

بسم الله الرحمن الرحيم



مؤسسه آموزش عالی طلوع مهر

دانشکده حقوق

پایان نامه کارشناسی ارشد

رشته حقوق خصوصی

مسئولیت مدنی ناشی از تلقیح مصنوعی و اجاره رحم

نگارش

امیر فتوحی آقکند

استاد راهنما

دکتر سید علی علوی قزوینی

آذر ماه ۱۳۹۹



برگ اصالت و مالکیت اثر

اینجانب دانش آموخته کارشناسی ارشد رشته موسسه آموزش عالی طلوع مهر، پدیدآور پایان نامه
با عنوان
..... گواهی و تعهد می کنم که بر پایه قوانین و مقررات، از جمله «دستور العمل نحوه بررسی تخلفات پژوهشی» و
همچنین «مصادیق تخلفات پژوهشی» مصوب وزارت علوم، تحقیقات و فناوری (۲۵ اسفند ۱۳۹۳):

این پایان نامه دستاورد پژوهش این جانب و محتوای آن از درستی و اصالت برخوردار است.

حقوق معنوی همه کسانی را که در به دست آمدن نتایج اصلی پایان نامه تاثیر گذار بوده اند، رعایت کرده ام و هنگام کاربرد دستاورد پژوهش
های دیگران در آن، با دقت و به درستی به آن ها استناد کرده ام.

این پایان نامه و محتوای آن را تاکنون این جانب یا کس دیگری برای دریافت هیچگونه مدرک یا امتیازی در هیچ جا ارائه نکرده ایم.

همه حقوق مادی این پایان نامه از آن موسسه آموزش عالی طلوع مهر است و آثار برگرفته از آن با وابستگی سازمانی موسسه آموزش عالی
طلوع مهر منتشر خواهد شد.

در همه آثار برگرفته از این پایان نامه، نام استاد(ان)، راهنما و اگر استاد راهنمای نخست تشخیص دهد، نام استاد(ان) مشاور و نشانی رایانامه
سازمانی آنان را می آورم.

در همه گام های انجام این پایان نامه، هرگاه به اطلاعات شخصی افراد یا اطلاعات سازمان ها دسترسی داشته یا آن ها را به کار برده ام،
رازداری و اخلاق پژوهش را رعایت کرده ام.

امضاء

تاریخ

این گزارش و همه حقوق مادی و محصولات آن(مقاله ها، کتاب ها، پروانه های اختراع، برنامه های رایانه ای، نرم افزارها، تجهیزات ساخته
شده و مانند آن ها) بر پایه «قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان» مصوب سال ۱۳۴۸ و اصلاحیه های بعدی آن و همچنین آیین
نامه های اجرایی این قانون از آن موسسه آموزش عالی طلوع مهر است و هرگونه استفاده از همه یا پاره ای از آن شامل نقل قول، تکثیر، انتشار،
کاربرد نتایج، تکمیل و مانند آن ها به صوت چاپی، الکترونیکی یا وسایل دیگر، تنها با اجازه نوشتاری موسسه آموزش عالی طلوع مهر شدنی
است. نقل قول محدود در انتشارات علمی مانند کتاب و مقاله یا پایان نامه ها و رساله های دیگر با نوشتن اطلاعات کامل کتاب شناختی، نیازی
به مجوز موسسه آموزش عالی طلوع مهر ندارد.

حمد و سپاس خدای را که آدمی را فکرت آموخت.

انجام این پژوهش میسر نمی گردید مگر با تحمل زحمات از طرف خانواده بویژه همسر عزیزم و اساتید بزرگوار و اندیشمند خود، لذا تقدیر و سپاس خاضعانه خویش را تقدیمشان می نمایم.

و تقدیر و سپاس فراوان از استاد ارجمندم جناب آقای دکتر سید علی علوی قزوینی که با صبر و حوصله فراوان و با راهنماییهای و دلسوزیهای عالمانه خویش مسیر این پژوهش را برای اینجانب میسر نمودند.

چکیده

با پیشرفت دانش پزشکی و امکان درمان ناباروری از طریق پزشکی مسائل متعدد و پیچیده ای در حوزه های اخلاقی، حقوقی، اجتماعی و دینی مطرح شده است، که می بایست از طرف فقها از یک سو، حقوقدانان و متخصصان علوم اجتماعی از سوی دیگر به آنها پاسخ مناسب داده شود، تا زمینه مناسب جهت وضع و تدوین قوانینی جامع و راهگشا فراهم گردد. یکی از آثار حقوقی تلقیح مصنوعی و اجاره رحم همانند هر عمل حقوقی دیگری، مسئولیت مدنی ناشی از آن می باشد و در واقع سئوالاتی مانند اینکه: مبنای مسئولیت مدنی ناشی از تلقیح مصنوعی و اجاره رحم چیست؟ و شرایط و حدود مسئولیت مدنی طرفهای درگیر در عمل تلقیح مصنوعی و اجاره رحم چیست؟ در اینجا مطرح میگردد و در این پایان نامه سعی بر آن گردیده تا با نگاهی در آرای فقهی و اصول و قواعد حقوقی و قوانین موضوعه موجود علاوه بر بحث در خصوص موجبات مسئولیت اهداء کنندگان و دریافت کنندگان گامت و جنین و کادر درمانی و ارکان مسئولیت ایشان و همچنین آثار این مسئولیت از جمله حق طرح دعوی مطالبه خسارت از طرف ذینفع بویژه طفل حاصله، به مبنای مسئولیت مدنی ایشان نیز پرداخته شود. و آیا استناد به قواعد عام مسئولیت مدنی (نظریه تقصیر) می تواند دربرگیرنده تمامی ابعاد مساله مدنظر ما باشد و یا اینکه رعایت مصلحتهای فردی و اجتماعی ایجاب می نماید که مسئولیت کادر درمانی را در این اعمال مفروض دانست (فرض تقصیر) و برای اهداکنندگان و دریافت کنندگان جنین و گامت نیز بر خلاف قواعد عام که والدین را در صورت ورود ضرر بر طفل خود مسئول نمی داند قائل به مسئولیت ایشان شد...

کلمات کلیدی: مسئولیت مدنی، گامت، جنین، اهداء کننده، دریافت کننده، طفل، پزشک، کادر درمان

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
-------	------

مقدمه

موضوع تحقیق..... ۱

پیشینه تحقیق..... ۲

ضرورت تحقیق..... ۳

سئوالات تحقیق..... ۳

فرضیه های تحقیق..... ۳

ساختار تحقیق..... ۳

فصل اول: تعریف، ماهیت و سیر تاریخی و حقوقی و انواع تلقیح مصنوعی و اجاره رحم و جنین حاصل از آن

مبحث اول: تعریف ناباروری و درمان آن و سیر تاریخی و حقوقی آن ۶

گفتار اول: تعریف ناباروری و سیر تاریخی آن و روشهای نوین درمانی ۶

بند اول: تعریف ناباروری ۶

بند دوم : درمان ناباروری و سیر تاریخی آن و روشهای نوین درمانی ۷

گفتار دوم: سیر حقوقی تلقیح مصنوعی و اقسام آن.....	۱۱
بند اول: تعریف و ماهیت فقهی و حقوقی تلقیح مصنوعی	۱۲
الف) ماهیت فقهی تلقیح مصنوعی	۱۴
ب) ماهیت حقوقی تلقیح مصنوعی	۲۱
بند دوم: اقسام تلقیح مصنوعی	۲۱
الف - تلقیح مصنوعی با استفاده از اسپرم شوهر.....	۲۲
ب - تلقیح مصنوعی با استفاده از اسپرم بیگانه.....	۲۳
ج - تلقیح مصنوعی با استفاده از تخمک بیگانه	۲۶
د - پرورش جنین در رحم ثالث	۲۷
گفتار سوم: اجاره رحم	۲۸
بند اول: تعریف و تاریخچه	۲۸
بند دوم: ماهیت فقهی و حقوقی اجاره رحم	۳۱
بند سوم: طرفین قرارداد اجاره رحم و حقوق و تعهدات آنها	۳۳
مبحث دوم: ماهیت حقوقی جنین حاصل از تلقیح مصنوعی	۳۷
گفتار اول: شبهه مال یا شخص بودن جنین	۳۸
بند اول: نظریه مال بودن جنین حاصل از تلقیح مصنوعی	۳۸
بند دوم: نظریه شخص بودن جنین حاصل از تلقیح مصنوعی	۳۹
گفتار دوم: تعارض میان احکام راجع به مال یا شخص بودن جنین حاصل از تلقیح مصنوعی	
و راه رفع آن.....	۴۰
بند اول: تبیین تعارض بین احکام راجع به مالیت بالفعل و شخصیت بالقوه جنین حاصل از	
لقاح مصنوعی	۴۱

بند دوم: شیوه رفع تعارض بین احکام راجع به مالیت بالفعل و شخصیت بالقوه جنین

آزمایشگاهی ۴۱

بند سوم: امکان معامله جنین حاصل از لقاح مصنوعی ۴۳

گفتار سوم: بررسی فقهی و حقوقی تلف جنین قبل و بعد از انتقال به رحم ۴۵

الف) بررسی فقهی تلف جنین قبل و بعد از انتقال به رحم ۴۵

ب) بررسی حقوقی تلف جنین قبل و بعد از انتقال به رحم ۴۷

فصل دوم: مسئولیت مدنی طرفین تلقیح مصنوعی و اجاره رحم

مبحث اول: مسئولیت مدنی اهداء کنندگان گامت و جنین ۵۰

گفتار اول: ارکان مسئولیت اهداء کنندگان گامت و جنین و والدین طبیعی ۵۲

بند اول: ارکان مسئولیت مدنی اهداء کنندگان گامت و جنین ۵۲

اول: وقوع ضرر توسط اهداء کنندگان گامت و جنین ۵۲

دوم: فعل زیانبار اهداء کنندگان گامت و جنین ۵۳

سوم: وجود رابطه سببیت بین ضرر وارده و فعل زیانبار اهداء کنندگان گامت و جنین ۵۵

حالت اول: عدم علم اهداء کننده به بیماری یا نقص ژنتیکی خود ۵۶

حالت دوم: آگاهی اهداء کننده به بیماری یا نقص ژنتیکی خود ۵۷

بند دوم: ارکان مسئولیت مدنی والدین ۵۸

اول: ایجاد ضرر در طفل توسط والدین ۵۹

دوم: فعل زیانبار والدین ۵۹

حالت اول: جهل پدر و مادر به وجود نقص یا بیماری در خود ۶۰

حالت دوم: علم پدر و مادر به نواقص ژنتیکی یا بیماریهای خود یا گامت خود ۶۱

گفتار دوم: شرایط (موجبات مسئولیت) اهداء کنندگان گامت و جنین ۶۲

بند اول: شرایط جسمی اهداء کنندگان گامت و جنین ۶۳

بند دوم: شرایط روحی و روانی اهداء کنندگان گامت و جنین ۶۴

بند سوم: شرایط اجتماعی اهداء کنندگان گامت و جنین ۶۵

گفتار سوم: آثار مسئولیت مدنی اهداء کنندگان جنین و گامت ۶۶

الف) طرح دعوا توسط کودک ۶۶

ب) طرح دعوی جبران خسارت توسط والدین کودک ۶۷

مبحث دوم: مسئولیت مدنی دریافت کنندگان جنین و گامت ۶۸

گفتار اول: شرایط دریافت کنندگان جنین یا گامت ۶۹

بند اول: شرایط جسمی لازم برای دریافت کنندگان گامت و جنین ۷۱

بند دوم: شرایط روحی و روانی دریافت کنندگان گامت و جنین ۷۳

بند سوم: بررسی شرایط اجتماعی دریافت کنندگان جنین یا گامت ۷۱

گفتار دوم "ارکان مسئولیت مدنی دریافت کنندگان جنین یا گامت و آثار آن ۷۲

بند اول: ورود ضرر توسط دریافت کنندگان گامت و جنین ۷۵

بند دوم: ارتکاب فعل زیانبار توسط دریافت کننده جنین یا گامت ۷۶

بند سوم: وجود رابطه سببیت ۷۷

گفتار سوم: آثار مسئولیت مدنی دریافت کنندگان جنین یا گامت ۷۷

بند اول: طرح دعوی مطالبه خسارت توسط کودک ۷۷

بند دوم: طرح دعوی مطالبه خسارت توسط زن یا مرد دریافت کنندگان

جنین یا گامت (پدر و مادر) ۷۸

فصل سوم: مسئولیت مدنی کادر درمانی در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم..... ۷۹

اول: مرکز تخصصی ناباروری..... ۸۰

دوم: پزشک در مرکز تخصصی ناباروری..... ۸۱

سوم: موسسان مراکز تخصصی ناباروری و شرایط و وظایف آنها..... ۸۲

الف: تعریف موسسان..... ۸۲

ب: شرایط موسسان..... ۸۲

ج: وظایف موسسین مراکز تخصصی ناباروری..... ۸۲

مبحث اول: مسئولیت مدنی تیم درمانی پزشکی در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم..... ۸۳

گفتار اول: اقسام مسئولیت پزشک در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم..... ۸۳

بند اول: مسئولیت انتظامی پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم..... ۸۳

بند دوم: مسئولیت کیفری پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم..... ۸۴

بند سوم: مسئولیت مدنی پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم..... ۸۶

گفتار دوم: موجبات مسئولیت مدنی پزشک در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم..... ۸۶

گفتار سوم: مبنا و ارکان مسئولیت مدنی پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم..... ۸۸

بند اول: مبناي مسئولیت پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم..... ۸۹

اول: پزشک مستقیماً "باعث تلف یا ضرر باشد..... ۹۱

دوم: پزشک سبب خسارت شده باشد..... ۹۲

بند دوم: ارکان مسئولیت مدنی پزشک در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم و تاثیر

شروط قرارداد بر آن..... ۹۴

نخست: تاثیر شروط قرارداد بر مسئولیت پزشک..... ۹۴

دوم: ارکان مسئولیت مدنی پزشک در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم.....۹۷

گفتار چهارم: آثار مسئولیت مدنی پزشک.....۱۰۱

بند اول: افراد ذیحق جهت اقامه دعوی مطالبه خسارت بر علیه پزشک.....۱۰۱

بند دوم) عناوین دعاوی مطالبه خسارت بر علیه پزشک.....۱۰۴

مبحث دوم: مسئولیت مدنی کادر درمانی غیر پزشک.....۱۰۵

گفتار اول: مبنای مسئولیت مدنی کادر درمانی غیر پزشک در فرآیند تلقیح مصنوعی و

اجاره رحم و ارکان آن.....۱۰۵

بند اول: مبنای مسئولیت مدنی کادر درمانی غیر پزشک.....۱۰۵

بند دوم: موجبات مسئولیت مدنی تیم درمانی غیر پزشک در تلقیح مصنوعی

و اجاره رحم و آثار آن۱۰۷

الف) خطا در مرحله پیش از آنالیز.....۱۰۷

ب) خطا در مرحله آنالیز.....۱۰۸

ج) خطا در مرحله پس از آنالیز.....۱۰۹

بند سوم: ارکان مسئولیت مدنی کادر درمانی غیر پزشک در فرآیند تلقیح مصنوعی و

اجاره رحم.....۱۰۹

گفتار دوم: آثار مسئولیت مدنی کادر درمانی غیر پزشک در تلقیح مصنوعی و اجاره

رحم۱۱۰

بند اول: نظریات مربوط به مسئولیت مدنی کادر درمانی در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم

برای مطالبه خسارت.....۱۱۱

بند دوم: اشخاص ذینفع برای طرح دعوی مطالبه خسارات بر علیه کادر درمانی غیر

پزشک.....۱۱۳

نتیجه گیری.....۱۱۸

فهرست منابع.....۱۲۳

پیوست.....۱۳۰

مقدمه:

موضوع

امکان باروری برای زوجین نابارور یعنی زن و شوهری که با وجود گذشت حداقل ۱۲ ماه از تصمیم به فرزندآوری و انجام مقاربت بدون استفاده از روشهای پیشگیری و عدم دریافت پاسخ از سایر روشهای درمانی متعارف، باردار نشوند، از طریق مداخله اشخاص ثالث (کادر درمانی) تحت عنوان تلقیح مصنوعی و حتی اجاره رحم دستاورد بشری است که با پیشرفتهای علم پزشکی حاصل گردیده است.

تلقیح مصنوعی مجموعه ای پیچیده از راهکارهای درمان ناباروری یا مشکلات ژنتیکی است که به باروری یا بارداری کمک می کند و بطور کلی تلقیح اسپرم (گامت نر) با تخمک (گامت ماده) و تشکیل جنین به روشی غیر از طریق متعارف که همان مقاربت و نزدیکی باشد را تلقیح مصنوعی گویند. و به عبارت دیگر تشکیل جنین در محیط آزمایشگاهی و انتقال آن به رحم را لقاح مصنوعی می نامند حال این لقاح از گامت خود زن و شوهر باشد یا از اسپرم و یا تخمک اهدایی، و حتی گاهی اوقات تلقیح مصنوعی بوسیله اجاره رحم صورت می گیرد به اینصورت که زن دیگری عهده دار حمل جنین حاصل از امتزاج گامتهای زن و شوهر نابارور می گردد.

باروری از طریق تلقیح مصنوعی و اجاره رحم که از دست آوردهای جدید بشری است که باعث برانگیختن مسایل خاصی شده است. زیرا که این روش درمانی باعث ایجاد روابط بسیاری فی مابین افراد درگیر در آن میگردد که مانند هر عمل واقدام انسان که میتواند موجب مسئولیت مدنی برای او باشد در این مورد خاص نیز بر اثر فعل یا ترک فعل هر یک از طرفین و حتی اشخاص ثالث (مثل شوهر زن اجاره دهنده رحم) مسئولیت برای شخص ایجاد میگردد. که این روابط شامل ارتباطات بین اهداء کنندگان و دریافت کنندگان گامت و جنین و یا اجاره کنندگان و اجاره دهندگان رحم باهم و یا مابین ایشان و طفل حاصله و همچنین بین هر کدام از افراد ذکر شده با پزشک و کادر درمانی می باشد.

واز آنجائیکه قانون مدوتی در این موارد وضع نگردیده لذا انجام پژوهشی جهت یافتن احکام راجع به مسئولیت مدنی ناشی از این اعمال را با استفاده از کلیات وقواعد حقوقی را ایجاب می نماید.

خوشبختانه دانش حقوق درقواعد ومقررات موضوعه خلاصه نمیشود، بلکه حقوق دانشی است باقواعد وضوابط کلی واصول عامه ای که به مثابه اهرمهای استنباط دراختیار حقوقدانان قرارمیگیرد. لذا با تکیه براین اصول

عمومی، حقوقدانان قادر خواهند بود که با هر گونه مسائل جدید حقوقی که در رویارویی ایشان قرار میگیرد و شاید در قوانین موضوعه هم سخنی از آن نرفته باشد، برخورد مناسب کرده و جوابهای صحیح و راه حل شایسته ارائه دهند.

پیشینه تحقیق

پژوهش خاصی نسبت به این موضوع تا کنون صورت نگرفته و در خصوص کتابهایی که در زمینه باروری مصنوعی تالیف گردیده می توان به کتاب وضعیت حقوقی باروری مصنوعی وانتقال جنین در روش های تولید مثل انسانی اثر دکتر اسداله امامی و همچنین کتاب بررسی تطبیقی حقوق خانواده اثر دکتر صفایی و کتاب اجاره رحم و تلقیح مصنوعی (موانع و راهکارها) اثر آقای فریدون توفیقی از انتشارات موسسه فرهنگی و هنری پویا نقش اشاره نمود که نسبت به موضوع پژوهش فوق هیچگونه مطالبی را بیان ننموده است. در مورد مقالات نیز مقالات دکتر شهیدی تحت عنوان تلقیح مصنوعی انسان و وضعیت کودک آزمایشگاهی به بررسی وضعیت حقوقی طفل از لحاظ ارث، نسب و وصیت پرداخته و مقاله دکتر رحیمی تحت عنوان مسئولیت مدنی رحم جایگزین بیشتر به مسئولیت قراردادی شخص حامل جنین در برابر والدین ژنتیکی پرداخته و نسبت به موضوع مد نظر ما مطالبی را ذکر ننموده است، همچنین مقاله خانم الهام قربانی تحت عنوان بررسی تلقیح مصنوعی از لحاظ فقهی و حقوقی مطروحه در همایش بین المللی حقوق و فقه سال ۱۳۹۶ و در مورد پایان نامه ها هم هیچ - پایان نامه ای که اختصاصا به موضوع مطروحه باشد مشاهده نگردید هر چند که پایان نامه هایی با عناوین مشابه ارائه گردیده اند مانند:

۱- بررسی ماهیت و آثار قرارداد استفاده از رحم جایگزین در حقوق ایران - دانشگاه اصفهان، سال ۱۳۹۰

۲- بررسی فقهی و حقوقی تلقیح مصنوعی - دانشگاه سیستان و بلوچستان، سال ۱۳۸۹

۳- حقوق اطفال ناشی از تلقیح مصنوعی - دانشگاه پیام نور تهران، سال ۱۳۸۹

۴- وضعیت حقوقی اطفال ناشی از تلقیح مصنوعی - دانشگاه علامه طباطبائی، سال ۱۳۸۸

۵- تلقیح مصنوعی انسان و آثار حقوقی آن - دانشگاه امام صادق، سال ۱۳۷۷

ضرورت تحقیق

با توجه به افزایش ناباروری در میان زوجین در طی سالیان اخیر و به تبع آن گسترش استفاده از روش‌های نوین - پزشکی که در قالب تلقیح مصنوعی و اجاره رحم صورت می‌گیرد و از آنجائیکه که این اعمال دارای آثار حقوقی فراوانی می‌باشند از جمله موجد

سوالات تحقیق

این پژوهش علمی بر اساس سوالات ذیل انجام می پذیرد:

۱- مبنای مسئولیت مدنی ناشی از تلقیح مصنوعی و اجاره رحم چیست؟

۲- شرایط و حدود مسئولیت مدنی طرفهای درگیر در عمل تلقیح مصنوعی و اجاره رحم چیست؟

فرضیه های تحقیق

۱- درخصوص مسئولیت مدنی طرفین تلقیح مصنوعی و اجاره رحم علاوه بر تقصیر می بایست سایر ارکان و شرایط مسئولیت احراز گردد. (که البته به نظر در برخی موارد جهت حفظ حقوق طفل و حتی طرفین دیگر قرارداد میتوان از فرض تقصیر نیز استفاده نمود).

۲- مسئولیت مدنی کادر پزشکی دخیل در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم مبتنی بر فرض تقصیر است.

۳- مسئولیت مدنی اشخاص ثالث در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم مبتنی بر تقصیر و اثبات رابطه سببیت است.

ساختار تحقیق

انجام این پژوهش مستلزم تقسیم ساختار آن به سه فصل جداگانه می باشد که در فصل اول به مباحث مقدماتی پرداخته می شود تحت عنوان تعریف، ماهیت و انواع تلقیح مصنوعی و اجاره رحم. که در مبحث اول این فصل به تعریف ناباروری و درمان آن و سیر تاریخی و حقوقی آن و در مبحث دوم به ماهیت حقوقی جنین حاصل از تلقیح مصنوعی پرداخته می شود.

پس از آشنایی با کلیات و مقدمات به بررسی یکی از آثار مهم حاصل از عمل تلقیح مصنوعی و اجاره رحم که همان مسئولیت مدنی ناشی از آن می باشد می پردازیم، لذا فصل دوم به مسئولیت مدنی طرفین تلقیح مصنوعی

و اجاره رحم اختصاص داده شده که در مبحث اول آن به مسئولیت مدنی اهداء کنندگان گامت و جنین و آثار و شرایط آن و در مبحث دوم به مسئولیت مدنی دریافت کنندگان گامت و جنین و آثار و شرایط آن می پردازیم.

سپس در فصل سوم به بررسی مسئولیت مدنی کادر درمانی در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم و آثار و شرایط آن پرداخته می شود که در مبحث اول به مسئولیت مدنی کادر درمانی پزشکی و آثار ناشی از آن و در مبحث دوم به مسئولیت مدنی کادر درمانی غیر پزشک و آثار ناشی از آن می پردازیم.

فصل اول:

تعریف، ماهیت و انواع تلقیح مصنوعی

در این فصل به تعریف، ماهیت و انواع تلقیح مصنوعی در قالب دو مبحث جداگانه به شرح ذیل خواهیم پرداخت.

مبحث اول: تعریف و تشریح ناباروری و درمان آن و سیر تاریخی آن که در گفتار اول به تعریف ناباروری و سیر تاریخی آن خواهیم پرداخت و در گفتار دوم به سیر تاریخی و حقوقی تلقیح مصنوعی خواهیم پرداخت.

مبحث دوم: ماهیت حقوقی جنین آزمایشگاهی یا به عبارت دیگر جنین ایجاد شده بر اثر فعالیت غیر متعارف یعنی راهی غیر از نزدیکی و لقاح گامت نر و ماده و شکل گیری جنین و قرار گرفتن آن در رحم زن که در گفتار اول به شبهه مال یا شخص بودن جنین حاصل از تلقیح مصنوعی و در گفتار دوم به تبیین تعارض و شیوه رفع تعارض احکام راجع به مال یا شخص بودن جنین خواهیم پرداخت.

مبحث اول: تعریف ناباروری و درمان آن وسیر تاریخی آن

در این مبحث و در گفتار اول به تعریف ناباروری و درمان وسیر تاریخی آن و روشهای نوین پزشکی در فرزندآوری می پردازیم و در گفتار دوم به سیر حقوقی و تاریخی تلقیح مصنوعی شامل تعریف و ماهیت حقوقی و فقهی تلقیح مصنوعی و اقسام آن و سپس در گفتار سوم و به صورت جداگانه به تعریف و بررسی اجاره رحم که میتوان آنرا قسم و نوعی از تلقیح مصنوعی دانست خواهیم پرداخت.

گفتار اول: تعریف ناباروری وسیر تاریخی آن و روشهای نوین درمانی

بند اول: تعریف ناباروری

ناباروری و نازایی به حالت زنی اطلاق می گردد که با وجود گذشت حداقل ۱۲ ماه از با هم بودن زوجین و با وجود قصد آنها برای فرزندآوری و همچنین با داشتن دفعات کافی

نزدیکی با هم ، آن هم بدون استفاده از وسایل پیشگیری، حاملگی برای زوجه رخ ندهد که این عدم حاملگی میتواند ناشی از علل و عوامل مختلفی باشد که گاهی از جانب زوجه می تواند باشد مانند اختلال در تخمک گذاری ، ضایعه لوله رحم و.... و گاهی میتواند از جانب مرد باشد مانند اختلال در عملکرد غدد فرعی تناسلی ،

اختلال در انتقال اسپرم، اختلال در مقاربت و اعمال اسپرم و.... بطوریکه وجود یکی از عوامل و اختلالات مزبور باعث می گردد تا عمل تلقیح به درستی و بطور کامل صورت نگیرد.

در مورد تلقیح باید گفت که تلقیح، ثلاثی مزید از باب تفعیل است که ثلاثی مجرد آن

لَقَّحَ (با فتح ل ق ح) می باشد که به معنای آبستن شدن جنس مونث می باشد و لَقَّحَ (با فتح ل و سکون ق) هم به معنای آبستن کردن می باشد.

در کل جامعه در حدود پانزده درصد زوجها مبتلا به ناباروری می باشند که حدود چهل درصد علت ناباروری از طرف مردان و حدود چهل درصد از طرف زنها می باشد و ۵ الی ۱۰ درصد هم عوامل ناشناخته علت ناباروری زوجین می باشد. البته حدود ۲۵ الی ۳۵ درصد ناباروریها به شرطی که نطفه صفر نباشد در طی چهار سال و بدون درمان خاصی رفع می گردند^۱.

در هر حال از زمان پیدایش و خلقت انسان ناباروری هر یک از زن و شوهر و یا هر دوی آنها باعث شده تا زن و شوهر از داشتن فرزند که حق طبیعی و قانونی آنها و یک نعمت الهی است محروم گردند و در نتیجه زوج ناگزیر بوده یا واقعیت تلخ را پذیرفته و تا پایان عمر خود بی فرزند باقی بمانند یا اقدام به قبول سرپرستی یک طفل بی سرپرست نمایند و این میل خود را تا حدودی ارضا نمایند، البته همین میل فراوان به فرزندآوری از همان ابتدا باعث گردیده تا زوجین به دنبال راههای درمان آن نیز بروند و روشهای درمان مختلف را جهت غلبه بر ناباروری خود بیازمایند. البته امروزه با وجود پیشرفتهای پزشکی، از طریق راههای متعارف بخشی از این ناباروریها قابل رفع می باشد، ولی به حکایت منابع معتبر، پزشکان برای درمان ناباروریهای افراد فاقد تخمک و اسپرم به هیچ شیوه متعارفی نرسیده و تنها راه درمان را اهدای گامت و جنین می دانند.

بند دوم: درمان ناباروری و سیر تاریخی آن و روشهای نوین درمانی

^۱ - زهره و محمد مهدی، بهجتی و آخوندی، مشاوره و ارزیابی سلامت و تطابق مشخصات اهداء کننده و دریافت کننده در درمان باروری چاپگرزین، اهداء گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول سال ۱۳۸۴، ص ۱۹

از همان زمانهای قدیم که علم پزشکی دچار تحول و پیشرفت نگردیده بود افراد نابارور جهت رفع آن به روشها و راههای علمی و غیر علمی و حتی ادعیه و گاهی اعمال خرافی متوسل می گردیدند که جهت روشن شدن این موضوع یکی از این موارد ذکر می گردد:

در سال ۱۹۱۴ پزشکی انگلیسی مقیم در مصر بنام دکتر جامیسون متوجه می شود که در میان بدویان روشی برای حامله کردن زنان عقیم وجود دارد که گاهی منجر به آبستن شدن آنها و گاهی هم موجب فوت آنها میگردد که پس از بررسی متوجه شد که در این روش زنان بدوی در قطعه ای از پشم حیوانات مثل گوسفند ورد وافسون خوانده و به زن نازایی می دهند تا به رحم خود بمالد که بر اثر آن یا حامله می شود و یا می میرد ، واین پزشک در نتیجه تحقیقات خود متوجه می شود که آن زنان بدوی پشم را به منی مردان آغشته می نمایند و چون پشم آغشته به میکروبها بود اگر زن بینه قوی نداشت بیمار شده و فوت میکرد. البته همین تحقیقات زمینه ای شد تا دکتر جامیسون پس از بازگشت به انگلستان و با استفاده از این تجربه با استفاده از روش تلقیح مصنوعی اقدام به درمان زوجین نابارور نماید.

البته قبل از ایشان دانشمندان دیگری اقدام به استفاده از روش تلقیح مصنوعی ابتدائاً بر روی حیوانات به منظور اصلاح نژاد و تکثیر حیوانات اهلی و سپس بر روی انسان جهت غلبه بر نازایی انجام داده بودند^۱.

از علل نازایی که عوامل مختلفی دارد می توان به نقص در تولید اسپرم توسط مرد، اشکال در خروج اسپرم و انزال ، ناتوانی اسپرم در رسیدن به لوله های رحم ، اشکال در کیفیت و تعداد اسپرم ، عدم تخمک گذاری توسط زن ، اشکال در لقاح تخمک با اسپرم اشکال در انتقال جنین از لوله رحم به رحم ، اشکال در رحم برای لانه گزینی جنین و اشکال در نگهداری جنین توسط رحم^۲ اشاره نمود که بر اساس هر یک از این علل روشهای درمانی مختلفی از جمله «تزریق اسپرم درون سیتوپلاسم»^۳ - «تلقیح درون رحم»^۴ - «انتقال تخمک لقاح یافته به درون لوله های رحمی»^۵ - «انتقال اسپرم و اوویست به درون لوله های رحمی»^۶ - « باروری در آزمایشگاه»^۷

^۱ - حسن، حیدری، تحلیل فقهی و حقوقی آثار تلقیح مصنوعی بوسیله اجاره رحم، فصلنامه الکترونیکی پژوهش های حقوقی قانون یار، دوره دوم، شماره پنجم، بهار ۱۳۹۸، ص ۲۸۲

^۲ - کی و دیگران، ناباروری-ارزیابی و درمان، ترجمه محمد علی کریم زاده و دیگران، بیمارستان تخصصی زنان و زایمان و نازایی، یزد، چاپ اول، سال ۱۳۷۵، ص ۵۷۷

^۳ - ICSI:intracytoplasmic sperm injection

^۴ - IUI: intrauterin Injection

^۵ - ZIFT:Zygote hnterfallopian transfer

^۶ - GIFT:gamete hnterfallopian transfer

^۷ - IVF: in vitro fertilization

استفاده می گردد. البته در این روشهای درمانی برای اینکه زن تخمک بیشتری تولید کند از داروهای محرک تخمک گذاری استفاده می شود و اسپرم مرد نیز پس از شستشو و آماده سازی مورد استفاده قرار می گیرد. که در مورد این روشهای نوین درمانی به شرح ذیل می توان توضیحاتی ارائه نمود:

روش IUI «باروری داخل رحم» :

در این روش اسپرم مرد را اخذ و شستشو داده و پس از آماده سازی ، هنگامی که زن در

حال تخمک گذاری است وارد دستگاه تناسلی و به عبارت دیگر وارد حفره رحم زن

می نمایند. در این روش اگر از اسپرم شوهر استفاده شود به آن AIH «لقاح مصنوعی بوسیله شوهر» گفته می شود، و اگر از اسپرم مرد بیگانه استفاده شود به آن AID «لقاح مصنوعی بوسیله بیگانه» می گویند.

در هر حال در این روش قبل از تزریق اسپرم، تخمدانها تحریک میشوند تا تعداد کافی تخمک در زمان تخمک گذاری تولید گردد و تولید تخمک به اندازه کافی ، بوسیله سونوگرافیهای مختلف از تخمدان و گاه با اندازه گیری هورمونهای جنسی در خون و ادرار از طریق انجام آزمایش مشخص می گردد. و اسپرم مورد استفاده هم می بایست تازه باشد.

این روش ، یک روش ساده و بدون ناراحتی و عوارض خاص می باشد و بیشتر در درمان نازایی به علت نامشخص یا وجود موکوس « ترشحات غلیظ و چسبنده رحم که مانع عبور اسپرم به درون رحم می شود» نامناسب در دهانه رحم ، یا برخی اختلالات اسپرم و یا برخی اختلالات تخمک گذاری و... استفاده میگردد. این روش برای هر زوج حداکثر تا چهار بار مورد استفاده قرار می گیرد و احتمال حاملگی پس از این چهار دوره در حدود ۳۵ درصد می باشد.

روش GIFT «انتقال اسپرم و اوویست به درون لوله های رحمی» :

اگر لوله رحم سالم باشد اسپرم مرد و تخمک زن را گرفته و سپس وارد لوله رحم می کنند تا لقاح و رشد جنین بطور طبیعی در داخل لوله رحم انجام شود به این صورت که ابتدا تخمک ها و اسپرم جمع آوری و پس از شستشو و آماده سازی اسپرم و سپس بوسیله لاپاراسکوپ مقدار مناسبی از آن وارد لوله رحم می شود^۱

روش زیفت - ZIFT «انتقال تخم لقاح یافته به درون لوله های رحمی»:

در این روش پس از اخذ تخمک زن و اسپرم مرد و آماده سازی آن در محیط آزمایشگاه در کنار یکدیگر قرار می دهند تا عمل لقاح صورت پذیرد و پس از تشکیل زایگوت (جنین تک سلولی) یعنی قبل از شروع به تکثیر سلولی، آنرا بوسیله لاپاراسکوپ به داخل لوله رحم منتقل می کنند تا رشد جنین بصورت طبیعی در داخل لوله رحم صورت گیرد. این روش بیشتر برای درمان ناباروری در مواردی که انتقال جنین از دهانه رحم مشکل باشد استفاده می گردد.

روش IVF «بارداری در لوله آزمایشگاهی»

تفاوت این روش با روش ZIFT در این است که جنین حاصله در محیط آزمایشگاهی را پس از دو روز یعنی در مرحله چهار تا هشت سلولی وارد حفره رحم می نمایند. این روش ساده بدون نیاز به بستری شدن در بیمارستان انجام می گیرد و برای زوجین نابارور امید زیادی ایجاد کرده است.

مراحل این روش عبارتند از: ۱- تحریک تخمک گذاری ۲- جمع آوری تخمک ها (که از طریق سوزن هدایت شونده بوسیله سونوگرافی از طریق دیواره واژن از تخمدانها جمع آوری می شوند و برای این کار معمولاً از بیهوشی عمومی یا بی حسی موضعی استفاده می شود.

۳- تهیه و آماده سازی اسپرم تازه (یعنی اسپرمها شستشو شده و سپس اسپرمهای خیلی فعال جدا می شوند).

۴- لقاح و رشد جنین در محیط آزمایشگاهی به این صورت که اسپرمها و تخمکها در طول شب در محیط کشت جنین یا انکوباتور که عبارت از دستگاهی است که شرایطی مشابه داخل بدن از نظر دما، رطوبت، و فشار

^۱ - مجتبی و احمد، رضازاده و حسینی، آشنایی با نازایی و روشهای درمان آن (جزوه راهنمای بیماران) تهیه شده توسط موسسه پژوهشی و درمانی رویان، سال ۱۳۸۰، ص ۱۸

گاز برای سلول فراهم می نماید، در مجاورت هم قرار داده می شوند تا عمل تلقیح انجام شود و پس از لقاح به مدت ۲۴ ساعت دیگر در انکوباتور باقی می ماند تا به مرحله ۴ تا ۸ سلولی برسند.

۵- انتقال فقط ۲ تا ۳ جنین به داخل رحم (چون انتقال بیشتر ممکن است به چند قلویی گردد) و فریز کردن و ذخیره سازی آن جهت استفاده در دوره های بعدی درمان البته به هنگام نیاز. انتقال ۲ تا ۳ رویان که وضعیت بهتری دارند با استفاده از کاتر مخصوص در داخل فضای رحم کاشته می شوند که ساده بوده و نیاز به بیهوشی ندارد و پس از ۱۲ ساعت معمولاً بیمار مرخص میگردد.

۶- تجویز هورمون پروژسترون: جهت آماده سازی رحم برای لانه گرینی و نگهداری جنین بوسیله رحم اقدام به تزریق این هورمون در نیمه دوم سیکل قاعدگی می نمایند و حاملگی هم معمولاً دوازده روز پس از انتقال جنین انجام می شود.

این روش بیشتر در ناباروریهای ناشی از انسداد لوله رحم و ضعیف بودن اسپرم استفاده می شود و ضریب توفیق در این روش برای هر انتقال جنین ۲۵ درصد و تولد زنده در هر دوره درمانی ۱۸ درصد است که به سن، علت نازایی و کیفیت اسپرم بستگی دارد^۱.

روش ICSI «تزریق اسپرم درون سیتوپلاسم» :

گاهی اوقات به دلایلی اسپرم قادر به نفوذ به تخمک نمی باشد. به همین جهت گاهی برای این مشکل در محیط آزمایشگاهی تخمک را بوسیله نگهدارنده ثابت نگه داشته و سپس بوسیله یک سوزن خیلی باریک که یک دوازدهم قطر یک تار مو می باشد، اسپرم به صورت مستقیم به داخل سیتوپلاسم تخمک تزریق می شود و بدین ترتیب واکنش اسپرم و تخمک تسهیل میگردد و سپس بعد از گذشت ۲ روز از رشد جنین آنرا به داخل رحم انتقال می دهند و ضریب موفقیت در این روش جهت لقاح برای هر تخمک حدود ۷۰ درصد و حاملگی در هر دوره درمانی ۲۴ درصد می باشد^۲.

این روش از روش IVF گرانتر است و یک روش تهاجمی می باشد که تمام سدهای طبیعی جهت انجام لقاح را از بین می برد.

۱ - معرفت غفاری، روشهای پیشرفته در درمان نازایی، تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم، سال ۱۳۸۳، ص ۱۲

۲ - کی و دیگران، ناباروری- همان ص ۵۷۷

گفتار دوم: سیر حقوقی و تاریخی تلقیح مصنوعی

تلقیح مصنوعی یکی از روشهای نوین درمان ناباروری است که دارای اشکال گوناگونی است که در این گفتار ابتدائاً و در بند اول به تعریف و ماهیت حقوقی و فقهی آن پرداخته و بند دوم به بررسی اقسام آن می پردازیم و سپس در بند سوم بصورت جداگانه به تعریف و بررسی اجاره رحم که می توان آنرا قسم و نوعی از تلقیح مصنوعی دانست، خواهیم پرداخت.

بند اول: تعریف و ماهیت فقهی و حقوقی تلقیح مصنوعی

در هر حال سرمنشاء حاملگی، لقاح بین گامت نر (اسپرم) با گامت ماده (تخمک) و در نتیجه ایجاد جنین و سپس رشد و نمو جنین در محیط رحم می باشد که اگر این عمل نتیجه نزدیکی و مقاربت زوج و بصورت طبیعی و بدون دستکاری شخص ثالث باشد به آن تلقیح طبیعی گویند ولی اگر با دخالت شخص ثالث و در محیط آزمایشگاهی صورت گیرد به آن تلقیح مصنوعی گفته می شود.

تلقیح ثلاثی مزید از باب تفعیل است که ثلاثی مجرد آن «لَقَحَ - با فتح ل وق وسکون ح)

است که به معنای آبستن شدن جنس مونث است. (دهخدا، ۱۳۴۷: ۶۰۸۲)

لقاح در لغت به معنای آبستن شدن و بارور شدن مونث است و تلقیح به معنای بارور کردن جنس مونث.

تلقیح مصنوعی پدیده ای کاملاً علمی و ناشی از پیشرفتهای علمی و پزشکی آدمی است که در بسیاری از موارد موانع بارداری را برطرف نموده و به باروری و فرزندآوری افراد نابارور کمک فراوانی می نماید.

لقاح مصنوعی روشی برای درمان ناباروری و مشکلات ژنتیکی است و روشی است جهت رفع نیاز زوجها برای درمان ناباروری قبل از انجام روشهای دشوار، مثلاً نیاز به داروهایی برای افزایش تولید تخمکها یا تلقیح داخل رحمی را کاهش می دهد و گاهی مواقع لقاح مصنوعی به عنوان اولین گزینه به زنان بالای ۴۰ سال پیشنهاد می شود.

تلقیح مصنوعی برای زوجها که به لحاظ وضعیت جسمانی دارای یکی از موارد: اختلال در تخمک گذاری، انسداد یا ضایعه لوله رحم، یائسگی زودرس (چرا که یائسگی زودرس باعث عدم کارایی مناسب تخمدانها و تولید تخمک به شکل غیر معمولی و غیر طبیعی میشود)، آندومتریوز (بر اثر قرارگیری بافت های رحم در بیرون از آن)، فیبروم رحم (تومورهای خوش خیم که در دیواره رحم قرار می گیرند)، برداشتن یا عقیم سازی لوله رحم (نوبکتومی)، اختلال در تولید و انتقال اسپرم، اختلال در انزال، اختلال در عملکرد غدد فرعی تناسلی، خطر بارداری جهت درمان سرطان، شیمی درمانی و پرتو درمانی، باشند پیشنهاد میگردد.

البته لقاح مصنوعی دارای خطراتی نیز می باشد که بصورت خلاصه می توان به تولدهای چند گانه، زایمان زودرس، کاهش وزن نوزاد، سقط جنین (البته نرخ سقط جنین در لقاح مصنوعی مشابه با لقاح طبیعی و در حدود ۱۵ ال ۲۵ درصد می باشد)، عوارض بازایی تخمک ها (استفاده از سوزن آسپیریت برای جمع آوری تخمک ها ممکن است منجر به خونریزی، تخریب یا عفونت مثانه، روده یا رگهای خونی شود، همچنین عوارض ناشی از بیهوشی (اگر استفاده شود)، بارداری خارج رحم (در حدود ۲ تا ۵ درصد لقاح مصنوعی منجر به بارداری خارج رحم میگردد)، سندروم هیپر استیمولیش تخمدانی (استفاده از داروهای تزریقی در این روش ممکن است منجر به تورم رحم و درد به مدت یک تا چند هفته در ناحیه شکم و حالت تهوع و استفراغ و اسهال بصورت ملایم گردد و گاهی هم ندرتا همراه با اضافه وزن و تنگی نفس می شود که به آن سندروم هیپر استیمولیش تخمدانی گویند)، استرس، سرطان تخمدان (که البته تحقیقات اخیر آنرا صحیح نمیدانند)، نواقص تولد (البته سن مادر عامل مهمی است ولی تحقیقات جدید آنرا رد میکند).

لقاح مصنوعی دارای مقدماتی است که می بایست انجام گیرد که از آن جمله می توان به ۱- انتخاب کلینیک درمان ناباروری مناسب، ۲- اطلاع از هزینه های درمان و تامین آن ۳- آزمایش ذخیره تخمدان (در صورتیکه از تخمک های زوجه استفاده می گردد)، ۴- تحلیل اسپرمها ۵- بررسی بیماریهای عفونی ۶- آزمایش تعیین عمق رحم

لقاح مصنوعی دارای مراحل مختلفی است که عبارتند از: ۱- القای تخمک گذاری (تحریک تخمدان جهت تولید بیش از یک تخمک)، ۲- بازایی تخمک (اخذ و برداشتن تخمکهای تولید شده بوسیله سوزن مخصوص یا سایر روشهای پزشکی، ۳۴ تا ۳۶ ساعت بعد از تخمک گذاری)، ۳- بازایی اسپرم (شستشو و جدا سازی اسپرم از مایع منی در آزمایشگاه)، ۴- باروری تخمک بالغ و اسپرم (روش درون کاشت) یا تزریق مستقیم اسپرم سالم

به تخمک بالغ (روش تزریق اسپرم)، ۵- انتقال رویان ها (۲ تا ۶ روز بعد از بازیابی رویانها، کار انتقال رویانها در مطب یا کلینیک انجام می شود)

پس از انجام عمل لقاح مصنوعی، پزشک ۱۲ روز تا دو هفته بعد از آن زن آزمایش خون می گیرد، اگر فرد باردار شده باشد او را به متخصص زنان و زایمان ارجاع می دهد تا تحت نظر او قرار گیرد.

به هر حال عوامل موفقیت در لقاح مصنوعی و تولد فرزندی سالم عبارتند از: ۱- سن مادر (هرچه سن مادر کمتر باشد احتمال موفقیت بیشتر می شود) ۲- موقعیت رویان ها (انتقال رویان های رشد یافته در روز دوم یا سوم احتمال بارداری را افزایش می دهد).

۳- سابقه باروری (زنانی که قبلاً زایمان کرده اند شانس بیشتری دارند). ۴- مشخص بودن ریشه و علت ناباروری. ۵- عوامل دخیل در سبک زندگی (سیگاری بودن و چاقی و مصرف دارو و الکل و کافئین، میزان سقط جنین را افزایش میدهد مثلاً سیگاری بودن پنجاه درصد موفقیت لقاح مصنوعی را کاهش میدهد).

الف) ماهیت فقهی تلقیح مصنوعی

اگرچه تلقیح مصنوعی یکی از مسائل نوظهور است که ناشی از مقتضیات زمانی و

مکانی می باشد و هرچند که در فقه ما مورد بررسی قرار نگرفته است اما از آنجائیکه در فقه امامیه به اصل اجتهاد توجه خاصی شده در نتیجه فقها با استفاده از آن و با استناد به اصول ثابت و لایتنیر، فروع و مسایل جدید را با آن منطبق می سازند بطوریکه امام رضا (ع) فرموده اند «علینا القاء الاصول و علیکم التفریع» به معنی (بر ماست که اصول را به شما بیاموزیم، و بر شماست که فروع را استنباط کنید)

به هر حال در حقوق اسلام چون به ترتیبی که در زمان حال تلقیح مصنوعی از جهت علمی مطرح میباشد سابقه نداشته، در نتیجه مساله آنرا نمی توان در اصول و ضوابط اسلامی و همچنین در اخبار و احادیث پیدا نمود، اما می توان مصادیق و احکامی را پیدا نمود که با تلقیح مصنوعی مشابهت دارد. مانند احادیثی که مربوط به مساحقه و آثار آن است مثل حدیثی که در آن روایت شده، از امام حسین (ع) سوال نمودند که مردی با زن خود نزدیکی کرده و سپس آن زن در همان حال با دختر جوانی مساحقه نموده و آن دخت حامله گردیده است، حال تکلیف

چیست؟ که امام فرمودند مهر دختر باکره را باید از آن زن گرفت چون خروج طفل از رحم بدون ازاله بکارت امکان پذیر نمی باشد و سپس زن را چون محصنه بوده باید رجم کرد و به دختر تازیانه زد^۱.

یا در مورد طفل ناشی از تفخیز که با تلقیح مصنوعی شباهتهایی دارد، آمده است که به فرد تعلق می یابد. پس با توجه به این احادیث می توان نتیجه گرفت که بصورت علمی

باروری زنان از راه غیر طبیعی در اسلام پذیرفته شده است چرا که تنها راه متعارف باروری، نزدیکی زن و شوهر قانونی و شرعی بدون دخالت اشخاص ثالث و وسایل پزشکی است. که در هر صورت طفل حاصل از آن را به صاحب اسپرم ملحق گردانیده است.

اما امروزه پیشرفتهای علمی و پزشکی سبب شده است که انعقاد نطفه انسان از راهی غیر راه طبیعی که همان آمیزش باشد امکانپذیر گردد که درباره گونه های آبستن کردن و حکم شرعی آنها نظر واحد و مشابهی بین فقها و به تبع آن بین حقوقدانان دیده نمیشود.

چرا که قوانین و مقررات حقوقی ما ریشه در احکام مذهبی دارد و در نتیجه هیچ حقوقدانی نمی تواند بدون توجه به منابع معتبر فقهی در جهت قانونی کردن چنین مسائل جدیدی گام بردارد چونکه ابتدائاً می بایست فقیهان جواز شرعی آنرا تایید و حکم وضعی آنرا روشن نمایند تا بعداً بتوان آنرا بصورت ماده یا مواد قانونی درآورد.

در بررسی تلقیح مصنوعی از دیدگاه فقهی می بایست تلقیح مصنوعی را بر دو نوع تقسیم نمود: ۱- تلقیح مصنوعی داخلی (هومولوگ) ۲- تلقیح مصنوعی خارجی (هترولوگ)

در تلقیح مصنوعی داخلی (هومولوگ)، تلقیح بین اسپرم مرد و تخمک زن در داخل رحم صورت می گیرد و بیشتر در مواردیکه مرد قادر به تولید اسپرم باشد ولی به علل جسمانی یا روانی، باروری زن از طریق عادی و بوسیله مقاربت ممکن نباشد، استفاده

می گردد به این صورت که با استفاده از روشهای کمکی اسپرم مرد به زن تلقیح میشود

تا باردار گردد.

^۱ -- محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، بیروت، انتشارات دارالاحیاء التراث العربی، جلد ۴۱، چاپ هفتم، ۱۹۸۱م، ص ۱۳۹۶

در رابطه با این روش باید گفت که هر چند در گذشته برخی فقهای معروف شیعه این عمل را جایز نمی دانستند ولی اکنون غالب فقهای شیعه آنرا مجاز می دانند مثل آیات عظام خویی، تبریزی، سیستانی. و دلیل جواز این نوع باروری نیز آن است که نطفه از اسپرم و تخمک زوجین بسته می شود و تنها لقاح از راه غیر معمول می باشد که دلیلی بر حرمت آن وجود ندارد و اصل براءت شرعی و عقلی نیز بر جواز آن دلالت دارد و این عمل بر هیچ یک از اعمال حرام مثل زنا، ریختن منی در رحم زن بیگانه و یا جای دادن آن در چنین رحمی صدق نمی کند^۱.

البته با توجه به موارد فوق باید گفت که اگر تلقیح مصنوعی هومولوگ بین زن و شوهر شرعی باشد مشکلی نخواهد داشت، اما اگر بین زن و مرد بیگانه باشد چنین جوازی وجود ندارد و باید حکم به حرمت آن داد.

مهمترین دلیل موافقان این است که این عمل سبب صاحب فرزند شدن زوجین و در نتیجه ایجاد مودت بین آنها و استحکام بنیان خانواده می شود ولی مخالفین معتقدند که عدم فرزند دار شدن چنین زوجینی مشیت الهی است که تلقیح مصنوعی مخالف چنین مشیتی است.

در تلقیح مصنوعی خارجی (هترولوگ) با وجود استعداد زن جهت باروری، شوهر چنین توانی ندارد به همین جهت اسپرم مرد بیگانه به طریق مجاز و به اندازه کافی اخذ و پس از آماده سازی به رحم زن منتقل می شود تا لقاح در رحم زن صورت گیرد که این عمل در بین فقها، موافقان اندک و مخالفان فراوان دارد مثل آیات عظام گلپایگانی، خمینی، فاضل لنکرانی، وحید خراسانی و..... که با استناد به عمومات و اطلاقات ادله حکم به حرمت آن داده اند مانند: ۱- اطلاق و عموم پاره ای از آیات قرآن کریم که در آن به زنان و مردان مومنه حکم گردیده که فروج خود را نگه دارند و چون حفظ فرج از ادخال نطفه اجنبی، از لوازم و شئون حفظ فرج از غیر است در نتیجه اطلاق حفظ از غیر مقتضی حرمت ادخال نطفه غیر شوهر به رحم زن می باشد.

۲- روایات وارده از معصومین مانند روایت علی ابن سالم از امام صادق که فرمودند

«شدیدترین عذاب در روز قیامت، عذاب مردی است که نطفه خود را در رحم زنی نامحرم بریزد»

۳- احتیاط: «منشا تکون انسان فروج زنان و مردان است و در نتیجه بی مبالاتی در حفظ آن به اختلاط نسب ها منجر می گردد» و هر چند فقهای امامیه اغلب در هنگام شک در تکلیف، به اصل براءت و اباحه استناد می نمایند

^۱ محمد یزدی، ثلاث رسائل فقهیه، قم، نشر پیام مهدی، سال ۱۳۷۷، ص ۱۲

اما در بعضی موارد نیز از جمله در مورد حفظ فروج از آن عدول و از لزوم احتیاط و دوری کردن از موارد مشکوک -الحرمه حمایت میکنند.

۴- برخی فقهای معاصر علاوه بر موارد فوق به ادله دیگری مثل مغایرت این عمل با جهات اخلاقی و مصالح جامعه، مغایرت با اهداف تشریعی ازدواج نیز تمسک جسته اند. فقهای اهل سنت نیز عمدتاً این عمل را حرام می دانند.

در خصوص تلقیح مصنوعی از طریق اهدای تخمک نیز باید دانست که آیا وارد کردن تخمک متعلق به دیگران در رحم زن از لحاظ شرعی چه حکمی دارد؟ در پاسخ باید گفت که عموم و اطلاق آیات مربوط به حفظ فروج، این مورد را نیز دربر میگیرد و این عمل با آیات منافات دارد، ولی در مورد روایات هیچ قرینه ای که حاکی از تعمیم باشد نیست چرا که این روایات صراحتاً ناظر به ادخال اسپرم مرد به رحم زن بیگانه است و به همین جهت تنها دلیل مورد استناد مخالفان استفاده از عمومات و مطلقات قرآنی است.

البته در مورد انتقال تخمک می توان آنرا به دو بخش تقسیم نموده و جداگانه مورد بررسی قرار داد:

الف- انتقال تخمک با استفاده از تخمک همسر دوم: که فقها به جواز آن فتوا داده اند چرا که به نظر می رسد حفظ فرج از مرد بیگانه که در آیات قرآنی مد نظر بوده جهت جلوگیری از اختلاط نسب و تزلزل خانواده بوده است، اما در این حالت صاحب اسپرم،

شوهر صاحب رحم است و نسبت به او بیگانه نیست و از طرف دیگر هم همسر قانونی و شرعی صاحب تخمک می باشد و در نتیجه هیچگونه اختلاط نسب و تزلزل بنیان خانواده به وجود نخواهد آمد.

ب- انتقال تخمک با استفاده از تخمک زن بیگانه: که برخی از فقها نظر به حرمت آن داده اند با استناد به اینکه آنچه که مبنای حرمت است لقاح نطفه مرد بیگانه و تخمک زن بیگانه در فضای رحم می باشد و جواز قرار دادن تخمک بیگانه در در رحم زن هیچ تاثیری در رفع حرمت ندارد. و برخی دیگر از فقها در پاسخ گفته اند که با قرار دادن تخمک زن بیگانه در رحم زوجه، آن تخمک جزئی از بدن وی می گردد و دیگر همانند

تخمک خود او خواهد بود و همین امر باعث شک در حرام بودن آن عمل می شود و در هنگام شک، باید بر طبق اصل برائت شرعی و عقلی بر جواز آن حکم نمود و در نتیجه این فقها بر جواز این عمل فتوا داده اند مثل آیات عظام فاضل لنکرانی، صافی گلپایگانی، روحانی و....

در خصوص تلقیح مصنوعی از طریق اهدای جنین نیز باید گفت که اگر جنین، حاصل از ترکیب اسپرم و تخمک زوجین باشد و سپس این جنین به رحم زوجه منتقل گردد هیچ دلیلی بر حرام بودن آن وجود ندارد و هنگام شک در حرمت، اصل برائت جاری میشود و در این زمینه فرقی نمی کند که این زن همان صاحب تخمک باشد یا همسر دوم مرد یا کنیز وی.

اما اگر این جنین حاصل از اسپرم و تخمک زوجین به رحم زن بیگانه منتقل شود محل اختلاف بین فقها می باشد و برخی به عدم جواز آن فتوا داده اند مثل آیات عظام تبریزی و فاضل لنکرانی. ولی به نظر این عمل نباید از لحاظ شرعی منعی داشته باشد زیرا آیات مربوط به حفظ فروج و روایات شامل این موارد نمی گردد چرا که در این مورد تخمک صاحب رحم هیچ نقشی در ایجاد نطفه نداشته و فقط به عنوان ظرف مناسبی است که نطفه جهت پرورش و رشد به آن سپرده می شود.

اما اگر جنین حاصل از ترکیب اسپرم و تخمک دو بیگانه و سپس انتقال آن به رحم باشد باید گفت که هر چند عمل تلقیح دارای حرمت است اما اگر جنین جنینی تشکیل شد همانند جنین ایجاد شده بر اثر عمل زنا، سقط آن جایز نیست و از آنجائیکه آنچه که حکم به حرمت آن در روایات داده شده قرار دادن نطفه در داخل رحم و تشکیل جنین در داخل رحم زن بیگانه است در حالیکه در این فرض، جنین در خارج از رحم تشکیل می شود و در نتیجه نمی توان آن را در زمره عناوین محرمه دانست. اما در هر حال برخی از فقها بطور کلی حکم به حرمت آن داده اند مثل ایت اله تبریزی.

ب) ماهیت حقوقی تلقیح مصنوعی:

از لحاظ حقوقی باید گفت که عمل تلقیح مصنوعی پذیرفته شده، بطوریکه بر مبنای قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲/۴/۲۹ و آیین نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۸۳/۱۲/۹ انتقال جنین های تشکیل یافته از نطفه زوج های قانونی و شرعی در خارج از رحم با شرایطی مجاز شناخته شده است، هر چند که در این قانون هیچ تعریف خاصی از آن به عمل نیامده است و بیشتر به شرایط زوجین و نحوه انجام این عمل پرداخته شده است. مثلاً در ماده ۱ این قانون آمده است « کلیه مراکز تخصصی درمان بیماران نابارور ذی صلاح مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون نسبت به انتقال جنین های حاصل از تلقیح خارج از رحم زوج های قانونی و شرعی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که پس از ازدواج وانجام اقدامات پزشکی، ناباروری آنها (هریک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده اقدام نمایند» مراکز مذکور در

صورت موافقت و رضایت کتبی زوج های اهدا کننده و تسلیم جواز دریافت جنین از دادگاه خانواده از طرف زن و شوهر متقاضی (مواد ۲ و ۴ قانون و ۳ تا ۵ آیین نامه) می توانند اقدام به درمان ناباروری کنند.

ماده ۱ آیین نامه اجرایی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۳/۱۲/۹ در تعریف این اصطلاح چنین آمده است «واگذاری داوطلبانه و رایگان یک یا چند جنین از زوج های واجد شرایط مقرر در قانون و آیین نامه به مراکز مجاز تخصصی درمان ناباروری برای انتقال به زوجهای متقاضی دارای شرایط مندرج در قانون»

هر چند که اهدای جنین بصورت کلی به دو روش لقاح داخل رحمی و لقاح خارج رحم قابل تحقق می باشد اما با توجه به قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور و آیین نامه اجرایی آن باید گفت که این قانون و آیین نامه اجرایی آن فقط صرفاً لقاح خارج رحم را در اهدای جنین پذیرفته است و همچنین حالت های دیگر تلقیح مصنوعی بویژه بهره مندی از رحم جایگزین برای پرورش جنین را از قلم انداخته است و همچنین از ورود به محل نزاع فقها در خصوص جواز یا حرمت استفاده از طرق مختلف تلقیح مصنوعی، عمد یا سهوا، دوری گزیده است.

همچنین قانون ما وضعیت حقوقی اطفال حاصل از تلقیح مصنوعی اعم از ارث، نسب، و محرمیت حتی در مواردیکه فقها در مورد آنها نظر واحدی دارند را نیز مشخص نکرده است.

در نتیجه جهت جلوگیری از حادث شدن چنین مشکلات حقوقی می بایست قدر متیقن نظرات فقها که مبتنی بر اصول و اخلاق نیز می باشد، به قانون ما نیز راه یابد تا زوجین نابارور با حداقلی از حقوق خود آشنا شده و تا حد امکان از ابهامات این حوزه کاسته شود و به عبارت دیگر اعمال مجاز و ممنوع در این حوزه به صراحت شناسایی و معرفی گردد و به سئوالات فراوانی که امروزه از سوی مراکز درمانی مطرح شده و از سوی فقها هم هیچ موضع مشخصی نسبت به آنها گرفته نشده، پاسخ دهد مواردی مانند: امکان انتقال گامت (سلول جنسی) افراد فوت شده، یا کودکان قبل از رسیدن به بلوغ و سن رشد، یا غیر مسلمان به مسلمان و بالعکس، یا غیر انسان به انسان، یا اختلاط گامت و زایگوت و جنین چند انسان با هم جهت تولید فرزند، یا امکان پرداخت و دریافت وجه در ازای اهدای گامت و زایگوت و جنین وجود دارد؟ و اگر وجود دارد تحت چه عنوان حقوقی، یا مدت زمان و شرایط نگهداری گامت و جنین چیست؟ و شرایط از بین بردن آنها چیست؟ و حداقل و حداکثر تعداد زایگوت یا رویان در هر سیکل درمان؟ امکان انتخاب جنسیت کودک؟ تعیین رابطه حقوقی گامت و زایگوت و

جنین و تولید کنندگان (صاحبان) آنها؟ وضعیت حقوقی توافقات مادر جانشین؟ و حتی تعریف قانونی عناوینی مثل نطفه- اسپرم- تخمک- زایگوت یا رویان و جنین و....

که به نظر می رسد مروری بر قوانین دیگر کشورها می تواند چراغ راه قانونگذار ما قرار گیرد مانند قانون انگلستان مصوب سال ۱۹۹۰ با ۵۰ ماده طولانی و مفصل تحت عنوان: « Human Fertilization and Embryology » یا قانون ایالت ویکتوریا مصوب ۱۹۹۵ تحت عنوان « Infertility treatment act ».

از آنجا که نه می توان انسان را بطور کلی آزاد گذاشت که با استفاده از هر روشی و بدون هیچگونه محدودیت شرعی و اخلاقی و قانونی صاحب فرزند گردد و نه از آن طرف می توان تمایل انسان برای فرزندآوری و استفاده از شیوه های نوین پزشکی نادیده گرفت، بنابراین بر قانونگذار است که با تصویب قانونی جامع و روشن وضعیت نابسامان موجود را سامان داده و از شتاب زدگی نیز پرهیز نماید، بطوریکه اهداف کلان حمایتی مانند مصالح خانواده و نیاز به دارا شدن فرزند توسط زوجین نابارور تامین گردد و بر فقها نیز واجب است بر اساس قواعد مسلم فقهی و بنیادهای اخلاقی، نقاط تاریک قانون را شفاف ساخته و قدر متیقن آرای فقهی را بیان نمایند تا خانواده ها هم از سردرگمی ناشی از آرای متعارض رهایی یابند.

تلقیح مصنوعی چه بصورت اهدای جنین باشد یا اهدای گامت. و این اهداء چه بصورت مخفیانه باشد و چه بصورت آشکار. بانام باشد یا بی نام، وصف حقوقی آن می تواند مشمول یکی از عناوین ذیل باشد.

۱- اعراض

اهداء کنندگان جنین یا گامت با سپردن آنها به موسسات مربوطه در واقع از حق خود بر آن اعراض می نمایند. اعراض یک ایقاع حقوقی است که بوسیله آن صاحب مال یا حق عینی از مالکیت یا حق خویش صرفنظر می نماید و موجب اسقاط آن حق می گردد و به عبارت دیگر با اعراض رابطه بین شخص با شیء یا مال قطع و آن مال یا شیء در زمره مباحات قرار می گیرد و در نتیجه دیگران می توانند آنرا تصاحب و تملک نمایند.

۲- صلح

صلح عقدی لازم است که با ایجاب و قبول از طرف شخص جایز التصرف محقق می گردد. و از آنجایی که در حقوق ایران که مبتنی بر فقه امامیه است صلح ابتدایی که در مقام معامله باشد مورد قبول واقع گردیده و به عبارت دیگر هر عمل حقوقی را در قالب آن انجام داد لذا در تلقیح مصنوعی نیز صاحب جنین یا گامت می

تواند حق خود بر آنرا در قالب عقد صلح به کلینیک واسطه صلح نماید. در هر حال و در هنگام انعقاد عقد صلح جنین یا گامت می بایست موجود باشد.

۳- اذن

یکی از مسقطات ضمان، اذن کسی است که شرعاً "سلطه بر مال دارد مثل مالک، وکیل وصی، ولی، و امین و یا شخصی که شرع یا قانون به او اجازه تصرف داده باشد.

در هر حال به رخصت قبل از تصرف « اذن » و بعد از آن « اجازه » گفته می شود. درباره ماهیت حقوقی اذن دو نظریه ارائه گردیده است: الف) اذن ایقاع است. ب) اذن نه عقد است و نه ایقاع، و فقط رفع منع می نماید^۱.

اگر اهدای جنین یا گامت را اذن بدانیم، مشکلی که ایجاد می شود این است که با رجوع صاحب جنین یا گامت چه باید کرد؟ مگر اینکه آنرا ایقاع و لازم الاجرا بدانیم، یا اینکه در این مورد هم مانند مواردی که انجام شدن مورد اذن یا تلف شدن آن با آن ملازمه دارد را نمونه هایی از مصادیق عدم امکان رجوع از اذن برشماریم.

۴- هبه

عقدی که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به دیگری تملیک می نماید را هبه گویند، البته باید دانست که هبه قابل رجوع است مگر در موارد خاصی مثل تغییر در عین موهوبه یا خارج شدن مالکیت عین موهوبه. در نتیجه در مورد اهدای جنین یا گامت نیز باید گفت که با انتقال جنین یا گامت از کلینیک به زوج نابارور، موهوب از مالکیت متب (کلینیک) خارج گردیده و در نتیجه حق رجوع واهب نیز زایل میگردد.

در هر حال نکته ای که محل بحث می باشد مالیت جنین یا گامت می باشد، بطوری که بسیاری آنرا به عنوان حق اختصاصی قلمداد می کنند و اگر وجهی در قبال آن توسط اهداء کننده دریافت گردد جهت استفاده از حق منظور می شود.

دفتر مقام رهبری در پاسخ استفتاء از اصطلاح مصالحه برای این مورد استفاده کرده است. از این جهت که می توان حق را همانند عین و منفعت موضوع صلح قرار داد.

۱ - محمد علی پثربی، جنین آزمایشگاهی از دیدگاه مسئولیت مدنی، پژوهش های فقهی، سال هفتم، شماره چهارم، بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص ۱۲۲

در هر حال اهدای جنین یا گامت را می بایست اباحه یا اذن مشروط دانست و اگر در لزوم آن تردید داشته باشیم، می توان آنرا ضمن عقد لازمی آورد.

درمورد رویه قضایی در خصوص تلقیح مصنوعی و اجاره باید گفت که هرچند که عمل تلقیح مصنوعی و اجاره رحم به عنوان یک عمل حقوقی الزام آور پذیرفته شده اما باید دانست که انجام آنرا برای زوجین نابارور الزامی ندانسته است بطوریکه در آرای صادره از شعب دیوانعالی کشور رد درخواست طلاق به استناد عدم رجوع به باروری مصنوعی پذیرفته نشده و صرف عدم باروری طبیعی را کافی برای درخواست طلاق دانسته شده است. که برای نمونه ۳ رای صادره از شعب دیوانعالی کشور در اینمورد تحت عنوان پیوست ۱ الی ۳ ذکر میگردد.

بند دوم: اقسام تلقیح مصنوعی

تلقیح مصنوعی را در یکی از صور ذیل می توان تصور نمود:

الف - تلقیح مصنوعی با استفاده از اسپرم شوهر شامل:

۱- تلقیح مصنوعی با استفاده از اسپرم شوهر در داخل رحم

۲- تلقیح مصنوعی با استفاده از اسپرم شوهر در خارج رحم

۳- تلقیح مصنوعی با استفاده از اسپرم شوهر در محیط آزمایشگاه

ب - تلقیح مصنوعی با استفاده از اسپرم بیگانه شامل:

۴- تلقیح مصنوعی با استفاده از اسپرم بیگانه در داخل رحم

۵- تلقیح مصنوعی با استفاده از اسپرم بیگانه در خارج رحم

۶- تلقیح مصنوعی با استفاده از اسپرم بیگانه در محیط آزمایشگاه

ج - تلقیح مصنوعی با استفاده از تخمک بیگانه شامل:

۷- تلقیح مصنوعی با استفاده از تخمک بیگانه در داخل رحم

۸- تلقیح مصنوعی با استفاده از تخمک بیگانه در خارج رحم

۹- تلقیح مصنوعی با استفاده از تخمک بیگانه در محیط آزمایشگاه

د- تلقیح مصنوعی با استفاده از اسپرم و تخمک بیگانه شامل

۱۰- تلقیح مصنوعی با استفاده از اسپرم و تخمک بیگانه در داخل رحم

۱۱- تلقیح مصنوعی با استفاده از اسپرم و تخمک بیگانه در خارج رحم

۱۲- تلقیح مصنوعی با استفاده از اسپرم و تخمک بیگانه در محیط آزمایشگاه

الف- اسپرم شوهر

در خصوص استفاده از اسپرم شوهر در هر یک از طرق قید شده در شمارات ۱ و ۲ و ۳ هیچ دلیلی بر حرمت آن نداریم در نتیجه اصل برائت شرعی و عقلی در مورد آن جاری می شود^۱ هرچند که ممکن است این قسم به خاطر مقدمات حرام مانند تماس نامحرم، حرام شود. در هر حال باید گفت که امروزه تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر مشکل حقوقی و شرعی ندارد و از لحاظ نسب و آثار و تبعات متفرع بر آن مشکلی ایجاد نمی کند و تمامی آثار مربوط به نسب صحیح و مشروع بر آن بار می شود. چرا که بر طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی در هنگام سکوت قانون، قاضی موظف است که به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مراجعه نماید که در مورد فوق، اکثر فقهای بزرگ رای بر جواز آن داده اند بطوریکه بعضی از آنان حتی بطور مطلق حکم به جواز آن داده و اکثر با رعایت مقدمات مشروع و حلال یعنی عدم لمس و نظر به آلت تناسلی زن توسط بیگانه.

و در اینمورد فرقی بین تلقیح در رحم زن یا خارج از رحم زن یا در محیط آزمایشگاه قائل نشده و فقط برخی از فقها صحت تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر در رحم زن دیگر را منوط به رضایت شوهر او بر فرض شوهردار بودن زن کرده اند. و حتی برخی تلقیح اسپرم شوهر بعد از فوت وی را نیز جایز دانسته اند مانند آیات فاضل لنکرانی و خامنه ای. هرچند که برخی دیگر آنرا محل اشکال دانسته اند.

۱ - محسن حرم پناهی، تلقیح مصنوعی، فصلنامه فقه اهل بیت، سال سوم، شماره ۹ و ۱۰، سال ۱۳۷۶، ص ۵۸

البته از نظر برخی از فقها خلق بچه از اسپرم مرد را موجب الحاق بچه به او نمی دانند و آمیزش صحیح ولو بصورت شبهه را برای تحقق چنین امری ضروری می دانند، اما باید گفت که نزدیکی جنسی فقط راه متعارف آبستنی است و نفس این اقدام به تنهایی اثری در احکام نسب ندارد^۱ و قانون نیز نزدیکی را شرط تحقق نسب قانونی قرار نداده و به همین جهت طفل متولد از تفخیز زن و شوهر، منتسب به پدر و مادر می باشد.^۲

در هر حال باید گفت که طفل متولد شده بر اثر تلقیح مصنوعی زن با اسپرم شوهر به آن دو ملحق می شود و هیچ تفاوتی با طفل حاصل از نزدیکی زوجین ندارد و اگر عده ای در به کارگیری این روش تردید دارند به خاطر احتمال ارتکاب پاره ای مقدمات حرام (لمس و نظر آلت تناسلی زن) بوده والا هیچ دلیلی بر حرمت اصل عمل به نظر نمی رسد.

همچنین در نزدیکی و مواقعه مندرج در ماده ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی هم هیچ خصوصیت خاصی نیست تا در تحقق نسب موثر افتد.

همچنین علم و جهل زوجین به این عمل نیز تاثیری در انتساب طفل به زوجین و مشروعیت طفل متولد شده ندارد و در نتیجه همانند طفل حاصل از نزدیکی طبیعی، کلیه آثار بر طفل حاصل از این عمل نیز مترتب می گردد.

ب- اسپرم بیگانه

در مورد استفاده از اسپرم بیگانه، اکثر فقها به صورت مطلق حکم به حرمت داده اند.

در مورد تزریق اسپرم مرد بیگانه به رحم زن می بایست^۲ فرض را از یکدیگر تفکیک نمود:

فرض اول: تزریق اسپرم مرد بیگانه به زنی است که دارای شوهر قانونی است و آن زن عادتاً امکان باروری از شوهر خود را داراست، در این فرض مطابق ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی در صورت عدم گذشت کمتر از ۶ ماه و بیشتر از ۱۰ ماه از نزدیکی (قاعدۀ فراش) اگر طفل متولد شود، آن طفل ملحق به شوهر قانونی و مشروع زن خواهد شد و به صرف تلقیح اسپرم بیگانه، نمی توان طفل را به صاحب آن اسپرم ملحق نمود بطوریکه برخی از فقهای امامیه نیز به آن فتوا داده اند.

۱ - ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، نشر شرکت انتشار، جلد دوم، چاپ سوم، ص ۲۲

۲ - سید حسن امامی، حقوق مدنی، جلد پنجم، تهران، نشر اسلامیه، چاپ یازدهم، سال ۱۳۷۵، صص ۱۸۴ و ۱۸۵

فرض دوم: آن است که زن دارای شوهر نبوده یا عاداتاً امکان باروری از شوهر خود را نداشته و یا علم به اینکه حمل ناشی از اسپرم شوهر نیست وجود داشته باشد. که در این صورت بر طبق اصول و قواعد حقوقی می بایست طفل متولد از لقاح مصنوعی به وسیله اسپرم بیگانه را ملحق به صاحب نطفه دانست، زیرا از نظر عرف تکون طفل از نطفه مرد دیگر باعث انتزاع رابطه نسبی با شوهر قانونی می شود و قانونگذار هم در این خصوص نظر عرف را پذیرفته و تنها در مورد زنا نسب را منتفی دانسته است و از آنجائیکه تلقیح عرفاً و شرعاً زنا محسوب نمی شود و همچنین اطلاق ولد بر طفل حاصل از آن صحیح است و عدم منع قانونی در این مورد، باید طفل را ملحق به صاحب نطفه دانست هر چند که این نتیجه گیری مغایر مفهوم مخالف قاعده فراش بنظر آید. زیرا که اصولاً قاعده فراش یک قاعده ظاهری است که برای موارد مشکوک وضع گردیده و مفهوم آن این نیست که با انتفای فراش، نسب منتفی است.^۱

در گذشته تمامی مراجع و فقها در ایران حکم به حرمت تلقیح اسپرم بیگانه داده و هیچ اختلاف نظری در این مورد وجود نداشته و حتی فتاوی صریحی نیز در این مورد صادر شده بود.

اما در بین فقهای متاخر در این مورد اختلاف نظر شدیدی وجود دارد و هر چند بسیاری از فقهای بزرگ متاخر به صراحت فتوا به حرمت آن داده اند اما برخی از فقه پژوهان نظر دیگری داده اند بطوریکه آیت اله سید محمد موسوی بجنوردی در سال ۱۳۷۱ در نظریه خود اعلام نمود که «این کار زنا محسوب نمی شود و از عناوین محرمه هم که در شرع حرام شده باشد نیست لذا براساس اصل اصاله الاباحه جایز است». آیت اله خامنه ای نیز فتوا داده اند که موجبی برای منع آن نیست ولی از مقدمات حرام باید اجتناب نمود.

با این همه مجمع فقه اهل بیت در سال ۱۳۷۲ این مساله را در دستور کار خود قرار داد و در اظهار نظر نهایی خود اعلام نمود که «تلقیح اسپرم غیر شوهر به رحم زن حرام است».^۲

حال موضوعی که می توان مطرح نمود این است که اگر عمل تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه انجام گرفته و طفلی متولد شود تکلیف طفل از لحاظ نسب چگونه خواهد بود، که باید گفت هر چند که خود عمل لقاح مصنوعی با اسپرم بیگانه دارای حرمت می باشد اما این دلیل نمی شود که طفل حاصله را بدون نسب دانست

^۱ - سیدعلی علوی قزوینی، آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان، مجله نامه مفید، سال اول، شماره سوم، سال ۱۳۷۶، صص ۱۸۶-۱۸۸
^۲ - مجموعه مقالات روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، پژوهشکده این سنا، سال ۱۳۸۲، انتشارات سمت، چاپ دوم، ص ۲۸۴

بطوریکه حتی برخی از فقها ولد الزنا را نیز دارای نسب میدانند و معتقدند که ولد الزنا به زانی و زانیه ملحق می شود و تنها ارث به حکم نص خاص استثنا شده است.

در نتیجه به نظر می رسد که بین تحقق نسب و مشروعیت طفل از نظر فقه ملازمه ای وجود ندارد و نمی توان از تحقق نسب به مشروعیت طفل رسید. همانطور که در مورد طفل ناشی از مساحقه نیز نسب محقق میگردد. البته در بین فقها در مورد نسب همانند مشروعیت اختلاف نظر وجود دارد بطوریکه برخی بین آنها ملازمه ایجاد میکنند و معتقدند که زنا علت منحصر نامشروع بودن و نسب نیست بلکه آنرا شایعترین راه ایجاد فرزند طبیعی دانسته که بصورت نمونه موضوع حکم قرار گرفته است و در نتیجه لقاح مصنوعی با اسپرم بیگانه نیز مشمول حکم آن قرار گرفته و طفل حاصل از آن همانند زنا زاده به هیچکدام منتسب نمی گردد. در حالیکه در پاسخ باید گفت که اصل بر این است که هر طفلی به پدر و مادر طبیعی خود ملحق گردد مگر آنکه قانون استثنا کرده باشد و چون تنها موردی که در قانون استثنا شده، زنا است پس با توجه به اصل تفسیر مضیق موارد استثنا در حقوق، نمی توان تلقیح مصنوعی ناشی از اسپرم بیگانه را (همانند زنا) جزء موارد استثنا بر اصل به شمار آورد. علاوه بر آن باید دانست که تحقق نسب با مصلحت طفل نیز سازگارتر است و به استحکام بنیان خانواده نیز کمک می کند.

حال سوال این است که طفل را باید به چه کسی منتسب نمود؟ در جواب باید گفت، هر چند که این خانواده زن (زوجین قانونی) بوده اند که قصد فرزندآوری را داشته اند و نه صاحب اسپرم، اما موضوعی که مورد اتفاق و اجماع می باشد این است که باید بطور قطعی طفل را به پدر و مادر طبیعی خود ملحق نمود یعنی به صاحب اسپرم (مرد بیگانه) و صاحب تخمک (زوجه). و طفل به زوج (شوهر زن) ملحق نمی گردد.

البته در مورد حضانت و ولایت میتوان با موافقت و تعهد شوهر زن، مساله را حل نمود. اما در مورد اتفاق از جهت حقوقی نمی توان شوهر زن را الزام به انفاق طفل نمود چون تکلیف به انفاق ناشی از ایجاد رابطه نسبی است حتی اگر شوهر، خود به عمل تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه رضایت داده باشد.

از جهت محرمیت نیز به شرط نزدیکی با زوجه، زوج نمی تواند با آن طفل (اگر دختر باشد) ازدواج نماید.

ج - تخمک بیگانه

اگر زوجه تخمک نداشته باشد می توان از تخمک اهدایی یک زن دیگر جهت ترکیب با اسپرم زوج و ایجاد نطفه استفاده نمود حال اگر از تخمک همسر دیگر زوج استفاده گردد از آنجائیکه تعدد زوجات در اسلام پذیرفته شده است، این روش هم از نظر شرعی و هم از نظر حقوقی پذیرفته شده است و اشکالی بر آن وارد نمی شود و در این زمینه فرقی بین وجود نکاح دائم و منقطع بین زوج و زن صاحب تخمک وجود ندارد. علت این امر آن است که اولاً مقتضای قاعده احتیاط و مغایرت با اغراض تشریع ازدواج نمی تواند دلیلی بر حرمت این عمل باشد و ثانیاً منع آیات قرآنی ناظر بر حفظ فروج را چه تعبدی بدانیم و چه مبتنی بر یک ملاک منطقی و قابل درک، باز هم نمی توان این فرض (عمل) را مشمول ممنوعیت حاصل از آن آیات دانست چرا که اگر حکم آن آیات را تعبدی بدانیم به احتمال زیاد منظور از حفظ فروج، حفظ فروج از اسپرم بیگانه است و اگر مفاد آن آیات را غیر تعبدی و مبتنی بر ملاکی قابل درک بدانیم و چون این ملاک جهت جلوگیری از تبعاتی چون اختلاط انساب و تزلزل بنیان خانواده است باید گفت که این فرض (عمل) هیچ یک از این تبعات را نخواهد داشت. به همین جهت است که برخی از علما پیشنهاد داده اند که در صورت استفاده از چنین روشی جهت بارداری، بهتر است که جهت پیشگیری از هر نوع شبهه شرعی، زوج زن اهداء کننده تخمک را به عقد ازدواج خود درآورد اعم از دائم یا منقطع^۱.

اما اگر لقاح مصنوعی بین اسپرم زوج و تخمک زنی که بین آنها هیچگونه رابطه زوجیتی برقرار نیست مانند موردی که زن صاحب تخمک متاهل است یا در عده می باشد و یا بدون هیچ دلیلی رابطه زوجیت برقرار نشده باشد، برخی از فقها آنرا جایز میدانند مانند آیات فاضل لنکرانی، صانعی، یزدی و برخی دیگر حکم به حرمت آن داده اند مثل آیت اله خویی^۲.

در هر حال اگر بر اثر انجام عمل لقاح اسپرم با تخمک بیگانه طفلی متولد گردد از لحاظ نسب باید گفت که طفل به صاحب اسپرم منتسب است و او پدر آن طفل می باشد. ولی در مورد مادر باید گفت که اگر ملاک مادری را زائیدن بدانیم، مادر طفل همان صاحب رحم (زوجه) خواهد بود اما اگر ملاک نسب مادری را تخمک تشکیل دهنده نطفه بدانیم مادر آن طفل همان صاحب تخمک خواهد بود. اما از جهت محرمیت، ازدواج بین زن آن مرد (صاحب اسپرم) و آن طفل (اگر پسر باشد) ممنوع خواهد بود. هر چند که می توان زن صاحب رحم را با مادر رضاعی مشابهت داد و حکم به محرمیت آنها داد ولی باید دانست که

۱- زینب ریاضت، چالشهای فقهی، حقوقی و اخلاقی تلقیح مصنوعی، فصلنامه حقوق پزشکی، سال ششم، شماره بیستم، بهار ۱۳۹۱، صص ۹۸ و ۹۹

۲- زینب ریاضت، همان، ص ۹۹

ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی که حکم فرزند و مادر رضاعی را بیان کرده، برای آن شرایط خاصی در نظر گرفته و گفته که پوست و گوشت فرزند از آن بروید هر چند که به نظر این صرفاً یک ضابطه است. اما در هر حال یک حکم خاص است و نمی توان آنرا به سایر موارد تعمیم داد.

البته با توجه به آیات قرآنی بویژه در سوره آل عمران که سه بار به زایمان اشاره کرده، بنظر می رسد که زایمان و وضع حمل ملاک مادر بودن نیست چرا که از آن تعبیر به ولادت نکرده است در نتیجه طفل ملحق به صاحب تخمک بوده و احکام ارث و نکاح بین آنها جاری میگردد.

د- پرورش جنین در رحم ثالث:

اگر زوجین قادر به فرزندآوری باشند یعنی دارای اسپرم و تخمک سالم برای تلقیح باشند ولی زوج به علت نقص جسمی قادر به پرورش جنین در رحم خود نباشد یا اینکه به هر دلیلی مایل به وضع حمل نباشد در این صورت می توان جنین حاصل از تلقیح اسپرم و تخمک آن زوج را جهت پرورش و سپس وضع حمل به رحم زن دیگری منتقل نمود و به عبارت دیگر آن زن جانشین زوج می شود جهت پرورش جنین و زائیدن طفل. که در اصطلاح به آن مادر جانشین نیز گفته می شود و این عمل اجاره رحم یا رحم جایگزین نامیده می شود و معمولاً بموجب قراردادی فی مابین زوجین از یک طرف و مادر جانشین از طرف دیگر بر طبق ماده ۱۰ قانون مدنی انجام می گیرد.

در مورد جواز عمل فوق باید دانست که در قانون مدنی و سایر قوانین ایران حکم صریحی در باب جواز یا حرمت آن وجود ندارد، ولی باید گفت که بر طبق اصول حقوقی وضوابط عقلی هرگاه قانون امری را منع نکرده باشد و آن عمل مغایرتی با نظم عمومی و اخلاق حسنه نداشته باشد را باید مباح دانست، این عمل هم باید مباح دانسته شود و تمامی اساتید حقوق تقریباً در این زمینه متفق القول هستند.

اما از نظر فقهی [برخی از فقها مانند آیات عظام بهجت، خامنه ای، مکارم، مومن عمل فوق را جایز می دانند. اما عده ای دیگر همچون صانعی، فاضل لنکرانی، نوری همدانی آنرا به استناد آیه ۳۰ سوره نور و آیه ۱ سوره مومنون که در اختیار قرار دادن آلت تناسلی برای امورات جنسی را به غیر از زن و شوهر منع کرده و همچنین با استناد به آیات ۲۹ و ۳۰ سوره معارج، حرام می دانند. و عده دیگری از فقها در صورتی چنین عملی را صحیح می دانند که این عمل به درخواست و اجازه ثالث و با اجازه شوهر آن زن باشد چون همانطور که زن می تواند

سینه اش را اجاره دهد، رحمش را نیز میتواند. اما رحم چون متعلق حق شوهر است پس اجازه شوهر لازم است. مثل آیت اله سیستانی^۱

چون در این زمینه بین فقها اختلاف است و حکم صریحی در شرع و عرف و قوانین ملاحظه نمی گردد، پس در نتیجه از لحاظ حقوقی باید گفت به استناد ماده ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی و بر طبق اصل حاکمیت اراده، قرارداد اجاره رحم صحیح است.

در مورد نسب طفل حاصل از رحم اجاره ای، عده ای معتقدند که طفل به صاحب تخمک ملحق می شود و برخی آنرا به صاحب رحم ملحق و صاحب رحم (مادر جانشین) را مادر طفل می دانند و برخی دیگر طفل را به هر دو ملحق کرده و هر دو زن را مادر طفل می دانند و معتقد به دو مادری هستند. مثلاً آیات خوبی و بهجت صاحب رحم را مادر می دانند. و آیت اله خامنه ای صاحب تخمک را مادر طفل می دانند. اما آیت اله فاضل لنکرانی صاحب تخمک را مادر دانسته ولی صاحب رحم را نیز مادر عرفی طفل می دانند. و آیت اله مکارم صاحب رحم را مادر رضاعی و محرم وی می داند.^۲

البته با وجود اختلاف نظر در این مورد به نظر می رسد که بویژه از حیث حفظ مصالح طفل، نظریه دو مادری بهتر و جامع تر است و هرچند نمی توان بطور قاطع در مورد مادر نسبی یا رضاعی بودن مادر اجاره ای (صاحب رحم) اظهار نظر کرد اما در هر حال می توان به محرمیت و رابطه مادر و فرزند بین آنها قائل بود.

گفتار سوم: اجاره رحم

بند اول: تعریف و تاریخچه

امروزه یکی از روشهای درمان و رفع ناباروری استفاده از رحم اجاره ای است که در ایران نیز در طی چند سال اخیر استفاده از این روش گسترش یافته است. این روش زمانی مورد استفاده قرار می گیرد که زن به دلیل فقدان رحم مستعد باروری جنین، که این فقدان رحم می تواند بصورت نقص مادرزادی باشد یا بصورت ثانویه و به دلیل بیماری هایی مانند سرطان، بیماری های قلبی، ابتلای زوجه به سقطهای مکرر که منجر به ناباروری و توقف

۱- زینب ریاضت همان، ص ۱۰۱

۲- ۲- زینب ریاضت، همان، ص ۱۰۲

خود به خودی حاملگی گردیده و همچنین عدم توانایی رحم او در نگهداری جنین می گردد، باشد و حتی گاهی اوقات علاوه بر این نقایص جسمی و پزشکی گاهی امکان دارد که زن از حاملگی وحشت داشته باشد و یا نمی خواهد دردهای دوران حاملگی را تحمل نماید و یا اینکه تمایل ندارد به خاطر حاملگی زیبایی اندام خود را از دست بدهد، یا اینکه نمی خواهد موقعیت شغلی یا اجتماعی خود را از دست بدهد یا آنرا به مخاطره بیندازد و.... در همه این موارد فوق الذکر زوجین می توانند جهت فرزندآوری از روش باروری مصنوعی از طریق استفاده از رحم جایگزین استفاده نمایند.

در این روش ابتدائاً "اسپرم و تخمک زوجین در محیط آزمایشگاه تلقیح یافته و بعد از گذشت ۳ روز از زمان لقاح و زمانی که جنین ۸ تا ۱۶ سلولی است، جنین حاصله را در رحم زن دیگری که به او مادر اجاره ای یا مادر میانجی می گویند قرار می دهند تا نطفه متعلق به زوجین در ظرف مدت ۹ ماه در رحم مادر اجاره ای پرورش یافته و تکامل یابد.

البته این بدان معنا نیست که استفاده از این روش فقط در تلقیح اسپرم و تخمک زوجین امکانپذیر است بلکه از نظر پزشکی امکان اینکه اسپرم شوهر با تخمک زن دیگر (اهدا کننده تخمک) در زمانی که زوجه فاقد تخمک می باشد ترکیب گردیده و سپس بعد از لقاح، جنین حاصله در رحم مادر اجاره ای یا همان میانجی قرار گیرد، وجود دارد.

همچنین حتی در مورد لقاح تخمک زوجه با اسپرم اهدایی مرد بیگانه (زمانی که شوهر فاقد اسپرم باشد) نیز استفاده از این روش فارغ از شرعی یا غیر شرعی بودن آن وجود دارد.

اولین طفل با استفاده از این روش در کشور آمریکا متولد گردیده و به همین جهت این کشور از پیشگامان وضع قانون در مورد اجاره رحم می باشد با این حال و با وجود وضع قوانین مدون در این مورد در سال ۱۹۸۳ میلادی، همواره اختلاف نظرهایی درباره صدور یا عدم صدور جواز چنین عملی وجود داشته و دارد بطوریکه تقریباً در نیمی از ایالات، قوانین مدونی جهت این عمل وجود دارد بطوریکه در ایالت کلمبیا انجام آنرا منوط به انعقاد قرارداد رسمی و قانونی کرده و هرگونه توافق خارج از مجاری قانونی را چه به صورت شفاهی منعقد شده باشد و چه بصورت کتبی، موجب مجازات معرفی نموده است.

اما در ایران هنوز هیچ قانون مدونی در این زمینه وضع نگردیده است با وجود اینکه از نظر فقهی (از نظر اکثریت فقها) نیز مردود اعلام نشده است، هرچند که اختلاف نظرهای در مورد رابطه طفل با مادر اجاره ای و زن

صاحب تخمک وجود دارد بطوریکه عده ای مادر طفل را زوجه یا همان صاحب تخمک می دانند با توجه به اینکه طفل را از لحاظ ژنتیکی و نسب به او منتسب می دانند. و عده ای معتقدند که مادر همان مادر اجاره ای است که در مدت ۹ ماه طفل را در رحم خود پرورش داده و تمامی ارکان طفل از گوشت و پوست آن زن پرورش یافته است. و حتی برخی نیز معتقد به ۲ مادری بوده و هر دو زن را مادر طفل می دانند. قبول هر یک از این نظرات در تشخیص و تعیین آثار مهمی همچون نسب، ارث، حضانت و.... بسیار موثر بوده که می بایست در جای خود مورد کنکاش و بررسی قرار گیرد.

در مورد استفاده از این روش جهت باروری می بایست به نکاتی توجه نمود که می توان آنها را به صورت ذیل دسته بندی نمود:

۱- ویژگیهای زوج اهداء کننده (صاحب) جنین:

زوج صاحب جنین باید دارای سلامت جسمی و روحی باشند و از لحاظ بیماریهای مسری و عفونی همچون ایدز و هپاتیت کاملاً بررسی شوند و همچنین نباید از طرف مادر اجاره ای احساس خطر کنند چرا که ممکن است باعث درگیری و صدمه آنها شود. و باید مادر اجاره ای از افراد مقبول و قابل رطمینان آنها باشند. و می بایست به او محبت کرده و نیازهای او را در ایام بارداری رفع نمایند و هزینه های مربوط به دوران بارداری را تماماً پرداخت نمایند پس از زایمان نیز بدون هیچگونه عذری تحویل بگیرند حتی اگر طفل ناقص باشد.

۲- ویژگیهای فرد داوطلب رحم جایگزین (مادر اجاره ای):

فرد متقاضی برای این امر می بایست از لحاظ جسمی و روحی سالم باشد و از نظر بیماریهای همچون ایدز و هپاتیت و سایر بیماریهای مسری و عفونی کاملاً مورد بررسی قرار گیرد، و حداقل یک بار بارداری را تا پایان بصورت موفق طی کرده باشد. و بارداری برای او خطرناک نباشد و در دوران بارداری نیز جانب احتیاط را رعایت کرده باشد. و در مصرف دارو احتیاط نماید و از نظر فشار خون و بیماری سرخچه بررسی شود و تمامی آزمایشات و معاینات و سونوگرافیهای لازم را (البته با هزینه صاحبان جنین) انجام دهد. و بعد از زایمان نیز باید طفل را تحویل دهد و هیچگونه ادعایی نسبت به آن نداشته باشد.

بند دوم: ماهیت فقهی و حقوقی اجاره رحم

برای قرارداد اجاره رحم که تحت عناوین دیگری از قبیل رحم میانجی - مادر اجاره ای - دایگی قبل از تولد - بارداری میانجی - مادر سفارشی - رحم جایگزین - مادر جانشین - بارداری قراردادی و... مصطلح شده، تعاریف متعددی ارائه گردیده است که بادر نظر گرفتن حقوق و تعهدات طرفین و عناصر سازنده این قرارداد می توان آنرا چنین تعریف نمود «قراردادی است که طبق آن زن توافق می کند تا با استفاده از روشهای کمکی تولید مثل و با استفاده از اسپرم و تخمک والدین حکمی که در رحم زوجه شرعی و یا در محیط آزمایشگاه تلقیح یافته و به جنین تبدیل گردیده، باردار شود و پس از انقضای مدت حمل و زایمان آن، کودک متولد شده را به زوج طرف قرارداد (والدین حکمی) تحویل دهد در مقابل نیز والدین حکمی متعهد می گردند که به تعهدات خود ناشی از قرارداد از جمله پرداخت هزینه ها و حق الزحمه مادر جانشین (البته در صورتیکه قرارداد بصورت معوض باشد) و ایفای تعهدات مربوط (در صورتیکه قرارداد بصورت غیر معوض باشد) اقدام نماید.

البته باید دانست که اصولاً قراردادهای اجاره رحم به دو صورت کلی قراردادهای دوستانه (غیر معوض) و قراردادهای تجاری تقسیم می شوند.

از لحاظ فقهی در خصوص قرارداد اجاره رحم باید دانست که فقهای اهل سنت بیشتر بر حرمت آن رای داده اند به این دلیل که با وجود جواز چند همسری در اسلام نیازی به انجام آن نمی باشد.

اما در فقه شیعی اقلیت فقها نظر به حرمت آن داده اند مانند آیات عظام جواد تبریزی، فاضل لنکرانی، بهجت، و نوری همدانی. اما اکثریت آنها مشروط بر اینکه در اثنای آن اتفاقات غیر شرعی مثل نگاه و تماس نامحرم، خودارضایی و... تحقق نیابد آنرا صحیح دانسته اند مثل آیت اله منتظری. و هر دو دسته نیز در ارائه نظر خود به آیات و روایاتی استناد کرده اند که بررسی آنها خارج از بحث و موضوع ما در اینجا می باشد.

در بین حقوقدانان نیز همانند فقها در مورد صحت چنین قراردادی اختلاف نظر وجود دارد بطوریکه گروهی از آنها به استناد اصل حاکمیت اراده و اصل صحت، قرارداد اجاره رحم را صحیح و معتبر می دانند همانطور که در ماده ۱۰ قانون مدنی ذکر گردیده. اما گروه دیگر با استناد به اینکه بدن انسان نمی تواند موضوع هیچ قرارداد الزام آوری قرار گیرد و این چهره ای نو از برده داری در قرن معاصر می باشد^۱ و اینکه این قرارداد با اصل غیر قابل تصرف بودن جسم انسان و وضعیت اشخاص منافات داشته و در نتیجه مغایر با نظم عمومی می باشد، چنین قراردادی را فاقد اعتبار می دانند.

۱- ناصر کاتوزیان، عقود معین، جلد دوم، سال ۱۳۸۲، ص ۲۲۲

البته باید در نظر داشت که هر چند قراردادهای مربوط به حقوق شخصیت به موجب ماده ۹۶۰ قانون مدنی که بیان می کند «هیچ کس نمی تواند از خود سلب حریت کند و یا در حدودی که مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه باشد از استفاده از حریت خود صرفنظ کند» بدلیل مغایرت با نظم عمومی و قواعد آمره باطل است. ولی با وجود این پاره ای از قراردادها که موضوع آنها حقوق مربوط به شخصیت است و در برخی از موارد به این حقوق صدمه می زند، مجاز شناخته شده است مانند قراردادهایی که صدمه سبک و ناچیز به جسم وارد می کند ولی منفعت عقلایی و مشروع دارند مثل فروش گیسو یا خون انسان، و یا قراردادهایی که دارای نفع عمومی اند مانند قرارداد اهدای عضو مثل کلیه، قلب و... که طبق بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی با رضایت اهدا کننده و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی مجاز است^۱.

در نتیجه می توان گفت هرچند که این قراردادها در ظاهر با حقوق مربوط به شخصیت انسانی در تعارض است ولی باید پذیرفت که در خصوص اصل برقراری اینگونه قراردادها از لحاظ حقوقی نمی توان اشکالی ملاحظه نمود چرا که در این قرارداد، اولاً صدمه سبک و غیر قطعی است چرا که بارداری و زایمان نوعاً برای زنان حالتی عرفی و عادی و طبیعی است. و ثانیاً این قرارداد همراه با نظم عمومی است و از لحاظ اجتماعی مفید بوده و مستلزم ضرری به کسی نمی باشد و مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه در آن به هیچ عنوان متصور نمی گردد. ثالثاً: این عمل ناشی از این قرارداد متضمن ضرر برای مادر جانشین نمی باشد و وی با اراده و اختیار کامل مبادرت به انعقاد چنین قراردادی می نماید و با خطرات احتمالی آن آگاه است.

در نتیجه گیری از این مبحث باید گفت که اگر در این روش از تخمک زن بیگانه (غیر زوجه شرعی و قانونی) استفاده گردد اکثر فقها نظر بر عدم جواز آن داده اند زیرا تشکیل نطفه و به تبع آن جنین می بایست با تلقیح اسپرم و تخمک زن و مردی باشد که بین آنها علقه زوجیت (دائم یا موقت) برقرار باشد، اما می توان گفت که در اجاره رحم به شیوه جانشینی کامل که مادر اجاره ای حمل کننده جنین حاصل از تلقیح اسپرم و تخمک والدین حکمی است، از لحاظ اخلاقی و شرعی و حقوقی بیشتر مورد پذیرش قرار گرفته است. هرچند که بعضی از فقها به حرمت آن نظر داده اند اما اکثر فقها به جواز استفاده از این روش حکم داده اند و حتی شوهر دار بودن مادر اجاره ای را مانعی برای انجام این عمل ندانسته اند و فقط انجام انرا منوط به رضایت شوهر آن زن دانسته اند.

۱ - عباس نایب زاده، بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی، تهران، انتشارات مجد، سال ۱۳۸۰، ص

همچنین با توجه به نظر اکثریت فقها طفل حاصله را از لحاظ نسب باید به والدین حکمی (صاحبان تخمک و اسپرم) منتسب دانست و مادر اجاره ای (مادر جایگزین) را به قیاس اولویت مادر رضاعی طفل که تنها با وی حرمت نکاح دارد، دانست که نسبت به سایر آثار دیگر نسب مانند ارث و حضانت ارتباطی با او نخواهد داشت. و از لحاظ حقوقی هم این قرارداد را علیرغم لطمه به حقوق مربوط به شخصیت، میتوان مجاز شمرد. که از لحاظ لازم و جایز بودن نیز باید گفت که با توجه به ماده ۱۵ قانون مدنی و اصل اصالة اللزوم چنین قراردادی جزء عقود لازم می باشد و حتی باید دانست که قرارداد اجاره رحم با توجه به حساسیت موضوع آن، اقاله آن فقط تا قبل از استقرار جنین در رحم مادر اجاره ای ممکن خواهد بود و بعد از استقرار جنین در رحم مادر اجاره ای اقاله آن بنا بر حاکمیت قواعد آمره منتفی خواهد بود در حالیکه در سایر عقود لازم طرفین هر زمانی می توانند با توافق و تراضی همدیگر عقد و آثار آن را خاتمه دهند.

در خصوص عینی یا رضایی بودن قرارداد اجاره رحم نیز باید گفت که این قرارداد که دارای ماهیت شبیه به عقد اجاره اشخاص می باشد را می بایست جزء عقود رضایی دانست یعنی به صرف رضایت طرفین قابل اجراست. و احتیاج به تشریفات خاصی ندارد اما بهتر است به دلیل اهمیت موضوع و آثار بسیار مهم آن و برای صیانت و حمایت از بنیان خانواده، شکل خاصی و تشریفات خاصی برای بیان توافق و شرایط انعقاد آن معین نمود تا در شمار عقود تشریفاتی قرار گیرد.

بند سوم: طرفین قرارداد اجاره رحم و حقوق و تعهدات آنها

از نظر حقوقی، قرارداد را می توان توافق دو اراده قلمداد نمود که این توافق از هماهنگ شدن خواست واقعی دو طرف ایجاد می گردد. قانون مدنی در ماده ۱۸۳ قانون مدنی اقدام به تعریف عقد کرده و گفته «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند که مورد قبول آنها باشد» در نتیجه می توان گفت که در هر عقد و قراردادی حداقل یک تعهد وجود دارد که می بایست مفاد آن اجرا گردد.

با توجه به تعریف فوق می توان گفت که توافق افراد جهت باروری از طریق استفاده از رحم جایگزین نیز نوع خاصی از عقد و قرارداد است چرا که در آن هر یک از طرفین ایفای یک سری از تعهداتی را برعهده می گیرند.

برای قرارداد اجاره رحم تعاریف متعددی ارائه گردیده است از جمله اینکه «قراردادی که بموجب آن یک زن (مادر جانشین) در مقابل یک زوج ازدواج کرده (والدین حکمی) موافقت می کند که جنینی را برای آنها حمل کرده، بچه را به دنیا آورده و به مجرد تولد به آن زوج تسلیم نماید که آنها بچه را مثل فرزند خودشان بزرگ کنند»^۱

اما با بررسی هر یک از این تعاریف متوجه می شویم که هیچ یک از این تعاریف جامع و مانع نیست و نمی تواند شامل تمامی جوانب مندرج در این روش و آثار آن باشد و حقوق و تعهدات طرفین و عناصر سازنده آن را در برگیرد. اما بادر نظر گرفتن همه این موارد بهترین تعریفی که از قرارداد اجاره رحم می توان ارائه نمود می تواند بدین شرح باشد «قراردادی که طبق آن زن توافق می کند تا با استفاده از روشهای کمکی تولید مثل و با استفاده از اسپرم و تخمک والدین حکمی که در رحم زن شرعی و قانونی زوج و یا در محیط آزمایشگاه بارور شده و به جنین تبدیل شده، باردار گردد و پس از سپری شدن مدت حمل و وضع آن، کودک متولد شده را به زوج طرف قرارداد تحویل دهد، در مقابل والدین حکمی نیز متعهد می شوند که بسته به نوع قرارداد نسبت به پرداخت هزینه ها و حق الزحمه مادر جانشین (در قرارداد معوض) و ایفای تعهدات مربوط (در قرارداد غیر معوض) مبادرت ورزند»^۲

از آنجا که امروزه استفاده از روش اجاره رحم رو به فزونی نهاده و از طرف دیگر هم قوانین خاصی در مورد آن از طرف مراجع قانونگذاری وضع نگردیده است و چون در هنگام فقدان قانون طبق اصول کلی می بایست به منابع معتبر فقهی و فتاوی معتبر رجوع نمود درحالیکه اختلاف و تشتت آرا میان فقها در مورد نفس این عمل و یا آثار و تبعات آن بسیار زیاد می باشد، و همچنین عرف و رویه خاصی هم در مورد آن بوجود نیامده است همه این موارد باعث می شود که در نتیجه استفاده از این روش علمی معضلات بسیاری اعم از اجتماعی و فردی ایجاد گردیده و مسائل حقوقی گاه "پیچیده و لاینحلی حادث گردیده و زمینه بروز اختلافات و دعاوی بساری ایجاد گردد.

همچنین نبود مراکز تخصصی جهت ثبت نام و معرفی زنانی که متقاضی در اختیار قرار دادن رحم خود به دیگران می باشند باعث گردیده یک بازار دلالی و سوداگری پرسودی برای افراد منفعت طلب ایجاد گردد که با اخذ درصدها و وجوه قابل توجهی اقدام به اتصال زوجین نابارور به زنان متقاضی مادر جانشینی می نمایند. و

۱ - عباس نایب زاده ، همان ص ۸۲

۲ - مجتبی رجب پور گنجی، بررسی فقهی و حقوقی قرارداد رحم جایگزین (رحم اجاره ای)، اولین کنفرانس پژوهش در فقه، حقوق و علوم اسلامی، ۲ شهریور ۱۳۹۶، ص ۵

حتی در این راه بسیار اتفاق افتاده که افراد مزبور اقدام به کلاهبرداری از زوجین کرده و در نتیجه باعث دلسردی ایشان و انصراف آنها از فرزندآوری می گردند و در نتیجه لطمات و صدمات فراوانی به بنیان خانوادگی آنها وارد کرده و حتی در بسیاری از موارد باعث فروپاشی کانون خانواده ها میگردند.

همچنین چون در اکثر موارد افراد به اصول و مبانی حقوق آشنایی ندارند و از طرفی هم عدم لزوم تنظیم قرارداد مربوط به اجاره رحم توسط مراجع و مراکز حقوقی و یا وکلا و مشاوران حقوقی باعث گردیده افراد بدون انعقاد قراردادی جامع و یا تنظیم قرارداد ناقص توسط افراد غیر صالح، به روشنی با حقوق و تعهدات خود آگاه و آشنا نشوند و در نتیجه همین امر یا بدلیل نقص مفاد قرارداد، متحمل ضررهای فراوانی گردیده و یا حتی به هدف خود نائل نگردیده و اختلافات فراوانی بین آنها حادث گردد.

همه موارد فوق ایجاب می نماید که قرارداد اجاره رحم توسط اشخاص حقوقدان یا مراکز تخصصی حقوقی تنظیم گردد و هرچند که این قرارداد جزء عقود تشریفاتی نمی باشد اما بهتر است از ظرفیت دفاتر اسناد رسمی بهره جست و برای استفاده از مزایای سند رسمی، این قرارداد را بصورت یک سند رسمی در یکی از دفاتر اسناد رسمی تنظیم و ثبت نمود چرا که هیچ منع قانونی برای دفاتر مزبور جهت ثبت چنین قراردادی وجود ندارد. که در اینجا پس از بیان حقوق و تعهدات طرفین این قرارداد ارائه خواهیم نمود.

طرفین اصلی قرارداد اجاره رحم عبارتند از: ۱- زوجین نابارور یعنی زن و شوهری که به امید بچه دار شدن سبب انعقاد قرارداد شده و تعهداتی را برعهده می گیرند که به آنها والدین حکمی گفته می شود. ۲- بانوی جانشین (صاحب رحم) یعنی زنی که با امضای قرارداد وظیفه حمل جنین و زایمان طفل را بر عهده گرفته و متعهد میگردد به محض تولد طفل، آنرا به والدین حکمی تسلیم نماید.

البته باید در نظر داشت که قرارداد اجاره رحم یک قرارداد ساده صرفاً دو طرفه نیست بلکه اشخاص دیگری نیز در آن دخیل هستند و به نحوی درگیر با قرارداد هستند یا انجام تعهدات مندرج در قرارداد می بایست با هماهنگی با آنها به عمل آید که از جمله این افراد و اشخاص عبارتند از:

- ۱- شوهر مادر جایگزین: اگر اجاره دهنده رحم دارای شوهر باشد، انعقاد این قرارداد بطور غیر مستقیم محدودیتهایی برای او ایجاد می کند به همین جهت اجازه شوهر مادر جانشین برای انعقاد قرارداد اجاره رحم لازم می باشد.
- ۲- پزشک متخصص ناباروری: جهت انجام این روش و انعقاد قرارداد نیاز به یک پزشک متخصص در امر ناباروری و همچنین مشاوره روانشناسی و روان پزشکی اجتناب ناپذیر است به

همین جهت طرفین، ضمن قرارداد توافق می کنند که این عمل تحت نظارت یک یا چند پزشک متخصص انجام گیرد تا اگر مشکل یا اختلافی حادث گردید یا نیازی به راهنمایی و مشاوره یا اقدامات پزشکی در طول دوره حاملگی بود توسط ایشان انجام گیرد. و این تیم پزشکی که انجام این پروسه را هدایت می کند طبق قواعد عام مسئولیت مدنی نسبت به اعمال پزشکی و درمانی که انجام می دهند دارای مسئولیت می باشند و حتی می توان حدود و صغور مسئولیت آنها را به صراحت در قرارداد اجاره رحم ذکر نموده و امضای ایشان را ذیل قرارداد اخذ نمود.

۳- بیمارستان یا زایشگاه محل تولد فرزند: معمولاً بدلیل مسایلی از قبیل عدم پذیرش جهت کمک در امر تولد طفل حاصل از عمل اجاره رحم بدلیل داشتن برخی حساسیتها مثل درج نام پدر و مادر واقعی در گواهی تولد توسط بیمارستانها و زایشگاهها می توان از قبل با بیمارستان یا زایشگاه خاصی توافق نمود و نام آنرا در قرارداد اجاره رحم ذکر نمود.

جهت جلوگیری از بروز اختلاف و ... لازم است که تعهدات طرفین بطور دقیق و کامل در قرارداد درج گردد بدون اینکه هیچگونه شک و شبهه ای باقی بماند.

الف- حقوق و تعهدات والدین حکمی (زن و شوهر متقاضی): تعهدات ایشان بستگی به نوع قرارداد اجاره رحم دارد، اگر قرارداد بصورت غیر معوض و دوستانه باشد فقط در قبال پرداخت هزینه های مربوط به تغذیه و درمان و پزشکی در برابر صاحب رحم مدیون می گردند. البته در مورد پرداخت اجرت و چگونگی و میزان آن رویه مشخصی وجود ندارد ولی در هر حال ممنوعیتی برای پرداخت اجرت به مادر جانشین وجود ندارد و حتی باید پذیرفت که عدم پرداخت آن به دور از عدل و انصاف است حتی اگر بصورت شرط عوض به عنوان شرط فرعی و تبعی هم در قرارداد لحاظ نگردیده باشد. اما اگر قرارداد بصورت معوض و از نوع تجاری باشد والدین حکمی متعهد به پرداخت مبلغ مندرج در قرارداد با همان شرایط مندرج در آن خواهند بود.

علاوه بر تعهدات فوق والدین حکمی در قرارداد اجاره رحم دارای یک سری تعهدات کلی دیگر نیز می باشند که از آن جمله می توان به ارائه برگه معرفی از پزشک معالج متخصص زنان مبنی بر لزوم استفاده از رحم اجاره ای، داشتن سلامت از لحاظ عدم ابتلا به بیماریهایی مثل هپاتیت، ایدز، سیفلیس، عدم اعتیاد، داشتن سونوگرافی نرمال و تایید شده توسط پزشک معالج از نظر حجم و ذخیره تخمدانها اشاره نمود.

در مورد حقوق والدین حکمی در قرارداد اجاره رحم می توان به حق آنها به دریافت فوری فرزند پس از تولد از جانب مادر جانشین، حق نظارت بر عملکرد و تغذیه و اقدامات پزشکی مادر جانشین در طول دوره بارداری اشاره نمود.

ب- حقوق و تعهدات مادر جانشین: تعهد اصلی اجاره دهنده رحم

عبارت است از پذیرش جنین در رحم و نگهداری و پرورش آن در طول مدت حاملگی و انجام اقدامات و رعایت احتیاط های متعارف و پس از زایمان اقدام به تحویل فوری و بدون عذر طفل به والدین حکمی. البته برای انجام تعهدات مادر جانشین می توان در قرارداد، ضمانت اجرایی نیز تعیین نمود مثلاً می توان

برای سقط جنین عمدی توسط مادر جانشین و یا سقط جنین بدلیل عدم رعایت نظامات و دستورات پزشکی و یا برای در عدم دسترس بودن در طول بارداری و همچنین برای تحویل فوری طفل پس از تولد توسط وی، ضمانت هایی در نظر گرفته و در قرارداد قید نمود.

علاوه بر تعهدات فوق الذکر که در واقع تعهدات اصلی مادر جانشین می باشد، اجاره دهنده رحم دارای یک سری از تعهدات دیگر نیز می باشد که از آن جمله می توان به داشتن سن حداکثر ۳۵ سال، داشتن سلامت جسمی و روحی و روانی، داشتن حداقل یک بار تجربه حاملگی تا تولد با موفقیت، عدم سابقه سقط یا زایمان زودرس، نداشتن فشار خون و یا دیابت حاملگی و عوارض وخیم در حاملگی، عدم ابتلا به بیماریهایی نظیر ایدز و هپاتیت و سفلیس و بیماریهایی که بارداری را برای مادر و جنین خطرناک می کند، عدم اعتیاد خود و همسرش، داشتن سونوگرافی تایید شده از نظر داشتن رحم سالم، اشاره نمود.

در مورد حقوق مادر جانشین نیز می توان به استحقاق او به دریافت بدون وقفه و بدون عذر و بهانه اجرت تعیین شده در قرارداد، پرداخت هزینه ها و انجام مقدمات مربوط به اعمال پزشکی و آزمایشات لازمه توسط والدین حکمی و..... می توان اشاره نمود

در انتهای این مبحث باید متذکر گردید که چون بیمارستانها و زایشگاهها در گواهی ولادت نام مادر طفل، نام زنی قید می شود که طفل از بطن او متولد گردیده است و نام شوهر آن زن نیز به عنوان پدر قید می شود، درحالیکه پدر و مادر واقعی و قانونی و شرعی طفل همان زن و شوهر صاحب تخمک و اسپرم می باشند و از آنجائیکه شناسنامه طفل توسط ثبت احوال بر مبنای گواهی ولادت صادره توسط بیمارستان یا زایشگاهی که طفل در آنجا متولد گردیده صادر می گردد، لذا بهتر است طرفین قرارداد قبل از تولد طفل به بیمارستان یا

زایشگاهی که قرار است زایمان در آن انجام گیرد مراجعه نموده و با ارائه قرارداد مسئولین آنجا را در جریان امر قرار دهند تا هنگام تولد در گواهی ولادت نام مادر واقعی طفل قید گردد تا والدین حکمی در گرفتن شناسنامه از ثبت احوال برای نوزاد دچار مشکل نشوند.

نمونه ای از قرارداد اجاره رحم تحت عنوان پیوست شماره ۴ ارائه میگردد.

مبحث دوم: ماهیت حقوقی جنین حاصل از تلقیح مصنوعی

چون قصد ما در این پژوهش شناخت و تعیین مسئولیت مدنی و به عبارت دیگر مشخص نمودن خسارات و چگونگی جبران آن می باشد، حال اگر موضوع خسارت خود جنین باشد ابتدائاً "باید مشخص گردد که جنین را باید شخص تلقی نمود یا مال؟ چرا که روشن شدن این موضوع عامل مهمی در نحوه جبران خسارات وارده بر آن خواهد بود بطوریکه اگر جنین را شخص تلقی نمایم تلف آن از حیث مسئولیت تابع مقررات مربوط به دیات خواهد بود و اتلاف عمدی آن را از لحاظ کیفری می بایست تابع مقررات مربوط به سقط جنین دانست.

اما اگر جنین را مال بدانیم در نتیجه قواعد و مقررات مربوط به حقوق اموال در مورد آن جاری بوده در نتیجه مسئولیت اتلاف کننده، جبران خسارت مادی بوده و نه پرداخت دیه. و اتلاف عمدی آن هم تابع مقررات کیفری ناظر به اتلاف و تخریب اموال دیگری خواهد بود. به همین جهت در این مبحث و در طی دو گفتار جداگانه به بررسی ماهیت حقوقی جنین حاصل از تلقیح مصنوعی تحت عناوین: گفتار اول: شبهه مال یا شخص بودن جنین و گفتار دوم: تعارض احکام راجع به شخص بودن یا مال بودن جنین و راه رفع این تعارض و گفتار سوم: بررسی فقهی و حقوقی تلف جنین قبل و بعد از انتقال به رحم می پردازیم.

گفتار اول: شبهه مال یا شخص بودن جنین

برخی از حقوقدانان معتقدند که جنین حادث شده بر اثر تلقیح مصنوعی به صرف ایجاد و حتی قبل از انتقال به رحم شخص محسوب می گردد و در مقابل عده ای دیگر از حقوقدانان اعتقاد دارند که قبل از انتقال جنین به رحم نمی توان آنرا شخص دانسته و قائل شدن به حقوق مربوط به شخصیت برای آن را منوط به انتقال به رحم می دانند.

از اینرو در این گفتار جهت بررسی شبهه شخصیت یا مالیت جنین حاصل از تلقیح مصنوعی و در بند اول به نظریه مال بودن جنین و در بند دوم به نظریه شخص بودن جنین حاصل از تلقیح مصنوعی می پردازیم.

بند اول: نظریه مال بودن جنین حاصل از تلقیح مصنوعی

در حقوق اسلام در تعریف مال گفته شده «هر چیزی که دارای قابلیت داد و ستد و قابلیت تقویم به پول دارد» و در قوانین موضوعه ما تعریف خاصی از مال ارائه نگردیده است اما در هر حال سایر اوصاف و مفاهیم مطروحه درباره مال، اوصاف ثانوی آن می باشد^۱. به همین جهت بهترین راه برای شناخت ماهیت مال، بررسی عناصر اصلی یا شروط اساسی است که به استناد آن به چیزی می توان مال اطلاق نمود که این عناصر و شروط اساسی عبارتند از: ۱- آن چیز قابلیت اختصاص به شخص یا ملت معینی را داشته باشد. ۲- دارای فایده و رافع نیازی اعم از نیاز مادی یا معنوی باشد. البته در این مورد باید معیار شخصی را کافی دانسته و مد نظر قرار داد یعنی با توجه به گستردگی نیازهای افراد جامعه، آنچه اهمیت می یابد این است که آن شیء بتواند نیاز شخصی را برطرف نماید.

در مورد جنین حاصل از تلقیح مصنوعی نیز باید گفت صرفنظر از رابطه حقوقی بین شخص با اسپرم یا تخمک خود، در ارتباط با رابطه حقوقی بین قرارداد تلقیح مصنوعی یعنی رابطه حقوقی بین شخص صاحب گامت با شخص پذیرنده آن، چون گامت نیاز هر دو طرف را برطرف نموده و متضمن منفعت برای طرفین می باشد پس می توان عنوان مال را بر آن اطلاق نمود. به عبارت دیگر چون جنین حاصل از تلقیح مصنوعی را قبل از انتقال به رحم نمی توان انسان قلمداد نموده و مشمول حقوق انسانی دانست در نتیجه حکم فوق الذکر را می توان به چنین جنینی تسری داده و در رابطه بین اهداء کنندگان و پذیرندگان گامت، مال محسوب کرد^۲.

^۱ - محسن صفری، شبهه مالیت جنین آزمایشگاهی و امکان معامله آن، چکیده مقالات سمینار دو روزه جنین آزمایشگاهی از دیدگاه فقه و حقوق، ۸ و ۹ دی ماه ۱۳۸۹، ص ۱۹

^۲ - عباس نایب زاده، بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی، تهران، انتشارات مجد، سال ۱۳۸۰، ص ۴۷۵-۴۸۱

همچنین برای دفاع از این نظریه می توان گفت با توجه به عدم تعریف مال در قوانین و با توجه به عرف جاری کشور هرچند که در مسلم بودن مالیت جنین مزبور قبل از انتقال به رحم تردید وجود دارد، به نظر می توان تعریف بیان شده در مورد مال را بر مراحل آغازین جنین آزمایشگاهی نیز صادق دانست و همچنین هرچند که انجام برخی از معاملات مانند بیع و هبه مستلزم مالکیت بر مال است و نسبت به مالکیت اشخاص به اجزاء بدن خود بحث فراوان وجود دارد، اما این امکان وجود دارد که از طریق عقود دیگر مانند صلح و البته به شرط وجود منفعت عقلایی و مشروع، آنها را موضوع معامله قرارداد. پس با این شرایط به نظر می توان به انتقال جنین آزمایشگاهی نیز اقدام نمود هرچند که این عقود تبعاتی نیز دارند مثل عدم امکان رجوع و یا استرداد. اما با استفاده از شروط ضمن عقد می توان امکان رجوع و استرداد را سلب نمود.

بند دوم: نظریه شخص بودن جنین حاصل از تلقیح مصنوعی

طبق این نظریه جنین حاصل از تلقیح مصنوعی به محض تکوین شخص محسوب می شود و طرفداران این نظریه معتقدند که با توجه به صراحت ماده ۸۷۵ قانون مدنی که بیان می کند «شرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حمل باشد در صورتی ارث می برد که نطفه حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود، گرچه فوراً پس از تولد بمیرد» منعقد بودن نطفه شامل جنین حاصل از تلقیح مصنوعی نیز می شود و هر چند که در ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی به نظر برخی، واژه جنین اطلاق دارد پس دوران جنینی از لحظه استقرار در رحم آغاز می شود اما به نظر می رسد که قانونگذار در مقام بیان نبوده و مقدمات حکمت در آن فراهم نشده و به همین جهت نمی توان لفظ جنین را در این ماده مطلق به حساب آورد و نطفه قبل از استقرار در رحم را مشمول لفظ عام جنین ندانست و همچنین هر چند که تمامی اعضای بدن انسان و از جمله سلولهای جنسی با توجه به تعاریف و مفاهیم مربوط به مال، دارای مالیت هستند اما ماهیت جنین متفاوت از سلولهای جنسی بوده و از شخصیت و کرامت انسانی بهره مند است به همین جهت همانطور که انسان کامل نمی تواند موضوع حق (معامله) قرار گیرد بلکه همواره طرف حق است، جنین نیز چنین می باشد.

برای اثبات دارا بودن شخصیت برای جنین می توان به موارد ذیل اشاره نمود:

وصف شایستگی فرد برای دارا شدن حق و تکلیف، عنصر اصلی شخصیت و اهلیت تمتع می باشد به عبارت دیگر شخصیت مرادف با اهلیت تمتع است و قانونگذار هم برای تمتع جنین حقوق بسیاری را بصورت منجز یا مشروط بیان نموده مثل حق وصیت و ارث. (ماده ۸۷۵ قانون مدنی)

همچنین در ماده ۹۵۷ قانون مدنی قانونگذار حمل را متمتع از حقوق مدنی دانسته ایت البته مشروط به زنده متولد شدن. در نتیجه جنین از اهلیت تمتع برخوردار است و آنچه مشروط به زنده متولد شدن می باشد حقوقی است که در تمتع وی درمی آید.

پس با توجه به مطالب فوق معتقدین به این نظریه اعتقاد دارند که جنین از لحظه انعقاد نطفه از شخصیت کامل برخوردار می شود و در این زمینه تفاوتی در انعقاد آن در داخل رحم یا خارج از آن نیست.

گفتار دوم: تعارض میان احکام راجع به مال یا شخص بودن جنین حاصل از تلقیح مصنوعی و راه رفع آن

با توجه به نکاتی که در مورد ماهیت حقوقی جنین حاصل از لقاح مصنوعی گفته شد می توان گفت که چنین جنینی قابلیت و توان تبدیل شدن به یک انسان را دارد تا بتواند شخصیت انسانی پیدا کند. اما در هر حال قبل از دمیده شدن روح در آن می توان گفت که همانند یک مال می تواند مورد نقل و انتقال قرار گیرد به عبارت دیگر باید گفت که جنین حاصل از لقاح مصنوعی دارای یک مالیت بالفعل است و یک شخصیت بالقوه،

که با ارائه و قبول این نظریه باید دید که تعارضی بین احکام راجع به مالیت بالفعل و شخصیت بالقوه جنین آزمایشگاهی ایجاد می شود یا خیر؟ و اگر پاسخ مثبت باشد چه راه حلی برای رفع این تعارض باید فراهم نمود.

به همین جهت در این گفتار و در سه بند شامل بند اول: تبیین تعارض بین احکام راجع به مالیت بالفعل و شخصیت بالقوه جنین حاصل از لقاح مصنوعی و بند دوم: شیوه رفع تعارض بین احکام راجع به مالیت بالفعل و شخصیت بالقوه جنین. و بند سوم: امکان معامله جنین حاصل از لقاح مصنوعی، می پردازیم.

بند اول: تبیین تعارض بین احکام راجع به مالیت بالفعل و شخصیت بالقوه جنین حاصل از لقاح مصنوعی

اعتقاد به وجود مالیت فعلی جنین حاصل از لقاح مصنوعی نباید ما را از قابلیت تبدیل شدن آن جنین به یک انسان غافل نماید. و هرچند که بر طبق قاعده کرامت انسانی شامل بنی آدم می گردد و یک جنین را نمی توان آدمی دانست تا مشمول این قاعده گردد ولی همان جنین با دمیده شدن روح در آن، در ردیف بنی آدم قرار می گیرد. در نتیجه همین مورد نشان می دهد که در بسیاری از موارد ایجاد تعارض بین احکام راجع به مالیت بالفعل با احکام ناظر به شخصیت بالقوه جنین اجتناب ناپذیر خواهد بود. مثلاً در هنگام نقل و انتقال جنین اگر صرفاً به داشتن مالیت آن توجه نمائیم، می توانیم شرط عدم فاش نمودن ریشه نسبی جنین توسط اشخاص درگیر در آن اعم از اهداء کنندگان و دریافت کنندگان و پزشک و موسسات تخصصی را در ضمن عقد قراردسیم و چنین شرطی نیز صحیح بوده و همه افراد فوق ملزم به رعایت آن خواهند بود. در حالیکه اگر به شخصیت انسانی که جنین در آینده آنرا کسب می نماید توجه نمائیم خواهیم دید که دانستن هویت حق هر فردی است، پس شناختن پدر و مادر طبیعی و بیولوژیکی از حقوق بالقوه آن جنین می باشد پس درج چنین شرطی در قرارداد به دلیل مغایرت با حقوق راجع به شخصیت آینده وی غیر مشروع بوده و باید آنرا باطل دانست.

مثالهای زیاد دیگری نیز می توان بیان نمود که نشان دهنده تعارض میان احکام راجع به مالیت بالفعل با احکام راجع به شخصیت بالقوه جنین می باشند مثل احکام فسخ و اقاله در قراردادهای نقل و انتقال جنین آزمایشگاهی و یا امکان استرداد آن و.... که در هر حال وجود چنین تعارضاتی ایجاب می نماید که با بررسی آنها راه حلی را برای رفع تعارض بین این دو نوع احکام به دست آورد.

بند دوم: شیوه رفع تعارض بین احکام راجع به مالیت بالفعل و شخصیت بالقوه جنین آزمایشگاهی

مسئله "برای رفع این تعارض به هیچ عنوان نمی توان به قاعده «اذا تعارضا تساقطا» استناد نمود چرا که در عالم حقوق مالیت و شخصیت از متناقضین می باشند بدین معنا که حکم یا به شخص تعلق می گیرد و یا به مال. و به

عبارت دیگر نمی توان وجود حکمی که به هیچ یک از اینها تعلق گرفته باشد را تصور نمود، در نتیجه در تعارض احکام راجع به مالیت و احکام راجع به شخصیت فقط می بایست در پی یافتن رجحان و برتری یکی از آن دو حکم متعارض بود تا با کنار گذاشتن دیگری، به آن عمل نمود.

البته هر چند در ظاهر یافتن این رجحان و برتری کار آسانی به نظر می آید و مثلاً گفت که احکام راجع به شخصیت بر احکام راجع به مالیت متقدم هستند ولی سختی کار در آنجا خود را نشان می دهد که احکام بالفعل بر احکام بالقوه چیره گشته و مرجح می گردند. در نتیجه یافتن رجحان و برتری بین مالیت بالفعل و شخصیت بالقوه به یک کارزار اساسی مبدل گشته که تفکر و تعمق زیادی را طلب می نماید.

پس باید گفت که هر چند مالیت مغلوب شخصیت است اما از آن طرف هم فعلیت بر قوه غلبه دارد، در نتیجه ظاهراً می بایست راه حل رفع این تعارض را در میزان قابلیت قوه جهت فعلیت یافتن جستجو نمود. یعنی اگر امکان اینکه جنین در آینده شخص (انسان) شود خیلی زیاد باشد بطوریکه بتوان شخصیت او را در آتیه مسلم دانست در نتیجه در اینجا شخصیت بالقوه بر مالیت بالفعل چیره خواهد شد. اما اگر امکان تبدیل شدن به شخص کم باشد و یا قوت آن قابل اثبات نباشد در این صورت احکام راجع به مالیت بالفعل بر احکام راجع به شخصیت بالقوه رجحان و برتری خواهد داشت و به تبع آن جنین می تواند موضوع معاملات از قبیل بیع، صلح و هبه قرار گیرد و چون ملاک برای تعیین ابوین تعلق جنین به یک خانواده در زمان دمیدن روح در آن است و چون هویت خانوادگی جنین اقتضای عدم تغییر دارد پس باید نتیجه گرفت که شرط استرداد جنین تا قبل از دمیده شدن روح، تابع حقوق اموال و قراردادهای و در نتیجه صحیح بوده و می بایست رعایت و اجرا گردد اما پس از دمیده شده روح چنین، شرطی مخالف حقوق حاکم بر اشخاص و در نتیجه نامشروع و باطل خواهد بود.

پس با استفاده از این روش در سایر احکام متعارض نیز می توان اظهار نظر نموده و حکم قضیه را مشخص نمود مثلاً در مورد شرط عدم افشای ریشه نسبی که قبلاً ذکر گردید نیز با استفاده از این قاعده می توان گفت که تا قبل از دمیده شدن روح در جنین، چنین شرطی کاملاً معتبر است. اما پس از دمیده شدن روح نیز نسبت به تمامی اشخاص دخیل در آن صحیح و معتبر بوده، اما نسبت به شخص متولد شده از آن جنین به علت مخالفت با حقوق ناظر به شخصیت، غیر قابل استناد خواهد بود.

از این روش برای حل مشکلات مربوط به جنین در تمام رشته های حقوق می توان استفاده نمود. مثلاً اگر جنین ایجاد شده از طریق لقاح مصنوعی جهت فرزندآوری و درمان ناباروری مد نظر باشد و به عبارت دیگر شخصیت

یافتن او در آینده هدف باشد، تلف آن از حیث مقررات تابع دیات شده و در صورت اتلاف عمدی از لحاظ حقوق کیفری سقط جنین محسوب خواهد شد.

اما اگر جنین حاصل از لقاح مصنوعی برای هدفی غیر از تولید مثل و مثلاً برای انجام پژوهش و تحقیقات پزشکی و علمی تولید شده باشد که شخصیت یافتن او در آینده مسلم و معلوم نیست، در این صورت تابع حقوق اموال خواهد بود و در صورت تلف، شخص متلف از حیث مسئولیت مدنی، مسئول جبران خسارت مادی خواهد بود و دیه در اینجا محقق نخواهد شد، و اتلاف عمدی آن هم سقط جنین محسوب نشده و تابع مقررات کیفری ناظر به اتلاف و تخریب اموال دیگری خواهد بود.

در هر حال باید دانست که حل تعارض احکام راجع به شخصیت بالقوه و مالیت بالفعل جنین، در حل مسایل حقوقی و فقهی راجع به جنین می تواند نقش اساسی ایفا نماید^۱.

بند سوم: امکان معامله جنین حاصل از لقاح مصنوعی

سوالی که مطرح است این است که آیا از نظر حقوق کشور ما جنین چند سلولی را می توان مورد معامله (بیع) قرارداد و در ازای آن به اهداء کنندگان، پول پرداخت نمود یا خیر؟

برای پاسخ به این سؤال ابتدائاً "می بایست جنین را تعریف نمود. در تعریف لغوی جنین گفته شده که جنین، بچه ای را می گویند که در بطن مادر است و بطن و رحم مادر او را می پوشاند و از دید پنهان می دارد و جمع آن آجنه است.

البته قبل از پاسخ به سؤال فوق باید دانست که آیا می توان اسپرم و تخمک (یعنی سلولهای جنسی مرد و زن) را مورد معامله قرارداد یا خیر؟ که باید گفت که هر چند که بعضی از فقها بدلیل نجس بودن و نداشتن منفعت محلّه، خرید و فروش آنرا شرعاً "حرام اعلام نموده اند، اما باید پذیرفت که امروزه با توجه به منافعی که برای درمان ناباروری درعالم پزشکی وجود دارد می توان آن را مورد معامله قرارداد چرا که چیز نجس اگر منفعت مُحلّه داشته باشد بیع آن جایز است که در اینجا منغفعت آن عیان است.

^۱ - عباس کریمی، تعارض بین احکام راجع به مالیت و شخصیت بالقوه جنین آزمایشگاهی، چکیده مقالات سمینار دو روزه جنین آزمایشگاهی از منظر فقه و حقوق و اخلاق، ۸ و ۹ دی ماه ۱۳۸۹، صص ۱۸ و ۱۹

حال آیا می توان حکم فوق را در مورد انتقال جنین یعنی اسپرم و تخمک لقاح یافته که به صورت چند سلولی درآمده نیز جاری دانست؟ یعنی می توان جنین اولیه را مال دانست و مورد معامله قرار داد؟ یا اینکه باید آنرا شخص (انسان) دانسته و غیر قابل معامله؟

جنین های حاصل از لقاح مصنوعی قبل از انتقال به رحم فقط ۲۴ الی ۴۸ ساعت از زمان ترکیبشان گذشته و دارای ۴ الی ۸ سلول می باشند که بتدریج تکثیر و رشد می یابد

و حال سؤال این است که ماهیت انتقال جنین به رحم چیست؟ اگر برای این انتقال از عقود (معین یا نا معین) استفاده شود، طرفین آن عقد به چه صورت خواهد بود؟ آیا عقد بین متقاضیان و دهندگان اسپرم و تخمک و با نقش واسطه مراکز درمان ناباروری است؟ یا عقد بین متقاضیان و مراکز درمان ناباروری منعقد می شود؟ یا عقد بین اهداء کنندگان و مراکز درمانی منعقد می گردد؟

چون جنین دارای منفعت مُحلّه است و اگر بپذیریم که جنین که بصورت چند سلولی درآمده جزئی از بدن یا اجزاء منفصله اهداء کنندگان می باشد و همانطور که اسپرم و تخمک قابلیت نقل و انتقال دارند پس در این صورت می توان جنین حاصل از لقاح مصنوعی را مال دانست و در نتیجه قابلیت مورد معامله واقع شدن را داراست.

البته معیار اصلی فقها و حقوقدانان، موافق خارج از رحم بودن جنین آزمایشگاهی است، چرا که در تعاریف جنین و مسایل مطروحه در آیات و روایات، در داخل رحم بودن جنین مورد تاکید است. و از این جهت می توان نتیجه گرفت که چند سلول اولیه (جنین قبل از دمیده شدن روح) انسان قلمداد نمی شود، در نتیجه مال بوده و قابل نقل و انتقال. هرچند که برخی دیگر بر اساس اخلاقی و اینکه فرقی بین جنین در داخل رحم و خارج آن قائل نیستند، برای آن شخصیت قائل شده و ذاتاً "حکم به حرمت نقل و انتقال آن می دهند.

نکته اساسی که در اینجا مطرح می شود این است که با فرض مالیت داشتن جنین، آیا جنین قابل اختصاص یافتن به شخص را دارد تا بتوان آنرا به عنوان مبیع قید نمود؟ که در پاسخ باید گفت که اگر نظری که جنین چند سلولی را به نوعی از اعضای منفصل بدن اهداء کنندگان می داند را بپذیریم، باید گفت که طبق قانون تحت تملک آنها می باشد و حق معامله کردن آنرا طبق شرایطی دارند. ولی اگر نظری را که برای جنین موجودیت و شخصیت مستقل که دارای حق حیات و صاحب حقوق یک انسان کامل است را بپذیریم، در این صورت جنین اولیه، مال محسوب نشده بلکه طبق احکام شرعی، انسان حر قابلیت معامله را ندارد.

در هر حال باید دانست که به هیچ عنوان مالیت قرار ندادن برای جنین بر اساس معیارهای فقهی و حقوقی و حتی پزشکی صحیح نیست و حتی اگر بپذیریم که نمی توان جنین را مورد بیع قرار داد اما می توان آنرا موضوع عقود دیگری از جمله هبه، صلح، وکالت و... قرار داده مثلا وجه را در ازای انتقال جنین به زوجین نابارور یا به عنوان هبه به متقاضیان ارائه نمود.

گفتار سوم: بررسی فقهی و حقوقی تلف جنین قبل و بعد از انتقال به رحم

در علم پزشکی مراحل تکوین جنین به ترتیب عبارتند از: تخمک و اسپرم، گامت، زایگوت، رویان و در نهایت جنین.

سلول جنسی بارور نشده زن را تخمک و سلول جنسی بارور نشده مرد را اسپرم گویند، و گامت عبارت است از سلول جنسی رسیده و آماده تلقیح اعم از نر و ماده که دارای ۲۳ کروموزوم می باشند که از هزاران ژن تشکیل شده اند که صفات ارثی پدر و مادر از طریق آنها به طفل منتقل می گردند^۱. و زایگوت در اصطلاح پزشکی عبارت است از از یک موجود تک سلولی که از لقاح اسپرم مرد و تخمک زن بوجود می آید که هنوز تقسیمات سلولی را به منظور شروع تکامل آغاز نکرده است و تشکیل آن با مشاهده دو پیش هسته در داخل تخمک تشخیص داده می شود و ۱۲ تا ۱۸ ساعت بعد از لقاح می توان باروری تخمک را مشاهده و تشکیل زایگوت را تشخیص داد^۲. پس از حدود ۲۴ ساعت از زمان باروری، اولین تقسیم سلولی در زایگوت شروع می گردد که از این زمان تا ۸ هفته بعد از آن را به زایگوت، رویان می گویند و به تعبیر دیگر رویان توصیفی است که برای مراحل اولیه رشد جنین به کار می رود. و پس از آن از هفته نهم باروری تا زمان وضع حمل را جنین می گویند.

بند اول: بررسی فقهی تلف جنین قبل و بعد از انتقال به رحم

از نظر فقهی نیز برای این مراحل اصطلاحات خاصی وجود دارد که عبارتند از نطفه، علقه، مضغه، عظام و خلقت.

۱ - عباس و محمدعلی، افلاطونیان و کریم زاده، باروری موفق در انسان در شرایط طبیعی لقاح خارج از بدن، تهران، نشر قدیانی، سال ۱۳۷۴، ص ۳۴

۲ - محمدعلی و غلامعلی، کریم زاده و احمدی، اصول باروری آزمایشگاهی، یزد، سازمان چاپ و نشر، سال ۱۳۸۱، ص ۸۱

مراحل تکوین جنین در آیه ۱۲ سوره مومنون نیز به همان ترتیب فوق بیان گردیده است که علقه به معنای خون بسته شده، مضغه به معنای چیزی شبیه گوشت جویده شده و عظام به معنای بصورت استخوان در آمدن است. که در مرحله بعد این استخوان و اسکلت با گوشت پوشانده می شود و در خلقت جنین (انسان) حاصل می گردد^۱.

از نظر فقهی باید گفت که فقها در حرمت سقط جنین بعد از انتقال به رحم بویژه پس از دمیده شدن روح در آن، اتفاق نظر دارند اما در خصوص اتلاف آن در مراحل قبلی یعنی قبل از انتقال به رحم بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. گروهی از فقها جنین حاصل از تلقیح مصنوعی (در محیط آزمایشگاه) را حتی قبل از انتقال به رحم مشمول عنوان حمل می دانند و در نتیجه دیه آنرا همانند دیه جنین داخل رحم می دانند و در مقابل برخی دیگر از فقها آنرا مشمول عنوان حمل ندانسته و اتلاف آنرا تابع قواعد و مقررات مربوط به اتلاف دانسته و در نتیجه اتلاف آن را باعث دیه نمی دانند.

استدلال گروه اول: این دسته از فقها به استناد قول ضعیفی که اگر مردی نطفه خود را بدون اجازه همسرش عزل کند باید به همسر خود ده دینار بپردازد، به این موضوع قائلند که نطفه به تنهایی حتی اگر درون رحم قرار نگرفته باشد دارای شانیتی انسانی است. بنابراین اتلاف آن مستوجب دیه خواهد بود. مانند آیت اله جناتی که از بین بردن اسپرمهای رشد یافته در لوله آزمایش را نیز در حکم سقط جنین دانسته و آن را مشمول دیه می دانند. البته از نظر این فقها در احکام مربوط به جنین، عنوان حمل موضوعیت نداشته بلکه موضوع و عنوان اصلی احکام مزبور، جنین در حال رشد و نمو است، خواه داخل یا خارج از رحم باشد و برای تقویت نظر خود به برخی از احادیث معصومین استناد می کنند، مانند: روایتی از موثقه اسحاق بن عمار که بیان می دارد به ابوالحسن عرض کردم زنی از باردار شدن می ترسد. دارو می نوشد و آنچه در رحم دارد می اندازد. امام فرمود «این کار را نباید بکند» گفتم نطفه ای بیش نیست. امام فرمود «نخستین چیزی که آفریده می شود، نطفه است» نص امام این است: «ان اول ما یخلق نطفه» پس حرمت این کار از زبان امام (ع) بر محور «آغاز آفرینش انسان» دور می زند. که این مطلب بر حرمت سقط جنین در هر مرحله ای که باشد دلالت دارد. یا حدیث دیگری که امام در پاسخ به شخصی فرمود «هرگاه زن یک ماه حیض نشود، درست نیست دارویی مصرف کند که حیض شود زیرا وقتی نطفه در داخل رحم قرار می گیرد به علقه تبدیل می شود سپس به مضغه و آنگاه به آنچه خداوند بخواهد و هرگاه نطفه در غیر رحم قرار گیرد، چیزی از آن آفریده نمی شود و هرگاه زن یک ماه حیض نشود و

۱ - ناصر مکارم، تفسیر نمونه، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ نهم، جلد ۴، ۱۴، سال ۱۳۶۹، ص ۲۰۶

روزهای عادت او سپری شود، نباید دارو مصرف کند.» به هر حال عزل منی به اذن همسر با ضایع نمودن نطفه متفاوت است.

در نتیجه با توجه به موارد فوق نباید در حرمت سقط جنین تردید کرد حتی اگر در مرحله تشکیل نطفه باشد.

در هر حال بر طبق نظر این دسته از فقها می توان دریافت که حفظ حرمت نطفه ترکیب شده به عنوان یک انسان بالقوه مطمح نظر است اعم از آنکه ترکیب و تشکیل آن در داخل یا خارج رحم باشد و ابتدای پیدایش و تکامل در داخل رحم خصوصیت اصلی محسوب نمی گردد و ذکر عنوان «حمل» از جهت موارد عادی و طبیعی است که در آن تکوین و تشکیل طفل از ابتدا در داخل رحم آغاز می گردد. بطوریکه بعضی از حقوقدانان نیز این استدلال را قوی دانسته و پذیرفته اند که بر خلاف آن نمی توان اظهار نمود و بدین ترتیب کودک آزمایشگاهی در دوران خارج رحم را نیز مشمول عنوان حمل دانسته اند. پس بنابراین دیه آن همانند دیه نطفه داخل رحم یعنی ۲۰ مثقال طلا خواهد بود، و همچنین حتی با وجود سکوت قانون می توان بر طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی اگر مشمول فتاوی معتبر باشد به آن استناد نمود.

استدلال گروه دوم: دسته دوم از فقها بر خلاف گروه اول معتقدند که جنین های تشکیل شده در محیط آزمایشگاه را تا زمانی که داخل رحم نشده رامی توان از بین برد چرا که دلیلی بر حرمت آن نیست. و حتی برخی از آنها معتقدند که پس از انتقال به رحم و قبل از دمیده شدن روح نیز چنین کاری جایز است. و آنها نیز در استدلال این نظر خود به روایاتی استناد می کنند.

در هر حال و با توجه به مطالب فوق باید دانست که از نظر فقه مادی که سلول تلقیح شده در لوله آزمایشگاه به رحم زن منتقل نگردیده، انسان محسوب نمی گردد و در نتیجه دارای شأن انسانی نمی باشد و از بین بردن آن باعث ثبوت دیه نخواهد بود. بطوریکه مرکز مطالعات و تحقیقات اخلاق پزشکی از فقه اهل بیت طی استفتائی به شماره ۱۴/۱۰۳/م ج ف بتاريخ ۱۳۷۲/۱/۱۵ مقرر می دارد «دور ریختن تخمک های بارور شده در ماشین های آزمایشگاهی مادی که روح انسانی در آنها دمیده نشده جایز است».

بند دوم: بررسی حقوقی تلف جنین قبل و بعد از انتقال به رحم

در مورد ماهیت حقوقی جنین آزمایشگاهی قبل از انتقال به رحم ۲ نظر ارائه گردیده است، گروهی جنین آزمایشگاهی را مادام که به رحم زن منتقل نگردیده است مال دانسته و آنرا تابع قواعد حاکم بر اموال می دانند و برای اینکه چیزی را مال بدانند وجود دو عنصر را شرط می دانند: ۱- قابلیت اختصاص یافتن به شخص یا ملت معینی ۲- مفید بودن و برآورده کردن نیازی. که در فرض مورد بحث ما نیز چون جنین اهدائی نیاز هر دو طرف یعنی اهداءکننده و پذیرنده گامت یا جنین را برآورده می نماید و متضمن منفعت برای طرفین می باشد پس باید عنوان مال را بر جنین و گامت قبل از انتقال به رحم اطلاق نمود.

پس بنابراین بر طبق این نظریه مادامی که جنین حاصل از تلقیح مصنوعی به رحم منتقل نگردیده است می بایست آنرا مال فرض نموده و آنرا تابع حقوق اموال دانست و در نتیجه اتلاف آن باعث مسئولیت متلف به جبران خسارت مادی خواهد شد، و اتلاف عمدی آن هم تابع مقررات کیفری ناظر به اتلاف و تخریب عمدی اموال دیگران خواهد بود. و مفاد این حکم شامل گامت اهدایی قبل از انتقال به رحم نیز خواهد بود.

اما در مقابل این نظریه، گروهی برای جنین حاصل از تلقیح مصنوعی از همان مراحل آغازین قائل به تکوین شخصیت بوده و معتقد به مراقبت و نگهداری از آن از ابتدای هستی اش هستند و به عبارت دیگر آنرا مانند جنین که در رحم مادر مستقر گردیده و موجود زنده ای می دانند و معتقدند که می بایست از مال و شیء دانستن آن اجتناب نمود و در نتیجه بر اساس این نظریه در صورت اتلاف آن باید از قواعد سقط جنین جهت تعیین حکم مربوطه استفاده نمود.

در هر حال از آنجائیکه در حقوق ایران مقررات کیفری خاصی در جهت حمایت از جنین حاصل از تلقیح مصنوعی وجود ندارد و با توجه به اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری و تفسیر به نفع متهم، امکان تسری مجازاتهای مقرر شده برای سقط جنین به جنین آزمایشگاهی وجود ندارد لذا تصویب قوانین خاص در این زمینه الزامی به نظر می رسد.^۱

البته امروزه با توجه به اینکه هر روز بر تولد نوزادان حاصل از تلقیح مصنوعی افزوده می گردد، لذا توجه بیشتر قانونگذار را در عرصه حقوقی نسبت به این موضوع بویژه از لحاظ حقوق خصوصی و حقوق جزا می طلبد، هرچند که در حوزه حقوق خصوصی که موضوعاتی از قبیل نسب، وصیت، ارث و... که مطرح می گردد را می توان با توجه به اصول حقوقی و تفسیر قوانین و وحدت ملاک، حکم موضوع را تبیین نمود اما در حقوق جزا با

۱ - سید حسین و مرتضی، صفایی و قاسم زاده، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، قم، انتشارات مهر، چاپ دوم، سال ۱۳۸۴، ص ۳۴

توجه به محدودیتهایی که وجود دارد مانند اصل تفسیر محدود و مضیق و تفسیر به نفع متهم، تسری حکم معلوم به مورد مجهول با ایراد قانونی همراه می شود لذا همانطور که در کشورهای پیشرفته برای این موضوعات قانونگذاری کرده اند، در ایران نیز نیاز به قانونگذاری حس می گردد، چرا که جنین حاصل از تلقیح مصنوعی بدلیل طبع خاص خود، جنین به معنای عادی و مشمول تعاریف قانونی موجود محسوب نمی گردد.

حتی اگر نظریه مال بودن جنین حاصل از تلقیح مصنوعی قبل از انتقال به رحم را بپذیریم باز هم با توجه به اصل تفسیر مضیق نمی توانیم حکم جنین عادی را به آن تسری دهیم چون نسبت به از بین بردن آن در قانون ما جرم انگاری صورت نگرفته است. البته در قانون مجازات اسلامی برای از بین بردن جنین دیه تعیین گردیده که بر حسب اینکه جنین در چه مرحله ای است میزان دیه متغیر می باشد. البته این خلأ قانونی در موردی که پدر و مادر با تفاهم با هم قصد از بین بردن جنین را دارند نیز وجود دارد.

در هر حال با توجه به قوانین فعلی بویژه از لحاظ حقوق کیفری جهت حمایت از جنین حاصل از تلقیح مصنوعی و حقوق افراد دخیل در آن، نیاز به قانونگذاری بصورت کاملاً "مشهودی احساس می گردد.

فصل دوم

مسئولیت مدنی طرفین تلقیح مصنوعی و اجاره رحم

طرح مطلب:

استفاده از تلقیح مصنوعی به عنوان یک روش علمی و پزشکی نو برای کمک به زوجین نابارور جهت فرزندآوری و به تبع آن استحکام بنیان خانواده ها دارای آثار و تبعات حقوقی فراوانی می باشد و چون استفاده از این عمل دارای سابقه طولانی نمی باشد و تقریباً نو و امروزی است لذا از لحاظ حقوقی بسیاری از ابعاد آن مورد بررسی قرار نگرفته و احکام بسیاری از موارد آن دقیقاً روشن نیست بطوریکه قوانین خاصی نیز برای حل این موارد نیز وضع نگردیده است، و از آنجائیکه در هر عمل حقوقی احتمال و امکان ورود خسارت وجود دارد و این خسارت هم می بایست بر مبنای مسئولیت مدنی وارد کننده خسارت جبران گردد لذا در این فصل سعی می گردد که مسئولیت مدنی طرفین تلقیح مصنوعی یعنی اهداء کنندگان و دریافت کنندگان جنین در مقابل هم و همچنین در مقابل طفل متولد شده حاصل از این عمل، و همچنین مسئولیت مدنی اجاره کنندگان و اجاره دهنده رحم در مقابل هم و همچنین در مقابل طفل متولد شده در اجاره رحم بررسی و مبنا و ماهیت و حدود آن بررسی گردد لذا در مبحث اول به مسئولیت مدنی اهداء کنندگان گامت و جنین در تلقیح مصنوعی، و در مبحث دوم به مسئولیت مدنی دریافت کنندگان گامت و جنین، و در مبحث سوم به مسئولیت مدنی اجاره کنندگان و اجاره دهنده رحم می پردازیم.

مبحث اول: مسئولیت مدنی اهداء کنندگان گامت و جنین

مبنای بسیاری از بیماریها، ژنتیکی است یعنی از گامت انسان بسیاری از بیماریها به جنین منتقل شده و باعث می شود کودک با معلولیتهای جسمی و ذهنی متولد گردد به همین جهت در انجام عمل تلقیح مصنوعی، اهداء کننده جنین می بایست واجد شرایط خاصی باشد تا بتواند در لیست اهداء کنندگان قرار گیرد و از اینرو اطلاعاتی که توسط اهداء کننده در مورد ویژگیهای خود ارائه می دهد اهمیت بسیاری پیدا می کند.

حال اگر اهداء کننده در این موارد دروغ بگوید و یا اطلاعات لازم را مخفی نماید و یا اطلاعات گمراه کننده بدهد و در نتیجه باعث ورود خسارت شود، آیا می توان او را مسئول دانست؟ و اگر آری، میزان و ارکان و آثار این مسئولیت چیست؟ به همین جهت در طی ۲ گفتار، شامل گفتار اول: شرایط اهداء کنندگان گامت و جنین، و در گفتار دوم: ارکان و آثار مسئولیت مدنی اهداء کنندگان گامت و جنین، را مورد بررسی قرار می دهیم.

گفتار اول: ارکان مسئولیت اهداء کنندگان گامت و جنین و والدین

طبیعی

جهت بررسی مسئولیت مدنی اهداء کنندگان گامت و جنین می بایست ابتدا "ارکان مسئولیت مدنی ایشان و آثار ناشی از این مسئولیت مدنی را بررسی نمود و از اینرو در این مبحث و در بند اول عناصر لازم جهت تحقق مسئولیت مدنی یعنی ورود ضرر توسط اهداء کنندگان گامت و جنین، فعل زیانبار ایشان و رابطه سببیت بین آن ضرر و فعل زیانبار اهداء کنندگان را مورد بررسی قرار می دهیم و در بند دوم آثاری که از تحقق مسئولیت مدنی حاصل می گردد را مورد بررسی قرار می دهیم مثل طرح دعوی علیه اهداء کنندگان و مطالبه خسارت از آنها.

بند اول: ارکان مسئولیت مدنی اهداء کنندگان گامت و جنین

از آنجا که گامت انسان منشاء ایجاد برخی از بیماریها و معلولیتهای ذهنی و جسمی در طفل می باشد که از آن جمله می توان به بیماریهای آمیزشی، ایدز، انواع آلرژیها، هیپاتیت، بیماریهای ارثی از جمله روماتیسم، هموفیلی، تصلب بافت ها، بیماریهایی که بخشهای مخصوصی از بدن را تحت تاثیر قرار می دهد مثل کم خونی، تالاسمی و... اشاره نمود که همگی این بیماری ها از طریق گامت به جنین انتقال پیدا می کند. بنابراین اهداء کنندگان

گامت و جنین را از باب قواعد عام مسئولیت مدنی می توان مسئول جبران خساراتی دانست که بواسطه آن گامت یا جنین به طفل وارد می آید.

البته در حقوق ایران قانون خاصی در ارتباط با مسئولیت مدنی اهداء کنندگان گامت و جنین وجود ندارد اما می توان با استناد به قواعد عام مسئولیت مدنی به وجود یا عدم وجود مسئولیت برای اهداء کنندگان گامت و جنین پی برد. و بر طبق همین قواعد عام برای تحقق مسئولیت مدنی می بایست اولاً فعل زیانباری انجام شود و بر اثر آن ضرری ایجاد گردد و ضمناً بین آن فعل زیانبار و ضرر، رابطه سببیت وجود داشته باشد یعنی آن فعل زیانبار سبب مستقیم ایجاد ضرر باشد.

به همین جهت ابتدائاً به بررسی ورود ضرر توسط اهداء کنندگان گامت و جنین و سپس به بررسی فعل زیانبار اهداء کنندگان و در نهایت نحوه مداخله ایشان در اضرار به طفل را مورد بررسی قرار می دهیم.

اول: وقوع ضرر توسط اهداء کنندگان گامت و جنین

همانطور که سابقاً بیان گردید ضرر بر دو نوع مادی و معنوی تقسیم می گردد که در هر حال هر دو قابل مطالبه هستند. در اینجا نیز اگر طفل حاصل از تلقیح مصنوعی بر اثر عدم بیان حقیقت یا غفلت و یا مسامحه کاری اهداء کنندگان گامت و جنین با نقص عضو یا معلولیت ذهنی و جسمی متولد گردد، مجموعه ای از زیانهای مادی و معنوی به بار می آید و در نتیجه ایجاد کننده این ضررها یعنی اهداء کنندگان گامت و جنین، در صورت تحقق سایر شرایط، در مقابل آن طفل و همچنین زوج دریافت کننده مسئول بوده و در مقابل آنه مسئولیت مدنی خواهند داشت و از باب جبران خسارات واره به آنها در صورت درخواست متضررین می بایست جبران خسارت نمایند.

دوم: فعل زیانبار اهداء کنندگان گامت و جنین

برای فعل زیانبار در حقوق ایران تعریف خاصی ارائه نشده و آنرا محدود به فعل یا عمل خاصی نکرده اند، به عبارت دیگر از نظر مقنن فعل یا ترک فعل خاصی برای تحقق مسئولیت مدنی مد نظر نبوده است و به عبارت دیگر هر فعل یا ترک فعلی که منجر به ورود خسارت به دیگری شود کافی است، بطوریکه قید عبارت « بدون مجوز قانونی» در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و همچنین قواعد عام مربوط به مسئولیت مدنی موید این مطلب است که تمام افعالی که از شخص سر می زند چه بصورت مثبت و چه بصورت منفی (ترک فعل) به شرطی که

موجب ضرر به دیگران باشد موجب تعلق مسئولیت مدنی به فاعل و عامل آن می گردد مگر در موارد استثنایی مانند دفاع مشروع، اجرای حق و اضطرار. البته در مورد ترک فعل باید گفت که هرچند اصل بر آزادی ترک فعل است یعنی برعکس فعل مثبت، شخص به خاطر ترک فعل منتج به اضرار به غیر فقط در صورتی مسئول خواهد بود که بموجب قانون یا قرارداد سابق ملزم به انجام عملی شده ولی آنرا ترک می نماید و در اثر ترک آن تعهد قانونی یا قراردادی، ضرری به دیگران وارد می آورد و در نتیجه همین ترک فعل می تواند موجب تحقق مسئولیت مدنی برای وی گردد.

هرچند که مخفی نمودن اطلاعات مربوط به سوابق پزشکی و بیماری خود و خانواده توسط اهداء کنندگان گامت و جنین به نوعی ترک فعل محسوب میگردد و به نظر برخی از حقوقدانان برای مسئولیت وی وجود تعهد قانونی یا قراردادی سابق ضروری است یعنی در صورتی می توان شخص را برای خودداری از انجام کاری مسئول شناخت که ثابت گردد که وی براساس قانون یا قرارداد موظف به انجام آن بوده لیکن تخلف نموده و آنرا انجام نداده است، لذا وجود تعهد قانونی یا قراردادی قبلی در کنار سایر عناصر مسئولیت مدنی لازم است. اما برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند که در هر موردی که خودداری از انجام عملی مستلزم بی احتیاطی باشد اهمال در انجام آن عین تقصیر است مثل نگذاشتن مانع در محوطه ای که منتهی به پرتگاه است.^۱

حال مسئله ای که مطرح می شود این است که آیا همانطور که ترک تعهدات قانونی یا قراردادی باعث تحقق مسئولیت مدنی می شود آیا ترک تعهدات و تکالیف عرفی نیز باعث تحقق مسئولیت مدنی می شود یا خیر؟

برخی از حقوقدانان در این مورد استدلال نموده اند که همانطور که در حقوق جزا جلوگیری نکردن از حوادث زیانبار جرم نیست پس شخص غیر مکلف را نیز به لحاظ جلوگیری نکردن از وقوع حوادث زیانبار نمی توان مسئول دانست. مثلاً اگر شناگری در کنار استخری که کودکی در آن در حال غرق شدن است در حال استراحت باشد و به استراحت خود ادامه دهد و از نجات جان کودک امتناع نماید، از لحاظ حقوق جزا چون حفاظت از کودک و نجات جان وی جزء تعهدات قانونی یا قراردادی او نبوده و نیست پس وی قابل مجازات نخواهد بود. پس با استناد به این موضوع نمی توان او را مسئول جبران خسارات وارده نیز دانست و برای وی مسئولیت مدنی قائل شد.

^۱ ناصر کاتوزیان، مسئولیت مدنی، جلد اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهاردهم، سال ۱۳۹۵، ص ۲۲۶-۲۲۸

البته استدلال فوق به نظر صحیح نمی باشد چرا که از ظاهر و نحوه استدلال می توان به غلط بودن آن پی برد زیرا که اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها که در حقوق جزا مطرح گردیده، جهت حمایت از آزادیهای فرد بوده و به موجب آن فقط فعل یا ترک فعلی را می توان جرم دانسته و مستوجب مجازات، که قانون مقدم آنرا جرم دانسته باشد، در حالیکه در حقوق مربوط به مسئولیت مدنی چنین اصلی وجود ندارد لذا در افعال مثبت، هر فعلی که موجب اضرار به دیگران شود فعل زیانبار و مستوجب مسئولیت تلقی خواهد شد. و همچنین در ترک فعل ها هم همان مبانی حاکم بر فعل مثبت قابل اجراست به عبارت دیگر زمانی که انجام یک عملی که انسان متعارف انجام نمی دهد موجب مسئولیت مدنی خواهد بود، ترک افعالی هم که انسان متعارف انجام نمی دهد موجب مسئولیت مدنی خواهد شد^۱.

البته تصویب قوانینی جهت جرم انگاشتن ترک تعهدات عرفی در موارد خاص، نظریه فوق را تقویت می نماید. البته باید دانست که در حفظ آزادیهای شخصی افراد باید به تعاون اجتماعی نیز توجه نمود و بر اساس آن آزادیهای فردی را محفوظ دانست.

در هر حال و با توجه به مطالب فوق می توان برای اهداء کنندگان گامت و جنین هم بخاطر ارتکاب فعل زیانبار که مبتنی بر یک تعهد قانونی یا قراردادی یا عرفی باشد مسئولیت مدنی در نظر گرفت و او را مسئول جبران خسارت وارده دانست.

سوم: وجود رابطه سببیت بین ضرر وارده و فعل زیانبار اهداء کنندگان گامت و

جنین

سوالی که در این زمینه مطرح می گردد این است که آیا می توان بر مبنای نظریه خطر اهداء کنندگان گامت و جنین را مسئول جبران خسارات وارده بر طفل دانست و به تقصیر یا عدم تقصیر او وقعی نهاد و صرف وجود ضرر و رابطه علیت میان آن ضرر با عامل زیانبار را کافی برای مسئولیت اهدا کننده دانست؟ که به نظر در پاسخ باید گفت که چون بین فعل مثبت یا منفی اهداء کننده گامت و جنین و ضرر وارده به طفل بصورت مستقیم رابطه علیت وجود ندارد پس نمی توان به نظریه خطر برای مسئول دانستن اهداء کننده تمسک جست بلکه با بررسی شرایط و خصوصیات شخص اهداء کننده و ضرر وارده به طفل، می توان بیان داشت که اهداء کننده ای که ناقل بیماری بوده و باعث معلولیت جسمی یا ذهنی طفل شده، از باب تسبیب در اضرار به طفل موثر بوده و به

^۱ - همان، صص ۳۶۲ و ۳۶۳

عبارت دیگر زمینه ایجاد ضرر را فراهم نموده است، بطوریکه اگر از گامت یا جنین اهدایی ایشان استفاده نمی شد هیچ فرزندی متولد نمی شد تا خسارت و ضرری هم برای او ایجاد شود.

و از آنجائیکه در حقوق ایران در فرض تسبیب، شخص زمانی مسئول جبران خسارت شناخته می شود که مقصر شناخته شود یعنی تقصیری از او سر زده باشد، در اینجا هم باید برای اینکه اهداء کننده گامت و جنین را مسئول جبران خسارات وارده بر طفل و سایر اشخاص دخیل در عمل لقاح مصنوعی دانست باید تقصیر او را احراز نمود.

و از همین رو می بایست ابتدائاً "تعریف روشنی از تقصیر ارائه گردد. برای تقصی تعاریفی از طرف حقوقدانان مطرح گردیده است مانند تعریف مازو که گفته «تقصیر تجاوز از رفتاری است که انسان متعارف در همان شرایط وقوع حادثه دارد»^۱

یا تعریف میشل راسو که گفته «تقصیر عبارت از اشتباهی در رفتار است بدان گونه که اگر شخص محتاطی در همان اوضاع و احوال خارجی قرار می گرفت مرتکب آن نمی گردید»^۲

در حقوق مدنی ایران بدون اینکه تعریف خاصی از تقصیر ارائه گردد فقط در ماده ۹۵۳ قانون مدنی بیان شده که تقصیر عبارت است از تعدی و تفریط. و ماده ۹۵۱ و ۹۵۲ همان قانون هم تعدی را به تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف نسبت به مال یا حق دیگری، و تفریط را به ترک عملی که بموجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم باشد معنا و تعریف نموده است، در نتیجه می بایست برای تعریف تقصیر به جمع این دو اقدام نمود و بیان کرد که تقصیر عبارت است از فعل یا ترک فعلی که در شرایط مد نظر از یک انسان متعارف سر نمی زند. در نتیجه انجام عمل یا ترک فعل فرد مدنظر می بایست با انجام عمل یا ترک فعل یک انسان متعارف در همان شرایط بررسی گردیده و مطابقت داده شود. البته در اینجا رفتار یک انسان متعارف بطور نوعی مطرح نیست بلکه آنچه ملاک است شرایطی است که حادثه یا فعل یا ترک فعل در آن رخ داده است. و همچنین در اینجا منظور از شرایط، شرایط و اوضاع و احوال خارجی می باشد و نه شرایط داخلی شخص مانند ضعف یا نقص جسمانی یا روانی.

^۱ و ۲- ناصر کاتوزیان، همان، ص ۱۷۱-۱۸۵

حال موضوعی که در اینجا مطرح می گردد این است که اهداء کننده گامت و جنین چه فعل یا ترک فعلی را می تواند مرتکب گردد که از باب تسبیب باعث ورود خسارت می گردد که برای بررسی این موضوع دو حالت را می توان مطرح نمود:

حالت اول: عدم علم اهداء کننده به بیماری یا نقص ژنتیکی خود که می تواند با اهدای گامت یا جنین به طفل منتقل گردد.

هرچند در این حالت مسبب و زمینه ساز خسارت وارده به طفل، شخص اهداء کننده می باشد، اما چون او نسبت به بیماری و نقص ژنتیکی خود و امکان انتقال آن به طفل بر اثر انجام عمل لقاح مصنوعی آگاه نبوده، می توان گفت نمی توان تقصیری را متوجه او دانست زیرا که همان کار او را یک انسان متعارف هم در همان شرایط انجام می داد. اما از باب مصلحت و جهت حمایت از حقوق فردی می توان گفت که کاری که در اینجا شخص اهداء کننده انجام داده بطور کامل همانند عمل یک انسان متعارف نیست، چرا که یک شخص متعارف حداقل یک تلاش و مراقبت عرفی برای آگاهی از وضعیت و سلامتی خویش انجام می دهد. و در نتیجه صرف عدم آگاهی به بیماری یا نقص ژنتیکی نمی تواند رافع مسئولیت او باشد برای رفع مسئولیت از او می بایست احراز گردد که واقعا نسبت به آن بیماری یا نقص ژنتیکی آگاه نبوده و ضمنا اینکه این ناآگاهی با وجود تلاش عرفی برای آگاهی از وضعیت سلامتی خود، بوده است.

عده ای از حقوقدانان نیز با استفاده از قاعده احسان که مسقط ضمان و رافع مسئولیت است، معتقد به عدم مسئولیت اهداء کننده گامت و جنین هستند و معتقدند که اگر حتی از قاعده تقصیر دست برداریم و مسئولیت اهداء کننده را بر مبنای نظریه خطر هم در نظر بگیریم باز هم نمی توانیم مسئولیتی بر اهداء کننده بار کنیم چرا که او در مقام یک محسن بوده که قصد داشته کاری را به نفع عموم است انجام دهد.^۱ و برطبق آیه ۹۱ سوره توبه که می فرماید «ما علی المحسنین من سبیل» که با آیه ۶۰ سوره الرحمن که می فرماید «هل جزاء الاحسان الا الاحسان» تکمیل گردیده، اقتضای بر آن دارد که هیچ غرامت و ضمانی بر شخص نیکوکار تحمیل نگردد و در صورتی که شخص در راه احسان به دیگری موجب اضرار به وی گردد به حکم این قاعده می بایست قائل به عدم ضمان وی گردید.^۲

۱- عباس نایب زاده، بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی، تهران، انتشارات مجد، سال ۱۳۸۰ ص ۴۳۶
۲- ناصر کاتوزیان، ضمان قهری- مسئولیت مدنی، انتشارات دانشگاه تهران، جلد سوم، سال ۱۳۷۰، صص ۱۷۵ و ۱۷۶

البته به نظر می‌رسد که اگر این نظر را بپذیریم در این صورت می‌بایست شخص اهداءکننده را از مسئولیت بری بدانیم که اولاً اهداء گامت یا جنین به صورت مجانی و بدون دریافت وجه یا ما به ازای صورت گرفته باشد تا قصد احسان او محرز گردد در غیر اینصورت هیچ شکی در عدم شمول قاعده احسان بر فعل او باقی نمی‌ماند. ثانیاً "اهداءکننده نباید مرتکب بی‌مبالاتی‌های سنگین شده باشد، چرا که به صرف داشتن قصد احسان نمی‌توان تمامی اعمال شخص را احسان قلمداد نمود.

در نتیجه می‌توان گفت در صورت وجود همه شرایط من جمله عدم تعارض نیت محسن با اغراض دیگر، عدم توقف اقدام محسن به اذن محسن الیه در اقدام نیکوکارانه، و متعارف بودن فعل ارتكابی جهت جلب منفعت یا ضرر می‌توان حکم به عدم مسئولیت اهداءکننده داد.

حالت دوم: آگاهی اهداءکننده به بیماری یا نقص ژنتیکی خود و اختفاء آن و یا ارائه اطلاعات کذب و گمراه کننده از وضعیت سلامتی و سوابق پزشکی خود بصورت عمد یا بر اثر غفلت.

در این حالت هم چه اهدای گامت یا جنین رایگان صورت گرفته باشد و چه به صورت معوض، چون میان فعل ارتكابی اهداءکننده (چه بصورت مثبت و چه بصورت منفی) و ضرر ایجاد شده برای طفل یا دریافت کنندگان گامت یا جنین رابطه علیت مستقیمی وجود ندارد پس نمی‌توان با استناد به نظریه خطر و به صرف ارتكاب فعل، حکم به مسئولیت مدنی اهداءکنندگان داد.

در اینجا هم بین عمل اهداءکننده و ضرر وارده یک رابطه سببیت غیر مستقیمی وجود دارد به عبارت دیگر اهداءکننده از باب تسبیب باعث ورود ضرر گردیده است پس در نتیجه می‌بایست عنصر تقصیر در اینجا نیز احراز گردد و در این حالت چون اهداءکننده از روی عمد یا غفلت نامتعارف موجب انتقال بیماری یا نقص ژنتیکی به طفل می‌گردد در نتیجه به آن طفل و خانواده پذیرنده گامت یا جنین، ضرر و خسارت وارد می‌کند. در نتیجه با مقایسه رفتار او با رفتار یک انسان متعارف در همان شرایط، تقصیر او محرز است و در نتیجه مسئول جبران خسارات وارده خواهد بود.

البته اگر این رفتار نامتعارف اهداءکننده از روی عمد باشد باید آن را تقصیر عمدی دانست و اگر رفتار نامتعارف او بر اثر غفلت باشد باید آن را تقصیر غیر عمدی دانست. که در هر حال مسئولیت مدنی اهداءکننده محقق می‌گردد، اما تفکیک میان آن دو برای جبران خسارت و شدت وضعف جبران خسارت مهم و موثر خواهد بود. به این صورت که در تقصیر عمدی می‌توان علاوه بر حکم به جبران خسارات وارده از باب

مسئولیت مدنی به اقدامات تنبیهی نیز حکم داد هرچند که در حقوق داخلی این موضوع آن چنان مورد توجه قرار نگرفته است.

با توجه به مطالب فوق و بررسی قواعد عام مسئولیت مدنی می توان گفت که در حقوق ایران نیز می توان اهداء کنندگان گامت یا جنین را به خاطر ورود خسارت به غیر (طفل و خانواده پذیرنده) مسئول دانست. اما عده ای با تشبیه وضعیت اهداء کنندگان با پدر و مادر طبیعی معتقدند که همانگونه که حقوق ایران برای پدر و مادر که باعث انتقال بیماری یا نقص ژنتیکی به فرزند خود با وجود علم به نقص ژنتیکی یا معیوب بودن گامت خود می کنند، مسئولیت قائل نشده در نتیجه نسبت به اهداء کنندگان گامت یا جنین هم که نسبت به طفل در مقام پدر و مادری هستند نیز نمی توان مسئولیتی قائل شده و به همین جهت برای بررسی این نظریه و صحت و سقم آن، ذیلا اقدام به بررسی مسئولیت مدنی والدین خواهیم نمود.

بند دوم: ارکان مسئولیت مدنی والدین

قانونگذار قواعد مربوط به مسئولیت مدنی را بصورت عام انشاء نموده و مسئولیت یا عدم مسئولیت یا شرایط مربوط به مسئولیت هر شخصی را به صورت جداگانه مورد حکم قرار نداده است به طوریکه از عبارت «هر کسی» در ماده ۳۲۸ قانون مدنی و ماده ۳۳۱ قانون مدنی می توان این موضوع را استنباط نمود، به تعبیر دیگر قانونگذار ما فقط به بیان عناصر اصلی و لازم برای تحقق مسئولیت مدنی مه همان ضرر، فعل زیانبار و رابطه سببیت بین آنها اشاره نموده و مبانی مسئولیت را با توجه به موقعیت و وضعیت شخص وارد کننده زیان مشخص ننموده است.

پس به طریق اولی نیز از مسئولیت مدنی پدر و مادر که مبتلا به نواقص ژنتیکی یا بیماریهای قابل انتقال از ناحیه گامت می باشند و در نتیجه نزدیکی آگاهانه یا ناآگاهانه موجب معلولیت ذهنی یا جسمی کودک خود شده اند، در حقوق ایران سخنی به میان نیامده است. بنابراین برای پی بردن به مسئولیت یا عدم مسئولیت پدر و مادر می بایست به بررسی ارکان مسئولیت مدنی پدر و مادر پرداخت. به همین جهت ذیلا به بررسی وقوع ضرر توسط والدین و فعل زیانبار والدین و رابطه سببیت بین فعل یا ترک فعل ایشان با ضرر وارده به طفل خواهیم پرداخت.

اول: ایجاد ضرر در طفل توسط والدین

نکته ای که وجود دارد این است که ضرری که از عمل والدین به طفل وارد می شود ضرری است که به جسم و سلامتی وی وارد می شود و نه ضرر مالی^۱. چرا که طبق ماده ۳۲۸ و ۳۳۲ قانون مدنی در بحث اتلاف و تسبیب، چون طفل از لحظه انعقاد نطفه (به شرط زنده متولد شدن) دارای اهلیت تمتع می باشد این حق را خواهد داشت که از هر کسی حتی از پدر و مادر خود که موجب ضرر مالی او شده، جبران خسارت را بخواهد.

در مورد ضررهای وارده بر جسم و سلامتی طفل هم هرچند که نمی توان به ماده ۳۲۸ و ۳۳۲ قانون مدنی استناد نمود، اما ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی که حکم به لزوم جبران ضرر به هر حق دیگری که بموجب قانون برای افراد ایجاد گردیده را داده، موارد فوق را تحت پوشش قرارداده و بر جبران چنین ضررهایی اشعار دارد چرا که طفل مانند هر شخص دیگری از حق سلامتی برخوردار بوده و جان یا سلامتی طفل در دوران جنینی به نحو یقین مورد حمایت قانونگذار قرار گرفته، لذا تعرض به آنها موجب مسئولیت می گردد به نحویکه اهمیت این موضوع از نظر قانونگذار آنقدر بالا بوده که حتی در مواردی لطمه وارده به طفل از ناحیه پدر یا مادر یا دیگران مستوجب مسئولیت کیفری و جرم قلمداد نموده است مانند مواد ۴۸۷ الی ۴۹۳ قانون مجازات اسلامی که به تعیین دیه برای جنین بر اساس رشد و تکامل وی پرداخته، یا تعیین مجازات کیفری در مواد ۶۲۲ الی ۶۲۴ همان قانون. بطوریکه استفاده از عبارت «هرکسی» در ابتدای این مواد، دلالت بر این دارد که قانونگذار جهت حمایت از جان و سلامتی کودک میان والدین و دیگران تفاوتی قایل نشده است.

بنابراین و با توجه به موارد فوق باید گفت که اگر والدین هم باعث ورود ضرر به طفل گردند، مسئولیت مدنی داشته و مسئول جبران خسارات وارد به طفل خواهند بود.

دوم: فعل زیانبار والدین

اینکه پدر و مادر در یک رابطه کاملاً مشروع تحت عنوان نکاح اقدام به نزدیکی که حق مسلم آنهاست می نمایند و از این نزدیکی فرزندی حاصل می شود این تردید را ایجاد می نماید که پدر و مادر مرتکب فعل زیانباری که مستوجب مسئولیت مدنی برای آنها گردد نشده اند. اما در پاسخ به این تردید باید گفت که فعل زیانبار پدر و مادر فقط نزدیکی جنسی نیست بلکه انتقال نواقص ژنتیکی یا بیماری دیگری به جنین است که موجب معلولیت یا بیماری طفل می گردد. به همین جهت است که تمیز فعل زیانبار پدر و مادر اهمیت اساسی پیدا می کند چرا که اگر نزدیکی جنسی آنها فعل زیانبار باشد چون این عمل کاملاً مشروع می باشد، نمی

^۱ - ناصر کاتوزیان، مسئولیت مدنی، جلد اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهاردهم، سال ۱۳۹۵، ص ۲۴۶

تواند ارتکاب آن موجب مسئولیت برای آنها باشد زیرا یکی از شرایط زیانبار تلقی شدن یک فعل آن است که با قانون یا اخلاق حسنه و یا حتی عرف مغایر یا نابهنجار باشد، در حالیکه عمل نزدیکی با هیچ یک از عناوین فوق هیچگونه مخالفت و مبادی ندارد. در نتیجه همانند زمانی که فعلی با قرار گرفتن در حالت دفاع مشروع یا حالت ضرورت یا امر قانونگذار وصف نامشروع خود را از دست می دهد^۱ در اینجا هم عمل نزدیکی جنسی با قرار گرفتن در قالب ازدواج، وصف نامشروع خود را از دست می دهد.

در هر حال آنچه که ما از آن به عنوان فعل زیانبار پدر و مادر یاد می کنیم نزدیکی جنسی مشروع بین آنها نیست بلکه فعلی است که پدر و مادر با ارتکاب آن آگاهانه یا ناآگاهانه موجب انتقال نواقص ژنتیکی یا بیماریهای دیگر به جنین می شوند، چه این انتقال از طریق نزدیکی جنسی صورت بگیرد و چه با تلقیح مصنوعی. بنابراین همانطور که نزدیکی جنسی حق مسلم آنها می باشد اما انتقال نواقص و بیماریها به جنین حق مسلم آنها نیست. چرا که به رغم انجام نزدیکی می توانند مانع انتقال این نواقص به جنین گردند.

البته برای قائل شدن به مسئولیت مدنی والدین و تشخیص حدود آن می بایست بین جهل والدین به وجو نقص یا بیماری در خود یا علم و عمد آنها تفاوت قائل شد و جداگانه مورد بررسی قرارداد.

حالت اول: جهل پدر و مادر به وجود نقص یا بیماری در خود

در این حالت هر چند که در ایجاد نقص یا بیماری در جنین با عمل نزدیکی پدر و مادر رابطه سببیت برقرار است اما چون مبنای مسئولیت در تسبیب، بر تقصیر گذارده شده اما مقایسه عملکرد پدر و مادر با یک انسان متعارف بیانگر آن است که تقصیری متوجه پدر و مادر نمی باشد و در نتیجه مسئولیتی هم برای آنها متصور نمی باشد. و هر چند که انجام حداقل تلاش عرفی برای آگاهی از وضعیت سلامتی خود و گامتی که منشاء تکنون طفل خواهد بود، به نظر یک وظیفه اخلاقی و انسانی است اما اهمال در آن به حدی نیست که تقصیر ایشان را مسجل نماید، بویژه آنکه آگاهی از برخی از این عیوب و بیماریها نیازمند انجام آزمایشات پیچیده و دقیق و پرهزینه ای است که از حدود یک تلاش عرفی خارج است.

پس با توجه به مطالب فوق می توان نتیجه گرفت که هر چند که عده ای همین مقدار اهمال را نمی پذیرند و آنرا باعث تحقق تقصیر والدین و در نتیجه ایجاد مسئولیت مدنی برای ایشان می دانند، اما باید پذیرفت که جهل پدر و مادر به نواقص ژنتیکی و بیماریهای خود و گامت خود که باعث تکنون طفل می گردد منجر به عدم تقصیر

^۱ - ناصر کاتوزیان، همان، ص ۳۱۷ به بعد

آنها و در نتیجه باعث عدم مسئولیت آنها در قبال معلولیت و بیماریهای طفل می گردد و در این زمینه فرقی نمی کند که طفل ناشی از رابطه نزدیکی طبیعی والدین باشد یا از طریق تلقیح مصنوعی.

حالت دوم: علم پدر و مادر به نواقص ژنتیکی یا بیماریهای خود یا گامت خود

در این حالت چون پدر و مادر به نقص ژنتیکی یا بیماری خود یا گامت خود علم و آگاهی دارند لذا نمی توان در تقصیر آنها شک کرد چرا که در این حالت رفتار آنها با رفتار یک انسان متعارف به هیچ عنوان قابل تطبیق نیست و هر چند که در اینجا ورود ضرر به طفل بر اثر عمل نزدیکی که حق مسلم والدین و یک رفتار کاملاً متعارف محسوب می شود صورت می گیرد، اما باید گفت که طبق اصول اخلاقی هیچ کس نمی تواند اعمال حق خود را مبنای اضرار به دیگران قرار دهد لذا بر اساس نظریه سوءاستفاده از حق منجر منجر به اضرار دیگران، می توان در اینجا عمل زوجین را موجب تحقق مسئولیت مدنی برای ایشان دانست بویژه آنکه زندگی زناشویی (تمتع جنسی) و تولید نسل، دو مقوله جدا از هم می باشند که ملازمه ای با هم ندارند. به عبارت دیگر والدین می توانند اقدام به نزدیکی جنسی نمایند با اینکه از تولید نسل جلوگیری نمایند یعنی با توجه به اوضاع و احوال خود یعنی وجود بیماری یا نقص ژنتیکی می توانند با انجام اقدامات پیشگیرانه با وجود نزدیکی جنسی از بارداری و فرزندآوری جلوگیری نمایند.

همچنین با استناد به قواعد عام مسئولیت مدنی که با قید عباراتی مانند «هر کس که موجب اضرار به دیگری شود....» که در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی بیان گردیده، می توان در این حالت که پدر و مادر به نقص ژنتیکی یا بیماری خود علم و آگاهی دارند و با وجود آن اقدام به نزدیکی منجر به تولید نسل می نمایند و تقصیر آنها در اینجا عیان است، تحقق مسئولیت برای آنها را محرز دانست و ایشان را در قبال ضررهایی که به طفل وارد می شود مسئول دانست. به عبارت دیگر هر چند مقصود اکثر مخالفان ایجاد مسئولیت مدنی برای والدین ناظر به موردی است که نقایص یا بیماریهای جنین در اثر نزدیکی آنها به قصد تولید مثل حاصل شده باشد اما در این مورد نیز آن چنانکه بیان شد در شقوقی که عمل توأم با تقصیر است به راحتی می توان به قواعد عام و مواد مربوط به مسئولیت مدنی، مسئولیت ایشان را در برابر طفل استنباط نمود.

از اینرو در خصوص نواقص و بیماریهای منتقل شده از طریق گامت، نمی توان قائل به عدم مسئولیت پدر و مادر شد. چه رسد به اهداء کننده گامت. چرا که وضعیت اهداء کننده گامت از چند جهت با پدر و مادر فرق میکند که باعث می شود به راحتی حکم به مسئولیت وی در این حالت داد که عبارتند از:

۱- اهداء کننده گامت هنگام اهدای گامت بطور ضمنی متعهد به سلامت آن است و چه این اهداء بصورت فروش و در قالب یکی از انواع عقود باشد و چه بصورت تبرعی و رایگان، تاثیری در اصل تحقق مسئولیت مدنی او ندارد و در نتیجه در صورت معلولیت یا بیماری طفل ناشی از عیوب یا بیماریهای گامت اهدایی، اهداء کننده مسئولیت مدنی داشته و مسئول جبران خسارات و ضررهای وارده به طفل و حتی والدین او خواهد بود.

۲- اهداء کننده گامت، پس از اهداء كاملاً "مجزی از خانواده پذیرنده است در حالیکه اگر پدر و مادر باعث انتقال نقص یا بیماری به جنین گردد اما چون داخل در خانواده بوده با نگهداری از طفل معلول یا بیمار یا تلاش در درمان وی، تا حدی خسارات وارده به طفل را جبران می نمایند.

۳- در اهداء گامت یکی از شرایط ضمنی طرفین، سلامت گامت اهدایی می باشد که در اینجا اهداء یا انتقال گامت معیوب از جانب اهداء کننده به خانواده پذیرنده، نوعی تخلف از شرایط ضمنی طرفین محسوب خواهد شد.

۴- سلامت گامت (مورد معامله) به عنوان یک شرط ضمنی، مقصود اصلی و بلا انکار طرفین بوده است.

در هر حال آنچه که از اصول و قواعد مربوط به مسئولیت مدنی و مبانی آن استنباط می شود این است که نه پدر و مادر و نه اهداء کننده گامت را در صورت احراز تقصیر ایشان در انتقال معلولیت یا بیماریهایی که توسط گامت به جنین منتقل گردیده است در صورت حصول و تحقق شرایط مربوط به مسئولیت مدنی، نمی توان در برابر طفل بری از مسئولیت دانست.

گفتار دوم: اوصاف و شرایط (موجبات مسئولیت) اهداء کنندگان گامت و جنین

جهت انجام عمل تلقیح مصنوعی می بایست برای استفاده از گامت و جنین اهدایی از سلامت اهداء کنندگان و همچنین دریافت کنندگان و انطباق خصوصیات و ویژگیهای ظاهری، خونی، فرهنگی، اجتماعی و تناسب دینی و مذهبی اطمینان یافته و از تمامی جوانب و دستورالعملهای لازم در این خصوص را رعایت نمود. چرا که این عمل ارتباط بیولوژیکی خانواده را که موضوع بسیار حساسی است تحت تاثیر قرار می دهد.

در استفاده از این روش درمانی اطمینان از سلامت و عاری بودن از هر گونه بیماری از جمله بیماری ژنتیکی بویژه از نوع ناقل آن برای اهداء کنندگان گامت و جنین اهمیت فوق العاده ای دارد، بویژه که اگر دریافت کننده هم ناقل برخی از بیماریهای ژنتیک ناقل باشد احتمال بروز نوع غالب آن بیماری افزایش پیدا می کند. برای اینکه کسی بتواند در لیست اهداء کنندگان گامت و جنین قرار گیرد می بایست علاوه بر سلامت جسمی دارای حداقل شرایط روحی و اجتماعی نیز باشد، و عدم وجود هر یک از این شرایط می تواند منجر به بروز خسارتی گردد که می بایست توسط وارد کننده آن جبران گردد. از اینرو متخصصان کلینیک اهداء، مشخصات سلامتی داوطلب اهداء شامل بررسی و معاینات بالینی - تاریخچه پزشکی - سابقه بیماری روحی و روانی - ضریب هوشی - موقیت فرهنگی و اجتماعی و همچنین اعتقادات مذهبی وی را مورد بررسی قرار می دهند و با ارزیابی دقیق همه این موارد تصمیم می گیرند که فرد را در لیست اهداء کنندگان قرار دهند یا خیر. حتی در برخی موارد دریافت کنندگان علاقه مند هستند از ویژگیهای خاصی از اهداء کنندگان گامت و جنین مثل سطح فرهنگی و اجتماعی، ضریب هوشی، تحصیلات و اعتقادات مطلع شوند، که کلینیکهای اهداء می بایست در این زمینه همکاریهای لازم را مبذول دارند. به همین جهت سعی می گردد در طی سه بند جداگانه شرایط جسمی و شرایط روحی و روانی و سپس شرایط اجتماعی اهداء کنندگان گامت و جنین مورد بررسی قرار گیرد.

بند اول: شرایط جسمی اهداء کنندگان گامت و جنین

انجام روشهای غربالگری در اهداء کنندگان گامت و جنین جهت حفظ سلامتی دریافت کنندگان و حتی کودکی که از عمل تلقیح مصنوعی متولد می گردد، ضروری است به همین جهت معاینه فیزیکی کامل، اخذ شرح حال کامل پزشکی و بررسی از نظر بیماریهای ژنتیک و عفونی برای اهداء کنندگان گامت و جنین ضروری و اجتناب ناپذیر است تا بدین طریق مانع از انتقال بیماریها به گیرنده یا طفل حاصل از عمل لقاح مصنوعی گردید.

به همین جهت است که داشتن سن زیر ۵۰ سال برای دهندگان اسپرم و زیر ۳۵ سال برای دهندگان تخمک ضروری است. و همچنین می بایست آزمایشهای کامل خون، پلاکت، گروه خونی از اهداء کنندگان گامت و جنین اخذ و از لحاظ بیماریهای هپاتیت B و C و ایدز و سایر بیماریهای عفونی بررسی شده و تستهای ژنتیکی

دقیق و بررسی از نظر تالاسمی، سل و غیره صورت گیرد. واگر از اسپرم منجمد جهت تلقیح مصنوعی استفاده می گردد حتما می بایست اهداء ۶ ماه پس از گرفتن اولین اسپرم صورت گیرد. و در بررسی ژنتیکی و سابقه فامیلی اهداء کنندگان گامت و جنین حتما می بایست موارد ذیل مورد بررسی قرار گیرد.

۱- سابقه بیماریهای داخلی و ژنتیک در خانواده مانند فشار خون بالا، کری، کوری، دیابت نوع اول، آلزایمر، آرتريت شديد، شیزوفرنی، الکلیسم، بیماریهای قلبی و... ۲- ناهنجاریها مثل لب شکری یا شکاف کام، بیماریهای دریچه قلب و... ۳- اختلالات مندلی مثل کوررنگی، هموفیلی، آنمی داسی شکل، گلوکوم، تاي ساكس، فیروز کیستیک و...

البته باید توجه نمود که با انجام تستهای غیر ضروری مشقت مضاعف برای اهداء کنندگان ایجاد ننمود تا از قصد خیر خود منصرف نشوند چرا که نیاز به اهدای جنین و گامت روز افزون است و به همین جهت است که تلاش فراوان جهت استاندارد کردن تمامی تستها و روشهای بررسی، به عمل آمده است.

در هر حال باید دانست که در صورت تولد فرزندی معلول در نتیجه وجود هریک از اختلالات و بیماریهای ذکر شده در فوق در اهداء کنندگان گامت و جنین، گیرندگان و حتی در مواردی طفل می توانند اهداء کنندگان را تحت پیگرد قانونی قرار دهند^۱.

بند دوم: شرایط روحی و روانی اهداء کنندگان گامت و جنین

اهداء کنندگان گامت و جنین از لحاظ سلامت روان هم می بایست مورد بررسی و تایید قرار گیرند و برای این منظور بروی ایشان، ارزیابی هایی شامل مصاحبه بالینی، آزمون های روان شناختی و... صورت می گیرد.

در مصاحبه بالینی، زوجین اهداء کننده از لحاظ سوابق روانی - اجتماعی مورد بررسی قرار می گیرند و در این مصاحبه سوابق خانوادگی و تحصیلی، انگیزه ایشان از اهداء، سابقه بارداری سخت یا آسیب زا، ثبات و استواری، محرکهای تنش زای روزمره زندگی و مهارتهای سازگاری، سابقه درگیری قانونی، دلبستگی عاطفی به جنین، سوابق جنسی، سابقه اختلالات عمده شخصیتی و روانپزشکی، سوء مصرف مواد مخدر در خود یا خویشان درجه یک، سابقه سوء استفاده یا مسامحه مورد بررسی قرار می گیرد.

^۱ - فرنز سهراب وند، موارد استفاده، نحوه بررسی اهداء کننده و گیرنده، و آماده سازی آندومتر برای اهدای جنین، بررسی قانون اهداء جنین، چالشها و راهکارها، تهران، نشر دانشگاه علوم پزشکی تهران، سال ۱۳۸۴، صص ۲۱ و ۲۲

در آزمون های روان شناختی از روشهای علمی جمع آوری اطلاعات شامل مصاحبه بالینی، آزمون عینی شخصیت و سایر روشهای خود سنجی، آسیب شناسی روانی، مورد استفاده قرار گرفته و فرد مورد بررسی قرار می گیرد بطوریکه اگر فرد متقاضی اهداء این آزمون ها را با موفقیت پشت سر نگذارد از لیست داوطلبان اهداء خارج می گردد.

از مهمترین دلایلی که می تواند به اخراج فرد متقاضی از از لیست اهداء کنندگان گردد می توان به مواردی مثل آسیب روانی معنادار، استرس افراطی، بی ثباتی یا ناستواری در زندگی زناشویی، عدم صلاحیت روانی، ریسک بالای اعمال جنسی، سوء سابقه استفاده جنسی یا جسمی بدون درمان تخصصی، وجود سابقه خانوادگی اختلالات ارثی روانپزشکی، مصرف مواد مخدر، سوء مصرف مواد در دو یا بیشتر از خویشاوندان درجه یک، مصرف روزانه روانگردان اشاره نمود.

البته این بررسی ها بر روی افراد زوجین متقاضی اهداء می بایست به مدت حداقل سه ماه و از زمانی که آنها فرم رضایت اهداء گامت یا جنین را امضاء می کنند تا زمان اهدای جنین به گیرندگان می بایست بصورت مناسب و مداوم صورت گیرد.

البته علاوه بر مواردی که فوقاً ذکر گردید و می بایست در افراد و زوجین متقاضی اهداء مورد بررسی قرار گیرد به مسایل دیگری نیز توجه نمود مثل بررسی دلایل آنها جهت اهداء، دید و نگرش آنها نسبت به والدین قانونی فرزند حاصل از گامت یا جنین اهدایی آنها، احتمال عدم بارداری آنها، نگرش آنها نسبت به خود طفل متولد شده، دید آنها در استفاده از جنین اهدایی آنها در طرحهای پژوهشی.

بند سوم: شرایط اجتماعی اهداء کنندگان گامت و جنین

در انجام لقاح مصنوعی همانطور که که پیشتر گفته شد انطباق خصوصیات ظاهری، اجتماعی، فرهنگی و دینی و مذهبی بین اهداء کنندگان و گیرندگان گامت و جنین اهمیت بسیاری دارد بطوریکه همین امر باعث گردیده که مشخصات فنوتیپی، سطح فرهنگی، اجتماعی و اعتقادی، تحصیلات و ضریب هوشی اهداء کنندگان و گیرندگان، زمینه اصلی مشاوره ها در فرآیند اهداء جنین باشد. چرا که زوجهایی که می خواهند از طریق لقاح مصنوعی اقدام به فرزندآوری نمایند غالباً "علاقمند هستند که به سابقه خانوادگی، طبقه اجتماعی و فرهنگی و

انگیزه اهداء کننده آگاهی يابند. بطوریکه معمولاً در کلينیک اهداء بصورت همزمان، بطور همزمان افراد متقاضی اهدای بیشتری را مورد بررسی قرار می دهند تا بتوانند در ارتباط با همبستگی گروه خونی و تطبیق مشخصات عمومی و ظاهری فرد یا زوجی که بیشتر مدنظر و باب میل خودشان است را انتخاب نمایند.

معمولاً زوج متقاضی دریافت گامت یا جنین برای تطابق مشخصات فرزند حاصل از عمل لقاح مصنوعی با مشخصات اجتماعی خود به دنبال نشانه ها و علایمی هستند که به نوعی خود را با آن تطبیق دهند چرا که این امر از لحاظ روانی، در ایجاد رضایت در دریافت کننده گامت یا جنین نقش اساسی را ایفاء می نماید. به همین جهت تهیه لیست از اهداء کنندگان با مشخصات کامل فنوتیپی، موقعیت اجتماعی و فرهنگی و اعتقادی به همراه ذکر گروه خونی آنها توسط مراکز درمانی که سیاست اهداء کننده ناشناس را دنبال می کنند کاری صحیح و مفید می باشد تا پس از تایید متقاضی اهداء از لحاظ سلامت جسمی و روانی، فایل اطلاعات مشخصات ظاهری او (البته بطوریکه هویت او را معین و مشخص نکند) از لحاظ مشخصات فیزیکی شامل قد، وزن، رنگ پوست، رنگ چشم، رنگ مو، شکل ساختمان بدن و مشخصات پزشکی شامل گروه خونی، RH و مشخصات روانی - اجتماعی شامل مشخصه های قومی، نژادی و اعتقادی تحت لیستی از اهداء کنندگان در اختیار زوج متقاضی دریافت گامت و جنین قرار گیرد تا آنها با بررسی آنها، نسبت به انتخاب گزینه مد نظر خود اقدام نمایند^۱.

گفتار سوم: آثار مسئولیت مدنی اهداء کنندگان جنین و گامت

اکنون که به این نتیجه رسیده ایم که اهداء کنندگان جنین و گامت در صورت وارد آمدن خسارت به طفل یا خانواده او، در صورت داشتن تقصیر و سایر شرایط لازم دارای مسئولیت مدنی خواهند بود. حال باید دانست که این مسئولیت مدنی دارای آثار و تبعاتی است که از جمله این آثار می توان به امکان طرح دعوی برای مطالبه خسارت توسط کودک یا والدین کودک اشاره نمود.

بند اول: طرح دعوا توسط کودک

^۱ - زهره و محمد مهدی، بهجتی و آخوندی، مشاوره و ارزیابی سلامت و تطابق مشخصات اهداء کننده و دریافت کننده در درمان باروری چاپگرین، اهداء گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول سال ۱۳۸۴، ص ۷۱-۷۳

اولین حق طبیعی هر کودکی به دنیا آمدن از پدر و مادر سالم و بی نقص است. که این حق کودک زمانی محقق می شود که پدر و مادر علاوه بر رعایت دستورات و نکات بهداشتی و پزشکی که جهت نزدیکی و لقاح و بارداری لازم است رعایت کردند به دستورات شارع مقدس نیز آگاه باشند و حقوقی را که شارع برای قبل از انعقاد نطفه تا زمان وضع حمل برای طفل وضع نموده را کاملاً رعایت نمایند. چرا که انسانها با اعمال گوناگون مانند اعتیادها، روابط نامشروع، مصرف مشروبات الکلی و ... خود باعث اختلال در ساختار ژن ها می شوند و در نتیجه باعث می شوند تا طفل همراه با بیماری یا معلولیت و یا نقص ژنتیکی متولد گردد. بطوریکه برخی از امراض مانند سفلیس و همچنین اختلالات روحی و ضربه جسمی می تواند تاثیرات ژنتیکی داشته باشند و تا نسلهای بعدی هم این اثر را نشان دهند.

و همانطور که سابق بر این گفته شد از اصول و قواعد مربوط به مسئولیت مدنی و مبانی آن به این نتیجه رسیدیم که پدر و مادر و به طریق اولی اهداء کنندگان جنین و گامت به علت بیماری و نقص و معلولیت که بر اثر و توسط گامت آنها به جنین انتقال یافته در صورت تحقق سایر شرایط لازم جهت تحقق مسئولیت مدنی، مسئول جبران خسارات وارده بر طفل خواهند بود.

و از آنجا که طرح دعوی از حقوق بنیادین هر انسانی می باشد بنابراین در صورتیکه اهداء کننده جنین و گامت باعث انتقال بیماری یا اختلالات جسمی، ذهنی و... به جنین گردد و با تحقق سایر شرایط، مسئولیت مدنی ایشان محرز گردد کودک این حق را خواهد داشت که از بابت جبران خسارات مادی و معنوی ناشی از آن بیماری یا نقص عضو یا معلولیت اقدام به طرح دعوی نماید. البته برای طرح دعوی لازم است که خود شخص به سن رشد قانونی رسیده باشد یا قبل از آن طرح دعوی از طرف ولی یا سرپرست قانونی به نمایندگی از طرف کودک صورت خواهد گرفت.

بند دوم: طرح دعوی جبران خسارت توسط والدین کودک

سئوالی که در اینجا مطرح می گردد این است که اگر بر اثر معیوب بودن گامت اهدایی توسط مرد یا زن اهداء کننده، طفل ناقص یا بیمار یا همراه با اختلالات جسمی و ذهنی متولد گردد آیا زوجین دریافت کننده جنین یا گامت که اکنون پدر و مادر آن طفل محسوب می گردند، می توانند از باب خساراتی که به آنها وارد شده بر علیه اهداء کنندگان جنین یا گامت اقامه دعوی نموده و درخواست جبران خسارت نمایند؟

در جواب باید گفت که همانطور که قبلاً بیان شد معمولاً "در هنگام اهدای جنین یا گامت به خانواده یا زوجین درخواست کننده، چه بصورت معوض باشد و چه بصورت رایگان و با هدف انسان دوستانه، اهداء کنندگان جنین یا گامت بطور ضمنی متعهد به سلامتی خود و جنین یا گامت اهدایی خود هستند و در نتیجه اهداء یا انتقال گامت معیوب و حامل بیماری، نوعی تخلف از شرایط ضمن العقد است چرا که شرط ضمنی که مقصود واقعی طرفین در اینجا بوده همان سلامتی جنین می باشد. در نتیجه تخلف اهداء کنندگان که در اینجا منجر به تولد کودکی معلول یا بیمار می گردد یک نوع تقصیر قراردادی محسوب خواهد شد. حتی اگر اهداء کننده منکر چنین شرط ضمنی یا صریح در قرارداد باشد چون معلول به دنیا آمدن طفل، هزینه ها و خسارات زیادی از باب نگهداری و درمان طفل بر دریافت کنندگان جنین یا گامت معیوب تحمیل می نماید که خود این ورود خسارت در صورت تحقق سایر ارکان مسئولیت مدنی، می تواند عاملی برای طرح دعوی مسئولیت مدنی توسط دریافت کنندگان (پدر و مادر طفل) بر علیه اهداء کنندگان جنین یا گامت معیوب باشد. و البته این حق پدر و مادر جهت طرح دعوای مطالبه خسارات از اهداء کنندگان جنین یا گامت معیوب مانع از امکان طرح دعوی خسارات به نمایندگی از طرف طفل قبل از رسدن به سن قانونی بر علیه اهداء کننده نخواهد بود.

مبحث دوم: مسئولیت مدنی دریافت کنندگان جنین و گامت

در صورتی با درخواست زوجین جهت دریافت جنین یا گامت اهدائی دیگران موافقت می شود که آن زوجین دارای یک سری شرایط لازم باشند که در بررسی این شرایط، اطلاعاتی از جانب خود زوجین ارائه می گردد از اهمیت فوق العاده ای برخوردار است. حال موضوعی که در اینجا مطرح می گردد این است که اگر زوج متقاضی دریافت جنین یا گامت، در ارائه اطلاعات لازمه اقدام به دروغ یا مخفی کاری یا گمراه نمودن کرده باشند، آیا نسبت به این موارد می توان آنها را مسئول دانست.

به همین جهت در این مبحث مسئولیت مدنی دریافت کنندگان جنین یا گامت را بررسی می نمایم و بدین منظور، در گفتار اول شرایط (موجبات مسئولیت) دریافت کنندگان جنین یا گامت و در گفتار دوم ارکان مسئولیت مدنی دریافت کنندگان جنین یا گامت و در گفتار سوم: آثار مسئولیت مدنی ایشان را مورد بررسی قرار می دهیم.

گفتار اول: شرایط (موجبات مسئولیت) دریافت کنندگان جنین یا گامت

در عمل تلقیح مصنوعی جهت اینکه طفلی سالم حاصل گردد صرف سلامتی و وواجد شرایط بودن اهداء کنندگان گامت و جنین برای تحقق چنین هدفی لازم است اما کافی نیست و برای نیل به این مقصود علاوه بر اهداء کنندگان که باید دارای شرایط لازم باشند که فوقاً اشاره گردید دریافت کنندگان گامت و جنین نیز از لحاظ جسمی و روحی و اجتماعی باید دارای یک سری شرایط خاص باشند تا بتوان با انجام عمل تلقیح مصنوعی فرزندی سالم را به دنیا آورد، به همین جهت ما در این گفتار و در بند اول به شرایط جسمی دریافت کنندگان گامت و جنین، و در بند دوم به شرایط روحی ایشان و در بند سوم به شرایط اجتماعی این افراد خواهیم پرداخت.

بند اول: شرایط جسمی لازم برای دریافت کنندگان گامت و جنین

احراز سلامت دریافت کنندگان گامت و جنین امری ضروری و لازم است که از طریق انجام روشهای غربالگری می توان به وجود آن اطمینان پیدا نمود. بدین منظور این افراد می بایست از نظر سابقه فامیلی و همچنین بیماریهای داخلی بطور کامل بررسی شوند، بویژه خانم گیرنده باید از لحاظ بالینی مورد بررسی دقیق قرار گرفته و از لحاظ لگن نیز معاینه شود و همچنین برای تشخیص وجود هر نوع پاتولوژی لگنی مثل پولیسهای آندومتر و کیستهای تخمدانی و آدنکسها، اندازه رحم و ضخامت آندومتر می بایست مورد سونوگرافی لگنی قرار گیرد. همچنین از لحاظ گروه خونی، آنتی بادیها، ایمنی به سرخجه و سایر موارد لازم پزشکی مورد بررسی قرار گیرد.

علاوه بر موارد فوق دریافت کنندگان گامت و جنین از لحاظ بیماریهای ایدز و هپاتیت B و C نیز مورد آزمایش قرار گرفته و نتیجه آزمایش آنها می بایست در این موارد منفی باشد. همچنین در زنان مسن تر بهتر است قند خون ناشتا و تست تحمل گلوکز و سطوح کلسترول و چربیهای خون نیز مورد بررسی قرار گیرند. همچنین در صورت صلاحدید پزشک انجام آزمایشات و یا اعمال پزشکی دیگری نیز لازم باشد دریافت کنندگان گامت و جنین مکلفند نسبت به انجام آنها نیز اقدام کنند تا سلامتی جسمی آنها جهت انجام عمل تلقیح مصنوعی احراز گردد.

نکته اساسی در مورد شرایط جسمی دریافت کنندگان گامت و جنین این است که زوجین دریافت کننده هردو یا یکی از آنها نابارور باشند بنابراین اگر زوجین خود قادر به تولید مثل باشند نمی توانند اقدام به دریافت جنین

یا گامت نمایند، یا به عبارت دیگر از عمل تلقیح مصنوعی با استفاده از جنین یا گامت اهدایی جهت فرزندآوری استفاده نمایند چرا که در ماده ۲ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، قانونگذار شرایط عمده شکلی و ویژگیهای زوجین دریافت کننده جنین را بیان نموده که یکی از این موارد این است که تقاضای جنین اهدایی می بایست مشترکاً^۱ از طرف زن و شوهر تنظیم و تسلیم دادگاه شود و دادگاه در صورت احراز شرایط ذیل مجوز دریافت جنین را صادر می کند. و در بند الف ماده ۲ قانون مارالذکر بیان شده که ناباروری هر دو یا یکی از دریافت کنندگان جنین باید به اثبات رسیده باشد.

پس آن چه از مطلب فوق حاصل می شود این است که زوجین متقاضی دریافت جنین می بایست گواهی عدم امکان بچه دار شدن را داشته و به دادگاه ارائه نمایند. به عبارت دیگر دادگاه می بایست قبل از صدور مجوز دریافت جنین، شرایطی را احراز نماید که بدیهی است صرف ادعای بچه دار نشدن کافی نیست و احراز این شرط می بایست با بررسی کارشناسی و حصول اطمینان صورت گیرد.

نکته ای که می بایست مورد توجه قرار گیرد این است که قانونگذار علاوه بر گواهی معتبر پزشکی مبنی بر عدم امکان بچه دار شدن، گواهی معتبر پزشکی برای استعداد دریافت جنین را ضروری می داند هرچند که هم اکنون رویه محاکم بدین صورت می باشد که اظهارنظر کلی پزشکی قانونی را مبنی بر عدم امکان بچه دار شدن را کافی می دانند^۲.

علاوه بر موارد فوق دریافت کنندگان گامت و جنین دریافت کنندگان گامت و جنین می بایست هیچ کدام مبتلا به بیماریهای صعب العلاج نباشند، و از اینرو در بند (د) ماده ۲ قانون مورد اشاره این موضوع به صراحت جزء یکی از شرایط دریافت کنندگان گامت و جنین قید گردیده است البته از نظر برخی، این شرط زمانی می تواند مانع صدور انتقال جنین گردد که بیماری صعب العلاج جزء بیماریهای واگیردار بوده و موجب سرایت به طفل گردد و الا ابتلای شوهر گیرنده جنین به بیماری صعب العلاج مثل یکی از سرطان ها چه ضرری می تواند برای جنین داشته باشد؟ و همانطور که در پیشنهاد اولیه کمیسیون که عبارت بیماریهای واگیردار وجود داشته و هنگام رای گیری حذف گردید، لذا این بند از ماده ۲ قانون مزبور که مقرر می دارد « هیچ یک از زوجین به بیماری صعب العلاج مبتلا نباشد» دارای اشکال است و اصلاح آن ضروری است^۳.

۱ - غلامحسین الهام، مقررات و آثار حقوقی اهدای جنین، چالشها و راهکارها، تهران، نشر دانشگاه علوم پزشکی تهران، چاپ اول، سال ۱۳۸۲، ص ۷۳

۲ محمد حسن صادقی مقدم، مبانی فقهی و بایسته های قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، اهداء گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، سال ۱۳۸۴، ص ۱۵۵

البته از نظر این حقیر استلال فوق قابل پذیرش نیست چرا که بررسی یک موضوع می بایست جامع الاطراف بوده و همه زوایا را دربر گیرد، به عنوان مثال در مورد موضوع مطروحه می توان از باب اینکه مبتلا بودن یکی از دریافت کنندگان به یک بیماری صعب العلاج هرچند که در سالم متولد شدن طفل موثر نباشد اما می تواند آن طفل را در طول زندگی دچار صعوبت و سختیهایی نموده که منجر به لطمات روحی و روانی و اجتماعی و حتی گاه "جسمی در طفل گردد. لذا به نظر می رسد که درج چنین شرطی توسط قانونگذار نزدیک به صواب بوده و در برگیرنده حقوق و منافع آتی طفل حاصله نیز خواهد بود و در نتیجه حذف آن عقلانی و موجه نخواهد بود.

یکی دیگر از شرایط جسمی دریافت کنندگان گامت و جنین که بند الف ماده قانون مزبور ناظر به آن است، استعداد دریافت جنین به وسیله زوجه می باشد، که به نظر این شرط ظاهراً "ناظر به وضعیت جسمانی در حفظ، پرورش و نگهداری جنین ناشی از تلقیح خارج از رحم است که همانند عدم باروری، می بایست بوسیله گواهی معتبر پزشکی برای دادگاه احراز گردد^۱.

بند دوم: شرایط روحی و روانی دریافت کنندگان گامت و جنین

از آنجایی که ناتوانی در بارور کردن و بارور شدن در زوجین غالباً "همراه با حس ناخوشایند بودن یا معیوب بودن و یا افسردگی و یا از دست دادن اعتماد به نفس همراه است بطوریکه گاهی ممکن است به یکی یا هر دوی آنها استرس بسیار شدیدی وارد آورد و همین امر لزوم ارزیابی سلامت روانی زوجین متقاضی دریافت کنندگان گامت و جنین را نشان می دهد.

طبق مطالعات علمی انجام شده، میزان عقیمی و ناباروری در میان زوجین در حدود ۱۰ الی ۲۵ درصد کل زوجین می باشد^۲. و معمولاً "عامل عقیمی مواردی مانند آندومتریوز، اشکالات اسپرماتوژنز، آسیب لوله های فالوب و... می باشد و در ۱۰ تا ۲۰ درصد نازایی ها هم علت خاصی کشف نمی گردد و اینکه عوامل روانی و سبک زندگی هم می تواند عامل نازایی باشد محل بحث و مطالعه می باشد. در هر حال در درمان نازایی می بایست با احساس یاس و ناامیدی، خشم، افسردگی، و عدم اعتماد به نفس مقابله نمود و به عبارت دیگر جهت موفقیت در پر سه نازایی می بایست در همسر نازا ایجاد شوق و علاقه نمود، البته این نکته را نیز باید در نظر

۱ - غلامحسین الهام، همان، ص ۷۴

۲ - بهزاد و جمال، قربانی و شمس، تجارب روانی در زنان و مواجهه با مشکلات ناباروری، اهداء گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران انتشارات سمت، چاپ اول، سال ۱۳۸۴، صص ۱۱۱ و ۱۱۲

گرفت که گاهی" استری ناباروری در زوج که مدتها در انتظار بچه دار شدن بوده اند آشفته‌گیهای هیجانی ایجاد می کند که پزشک معالج می بایست با تجربه خود این موارد را رفع کرده یا به حداقل ممکن برساند.

علاوه بر موارد فوق می توان به این موارد نیز اشاره نمود که انجام روشهای درمانی ناباروری چون گران و وقت گیر هستند و انرژی زیادی را از افراد تلف می کنند و موجب احساسات بد فیزیکی و روانی می باشند گاهی" باعث ایجاد احساس خشم، گناه یا نقص و به تبع آنها باعث افزایش اضطراب در زوجین نابارور می گردند.

البته احساسات درونی افراد نیز عامل مهم و موثری در این زمینه می باشند، به طور مثال بعضی از افراد نابارور معتقدند که در تقاص گناهان گذشته خود نابارور و نازا شده اند و همین امر باعث زایل شدن اعتماد به نفس، هراس، و احساس درماندگی در آنها می شود، بطوریکه حتی ممکن است این طرز تفکر با گذشت زمان و حتی با انجام آزمایشات گوناگون و نزدیکی های آمیخته با تکنولوژی باعث کمرنگ شدن و از بین رفتن احساس عشق و صمیمیتی شود که منجر به ازدواج گردیده.

استفاده از روشهای نوین درمان ناباروری همانطور که باعث امیدواری بیشتر افراد جهت فرزندآوری است، از طرف مقابل به همان میزان نیز می تواند در صورت عدم موفقیت باعث ماندگاری و یا افزایش آسیب های روانی فوق الذکر در افراد یا زوجین نابارور گردد.

موارد ذکر شده در فوق به تبع اولی در درمان ناباروری از طریق تلقیح مصنوعی با استفاده از اهدای جنین یا گامت نیز متصور است. لذا انجام مشاوره های روانپزشکی و روان شناختی و آگاهی از اوصاف و ویژگیهای شخصیتی و عقیدتی افراد متقاضی دریافت گامت و جنین ضروری می نماید، بطوریکه می بایست تحریک و تقویت احساسات زوجین، ایجاد حس اعتماد و باور در آنان و آموزش کافی به آنان قبل از انجام عمل تلقیح مصنوعی صورت گیرد. زوجینی که متقاضی دریافت جنین یا گامت هستند می بایست از تفاوت فرزندخواندگی با فرزند ناشی از اهدای جنین یا گامت مطلع و آگاه گردند. و از طریق پزشکی در ایجاد حس والدینی به آنان کمک نمود از جمله کمک کردن به ایجاد حس پیوستگی مادر به جنین، البته به برخی از متخصصین اعتقاد دارند که با اولین تماس مادر با نوزاد، این حس ایجاد می گردد اما طبق مطالعات انجام شده با بروز اولین نشانه های بارداری این احساسات مثبت شروع می گردد و از آنجایی که بسیاری از زنان ممکن است قبل از تولد کودک و حتی قبل از انعقاد نطفه، یک تصور و الگوی ذهنی خاصی از کودک آینده خود داشته باشند بنابراین پزشک معالج می تواند با آگاهی از این موارد برای روان درمانی زوجین متقاضی باروری از طریق دریافت

جنین یا گامت، طرح ریزی مناسبی داشته و بهتر به هدف خود نائل گردد. همانطور که توجه به عقاید و باورهای دینی، فرهنگی، و عقیدتی این افراد بسیار ضروری و لازم است.

از طرف مقابل هم زوج نابارور حق دارند که از روشهایی که مورد استفاده قرار خواهند گرفت کاملاً آگاهی داشته لذا می بایست به سؤالات آنها راجع به اقدامات درمانی که ناشی از نگرانی و عدم اطلاع از پیامدهای آتی این اقدامات است دقیق و کامل و با حوصله پاسخ داده شود.^۱

همانطور که ناسازگاری و نگرانی زوج احتمال عدم موفقیت روند درمان را افزایش می دهد، انعطاف پذیری و سازگاری و همدلی آن زوج زمینه موفقیت فرآیند درمان را تضمین می نماید و همین اهمیت موضوع باعث گردیده که قانونگذار هم به ساختار روان زوجهای دریافت کننده جنین توجه نموده بطوریکه در بند (ب) ماده ۲ آیین نامه اجرایی قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور، سلامت متعارف جسمی و روانی و ضریب هوشی مناسب را به عنوان یکی از شرایط زوجین متقاضی دریافت جنین در نظر گرفته است. و یا در بند (ج) ماده ۲ قانون مزبور حکم به محجور نبودن زوجین متقاضی داده که جهت رعایت وضعیت و حقوق نوزاد می باشد. یعنی زوج باید عاقل، بالغ، و رشید باشند و همین امر باعث می گردد که زوجین مبتلا به افسردگی شدید و اسکیزوفرنی، عقب ماندگی ذهنی و وسواس ... در فهرست متقاضیان درمان از این طریق قرار نگیرند.^۲

البته تمامی موارد ذکر شده، ضرورت سلامت روح و روان متقاضیان دریافت جنین یا گامت، جهت موفقیت پروسه درمان و تولد فرزندی سالم را بیان می نماید و این نافی ضرورت وجود سلامتی روح و روان متقاضیان جنین یا گامت از باب حفظ حقوق آتی طفل متولد شده از لحاظ اجتماعی و تامین آتیه مناسب برای او نمی باشد چرا که اگر بعد از تولد طفل، متقاضیان دریافت جنین یا گامت که حالا در حکم والدین او محسوب می گردند و وظیفه سرپرستی و حضانت و تامین او را از هر لحاظ بر عهده دارند و وجود مشکلات روحی و روانی در آنها باعث می شود که تحقق این موارد به نحو احسن با مشکل مواجه گردد و در نتیجه طفل با معایب، سختیها و کاستی های زیادی مواجه گردد و حتی خسارات غیر قابل جبرانی بر وی تحمیل گردد لذا از این منظر نیز لزوم بررسی سلامت روح و روان متقاضیان دریافت جنین یا گامت، ضرورت می یابد.

۱ - سید مهدی صابری، مباحث مطرح در روانشناسی اهداء و انتقال جنین، بررسی قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور، چالشها و راهکارها، نشر علوم پزشکی دانشگاه تهران، چاپ اول، سال ۱۳۸۲، ص ۱۰۵-۱۰۸

۲ - محمد حسن صادقی مقدم، مبانی فقهی و بایسته های قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، اهداء گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، سال ۱۳۸۴، ص ۱۵۴

بند سوم: شرایط اجتماعی دریافت کنندگان جنین یا گامت

یکی دیگر از اوصاف و شرایطی که دریافت کنندگان جنین یا گامت می بایست مدنظر و مورد بررسی قرار گیرند صلاحیت دریافت کنندگان از لحاظ اجتماعی است بطوریکه به عنوان مثال یکی از لازمه های ثابت و استواری در زندگی زناشویی وجود فرزند می باشد چرا که ناباروری می تواند نقشی اساسی در بروز بیشتر طلاق داشته باشد. به همین جهت است که دریافت کنندگان جنین یا گامت باید به این موضوع آگاهی یابند که نسبت به طفل متولد شده از طریق لقاح مصنوعی ناشی از اهداء گامت یا جنین، مسئول بوده و والدین قانونی او محسوب می شوند هر چند که از لحاظ ژنتیکی با وی رابطه ای نداشته باشند و حتی اگر طفل بصورت معلول نیز متولد گردد باز هم مسئول تامین معاش او هستند و لازمه تحقق این امر آن است که زوجین مزبور پایبند به زندگی زناشویی و فرزندشان باشند.

علاوه بر پایبندی به زندگی زناشویی، از دیگر شرایط اجتماعی دریافت کنندگان جنین یا گامت می توان به عدم اعتیاد آنها به مواد مخدر اشاره نمود. این موضوع دارای اهمیت فوق العاده ای است چرا که اعتیاد دریافت کنندگان جنین یا گامت، آثار و تبعات فراوانی می تواند برجای گذارد بطوریکه قانونگذار در بند (ه) ماده ۲ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور به صراحت به این موضوع پرداخته است. البته در بند (ح) ماده ۳ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست، عدم اعتیاد به الکل نیز قید گردیده است. و علت اینکه عدم اعتیاد دریافت کنندگان مهم تلقی می گردد این است که حفظ سلامت جنین در دوران بارداری و توجه به تربیت نوزاد که از نکات مهم و اساسی است در خانواده های دارای معتاد به مواد مخدر قابل تضمین نیست.

یکی دیگر از شرایط اجتماعی دریافت کنندگان جنین یا گامت این است که می بایست ایشان دارای تابعیت ایرانی باشند و داشتن این شرط از جهت کنترل نسل و جلوگیری از اختلاط نسب موثر بوده و باعث می شود در انتقال جنین، نوزاد و طفل حاصله نیز ایرانی تلقی گردد و حتی اگر بعد از انتقال جنین، گیرندگان به یک کشور خارجی مهاجرت نمایند. که این موضوع در بند (و) ماده ۲ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور بیان گردیده است.

علاوه بر شرایط فوق دریافت کنندگان جنین یا گامت می بایست دارای صلاحیت اخلاقی نیز می باشند که این مورد در بند (ب) قانون فوق الذکر اشاره گردیده است. احراز صلاحیت اخلاقی می تواند با انجام تحقیقات محلی یا انجام مذاکره و تحقیق از زوجین متقاضی توسط قاضی احراز گردد.

گفتار دوم: ارکان مسئولیت مدنی دریافت کنندگان جنین یا گامت

چون موضوع تحقیق ما در این مبحث بررسی مسئولیت مدنی دریافت کنندگان جنین یا گامت می باشد لذا برای این منظور می بایست ارکان مسئولیت مدنی ایشان و آثار ناشی از آن را بررسی نمائیم. به همین جهت و برای سهولت در کار در بند اول به بررسی عناصر لازم جهت تحقق مسئولیت مدنی دریافت کنندگان جنین یا گامت شامل وجود ضرر، فعل زیانبار، و رابطه سببیت بین ضرر حادث و فعل زیانبار می باشد.

از آنجایی که دریافت کنندگان جنین یا گامت از هر نظر والدین قانونی طفل متولد شده و مسئول او هستند و به عبارت دیگر تمامی تکالیفی که بر ذمه هر پدر و مادری قرار دارد بر ذمه ایشان نیز خواهد بود همانطور که تمامی حقوقی که هر پدر و مادری بر طفل خود دارند، دریافت کنندگان جنین یا گامت نیز بر طفل متولد شده ناشی از اهدای جنین یا گامت خواهند داشت.

البته همانطور که سابق بر این بررسی گردید در هیچ جای حقوق ایران از مسئولیت مدنی پدر و مادر به صراحت سخنی گفته نشده، چرا که قواعد مربوط به مسئولیت مدنی بصورت قواعدی عام انشاء گردیده اند و به همین جهت قانونگذار لازم ندانسته که مسئولیت یا عدم مسئولیت یا شرایط مربوط به مسئولیت هر شخصی را از لحاظ نوعی، بصورت جداگانه مورد حکم قرار دهد و فقط عناصر سازنده مسئولیت مدنی را بیان نموده، وارکان وقواعد مسئولیت را با توجه به موقعیت و وضعیت شخص وارد کننده زیان مشخص نموده است. به عبارت دیگر با تحقق عناصر مربوطه یعنی تحقق ضرر و ارتکاب فعل زیانبار و وجود رابطه سببیت بین آنها، مسئولیت مدنی محقق گردیده و حقوق در الزام عامل فعل زیانبار یا شخص خطا کار به جبران خسارت، شکی در خود نخواهد دید.

در مورد بحث ما باید گفت که بموجب ماده ۳ قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور، دریافت کنندگان گامت و جنین از حیث وظایف و تکالیف نسبت به جنین دریافتی همانند والدین هستند که به نظر می رسد قصد قانونگذار این بوده که زوجین دریافت کنندگان گامت و جنین را پدر و مادر طفل قلمداد نماید. پس با این

حساب برای اینکه مسئولیت مدنی بردریافت کنندگان گامت و جنین مترتب گردد لازم است که سه مورد ذیل محقق گردد:

بند اول: ورود ضرر توسط دریافت کنندگان گامت و جنین

لازمه مطالبه خسارت و تقاضای جبران آن از دریافت کنندگان گامت و جنین این است که قبل از آن توسط ایشان ضرری وارد شده باشد که این ضرر می تواند بصورت مالی یا غیر مالی بر طفل وارد گردد، که البته اینجا بیشتر ضرر غیر مالی مطرح می گردد چرا که زبانی که در اثر اقدام دریافت کننده بر طفل وارد می گردد معمولاً "غیر مالی می باشد. مثلاً" استفاده از داروهایی که در دوران بارداری اکیدا "ممنوع می باشد مثل استفاده از ویتامین A در دوران بارداری موجب کوچک شدن گوش های بچه یا شکل غیر طبیعی آن، شکاف کام، نقایص قلبی، رشد نکردن آرواره زیرین و غیره در طفل می گردد.

چنانچه دریافت کننده جنین یا گامت بدون توجه به این عوارض، آن داروی خاص را مصرف نماید و به تبع آن مجموعه ای از بیماریها بر طفل عارض گردد که مستوجب ضررهای عمده ای بر جسم و سلامتی طفل می گردد، و همانطور که در ابتدای ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، جان و سلامتی آدمی مهم دانسته شده و مورد حمایت قرار گرفته و اضرار به آن موجب مسئولیت قلمداد شده است پس عمل دریافت کننده جنین یا گامت نیز در اینجا مستوجب مسئولیت مدنی برای او خواهد بود.

بند دوم: ارتکاب فعل زیانبار توسط دریافت کننده جنین یا گامت

همانطور که قبلاً" گفته شد در پاسخ به کسانی که معتقدند چون پدر و مادر در یک رابطه کاملاً" پذیرفته شده تحت عنوان نکاح اقدام به نزدیکی جنسی می نمایند و این عمل حق مسلم آنها است پس در نتیجه آن، اگر طفلی متولد گردد و به طفل خسارتی وارد گردد چون پدر و مادر فعل زیانباری را مرتکب نگردیده اند، پس مسئولیتی هم نخواهند داشت. باید گفت که آنچه باعث خسارت به طفل می گردد رابطه جنسی پدر و مادر نیست تا زیانبار بودن یا نبودن آن محلّ طرح باشد بلکه انتقال نواقص ژنتیکی یا بیماری به جنین که منجر به معلولیت یا بیماری طفل میگردد، عمل زیانبار آنها محسوب می گردد پس با این استدلال جای هیچ تردیدی در مسئولیت والدین باقی نمی ماند.

البته حتی اگر نظریه قائلین به عدم مسئولیت پدر و مادر را نیز بپذیریم، این امر در هر حال هیچ خدشه ای به تحقق مسئولیت مدنی دریافت کنندگان جنین یا گامت وارد نمی آورد، از آن جهت که در این روش از

روشهای نوین پزشکی جهت انتقال جنین یا گامت استفاده می گردد و در نتیجه استناد به رابطه جنسی مشروع ناشی از نکاح جهت رفع مسئولیت مدنی زن و مرد دریافت کننده جنین یا گامت وارد نیست. به عبارت دیگر فعل یا ترک فعل دریافت کنندگان، پس از انتقال جنین یا گامت به رحم که باعث ورود خسارت و زیان می گردد باعث ایجاد مسئولیت مدنی برای ایشان می گردد، به عنوان مثال ضرب و جرح زن گیرنده توسط شوهرش که موجب معلولیت جسمی یا ذهنی یا نوعی بیماری در طفل گردد یا مصرف سوء مواد الکلی در دوران بارداری توسط زن دریافت کننده جنین یا گامت که باعث ایجاد عارضه هایی در طفل گردد یا استفاده از ادویه ممنوعه در دوران بارداری مثل تالیدومیر که باعث فقدان دست و پا در نوزاد می گردد.

بند سوم: وجود رابطه سببیت بین فعل زیانبار دریافت کنندگان جنین یا گامت و ضرر حادث بر طفل

طبق قواعد عام مسئولیت مدنی، زمانی یک فعل زیانبار می تواند مستوجب مسئولیت مدنی برای فاعل آن گردد که سبب ایجاد آن ضرر یا خسارت بوده باشد. در این حالت نیز حتما می بایست بین فعل زیانبار دریافت کنندگان جنین یا گامت و ضرر وارده بر طفل می بایست یک رابطه سببیت وجود داشته باشد، به عنوان مثال در مثال خوردن ادویه (فعل زیانبار) توسط زن دریافت کننده جنین یا گامت باید ثابت شود که ضرر که همان نقص عضو یا معلولیت ذهنی و جسمی طفل است ناشی از این عمل او بوده که بدلیل مسامحه، عدم دقت یا غفلت مرتکب آن گردیده است. و الا اگر ثابت شود که ضرر موصوف بدلائل دیگری مانند عدم مهارت پزشک و غیره وارد گردیده، در نتیجه مسئولیت مدنی برای زن بدلیل فقدان رابطه سببیت محقق نخواهد شد.

گفتار سوم: آثار مسئولیت مدنی دریافت کنندگان جنین یا گامت

وقتی مسئولیت مدنی فردی محقق می گردد از آثار این مسئولیت علاوه بر تکلیف شخص بر جبران خسارت وارده می توان به ایجاد حق طرح دعوی مطالبه خسارت از طرف زیاندیدگان و ذینفعان اشاره نمود، و در حالت مورد بررسی نیز باید گفت که از آثار مسئولیت مدنی دریافت کنندگان جنین یا گامت می توان به حق طرح دعوی مطالبه خسارت توسط کودک یا پدر و مادر کودک اشاره نمود که ذیلاً^۱ به بررسی آنها خواهیم پرداخت.

بند اول: طرح دعوای مطالبه خسارت توسط کودک

از آنجا که طبق ماده ۸۷۵ قانون مدنی طفل از زمان انعقاد نطفه دارای شخصیت حقوقی می گردد و متمتع از کلیه حقوق مدنی به شرط زنده متولد شدن، به همین جهت طفل می تواند جبران خسارت وارده بر خود را از دریافت کنندگان جنین یا گامت (پدر و مادر) مطالبه نماید. البته این حق در دوران جنینی و سپس طفولیت یعنی تا زمان رسیدن طفل به سن قانونی (سن دارا شدن اهلیت استیفاء) می بایست توسط نماینده قانونی او اقامه گردد و پس از رسیدن به سن رشد، توسط خود او.

البته همانگونه که قبلاً ذکر گردید استفاده از عبارت (هرکسی) و اطلاق موجود در مواد ۳۲۸ و ۳۳۱ قانون مدنی و ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و مواد ۶۲۲ الی ۶۲۴ قانون مجازات اسلامی دلالت بر این امر دارد که قانونگذار بدون توجه به شخص، درصدد حمایت از جان و سلامتی جنین بوده و تفاوتی میان پدر و مادر و دیگران قائل نشده، بنابراین در صورت تحقق ارکان مسئولیت مدنی، پدر و مادر و به تبع اولی زن و مرد دریافت کننده جنین یا گامت نیز در مقابل طفل مسئول بوده و طفل پس از رسیدن به سن قانونی می تواند جهت مطالبه خسارات علیه آنها اقامه دعوی مسئولیت مدنی نماید.

بند دوم: طرح دعوی مطالبه خسارت توسط زن یا مرد دریافت کنندگان جنین یا گامت (پدر و مادر)

اگر مرد دریافت کننده (پدر) باعث ورود خسارت به زن دریافت کننده جنین یا گامت (مادر) و طفل گردد، مادر (زن دریافت کننده) می تواند نسبت به خساراتی که به خودش وارد شده اصالتاً از جانب خود بر علیه پدر اقامه دعوی نماید و خسارات وارده بر خود را مطالبه نماید.

همچنین در صورت ورود خسارت بر طفل نیز تا زمانی که طفل به سن رشد نرسیده، مادر می تواند از طرف او بر علیه پدر اقامه دعوی مطالبه خسارت نماید، به عنوان مثال اگر پدر (مرد دریافت کننده) بر اثر ضرب و جرح مادر باعث ورود خسارت به او و طفل گردد مثلاً "علاوه بر صدمه به مادر باعث معلولیت جسمی یا ذهنی یا نوعی بیماری در طفل گردد، مادر حق خواهد داشت علاوه بر طرح دعوای مطالبه خسارات وارده بر خود به نمایندگی از فرزندش قبل از رسیدن به سن قانونی، علیه پدر طرح دعوی مطالبه خسارت نماید.

البته عکس مورد فوق نیز صادق است و اگر مادر (زن دریافت کننده جنین یا گامت) باعث بروز خسارت بر طفل گردد، پدر حق مطالبه خسارت را خواهد داشت. به عبارت دیگر اگر مادر مراقبت های لازم در دوران

بارداری را رعایت نکند مثل مصرف خودسرانه دارو و... و بدین صورت باعث نقص جسمی یا معلولیت ذهنی کودک شود، در این صورت علاوه بر خسارتهای معنوی که بر پدر وارد می گردد، پدر از بابت هزینه های درمان و نگهداری طفل نیز که بر عهده اوست متضرر می گردد لذا از بابت همه این خسارات می تواند بر علیه مادر (زن دریافت کننده جنین یا گامت) اقامه دعوی مطالبه خسارت نماید.

همچنین تا زمانی که طفل به سن رشد نرسیده، پدر می تواند به نمایندگی از او نسبت به خسارات وارده بر وی بر علیه مادر که موجب ورود خسارت به طفل گردیده اقامه دعوی نماید.

فصل سوم:

مسئولیت مدنی کادر درمانی در تلقیح مصنوعی و اجاره

رحم

همانگونه که در باروری و فرزندآوری بصورت عادی و طبیعی همانند هر عمل درمانی و پزشکی دیگر، هم کادر درمانی اعم از پزشک یا تیم پزشکی و سایر کادر درمانی دارای نقش موثر و بسزائی می باشد بطوریکه خطای ایشان دارای تبعات سوء و گاه "غیر قابل جبران می باشد به تبع اولی در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم نقش کادر درمانی، بیشتر و موثرتر خواهد بود و همین امر لزوم دخالت قانونی را ایجاب می نماید. از همین رو در این فصل به بررسی مسئولیت مدنی تیم درمانی در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم خواهیم پرداخت که در مبحث اول، مسئولیت مدنی تیم درمانی پزشکی و در مبحث دوم مسئولیت مدنی تیم درمانی غیر پزشکی در انجام تلقیح مصنوعی و اجاره رحم خواهیم پرداخت.

باید پذیرفت که در کل کادر درمانی، تصمیمات و اقدامات کادر پزشکی در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم نقش بسیار مهم و اساسی را ایفاء می نماید چرا که تصمیمات و اقدامات ایشان مستقیا در موفقیت یا عدم موفقیت این فرایند موثر است، بطوریکه کمترین خطای ارتكابی توسط کادر پزشکی می تواند منتج به صدمات

جبران ناپذیری به طفل یا اهداء کنندگان و دریافت کنندگان جنین یا گامت و یا اجاره دهندگان یا اجاره کنندگان رحم گردد.

به همین جهت در این مبحث به بررسی مسئولیت مدنی تیم درمانی پزشکی و در قالب ۳ گفتار، شامل گفتار اول بررسی مفاهیمی مطرح در باب مسئولیت مدنی پزشک و در گفتار دوم به بررسی انواع مسئولیت پزشک در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم و در گفتار سوم به بررسی مبنا و ارکان مسئولیت مدنی پزشک در فرایند مزبور می پردازیم.

قبل از پرداختن به موضوع اصلی در این مبحث که همان مسئولیت مدنی تیم درمانی پزشکی است لازم است با مفاهیمی آشنا گردیم تا بتوانیم به صورت دقیقتر و روشن تر مسئولیت مدنی پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم را تبیین نمائیم.

به همین جهت بصورت جداگانه به بررسی مراکز تخصصی ناباروری، نقش پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم، تعریف موسسان مرکز تخصصی ناباروری و شرایط و وظایف آنها می پردازیم.

اول: مرکز تخصصی ناباروری

ماده یک آئین نامه تاسیس مراکز تخصصی ناباروری (ART) مرکز تخصصی ناباروری را چنین تعریف کرده است « مرکز تخصصی ناباروری به مرکزی اطلاق می گردد که با روشهایی مانند شستشو و تزریق اسپرم به داخل رحم، لقاح خارج از رحم (IVF)، گذاشتن اسپرم شستشو شده و تخمک به ثلث خارجی لوله رحم (GIFT)، گذاشتن تخمک لقاح شده به ثلث خارجی لوله (ZIFT)، انتقال جنین به ثلث خارجی لوله (TEF)، میکروانجیکشن، انجماد جنین و انجام عمل لاپاراسکوپی برای افزایش قابلیت باروری به منظور درمان بیماری که به مرکز مراجعه می نمایند و بیمار حداکثر ظرف چند ساعت قادر به ترک مرکز خواهد بود.»

پس همانگونه که در تعریف فوق ارائه گردیده این مراکز بصورت تخصصی و حرفه ای اعمال پزشکی لازم را جهت باروری افراد از طریق غیر طبیعی و با استفاده از علوم و یافته های نوین پزشکی و علمی انجام می دهند و بدین صورت اقدام به ارائه خدمات پزشکی و درمانی به افراد نابارور متقاضی استفاده از این روشهای نوین می نمایند.

دوم: پزشک در مرکز تخصصی ناباروری

در تعریف پزشک باید گفت پزشک مانند طیب که در فقه مطرح است، کسی است که به علمی که حالات بدن انسان، روان او و روشهای درمان و جراحی او را مورد عنایت قرار داده، عالم است. اما مقصود از پزشک در مراکز تخصصی ناباروری و به عبارت دیگر پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم همانطور که در ماده ۶ آیین نامه تاسیس مراکز ناباروری بیان گردیده، متخصص زنان و زایمان دارای مورد تخصصی می باشد که در یکی از مراکز مجهز مورد قبول وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی حداقل به مدت یک سال دوره عملی درمان ناباروری را گذرانیده و گواهینامه مربوط به آن را اخذ کرده باشد.

البته طبق بند (ج) همین ماده حضور یک متخصص بیهوشی و ارولوژیست بصورت مقیم یا مشاور و یک متخصص جراحی عمومی بصورت مشاور در مواقع اورژانسی و یک متخصص آندرولوگ (یعنی فردی که دوره آندرولوژی را دیده باشد و حتما پزشک باشد، اعم از اینکه متخصص زنان و زایمان یا ارولوگ یا جراح عمومی و حتی پزشک عمومی باشد به شرطی که این دوره را گذرانده باشد) در مرکز تخصصی ناباروری لازم است اما در هر حال وظیفه درمان در این مرکز برعهده پزشک متخصص زنان و زایمان است و سایر اشخاص ذکر شده بصورت مشاور در کنار آن پزشک خواهند بود البته عمدتاً در مواقع اورژانسی.

پس بنابراین وقتی که صحبت از پزشک در مراکز تخصصی مزبور یا در فرایند تلقیح مصنوعی و یا اجاره رحم می شود غالباً منظور همان پزشک متخصص زنان و زایمان می باشد و با صرف اشاره به پزشک باید دانست که منظور همان پزشک متخصص زنان و زایمان می باشد هرچند که حضور سایر پزشکان ذکر شده در بالا به همراه متخصص زنان و زایمان تحت عنوان کادر پزشکی مطرح است.

سوم: موسسان مراکز تخصصی ناباروری و شرایط و وظایف آنها

الف: تعریف موسسان

به نظر می رسد منظور از موسسین مراکز مزبور اشخاصی هستند که پس از ابتکار تشکیل مرکز اقدام به راه اندازی آن نموده و با داشتن شرایط لازم، مجوز لازم را برای تاسیس مرکز از مراجع مربوطه اخذ می نمایند.

در آیین نامه تاسیس مراکز تخصصی درمان ناباروری هم تعریفی از موسسان ارائه نگردیده و فقط به بیان شرایط و وظایف آنها اکتفا شده است بطوریکه در ماده ۶ آیین نامه مزبور مقرر می دارد « اجازه تاسیس مرکز تخصصی ناباروری به اشخاصی داده مشود که دارای شرایط ذیل می باشند»

ب: شرایط موسسان

ماده ۶ آیین نامه فوق الذکر جمع شرایط ذیل را در اشخاص متقاضی تاسیس مرکز تخصصی درمان ناباروری لازم دانسته است که عبارتند از:

۱- داشتن تابعیت جمهوری اسلامی ایران ۲-عدم سوء پیشینه موثر کیفری و عدم اعتیاد به مواد مخدر ۳- حضور افراد با مدارک تحصیلی شامل تخصص زنان و زایمان، تخصص آزمایشگاه ART (دارا بودن PHD در یکی از رشته های علوم پزشکی، ژنتیک پزشکی، جنین شناسی و بیولوژی که حداقل یک سال در یکی از مراکز مجهز داخلی و خارجی مورد قبول وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی دوره عملی و آزمایشگاهی درمان ناباروری را گذرانیده و گواهینامه مربوط را اخذ کرده باشند) ۴- دارا بودن یکی از تخصص های مرتبط با موسسین آزمایشگاه بالینی یا PHD بیوشیمی.

ج: وظایف موسسین مراکز تخصصی ناباروری

در مورد وظایف موسسین این مراکز می توان طبق ماده ۱۹ آیین نامه مزبور می توان اهم وظایف ایشان را به شرح ذیل احصا نمود: ۱- پاسخگویی در برابر مراجع قانونی در همه موارد به استثنای مواردی که برعهده مسئول فنی می باشد. ۲- معرفی مسئولین فنی جویای کار به دانشگاههای علوم پزشکی برای هر نوبت کاری. ۳- آماده کردن مقدمات و راه اندازی مرکز حداکثر تا یک سال پس از صدور موافقت اصولی توسط کمیسیون قانونی وزارت و گزارش آن به صورت کتبی به دانشگاه. ۴- انتخاب و معرفی نیروی انسانی لازم واجد شرایط طبق نظر مسئول فنی. ۵- نظارت بر حفظ شئون اخلاق پزشکی و اجرای مقررات مربوطه. ۶- درخواست تعویض مسئولین فنی در صورت تخلف از وظایف قانونی و معرفی مسئول فنی جدید در صورت عدم حضور مسئول فنی سابق.

مبحث اول: مسئولیت مدنی تیم درمانی پزشکی در تلقیح

مصنوعی و اجاره رحم

گفتار اول: اقسام مسئولیت پزشک در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم

ممکن است بر اثر فعل یا ترک فعل پزشک، خسارتی ایجاد گردد که نسبت به آن ممکن است پزشک مسئولیت کیفری یا مسئولیت انتظامی یا مسئولیت مدنی پیدا کند، به عبارت دیگر گاهی ممکن است که آن فعل یا ترک فعل پزشک عملی مجرمانه تلقی گردد و به تبع آن پزشک مسئولیت کیفری داشته باشد و گاهی ممکن است که آن فعل یا ترک فعل فقط تخطی و تخلف از نظامات پزشکی و حتی صنفی باشد که در این صورت مسئولیت پزشک، مسئولیت انتظامی خواهد بود، و گاه شامل هیچ یک از موارد فوق نیست اما چون پزشک مرتکب فعل زیانباری بصورت فعل مثبت یا منفی گردیده و همین فعل یا ترک فعل زیانبار سبب ورود خسارت به دیگری اعم از طفل یا اهداء کنندگان یا دریافت کنندگان جنین یا گامت و یا اجاره دهندگان و اجاره کنندگان رحم می گردد، مسئولیت مدنی پیدا کرده و مسئول جبران خسارات وارده خواهد بود.

بنابراین در بند اول به مسئولیت انتظامی پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم، و در بند دوم به مسئولیت کیفری پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم، و در بند سوم به مسئولیت مدنی پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم می پردازیم.

بند اول: مسئولیت انتظامی پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم

از آنجایی که پزشکان دارای سازمان خاصی هستند که وظیفه کنترل و نظارت بر آنها را دارد و آنها ملزم به رعایت مقررات انتظامی و صنفی خاصی می باشند، لذا عدم رعایت این امور تخلف انتظامی محسوب گردیده و موجب مسئولیت انتظامی مرتکبین میگردد. که افراد ذیحق میتوانند دعاوی راجع به آنها را در مراجع خاص انتظامی مطرح و مرتکبین را تحت تعقیب قرار دهند.

از جمله تخلفات انتظامی پزشکان می توان به موارد ذیل اشاره نمود:

۱- خودداری از ادامه معالجه بیماران: چرا که طبق ماده ۱۸ قانون تاسیس نظام پزشکی پزشک مکلف است در حد توانایی خود به ادامه درمان و معالجه بیمار بپردازد. بنابراین اگر در فرایند تلقیح مصنوعی یا اجاره رحم که دارای مراحل متعددی است، پزشک در اثنای آن از ادامه کار خود امتناع نماید، علاوه بر نقض قرارداد و خسارت ناشی از آن، مرتکب تخلف انتظامی نیز گردیده و طبق تبصره ۲۴ قانون فوق الذکر و مواد ۲۹ به بعد آیین نامه رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه ای شاغلان حرفه پزشکی نیز قابل مجازات انتظامی خواهد بود.

۲- افشای اسرار بیماران: بر طبق ماده ۴۰ آیین نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه ای شاغلان حرفه پزشکی که در راستای اجرای ماده ۲۴ قانون تاسیس نظام پزشکی به تصویب رسیده، پزشک به جز در موارد استثنایی ملزم به حفظ اسرار بیماران خود می باشد، بنابراین اگر در فرایند تلقیح مصنوعی یا اجاره رحم، پزشک اقدام به دادن اطلاعات در خصوص اهداءکننده و دریافت کننده جنین یا گامت و غیره نماید، اگر عمل او مشمول موارد استثنایی ذکر شده در ماده ۲۴ نباشد، تخلف انتظامی محسوب شده و مستوجب مجازات انتظامی خواهد بود.

۳- تبعیض قائل شدن بین بیماران و سهل انگاری در معالجه بیمار و عدم رعایت مقررات شرعی و قانونی: که در همه موارد فوق بر طبق قانون و آئین نامه فوق الذکر بویژه طبق ماده ۲ و ۳ آیین نامه مزبور، پزشک معالج مشمول مجازات انتظامی مقرر خواهد بود.

بند دوم: مسئولیت کیفری پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم

پزشکان نیز همانند سایر افراد جامعه مکلف به رعایت قوانین و مقررات جزایی کشور هستند که ممکن است به مناسبت انجام حرفه خود یا خارج از آن مرتکب عملی گردند که از نظر جزایی جرم محسوب گردد. و در نتیجه دارای مسئولیت کیفری بوده و از طریق محاکم کیفری قابل تعقیب کیفری خواهند بود.

از جمله اعمالی که پزشک بواسطه حرفه خود و بویژه در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم می تواند مرتکب آن گردد و بواسطه آن می تواند مجازات شود عبارتند از:

۱- سقط جنین: بر طبق ماده ۶۲۴ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ چنانچه پزشک پس از انتقال جنین به رحم زن دریافت کننده، به درخواست اهداءکننده یا دریافت کننده یا هر دلیل دیگری باعث سقط جنین گردد، به مجازات مقرر در این ماده محکوم خواهد شد. که در قانون مجازات اسلامی جدید مصوب سال ۱۳۹۲ و در ماده

۳۰۶ آن آمده که «جنایت عمدی بر جنین هرچند پس از حلول روح باشد، موجب قصاص نیست در این صورت علاوه بر پرداخت دیه به مجازات نعلیزی مقرر در کتاب پنجم - تعزیرات - محکوم می شود (ماده ۷۱۶)»

۲- تعطیلی غیر موجه مطب یا موسسه درمان ناباروری بدون کسب اجازه از سازمان نظام پزشکی (برطبق ماده ۸ قانون تعزیرات حکومتی)

۳- افشای سر: اگر پزشک به غیر از مواردی که در قانون استثناء شده، اقدام به افشای اسرار بیمارانش نماید علاوه بر مجازات انتظامی مقرر در ماده ۴ این نامه انتظامی سازمان نظام پزشکی، بر طبق ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی قابل تعقیب کیفری و مجازات نیز خواهد بود.

۴- آبله کوبی انسانی: اگر بعد از انتقال جنین به زن گیرنده، پزشک یا پرستار مربوطه آگاهانه یا بدون اطلاع از بارداری و عدم تحقیق در این خصوص اقدام به تزریق واکسن سرخجه به مادر نماید و در نتیجه فرزندى با اختلالات عصبی، حسی و یا ناینبایی متولد گردد، پزشک یا پرستار مربوطه بر اساس ماده ۱۸ قانون طرز جلوگیری از بیماریهای آمیزشی و واگیرمصوب ۱۳۲۰ و اصلاحات سال ۱۳۴۷، مسئولیت کیفری داشته و مستحق مجازات خواهد بود.

۵- امتناع از مایه کوبی انسان: اگر پزشک از تزریق واکسن های لازم به مادر قبل از انتقال جنین امتناع نماید بر طبق ماده ۱۷ قانون جلوگیری از بیماریهای آمیزشی و واگیرمصوب ۱۳۲۰ و اصلاحات سال ۱۳۴۷ مسئولیت کیفری داشته و مستحق مجازات خواهد بود.

۶- دخالت داروسازان در امور پزشکی: اگر داروساز به جز در موارد اضطراری بدون هماهنگی با پزشک معالج خانم باردار، بدلیل نداشتن داروی تجویزی پزشک، داروی مشابه آنرا به بیمار بفروشد و بر اثر مصرف آن دارو به مادر یا جنین لطمه ای وارد گردد، بر طبق تبصره ۱ ماده ۵ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی مجازات خواهد شد.

بند سوم: مسئولیت مدنی پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم

اگر بر اثر فعل پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی یا اجاره رحم خسارتی وارد آید، حتی اگر فعل مزبور مصداق تخلفات انتظامی و یا یکی از عناوین مجرمانه مذکور در قانون نباشد در صورت تحقق سایر شرایط و از بابت

مسئولیت مدنی، مسئول جبران خسارات وارده خواهد بود. به عبارت دیگر پزشک به صرف دخالت در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم، چون به کاری اقدام می نماید که با نظم عمومی ارتباط دارد، مسئولیت وی چهره قهری می یابد و در نتیجه اگر در پروسه درمان و به سبب آن موجب ورود خسارتی گردد بر طبق قواعد عام مسئولیت مدنی ضامن جبران خسارات وارده خواهد بود اعم از اینکه خسارت وارده مادی باشد یا معنوی، چرا که موضوع اعمال پزشکی جسم انسان است.

در هر حال پس از اثبات مسئولیت مدنی پزشک در محاکم حقوقی، وی مکلف به جبران خسارت می گردد. در انتها باید متذکر شد که هر یک از مسئولیتهای کیفری و انتظامی و مدنی مستقل از یکدیگر بوده و دارای نظام خاص خود می باشند و تعقیب پزشک بر مبنای هر کدام مانع از تعقیب او بر مبنای دیگری نخواهد بود. البته چون موضوع اصلی بحث ما در اینجا مسئولیت مدنی پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم می باشد، در ادامه به تفصیل به آن خواهیم پرداخت.

گفتار دوم: موجبات و آثار مسئولیت مدنی پزشک در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم

فن آوریهای نوین پزشکی و همچنین فرو ریختن ارزشهای اخلاقی که محکم کننده رابطه پزشک با بیمار می باشند باعث گردیده تا خطاها و تخلفات پزشکی روز به روز افزایش پیدا کنند و به همین جهت پزشکان و بطور کلی کادر درمانی همیشه بدنبال راهکارهایی هستند تا بتوانند بر این کاستی ها و نقایص فائق آیند و در این راه علم پزشکی به موفقیتهای فراوانی دست یافته است بطوریکه امروزه با استفاده از فن آوریهای نوین زیست پزشکی، امکان تشخیص بسیاری از بیماریهای جنینی و درمان این بیماریها و نابهنجاریهای جنین وجود دارد و حقوق پزشکی هم تعیین کننده استانداردها و معیار سنجش درستی و نادرستی اعمالی است که در نتیجه ارائه خدمات پزشکی حادث می گردند.

به عنوان مثال یکی از مواردی که می تواند برای پزشک ایجاد مسئولیت نماید خطای او در تشخیص بیماریهای ژنتیکی ناقله از اهداء کنندگان جنین یا گامت می باشد. چرا که تحقیقات انجام گرفته بر روی انسان نشان می دهد

که در بیماریهای ژنتیکی اگر یکی از والدین دارای ژن معیوب غالب باشد احتمال ابتلای فرزند به بیماری ژنتیکی به پنجاه درصد می رسد و یا اگر هر دوی آنها حامل یک ژن مغلوب باشند این احتمال به ۲۵ درصد خواهد رسید و در این زمینه هم فرقی بین لقاح طبیعی با لقاح مصنوعی نیست در نتیجه در هر حال می بایست از قبل جهت جلوگیری از ابتلای فرزندان به بیماریهای ژنتیکی تمهیدات لازم را انجام داد. به عنوان مثال در انجام تلقیح مصنوعی می بایست به منظور حفاظت گیرندگان و طفلی که بعداً حاصل خواهد شد اهداء کنندگان جنین یا گامت را با انجام روشهای غربالگری مورد بررسی قرار داده و شرح کامل پزشکی، اجتماعی، جنسی، ژنتیکی و خانوادگی را در زمان مصاحبه از ایشان اخذ نمود و فرد را بطور کامل مورد معاینه فیزیکی قرار داد و یا به سن آنها توجه نمود چرا که افزایش سن باعث افزایش خطرات ژنتیکی می گردد، به همین جهت دهنده اسپرم نباید بیش از ۵۰ سال و دهنده تخمک نباید بیش از ۳۵ سال سن داشته باشد.

و یا برای تشخیص بیماریهای ژنتیکی، امروزه علم ژنتیک روشهای پیشرفته ای را برای تشخیص و گاه درمان نقایص ژنتیکی در مراحل مختلف بارداری ارائه نموده است که پزشک می تواند با انجام آنها یا با ارجاع به متخصصین مربوطه این نقایص را برطرف نموده و از تولد فرزند با اختلالات و معلولیتهای ژنتیکی و ارثی جلوگیری به عمل آورد. البته باید دانست که بیشتر این روشها با استفاده از لقاحهای متعدد خارج رحمی و استفاده از سلولهای تکثیر یافته در محیط آزمایشگاهی صورت میگیرد.

در هر حال باید توجه نمود که این بررسیها می بایست قبل از انتقال جنین به رحم مادر صورت گیرد چرا که بعد از انتقال رویان به رحم مادر، اختلالات ژنتیکی قابل اصلاح نمی باشد هرچند که با انجام روشهایی مثل آمینوسنتز، بیوبسی، سونوگرافی، فیتوسکوپی قابل تشخیص است اما در صورت تشخیص و با رضایت والدین فقط امکان سقط جنین وجود خواهد داشت و نه درمان آن.

حال که علم پزشکی امکان تشخیص بیماریها و بویژه بیماریهای ژنتیکی را در جنین قبل از ولد و یا حتی قبل از انتقال جنین را فراهم آورده است، در نتیجه هرگونه کوتاهی پزشکی در تشخیص آنها از موجبات مسئولیت مدنی پزشک محسوب خواهد شد^۱.

یکی دیگر از مواردیکه می تواند برای پزشک مسئولیت ایجاد نماید خطای او در تشخیص بیماریهای دریافت کنندگان جنین یا گامت می باشد. چرا که سلامتی جنین یا گامت اهدایی شرط لازم برای تولد طفلی سالم است

^۱ - فریبا اصغری، ملاحظات اخلاقی انتخاب جنسیت در اهدای گامت و جنین، تهران، انتشارات سمت، سال ۱۳۸۴، ص ۳۳۴

اما شرط کافی نیست چرا که عوامل دیگری نیز در تحقق این امر موثر است مثل سلامتی مادر (زن دریافت کننده). در نتیجه پزشک می بایست قبل از انتقال جنین یا گامت، از سلامتی دریافت کننده مطمئن گردد و برای این منظور می بایست دریافت کننده از لحاظ جسمی، روانی، اجتماعی و سنی و... مورد بررسی کامل قرار گیرد، مثلاً با انجام معایناتی مثل تستهای لگنی، آزمایشات خون، آزمایشات مربوط به تشخیص بیماریهای منتقله از طریق جنسی و سایر بیماریهای عفونی، بررسی سن دریافت کننده (بدلیل پر خطر بودن حاملگی های بالای ۴۰ سال)، تزریق واکسن سرخچه قبل از انتقال جنین و... می توان سلامتی دریافت کننده جنین یا گامت را احراز نمود. حال اگر پزشک در انجام موارد فوق کوتاهی نماید و بر اثر این قصور یا بی مبالاتی پزشک در مقابل طفل و سایر افراد متضرر از این امر مسئولیت مدنی خواهد داشت.

گفتار سوم: مبنا و ارکان مسئولیت مدنی پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم

در این گفتار مبنای مسئولیت پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم، و اینکه جهت تحقق مسئولیت مدنی پزشک در این فرایند تحقق چه ارکانی اعم از فعل زیانبار، ورود ضرر و وجود رابطه سببیت بین آنها لازم است را مورد بررسی قرار می دهیم.

و از این رو در بند اول به بررسی مبنای مسئولیت پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم می پردازیم، و در بند دوم به ارکان مسئولیت پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم و تاثیر شروط قرارداد بر آن می پردازیم.

بند اول: مبنای مسئولیت پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم

باید دانست که در سیستم حقوقی ایران می بایست مبنای مسئولیت مدنی پزشک در برابر بیمار را در قواعد عام مسئولیت مدنی جستجو نمود، چرا که هیچ قاعده یا اصلی به صورت اختصاصی به مسئولیت مدنی پزشک در

برابر بیمار اختصاص داده و بیان نشده است.^۱ به عبارت دیگر قواعد عمومی مربوط به مسئولیت مدنی مانند تحقق خطا یا تقصیر، ایراد ضرر و... ناظر به روابط میان پزشک و بیمار نیز می باشد. و پزشک بودن شخص هیچ استثنایی را در حکومت قواعد عام مسئولیت مدنی برای وی ایجاد نمی کند و از این جهت پزشکان نیز همانند سایر افراد جامعه، مسئول اعمال پزشکی خود هستند. و این قواعد عام مسئولیت هستند که مسئولیت یا عدم مسئولیت پزشک را در هر موردی تعیین و مشخص می کند.

هرچند که در قانون مجازات اسلامی سابق و در مواردی مثل ماده ۳۱۹ الی ۳۲۱ در قانون جدید مواد ۴۹۵ الی ۴۹۷ در مورد مسئولیت پزشک می باشند، اما در هر حال این موارد در کنار قواعد عمومی مسئولیت مدنی می توانند مسئولیت مدنی پزشکان را عیان نمایند.

بر طبق همین قواعد عام مسئولیت مدنی، مسئولیت عموماً ناشی از بی مبالاتی اشخاص است. به عبارت دیگر جهت تحقق مسئولیت مدنی می بایست بی مبالاتی، بی احتیاطی، عدم مهارت، عدم رعایت نظامات دولتی، توسط شخص صورت گرفته باشد.

در هر حال با وجود نظرات مختلفی که در مورد مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران مطرح گردیده، از جمله نظریه مسئولیت محض، تقصیر، عدالت توزیعی و... اما در هر حال باید گفت که طبق ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی که مقرر میدارد « هر کس بدون مجوز قانونی، عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا مال یا سلامتی یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به حق دیگری که بموجب قانون برای افراد ایجاد گردیده است لطمه ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارات ناشی از اعمال خود می باشد» قانونگذار صراحتاً "تقصیر را به عنوان مبنای مسئولیت مدنی قرار داده است و به عبارت دیگر قانونگذار برای همه افعال انسان قاعده ای اساسی و عام بنا نموده است.^۲

البته باید در نظر داشت که در مواردی خاص و استثنایی بدون وجود تقصیر نیز شخص مسئول دانسته شده است که این استثنائات بر مبنای نظرات دیگری مثل نظریه خطر که بیان می کند که هر کس مال دیگری تلف کند اعم از اینکه مقصر باشد یا نه، ملزم به جبران خسارت وارده به اموال غیر خواهد بود، وضع گردیده است که در هر حال باید دانست که این موارد استثنائی است و آنچه اصل می باشد این است که مبنای مسئولیت در حقوق ایران تقصیر می باشد.

۱ - عباس نایب زاده، بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی، تهران، انتشارات مجد، سال ۱۳۸۰، ص ۲۵
۲ - سیاوش شجاعپوریان، مسئولیت مدنی ناشی از خطای شغلی پزشک، تهران، انتشارات فردوسی، سال ۱۳۷۳، ص ۲۳

حال سئوالی که مطرح می گردد این است که در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم، مبنای مسئولیت پزشک در مقابل طفل یا والدین یا افراد ذی مدخل در مقابل خساراتی که بر اثر فعل او بر ایشان وارد می گردد چیست؟ برای پاسخ به این سؤال می بایست ابتدائاً "مفاد تعهد پزشک مشخص گردد، هر چند که بیشتر بحث بر روی تعهد پزشک در روابط غیر قراردادی است اما تمیز ماهیت تعهد پزشک در بحث ضمان قهری نیز اهمیت بسیار دارد زیرا بدون اینکه مشخص گردد که تعهد پزشک، تلاش و کوشش متعارف برای حصول نتیجه معین است یا تعهد وی به تحصیل نتیجه معینی است، تشخیص مبنای مسئولیت مدنی وی دشوار خواهد بود.

بیشتر نویسندگان حقوقی تعهد پزشک را تعهدی به وسیله دانسته اند، چه این تعهد بموجب قرارداد بوجود آمده باشد و چه به حکم قانونگذار. بر اساس این نظر باید گفت که مبنای مسئولیت پزشک منطبق بر نظریه تقصیر خواهد بود.^۱

اما در بررسی حقوق ایران به مواردی برخورد می کنیم که طرز انشای آنها توسط قانونگذار این مفهوم را می رساند که برای اثبات مسئولیت پزشک نیازی به اثبات تقصیر نمی باشد مانند ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی سابق که بیان می کند «هرگاه طبیبی گرچه حاذق و متخصص باشد، در معالجه هایی که شخصاً انجام می دهد یا دستور آنها را صادر می کند هرچند با اذن مریض یا ولی او باشد، باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود، ضامن است»

و همچنین ماده ۴۹۵ قانون جدید (مصوب سال ۱۳۹۲) بیان می کند «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آنکه عمل او مطابق مقررات و موازین فنی باشد یا اینکه قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشده باشد.» با توجه به ماده فوق و عنایت به مفاد آن این شبهه ایجاد می گردد که از نظر قانونگذار تعهد پزشک از تعهد به تلاش و مواظبت به تعهد به خودداری از اضرار، تبدیل شده تا پزشک ضامن زیانهای باشد که به بیمار مستقیماً از ناحیه او و یا بواسطه او و توسط دیگران به بیمار وارد می آید.^۲ و بر این اساس مصلحت بیمار در این است که طبق ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی در مقابل خساراتی که بر او وارد می شود اقدام به طرح دعوی مطالبه خسارت علیه پزشک نماید، چرا که ظاهراً بر اساس این ماده بیمار نیازی به اثبات تقصیر پزشک ندارد و این پزشک است که بدلیل عدم انجام

۱ - ناصر کاتوزیان، الزامهای خارج از قرارداد، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، جلد چهارم، سال ۱۳۸۴، ص ۳۷۴

۲ - محمد علی یثربی، جنبش آزمایشگاهی از دیدگاه مسئولیت مدنی، پژوهش های فقهی، سال هفتم، شماره چهارم، بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص ۱۱۹

تعهد قراردادی و تخلف از مفاد تعهد و خودداری از اضرار، به بیمار خسارت وارد کرده است. به عبارت دیگر مسئولیت پزشکی به جبران خسارت محرز است مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد.

همچنین در برخی موارد دیگر هم قانونگذار تقصیر مرتکب فعل یا متصدی را مفروض دانسته مانند بند ۲ ماده ۱۱۳ قانون دریایی که در تصادم یا به گل نشستن یا انفجار یا حریق و یا غرق شدن کشتی، فرض را بر تقصیر و یا غفلت متصدی حمل یا ماموران دانسته مگر آنکه خلاف آن ثابت شود.

در هر حال با تدقیق در مواد قانونی فوق و مواد قانونی مشابه دیگر، ما به این سمت رهنمون می گردیم که قانونگذار در بعضی از موارد فرض را بر تقصیر عامل زیان گذاشته یعنی تقصیر او را مفروض دانسته و زیاننده را از اثبات تقصیر عامل زیان، بی نیاز ساخته است^۱. پس بنابراین در مورد مسئولیت مدنی پزشکی هم می توان به این نظر قائل شد و تقصیر پزشکی را مفروض دانست مگر آنکه خلاف آن توسط پزشک ثابت شود.

پس در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم نیز اگر خسارتی بر اثر اعمال پزشکی وارد شود، پزشک مسئول است و ضامن جبران خسارات. مگر آنکه اثبات شود که آنچه باعث ایجاد خسارت شده، نقص علم است و نه اجرای نادرست مواردی که اجرای صحیح آن به پزشک مربوط بوده است.

البته در اینکه در مبنای مسئولیت پزشکی در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم می بایست کدام نظریه (نظریه تقصیر یا مفروض بودن تقصیر) را به عنوان نظریه ارجح برگزید، نیاز به بررسی بیشتری دارد و از همین جهت می بایست ابتدائاً "ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی سابق و ماده ۴۹۵ قانون جدید را تحلیل نمود چرا که این ماده بر مسئولیت پزشکی هم زمانی که مستقیماً موجب خسارت شده و هم زمانی که غیر مستقیم و بواسطه دیگران موجب اضرار گردیده اشعار دارد، در حالیکه بررسی مبانی هر یک از موارد مزبور بصورت جداگانه، در فهم بهتر موضوع و انتخاب نظریه درست، موثر خواهد بود.

اول: پزشک مستقیماً باعث تلف یا ضرر باشد

هرگاه پزشک در مواردی مستقیماً باعث تلف و خسارت شود در این صورت وی از باب قاعده اتلاف، مسئول شناخته می شود بطور مثال اگر پزشک متخصص زنان بعد از جایگزینی جنین، الباقی جنین ها را بدون مطلع نمودن صاحبان جنین از بین ببرد، به خاطر تلف نمودن آنها مسئولیت خواهد داشت و این مسئولیت از باب قاعده اتلاف محقق می گردد.

^۱ - ناصر کاتوزیان، همان، ص ۳۷۹-۳۸۴

به عبارت دیگر در مواردیکه پزشک در آنها مستقیماً موجب خسارت شده از باب تلفی که که محقق کرده مسئولیت خواهد داشت، هرچند که تمیز مواردی که پزشک در آنها مستقیماً موجب تلف شده از مواردیکه پزشک سبب تلف را فراهم نموده باشد و به نحو تسبیب ایراد خسارت نموده است، کمی دشوار می نماید اما بطور معمول بین خسارت وارده و فعل پزشک رابطه مستقیمی وجود دارد که قاعده اتلاف بر آنها حکومت دارد. در هر حال در این موارد حتی اگر پزشک اثبات نماید که مهارت‌های متعارف را به کار برده، برای او سودبخش نخواهد بود و صرف اتلاف توسط پزشک برای مسئول بودن او کفایت می کند. به عبارت دیگر اثبات بی تقصیری به معنای عام از طرف پزشک کاری عبث و بیهوده است زیرا که قاعده اتلاف مبتنی بر نظریه خطر است و پزشک می بایست برای رهایی از مسئولیت دخالت یک عامل خارجی مانند فورس مازور و غیره را ثابت نماید. که قید عبارت «اگرچه ماهر بوده باشد» در ماده ۲۲۰ و ۲۲۱ قانون مجازات اسلامی سابق نیز موید همین نظر می باشد.^۱

در نتیجه با توجه به موارد ذکر شده در فوق باید گفت که پزشک در صورتی از مسئولیت رها خواهد شد که به دلایلی استناد نماید که رابطه سببیت میان فعل وی و ضرر را منتفی نماید.

دوم: پزشک سبب خسارت شده باشد

در این حالت در ایجاد تلف یا خسارت، پزشک مباشرت ندارد بلکه سبب ایجاد آن می باشد. که در این صورت و بر طبق قواعد عمومی، شرط مسئولیت، تقصیر خواهد بود یعنی بیمار برای اثبات مسئولیت پزشک علاوه بر تقصیر پزشک به عنوان یکی از ارکان تحقق مسئولیت وی بر عهده بیمار قرار گرفته است.

البته به نظر می رسد با جمع بندی کلیه مبانی و مصالح باید پذیرفت که مسئولیت پزشک را در برخی موارد می بایست مبتنی بر فرض تقصیر دانست. به عبارت دیگر در این موارد می بایست پزشک بی تقصیری خود را اثبات نماید تا از مسئولیت رهایی یابد. بویژه در عمل تلقیح مصنوعی و اجاره رحم که این نظر به صواب نزدیکتر است، چرا که مثلاً "محل کاشته شدن جنین در عمل IVF بسیار مهم است و اگر پزشک متخصص در این فرایند، جنین را در قسمت پائینی رحم در منطقه سوراخ داخلی بکارد احتمال خطر بسیار است و حتی ممکن است منجر به سقط جنین نیز بشود حال با این تفاسیر اگر پزشک جنین را در محل کاشت مناسب قرار ندهد^۲ و در اثر

^۱ - ناصر کاتوزیان، همان، ص ۳۷۴

^۲ - عباس و مریم، افلاطونیان و کریم زاده، باروری موفق در انسان در شرایط طبیعی لقاح خارج از بدن، تهران، نشر قدیانی، سال ۱۳۷۴، ص ۳۰-۳۲۰

حاملگی نابجا، جنین سقط گردد در این صورت بر طبق نظریه تقصیر دریافت کنندگان جنین می بایست علاوه بر اثبات رابطه سببیت میان ضرر وارده و فعل پزشکی می بایست تقصیر او را نیز ثابت نمایند. در حالیکه اثبات تقصیر پزشکی در این حالت کاری بسیار دشوار و گاه نشدنی است چرا که بر طبق تعریف قانون مدنی تقصیر عبارت است از انجام عملی بر خلاف اقتضای عرف. پس برای اثبات تقصیر می بایست به عرف مراجعه نمود درحالی که در مثال فوق به دلیل نو و تازه بودن مساله اهدای جنین عرف مسلمی وجود ندارد و همین امر باعث می گردد در احراز و اثبات تجاوز از رفتار انسان متعارف (تقصیر) در این موارد دچار مشکل شویم^۱.

علاوه بر این باید دانست که در اینجا منظور از تقصیر، تقصیری است که پزشک در انجام کاری که به عنوان حرفه انجام می دهد مرتکب می شود، در حالیکه آنچه در تقصیر پزشکان یا اشخاص برخوردار از فنون و مهارت‌های ویژه مهم است، تفاوت معیار تمیز آن است چرا که در امور فنی و شخصی نمی توان رفتار انسان متعارف را معیار تمیز خطا از ثواب دانست. چرا که نمی توان انتظار داشت که فرد متخصص و حرفه ای در واکنشهای خود همانند مردم عادی رفتار نماید چرا که در غیر این صورت این رفتار به منزله انکار علم و ضرورت‌های تمدن خواهد بود.

از همین رومی بایست برای تمیز تقصیر پزشکی، رفتار یک پزشک متعارف و محتاط را معیار قرار داد^۲. البته صرف معیار قرار دادن رفتار پزشک متعارف و محتاط هم با توجه به پیچیده بودن این علوم و عدم آگاهی عامه مردم از آنها سبب می گردد که خسارت زیان‌دیده بدلیل عدم امکان او بر آگاهی بر تقصیر پزشک بلا جبران باقی بماند. و به همین جهت است که ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی بیمار را از اثبات تقصیر پزشک بی نیاز دانسته و بیان نموده که کافی است که بیمار ثابت نماید که خسارت بر اثر اجرای دستور پزشک به بار آمده است.

ظاهراً "حکم ماده فوق با مبنا قرار دادن تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت مغایرت دارد. البته به نظر می رسد که این ماده مسئولیت پزشک را از مرز خطای او فراتر برده و او را در مواردی نه بدلیل تقصیر یا خطای خودش، بلکه بدلیل نقایص علم پزشکی هم مسئول جبران خسارت دانسته است، پس ملاحظه می شود که توسل صرف به این ماده نیز نمی تواند کاملاً راهگشا باشد.

۱ - حبیب اله رحیمی، رحم جایگزین، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، سال ۱۳۸۶، صص ۳۸۱ و ۳۸۲
۲ - عباس نایب زاده، بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی، تهران، انتشارات مجد، سال ۱۳۸۰، صص ۴۲۵-۴۲۷

پس با ملاحظه موارد فوق ظاهراً "قرار دادن مسئولیت پزشک متخصص بویژه در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم" بر مبنای فرض تقصیر "با جمع مبانی و مصالح سازگارتر است.

البته این نظریه هنگامی که پزشک قبل از درمان، رضایت و براءت بیمار را حاصل نموده باشد می تواند با تردیدهایی همراه گردد که باید گفت در این موارد نیز نه براءت و نه هیچ شرط دیگری نمی تواند برای پزشک در مقابل بی مبالاتی ها و تقصیرهای آشکار او مصونیت ایجاد نماید، و فقط می تواند از این جهت برای پزشک موثر باشد که اثبات تقصیر و بی مبالاتی پزشک با توجه به مفاد قرارداد آنها بر عهده بیمار یا ذینفع خواهد بود.

بند دوم: ارکان مسئولیت مدنی پزشک در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم و تاثیر شروط قرارداد بر آن

نخست: تاثیر شروط قرارداد بر مسئولیت پزشک

برای بررسی این موضوع و قبل از وارد شدن به بحث ارکان مسئولیت مدنی پزشک در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم لازم است که مشخص شود که آیا مسئولیت پزشک در این مورد، یک مسئولیت قراردادی و تابع شرایط آن است یا یک مسئولیت قهری. همچنین ماهیت حقوقی قرارداد مربوط به تلقیح مصنوعی و اجاره رحم نیز تبیین گردد.

الف) مسئولیت پزشک در برابر طفل قهری است.

از آنجا که پزشک از یک طرف به حکم قانون موظف به رعایت نظامات و موازین شغل خویش است و از طرف دیگر هم معمولاً بیمار اصالتاً "قرارداد را منعقد می نماید جهت تعیین دستمزد و حق العمل و... حال سؤال این است که اگر پزشک تخلفی کند که منجر به ایراد ضرر به غیر (جنین یا دریافت کنندگان و...) شود، مسئولیت وی برای جبران خسارت به خاطر نادیده گرفتن حکم قانون است یا بخاطر تخلف از روابط و شروط قرارداد منعقد؟

در پاسخ باید گفت که طرح دعوی بر اساس قرارداد منعقد، در هر حال ممکن می باشد

اما در عمل تلقیح مصنوعی و اجاره رحم، طفل هیچگونه رابطه قراردادی با پزشک ندارد و در نتیجه نمی تواند به استناد قرارداد منعقد شده میان والدین خود و پزشک مربوطه طرح دعوی مسئولیت مدنی بر علیه پزشک نماید، چرا که قرارداد بر طبق قواعد عام فقط نسبت به طرفین قرارداد اعتبار و اثر دارد و فقط زمانی اثر آن به شخص ثالث سرایت می کند که منطبق با یکی از موارد و استثنای قانونی باشد که بحث مورد نظر ما به هیچ وجه نمی تواند یکی از آن استثنایها به شمار آید.

لذا باید گفت که مسئولیت پزشک در مقابل طفل، مسئولیتی قهری است و در مورد خسارتهای وارده بر جنین در هنگام انعقاد نطفه یا کاشت و یا در دوران حیات جنینی، تابع قواعد ضمان قهری می باشد و مسئولیت غیر قراردادی است و ارتباطی با قرارداد والدین با پزشک ندارد.

ب) ماهیت حقوقی قرارداد تلقیح مصنوعی و اجاره رحم

تلقیح مصنوعی چه بصورت اهدای جنین باشد یا اهدای گامت. و این اهداء چه بصورت مخفیانه باشد و چه بصورت آشکار. بانام باشد یا بی نام، وصف حقوقی آن می تواند مشمول یکی از عناوین ذیل باشد.

۱- اعراض

اهداء کنندگان جنین یا گامت با سپردن آنها به موسسات مربوطه در واقع از حق خود بر آن اعراض می نمایند. اعراض یک ایقاع حقوقی است که بوسیله آن صاحب مال یا حق عینی از مالکیت یا حق خویش صرفنظر می نماید و موجب اسقاط آن حق می گردد و به عبارت دیگر با اعراض رابطه بین شخص با شیء یا مال قطع و آن مال یا شیء در زمره مباحات قرار می گیرد و در نتیجه دیگران می توانند آنرا تصاحب و تملک نمایند.

۲- صلح

صلح عقدی لازم است که با ایجاب و قبول از طرف شخص جایز التصرف محقق می گردد. و از آنجایی که در حقوق ایران که مبتنی بر فقه امامیه است صلح ابتدایی که در مقام معامله باشد مورد قبول واقع گردیده و به عبارت دیگر هر عمل حقوقی را در قالب آن انجام داد لذا در تلقیح مصنوعی نیز صاحب جنین یا گامت می تواند حق خود بر آنرا در قالب عقد صلح به کلینیک واسطه صلح نماید. در هر حال و در هنگام انعقاد عقد صلح جنین یا گامت می بایست موجود باشد.

۳- اذن

یکی از مسقطات ضمان، اذن کسی است که شرعا "سلطه بر مال دارد مثل مالک، وکیل وصی، ولی، و امین و یا شخصی که شرع یا قانون به او اجازه تصرف داده باشد.

در هر حال به رخصت قبل از تصرف « اذن » و بعد از آن « اجازه » گفته می شود. درباره ماهیت حقوقی اذن دو نظریه ارائه گردیده است: الف) اذن ایقاع است. ب) اذن نه عقد است و نه ایقاع، و فقط رفع منع می نماید^۱. اگر اهدای جنین یا گامت را اذن بدانیم، مشکلی که ایجاد می شود این است که با رجوع صاحب جنین یا گامت چه باید کرد؟ مگر اینکه آنرا ایقاع و لازم الاجرا بدانیم، یا اینکه در این مورد هم مانند مواردی که انجام شدن مورد اذن یا تلف شدن آن با آن ملازمه دارد را نمونه هایی از مصادیق عدم امکان رجوع از اذن برشماریم.

۴- هبه

عقدی که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به دیگری تملیک می نماید را هبه گویند، البته باید دانست که هبه قابل رجوع است مگر در موارد خاصی مثل تغییر در عین موهوبه یا خارج شدن مالکیت عین موهوبه. در نتیجه در مورد اهدای جنین یا گامت نیز باید گفت که با انتقال جنین یا گامت از کلینیک به زوج نابارور، موهوب از مالکیت متهب (کلینیک) خارج گردیده و در نتیجه حق رجوع واهب نیز زایل میگردد.

در هر حال نکته ای که محل بحث می باشد مالیت جنین یا گامت می باشد، بطوری که بسیاری آنرا به عنوان حق اختصاصی قلمداد می کنند و اگر وجهی در قبال آن توسط اهداء کننده دریافت گردد جهت استفاده از حق منظور می شود.

دفتر مقام رهبری در پاسخ استفتاء از اصطلاح مصالحه برای این مورد استفاده کرده است. از این جهت که می توان حق را همانند عین و منفعت موضوع صلح قرار داد.

در هر حال اهدای جنین یا گامت را می بایست اباحه یا اذن مشروط دانست و اگر در لزوم آن تردید داشته باشیم، می توان آنرا ضمن عقد لازمی آورد.

۱ - محمد علی پثربی، جنین آزمایشگاهی از دیدگاه مسئولیت مدنی، پژوهش های فقهی، سال هفتم، شماره چهارم، بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص ۱۲۲

در هر صورت باید دانست که اهدای جنین یا گامت در قالب هر قرارداد یا شروطی باشد نمی تواند مسئولیت مدنی کلینیک یا پذیرندگان را محدود نماید چرا که مبنای مسئولیت و ضمان حکم قانون است و توافق بر خلاف آن امکانپذیر نیست مگر اینکه آن حق از حقوق قابل گذشت باشد.

از آنجائیکه عمل پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم در ارتباط با نظم عمومی است به صرف مبادرت به انجام، مسئولیت طرف دیگر قرارداد نیز چهره قهری می یابد، به این صورت که اگر در طی درمان و به سبب آن موجب ورود خسارت گردد، طبق قواعد عام مسئولیت مدنی ضامن خواهد بود. لذا زیان دیده مخیر است به هریک از آنها رجوع نماید و در این راه هیچ مانعی برای او نیست. و تنها مانع ممکن این است که انتخاب مد نظر تعادل قراردادی را بر هم زند، مثلاً اگر شخصی بموجب آن بتواند خسارتی بیش از آنچه در قرارداد مورد توافق قرار گرفته به دست آورد دیگر مدعی میان دو طریقه مباح نمانده است تا هر کدام را که به مصلحت خویش می داند برگزیند، بلکه ملزم و مجبور است بر اساس قرارداد و مسئولیت قراردادی طرح دعوی نماید.

در مورد اجاره رحم نیز همانطور که قبلاً" و در گفتار سوم از مبحث اول از فصل اول ذکر گردید باید گفت برای قرارداد اجاره رحم که تحت عنوان دیگری از قبیل رحم میانجی - مادر اجاره ای - دایگی قبل از تولد - بارداری میانجی - مادر سفارشی - رحم جایگزین - مادر جانشین - بارداری قراردادی و... هم مصطلح شده از لحاظ حقوقی هم این قرارداد را علیرغم لطمه به حقوق مربوط به شخصیت، میتوان مجاز شمرد. که از لحاظ لازم و جایز بودن نیز باید گفت که با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل اصالة اللزوم چنین قراردادی جزء عقود لازم می باشد و حتی باید دانست که قرارداد اجاره رحم با توجه به حساسیت موضوع آن، اقاله آن فقط تا قبل از استقرار جنین در رحم مادر اجاره ای ممکن خواهد بود و بعد از استقرار جنین در رحم مادر اجاره ای اقاله آن بنا بر حاکمیت قواعد آمره منتفی خواهد بود در حالیکه در سایر عقود لازم طرفین هر زمانی می توانند با توافق و تراضی همدیگر عقد و آثار آن را خاتمه دهند.

در خصوص عینی یا رضایی بودن قرارداد اجاره رحم نیز باید گفت که این قرارداد که دارای ماهیت شبیه به عقد اجاره اشخاص می باشد را می بایست جزء عقود رضایی دانست یعنی به صرف رضایت طرفین قابل اجراست. و احتیاج به تشریفات خاصی ندارد اما بهتر است به دلیل اهمیت موضوع و آثار بسیار مهم آن و برای صیانت و

حمایت از بنیان خانواده، شکل خاصی و تشریفات خاصی برای بیان توافق و شرایط انعقاد آن معین نمود تا در شمار عقود تشریفاتی قرار گیرد^۱.

دوم: ارکان مسئولیت مدنی پزشک در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم

همان عناصری که بموجب قواعد عام مسئولیت مدنی جهت تحقق مسئولیت باید وجود داشته باشد، جهت تحقق مسئولیت پزشک نیز باید موجود باشد که این عناصر عبارتند از:

الف) وقوع ضرر توسط پزشک در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم

لازمه مطالبه خسارت و تقاضای جبران آن در هر امری این است که قبل از آن ضرری و زیانی وارد شده باشد. در تعریف ضرر گفته اند که هر جا نقصی در اموال ایجاد گردد یا منفعت مسلمی از دست برود یا به سلامت و حیثیت و عواطف شخص لطمه ای وارد آید، می گویند ضرر به بار آمده است.

در واقع ضرر به دو قسم مادی و معنوی تقسیم می گردد، البته برخلاف ضرر مادی، تعریف ضرر معنوی بصورت جامع که در برگیرنده تمامی مصادیق آن باشد دشوار است و حتی گاهی تعیین مرز بین آنها بصورت واضح امکان پذیر نمی باشد. که در مورد ضرر و خسارات ناشی از اعمال پزشک در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم نیز همین حکم و قاعده جاری است. به عنوان مثال در اهدای جنین یکی از مواردی که حتما می بایست رعایت گردد ذخیره سازی و انجماد جنین ها حتی اگر ظاهرا سالم و بدون عیب هم باشند، می باشد تا از انتقال ویروس ایدز و... به جنین از طریق گامت فرد آلوده جلوگیری شود. چرا که ممکن است انتقال دهنده ناقل ویروس ایدز بوده و به دلیل قرار داشتن در دوره پنجره، آزمایشات پزشکی قادر به تشخیص آن نباشد. حال اگر در این حالت کادر درمانی به ویژه پزشک بلافاصله و قبل از انجماد و سپری شدن مدت زمان لازم، جنین یا گامت را به رحم مادر انتقال دهد، نوزاد متولد شده مبتلا به ایدز خواهد بود که در این صورت علاوه بر ضرر و زیان معنوی برای طفل و والدین او از بابت هزینه های درمان و مخارج دارو و غیره نیز ضررهای مالی بسیاری بر ایشان وارد می آید.

همچنین با توجه به ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی که بیان می کند «هر کس ... موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود خواهد بود» می توان پزشک را نسبت به خساراتی اعم از مادی و معنوی که بر اثر می بالاتی به دیگران وارد می آورد مسئول دانست. و از همین رو از نظر علمای حقوق،

^۱ - ناصر کاتوزیان، الزامهای خارج از قرارداد، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، جلد چهارم، سال ۱۳۸۴، ص ۲۴۴-۲۴۶

خسارات معنوی در حقوق ایران در زمره زیانهای است که برای جبران آن مسئولیت مدنی ایجاد می شود و در نتیجه قابل مطالبه خواهند بود.

حال باید دانست که خسارتهایی که طفل می تواند از پزشک مطالبه نماید عموماً آسیب های جسمی هستند و این آسیب ها گاهی "در نوشته های حقوقی در ردیف خسارات وارده به اموال و مطالبات ذکر شده و آنها را صرفاً" مادی قلمداد نموده اند در حالیکه برخی دیگر از حقوقدانان متمایل به قرار دادن آن در زمره خسارات معنوی هستند. و اکنون باید دانست که با تحلیل حقوقی می بایست این خسارتها را در زمره خسارات مالی دانست یا خسارات معنوی؟

مثلاً آلام جسمی و روحی طفل مفلوج متولد شده در اثر عدم بررسی ژنتیکی زوجین اهداءکننده از ناحیه پزشک را در زمره کدامیک از انواع فوق باید دانست؟ و اینکه قابل مطالبه خواهند بود؟

به نظر می رسد آسیبی که به بدن و سلامتی شخص وارد می آید دارای هردو جنبه مادی و معنوی باشد^۱ زیرا که خسارات وارده بر جسم به هیچ عنوان و طریقی قابل تقویم به پول نیستند و پول نمی تواند به طور کامل این خسارتها را جبران نماید پس در نتیجه نمی توان بطور قطع این لطمات را فقط مادی دانست و از آن طرف هم نمی توان فقط آنرا یک زیان معنوی دانست، چرا که این نوع خسارت از لحاظ هزینه هایدارو و درمان و سایر مخارج مربوطه دارای تبعات (خسارات) مالی نیز می باشند.

پس بنابراین باید گفت که طفل متولد شده با معلولیت جسمی و ذهنی بر اثر بی احتیاطی پزشک در هنگام انعقاد نطفه یا کاشت جنین در رحم و...، دارای مجموعه ای از خسارات مالی و معنوی است که لزوم جبران آن بر وارد کننده ضرر بر هیچ کس پوشیده نیست در نتیجه با تحقق سایر شرایط لازمه در این موارد برای پزشک مسئولیت مدنی ایجاد خواهد دشد.

ب) ارتکاب فعل زیانبار توسط پزشک در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم

هر فعلی که به واسطه آن ضرری به دیگران وارد آید را نمی توان فعل زیانبار دانست، بلکه منظور از فعل زیانبار افعالی است که از نظر قانون یا اجتماع ناهنجار بوده و اخلاق حسنه هم ورود ضرر بواسطه آنها را ناهنجار بداند. مثلاً اگر بازرسان وزارت بهداشت مرکز درمان ناباروری را بدلیل دارا نبودن شرایط قانونی لازم پلمپ نمایند و

^۱ - ناصر کاتوزیان، الزامهای خارج از قرارداد، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، جلد چهارم، سال ۱۳۸۴، ص ۲۴۶

از این پلمپ به مرکز تخصصی درمان ناباروری ضرر مادی و معنوی وارد گردد، چون عمل مربوطه دارای مشروعیت قانونی و اخلاقی است در نتیجه عمل آنها زیانبار محسوب نخواهد شد.

در بحث مدنظر ما فعل زیانبار پزشک هم می تواند بصورت فعل باشد و هم بصورت ترک فعل. مثلاً اقدام پزشک به تزریق واکسن سرخچه به مادر در زمان بارداری، فعل زیانبار بصورت مثبت و یا فعل می باشد، و یا اقدام در عدم بررسی ژنتیکی اهداء کنندگان جنین یا گامت فعل زیانبار بصورت منفی یا ترک فعل می باشد. که قانونگذار نیز در ماده قانون مسئولیت مدنی هر دو حالت فوق را مد نظر قرار داده و بیان داشته «هر کس ... موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود خواهد بود» قید عبارت بدون مجوز قانونی در این ماده بیان کننده این موضوع است که فعل زیانبار می بایست نامشروع باشد یعنی فعل یا ترک فعل می بایست بر خلاف قوانین، آئین نامه ها و تصویب نامه ها و آرای لازم الاتباع دیوانعالی کشور و عرف و عادات مسلم و اخلاق حسنه و نظم عمومی باشد.

ج) وجود رابطه سببیت بین فعل زیانبار پزشک و ضرر وارده در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم

برای تحقق مسئولیت مدنی برای مرتکب فعل زیانبار لازم است که بین فعل زیانبار و ضرر و خسارت وارده رابطه سببیت وجود داشته باشد به عبارت دیگر ضرر ناشی از همان فعل زیانبار باشد^۱.

زمانی تشخیص این رابطه سخت می شود که در ورود یک ضرر چند سبب دخالت داشته باشد که برای حل این مشکل از سوی حقوقدانان آرا و نظرات مختلفی ارائه گردیده است از جمله نظریه سبب بلاواسطه یا مستقیم، نظریه سبب موثر و نظریه سبب کافی و متعارف.

در فرض مورد بحث ما یعنی زمانی که زیانی به طفل متولد از عمل تلقیح مصنوعی و یا اجاره رحم می رسد مانند معلولیت جسمی یا ذهنی، و در ایجاد این ضرر در کنار قصور و کوتاهی پزشک عمل دیگری نیز موثر بوده نیز باید برای تعیین مسئول جبران خسارت یا به عبارت دیگر حکم دادن به مسئولیت مدنی پزشک یا دیگران باید به نظریات فوق استناد نمود. اما به نظر می بایست چنانچه ثابت گردد که دلایل دیگری مانند واکنشهای غیر قابل پیش بینی بیمار یا نقایص دانش پزشکی و... سبب ورود خسارت گردیده، نمی توان میان ضرر و خسارت وارده به طفل و عمل و درمان پزشک رابطه سببیت را ثابت کرد در نتیجه پزشک در این موارد مسئولیتی نخواهد داشت. و به دیگر سخن در صورت وجود سببهای مختلف در ورود ضرر به طفل جهت مسئول دانستن

^۱ - ناصر کاتوزیان، همان، ص ۴۵۵

پزشک باید اثبات کنیم که مسامحه یا عدم دقت، غفلت یا عدم مهارت پزشک در درمان عامل موثر یا مستقیم یا کافی برای ورود آن ضرر بوده و نه عوامل دیگر، که انجام این امر کاری سخت و امکان ناپذیر می باشد، و به عبارت دیگر نمی توان این رابطه سببیت را اثبات کرد.

گفتار چهارم: آثار مسئولیت مدنی پزشک

حال که پذیرفتیم که پزشک در اثر اعمالی (اعم از مثبت و منفی) که در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم مرتکب می شود و بواسطه آن باعث ورود خسارت می گردد، دارای مسئولیت مدنی است باید دانست که این مسئولیت مدنی برای پزشک آثار و عواقبی دارد که از آن جمله می توان به امکان طرح دعوی برای مطالبه خسارت بر علیه پزشک اشاره نمود. که در این بند ابتدائاً^۱ به اینکه اشخاصی که می توانند بر علیه پزشک طرح دعوا نمایند و اینکه مهمترین عناوینی که برای طرح دعوا بر علیه پزشک در فرآیند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم می توان مطرح نمود را مورد بررسی قرار می دهیم.

بنداول: افراد ذیحق جهت اقامه دعوی مطالبه خسارت بر علیه پزشک

الف) طرح دعوی توسط طفل

سؤال این است که اگر بر اثر اقدامات پزشک بر روی جنین یا مادر در فرآیند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم، طفلی به دنیا آید که معیوب یا ناقص باشد آیا چنین طفلی بعد از رسیدن به سن رشد حق اقامه دعوی جبران خسارت بر علیه آن پزشک را خواهد داشت یا خیر؟

بموجب حقوق ایران برای اینکه جنین دارای شخصیت حقوقی گردد می بایست زنده متولد گردد، به عبارت دیگر جنین دارای وجود مستقلی محسوب نمی گردد و در ردیف افراد انسانی قرار نگرفته مگر اینکه زنده متولد گردد که ماده ۹۵۷ قانون مدنی مفهّم این موضوع می باشد. اما در دکتترین حقوقی از لحظه لقاح میان اسپرم و تخمک، به وجود حاصل از آن حمل گفته می شود پس در نتیجه باید گفت که جنین از لحظه انعقاد نطفه دارای شخصیت حقوقی و اهلیت تمتع میگردد و در نتیجه حق جبران خسارت برای او ایجاد می گردد و او می تواند جبران زیانهای وارده بر خود را از طریق دادگاه مطالبه نماید البته به شرطی که زنده متولد گردد. و این نتیجه را می توان از مفهوم ماده ۸۷۵ قانون مدنی نیز استنباط نمود چرا که این ماده شرط وراثت را زنده بودن در

حین فوت مورث می داند، اما اگر حمل باشد در صورت انعقاد نطفه قبل از فوت به شرط زنده متولد شدن ارث می برد حتی اگر بلافاصله بعد از تولد بمیرد.

بنابراین ملاحظه می گردد که علاوه بر دکترین حقوقی صراحت ماده فوق نیز موید دارا بودن شخصیت حقوقی برای جنین از حین انعقاد نطفه است البته به شرط زنده متولد شدن. پس با زنده متولد شدن از کلیه حقوق مدنی متمتع می گردد که یکی از این حقوق، حق مطالبه خسارت می باشد اما چون بدلیل نرسیدن به سن قانونی شخصا نمی تواند این حق را مطالبه نماید تا آن زمان اعمال این حق می بایست توسط والدین صورت گیرد و اگر والدین آنرا اعمال نکردند خود او می تواند بعد از رسیدن به سن قانونی و دارا شدن اهلیت استیفاء نسبت به طرح دعوای مطالبه خسارات وارده بر خود در دوره جنینی اقدام نماید.

سؤال بسیار مهمی که در اینجا مطرح می گردد این است که آیا استقرار در رحم نیز همانند زنده متولد شدن از شروط لازم جهت شدن اهلیت تمتع برای طرح این دعوا می باشد یا خیر؟ که این مساله در تلقیح مصنوعی به این صورت مطرح می گردد که اگر عمل تلقیح بین اسپرم و تخمک در محیط آزمایشگاهی صورت گیرد، آیا از لحظه انعقاد نطفه و تشکیل زایگوت در آزمایشگاه می توان برای چنین موجودی اهلیت تمتع قائل شد؟

بحث بر سر این موضوع از آن جهت اهمیت دارد که دارای آثار حقوقی مهمی می باشد مثلاً "چنانچه اگر صرف امتزاج اسپرم و تخمک را ولو در محیط آزمایشگاهی را لحظه شروع تمتع از حقوق مدنی بدانیم در این صورت در بحث ارث، زایگوت حاصله در محیط آزمایشگاه یکی از وراثت ارث بر خواهد بود و حتی می توان به نفع او وصیت تملیکی هم نمود و یا مالی را به او هبه نمود، چرا که زایگوت با استقرار در رحم و زنده متولد شدن دارای اهلیت کامل خواهد بود. به عبارت دیگر زایگوت دارای اهلیت متزلزلی است که استحکام و کامل شدن اهلیت او منوط است به استقرار در رحم و زنده متولد شدن.

البته با عنایت به ماده ۹۵۷ و ۱۲۷۰ قانون مدنی مشاهده می گردد که اهلیت تمتع برای حمل از لحظه انعقاد نطفه به رسمیت شناخته شده البته به شرط زنده متولد شدن. و این شرط زنده متولد شدن هم برای آن است که اگر حمل زنده متولد نشود به هیچ عنوان نمی توان آن را انسان یا بشر دانست. در هر حال باید دانست که استفاده از واژه حمل به عنوان مرحله ای از حیات انسانی که در رحم طی می شود و تمتع او از حقوق مدنی در این دوره کاملاً صحیح و پذیرفتنی است و شرط زنده متولد شدن او نیز به جهت حمایت از حیات و حقوق جنین، امری کاملاً معقول و ضروری است. و تمامی موارد فوق برای زایگوت حاصل از لقاح اسپرم و تخمک در محیط

آزمایشگاهی از زمانی که به رحم انتقال می یابد نیز صادق است چرا که در این مورد هم عرفاً "عنوان حمل بر آن صدق می نماید. اما در اینکه نسبت به زایگوت حاصل از لقاح اسپرم و تخمک در محیط آزمایشگاه مادام که به رحم منتقل نگردیده می توان حقوق مدنی اعطاء نمود یا خیر، به قطعیت نمی توان نظر داد. مثلاً" اگر از لحظه تشکیل زایگوت در محیط آزمایشگاه تا زمان انتقال آن به رحم مدت زمانی فاصله بیفتد و در این فاصله زمانی صاحب اسپرم فوت نماید، آیا می توان برای آن زایگوت که بعد از فوت صاحب اسپرم در رحم مستقر گردیده و زنده هم متولد شده نسبت به ماترک صاحب اسپرم دارای حق دانست و او را جزء وراثت محسوب نمود؟

یک نظر این است که درست است که قانون مدنی تمتع از حقوق مدنی را برای حمل با شرط زنده متولد شدن به رسمیت شناخته است اما باید دانست که در عرف به جنینی، حمل اطلاق می گردد که در رحم مستقر شده و در حال تکامل باشد لذا نمی توان برای زایگوت لقاح یافته در محیط آزمایشگاه مادام که در رحم مستقر نگردیده، تمتع از حقوق مدنی قائل شد.

اما نظر دیگر این است که با توجه به روح مقررات و تفسیر منطقی ماده ۹۵۷ قانون مدنی، به زایگوت لقاح یافته به عنوان یک انسان بالقوه باید نظر داشته و تفاوتی بین تشکیل زایگوت در داخل یا خارج رحم قائل نشد و به عبارت دیگر منظور قانونگذار از واژه حمل یک انسان بالقوه بوده چه در رحم باشد یا خارج از آن^۱.

حال اگر این نظر را بپذیریم در صورت ورود خسارت به جنین قبل از انتقال به رحم نیز طفل حق مطالبه خسارات وارده بر آن را خواهد داشت و می تواند نسبت به پزشک اقامه دعوی نماید البته پس از رسیدن به سن قانونی، و این حق قبل از رسیدن به سن قانونی می تواند توسط پدر و مادر او اعمال گردد. و حتی اگر زایگوت قبل از انتقال به رحم نیز از بین برود پدر و مادر می توانند اقدام به طرح دعوی مطالبه خسارت نمایند.

اما اگر نظر اول را که قائل به عدم انسان بودن زایگوت قبل از استقرار در رحم بود را بپذیریم، هرگونه خسارات وارده به زایگوت قبل از انتقال به رحم قابل مطالبه نمی باشد چه از طرف طفل پس از رسیدن به سن قانونی و چه قبل از آن توسط والدین.

ب) طرح دعوی بر علیه پزشک توسط والدین کودک

^۱ سید حسین و مرتضی، صفایی و قاسم زاده، همان، ص ۳۶

از آنجایی که بر اثر اقدامات پزشک در فرآیند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم ممکن است علاوه بر طفل خساراتی نیز بر پدر و مادر وارد گردد به این صورت که اگر پزشک بر اثر انجام اقدامات خود بر روی جنین یا مادر، به مادر صدماتی وارد نماید که منجر به بیماری او گردد یا بر اثر اقدامات او طفلی ناقص یا معیوب به دنیا آید و بر اثر آن خساراتی اعم از مالی یا معنوی بر پدر و مادر وارد گردد، آیا والدین می توانند نسبت به خسارات وارده بر خود و همچنین به نمایندگی از طفل نسبت به خساراتی که بر او وارد شده، بر علیه پزشک اقامه دعوی مطالبه خسارت نمایند؟

در این مورد باید گفت که اگر بر اثر بی مبالاتی پزشک و تخلف او در فرآیند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم صدمه ای به مادر وارد آید باید بینیم که این تخلف پزشک، تخلف او از مفاد قرارداد منعقد فی مابین او با والدین است یا تخلف از حکم قانون؟

حال اگر تخلف پزشک تخلف از مفاد قرارداد باشد والدین بر اساس تخلف از مفاد قرارداد می توانند بر علیه پزشک اقامه دعوی مطالبه خسارت نمایند و به عبارت دیگر مبنای مسئولیت پزشک در اینجا مسئولیت قراردادی او خواهد بود.

اما اگر تخلف او تخلف از مفاد قانون باشد، در این صورت والدین به استناد ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، حق طرح دعوی مسئولیت مدنی علیه پزشک و مطالبه خسارات خواهند داشت. البته باید در نظر داشت که خسارات وارده به والدین محدود به دوره خاصی از درمان نمی شود و حتی اگر این خسارات قبل از انتقال زایگوت به رحم نیز وارد آید والدین می توانند نسبت به جبران خسارات وارده اقامه دعوی نمایند. همچنین والدین می توانند از طرف طفل هم تا زمانی که به سن قانونی نرسیده، نسبت به خسارات وارده بر او بر علیه پزشک اقامه دعوی مطالبه خسارت نمایند.

بند دوم: عناوین دعاوی مطالبه خسارت بر علیه پزشک

اینکه چگونه و با چه عناوینی می توان بر علیه پزشک به دلیل خساراتی که بر اثر قصور یا اهمال یا بی مبالاتی یا تخلف او از قرارداد یا مفاد قانون، به طفل یا والدین و یا حتی دیگران (مثل زنی که در اجاره رحم، رحم خود را اجاره داده است و شوهر او) وارد می آوردمی توان اقامه دعوی نمود بر طبق اصول و قواعد حقوقی نمی توان

هیچ محدودیتی قائل شد و همین که بتوان مسئولیت مدنی یا مسئولیت قراردادی پزشک را اثبات نمود کفایت می کند و لازم نیست که حتماً "دعوا تحت عنوان یا عناوین خاصی مطرح گردد.

اما موضوعی که در اینجا مطرح می گردد این است که در حقوق برخی از کشورها و همچنین در حقوق کامن لو چون برای جنین در دوران بارداری شخصیت حقوقی قائل و به تبع آن حق مطالبه خسارت از ناحیه وی برای خسارات به بار آمده در هنگام لقاح یا دوران بارداری و حق طرح دعوی بر علیه پزشک یا هر شخص دیگری قائل می باشند، دعاوی علیه پزشک را با توجه به ادعای مطرح شده در آنها می توان تحت عناوین کلی «تولد ناخواسته» و «زندگی ناخوشایند» طبقه بندی نمود. که دعوی تولد ناخواسته معمولاً "توسط والدین بر علیه پزشک مطرح می گردد. با این ادعا که بر اثر تقصیر یا مسامحه کاری پزشک در عمل جراحی راجع به عقیم نمودن یا سقط جنین، یک یا چند فرزند بصورت ناخواسته بر آنها تحمیل گردیده و در نتیجه باعث ورود خسارت به آنها گردیده است. و دعوی زندگی ناخوشایند هم عنوان دعوایی است که از جانب طفل بر علیه پزشک اقامه می گردد بر مبنای اینکه بر اثر تقصیر پزشک معالج، طفل با معلولیت ذهنی یا جسمی متولد گردیده است.

مبحث دوم: مسئولیت مدنی کادر درمانی غیر پزشک

انجام فرآیند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم فقط با حضور یک پزشک محقق نمی گردد و یک کادر درمانی غیر پزشک شامل پرستار، ماما، متخصص بی هوشی، رادیولوژیست، کارمندان فنی و ... نیز می بایست در کنار پزشک وجود داشته باشد تا این فرایند با موفقیت به سرانجام برسد.

همانطور که ملاحظه می گردد کادر درمانی غیر پزشک نقش مهمی در فرآیند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم دارد بطوریکه کمترین خطای آنها می تواند منجر به صدمات غیر قابل جبران برای طفل یا اهداء کنندگان و دریافت کنندگان جنین یا گامت و اجاره دهندگان و اجاره کنندگان رحم گردد. به همین جهت در این مبحث به بررسی مبنا و ارکان مسئولیت مدنی کادر درمانی غیر پزشک و سپس به بررسی موجبات و آثار مسئولیت مدنی آنها می پردازیم.

گفتار اول: مبنای مسئولیت مدنی کادر درمانی غیر پزشک در فرآیند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم و ارکان آن

بند اول: مبنای مسئولیت مدنی کادر درمانی غیر پزشک

کادر درمانی در عمل تلقیح مصنوعی و اجاره رحم دارای نقش اساسی می باشد لذا بحث درباره مسئولیت اعضای آنها دارای اهمیت بسیار می باشد. بنابراین لازم است جهت شناختن افراد مسئول و حدود مسئولیت آنها ابتدائاً "مبنای مسئولیت سیستم درمانی را مورد بررسی قرار می دهیم.

همانگونه که در بحث در رابطه با مبنای مسئولیت پزشک اشاره گردید در مورد مبنای مسئولیت مدنی کادر درمانی غیر پزشک نیز در سیستم حقوقی ایران هیچ قاعده یا اصلی اختصاصاً در مورد مسئولیت مدنی کادر درمانی وجود ندارد و فقط یک سری قواعد عمومی مربوط به مسئولیت مدنی بیان شده است، به عبارت دیگر در نظام حقوقی ایران این قواعد عمومی مربوط به مسئولیت مدنی در مورد تحقق خطا یا تقصیر یا ایراد ضرر و... ناظر بر روابط میان کادر درمانی و بیمار می باشند که باید دانست که قواعد عمومی مسئولیت مدنی، مبنای مسئولیت یا عدم مسئولیت افراد را عموماً ناشی از بی مبالاتی اشخاص میدانند و هر چند که در خصوص مبنای مسئولیت، نظریات مختلفی از سوی حقوقدانان مطرح گردیده اما به نظر می رسد که قانونگذار ایران بیشتر نظریه تقصیر را به عنوان مبنای مسئولیت پذیرفته و به عبارت دیگر سایر نظریات به عنوان استثناء مطرح می گردند. مثلاً در موارد خاصی قانونگذار نظریه خطر را مبنای مسئولیت دانسته و بدون وجود تقصیر هم شخص را مسئول جبران خسارت معرفی می نماید که در هر حال باید دانست که این موارد چهره استثنایی داشته و قابل تعمیم به سایر موارد نخواهد بود.

حال در مورد کادر درمانی غیر پزشک باید دانست که مبنای مسئولیت ایشان چیست؟ یعنی مفاد تعهد کادر درمانی را مشخص نمود به عبارت دیگر باید مشخص نمود که آیا تعهد کادر درمانی تعهد به نتیجه است یا تعهد به وسیله. یعنی تعهد کادر درمانی تلاش و کوشش برای حصول نتیجه معینی می باشد و یا اینکه تعهد به حصول نتیجه معین.

در مورد وظیفه کادر درمانی غیر پزشک در فرآیند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم باید دانست که وظیفه این کادر آموزش، مشاوره، برنامه ریزی، پرستاری، مراقبتهای قبل و حین و بعد از عمل، ارزیابی حاملگی و پیگیری آن، کنترل فرایند تخمک گذاری و تلقیح داخل رحمی، هماهنگی برنامه های اهداء کنندگان و دریافت کنندگان جنین و گامت و ... می باشد.

حال سؤال این است که اگر مثلاً یک عضو کادر درمانی در انجام یکی از این تعهدات بدون تقصیر خسارتی وارد آورد مسئول است یا خیر؟ به عنوان مثال اگر پرستار در تفسیر نتیجه آزمایش بدون اینکه مرتکب تقصیری گردد یا به خطا رود آیا مسئول است یا اینکه تعهد او محدود به تلاش و کوشش عرفی او برای تفسیر صحیح نتایج آزمایش بوده و اگر معلوم شود که علیرغم تلاش لازم ارزیابی صحیحی از نتایج نداشته، آیا باز هم مسئول خواهد بود؟

به نظر می رسد در حقوق ایران نظر غالب در مورد تعهد کادر درمانی، تعهد به وسیله می باشد. اما همانگونه که در مورد پزشک نیز بیان شد به نظر می رسد که رعایت مصلحت بیمار ایجاب می نماید که همانگونه که در خصوص روابط بین پزشک و بیمار، تقصیر پزشک را باید مفروض دانست تا پزشک ضامن همه زیانهای که مستقیماً یا توسط دیگران بر بیمار وارد می آید باشد، به نظر می توان همین تفسیر را در خصوص مسئولیت مدنی کادر درمانی نیز در فرآیند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم پذیرفت، چرا که اگر نظریه تقصیر را مبنای مسئولیت کادر درمانی دانست در اینصورت اثبات تقصیر با بیمار خواهد بود که چون معیار تشخیص تقصیر کادر درمانی (مثلاً پرستار) اعمال سایر هموعان و همکاران در آن مورد می باشد که با توجه به شخصی و پیچیده بودن آن و عدم آگاهی عموم مردم، می تواند منجر به عدم جبران خسارت زیاندار گردد.

در هر حال با توجه به مطالب فوق، به نظر مبنای مسئولیت کادر درمانی غیر پزشک از جمله پرستار همان مبنای مسئولیت پزشک در فرآیند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم یعنی «فرض تقصیر» باشد. به عبارت دیگر کادر درمانی در صورت ورود خسارت مسئول جبران آن خواهد بود مگر اینکه بی تقصیری خود را اثبات نماید. به دیگر سخن مسئولیت کادر درمانی براساس فرض تقصیر می باشد ولی اثبات عدم تقصیر هم امکانپذیر می باشد.

بند دوم: موجبات مسئولیت مدنی تیم درمانی غیر پزشک در تلقیح مصنوعی و

اجاره رحم و آثار آن

امروزه با توجه به پیشرفتهای شگرف علم پزشکی و فن آوریهای نوین زیست پزشکی امکانات تشخیصی فراوانی در اختیار بشر قرار گرفته است اما از آنجائیکه بهره مندی از آنها از پیچیدگی، خطرناکی و حتی تهاجمی بودن زیادی برخوردار می باشد که این ویژگیها می تواند منشأ ایجاد خسارات فراوانی گردد، بطوریکه امروزه تشخیص بسیاری از بیماریهای جنین با استفاده از فن آوریهای نوین زیست پزشکی برای کادر درمانی میسر است و همین مورد زمینه مسئولیت صاحبان این حرف و مشاغل را ایجاد می نماید و حقوق پزشکی، استانداردها و معیار سنجش درستی و یا نادرستی خدمات ART (باروری های پزشکی) را مشخص می نماید. و همین پیشرفتهای علم پزشکی و وجود انواع روشهای بارداری مصنوعی ممکن است باعث بروز خطاهایی از سوی کادر درمانی در ارائه خدمات پزشکی گردد مثلاً ممکن است از طرف متخصصین علوم آزمایشگاهی، مشاوران، پرستاران و سایر افراد موجود در پرسنل پزشکی و کادر درمانی خطاهایی سر بزند که منجر به مسئولیت انتظامی، مدنی یا کیفری ایشان گردد که به عنوان مثال خطاهایی که در مرحله آزمایشگاهی می تواند محقق گردد را می توان در سه مرحله ذیل تقسیم بندی نمود:

الف) خطا در مرحله پیش از آنالیز

مرحله پیش از آنالیز در عمل تلقیح مصنوعی و اجاره رحم شامل تصمیم به تعیین آزمایش، ارائه اطلاعات لازم به بیمار، کسب رضایت از بیمار، سفارش دادن آزمایش، آماده سازی بیمار و نمونه گیری می باشد و انجام هر یک از این موارد توسط کادر درمانی توأم با خطا یا عدم رعایت موازین فقهی و حقوقی باشد.

همانطور که قبلاً گفته شد اهداء کنندگان و دریافت کنندگان جنین یا گامت می بایست از سلامتی کامل برخوردار باشند و برای علم به این موضوع می بایست از نظر بیماریهای ژنتیکی و عفونی غربالگری شوند که انجام این امر مستلزم تجویز آزمایشهای لازم از سوی پزشک و ارائه اطلاعات لازم از سوی آزمایشگاهها مثل لزوم ناشتا بودن در برخی از آزمایشات خون یا لازم بودن گذشت ۵ روز از عادت ماهیانه برای گرفتن تست اسمیر در خانمها و... و اخذ رضایت در برخی آزمایشات بخاطر عوارض احتمالی می باشد، که هریک از این مراحل می تواند همراه با خطا باشد مثل تحقق بی احتیاطی مانند اینکه پرستار با وجود آگاهی از معیوب بودن دستگاه سونوگرافی مبادرت به سونوگرافی از بیمار نماید، یا عدم مهارت یا عدم رعایت نظامات دولتی مانند تجویز دارو توسط پرستار بصورت خودسرانه. که هریک از این موارد می تواند موجبی برای تحقق مسئولیت مدنی پرسنل کادر درمانی در فرایند تلقیح مصنوعی گردد.

ب) خطا در مرحله آنالیز

مرحله آنالیز شامل آماده کردن نمونه ها، نگهداری نمونه ها، استخراج نتایج و بررسی نتایج می باشد که این مرحله از نظر فقهی و حقوقی دارای اهمیت زیادی می باشد و خطای در هر یک از این موارد توسط کادر درمانی می تواند مسئولیت را برای ایشان محقق گرداند. به عنوان مثال رعایت شرایطی در هنگام نمونه برداری ضروری است مثل اینکه در گرفتن نمونه اسپرم، می بایست حداقل ۳ روز و حداکثر ۷ روز از آخرین مقاربت بیمار گذشته باشد و یا اینکه بیمار دچار بیماریهای عفونی، ویروسی و تب نباشد یا عدم استفاده بیمار از داروهای خاص از سه هفته قبل یا تهیه استریل نمونه.

در هر حال اگر نمونه گیری با شرایط گفته شده انجام نشود و در نتیجه آن جنین اهداء شده سالم نباشد می تواند موجب مسئولیت مدنی پرسنل آزمایشگاهی گردد. و همچنین اگر بر اثر سهل انگاری مسئولین آزمایشگاهی، نمونه ها جابجا شوند و یا از بین بروند چون در اینصورت استخراج نتایج امکانپذیر نخواهد بود و این امر از لحاظ مادی و معنوی باعث ایجاد خساراتی به بیمار می گردد مثل هزینه رفت و آمد، هزینه تکرار آزمایش و همچنین درد و رنج دادن نمونه و... و در نتیجه ایجاد مسئولیت مدنی برای پرسنل درمانی خواهد بود.

ج) خطا در مرحله پس از آنالیز

خطا در مرحله پس از آنالیز می تواند بصورت خطا در اعلام نتایج یا خطا در تفسیر نتایج آزمایش در معالجه و درمان بیماری باشد. مثلاً اگر بر اثر عدم دقت مسئول تحویل نتایج آزمایشگاهی بویژه در خصوص تشابه اسمی، نتایج نمونه به بیمار دیگری تحویل داده شود و به تبع آن باعث تشخیص نادرست پزشک و تجویز داروهای نامناسب گردد و به این ترتیب مجموعه ای از ضررهای مادی و معنوی به بیمار وارد آید، این موضوع می تواند موجب مسئولیت مدنی مسئول تحویل آزمایشگاه و حتی سرپرست آن آزمایشگاه گردد. و گاهی ممکن است بدلیل اینکه پزشک آزمایشگاه دارای تخصص و دانش مربوطه نباشد در تفسیر نتایج آزمایش دچار خطا شود مثلاً اگر اهداء کننده جنین یا گامت، HIV مثبت باشد ولی پزشک آزمایشگاه آنرا تشخیص ندهد و جواب نمونه را منفی اعلام کند و در نتیجه علاوه بر آلوده شدن جنین، زوجین دریافت کننده نیز به این ویروس آلوده می گردند و این امر می تواند موجب مسئولیت مدنی پزشک آزمایشگاه گردد.

بند سوم: ارکان مسئولیت مدنی کادر درمانی غیر پزشک در فرآیند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم

ارکان مسئولیت مدنی کادر درمانی غیر پزشک در فرآیند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم عبارتند از: ۱- ورود ضرر توسط کادر درمانی غیر پزشک ۲- ارتکاب فعل زیانبار کادر درمانی غیر پزشک ۳- وجود رابطه سببیت بین آنها

اول: وقوع ضرر توسط کادر درمانی غیر پزشک

طبق ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و همچنین اصل ۱۷۱ قانون اساسی ضرر بر دو قسم مادی و معنوی می باشد بنابراین هردوی آنها قابل مطالبه خواهند بود، لذا برای اینکه کادر درمانی غیر پزشک مسئول جبران خسارت گردند می بایست بر اثر فعل زیانبار آنها ضرری بصورت مادی یا معنوی به زیاننده وارد آید. به عنوان مثال اگر مسئول آزمایشگاه و پاتولوژی در انجام تست آمینوستنز (که جهت تشخیص بیماریهای ژنتیکی بویژه در مواردیکه مادران ریسک بالاتری برای تولد فرزندان مبتلا به منگولیسم دارند کاربرد دارد) آنرا بصورت صحیح انجام ندهد یا در تفسیر آن دچار خطا گردد، ممکن است باعث تولد نوزادی با اختلالات ژنتیکی شود و همین موضوع باعث ورود ضررهای معنوی از جمله درد جسمانی، اختلالات روانی ناشی از ناهنجاری اعضای بدن بر اثر ابتلا به منگولیسم، عدم لذت بردن، جریحه دار شدن عواطف و احساسات در کودک یا خانواده وی گردد و همه اینها علاوه بر ضررهای مادی است که برایشان وارد می آورد، که در هر حال ورود همه این ضررها اعم از مادی یا معنوی به طفل دارای نقص عضو یا طفل معلول ذهنی یا جسمی مسلم است و برای کادر درمان در صورت تحقق سایر شرایط مسئولیت مدنی به بار می آورد.

دوم: ارتکاب فعل زیانبار توسط کادر درمانی غیر پزشک

فعل زیانبار که توسط کادر درمانی غیر پزشک محقق می گردد حتماً "لازم نیست که بصورت فعل باشد و حتی کادر درمانی می تواند بر اثر ترک فعلی که انجام آن وظیفه او بوده نیز باعث ورود خسارت گردد، به عبارت دیگر اگر کادر درمانی بر اثر انجام فعل یا ترک فعلی باعث ورود خسارت گردد در صورت وجود سایر شرایط،

مسئول جبران خسارات وارده خواهد بود. به دیگر سخن فعل زیانبار کادر درمانی هم می تواند بصورت فعل مثبت باشد هم بصورت فعل منفی.

سوم: رابطه سببیت

یکی از شروط لازم جهت تحقق مسئولیت مدنی این است که می بایست بین ضرر وارده با فعل ارتكابی رابطه سببیت وجود داشته باشد به عبارت دیگر صرف ورود ضرر و یا ارتكاب فعل زیانبار جهت مسئول شدن شخصی کفایت نمی کند هرچند که شرط لازم است و حتماً می بایست بین آنها رابطه سببیت هم وجود داشته باشد. مثلاً اگر پرستار در تزریق به موقع داروهایی که جهت آماده کردن محیط رحم برای لانه گزینی لازم بوده، سهل انگاری نماید و همین امر باعث گردد که پس از انتقال جنین به رحم بدلیل عدم آمادگی رحم، جنین سقط گردد در اینجا رابطه سببیت بین فعل پرستار و ضرر وارده برقرار بوده و مسئولیت پرستار بر جبران خسارت محقق می گردد.

گفتار دوم: آثار مسئولیت مدنی کادر درمانی غیر پزشک در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم

مهمترین اثر مسئولیت مدنی کادر درمانی غیر پزشک در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم علاوه بر مسئولیت ایشان بر جبران خسارت و ضرر وارده این است که می توان اقدام به طرح دعوی مطالبه خسارت بر علیه ایشان نمود.

الف) نظریات مربوط به مسئولیت مدنی کادر درمانی در تلقیح مصنوعی و اجاره رحم برای مطالبه خسارت:

از آنجائیکه کادر درمانی در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم عبارت است از مجموعه ای از افراد با تخصص و دانش ویژه مثل پزشک متخصص زنان، پرستار، مشاور، پرسنل آزمایشگاه، مدیر موسسه پزشکی، مسئولین فنی و... و همین موضوع باعث می گردد تا اظهار نظر در خصوص مسئولیت اعضای کادر درمان همراه با سختی بسیار باشد، چرا که در صورت مرگ بیمار یا صدمه به او، این سؤال مطرح می گردد که مسئولیت آنرا می بایست به چه کسی نسبت داد؟ و آیا می توان گفت که اعضای کادر درمانی در قبال اعمال خویش مسئولیتی ندارند و از

این لحاظ تابع مسئولیت سرپرست و مدیر گروه می باشند؟ و یا اینکه باید گفت مسئولیت مدیر نسبت به خطاهای ارتكابی توسط اعضای گروه کادر درمانی، نافی مسئولیت اعضای کادر درمانی نیست؟

در هر حال در مورد مسئولیت کادر درمانی نظریات مختلفی ارائه گردیده است که به نظر از میان این نظریات و تئوریهای ارائه شده، در نظام حقوقی ایران دو نظر بیشتر قابل طرح و قابل دفاع می باشد که این نظریات به شرح ذیل می باشند"

دیدگاه اول:

بر طبق این نظریه می بایست مسئولیت ناشی از اعمال کلیه همکاران و زیردستان در کادر پزشکی را متوجه سرپرست تیم دانست و به عبارت دیگر سرپرست تیم پزشکی همانند یک سردفتر یا یک ناخدای کشتی که آنرا هدایت و رهبری می کند و نمی توان مسئولیت آنها را با مسئولیت سایر همکارانش در گروه تفکیک نمائیم زیرا که همکاران او تشکیل دهنده اعضای آن تیم هستند که تحت نظارت و سرپرستی او فعالیت می کنند.

دیدگاه دوم:

بر طبق این نظریه چون تمامی افرادی که در یک تیم پزشکی با هم همکاری می کنند دارای صلاحیت مداخله در امور پزشکی می باشند و سهمی مستقل از دیگران در اعمال خویش دارند لذا هر یک مسئولیت اعمال خویش را خواهند داشت، که این نظریه تحت عنوان «تئوری مسئولیت قانونی» نیز مورد مطالعه قرار می گیرد. مثلاً پرستار در عمل تلقیح مصنوعی به عنوان یکی از اعضای کادر درمانی دارای یک سری وظایف و مسئولیتهایی می باشد همانند اجرای دستورات قانونی پزشک، گزارش انجام اقدامات بالینی، و گزارش کمبودها در خصوص امکانات و تجهیزات و نیروی انسانی. حال اگر پرستار به این وظایف قانونی خود عمل نکند و در اثر آن خسارتی به بار آید نسبت به جبران آن خسارات مسئولیت مدنی خواهد داشت. اما اگر به این وظایف عمل کند مثلاً گزارش کمبودها را به مدیر یا سرپرست گروه بدهد ولی بر اثر عدم ترتیب اثر دادن به آن گزارش توسط مدیر، خسارتی وارد آید در اینصورت پرستار نسبت به آن هیچگونه مسئولیتی نخواهد داشت.

به عبارت دیگر در تئوری مسئولیت قانونی فرضیه اصلی این است که هر فردی از مسئولیت مستقیم قانونی برخوردار است بنابراین در کادر درمانی نیز تمامی اعضای آن در قبال اعمال خود از یک سطح اولیه مسئولیت برخوردار می باشند و در این زمینه فرقی بین حرفه ای یا غیرحرفه ای بودن ایشان وجود ندارد.

البته باید دانست که در رابطه با مسئولیت سرپرست کادر درمانی (پزشک) در مقابل خساراتی که از ناحیه اعضای گروه به بیمار وارد می آید، اصل بر مسئولیت قراردادی است و ابتدائاً می بایست مفاد قرارداد منعقدۀ فی مابین پزشک و بیمار را ملاک قرارداد یعنی مبنای مسئولیت در اینجا مفاد قرارداد منعقدۀ بین پزشک و بیمار است. به عبارت دیگر زمانی می توان پزشک (سرپرست کادر درمانی) را مسئول جبران خسارات وارده بر بیمار بر اثر اعمال همکاران او دانست که در قرارداد به آن اشاره شده باشد، در غیر اینصورت علی الصول طبق قواعد عام می بایست به وارد کننده خسارت رجوع نمود. و در حقوق جزا نیز با توجه به اصل شخصی بودن جرایم و مجازاتها نمی توان به راحتی کسی را به لحاظ ارتکاب جرم توسط دیگری مجازات نمود.

البته طبق تبصره ۲ ماده ۲۲ آیین نامه تاسیس مراکز تخصصی ناباروری که بیان نموده «کلیه مسئولیتهای مرکز ART به عهده متخصص زنان و زایمان بوده مگر مسئولیتهای مربوط به آزمایشگاه ART و آزمایشگاه بالینی» در هر حال با حکم فوق الذکر و همچنین مطالب ذکر شده در بالا باید گفت که به نظر می رسد که در یک تیم درمانی ART در خصوص سرپرست تیم که همان پزشک متخصص زنان و زایمان می باشد باید گفت که:

۱- در صورت انعقاد قرارداد بین پزشک و بیمار، مسئولیت پزشک در دایره مسئولیت قراردادی تعریف و توجیه می گردد. به همین جهت ابتدا باید مفاد قرارداد و تعهدات پزشک را بررسی نمود.

۲- از باب مسئولیت قهری پزشک ناشی از اعمال همکاران او که با نظارت و هدایت او انجام می شود به این اعتبار که سرپرست تیم پزشکی است و تبعیت از اوامر او از لحاظ حقوقی لازم و ضروری است، یک امر استثنائی است زیرا اصل و قاعده این است که هر کس مسئول رفتار و خطای خویش است و مسئولیت ناشی از فعل یا اعمال دیگران چهره حمایتی دارد بدین جهت که که زیانی، جبران نشده باقی نماند.

بنابر مطالب فوق به نتایجی دست پیدا می کنیم که عبارتند از:

اولاً "پزشک در خصوص خطای عمدی همکاران خود مسئولیتی ندارد، به عبارت دیگر مسئولیت ناشی از خطای عمدی همکاران از دایره شمول قاعده فوق مستثنی میگردد و وضعیت خاص خود را دارد.

ثانیاً "اگر سایر همکاران واجد شرایط مقرر قانونی نباشند، پزشک در قبال خطای ناشی از اعمال و اقدامات آنان مسئولیتی نخواهد داشت.

ثالثاً" در صورت عدم رعایت دستورات پزشک توسط همکاران، پزشک در قبال آن مسئولیتی نخواهد داشت و اقدامات آنان در این صورت در دایره مسئولیت سرپرست تیم پزشکی قرار نمی گیرد.

رابعاً" در صورت خطای همکاران از اختیارات و وظایف قانونی خود، مسئولیت با خود آنها خواهد بود و پزشک در قبال آن مسئولیتی نخواهد داشت.

در غیر موارد فوق اگر بر اثر فعالیت همکاران صدمه یا خسارتی وارد آید، مسئولیت آن متوجه پزشک (سرپرست گروه) خواهد بود چرا که فرض بر این است که آنها برای انجام وظایفشان به درستی هدایت نشده اند و سرپرست در این زمینه بی مبالاتی کرده است.

مفاد قاعده فوق از ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی نیز قابل استنباط است چرا که دستوری که پزشک معالج می دهد به عنوان سبب است ولی چون در اینجا سبب اقوی از مباشر می باشد مسئولیت با او خواهد بود. به همین جهت باید دانست که آنچه در رابطه با مسئولیت پزشک نسبت به اعمال دستیاران و زیردستانش اهمیت دارد این است که رابطه سببیت بین خطای سرپرست و نتایج حاصله (خسارات وارده) احراز گردد که این امر در مسئولیت کیفری استثنائی بر اصل شخصی بودن جرایم و مجازاتها می باشد.

ب) اشخاص ذینفع برای طرح دعوی مطالبه خسارات بر علیه کادر درمانی غیر پزشک

اول: طرح دعوی توسط طفل

سؤال این است که اگر بر اثر اقدامات کادر درمانی (غیر پزشک) بر روی جنین یا مادر در فرآیند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم، طفلی به دنیا آید که معیوب یا ناقص باشد آیا چنین طفلی بعد از رسیدن به سن رشد حق اقامه دعوی جبران خسارت بر علیه آن پزشک را خواهد داشت یا خیر؟

بموجب حقوق ایران برای اینکه جنین دارای شخصیت حقوقی گردد می بایست زنده متولد گردد، به عبارت دیگر جنین دارای وجود مستقلی محسوب نمی گردد و در ردیف افراد انسانی قرار نگرفته مگر اینکه زنده متولد گردد که ماده ۹۵۷ قانون مدنی مفهّم این موضوع می باشد. اما در دکتترین حقوقی از لحظه لقاح میان اسپرم و تخمک، به وجود حاصل از آن حمل گفته می شود پس در نتیجه باید گفت که جنین از لحظه انعقاد نطفه دارای شخصیت حقوقی و اهلیت تمتع میگردد و در نتیجه حق جبران خسارت برای او ایجاد می گردد و او می تواند جبران زیانهای وارده بر خود را از طریق دادگاه مطالبه نماید البته به شرطی که زنده متولد گردد. و این

نتیجه را می توان از مفهوم ماده ۸۷۵ قانون مدنی نیز استنباط نمود چرا که این ماده شرط وراثت را زنده بودن در حین فوت مورث می داند، اما اگر حمل باشد در صورت انعقاد نطفه قبل از فوت به شرط زنده متولد شدن ارث می برد حتی اگر بلافاصله بعد از تولد بمیرد.

بنابراین ملاحظه می گردد که علاوه بر دکترین حقوقی صراحت ماده فوق نیز موید دارا بودن شخصیت حقوقی برای جنین از حین انعقاد نطفه است البته به شرط زنده متولد شدن. پس با زنده متولد شدن از کلیه حقوق مدنی متمتع می گردد که یکی از این حقوق، حق مطالبه خسارت می باشد اما چون بدلیل نرسیدن به سن قانونی شخصا نمی تواند این حق را مطالبه نماید تا آن زمان اعمال این حق می بایست توسط والدین صورت گیرد و اگر والدین آنرا اعمال نکردند خود او می تواند بعد از رسیدن به سن قانونی و دارا شدن اهلیت استیفاء نسبت به طرح دعوای مطالبه خسارات وارده بر خود در دوره جنینی اقدام نماید.

سؤال بسیار مهمی که در اینجا مطرح می گردد این است که آیا استقرار در رحم نیز همانند زنده متولد شدن از شروط لازم جهت شدن اهلیت تمتع برای طرح این دعوا می باشد یا خیر؟ که این مساله در تلقیح مصنوعی به این صورت مطرح می گردد که اگر عمل تلقیح بین اسپرم و تخمک در محیط آزمایشگاهی صورت گیرد، آیا از لحظه انعقاد نطفه و تشکیل زایگوت در آزمایشگاه می توان برای چنین موجودی اهلیت تمتع قائل شد؟

بحث بر سر این موضوع از آن جهت اهمیت دارد که دارای آثار حقوقی مهمی می باشد مثلاً "چنانچه اگر صرف امتزاج اسپرم و تخمک را ولو در محیط آزمایشگاهی را لحظه شروع تمتع از حقوق مدنی بدانیم در این صورت در بحث ارث، زایگوت حاصله در محیط آزمایشگاه یکی از وراثت ارث بر خواهد بود و حتی می توان به نفع او وصیت تملیکی هم نمود و یا مالی را به او هبه نمود، چرا که زایگوت با استقرار در رحم و زنده متولد شدن دارای اهلیت کامل خواهد بود. به عبارت دیگر زایگوت دارای اهلیت متزلزلی است که استحکام و کامل شدن اهلیت او منوط است به استقرار در رحم و زنده متولد شدن.

البته با عنایت به ماده ۹۵۷ و ۱۲۷۰ قانون مدنی مشاهده می گردد که اهلیت تمتع برای حمل از لحظه انعقاد نطفه به رسمیت شناخته شده البته به شرط زنده متولد شدن. و این شرط زنده متولد شدن هم برای آن است که اگر حمل زنده متولد نشود به هیچ عنوان نمی توان آن را انسان یا بشر دانست. در هر حال باید دانست که استفاده از واژه حمل به عنوان مرحله ای از حیات انسانی که در رحم طی می شود و تمتع او از حقوق مدنی در این دوره کاملاً صحیح و پذیرفتنی است و شرط زنده متولد شدن او نیز به جهت حمایت از حیات و حقوق جنین، امری

کاملاً" معقول و ضروری است. و تمامی موارد فوق برای زایگوت حاصل از لقاح اسپرم و تخمک در محیط آزمایشگاهی از زمانی که به رحم انتقال می یابد نیز صادق است چرا که در این مورد هم عرفاً "عنوان حمل بر آن صدق می نماید. اما در اینکه نسبت به زایگوت حاصل از لقاح اسپرم و تخمک در محیط آزمایشگاه مادام که به رحم منتقل نگردیده می توان حقوق مدنی اعطاء نمود یا خیر، به قطعیت نمی توان نظر داد. مثلاً" اگر از لحظه تشکیل زایگوت در محیط آزمایشگاه تا زمان انتقال آن به رحم مدت زمانی فاصله بیفتد و در این فاصله زمانی صاحب اسپرم فوت نماید، آیا می توان برای آن زایگوت که بعد از فوت صاحب اسپرم در رحم مستقر گردیده و زنده هم متولد شده نسبت به ماترک صاحب اسپرم دارای حق دانست و او را جزء وراثت محسوب نمود؟

یک نظر این است که درست است که قانون مدنی تمتع از حقوق مدنی را برای حمل با شرط زنده متولد شدن به رسمیت شناخته است اما باید دانست که در عرف به جنینی، حمل اطلاق می گردد که در رحم مستقر شده و در حال تکامل باشد لذا نمی توان برای زایگوت لقاح یافته در محیط آزمایشگاه مادام که در رحم مستقر نگردیده، تمتع از حقوق مدنی قائل شد.

اما نظر دیگر این است که با توجه به روح مقررات و تفسیر منطقی ماده ۹۵۷ قانون مدنی، به زایگوت لقاح یافته به عنوان یک انسان بالقوه باید نظر داشته و تفاوتی بین تشکیل زایگوت در داخل یا خارج رحم قائل نشد و به عبارت دیگر منظور قانونگذار از واژه حمل یک انسان بالقوه بوده چه در رحم باشد یا خارج از آن^۱.

حال اگر این نظر را بپذیریم در صورت ورود خسارت به جنین قبل از انتقال به رحم نیز طفل حق مطالبه خسارات وارده بر آن را خواهد داشت و می تواند نسبت به کادر درمانی اقامه دعوی نماید البته پس از رسیدن به سن قانونی، و این حق قبل از رسیدن به سن قانونی می تواند توسط پدر و مادر او اعمال گردد. و حتی اگر زایگوت قبل از انتقال به رحم نیز از بین برود پدر و مادر می توانند اقدام به طرح دعوی مطالبه خسارت نمایند. اما اگر نظر اول را که قائل به عدم انسان بودن زایگوت قبل از استقرار در رحم بود را بپذیریم، هرگونه خسارات وارده به زایگوت قبل از انتقال به رحم قابل مطالبه نمی باشد چه از طرف طفل پس از رسیدن به سن قانونی و چه قبل از آن توسط والدین.

دوم) طرح دعوی توسط والدین کودک

^۱ - سید حسین و مرتضی، صفایی و قاسم زاده، همان، ص ۳۶

از آنجایی که بر اثر اقدامات کادر درمانی در فرآیند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم ممکن است علاوه بر طفل خساراتی نیز بر پدر و مادر وارد گردد به این صورت که اگر کادر درمانی بر اثر انجام اقدامات خود بر روی جنین یا مادر، به مادر صدماتی وارد نماید که منجر به بیماری او گردد یا بر اثر اقدامات آنها طفلی ناقص یا معیوب به دنیا آید و بر اثر آن خساراتی اعم از مالی یا معنوی بر پدر و مادر وارد گردد، آیا والدین می توانند نسبت به خسارات وارده بر خود و همچنین به نمایندگی از طفل نسبت به خساراتی که بر او وارد شده، بر علیه کادر درمانی اقامه دعوی مطالبه خسارت نمایند؟

در این مورد باید گفت که اگر بر اثر بی مبالاتی کادر درمانی و تخلف آنها در فرآیند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم صدمه ای به مادر وارد آید باید ببینیم که این تخلف عضو کادر درمانی، تخلف او از مفاد قرارداد منعقد با والدین است یا تخلف از حکم قانون؟

حال اگر تخلف عضو کادر درمان تخلف از مفاد قرارداد باشد والدین بر اساس تخلف از مفاد قرارداد می توانند بر علیه او اقامه دعوی مطالبه خسارت نمایند و به عبارت دیگر مبنای مسئولیت وی در اینجا مسئولیت قراردادی او خواهد بود.

اما اگر تخلف او تخلف از مفاد قانون باشد، در این صورت والدین به استناد ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، حق طرح دعوی مسئولیت مدنی علیه او و مطالبه خسارات را خواهند داشت. البته باید در نظر داشت که خسارات وارده به والدین محدود به دوره خاصی از درمان نمی شود و حتی اگر این خسارات قبل از انتقال زایگوت به رحم نیز وارد آید والدین می توانند نسبت به جبران خسارات وارده اقامه دعوی نمایند^۱.

همچنین والدین می توانند از طرف طفل هم تا زمانی که به سن قانونی نرسیده، نسبت به خسارات وارده بر او بر علیه کادر درمانی اقامه دعوی مطالبه خسارت نمایند.

ذکر این نکته لازم است که عناوینی که تحت آن میتوان بر علیه کادر درمانی اقامه دعوی مطالبه خسارت نمود همان عناوینی است که بر علیه پزشک می توان مطرح نمود که سابقاً^۲ و در مبحث عناوین دعاوی مطالبه خسارت بر علیه پزشک تشریح گردید.

^۱ - عباس نایب زاده، بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی، تهران، انتشارات مجد، سال ۱۳۸۰، ص ۴۲۵-۴۲۷

نتیجه گیری

تلقیح مصنوعی و اجاره رحم یکی از روشهای نوین و شاید مهمترین آنها در درمان ناباروری می باشد که برگرفته از تحقیقات و یافته های نوین علم پزشکی می باشد البته باید دانست که اجاره رحم نیز به نوعی داخل در تلقیح مصنوعی می باشد به عبارت دیگر در اجاره رحم نیز عمل لقاح ممکن است بصورت آزمایشگاهی صورت بگیرد یا اینکه بعد از تلقیح، جنین حاصله از رحم زن بوسیله تجهیزات پزشکی جدا شده و به رحم زن دیگر (مادر اجاره ای) منتقل میگردد اما چون شیوه خاصی از درمان ناباروری بوده و امروزه نیز استفاده از آن در حال گسترش است و با اقبال بیشتر زوجین نابارور مواجه است مطالعه آن بصورت جداگانه دارای فواید بیشتری خواهد بود.

باید دانست که تلقیح مصنوعی با یکی از دو روش لقاح داخل رحمی و لقاح خارج رحمی امکانپذیر است اما چون اکثر فقها لقاح داخل رحمی را از لحاظ شرعی قابل پذیرش نمی دانند و حکم به حرمت آن میدهند، قانونگذار نیز به تبع آنها و طبق ماده ۱ آیین نامه تاسیس مراکز درمان ناباروری صرفاً "لقاح خارج از رحم را پذیرفته است.

تلقیح مصنوعی می تواند با استفاده از اسپرم شوهر یا اسپرم مرد بیگانه و یا فقط با استفاده از تخمک بیگانه و یا استفاده از اسپرم و تخمک بیگانه صورت گیرد و در هر یک از این موارد، لقاح می تواند در داخل رحم یا خارج رحم و یا در محیط آزمایشگاه صوت گیرد. که در مورد استفاده از اسپرم شوهر در هر حالتی که صورت گیرد هیچ دلیلی بر حرمت آن وجود ندارد و باید گفت که تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر مشکل شرعی و حقوقی ندارد و تمامی آثار مربوط به نسب صحیح و مشروع بر آن بار میگردد. اما در مورد استفاده از اسپرم بیگانه اکثر فقها حکم به حرمت آن داده اند. و در خصوص استفاده از تخمک بیگانه باید گفت که اگر زن صاحب تخمک، همسر مرد صاحب اسپرم باشد اعم از دائمی یا منقطع، از نظر شرعی و حقوقی هیچ ایرادی بر آن وارد نیست اما اگر بین آنها هیچ رابطه زوجیتی برقرار نباشد در اینصورت عده ای از فقها آنرا جایز دانسته و برخی حکم به حرمت آن داده اند و در صورت انجام چنین عملی، عده ای صاحب تخمک و عده ای دیگر صاحب رحم را مادر طفل می دانند و حتی عده ای قائل به نظریه دو مادری شده اند.

در اجاره رحم نیز اساتید حقوق در مباح بودن آن متفق القول هستند اما بعضی از فقها به استناد اینکه در اختیار قراردادن آلت تناسلی را به غیر از زن و شوهر بموجب آیه ۳۰ سوره نور و آیه ۱ سوره مومنون ممنوع است

حکم به حرمت آن داده اند و برخی دیگر از فقها آنرا منوط به رضایت شخص ثالث (شوهر زن اجاره دهنده رحم) صحیح دانسته اند، اما در هر حال چون حکم صریحی در شرع و عرف و قانون در مورد آن وجود ندارد پس باید به استناد ماده ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی و بر طبق اصل حاکمیت اراده باید قرارداد اجاره رحم را صحیح دانست.

در خصوص ماهیت حقوقی جنین حاصل از تلقیح مصنوعی، عده ای از حقوقدانان با استناد به ماده ۸۷۵ قانون مدنی که بیان می کند «شرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حملی باشد در صورتی ارث می برد که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود گرچه فوراً» بمیرد» معتقدند که جنین حاصل از تلقیح مصنوعی از همان لحظه لقاح (انعقاد نطفه) و حتی قبل از انتقال به رحم نیز شخص محسوب گردیده و دارای تمامی حقوق یک شخص می باشد. اما عده ای دیگر از حقوقدانان معتقدند که چون جنین حاصل از تلقیح مصنوعی را قبل از انتقال به رحم نمی توان انسان قلمداد نمود اما چون نیاز هر دو طرف را برطرف نموده و متضمن منفعت عقلایی برای آنها می باشد پس می توان عنوان مال را بر آن اطلاق نمود. که برای حل این تعارض باید گفت که هر چند مالیت مغلوب شخصیت است اما از آن طرف هم فعلیت بر قوه غلبه دارد پس باید به میزان قابلیت قوه جهت فعلیت یافتن توجه نمود یعنی در این مورد اگر امکان اینکه جنین در آینده تبدیل به انسان شود خیلی زیاد باشد شخصیت بالقوه بر مالیت بالفعل چیره خواهد شد، ولی اگر امکان آن کم باشد مالیت بالفعل بر شخصیت بالقوه رجحان و برتری خواهد داشت.

در خصوص مبنای مسئولیت اهداء کننده گامت و جنین باید گفت که مبنای مسئولیت وی تقصیر می باشد، البته برای احراز تقصیر وی موضوع را باید در دو حالت مورد بررسی قرار داد. حالت اول زمانی است که اهداء کننده آگاه است که دارای نقص ژنتیکی یا بیماری است که همراه با گامت یا جنین منتقل می شود و با این حال عمداً یا غفلتاً اطلاعات کذب و گمراه کننده ای از سلامتی و سوابق پزشکی خود را ارائه نماید یا آنها را مخفی نماید که در این حالت تقصیر وی در مقایسه رفتار وی با رفتار یک انسان متعارف محرز است. حالت دوم زمانی است که اهداء کننده به نقص ژنتیکی یا بیماری خود آگاه نیست که در این حالت گفته شده چون آگاه نبوده با جمع بودن سایر شرایط قاعده احسان تقصیری متوجه او نخواهد بود و در نتیجه مسئولیتی نخواهد داشت. در هر حال تقصیر در حالت اول عمدی و در حالت دوم غیر عمدی است که از لحاظ اصل تحقق مسئولیت مدنی میان آن دو تفاوتی به چشم نمی خورد اما تفکیک میان آنها در تعیین نحوه جبران خسارت و شدت و ضعف جبران خسارت مهم است.

استناد به این موضوع که اهداء کنندگان گامت و جنین شبیه پدر و مادر طفل هستند و همانطور که برای پدر و مادر نمی توان از بابت انتقال نقص ژنتیکی یا بیماری به طفل با وجود آگاهی آنها به بیماری یا نقص ژنتیکی خود مسئولیتی قائل شد پس برای اهداء کننده گامت یا جنین نیز از این بابت مسئولیتی نیست، صحیح نمی باشد زیرا هر چند که در قانون مدنی بطور اخص از مسئولیت مدنی والدین صحبتی به میان نیامده ولی اقتضای قواعد عام مسئولیت مدنی بر این است که مسئولیت مدنی والدین را در صورت تحقق ارکان مسئولیت محقق بدانیم، چرا که فعل زیانبار آنها در اینجا نه نزدیکی جنسی که حق مسلم آنها می باشد بلکه انتقال نواقص ژنتیکی می باشد، پس به طریق اولی در خصوص اهداء کنندگان گامت یا جنین نیز با تحقق ارکان مسئولیت باید حکم به مسئولیت مدنی ایشان داد.

در فرایند تلقیح مصنوعی مبنای مسئولیت مدنی دریافت کنندگان جنین و گامت نیز به همین ترتیب می باشد و حتی ایراد مطرح شده در خصوص حق نزدیکی جنسی در خصوص آنها مطرح نیز نمی باشد چرا که جنین یا گامت بوسیله سوزن پزشکی منتقل می گردد و هیچگونه تماس مستقیم جنسی نیز ایجاد نمی گردد. بنابراین در صورت احراز تقصیر و تحقق ارکان مسئولیت مدنی از جانب دریافت کنندگان جنین یا گامت مسئولیت مدنی ایشان هم محقق می گردد و به تبع آن آثاری مثل حق طرح دعوی مطالبه خسارت از طرف ذینفع بر علیه ایشان ایجاد می گردد.

در خصوص مبنای مسئولیت پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم باید گفت که اگر پزشک بطور مستقیم باعث تلف و خسارت گردد از باب قاعده اتلاف مسئول بوده و مبنای مسئولیت او مبتنی بر نظریه خطر می باشد و تنها در صورت اثبات دخالت یک عامل خارجی مثل فورس ماژور از مسئولیت بری می شود مانند اینکه پزشک پس از جایگزینی جنین، مابقی جنین ها را از بین ببرد بدون اینکه قبلاً" به صاحبان آن اطلاع داده باشد. اما اگر پزشک سبب خسارت شده باشد در خصوص مبنای مسئولیت وی باید قائل به نظری شد که تقصیر پزشک را مفروض می داند البته او می تواند با اثبات بی تقصیری، خود را از مسئولیت برهاند. ذکر این نکته نیز لازم است که پزشک در صورت انعقاد قرارداد با طرفین فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم دارای مسئولیت قراردادی نیز می باشد اما چون طفل حاصل از عمل تلقیح مصنوعی نمی تواند بر اساس قرارداد منعقد بر علیه پزشک اقامه دعوی نماید فقط می تواند بر علیه وی با تحقق ارکان مسئولیت یعنی تحقق فعل زیانبار، وقوع ضرر و رابطه سببیت اقدام به طرح دعوی مسئولیت مدنی علیه وی نماید.

از جمله موجباتی که می تواند مبنای طرح دعوی مسئولیت مدنی علیه پزشک گردد می تواند مبنای طرح دعوی مسئولیت مدنی علیه پزشک گردد می توان به خطای پزشک در تشخیص بیماریهای جنین اهدایی ناقله از اهداء کنندگان و همچنین خطا در تشخیص بیماریهای دریافت کنندگان اشاره نمود.

در خصوص از بین رفتن جنین و گامت اهدایی قبل از انتقال به رحم ۲ نظر ارائه گردیده است که به نظر بسیاری از فقها سلول لقاح یافته در لوله آزمایشگاهی با استناد به پاره ای از آیات و روایات مشمول عنوان حمل نشده و در نتیجه از بین بردن آنرا باعث ثبوت دیه نمی دانند. اما گروه دیگری برای نطفه حتی اگر در درون رحم قرار نگرفته باشد شانیت انسانی قائل شده و اتلاف آنرا باعث مسئولیت می دانند و به تبع آن طفل می تواند از بابت خسارات وارده بر خود از ناحیه پزشک در دوران قبل از انتقال به رحم نیز اقدام به طرح دعوی مسئولیت مدنی نماید، درحالیکه بر طبق نظر اول چنین حقی برای او ایجاد نمی شود چون بر طبق این نظر، جنین قبل از انتقال به رحم فاقد شانیت انسانی می باشد. اما بعد از انتقال به رحم چنین حقی بصورت مطلق ایجاد می شود و هیچ اختلافی در مورد آن وجود ندارد.

در خصوص مسئولیت مدنی کادر درمانی غیر پزشک در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم نیز باید گفت که در حقوق ایران از میان نظریات مطرح شده، دو نظریه بیشتر قابل دفاع است. اول نظریه مسئولیت ناشی از اعمال همکاران و زیردستان که تحت عنوان تئوری معروف به «تئوری ناخدای کشتی» که مسئولیت را متوجه سرپرست تیم می کند. و دوم نظریه مسئولیت قانونی که بر مبنای این نظریه هر یک از اعضای تیم درمانی در فرایند تلقیح مصنوعی و اجاره رحم، مستقلاً "مسئول اعمال خود بوده اما به نظر میرسد با توجه به تبصره ۲ ماده ۲۲ آیین نامه تاسیس مراکز درمان ناباروری، کلیه مسئولیت بر عهده متخصص زنان و زایمان بوده مگر مسئولیت مربوط به آزمایشگاه ART و آزمایشگاه بالینی. به عبارت دیگر در کادر درمانی که سرپرستی آن با تخصص زنان و زایمان می باشد با در نظر گرفتن شرایطی که به آن پرداخته شد، مسئولیت اعمال اعضای تیم درمانی متوجه پزشک سرپرست تیم خواهد بود.

پیشنهادهای:

۱- در مورد تلقیح مصنوعی و اجاره رحم در بسیاری از موارد ما با فقدان یا سکوت یا ابهام قانون مواجه هستیم و قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب سال ۱۳۸۲ و آیین نامه آن پاسخگوی تمامی نیازهای جامعه نمی باشد، لذا حفظ مصالح فردی و اجتماعی ایجاب می کند تا قوانین جامعی در این زمینه تصویب گردد و در

این زمینه بهتر است از قوانین کشورهای پیشرفته در این زمینه بهره برد تا با انطباق آنها با اصول کلی حقوقی و مبانی فقهی خود، قانون جامع و مانعی را تصویب کرد.

۲- بسیاری از ترافعات و اختلافات ناشی از تلقیح مصنوعی و اجاره رحم ناشی از عدم انعقاد قرارداد جامع الاطراف می باشد، که با الزام قانونی به انعقاد چنین قراردادهایی توسط موسسات حقوقی بویژه دفاتر اسناد رسمی میتوان مانع تحقق بسیاری از آنها گردید.

۳- استناد به نابارور بودن زوجین یا یکی از آنها از دلایل عمده طلاق در جامعه می باشد در حالیکه در بسیاری از موارد می توان با اتکا به تلقیح مصنوعی و اجاره رحم این مشکل را برطرف نمود، حال آنکه رویه قضایی ما آنرا اجباری ندانسته و بدون اینکه آیا با توسل به روشهای فوق امکان فرزندآوری هست یا خیر؟ طلاق را مورد پذیرش قرار می دهند در حالیکه مصالح جامعه ایجاب می نماید که امکان باروری از طرق فوق را مانع از درخواست طلاق بدلیل ناباروری دانست که اگر این امر در قوانین موضوعه وارد گردد بهتر و موثرتر نیز خواهد بود.

فهرست منابع

الف: کتاب

- ۱- آخوندی و بهجتی اردکانی، محمد و زهره، رحم جایگزین، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، چاپ دوم، سال ۱۳۸۷
- ۲- آخوندی و صادقی، محمد مهدی و محمد رضا، ضرورت به کارگیری تکنیک های باروری کمکی در تولید مثل انسان، مجموعه مقالات روشهای تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، سال ۱۳۸۰
- ۳- آشتیانی، محمدرضا، باروری و یاخته های بنیادی، تهران، انتشارات رسانه تخصصی، چاپ اول، سال ۱۳۸۶
- ۴- اصغری، فریبا، ملاحظات اخلاقی انتخاب جنسیت در اهداء گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران انتشارات سمت، چاپ اول، سال ۱۳۸۴
- ۵- افلاطونیان و کریم زاده، عباس و محمدعلی، باروری موفق در انسان در شرایط طبیعی لقاح خارج از بدن، تهران، نشر قدیانی، سال ۱۳۷۴
- ۶- افلاطونیان و اصغرزاده، عباس و مریم، هماهنگ کردن سیکل های دریافت کننده و اهداء کننده تخمک، اهداء گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، سال ۱۳۸۴
- ۷- امامی، سید اسداله، وضعیت حقوقی باروری مصنوعی و انتقال جنین، روشهای نوین تولید مثل از دیدگاه فقه و حقوق، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، سال ۱۳۸۴
- ۸- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد پنجم، تهران، نشر اسلامیه، چاپ یازدهم، سال ۱۳۷۵

۹- امامی و صفایی، اسداله و سید حسین، مختصر حقوق خانواده، تهران، انتشارات میزان، چاپ یازدهم،

سال ۱۳۸۵

۱۰- بهجتی و آخوندی، زهره و محمد مهدی، مشاوره و ارزیابی سلامت و تطابق مشخصات اهداء کننده و

دریافت کننده در درمان باروری چایگزین، اهداء گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، انتشارات سمت،

چاپ اول سال ۱۳۸۴

۱۱- جعفرزاده، میرقاسم، مروری بر وضعیت ART در کشورهای مختلف، روشهای نوین تولید مثل از دیدگاه فقه

و حقوق، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، سال ۱۳۸۰

۱۲- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ سیزدهم،

سال ۱۳۸۲

۱۳- جناتی، محمد ابراهیم، رساله توضیح المسائل، قم، انتشارات انصاریان، چاپ اول، سال ۱۳۸۲

۱۴- خمینی، روح اله، تحریر الوسیله، قم، موسسه نشر اسلامی، سال ۱۳۶۳

۱۵- دری، قربانعلی، اهداء جنین در اسلام، بررسی قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور، چالشها و

راهکارها، تهران، نشر دانشگاه علوم پزشکی تهران، چاپ اول، سال ۱۳۸۲

۱۶- رضازاده و حسینی، مجتبی و احمد، آشنایی با نازایی و روشهای درمان آن (جزوه راهنمای بیماران) تهیه

شده توسط موسسه پژوهشی و درمانی رویان

۱۷- رضایا معلم، محمد رضا، وضعیت حقوقی کودک ناشی از انتقال جنین، روشهای نوین درمان تولید مثل از

دیدگاه فقه و حقوق، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، سال ۱۳۸۰

۱۸- رضایا معلم، محمد رضا، باروری های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، قم، انتشارات بوستان کتاب، چاپ

اول، سال ۱۳۸۳

۱۹- رمضان زاده، و جعفر آبادی، فاطمه و مینا، اندیکاسیونهای اهداء گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران،

انتشارات سمت، چاپ اول، سال ۱۳۸۰

۲۰- رحیمی، حبیب اله، رحم جایگزین، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، سال ۱۳۸۶

- شجاعپوریان، سیاوش، مسئولیت مدنی ناشی از خطای شغلی پزشکی، تهران، انتشارات فردوسی، سال ۱۳۷۳
- ۲۱– شهیدی، مهدی، تشکیل قرارداد و تعهدات، جلد ۱، تهران، انتشارات مجد، چاپ ششم، سال ۱۳۸۶
- ۲۲– صادقی مقدم، محمد حسن، مبانی فقهی و بایسته های قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، اهداء گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، سال ۱۳۸۴
- ۲۳– صفایی و قاسم زاده، سید حسین و مرتضی، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، قم، انتشارات مهر، چاپ دوم، سال ۱۳۸۴
- ۲۴– غفاری، معرفت، روشهای پیشرفته در درمان نازایی، تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم، سال ۱۳۸۳
- ۲۵– کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد، جلد چهارم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، سال ۱۳۸۴
- ۲۶– کاتوزیان، ناصر، مسئولیت مدنی، جلد اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهاردهم، سال ۱۳۹۵
- ۲۷– کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، نشر شرکت انتشار، جلد دوم، چاپ سوم،
- ۲۸– کریم زاده و احمدی، محمدعلی و غلامعلی، اصول باروری آزمایشگاهی، یزد، سازمان چاپ و نشر، سال ۱۳۸۱
- ۲۹– کی و دیگران، ناباروری-ارزیابی و درمان، ترجمه محمد علی کریم زاده و دیگران، بیمارستان تخصصی زنان و زایمان و نازایی، یزد، چاپ اول، سال ۱۳۷۵
- ۳۰– قربانی و شمس، بهزاد و جمال، تجارب روانی در زنان و مواجهه با مشکلات ناباروری، اهداء گامت و جنین در درمان ناباروری، تهران انتشارات سمت، چاپ اول، سال ۱۳۸۴
- ۳۰– محمدی، علی، شرح مکاسب، تهران، نشر دارالفکر، سال ۱۳۷۵
- ۳۱– مکارم، ناصر، توضیح المسائل، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، سال ۱۳۷۹
- ۳۲– مکارم، ناصر، تفسیر نمونه، تهران، انتشارات اسلامیه، چاپ نهم، سال ۱۳۶۹
- ۳۳– مومن، محمد، فقه و احکام پزشکی، ترجمه بهاروند، قم، نشر جامعه مدرسین، سال ۱۳۷۵

- ۳۴- نایب زاده، عباس، بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی، تهران، انتشارات مجد، سال ۱۳۸۰
- ۳۵- نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، بیروت، انتشارات دارالاحیاء التراث العربی، جلد ۴۱، چاپ هفتم، ۱۹۸۱م
- ۳۶- یزدی، محمد، ثلاث رسائل فقهیه، قم، نشر پیام مهدی، سال ۱۳۷۷

ب) مقالات

- ۳۷- پوربخش، سیدمحمدعلی، درمان ناباروری و رازداری در اهدای گامت، فصلنامه اخلاق پزشکی، سال سوم، شماره هفتم، بهار ۱۳۸۸، صص ۱۶۵-۱۸۶
- ۳۸- حرم پناهی، محسن، تلقیح مصنوعی، فصلنامه فقه اهل بیت، سال سوم، شماره ۹ و ۱۰، سال ۱۳۷۶
- ۳۹- حیدری، حسن، تحلیل فقهی و حقوقی آثار تلقیح مصنوعی بوسیله اجاره رحم، فصلنامه الکترونیکی پژوهش های حقوقی قانون یار، دوره دوم، شماره پنجم، بهار ۱۳۹۸، ص ۲۸۱ الی ۳۱۳
- ۴۰- ریاضت، زینب، چالشهای فقهی، حقوقی و اخلاقی تلقیح مصنوعی، فصلنامه حقوق پزشکی، سال ششم، شماره بیستم، بهار ۱۳۹۱
- ۴۱- رجب پور گنجی، مجتبی، بررسی فقهی و حقوقی قرارداد رحم جایگزین (رحم اجاره ای)، اولین کنفرانس پژوهش در فقه، حقوق و علوم اسلامی، ۲ شهریور ۱۳۹۶
- ۴۲- رحمانی منشادی، حمید، ماهیت حقوقی قرارداد رحم جایگزین، /فصلنامه حقوق پزشکی سال دوم، شماره ششم، پاییز ۱۳۸۷، صص ۱۱۷-۱۶۱
- ۴۳- رحیمی، حبیب اله، مسئولیت مدنی ناشی از رحم جایگزین، فصلنامه باروری و ناباروری، تابستان ۸۷ صص ۱۸۱-۱۶۵
- ۴۴- روشن، محمد، بررسی حقوقی اهدای گامت و جنین، فصلنامه پایش، سال ۶، پاییز ۱۳۸۶، صص ۴۱۴-۴۰۷
- ۴۵- شایسته فر، مینا و همکاران، کشف دگرگونی و تحول احساسی، تشویش و انتظار در رحم اجاره ای، مجله تحقیقات کیفی در علوم سلامت، سال چهارم، شماره ۴، زمستان سال ۱۳۹۴

- ۴۶- ساعی، سید محمد هادی، بررسی نسب و ارث کودکان متولد از اجاره رحم، پژوهشنامه اندیشه های حقوقی، بهار ۱۳۹۱
- ۴۷- شریعتی نسب، صادق، تحلیل حقوقی و اخلاقی اهدای جنین و گامت میان اقارب، دومین همایش بررسی ضوابط شرعی در پزشکی، صص ۲۱۹-۲۳۳
- ۴۸- شیروی و کیانی، مهسا و مهرزاد، واکاوی چالشهای فقهی و اخلاقی استفاده از رحم جایگزین، مجله تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۲۷، بهار ۱۳۹۵
- ۴۹- شهردوست، نیلوفر، لقاح مصنوعی چیست و مراحل و خطرات و عوامل وابسته به آن، سایت www.chetor.com فرورین ۱۳۹۷
- ۵۰- صابری، سید مهدی، مباحث مطرح در روانشناسی اهداء و انتقال جنین، بررسی قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور، چالشها و راهکارها، نشر علوم پزشکی دانشگاه تهران، چاپ اول، سال ۱۳۸۲
- ۵۱- صالحی، حمیدرضا، ماهیت حقوقی قراردادهای رحم جایگزین، فصلنامه فقه پزشکی سال چهارم و پنجم، شماره ۱۳ و ۱۴، زمستان ۱۳۹۱ و بهار ۱۳۹۲، صص ۳۰-۵۵
- ۵۲- صدری و نبی نیا، سید محمد و خالد، درنگی در حکم فقهی تلقیح مصنوعی اسپرم شوهر متوفی به زن، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، صص ۱۱۷-۱۳۴
- ۵۳- علیدوستی و مردانی، معصومه و فردین، مسئولیت تیم پزشکی در شبیه سازی رویان های انسانی، مجله علمی پزشکی قانونی، دوره ۲۰، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۳، ص ۶۱ الی ۷۵
- ۵۴- علوی قزوینی، سیدعلی، آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان، مجله نامه مفید، سال اول، شماره سوم، سال ۱۳۷۶
- ۵۵- علی دوست، ابولقاسم، همسان انگاری فرزند حاصل از تلقیح مصنوعی با فرزند طبیعی در احکام فقهی، مجله دین و قانون، سال اول، شماره ۱، بهار ۱۳۹۲، صص ۱۵۹-۱۷۲
- ۵۶- عکاظمی، آرش، بررسی باورها و آگاهی زوجین متقاضی اهدای جنین از شرایط طبی و حقوقی اهدای جنین در ایران، مجله علمی پزشکی قانونی، دوره ۱۳، تابستان ۱۳۸۶، صص ۱۰۲-۱۰۷

۵۷- قاسم زاده، سید مرتضی، شرایط اساسی صحت قراردادهای درمان ناباروری با استفاده از گامت و جنین، فصلنامه پایش، سال ششم، شماره چهارم، پاییز سال ۱۳۸۶

۵۸- کردی، رضا، تبیین قانون و آیین نامه نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور و بررسی خلاءهای قانونگذاری آن، نشریه مجلس و راهبرد، دوره ۲۲، شماره ۸۳، پاییز ۱۳۹۴، صص ۱۲۳-۱۵۰

۵۹- کریمی، عباس، تعارض بین احکام راجع به مالیت و شخصیت بالقوه جنین آزمایشگاهی، چکیده مقالات سمینار دو روزه جنین آزمایشگاهی از منظر فقه و حقوق و اخلاق، ۹۸ دی ماه ۱۳۸۹

۶۰- لطفی، اسداله، بررسی و تحلیل نسب کودک حاصل از رحم استیجاری ازدیدگاه فقهی، مجله دانشگاه علوم پزشکی مازندران، دوره بیست و دوم، شماره ۸۸، اردیبهشت سال ۱۳۹۱، صص ۱۳۱-۱۱۶

۶۱- محمودیان و صبوریان و نبیثی، حسین و نرجس و پریسا، ضرورت ها و تعارضات اخلاق زیستی تکنولوژی در موضوع مادر جانشین، مجله اخلاق زیستی، شماره ۲۰، تابستان ۱۳۹۵، صص ۱۸۳-۱۹۹

۶۲- نعمت الهی، فاطمه، حکم شرعی رحم اجاره ای چیست؟، سایت مشرق نیوز
www.mashreghnews.ir/news/۵۵۵۵۹۶

۶۳- یدالهی باغلوئی و اسدی نژاد، عباس و سید محمد، بررسی مسئولیت قراردادی مادر جانشین در برابر والدین ژنتیکی، فصلنامه حقوق پزشکی، سال هفتم، شماره ۲۵، تابستان ۱۳۹۲

۶۴- یثربی، محمد علی، جنین آزمایشگاهی از دیدگاه مسئولیت مدنی، پژوهش های فقهی، سال هفتم، شماره چهارم، بهار و تابستان ۱۳۹۰

ج) پایان نامه

۶۵- رجب پور گنجی، مجتبی، رحم جایگزین از دیدگاه فقهی و حقوقی، پایان نامه کارشناسی ارشد، موسسه آموزش عالی پارسا، سال ۱۳۹۵

۶۶- علوی، سید معصومه، مطالعه تطبیقی مقررات حقوقی تلقیح مصنوعی در حقوق ایران و انگلیس، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد واحد صفادشت، سال ۱۳۹۸

۶۷- کاظمی، محمود، مسئولیت مدنی ناشی از اعمال پزشکی، رساله دکتری رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال ۱۳۸۴

۶۸- مسلمی، محمد رضا، نسب رحمی، پیشنهادی برای حل معضل نسب جنین آزمایشگاهی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد واحد دماوند، سال ۱۳۹۵

(۲) منابع عربی

۶۹- خویی، سید ابوالقاسم، مستحدثات المسائل، قم، چاپخانه علمیه، سال ۱۴۰۱ قمری

۷۰- طوسی، محمد بن الحسن، الاستبصار، قم، دارالکتب الاسلامیه، سال ۱۳۹۰

۷۱- لنکرانی، جواد، موسوعه احکام الاطفال، قم، نشر مرکز فقه الاثمه الاطهاره، سال ۱۳۸۳

(۳) منابع انگلیسی

۷۲- Australian Law journal, the paralix case and postmortem

insemination, ۱۹۴۸

۷۳- Human fertilization and embryology act, ۱۹۹۰ (London: Blackston

press, ۱۹۹۱.

۷۴- New law

human Artificial reform. Commission reports, Artificial conception:

[http://www. Legaiaid nsw. Gov.au/rc/Nsf/pages/R۴۹](http://www.Legaiaid nsw. Gov.au/rc/Nsf/pages/R۴۹)

پیوستها:

پیوست ۱: دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۳۰۰۳۷۷ مورخ ۱۳۹۳/۷/۱ شعبه ۲۳ دیوانعالی کشور

خلاصه جریان پرونده:

پرو گزارش قبلی خانم الف. س. دادخواستی به طرفیت آقای م. گ. به خواسته صدور گواهی عدم امکان سازش به منظور طلاق تقدیم دادگستری شهرستان رودبار نموده و در شرح دادخواست بیان داشته که در تاریخ ۸۰/۱/۹ به عقد دائم خوانده درآمده ام که متأسفانه به دلیل مشکلات و ناتوانی جنسی و عقیم بودن همسرم فاقد فرزند می باشیم و در طول این مدت بارها به پزشک مراجعه و تحت مداوا قرار گرفته فایده ای نداشته است و در این مدت عذاب کشیده ام و به انواع ناراحتی های روحی و جسمی دچار شده ام که دیگر ادامه زندگی مشترک برایم امکان ندارد لذا به استناد بندهای ۳ و ۱۰ شروط ضمن عقد و همچنین به استناد ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی تقاضای گواهی عدم امکان سازش را دارم شعبه اول دادگاه عمومی شهرستان رودبار عهده دار رسیدگی به پرونده شده است زوجه در جلسه اول دادگاه که در تاریخ ۹۰/۱۱/۱۱ با حضور طرفین تشکیل گردیده اظهار داشته دعوی به شرح دادخواست تقدیمی است ده سال است که ازدواج کرده ایم ایشان عقیم است بچه دار نمی شود که البته توان جسمی دارد لکن به لحاظ عوارض و خصوصیات جنسی نمی تواند بچه دار شود چند بار تلاش کردیم حتی از طریق لقاح مصنوعی سعی کردیم ولی نشد و از این جهت دیگر برای من زندگی کردن با این شخص مقدور نیست و از نعمت بچه دار شدن محروم هستم و در عسرو حرج می باشم و درخصوص حق و حقوق شرعی و قانونی ام اگر زوج حاضر به طلاق باشد و به صورت توافقی طلاق بگیریم حق و حقوق خود را کاملاً بذل می کنم ولی اگر ایشان حاضر به طلاق نباشد و حکم طلاق را دادگاه صادر کند من کل حقوق شرعی و قانونی خود به غیر از مهریه بذل می کنم تا طلاق بائن خلعی باشد جهیزیه داشتم ولی الان ندارم و نمی خواهم خوانده اظهار داشته بنده توانایی جنسی دارم یعنی می توانم عمل زناشویی را انجام بدهم ولی به واسطه وضعیت جسمی و عوارض آن توانایی بچه دار شدن را ندارم همه چیز من نرمال است ولی یک رگ بیضه من بسته است گرفتگی دارد و یک رگ بیضه مادرزادی ندارم اسپرم دارم ولی اسپرم من از این دو تا لوله بیضه خارج نمی شود اما کاری می کنم که زخم حامله شود از بانک اسپرم می خرم و تهیه می کنم روش جدید پزشکی هم وجود دارد من زخم را دوست دارم او را طلاق نمی دهم من پای زخم را می بوسم من طلاق نمی دهم زوجه اظهار داشته من لقاح قبول نمی کنم چون این کار چندبار باعث بیماری من شد و بچه پرورشگاهی هم قبول نمی کنم و..... بنده تحت هیچ شرایطی حاضر به انصراف از خواسته ام نیستم دادگاه موضوع را به داوری ارجاع که در نهایت داوران توفیقی در جهت صلح و سازش و انصراف زوجه از تصمیم خود کسب نکرده اند دادگاه در نهایت به شرح دادنامه ۲۰۱۹ - ۹۰/۱۲/۱۱ با این استدلال که زوجه به واسطه محرومیت از داشتن فرزند در وضعیت روحی و روانی

نامناسبی قرار گرفته و ادامه زندگی برای او با مشقت همراه و تحمل عادتاً سخت است دوام زوجیت برای زوجه موجب عسرو حرج تشخیص و با توجه به عدم توفیق داوران به سازش و انصراف زوجه از طلاق و بذل کلیه حقوق شرعی (غیر از مهریه) در قبال طلاق خواسته زوجه را وارد و محمول بر صحت دانسته و به استناد ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی و مواد قانونی دیگر از قانون مدنی و بند ۱۳ ماده ۸ قانون حمایت خانواده و نیز مستنداً به ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق حکم به الزام و اجبار زوج به طلاق زوجه (طلاق بائن خلعی) صادر نموده است زوج از رأی صادره تجدیدنظرخواهی نموده و مدعی گردیده که با لقا محض مصنوعی قادر به باروری بوده و یک بار با لقا محض مصنوعی جنین در رحم همسرش قرار گرفته است که پرونده به شعبه سیزدهم دادگاه تجدیدنظر استان گیلان ارجاع گردیده که طی دادنامه ۲۲۸-۹۱/۳/۳۱ تجدیدنظرخواهی را وارد ندانسته و با رد اعتراض دادنامه تجدیدنظر خواسته را عیناً تأیید کرده است آقای ع.س. به وکالت از زوج از رأی صادره فرجام خواهی نموده که پرونده پس از ارسال به دیوان عالی کشور جهت رسیدگی به شعبه (۲۳) دیوان عالی کشور ارجاع گردیده که طی دادنامه ۱۲۳-۹۲/۳/۱۲ با این استدلال زوجه علت طلاق را عقیم بودن زوج اعلام و به بند ۱۰ شروط ضمن عقد استناد کرده است لیکن دادگاه با تغییر مسیر دادرسی بدون بررسی در خصوص بند ۱۰ استنادی ادامه زندگی را برای زوجه با وضعیت پیش آمده غیر قابل تحمل و وقوع وی در عسرو حرج را محرز عنوان و حکم الزام زوج به طلاق را صادر کرده است در وضعیتی که صرف بچه دارنشدن از طریق طبیعی دلیل عسرو حرج نبوده و مدعی عسرو حرج می بایست به اقامه دلیل ادعای خود را ثابت کند مقتضی بود دادگاه با پرهیز از کلی گویی چنانچه درخواست زوجه با بند ۱۰ شروط ضمن عقد انطباق داشت صراحتاً به بند مذکور استناد و به زوجه اجازه می داد که با اعمال وکالت اعطایی نسبت به اجرای صیغه طلاق و ثبت آن اقدام نماید مضافاً نوع طلاق خلع در قبال بذل سایر حقوق زوجه به آن بر چه مبنا و اساس می باشد لذا در وضعیت حاضر رأی را قابل ابرام ندانسته آن را نقض و رسیدگی مجدد را به همان شعبه صادر کننده رأی منقوض محول نموده است که در این مرحله دادگاه با بررسی مجموع اوراق پرونده طی دادنامه ۱۲۷۲-۹۲/۱۱/۳۰ مفاداً با استدلال به این که جهت احراز عسرو حرج و تخلف از بند ۱۰ مندرج در سند ازدواج موضوع شروط ضمن عقد، زوجین جهت آزمایشات لازمه به پزشکی قانونی اعزام و علت عدم باروری زوجه مشخص شود که آیا عقمی یا عوارض دیگر در زوج یا زوجه می باشد گردیده که پس از معاینات پزشکی سرانجام مرکز پزشکی قانونی استان گیلان طی دو فقره نامه شماره ۱۲۴۴۸/م/۶-۹۲/۹/۱۳ در خصوص زوج اظهار نظر نموده که نامبرده در سال ۸۲ تحت نمونه برداری دو طرفه بیضه قرار گرفته و بنا بر شواهد و مدارک بیمارستان در هر دو بیضه اسپرم سازی به طور طبیعی انجام می گیرد ولی علی رغم طبیعی بودن بیضه ها به دلیل پدیده انسدادی و ممانعت از خروج منی و اسپرم قادر به باروری به طور طبیعی نمی باشد اما با مراجعه به مراکز درمان نازایی بارور نمودن باروش های کمک باروری وجود دارد و طی شماره ۴۱۳۲/م/۶-۹۲/۱۰/۱۱ در خصوص زوجه اظهار نظر نموده که رحم و ضامم در حد طبیعی گزارش شده و..... با توجه به مدارک موجود زوجه توانایی بالقوه برای بارداری را دارا می باشد بنابر مراتب با احراز تخلف زوج از شرط دهم ضمن عقد نکاح طبق سند ازدواج با اجازه حاصله از ماده ۱۱۲۹ و بند ۳ ماده ۱۳۴۵ قانون مدنی و مواد ۲۶ و ۲۹ قانون حمایت خانواده به زوجه اجازه داده که با اعمال وکالت اعطایی در سند نکاحیه در صورت بذل و قبول بذل از طرف زوج خود را به یکی از طلاق های شرعی مطلقه نماید و با اصلاحات به شرح فوق و با قید به جز مهریه سایر حقوق مالی شامل نفقه و اجرت المثل و جهیزیه دادنامه تجدیدنظرخواسته را تأیید نموده است که در این مرحله آقای م.م. با وکالت آقای ع.س. از رأی صادره فرجام خواهی نموده است و با عنوان نمودن به اینکه هرچند بارور کردن از راه طبیعی امکان ندارد اما زوج می تواند با روش های کمک بارداری صاحب فرزند شود بنابراین موکل عقیم نمی باشد و شرط محقق نشده تقاضای نقض دادنامه را نموده است که پس از تبادل لوائح و ارسال پرونده به دیوان عالی کشور جهت رسیدگی به این شعبه (۲۳) ارجاع گردیده است.

رای شعبه دیوان عالی کشور:

اعتراض فرجام خواه با توجه به رسیدگی هائی که به عمل آمده وارد نیست و دادنامه فرجام خواسته بنا به جهات و استدلال مندرج در آن مغایرتی با موازین شرعی و قانونی و محتویات پرونده ندارد و از حیث رعایت اصول دادرسی نیز اشکال عمده ای که نقض را موجب گردد به نظر نرسیده است علی هذا دادنامه موصوف به شماره ۱۲۷۲ - ۹۲/۱۱/۳۰ صادره از شعبه سیزدهم دادگاه تجدیدنظر استان گیلان فاقد اشکال و ایراد مؤثر تشخیص و ابرام می گردد.

رئیس شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور - مستشار

انصاری-احمدی

پیوست ۲: دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۱۰۰۰۲۹ مورخ ۱۹۳/۳/۲۰ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور

خلاصه جریان پرونده:

بدواً فرجام خوانده با وکالت آقای ح.ب. وکیل پایه یکم دادگستری در تاریخ ۹۱/۴/۱۱ دادخواستی به طرفیت فرجام خواه به خواسته صدور گواهی عدم امکان سازش جهت اجرای صیغه طلاق به سبب تحقق شرط و هم از شروط ضمن عقد تقدیم دادگاه عمومی میاندوآب می نماید و شرح می دهد در تاریخ ۸۴/۱۲/۱۱ ازدواج دائمی بین آن برقرار شده اینک که هفت سال از تاریخ مرقوم می گردد در این مدت زندگی مشترک از خوانده صاحب فرزندی نشده طبق شرط یادشده در سند ازدواج در بند ب که زوجه به زوج وکالت بلاعزل با حق توکیل به غیره داده تا پس از تجویز دادگاه خود را به وکالت از زوج مطلقه نماید علی هذا متقاضی صدور گواهی ذکر شده می باشند. شعبه دوم عهده دار رسیدگی می شود با دستور دعوت طرفین در وقت مقرر ۹۱/۵/۴، اقدام می شود خوانده در جلسه مقرر مرقوم با تقدیم لایحه ای که آگهی مجلس ترحیم برادرش را ضمیمه نموده نسبت به حضورش در جلسه اعلام تعدر نموده در نتیجه دادگاه جلسه مرقوم را که با حضور وکیل خواهان تشکیل شده بود تجدید می نماید وکیل خواهان برای جلسه مذکور لایحه ای تقدیم نموده و گواهی پزشکی قانونی و رادیوگرافی های مربوط به آن و اعلام شکایت علیه زوج مبنی بر ایراد ضرب و شتم همسرش خواهان پرونده را ضمیمه نموده و اشعار داشته از تاریخ وقوع عقد خوانده همواره موکله را مورد ضرب و شتم قرار داده که پرونده در شعبه اول دادیاری مطرح می باشد و این اعمال به منظور تحت فشار قرار دادن موکله برای بذل مهریه اش از طریق طلاق توافقی است، اضافه نموده صرف نظر از مورد مرقوم، خوانده به نارسایی جنسی مبتلا بوده که امکان انجام مقاربت با خواهان را ندارد به همین علت در طول هشت سال صاحب فرزند نشده اند برای اثبات عدم بارداری موکله اولاً و معرفی به پزشکی قانونی در صورت انکار زوج برای معین شدن علت عدم دارا شدن اولاد، ثانیاً تقاضای اقدام می شود در پایان آورده به

وکالت از موکله با بذل یک میلیون تومان از مهریه به نرخ روز تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش دارد. جلسه مورخ ۹۱/۵/۳۱ که با حضور خواننده و در غیاب خواهان و وکیل وی تشکیل شده خواننده اظهار نموده از سال ۸۴ که با خواهان ازدواج نموده صاحب فرزند نشده ایم و بنده فکر نمی کنم که مشکل از بنده باشد چون هیچ اقدام جدی در جهت درمان انجام نداده ایم در ضمن حاضرم به پزشک قانونی معرفی گردم با طلاق همسر موافق نیستم در تعقیب جلسه دادگاه قرار ارجاع به داوری صادر کرده و پس از اقدام نسبت به ابلاغ به طرفین برای معرفی داور و تعرفه داور از ناحیه طرفین و تفهیم مقررات داوری به آنان، داور زوج اعلام داشته با مراجعه به حضور همسر آقای چ.م. برای برگشت به خانه شوهر اظهار نمود وی توانایی بچه دار شدن ندارد اگر با مراجعه به پزشک مشکل اش حل شود بنده آماده هستم به خانه برگردم زوج هم همین شرط را قبول کرد اضافه نموده حضورش در منزل خانم زوجه با حضور آقای ع.خ.، م.م.، م.م. و خانم س.ز. بوده داور زوجه هم اعلام می دارد با مراجعه و تشکیل دو جلسه در محل سکونت زوجه سعی و تلاش برای صلح و سازش به نتیجه نرسیده زوجه اصرار به متارکه و طلاق دارد با وصول نظر داوران دادگاه مقرر نموده زوج برای معرفی به پزشکی قانونی دعوت به حضور گردد با معرفی نامبرده، نظریه پزشکی قانونی شهرستان میاندوآب به این شرح واصل می شود که از صاحب عکس الصافی آقای چ.م. معاینه به عمل آمد گواهی پزشک معالج و جواب آزمایش منی رؤیت شد در معاینه بیضه ها کوچک تر از حد طبیعی می باشد طبق معاینه و جواب آزمایشگاه وجود دارد. مطالب ظاهر گواهی مذکور حکایت از **مصنوعی** از طریق لقاح **باروری** ایشان به روش طبیعی وجود ندارد امکان **باروری** امکان ابلاغ پاسخ واصله به وکیل خواهان و نیز خواننده دارد و دادگاه در تعقیب اقدامات مرقوم در تاریخ ۹۱/۹/۱۵ به طور فوق العاده اجلاس و با اعلام ختم دادرسی مبادرت به انشاء رأی کرده است و با استناد به نظریه پزشکی مذکور چنین اظهار نظر کرده که چون گواهی حاکی از این نمی باشد دعوی را وارد ندانسته و محکوم به بطلان اعلام داشته وکیل **باروری** است که خواننده عقیم نبوده و صرفاً به طور طبیعی قادر به خواهان به وکالت از موکل در مهلت مقرر قانونی نسبت به رأی مرقوم که ذیل شماره ۹۱۰۰۸۰۴-۹۱/۹/۱۶ ثبت گردیده تجدیدنظرخواهی به عمل آورده در لایحه اعتراضیه با اشاره به این قسمت از نظر پزشکی قانونی مورد استناد رأی که اشعار داشته، طبق معاینه و جواب آزمایش ایشان به روش طبیعی وجود ندارد رأی را فاقد وجهت قانونی اعلام کرده از طرفی دیگر در رأی به عقیم نبودن زوج اشاره شده **باروری** امکان درحالی که چنین ادعایی در دادخواست نشده در دادخواست بچه دار نشدن موکل از خواننده مطرح گردیده که این امر ممکن است ناشی از بیماری دیگری باشد و اضافه کرده واقعیت امر این است که حسب اظهار موکله، خواننده به علت نارسایی جنسی قادر به ایجاد روابط جنسی نمی باشد آلت مردانه و بیضه کوچک تر از حد طبیعی که در مور اخیر پزشک قانونی مراتب را تأیید کرده و چون دادخواست به این علت نبوده من به نظر کارشناس پزشکی قانونی اعتراض نکردم و فعلاً و تاکنون چنین موردی در دادخواست مطرح نگردیده هرچند که مورد مذکور از موارد طلاق می باشد ولی تاکنون مطرح نگردیده ولی رأی دادگاه بر این مبنا صادر شده که خارج از موضوع ادعاست و آن چنان که نظر کارشناسی طریقت دارد و دادگاه به همین جهت می تواند از پذیرش نظر کارشناس امتناع نماید. نظر به اینکه داشتن فرزند آرزوی والدین علی الخصوص زن می باشد موکل برای بهره مندی از این نعمت الهی با فداکاری همکاری لازم و کافی را داشته است که متأسفانه دارو و دکتر رفتن مکرر مؤثر واقع نشد و با ذکر مطالب قبلی تقاضای صدور حکم نموده. تجدیدنظر خواننده در پاسخ به اعتراضات تجدیدنظری منکر عقیم بودن خود شده کوتاهی آلت و کوچکی بیضه را معلوم نیست بر چه اساس آقای وکیل ادعا کرده آن هم کذب محض است صرفاً بچه دار نشدن دلیل بر عدم توانایی من نیست در خصوص مشکل بچه دار نشدن تا به حال به دکتر مراجعه نکرده اگر دلیلی خواهان دارد ابراز نماید بچه دار نشدن زوجه به علت بیماری شدید وی بوده وی در بیمارستان پرونده بالینی دارد در پایان اضافه کرده اگر اظهارات راجع به نقض آلت تناسلی و بیضه من صحیح باشد زوجه باید باکره مانده باشد و تقاضای تأیید رأی را نموده با وصول پرونده به دادگاه تجدیدنظر و ارجاع آن به شعبه پنجم، دادگاه مرقوم در وقت فوق العاده ۹۱/۱۱/۱۶ اجلاس نموده و به جهت اینکه در خلاصه رونوشت ازدواج (منظور سند ازدواج است)، درج شده سایر شرایط و موارد ندارد، و مشخص نمی باشد زوجین شقوق الف و ب و بندهای دوازده گانه شروط ضمن عقد مربوط به شق ب سند نکاحیه را امضاء کرده یا نه خصوصاً بند ۱۰ را به خواهان اخطار شود ظرف ده روز رفع نقص از دادخواست نماید و در پرائتز نوشته: ارائه رونوشت سند ازدواج در این رابطه دو نسخه رونوشت (یکی اصلی و دیگری فتوکپی) از سند ازدواج که از سردفتر ازدواج شماره ... بناب صادر گردیده ضمیمه پرونده می شود که مشخص نیست توسط کدام یک از اصحاب پرونده یا از دفتر ازدواج مذکور ابراز و ضمیمه شده در رونوشت مرقوم که شامل تمامی مشخصات زوجین و صدق و معرفین و شهود می باشد در مورد سایر شرایط و سایر توضیحات نوشته شده ندارد و اضافه شده تمامی شروط مندرج در سند ازدواج مورد به مورد به امضاء و توافق زوجین رسیده در تعقیب وصول رونوشت مرقوم با اجلاس در وقت فوق العاده ۹۱/۱۱/۲۱ با اعلام ختم رسیدگی مبادرت به انشاء رأی نموده و به جهت احراز

شرط دهم از شروط دوازده گانه و شرط دهم در پرائتر چنین نوشته شده بند دهم از شق ب شرایط دوازده گانه که اشعار می دارد در صورتی که پس از پنج سال زوجه از شوهر خود به جهت عقیم بودن یا عوارض دیگر زوج صاحب فرزند نشود اعتراض تجدیدنظر را وارد دانسته و رأی صادره را به جهت تحقق بند دهم از شروط ضمن عقد نکاح نقض و مستند به ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی ضمن صدور گواهی عدم امکان سازش به زوجه اجازه می دهد پس از قطعیت حکم با مراجعه به یکی از دفاتر طلاق با استفاده از وکالت از زوج و توکیل به غیر و انتخاب نوع طلاق خود را مطلقه نماید. این رأی که ذیل شماره ۹۱۰۰۸۵۲-۹۱/۱۱/۲۴ ثبت شده در مهلت قانونی مورد فرجام خواهی زوج واقع می گردد لایحه فرجامی اشعار بر این دارد که در بدو ازدواج با فرجام خواننده با توافق همدیگر و به دلیل افسردگی و بیماری روانی همسر و عدم امکانات مالی و رفاهی از بچه دار شدن جلوگیری نمودیم آنگاه که قصد فرزند دار شدن نمودیم به دلیل شدت گرفتن بیماری همسر که به طور غیرارادی منزل را ترک می نمود جهت مداوای وی به پزشکان متعدد مراجعه کردیم جملگی اعلام داشتند فرزند دار شدن زوجه موجب تشدید بیماری روحی و روانی نامبرده خواهد شد همچنین به جهت عفونت در رحم و وجود کیست تخمدان های زوجه قادر به بچه دار شدن نخواهد بود و جهت بچه دار نشدن در او می باشد نه من دیگر اینکه گواهی پزشکی قانونی صریح است در اینکه من عقیم نمی باشم بلکه به نیستم و آن هم با مداوای جزئی مرتفع می شود مشکل اصلی زوجه است اینکه دادگاه تجدیدنظر با استناد به اینکه **باروری** طور طبیعی قادر به در طول هفت سال زندگی مشترک زوجه صاحب فرزند نشده و بر اساس آن گواهی عدم امکان سازش صادر کرده استدلالی غیرمنطقی است و غیرقانونی چرا که زوجه را به پزشک قانونی معرفی نکرده تا علم حاصل نماید مشکل از ناحیه وی نیست و صرف گذشت مدت مذکور دلیل بر عقیم بودن و عوارض جسمی بنده نیست باید دادگاه در جهت حصول علم متعارف این اقدام را نموده از جهت سلامت زوجه علم حاصل می نمود و از طرفی در خصوص بچه دار شدن یا نشدن بنده اظهارنظر می خواست که چنین نشده در پایان تقاضای معرفی هر دو را به پزشکی قانونی و نهایتاً صدور حکم ثابت را خواستار گردیده با ابلاغ دادخواست فرجامی به وکیل زوجه نامبرده به موجب لایحه ای در پاسخ ادعای افسردگی و بیماری روانی موکله را عاری از حقیقت اعلام و تکذیب نموده و گفته مضافاً دلیلی هم در این خصوص ابراز نداشته حتی یک نسخه پزشکی هم ضمیمه فرجام خواهی خود نکرده فرزند دار شدن به هر مادری آرامش روحی می دهد آرزوی هر بانویی فرزند دار شدن است از طرح ادعای بدون دلیل و برخلاف منطق و خرد خواننده به خوبی قصد وی به اطاله دادرسی قابل استنباط است در پاراگراف دوم لایحه موکله نیست ادعای اینکه با دارو و درمان **باروری** ایشان اقرار به صحت موضوع دادخواست زوجه دارد و قبول نموده که به طور طبیعی قادر به جزئی مشکل وی مرتفع می شود صحت ندارد زیرا تلاش هشت ساله وی به نتیجه ای نرسیده ادعای بدون دلیل در محاکم پذیرفته نیست لازم به ذکر است عقیم بودن - بچه دار نشدن دو موضوع متفاوت از هم می باشد که دادگاه بدوی در رأی صادره قائل به تفکیک نشده لکن دادگاه تجدیدنظر قائل به آن گردیده به همین جهت دادنامه را نقض نموده که با موازین قانونی و بند ۱۰ شروط سند نکاحیه انطباق کامل دارد در پایان ابرام رأی فرجام خواسته را خواستار شده و کالت نامه تمبر شده را که اختیار فرجام در آن منعکس است ضمیمه نموده پرونده امر به دیوان عالی کشور واصل و پس از ثبت به کلاس ۹۲۰۴۳۲/۲۱ به این شعبه ارجاع گردیده لوائح اعتراضیه و پاسخ آن به هنگام شور هم قرائت می گردند.

هیئت شعبه به تاریخ ۹۳/۳/۲۰ تشکیل گردید پس از قرائت گزارش عضو ممیز و اوراق پرونده و نامه شماره ۹۳/۳/۱۹ مورخ ۹۳/۳/۱۹ سردفتر ازدواج شماره ... بناب حاوی شرط دهم از شروط دوازده گانه سند ازدواج زوجین ضمیمه لایحه ثبت شده وکیل ذیل شماره ۸۱۰۰۳۸ - ۹۳/۳/۲۰ دفتر لوائح شعبه و نظریه آقای دادیار دیوان عالی کشور مبنی بر «ابرام دادنامه فرجام خواسته» مشاوره نموده چنین رأی می دهد

رأی شعبه دیوان عالی کشور

پاسخ شماره ۱۰۱۱۴/۴۸۲۶ مورخ ۹۱/۸/۲۱ پزشکی قانونی میاندوآب صریح بر این است که زوج با توجه به وضعیت جسمی مندرج در آن، امکان بارور نمودن زوجه به روش طبیعی را ندارد علی هذا اعتراضات فرجامی فرجام خواه مبنی بر اینکه زوجه به جهاتی که در لایحه مندرج است قادر به بچه دار شدن نمی باشد وارد نیست و چون مراد مشروط لها (زوجه) از شرط موردنظر در سند ازدواج دارا شدن فرزند از مشروط محتاج به دلیل است که وجود ندارد نتیجه دادنامه **مصنوعی** علیه (زوج) به طور طبیعی بوده و اجبار زوجه به تن دادن بارداری از طریق تلقیح فرجام خواسته که از حیث رسیدگی هم واجد اشکال درخور نقض نیست توجهاً به اینکه طلاق مورد تقاضا از موارد طلاق بائن خواهد بود و وکیل وی قسمتی از مهریه را بذل نموده حسب مبنای ماده ۴۰۳ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی با اصلاح

قسمت آخر دادنامه فرجام خواسته (انتخاب نوع طلاق از ناحیه زوج) به طلاق بائن خود را مطلقه نماید، آن را ابرام می نماید
 رئیس شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور - مستشار
 اخوان ملایری - صدوقی فر

پیوست ۳: دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۲۰۰۰۷۱ مورخ ۱۳۹۳/۲/۲۹ شعبه ۲ دیوان عالی کشور

محتویات پرونده واصله حاکی از این است که آقای م.ن. به وکالت از خانم م.ر. دادخواستی به طرفیت آقای الف.خ. به خواسته صدور گواهی عدم امکان سازش به لحاظ تحقق شرط ضمن عقد (عقیم بودن زوج) تقدیم دادگاه عمومی مشهد نموده و در شرح دادخواست توضیح می دهد که خواهان و خوانده به دلالت سند نکاحیه رسمی با یکدیگر ازدواج دائم نموده و تمام شروط ضمن عقد از جمله شرط دهم آن به امضاء زوجین رسیده است و علی رغم گذشت چند سال از زندگی مشترک زوجین مذکور، تاکنون خواهان باردار نشده و با مراجعه به پزشک متخصص مشخص گردیده است این امر به جهت وجود عارضه جسمی در خوانده می باشد لذا نظر به تحقق بند دهم از شرایط ضمن عقد ازدواج تقاضای صدور حکم به شرح ستون خواسته نموده و فتوکی سند نکاحیه رسمی شماره ۱۵۹۱ - ۸۳/۱۱/۱۷ تنظیمی در دفتر ازدواج شماره ... مشهد مبنی بر موقع عقد نکاح دائم فی مابین م.ر. و الف.خ. را پیوست دادخواست تقدیمی می نماید. دادخواست مذکور در تاریخ ۹۰/۶/۲۲ به منظور رسیدگی به شعبه ۲۱ دادگاه عمومی حقوقی مشهد ارجاع شده و طرفین دعوت به دادرسی می گردند. در تاریخ ۹۰/۹/۲۰ جلسه دادرسی شعبه مذکور با حضور خواهان و وکیل وی و خوانده تشکیل شده و وکیل خواهان اظهار می دارد که بیش از ۵ سال از زندگی مشترک خواهان و خوانده می گذرد و خوانده به جهت عارضه جسمی، توان بارور کردن خواهان را ندارد و با تحقق شرط دهم از شرایط ضمن عقد، صدور حکم به شرح دادخواست را می نماید. خواهان نیز تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نموده و اضافه می نماید که مهریه و حق و حقوق خود را می خواهد. خوانده نیز خلاصاً اظهار می دارد که هیچ گونه عارضه ای ندارد و تقاضای معرفی خود و خواهان را به پزشک قانونی می نماید تا با آزمایش از وی و خواهان، عدم عارضه وی (خوانده) مشخص گردد و حتی چند بار هم زیر نظر پزشکان متخصص بیمارستان رضوی اسپرم وی در رحم خواهان کشت شده و خواهان اسپرم را قبول نکرد و مشکلی در رابطه با ازدواج و زناشویی نداشته و تقاضای ردّ دعوی خواهان را می نماید و عدم رضایت خود را با طلاق همسرش اعلام می دارد. دادگاه در جلسه مزبور خوانده را از جهت احراز عقیم بودن یا غیر عقیم بودن خوانده و اینکه آیا قدرت بارور نمودن را دارد یا خیر و همچنین خواهان را از حیث احراز اینکه مشارالیه نازا می باشد یا خیر به پزشکی قانونی معرفی می نماید. اداره کل پزشکی قانونی خراسان رضوی پس از معاینه از م.ر. و مشاوره نزد نامبرده **باروری** تخصصی طی نامه مورخ ۹۰/۱۱/۱۷ به عنوان شعبه ۲۱ دادگاه عمومی حقوقی مشهد اعلام می دارد که دلیلی بر عدم قدرت احراز نگردد. همچنین اداره کل پزشکی قانونی خراسان رضوی به موجب نامه مورخ ۹۱/۷/۲۰ در پاسخ شعبه ۲۱ دادگاه عمومی خانواده مشهد اعلام می دارد که: (در خصوص آقای الف.خ. فرزند الف.، هنوز پاسخ استعلام مشاوره تخصصی اورولوژی را به این مرکز ارائه نکرده است. وی می باشد که می تواند عامل **باروری** البته به استحضار می رساند آزمایش انجام شده از نامبرده حاکی از ضعف قابل توجه در قدرت منتفی نمی باشد. دادگاه مذکور مجدداً از پزشکی قانونی استعلام می **مصنوعی** به طرق **باروری** با آمیزش طبیعی) شود البته احتمال **ناباروری** نماید که خوانده عقیم محسوب می شود یا خیر؟ اداره کل پزشکی قانونی استان خراسان رضوی مجدداً طی نامه مورخ ۹۱/۸/۴ به شعبه ۲۱ دادگاه عمومی مشهد اعلام می دارد که: (در خصوص آقای الف.خ. فرزند الف.، حسب بررسی مجدد آزمایشات نامبرده و مشاورات است به **باروری** تخصصی انجام شده، همان گونه که قبلاً عنوان شده با توجه به کاهش حرکت اسپرم ها، نامبرده دچار ضعف شدید قدرت که البته پرهزینه می باشند) (گونه ای که منجر به عدم بارداری زوج به طور طبیعی شده است. مع هذا به وسیله روش های درمانی **ناباروری** مشارالیه منتفی نیست و لذا نامبرده در صورت مؤثر بودن روش های درمانی مربوطه عقیم محسوب نمی گردد.) دادگاه مذکور **باروری** امکان در تاریخ ۹۱/۸/۷ در اجرای ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مبادرت به صدور قرار ارجاع امر به داور می نماید. آقای ح.ح. (داور زوج) به موجب نظریه ابرازی که در تاریخ ۹۱/۱۰/۲۸ تقدیم دادگاه نموده است اعلام داشته که در جهت رفع اختلاف و برقراری صلح و سازش فی مابین زوجین سعی و تلاش خود را مصروف داشته که به لحاظ عدم تفاهم اخلاقی مناسب قادر به ادامه زندگی مشترک و مسالمت آمیز نمی باشند و زوج خواهان طلاق می باشد. آقای الف.خ. (داور زوج) نیز طی نظریه خود که در تاریخ ۹۱/۱۱/۱۹ تقدیم داشته

است که موفق به ایجاد صلح و سازش بین طرفین نشده ولی چنانچه زوجه دست از لجاجت بردارد عسر و حرجی بین آنان در زندگی با یکدیگر احراز نمی گردد. بالاخره شعبه ۲۱ دادگاه عمومی حقوقی خانواده مشهد به موجب دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۵۱۱۴۶۰۲۳۶۸ - ۹۱/۱۱/۲۵ در رابطه با دعوی م.ر. به طرفیت الف.خ. به خواسته گواهی عدم امکان سازش جهت اجرای صیغه طلاق به علت عقیم بودن زوج، با توجه به اظهارات طرفین و وکلای آنان در دادگاه و باملاحظه نتایج پزشکی قانونی خصوصاً پاسخ پزشکی قانونی در رابطه با زوج که به شماره ۹۱۱۰۹۵۱۱۴۶۰۰۷۶۸ ثبت و ضم سابقه گردیده که حاکی از آن است که زوج عقیم نمی باشد و باملاحظه نظریه داوران منتخب الطرفین، نظر به اینکه عنایت به نظر پزشکی قانونی زوج عقیم نمی باشد و قادر به بارور نمودن همسرش می باشد و با عنایت به اینکه زوج راضی به مطلقه کردن همسرش نمی باشد و چنانچه زوجه دست از لجاجت بردار و به خانه اش برگردد عسر و حرجی در ادامه زندگی آنان با یکدیگر احراز نمی گردد لذا به استناد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، حکم به ردّ دعوی خواهان صادر می نماید. دادنامه مذکور مورد تجدیدنظرخواهی خانم م.ر. واقع شده و شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی بر اساس دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۵۱۳۳۵۰۰۷۶۳ - ۹۲/۴/۲۷ به لحاظ اینکه به موجب گواهی های پزشکی قانونی که دلالت بر وجود عارضه نزد زوج و عدم وجود آن نزد زوجه را دارد و تخلف از بند ۱۰ قسمت ب شروط ضمن العقد نکاح محرز دانسته و ضمن نقض حکم بدوی، با استناد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی حکم به تحقق شرط وکالت ضمن العقد صادر نموده و به زوجه اجازه می دهد تا با حضور دریکی از دفاتر رسمی طلاق ظرف ۶ ماه پس از ابلاغ رأی فرجامی و با استفاده از وکالت ضمن العقد خود را با انتخاب نوع طلاق، مطلقه نموده و طلاق را به ثبت برساند و اضافه می گردد که زوجه مدخوله بوده و مهریه وی غیر از آنچه که در هنگام طلاق احياناً بذل می نماید به قوت خویش باقی است. دادنامه مرقوم حسب گزارش مأمور ابلاغ در ذیل برگ ابلاغیه مربوط بدان در تاریخ ۹۲/۵/۶ به وکیل آقای الف.خ. ابلاغ شده و آقایان ی.پ. و ح.ی. به وکالت از آقای الف.خ. به موجب دادخواستی که در تاریخ ۹۲/۴/۲۷ در دفتر دادگاه صادرکننده رأی مذکور به ثبت رسیده است مبادرت به فرجام خواهی از دادنامه فوق نموده و دفتر دادگاه یادشده پس از انجام تکلیف قانونی خویش، پرونده را به دیوان عالی کشور ارسال داشته و رسیدگی به موضوع به این شعبه ارجاع می شود و مندرجات عرضحال فرجام خواهی تقدیمی وکلای فرجام خواه و لایحه پیوست آن و همچنین لایحه جوابیه وکیل فرجام خوانده به هنگام شور، قرائت خواهند گردید

هیئت شعبه در تاریخ بالا تشکیل گردید پس از قرائت گزارش آقای جنتی عضو ممیز و اوراق پرونده مشاوره نموده چنین رأی می دهد

فرجام خواهی آقایان ی.پ. و ح.ی. به وکالت از آقای الف.خ. از دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۵۱۳۳۵۰۰۷۶۳ - ۹۲/۴/۲۷ صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی که متضمن اعطای اجازه به فرجام خوانده (زوجه) جهت حضور دریکی از دفاتر رسمی طلاق به منظور مطلقه ساختن خویش با استفاده از وکالت ضمن العقد به لحاظ تحقق بند ۱۰ قسمت ب شروط ضمن العقد نکاح به کیفیت مشروح و مقرر در دادنامه مذکور و پرونده امر می باشد، درخور پذیرش نیست زیرا از ناحیه وکلای مذکور در قبال دادنامه معترض عنه ایراد و اعتراض موجه و خاصی که از قابلیت تدقیق برخوردار باشد صورت نپذیرفته و مندرجات عرضحال فرجامی وکلای فوق الذکر و لایحه پیوست آن نیز علاوه بر عدم اتکاء به دلیل معارض با استدلال دادگاه مزبور و تکرار مطالبی که در مراحل سابق دادرسی نیز عنوان شده و مورد لحاظ دادگاه تجدیدنظر واقع گردیده است، با عنایت به جهات موجهه منعکس در دادنامه فرجام خواسته، به گونه ای هم نیستند که خدشه یا خللی به اساس رأی یادشده و مبانی استنباط قضایی و تشخیص دادگاه مرقوم که مبتنی بر ارزیابی دلایل موجود و اظهارات طرفین و وکلای آنان و نظریات پزشکی قانونی و بالأخص احراز تحقق شرط ضمن العقد نکاح اصدار یافته است، وارد ساخته و مخالفت آن را با مقررات قانونی مدلل نموده و نقض آن را ایجاب نماید علی هذا مستنداً به مادتين ۳۷۰ و ۳۹۶ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ضمن ردّ فرجام خواهی وکلای فرجام خواه، دادنامه فرجام خواسته موصوف ابرام می گردد.

رئیس شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور - مستشار جنتی - جلیلی تقویان

پیوست ۴: نمونه قرارداد اجاره رحم

موجر یا اجیر (اجاره دهنده رحم): خانم.....شماره ملی.....نام پدر.....تاریخ تولد.....شماره شناسنامه.....محل صدور.....نشانی.....

مستاجرین (اجاره کنندگان رحم):

۱- خانم.....شماره ملی.....نام پدر.....تاریخ تولد.....شماره شناسنامه.....محل صدور.....نشانی.....

۲- آقای.....شماره ملی.....نام پدر.....تاریخ تولد.....شماره شناسنامه.....محل صدور.....نشانی.....

توضیحات: زوجین دائمی طبق سند ازدواج شماره.....مورخه.....دفتر رسمی ازدواج شماره.....شهر.....که صاحبان جنین منتقله به رحم اجاره دهنده رحم می باشند.

مورد اجاره: رحم شخص اجیر با مشخصات فوق که «طبق سند رسمی طلاق شماره.....مورخ.....تنظیمی دفتر رسمی طلاق شماره.....شهر.....از همسرش جدا شده و مدت عده آن منقضی شده و به اقراره در طهر کامل است»/ (یا) «با موافقت و رضایت همسر ایشان آقای.....فرزند.....با شماره ملی.....طبق سند نکاحیه شماره.....مورخ.....دفتر رسمی ازدواج شماره.....شهر.....بموجب سند رضایت شماره.....مورخ.....دفتر اسناد رسمی شماره.....شهر.....»

مدت اجاره: پایان یک دوره بارداری کامل یا ۹ ماه کامل شمسی پس از انتقال موفق جنین به رحم شخص اجیر و باردار شدن او

بهاء (اجرت): مبلغ.....ریال

توضیحات: در صورت دوقلو یا سه قلو شدن نوزاد به ازای هر قل اضافه شده مبلغ.....ریال به مبلغ فوق الذکر اضافه می گردد.

نحوه پرداخت اجرت:

- ۱- مبلغ.....ریال معادل.....تومان در مرحله نخست انتقال جنین و انجام موفقیت آمیز بودن IVF
- ۲- مبلغ.....ریال معادل.....تومان در پایان هر ماه از اولین ماه حاملگی تا پایان ماه هشتم حاملگی در پایان هرماه از مدت اخیر.
- ۳- مبلغ.....ریال معادل.....تومان در مرحله زایمان در صورتی که نوزاد تک قلو باشد.
- ۴- مبلغ.....ریال معادل.....تومان در صورت دو قلو بودن همزمان با زایمان
- ۵- مبلغ.....ریال معادل.....تومان تقدا بابت جلب رضایت موجر به انجام این اجاره به رایگان و بلا عوض از جانب مستاجرین و فیالمجلس به موجر پرداخت شده که شامل هیچ یک از تعهدات طرفین نمی باشد.

شرایط و متون حقوقی:

- ۱- پرداخت تمامی هزینه های پزشکی اعم از سونوگرافی، آزمایشات، دارو، ویزیت پزشک، اعمال جراحی، درمان بیماریهای مرتبط با بارداری، آماده سازی رحم، هزینه های بیمارستانی و پاراکلینیکی، زایمان و بطور کلی هر اقدام پزشکی که به تشخیص کادر درمانی لازم باشد و همچنین پرداخت سایر هزینه های لازم اعم از هزینه ایاب و ذهاب و البسه و وسایل مورد نیاز دوران بارداری تماما" برعهده اجاره کنندگان رحم (خانم..... و آقای.....) می باشد.
- ۲- موجر (اجاره دهنده رحم) مکلف است تمامی نکات بهداشتی و ایمنی لازم جهت حفظ سلامتی خود و جنین را رعایت نماید و از انجام اعمال و اموراتی که سلامتی جنین را به خطر می اندازد خودداری نماید.
- ۳- تمامی مراحل مربوطه از ارائه مدارک تا خاتمه می بایست صرفاً" در کلینیک و نزد پزشک معالج (آقا/خانم دکتر.....) صورت پذیرد. و تغییر در کلینیک یا پزشک معالج می بایست به پیشنهاد اجاره کنندگان و با موافقت اجاره دهنده رحم صورت گیرد.
- ۴- اجاره دهنده رحم ضمن عقد خارج لازم که به اقرارهم شفاها" بین طرفین این قرارداد منعقد گردیده حق هر گونه ادعا نسبت به نوزاد یا نوزادان ناشی از این عمل پزشکی را از خود سلب و ساقط کرده و متعهد گردید پس از تولد و پس از دریافت تمامی حقوق و مطالبات خود ناشی از این قرارداد، نسبت به تحویل فوری آن/آنها به اجاره کنندگان رحم (پدر و مادر طبیعی) اقدام نماید.
- ۵- تمامی حقوق مدنی اعم از احوال شخصیه، حضانت، نگهداری و سرپرستی، ولایت، نامگذاری، اخذ مدارک سجلی مثل شناسنامه و کارت ملی و گذرنامه، و کلیه حقوق خانوادگی و سایر حقوق راجع به نوزاد یا نوزادان متولد شده حتی در امور مربوط به ازدواج و طلاق، امور تحصیلی و سایر امور پیش بینی نشده مربوط به آنها اعم از شرعی و عرفی و قانونی قهراً" و بالطبع متعلق به مستاجرین (پدر و مادر طبیعی) میباشد.
- ۶- اگر به تشخیص و گواهی پزشک معالج فوق الذکر امکان تولد سالم جنین بر اثر تقصیر وی از بین برود موجر مکلف و متعهد میگردد درصد از کل هزینههای انجام شده و درصد از مبالغ دریافت شده خود را به مستاجرین (اجاره کنندگان رحم) مسترد نماید.
- تذکر: گواهی پزشک معالج در این خصوص قاطع بوده و لازم الاجرا می باشد، بنابراین موجر (اجاره دهنده رحم) با اتیان به کتاب آسمانی خود (قرآن) و ضمن اینکه اقرار به تدین به دین مقدس اسلام نمود متعهد گردید که در تمام مراحل این اجاره اقدامات لازم جهت سلامت جنین منتقله به رحم خود را رعایت نماید.
- ۷- کلینیک / مرکز درمان ناباروری.....واقع در شهر.....دبه عنوان محل منحصر کلیه اقدامات پزشکی و درمانهای لازم جهت انجام موضوع این اجاره تعیین گردید و طرفین نسبت به آن واقف بوده و مورد پذیرش ایشان واقع گردید. ضمن اینکه خانم/آقای دکتر.....مرفوم در بالا بر حسن اجرای این اجاره در تمامی مراحل در این مرکز نظارت نموده و گواهی ولادت نوزاد یا نوزادان متولد شده بر اثر این پروسه پزشکی را به نام مستاجرین (پدر و مادر طبیعی) صادر خواهد کرد.
- ۸- در صورت تحقق هرگونه اختلال در هر قسمت از مراحل از شروع تا خاتمه زایمان طبیعی که بر مبنای بند ۶ منجر به توقف درمان گردد، مابقی تعهدات مستاجرین منتفی خواهد شد.
- ۹- اگر سقط جنین بصورت غیر عمدی مثلاً" بدلیل اضطراب های ناشی از آتش سوزی، سیل، زلزله، رانش زمین، جنگ و خونریزی (و بطور کلی اضطرابهای ناشی از فورس مازور یا قوه قهریه) و یا بر اثر عدم معالجه صحیح پزشک معالج، تشخیص نادرست پزشک، تزریق آمپولهای مضر و انجام درمانهای نامناسب (که تشخیص این امور میبایست توسط داور مرضی الطرفین وبا اعلام او صورت گیرد) باشد، این سموارد مشمول مفاد بندهای ۶ و ۸ این سند نخواهد بود و در نتیجه تعهدات مستاجرین لازم الاجرا خواهد بود.
- تذکر: جهت رفع اختلافات ناشی از مفاد این سند، طرفین با توافق و تراضی خانم/آقای دکتر..... را به عنوان داور برگزیدند که رای ایشان در موارد اختلافی قاطع و لازم الاجرا و غیر قابل اعتراض خواهد بود.
- توضیح اینکه خانم/آقای دکتر..... بموجب سند رضایت شماره..... مورخ ایندقتر مراتب رضایت و قبولی خویش را جهت داوری نسبت به مفاد این قرارداد اعلام و اظهار نمودند.

تذکر: در صورت اقدام سردفتر تنظیم کننده این سند به صدور اجرائیه، این عمل قاطع و غیر قابل اعتراض و لازم الاجرا خواهد بود.

تذکر: رجوع یا عدم رجوع هر یک از طرفین به داور منتخب مانع و مسقط حق رجوع ایشان به دفتر اسناد رسمی یا دادگاه نخواهد بود.

Abstract

With the advancement of medical knowledge and the possibility of treating infertility through medicine, numerous and complex issues have been raised in the moral, legal, social and religious fields, which should be addressed to them by jurists on the one hand, jurists and social scientists on the other. Appropriate answers should be given to provide a suitable ground for making and codifying comprehensive and instructive laws. One of the legal effects of artificial insemination and leasing of the uterus, like any other legal act, is the civil liability arising from it, and in fact, questions such as: What is the basis of civil liability arising from artificial insemination and uterine rent? And what are the conditions and limits of civil liability of the parties involved in the practice of artificial insemination and uterine rent? It is discussed here and in this dissertation it is tried to look at the jurisprudential opinions and principles and legal rules and laws of the existing subject in addition to discussing the reasons for the responsibility of donors and recipients of gametes and embryos and medical staff and their elements of responsibility. Also, the effects of this responsibility, including the right to sue for damages by the beneficiary, especially the resulting child, should be addressed on the basis of their civil liability. And whether invoking the general rules of civil liability (fault theory) can cover all aspects of the issue at hand, or whether the observance of individual and social interests requires that the responsibility of the medical staff in these actions is assumed (assumption of fault) and for donors and Recipients of fetuses and gametes also claimed responsibility, contrary to the general rule that parents are not liable in the event of harm to their child.

Keywords: Civil Liability, Gamete, Fetus, Donor, Recipient, Child, Physician, Treatment Staff



Toloue mehr higher education institution

Civil Liability Resulting from the Artificial insemination and Uterine rent

By

Amir Fotouhi Aghkand

Supervisor

Dr: seyed Ali Alavi Ghazvin

November ۲۰۲۰