

جهت خرید فایل word به سایت www.kandoochn.com مراجعه کنید
یا با شماره های ۰۹۳۶۶۰۲۷۴۱۷ و ۰۹۳۶۶۴۰۶۸۵۷ و ۰۶۶۴۱۲۶۰-۰۵۱۱ تماس حاصل نمایید

عنوان :

اهدای گامت و جنین در

حقوق جزا و حقوق مدنی

الف) اهدای گامت و حقوق جزا

مسئله ای که در دیدگاه حقوق جزا مطرح می باشد، این است که آیا تلقیح مصنوعی را می توان به عنوان یک عمل مجرمانه تلقی نمود یا خیر؟ ماده (۶۳۷) قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد: هرگاه مرد و زنی که بین آنها علقه زوجیت نباشد، مرتکب عمل منافی عفت، غیر از زنا از قبیل تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تا نود و نه ضربه محکوم خواهند شد و اگر عمل با عنف و اکراه باشد فقط اگره کننده تعزیر می شود.» مطابق ماده فوق، هر زن و مردی که بین آنها علقه زوجیت نباشد و مرتکب عمل منافی عفت شوند اگر با رضایت طرفین باشد تا نود و نه ضربه شلاق محکوم خواهند شد و در صورت اگره فقط مکره محکوم می شود. حال آیا می توان ادعا کرد که تلقیح مصنوعی اسپرم مرد بیگانه به رحم زن اجنبی از مصادیق اعمال منافی عفت غیر از زنا ذکر شده است، بارزترین مصادیق اعمال منافی عفت غیر از زنا محسوب کنیم، نه مصادیق انحصاری آن. ولی با توجه به ظهور عرفی کلمه «اعمال منافی عفت» خصوصاً با ملاحظه تمثیل قانونگذار از این اعمال، می توان ادعا کرد که مقصود از اعمال منافی عفت غیر از زنا، عبارت است از هر نوع رابطه مستقیم و غیرمشروع بین مرد و زنی که بین آنها علقه زوجیت موجود نباشد. بنابراین، تلقیح مصنوعی مشمول عنوان اعمال منافی عفت نخواهد بود؛ زیرا در تلقیح، هیچ گونه رابطه مستقیم و بدون واسطه بین زن و مرد اجنبی وجود ندارد. اصل تفسیر مضیق مقررات جزایی نیز استدلال فوق را تأیید می نماید؛ زیرا مطابق ماده (۲) قانون مجازات اسلامی:

«هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تأمین شده، جرم است.» و چون تلقیح مصنوعی در هیچ یک از متون قانونی به عنوان جرم ذکر نشده یا برای آن مجازات یا اقدامات تأمینی یا تربیتی تعیین نگردیده است، به حکم ماده فوق و اصل تفسیر مضیق قوانین جزایی، تلقیح اسپرم مرد بیگانه به رحم زن جرم تلقی نمی شود. ولی از سوی دیگر، طبق ماده (۳) آیین دادرسی مدنی، در مورد سکوت و نبودن نص خاص، باید به عرف و عادت مسلم مردم مراجعه نمود و به نظر می رسد که عرف و عادت مسلم فعلی اکثریت مردم ایران، مقررات فقهی و دستورات اسلامی است که جنبه استمرار داشته و الزام وجدانی پیدا کرده است و مطابق شریعت مقدس اسلام و فقه امامیه، همانطور که قبلاً بیان شد، لقاح مصنوعی با منی مرد بیگانه ممنوع است. از این رو می توان گفت ماده (۳) قانون آیین دادرسی مدنی نسبت به ماده (۲) قانون مجازات اسلامی حاکم است و بدین جهت باید مطابق ماده (۳) قانون آیین دادرسی مدنی و با عنایت به عرف فعلی مردم ایران، تلقیح منی مرد بیگانه به رحم زن اجنبی را جرم تلقی کرد و از نظر مجازات نیز به علت اینکه مقدار و نوع آن در قانون و شرع تعیین نشده مطابق ماده ۱۶ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) تعیین مقدار و نوع مجازات به نظر حاکم واگذار شده است؛ که البته این مجازات باید کمتر از مقدار حد باشد. بنابراین، با توجه به مطالب گفته شده در حقوق جزا فقط اهدای اسپرم جرم تلقی شده و اهدای تخمک و جنین جرم نیست!

ب) قانون مدنی و اهدای جنین

برای حل مشکل زوجین نابارور و تأمین خواسته آنان در ۸۲/۴/۲ قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که در ۱۳۸۲/۵/۸ مورد تأیید شورای نگهبان واقع شد و در روزنامه رسمی شماره ۱۷۰۳۳ مورخ ۸۲/۵/۲۹ منتشر گردید. این قانون که دارای ۵ ماده است در مقایسه با قوانین کشورهای پیشرفته به ویژه قوانین فرانسه بسیار ابتدایی و ناقص است؛ لیکن از لحاظ اینکه مسأله انتقال جنین را تا حدی حل کرده و قواعد و ضوابط تازه ای آورده و تحولی در حقوق ایران ایجاد کرده قابل توجه است. در این قسمت به بررسی این قانون خواهیم پرداخت:

قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور

ماده ۱- به موجب این قانون کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری ذیصلاح مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون نسبت به انتقال جنین های حاصله از تقلیح خارج از رحم زوج های قانونی و شرعی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی ناباروری آنها (هر یک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده اقدام نمایند.

ماده ۲- تقاضای دریافت جنین اهدایی باید مشترکاً از طرف زن و شوهر تنظیم و تسلیم دادگاه شود و دادگاه در صورت احراز شرایط ذیل مجوز دریافت جنین را صادر می کند:

الف- زوجین بنا به گواهی معتبر پزشکی، امکان بچه دار شدن نداشته باشند و زوجه استعداد

دریافت جنین را داشته باشد.

ب- زوجین دارای صلاحیت اخلاقی باشند.

ج- هیچ یک از زوجین محجور نباشند.

د- هیچ یک از زوجین مبتلا به بیماری های صعب العلاج نباشند.

ه- هیچ یک از زوجین معتاد به مواد مخدر نباشند.

و- زوجین بایستی تابعیت جمهوری اسلامی ایران را داشته باشند.

ماده ۳- وظایف و تکالیف زوجین اهداء گیرنده جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری

و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است.

ماده ۴- بررسی صلاحیت زوجین متقاضی در محاکم خانواده، خارج از نوبت و بدون

رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی صورت خواهد گرفت و عدم تأیید صلاحیت زوجین

قابل تجدید نظر می باشد.

ماده ۵- آئین نامه اجرایی این قانون ظرف مدت سه ماه توسط وزارت بهداشت، درمان و

آموزش پزشکی با همکاری وزارت دادگستری تهیه و به تصویب هیئت وزیران خواهد

رسید.

جهت خرید فایل word به سایت www.kandoocn.com مراجعه کنید
یا با شماره های ۰۹۳۶۶۰۲۷۴۱۷ و ۰۹۳۶۶۴۰۶۸۵۷ و ۰۶۶۴۱۲۶۰-۰۵۱۱ تماس حاصل نمایید

قانون فوق مشتمل بر پنج ماده در جلسه علنی روز یکشنبه مورخ بیست و نهم تیرماه یکهزار و

سیصد و هشتاد و دو مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۸۲/۵/۸ به تأیید شورای

نگهبان رسیده است.

مهدی کروبی

رئیس مجلس شورای اسلامی

۸۲/۵/۱۴

جمهوری اسلامی ایران

رئیس جمهور

تصویب نامه هیئت وزیران

بسمه تعالی

وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی - وزارت دادگستری

هیئت وزیران در جلسه مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۱۹ بنا به پیشنهاد مشترک شماره ۶۹۷۷۳ مورخ

۱۳۸۳/۵/۱۰ وزارتخانه های بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و دادگستری و به استناد ماده

(۵) قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور - مصوب ۱۳۸۲ - آئین نامه اجرایی قانون یاد

شده را به شرح زیر تصویب نمود:

آئین نامه اجرایی قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور

فصل اول : تعاریف و کلیات

ماده ۱- در این آئین نامه واژه ها و اصطلاحات زیر در معانی مشروح مربوط به کار می رود:

الف- قانون: منظور قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور- مصو ۱۳۸۲- است.

ب- جنین: نطفه حاصل از تلقیح خارج از رحمی زوج های قانونی و شرعی است که از

مرحله باروری تا حداکثر پنج روز خواهد بود. این جنین می تواند به دو صورت تازه و

منجمد باشد.

پ- اهداء جنین: واگذاری داوطلبانه و رایگان یک یا چند جنین از زوج های واجد شرایط

مقرر در قانون و این آئین نامه به مراکز مجاز تخصصی درمان ناباروری برای انتقال به

زوج های متقاضی دارای شرایط مندرج در قانون.

فصل دوم: شرایط اهداء و دریافت جنین:

ماده ۲- زوج های اهداء کننده باید دارای شرایط زیر باشند:

الف- علقه و رابطه زوجین قانونی و شرعی

ب- سلامت متعارف جسمی و روانی و ضریب هوشی مناسب

پ- نداشتن اعتیاد به مواد اعتیاد آور و روان گردان

ت- مبتلا نبودن به بیماری های صعب العلاج نظیر ایدز، هپاتیت و...

تبصره- مراکز مجاز تخصصی درمان ناباروری مکلفند قبل از دریافت جنین از اهداء

کنندگان وجود شرایط مذکور در این ماده را احراز نمایند.

ماده ۳- اهداء جنین باید با موافقت و رضایت کتبی زوج های اهداء کننده در مراکز

تخصصی درمان ناباروری با احراز هویت آنان و به صورت کاملاً محرمانه انجام گیرد.

ماده ۴- زوج های متقاضی جنین اهدایی باید واجد شرایط مقرر در ماده (۲) قانون باشند.

ماده ۵- رسیدگی به درخواست دریافت جنین اهدایی، در دادگاه صالح و بدون نوبت و بدون

رعایت تشریفات آئین دادرسی مدنی به عمل می آید. صدور حکم به رد درخواست و عدم

تأیید صلاحیت زوجین قابل تجدیدنظر می باشد.

فصل سوم- تکالیف و وظایف مراکز مجاز درمان ناباروری:

ماده ۶- مراکز مجاز تخصصی درمان ناباروری مکلفند نسبت به موارد زیر اقدام نمایند:

الف- نگهداری جنین های اهدایی از سوی اهداء کنندگان مسلمان و غیرمسلمان به طور

جداگانه و رعایت تناسب دینی و مذهبی زوج های متقاضی با جنین اهدایی در زمان انتقال

ب- دریافت و نگهداری رأی قطعی مرجع قضایی از متقاضی

پ- صدور گواهی و معرفی نامه لازم مبنی بر تأیید سلامت جسمی و روانی برای متقاضیان

دریافت جنین طبق مقررات قانون و این آئین نامه

ت- دریافت، نگهداری و انتقال جنین های اهدایی در شرایط کاملاً محرمانه

تبصره: اطلاعات مربوط به جنین های اهدایی جزو اطلاعات به کلی سری طبقه بندی می شوند.

ماده ۷- صدور گواهی عدم توانایی باروری و همچنین توانایی زوجه در زمینه دریافت و نگهداری جنین، پس از انجام تست ها و آزمایش های دقیق پزشکی در صلاحیت مراکز مجاز تخصصی درمان ناباروری می باشد.

فصل چهارم- شرایط لازم جهت دریافت، نگهداری و انتقال جنین

ماده ۸- هر یک از مراکز مجاز تخصصی درمان ناباروری می توانند بانک جنین طبق دستورالعمل های وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی دایر نمایند. این بانک مسئول دریافت و نگهداری جنین و انتقال آنها به زوجین نابارور و طبق مقررات مندرج در قانون و این آئین نامه می باشد.

ماده ۹- مرکز مدیریت پیوند وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی موظف است طبق دستورالعمل های وزارت یاد شده نسبت به دریافت نگهداری و انتقال جنین نظارت دقیق اعمال کند.

ماده ۱۰- ارائه مدارک و اطلاعات مربوط به اهداء کنندگان و دریافت کنندگان جنین اهدایی تنها با رعایت قوانین مربوط به حفظ و نگهداری اسرار دولتی و به مراجع قضایی صلاحیت دار مجاز می باشد.

محمد رضا عارف

معاون اول رئیس جمهور

۸۳/۱۲/۲۴

۱- شرایط انتقال جنین

انتقال جنین در قانون جدید از لحاظ شرایط درخواست کنندگان، شرایط صاحبان جنین و تشریفات قابل بررسی است:

شرایط درخواست کنندگان

برابر ماده ۲ قانون، افراد درخواست کننده باید شرایط زیر را دارا باشند:

یک- زن و شوهر باشند. قانون گذار در مواد مختلف از زن و شوهر و زوجین سخن گفته است و مسلم است که این حق را فقط برای زن و شوهر قانونی قائل شده است. بنابراین زن و مردی که رابطه قانون نکاح بین آنان وجود ندارد، هر چند زندگی مشترک داشته باشند، در حقوق ایران، برخلاف حقوق فرانسه، نمی توانند از این روش بهره مند گردد. همچنین زن مجرد یا زن شوهر مرده نمی تواند از ان طریق صاحب فرزند شود و از این لحاظ ایران با قانون فرانسه هماهنگی دارد.

دو- بنا به گواهی معتبر پزشکی، امکان بچه دار شدن نداشته باشند و زوجه استعداد دریافت جنین را داشته باشد؛

سه- زوجین دارای صلاحیت اخلاقی باشند؛

چهار- هیچ یک از زوجین محجور نباشند؛

پنج- هیچ یک از زوجین مبتلا به بیماری های صعب العلاج نباشند.

شش- هیچ یک از زوجین معتاد به مواد مخدر نباشند.

هفت- زوجین بایستی تابعیت جمهوری اسلامی ایران را داشته باشند.

شرایط فوق بر اساس مصلحت خانواده خصوصاً مصلحت طفل مقرر شده است. بدیهی است

زن و مرد مجرد یا زن و شوهری که صلاحیت اخلاقی نداشته یا محجور بوده یا مبتلا به

بیماری های صعب العلاج و واگیردار یا معتاد به مواد مخدر باشند نمی توانند پدر و مادر

شایسته برای طفل باشند و منافع مادی و معنوی او را، چنان که باید، تأمین کنند. اما شرط

داشتن تابعیت جمهوری اسلامی قابل بحث است. این شریط دارای چه مبنایی است؟ به نظر

می رسد که شرط مزبور با این تصور که زن و شوهر خارجی نمی توانند منافع کودک را

تأمین کنند ذکر شده است و مبتنی بر فکر تفاوت بین خودی و بیگانه و بدینی نسبت به

بیگانگان است و حال آنکه در جهان امروز اصل تساوی اتباع کشور و بیگانگان در قوانین

کشورهای پیشرفته پذیرفته شده و بدینی نسبت به بیگانگان، خصوصاً محرومیت بیگانگان

مقیم ایران از داشتن فرزند، از طریق اهداء جنین، دلیل موجهی ندارد. اگر مبنای این قاعده

اصل عدم سلطه کافر بر مسلمان و آیه شریفه «لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً»

باشد، باز هم قاعده مذکور قابل ایراد می نماید؛ زیرا اولاً، همه زن و شوهرهای خارجی

نامسلمان نیستند؛ ثانیاً، ممکن است اهداکنندگان جنین نامسلمان باشند.

در طرح نخستین اهداء جنین (اداره کل پژوهش و اطلاع رسانی نهاد ریاست جمهوری، نشریه داخلی اطلاع رسانی حقوقی، ش ۹، ۱۳۸۰، ص ۲۹) دو شرط دیگر نیز دیده می شد: یکی آنکه زوجین یا یکی از آنها دارای امکان مالی مناسب باشد و دیگر آنکه هیچ یک از زوجین محکومیت جزایی مؤثر به علت ارتکاب جرایم عمدی نداشته باشد. عدم ذکر این دو شرط در قانون مصوب نیز قابل ایراد است. وانگهی در طرح نخستین، شرط عدم ابتلاء به «بیماری های واگیر صعب العلاج» آمده که در قانون مصوب به «بیماری های صعب العلاج» تبدیل شده است. این تغییر نیز دلیل موجهی ندارد؛ زیرا صرف داشتن بیماری صعب العلاج، اگر واگیر نباشد، نباید موجب محرومیت خانواده از داشتن فرزند با استفاده از روش مذکور گردد.

شرایط صاحبان جنین

برابر ماده ۱ قانون یاد شده، صاحبان جنین باید اولاً زن و شوهر قانونی و شرعی باشند و به دیگر سخن، جنین اهدای از اسپرم و تخمک زن و شوهر قانونی حاصل شده باشد؛ ثانیاً جنین اهدایی ازقلیح خارج از رحم حاصل شده باشد؛ ثالثاً زوجین صاحب جنین کتباً با انتقال آن موافقت نمایند.

با توجه به کلمات «اهداء جنین» و «جنین اهدایی» و «زوجین اهداگیرنده^۱» که در قانون به کار رفته است به نظر می رسد که قانون خرید و فروش جنین را نپذیرفته است و این با اصل حرمت شخصیت انسان، حتی در مرحله جنینی، و غیر قابل معامله بودن آدمی سازگار است. در حقوق فرانسه هم کلمه don به کار رفته که مقید همین معنی است. به نظر می رسد که اهدا در اینجا یک عمل حقوقی غیرمالی است و از مقوله «هبه» که از قراردادهای مالی و سبب تملیک مجانی مال می باشد به شمار نمی آید. در هبه یک نفر مالی را مجاناً به دیگری تملیک می کند (ماده ۷۹۵ ق.م) در حالی که در اهداء جنین موضوع اهدا مال نیست، تا قابل هبه و تملیک باشد. بنابراین می توان گفت اهداء جنین که به قصد و رضای دو طرف نیاز دارد یک قرارداد غیرمالی است.

تشریفات اهداء جنین

از لحاظ شرایط صوری تشریفات، به موجب قانون جدید، علاوه بر موافقت کتبی زوجین صاحب جنین، زن و شوهر متقاضی باید مشترکاً تقاضای کتبی خود را تنظیم و تسلیم دادگاه کنند (ماده ۲). قانون به صراحت از کتبی بودن درخواست سخنی نگفته ولی از کلمه «تنظیم» این امر قابل استنباط است. دادگاه صالح در این خصوص دادگاه خانواده است که خارج از نوبت و بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی به درخواست رسیدگی و تصمیم گیری می کند. «عدم تأیید صلاحیت زوجین قابل تجدیدنظر می باشد» (ماده ۴). از لحاظ صلاحیت

نسبی در طرح نخستین به صلاحیت محاکم خانواده «محل سکونت زوجین» تصریح شده بود؛ ولی معلوم نیست به چه دلیل این قید در قانون مصوب حذف شده است. دادگاه خانواده در صورتی با انتقال جنین موافقت می کند که وجود شرایط لازم در درخواست کنندگان را احراز کند. یکی از این شرایط که جنبه تشریفاتی دارد ارائه گواهی معتبر پزشکی مبنی بر عدم امکان بچه دار شدن زوجین و استعداد زوجه برای دریافت جنین است. قانون از مرجع صادر کننده گواهی و کیفیت صدور آن سخنی نگفته و از این لحاظ ناقص است و شایسته است در آیین نامه اجرایی قانون این نقیصه، با بهره گیری از حقوق تطبیقی از جمله حقوق فرانسه، مرتفع گردد.

۲- آثار انتقال جنین

برابر ماده ۳ قانون نحوه اهداء جنین «وظایف و تکالیف زوجین اهدا گیرنده جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است». این عبارت مشابه ماده ۱۱ «قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب ۱۳۵۳ می باشد. در واقع قانون گذار جدید با اقتباس از ماده ۱۱ قانون یاد شده، برای طفل ناشی از انتقال جنین همان حقوق و تکالیفی را قائل شده است که قانون گذار ۱۳۵۳ برای طفل تحت سرپرستی در نظر گرفته است. قابل ذکر است که در قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست عبارت «نظیر حقوق و تکالیف اولاد و پدر و مادر» ذکر شده، در حالی که در قانون اخیر عبارت «نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر» آمده است. در عبارت

مصوب مجلس شورای اسلامی «حقوق و تکالیف...» ذکر شده بود که طبق نظر می رسد که وظایف و تکالیف دو کلمه مترادف هستند که ذکر آن در قانون قابل ایراد است و بهتر بود به جای حذف «حقوق» از ذیل ماده و افزودن کلمه وظایف آن، صدر ماده به «حقوق و تکالیف» تبدیل می شد.

به هر حال از ماده ۳ قانون چنین برمی آید که توارث بین طفل حاصل از انتقال جنین و زن و شوهر پذیرنده وجود ندارد و این قاعده با نظر فقهای اسلامی و شورای نگهبان منطبق است. توضیح آنکه در ماده ۳ مصوب مجلس شورای اسلامی چنین آمده بود: «رعایت حقوق و

تکالیف حاکم بر روابط فرزند و پدر و مادر بر زوجین گیرنده جنین الزامی است»؛ ولی شورای نگهبان آن را نپذیرفت، با این استدلال که «اگر مقصود از مفاد ماده ۳ ترتیب کلیه آثاری است که برای فرزند واقعی می باشد، خلاف شرع است و اگر مقصود دیگری است

مشخص شود تا اظهار نظر گردد». از این عبارت به وضوح بر می آید که شورای نگهبان حق توارث بین طفل و زوجین پذیرنده قائل نیست؛ زیرا چنانکه گفتیم، فقها طفل را به صاحبان اسپرم و تخمک ملحق می کند و فقط بین آنان توارث قائلند. بنابراین، در حقوق ایران،

برخلاف حقوق فرانسه، بین طفل و زن و شوهر پذیرنده توارث وجود ندارد. اما در مورد منع نکاح بین طفل و زوجین پذیرنده و اقربای نزدیک آنان از ظاهر قانون که آثار قرابت ناشی از انتقال جنین را احصا کرده برمی آید که منع نکاح وجود ندارد، در حالی که چنین طفلی به منزله پذیرندگان است و عرف و مصلحت طفل و خانواده و جامعه اقتضا می کند که این

قرابت مانند قرابت نسبی یا رضاعی مانع نکاح و سبب محرمیت باشد. برخی از فقهای معاصر هم گفته اند که زنی که جنین را در رحم خود پرورش داده مادر یا در حکم مادر است و شوهر زن، اگر طفل دختر باشد، ربیبه او به شمار می آید که از محارم است. بنابراین جا داشت که قانون گذار به منع نکاح تصریح می کرد. به علاوه یکی از اشکالات وارد بر ماده ۱۱ قانون حمایت از اطفال بدون سرپرست که بر ماده ۳ قانون جدید هم وارد است این است که در مورد نفقه به متقابل بودن آن تصریح نکرده است و جای سؤال باقی است. با وجود این، از آنجا که این گونه اطفال مانند فرزندان نسبی هستند و قرابت بین آنان و زوجین پذیرنده نظیر قرابت بین ابویین و اولاد است، به نظر می رسد که می توان تکلیف به انفاق را یک تکلیف متقابل دانست، یعنی همانطور که پدر و مادر مکلف به دادن نفقه به چنین فرزندی هستند، فرزند نیز بر طبق مقررات راجع به نفقه اقارب مکلف به دادن نفقه به پدر و مادر نیازمند است.

سایر موارد موجود در قانون اهدای جنین به زوجین نابارور

- این قانون در مورد اقسام چهارگانه ای که در گفتار حکم تکلیفی اهدای گامت و جنین از نظر فقه بر شمردیم صراحتی ندارد و تنها در مورد «انتقال جنین» وضع شده است.

- با این حل از ماده ۱ این قانون، به طور ضمنی فهمیده می شود که این قانون لقاح نامتجانس یعنی ترکیب اسپرم و تخمک متعلق به زن و مرد بیگانه را چه به صورت آی وی اف و چه به صورت تزریق اسپرم در رحم زن مجاز نشمرده (مطابق نظر اکثریت فقهای که فتاوی آنها را

آوردیم) ولی لقاچ متجانس یعنی ترکیب اسپرم و تخمک متعلق به زن و شوهر شرعی را تجویز نموده است.

- هم در ذیل ماده ۱ و هم در بند الف از ماده ۲، تأکید شده است که اهدای جنین بیگانه تنها به زوجینی جاز است که ناباروری آنها از نظر پزشکی به اثبات رسیده باشد (همانگونه که در مباحث گذشته نیز عقیمی به عنوان یکی از موارد اضطرار و ضرورت محسوب شد).

- در ماده ۱، بر اخذ موافقت کتبی از زوجین اهدا کننده جنین تأکید شده است ولی در مقابل، این والدین واقعی و بیولوژیک را از ادای وظایف پدری و مادری نسبت به طفل متولد شده معار نکرده است و اگر فرداروزی این کودک، ارث یا سایر حقوق فرزندی اش

را از آنها مطالبه ند، کدام مقام یا قانونی دستگیر آنهاست؟

- مشخص نیست که آیا روح این قانون بر مخفی نگهداشتن نام زوجین صاحب جنین اهتمام دارد یا از افشای آن ابایی ندارد؟ شناسنامه طفل متولد شده به نام کدام یک از زوجین صادر می شود؟ اگر به نام زوجین اهدا گیرنده جنین صادر می شود، آیا نام زوجین صاحب جنین به صورت کد و رمز در شناسنامه طفل ثبت می گردد یا نه؟ فردا که این کودک به سن

ازدواج رسید، چگونه از اختلاط انساب و ازدواج با محارم پیشگیری می شود؟

در قسمتی از این قانون آمده است که: «زوجین دارای صلاحیت اخلاقی باشند» یعنی واقعاً این تشخیص مشکل است. چه کسی می خواهد صلاحیت اخلاقی آنها را تأیید کند، آیا هر کسی که به روال طبیعی اش فرزند می خواهد صلاحیت اخلاقی اش بررسی می شود؟ یا

اینکه آمده هیچ از زوجین محجور نباشند، محجور چه تعریفی دارد؟ ورشکستگی فکری،

فرهنگی، مالی یا...؟ یا در قسمتی دیگر آمده هیچ یک از زوجین به بیماری «صعب العلاج»

گرفتار نباشند. موارد بیماری صعب العلاج چیست؟

ج) قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور و قانون آئین دادرسی مدنی

با توجه به اینکه تصمیم دادگاه در معنای اعم کلمه، شامل احکام، قرارها، تصمیمات حسبی

و اعمال اداری است^۱. باید وضعیت «مجوز» موضوع قانون نحوه اهدای جنین به زوجین

نابارور مشخص شود.

برخلاف اعمال قضایی، تصمیمات حسبی در حال توسط دادگاه اتخاذ می گردد که دعوا و

نزاعی وجود ندارد و ماده یک قانون امور حسبی نیز مؤید همین امر است. در حقیقت هر گاه

خواسته به نحوی باشد که باید از دادگاه استمداد به عمل آید و دخالت قاضی در آن لازم

باشد و در عین حال طرف مقابلی وجود نداشته باشد، با امر حسبی مواجه هستیم که عمل

دادگاه د مورد ان، عمل یا تصمیم حسبی قلمداد می گردد^۲. منظور از این که در امر حسبی،

طرف مقابلی وجود ندارد آن است که درخواست متقاضی به زیان کسی دیگر نیست. بدیهی

است چنانچه در جریان رسیدگی به امر حسبی موقعیتی پیش آید که دادگاه در مقام فصل

خصومت برآید در آن صورت عمل دادگاه، حکم ترافیعی خواهد بود.

مطابق ماده ۲ «قانون نحوه اهدا جنین به زوجین نابارور» که از این پس آن را به اختیار قانون اهدا می نامیم. برای شروع عملیات دریافت جنین، بدو باید توسط زن و شوهر به طور مشترک تقاضایی به دادگاه تقدیم گردد.

با توجه به این که درخواست مذکور به طرفیت شخص یا اشخاص معینی نیست و عملاً مدعا علیه وجود ندارد و قانون نیز در این مورد ساکت است، می توان نتیجه گرفت که امر اهدای جنین از مور حسبی است. البته با توجه به جدید بودن قانون، هنوز رویه قضایی، وحدت لازم را کسب ننموده است. برای مثال پاره ای از قضات قائل به این امر هستند که تقاضای زوجین

باید در قالب دادخواست و به طرفیت یکی از مراکز مجاز درمان ناباروری تقدیم گردد و یا لاقط در صورت تقدیم چنین درخواستی، نسبت به پذیرش و اتخاذ تصمیم در مورد آن اقدام می نمایند! هر چند چنین دادخواستی با مفاد قانون و اصول حاکم بر دادخواهی و تقدیم دادخواست که در آیین دادرسی مدنی به آن اشاره شده است، منافات دارد. چرا که

خواسته خواهان، دریافت جنین حاصل از زوجین شرعی و قانونی به شرح مندرج در قانون اهداء و آیین نامه اجرایی آن است و بدیهی است مرکز درمان ناباروری در تشکیل جنین مذکور تنها نقش واسطه را بر عهده دارد و در صورتی که گامت و جنین اهدایی وجود نداشته باشد مرکز درمان ناباروری، قادر به اجرای حکم دادگاه نیست. از سوی دیگر

خصومت یا اختلافی بین مرکز درمان ناباروری و زوجین متقاضی دریافت، متصور نیست تا

دادگاه در مقام فصل آن برآید. پس بعید به نظر می رسد که در این صورت رأی دادگاه

بتواند در قالب حکم ترافیعی صادر گردد. هر چند پاره ای قضات، مرکز درمان ناباروری را

مکلف به اجرای حکم و لاجرم اهدای جنین می دانند^۱.

از طرفی گرچه حسبی بودن امر ارجاعی به دادگاه الزاماً نافی امکان اصدار حکم توسط

دادگاه نمی باشد، ولی مواردی که در امور حسبی حکم صادر می شود مخصوص می گردد^۲

و در خارج از موارد مذکور باید عمل دادگاه در امر حسبی را تصمیم حسبی قلمداد نماییم

که با مدلول مواد ۱، ۲۲، ۲۳ و ۲۴ و مواد دیگر قانون امور حسبی نیز که در آنها صراحتاً به

تصمیم دادگاه اشاره شد همخوانی دارد. از سوی دیگر، پاره ای قضات نیز بر این عقیده

هستند که درخواست زوجین باید در قالب دادخواستی به طرفیت رئیس مجتمع قضایی

تقدیم گردد. اما این عقیده از دو جهت قابل انتقاد به نظر می رسد.

اول آنکه با احیای دادسراها و وظایف رؤسای حوزه های قضایی به دادستان محول گردیده،

بنابراین به فرض که عقیده اخیر صحیح باشد دادخواست باید به طرفیت دادستان تقدیم

گردد.

دوم آنکه چون در قانون احیای دادرها در خصوص طرف چنین تقاضایی هیچ حکمی وجود ندارد، می توان با قیاس مسأله به طلاق توافقی که مطابق رویه قضایی دادخواست از سوی زوجین به دادگاه تقدیم شده است، هیچ کس حتی دادستان یا رئیس حوزه قضایی، خوانده قرار نمی گیرد، به این نتیجه رسید که دادخواست زوجین نابارور نیز فاقد خوانده بوده و لذا به نظر می رسد امکان رسیدگی به شکل غیابی برای دادگاه متصور نیست. چرا که زوجین، خواهان بوده و خوانده هم وجود ندارد و بر همین اساس واخواهی نسبت به تصمیم دادگاه نیز امکان پذیر نمی نماید. همچنین چون تقاضا باید مطابق نص قانون مشترکاً توسط زوجین تقدیم گردد، پس تقاضای تقدیمی از جانب یکی از آنان مسموع نخواهد بود.

نکته دیگری که از رویه قضایی (در حدی که ما بررسی نمودیم) برمی آید آن است که تصمیم دادگاه با عبارت «رأی صادره حضوری و قطعی است» پایان می یابد. البته این امر هم با مقررات مندرج در ماده ۳۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی همخوانی دارد و هم با مدلول ماده ۲۷ قانون امور حسبی که تصمیم دادگاه در امور حسبی را علی الاصول قابل تجدیدنظر خواهی نمی داند. با این حال باید دانست که چنانچه تصمیم دادگاه را حکم تلقی نماییم «... دادگاه حکم به مجاز بودن زوجین مذکور را مبنی بر دریافت جنین از مراکز تخصصی درمان ناباروری ذیصلاح... صادر و اعلام می نماید. رأی صادره حضوری و قطعی است». با توجه به اینکه حکم مزبور در امر غیر مالی صادر شده است، باید آن را مطابق ماده ۳۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی از زمره احکام قابل تجدیدنظر به شمار می آوریم.

همچنین باید توجه داشت که طبق ماده ۴۰ قانون امور حسبی، تصمیم دادگاه در امور حسبی چنانچه قابل پژوهش نباشد (که علی الاصول طبق ماده ۲۷ این چنین است) و دادگاه رأساً یا حسب تذکر به خطای تصمیم مذکور واقف گردد، قابل اصلاح است. به این ترتیب رسیدگی مجدد به امری که نسبت به آن تصمیم اتخاذ شده مجاز است. از منظر دیگر شاید بتوان قعطی بودن رأی دادگاه را ناشی از برداشت گروهی از قضات ماده ۴ قانون اهدا تلقی نمود که می گویند: «... عدم تأیید صلاحیت زوجین قابل تجدیدنظر می باشد» که مفهوم مخالف آن است که تأیید صلاحیت زوجین قطعی است. ولی باید دانست که تصمیم دادگاه، تأیید صلاحیت زوجین یا رد آن نیست، بلکه تصمیم دادگاه، اجازه به زوجین تأیید صلاحیت شده جهت دریافت جنین است و لذا باید آن را تابع قواعد آیین دادرسی مدنی و قانون امور حسبی دانست. همچنین می توان گفت غیر از عدم تأیید صلاحیت که مطابق نص قانون اهدا، قانون تجدید نظر خواهی دانسته شده، سایر تصمیمات دادگاه از جمله تأیید صلاحیت و اجازه، موضوع ماده ۲ آن قانون، قطعی است.

بحث دیگر در رابطه با فرجام خواهی است. مطابق مواد ۳۶۷ و ۳۶۸ قانون آیین دادرسی مدنی و مواد ۴۰ و ۴۴ قانون امور حسبی، عمل دادگاه قابل فرجام خواهی نمی باشد و به عبارت دیگر فرجام خواهی از تصمیمات حسبی در هر حال ممتنع است.^{۲۱}

مطلب دیگر توجه به این نکته است که هرگاه این تصمیم دادگاه مضر به حال اشخاص ثالث باشد، آیا اعتراض شخص ثالث به این تصمیم متصور می باشد یا خیر؟ برای مثال چنانچه زوجین نابارور جهت فرار از تکالیف قانونی و با فریب و نیرنگ، خود را نابارور معرفی کرده و به طریقی موفق به اخذ گواهی پزشکی مبنی بر ناباروری شده باشند. در این صورت ابید مرجعی برای اعتراض اشخاص ثالث تعریف شود. در این مورد تنها تمهید اندیشیده شده در قوانین ما، همان اعتراض موضوع ماده ۴۴ قانون امور حسبی است که در قالب اعتراض اشخاص ثالث به تصمیم دادگاه پیش بینی شده است. در خصوص اعتراض ثالث با توجه به آنکه طبق مدلول ماده ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی، اعتراض ثالث در خصوص رأی صادر شده در دعوا تعریف شده است، لذا چون در ما نحن فیه دعوایی متصور نیست. به نظر می رسد در این بحث، اعتراض شخص ثالث، سالبه به انتفای موضوع است. همچنین اگرچه تقاضای صدور مجوز باید طبق ماده ۲ قانون اهدا مشترکاً از سوی زوجین تقدیم شود، الزامی وجود ندارد که اعتراض به مجوز دادگاه نیز مشترکاً صورت پذیرد. چرا که ممکن است تنها یکی از زوجین از تصمیم دادگاه متضرر شده باشد و بخواهد به آن اعتراض نماید. این فرض غریبی نیست و مثال بارز آن، این است که یکی از زوجین با اقدامات غیرواقع، دیگری را بفریبد و خودش یا وی را نابارور قلمدادنموده تا موفق به اخذ مجوز موضوع ماده ۲ قانون اهدا گردد. این در حالی است که ماده ۴۴ قانون امور حسبی نیز با آوردن قید «کسانی» این تحلیل را تأیید می کند.

به بحث اعاده دادرسی به عنوان یکی دیگر از طرق فوق العاده شکایت از اعمال دادگاه ها در مبحث اول فصل سوم قانون آیین دادرسی مدنی (از ماده ۴۲۶ به بعد) پرداخته شده است. در ماده ۴۲۶ آمده است: «نسبت به احکامی که قطعیت یافته اند، ممکن است به جهات ذیل درخواست اعاده دادرسی شود...». همانطور که واضح است اعاده دادرسی، منحصرأً برای احکام تجویز شده است، پس در صورتی نسبت به مجوز موضوع ماده ۲ قانون اهدا پذیرفته می شود که آن را حکم بدانیم. در این صورت به نظر می رسد بر اساس برخی جهات مندرج در ماده ۴۲۶ (بندهای ۱ و ۶) قابلیت درخواست اعاده دادرسی وجود داشته باشد. البته مجدداً متذکر می شویم که چنانچه عمل دادگاه، تصمیم تلقی گردد، به دلیل آن که مطابق نص ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی، اعاده دادرسی ویژه احکام و از طرق فوق العاده شکایت از آراست و در قانون امور حسبی مورد اشاره قرار نگرفته، در مانحن فیه امکان پذیر نمی نماید.

نتیجه

با توجه به جمیع نکات فوق چنین به نظر می رسد «مجوز دادگاه» موضوع ماده ۲ «قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور» از تصمیمات حسبی تلقی می گردد که در پاسخ به درخواست مشترک زوجین اتخاذ می گردد و این درخواست نباید لزوماً در قالب دادخواست تقدیم گردد و طرف دیگر (خواننده) نیز ندارد. این تصمیم شکل غیابی و در نتیجه واخواهی، قابلیت تجدید نظر خواهی و فرجام خواهی ندارد. اعتراض به تصمیم

جهت خرید فایل word به سایت www.kandoo.cn.com مراجعه کنید
یا با شماره های ۰۹۳۶۶۰۲۷۴۱۷ و ۰۹۳۶۶۴۰۶۸۵۷ و ۰۶۶۴۱۲۶۰-۰۵۱۱ تماس حاصل نمایید

مذکور نیز بر اساس ماده ۴۴ قانون امور حسبی امکان پذیر است و امکان اعاده دادرسی

نسبت به این تصمیم بعید به نظر می رسد.

www.kandoo.cn.com
www.kandoo.cn.com
www.kandoo.cn.com

ماهیت و شرایط پذیرش نسب

اهمیت بحث نسب در احکام وضعی بسیار بوده زیرا با تشخیص انتساب فرزند حاصله از طریق درمان ناباروری با استفاده از روش اهدای گامت و جنین می توان در مورد مسائل مهم دیگر همچون محرمیت، ارث، نفقه، حضانت و... نظر دارد. بنابراین صرف نظر از جواز یا عدم جواز اهدای گامت و جنین ضروری است، نسب طفل متولد از آن بررسی گردد.

الف) مفهوم نسب

نسب از نظر لغت مصدر به معنی قرابت، اصل، نژاد، خویشاوندی^۱ و علاقه و رابطه بین دو شی [انسان] معنا شده است.^۲

با آنکه باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی ایران به احکام مربوط به نسب اختصاص داده شده است ولی تعریف صریحی از ماهیت نسب در این قانون به چشم نمی خورد، از این رو حقوقدانان به منظور شناسایی ماهیت حقوقی نسب تعاریف مختلفی را ارائه داده اند. به منظور دستیابی به تعریف جامعی از ماهیت حقوقی نسب، لازم است ابتدا تعاریفی را که در این زمینه از سوی فقها و حقوقدانان ارائه شده است را مورد بررسی قرار دهیم.

صاحب جواهر در تعریف نسب می نویسد:

«نسب عبارتست از منتهی شدن ولادت شخصی به دیگری مانند پدر و پسر یا انتهای ولادت دو شخص به ثالث، مانند دو برادر و پدر»^۱.

ایرادی که در تعریف فوق به نظر می رسد این است که اتصال ولادت در حقیقت، منشأ اعتبار رابطه نسبی است ولی حقیقت نسب امری است که از اتصال ولادت انتزاع می شود لذا در این تعریف بین امر اعتباری و منشأ امر اعتباری خط شده است.

دکتر حسین امامی، نسب را این چنین تعریف کرده است: «نصب مصدر است و به معنی قرابت و خویشاوندی می باشد» سپس اضافه می کند: «نسب امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می آید از این امر، رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد موجود می گردد»^۲.

محمد بروجردی عبده می نویسد: «نسب علاقه ای است بین دو نفر که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالث حادث می شود»^۳.

ایرادی که در این تعاریف و دیگر تعاریف مربوط به نسب ملاحظه می شود این است که نسب را به امر حاصل از انعقاد نطفه زن و مرد و ارتباط تکوینی و واقعی تعریف نموده اند و چون در مقام تعریف باید از الفاظ مبهم پرهیز شود، از آن رو تعاریف فوق موجه به نظر نمی رسد.

» « () .

به نظر می رسد، علت عدم انطباق مفهوم نسب در تعاریف گوناگون ناشی از نحوه تعریف

آنهاست یعنی عده ای از حقوقدانان به جای تعریف نسب به تعریف قرابت نسبی که دامنه

آن از نسب وسیع تر می باشد، پرداخته و از نسب تعریفی نکرده اند؛ به عبارت دیگر قرابت

نسبی و نسب با هم فرق دارند. علیهذا برای روشن شدن بحث لازم است نسب خاص را از

قرابت نسبی یا نسب عام تفکیک کرده و هر یک را علیحده تعریف کنیم:

نسب عام: نسب عام یا قرابت نسبی عبارت است از علاقه و رابطه خونی و حقوقی موجود بین

دو نفر که در اثر تولد یکی از آنها از دیگری یا تولد هر دو از شخص ثالث به وجود آمده

است.

نسب خاص: نسب به معنای خاص عبارت است از علاقه و رابطه خونی و حقوقی بین دو نفر

که در اثر تولد یکی از صلب یا بطن دیگری به وجود آمده است. این رابطه وقتی از جنب

طفل، مورد نظر قرار گرفته باشد نام «نسب» را به خود می گیرد و وقتی که از طرف پدر،

مورد نظر واقع شود به نام «ابوت یا رابطه پدری» و وقتی که از جانب مادر متوجه قرار گیرد

به نام «رابطه مادری» نامیده می شود.^۱

بحث حاضر فقط به بررسی نسب به معنای اخص یعنی رابطه پدر فرزندی و مادر فرزندی در

مورد طفل از مادر جانشین اختصاص دارد.

گفتار نخست: منشأ انتساب فرزند به پدر

الف) دیدگاه عرفی

از نظر دانش پزشکی (عرف خاص)، منشأ پیدایش و ماده سازنده جنین از ناحیه پدر، اسپرم موجود در منی انسان است و در این، تردید نیست. از سوی دیگر، عرف (عام) هم، معیار و ملاک نسب و ارتباط بین دو انسان را پیدایش یکی از دیگری می داند، نه ولادت تنها. بر این اساس، برای بیان این امر واقعی و تکوینی، عنوان به نام «نسب» انتزاع کرده است.

قانون نیز در مجموع مواد مربوط به نسب، نظر به وجود پیدایش یکی از دیگری داشته است، منتها راه پیداش را بنا به دلایل و مصالحی محدود کرده است، حال این پرسش مطرح می شود که اگر راه و شیوه هایی به وجود آید که در چارچوب مصالح و مفاد قانون به تولید مثل پردازند، آیا به صرف اینکه آن راه ها در قانون سابقه نداشته و قانون گذار به آن تصریح نکرده، نسب ناشی از آنها نباید به رسمیت شناخته شود؟

ما در این بحث با تکیه بر مبانی قانون گذار ایرانی، به ویژه در بخش «کتاب هشتم» قانون مدنی و نیز به دلیل اصل ۱۶۷ قانون اساسی که در موارد نبود نبص قانونی به منابع معتبراً سلامی ارجاع می دهد، به پرسش فوق پاسخ خواهیم داد.

ب) دیدگاه قرآن و روایات

قرآن مجید منشأ پیدایش انسان و ملاک نسب را با تعبیر بسیار زیبا چنین بیان کرده است:

و هو الذی خلق من الماء بشراً فجعله نسباً و صهراً...؛

و اوست کسی که از آب، بشری آفرید و او را [دارای خویشاوندی] نسبی و دامادی قرار داد....

در کلمه «الماء» دو احتمال داده شده: ۱- مطلق آب؛ یعنی منشأ پیدایش اشیای زنده، مطلق آب است. در تأیید این احتمال می توان به آیه «و جعلنا من الماء کل شیء حی»^۱ استناد جست و ۲- نطفه، یعنی بشر از نطفه خلق شده است. مؤید این احتمال، آیه «انا خلقنا الانسان من نطفه امشاج...»^۲ است. احتمال اخیر را علامه طباطبایی تقویت می کند^۳ و سیاق آیه هم به همین اشعار دارد.

در هر صورت، در آیه دو نکته بسیار ظریف خوابیده است: یکی، منشأ پیدایش و ماده سازنده بشر با تعبیر خلق (به معنای ایجاد و ابداع کردن که از صفات اختصاصی خداوند است) بیان شده^۴، چنانکه نسب و صهر با تعبیر جعل (به معنای گرداندن و تغییر دادن چیزی بر یک حالت خاص که می تواند صفت غیر خدا هم باشد)^۱ بر واژه «بشراً» مترتب شده است. لذا وجود دو تعبیر خلق و جعل در کنار هم و در یک آیه اشعار به این دارد که این دو، دو معنای متفاوت دارند. نکته دیگر، از تفریع «فجعلہ نسباً و صهراً» بر «خلق من الماء بشراً» استفاده می شود که همان بشر خلق شده از آب، دارای نسب است و نسب وی، اعتبار

تحقق نسب بوده است. آنچه مسلم است، پس از ظهور اسلام هم این مبنای طبیعی و واقعی مورد انکار و رد قانونگذار اسلام قرار نگرفته است^۲ و به اصطلاح اصولی در مورد عنوان نسب حقیقت شرعی وجود ندارد.

در فقه نیز نسب به همین معنای عرفی اطلاق می گردد (مصادیق این معنا در مسئله مساحقه، حرمت الحاق فرزند ناشی از زنا از سوی زن به شوهر، حرمت نفی نسب واقعی یا اثبات نسب غیر واقعی (لعان) و... نمایان است). قانون مدنی و حقوق هم غیر از این معنا، معنای دیگری را اعتبار نکرده اند.

در مورد نسب پدری ناشی از شیوه های جدید تولید مثل هم، قانون مدنی با توجه به مبنای پذیرفته شده در آن، که برگرفته از مبانی فقه شیعه است، نمی تواند اعتبار دیگری مقرر کند، یعنی مانند حقوق فرانسه نمی تواند نسب قانونی را برای متقاضیان جنین مقرر کند، چون طبق دیدگاه قرآن مجید، اعتبارهای غیر واقعی و قراردادهای فرزندآوری و انتساب فرزند ژنتیکی دیگران به طرف قرارداد، غیر مشروع و بی اثر است، چنانکه در آیه زیر این معنا به صراحت بیان شده است:

... و ما جعل ادعیاء کم أبناء کم ذلکم قولکم بأفواہکم و اللہ یقول الحق و هو یرہدی السبیل،

أدعوہم لأبائہم... فإن لم تعلموا آباءہم فأخوانکم فی الذین و موالیکم و لیس علیکم جناح

فیما أخطأتم به ولكن ما تعدت قلوبکم...؛

و پسر خواندگانان را پسران [واقعی] شما قرار نداده است. این، گفتار شما به زبان شماست،

[ولی] خدا حقیقت را می گوید و [اوست] که به راه راست هدایت می کند. آنان را به نام

پدرانشان بخوانید... و اگر پدرانشان را نمی شناسید، پس برادران دینی و موالی شماست و در

آنچه اشتباهاً مرتکب آن شدید بر شما گناهی نیست، ولی در آنچه دل هایتان عمد داشته

است [مسئول هستید].

خلاصه: مفاهیم برداشت شده از قرآن و روایات همان برداشت عرفی است و همین برداشت

و مفهوم نسب پدری، در نظر حقوق اسلامی از جمله قانون مدنی معتبر است. پس نسب

پدری، رابطه ای است ابرای که از پیدایش فرزند از اسپرم انسان دیگر انتزاع می شود.

گفتار دوم: منشأ انتساب فرزند به مادر

قانون، از نسب مادری نیز تعریف خاصی ارائه نداده است. در نتیجه، با توجه به اصل ۱۶۷

قانون اساسی، برای بررسی نسب مادری به منابع معتبر اسلامی رجوع می کنیم.

الف) بیان نظریه ها

در مورد معیار پیدایش فرزند از ناحیه مادر، عده ای از فقها و حقوقدانان ملاک انتساب

فرزند به مادر را، زاییدن می دانند؛ عده ای دیگر می گویند: برای پیدایش هر فرزند دو عامل

تأثیر گذار است: یکی، پیدایش فرزند از تخمک و دیگری، حمل فرزند و ولادت وی از

مادر. دارنده این دو عامل با هم مادر است و گروه سومی، ملاک انتساب را، پیدایش فرزند

از تخمک زن دانسته اند.

استدلال های هر یک به این شرح است:

گروه نخست: از نظر این گروه «اساساً در زمان نزول آیات و صدور روایات مردم به

اطلاعات جدید پزشکی که کودک، حاصل لقاح اسپرم و تخمک است، آگاهی نداشتند و

رحم زن را ظرف رشد جنین می پنداشتند و با وجود این، زن صاحب رحم را مادر

می دانستند. این نشان می دهد که مبنای داوری آنها زاییدن بود؛ یعنی زنی که کودک را

زایمان می کرده او را مادر می دانستند و قانون گذار اسلام نیز این عرف را تحت شرایطی امضا کرد^۱.

از این گروه اند: صاحب ایضاح الفوائد^۲، آیت الله خوئی^۳، آیت الله شیخ جواد تبریزی^۴ و بسیاری از فقهای اهل سنت^۵. این گروه برای تأیید نظریه خود به آیات چندی استدلال می کنند. نخستین آیه و مهمترین آیه ای که همه آنها به آن استدلال کرده اند، این آیه است:
... إن أمهاتهم إلا اللاتئی ولدنهم^۱؛

آنان مادرانشان نیستند. مادران آنها تنها کسانی اند که اینان را زاده اند.

بهره برداری اینان از آیه بدین گونه است که آیه مطلقاً زنانی را که می زایند، مادر محسوب داشته است، خواه تخمک از وی باشد یا نباشد، به خصوص که با کلمات حصر، این مفهوم را اعلام نموده است و حصر در اینجا، اگرچه اضافی است و در رد کسانی که با «ظهار»، زنانشان را مادرشان می پنداشتند، اما در علم اصول ثابت شده که مورد، مخصص یا مقید نیست و نزد عقلا ظهور کلام ملاک اعتبار است.

آیات استنادی دیگر، آیات زیر است:

و وصینا الإنسان بوالدیه احساناً حملته امه کرهأ و وضعتہ کرهأ^۲؛

()

(

)

و انسان را نسبت به پدر و مادرش به احسان سفارش کردیم؛ مادرش با تحمل رنج، به او باردار شد و با تحمل رنج او را به دنیا آورد.

و وصینا الإنسان بوالديه حملته أمه و هنا علی وهن^۳؛

و انسان را درباره پدر و مادرش سفارش کردیم؛ مادرش به او باردار شد، سستی بر روی سستی.

چگونگی استدلال این گروه به آیات مزبور این است که خداوند مادر را چنین توصیف می کند: مادر است که حمل و زایمان می کند و رنج و مشقت بارداری و سستی آن را تحمل می کند. پس مفهوم مخالف آن این می شود که اگر زنی حمل نکند و نزاید و مشقت های حمل را تحمل نکند، مادر نیست.^۴

استدلال عقلی آنان چنین است: فرزند تنها نتیجه تخمک و صفات به ارث برده شده از زن ها نیست، بلکه فرزند و به طور کلی انسان نتیجه تعاملش با محیط اطراف است، خصوصاً آن زمانی که به صورت جنین به دیواره رحم چسبیده و همه وجود و رشد روانی و جسمی وی متأثر از رحم می باشد^۵، چنان که خداوند می فرماید:

-
- . ()
 - . ()
 - . ()

... یخلقکم فی بطون أمهاتکم خلقاً من بعد خلق فی ظلمات ثلاث...^۱؛

شما را در شکم های مادرانتان آفرینشی پس از آفرینشی [دیگر] در تاریکی های سه گانه

[مشیمه، رحم و شکم] خلق کرد.

باز در جای دیگر می فرماید:

الله يعلم ما تحمل کل انثی و ما تغیض الأرحام و ما تزدد...^۲؛

خدا می داند آنچه را که هر ماده ای [در رحم] باز می گیرد، و [نیز] آنچه را که رحم ها

می کاهند و آنچه را می افزایند.

پس کاهش و افزایش در جنین از مواردی است که رحم زن حامل آماده کرده است. در این

صورت آیا سزاور است که صاحب تخمک را مادر بدانیم و نقش صاحب رحم را به اندازه

پرورش دهنده کاهش دهیم؟

گروه دوم: این گروه، به رغم اینکه معیار پیدایش فرزند از ناحیه پدر را یک عامل می دانند

و آن اسپرم مرد است، ولی ارتباط و انتساب فرزند به مادرش را بر اثر دو عامل می دانند: ۱-

ارتباط تکوینی و وراثتی فرزند به مادر که به وسیله تخمک حاصل می شود و ۲- ارتباط

حملی، ولادتی و حضانتی که به وسیله رحم محقق می شود.^۳

. ()

. ()

:

.

پس زمانی که تخمک از زنی باشد که مسئولیت حمل را به عهده نمی گیرد و حامل جنین، زن دیگر باشد، دو عامل انتساب فرزند به مادر در هیچ یک از صاحب تخمک و صاحب رحم وجود نداشته، و هیچ کدام مادر محسوب نمی شوند^۱.

عده دیگری از طرفداران این نظریه معتقدند: هم صاحب تخمک و هم صاحب رحم هر دو مادر مشروع تلقی می شوند. استدلال آنها این است که روایات به مواردی انصراف دارند که رحم زن یکی از دو رکن تشکیل دهنده جنین است؛ یعنی نطفه به وسیله تخمکی که به وسیله رحم تولید می شود، تشکیل شده باشد و در فرض بحث که رحم، تولید کننده و در نتیجه تشکیل دهنده نطفه نیست، بلکه جنین تنها در رحم او پرورش یافته و نوزاد از او متولد شده، احتیاطاً مادر تلقی خواهد شد و این گونه فرزندان دو مادری هستند^۲.

ظاهراً منظور این عده چنانکه از استدلالشان برمی آید، آن است که هر دو مادر واقعی و نسبی هستند.

بعضی دیگر از طرفداران این گروه معتقدند: اگرچه نمی توان هر دو را مادر نسبی به حساب آورد، اما فرزند با هر یک از صاحب تخمک و صاحب رحم یک نوع ارتباطی دارد و هر دو را می توان به عنوان مادر رضاعی تلقی کرد، زیرا هر دو در پیدایش و تکون نوزاد تأثیرگذار

و سهم بوده اند و از سوی دیگر، دلیل قاطعی هم نیست که مادر بودن شرعی به هر یک از آن دو اختصاص دارد!

گروه سوم: این گروه اعتقاد دارند که ملاک مادر بودن در نظر عرف، همانند ملاک پدر بودن است. عرف، زنی را که در نخستین مرحله آفرینش کودک دخالت دارد و در ایجاد و پیدایش جنین سهم داد، به عنوان مادر تلقی می کند و او، جز صاحب تخمک کس دیگری نیست، زیرا تخمک وی در نخستین مرحله وجود کودک دخالت داشته و نطفه جنین از ترکیب تخمک و اسپرم به وجود آمده است و مراحل بعدی اعم از تغذیه، پرورش و رشد جسمانی و روحی جنین هیچ نقشی، جز استمرار، بقا و رشد وی ندارند.

از این گروهند: امام خمینی^۲، آیت الله صانعی^۳، آیت الله مؤمن قمی^۴، دکتر شهیدی^۵ و... و از فقهای اهل سنتی شیخ مصطفی زرقاء، دکتر یوسف قرضاوی و...^۶.

ب) نظر برگزیده

به نظر می رسد قول درست، نظریه سوم باشد، چرا که بر استدلال های محکمی استوار است. بی تردید، فرزند مزبور با هر یک از دو زن، صاحب تخمک و زنی که وی را حمل و زایمان

کرده است، ارتباط تکوینی و واقعی دارد، اما نکته مهم این است که کدام یک از این دو

ارتباط، ملاک رابطه مادری و فرزندی است؟

از نظر دانش پزشکی به اثبات رسیده است که منشأ پیدایش و سلول سازنده جنین از ناحیه

مادر، تخمک زن است و بر اساس آخرین اطلاعات پزشکی، رحم زن، جز نقش های

متعددی در تغذیه، رشد، حفظ و نقش هایی شبیه اینها، نقش دیگری ندارد.

از سوی دیگر، عرف از پیدایش طفل از نطفه زن و مرد، یک نوع رابطه واقعی و طبیعی

انتزاع می کند که نسب نام دارد. در عرف گذشته، راه تشخیص پیدایش و تگون فرزندان،

زایمان و زاییدن بود، ولی این معیار، بعد از پیشرفت های علمی و کشف منشأ پیدایش جنین،

اعتبار گذشته خود را ندارد؛ یعنی آماره بودن زایمان مطلق نیست و از نظر قضایی، اثبات

خلاف آماره امکان پذیر است، اگرچه قانون گذار اسلام و بشری برای حفظ آرامش کانون

خانواده، آماره بودن زایمان را حفظ کرده و واقعیت های علمی و واقعی را در حالات عادی

مناط اعتبار تلقی نکرده است.

بنابراین، اگر همان عرف در مورد خاصی یقین داشته باشد که زنی نابارور است، آیا به

صرف اینکه قدرت حمل و زایمان دارد، او را مادر تلقی می کند؟ در حالی که در عکس

این مورد، یعنی جایی که به علل مختلفی، مثل مرگ مادر، زود رسیدن جنین، وجود خطر

جانی برای مادر یا فرزند و... با عمل جراحی جنین از رحم زن بارور بیرون آورده می شود

و در رحم مصنوعی با مراقبت های ویژه رشد می یابد، عرف تردیدی ندارد که زن حامل و

۱- استناد به آیه «إن أمهاتهم إلا اللاتنی ولدنهم»^۱ وافی به مقصود آنها نیست، زیرا اولاً، آیه

اطلاق ندارد، بلکه در مقام رد پندار کسانی است که گمان می کردند به صرف «ظهار»

زنانشان مادرشان می شود و در نتیجه برایشان حرام ابدی می گردد. لذا در بیان مفهوم شرعی

«ام» نبوده و مقدمات حکم جهت اخذ اطلاق تمام نیست تا گفته شود مورد نمی تواند

تخصیص بزندان^۲؛ ثانیاً، معنای اصلی «ولد» چنین است:

۲- خروج شیء عن شیء و نتاجه بالتکون عنه... فالأصل و هو تکون شیء عن شیء آخر،

محفوظ و منظور فی هذه المشتقات و هی ولدن، ولدت والده، ولد، والدات و مولود^۳؛

بیرون شدن چیزی از چیزی دیگر است و پیدایش از آن ثمره اش می باشد. این اصل

(پیدایش چیزی از چیز دیگر) در همه مشتقات و تعابیر متفاوت لغت «ولد» وجود دارد...

بر این اساس، آیه، ظاهر در این است که مادران شما کسانی هستند که شما را به وجود

آورنده اند و زنان شما، چون شما را به وجود نیاورده اند، مادر شما محسوب نمی شوند. طبق

این معنا، آیه هیچ گونه دلالتی بر زاییدن و زایمان زنان نمی کند تا مشعر یا صریح در این

باشد که ملاک مادر بودن، زایمان است، بلکه به عکس، ظاهر در این است که منشأ پیدایش

فرزند که صاحب تخمک می باشد، مادر است و بی تردید حمل جنین توسط رحم و سپس

()

:

()

...

زایمان، منشأ پیدایش فرزند محسوب نمی شود، چون حمل و زایمان به وجود آورنده نیستند.

شاهد بر درستی این معنا، آیات متعددی است که در آنها بر پدر هم اطلاق «والد» شده

است^۱ و حال آنکه پدر نمی زاید، بلکه به وجود آورنده است، پس استدلال به آیه تمام نیست.

۲- آیه های «و وصینا الانسان بوالدیه، حملته امه وهنأ علی وهن^۲» و «وصینا الانسان بوالدیه

احساناً حملته امه کرهأ و وضعته کرهأ^۳» دلالت ندارند که مادر، کسی که حمل نماید و بزاید

و یا سختی ار تحمل کند، بلکه خبر از یک واقعیت خارجی می دهد و به انسان تذکر می

دهد: آن وقت که جنین بوده اید، مادر، شما را حمل و زایمان کرده است پس، از نیکی در

حق آنها دریغ نکنید؛ یعنی جنبه قانون کلی از آن استفاده نمی شود، بلکه از آن نوعی ارزش

گذاری و قدرشناسی نسبت به مادری که غالباً حمل کننده جنین است، فهمیده می شود. به

اضافه، طبق این آیات، اطلاق «ام» بر زن حامل، پیش از زایمان صحیح است. پس زایمان،

ملاک تعیین مادر نیست.

... () () ...

« () () »

»

« »

()

()

در مجموع، آیات یاد شده و آیات دیگر، اولاً، در مقام بیان شرعی مفهوم «ام» نیستند تا گفته

شود: هر کس شما را زاییده است، مادر شما است؛ بله، اگر می گفت: مادر کسی است که

شما را حمل کند و بزاید، بر معنای مادر بودن دلالت می کرد؛

ثانیاً، فقیهان و حقوق دانان اسلامی اتفاق نظر دارند که عناوین پدر بودن، مادر بودن،

فرزندی و دختری از عناوینی هستند که معنای شرعی ندارند، بلکه با همان معنا و مفاهیم

عرفی موضوع احکام قرار گرفته اند؛

ثالثاً، صرف نظر از ظهور کلمه «ولد با همه مشتقاتش» در معنای موجود شدن و پیدایش،

یادآوری ویژگی حمل و زایمان در این آیات، از باب غلبه است، به طوری که در آن زمان،

همیشه چنین بوده است!

استدلال به حکمت ها و جنبه های عقلی در نظریه گروه نخست نیز به نظر می رسد به قیاس

شبهه تر است. به اضافه، احکام به همان عناوین موضوعات خارجی مترتب می شوند، نه بر

ملاک آنها خصوصاً که احراز ملاک های واقعی احکام و علم به آنها، غیر ممکن است.

گذشته از اینها نقش های مختلف رحم در پرورش جنین، اگرچه فراتر از یک ظرف و تغذیه

تنهاست، اما این مقدار آگاهی از نقش های رحم، جنبه سازندگی و تشکیل دهندگی برای

جنین را ندارد و داوری عرف را درباره پیدایش جنین از اسپرم و تخمک دگرگون نمی‌کند.^۱

از توضیحاتی که در نقد نظریه نخست و توضیح نظریه سوم بیان شد، ناتمام بودن نظریه گروه دوم روشن می‌شود. البته همه این توضیحات بدین معنا نیست که صاحب رحم با فرزند ارتباطی ندارد و یا بر وی محرم نیست.

خلاصه: فرزند از جهت مادر به صاحب تخمک منتسب می‌گردد و صاحب رحم (بدون اینکه تخمک از وی باشد) دارای حق نسبی بر فرزند نیست.

بنابراین، عرف از رابطه ژنتیکی فرزند به صاحب اسپرم و تخمک، عنوانی، اعتبار و مقرر می‌کند که «نسب» نام دارد. در نتیجه این تعریف، دیگر عنوان نسب یک اعتبار صرف و قراردادی نیست تا بتوان با وضع و تدوین قانون، رابطه شخص را از منشأ ژنتیکی اش جدا نمود، بلکه عنوان دارای منشأ تکوینی، واقعی و طبیعی است.

البته به نظر می‌رسد این مفهوم از نسب با مفهوم «والدین قانونی» که در غرب در مورد فرزند به دنیا آمده از راه باروری های پزشکی گسترش یافته سازگار نیست، بلکه مفهوم «والدین قانونی» (نه «والدین ژنتیکی»)، با مفهوم «حضانت» در فقه و حقوق اسلامی سازش دارد، زیرا به رغم انتساب شخص به والدین ژنتیکی و میل آن دو به تربیت فرزند، قانون، والدین قانونی یا نگهدارنده (حاضن) تعیین می‌کند و حتی در بعضی از این ایالت‌ها پا را فراتر نهاده و

برای فرزندی، تنها به نام والدین متقاضی که قانونی محسوب می شوند، شناسنامه صادر کرده و والدین ژنتیکی را از هر گونه ادعای نسبت به فرزند محروم می کنند! این نشان می دهد که از نظر آنان والدین قانونی، والدین ژنتیکی و اصلی نیستند، اما برای حل بیماری و معضل ناباروری این راه را در پیش گرفته اند و قعظ نسب و بلکه اختلاط انساب می شود، ولی اگر نام هر دو والدین ذکر گردد، ظاهراً غیرمشروع و غیرقانونی نخواهد بود.

مبحث دوم: شرایط قانون گذار اسلام و ایران برای پذیرش نسب

برای پذیرش نسب در دو دیدگاه فوق، ضوابط و شرایطی مقرر شده است. پاره ای از این شرایط ثبوتی اند (مثل وجو رابطه زوجیت، وقوع نزدیکی، انعقاد نطفه در زمان زوجیت و حمل و زایمان در فراش و...) و پاره ای دیگر، اثباتی اند (مثل آماره فراش، اقرار، شهادت شهود و...). با توجه به ملاک پذیرفته شده در قوانین کلاسیک و سنتی فقهی و حقوقی، شرایط ثبوتی و اثباتی نسب، برای فرزندآوری و تولید نسب در قالب نکاح و تشخیص مشروعیت و عدم مشروعیت نسب، لازم و ضروری اند که به بررسی بیشتر آنها می پردازیم:

بقیه در ص ۱۶۷ تا ۱۸۱

اما، اگر معتقد باشیم ملاک انتساب و نسب تابع اراده زن و مرد و حاکمیت اراده آن دو نیست، بلکه از یک سری قواعد دیگری پیروی می کند، بحث از شرایط ثبوتی و اثباتی نسب جایگاه مهمی نخواهد داشت. دلایل ما بر این تمایز عبارت اند از:

۱- ریشه روابط زن و مرد عمل حقوقی است و آن دو، با میل و اختیار، خود را در این قالب حقوقی قرار می دهند، چنان که نکاح از جمله عقود است و از نظر انعقاد، تابع حاکمیت اراده است ولی، مبنای رابطه پدر و مادر و فرزندان واقعه حقوقی است؛ به تعبیر دیگر، وضعیت و آثار ناشی از ارتباط والدین با فرزندان و به عکس، نمی تواند تابع حاکمیت اراده زن و مرد باشد، بلکه تابع حاکمیت اراده قانون گذار است.

۲- در روابط زن و مرد، هدف قانون گذار استقرار عدالت و نظم بخشی به ارضای غریزه جنسی است و اصل را بر این قرار داده که هیچ مرد و زنی نمی تواند با دیگری روابط جنسی و جسمی، از قبیل لمس، تفخیز، بوسیدن و زنا داشته باشد، جز در موارد مشروع، اما در تنظیم روابط والدین و فرزندان، هدف، حمایت از نوزاد و انتساب فرزندان به پدرانشان با اندک بهانه است، حتی اگر شیوه تولید نسل نامشروع بوده باشد. با این توضیح که قانون گذار در وضع و تدوین قواعد و مقررات نمی تواند از قلمرو قواعد طبیعی و تکوینی دور گردد، بلکه سعی او بر کشف روابط طبیعی و تکوینی و نظم بخشی به آن می باشد. از این رو، در مسئله نسب فرزندان، قانون گذار هم نمی تواند اعتباری قراردادی و بدون در نظر گرفتن منشأ واقعی و طبیعی فرزند، وضع و مقرر کند.

نتیجه این نوع نگرش به نسب، به تشویق افراد به ایجاد روابط آزاد بیشتر زن و مرد و فرزندآوری به شیوه هایی بیرون از قالب نکاح و ازدواج نمی انجامد، زیرا قانون گذار می تواند ضمانت اجراهای دیگری مقرر کند، مثلاً:

۱- نفی برخی آثار نسب، چنانکه در اسلام فرزند به دنیا آمده از راه زنا از ارث، منصب قضاوت و امامت جماعت محروم است.

۲- وضع و تدوین مقررات جزایی برای کسانی که در قالب نامشروع رابطه جنسی برقرار کرده اند، مثل حد زنا، حد لواط، حد مساحقه و تعزیرهای مربوط به تقبیل و لمس نامشروع.

۳- تدوین مقررات کلی دیگر برای ممنوعیت تولید نسل نامشروع، چنانکه فقها آن را حرام و موجب تعزیر دانسته و با کشورهای غربی مقرراتی را تصویب کرده اند. بنابراین با پذیرش دخالت قانون گذار در روابط زن و مرد و آثار ناشی از آن، دخالت او در مسئله نسب بدون لحاظ منشأ واقعی و عینی فرزند، منجر به تناقضاتی می گردد که نیازمند توجیه است.

از آنجایی که قانونگذار در موضوع نسب (جز در مورد زنا و مباحث مربوط به آن) نسب و آثار آن را نفی نکرده، بلکه تنها مصداق بارز نسب نامشروع (مطابق نظر مشهور) را، زنا دانسته است، ضروری می نماید تنها به این مسئله پرداخته شود تا با حل آن، سایر نسب های ناشی از شیوه های غیرزنا هم حل گردد.

گفتار نخست: تأثیر مفهوم زنا در مسئله نسب

پرسش اساسی در این قسمت این است که معیار تشخیص نسب از دیدگاه قانونگذار اسلام و به تبع، ایران چیست؟ آیا هر طفل که از نظر لغوی و عرفی فرزند نامیده می شود، در شرع هم (تا زمانی که از زنا نباشد) این وصف را داراست یا اینکه نسب، به شرطی معتبر تلقی می شود که دارای علت مشروع باشد و لذا اگر ناشی از نکاح درست یا نزدیکی به شبهه نباشد، بی اعتبار و نامشروع است؟

الف) نظر قانون مدنی و فقها

قانون مدنی بی آنکه تعریفی از مفهوم زنا دهد در ماده ۱۱۶۷ می گوید: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی شود» و قانون مجازات اسلامی در ماده ۶۳ مقرر می دارد «زنا، عبارت است از جماع مرد با زنی که بر او ذاتاً حرام است، اگر چه در دبر باشد، در غیر موارد وطی به شبهه».

از یک سو، این تعریف در قانون مجازات اسلامی در زیر عنوان حد زنا بیان شده، پس به زنا ی حدی اختصاص دارد و از سوی دیگر، خود تعریف دارای اطلاق است، پس زنا ی غیر حدی را شامل می شود.

از این رو، این پرسش به میان می آید که مقصود از زنا در مسئله نسب همان مفهوم ذکر شده در مسئله حد زنا است یا اینکه اعم از آن است و مواردی از قبیل تفخیز مرد با زن بیگانه،

سپس انزال منی و جذب آن توسط رحم، افراغ منی به رحم زن بیگانه، تلقیح اسپرم مرد

بیگانه به تخمک زن بیگانه و... را هم شامل می شود؟

یکی از راه های پاسخ به این پرسش آن است که اگر حکم موضوعی در قانون وجود

نداشت یا مجمل بود یا تعارض داشت و یا واژه ای از واژه های قانون مبهم بود، به حکم ماده

۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ بایستی به عرف مسلم و روح قانون رجوع کرد.

با رجوع به عرف می توانیم به قطع حکم کنیم که عرف برای واژه زنا مفهوم خاصی در نظر

دارد؛ مفهومی که با تعریف قانون در حد زنا مطابقت دارد. از سوی دیگر، قانون گذار در

مسئله نسب لفظ «زنا» را بدون تعریف و بیان قیدی به کار برده و بر آن آثار بشمارای را

مترتب کرده است. پس عدم تعیین قانون گذار و وجود معنای عرفی نتیجه می دهد که

معنای زنا در مسئله نسب همان مفهوم زنا در «حد زنا» است (ادخال). در این صورت، تولید

فرزند به شیوه های غیر زنا، ملحق به زنا نمی شود و نسب ناشی از آن مشروع تلقی می گردد.

این تعلیل در همین جا نمی تواند متوقف شود، چرا که در ماده ۳ همان قانون، روح قانون هم

معتبر شمرده شده و با رجوع به مواد مختلف مربوط به نسب می توان روح قانون را استنباط

کرد. قانون مدنی. زیر عنوان نسب به تفضیل از طفل ناشی از نکاح درست و نزدیکی به شبهه

گفت و گو کرده، در حالی که اگر تمام فرزندان طبیعی، جز کودک ناشی از زنا، به پدر و

مادر خود منسوب می شدند، کافی بود تنها این استثنا بیان شود و نیازی به تقسیم نسب به

نسب ناشی از نکاح، شبهه و زنا نبود. از این رو، روح قانون حکم می کند که فرزندان که از

نکاح درست و شبهه ناشی نشده اند، به زنا ملحق شوند. در این حالت، بین عرف و روح

قانون تعارض به وجود می آید؛ با عدم تقدیم یکی بر دیگری، راه گریز، استناد به اصل ۱۶۷

قانون اساسی است که در این موارد، به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر ارجاع می دهد،

خصوصاً بعد از انقلاب، استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی بر استناد به ماده ۳ قانون آیین

دادرسی مدنی^۱ به دلیل جایگاه برتر قانون اساسی، مقدم و ارجح است.

با رجوع به منابع و فتاوی فقها، دو نظریه یافت می گردد:

- عده ای از فقها و حقوق دانان می گویند: از مجموع آیات و روایات و احکام مربوط به

زنان و تولید نسل، فهمیده می شود که تنها زنا مانع تحقق نسب نیست، بلکه به هر طریق

نامشروع، منی مرد بیگانه به رحم زن بیگانه رسانده شود، نامشروع و حرام است و مانع الحاق

فرزند به والدین طبیعی اش خواهد شد. استدلال آنها چنین است:

نزدیکی حرام از دو جزء تشکیل شده است: ۱- ادخال آلت مردانه و ۲- ریختن منی در رحم.

هر یک از این دو عمل، حرام مستقلاً است که گاهی با هم رخ می دهند. این هیئت

اجتماعی متشکیل از ادخال آلت و ریختن منی در رحم، در عدم مشروعیت فرزند بی تأثیر

است، بلکه معیار، این است که اگر از روی آگاهی و عمد، منی به داخل رحم ریخته شود،

سبب عدم مشروعیت فرزند می گردد.

ایراد نگردد که اطلاق ادله نفی نسب ناشی از زنا، به ریختن منی به صورت نزدیکی حرام انصراف دارد، پس شامل موضوع مورد بحث نمی شود و در نتیجه نسب ناشی از آنها صحیح است، زیرا چنین انصرافی ناشی از غلبه وجود است و مضر به اطلاق نیست؛ آنچه مانع اطلاق می شود این است که فرد نادر از جهت حکم مشکوک باشد، ولی در فرض بحث چنین تردیدی محق نیست؛ یعنی فرد نادر که ریختن منی مرد بیگانه به رحم زن بیگانه بدون نزدیکی باشد، مسلماً حرام است^۱ و عدم تصریح قانون گذار اسلام به حکم نسب ناشی از سایر تماس های جنسی (غیر از زنا) مضر به اطلاق نیست. چون غلبه وجودی، با عنوان زنا به معنای دخول آلت مردانه بوده است. از این رو، حکم زنا شامل سایر تماس های جنسی می شود و در نتیجه، نسب ناشی از سایر تماس های جنسی معتبر نیست^۲. در تأیید این نظریه می توان گفت:

۱- انتفای نسب حاصل از زنا در حدیث خاصی بیان نشده و از حرمت زنا، نفی نسب استفاده می شود، چنانکه ثبوت نسب هم از حلال بودن فرزند استفاده شده است^۳. به همین دلیل، سایر تماس های بدنی مرد و زن بیگانه، چون حرام ذاتی بوده، از حرمت آن، انتفای نسب استفاده می شود، خصوصاً که ملاک زنا (نامشروع بودن و حرمت ذاتی رابطه دو بیگانه برای

حفظ اعتبار خانواده) در آنها وجود دارد و زنا خصوصیت ندارد. لذا برای جلوگیری از

تعارض احکام در موضوع های مشابه، باید همه تماس های مشروع را در حکم زنا شمرد^۱.

۲- در فقه و حقوق عنوان نسب به نسب ناشی از نکاح صحیح، شبهه و زنا تقسیم شده که

برگرفته از روایات است. لذا اگر تمام فرزندان طبیعی، جز کودک ناشی از زنا، به پدر و

مادر خود منسوب شوند، کافی بود تنها این استثنا بیان شود و نیازی به این تقسیم ها نبود. لذا

طبیعی است که طبق این تقسیم ها حکم کنیم نسب مشروع باید تنها در خانواده تحقق

پذیرد، چنانکه ابن ادریس می فرماید: نسب، علت مشروع و قطعی می خواهد^۲.

۳- برخی آیات قرآن کریم^۳ و همچنین از احکام متفرقی که در روایات نسبت به زنان تشریح

شده، بیانگر این هستند که زنان باید خود و فرجشان را از بیگانه حفظ نمایند. این حکام

نسبت به صیانت زنان و کشتزار بودن آنها از آن رو است که اینان، راه فرزند آوری و تولید

مثل هستند و بایستی از هر پلیدی و حتی شائبه فساد نسب دور گردند، چنانکه طبق روایت

علاء بن سیابه امام صادق (ع) فرمودند:

النکاح أحرى و أحرى ان یحتاط فیه و هو فرج و منه یكون الولد^۴؛

()

()

نکاح امر مهمی است و سزاواست که در آن احتیاط گردد، زیرا در نکاح مسئله فرج مطرح است و از آن، ولد به وجود می آید.

بنابراین، طبق این آیات و احتیاط، نسب هایی که حاصل نکاح صحیح و شبهه نباشند، به زنا ملحق می شوند.

۴- از روایات مسئله مساحقه زن شوهردار با دختر باکره استفاده می شود که شوهر چون با دختر خود نزدیکی کرده، هیچ اراده و اختیاری در انتقال نطفه به دیگری نداشته و فرزند به او ملحق شده است، اما دختر باکره چون کارش نامشروع بوده، مشهور فهاق با انتساب طفل به او مخالفت کرده و حکم زنا را درباره وی جاری ساخته اند.^۱

۵- فلسفه نکاح و تشریح آن، نظم بخشی به تولید مثل و ایجاد نظم خاص برای آن بوده است. در این راستا، شرایط و ارکانی برای نکاح و در نتیجه تولید مثل ایجاد شده تا هیچ ضرر و ضراری آن را تهدید نکند. برای رعایت همین فلسفه، ضمانت اجراهای خاصی ایجاد شده که یکی از آنها، عدم مشروعیت نسب طبیعی است، چنانکه صاحب جواهر می فرماید: «مطلق پیدایش از نطفه ای سبب نسب شرعی نیست، زیرا به بداهت، عنوان در نسب، خلقت و پیدایش از آب نیست. این معنا بعد از ملاحظه تفاوت بین انسان و حیوان در تشریح نکاح

() () :

() :

() .(

درباره انسان، نه حیوان [روشن می گردد] و صدق معنای لغوی نسب، چیزی جز انتساب و ارتباط فرزند [اثر دیگری ندارد]^۱.

از کلام دیگر صاحب جواهر برداشت می شود: اگر نسب لغوی را معتبر بدانیم، تشریح نکاح بی اثر و تحصیل حاصل خواهد بود، چرا که با پذیرش نسب لغوی، سببیت نکاح برای نسب لغو خواهد شد. بنابراین محدودیت روابط آزاد زن و مرد در چارچوب نکاح، نشان دهنده این است که نسب لغوی نزد قانون گذار اسلام مقصود نبوده و در گفت و گو از نسب، نسب صحیح و مشروع مقصود می باشد. از این رو، تا علم به حلال بودن سبب و علت مشروع نسب حاصل نگردد، نمی توانیم بگوییم نسب مشروع است، مگر آنکه شارع به آن تصریح کند یا و طی به شبهه باشد^۲.

مشابه نظریه های بالا، بلکه شدیدتر، از سوی اکثر فقهای اهل سنت ارائه شده است^۳. از مجموع این دلایل استفاده می شود که این گروه از فقها در مسئله نسب، مفهوم زنا را وسیع تر از مفهوم زناى حدی می دانند؛ به این صورت که احکام زنا قلمرو وسیع تری از جزا و حد دارد، چون زنا، شایع ترین راه ایجاد فرزند طبیعی بوده، به عنوان نمونه بارز و روابط نامشروع، موضوع حکم قرار گرفته است. سکوت قانونگذار از بیان احکام سایر تماس های بدنی زن و مرد بیگانه بدین مفهوم نیست که در زنا خصوصیت است که مانع الحاق طفل به

پدر و مادر طبیعی می شود^۱، اما در سایر تماس های بدنی و راه های غیر زنا چنین خصوصیتی احساس نمی شود.

- در برابر نظریه یاد شده، عده ای از فقهای دیگر می گویند: ظاهر عنوان «زنا» در کلمات فقها «لا یتب النسب بالزنا» همان معنای متداول مشهور آن است. این معنای متداول در کتاب حدود و در مسئله حد زنا، بر اساس معنای عرفی آن تقریر شده است. در این معنا، رکن اساسی و ضروری آن ادخال و دخول آلت مردانه قید شده است و از سوی دیگر، در مسئله نسب هم تصریح نکرده اند که مرادشان از زنا، معنای مصطلح آن نیست، بلکه به عکس تصریح کرده اند که زنا، وطی و مقاربت مرد و زنی است که ذاتاً بر هم حرام باشند، بدون اینکه شبهه ای در بین باشد^۲. بنابراین، معنای زنا در مسئله حد زنا و مسئله الحاق ولد و نسب یکی است و شامل، رساندن منی به رحم زن به طریقی غیر از مقاربت و لقاح اسپرم بیگانه با تخمک بیگانه و... نمی شود و احکام نسب هم بر عناوین موضوعات مترتب می شود^۳.

(ب) نظر برگزیده

عنوان زنا، از مفاهیم و موضوعات عرفی است که در مورد آن حقیقت شرعی و تأسیس جدیدی ثابت نشده است. چنانکه نقل شده، ماعز بن مالک بعد از اینکه چهار بار به زناى خود نزد پیغمبر(ص) اقرار کرد، حضرت از وی پرسیدند: شاید نگاه کرده یا لمس کرده یا

بوسیده باشی. ماعز گفت: نه ای رسول خدا. تا جایی که می گوید: آن مخفی شده، مثل

مخفی شدن میل در مکحه و ریسمان در چاه.

آنگاه پیغمبر (ص) فرمودند:

فهل تدری ما الزنا؟ قال: نعم، أتیت منها حرماً ما یأتی الرجل من امرأته حلالاً؛

آیا می دانید زنا چیست؟ ماعز گفت: بله، به آن زن به صورت حرام دخول کردم، چنانکه

مرد با زن خود به صورت حلال دخول می کند.

با امعان نظر در این روایت و روایات دیگر و نیز توجه به قاعده اصطیادی اصولی که احکام

برعناوین موضوعاتشان مترتب می شوند، نتیجه می گیریم که مفهوم زنا، مفهوم مجملی نبوده

و نیست و فقها در مسئله نسب ناشی از زنا، علاوه بر اینکه اصطلاح جدیدی، غیر از آنچه که

در کتاب حدود گفته اند، ندارند^۲، بلکه تصریح کرده اند که مقصودشان از عنوان زنا،

مقاربت با شرایط خاص در آن حدود مدنظر است؛ چنانکه شهید ثانی در مسئله نسب ناشی

از زنا می گویند: «و هو وطء المکلف محرمة بالأصالة مع العلم بالتحريم^۳» و فخر المحققین^۴،

محقق ثانی^۵ و... تعاریفی مشابه این تعریف را در همین موضوع ذکر کرده اند.

بنابراین، در پاسخ به استدلال نخست گروه اول می‌گوییم: وقتی شارع در مقام بیان حکم باشد و هیئت اجتماعی عملی (وارد کردن آلت مردانه به همراه ریختن منی در رحم) را در یک موضوع اخذ کرده باشد، بیانگر این است که آن هیئت اجتماعی با تمام حدود و قیودش موضوعیت داشته و در صورت تحقق هر یک از اجزای آن، اگر چه خود به تنهایی دارای اثری باشند، اثر موضوع ترکیبی را ندارند^۱. پس در فرض بحث نیز، اثر نفی نسب از فرزند زانی، به عنوان زنا، آن هم معنای مقاربت و دخول آلت مردان به همراه ریختن منی منحصر می‌شود. مضافاً، اگر موضوع ادله نفی نسب ناشی از زنا، شامل اعمالی از قبیل تفخیز مرد و زن بیگانه می‌شد، بی اعتباری نسب ناشی از آنها می‌بایستی ذکر می‌شد، حال آنکه موضوع این ادله، زنا به معنای مقاربت است، حتی اگر گفته شود در همه موارد، عنوان زنا در معنای مقاربت و نزدیکی به کار گرفته، گزاف گفته نشده است^۲.

بنابراین، تردیدی نیست که بر سایر تماس‌های جنسی عنوان زنا اطلاق نمی‌شود^۳، اگر چه در حرمت و قبح ذاتی آنها شکی نیست، اما هر فعل حرام حتی اگر ذاتی باشد، سبب نفی نسب نمی‌شود زیرا:

...

...

...

)

()

..

«..»

»

اولاً، معتقدان به نفی نسب حاصل از زنا، تنها از حرمت زنا، حکم وضعی و در نتیجه نفی نسب را انتزاع نکرده اند، بلکه همانطوری که بعد از این ذکر خواهد شد، برای خود ادله ای از روایات ارائه کرده اند (که قابل خدشه اند).

ثانیاً، در علم اصول ثابت شده است که بین جواز یا منع (حکم تکلیفی) و فساد یا بطلان (حکم وضعی) ملازمه ای نیست، چنان که در عرف و عقلا هم چنین است. در حقوق اسلامی نیز عنوان نسب، موضوع آثار متعددی قرار داده شده است. در این صورت آیا متصور است موضوع، منتزع و متأخر از حکم باشد؟^۱

ثالثاً، در اسباب شرعی محض، مشهور علمای اصول معتقدند که تعلق جعل و تشریح به سبب و سببیت آن، امر انتزاعی است، اما در علل تکوینی و یا علل تشریحی ای که قبل از تشریح هم بین مردم رایج بوده، مثل نسب، زوجیت و... قانون گذار با امضای خود، آن سبب را مشروع می گرداند و در این فرض جعل و تشریح قانون گذار به خود سبب تعلق می گیرد، اگرچه تشریح استقلالی و ابتدایی آنها هم ممکن است، خصوصاً که عرف ابتدائاً همان امور را اعتبار کرده، سبب بر آن آثاری را مترتب کرده است.^۲

بنابراین، در فرض بحث، قانون گذار اسلام عنوان نسب را که عرف از رابطه تکوینی (تکون و پیدایش از نطفه والدین) انتزاع و اعتبار کرده است، به صورت استقلال و ابتدایی (نه انتزاع

از احکام تکلیفی) امضاء و مشروع دانسته و تنها در نسب ناشی از زنا تصرف نموده است که تصرف وی هم از احکام تکلیفی انتزاع نشده، بلکه به استقلال و بر اساس روایات بوده است. در هر صورت، تصرف قانون گذار اسلام در نسب ناشی از زنا، سبب نمی و شد که در اصل مفهوم نسب تصرف کرده باشد، بلکه این مصداق را پذیرفته است.

دلیل ما بر این ادعا، علاوه بر آیات و روایات، تعابیر و فتاوی فقها بر این مبنا است؛ برای نمونه حضرت آیت الله اراکی درباره این پرسش که مردی با زن بیگانه ای تفخیز می کند و منجر به انزال و جذب منی توسط رحم زن بیگانه می شود، پاسخ می دهند: «دخول به معنای التقای ختائینی شرط حد، عده و غسل می باشد و شرط الحاق ولد نیست، بلکه الحاق ولد محقق می شود به انزال منی در اطراف فرج و جذب ماء، پس در فرض سؤال که زنا دخلو محقق نشده و جذب ماء شده، کافی است در الحاق ولد، ولو به مقدمات حرام و بدون زنا محقق شده، پس مقتضای عمومات الحاق ولد است، مگر زنا به معنای دخول محقق شده باشد که شرعاً نفی است و غیر از زنا تحت عمومات باقی است»^۱.

آیت الله حکیم در الحاق فرزند تلقیح مصنوعی به مادرش استدلال می کنند که دلایل نفی ولد زنا شامل لقاح مصنوعی نمی شود.^۲

آیت الله حکیم در مورد زنی که منی مردی را وارد رحمش کرده می نویسند: «زن گناه کرده، [ولی] فرزند به او ملحق می شود و به صاحب منی ملحق نمی شود»^۱. سپس آیت الله شهید صدر در توضیح کلام ایشان می فرمایند: «ظاهراً فرزند به صاحب منی ملحق می شود، خواه بیگانه باشد و خواه زوج و به خاطر الحاق فرزند به اوست که جایز است با دختری که به این شیوه به دنیا می آید، ازدواج کند»^۲ و در ادامه می فرمایند: «نص بر الحاق فرزند به صاحب نطفه دلالت دارد و این مطابق با قاعده است و به نص خاصی هم بستگی ندارد»^۳.
در این زمینه تعداد زیادی از فقها بین حرمت و نسب ملازمه برقرار نکرده اند^۴، اگرچه عده ای هم به چنین ملازمه ای معتقدند^۵.

بنابراین، از مجموع بحث های گذشته به دست می آید برخلاف روابط جنسی و مستقیم زن و مرد، در باب نسب، قانونگذار اسلام فقط از زنا نام برده و آن را معتبر ندانسته است. البته اینکه چرا فقط نسب ناشی از زنا را منتفی دانسته است، بحث مستقلی را می طلبد که شاید

()

....

....

یکی از دلایل آن وجود مفسد عظیم در آن است، چنانکه در آیات قرآن، در ردیف شرک
به خدا، قتل نفس و سرقت قرار داده شده است.^۱

پس برخلاف نظر عده ای از فقها و حقوق دانان، در زنا خصوصیتی است که موضوعیت پیدا
کرده و به همین جهت برای ارباب مردم، علاوه بر ضمانت اجرای کیفری^۲، ضمانت اجرای
حقوقی هم در مورد آن تشریح شده است که نفی پاره ای از آثار ناشی از آن، مثل ارث
است.

بر این اساس اگر در موردی، زنا (به معنای ادخال) صورت نگیرد، مانعی در تحقق نسب و
الحاق فرزند ایجاد نمی گردد، زیرا در الحاق فرزند عدم قطع به زنا کفایت می کند و مثل
رابطه جنسی و تماس جسمی لازم نیست که فراش و علت مشروعی وجود داشته باشد.

خلاصه سخن است که برابر معیارها و قواعد اصولی و فقهی، زنا مفهوم و معنای
مشخص و روشنی دارد و نمی توان حکم آن را به سایر موارد مشابه سرایت داد، مگر آنکه
علت قطعی و مصرح یا مناط قطعی موجود باشد. در روایات چنین علتی یافت نشده است،

مگر روایت طبرسی در احتجاج از امام صادق (ع) که کافری از وی می پرسد: چدا خداوند
زنا را حرام کرده؟ امام (ع) می فرماید:

«...»
« () () »
« () () »
« () () »
()

لما فيه من الفساد و ذهاب المواريث وانقطاع الأناب، لا تعلم المرأه فى الزنا من أحبلها و لا

المولود يعلم من ابوه و لا أرحام موصوله و لاقرابه معروفه؛

به خاطر فساد. از بین رفتن میراث، قطع شدن نسب، اینکه زن زانیه نمی داند چه کسی [به

طور مشخص] او را آبستن کرده، فرزند، پدرش را نمی شناسد و خویشاوندی از هم

می گسلد و شناخته نمی شوند، حرام شده است.

نیز امام رضا (ع) در پاسخ به سؤال های محمد بن سنان فرمودند:

و حرم الله الزنا لما فيه من الفساد، من قتل النفس، ذهاب الأنساب، و ترك التربه للأطفال،

وفساد المواريث و ما أشبه ذلك من وجوه الفساد؛

خداوند زنا را به خاطر فساد، کشتن نفس انسانی، از بین رفتن انساب، ترک تربیت اطفال و

فساد شدن میراث ها و سادهای شبیه به اینها حرام کرده است.

قطع نظر از سند این دو حدیث، اگر در موردی، این حکمت ها موجود باشد، حکم زنا آن را

فرا خواهد گرفت، به شرط اینکه حکمت را تعمیمی دهنده حکم بدانیم؛ به عبارت دیگر، در

مواردی که دهنده اسپرم یا تخمک، بیگانه و ناشناخته باشد، با رعایت شرط یاد شده

حکمت های موجود در حدیث بر آن تطبیق می کند، ولی اگر صاحب اسپرم یا تخمک،

معلوم و شناخته باشد و یا از موارد انتقال جنین زوجین به رحم زن بیگانه باشد، حکمت های مزبور منتفی خواهند بود.

به اضافه، بر اساس نظریه مشهور علمای اصول، حکم شرعی بستگی تمام به علتش دارد و علت، معمم و مخصص حکم خواهد بود، لیکن در حکمت، حکم دایر مدار ان نیست و توانایی تسری حکم را از موضوعی به موضوعی مشابه ندارد، پس نسب مصادقی غیر از زنا، مشروع و قانونی است.

گفتنی است که یافتن همه حکمت حکم و مناط قطعی و مصالح احکام کار آسانی نیست و فقط خداوند عالم بر آن احاطه دارد، با این حال اگر کسی به این مناط قطعی، آگاهی یافت، می تواند بر اساس آن عمل نماید، چنان که عده ای از فقیهان مث آیت الله بروجردی و امام خمینی در تلقیح نطفه دو بیگانه بین حالت علم و جهل تفاوت گذاشته و حکم زنا را به موارد آگاهی طرفین، سرایت داده اند.^۱ این مبنا را عده ای از فقها نپذیرفته و معتقدند: علم یا جهل در حکم تکلیفی تأثیر می گذارد، نه در حکم وضعی یا سعه و ضیق یک مفهوم. بر این اساس، این عده، تلقیح نطفه دو بیگانه را حرام، اما فرزند به دنیا آمده را ملحق به صاحبان جنین می دانند.^۲

در نهایت جای این سؤال هنوز باقی است که اگر تمام فرزندان طبیعی، جز کودک ناشی از زنا به پدر و مادر خود منسوب می شوند، پس کافی بود تنها این استثنا بیان شود و نیاز به این نبود که فقهان نسب را به سه قسم صحیح، شبهه و زنا تقسیم نمایند. در پاسخ به این استدلال می توان گفت: این تقسیم ناشی از چگونگی ارتباط جنسی مرد و زن در آن اعصار بوده و در نتیجه، نظرشان تنها به ثبوت نسب از جهت وطی بوده است و سایر نسب ها را لحاظ نکرده اند، چنانکه صاحب جواهر بعد از تقسیم وطی به شبهه به سه قسم یاد شده، اشکال کرده و می گوید: «اشکال شده که مکره خارج می شود و نیز مواردی که فرزند از ماء صاحبش تکون می یابد مثل مورد مساحقه و سایر موارد مشابه که فرزند شرعاً به صاحب ماء ملحق می شود، از تقسیم فوق خارج می گردند»^۱.

سپس، ایشان، خود به اشکال پاسخ می دهند و می فرمایند: «مراد ما از تقسیم نسب به سه قسم صحیح، شبهه و زنا، تنها ثبوت نسب از طریق وطی بوده است»^۲. همین معنا را در صفحات بعد هم متذکر شده اند. پس این تقسیم نمی تواند نشان دهنده حصر نسب مشروع در نکاح صحیح و شبهه باشد.

نتیجه: مفهوم زنا در مسئله نسب همان مفهوم زنا در باب حدود است؛ زنایی که یکی از عناصر ضروری آن، ادخال آلت تناسلی مرد در فرج زن است. قانونگذار اسلام از مفهوم

جهت خرید فایل word به سایت www.kandoocn.com مراجعه کنید
یا با شماره های ۰۹۳۶۶۰۲۷۴۱۷ و ۰۹۳۶۶۴۰۶۸۵۷ و ۰۶۶۴۱۲۶۰-۰۵۱۱ تماس حاصل نمایید

نسب عرفی، تنها نسب ناشی از همین مفهوم را نامشروع تلقی نموده و در بقیه موارد، نسب

ناشی از آن را مشروع دانسته است و آگاهی و عدم آگاهی به حکم هم دخالتی در موضوع

ندارد.

www.kandoocn.com
www.kandoocn.com
www.kandoocn.com

گفتار نخست - اثبات نسب پدری

نطفه طفل در نتیجه امتزاج اسپرم مرد با تخمک زن ایجاد می شود. عمل ترکیب اسپرم با تخمک در شرایط طبیعی تحت شرایط خاصی انجام می پذیرد که هیچ کس نمی تواند از این ترکیب فوراً اطلاع حاصل نماید. زوجین نیز از زمان انعقاد نطفه مطلع نمی شوند، بنابراین اثبات نسب پدری به لحاظ محسوس نبودن زمان تشکیل نطفه مسئله ای بسیار مشکل و پیچیده است. امروزه نیز آزمایش های پزشکی از قبیل آزمایش خون و حتی تشخیص ژنتیکی از طریق DNA راهگشای اثبات نسب نیست و به طور قطع نمی توان نسب را از لحاظ علمی اثبات کرد. با آزمایش های مذکور نمی توان رابطه پدر و فرزندی را ثابت کرد و هیچ دلیلی وجود ندارد که به طور قطع ثابت کند که بچه ای از اسپرم فلان مرد است. آزمایش های علمی و پزشکی موجود تنها قادر به نفی نسب می باشند یعنی در مواردی می توانند اثبات کننده که کودک به دنیا آمده، محصول اسپرم یا تخمک شخص مورد نظر نیست ولی قادر به اثبات نسب نمی باشند به صورتی که به طور قطع ثابت کنند که این بچه از اسپرم یا تخمک شخص مورد نظر است. به هر حال به نظر می رسد این اراده خداوندی و رمز طبیعت است که هیچ کس نتواند به طور قطع خود را پدر کودکی معرفی کند.

نظر به اشکالات مذکور، قانونگذاران دنیا در جهت مصلحت جامعه و خیر و صلاح طفل و خانواده، برای تشخیص پدر به امارات و فروض قانونی متوسل شده اند. قاعده فراش در فقه اسلام و اماره ابوت یا پدری در حقوق خارجی از فروض قانونی است که در اثبات نسب

پدري دخالت داشته و در اين خصوص اهميت زيادي دارد. البته استناد به اين اماره آسانترين و ساده ترين راه اثبات نسب پدري است اما اماره فراش تنها دليل اثبات پدري نيست بلکه دلايل ديگري نيز در اين زمينه مي تواند مورد استفاده قرار گيرد كه ابتدا از اماره فراش و سپس از دلايل ديگر سخن به ميان مي آوريم.

الف: اماره فراش

تعريف: فراش در لغت به معني «بستر» و «هر چه بگسترانند» آمده است و در اصطلاح حقيقي عبارت است از اينكه «طفلي كه از زن شوهردار به دنيا آمده است، فرزند شوهر فرض مي شود و ملحق به اوست^۱».

اصطلاح اماره فراش از حديث نبوي «الولد للفراش و العاهر الحجر^۲» [فرزند مخصوص شوهر و براي زناكار سنگ است] گرفته شده است. كلمه فراش در حديث فوق ممكن است به معني بستر باشد و از آن «نزديكی مشروع» اراده شده باشد و يا ممكن است معني آن رابطه زوجيت موجود بين زوجين باشد. اگر معني اول را براي كلمه فراش قائل شويم، در اين صورت براي الحاق طفل به به زوج با تصريح كلمه «فراش»، احراز وجود بستر يا نزديكي مشروع (يا با تعبير وسيع تري كه تلقیح مصنوعی را هم شامل می شود) لازم است^۳.

اگر معنی دوم اراده شده باشد یعنی منظور این باشد که طفل ملحق به رابطه زوجیت است، با توجه به اینکه در این حدیث شرط نزدیکی مانند ماده ۱۱۵۸ قانونی مدنی وجود ندارد و شرط امکان الحاق طفل به زوج را از دلیل خارج استفاده می کنیم، می توان گفت که در فرض مورد بحث نیز طفل ملحق به زوج می باشد زیرا از اطلاق حدیث با در نظر داشتن سایر ادله استفاده می گردد که طفل در صورت امکان ولو به صورت احتمال به رابطه زوجیت تعلق دارد^۱. بدین ترتیب اماره فراش نباید در نزدیکی به شبهه جاری شود در صورتی که درباره اماره فراش نسبت به شبهه، اکثر فقها عقیده دارند که اگر زن نیز در اشتباه باشد، قابل اجراست و نویسندگان قانون مدنی نیز همین امر را از فقه اقتباس کرده اند^۲.

با مقایسه دو معنی احتمالی فوق به نظر می رسد که معنی اول با وضع کلام مساعدتر بوده و با ذوق سلیم سازگار است، یعنی منظور از فراش همان بستر (رابطه تناسلی مشروع یا تلقیح مصنوعی) است و لذا در الحاق طفل به طرفین، وجود این رابطه مشروع (رابطه تناسلی مشروع یا تلقیح مصنوعی) باید مسلم باشد^۳.

به موجب اماره فراش، طفل متولد از زن شوهردار به شوهر ملحق خواهد شد. در حقوق ایران قاعده یا اماره فراش در دو ماده ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی پیش بینی شده است.

ماده ۱۱۵۸ ق.م: «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ

نزدیکی تا زمان تولد کمتر از ۶ ماه و بیشتر از ۱۰ ماه نگذشته باشد».

ماده ۱۱۵۹ ق.م: «هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود، ملحق به شوهر است مشروط

بر اینکه مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل بیش از ۱۰ ماه

نگذشته باشد مگر آنکه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کمتر از ۶ ماه و بیش

از ۱۰ ماه گذشته است».

لازم به ذکر است که ماده ۱۳۲۲ ق.م اماره فراش را صریحاً جزء امارات قانونی به شمار

آورده است.

(۱) توجیه اماره فراش

در توجیه اماره فراش دلایلی آورده شده است که مهمترین آنها به شرح زیر است:

۱- «عفت زن و انجام تکالیف زناشویی اقتضاء می کند که طفل متولد از زن شوهردار،

متعلق به شوهر باشد. فرض وفاداری زن نسبت به همسر خود و فرض اینکه زن فقط با شوهر

خود رابطه جنسی داشته و با دیگری رابطه جنسی برقرار نکرده است، مستلزم آن است که

طفل متولد از زن و شوهر ملحق گردد.

۲- شوهر با عقد نکاح به طور ضمنی اطفال متولد از زن خود را فرزندان خویش شناخته

است بنابراین ابوت مبتنی بر اقرار ضمنی زوج می باشد^۱."

به دلیل اخیر که به نظر می رسد ناشی از ارزش فوق العاده ای باشد که طرفداران آن برای

اراده قائل شده اند، ایراد گرفته شده است چرا که مسلم نیست که شوهر هنگام عقد نکاح

جنین چیزی را اراده کرده باشد وانگهی اراده شوهر در این باره مؤثر نیست و شوهر چه

بخواهد و چه نخواهد فرزند متولد از زنش به حکم قانون به او ملحق می شود. اگر اراده

شوهر در الحاق طفل به او مؤثر باشد، باید هم او بتواند به صرف اراده، نفی ولد کند در

حالی که این امر ممکن نیست^۲.

۳- این قاعده موافق مصلحت جامعه است چه از طرفی صلح و آرامش خانواده را تأمین

می کند و مانع بروز اختلافات و دعاوی افتضاح آمیز می گردد و از طرف دیگر با مشروع

شناختن اطفال متولد از زن، مصلحت آنان نیز رعایت می شود^۳.

۴- "چون حمایت از کودکانی که در خانواده به دنیا می آیند اقتضاء دارد که موقعیت آنان

به طور قاطع از طرف قانونگذار معین شود و دستخوش تعبیرها و عقاید دادرسان نباشد، بر

مبنای این حکم غالب و ظاهر، اماره قانونی فراش ایجاد شده است.

در واقع اماره فراش بر ترکیبی از معلوم های خارجی و هدف های اجتماعی مبتنی است: این واقعیت که برحسب معمول طفل متولد در زمان زوجیت نتیجه آمیزش زن و شوهر است و این نکته که از چنین کودکانی، حتی به بهانه اینکه گاه حقیقتی نیز پنهان بماند، باید حمایت شود تا خانواده استوار بماند^۱."

۲) قلمرو و حد شمول قاعده فراش

با عنایت به مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق.م معلوم می شود که قاعده فراش در دو مورد در حقوق ایران قابل اجراست:

۱-۲- تولد طفل در زمان زوجیت

۲-۲- تولد طفل پس از انحلال زوجیت

۱-۲- اجاره اماره فراش در مورد طفل متولد در زمان زوجیت

در تحلیل ماده ۱۱۵۸ ق.م که می گوید: «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است، مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از ۶ ماه و بیشتر از ۱۰ ماه نگذشته باشد»، درمی یابیم که در بخش نخست این ماده، قانونگذار تولد در دوران زناشویی را نشانه انتساب طفل به شوهر دانسته است و در بخش دوم آن، شرطی را برای الحاق طفل مقرر داشته است. بنابراین از جمع بین حکم جعل شده در ماده ۱۱۵۸ ق.م و شرط آن چنین برمی آید که قانون مدنی حملی را که در دوران زوجیت به وجود آمده است منسوب به

شوهر می داند، منتها چون تاریخ آبستن شدن مادر را با هیچ دلیل خارجی نمی توان اثبات کرد و گاه زن و شوهر نیز درباره آن تردید دارند، تولد طفل و فاصله آن با نزدیکی زن و شوهر نشانه ایجاد حمل قرار داده شده است^۱. بنابراین طفلی که در زمان زوجیت به دنیا آمده است، زمانی به موجب اماره فراش مندرج در ماده ۱۱۵۸ ق.م به شوهر زن ملحق می شود که دارای شرایط زیر باشد:

- بین زوجین نزدیکی واقع شده باشد.

- از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد طفل کمتر از ۶ ماه و بیشتر از ۱۰ ماه نگذشته باشد.

لذا می توان نتیجه گرفت که ماده ۱۱۵۸ ق.م در واقع حاوی دو اماره است:

۱- طفلی که در فاصله بین ۶ تا ۱۰ ماه از تاریخ وقوع نزدیکی بین زن و شوهر به دنیا می آید، محصول آن نزدیکی است.

۲- چنین طفلی منسوب به شوهر است زیرا فرض می شود که زن وفادار به شوهر است و با مرد دیگری رابطه جنسی ندارد^۲.

وقوع نزدیکی

گفتیم که یکی از شرایط قابل اجرا بودن اماره فراش وقوع نزدیکی است. در مورد اینکه چه نوع نزدیکی موجب الحاق طفل به شوهر زن و مبنای اجرای قاعده فراش می باشد، بین فقها

اختلاف نظر است. بعضی نزدیکی از قبل و انزال را در این مورد لازم می دانند و برخی از جمله شهیدین نزدیکی از قبل یا دبر را برای الحاق طفل کافی می دانند اگرچه انزال نشده باشد.^۱ عده ای دیگر از فقها نزدیکی در قبل را ملاک اجرای فراش می دانند چرا که رحم محل تکون طفل و انعقاد نطفه است.^۲ به نظر می رسد منظور از نزدیکی در قانون مدنی آنگونه نزدیکی است که سبب انعقاد نطفه و تکون طفل می گردد.

آیا اثبات نزدیکی لازم است؟

سوالی که مطرح می شود این است که آیا برای اجرای اماره فراش، اثبات نزدیکی لازم است؟ به عبارت دیگر آیا کسی که می خواهد رابطه نسب را با اماره فراش ثابت کند (اعم

از پدر یا فرزند) باید وقوع نزدیکی را ثابت کند و برای وقوع آن، دلیلی بیاورد؟

بعضی از فقها وجود علقه زوجیت را برای اجرای اماره فراش کافی دانسته و معتقدند که اثبات نزدیکی در زمان زوجیت برای اثبات و استقرار نسب لازم نیست و طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است.^۳

در حقوق ایران اگر ظاهر ماده ۱۱۵۸ ق.م. را ملاک قرار دهیم باید بگوییم که مدعی نسب باید وقوع نزدیکی را ثابت کند ولی با کمی دقت درمی یابیم که این نظر قابل ایراد است چرا که نزدیکی از امور پنهانی است و در نهان و دور از انظار انجام می شود و اثبات آن

دشوار و چه بسا غیرممکن است و اقامه دلیل بر اثبات آن متعسر می باشد و از طرفی زندگی مشترک زوجین اماره بر این است که آنها با هم همبستر شده اند چرا که یکی از مهمترین هدف های نکاح، مباح شدن رابطه جنسی بین زن و شوهر است و ظاهر این است که نزدیکی بین آنان واقع شده است و لزومی برای خواستن دلیل از کسی در مورد وقوع نزدیکی نمی ماند. پس می توان گفت: «وجود نکاح قرینه بر وقوع نزدیکی است و با اثبات رابطه زوجیت، فرض می شود که نزدیکی بین زوجین واقع شده و دیگر نیازی به اثبات آن به طور جداگانه نیست».

به بیان دیگر با تحقق نکاح، اماره قضایی بر وقوع نزدیکی دلالت می کند، مگر اینکه خلاف آن به وسیله طرف دیگر دعوی (منکر نسب) ثابت گردد؛ چنانکه طرف دیگر ثابت کند که شوهر در مسافرت یا در زندان بوده و امکان نزدیکی او با زن در زمان انعقاد نطفه وجود نداشته است. در تأیید این نظر که با مصلحت طفل و خانواده هم سازگارتر است می توان به ملاک ماده ۱۱۵۹ ق.م استناد کرد زیرا این ماده طفلی را که پس از انحلال نکاح به دنیا آمده، در صورتی که از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت بیش از ۱۰ ماه نگذشته باشد ملحق به شوهر می داند و بدینسان در مورد طفلی که درست ۱۰ ماه بعد از انحلال نکاح

متولد شده باشد، فرض می کند که یک لحظه قبل از انحلال نکاح، نزدیکی واقع و نطفه طفل از آن منعقد شده است، مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد^۱.

«قانونگذار در این ماده، وقوع نزدیکی بین زن و شوهر را مفروض دانسته و معنی این فرض، ایجاد اماره قانونی نکاح است که در صورت به دنیا آمدن طفل، دلیل بر وقوع نزدیکی بین زن و شوهر است. در ماده ۱۱۵۹ ق.م قانونگذار از مینایی که در ماده ۱۱۵۸ برگزیده تجاوز نکرده و حکم ماده ۱۱۵۹ در واقع یکی از موارد اجرای اماره فراش است ولی چون «نزدیکی زن و شوهری که در زندگی مشترک آنان طفلی به دنیا آمده» مفروض است، در موردی که نکاح پیش از تولد طفل منحل شده است، مبدأ اجرای اماره فراش را «تاریخ انحلال» یعنی آخرین لحظه ای که امکان وقوع نزدیکی بین زن و شوهر وجود دارد، قرار داده شده است. این ترتیب را جز به ایجاد اماره قانونی بر وقوع نزدیکی بین زن و شوهر، به گونه ای که منتهی به نسب طفل شود، به اقدام دیگری نمی توان تعبیر کرد. ارتباط دو ماده ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی نیز چنان است که نمی شود ادعا کرد فرض وقوع نزدیکی ویژه موردی است که نکاح منحل شده است. چنانکه گفته شد، ماده ۱۱۵۹ یکی از موارد اجرای اماره فراش است و معقول به نظر نمی رسد که قانونگذار بین دو فرض مشابه تبعیضی چنین ناروا ایجاد کند: در موردی که نکاح منحل شده است وجود طفلی را که در خلال ۱۰ ماه از این تاریخ

به دنیا آمده است اماره را بر وقوع نزدیکی بداند ولی در موردی که طفل در دوران زناشویی به دنیا آمده است، این اماره را (که به واقع نزدیک تر است) معتبر نداند.

بنابراین از جمع مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی می توان چنین استنباط کرد که آبستن شدن زن در دوران زناشویی، اماره قانون بر وقوع نزدیکی بین زن و شوهر است. به بیان دیگر در موردی که زن در دوران زناشویی آبستن شده است، این آبستنی اماره قانونی بر وقوع نزدیکی است و دادگاه حق ندارد از مدعی نسب دلیل بخواهد^۱. وجود نکاح قرینه بر وقوع نزدیکی است و با اثبات رابطه زوجیت فرض می شود که نزدیکی بین زوجین واقع شده و دیگر نیازی به اثبات آن به طور جداگانه نیست.

بدین ترتیب اماره فراش در واقع ترکیبی از سه اماره قانونی است که در آنها وقوع و تاریخ نزدیکی بین زن و شوهر و ارتباط آبستنی زن به آن مفروض شناخته شده است. از تألیف این سه اماره چنین نتیجه می شود:

«فرزندان زن شوهردار منسوب به شوهر اوست مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد»

با اندکی دقت درمی یابیم که نتیجه فوق الذکر در صورتی مجری است که امکان وقوع نزدیکی بین زن و شوهر با احتساب فاصله مذکور در ماده ۱۱۵۸ ق.م از نظر همزیستی و در

کنار یکدیگر بودن وجود داشته باشد. بنابراین به تعبیر دیگر، همانطور که حقوقدانان

فرانسوی معتقدند، اماره فراش ناظر بر دو اماره می باشد:

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

ب: اینکه این زندگی و سکناى مشترک سبب انعقاد نطفه و آبستن شدن زن بوده است (اماره
توالد و تناسل).

بنابراین از این نظر می توان گفت که اماره ابوت مبتنی بر دو اماره «زندگی مشترک» و

«تولید مثل» می باشد. چنانچه انکار هم روی همین دو اماره قرار دارد؛ در حقوق آلمان و

سوئیس نیز پذیرفته شده است که انکار یعنی «اثبات عدم زندگی مشترک و همزیستی» و

«عدم امکان توالد و تناسل»^۱. در حقوق فرانسه نیز برای جریان اماره فراش از موضوع

نزدیکی زوجین گفتگویی نشده بلکه در زمینه زندگی مشترک و هم مسکنی زوجین بحث

به میان آمده است به این نحو که با اثبات و احراز عدم امکان زندگی مشترک زن و شوهر و

هم مسکن نبودن آنها در دوره قانونی حمل، فراش در مورد دعوی انکار از اعتبار ساقط

می گردد.^۲

بنابراین نتیجه می گیریم که اماره فراش قاعده حقوقی است که از آثار قهری تأسیس ازدواج است و به موجب آن «زندگی مشترک زوجین، وقوع و تاریخ نزدیکی بین زن و شوهر و ارتباط آبستنی زن به آن» مفروض شناخته شده است. فلذا بر اساس این اماره «فرزندان زن شوهردار منسوب به شوهر اوست» مگر اینکه خلاف آن با اثبات عدم زندگی مشترک و همزیستی زوجین (در مواردی که به لحاظ غیبت، مسافرت، حبس و بستری بودن در بیمارستان و نظایر آن، امکان وقوع نزدیکی بین زن و شوهر با احتساب حداقل و حداکثر مدت حمل مذکور در ماده ۱۱۵۸ وجود نداشته باشد) و عدم امکان توالد و تناسل (با اقامه دلایلی که در بحث نفی ولد ذکر خواهیم کرد) اثبات شود که در این صورت از اعتبار ساقط می گردد.

۲-۲- اجرای اماره فراش در مورد طفل متولد شده بعد از انحلال نکاح

هرگاه طفل بعد از انحلال نکاح متولد گردد، در صورت وجود حداکثر مدت حمل و امکان الحاق او به شوهر سابق زن، اماره فراش در مورد نسب طفل اجرا می گردد. با اینکه در صورت انحلال نکاح، دیگر فراش و زندگی زناشویی وجود ندارد، قانونگذار حکم فراش را در مورد طفل جاری می کند یعنی این طفل را در حکم بچه ای می داند که از زن شوهردار متولد شده باشد. باید دانست که شرط تحقق اماره فراش این است که زن، شوهر نکرده باشد

زیا در این صورت ممکن است اماره فراش دو نکاح باهم تعارض پیدا کند که قواعد دیگری بر آن حاکم می شود!

(۳) اعتبار اماره فراش

قاعده فراش در حقوق کنونی از امارات قانونی است (ماده ۱۳۲۲ ق.م) اماره در شمار دلایل اثبات دعوی و راه رسیدن به واقع است و به همین دلیل نیز مفاد قاعده ای که بدین صورت بیان شده قاطع نیست و تا زمانی اعتبار دارد که دلایل دیگر خلاف آن را اثبات نکند (ماده ۱۳۲۳ ق.م) بنابراین اماره فراش از جمله امارات قانونی است که خلاف پذیر است یعنی خلاف آن را به وسیله سایر دلایل می توان ثابت کرد!

“درستی این مطلب در مورد اماره وقوع نزدیکی بین زن و شوهر و فاصله آن تا تاریخ تولد تردید ناپذیر است. در ماده ۱۱۵۸ ق.م نیز احراز این وقایع از شرایط تحقق اماره فراش است و این اشاره به روشنی می رساند که اختلاف درباره وقوع آنها را باید رسیدگی کرد. بنابراین اگر شوهر ثابت کند که با زن نزدیکی نکرده یا به سبب بیماری یا مسافرت امکان آن را نداشته است و همچنین هرگاه معلوم شود که فاصله بین آخرین نزدیکی تا تاریخ تولد طفل بیشتر از ۱۰ ماه است، اماره فراش از اثر می افتد.

ولی در موردی که وقوع نزدیک بین زن و شوهر مسلم است و طفل در فاصله ۶ تا ۱۰ ماه از

آن به دنیا آمده، آیا شوهر باز هم می تواند ادعا کند که نوزاد از آن دیگری است و به او

تعلق ندارد؟

در فقه امامیه که در قواعد مربوط به احراز نسب الهام بخش نویسندگان قانون مدنی است،

دعوی انکار نسب تنها درباره شرایط تحقق قاعده فراش، یعنی وقوع نزدیکی و فاصله آن با

تاریخ تولد قابل پذیرفتن است، ولی همین که احراز شود بین زن و شوهر آمیزش جنسی رخ

داده است، دیگر با هیچ دلیلی نمی توان خلاف آن را ثابت کرد.^۱ به همین دلیل مردی که

چنین طفلی را از آن خود نمی داند ناچار است از راه لعان که نوعی سوگند مذهبی است،

انکار نسب کند^۲ .

دکتر سید حسین امامی بر این عقیده است که بر اساس مستفاد از کتب فقها، در موردی که

اماره فراش جاری شود، فقط به وسیله لعان می توان نفی ولد نمود و دلیل دیگری پذیرفته

نمی شود.^۳

اما با توجه به این حکم که خلاف اماره قانونی را به وسیله دلایل دیگر می توان اثبات کرد و

با عنایت به اعلام اینکه «قاعده فراش از امارات است»، به نظر می رسد امکان پذیرش هر

دلیلی که خلاف اماره فراش را ثابت کند، وجود دارد. «حقوقدانان تمایل به پذیرفتن دلایل

مخالف اماره فراش دارند که این امر از جهات علمی نیز قابل دفاع است زیرا امروزه با

پیشرفت های علمی از قبیل تجزیه خون و آزمایش DNA و همچنین با اثبات اینکه مرد عقیم

است، می توان در بسیاری موارد به یقین رسید که طفل به شوهر ارتباط ندارد^۱.

ب: دلایل دیگر

اماره فراش دلیل منحصر اثبات نسب پدری نیست و همانطوری که می توان نسب پدری را با

اماره فراش ثابت کرد با دلایل دیگر نیز می توان آن را ثابت نمود. قانونگذار ایران در زمینه

اثبات نسب هیچگونه محدودیتی از لحاظ دلیل قائل نشده است و هر یک از ادله اثبات

دعوی در این باره می تواند به کار آید^۲. بنابراین می توان از ادله دیگر در این راه کمک

خواست و به وسیله گواهی گواهان، آزمایش های پزشکی و همچنین قرائن و امارات قضایی

انتساب پدری را اثبات نمود. اماره فراش این فایده را دارد که مدعی را از اقامه دلایل دیگر

بی نیاز می سازد ولی قانون او را از اقامه دلایل دیگر و توسل به ادله دیگر منع نمی نماید

زیرا هیچ یک از امارات دلیل منحصر شناخته نمی شود مگر آنکه قانون به این امر تصریح

نموده و ادله دیگر را مثبت نداند^۳.

آزمایش خون، آزمایش ژنتیکی DNA و عوامل ارثی و زیست شناسی (تن پیمایی) نیز نوعی

کارشناسی هستند. همانطور که گفتیم دادرس می تواند در نفی نسب در مواردی به آزمایش

جهت خرید فایل word به سایت www.kandooen.com مراجعه کنید
یا با شماره های ۰۹۳۶۶۰۲۷۴۱۷ و ۰۹۳۶۶۴۰۶۸۵۷ و ۰۶۶۴۱۲۶۰-۵۱۱ تماس حاصل نمایید

خون و DNA استناد کند اما در وجود نسب نمی توان از این دو استفاده کرد؛ تن پیمایی نیز

از لحاظ اثبات نسب مانند دو مورد مذکور است یعنی ممکن است دلیل قاطع بر عدم وجود

نسب باشد اما به تنهایی مثبت نسب نیست^۱. اما به هر حال نتیجه این آزمایشات می تواند به

عنوان جزئی از امارات قضایی مورد توجه دادرس در اثبات نسب واقع شود.

گفتار دوم - نفی یا انکار ولد

«این ادعا به اعتبار موضوع آن به دو گروه تقسیم می شود:

الف: دعوی ناضر به تحقق نیافتن شرایط اماره فراش

در این مورد ادعا می شود که پدر و مادر طفل «زن و شوهر» نبوده اند یا زوجه طفل را نزاییده یا طفل در زمان زوجیت به دنیا نیامده است یا از تاریخی نزدیکی تا تولد طفل کمتر از ۶ ماه یا بیش از ۱۰ ماه فاصله بوده است (نفی ولد به معنای عام).

ب: دعوی ناظر به اثبات خلاف اماره فراش

در این مورد در زمان زوجیت و با رعایت فاصله مذکور (فاصله تولد طفل تا نزدیکی زن و شوهر کمتر از ۶ ماه و بیش از ۱۰ ماه نیست) به دنیا آمده است (نفی ولد به معنی خاص).^۱
قبلاً اشاره کردیم که اثبات خلاف اماره فراش از نظر دلیل در حقوق ایران دارای محدودیتی نیست. ذیلاً دلایلی را که برای اسقاط اماره فراش می توان اقامه نمود بیان می کنیم:

۱) عدم وقوع نزدیکی

وقوع نزدیکی در حقیقت شرط اساسی اجرای اماره فراش است و گفتیم که برای اثبات نزدیکی کافی است رابطه زوجیت ثابت گردد. اگر چنانچه به وسیله ادله کارشناسی مثل آزمایش های پزشکی در مورد خون و DNA و یا گواهان ثابت شود که به علت ناتوانی جنسی یا نقص آلت تناسلی یا دوری مرد از محل سکونت زن و یا زندانی بودن یکی از

زوجین یا موارد دیگر مثل مسافرت و غیره اصولاً بین زن و شوهر نزدیکی واقع نشده و یا در زمان مفروض که می توان طفل را به شوهر ملحق دانست، نزدیکی و مواجهه به عمل نیامده است، در این صورت اماره فراش اعتبار خود را از دست خواهد داد زیرا نزدیکی جنسی آن هم به اعتبار اینکه موجب انعقاد نطفه می گردد، سبب اجرا اماره فراش و الحاق طفل به شوهر می باشد.

(۲) نبودن سلول حیاتی در منی شوهر

همانطور که قبلاً بیان شد با توجه به مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق.م نزدیک به این علت از شرایط و ارکان اماره فراش شناخته شده است که سبب انعقاد نطفه و ایجاد طفل می گردد؛ بنابراین اگر از طریق آزمایش های پزشکی (دلیل کارشناسی) ثابت شود که نطفه شوهر در زمان نزدیکی فاقد ماده حیاتی بوده است، در این صورت اعتبار و ارزش اماره فراش از بین می رود و انتساب طفل به شوهر صحیح نمی باشد.^۲

(۳) آزمایش های پزشکی از طریق تجزیه خون و بررسی های ژنتیکی

امروزه با استناد به آزمایش های پزشکی که آنها را باید در شمار دلیل کارشناسی آورد، در مواردی می توان انتساب طفل به شوهر را منتفی اعلام کرد لذا چنانچه در اثر نظرات

کارشناسان فن و متخصصین امر محرز گردد که طفل، فرزند شوهر نیست و این نظر مورد متابعت قاضی قرار گیرد، اماره فراش اعتبار خود را از دست خواهد داد.

قسمت اول- چه کسی می تواند مدعی نفی ولد شود؟

گفتیم که ادعای «نفی ولد» به اعتبار موضوع آن به دو گروه تقسی می شود که گروه اول را تحت عنوان «دعوی ناظر به تحقق نیافتن شرایط اماره فراش» (نفی ولد به معنای عام) و گروه دوم را به عنوان «دعوی ناظر به اثبات خلاف اماره فراش» (نفی ولد به معنای خاص) شناسایی کردیم. حال سؤال این است که چه کسی در این دو حالت می تواند مدعی نفی ولد شود؟

دکتر سید حسن امامی بر این عقیده است که دعوای نفی نسب از طرف تمام کسانی که نفی در این زمینه دارند، پذیرفته است.^۱ نویسندگان قانون مدنی در مواد ۱۱۵۸ به بعد به طور صریح طرح دعوی نفی ولد را ویژه شوهر نساخته اند، ولی در هر جا که سخن از اقامه دعوی و مهلت آن و اثر اقرار به میان آمده است، احکام قانون ناظر به شوهر است (مواد ۱۱۶۱ تا ۱۱۶۳) و این امر با توجه به سابقه تاریخی این دعوی در حقوق ما و قواعدی که به طور معمول الهام بخش نویسندگان قانون مدنی بوده است، قرینه بر این است که آنان نیز اثبات خلاف اماره فراش را با شوهر می دانسته اند. این قرینه را لحن مواد ۱۱۶۲ و ۱۱۶۳ نیز تأیید می کند. قانونگذار با اینکه به امکان طرح دعوی نفی ولد در مورد قبل (در جایی که شرایط تحقق اماره فراش است) توجه دارد، مهلت اقامه دعوی را با ملاحظه تاریخ اطلاع

یافتن شوهر از تولد طفل معین می کند و این امر به خوبی می رساند که در این دعوی، مدعی تنها یافتن شوهر است، وگرنه آیا معقول است که دعوی نفی ولد از جانب شوهر که در چنین نزاعی ذینفع اصلی است، پس از دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن از تولد طفل در دادگاه پذیرفته نشود. ولی برادر یا پسر عموی طفل بتواند هر گاه بخواه دعوی را آغاز کند. اصطلاح «نفی ولد» نشان می دهد که مدعی آن باید منحصرأ پدری باشد که فرزند منسوب به او است.

دعوای سایرین را باید اختلاف د نسب نامید نه نفی ولد زیرا برادری که نسبت خود را با فرزند پدر نفی می کند، در واقع برادری را منکر می شود. کسی که خواننده دعوی در برابر او «ولد» نامیده می شود می تواند «نفی ولد» کند و این شخص جز «پدر» کسی نیست. نویسندگان قانون مدنی نیز به دلیل بدیهی بودن انی امر ضرورتی ندیده اند که تصریح کنند دعوی «نفی ولد» را تنها پدر اقامه می کند. از اینها گذشته هر اندازه که درباره اجتماعی شدن حقوق مبالغه شود، باز هم نمی توان عواطف انسانی را از یاد برد و ادعا کرد که در رابطه «پدر و فرزند» و «زن و شوهر»، جامعه نیز به اندازه خود ایشان نفع دارد؛ پس منطقی است که انکار فرزندی را که قانون برحسب ظاهر (اماره فراش) منسوب به شخصی می داند، تنها از او شنیده شود و کسی از خارج نتواند در عفاف زن خانواده و مشروع بودن فرزندی که به دنیا آورده است، تردید کند.

آنچه گفته شد، ناظر به دعوی نفی ولد به معنی خاص آن، یعنی اثبات خلاف اماره فراش است و شامل دعوی نفی ولد به معنی عام که ناظر بر این است که برخلاف آنچه نمودار است، شرایط اماره فراش تحقق نیافته و قانون طفل را منسوب به پدر ظاهری نمی کند، نمی شود. بنابراین نتیجه می گیریم که:

الف: در موردی که دعوی ناظر به اثبات محقق نشدن اماره فراش است، هر کس نفع مشروعی داشته باشد، می تواند آن را اقامه کند.

ب: در موردی که دعوی راجع به نفی کودکی است که به حکم قانون و برابر اماره فراش به مردی منسوب می شود یعنی دعوی ناظر به اثبات خلاف اماره فراش است، تنها شوهر می تواند درستی این انتساب را منکر شود و برای مثال با استناد به تجزیه خون و گواهی شهود، ثابت کند که همسر او با دیگران ارتباط نامشروع داشته و کودکی که در زمان زوجیت به دنیا آورده است، به او تعلق ندارد^۱.

قسمت دوم- دعوی اثبات نسب

در موردی که شخص برای اثبات نسب مشروع طفل به خود اقامه دعوی می کند، ممکن است اثبات ادعای او منجر به نفی ولد شود ولی این نتیجه تبعی و غیرمستقیم نباید مانع پذیر دعوی گردد برای مثال در مواردی که الحاق طفل به شوهر سابق و کنونی مادر امکان دارد، بر طبق ماده ۱۱۶۰ ق.م طفل ملحق به شوهر دوم می شود حال اگر شوهر اول دلایلی بیاورد

که نسب طفل را نفی و الحاق آن را به خود اثبات کند، نباید بدین بهانه که دعوی نفی ولد و اثبات اماره فراش به شوهر اختصاص دارد، از پذیرفتن دعوی امتناع کرد زیرا هر کس می تواند برای اثبات نسب به دادگاه رجوع کند. خواسته دعوی نیز در فرض ما اثبات نسب است پس باید پذیرفته شود، هر چند که نفی نسب دیگری نیز از آن نتیجه می شود. یا اگر مرد بیگانه ای با زن شوهردار به شبهه نزدیکی کند و برای اثبات چینی نسبی اقامه دعوی شود، در چنین فرضی، اگر ادعا ثابت شود، الحاق طفل متولد در زمان زوجیت از شوهر نفی می گردد ولی چون خواسته مستقیم مدعی، اثبات نسب است، نباید در امکان شنیدن دعوی تردید کرد. اما هرگاه نزدیکی بیگانه با زن شوهردار، زنا محسوب شود، دعوی اثبات نسب و در نتیجه نفی ولد از شوهر هیچگاه شنیده نخواهد شد چرا که «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی شود» (ماده ۱۱۶۷ ق.م.ا).

نسب فرزندان ناشی از گامت و جنین غیر زوجین

تقاضاکنندگان فرزند با امید بسیار و صرف هزینه های فراوان انتظار دارند که بعد از به دنیا آمدن جنین انتقالی، فرزند منتسب به آنان گردد. این تقاضا تا جایی اعتبار دارد که با قواعد و اصول شرعی و حقوقی منافات پیدا نکند. برای تبیین این اصول و قواعد و تعیین وضعیت

تقاضا کنندگان ضروری است وضع حقوقی اینگونه فرزندان با عنایت به مباحث مستدل و مفصل گذشته ملاحظه و بررسی شود.

در بخش نخست یادآوری شد که تلقیح به دو شیوه داخل رحمی و انتقال زیگوت یا رویان است. بر این اساس مطالب این قسمت را تنظیم می کنیم.

زیگوت و رویان انتقالی ممکن است از ترکیب اسپرم و تخمک بیگانه (اهدای جنین) و یا از گامت یکی از زوجین به اضافه گامت شخص بیگانه (اهدای گامت) حاصل شده باشد. بنابراین صورت های متعددی به وجود می آید که به بررسی آنها می پردازیم:

۱- نسب فرزندان ناشی از تزریق اسپرم بیگانه (اهدای اسپرم)

بقیه دربرگه ۱۸۳

الف) فرزندان ناشی از تزریق اسپرم بیگانه (اهدای اسپرم)

اسپرم بیگانه یا به اندام تناسلی زن شوهردار تزریق می گردد و یا به زن بی شوهر.

۱- نسب پدری: برای قسم نخست، چند احتمال و بلکه چند نظر داده شده است. مبانی و

دلایل هر یک از این نظرها بیان شد، ولی تطبیق برخی از آنها بر بحث، نیاز به توضیح دارد.

انتساب به شوهر زن تلقیح شده: دلایل معتقدان به این نظر به اختصار، موارد زیر است:

دلیل نخست: قاعده فراش که استناد کنندگان به آن، سه گروه شده و هر یک استدلال

مخصوص به خود دارند. یک گروه، صرف عقد بر زنی را که نزدیکی با او ممکن است،

کافی در الحاق فرزند دانسته اند. بیشتر فقهای اهل سنت چنین اعتقادی دارند.

گروه دوم علاوه بر عقد، نزدیکی با زن را شرط دانسته اند، اما بعد از نزدیکی، حمل از هر راطی که باشد، حتی از راه زنا یا تلقیح، به شوهر ملحق می شود. بعضی از فقهای اهل سنت و پاره ای از فقهای شیعه به این معتقدند.

گروه سوم نزدیکی را راه رساندن منی به اندام تناسلی زن می دانند، لذا شرط الحاق، انزال و رسیدن منی شوهر به رحم همسر است. در موضوع بحث چون بعد از نزدیکی شوهر تردید وجود دارد، قاعده فراش اعمال می گردد. بیشتر فقهای شیعه به این نظر معتقدند (البته با تأکید بر انجام نزدیکی).

دلیل دوم: روایات، مثل «لیس لعرق ظالم حق»، «الولد لغیه لایورث» و ...

دلیل سوم: مصالح ضروری حیات، مثل حفظ نسب، حفظ عرض و نیز مصالح اخلاقی، اجتماعی و روانشناسی است.

نقد و بررسی این نظریه: در تلقیح مصنوعی، تصور و بلکه یقین وجود دارد که شوهر به رغم نزدیکی های چند ساله دارای فرزند نشده و منی او دارای اسپرم یا اسپرم لازم برای تولید نسل نیست. به اضافه در عمل و عرف مراکز ناباروری در مدتی که زن برای انجام باروری رفت و آمد می کند، مرد نزدیکی ای وصرت نمی دهد یا امکان آن ایجاد نمی شود و بعد از انجام باروری، به ویژه با هزینه سنگین آن، زن و شوهر مزبور احتیاط های لازم را انجام می دهند. گذشته از این، از نظر پزشکی تا تمام راه های ممکن برای باروری از نطفه شوهر

طی نشود، از اسپرم بیگانه یا هدایی استفاده نمی شود، چنانکه خود شوهر هم چنین می خواهد.

با چنین فرضی، احتمال الحاق به شوهر نیست. بله، از آنجا که معمولاً در کشورهای غربی به شوهر توصیه می کنند مدتی، پیش یا بعد از باروری پزشکی با زن خود نزدیکی کند تا از نظر روانی، تصور کند فرزند از خودش است، یا در مواردی که همسر به عمد یا اشتباه از منی دیگران استفاده می کند و همزمان شوهر هم نزدیکی می کند (بدون اینکه تمام راه های ممکن برای باروری با نطفه شوهر طی شده باشد)، تردید حاصل می شود و اصل فراش چنان که ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی هم تأیید می کند، اقتضا دارد فرزند به شوهر ملحق شود.

بنابراین، غیر از این فرض، احتمال و تصویر دیگری برای الحاق به شوهر راه ندارد و به عکس در بیشتر موارد، یقین به عدم تشکیل نطفه از اسپرم شوهر و در نتیجه عدم الحاق وجود دارد.

در اینجا توجه به دو نکته لازم است:

اول- تقویت نطفه: به این صورت که اسپرم منی بیگانه ای را به شوهر برای تقویت نطفه او تزریق کنند تا دارای فرزند گردد. این عمل از نظر پزشکی قابل رد است، چون تقویت نطفه به منظور افزایش تعداد اسپرم های منی در پزشکی جایگاهی ندارد و در صورت تزریق به بدن گیرنده، جذب بدن نخواهد شد و از نظر ژنتیک متعلق به فرد دهنده است. بله، گاهی اوقات با شست و شوی اسپرم و جداسازی پاره ای از مواد باعث افزایش تحرک و قدرت

باروری اسپرم می شوند که این عمل در آزمایشگاه بر روی منی خود فرد انجام می گیرد و با منی یا اسپرم دیگران مخلوط نمی شود. بر این اساس پاسخ برخی فقها^۱ و طرح آن در مقالات مربوط تمام به نظر نمی رسد.

دوم- درمان خود به خودی: بسیاری از مردان و زنان عقیم معمولاً بعد از ناامیدی از فرزنددار شدن و از سوی دیگر، به خاطر رعایت مبانی مذهبی و اخلاقی از تهیه اسپرم بیگانه خودداری می کنند، ولی بعد از چند سال (معمولاً بین شش تا هفت سال بعد از اولین نزدیکی) دارای فرزند می شوند. در این صورت قطعاً قاعده فراش جرای است، خصوصاً اگر همسر عقیف و پادامن باشد. نگارنده نمونه های زیادی از این گروه را مشاهده کرده است.

انتساب به صاحب اسپرم: مبانی و دلایل آن سابقاً ذکر شد. نظر برگزیده هم همین است. در حکم زنا و عدم انتساب به هیچ یک از مرد و زن طرفین رابطه: تعدادی از فقهای اهل سنت به این نظر گرایش دارند. مبانی و دلایل آن قبلاً بیان شد.

تفصیل بین مرد و زن که تنها به مادر ملحق می شود: آیت الله حکیم، آیت الله خامنه ای و برخی فقهای دیگر در پاره ای از اقسام دیگر مثل تلقیح بعد از مرگ شوهر (که همسر را در دوران عده در حکم زوجه نمی دانند) فرزند را به مادر ملحق می دانند و صاحب اسپرم را به

دلیل عدم نزدیکی جنسی (که از شرایط اجرای قاعده فراش می دانند) و یا دلایل دیگر. پدر

نمی شناسند. ولی چنانکه بیان شد در اجرای اصل فراش نزدیکی جنسی موضوعیت ندارد.

تفصیل بنی علم و آگاهی با جهل و اشتباه: بیشتر فقهای شیعه و حقوق دانان چنین نظری

دارند. قانون مدنی هم در مورد زنا در مواد ۱۱۵۸-۱۱۶۷ و ۸۸۴ این نظریه را تأیید می کند.

استدلال این گروه این است که: اگر هر یک از صاحب اسپرم و صاحب تخمک بدانند ک

از مواد و اجزای تناسلی آنها در تلقیح بیگانه بهره خواهد شد و هر دو با آگاهی و اختیار

کامل نطفه خود را برای انجام چنین کاری آماده و در اختیار قرار دهند، در این صورت، در

قانون مدنی و قوانین دیگر نص خاصی نداریم و در فقه هم، اگر روایاتی یافت شود (مثل

قرار دادن نطفه در رحم زن حرام، ترضیع نطفه در غیر جایگاه شرعی و...)، مربوط به جواز یا

منع مسئله است، نه حکم وضعی و وضعیت حقوقی موضوع.

با این وصف، از روشی که قانونگذار برای تنظیم نسب مردم مقرر کرده است، به نظر

می آید، آمیزش طبیعی مرد و زن بیگانه خصوصیتی در نفی یا اثبات نسب ندارد بلکه تمام

ملاک، پیدایش جنین از اسپرم و تخمک دو مرد و زن بیگانه است. از این رو، اگرچه ظاهر

موضوع ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی و ادله زنا در فقه شامل آن نمی شوند، اما ملاک این ماده و

ادله، به یقین فراگیر بوده و در نتیجه نمی توان به صاحب نطفه ملحق کرد، چون در حکم زنا

است.

اما، اگر مرد و زن ندانند یا امر بر آنها مشتبه شده باشد و از نطفه آن دو فرزندی به دنیا بیاید، با استفاده از ملاک مواد ۸۸۴، ۱۱۶۵ و ۱۱۶۶ قانون مدنی و نیز تنقیح مناط از ادله وطی به شبهه در فقه می توان حکم آن را به دست آورد. موضوع بحث ما در حکم وطی به شبهه است و نسب فرزند ناشی از این شیوه مشروع و به هر کسی که نمی دانسته یا در اشتباه بوده ملحق می شود.

از جهت عملی این امر ممکن است که منی یا تخمک شخصی را به عنوان آزمایش و انجام مطالعه علمی و ژنتیکی یا شبیه سازی اعضای انسان بگیرند، سپس به زن دیگری تلقیح نمایند. در این صورت این نظریه چون علم، توجه و قصد وجود ندارد، حکم زنا جاری نبوده و محکوم به حکم شبهه است.

این استدلال جهات زیر قابل انتقاد است:

اولاً، علم و جهل در احکام وضعی و وضعیت حقوقی اشخاص بی تأثیر است. آن دو در جواز یا عدم آن (جرم یا عدم جرم) تأثیر می گذارند و نشان دهنده سوء نیت یا حسن نیت اشخاص اند. این رو هم در قوانین و هم در فقه مواردی داریم که به رغم ممنوعیت شرعی یا قانونی عمل انجام شده و مجازات مرتکب آن، اثر وضعی و حقوقی بر آن موضوع بار شده است.

ثانیاً، در علل طبیعی، تکوینی و حتی عرفی. احکام حقوقی و وضعی به صورت مستقل، شایسته تشریح اند و از احکام تکلیفی یا جزایی انتزاع نمی شوند؛ ممکن است حکم تکلیفی و

جزایی یک موضوع حرمت یا ممنوعیت باشد، اما حکم وضعی آن صحت باشد (بین آن دو ملازمه نیست). از زمان شیخ انصاری تا کنون بحث های تفصیلی زیادی در کتاب های اصولی طرح شده است.

ثالثاً، به رغم پذیرش موضوعیت نداشتن نزدیکی بین مرد و زن، تنفیح مناط و کشف علت اصل حکم به آسانی ممکن نیست و اگر منظور این گروه امکان کشف ملاک و حکمت حکم است، باید گفت ملاک حکم نمی تواند تعمیم دهنده حکم به سایر موضوعات مشابه باشد؛ به ویژه که در شباهت تلقیح مصنوعی با زنا، ایراد است، نه تنها از این جهت که در تلقیح مصنوعی نزدیکی جنسی صورت نمی گیرد، بلکه در باروری های پزشکی قصد اولی و ابتدایی. تولید نسل است، ولی در زنا قصد اولی و ابتدایی، التذاذ جنسی است.

رابعاً، فرزند یک نسبت خارجی مادی با اسپرم دارد که او را از حالت اعتباری شرعی یا عرفی صرف درمی آورد. این نسب واقعی و مادی بین فرزند و تخمک هم وجود دارد؛ به تعبیر فلاسفه از مقولات اضافی و از محمولات بالضمیمه است، مثل سایر اعراض نه گانه خارجی^۱. لذا بر اساس این نسبت مکرر، صاحب اسپرم را پدر، صاحب تخمک را در عرف امروزی (به دلیل کشف تخمک) و یا صاحب رحم را در عرف صدر اسلام (به دلیل عدم کشف حقیقت میزان تأثیر زن در پیدایش جنین تا جایی که زن را تنها پرورش گاه نطفه مردان به حساب می آورند) مادر و جنین رشد یافته را حمل و فرزند می نامیدند.

قانونگذار، نه تنها در این تحلیل عرفی از یک واقعه مادی خارجی، تصرف و تغییری ایجاد نکرده، بلکه همان را پذیرفته و بر آن احکامی را مترتب نموده است. عموماً و اطلاقاً آیات ارث، نفقه و... شاهد بر این مدعا است. تنها تقیید و تخصیصی که ایجاد شده این است که «ولد الزنا لایورث» یا «الولد لغیه لایورث» و... و جز عدم تعلق ارث به زنا زاده، هیچ حکم دیگری از زنا زاده نفی شده است؛ خصوصاً که روایات و ادله زیادی داریم که به رغم آگاهی زانی، فرزند (با قرعه مثلاً) به او ملحق شده است.

بر این نظر می توان فتاوا و نظریه های تعدادی از فقها را به عنوان شاهد ذکر کرد. افزون بر این، مورد بحث، مصداق زنا نبوده و قیاس آن با زنا قیاس مع الفارق است، پس به اولویت باید فرزند را به صاحب اسپرم و تخمک ملحق کرد.

خامساً، مصلحت و مناع کودک اقتضا دارد که فرزند مزبور از داشتن هویت و انتساب محروم نگردد؛ مخصوصاً، اقدام کنندگان به تلقیح مصنوعی سوء نیتی نداشته و تنها در جهت درمان عقیمی و گرمی زندگی خود، دست به انجام چنین کار زده اند.

بنابراین، ملاک، الحاق مطلق طفل به صاحبان نطفه است، چنان که معتقدان به این نظریه هم، الحاق فرزند به صاحبان نطفه را خالی از قوت نمی دانند. یادآوری می شود منافع زوجین یا متقاضیان و یا... ملاک نیست؛ ملاک الحاق، صاحب اسپرم بودن است.

انتساب و الحاق به متقاضیان و تهیه کنندگان اسپرم: بیشتر قوانین و حقوق دانان کشورهای غربی - البته با رعایت شرایط و ضوابط بسیاری - از حامیان این نظریه اند؛ مثل قانون انگلیس، فرانسه بیشتر ایالات امریکا و استرالیا.

استدلال و نقد سخنان آنها در بحث «انتقال جنین زوجین به رحم زن بیگانه» بیان شد.

نظریه درست، نظریه انتساب فرزند به صاحب اسپرم که عرف، قانون گذار اسلام و تحلیل فقهی و حقوقی و پزشکی آن را تأیید می کند. البته قانونگذار ایران در مسئله نسب فرزندان به دنیا آمده از راه آمیزش، به پیروی از نظریه مشهور فقها، نظر پنجم را ترجیح داده است و از نظر قضایی تا توین قانون جدید، همان، قابلا عمال و اجرا خواهد بود. با وجود این، چون در موضوع بحث آمیزشی وجود ندارد و زنا صورت نگرفته است، با عنایت به تحلیل ارائه شده (از جمع مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۶۷ قانون مدنی) فرزند مذکور، مشروع و به صاحبان نطفه ملحق می شود، چنانکه ملاک، ظاهر قانون و مصلحت کودک است.

همچنین اگرزنی که به او تلقیح شده، دارای شوهر نباشد، جز نظر اول، بقیه نظرها نسبت به او قابل طرح و بررسی است.

۲- نسب مادری: در نسب مادری فرزند به دنیا آمده با کمک اسپرم بیگانه می توان گفت: چون تخمک زوجه متعلق به خودشان بوده و حمل و ولادت هم به وسیله خودشان صورت گرفته است، مطابق تمام مبانی، صاحب تخمک، مادر به حساب می آید، جز نظری که بین علم و جهل تمایز می دهد. به نظر می رسد در آن صورت هم وی مادر محسوب می شود و

اگر به ظاهر ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی هم توجه کنیم، در صورت علم هم وی مادر محسوب می شود، مگر اینکه به ملاک آن توجه نکنیم، چنانکه صاحبان این نظریه چنین می کنند،

لیکن در آن صورت هم به نظر می رسد صحیح نباشد که ایرادهای آن گذشت.

ب) فرزندان ناشی از تزریق (کشت) تخمک در اندام تناسلی زن (اهدای تخمک)

چنانکه گفته شد بعضی از زنان تخمک ندارند، لذا یکی از شیوه های درمان آنها، تهیه

تخمک از دیگران (معمولاً خواهر یا دوستان) و کشت آن در اندام تناسلی زن و نزدیکی

شوهر با وی می باشد. در این صورت اگر فرزندی به دنیا آید، وضعیت نسب وی چگونه

است؟

پیش از پاسخ به پرسش مزبور تذکر چند نکته ضروری است:

۱- تقویت تخمک، مثل تقویت اسپرم، در پزشکی جایگاهی ندارد؛ یعنی تطریق تخمک یا

کشت آن در اندام تناسلی سبب افزایش تخمک یا تقویت کیفیت آنها نمی گردد. اگر

تخمک، بعد از آزاد شدن ماهانه یا بعد از تزریق، با اسپرم ترکیب نگردد، بعد از اندک مدتی

(۲۴ ساعت) وارد رحم شده و از بین خواهد رفت. بنابراین، کشت آن سبب نمی شود که

جذب بدن شود بلکه از نظر ژنتیک متعلق به فرد دهنده است، همچنان که فرض بر این است

گیرنده تخمک، خود دارای تخمک نیست. بنابراین طرح آن در برخی است استفتاها و نوشته ها^۱ دور از واقعیت علمی است.

۲- امروزه کشت تخمک به دلیل اینکه انجماد و قرنطینه آن ممکن نیست و دارای خطرات زیادی. مثل انتقال امراض برای گیرنده و سندرم های متعدد برای دهنده در دوران تحریک تخمک گذاری است، سعی می شود به روش آزمایشگاهی (IVF) لقاح با اسپرم زوج صورت گیرد.

۳- از آنجا که در کشورهای اسلامی تعدد زوجات جایز است، برای برطر نمودن محذور ترکیب اسپرم زوج با تخمک بیگانه، از تخمک همسر دوم (دائم یا موقت) استفاده می شود و در صورت فقدان همسر دوم، زنی را موقتاً عقد نموده و از تخمک وی استفاده می شود. در این صورت ترکیب بین اسپرم و تخمک زوجین جایز است و فرند ناشی از آن هم مشروع و ملحق به صاحب اسپرم (زوج) و صاحب تخمک (زوجه دهنده تخمک) است و حمل کننده جنین (همسر او) با فرزند، محرم می باشد، آیا مادر رضاعی محسوب می شود یا نه، به مبحث بعدی واگذار می شود.

حال اگر عقد زنی برای همسری دوم ممکن نشد و یا مثل کشورهای غربی جرم محسوب شد، آیا استفاده از تخمک بیگانه و کشت آن در اندام تناسلی زوجه، تأثیری در مشروعیت نسب دارد یا نه؟

۱- نسب پدری: در مورد نسب پدری فرزندان به دنیا آمده با این شیوه، چند احتمال متصور است:

انتساب به صاحب اسپرم که شوهر زن تلقیح شده است: با توجه به مبانی یاد شده در فرض نخست (کفایت عقد زوجیت یا به شرط نزدیکی و یا به ملاک انزال و ریختن منی در اندام تناسلی زن)، می توان گفت مطابق همه این مبانی، شوهر، عمل خلاف یا گناهی انجام نداده است و فرزند هم از نطفه او پیدا شده است، لذا به حکم قاعده فراش، فرزند به او ملحق می شود.

عدم انتساب به شوهر همسر تلقیح شده است: دلیل این که ملاک الحاق فرزند به شوهر، ترکیب اسپرم وی با تخمک همسرش است، نه تخمک زن بیگانه، لذا چون فرزند از راه حرام ذاتی به دنیا آمده است در حکم زنا است و به وی ملحق نمی شود.

تفصیل بین صورت علم و آگاهی شوهر از کشت اووسیت و بین عدم آگاهی یا اشتباه وی، که به دلایلی که ذکر شد تنها در صورت اخیر به شوهر ملحق می شود.

به دلایلی که پیش از این بیان شد نظر صحیح، نظر نخست است. شایان ذکر است که در فرض بحث چون مرد با همسر خود نزدیکی می کند مطابق نظریه فقهای اهل سنت و آیت

الله حکیم نیز فرزند به شوهر ملحق می شود. حال، اگر نزدیکی نکند طبق نظریه حکیم به شوهر ملحق نمی شود، اما طبق نظر اهل سنت، به دلیل عقد زوجیت و یا احتمال نزدیکی، فرزند به شوهر ملحق می شود از نظر قانون مدنی (اگر به ظاهرش توجه شود) به حکم ماده ۱۱۵۸، ۱۱۶۷، به شوهر ملحق می شود و اگر به ملاک و روح قانون مدنی التفات شود- چنانکه گروه سوم چنین نظری دارند- با توجه به ملاک مجموع مواد ۸۸۴، ۱۱۵۹، ۱۱۶۰، ۱۱۵۹، ۱۱۶۶، ۱۱۶۵ و ۱۱۶۷، تنها در صورت عدم آگاهی یا اشتباه، فرزند به او ملحق می شود.

از نظر قضایی به نظر می رسد، ملاک، ظاهر قانون است و با مصلحت کودک سازگارتر است، چنانکه دکتر امامی می فرمایند: «... آنچه از اصول حقوقی و مخصوصاً مواد قانونی مدنی ایارن استنباط می شود، آن است که هر فرزند طبیعی، قانونی است، مگر آنکه قانون تصریح برخلاف نموده باشد و موردی را که قانون نشناخته ولدالزنا است که ملحق به کسی که مرتکب زنا شده نمی گردد و در بقیه موارد طفل ملحق به پدر و مادر است و فرقی هم بین پدر و مادر از جهت آنکه به وسیله طبیعی منی در رحم زن قرار گرفته یا به وسیله مصنوعی، نمی توان گذارد».

۲- نسب مادری: فرزند ناشی از این شیوه بنابر نظر برگزیده در این تحقیق به صاحب تخمک ملحق می شود، هر چند که احتمال های بیان شده در مسئله انتقال جنین در اینجا هم قابل

طرح است. البته اگر صاحب تخمک مجهول و ناشناخته باشد، فرزند در حکم لقطه است و

اگر تخمک وی با تخمک صاحب رحم (در فرضی که وی همسر و دارای تخمک باشد)

اشتباه شده باشد و یا علم به حرمت موجود نباشد، فرزند به همسر ملحق می شود.

ج) فرزندان ناشی از تزریق اسپرم و تخمک بیگانه به اندام تناسلی زن (اهدای جنین)

در مواردی که زن و شوهر هر دو عقیم باشند از این شیوه بهره گرفته می شود.^۲ وضعیت

نسب فرزند به دنیا آمده، تابع مبانی ذکر شده است.

۱- نسب پدری: اگر تلقیح به زن شوهردار صورت گرفته باشد، امکان دارد فرزند به شوهر

آن زن، صاحب اسپرم، مادر تنها (که صاحب رحم باشد) و یا متقاضیان ملحق شود نیز ممکن

است. نز در صورت علم و عمد یا مطلقاً در حکم زانی تلقی شود.

نظر درست این است که این شیوه، جامع محذورات برشمرده اخلاقی است؛ هم از جهت

منشأ پیدایش جنینی و هم از جهت انتقال به رحم زوجه که صاحب اسپرم و تخمک بیگانه به

حساب می آیند. به هر حال، با عنایت به مبنای برگزیده شده، فرزند تنها به صاحب اسپرم و

تخمک ملحق می شود و صاحب رحم با فرزند محرمیت پیدا می کند.

۲- نسب مادری: احتمال های پیش گفته در انتقال جنین زوجین، اینجا هم می آید و پاسخ

احتمال ها و نظر درست همان است که ذکر شد و اگر اسپرم و تخمک ناشناخته باشند،

فرزند به دنیا آمده در حکم لقطه و مشمول احکام آن است.

(د) فرزندان ناشی از باروری آزمایشگاهی

در این فرض صورت های زیر به وجود می آید که احکام نسب هر یک از این صورت ها از

اقسام پیشین قابل استنباط و درک است:

اسپرم ترکیب شده ممکن است از شوهر زوجه باشد یا از بیگانه.

تخمک ترکیب شده، ممکن است از زوجه باشد یا از بیگانه.

رحم بهره گرفته شده، ممکن است از زوجه باشد یا غیر زوجه.

صاحب رحم، ممکن است دارای شوهر باشد یا نه.

در مجموع ملاک کلی در نسب، ترکیب اسپرم و تخمک است و فرزند به دنیا آمده به

صاحب آن دو ملحق می شود و صاحب رحم تنها محرمیت پیدا می کند.

نتیجه

هدف از بهره گیری اسپرم یا تخمک بیگانه (گامت) و یا آمیخته اسپرم و تخمک بیگانه

(زیگوت یا رویان)، انتساب و الحاق فرزند به زوجین (در صورتی که هر دو متقاضی باشند)

یا به متقاضی بیگانه است و نسب از امور قراردادی و اعتبار صرف نیست تا بتوان ارتباط

واقعی خارجی مادی اش را از اصحاب اسپرم و تخمک قطع کرد. بنابراین، ضروری است با

توجه به دلیل فوق و عدم جواز دخالت عامل بیگانه در توالد و تولید نسل، از انجام آن خودداری کنند.

در صورت به کارگیری عامل بیگانه در توالد زوجین، به دلیل عدم الحاق آن به زوجین، توصیه می گردد به عنوان فرزند خوانده (نه فرزند نسبی یا در حکم فرزند نسبی تا آثار فرزند حقیقی را دارا باشد) از ابتدای پیدایش جنین، در رحم متقاضی پرورش یابد تا رابطه متقاضی با وی بیشتر و ارتباط صاحبان جنین با فرزند مزبور کمتر گردد.

قانون ثبت احوال هم باید به گونه اصلاح گردد که تنها دارنده «برگه ولادت» مادر شناخته نشود، بلکه با تأیید مراکز باروری خاصی، با بکارگیری تخمک، بتوان صاحبش را مادر شناخت، اگرچه برگه ولادت به عنوان اماره غالبی حفظ می گردد، لکن در پاره ای از حالت ها، توجه به دلیل اجاره رحم، می خواهد فرزند را از آن خود بداند، در چنین فرضی نام صاحب تخمک به عنوان مادر نسبی درج گردد و نام صاحب رحم در صفحه توضیحات شناسنامه به عنوان حامل جنین ثبت شود تا در آینده محرمیت ها و آثار ناشی از آن رعایت گردد.

حقوق حمل ناشی از اهدای گامت و جنین

بعد از روشن شدن وضعیت و رابطه‌ی حقوقی (وضعی) بین فرزند ناشی از باروری پزشکی با صاحبان اسپرم و تخمک، تعیین آثار و احکام مترتب بر آن آسان خواهد بود؛ با این توضیح که اگر فرزند مزبور مشروع و قانونی باشد، همه‌ی آثار ناشی از رابطه‌ی فرزند مشروع را خواهد داشت و گرنه، آن آثار را هم نخواهد داشت.

با این وصف، برخی از اقسام باروری های پزشکی از جمله اهدای گامت و جنین به دلیل پیچیدگی خاص آن، نیاز به تطبیق با نگرشی نو به دلایل و قوانین کلاسیک و سنتی است. از

این رو به بررسی این آثار می‌پردازیم:

الف - اهلیت تمتع

مقصود از اهلیت تمتع، شایستگی دارا شدن حق است. به جهت همین شایستگی، برای انسان زنده، شخصیت حقوقی و حقوق و تکالیفی در نظر می‌گیرند و بعد از به دنیا آمدن دارای حق و تکلیف می‌گردد. با وجود این، قانون گذاران بنا به مصالحی، حقوقی را برای حمل در نظر می‌گیرند. ماده ۹۵۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد، مشروط بر این که زنده متولد شود.»

استقرار حقوق مشروط به زنده متولد شدن است که کشف می‌شود از زمان انعقاد نطفه و دوران حمل این توانایی را برای دارا شدن حق داشته است.

در فراگیری این حقوق برای جنین ناشی از تلقیح مصنوعی از زمان انعقادش در رحم و نیز

جنین ناشی از لقاح آزمایشگاهی از زمان انتقالش به رحم، تردیدی نیست، زیرا عنوان حمل

که در روایات و فقه و نیز قوانین، موضوع دارا شدن حقوقی قرار گرفته، بر آن صادق است.

آنچه دارای ابهام و بحث برانگیز است، این است که آیا او در فاصله‌ی بین انعقاد نطفه و

انتقال آن به داخل رحم، دارای شخصیت حقوقی و اهلیت تمتع است یا نه؟ از آنجا که بعد

از انعقاد نطفه، گاهی تا سالها منجمد نگه داشته می شود آیا با زنده به دنیا آمدن میتوان

حقوق مدنی را از همان دوران انعقاد نطفه در خارج از رحم ثابت دانست؟

در پاسخ می توان گفت: بارداری و دوران حمل از زمان ترکیب و تلقیح نطفه آغاز میشود و

عنوان حمل در عرف به جنینی اطلاق می شود که در داخل رحم در حال رشد و تکامل

باشد و این عنوان، بر نطفه‌ی ترکیب شده تا زمانی که در بیرون از رحم است، صادق نیست.

بعضی از پزشکان می گویند: «حم عبارت است از آمیخته شدن تخمک بارور زنده با بافت

و نسوج زنده» با این تعریف، عنوان حمل بر زیگوت تشکیل شده در بیرون از رحم صادق

خواهد بود و در نتیجه موضوع احکام شرعی قرار خواهد گرفت.

نظر بر گزیده

به نظر می رسد در سعه و ضیق یک مفهوم بایستی به عرف رجوع کرد و بعد از اثبات مفهوم، در تطبیق آن بر مصادیق، دقت عملی نمود، نه مسامحه‌ی عرفی. با این توضیح، چون بحث هنوز در مفهوم عرفی است میتوان گفت: بعد از انعقاد نطفه در بیرون از رحم، اطلاق عنوان حمل بر آن با کمی مسامحه صحیح باشد، چون استقرار در رحم خصوصیتی ندارد و غیر غالبی است. لذا ملاک صدق عنوان حمل، در حال رشد و نمو بودن آن است و به تعبیری آنچه موضوع احکام قرار گرفته «انسان بالقوه می باشد، اگر چه در مرحله‌ی تکامل در خارج از رحم قرار داشته باشد».

لذا با صدق عنوان حمل بر نطفه‌ی منعقد در بیرون از رحم موافق هستیم و عنوان حمل به طور مساوی بر اجزای خودش در حالتها و زمانهای موسع متعدد صادق است و در این جهت نمیتوان تبعیض و تمایزی قائل شد. با وجود این، به نظر می رسد، نمیتوان به طور مطلق حکم کرد که نطفه‌ی منعقد در دستگاه مصنوعی، مشمول عنوان حمل می باشد، چون گاهی اوقات در رشد آن وقفه ایجاد می شود و تخمک بارور منجمد می گردد. آیا در این مدت عنوان حمل بر آن صادق است یا از زمان آغاز رشد مجدد و انتقال آن مثلاً به رحم، ثابت است؟ آنچه ملاک اطلاق حمل است، در حال رشد و نمو بودن آن است، خواه در رحم باشد یا بیرون از رحم. به اضافه از نظر علم اصول، زمانی اطلاق مشتق بر موضوعی حقیقت

است که آن موضوع حقیقتاً و بالفعل دارای آن صفت باشد، نه به اعتبار اینکه حمل تقدیری باشد و در آینده مشمول حمل قرار گیرد.

بنابراین، بین دو مورد باید تفکیک قائل شد: ۱- موردی که نطفه‌ی منعقد شده بدون وقفه (مثلاً انجماد) به رشد خود ادامه می‌دهد، خواه در رحم باشد یا بیرون آن. در این صورت، عنوان حمل بر آن صادق است و با زنده متولد شدن کشف می‌گردد که از زمان آغاز تشکیل نطفه، احکام شرعی و حقوقی بر آن مترتب بوده است و

۲- موردی است که نطفه بعد از انعقاد منجمد می‌گردد و شاید تا سالها به حال منجمد باقی بماند، در این صورت به دلیل عدم صدق ملاک حمل و قابلیت از بین رفتن آن و نیز مصلحت تعیین تکلیف ترکه‌ی متوفای، رشد مجدد آن، مثلاً زمان انتقال آن به رحم، آغاز دارا شدن حق و تکلیف به حساب می‌آید.

ب) صحت وصیت برای حمل:

از حقوق دیگر حمل، برخورداری وی از وصیت است (ماده ۸۵۱ قانون مدنی). مطابق ماده ۸۵۰ قانون مدنی موصی له موقع وصیت باید موجود باشد و وجود حمل به این است که نطفه‌اش منعقد شده باشد (خواه در رحم یا آزمایشگاه)، زیرا «ایجاب در وصیت انشای تملیک موصی به پس از حصول معلق علیه است و نمیتوان مالی را به کسی که موجود

نیست، تملیک نمود». بنابراین وصیت برای معدوم مستقلاً صحیح نیست و به تبع موجود هم
اختلافی است که به نظر مشهور فقها و قانون مدنی باید موجود باشد.

آیا وصیت برای رویان منجمد شده صحیح است یا نه؟

اطلاق ماده ۸۵۰ قانون مدنی اقتضا دارد که وصیت صحیح باشد. چون حقیقتاً موجود است،
اما با عنایت به ذیل ماده ۸۵۰ و ۸۵۱ که مقرر داشته «موصی له ... بتواند مالک چیزی بشود
که برای او وصیت شده است» و «... تملیک او منوط است بر اینکه زنده متولد شود»،
فهمیده میشود ملاک اصلی برای برخورداری از وصیت، حملی است که در آینده عادتاً
بتواند یک انسان باشد و این ملاک، با توجه به خصوصیت رویان منجمد شده که $\frac{1}{3}$ آن
(اسپرم و تخمک) از بین می رود و اگر به رحم یا دستگاه پرورش انسان (به فرض وجود)
منتقل نشود، به طور کلی ضایع خواهد شد، صحت وصیت بر آن محل تردید است و اصل
عدم حاکم می باشد.

از احکام دیگر وصیت، موضوع ماده ۸۵۲ قانون مدنی است عبارت آن چنین است: «اگر
حمل در نتیجه جرمی سقط شود، موصی به ورثه ای او می رسد، مگر اینکه جرم مانع ارث
باشد» ماده مزبور مقرر کرده که اگر جرمی بر روی جنین رخ نمی داد، عادتاً و به طور
معمول زنده به دنیا می آمد (حیات تقریری رویان و جنین) و مالک موصی به (ارثیه) می شد
و حال که تلف شده، موصی به وارث او می رسد. البته اگر وارث در تلف شدن جنین،

مرتکب جرمی شده تا جنین سقط گردد، مالک موصی به نمی گردد. ایا مفاد ماده فوق

شامل تخمک بارور شده آزمایشگاهی می شود (حیات تقریری برای رویان آزمایشگاهی)

تا بعد از تلف شدن موصی به به وارث برسد یا نه؟

طبق مطالب پیشین، نه از نظر فقه و نه از نظر قانون، از بین بردن حمل آزمایشگاهی جرم

نیست و با عدم تحقق جرم، موضوع ماده ۸۵۲ فراهم نبوده و در نتیجه، مالک موصی به نبوده

تا به وارث وی منتقل می گردد. پس اگر تخمک بارور و رویان، بدون وقفه در رشد و نمود

آن (مثلاً منجمد نشود و بعد از پایان دوران رشدش در دستگاه آزمایشگاهی، مثلاً تا ۷۲

ساعت بعد از انعقادش) بی درنگ به رحم زن منتقل گردد، عنوان حمل بر آن صادق است و

از بین بردن آن در مراحل قبل از انتقال به رحم، از دیدگاه فقهی مشمول ماده ۸۵۲ قانون

مدنی می باشد؛ یعنی حیات تقدیری برای رویان آزمایشگاهی و تطبیق عنوان حمل بر آن

قابل پذیرش است. نتیجه قهری این نگرش و قدر متقین همه‌ی نظریه های فوق این می شود

که از بین بردن آن با این ویژگی گناه و دست کم مستوجب تعزیر است.

ج) برخورداری از وقف :

از آنجا که جنین و حمل دارای اهلیت تمتع و شخصیت حقوقی اند (ماده ۹۵۷ قانون مدنی) ،

حق برخورداری از وقف را نیز دارند، به ویژه که قانون مدنی در مواد ۴۵ و ۶۹ وقف و حق

انتفاع را برای کسانی که بعداً به وجود می آیند، جایز دانسته است! پس وقف بر حمل که دارای حقوق مختلف است، به طریق اولی جایز است. اطلاق ماده ۹۵۷ قانون مدنی هم این برداشت را تأیید می کند و عدم تصریح قانون گذار، دلیل بر منع نیست، چنان که نبود اهلیت استیفا برای جنین نمیتواند مانع صحت وقف قلمداد گردد، زیرا قبض در وقف به وسیله نماینده قانونی اش، مثل ولی او صورت می گیرد. با این توضیح، رویان آزمایشگاهی به دلیل صدق عنوان حمل بر وی (به معنای بیان شده)، مشمول این حق می شود و بعد از انتقال به رحم هم بی تردید مثل جنین طبیعی است.

(د) برخورداری از هبه :

به رغم تصریح قانون گذار، به استناد اطلاق ماده ۹۵۷ قانون مدنی جنین و رویان آزمایشگاهی (بعد از پذیرش صدق عنوان حمل) دارای چنین حقی است؛ با این توجیه که هبه شبیه وصیت است و تعهدی برای حمل ایجاد نمی کند. البته استقرار این حق نیز مشروط به زنده متولد شدن جنین است.

(ه) اقرار برای حمل :

ماده ۱۲۷۰ قانون مدنی مقرر می دارد: «اقرار برای حمل در صورتی مؤثر است که زنده متولد شود»

پدر بمیرد، بایستی به میزان مقرر در ماده ۸۷۸ قانون مدنی^۱ برای فرزند مال کنار بگذارند و اگر مانع ارث دیگران گردد، تقسیم ارث به عمل نیاید.

در صورت دوم، انعقاد نطفه در زمان زوجیت والدین رخ داده است؛ به این معنا که ورود سر اسپرماتوزوئید در اوول، پس از مدت کوتاهی از زمان ورود نطفه‌ی مرد به تخمک زن تحقق می‌پذیرد و از آن زمان به بعد تقسیم و تکثیر سلولی و مراحل تکامل جنین شروع می‌شود. با وجود این، بحث در این است که آیا ملاک ارث، انعقاد نطفه در رحم است یا شامل بیرون از رحم هم می‌شود؟

در قوانین موضوعه و روایات به دلیل سابقه نداشتن موضوع بحث، حکم صریحی وجود ندارد. با وجود این، روایات و به تبع آن قانون مدنی، استحقاق ارث را از زمان انعقاد نطفه‌ی حمل معتبر شمرده‌اند. تعبیر ماده ۸۷۵ بر عنوان «حمل، انعقاد نطفه آن حین الموت و زنده متولد شدن» استوار است. بنابراین سه مسئله نیاز به اثبات دارد:

یکی، انعقاد نطفه حین الموت که در فرض بحث محقق است و در روایات و قانون تصریح نشده که انعقاد بایستی در درون رحم صورت گیرد. لذا با توجه به اطلاق عبارت «انعقاد نطفه» ترکیب اسپرم و تخمک زوجین در آزمایشگاه، آغاز استحقاق ارث فرزند محسوب می‌شود.

مسئله‌ی دوم، عنوان «حمل» است. همانطوری که گفته شده ملاک حمل بر نطفه‌ی منعقد در بیرون رحم صادق است و نطفه از آغاز انعقاد تا زنده متولد شدن، بدون اینکه در رشد آن وقفه‌ای ایجاد گردد موضوع احکام شرعی قرار می‌گیرد و اگر منجمد شده باشد، از آغاز رشد مجدد آن (مثلاً انتقال آن به رحم زن) موضوع احکام شرعی قرار می‌گیرد و با زنده متولد شدن کشف می‌گردد که از این زمان قابلیت دارا شدن حق و تکلیف را داشته است. بنابراین، با صرف انعقاد نطفه، بدون صدق حمل نمیتوان گفت موضوع ماده ۸۷۸ قانون مدنی تحقق یافته است؛ یعنی مانع تقسیم ارث یا سبب کنار گذاشتن سهم حمل نمی‌گردد.

بنابراین از آنجا که مفهوم خاصی از «حمل» از سوی قانونگذار اسلام به ما نرسیده، مفهوم عرفی آن ملاک خواهد بود و معهود نبودن مفهوم خاصی از حمل در زمان صدر اسلام مانع از تمسک به اطلاق واژه «حمل» که در روایات و قوانین موضوعه، موضوع احکام متفاوتی قرار گرفته، نمی‌شود؛ چون سعه و ضیق مفهوم به دست عرف است.

مسئله‌ی سوم، برای ارث بردن حمل زنده متولد شدن آن است (مواد ۹۵۷ و ۸۷۵ قانون مدنی). در حقیقت، این شرط، در حکم شرط متأخر است که با تحقق آن کشف می‌شود، انتقال مالکیت ترکه به حمل از زمان فوت مورث حاصل گردیده است.

بنابراین، با وجود این سه شرط، هرگاه ثابت شود که جنین آزمایشگاهی به طور مستقل در خارج از محیط آزمایشگاه میتواند زنده بماند یا با انتقال آن به رحم زن، زنده متولد خواهد شد، شخصیت و اهلیت تمتع حقوقی جنین کامل شده، استقرار می‌یابد (ماده ۹۵۷ قانون

مدنی) و استحقاق ارث را دارد (ماده ۸۷۵ قانون مدنی). در فرض پذیرش وسعت مفهومی

حمل به خارج رحم، مطابق ماده ۸۷۸ قانون مدنی. اگر امکان تولد نوزاد دوقلو ممکن باشد،

سهم دو پسر کنار گذاشته می شود و گرنه سهم یک پسر.

در مورد ارث فرزند مزبور، نظر دیگری وجود دارد که معتقد است تنها از مادر ارث می برد،

نه از پدر، چون نسب او به پدر نمی رسد (چنانکه آیت الله حکیم و آیت الله خامنه ای چنین

عقیده ای دارند). بنابراین، با مرگ مادر، حمل ناشی از او چه در رحم باشد و چه در بیرون،

جزء وراثت او محسوب می شود، اما با مرگ پدر، حمل مزبور هیچ تأثیری در ارث، تقسیم آن

و ... ندارد.

حقوق طفل ناشی از اهدای گامت و جنین

مهمترین آثار حقوقی نسب در حقوق مدنی عبارتند از:

۱- حرمت نکاح (محرمیت)

۲- حضانت طفل

۳- ولایت قهری

۴- الزام به نفقه

۵- توارث

که در این قسمت به توضیح هر یک خواهیم پرداخت.

۱- محرمیت و حرمت نکاح

۱-۱ در حالت اهدای تخمک

در قانون مدنی نکاح با اقارب نسبی و سببی و رضاعی تا درجه‌ی معینی ممنوع شده است. در حالت اهدای تخمک و اهدای جنین وضعیت خاصی حاکم است که آن را از دیگر فرض‌ها جدا می‌کند. این وضعیت خاص دخالت دو زن در تولید نسل یک انسان است. علاوه بر بحث‌های گذشته، پرسش اصلی این است که کدام یک نسبت واقعی و حقیقی با فرزند دارد و دیگری، در کجای این نسبت قرار می‌گیرد؟

پاسخ بند اول پرسش در قسمت قبل بیان شد و در آنجا با ادله‌ی بسیار و فتاوی‌ای فقها اثبات شد که صاحب تخمک مادر است. در اینجا به بررسی بند دوم می‌پردازیم و آن اینکه: صاحب رحم چه نقشی دارد؟ آیا میتوان او را به عنوان مادر رضاعی محسوب کرد؟ آیا شیر دادن او موجب نشر حرمت میشود؟ و ...

صرفنظر از نظریه کسانی که صاحب رحم را مادر نسبی به حساب می‌آورند، مطابق نظریه کسانی که صاحب تخمک را مادر نسبی می‌دانند، نسبت به صاحب رحم نظریه‌های گوناگونی ارائه شده است:

۱- تعدادی از فقها و حقوق دانان اسلامی، بین او و فرزند مزبور، حکم خاصی را پیش بینی نمی‌کنند، مگر آنکه بعد از تولد، صاحب رحم وی را شیر دهد و احکام رضاعی تحقق یابد، چرا که رحم وی را تنها ظرف پرورش جنین می‌دانند. البته عده‌ای دیگر، ضمن پذیرش مبنای فوق، می‌گویند: اگر صاحب رحم را نتوانیم مادر رضاعی به حساب آوریم، احتیاط

حکم می کند که وی بر فرزند محرم باشد، به جهت این که با اعضای خودش او را تغذیه می کرده، او را از حالت علقه به مضغه و جنین کامل دارای روح انسانی متحول کرده است^۱.

۲- تعدادی دیگر از فقها از جمله مجمع فقه اسلامی او را به صراحت مادر رضاعی دانسته و معتقدند بین او و فرزند محرمیت وجود دارد.

از دیدگاه پزشکی صاحب رحم در پیدایش جنین دخالت ندارد، اما نقشی بسیار فراتر از یک ظرف و تغذیه‌ی تنها برای جنین دارد. با وجود این، این مقدار اطلاعات علم پزشکی درباره‌ی نقش رحم داوری عرف را در مورد مادر بودن دگرگون نمی کند، زیرا به رغم نقش های متعدد رحم، جنین محتویات ژنتیکی صاحب تخمک و اسپرم را به همراه داشته و سیستم متفاوتی از ساختار صاحب رحم دارد و به عنوان جسم خارجی دیگری تلقی می شود که رحم، تنها از دفع آن جلوگیری می کند.

با این وصف، به حکم وحدت ملاک یا مفهوم اولویت، حکم قرابت رضاعی^۲ نسبت به جنین فرزندی قابل تسری است. در روایات و عبارات فقهی، برای تحقق نشر حرمت رضاعی، رویش گوشت و استخوان (پیدایش سلولهای بدن طفل از شیر مرضعه) را میتوان به عنوان

ضابطه‌ی تحقق نشر حرمت یعنی نوعی علت مصرحه‌ی حکم تلقی کرد، چنانکه روایتهای متعددی از امام صادق (ع) این استنباط و استفاده را تأیید می‌کند. از روایات استفاده می‌شود که لبن در تعیین عنوان ابوت و امومت تأثیرگذار است و به روشنی میتوان استنباط کرد که این تأثیرگذاری تنها به اعتبار و قرارداد شرعی محض نیست، بلکه حکم مزبور نشان دهنده‌ی موضوع خارجی است که حقیقتاً تأثیر و تأثیری وجود دارد، به ویژه که سه نوع ملاک: تعداد شیرخوردن‌ها در یک شبانه روز یا پانزده مرتبه‌ی پشت سرهم و یا رویش گوشت و محکمی استخوان است. لذا هر یک از این ملاک‌ها محقق باشد، حرمت تحقق پیدا می‌کند.

به اضافه، ارتکاز فقهی محرمیت بین فرزند و صاحب رحم را ممنوع نمی‌داند، چرا که وقتی رضاع، آنهم پانزده مرتبه پشت سرهم در یک شبانه روز سبب حرمت می‌شود، تکامل و پرورش جنین، به مدت نه ماه در رحم به طریق اولی، محرمیت و ممنوعیت نکاح ایجاد می‌کند.

به نظر می رسد از دو دیدگاه، استنباط فوق قابل پذیرش نباشد:

۱- دیدگاه فقهی: از این نظر اولاً، شبیه قیاس است، حتی اگر ارکان قیاس کامل باشد، چون منشأ رشد جسمانی در رضاع، مواد درونی جسم و بدن زن نیست، بلکه شیر زن است، مگر آنکه ثابت گردد شیر، همان مواد کامل شده درونی بدن و عین آنهاست؛ ثانیاً، قانون گذار اسلام صرف پرورش از شیر را کافی برای نشر حرمت ندانسته، بلکه شرایط تبعیدی دیگری را در نظر گرفته است از جمله اینکه شیر از رابطه‌ی حلال به وجود آمده باشد؛ رضاع به صورت مکیدن باشد و... پس اگر به صرف خوردن شیر بدون رعایت شرایط تبعیدی، رویش پیدا کند و استخوان محکم گردد، سبب نشر حرمت نمی شود.

۲- از دیدگاه قانونی مدنی: مواد ۱۰۴۵، ۱۰۴۶ و ۱۰۴۷ منشأ قرابت و موانع نکاح را سه چیز دانسته است: نسب، سبب و رضاع. هیچیک از این عناوین با مقام قیود و شرایط خود بر موضوع بحث قابل تطبیق نیست. پس ارضاع (شیر دادن) با توجه به شرایط تبعیدی و قانونی، موضوعیت و خصوصیت دارد. با همه‌ی این توجیها، اخلاق، روان شناسی و باورهای تاریخی - اجتماعی مانع از ازدواج کودک با صاحب رحم می شود، بلکه بین آن دو نوعی محرمیت تصور می کند، چنانچه اخلاق عمومی به شدت پرهیز می دهد و آن را از رابطه‌ی رضاعی قوی تر می داند؛ اگر یک شبانه روز شیر خوردن در آغوش زنی او را در حکم مادر قرار می دهد، منطقی خواهد بود که پرورش یافتن در رحم او به مدت نه ماه، حرمت در نکاح ایجاد کند. از این جا، پاسخ پرسش دوم که شیر دادن صاحب رحم سبب نشر حرمت

می شود نیز مشخص می گردد، زیرا در بعضی از اقسام انتقال جنین که جنین از مواد ژنتیکی زوجین ترکیب و تشکیل یافته و رحم همسر دوم منتقل شده باشد، سبب نشر حرمت می گردد، اما انتقال به رحم زن بیگانه و حامله شدن او، حتی اگر معتقد به مشروعیت حاملگی وی باشیم و نزدیکی را شرط ندانیم (که حق هم چنین است)، باز در سبب قرار دادن این شیر برای نشر حرمت، تردید وجود دارد؛ خصوصاً که اصل، عدم قرابت است.

با توجه به شرط نبودن نزدیکی، نهایت توسعه ای را که میتوان قائل شد این است که هرگاه جنین به وجود آمده از ترکیب اسپرم و تخمک زوجین باشد و به رحم زن دیگری (همسر دوم یا بیگانه) منتقل شده باشد، میتواند سبب نشر حرمت شود، چون شیر مزبور از راه مشروع به وجود آمده و در صورت رعایت شرایط شیر دادن، محرومیت رضاعی ایجاد میگردد، ولی شیرهای به وجود آمده در نتیجه ترکیب مواد ژنتیکی دو بیگانه (در صورتی که آن را حرام بدانیم)، انتقال آن به رحم بیگانه یا صاحب تخمک سبب نشر حرمت نمی شود، حتی اگر شرایط اجرایی رعایت گردد، اما اگر ترکیب را حرام ندانیم، حتی برای تولید نسل (چنانکه عده ای به آن معتقدند) با رعایت شرایط شکلی و اجرایی، ایجاد می گردد. در هر حال، از نظر قضایی، ملاک، ماده ۱۰۴۵ و مواد بعدی قانون مدنی است.

در ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی آمده است که قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی است و در ماده ۱۰۴۷ همین قانون، قرابت رضاعی در ردیف خویشی آورده شده است. البته باید دانست که رضاع فقط موجب نشر حرمت و از موانع نکاح است ولی در

سایر موارد نظیر حضانت، ولایت، نفقه و ارث حقوق و تکالیفی ایجاد نمی کند و در اینگونه امور آثاری بر آن مترتب نمی گردد.

۱-۲ در حالت اهدای جنین

در صورتیکه طفل به دنیا آمده در اثر حالت اهدای جنین پسر باشد مسئله‌ی ممنوعیت نکاح وی با زن صاحب رحم یا زن صاحب تخمک مشابه حالت اهدای تخمک می باشد؛ اما در صورتیکه طفل به دنیا آمده، دختر باشد چگونگی ممنوعیت نکاح وی با شوهر زن صاحب رحم (پدر متقاضی) و مرد صاحب اسپرم وضعیت جدیدی را به وجود می آورد که تاکنون سابقه ای در عالم حقوق نداشته است.

در صورت وجود اماره‌ی فراش، طفل به استناد این اماره به صاحب فراش یعنی پدر متقاضی ملحق می شود و بدین ترتیب پدر متقاضی، پدر قانونی طفل محسوب شده و در نتیجه نکاح بین دختر و پدر متقاضی ممنوع خواهد بود. اما مسئله‌ی مهم چگونگی ممنوعیت نکاح بین دختر و مرد صاحب اسپرم است که جنین منتقل شده به رحم مادر متقاضی از اسپرم وی تشکیل شده است.

آنچه در زمینه‌ی اماره فراش در بالا و در حالت اهدای جنین ذکر شد در مرحله‌ی اثبات است در حالیکه در مرحله‌ی ثبوت، طفل از اسپرم مرد اهدا کننده به وجود آمده به طوریکه جنینی که به رحم مادر متقاضی منتقل شده و در نتیجه بچه از آن به وجود آمده است، در اثر ترکیب تخمک اهدایی با اسپرم مرد اهدا کننده ایجاد شده است. بنابراین با استناد به قرابت

نسبی موجود در مرحله‌ی ثبوت میتوان حکم به ممنوعیت نکاح بین دختر متولد شده در اثر حالت اهدای جنین با مرد صاحب اسپرم که طفل از نطفه‌ی وی به وجود آمده است، داد و این در حالیست که اماره فراش همچنان پابرجاست و به استناد به آن ممنوعیت نکاح بین دختر و پدر متقاضی نیز وجود دارد.

صورت دیگری که قابل تصور است، از اعتبار افتادن اماره‌ی فرا، به وسیله‌ی اقامه‌ی دعوی مربوط به نسب طفل از سوی اهدا کننده‌ی اسپرم می‌باشد. در این صورت اهدا کننده‌ی اسپرم با دعوی اثبات نسب، اماره‌ی فراش را که به نفع صاحب فراش یعنی پدر متقاضی

جاری بوده است. ساقط می‌نماید، در نتیجه طفل به اهدا کننده اسپرم ملحق شده و رابطه‌ی نسبی کودک یا پادر متقاضی از بین می‌رود. در صورت پیش آمدن این وضعیت، مرد

صاحب اسپرم، پدر قانونی کودک به دنیا آمده در اثر حالت اهدای جنین می‌شود که به لحاظ وجود رابطه‌ی پدری بین آنها، طبق بند (۱) ماده‌ی ۱۰۴۵ قانون مدنی نکاح کودک

(که فرض کردیم در اینجا دختر است) با مرد اهدا کننده‌ی اسپرم به علت وجود قرابت نسبی ممنوع خواهد بود. اما مسئله‌ی مهم چگونگی نکاح این دختر با پدر متقاضی است که

براساس اماره‌ی فراش، زمانی پدر وی محسوب می‌گردیده و حال با اسقاط این اماره، رابطه‌ی پدری منحل شده و دیگر این رابطه بین آنها برقرار نیست. قانون مدنی از نظر امکان یا

حرمت نکاح دختر متولد شده از اهدای جنین با پدر متقاضی که زمانی پدر وی محسوب می‌شده و با از اعتبار افتادن اماره‌ی فراش، سمت پدری خود را از دست داده ساکت است. «از

یک سو ممنوع بودن نکاح اشخاص با یکدیگر از امور استثنایی است که به آداب و رسوم اجتماعی و سنتهای مذهبی ارتباط نزدیک دارد و به دشواری میتوان آن را توسعه داد. در قانون مدنی نیز تنها قرابت نسبی، سببی و رضاعی از موانع نکاح است که از این حیث با قواعد شرعی تفاوت ندارد.^۱ پس چگونه می توان وضعیت فوق الذکر را که ناشی از حالت اهدای جنین می باشد در حالیکه ماهیت خود حالت اهدای جنین از نظر قانون روشن نیست، از موانع نکاح به شمار می آورد.

از طرف دیگر امکان زناشویی با دختری که زمانی فرزند شخص محسوب می شده است، با اهداف عمل به حالت جنین تعارض داشته و استفاده از این حالت را از مجرای تعیین شده خارج می سازد. مزیت استفاده از حالت اهدای جنین وجود یک محیط خانوادگی طبیعی برای پرورش فرزند می باشد تا فرزند در محیط خانواده پرورش یافته و ارزشهای اجتماعی از جمله همبستگی و فداکاری را با داشتن احساس پدری و مادری نسبت به والدین اجتماعی خود فرا بگیرد. این کانون پرورشی و آموزشی باید از آسایش های مادی و شائبه های هوسبازی و بروز امیال جنسی منزله باشد و گرنه هیچگاه نتیجهی مطلوب را نمی دهد. چنانکه در خانواده های طبیعی نیز یکی از دلایل ممنوع بودن نکاح با محارم همین ملاحظات اخلاقی است.

زن و مردی که برای بچه دار شدن با استفاده از عمل تلقیح مصنوعی و حالت اهدای جنین روی می آورند و بدین ترتیب کودکی را در خانواده به وجود می آورند باید به دیده‌ی فرزندى به او نگاه کرد و در راه مصلحت وی کوشیده و تنها به سعادت او بیندیشند. وسوسه‌ی عشقبازی و همسری با چنین موجودی خانواده را به کانون معشوق پروری و هوسبازی تبدیل می کند و بی گمان نظم عمومی را به خطر می اندازد. «وانگهی اخلاق عمومی نیز نمی تواند زن و شوهری کسانی را که در حکم پدر و فرزند بوده اند و در اوراق هویت خود نیز به همین عنوان به جامعه معرفی شده اند، بپذیرد.»

همین وضعیت در مورد پسر و مادر متقاضی نیز قابل تصور است اگر زن صاحب تخمک (اهدا کننده تخمک) را مادر طفل محسوب کرده و حکم قرابت رضاعی در مورد ممنوعیت نکاح را بر زن صاحب رحم باز نکنیم.

شناسنامه‌ی کودک با توجه به مواردی که در بحث صدور شناسنامه برای کودک ناشی از مادر جانشین مطرح کردیم، متکی بر حادثه‌ی خارجی زایمان می‌باشد که با توجه به وجود رابطه‌ی زوجیت بین زنی که زایمان نموده و پدر متقاضی، شناسنامه با نام پدر و مادر متقاضی به عنوان ابوین طفل صادر می گردد. بدین ترتیب آیا نمی توان گفت که صدور شناسنامه‌ی طفل با اسامی پدر و مادر متقاضی به عنوان پدر و مادر طفل خصوصاً با داشتن نام خانوادگی پدر حکمی برای دختر متولد شده از حالت اهدای جنین که فرض مورد بحث ما در این

قسمت می باشد ، کنایه از این است که قانون، زمانی کودک را در حکم فرزند خانوادگی متشکل از پدر و مادر متقاضی و والدین متقاضی را در حکم پدر و مادر کودک می دانسته است.

به نظر می رسد با این استدلال که «پدر متقاضی و دختر» یا «مادر متقاضی و پسر» زمانی برابر قانون در حکم پدر و دختر و یا مادر و پسر محسوب می شوند و این که برابر ماده‌ی ۱۰۴۷ قانون مدنی، رابطه‌ی پدری و مادری موجب حرمت دائمی است و نکاح بین فرزند با پدر و مادر ممنوع دائمی می باشد، میتوان حکم به ممنوعیت دائمی نکاح بین پدر متقاضی با دختر متولد شده در اثر حالت اهدای جنین (فرض مورد بحث) و همینطور بین مادر متقاضی با پسر متولد شده از حالت اهدای جنین (اگر وی را مادر قانونی یا در حکم مادر رضاعی محسوب ننمائیم) داد.

این نتیجه گیری مطابق با انصاف و روح قانون مدنی درباره‌ی حرمت نکاح می باشد و از طرفی فواید اخلاقی و اجتماعی نیز دارد. «از نظر اخلاقی اگر زناشویی بین کسانی که با هم به سر می برند ممکن باشد، نظم در خانواده از بین می رود. این امر باعث می شود که اعضای خانواده به دیده‌ی هوس به هم نگریسته و آن مفهوم تعاضد و همکاری و فداکاری که باعث مدد رسانی در بین افراد خانواده می گردد از بین رفته و جای خود را به رفتارهایی با مقاصد خاص که در شأن اعضای یک خانواده نیست، بدهد. از نظر اجتماعی نیز نکاح بین این اشخاص که در درون یک خانواده و با هم زندگی می کنند و یا می کرده اند، از

اجتماعی شدن آنها جلوگیری نموده و تعصب های خانواده ای و قبیله ای را رونق می بخشد.

ایجاد چنین گروههایی سبب می شود که انسان دوستی و محبت به همنوع جای خود را به

کوتاه فکری و خودبینی بدهد.^۱»

بدین ترتیب به نظر می رسد نکاح بین والدین متقاضی با طفل به وجود آمده در اثر حالت

اهدای جنین ممنوع دائمی باشد. همین حکم را میتوان در مورد فرزندان احتمالی والدین

متقاضی (اگر قبلاً دارای فرزند بوده اند و یا در آینده بچه دار شوند) نسبت به طفل به وجود

آمده در اثر حالت اهدای جنین در نظر گرفت، ولی در مورد سرایت دادن این حرمت به

سایر خویشان والدین متقاضی (در فرضی که آنها پدر و مادر طفل محسوب نمی شوند و یا

پدر متقاضی قبلاً پدر طفل محسوب شده ولی حالا رابطه‌ی نسبی به لحاظ ساقط شدن

اماره‌ی فراش از بین رفته است و یا مادر متقاضی که بچه را به دنیا آورده است در حکم مادر

رضاعی طفل در نظر گرفته نمی شود) اخلاق عمومی قاطع نیست و از طرفی ممنوعیت نکاح

اشخاص با یکدیگر حکم استثنایی است که نمی توان موارد آن را توسعه داد و باید استثنا را

به صورت مضیق در نظر گرفت و قانون مدنی نیز تنها قرابت نسبی، سببی و رضاعی را از

موانع نکاح برشمرده است. بنابراین با عنایت به مفاد قانون مدنی دلیلی بر حرمت نکاح بین

طفل متولد از حالت اهدای جنین با سایر خویشان والدین متقاضی در فرضی که آنها پدر و

مادر قانونی طفل محسوب نشده و یا پدر متقاضی قبلاً پدر طفل تلقی می شده ولی حالا

رابطه‌ی نسب به لحاظ از اعتبار افتادن اماره‌ی فراش از بین رفته است و یا مادر متقاضی که بچه را به دنیا آورده است در حکم مادر رضاعی طفل در نظر گرفته نمی شود، وجود ندارد. تحمیل ممنوعیت نکاح به سایر خویشان در این فروض، نیاز به حکم خاص قانونگذار دارد.

۲- حضانت طفل

یکی از آثار نسب قانونی، حضانت است که با توجه به تحقق نسبت در حالت اهدای گامت و جنین، در این گفتار حضانت کودک متولد از این روش مورد بحث قرار می گیرد. در این گفتار ابتدا از حضانت و مبانی حاکم بر آن سخن به میان آورده، سپس به تعیین کسانی که عهده دار حضانت یک طفل مشروع و قانونی هستند پرداخته و در نهایت با استفاده از آموخته‌ها به این سؤال که حضانت طفل متولد از درمان ناباروری با استفاده از اهدای گامت و جنین، با چه شخص یا اشخاصی است، پاسخ خواهیم داد.

قسمت اول - نگاهداری و تربیت اطفال

(۱) مفهوم حضانت

«حضانت» در لغت به معنای زیر بال گرفتن پرنده است تخم های خود را برای پدید آمدن جوجه، حضانت - به فتح کسر - اسم مصدر است و زیر بغل تا پهلو را حزن گویند^۱.

«حُضَن و حَضانت» عبارت است از حفظ و صیانت چیزی و از همین باب است حفظ کردن

زن، فرزند خود را و حفظ کردن پرونده، تخم خود را.^۱

حُضَن: بغل، آغوش، در حُضَن تربیت وی نشو و نما یافت.^۲

حَضانت طفل عبارت است از دربر گرفتن او و چسبانیدن او به سینه و تربیت نمودن آن.^۳

قانون مدنی کلمه‌ی حَضانت را تعریف نکرده است و لیکن بعضی از فقهای امامیه در تعریف

آن چنین گفته اند:

حَضانت عبارت است از ولایت و سلطنت بر تربیت طفل و متعلقات آن از قبیل نگاهداری

کودک، گذراندن او در بستر، سرمه کشیدن، پاکیزه کرده، شستن جامه های او و مانند آن.^۴

این تعریف نیز در فقه آمده است: «حَضانت ولایتی است بر کودک که فایده‌ی آن تربیت

کردن و پرورش دادن کودک است و انجام آنچه به مصلحت اوست از نگاهداری کردن،

در گهواره خواباندن، پاکیزه نمودن و مانند اینها.^۵»

از تعاریف بالا معلوم می شود که نگاهداری و تربیت طفل را در فقه امامیه حَضانت گویند.

از نظر حقوقی میتوان گفت: «حضانة ، نگاهداشتن طفل، مواظبت و مراقبت او و تنظیم

روابط با خارج است، با رعایت حق ملاقات که برای خویشان نزدیک طفل شناخته شده

است»^۱.

گرچه از تعاریف بالا بر می آید که حضانة بیشتر ناظر به حمایت جسمی از کودک است

ولی با عنایت به موارد زیر :

بعضی از فقهای امامیه معتقدند که مادری که عهده دار حضانة است نمی تواند طفل را از

شهر به روستا ببرد، زیرا تعلیم و تربیت کودک در شهر بهتر از روستا تأمین می گردد^۲.

کاربرد کلمه ی تربیت در تعریف حضانة توسط فقها ناظر بر این نکته است که حضانة

دارای دو جنبه ی جسمی و روحی یا مادی و معنوی است.

ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی که مقرر می دارد: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر

یا مادری که طفل تحت حضانة اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در

معرض خطر باشد محکمه می تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای

رئیس حوزه قضایی هر تصمیمی را که برای حضانة طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند»، ناظر به

جنبه ی معنوی و اخلاقی حضانة نیز می باشد.

در می یابیم که حضانت اختصاص به پرورش جسمی ندارد و حمایت روحی و اخلاقی طفل

نیز در این نهاد حقوقی هم در عقاید فقها و هم در حقوق مدنی ایران منظور شده است^۱.

بنابراین نتیجه می گیریم که در تنظیم قواعد مربوط به حضانت، قانونگذار علاوه بر حمایت

جسمی به حمایت روحی و اخلاقی نیز نظر داشته و سعی کرده است که با عنایت به روابط

عاطفی ابویین و اولاد، در جهت رشد شخصیت کودک حرکت کند.

۲-۱-۲ مبنای روابط ابویین و طفل در حضانت

(۲) مبنای روابط ابویین و طفل در حضانت

قواعد حاکم بر روابط پدر و مادر و فرزندان بر دو مبنا قرار دارد. این دو مبنا ملازم و مکمل

یکدیگرند:

۱- همبستگی خانوادگی: اتحاد زن و شوهر و وابستگی خونی و اخلاقی فرزندان خانواده به

آنان باعث می شود که یکی از طبیعی ترین واحدهای اجتماعی به وجود آید. همبستگی این

گروه را قانون ایجاد نکرده است ولی در حفظ آن نفع مستقیم دارد. در این کانون اخلاقی

همه باید یکدیگر را یاری کنند و قانون نیز چنین حکمی دارد: حضانت کودک به عهده پدر

و مادر است^۲.

۲- حمایت از کودک : گذشته از تأمین همبستگی در خانواده، حمایت از کودک نیز یکی از مبانی مهم سیاست قانونگذاری در تنظیم روابط پدر و مادر و فرزندان است.^۱ طفل دارای قوای جسمانی و روانی ضعیف می باشد و خود مستقلاً نمی تواند به زندگی ادامه دهد. طفل محتاج به حمایت و کمک دیگران است و بهترین کانون برای مصون ماندن کودک از مخاطرات اجتماعی، محیط گرم خانواده ای است که از پدر و مادر وی تشکیل شده است. تا بدینجا قبول کردیم که مبنای همه قواعد مربوط به حضانت، حفظ همبستگی خانواده و حمایت از حقوق و شخصیت کودک است و قانونگذار در تنظیم این قواعد به حمایت جسمی و شخصیت کودک نظر دارد.

۳) ماهیت حقوقی حضانت

ماهیت حقوقی حضانت را در محیط مربوط به «بررسی قرارداد مادر جانشین از نظر قانون» مورد تحلیل قرار داده و با توجه به مطالب مطروحه و مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۷۲ قانون مدنی و همینطور ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده به این نتیجه رسیدیم که حضانت هم حق و هم تکلیف ابوبین است و قوانین مربوط به آن از زمره قوانین امری است که والدین نمی توانند با قرارداد خصوصی به این قوانین تجاوز کرده و حقوق و تکالیف دیگری را برای خود معین نمایند.

۴) ارتباط قواعد حاکم بر حضانت با نظم عمومی

به این نتیجه رسیدیم که مبنای قواعد حاکم بر حضانت، مصلحت کودک و حمایت از او در جنبه های مختلف می باشد. از طرفی در مبحث مربوط به نظم عمومی دانستیم که نظم عمومی آشکارا با منافع و مصالح جامعه در ارتباط است و اموری که به منافع و مصالح جامعه مربوط باشد داخل در قلمرو نظم عمومی می باشد. از جمع این مطالب در می یابیم که ارتباط بین قواعد حاکم بر حضانت بانظم عمومی انکار ناپذیر است. دیدیم که نظم عمومی ثابت نمی ماند و نسبی و متغیر است فلذا قواعد حاکم بر حضانت نیز در شرایط خاص و با توجه به تغییر نظم عمومی، براساس مبنای خود که همانا مصلحت و سعادت طفل است، قابل تغییر می باشند.

نظر به غیر قابل اجرا بودن قراردادهای مخالف با نظم عمومی و ارتباط قواعد حاکم بر حضانت با نظم عمومی باید گفت که والدین نمی توانند با قرارداد خصوصی به قواعد حاکم بر حضانت تجاوز کنند. اصل حاکمیت اراده همانطور که قبلاً دیدیم در برخورد با نظم عمومی قابل استناد نیست فلا والدین حق ندارند که در روابط میان خود با دیگران به وسیله قرارداد خصوصی به قواعد حاکم بر حضانت تجاوز کرده و با برهم زدن آن، حقوق و تکالیف دیگری رای خود معین کنند.

اثر نظم عمومی در حضانت اطفال را به خوبی از حکم مندرج در ماده ۱۱۷۳ ق. م میتوان استنباط کرد و آن در مواقعی است که دادگاه تشخیص می دهد که کاربرد قوانین مربوط به حضانت در رابطه با سپردن طفل به کسی که برابر قانون، حضانت با اوست در مواردی

مخالف با مبانی قواعد حاکم بر حضانت و مآلاً مخالف با نظم عمومی است که در این حال دادگاه ابتدا از اجرای قانون در مورد سپردن طفل به کسی که برابر قانون، حضانت طفل با اوست خودداری (اثر منفی نظم عمومی) و سپس با توجه به مبانی قواعد حاکم بر حضانت (از جمله نظم عمومی) شخصی را که حضانت طفل باید به وی سپرده شود، تعیین می نماید.

۵) اشخاصی که عهده دار حضانت هستند

برای روشن شدن این بحث با توجه به استفاده بعدی از آن در رابطه با تعیین اشخاصی که حفاظت طفل متولد از مادر جانشین با آنان است، دو وضعیت را از یکدیگر تفکیک کرده و ابتدا حضانت طفل را در زمان زوجیت و سپس امر حضانت را پس از انحلال زوجیت یا هنگام جدائی طرفین مورد بررسی قرار می دهیم.

الف : حضانت طفل در زمان زوجیت

حضانت و نگاهداری و تربیت اطفال به عهده والدین می باشد و تا زمانی که رابطه زوجیت بین آنان برقرار است و صلاحیت نگاهداری از فرزند خود دارند، حضانت به عهده آنان است و طفل باید با معاضدت و همکاری آنان نگاهداری شود (ماده ۱۱۰۴ ق.م) با توجه به ماده ۱۱۶۸ ق.م که بیان می دارد: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است»، هیچکدام از خویشاوندان پدری یا مادری نمی توانند در این مورد ادعایی داشته باشند و تا زمانی که خانواده متشکل از پدر و مادر و فرزندان پابرجاست و تداوم دارد، نگاهداری و

تربیت طفل حق و تکلیف مشترک ابوبین می باشد. پس حضانت حق انحصاری پدر و مادر است که باید یکدیگر را در این مورد یاری کنند.

سؤالی که پیش می آید این است که آیا این اقتدار نسبت به فرزند مطلق است؟

گفتیم که اختیار ابوبین باید در جهت مصلحت کودک و خانواده مورد استفاده قرار گیرد بنابراین هر جا که پدر و مادر از این اختیار سوء استفاده کنند و ثابت شود که آنان با سوء استفاده از اختیاراتشان، اقداماتی در جهت آزار رساندن به کودک انجام داده اند دادگاه می تواند از این سوء استفاده جلوگیری کند.

برابر ماده ۱۱۷۳ ق.م هر گاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد دادگاه میتواند حق حضانت را به دیگران بدهد؛ بنابراین حق پدر و مادر مطلق نیست و دادگاه در جهت رعایت مصلحت طفل می تواند هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند.

منتها ذکر این نکته لازم است که در مقام کاستن از اختیارات والدین در مورد حضانت نباید به افراط گرائید و به این بهانه که مصلحت طفل بهتر رعایت می شود، در امر خانواده دخالت کرد. پدر و مادر برای اجرای وظایف ناشی از حضانت، حق هم دارند و در ردیف بیگانگان نیستند. پس دخالت دادگاه در صورتی مباح است که ضرورت داشته باشد. پدر و مادر در ردیف بیگانگان نیستند که هر وقت مصلحت ایجاد کند به کناری گذاشته شوند. آنان بر

نگاهداری و تربیت فرزند خود حق دارند : حقی که از دیرباز، به عنوان امتیازی طبیعی،

محترم داشته شده است و تا خانواده ای هست پا بر جا می ماند^۱.

ماده ۱۱۵۷ ق.م در بیان همین امر و جلوگیری از سوء استفاده از دادگاه در مصلحت اندیشی

برای کودک اعلام می کند: «طفل را نمیتوان از ابویین و یا از پدر و یا از مادری که حضانت

با اوست گرفت، مگر در صورت وجود علت قانونی.»

در فقه امامیه، عده ای از فقها پدر و مادر را در دوران زوجیت از نظر حضانت بر طفل در

یک ردیف قرار داده و آن را تکلیف مشترک زوجین تلقی کرده اند^۲؛ لیکن عقیده مشهور

فقههای امامیه مبتنی بر حق تقدم یکی بر دیگری بر حسب سن طفل حتی در دوره ازدواج

است^۳.

اولویت هر یک از پدر و مادر

قانون مدنی به پیروی از قول مشهور فقهای امامیه در اولین مراحل زندگی کودک، مادر را

در مورد حضانت بر طفل بر پدر مقدم دانسته است. «این تقدم بر مبنای مصلحت طفل به

اعتبار آشنا بودن به طرز نگاهداری و تربیت کودک، احتیاج بیشتر کودک به مواظبت و

شفقت در سنین پائین و تجانس روحی و اخلاقی مادر با طفل در سنین مزبور قابل توجیه
است.^۱

ماده ۱۱۶۹ ق.م مقرر می دارد: برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی او جدا از یکدیگر
زندگی می کنند، مادر تا هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن پدر است، پس حقو
اولویت مادر در حضانت تا ۷ سالگی است و بعد از انقضاء این مدت، حضانت اطفال به
عهده پدر قرار می گیرد.

در مورد علت اختلاف حق اولویت مادر در مورد حضانت دختر و پسر پاسخ گفته اند که
دختر برای آموختن هنرها و اموری که ویژه زنان است و به طور کلی برای تربیتی که
در خور جنس زن است، احتیاج بیشتری به سرپرستی و نگاهداری و مراقبت مادر دارد؛ در
این مورد نیز در می یابیم که در اینجا نیز بر اساس مصلحت طفل چاره اندیشی شده است.

لازم به ذکر است که این حق اولویت برای یکی از ابویان در وران ازدواج، تکلیف حضانت
را از دیگری سلب نمی نماید. فکر همکاری زوجین در دوره ازدواج در قانون مدنی منعکس
است زیرا علاوه بر اینکه قانون مزبور در ماده ۱۱۰۴ زوجین را مکلف به معاضدت در تربیت
اولاد دانسته بلکه طبق ماده ۱۱۶۸ نگاهداری اطفال را حق و تکلیف ابویان تلقی کرده است و
از آن چنین بر می آید که اولویت یکی از پدر و مادر از دیگری رفع تکلیف نمی کند.^۳

بنابراین قانون مدنی هر یک از ابویین را عهده دار نگهداری صغیر در تمام دوران قبل از رشد دانسته و مادر را برای مدتی اولی از پدر شناخته است پس حضانت با قید اولویت در مدت مقرر برای مادر است و چنانچه مادر از آن امتناع کند و نتوان او را اجبار به انجام عمل نمود (برابر مقررات مندرج در ماده ۱۱۷۲ ق.م.) ، پدر اصالتاً دارای وظیفه حضانت است و او عهده دار حضانت خواهد بود و هرگاه او نیز امتناع کند به هزینه او طفل حضانت می شود^۱.

ب : حضانت طفل بعد از انحلال نکاح یا هنگام جدایی زوجین

هرگاه نکاح بین پدر و مادر طفل به سببی از اسباب قانون مندرج در قانون مدنی منحل شود و یا در اثر ناسازگاری، بدون انحلال نکاح، ابویین به صورت جداگانه از یکدیگر زندگی کنند چون پدر و مادر در یک منزل مشترک سکونت ندارند لذا دیگر همکاری و معاضدت آنان در مورد حضانت طفل همانگونه که در دوران زوجیت وجود داشت، امکان ندارد و باید کودک را به یکی از آنان سپرد. در این وضعیت طفل نزد کسی می ماند که در حضانت او بوده است زیرا انحلال نکاح و جدائی زوجین موجب سقوط حق حضانت یا حق اولویت نیست و کسی که نگاهداری طفل را برعهده دارد باید تکلیف قانونی خود را در مورد حضانت انجام دهد. بنابراین مادر در مورد فرزند تا ۷ سالگی دارای حق تقدم است و از آن پس اولویت به پدر می رسد. حکم ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی در این مورد مجری است.

قانون حمایت خانواده

آنچه تاکنون گفته شد در رابطه با نظام قانون مدنی در مورد حضانت بود. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ قواعد تازه ای را در رابطه با حضانت به وجود آورد و بر اختیار دادگاهها در این مورد افزود.

ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده می گوید: «در کلیه مواردی که اختلاف زناشویی منجر به صدور گواهی عدم امکان سازش می شود، دادگاه چگونگی نگاهداری اطفال و میزان نفقه ایام عده را با توجه به وضع اخلاقی و مالی طرفین و مصلحت اطفال و معین و مقرر می کند.

دادگاه مکلف است ضمن صدور گواهی عدم امکان سازش، تکلیف نگاهداری فرزندان را پس از طلاق تعیین کند و اگر قرار باشد فرزندان نزد مادر یا شخص دیگری بمانند، تربیت، نگاهداری و میزان هزینه آنان را مشخص سازد...»

ماده ۱۳ قانون مزبور مقرر می دارد: «در هر مورد که دادگاه حسب اعلام یکی از والدین یا اقربای طفل و یا دادستان شهرستان تشخیص دهد که تجدیدنظر راجع به حضانت طفل ضرورت دارد، نسبت به تصمیم قبلی خود تجدیدنظر خواهد کرد. در این موارد، دادگاه میتواند حضانت طفل را به هر کس که مقتضی بداند محول کند ولی در هر حال هزینه حضانت به عهده کسی است که به موجب تصمیم دادگاه مکلف به پرداخت می شود.»

از مواد بالا فهمیده می شود که اختیاری که مواد ۱۲ و ۱۳ قانون حمایت خانواده در مورد حضانت طفل به دادگاه می دهد به مراتب بیشتر از اختیاری است که ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی

برای دادگاه در این مورد در نظر گرفته است. ماده ۱۱۷۳ ق.م در صورت در معرض خطر افتادن صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل که آن هم در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری است که طفل تحت حضانت می باشد، به دادرس اختیار می دهد که حق تقدم پدر و مادر را نادیده انگاشته و از آنان سلب حضانت کند در صورتی که در قانون حمایت خانواده اشاره ای به این شرط نشده و محدودیت دادرس در این مورد برداشته شده است و از طرفی در هنگام جدایی هیچ حق تقدمی برای پدر یا مادر در مقابل اشخاص بیگانه قائل نشده است و تنها ضابطه مورد عمل را برای تعیین کسی که باید حضانت طفل را عهده دار شود، در نظر گرفتن وضعیت اخلاقی و رعایت مصلحت طفل معین کرده است. بنابراین کافی است که دادگاه شخصی را اعم از پدر یا مادر یا شخص ثالث برای حضانت مناسب یا مناسبتر تشخیص دهد تا بتواند نگاهداری طفل را در هر سنی که باشد، به او واگذار نماید^۱.

گروهی با استفاده از ظاهر ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده بر این عقیده اند که مقررات مندرج در ماده مذکور فقط در مواردی که اختلاف زناشویی منجر به صدور گواهی عدم امکان سازش برای طلاق شود قابل اجرا است و در سایر موارد که زن و شوهر بدون اینکه مسئله طلاق مطرح باشد و یا گواهی عدم امکان سازش صادر شده باشد، به صورت جدا از هم زندگی می کنند، مقررات ماده مذکور قابل اجرا نیست ولی این نظر قابل پذیرش نیست

جهت خرید فایل word به سایت www.kandoocn.com مراجعه کنید
یا با شماره های ۰۹۳۶۶۰۲۷۴۱۷ و ۰۹۳۶۶۴۰۶۸۵۷ و ۰۶۶۴۱۲۶۰-۰۵۱۱ تماس حاصل نمایید

چرا که "روح قانون حمایت خانواده و وحدت ملاک و مصلحت طفل اقتضاء می کند که به

طور کلی اختیار تعیین شخص مناسب برای حضانت، در صورت بروز اختلاف به دادگاه

واگذار شود اعم از اینکه مسئله طلاق و صدور گواهی عدم امکان سازش برای آن در میان

باشد یا نه"

www.kandoocn.com
www.kandoocn.com
www.kandoocn.com

قسمت دوم - اشخاصی که حضانت طفل متولد از اهدای گامت و جنین با آنهاست

(۱) اهدای گامت

(۲) اهدای اسپرم

به نظر کسانی که فرزند را تنها به مادر ملحق می دانند، فرزند هیچگونه حقی بر پدر ندارد، و حضانت و نفقه کودک بر عهده مادر خواهد بود. ولی آیا به استناد رضایت ابتدایی اش نمی توان حضانت را بر او تکلیف کرد؟ به نظر می رسد با توجه به قاعده‌ی «اذن در چیزی، اذن در لوازم آن است» می توان گفت: وقتی که صاحب اسپرم اذن استفاده از اسپرم را به صاحب تخمک برای تولید فرزند برای او یا متقاضی داده است، در حقیقت رضایت به آثار و لوازم آن دارد، مگر آنکه قرینه یا اوضاع و احوال یا شرط بر عدم رضایت به آثار و لوازم، دلالت کند.

با وجود این، حقوقدانان، از راه عدالت و انصاف یا تسبیب و یا تعهد طبیعی، حضانت فرزند را به عهده‌ی صاحب اسپرم قرار می دهند.

۱-۲ اهدای تخمک

برطبق مبنای حقوق سنتی، حضانت طفل با صاحب اسپرم (شوهر) و صاحب تخمک است اما با دقت بیشتر در می بایم که در حالت اهدای تخمک با وضعیتی روبرو هستیم که از یک طرف خانواده‌ی ناباروری وجود دارد که شوهر، پدر کودک است و زوجه‌ی وی بچه را به دنیا آورده است به طوری که حادثه‌ی خارجی تولد بچه در داخل خانواده از زنی که سمت

زوجه را دارد، محقق شده است در حالیکه در طرف دیگر زن صاحب تخمک وجود دارد که عموماً ناشناخته بوده و اصولاً قصدی برای به دوش کشیدن مسئولیت پرورش و بزرگ کردن کودک نداشته است؛ از طرفی زن و شوهر نابارور قبلاً با توسل به حالت اهدای تخمک اشتیاق پذیرفتن این مسئولیت را به منصفی ظهور گذاشته اند فلذا به نظر می رسد براساس قواعد و مبانی مورد اشاره و همینطور مصلحت و سعادت طفل که به نوعی بهترین عامل تصمیم گیری در رابطه با تعیین حضانت کودک است، در وضعیت مذکور (دو مادری بودن طفل) حضانت طفل با زن پذیرنده ی تخمک خواهد بود.

این تصمیم گیری باعث می شود که نظم طبیعی و آرامش کانون خانوادگی به وجود آمده در خانواده پذیرنده تخمک که مشابه روال طبیعی به دنیا آمدن فرزند در داخل خانواده می باشد، بر هم نخورد.

۲) حالت اهدای جنین

در این حالت نیز حضانت کودک با صاحبان جنین یعنی اهدا کنندگان تخمک و اسپرم می باشد اما با نگاهی به ماده ی ۱۱۶۸ قانون مدنی در می یابیم که نگهداری اطفال تکلیف پدر و مادر دانسته شده و در عین حال حقی برای آنها نیز تلقی گردیده است. بر مبنای همین ماده و نیز ماده ی ۳ قانون نحوه ی اهدای جنین به زوجین نابارور همین حق و تکلیف بر زوجین اهدا گیرنده نیز ثابت می شود و علاوه بر این ماده ی ۱۱۶۹ قانون مدنی نیز که در صورت جدا زندگی کردن زوجین، مادر را تا هفت سالگی برای حضانت در اولویت دانسته است

جاری خواهد بود و همچنین سایر ترتیبات در خصوص حضانت و تکالیف پدر و مادر

براساس مواد ۱۱۷۰ تا ۱۱۷۵ قانون مدنی خواهد بود.

۳- ولایت قهری

یکی از آثار نسب، ولایت قهری است.

ولایت (به فتح و کسر واو) در لغت به معنی حکومت کردن، تسلط پیدا کردن، دوست

داشتن، یاری دادن، دست یافتن و تصرف کردن آمده است. قهری در لغت به معنی جبری و

اضطراری است!

در اصطلاح حقوقی، ولایت سلطه و اختیاری است که قانون به جهتی از جهات به شخصی

در رابطه با انجام امور مربوط به غیر می دهد؛ به کسی که این سمت را دارد، ولی گویند و

ولایتی که به حکم قانون اعطاء شده است، اصطلاحاً «ولایت قهری» نامیده می شود که باب

سوم از کتاب هشتم قانون مدنی (مواد ۱۱۸۰ تا ۱۱۹۴) به آن اختصاص داده شده است.

بدین ترتیب ولی قهری شخصی است که به حکم قانون تعیین می شود و سمت خود را

مستقیماً از قانون می گیرد و ولایت او یک وظیفه‌ی خانوادگی و اجتماعی و به تعبیر دیگر

اجباری است نه اختیاری و شاید به همین جهت آن را قهری نامیده‌اند.^۲

ماده‌ی ۱۱۸۰ قانون مدنی در مقام بیان محجورینی که تحت ولایت قهری هستند، سه دسته‌ی

- صغیر

- شخص غیر رشیدی یا سفیهی که عدم رشد یا سغه وی متصل به زمان صغر باشد؛

- شخص مجنون در صورتی که جنون وی متصل به صغر باشد.

را مشمول این عنوان نموده است. ماده ی ۱۱۸۱ قانون مدنی نیز در مقام تعیین اولیای قهری

برآمده و مقرر می دارد: «هر یک از پدر و جد پدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند»؛

بنابراین قانون مدنی به متابعت از فقه امامیه ولایت قهری را منحصر در پدر و جد پدری

می داند. این دو در ردیف یکدیگر بوده و هر یک مستقیماً حق ولایت را دارا می باشند.

بدین ترتیب در حقوق کنونی ما، ما در ولایت قهری بر کودک ندارد و ولایت بر کودک و

محجوری که حجر او متصل به زمان کودکی است با پدر و جد پدری می باشد که در کنار

یکدیگر و به طور مستقل امور طفل را اداره می کنند.

با توجه به آنچه در بحث مربوط به نسب پدری و همینطور مقدمه ی مبحث حاضر گفتیم،

در حالت اهدای اسپرم، صاحب اسپرم، پدر قانونی طفل است و او و پدرش ولی قهری طفل

هستند.

اما طبق مبنای کسانی که فرزند را به صاحب اسپرم ملحق نمی دانند، ولایت بر فرزند حق چه

کسی است؟ قانون حایت خانواده در ماده ۱۵ در مواردی این حق را به جد پدری یا خود

مادر با انتخاب دادگاه اعطا کرده بود. یکی از آن موارد، عدم قدرت پدر یا فوت پدر است.

در فرض بحث که فرزند به پدرش منتسب نمی شود، قانوناً قدرت پدر وجود ندارد یا شبیه

این است که پدرش فوت نموده باشد، لذا از اطلاق یا ملاک این ماده می توانیم، ولایت را برای مادر اثبات کنیم. اما بعد از اصلاحات سالهای ۶۱ و ۷۰ قانون مدنی که قوانین مغایر با شرع یا قانون ملغا اعلام شد، این ماده هم نسخه ضمنی شده است.

در این صورت با استفاده از ملاک ماده ۱۱۸۵ و ۱۲۱۸ قانون مدنی برای فرزند مزبور قیم تعیین می شود که به استناد ماده ۶۱ قانون امور حسبی می تواند خود مادر باشد و بر دیگران مقدم است.

در حالت اهدای تخمک، شوهر که همان مرد صاحب اسپرم می باشد پدر قانونی طفل است، بنابراین وی و پدر او ولی قهری کدک به دنیا آمده در اثر حالت اهدای تخمک می باشند.

در حالت اهدای جنین نیز قواعد سنتی حقوق، بچه را به صاحب نطفه (اهدا کنندگان اسپرم و تخمک) یا (صاحبان جنین) ملحق می کند و ولایت قهری را بر عهده ی صاحب اسپرم و پدرش می گذارد.

۴- الزام به نفقه (انفاق)

نفقه در لغت به معنی هزینه، خرج، خرجی، آنچه هزینه ی عیال و اولاد کنند، روزی و مایحتاج معاش آمده است^۱. معنای اصطلاحی نفقه هم نزدیک معنی لغوی است و عبارت است از چیزی که برای گذران زندگی لازم و مورد نیاز است^۲.

نفقه ای که در مورد طفل متولد از اهدای گامت و جنین مطرح می گردد، جزء نفقه اقارب کسی است که یکی از آثار نسب قانونی است. اقارب به معنی عام شامل خویشاوندان نسبی، سببی و رضاعی می شود ولی در این مبحث مقصود از اقارب، خویشان نسبی است چرا که بین خویشان سببی تکلیف به انفاق (نفقه ای اقارب) وجود ندارد و در مورد قرابت رضاعی نیز تکلیفی نسبت به نفقه در مورد یکدیگر ندارند.

در مورد خویشان نسبی هم فقط برای کسانی که قرابت آنها در خط مستقیم (عمودی) باشد تکلیف به انفاق مقرر شده است، چنانکه ماده ۱۱۹۶ قانون مدنی تصریح می نماید که اقارب نسبی در خط عمودی فقط ملزم به انفاق یکدیگر می باشند. چنانکه ملزم می دانیم خویشاوندان خط عمودی به دو دسته اطلاق می گردد.

۱- کسانی که شخص از آنان متولد شده است (اقارب عمودی صعودی شخص)

۲- کسانی که آنان از شخص متولد شده اند (اقارب عمودی نزولی شخص)

گفتیم که نفقه در اصطلاح حقوقی عبارت است از چیزهایی که شخص برای زندگانی احتیاج به آنها دارد!

قانونی مدنی این نیازمندیها را در ماده ۱۲۰۴ ذکر کرده ولی مقدار نفقه اقارب را معین ننموده و آن را موکول به درجه ای استطاعت منفق و به قدر رفع احتیاج انفاق شونده نموده است.

ماده ۱۲۰۴ قانون مدنی می گوید: «نفقه اقارب عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث

البیت به قدر رفع حاجت با در نظر گرفتن درجه‌ی استطاعت منفق».

با عنایت به موارد فوق و با توجه به مواد قانون مدنی، انفاق کنندگان به اولاد به چهار دسته تقسیم می شوند:

۱- پدر

۲- اجداد پدری

۳- مادر

۴- اجداد و جدات مادری و جدات پدری

الزام خویشان هر طبقه منوط به این است که از گروه قبلی کسی زنده یا قادر به انفاق نباشد^۱.

نظر به مباحث مطروحه در مورد نسب پدری و مادری در حالت اهدای گامت و جنین از

آنجا که در تمام حالات مرد صاحب اسپرم پدر قانونی طفل می باشد بنابراین براساس مواد

قانون مدنی نفقه‌ی طفل در درجه‌ی اول با وی و سپس با جد پدری کودک می باشد. در

صورت فقدان این دو یا ناتوانی آنها از پرداخت نفقه، مادر که جزء سومین طبقه‌ی انفاق

کنندگان به اولاد است، ملزم به انفاق به بچه خواهر بود که هر کدام از دو زون (زن صاحب

تخمک یا زن صاحب رحم) را که مادر قانونی طفل بشناسیم، وی ملزم به انفاق است.

با توجه به ماده‌ی ۳ قانون نحوه‌ی اهدای جنین به زوجین نابارور این تکلیف بر عهده‌ی گیرندگان جنین گذاشته شده است.

۵- توارث

یکی دیگر از آثار قرابت نسبی «ارث» است. ارث در لغت به معنی ترکه و مالی است که از متوفی باقی می ماند.^۱

شهید ثانی در تحریر الروضه فی شرح اللمعه می نویسد: ارث واژه عربی است و معنای مصدری آن عبارت است از:

انسانی با مردان انسانی دیگر چیزی از ماترک او را به موجب نسب یا سبب استحقاق یابد.
قانون مدنی ارث را تعریف نکرده، فقط در ماده ۸۶۷ گفته است: «ارث به موت حقیقی یا به موت فرضی مورث تحقق پیدا می کند» ارث در اصطلاح حقوقی عبارت است از: انتقال قهری دارایی متوفی به ورثه او^۲

ماده ۸۶۱ قانون مدنی موجب ارث را دو امر نسب و سبب دانسته است. در این مورد نیز اظهار عقیده شده است که موجب ارث عبارت از رابطه ای است بین دو نفر که در اثر فوت یکی، دیگری از او قهراً ارث می برد. رابطه‌ی مزبور قرابت (خویشاوندی) است.^۳

قانون مدنی در ماده ۸۶۱ نسب را به طور مطلق شرط وراثت دانسته است و ولد الزنا را در ماده ۸۸۴ از این امر استثناء نموده است. بدین ترتیب معلوم می شود که شرط وراثت، نسب است و فقط ولد الزنا برابر ماده ۸۸۴ قانون مدنی از ارث محروم شده است فلذا میتوان گفت که ولد ناشی از غیر زنا در صورتی که نسب تحقق یابد، ارث می برد چرا که ماده ۸۸۴ قانون مدنی استثنایی بر ماده ۸۶۱ این قانون است و عمل به وحدت ملاک استثناء، خلاف است لذا استثناء مندرج در ماده ۸۸۴ را با توجه به اطلاق ماده ۸۶۱ باید به طور محدود تفسیر کرد. بدین ترتیب تمام اقسام دیگر اولاد از ارث مورث خود بهره مند می باشند و دلیلی بر آنکه شرط وراثت در نسب، نکاح صحیح است، موجود نیست!

حال به بحث اصلی یعنی وراثت فرزند متولد از گامت و جنین اهدایی می پردازیم:
همانطور که در مباحث قبل گفته شد، افرادی که جنین را به صاحبان اسپرم و تخمک نسبت می دهند معتقدند طفل مزبور از آنها ارث می برد و آنها نیز از آن طفل صاحب رحم نیز در صورتی که تخمک متعلق به دیگری باشد هیچگونه رابطه ای با طفل ندارد و توارث بین کودک و صاحب رحم برقرار نمی شود در نتیجه در صورت فوت صاحبان گامت در صورت اطلاع ورثه ای اهدا کننده ی جنین از تشکیل جنین از نطفه ی مورث در صورت دسترسی به وی باید سهم او را نیز پرداخت نمایند و در صورت عدم دسترسی با استحصاب حیات او باید سهم او را کنار بگذارند. اما چون معمولاً چنین فرزندان از اهداء کنندگان

گامت مجهول یا جنین های نگهداری شده در بانک های جنین متولد شوند، معمولاً دسترسی به صاحبان اصلی آنها سخت بوده و لذا ممکن است از این بابت در حق فرزند حاصله که از زن صاحب رحم و شوهر او ارث نمی برد ظلمی واقع شود.

به بیان دیگر کودکی که خود در تولدش هیچ نقشی نداشته و مانند سایر کودکان باید از برخی حقوق مادی بهره مند شود و از سوی دیگر با گیرندگان اسپرم و تخمک نیز رابطه‌ی اتصال از طریق ولادت را ندارد، پس تکلیف این کودک از نظر بهره مندی از مایملک پدر و مادر حکمی چگونه خواهد بود؟

راه حلی که وجود دارد و میتواند شبهه ارثی را از جانب پدر و مادر حکمی (پذیرنده گامت یا جنین) نسبت به کودک به وجود آورد این است که بعد از اهدای گامت و انعقاد نطفه در رحم یا اهدای جنین، در ضمن یک عقد لازم دیگر گیرندگان اسپرم یا تخمک متعهد شوند که حضانت بچه و نفقه او بر عهده آنان خواهد بود و آنان ملزم باشند وصیت کنند که این کودک به اندازه سهم یکی از وراثت در طبقه اول در حد ثلث سهم برسد؛ البته برای اهل دقت پوشیده نیست اصل وصیت از عقود جایز است و لیکن با آوردن آن به عنوان شرط عقد لازم، لازم خواهد شد.

البته راهکارهای دیگری نیز وجود دارد که به توضیح آنها می پردازیم:

راه حلی که در حقوق کنونی برای رسیدن به مطلوب متقاضیان به نظر می رسد استفاده از ملاک مصلحت و سعادت کودک و حمایت قانون در این رابطه از کودک می باشد.

اصولاً «مفهوم پدری» و «حقوق و مسئولیتهای پدری که در قانون به شخصی در رابطه با کودک داده می شود» به خاطر حمایت از کودک و در جهت مصالح و منافع وی است. به همین ترتیب «مفهوم مادری» و «حقوق و مسئولیتهای اعطا شده به مادر» به خاطر نقش اجتماعی وی در رابطه با کودک و به به لحاظ رعایت مصلحت فرزند می باشد.

مفاهیمی چون «پدر داشتن»، «مادر داشتن» و «تحت سرپرستی فردی مهربان بودن که به ترتیب او اقدام نماید» از زمره ی حقوق طبیعی کودک است که در کنوانسیون های بین المللی هم به رسمیت شناخته شده است. در واقع «مصالح و منافع کودکان» مبنای جهت

گیری قانونگذاران و عرف عقلا در شناسایی نهادهای حقوقی در رابطه با کودک است. حال که قواعد سنتی اصرار بر الحاق کودک به صاحبان جنین دارد، آیا نمی توان با اتکا بر این ملاک گفت که به منظور حمایت از کودک مزبور و تحت شرایط خاصی وی در اختیار زن و مرد متقاضی جنین قرار گرفته و تنها آنان دارای حق و مسئولیت نسبت به او باشند و

صاحبان جنین اهدایی که انگیزه ای در تولد و نگهداری او ندارند هیچ مسئولیت و حقی نسبت به او نداشته باشند. کما اینکه آیا نمی توان گفت که ملاک قاعده ی فراش، رعایت مصلحت کودک است، زیرا در آنجا هم معلوم نیست کودک محصول اجزای ژنتیکی صاحب فراش است؟

نظم عمومی نیز می تواند در این مورد راه گشا بوده و مسئولیتهای پدری و مادری را برای پذیرندگان جنین در نظر بگیرد. «لزوم تأمین منافع مادی و معنوی طفل»، «فرض قانونگذار

مبنی بر اینکه تنها در خانواده از منافع طفل به شایستگی حمایت می شود و خانواده تضمین کننده سلامت و تربیت شایسته‌ی طفل می باشد» و «لزوم رعایت مصلحت کودک و سعادت کودک» میتواند مواردی باشد که ضرورت دخالت نظم عمومی را در این حالت ایجاب نماید. نظم عمومی در جهت رعایت مصلحت طفل و حمایت از منافع او، حقوق و مسئولیتهای پدری و مادری را از صاحبان جنین اهدایی (که معمولاً زن و مردی می باشند که ناشناخته بوده و نمی خواهند بچه دار شوند) سلب کرده و با اتکاء به مصلحت کودک، وی را در اختیار زن و شوهر متقاضی جنین گذاشته و حقوق و مسئولیتهای والدینی (مثل حضانت، ولایت قهری، انفاق و نفقه، ارث و ...) را برای آنها در نظر بگیرد.

راه حل دیگری که برای رسیدن به مطلوب زن و شوهر متقاضی جنین به ذهن متبادر می شود، استفاده از نهاد سرپرستی است که به موجب قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب فروردین ۱۳۵۴ در حقوق ایران مورد شناسایی قرار گرفته است.

نظرات برخی از مراجع درباره احکام وضعی ناشی از اهدای گامت و جنین

۱- امام خمینی (رحمه الله)

- اگر منی مردی را داخل رحم زن اجنبیه نمودند و معلوم شد بچه از آن منی است، پس اگر این عمل به طور شبهه بوده مثل آنکه گمان می کرد زن خودش هشت و زن نیز گمان می کرد منی شوهر هست و بعد از عمل معلوم شد از شوهر نیست. اشکالی نیست که بچه از این مرد و زن است و تمام احکام فرزندی را دارد ولکن اگر از روی علم و عمد باشد، محل اشکال است و باید احتیاط در جمیع مسائ مراعات شود، لکن اشکالی نیست که اگر این بچه دختر باشد، پدر نمی تواند او را به زنی بگیرد و اگر پسر باشد نمی تواند مادرش را بگیرد و نمی تواند دختر به محارمش اگر به عقد صحیح بود شوهر کند و پسر محارمش را بگیرد، لکن باید در تمام مسائل دیگر احتیاط نماید.^۱
- اگر آبستنی مصنوعی با اسپرم غیر شوهر انجام گرفت و زن شوهردار بود و شوهرش بداند که از راه آبستنی مصنوعی به عمل آمده، بدون اشکال کودک به شوهر ملحق نمی شود...

اما اگر با علم با اینکه اسپرم متعلق به بیگانه است، عمداً زن را آبستن کنند، در ملحق شدن نوزاد به صاحب نطفه اشکال است، گرچه شبهه این است که به صاحب نطفه ملحق شود ولی مسئله مشکل است و باید در آن احتیاط کرد.

مسائل ارث در قسمت آبستنی مصنوعی اشتباهی، مانند مسائل آبستنی طبیعی اشتباهی است و

در آبستنی مصنوعی به طور حرام عمدی باید احتیاط کرد^۲.

• (نگاه کردن) - احوط نگاه نکردن به کسانی است که اگر مولود به طریقه شرعی بود

می توانست به آنها نگاه کند هر چند که شبهه این است که جایز است. البته این در

صورتی است که آبستنی مصنوعی از راه حرام باشد و در صورتی که از راه اشتباهی یا

شرعی انجام شده باشد، نگاه ردن به محارم بدون اشکال جایز است^۳.

• سؤال: چنانچه جنین در حالی که به صورت علقه^۴ یا مضغه^۵ و یا بعد از دمیده شدن

روح در آن به رحم زن دیگری منتقل شود و در آن رحم، رشد و پرورش یابد و متولد

شود، آیا نوزاد فرزند زن اولی است یا دومی؟

بعد از شکل گرفتن و دمیده شدن روح در آن باشد، بدون اشکال کودک فرزند زن اولی

است، همچنین اگر از رحم وی به رحم مصنوعی انتقال یافته و در آن پرورش داده باشد.

اما چنانچه قبل از این دوره، جنین به رحم دیگر انتقال یافته باشد مثلاً در هفته سوم و

چهارم، در آن اشکال است مگر اینکه ثابت شود نطفه مرد و زن اولی منشأ کودک بوده

است، در این صورت کودک به آن مرد و زن ملحق شود، خواه به رحم طبیعی منتقل شده باشد یا به رحم مصنوعی^۱.

۲- مقام معظم رهبری (دام ظلّه العالی)

چنانچه جنینی در حالت علقه یا مضغه به رحم زن دیگری منتقل شود ملحق به صاحب رحم اولی و؟؟ ملحق به صاحب رحم دومی است. در صورتیکه بعد از دمیده شدن روح، جنین منتقل شود، فرزند در فرض مذکور ملحق به زن اول است و بر زن دوم محرم نیست.

سؤال : همانگونه که مستحضر هستید بعضی از زن و شوهرها به دلایل طبی بچه دارشدنشان به طور طبیعی مشکل بوده و نیاز است که از روشهای درمانی مختلف برای کمک به آنها استفاده شود. یکی از این روشها، لقاح خارج رحمی می باشد. به این معنا که تخمک را از روجه و نطفه را از شوهرش گرفته و آنها را با هم مخلوط می نماییم. از اختلاط و امتزاج تخمک و نطفه، جنین حاصل می شود و بعد از این جنین به رحم زوجه منتقل می شود تا حاملگی و بعد زایمان صورت گیرد. لازم به تذکر است که جنین ها به هنگام انتقال به رحم، فقط ۲۸-۲۴ ساعت از زمان لقاحشان گذشته و دارای ۴-۸ سلولی می باشند. گاهی اوقات تعداد جنین های حاصل از نطفه زن و شوهر بیش از حد نیاز است. در این صورت اضافات آن منجمد شده و بعدها در صورتی که زن حامله شد و

زایمان انجام داد، با رضایت زوجین، جنین ها از رده خارج و به دور ریخته می شوند. از طرف دیگر تعدادی از زوج ها وجود دارند که به دلایل طبی به هیچ وجه صاحب فرزند نمی شوند، اما برای برخی از آنها این امکان از نظر طبی وجود دارد که جنین های مازاد دسته اول را در صورت عدم نیاز زوجین، به رحم این زن انتقال داد تا او حامله شود و زایمان انجام دهد و بعد بچه را شیر داده و بزرگ نماید سؤالاتی که در این زمینه مطرح میشوند عبارتند از:

۱- آیا والدین صاحب جنین میتوانند در ازای اهدای جنین خود وجهی دریافت نمایند؟

۲- آیا ارائه مشخصات اهدا کنندگان جنین به دریافت کنندگان و یا برعکس، لازم است

یا خیر؟

۳- در صورت پسر بودن، فرزند با زنی که در رحم او بزرگ شده محرم است یا خیر؟

۴- در صورت دختر بودن فرزند با شوهر زنی که در رحم او بزرگ شده محرم است یا

خیر؟

۵- والدین فرزند حاصل چه کسانی هستند؟

۶- تکلیف ارث این بچه ها پس از تولد چگونه است؟

۷- در صورت موافقت قبلی والدین صاحب جنین (صاحب نطفه و تخمک) در اهدای

جنین خود، آیا میتوانند پس از تولد نوزاد و یا سالها بعد، از شخص ثالث مدعی استرداد

طفل شوند!

پاسخ: ۱- گرفتن وجه مانعی ندارد، لکن به نحو مصالحه باشد نه فروش.

۲- فی نفسه، لزومی ندارد ولی به خاطر شناخت پدر و مادر و جلوگیری از بروز

مشکلات بعدی، مراعات شود بهتر است.

۳- در صورتی محرم است که از نطفه شوهرش باشد.

۴- اگر از نطفه مرد یا تخمک زن باشد، به شوهر محرم است به شرط آنکه شوهر با همسر

خود آمیزش کرده باشد.

۵- به مرد و زن صاحب نطفه و تخمک ملحق میشوند.

۶- از پدر و مادر خود که در جواب قبل گفته شد ارث می‌برند.

۷- با فرض اینکه فرزند ملحق به مرد و زن صاحب نطفه و تخمک است حق استرداد

برای آنان ثابت است.

سؤال: اگر زن شوهرداری به علت یائسگی یا غیر آن تخمک گذاری نکند، آیا جایز

است تخمکی از زن دوم شوهرش بعد از تلقیح با نطفه شوهر به رحم او منتقل شود؟

کدامیک از دو زن مادر کودک خواهند بود، صاحب تخمک یا صاحب رحم؟

پاسخ: اصل عمل مذکور شرعاً مانعی ندارد و در این حکم فرقی نیست بین اینکه نکاح

آنان دائم باشد یا منقطع و یا یکی دائم باشد و یکی منقطع. کودک ملحق به صاحب

اسپرم و تخمک است و الحاق او به صاحب رحم هم مشکل است، بنابراین باید در ترتیب

آثار نسب، نسبت به وی احتیاط مراعات شود.^۱

سؤال: آیا تلقیح مردی نامحرم به همسر مردی که بچه دار نمی شود، از طریق قرارداد

نطفه در رحم او جایز است؟

پاسخ: تلقیح زن از طریق نطفه مرد نامحرم فی نفسه اشکال ندارد ولی باید از مقدمات

حرام از قبیل نگاه و لمس حرام و غیر آنها اجتناب شود و به هر حال در صورتی که با این

روش کودکی به دنیا بیاید، ملحق به شوهر آن زن نمی شود بلکه ملحق به صاحب نطفه و

به زنی است که صاحب رحم و تخمک است.^۲

پدر او صاحب اسپرم است در صورتی که عمل زناشویی بین زن و شوهر انجام شود اگر

بچه دختر باشد این دختر ربیبه او محسوب شده و به او محرم می باشد و اگر پسر باشد در

فرض مذکور که تخمک از زن است به او محرم می باشد.^۳

۳- حضرت آیت الله تبریزی (دامت افاداته)

۱- انتقال جنین مزبور به رحم زن دیگر جایز نیست و رضایت و عدم رضایت زوجین

اثری در آن ندارد و زوجین نمی توانند در ازای آن وجهی دریافت کنند. والله العالم

۲ و ۳ و ۴ و ۵ و ۶ و ۷- انتقال جنین به رحم زن دیگر جایز نیست لکن در صورتی که

این کار انجام شد فرزندی که متولد می شود فرزند زنی است که از او متولد شده - یعنی

در رحم او بزرگ شده و از او متولد شده - و فرزند مردی که از نطفه او به وجود آمده و

از آن دو ارث می برد اگر فرزند مذکور پسر باشد، زنی که در رحم او بزرگ شده و از

او متولد شده مادر او است و بر او محرم می باشد، و اگر دختر باشد ربیبه شوهر آن زن

حساب می شود و بر او محرم است و پدر او همان صاحب نطفه می باشد و جمیع احکام

فرزندی بین فرزند متولد شده و بین صاحب نطفه و زنی که از او متولد شده مترتب می

شود از این جهت لازم است در صورتی که این عمل غیر جایز انجام شد خصوصیات

طرفین ثبت و تسجیل شود تا نسب حفظ گردد. والله العالم!

۴- حضرت آیت الله بهجت (دامت افاداته)

۱- بر دفع، اشکال نیست.

۲- لازم است.

۳- محرم است.

۴- نامحرم است.

۵- حاصل صاحبان نطفه است.

۶- [از] پدر و مادر [خویش ارث می برد].

۷- آن ها مثل پدر و مادرند.

س: اگر نطفه لقاح یافته را که متعلق به یک زن و مرد است به رحم زن دیگر انتقال

دهند، آیا اشکال دارد؟ آیا زن چه نسبتی باید با مرد داشته باشد؟

ج: قرارداد نطفه آمیخته شده، یعنی نطفه مرد و زنش که قبلاً مخلوط شده بعد از حالت

امتزاج، در رحم زن دیگر هیچ مانعی ندارد و به هر حال فرزند متولد، فرزند صاحب

نطفه، بلکه فرزند زن صاحب تخمک هم می باشد و معلوم نیست که ارتباطی با صاحب

رحم، پیدا کند، هر چند رعایت احتیاط مطلوب است.

س: زنی که شوهردار است و بچه دار نمی شود، دکتر متخصص تشخیص داده که نطفه

زن ضعیف است و باید با نطفه زن دیگر تقویت شود تا زن بچه دار شود، آیا تلقیح نطفه

زن اجنبیه به زن دیگر برای تقویت جایز است یا خیر؟ و اگر بعد از تلقیح زن بچه دار

شود بچه متولد شده، مال کدام یک از این دو زن می باشد؟

ج: اگر با مقدمات حرام انجام نشود، خود این عمل را نمیتوان گفت حرام است و بچه

متعلق به پدر و مادرش می باشد.

س: آیا وارد نمودن اسپرم مرد اجنبی به رحم زن (در صورتی که شوهر عقیم باشد) حرام است؟

ج: وارد نمودن اسپرم مرد اجنبی به رحم زن حرام است و باید از اینگونه اعمال پرهیز نمود و باری رفع مشکل نداشتن فرزند باید راه دیگری که مشروع باشد پیدا کرد و برای حل آن میتوان اسپرم مرد اجنبی و تخمک و همسر را در خارج (شرایط آزمایشگاه) مخلوط کرد و سپس جنین حاصله را به رحم زن انتقال داد که در این صورت همسر که صاحب تخمک منشأ می باشد مادر محسوب می شود و صاحب اسپرم نیز در صورتی که از نطفه خود اعراض نکرده باشد پدر محسوب می شود، آری در صورتی که مرد اجنبی از نطفه خود اعراض کرده باشد (مثلاً نطفه را در بانک قرار داده تا هر کس خواست از آن استفاده کند) پدر محسوب نمی شود اما در صورتی که صاحب اسپرم شناخته شود نسبت به امر ازدواج احتیاط امری لازم است بلکه خالی از وجه نیست، به هر حال شوهر، پدر محسوب نمی شود چون صاحب اسپرم نیست و لکن بچه به حکم ربیبه بودنش به آن شوهر محرم می باشد، به شرط حصول آمیزش شوهر با همسر خودش. و در محرمیت مرد با ربیبه صدق ربیبه و دختر زن بودن مناط است نه انعقاد نطفه اش در رحم زن قبل ازدواج با شوهر، هر چند متعارف چنین بوده لکن محض تعارف و تقارن است و دلیلی بر شرطیت این تقارن وجود ندارد، پس اطلاق ادله محرمیت ربیبه محکم است به علاوه که القاء خصوصیت بر فرض قصور ادله و عدم اطلاق خالی از قوت نمی باشد.

۵- حضرت آیت الله سیستانی (دامت افاداته)

۱- می تواند

۲- لازم است

۳- اگر از او شیر قدر کافی نخورده باشد گرچه محرمیت بعید به نظر نمی رسد ولی خالی از اشکال نیست.

۴- در صورتی که شیر به قدر کافی از همسر او نخورده باشد همان حکم را دارد.

۵- صاحب نطفه پدر است و تعیین مادر مشکل است و باید احتیاط شود.

۶- از صاحب نطفه ارث می برد اگر در زمان مرگ ا حمل محقق شده باشد و زنده متولد شود.

۷- پدر (صاحب نطفه) میتواند ولی نسبت به صاحب تخمک محل اشکال است.

اگر زنی با منی غیر شوهر خود تلقیح شود و آن زن باردار شود و فرزندی به دنیا آورد،

در صورتیکه این اتفاق اشتباهی رخ داده باشد، بدین معنا که می خواستند او را با منی

شوهرش تلقیح کنند، لیکن با منی شخص دیگری اشتباه شد، در این فرض بی شک

فرزند به صاحب منی ملحق می گردد؛ و حکم این مسئله مانند وطی به شبهه است. لیکن

اگر این تلقیح آگاهانه و عامدانه صورت گرفته باشد، باز بعید نیست که فرزند به صاحب

منی ملحق گردد و همه ی احکام نسب حتی ارث میان آنها ثابت گردد، زیرا آنچه ارث

استثنا شده است، فرزند زنا است و اگر چه عملی که به انعقاد نطفه منجر شده، حرام است

ولی این مسئله حکم زنا را ندارد. همچنین این فرزند در هر دو فرض به مادرش ملحق

میگردد و هیچ فرقی میان او و دیگر فرزندانیش نیست.

اگر تخمک بارور شده‌ی زنی در رحم زن دیگری کاشته شود و در آنجا رشد کند و

فرزندى به دنیا آید، ملحق ساختن فرزند به زن اول وجهی دارد گر چه نباید احتیاط ترک

شود.^۲

۶- حضرت آیت الله فاضل لنکرانی (رحمه الله)

۱- به عنوان فروش جایز نیست. بلی نوعی حق محسوب می شود که میتواند برای رفع ید

از آن وجهی مطالبه کنند.

۲- خیر، لزومی ندارد. ولی چنانچه احتمال اشتباه در آینده از جهت ارث و ازدواج باشد

به جاست که مشخص شود.

۳- بلی مجرم است چون مادر محسوب می شود.

۴- بلی چون ربیبه‌ی او محسوب می شود.

۵ و ۶- صاحب نطفه و تخمک پدر و مادر او می باشند و صاحب رحم مادر عرفی

کودک محسوب می شود.

۷- خیر انتساب بچه به پدر و مادر شرعی مسلم است ولی در تعارض حق حضانت ظاهر

این است که مادر عرفی (صاحب رحم) مقدم است!

• هرگاه زن به صورت طبیعی یا مصنوعی از شوهرش حامله شود، خارج ساختن این

حمل و قرار دادنش در رحم همسر دیگر آن شوهر جایز است ولی باید از مقدمات حرام

اجتناب نمایند و بچه، فرزند شوهر و همسر صاحب تخمک است.

• قرار دادن نطفه منعقد شده زن و شوهر در رحم زن بیگانه، جایز نیست چه نطفه به

صورت طبیعی منعقد شده باشد و یا به صورت مصنوعی ولی چنانچه این عمل حرام

انجام شود، فرزند به مرد صاحب اسپرم و زن صاحب تخمک تعلق دارد. ولی نسبتش با

زنی که در رحم او پرورش یافته، نسبت فرزند عرفی است و همه احکام فرزند عرفی از

قبیل محرم بودن و غیره را دارد.

• ترکیب اسپرم مرد با تخمک غیرهمسرش در بیرون رحم و کشت آن در رحم همسر

وی، جایز نیست؛ همچنین کشت آن در رحم همان زن بیگانه صاحب تخمک و یا زن

بیگانه دیگر جایز نیست. و زن صاحب رحم نمیتواند کرایه رحمش را از مرد صاحب

اسپرم بگیرد و بچه متعلق به مرد صاحب اسپرم و زن صاحب تخمک می باشد و نسبتش

با زن صاحب رحم، نسبت فرزند عرفی است ولی در هر دو صورت باید از مقدمات

حرام اجتناب شود.

• هرگاه اسپرم مرد به طریق مصنوعی در رحم غیر همسرش کشت شود، گرچه این کار حرام است، لکن فرزندی که از این طریق به وجود می آید، فرزند آن مرد و زن است و گرچه اقدام اولی به این کار حرام است ولی بعد از انجام آن، حفظ جنین لازم است.

• فرزندی که از طریق کشت اشتباهی اسپرم مرد بیگانه در رحم زن به وجود می آید، به مرد صاحب اسپرم وزن صاحب تخمک ملحق می شود و از آنان ارث می برد - چون مانند فرزندی است که از طریق آمیزش اشتباهی مرد با غیر همسرش به وجود آمده باشد - ولی اگر از طریق کشت عمدی اسپرم مرد بیگانه در رحم زن بیگانه به وجود آمده باشد، گرچه حرام است اما عنوان ولدالزنا را ندارد و ارث می برد!

۷- حضرت آیت الله موسوی اردبیلی (دامت افاداته)

۱- اگر به عنوان بیه جنین باشد بی اشکال نیست. اما اگر پول را برای اجازه دادن بخواهند عیب ندارد.

۲- شرع در این جا نظری ندارد اما اگر چنین کاری بکنند بهتر است.

۳- محرم است چون این زن مانند زن صاحب تخمک مادر این بچه است، یعنی این فرزند دو مادری است.

۴- محرم نیست.

۵- صاحب اسپرم پدر این فرزند است و زن صاحب تخمک و صاحب رحم هر دو مادر

این فرزند هستند.

۶- بعید به نظر نمی رسد که از پدرش و از هر دو مادر ارث ببرد.

۷- بعد از بلوغ فرزند صاحب اختیار خودش می باشد و قبل از بلوغ آنها میتوانند تقاضای

استرداد کنند^۱.

• اگر منی مردی را داخل رحم زن اجنبیه نمودند و معلوم شد بچه از آن منی است،

چنانچه این عمل به نحو شبهه بوده باشد، مثل آن که گمان می کرده زن خود اوست و

زن نیز گمان می کرده منی شوهر خود اوست و بعد از عمل معلوم شد که منی از شوهر

نیست، بچه شرعاً از آن مرد و زن است و تمام احکام فرزندگی را دارد، و لکن اگر از

روی علم و عمد باشد، محل اشکال است لکن اشکالی نیست که اگر این بچه دختر

باشد، پدر نمی تواند او را به زنی بگیرد و اگر پسر باشد مادر نمی تواند با او ازدواج کند

و همچنین دختر نمی تواند به کسانی که به فرض صحت عقد، محارم او محسوب می

شوند، شوهر کند و پسر نمی تواند با آن محارم ازدواج نماید و در تمام مسائل دیگر باید

احتیاط مراعات شود^۲.

• اگر جنینی را در حال نطفه یا به صورت علقه یا مضغه یا بعد از دمیده شدن روح در

آن، به رحم زن دیگری منتقل کنند و در آن رحم رشد و پرورش یابد و متولد شود، هر

دو زن در جمیع احکام، مادر او می باشند و این بچه دو مادری محسوب می شود!

۸- حضرت آیت الله ناصر مکارم شیرازی (دامت افاداته)

۱- بهتر این است که چیزی نگیرند.

۲- نظر به اینکه فرزند مزبور تعلق به صاحبان نطفه اصلی دارد لازم است هویت آنها

اثبات شود و به اطلاع برسد.

۳- آری محرم است.

۴- محرم نیست.

۵- پدر و مادر او صاحبان نطفه اند هر چند به زن ثالث محرم می باشند.

۶- فقط از صاحبان نطفه ارث می برند.

۷- احتیاط آن است که با موافق مادر جانشین بچه را بگیرند!

جایز نیست نطفه مرد بیگانه را در رحم زنی وارد کنند، خواه با اجازه آن زن باشد یا نه و

خواه شوهر داشته باشد یا نه و خواه شوهرش اجازه بدهد یا نه و هرگاه چنین کنند و بچه

ای از آن متولد شود، اگر این عمل به طور شبهه انجام شده، مثل اینکه گمان می کرد زن خود اوست و زن نیز گمان می کرد نطفه‌ی شوهر اوست و بعد از آن معلوم شد چنین نبوده است، در این صورت بچه متعلق به آن مرد و زن است و تمام احکام فرزند را دارد ولی اگر این کار را از روی علم و عمد انجام گیرد بچه ای که از آن متولد می شود فرزند آنها حساب نمی شود و احکام ارث و مانند آن را ندارد، اما اگر آن بچه دختر باشد صاحب آن نطفه نمیتواند با او ازدواج کند و اگر پسر باشد با آن مادر نمیتواند ازدواج کند و همچنین در مورد سایر مسائل مربوط به ازدواج!

سؤال: اگر مردی عقیم باشد، ولی زن او سالم و قدرت باروری داشته باشد، اگر اسپرم مرد دیگری در آزمایشگاه با تخمک زن مذکور ترکیب شود و آنگاه این نطفه ترکیب یافته یا جنین در رحم زن نهاده شود.

الف) رابطه شرعی کودک با شوهر زن از لحاظ ارث، محرمیت و نکاح چگونه خواهد بود؟

جواب الف) رابطه‌ای با او ندارد؛ جز اینکه فرزند طبیعی همسر اوست و با او محرم است.

ب) رابطه شرعی کودک با مرد صاحب اسپرم از نظر ارث، محرمیت و نکاح چگونه می باشد؟

جواب ب) به منزله فرزند نامشروع اوست که محرم است؛ ولی از یکدیگر ارث نمی‌برند!

سؤال: در مواردی زن عقیم بوده و دارای تخمک بارور نیست ولی شوهر قدرت باروری داشته و خوستار بچه می‌باشد، اگر اسپرم مرد گرفته شود و با تخمک زن دیگری در آزمایشگاه ترکیب شود، آنگاه این نطفه ترکیب یافته یا جنین در رحم زن ثالثی نهاده شود و در آن جا رشد نموده و متولد شود، رابطه‌ی شرعی این کودک از نظر نسب مادری، محرمیت، نکاح و ارث با همسر مرد (که هیچ نقشی در تولد کودک نداشته)

چگونه است؟

جواب: هیچ رابطه‌ای با او ندارد، جز اینکه فرزند شوهر اوست و با او محرم است.^۲

۹- حضرت آیت الله نوری همدانی (دامت افاداته)

انتقال دادن نطفه‌ی غیر شوهر به رحم زن جایز نیست و در صورت انتقال، فرزندی که از

این راه به وجود بیاید فرزند غیر مشروع است. بنابراین جواب بسیاری از سؤالات منتفی

است و فقط در مسئله‌ی محرمیت که در بند ۳ و ۴ مطرح شده است و در مسئله‌ی ازدواج

احتیاط مراعات شود.^۳

۱۰- حضرت آیت الله صانعی (دامت افاداته)

۱- اگر در بین مردم و عرف دارای ارزش باشد به حیثی که صاحبان آنها میتوانند مطالبه پول نمایند و پرداخت پول لغو و سفیهانه نیست گرفتن پول در مقابل آن فی حد نفسه مانعی ندارد.

۲- لازم نمی باشد لکن باید توجه داشت در صورت شناخته شدن صاحبان نطفه و تخمک رعایت احتیاط در ازدواج نسبت به آنها لازم است بلکه خالی از وجه نیست و باید توجه داشت که اگر مرد صاحب نطفه سید است سیادتش اعلام شود.

س : عده ای از بیماران زن به علت اشکال در تخمدان ها و یا موارد مربوط به آن قادر به تخمک سازی و یا آزاد نمودن تخمک جهت لقاح نیستند و در نتیجه نازا می باشند، در حالیکه رحم آنها اشکالی ندارد و میتوانند جنین نگهداری نمایند آیا همسر این زن میتواند زنی را صیغه کند و تخمکش را با اسپرم خودش ممزوج کند و جنین حاصله را به رحم زن دائمی منتقل کند.

ج : اگر همراه با کار حرامی نباشد اشکال ندارد.

س : اگر مرکزی وجود داشته باشد برای نگهداری اسپرم مردها و در صورت نیاز اگر مردی نازا باشد این اسپرمها را به همسر او تزریق کنند تا صاحب فرزند شود از نظر اسلام چه حکمی دارد؟ و اگر فرزندی متولد شد متعلق به کیست؟ و از چه کسی ارث می برد؟
ج : تزریق نطفه مرد اجنبی به زن دیگر جایز نیست.

س: اگر نطفه مردی (زوج) با تخمک زوجه بعد از ترکیب در رحم اجاره یا عاریه ای

(زن دیگری غیر از صاحب تخمک) پیوند شود و جنینی در رحم اجاره ای یا عاریه ای

رشد کند و متولد شود، شرعاً جایز است یا خیر؟ و چه رابطه ای از نظر نسبت و آثار

حقوقی و شرعی با صاحب اسپرم و تخمک و صاحب رحم اجاره یا عاریه ای و فرزندان

وی و یا شوهرش دارند؟

ج: در صورتی که این عمل توسط شوهر و در رحم زن دوش انجام شود اشکال ندارد

و در این صورت اگر ثابت شود که نطفه زن و مرد موجب تکون فرزند شده باشد فرزند

ملحق به آن دو است و تمام احکام ارث غیره بر آن مترتب می شود.

س: آیا بارور کردن مصنوعی زن یا وارد کردن منی مرد غریب (نامحرم) به داخل رحم

زنی که همسرش مرد نازا است، به طریق تزریق یا طرق دیگر جایز است؟

ج: اگر از نطفه شوهرش باشد در صورتی که همراه کار حرامی نباشد، جایز است ولی

اگر از مرد نامحرم باشد جایز نیست.

س: بر فرض اینکه تلقیح مصنوعی انجام شد و زن آبستن گردید و بچه دار شد آیا این

بچه مال شوهر این زن است؟

ج: اگر از نطفه شوهرش باشد بچه متعلق به آن زن و شوهر است و در صورتیکه از نطفه

نامحرم باشد و هر دو عالم باشند، بچه متعلق به هیچکدام نمی باشد.

س: نوزادی که به واسطه تلقیح به وجود می آید از لحاظ نسبت چه حکمی خواهد

داشت؟ و آیا احکام ارث بر آنها جاری خواهد شد؟

ج: از جواب سؤال بالا روشن شد.

س: در جائیکه این عمل به طور شبهه صورت گرفته باشد مثل جایی که زن گمان می

کرده نطفه از شوهر خودش بوده و مرد گمان می کرد که زنی که نطفه وارد رحم او

شده، همسر واقعی او می باشد در حالیکه اینطور نبوده در این فرض آیا احکام اولادی بر

فرزندی که به دنیا خواهد آمد، جاری می شود؟

ج: حکم وطی به شبهه دارد و فرزند متعلق به آنان است و مقام احکام فرزند بر آن

مترتب است.

۳ و ۴- فرزند در صورتی که صاحبان نطفه و تخمک از آنها اعراض نکرده باشند متعلق

به صاحبان نطفه امشاج می باشد و باید توجه داشت که شوهر زنی که فرزند در رحم آن

زن رشد کرده، پدر نمی باشد چون صاحب اسپرم نیست، کما اینکه در مادر شدن زن

صاحب رحم هم کلام و تأمل بلکه منع است لذا فرزند به زن صاحب رحم و شوهرش

محرم نمی باشد و حکم فرزند خوانده را دارد و میتوان از طریق رضاع یا عقد نکاح

موقت یا شرایط آن برای ایجاد محرمیت استفاده کرد.

۵- در صورتی که صاحب امشاج از نطفه خود اعراض کرده باشند مانند جایی که آن را

در بانک قرار داده تا هر کس خواست از آن استفاده نماید ترتب احکام پدری و فرزندگی

بر او و بچه هر چند صاحب اسپرم و نطفه است مشکل بلکه ظاهراً ممنوع است و همینطور نسبت به زنی که از تخمک خود اعراض کرده، جاری می باشد و فرزند مانند فرزندی است که اسپرم منشأ و تخمک منشأش از گیاه گرفته شده باشد و به هر حال در مواردیکه اعراض صورت گرفته و یا در صورتی که صاحبان نطفه و تخمک شناخته شوند رعایت احتیاط در امر ازدواج با محارم لازم است بلکه خالی از وجه نیست و اما اگر زن و شوهر از نطفه های خود اعراض نکرده باشند فرزند به آنها متعلق است و آن زن و شوهر، پدر و مادر فرزند محسوب می شوند و همانطور که در جواب ۳ و ۴ آمده در هر دو مورد فرزند، فرزند صاحب رحم و شوهرش محسوب نمی شد.

۶- تکلیف ارث از جواب ۵ مشخص می شود.

۷- چون اعراض صورت گرفته نمی تواند مدعی استرداد طفل شود!

* اگر منی مرد را در رحم زن اجنبی قرار دادند و معلوم شد بچه از آن منی است، پس اگر عمل به طور شبهه بوده، مثل آنکه گمان می کرد، زن خودش بوده است و زن نیز گمان می کرد منی شوهر است و بعد از عمل معلوم شد از شوهر نیست، اشکالی نیست که بچه شرعاً از این مرد و زن است. تمام احکام فرزندی را دارد و لکن اگر از روی علم و عمد باشد، ترتب آثار فرزندی مشروع محل اشکال است، اگر نگوییم که ولد نامشروع است از باب القای خصوصیت زنا نسبت به مورد، به خاطر مذاق فقه و یا حرمت «افراغ

ماء الرجل فی الرحم الا جنبته « بخصوصه و مقتضای احتیاط، رعایت حکم ولد الزنا در مورد آن می باشد، لکن اگر این بچه دختر باشد، پدر نمی تواند او را به زنی بگیرد و اگر پسر باشد نمیتواند مادرش را بگیرد و فرزند نمی تواند با افرادی که در صورت عقد صحیح بین صاحب نطفه و زن به آن فرزند محرم می شوند ازدواج کند^۲.

صانعی

* امتزاج اسپرم زوج با تخمک زن دیگر در خارج و تلقیح آن به زوجه، یا زن مذکور یا زن ثالث ظاهراً مانعی ندارد چون نه زنا است و نه وارد نمودن منی در رحم زن اجنبیه، و اگر با این روش بچه ای متولد شود به مرد ملحق می شود و مادر بودن زنی که تخمک به او تعلق دارد در صورتیکه اختلاط نطفه و تخمک با خواست آن زن بوده و اعراض از تخمک ننموده (مانند قراردادن در بانک ها تا هر کس خواست از آن استفاده کند) ظاهراً ثابت می باشد^۳.

اهدای گامت و جنین و قانون و مسئولیت مدنی

حق طفل در اقامه دعوی مسئولیت مدنی

در روش بهره گیری از شخص یا اشخاص ثالث در امر تولید مثل، روابط زیادی بین اشخاص درگیر ایجاد می شود که هر کدام از آنها منبع بالقوه ای برای ادعای جبران خسارت و اقامه ی دعوی مسئولیت مدنی می باشند. این روابط شامل روابط بین پزشک و بیمار (مادر جانشین یا هر زنی که بچه رابه دنیا می آورد)؛ پزشک و اعطا کننده گامت، پزشک و طفل، اعطا کننده گامت و دریافت کننده گامت، اعطا کننده گامت و بچه، والدین و بچه می باشند که با عنایت به اینکه بحث ما مسئولیت مدنی در مقابل طفل متولد شده می باشد لذا ما رابطه ی بین « پزشک و بچه» و همین طور رابطه بین « اهدا کننده گامت و بچه» را مورد بررسی قرار داده و مسئولیت مدنی ایجاد شده در این دو رابطه را مورد تحلیل قرار خواهیم داد.

سایر روابط ذکر شده مسئله ی جدیدی از نظر حقوقی ندارد و قوانین موجود و اصول عمومی مسئولیت مدنی، مشکلات و مسائل حقوقی بر آمده از آنها را به راحتی جوابگو خواهند بود. قبل از ورود به بحث مسئولیت مدنی در مقابل طفل به دنیا آمده در اثر بهره گیری از شخص یا اشخاص ثالث در امر تولید مثل، این سؤال اساسی را باید پاسخ گفت که آیا خسارات وارده بر جنینی که ناقص متولد شده است. از طرف شخصی که از آن جنین پدید آمده است

یا به نمایندگی از او قابل مطالبه است؟ « به عبارت دیگر اگر در اثر زیان وارده بر جنین،

طفلی ناقص به دنیا آید، آیا می توان از طرف او و به نمایندگی از او مطالبه خسارت کرد؟

در حقوق ایران به نظر می رسد که با توجه به قاعده کلی مندرج در ماده ۹۵۷ قانون مدنی

که می گوید: « حمل از حقوق مدنی متمتع می گردد مشروط بر اینکه زنده متولد شود»، می

توان شخصیت حقوقی جنین را برای مطالبه خسارت البته مشروط بر این که زنده متولد شو

مورد شناسائی قرار داد چرا که حق جبران خسارت وارده به بچه را در رابطه با زیان وارده به

جنین در دوران حیات جنینی مطالبه کند و اگر مطالبه نکرد، خود طفل پس از رسیدن به سن

قانونی می تواند جبران خسارت وارده در دوران جنینی را مطالبه نماید!

در رابطه با کودک مورد نظر ما نیز باید اذعان داشت که بچه متولد شده در اثر بهره گیری

از گامت شخص یا اشخاص ثالث در مرحله تولید مثل، به طور جدی در معرض خطر ناشی

از تقصیر و خطای پزشکان دست اندرکار و یا اقدامات و عملکردهای اهداء کنندگان جنین

و یا هر کسی که از گامت وی برای انجام عمل تلقیح مصنوعی استفاده می شود، قرار دارد.

این محیط بدون شک مستحق دخالت قانون است و از نظر حقوقی و اجتماعی تحلیل های

مساعدی را برای تسهیل زمینه های مداخله های قانونی ایجاب می کند.

بحث مربوط به حقوق طفل در رابطه با اقامه دعوی مسئولیت مدنی را تحت دو عنوان

«مسئولیت پزشک» و «مسئولیت اهداء کننده یا اعطاء کننده گامت» پی میگیریم.

گفتار نخست - مسئولیت مدنی پزشک در مقابل طفل

در سیستم حقوقی ایران و همین طور نظام حقوقی کامن لو هیچ قاعده یا اصلی که مستقیماً مخصوص مسئولیت مدنی پزشک در رابطه با بیمار باشد، وجود ندارد و در هر دو جا مسئولیت مدنی پزشک نسبت به بیمار تحت قواعد عمومی مسئولیت مدنی قرار دارد. پزشکان براساس قواعد کلی در مورد جنبه های دارویی، درمانی و پزشکی عملکردهای حرفه ای خود مسئول می باشند.

به طور کلی مسئولیت مدنی ناشی از بی مبالاتی اشخاص است و می دانیم که در حقوق ایران اصل بر این است که نظریه مبنای مسئولیت مدنی می باشد و سایر نظریه های ابراز شده در این مورد را باید به عنوان استثنائی بر این اصل تلقی کرد. منظور از تقصیر در این بحث تقصیری است که پزشک در اجرای کاری که به عنوان حرفه انجام می دهد، مرتکب می شود. نکته مهمی که باید در تقصیر پزشکان و یا سایر اشخاصی که از فنون و مهارت های ویژه ای برخوردارند، در نظر داشت تفاوت معیار تمیز آن است: در امور فنی و تخصصی نمی توان رفتار انسان متعارف را به عنوان معیار تمیز خطا از صواب پذیرفت؛ داوری عرفی که به طور معمول به یاری ذوق و اعتبار آن تردید کرد؛ به ویژه از انسانی که با مفاهیم علمی و قواعد فنی ویژه خود گرفته است نمی توان انتظار داشت که در واکنش های خود بسان مردم عادی باشد، اجتماع نیز از این انتظار طرفی نمی بندد زیرا به منزله انکار علم و

ضرورت‌های تمدن است. بنابراین برای تمیز تقصیر پزشک باید رفتار یک پزشک متعارف و محتاط را معیار قرار داد.^۱

مسئله ای که مطرح می شود این است که آیا تقصیر پزشک ناشی از قرارداد است یا قانون؟ به عبارت دیگر آیا مسئولیت پزشک یک مسئولیت قراردادی است و یا مسئولیت قهری است و قواعد عمومی ضمان قهری بر آن حکومت دارد؟

اشکال از آنجا ناشی می شود که به حکم قانون نیز پزشک موظف به رعایت نظام های شغلی خود می باشد پس اگر پزشک تخلف کند باید دید که آیا مفاد قرارداد خود با بیمار را نادیده گرفته است یا حکم قانون را؟ به طور کلی در صورت وجود قرارداد، این تقصیرها را قراردادی محسوب می نمایند.^۲ در فرض مورد بحث ما امکان استناد والدین طفل به قرارداد فی مابین آنها و پزشک وجود دارد و مانعی ندارد که مسئولیت پزشک نسبت به طفل بر اساس شروط قراردادی پدر و مادر با پزشک توجیه شود ولی در مورد خود طفل و ادعای دوران حیات جنینی، هیچ قراردادی بین پزشک و طفل وجود ندارد و تنها رابطه بین طفل و پزشک این بوده است که مادر وی بیمار پزشک بوده است؛ بنابراین مسئولیت مدنی پزشک در این مورد تابع قواعد ضمان قهری و مسئولیت غیر قراردادی می باشد.

می دانیم که برای تحقق مسئولیت مدنی وجود سه عنصر زیر ضروری است:

:

:

۱- وجود ضرر

۲- ارتکاب فعل زیان بار

۳- رابطه سببیت بین فعل شخص و ضرری که وارد شده است

حال به بررسی این عناصر در رابطه با موضوع مورد بحث خود می پردازیم.

۱- وجود ضرر

ماده یک قانون مسئولیت مدنی سال ۱۳۳۹ مقرر می دارد: «هر کس ... موجب ضرر مادی

یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود خواهد بود» همانطوری که

ملاحظه می شود در قانون مذکور جبران ضرر معنوی پیش بینی شده است.

اصل ۱۷۱ قانون اساسی نیز که بیان می دارد: «هر گاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع

یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد ...»،

ضرر معنوی را محقق دانسته است.

نظر نویسندگان حقوقی براین است که در حقوق ایران خسارات معنوی نیز از جمله زیان

هایی است که برای جبران آن مسئولیت مدنی ایجاد می شود فلذا این گونه خسارات قابل

مطالبه می باشند. زیان های معنوی ممکن است به صورت های مختلف ظاهر شود مثلاً به

صورت لطمه به حقوق مربوط به شخصیت (مانند حق برشرف و حیثیت در مورد تهمت و

افترا)؛ یا به صورت درد جسمی که زیان دیده از حادثه ای دچار آن می شود؛ یا به صورت

اختلال روانی که به زیان دیده از حادثه ای به علت این که چهره اش در نتیجه حادثه کریه

گردیده است، دست می دهد؛ یا آنچه « ضرر لذت بردن^۱» نامیده می شود (مثلاً محرومیت یک شخص مفلوج از لذت های عادی زندگی) یا بالاخره بر اثر جریحه دار شدن احساسات و عواطف (مثل غم و اندوه وارده به خویشان نزدیک زیان دیده ای که در نتیجه تصادف در گذشته است^۲).

تا قبل از تصویب قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی در فروردین ماه ۱۳۷۹ از دست دادن موقعیت های عملی و محروم ماندن از منافع و امتیازهای مستقر و دائمی را می شد به موارد بالا اضافه نمود. بر مبنای این نظر که «عدم النفع از مصادیق ضرر مادی است و ضرر مادی همانگونه که ممکن است به صورت تلف مال ظاهر شد، ممکن است به صورت عدم النفع نیز محقق گردد» استدلال می شد که زیانی که در نتیجه نقص اعضاء به شخص آسیب دیده وارد می شود چنانچه آسیب وارده موجب از دست دادن سلامت یا بروز نقصی در بدن باشد به نحوی که شخص آسیب دیده از فعالیت محروم بماند، از مصادیق ضرر مادی است. در این صورت ضرر وارده ممکن است واجد دو عنوان «از بین رفتن مال» و «فوت شدن منفعت» مذکور در ماده ۷۲۸ قانون آئین دادرسی مدنی میگردد زیرا از یک طرف برای معالجه عضو آسیب دیده باید هزینه شود (از بین رفتن مال) و از طرف دیگر بر اثر آسیب وارده و محرومیت از فعالیت، درآمد وی نقصان پیدا

¹- Le prejudice dit d'agrément

خواهد کرد.^۱ در حال حاضر با عنایت به تصریح تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی به اینکه « خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست»، خسارات ناشی از فوت شدن منفعت از سوی شخص آسیب دیده قابل مطالبه نمی باشد.

به هر حال به نظر میرسد در کودکی که به لحاظ غفلت و مسامحه کاری و بی احتیاطی پزشک در هنگام انعقاد نطفه و دوران حیات جنینی، دچار نقص عضو شده و یا با معلولیت های ذهنی یا جسمی به دنیا آمده است، مجموعه ای از زیان های مادی و معنوی ذکر شده به بار می آید که وجود این ضررها برای عامل آن ایجاد دین میکند. ورود این ضررها به طفل دارای نقص عضو و یا طفل معلول ذهنی یا جسمی مسلم است و برای پزشک در صورت تحقق سایر شرایط، مسئولیت مدنی به بار می آورد.

۲- ارتکاب فعل زیان بار

گفتیم که در حقوق ایران اصل براین است که تقصیر منبع مسئولیت می باشد و مسئولیت بدون تقصیر جنبه استثنائی دارد. در رابطه با تقصیر در حرفه پزشکی در ابتدای بحث مطالبی عنوان نمودیم. در اینجا لازم است اشاره کنیم که با توجه به اسرار پیچیده خلقت و نقص دانش پزشکی در رابطه با پیدایش انسان و دنیای پیچیده ژنتیک و همین طور واکنش های شخص بیمار نسبت به دارو و درمانهای تجویز شده در عرصه انتقال گامت / جنین این امکان

وجود دارد که نتیجه همیشه دلخواه نباشد. محیط دارو و درمان یک علم دقیق نیست و یک پزشک نمی تواند نتایج هر عمل درمانی را تضمین کند.^۱ بنابراین عرفاً می توان بر این عقیده بود که پزشک معالج ناباروری سلامت طفل را تضمین نمی کند بلکه متعهد می شود که تمام دانش و تجربه خود را در راه به دنیا آوردن یک نوزاد سالم به کار بگیرد. تعهد پزشک همانطوری که در کامن لو هم این نظر وجود دارد- تعهد به وسیله است و پزشک وقتی مقصر است که با توجه به معیاری که در اول بحث در مورد تقصیر حرفه ای پزشکان ارائه دادیم، ثابت شود مرتکب بی مبالاتی و غفلت شده و یا مهارت لازم را نداشته است.

۳- رابطه سببیت

برای ایجاد مسئولیت مدنی، وجود رابطه سببیت باید اثبات شود؛ به عبارت دیگر باید احراز شود که بین دو عامل ضرر و فعل زیان بار رابطه سببیت وجود دارد یعنی ضرر از آن فعل ناشی شده است. در فرض مورد بحث ما نقص عضو یا معلولیت های ذهنی و جسمی ایجاد شده در کودک مورد نظر در صورتی منسوب به پزشک است که ثابت شود ناشی از مسامحه، عدم دقت، غفلت و عدم مهارت پزشک در دستورات، معاینات و دارو و درمانهای تجویز شده توسط وی می باشد و گرنه با عنایت به آنچه در مورد تعهد پزشک و نقص دانش پزشکی و واکنش های بیمار در این مورد گفتیم باید بر آن بود که باعث ضرر به وجود

¹- Thake v Maurice (1986) 1 All 497, court of appeal, English court

آمده، اشخاص دیگر (اهداء کننده گامت) یا طبیعت بیمار یا نقص دانش بشری در این زمینه است.

گفتار دوم- مسئولیت مدنی اهداء کننده گامت در مقابل طفل گامت انسان قادر به انتقال بسیاری از بیماری ها به جنین و یا ایجاد معلولیت های ذهنی یا جسمی در کودک به دنیا آمده می باشد. بیماری های آمیزشی، هپاتیت، انواع آلرژی ها، بیماری های ارثی از جمله تصلب بافتها، روماتیسم، هموفیلی و بیماری هایی که قسمتهای بخصوصی از بدن را تحت تأثیر قرار می دهند مثل تالاسمی و کم خونی از جمله بیماری های هستند که از طریق گامت به جنین و بچه ی به دنیا آمده منتقل می شوند.

اهدا کننده ی گامت در مورد دادن اطلاعات در مقابل بچه مسئولیت مدنی دارد لیکن همانطور که قبلاً گفتیم برای تحقق مسئولیت مدنی، احراز سه عنصر وجود ضرر- ارتکاب فعل زیانبار- رابطه ی؟؟ بین فعل زیانبار و ضرری که وارد شده است، ضروری است که عنصر اول و سوم از نظر تحلیلی مشابه موارد اعلامی در مسئولیت مدنی پزشک می باشند لذا به بررسی ارتکاب فعل زیانبار توسط اهدا کننده ی گامت می پردازیم.

در رابطه با عمل اهدا کننده گامت در مورد دادن اطلاعات دو وضعیت قابل تصور است:
الف: اهداء کننده ای که نمی داند که او دارای نقص ژنتیکی یا بیماری بخصوصی است که این بیماری یا نقص می تواند از طریق گامت وی به بچه منتقل شود. در این حالت اهداء کننده که از وضعیت سلامتی و پزشکی خود آگاه نیست مبادرت به اهداء گامت می نماید.

چنانچه قبلاً نیز گفتیم مسئولیت ناشی از کار شخص که به دیگران زیان می رساند، در حقوق ایران اصولاً مبتنی بر نظریه تقصیر است و سایر نظریه های مطرح شده به عنوان منبع مسئولیت مدنی، به صورت استثناء در نظر گرفته می شوند. در صورتی که مسئولیت ناشی از عمل شخص را مبتنی بر مجازات تقصیر بدانیم (فرض مورد نظر ما در حقوق ایران) باید تقصیر را تعریف کنیم. براساس جریان فکری جدید در عالم حقوق، تقصیر را این چنین تعریف می کنند: تقصیر عبارت از اشتباهی در رفتار است بدان گونه که اگر شخص محتاطی در همان اوضاع و احوال خارجی خوانه قرار گرفته باشد مرتکب آن نمی گردد^۱ یا «تقصیر، تجاوز از رفتاری است که انسانی متعارف در همان شرایط وقوع حادثه دارد»^۲؛ بنابراین برای تمیز تقصیر باید کاری را که انجام شده است با رفتار انسانی عادی مقایسه کرد منتها نه به طور نوعی بلکه در شرایطی که حادثه رخ داده است. مقصود از این شرایط نیز اوضاع و احوال خارجی است نه داخلی (مانند نقص روانی یا جسمی). با مقایسه عمل اهداء کننده گامت که به قصد خیر خواهی و با انگیزه های عاطفی و اخلاقی و بدون دانستن بیماری یا نقص ژنتیکی خود مبادرت به اهداء گامت کرده است با عمل یک انسان متعارف و سالم و محتاط نتیجه می گیریم که در فرض مورد نظر ما اهداء کننده گامت مرتکب هیچگونه تقصیری نشده است که بتوان او را در مقابل طفل مسئولیت دانست.

علاوه بر فرض بالا حتی اگر تقصیر را در ایجاد ضمان، مؤثر ندانیم و با استفاده از نظریه های دیگر مسئولیت مدنی مثل نظریه ایجاد خطر (مسئولیت بدون تقصیر) بر این عقیده باشیم که تقصیر در مجموعه ارکان شرایط مسئولیت نیست و همین که شخص زانی به بار آورد باید آن راجحان کند و مهم احراز رابطه علیت میان کار شخص ورود ضرر به دیگری است، در حقوق ایران با استفاده از «قاعده احسان» در فقه که «مسقط ضمان» می باشد میتوان اهداء کننده را از مسئولیت بری ساخت. «قاعده احسان» در فقه که مدرک آن آیه کریمه «ما علی المحسنین من سبیل»^۱ می باشد مانع از ایجاد ضمان برای کسی است که کاری را انجام می دهد که از نظر عرف، پسندیده و به سود عموم مردم است. در تفسیر آیه فوق گفته اند که خداوند بدین وسیله هر راه را که موجب ضرر نیکوکاران شود ممنوع ساخته و هر گونه ملامت و ندامت را بر ایشان نفی کرده است.^۲ حکم این آیه را آیه «هل جزا الاحسان الا الاحسان»^۳ نیز تأیید می کند. بنابراین نتیجه می گیریم اگر کسی کاری انجام دهد که در عرف، پسندیده و به سود عموم است، از این راه مسئولیتی پیدا نمی کند و هیچ ضمان و غرامتی بر این شخص نیکوکار تحمیل نمی شود، هر چند که به اتفاق زیان هم به بار آید (ما علی المحسنین من سبیل)^۴

« احسان» به کار مشروعی گویند که برای جلب منفعت و یا دفع ضرر از دیگران انجام می شود و همان طور که متذکر شدمی عمل باید عقلائی باشد تا احسان صدق کند. در صورتی که عمل در زمره بی مبالاتی سنگین باشد، احسان وجود ندارد. بنابراین با توجه به این که اهداء کننده گامت به قصد نیکی کردن کاری را انجام داده که به سود دیگران است، لذا احسان تحقق پیدا میکند و مانع ایجاد ضمان می گردد.

البته اشکال نشود که همین استدلال را در مورد پزشک نیز می توان نمود و وی را از مسئولیت معاف ساخت. عده ای از حقوقدانان در پاسخ به چگونگی جریان قاعده احسان در مورد عمل پزشک نسبت به بیمار گفته اند که با توجه به نظر مشهور در فقه عمل پزشک مصداق اتلاف است و قاعده احسان در اتلاف نقشی ندارد بلکه مجرای تحقق آن در تسبیب است. پزشک با توجه به نقش خود، متلف است فلذا ضامن می باشد با وجودی که هیچ کس در نیکوئی کار او تردید ندارد، به نظر می رسد اشکالی در جریان قاعده احسان در اتلاف نباشد. و بتوان قاعده احسان را همانگونه که در تسبیب مورد استناد قرار می دهیم، در اتلاف هم استناد نمود. در این صورت پاسخ سؤال مطروحه را می توان این گونه داد که پزشک چون حرفه اش درمان است، مسئولیتش براساس فرض تقصیر یا تعهد به نتیجه قرارداد که با وجود فرض تقصیر مجالی برای جاری شدن قاعده احسان باقی نمی ماند در حالی که اهداء کننده گامت فردی معمولی است لذا باید تقصیری وی احراز شود.

ب: اهداء کننده ای که عمداً یا غفلتاً اطلاعات دروغ یا گمراه کننده ای درباره سلامت اش بدهد و یا خصوصیات بیماری های قبلی خود و یا افراد خانواده اش (بیماریهای خانوادگی) را مخفی کند که در نتیجه باعث بروز بیماری، نقص یا معلولیت جسمی یا ذهنی در کودک شود. در تعریف تقصیر گفتیم که تقصیر، تجاوز از رفتاری است که انسانی متعارف در همان شرایط وقع حادثه دارد. در این مورد که کارهائی که شخص انجام داده است اگر از حدود متعارف و احتیاط خارج باشد، به آسانی می توان او را مقصر و مسئول شمرد شکی نیست ولی چون یکی از اعمال ذکر شده مخفی کردن اطلاعات توسط اهداء کننده در مورد سوابق بیماری و پزشکی خود و افراد خانواده اش می باشد باید دید که آیا در رابطه با خودداری از انجام کار نیز می توان شخصی را مقصر دانست؟

گروهی از حقوقدانان بر این عقیده اند که فرد را در صورتی برای خودداری از انجام کاری می توان مسئول شناخت که ثابت شود نامبرده براساس قانون یا قرارداد، موظف به انجام آن بوده و تعهد خود را انجام نداده است، پس در این گونه تقصیرها وجود تعهد قبلی ضروری است و این تعهد قبلی یا ناشی از قرارداد است یا در زمره تکالیف قانونی است.

گروهی از حقوقدانان معتقدند که در هر مورد که خودداری از انجام کاری مستلزم بی احتیاطی است مانند نگذاشتن نرده آهنی در برابر پلکانی که به خط آهن و ریلها منتهی می شود و یا قرار ندادن مانع در محوطه ای که پرتگاه است، اهمال در انجام آن، تقصیر است.

همچنین است ترمز نکردن بهنگام راننده که هر چند خودداری از انجام کار است ولیچون لازمهٔ پرهیز از اضرار ناشی از انجام کاری (رانندگی) است که مرتکب آغاز کرده، تقصیر به شمار می آید!

سوالی که مطرح می شود این است که آیا انجام ندادن تکالیف عرفی نیز تقصیر محسوب می شود یا خیر و آیا می توان شخصی را به دلیل انجام ندادن کاری که در زمرهٔ تعهدهای قانونی یا قراردادی او نیست مقصر شمرد؟^۲ پاره ای از نویسندگان گفته اند که وقتی در قانون جزا جلوگیری نکردن از حوادث زیان بار مستلزم کیفر نباشد چگونه می توان ممتنع را مسئول زیان هایی شمرد که از این حوادث ناشی شده است. برای مثال اگر شناگر قابلی که در کنار استخری استراحت می کند، کودکی را در حال غرق شدن ببیند و از نجات او دریغ ورزد، چون به حکم قانون یا قرارداد تکلیفی دربارهٔ نجات غریق ندارد و مجرم نیست، از لحاظ مدنی نیز نباد او را مسئول شمرد. ولی باید دانست که اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها که مؤید این است که «هیچ عملی را نمی توان جرم شمرد مگر آن که در قانون آمده باشد و هیچ مجازاتی را نمی توان اعمال کرد مگر در قانون پیش بینی شده باشد»، در قواعد مسئولیت مدنی وجود ندارد و اگر عملی را به دلیل منع قانون، نتوان جرم دانست دلیل بر این نیست که از نظر مدنی نیز تقصیر نباشد. از لحاظ منطقی نیز هیچ دلیلی وجود ندارد که

انجام کاری که انسان متعارف مرتکب نمی شود تقصیر باشد ولی انجام ندادن کاری که انسان متعارف به جا می آورد خطا محسوب نشود. منتها باید توجه داشت که داوری عرف و اخلاق را نباید از نظر دور داشت زیرا در دنیایی که هر روز صدها نفر از بیماری و گرسنگی می میرند نمی توان تمام کسانی را که دریاری کردن به آنان کوتاهی کرده اند مقصر و مسئول و مسئول شمرد؛ به بیان دیگر باید حدود الزام به تعاون اجتماعی را باز شناخت و در چارچوب آن خطا و صواب را تمیز داد^۱. با توجه به تعریف تقصیر که آن را تجاوز از رفتاری دانستیم که انسانی متعارف در همان شرایط، وقوع حادثه دارد، به استناد داوری عرف به آسانی می توان دریافت که «انجام یا خودداری از انجام کارهای ذکر شده در این فرض توسط اهدا کننده گامت» با رفتار انسان منطقی یا متعارفی که گفتیم معیار تشخیص خطا است، تعارض دارد.

در صورتی که اهداء کننده گامت فعل و یا ترک فعل های ذکر شده را به قصد اضرار به دیگری مرتکب شود یعنی کارناشایست را به قصد تحقق نتیجه حاصل از آن، به صورت عمد انجام دهد، مرتکب «تقصیر عمدی» شده است و برعکس در صورتی که اهداء کننده گامت قصد زیان زدن به دیگری را نداشته باشد ولی در نتیجه غفلت و بی احتیاطی و سهل انگاری با «ارائه اطلاعات غلط و گمراه کننده» یا «عدم ارائه اطلاعات ضروری و لازم» باعث ورود ضرر به بچه شود مرتکب «تقصیر غیر عمدی» شده است.

جهت خرید فایل word به سایت www.kandoocn.com مراجعه کنید
یا با شماره های ۰۹۳۶۶۰۲۷۴۱۷ و ۰۹۳۶۶۴۰۶۸۵۷ و ۰۶۶۴۱۲۶۰-۰۵۱۱ تماس حاصل نمایید

نکته ای که ذکر آن در اینجا لازم است استناد مخالفان ایجاد مسئولیت مدنی برای اهداء کننده گامت در برابر طفل به عدم شناخت مسئولیت مدنی برای والدین در صورت انتقال بیماری یا نقص به بچه از طریق آمیزش طبیعی جنسی می باشد. زن و شوهری که می دانند در معرض خطر انتقال یک بیماری جدی، نقص ژنتیکی و یا معلولیت جسمی یا ذهنی به بچه هایشان هستند، با یک انتخاب سخت روبرو می باشند. آنها باید نزد خود در نظر بگیرند که آیا مایلند خطر داشتن بچه ای را که ممکن است دارای معلولیت باشد پذیرا شوند، یا اینکه اصلاً بچه دار نشوند؛ این تصمیم بسیار سختی است. این تصمیم که آنها به خاطر خطر داشتن فرزندی که ممکن است دچار معلولیت باشد بچه دار نشوند، بسیار دشوار است و به همین لحاظ است که حقوق، خود را قادر به مداخله در این محیط ندانسته و در رابطه با ایجاد مسئولیت مدنی در این فضا سخنی به میان نیاورده است.

جهت خرید فایل word به سایت www.kandooen.com مراجعه کنید
یا با شماره های ۰۹۳۶۶۰۲۷۴۱۷ و ۰۹۳۶۶۴۰۶۸۵۷ و ۰۶۶۴۱۲۶۰-۵۱۱ تماس حاصل نمایید

نتیجه :

از جمع بندی مطالب ارائه شده در این مبحث به این نتیجه می رسیم که مبانی مسئولیت مدنی
اهداء کننده یا اعطا کننده گامت در مقابل بچه، همان مبانی است که بر اساس آنها پزشکان
(خارج از حرفه ی تخصصی) در مقابل طفل به دنیا آمده در اثر بهره گیری از تکنیک های
کمکی تولید مثل دارای مسئولیت مدنی می شوند، با این تفاوت که در مورد پزشک « اصل
بر مسئولیت» است در حالی که در مورد اهدا کننده یا اعطا کننده گامت « اصل بر براءت» می
باشد.

فصل سوم

بررسی مبانی حقوقی اهدای گامت و جنین (حکم وضعی)

تأثیر انحلال نکاح در مرحله نهایی انتقال (ترانسفر) گامت یا جنین (خودی یا اهدایی)

رضایت زوجین نابارور به درمان از ارکان مشروعیت آن می باشد ولی نمی توان احتمال انتقال رابطه‌ی زوجیت را در طول مدت درمان به ویژه به روش اهدای گامت و جنین از نظر دور داشت. انحلال زوجیت به یک علت قانونی مثل طلاق و علی الخصوص فوت زوج از مواردی است که در امر انتقال جنین ممکن است سبب بروز مشکلاتی برای زوجین نابارور، گروه پزشکی و نوزاد حاصل از درمان گردد.

نخست تصریح می گردد زوجینی که به هر صورت واجد شرایط درمان با روش دریافت جنین یا گامت هستند، بدو باید موافقت قطعی و منجز خود را مشترکاً اعلام نمایند تا عملیات درمانی مربوطه با اقدامات پزشکی و دارویی لازم آغاز شده، سپس حسب مورد، زوج یا زوجه یا هر دو جهت تهیه گامت مربوطه در مرکز درمانی حضور یابند.

پس از اخذ گامت مربوطه و عملیات پزشکی لازم دیگر، باید جنین در آزمایشگاه تشکیل و در صورتی که واجد شرایط مطلوب باشد، پس از چند روز به رحم زوجه منتقل گردد. این بخش در واقع مرحله انتهایی عملیات درمانی است و اصطلاحاً به آن « ترانسفر» (انتقال جنین) می گویند. به این ترتیب اولاً مشخص می شود که بین شروع عملیات درمانی تا انتهای آن یعنی انتقال جنین، ممکن است مدت زمانی طولانی فاصله وجود داشته باشد و ثانیاً از

جمله تکالیف زوجین در مسیر درمان آن است که عملیات پزشکی را با دقت کامل دنبال

کرده و در زمان های مقرر توسط گروه پزشکی، جهت انجام امور مربوطه حضور یابند.

اینک بحث را جهت تعیین وضعیت ترانسفر در فرض انحلال نکاح با توجه به ماده ۱۱۲۰

قانون مدنی ایران « عقد نکاح به فسخ یا طلاق منحل می گردد » (و البته مهم ترین سبب

انحلال نکاح معین فوت یکی از زوجین در این ماده ذکر نشده که شاید علت آن بداهت امر

باشد.) پس می گیریم و از آنجا که در عملیات درمانی با روش دریافت گامت یا جنین

حسب مورد ممکن است وضعیت زن یا شوهر متفاوت باشد، در حالات مختلف قایل به

تفکیک می شویم:

۱- فرضی که نقص یا عیب گامت زوجه در ناباروری مؤثر بوده و زوجین، متقاضی درمان

با روش دریافت تخمک اهدایی باشند.

در این فرض، زوج یک نوبت جهت اعلام رضایت به شروع عملیات درمانی باید در نزد

گروه پزشکی حاضر شود و سپس براساس آن که جهت تشکیل جنین، تمایل زوجین به

استفاده از اسپرم تازه یا منجمد شود حداکثر یک نوبت دیگر جهت تهیه نمونه اسپرم نزد

گروه پزشکی حاضر گردد و در هر صورت از نظر پزشکی به حضور مرد در موعد ترانسفر

نیاز نیست.

حال چنانکه در فاصله بین اعلام موافقت زوجین مبنی بر شروع درمان و پیش از تحویل

نمونه اسپرم توسط زوج، رابطه زوجیت فیمابین به عللی منحل گردد، از آن روی که نمونه

اسپرم جمع آوری شده و لذا جنینی حاصل نیامده است، پس مورد بحث نیز قرار نمی گیرد
ولی چنانچه موجبات انحلال زوجیت در فاصله زمانی ارائه نمونه اسپرم تا عمل ترانسفر رخ
دهد تکلیف چیست؟ مثلاً گروه پزشکی با موافقت زوجین نمونه اسپرم زوج را جهت
استفاده بعدی اخذ و منجمد نماید تا عمل ترانسفر چند ماه بعد انجام شود.^۱
اگر در مرحله نهایی انتقال زوج بمیرد و زوجه واقعه مرگ همسرش را از گروه پزشکی
پنهان کند، صرف نظر از اینکه آیا نوزاد حاصل، فرزند خود متوفی تلقی میگردد و امکان
الحاق وی طبق ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی وجود دارد یا خیر^۲، مخاطرات فراوان و مشکلات
عدیده فراوانی اعم از فردی و اجتماعی نیز او را تهدید می کند. این تأکید ضروریست که
در فرض اخیر چنانچه تخمک استفاده شده اهدایی نباشد نیز مخاطرات مذکور وجود دارد.

« »

:

(

()

« »

(

()

(

()

« »

()

در صورتی که انحلال زوجیت به سبب طلاق نیز عارض گردد، باز هم امکان تولد کودک به نحوی که مطابق ماده ۱۱۵۹ قانون مدنی قابلیت الحاق به پدر خود را نداشته باشد تصور است. مثال بارز آن وقتی است که عمل ترانسفر یک سال بعد از ارائه نمونه اسپرم صورت پذیرد. البته در مانحن فیه چنانچه انحلال زوجیت به سبب مرگ زوجه حادث گردد، قضیه سالبه انتقاء موضوع است چرا که با مرگ زوجه، عملیات درمانی، ترانسفر و پس از آن بارداری عملاً منتفی و ماحصل بارداری احتمالی نیز نابود می گردد.

۲- فرض که عامل هر دانه در ناباروری مؤثر بوده یا به علت دیگری زوجین نابارور، متقاضی درمان با روش دریافت اسپرم باشند.

در درمان ناباروری با روش درمانی دریافت اسپرم اهدایی نیز به نظر می رسد نگرانی های فوق الذکر همچنان وجود دارد. به ویژه آنکه هنوز هم جامعه در امر نسبت بین پدر و مادر قایل به تفاوت است و این امر ممکن است موجب گرفتاری های بیشتری برای کودک و مادر وی باشد.

۳- فرضی که عامل زنانه و مردانه هر دو در ناباروری مؤثر بوده و زوجین متقاضی درمان با روش دریافت جنین باشند. همان اشکالات شمرده شده در فرض قبل، در درمان با روش دریافت جنین، خواه در مواردی که زوجین هر دو از نظر سلول جنسی مشکل دارند یا فقط یکی از زوجین دچار اشکال گامت باشد و هر دو با استفاده از جنین حاصل از اسپرم و تخمک غیر، موافقت نمایند (نظیر آنچه تاکنون در ایران براساس قانون اهدای جنین پذیرفته

شده است) و یا حتی در مواردی که ناباروری زوجین با تلقیح گامت های خودشان و انتقال جنین های حاصل به رحم زوجه درمان می گردد، نیز جاری و ساری می باشد. در فرض دریافت جنین اهدایی از زمانی که زوجین رضایت خود را در دادگاه جهت دریافت جنین، مطابق قانون اعلام می نمایند تا زمانی که تصمیم دادگاه اصرار می یابد و پس از آن تا زمان ترانسفر (علی الخصوص با فهرست انتظارهای طولانی که هم اکنون در کشور وجود دارد) مدت مدیدی فاصله وجود دارد که علی رغم انحلال نکاح در این مدت، ممکن است عملیات درمانی ادامه یافته و منجر به بارداری زوجه گردد. با توجه به موارد فوق الذکر روشن است که مشکلات فراوانی، کودک حاصله را تهدید می کند و هر چند در مقام شناسایی مسبب بروز خسارات جسمی و روانی کودک بر آییم، باز هم امکان تسکین آلام و حیران - حقوق از دست رفته وی میسر نخواهد بود. علی الخصوص که در حالت اخیر با توجه به آنکه وابستگی زیست شناختی کودک به هیچ یک از زوجین وجود ندارد، بس سرپرستی حتی بیش از موارد ماقبل، طفل حاصل را تهدید می کند.

لذا باید برای حذف یا به حداقل رساندن مخاطرات مذکور تدبیری مبتنی بر حفظ مصلحت کودک، اندیشیده شود و با توجه به آنچه گذشت پیشنهادهای ذیل و نقاط قوت و ضعف و دلایل قبول یا رد هر یک از آنها با اختصار بر شمرده می شود:

الف) اخذ تعهد از هر یک از زوجین مبنی بر آنکه انحلال زوجیت فیما بین را به هر علت و در هر زمان تا پیش از انجام عمل انتقال به اطلاع گروه پزشکی برسانند تا عمل ترانسفر متوقف گردد.

اگر چه این راه حل کم هزینه ترین و ساده ترین به نظر می رسد، لیکن عدم ایفای تعهد مذکور هر چند برای آن ضمانت اجرای سنگین نیز در نظر گرفته شود، ابهام در سرنوشت فرزند حاصل و مخاطرات پیش روی او را کاهش نمی دهد. در واقع اکنون که انسانی به وجود آمده، باید به نیازهای او پاسخ داده شود و اعمال مجازات و وضع ضمانت های سنگین بر مستنکف از ایفای تعهد، نمی تواند تضمین کننده بهبود کیفیت زندگی کودک به وجود آمده باشد. به عبارت دیگر صرف ایجاد تعهد و وضع و اعمال مجازات بر متخلف، نمی تواند زیان های وارده به طفل حاصل را جبران نماید. پس این راه حل چندان مقرون به صلاح به نظر نمی رسد.

ب) تکلیف به گروه پزشکی جهت احراز دوام و بقای زوجیت در زمان ترانسفر. این راه نیز گرچه بدوآمناس به نظر می رسد، ولی اشکالات زیادی را در عمل ایجاد خواهد کرد که مهمترین آنها تکلیف به گروه پزشکی به انجام امری است که برای آن آموزش کافی ندیده اند و تخصص لازم را ندارند. احراز دوام رابطه زوجیت عرفاً بر مبنای سند نکاحیه و شناسنامه های زوجین که واقعه نکاح در آنها ثبت شده است قرار دارد. با توجه به احتمال جعل سند و ارائه سند مجعول، عدم آشنایی گروه پزشکی با ظرایف نحوه تشخیص

اسناد جعلی و اصیل از یکدیگر و پیشرفت روز افزون روش های جعل، این امر می تواند سبب مسئولیت سنگینی برای گروه پزشکی گردد که کمتر پزشکی حاضر به پذیرش آن است. همچنین همه ما می دانیم که مطابق مقررات فعلی، در صورت فقدان شناسنامه و اعلام مراتب توسط صاحب آن به مراجع ذی ربط، طی تشریفات نه چندان پیچیده ای امکان اخذ شناسنامه جدید وجود دارد. از سوی دیگر سند ثبت نکاح نیز در ایران فاقد عکس است که امکان انتساب قطعی آن را به زوجین محدود می سازد. لذا در هر صورت امکان احراز دوام زوجیت در زمان ترانسفر صرفاً براساس اسناد، چندان قابل اعتماد نبوده و نمی توان به کفایت آن اعتماد کرد.

ج) تکلیف به زوج جهت حضور در زمان انجام عمل ترانسفر:

در این حالت حضور زوجه، با توجه به آن که مقدمه انجام عمل ترانسفر است، براساس قاعده «مقدمه واجب، واجب است» مورد بحث قرار نمی گیرد. ولی باید تکلیف شود که زوج در هنگام ترانسفر حضور یابد. این راه عقلانی مناسب و دارای کمترین احتمال خطا به نظر می رسد ولی در عین حال باید نکته ذیل نیز مورد توجه قرار گیرد:

تکالیف افراد یک جامعه که حسب قانون یا قرارداد بر عهده آنان قرار گرفته است اصولاً باید توسط خود آنها به جای آورده شود. لیکن امکان اعطای نیابت در بیشتر آنها وجود دارد. نیابت هم در اعمال مادی امکان پذیر است و هم در اعمال حقوقی و به نیابت در اعمال

حقوقی که در قالب قرارداد اعطا می گردد «وکالت» گفته می شود. هر چند واژه وکالت در عرف برای همه‌ی اشکال نیابت استفاده می شود.

همچنین اگر مردی در تمام ایفای تعهدات و تکالیف خویش برنیاید براساس لطمه ای که این عدم ایفای تعهد به اشخاص دیگر وارد می کند، حسب مورد به پرداخت خسارت و مجازات محکوم می گردد و مهمترین استثنایی که در برخی موارد می تواند عدم ایفای تعهدات شخص را توجیه نماید و وی را از پرداخت خسارت معاف کرده یا تحت شرایطی از مجازات برهاند، اصطلاحاً «قوه قاهره» نامیده می شود.

هدف اصلی از حضور زوج، احراز دوام و بقای رابطه زوجیت است. بنابراین زوج مکلف است شخصاً با در دست داشتن اصول اسنادی مبنی بر استمرار رابطه زوجیت در هنگام ترانسفر حضور یافته و نمی توان به هیچ علتی حقی قوه قاهره از حضور امتناع ورزیده و حتی وکیل معرفی می نماید. چرا که بر فرض ارائه وکالت نامه صحیح و قانونی از سوی وکیل، همواره این احتمال وجود دارد که در زمان ترانسفر، رابطه زوجیت دست کم به سبب فوت موکل منحل شده باشد. این تکلیف گرچه ممکنست از مبانی حقوقی تا حدی به دور به نظر می رسد ولی حفظ مصالح فرد یا افرادی که محتمل است از عملیات مذکور پابه عرصه وجود گذارند مرجح تلقی می گردد.

شرایط اساسی صحت قراردادهای درمان ناباروری با استفاده از گامت و جنین

بی گمان بهره مندی از فناوری انتقال گامت و جنین گامی بزرگ در نیل به موفقیت محسوب می شود ولی به کارگیری آن در سطح گسترده بدون فراهم کردن بستر مناسب و اطلاع رسانی کافی به کاربران (انتقال دهندگان و انتقال گیرندگان) حتی مردم و نهادهای حکومتی (مجلس، دستگاه قضایی، دولت و نهادهای غیر حکومتی) نتایج ناگوار اقتصادی، اجتماعی، روانی و فرهنگی به بار می آورد. زیرا بدون مطالعه آثار، تغییر روابط اجتماعی و پیش بینی علمی و معقول نظم جدیدی که با انتقال گامت و جنین ایجاد خواهد شد به برنامه ریزی دولت آسیب می بیند و روابط اجتماعی تیره می گردد. برای مثال، پا به کارگیری این روش، داوطلبان سرپرستی اطفال بدون سرپرست به طور گسترده کم می شوند و هزینه های دولت در این زمینه افزایش می یابد. یا ممکن است در درمان های شتاب زده و بدون برنامه ریزی، گامت پدر در رحم دختر و یا گامت برادر در رحم خواهر جای می گیرد و در فکر هر نوجوانی این تردید ایجاد شود که متعلق به نطفه های اهدایی و انتقال یافته بی نام و نشان است و کسی نتواند به راحتی به هویت خود پی ببرد و به این ترتیب درمان ناباروری به بحران فرهنگی تبدیل گردد.

گفتنی است که در فرهنگ بومی ما تعلق نطفه به فرزند به پدر و مادر خود با توجه به ریشه های عمیق تاریخی و اجتماعی بسیار اهمیت دارد. چنانکه نوشتن کلمه « سید» به عنوان پیشوند نام فرزندان پیامبر (ص) در شناسنامه آنان نیز ضروری است. ایجاد تزلزل و تردید در این روابط، فرهنگ بومی را دگرگون خواهد کرد.

به علاوه، برطبق اصول و قواعد قراردادهای، اختلاف قصد دو طرف قرارداد، اشتباه عمده، نامشروع و مجهول بودن مورد قرار داد و مخالفت آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه، بنیاد قرارداد را سست و آن را حسب مورد باطل یا غیر نافذ می کند. بخشی از اطلاع رسانی با تنظیم قرارداد او بین بیمار نا بارور و پزشک یا بین بیمار یا پزشک و انتقال دهنده گامت و جنین، محقق می شود و قراردادهای مذکور برای استادان و حقوق دانان فرصت نقد و بررسی و پژوهش را پدید می آورد و آنان را به عرضه نمونه های قراردادی معتبر و قابل قبول تشویق و به این ترتیب، روابط اجتماعی را قانون مند، هدفدار و منظم می کند و گرنه ممکن است محقق را به بیراهه بکشاند و بین واقعیت های جامعه و مباحث نظری فاصله بیفکند.

قراردادی معتبر است که به طور صحیح تشکیل شده باشد و قراردادهای باطل، نه تنها اعتباری ندارد، بلکه سبب تیره شدن روابط اجتماعی نیز می شوند.

گفتار اول : قراردادهای اصلی درمان ناباروری با استفاده از گامت و جنین

قراردادهای بیمار نابارور با استفاده از گامت و جنین در یکی از شاخه های اصلی زیر مورد مطالعه و بررسی قرار می گیرد.

الف) قراردادهای درمان علت بیماری

قراردادهای درمان بیماری این است که پزشک به موجب قرارداد تعهد کند که با استفاده از

گامت و جنین، بیماری را برای همیشه درمان کند. برای مثال، پزشک یا مؤسسه پزشکی در

برابر بیمار فاقد قدرت تولید تخمک یا اسپرم، تعهد کند که به جای دارو از گامت یا جنین

(خود گامت و جنین یا اجزا و ترکیبات آنها) استفاده کند و او را به توانایی تولید سلول های

جنسی و تولید مثل متعارف و دلخواه برساند. به نظر می رسد که پذیرفتن چنین قراردادی، به

ویژه از طرف پزشک معقول نیست. زیرا او می داند که در شرایط کنونی با انتقال گامت یا

جنین بیماری درمان نمی شود و چنین قراردادی، در زمره قراردادهای نامقرور و باطل است.

هرگاه قصد بیمار نابارور، درمان ناتوانی خود به شیوه درمان متعارف و بدون استفاده از

گامت و جنین باشد، ولی پزشک بدون اطلاع وی این روش ها را به کار گیرد قرارداد باطل

است. زیرا قصد پزشک، درمان با انتقال گامت و جنین است و قصد بیمار درمان با استفاده

از داروهای متعارف بدون استفاده از گامت و جنین دیگری در این صورت، قرارداد درمان

بیماری هنگامی صحیح است که قصد دو طرف، درمان بیماری با استفاده از داروها در این

صورت، قرارداد درمان بیماری هنگامی صحیح است که قصد دو طرف، درمان بیماری با

استفاده از داروها باشد. ولی بستن چنین قراردادهایی برای پزشک خطرناک است. زیرا در غالب موارد، به دلیل عدم کارایی درمان متعارف، قرارداد باطل است و برای پزشک مسئولیت مدنی و کیفری ایجاد می کند.

ب) قراردادهای درمان موردی ناباروری با استفاده از گامت و جنین

درمان ناباروری با استفاده از این شیوه نه تنها درمان قطعی نیست و علت ناباروری را از بین نمی برد، بلکه کارآمدی آن فقط برای یک نوبت باروری است و هرگاه کسی بخواهد برای بار دوم باردار شود، ناگزیر باید دوباره به دادگاه و پزشک رجوع کند. این قراردادها در

یکی از شاخه های ذیل قرار می گیرند :

۱- قراردادهای درمان با استفاده از گامت

قراردادهای مربوط به درمان با استفاده از گامت نیز در یکی از شاخه های ذیل جای دارند:

۱-۱) قراردادهای درمان با استفاده از گامت زن و شوهر

این قراردادها ممکن است به یکی از صورت های ذیل منعقد گردند:

- قرارداد درمان با استفاده از گامت شوهر

- قرارداد درمان با استفاده از گامت زن و شوهر

- قرارداد درمان با استفاده از گامت شوهر و گامت زن دیگر او (زوجه دائمی یا منقطع)

- قرارداد درمان با استفاده از گامت شوهر و گامت زن بیگانه (شوهر دار یا بی شوهر)

- قرارداد درمان با استفاده از گامت زن و گامت زن بیگانه (متأهل یا مجرد)

دو قسم اخیر در زمره قراردادهای درمان با استفاده از گامت بیگانه قرار دارند و در آینده مورد بحث قرار می گیرند سه قسم نخست بدون تردید و قسم چهارم به احتمال قوی در ردیف قراردادهای صحیح هستند. زیرا در فرض های سه گانه مذکور جنین از تلقیح گامت زن و شوهر حاصل می شود و نطفه بیگانه ای در باروری دخالت ندارد. فقط پزشک با رفع موانع و دخالت ضروری آن را امکان پذیر می کند

درمان ناباروری با استفاده از گامت شوهر و گامت همسر دیگر او از مباحث انتقال مجاز جنین تلقی می شود و پاره ای از فقیهان به جواز آن فتوا داده اند. بنابراین چون کار پزشک در درمان ناباروری با استفاده از گامت زن و شوهر مجاز است، قرارداد مربوط به آن در زمره قراردادهای صحیح قرار می گیرد.

۱-۲) قراردادهای درمان با استفاده از گامت بیگانه
مصادق های اصلی این نوع قراردادها عبارتند از:

- قرارداد درمان با استفاده از گامت نر بیگانه

- قرارداد درمان با استفاده از گامت ماده بیگانه

به نظر می رسد هر دو قرارداد باطل و بی اعتبار است. زیرا کار موضوع تعهد پزشک، حتی اگر ناظر به انتقال گامت اهدایی یا اعراض شده نیز باشد. نامشروع و برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است و این کار نظم مربوط به شناخت نسبت طبیعی را در هم می ریزد و برای هر فرزندی، و لو فرزند واقعی، تردید ایجاد می کند که از ترکیب گامتهای چه کسانی به

وجود آمده است؟ آیا کسانی را که به عنوان پدر و مادر می شناسد در واقع همان کسانی هستند که از گامت آنها به وجود آمده است یا خیر؟ اغلب فقیهان و حتی اندیشمندان خارجی جواز انتقال گامت بیگانه را نپذیرفته اند. به علاوه اخلاق عمومی جامعه نیز جواز انتقال را نمی پذیرد.

۲- قراردادهای درمان با استفاده از جنین

قراردادهای درمان با استفاده از جنین تشکیل شده به اقسام ذیل قابل تقسیم است:

- قراردادهای درمان با استفاده از جنین زن و شوهر

- قراردادهای درمان با استفاده از جنین حاصل از گامت شوهر و گامت زن دیگر او (دایم یا

منقطع)

- قراردادهای درمان با استفاده از جنین حاصل از گامت شوهر و زن بیگانه (شناخته شده یا

ناشناس)

- قراردادهای درمان با استفاده از جنین تشکیل شده از گامت شوهر و زن بیگانه در نتیجه

شبهه

- قراردادهای درمان با استفاده از جنین تشکیل شده از گامت زوجه و مرد بیگانه در نتیجه

شبهه

- قراردادهای درمان با استفاده از جنین تشکیل شده از گامت زوجه و مرد بیگانه (شناخته

شده یا ناشناس)

- قراردادهای درمان با استفاده از جنین تشکیل شده از گامت زن و مرد بیگانه (شناخته شده

یا ناشناس)

- قراردادهای درمان با استفاده از جنین تشکیل شده از گامت زن و شوهر دیگر (شناخته شده

یا ناشناس)

- قراردادهای درمان با استفاده از جنین تشکیل شده از گامت نر و ماده ناشناس

- قراردادهای درمان با استفاده از جنین تشکیل شده در داخل رحم (به صورت قانونی یا غیر

قانونی)

وجه مشترک نه قسم از اقسام مذکور در این است که پزشک به موجب یک قرارداد

معوض، تعهد می کند که جنین تشکیل شده ای را از محیط کشت به رحم زوجه نابارور

منتقل کند و در قسم دهم تعهد پزشک، انتقال جنین تشکیل شده داخل رحمی به رحم

زوجه نابارور است.

۳- توصیف قرارداد

قراردادهای دهگانه مذکور، قرارداد انجام کار و تعهد پزشک انتقال جنین تشکیل شده از یک

رحم یا محیط کشت به رحم زوجه نابارور است. یعنی به موجب قرارداد درمان که نوعی

قرارداد کار است، دو طرف، تعهد متقابلی را به عهده می گیرند. پزشک تعهد می کند که

جنین معینی را به رحم زوجه نابارور منتقل کند و زوجه یا شوهر او تعهد می کند که عوض

کار انجام شده را بپردازد.

دو طرف در قالب عقد صلح معوض یا شرط ضمن عقد لازم نیز می توانند تعهدات مذکور را برای خود ایجاد کنند.

در اصل هیچ دلیلی بر بطلان قراردادهای مذکور در دست نیست و صحت آنها از اصول کلی استنباط می‌گردد^۱. ولی صحت این قراردادها به جواز تشکیل جنین دلالتی ندارد و مشروعیت و عدم مشروعیت تشکیل جنین را باید در جای دیگری مطالعه کرد. نامشروع بودن تشکیل جنین نیز دلیل فساد قرارداد مربوط به انتقال آن نیست با وجود این هر گاه کار موضوع قرارداد ایجاد و تشکیل جنین بی نام و نشان و نامشروع در آینده باشد، قرارداد نیز به عل نامشروع بودن جنین و مغایرت آن با نظم و اخلاق حسنه باطل است^۲.

مصادیق مهم این قراردادها به ترتیب ذیل، مورد بررسی و مطالعه قرار می گیرند:

- قرارداد انتقال جنین تشکیل شده از گامت زوج زوجه :

در این فرض پزشک تعهد می کند که جنین تشکیل شده از گامت زوج و زوجه را به رحم زوجه منتقل کند. ویژگی این قرارداد در این است که فقط بیماران نابارور نسبی می توانند از آن بهره مند شوند و مقصود ناباروران مطلق را بر آورده نمی کند. مقصود از نابارور نسبی کسی است که دارای نطفه (تخمک و اسپرم) است ولی به طور طبیعی نمی تواند بارور شود و به کمک پزشک نیاز دارد. پزشک می تواند با استفاده از گامت خود شخص و تشکیل

جنین در خارج از رحم آن را به رحم زوجه منتقل کند. نابارور مطلق کسی است که فاقد

تخمدان یا فاقد تخمک است. مرد نیز ممکن است فاقد اسپرم یا فاقد سلول های جنسی نر

باشد که در این صورت نابارور مطلق تلقی می شود.

- قرارداد انتقال جنین اعراض یا اهدا شده

هرگاه زوج، نابارور مطلق یا فاقد اسپرم و زوجه، فاقد تخمک باشد، ناباروری به شیوه های

سنتی درمان نمی شود. در این صورت ممکن است زوج نابارور با پزشک قرارداد انتقال جنین

اعراض یا اهدا شده ای را ببندد. شرایط و ویژگی های جنین مورد نظر باید در قرارداد، تعیین

یا اختیار انتخاب جنین نامناسب به پزشک داده شود.

در این صورت اختیار پزشک مطلق نیست و او باید موازین پزشکی و حقوقی را رعایت کند

و جنین دلخواه طرف قرارداد را، چنان که از اوضاع و احوال استنباط می شود، انتخاب و به

رحم زوجه منتقل کند و گرنه مسئول خواهد بود. هرگاه جنین برخلاف قرارداد انتخاب شود،

طرف قرارداد می تواند در صورتی که اختلاف اساسی وجود داشته باشد، از پذیرفتن آن

خودداری کند. چنانکه قرارداد برای انتقال جنین پسر بسته شده باشد ولی جنین دختری را

منتقل کند پزشک تعهد خود را به طور صحیح اجرا نکرده است و متعهد له میتواند از قبول

آن خودداری و هزینه ها و خسارت خود را نیز از پزشک مطالبه نماید!

گفتنی است که صحت قرارداد انتقال جنین اعراض یا اهدا شده دلیل جواز تولید جنین برای دیگری نیست به نظر می رسد که تولید جنین برای دیگری جایز نیست و تعهد مربوط به آن باطل است.

۴- قرارداد های درمان با استفاده از جنین کلی یا تشکیل جنین :

مقصود از قراردادهای درمان با استفاده از جنین کلی یا تشکیل جنین این است که پزشک در برابر متعهد له و در مقابل عوضی که می گیرد تعهد نماید که جنینی را در خارج از رحم و در محیط آزمایشگاه از گامت های معین یا ناشناس، بر طبق شرایط قرارداد، تشکیل دهد و به رحم زوجه نابارور منتقل کند. در واقع چون موضوع تعهد پزشک در این قرارداد تشکیل جنین و انتقال و کاشتن آن در رحم زوجه است. هرگاه تعهد مذکور نامشروع باشد، قرارداد مربوط به آن نیز باطل خواهد بود یعنی مشروع یا نامشروع بودن تعهد مذکور معیار صحت یا بطلان قرارداد درمان ناباروری با استفاده از تشکیل و انتقال جنین است!

- فلسفه و تحلیل حقوقی حرمت تولید گامت و جنین برای دیگری

انسان اشرف مخلوقات است. آفریدگار جهان هستی به او کرامت والایی ارزانی داشته و به طور طبیعی و فطری خانواده را محل تکوین و رشد او قرار داده است. بر مبنای این ارزش ذاتی هیچ کس بر دیگری برتری و ولایت ندارد و ولایت کسی بر دیگری جز در موارد خاص و بدون دلیل پذیرفته شده نیست. اولیای قانونی نیز اختیارا محدودی دارند. چنانکه

پدر یا جد پدری حق اقدام زیانبار درباره مولی علیه خود ندارد و گرنه از سمت خود عزل می شود.^۲

از آنجا که ولی قانونی حق مالکیت به مولی علیه خود ندارد و نمی تواند مسئولیت قانونی خود را سلب یا به دیگری واگذار نماید، به طریق اولی دیگران نیز چنین اختیاری را ندارند. همچنین خود ولی پیش از ایجاد حق ولایت و در دوران جنین و قبل از آن نیز حق واگذاری و اسقاط آن را ندارد. زیرا نه تنها اسقاط « مالم یثبت » باطل است، اسقاط آن به شرط ایجاد حق نیز باطل است. زیرا ولایت قانونی در صورت ایجاد و استقرار نیز قابل اسقاط یا انتقال به غیر نیست.

بنابراین کسی حق ندارد تکلیف قانونی خود را نسبت به اداره جنین و نگهداری آن ساقط کند یا آن را به طور معوض یا حتی رایگان به دیگری واگذار کند. انتقال گامت برای تولید جنین نیز در حکم انتقال جنین است و قرارداد مربوط به آن به دلیل نامشروع بودن جهت باطل است.

با وجود این ، هر کس حق دارد از پزشک و امکانات پزشکی بهره مند شود، یا گامت یا جنین خود را برای تخمین سلامتی و رشد آن به بانک مربوط برای استفاده در مهلت مناسب بسپارد. در این صورت بانک مسئول و امین واگذار کننده است و باید بر طبق تراضی و

جهت خرید فایل word به سایت www.kandoo.cn.com مراجعه کنید
یا با شماره های ۰۹۳۶۶۰۲۷۴۱۷ و ۰۹۳۶۶۴۰۶۸۵۷ و ۰۶۶۴۱۲۶۰-۰۵۱۱ تماس حاصل نمایید

موازین علمی و فنی رفتار کند و گرنه مسئول تخلف عمدی یا از روی اشتباه خود خواهد

بود.

www.kandoo.cn.com
www.kandoo.cn.com
www.kandoo.cn.com

گفتار دوم: قراردادهای مقدماتی یا تبعی - قرارداد تهیه گامت و جنین

۱- مفهوم، وجه تسمیه و اقسام

این قراردادها را که ممکن است به صورت مستقل نیز منعقد گردند، از آن جهت مقدماتی یا تبعی نامیدیم که یا پیش از قرارداد اصلی (قرارداد درمان ناباروری) برای استحصال و ذخیره کردن گامت و جنین یا بعد از آن برای به دست آوردن گامت و جنین، بین پزشک و فرد ثالثی بسته می شود. مقصود از شخص ثالث، شخص طبیعی (مانند زن و شوهر) یا شخص حقوقی (مانند بانک گامت و جنین، Cryobank) است که گامت و جنین را در اختیار پزشک می گذارد.

در پاره ای از موارد، ممکن است بیمار نابارور با شخص ثالث (انتقال دهنده گامت و جنین) بی واسطه قرارداد ببندد، ولی چون بیمار امکانات فنی و تخصصی انتقال را در اختیار ندارد، ناگزیر است از طریق اعطای نمایندگی به مراکز تخصصی درمان ناباروری اقدام کند و گاه ضمن یک قرارداد مختلط درباره درمان ناباروری و تحصیل گامت و جنین با مراکز یاد شده به توافق می رسد.

قراردادهای مقدماتی از نظر فنی، به اعتبار نوع قرارداد و اهداف دو طرف به اقسام ذیل قابل تقسیم هستند:

۱- قراردادهای مستقل و ۲- قراردادهای واسطه

به موجب قرارداد مستقل، گامت و جنین در اختیار مرکز تخصصی درمان بانک قرار میگیرد.
بدون این که نسبت به انتقال آن به دیگری تراضی شود. ولی در قراردادهای واسطه به طور
صریح یا ضمنی توافق می شود که مرکز تخصصی بتواند گامت و جنین را به بیمار معین یا
نامعین منتقل کند.

هر یک از دو قرارداد مذکور ممکن است. معوض یا رایگان و به صورت اهدا (موضوع
ماده ۲ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور) باشد. ممکن است انتقال دهنده، ضمن
قراردادهای مستقل واگذاری یا اهدای گامت و جنین، اذن انتقال به دیگری از آن اعراض
کند. مقصود از اعراض، اسقاط حق عینی نیست، زیرا کسی نسبت به گامت و جنین حق
عینی ندارد. بلکه مقصود انصراف ذخیره کننده است. بالاخره احتمال دارد که واگذار کننده
با گرفتن مبلغی پول، انصراف خود را اعلام دارد اینک پس از بررسی اشکال ممکن و
متصور تشکیل قراردادهای مقدماتی یا تبعی اعتبار آنها را با توجه به نوع قرارداد مورد مطالعه
و بررسی قرار می دهیم.

۲- نوع قرارداد و اعتبار حقوقی آن

گفته شد که قراردادهای مقدماتی درمان ناباروری با استفاده از انتقال گامت و جنین به اعتبار
موضوع و هدف غایی آنها بر دو نوع هستند: ۱- قراردادهای معوض و ۲- قراردادهای

رایگان

قرارداد معوض، آن است که دارنده گامت و جنین آن را در مقابل دریافت عوض مالی به متقاضی انتقال دهد، بفروشد یا معاوضه کند یا با دریافت عوض صلح نماید. به نظر می رسد که این نوع قراردادها همگی باطل هستند. زیرا خرید و فروش انسان و جنین انسان ممنوع است و با کرامت انسانی مغایرت دارد. ولی قراردادهای معوض مربوط به انتقال گامت، مانند فروش، معاوضه و صلح معوض آن با کرامت انسانی مغایر و ممنوع نیست. مگر این که به جهت تلقیح و تشکیل جنین انسانی باشد که در این صورت قرارداد به دلیل نامشروع بودن جهت آن باطل است. به علاوه گامت، نوعاً مال نیست تا قابل فروش باشد. البته چون برای تشخیص ارزش مالی شیء، معیار شخصی قوی تر است. اشکال مذکور وارد نیست. ولی چنان که گفته شد قرارداد به علت نامشروع بودن جهت آن باطل است.^۱ ممکن است قراردادهای رایگان، مانند هبه، به ویژه در صورتی که شرط عوض مالی (شرط اساسی) در آن نشده باشد صحیح پنداشته شود. چنان که قانون گذار در ایران اهدای جنین را^۲ پذیرفته است ولی مقصود قانونگذار از اهداء، هبه نیست زیرا در هبه کسی مالی را به دیگری مجانی تملیک می کند (ماده ۷۹۵ قانون مدنی) در حالی که جنین موضوع اهدای مال نیست تا قابل هبه و تملیک باشد. بنابراین مناسب ترین تحلیل از قانون این است که اهدای جنین، قرارداد

غیر مالی است.^(۱) با وجود این، ماهیت و غایت این قرارداد غیر مالی روشن نیست. هر گاه مقصود از قرارداد اهداء این باشد که اهدا کننده تکالیف فعلی و آینده خود را نسبت به جنین ساقط یا از آن اعراض نماید، به نظر می رسد که تکالیف قانونی یاد شده حق دینی نیستند تا قابل اسقاط باشند. چنان که حق انسان نسبت به جنین، حق عینی نیست تا قابل اعراض باشد. ولی گرچه حق و تکلیف انسان نسبت به جنین قابل واگذاری، اسقاط و اعراض نیست. به نظر می رسد که صاحب حق و تکلیف قانونی بتواند بر طبق قرارداد، پاره ای از حقوق و تکالیف قراردادی مانند دایگی دوران جنینی و پس از آن را برای دیگران ایجاد کند. این تکالیف برای حمایت از جنین در دوران جنینی و پس از تولد با تکالیف قانونی پدر و مادر جنین مغایرت ندارند. چنان که تکالیف قانونی پدر و مادر با تکالیف قراردادی مهد کودک و پانسیون های شبانه روزی مغایرت ندارد. ولی تأویل شتابزده قانون مذکور به این صورت با ارده قانون گذار هماهنگ نیست. زیرا چنان که از ظاهر قانون بر می آید مقصود قانونگذار رفع مسئولیت های قانونی از اهدا کننده و ایجاد تکالیف و رابطه با گیرنده جنین بوده است.^۳

گتفغار سوم : قرارداد اسآآراآ، فرآورآ، درمان و نگهآاری گامت و آنین

اقسام قرارداد

این قراردادها که به آهآ نگهآاری، فرآورآ، آلقآ، گامت نر و ماده و ذآیره سازی آنین های سالم و بهره برداری طرف قرارداد در فرصآ مناسب، بین بیمار نسبی و مراکز آآصصی

درمان ناباروری (بانك اسپرم، آآمك و آنین) بسته می شوند، از قرار ذیل هستند:

- قرارداد اسآآراآ، نگهآاری، فرآورآ، درمان و ذآیره نطفه:

- قرارداد آلقآ گامت نر و ماده و ذآیره سازی آن.

- قرارداد اسآآراآ آنین داخل رآمی، درمان و نگهآاری آن

• قرارداد اسآآراآ، نگهآاری، درمان یا فرآورآ، و ذآیره نطفه

هدف این قرارداد که بین شخص بیمار (زن یا مرد) و موسسه پزشکی بسته می شود،

آسب مورد، اسآآراآ و نگهآاری نطفه تا زمان معین (زمان اسآآراآ) یا اسآآراآ و

درمان نطفه است. در مواردی که شخص برای درمان بیماری دیگر آود ناآزیر است به

عمل آراحی یا درمان های تن در دهد که باروری او را در آینه آهدید می کند یا نطفه

بیماری دارد که باید درمان یا آقویت آردد، به این قراردادها روی می آورد. آنان که

آفته شد، هدف این قراردادها اسآآراآ، نگهآاری، درمان و ذآیره نطفه برای آود بیمار

است و نه دیگری. عقل و منطق صآآ این قراردادها را می آذیرد و از نظر شرعی، منع

آصصی در این باره به آشم نمی آورد و اعمال مذکور مشمول اصل اباحه قرار می

گیرند. با این تحلیل، نه تنها زن یا شوهر می تواند در فرصت مناسب نطفه خود را برای آینده ذخیره کند. بلکه به نظر می رسد که برای استخراج و ذخیره سازی نطفه، ازدواج نیز شرط نیست و هر زن یا مرد مجردی می تواند دوراندهی کند و نطفه دوران جوانی و سلامت جسمی و روحی خود را با بستن قرارداد به بانک اسپرم یا تخمک بسپارد تا پس از ازدواج از آن بهره برداری کند.

- قرارداد تلقیح گامت نر و ماده و ذخیره سازی آن

قراردادهای تلقیح گامت نر و ماده به اعتبار گوناگونی جهت آنها به اقسام ذیل تقسیم می

شوند:

- قرارداد زن و شوهر با موسسه پزشکی

- قرارداد زن و مرد بیگانه با موسسه پزشکی

- قرارداد زن یا مرد (مجرد یا متأهل) با موسسه پزشکی

الف) قرارداد زن و شوهر با موسسه پزشکی

این قرارداد که بین زن و شوهر از یک طرف و موسسه پزشکی از طرف دیگر بسته می شود،

ممکن است برای تلقیح جنین و ذخیره سازی آن برای بهره برداری زن و شوهر با بیگانه

باشد. به نظر می رسد که قرارداد درمان به منظور بهره برداری زن و شوهر صحیح و به منظور

بهره برداری بیگانه باطل است. علت بطلان قرارداد اخیر حسب مورد نامشروع بودن جهت

قرارداد^۱ و در قراردادهای مالی عدم مالیت جنین است^۲. انتقال یا واگذاری جنین در قالب

قرارداد معوض، رایگان یا قرارداد غیر مالی (اهدا) به بانک جنین یا موسسه پزشکی نیز در

حکم واگذاری آن به بیگانه است. (همان مواد)

به نظر می رسد که سپردن گامت به موسسه پزشکی در قالب قرارداد تلقیح و اعطای

نماینده گی به موسسه نیز امکان انتقال قانونی آن را به بیگانه فراهم نمی کند، زیرا وکیل،

اختیاری بیش از موکل خود ندارد.

ب) قرارداد زن و مرد بیگانه با موسسه پزشکی

هرگاه زن و مردی که با هم رابطه زوجیت ندارند با یک موسسه پزشکی، قرارداد استخراج

گامت و تشکیل جنین در محیط خارج از رحم ببندند، این قرارداد اگر به قصد بهره برداری

آنان در آینده حتی به فرض ازدواج یا استفاده دیگران باشد. باطل است. زیرا دو بیگانه حق

نزدیکی و تولید مثل ندارند. دادن اختیار و نمایندگی به یک مؤسسه پزشکی نیز صورت

مسأله را تغییر نمی دهد و ممنوعی عمل را از بین نمی برد. این قرارداد برخلاف نظم عمومی

و اخلاق حسنه است^۳. و از نوع تحلیل حرام به شمار می رود. ولی هرگاه زن و مرد مذکور

با هم ازدواج کرده و آنگاه با درخواست آنان جنین ذخیره شده به رحم زوجه منتقل شود و

به کودک تبدیل گردد، آن کودک در حکم فرزند قانونی آنان است و پزشک می تواند

اجرت المثل تلقیح و نگهداری و اجرت المسمای قرارداد انتقال را در (صورتی که قرارداد جدید برای انتقال بسته شده باشد) از آنان بگیرد.

ج) قرارداد زن یا مرد (مجرد یا متأهل) با بانک جنین برای تلقیح گامت و تشکیل جنین در این فرض زن یا مرد (مجرد یا متأهل) با موسسه پزشکی قرارداد استخراج، تلقیح و تشکیل جنین منعقد می کند. با توجه به مجرد یا متأهل بودن زن یا مرد، دو قسم قرارداد قابل تشکیل است.

قرارداد زن یا مرد مجرد و قرارداد زن یا مرد متأهل

قرارداد زن یا مرد مجرد برای استخراج گامت و تلقیح آن با گامت دیگری و تشکیل جنین (خواه دیگری شناخته شده باشد یا نه و خواه او نیز به تشکیل جنین راضی باشد یا نه) از مصادیق قراردادهای ممنوع و باطل است. بطلان قرارداد، دلایل گوناگونی دارد ولی در یک تحلیل ساده، هدف چنین قراردادی تحلیل حرام است و تولید مثل شخص مجرد (بی واسطه یا با واسطه) ممنوع و حرام است. این قرارداد برخلاف بی نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز محسوب می شود. قرارداد زن یا مرد متأهل، در صورتی صحیح است که هدف قرارداد تشکیل جنین از نطفه او و همسرش باشد، وگرنه قرارداد مانند فرض نخست ممنوع و باطل است!

در هر حال، پزشک باید رضایت همسر (زن یا همسر) طرف قرارداد را برای تلقیح جلب کند در غیر این صورت مسئول است و باید هزینه های قانونی و متعارف همسر مذکور را بپردازد. در این فرض، فرزند حاصل از تلقیح گامت زن و شوهر حتی بدون اجازه همسر وی، فرزند قانونی آنان است. ولی چنان که گفته شد، پزشک در برابر همسری که بدون اجازه او تلقیح کرده مسئول است.

د) قرارداد استخراج جنین داخل رحمی، درمان و نگهداری آن در مواردی که بقای جنین در رحم برای مادر یا جنین هر دو خطرناک است و امکان درمان و نگهداری آن در محیط خارج از رحم وجود دارد، قرارداد استخراج جنین داخل رحمی، درمان و نگهداری آن مطرح می شود. این قرارداد با توجه به قصد و رضای دو طرف، اهلیت آنان و مشروع بودن جهت قرارداد صحیح است. حتی چنان که گذشت، قرارداد انتقال جنین داخل رحمی به رحم دایه برای سرپرست او حتی بعد از تولد یا برگرداندن طفل به انتقال دهنده صحیح است مگر این که جهت قرارداد نامشروع باشد و آن در صورتی است که دو طرف بخواهند در پوشش قرارداد یا با شرط ضمن عقد، تکلیف قانونی صاحب گامت نر و تخمک را با ناشناس گذاشتن آنها ساقط کنند و یا مخفی کاری نسب طفل را در پردهای از

ابهام و فراموشی قرار بدهند (لایحل ان یکتمن ما خلق الله فی ارحامهن ... (روانیست (زنان)

که آنچه را که خدا در رحم آنان آفریده است پنهان دارند^۱).

ه) قرارداد انتقال گامت و جنین برای آزمایش و ارتقای دانش پزشکی

این قراردادها خود به دو دسته تقسیم می شوند: قراردادهای انتقال گامت و قراردادهای

انتقال جنین. از آنجا که گامت، انسان نیست و حتی به شکل جنین بالقوه انسان نیز در نیامده

است، آزمایش و تحقیق بر روی آن برای ارتقای دانش پزشکی و نیل به اهداف بشر دوستانه

مجاز محسوب می شود. به شرط این که با تلقیح آن به تخمک و تشکیل جنین، اهداف

نامشروع دیگری چون تحقیق بر روی جنین انسانی و شبیه سازی انسان دنبال نگردد. آزمایش

بر روی جنین انسانی حتی در مراحل نخستین، به جای حیوانات و موش های آزمایشگاهی

با کرامت والای انسانی منافات دارد (و کرمانا بنی آدم^۲). بنابراین قرارداد اعطای جنین برای

آزمایش، حتی برای اهداف علمی و پزشکی مغایر شئون انسانی و خلاف نظم عمومی و

اخلاق حسنه و باطل است. این قراردادها به دلیل نامشروع بودن هدف باطل هستند. همانند

سازی انسان برای درمان، از مباحث جدیدی است که جوامع حقوقی و اخلاقی کشورها

مبتکر با آن به شدت مخالفت کرده اند ولی مسأله در حقوق داخلی با توجه به اختلاف نظر

فقه‌های معاصر قابل بحث و بررسی است که بطلان این قراردادها، به ویژه بطلان قراردادهای معوض گامت و جنین برای شبیه سازی انسان برای امور پژوهشی نیز قوی تر به نظر می رسد.

بخش چهارم: شرایط و موانع تشکیل قرارداد

زمینه برای استفاده از گامت بیگانه با شرایط ذیل فراهم می گردد:

۱- قصد و رضای بیمار نابارور و قصد و رضای انتقال دهنده گامت

۲- اهلیت دو طرف

۳- اجرای صیغه نکاح دائم یا منقطع بین شوهر زن نابارور با زنی که قرار است تخمک وی

برای درمان ناباروری با گامت زوج تلقیح شود.

۴- درمان ناباروری زن بی شوهر نیز با اجرای صیغه نکاح دائم یا منقطع با استفاده از گامت

زوج امکان پذیر است، ولی نباید با مخفی کاری، حق کودک ناشی از این تلقیح را تضییع

کرد و او را از شناخت پدر خود محروم نمود.

پزشک مکلف است به کشیس که حاضر است با اجرای صیغه نکاح موقت، گامت خود را

برای درمان بیمار نابارور بدهد، تکلیف قانونی ناشی از این اقدام را بگوید و گرنه متخلف و

مسئول خواهد بود.

۵- برای پیشگیری و پرهیز از ازدواج های کودکان حاصل از گامت های یک نفر یا یک

زن و شوهر در آینده، وجود پاره ای از شرایط قانونی مانند شرط لزوم ثبت مشخصات انتقال

دهنده گامت ضروری به نظر می رسد. وجود این اطلاعات نه تنها از نظر حقوقی بلکه از نظر

پزشکی نیز ضرورت دارد و از نظر قرآن کریم هم مخفی کاری و کتمان مخلوق موجود در

رحم (از حیث وجود و منشأ آن) بر زنان حرام است^۱.

حال شرایط اساسی مذکور به ترتیب ذیل مورد مطالعه و بررسی قرار می گیرند.

۱- قصد دو طرف

برای شکل قرارداد، قصد انشای دو طرف لازم است. هرگاه یک طرف به هر دلیل فاقد

قصد باشد، قرارداد باطل است. چنان که قرارداد مجنون، مست و بی هوش باطل است^۲.

توافق قصد دو طرف در نوع قرارداد، ویژگی های آن، ماهیت مورد عقد فرد معین از آن و

وصف اساسی مورد قرارداد ضروری است و گرنه قرارداد تشکیل نمی شود.

قصد دو طرف باید در نوع قرارداد هماهنگ و سازگار باشد و گرنه قرارداد باطل است.

هرگاه قصد بیمار نابارور درمان به شیوه استفاده از داروهای شیمیایی یا طبیعی و از بین بردن

علت بیماری باشد، ولی قصد پزشک درمان با انتقال گامت یا جنین باشد قرارداد تشکیل

نمی شود. عدم هماهنگی قصد دو طرف در ویژگی عقد نیز مانع تشکیل عقد است. چنان که

هرگاه بیمار قصد انتقال گامت یا جنین «الف» را بکند و انتقال دهنده یا پزشک قرارداد

راجع به انتقال گامت یا جنین «ب» را قبول کند باز قرارداد باطل است و تشکیل نمی شود.

بنابراین، به نظر می رسد که بسیاری از قراردادهای مربوط به درمان ناباروری در شرایط

کنونی از این جهت که دو طرف (بیمار نابارور و پزشک) توافق در قصد ندارند باطل است. به علاوه، هر گاه شوهر زن نابارور در جریان درمان قرار نگیرد و رضای او با دادن اطلاعات نادرست و اشتباهی اخذ شود، آن رضای اعتباری است. در صورتی که شوهر زن طرف قرارداد باشد. قصد او نیز برای تشکیل قرارداد لازم است. اشتباه اساسی یا پندار نادرست از واقعیت نیز موجب بطلان قرارداد می شود. مقصود از اشتباه اساسی آن است که هر گاه بیمار حقیقت را می دانست به انشای عقد راضی نمی شد. چنان که هر گاه بیمار نازا به تصور این که گامت اهدایی پیشین او موجود است، عقد را ایجاب و پزشک آن را قبول کند ولی بعد معلوم شود که پزشک آن را به بیمار دیگری انتقال داده و گامت دیگری را به جای آن به رحم متقاضی انتقال داده است، قرارداد در این صورت نیز باطل و پزشک مسئول اشتباه خود است.

۲- اهلیت دو طرف. برای تشکیل قرارداد انتقال جنین دو طرف قرارداد یعنی بیمار نابارور و پزشک باید اهلیت قانونی داشته باشند. مقصود از اهلیت قانونی اهلیت استیفا یعنی داشتن وصف بلوغ، عقل و رشد است. از آنجا که بخشی از تعهدات این قرارداد برای هر دو طرف جنبه مالی دارد، رشد مالی برای آنان لازم است.

باید توجه کرد که قرارداد انتقال گامت و جنین از یک طرف برای متقاضی تعهد مالی ایجاد می کند که باید اجرت پزشک را بپردازد. از طرف دیگر پزشک تعهد می کند که جنین یا گامت اهدا شده را به رحم زوجه منتقل و به این سان کار موضوع تعهد خویش را انجام

دهد. بنابراین، گرچه قرارداد اصلی جنبه مالی ندارد ولی هر دو طرف باید اهلیت قانونی، از جمله رشد لازم برای اداره اموال و امور مالی خود داشته باشند. بند ج ماده ۲ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور عدم حجر زوجین را شرط دادن تقاضای دریافت جنین اهدایی قرار داده است.

زوج و زوجه هر دو باید علاوه بر اهمیت قانونی برخی از امتیازات جسمی و اخلاقی را نیز داشته باشند. بر طبق ماده ۲ قانون مذکور، تقاضای دریافت جنین اهدایی باید مشترکاً از طرف زن و شوهر تنظیم و تسلیم دادگاه شود و دادگاه در صورت احراز شرایط ذیل مجوز دریافت جنین را صادر می کند: الف) زوجین بنا به گواهی معتبر پزشکی امکان بچه دار شدن نداشته باشند و زوجه استعداد دریافت جنین را داشته باشد. ب) زوجین دارای صلاحیت اخلاقی باشند. ج) هیچ یک از زوجین محجور نباشند. د) هیچ یک از زوجین مبتلا به بیماری های صعب العلاج نباشند. ه) هیچ یک از زوجین معتاد به مواد مخدر نباشند و زوجین باید تابعیت جمهوری اسلامی را داشته باشند.

۳- مشروعیت جهت

هرگاه جهت قرارداد نامشروع باشد، آن قرارداد باطل است^۱. چنانچه هر گاه جهت قرارداد ناشناس نگاه داشتن پدر و مادر جنین برای فرار آنان از تکالیف قانونی باشد، قرارداد باطل است. یا هر گاه جهت قرارداد ایجاد ولایت غیر قانونی یا ایجاد حق حضانت و دیگر حقوق

به طور غیر قانونی باشد، در بطلان قرارداد تردیدی نیست. بر همین مبنا، باید قرارداد دایگی پیش از تولد را هم به جهت فرار از تحمل دشواری های دوران بارداری یا سلطه جویی یا بهره مندی از رنگ پوست و چشم دایه باطل دانست. ولی نا مشروع بودن جهت (به طور صریح یا ضمنی) باید احراز شود.

۴- مورد معامله و موضوع تعهد دو طرف

یکی از مباحث فنی و اخلاقی حقوق قراردادها تعیین موضوع یا مورد قرارداد و تفکیک آن از تعهدات ناشی از قرارداد است این ابهام و اختلاف در قراردادهای غیر مالی و مرکب مانند اجاره رحم و انتقال گامت و جنین دو چندان می شود.

موضوع قرارداد از تعهدات ناشی از آن قابل تفکیک است. زیرا اغلب، تعهد هر یک از دو طرف به تنهایی یا تعهد هر دو طرف موضوع قرارداد نیست. بلکه اثر قرارداد است یعنی قرارداد سبب و تعهد مسبب آن است.

۴-۱) مورد معامله

الف) مورد معامله در قراردادهای ساده و مرکب

قرارداد انتقال گامت و جنین همواره یک قرارداد ساده نیست بلکه گاه مرکب از چندین قرارداد است که برخی از آنها جنبه غیر مالی و برخی جنبه مالی دارند. برخی نیز در زمره قراردادهای اذنی قرار می گیرند. چنان که قرارداد درباره آن بخش از تعهد پزشک که ناظر

به انجام دادن کار است، جنبه مالی دارد، ولی تعهد او درباره تهیه جنین و انتقال آن غیر مالی است که از طرف شخص نابارور برای این کار مأذون شده و نمایندگی دارد. به علاوه، فروش برخی از لوازم و اجاره مکان و شخص نیز در ترکیب این قرارداد می گنجد.

از آنجا که در مجموع این اعمال حقوقی، انتقال گامت و جنین جنبه اصلی و غیر مالی دارد، می توان قرارداد را غیر مالی دانست. زیرا هیچ یک از اعمال حقوقی که در ترکیب این قرارداد مرکب قرار دارد، به تنهایی استقلال ندارد و برای نیل به مقصود اصلی یعنی انتقال گامت و جنین، موضوع قصد مشترک دو طرف قرار میگیرد. با وجود این، به نظر می رسد که هر یک از عقود معین تابع قواعد ویژه خود است. گرچه می توان قرارداد انتقال جنین و گامت را قرارداد اصلی و دیگر قراردادها را که برای اجرای آن مورد توافق قرار گرفته اند شرط قرارداد اصلی دانست. بنابراین با بطلان قرارداد اصلی تمام قراردادهای فرعی نیز، که در ترکیب قرارداد اصلی نقش شرط را ایفا می کنند، باطل می شوند. ولی بطلان شرط همیشه قرارداد اصلی را باطل نمی کند، مگر این که جزو شرط باطل و مبطل باشد.^۱ در صورت بطلان شرط، بیمار نابارور ناآگاه می تواند عقد را فسخ^۲ و به استناد تسبیب^۳ و غرور خسارت خود را از پزشک مسبب بگیرد با وجود این، گرچه قرارداد اصلی جنبه غیر مالی دارد و موضوع آن مال نیست، بر مبنای عرف، قرارداد مستقل مالی نیز بین شخص نابارور و

پزشک بسته می شود. این قرارداد که خود هدف اصلی نیست. جنبه مقدماتی دارد، ولی گاه به طور مستقل منعقد می گردد. حتی به اعتبار حکومت ظاهر تعهد به انتقال گامت، برای تولید جنین انسان و جنین شرط آن است. بنابراین قراردادهای مذکور عبارتند از:

(ب) مورد معامله در قراردادهای انتقال گامت و جنین

این قرارداد که برای انتقال گامت و جنین، بین شخص نابارور و پزشک بسته می شود، یک قرارداد مالی است و موضوع آن تعهدات متقابل دوطرف است. بیمار تعهد می کند مبلغی را به پزشک بپردازد و پزشک تعهد می کند که کارهای معین یا قابل تعیین از نظر پزشکی را برای انتقال گامت و جنین انجام دهد.

در واقع، موضوع تعهد پزشک در این بخش، اغلب فعل (انجام دادن پاره ای از اعمال پزشکی) و ترک (خودداری از برخی کارهای زیانبار و ممنوع) است.

در پاره ای از موارد، ضمن این قرارداد که عقد لازم است، پزشک تعهد میکند که گامت و

جنین مورد نظر را تهیه و منتقل کند با گامت و جنینی را که از پیش اهدا شده است منتقل

نماید. بنابراین: اولاً هرگاه پزشک، گامت و جنین در اختیار ندارد، باید بر طبق تعهد شرطی

(قرارداد فرعی) به تعهد خود عمل کند و برای فراهم نمودن گامت و جنین به بانک تخمک

و اسپرم یا مستقیماً به اهدا کننده رجوع نماید. قراردادی که پزشک با داوطلب اهدا در این

باره می بندد جنبه مالی ندارد و غیر مالی است. زیرا خرید و فروش جنین انسان با کرامت

انسانی منافات دارد و خرید و فروش گامت برای تولید جنین انسانی نیز چون جهت نامشروع دارد باطل است.

ثانیاً، هر گاه پزشک از پیش با بستن قراردادهای غیر مالی یا پذیرفتن گامت ها و جنین های اهدا شده آنها را در اختیار دارد باید به تعهد خود عمل کند و گامت یا جنین مورد نظر و توافق شده را به رحم زن نابارور منتقل نماید.

ج) مورد معامله در قرارداد انتقال گامت و جنین بیمار ممکن است بیمار نابارور، گامت یا جنین خود را از پیش در بانک مخصوص، منجمد و ذخیره کرده باشد که در این صورت پزشک باید آنرا بر طبق موازین پزشکی به رحم شخص نابارور منتقل کند.

د) مورد معامله در قرارداد دایگی پیش از تولد گفته شد که این قرارداد بین زوج (زن و شوهر) بارور از یک طرف و دایه از طرف دیگر، هنگامی بسته می شد که زوجه به دلیل جسمی و روانی، قادر نیست جنین را در رحم خود پرورش دهد. این قرارداد از نوع اجاره انسان (اجاره رحم) است و نوعی قرارداد کار است. اطلاق اجاره یا عاریه رحم به این قرارداد درست به نظر نمی رسد. زیرا اگر چه بر طبق قرارداد، جنین تا زمان تولد در رحم دایه قرار می گیرد، ولی فقط منافع رحم مورد قرارداد نیست، بلکه در این مدت تکلیف و تعهدات زیادی بر عهده دایه قرار می گیرد و موضوع قرارداد، تعهد متقابل دایه و پدر و مادر جنین است. تعهد دایه، مجموعه ای از رفتارهای

ضروری برای رشد مناسب جنین است. این قرارداد نیز مانند دیگر قراردادهای مربوط به

اجاره شخص با ویژگی و شرایط خود است. این شرایط و ویژگی ها به اختصار عبارتند از:

۱- مدت اجاره باید تعیین گردد و حداقل آن به اندازه مدت بارداری (نه ماه) است. ممکن

است قرارداد دایگی برای دوران بارداری و مدتی پس از بارداری منعقد شود و دایه متعهد

گردد بعد از زادن طفل، مدتی برای مثال تا دو سال، او را شیر دهد.

۲- رضایت شوهر زن برای نفوذ قرارداد لازم است.

۳- قرارداد دایگی پیش از تولد با زن مجرد بر خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه و باطل

است. گرچه اصل آزادی اراده در تشکیل قراردادها صحت چنین قراردادهایی را اقتضا دارد،

ولی عرف نیکوکاران و اخلاق آنان آبستنی زن مجرد را تحمل نمی کند.

۴- دایه باید طبق قرارداد و عرف به تعهدات خود عمل کند و گرنه مسئول است.^۱

با وجود این قرارداد دایگی پیش از تولد، جز در مواردی که حیات جنین یا مادر یا هر دو در

خطر است باطل به نظر می رسد. زیرا نظم عمومی و اصل برابری انسان ها اقتضا دارد که از

تجارت (اجاره) پرورش جنین پیشگیری شود.

ه) مورد معامله در قرارداد بین انتقال دهنده و انتقال گیرنده گامت و جنین

در برخی از موارد ممکن است شخص نابارور، خود داوطلب اهدای گامت و جنین را بیابد و

او را به پزشک یا مؤسسه پزشکی معرفی کند. قراردادی که در این فرض بین انتقال گیرنده

و انتقال دهنده بسته می شود، قرارداد مالی نیست و نمی توان برای آن پول پرداخت. با وجد
این رجوع بی واسطه شخص نابارور به اشخاص برای دریافت گامت و جنین با پاره ای از
موانع قانونی، اخلاقی و اجرایی رو به روست. ولی چند راهکار شرعی و قانونی به ترتیب
ذیل در این موارد بسیار جالب و قابل اجرا به نظر می رسد: ۱- هرگاه شوهر، بارور و زوجه
نابارور باشد، می تواند با زن دیگری عقد ازدواج منقطع ببندد و پس از تشکیل جنین (در
درون یا بیرون از رحم) آن را به رحم زوجه خود منتقل کند و در این باره با پزشک قرارداد
ببندد.

۲- هرگاه زوج، نابارور باشد و زوجه بارور، امکان انعقاد نکاح منقطع برای زن شوهر دار
وجود ندارد. زیرا نکاح زن شوهر دار ممنوع است. در این فرض او ناگزیر است که به یک
بانک جنین رجوع کند یا به یک پزشک یا مؤسسه پزشکی در این باره وکالت دهد. جواز
انتقال جنین و گامت در این فرض مورد اختلاف است. ۳- هرگاه زن مجردی، بخواهد بدون
تشکیل خانواده صاحب فرزند شود، می تواند با مرد دلخواه خود ازدواج موقت کند و پس
از بارور شدن و بذل یا انقضای مدت نکاح دارای فرزند شود. البته در این فرض تکالیف پدر
قانونی بر عهده زوج، مستقر می شود. ممکن است زنی به یک مؤسسه پزشکی نمایندگی
بدهد و او صاحب گامت نر را شناسای و صیغه عقد را بخواند و آنگاه گامت را بگیرد و به
رحم زن منتقل کند. ولی صحت چنین عقدی، با توجه به نقش و اهمیت شخصیت زوج و

زوجه در عقد نکاح، قابل بحث و تردید است. به ظاهر، چنین عقدی با توجه به اعطای

وکالت و انتخاب وکیل صحیح است.

۲-۴) موضوع تعهد و اقسام موضوع تعهد

گفته شد که برای انتقال گامت به منظور تولید جنین انسانی و جنین، قراردادهای گوناگونی

به صورت مختلط یا ساده بسته می شود که ویژگی های دو قرارداد ذیل اساسی و قابل بحث

است: قرارداد شخص نابارور با پزشک برای انتقال گامت و جنین و قرارداد پزشک با انتقال

دهنده، از نظر ویژگی های این قراردادها باید گفت از آنجا که قرارداد شخص نابارور با

پزشک یا موسسه پزشکی، قرارداد انجام دادن کار است، باید ویژگی های قرارداد مالی و

اجاره انسان (قرارداد کار) را داشته باشد مورد قرارداد یا تعهد متقابل دوطرف به تفکیک و

به ترتیب ذیل قابل بحث و بررسی است: ۱- موضوع پول یا وجه نقد و عمل به دستورات

پزشک در طول دوره درمان است. ۲- موضوع تعهد پزشک و ویژگی های آن: موضوع

تعهد پزشک انجام دادن کار است. کاری را که پزشک در انتقال گامت و جنین برای درمان

بیماری بر عهده می گیرد. هم جنبه مثبت دارد، مانند حضور در اتاق عمل و قراردادن جنین

در رحم شخص نابارور و هم جنبه منفی، مانند استفاده نکردن از ابزار آلوده و مصرف شده و

داروهای تاریخ گذشته.

اوصاف و شرایط: قاعده این است که کار موضوع تعهد باید معلوم و معین^۱ مقدور^۲، مشروع^۳ بوده و منفع عقلایی^۴ داشته باشد. ولی اولاً معلوم و معین بودن کار پزشک به علم تفصیلی، شرط صحت قرارداد انتقال گامت و جنین برای درمان ناباروری نیست و علم اجمالی به آن کافی است.^۵ حتی به نظر می رسد که شخص نابارور به شیوه جعاله می تواند تعهد کند که مبلغ معینی را به پزشک داوطلب درمان خود پردازد.^۶

ثانیاً، مقدور بودن کار پزشک نیز شرط صحت قرارداد پزشکی است. زیرا تعهد به انجام دادن کار غیر مقدور، معقول نیست و ضمانت اجرا ندارد. چنان که هرگاه پزشکی تعهد کند بیمار فاقد تخمدان را بدون انتقال گامت و جنین درمان کند، ولی امکان چنین درمانی مانند شرایط کنونی نباشد، قرارداد باطل است. با وجود این هرگاه پزشک معالج قادر به انجام دادن کار موضوع تعهد نباشد، ولی عمل درعرف پزشکی مقدور باشد، باید به هزینه خود عمل موضوع تعهد را به وسیله پزشک دیگر انجام دهد. مگر این که شرط مباشرت در عمل کرده باشد که بدون رضایت شخص نابارور نمی تواند عمل را به پزشک دیگری واگذار کند و هزینه او را پردازد. در این صورت، قرارداد باطل است و پزشک به جبران خسارت بیمار محکوم می شود.

در قراردادهای درمان ناباروری، هرگاه طرف قرارداد، پزشکی باشد که شخص نابارور به سبب شهرت و شخصیت او قرارداد بسته باشد، مباشرت او در عمل، قید ضمنی قرارداد است و باید خود او عمل را انجام دهد. مگر این که بیمار به واگذاری عمل به دیگری رضایت بدهد. ولی هرگاه طرف قرارداد، شخص حقوقی باشد، مباشرت پزشک خاصی شرط نیست، مگر این که توافق دیگری صورت گرفته باشد. ثالثاً مشروع یا قانونی بودن کار پزشک، مانند دیگر قراردادها، شرط صحت قرارداد است و اگر پزشکی بر طبق قرارداد تعهد نامشروعی (انجام دادن کارهای حرام) برعهده بگیرد، آن قرارداد و در نتیجه تعهد نامشروع، باطل است و متعهد را نمی توان به کار نامشروع یعنی تعهدی که حلالی را حرام یا حرامی را حلال می کند، الزام نمود^[۲۱] مشروع بودن قرارداد انتقال گامت و جنین برای درمان ناباروری به مشروع بودن انتقال بستگی دارد. هرگاه انتقال، مشروع باشد، قرارداد مربوط به آن مشروع است و گرنه قرارداد نیز نامشروع و باطل خواهد بود.

رابعاً، گرچه از قواعد عمومی بر می آید که کار موضوع تعهد، باید منفعت عقلایی قابل ارزیابی با پول داشته باشد^۳ و گرنه تخلف از آن خسارتی به بار نمی آورد و اجبار متعهد، به ایفا امکان ندارد. ولی چون مسئولیت ناشی از نقض عهد، بدل تعهد نیست، بلکه تعهدی

جدیدی است که در نتیجه تقصیر قراردادی ایجاد می گردد. و در بیشتر موارد با تعهد اصلی
سنخیت ندارد. بنابراین مسئولیت ناشی از تعهد غیر مالی مانند جبران خسارت معنوی با پول،
می تواند چهره مالی داشته باشد. به علاوه مالیت داشتن موضوع تعهد، امر نسبی است و
ممکن است تعهدی در رابطه پزشک و بیمار ارزش مالی داشته باشد.

۵) موانع قرارداد درمان ناباروری با استفاده از گامت بیگانه

گفته شد که درمان ناباروری با استفاده از گامت بیگانه دو مصداق بیشتر ندارد: درمان با
استفاده از گامت نر و درمان با استفاده از گامت ماده، ولی قرارداد درمان مربوط به هر دو
گامت باطل و بی اعتبار است.

با وجود این، هر گاه موانع مفقود و شرایط موجود باشد، امکان تشکیل قرارداد فراهم می
گردد.

۱) موانع قانونی تشکیل قرارداد یا موارد بطلان آن

از آنجا که صحت قرارداد درمان با گامت بیگانه منوط به جواز تلقیح گامت بیگانه است و
هیچ کس حق ندارد بدون اجازه دیگری، گامت او را با گامت خود تلقیح کند و جنین و
آنگاه کودک تولید کند، مگر از طریق نکاح مشروع، واسطه شدن پزشک یا مرکز
تخصصی درمان ناباروری صورت مسأله را تغییر نمی دهد و موانع قانونی را از سر راه بر نمی

دارد. به علاوه، چنان که گفته اند، هرگز دلیل شایستگی یا وجد قرارداد یا حتی مصلحت کودک به بیگانه سمت مادری اعطا نمی کند.

بنابراین، برای صحت قرارداد درمان، فقدان موانع قانونی نکاح دایم یا منقطع^۱ حسب مورد ضروری است. چنان که در هیچ شرایطی حتی با رضایت دو طرف، پزشکی حق ندارد گامت پدر را به دختر، پسر را به مادر و برادر را به خواهر وی تلقیح کند.

۲) موانع قراردادی

از آنجا که برخی از موانع در اثر قرارداد پیشین ایجاد می شوند، در زمره موانع قراردادی نیز جای می گیرند. برای مثال گرچه ازدواج زن شوهر دار به حکم قانون ممنوع است^۲، ولی چون نکاح با اختیار و قصد محقق می شود، هر نکاحی مانع قراردادی نکاح بعدی نیز محسوب می گردد. بنابراین چون نکاح دایم و موقت زن شوهر دار ممنوع است، درمان ناباروری او با گامت نریگانه ممنوع است و این ممنوعیت به اعتبار وجود قرارداد نکاح ایجاد می شود و در زمره این موانع نیز قرار می گیرد.

به علاوه هرگاه شخص یا مؤسسه ای به موجب قراردادی تعهد کند که از جنین یا گامت خاصی بهره برداری نکند، باید به تعهد پایبند باشد و حق ندارد از آن تخلف کند وگرنه از

نظر مدنی و گاه کیفری مسئول است. در این فرض نیز قرارداد پیشین مانع از انتقال و درمان محسوب می شود.

موانع صحت قرارداد اهدای گامت و جنین

اصل صحت معاملات که پس از « احراز شرایط اساسی صحت معامله در حد ظن » جاری می شود، در قراردادهای اهدای گامت و جنین نیز قابل اعمال است. یعنی هرگاه ظن داشته باشیم که این قراردادها به صورت صحیح واقع شده یا نه، باید آنها را صحیح پنداشته و آثار صحت را بر معامله مترتب نماییم. مع هذا از نظر حقوقی و دیدگاههای فقهی می توان موانعی را در سر راه صحت قراردادهای مربوط به گامت و جنین انسانی در نظر گرفت که این موانع ممکن است باعث ایجاد شک و تردید در صحت اینگونه قراردادها گردد به طوریکه نتوان اصل صحت را جاری ساخت.

در این مبحث، عمده دلایلی را که دارای پشتوانه تحلیلی حقوقی یا فقهی می باشند مورد بررسی قرار می دهیم:

(۱) فقدان مالیت عرفی

ممکن است گفته شود: مال بودن از شرایط مورد معامله است. چیزی می تواند مورد معامله قرار گیرد که مال باشد در حالیکه اسپرم، تخمک و یا جنین انسانی مال نیستند و عرفاً به آنها عنوان « مال » اطلاق نمی گردد و جزء دارایی شخص محسوب نمی شوند. مقام و متدلت

انسانی بالاتر از این است که به این فرآورده های بیولوژیکی بدن عنوان مال را اطلاق نمود،

فلز این گونه معاملات به لحاظ « مال نبودن مورد معامله » باطل می شود

در پاسخ باید گفت درست است که ارزش اقتصادی شیء باید چهره‌ی نوعی و همگانی

داشته باشد تا بتوان به آن عنوان مال را اطلاق نمود ولی هیچ مانعی ندارد که چیزی در

رابطه‌ی دو طرف قرارداد ارزش مالی داشته باشد، هر چند که دیگران در برابر موضوع آن

بهای نپردازند؛ کفایت انگیزه‌ی معامله، عقلانی و مشروع باشد.^۱

۲) فقدان ملکیت

انسان در صورتی می تواند در چیزی تصرف نماید که بر آن مالکیت داشته باشد و اختیار و

اجازه‌ی تصرف در آن را داشته باشد. تصرفات انسان در غیر مایملک خویش فاقد نبوده و

دارای آثار حقوقی نیست. مالک انسان خداوند است و انسان بر اعضاء و جوارح خود آن

نحو مالکیتی که بتواند آنها را مورد معامله و انتقال قرار دهد ندارد.

در پاسخ به اشکال فوق می توان چنین استدلال نمود که مسائل حقوقی و معاملات را نباید از

زاویه‌ی مسائل توحیدی و عرفانی نگریست والا اموال و مادیاتی که در تصرف انسان می

باشند، نیز ملک خداوند است و مالک حقیقی آنها خداست و اگر این استدلال پذیرفته شود،

انسان هیچ معامله ای نباید انجام دهد. درست است که خداوند مالک حقیقی انسان است

ولی خداوند انسان را مختار آفریده است و انسان عرفاً سلطه بر خویشتن دارد. همچنین انسان

بر اسپرم، تخمک و جنین خود سلطه و تصرف داشته و نوعی مالکیت اعتباری دارد و از طرفی به عنوان مالک غیر حقیقی مأذون و مستخلف از جانب خداوند، در حدود اذن و محدوده‌ی احکام شرع، حق همه گونه تصرف را دارد.

۳) غیر متعارف بودن

معاملات و داد و ستدهایی که بین مردم جوامع مختلف رواج دارد. راجع به اموال و اشیائی است که معامله و داد و ستد آنها کاملاً متعارف و معمولی است. این اشیاء علاوه بر اینکه مالیت دارند معامله و نقل و انتقال آنها متعارف و مأنوس مردم جامعه است، اما در مورد گامت یا جنین بالقوه‌ی انسانی چنین چیزی وجود ندارد. بنابراین استدلال چون معاملات گامت و جنین امری نامتعارف و نامأنوس است لذا این معاملات را نمی توان از نظر حقوقی صحیح دانست.

پاسخ استدلال مزبور آن است که متعارف یا غیر متعارف بودن نمی تواند ملاکی برای صحت یا عدم صحت معاملات باشد چرا که موضوع بحث ما پدیده ای است نو و جدید که امکان آن در اثر پیشرفت های عظیم علمی معاصر و دستاوردهای اخیر علم پزشکی برای بشر فراهم آمده است مضافاً به اینکه بسیاری از معاملاتی که در زمان حاضر و در زمان ما متعارف و مأنوس است، برای مردم اعصار گذشته امری نامتعارف و نامأنوس بوده اند،

بنابراین متعارف و مأنون بودن یا نامتعارف و نامأنوس بودن نباید ملاک و معیاری برای صحت و یا عدم صحت معاملات و داد و ستدها قرار گیرد.

عموم آیهی « افسوا بالعقود» در قرآن کریم و همینطور قاعدهی فقهی شروط که مقرر می دارد: « المؤمنون عند شروطهم» قراردادهای و معاملاتی را که در زمان شارع وجود نداشته و مرسوم و معمول نبوده است در بر می گیرد. برای صحت وضعیت حقوقی قراردادهای و معاملات مستحده عدم وجود نهی از طرف شارع کفایت می کند و لزومی به وجود دلیل خاص شرعی در این مورد نیست. بنابراین ملاک و معیار صحت هر معامله ای عدم منع شرعی در خصوص آن معامله است و متعارف یا نامتعارف بودن معامله نقشی در این ارزیابی ندارد و نمی توان براساس این معیار به قضاوت در مورد معاملات مختلف مستحده پرداخت.

۴) هتک حرکت انسان

انسان اشرف مخلوقات است و از سوی خداوند به مقام جانشینی وی در روی زمین انتخاب شده است. احترام به انسان و نگهداشتن حیثیت و شرافت انسانی و تنزل ندادن مقام و منزلت انسانی از سوی تمام ادیان و مذاهب و همین طور قوانین بشری مورد تأکید قرار گرفته است. لزوم احترام به انسان و حفظ حرمت انسانی ایجاب میکند که نه خود فرد و نه دیگران عملی را انجام بدهند که باعث بی احترامی به انسان و هتک حرمت وی شود. جلوه های این

نگرش در نظم عمومی و اخلاق حسنه ظاهر شده و موجب محدودیت آزادی قراردادی و بطلان اینگونه معاملات می شوند. معاملات درمورد اسپرم و تخمک و جنین انسانی مصداق بارزی از هتک حرمت انسان و تحقیر شخصیت و تنزل مقام انسانی به حساب می آید که با استناد به نظم عمومی و اخلاق حسنه باید اینگونه معاملات را باطل محسوب نمود.

در پاسخ می توان گفت که در مورد مطالعه ارائه شده در این زمینه که انسان موجودی شریف و دارا حیثیت می باشد و باید از هر عملی که شخصیت انسانی را پست می کند و به مقام و منزلت انسان لطمه وارد میآورد جلوگیری کرد تردیدی وجود ندارد، اما نمی توان این قراردادها را مصداق بارز هتک حرکت انسان دانست چرا که این قراردادها غیر معوض بوده و انگیزه‌ی اصلی در انعقاد اینگونه قراردادها مقاصد انسان دوستانه نوع دوستانه و شرافتمندانه می باشد.

عمل اهدای گامت / جنین که به صورت یک طرفه و بدون هیچ گونه چشمداشت مالی انجام می پذیرد عملی است که بدون شک حاکی از اشیا و از خود گذشتگی و معنویت گرایی عامل می باشد. کسی که برای رهایی یک خانواده بشری از ورود و رنج ناشی از ناباروری حاضر است گامت یا جنین خود را اهدا کند نه تنها عملی را که موجب هتک حرکت انسانی تلقی شود، انجام نداده است بلکه انسانهای دیگری را از غم و اندوه نجات داده و زمینه‌ی تحقق عملی رؤیاهای آنها را فراهم کرده است. وجود انگیزه‌ی شرافتمندانه و

نوع دوستانه‌ی اهدا کننده گامت یا اهدا کنندگان جنین بالقوه از یک طرف و قصد زوج نابارور در تولد یک موجود انسانی از طرف دیگر مسئله‌ی هتک حرمت انسان را در این قراردادها منتفی می‌سازد و از این جهت نمی‌توان قائل به بطلان این قراردادها بود. ضرر ناشی از قراردادهای اهدای گامت/ جنین (که با تنظیم مقررات صحیح می‌توان تا حد زیادی آن را کاهش داد) در برابر منافی که برای انسان و جامعه‌ی انسانی حاصل می‌گردد، به مراتب کمتر می‌باشد. به طوری که می‌توان نوعی مصلحت را در این خصوص در نظر گرفت.

در فقه نیز این نظر وجود دارد که «انسان در حال حیات و در صورت مصلحت و عدم نهی شارع می‌تواند هرگونه بخواهد با بدن خود رفتار کند و نهی شارع تنها در مورد قتل نفس وارد شده است و پایین تر از آن دلیلی بر حرمت جز حدیث لاضرر و لاضرار وجود ندارد.^۱ عمل اهداء کننده هیچ‌گونه ضرری برای وی در پی نداشته و تأثیری در روند فعالیت‌های فیزیکی وی ندارد، پس مطابق با دیدگاه فوق می‌باشد.

نظر به «عدم نهی شارع» در این خصوص و با عنایت به وجود مصلحت در انعقاد اینگونه قراردادها می‌توان حکم به جواز این عمل داد.

۵) ممنوع بودن معاوضه یا خرید و فروش خون در فقه که مثل گامت یا جنین از ترکیبات بیولوژیکی بدن می‌باشند.

از نظر فقهی بیانات صریحی از فقها مبنی بر ممنوع بودن معاملات راجع به خود وجود دارد.

در کتاب مقنعه و نمایه شیخ طوسی و شرایع و مبسوط و قواعد آمده است که بیع خرید و

فروش خون صحیح نیست.^۲ شیخ انصاری در مکاسب بیان می دارد که معاوضه‌ی خون از

نظر فقها بدون نظر مخالف، حرام است.^۳

فقهای مذکور با استناد به آیات و روایاتی که در این زمینه وارد شده است، تأمل به ممنوع

بودن معاملات در مورد خون شده اند.

در مقابل عده ای دیگر از فقها وجود دارند که در رد نظر فقهای فوق الذکر اظهار عقیده

می نمایند که نباید به ظاهر ادله در این خصوص استناد کرد. اینان معتقدند که آیات و روایات

مورد استناد ناظر به مصرفی است که در زمانهای سابق برای خون متصور بوده است. در آن

زمان مصرف عمده و مهم خون، خوردن آن بوده که بدین جهت شارع حکم به ممنوعیت

بیع و معاوضه‌ی آن داده است. در آن زمان منفعتی غیر از خوردن و آشامیدن برای خون

متصور نبوده است و شارع در واقع با اعلام حکم ممنوعیت معامله، خوردن خون را ممنوع و

حرام دانسته است نه اینکه تمام انتفاعات آن را ممنوع کرده باشد.

شارع فقط معامله و خرید و فروش خون را برای مصارف خوردنی ممنوع کرده است و این

قضیه در هر زمانی که اتفاق بیفتد ممنوع است؛ اما خرید و فروش آن به منظور منافع و فواید

و استفاده های دیگر مجاز است و هیچ دلیلی بر ممنوعیت آن وجود ندارد. در حال حاضر، خون دارای منافع بسیار مهمی است و دارای مالیت بوده و در محافل پزشکی دارای اهمیت بسزایی است و ارزش مالی خاصی برای آن قائل هستند.

آن قائل هستند، گذشته از اینها معامله و خرید و فروش خون در مقام جوامع رواج کامل دارد و عقلای قوم آن را تأیید نموده اند. مضافاً به اینکه هیچ قبیحی در این معاملات وجود ندارد. قرارداد در مورد دادن خون حتی اگر معوض باشد، چون دارای نفع عمومی است از قراردادهای صحیح است.

ماده ۸ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی مصوب ۱۳۴۳ به دارندگان آزمایشگاهها اجازه می دهد که با مجوز مخصوص وزارت بهداشت اقدام به خرید و فروش خون کنند. آیین نامه راجع به انتقال خون که در سال ۱۳۳۸ به تصویب رسید دارای مقررات مفصلی در این زمینه است. برخی از فقهای معاصر نیز جواز فروش خون را با شرایطی پذیرفته اند.

در تحریر الوسیله آمده است که: « و الا قوی جواز الانتفاع بالدم فی غیر الا کل وجواز بیعه لذلک... »

به نظر می رسد نظریه ی فقهای اخیر منطقی و مناسب تر باشد؛ علیهذا ممنوعیت این ترکیب بیولوژیکی بدن ناظر به « نوع منفعت » بوده است که در فرض مورد نظر ما با وجود منفعت به

وجود آمدن کودک برای زوج نابارور نمی توان قائل به بطلان معاملات مربوط به گامت یا جنین انسانی بود.

۶) ممنوع بون خرید و فروش و معامله نجاسات در فقه که شامل گامت انسانی نیز می شود.

بحث مکاسب محرمه در فقه پیرامون انواع کسب های حرام می باشد. منظور از کسب معنای

اعم آن می باشد که هم شامل نگهداری و هم در بردارنده ی انجام معامله می گردد. یکی از

انواع کسب های حرام که در کتب فقی ذکر شده است، اکتساب به اعیان نجس می باشد.

با توجه به بیانات قبلی می توان گفت که ادله ی « حرمت انتفاع از نجاسات در شرع» به طور

مطلق نبوده و غالباً راجع به منفعت و یا استفاده ی خاصی است و در صورت وجود منافع

مقصوده ی عقلائی معامله برای حصول به آن منافع، جایز و صحیح می باشد. با این تفسیر و

اینکه دلیلی مبنی بر حرمت و ممنوعیت استفاده از منافع اسپرم و تخمک انسانی در عمل

اهدای گامت و جنین که همانا به وجود آوردن بچه برای زوج نابارور است، درست نمی

باشد لذا استفاده از گامت در این منفعت خاص که به صورت متعارف در زمان حاضر در

علم پزشکی رایج و معمول است، ممنوع و حرام نبوده، لذا معاملات برای حصول به این

منفعت نیز منع شرعی نداشته و صحیح و جایز می باشد.

ماهیت حقوقی اهدای گامت و جنین

سؤالی که در رابطه با انجام عمل اهدای گامت و جنین مطرح می شود و صف حقوقی پیمان اهدا کننده با کلینیک یا مؤسسه مربوطه است و اینکه در نظام حقوقی کنونی این عمل را در کدام یک از قالب های حقوقی شناخته شده می توان جای داد. شناخت این رابطه از نظر آثار آن بر حقوق اهدا کننده ی گامت و همینطور چگونگی استفاده از گامت یا جنین های اهدایی سودمند می باشد.

هم اکنون به بررسی قابلیت انطباق پیمان بین « اهدا کننده و مؤسسه مربوطه » با نهادهای نظام حقوقی ایران می پردازیم، لازم به ذکر است عمل حقوقی در اختیار قرارداد گامت یا جنین از سوی صاحب یا صاحبان آنها به مؤسسه یا کلینیک مربوطه با اعراض، اذن، صلح، هبه، وکالت و قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی قابل تطبیق است که هر کدام از اینها آثار مخصوص به خود را دارد.

(۱) اعراض

در اعراض، صاحب حق یا مال می تواند با اراده ی خود از حق صرفنظر نموده و باعث سقوط و زوال این حق گردد. زوال حق پایان اختیار ناشی از آن است. بدین ترتیب شخص به وسیله ی اعراض از ملکیت یا حق، باعث سقوط و انحلال آن حق می گردد. بیشتر صاحب نظران اعراض را سبب اسقاط حق مالکیت می دانند ولی می توان گفت که چون اعراض از شاخه های سلطه ای است که مالک بر مال خود دارد بنابراین « اعراض » علاوه بر

مورد رها کردن ملک و گذشتن از حق مالکیت. در سایر حقوق عینی مانند حق انتفاع،

ارتفاق، رهن و تحجیر نیز قابل اعمال است.^۱

حق انسان بر اسپرم یا گامت جنین بالقوه خود یک حق عینی است و این استنباط را از

تعریف «حق عینی» که سلطه ای است که شخص نسبت به چیزی دارد و می تواند آن را به

گونه ای مستقیم و بی واسطه اجرا کند و تعریف «عین» که چیزی است که توسط حواس

انسان قابل ادراک باشد، به دست آورديم. اعراض سبب سقوط حق عینی است فقها اسقاط

حقی است که زمینه ای استفاده برای دیگران (به غیر از اعراض کننده) را فراهم و آماده می

کند. با اعراض، رابطه ای بین شخص و شیء یا مال، آزاد و در زمره ای اموال مباح قرار می

گیرد. اصل، آزادی شخص در اسقاط حق خویش است و موانع این آزادی را باید در

قوانین، نظم عمومی و اخلاق حسنه جستجو کرد.

بنابراین، با عنایت به موارد فوق و تکیه بر اصل، آزادی در اسقاط حق» می توان نتیجه گرفت

که صاحب اسپرم یا تخمک می تواند با اراده ای یک طرفی خود از حقی که نسبت به اسپرم

یا تخمک خود دارد صرف نظر نموده و آن را اسقاط نماید. در زمان اعراض باید اسپرم یا

تخمک در جهان خارج موجود باشد (از صاحب آن اخذ شده باشد) تا شخص بتواند حقی

را که نسبت به این عین خارجی دارد اسقاط نماید. با اعراض شخص، اسپرم یا تخمک به

عنوان شی آزادتر و کلینیک یا مؤسسه مربوطه نگاهداری خواهد شد. آزاد شناخته شدن اینها

باعث نمی گردد که نتوان مقرراتی را برای چگونگی بهره گیری از آنها تدوین نمود فلذا قانون باید برای چگونگی استفاده از این مورد مقرراتی را با در نظر گرفتن نظم عمومی و اخلاق حسنه در نظر بگیرد.

در مورد جنین نیاز به دو اعراض می باشد و صاحبان جنین باید بدین وسیله از حق خود صرف نظر نمایند.

آثار اعراض بر اهدا کننده و وضعیت گامت یا جنین اهدایی با توجه به تابعیت ایقاعات از قواعد عمومی قراردادها و اصل لزوم قراردادها و اینکه اعراض از جمله ایقاعات است لذا اهدا کننده در صورت اعراض، حق رجوع ندارد چرا که عمل حقوقی اعراض به لازم است. سؤالی که مطرح می شود این است که آیا اهدا کننده می تواند چگونگی بهره برداری و مصرف آنچه را که اعراض کرده است معین و مشخص نماید؟

در اینجا می توان اینچنین استدلال نمود که اراده ای که می تواند نهادی را واقع سازد، اختیار تنظیم آثار را نیز دارد. این نظر با اصل حکومت اراده نیز سازگار است ولی باید گفت که حکومت اراده در ایقاع به گستردگی قراردادها نیست و در غالب موارد، مقید به شرایط ویژه نهاد حقوقی است و نفوذ و اعتبار شروط در ایقاع، وابستگی کامل به ساختار حقوقی و قواعد امری مربوط به ایقاع مربوطه دارد. نظر به اینکه در اعراض بر خلاف ایقاعاتی مانند ابراء یا طلاق، یک نفر بیشتر وجود ندارد و آن صاحب حق است بنابراین طبیعت اعراض

شرط پذیر و یا قید پذیر نیست زیرا شرط به تراض محقق شده و قید نیز باید شخصی در مقابل، آن را بپذیرد و این امر در اعراض که با یک اراده واقع شده و از نظر تحقق خارجی نیز با شخصی در آن طرف، ارتباط پیدا نمی کند، صورت خارجی نمی پذیرد. نتیجه می گیریم که اهدا کننده گامت یا اهدا کنندگان جنین در صورت اعراض از گامت یا جنین اهدایی نمی تواند موارد مصرف آن را تعیین نمایند. بدیهی است در این صورت قانون باید نظاماتی را برای چگونگی استفاده از آنها به وجود آورد.

(۲) اذن

در حقوق ایران اذن این چنین تعریف شده است: انشای رضایت مقنن یا مالک (یا نماینده قانونی (و) یا کسی که قانون برای رضایت او اثری قائل شده است به یک یا چند نفر معین یا اشخاص غیر معین برای انجام دادن یک عمل حقوقی یا تصرف خارجی.^۱ عمل حقوقی اعم از عقد یا ایقاع است و منظور از تصرف خارجی، تصرف مادی است که بر خلاف اعمال حقوقی، جنبه اعتباری ندارد و در جهان خارج واقع می گردد. در اذن لازم نیست که متصرف از تصرف مادی خود انتفاع میرد و ممکن است که متصرف سودی نیز از این بابت نبرد باقی ماندن عین مال نیز در اذن الزامی نیست و ممکن است با تصرف، عین مال عرفاً از بین برود مثل استفاده از میوه های درخت اذن دهنده که موجب از بین رفتن مال می گردد.

اذن دهنده باید اختیار قانونی در انشاء اذن برخوردار باشد به عبارت دیگر کسی که می خواهد در موردی اذن دهد باید از نظر قانون برای آن امر سمت داشته باشد. «مورد اذن» شامل مال، حقوق مالی و اعمال حقوقی می شود ولی به طور کلی می توان گفت که هر کسی که از مال یا حقی برخوردار باشد می تواند نسبت به انجام هرگونه تصرفی در آن اعم از تصرف حقوقی یا غیر حقوقی (تصرف خارجی) به دیگران اذن دهد. اذن می تواند بدون واگذاری حق انتفاع^۲ یا ارتفاق^۳، دیگری را برای تصرف در مان خود مأذون دارد. می توان گفت در میان اعمال حقوقی، «مورد اذن» از وسعت و شمول بیشتری برخوردار است.

مورد اذن باید دارای دو شرط باشد:

الف - وجود موضوع در هنگام انشاء اذن : موضوع اذن در هنگام انشاء اذن باید موجود باشد. بنابراین در صورتیکه گامت یا جنین انسانی مورد اذن واقع شود. باید در هنگام انشاء اذن (صاحب گامت یا صاحبان جنین) موجود باشد.

ب (معلوم و معین بودن مورد اذن : مورد اذن باید معلوم و معین باشد. در رابطه با تعهداتی که در آنها گامت یا جنین انسان موضوع تعهد واقع می شود، به هنگام تحلیل شرط «معلوم و معین بودن مورد معامله» به این نتیجه رسیدیم که علم اجمالی به موضوع تعهد برای اینگونه

).

.(

.()

تعهدات کفایت می کند؛ بنابراین در صورتیکه گامت یا جنین بالقوه‌ی انسان مورد اذن واقع

شود، علم اجمالی به مقدار اسپرم یا تعداد گامت و جنین برای نفوذ اذن کافی است.

مأذون نیز همانند اذن دهنده در انشای اذن دخالت می کند. وجود شیخ مأذون برای تحقق

اذن ضروری به نظر می رسد زیرا انشاء اذن بدون در نظر گرفتن مخاطب نمی تواند واقعی

تلقی گردد. در انشاء اذن وجود مخاطب ضروری است زیرا ابراز اذن به قول یا فعل در

صورتی حقیقی است که اذن دهنده دیگران را مخاطب قرار دهد و ابزار بدون وجود

مخاطب و توجه خطاب به او لغو بوده است. با وجود این، تعیین مخاطب لازم نمی باشد و

اذن می تواند به صورت عام باشد. در اذن عام، اذن دهنده فرد معینی را مخاطب قرار نمی

دهد بلکه نسبت به تمامی مردم یا گروهی نامعین اذن را انشاء می کند.

اذن چون ایقاع است شرایطی برای مأذون لازم ندارد چرا که مأذون در تحقق یا بقای اذن

نقشی ندارد و اذن یک طرفه واقع می گردد.

با توجه به خصوصیات بالا و سیطره و سلطه‌ی شخص بر اسپرم یا گامت خود و وجود حقی

در این رابطه و وسعت شمول مورد اذن به مال یا حق یا شیء (غیر مال) می توان گفت که

صاحب اسپرم یا تخمک می تواند از طریق نهاد حقوقی « اذن » برای اهداء گامت به دو طریق

اقدام کند:

الف- اهداء کننده گامت به کلینیک مربوط اذن دهد که اعمال حقوقی یا تصرفات خارجی

مورد نظری را در مورد گامت انجام دهد (مأذون کلینیک می باشد).

ب- اهدا کننده گامت به اذن تمام تمامی مردم یا گروه خاص یا حتی نا معین را مخاطب قرار ده و آنها را مأذون در بهره‌برداری از مورد اذن یعنی گامت خود بنماید (مأذون عام می باشد). کلینیک مربوطه در این حالت نقش در نهاد حقوقی اذن ندارد. البته به لحاظ نقشی که گامت انسان به عنوان « بافت تولید مثل کننده» در به وجود آوردن انسان بازی می کند، شمول و خصوصیات اذن در این حالت بستگی کامل به نظم عمومی دارد و قانون باید مقرراتی در مورد چگونگی استفاده از گامت های اهدایی و وظایف مؤسسات در این خصوص مقرر نماید. لازم به ذکر است که گامت باید در هنگام انشاء اذن موجود باشد (اخذ شده باشد) در مورد جنین دو اذن لازم است و هر دوی صاحبان اسپرم و تخمک باید اذن به استفاده از جنین اهدایی بدهند.

آثار اذن بر اهداء کننده و وضعیت گامت یا جنین

یکی از خصوصیات اذن، قابلیت رجوع آن است بنابراین صاحب گامت می تواند هر موقع که بخواهد از اذن خود رجوع نماید و تصمیم گیری در مورد وضعیت گامت خود بگیرد. البته اذن دهنده تا وقتی می تواند از اذن خود برگردد که محلی برای رجوع باقی مانده باشد یعنی اگر مورد اذن انجام شده و یا موضوع اذن تلف شده باشد، دیگر محلی برای رجوع اذن نیست. اذن اذن در مورد اسپرم یا تخمک خود با امتزاح این دو و بارور شدن تخمک به علت تلف شدن موضوع اذن (اسپرم و تخمک تبدیل به جنین شده‌اند که ماهیتی متفاوت از آنها دارد) و یا انجام مورد اذن، دیگر قابل رجوع نیست. در مورد جنین صاحبان جنین

(صاحب اسپرم و صاحب تخمک) می توانند اذن در استفاده از جنین بدهند که در این صورت اذن تا انتقال جنین به رحم باقی است و بعد از انتقال جنین به رحم، به علت انجام مورد اذن و یا وجود مانع قانونی (مقررات مربوط به سقط جنین) قابل رجوع نیست.

فوت صاحب گامت یا یکی از صاحبان جنین نیز در وضعیت گامت یا جنین تأثیر دارد. در اذن با فوت آذن، شخصیت حقوقی وی زایل گردیده و در نتیجه اذن نیز از بین می رود. بند ۲ ماده ۵۸۸ قانون مدنی نیز یکی از موارد انحلال اذن را فوت آذن معرفی کرده است، بنابراین در صورت فوت صاحب گامت و یا یکی از صاحبان جنین اذن آنان در مورد استفاده از گامت یا جنینی اهدایی از بین می رود.

۳) صلح

ماده ۷۵۲ قانون مدنی اعلام می دارد: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی یا در مورد معامله و غیر آن واقع شود» با توجه به این ماده و پیشینه تاریخی عقد صلح در می یابیم که صلح بدوی یا ابتدای در حقوق ایران پذیرفته شده و هیچ محدودیتی در رابطه با صلح وجود نداشته و این عقد، عقدی مستقل است که از قصد طرفین تا آنجا که به احکام قانون لطمه نرند، پیروی می نماید. مورد صلح نیز می تواند اعم از عین مال حق مالی و حقوق باشد. بنابراین اهدا کننده گامت یا اهدا کنندگان جنین به عنوان مصالح می تواند حق خود را نسبت به گامت یا جنین خودشان به پذیرندگان صلح

کنند یا عین گامت یا جنین را با عقد صلح در اختیار آنها قرار دهند (البته این امر منوط به این است که اینها از صاحب خود جدا شده باشند).

عمل صلح گامت یا جنین به صورت بلا عوض انجام می شود و چون ماده ۷۵۷ قانون مدنی صلح بلاعوض را قبول نموده است لذا اشکالی از این بابت بوجود نمی آید. عقد صلح برابر ماده ۷۶۰ قانون مدنی، لازم است بنابراین هیچ کدام از اهدا کنندگان یا پذیرندگان، حق بر هم زدن آن را ندارند. طرفین می توانند مشروطی را در ضمن عقد درج نمایند. در صورتی که پذیرندگان بخواهند مبلغی را برای جبران خسارات یا تحمل ناملایمات به اهدا کنندگان بپردازند، برای جلوگیری از تعارض قرارداد با نظم عمومی، باید پرداخت این پول را به صورت شرط در عقد صلح قرار دهند به صورتی که خود صلح، غیر معوض باشد و این تعهد به صورت شرط عوض در عقد صلح درجه گردد چرا که در صورتی که صلح را معوض قرار دهند، عقد این چنین تعبیر می شود که عمل اهداء گامت در مقابل پرداخت پول قرار گرفته است و در ردیف هم قرار گرفتن این دو مورد ممکن است مخالف نظم عمومی قلمداد شود.

(۴) هبه

در ماده ۷۹۵ قانون مدنی آمده است هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک می کند. اهدا کنندگان گامت یا جنین به عنوان واهب و زوج پذیرنده به عنوان متهب می تواند عقد هبه ای را منعقد نمایند. ماده ۸۰۳ قانون مدنی ق م

می گوید: « بعد از قبض نیز واهب میتواند با بقاء عین موهوبه ازهبه رجوع کند مگر...»

بنابراین اهداء کننده می تواند مادام که عین موهوبه باقی است، هر زمان عقد را منحل کرده

و رجوع نماید. موارد استثناء جواز رجوع در ماده‌ی ۸۰۳ قانون مدنی در چهار بند ذکر

گردیده است که در صورت وقوع یکی از موارد استثناء حق رجوع از بین می رود.

بند ۳ از ماده ۸۰۳ در بیان یکی از موارد استثناء عنوان می دارد: « در صورتیکه عین موهوبه از

ملکیت متهب خارج شده باشد» و بند ۴ در همین مورد مقرر داشته است: « در صورتیکه عین

موهوبه متعلق حق غیر واقع شود» بنابراین در صورتی که مؤسسه‌ی مربوطه اسپرم، تخمک یا

جنین بالقوه را به زوج ناباروری هبه کند، طبق این دو بند حق رجوع واهب از بین می رود.

بند ۴ ماده‌ی فوق الذکر در مورد یکی دیگر از موارد استثناء بیان داشته است: « در صورتیکه

در عین موهوبه به تغییری حاصل شود» بنابراین تبدیل اسپرم یا تخمک به جنین به لحاظ از

بین رفتن عین موهوبه در مورد هبه‌ی تخمک یا اسپرم و به همین ترتیب انتقال جنین به رحم

در مورد هبه‌ی جنین به لحاظ تغییرات ناشی از گذراندن مراحل رشد، باعث از بین رفتن

امکان رجوع واهب می گردد؛ مضافاً به اینکه انتقال جنین به رحم باعث انتفاء امکان رجوع

واهب به لحاظ وجود منع قانونی در مورد سقط جنین می شود.

به لحاظ اینکه مورد هبه باید عین خارجی باشد لذا عقد هبه باید بعد از انجام مراحل اخذ

گامت یا جنین از اهدا کننده یا اهدا کنندگان انجام پذیرد. عین موهوبه نیز اسپرم یا تخمک

یا جنین بالقوه می باشد که اشکالی در قبض آنها وجود ندارد. طبیعت عقد هبه به صورت

غیر معوض می باشد، البته اگر زوج نابارور قصد دارند. مبلغی را برای جبران خسارت، هزینه ها و تحمل ناملایمات به اهدا کننده پردازند، میتواند این مبلغ را به صورت شرط عوض در عقد هبه قرار دهند. در این صورت حقیقت عقد هبه غیر معوض میماند و شرط عوض به صورت تعهد فرعی در قرارداد قرار می گیرد.

در بند (۲) مادهی ۸۰۳ قانون مدنی عنوان شده است: «در صورتی که هبه معوض بوده و عوض هم داده شده باشد» بنابراین در صورتی که هبه با شرط عوض منعقد گردد، پرداخت عوض از سوی زوج نابارور به اهدا کننده باعث اسقاط حق رجوع می شود.

به موجب مادهی ۸۰۵ قانون مدنی، بعد از فوت واهب یا متهب رجوع ممکن نیست، بنابراین فوت هبه کنندهی گامت یا یکی از اهداء کنندگان جنین تأثیری در سرنوشت گامت یا جنین ندارد و گامت یا جنین مربوطه همچنان تحت اختیار مؤسسهی مربوطه باقی می ماند.

(۵) وکالت

برابر مادهی ۶۵۶ قانون مدنی وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می نماید. مورد وکالت نیز چنانچه از این ماده فهمیده می شود انجام امری است که به نیابت و نمایندگی از طرف دیگری محقق می شود. این امر می تواند عمل حقوقی یا تصرف مادی یا هر عمل مادی باشد.

امر مورد وکالت باید دارای دو شرط باشد:

۱- طبق ماده ۶۲۲ قانون مدنی « وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را

به جا آورد...» در مورد جواز عمل اهداء گامت / جنین قبلاً به این نتیجه رسیدیم که انجام این عمل قانوناً ممنوع نمی باشد.

۲- « غرض قانون، مباشرت شخص معین در انجام عمل نباشد» امر اهداء گامت / جنین ازاموری است که مباشرت صاحب گامت یا صاحبان جنین لازم نیست زیرا مقصود از عمل، بهره برداری از گامت یا جنین توسط زوج نابارور می باشد که حصول این نتیجه احتیاجی به مباشرت صاحب یا صاحبان جنین ندارد.

صاحب اسپرم یا تخمک یا صاحبان جنین با توجه به حق یا اختیاری که در مورد استفاده از اسپرم، تخمک یا جنین خود دارند در صورت داشتن قصد اهداء به زوج یا زوج های نابارور می توانند به مؤسسه یا کلینیک مربوطه نیابت در انجام امر اهداء گامت یا جنین داده و بدین ترتیب مؤسسه مربوطه نماینده ی آنها در امر اهداء گامت یا جنین می گردد. صاحب گامت یا صاحبان جنین می توانند در مورد استفاده از گامت یا جنین به مؤسسه یا کلینیک مربوطه وکالت مطلق بدهند که به هر نحوی که خواست و یا برای هر زوجی که تشخیص داد از گامت یا جنین بهره برداری کند و یا به صورت مقید، نوع بهره برداری و یا گروه خاص و توده ی بخصوص از مردم را برای استفاده مشخص نمایند.

آثار وکالت بر اهداء کننده و وضعیت گامت یا جنین

وکالت از عقود جایز است و با موت هر یک از طرفین عقد منفسخ می شود بنابراین هر زمان که اهدا کننده خواست می تواند عقد را به هم بزند و گامت یا جنین را تحت اختیار خود در آورد و یا اگر اهداء کننده فوت نمود، عقد منفسخ می شود که در این صورت اجازه ی تصرف در گامت یا جنین از مؤسسه گرفته شده و حق بهره برداری از بین می رود. حق رجوع تا وقتی است که امر مورد وکالت انجام نشده و یا متعلق وکالت تلف نشده باشد. با انجام عمل اهداء گامت یا جنین برای زوج نابارور، عمل مورد وکالت توسط مؤسسه انجام شده است که بدین ترتیب محلی برای رجوع اهداء کننده باقی نمی ماند.

۶) قرارداد خصوصی

با توجه به اینکه عمل اهداء تخمک / جنین از نظر قانونی منعی نداشته و با این فرض که این عمل در تعارض با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیر نباشد، لذا اهداء کننده ی گامت یا اهداء کنندگان جنین می توانند براساس قرارداد خصوصی موضوع ماده ی ۱۰ قانون مدنی طی قراردادی که شامل تعهدات طرفین می باشد، گامت یا جنین بالقوه ی اهدایی را به مؤسسه یا کلینیک مربوطه اهدا کنند. در این قرارداد اهدا کننده یا اهداء کنندگان می توانند طریق مصرف را نیز مشخص نمایند. برخی معتقدند بهتر است مراکز درمان ناباروری طرف قرارداد تلقی شده و یک قرارداد غیر مالی که تابع قواعد عمومی قراردادها باشد بین اهداء کنندگان و مراکز یاد شده منعقد گردد. در این حال مجانی و تبرعی بودن عمل، مانع نمی شود که پاداشی به اهداء کنندگان داده شود.

نتیجه :

به نظر می رسد با توجه به تحلیل و تبیین فرایند اهدای جنین، باید بین مراحل مختلف آن تفکیک قایل شد. در یک مرحله صاحب اسپرم و تخمک، سلول های جنسی خود را به مراکز درمان ناباروری می دهند و در مرحله ی دیگر، مراکز یاد شده اسپرم و تخمک را در محیط آزمایشگاه بارور نمود و جنین حاصل را به رحم متقاضی منتقل می کنند. در مرحله ی نخست اگر نازای نوعی بیماری تلقی شود و اهدای جنین یکی از راههای مداوای آن باشد اعطای اسپرم و تخمک به مراکز درمانی، بخشی از فرایند درمان بوده و منفعت عقلایی دارد. بر این اساس می تواند بیع واقع شود و اعطا کنندگان اسپرم تخمک، در واقع سلول های جنسی خود را به مراکز باروری بفروشند، در این مرحله کرامت انسن مخدوش نمی گردد. زیرا اسپرم و تخمک به تنهایی انسان محسوب نمی شود تا گفته شود انسان قابل بیع و هبه نیست. اطلاق کلمه ی اهدا بر اعطای اعضا یا فرآورده های انسان نیز، صرفاً یک جنبه ی روان شناسانه و جامعه شناسانه دارد و تغییری در ماهیت عمل نمی دهد. نظیر عملی که بر آن « اهدای کلیه» یا « اهدای خون» اطلاق می گردد.

وانگهی نیازی نیست هر عملی را تحت عناوین خاص عقود معین و معمود گنجانید. حق اینست که در مرحله ی اول، اعطا کنندگان اسپرم تخمک به مراکز درمانی، در واقع داروهای مورد نیاز، مقدمات و لوازم درمان یک بیماری رافراهم آورده اند و از آنجا که در فرایند درمان نقش داشته اند، عمل آنها مفید و مورد پسند جامعه است و نباید آنها را به دلیل اخذ

جهت خرید فایل word به سایت www.kandoocn.com مراجعه کنید
یا با شماره های ۰۹۳۶۶۰۲۷۴۱۷ و ۰۹۳۶۶۴۰۶۸۵۷ و ۰۶۶۴۱۲۶۰-۰۵۱۱ تماس حاصل نمایید

عوض در مقابل چنین اقدام سودمندی مورد مؤاخذه و شماتت قرار داد. اعطا کنندگان می
توانند مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی ضمن قرارداد خصوص با مراکز مزبور عوض دریافت
نمایند.

در مرحله دوم، که جنین به رحم متقاضی منتقل می شود، نه تنها اطلاق بیع بر جنین بلکه
استفاده از عناوینی مثل هبه، صلح، اعراض و مانند آن نیز در این باره معارض، با کرامت
انسان است گو اینکه اطلاق کلمه ی جنین برای مرحله ی دو سلولی به بعد می باشد. به هر
حال در این مرحله نیز نیازی به گنجاندن انتقال جنین به رحم ذیل یکی از عناوی معهود
فقهی و حقوقی نیست، بلکه بخشی از سیر درمان است.

بنابراین اهدا کنندگان اسپرم و تخمک و مراکز درمانی، به عنوان مشارکت در بخشی از
فرایند درمان استحقاق دریافت عوض را خواهند داشت.

Filename: Document1
Directory:
Template: C:\Documents and Settings\hadi tahaghoghi\Application
Data\Microsoft\Templates\Normal.dotm
Title:
Subject:
Author: sadegh
Keywords:
Comments:
Creation Date: 4/10/2012 6:42:00 PM
Change Number: 1
Last Saved On:
Last Saved By: H.H
Total Editing Time: 0 Minutes
Last Printed On: 4/10/2012 6:42:00 PM
As of Last Complete Printing
Number of Pages: 261
Number of Words: 40,129 (approx.)
Number of Characters: 228,741 (approx.)