

بر اساس اعلام



دانشگاه پیام نور

مرکز ایلام

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق

گرایش: حقوق خصوصی

عنوان:

بررسی فقهی حقوقی رابطه محرمیت زاد و ولد ناشی از اهداء
جنین

استاد راهنما:

دکتر محمد مهدی پور

نگارنده:

محبوبه رسولی

تابستان ۹۹

تقدیر و تشکر

شاهین ملکوت تفکر من برای ستایش ایزد منان و نیایش به درگاه سبحان در قفس کلام بال های خود را می گشاید اما پرواز نتوان کرد . نعمت بار خدایا ز عدد بیرون است شکر انعام تو هرگز نکند شکر گزار با زبانی ناتوان و حالتی پر خضوع به درگاه حی لایزال و ایزد متعال سپاس نعمت می گویم که مرا در تمام مراحل انجام این پژوهش یاری نمود و توانایی به اتمام رساندن آن را به من عنایت فرمود .

هر چند بندگی فقط شایسته ذات بی همتای خالق هستی آفرین است و لیکن 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 پرچم دار توحید هم خود را بنده کسی می داند که حتی يك حرف به او بیاموزد، لذا بر خود لازم می دانم که از زحمات بی دریغ استاد راهنما جناب آقای دکتر محمد مهدی پور، که اگر راهنمایی های ایشان نبود قطعا این پژوهش به سرانجام نمی رسید؛ از صمیم قلب تقدیر و تشکر نمایم.

پروردگارا

نه می توانم موهایشان را که در راه عزت من سفید شد ، سیاه کنم و نه برای دستهای پینه بسته شان که ثمره تلاش برای افتخار من است ، مرهمی دارم . پس توفیقم ده که هر لحظه شکر گزارشان باشم و ثانیه های عمرم را در عصای دست بودنشان بگذرانم.

در پایان از زحمات خانواده عزیزم و دوستان خوبم و سایر کسانی که در تدوین این پایان نامه مرا یاری نمودند کمال تشکر را دارم، و از خداوند منان برای ایشان سلامت و سعادت را خواستارم.

تقدیم به:

پدرم

با بوسه بردستانش که وجودش مایه ی دلگرمی ام است . کوهی استوار و حامی من در طول تمام زندگی

مادرم

با بوسه بردستانش که وجودش برایم همه مهر است؛ سنگ صیوری که الفبای زندگی به من آموخت

همسرم

که سایه مهربانیش سایه سار زندگیم می باشد ، او که اسوه صبر و تحمل بوده و مشکلات مسیر را برایم تسهیل نمود و در سایه همیاری و همدلی او به این منظور نائل شدم

دلبندهام

امید بخش جانم که آسایش آنها آرامش من است.

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چکیده	۱

فصل اول: کلیات تحقیق

۱-۱ مقدمه	۳
۲-۱ بیان مسئله	۴
۳-۱ پیشینه تحقیق	۸
۴-۱ اهمیت تحقیق	۸
۵-۱ اهداف تحقیق	۸
۶-۱ سوالات تحقیق	۹
۷-۱ فرضیات تحقیق	۹
۸-۱ نوع و روش تحقیق	۱۰
۹-۱ ساختار کلی تحقیق	۱۰
۱۰-۱ موانع و مشکلات تحقیق	۱۱
۱۱-۱ جنبه جدید بودن و نوآوری تحقیق	۱۱

فصل دوم: ادبیات موضوع و مبانی نظری

بخش اول: معنای لغوی

۱-۲ مقدمه	۱۳
۲-۲ مفهوم محرمیت	۱۳
۱-۲-۲ مفهوم لغوی	۱۳
۲-۲-۲ مفهوم فقهی، حقوقی	۱۳
۳-۲ انواع محرمیت	۱۳

۱۳	۲-۳-۱-محرمیت نسبی
۱۳	۲-۳-۲-محرمیت سببی
۱۴	۲-۴-۴-مفهوم اهداء
۱۴	۲-۵-۵-مفاهیم مشابه اهدا
۱۴	۲-۵-۱-هبه
۱۴	۲-۵-۲-صلح
۱۵	۲-۶-۶-ولد
۱۵	۲-۶-۱-مفهوم لغوی ولد
۱۵	۲-۶-۲-مفهوم فقهی، حقوقی ولد
۱۵	۲-۷-۷-انواع ولد
۱۵	۲-۷-۱-ولد الزنا
۱۵	۲-۷-۲-ولد به شبهه
۱۵	۲-۸-۸-مفهوم جنین
۱۵	۲-۸-۱-مفهوم لغوی جنین
۱۵	۲-۸-۲-مفهوم پزشکی جنین
۱۶	۲-۸-۳-مفهوم فقهی جنین
۱۶	۲-۸-۴-مفهوم قانونی جنین
۱۶	۲-۸-۵-مفهوم جنین در قانون نحوه اهداء جنین
۱۷	۲-۹-۹-مراحل مختلف جنین
۱۷	۲-۹-۱-از منظر قرآن
۱۸	۲-۹-۲-از منظر قانون
۱۸	۲-۹-۳-از منظر پزشکی

۱۸	۱۰-۲ انواع جنین
۱۸	۱-۱۰-۲ جنین تشکیل شده از لقاح طبیعی
۱۹	۲-۱۰-۲ جنین تشکیل شده از لقاح آزمایشگاهی
۱۹	۱۱-۲ تلقیح مصنوعی
	بخش دوم: مبانی نظری
۲۰	۱۲-۲ حقوق باروری
۲۱	۱-۱۲-۲ باروری در حقوق موضوعه
۲۲	۲-۱۲-۲ باروری در فقه
۲۳	۱۳-۲ ناباروری
۲۴	۱-۱۳-۲ علل ناباروری در زنان
۲۴	۱-۱۳-۲ اختلال در تخمک گذاری
۲۴	۲-۱۳-۲ اختلال در لوله های رحمی
۲۴	۳-۱۳-۲ آندومتریوز
۲۵	۴-۱۳-۲ اختلال در گردنه رحم یا رحم
۲۵	۵-۱۳-۲ مشکلات دستگاه ایمنی بدن
۲۶	۲-۱۳-۲ علل ناباروری در مردان
۲۶	۱-۲-۱۳-۲ اختلالات مربوط به اسپرم
۲۸	۲-۲-۱۳-۲ ناهنجاری های مربوط به ساختمان بدن
۲۸	۳-۱۳-۲ علل ناباروری ژنتیکی
۲۹	۴-۱۳-۲ عوامل ناشناخته
۳۰	۱۴-۲ پیشینه قانونگذاری تلقیح مصنوعی در کشورهای مختلف
۳۲	۱۵-۲ لقاح آزمایشگاهی

۳۳	۲-۱۵-۱ لقاح داخل رحمی
۳۳	۲-۱۵-۲ لقاح خارج از رحم و روش‌های آن
۳۵	۲-۱۶-۱ نهادهای مشابه اهداء جنین
۳۵	۲-۱۶-۱ اهداء تخمک
۳۵	۲-۱۶-۲ اهداء اسپرم
۳۶	۲-۱۶-۳ رحم جایگزین
۳۶	۲-۱۷ تفاوت اهداء جنین با روش‌های مشابه
۳۷	۲-۱۸ مبانی فقهی حقوقی اهداء جنین
۳۸	۲-۱۸-۱ مشروعیت مطلق
۳۸	۲-۱۸-۲ مشروعیت مشروط
۴۱	۲-۱۸-۳ ممنوعیت مطلق
۴۱	۲-۱۹ مبانی قانونی و شرایط اهداء و دریافت جنین
۴۱	۲-۱۹-۱ شرایط و تشریفات قانونی دریافت و اهداء جنین
۴۲	۲-۱۹-۱-۱ تشریفات قانونی اهداء جنین
۴۲	۲-۱۹-۲ شرایط مشترک اهداء کنندگان و دریافت کنندگان
۴۳	۲-۱۹-۳ شرایط اختصاصی اهداء کنندگان
۴۴	۲-۱۹-۴ شرایط اختصاصی دریافت کنندگان
۴۶	۲-۲۰ بررسی محرمانگی یا آشکار بودن اهداء جنین
۴۶	۲-۲۰-۱ دیدگاه قانونی
۴۷	۲-۲۰-۲ دیدگاه فقهی
۴۷	۲-۲۰-۳ دیدگاه روانشناختی

فصل سوم : بررسی فقهی ماهیت اهداء جنین

۴۹	۱-۳ مقدمه
۴۹	۲-۳ هبه و اهداء جنین
۵۰	۱-۲-۳ اوصاف عقد هبه
۵۳	۲-۲-۳ بررسی اهداء جنین در قالب عقد هبه
۵۴	۳-۳ عقد بیع و اهداء جنین
۵۴	۱-۳-۳ تعریف عقد بیع
۵۴	۲-۳-۳ شرایط مبیع
۵۷	۳-۳-۳ بررسی اهداء جنین در قالب عقد بیع
	۴-۳ عقد صلح
۵۹	۱-۴-۳ ماهیت کاربردی و تنوع عقد صلح
۶۰	۲-۴-۳ بررسی ماهیت معوض یا غیرمعوض عقد صلح
۶۰	۳-۴-۳ انواع صلح
۶۰	۱-۳-۴-۳ صلح بدوی
۶۱	۲-۳-۴-۳ صلح ابتدایی
۶۳	۴-۴-۳ صلح بلاعوض
۶۴	۵-۴-۳ صلح مسامحه‌ای
۶۴	۶-۴-۳ عقد صلح جانشین عقد معین
۶۵	۷-۴-۳ بررسی اهداء جنین در قالب عقد صلح
۶۵	۵-۳ قرارداد خصوصی
۶۵	۱-۵-۳ افتراق قرارداد خصوصی و عقد صلح

فصل چهارم: بررسی فقهی حقوقی رابطه محرمیت ناشی از اهداء جنین

۶۸	۱-۴ مقدمه
۶۹	۲-۴ ماهیت نسب
۶۹	۳-۴ تحقق نسب در خانواده
۶۹	۴-۴ تحقق نسب در خارج از خانواده
۷۱	۵-۴ ماهیت نسب در ایران
۷۲	۶-۴ هویت و نسب طفل
۷۲	۱-۶-۴ هویت پدری طفل
۷۲	۱-۱-۶-۴ پدر بودن مرد صاحب نطفه
۷۴	۲-۱-۶-۴ بدون پدر بودن طفل
۷۶	۳-۱-۶-۴ پدر بودن شوهر زن صاحب رحم
۷۶	۲-۶-۴ هویت و نسب مادری طفل
۷۷	۱-۲-۶-۴ مادر بودن زن صاحب تخمک
۷۸	۲-۲-۶-۴ مادر بودن زن صاحب رحم
۷۹	۳-۲-۶-۴ مادر نبودن هیچ یک از زنان
۸۰	۴-۲-۶-۴ مادر مشترک بودن صاحب تخمک و صاحب رحم
۸۱	۳-۶-۴ نسب طفل در سایر کشورها
۸۱	۱-۳-۶-۴ حقوق ایالت متحده آمریکا
۸۱	۲-۳-۶-۴ حقوق انگلیس
۸۲	۷-۴ نکاح کودکان آزمایشگاهی
۸۲	۱-۷-۴ نکاح کودکان آزمایشگاهی در رابطه با زوجین اهداء کننده

۸۳	۴-۷-۲ نکاح کودکان آزمایشگاهی در رابطه با زوجین اهداء گیرنده
۸۵	۴-۸ نتیجه گیری
۸۷	۴-۹ پیشنهادات
۸۸	۴-۱۰ منابع
۹۳	چکیده لاتین

بررسی فقهی حقوقی

رابطه‌ی محرمیت زاد و ولد ناشی از اهداء جنین

چکیده:

اهداء جنین اصطلاحاً عبارتست از انتقال جنین حاصل از تلقیح خارج از رحم نطفه زوجین ثالث به رحم زن متقاضی که به دلایلی توانایی تولید مثل را ندارد. در قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور از اهداء رایگان سخن گفته شده است ولی نوع عمل حقوقی تعیین نگردیده است، همچنین در این قانون صرفاً در خصوص وظیفه نگهداری، نفقه و احترام متقابل سخن گفته شده است اما موضوع مهمی چون محرمیتی که در اثر این اهداء به وجود می‌آید و رابطه‌ی جنین اهداء شده با زوجین اهداء گیرنده مسکوت مانده است. همین امر می‌تواند موجب بروز معضل در آینده گردد. ما در این پژوهش ماهیت حقوقی این عمل را مورد بررسی قرار داده و از آنجا که در رویه با دو عمل مواجه هستیم؛ یکی اهداء گامت توسط زوجین به مراکز درمان و دیگری اهداء جنین توسط مراکز به زوجین متقاضی در نتیجه بر خلاف ظاهر قانون این دو عمل دو ماهیت حقوقی متفاوت دارند که عمل اول تحت عنوان صلح ابتدایی و عمل دوم تحت عنوان صلح جانشین عقد معین (بیع) می‌تواند منعقد شود. از طرفی با توجه به اینکه منشأ پیدایش جنین تخمک و اسپرم می‌باشد، و مسکوت ماندن رابطه جنین اهدایی با زوجین اهداء گیرنده باعث بروز اختلاف و پدید آمدن نظریات مختلف گردیده است. که نظریه انتساب جنین به زوجین اهداء کننده و اینکه زن صاحب رحم در حکم مادر رضاعی طفل است و نسبت شوهر او در حکم ربیبی زن او می‌باشد قابل قبول‌ترین نظریه می‌باشد.

کلمات کلیدی: بررسی فقهی حقوقی - رابطه‌ی محرمیت - زاد و ولد - اهداء جنین

فصل اول

کلیات تحقیق

۱-۱) مقدمه:

ناباروری یکی از قدیمی‌ترین مشکلات بشری است که از دیرباز سبب شده است مبتلایان به آن دوره‌ای از زندگی خود را با انواع فشارهای روانی و عصبی بگذرانند. بر پایه گزارش سازمان جهانی بهداشت به طور تقریبی بیش از هشتاد میلیون زوج در جهان نازا هستند و تقریباً نصف این بیماران دنبال درمان می‌گردند. (پوربخش و همکاران، ۱۳۸۸) تمایل برای بقاء نسل و داشتن زندگی آرام موجب شد تا دانشمندان در پی راه حلی برای این معضل باشند. که نتیجه این تلاش‌ها تولد اولین فرزند حاصل از لقاح آزمایشگاهی در سال ۱۹۸۷ میلادی بود.

در روش اهداء جنین، زن با استفاده از گامت شخص ثالث و با استفاده از وسایل مصنوعی بدون آنکه نزدیکی صورت گرفته باشد؛ باردار می‌شود. هرچند در کشور ما اولین فرزند حاصل از تلقیح مصنوعی در سال ۱۳۶۸ به دنیا آمد اما این عمل با تصویب قانون نحوه‌ی اهداء جنین به زوجین نابارور در سال ۱۳۸۲ تحت حمایت قانون قرار گرفت و به رسمیت شناخته شد.

مطابق این قانون، اهداء جنین باید به صورت رایگان و تبرعی باشد؛ در نتیجه عقد مورد نظر قانون‌گذار می‌تواند نوعی هبه باشد؛ اما آنچه که در حال حاضر شاهد آن هستیم و رایج دارد خرید و فروش جنین می‌باشد. در نتیجه الزام قانونی این عمل نادیده گرفته می‌شود. و به تبع آن نوع عقد واقع شده نیز مجهول می‌باشد و در صورت بروز هرگونه مشکل در روند اهداء جنین و طرح دعوی در محاکم استناد به احکام خاص آن عقد امکانپذیر نیست. همچنین با توجه به این مسأله که دین رایج کشور اسلامی و مذهب شیعه می‌باشد؛ به تبع آن در خصوص ازدواج و محرمیت احکام خاصه دین جاری است. در خصوص اهدای جنین و خلأ قانونی موجود که محدودیت دفعات اهدا و دریافت جنین اعمال و اعلام نگردیده است؛ با این مشکل مواجه می‌شویم که در صورت اهدای جنین به کرات از سوی یک زوج این عمل می‌تواند باعث بروز مشکلاتی در زمینه محرمیت و ازدواج نسل آینده به وجود آورد.

با توجه به افزایش تمایلات جهت دریافت جنین و به تبع آن ایجاد مشکلات و مسائل بیشتر در جامعه و همچنین عنایت به این مسئله که جنین اهدایی با پدر و مادر شناسنامه ای خود هیچ‌گونه ارتباط ژنتیکی ندارد؛ برآن شدیم تا با بررسی احکام فقهی و نظرات حقوقی صاحب‌نظران این رشته نوع عقد اهداء جنین را مشخص و محرمیت ناشی از آن را بررسی نماییم.

کلمات کلیدی: بررسی فقهی حقوقی - رابطه محرمیت - زاد و ولد - اهدا جنین

۲-۱ بیان مسئله:

اولین فکر در زمینه باروری خارج از رحم، به پزشکی به نام «شنک» و به سال ۱۸۸۰ میلادی بر میگردد. (کی چانگ، ربار، سولز، ۱۳۷۵ ص ۷۶۱). هرچند تلاش های وی در زمینه بارور کردن اووسیت، پستاندارانی چون: خرگوش و خوکچه هندی در محیط آزمایشگاهی با شکست مواجه شد، اما زحمات دانشمندان بعد از او با تولد اولین کودک به نام «لوئیز براون» در شهر اولرهام انگلستان، که حاصل از لقاح آزمایشگاهی به روش IVF در سال ۱۹۷۸ بود به بار نشست. در کشور ما لقاح خارج از رحم در سال ۱۳۶۸ منجر به تولد اولین نوزاد گردید.

یکی از روش های درمان ناباروری، باروری خارج از رحم و اهدا جنین به زوجین نابارور می باشد. که در سال ۱۳۸۳ با تصویب آیین نامه اجرایی قانون نحوه اهدا جنین به زوجین نابارور تحت حمایت قانون قرار گرفت.

آنچه که اهدا جنین به دنبال دارد، ضرورتا تلقیح مصنوعی سلول های جنسی است؛ بگونه ای که زن با استفاده از وسایل مصنوعی، بدون آنکه نزدیکی صورت گیرد باردار شود. در این خصوص آنچه مورد پذیرش قانونگذار واقع شده، لقاح تخمک و اسپرم زن و شوهر قانونی و شرعی در محیط آزمایشگاهی و وارد کردن آن به رحم زن متقاضی می باشد. این قرارداد اهداءجنین آثار حقوقی متفاوتی را به بار می آورد و امور مهمی چون نسب ناشی از اهداءجنین بر آن بنا خواهد شد. نسب امری است که به لحاظ مشروعیتش آثار متفاوتی چون حق حضانت، ولایت، ارث، محرمیت، نفقه و .. را به وجود می آورد.

آنچه که حائز اهمیت است، ماهیت اصلی قرارداد اهداءجنین می باشد، که ظاهر امر بیانگر اهداءجنین است؛ اما به نظر می رسد، آنچه که واقع می شود خرید و فروش جنین می باشد؛ چرا که زوجین اهداءکننده در قبال اهداء جنین مبلغ قابل توجهی وجه دریافت میدارند.

برخی اساتید معتقدند که جنین اهداء شده میتواند نوعی هبه معوض باشد؛ که عوض در این صورت فرعی است. اما آنچه که در این نظریه مطرح میشود این است که، بر طبق ماده ۷۹۵ ق.م. « هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به دیگری تملیک کند» و طبق ماده ۸۰۱: « هبه ممکن است معوض باشد؛ بنابراین واهب میتواند شرط کند که متهب مالی را به او هبه کند»، و طبق نظر دکتر کاتوزیان هبه معوض باید به گونه ای باشد که مبادله

ای صورت نپذیرد. یعنی دو هبه در یک عقد جمع شود به گونه ای که به هیچ کدام از دو هبه نتوان اطلاق عوض کرد. حال آنکه با رویه موجود در اهداءجنین عوض و معوض وجود دارد.

یکی از راه های باروری جایگزین رحم اجاره ای می باشد. در این فرض زن به دلایل مختلف ممکن است توانایی حمل جنین در رحم خود را نداشته باشد. در این مواقع تخمک زوجه و اسپرم مرد در محیط آزمایشگاهی لقاح داده میشود و وارد رحم زن دیگر میشود و این زن پس از گذراندن دوران بارداری و به دنیا آمدن نوزاد آن را به پدر و مادر خود تحویل میدهد.

این عمل در قالب اجاره اشخاص قابل توجیه می باشد. اما تفاوت اساسی بین رحم اجاره و جنین اهدایی وجود دارد؛ و اینکه در رحم اجاره ای نوزاد پس از تولد به پدر و مادر اصلی خود تحویل داده می شود ولی در جنین اهدایی نوزاد متعلق به زوجین گیرنده جنین می باشد. پس اهداءجنین را باید در قالب سایر عقود بررسی کرد.

نکته دیگری که در اهداءجنین مورد توجه قرار می گیرد رابطه محرمیت ایجاد شده است. ما در اهدا جنین با ۴ شخص مواجه هستیم. زوج و زوجه اهدا کننده و زوج و زوجه اهدا گیرنده.

همچنان که پیشتر ذکر شد اهداءجنین شباهت زیادی با رحم جایگزین دارد. یکی از دیدگاه هایی که در روش رحم جایگزین بررسی می شود دیدگاهی است که، به ارتباط ژنتیکی کودک توجه دارد و کسی را پدر کودک میداند که اسپرم او در تشکیل جنین نقش داشته باشد. از نظر پزشکی نیز ماده سازنده جنین از ناحیه پدر، اسپرم موجود در ماده منی او می باشد و در عرف عام نیز انتساب پدر مبتنی بر پیدایش کودک از نطفه او می باشد. (دهقانی ۱۳۸۸ش، ۱۴۹). بنابراین کودک متولد شده از روش رحم جایگزین از نظر لغوی، زیستی، ژنتیکی و عرفی منتسب به صاحب اسپرم می باشد. (گرگی و همکاران، ۱۳۸۷ش، ص ۴۳۲) همچنین همسر مادر جانشین هیچ رابطه ای با کودک متولد شده ندارد تا پدر او به حساب آید و صرفاً از جهت حرمت نکاح این طفل فرزند زوجه او است و اگر دختر باشد شوهر نمی تواند با چنین دختری ازدواج کند. (گرگی و همکاران، ۱۳۸۷ش، ص ۴۳۳). از سوی دیگر با توجه به دیدگاهی که رابطه ژنتیکی را ملاک انتساب

کودک به مادر میداند و معتقد است که ملاک مادر بودن، همانند ملاک پدر بودن است و با عنایت به اینکه بدون هیچ تردیدی از نظر دانش پزشکی منشا پیدایش و سلول سازنده جنین از ناحیه مادر تخمک زن است، لذا انتساب کودک چه از لحاظ طبیعی و ژنتیکی و چه از لحاظ اخلاق و عرف و عادت به صاحب تخمک نمیتوان چشم پوشید. (حمداللهی، روشن، ۱۳۸۸ش). در نتیجه چون همیشه صاحب اسپرم پدر کودک به شمار می رود، طبعاً نیز صاحب تخمک مادر او محسوب می شود. (ناصری، ۱۳۸۶ش، ص ۱۶۶).

در اینجا آنچه مبهم و ناشناخته باقی می ماند رابطه بین جنین اهدا شده با پدر و مادر شناسنامه ای خود است.

نهی قانونگذار از انعقاد برخی قراردادها در صورتی دلالت بر فساد عقد میکند که ناظر بر یکی از ارکان و شرایط صحت معامله باشد یا اثر معامله را نفی کند. شرایط صحت معامله در ماده ۱۹۰ ق.م بیان شده است که یکی از آنها مشروعیت جهت معامله است آیا میتوان گفت اهدا جنین مشروع و قانونی است؟ این قرارداد منطبق با کدام یک از عقود میباشد؟ چرا که اگر قرارداد باطل باشد از نظر قانونی و شرعی بسیاری از مسائل را تحت تاثیر قرار می دهد. نکته حائز اهمیت دیگر این است که چگونه بین جنین اهدا شده و زوجین اهدا گیرنده رابطه محرمیت به وجود می آید؟ از طرف دیگر با توجه به اینکه یک زوج ممکن است چندین بار به زوج های مختلف جنین اهداء کنند بسیار زیاد خواهر و برادر ناشناخته به وجود می آیند که اگر، بر حسب اتفاق که دور از تصور نیست؛ بر سر راه هم قرار بگیرند و ازدواج کنند تکلیف این ازدواج چیست؟ همچنین مسئله اساسی در انجام این عمل حکم فقهی چنین اقدامی است. با توجه به جامعیت احکام شرعی ودقت مبتنی بر حکمت فقها در مسائل نسل و نسب و محرمیت و دیگر روابط میان افراد و نیز با عنایت به قواعد و ضوابط عمومی علم حقوق، مسئله اهداء جنین خود به خود موضوع و متعلق احکام و مقررات فقه و حقوق واقع می شود.

با توجه به انطباق قانون ایران با شرع مقدس، بر آن شدیم که این مسائل و ابهامات را از جنبه فقهی و حقوقی بررسی کرده و پاسخی روشن مطرح نماییم.

۳-۱) پیشینه تحقیق:

معصومه خدایی نژاد زنجیرآباد در مقاله ای با عنوان «بررسی خلاءهای قانونی و مبانی فقهی حاصل از اهدای جنین در حقوق داخلی ایران و کامن لا» که در سال ۱۳۹۴ به رشته تحریر درآمده است، انواع تلقیح مصنوعی و اعتبار آنها و آثار قرارداد اهدای جنین در حقوق ایران و کامن لا را مورد بررسی قرار می دهد و در بخش کوتاهی به بررسی اعتبار و ماهیت حقوقی قرار داد اهدای جنین می پردازد. وی معتقد است در انطباق اهدای جنین بر عقد بیع مناقشه ای جدی وجود دارد؛ زیرا اگر بتوان اطلاق بیع بر فرآورده های انسانی از جمله اسپرم و تخمک را پذیرفت، ولی اطلاق بیع بر جنین انسان را نمی توان پذیرفت.

محمد حسن صادقی مقدم در مقاله ای با عنوان «نسب و ارث جنین آزمایشگاهی» که در سال ۱۳۹۲ تالیف شده است، نسب جنین آزمایشگاهی را مورد بررسی قرار می دهد و بعد از آن به موجبات ارث می پردازد.

بهروز علی یاری در پژوهشی با عنوان بررسی رحم جایگزین در حقوق ایران؛ از جنبه های مختلف به بررسی رحم جایگزین، قواعد حاکم بر آن، انواع آن و ... پرداخته است و در این میان مبحثی تحت عنوان مادر جانشینی با استفاده از جنین اهدایی مطرح نموده است.

اکرم صفیری و فاطمه طاهر خانی در مقاله ای با عنوان نسب مادری کودک تولد یافته از اهدای جنین در حقوق ایران به بررسی نسب مادری ایجاد شده در اثر اهدای جنین پرداخته است.

فتح الله قربانی، دکتر محمدعلی اخویان، الهام رضایی (۱۳۹۱) در مقاله ای با عنوان حکم اهدای جنین از منظر فقه مذاهب اسلامی؛ به بررسی احکام وضعی و تکلیفی اهدای جنین پرداخته اند و به این نتیجه رسیده اند که فرآیند اهدای جنین به طور مطلق حرام نیست؛ زیرا عامل روی آوردن زوجین به این روش، اضطرار و عسرو حرج است که این موارد عواملی هستند که می توانند حکم اولیه مسائل را بردارند و به جای آن یک حکم ثانویه ایجاد کنند؛ لذا مسئله ای اهدای جنین نیز از این حکم مستثنی نیست و نخواهد بود.

نسیم برهانی، فتانه فریفته، محمود عباسی (۱۳۸۸) در مقاله ای با عنوان اصل بی نام بودن و مجرمانگی در اهدای گامت و جنین؛ چالش هزاره ی سوم، مجرمانگی یا آشکار بودن اهدای جنین را منظر فقه، قانون و روانشناسی مورد بررسی قرار داده اند. آنها معتقدند حق فرزند

حاصله نسبت به آگاهی از اصل و نسب زیست شناختی خود، علاوه براین که بر اساس اصل عدالت یک ضرورت اخلاقی است، از نظر فقهی و جلوگیری از ازدواج محارم در آینده لازم به نظر می‌رسد.

۴-۱) اهمیت و ضرورت تحقیق:

با عنایت بر اینکه در کشور ما تمامی عقود و قراردادهای باید منطبق بر قانون مدنی باشد و هر عقدی که خلاف قانون باشد باطل و بلا اثر است. مطابق بند پ ماده یک آیین نامه اجرایی قانون نحوه‌ی اهدا جنین به زوجین نابارور؛ اهداءجنین عبارتست از: «واگذاری داوطلبانه و رایگان یک یا چند جنین از زوج‌های واجد شرایط مقرر در قانون و این آیین نامه به مراکز تخصصی درمان ناباروری برای انتقال به زوج‌های متقاضی دارای شرایط مندرج در قانون» در نتیجه آنچه از این عمل موردنظر قانونگذار می‌باشد با ماهیت عقد هبه یا صلح سازگار است. اما آنچه در عمل شاهد آن هستیم خرید و فروش جنین می‌باشد. بنابراین لازم و ضروری است که ماهیت اصلی این عمل شناسایی و آشکار گردد تا در صورت بروز هرگونه اختلاف و طرح دعوی در مراجع قضایی بتوان از آثار آن عقد بهره‌مند شد. و از طرف دیگر به جهت اینکه یک زوج ممکن است به دفعات اقدام به اهداءجنین نمایند، و از این باب محدودیتی در قانون تعیین نگردیده است در نتیجه احتمال به وجود آمدن رابطه نسبیت و محرمیت وجود دارد که این رابطه میتواند باعث ایجاد موانعی برای ازدواج و یا باطل بودن عقد نکاح گردد. از سوی دیگر جنین اهداءشده با پدر و مادر شناسنامه‌ای خود هیچ رابطه ژنتیکی ندارد. به همین علت لازم است احکام فقهی این عمل نیز مورد بررسی قرار گیرد و آشکار شود.

۱-۵) اهداف تحقیق:

هدف اصلی:

بررسی و تعیین ماهیت حقوقی عمل اهداءجنین

هدف فرعی:

بررسی فقهی، حقوقی رابطه های محرمیت بوجود آمده در اثر عمل اهداءجنین

۱-۶) سوالات تحقیق:

با توجه به موضوع تحقیق و اهداف پیش گفته در بیان مسئله، سوالات زیر مطرح می گردد:

سوال اصلی:

۱: اهداءجنین تحت عنوان کدام یک از اعمال حقوقی واقع می شود و مورد حمایت قانون قرار میگیرد؟

سوالات فرعی:

- ۱- از نظر فقهی جنین اهداءشده چه رابطه ای با زوجین اهدا گیرنده پیدا می کند؟
- ۲- اگر جنین های اهدایی از یک زوج به سایرین در آینده با هم ازدواج کنند از نظر فقهی تکلیف این ازدواج چیست؟

۱-۷) فرضیه های تحقیق:

با توجه به مبانی نظری تحقیق، فرضیات به صورت زیر مطرح می شوند:

فرضیه اصلی:

۱: به نظر می رسد با عنایت به قصد واقعی طرفین که خرید و فروش جنین است احکام بیع بر این قرارداد حاکم باشد.

فرضیه فرعی:

- ۱: به نظر می رسد با توجه به این امر که عنصر اصلی تشکیل دهنده جنین تخمک و اسپرم می باشد؛ پس جنین اهداء شده رابطه محرمیتی با زوجین اهداء گیرنده پیدا نمیکند.
- ۲: به نظر می رسد اهداء جنین به کرات از سوی یک زوج باعث ایجاد مانع شرعی و قانونی برای ازدواج پیش می آورد.

۸-۱) نوع و روش تحقیق:

در این تحقیق روش گردآوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای، جست‌وجو در اینترنت، فیش برداری از مقالات و پایان‌نامه‌ها خواهد بود. ابزار گردآوری اطلاعات نیز شامل استفاده از شبکه کامپیوتری و اینترنت جهت استخراج کتاب‌ها و منابع الکترونیکی خواهد بود. همچنین تجزیه و تحلیل اطلاعات به صورت مختلط از روش‌های مختلف جهت تجزیه و تحلیل اطلاعات استفاده خواهد شد از جمله روش کتابخانه‌ای، فیش برداری، و دسته‌بندی موضوعات مرتبط استفاده خواهد شد.

۹-۱) ساختار کلی تحقیق:

فصل اول: در این فصل ضمن بیان مقدمه‌ای درباره‌ی اهداء جنین و آثار آن، موضوع تحقیق، اهمیت موضوع، سوالات و فرضیات تحقیق، و شرح مختصری از تحقیقات انجام شده که به نوعی با موضوع تحقیق در ارتباط می‌باشند؛ تشریح شده است. فصول آتی تحقیق به شرح ذیل خواهد بود:

فصل دوم: در این فصل ضمن مروری بر ادبیات موضوع، مبانی نظری موضوع مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرد.

فصل سوم: در این فصل نوع قرارداد اهداء جنین را مورد بررسی قرار می‌دهیم و نوع عقد منعقد شده را تعیین می‌کنیم.

فصل چهارم: در این فصل به بررسی رابطه‌ی محرمیتی که در اثر اهدا جنین حاصل می‌شود و این مسئله که برای ازدواج نسل آینده می‌تواند معضل و مشکلاتی به وجود آورد؛ می‌پردازیم.

و در پایان جمع‌بندی نهایی از نتایج بدست‌آمده عرضه می‌شود و در واقع نتیجه فرضیه‌ها (رد یا اثبات) تعیین و فهرست منابع و مأخذ فارسی و لاتین اعم از کتب، نشریات و مقالات آورده می‌شود.

۱۰-۱) موانع و مشکلات تحقیق

موانع و محدودیت های فراوانی در این زمینه وجود داشت که به طور طبیعی در سرانجام این تحقیق بی تاثیر نمی باشد. پاره ای از این مشکلات به اختصار عبارتند از: عدم دسترسی به مراکز باروری و ناباروری در نتیجه عدم دسترسی به متخصصان ماهر و مجرب و همچنین عدم همکاری مراکز و متخصصان، نبود منابع پزشکی روان، مشکلات فراوان در دستیابی به منابع پزشکی تخصصی، نبود منابع فقهی و حقوقی جامع و کامل جز تعداد اندک مقالات یا استفتائات محدود، نبود بحث های رایج فقهی در این زمینه، نبود قوانین و منابع حقوقی جامع و کامل. همین امر باعث شده تا نگارنده با توجه به امکانات محدود به مشکلات بی شماری برخورد نماید.

۱۱-۱) جنبه نوآوری تحقیق:

داشتن فرزند یکی از بهترین موهبت های الهی است که گاهی اوقات به دلیل برخی از اختلالات ممکن است زوجی از داشتن این نعمت محروم گردد؛ که با پیشرفت علم پزشکی این مشکل قابل حل گردیده است اما باید توجه داشت همین راه حل در آینده مشکل ساز نگردد. چرا که در صورت عدم اعمال مقررات خاص در آینده می توان شاهد ازدواج محارم و اختلال ژنتیکی بود.

فصل دوم

ادبیات موضوع، مبانی نظری

۲-۱) مقدمه:

اهدای جنین با وجود اینکه پیشینه‌ای کهن دارد اما در ده‌های اخیر، به خصوص پس از تصویب قانون نحوه‌ی اهداء جنین به زوجین نابارور و تاسیس مراکز درمان ناباروری مورد توجه و استقبال قرار گرفته است..

از آنجا که هر واژه در علم خود معنی خاص خود را دارد لازم است ابتدا با معانی واژگان آشنا شویم و پس از آن مبانی نظری و انواع روش‌های باروری را مورد بررسی قرار دهیم.

۲-۲) مفهوم محرمیت:

۲-۲-۱) **مفهوم لغوی:** محرم بودن، راز داری، حرام بودگی نکاح به سبب خویشی نزدیک (عمید، ۱۳۸۱)

۲-۲-۲) **مفهوم فقهی، حقوقی:** هر زنی که وقاع با او شرعا جایز است و یا به علت نسب یا رضاع یا مصاهرت حرام موبد است مانند مادر زن (جعفری لنگرودی ۱۳۸۴)

۲-۳) انواع محرمیت:

۲-۳-۱) محرمیت نسبی:

رابطه شخصی با دیگری از طریق ولادت، خواه به او متهمی شود، خواه طرفین رابطه خویشاوندی؛ مانند دو برادر که به پدر یا مادر متهمی می‌شود. در تعریف دیگر فقهی محرمات نسبی به پدر و اجداد و مادر و جدات (تا هر قدر که بالا و پایین رود) و اولاد (تا هر قدر که پایین رود) و برادر و خواهر و اولاد آنها (تا هر قدر که پایین رود) و عمه‌ها و خاله‌ها و عمه‌ها و خاله‌های پدر و مادر و اجداد و جدات را گویند که نکاح با آنها ممنوع است. (جعفری لنگرودی ۱۳۸۴)

۲-۳-۲) **محرمیت سببی:** خویشاوندی است بین دو نفر که بر اثر رابطه زناشویی بوجود می‌آید.

۲-۴) **مفهوم اهداء:** در فقه و حقوق تعریف دقیقی از اهداء بیان نگردیده است. اما در فرهنگ فارسی معین اهداء را هدیه دادن و هدیه فرستادن معنی کرده اند.

۲-۵) مفاهیم مشابه اهداء:

۲-۵-۱) **هبه:** در فرهنگ فارسی عمید (۱۳۸۱) هبه را این چنین تعریف کرده است: بخشیدن؛ دادن چیزی به کسی بدون عوض. تعریف هبه در قانون به تعریف لغوی آن نیز بسیار نزدیک است؛ مطابق ماده ۷۹۵ قانون مدنی؛ هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک می کند.

۲-۵-۲) **صلح:** صلح در لغت به معنای آشتی، سازش، در اصطلاح سیاست، دست کشیدن از جنگ با عقد قرارداد و در اصطلاح فقه: نوعی از عقود و آنست که کسی ملکی یا مالی یا حقی از خود را بدیگری واگذار کند و ببخشد (عمید ۱۳۸۱). در حقوق پاره ای از کشورها عقد صلح تنها به منظور رفع ترافع و پایان بخشیدن به دعوا بکار می رود. در حقوق فرانسه نیز وجود اختلاف و قصد پایان بخشیدن به آن و گذشت است. در قانون مدنی از صلح تعریف دقیقی ارائه نشده است. ماده ۷۵۲ این قانون در توضیح صلح بیان می دارد: صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود. بنابراین با ذکر این نکته که عقد صلح دو طرف دارد: یکی مصالح و دیگری متصالح؛ کسی که مالی را به عنوان عقد صلح به دیگری می دهد، اصطلاحاً مصالح و طرف دیگر که این انشاء را قبول می کند، متصالح گفته می شود؛ بنابراین عقد صلح را می توان اینگونه تعریف کرد: صلح عقدی است لازم و حسب مورد تملیکی یا عهده، معوض یا مجانی، رضایی و مسامحه ای. در مفهوم صلح نوعی «تسالم» یا گذشت وجود دارد. البته بعضاً در سایر عقود هم تسالم وجود دارد متنها در صلح جنبه «اصلی» دارد، نه فرعی. همچنین نتیجه عقد صلح می تواند ایجاد حق، انتقال حق یا اسقاط حق باشد. (بیات ۱۳۹۵)

از جهت تاریخی نیز، صلح در ابتدا وسیله ای برای حل اختلاف و رفع نزاع موجود، مورد استفاده قرار می گرفته و تدریجاً از عقد صلح برای انجام مبادلات و نقل و انتقال اموال استفاده گردیده است. به همین دلیل ماده ۷۵۲ قانون مدنی اشعار می دارد: «صلح ممکن است

یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی مورد معامله و غیر آن واقع شود». (شهیدی ۱۳۸۴)

۲-۶) مفهوم ولد:

۲-۶-۱) **مفهوم لغوی ولد:** فرزند و جمع آن اولاد می‌باشد (عمید ۱۳۸۱)

۲-۶-۲) **مفهوم فقهی حقوقی ولد:** ولد در لغت عرب به معنی هر حیوانی است که بر اثر وضع حمل پدید آمده باشد، خواه از ذکور باشد خواه از اناث؛ و بر تشبیه و جمع هم صدق می‌کند. بنابراین نوه و نیره‌ی شخص هم در لغت اولاد محسوب است. فارسی دقیق کلمه «زاد» است و در عرف عام زاد و ولد دو کلمه‌ی مترادفند. که با هم زیاد استعمال می‌شوند. (لنگرودی ۱۳۸۴)

۲-۷) انواع ولد:

۲-۷-۱) **ولد الزنا:** در فرهنگ فارسی عمید (۱۳۸۱) ولد الزنا این چنین تعریف شده است: زنازاده، حرامزاده؛ اما در حقوق، طفل حاصل از رابطه‌ی غیرقانونی زن و مرد را گویند. (ماده ۸۸۴ قانون مدنی)

۲-۷-۲) **ولد شبهه:** فرزندی است که صاحب نطفه غیر از شوهر زن (زاینده‌ی آن فرزند) باشد و مقاربت با مادر آن فرزند از روی اشتباه شده باشد؛ چنانکه کسی با یکی از محارم خود در تاریکی یا حالت نیمه هوشیاری بخیال اینکه زوجه‌ی او است و یا جهل بقربابت نزدیکی کند. (لنگرودی ۱۳۸۴)

۲-۸) مفهوم جنین:

۲-۸-۱) **مفهوم لغوی:** در فرهنگ معین جنین به معنای هرچیز پوشیده و مستور است، موجودی که پس از لقاح تخمک به وسیله اسپرماتوزوئید و پس از تقسیمات اولیه سلول تخم داخل پوسته تخم یا رحم مادر یا کیسه جنینی در گیاهان می‌گذارند. (معین ۱۳۷۱)

۲-۸-۲) **مفهوم پزشکی جنین:** در فرهنگ تخصصی مصور زنان و زایمان و مامایی جون مولی که به عنوان یکی از منابع پزشکی معتبر محسوب می‌شود آمده است: جنین به رویان در حال تکامل از انتهای هفته هفتم بارداری تا زمان تولد در داخل رحم اطلاق می‌شود. (فیض‌اللهی ۱۳۸۹).

۲-۸-۳) **مفهوم فقهی:** فرزند مادامی که در رحم مادر است جنین نامیده می‌شود. مبدا جنین ابتدا آبستنی است و منتهای آن لحظه‌ی ما قبل ولادت

۲-۸-۴) **مفهوم قانونی جنین:** در قانون ایران واژه جنین به مفهوم عرفی و لغوی آن بکار رفته است و از زمان تحقق لقاح تا زمان وضع حمل را شامل می‌شود. در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ تشکیل و تکامل جنین به مراحل متفاوتی تقسیم شده است که هر مرحله دیه معین شده‌ای دارد.

۲-۸-۵) **مفهوم جنین در قانون نحوه اهداء جنین:** هرچند قانون نحوه اهداء جنین در خصوص ارائه تعریف و مفهوم جنین ساکت است اما آیین نامه اجرایی این قانون، جنین را اینگونه تعریف کرده است: جنین نطفه حاصل از تلقیح خارج از رحمی زوج‌های قانونی و شرعی است که از مرحله باروری تا حداکثر ۵ روز خواهد بود. این جنین می‌تواند به دو صورت تازه و منجمد باشد... بنابراین جنین مورد نظر در این قانون چند ویژگی دارد:

۱- این جنین از طریق لقاح خارج از رحم و با استفاده از تکنیک‌های باروری کمکی یا آزمایشگاهی بوجود می‌آید.

۲- سلول‌های جنسی بوجود آورنده‌ی این جنین باید متعلق به زوج‌های قانونی و شرعی باشد.

۳- طول عمر این جنین حداکثر ۵ روز از مرحله باروری است؛ هرچند در این مدت جنین را از نظر علمی زایگوت و در مواردی مورولا می‌نامند.

۴- از نظر قانون و آیین نامه اهداء جنین، جنین می‌تواند به دو صورت تازه و منجمد باشد.

با توجه به اینکه آیین نامه‌ی اهداء جنین به صراحت بیان نموده است که جنین اهدایی از مرحله‌ی باروری حداکثر ۵ روزه خواهد بود؛ اما جنین از نظر علمی از هفته نهم باروری به بعد را شامل می‌شود؛ بنابراین جنین مورد نظر قانون‌گذار با مفهوم زایگوت و رویان انطباق دارد و قانونگذار مفهوم عرفی جنین را مدنظر قرار داده است. (فیض‌اللهی ۱۳۸۹)

۹-۲) مراحل مختلف جنین:

۹-۲-۱) از منظر قرآن: در آیات متعددی از قرآن کریم به خلقت انسان اشاره شده است. در آیات ۶ و ۷ سوره مبارکه سجده آمده است: خلقت انسان را از گل آغاز کردیم و سپس نسل او را برگزیده ای از آب پشیز قرار دادیم.

در سوره مؤمنون، آیات ۱۲ تا ۱۴ نیز مراحل خلقت انسان چنین بیان شده است: انسان را از برگزیده خاک آفریدیم و سپس او را نطفه ای نمودیم که در قرار مکین است و سپس نطفه او را به علقه (خون بسته) تبدیل و علقه را نیز به مغضه (جنینی که به صورت گوشت درآمد است) تغییر وضعیت دادیم و مضغه را به صورت استخوان (یا همراه با استخوان) خلق کردیم و به آن استخوان، گوشت رویانیدیم و وقتی گوشت و استخوان بندی آن تمام شد؛ نوبت به خلق آخر یعنی دمیدن روح به انسان است. این آیات به تداوم نسل آدم از طریق یک نطفه ی زن و مرد و قرار گرفتن آن در قرار گاه رحم اشاره می کند همچنین در آیه شریفه ششم از سوره زمر نیز بعد از اشاره به اینکه خلقت انسان نخست از گل و خاک بوده است می فرماید که انسان از قطره آب به وجود آمده است، سپس تبدیل به علقه شده و آنگاه آفریده و آراسته گردیده. (ناصر مکارم شیرازی و همکاران، ۱۳۷۴ - علامه طباطبائی وسید محمد باقر موسوی همدانی، ج ۱۵).

در جایی دیگر از قرآن آمده است که انسان را از نطفه ی امشاج یعنی از ترکیب سلول جنسی نر و ماده خلق کردیم. (انا خلقنا الانسان من نطفه امشاج، آیه دو سوره مبارکه نساء).

۹-۲-۲) مراحل تشکیل جنین از منظر قانون: در قانون ایران تعریف دقیقی از جنین و مراحل تشکیل آن وجود ندارد؛ لیکن با استناد به ماده ۷۱۶ قانون مجازات اسلامی بخش دیات مصوب سال ۱۳۹۲ می توان مراحل جنین را اینگونه نام برد:

۱- نطفه ای که در رحم مستقر شده است.

۲- علقه که در آن نطفه به صورت خون بسته در می آید.

۳- مضغه که در آن جنین به صورت توده گوشتی در می آید.

۴- عظام که در آن جنین به صورت استخوان درآمد؛ لکن هنوز گوشت روییده نشده است.

۵- جنینی که گوشت و استخوان بندی آن تمام شده است ولی روح در آن دمیده نشده است.

۶- دیه جنینی که در آن روح دمیده شده است، اگر پسر باشد دیه کامل و اگر دختر باشد نصف آن.

۲-۹-۳) مراحل تشکیل جنین از منظر پزشکی:

جنین انسان همانند جنین بسیاری از موجودات دیگر حاصل ترکیب دو سلول نر، اسپرم و ماده، تخمک می‌باشند. برای تشکیل این جنین تحقق لقاح بین اسپرم و تخمک ضرورت دارد. بعد از نفوذ اسپرم به تخمک و بارور شدن آن که از طریق ادغام مواد ژنتیکی دو سلول جنسی صورت می‌گیرد، موجودی به وجود می‌آید که پیش از شروع تقسیم سلولی آن را زیگوت یا زایگوت می‌نامند (روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، جمعی از نویسندگان، ص ۳۷). ۱۲ الی ۱۸ ساعت پس از لقاح، باروری تخمک را می‌توان مشاهده و در نتیجه تشکیل زایگوت را تشخیص داد. پس از حدود ۲۴ ساعت از زمان باروری، اولین تقسیم سلولی در زایگوت آغاز می‌شود. از زمان تقسیم اولیه سلول‌های زایگوت تا هشت هفته بعد از آن، زایگوت را رویان یا امبریو می‌نامند. (دکتر محمد مهدی آخوندی و دکتر محمدرضا صادقی ۱۳۸۴)

رویان در مرحله‌ی ۱۶ سلولی به شکل یک کره‌ی توپر کوچک در می‌آید که مورولا نام دارد. از هفته نهم باروری تا زمان وضع حمل به این موجود از نظر پزشکی، جنین اطلاق می‌شود. بنابراین جنین از نظر طبی واژه‌ای است که برای توصیف جنین در حال رشد در داخل رحم از هفته نهم حاملگی تا پایان آن اطلاق می‌شود.

۲-۱۰) انواع جنین:

۲-۱۰-۱) جنین تشکیل شده از لقاح طبیعی: لقاح طبیعی به لقاحی می‌گویند که یک اسپرم بدون استفاده از فناوری‌های کمکی باروری به داخل تخمک نفوذ می‌کند. برای اینکه لقاح طبیعی صورت گیرد و جنین تشکیل شود شرایط زیر باید محقق گردد:

۱- یک یا چند تخمک سالم در زمان مناسب و در ارتباط با محیط هورمونی مناسب آزاد و رها شوند.

۲- اسپرم سالم و قوی و فعال در داخل یا نزدیک رحم زن وجود داشته باشد. این اسپرم باید در محدوده‌ی زمانی ۴ تا ۸ ساعت قبل و بعد از تخمک گذاری زن وارد رحم شود.

۳- محیط فیزیکی و شیمیایی لازم برای عبور اسپرم و قابلیت بخشیدن به اسپرم در ناحیه تناسلی زن فراهم شود.

۴- لوله های رحمی سالم و باز بوده و توانایی و شرایط لازم را برای عبور به موقع و مناسب اسپرم و تخمک فراهم نماید.

۵- برای تشکیل جنین و لانه گزینی آن وجود رحم سالم و بدون نقص ضرورت دارد. (دکتر محمد مهدی آخوندی و دکتر محمد رضا صادقی، منبع پیشین)

۲-۱۰-۲) جنین تشکیل شده از لقاح آزمایشگاهی یا تلقیح مصنوعی:

تلقیح مصنوعی بدین معناست که زن را با وسایل مصنوعی و بدون اینکه نزدیکی صورت گیرد باردار کنند. (نایب زاده-۱۳۸۰)

بنابراین در صورتیکه هر یک از شرایط لازم برای تحقق لقاح طبیعی وجود نداشته باشد، باروری یا لقاح به صورت طبیعی امکانپذیر نخواهد بود. در این صورت با استفاده از فن آوری های کمکی باروری یا روش های پیشرفته درمان نازایی به لقاح مصنوعی روی می آورند. در نتیجه به جنینی که به وسیله روش های پیشرفته و آزمایشگاهی تشکیل شود جنین آزمایشگاهی می گویند. (همان)

۲-۱۱) تلقیح مصنوعی:

تلقیح مصنوعی از دو واژه ی تلقیح و مصنوعی تشکیل شده است که هر کدام معنای مستقلی دارند. تلقیح در لغت به معنای باردار کردن و لقاح در لغت به معنای باردار شدن است. (منظور الافریقی المصری، ۱۹۹۷ و معین ۱۳۷۱) واژه ی مصنوعی نیز به معنای ساختگی و در برابر امر طبیعی آمده است.

اما در تعریف حقوقی از تلقیح مصنوعی می توان گفت: از آنجا که علم حقوق در برخورد با اصطلاحات غیر حقوقی اقدام به پذیرش معانی مزبور در عرف عام یا خاص می نماید، لاجرم تلقیح مصنوعی از منظر حقوق عبارتست از بارور کردن جنس مونث اعم از انسان یا حیوان از راه وارد کردن اسپرماتوزوئید در رحم حیوان یا انسان ماده با وسایل مصنوعی بدون اینکه

عمل مقاربت صورت گیرد. (پایان نامه بررسی حق فرزندان حاصل از اهداء گامت و جنین در شناخت هویت بیولوژیک خود)

بخش دوم: مبانی نظری

۱۲-۲) حقوق باروری:

حقوق باروری جزئی از حقوق بشر بوده که همه کشورها آن را به رسمیت شناخته اند و در اسناد حقوق بشر بین المللی به آن اشاره شده است. (حکیمی وعلیزاده ۱۳۸۸)

حقوق تولید مثل در برگیرنده بعضی از اجزای حقوق بشر است. این حقوق بر به رسمیت شناختن حق اساسی تصمیم گیری آزادانه و مسئولانه همه زوج ها در مورد تعداد، فاصله گذاری و زمان به دنیا آوردن طفل و نیز داشتن اطلاعات و ابزاری که بتواند اینگونه عمل نماید و نیز حق دسترسی به بالاترین سطح استاندارد تولید مثل بهداشت جنسی استوار است. این حقوق، تصمیمات درباره تولید مثل را عاری از هرگونه تبعیض، فشار و خشونت در بر میگیرد (نوری زاده ۱۳۸۸)

آنچه از مفاد کنوانسیونها و کنفرانسهای جهانی برداشت میشود این است که باروری به عنوان یک حق مسلم برای خانواده ها پذیرفته شده است. از جمله سازمان جهانی بهداشت WHO و چهارمین کنفرانس جهانی زن FWCW که از ۴ تا ۱۰ سپتامبر ۱۴۴۰ برابر با ۱۳ تا ۲۴ شهریور ۱۳۱۴ در پکن پایتخت چین برگزار شد، سه هدف تساوی، توسعه و صلح برای عموم زنان جهان و به سود کل جامعه بشری را دنبال می کرد. حقوق مربوط به دوران بارداری، زایمان و مراقبت های پس از زایمان از حقوق اساسی زنان بود که در این کنفرانس مورد توجه قرار گرفت.

حقوق باروری به حقوق و آزادیهای قانونی مربوط به باروری و بهداشت گفته میشود. سازمان بهداشت جهانی حقوق باروری را چنین تعریف میکند: حقوق باروری بر مبنای به رسمیت شناختن حق اساسی تمامی زوجین و افراد برای تصمیم گیری آزادانه و مسئولانه درباره تعداد و اختلاف سنی فرزندانیشان و برای داشتن اطلاعات و وسایل کافی برای تحقق این موضوع و داشتن حق برای دستیابی به بالاترین استانداردهای بهداشت جنسی و باروری تعریف می شود. این حقوق همچنین شامل حق تمامی افراد برای تصمیم گیری درباره باروری عاری از هرگونه تبعیض و اجبار و: خشونت می گردد (لمیعان، ۱۳۹۲)

۲-۱۲-۱) باروری در حقوق موضوعه

خانواده نهاد تأثیر گذار و بنیادی در ایران و سایر کشورهای دنیا است. این نهاد در قانون اساسی ایران نیز مورد حمایت قرار گرفته به طوری که اصل ده قانون اساسی تصریح می کند: «از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است، همه قوانین و مقررات و برنامه ریزی های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد.» در همین راستا اصل بیست و یک نیز مقرر می دارد: «دولت موظف است حقوق زن را در تمام جهات با رعایت موازین اسلامی تضمین نماید و امور زیر را انجام دهد:

۱ ایجاد زمینه های مساعد برای رشد شخصیت زن و احیای حقوق مادی و معنوی او.

۲ حمایت مادران بالخصوص در دوران بارداری و حضانت فرزند و حمایت از کودکان بی-سرپرست.

۳ ایجاد دادگاه صالح برای حفظ کیان و بقای خانواده.

۴ ایجاد بیمه خاص بیوگان و زنان سالخورده و بیسرپرست.

۵ اعطای قیمومت فرزندان به مادران شایسته در جهت غبطه آنها در صورت نبودن ولی شرعی.»

از جمع این دو اصل می توان به اهمیت جایگاه خانواده پی برد. از خانواده تعاریف مختلفی ارائه شده اما قدر متیقن از این تعاریف، اجتماعی است که شامل زن و شوهر و فرزند یا فرزندان است. این اجتماع کوچک اما مهم، نهادی است که مورد حمایت قانون اساسی قرار گرفته و در اصل بیست و یک نیز حقوق زن به عنوان عضوی از خانواده مورد توجه قانونگذار بوده است. از جمله اینکه دولت موظف است از مادران در دوران بارداری حمایت کند. از این عبارت می توان به این نتیجه رسید که بارداری یک حق محسوب می شود. زیرا دولت موظف است از حقوق افراد حمایت کند و هر استعداد پشتیبانی از آنچه که عنوان حق بر آن صادق نباشد معقول به نظر نمی رسد. به تعبیر شهید مطهری هر استعداد طبیعی مبنای یک حق طبیعی است و یک سند طبیعی برای آن به شمار می رود (مطهری ۱۳۵۳) هر زوجی بالقوه توانایی بارور شدن را دارند. پس باید این حق را برایشان قائل شد که حمایت لازم از آنها صورت گیرد.

در منابع، فرزند آوردن از مهمترین آثار و انگیزه های ازدواج خصوصا ازدواج دائم معرفی و اختیار کردن زن بارور و غیر عقیم تاکید شده است (حرعاملی ۱۴۰۹) حتی مرد و زن می توانند در عقد ازدواج استیلا (بارور کردن و باردار شدن) را به صورت شرط ضمن عقد قرار دهند. (نجفی، بی تا، ج ۳۰).

به علاوه ظهور برخی از عیوب پس از ازدواج مانند قرن در زن که غالبا مانع بارداری میشود و عن و خصا در مرد که به ناتوانی در باردار کردن میانجامد با احراز شرایطی که فقها ذکر کرده اند به طرفین نکاح حق فسخ آن را میدهد. (نجفی، همان) هرچند این عیب ها مستقیما راجع به باروری نیست و بیشتر به مقدمات آن بر میگردد.

البته در منابع حدیثی و فقهی نسبت به پسندیده نبودن پیشگیری از بارداری اشاراتی وجود دارد. (موسوی گلپایگانی ۱۴۰۹) مواردی نیز هست که به تصریح یا تلویح، روا بودن این کار را بیان می کند. زن و مرد در این مسئله مشمول حکم واحد نیستند همچنان که نسبت به راه ها و وسایل پیشگیری از بارداری حکم شرعی واحدی وجود ندارد. برخی از فقها پیشگیری از بارداری از جانب مرد را مکروه (عاملی، ۱۴۱۰) و برخی نیز حرام دانسته اند. مستند کراهت، روایاتی است که دلالت بر جواز و در عین حال ناپسند بودن آن دانسته اند. (طوسی، ۱۴۰۷). مستند کراهت روایاتی هست که دلالت بر جواز و در عین حال ناپسند بودن آن بدون رضایت زن یا شرط قبلی دارد. اما قائلان به حرمت معتقدند که این عمل زنده به گور کردن است. زیرا غایت اصلی از ازدواج، توالد و تناسل است و زن نیز همانند مرد نسبت به باردار شدن و مقدمات آن حق دارد. قدر متیقن از مطالب گفته شده این است که باروری و تولید مثل در فقه به عنوان یک امر مهم و یک حق تلقی شده است به گونه ای که برخی از فقها حتی به مرد اجازه خودداری از باردار کردن زن را نمی دهند و عمل وی را حرام می دانند؛ زیرا باروری را حق زن نیز می دانند. در کنار این دیدگاه نظرات متعادل تری نیز وجود دارد که با توجه به سیاست های خاص از جمله کنترل زاد و ولد، توجه به مسائل اقتصادی و اجتماعی، داشتن حداقل یک فرزند به زوجین اجازه میدهد موقتاً از بارداری جلوگیری کرده و یا حتی قدرت باروری خود را از بین ببرند. دقت در چنین مسائل حاکی از اهمیت تولید مثل برای خانواده هاست چرا که فرزند دار شدن موهبتی است که برای

زوجین آرامش روحی و روانی ایجاد میکند و به تعبیری برای بسیاری از زنان و مردان این امر ممکن است اولین تجربه عشق مطلقشان باشد.

۲-۱۳) ناباروری :

ناباروری را این طور تعریف کرده اند: ناتوانی یک زوج در باردار شدن پس از یک سال رابطه جنسی بدون جلوگیری از بارداری.

ناباروری در ده تا پانزده درصد از زوج ها دیده می شود. علل ناباروری می تواند مربوط به زن یا مرد یا هر دو باشد. حدود ۴۰٪ از مشکلات ناباروری مربوط به مردان، ۴۰٪ مربوط به زنان و حدود ۱۰٪ مربوط به هر دو است. در حدود ۱۰٪ از زوج ها نیز عامل ناباروری مشخص نیست. به عبارت دیگر در این زوج ها هر دو نفر با توجه به انجام آزمایش های موجود مشکلی ندارند ولی به علل نامشخصی بچه دار نمی شوند.

طی دو دهه اخیر گام های بلندی در رابطه با تشخیص و درمان ناباروری برداشته شده است و حدود ۶۵ درصد از زوج های نابارور با استفاده از روش های موجود صاحب فرزند شده اند.

۲-۱۳-۱) علل ناباروری در زنان

علل کلی نازایی در زنان عبارتند از:

اختلالات تخمدانی سی تا چهل درصد، اختلالات لوله های رحم و ضایعات لگنی سی تا چهل درصد، اختلالات گردن رحم ده درصد و علل آندومتر (رحمی) کمتر از پنج درصد می باشد. (پرویز قره خانی، همان، ص ۲۱۴) یا:

۴۰٪ نقص تخمک گذاری

۴۰٪ لوله رحمی و لگن

۱۰٪ توجه نشده

۱۰٪ غیر شایع.

(فاطمه رمضان زاده، ۱۳۸۴،)

۲-۱۳-۱ اختلال در تخمک گذاری

اختلال در تخمک گذاری، علت عمده ناباروری در زنان است. به طوری که سی تا چهل درصد علل ناباروری زنان مربوط به این مسئله است. بدون عمل تخمک گذاری لقاح انجام نمی شود و بنابراین زن باردار نمی شود. بعضی از زن ها ممکن است تخمک گذاری نکنند و یا به طور نامنظم و کم تخمک گذاری کنند و بنابراین ممکن است یا عادت ماهیانه نداشته باشند و یا عادت ماهیانه آنها کم و نامنظم باشد و حتی بعضی خانم ها با آنکه دارای عادت ماهیانه منظم هستند، دارای اختلال در تخمک گذاری هستند.

اگر اختلالی در وظیفه تخمدان صورت بگیرد، اختلالهای آن به صورتهای زیر بروز می کند:

۱- عدم تخمک گذاری یا تخمک گذاری بسیار کم؛

۲- آمنوره که عبارت است از فقدان قاعدگی؛

آمنوره به دو دسته اولیه و ثانویه تقسیم می شود؛ عدم قاعدگی تا سن ۱۶ سالگی را آمنوره اولیه می گویند و آمنوره ثانویه عبارت از فقدان قاعدگی برای بیش از سه ماه در خانمی که قبلاً قاعده می شده است. اختلال در تخمک گذاری، مشکل اصلی این بیماران عدم کفایت مقدار یا مدت ترشح هورمون است. (کی و دیگران)

۳- چسبندگی های تخمدانی که آزاد شدن تخمک و برداشتن آن توسط لوله ی فالوپ را مختل می سازد.

۴- اختلال آندومتریوز تخمدان و سایر قسمت های مختلف سیستم تناسلی زن است که موجب اختلال در تخمک گذاری و یا ایجاد پاسخ های التهابی می گردد که بر عملکرد لوله ها تأثیر می گذارند. (کی و دیگران، همان).

قاعدگی رتروگراد مهمترین مکانیسم شروع آندومتریوز (آندومتریوز، به وجود یافت آندومتر (غدد استروما) در خارج حفره ی رحم اطلاق می گردد. کانال آندومتر هم به عنوان یک مجرای عبوری برای انتقال اسپرم به طرف لوله فالوپ عمل می نماید و پس از رسیدن ماحصل حاملگی به داخل حفره آندومتر، آندومتر نقش مهمی را در تهیه مواد مغذی امبریو، لانه گزینی، تشکیل جفت و رشد بعدی جنین ایفا می نماید). است که برگشت خون قاعدگی از حفره رحم و از طریق لوله فالوپ به داخل شکم محسوب می شود. (همان ص ۵۱۷)

سرویکس همانند دریچه ی بیولوژیکی به طور متناوب باعث انتقال و یا جلوگیری از انتقال اسپرم از واژن به دستگاه تناسلی می شود. (کی و دیگران، همان)

۲-۱۳-۲) اختلال در لوله های رحمی

در بعضی زنان، لوله های رحمی به طور کامل و یا ناقص بسته است. در نتیجه اسپرم به تخمک نمی رسد. بسته بودن لوله های رحمی می تواند به دلیل عفونت، آندومتریوز و یا چسبندگی هایی پس از عمل جراحی باشد. همچنین ممکن است این لوله ها پس از یک حاملگی خارج رحمی بسته شوند. در کشورهای در حال توسعه نسبت به کشورهای توسعه یافته به علت شیوع بیماری های عفونی دستگاه تولیدمثلی، میزان اختلال در لوله های رحمی بیشتر است. به طور کلی ۳۰٪ علل ناباروری زن ها مربوط به اختلال در لوله های رحمی است.

۲-۱۳-۳) آندومتریوز

آندومتریوز، حالتی است که در آن سنگفرش رحم (آندومتر) رشد می کند و از رحم هم فراتر می رود و لوله های رحمی را نیز می پوشاند و حتی آنها را می بندد و در عمل تخمک گذاری اختلال به وجود می آورد. آندومتریوز علت ۱۳٪ موارد ناباروری است و حدود ۷۰٪ زنان دارای آندومتریوز، نابارور هستند.

۲-۱۳-۴) اختلال در گردن رحم یا رحم

ناهنجاری های گردن رحم می تواند سبب ناباروری شود که از آن جمله می توان به مشکلات مربوط به ساختمان بدن، عفونت های گردن و رحم و یا کیفیت نامناسب ترشحات رحم اشاره کرد. از طرفی تومورهای بدخیم رحم و یا بعضی جای زخم های موجود در دیواره رحم مسبب ناباروری است.

۲-۱۳-۵) مشکلات دستگاه ایمنی بدن

مشکلات مربوط به دستگاه ایمنی بدن و عوامل ایمونولوژیک نقش مهمی در ایجاد ناباروری دارند. تشخیص و درمان اینگونه بیماران مشکل است. در بعضی خانم ها، علیه اسپرم مرد ماده ای بنام آنتی بادی ترشح می شود که اسپرم ها را از بین می برد و یا آنها را غیرفعال می کند و یا حتی سبب سقط خود به خود در بعضی از آبستنی ها می شود.

۲-۱۳-۲) علل ناباروری در مردان

۲-۱۳-۲) اختلالات مربوط به اسپرم

یکی از اولین و مهمترین اقدامات ارزیابی زوجین نازا آنالیز سمن (آزمایش منی) است که معمولاً بعد از دو تا سه روز (ترجیحاً ۵ روز تا یک هفته) اجتناب از نزدیکی انجام می شود. مهمترین مؤلفه های آنالیز سمن حجم منی، تعداد، درصد و کیفیت اشکال طبیعی و درصد تحرک اسپرم است. پس از دو روز امتناع از نزدیکی حجم منی دو تا شش میلی لیتر خواهد بود و کاهش آن مطرح کننده انزال روتروگراد یا برخی از بیماری های غدد فرعی تناسلی بوده، افزایش آن نیز ممکن است؛ به دلیل خودداری طولانی مدت و یا بیماری های التهابی ... غدد فرعی باشد.

فقدان فروکتوز: (فروکتوز قندی است که به طور طبیعی در منی وجود دارد). (گلن وایل، ترجمه محمودی ۱۳۸۳) و افزایش شدید pH منی ممکن است؛ به دلیل انسداد مجاری انزال و یا اختلال فعالیت وزیکون سمینال باشد حجم کم و زیاد منی هر دو مضر و نامطلوب است.

تعداد و تراکم اسپرم ها در حد توصیه شده (۱۳/۵ میلیون میلی لیتر) باشد و حداقل ۵۰ اسپرم ها حرکت پیش رونده داشته باشند. (برخی مراکز علمی ۴۰٪ را هم طبیعی اعلام کرده اند). همه مردها درصدی اسپرم غیر طبیعی دارند (یا دو سر دارند یا اصلاً دم ندارند). اگر درصد اسپرم های غیرطبیعی در منی مرد خیلی بالا باشد، می تواند اثر منفی روی بارداری داشته باشد. برخی از متخصصین عقیده دارند که اسپرم های غیرطبیعی در عبور از لوله فالوپ و نیز سوراخ کردن دیواره تخمک دچار مشکل می شوند

به طور طبیعی، در بیضه مرد اسپرم تولید می شود و به هنگام انزال از وی خارج می شود. اگر در موارد زیر اختلالی باشد، شانس لقاح کم شده و مرد نابارور محسوب می شود.

۱: تعداد کم اسپرم ۲: عدم بلوغ اسپرم ۳: شکل غیرطبیعی اسپرم ۴: عدم توانایی حرکت مناسب اسپرم

عواملی که بر تعداد، شکل، بلوغ و حرکت اسپرم تأثیر منفی دارند عبارتند از:

بیماری های عفونی: بیماری های عفونی با شرایط التهابی نظیر بیماری اوریون سبب عفونت مجاری تناسلی یا التهاب و از بین رفتن بیضه ها در مرد می شوند. حدود ۲۵٪ مردانی که بعد از بلوغ دچار اوریون می شوند نابارور می شوند.

اختلالات هورمونی: اختلالات هورمونی سبب حدود ۵-۲٪ مشکلات ناباروری در مردان می شود. تولید نامناسب هورمون های FSH و LH بر تولید هورمون مردانگی یا تستوسترون و تولید اسپرم تأثیر دارند.

مشکلات مربوط به دستگاه ایمنی بدن: در بدن بعضی مردان علیه اسپرم خودشان ماده ای به نام آنتی بادی تولید می شود که سبب کاهش حرکت اسپرم یا به هم چسبیدن آنها می شود.

واریکوسل: جمع شدن خون در سیاه رگ های متسع شده اطراف بیض هاست که به واسطه ای افزایش درجه حرارت در ناحیه اسکروتوم (کیسه بیضه) و بیضه ها به وجود می آید و تولید اسپرم طبیعی و فعال را مختل می کند. (همان) درجه حرارت اسکروتوم بایستی چند درجه پایین تر از قسمت های دیگر بدن باشد. وضعیت طبیعی و ایده آل، انتقال سریع بیضه ها از ناحیه حفره شکمی به داخل اسکروتوم است. در برخی از مواقع، بیضه ها برای سالها در داخل حفره شکمی باقی مانده و به اسکروتوم منتقل نمی شوند. برای جلوگیری از صدمات جبران ناپذیر به بیضه ها در صورت باقی ماندن در حفره شکمی که نهایتاً منجر به ناباروری می شود، باید بیضه ها با عمل جراحی به داخل اسکروتوم منتقل شده و این عمل باید در اوایل دوران کودکی و پس از تولد انجام پذیرد.

انسداد مجاری انتقال دهنده اسپرم: اولین قسمت سیستم هدایتی انتقال اسپرم، اپیدیدیم است. ناباروری ناشی از اختلال در انتقال اسپرم می تواند علل مختلفی داشته باشد که عبارت اند از:

۱- انسداد مکانیکی مجاری سیستم تناسلی؛

۲- انسداد ناشی از ناهنجاری های مادرزادی وازدفران؛

۳- انسداد مجاری تولید مثل که ناشی از حملات قلبی، عفونت مجاری تناسلی و انسداد مجاری انزالی که ناشی از مجاری ولف و مولرین است؛

۴- انسداد ناشی از اختلالات آناتومیکی مادرزادی و از اپیدیدیم، پدیده التهابی، می‌باشد (کی و دیگران)

۲-۱۳-۲) ناهنجاری های مربوط به ساختمان بدن

بعضی عوامل نظیر بسته بودن لوله های خروج اسپرم (دفران، اپیدیدیم) سبب ناباروری در مردان می شود. بسته شدن لوله های خروج اسپرم می تواند به علل مادرزادی، نقص ژنتیکی، عفونت ها یا التهاب های دستگاه ادراری - تناسلی باشد. البته جای جراحی های قبلی نیز می تواند این لوله ها را ببندند..

۲-۱۳-۳) عوامل دیگر

عوامل دیگری نظیر ناتوانی جنسی و یا انزال زودرس نیز می تواند عامل ناباروری در مردان باشد.

۲-۱۳-۳) علل ناباروری ژنتیکی

علل ناباروری اعم از مشکلات هورمونی و چاقی تا غیر طبیعی بودن سلول های جنسی (تخمک و اسپرم) همگی می تواند به نوعی تحت تاثیر عوامل ژنتیکی باشد. برای مثال استعداد چاقی، ابتلا به عفونت و حتی لزوم انجام یک جراحی که به ناباروری می انجامد همگی هر چند کوچک می توانند به عوامل ژنتیکی مربوط باشند. امروزه مطالعات بر روی ژنهای خاص در انسان و مدل های آزمایشگاهی تا حدودی تاثیر عوامل ژنتیکی بر ناباروری را آشکار ساخته اند.

بعضی از عوامل ژنتیکی بر ناباروری مردان تاثیر می گذارند، در حالی که بعضی عوامل دیگر بر روی هر دو جنس و یا فقط بر روی زنان تاثیر گذارند. برای مثال جابجایی های کروموزومی می تواند بر روی مردان و زنان تاثیر بگذارد اما سندروم کلاین فelter که در آن ترکیب کروموزوم های جنسی به صورت XXY در می آید تنها مختص مردان است و سندروم ترنر که در آن بیمار فقط دارای کروموزوم جنسی X است تنها مختص زنان است.

گاه ممکن است پس از یک معاینه دقیق پزشکی، زن و شوهر کاملاً سالم تشخیص داده شوند ولی به علل ناشناخته بارور نشوند. اگرچه معمولاً بعد از دو سال تعداد زیادی از این زوج ها بچه دار می شوند، اما تعدادی از آنها حتی بعد از گذشت سه سال بدون استفاده از روش های پیشگیری بچه دار نمی شوند، در این صورت باید تحت درمان قرار بگیرند.

دانش پزشکی از مدتی قبل این توانایی را پیدا کرد تا بوسیله تلقیح مصنوعی بسیاری از مشکلات زوجین را در تولید مثل جبران کنند. دانشمندان توانسته اند به وسیله تلقیح مصنوعی بسیاری از مشکلات زوجین را در تولید مثل جبران کنند. دانشمندان توانسته اند بوسیله تلقیح مصنوعی و رفع بعضی از نواقص و عیوب مردان نظیر عنن، انزال سریع و یا معالجه عیوب مجاری تناسلی زنان یا مردان، آرزوی کسانی که سالیانی دراز در انتظار فرزند بسر می برند را تحقق بخشند تلقیح مصنوعی در ابتدا برای اصلاح نژاد یا تکثیر نسل حیوانات مورد استفاده قرار گرفت و در سال ۱۷۶۵ میلادی Lad wig Jacob اولین آزمایش را در این مورد یک دانشمند آلمانی به نام روی ماهی ها انجام داد. در نیمه ی اول قرن نوزدهم تلقیح مصنوعی روی مادیان و گاو و گوسفند انجام شد و نتیجه ی حاصل مثبت حاصل گردید. در اواخر قرن نوزدهم یکی از دانشمندان روسی تلقیح مصنوعی را در چهارپایان با متدی خاص معمول ساخت که بعدها آن Flie Iven off به نام روش به طور گسترده مورد عمل قرار گرفت. (اسدالله امامی ۱۳۴۹)

در سال ۱۹۱۴ میلادی یکی از اطبای انگلیسی مقیم مصر موسوم به دکتر جامیسون شنیده بود که در میان بدویان طریقه ای برای معالجه زنان عقیم وجود دارد که گاه منجر به آبستن شدن زنها می شود و گاهی اینگونه زنان می میرند. این اتفاق پزشک انگلیسی را به فکر فرو برد و در اثر بررسی های فراوان دریافت که زنان بدوی به قطعه ای از پشم حیوانات نظیر گوسفند افسون می خوانند و آن را به زن نازا می دهند تا به رحم خود بمالد معتقد بودند که زن با این روش یا حامله می شود و یا می میرد. این مطلب باعث شد که پزشک انگلیسی تحقیقات دقیق تری انجام دهد و سرانجام دریافت که زنان بدوی پشم را به نطفه مردان آغشته کرده و سپس آن را به زن عقیم می دهند تا آن را استعمال نماید که علاوه بر نطفه مقدار زیادی از میکرو بهای مضر موجود در پشم وارد رحم زن می گردید؛ اگر آن زن دارای بنیه قوی بود در مقابل میکرو بها مقاومت می کرد والا از پا در می آمد و می مرد. این

موضوع دکتر جامیسون را به فکر انداخت 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 تا به این وسیله خانواده های فراوانی را که در اثر نداشتن فرزند، به متلاشی شدن تهدید می گردیدند نجات دهد. او در این مراحل گاهی به علت بی ثمر بودن اسپرم شوهر از نطفه مرد بیگانه استفاده می کرد. رواج تلقیح مصنوعی در انگلستان و هجوم زنان بی فرزند به بیمارستان های لندن موجب شد که موضوع تلقیح مصنوعی در بین عوام انگلستان مطرح، وزیر بهداشتی استیضاح و دولت تخطئه گردد. علت مخالفت مجلس این بود که چرا این گونه افراد مانند اطفال قانونی، طبیعی و شرعی به ثبت میرسند و شناسنامه برای آنها صادر می شود. با وجود اعتراض های مذکور از تلقیح مصنوعی جلوگیری نشد و امروزه در انگلستان اطفال ناشی از تلقیح مصنوعی به طور چشم گیر مشاهده می گردد.

در پاره ای از کشورها تلاش بر این بود که از اشاعه این رویه غیرطبیعی جلوگیری به عمل آید. در کشور ایتالیا و در شهر واتیکان، پاپ رهبر کاتولیک های جهان تلقیح مصنوعی را تحریم کرد؛ ولی بعضی از کشورهای اروپایی و آمریکایی تلقیح مصنوعی را مباح دانستند. امروزه در ممالک متحده آمریکا با وجود مخالفت های فراوان، تلقیح مصنوعی رواج دارد و پزشکان فرانسه به صورت توافق زن و شوهر اقدام به تلقیح مصنوعی می نمایند

۲-۱۴) پیشینه قانون گذاری تلقیح مصنوعی در کشورهای مختلف:

برخی کشورها دارای مقررات خاص و نسبتاً جامعی هستند. در این کشورها بدو تلقیح مصنوعی زنا محسوب نگردید و سپس قوانین خاص تدوین شد که برخی از این کشورها عبارتند از:

۱- فرانسه: در قانون بهداشت عمومی (مصوب ۲۹ ژوئیه ۱۹۹۴)، مقررات جامعی در مورد تلقیح مصنوعی وضع شد. این مقررات در دو فصل مقررات ویژه مربوط به اعطاء و استفاده از نطفه و کمک پزشکی به حاملگی پزشکی به حاملگی و «نسب ناشی از لقاح مصنوعی» تصویب شد. ضمن آن که با افزودن مواد ۳۱۱ و ۲۰-۱۹ مقررات مربوط به

بهداشت عمومی، قانونی شناخته شد) Code de la santé publique. Titre 7. Chapitre (3)

در این کشور برای اهدا شرایطی در نظر گرفته شده است؛ از جمله: ایمنی بهداشتی، رضایت اهدا کننده، تبرع و گمنام بودن. همچنین علاوه بر زن و شوهر، زن و مردی که دو سال زندگی مشترک داشته باشند، می توانند درخواست دریافت جنین نمایند. اهدا و پذیرش جنین زمانی مجاز است که تولید مثل مصنوعی، ابتدا با استفاده از گامت زوجین و سپس با آمیزش گامت یکی از آنها با گامت شخص ثالث امکان نداشته باشد و در این زمینه تفاوتی بین اتباع کشور و بیگانه وجود ندارد. در حقوق فرانسه لازم است گامت اهدایی حاصل از زن و شوهر قانونی باشد. به علاوه فوت هریک از درخواست کنندگان مانع انتقال جنین است و برای تخلف از مقررات اهداء جنین ضمانت اجرای کیفری پیش‌بینی شده است. (صفایی، شماره ۶۴، ۱۳۸۳ش)

۲- انگلستان: در سال ۱۹۹۰ قانون جامعی تحت عنوان قانون جنین شناسی و تلقیح انسانی به تصویب رسید.

۳- سوئد: قانون باروری در سال ۱۹۸۴ به تصویب مجلس قانون گذاری رسید.

۴- روسیه: در روسیه با اصلاح قانون خانواده در سال ۱۹۶۸ این امر قانونی شد.

۵- استرالیا: با اصلاح قانون خانواده مصوب ۱۹۸۴ این امر قانونی شد. ولی همسر زن، عنوان پدر را نمی گیرد و بچه از نظر قانون بدون پدر تلقی می گردد.

۶- کانادا: بنا بر توصیه کمیسیون اصلاح قوانین در سال ۱۹۸۵ پیشنهاد شد که مراجع قانون گذاری ایالت های کبک و یوکون قوانینی را درخصوص تلقیح مصنوعی وضع نمایند. ایالات متحده آمریکا: حداقل ۳۴ ایالت، قوانینی را در خصوص بعضی از حقوق و مسئولیت های اهدا کننده اسپرم به تصویب رسانده اند. اما به نظر A.I.D نمی رسد که هیچ ایالتی یک قانون جامع و کامل در مورد داشته باشد و یا قانون یک ایالت را بتوان به عنوان نمونه و مدل قانون گذاری در مورد A.I.D در نظر گرفت. (نایب زاده عباس، ۱۳۸۸)

۸ - اتریش، آلمان، نروژ، دانمارک، هلند، بلژیک، پرتغال، یونان و فنلاند:

این کشورها اقدام به تصویب قوانین خاص در خصوص تلقیح مصنوعی نموده و به موجب آن مسائل ناشی از به کارگیری این تکنیک ها را از جهات تخصصی و حقوقی تنظیم نمود ه اند.

مطابق قانون دانمارک مصوب ۱۹۹۲ م؛ جنین انسان ممکن است تنها برای یک سال به صورت منجمد نگه داشته شود و باید با مرگ یکی از زوجین یا با طلاق از بین برود و تحقیقات باید به کمیته های اخلاقی گزارش داده شود (کلارک ۲۰۰۹ م)

در مجموع، بررسی ها نشان می دهد که قانون گذاری در این زمینه از اواخر دهه هفتاد میلادی آغاز شده است. (موسوی جمالی سید علیرضا، ۱۳۶۱)

طبق گزارش های منتشر شده ای که به تایید اتحادیه اروپا نیز رسیده است، در بیشتر کشورهای اروپایی اختلافات بسیاری در قوانین اهداء به چشم می خورد. این اختلاف ها بیشتر زمانی نمایان شد که تعداد زیادی جنین انسانی طی سه هفته در بریتانیا از بین رفت و همین مساله مباحث چالش برانگیزی را در مطبوعات ملی و بین المللی مطرح ساخت. (روشن، ۱۳۸۶ ش)

برای نگهداری و استفاده از جنین در اروپا چهار رهیافت قانونی مشخص شده که عبارتند از: رهیافت بازدارنده، رهیافت کنترل کننده محتاط، رهیافت کنترل کننده آزاد و رهیافت اقتصاد آزاد.

اما در کشورهای آسیایی مسائل اخلاقی و حقوقی ناشی از اهداء گامت یا جنین متفاوت از اروپاست. و بر اساس معیارهای بین المللی، تقریباً ۲۶۰ مرکز درمان ناباروری در آسیا وجود دارد با این وجود در بیشتر کشورهای آسیایی، روش های درمان ناباروری به شکل قانونی موجود نمی باشد. (همان)

۲-۱۵) لقاح آزمایشگاهی:

در صورتی که هر یک از شرایط لازم برای تحقق لقاح طبیعی وجود نداشته باشد، باروری یا لقاح به صورت طبیعی امکانپذیر نخواهد بود؛ در این صورت با استفاده از فن آوری های کمکی باروری یا روش های پیشرفته درمان نازایی به لقاح مصنوعی روی می آورند. منظور از

لقاح مصنوعی این است که در مراحل از فرآیند لقاح دخالت غیرطبیعی بشر بروز می‌کند. لقاح آزمایشگاهی به دو دسته داخل رحمی و خارج از رحمی تقسیم می‌شود.

۲-۱۵-۱) لقاح داخل رحمی:

به روشی گفته می‌شود که لقاح در داخل رحم صورت می‌پذیرد. انواع این روش عبارتند از:

۱- روش IUI یا تلقیح اسپرم به داخل رحم: در این روش مایع منی که می‌تواند متعلق به شوهر باشد یا شخص بیگانه، گرفته می‌شود و پس از شست‌وشو و جداسازی اسپرم‌های زنده تغلیظ شده جمع‌آوری می‌گردد و همزمان یا پیش از تخمک‌گذاری رحم پذیرنده؛ وارد رحم می‌گردد (JK Mason, 1994).

در صورتی که در تلقیح مصنوعی از اسپرم شوهر استفاده شود AIH و در صورتی که از اسپرم اهدایی یا بیگانه استفاده شود AID گفته می‌شود.

۲- GIFT تزریق همزمان تخمک و اسپرم: در این روش تخمک بارور نشده همسر یا زن بیگانه و اسپرم مرد را همراه با هم به وسیله لاپراسکوپ به داخل لوله رحم انتقال می‌دهند تا هم لقاح و هم رشد جنین به طور طبیعی در داخل لوله رحم انجام شود. (فیض‌اللهی ۱۳۸۹)

۲-۱۵-۲) روش‌های لقاح خارج از رحم: به آن دسته از روش‌های تولید مثل کمکی گفته می‌شود که در آنها لقاح بین سلول‌های جنسی نر و ماده در خارج از رحم و در محیط آزمایشگاه صورت می‌گیرد.

۱- ZIFT تلقیح سلول جنسی بارور شده: در برخی مواقع ممکن است اسپرم مرد قادر به ورود و نفوذ به تخمک باشد اما به دلایلی نتواند خود را برای رسیدن به تخمک به داخل لوله رحم برساند و یا اینکه شوهر شرعی و قانونی توان تولید مثل طبیعی را نداشته و نیاز به سلول جنسی مرد دیگری باشد. در این صورت ممکن است اسپرم شوهر یا مرد بیگانه را پس از تهیه، شست‌وشو و آماده‌سازی در محیط آزمایشگاه در مجاورت تخمک زن قرار دهند و بعد از انجام لقاح بین سلول‌های جنسی زن و مرد و تشکیل جنین و قبل از تکثیر

مرحله‌ی سلولی، جنین تشکیل یافته را بوسیله‌ی لاپراسکوپ به داخل لوله رحم منقل نمایند و جنین رشد طبیعی خود را بعد از آن در داخل رحم سیر نماید. (همان)

۲-IVF یا انتقال جنین: این روش مرسوم‌ترین روش باروری از طریق روش‌های کمکی تولید مثل می‌باشد. بعد از تهیه سلول‌های جنسی زن و مرد، آنها را در محیط آزمایشگاهی در کنار یکدیگر قرار می‌دهند تا عمل لقاح انجام پذیرد. بعد از لقاح تخمک و اسپرم؛ جنین تشکیل و رشد آن شروع می‌شود و در مرحله‌ی تکثیر سلولی و به فاصله‌ی دو روز از تاریخ لقاح یعنی در زمان ۸-۴ سلولی جنین آن را وارد لوله رحم می‌کنند تا به رشد طبیعی خود در داخل رحم ادامه دهد. (John Lawrence Hill, vol66)

تفاوت این روش با روش زیفت در این است که در روش IVF ابتدا تخمک زن و اسپرم مرد را گرفته و در درون لوله‌های آزمایشگاهی و در مجاورت یکدیگر قرار می‌دهند تا لقاح انجام شود و پس از تکثیر سلولی جنین را وارد حفره رحم می‌کنند. (جعفری حبیب اله). اما در روش زیفت پس از لقاح تخمک بارور شده و قبل از تکثیر سلولی، جنین را وارد لوله رحمی می‌کنند تا رشد جنین به طور طبیعی در داخل لوله رحم انجام شود.

۳-ICSI یا روش میکروانجکشن: تخمک دارای یک پوسته گلیکوپروتئینی (قندی و پروتئینی) به نام زوناپلوسیدا و حاوی غشای سیتوپلاسمی می‌باشد که مانع ورود اسپرم‌های دارای حرکت و شکل غیرطبیعی به داخل سیتوپلاسم تخمک و در نتیجه موجب عدم لقاح و باروری می‌شود. در این مواقع بعد از تهیه سلول‌های جنسی زن و مرد به طریق شرعی و آماده سازی آنها، اسپرم را با استفاده از دستگاه‌های پزشکی مخصوص به داخل تخمک زن تزریق می‌کنند؛ و بعد از تحقق لقاح در محیط آزمایشگاه و بعد از ۴۸ ساعت از شروع رشد جنین و حداکثر ۷۳ ساعت از زمان لقاح، جنین به وجود آمده را به داخل لوله رحم تلقیح می‌کنند. این روش را روش تزریق اسپرم یا میکروانجکشن می‌نامند. (عباس نایب زاده ۱۳۸۰)

تفاوت IVF & ICSI: در IVF اسپرم در معرض تخمک قرار داده می‌شود تا خودش وارد تخمک شود در حالی که در ICSI اسپرم بعلت ناتوانی عبور از پوسته تخمک با سوزن مخصوص به درون تخمک وارد می‌شود.

۱۶-۲) نهادهای مشابه اهدای جنین:

۱-۱۶-۲) **اهدای تخمک:** یکی از موفق‌ترین و مهمترین روش‌های کمک باروری در بیست سال اخیر روش اهدای تخمک بوده است. این روش غالباً در صورتی مورد استفاده قرار می‌گیرد که نقص باروری زوجین؛ در زوجه باشد و زوج مشکل باروری نداشته باشد. در این صورت تخمک سالم و قابل بارور را از یک زن دیگر به نام زن صاحب تخمک تهیه و برداشت می‌کنند. همچنین اسپرم قابل بارور را نیز از شوهر زن صاحب رحم یا پذیرنده تهیه می‌کنند و پس از بارور سازی دو سلول در محیط آزمایشگاه و لقاح تخمک و اسپرم و تکثیر سلولی، سلول‌های لقاح شده در مرحله تکثیر ۸ سلولی، تعدادی از سلول‌های بارور شده را به لوله رحم زن پذیرنده منتقل می‌کنند. ممکن است در اهدای تخمک از روش‌های دیگر باروری همانند گیفت یا زیفت استفاده شود. (JK Mason, 1994)

در این روش، جنین از سلول‌های جنسی شوهر زن صاحب رحم یا پدر قانونی نشأت می‌گیرد و از لحاظ ژنتیکی با پدر قانونی مرتبط است و بنابراین هم از ژن‌ها و سلول‌های پدر متقاضی به وجود آمده و هم همان پدر صاحب اسپرم نیز متقاضی فرزند است و به این جهت که هم علم حقوق و هم جهان ژنتیک او را پدر می‌شناسد باید به او پدر واقعی گفت. در این روش جنین با زن صاحب رحم ارتباط ژنتیکی ندارد، زیرا از تخمک و سلول جنسی زن دیگری بنام اهدا کننده تخمک به وجود آمده است (عباس نایب زاده ۱۳۸۹)

همچنین بسیاری از فقها، مادر طفل حاصل از چنین تخمکی را همان زن صاحب تخمک یا اهدا کننده می‌دانند و زن پذیرنده یا صاحب رحم را مادر تلقی نمی‌کنند. (آیت اله صانعی، ۱۳۸۴)

۲-۱۶-۲) **اهدای اسپرم:** در صورتی که علت ناباروری زوجین، نقص موجود در شوهر زوج متقاضی جنین همانند اشکال در تولید اسپرم، اشکال در خروج اسپرم و انزال و اشکال در کیفیت یا کمیت اسپرم و یا ناتوانی اسپرم در رسیدن به لوله‌ی رحم یا نفوذ در تخمک و امثال آن باشد؛ امکان لقاح و حاملگی زن از شوهر خود به صورت طبیعی وجود ندارد. در این صورت برای رفع اشکال ممکن از اسپرم مرد بیگانه ای استفاده می‌شود. (JK mason 1994)

البته در عمل معمولاً زمانی از اسپرم مرد بیگانه استفاده می‌شود که شوهر زوج نابارور آواسپریمیا و به عبارت دقیق‌تر فاقد اسپرم باشد؛ وگرنه در صورت داشتن اسپرم و نقایص دیگر، معمولاً این نقایص بعد از اخذ اسپرم از نامبرده در آزمایشگاه رفع و جنین توسط گامت‌های خود زوجین تشکیل و سپس به رحم زوج منتقل می‌شود. (فیض‌اللهی ۱۳۸۹).

در این روش تخمک متعلق به زنی است که جنین در رحم او رشد و نمو پیدا می‌کند و همین زن نیز متقاضی بچه دار شدن است و در مادر بودن او تردیدی وجود ندارد؛ لیکن اسپرم یا سلول جنسی مردانه متعلق به شوهر این زن نیست و به شخص ثالثی تعلق دارد و بسیاری از فقها مرد اهدا کننده‌ی اسپرم را پدر بچه‌ی حاصل می‌دانند. (مجتبی فروزان‌فر، رسول مزروعی، ۱۳۸۴)

۲-۱۶-۳) رحم جایگزین:

شیوه‌ای است برای دستیابی زوج‌های نابارور به فرزند که به موجب آن بانوی صاحب رحم به وسیله روش‌های کمکی تولید مثل؛ جنین حاصل از لقاح اسپرم و تخمک والدین حکمی باردار شده و متعهد می‌گردد که پس از طی دوران بارداری و زایمان بر اساس قرارداد منعقد شده بین زوجین حکمی نوزاد و بانوی صاحب رحم، نوزاد را به زوج نابارور متقاضی تحویل دهد. زوج نابارور را والدین حقیقی و بانوی صاحب رحم که حامل بارداری است را مادر جایگزین تلقی می‌کنند. (حجت‌های، هادی_ طلعتی، محمدهادی ۱۳۷۵). گفتنی است اگر زن علاوه بر عدم توان باروری، به عللی نظیر فقدان رحم یا نقص در ساختار آن، توان حمل جنین را نداشته باشد، جنین‌اهدایی نه در رحم او، بلکه در رحم جایگزین زن دومی پرورش خواهد یافت. (آخوندی ۱۳۸۵). در اینجا ترکیبی از دو روش اهداء جنین و رحم جایگزین شاهد هستیم. کودک حاصل از این باروری نه ارتباط بیولوژیکی با پدر و مادر پس از تولدش دارد و نه حتی در رحم اهداگیرنده گامت یا جنین، پرورش یافته است. این کودک وضعیتی نظیر وضعیت کودک فرزند خوانده دارد. (جعفری تبار ۱۳۸۵).

۲-۱۷) تفاوت اهدای جنین با نهادهای مشابه:

از دیدگاه طبی، مفهوم جنین به مفهوم خاص خود عبارت از: انتقال جنینی تشکیل یافته از محوطه‌ی آزمایشگاه به رحم زنی که جنین انتقالی با آن زن و همچنین شوهر او رابطه‌ی ژنتیکی ندارد. در این روش هر دو سلول جنسی نر و ماده متعلق به اشخاص ثالث و به

عبارت بهتر اهدایی می‌باشد. در حالی که در روش های دیگر همانند اهدای اسپرم یا اهدای تخمک و یا اجاره رحم؛ دست کم یکی از سلول های جنسی تشکیل دهنده جنین متعلق به کسانی است که جنین با اراده‌ی آنها و به منظور بچه دار شدن آنها تشکیل یافته است.

همانطور که پیش‌تر بیان شد در روش اهدای جنین هم اسپرم متعلق به مرد بیگانه است و هم تخمک از یک زن ثالث اخذ شده است و جنین نیز از امتزاج دو سلول اهدایی ترکیب یافته و یا از جنین های اضافی اهدا شده توسط زوج‌های نابارور به رحم زن متقاضی حاصل شده است (عباس نایب زاده. منبع پیشین). بنابراین هیچ کدام از زن و شوهر گیرنده جنین که متقاضی فرزند هستند از نظر ژنتیکی هیچ ارتباطی با جنین و کودک حاصل ندارند و جنین از نطفه‌ی هیچ یک از آنها به وجود نیامده است (فیض اللهی ۱۳۸۹)

۲-۱۸) بررسی مبانی فقهی. حقوقی اهدا جنین:

بسیاری از مباحث اخلاق، فقه و حقوق به نوعی با شان و کرامت انسانی در ارتباط است. در گذشته ناباروری را تقدیر الهی می‌دانستند، اما امروزه با پیشرفت های علمی جدید در حوزه‌های مختلف پزشکی این امکان را یافته اند که تقدیر الهی را تغییر دهند و سرنوشت دیگری را رقم بزنند. اما اسلام برای بهره گیری از پیشرفت علم و فن‌آوری توصیه های فراوانی دارد. علم پزشکی جایگاه خاصی دارد؛ به‌طوری که در کنار دین قرار گرفته و شأنی عظیم یافته است. (الکراچی. ج ۲. علامه مجلسی ج ۱). این تکریم از علم پزشکی نشان می‌دهد که در اسلام علاج بیماری‌هایی که با تقدیر الهی ایجاد می‌شوند، به علم پزشکی سپرده می‌شوند (شیخ مفید. ص ۱۴۴). اما آنچه که نیاز به بحث و بررسی دارد این است که برخی از مسائل جدید و از فن‌آوری های روز علم پزشکی می‌باشند بنابراین در آیات و روایات احکام آنها مشخص نمی‌باشد. از این رو باید با توسل به احادیث و اصول فقهی حکم این اعمال را بیابیم.

در ارتباط با حکم فقهی اهدا جنین چهار دیدگاه از جانب فقهای مذاهب اسلامی مطرح شده است:

۲-۱۸-۱) مشروعیت مطلق:

طرفداران این دیدگاه تمام انواع باروری های پزشکی را که به دلیل ضرورت از ناحیه پزشک تجویز می شوند را مشروع می دانند و معتقدند دلیل محکمی که موجب حرمت این مسئله شود وجود ندارد. ایشان برای صحت نظرات خود به قواعد ذیل استناد می نمایند.

الضرورات تبیح المحذورات به این معناست که اگر شخصی به حکم ضرورت مرتکب عمل سوء و خلاف قانونی شود، قابل سرزنش و مجازات نیست. همچنان که بسیاری از فقههای مذاهب اربعه بر این عقیده هستند؛ در صورتی که ناباروری زوجین را در حالت اضطرار و حرج و ناچاری قرار دهد، اقدام آنها در جهت رفع ناباروری مشروع می باشد).

قاعده نفی عسر و حرج و حدیث رفع: فقها با استناد به قواعد مذکور معتقدند هرگاه بر انسان مشکل غیر قابل تحملی مستولی گردد، حکم اولیه موضوعات برداشته شده و بر آن عنوان ثانویه حاکم می گردد. لذا اگر حکم اولیه ای، مسئله حرمت باشد با پدید آمدن اضطرار حلال و حداقل مباح می شود. همچنین در روایت نبوی آمده است: «نه چیز از امت من برداشته شده است: اشتباه، فراموشی، اکراه از آنچه نمی دانند، آنچه بر آن توانایی ندارند، آنچه بر آن مضطر شده اند، حسد، فال بد انداختن و اندیشه های وسوسه آمیز درباره مردم تا زمانی که بر زبان نیاورده اند.» برخی از فقها نیز با استناد به این روایت عقیده بر این دارند که زوجین از روی ضرورت به فرایند اهدای جنین روی می آورند لذا اگر حکم این فرایند حرمت باشد؛ می توان مطابق حدیث رفع، حکم جواز را حاکم بر حرمت مسئله کرد. (فتح اله قربانی و همکاران)

۲-۱۸-۲) مشروعیت مشروط:

اکثر فقههای معاصر شیعه جهت مشروع بودن فرایند مزبور شروط ذیل را لازم دانسته اند:

۱- جنین اهدایی محصول ترکیب گامت های زوجین قانونی و شرعی باشد همچنین نحوه گرفتن اسپرم و تخمک غیر شرعی نباشد یعنی از طریق عمل زناشویی حاصل شود.

۲- جهت مبادرت به این عمل عسر و حرج وجود داشته باشد یعنی زوجین فاقد گامت سالم باشند

۳- زن دارای رحم سالم جهت انتقال جنین باشد و جنین نیز از روش تلقیح خارج رحمی به وجود آید.

۴- در فرآیند مزبور مقدمه حرامی چون لمس یا نظر حرامی رخ ندهد و در انجام عمل مزبور هیچگونه حرام و ممنوعیت شرعی نادیده گرفته نشود. در این صورت حرمت مطلق به وجود می‌آید. (فتح اله قربانی و همکاران)

همچنین در فقه امامیه بسیاری از مراجع تقلید و فقهای اسلامی در زمینه حلیت لقاح مصنوعی با اسپرم شوهر و آثار شرعی و حقوقی آن در دوره‌ی معاصر اظهار نظر کرده اند:

حضرت آیت‌الله العظمی شیخ یوسف صانعی در مسئله ۱۱۰ مربوط به تلقیح مصنوعی چنین اظهار نظر فرمودند: باردار نمودن مصنوعی زن با نطفه‌ی شوهر جایز است البته باید از مقدمات حرام پرهیز شود. مثل آنکه تلقیح کننده نامحرم نباشد؛ هرچند اینگونه اعمال موجب حرام شدن نطفه و فرزند نمی‌باشد چون مربوط به مقدمات است و خود مقدمات حرام است و فرزند متعلق به زن و مرد صاحب نطفه می‌باشد و همه‌ی احکام فرزند را داراست. و در مسئله ۱۱۴ چنین فرمودند: هرگاه تخمدان زن قدرت آزاد کردن و وارد کردن تخمک به داخل لوله را نداشته باشد؛ در این صورت جایز است که با عمل جراحی تخمک را از شکم بیرون آورده و در خارج آن را با اسپرم شوهر مخلوط نموده و سپس به رحم زن وارد نمایند (صانعی ۱۳۷۸)

برخی از فقها معتقدند اهدای جنین مشروط به انجام آن توسط زوجین جایز است و در صورت ناتوانی زوج از انجام فرآیند، حضور زوج یا زن دیگری از محارم وی در زمان درمان ضروری است، (فتح الله قربانی و همکاران) اما حضرت آیت الله حسینعلی منتظری می‌فرماید: تلقیح منی بیگانه به وسیله غیر زوج مسلماً جایز نیست و حتی تلقیح منی بیگانه به وسیله زوج نیز دارای اشکال است و در صورتی که عقیم بودن با معالجه مداوا نشود معلوم می‌شود که مصلحت در بچه دار شدن او نیست و علی‌ایهال اگر چنین کاری بشود، بچه ملحق به صاحب نطفه است و نسبت به صاحب تخمک و زنی که نطفه در رحم او قرار داده شده است لازم است احتیاط رعایت شود. (منتظری، ۱۳۷۳)

۲-۱۸-۳) ممنوعیت مطلق:

طرفداران این دیدگاه با استناد به دلایل ذیل معتقدند به علت اینکه در فرآیند مزبور در واقع گامت بیگانه وارد رحم زن می‌شود لذا اهداء جنین حرام است حتی اگر اهداءکنندگان گامت زوجین قانونی و شرعی باشند.

۱: قرآن کریم: آیه « ان المسلمین و المسلمات و المومنین و المومنات و الحافظین فروجهن و الحافظات » (احزاب ۳۵) و آیه « الذین هم لفروجهم حافظون الا علی ازواجهن » (مومنون ۵-۷) با توجه به اهمیت حفظ فرج در آیات کریمه باید به این نکته ملزم شد که آمیزشی که احتمال حرام بودن آن وجود دارد هم ممنوع است لذا عده ای آمیزشی که احتمال حرام بودن آن وجود دارد را تلقیح مصنوعی و انواع آن نظیر اهدای جنین می‌دانند.

۲: روایات: شیخ کلینی از امام صادق نقل کرده است که ایشان فرمود: « سخت ترین و دردآورترین عذاب در روز قیامت جزای مردی است که نطفه‌ی خود را در رحم زنی که بر وی حرام است جای دهد. » () اگر عمومیت این روایت را مدنظر قرار دهیم، با عمومیتش بر حرمت فرآیند اهدای جنین نیز دلالت خواهد کرد؛ آنچه از عمومیت روایت استفاده می‌شود این است که در فرآیند مزبور، جنین حاصل از نطفه بیگانه به رحم زن منتقل می‌شود خواه زن نسبت به این مسئله راضی باشد یا خیر. حضرت آیت الله حسین نوری همدانی تلقیح نطفه‌ی مرد اجنبی را شرعاً از جهت حکم تکلیفی جایز نمی‌داند و فرزند حاصل را غیر مشروع می‌داند. (نوری همدانی، ۱۳۷۷) همچنین آیت الله محمد فاضل لنکرانی در هیچ موردی تلقیح نطفه‌ی اجنبی به اجنبیه را جایز نمی‌داند. (فاضل لنکرانی ۱۳۷۶)

در جایی دیگر حضرت آیت الله سیدشهاب الدین مرعشی نجفی (ره) می‌فرمایند: تلقیح نطفه‌ی اجنبی، ناشناس یا شناخته شده حرام است؛ چه شوهردار باشد چه بی شوهر؛ چه با رضایت شوهر باشد چه بی رضایت او، در همه حال حرام است و نطفه به پدر مادر واقعی خود محرم است، زیرا از آب آن پدر خلق شده ولی به شوهر شرعی زن که نطفه از او نمی‌باشد محرم نیست. (مرعشی نجفی، ۱۳۶۸)

۳: استناد به قواعد درء المفاسد مقدم علی جلب المصالح و ماغلب ضرره فهو ضرر محض: مضمون این دو قاعده به طور کلی گویای این مهم است که باروری به شکل IVF اگرچه تا

حدودی مشکل ناباروری زوجین را مرتفع می‌کند اما به دلیل وجود مسائل زیانباری چون هتک حرمت، کشف عورت، منافات داشتن با عظمت و کرامت انسان و پدیدآوردن عوارض روانی مختلف برای فرزند حاصله از انجام آن به طور کلی باید صرف‌نظر کرد. زیرا باروری به روش مذکور عملی است که ضررش بر نفعش چیرگی دارد.

شماری از فقها مذاهب اسلامی با استناد به روایت: «زندیقی از امام صادق ع سوال می‌پرسد: به چه علت باری تعالی زنا را مشمول حکم حرمت دانسته است؟ امام صادق پاسخ داده اند: به علت اینکه موجب فساد و موجب از دست رفتن میراث‌ها و قطع انساب می‌شوند.» آیت الله بروجردی حتی تلقیح منی زوج به زوجه را محل تامل و اشکال می‌داند (فتح اله قربانی و همکاران)

۱۹-۲) مبانی قانونی و شرایط اهدا و دریافت جنین:

باروری جایگزین یا باروری با کمک شخص ثالث به استفاده از تخمک، اسپرم، یا جنینی اطلاق می‌گردد که توسط شخص ثالثی اهدا می‌شود و به وسیله‌ی آن امکان تجربه بچه دار شدن برای زوجین فراهم می‌گردد. (پایان نامه، بررسی فقهی و حقوقی رحم جایگزین ۱۳۸۷ش). برای استفاده از این امتیاز قانونی زوجین متقاضی پس از احراز شرایط دریافت جنین اهدایی توسط پزشک معالج، از سوی مراکز درمان ناباروری به یکی از دادگاه های خانواده معرفی می‌شوند و پس از تایید سلامت جسمانی و روانی که توسط کارشناس پزشکی قانونی مورد بررسی قرار میگیرد، مجوز دریافت جنین اهدایی را از دادگاه دریافت می‌نمایند. (آذر یحیایی)

۱۹-۲) شرایط و تشریفات قانونی اهداء و انتقال جنین:

زوجین دریافت کننده جنین باید دارای شرایطی باشند که در ماده ۲ قانون نحوه‌ی اهدا جنین به زوجین نابارور پیش‌بینی شده است. برخی از این شرایط پیش‌بینی شده در قانون و آیین نامه اجرایی آن بین زوجین اهداءکننده و اهداءگیرنده مشترک است و برخی صرفاً به زوجین اهداءکننده یا اهداءگیرنده اختصاص دارد.

۲-۱۹-۱) تشریفات قانونی اهداءجنین:

۱: اهداءجنین فقط در صورتی مجاز است که جنین نتیجه‌ی لقاح خارج از رحم باشد.

۲: اراده‌ی زوجین نسبت به اهداءجنین باید به صورت کتبی ابراز شود و هیچ‌گونه ابهامی در رضایت آنان وجود نداشته باشد.

۳: واگذاری جنین چنانچه از کلمه‌ی اهداءبر می‌آید، باید رایگان باشد.

۴: اهداء باید محرمانه و به تعبیر قانون فرانسه بی‌ظنام باشد. این شرط در قانون ایران ذکر نشده است ولی در مواد ۳ و ۱۶ آیین نامه اجرایی قانون آمده است. (نسیم برهانی و همکاران)

۲-۱۹-۲) شرایط مشترک اهداکنندگان و اهداگیرندگان:

۱- وجود رابطه‌ی زوجیت شرعی و قانونی و رسمی: آیین نامه اجرایی قانون علاوه بر بکاربردن الفاظ «زوج‌های قانونی و شرعی» و «زوج‌های واجد شرایط مقرر» در ماده یک، در مواد ۲ و ۴ آیین نامه صراحتاً بیان نموده است که زوج‌های اهداکننده و زوج‌های متقاضی جنین باید دارای شرایطی باشند که یکی از آن شرایط عبارتست از: «علقه و رابطه‌ی زوجیت قانونی و شرعی». (نجات فیض الهی، ۱۳۸۹)

۲- عدم ابتلا به بیماری‌های صعب‌العلاج: متأسفانه بیماری‌های صعب‌العلاج در هیچ منبع فقهی و حقوقی و پزشکی تعریف نشده و مورد بحث قرار نگرفته است. می‌توان گفت که «بیماری صعب‌العلاج بنا به تعریف، به گروهی از بیماران اطلاق می‌شود که بنا به اصل و ماهیت آن، بیمار دوره‌ای از ناخوشی و عدم توان را در حداقل چهارماه تجربه کند ولی علاج پذیر باشد، ولو با صرف وقت و هزینه‌ی بالا؛ و بیماری لاعلاج عموماً به بیماری گفته می‌شود که علاج پذیر نبوده و علم کنونی قادر به اداره‌ی درمانی و شفای کامل آن نباشد». (دکتر محمد علی امام هادی، ۱۳۸۴). با توجه به تعریف مذکور به نظر می‌رسد که منظور مقنن از شرط عدم ابتلا به بیماری‌های صعب‌العلاج، ابتلای آنان در زمان اهداء و دریافت جنین است و سوابق قبلی افراد درگیر اهدای جنین نمی‌تواند مؤثر باشد، مگر اینکه بیماری آنان خفته بوده و احتمال بروز مجدد آن بیشتر باشد. علاوه بر این، مفهوم بیماری‌های لاعلاج نیز در متن مستتر می‌باشد. زیرا وقتی بیماری صعب‌العلاج مانع دخالت در اهداء یا دریافت جنین می‌شود. بیماری‌های لاعلاج به طریق اولی این ممنوعیت را

موجب می‌شود. بنابراین مراد مقنن از بیماری‌های صعب‌العلاج شامل بیماری‌های لاعلاج نیز می‌شود.

۳-عدم اعتیاد.

۴-رضایت و موافقت زوجین

۲-۱۹-۱-۳) شرایط اختصاصی اهداء کنندگان:

در حقوق ایران علاوه بر شرایط مشترک اهداء کنندگان و دریافت کنندگان جنین، تنها شرط اختصاصی زوجین اهداء کننده مطابق بند «ب» ماده‌ی ۲ آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون عبارتست از: سلامت متعارف جسمی و روانی و ضریب هوشی مناسب اهداء کنندگان. مراد از سلامت متعارف جسمی و روانی آن است که زوجین اهدا کننده جنین از دیدگاه عرف عام مردم و عرف خاص پزشکان، افراد تعارفی باشند و این سلامتی متعارف هم شامل روح و هم شامل جسم و تن آنان می‌شود. (دکترنجات فیض الهی ۱۳۸۹)

یکی دیگر از شرایط اهداء کنندگان که در حقوق بسیاری از کشورها به آن اشاره شده است اما در قانون ایران ساکت است و فقط در آیین‌نامه‌ی فاقد ضمانت اجرا؛ در ماده‌ی یک به رایگان بودن آن اشاره شده است؛ قصد تبرع و نداشتن انگیزه‌های مالی است. اگر چه اهداء جنین هیچ نوع نفع درمانی برای اهداء کنندگان ندارد، لیکن منافع غیر درمانی اعم از مالی یا معنوی ممکن است برای اهداء کنندگان در پی داشته باشد. منفعت غیرمالی همان تامین حس نوع دوستی و کمک به هم‌نوع می‌باشد. اما نفع مالی اهداء کنندگان همان پاداش مالی است که در مقابل اهداء جنین از دریافت کنندگان به اهداء کنندگان می‌رسد. همانطور که پیشتر اشاره شد اگرچه بیشتر قوانین موضوعه در زمینه اهداء گامت و جنین به رایگان بودن اهداء اشاره کرده‌اند؛ لیکن دریافت وجه در مقابل اهدای جنین در عمل بسیار رایج است. در یک تحقیق بعمل آمده در کشور آمریکا، عده‌ای از اهداء کنندگان، پاداش مالی را انگیزه اهداء اعلام نموده‌اند و حتی عده‌ای از آنان اظهار نموده‌اند اگر جبران مالی صورت نمی‌گرفت حاضر به اهداء نبودند. (دکتر ندا یآوری و الهه متوسلی. ۱۳۸۴)

مسائل دیگری که نیاز است متخصصان کلینیک اهداء بررسی نمایند و سپس آنها را در لیست اهداکنندگان یا دریافت‌کنندگان جنین قرار دهند: معاینات بالینی، موفقیت‌های

فرهنگی اجتماعی، و همچنین اعتقادات مذهبی زوجین می‌باشد) بهجتی اردکانی، آخوندی و شیدفر، ۱۳۸۷ش)

۲-۱۹-۱-۴) شرایط اختصاصی دریافت کنندگان جنین:

با توجه به قوانین مختلف کشورها، یک‌سری از شرایط لازم برای اهداء و انتقال جنین به دریافت کنندگان آن اختصاص دارد. در قانون ایران با توجه به قانون نحوه‌ی اهداء جنین و آیین‌نامه‌ی اجرایی آن چهار شرط اختصاصی برای دریافت کنندگان جنین پیش‌بینی شده است.

۱- عدم امکان باروری و استعداد دریافت جنین: ماده‌ی ۲ قانون نحوه‌ی اهداء جنین به زوجین نابارور چنین مقرر داشته است: «تقاضای دریافت جنین اهدایی باید مشترکاً از طرف زن و شوهر تنظیم و تسلیم دادگاه گردد و دادگاه در صورت احراز شرایط ذیل مجوز دریافت جنین را صادر می‌کند:

الف- زوجین بنا به گواهی معتبر پزشکی، امکان بچه دار شدن نداشته باشند و زوجه استعداد دریافت جنین را داشته باشد.»

با توجه به بند الف ماده ۲ شرط اساسی دریافت جنین، تشخیص قطعی ناباروری زوجین دریافت کننده می‌باشد و در این خصوص لازم نیست که زوج و زوجه دریافت کننده هر دونا بارور باشند بلکه مطابق ماده‌ی یک قانون، ناباروری هریک از آنها به تنهایی نیز کافی است. مرجع احراز کننده این شرایط دادگاه می‌باشد و دادگاه در صورتی گواهی پزشکی را معتبر تلقی می‌کند که توسط پزشکی قانونی مورد اعتماد دادگاه صادر و یا تایید شده باشد. (دکتر نجات فیض الهی، ۱۳۸۹). شرط اساسی دیگر در بند الف ماده ۲ قانون، استعداد دریافت و نگهداری جنین توسط زوجه دریافت کننده است. مراد از این شرط آن است که زوجه دریافت کننده جنین، بدون اینکه هیچ گونه خطر جسمی و روانی متوجه او شود، قادر به دریافت جنین اهدایی و نگهداری آن در رحم تا تولد باشد. (دکتر محمد جواد صفار، ۱۳۸۳)

۲- صلاحیت اخلاقی: قانونگذار در بند «ب» ماده ۲ به شرط صلاحیت اخلاقی زوجین تصریح نموده است، اما معلوم نیست که مراد از صلاحیت اخلاقی زوجین چیست و احراز آن به چه طریق خواهد بود. این ابهام باعث شده است در عمل دادگاه‌های خانواده، رویه‌های متفاوتی

اتخاذ نمایند. برخی از دادگاه‌ها همانند پرونده‌های راجع به درخواست رشد محجورین اقدام نموده‌اند و راساً با مصاحبه ظاهری در دادگاه و با لحاظ اصل برائت از هرگونه خلاف و بی‌صلاحیتی و اصل صحت اعمال و اقوال مومنین، صلاحیت اخلاقی زوجین را احراز می‌کنند و برخی دیگر اقدام به تحقیقات محلی می‌نمایند و برخی دیگر با استعلام سوابق کیفری متقاضیان و اطمینان از نداشتن سابقه کیفری آنها، این صلاحیت را در آنان محرز می‌دانند. (فیض الهی ۱۳۸۹)

۳- اهلیت قانونی: مطابق بند ج ماده ۲ قانون نحوه اهداء جنین، یکی از شرایط زوجین دریافت کننده جنین این است که هیچ یک از زوجین محجور نباشند. این عبارت به منظور حمایت از حقوق فرزندی است که در نتیجه اهداء جنین متولد خواهد شد. زیرا اشخاصی که عقل معاش ندارند یا امور مالی یا غیرمالی آنها توسط ولی یا قیم اداره می‌شود و شخصاً توانایی اداره امور خود را ندارند، در صیانت و حمایت از شخص دیگری به طریق اولی ناتوان خواهند بود.

۴- تابعیت ایرانی: مطابق بند «و» ماده ۲ قانون نحوه اهداء جنین، زوجین متقاضی دریافت بایستی تابعیت جمهوری اسلامی ایران را داشته باشند؛ بنابراین اشخاصی که تابعیت ایرانی ندارند حق دریافت جنین در ایران را ندارند اگرچه جنین اهدایی نیز متعلق به اتباع غیر ایرانی باشد.

اساسی ترین سوالی که مطرح می‌شود این است که اهدای جنین به چه کسانی توصیه می‌شود؟ در پاسخ به این سوال باید گفت:

۱- زنی که دارای رحم است اما تخمدان‌هایش در اثر یائسگی زودرس، تولید تخمک نمی‌کنند. زنی که برای درمان سرطان، عفونت لگن یا عفونت دیواره داخلی رحم، تخمدان‌هایش برداشته شده یا به واسطه شیمی درمانی از کار افتاده است. زنی که به علت ابتلا به نوعی بیماری ارثی مثل سندروم ترنر با تخمدان‌های غیرفعال به دنیا آمده است یا تخمدان‌هایش تحریک‌پذیر نشان نمی‌دهد. (آخوندی و بهجتی اردکانی، ۱۳۸۷ش)

۲- مردی که اسپرم کمی داشته یا به دلیل از بین رفتن بیضه‌ها در اثر شیمی درمانی یا وازکتومی، توانایی تولید اسپرم را از دست داده است و یا با بیضه غیرفعال به دنیا آمده است. (همان)

۳- زوجی که در معرض خطر اختلال ژنتیکی فرزندانشان باشند. مثلاً زنی که ناقل بیماری‌های جنسیتی مثل هموفیلی و هانتینگتون است. (همان)

۴- هر دو زوج نابارورند ولی زن قدرت حفظ و نگهداری جنین را دارد.

۵- زوجی که به علت ناهنجاری‌های کروموزومی، حاملگی‌های متناسبی را از دست داده‌اند.

۶: زنانی که شکست‌های پی در پی آی وی اف داشته‌اند و یا زنان مسنی که شانس بارداری طبیعی را ندارند (محمود عباسی و راحله رضایی. ۱۳۹۱ش)

۲-۲۰) بررسی محرمانگی یا آشکار بودن اهدا جنین:

۲-۲۰-۱) دیدگاه قانونی:

قانون نحوه‌ی اهداء جنین در خصوص محرمانگی یا آشکار بودن این عمل ساکت است. اما آیین نامه اجرایی آن در تبصره‌ی ماده‌ی ۳ و بند «ت» و همچنین تبصره ماده‌ی ۶ مقرر داشته است: اهدای جنین باید به صورت کاملاً محرمانه صورت گیرد و مراکز درمان ناباروری باید نسبت به دریافت، نگهداری و انتقال جنین‌های اهدایی در شرایطی کاملاً محرمانه اقدام نمایند و اطلاعات مربوط به جنین‌های اهدایی، جزو اطلاعات به کلی سری طبقه بندی می‌شوند. همانگونه که در بالا ذکر شد بی‌نام بودن از شرایط اهدای گامت و جنین است، یعنی نام دهنده و گیرنده باید مجهول باشد. برابر قانون مدنی فرانسه نیز نه اهدا کننده می‌تواند هویت دریافت کننده را بشناسد و نه دریافت کننده هویت اهدا کننده را؛ در حالی که در برخی از کشورها مانند سوئد این شرط دیده نمی‌شود. در اقصی نقاط کره خاکی این مسئله محل بحث زیاد بوده است. و رویه‌ی واحدی وجود ندارد. (صفایی ۱۳۸۶. روزنامه رسمی ۱۳۸۲). اما آنچه مسلم است؛ این است که در اکثر کشورهای جهان به منظور ممانعت از تحمیل مسئولیت پدر و مادر به اهداء کنندگان و حفظ حقوق پدر و مادری برای دریافت کنندگان جنین، سیستم اهداء پنهان یا ناشناخته را ترجیح می‌دهند. لازم به ذکر است ناشناخته بودن اهداء کنندگان و استفاده از سیستم اهدای پنهان به معنای از بین بردن کلیه‌ی آثار مربوط به اهداء کنندگان و دیگران نیست؛ بلکه منظور از اهداء ناشناخته، عدم ارائه اطلاعات آنها به دریافت کنندگان و فرزند حاصل است و گرنه اطلاعات شناسنامه ای و ژنتیکی و پزشکی کلیه‌ی افراد درگیر اهداء جنین و از جمله اهداء کنندگان باید ثبت و نگهداری شود. (فیض الهی. ۱۳۸۹). اما برخی از صاحب نظران در رد اصل بی نام بودن از نظر

حقوقی معتقدند که اصل مذکور خلاف کنوانسیون حقوق کودک است. زیرا حق شناسایی پدر و مادر را از کودک سلب می‌نماید. (صفایی، ۱۳۸۶)

۲-۲۰-۲ دیدگاه فقهی:

اگرچه در منابع غربی، حق ناشناخته بودن دهنده، طرفدارانی دارد و حتی قوانینی به نفع آن تصویب شده است (تری و فنولیت). اما جهت پیشگیری و پرهیز از ازدواج کودکان حاصل از گامت‌های یک نفر یا یک زن و شوهر در آینده، و با توجه به حق کودک آینده در شناخت نسب زیست‌شناختی خود بر اساس اصل عدالت، و با مستفاد از آیه ۲۲۸ سوره بقره که مخفی‌کاری و کتمان مخلوق موجود در رحم از حیث وجود و منشا آن بر زنان حرام است (قاسم زاده ۱۳۸۶)؛ آگاهی از هویت اهدا کننده گامت یا حداقل ثبت آن برای آگاه سازی کودک در زمان مناسب در آینده، اخلاقی به نظر می‌رسد.

۲-۲۰-۳ دیدگاه روانشناختی:

اصل بی‌نامگی و محرمانه بودن اهداء گامت، بر اساس مصلحت طفل، اگر چه از نظر غالب حقوقدانان مورد استقبال واقع شده است و دلیل آنها این است که افشای هویت اهدا کننده برای وی که اغلب با انگیزه خیر خواهی و نیکوکاری اقدام به اهدای گامت می‌کند و به هیچ وجه خواهان طفل نیست، ناراحت کننده و بازدارنده است. (جان و آراس، ۲۰۰۳). اما این اصل از دیدگاه روان‌شناسی مورد انتقاد واقع شده است. زیرا چه بسا طفل از این وضعیت دچار ناراحتی روانی خواهد شد، به طوری که تعدادی از فرزندخواندگان با ناراحتی به جست‌وجوی پدر و مادر واقعی خود خواهند پرداخت. و پس از دانستن واقعیت بحران هویت در فرد آغاز می‌شود و بعد از دریافت حقیقت وجودی خویش، اگرچه در کمال عقل و بلوغ باشد، دچار احساسی همچون فریب‌خوردگی می‌شود. حتی اگر شخص بتواند بر این مسئله غلبه کند جامعه حقوقی با پرسش‌هایی چون حریمیت، حق ارث بری و .. او را رها نخواهد کرد. تبعات احتمالی بر کودکان جدید تولید مصنوعی، منحصر در مشکلات فوق نیست. صدمات روحی همچون احساس رها شدگی از سوی پدر یا مادر ژنتیکی یا جایگزین؛ احساسی غریب است که می‌تواند به درستی والدین را به افعال غیر مسئولانه و غیر اخلاقی متهم کند. (جان و آراس-۲۰۰۳)

فصل سوم

بررسی فقهی، حقوقی ماهیت قرارداد اهداء جنین

۳-۱) مقدمه:

با شنیدن قانون نحوه‌ی اهداء جنین به زوجین نابارور و بند پ ماده‌ی یک آیین نامه‌ی اجرایی آن که بیان می‌دارد: « اهداء جنین عبارتست از واگذاری داوطلبانه و رایگان یک یا چند جنین از زوجهای واجد شرایط مقرر در قانون و این آیین نامه به مراکز مجاز تخصصی درمان ناباروری برای انتقال به زوجهای متقاضی دارای شرایط مندرج در قانون». آنچه به ذهن متبادر می‌گردد این است که اهداء جنین مانند اهداء عضو یک عمل تبرعی و رایگان می‌باشد. لیکن آنچه در رویه شاهد آن هستیم خرید جنین توسط مراکز ناباروری و فروش آن به زوجین نابارور می‌باشد. برطبق نظر دکتر کاتوزیان درخصوص ماده ۱۹۱؛ هرگاه اراده‌ی واقعی با آنچه اعلام شده متفاوت باشد اراده‌ی واقعی بر عقد حاکم خواهد بود؛ آن عملی که در اجرای این قانون واقع می‌شود با قصد و تعریف قانونگذار متفاوت است. بنابراین ما در این فصل به تعیین نوع عقد اهداء جنین براساس اراده‌ی واقعی طرفین از منظر فقه و حقوق می‌پردازیم.

۳-۲) هبه و اهداء جنین :

عقد هبه در ماده ۷۹۵ قانون مدنی تعریف شده است: « هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگر تملیک می‌کند.» در اصطلاح فقهای جعفری هبه دارای دو معنی و مفهوم می‌باشد. الف: معنی عام یا اعم هبه ب: در معنی خاص یا اخص

الف: هبه به معنی عام : و آن تملیک مال بدون عوض میباشد و هبه در معنی مذکور مترادف با کلمه عطیه است و شامل، هدیه، جایزه، وقف و نحله میباشد. که به این مفهوم هر بخشش را میتوان هبه نامید، خواه هدف از آن کمک به شخص یا تنظیم و تشویق او باشد و یا به قصد قربت انجام گیرد.

ب: هبه به معنی یا مفهوم خاص : تملیک مجانی و منجز عین است، بدون اینکه قصد قربت یا عنوان دیگری مانند اکرام در آن شرط باشد. در همین معنی نیز هبه مفهومی عامتر از صدقه، هدیه و جایزه دارد. لیکن از وقف، وصیت و صلح بدون عوض عاریت جدا میشود و به عنوان عقد مستقل در برابر آنها قرار میگیرد (امامی، ۱۳۷۸)

۳-۲-۱) اوصاف عقد هبه:

۱- هبه عقد است. از آن جایکه در هبه مالی به رایگان تملیک میشود، بدون اینکه متهب مالی در برابر بدهد یا تعهدی بر ذمه بگیرد، ممکن است این سوال به ذهن آید که چرا باید تراضی مبنای تملیک قرار گیرد، و اراده و اهلب به تنهایی کارگذار نباشد؟ ولی باید توجه داشت که مفهوم تملیک و تملک را نمیتوان از هم جدا کرد. اگر واهب بتواند مال خود را تملیک کند، معنایش این است که حق دارد تملک آن را بر متهب تحمیل سازد. آزادی و استقلال انسان ایجاب می کند که، جز در مورد حجر و غیبت و مانند اینها، هیچکس نتواند بدون رضای دیگری بر او سلط یابد. افزون بر دارایی شخص نیز نوعی سلطه است که باید از آن پرهیز کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷) برای مبنا، قانون مدنی هبه را عقد نامیده است.

۲. هبه عقد مجانی است: مجانی بودن عقد هبه این مفهوم را میرساند که بخشش هیچگاه با مبادله و معاوضه قابل جمع نیست، هر چند که عوض به مراتب کمتر از مورد بخشش باشد. ولی هیچ مانع ندارد که در عقد هبه شرطی بر متهب تحمیل شود که دارای ارزش مالی باشد، زیرا این شرط جنبه‌ی فرعی و تبعی دارد و به عنوان علت غایی در برابر مال موهوب قرار نمیگیرد. در واقع، شرط نیز تملیک مجانی دیگری است که با هبه اصلی در یک عقد انجام می شود. در قانون مدنی ماده ۸۰۱ هبه را با چنین شرطی معوض نامیده است، این عوض جنبه فرعی دارد. زیرا قانونگذار خواسته هبه مشروط را در حکم هبه معوض قرار دهد. وگرنه، مقصود از هبه احسانی در مقابل احسان است نه مبادله دو عوض مانند بیع. (به علت اهمیت عوض به تفصیل در مورد این شرط خواهیم پرداخت)

۳. هبه عقدی است تملیکی: هبه در شمار عقود تملیکی است زیرا در عقد هبه (ایجاب و قبول و قبض) باعث انتقال مالکیت به متهب میشود. موضوع هبه ممکن است کلی باشد مانند یک خروار گندم. در عقد بیع در واقع عقد عهدی است که پس از تعیین مصداق کلی که بطور معمول بوسیله قبض انجام میشود به تملیک می انجامد. در حالیکه این فرض در عقد هبه مورد ندارد، زیرا قبض از شرایط وقوع آن است، پیش از قبض عقد تمام نیست و پس، در هیچ صورت هبه به صورت عقد عهدی در نمی آید. اگر شخصی بر عهده بگیرد که مالی را به دیگری ببخشد، این اقدام را باید تعهد به هبه نامید و خود هبه با اجرای تعهد واقع میشود (کاتوزیان ۱۳۸۷)

۴. **هبه عقد عینی است:** . در این نوع عقود تسلیم موضوع به طرف قرار داد از عناصر عقد است. عقد با تراضی تمام نمیشود و قبض نیز باید ضمیمه آن شود تا تملیک صورت پذیرد. به همین جهت بر خلاف عقود رضایی مانند بیع، قبض نیز باید به اذن مالک باشد و در قلمرو هبه واقع نمیشود. هبه نیز از همین گروه است چنانکه ماده ۷۹۸ قانون مدنی ایران در این باره اعلام میکند: «هبه واقع نمیشود مگر با قبول و قبض متهب، اعم از اینکه مباشر قبض خود متهب باشد یا وکیل او و قبض بدون واهب اثری ندارد» منظور از اذن رضای واهب به قبض مال موهوب است، وگرنه اذنی که به منظور ایداع یا عرضه برای فروش داده شود اثری ندارد. و همینطور در ماده ۸۰۲ همان قانون، یکی دیگر از آثار عدم وقوع پیش از قبض را بدین شرح اعلام می‌دارد: «اگر قبل از قبض واهب یا متهب فوت کند هبه باطل است.» در حالی که فوت یکی از دو طرف در عقد بیع، پیش از تسلیم مبیع هیچ اثری در نفوذ عقد گذشته ندارد.

۵. **هبه عقدی است جایز:** هرچند در اینکه آیا پس از قبض مال موهوب نیز واهب میتواند از آن رجوع کند یا در اثر قبض عقد لازم می‌شود، در فقه اختلاف است اما نظر مشهور در فقه، هبه را تا زمانی که عین موهوبه وجود دارد قابل رجوع شناخته اند، اما این اصل استثنای فراوان دارد، در حالیکه عقود دیگر را تنها به وسیله تراضی یا شرط قراردادن آن‌ها می‌توان بصورت لازم در آورد و عقد جایز در هیچ صورت خودبه خود لازم نمیشود. به علاوه، یکی از ویژگی‌های عقد جایز این است که به فوت یکی از طرفین منحل نمیشود، در حالیکه این حادثه در هبه اثر معکوس دارد و اختیار رجوع را از بین میبرد. این احکام و تفاوت آنها با قواعد حاکم بر عقود جایز باعث شده است که بعضی از بزرگان فقها هبه را در زمره عقود لازم آورند که، مانند سایر عقود لازم، در پاره‌ای موارد قابل فسخ است (کاتوزیان، ۱۳۸۵) ولی در انتقاد از این استنتاج می‌توان گفت، همین که اصل امکان رجوع از هبه قرار داده شده است، میزان استثناء هر اندازه که زیاد باشد عمل حقوقی را در شمار عقود لازم در نمی‌آورد (محقق داماد، ۱۳۸۲) باضافه، دلیل واقعی منحل شدن عقود جایز به فوت طرفین این است که آثار و نفوذ آنها ناشی از اذن است و حقی بوجود نمی‌آید که پس از مرگ به وارث برسد. برای مثال، در عقد عاریه و ودیعه و وکالت، پایگاه اذن و نیابت و اباحه‌ای که از آن ناشی می‌شود، ذهن و اراده طرفین است و حقی مستقل و جدای که از آن به دارایی افزوده نمیشود تا به ارث برسد. پس ناچار فوت و حجر باعث انحلال عقد است. ولی در هبه مالی از دارایی

واهب به اموال متهب منتقل میشود و این فزونی به ارث میرسد و آثار عقد به جای میماند. بنابر این، از تفاوت بین هبه و سایر عقود جایز، که ناشی از طبیعت آثار آن است، نباید نتیجه گرفت که هبه عقد لازم است (کاتوزیان، ۱۳۸۵)

نتیجه مهمی که از جایز بودن عقد هبه گرفته میشود این است که متهب در هر زمان بخواهد میتواند فسخ کند (لطفی ۱۳۹۲) در حالیکه اگر عقد هبه چنانکه ادعا شده است لازم باشد، تنها واهب میتواند از آن رجوع کند و پس از قبض عقد نسبت به متهب لازم است.

همانگونه که در این تقسیم بندی دیدیم هبه در زمره‌ی عقود رایگان تملیکی قرار می‌گیرد؛ بنابراین ویژگی اصلی آن مجانی بودن است، این عنصر علاوه بر اینکه مشخص می‌نماید هبه از عقود معوض نیست؛ متضمن دو عنصر از رکن مادی هبه می‌باشد که عبارتند از: افزایش دارایی متهب بدون کاهش در قبال آن و کاهش دارایی واهب بدون افزایش در قبال آن؛ البته باید توجه داشت که وجود رابطه علیت بین دو عنصر مذکور ضروری است؛ یعنی علت افزایش دارایی متهب، کاهش دارایی واهب باشد. (محمدرضا ابری، ۱۴۶۰). با این وجود قانونگذار در ماده‌ی ۸۰۱ قانون مدنی بیان می‌دارد: «هبه می‌تواند معوض باشد، بنابراین واهب می‌تواند شرط کند که متهب مالی را به او هبه کند و یا عمل مشروعی را مجاناً بجا آورد. دکتر کاتوزیان معتقدند که مقصود از هبه‌ی معوض در اینجا هبه با شرط عوض است، بگونه‌ای که مبادله‌ای صورت نپذیرد.

برخی دیگر از حقوقدانان در جمع ماده‌ی ۷۹۵ و ۸۰۱ گفته‌اند که قید مجاناً در ماده ۷۹۵ قید احترازی است و قانون مدنی به وسیله‌ی آن خواسته طبیعت عقد هبه را که غیرمعوض می‌باشد بیان کند و بفهماند که عقد هبه از عقود معوض نمی‌باشد، نه آنکه بگوید شرط عوض باطل یا مفسد عقد می‌باشد و الا در ماده ۸۰۱ قانون مدنی مقرر می‌نمود که هبه ممکن است معوض باشد. (امامی ۱۳۶۴)

صاحب تحریرالمجله در بیان اثر عوض بر ماهیت هبه بیان می‌نماید که مراد از هبه‌ی معوض، معاوضه بین دو مال موهوب نیست و الا از حقیقت هبه خارج است، بلکه منظور تعاوض بین نفس دو هبه است که همان تملیک مجانی مشروط است. (کاشف الغطاء ۱۳۵۹) بعضی دیگر از مولفین معتقدند: عوض در هبه‌ی معوضه در مقابل عین موهوبه نبوده؛ بلکه در مقابل نفس تملیک و به عنوان مداعی و شرطیت می‌باشد، در این مورد خود عین موهوبه

بلاعوض و مجانا تملیک می‌شود. (غیابی ۱۳۸۱) با توجه به مطالب فوق و همچنین نظر شیخ انصاری که معتقد است تعویض مشروط در هبه، مثل تفویضی است که در عقد هبه شرط نمی‌شود، بلکه تملیک مستقلاً است که بعد از عقد قصد می‌شود که عوض هبه قرار گیرد (انصاری ۱۴۱۱). می‌توان گفت فقها معتقدند که در هبه‌ی معوض، معاوضه بین دو مال صورت نمی‌گیرد، بلکه تعویض میان دو هبه واقع می‌شود. چون اگر منظور معاوضه بین دو مال باشد، به دلیل منافات داشتن شرط با مقتضای عقد هبه که مجانی بودن است، عقد هبه باطل خواهد بود.

در خصوص اینکه آیا عین موهوبه صرفاً باید مال باشد یا منفعت نیز می‌تواند مورد هبه قرار گیرد؛ با توجه به اطلاق مال در ماده ۷۹۵ می‌توان گفت شامل منفعت نیز می‌شود اما وجود عین موهوبه شرط صحت هبه است، بنابراین هبه‌ی ثمره قبل از وجود و ظهور یا نتایج حیوان قبل از تولد صحیح نخواهد بود و همچنین لازم دانسته‌اند که عین موهوبه معین و معلوم باشد، بنابراین اگر کسی مقداری از دارایی و ما یملک خود را بدون تعیین مشخصات آن هبه نمود؛ صحیح نمی‌باشد. (در بیان تعریف هبه-محمود کفایی)

۳-۲-۲) بررسی اهداء جنین در قالب عقد هبه:

آنچه ما در عمل اهدا جنین با آن مواجه هستیم، دو قرارداد مستقل می‌باشد: اول قرارداد اهداء گامت توسط زوجین اهدا کننده به مراکز ناباروری و دوم اهداء جنین توسط مراکز ناباروری به زوجین اهداء گیرنده.

در خصوص قرارداد اول با توجه به نظر دکتر کاتوزیان و دکتر امامی که معتقدند منفعت وضعیتی است که در عین مال نهفته است و به تدریج از عین مال حاصل می‌شود، بی‌آنکه از عین مال بگونه‌ای محسوس بکاهد، در نتیجه گامت نوعی منفعت حاصل از انسان است؛ با توجه به تحقیقاتی که در آمریکا صورت گرفته است اکثر اهداء کنندگان اظهار داشتند اگر انگیزه‌ی مالی نبود حاضر به انجام چنین کاری نمی‌شدند؛ در نتیجه وجه دریافتی در قبال اهداء گامت را نمی‌توان واجد جنبه‌ی فرعی و شرط تبعی دانست؛ حتی اگر بخواهیم با ظاهر امر قضاوت کنیم و فرض را بر این استوار کنیم که بدو زوجین اهدا کننده گامت را با قصد تبرع اهداء می‌نمایند و سپس مراکز ناباروری جهت تقدیر وجهی را به ایشان پرداخت می‌نمایند باز هم مستنبط از ماده‌ی ۱۹۱ قانون مدنی، هرگاه اراده‌ی واقعی با آنچه اعلام شده

است متفاوت باشد، اراده‌ی واقعی حاکم بر عقد است. در نتیجه اراده‌ی افراد که دریافت وجه در مقابل اهداء می‌باشد بر ظاهر امر حکم فرماست. از طرفی دیگر آنچه واضح و مبرهن است مراکز درمان ناباروری با انگیزه کسب درآمد تاسیس می‌گردند، بنابراین نمی‌توان انتظار داشت این مراکز گامت‌های دریافتی را پس از صرف وقت و هزینه و تبدیل آن به جنین به صورت تبرعی (با توجه به اینکه هیچ حمایت مالی از سوی دولت نمی‌شوند) در اختیار زوجین اهداء گیرنده قرار دهند و آنچه که در رویه شاهد آن هستیم دریافت وجوه مبالغ بسیار بالا از زوجین اهداء گیرنده است. بنابراین دو عنصر اساسی احسان و تبرع که لازمه‌ی عقود رایگان است در این عمل مخدوش می‌باشد.

۳-۳) عقد بیع و اهداء جنین :

۳-۳-۱) تعریف عقد بیع:

عقد بیع در ماده ۳۳۸ قانون مدنی اینگونه تعریف شده است: بیع عبارتست از تملیک عین به عوض معلوم. دکتر کاتوزیان معتقد است بیع ویژه‌ی مبادله‌ی کالا با پول است. این قدامه می‌گوید: بیع عوض کردن شیء موردنظر است با مانند آن. شهید ثانی بیان می‌دارد: بیع ایجاب و قبولی است که دلالت بر نقل ملک در قبال عوض معلوم دارد.

۳-۳-۲) شرایط مبیع:

لزوم وجود مبیع هنگام عقد: با استناد به ماده ۳۶۱ قانون مدنی می‌توان گفت: در مواردی که مبیع عین معین یا در حکم معین باشد باید هنگام عقد موجود باشد، خرید و فروش مال معینی که وجود خارجی ندارد باطل است. زیرا بیع یک عقد تملیکی است و مبیع باید موجود باشد تا بتواند مورد انتقال قرار گیرد. درباره‌ی بیعی که موضوع آن در حکم عین معین است؛ باید افزود که هنگام بسته شدن عقد باید تمام شیء متساوی الاجزا یا دست کم مقداری از آن که موضوع بیع قرار گرفته است موجود باشد. (دکتر کاتوزیان، ۱۳۹۵)

مالیت و منفعت عقلایی داشته باشد: ماده ۲۱۵ قانون مدنی بیان می‌دارد: مورد معامله باید مالیت داشته باشد و متضمن منفعت عقلایی و مشروع باشد. همچنین تفحص در مفهوم عرفی مال نشان می‌دهد که هرچیز دارای نفع مادی باشد و به جهت عدم تکافوی تقاضا موضوع رغبت افراد انسانی قرار گیرد، مال قلمداد می‌شود. پس می‌توان مال را شیء نافع و مرغوب تعریف کرد. (کریمی، ۱۳۸۴). در تقسیم بندی مال باید گفت: مال از یک منظر به

عین، منفعت و حق تقسیم می‌شود. عین: مالی است که دارای وجود مادی بوده و با حواس ظاهر قابل درک می‌باشد و خود به طور مستقل مورد داد و ستد قرار گیرد. منفعت: فایده و ارزشی مصرفی که از یک موجود خارجی بدست می‌آید و به عبارت دیگر فایده‌ای که وابسته به کالا و عین باشد و سه نوع می‌باشد: ۱- فایده و خاصیتی که به تدریج به تدریج به دست آمده و از بین می‌رود. ۲- فایده‌ای که به تدریج از عین به دست می‌آید اما کم کم متراکم شده و به صورت کالای خاصی در می‌آید مانند میوه‌های درخت. ۳- کار تولیدی یا خدماتی است به این جهت که می‌تواند تامین کننده نیازهای مختلف باشد و به گونه‌ای است که مردم حاضرند در برابرش پول بپردازند. حق: بعضی از حقوق نیز از آن جهت که ارزش اقتصادی دارند مال به شمار می‌آیند. (عبداللهی ۱۳۷۵)

دکتر کاتوزیان در ذیل ماده ۲۱۵ اظهار داشته است: خرید و فروش چیزی که در عرف ارزش داد و ستد ندارد ولی در نظر خریدار و فروشنده ارزش مالی و معنوی دارد و فروش آن معقول است، صحیح است. در تایید این امر آیت الله خویی نیز معتقد است: برفرض اعتبار مالیت در بیع، مال بودن در نظر دو طرف معامله در صورتی که از عقلا باشند کافی است و لازم نیست در نظر تمامی عقلا مال صادق باشد. (رحمانی محمد،) بنابراین در جامعه‌ی انسانی هر چیزی که فایده برساند، کم و بیش ارزش یافته و در زمره‌ی اموال در می‌آید.

علمای اهل تسنن در تعریف مال می‌گویند: مال هر چیزی است که حقیقتاً مورد انتفاع واقع می‌شود و بهره بردن از آن در غیر حالات ضروری شرعاً مباح می‌باشد. پس آن چیزی که برای انسان نفعی ندارد و یا نفعی دارد که شرع آن را حرام نموده؛ مال نیست هر چند استفاده از آن در حالت ضرورت مباح باشد. (یاسین محمدنیم، ۱۴۰۹) در خصوص مالیت داشتن در میان فقها چندین نظریه وجود دارد:

۱) نایینی ملاک مالیت را بذل مال در قبال آن می‌داند (نایینی، ۱۳۷۳)

۲) تعریف مال به منفعت از طریق عقد سلبی است. صاحب جواهر در بحث شروط عوضین بحث ملکیت را عنوان و به این مطلب تصریح می‌کند که چیزی که صلاحیت تملک ندارد بیع آن صحیح نیست و جهت بطلان را عدم منفعت معرفی می‌کند. (نجفی ۱۴۰۴) صاحب مفتاح الکرامه هم همین نظریه را در مورد موضوع معامله و خصوصاً عقد بیع در

عقود معاوضی دارد و چیزی که منفعت نداشته باشد، مال محسوب نکرده و اخذ مال در برابر آن را حرام و باطل می‌داند. (حسینی عاملی ۱۴۱۹)

۳) مقید کردن منفعت به قید عقلایی: شیخ انصاری یکی از شرایط عوضین را مالیت عنوان می‌کند و مطلب را به تعریف لغوی دال مدلل می‌کند و با این شرط از هر چیزی که منفعت عقلایی نداشته باشد و شرعا هم مجاز نباشد احتراز می‌کند. (انصاری، ۱۴۱۱)

صاحب مفتاح الکرامه معتقد است از جمله شرایط میبایع این است که از چیزهایی باشد که عادتاً به عقد معاوضه تملک می‌شود و منفعت معتبری از نظر عقل که در نظر شارع هم مجاز است داشته باشد (حسینی عاملی. ۱۴۱۹).

نایینی ۴ عنصر را برای تحقق مالیت یک شی ضروری می‌داند:

- ۱- آن شی حتماً واجد یکی از این دو امر باشد، یعنی دارای منفعت یا خاصیتی باشد
 - ۲- در نظر عقلا، نگهداری آن به لحاظ منفعت یا خاصیتی که بر آن مترتب است، صحیح باشد.
 - ۳- آن شی به گونه ای نباشد که بخاطر فراوانی و وفورش یا بخاطر کمی ارزش آن، عقلاً حاضر به پرداخت مال در مقابلش نباشند
 - ۴- آنچه عرفاً مال شمرده می‌شود، شرعاً نیز چنین باشد، یعنی مورد نهی شارع نباشد (نایینی. ۱۳۷۳)
- شهید مطهری نیز نظری شبیه به نظر نایینی دارد و معتقد است:

برای مالیت داشتن یک شی سه شرط مطرح است:

- ۱- شی مورد حاجت باشد. ۲- وافر و رایگان نباشد مثل نور و هوا ۳- قابل اختصاص باشد، زیرا اگر چیزی باشد که افراد نتوانند به خود اختصاص دهند و از اختیار افراد خارج باشد، ولو آنکه وافر و بیش از مقدار لازم نباشد، باز هم مالیت ندارد. مانند باران و نسیم (مطهری. ۱۳۸۹)

امام خمینی ملاک مالیت شی را هم از نظر اصل وجود و هم از نظر مرتبه و مقدار مالیت، تابع عرضه و تقاضا می‌داند. به جای در نظر گرفتن خصوصیت منفعت که متضمن نوعی محدودیت می‌باشد؛ توجه خود را معطوف به غرض عقلایی که به نوبه خود می‌تواند برانگیزاننده‌ی مردم به سوی تحصیل آن شی و ایجاد تقاضا گردد. ایشان می‌فرماید: چیزی که

مطلقاً منفعتی نداشته باشد اگر در خرید و نگهداری آن یا خرید و از بین بردن آن یک غرض سیاسی یا غیر سیاسی یا غیر آن از اغراض عقلایی وجود داشته باشد، موجب تمایل مردم به تحصیل آن می‌شود و همین تقاضا منشأ به وجود آمدن مالیت در آن شی می‌گردد. بنابراین به مجرد ایجاد تقاضا، شی عنوان مالیت پیدا می‌کند؛ همچنانکه اگر تقاضا برای آن از بین برود، مالیت آن بطور کلی از بین می‌رود. همانطور که مراتب مالیت هم تابع فراوانی عرضه و تقاضا است. (امام خمینی، ۱۴۱۵)

قابل خرید و فروش باشد: ماده ۳۸۴ قانون مدنی بیان می‌دارد: بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع باشد..... باطل است. غالباً اموال به سه شکل غیرقابل خرید و فروش می‌شوند: ۱- اموالی که مشمول مواد ۲۳ تا ۲۷ قانون مدنی می‌شوند که اموال عمومی هستند و نمی‌توانند به ملکیت اشخاص درآیند. ۲- اموالی که مالک با حبس مال خود برای همیشه یا مدت معین آن را غیر قابل فروش می‌سازد که نمونه بارز آن وقف است. ۳- برخی از اموال هم که به جهت حفظ منافع عموم دولت به طور محدود، موقت، دایم خرید و فروش آنها را ممنوع می‌سازد. (کاتوزیان ۱۳۹۵)

مبیع باید معلوم و معین باشد: در نظر عموم و در نگاه اول به نظر می‌آید که دو شرط معلوم بودن و معین بودن یکی است. اما باید دانست که این دو واژه یک مفهوم را نمی‌سازند. مطابق ماده ۲۱۶ قانون مدنی مقصود از معلوم این است که مبیع مبهم نباشد و خریدار و فروشنده باید به دقت بدانند که چه می‌گیرند و در برابر آن چه می‌دهند. اما مقصود از معین که در ماده ۱۹۰ به آن اشاره شده است این است که مبیع یکی از دو چیز معلوم نباشد. در فقه نیز معامله‌ای که مبیع مبهم یا مردد باشد؛ باطل است و معامله را غرری می‌نامند. (همان)

برخی از فقهای اهل سنت مانند فقهای حنفی بر این باورند که مبیع باید عین مادی باشد و لذا عقد بیع صرفاً بر اعیان مادی صورت می‌پذیرد و شامل منافع نمی‌گردد.

۳-۳-۳ بررسی اهدای جنین در قالب عقد بیع:

برای استدلال بهتر مقایسه‌ای اجمالی در خصوص اهداء جنین و بیع اعضای بدن انسان خواهیم داشت. در خصوص بیع اعضای بدن انسان در میان فقهای شیعه و سنی سه نظر کلی وجود دارد: برخی بیع انسان و اعضای آن را به طور مطلق حرام می‌دانند؛ برخی بیع اعضای بدن در حالت ضرورت را جایز دانسته و بالاخره گروهی مانند محمد نعیم یاسین خرید و

فروش اعضای بدن انسان را جایز می‌دانند. (المیض. محمد احمد.) برخی علمای اهل سنت در معنا کردن کرامت انسانی به توسیع گراییده اند و معتقدند که تکریم آدمی امر واحدی است و خداوند به نحو عام، جمیع اجزاء و اعضای آدمی را مورد تکریم و مصون از تعرض شناخته است و عضو یا اعضاء و اجزای بدن نیز قسمتی از آن کل را تشکیل می‌دهند. و همچنان که واگذاری کلیت بدن جایز نیست، واگذاری و انتفاع جزئی از اجزا و عضوی از اعضا بدن نیز صحیح نخواهد بود. (میرهاشمی سجاد. ۱۳۸۵)

نکته قابل توجه این است که مبیع قرار گرفتن تخمک و اسپرم با مبیع قرار گرفتن جنین تفاوت زیادی دارد زیرا همچنان که برخی فقها معتقدند فرآورده های انسان با توجه به مال بودنشان قابلیت خرید و فروش را دارند. اما در خصوص اینکه جنین یک انسان بالقوه است و خرید و فروش آن در تضاد با کرامت انسانی می‌باشد باید گفت: قانون مدنی ایران تفکیک بین جنین و انسان متولد شده به صراحت مشاهده می‌شود. به عنوان مثال براساس ماده‌ی ۹۵۷ قانون مدنی « حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد، مشروط بر اینکه زنده متولد شود » این چنین است که ماده ۸۷۵ همین قانون حمل را در صورتی در ردیف وراث قرار می‌دهد که زنده متولد شود؛ به همین ترتیب ماده ۸۵۱ قانون مدنی وصیت برای حمل را صحیح می‌داند ولی تملک آن را منوط به زنده متولد شدن آن می‌کند. این موارد به خوبی بیانگر این مطلب است که اگرچه جنین بالقوه انسان محسوب می‌شود لکن دارای تمام حقوق یک انسان نیست و نمی‌توان بطور مطلق احکام بیع اعضای بدن را در مورد آن جاری ساخت. از منظری دیگر مطابق با ماده ۹۵۶ ق.م اهلیت برای دارا بودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع می‌شود یعنی هنگامی که جنین تبدیل به انسان گردید، دارای اهلیت متمتع می‌گردد اما جنین به هیچ عنوان دارای اهلیت متمتع نیست و این جنین، همان جنین واقع شده در محیط آزمایشگاه است. موضوع ماده ۹۵۷ نیز حمل می‌باشد نه جنین و منظور از حمل، جنینی است که در رحم مستقر شده باشد در حالی که موضوع اهدای جنین، موجودی است که هنوز در رحم مستقر نشده است؛ پس بین انسان و جنین از نظر حقوقی وجه اشتراکی وجود ندارد که بتوان بوسیله قیاس احکام راجع به انسان را در مورد جنین جاری دانست و طبق نظر اصولیین، چنین قیاسی، قیاس مع الفارق و باطل است. (صانعی، یوسف ۱۳۸۷)

بنابراین می‌توان گفت: با استناد به ماده ۱۹۰ و ۲۱۶ گامت و جنین ویژگی معلوم و معین بودن را دارند؛ از این جهت که در نظر خریدار و فروشنده ارزش مالی و معنوی دارد در مالیت آن تردیدی باقی نمی‌ماند؛ با توجه به قانون نحوه‌ی اهداء جنین به زوجین نابارور مانعی جهت انتقال آن وجود ندارد.

۳-۴) عقد صلح:

۳-۴-۱) ماهیت کاربردی و تنوع عقد صلح:

ماده ۷۵۲ قانون مدنی ایران اشعار می‌دارد: «صلح ممکن است یا در مورد رفع نزاع موجود و یا جلوگیری تنازع احتمالی یا در مورد معامله و غیر آن واقع شود»؛ با مفهوم گستره‌ای که صلح در حقوق ما پیدا کرده است تمییز جوهر این عقد و امتیاز آن از سایر عقود دشوار به نظر می‌رسد. در مفهوم و جوهر صلح نوعی تسالم یا به بیان دیگر گذشت های متقابل وجود دارد و همین امتیاز است که آن را از معاملات دیگر متمایز می‌کند، یعنی در هر مورد که حقی بین دو نفر مشتبه است یا مورد نزاع قرار گرفته است، یا هدف این است که از تنازع احتمالی پرهیز شود، عقدی که بر این مبنا و گذشت های متقابل طرفین واقع می‌شود صلح است، هرچند که نتیجه آن ایجاد حق یا انتقال یا اسقاط آن حق باشد. این تلقی منطقی از صلح، امتیاز این عقد را از سایر قراردادها به خوبی نشان می‌دهد و استقلال آن را در کنار بیع، معاوضه، هبه و اجاره توجیه می‌کند. نویسندگان قانون مدنی مواد ۷۵۲ و ۷۵۸ و ۷۶۲ را چنان تنظیم کرده‌اند که دو نفر در مقام انجام معامله‌ای مانند بیع و بدون اینکه قصد تسامح نیز داشته باشند، می‌توانند نام صلح را بر معامله خود نهند و از اجرای تمام احکام مربوط به بیع بگریزند. بنابراین در این مفهوم گسترده، نه تنها حاکمیت اراده جولانگاه وسیعی می‌یابد بلکه از مرز روابط بین طرفین عقد نیز فراتر می‌رود و به حقوق اشخاص ثالث نیز تجاوز می‌کند. بدین ترتیب، صلح قالبی است وسیع‌تر از همه‌ی عقود معین و تمام اعمال حقوقی در آن می‌گنجد و جز این امتیازی بر دیگر عقود ندارد. (ناصر کاتوزیان، ۱۳۹۵)

صلح عقد بوده و دارای دوطرف می‌باشد، مصالح و متصالح؛ مصالح کسی است که مالی یا امری را به دیگری واگذار می‌نماید و متصالح کسی است که آن را قبول می‌نماید. و آن چیزی را که مصالح به متصالح می‌دهد را مال الصلح می‌گویند.

برابر ماده ۷۶۰ قانون مدنی ایران: صلح عقد لازم است، اگر چه در مقام عقود جایزه واقع شده باشد و بر هم نمیخورد مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله.

۳-۴-۲) بررسی ماهیت معوض یا غیر معوض عقد صلح:

اگر صلح در مفهوم اصلی و محدود خود باقی می ماند و اختصاص به رفع تنازع می یافت، بی گمان در شمار عقود معوض قرار می گرفت. زیرا در موردی که اشخاص درباره ی وجود و قلمرو حقی اختلاف دارند و برای روشن شدن آن وضع با هم صلح می کنند، هر کدام امتیازی به طرف مقابل می دهند و از پاره ای از ادعاهای خود می گذرد تا از زحمت اقامه ی دعوا و آثار دادرسی بگریزد. پاره ای از نویسندگان به حق دریافته اند که بکار بردن لفظ صلح اقتضای معاوضه را دارد، هر چند که درباره ی بخشش مالی باشد. ولی با مفهوم گسترده ای که قانون مدنی برای صلح برگزیده است، از این وسیله می توان برای تملیک مجانی نیز سود برد و صلح، به عنوان عقد مستقل، وصف خاصی ندارد و در تقسیم عقود معوض و مجانی نمیگنجد؛ در همین رابطه ماده ۷۵۷ قانون مدنی مقرر داشته است: صلح بلاعوض نیز جایز است. در صورت معوض بودن عقد صلح وجوهی را که متصالح به مصالح پرداخت می کند را وجه المصالحه می گویند. بنابراین، می توان با لفظ صلح مالی را به دیگری بخشید یا حق انتفاع از ملکی را واگذار کرد یا استعمال مالی را برای دیگری مباح ساخت. (کاتوزیان، ناصر، همان) در همین رابطه لازم به ذکر می داند حتی در صلح معوض برابری و تعادل ارزش دو عوض در آن شرط نیست و صلحی را که با عوض نابرابر و گاه ناچیز انجام می شود صلح محاباتی نامیده می شود بنابراین با محدودیت های هبه مواجه نیستیم

۳-۴-۳) انواع صلح:

. صلح در یک تقسیم بندی به صلح بر دعوی و صلح بدوی و ابتدایی تقسیم می شود.

موضوع مورد بحث ما در اینجا با صلح بر دعوی ارتباطی ندارد پس به آن نمی پردازیم.

۳-۴-۱) صلح بدوی:

معامله مستقلی است که مبتنی بر تسالم می باشد و در ردیف بیع و هبه و اجاره یکی از عقود معینه. این است که ماده ۷۵۸ قانون مدنی می گوید: «صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله ای را که بجای آن واقع شده است می دهد، لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد. بنابراین اگر مورد صلح عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع

خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود.» (شهیدی، ۱۳۸۴) هر چند بر خلاف ظاهر این ماده، در عمل همه‌ی قراردادها به صورت صلح منعقد نمی‌گردند: برای مثال؛ ضمان، کفالت و رهن در قالب صلح ارائه نمی‌شوند و به طور معمول اثر پنج عمل حقوقی بیع، معاوضه، اجاره، عاریه و ابراء است که به وسیله صلح نیز به دست می‌آید. (ناصرکاتوزیان، همان) همانند هر عقد دیگری طرفین عقد صلح بایستی اهلیت داشته باشند، چه آنکه ماده ۷۵۳ مقرر داشته است: « برای صحت صلح طرفین باید اهلیت معامله و تصرف در مورد صلح داشته باشند ». مطابق ماده ۷۵۴: « هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد » بنا بر این صلحی که به قصد فرار از دین واقع شود در برابر طلبکار قابل استناد نمی باشد. برابر ماده ۷۵۵ قانون مدنی: « صلح به انکار دعوی نیز جایز است بنا بر این درخواست اقرار محسوب نمی شود. » و مطابق ماده ۷۵۶: « حقوق خصوصی که از جرم تولید می‌شود ممکن است مورد صلح واقع شود. » مطابق ماده ۷۶۱ قانون مدنی: « صلحی که در مورد تنازع یا مبنی بر تسامح باشد قاطع بین طرفین است و هر یک نمی‌تواند آن را فسخ کند، اگرچه به ادعای غبن باشد، مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار» کسانی که عقد صلح را به دو دسته تقسیم کرده اند، یک نوع آن را صلح حقیقی یا صلح دعوی و قسم دیگر را، صلح ابتدایی یا صلح در مقام معامله نامیده اند (امامی، ۱۳۶۶)

نوعی عقد است که در مواد ۷۵۲ و ۷۵۴ و ۷۵۹ و خصوصاً مواد ۷۵۷ و ۷۵۸ ق. م به چشم می خورد و از عقود رایجی است که روزانه تعداد زیادی از آن در کشور ایران به ویژه در دفاتر اسناد رسمی بسته می شود.

(الف) برای رفع نزاع محقق یا محتمل نباشد

بنابراین، صلح ابتدایی به معنی اخص، عقد صلحی است که در مورد آن نه نزاع محققى وجود دارد، نه نزاع محتملى و نه مسبوق به وجود حقى در رابطه با طرفین است. ولى، صلح ابتدایی به معنای اعم ممکن است مسبوق به حق باشد یا نباشد، هر چند این صلح نیز

در مقام رفع منازعه محقق یا محتمل نیست. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰) مستقل بودن این عقد در ردیف سایر عقود معین موجب می شود که برای رهایی از پاره‌های مشکلات عقود معین و یا احتراز از ایجاد بعضی حقوق، برخی از قراردادها در قالب صلح ابتدایی بسته شود. لذا، ماده ۷۵۸ ق.م.می گوید:

صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله را که بجای آن واقع شده است می‌دهد لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد بنابراین اگر مورد صلح عین باشد در مقابل عوض نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود» بدین ترتیب، اگر بیع در چهارچوب صلح بسته شود، خیار مجلس، حیوان و تأخیر ثمن یا حق شفعه به وجود نخواهد آمد. زیرا، براساس ماده ۴۵۶ ق.م. این سه خیار ویژه عقد بیع است و حق شفعه با توجه به ماده ۸۰۸ ق.م. به بیع اختصاص دارد. یعنی، حتی اگر عقد بیع در قالب صلح منعقد شده باشد، حق شفعه در صلح نیست (ماده ۷۵۹ ق.م.).

با دامنۀ وسیعی که صلح ابتدایی دارد، می تواند شامل صلح معوض، بلاعوض، مغاینه، مسامحه و صلح التزامی بشود. و با این توضیح که بعضی از عقدهای اشاره شده ممکن است در چهارچوب صلح دعوی هم قرار بگیرند.

از کلمه نیز در ماده ۷۵۷ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «صلاح بلاعوض نیز جایز است» استنباط و استفاده می‌شود، که یکی از انواع این عقد، صلح معوض است. چنین صلحی اگر چه معوض بوده و ممکن است یک معامله تمام عیار باشد، لیکن تعادل ارزش اقتصادی دو عوض، آن گونه که در عقود مانند بیع وجود دارد، در صلح معوض، شرط نیست. ولی، در هر حال عوض وجود دارد و این عوض ممکن است عین باشد یا دین و یا متصالح در عوض مال الصلحی که می گیرد متعهد شود کاری انجام دهد یا نفقه ای را پرداخت کند.

از سوی دیگر، در صلح معوض ممکن است عوض به قدری ناچیز باشد که نهادن نام عوض بر آن، نامعقول و غیرمنطقی به نظر برسد، مثل اینکه: شخصی به فرزند خویش آپارتمان چند صد میلیون ریالی را به یک سیر نبات یا چند ریال صلح نماید، که به آن صلح محاباتی می‌گویند. (عمید، ۱۳۶۳) یعنی صلحی که طرفین عقد به ارزش اقتصادی دو مورد و تعادل بین آنها به هیچ وجه توجهی نمی کنند.

در مورد علت اینکه چرا به جای صلح محاباتی، عقد صلح بطور بلاعوض منعقد نمی شود؟ بعضی احتمال داده اند که معمول بودن عقد محاباتی بین مردم، برای رعایت عقیده و عده ای از فقهای دیگر است که عقد صلح را فرع عقود معین می دانند. بنابراین، اگر عین بدون عوض به کسی صلح شود، اثر هبه بر آن مترتب می شود و در مواردی قابل رجوع است. ولی اگر صلح بصورت محاباتی درآید، عقد صلح نسبت به طرفین لازم است و مصالح نمی تواند از آن رجوع کند (امامی، ۱۳۶۶) مع ذلک، حتی اگر این احتمال را هم درست بدانیم، با توجه به ماده ۷۵۷ ق.م که صلح بلاعوض را جائز (یعنی روا و صحیح، نه جائز در مقابل لازم) می داند و ماده ۷۶۰ ق.م که عقد صلح را حتی اگر در مقام عقود جائز واقع شود، لازم شمرده است. به نظر نمی رسد ضرورتی به ذکر عوض ناچیزی مانند ۲۵ گرم نبات یا چند ریال وجه رایج باشد و می توان عقد صلح را بلاعوض منعقد کرد

۳-۴-۴) صلح بلاعوض:

نام صلح بلاعوض، ما را بی نیاز از تعریف نمودن آن می کند. اما، می توان گفت: صلح رایگان عقدی است که به موجب آن کسی مالی را به دیگری ببخشد یا تعهدی را بطور مجانی بر عهده بگیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۴) در قانون مدنی ایران همانطور که در بحث گذشته بیان شد، ماده ۷۵۷ درباره صلح بلاعوض صراحت دارد که «صلح بلاعوض نیز جایز است». بنابراین، ممکن است کسی به جای اینکه مال خود را به طور غیرمعوض به دیگری هبه کند، آن مال را تحت عنوان صلح بلاعوض به او منتقل نماید، تا علاوه بر اینکه ضرورتی به قبض متهب نباشد (ماده ۷۹۸ ق.م) در موارد خاصی که واهب میتواند از هبه رجوع کند (ماده ۸۰۳ ق.م) این حق از او سلب شود و یا متصالح با اطمینان از استحکام عقد، صلح مجانی را امضاء کند. برای اینکه مالک، مال خود را بطور مجانی به دیگری انتقال دهد، از جنبه شرعی اشکالی دیده نشده است. زیرا حدیث نبوی می فرماید «ان الناس مسلطون علی اموالهم» مجلسی، (۱۴۰۳ ه. ق) بنابراین، مالک میتواند هر نوع تصرف مشروع را در اموال خود بنماید. مثلاً، آن را غیرمعوض به هر که بخواهد صلح کند. از نظر اصول و قواعد حقوقی نیز ایرادی به این فعل، به نظر نمی رسد. زیرا، با صلح مال بلاعوض به دیگری، نه به حقوق کسی تجاوز می شود و نه تعهدی را به او تحمیل می کند. قاعده تسلیط که مبنای آن حدیث مزبور است و ماده ۳۰ ق.م نیز این موضوع را تأیید می کند.

۳-۴-۵) صلح مسامحه:

هر چند یکی از ویژگیهای عقد صلح بطور کلی، تسامحی بودن این عقد است و در جوهره این عقد معمولاً نوعی گذشت و سازش متقابل چه برای رفع تنازع و چه در موردی که صلح حتی به عنوان معامله ابتدایی به کار می رود، دیده می شود. اما سهل گیری و گذشت و تسامح در صلح مسامحه ای (هر چند عقدی معوض است) بیشتر از انواع دیگر عقد صلح، به چشم می خورد.

این قسم عقد صلح نیز مانند صلح مغاینه ای در ماده ۷۶۱ ق.م.پیش بینی شده است. مستنبط از این ماده، در صلح حقیقی (مورد تنازع) یا صلح مبنی بر تسامح، حق فسخ و ادعای غبن وجود ندارد و قاطع بین طرفین است. مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار، بنای طرفین در این عقد بر تسامح و گذشت و رفع اختلاف قرار داده شده است و خیار غبن در صورتی وجود خواهد داشت که تساوی عرفی ارزش اقتصادی عوضین کاملاً مورد نظر باشد و در مورد صلح در مقام تنازع، چنین نظری وجود ندارد. بنابراین، نمی توان از یک طرف اختلاف را با صلح خاتمه داد و از طرف دیگر با تنازعی دیگر، آغاز سخن نمود. مع هذا، اگر دعوی راجع به بطلان صلح باشد، بایستی رسیدگی شود و درباره صلحی که مبنی بر تسامح باشد نیز موضوع روشن است و هیچ کدام از طرفین حق فسخ یا خیار غبن نخواهد داشت، چون هدف یک طرف یا طرفین عقد در این نوع صلح، اغماض و مسامحه بوده است. مثل اینکه، اگر کسی با صلح محاباتی، خانه اش را به یک سیر نبات به فرزندش صلح کند، نمی توان گفت، مصالح که با هدف کمک به فرزندش به چنین مسامحه و اغماضی دست زده است، می تواند معامله (صلح مسامحه ای) را به ادعای غبن، فسخ نماید.

۳-۴-۶) عقد صلح جانشین عقد معین:

ماده ۷۵۸ قانون مدنی، به عقد صلح موقعیت خاصی داده که میتواند جای هر معامله و عقد دیگری را بگیرد لکن شرایط احکام خاصه آن معامله و عقد را نداشته باشد ماده ۷۵۱ که به پیروی از نظر مشهور فقها تصویب گردیده: «صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است میدهد، لیکن شرایط و احکام آن معامله را ندارد، بنابراین اگر موضوع صلح عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود.» بدین جهت طبق ماده ۴۵۶ قانون مدنی

خيارات مختصه (خيار مجلس خيار حيوان خيار تاخير ثمن) و انفساخ در مورد مبيع قبل از قبض در آن موجود نمی گردد، زیرا آنها از احكام خاصه بيع هستند، همچنين طبق ماده ۷۵۹ حق شفعه در صلح نیست، هرچند در مقام بيع باشد. زیرا حق شفعه طبق ماده ۸۰۸ قانون مدنی اختصاص به بيع دارد.

۳-۴-۷) بررسی اهدا جنين در قالب عقد صلح:

پيش تر ویژگی های مورد معامله را بررسی کردیم و گفتیم که تخمک و اسپرم نوعی منفعت هستند بنابراین انتقال تخمک و اسپرم می تواند نوعی صلح منفعت باشد؛ و با فرض مالیت داشتن رویان، انتقال رویان به زوجین نابارور نوعی عقد صلح جانشین عقد معین (بيع) می باشد.

۳-۵) قرارداد خصوصی (ماده ۱۰ قانون مدنی):

ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آنرا منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.» این ماده حاوی اصل قراردادها است و به حکومت اراده نیز دامنه ی گسترده ای می بخشد و آن را از حصار عقود معین خارج می کند. همچنین نفوذ شرط را نیز از این قید که ضمن عقد واقع شود رها می سازد، زیرا شرط نیز خود قراردادی است که می تواند جدای از عقد الزام آور باشد. پس کافی است که شرط، مربوط به قرارداد باشد تا متمم آن به شمار آید، هرچند که بعد از عقد امضاء شود.

۳-۵-۱) افتراق عقد صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی:

این است که ماده ۱۰ حکم به نفوذ عقود معین و غیرمعین می کند، حال آنکه صلح قرارداد و توافقی را نافذ می کند که تحت عنوان عقد معینی به نام قرارداد صلح باشد. آثار توافق ناشی از ماده ۱۰، محدود به خود متعاقدين می باشد و حال آنکه در عقد صلح گاه ی این توافق نسبت به اشخاص دیگر نیز اثر دارد. عقد صلح، عنوانی است که باید به طور صریح و ضمنی قصد شود، پس عقد صلح خود قالبی است که از سوی قانونگذار تأسیس شده است، در حالی که ماده ۱۰ قانون مدنی حکایت از لزوم قرارداد خصوصی صرف نظر از هر قالبی می نماید. به بیان دیگر صلح خود قالبی است که از سوی قانونگذار برای تجلی حاکمیت اراده

تأسیس شده است. در حالی که مفاد ماده ۱۰ حکایت از لزوم قرارداد خصوصی، قطع نظر از هرگونه لباس و قالب ویژه است و دامنه‌ی گسترده‌ای دارد.

ماده ۱۰ قانون مدنی اصل اباحه را در عقود معین اعلام می‌کند و به استناد آن می‌توان همه‌ی شرایط و توافق‌هایی را که مخالفت صریح با قواعد امری ندارد؛ نافذ شناخت. ولی استناد به اباحه‌ی ناشی از صلح محدود به موردی است که عنوان معامله نیز صلح باشد. ماده ۱۰ قانون مدنی حاکمیت اراده را درون عقد صلح نیز تامین می‌کند و نقشی مانند حدیث المومنون عند شروطهم در فقه دارد. (ناصرکاتوزیان ۱۳۹۵)

فصل چهارم

بررسی رابطه محرمیت ناشی از اهدا جنین

۴-۱) مقدمه:

قانون نحوه‌ی اهدا جنین به زوجین نابارور و آیین نامه اجرایی آن درخصوص هویت و نسب طفل ناشی از اهداء جنین ساکت است و همین امر باعث بوجود آمدن بحث‌هایی بین فقها و حقوقدانان شده است؛ و در آینده نیز با تولد و رشد چنین کودکانی احتمالاً دعاوی و نزاع‌های گسترده‌ای روی خواهد داد.

ماده ۳ قانون نحوه‌ی اهدا جنین به زوجین نابارور مقرر داشته است: «وظایف و تکالیف زوجین اهداءگیرنده جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام، نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است.» همانطور که در این ماده ملاحظه می‌شود مقنن ایرانی علی‌رغم اینکه دریافت کنندگان جنین اورا به فرزندی قبول می‌کنند از بکار بردن کلمات و عباراتی که صراحتاً حاکی از تحقق رابطه نسبی باشد امتناع نموده و صرفاً برخی از آثار نسب را همانند حضانت و نفقه را بین طفل مولود و دریافت‌کنندگان آن، همانند وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر دانسته است.

در ثانی از آنجا که در قانون محدودیتی جهت دفعات اهداء جنین اعمال نشده است؛ در نتیجه احتمال اختلاط نسب به وجود می‌آید. در این فصل ما به بررسی روابط محرمیتی که در اثر عمل اهداء جنین به وجود می‌آید می‌پردازیم.

۴-۲) ماهیت نسب:

نسب از نظر لغت مصدر و به معنای قرابت، علاقه و رابطه بین دو شیء است. (معلوف ۱۹۹۷ق) در تبیین مفهوم نسب آمده است: «نسب عبارت است از اتصال کسی به کس دیگر به وسیله ولادت، خواه یکی به دیگری منتهی شود، مانند پدر و فرزند، خواه هر دو به شخص ثالثی منتهی گردند، مانند دو برادر یا دو خواهر (عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۰ق) حقوقدانان نیز تعاریف مختلفی ارائه نموده اند، مثلاً نسب امری تعریف شده است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید و از این امر رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد، موجود می‌گردد. (امامی ۱۳۷۶ش) در

تعریف دیگر، نسب رابطه‌ای خونی و حقوقی بیان شده که پدر و مادر را به فرزندان آنان مربوط می‌کند. (کاتوزیان ۱۳۸۸ش)

از منظر فقه اسلامی نسبی معتبر است که از شرایط لازم برخوردار باشد. این شرایط گاهی در محیط نکاح تحقق می‌یابد و گاهی در خارج آن. البته در فقه اسلامی تشکیل خانواده با ید در چهارچوب نکاح صورت پذیرد.

۴-۳) تحقق نسب در خانواده:

نسب ناشی از خانواده دارای سه رکن است:

الف) وجود نکاح صحیح؛

ب) وقوع نزدیکی میان زوجین؛

ج) انعقاد نطفه پس از نزدیکی

۴-۴) تحقق نسب در خارج از خانواده:

از نظر فقه و حقوق اسلامی در مواردی فرزند علیرغم اینکه در خارج از خانواده تکون یافته به والدین طبیعی اش ملحق می‌شود و نسب وی را مشروع می‌دانند. معمولاً در یکی از حالت‌های ذیل اتفاق می‌افتد:

الف) نزدیکی به شبهه از سوی کسانی که به واسطه‌ی جهل به حکم یا موضوع به بطلان نکاح یا نزدیکی واقف نبود ه‌اند.

ب) نزدیکی کسانی که قوه تمیز ندارند، مانند شخص خواب، بیهوش، مست و دیوانه.

ج) نزدیکی شخصی که با اکراه وادار به این عمل شده است (۱. ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۱)

قانون‌گذاران برای اثبات نسب و حفظ آرایش خانواده‌ها اماراتی را بیان کرده‌اند که اماره فراش از مهمترین این امارات است.

اماره ی فراش: قانون‌گذار هر طفلی را که از زن شوهردار متولد شود و بتوان آن را به شوهر قانونی او منسوب کرد ملحق به شوهر می‌داند. این اماره‌ی قانونی در فقه امامیه قاعده فراش نامیده می‌شود. قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه امامیه این اماره را در موارد ۱۱۵۸ و

۱۱۵۹ ق.م بیان نموده است مطابق ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد.» ماده ۱۱۵۹ قانون مدنی بیان می دارد: «هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال تا روز ولادت طفل بیش از ده ماه نگذشته باشد، مگر اینکه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کمتر از شش ماه و بیش از ده ماه گذشته باشد.»

قاعده ی فراش در فقه امامیه مستفاد از حدیث نبوی مشهور « الولد للفراش و للعاهر الحجر » این روایات مورد تأیید تمام طوائف مسلمین اعم از شیعه و سنی است. (حرعاملی)

از نظر لغوی معنی کلمه فراش در حدیث نبوی مذکور عبارت است از چیزی که برای خوابیدن یا غیر آن روی زمین می گسترانند و در اینجا کنایه از شوهر قانونی و شرعی است به ملا حظه اینکه زوج حق مضاجعه و استمتاع نسبت به همسر خود را دارد. (علی، علوی قزوینی، ۱۳۸۲)، کلمه العاهر به معنای زانی است و حجر نیز به معنای سنگ است و این جمله کنایه از طرد زانی و عدم الحاق ولد به او است. (همان).

اماره ی فراش ناظر به دو اماره می باشد:

۱. اینکه شوهر از نظر جنسی با زن خود در دوران قانونی حمل، هم مسکن بوده است . (اماره زندگی مشترک).

۲. اینکه این زندگی و سکنا ی مشترک سبب انعقاد نطفه و آبستن شدن زن بوده است . (اماره توالد و تناسل).

بنابراین از این نظر می توان گفت که اماره ی ابوت مبتنی بر دو اماره ی « زندگی مشترک » و « تولیدمثل » می باشد. چنانچه انکار هم روی همین دو اماره قرار دارد؛ در حقوق آلمان و سوئیس نیز پذیرفته شده است که انکار یعنی «اثبات عدم زندگی مشترک و همزیستی» و « عدم امکان توالد و تناسل». (کارینه، ژان،)

در خصوص ماهیت نسب چهار نظریه مطرح است:

۱- نسب یک حقیقت شرعیه است که صرفاً قانون یا شرع آن را جعل می کند، بدین معنا که هر نسبی را که مقنن آنرا مشروع و قانونی بداند، نسب مشروع و قانونی است. مثلاً مطابق قانون مشروعیت انگلیس (legitimacy act) مصوب ۱۹۵۹ و مواد ۳۳۰ و ۳۳۱ قانون مدنی

فرانسه، طفل غیر مشروع با ازدواج بعدی والدین او مشروع می‌شود و مشروع کردن نسب یا با ازدواج تحقق می‌یابد یا به حکم مقامات قضایی؛ بنابراین قانونگذار فرانسه و انگلیس، در کنار نسب مشروع، نسبت به برقراری نسب اطفال نا مشروع نیز جعل قانون نموده است. (به نقل از دکتر محمد جواد صفار، ۱۳۸۳)

۲- نسب یک امر واقعی، طبیعی و تکوینی است که از طریق ژنتیکی و یا انتقال اجزای سلولی و ژنتیکی یک شخص قابل تحقق است، اگرچه نحوه‌ی انتقال این اجزاء مشروع نیز نباشد. (دکتر مهدی شهیدی، ۱۳۷۵)

۳- نسب یک حقیقت عرفیه است یعنی هر رابطه و نسب را که عرف قابل تحقق بداند، قانون نیز همان را می‌پذیرد، کما اینکه حقوق اسلام، نسب خونی قبل از اسلام را که عرف پذیرفته بود، تنفیذ نموده است. (همان)

۴- نسب صرفاً یک رابطه‌ی اعتباری است که از راه قانون یا عرف یا اراده طرفین آن قابل تحقق است اعم از اینکه رابطه‌ی خونی و ژنتیکی بین طرفین وجود داشته باشد یا خیر. (دکتر محمد راسخ ۱۳۸۴)

۴-۵) ماهیت نسب در ایران:

اگرچه به تبع نظریات مشهور فقهای اسلام، واقعی و طبیعی بودن نسب و توجه به عرف نیز تا حدودی از نظر دور نمانده و به حقیقت شرعیه بودن نزدیک است لیکن نظریه اصلی پذیرفته شده در حقوق ایران، نظریه قانونی بودن نسب است. زیرا اعتبار و قرارداد، موجب تحقق نسب نمی‌شود و در مواردی همانند فرزند خواندگی که در حقوق برخی کشورها موجب تحقق و شناسایی نسب است، رابطه‌ی اعتباری و قراردادی فرزندخواندگی در حقوق اسلام و ایران موجب نسب شناخته نشده است و در قرآن کریم به صراحت آمده که فرزندخواندگی موجب تحقق رابطه‌ی حقیقی فرزند نمی‌شود (سوره‌ی احزاب آیه‌ی ۳) و ازدواج مومنان با فرزندخوانده‌ها و زنان سابق فرزندخوانده‌ها آنها نیز مجاز شناخته شده است. (آیه‌ی ۳۷ سوره‌ی احزاب). همچنان‌که رضاع نیز اگرچه وفق نظر مشهور فقها و ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی ایران از موانع نکاح محسوب می‌شود ولی موجب تحقق نسب نیست.

۶-۴) هویت و نسب طفل:

۶-۴-۱) هویت پدری طفل:

با توجه به اینکه اهدای جنین و نهادهای مشابه آن محصول پیشرفت‌های علمی ۳۰ سال اخیر است و قانون ایران در این خصوص نسب طفل حاصل از اهدای جنین ساکت است، بنابراین به حکم اصل ۱۶۷ قانون اساسی که بیان می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». هرچند در این مسئله ما با دعوایی روبرو نیستیم اما قضیه ای است که لازم است حکمش استخراج شود. در نتیجه با توجه به نظرات فقهای متاخر و نویسندگان حقوقی و جمع‌بندی نظرات مختلف به سه نظریه می‌رسیم: ۱- طفل حاصل ملحق به مرد صاحب نطفه می‌باشد. ۲- هیچ کدام از دو مرد صاحب نطفه و شوهر زن صاحب رحم، پدر محسوب نمی‌شوند و فرزند حاصل بدون پدر تلقی خواهد شد. ۳- شوهر زن صاحب رحم، پدر قانونی و شرعی فرزند حاصل محسوب می‌شود اگرچه نطفه فرزند، متعلق به مرد دیگری است

۶-۴-۱-۱) طفل حاصل، منتسب به مرد صاحب نطفه می‌باشد:

از منظر علم پزشکی، منشأ پیدایش و ماده سازنده جنین از ناحیه پدر، اسپرم موجود در منی انسان است، عرف نیز معیار و ملاک نسب و ارتباط بین دو انسان را پیدایش یکی از دیگری میداند و بر این اساس، برای بیان این امر واقعی و تکوینی عنوانی به نام نسب انتزاع میکند.

شاهد بر این ادعا، آیات و روایاتی موجود در این زمینه است. به عنوان مثال در آیهی شریفه‌ی «و هو الَّذی خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً» (فرقان: ۵۵) منشأ پیدایش انسان تصریح شده است. از تفریع «جعل» بر «خلق من الماء بشراً» استفاده میشود که همان بشر خلق شده از آب (نطفه)، دارای نسب است و این همان برداشت عرفی از نسب است که منشأ نسب را، پیدایش و تکوّن طفل از نطفه میداند و اعتبار عرف منشأ واقعی دارد. به

همین جهت، اعتبار و قراردادهای غیر واقعی مانند فرزند خواندگی همانگونه که قرآن کریم بیان نموده، غیر مشروع و بی اثر است. (احزاب ۴-۵)

در باب الحاق طفل ناشی از لقاح مصنوعی نظریه‌هایی به چشم می‌خورد که با طرح دیدگاه نقش مقاربت و نزدیکی و دخالت آن در پیدایش نسب، معتقد است که با توجه به پاره‌ای از مواد قانون مدنی از جمله مواد ۱۱۶۰-۱۱۵۸ که در آنها کلمه نزدیکی مورد تصریح است، چنین استنباط می‌شود که قانونگذار خصوصیت دیگری را نظیر انجام رابطه جنسی بین زن و مرد برای پیدایش نسب معتبر دانسته است. بنابراین در لقاح مصنوعی نمیتوان حکم بر نسب نمود، زیرا نزدیکی انجام نشده است و شروط اجرای قاعده فراش موجود نیست. (روشن ۱۳۸۶ش).

با توجه به بیان برخی از فقها نیز این نتیجه حاصل می‌شود که نسب با تلقیح ثابت نمی‌شود، هرچند تلقیح اسپرم زوج به زوج باشد. ایشان در تحقق نسب دو چیز را شرط میدانند: یکی ارتباط مشروع و دیگری ارتباط زوج و زوج به طریق متعارف (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق) که مبتنی بر این دو شرط اگر ارتباط مشروع نباشد، نسب ثابت نمی‌شود، هرچند انتقال از طریق متعارف و معتبر باشد و برعکس اگر انتقال از طریق متعارف نباشد نسب ثابت نمی‌شود، هرچند مشروع باشد، البته این مشروعیت جهت استثناء کردن زنا می‌باشد چرا که در غیر از مورد زنا در سایر موارد فقها در انتساب طفل به صاحبان نطفه تردیدی ندارند. در پاسخ، این نکته را قابل طرح دانسته‌اند که اولاً، کلمه نزدیکی به عنوان فرد شایع و مصداق معمول بیان شده است و قانونگذار در صدد بیان این نکته نبوده است که ایجاد نسب منحصر به وجود آمیزش و نزدیکی است؛ ثانیاً مواردی یافت می‌شود که سبب و علت پیدایش اولاد در آنها مساحقه یا تخفیز می‌باشد که در این موارد شرع حکم به نسب می‌دهد و مولود را به صاحب نطفه ملحق دانسته است. (شهیدی ۱۳۷۸ش). اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) نقل می‌کند: هرگاه مردی با همسرش جماع کند و سپس آن زن با کنیزی مساحقه نماید که در اثر نفوذ اسپرم از زن به آن کنیز، آن کنیز باردار شود، فرزند ناشی از آن به مرد صاحب نطفه ملحق می‌شود. (وسائل الشیعه) اکثر فقهای معاصر، مرد صاحب اسپرم یا زوجین اهداء کننده جنین را پدر شرعی و قانونی فرزند حاصل می‌دانند. (مجتبی فروزان فر و رسول مزروعی، ۱۳۸۴)

فتوای برخی از فقهای معاصر در پاسخ به این سوال که فرزند حاصل از اهداء جنین یا تلقیح مصنوعی منسوب به چه کسانی است عیناً بیان می‌دارند:

آیت الله العظمی محمدتقی بهجت: «بچه مال صاحب نطفه است».

آیت الله العظمی سیدعلی خامنه‌ای: «بچه متعلق به مرد و زن صاحب نطفه است».

مرحوم آیت الله محمدفاضل لنکرانی: «در فرض مزبور کودک ملحق به شوهر زن نمی‌شود بلکه ملحق به مرد صاحب نطفه است».

آیت الله العظمی ناصر مکارم شیرازی: «بچه مال شوهر زن نیست و ملحق به صاحب نطفه است ولی نسبت به شوهر آن زن محرم است».

(آیت الله ناصر مکارم شیرازی: استفتائات جدید؛ ج ۱؛ ص ۴۶۴ س ۱۵۲۹ / آیت الله خامنه‌ای: استفتائات، س ۱۲۷۵ / آیت الله فاضل لنکرانی: جامع المسائل؛ ج ۲؛ س ۱۶۱۱)

بنابراین ملاحظه می‌شود به اعتقاد طرفداران این نظریه، تنها راه تحقق نسب و از جمله نسب پدری یک شخص و از جمله جنین حاصل از اهدای جنین، وجود رابطه ژنتیکی و خونی بین دو شخص است. زیرا نسب و تعیین پدر و مادر قانونی و واقعی طفل توسط شرع و قانون به پدر و مادر طبیعی طفل اهدا شده است و به دلیل وجود یک قرارداد یا شایستگی یا نیاز یک شخص و یا حتی مصلحت کودک نمی‌توان به یک بیگانه سمت پدر یا مادر بودن اعطا نمود و اینها موهبتی هستند که خداوند به انسان ارزانی می‌دارد. (دکتر کاتوزیان، مقاله توالد بدون عشق). قانون مدنی ایران نیز، به تبعیت از نظر مشهور فقهای امامیه، برقراری نسب از راه خون را پذیرفته است و حتی در صورتی که نزدیکی بین دو یا چند شخص، بدون رابطه‌ی زوجیت شرعی، اما از روی شبهه صورت گرفته باشد، بازهم قائل به تحقق نسب قانونی است.

۴-۶-۱-۲) هیچ کدام از دو مرد صاحب نطفه و شوهر زن صاحب رحم، پدر محسوب نمی‌شوند و فرزند حاصل بدون پدر تلقی خواهد شد:

بنابر اعتقاد برخی اندیشمندان، طفلی که در نتیجه‌ی اهدای گامت یا اهدای جنین متولد می‌شود نه به مرد صاحب نطفه ملحق می‌شود و نه به شوهر زن صاحب رحم. مرحوم آیت

الله سیدمحسن حکیم بر این اعتقادند که اگر نطفه‌ی مرد اجنبی به یک زن داخل شود، فرزند حاصل نه به صاحب نطفه ملحق می‌شود و نه به شوهر زن. علت عدم الحاق طفل به شوهر، آن است که نطفه‌ی ایشان منشأ طفل نبوده است و علت عدم الحاق به مرد صاحب نطفه نیز، عدم نزدیکی مشروع و عدم مشروعیت ادخال نطفه‌ی او به زن نامحرم است. به اعتقاد مرحوم حکیم، حتی اگر زنی، نطفه‌ی شوهرش را به رحم خود وارد کند، اگرچه مرتکب فعل حرام نشده است اما به جهت عدم نزدیکی بین زوجین، فرزند حاصل به شوهر ملحق نمی‌شود. بنابراین با توجه به اینکه در اهدای گامت یا اهدای جنین، نزدیکی مشروع صورت نمی‌گیرد و برخلاف دلایل مربوط به حفظ فروج، نطفه‌ی اجنبی به زن وارد می‌شود، فلذا طفل حاصل به هیچ‌کدام از دو مرد مورد بحث ملحق نمی‌شود. (سیدمحسن حکیم، منهج الصالحین).

برخی از فقها نیز علت عدم الحاق طفل به صاحب نطفه را اعراض صاحب نطفه می‌دانند. آیت‌الله صانعی در این خصوص می‌فرماید: «صاحب اسپرم در صورتی که از نطفه‌ی خود اعراض نکرده باشد، پدر محسوب می‌شود. آری، در صورتی که مرد اجنبی از نطفه‌ی خود اعراض کرده باشد (مثلاً نطفه را در بانک اسپرم قرار داده تا هرکس خواست از آن استفاده نماید) پدر محسوب نمی‌شود؛ به هر حال شوهر، پدر محسوب نمی‌شود.» (آیت‌الله شیخ یوسف صانعی، ۱۳۸۴)

رهبر معظم انقلاب حضرت آیت الله خامنه‌ای در پاسخ به استفتاء شماره ۱۱۸۵۷/۵ که پرسیده شده است: «..... بر فرض جواز باروری مصنوعی زن با اسپرم غیر از شوهر پدر بچه کیست؟ شوهر یا فرد صاحب اسپرم؟ و بر فرض اگر صاحب اسپرم پدر تلقی شود، فرزند نیز دختر باشد، آیا شوهر زن به این دختر محرم است؟ در صورتی که پسر باشد آیا زن به این پسر محرم است؟ فرمودند: بچه متعلق به زن صاحب رحم است و در الحاق آن به شوهر زن صاحب رحم اشکال است و الحاق آن به مرد صاحب اسپرم بعید است و در این نباره احتیاط را مراعات نمایید. (محمدزاده ۱۳۷۵)

بنابراین با توجه به اینکه اعراض از جنین در نظر برخی فقها پذیرفته شده است و به اعتقاد اشخاصی چون آیت‌الله صانعی، شوهر زوجین پذیرنده به علت نداشتن رابطه‌ی خونی با فرزند حاصل، پدر او محسوب نمی‌شود و صاحب نطفه نیز در صورت اعراض از نطفه و

نداشتن قصد بچه دار شدن پدر محسوب نمی‌شود؛ بنابراین هیچ کدام پدر طفل نمی‌باشند و طفل را باید بدون پدر یا دارای پدر نامعلوم تلقی کرد.

۴-۶-۱) شوهر زن صاحب رحم پدر قانونی و شرعی طفل می‌باشد:

در اینجا لازم است ابتدا اشاره ای کوتاه به قانون فراش داشته باشیم. مطابق قانون فراش، در صورت وجود رابطه‌ی نامشروع بین زن شوهردار با مرد اجنبی و حاملگی آن زن در مدت نزدیکی، فرزند حاصل، به شوهر زن یعنی همسر شرعی منسوب می‌شود، نه به مرد زانی. در مورد انتقال جنین نیز که زن و شوهر پذیرنده‌ی متقاضی جنین هستند و رابطه‌ی نزدیکی بین زوجین پذیرنده محرز و مسلم است، مطابق قاعده‌ی فراش و روایت مبنای آن (الولد للفراش و للعاهر الحجر) در الحاق آن به شوهر زوجین دریافت کننده جنین نباید هیچ تردیدی به خود راه داد. زیرا الحاق طفل حاصل به شوهر زن صاحب رحم کاملاً با قاعده فراش منطبق است (سید علوی قزوینی)

اما به نظر نگارنده قاعده‌ی فراش زمانی قابل استناد و استفاده است که زوجین توانایی باروری داشته باشند، و به علت نزدیکی زن با دو مرد و عدم توانایی تعیین اینکه تخمک با کدام اسپرم لقاح یافته است و به تبع آن ناتوانی تشخیص پدر اصلی طفل، قاعده فراش اعمال و طفل را زوج شرعی و قانونی منتسب می‌نمایند اما در اهداء جنین تخمک و اسپرم معینی با یکدیگر لقاح می‌شوند و وارد رحم زن متقاضی می‌نمایند. بنابراین اعمال قاعده‌ی فراش در اینجا شبهه ناک است.

۴-۶-۲) هویت و نسب مادری طفل:

در مواردی که اسپرم شوهر یا مرد بیگانه با سلول جنسی یک زن، تشکیل دهنده‌ی جنین بوده و جنین در رحم همان زن رشد پیدا می‌کند، در انتساب طفل به همین زن به عنوان مادر هیچ اشکالی متصور نیست. زیرا هم طفل از تخمک همین زن متکون شده و هم در شکم او بزرگ شده است و بنابراین در اینکه او مادر شرعی و قانونی طفل حاصل خواهد بود تردیدی وجود ندارد.

با این وجود در مواردی همانند اهدای جنین که تخمک متعلق به یک زن بوده و رحم متعلق به یک زن دیگر می‌باشد در اینکه کدام یک از این زنان مادر طفل خواهند بود ۴ دیدگاه وجود دارد. ۱- مادر بودن زن صاحب تخمک ۲- مادر بودن زن صاحب رحم ۳- مادر نبودن هیچ یک از زنان صاحب تخمک و صاحب رحم ۴- مادر بودن مشترک صاحب تخمک و صاحب رحم

۴-۶-۲-۱) مادر بودن زن صاحب تخمک:

منشا به وجود آمدن جنین، دو سلول جنسی نر و ماده است؛ ولی سلول تخمک، علاوه بر کروموزوم‌های هسته‌ای، دارای عوامل ژنتیکی و اپی ژنتیکی سیتوپلاسمی خاص خود است و بر وراثت جنین و طفل رحمی آثار ویژه‌ای دارد. لذا اصل و ریشه‌ی وجود آمدن طفل از تخمک زن صاحب تخمک است، بنابراین همانند زناشویی‌های طبیعی در این مورد نیز مادر واقعی طفل، زن صاحب تخمک می‌باشد و زن صاحب رحم به دایه‌ای می‌ماند که مولود حاصل از خون و ژن دیگری را پرورش می‌دهد. زیرا نگهداری جنین در رحم همانند نگهداری کودک پس از تولد است و همچنانکه زن مرضعه یا حاضنه مادر واقعی طفل نمی‌باشند، زن صاحب رحم نیز که طفل از تخمک او بوجود نیامده، مادر حقیقی طفل نمی‌تواند باشد. بنابراین بین زن صاحب رحم و طفلی که متولد می‌شود، نسب قانونی و شرعی برقرار نمی‌شود و حتی حرمتی نیز بین آن دو بوجود نمی‌آید و قیاس این مورد به رضاع که شرایط خاصی دارد، قیاس مع الفارق است. (دکتر مهدی شهیدی ، ۱۳۷۵)

در عرف نیز ملاک مادر بودن همانند ملاک پدر بودن است و آن اینکه نخستین مرحله‌ی آفرینش کودک از آب مادر است. براین اساس، وقتی فرض بر این باشد که نطفه‌ی این کودک که آغاز آفرینش او نخستین جزء وجود اوست، از لقاح دو آب بدست می‌آید، همین آفریده‌ی نخست نخستین مرحله‌ی وجود کودک از صاحبان منی و تخمک گرفته شده است و حتی نطفه‌ی کودک از دو جزء ترکیب یافته که هرکدام از این دو جزء به یکی از صاحبان منی و تخمک وابسته است؛ اما تغذیه‌ی این کودک که پس از این مرحله صورت می‌گیرد، تنها سبب رشد کودک می‌شود و هیچ نقش دیگری ندارد. (نجات فیض الهی ۱۳۸۹)

در میان فقها نیز آیت الله خامنه‌ای، آیت الله مکارم شیرازی، آیت الله صانعی و آیت الله صافی گلپایگانی نیز معتقدند که طفل متعلق به صاحب تخمک و نطفه می‌باشد.

اما نقد وارد بر این نظریه این است که: ملاک مادر بودن از دیدگاه عرف به ویژه عرف عام، صرف بوجود آمدن کودک از تخمک نیست؛ بویژه با نگاهی به آیات قرآن و گذشتگان که عرف از وجود تخمک و تکون کودک از آن اطلاعی نداشته است، همچنین تأثیر رحم در خلقت و تکون کودک صرف تغذیه و رشد کودک نیست و اگر تأثیر رحم بیشتر از تخمک نباشد کمتر از آن هم نیست. امروزه کمتر کسی است که تأثیر رحم و تغذیه و استراحت و رفتار زن صاحب رحم را در تکون کودک و سلامتی و شخصیت آینده‌ی او انکار کند (همان).

۴-۶-۲) مادر بودن زن صاحب رحم:

در ابتدا نگاهی به نقش رحم از دیدگاه کتاب و سنت و علم پزشکی داشته باشیم.

خداوند در آیه‌ی شش سوره‌ی مبارکه آل عمران می‌فرماید: خداوند است که می‌نگارد صورت شما را در رحم مادران، هرگونه که اراده کند، جز آن ذات یکتا نیست که به هرکار خواهد تواند و به همه چیز داناست.

تحول نطفه به علقه، علقه به مضغه و مضغه به استخوان، تحولی غیر از چیزی است که در اسپرم و تخمک وجود دارد و این تحول عظیم، علاوه بر تحولات و رشد جسمی، به اعطای روح اشاره دارد. در همین مرحله‌ی اعطای روح است که جنین به انسان کامل تبدیل می‌شود و از آن به بعد، دیه‌ی انسان کامل را دارد و حتی قتل عمدی آن موجب قصاص است. (حمیدرضا بصیری، مریم گوهری، محمد اکرمی، ۲۰۱۶). بنابراین باید به تمام مراحل خلقت انسان توجه شود و اگر از هفت مرحله پیدایش انسان کامل، پنج مرحله در رحم تحقق می‌یابد نمی‌توان به نقش رحم توجه نکرد و به همین علت است که عرف کلیه‌ی جوامع دنیا ملاک مادر بودن را به حمل و وضع آن مترتب می‌نمایند. (مجتبی فروزان‌فر و رسول مزروعی،)

از نظر علم پزشکی نیز، جنین بدون رحم امکان رشد ندارد. پیشرفت‌های علم پزشکی، به ویژه در زمینه‌ی شبیه‌سازی، این نکته را ثابت کرده است که به دنیا آمدن موجودی جدید مثل انسان حتی بدون نطفه نیز امکان‌پذیر است؛ اما بدون رحم امکان رشد و تولد جنین وجود ندارد. جنین قبل از لانه‌گزینی در رحم، همانند توده‌ای سرطانی، قادر به جایگزینی در هر بخشی از بدن است؛ اما در صورت جایگزینی در هر بخش از بدن، به غیر از رحم، نه

تنها امکان رشد تا تبدیل شدن به یک انسان را نخواهد داشت، بلکه موجب تخریب بخش‌های جایگزین شده نیز خواهد شد.

گروهی دیگر از اندیشمندان براین باورند که احکام اختصاصی مادر را باید به زن صاحب رحم مترتب نمود. زیرا تخمک یک عده سلول‌های جنسی آزاد شده در یک دوره از طهارت زن است که توسط رحم او آزاد می‌شود و در صورت وجود سلول جنسی نر ممکن است یکی از چند تخمک زن با آن لقاح حاصل نموده و جنینی را تشکیل دهد وگرنه این تخمک‌ها خود به خود از بین می‌روند و توسط رحم دفع می‌شوند و بدون رحم به خودی خود توان تولید مثل و تشکیل جنین را ندارند. و این رحم است که زمینه را برای باروری تخمک با اسپرم مرد فراهم نموده و سپس جنین را تشکیل نموده و آن را تا نوزادی کامل و تولد، رشد و نمو می‌دهد.

از جمله فقیهانی که این نظریه را ارائه داده‌اند، مرحوم آیت‌الله خویی می‌باشد و برخی دیگر از فقیهان همانند آیت‌الله سیستانی در منهاج الصالحین و آیت‌الله بهجت قائل به احتیاط در مادر بودن صاحب نطفه یا صاحب رحم هستند. (به نقل از مجتبی فروزان‌فر و رسول مزروعی: منبع پیشین)

آیت‌الله خویی برای اثبات این نظریه به آیهی شریفه‌ی «ان امهاتهم الا اللائی ولدنهم» استناد کرده‌اند. یعنی صرفاً کسانی مادرند که مولود را متولد کرده‌اند و ولادت نیز عرفاً و از دید علمای لغت، به دنیا آوردن طفل و خروج او از رحم می‌باشد. همچنین آیت‌الله روحانی نیز با استناد به این آیه شریفه بیان می‌دارد زنی که فرزند را زاییده است مادر او محسوب می‌شود. البته ایشان معتقدند بچه به صاحب نطفه و زنی که او را زاییده است ملحق می‌شود. هرچند شأن نزول آیه شریفه دفع توهم برخی اعراب جاهلی بوده که زنان خود را ظهار می‌کردند و بعد از ظهار به این عقیده بودند که زوج‌های آنها مادرشان می‌باشد و آیهی شریفه این توهم را از بین برد و مقرر نمود که زن، با ظهار شوهرش، مادر او نمی‌شود و زوج‌ها همان زوج‌هاست و مادر نمیشود و مادر نیز کسی است که انسان را مولود نموده و بوجود آورده است. (همان). اما آیات دیگری از قرآن کریم نیز دلالت بر مادر بودن زن صاحب رحم می‌کنند؛ از جمله: آیه ۳۲ سوره‌ی مبارکه النجم، آیه‌ی ۶ از سوره شریفه‌ی الزمر، آیه‌ی ۸۷ از سوره‌ی مبارکه النحل، آیه‌ی شریفه‌ی ۱۵ از سوره مبارکه‌ی الاحقاف.

۴-۶-۲-۳) مادر نبودن هیچ یک از زنان صاحب رحم و صاحب تخمک:

برخی معتقدند مادر به کسی اطلاق می‌شود که فرزند از خون، ژن و سلول جنسی او حاصل شده و در رحم او نیز رشد و نمو پیدا کرده باشد و به عبارتی مادر کسی است که این دو خصیصه را با هم داشته باشد. ۱- فرزند از تخمک او حاصل شده باشد. ۲- فرزند در رحم او رشد و نمو پیدا کرده و از او متولد شده باشد.

در مبحث اول بررسی کردیم که اصل و منشا آفرینش جنین ناشی از زن صاحب تخمک است و همچنین روایاتی وجود دارد که به اهمیت نطفه و تخمک مادر دلالت دارند؛ همانند روایاتی که به شباهت فرزند به مادر یا دایی و خاله‌اش را ناشی از نطفه‌ی مادری می‌دانند. (سیستانی-محمدرضا؛ ۱۴۲۵)، بنابراین زن صاحب رحم نمی‌تواند عنوان مادر داشته باشد.

در مقابل، مادر باید صاحب رحم نیز باشد. بنابراین اگر فرزند از نطفه‌ی یک زن باشد که فرزند در رحم او رشد نکرده، جنین زنی نیز نمی‌تواند مادر باشد. زیرا آیات و روایات متعددی همانند آیات مورد استناد در نظریه‌ی قبلی دلالت بر مادر بودن زن صاحب رحم دارند و با جمع آیات و روایات دال بر مادر بودن صاحب نطفه می‌توان به این نتیجه رسید که در صورتی که صاحب تخمک و رحم یکی نباشند هیچ کدام مادر نیستند. (فیض‌اللهی ۱۳۸۹). هرچند به نظر نگارنده وقتی فرزند از یک زن متولد شده باشد چگونه می‌توان گفت که چنین فرزندی مادر ندارد؟ این استناد با هیچ منطق و وجدان حقوقی سازگار نیست.

۴-۶-۲-۴) نظریه مادر مشترک بودن صاحب تخمک و صاحب رحم:

به اعتقاد عده‌ای از فقها طفل حاصل از اهدای جنین، دو مادر دارد: یکی صاحب تخمک و دیگری صاحب رحم..

همانطور که پیش‌تر بررسی شد در تولید مثل سه رکن اساسی اسپرم و تخمک و رحم موثر است. همانگونه که صاحب اسپرم به صورت طبیعی پدر محسوب می‌شود، صاحب تخمک و صاحب رحم نیز، مادر طفل هستند.

در چنین حالتی اگر صاحب تخمک و صاحب رحم یکی باشد که در مادر بودن بحث و شبهه‌ای وجود ندارد؛ اگر صاحب رحم فردی غیر از صاحب تخمک باشد، هر دو آنها مادر خواهند بود؛ زیرا حقیقت ولادت، نشو ماده‌ای از ماده‌ای دیگر است. بنابراین صاحب تخمک که ماده‌ی اصلی پیدایش جنین را فراهم می‌آورد و صاحب رحم که در رشد طفل، نقشی بیش از مادر رضاعی دارد؛ هر دو مادر طفل محسوب می‌شوند. (جمععی از نویسندگان، ۱۳۹۱). قبلاً بیان کردیم که طبق آیات و روایات ادله کافی بر مادر بودن زن صاحب رحم و زن صاحب تخمک وجود دارد. بنابراین از آنجا که اثبات شکی نمی‌کند مادر بودن زن صاحب تخمک نافی مادر بودن زن صاحب رحم و یا بالعکس نیست.

از فقهای معاصر آیت الله سید عبدالکریم موسوی اردبیلی، آیت الله محمد فاضل لنکرانی این نظر را انتخاب کرده‌اند. آیت الله اردبیلی در پاسخ به این سوال فرموده است: «تلقیح منی و تخمک زن در خارج رحم ولو از غیر همسر و سپس قراردادن در رحم زن، اگرچه زن دیگری باشد، فی نفسه اشکال ندارد؛ ولی پدر این جنین صاحب منی است، نه همسر زنی که جنین در رحم او قرار داده شده و مولود، دو مادر خواهد داشت، صاحب تخمک و صاحب رحم که جنین را در آن پرورش داده است.» (نرم افزار گنجینه آرای فقهی - قضایی؛ تهیه و تدوین معاونت آموزش قوه قضاییه، سوال ۵۸۹۸، سوال ۴۰۵۵)

آیت الله فاضل لنکرانی نیز چنین معتقدند: «فرزند مربوط به دو صاحب نطفه است؛ هرچند زن صاحب رحم هم عرفاً مادر محسوب می‌شود.» (محمد فاضل لنکرانی، ۱۳۸۰)

۴-۶-۳) نسب طفل در سایر کشورها:

باتوجه به اینکه اهداء جنین عمل حقوقی شایع در سراسر جهان، خصوصاً کشورهای پیشرفته می‌باشد، نگاهی گذرا به رویه‌ی سایر کشورها می‌تواند در تصمیم‌گیری و تعیین مادر طفل موثر باشد.

۴-۶-۳-۱) حقوق ایالات متحده آمریکا:

در یک قضیه‌ی مطرح شده در سال ۱۹۴۲ بنام قضیه اسکینر علیه اوکلاه‌ما، دادگاه ایالتی اوکلاه‌ما قصد و نیت افراد را در برقراری رابطه‌ی نسبی موثر دانست و آن را یک حق

اختیاری برای افراد دانست که در برخی موارد می‌توانند با اراده‌ی خود نسبت به برقراری نسب اقدام نمایند و فرزند خواندگی را نوعی از این نسب ارادی تعریف کرد.

در حقوق ایالات متحده آمریکا یک اماره وجود دارد که از حقوق سنتی و باستانی این کشور نشأت گرفته است و مطابق آن مادر کسی است که فرزند را به دنیا می‌آورد. این اماره را آمریکاییان، اماره‌ی بیولوژی (**presumption of biology**) نامیده‌اند؛ که وفق آن هر زنی که بارداری را تحمل و فرزند را به دنیا می‌آورد، مادر او تلقی خواهد شد. (**Ibid, p 370**)

۴-۶-۳-۲) حقوق انگلیس:

مطابق بند یک ماده ۲۷ قانون باروری انسانی و جنین شناسی ۱۹۹۰ انگلیس: «زنی که در نتیجه‌ی قرارداد یک جنین یا اسپرم یا تخمک در بدن او، در حال حمل یک بچه می‌باشد و یا او را حمل نموده است؛ فقط او مادر بچه تلقی می‌شود نه زن دیگر.

بند ۲ ماده ۲۷ اعلام می‌دارد: بند یک در مورد بچه‌ای که بواسطه‌ی فرزند خواندگی، فرزند-پذیرنده یا پذیرندگان او محسوب می‌شود اعمال نمی‌گردد.

هرچند رویه‌ی قضایی انگلیس در خصوص اعمال این ماده ساکت است اما این قانون به صراحت تکلیف قضیه را روشن نموده است و زن صاحب رحم، مادر واقعی و قانونی طفل محسوب می‌شود. به نظر می‌آید این طرز تفکر از یک فرض مقرر در حقوق کامن لا نشأت می‌گیرد که مطابق آن هر زنی که مطابق مقررات، بچه‌ای را به دنیا می‌آورد مادر او محسوب می‌شود. (**Gillian Douglas: Ibid, p 636**)

۴-۷) نکاح کودکان آزمایشگاهی

۴-۷-۱) نکاح کودکان آزمایشگاهی در رابطه با زوجین اهدا کننده:

با توجه به مواد ۱۵۸ تا ۱۶۰ قانون مدنی و همچنین با استناد به آیه ۵۴ سوره مبارکه فرقان، آیه ۲ سوره مبارکه دهر، ۱۹ سوره مبارکه عبس و ۷ سوره مبارکه طارق، می‌توان گفت طفل ناشی از این‌گونه تلقیح مصنوعی همچون فرزند واقعی صاحب اسپرم است و با او رابطه خونی دارد. بنابراین همانند فرزندان ناشی از مواقعه، از محارم پدر و مادر و محارم دیگر

نسبی و سببی خواهد بود. با این ترتیب طفل مزبور برابر ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی ایران نمی- تواند با پدر و اجداد و مادر و جدات هر قدر که بالا رود و همچنین با اولاد هر قدر که پایین رود و برادر و خواهر و اولاد آنها تا هر قدر که پایین برود و همچنین با عمات و خالات خود و عمات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات ازدواج کند. با توجه به مراتب عنوان شده، فرزند ناشی از لقاح مصنوعی با اسپرم شوهر با کلیه اقارب نسبی پدر و مادر خود قرابت نسبی دارد و تمام آثار قرابت ناشی از نسب مشروع بر این فرزند جاری می شود و این کودک با تمام افراد یاد شده محرم است و ممنوعیت نکاح ثابت است. (صمدی اهری، ۱۳۸۲). با توجه به مطالب پیش تر بیان شده و اینکه صاحبان گامت والدین واقعی و شرعی کودک هستند، در نتیجه ممنوعیت نکاح ثابت است.

۴-۷-۲) نکاح کودکان آزمایشگاهی در رابطه با زوجین اهدا گیرنده:

همانگونه که بیان شد صاحب اسپرم پدر واقعی است و صاحب تخمک مادر طفل می باشد اما در مادر بودن زنی که طفل از او متولد شده است شبهه وجود دارد و قابل انکار نیز نمی- باشد.

زمانی که یک جنین از یک سلول تکثیر شده حاصل از ترکیب اسپرم و تخمک وارد رحمی می شود و در آن مکان رشد پیدا می کند، به عبارت دیگر این چند سلول در اثر وقوع در مکان مناسب به نام زاهدان و امثال آن و جذب مواد غذایی لازم از طریق خون صاحب رحم و دریافت اکسیژن از آن، شروع به تکثیر کرده و در اثر این تکثیر جنین رشد پیدا کرده و اعضای بدن وی ساخته می شود و به تدریج در اثر رشد جسمی لازم، در وی روح پیدا می- شود. جنین موجودی از حاصل همان سلول های اولیه است و محیط رشد و مواد لازم است که به رشد جنین کمک کرده است. (صمدی اهری، ۱۳۸۲)

نکته دیگر اینکه شیر حاصل از این حمل مناسب ترین غذای کودک به حساب می آید و شیر سه روز اول ولادت نوزاد دارای مواد غذایی خاصی است که در کودک اثر مهمی دارد. بنابراین با توجه به فلسفه رضاع و حرمت ناشی از رضاع می توان گفت این کودک از خون زن ماه ها تغذیه کرده و خون و گوشت و استخوان و پوست این کودک از این زن تشکیل شده است، بنابراین این کودک فرزند وی محسوب می شود و نکاح بین آنها ممنوع و شرعاً حرام است. چنان که در روایت صحیح حماد بن عثمان و عبدالله بن سنان تصریح کرده اند:

رضاع موجب حرمت آن است که گوشت و خون را برویاند و استخوان را محکم کند. (حرعاملی، ۱۴۱۴ ه. ق.)

لذا اگر ملاک نشر حرمت در رضاع را رشد جسمانی مرتضع بر اثر تغذیه او از ماده‌ای بدانیم که از جسم مرضعه تولید شده است. (جبعی عاملی، ۱۴۱۰ هـ) در مورد صاحب رحم نیز که جنین مستقیماً از خون وی تغذیه می‌کند و نمو جسمانی پیدا می‌کند و این امر نیز قبل از تمام شدن دو سال انجام می‌گیرد، به طریق اولی باید قائل به نشر حرمت باشیم. در رابطه با شوهر این زن نیز اگرچه طفل فرزند وی محسوب نمی‌شود ولی حرمت نکاح ثابت است؛ چون ربیبه زن وی محسوب می‌شود که بر اساس فقه شیعه و برابر بند سوم ماده ۱۰۴۷ قانون مدنی ایران، نکاح شوهر زن با دختر متولد از رحم زوجه‌اش که با توجه به اینکه با زن مزبور قرابت خونی دارد، ممنوع دایمی است.

در تایید این مطلب آیت الله مکارم شیرازی فرموده‌اند: فرزند متعلق به صاحبان نطفه و با آنها محرم است و از آنها ارث می‌برد و در مورد مادر جانشین به منزله مادر رضاعی است، بلکه از آن در بعضی جهات اولویت دارد؛ چرا که تمام گوشت و استخوان از او روییده است. بنابراین حرام است که بعداً با آن زن و فرزندان او ازدواج کند؛ اما ارث نمی‌برد (مکارم شیرازی، ۱۳۸۱)، آیت الله سیستانی نیز می‌نویسند: در موردی که دو مادر نقش دارند، در ترتب احکام مادری و فرزندى احتیاط شود و ثبوت محرمیت بین او و صاحب رحم ولو حکم به انتساب به وی نشود، بعید نیست. (سیستانی، ۱۴۴۲).

۴-۸) نتیجه گیری:

با بررسی مجموع قوانین و مقررات و همچنین نظریات فقهای عظام در خصوص نوع عمل حقوقی اهداء جنین و محرمیتی که در اثر این عمل به وجود می‌آید به این نتیجه می‌رسیم که:

هرچند قانون نحوه‌ی اهداء جنین به زوجین نابارور از عمل اهداء سخن گفته است؛ اما همانطور که پیش‌تر سخن گفتیم، عمل اهداء جنین را باید در قالب دو عقد مجزا بررسی کرد. اول اهداء اسپرم و تخمک به مراکز درمان و دوم انتقال رویان توسط مراکز درمان به زوجین متقاضی. با وجود اختلافی که در خصوص عوض در عقد هبه وجود دارد؛ اما در خصوص اینکه در عقد هبه عوض نباید در مقابل عین موهبه قرار گیرد و عوض تملیک مستقلاً است که بعد از عقد قصد می‌شود؛ اتفاق نظر دارند.

اما آنچه که در رویه واقع می‌شود و شاهد آن هستیم، اهداء تخمک و اسپرم مشروط به دریافت عوض مشخص و از قبل تعیین شده می‌باشد. و باتوجه به قصد زوجین اهداء کننده، نمی‌توان گفت دریافت عوض جنبه‌ی فرعی و شرط تبعی است؛ به همین علت دو عنصر اساسی احسان و تبرع که لازمه‌ی عقد هبه است مخدوش می‌باشد. همچنین به این جهت که تخمک و اسپرم نوعی منفعت می‌باشند در نتیجه نمی‌توان به عنوان مبیع قرار گیرند و بررسی این عمل تحت عنوان بیع فاقد جواز و وجهه قانونی می‌باشد.

همچنین پس از آنکه مراکز ناباروری تخمک و اسپرم را باهم لقاح کردند و رویان تشکیل شد، در اینجا رویان نوعی مال تلقی می‌گردد که در هنگام عقد موجود، معلوم و معین است و در نظر طرفین مالیت و منفعت عقلایی دارد، همچنین با تصویب قانون نحوه‌ی اهداء جنین قابلیت انتقال پیدا کرده است. پس تمامی اوصاف مبیع را دارد. با توجه به نظر قانون‌گذار و بیان صریح اهداء جنین به صورت رایگان و از آنجا که این اهداء نه مسبوق به

حقی است و نه برای رفع نزاع می‌توان گفت: قرارداد اهداء گامت توسط زوجین اهداءکننده در قالب صلح ابتدایی و صلح منافع و اهداء جنین توسط مراکز به زوجین اهداءگیرنده عقد بیعی است که در قالب عقد صلح معوض منعقد می‌گردد.

و اما در خصوص رابطه‌ی محرمیتی که در اثر عمل اهداء جنین حاصل می‌شود باید گفت مطابق نظریات پزشکی و فقهی منشا پیدایش جنین اسپرم و تخمک می‌باشد و جای هیچ شبهه‌ای در انتساب جنین و به اهداء کنندگان یا همان صاحبان اسپرم و تخمک وجود ندارد. بنابراین پدر و مادر واقعی طفل اهداء کنندگان هستند. اما از آنجا که جنین از تخمک یک زن تشکیل می‌گردد و در رحم زن دیگر رشد و نمو پیدا می‌کند، نمی‌توان رابطه‌ی جنین با زن صاحب رحم را انکار نمود. در میان نظریاتی که بررسی شد، قابل پذیرش ترین نظریه، نظریه‌ای است که بیان می‌دارد زن صاحب رحم و زن صاحب تخمک هر دو مادر جنین می‌باشند. زیرا از نظر پزشکی منشا پیدایش جنین تخمک است اما نقش رحم در رشد و نمو و تبدیل شدن یک نطفه به جنین و انسان کامل قابل انکار نیست بلکه به مراتب تاثیر بیشتری نسبت به تخمک دارد. در نتیجه طفل متناسب به هر دو زن می‌باشد و زن صاحب رحم مادر رضاعی طفل محسوب می‌گردد و نسبت به شوهر زن صاحب رحم در حکم ربیبه‌ی او و نکاح با وی حرام است. اما محرم بودن این جنین و ممنوعیت نکاح موجود باعث ایجاد رابطه‌ی محرمیت بین زوجین اهداء کننده و اهداءگیرنده نمی‌شود.

با عنایت به این امر که در قانون ما محدودیتی برای دفعات اهداء جنین در نظر گرفته نشده است، در صورتی که یک زوج به کرات به زوج‌های مختلف جنین اهداء کنند قطعاً این جنین‌ها با هم نسبت خواهر، برادری دارند و از آنجا که یکی از اصول اهداء جنین بی‌نامگی و محرمانه بودن اهداء است؛ بنابراین این جنین‌های اهدایی که بچه‌های آینده هستند از نسب اصلی خود بی‌اطلاع می‌مانند و احتمال ازدواج محارم در آینده به وجود می‌آید که این خود باعث بطلان عقد نکاح و به وجود آمدن مسائل و مشکلات فراوانی می‌باشد.

۹-۴) پیشنهادات:

باتوجه به اینکه در هنگام بروز اختلاف عدم وجود قانونی منسجم و مکتوب می‌تواند باعث تشدد آراء و اخلال در نظم حقوقی شود بنابراین پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار نوع قرارداد اهداء جنین را تعیین نماید.

همچنین با عنایت به این امر که در ایران رعایت مسائل فقهی و شرعی اهمیت ویژه ای دارد قرآن کریم صریحاً ازدواج محارم را باطل نموده است، پیشنهاد می‌گردد محدودیتی جهت اهداء جنین اعمال گردد بدین شکل که هر زوجی صرفاً یک بار قادر به اهداء باشد و خانواده‌هایی که جنین اهدایی دریافت می‌کنند فرزندان آنها قبل از ازدواج ملزم به انجام آزمایش DNA شوند.

منابع فارسی:

- ۱) امامی، ح؛ (۱۳۶۶)؛ حقوق مدنی جلد ۷؛ چاپ چهارم؛ انتشارات کتابفروشی اسلامیه
- ۲) امامی، ا؛ (۱۳۷۶) حقوق خانواده، چاپ دوم؛ انتشارات دانشگاه تهران
- ۳) امام هادی، م (۱۳۸۴) بیماری صعب العلاج و لاعلاج و مسائل پزشکی و قانونی مربوط، مجموعه مقالات اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، جمعی از نویسندگان، چاپ اول، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا
- ۴) جعفری لنگرودی، م، (۱۳۸۴) ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش
- ۵) حکیم، سید محسن؛ منهاج الصالحین؛ ج ۲؛ به نقل از مجتبی فروزانفر و رسول مزروعی
- ۶) شهیدی، م (۱۳۷۵)؛ مجموعه مقالات حقوقی؛ (چاپ اول) نشر حقوقدان
- ۷) شهیدی، م (۱۳۸۴)، حقوق مدنی ۶؛ (چاپ سوم)؛ تهران، انتشارات مجد
- ۸) صمدی اهری، م، (۱۳۸۲)؛ نسب ناشی از لقاح مصنوعی؛ (چاپ اول)، تهران، کتابخانه گنج دانش
- ۹) علامه طباطبائی، تفسیرالمیزان، ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی، جلد پانزدهم، دفتر انتشارات اسلامی بیتا
- ۱۰) عمید، ح؛ (۱۳۶۳)، فرهنگ سه جلدی عمید (چاپ اول)، انتشارات امیرکبیر
- ۱۱) فروزانفر، م؛ مزروعی، ر (۱۳۸۴)؛ برخی از احکام تکلیفیه و وضعیه تلقیح مصنوعی و طفل متولد از آن، مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور حقوقی

۱۲) فیض الهی، ن (۱۳۸۹)؛ اهدای جنین و دیگر روش‌های باروری کمکی در حقوق ایران، تهران، انتشارات جنگل جاودانه

۱۳) قزوینی، س؛ تلقیح مصنوعی، مرکز تحقیقات فقهی امام خمینی

۱۴) کاتوزیان، ن (۱۳۷۱)؛ حقوق مدنی خانواده جلد دوم؛ شرکت انتشار

۱۵) کاتوزیان، ن (۱۳۸۵)؛ اعمال حقوقی قرارداد ایقاع (چاپ یازدهم)؛ شرکت انتشار

۱۶) کاتوزیان، ن (۱۳۹۴)؛ حقوق مدنی در نظم کنونی، بنیاد حقوقی میزان

۱۷) گلن وایل (۱۳۸۳)؛ راه‌های طبیعی درمان نازایی، ترجمه رضا محمودی، قم، انتشارات سچهر اندیشه

۱۸) لنکرانی، م (۱۳۸۰)، جامع المسائل، جلد یک چاپ دهم؛ انتشارات امیرالعلم

۱۹) مطهری، م (۱۳۵۳)؛ نظام حقوقی زن در اسلام؛ تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی

۲۰) مکارم شیرازی، ن و همکاران (۱۳۷۴) تفسیر نمونه؛ چاپ چهاردهم، انتشارات دارالکتاب اسلامی

۲۱) محمدزاده (۱۳۷۵)؛ پزشکی در اجتهاد، استفتائات از آیت الله العظمی خامنه‌ای؛ قم، انتشارات انصاریان

۲۲) معین، م (۱۳۷۸)؛ فرهنگ فارسی معین، جلد ۱۳، تهران، انتشارات امیرکبیر

۲۳) مکارم شیرازی، ن (۱۳۸۱)، استفتائات جدید، قم، مدرسه امام علی ابن ابیطالب

۲۴) نایب‌زاده، ع (۱۳۸۰)؛ باروری مصنوعی، چاپ اول انتشارات مجد

۲۵) هادی، ح؛ طلعتی، م (۱۳۷۵) احکام پزشکان و مشاغل مربوط به پزشکی، انجمن علمی و فرهنگی، کتابخانه ملی کرمان، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

منابع عربی:

- ۱) انصاری، م (۱۴۱۱)؛ کتاب المكاسب، قم؛ انتشارات دار الذخائر
- ۲) المبيض، م؛ مصلحه حفظ النفس فی الشریعه الاسلامیه، انتشارات موسسه المختار
- ۳) حر عاملی، م (۱۴۰۹)؛ وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه؛ بیروت؛ دارالاحیاء التراث العربی
- ۴) حر عاملی، وسایل الشیعه، کتاب الوصیه؛ جلد ۱۴
- ۵) حسینی عاملی، م (۱۴۱۹)؛ مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه؛ قم، دفتر انتشارات اسلامی
- ۶) سیستانی، م (۱۴۲۵) وسایل الانجاب، جلد اول چاپ اول، بیروت، انتشارات دارالمورخ عربی
- ۷) سیستانی، ع (۱۴۴۲)؛ المسائل المنتخبه، قم
- ۸) طوسی، ا (۱۴۰۷)؛ تهذیب الاحکام (چاپ چهارم)، تهران، دارالکتب الاسلامیه
- ۹) عاملی، ز، شهیدثانی (۱۴۱۰)؛ شرح لمعه، جلد دوم، قم انتشارات داوری
- ۱۱) مجلسی، م (۱۴۰۳)؛ بحارالانوار، جزءالثانی؛ الطبعة الثانية
- ۱۲) نجفی، م (۱۴۰۴)؛ جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (چاپ هفتم)، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی
- ۱۳) یاسین محمدنعم، بیع الاعضاء الآدمیه، کویت، بیتا

مقالات:

- ۱) امامی، ا (۱۳۴۹) نسب در حقوق ایران و فرانسه

۲) آخوندی، م؛ بهجتی اردکانی، ز؛ عارفی، س؛ (۱۳۸۵)؛ آشنایی با لقاح طبیعی، لقاح خارج رحمی و ضرورت استفاده از گامت جایگزین در درمان ناباروری، مجموعه مقالات اهداء گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، پژوهشکده ابن سینا

۳) برهانی، ن؛ فریفته، ف؛ عباسی، م؛ (۱۳۸۸) اصل بی نام بودن و محرمانگی در اهداء گامت و جنین، چالش هزاره سوم، فصلنامه اخلاق پزشکی شماره ۸

۴) بصری، ح؛ گوهری، م؛ اکرمی، م؛ (۲۰۱۶)، مطالعه و تجزیه و تحلیل سلول‌های جنسی از دیدگاه مطبوعات؛ دانشگاه ادینبورگ

۵) خدایی نژاد، م (۱۳۹۴)؛ بررسی خلاءهای قانونی و مبانی فقهی حاصل از اهداء جنین در حقوق داخلی ایران و حقوق کامن‌لا؛ فصلنامه علمی پژوهشی فقه و مبانی اسلامی، سال هشتم

۶) رمضان‌زاده، ف (۱۳۸۴)؛ بررسی قانونی اهداء جنین، چالش‌ها و راهکارها، آثار و اطلاعات نازایی در ایران؛ دانشگاه علوم پزشکی

۷) راسخ، م (۱۳۸۴)؛ نسب به مثابه یک مفهوم هنجاری، تحلیل از تعیین رابطه‌ی پدر و مادری با فرزند متولد از نطفه‌ی اهدایی؛ دانشکده حقوق دانشگاه تهران

۸) روشن، م (۱۳۸۶)؛ بررسی حقوقی اهداء گامت و جنین، فصلنامه پایش، سال ششم، شماره چهارم

۹) رضایی، ر؛ عباسی، م (۱۳۹۱)؛ مقاله تطبیقی اهداء جنین از منظر فقه و حقوق پزشکی

۱۰) صفار، م (۱۳۸۳)؛ قانون نحوه‌ی اهداء جنین به زوجین نابارور در بوته‌ی نقد و تحلیل؛ مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۹

۱۱) صادقی مقدم، م (۱۳۹۲)؛ نسب و ارث جنین آزمایشگاهی، فصلنامه حقوقی و پزشکی شماره ۲۴

۱۲) علوی قزوینی، ع (۱۳۸۲)؛ روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق؛ مجموعه مقالات آثار حقوقی

۱۳) کی چانگ ربار سولز (۱۳۷۵)؛ ناباروری ارزیابی و درمان، ترجمه محمدعلی کریم‌زاده و همکاران؛ موسسه انتشارات یزد

۱۴) کریمی، ع (۱۳۸۴)؛ انتقال گامت و جنین از دیدگاه حقوق اموال، فصلنامه باروری و ناباروری

۱۵) کریمی، ع؛ کریمی، س (۱۳۹۳)؛ تعارض بین مالیت بالفعل و شخصیت بالقوه جنین آزمایشگاهی؛ فصلنامه حقوق پزشکی، سال هشتم

۱۶) کفایی، م؛ در بیان تعریف هبه؛ ترجمه از قانون مدنی ترکیه صفحه ۱۴۵-۱۴۰؛ باتطبیق قانون مدنی ایران و سایر قوانین شرعیه

۱۷) کاربینه ژان؛ حقوق مدنی شماره ۱۵۲؛ به نقل از اسدالله امامی، نسب در حقوق ایران و فرانسه

۱۸) موسوی جمالی، ع (۱۳۶۱)؛ آثار حقوقی و روش‌های متنوع تلقیح مصنوعی، گفتمان حقوقی، فصلنامه دانشگاه علوم اسلامی رضوی

۱۹) نوری‌زاده، ر (۱۳۸۸)؛ وضعیت سقط القایی در ایران، حقوق باروری و چالش‌های سقط القایی در ایران؛ فصلنامه حقوق پزشکی؛ سال سوم؛ شماره ۱۱

منابع لاتین:

1) Code de la santé publique. Titre 7. Chapitre 3

2) J K Mason, R A McCall Smith: Law and Medical Ethics, Fourth edition, 1994, Butterworths, London

3) John Lawrence Hill: "What dose it meant to be A PARENT?" New York university law review, Vol 66

Legal jurisprudential review of the relationship between birth and birth due to the donation of the fetus

Abstract:

Fetal donations are the transfer of the fetus from an ectopic insemination to the uterus of the thirdparty couple who do not have the ability to reproduce for some reason. The law on how to donate embryos to unbelieving couples speaks of free donations, but dose not specify the type of legal action. Alimony and mutual respect have been discussed, but an important issue such as the deprivation that results from these donations and the relationship between the donated embryo and the recipient couple;s recipients has been silenced, which can cause problems in the future. In this study, we examined the legal nature of this practice and since we are faced with two practices, one is gamete donations by couples b, treatment centers and conflict of fetal donations by the centers to the applicant couples. They are different as a result, the applicant, contrary to the appearance of the law, these two acts have two different legal natures, the first of which can be concluded under the title of primary peace and the second of which can be concluded under the title of peace the successor of a certain contract. The relationship between the donated embryo and the donor couple has caused controversy and various theories have emerged that the theory of embryo assignment to the donor couple and that the owner of the uterus in Hamak is the child;s breastfeeding mother and her husband is his wife;s rabbi. It is the most plausible theory.

Key words: Legal jurisprudence review, - relationship of confidentiality- birth- Donate the embryo