





دانشگاه شهید بهشتی

پژوهشکده خانواده

پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خانواده

عنوان:

فرزندآوری بدون نکاح با استفاده از روش های نوین باروری

اساتید راهنما:

جناب آقای دکتر محمد روشن

جناب آقای دکتر حسین مهرپور

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر محمد راسخ

نگارنده:

فاطمه مولائی ایل ذوله

پاییز 1400

کلیه حقوق مادی و معنوی مترتب بر دستاوردهای مطالعات، ابتکارات و نوآوری‌های منتج از این اثر متعلق به دانشگاه شهید بهشتی است و دانشجو موظف به رعایت آیین‌نامه و منشور اخلاق در پژوهش برای ارائه یا چاپ مطالب مستخرج از این اثر است. نقل مطالب با ذکر مأخذ آزاد است.

صفحه تقدیم

این پایان‌نامه تحفه‌ ناچیزی است پیشکش به تمامی حافظان و پاسداران سلامت جامعه، آن‌ها که جان‌شان را در راه حفظ جان دیگران گذاشتند و یادشان در سراسر قرون تاریخ زنده است.

و تقدیر از همراهان همیشگی زندگی؛

پدر، مادر و همسر مهربانم.

سپاس بیکران پروردگار یکتا را که هستی‌مان بخشید و به طریق علم و دانش رهنمونمان شد و به همنشینی رهروان علم و دانش مفتخرمان نمود و خوشه‌چینی از علم و معرفت را روزیمان ساخت.

هر چند بندگی فقط شایسته ذات بی‌همتای خالق هستی‌آفرین است ولیکن به مصادیق حدیث شریفه (هر کس حرفی به من بیاموزد مرا بنده خود کرده است) معلم هم، چنان شأن و مقام والایی دارد که دریای علم و معرفت و پرچمدار توحید هم خود را بنده کسی می‌داند که حتی یک حرف به او بیاموزد، لذا بر خود لازم می‌دانم که شکر قلبی و لسانی خود را از اساتید عالیقدر جناب آقای دکتر محمد روشن و جناب آقای دکتر حسین مهرپور که زحمت راهنمایی این پایان‌نامه را عهده‌دار گردیدند و در تمامی مراحل انجام پایان‌نامه از راهنمایی‌های مدبرانه ایشان استفاده نمودم ابراز می‌دارم و توفیقات روز افزون ایشان را توأم با صحت و سعادت خواستارم.

از جناب آقای دکتر محمد راسخ که در امر مشاوره این رساله مساعدت نمودند کمال تشکر و امتنان را دارم و برای ایشان نیز از خداوند سلامت و سعادت ابدی را خواهانم.

همچنین از اساتید فرزانه؛ جناب آقای دکتر مصطفی مظفری و جناب آقای دکتر غلامعلی سیفی زیناب که زحمت داوری این پایان‌نامه را متقبل شدند، کمال تشکر و قدردانی را دارم.

تعهد قانون حفظ طبع

نام و نام خانوادگی: فاطمه مولایی

عنوان پایان نامه: فرزندآوری بدون نکاح با استفاده از روش های نوین باروری

اساتید راهنما: جناب آقای دکتر محمد روشن و جناب آقای دکتر حسین مهرپور

اینجانب فاطمه مولایی تهیه کننده پایان نامه کارشناسی ارشد حاضر، خود را ملزم به حفظ امانت داری و قدردانی از زحمات سایر محققان و نویسندگان بنا بر قانون حفظ طبع می دانم. بدینوسیله اعلام می نمایم که مسئولیت کلیه مطالب درج شده با اینجانب است. در صورت استفاده از شکل ها، جدول ها و مطالب سایر منابع، بلافاصله مرجع آن ذکر شده و سایر مطالب از کار تحقیقاتی اینجانب استخراج شده است و امانت داری را به صورت کامل رعایت نموده ام. در صورتی که خلاف این مطلب ثابت شود، مسئولیت کلیه عواقب قانونی با شخص اینجانب است.

نام و نام خانوادگی دانشجو

فاطمه مولایی

امضاء و تاریخ

چکیده

خانواده به طور سنتی از مرد، همسر وی و فرزندان تشکیل می‌شود. فناوری‌های نوین کمک باروری از جمله استفاده از شخص ثالث به عنوان اهدای تخمک، اسپرم و جنین و همچنین وجود رحم جایگزین، معانی سنتی خانواده را تغییر داده است. در سال‌های گذشته، تنها راه بچه‌دار شدن ایجاد رابطه جنسی با جنس مخالف بود. با وجود این با ظهور این فناوری‌ها فرزندآوری حتی بدون چنین رابطه‌ای امکان‌پذیر است. امروز افزایش تعداد زنان مجردی که از مراکز IVF در دنیا برای درمان باروری درخواست می‌کنند این بحث را به وجود آورده است که: آیا می‌توان درمان باروری را به افراد مجرد ارائه داد؟ قوانین ما درباره اهدای گامت بیگانه به افراد ساکت است، بنابراین طبق اصل 167 قانون اساسی، با در نظر گرفتن آیات و روایات درمورد حفظ نسل یا جلب منافع و دفع مفاسد، مانند فلسفه تشریع نکاح، مصلحت کودک، فناوری‌های کمک باروری به افراد مجرد خارج از چارچوب ازدواج قابل ارائه نیست.

کلیدواژه‌ها: فرزندآوری، تلقیح با گامت بیگانه، مصلحت کودک، حرمت، جواز.

فهرست مطالب

1	مقدمه
2	ضرورت و اهمیت انجام تحقیق
2	سابقه انجام تحقیق
2	اهداف انجام تحقیق
2	سوال های تحقیق
2	سؤال اصلی
3	سؤال های فرعی
3	فرضیه
3	روش تحقیق
3	سازماندهی تحقیق
4	فصل نخست: تعریف فرزندآوری بدون نکاح با استفاده از روش های نوین باروری
5	مبحث نخست: تعریف، تاریخچه و روش های تلقیح مصنوعی
5	گفتار نخست: تعریف تلقیح مصنوعی
7	گفتار دوم: پیشینه
8	گفتار سوم: روش های تلقیح مصنوعی
9	مبحث دوم: تعریف و مطالعه تطبیقی فرزندآوری در وضعیت تجرد
9	گفتار نخست: تعریف فرزندآوری بدون ازدواج
10	گفتار دوم: بررسی تطبیقی
13	مبحث سوم: بررسی دیدگاه های ادیان یهود و مسیحیت درمورد فرزندآوری در وضعیت تجرد
13	گفتار نخست: مسیحیت
15	گفتار دوم: یهودیت
17	فصل دوم: بررسی فقهی و حقوقی حرمت یا جواز فرزندآوری افراد مجرد با استفاده از فناوری های نوین باروری
18	مبحث نخست: بررسی فقهی
18	گفتار نخست: بررسی حرمت یا جواز تلقیح با اسپرم بیگانه براساس آیات و روایات
18	بند نخست: وضعیت شرعی تلقیح با اسپرم مرد بیگانه در روش IUI
22	بند دوم: وضعیت شرعی تلقیح با اسپرم بیگانه در روش IVF
23	گفتار دوم: اصول و قواعد، حکمت ها و مصلحت ها
23	بند نخست- هدف تولید مثل و مقام فرزند از دیدگاه قرآن
23	بند دوم- لغو تشریع نکاح
27	بند سوم- قباحت آن
27	بند چهارم- اصل عدالت
28	بند پنجم- مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه
29	مبحث دوم: بررسی حقوقی
29	گفتار نخست: رفاه و بهزیستی کودک
32	گفتار دوم: حق تشکیل خانواده براساس موازین بین المللی حقوق بشر

37	گفتار سوم: قوانین داخلی
40	فصل سوم: نسب در لقاح مصنوعی بین اسپرم و تخمک بیگانه
42	مبحث نخست - ماهیت، شرایط و موانع مشروعیت نسب
42	گفتار نخست: ماهیت نسب
49	گفتار دوم: ضابطه مشروعیت نسب
55	گفتار سوم: موانع مشروعیت نسب
59	مبحث دوم - نسب پدری و مادری در لقاح مصنوعی با گامت بیگانه
63	نتیجه گیری
65	پیشنهادهای
	فهرست منابع
66	کتاب فارسی
67	مقالات
68	پایان نامه
69	کتاب عربی
70	منابع انگلیسی
72	سایتها

مقدمه

یکی از امیالی که در افراد به ویژه در جوامع سنتی بسیار قوی جلوه می‌کند میل به داشتن فرزند است که از رابطه جنسی بین زوجین نشئت می‌گیرد. این میل به اندازه‌ای قوی است که حتی برخی افراد ازدواج نکرده یا افرادی که تمایل به ازدواج ندارند نیز متمایلند فرزند داشته باشند و برای برخی حتی انگیزه اصلی ازدواج را تشکیل می‌دهد. از مهم‌ترین انگیزه‌های فرزندخواهی: میل به بقا، ادامه و تعالی نسل، نیاز به جاودانگی و زنده نگه داشتن نام‌خانوادگی، رفع یکنواختی زندگی، معنا بخشیدن به زندگی، علاقه به داشتن کودک، دستورات قومی و مذهبی و انگیزه‌هایی چون فرزند بیشتر به عنوان عاملی جهت قدرتمندی، آسیب‌ناپذیری و توانمندی اقتصادی اجتماعات و خانواده است. همین میل به فرزندآوری باعث پیدایش روش‌های نوین باروری شده است. امروزه تولیدمثل در اثر فناوری‌های نوین باروری به صورت بنیادین تغییر کرده است.¹

روش‌های پایه و ساده فناوری‌های نوین باروری در گذر زمان پیچیده شده‌اند و به موازات پیشرفت خود تغییرات مهمی در زندگی بشر به وجود آورده‌اند. در سال‌های گذشته تنها راه باروری آمیزش جنسی با جنس مخالف بود، اما با توسعه این فناوری داشتن فرزند بدون چنین روابطی نیز امکان پذیر است. در این فرض شخص مجردی که پیش‌تر گامت خود را با هدف حفظ باروری اخذ و منجمد کرده است یا حتی بدون انجماد قبلی گامت خویش، با رجوع به مراکز درمان ناباروری می‌خواهد گامت خود را با گامت شخص بیگانه‌ای که هیچ‌گونه علقه زوجیت میان آن‌ها نیست، بارور کند و در حالت تجرد بدون ازدواج شرعی یا قانونی صاحب فرزند شود. این عمل اصطلاحاً «فرزندآوری بدون ازدواج» نامیده می‌شود، بدین معنا که افراد بدون داشتن هرگونه رابطه جنسی اعم از قانونی و غیرقانونی با استفاده از گامت اهدایی صاحب فرزند می‌شوند.

باروری در وضعیت تجرد در سراسر جهان در حال وقوع است. کشورهایی همچون ایالات متحده آمریکا، بریتانیا، استرالیا، کانادا و بلژیک که قوانین منسجم بیشتری درباره استفاده از روش‌های نوین باروری وجود دارد این مسئله مورد شناسایی قرار گرفته و مقررات مشخصی در این خصوص وجود دارد. در بریتانیا، استرالیا، کانادا ارائه خدمات به افراد مجرد را منوط به رفاه فرزندان حاصل از این فرآیند نموده‌اند.

علیرغم استعمال گسترده روش‌های نوین باروری در ایران، هیچ قانون مرتبطی به جز قانون اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب 1382/4/29 نداریم که تنها مسائل کلی را تحت پوشش قرار می‌دهد؛ به عبارت دیگر قوانین ایران درباره حکم باروری در وضعیت تجرد با استفاده از روش‌های نوین باروری در حوزه اعطای مجوز یا ممنوعیت سکوت کرده‌اند. بر این اساس به نظر می‌رسد دیر یا زود جامعه ما با این مسئله روبروست و ممکن است در برخی موارد به صورت غیرقانونی در ایران اجرا گردد. اهمیت این موضوع هنگامی روشن می‌شود که صحبت از حقوق اطفال و کودکان در میان باشد، کودکان آسیب‌پذیرترین و بی‌دفاع‌ترین قشر جامعه هستند که توسط بزرگسالان به این جهان پا نهاده‌اند و حق دارند به عنوان یک شخص در جامعه جدی گرفته شوند و به حقوق‌شان احترام گذاشته شود. آنان به خاطر فقدان رشد کامل فیزیکی و ذهنی قبل و بعد از تولد به مراقبت و حمایت‌هایی از جمله حمایت‌های مناسب حقوقی برای رشد و پیشرفت جسمی، ذهنی، روحی، اخلاقی و اجتماعی‌شان مطابق با کرامتشان نیازمندند. محیط خانواده اولین محیطی است که کودک به آن پا می‌گذارد، عشق و محبت را در آن تجربه می‌کند، در آن نیازهایش برآورده می‌شود، ارزش‌ها آموخته و اجتماعی می‌شوند و مورد حمایت قرار می‌گیرند و والدین اولین کسانی هستند که مسئولیت

1_ غدیری، ماهرو، حق برزندگی خانوادگی از منظر حقوق بشر، رساله دکترای حقوق بین الملل عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، 1393، ص 79.

اولیه رشد و پیشرفت کودک را برعهده دارند.^۱ از آنجایی که در فرزندآوری افراد مجرد با توجه به اینکه کودک از ابتدا به صورت تک والد به دنیا می‌آید، مصالح عالیه کودک باید مورد بررسی قرار گیرد.

ضرورت و اهمیت انجام تحقیق

بدیهی است که امور مربوط به خانواده از مسائل مهمی است که بازتاب آن علاوه بر نهاد خانواده به جامعه نیز برمی‌گردد؛ بنابراین لازم است که مسائل مطرح در این حوزه به طور دقیق مورد توجه قرار گیرد و در خصوص آن به بهترین نحو تعیین و تکلیف صورت گیرد. باروری در وضعیت مجرد در سراسر جهان در حال وقوع است، بر این اساس به نظر می‌رسد دیر یا زود جامعه ما با این مسئله روبرو شده و ممکن است در برخی موارد در ایران نیز به طور غیرقانونی انجام شود؛ بنابراین ابعاد مختلف این مسئله باید قبل از رواج آن از حیث فقهی، حقوقی و اخلاقی بررسی شود. موضوع اجازه یا ممنوعیت آن، پیامدها و قوانین مربوطه باید با توجه به حقوق کودک مورد مطالعه قرار گیرد.

سابقه انجام تحقیق

به صورت کلی در زمینه تلقیح مصنوعی تحقیقات بسیاری صورت گرفته است، از جمله مقالات دکتر شهیدی، دکتر صفایی، دکتر ناصر کاتوزیان، دکتر حسین مهرپور، دکتر محمد راسخ، دکتر محمد روشن، آیت الله محمد مومن و چند محقق دیگر که در مورد تلقیح مصنوعی به رشته تحریر در آمده است و همچنین کتاب‌هایی در این زمینه تدوین شده است از جمله باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق از محمدرضا رضانیا معلم و لقاح مصنوعی و نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام از دکتر محمد هاشم صمدی اهری، بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی از عباس نایب زاده که به صورت کلی به تلقیح مصنوعی پرداخته‌اند. اما به صورت جزئی و مشخص در زمینه موضوع مورد بحث؛ فرزندآوری افراد مجرد با استفاده از فناوری‌های نوین باروری بررسی نشده است.

اهداف انجام تحقیق

هدف از این تحقیق ایجاد زمینه مناسب برای بحث بیشتر در رابطه با فرزندآوری بدون ازدواج با استفاده از فناوری‌های کمک باروری و جواز و منع آن و بررسی برخی آثار مترتب بر آن می‌باشد. بویژه رفع ابهام از نسب اطفال حاصل از تلقیح مصنوعی با گامت بیگانه، مهم‌ترین اهداف این تحقیق است، تا بدین وسیله زیرساخت‌های لازم برای وضع قوانین منطبق با نیاز جامعه، فراهم گردد و بعلاوه موجب بهره‌مند شدن دانشجویان حقوق و فقه برای درک هر چه بیشتر موضوع گردد.

سوال‌های تحقیق

سؤال اصلی

آیا فرزندآوری بدون ازدواج جایز است یا خیر به چه دلیل؟

۱. غدیری، همان، ص 86.

1- بررسی فقهی و حقوقی فرزندآوری در بستر نکاح و غیر آن؟

2- آثار فرزندآوری بدون ازدواج از حیث نسب، چگونه است؟

فرضیه

این پژوهش بر این فرضیه مبتنی است که در مورد تلقیح دو سلول جنسی در آزمایشگاه از نظر تکلیفی دلیلی بر حرمت وجود ندارد و ادله‌ای که دلالت بر آمیخته شدن اسپرم مرد بیگانه با تخمک زن بیگانه و مصداق زنا دانستن این عمل تمام نیست، ولی در مورد اعمال بعدی یعنی انتقال جنین به رحم زن و تولد کودک بدون تشکیل خانواده از طریق نکاح صحیح محل اشکال است، چرا که هر کودکی حق دارد به طور طبیعی از نعمت پدر و مادر بهره‌مند باشد. هر گونه مداخله بر ایجاد محرومیت کودک از نعمت پدر و یا مادر به جهت آثار سوء می‌تواند موجب منع گردد.

روش تحقیق

هر پژوهشی برای رسیدن به پاسخ مجهولات خود از شیوه‌های مختلفی استفاده می‌کند. در این پژوهش با توجه به رویکرد موضوع از شیوه توصیفی-تحلیلی استفاده شده است که هدف آن توصیف کردن شرایط یا پدیده‌های مورد بررسی بوده و اجرای یک چنین تحقیقی برای یاری رساندن به فرآیند تصمیم‌گیری و تصمیم‌سازی می‌باشد.

در این پژوهش شیوه گردآوری مطالب به صورت کتابخانه‌ای بوده و با مراجعه به کتب و مقالات فارسی و لاتین و سایت‌های اینترنتی، اطلاعات لازم فیش‌برداری شده، سپس با استفاده از این اطلاعات به توصیف و تحلیل مسائل مورد اشاره پرداخته شده است.

سازماندهی تحقیق

در فصل اول به تبیین فرزندآوری بدون نکاح با استفاده از فناوری‌های کمک باروری می‌پردازیم. در این قسمت آگاهی از تجربه سایر کشورها و دیدگاه ادیان دیگر به تبیین بهتر موضوع در این زمینه کمک می‌کند.

فصل دوم این تحقیق نیز تبیین حکم تکلیفی یعنی جواز یا عدم جواز آن است. از این رو به بررسی این موضوع برابر با آیات، روایات، اصول و قواعد، حکمت‌ها و مصلحت‌ها، اصول و موازین بین‌المللی و قوانین داخلی پرداخته می‌شود.

فصل سوم این تحقیق نیز به بررسی نسب اطفال حاصل از تلقیح با گامت بیگانه خارج از چارچوب نکاح می‌پردازد. این مهم‌ترین مسئله‌ای است که بدون واسطه با بحث ما ارتباط دارد لذا در این فصل به ماهیت نسب و مبانی نسب مشروع پرداخته و سپس وضعیت نسب کودک را که خارج از چارچوب نکاح با استفاده از گامت اهدایی، متولد شده را مورد شرح قرار می‌دهیم.

فصل نخست: تعریف فرزندآوری بدون نکاح با استفاده از روش‌های نوین باروری

در این فصل ابتدا در بخشی جداگانه ضمن تعریف لغوی و اصطلاحی تلقیح مصنوعی به بیان پیشینه و روش‌های مختلف آن مبادرت خواهیم کرد، سپس در مبحث دوم به تعریف و مطالعه تطبیقی فرزندآوری بدون ازدواج می‌پردازیم و در مبحث سوم دیدگاه ادیان مسیحیت و یهود در این زمینه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مبحث نخست: تعریف، تاریخچه و روش‌های تلقیح مصنوعی

گفتار نخست: تعریف تلقیح مصنوعی

تلقیح مصنوعی: «تلقیح» در لغت به معنای «باردار کردن» و لقاح به معنای «باردار شدن» است.^۱

در علم پزشکی «تلقیح مصنوعی»^۲ شامل انواع روش‌هایی است که در آن‌ها تمام مایع منی یا اسپرم بعد از آمادگی یا پرورده‌شدن، در قسمت‌های مختلف اندام تناسلی زن قرار می‌گیرد و بدون نزدیکی جنسی، امکان برخورد اسپرم و اووسیت را فراهم می‌کند.^۳

در مقابل این روش «روش‌های پیشرفته کمکی تولید مثل»^۴ که آن‌ها نیز شیوه‌های دیگری برای باروری هستند، قرار دارد تفاوت این دو در نحوه عملکرد آنهاست؛ بدین شرح که در تلقیح مصنوعی، تمام مایع منی یا اسپرم بعد از «پرورده شدن»^۵ در قسمت‌های مختلف اندام تناسلی زن قرار می‌گیرد و امکان لقاح فراهم می‌شود. بدین شرح که در مواردی که تزریق کل مایع منی به داخل رحم، منجر به حاملگی نگردد، در بار سوم از اسپرم آماده و شسته شده استفاده می‌شود؛ که ممکن است طبق تشخیص پزشک در قسمت‌های مختلف اندام تولید مثل زن قرار داده شود.^۶

اما روش‌های پیشرفته کمکی تولیدمثل به تمام روش‌هایی گفته می‌شود که در آن نه تنها منی و یا اسپرم از مرد گرفته می‌شود، بلکه تخمک نیز از اندام‌های تولید مثل زن خارج می‌شود و در بیرون و محیط آزمایشگاه، بسته به مورد، یا تلقیح می‌گردند و یا اینکه پس از اخراج، با هم وارد قسمت‌های مختلف سیستم تولیدمثل زن می‌گردد.^۷

تعریف حقوق‌دانان از تلقیح مصنوعی: اکثر حقوق‌دانان بر خلاف پزشکان، بدون اینکه تفکیکی بین دو عنوان «تلقیح مصنوعی» و «تکنیک‌های پیشرفته کمکی تولیدمثل» قائل باشند، به کلیه روش‌های فوق عنوان تلقیح مصنوعی داده - که عنوان مذکور در تحقیق حاضر نیز در تبعیت از شیوه رایج بین حقوق‌دانان می‌باشد، یعنی به کلیه روش‌های مذکور عنوان تلقیح مصنوعی داده شده

1 - ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، ج 2، دارصادر، بیروت، 1379، ص 579؛ راغب اصفهانی، حسین بن محمد، معجم مفردات الفاظ القرآن، چاپ مرتضوی: تهران، 1373، ص 453.

2-Artificial Insemination

3 - رضایا معلم، محمدرضا، باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، بوستان قم، قم، 1389، ص 28.

4- Assisted Reproductive Technologies- ART

5- Processed sperm

6 - جاناتان. اس. برک و دیگران، بیماری‌های زنان نواک، ترجمه: وحید دستجردی و دیگران، ج 2، انتشارات پزشکی گلبان، مرکز تدوین کتب علوم پزشکی، ص 863.

7 - همان.

است- هر کدام تعریفی از تلقیح مصنوعی ارائه کرده‌اند که علیرغم اختلاف در نحوه بیان، در محتوا مشترکند، که ذیلاً به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم:

«لقاح مصنوعی عبارت از قرار دادن نطفه مرد است در رحم زن، بدون آنکه بین آن‌ها نزدیکی واقع شود، چنانکه کسی بوسیله آلات مخصوص، نطفه مردی را در رحم زنی قرار دهد.»¹

«تلقیح مصنوعی در اصطلاح عبارت از این است که زن را با وسایل مصنوعی و بدون اینکه نزدیکی صورت گیرد، آبستن کنند و به تعبیر دیگر اسپرماتوزوئید را با وسایل پزشکی وارد رحم زن کردن و از این راه او را باردار نمایند.»²

تلقیح مصنوعی عبارت است از داخل کردن منی مرد بوسیله آلات پزشکی یا هر وسیله دیگر غیر از مقاربت، در رحم.»³

با دقت در تعاریف ارائه شده روشن می‌شود که همگی این تعاریف بر «قرار گرفتن اسپرم مرد در رحم زن» تأکید دارند و تعاریف حول این محور می‌چرخند به عبارتی «قرار دادن اسپرم مرد در رحم زن» جزء اصلی تعریف لقاح مصنوعی انسان در این تعاریف محسوب شده است، در حالی که لقاح مصنوعی به قرار دادن اسپرم در رحم محصور نمی‌شود. لذا به نظر می‌رسد ایجاد تغییر اندک در تعاریف فوق، بهتر بتواند عنوان مورد نظر را تعریف کند، چون لقاح ممکن است به صورت درون رحمی صورت پذیرد و یا به صورت خارج از رحم. بنابراین در راستای تعاریف فوق، بدین گونه نیز می‌توان تعریف کرد که: تلقیح مصنوعی یعنی ترکیب اسپرم مرد و تخمک زن جهت باروری، با هر وسیله‌ای غیر از مقاربت، اعم از این که ترکیب در داخل رحم زن صورت گیرد یا در خارج از رحم.

باروری مصنوعی ممکن است به صورت‌های زیر باشد:

الف) لقاح مصنوعی با اسپرم و اوول زوجین که به آن همولوگ (A.I.H)⁴ گفته می‌شود.

ب) لقاح مصنوعی بین اسپرم و اوول زن و مردی که رابطه زوجیت با یکدیگر ندارند، که هترولوگ (A.I.D)⁵ نامیده می‌شود.⁶

قسم دوم خود ممکن است به چهار طریق (1- اسپرم اهدایی، 2- تخمک اهدایی، 3- جنین اهدایی، 4- مادر جانشین (رحم جایگزین)) مورد استفاده قرار گیرد.

1- امامی، حسن، حقوق مدنی، ج 3، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ هشتم، تهران، 1372، ص 215.

2- صفایی، حسین، امامی، اسدالله، حقوق خانواده، ج 2، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، تهران، 1376، ص 99.

3- امامی، اسدالله، مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، انتشارات موسوی، تهران، 1349، ص 355.

4-Arlificial insemination with husband seme.

5-Arlificial insemination with a Donor semen.

6 - نایب زاده، عباس، بررسی حقوق‌پروش‌های نوین باروری مصنوعی، انتشارات مجد، تهران، 1380، ص 28.

گفتار دوم: پیشینه

بند نخست: پیشینه پیدایش تلقیح مصنوعی

تلقیح مصنوعی به شکل علمی پدیده نسبتاً جدید و زاینده دانش بشری است. این پدیده موانع بارداری را مرتفع کرده، در تولید نسل کمک شایسته ای به انسان عرضه می دارد. دانش پزشکی از مدتی قبل این توان را پیدا کرد که به وسیله تلقیح مصنوعی بسیاری از نواقص و عیوب زن و مرد را در تولید نسل جبران کند. این عمل تلقیح مصنوعی بدو^۱ به منظور اصلاح نژاد و تکثیر نسل حیوانات اهلی به کارگرفته شده بود. اولین آزمایش را یکی از دانشمندان آلمانی به نام لودویک جاکوبی^۱ در سال 1765م. روی ماهی ها انجام داد. چند سال بعد یک دانشمند و کشیش ایتالیایی به نام پروفیسور اسپلن زنی^۲ تلقیح را روی سگ ها آزمایش کرد و نتیجه مثبت گرفت و بالاخره در اواخر قرن نوزدهم یکی از دانشمندان روسی به نام ایلیلووا^۳ تلقیح مصنوعی در حیوانات چهارپا را عملی ساخت که این روش فعلاً نیز مورد استفاده قرار می گیرد. به دنبال موفقیت این آزمایشات در حیوانات، دامنه تلقیح مصنوعی به انسان ها نیز سرایت کرد. دانشمندان در سال 1799 در انگلستان، در سال 1866 در ایالات متحده آمریکا، در سال 1868 در فرانسه در بیمارستان زنان نیوورک سیتی آزمایشات خود را انجام دادند. ده سال بعد یکی از دانشمندان فرانسوی موسوم به کرارد گزارش داد از بین 72 زنی که تلقیح مصنوعی روی آن ها انجام گرفته، 41 مورد بارور گردیده اند و تقریباً از سال 1914 موضوع تلقیح مصنوعی کاملاً توجه پزشکان و علما را به خود معطوف داشت. در سال 1914 یکی از پزشکان انگلیسی مقیم مصر به نام دکتر جامیسون شنیده بود که در میان بدویان، طریقه ای برای معالجه ی زنان عقیم وجود دارد که گاه منجر به آبستن شدن زن ها و گاهی منتهی به فوت آنان می گردد این موضوع نظر او را به خود جلب کرد و پس از بررسی دریافت که زنان بدوی قطعه ای از پشم را که افسون می خواندند به زن نازا می دادند 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 آنان را به زنان عقیم می دهند تا استعمال نمایند که علاوه بر نطفه مقدار زیادی از میکروب های موجود در پشم وارد رحم زن می گردید و اگر زن بنیه قوی داشت در مقابل میکروب ها مقاومت می کرد و الا از پای در می آمد و تلف می شد. دکتر جامیسون در صدد برآمد که به وسیله تلقیح مصنوعی و از راه صحیح علمی کار صحرانشینان و جادوگران را به نتیجه برساند و به وسیله آلات مصنوعی و لوله آزمایش، نطفه مرد را به رحم زن منتقل نماید و در مواردی که اسپرم شوهر بی ثمر بود از نطفه مرد بیگانه استفاده می کرد. امروزه در انگلستان کودکان به وجود آمده از طریق تلقیح مصنوعی به طور چشم گیری مشاهده می گردد.^۴

1- Lubwig Jacobi

2- Spalanzoni

3- Elielva

4 - امامی، اسدالله، مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، انتشارات دانشگاه تهران، ص 356-358.

لوئیس براون اولین کودکی بود که از طریق لقاح مصنوعی به روش (IVF) متولد شد. او در 25 ژوئیه 178 با دخالت دکتر پاتریک استپتو و روبرت ادواردز متولد شد. این دو پزشک تخمک و اسپرم را در خارج از بدن به یکدیگر ملحق کردند و تخمک بارور شده را در رحم مادر قرار دادند. لوئیس براون 9 ماه بعد متولد شد و به عنوان یکی کودک جادویی جهان شهرت یافت.^۱ در کشور ما به کارگیری علم لقاح خارج رحمی (IVF) به سال 1368 برمی گردد. پس از تولد اولین فرزندان به روش لقاح آزمایشگاهی در شهر یزد، اکنون مراکز متعددی در کشور در این زمینه فعالیت دارند.^۲

بند دوم: سابقه تلقیح مصنوعی در اسلام

در حقوق اسلام تلقیح مصنوعی به ترتیبی که امروزه از جهت عملی مطرح است سابقه ندارد، بنابراین مسأله تلقیح مصنوعی را در اصول و ضوابط اسلامی و در اخبار و احادیث صدر اسلام نمی توان یافت اما می توان مصادیق و احکامی را یافت که با تلقیح مصنوعی مشابهت دارد، از جمله احادیثی که مربوط به مساحقه و آثار آن است. نقل شده است که از امام حسن (ع) سؤال شد که مردی با زن خود جماع نموده و زن در همان حالت با دختر باکره ای مساحقه نموده و دختر حامله گردیده حال تکلیف چیست؟ ایشان فرمودند مهر دختر باکره را از زن باید گرفت و به دختر داد زیرا طفل حاصل از این مساحقه از رحم دختر خارج نخواهد شد مگر با ازاله بکارت ولی سپس زن را چون محصنه بوده باید رجم کرد و پس از آنکه طفل متولد گردید باید این طفل به صاحب نطفه تحویل و دختر را باید تازیانه زد؛^۳ هم چنین در زمینه طفل ناشی از تفخیز که شباهت زیادی با تلقیح مصنوعی دارد.^۴

با توجه به مراتب عنوان شده ملاحظه می شود که عملاً باروری زنان از راه غیرطبیعی در اسلام تحقق یافته است.

گفتار سوم: روش های تلقیح مصنوعی

تلقیح مصنوعی به روش های مختلفی صورت می گیرد. مهم ترین این روش ها را می توان به دو دسته کلی روش های دورن رحمی و روش های برون رحمی تقسیم کرد.

1 - مراد زاده رحمت آبادی، حسن، تلقیح مصنوعی انسان، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، 1379. ص 6.

2 - افلاطونیان، عباس و جیب زاده، ویکتوریا، روش های نوین درمان نازایی؛ مؤسسه انتشاراتی تیمورزاده، تهران، 1380، ص 7.

3 - نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج 41، دار احیاء التراث العربی، 1362، ص 396؛ شیخ حرعاملی، وسائل الشیعه، باب 3 از ابواب حد سحوق و قیاده، جلد 28، قم، 1412 ق، ص 168.

4 - صمدی اهری، محمدهاشم، نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام، ج 1، گنج دانش، تهران، 1382، صص 20-21.

الف) لقاح داخل رحمی^۱

روش IUI (تزریق اسپرم): روش کار در IUI به این شکل است که اسپرم را به روش‌های مختلف از فرد مورد نظر که غالباً همان شوهر زن صاحب رحم یا پذیرنده می‌باشد، تهیه می‌کنند و پس از شستشو و جداسازی، اسپرم‌های زنده را با استفاده از سوزن‌های خاص پزشکی و همزمان با تخمک‌گذاری رحم پذیرنده، وارد رحم می‌گردد.^۲

ب) لقاح خارج رحمی^۳

روش IVF: این روش که امروزه در اکثر کشورها به کار گرفته می‌شود، مرسوم‌ترین روش باروری از طریق روش‌های کمی تولید مثل است. IVF به معنی باروری در آزمایشگاه است و همانند روش پیشین یک روش ساده می‌باشد که معمولاً بدون نیاز به بستری شدن بیمار انجام می‌شود، برای اینکه یک عمل کامل IVF محقق شده و به حاملگی منجر شود باید مراحل زیر طی شود: تهیه تخمک، تهیه و آماده سازی اسپرم، لقاح اسپرم و تخمک و تشکیل زیگوت در محیط آزمایشگاه، انتقال جنین به رحم.^۴

مبحث دوم: تعریف و مطالعه تطبیقی فرزندآوری در وضعیت تجرد

گفتار نخست: تعریف فرزندآوری بدون ازدواج

خانواده به طور سنتی از مرد، همسر وی و فرزندان‌شان تشکیل می‌شود، تعاریف زیادی از خانواده وجود دارد از جمله: «یک گروه بنیادی اجتماعی در جامعه متشکل از والد یا والدین و فرزندان آنها»، «شوهر، همسر و فرزندان»، «همه اعضای یک خانواده زیر یک سقف»، «گروهی از اشخاص است که به دلیل ازدواج یا نسب با هم پیوند دارند»^۵. اما فن آوری‌های نوین تولید مثل از جمله استفاده از شخص ثالث به عنوان اهدا کننده تخمک، اسپرم و جنین و هم‌چنین وجود رحم جایگزین (مادر جانشین)، معانی سنتی اصل ونسب، دودمان و خانواده را تغییر داده است.

در سال‌های گذشته تنها راه باروری آمیزش جنسی با جنس مخالف بود. اما با توسعه فناوری‌های نوین پزشکی داشتن فرزند بدون چنین روابطی نیز امکان‌پذیر است. در این فرض شخص مجردی که پیش‌تر گامت خود را با هدف حفظ باروری، خواه به دلایل پزشکی (به دلیل وجود یک خطر بالقوه، خواه ناشی از ابتلا به بیماری خاص و یا ناشی از عوارض درمان بیماری خاص که

1- intra uterine insemination

2 - غفاری، معرفت، روش‌های پیشرفته در درمان نازایی، مجموعه مقالات روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (جمعی از نویسندگان)، انتشارات پژوهشکده ابن سینا و سازمان (سمت)، چ 2، تهران، 1382، ص 9.

3- IN – Vitro Fertilization

4 - همان، صص 10-11.

5- روشن، محمد، حقوق خانواده، انتشارات جنگل، تهران، 1393، ص 63.

ممکن است منجر به نابارور شدن آنان گردد) یا به دلایل اجتماعی (به این معنا که دختران و زنان سالم به دلیل برنامه‌های مربوط به زندگی خویش مانند، ادامه تحصیل، دست یابی به شغل مناسب یا به دلیل عدم روبه رو شدن با شریک زندگی مناسب و یا عدم تمایل به فرزندآوری در دورانی که دوره ی طلایی باروری آن‌ها قلمداد می‌گردد، قادر به بارداری نباشند و لذا، مایل به استفاده از تکنیک مربوط به حفظ باروری باشند)^۱، اخذ و منجمد کرده است یا حتی افرادی که گامت خود را منجمد نکرده‌اند، ممکن است به دلایل مختلف تمایل به ازدواج نداشته باشند، با این حال، آنها می‌خواهند که نسل خود را نیز ادامه دهند. بنابراین، با رجوع به مراکز درمان ناباروری می‌خواهد گامت خود را با گامت اهدای شخص بیگانه که هیچ‌گونه علقه زوجیت میان آنها نیست، بارور کند و در حالت تجرد بدون ازدواج شرعی و قانونی خارج از قالب خانواده صاحب فرزند شود این عمل اصطلاحاً "فرزندآوری بدون ازدواج" یا "باروری در وضعیت تجرد" نامیده می‌شود،^۲ بدین معنا که افراد بدون داشتن هرگونه رابطه جنسی اعم از قانونی و غیرقانونی با استفاده از گامت اهدایی صاحب فرزند می‌شوند، که انتخاب و اراده آزاد طرفین این قسم جدید از خانواده‌ها را توجیه می‌کند. در فرزندآوری بدون ازدواج افراد مجرد، خانم مجرد نیازمند اهدای اسپرم و آقای مجرد علاوه بر اهدای تخمک نیازمند مادر جانشین (رحم جایگزین) است.

طبق آمار جمعیت مجردان قطعی به ویژه خانم‌ها در کشور نزدیک 13 میلیون نفر است، با اصلاح قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بد سرپرست در سال 1392 که براساس بند "ج" ماده پنجم آن خانم مجرد که حداقل سی سال سن داشته باشد می‌تواند سرپرستی اناث را بر عهده گیرد، این مسئله به وجود می‌آید که آیا این خانم مجرد به جای سرپرستی، با استفاده از همین فناوری‌های نوین باروری می‌تواند مادر شود؟

گفتار دوم: بررسی تطبیقی

افزایش تعداد زنان و مردان هم‌جنس‌گرا به‌علاوه زنان مجردی که از مراکز IVF در دنیا برای درمان باروری درخواست می‌کنند این بحث را به وجود آورده است: "آیا می‌توان درمان باروری را به افراد مجرد ارائه داد؟" طبق اعلام مرجع لقاح و جنین شناسی انسانی (HEFA) در انگلیس، طی سال‌های 2000 تا 2005، تعداد درمان IVF برای مادران تنها به 2.5 برابرافزایش یافته است.³ از آنجا که درمان‌های باروری به نوعی جدید هستند، شاید قوانین و مقررات دقیقی در مورد آنها در بسیاری از کشورها وجود

¹ - محمودیان، نازلی و همکاران، مشروعیت حفظ باروری با استفاده از روش انجماد گامت، مجله فقه پزشکی، دوره نهم، شماره 32 و 33، پاییز وزمستان 1396، ص 26-27.

2 - Batty LP. Assisted reproductive technology: The Aotearoa/ Newzeland policy context. [MA Thesis]. Upper Riccarton: University of Canterbury; 2002. <http://ir.canterbury.ac.nz/handle/10092/912>.

3- توانایی لقاح و رویان شناسی انسانی برگرفته از:

نداشته باشد. از سوی دیگر، اهمیت و تعریف خانواده و نسب در فرهنگ ها و محیط های مختلف متفاوت است، در این قسمت ما دیدگاه قانون برخی از کشورها را در مورد ارائه درمان های باروری به افراد مجرد بررسی می کنیم.

در ایالات متحده آمریکا، در اکثر ایالت ها، افراد مجرد، اجازه والدین شدن دارند و در اکثر ایالت ها، آنها به افراد مجرد اجازه می دهد نوزادان و کودکانی را به فرزندی بگیرند.^۱ در گزارش کمیته اخلاقی انجمن پزشکی باروری آمریکا (ASRM) بیان شده است که: برنامه ها باید بدون در نظر گرفتن وضعیت تأهل یا گرایش جنسی، به طور مساوی برای کلیه درخواست های کمک به تولید مثل انجام شوند.^۲ انجمن روانشناسی آمریکا با هرگونه تبعیض بر اساس گرایش جنسی یا وضعیت تاهل در امور فرزندخواندگی، حضانت و ملاقات کودک، مراقبت پرورشی و خدمات بهداشت باروری مخالف است.^۳ اگرچه، هیچ تعهدی برای پزشکان وجود ندارد که علی رغم ایدئولوژی یا دینشان، به مجردها یا همجنس گرایان درمان باروری ارائه دهند.

در انگلستان، HEFA فقط از مراکز IVF می خواهد که هر زنی را که متقاضی درمان است، توصیه کند که برای فرزند خود پدر حمایتی تهیه کند.^۴ انجمن تولید مثل و جنین شناسی اروپا (ESHRE) سیزدهمین کارگروه خود را در زمینه اخلاق و قانون در مورد رفاه کودکان در سال 2007 منتشر کرد که در آن هیچ محدودیتی برای ارائه خدمات درمان باروری وجود ندارد مگر اینکه رفاه کودک در خطر باشد. اما هیچ معیار دقیقی برای ارزیابی وضعیت رفاه کودک در این گروه ویژه وجود ندارد.^۵ از طرف دیگر، در این گروه ویژه، مسئولیت رفاه کودک بر عهده پزشک قرار گرفته است و پزشک در پذیرش یا انکار بیمار بر اساس ایدئولوژی خود آزاد است. بنابراین اگر پزشک فکر کند که این امر خلاف رفاه کودک است، هیچ اجباری برای پذیرش لزبین یا زنان مجرد وجود ندارد و این افراد می توانند توسط پزشک به مراکز دیگر ارجاع شوند.

برخی از قوانین مانند بریتانیا، بلژیک به کسانی که در قید زوجیت نیستند اما شریک جنسی دارند، همچنین، آنان که مجرد هستند اجازه استفاده از این روش ها را برای فرزندآوری داده و پذیرفته اند خانم مجرد به تنهایی والد کودک باشد و اهداکننده والد نباشد.^۶

1- Robertson JA. Gay and lesbian access to assisted reproduction. Case West Reserve Law Rev 2004; 55: 323-372

2-Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine: Access to fertility treatment by gays, lesbians, and unmarried persons. Fertil Steril.; 86(5): 2006 1333-1335.

3- ESHRE Task Force on Ethics and Law including, Pennings G, de Wert G, Shenfield F, Cohen J, Tarlatzis B, Devroey P. ESHRE Task Force on Ethics and Law 13: the welfare of the child in medically assisted reproduction. Hum Reprod. 2007; 22(10): 2585-2588 .

4- Human Fertilization and Embryology Authority: <http://www.hefa.org.uk>.

5- Zinn C. Australia acts to restrict IVF treatment to heterosexual couples. BMJ 2002; 324: 1054.

6 -Human Fertilisation and Embryology Act (1990), C. 37, UK Parliament, Sec. 28(3); Human Fertilisation and Embryology Act (2008), C. 22, UK Parliament, Sec. 47; Jackson, Emily (2001), Regulating Reproduction (Law, Technology and Autonomy). Oxford: Hart Publishing, P. 236]; Präg, Patrick, Mills, Melinda C. (2017), "Assisted

در سوئد، مجوز هیئت ملی سلامت و رفاه برای درمان افرادی که به هر شکل خارج از رابطه زوجیت اقدام می‌کنند الزامی است. در صربستان خانم مجرد در صورت وجود دلایل موجه، با موافقت وزیر بهداشت و وزیر امور خانواده می‌تواند از این روش‌ها صاحب فرزند شود. در کرواسی هم قید مهم، در کنار سایر شرایط، آمده که خانم مجرد باید قادر به ایفای مسئولیت‌های والدینی باشد.^۱

در مقابل قوانینی که به مردان مجرد، مانند خانم‌های مجرد، چنین جوازی داده باشند کم‌اند، مانند برزیل و آرژانتین.^۲ برخی دیگر از قوانین مانند اتریش، نروژ درمورد افراد هم‌خانه آسان گرفته‌اند؛ اما نسبت به افراد مجرد، خواه مرد یا زن نگاهی سختگیرانه داشته‌اند.^۳

در برخی قوانین مانند قانون نیوزلند،^۴ و کنیا،^۵ آمده در جایی که علقه زوجیت میان خانم مجرد متقاضی و اهداکننده اسپرم شکل می‌گیرد یا اهدا کننده شریک جنسی او می‌شود، حق و تکالیف پدری متوجه اهداکننده خواهد شد.

در برخی قوانین نیز مانند قانون بریتانیا،^۶ کالیفرنیا،^۷ فنلاند^۸ خانم مجرد و اهداکننده می‌توانند، بدون آنکه به ازدواج با یکدیگر فکرکنند، توافق کنند اهداکننده پدر کودک باشد. ممکن است هدف از وضع چنین احکامی آن بوده که، مانند تولید مثل طبیعی، کودک بالاخره در خانواده‌ای متشکل از دو والد، نه خانواده تک‌والدی، رشد کند و تربیت شود.^۱

Reproductive Technology in Europe: Usage and Regulation in the Context of Cross-Border Reproductive Care", in Kreyenfeld, Michaela, Konietzka, Dirk (eds.), *Childlessness in Europe: Contexts. Causes, and Consequences*, Switzerland: Springer Nature, P. 298.

1-Genetic Integrity Act (2006), Ch. 6.§2; [Law on Treatment of Infertility by Biomedically Assisted Fertilization Procedures (2009), Official Gazette of RS, No. 72/2009, Art. 26; Micković. Dejan, Ristov, Angel (2014), "Biomedical Assisted Fertilization in Macedonia, Serbia and Croatia: Ethical and Legal Aspects", SEE Law Journal, Vol. 1 No. 1, pp. 21-34, P. 24]; [Act on Medically Assisted Insemination (2012), Croatian Parliament, Art. 10 (2). Micković, Dejan, Ristov, Angel (2014). "Biomedical Assisted Fertilization in Macedonia, Serbia and Croatia: Ethical and Legal Aspects". SEE Law Journal, Vol. I No. 1, pp. 21-34, P. 24].

2-Resolution No. 2.121/2015. Federal Council of Medicine, Part 11 (2): Quaini, Fabiana Marcela (2016), "Gestational Surrogacy in Argentina", in Sills, Scott (ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy*, Cambridge: Cambridge University Press. P. 100.

3 -Prag, Patrick, Mills, Melinda C. (2017). "Assisted Reproductive Technology in Europe: Usage and Regulation in the Context of Cross-Border Reproductive Care", in Kreyenfeld, Michaela, Konietzka, Dirk (eds.), *Childlessness in Europe: Contexts, Causes, and Consequences*, Switzerland: Springer Nature, P. 298; Shalev, Carmel, Werner-Felmayer, Gabriele (2012), "Patterns of globalized reproduction: Egg cells regulation in Israel and Austria", *Israel Journal of Health Policy Research*, 1:15, PP. 1-12, P. 6.

4 Status of Children Amendment Act (2004), the Parliament of New Zealand, Art. 24.

5 The Assisted Reproductive Technology Bill (2016), Parliament of Kenya, Art. 2 (father) (a).

6 Human Fertilisation and Embryology Act (2008). C. 22, UK Parliament, Sec. 36(a); 37(1)(a); 37(1)(b); 37(1)(c): Sloan, Brian (2021), "The 'Chimera' of Parenthood", *The Modern Law Review*, Vol. 84, No. 3, PP. 503-531, P. 509, Zanghellini, Aleardo (2010), "Lesbian and Gay Parents and Reproductive Technologies: The 2008 Australian and UK Reforms", *Fem Leg Stud*; 18:227-251, P. 231.

7 Assembly Bill No. 960 (2015), Chapter 566, Sec. 1 [amendment of section 7613 (b) (1)].

8 Act on Assisted Fertility Treatments (1237/2006), Finland Parliament, Sec. 16; Swennen, Frederik (2015), "Private Ordering in Family Law: Global Perspective", In Swennen, Frederik, *Contractualisation of Family Law - Global Perspectives*, Switzerland: Springer International Publishing, PP. 198-99.

با این وجود، همه نظام‌های حاضر به پذیرش اشکال جدید خانواده که خارج از چارچوب ازدواج به وجود آمده‌اند نشده‌اند و به راحتی جواز فرزندآوری با استفاده از روش‌های کمک‌باروری را به این خانواده‌ها نمی‌دهند. نگاهی به قوانین تایلند،^۲ تایوان،^۳ قزاقستان،^۴ قرقیزستان،^۵ روسیه،^۶ اوکراین،^۷ بلغارستان،^۸ فلوریدا،^۹ تایوان، هنگ کنگ، کره و ژاپن^{۱۰} که در آنها زوجیت متقاضی شرط استفاده از اهدای گامت یا جنین است.

مبحث سوّم: بررسی دیدگاه‌های ادیان یهود و مسیحیت درمورد فرزندآوری در وضعیت تجرّد

در این مبحث برآنیم به بررسی دیدگاه مسیحیت و سپس یهود درمورد فرزندآوری در وضعیت تجرّد بپردازیم.

گفتار نخست: مسیحیت

در این قسمت دیدگاه مسیحیت مطرح می‌شود. برای بدست آوردن دید دقیق در این دین سه فرقه‌ی ارتدوکس، پروتستان و کاتولیک مورد بررسی قرار می‌گیرد، در دین مسیحیت سه فرقه عمده وجود دارد، به شرح زیر:

بند نخست: آیین ارتدوکس

بر اساس آموزه‌های ارتدوکس، الگوی سنتی خانواده (خانواده متشکل از زن و مردی که با ازدواج دارای فرزند یا فرزندان بوده‌اند) بسیار مورد حمایت است؛ برای نمونه، در اعلامیه‌ی منتهن (Manhattan Declaration)، که صدها رهبر ارتدوکس،

1 Malin, Maili, Burrell, Riitta (2004), "Finland: Unregulated Practices, Familiarity and Legality", in Blyth, Eric, Landau, Ruth (eds.). Third Party Assisted Conception Across Cultures (Social, Legal and Ethical Perspectives), London & NY: Jessica Kingley Publishers, pp. 85-86.

2 Protection of A Child Born by Medically Assisted Reproductive Technology Act (2015), National Legislative Assembly of Thailand, Arts. 29-30, 33; Stasi, Alessandro (2017). "Protection for Children Born Through Assisted Reproductive Technologies Act, B.E. 2558: The Changing Profile of Surrogacy in Thailand". Clinical Medicine Insights: Reproductive Health: 11: 1-7, P. 5

3 Assisted Reproduction Act (2018), Art. 24.

4 The Code of the Republic of Kazakhstan on Marriage (Matrimony) and Family (2011 and later amendment on 2014), No. 518-IV, Art. 58 (2); Art. 192 (2).

5 On Reproductive Rights of Citizens and Guarantees of Their Implementation of Kyrgyzstan (2015 and later amendment), No. 148, Art 15 (2).

6 The Family Code of The Russian Federation (1995), No. 223, State Duma, Art. 51(4).

7 Family Code of Ukraine (2004), Parliament of Ukraine, Art. 123 (1); Gryshchenko, Mykola, Pravdyuk, Alexey (2016), "Gestational Surrogacy in Ukraine", in Sills, Scott (ed.), Handbook of Gestational Surrogacy, Cambridge: Cambridge University Press, P. 251.

8 Bulgarian Family Code (2009), National Assembly, Art. 61 (1), (4).

9 FA. STAT. ANN. 2. 742.11 (WEST 1997)

10 Jones HW Jr, Cohen J. IFFS surveillance 01. Fertil Steril. 2001 Nov; 76(5 Suppl 2): S5-36

کاتولیک و اونجلیکان صادر کرده‌اند، آمده که ازدواج و وحدت زن و مرد برای تولید مثل خواست و اراده خداست. تولید مثل باید در قالب ازدواج باشد و هدف اصلی ازدواج جز آن نیست.^۱ بنابراین، بر اساس آموزه های ارتدوکس باروری باید مبتنی بر خانواده باشد.^۲

بند دوم: آیین پروتستان

پروتستان‌ها شاخه های مختلفی دارد از جمله انجیل گرایی، شاخه ای اصلی پروتستانیسیم و فرقه پروتستان های لیبرال. این شاخه ها درباره باروری در وضعیت مجرد نظرات مختلفی دارند.

الف) انجیل گرایی

علمای این فرقه بر رابطه ای ذاتی ازدواج و رابطه ای والدین اشاره شده در سیر آفرینش، تأکید دارند. آنها همچنین معتقدند که چارچوب ازدواج همراه با روابط عاطفی بین زوجین، ایده آل ترین مبنا برای تولید مثل و تربیت کودک است.^۳

ب) شاخه اصلی پروتستان

در عصر پروتستانیسیم، ارج گذاری مجدد ازدواج جایگزین اولویت بی همسری قرون وسطا شد؛ تقدم زندگی روزمره ی خانواده جایگزین اولویت انتخاب کشیشی شد؛ تقدم آرمان همسر و مادر بودن جایگزین آرمان راهیگی شد و تأیید تمایلات جنسی به عنوان سائق طبیعی بشر (که باید نیاز به ازدواج ارضا شود، حتی اگر موجب تولید مثل نباشد) جایگزین بدگویی از این تمایلات شد آنها معتقد بودند که باروری باید در چارچوب خانواده رخ دهد.^۴

1- Shultz, Marjorie Maguire (1990), "Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality", Wisconsin Law Review, No. 297, P. 333; McClain, Linda C. (2013), "A Diversity Approach to Parenthood in Family Life and Family Law" in McClain, Linda C., Cere, Daniel (eds.), What Is Parenthood? Contemporary Debates about the Family, N.Y.: New York University Press, P. 44.

2- پاسخی مذهبی به فناوری کمک باروری برگرفته از:

Wikipedia. Religious response to assisted reproductive technology [Internet]. 2020 [Updated 20 Sep 21]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Religious_response_to_assisted_reproductive_technology

3- قاضی، محمد و همکاران، مفهوم، مصادیق و خواستگاه حق تولید مثل و باروری انسان در اسلام و اخلاق و حقوق لیبرال، مجله اخلاق و تاریخ پزشکی، دوره هشتم، شماره 2، تیر 1394، ص 48.

4- همان.

ج) فرقه پروتستان های لیبرال

اطلاعات مربوط به دیدگاه این فرقه درباره تولید مثل اندک است. ذکر این نکته کافی است که این فرقه، برخلاف سایر فرقه های مسیحی، از روشهای مدرن باروری پشتیبانی می کند. به عبارت دیگر، این فرقه، دیدگاه فرقه های دیگر در مورد باروری و ارتباط آن با ازدواج را قبول ندارد.^۱

بند سوم: کاتولیک

از دیدگاه متفکران کاتولیک غایت ازدواج برآیندهای تولیدمثلی و وحدت روابط جنسی را به همراه دارد که مظهر ذاتی و درونی رابطه ی نسبی است. از سوی دیگر، قانون طبیعی مبین وظایفی برای هر دو مرحله تولید مثل و آموزش و پرورش کودک است و این تربیت والدینی مستلزم توانایی رشدی کودک به لحاظ اخلاقی و روانی و مفروض دانستن تعهدات درونی است. این نظریه که از آن با عنوان ارتباط مقدس بین رابطه ی جنسی و تولید مثل، نیز یاد می کنند، بیانگر این مطلب است که حتما فرزند آدمی باید نتیجه ی برقراری رابطه ی زناشویی در چارچوب خانواده باشد به همین جهت، کلیسای کاتولیک با تکنیک های باروری مصنوعی حتی شبیه سازی هم مخالف است و تکنیک های باروری مصنوعی را مختل کننده ی این عمل مقدس و نشانه ی زنده ی خدا می دانند. از این دیدگاه، اساسا اتحادی ذاتی میان زندگی، رابطه ی جنسی و زاد و ولد وجود دارد و جهت گیری روابط جنسی انسان به سمت تولید نسل، اضافه ای بیولوژیک و زیستی نیست، اما با ذات و طبیعت انسان مطابق است و در تمایل طبیعی بشر برای زاد و ولد نمایش داده می شود،^۲ بنابراین باروری در وضعیت مجرد را منع کرده و قاطعانه آن را رد می کند.

گفتار دوم: یهودیت

این حقیقت که زنان و مردان از یک ریشه بودند، سپس خداوند آنها را پس از خلقت از هم جدا کرد، از جمله آموزه های تورات است. بنابراین، زنان و مردان ازدواج کردند و با هم خاستگاه اصلی کودک را تشکیل دادند. بر اساس این اعتقاد، خداوند جهانی را آفرید که در آن زن و مرد بایکدیگر متحد شده و دستور بچه داری را انجام می دهند.^۳ همچنین، در 613 امین دستور

1 - پاسخی مذهبی به فناوری کمک باروری برگرفته از:

Wikipedia. Religious response to assisted reproductive technology [Internet]. 2020 [Updated 2020 Sep 21]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Religious_response_to_assisted_reproductive_technology.

2 - قائنی، محمد و همکاران، پیشین، ص 49.

3 - همان.

تورات بیان شده است که نژاد بشر باید بواسطه‌ی ازدواج قانونی ادامه یابد^۱. در حالی که یهودیت برخی از اشکال باروری پزشکی مدرن را تحت شرایط خاص می پذیرد ، با توجه به حرمت ازدواج ، باروری در وضعیت مجرد را ممنوع می کند.

1 - سلیمانی، حسین، احکام 613 گانه تورات، دو فصلنامه هفت آسمان، دوره 5، شماره 18، تابستان 1382، ص 163.
http://haftasman.urd.ac.ir/article_73803.html

فصل دوم: بررسی فقهی و حقوقی حرمت یا جواز فرزندآوری افراد مجرد

با استفاده از فناوری های نوین باروری

مبحث نخست: بررسی فقهی

گفتار نخست: بررسی حرمت یا جواز تلقیح با اسپرم بیگانه براساس آیات و روایات

در این نوع از تلقیح مصنوعی، اسپرم به اندازه کافی از مرد بیگانه اخذ و پس از شستشو و دفع زوائد یا در محیط آزمایشگاه در مجاورت تخمک زن قرار می‌گیرد تا لقاح صورت پذیرد (روش IVF) یا به رحم زن انتقال می‌یابد تا لقاح در لوله رحم صورت گیرد (IUI).

در اصطلاح پزشکی به دادن تخمک یا اسپرم به وسیله شخص ثالث به منظور تولیدمثل اهدای گامت گفته می‌شود. در اینجا نخستین مسئله‌ای که مطرح می‌شود مشروعیت این عمل است. قانون ایران در این باره ساکت است. با سکوت حقوق ایران در مورد صحت یا بطلان عمل تلقیح مصنوعی زن با اسپرم بیگانه و همین‌طور ممنوعیت ارتکاب این عمل، برابر ماده ۱۶۷ قانون اساسی رجوع به فتاوی معتبر و آراء فقها برای استنباط حکم، الزامی است. با وجود این که این امر از مسائل مستحدثه و جدید است و در فقه اسلام بحث مستقلی در این خصوص به میان نیامده است ولی صاحب‌نظران فقهی هر کدام با استناد به دلایلی در مورد جواز یا عدم جواز این عمل اظهار نظر نموده و جهت‌گیری‌های متفاوتی را اتخاذ کرده اند. وحدت رویه‌ای در فقه در این مورد وجود ندارد معذالک می‌توان با ارائه دلایلی در زمینه جواز یا حرمت لقاح مصنوعی با اسپرم بیگانه اظهار نظر نمود، در این قسمت ابتدا وضعیت استفاده از روش های کمک باروری داخلی را بررسی و سپس به روش های خارج رحم و سایر ادله موافقین و مخالفین برای تولید مثل با اسپرم بیگانه خارج از چارچوب ازدواج خواهیم پرداخت.

بند نخست: وضعیت شرعی تلقیح با اسپرم مرد بیگانه در روش IUI

همانگونه که قبلاً بیان شد در این روش، تخمک زن با اسپرمی که به وی تزریق می‌شود بارور می‌گردد. تلقیح با اسپرم بیگانه از ابتدای پیدایش، با مخالفت های جدی روبه رو بوده است، تا جایی که برخی آن را از مصادیق زنا دانسته و حتی در سال ۱۹۲۱ میلادی، دادگاهی در کانادا آن را زنا تلقی نمود. کلیسای کاتولیک نیز قویاً این عمل را رد کرده و آن را غیر اخلاقی اعلام نموده است.^۱

با گذشت زمان این آرا کم کم تعدیل شده تا جایی که در سال ۱۹۵۸ میلادی، یک دادگاه اسکاتلندی رأی داد که زنا فقط با تماس بدنی مصداق پیدا می کند و A.I.D زنا محسوب نمی شود، نهایتاً نمایندگان نهمین کنگره بین المللی حقوق جزا در سال ۱۹۶۴ میلادی در هلند اظهار داشتند: «تلقیح مصنوعی چون متضمن مقاربت زن و مرد نیست، رابطه نامشروع محسوب نمی گردد.^۲

در فقه و حقوق ایران نیز با تعریفی که زنا ارائه شده، نمی توان این عمل را زنا تلقی کرد. در فقه زنا که جرم و موجب حد است اینگونه تعریف شده است: «یتحقق الزنا الموجب للحد با دخول الانسان ذكره الاصلی فی فرج امرأه محرمة علیه اصاله من غیر عقد نکاح»^۳

۱ - مهرپور، حسین، نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۶، ص ۱۶۶.

۲ - نقل از: امامی، اسد ا...، مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه، ص ۳۷۵.

۳ - موسوی الخمینی، سید روح ا...، تحریر الوسیه، ج ۲، ص ۶۲۱.

به هر حال در تحقق زنا، تماس بدنی و دخول شرط است. بنابراین، بر تلقیح اسپرم مرد بیگانه در رحم زن تعریف و عنوان زنا صدق نمی کند و قدر متیقن اینکه نمی توان از این بابت این عمل را جرم و حرام تلقی نمود. فقهای نیز که این عمل را حرام می دانند این عمل را به عنوان زنا حرام ندانسته اند. لازم به ذکر است که این روش موافقان اندک و مخالفان زیادی دارد.

مهم ترین دلایل مخالفان عبارت است از:

الف) اطلاق و عموم پاره ای از آیات قرآن کریم: مخالفین با استناد به برخی از آیات قرآن کریم، نظیر آیات ۳۰ و ۳۱ نور (و قل للمؤمنین یغضوا من ابصارهم و یحفظو فروجهنم ذلک ازکی لهم ان ... خیر بما یصنعون و قل للمونات یغضن من ابصارهن و یحفظن فروجهن...) آیات ۵ و ۶ و ۷ سوره مومنون، آیه ۳۵ احزاب، آیه ۲۹ و ۳۰ و ۳۱ سوره معرج و آیات ۲۲ و ۲۳ نساء، بیان می دارند، محور تمامی این آیات حفظ آلت و اندام های جنسی خود از دیگران است. این آیات بر این نکته تأکید می ورزند که مسلمان موظف است، اندام های جنسی خود را از دیگران حفظ کند. نحوه استفاده و استناد به این آیات به این شکل است که زنان و مردان موظف به حفظ اندام تناسلی خود شده اند. از آن جا که متعلق حفظ بیان نشده است مقصود حفظ از هر چیز است، خواه ورود نطفه از طریق مقاربت غیر مشروع، مساحقه و تفخیز باشد و یا با ابزار پزشکی، زیرا حذف متعلق مفید عموم است. بر این اساس، مردی که نگه دار شرمگاه خود نبوده و با رضایت او منی خارج شده از آن در داخل اندام تناسلی زن بیگانه قرار گیرد فردی تجاوزکار و گنهکار خواهد بود. کما اینکه اگر زنی راضی به ادخال نطفه بیگانه در اندام تناسلی خود شود به حکم آیات مزبور نگه دارنده شرمگاه خود نبوده و مرتکب حرام شده است.^۱

ب) اطلاق و عموم پاره ای از روایات: در منابع روایی به سخنانی از امام معصوم علیهم السلام بر می خوریم که بر این نکته تأکید دارند که هرگاه بهره وری از اندام جنسی زنی جایز نباشد، تخلیه اسپرم در آن نیز جایز نخواهد بود و بدون تردید تزریق اسپرم فردی غیر از همسر به رحم زن، از نمونه های بارز این معناست.^۲

۱) علی بن سالم از امام صادق (ع) روایت می کند: «قال اشد الناس عذابا یوم القیامه رجل اقر نطفیه فی رحم یحرم علیه»، شدید ترین عذاب روز قیامت برای مردی است که نطفه خود را در رحمی قرار دهد که برای او حرام است.^۳

طبق این روایت قرار دادن نطفه در رحم زن بیگانه حرام اعلام شده است. قائلین به حرمت معتقد هستند به استناد این روایت، نفس قرار دادن نطفه در رحم زن بیگانه حرام است و طریقه ورود و قرار دادن نطفه موضوع حرمت نیست.

به عبارت دیگر دو عنوان «نزدیکی جنسی» و «تخلیه جنسی» را نمی توان به یک معنا دانست، زیرا هر نزدیکی جنسی الزاما منجر به تخلیه جنسی نخواهد شد، چنان که تخلیه جنسی بدون نزدیکی جنسی نیز امکان پذیر است. به همین دلیل دو عمل مجرمانه می توان تعریف کرد: ارتباط نامشروع، تخلیه اسپرم در رحم نامحرم. بنابراین عبارت هایی همچون: «افرغ ماء فی امرأه حراما»، «اقر نطفته فی رحم یحرم علیه»، «نطفه حرام وضعها امرو فی رحم لا حل له» ناظر به بزه دوم خواهد بود.^۴

1- جعفر زاده، میر قاسم، وضعیت شرعی بکارگیری تکنیکهای نوین باروری کمکی در تولید مثل انسانی، فصلنامه باروری و ناباروری، زمستان ۷۸، ص ۵۷.

2- محقق داماد، سید مصطفی، فقه پزشکی، انتشارات حقوقی، چ ۲، بهار ۱۳۹۱، ص ۲۵۴.

3- حر عاملی، محمد حسن، وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه، چاپ اسلامی، ج ۱۴، ۱۴۰۳ ه.ق، ص ۲۳۹.

4- محقق داماد، سید مصطفی، پیشین، ص ۲۵۵.

لازم به ذکر است برخی از فقیهان، روایت مزبور را تنها ناظر بر حرمت لقاح اسپرم مرد بیگانه با تخمک زن در فضای رحم دانسته اند. از نظر ایشان از آنجا که واژه (نطفه) مذکور در این روایت به معنای «آمیخته اسپرم مرد و تخمک زن» است، با این حال، موضوع حرمت بسته شدن نطفه مرد با تخمک زن بیگانه است.^۱

بر این اساس، تزریق اسپرم مرد بیگانه زمانی حرام است که منجر به انعقاد جنین و حاملگی گردد. همین نویسنده در ادامه می افزاید: «اگرچه لحن روایت ناظر به تحریم اقرار نطفه بر مرد است، ولی بعید نیست که این عمل بر زن هم همزمان حرام باشد، چه آنکه قرار دادن نطفه امری است که دو طرف در آن نقش دارند.»^۲

۲) سلیمان بن داود می گوید: از چندین نفر از اصحاب امامیه شنیدم که از امام صادق چنین نقل کردند: «نزد خداوند کاری بدتر از این نیست که مردی نطفه خود را به حرام در رحم زنی قرار دهد.»^۳

طبق این روایت نیز ریختن ماء در رحم زن بیگانه حرام اعلام شده است و چون روش خاصی در روایت اعلام نشده است، بنابراین مطلق ریختن نطفه مرد بیگانه در رحم زن حرام است.

۳) از امام باقر نقل شده است: «هیچ عبادتی برتر از پاکدامنی و احتیاط در امر خوردنی ها و آشامیدنی ها نیست.»^۴ این روایت بر پاکدامنی و حفظ شرمگاه تأکید دارد و چون متعلق حفظ بیان نشده، بنابراین لازم است شرمگاه در برابر هر امری محافظت شود.

۴) اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) نقل می کند: «امام صادق در پاسخ به این پرسش که آیا زنا بدتر است یا میگساری و چرا میگساری هشتاد تازیانه و در زنا صد تازیانه مقرر شده است؟ فرمود: حد هر دو یکی است اما این اندازه برای آن افزوده شده که نطفه را تباه کرده و در جایی جز آنجا که خداوند مقرر کرده نهاده است.»^۵

مطابق قسمت اخیر این روایت، علت بیشتر بودن تعداد ضربات تازیانه در حد زنا در مقایسه با حد شرب خمر، قرار دادن نطفه در غیر مکانی است که خداوند متعال مقرر فرموده است. بنابراین بیست ضربه از صد ضربه تازیانه زنا به علت قرار دادن نطفه در مکانی است (رحم زن بیگانه) که خداوند اجازه نداده است، لذا مشاهده می گردد که نفس قرار دادن نطفه در بدن زن بیگانه حرام و ممنوع است.

بسیاری از فقها تلقیح با اسپرم بیگانه را حرام و ممنوع می دانند. امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله می فرمایند: «تلقیح با نطفه غیر شوهر جایز نیست چه اینکه زن شوهردار باشد یا بی شوهر و شوهرش راضی باشد یا نباشد و زن از محارم صاحب نطفه مثل مادر و یا خواهر او باشد و یا نامحرم.»^۶

1- مومن قمی، محمد، کلمات سدیدة فی المسائل جدیدة، موسسه نشر اسلامی، قم، ج ۱، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۸۱.

2- همان، ص ۸۲.

3- حر عاملی، محمد حسن، پیشین، ص ۲۳۹.

4- همان، ص ۲۷۰.

5- همان، ص ۶۷.

6- خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، قم، انتشارات دار العلم، بی تا، ص ۶۲۱.

دکتر محقق داماد در کتاب فقه پزشکی می فرمایند: «بنابر آنچه تا کنون گذشت، می توان تلقیح با اسپرم بیگانه را عملی حرام و گروه انجام دهنده را مستحق تعزیر دانست».^۱

مرحوم آیت ... بروجردی، آیت ... میلانی، آیت ... خوئی و نیز آیات عظام صافی، مکارم شیرازی و سید صادق روحانی نیز این عمل را حرام دانسته اند.^۲

در برابر این دسته گروهی از فقها و نویسندگان فقهی معتقد هستند که، آیات مذکور دلالتی بر حرمت تلقیح با اسپرم بیگانه ندارد، بلکه آیات مزبور ناظر به زنان و روابط نامشروع با مردان بیگانه است. سیاق آیات مزبور نشان می دهد که معنای قطعی «نگهداری فروج از غیر همسران و کنیزان» حفظ زنان و مردان بیگانه و دوری از هر نوع عمل با انگیزه بهره برداری جنسی است.^۳ همچنین بیان شده است که آیات مذکور به جز آیه ۳۰ سوره نور مختص مردان است و نامی از زنان نیامده است.^۴ بنابراین با توجه به عدم تحقق عنوان حرامی بر تلقیح نطفه بیگانه در رحم زن و تردید در جواز یا عدم جواز آن باید به حکم اصل برائت و اباحه، قائل بر جواز این عمل بود.

در مورد روایات نیز اولاً: آیت ... محمد مومن و آیت ... حرم پناهی معتقد هستند که سند برخی از روایات از جمله روایت ناظر بر حرمت «حرمت افرار الماء فی امراه حراما» و «اقرار النطفه فی رحم محرم علیه» و «تضییع النطفه ولو صغه ایاها فی غیر موضعه» معتبر نبوده و قابل استناد نیست.^۵

ثانیاً: روایات مزبور در مورد روابط نامشروع زن و مرد فاقد رابطه زوجیت با یکدیگر است و با موضوع مورد بحث ارتباطی ندارد. عباراتی همچون «من اقر نطفه» و یا «من افرغ مائه فی رحم یحرم علیه» در مقام بیان حرمت روابط نامشروع زن و مرد فاقد رابطه زوجیت است نه حکم حرمت مجرد ریختن و قرار دادن ریختن منی در رحم باشد.^۶

در پاسخ به دلیل مخالفان در مورد عمومات نیز گفته شده است که، تلقیح مصنوعی مصداق عمومات و آیات مورد استناد نیست، زیرا عمومات معمولاً برای خود مصداق تعیین نمی کنند به علاوه قرائن و امارات موجود در آیات و فقدان تکنولوژی تلقیح مصنوعی در زمان نزول آن ها، حاکی از انصراف آیات و روایات از تلقیح مصنوعی است و با استناد به آن ها نمی توان بر حرمت تلقیح اسپرم بیگانه نظر داد.^۷

برخی از صاحب نظران فقه شیعه به جواز این عمل معتقد بوده و برای آن منع و حرمتی نمی بینند. شیخ محمد تقی جواهری در پاورقی بر کتاب الحلال و الحرام فی الاسلام دکتر قرضاوی می گوید: «دلیلی بر حرمت تلقیح نطفه مرد اجنبی به زن به وسیله شوهر وجود ندارد اصل اباحه این عمل را تجویز می کند».^۸ همچنین آیت ... یزدی در مقاله «باروری مصنوعی» قایل به جواز می

1- محقق داماد، سید مصطفی، پیشین، ص ۲۵۸.

2- مهرپور، حسین، پیشین، ص 169

3- جعفر زاده، میر قاسم، پیشین، ص ۶۶.

4- روحانی، سید صادق، پیشین، ص ۹.

5- نقل از جعفر زاده، میر قاسم، پیشین، ص 67

6- روحانی، محمد صادق، پیشین، ص ۹.

7- مومن قمی، محمد، پیشین، ص ۵۸.

8- جاویدی، فرزاد، بررسی فقهی و حقوقی قرارداد انتقال جنین، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی،

باشند.^۱ آیت ... سید محمد موسوی نیز این عمل را بی اشکال دانسته اند.^۲ آیت ... خامنه ای در پاسخ به استفتائی که از ایشان به عمل آمده است پاسخ داده اند: «تلقیح زن از طریق نطفه مرد اجنبی فی نفسه اشکال ندارد ولی باید از مقدمات حرام از قبیل نگاه و لمس حرام و غیر آنها اجتناب شود...»^۳

بند دوم: وضعیت شرعی تلقیح با اسپرم بیگانه در روش IVF:

در این تکنیک لقاح بین اسپرم و تخمک خارج از بدن زن صورت می گیرد و سپس جنین حاصل به رحم منتقل می گردد.

در متون فقهی ممنوعیتی در مورد داخل کردن اسپرم به تخمک در صورت ناتوانی اسپرم در نفوذ به داخل تخمک و یا استفاده از اسپرم مرد بیگانه مشاهده نمی شود. حتی فقهایی همچون آیت ... صانعی در تأیید این عمل فتوا داده اند: «امتزاج اسپرم زوج با تخمک زن دیگر در خارج از رحم و تلقیح آن به زوجه یا زن مذکور یا زن ثالث، ظاهراً مانعی ندارد. چون نه زناست و نه وارد نمودن منی در رحم زن اجنبیه.»^۴

برخی از فقها با استناد به دلایلی که در زمینه مخالفت با روش IUI با استفاده از اسپرم بیگانه نیز ذکر شد فتوا داده اند که، انتقال زایگوت و جنین به دلیل مخالفت با لزوم حفظ فروج از بیگانه ممنوع می باشد.

علی رغم مخالفت اکثر فقههای معاصر، عده ای از فقها اعتقاد دارند که هیچ یک از دلایل مخالفان کافی برای اثبات حرمت انتقال جنین نیست. زیرا اولاً: منظور آیات ذکر شده از حفظ فروج، جلوگیری از زنا و روابط نامشروع با دیگران و دوری از هرگونه التذاذ و بهره برداری جنسی است.

ثانیاً: در خصوص روایات نیز صرف نظر از ضعف پاره ای از این روایات، ظاهر این روایات عمدتاً، دلالت بر حرمت روابط جنسی زن و مرد فاقد علقه زوجیت است نه صرف دوری از هرگونه اعمال نظیر تلقیح مصنوعی.^۵

برخی از فقها همانند آیت ... خامنه ای، آیت ... یزدی، آیت ... اردبیلی، بر جواز این روش فتوا داده اند.^۶

1- یزدی، مجله فقه اهل بیت شماره ۵-۶ تابستان ۷۵ نقل از، مهرپور، حسین، پیشین، ص ۱۵۶

2- جاویدی، فرزاد، پیشین، ص 31.

3- خامنه ای، سید علی، رساله اجوبه الاستفتائات، انتشارات پیام عدالت، چ 2، 1389، ص 281

4- صانعی، یوسف، استفتائات قضایی، ج ۲، میزان، تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۴، ص 590، سوال ۱۳۲۲.

5 - حرم پناهی، محسن، تلقیح مصنوعی، فصلنامه فقه اهل بیت، سال سوم، شماره ۹، ص ۱۴۰-۱۳۸.

6 - به نقل از مجتبی فروزان فر و رسول مزرعی، برخی از احکام تکلیفیه و وضعیه تلقیح مصنوعی و طفل متولد از آن، مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور حقوقی (تهیه و گردآوری معاونت آموزش قوه قضاییه)، ج ۴، نشر قضا، قم، چ ۱، ۱۳۸۴، صص ۱۱۳ به بعد.

گفتار دوم: اصول و قواعد، حکمت‌ها و مصلحت‌ها

بند نخست- هدف تولید مثل و مقام فرزند از دیدگاه قرآن

فرزندآوری دو هدف را دنبال می‌کند: یکی، برطرف نمودن نیاز فردی انسان، چنان که انسان دوست دارد تصویر خود را در آینه فرزند ببیند؛ مایل است او را جانشین خود بکند؛ میراث خود را به او تسلیم کند و ... برای همین جهات، اولاد زینت هستند. پس، تمتع به فرزندآوری و فرزند مباح است و هدف دیگر، حفظ نوع انسانی است. خداوند، دنیا و انسان را خلق کرده است^۱ و انسان را امر به ازدواج نموده تا گردونه هستی ادامه پیدا کند. از همین رو، پیغمبر تأکید زیادی می‌کردند که با زنان زایا ازدواج کنید. بنابراین، تناسل دارای منشأ اسلامی و امر دینی است.

برای تحقق این اهداف، تنها راه آن این است که مردم به روش اجتماعی و ضابطه مند زندگی کنند. تولید و تربیت فرزند در یک قالب اجتماعی به نام نهاد خانواده صورت گیرد. در آن صورت است که اهداف قرآن از تولید فرزند، یعنی «قره أعین»^۲، «ذریه صالحه طيبة»^۳. «تنبت نباتا حسنا»^۴، و اهلیت «حمل الأمانة»^۵، عینیت پیدا می‌کند، در حالی که تأمین این اهداف، در سایه چنین ارتباطی مشکوک و مورد تردید است.^۶

بند دوم- لغو تشریع نکاح

بر اساس تعالیم اسلامی، بلکه ادیان الهی، تنها راه تأمین تمایل ذاتی انسان به ادامه نسل و فرزندآوری، ازدواج است.^۷ ازدواج سنت حسنه ای است که پیامبر اکرم (ص) ائمه معصومین نیز سفارشات بسیاری در خصوص آن نموده اند. با استفاده از نظر فقهای نیز می توان گفت اسلام در یک جامعه سالم و متکامل به برنامه مزاجت و تشکیل خانواده و توالد و تناسل از طریق ازدواج تأکید زیاد دارد و غرض شارع مقدس محصور کردن اعمال غریزه جنسی و طلب فرزند از طریق پیمان ازدواج با وجهه معنوی و شرافتمندانه است. مجاز شدن راههای دیگر برای توالد و تناسل موجب عدم رغبت به تشکیل خانواده و سست شدن بنیاد خانواده می گردد.

از برخی روایات نیز استفاده می‌شود: هر راهی که منجر به تعطیلی فروج و از بین رفتن سببیت نکاح در مسئله نسب گردد مردود است:

طبق نقلی: زندیقی از امام صادق پرسید: چرا خداوند زنا را حرام کرده است؟ امام فرمودند: به سبب این که، فساد، از بین رفتن میراث‌ها و قطع نسب‌ها را در پی دارد. در زنا، زن نمی‌داند که چه کسی او را باردار کرده؛ فرزندی که به دنیا می‌آید، نمی‌داند که

1- «المال والبنون زینة الحیوة الدنیا» (کشف (18) آیه ۴۶).

2- «ربنا هب لنا من أزواجنا وذریاتنا قره أعین» (فرقان (۲۵) آیه ۷۴).

3- «قال رب هب لی من لدنک ذریه طيبة ..» (آل عمران (۳) آیه ۳۸).

4- «.... و الی سمیتها مریم و إنی أعیزها بک و ذریتها من الشیطان الرجیم فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبثها نباتا حسنا» (آل عمران (۳) آیات ۳۶ و ۳۷).

5- «أنا عرضنا الأمانة علی السموات و الأرض و الجبال فأبین أن یخولها و أشفقن منها و حملها الإنسان إنه کان فنوما جهولا» (احزاب (۲۳) آیه ۷۲).

6- رضائیا معلم، محمدرضا، باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، بوستان قم، ۱۳۸۹، ص ۱۹۱.

7- مفید، محمد بن محمد، المقنعه، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ۱۴۱۳ق، ۴۹۶.

پدرش کیست؛ ارتباط رحم «صله رحم» قطع می‌شود و «قربان فامیلی» شناخته نمی‌شود. سپس، زندیق پرسید: چرا خداوند لواط را حرام کرده است؟

امام فرمودند: به خاطر این که اگر لواط حلال گردد، مردان از زنان بی‌نیاری جسته که نتیجه آن قطع نسل و بسته شدن فروج بوده و تجویز آن دارای فساد بسیاری است.^۱

- امام رضا در پاسخ به پرسش‌های محمد بن سنان نوشت:

خداوند زنا را به سبب فسادی که بر آن مترتب می‌شود، نظیر قتل نفس، از بین رفتن نسب‌ها، ترک شدن تربیت کودکان، فاسد شدن میراث «ترکه» و فسادهای مشابه دیگری، حرام کرد.^۲

- نیز آن حضرت در پاسخ به پرسش‌هایی در زمینه علت تحریم مرد بر مرد (لواط) و زن بر زن (مساحقه) نوشتند:

لما فی اتیان الذکران ... فساد التدبیر و خراب الدنيا.^۳

- امام صادق در پاسخ این سؤال که چرا خداوند دخول کردن حیوانات را حرام کرد؟ فرمودند:

... در اباحه آن فساد زیادی است.... خداوند برای مردان زنان را خلق کرد تا با ایشان انس بگیرند و به وسیله آن‌ها آرامش بگیرند و زنان، جایگاه شهوت شان باشند و همان‌ها مادران فرزندان شان باشند.^۴

سند روایات: این روایات به رغم ضعف سند آن‌ها، روایات مستفیض اند، لذا علم اجمالی به صدور آن‌ها ثابت می‌شود.

دلالت روایات: تعدادی از حکمت‌های برشمرده شده، در هر مورد و موضوعی وجود پیدا کنند، سبب ممنوعیت آن می‌گردند، خواه صاحب گامت شناخته شده باشد یا نه.

در این فرض، منظور از نقل روایات، استفاده حرمت و ممنوعیت شرعی نیست، بلکه جمع آوری شواهد و مؤیدات و زمینه سازی یک نوع احتیاط از مجموع دلایل است. شاهد دیگر، بررسی سیر تاریخی نکاح در صدر اسلام است. در زمان ظهور اسلام، نکاح شغار، نکاح عضل، نکاح أخدان و نکاح استبضاع حضور داشتند در چنین شرایطی اسلام اصل نظام ازدواج و خانواده را امضا و آن را به یک شوهر و یک همسر مبتنی کرده، اگر چه با شرایطی (مثل رعایت عدالت) تا چهار همسر را مجاز می‌داند. هم چنین انتخاب همسر از مادر، دختر، خواهر، عمه، خاله، دختر برادر و خواهر، زن پدر، مادر رضاعی، خواهر رضاعی، مادر زن و ... را ممنوع اعلام کرد.

آیا این عمل قانونگذار اسلام نمی‌تواند مؤید این باشد که اسلام می‌خواهد، هم روابط مرد و زن نظم خاصی داشته باشد و هم تولید نسل بر رابطه طبیعی اصیل و بر مبنای ارتباط خونی استوار باشد؟^۵ البته باید توجه داشت که مجاز دانستن این صورت علاوه بر الغای نکاح، توالی فاسد دیگری هم خواهد داشت، از جمله اینکه می‌تواند راهگشای همجنسگرایان برای فرزندآوری شود که این

1- حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۴، ابواب النکاح المحرم و مایناسبه، باب ۱۷، ص ۲۵۲، ح ۱۲.

2- همان، باب ۱، ص ۲۳۴، ح ۱۵.

3- همان، باب ۱۸، ص ۲۵۱، ح ۸.

4- همان، ص ۲۶۵، ح ۵.

5- رضائیا معلم، محمدرضا، پیشین، ص ۱۹۲.

مسأله نه تنها که به مصلحت کودک، بلکه به مصلحت جامعه هم نیست، چراکه خود می تواند باعث بسیاری از مشکلات اجتماعی شود.

بالاخره اگر حکم به جواز نطفه و تخمک از مرد و زن اجنبی بدهیم، این امر موجب تشمت و پراکندگی کانون خانوادگی است و آرامش خانواده‌ها را برهم می‌زند. چون نفس مزاجت وزندگی همسری که حاصل آن داشتن فرزند و تحکیم رابطه زن و شوهر است، علاوه بر مصالح دیگر از اغراض مهم است؛ و اعمال آن چیزی که سبب میل و علاقه مفرط به آن می‌شود، یعنی غریزه جنسی و میل به داشتن فرزند، از غیر طریق ازدواج با همه این مقاصد در تنافی است.^۱

در زمینه تعدادی از فقهای بزرگوار ضمن اعتراف به نبود نص یا عموم و یا اطلاق قرآنی و روایی بر منع تولید مثل با کمک ابزار پزشکی، به دلیل لغویت تشریع نکاح یا مذاق شرع (روح قانون اسلام) آن را ممنوع اعلام کرده‌اند.

مرحوم آیه الله میلانی فرموده‌اند: «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».^۲

همچنین آیت الله صافی گلپایگانی فرموده‌اند: «غرض شارع از تشریع ازدواج و حرمت زنا و اشباع غریزه جنسی، به وسایل محرم دیگر یا لااقل یکی از اغراض مهم این است که تشریعات تقویت می شود و نظام عائله و بسیاری از مصالح که در نظام اسلام مطلوب و مهم است مختل می گردد و این مصالح که همه مقصود شارع است و در مسیر مستقیم زندگی سالم فرد و اجتماع قرار دارد، از بین می رود.

اصلاً نفس مزاجت و زندگی همسری که حاصل آن داشتن فرزند و تحکیم رابطه زن و شوهر است، علاوه بر مصالح مهم دیگر از اغراض مهمه است و اعمال آن چیزی که سبب میل و علاقه مفرط به آن می شود، یعنی غریزه جنسی و میل به داشتن فرزند، از غیر این طریق (ازدواج)، با همه این مقاصد در تنافی است.

برای اینکه به عظمت امر ازدواج و تأثیر آن در صلاح جامعه و فرد و سلامت اخلاق و نظام عائله و منافع دیگر آگاه شویم، باید آیات و روایات را در نظر بگیریم.

مثل آیات زیر:

هو الذی خلقکم من نفس واحدة و جعل منها زوجها لیسکن الیهما فلما تغشیها حملت حملاً خفیفة فمرت به فلما ائقلت دعوا الله ربهما لئن آتینا صالحه لتکونن من الشاکرین (اعراف: ۱۸۹).

و الله جعل لکم من انفسکم ازواجا و جعل لکم من ازواجکم بنین و حفدة و رزقکم من الطیبات اقبالباطل یومنون و بنعمه الله هم یکفرون (نحل: ۷۲).

ومن آیاته أن خلق لکم من انفسکم ازواجا لتسکنوا الیهما و جعل بینکم مودة و رحمة أن فی ذلک

لآیات لقوم یتفکرون (روم: ۲۱) و مثل این حدیث شریف، از حضرت ابی جعفر علیه السلام:

1- صمدی اهری، محمدهاشم، نسب‌ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام، چاپ اول، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۲، ۹۲.

2 - به نقل از: اسدالله امامی، مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، ص ۳۶۷.

ما بنی بناء فی الاسلام احب إلى الله عزوجل من التزویج^۱

و مثل این حدیث، از حضرت صادق علیه السلام:

قال: قال رسول الله - صلى الله عليه و آله و سلم - : من تزوج أحرز نصف دينه فليتيق الله في النصف الآخر أو الباقي (الكافي في الفروع، ج ۲، ص ۳۲۸).

از آیات و روایات استفاده می شود که برنامه مزاجت که یکی از موجبات رغبت به آن داشتن فرزند است، به نظر اسلام در نظام یک جامعه متکامل و سالم، رکن بسیار مهمی به شمار می رود که اگر چه نسبت به افراد و به طور مطلق وجوب عینی ندارد، اما وجود این برنامه و علاقه افراد به آن مورد نظر تام و تمام شارع مقدس است و باید اعمال غریزه جنسی و طلب فرزند فقط از این طریق و این پیمان که به آن وجهه معنوی و شرافتمندانه می دهد، اعمال شود. و اگر این حصر نباشد و راههای دیگر مجاز شود رغبتها به این پیمان کم می شود و به تدریج جامعه از استقامتی که اسلام برای آن در نظر دارد خارج می گردد. اگر مسئله در حد ضرورت مطرح می گردید و به عنوان رفع ضرورت اقتصار بر موارد خاصی می شد بسا از این اشکال جواب داده می شد، اما سخن در اینجاست که دلیل جواز این کار، یعنی اصالة الاباحه، اگر حاکم باشد، عام الشمول است و مقصور بر موردی که مرد اختلال جسمی مانع از تولید مثل داشته باشد، نیست و انجام این عمل را بین همه مردها و زنهای اجنبی مجاز و معمول می سازد.

بنابراین ما می توانیم بگوییم شمول اصالة الاباحه در این مورد، مستقیماً موجب نقض اغراض مهم شارع مقدس و تقویت مصالح عظیمه خواهد شد و حتماً جایز نیست و هر چند آیه و روایتی صریحاً در حرمت آن نداریم و اطلاقات و عموم لفظی هم نداشته باشیم، با شم الفقاهه، حرمت آن را درک می کنیم.

ملاحظه دوم: اگر حکم، جواز تلقیح نطفه مرد اجنبی به زن اجنبیه باشد، لازم آن، حکم به جواز تلقیح نطفه پدر به دختر و پسر به مادر و خواهر و سایر محارم است، زیرا در شمول اباحه ظاهریه فرقی بین محارم و غیر محارم نیست؛ در حالی که شم فقهائی از تجویز آن آبا دارد و موجب جمع بین عنوان اخ و اب و جد و عناوینی از این قبیل می شود.

و خلاصه کلام اینکه با توجه به آیات و روایات و ارتکازات متشرعه و احکام شرعیه، برای فقیه اطمینان حاصل می شود که طریق مشروع تولید نسل و تحصیل ولد فقط منحصر به ازدواج شرعی است.

نیز علامه محمد تقی جعفری با عنایت به مجموع ابواب فقه (که اهمیت فوق العاده عرض و ارحام زنان را با اشکال مختلف مطرح می نماید)، انتقال نطفه بیگانه به رحم بیگانه تولید نسل بدون رابطه زوجیت را ممنوع و آن را یک نوع استشمام فقهی می دانند.^۲

از نظر روان شناسی و جامعه شناسی اسلامی بشر موجودی است که نیاز به مهر و مودت و آرامش دارد، در حقیقت این مهر و محبت همزیستی است که آحاد انسانی را آرامش می بخشد و تسکین می دهد. قرآن فلسفه و حکمت ازدواج را تولید سکونت و آرامش معرفی می کند، چنان که می فرماید: «و من آیاته أن خلق لکم من نفسکم ازواجاً لتسکنوا الیها و جعل بینکم موده و رحمه

1 - ابن بابویه، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، ج 3، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، 1413 ق، ص 383. روایت 4343.

2 - به نقل از: رضائیا معلم، باروری های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، ص 194.

ان فی ذلک لآیات لقوم یتفکرون» (از آیات الهی اینکه خداوند از جنس خود شما جفت و زوجی برای شما آفرید که محل آرامش و سکونت شما باشد و میان شما مودت و رحمت قرار داد و در این اقدام آیاتی است برای مردمان اندیشمند)

بنابراین وقتی بشر نیازمند آرامش و سکون باشد و این خواسته از تشکیل خانواده و پیوند زناشویی حاصل گردد، نباید زمینه های آن را از میان برد. بدیهی است که با شیوه تولید مصنوعی ارکان خانواده متزلزل شده و آن مهر و محبتی که زن و مرد در خلال آمیزش می یابند، از دست خواهند داد و جامعه از یک حالت کلیشه ای و ناپیوستگی و تصنعی برخوردار خواهد شد.^۱

برخی از علمای اهل تسنن بر این اعتقاد هستند که سنت الهی و تقدیر پروردگار فقط و منحصرأ شیوه طبیعی ازدواج می باشد که برای تکثیر نسل، اسپرم مرد با اووم زن ترکیب شده و نطفه را به وجود می آورد. ایشان معتقدند خداوند در آیات متعددی از جمله: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا» آیه یک سوره نو «وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى» آیه 45 سوره نجم و «وَخَلَقْنَاكُمْ أَزْوَاجًا» آیه 8 سوره نبا «وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ» آیه 49 سوره ذاریات، روش ویژه ای را در نظر داشته است و اینگونه نتیجه می گیرند که نظام زوجیت یک سنت و تقدیر تکوینی غیر قابل انعطاف و تغییر است. ریاض احمد اعلام می دارد «عقد نکاح یک حکم تشریعی است که بر طبق همان سنت تکوینی مقرر گردیده است و شبیه سازی این سنت را نادیده می انگارد».

با این تفاسیل، معتقدند، در صورتی که تولید مثل خارج از حیطه ازدواج و روش طبیعی و معمول آن انجام پذیرد، هرچند به علت عواملی نظیر باروری امری خالف دلالت قرآن محسوب می شود و حکم شرعی آن تحریم می باشد. تا جایی که محمد سید طنطاوی، رئیس الازهر با همین طرز نگرش بیان می دارد که «خروج الانسان من غیر امتزاج ماء الرجل بما الانثی حرام». به تعبیر دیگر، این گروه اعتقاد بر موضوعیت داشتن تولد انسان و تکثیر نسل دارند.^۲

بند سوم- قباحات آن

اساساً تلقیح منی مرد بیگانه در فرج زن که هیچگونه علقه زوجیت فی مابین آنان برقرار نیست عملی است که عرف و اخلاق آن را نمی پذیرد یا ممکن است به سختی با آن برخورد نماید کما اینکه بسیاری از فقها نیز آن را عملی قبیح می دانند.^۳

بند چهارم- اصل عدالت

موضوع قابل بحث دیگر، مخدوش نمودن اصل عدالت است. در خصوص استفاده از برخی از روش های باروری پزشکی اصل عدالت با خدشه مواجه می شود. در روش اهدای گامت و جنین بیگانه، حق فرزند حاصل نسبت به آگاهی از اصل و نسب زیست شناختی خود (چنانچه سابقاً مورد اشاره قرار گرفت)، بنابر اصل عدالت نیز قابل توجیه است و بدین ترتیب، بی نام بودن

1 - بطحائی گلپایگانی، سید هاشم، تحقیقی پیرامون تولد بدون مناکحت، مجموعه مقالات روش های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، سمت و جهاد دانشگاهی، 1389، صص 317-318.

2- راضی، مهدی، مطالعه فقهی و حقوقی شبیه سازی انسان، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، 1392، ص 79.

3- مومن، محمد، (باروری های مصنوعی و حکم فقهی آن) ترجمه موسی دانش (جعفرزاده) روش های موین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، انتشارات مهر، چاپ اول، 1380، 46-47.

دهندگان گامت و رویان که بعضاً حق ایشان دانسته شده است مغایر با رعایت اصل عدالت است.^۱ حال آن که، آن چه در اهدای گامت و جنین رخ می دهد، خلاف این امر است و در اکثر موارد دهنده و گیرنده یکدیگر را نمی شناسند و در نتیجه نسب واقعی طفل پنهان می ماند.

بند پنجم- مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه

هر چند آزادی به عنوان یک اصل پذیرفته شده، ولی این آزادی به طور مطلق نبوده و دارای حدودی است. مردم به طور مطلق نمی توانند شیوه زندگی خویش را مشخص کنند و محدود به قواعد شرع هستند.^۲ اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادهای مبنای ماده 10 قانون مدنی- عقد قرارداد و تنظیم شرایط آن را به عهده متعاقدين گذاشته است، ولی در مواردی استثنایی برای تأمین مصلحت اجتماع و رعایت اصول عدالت، آزادی اراده محدود خواهد شد و محدودکننده این آزادی، قوانین نظم عمومی و به عبارتی دیگر قوانین امری هستند^۳ لذا آزادی افراد در برخی روش های باروری پزشکی هم چون، اهدای گامت و جنین، تا حدی مغایر با قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه است، زیرا موافقت با این شیوه باروری، سبب نابودی خانواده و ماشینی شدن روابط عاطفی انسان ها می شود و تمام ارتباط بین والدین و فرزندان را تابع فعل و انفعالات شیمیایی نطفه ها می سازد.^۴ مضاف بر این که، پذیرفتن اهدای گامت و جنین به عنوان یکی از شیوه های باروری، به مرور سبب تجاری شدن این عمل و شیوه ای برای فرزنددار شدن افراد مجرد و سوءاستفاده های دیگر و نهایتاً فروپاشی تمام سنت های اخلاقی وابسته به آن می شود و اخلاق اجتماعی این عمل را نمی پذیرد^۵، لذا با پذیرش این قبیل موارد، زیربنای جامعه نابود شده و نظم عمومی به مخاطره می افتد. بنابراین استفاده از آزادی و اختیار در روش های باروری پزشکی به طور مطلق صحیح نیست.

اگر بپذیریم تمایل به بقای نسل و تولید مثل، امری ذاتی- تکوینی است، خدای متعال تنها یک راه برای برآورده شدن آن مشخص کرده که همان ازدواج است و به همین دلیل با پیوند بقای نسل با آن، تصریح می کند که نسل انسان (فرزندان و نوادگان) تنها از راه همسر او به وجود می آید «و الله جعل لکم من انفسکم ازواجاً وجعل لکم من ازواجکم بنین و حفدة؛ خداوند برای شما از جنس خودتان همسرانی قرار داد و از همسرانتان برای شما فرزندان و نوه هایی به وجود آورد(نحل: 72). پس هر کاری که به این روند آسیب وارد سازد، جایز نبوده، از نظر اخلاقی کاری ناپسند به حساب می آید.^۶

1- آرامش، کیارش، دلالت های عملی اصول اخلاق پزشکی در اهدای گامت و جنین، فصلنامه پایش، سال ششم، شماره چهارم، پاییز 1386، ص 404.

2- کاتوزیان، ناصر، حقوق اساسی، انتشارات دادگستر، تهران، 1377، ص 456.

3- صفایی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قرار دادهای، انتشارات میزان، تهران، 1383، ص 50-45.

4- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: خانواده، انتشارات سهامیف تهران، 1385، ص 29-23.

5- همان.

6 - محمد تقی زاده، مهدیه و همکاران، باروری های پزشکی و بررسی مبانی فقهی و حقوقی آن با تاکید بر ضرورت تأمین مصالح شریعت، فصلنامه حقوق پزشکی، شماره 35، زمستان 1394، ص 73.

مبحث دوم: بررسی حقوقی

گفتار نخست: رفاه و بهزیستی کودک

بند نخست: کودک و حق بر خانواده

کودکان آسیب پذیرترین و بی دفاعترین قشر جامعه هستند که توسط بزرگسالان به این جهان پا نهاده‌اند و حق دارند به عنوان یک شخص در جامعه جدی گرفته شوند، به حقوقشان احترام گذاشته شود و با مهربانی با آنان رفتار شود. آنان به خاطر فقدان رشد کامل فیزیکی و ذهنی، قبل و بعد از تولد به مراقبت و حمایت‌هایی از جمله حمایت‌های مناسب حقوقی برای رشد و پیشرفت جسمی، ذهنی، روحی، اخلاقی و اجتماعی‌شان مطابق با کرامتشان نیازمندند؛ کرامتی که برای کودکان احساس ارزشمندی و خواسته شدن در کلیه سطوح ارتباط خانوادگی و اجتماعی محقق می‌سازد و تحقق کیفی حقوقشان در داشتن این احساس و استمرار آن اهمیت ویژه ای دارد. محیط خانواده اولین محیطی است که کودک به آن پا می‌گذارد، عشق و محبت را در آن تجربه می‌کند، در آن نیازهایش بر آورده می‌شود، ارزش‌ها آموخته و اجتماعی می‌شوند و مورد حمایت قرار می‌گیرد و مسئولیت پذیری را برای زندگی فردی و اجتماعی آتی می‌آموزد و والدین اولین کسانی هستند که مسئولیت اولیه رشد و پیشرفت کودک را به عهده دارند و بدین جهت نیز باید مورد حمایت قرار گیرند.^۱

مقدمه عهدنامه حقوق کودک با اشاره به اینکه خانواده جزء اصلی جامعه و محیط طبیعی رشد و رفاه تمام اعضای آن و خصوصاً کودکان است، اذعان می‌دارد که برای رشد کامل و متعادل شخصیتی، کودک باید در محیط خانواده و در فضایی مملو از خوشبختی، محبت و تفاهم بزرگ شود. در مواد متعدد به اهمیت رشد و پرورش کودک در محیط خانواده به طور مستقیم یا غیر مستقیم اشاره شده است.^۲ در حالیکه بسیاری از این مواد می‌توانست بدون اشاره به والدین، سرپرستان قانونی یا خانواده تنظیم شود لیکن قصد تدوین کنندگان پیش‌نویس این مواد بنا گذاشتن این عهدنامه بر شناسایی و تصدیق نقش ارزشمند والدین و خانواده در رشد و پیشرفت کودک بوده است.^۳

ممکن است بسیاری از دست اندرکاران درمان ناباروری، خود را مسؤول سرنوشت کودک و رفاه و آسایش وی ندانند. در حالی که در بسیاری از دستورالعمل‌های بین‌المللی سرنوشت کودک در حیطه ی مسؤولیت پزشک درمانگر دانسته شده است؛ در بند 1 ماده 3 عهدنامه حقوق کودک آمده است که مصالح کودک باید در تمام اقدامات مرتبط با کودکان، انجام شده توسط موسسات دولتی یا خصوصی رفاه اجتماعی، دادگاه‌ها، مقامات اجرای قانون یا اشخاص حقوقی، به شدت مورد توجه قرار گیرد.

با توجه به حمایت‌های اجتماعی موجود در کشورهای اروپایی که در سط متوسط به بالا ارائه می‌شود، امروزه در بسیاری از کشورها خدمات باروری آزمایشگاهی تحت اختیار افراد مجرد و همجنس‌گرا نیز قرار دارد، بدون آنکه شبهه و تردیدی در رفاه فرزند حاصل مطرح شود.

1- غدیری، ماهر، حق بر زندگی خانوادگی از منظر حقوق بشر، رساله دکترای حقوق بین الملل عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، 1393، ص 85.

2- نک: مواد 2، 3، 5، و 7 تا 11، 14، 16، 18 و 20 تا 24، 27، 37 و 40 عهدنامه حقوق کودک

3- غدیری، ماهر، حق بر زندگی خانوادگی از منظر حقوق بشر، رساله دکترای حقوق بین الملل عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، 1393، ص 86.

در کشورهایی با امنیت پایین اجتماعی برای کودکان و خانواده ها مانند ایران و بسیاری از کشورهای خاورمیانه، به نظر می رسد که نیاز به حمایت یک پدر پشتیبان برای محافظت از خانواده ضروری است،^۱ زندگی در یک خانواده نامتعارف می تواند به شدت منافع کودک را مختل کند و امکان یک زندگی معمولی با امکانات برابر را از او سلب نماید. بنابراین به نظر می رسد که اصل «سودرسانی» به کودک در اینجا بر اصل «استقلال فردی» والد غلبه می یابد و استفاده خانواده های نامتعارف (تک والدی، همجنس گرا و...) از این فناوری، غیر اخلاقی است.^۲

بند دوم: حق کودک بر هویت

از جمله مسائلی که در بحث اهدای گامت کمتر به آن توجه می شود، حق کودک بر هویت است. حق بر هویت از جمله حقوق بنیادی است که در اسناد بین المللی نیز انعکاس یافته است؛ از این جمله می توان به مواد 7، 8 و 9 این کنوانسیون، حق کودک بر نام، تابعیت، شناسایی والدین و عدم جدایی از آنان، اشاره نمود.

اسلام در بحث حقوق کودک، یکی از نظام های پیشرفته حقوقی است. نظام حقوقی اسلام پیش از آنکه حقوق والدین و کودکان در تراحم باهم قرار گیرند، به والدین گوشزد می نماید که طفل از حقوق ویژه برخوردار است. پس والدین نمی توانند به صلاح دید خود منافع خویش را بر منافع کودکان خود مقدم دارند. از جمله این حقوق، بحث هویت اوست که اسلام با قوانین ویژه خود مانع از هتک حرمت و تجاوز به این حق شده است، یکی از راهکارهای اسلام در این زمینه اعتراف به نسب و حضانت است.^۳

نخستین حق اولاد این است که والدین به فرزندی اش اقرار و اعتراف نمایند و حضانتش را پذیرا باشند و به پرستاریش بپردازند. فرزندان نیاز به حضانت دارند و باید در دامن پر مهر و محبت والدین پرورش یابند و در هیچ شرایطی از والدینشان جدا نشوند.^۴ البته لازم به ذکر است که نسب از حقوقی است که خدا، کودک و والدین وی تعلق دارد. از آن جهت حقوق کودک است که باعث دفع ننگ و عار از کودک می شود و اثبات آن، حقوق بی شماری از جمله حق حضانت، حق نفقه، حق ولایت، و حق ارث و سایر حقوق را برای وی ثابت می کند.^۵

رسول گرامی اسلام می فرماید: (هر مردی که فرزند خود را انکار کند - در حالی که می داند از اوست، خداوند وی را از رحمتش محروم می کند و در قیامت پیش همه آفریدگان از اولین تا آخرین رسوایش می سازد).^۶ امام زین العابدین ضمن پذیرش حقوق فرزند بر پدر در رساله حقوق خود، می فرماید « و اما حق ولدک فان تعلم انه منك و مضاف علیک فی عاجل الدنيا بخیره و شره». ^۷ (حق فرزندت بر تو این است که بدانی او از تو به وجود آمده است و در نیک و بد زندگی وابسته توست).

- 1- عزیزاده، لیلا، عمانی سامانی، رضا، تولید مثل پس از مرگ: حقوق بیمار و دیدگاه اسلامی، مجله ایرانی اخلاق و تاریخ پزشکی، دوره پنجم، شماره 4، مرداد 1391، ص 30.
- 2- آرامش، کیارش، دلالت های عملی اصول اخلاق پزشکی در اهدای گامت و جنین، فصلنامه پایش، سال ششم، شماره چهارم، پاییز 1386، ص 401.
- 3- معینی فر، محدثه، بررسی حق بر هویت کودک در اسلام و اسناد بین المللی، فقه و حقوق خانواده، شماره 56، 1391، ص 11.
- 4- حاج شریفی، محمدرضا، حقوق فرزند بر والدین از نگاه اسلام، سینا، قم، 1374، ص 50.
- 5- معینی فر، محدثه، پیشین، ص 12.
- 6- حاج شریفی، پیشین، صص 51-50.
- 7 - مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار، مؤسسة الوفاء، بیروت: جلد هفتاد و چهارم، 1403 ق، صص 6 و 15.

از نگاه اسلام، خانواده محبوب ترین بنیاد و بنیان اجتماعی است. پدر و مادر بر اساس پیوند ازدواج در کنار هم قرار می گیرند و کانون پر مهر و محبت خانواده را تشکیل می دهند. کودک محصول این پیوند مقدس خواهد بود. از نظر اسلام، حکمت تشریع ازدواج و تاکید بر آن به عنوان یک سنت، در پاسخگویی به نیاز فطری و همچنین بقای نسل نهفته است. بنابراین، اولین گام در تحقق حقوق کودک، ازدواج قانونی و شرعی است که در کانون مقدسی به نام خانواده تجلی می یابد. تولد فرزند خارج از این دایره، اولین تعدی به حقوق کودک است که اسلام از آن نهی کرده است. کودکی که خود را محصول پیوندی بی هویت و غیر مقدس بداند، در آینده دچار اختلال های عاطفی و رفتاری فراوان خواهد شد. بسیاری از کودکان بزهکار، ناهنجاری عاطفی و رفتاری خود را این مساله به ارث برده اند.¹

البته باید این مسائل، عدم شناسایی و عدم دسترسی کودک به پدر و مادرش را هم افزود که خود باعث سردرگمی و احساس بی هویتی در وی می شود. شخصیتی که وجود پدر به کودک می دهد و هویتی که بچه از داشتن پدر به دست می آورد، چنان عمیق است که هیچ امری با آن برابری نمی کند. چنین محرومیتی برای کودک و نوجوان دختر و پسر خطرات و دشواریهای بزرگی در پی می آورد. ناراحتی روانی که عاید کودک می شود و سرافکنندگی که در اجتماع برای او ایجاد می شود به هیچ وجه با آنچه فرزندان یتیم با آن درگیر هستند، قابل مقایسه نیست؛ زیرا فرزندی که پدر و مادرش را از دست می دهد، بی هویت و بی فامیل و بدون بستگان نیست؛ اما بچه تلقیحی بدون پدر یا مادر است؛ همه او را طفل نامشروعی می دانند که نباید وجود می داشت و گویی یک اشتباه او را در هستی وارد نموده است. آیا می دانید چنین تلقیهایی چقدر برای بچه گران می شود؟ چه بسا این گونه احساس حقارتها که ناشی از عدم اصالت هست آنر مجرای جهان خلقت است تا آخر عمر دست از گریبان شخص بر ندارد و هم را آزار دهد و او را به شخصی منفی و ضد اجتماع، حتی انباشته از کینه نسبت کسانی که اسباب به وجود آمدن او را مهیا نمودند، تبدیل کند.² بنابراین هر کودکی حق دارد خود را متعلق به نهادی مقدس و قانونی بداند و الا از نظر فردی و اجتماعی دچار محدودیت های فراوانی خواهد شد.³

از این روست که پیامبر ازدواج شرعی را ترغیب نمود و سنت خود معرفی فرمود؛ زیرا سنت و سیره پیامبر جز رسیدن به فلاح و رستگاری نیست و ازدواج بهترین بنیان و تشکیل خانواده، محبوب ترین کارها نزد خانواده است: (هیچ بنیانی در اسلام در نزد خداوند عزوجل محبوب تر از ازدواج و تشکیل خانواده نیست).⁴

از این عبارات می توان نتیجه گرفت که اسلام با تاکید بر تشکیل و حفظ خانواده، علاوه بر تامین نیازهای زوجین، به صلاح و مصلحت کودک نیز نظر داشته است؛ زیرا تا هنگامی که خانواده پابرجاست و کودک در آن رشد می یابد، وی دچار بی هویتی نمی گردد.

1 - وزیری، مجید، حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام و موارد تطبیقی آن، امیرکبیر، تهران، 1384، صص 69-70.

2 - محمد، روحانی، حکم شرعی تلقیح اسپرم و نطفه بیگانه، مجموعه مقالات روش های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، سمت و جهاد دانشگاهی، 1389، صص 317-318.

3 - معینی فر، محدثه، پیشین، ص 17.

4 - وزیری، مجید، پیشین، ص 70.

گفتار دوم: حق تشکیل خانواده براساس موازین بین المللی حقوق بشر

بند نخست: حق تشکیل خانواده

حق تشکیل خانواده به عنوان یک حق بشری که در نظام بین المللی حقوق بشر به رسمیت شناخته شده است، در کنار اصول حقوق بشری آزادی و ممنوعیت تبعیض در اعمال این حق موجب شده که ممنوعیت‌ها و محدودیت‌های دسترسی به این شیوه‌های کمک‌باروری چه به لحاظ صرف این روش‌ها و چه از جهت متقاضیان آن مورد بحث و بررسی قرار گیرد و در این بررسی‌ها در نظر گرفتن مصالح عالی‌ه کودک جایگاه ویژه‌ای دارد. ماده 16 اعلامیه جهانی حقوق بشر با بیان این‌که خانواده رکن طبیعی و اساسی جامعه است، هر زن و مرد بالغی را محق به ازدواج و تشکیل خانواده بدون هیچ‌گونه محدودیت از نظر نژاد، ملیت، تابعیت یا مذهب با یکدیگر می‌داند. میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز این حق را برای زنان و مردانی که به سن ازدواج رسیده‌اند، به رسمیت شناخته است (ماده 23) و در ماده 10 میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به لزوم حمایت و مساعدت برای تشکیل و استقرار خانواده در حد اعلا و به ویژه در مورد مادر و کودک اشاره شده است. در اسناد منطقه‌ای حقوق بشر و قوانین اساسی بسیاری از کشورها نیز این حق مورد تأکید قرار گرفته است.¹ حق ازدواج و تشکیل خانواده حقی بنیادین است و از حمایت جامع و گسترده‌ای در نظام بین المللی حقوق بشر برخوردار است.

بند دوم: مفهوم ناباروری و فناوری‌های جدید کمک باروری

در علم پزشکی درباره ناباروری به معنای گذشتن مدت زمانی از آمیزش و ارتباط جنسی بدون به کارگیری روش‌های جلوگیری از بارداری است که به بارداری زن منجر نشده باشد.²

«روش‌های کمک‌باروری» یا «روش‌های درمان ناباروری» از جمله تحریک تخمک‌گذاری، تزریق اسپرم به داخل تخمک (ICSI)، تزریق اسپرم و تخمک به داخل لوله رحم (GIFT)، تلقیح خارج رحمی (IVF)، تلقیح درون رحمی (IUI)، انتقال زیگوت به داخل لوله رحم (ZIFT) اهدای اسپرم، اهدای تخمک، اهدای جنین و رحم جایگزین در پاسخ به نیاز این دسته از افراد ارائه می‌شود.³

به کار بردن عنوان «روش‌های درمان ناباروری» ما را با این پیش‌فرض مواجه می‌سازد که این روش‌ها برای کمک به افرادی هستند که به لحاظ طبیعی و معمول امکان باروری ندارند⁴ و در نتیجه با تشخیص این عدم توانایی همانند یک بیمار درمان‌شده و امکان باروری از این طریق برای آنان فراهم می‌شود. با این تلقی، خدمات فوق شامل زوجین غیر هم‌جنسی خواهد شد که ازدواج کرده‌اند.

1 - غدیری ماهر، حق بر زندگی خانوادگی از منظر حقوق بشر، رساله دکتری حقوق بین الملل عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، 1393، صص 77-78

2 - Kindregan C P. Clarifying the Law of ART: The New American Bar Association Model Act Governing Assisted Reproductive Technology. Family Law Quarterly 2008; 42: 171-202. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1275999>. Accessed February 12, 2015

3 - Infertility. U.S. Department of Health and Human Services, Office on Women's Health. ۲۰۰۹. ۷ pages. Available at: <https://www.womenshealth.gov/publications/our-publications/fact-sheet/infertility.pdf>. Accessed February 12, 2015.

4 - Kindregan C P. Clarifying the Law of ART: The New American Bar Association Model Act Governing Assisted Reproductive Technology. Family Law Quarterly 2008; 42: 171-202. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1275999>. Accessed February 12, 2015

اما اگر این روش‌ها را «روش‌های کمک‌باروری» تلقی کنیم، به نتیجه متفاوتی خواهیم رسید. در این دیدگاه این روش‌ها می‌توانند حتی گزینه‌ای برای افرادی باشند که به جای باروری طبیعی از این شیوه‌ها استفاده کنند، مانند افراد مجرد.^۱

با تسری مفهوم ناباروری به ناباروری اجتماعی و روان‌شناختی، تلاش شده است توجیهی برای ارائه خدمات به این دسته از افراد به استناد عدم مداخله و اعمال محدودیت ناروا در آزادی‌های فردی و حق بر سلامت یافت شود.^۲ اما باید این توجیهات در پرتو حق تشکیل خانواده از یک‌سو و از سوی دیگر رفاه و مصالح عالی‌ه کودک آینده مورد بررسی قرار گیرد.

بند سوم: دسترسی به فناوری‌های درمان ناباروری در پرتو اصول آزادی، منع تبعیض و مصالح عالی‌ه کودک

با توجه به مطالب فوق‌الذکر به نظر نمی‌رسد نسبت به وجود این حق و صرف تکالیف دولت‌ها در این خصوص تردیدی وجود داشته باشد، لیکن بحث‌های عمده‌ای درباره این‌که صاحبان این حق چه کسانی هستند، مطرح می‌باشد. گاهی با توجه به محدودیت منابع و امکانات دولت‌ها، کمک به کلیه افراد متقاضی میسر نیست و در نتیجه آن‌ها با تعیین شاخص‌ها، اختصاص بودجه عمومی به این افراد را محدود می‌کنند و برخی موارد نیز علی‌رغم وجود امکانات، به دلایل دیگری دولت‌ها محدودیت‌هایی را برای متقاضیان بهره‌مندی از این فناوری‌ها بار می‌کنند و در مواردی نیز با عدم مداخله، عملاً تصمیم‌گیری درباره این محدودیت‌ها به کلینیک‌های ارائه‌دهنده این خدمات واگذار می‌شود که این شرایط به دلایل مختلف از جمله حق بر حریم خصوصی، آزادی تولید مثل، دسترسی عادلانه به مراقبت‌های بهداشتی و بی‌توجهی به ممنوعیت تبعیض به دلایلی نظیر سن، وضعیت تأهل، معلولیت و ابتلا به برخی بیماری‌ها، گرایش‌های جنسی و عقاید مذهبی مورد نقد قرار می‌گیرد. در این گفتار ابتدا مختصری به این اصول پرداخته و سپس برخی شرایط و موانع دسترسی به این فناوری بررسی خواهد شد.^۳

الف- اصل آزادی

آزادی یکی از اصول اساسی و مبنای قواعد بین‌المللی در حوزه حقوق بشر و به ویژه حقوق مدنی و سیاسی است. مفهوم سلبی آزادی به معنی «عدم مانع» است. بدین ترتیب، حوزه‌ای برای فرد فراهم می‌شود که در آن، فرد بنا بر اختیار و باور خود عمل می‌کند و بر خود و سرنوشت خویش حاکم است. تأمین آزادی از جانب حکومت تا مرز این انتخاب پیش می‌رود و مابقی به فرد واگذار می‌شود. البته صرف نبود موانع، آزادی واقعی نیست و توانایی اعمال نیز اهمیت دارد. در این مفهوم می‌توان انسان یا انسان‌هایی را فرض نمود که علی‌رغم اعطای ظاهری آزادی، قدرت یا شرایط استفاده از آن را ندارند.^۴ به عنوان مثال برای ازدواج و تشکیل خانواده صرف اراده آزاد طرفین کافی نیست، بلکه مهیا بودن شرایط دیگر نیز لازم است.

1 - غدیری، ماهرو، حق تشکیل خانواده و دسترسی به فناوری‌های کمک باروری در پرتو موازین بین‌المللی حقوق بشر، فصلنامه حقوق پزشکی، بهار 1395، شماره 36، ص 15

2- Batty LP. Assisted Reproductive Technology: The Aotearoa/Newzeland Policy Context. MA Thesis in Sociology. New Zealand: University at Canterbury; 2002. Available at: <http://ir.canterbury.ac.nz/handle/10092/912>. Accessed February 12, 2015

3 - غدیری ماهرو پیشین، ص 16

4- راسخ، محمد، حق و مصلحت، نشر نی، 1382.

ب- اصل برابری و ممنوعیت تبعیض

برابری افراد به عنوان تابعی از شأن و کرامت ذاتی انسان‌ها، ممنوعیت تبعیض در مقام راهکاری برای احترام به این برابری و حفظ آن، به خانواده و اعضای آن نیز تسری می‌یابد. اصل منع تبعیض از اصول مسلم در حقوق بین‌الملل است که در اسناد مختلف حقوق بشری به آن اشاره شده است. اعلامیه جهانی حقوق بشر به عنوان الهام‌بخش اسناد حقوق بشری متعاقب خود در مواد یک (برابری در شأن و کرامت انسانی)، دو (برابری در بهره‌مندی از حقوق و آزادی‌های این اعلامیه) و هفت (برابری در برابر قانون و حمایت قانونی) به این اصل اشاره نموده است. در سایر اسناد نظیر میثاق حقوق مدنی و سیاسی (مواد 2 و 26)، میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (مواد 1، 2، 3)، عهدنامه رفع تمامی اشکال تبعیض علیه زنان (به طور خاص مواد 1، 2، 3 و 4) و عهدنامه حقوق کودک (مواد 2، 5 و 30) نیز این مقررہ یافت می‌شود.¹

ج- اصل رعایت مصالح عالیہ کودک

در عهدنامه حقوق کودک به مصالح عالیہ کودک در هشت بند با عبارت‌پردازی‌های متفاوت، بدون آن‌که تعریفی از آن ارائه گردد، اشاره شده است. در مواد 3، 18 و 21 جایگاه ویژه‌ای برای مصالح عالیہ کودک در نظر گرفته شده است. بند یک ماده سه اشعار می‌دارد در تمام اقدامات مربوط به کودکان که توسط مؤسسات رفاه اجتماعی عمومی و یا خصوصی، دادگاه‌ها، مقامات اجرایی یا ارگان‌های حقوقی انجام می‌شود، منافع کودک از «از اهمّ ملاحظات A Primary Consideration» می‌باشد. در ماده (1) 18 با اشاره به مسوولیت مشترک والدین در رشد و پیشرفت کودک، مصالح عالیہ کودک را «دغدغه اصلی آنان» معرفی می‌کند. در نهایت در ماده 20 نیز به مصالح عالیہ کودک اشاره شده که ارتباط مستقیم با ماده 9 حق کودک برای زندگی با والدین دارد.²

یکی از مشکلاتی که در تشخیص مصالح عالیہ کودک وجود دارد، عدم ارائه تعریف و معیارهای عینی برای تشخیص این مصالح است که موجب تفاسیر متفاوت از این مفهوم در فرهنگ‌های مختلف می‌شود.

اگرچه به دلیل عدم تعریف، اصل مصالح عالیہ کودک بسیار انتزاعی و نامشخص به نظر می‌رسد، ولی این مفهوم منعطف و سیال، محدود به حقوق و اصول مندرج در عهدنامه است و بدون قید و تابع صرف تشخیص و تمایلات شخصی تصمیم‌گیرندگان درباره کودک نیست.³

در تشخیص مصالح عالیہ کودک ابتدا باید از گزینه‌های موجود آگاهی یا شناخت قابل‌اتکایی حاصل شود، سپس نتایج و پیامدهای انتخاب هر گزینه مورد ارزیابی قرار گیرد و در ادامه درصدد وقوع این پیامدها، تخمین و نتایج ارزش‌گذاری شود.⁴ در این راستا، اگرچه در عهدنامه حقوق کودک اشاره‌ای به فناوری‌های کمک‌باروری نشده است، لیکن به نظر می‌رسد در اغلب موارد شناسایی مصادیق خلاف حقوق و مصلحت کودک حاصل از این روش‌ها امر دشواری نباشد به ویژه در مواردی که شرایط متقاضیان

1 - غدیری ماهرو، همان، ص 18.

2 - همان.

3 - Tobin J. The Convention on the Rights of the Child: The Rights and Best Interests of Children Conceived Through Assisted Reproduction. Legal Studies Research Paper, No. 541. Law School University of Melbourne. 2004. 77 pages. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1852928>. Accessed February 12, 2015.

4- روشن، محمد، غدیری، ماهرو، فرزندخواندگی و حق بر خانواده در پرتو مصالحه عالیہ کودک، تحقیقات حقوقی، شماره 14، پاییز 1392.

به دلایلی نظیر اختلالات روانی، برخی معلولیت‌ها و بیماری‌ها، اعتیاد به مواد روان‌گردان، یا سابقه ارتکاب خشونت، به طور قطعی حقوق کودک آینده را تضییع خواهد کرد و در صورتی که تردید یا تعارضی بین حقوق بزرگسالان و کودک آینده وجود دارد، به نظر می‌رسد بهتر است مصالح عالیه کودک در رأس سایر ملاحظات و نه از اهم ملاحظات تلقی و تصمیم بر اساس آن اتخاذ شود.^۱

بند چهارم: موانع و محدودیت‌های دسترسی به فناوری‌های کمک‌باروری

غالباً علت مخالفت جوامع مذهبی با استفاده از این روش‌ها یا حداقل برخی از آن‌ها توسط زوجین، جلوگیری از اختلال نسب و محرمیت است، اما در خصوص سایر متقاضیان استفاده از این روش‌ها، در مورد افراد مجرد به دلیل اهمیت و قداست نهاد خانواده و مصلح کودک است.

برخی از مخالفان می‌گویند: این استدلال که رفاه کودک بالقوه و حمایت از کودکی که متولد نشده و احتمال دارد هرگز متولد نشود، نباید باعث محدود کردن آزادی‌های فرد و تبعیض بین افراد برای بهره‌مندی از حقوق باروری‌شان بشود.^۲ نیز مغالطه‌ای بیش نیست، چراکه مسأله صرفاً منحصر در احساس خوشایند والد شدن و لذت بردن افراد از دوره جنینی کودک نیست تا بگوییم چنین احساس خوشایندی را نباید قربانی منافع یک جنین کرد، بلکه تولد یک کودک، واقعیتی عینی است که نمی‌توان رفاه او و عدالت بین نسلی را به راحتی قربانی حس خوشایند والد شدن این گونه از افراد کرد.

نمونه‌هایی از به‌کارگیری این شیوه‌ها نگرانی‌های جدی را به ویژه برای رفاه کودک به ویژه به لحاظ روان‌شناسی ایجاد می‌کند. برخی کلینیک‌های ناباروری پذیرفته‌اند که پدران، اهداکننده اسپرم به پسران نابارورشان باشند (وحدت پدر، پدربزرگ، پدر و عمو) و از رحم مادر بزرگ به عنوان رحم جایگزین استفاده شود. اهدای گامت از طرف بستگانی نظیر پدر، مادر، خواهر و برادر مزایایی را برای افراد نابارور دارد، از جمله این که فرزند حاصله علاوه بر پیوند خویشاوندی، خصوصیات ژنتیکی خانواده را خواهد داشت و در هزینه و وقت صرفه‌جویی می‌شود، به نظر می‌رسد گرچه ممکن است این شیوه‌ها برای بزرگسالان و خواسته‌های آنان مناسب باشد، اما رفاه کودک و حقوق وی نباید قربانی خودخواهی و مهندسی اجتماعی شود، ضمن این که به نظر می‌رسد که پذیرش چنین مواردی بتواند به مرور زمان زمینه رفع ممنوعیت ازدواج با محارم را ایجاد نماید.^۳

دلایل مختلفی برای ارائه‌دادن این خدمات به ویژه به دختران مجرد و زوجین غیررسمی هم به لحاظ رفاه کودک و هم سیاست‌های اجتماعی وجود دارد. برای مثال درجه ثبات رابطه زوجین رسمی، تعهد طرفین نسبت به همسر و فرزندشان و اهمیت ایفای نقش‌های والدینی و امنیت حاصل از این موارد در مقایسه با نسبت زندگی‌های هم‌بالینی و مجرد باعث می‌شود تردیدهایی در خصوص ارائه خدمات به دو دسته اخیر ایجاد شود. به ویژه این که این تفکر وجود دارد که بهترین شکل خانواده به لحاظ رفاه کودک، خانواده متشکل از زوجین رسمی است.^۴ علاوه بر این که در جوامع سنتی و مذهبی که ازدواج امر مقدس محسوب می‌شود،

1 - غدیری، ماهرو، حق بر زندگی خانوادگی از منظر حقوق بشر، ص

2- Soo C. Babies for Socially Infertile: How Conceivable Is It?. 2012. Available at: <https://cdn.auckland.ac.nz/>. Accessed February 12, 2015.

3 - غدیری، ماهرو، حق تشکیل خانواده و دسترسی به فناوری‌های کمک باروری در پرتو موازین بین‌المللی حقوق بشر، ص 20

4- Goodman A, Greaves E. Cohabitation, Marriage and Child Outcomes. London: The Institute of Fiscal Studies; 2010.

فرزنددار شدن دختران مجرد عاملی در جهت کاهش میل به ازدواج، و دلیل دیگری در توجیه ارائه ندادن این خدمات به این افراد به حساب می‌آید.

افراد مجرد با استفاده از این روش‌ها با این که می‌دانند که کودک از یکی از والدین محروم است و بدون در نظر گرفتن اهمیت نقش پدر و مادر در رشد و پرورش کودک، کودکانی را متولد می‌کنند و برای توجیه آن به آزادی و منع مداخله در تصمیم افراد برای چگونگی تشکیل خانواده و منع تبعیض به دلیل وضعیت تأهل استناد و وجود تعداد کثیری از کودکان را که به دلیل فوت یا جدایی والدین تک‌والد شده‌اند، یک واقعیت عینی تلقی می‌کنند^۱ و حتی گاه این استدلال را که کودکان متولد از این روش به دلیل خواسته‌شدن، وضعیتی مطلوب‌تر از سایر کودکان تک‌والد دارند توجیه منطقی کارشان می‌دانند.

به نظر می‌رسد با توجه به این که تک‌والد شدن کودک غالباً جنبه استثنایی دارد و مطلوب تلقی نمی‌شود و همه حتی جامعه خود را به نوعی موظف به جبران این وضعیت و حمایت از این کودکان می‌دانند به نظر می‌رسد کمک به ایجاد چنین وضعیتی اگر سوء رفتار فعال نسبت به کودک محسوب نشود در حقیقت نوعی ناپایدار گرفته حقوق کودک و منافع او باشد و سوء استفاده از این روش‌ها برای تولید کودکان یتیم، کاری خودخواهانه و از رویه‌های مضر محسوب می‌شود.

حتی با پذیرفتن این که خانواده یک مفهوم پویایی است که دچار تحول می‌شود و امروزه تعریف خانواده با تسری به خانواده‌های مطلقه، تک‌والد یا بدون والد و نظیر این‌ها از دگرگونی در مفهوم خانواده حکایت می‌کند، باز هم باید توجه داشت که رفاه کودک در این خانواده‌ها نیز جز در مورد فوت یکی از والدین یا هر دو، تحت الشعاع تصمیمات بزرگسالان و منافع آنان قرار می‌گیرد و شناسایی این خانواده‌ها برای برخورداری از حقوق و مزایای خانوادگی و تلقی شدن آنان به عنوان یک واقعیت عینی، بر تأیید این شکل از خانواده‌ها و انکار آثار سوء آن بر شرایط کودکان آنان دلالت نمی‌کند، بلکه برای کمتر شدن آسیب‌های ناشی از شناخته‌نشدن آنان به عنوان خانواده برای کودک و حتی بزرگسالانی که به این وضعیت مبتلا شده است، صورت می‌گیرد. با چنین رویکردی اجازه اشاعه شکل تک‌والد خانواده با استفاده از روش‌های درمان ناباروری امری منطقی به نظر نمی‌رسد.

صرف نظر از نظراتی که اصل قضیه را مورد تردید قرار می‌دهد، به نظر نمی‌رسد که مدت زمان کافی از به رسمیت شناختن این نوع از خانواده‌ها گذشته باشد تا بتوان به ضرس قاطع از فقدان آثار منفی روان‌شناختی و جامعه‌شناختی ناشی از تشکیل و استمرار این گونه خانواده‌ها به ویژه بر کودک آنان خبر داد. با توجه به قدمت اندک طرح این که زوجین حق دارند فرزندخوانده داشته باشند یا از فناوری‌های درمان ناباروری بهره‌مند شوند، مسلماً بسیاری از این مطالعات روی کودکانی صورت گرفته که این افراد از زندگی‌های قبلی‌شان و به صورت طبیعی داشته‌اند و به نظر نمی‌رسد تغییر نقش پدر یا مادر این کودک در زندگی جدیدشان به عنوان زن یا شوهر بر نقش پدری یا مادری استمرار یافته از زندگی قبلی‌شان تأثیر چندانی داشته باشد. بنابراین در نظام بین‌المللی حقوق بشر، ضمن شناسایی حق تشکیل خانواده برای هر مرد و زنی، در بررسی شرایط متقاضیان دسترسی به این فناوری‌ها، ضمن احترام به اصل آزادی و منع تبعیض، وزن خاصی به مصالح عالیه کودک داده شده که به نظر می‌رسد باید در رأس سایر ملاحظات قرار گیرد و ضمن رعایت حقوق متقاضیان، کودک آینده در برابر مخاطراتی که مصالح و حقوق مسلم او را تهدید می‌کند، حمایت شود.^۲

1 Goodman A, Greaves E. Cohabitation, Marriage and Child Outcomes. London: The Institute of Fiscal Studies; 2010.

2 - غدیری، ماهرو، حق تشکیل خانواده و دسترسی به فناوری‌های کمک باروری در پرتو موازین بین‌المللی حقوق بشر، ص 24.

گفتار سوم: قوانین داخلی

بند نخست - قانون اساسی

مقدمه قانون اساسی: « خانواده واحد بنیادین جامعه و کانون اصلی رشد و تعالی انسان است ... زن در چنین برداشتی از واحد خانواده از حالت (شیء بودن و یا ابزار کار بودن) در خدمت اشاعه ی مصرف زدگی و استثمار، خارج شده و ضمن بازیافتن وظیفه ی خطیر و پر ارج مادری در پرورش انسانهای مکتبی، پیش آهنگ ... می باشد»

اصل 10 قانون اساسی: پس « از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است، همه قوانین و مقررات و برنامه ریزیهای مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانودگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد » (اصل 10 قانون اساسی).

بنابراین، خانواده به عنوان واحد اساسی شناخته شده و باید از آن محافظت شود. مطابق ماده 1105 قانون مدنی خانواده به معنای زن، شوهر و فرزندان است.

بند دوم - قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور

به موجب ماده ۲ این قانون، تقاضای دریافت جنین اهدایی باید مشترک از طرف زن و شوهر تنظیم و تسلیم دادگاه شود. بنابراین، زن و مردی که رابطه زوجیت میان آنها برقرار نیست یا زنان بیوه و مجرد نمی توانند از این روش بهره مند شوند. جهت گیری قانون گذار در وضع این شرط یکی از نقاط قوت این قانون به شمار می رود؛ زیرا مصلحت طفل در آن است که در خانواده ای متولد شود که از ثبات وضعیت خانوادگی برخوردار باشد.

آنان که موافق برخورداری افراد مجرد از روش مذکور هستند به قاعده قبول درخواست فرزند خواندگی از خانم های مجرد براساس بند ج ماده 5 قانون حمایت از کودکان نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست استفاده می کنند که بر اساس آن به خانم های مجرد اگر سیسال سن داشته باشند حق سرپرستی اناث را خواهند داشت، استفاده می کنند؛

ولی این دلیل قانع کننده به نظر نرسیده است؛ زیرا بین دو نهاد اختلاف اساسی وجود دارد. فرزندخواندگی برای آن است که برای طفل موجود پدر و مادری فراهم آورند و بی شک مصلحت طفل در آن است که پدر و مادر یا دست کم پدر یا مادری داشته باشد، در حالی که کمک پزشکی به تولید مثل برای آن است که فرزندی به نفع افراد بالغ پدید آید؛ در این صورت نمی توان به مصلحت طفلی که هنوز وجود ندارد استناد کرد و مطلوب نیست اطفالی ایجاد شوند که پدر یا مادری نداشته باشند. دلیل دیگر طرفداران برخورداری افراد مجرد از تولید مثل مصنوعی آن بوده که عدم قبول آن تبعیض بین افراد مجرد و متأهل است؛ لیکن این استدلال نیز رد شده است؛ زیرا مفهوم تبعیض را که مبتنی بر فکر اختلاف نامشروع است نادیده می گیرد. ایای میتوان گفت فرق

گذاشتن بین افرادی که میخواهند به یک طفل خانواده ای طبیعی مرکب از پدر و مادر بدهند و اشخاصی که میخواهند فرزندى بدون پدر یا مادر به دنیا آورند نا مشروع است؟^۱

در فرزندآوری بدون ازدواج از طریق فناوری‌های نوین کمک باروری دو احتمال می‌توان داد:

الف) یک احتمال این که بگوییم: دلیل صریح و بدون تردید بر منع تولید مثل از راه تلقیح مصنوعی و باروری‌های پزشکی، بین دو بیگانه یافت نشده است و در نتیجه به اصل برائت رجوع کرده و به جواز آن حکم کنیم، چنان که بعضی از فقهای معاصر، چنین حکمی را صادر نموده‌اند.

آیه الله خامنه ای تلقیح مصنوعی بین دو بیگانه را فی نفسه (با قطع نظر از ملازمات و پی آمدهای حرام، نظیر لمس حرام) جایز می‌داند.^۲

آیت الله سیستانی: «زنا حرام است و همچنین وارد کردن اسپرم مرد اجنبی حرام است. ولی جاگذاری نطفه ای که منعقد شده و مبدأ نشوء آدمی است نه از قبیل اول است و نه از قبیل دوم است».^۳

آیه الله قمی به صراحت تلقیح نطفه فرد معین نامحرم (بیگانه) را به زن مجرد، به شرط احتراز از لمس و نظر حرام جایز می‌داند.^۴

آیه الله اردبیلی می‌فرمایند: «دلیلی نیست که فرزند حتما در فراش متولد گردد، چون قاعده فراش در موردی به کار می‌آید که فرزندى به دنیا بیاید و ندانیم که آیا از اسپرم زوج است یا شخص دیگر، فرزند به زوج ملحق می‌گردد. بنابراین، در الحاق فرزند، ولادت از راه پیش بینی شده لازم نیست».^۵

آیه الله یزدی می‌گویند: «اگر با ادله روشن حکم موارد مورد بحث «تلقیح مصنوعی» ثابت شود، فبها و نعمت و گرنه مرجع، احتیاط است، اما احتیاط در بسیاری از این موارد، در مخالفت با احتیاط است، چون تحریم بدون دلیل، ممنوع کردن بندگان خدا از امور مباح و جایز است، در این صورت، مصداق این آیه: «بگو: آیا خداوند به شما اذن داد با بر خدا افترا می‌بندید» عینیت پیدا می‌کند. پس، حاصل، أباحه و جواز است».^۶

1 - صفای، سید حسین، تولید مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق فرانسه و ایران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره 64، سال 1383، ص 66.

2 - حسینی خامنه‌ای، سیدعلی، پزشکی در آینه اجتهاد، چاپ اول، انتشارات انصاریان، قم، 1375، ص 111.

3 . مکاتبه شخصی با ایشان، قسمت پیوست‌ها.

4 - طباطبائی قمی، سید حسن، توضیح المسائل، چاپ دوم، مشهد، بی‌تا، ص 516، مسئله 2842.

5 - موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، فقه الحدود والتعزیرات، چاپ اول، مکتبه امیرالمومنین، قم، 1413ق، ص 425.

6- یزدی، محمد، ثلاث رسائل فقهیه، چاپ اول، پیام مهدی، قم، 1377، ص 8.

آیه الله سید محمد موسوی بجنوردی هم معتقدند: «...، به مقتضای قاعده. حلال است. کسانی که می‌گویند: حرام است باید دلیل بیاورند.... پس، زنا که نبود و یکی از عناوینی هم که شرع مقدس حرام کرده است، نبود، شک می‌کنیم در حرمت آن فعل. به مقتضای قاعده می‌گوییم که این فعل، حرام نیست و حکم به حرمت آن می‌دهیم.»^۱

ب) احتمال دیگر این که: در حیاتی ترین مسئله انسانی نمی‌توان تنها با تکیه بر اصول و قواعد محض فقهی - حقوقی و اصولی و بدون لحاظ روح شریعت نظر داد. بنابراین، از مجموع آیات و روایات ذکر شده و نیز حکمت‌های موجود در آن‌ها و در موضوع تشریع نکاح و احکام متعدد آن و مصلحت کودک و نیز ناشناخته بودن برخی از عوامل و پارامترهای موضوع بحث (مثل عدم پیش بینی آثار روانی و اجتماعی آن) و هم چنین وجود اصل احتیاط در فروج و عورت، می‌توان استفاده کرد که تولید نسل از راه ترکیب بین اسپرم و تخمک دو بیگانه خارج از چارچوب نکاح، خلاف احتیاط است، هرچند که قریب به اتفاق دلایل گذشته بر حرمت دلالت نداشتند، اما در مجموع می‌توانند مبنای احتیاط گردند. در نتیجه، ملاک ترکیب اسپرم و تخمک برای تولید نسل و وجود رابطه زوجیت است، چنان که مشهور فقها در زمینه باروری‌های پزشکی بین اسپرم و تخمک دو بیگانه آن را جایز ندانسته، بلکه بعضی آن را حرام هم دانسته‌اند.^۲

1- رضانیا معلم، باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، ص 197.

2 - رضانیا معلم، پیشین، ص 197.

فصل سوّم: نسب در لقاح مصنوعی بین اسپرم و تخمک بیگانه

آنچه در فصل قبلی در مورد روشها و صورتهای متعدد تلقیح مصنوعی مورد بررسی و تحقیق قرار گرفت، تعیین جواز یا منع کاربرد این شیوهها براساس نظریات و استدلالات مخالف و موافق مطروحه در این قضیه بود، به عبارتی در فصل قبلی «احکام تکلیفی» مورد بررسی قرار گرفت، اما همانطور که واضح و روشن است دسته دومی از احکام و تکالیف وجود دارند که، وضعی و قراردادی هستند و در علم حقوق، بخش بسیار گستردهای را به خود اختصاص داده است.

تلقیح مصنوعی نیز از جمله موضوعاتی است که علاوه بر این که در برگیرنده مباحثی در خصوص احکام تکلیفی است، تحقیق و بررسی در خصوص مباحث بسیار مهمتری را نیز، در خصوص احکام وضعی ایجاب می کند. از آنجا که اقدام به فرزندآوری از طریق توسل به فناوریهای نوین کمک باروری، با تولد یک انسان دیگر همراه است، باید در حد امکان همه ابعاد وضعی مربوط به این قضیه روشن گردد و این روشن سازی، بایستی با قوانین اصول و قواعد معتبر در نظام حقوقی ما همراستا و منطبق باشد تا کلیه حقوق طفلی که از این طریق دنیا می آید، به طور کامل بتواند مورد استیفاء قرار گیرد. در خصوص انطباق فن آوریهای جدید با اصول مورد پذیرش در نظام حقوقی استفاده کننده از آن فناوری - در مواقعی که فناوری خارجی باشد - دکتر کاتوزیان تعبیر زیبایی دارند: «مساله مهم این است که پیوند خارجی بایستی بر تنه کهن بومی رشد کند و از همان ریشه و منابع تغذیه شود ... نیازها و ضرورتها زندگی را پیچید تر می کند، ورود صنایع و فنون دشواریها و مسائل خاص خویش را مطرح می سازد و خواه و ناخواه قواعدی به همراه می آورد، پس روشن بینی در آن است که قواعد تازه با تاریخ خود شناخته شود و در استخدام درآید و در بدن نظام حقوقی بر جای خود نشاندہ شود»^۱ چون در غیر این صورت، نابسامانی و تشنجات شدید روحی بر آنها ایجاد خواهد کرد.^۲

در خصوص وضعیت حقوقی و احکام وضعی، مهمترین و زیربنایی ترین مبحث، نسب این گونه اطفال است که مبنا و تعیین کننده بسیاری از احکام وضعی دیگر در روابط بین کودک متولد شده و افراد دخیل در این امر، خواهد بود. متأسفانه نسب در قانون نحوه اهداء جنین به زوجهای نابارور مصوب ۱۳۸۲، به سکوت برگزار شده و بدون بررسی و تعیین تکلیف در مورد آن، فقط آثار آن مورد اشاره و تصریح قانونگذار قرار گرفته شده، که این امر، خود ایراد و نقص عمده این قانون می باشد.^۳

در این فصل در پی آنیم، تا روشن سازیم که اگر کودکی از طریق لقاح مصنوعی لقاح مصنوعی بین اسپرم و تخمک بیگانه دنیا آید به چه کسانی منتسب خواهد شد؟

در جهت پاسخ و بررسی پرسش فوق، فصل مذکور را در دو مبحث ارائه می کنیم:

مبحث اول: ماهیت نسب، شرایط و موانع مشروعیت نسب

مبحث دوم: تعیین نسب پدری و مادری در لقاح مصنوعی بین بیگانگان

1 کاتوزیان، ناصر، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، (انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۴)، ص ۲۵
2 - امین، خدیجه، امین، خدیجه، وضعیت حقوقی اطفال ناشی از تلقیح مصنوعی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی، 1388، ص 107.
3 - همان.

مبحث نخست - ماهیت، شرایط و موانع مشروعیت نسب

گفتار نخست: ماهیت نسب

عنوان نسب از مفاهیمی است که به رابطه طبیعی بین دو انسان (فرزند و پدر/ مادر) مربوط می‌شود و در روایات دارای احکام گسترده‌ای است. با وجود این، تعریف دقیقی از آن ارائه نشده است، همچنان که در باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی ایران، که به احکام نسب اختصاص دارد، تعریفی از نسب دیده نمی‌شود. بنابراین به منظور دستیابی به تعریف جامعی از ماهیت نسب، الزم است به مفهوم لغوی و عرفی و همچنین تعاریفی را که در این زمینه از سوی فقها و حقوقدانان ارائه شده است پرداخته، سپس چگونگی انتساب طفل را به والدین را در نسب پدری و مادری به طور جداگانه پی می‌گیریم و در پایان در گفتار دیگری شرایط قانونگذار اسلام را برای پذیرش این مفهوم بیان کنیم.

بند نخست: تعریف نسب

نسب از نظر لغت مصدر است و جمع آن انساب می‌باشد و از نظر اهل لغت به معنای قرابت، اصل، نژاد و خویشاوندی است^۱ و نیز علاقه بین دو شیء را نیز نسب گویند.^۲

با آنکه باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی ایران به احکام مربوط به نسب اختصاص یافته است ولی تعریفی از نسب نکرده است. علماء حقوق سعی نموده اند که سکوت قانونگذار را با تعریف نسب جبران کنند. به منظور شناسایی ماهیت حقوقی نسب، لازم است برخی از تعاریفی را که در این زمینه از سوی فقهاء و حقوقدانان ارائه شده است، بررسی می‌کنیم.

بعضی از فقهاء نسب را چنین تعریف نموده اند :

1- «النسب و هو الاتصال بالوالدة بانتها احد هما الى الآخر او بانتهاهما الى ثالث»^۳

2- «المراد بالنسب علقه بين شخصين، تحدث من تولد احدهما من الآخر او تولدهما من ثالث»^۴

ایرادی که در تعاریف فوق به نظر میرسد این است که اتصال والدت در حقیقت، منشأ اعتبار رابطه نسبی است ولی حقیقت نسب امری است که از اتصال والدت انتزاع میشود؛ لذا در این تعریف بین امر اعتباری و منشأ اعتبار خلط شده است.^۵

در فقه اهل سنت نیز نسب چنین تعریف شده: «النسب صلة الانسان بمن ينتمى اليهم من الآباء و الاجداد»^۶ یعنی وابستگی انسان به کسانی که از آنها بوجود آمده است مانند پدران و نیاکان.

بعضی از حقوقدانان در رابطه با حقیقت نسب چنین بیان داشته اند:

1- معین، محمد، فرهنگ فارسی، (نشر سرایش، تهران، ۱۳۸۲)، ص ۱۱۳- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه خدا، ج ۱۳، واژه نسب - بندریرگی، محمد،

فرهنگی عربی به فارسی (ترجمه منجدالطلاب)، (نشر اسلامی، تهران، ۱۳۸۶)، واژه نسب

2- (النسب): القرابة. القرابة؛ إيقاع التعلق و الارتباط بين الشیئين (المنجد و منجدالطلاب)

3- نجفی، محمد حسن، پیشین، جلد 29، ص 238.

4- انصاری، مرتضی، پیشین، ص 401

5 - علوی قزوینی، سید علی، آثار حقوقی تلقیح مصنوعی، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات): سمت و پژوهشکده ابن سینا، تهران، 1380، ص 190

6- خطیب، محمد الخطیب الشرینی، مغنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنحاج، ج 3، دارالکفر، بیروت، ۱۹۹۴م. ص ۳۰۴،

نقل از: مرقاتی، طه، پیشین، ص 210

1- «نسب به معنی قرابت و خویشاوندی است و امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می آید. از این امر رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد موجود میگردد»^۱

2- «نسب عبارت است از رابطه خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالث باشند که به این معنی مترادف با «قرابت نسبی» است که یک رابطه طبیعی و خونی بین خویشاوندان نسبی خط مستقیم یا خط اطراف است»^۲

3- «نسب رابطه خونی و حقوقی است که پدر و مادر را به فرزندان آنان مربوط می کند» به این اعتبار، نسب به معنی «رابطه پدر و فرزندی» یا «مادر و فرزندی» است و شامل خویشاوندان در خط اطراف نمی شود^۳

ایرادی که در تعاریف فوق به نظر میرسد این است که هیچ یک از تعاریف فوق، حقیقت و ماهیت نسب را تبیین نکرده اند که به چه دلیل به وسیله ولادت یا رابطه طبیعی، فرزند به مادر یا پدر منتسب می گردد؟ ملاک رابطه آن دو چیست؟ آیا این امر، یک رابطه اعتباری و قراردادی است تا در هر زمان قانونگذار خواست بتواند اعتبار دیگری را وضع و تصویب نماید یا اینکه این امر یک رابطه و ارتباط تکوینی و واقعی است و گریزی از آن نیست چه نفیا و چه اثباتاً؟ که در این صورت قانونگذاران فقط می توانند به خاطر برخی مصالح یک سری آثار را ندیده انگارند. با توجه به این که در هیچ یک از متون قرآنی و روایی، مفهوم خاصی از نسب ارائه نشده است شاید بتوان گفت که مقنن در رابطه با حقیقت نسب از عرف پیروی نموده و همان معنایی که عرف از نسب به دست می دهد را شناسایی نموده است؛ زیرا اگر مقنن اصطلاح دیگری غیر از معنای عرفی نسب در نظر داشت، منطبق تقنین اقتضا می نمود که معنی مورد نظر خویش را بیان نماید تا تأخیر بیان از زمان احتیاج، لازم نیاید و به اصلاح اصولی در مورد عنوان حقیقت شرعیه یا قانونی وجود ندارد.^۴

بر این مطلب فقیهان اسلامی تصریح می کنند که در مسأله نسب از سوی شارع و قانون گذار اسلام، تأسیس جدید ایجاد نشده و همان مفهوم متمرکز عرفی تأیید شده است. در این باره، به تعبیر برخی از فقها اشاره می کنیم:

۱. «نسب عرفی ملاک و معیار ترتب احکام شرعی است و برای نسب اصلاً حقیقت شرعی وجود ندارد و اصل هم عدم نقل مفهوم نسب عرفی به مفهوم شرعی آن است»^۵.

۲. «اگر نسب حقیقت شرعی می داشت صحیح بود (نفی احکام نسب از ولد زنا)، لکن وجود حقیقت شرعی برای نسب ثابت نشده، بلکه به عکس عدم آن ثابت شده است. بنابراین نسب، مثل سایر عناوین بر همان مفهوم و برداشت عرفی مترتب می شود»^۶

لذا از آن جا که قانون گذار در تبیین ماهیت نسب از عرف تبعیت کرده است، لازم است ابتدائاً معنای عرفی نسب معلوم گردد، سپس به تصرفاتی که شارع در این معنای عرفی به عمل آورده است، بپردازیم:

بنابر عرف، تکون یک انسان از اسپرم مرد و تخمک زن، منشأ اعتبار رابطه نسبی است؛ به عبارت دیگر، عرف پس از پیدایش طبیعی طفل از والدین خویش، یک امر اعتباری و قراردادی بین طفل و والدین او برقرار می نماید که آن را نسب می نامد و بر این رابطه اعتباری نیز آثاری را مترتب می کند.

1 - امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج 5، اسلامیه، تهران، 1343، ص 151

2 - صفایی و امامی، حقوق خانواده، ج 2، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، 1374، ص 39

3 - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، خانواده، ج 2، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران، 1372، ص 1

4 - روشن و حمدالهی، نسب طفل متولد از رحم جایگزین، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره 28، پاییز و زمستان 1387، ص 124

5 - نراقی، احمد، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، ج 16، انتشارات آیت الله مرعشی، قم، 1405 ق، ص 221 و 222

6 - روحانی، سید محمد، فقه الصادق فی شرح التبصره، ج 21، انتشارات مهر استوار، قم، بی تا، ص 221

مقصود از اعتباری بودن نسب این نیست که نسب هیچ‌گونه وجود حقیقی ندارد و وجود یا عدم آن صرفاً در اختیار اعتبار کنندگان است، بلکه نسب از اعتباریات نفس الامری است، به عبارت روشن‌تر، عقلاً و قانون‌گذار در مقابل این منشأ اعتبار (تولد)، ناگزیر از اعتبار رابطه نسبی هستند.^۱ قرآن کریم نیز به این امر اشاره می‌کند: «و هو الذی خلق من الماء بشراً فجعله نسباً و صهراً...» (و اوست کسی که از آب بشری آفرید و او را «دارای خویشاوندی» نسبی و داماد قرارداد...)^۲.

در این آیه از تفریع جعل بر «خلق من الماء بشراً» استفاده می‌شود که همان بشر خلق شده از آب، دارای نسب است و نسب وی اعتبار و حالت تغییر یافته از آب «نطفه» است و از غیر آن نشأت نمی‌گیرد، بلکه به لحاظ منشأ خلقت بشر، نسب اعتبار و تفریع می‌شود.^۳ از این رو، اعتبار و قراردادهای غیر واقعی درباره آن غیر مشروع و بی‌اثر است، چنان‌که در آیه زیر این معنا به صراحت بیان شده است:

«... وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ... ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَحِيماً»^۴

(و پسرخواندگانتان را پسران واقعی) شما قرار نداده است. این گفتار شما به زبان شما است، ولی خدا حقیقت را می‌گوید و اوست که به راه راست هدایت می‌کند. آنان را به نام پدرانشان بخوانید... و اگر پدرانشان را نمی‌شناسید، پس برادران دینی و موالی شماست و در آنچه اشتباهات مرتکب آن شدید بر شما گناهی نیست، ولی در آنچه دلهایتان عمد داشته است «مسئول هستید»...)

به‌هر حال با توجه به توضیحات فوق می‌توان در تعریف نسب گفت:

«نسب عرفاً و لغتاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود»^۵

با توجه به همین مطلب است که برخی از حقوقدانان در تعریف نسب دقت به عمل آورده و نسب خاص را از قرابت نسبی یا نسب عام تفکیک نموده و هر یک را علی حده تعریف نموده اند:

نسب عام: نسب عام یا قرابت نسبی عبارت است از علاقه و رابطه خونی و حقوقی موجود بین دو نفر که در اثر تولد یکی از آن‌ها از دیگری یا تولد هر دو از شخص ثالث به وجود آمده است.

نسب خاص: نسب به معنای خاص عبارت است از علاقه و رابطه خونی و حقوقی بین دو نفر که در اثر تولد یکی از صلب یا صلب دیگری به وجود آمده است.^۶

منظور ما از نسب در این بحث رابطه پدر فرزندی و مادر فرزندی است که می‌توان آن را تحت عنوان نسب پدری و نسب مادری قرار داد.

از جمله مباحثی که در تبیین هرچه بیشتر حقیقت و ماهیت نسب مؤثر است، چگونگی انتساب طفل به والدین می‌باشد که این بحث را در نسب پدری و مادری به‌طور جداگانه پی می‌گیریم.

1 - روشن و حمدالهی، پیشین، ص 125

2 - فرقان، آیه ۵۴.

3 - رضایا معلم، وضعیت حقوقی کودک ناشی از انتقال جنین، ص 322

4 - احزاب، آیات ۴ و ۵.

5 - علوی قزوینی، پیشین، ص 192

6 - علوی قزوینی، همان، ص 192

بند دوم: ماهیت نسب پدری

بر اساس تعریف نسب در موازین عرفی اعم از عرف عام و خاص، دانش پزشکی و اعتقادات مذهبی تردیدی در این نیست که «صاحب اسپرم» پدر بچه‌ای است که از نطفه حاصل از امتزاج اسپرم وی با یک سلول ماده (تخمک) به وجود آمده است به عبارت دیگر منشأ پیدایش و ماده‌ سازنده جنین از ناحیه پدر، اسپرم موجود در منی مرد است و عرف هم بر این اساس، برای بیان این امر واقعی و تکوینی عنوانی به نام نسب انتزاع می‌کند؛ در واقع انتساب به پدر مبتنی بر خلقت کودک از نطفه اوست و مرد صاحب اسپرم، پدر طفل محسوب می‌شود.^۱

آنچه که از فتاوی فقهاء در دست است نیز نشان دهنده آن است که بچه‌ای که از زن متولد می‌شود، از لحاظ نسب پدری ملحق به مردی است که جنین از ترکیب اسپرم او با تخمک زن پدید آمده است یعنی اگر صاحب اسپرم معلوم باشد، او پدر بچه محسوب است حال اگر اسپرم وی به صورت مشروع در رحم زن قرار گرفته باشد (با عقد نکاح صحیح یا به صورت شبهه) قانون از هر حیث این نسب را به رسمیت می‌شناسد و اگر استقرار اسپرم در رحم زن به صورت غیر مشروع باشد، هرچند قانون به آن رسمیت نمی‌دهد ولی صاحب اسپرم به طور طبیعی پدر محسوب شده و بعضی از آثار نسب چون حرمت نکاح نیز در پی می‌آید و به هر حال بچه منتسب به مرد دیگری نمی‌شود.^۲

قوانین و حقوق اکثر کشورهای جهان که در آن‌ها، از رابطه طبیعی و واقعی یاد شده، عنوان نسب را انتزاع کرده اند و بر آن آثار متعددی مترتب کرده‌اند، شاهد بر این ادعا می‌باشد.^۳ (صدرزاده افشار، بیتا، ج ۳، ص ۳۷)

درباره منشأ پیدایش فرزند از ناحیه پدر، آیات و روایات وجود دارند که به جهت اختصار فقط به ذکر آیه ۵۴ سوره فرقان که در آن منشأ پیدایش انسان و ملاک نسب، با تعبیر زیبا بیان شده است، بسنده می‌کنیم:

«و هو الذی خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و شهر الله» (و اوست کسی که از آب، بشری آفرید و او را «دارای خویشاوندی» نسبی و دامادی قرارداد...)

در کلمه «الماء» دوا احتمال داده شده است:

مطلق آب؛ یعنی منشأ پیدایش اشیای زنده، مطلق آب است.

نطفه؛ یعنی بشر از نطفه خلق شده است.

احتمال اخیر را آیه «انا خلقنا الانسان من نطفه امشاج...»^۴ تأیید می‌کند.^۵ چرا که سیاق آیه هم به همین اشعار دارد. در هر صورت، در این آیه، نکته بسیار ظریف وجود دارد و آن این که نسب و صهر با تعبیر جعل که به معنای برگرداندن و تغییر دادن چیزی بر یک حالت خاص است، بر بشر مترتب شده است که از تفریع آن بر «خلق من الماء بشرا» برداشت می‌شود.^۶ که همان بشر خلق شده از آب، دارای نسب است و نسب وی اعتبار و حالت تغییر یافته از آب «نطفه» است و از غیر آن نشأت نمی‌گیرد، برداشتی که همان برداشت عرفی از نسب است که منشأ نسب را پیدایش و تکون از آب «نطفه» می‌داند.

1 - روشن و حمدالهی، پیشین، ص 127

2 - مهرپور، حسین، نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی: مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش 19-20، 1376، صص 179-180

3 - صدر زاده افشار، پیشین، ص 37

4 - انسان، آیه ۲.

5 - طباطبایی، سید محمد حسن، المیزان فی تفسیر القرآن، ج 15، موسسه اسماعیلیان، قم، 1393 ه.ق، ص 229

6 - رضایا معلم، پیشین، ص 322

نتیجه این که نسب از ناحیه پدر، عرفا و لغتا رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش فرزند از اسپرم و نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود.

البته نتیجه ارائه شده هرگز بدان معنا نیست که شارع مقدس یا قانونگذار تمام مصادیق عرفی «نسب» را مشروع و مجاز اعلام داشته و آن رادر هر شرایطی مورد شناسایی قرار داده است بلکه ممکن است برخی از مصادیق نسب از نظر شرع و قانونگذار بی اعتبار باشد. طوریکه در مطالعه و بررسی نظریه فقها و نیز موضع قانونگذار مدنی، آنچه قابل مشاهده است این است که در مورد فرزند متولد شده از زنا، نسب شرعی را ثابت نمی‌دانند. بدیهی است که عدم انتساب ولد متولد از زنا به والدین طبیعی خود، هرگز به معنای این نیست که شارع در خصوص «نسب» معنای خاصی را وضع و تشریع نموده است. بلکه معنای «نسب» در اصطلاح شارع نیز همان معنای عرفی و لغوی است و اختلاف تنها در مصداق است.

نتیجه این بحث زمانی به کار می‌رود که در برخی مصادیق عرفی نسب، دلیلی از سوی شارع یا قانونگذار بعنوان تخصیص و عدم شناسایی «نسب» در دست نباشد. در این مورد می‌توان به لحاظ ثبوت نسب عرفی، شرعاً نیز «نسب» را برقرار دانست و احکام حاکم بر نسب را در این گونه موارد نیز اعمال نمود. مخصوصاً در بحث لقاح مصنوعی که شیوه‌ها و صورتهای مختلفی از اجتماع صاحبان اسپرم و تخمک بیگانه یا رحم بیگانه در آن مطرح می‌گردد، می‌توان نسب را از نظر عرفی میان طفل و پدر (صاحب اسپرم) یا زن صاحب تخمک برقرار دانست و با توجه به نتیجه اخذ شده در این قسمت، در زمانی که بر عدم شناسایی نسب از سوی شارع دلیلی وجود نداشته باشد، حکم به نسب شرعی نیز نمود.^۱

بند سوم: ماهیت نسب مادری

در معیار پیدایش فرزند از ناحیه مادر، نظریه‌های متعددی ارائه شده است که بررسی آنها برای رسیدن به نظر برتر ضروری است:

الف) ملاک انتساب فرزند به مادر، زاییدن است: قائلین این نظریه اظهار میدارند که در لغت و همین‌طور در عرف مادر یا والده به شخصی اطلاق می‌شود که کسی را می‌زاید و دیگری از او متولد می‌شود، بنابراین زنی که کودک را حمل کرده و سپس او را زاییده است، همو مادر این کودک به شمار می‌آید.^۲ و به عنوان مستند، به آیاتی چند از قرآن کریم استناد می‌کنند. که مهم‌ترین آنها آیه «أَنْ امْهَاتِهِمُ الْاَلَّائِي وَلَدْنَهُمْ» (مجادله ۲) می‌باشد. در این آیه شریفه، مادر، به طور مطلق و به صیغه حصر فردی خواهد بود که فرزند را زاده است. حصر در اینجا اگرچه اضافی است و در ردّ کسانی است که با «ظهار» زنانشان را مادرانشان می‌پنداشتند، اما در علم اصول ثابت شده است که مورد، مخصّص یا مقید نیست و نزد عقلا، ظهور کلام ملاک اعتبار است.^۳

آیت... اراکی نیز در اینکه صاحب رحم مادر است چنین استدلال می‌کنند: «نطفه زن صاحب تخمک معد بوده برای زن صاحب رحم که این دومی جزء اخیر علت تامه به دنیا آمدن بچه بوده است، پس اولاد ملحق به زن دومی، یعنی زن صاحب رحم می‌شود.^۴ این دسته برای ادعای خود به آیات دیگری از قرآن مجید از جمله آیه ۱۵ سوره احقاف و آیه ۱۱ سوره لقمان نیز استناد می‌کنند.

۱- امین خدیجه، همان، ص ۱۲۳.

۲- خویی، ابوالقاسم. صراط النجاة:، جلد اول، مکتب نشر المنتخب، چاپ اول، قم، ۱۴۱۶ ق. ص ۳۶۲.

۳- رضائیا معلم، محمدرضا، «وضعیت حقوقی نسب کودکان ناشی از انتقال جنین»، چاپ شده در: روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا، تهران، ۱۳۸۰. صص ۳۲۱-۳۲۲

۴- اراکی، محمدعلی، رساله توضیح المسائل: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، قم، ۱۳۷۱ ش، ص ۵۹۸.

مخالفین این نظریه نسبت به استدلال‌ات این گروه اشکالاتی را مطرح می‌کنند. از جمله این که استناد به آیه سوره مجادله وافی به مقصود نیست، زیرا اولاً، آیه اطلاق ندارد، بلکه در مقام رد پندار کسانی است که گمان می‌کردند به صرف اظهار، زنانشان مادرانشان می‌شوند و در نتیجه بر آنها حرام ابدی می‌شوند، پس در مقام بیان مفهوم شرعی «آم» نبوده و مقدمات حکمت جهت اخذ اطلاق تمام نیست.^۱ ثانیاً اینکه خداوند در این آیه، مادر را کسی معرفی کرده است که بچه را می‌زاید، منافاتی ندارد با اینکه غیر او نیز مادر باشد، مانند مادر رضاعی که گرچه طفل را حمل نکرده و او را به دنیا نیاورده، اما خداوند او را مادر نامیده است.^۲ «و امهاتکم اللّاتی ارضعنکم» (نسا 23) ثالثاً، واژه «ولدن» در این آیه به معنای زایمان نیست، زیرا در کتاب و سنت هر جا سخن از زایمان آمده است با عبارت «وضع» بیان شده است. چنان که قرآن در ماجرای مادر حضرت مردم می‌گوید: «فلما وضعتها قالت رب انی وضعتها انثی» (آل عمران 36) در آیات 15 سوره مبارکه احقاف و 2 سوره مبارکه حج نیز همین عبارت استفاده شده است.^۳

برخی از فقها آیه «و حملته امه کرهأ» (احقاف 15) (و نیز آیه شریفه «حملته امه وهنأ علی وهن» (لقمان 14) را مستند خود قرار می‌دهند و استدلال می‌کنند که مادر کسی است که با مشقت باردار شود و با مشقت وضع حمل نماید و مفهوم مخالف آیه چنین خواهد بود که اگر کسی مشقت بارداری را تحمل نکند، مادر نیست. این استدلال خالی از مناقشه نیست، زیرا آیات فوق هیچ یک مفهوم ندارند و قید «حملته» قید غالبی است و ممکن است زنی، حامل کودکی باشد و مادر او نباشد، مانند زنی که از زنا باردار است و مشهور او را مادر نمی‌شناسد.^۴ بدین معنا که نسب شرعی (به عنوان موجب ارث) برای وی قائل نیست.^۵

ب) ملاک انتساب، پیدایش فرزند از تخمک می‌باشد: طرفداران این نظریه معتقدند که ملاک مادربودن در نظر عرف، همانند ملاک پدر بودن است. عرف، زنی را که در نخستین مرحله آفرینش و ایجاد و پیدایش جنین سهم دارد، به عنوان مادر تلقی می‌کند و او کسی جز صاحب تخمک نیست. تغذیه این کودک از رحم که پس از این مرحله صورت می‌گیرد، تنها سبب رشد کودک می‌شود (و هیچ نقش دیگری ندارد) و این دلیل نمی‌شود که کودک از حالت فرزند بودن برای صاحبان اسپرم و تخمک بیرون آید.^۶

این گروه، علاوه بر اشکالات مطرح شده بر نظریه قبل، استدلال می‌کنند که از نظر دانش پزشکی به اثبات رسیده است که منشأ پیدایش و سلول سازنده جنین از ناحیه مادر، تخمک زن است و در این تردیدی نیست و عرف نیز همین را ملاک می‌داند و آیاتی از قرآن کریم نیز بر آن دلالت دارد مانند «آنا خلقنا الانسان من نطفه امشاج» (انسان: 2) و «هو الذی خلق من الماء بشراً...» (فرقان 54)

- 1 - علوی قزوینی، سیدعلی. آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان: دانشگاه مفید، نامه مفید. شماره سوم، قم، ۱۳۷۴ ش. صص ۲۲۱-۲۲۰.
- 2- در ارتباط با مورد مذکور این نکته هم به عنوان مؤید ذکر شده است که عرب در عصر تشریع، از تخمک زن به عنوان یکی از اجزای اساسی تشکیل‌دهنده نطفه، آگاهی نداشت و بر این اعتقاد بود که مادر تنها ظرفی برای رشد نطفه تولیدشده از مرد است. بنابراین طبیعی است که «ام» بودن را در غیر حمل و ولادت نفی کند، اما اگر به این توجه شود که مادر مانند پدر در تشکیل نطفه تأثیر دارد و دارای تخمک است، در صدق «ام» بر صاحب تخمک تردید نمی‌شود. در اصول نیز اثبات شده است که عرف در مفاهیم مرجع است، نه در تطبیقات، خصوصاً در جایی که تطبیق بر تصوری باطل مبتنی است. (علیدوست، ابوالقاسم، پیشین، ص 172).
- 3 - مهدوی کنی، صدیقه و همکاران، بررسی فقهی و حقوقی حق توارث فرزندان متولد از اهدای جنین، نشر فقه پزشکی، شماره 24-25، زمستان 1394، ص 110.
- 4 - قبله‌ای خویی، خلیل. بررسی احکام وضعی کودکان ناشی از اهدای گامت در رابطه با توارث/ اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری: سمت، چاپ اول، تهران ۱۳۸۴ ش. صص ۲۳۳-۲۳۴.
- 5 - توضیح بیشتر این که صرفاً توارث میان آنها محقق نخواهد شد، لیکن به عنوان مادر طبیعی تکالیفی چون نگهداری و حضانت و... بر عهده خواهد داشت.
- 6 - مؤمن، محمد. کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة: مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۵ ق. ص ۹۸.

ج) هم صاحب رحم و هم صاحب تخمک هر دو مادر مشروع تلقی می‌شوند: طرفداران این دیدگاه، بیان می‌دارند که هم صاحب رحم و هم صاحب تخمک هر دو مادر هستند و عرف این دو رابطه را برقرار می‌کند و اشکالی نیز بر آن مترتب نیست.^۱

آنچه مسلم است در آیات و روایات یا صاحب تخمک به عنوان مادر معرفی می‌شود یا صاحب رحم و طبیعی است که درباره تعلق کودک به دو مادر به دلیل نو بودن بحث، مطالبی در آن منابع به چشم نمی‌خورد، لذا از طریق ادله نقلی نمی‌توان نظریه دو مادری را اثبات کرد، لیکن از نظر عقلی دو نقش مهم زن (تخمک و رحم) در تکون کودک غیر قابل انفکاک است و آن را قابل مقایسه با مادر رضاعی ندانسته‌اند.^۲ با این استدلال که نقش صاحبان رحم و تخمک، امری تکوینی است که می‌تواند کودک را به هر دو منتسب کند، به نحوی که اطلاق واژه مادر به آنان «حقیقی» است، برخلاف مادر رضاعی که قطعاً به صورت مجازی به کار برده می‌شود.

قائلین به این نظریه به تعبیرات موجود در قرآن کریم در رابطه با مراحل مختلفی که نطفه پس از قرارگرفتن در رحم زن طی می‌کند تا شکل کامل انسانی به خود بگیرد، اشاره می‌کنند، به عنوان نمونه خداوند در آیات 12 تا 11 سوره مؤمنون که مراحل رشد را بیان کرده، می‌فرماید: «... ثم انشا ناه خلقاً اخر...»، علامه طباطبایی در تفسیر المیزان در بیان معنای این عبارت می‌نویسد: منظور این است که موجود استخوانی پوشیده از گوشت، آفرینش دیگری به خود می‌گیرد، بدین معنا که ماده مرده، جاهل و عاجز، به موجودی دارای حیات و علم و قدرت تبدیل می‌شود.^۳ قائلین به این نظریه، در جهت تقریب ذهن در امکان دو مادری موردی را مطرح می‌کنند که از لحاظ پزشکی امکان‌پذیر است. به این صورت که هسته تخمک از ماده سیتوپلاسم اطراف هسته در تخمک جدا شود و هسته تخمک زن دیگری جایگزین گردد و هر دو زن از نظر بیولوژیک مشترک شوند.^۴

در پاسخ باید گفت: مورد اخیر ارتباطی به موضوع بحث ما ندارد، زیرا در این مورد قطعاً هر دو زن در تکون جنین مؤثر می‌باشند، اما در مجموع ملتزم شدن به نظریه دو مادری را خالی از اشکال ندانسته‌اند.^۵ استدلال قائل بدین شرح است که «پذیرش این نظریه، مستلزم آفرینش جدید و مخالفت با آیات قرآنی است، چون از طرفی در آیه 2 سوره انسان می‌فرماید: «انا خلقنا الانسان من نطفة امشاج...» در تعریف نطفه در تفسیر مجمع البیان ذیل آیه 5 سوره حج آمده است: «النطفة هي الماء القليل يکون من الذكر والانثى»، نطفه مایعی است که از مرد و زن به وجود می‌آید. با توجه به این تعریف و به استناد آیه فوق که خلقت را ناشی از نطفه می‌داند، در کنار آیه 13 سوره مومنون که می‌فرماید: «ثم جعلناه فی قرار مکین» می‌توان چنین استنباط کرد که قرآن مبدا انسان را نطفه قرار داده است و رحم را تنها یک قرارگاه معرفی نموده است.

در نهایت با توجه به خدشه‌پذیر بودن نظریات «دو مادری» و «تعلق کودک به صاحب رحم» و نیز با اعتنا به اینکه قرآن منشأ خلقت انسان را نطفه به معنای ترکیبی از اسپرم و تخمک معرفی می‌کند، منشأ انتساب طفل به مادر همان است که در انتساب به پدر بیان شد، البته در ارتباط با مادر صاحب رحم با توجه به اینکه نقش وی در تکون جنین غیر قابل انکار است، شاید بتوان به قیاس اولویت نسبت به مادر رضاعی که با 15 مرتبه رضاع طفل زیر دو سال، آثار محرمیت بر او بار می‌شود، این حکم

1 - نائب‌زاده، عباس. بررسی حقوقی روش‌های باروری مصنوعی: مجمع علمی و فرهنگی مجد، تهران ۱۳۸۰ش. صص ۴۵، ۲۷۹؛ علیدوست، ابوالقاسم. همدان انگاری فرزند حاصل از تلقیح مصنوعی با فرزند طبیعی در احکام فقهی (بررسی فقهی احکام فرزند حاصل از تلقیح): مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی، فصلنامه دین و اخلاق، سال اول، شماره اول، قم، ۱۳۹۲ش. صص ۱۷۰-۱۶۸، ۱۷۲.

2 - مرقاتی، سیدطه. حقوق کودکان در اهدای گامت/اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری: سمت، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۴ش. ص ۲۴۷.

3 - طباطبایی، محمدحسین. تفسیر المیزان: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، جلد پانزدهم، چاپ پنجم، قم، ۱۴۱۷ ق. صص ۲۰-۲۱.

4 - مرقاتی، سید طه، پیشین، ص 247

5 - قبله‌ای خویی، خلی، پیشین، صص 233-234

6 - طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان، مکتبه العلمیه الاسلامیه، تهران، (بی‌تا). ص ۱۸۷.

حرمت نکاح را به رابطه وی و کودک تسری داد، لیکن در عین حال چون در حکم مادر است، همانند مادر رضاعی نسب شرعی به عنوان موجب ارث برای وی قابل اثبات نخواهد بود. به عبارت دیگر، از یکسو از جهت حکم حرمت نکاح و جریان آثار محرمیت همانند مادر رضاعی با او رفتار می‌شود (در حکم مادر رضاعی فرض می‌شود) و از سوی دیگر همچون مادر رضاعی که مرتضع از او ارث نمی‌برد، کودک متولد از این طریق نیز از او ارث نخواهد برد، لذا صاحبان اسپرم و تخمک به عنوان پدر و مادر طفل محسوب می‌شوند و رابطه نسبی با آنها برقرار می‌گردد.^۱

گفتار دوم: ضابطه مشروعیت نسب

طرح دیدگاه عرفی و شرعی و تحقیق و بررسی‌های بعمل آمده در خصوص مفهوم و ماهیت عنوان «نسب»، ما را به یگانگی مفهوم و ماهیت این عنوان از سوی هر دو دیدگاه، متقاعد ساخت - یعنی «نسب» هم از نظر شرع و هم از نظر عرف، معنا و مفهوم واحدی دارد - و روشن ساخت که اختلاف آنها در برخی از مصادیق این عنوان می‌باشد یعنی شرع در کنار پذیرش همان معنای عرفی نسب و عدم وجود حقیقت شرعی بر این عنوان، در برخی مصادیق نسب طبیعی را مورد شناسایی حقوقی و شرعی قرار نداده است و آن مورد مربوط به زناست یعنی هر چند طفل از نطفه مرد و زن زناکار بوجود آمده باشد، چون رابطه بین پدر و مادر او نامشروع است، در نتیجه ملحق به ایشان نمی‌گردد. اکنون پس از بیان این مطلب، در جهت اثبات این سخن، در پی بررسی این موضوع هستیم که ضابطه مشروعیت نسب، از دیدگاه شرع و قانون چیست؟

با مطالعه بر ابواب نسب و نکاح در فقه و قانون مدنی مشاهده می‌شود که نسب را در سه قسمت نسب صحیح یا ناشی از نکاح، نسب ناشی از شبهه و نسب ناشی از زنا تقسیم نموده‌اند و احکام مختلف را بر این تقسیم‌بندیها حاکم نموده‌اند، این تقسیم‌بندی ما را با این سوال مواجه می‌کند که آیا قانونگذار و شارع مقدس ضابطه خاصی را برای مشروعیت مد نظر داشته است؟

و با توجه به این تقسیم‌بندی «نسب»، تنها زمانی از وصف مشروعیت برخوردار خواهد بود و می‌تواند آثار و احکام مقرر در شرع و قانون را داشته باشد که طفل در نتیجه ازدواج صحیح یا آمیزش به شبهه صاحبان اسپرم و تخمک باشد و در غیر این صورت «نسب عرفی» فاقد مشروعیت قانونی خواهد بود؟ یا اینکه قانونگذار اسلام و نیز قانون ما، به هر کودکی که عرف وی را فرزند نامیده باشد، وصف مشروعیت می‌دهد و او را ملحق به صاحبان اسپرم و تخمک می‌نماید؟ (البته به جز موارد استثنایی مثل زنا) به عبارتی ازدواج صحیح و یا آمیزش به شبهه مقتضی ثبوت نسب مشروع‌عاند؟ یا اینکه نسب عرفی یعنی صرف تکیه بر اسپرم و تخمک) مقتضی مشروعیت نسب است و تنها زنا مانع تحقق آن خواهد بود؟

قبل از ورود به بحث، ذکر یک نکته لازم است و آن اینکه در بررسی متون فقهی و قانون پی می‌بریم که قانون در این موضوع - نسب - بطور کلی از فقه امامیه متابعت کرده است و بر مقررات آن، چیزی اضافه ننموده است. این مطلب در مواد ۱۱۵۸ الی ۱۱۶۷ کاملاً روشن می‌شود. لذا در جهت پاسخ به سوال بالا، بایستی نظریه مشهور فقهای امامیه را که مبتنی بر پذیرش همان معیار عرفی هستند و نیز نظریه غیر مشهور را که مبتنی بر انحصار ضابطه مشروعیت در نکاح و وطی به شبهه می‌باشد را، مورد بررسی و تحقیق قرار می‌دهیم؛ تا در عین بررسی این نظریات، موضع قانونگذار ما و چرایی و چگونگی آن نیز روشن و شفاف گردد و مورد تشریح واقع شود. علت طرح این گفتار و مباحث در موضوع تحقیق خود - وضعیت حقوقی اطفال حاصل از اهدای گامت - این است که نتیجه مهم و اساسی این مباحث این خواهد بود که، اگر معتقد باشیم که ازدواج صحیح و یا آمیزش به شبهه مقتضی نسب مشروع هستند، در خصوص نسب اطفال خارج از روابط نکاح صحیح یا آمیزش به شبهه (مانند کودکان متولد شده از تلقیح اسپرم مرد بیگانه به تخمک زن بیگانه، تفخیز مرد و زن بیگانه و انزال و جذب آن توسط

رحم، افراغ منی در رحم زن بیگانه و...). بایستی قائل به فقدان نسب مشروع در این گونه اطفال بود. اما اگر معتقد به این باشیم که هر طفلی که از نظر عرف ولد به حساب می‌آید شرع هم آن را به جز در موارد استثنایی، ولد مشروع می‌شمرد بایستی قائل به نسب مشروع در کلیه موارد به جز زنا باشیم.^۱

بند نخست: نظریه غیر مشهور فقها

در مرور متون فقهی و مواد قانون مدنی، مشاهده می‌شود که آثار مترتب بر نسب، بر دو نوع رابطه بین زن و مرد بارشده است و آن عبارت است از نسبی که در اثر ازدواج صحیح بین زن و مرد ایجاد شده و دیگری زمانی که نسب در اثر وطی به شبهه ایجاد شده باشد، اما در خصوص نسب ناشی از زنا چنین نیست. وجود چنین تقسیم بندیها، را به این دیدگاه سوق می‌دهد که تنها معیار مشروعیت نسب، وجود رابطه زوجیت یا اعتقاد به وجود چنین رابطه‌ای است (شبهه).

نظریه غیر مشهور فقهای امامیه نیز مبتنی بر همین تفکر است یعنی آنان معیار مشروعیت نسب را منحصرأ در نکاح و وطی به شبهه می‌دانند و در سایر موارد نسب را نامشروع می‌شمردند. از این گروه میتوان فقهای چون ابن ادریس حلی، ابن حمزه از فقهای مشهور قرن ششم هجری و نیز فقیه مشهور شیعه صاحب جواهر را نام برد و نیز از فقهای معاصر آیت الله سید محسن حکیم نیز این نظریه را پذیرفته‌اند.

از بین حقوقدانان معاصر نیز، دکتر کاتوزیان از جمله معتقدان به این ضابطه برای مشروعیت نسب بوده و در خصوص تلقیح عمدی نطفه مرد بیگانه نوشته‌اند: «در صورتی که زنی در اثر تلقیح عمدی نطفه مرد بیگانه به خود آبستن شود، نسب چنین طفلی نه به پدر منسوب است و نه به مادر؛ زیرا قطع نظر از چگونگی آبستن شدن زن، شرایط لازم برای تحقق نسب مشروع در این حالت جمع نیست. اقدام چنین زن و مردی را به طور مسلم نمی‌توان زنا شمرد، زیرا بنا به فرض طرح شده، هیچ گونه رابطه جنسی با یکدیگر نداشته‌اند. ولی چنانکه بارها گفته شد، نزدیکی جنسی فقط راه معتاد آبستنی است و نفس این اقدام به تنهایی اثری در احکام نسب ندارد. آنچه سبب انتساب طفل به پدر و مادر می‌شود، رابطه زوجیت بین آنان یا اعتقاد به وجود چنین رابطه‌ای است. بنابراین در هر مورد که عامل اصلی وجود نداشته باشد، خواه دلیل آبستنی زن نزدیکی نامشروع (زنا) باشد یا سایر تماس‌های بدنی (مانند تفخیز) یا تلقیح مصنوعی، باید نسب را نامشروع دانست و برعکس در هر جا که رابطه زناشویی یا شبهه محقق باشد، به هر وسیله‌ای که زن آبستن شود، نسب نامشروع است...»^۲.

صاحب جواهر نیز در خصوص بیان معیار مشروعیت نسب، ایرادی بر الحاق طفل ناشی از مساحقه به صاحب نطفه، وارد کرده‌اند و معتقدند که صرف تگون طفل از نطفه مرد سبب الحاق شرعی طفل به وی نخواهد بود، هر چند بر این امر، روایات معتبری دلالت می‌کند معیار نسب شرعی، آمیزش به سبب نکاح صحیح و یا شبهه است و مطلق پیدایش از نطفه سبب نمی‌باشد. و دلیل این نظر خود را چنین می‌آورند که در این معنا پس از ملاحظه تفاوت هیات انسان و حیوان زمینه تشریع نکاح در انسان و نه حیوان، آشکار می‌گردد و اینکه مقصود از تشریع نکاح در انسان، تحقق نسب است...»^۳

در واقع ایشان معتقدند که تولید مثل در انسان به عنوان یک موجود مکرم، بایستی در چهارچوب خاصی صورت گیرد تا به رسمیت شناخته شود و او نمی‌تواند مانند حیوانات در هر مکان و زمان و شرایطی با جنس مخالف خود، رابطه جنسی برقرار کند. بلکه می‌بایست در قالب قوانین خاص نسلی از خود، بر جای گذارد.

۱- امین، خدیجه، همان، صص ۱۲۴-۱۲۳.

۲- کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۱ و ۲۲

۳- نجفی، محمد حسن، پیشین، ج ۴۱، ص ۳۸۹

اکنون در جهت رد یا پذیرش این دیدگاه (انحصار ضابطه مشروعیت در نکاح و وطی به شبهه) بایستی دلایل و استدالات معتقدین به این نظریه را، اعم از فقها و حقوقدانان مورد طرح و بررسی قرار دهیم تا روشن شود که این نظریه بر چه اساسی صادر شده و در نهایت با نتیجه‌گیری در این زمینه، معیاری در دست خواهیم داشت تا وضعیت حقوقی و بویژه نسب اطفال خارج از نکاح و وطی به شبهه، را روشن سازیم.^۱

دلیل اول اینکه: فقها در باب نکاح با الهام از روایات اسلامی، و به تبع آن قانون مدنی ایران و قانونگذار ایران به پیروی از فقه و منابع فقهی، در تقسیم بندی نسب و ترتیب آثار حاکم بر این عنوان، سه قسم را مطرح کرده است که عبارتند از: نسب ناشی از نکاح، نسب ناشی از آمیزش به شبهه، نسب ناشی، از زنا این تقسیم بندی، حاکی از ضابطه مورد نظر شارع و قانونگذار برای مشروعیت است به عبارتی نسب مشروع صرفاً در چارچوب نکاح و یا وطی به شبهه قرار می‌گیرد و به جز این، کلیه کودکان طبیعی متولد از سایر طرق بایستی در قالب یکی از این تقسیم بندیها قرار گیرند و از آنجا که رابطه زوجیت و یا اعتقاد به وجود چنین رابطه‌ای بین پدر و مادر طبیعی این گونه اطفال وجود ندارد، بایستی در قالب نسب ناشی از زنا قرار گرفته و احکام آن بر این گونه اطفال بار شود - هر چند که ممکن است شرایط اجرای حد زنا در مورد روابطی که منجر به تولد این اطفال گردیده، فراهم نباشد به عبارتی قلمرو و مفهوم «زنا» در باب انساب گسترده تر از قلمرو آن در باب حدود است.^۲

علاوه بر این اگر قرار بود کلیه اطفال طبیعی به جز اطفال ناشی از زنا، به پدر و مادر طبیعی خود منتسب شوند و رابطه نسبی شرعی بین آنها برقرار گردد، کافی بود تنها این استثناء (زنا)، بیان شود و نیازی به این تقسیم بندی و نیز بحث از اماره فراش و چگونگی الحاق آن به شوهر یا وطی به شبهه وجود نداشت.^۳

- در خصوص رد این ایراد، استدلالاتی شده است اولاً: در پاسخ این استدلال گفته شده: این تقسیم ناشی از چگونگی ارتباط جنسی مرد و زن در آن اعصار بوده و در نتیجه، نظرشان تنها به ثبوت نسب از جهت و طی بوده است و سایر نسبها را لحاظ نکرده‌اند چنان که بعضی از فقها می‌فرمایند: «...المراء هنا ثبوت النسب من حیث الوطی» مراد ما از تقسیم نسب به سه قسم صحیح، شبهه، زنا، تنها ثبوت نسب از طریق وطی بوده است» تا به این اشکال «قد یشکل اولاً بخروج المکره... و ثانیاً بخروج التکون من مائه بمساحقه او غیرها مما هو ملحق به شرعاً» پاسخ دهند.^۴ پس از عبارت فوق حصر استفاده نمی‌شود و اگر حصر هم باشد حصر اضافی است نه حقیقی یعنی در میان سه رابطه «نکاح، شبهه و زنا» نسب تنها با نکاح و یا شبهه ثابت می‌شود و از این استفاده نمی‌شود که نسب با تلقیح مصنوعی یا حالت مادر جانشین یا حالت اهداء گامت ثابت نمی‌شود.

بنابراین با توجه به مطلب فوق، تقسیم مذکور نمی‌تواند مبین حصر نسب مشروع به نکاح صحیح و شبهه باشد.

از طرف دیگر استدلال مذکور از این جهت که مفهوم «زنا» را در باب انساب گسترده تر از باب حدود معرفی کرده، محل اشکال است. چون بسیاری از فقها از جمله شهید ثانی در بحث نسب، در قسمت نسب ناشی از زنا، آن را اینگونه تعریف نموده اند که «هو وطء المکلف محرماً بالاصاله مع العلم بالتحريم» همچنین محقق حلی در شرایع الاسلام و نیز محقق ثانی، تعاریف مشابهی ارائه نموده اند^۵ که همه این تعاریف در باب نسب، نشان دهنده این است که عنوان «زنا» مفهوم مجملی نیست و مراد همان چیزی است که در باب حدود مطرح بوده است.^۶

۱ - امین، خدیجه، همان، صص ۱۲۷-۱۲۸.

۲ - محمدی هیدجی، عبدالرحمن، النسب و فروع الفقهیه، المطبعة العلمیة، قم، ۱۳۷۵ ش، ص ۲۸

۳ - کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۸

۴ - نجفی، محمد حسن، پیشین، ج ۲۹، ص ۲۴۷

۵ - امامی، اسد الله، پیشین، ص ۲۴۱

۶ - امین، خدیجه، همان، ص ۱۲۹.

دلیل دوم: آنچه در انتقای نسب یا ثبوت آن ملاک و معیار می‌باشد مشروعیت روابط جنسی میان زن و مرد است یعنی اگر آمیزش زن و مرد با همدیگر، ذاتاً حرام و ممنوع باشد، نسب نمی‌تواند شرعی تلقی گردد و بر عکس. به عبارتی انتقای نسب ناشی از زنا در دلیل خاصی بیان نشده است، بلکه نفی نسب از حرمت تکلیفی زنا، استفاده شده است، چنانچه ثبوت نسب نیز از مشروعیت روابط جنسی میان زن و مرد برداشت شده است. و بطور کلی هر گاه طفل ثمره عملی ذاتاً حرام و ممنوع باشد، نسب نیز در آن مورد منتفی است و بر عکس چنانچه طفل نتیجه عملی ذاتاً مشروع و حلال باشد، نسب نیز ثابت خواهد بود.^۱ برخی از حقوق دانان در همین راستا معتقدند که تماس‌های بدنی زن و مرد برای حفظ اعتبار خانواده و تحقق نسب مشروع و در نتیجه الحاق اطفال حاصل از آن به والدین، بایستی در قالب ویژه نکاح یا شبهه قرار گیرد و الا خارج از این چارچوب چون عمل انجام شده حرام می‌باشد، لذا انتقای نسب نیز بدنال آن محقق می‌گردد مخصوصاً که ملاک زنا یعنی نامشروع بودن و حرمت ذاتی رابطه دو بیگانه، در آنها نیز وجود دارد، و زنا خصوصیتی ندارد، لذا برای جلوگیری از تعارض احکام در موضوعات مشابه، بایستی همه تماس‌های نامشروع را در حکم زنا شمرده و نسب مشروع را ویژه نکاح و نزدیکی به شبهه دانست.^۲

در پاسخ و ایراد به این دلیل، استدلال‌هایی به شرح ذیل می‌تواند مطرح باشد:

قانون مدنی ایران به پیروی از حقوق اسلام سعی نموده است تا آنجا که عادتاً ممکن است با الحاق طفل به پدر و مادر و ایجاد نسب مشروع، نسل بشر را از سرگردانی و بلا تکلیفی نجات داده و موارد قطع رابطه نسب را هر چه بیشتر محدود سازد و فقط در مورد زنا بنا به حکم و مصالحی با معلوم بودن صاحب نطفه، رابطه نسبی طفل و طرفین زنا را اعتبار نمی‌نماید.^۳

در حالیکه پذیرفتن چنین نظریه‌ای - نظر مطروح در دلیل دوم - با پیشرفت‌های کنونی و روال و مقتضیات موجود در جوامع کنونی منجر به افزایش هر چه بیشتر کودکان بدون نسب و بلا تکلیف خواهد بود.

برخی از حقوق‌دانان، نسبت به نظریه مطروحه چنین پاسخ آورده‌اند که، الحاق طفل به صاحب نطفه با کرامت انسانی و مصلحت طفل نیز سازگار تر است - و نباید آنها را در حکم اطفال متولد از زنا قرار داد - و اینکه برخی ادعا می‌کنند که الحاق چنین اطفالی به والدین طبیعی مغایر با اخلاق حسنه به شمار می‌رود و نیز به اساس و شالوده خانواده و اعتبار آن لطمه می‌زند، مسلم نیست.^۴

در پاسخ به قسمت اول دلیل دوم نیز، می‌توان گفت: اگر چه در حرمت و قبح ذاتی زنا شکی نیست، اما هر فعل حرامی حتی اگر ذاتی باشد، سبب نفی نسب نمی‌شود. چراکه: اولاً کسانی که معتقد به نفی نسب حاصل از زنا هستند، تنها از حرمت زنا، حکم وضعی و در نتیجه نفی نسب را انتزاع نکرده اند، بلکه همان‌طور که بعد از این ذکر خواهد شد، استدلال آن‌ها بر این مطلب مستند به روایات و اجماعاتی است.^۵

۱ - هیدجی، عبدالرحمن؛ پیشین، ص ۱۸

۲ - کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۹-۲۸؛ امامی، حسن، پیشین، ص ۱۷۹

۳ - شهیدی، مهدی «تلقیح مصنوعی انسان»، ص ۱۱۵

۴ - صفایی، حسین، امامی، اسدالله، پیشین، ص ۳۱۸

۵ - نجفی، پیشین، ج ۲۹، ص ۲۵۷

(البته آنچه در روایات مذکور مورد تصریح قرار گرفته، نفی ارث می‌باشد و نه نفی نسب؛ اما در حال آنچه منجر به عدم تحقق نسب شرعی در مورد طفل ناشی از زنا می‌باشد وجود این احادیث خاص است هر چند که مربوط به ارث باشد و نه حرمت ذاتی آن عمل).^۱

ثانیا در علم اصول ثابت شده است که بین حکم تکلیفی و وضعی ملازمه‌ای نیست؛ چون شارع و قانون‌گذار اسلام، عناوینی مثل نسب را موضوع برای آثار متعددی قرار داده است. چنان‌که نزد عرف و عقلا هم‌چنین است، در این صورت ممکن نیست موضوع، منتزع و متأخر از حکم باشد.^۲

دلیل سوم: برخی محققان بر این اعتقادند که رساندن منی به رحم زن اجنبی، در صورتی که زن و مرد ذاتاً بر همدیگر حرام به شمار آیند، نسب را نفی می‌کند و موجب عدم الحاق کودک به صاحب اسپرم و صاحب تخمک می‌شود، اگر چه زنای اصطلاحی محقق نشود، مثلاً اگر مرد اجنبی استمناء کند با این قصد که منی خود را داخل رحم زن بیگانه نماید و زن از روی عمد آن را وارد رحم خود کند و در نتیجه کودکی از این طریق متولد شود بی شک چنین کودکی، ولد حرام به شمار می‌آید و نه از زن و نه از مرد ارث نمی‌برد.^۳ استدلال قائلین به این قول چنین است که، عمل نزدیکی به حرام (زنا) به دو امر حرام منجر می‌شود؛ حرام اول: نزدیکی است خواه انزال صورت گرفته باشد یا خیر و حرام دیگر وارد کردن نطفه در رحم آن زن است.

هر یک از دو مورد ذکر شده عمل حرام مستقلاً است که گاهی در یک فعل حرام، هر دو حرام محقق می‌شود و گاهی یکی از آنها تحقق می‌یابد. اگر حرام اول یعنی نزدیکی، صورت پذیرد موجب حد خواهد بود ولی در صورت دوم، حد محقق نمی‌شود، البته فعل، حرام ذاتی است که در صورت عمد و علم موجب نفی نسب می‌شود.^۴

از طرف دیگر برخی از اساتید حقوق نیز معتقدند که عدم تصریح قانونگذار اسلام به حکم نسب ناشی از سایر تماس‌های جنسی غیر از زنا مضرّ به اطلاق نیست زیرا زنا فرد غالب و شایع بارداری حرام بوده و بطور معمول، از این راه انجام می‌گرفته است، از اینرو حکم زنا شامل سایر تماس‌های جنسی (از قبیل تفخیز و جذب منی به داخل رحم، تلقیح مصنوعی نطفه مرد بیگانه به رحم زن بیگانه و...) نیز می‌شود و در نتیجه، نسب ناشی از سایر تماس‌های جنسی خارج از چارچوب نکاح یا آمیزش به شبهه مشروع و معتبر نیست.^۵

استدلال فوق به نظر قابل مناقشه می‌آید، چون «هرگاه قانونگذار یا شارع در مقام بیان حکم خاصی، هیئت اجتماعی معینی را در موضوع آن حکم اخذ نماید، این امر نشانگر آن است که آن هیئت اجتماعی با تمام حدود و قیود و شرایطش موضوع حکم بوده است و از آنجا که موضوع به منزله علت ثبوت حکم است، پس تا وقتی که موضوع مورد نظر با تمام اجزا و قیودش تحقق نیابد، حکم مترتب بر آن موضوع ترکیبی نیز ثابت نخواهد شد، از طرفی احکام شرعی همواره بر عناوین موضوعات خود وابسته‌اند و نه ملاکات آنها، چرا که احراز ملاکات غالباً امکان پذیر نمی‌باشد و نمی‌توان نسبت به آنها علم و آگاهی یافت و بطور

1- در این راستا آیت الله مومن معتقدند که: هیچ تردیدی در این که حرمت، در صدق عناوین نسبی تأثیری ندارد، وجود ندارد، زیرا صدق این عناوین نسبی بر اساس وجود ارتباط تکوینی میان صاحب منی و کودک استوار است و تنها دلیلی که عمومات احکام مربوط به نسب را تخصیص زده است، زنا می‌باشد. (مومن قمی، محمد، پیشین، ص 62)

2 - بجنوردی، پیشین، ج 2، ص 257

3 - هیدجی، عبدالرحمن، پیشین، ص 28

4 - امین، خدیجه، همان، ص 132-133.

5 - کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص 28

یقین و قطع، به آن پی برد و در نتیجه حکم مورد خاص را به موارد دیگر نیز تعمیم داد¹». بنابراین هر فعل حرامی حتی اگر ذاتی باشد سبب نفی نسب نمی‌شود.

بند دوم: نظریه مشهور فقها

مشهور فقهای امامیه معتقدند که شارع برای مشروعیت نسب، ضابطه خاصی را تعیین نکرده بلکه همان معیار عرفی را مورد پذیرش قرار داده است و فقط زنا را مانع از الحاق کودک به والدین طبیعی خود می‌دانند و در این حالت استثنایی، رابطه نسبی بین آنها را منتفی می‌شمرند.^۲

از جمله فقهای بزرگ که در این دسته قرار دارند صاحب شرایع می‌باشد؛ ایشان در باره الحاق کودک به صاحب اسپرم در مساحقه چنین می‌فرمایند که: «اما علت اینکه فرزند به دنیا آمده در اثر مساحقه به صاحب نطفه ملحق می‌شود این است که صاحب نطفه زنا کار نبوده و فرزند متولد یافته از ماء اوست بنابراین شرعاً به او ملحق می‌شود؛ [چرا که این انتساب با معنای عرفی و لغوی موافق است]^۳»

بسیاری از حقوق دانان معاصر نیز در این زمینه، با توجه به ایرادات موجود نسبت به دلایل ارائه شده از سوی معتقدین به انحصار معیار مشروعیت نسب به نکاح و وطی به شبهه، معتقدند که از نظر تحلیلی می‌توان بر آن بود که، آنچه از اصول حقوقی و مخصوصاً مواد قانون مدنی ایران استنباط می‌شود، آن است که هر فرزند طبیعی، قانونی است، مگر آنکه قانون تصریح برخلاف نموده باشد و مواردی را که قانون مورد شناسایی قرار نداده، ولد زنا است که ملحق به کسی که مرتکب زنا شده نمی‌گردد و در بقیه موارد، طفل ملحق به پدر و مادر است.^۴

با توجه به این که دلایل گروه اول به طور کامل مطرح و مورد بررسی قرار گرفت و در نقد آن دلایل، بسیاری از دیدگاههای گروه دوم نیز مطرح شد و از طرف دیگر با توجه به مواد مختلفی از قانون مدنی^۵ که تصریح بر حمل الفاظ بر معانی عرفیه دارد و همچنین نظر فقهای^۶ عناوین والفاظ وارده در شرع را محمول بر معانی عرفی می‌دانند و اصل را بر عدم نقل معنای عرفی به معنای شرعی یا قانونی می‌دانند. لذا مدعای کسانی که ملاک مشروعیت نسب را همان معیار عرفی و لغوی دانسته‌اند، مطابق با قاعده بوده، و نیازی به اثبات ندارد - هر چند که بسیاری از نظریات آنان در طرح ایرادات وارد بر دلایل گروه اول مورد بررسی قرار گرفت.

نتیجه و نظر ارائه شده: با توجه به آنچه در این گفتار مورد بحث و بررسی قرار گرفت، می‌توان با استناد به دو اصل معتبر «اصالة عدم النقل درالفاظ» و «عدم ثبوت حقیقت شرعیه» که در قانون مدنی نیز حمل الفاظ به معنای عرفیه مورد تأکید قرار گرفته، ضابطه مشروعیت نسب را همان معیار عرفی دانست یعنی صرف تگون طفل از نطفه زن و مرد؛ و زنا را تنها مصداقی دانست که مورد شناسایی قانونگذار اسلام و قانون مدنی، قرار نگرفته است و آثار نسب را در آن بار ننموده. این نظر مبتنی

1 - محسنی، محمد آصف، الفقه و المسائل الطبیه، (مطبعة یاران، قم، ۱۳۷۷)، ص ۹۰

2 - «ان المتولد من الزنا منی عن ابویه شرعاً و ان کان ولداً عرفاً و لغتاً»

3 - محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، پیشین، ص ۹۴۳

4 - امامی، حسن، پیشین، ج ۵، ص ۱۸۶ - صفایی، حسین، امامی، اسدالله، پیشین، ص ۳۲۸

5 - مواد ۲۲۴، ۲۲۵ قانون مدنی

6 - صاحب مستندالشیعه می‌فرماید: «... نسب عرفی ملاک و معیار ترتب احکام شرعی است و برای نسب اصلاً حقیقت شرعی وجود ندارد و اصل هم

عدم نقل مفهوم نسب عرفی به مفهوم شرعی است...» نقل از: رضانیا معلم، محمدرضا، پیشین، ص ۳۳۰

بر نظریه مشهور فقهای امامیه است که بنظر ایشان زنا به همان معنای به کار رفته در باب حدود می‌باشد^۱ که یکی از رکن‌های ضروری آن ادخال است و شارع اسلام تنها در نسب ناشی از زنا تصرف کرده است و آن را معتبر ندانسته است و در بقیه موارد نمی‌توان حکم زنا را به آن سرایت داد.

البته این‌که در باب نسب قانون‌گذار اسلام چرا فقط نسب ناشی از زنا را منفی دانسته است، بر اساس روایات و اخبار رسیده از پیغمبر(ص) و ائمه اطهار(ع) و سخنان فقها و اجماع می‌باشد.

گفتار سوم: موانع مشروعیت نسب

از بررسی‌هایی که به عمل آمد چنین برداشت می‌شود که قانونگذار مفهوم عرفی نسب را مورد پذیرش قرار داده و معیار و ضابطه خاصی را برای مشروعیت آن تصریح نکرده است همچنین به این نتیجه رسیدیم که قانونگذار بدون اینکه مفهوم خاصی از نسب و یا معیار شناسایی آن ارائه دهد، فقط از مصادیق آن - زنا- را استثنا کرده و به رسمیت نشناخته است. بنابراین با توجه به تصریح قانون مدنی می‌توان گفت که زنا، مانعی در راه مشروعیت نسب به شمار می‌آید.(البته در خصوص مشروعیت یا عدم مشروعیت نسب اطفال ناشی از زنا، در میان فقها اختلاف نظر وجود دارد).

در این مبحث پا را فراتر نهاده و به بررسی وجود یا عدم وجود نسب کودک متولد از زنا که در مورد آن ادعای تحقق نسب شده است، می‌پردازیم. چرا که در صورت اثبات چنین ادعایی این نتیجه مهم مستفاد می‌گردد که نامشروع بودن حمل، ملازمه با عدم تحقق نسب ندارد. البته این بحث فقهی از نظر حقوق کنونی ایران با توجه به ماده ۱۱۶۷ ق. م که مقرر می‌دارد: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود»، کاربرد نداشته و قابل اعتناء نیست.

در خصوص تاثیر زنا در مشروعیت نسب و در نتیجه الحاق یا عدم الحاق اطفال حاصل از آن به والدین طبیعی خود، دو نظریه وجود دارد:

۱- ولدالزنا به زانی و زانیه ملحق می‌شود و تنها ارث به حکم نص خاص استثنا شده است^۲ و در بقیه احکام، نسب بین آن‌ها محفوظ است. چنان‌چه بعضی از فقها فرموده‌اند: ولدالزنا از حبه ارث نمیبرد و لکن قضای نمازهای فوت شده پدر بر او واجب می‌شود چرا که او فرزند شرعی و عرفی و لغوی آن شخص محسوب می‌شود.^۳

۲- نسب ناشی از زنا مطلقاً پذیرفته نیست و تنها حکم تحریم نکاح با استناد به اجماع و صدق ولد از حیث لغت به عنوان استثناء بر آن مترتب می‌شود.^۴

استدلال آن‌ها بر این مطلب مستند به روایات و اجماعات است: «نسب حاصل از زنا ثابت نمی‌شود. دلیل بر آن، اجماع منقول و محصل است، بلکه ممکن است ادعای ضروری بودن بر آن گردد، تا چه رسد از ادعای معلولیت آن از نصوص یا تواتر روایات در این مسأله»^۵

۱- امین، همان، ص ۱۳۵.

۲- ایروانی و خلخالی، پیشین، ص ۷۷.

۳- بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، تحقیق مهدی مهریزی، ج ۴، انتشارات هادی. تهران، ۱۴۱۹ه ق، ص ۴۶.

۴- نجفی، محمد حسن، پیشین، ج ۱۰، ص ۴۹۵.

۵- نجفی، محمد حسن، پیشین، ج ۲۹، ص ۲۵۷؛ کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد: ج ۱۲، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم،

شایان ذکر است که همه کسانی که قائل بر این نظریه هستند، حکم تحریم نکاح را استثناء نموده و گفته‌اند: ولدالزنا از حیث لغت منسوب به زانی و زانیه است و کسی حق ندارد با فرزند خود ازدواج کند. حکم تحریم نکاح در این حالت که نظر مشهور فقها می‌باشد، تنها دلیلش اجماع و احتیاط است^۱ که این اجماع از جانب برخی فقها مورد اشکال قرار گرفته است. بعضی از فقها به دلیل این اشکالات، برای اثبات تحریم نکاح زانی با دختر زانی‌اش استدلال می‌کند: «بل یظهر من النصوص ان التحريم ذاتي لا مدخلیه للنسب الشرعی فیه^۲» از روایات ظاهر می‌گردد که تحریم نکاح ذاتی است و در آن، نسب شرعی هیچ‌گونه تأثیر و دخالتی ندارد.

سؤال اصلی که در این قسمت مطرح است این‌که اگر ولدالزنا بر حسب لغت به زانی ملحق می‌شود «لانه مخلوق من مائه» چه دلیلی وجود دارد که او بر حسب شرع، نسب نداشته باشد و بر زانی ملحق نشود؟ برخی از فقها با این استدلال که ولد حقیقت شرعیه ندارد و هرچه از عرف و لغت درباره ولد فهمیده می‌شود به لسان شارع نیز همان مراد است، ولدالزنا را لغتاً، عرفاً و شرعاً ولد می‌دانند، زیرا جریان دو اصل معتبر «اصاله عدم النقل در الفاظ» و «عدم ثبوت حقیقت شرعیه» مخصوصاً در ولد ایجاب می‌کند که نسب در زنا نیز ثابت شود. به نظر می‌رسد با این استدلال نمی‌توان به وجود نسب در ولدالزنا حکم داد و پذیرش و عدم پذیرش نسب ناشی از زنا بستگی به قوت دلیلی دارد که مشهور فقها در حکم به عدم الحاق طفل به زانی و زانیه آن استفاده کرده‌اند با این مقدمه مطالب این قسمت از نوشتار به نقد و بررسی دلایل مورد استناد مشهور فقها در زمینه نسب ناشی از زنا اختصاص می‌یابد لکن قبل از بررسی دلایل مذکور به صحت و سقم استدلال فوقالذکر از جانب طرفداران ثبوت نسب در ولدالزنا شده است، می‌پردازیم.

نظر به این‌که عدم انتساب ولدالزنا به پدر و مادر خود در شرع به این معنا نیست که شارع اصطلاح خاصی را وضع کرده است، بلکه در شرع «ولد» همان معنای لغوی و عرفی را دارد و اختلاف در مصداق است؛ یعنی شرع همان کودک متولد از زنا را نیز مانند عرف «ولد» زانی و زانیه می‌داند لیکن آثار شرعی را بر این مصداق بار نمی‌کند. به این ترتیب تصرف شارع اسلام در نسب ناشی از زنا سبب نمی‌شود که در مفهوم نسب تصرف کرده باشد بلکه این مصداق را نپذیرفته است. فلذا این اشکال از جانب برخی‌ها که عدم انتساب ولدالزنا به پدر و مادر با پذیرش مفهوم عرفی برای نسب در لسان شارع تعارض دارد، صحیح نمی‌باشد، تا بخواهیم برای رفع این ایراد، ولدالزنا را به والدین خود منتسب بدانیم.^۳

گفته شد که استدلال فقهای که قائل به عدم الحاق طفل به زانی و زانیه هستند، مستند به روایات و اجماعاتی است. صاحب جواهر (ره) برای اثبات این نظریه به اجماع منقول و محصل استناد می‌کنند. افزون بر اجماع، به روایات معتبری نیز استناد کرده‌اند که ذکر می‌شود:

۱- صحیح حلبی از امام صادق (ع) قال: «ایما رجل وقع علی ولیده قوم حراما ثم اشتراها فادعی ولدها فانه لایورث منه شی، فان رسول (ص) قال: الولد للفراش و للعاهر الحجر و لایورث ولدالزنا الارجل یدعی ابی ولیده» «چه بسا مردی با کنیز قومی از راه حرام نزدیکی کرده و سپس او را خریده است و ادعا می‌کند فرزند آن کنیز از آن او است (و حال آن‌که) از او چیزی ارث نمی‌برد؛ زیرا رسول خدا (ص) فرموده‌اند: فرزند به فراش اختصاص دارد و برای زناکار محرومیت است...»

۲- روایت محمد بن اشعری، قال: «کتب بعض أصحابنا الی أبی جعفر الثانی (ع) معی یسأله عن رجل فجر بامرأه ثم انه تزوجها بعد الحمل فجاءت بولد هو أشبه خلق به فکتب بخطه و خاتمه: الولد لغیه لایورث^۴»

1 - عاملی، زید الدین بن، الروضة البهیة، ج 7، ص 221؛ کرکی، علی بن حسین، پیشین، ج 29، ص 257.

2 - نجفی محمد حسن، پیشین، ج 29، ص 257.

3 - روشن، محمد و عاصف حمدالهی، پیشین، صص 152-153.

4 - حر عاملی، محمد حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسایل الشیعه: موسسه آل البیت، قم، ۱۴۱۴ ه.ق، صص 14 و 568.

«با جمعی از دوستان به امام جواد (ع) نامه‌ای نوشتیم و از او سؤال کردیم که مردی با زنی زنا کرده و پس از باردار شدن با او ازدواج می‌کند و زن فرزندی می‌آورد که از همه مردم به آن مرد شبیه‌تر است. امام(ع) با خط و مهر خود در جواب نوشت: کسی از زنا زاده ارث نمی‌برد.»

در نهایت حدیث سومی که بر آن استناد می‌کنند، حدیث فراش است که روایات منقول از طرق شیعه و اهل سنت بر اعتبار و حجیت آن دلالت دارد.^۱

وجه استدلال مشهور فقها به این روایات در این است که نفی ارث بین زانی و زانیه و فرزند زانی از آن دو، در این احادیث نشان دهنده این است که بین آن‌ها هیچ‌گونه نسب شرعی وجود ندارد. تعبیر فقها در مورد فرزند زانی که می‌گویند: اصل نسب منتفی است یا می‌گویند: نسب منتفی است، مؤید این ادعا است.^۲

نقد و بررسی دلایل

در مورد اجماع، به اجماع محصل و منقول استناد می‌شود. بدیهی است که اجماع محصل مذکور نسبت به ما، اجماع منقول است بنابراین ما اجماع محصل نداریم اجماعی که در این مورد ادعا شده است از چند جهت قابل مناقشه است:

اولا اجماع مصطلح نیست؛ زیرا مدرک اجماع‌کنندگان معلوم یا حداقل محتمل است و آن حدیث فراش است. چنین اجماعی از درجه اعتبار ساقط است.

ثانیا، اجماع خواه محصل باشد و خواه منقول، هنگامی حجت است که کاشف از قول معصوم باشد و گرنه خود اجماع قطع‌نظر از کاشفیت اعتباری ندارد و احراز کشف برای ما امکان‌پذیر نیست.

در مورد روایات: در روایت نخست، کلام امام(ع) و حدیث نبوی هیچ‌گونه دلالتی بر نفی نسب ولد زنا از زانی نمی‌کند؛ زیرا استناد امام(ع) به حدیث نبوی بیانگر این است که اگر فراشی محقق گردد و از این طریق فرزندی به دنیا آید، ولی در نسب وی شک گردد، طبق حدیث فراش فرزند به زوج ملحق می‌شود.^۳

بنابراین اگر در مواردی فراش تحقق پیدا نکرده و از سوی دیگر، دانسته شود که فرزند از منی زانی است، حدیث و قاعده فراش مؤثر نیستند.^۴ کلام امام هم در مورد ارث نبردن فرزند زانی از والدین به عکس است و به نسب ارتباطی ندارد؛ زیرا شاید نفی ارث از ولدالزنا، دلایل دیگری باشد، نه این‌که نشان دهنده انتفای نسب وی باشد. ثانیاً بین توارث و عدم نسب تلازم نیست.^۵

در خصوص روایت دوم دو قرائت ذیل از جانب فقها شده است:

1- واژه «غی» در لغت به معنی گمراهی است و در حدیث بالا کنایه از زنا است و «لام» برای بیان علت می‌باشد.^۶

1- مجلسی، پیشین، صص ۴۴-۱۱۳.

2- روشن، محمد و عاصف حمدالهی، پیشین، ص 154

3- روشن، محمد و عاصف حمدالهی، پیشین، ص 155

4- بحرانی، یوسف، الحقائق الناظره فی احکام العتره الطاهره، ج 23، موسسه نشر اسلامی، قم، بی‌تا، ص 313؛ روحانی، سیدمحمد، فقه الصادق فی شرح التبصره، ج 21، انتشارات مهر استوار، قم، بی‌تا، صص 217 و 218

5- محسنی، محمد آصف، الفقه و المسائل طبیه، محمد آصف المحسنی، قم، بی‌تا، ص 105

6- حرم پناهی، محسن، «تلفیح مصنوعی» روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، سمت و پژوهشگاه ابن سینا،

تهران، 1380، ص 110

۲- در این روایت، از فرزندى که از منى زانى خلق شده، تعبیر به «لغیه» شده است. لغیه، ظاهرش باطل بوده و محرومیت است؛^۱ در هر صورت این لغیه و محرومیت فرزند زانى از جهت ارث است، نه این که مطلقاً در مورد نسب یا نکاح با محارم و... لغیه و محروم باشد.

حدیث «الولد للفراش و للعاهر الحجر» نیز از حیث دلالت مورد مناقشه قرار گرفته است؛ زیرا حدیث در موردی کاربرد دارد که ولد مردد باشد میان دو نفر که یکی فراش و دیگری زنا است. در این صورت که ممکن است ولد به هر یک از آنها ملحق شود، با این حدیث، جانب فراش تقویت شده است؛ پس در مواردی که یقیناً فراشی محقق نیست، مانند زنا با زنى که شوهرش از او دور است و ولد بر او ملحق نمی شود نمی توان گفت الولد للفراش، به عبارت دیگر موضوع این حدیث، زن شوهرداری است که در خلال دوره زناشویی و آمیزش جنسی با شوهر خود، دچار انحراف عمدی یا غیر عمدی جنسی شده، باردار می شود. حال برای شوهر وی این سؤال مطرح می شود که بارداری همسرش ناشی از آمیزش جنسی خود او است یا نتیجه ارتباطات نامشروع وی با مرد یا مردان دیگر؟

بعضی از فقها در این خصوص می فرمایند:

«و اما ما ورد من أن الولد للفراش و للعاهر الحجر فهو حکم ظاهری فی مقام تردد الولد بین کونه ولدا لمن یجوز له نکاح الامرأه و کونه ولد الزانی و لیس فی مقام بیان حکم واقعی»^۲ یعنی حدیث فراش در موارد مشکوک جریان دارد، در جاهایی که معلوم نباشد کودک از چه کسی بوجود آمده است، از زانی یا صاحب فراش و شارع در مقام بیان حکم واقعی نیست.

از آن چه تاکنون گفته شد این نتیجه به دست می آید: شارع مقدس نسب را از زنا نفی نکرده و هیچ نصی وارد نشده است که ولد الزنا ولد نیست. تنها ارث نفی شده است، پس همه احکام نسب در باب زنا نیز مترتب می شود غیر از ارث. از تعبیر فقها نیز چنین استفاده می شود:

۱. «و لا یرثه ابواه»^۳

۲. «ولد الزنا یرثه ولده و زوجته لا ابواه»^۴

۳. «ولد الزنا لا یرث من والده الزانی و لا من اقرباء والده»^۵

۴. «الرابع (من موانع الارث) التولد من الزنا» مانع از ارث به این معنی است که در ولد الزنا مقتضی توارث (نسب) وجود دارد، ولی زنا مانع از تأثیر آن است؛ چنان که در قتل و کفر چنین است؛ یعنی در قاتل و کافر نسب موجود است ولی قتل و کفر مانع از ارث است.^۶

مطلب دیگر این که، از آن جا که طفل ناشی از ارتباط جنسی است که نفس تحقق چنین ارتباط جنسی (لقاح اسپرم و تخمک) برای الحاق او به پدر و مادر خود کافی است؛ فلذا اگر کودکی در نتیجه ارتباط جنسی حرام به دنیا بیاید، هر چند که فاقد احترام

1 - محسنی، محمد آصف، پیشین، ص 103

2 - ابروانی و خلخالی، سید محمد، مباحث فقهی محقق خوئی؛ احکام الرضاع فی فقه الشیعه، المنیر، قم، 1417 ه ق، ص 77

3- طوسی، محمد بن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، انتشارات قدس محمدی، قم، بی تا، 681

4- مکی عاملی، محمد، اللعنه الدمشقیه، دار الفکر، قم، 1411 ه ق، ص 238

5- نراقی، احمد، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، انتشارات آیت الله مرعشی، قم، بی تا، ص 762-763

6- خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ج 2، موسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی قدس سره، قم، 1434 ق، ص 397

7- روشن، محمد و عاصف حمدالهی، پیشین، ص 156

است و مشروع نیست^۱ لکن بدان معنا نیست، که کودک متولد شده از رابطه نامشروع فاقد پدر و مادر باشد. چرا که طبیعتاً چنین امری، تکوینی است و از دایره اعتبار خارج بوده و قابل رفع شرعی نخواهد بود و چنین فرزندى از حق پدرى و مادری که به نظر می‌رسد از حقوق طبیعی است نه تحقیقی^۲ برخوردار خواهد بود هرچند که قانون‌گذار می‌تواند برخی از آثار چنین رابطه تکوینی را نادیده بگیرد.

مبحث دوم - نسب پدری و مادری در لقاح مصنوعی با گامت بیگانه

بعد از تبیین ماهیت نسب در این قسمت از نوشتار نسب کودک متولد از تلقیح بین اسپرم و تخمک دو بیگانه مورد مورد مطالعه قرار می‌گیرد که آیا نسب در این حالت ثابت می‌شود یا خیر؟ البته بحث هنگامی ضرورت دارد که عدم تحقق نسب در ولدالزنا ثابت باشد؛ چرا که اگر هم‌چنان که برخی از فقهاء مدعی هستند، بپذیریم که ولدالزنا نیز فرزند زانی و زانیه است موردی برای این بحث باقی نمی‌ماند، زیرا وقتی کودک ناشی از زنا به زانی و زانیه ملحق شود الحاق کودک تلقیحی به صاحبان نطفه قطعی خواهد بود.

در این فرض باید رابطه بین طفل متولد شده را با صاحب نطفه بررسی کرد. در خصوص رابطه طفل با صاحب اسپرم و تخمک سه نظریه وجود دارد:

بند نخست: قائلین به ثبوت نسب

در این فرض طفل ملحق به صاحبان نطفه است یعنی صاحب اسپرم پدر طفل و زن صاحب تخمک مادر او تلقی می‌شود^۳ چه عالم به عمل تلقیح باشند چه جاهل به آن.^۴ این اندیشه به دلایل زیر متکی است:

1- قانونگذار ما در شناسایی نسب هیچ شرط خاصی رامورد تصریح قرار نداده و بنابه دلایلی که در مباحث قبل اشاره شد، این سکوت قانونگذار به منزله پذیرفتن معیار عرفی نسب می‌باشد، به عبارتی در مورد عناوین «نسب» و «ولد» حقیقت شرعیه وجود ندارد و در رجوع به عرف مشاهده می‌کنیم که به صرف اینکه طفل از نطفه مردی بوجود آید، عناوین «نسب» و «ولد» محقق می‌گردد. پس همین امر معیار تحقق عناوین پدری می‌باشد.

در متون موجود فقهی، با توجه به نظر شیخ طوسی در نهاییه و شهید ثانی در مسالک و محقق در شرایع و همچنین صاحب ریاض و صاحب جواهر..... طفل ملحق به صاحب ماء یعنی صاحب اسپرم می‌باشد.^۱

1- حلی، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد، انتشارات علمیه، قم، 1387، ص 71-73

2- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، گنج داش، تهران، 1384، ص 216

3 - الخمينی، ر.، تحرير الوسیله، ج 2، دارالعلم، قم، بی تا. ص 621، سیستمی، ع.، توضیح المسائل مراجع، ج 2، قم، دفتر انتشارات اسلامی، 1378، ص 765.

المؤمن، م.، کلمات سدیده فی مسائل جدید، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ج 1، 1415 ه.ق. ص 98، حرم پناهی، م.، «تلقیح مصنوعی»، فقه اهل بیت(ع)، س 3، 1376 ش 3، ص 152، یزدی، م.، «بارورهای مصنوعی و حکم فقهی آن»، فقه اهل بیت(ع)، س 2(1375)، ش 5 و 6، ص 110، خامنه ای، ع.، استفتانات، گروه استفتای مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، قم، 1373، بهجت، م.ت.، استفتانات، گروه استفتای مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، قم، 1373.

4 - صفایی، حسین و اسدالله امامی. (1376) حقوق خانواده، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ج 2: صص 104-103؛ علوی قزوینی، علی. (1374). «آثار تلقیح مصنوعی انسان» مجله نامه مفید، ش سوم: ص 190

- 2- واژه «ولد» در مورد کودکان حاصل از لقاح مصنوعی نیز مصداق پیدامی‌کند.
- 3- در صحیح ابن مسلم گفت شنیدم ابا جعفر و ابا عبد الله علیه‌السلام می‌گفتند حسن بن علی (ع) در مجلس حضرت عی (ع) بود که عده ای وارد شدند و مسأله ای 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 باکره ای 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 بگیرید 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.²
- 4- 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 ملاک الحاق، خلق طفل از نطفه صاحب نطفه است) لذا در تلقیح نیز، طفل ملحق به صاحب نطفه است.
- 5- تنها موردی که قانونگذار اسلام و به تبع آن قانون مدنی ما، طفل را به پدر و مادر خود ملحق ندانسته، «زنا» است والا نسب مشروع منحصر به نکاح صحیح یا وطی به شبهه، نبوده و بعضی از انواع لقاح مصنوعی را نیز در بر می‌گیرد.
- 6- زنا عنوانی است که دارای مفهومی مشخص بوده و با تعاریف خاص و شرایط تعیین شده ای، محقق می‌گردد که لقاح مصنوعی و مواردی از قبیل تفخیز و سایر روابط نامشروع به دلیل فقدان آن شرایط، نمی‌تواند زنا محسوب شود تا از این طریق بتوانیم حکم آن را، به این موارد نیز جاری کنیم و نتیجه بگیریم که طفل ناشی از لقاح مصنوعی به والدین خود ملحق نمی‌گردد.
- البته ممکن است در زنا، ملاکها و حکمت‌هایی وجود داشته باشد که همان حکمت‌ها یا برخی از آنها در مورد طفل ناشی از لقاح مصنوعی با اسپرم بیگانه نیز محقق گردد، ولی همانطور که روشن است صرفنظر از اینکه کشف حکمت‌ها و ملاکات، کار بسیار مشکلی است، احکام شرعی بر عناوین موضوعات خود وابسته‌اند نه بر ملاکات.^۳
- نکته قابل توجه این است که این نظر یعنی عدم صحت تسری حکم زنا بر کودکان ناشی از لقاح مصنوعی، نه تنها برگرفته و منطبق با احکام و قوانین اسلام و ایران است، بلکه آن را در حقوق برخی از کشورهای دیگر نیز می‌توان مشاهده نمود. طوریکه در سال ۱۹۲۱ میلادی، یک دادگاه کانادایی عمل تلقیح با اسپرم بیگانه^۴ را زنا محسوب کرده، ولی در نیمه دوم قرن بیستم با این نظر، مخالفت شد و در سال ۱۹۵۸ یک دادگاه اسکاتلندی رای داد که زنا^۵ فقط با تماس بدنی مصداق پیدا می‌کند و تلقیح با اسپرم مرد بیگانه، هرگز زنا محسوب نمی‌شود.^۶ و موضوع تلقیح مصنوعی در نهمین کنگره بین المللی حقوق جزا که از ۲۴ الی

1 - امامی، اسدالله، پیشین، ص ۳۸۲

2 - حرعاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج 28، موسسه آل البيت عليهم السلام الاحیاء التراث، قم، بی‌تا، ص 167، باب 3 ح 34474 از ابواب حد السحق و القیاده

3 - نائب زاده، عباس، پیشین، ص ۶۰

4 - Artificial Insemination with a Donor Semen

5 - Adultery

6 - مهرپور، حسین، پیشین، ص ۱۵۲

۳۰ اوت ۱۹۶۴ در شهر لاهه هلند تشکیل شده بود، مورد بحث و بررسی قرار گرفت، به نظر نمایندگان کنگره تلقیح مصنوعی زن بوسیله اسپرم بیگانه، چون متضمن مقاربت مرد و زن نیست، رابطه نامشروع و زنا محسوب نمی‌گردد.^۱

بند دوم: تفصیل بین علم و جهل

برخی از حقوقدانان ایران در انتساب طفل به پدر و مادر طبیعی بین علم آنان به لقاح و عدم علم، قائل به تفصیل شده‌اند ذیلأ به طرح و بررسی آن می‌پردازیم:

بنظر بعضی از این اساتید بین موردی که صاحب نطفه یعنی مرد بیگانه، جاهل به عمل تلقیح مصنوعی باشد - مثلاً نطفه وی برای آزمایش و تشخیص نوعی بیماری اخذ شده باشد ولی عملاً بدون آگاهی او برای تلقیح با تخمک زن بیگانه مورد استفاده واقع شود - و مردی که با علم و عمد به اهداء اسپرم جهت باروری شخص بیگانه، اقدام نموده باشد، چنین قائل به تفاوت شده است که، در حالت اول، طفل در حکم ولد شبهه خواهد بود لذا ملحق به صاحب نطفه می‌باشد ولی در حالت دوم طفل را در حکم زنا زاده به شمار آورده‌اند. ایشان چنین استدلال می‌کنند که الحاق طفل به پدر در صورتی است که از طریق متعارف متولد شده باشد، یا با این دلیل که نسب مشروع نیاز به رابطه مشروع دارد و تلقیح مصنوعی از نطفه بیگانه، اگر به عمد انجام پذیرد در حکم روابط جنسی در بین بیگانگان است و نسبی به وجود نمی‌آورد و از حیث لطمه زدن به اساس خانواده، با آنها تفاوتی ندارد.^۲

بند سوم: قائلین به عدم ثبوت نسب

برخی دیگر طفل را، در صورت علم صاحب تخمک و اسپرم - که رابطه زوجیتی بین آنها وجود ندارد - به عمل تلقیح، با استناد به ملاک‌های موجود در زنا مشروع نمی‌دانند و نسب را بین این اطفال و والدین آنها برقرار نمی‌کنند^۳ و در عین حال، حکم به پیدایش نسب مشروع این گونه اطفال را نیز، خالی از قوت نمی‌دانند.^۴

یکی از مبانی استدلال این نظریه مبتنی بر انحصار معیار مشروعیت نسب در نکاح و وطنی به شبهه است که در مباحث گذشته در جهت رد آن، دلایلی ارائه گردید و نهایتاً پذیرش معیار عرفی از سوی فقها و قانونگذار ما به اثبات رسید.

لذا با ارجاع به چهار نکته‌ای که در ابتدای این بحث آورده شد، حتی در صورت علم نیز می‌توان قائل به الحاق طفل به پدر طبیعی خود یعنی صاحب اسپرم شد - و نتیجه گرفت که، علم و جهل هیچ تاثیری در تحقق نسب ندارد - زیرا، نسب امری انتزاعی است که از یک منشاء واقعی حاصل می‌شود و در امور انتزاعی، علم و جهل و نیز رضایت یا عدم رضایت در صدق عناوین نسبی بی تاثیر است.^۵

برخی دیگر از اساتید، پس از طرح نظر خود مبنی بر الحاق طفل در صورت جهل طرفین، نظریات مختلف را در حالت علم طرفین به تلقیح با اسپرم بیگانه یادآور شده و نهایتاً در مورد اخیر چنین نظر می‌دهند که از اصول حقوقی و مخصوصاً مواد قانون

۱ - امامی، اسدالله، پیشین، ص ۳۷۳-۳۷۵

۲ - کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۹

۳ - همان، صص ۲۲-۲۱

۴ - شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۱۱۹

۵ - ر.ک: همین رساله، ص ۱۱۳

مدنی ایران، می‌توان استنباط نمود که هر فرزند طبیعی، قانونی است مگر آنکه قانون تصریح بر خلاف نموده باشد و قانونگذار ما فقط نسب ناشی از زنا را به رسمیت نشناخته و ولد الزنا را به کسی که مرتکب زنا باشد، ملحق نمی‌داند و در بقیه موارد - اعم از اینکه طرفین جاهل باشند یا عالم - طفل ملحق به پدر و مادر است، چه منی به طریق طبیعی در رحم قرار گرفته باشد یا با هر وسیله مصنوعی دیگر. البته ایشان اضافه می‌کنند که عدم الحاق طفل به صاحب اسپرم در حالت علم وی به استفاده از اسپرم وی، در جهت تولید مثل با شرکت یک زن بیگانه، با اصول اخلاقی و حفظ خانواده اولویت دارد ولی از نظر قضایی محض بایستی معتقد به الحاق چنین طفلی به پدر و مادر شد و نمی‌توان از این نظر دست برداشت.^۱

علاوه بر آنچه گفته شد این نظر، انسانی تر و با مصلحت، سازگارتر به نظر می‌رسد و مغایرت آن با اخلاق حسنه یا لطمه زدن به اساس خانواده - که مبنای استدلال برخی از اساتید می‌باشد - مسلم و قطعی نیست.^۲

آیت الله خویی (قدس سره) نیز در این زمینه آورده‌اند: «تلقیح با اسپرم بیگانه جایز نیست ... اگر چنین امری اتفاق بیفتد و زن باردار شود و کودکی را بدنیا آورد طفل به صاحب اسپرم ملحق می‌شود و بین آن دو جمیع احکام نسب ثابت می‌شود و...».^۳

نتیجه اینکه: طفلی که از گامت بیگانه به دنیا می‌آید با توجه به نکات و بررسی‌های بعمل آمده منتسب به صاحب اسپرم و تخمک می‌باشد و صاحب اسپرم و تخمک، پدر و مادر شرعی و قانونی طفل به حساب می‌آیند و او دارای همه حقوق و تکالیفی است که هر پدر و مادری در مقابل اطفال حاصل از نکاح صحیح دارد. خواه صاحب نطفه شناخته و معین باشد و خواه ناشناخته و نامعین. البته در حالتی که صاحب نطفه، ناشناخته باشد طفلی که به دنیا می‌آید بدون پدر یا مادر محسوب نمی‌شود بلکه می‌توان او را «ناشناخته پدر-مادر»^۴ نامید و ناشناخته بودن پدر طفل، هرگز به معنای ناپاک بودن و یا غیر مشروع بودن یا بی نسب بودن وی نمی‌باشد. همچنین اصل این است که هر فرزندی به پدر و مادر طبیعی ملحق می‌شود مگر آنکه قانون استثنا نموده باشد و تنها موردی که قانون در ماده 1167 قانون مدنی استثنا کرده، زناست و با توجه به اصل تفسیر مضیق موارد استثنا در حقوق، مورد A.I.D را نمی‌توان داخل در استثنا محسوب کرد.

1 - امامی، حسن، پیشین، ج ۵، ص ۱۸۵ - ۱۸۶

2 - صفایی، حسین، امامی، اسد الله، پیشین، ص ۳۳۲

3 - خویی، ابوالقاسم، مستحدثات المسائل، مسئله ۴۲، نقل از: رضانیا معلم، محمد رضا، پیشین، ص ۳۳۷

4 - اصطلاح «ناشناخته پدر»، در مقاله «باروری های مصنوعی و حکم فقهی آن»، توسط آیت الله محمد یزدی، بکار برده شده است.

نتیجه‌گیری

__ در بسیاری از کشورها مانند ایالات متحده آمریکا، داشتن فرزند در وضعیت مجرد قانونی و مجاز است، اما در برخی دیگر مانند انگلستان و استرالیا تحت شرایط خاص مجاز است. از طرف دیگر در بعضی از کشورها مانند روسیه، اوکراین این اقدام ممنوع است. در ایران هیچ قانونی درباره این موضوع وجود ندارد. بنابراین، طبق اصل 167 قانون اساسی، با در نظر گرفتن آیات و روایات، اصول و قواعد اسلامی در مورد حفظ نسل یا جلب منافع و دفع مفاسد، می توان نتیجه گرفت که تنها راه فرزندآوری و تحقق اصل تولید مثل در چارچوب ازدواج مذهبی است. فرزندآوری امر مهمی در دین اسلام است و از آنجا که اسلام دینی است مبتنی بر نظام حق و تکلیف متقابل، حق تولیدمثل را حقی آمیخته به تکلیف می داند و با این رویکرد همیشه در پی حفظ حقوق افراد آسیب پذیرتر چون کودکان است. در همین چارچوب است که اسلام متغیر نکاح را برای فرزندآوری طبیعی یا از طریق روش های کمک باروری شرط ضروری می داند. با توجه به اهمیت دادن اسلام به ازدواج و تأثیر آن در حفظ موقعیت کودک بهتر است در تمامی موارد که اساساً نکاحی وجود ندارد یا به نحوی از انحا منحل شده است، دقت لازم را در جواز استفاده از روش های کمک باروری نمود و اجازه نداد که در تزامم میان حقوق والدین و فرزندان، حقوق والدین بر حقوق آنان مقدم شود. بنابراین فرزندآوری در وضعیت مجرد در ایران غیرقانونی و ممنوع است

__ بحث و بررسی و تبیین حدود و ثغور تلقیح مصنوعی به لحاظ حرمت و جواز و به لحاظ احکام حقوقی در صورتی مفید فایده خواهد بود که در غایت و نهایت به استحکام بنیان خانواده کمک نماید و إلا چیزی جز سوء استفاده از علم نخواهد بود. ازدواج و تشکیل زندگی مشترک دو هدف را توأمان دنبال می کند هدف اول: آرامش زن و مرد در سایه وصال حاصل از ازدواج می باشد و من آیاته أن خلق لکم من انفسکم أزواجاً لتسکنوا إلیها و جعل بینکم مودةً ورحمةً إن فی ذالک لآیات لقوم یتفکرون¹ هدف دوم زندگی و زناشویی و تشکیل خانواده، توالد و تناسل است و در فرهنگ اسلامی هیچ ثروتی بهتر و گران سنگ تر از فرزند صالح نمی باشد، فرزند و اولاد مایه امید، تلاش و دلگرمی پدر و مادر می باشند و در لسان قرآن هر چند تحت عنوان فتنه و امتحان از اولاد یاد شده است ولی به جهت نقش بسزای اولد در دلگرمی کانون خانواده و دوام زناشویی، فرزند صالح به روشنی چشم تعبیر گردیده است.

«و الذین یقولون ربنا هب لنا من أزواجنا و تریاتنا، أغیث و اجعلنا للمتقین إماما»² از همین روست که در فرهنگ اسلامی کسی که ازدواج نماید به مثابه اینست که نصف دین خود را کامل کرده باشد و ازدواج از سنت های مورد تاکید پیامبر عظیم الشان اسلام می باشد، زیرا نه تنها در سایه ازدواج انسان مؤمن از شهوات و لغزش های آن در امان می باشد، بلکه در باغ مصفای خانواده است که بحث تعلیم و تربیت به منصف ظهور می رسد.

تلقیح مصنوعی نیز اگر در این راستا یعنی گرمی بخشیدن به کانون خانواده و توالد اطفال صالح باشد امریست نیکو و پسندیده است، پس اصول کلی حاکم بر جامعه اسلامی به هیچ وجه اجازه نمی دهد که سوء استفاده از یافته های علمی باعث تلاطم و یا از هم گسیختگی ارکان خانواده شود.

__ در مواردی که تولد فرزند، حاصل از منی مرد اجنبی بوده و از اسپرم شخص اجنبی موجود در بانک اسپرم استفاده شود، این طفل عرفاً به مرد صاحب اسپرم ملحق می شود و شرعاً هم مانعی از این انتساب وجود ندارد. در صورتی که تلقیح جایز باشد، مانع

1. سوره مریم آیه 21 و یکی از آیات لطف الهی آنست که برای شما از جنس خود تا جفتی بیافرید که در بر او آرامش یافته و با هم انس گیرید و میان شما رأفت و مهربانی برقرار نمود، در این امر نیز برای مردم با فکر ادله علم و حکمت حق آشکار است.

2. سوره فرقان آیه 74 در آنان هستند که هنگام دعا با خدای خود گویند، پروردگارا ما را از جفتمان فرزندانی مرحمت فرما که مایه چشم روشنی ما باشند و ما را پیشوای اهل تقوی قرار ده.

شرعی منتفی است و فرزند عرفا به صاحب اسپرم منتسب است و در صورتی که تلقیح حرام باشد، تنها مانع موجود که طبق نظر قدما موجب نفی نسب می‌شود، تحقق عنوان زنا است، ولی در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت اولاً عنوان زنا، در موارد تلقیح مصنوعی محقق نیست، چون قوام عنوان زنا به دخول و نزدیکی است و در تلقیح مصنوعی، نزدیکی و مقاربت وجود ندارد و تعدی از عنوان زنا به موارد تلقیح مصنوعی - که نزدیکی و مقاربت در آن وجود ندارد - بدون دلیل است؛ ثانياً بر فرض این که در تلقیح مصنوعی، عنوان زنا محقق باشد، ولی همانطور که برخی از فقها تصریح نموده اند، تحقق عنوان زنا فقط موجب نفی ارث می‌شود، ولی نسب در باب زنا ثابت است و تابع همان صدق عرفی است. در نتیجه احکام نسب در باب زنا غیر از ارث مترتب خواهد شد و ولدالزنا لغۀ و شرعاً فرزند به حساب می‌آید بنابراین انتساب فرزند به مرد صاحب اسپرم حتی در موارد تلقیح مصنوعی حرام، ثابت است.

پیشنهادهای

- اگرچه تصویب قانون اهدای جنین تا حدی به نیاز جامعه در این خصوص پاسخ گفته است، اما این قانون تنها به بیان کلیات اکتفا نموده است. قانون‌گذار به تبع عدم تعیین قواعد مربوط به نسب در مورد قوانین ارث نیز سکوت اختیار کرده است و این موضوع در حال حاضر در ابهام به سر می‌برد و در نتیجه نیاز به قانونمندی سازی بسیاری از جزئیات همچنان باقی است. علاوه بر آن، در رابطه با انواع گسترده دیگری از روش‌های نوین باروری مانند اهدای تخمک، اهدای اسپرم و رحم جایگزین به‌رغم اینکه به صورت عملی در جامعه انجام می‌پذیرد؛ لیکن جای خالی قوانین خاصی که به تمامی جوانب این امر بپردازد به وضوح حس می‌شود.
- با توجه به کاهش کیفیت تخمک در سنین بالا شاید بتوان در سنین مناسب به دختران مجرد متقاضی، سرویس انجماد تخمک را ارائه نمود تا در صورت ازدواج در سنین بالا و مشکلات باروری بتوانند از این خدمات استفاده کنند. استفاده از تخمک منجمد به شرط ازدواج، می‌تواند نگرانی‌های موجود در خصوص گسترش خانواده‌های تک‌والد و تضییع حق کودک به داشتن پدر و مادر و نداشتن رغبت به ازدواج را منتفی نماید، ضمن این که مشکلات احتمالی خانواده آینده را نیز کاهش می‌دهد و به ثبات و تحکیم آن کمک می‌کند.
- در مجموع به نظر می‌رسد پذیرفتن سرپرستی کودکان بدون سرپرست به ویژه برای زنان مجرد، در ارضای حس مادری و کمک به ایجاد شرایط مطلوب‌تر برای این کودکان به نسبت نگهداری‌شان در مراکزی که حداقل آسیب آن، عدم شکل‌گیری یک رابطه ضروری دوسویه بین کودک و والد است، تأثیر به سزایی دارد.

فهرست منابع

قرآن کریم

کتاب فارسی

1. افلاطونیان، عباس و حبیب زاده، ویکتوریا، روشهای نوین درمان نازایی، تهران، مؤسسه انتشاراتی تیمورزاده، 1380.
2. امامی، اسدالله، مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، تهران، چاپخانه موسوی، 1349.
3. امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد ۳ و ۵، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامی، 1372.
4. امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد 5، تهران، اسلامی، 1343.
5. امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد 3، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامی، چاپ هشتم، 1372.
6. انصاری، مرتضی، رساله مقتضیات الارث و اقسامها، تهران، چاپ سنگی.
7. بندر ریگی، محمد، فرهنگ عربی به فارسی (ترجمه منجدالطلاب)، تهران، اسلامی، 1368.
8. بطحائی گلپایگانی، سید هاشم، تحقیقی پیرامون تولد بدون مناکحت، مجموعه مقالات روش های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، سمت و جهاد دانشگاهی، 1389.
9. جاناناتان. اس. برک و دیگران، بیماریهای زنان نواک (ترجمه: وحید دستجردی و دیگران)، جلد ۲، مرکز تدوین کتب علوم پزشکی، انتشارات پزشکی گلبان.
10. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، 1384.
11. حاج شریفی، محمدرضا، حقوق فرزند بر والدین از نگاه اسلام، سینا، قم، 1374.
12. حرم پناهی، محسن، «تلقیح مصنوعی» روش های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، تهران، سمت و پژوهشکده ابن سینا، 1380.
13. خامنه ای، سیدعلی، پزشکی در آینه اجتهاد، چاپ اول، انتشارات انصاریان، قم، 1375.
14. خامنه ای، سید علی، استفتائات، گروه استفتای مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، قم، 1373.
15. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، جلد ۵ و ۱۳، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
16. راسخ، محمد، حق و مصلحت، نشر نی، 1382.
17. رضایا معلم، محمدرضا، باروریهای پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، قم، انتشارات بوستان، 1383.
18. رضایا معلم، محمدرضا، باروریهای پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، قم، بوستان قم، 1389.
19. رضایا معلم، محمدرضا، «وضعیت حقوقی نسب کودکان ناشی از انتقال جنین»، تهران، روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا، تهران، 1380.
20. روحانی، محمد، حکم شرعی تلقیح اسپرم و نطفه بیگانه، مجموعه مقالات روش های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، سمت و جهاد دانشگاهی، 1389.
21. روشن، محمد، حقوق خانواده، تهران، انتشارات جنگل، 1393.
22. سیستانی، علی، توضیح المسائل مراجع، جلد 2، قم، دفتر انتشارات اسلامی، 1378.
23. شهیدی، مهدی، «تلقیح مصنوعی انسان»، چاپ شده در: روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا، 1380.
24. صانعی، یوسف، استفتائات قضایی، جلد ۲، میزان، تهران، چاپ دوم، 1384.
25. صفایی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قرار دادها، انتشارات میزان، تهران، 1383.
26. صفایی، حسین، امامی، اسدالله، حقوق خانواده، جلد 2، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، 1376.

27. صفایی، حسین، امامی، اسدالله، حقوق خانواده، تهران، نشر دادگستر، 1378.
28. صمدی اهری، محمدهاشم، نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام، چاپ اول، تهران، گنج دانش، 1382.
29. طباطبایی، محمدحسین، تفسیر/المیزان، جلد پانزدهم، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ پنجم، 1417 ق.
30. علوی قزوینی، سید علی، «آثار حقوقی تلقیح مصنوعی» روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، تهران: سمت و پژوهشکده ابن سینا، 1380.
31. علوی قزوینی، علی، آثار تلقیح مصنوعی انسان، مجله نامه مفید، شماره سوم، 1374.
32. غفاری، معرفت، روش‌های پیشرفته در درمان نازایی، مجموعه مقالات روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (جمعی از نویسندگان)، تهران، انتشارات پژوهشکده ابن سینا و سازمان سمت، چاپ دوم، 1382.
33. فروزان فر، مجتبی، مزرعی، رسول، برخی از احکام تکلیفیه و وضعیه تلقیح مصنوعی و طفل متولد از آن، مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور حقوقی (تهیه و گردآوری معاونت آموزش قوه قضاییه)، جلد ۴، نشر قضا، قم، چاپ اول، ۱۳۸۴.
34. قبله‌ای خویی، خلیل، بررسی احکام وضعی کودکان ناشی از اهدای گامت در رابطه با توارث/ اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، سمت، چاپ اول، 1384 ش.
35. کاتوزیان، ناصر، حقوق اساسی، انتشارات دادگستر، تهران.
36. کاتوزیان، ناصر، توجیه و نقد رویه قضایی، تهران، نشر دادگستر، 1377.
37. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: خانواده، انتشارات سهامی تهران، 1385.
38. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، تهران، خانواده، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، 1372.
39. مرقاتی، سیدطه، حقوق کودکان در اهدای گامت/ اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، سمت، چاپ اول، 1384 ش.
40. معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، نشر سرایش، 1382.
41. موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، جلد ۲، قم، نشر اسلامی، 1363.
42. مومن، محمد، «سخنی درباره تلقیح»، (ترجمه موسی دانش)، تهران، شیوه‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، انتشارات و پژوهشکده ابن سینا و سمت، ۱۳۸۰.
43. مومن، محمد، باروری های مصنوعی و حکم فقهی آن، (ترجمه موسی دانش (جعفرزاده))، روش‌های موین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، انتشارات مهر، چاپ اول، 1380.
44. نائب‌زاده، عباس، بررسی حقوقی روش‌های باروری مصنوعی، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۵.
45. نائب زاده، عباس، بررسیهای حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی مادر جانشین - اهدای تخمک / جنین، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۰.
46. وزیری، مجید، حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام و موارد تطبیقی آن، امیرکبیر، تهران، 1384.
47. یزدی، محمد، باروریهای مصنوعی و حکم فقهی آن، تهران، روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۰.

مقالات

1. آرامش، کیارش، دلالت های عملی اصول اخلاق پزشکی در اهدای گامت و جنین، فصلنامه پایش، سال ششم، شماره چهارم، پاییز 1386.
2. جعفر زاده، میر قاسم، وضعیت شرعی بکارگیری تکنیکهای نوین باروری کمکی در تولید مثل انسانی، فصلنامه باروری و ناباروری، زمستان 1378.

3. حرم پناهی، محسن، «تلقیح مصنوعی»، فقه اهل بیت(ع)، شماره 3، 1376.
4. حرم پناهی، محسن، تلقیح مصنوعی، فصلنامه فقه اهل بیت، سال سوم، شماره ۹.
5. روشن، محمد و عاصف حمدالهی، نسب طفل متولد از رحم جایگزین، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره 28، پاییز و زمستان 1387.
6. روشن، محمد، غدیری، ماهرو، فرزندخواندگی و حق بر خانواده در پرتو مصالحه عالیه کودک، تحقیقات حقوقی، شماره 14، پاییز 1392.
7. سلیمانی، حسین، احکام 613 گانه تورات، دو فصلنامه هفت آسمان، شماره 18، تابستان 1382.
8. صفایی، سید حسین، تولید مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق فرانسه و ایران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره 64، سال 1383.
9. قائمی، محمد و همکاران، مفهوم، مصادیق و خواستگاه حق تولید مثل و باروری انسان در اسلام و اخلاق و حقوق لیبرال، مجله اخلاق و تاریخ پزشکی، شماره 2، تیر 1394.
10. علوی قزوینی، سید علی، آثار حقوقی تلقیح مصنوعی، نامه مفید، فصلنامه دار العلم مفید، شماره سوم، سال اول، 1374.
11. علیدوست، ابوالقاسم، همسان انگاری فرزند حاصل از تلقیح مصنوعی با فرزند طبیعی در احکام فقهی (بررسی فقهی احکام فرزند حاصل از تلقیح)، فصلنامه دین و اخلاق، شماره اول، ۱۳۹۲ ش. سال اول.
12. علیزاده، لبلا، عمانی سامانی، رضا، تولید مثل پس از مرگ: حقوق بیمار و دیدگاه اسلامی، مجله ایرانی اخلاق و تاریخ پزشکی، دوره پنجم، شماره 4، مرداد 1391.
13. غدیری، ماهرو، حق تشکیل خانواده و دسترسی به فناوری‌های کمک باروری در پرتو موازین بین المللی حقوق بشر، فصلنامه حقوق پزشکی، شماره 36، بهار 1395.
14. محمد تقی زاده، مهدیه و همکاران، باروری های پزشکی و بررسی مبانی فقهی و حقوقی آن با تاکید بر ضرورت تامین مصالح شریعت، فصلنامه حقوق پزشکی، شماره 35، زمستان 1394.
15. مرقاتی، طه، «نسب ناشی از لقاح مصنوعی با دخالت عامل بیگانه»، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، مقالات و بررسیها، دفتر ۷۵ (۳) فقه، بهار و تابستان ۱۳۸۳.
16. معینی فر، محدثه، بررسی حق بر هویت کودک در اسلام و اسناد بین المللی، فقه و حقوق خانواده، شماره 56، 1391.
17. مهدوی کنی، صدیقه و همکاران، بررسی فقهی و حقوقی حق توارث فرزندان متولد از اهدای جنین، نشر فقه پزشکی، شماره 24-25، زمستان 1394.
18. مهرپور، حسین، «نگرشی بر وضعیت حقوقی و شرعی باروریهای مصنوعی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۰ و ۱۹، بهار و پاییز ۱۳۷۶.
19. یزدی، محمد، «بارورهای مصنوعی و حکم فقهی آن»، فقه اهل بیت(ع)، شماره 5 و 6، 1375.

پایان نامه

1. جاویدی، فرزاد، بررسی فقهی و حقوقی قرارداد انتقال جنین، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، 1394.
2. راضی، مهدی، مطالعه فقهی و حقوقی شبیه سازی انسان، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، 1392.
3. مرقاتی، طه، بررسی تکنیک‌های باروری مصنوعی از دیدگاه فقه حقوق، پایان نامه دکتری، دانشگاه فردوسی، ۱۳۸۲.
4. مراد زاده رحمت آبادی، حسن، تلقیح مصنوعی انسان، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، 1379.

5. غدیری، ماهرو، حق برزندگی خانوادگی از منظر حقوق بشر، رساله دکترای حقوق بین الملل عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، 1393.
6. امین، خدیجه، وضعیت حقوقی اطفال ناشی از تلقیح مصنوعی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی، 1388.

کتاب عربی

1. ابن بابویه، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، جلد 3، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، 1413 ق.
2. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، جلد 2، بیروت، دارصادر، 1379.
3. آصف محسنی، محمد، الفقه و المسائل الطبیعی، قم، بوستان کتاب قم، 1382.
4. ایروانی و خلخالی، سید محمد، مباحث فقهی محقق خوئی (ره)؛ احکام الرضاع فی فقه الشیعه، قم، المنیر، 1417 ه.ق.
5. بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، (تحقیق مهدی مهریزی)، جلد 4، تهران، انتشارات هادی، 1419 ه.ق.
6. بجنوردی، حسن، منتهی الاصول، تهران، موسسه تنظیم و نشر اسلامی تراث الامام الخمینی، 1421 ه.ق.
7. بحرانی، یوسف، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، جلد 23، قم، موسسه نشر اسلامی.
8. حر عاملی، محمد حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسایل الشیعه، قم، موسسه آل البيت، 1414 ه.ق.
9. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، جلد 28، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام الاحیاء التراث.
10. حرعاملی، محمد حسن، وسائل الشیعه، باب 3 از ابواب حد سحق و قیاده، جلد 28، قم، 1412 ق.
11. حر عاملی، محمد حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه، چاپ اسلامی، جلد 14، 1403 ه.ق.
12. حلی، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد، قم، انتشارات علمیه، 1387.
13. خامنه ای، سید علی، رساله اجوبه الاستفتائات، انتشارات پیام عدالت، چاپ دوم، 1389.
14. خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، جلد 2، قم، انتشارات دار العلم، بی تا.
15. خویی، ابوالقاسم، صراط النجاه، جلد اول، قم، مکتب نشر المنتخب، چاپ اول، 1416 ق.
16. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، معجم مفردات الفاظ القرآن، تهران، چاپ مرتضوی، 1373.
17. روحانی، سید صادق، المسائل المستحدثه، قم، موسسه دار الکتاب، چاپ چهارم، 1414 ق.
18. روحانی، سید محمد، فقه الصادق فی شرح التبصره، جلد 21، قم، انتشارات مهر استوار.
19. طباطبائی قمی، سید حسن، توضیح المسائل، چاپ دوم، مشهد، بی تا.
20. طباطبائی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، جلد 15، قم، موسسه اسماعیلیان، 1393 ق.
21. طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان، تهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه.
22. طوسی، محمد بن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم، انشارات قدس محمدی.
23. عاملی، زید الدین بن علی، الروضه البهیة، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی، 1412 ه.ق.
24. عاملی، زید الدین بن علی، مسالک الافهام، تهران، تحقیق و نشر المعارف الاسلامیه، 1416 ه.ق.
25. کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد 12 و جلد 29، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، 1408 ه.ق.
26. مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار الجامعه لدرر اخبار الائمه الاطهار، مؤسسه الوفاء، بیروت: جلد هفتاد و چهارم، 1403 ق.
27. محسنی، محمد آصف، الفقه و المسائل الطبییه، قم، محمد آصف المحسنی، 1427 ه.ق.
28. محمدی هیدجی، عبد الرحمن، النسب و فروعه الفقهیه، قم، المطبعه العلمیه، 1375.

29. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق.
30. محقق داماد، سید مصطفی، فقه پزشکی، انتشارات حقوقی، چاپ دوم، بهار ۱۳۹۱.
31. مفید، محمد بن محمد، المقنعه، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ۱۴۱۳ ق.
32. مکی عاملی، محمد، اللعه/الدمشقیه، قم، دار الفکر، ۱۴۱۱ ق.
33. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، فقه الحدود والتعزیرات، چاپ اول، مکتبه امیرالمومنین، قم، ۱۴۱۳ ق.
34. موسوی بجنوردی، محمد حسن، القواعد/الفقهیه، (تحقیق مهدی مهریزی)، تهران، انتشارات هادی، ۱۴۱۹ ه.ق.
35. موسوی خمینی، سید روح، تحریر الوسیله، قم، مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم.
36. مومن قمی، محمد، کلمات سدیدیه فی المسائل جدیدیه، موسسه نشر اسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۱۵ ه.ق.
37. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، بیروت، جلد 29 و جلد 10، دارالاحیاء التراث العربی، 1981 م.
38. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد 41، دار احیاء التراث العربی، 1362.
39. نراقی، احمد، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، جلد 16، قم، انتشارات آیت الله مرعشی، 1405 ق.
40. یزدی، محمد، ثلاث رسائل فقهیه، چاپ اول، پیام مهدی، قم، 1377.

منابع انگلیسی

- Batty LP. Assisted Reproductive Technology: The Aotearoa/Newzeland Policy Context. MA Thesis in Sociology. New Zealand: University at Canterbury; 2002. Available at: <http://ir.canterbury.ac.nz/handle/10092/912>. Accessed February 12, 2015.
- Blyth, E., & Landau, R. *Third party assisted conception across cultures: social, legal and ethical perspectives*. Jessica Kingsley Publishers. 2004
- Infertility. U.S. Department of Health and Human Services, Office on Women's Health. 2009. 7 pages. Available at: <https://www.womenshealth.gov/publications/our-publications/fact-sheet/infertility.pdf>. Accessed February 12, 2015.
- Insemination by Donor: A New Frontier of Gender Discrimination. *McGeorge L. Rev.*, 41, 2009, 371.
- Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine. Access to fertility treatment by gays, lesbians, and unmarried persons. *Fertility and sterility*, 86(5), 2006, 1333-1335.
- Goodman A, Greaves E. Cohabitation, Marriage and Child Outcomes. London: The Institute of Fiscal Studies; 2010.
- Gryshchenko, M., & Pravdyuk, A. Gestational Surrogacy in Ukraine. *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice & Policy Issues*, 2016 25-32.
- JA, Robertson. Gay and lesbian access to assisted reproduction. *Case West Reserve Law Review*, 55, 2004, 323-372.
- Jackson, Emily. *Regulating Reproduction (Law, Technology and Autonomy)*. Oxford: Hart Publishing, 2001, P. 236];
- Jones Jr, H. W., & Cohen, J. IFFS surveillance 01. *Fertility and sterility*, 76(5), 2001, 5-36.
- Kindregan C P. Clarifying the Law of ART: The New American Bar Association Model Act Governing Assisted Reproductive Technology. *Family Law Quarterly* 2008; 42: 171-202. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1275999>. Accessed February 12, 2015
- Kreyenfeld, M., & Konietzka, D. *Childlessness in Europe: Contexts, causes, and consequences* (p. 367). Springer Nature. 2017

- Malin, M., & Burrell, R. Unregulated Practices, Familiarity and Legality. *Third Party Assisted Conception across Cultures: Social, Legal, and Ethical Perspectives*, 2004, 73.
- McClain, L. C. (2013). 2. A Diversity Approach to Parenthood in Family Life and Family Law. In *What Is Parenthood?* (pp. 41-62). New York University Press.
- McClain, L. C., & Cere, D. (Eds.). (2013). *What is parenthood? contemporary debates about the family*. NYU Press.
- Micković, D., & Ristov, A. Biomedical assisted fertilization in Macedonia, Serbia and Croatia: ethical and legal aspects. *SEE Law Journal*, 1(1), 2014, 21-34.
- Pennings, G., De Wert, G., Shenfield, F., Cohen, J., Tarlatzis, B., & Devroey, P. ESHRE Task Force on Ethics and Law 13: the welfare of the child in medically assisted reproduction. *Human Reproduction*, 22(10), 2007, 2585-2588.
- Präg, P., & Mills, M. C. Assisted reproductive technology in Europe: usage and regulation in the context of cross-border reproductive care. *Childlessness in Europe: Contexts, causes, and consequences*, 2017, 289-309.
- Shalev, C., & Werner-Felmayer, G. Patterns of globalized reproduction: Egg cells regulation in Israel and Austria. *Israel journal of health policy research*, 2012, 1(1), 1-12.
- Shultz, M. M. (1990). Reproductive technology and intent-based parenthood: an opportunity for gender neutrality. *Wis. L. Rev.*, 297.
- Sills, E. S. (Ed.). *Handbook of gestational surrogacy: international clinical practice and policy issues*. Cambridge University Press. 2016
- Sloan, B. The 'Chimera' of Parenthood. *The Modern Law Review*, 84(3), 2021, 503-531.
- Soo C. Babies for Socially Infertile: How Conceivable Is It?. 2012. Available at: <https://cdn.auckland.ac.nz/>. Accessed February 12, 2015.
- Stasi, A. Protection for children born through assisted reproductive technologies act, BE 2558: The changing profile of surrogacy in Thailand. *Clinical Medicine Insights: Reproductive Health*, 11, 2017, 1179558117749603.
- Swennen, F. (2017). Private ordering in family law: A global perspective. In *General Reports of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law Rapports Généraux du XIXème Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé* (pp. 135-163). Springer, Dordrecht.
- Swennen, F. (Ed.). *Contractualisation of Family Law-Global Perspectives* (Vol. 4), 2015. Springer.
- Tobin J. The Convention on the Rights of the Child: The Rights and Best Interests of Children Conceived Through Assisted Reproduction. Legal Studies Research Paper, No. 541. Law School University of Melbourne. 2004. 77 pages. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1852928>. Accessed February 12, 2015.
- Zanghellini, A. Lesbian and gay parents and reproductive technologies: The 2008 Australian and UK reforms. *Feminist Legal Studies*, 18(3), 2010, 227-251.
- Zinn C. Australia acts to restrict IVF treatment to heterosexual couples. *BMJ* 2002, 324: 1054

سایت‌ها

پاسخی مذهبی به فناوری کمک باروری برگرفته از:

Wikipedia. Religious response to assisted reproductive technology . 2020 [Updated 2020 Sep 21]. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Religious_response_to_assisted_reproductive_technology.

توانایی لقاح و رویان شناسی انسانی برگرفته از:

Human Fertilization and Embryology Authority: <http://www.hefa.org.uk>

Abstract

Traditionally, a family includes a husband, his wife, and their children. Modern assisted reproductive technologies (ART) such as using a third party to donate egg cells, sperm, fetus, and also surrogate mothers have changed the traditional definitions of family. In the past last years, having sexual intercourse with the opposite sex was the only way to have children. Nevertheless, having children using these technologies became possible even without sexual intercourse. Due to an increase in the number of single women today applying in IVF centers for fertility treatment around the world has begged this question “Can fertility treatment be presented to single persons?” Our laws do not say anything about the donation of stranger’s gamete to people. Hence, according to Article 167 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, verses and discourses about persevering generations, acquisition of interest or avoiding corruption, e.g., philosophy of marriage, Child’s expediency, presenting assisted reproductive technologies to single persons will not be possible outside the marriage concept.

Keywords: Childbearing, Insemination with Stranger’s Gamete, child welfare , Respect, Authorization



Shahid Beheshti University

Family Research Institute

MA Dissertation in Family Law

childbearing without marriage using modern methods of reproduction

Supervisors:

Dr. Mohammad Roshan

Dr. Hossein Mehr Poor

Advisor:

Dr. Mohammad Rasekh

By:

Fatemeh Moulaei eil zoleh

November 2021