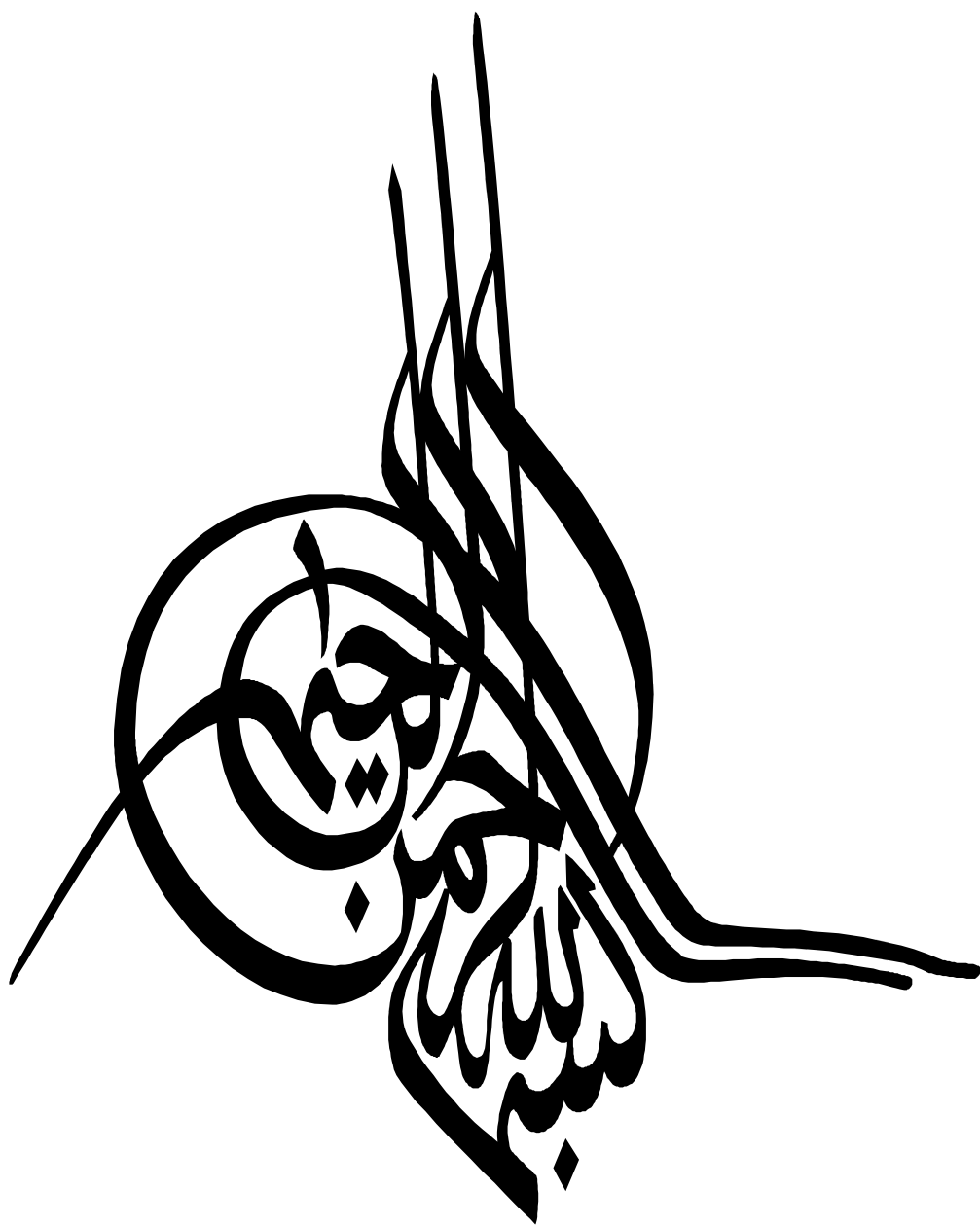






دانشکده علوم انسانی
گروه فقه و حقوق خصوصی

پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد
رشته فقه و حقوق خصوصی

عنوان
خلاها و چالشهای فقهی و حقوقی قانون نحوه اهدای جنین در پرتو تحلیل رویه
قضایی ایران

استاد راهنما
دکتر محمد رضا عزیزاللهی

دانشجو
فرشته نوری
شهریور ۱۴۰۲

شماره:	اظهارنامه دانشجو	
تاریخ:		

اینجانب فرشته نوری دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشکده علوم انسانی دانشگاه شاهد، گواهی می‌دهم که پایان‌نامه تدوین شده حاضر با عنوان: «**خلأها و چالشهای فقهی و حقوقی قانون نحوه اهدای جنین در پرتو تحلیل رویه قضایی ایران**» به راهنمایی استاد محترم جناب آقای دکتر محمد رضا عزیزاللهی توسط شخص اینجانب انجام و صحت و اصالت مطالب تدوین شده در آن، مورد تایید است و چنانچه هر زمان دانشگاه کسب اطلاع کند که گزارش پایان‌نامه حاضر صحت و اصالت لازم را نداشته، دانشگاه حق دارد مدرک تحصیلی اینجانب را مسترد و ابطال نماید؛ همچنین اعلام می‌دارد در صورت بهره‌گیری از منابع مختلف شامل: گزارش تحقیقاتی، رساله، پایان‌نامه، کتاب، مقالات تخصصی و سایر منابع اطلاعاتی، به منبع مورد استفاده و پدیدآورنده آن به طور دقیق ارجاع داده شده و نیز مطالب مندرج پایان‌نامه حاضر تاکنون برای دریافت هیچ نوع مدرک یا امتیازی توسط اینجانب و یا سایر افراد به هیچ کجا ارائه نشده است. در تدوین متن پایان‌نامه حاضر، چاقوب مصوب تدوین گزارش‌های پژوهشی تحصیلات تکمیلی دانشگاه شاهد به طور کامل مراعات شده و نهایتاً این که، کلیه حقوق مادی ناشی از گزارش پایان‌نامه حاضر، متعلق به دانشگاه شاهد می‌باشد.

نام و نام خانوادگی دانشجو(دست‌نویس):

امضای دانشجو

تاریخ:



صور تجلسه دفاع از پایان نامه تحصیلی کارشناسی ارشد

با تاییدات الهی و با استعانت از ولی عصر (عج) دفاع از پایان نامه خانم **فرشته نوری** دانشجوی کارشناسی ارشد **فقه و حقوق خصوصی** به شماره دانشجویی **۹۹۷۵۶۷۵۰۶**

تحت عنوان: **خلأها و چالشهای فقهی و حقوقی قانون نحوه اهدای جنین در پرتو تحلیل رویه قضایی ایران**

به ارزش ۴ واحد، راس ساعت روز مورخ در محل سالن دفاع دانشکده علوم انسانی تشکیل گردید. هیات داوران که قبلاً پایان نامه را مطالعه نموده‌اند، پس از شنیدن گزارش دانشجو و دفاعیات و پرسش‌های لازم در زمینه علمی و تحقیقاتی ایشان نتیجه را به شرح ذیل اعلام می‌دارند:

پایان نامه نامبرده بانمره:

به عدد و نمره به حروف و با امتیاز مورد تأیید قرار گرفت.

امتیازات:

- عالی: ۱۹ تا ۲۰- بسیار خوب: ۱۸ تا ۱۸.۹۹ خوب: ۱۶ تا ۱۷.۹۹ - قبل قبول: ۱۴ تا ۱۵.۹۹ - غیر قابل قبول: نمره کم‌تر از ۱۴

اعضای هیات داوران		مرتبه دانشگاهی	تخصص	امضا
استاد راهنما	نام استاد راهنما			
استاد مشاور	نام استاد مشاور			
اساتید یا محققان مدعو	داور	نام داور		
	داور	نام داور		

تقديم به:

ساحت مقدس صاحب الزمان (عج)...

تقديم به:

پدرو مادر عزيزم كه هر چه دارم از وجود پدرم هراتان است

سیاسگزاری

حمد و سپاس خدای را که توفیق کسب دانش و معرفت را به ما عطا فرمود.

در اینجا بر خود لازم می‌دانم که فرصت را غنیمت شمرده و از جناب آقای دکتر عزیزاللهی

که مصلحت خطیر راهنمایی این پایان نامه را بر عهده گرفته و روشنائی این مسیر بوده اند

کمال تشکر را نموده و برای ایشان طول عمر با عزت و سربلندی را از خداوند منان آرزو مندم.

از سایر اساتید گروه فقه و حقوق خصوصی نیز کمال تشکر را دارم.

چکیده

با پیشرفت علم پزشکی درمان بسیاری از بیماری‌های لاعلاج از جمله ناباروری فراهم شده‌است و موجب امیدواری زوجین برای حل مشکل ناباروری گردیده‌است و فرصت داشتن فرزند را به آنان اعطانموده‌است. اما استفاده از این شیوه‌ها موجب ایجاد چالش‌های حقوقی، فقهی، اخلاقی، مذهبی و... شد که قانونگذار را مجبور به تصویب قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور در سال ۱۳۸۲ در جهت حل این مشکلات نمود اما به دلیل سکوت قانونگذار در بسیاری از موارد، قضات با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی برای اتخاذ تصمیم مقتضی موظف به مراجعه به فقها و منابع فقهی شدند اما در این امر نیز باتوجه به استنباط قضات گاهی احکام متفاوتی صادر می‌شود که در نتیجه با ارجاع به دیوان عالی کشور منجر به ایجاد رأی وحدت رویه می‌گردد و در این پژوهش نیز به بررسی خلأها و چالش‌های قانون نحوه اهدای جنین و تحلیل آنها با توجه به رویه قضایی پرداخته شده‌است. این پژوهش به روش توصیفی – تحلیلی انجام گردیده‌است؛ در نتیجه با بررسی رویه‌ها بدین نتیجه رسیدیم که غالب رویه‌های موجود منطبق بر قانون مذکور و منابع فقهی هستند اما در مواردی نیز رویه‌ای یافت نشد همچنین در مسائلی چون تقابل حق حضانت زوجین دریافت‌کننده و حق استرداد زوجین اهداکننده پس از اثبات نسب که قانون سکوت نموده‌است و نظر فقها بر اعطای حق استرداد به زوجین اهداکننده به دلیل انتساب طفل به آنها می‌باشد اما با توجه به بررسی‌های انجام شده اصل رعایت مصلحت طفل برای تصمیم‌گیری در این خصوص حائز اهمیت می‌باشد و بر عسر و حرج زوجین نیز ارجحیت دارد و در ارث‌بری زوجین دریافت‌کننده از یکدیگر پس از فوت هریک از آنها نیز این امر با تکیه بر فرزنددار بودن آنان انجام می‌گیرد. بنابراین این قانون نیازمند بازبینی مجدد قانونگذار و تصویب قانونی در جهت تکمیل قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور و بیان صریح نظرات خود به ویژه در مسئله نسب و آثار مترتب بر آن و همچنین بیان نظر خود در خصوص سایر روش‌های کمک پزشکی ناباروری و در نتیجه خروج از تفاسیر متفاوت و همچنین ایجاد ضمانت اجرایی برای زوجین دریافت‌کننده جنین و همچنین اهداکنندگان جنین در جهت تأمین مصالح طفل ضروری و پیشگیرانه می‌باشد.

کلید واژه: اهدای جنین، زوجین نابارور، باروری مصنوعی، نسب، توارث و رویه قضایی

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
فصل اول.....	۱
کلیات پژوهش.....	۱
۱-۱. مقدمه.....	۲
۲-۱. بیان مسئله.....	۳
۳-۱. اهداف پژوهش.....	۵
۱-۳-۱. هدف کلی.....	۵
۱-۳-۲. اهداف فرعی.....	۵
۴-۱. پرسش‌های پژوهش.....	۵
۱-۴-۱. پرسش اصلی.....	۵
۲-۴-۱. پرسش‌های فرعی.....	۶
۵-۱. اهمیت و ضرورت پژوهش.....	۶
۱-۵-۱. فایده نظری.....	۶
۱-۵-۲. فایده عملی.....	۷
۶-۱. تعاریف.....	۸
۱-۶-۱. زوجین نابارور.....	۸
۱-۶-۱-۱. تعریف لغوی.....	۸
۱-۶-۱-۲. تعریف پزشکی.....	۹
۲-۶-۱. علل ناباروری.....	۹
۱-۶-۲-۱. علل ناباروری در زنان.....	۹
۱-۶-۲-۲. علل ناباروری در مردان.....	۱۰

- ۱-۶-۳. تلقیح (باروری) مصنوعی ۱۰
- ۱-۶-۳-۱. تعریف لغوی و اصطلاحی ۱۰
- ۱-۶-۳-۲. تعریف پزشکی ۱۱
- ۱-۶-۴. روش های تلقیح مصنوعی ۱۱
- ۱-۶-۴-۱. لقاح داخل رحمی ۱۲
- ۱-۶-۴-۱-۱. اهدای اسپرم ۱۲
- ۱-۶-۴-۱-۲. اهدای تخمک ۱۳
- ۱-۶-۴-۲. لقاح خارج رحمی ۱۳
- ۱-۶-۴-۲-۱. انتقال زیگوت به درون لوله رحم (فالوپ) (ZIFT) ۱۳
- ۱-۶-۴-۲-۲. تزریق درون سیتوپلاسمی اسپرم (ICSI) ۱۴
- ۱-۶-۴-۳. انتقال جنین (IVF) ۱۴
- ۱-۶-۵. اهدای جنین ۱۵
- ۱-۶-۵-۱. تعریف جنین ۱۵
- ۱-۶-۵-۲. تعریف اهدای جنین ۱۵
- ۱-۶-۶. تعریف رویه قضایی ۱۶
- ۱-۶-۶-۱. مفهوم عام رویه قضایی ۱۷
- ۱-۶-۶-۲. مفهوم خاص رویه قضایی ۱۷
- ۱-۷. نوآوری پژوهش ۱۸
- ۱-۸. روش پژوهش ۱۹
- ۱-۹. مبانی نظری و پیشینه تحقیق ۱۹
- ۱-۹-۱. مبانی نظری تحقیق ۱۹
- ۱-۹-۱-۱. قاعده ضرورت ۲۰
- ۱-۹-۱-۲. قاعده نفی عسرو حرج ۲۰
- ۱-۹-۱-۳. اصل عدالت ۲۰

۲۰	۱-۹-۱. اصل رعایت مصلحت (غبطه)
۲۲	۱-۹-۲. پیشینه تحقیق
۲۲	۱-۹-۲-۱. پیشینه داخل کشور
۲۳	۱-۹-۲-۲. پیشینه خارج از کشور
۲۵	فصل دوم
۲۵	چالشهای قانون نحوه اهدای جنین
۲۶	۱-۲. مراکز تخصصی درمان ناباروری
۲۶	۱-۱-۲. صلاحیت مراکز تخصصی درمان ناباروری
۲۷	۲-۱-۲. لزوم رعایت ضوابط شرعی
۲۸	۲-۱-۳. لزوم استفاده از تلقیح خارج از رحم
۲۹	۲-۱-۴. زوجین شرعی و قانونی
۳۱	۲-۱-۵. موافقت کتبی
۳۱	۲-۱-۶. راهکار
۳۱	۲-۲. شرایط زوجین دریافت کننده و اهدا کننده
۳۲	۲-۲-۱. زن و شوهر بودن
۳۲	۲-۲-۲. تنظیم تقاضانامه دریافت جنین به طور مشترک
۳۳	۲-۲-۳. ناباروری زوجین و استعداد دریافت جنین زوجه
۳۴	۲-۲-۴. صلاحیت اخلاقی
۳۵	۲-۲-۵. عدم محجوریت زوجین
۳۶	۲-۲-۶. عدم ابتلا به بیماری های صعب العلاج
۳۶	۲-۲-۷. عدم اعتیاد به مواد مخدر
۳۷	۲-۲-۸. تابعیت جمهوری اسلامی ایران
۳۸	۲-۲-۹. نکات تکمیلی
۳۹	۲-۳. تکالیف متقابل زوجین دریافت کننده و طفل

- ۴۰ ۱-۳-۲. نگهداری
- ۴۱ ۲-۳-۲. تربیت
- ۴۲ ۱-۲-۳-۲. راهکار
- ۴۲ ۳-۳-۲. نفقه
- ۴۳ ۴-۳-۲. تکریم و احترام
- ۴۴ ۵-۳-۲. نسب
- ۴۴ ۱-۵-۳-۲. تعریف نسب
- ۴۴ ۲-۵-۳-۲. اقسام نسب
- ۴۵ ۱-۲-۵-۳-۲. نسب قانونی
- ۴۵ ۳-۲-۵-۳-۲. نسب ناشی از شبهه
- ۴۶ ۳-۲-۵-۳-۲. نسب ناشی از زنا
- ۴۶ ۴-۲-۵-۳-۲. نسب ناشی از تلقیح مصنوعی
- ۴۷ ۳-۵-۳-۲. اثبات نسب
- ۴۸ ۴-۵-۳-۲. انواع نسب
- ۴۸ ۱-۴-۵-۳-۲. نسب مادری
- ۴۸ ۱-۱-۴-۵-۳-۲. نسب مادری طفل حاصل از اهدای جنین
- ۴۹ ۲-۴-۵-۳-۲. نسب پدری
- ۴۹ ۱-۲-۴-۵-۳-۲. نسب پدری طفل حاصل از اهدای جنین
- ۵۰ ۵-۵-۳-۲. نسب در تلقیح مصنوعی با نطفه شوهر
- ۵۱ ۶-۵-۳-۲. نظریه اراده و اعراض
- ۵۲ ۷-۵-۳-۲. حق استرداد طفل
- ۵۲ ۱-۷-۵-۳-۲. از نظر حقوقی
- ۵۲ ۲-۷-۵-۳-۲. از نظر فقهی
- ۵۳ ۶-۳-۲. آثار نسب

۵۴	حضانة ۱-۶-۳-۲
۵۴	تعريف حضانة ۱-۱-۶-۳-۲
۵۴	ماهيت حضانة (حق يا تكليف؟) ۲-۱-۶-۳-۲
۵۵	اركان حضانة ۳-۱-۶-۳-۲
۵۶	حضانة طفل حاصل از تلقيح مصنوعی ۴-۱-۶-۳-۲
۵۶	حق حضانة يا حق استرداد طفل؟ ۵-۱-۶-۳-۲
۵۸	ارث ۲-۶-۳-۲
۵۸	تعريف ارث ۱-۲-۶-۳-۲
۵۸	موجبات ارث ۲-۲-۶-۳-۲
۵۹	موانع ارث ۳-۲-۶-۳-۲
۵۹	ارث بری زوج و زوجه از يکديگر ۴-۲-۶-۳-۲
۶۰	ارث بری والدين حکمی از يکديگر (زوج و زوجه دريافت کننده جنين) ۵-۲-۶-۳-۲
۶۱	راهکار ۶-۲-۶-۳-۲
۶۱	رسيدگی به درخواست زوجين ۴-۲
۶۱	درخواست يا دادخواست؟ ۱-۴-۲
۶۲	دادگاه صالح ۲-۴-۲
۶۲	تشریفات دادرسی ۳-۴-۲
۶۳	قطعی و قابل تجديد نظر بودن مجوز دريافت جنين ۴-۴-۲
۶۳	تدوين آييننامه اجرائی ۵-۲
۶۴	آييننامه ۶-۲
۶۵	فصل سوم
۶۵	بررسی رویه قضایی
۶۶	۱-۳ گفتار اول: رویه قضایی و آراء وحدت رویه
۶۶	۱-۱-۳ شرایط صدور رأی وحدت رویه

۶۶	۱-۱-۱-۳. نقص قانون:
۶۶	۲-۱-۱-۳. سکوت قانون:
۶۶	۳-۱-۱-۳. اجمال قانون:
۶۷	۴-۱-۱-۳. تناقض یا تعارض قانون:
۶۷	۲-۱-۳. مراجع صادرکننده رأی وحدت رویه
۶۸	۳-۱-۳. مزایا و معایب آراء وحدت رویه
۶۸	۴-۱-۳. منبع حقوق بودن آراء وحدت رویه
۶۹	۲-۳. گفتار دوم: بررسی مواد قانون مذکور و نظریات و آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور
۶۹	۱-۲-۳. لقاح خارج از رحم
۶۹	۱-۲-۳. بررسی رأی وحدت رویه با موضوع «تلقیح خارج از رحم»
۷۰	۲-۲-۳. تحلیل ماده ۱ با توجه به رویه موجود
۷۱	۲-۲-۳. تقاضای زوجین متقاضی جنین اهدایی
	۱-۲-۳. بررسی رأی وحدت رویه با موضوع «تشریفات تقاضای زوجین برای دریافت جنین اهدایی»
۷۱	۱-۲-۳. رأی
۷۱	۲-۲-۳. تحلیل ماده ۲ با توجه به رویه موجود
۷۳	۳-۲-۳. تکالیف متقابل زوجین دریافت کننده و طفل حاصل
۷۳	۱-۳-۲-۳. نظریات در خصوص نگهداری
۷۴	۲-۳-۲-۳. تحلیل بحث نگهداری در ماده ۳ با توجه به نظریات موجود
۷۵	۳-۳-۲-۳. نظریات در خصوص تربیت طفل
۷۶	۴-۳-۲-۳. تحلیل بحث تربیت در ماده ۳ با توجه به نظریات موجود
۷۶	۵-۳-۲-۳. رویه های قضایی در خصوص نسب
۷۶	۶-۳-۲-۳. بررسی آراء وحدت رویه و نظریات مشورتی در خصوص آثار نسب
۷۶	۱-۶-۳-۲-۳. بررسی آراء وحدت رویه ماهیت حضانت

۸۰	۳-۲-۳-۶-۲. تحلیل بحث ماهیت حضانت با توجه به رویه قضایی
۸۱	۳-۲-۳-۶-۳. رأی وحدت رویه موضوع حضانت طفل متولد از تخمک دیگری
۸۲	۳-۲-۳-۶-۴. تحلیل حضانت طفل حاصل از تخمک اهدای با توجه به رأی موجود
۸۳	۳-۲-۳-۶-۵. آراء وحدت رویه در خصوص مصلحت کودک در امر حضانت
۸۴	۳-۲-۳-۶-۶. تحلیل مصلحت طفل در حضانت با توجه به رویه قضایی موجود
۸۵	۳-۲-۳-۶-۷. آراء وحدت رویه در خصوص حق استرداد فرزند مشترک
۸۵	۳-۲-۳-۶-۸. تحلیل حق استرداد فرزند مشترک با توجه به رأی موجود
۸۶	۳-۳-۳. تبیین تقاضای زوجین
۸۶	۳-۳-۱. تعدد دفعات درخواست تجدید نظر
	۳-۳-۲. بررسی رأی وحدت رویه با موضوع «کیفیت تنظیم و تسلیم تقاضای دریافت جنین اهدایی»
۸۶	
۸۹	۳-۳-۳-۳. تحلیل ماده ۴ با توجه به رأی شماره ۷۵۵
۸۹	۳-۳-۴. قطعی بودن آراء صادره
۹۲	فصل چهارم
۹۲	بحث، نتیجه‌گیری و پیشنهادها
۹۳	۴-۱. پاسخ به پرسش‌های پژوهش
۹۳	۴-۱-۱. پاسخ نخست
۹۵	۴-۱-۲. پاسخ دوم
۹۶	۴-۱-۳. پاسخ سوم
۹۶	۴-۲. نتیجه‌گیری
۱۰۰	۴-۳. پیشنهادهای حاصل از پژوهش
۱۰۱	۴-۴. پیشنهاد برای پژوهش‌های آتی
۱۰۱	منابع
۱۰۲	منابع فارسی

۱۰۲.....	منابع مرجع:
۱۰۲.....	کتاب:
۱۰۶.....	مقاله:
۱۰۸.....	پایاننامه:
۱۰۹.....	منابع لاتین
۱۰۹.....	پیوست‌ها
۱۱۰.....	پیوست الف
۱۱۲.....	پیوست ب

فصل اول

کلیات پژوهش

۱-۱. مقدمه

خانواده نهادی مقدس از دیدگاه اسلام و سایر ادیان و نیز عرف جوامع به ویژه جوامع اسلامی می‌باشد و قانونگذار در مقدمه قانون اساسی کشور به نهاد خانواده و جایگاه والای زن به عنوان مادر پرداخته‌است و خانواده را کانون اصلی رشد و تعالی انسان و واحد بنیادین جامعه معرفی نموده‌است و همچنین در اصل دهم قانون اساسی نیز به اهمیت حفظ بنیان خانواده بر اساس حقوق و اخلاق اسلامی پرداخته شده‌است که گاهی حفظ بنیان خانواده با چالش‌هایی مواجه می‌شود و حفظ آن در گرو فرزندآوری زوجین قرار می‌گیرد اما در این میان برخی از زوجین در این زمینه با مشکلاتی مواجه می‌شوند که گاه موجب فروپاشی خانواده می‌شود و خداوند متعال در آیات ۴۹ و ۵۰ سوره شوری در اینباره می‌فرماید: «لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَّا لَهُ وَهَّابٌ لِّمَنْ يَشَاءُ الذَّكُورَ ﴿٤٩﴾ أَوْ يَزُوجَهُمْ ذُكْرًا وَإِنَّا لَهُ وَهَّابٌ لِّمَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴿٥٠﴾»: فرمانروایی (مطلق) آسمانها و زمین از آن خداست هر چه بخواهد می‌آفریند به هر کس بخواهد فرزند دختر و به هر کس بخواهد فرزند پسر می‌دهد (۴۹) یا آنها را پسر(ان) و دختر(انی) توام با یکدیگر می‌گرداند و هر که را بخواهد عقیم می‌سازد اوست دانای توانا (۵۰)» و همچنین در آیات متعددی چون آیه ۴۶ سوره کهف، آیه ۶ سوره اسراء، آیه ۱۴۰ سوره انعام به نعمت داشتن فرزند پرداخته شده‌است و نیز در آیاتی چون آیه ۵ و آیه ۷ سوره مریم و آیه ۸۹ سوره انبیاء به حضرت زکریا بشارت داده‌شد که به همسر عقیمش حضرت یحیی اعطا می‌شود و در آیه ۱۰۰ و ۱۰۱ سوره صافات حضرت ابراهیم و در آیه ۷۴ سوره فرقان دعا برای طلب فرزند اشاره شده است. (مرتضوی، ۱۳۹۸: ۲۰-۲۱-۲۲)

خوشبختانه با پیشرفت علم پزشکی درمان بسیاری از بیماریهای لاعلاج ازجمله ناباروری فراهم شده است و موجب امیدواری زوجین برای حل مشکل خود و داشتن فرزندی از وجود خود شد؛ ناباروری در زوجین به دو شکل اولیه و ثانویه مشاهده می‌شود که در ناباروری اولیه بدین شکل می‌باشد که هیچ گونه تجربه بارداری تحقق نیافته است اما در ناباروری ثانویه تجربه حمل وجود دارد اما حال به دلیل استفاده از ابزار پیشگیری یا مشکلات دیگر شخص دچار ناباروری شده است که پزشکان در جهت رفع این مشکلات از شیوه های مختلفی استفاده می‌نمایند. (سلامی، ۱۴۰۱: ۲۲) روشهای نوین باروری مصنوعی ازتنوع فراوانی برخوردار است که با توجه به مشکلی که زوجین دارند روش مناسب به آنها پیشنهاد می‌شود اما به طور کلی این روش ها به دو گروه کلی تلقیح داخل رحمی (IUI) و تلقیح خارج رحمی (IVF&ET) قابل تقسیم هستند. (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۲۴۸)

رفع مشکل ناباروری با استفاده از روشهای کمک پزشکی موجب ایجاد مسائل مستحدثه و چالشهایی در ابعاد مختلف ازجمله فقهی و حقوقی شد که قانونگذار در جهت رفع این چالشها قانون «نحوه اهدای

جنین به زوجین نابارور» را با ۵ ماده در سال ۱۳۸۲ به تصویب رساند و آیین نامه اجرایی آن که شامل ۱۰ ماده می باشد را در تاریخ ۱۳۸۳/۱۲/۱۹ توسط وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی با همکاری وزارت دادگستری تهیه و به تصویب هیئت وزیران رساند و در ادامه ابلاغ نمود.

این قانون با وجود تحول شگرفی که در زمینه روشهای نوین باروری ایجاد کرد اما نتوانست تمام مشکلات زوجین نابارور را رفع نماید و با سکوت و نپرداختن به برخی از موارد موجب ایجاد خلأها و نارسایی هایی شد که در نتیجه قضاات برای رسیدن به احکام این موارد با استناد به اصل ۱۶۷ ق.اساسی به فقه مراجعه می کنند، در این پژوهش ما به دنبال بررسی خلأها و چالش های فقهی و حقوقی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور در پرتو تحلیل رویه قضایی ایران خواهیم بود.

۲-۱. بیان مسئله

از جمله موارد سکوت قانونگذار عدم بیان نحوه احراز شرایط ذکر شده در ماده ۲ این قانون می باشد که در آیین نامه اجرایی نیز به آن پرداخته نشده است در واقع مطابق این ماده، شرایطی ذکر شده که در دادگاه صالح بررسی و مجوز اهدای جنین مطابق با مواد ۴ و ۲ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین تأیید صلاحیت شده اعطا می گردد. هریک از شرایط ذکر شده در این ماده در جهت تأمین مصلحت طفل حائز اهمیت می باشد که نپرداختن به چگونگی احراز این شرایط می تواند آینده طفل را به مخاطره بیاندازد و آسیب های جبران ناپذیری بر طفل متحمل کند؛ رویه قضاات برای احراز این شرایط چگونه می باشد؟

و همچنین در امر حضانت نیز اگر صلاحیت اخلاقی زوجین تأیید شود اما در ادامه زوجین دریافت کننده را بتوان به عنوان والدین بد سرپرست تلقی نمود آیا نظارتی در جهت استرداد طفل وجود دارد؟ حال آنکه می بینیم در نظریه مشورتی ۹۲/۴/۸_۷/۹۲/۶۲۸ اگر والدین طفل از جهت صلاحیت اخلاقی، روحی و روانی یا به هر دلیل دیگری بدسرپرست تلقی شوند، برابر نص ماده ۴۱ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ دادگاه می تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ نماید. (زینالی؛ کامکار، ۱۳۹۳: ۳۳) حال آیا این امر را می توان به کودکان حاصل از تلقیح مصنوعی نیز تسری داد؟

درنشت تخصصی که توسط گروه حقوق خانواده پژوهشکده حقوق خصوصی پژوهشگاه قوه قضاییه در تاریخ ۱۳۹۹/۱۱/۲۹ برگزار شد به بررسی مولفه های تامین مصالح کودک در باروری مصنوعی و عدم تامین این امر در قانون و همچنین وجود نواقص فراوان در قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مورد تاکید قرار گرفت. از جمله مسائل مطرح در این نشست، نسب ناشی از باروری مصنوعی بود که قانونگذار

سکوت کرده است و همچنین حق استرداد طفل پس از اثبات نسب که از جمله مهمترین مواردی است که در قانون تبیین نشده است را متذکر شدند آقای محمدرضا رضانیامعلم مستشاردادگاه تجدیدنظر استان تهران در این مورد گفتند: «مثلاً برای اهدای جنین ۱۰۰ میلیون تومان پرداخت می شود اما به یکباره دادگاه با یک حکم به دلیل نبود قانون، فرزند را به صاحب اصلی جنین می دهد که این امر باید مورد بررسی قرار گیرد.»

با توجه به مطلب فوق الذکر از جمله مسائلی که قانونگذار در رابطه با آن سکوت کرده است مسئله نسب ناشی از باروری مصنوعی و همچنین حق استرداد طفل پس از اثبات نسب می باشد. نسب از طریق ازدواج شرعی صورت می گیرد که مورد تأیید و معتبر است (مرکز فقه ائمه اطهار (ع). ۱۳۹۰: ۵۴)، فرزند از جهت پزشکی و همچنین با توجه به نظر فقها به صاحب اسپرم منتسب می شود و به عنوان پدر شرعی طفل متولد از لقاح مصنوعی می باشد. (مهدوی کنی، ذبیحی بیدگلی، حمزه خانی. ۱۳۹۴: ۱۰۲) با وجود اینکه با توجه به مواد ۳ و ۶ آیین نامه اجرایی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور اهداکنندگان جنین به صورت ناشناخته و محرمانه باقی می ماند و الحاق طفل به زن و شوهر متقاضی پذیرفته نشده است (صفائی. ۱۳۸۶: ۳۲۵-۳۲۶) اما با این وجود در ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین وظایف و تکالیف زوجین اهداگیرنده جنین از لحاظ نگهداری، تربیت، نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف پدر و مادری تبیین شده است (این ماده به مشابه ماده ۱۷ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲ می باشد).

در مسئله حق استرداد طفل پس از اثبات نسب در اهدای جنین که در حقیقت امر برخی آن را مغایر با حق حضانت طفل می دانند اینکه زوجین اهداکننده پس از اهدا بطور قانونی از جنین اهدایی اعراض می کنند اما اکثر فقهای معاصر با این وجود صاحبان نطفه را پدر و مادر واقعی طفل می دانند ولی طبق ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین حضانت طفل به زوجین دریافت کننده تعلق می گیرد نه زوجین اهداکننده، حال با وجود اعراض اهداکنندگان از جنین چگونه می توان حق استرداد طفل را به آنها داد؟ و همچنین زوجین دریافت کننده آیا می توانند از این حق حضانت استنکاف نمایند و حق استرداد طفل را داشته باشند؟ (فیض اللهی، ۱۳۸۹: ۳۲۴، ۳۲۶، ۳۲۸) حال این در صورتی است که دادن حق حضانت به زوجین نتایجی در پی دارد که از جمله می توان به اقتدار قانونی به منظور نگهداری و تربیت طفل و حق اقامه دعوی در جهت تمتع و اجرای حق خود اشاره نمود (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۷: ۷۸)، مراجع عظام نیز در خصوص حق استرداد طفل پس از اثبات نسب در استفتائات خود نظرات متفاوتی را بیان نموده اند که باید مورد بررسی قرار گیرد و اما پرسشی که در اینجا ایجاد می شود این است که با

وجود نظرات و آراء متفاوت در این زمینه، رویه قضات چگونه خواهد بود و مصلحت طفل حاصل چگونه تأمین می‌شود.

یکی دیگر از آثاری که به تبع سکوت قانون درباره نسب با آن مواجه هستیم بحث ارث می‌باشد (عزیزپور، ۱۳۹۶: ۱۴۰) مسئله ارث تابع ثبوت یا عدم ثبوت نسب میان طفل و صاحبان اسپرم یا تخمک و یا رحم است (ملکی، ۱۳۹۷: ۶۳) ابعاد مختلف این مسئله مورد توجه بسیاری از پژوهشگران بوده است اما مسئله ارث زوجین متقاضی مورد بررسی قرارنگرفته است اینکه آیا این طفل فرزند زوجین متقاضی تلقی شده و در نتیجه در ارث بری زوجه از زوج یک هشتم و ارث بری زوج از زوجه یک چهارم خواهد بود و یا خیر حضور طفل در این امر بی تاثیر بوده و همچون حالتی است که زوجین فرزندی ندارند و در نتیجه ارث بری زوجه یک چهارم و ارث بری زوج یک دوم خواهد بود. (کردی، ۱۳۹۴: ۱۳۱)

بنابراین سوال اصلی پژوهش این است که، قانون نحوه اهدای جنین چه خلأها و چالش های فقهی و حقوقی دارد و راه های برون رفت از این خلأها و همچنین رویه قضایی ایران در این موارد چگونه می‌باشد؟

۱-۳. اهداف پژوهش

۱-۳-۱. هدف کلی

تبیین خلأها و چالشهای فقهی و حقوقی قانون نحوه اهدای جنین

۲-۳-۱. اهداف فرعی

- تحلیل رویه قضایی موجود در مورد قانون نحوه اهدای جنین
- تبیین میزان انطباق قانون نحوه اهدای جنین با موازین فقهی
- راهکارهای رفع خلأهای قانون نحوه اهدای جنین

۱-۴. پرسش‌های پژوهش

۱-۴-۱. پرسش اصلی

قانون نحوه اهدای جنین چه خلأها و چالش های فقهی و حقوقی دارد؟