن می باشد یعنی نسب و احکام نسب میان زن و صاحب نطفه از یک سو و طفل برقرار می شود و فرقی در این صورت میان جهل یا علم طرفین به عمل تلقیح نمی باشد به آن صورتی که بعضی از حقوقدانان قائل به تفصیل شده بودند. والله العالم.

## فصل پنجم: رابطه نسبی طفل ناشی از لقاح مصنوعی با مادر طبیعی خود

### (زن ملقوحه) - مقبول عدم ردی

در مورد الحاق طفل ناشی از تلقیح به مادر طبیعی خود میان فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد برخی میان صورت جهل زن به عمل لقاح و علم او فرقی قائل شده اند و در فرض اول طفل حاصل از لقاح را در حکم ولد شبیه دانسته و به زن ملقوحه ملحق می سازند؛ ولی در فرض دوم که زن به عمل لقاح عالم بوده طفل حاصل را در حکم ولد زنا دانسته و معتقدند که به پدر و مادر طبیعی خود ملحق نخواهد شد<sup>۴۲</sup>

ولی به نظر می رسد که اصولاً طفل حاصل از تلقیح به مادر طبیعی خود ملحق است زیرا:

اولاً: طفل در رحم زن ملقوحه تکون یافته است و رشد نموده و عرفاً و لغتاً

۴۱- خویی، ابوالقاسم. مستحدثات المسائل. صص ۴۲-۴۳: «... ولو فعل ذلك و حملت المرأة ثم ولدت فالولد ملحق بصاحب الماء و یثبت بینهما جمیع احکام النسب و یرث کل منهما الآخر لان المستثنی من الارث هو الولد عن الزنا وهذا لیس کذا لک».

۴۲- روحانی، سید محمد صادق. المسائل المستحدثه، ج ۱، التلقیح الصناعی.

اطلاق مادر به او صحیح است.

ثانیاً: دلیل شرعی و قانونی مبنی بر عدم الحاق طفل به زن ملقوحه وجود ندارد؛ زیرا آنچه که نفی ولد می کند به ولد زنا مختص است و طفل حاصل از تلقیح مصنوعی ولد زنا، محسوب نمی شود.

ثالثاً: عموم آیه شریفه «ان امهاتهم الالئی ولدنهم» (سوره مجادله، آیه ۲) دلالت دارد که طفلی که در رحم زن رشد می نماید ملحق به مادرش می باشد و زن مادر آن طفل محسوب می شود. لذا طفل حاصل از لقاح مصنوعی به مادر طبیعی خود ملحق می گردد و بین او و مادر و خویشاوندان مادری او توارث برقرار خواهد شد. برخی از فقها نیز چنین فتوی داده اند.<sup>۴۳</sup>

در حقوق مدنی ایران نیز با ملاحظه اینک تنها طفل حاصل از زنا به زانیه ملحق نمی شود (ماده ۱۱۶۷ ق. م) انتساب طفل حاصل از تلقیح مصنوعی به مادر طبیعی خود منع قانونی ندارد.

حقوق تطبیقی - در حقوق فرانسه طفل حاصل از لقاح مصنوعی زنی که فاقد شوهر باشد، مانند طفل طبیعی است که ممکن است نسب وی مورد شناسائی مادر واقع شود، یا طفل نسب طبیعی خود را با طرح دعوی، اثبات نماید و طفل حاصل از لقاح مصنوعی زن شوهر دار اگر شوهر اقدام به انکار نکند یا شرایط قانونی انکار ولد موجود نگردد از مشروعیت ظاهری برخوردار می گردد و در صورت نفی ولد، طفل نسبت به مادر مانند طفل طبیعی است و از نظر صاحب ماء چون غالباً ناشناس است مانند طفلی است که از پدر ناشناس بوجود آمده است. در آمریکا با وجود رضایت شوهر، طفل حاصل از لقاح مصنوعی با اسپرم بیگانه نامشروع نخواهد بود.<sup>۴۴</sup>

## فصل ششم: فروعاًت مسأله تلقیح مصنوعی در رابطه با قانون مدنی

در این فصل بعضی از فروعاًت مسأله تلقیح مصنوعی را در رابطه با قانون مدنی ایران مورد مطالعه قرار می دهیم.

فرع اول: ماده ۱۰۴۵ ق. م در مورد نکاح با اقارب نسبی گوید:

«نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است اگر چه قرابت حاصل از زنا یا شبهه باشد ...»

۴۳- خویی، سید ابوالقاسم. مستحدثات المسائل، مسأله ۴۳.

۴۴- امامی، سید حسن. مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه. ص ۳۹۵. سال انتشار ۱۳۴۹ محل انتشار تهران، ناشر، مؤسسه حقوق تطبیقی.

سؤالی که اینجا مطرح است این است که آیا نسب ناشی از لقاح مصنوعی را نیز می‌توان مشمول ماده فوق دانست و در نتیجه حکم به ممنوعیت نکاح در موارد مصرحه در ماده فوق نمود یا خیر؟

در پاسخ این مسأله می‌توان گفت بعد از بیان ثبوت نسب میان صاحب نطفه و طفل متولد از تلقیح حکم مسأله کاملاً واضح و روشن است زیرا در این مورد عرفاً و قانوناً نسب ثابت است از این رو احکام نسب نیز مترتب خواهد شد و یکی از احکام نسب مفاد ماده ۱۰۴۵ ق. م است لذا نسب ناشی از تلقیح مصنوعی نیز مشمول ماده فوق الذکر خواهد بود. حتی بنا بر عدم ثبوت نسب قانونی میان طفل ناشی از تلقیح و صاحب نطفه می‌توان ادعا کرد که مفاد ماده ۱۰۴۵ ق. م در این مورد جریان دارد.

زیرا اولاً: منظور از نسب موجود در ماده فوق، نسب عرفی است و معنی نسب مشروع قانونی در نظر مقنن نبوده است؛ به دلیل ذیل ماده فوق که می‌گوید «اگر چه قرابت ناشی از شبهه یا زنا باشد» و لذا چون عرف تکون طفل از نطفه شخص، را منشأ ایجاد رابطه نسبی می‌داند اطلاق ماده فوق، حرمت و ممنوعیت نکاح میان اقارب نسبی هر چند از طریق لقاح مصنوعی باشد، را ثابت می‌کند.

ثانیاً: مقتضی اصل، (در فرض شک و عدم استفاده حکم از ظواهر ادله) در این موارد احتیاط است و از این رو. شک در جواز، با عدم وجود دلیل معتبر قانونی، در حکم به حرمت و ممنوعیت کافی است. با توجه به روایاتی که در زمینه پیدایش نسل بشر از ذریه حضرت آدم (ع)، از ائمه معصومین وارد شده است در فقه امامیه نیز همین حکم ثابت است آن روایات متضمن این نکته است که انسان نمی‌تواند با قسمتی از خود ازدواج کند.<sup>۴۵</sup>

فرع دوم: ماده ۱۰۵۵ ق. م گوید:

«نزدیکی به شبهه و زنا اگر سابق بر نکاح باشد از حیث مانعیت نکاح در حکم نزدیکی بانکاح صحیح است ولی مبطل نکاح سابق نیست».

مطابق مدلول ماده فوق اگر مردی با زنی که بین آنها علقه زوجیت وجود ندارد مقاربت و نزدیکی نماید هر چند که این عمل در اثر اشتباه و شبهه باشد، دختر آن زن و همچنین مادر او بر مرد حرام می‌شود. سؤالی که در این خصوص مطرح است این

۴۵- صدوق. علل الشرایع. باب ۱۷، باب کیفیت بدوالنسل.

است که آیا تلقیح مصنوعی اسپرم مرد بیگانه به رحم زن اجنبی نیز دارای چنین حکمی است یا خیر؟

در پاسخ مسأله فوق می توان گفت که با توجه به تصریح کلمه (نزدیکی) در متن ماده فوق، می توان به عدم حرمت دختر و مادر زن ملقوحه بر صاحب نطفه حکم نمود، زیرا در تلقیح، نزدیکی تحقق نیافته است و لذا مورد، مشمول ماده ۱۰۵۵ ق. م. قرار نمی گیرد.

ثانیاً: در صورت شک در حرمت، اصل برائت از حرمت جریان خواهد داشت و نتیجتاً عدم حرمت ابدی دختر و مادر زن بر صاحب نطفه ثابت می گردد. در تأیید مدعای فوق می توان از بند ۳ ماده ۱۰۴۷ ق. م نیز استمداد جست در این ماده حرمت ابدی دختر زوجه منوط به وقوع نزدیکی بین زوجین است و چون تلقیح مصنوعی، مصداق نزدیکی نیست، حکم ماده فوق در این مورد جریان نخواهد داشت.

ولی همان طور که سابقاً در مباحث نسب بیان کردیم ممکن است ایراد شود که همان طوری که در ثبوت یا عدم ثبوت نسب، نزدیکی خصوصیتی نداشته و صرفاً به عنوان یکی از مصادیق معمول و شایع ادخال نطفه به رحم زن ذکر گردیده است و آنچه که در ثبوت و عدم ثبوت نسب مؤثر است تکون طفل از نطفه انسان دیگری است، از این رو در مسأله تلقیح اسپرم مرد بیگانه قائل به ثبوت نسب شدیم، همین طور در مورد ماده فوق نیز ادعا کنیم که نزدیکی در اثبات حرمت خصوصیتی نداشته و ملاک حرمت دخول نطفه مرد بیگانه به رحم اجنبی است که این عمل به وسیله تلقیح نیز قابل تحقق است. و از طرفی با توجه به اهتمام شارع و مقنن در خصوص فروج مقتضی اصل در این مورد احتیاط است نه برائت همانطور که در دلیل سوم از ادله عدم جواز تکلیفی تلقیح بیان داشتیم. از این رو استشهاد به آیه «وَرَبَّائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَابِكُمْ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَیْكُمْ» (سوره نساء، آیه ۲۲) برای لزوم نزدیکی در ثبوت حرمت ابدی خالی از مناقشه نیست زیرا بنا بر مدعای فوق کلمه دخول در آیه مانند کلمه نزدیکی در ماده ۱۰۵۵ ق. م موضوعیت نداشته و بعنوان فرد شایع ذکر شده است.

بهر حال اگر بخواهیم بر ظواهر کلمات مواد قانونی تکیه کنیم باید ملتزم به نظریه اول (عدم حرمت) بشویم ولی چنانچه بخواهیم به روح قوانین و روشی که شارع و مقنن در خصوص فروج و دماء پیش گرفته اند توجه کنیم باید ملتزم به احتیاط شده

وقائل به نظریه دوم (حرمت ابدی) بشویم. بهر حال مسأله خالی از تأمل و دقت نیست.

فرع سوم: ماده ۱۰۵۴ ق. م می گوید:

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

مسأله مطروحه این است که آیا تلقیح مصنوعی زنی که در عده رجعیه است نیز موجب حرمت ابدی زن ملقوحه است یا خیر؟ در این خصوص می توان گفت با توجه به اینکه ماده تصریح به وقوع زنا کرده و رابطه لقاح مصنوعی قطعاً زنا نیست، از این لحاظ نمی توان لقاح مصنوعی را موجب حرمت ابدی دانست مضافاً به اینکه در صورت تردید در مسأله استصحاب عدم حرمت ابدی جاری خواهد بود.

فرع چهارم: ماده ۱۱۴۲ ق. م مقرر می دارد:

«طلاق زنی که با وجود اقتضای سنی عادت زنانگی نمی شود وقتی صحیح است که از تاریخ نزدیکی با زن ۳ ماه گذشته باشد.»

سؤال این است که اگر میان زوجین مقاربت طبیعی صورت نگرفته باشد ولی عمل تلقیح میان ایشان انجام شده باشد آیا در این مورد نیز لازم است که برای طلاق ۳ ماه از تاریخ تلقیح گذشته باشد یا خیر؟ با توجه به روح قوانین راجع به طلاق و عده ظاهر می شود که نزدیکی در ماده فوق خصوصیتی ندارد و جعل عده یا گذشتن سه ماه در مورد ماده فوق الذکر، به منظور معلوم شدن بارداری زن و عدم اختلاط میاه و تنظیم انساب میان اشخاص می باشد از این رو می توان گفت چون در تلقیح نیز احتمال باروری وجود دارد، اگر نزدیکی میان زوجین صورت نگرفته باشد ولی تلقیح مصنوعی انجام شده باشد، برای صحت طلاق لازم است سه ماه از تاریخ لقاح مصنوعی گذشته باشد.

فرع پنجم: ماده ۱۱۴۵ ق. م می گوید:

«در موارد ذیل طلاق بائن است ۱- طلاقی که قبل از نزدیکی واقع شود و...»

بحث این است که اگر طلاق قبل از نزدیکی، و بعد از لقاح مصنوعی، انجام شود رجعی است یا بائن؟

ممکن است گفته شود که چون در ماده فوق قانونگذار تصریح به کلمه (نزدیکی) نموده است و قرینه ای که دلالت بر عدم خصوصیت نزدیکی در ثبوت حکم



بنماید، وجود ندارد باید براین نظر بود که طلاق بائن است؛ ازاین رو با لقاح مصنوعی هر چند که منجر به حامله شدن زن نیز بشود طلاق رجعی نخواهد بود و در صورت تردید در جواز رجوع، استصحاب عدم جواز رجوع نیز جاری خواهد بود و نتیجتاً طلاق بائن می شود.

فرع ششم: ماده ۱۱۰۱ ق. م می گوید:

«هر گاه عقد نکاح قبل 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».

ماده ۱۰۹۹ ق. م مقرر می دارد:

«در صورت جهل زن بفساد نکاح و وقوع نزدیکی، زن مستحق مهر المثل است».

ماده ۱۰۹۸ ق. م می گوید:

«در صورتی که عقد نکاح اعم از دائم یا منقطع باطل بوده و نزدیکی واقع نشده زن حق مهر ندارد و اگر مهر را گرفته شوهر می تواند آن را استرداد نماید».

و همچنین مطابق ماده ۱۰۹۷ ق. م

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

ماده ۱۰۹۳ ق. م اشعار می دارد:

«هر گاه مهر در عقد ذکر نشده باشد و شوهر قبل از نزدیکی و تعیین مهر زن خود را طلاق دهد زن مستحق مهر المتهه است و اگر بعد از آن طلاق دهد مستحق مهر المثل خواهد بود».

ماده ۱۱۵۵ ق. م گوید:

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

و مطابق ماده ۱۰۵۷ ق. م

«زنی که سه مرتبه متوالی زوجه یکتفر بوده و مطلقه شده بر آن مرد حرام می شود مگر اینکه به عقد دائم به زوجیت مرد دیگری درآمده و پس

از وقوع نزدیکی با او به واسطه طلاق یا فسخ یا فوت فراق حاصل شده باشد».

همان طور که در مواد قانونی فوق ملاحظه می شود قانونگذار احکام خود در این موارد بر نزدیکی یا عدم نزدیکی مترتب نموده است. سؤالی که در تمام این موارد مطرح است این است که اگر نزدیکی بین طرفین واقع نشده باشد، ولی عمل تلقیح صورت گرفته باشد، آیا همین احکام مترتب خواهد بود یا خیر؟

از نظر قضائی و حقوقی با توجه به تصریح قانونگذار به کلمه (نزدیکی) و همچنین فقدان قرینه ای که بر عدم خصوصیت نزدیکی در ترتب احکام مزبور دلالت بنماید، باید بر این عقیده بود که با تلقیح مصنوعی و بدون انجام عمل مقاربت احکام فوق الذکر که مترتب بر نزدیکی است جاری نخواهد بود.

ممکن است در زمینه تلقیح مصنوعی در رابطه با قانون مدنی فروع دیگری نیز وجود داشته باشد، ولی آنچه که مهمتر بنظر می رسد در این نوشتار بیان شد.



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی