



دانشکده ادبیات و علوم انسانی

گروه الهیات و معارف اسلامی

پایان نامه‌ی کارشناسی ارشد رشته‌ی الهیات و معارف اسلامی گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی

## بررسی احکام جنین آزمایشگاهی از منظر فقه و حقوق اسلامی

استاد راهنما

دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی

استاد مشاور

دکتر اردوان ارژنگ

پژوهشگر

علی محمودی

بهمن ماه ۱۳۹۱

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## چکیده

مسأله تحقیق حاضر، بررسی احکام جنین آزمایشگاهی منظر فقه و حقوق اسلامی مرتبط با موضوع تلقیح مصنوعی است. جنین آزمایشگاهی که ولوج روح در آن صورت گرفته باشد، پیامد تلقیح مصنوعی است که بیشتر در صورتی که باروری طبیعی، ممکن نباشد، انجام می‌گیرد. هدف اصلی رساله حاضر، تعیین حکم تکلیفی استفاده از انواع معمول روش‌های تلقیح مصنوعی، تعیین وضعیت نسب جنین آزمایشگاهی حاصل از این روش‌ها می‌باشد، و در ادامه بیان اهداف جزئی تحقیق که عبارت از؛ تعیین احکام وضعی جنین آزمایشگاهی از قبیل؛ ارث، حضانت، نفقه، تربیت، ولایت، اسلام، محرمیت و ازدواج، شخصیت و اهلیت، مالیت و مالکیت، هبه، اهدا و واگذاری نطفه و جنین، میزان آزادی اراده در تعیین قراردادهای راجع به جنین، مسئولیت مدنی گروه درمانی و اشخاص ثالث نسبت به آن، دیه، تعیین میزان جواز تصرف در آن، (به منظور تعیین جنس و یا انجام سایر تغییرات) و ... پیگیری می‌شود، تا امکان ارائه راه‌حل‌ها و تدوین قوانین مناسب و جامع جهت جلوگیری از تضییع حقوق جنین در این زمینه میسر شود. طبق تحقیقات منتج به نتیجه، تلقیح مصنوعی فی حدّ ذاته، مجاز و احکام حلیّت بر آن حمل می‌شود، ولی در نتیجه‌ای استفاده از انواع روش‌های تلقیح مصنوعی، برحسب وجود یا عدم وجود، رابطه زوجیت مشروع و قانونی بین صاحبان نطفه‌ای تشکیل‌دهنده جنین و چگونگی انجام مقدمات مورد نیاز این روش‌ها، احکام تکلیفی و وضعی جداگانه‌ای مطرح می‌گردد. به طور کلی، ترکیب نطفه زن و مردی که بین آن‌ها رابطه زوجیت شرعی و قانونی به‌طور آگاهانه در زمان انعقاد نطفه وجود ندارد، حرام و به تبع آن، احکام وضعی فرزند نامشروع بر طفل جاری می‌گردد، ولی در صورتی که خانواده متقاضی نسبت به، (مالکیت اجنبی به نطفه مورد استفاده و عدم وجود رابطه زوجیت)، آن جاهل باشند، در این صورت احکام ولد شبهه، بر طفل حاصل حمل می‌گردد، ولی در صورت آگاهی، علاوه بر ارتکاب حرام، احکام فرزند نامشروع حمل می‌گردد. انجام مقدمات حرام در تلقیح مصنوعی از قبیل؛ نظر و لمس و ... توسط فرد اجنبی، ارتکاب این مقدمات در موارد ضرورت با رعایت حداقل مورد نیاز، جایز می‌باشد. در پایان ارائه، آگاهی‌های فقهی و حقوقی به خانواده‌های متقاضی جهت جلوگیری از ارتکاب ناخواسته حرام و دچار سوء استفاده تجاری و عواقب غیرقانونی نشدن، ضرورت دارد، هم‌چنین لازم است این روش‌ها تنها در مراکز باروری مجاز انجام شود و قوانین جامع تصویب و جهت اجرا در اختیار مسئولان ذیربط قرار گیرد.

واژگان کلیدی؛ جنین آزمایشگاهی، تلقیح مصنوعی، نسب، فراش، رحم جایگزین، والدین حکمی.

# فهرست مطالب

## فصل اول: کلیات

۱	بخش اول - مفهوم شناسی .....
۱	۱-۱-۱ تعریف زنا .....
۱	الف. شرایط تحقق عنوان زنا .....
۱	ب. تحقق عنوان اکراه در زنا .....
۲	۲-۱-۱ تعریف شبهه .....
۲	۳-۱-۱ تعریف نسب .....
۲	الف. معانی اولاد .....
۳	ب. نَسَب در لغت .....
۳	پ. نسب در اصطلاح .....
۳	۴-۱-۱ مفهوم ولایت .....
۳	۱-۴-۱-۱ تعریف ولیّ .....
۴	الف. ولیّ عام .....
۴	ب. ولیّ خاص .....
۴	۲-۴-۱-۱ مولی علیه .....
۴	۵-۱-۱ تلقیح در لغت و اصطلاح .....
۵	۶-۱-۱ جنین در لغت و اصطلاح .....

## بخش دوم - پیشینه تحقیق

۵	۱-۲-۱ پیشینه فقهی .....
---	-------------------------

## الف

- ۱-۲-۲ پیشینه حقوقی ..... ۶
- الف. لزوم انعقاد قرارداد ..... ۶
- ب. وضعیت حقوقی جنین آزمایشگاهی ..... ۷
- پ. نقص قوانین حقوقی موجود ..... ۹

بخش سوم - تبیین موضوع

- ۱-۳-۱ باروری مصنوعی ..... ۱۱
- ۱-۳-۲ مراحل خلقت انسان از منظر قرآن ..... ۱۲
- الف. چگونگی خلقت انسان در رحم مادر ..... ۱۳
- ب. آغاز حاملگی و بارداری شدن ..... ۱۳
- پ. تحقق قرابت رضاعی و آثار آن ..... ۱۴
- ت. انحصار تولد فرزند مشروع از طریق ازدواج ..... ۱۵
- ث. شرایط تحقق عنوان مادر ..... ۱۵
- ۱-۳-۳ اهمیت و ضرورت تبیین تلقیح مصنوعی ..... ۱۶
- ۱-۳-۴ چهارچوب نظری پژوهش ..... ۱۸
- ۱-۳-۵ اهداف رساله ..... ۱۹
- ۱-۳-۶ باروری از منظر آیات و روایات ..... ۱۹
- ۱-۳-۷ اصل مرجع در مسائل فروع و دماء ..... ۲۱
- ۱-۳-۸ احکام فقهی و حقوقی باروری مصنوعی ..... ۲۳
- ۱-۳-۹ نکات کلی موثر در تعیین احکام جنین آزمایشگاهی ..... ۲۳
- ۱-۳-۱۰ اصول روشنگر تعیین احکام تلقیح مصنوعی ..... ۲۳

ب

- ۲۳ ..... الف. راه‌های تولد فرزند مشروع
- ۲۴ ..... ب. تعیین پدر و مادر جنین آزمایشگاهی
- ۲۵ ..... پ. رابطه محرمیت جنین آزمایشگاهی
- ۲۵ ..... ۱-۳-۱۱ تلقیح مصنوعی از دیدگاه فقیهان
- ۲۷ ..... ۱-۳-۱۲ موارد ضرورت انجام تلقیح مصنوعی

#### فصل دوم: تلقیح مصنوعی و بررسی ادله

- ۲۹ ..... ۲-۱ انواع تلقیح مصنوعی
- ۲۹ ..... ۲-۱-۱ دسته‌بندی زوج‌های نابارور
- ۲۹ ..... ۲-۱-۲ اقسام کلی تلقیح مصنوعی
- ۳۰ ..... ۲-۱-۲-۱ قسم اول
- ۳۲ ..... الف. صور پزشکی و آزمایشگاهی قسم اول
- ۳۲ ..... ب. جمع‌بندی مبانی و دیدگاه‌ها
- ۳۳ ..... ۲-۲-۱-۲ قسم دوم
- ۳۷ ..... ۲-۲-۱-۲-۱ صور پزشکی و آزمایشگاهی قسم دوم
- ۳۷ ..... ۲-۲-۱-۲-۲ مستندات مخالفان قسم دوم
- ۳۷ ..... الف. آیات
- ۴۱ ..... ب. روایات
- ۴۷ ..... ۲-۲-۱-۲-۳ خلاصه دلایل مخالفان و جواب آنها
- ۴۸ ..... ۲-۲-۱-۲-۴ سؤالات قابل طرح در قسم دوم
- ۴۸ ..... ۲-۲ دیدگاه‌ها در استفاده از تلقیح مصنوعی

- ۴۹ ..... ۱-۲-۲ دیدگاه موافقان
- ۴۹ ..... الف. اشکال و جواب بر استدلال موافقان
- ۵۰ ..... ۲-۲-۲ دیدگاه مخالفان
- ۵۰ ..... ۱-۲-۲-۲ اشکال و جواب
- ۵۰ ..... الف. اشکال اول
- ۵۰ ..... ب. اشکال دوم
- ۵۱ ..... ۳-۲-۲ جمع‌بندی مبانی و دیدگاه‌ها
- ۵۱ ..... ۳-۲ لزوم مشخص بودن صاحب نطفه
- ۵۲ ..... ۱-۳-۲ مستندات حرمت اختلاط انساب
- ۵۳ ..... ۲-۳-۲ وجه استدلال مخالفان به روایات
- ۵۳ ..... الف. اشکال به استدلال مخالفان
- ۵۳ ..... ب. اشکال و جواب در استناد به روایات
- ۵۴ ..... پ. دیدگاه برگزیده
- ۵۴ ..... ۴-۲ تحقق عنوان زنا در تلقیح مصنوعی
- ۵۶ ..... ۱-۴-۲ اشکال بر استدلال معتقدین به جواز
- ۵۷ ..... ۵-۲ عدم جواز تلقیح نطفه دو بیگانه
- ۵۹ ..... ۶-۲ بررسی احکام حقوقی اقسام تلقیح مصنوعی
- ۶۰ ..... ۷-۲ راه‌کارهای مشروع نمودن تلقیح مصنوعی
- ۶۱ ..... ۸-۲ حکم عوارض و مقدمات تلقیح مصنوعی
- ۶۲ ..... ۹-۲ جمع‌بندی مبانی و دیدگاه‌ها

۶۴ ..... ۱۰-۲ حکم تکلیفی تلقیح مصنوعی از دیدگاه فقیهان و مراجع عظام، (فتاوی)

فصل سوم: احکام وضعی جنین آزمایشگاهی

۶۹ ..... ۱-۳ نسب

۶۹ ..... ۱-۳-۱ ارکان تحقق نسب

۷۰ ..... ۲-۱-۳ زمینه‌های پیدایش نسب

۷۰ ..... ۳-۱-۳ اقسام نسب

۷۰ ..... ۱-۳-۱-۳ نسب ناشی از نکاح

۷۱ ..... الف. اثبات نسب ناشی از نکاح

۷۱ ..... ب. شرایط اثبات نسب پدری

۷۳ ..... پ. سخنی درباره متن ماده ۱۱۵۸ ق.م.

۷۴ ..... ت. معیار تشخیص نسب مشروع

۷۵ ..... ث. اظهار عدم تعلق مولود به زوج

۷۷ ..... ج. آثار نسب قانونی

۷۷ ..... ۱-۳-۳-۴ نسب ناشی از شبهه

۷۸ ..... ۱-۳-۳-۴-۱ آثار نسب ناشی از شبهه

۷۸ ..... ۱-۳-۳-۵ نسب ناشی از زنا

۷۹ ..... ۱-۳-۳-۵-۱ آثار نسب ناشی از زنا

۸۰ ..... ۴-۱-۳ شرایط تحقق نسب

۸۱ ..... ۱-۳-۴-۱ اثبات نسب به وسیله اماره فراش

۸۲ ..... الف. مستندات قاعده فراش



- ب. تزاحم اماره فراش در نکاح و زنا ..... ۸۳
- پ. تزاحم اماره فراش در نکاح و نزدیکی به شبهه ..... ۸۴
- ت. اثبات خلاف اماره فراش ..... ۸۵
- ۳-۱-۵ موانع تحقق نسب ..... ۸۶
- ۳-۱-۵-۱ زنا ..... ۸۶
- ۳-۱-۶ نسب جنین آزمایشگاهی ..... ۸۸
- الف. انتساب به پدر ..... ۸۸
- ب. انتساب به مادر ..... ۹۰
- ۳-۱-۶-۲-۱ مستندات دیدگاه مشهور فقیهان ..... ۹۱
- ۳-۱-۶-۲-۲ دلایل شمول اطلاق روایات بر عنوان مادر ..... ۹۲
- پ. تحقق عنوان ولد مشروع در تلقیح مصنوعی ..... ۹۴
- ۳-۱-۶-۳ اشکال و جواب ..... ۹۴
- ت. تفاوت فرزند خواندگی و کودک آزمایشگاهی ..... ۹۵
- ۳-۱-۷ نسب جنین آزمایشگاهی از دیدگاه فقیهان و مراجع عظام، (فتاوی) ..... ۹۶
- ۳-۲ رابطه محرمیت ..... ۹۷
- ۳-۲-۱ حرمت نکاح با اولاد ناشی از زنا و شبهه ..... ۹۷
- ۳-۲-۲ حرمت نکاح بین صاحبان رحم و جنین آزمایشگاهی ..... ۹۷
- ۳-۲-۳ قرابت رضاعی و شرایط آن ..... ۹۸
- الف. قرابت رضاعی بین دو طفل هم شیر ..... ۹۹
- ب. احکام رضاع ..... ۱۰۰

- پ. بررسی فقهی پیدایش قرابت رضاعی ..... ۱۰۱
- ت. پیدایش قرابت رضاعی در تلقیح مصنوعی ..... ۱۰۱
- ث. تحقق قرابت رضاعی در روش رحم جایگزین ..... ۱۰۱
- ج. حدود قرابت صاحب رحم ..... ۱۰۳
- چ. آثار قرابت شخص صاحب رحم ..... ۱۰۳
- ۳-۲-۴ عده زن مطلقه در تلقیح مصنوعی از دیدگاه فقیهان و مراجع عظام، (فتاوی) ..... ۱۰۳
- ۳-۳ نفقه ..... ۱۰۴
- ۳-۳-۱ نفقه جنین آزمایشگاهی و شخص ثالث ..... ۱۰۴
- ۳-۴ شخصیت ..... ۱۰۶
- ۳-۴-۱ شخص طبیعی ..... ۱۰۶
- ۳-۴-۲ شخص حقوقی ..... ۱۰۶
- ۳-۴-۳ حمایت از شخصیت جنین آزمایشگاهی ..... ۱۰۷
- ۳-۵ اهلیت ..... ۱۰۷
- ۳-۵-۱ اهلیت تمتع ..... ۱۰۸
- ۳-۵-۲ اهلیت استیفا ..... ۱۰۸
- ۳-۶ اموال ..... ۱۰۹
- ۳-۶-۱ اداره اموال جنین آزمایشگاهی ..... ۱۱۰
- ۳-۶-۱-۱ نمایندگان قانونی جنین ..... ۱۱۰
- ۳-۷ حضانت ..... ۱۱۱
- ۳-۷-۱ نگهداری و تربیت کودک آزمایشگاهی ..... ۱۱۱

- الف. نگاهداری ..... ۱۱۱
- ب. تربیت ..... ۱۱۲
- ۲-۷-۳ ضمانت اجرای حضانت ..... ۱۱۲
- الف. حضانت طفل در صورت جدایی ابوبین ..... ۱۱۳
- ب. حضانت طفل در صورت فوت ابوبین ..... ۱۱۳
- ۳-۷-۳ موارد سقوط حق حضانت ..... ۱۱۴
- ۳-۸ ولایت ..... ۱۱۵
- ۳-۸-۱ ولایت بر جنین و اموال او ..... ۱۱۵
- ۳-۸-۲ سقوط یا تعلیق ولایت ..... ۱۱۵
- ۳-۹ توارث ..... ۱۱۷
- ۳-۹-۱ توارث در حالت رحم جایگزین ..... ۱۱۸
- الف. رابطه توارث جنین آزمایشگاهی و پدر حکمی ..... ۱۱۸
- ب. رابطه توارث جنین آزمایشگاهی و صاحبان رحم و نطفه ..... ۱۱۸
- ۳-۹-۲ توارث جنین آزمایشگاهی از دیدگاه فقیهان و مراجع عظام، (فتاوی) ..... ۱۱۹
- ۳-۱۰ دیه ..... ۱۱۹
- ۳-۱۰-۱ روایات تعیین کننده دیه جنین ..... ۱۲۰
- ۳-۱۰-۲ حرمت اتلاف نطفه منعقد شده و دیه آن ..... ۱۲۲
- ۳-۱۰-۳ دیه جنین آزمایشگاهی از دیدگاه فقیهان و مراجع عظام، (فتاوی) ..... ۱۲۳
- ۳-۱۱ حکم انجام مقدمات تلقیح مصنوعی از دیدگاه فقیهان و مراجع عظام، (فتاوی) ..... ۱۲۵
- ۳-۱۲ جواز دریافت حق الزحمه شخص ثالث از دیدگاه فقیهان و مراجع عظام، (فتاوی) ..... ۱۲۵

- ۱۳-۳ نقش مراکز درمان ناباروری از دیدگاه فقیهان و مراجع عظام، (فتاوی) ..... ۱۲۵
- ۱۴-۳ محدودیت‌های استفاده از تلقیح مصنوعی در ایران ..... ۱۲۶
- ۱۵-۳ نتیجه‌گیری ..... ۱۲۹
- ۱۶-۳ منابع و مآخذ ..... ۱۳۳

## فصل اول: کلیات

### بخش اول - مفهوم شناسی

#### ۱-۱-۱ تعریف زنا

قبل از پرداختن به احکام جنین آزمایشگاهی، با توجه به اهمیت تعیین نوع ولادت کودک، (ولد ناشی از نکاح، ولد ناشی از زنا، ولد ناشی از شبهه)، در تعیین احکام وضعی کودک ناشی از تلقیح مصنوعی، ضروری است ابتدا مفهوم زنا، شبهه، اکراه تبیین گردد. زنا یکی از اصطلاحات حقوق امامیه می‌باشد و آن عبارت است از داخل نمودن مرد عاقل بالغ آلت خود را به قدر حشفه در آلت زن، بدون آن که نکاح بین آنان منعقد شده باشد. این امر در صورتی است که نزدیکی به اکراه و یا شبهه واقع نشده باشد، (طریحی، ۱۴۰۳ه ق، ج ۱، ص ۲۰۶؛ مصطفوی، ۱۴۰۲ه ق، ج ۴، ص ۳۵۳).

#### الف. شرایط تحقق عنوان زنا

شرایط تحقق زنا عبارت است از؛

الف. داخل شدن آلت مرد در آلت زن با اختیار و آگاهی طرفین. ب. داخل شدن آلت مرد به قدر حشفه، (یکی از شرایط تحقق زنا آن است که آلت مرد اقلأً به مقدار حشفه داخل شده باشد و چنانچه به مقدار حشفه، اگرچه مقداری از آلت مرد مقطوع باشد، داخل در آلت زن نگردد، زنا محسوب نخواهد بود. ج. عمل به وسیله شخص بالغ انجام گردد، (یکی از شرایط تحقق زنا آن است که فاعل به سن بلوغ شرعی رسیده باشد. بنابراین چنانچه فعل به وسیله شخص غیر بالغ، (صغیر)، محقق شود، زنا محسوب نمی‌شود. د. عمل به وسیله شخص عاقل محقق شود، (یکی از شرایط تحقق زنا عقل است، لذا چنانچه فاعل مجنون باشد عمل زنا نخواهد بود، زیرا مجنون تکلیفی ندارد. در جنون ادواری هرگاه عمل در زمان جنون واقع شود زنا محسوب نمی‌گردد، ولی در حال بهبود زنا شناخته می‌شود). ه. بین زن و مرد رابطه نکاح شرعی منعقد نشده باشد، (یکی از شرایط تحقق زنا آن است که رابطه بین زن و مرد، (البته در بحث تلقیح مصنوعی، رابطه بین صاحبان نطفه)، مشروع نباشد و آن در صورتی است که بین آنان نکاح، (دائم یا متعه)، نباشد. با تحقق تمامی شرایط بیان شده در صورتی که نزدیکی بین زن و مرد اجنبی واقع شود، (و در بحث تلقیح مصنوعی در صورتی که نطفه زن و مرد اجنبی ترکیب شود)، مفهوم زنا تحقق می‌یابد، (امامی، بی تا، ج ۳، ص ۲۱۳).

#### ب. تحقق عنوان اکراه در زنا

نزدیکی به اکراه در موردی است که عمل به وسیله تهدید بر نفس یا مال و یا ناموس شخص و یا یکی از خویشاوندان نزدیک او به عمل آمده و او را وادار به نزدیکی نماید، مانند آن که مردی زنی را با تهدید به قتل او یا تهدید به قتل یکی از

خویشاوندانشان وادار کند که تسلیم شود و با او نزدیکی بنماید، (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲هـ.ق، ص ۷۰۸؛ سعدی، ۱۴۰۸هـ.ق، ص ۳۱۷).

### ۱-۱-۲ تعریف شبهه

شبهه فعلی است که در حقیقت فاعل، مستحق انجام آن نباشد و تصور نماید که مستحق است و امر بر فاعل مشتبه و مختلط گردد، (فراهیدی، ۱۴۱۰هـ.ق، ج ۳، ص ۴۰۴). شبهه گاه موضوعی است، چنان که مرد بداند که نکاح با زنی که در عده غیر است باطل است، با علم به مدت عده در احتساب آن اشتباه می‌کند و در روز آخر عده با او نکاح می‌نماید، و گاهی شبهه حکمی است چنان که مردی به تصور این که عده هر زنی که طلاق بگیرد سه ماه است و او بدون رعایت سه طهر زنی را که در عده دیگری است، به نکاح خود درآورد و یا تصور نماید که رضایت باطنی کفایت از اجرای صیغه می‌کند، (امامی، بی تا، ج ۳، ص ۲۱۵).

### ۱-۱-۳ تعریف نسب

قبل از پرداختن به موضوع نسب و تحقق آن در رابطه با کودک حاصل از تلقیح مصنوعی، توجه به معانی اولاد، و مفهوم نسب و اقسام آن ضروری و لازم است.

### الف. معانی اولاد

«اولاد» جمع «ولد» است و در ادبیات عرب به معنای هر حیوانی است که بر اثر وضع حمل پدید آمده باشد، خواه از ذکور باشد یا از اناث، (فراهیدی، ۱۴۱۰هـ.ق، ج ۸، ص ۷۱). ولد به تولد شی از شی دیگر نیز اطلاق می‌گردد، (ابن فارس، ۱۴۰۴هـ.ق، ج ۶، ص ۱۴۳). معنای فارسی ولد، «زاد» است، لذا در عُرف عام، کلمه «زاد و ولد» مرادف هم به کار می‌روند. و اولاد، در دو مفهوم عام و خاص به کار می‌رود. «اولاد» به معنای عام، شامل تمام کسانی است که از نسل شخصی به طور مستقیم به وجود آمده باشند؛ خواه بی واسطه و خواه با واسطه. طبق این معنا، نبیره و نواده‌های شخص هر اندازه که پایین رود، در زمره اولاد وی به حساب می‌آیند. اما «اولاد» به معنای خاص، تنها به کسانی گفته می‌شود که بی واسطه از شخص به وجود آمده باشند، (طاهری، ۱۴۱۸هـ.ق، ج ۳، ص ۳۰۰).

## ب. نَسَب در لغت

نسب مصدر است و به معنی قرابت و خویشاوندی می‌باشد، نسب در لغت به معنای نژاد، اصل، قرابت و خویشاوندی است، (معین، ۱۳۷۱، ج ۴، ص ۴۷۱۴). نسب در لغت بع معنی اتصال شی به شی نیز هست، (ابن فارس، ۱۴۰۴هـ.ق، ج ۵، ص ۴۲۳). نسب که در فارسی به آن نژاد گفته می‌شود، ارتباط ژنتیکی و خونی میان دو یا چند نفر است، نسب را می‌توان به خویشاوندی و قرابت تفسیر کرد، (حسینی، ۱۴۱۴هـ.ق، ج ۲، ص ۴۲۸؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲هـ.ق، ص ۸۰۱). چنان‌که میان والدین و فرزندشان یا برادران و خواهران رابطه نسبی برقرار است. البته نسب یک مفهوم مشکک و مُدْرَج است و به میزان نزدیکی و دوری افراد از هم تفاوت می‌کند. لغت‌شناسان در تعریف آن گفته‌اند: نسب عبارت است از یک نوع رابطه خونی میان دو نفر که به سبب تولد یکی از آنان از دیگری یا تولد هر دو از شخص ثالث تحقق می‌یابد، (فیروز آبادی، ۱۴۰۳هـ.ق، ج ۱، ص ۱۳۲ و ۱۳۱).

## پ. نسب در اصطلاح

نسب به معنای خویشاوندی و امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید. از این امر رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد، موجود می‌گردد، برخی از حقوق‌دانان میان نسب و قرابت نسبی تمایز قائل شده‌اند. از منظر آنان، قرابت نسبی، (نسب عام)، گسترده‌تر است و شامل همه خویشاوندان نسبی می‌گردد، اما نسب، (نسب خاص)، تنها در برگیرنده رابطه والدین و فرزندان می‌شود، (مصطفوی، ۱۴۰۲هـ.ق، ج ۱۲، ص ۹۳؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲هـ.ق، ص ۸۰۱؛ امامی، بی‌تا، ج ۵، ص ۱۵۱).

## ۱-۱-۴ مفهوم ولایت

واژه «ولی» و «ولایت» و مشتقات دیگر آن از قبیل؛ «اولی» و «مولی» در لغت عرب، به معنای آن است که دو چیز در کنار هم آن‌چنان قرار گیرند که فاصله‌ای در بین آن‌ها نباشد. در اصطلاح حقوقی، ولایت عبارت از سلطه و اقتداری است که قانون به جهتی از جهات به کسی می‌دهد که امور مربوط به غیر را انجام دهد و کسی که این سیمت را داراست، «ولی» نامیده می‌شود، (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲هـ.ق، ص ۸۸۵؛ فراهیدی، ۱۴۱۰هـ.ق، ج ۸، ص ۳۶۶؛ طاهری، ۱۴۱۸هـ.ق، ج ۳، ص ۳۴۰).

## ۱-۱-۴-۱-۱ تعریف ولی

در فقه امامیه، ولایت بر طفل به اشتراک با پدر و جد پدری است، و مادر نسبت به اداره اموال فرزند خویش، هیچ سیمتی ندارد، و در صورت نبودن پدر و جد پدری، وصی منصوب از طرف آنان، ولی طفل خواهد بود. و هرگاه ولی خاص، موجود

نباشد، نوبت به ولی عام، یعنی حاکم اسلامی می‌رسد، (ابن فارس، ۱۴۰۴هـ.ق، ج ۶، ص ۱۴۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵هـ.ق، ج ۲، ص ۱۹۰؛ نجفی، بی تا، ج ۲۶، ص ۱۰۱ به بعد؛ طاهری، ۱۴۱۸هـ.ق، ج ۳، ص ۳۴۰).

### الف. ولیّ عام

ولی عام کسی است که امور مربوط به عموم افراد را در حدود قانون انجام می‌دهد. حاکم، ولی عام است و او کسی است که از طرف مرجع صلاحیت‌دار قانونی به این سمت برگزیده شده باشد، (طریحی، ۱۴۰۳هـ.ق، ج ۱، ص ۴۵۵؛ امامی، بی تا، ج ۵، ص ۲۰۲).

### ب. ولیّ خاص

ولی خاص کسی است که امور مربوط به اشخاص معینی را در حدود قانون انجام می‌دهد. پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنان، ولی خاص طفل نامیده می‌شود و کسی که ولی خاص بر او ولایت دارد، مولی علیه گویند، (طریحی، ۱۴۰۳هـ.ق، ج ۱، ص ۴۵۵).

### ۱-۱-۴-۲ مولی علیه

مولی علیه کسی است که تحت سرپرستی ولی قانونی قرار می‌گیرد. مولی علیه بر دو دسته‌اند؛

۱. صغیر ۲. کسی که جنون یا سفه او متصل به صغر باشد. ۳. مجنون و سفیهی که جنون و سفه او متصل به زمان صغر نباشد، (طاهری، ۱۴۱۸هـ.ق، ج ۳، ص ۳۴۳).

کودک حاصل از طریق تلقیح مصنوعی همانند کودک حاصل از باروری طبیعی، از آنجایی که صغیر می‌باشد و توانایی اداره امورات زندگی و اقتصادی خود را ندارد، مولی علیه محسوب می‌گردد.

### ۱-۱-۵ تلقیح در لغت و اصطلاح

تلقیح از ماده لقیح به معنای آمیختن، مخلوط کردن، آمیزش دو عنصر می‌باشد. هم چنین به معنای بارور ساختن و بارور سازی نیز به کار می‌رود، (فراهیدی، ۱۴۱۰هـ.ق، ج ۳، ص ۴۷؛ ابن فارس، ۱۴۰۴هـ.ق، ج ۵، ص ۲۶۱). تلقیح در اصطلاح به معنای بارور ساختن جنس نر و ماده می‌باشد که در زبان عرب بیشتر بارور ساختن درخت خرما مدنظر است. در حوزه علوم پزشکی به معنای بارور سازی نطفه زن و شوهر نازا منظور می‌باشد، (طریحی، ۱۴۰۳هـ.ق، ج ۲، ص ۴۰۹؛ فراهیدی، ۱۴۱۰هـ.ق، ج ۸، ص ۲۹۰).



## ۱-۱-۶ جنین در لغت و اصطلاح

جنین از ریشه جنّ به معنای پوشیده و مستور می‌باشد و به نوزاد در شکم مادر از آن جهت که از انظار دیگران پوشیده و مخفی می‌باشد، جنین گفته می‌شود، (طریحی، ۱۴۰۳هـ.ق، ج ۶، ص ۲۲۶؛ ابن فارس، ۱۴۰۴هـ.ق، ج ۱، ص ۴۲۲؛ فراهیدی، ۱۴۱۰هـ.ق، ج ۶، ص ۲۱).

## بخش دوم - پیشینه تحقیق

### ۱-۲-۱ پیشینه فقهی

پیش از پرداختن به مسأله تحقیق، اشاره به پیشینه فقهی بحث، به صورت خلاصه و گذرا خالی از فایده نیست. فقیهان در باب حدود با استفاده از مضمون روایات رسیده از معصومین (ع) مسئله‌ای را مطرح کرده‌اند و آن این است؛ زنی که پس از آمیزش با شوهرش با دختری عمل مساحقه انجام داده و آن دختر به سبب انتقال نطفه مرد از طریق مساحقه حامله شده‌است، حکمش چیست و فرزند به چه کسی ملحق می‌شود؟ به صاحب نطفه یا به دختر؟ نظر بسیاری از فقیهان بلکه مشهور فقیهان، به دلیل نصّ خاص، الحاق مولود به صاحب نطفه است، (صدوق، بی تا، ص ۴۳۵؛ طوسی، ۱۴۰۰هـ.ق، ص ۷۰۷؛ حلی، ۱۴۱۱هـ.ق، ج ۲، ص ۵۳۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸هـ.ق، ج ۴، ص ۱۴۸؛ حلی، ۱۴۰۵هـ.ق، ص ۵۵۶).

این ادريس در این مسئله نظر دیگری دارد؛ ایشان نسب را تنها در صورت عقد ازدواج یا آمیزش به شبهه ثابت می‌داند و چون در مسئله یاد شده هر دو منتفی است، وجهی برای الحاق مولود به صاحب نطفه نخواهد بود، (ابن ادريس، ۱۴۱۰هـ.ق، ج ۲، ص ۵۵۲). چنان که گروهی دیگر از فقیهان با این که نسب را تنها از راه آمیزش مشروع و وطی به شبهه ثابت دانسته‌اند، لیکن در مورد بحث به جهت وجود نصّ، قائل به الحاق مولود به صاحب نطفه، (مرد)، شده‌اند، (نجفی، بی تا، ج ۴۱، ص ۳۹۸ تا ۳۹۶؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰هـ.ق، ج ۲، ص ۲۸۴). اما در خصوص الحاق مولود به دختر، از بیان اکثر فقیهان و صاحب نظران چنین استنباط می‌شود که نظر اکثر بلکه منسوب به مشهور فقیهان، عدم الحاق است، (طباطبایی، ۱۴۱۸هـ.ق، ج ۱۶، ص ۲۶)، لیکن بسیاری از معاصران، مولود را به دختر نیز ملحق کرده‌اند؛ چنان که در بحث از تلقیح مصنوعی در ادامه رساله و ارائه نظریات فقیهان معاصر، بدان اشاره خواهد شد.

## ۲-۲-۱ پیشینه حقوقی

### الف. لزوم انعقاد قرارداد

از بیان صاحب‌نظران در تحقیقات گذشته در رابطه با ضرورت یا عدم ضرورت انعقاد قرارداد در انواع روش‌های تلقیح مصنوعی در درمان ناباروری چنین برداشت می‌شود که در تمامی صور درمان ناباروری به‌صورت غیرطبیعی و مصنوعی، توافقات فی مابین صاحبان نطفه و احیاناً مادر جانشین لازم نیست در قالب عقود معین و تصریح شده در قانون منعقد گردد، بلکه می‌توانند به‌صورت قراردادی خصوصی که در قانون عنوان و صورت خاصی ندارد، با یک‌دیگر توافق کنند و شرایط و آثار آن را طبق قواعد عمومی قراردادها و اصل حاکمیت اراده، تعیین نمایند، البته این مطلب بدان معنا نیست که صاحبان نطفه و مادر جانشین نمی‌توانند، در قالب عقود معین، توافقات خود را منعقد کنند، بلکه بهتر است ابتدا به عقود معین، (بانام)، متناسب، همانند؛ اجاره اشخاص و جعاله، مراجعه و در صورت امکان از آن‌ها استفاده شود. در تمامی توافقات حاصل شده، خواه در قالب عقود معین و غیرمعین، (خصوصی)، رضایت طرفین ضروری است، و می‌توان از ترکیبی از عقود معین و خصوصی با شرایط و محدودیت‌های خاص در تمامی صور درمان ناباروری استفاده گردد، تا نگرانی‌ها و پیامدهای ناخواسته مرتفع گردد، به‌گونه‌ای که قرارداد مزبور در شمار عقود معوض توافقی قرار گیرد، نه معاملی، تا عقود منعقد شده، صرفاً ماهیت اقتصادی نداشته باشند، بلکه در مواردی، انگیزه‌های اخلاقی و انسانی لحاظ گردد و از سوی دیگر از پیامدهای ناخواسته جلوگیری شود، (علیزاده، بهار ۱۳۸۶).

در شیوه درمان ناباروری رحم جایگزین، توافقات فی‌مابین زوجین متقاضی و صاحب رحم نمی‌تواند در قالب قراردادهای سنتی اجاره و عاریه منعقد گردد، و می‌بایست قراردادی مستقل و جدید منعقد گردد، به‌گونه‌ای که صاحب رحم بر حمل کودک به نفع زوجین متقاضی و تسلیم طفل پس از تولد متعهد گردد. تجویز مطلق و بدون قید و شرط تمامی صور استفاده از رحم جایگزین به عنوان یکی از روش‌های درمان ناباروری، قابل دفاع و قبول نیست و چه بسا با توجه به سوء استفاده سودجویان، به موضوع خطرناکی در جوامع تبدیل شود، لذا لازم است در مواردی که باروری به صورت طبیعی امکان‌پذیر نیست، قوانین مشخص و سختگیرانه‌ای در رابطه با استفاده از روش‌های درمان ناباروری تنظیم و تحت نظر مراکز مجاز درمان ناباروری به‌دقت اجرا گردد، تا به نوعی تجارت و سوداگری تبدیل نگردد.

انعقاد توافق در خصوص اهدای جنین در قالب عقد بیع را به خاطر کرامت خاص جنین نمی‌توان پذیرفت، هرچند در انطباق اهدای جنین بر عقود معهوده مانند؛ هبه، اعراض، وکالت و صلح نسبت به بیع، اختلافات کمتری وجود دارد، ولی به‌طور کلی اطلاق کلیه عناوین مزبور با ارزش والای انسان در تمام مراحل حیات در تعارض است و لازم نیست مباحث

جدید و مسائل مستحدثه در قالب عناوین معهود و معین فقهی و حقوقی گنجانده شود، (جعفرزاده، پائیز و زمستان ۱۳۸۵).

### ب. وضعیت حقوقی جنین آزمایشگاهی

از نظر حقوقی، (کنواسیون حقوق کودک)، فرزند نامشروع هیچ فرقی با سایر کودکان ندارد، ولی مطابق تعالیم و مقررات دین اسلام، با توجه به اهمیت و جایگاه خانواده و محکومیت روابط آزاد جنسی، کودک نامشروع با والدین طبیعی و فیزیولوژیکی قرابت نسبی ندارد و به طور کامل از تمامی احکام فرزند مشروع برخوردار نیست، و از برخی حقوق مانند؛ ارث، اجتهاد، قضاوت و شهادت محروم هستند. ولی همانند فرزند مشروع از سایر حقوق از قبیل؛ حیات، نام و ملیت، بقا و پیشرفت، ابراز مقام، حقوق اجتماعی و فردی برخوردار است و پدر و مادر طبیعی موظفند همانند فرزند مشروع تمامی تکالیف و مسئولیت‌های پدر و مادر را بر عهده گیرند، (جعفرپور، آذر ۱۳۸۴).

با توجه به اصل احتیاط و ممنوعیت و ضرورت جلوگیری از اختلاط انساب در شرع مقدس، تلقیح نطفه زن و شوهر شرعی و قانونی جایز است و فرزند حاصل از تمام احکام فرزند مشروع برخوردار است، ولی می‌بایست از مقدمات حرام اجتناب شود و در صورت ضرورت، (عسر و حرج)، ارتکاب این مقدمات جایز است. در روش استفاده از رحم جایگزین، بین کودک حاصل شده و صاحب رحم رابطه محرمیت برقرار است. علی‌رغم حرمت تلقیح نطفه زن و مرد اجنبی، کودک به آن‌ها منتسب می‌گردد و از آن‌ها ارث می‌برد و نسبت به آن‌ها محرم است، (صادقی مقدم، مرداد ۱۳۸۳).

استفاده از رحم جایگزین نیز در صورتی که متضمن مقدمات حرام نباشد، جایز است و برپایه مبانی نظام حقوقی ایران ممکن است، مغایر با موازین شرع دانسته نشود، مگر آن‌که به دلایل دیگری، قانونی در منع استفاده از این روش به تصویب برسد، لذا برای قانون‌گذار این امکان وجود دارد که پیش بینی شرایط و مصالح، استفاده از رحم جایگزین را جایز یا ممنوع بداند. با توجه به اختلاف نظر در این موضوع، راه‌حل شرعی ایجاد عقد نکاح غیردائم، (هرچند کوتاه مدت)، و مجرد بودن زن صاحب رحم در رابطه با استفاده از این شیوه می‌باشد، (علیزاده، بهار ۱۳۸۵).

با توجه به اصله الحلیه و اصله البرائة اهدای جنین جایز است، زیرا در اهدای جنین تماس مستقیمی بین سلول‌های جنسی و رحم متقاضی صورت نمی‌گیرد و انتقال جنین به رحم مساوی با انتقال نطفه زن یا مرد به رحم نیست، به-طور کلی می‌توان جواز انتقال جنین به رحم را نتیجه گرفت.

در مورد استفاده از تمامی صور تلقیح مصنوعی افراط و تفریط وجود دارد، بعضی تمام صور روش تلقیح مصنوعی را جایز، (افراط‌گرایان)، و در مقابل عده‌ای حتی تلقیح میان نطفه زن و شوهر شرعی و قانونی را جایز نمی‌دانند، (تفریط‌گرایان).

در صورتی که میان مرد و زن صاحب نطفه رابطه زناشویی شرعی و قانونی وجود داشته باشد، و از مقدمات حرام اجتناب

گردد، استفاده از این روش بلامانع می‌باشد، و در روش استفاده از رحم جایگزین، صاحب رحم از باب رضاع بلکه از طریق مفهوم اولویت، مادر رضاعی کودک محسوب می‌شود، و زن صاحب نطفه مادر طبیعی کودک حاصل شده، محسوب و تمام آثار و احکام مربوط به مادر فرزندی بر او حمل می‌گردد، (ملک‌زاده، بهار و تابستان ۱۳۸۷).

از نظر قضائی و حقوقی با توجه به تصریح قانون‌گذار به کلمه نزدیکی و هم‌چنین فقدان قرینه‌ای که بر عدم خصوصیت نزدیکی در ترتب احکام مزبور دلالت نماید، باید براین عقیده بود که در رابطه با کاربرد تلقیح مصنوعی بدون انجام عمل مقاربت طبیعی، احکام فوق‌الذکر که مترتب بر نزدیکی است، جاری نخواهد بود، (علوی قزوینی، ۱۳۸۶).

در شیوه درمان ناباروری به طریق لقاح مصنوعی، در صورتی که نطفه زوج قدرت باروری نداشته باشد، ولی نطفه زوجه سالم و دارای قدرت باروری باشد و طبق قراردادی از نطفه دیگری برای باروری زوجه استفاده شود، در این صورت صاحب نطفه، پدر طبیعی کودک و بر او محرم و زوجه مادر کودک است و اگر طبق قرارداد، اهداءکننده در قبال اهداء نطفه شرط کند، که هیچ‌گونه مسئولیتی در قبال کودک نداشته باشد، در این صورت برخی از مسئولیت‌های شرعی و حقوقی که بر عهده پدر است، به مادر منتقل می‌شود.

در صورتی که زوج دارای قدرت باروری باشد، ولی زوجه قدرت باروری نداشته باشد، و از نطفه زن دیگری استفاده شود، در این صورت زوج، پدر کودک و صاحب رحم، (زوجه)، مادر کودک محسوب می‌شود و اگر صاحب تخمک مشخص باشد، بین ایشان و کودک رابطه محرمیت برقرار می‌شود. در مواردی که زن و شوهر، جنینی به مراکز درمان ناباروری اهداء می‌کنند، هیچ‌گونه مسئولیت پدر و مادری در قبال کودک بر عهده آنان نیست، ولی در صورت مشخص بودن صاحبان جنین، تنها بین آن‌ها رابطه محرمیت برقرار است. در روش دیگر زوج و زوجه قدرت باروری دارند، ولی زوجه قدرت نگهداری جنین را ندارد و از رحم جایگزین استفاده می‌شود، در این صورت صاحبان نطفه و رحم پدر و هر دو مادر کودک محسوب می‌شوند و بین آن‌ها و کودک رابطه نسبی برقرار می‌گردد. در تمامی صور باروری مصنوعی که از نطفه اجنبی جهت باروری زوجه استفاده می‌شود، در صورتی که اهداءکننده نطفه مشخص نباشد، یا طبق قرارداد هرگونه مسئولیت پدری از عهده صاحب نطفه ساقط گردد، در آن صورت مسئولیت‌های پدر برعهده مادر است، (مرقاتی، بهار و تابستان ۱۳۸۳).

برقراری رابطه توارث در خصوص کودکان حاصل از تلقیح مصنوعی منوط به اثبات رابطه نسبی بین کودک و صاحبان نطفه و صاحب رحم است، در تلقیح مصنوعی، (اعم از داخل یا خارج رحمی)، با استفاده از نطفه شوهر، رابطه نسب و به تبع رابطه توارث بین کودک و شوهر صاحب نطفه برقرار است، بنابراین رابطه نسب تنها با مردی برقرار است، که صاحب نطفه می‌باشد، در مقابل در شیوه درمان ناباروری از طریق اهدای نطفه و جنین، رابطه نسب تنها بین زن صاحب رحم و کودک برقرار است و زن صاحب نطفه هیچ رابطه نسبی با طفل ندارد. طفلی که نطفه او پس از وفات والدین منعقد شده