

### Jurisprudential and legal analysis of alternative uterus from the perspective of a woman who has a uterus

Saadi Ramezani<sup>1\*</sup>

1- M.A. Department of Shafi'i Jurisprudence, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Tehran, Tehran, Iran.

Received Date: 2021/01/07

Accepted Date: 2021/05/15

#### Abstract

Uterine rent is one of the almost new topics in which the nature, validity and invalidity and its effects have been variously debated and different opinions have been expressed. In most studies and researches in this field, the nature of this obligation and the rules governing it have usually been considered as the criterion for the man and woman who have the sperm, but in this research, the main attention and emphasis is on the woman who undertakes this Commits and what is the necessity and justification on the basis of which he agrees to this action. Can the subject of the contract be the encroachment on a part of the human body? In this study, the correctness of citing the principle of immorality has been criticized and evaluated, and by examining one of the pre-Islamic marriages called "marriage of impeachment", it is concluded that the ownership of ablutio, including the rights of God It has been given exclusively to the couple through marriage. Finally, due to the conflict of this contract with the general rules of contracts, including the subject of marriage and good morals, the rights of the child and the rules of non-mahram, the promise to annul it is strengthened.

**Keywords:** Rental of the womb impeachment the principle of immorality.

### تحلیل فقهی و حقوقی رحم جایگزین از منظر زن صاحب رحم

سعدی رمضانی<sup>۱\*</sup>

۱- کارشناسی ارشد گروه فقه شافعی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

دریافت مقاله: ۱۳۹۹/۱۰/۱۸

پذیرش مقاله: ۱۴۰۰/۰۲/۲۵

#### چکیده

اجاره رحم از موضوعات تقریباً مستحدثه‌ای است که درباره ماهیت، صحت و بطلان و آثار آن، بحث‌های گوناگونی شکل گرفته و آرای مختلفی ابراز شده است. در بیشتر مطالعات و پژوهش‌های انجام گرفته در این زمینه، معمولاً با ملاک قرار دادن زن و مرد صاحب نطفه به ماهیت این تعهد و قواعد حاکم بر آن پرداخته شده است اما در این پژوهش توجه و تأکید اصلی بر زنی است که اقدام به این تعهد می‌کند و اینکه وجود چه ضرورت و توجیهی است که سبب می‌شود به این عمل تن در می‌دهد. آیا موضوع عقد، می‌تواند موجب دخل و تصرف در جزئی از بدن انسان باشد؟ در این بررسی، صحت استناد به اصل اباحه مورد نقد و ارزیابی قرار گرفته است و از طریق بررسی یکی از نکاح‌های موجود در زمان قبل از اسلام به نام «نکاح استبضاع» به این نتیجه می‌رسد که مالکیت بضع از جمله حقوق الله بوده که از طریق عقد نکاح، منحصرأ در اختیار زوج قرار داده شده است. در نهایت به دلیل تعارض این قرارداد با قواعد عمومی قراردادهای از جمله موضوع عقد و اخلاق حسنه، حقوق طفل و قواعد نظر به نامحرم، قول به بطلان آن، تقویت می‌شود.

**واژگان کلیدی:** اجاره رحم، استبضاع، اصل اباحه، مالکیت بضع، اخلاق حسنه، حفظ فروج.

## بیان مسأله

منظور از اجاره رحم یا رحم جایگزین، استفاده و بهره‌گیری از رحم شخص ثالث (زنی دیگر) برای کاشت نطفه و پرورش آن در مدت حمل و در نهایت، تحویل طفل حاصل از آن به صاحبان نطفه است. اجاره رحم یکی از انواع و صور مختلف تلقیح مصنوعی است. باروری یا لقاح مصنوعی به این معنی است که حمل یا جنین بدون مقاربت بین جنس نر و ماده به وجود آید که انواع مختلف دارد و به آن تلقیح مصنوعی می‌گویند (امامی، ۱۳۸۲، ۲۳۷). بنابراین در اجاره رحم بدون اینکه مقاربتی بین زوجین صورت بگیرد، اسپرم مرد و یا نطفه زوجین در رحم زن دیگری قرار داده و به اصطلاح کاشته می‌شود و پس از اینکه جنین مراحل رشد و نمو خود را یکی پس از دیگری سپری کرد و به دنیا آمد، زن صاحب رحم بر اساس مفاد قرارداد ملزم است طفل به دنیا آمده را به زن و مرد صاحب نطفه تحویل دهد.

تلقیح مصنوعی که اجاره رحم یکی از انواع آن است، در آغاز به منظور اصلاح نژاد و تکثیر حیوانات اهلی بکار رفته و طبق تحقیقات انجام گرفته، اولین آزمایش را یکی از دانشمندان آلمانی به نام «لودویگ جاکوب»<sup>۱</sup> در سال ۱۷۶۵ میلادی، روی ماهی‌ها انجام داده است. در نیمه اول قرن نوزدهم، تلقیح مصنوعی بر روی مادیان؛ گاو و گوسفند عملی گردید. و سرانجام در اواخر قرن نوزدهم، تلقیح مصنوعی به انسان نیز کشیده شد (امامی، ۱۳۸۲، ۲۳۷).

دلایل و انگیزه‌های مهمی موجب وارد شدن تلقیح مصنوعی و از جمله اجاره رحم به چارچوب زندگی بشر شد، از جمله مبارزه با «نازایی و ناباروری»، بیماری زوجه و ترس از انتقال بیماری او به جنین، استفاده از رحم سالم و مزایای مادر جانشین، سقط جنین، راحت طلبی و گرایش به آسوده زیستن و غیره (قاسم‌زاده، ۱۳۸۶، ۴۳۹).

نازایی و ناباروری، به عدم توانایی در حاملگی، بعد از یک سال نزدیکی فعال زوجین بدون استفاده از وسایل جلوگیری‌کننده از حاملگی اطلاق می‌شود. (غفاری، ۱۳۸۲، ۷). عوامل مختلفی از قبیل: عفونت‌های دستگاه تناسلی، افزایش سن و گذشت دوره توان باروری، مصرف داروهای الکلی و مواد مخدر، شیمی درمانی و رادیوتراپی، نوع تغذیه، عوامل محیطی و شغلی، داروها و اختلالات کروموزومی و ژنتیکی،

<sup>۱</sup>. Ludwigjacobi

ممکن است در ایجاد ناباروری مؤثر باشند (آخوندی و صادقی، ۱۸، ۱۳۸۲-۱۹؛ غفاری، همان). بر اساس گزارش سازمان بهداشت جهانی (WHO) ۱۰ الی ۱۵ درصد از زوج‌های جهان (بیش از ۸۰ میلیون) با مشکل ناباروری مواجه هستند (اردکانی و آخوندی، ۵، ۱۳۸۶). اگر زمانی، گره‌گشایی از مشکل ناباروری حتی در تصور ابتدای بشر نیز نمی‌گنجید، امروزه در سایه پیشرفت‌های دانش پزشکی قسمت عمده‌ی آن قابل رفع است. در سال ۱۹۷۸ اولین نوزاد آزمایشگاهی، متولد شد و پس از آن در سال ۱۹۸۵ اولین مورد «روش جایگزینی کامل» با استفاده از تخمک و اسپرم زوج نابارور صورت پذیرفت. گزارش‌ها نشان می‌دهند که در سال ۱۹۸۶ دست کم ۵۰۰ نوزاد با استفاده از این روش‌ها متولد شدند (اردکانی و دیگران، ۱۷، ۱۳۸۶). در توضیح مطلب باید اشاره کرد در اجاره رحم، شکل‌گیری جنین بر اساس منشأ تخمک به دو روش عمده صورت می‌پذیرد: ۱- روش جایگزینی نسبی<sup>۱</sup> که با ارتباط بیولوژیکی - ژنتیکی فرزند با بانوی صاحب رحم همراه است و ۲- روش جایگزینی کامل<sup>۲</sup> که با حذف هر گونه ارتباط بیولوژیکی - ژنتیکی کودک با بانوی صاحب رحم همراه است (اردکانی و دیگران، ۱۷، ۱۳۸۶). اما این، تمام موضوع نیست؛ اگر ناباروری به عنوان یک بیماری از جهت فنی و پزشکی قابل مداوا است، جنبه‌های حقوقی، اخلاقی، روانشناسی و اجتماعی آن محل تأمل است و این بحث را پیش کشیده است که حد و حدود استفاده از دست‌آوردهای علمی و پزشکی در ریشه‌کن کردن مشکلات و موانع زندگی تا چه میزان است؟ آیا شایسته است کلّ این فناوری را به دیده‌ی انکار نگریست و آن را به گوشه‌ای وانهاد؟ یا اینکه بدون هیچ محدودیتی و با انگیزه بهبود و ترقی زندگی باید از آن بهره جست؟ و یا اینکه باید با در نظر گرفتن رعایت اصول حقوقی و اخلاقی و در صورت عدم تعارض با آنها از این دانش استفاده کرد؟ به دلیل اینکه رحم جایگزین معمولاً در قالب قراردادی معوض مانند اجاره صورت می‌پذیرد، ابتدا به تعریف اجاره و قواعد حاکم بر این قرارداد، پرداخته می‌شود.

#### بررسی ماهیت حقوقی اجاره رحم

اگر چه واگذاری رحم از حیث شرعی یا قانونی ممکن است در قالب انواع عقود معوض و حتی غیر معوض صورت پذیرد ولی همان‌طور که اشاره شد، واگذاری رحم معمولاً در عمل از طریق عقد اجاره

<sup>۱</sup> conventional surrogacy

<sup>۲</sup> gestational surrogacy.

انجام می‌گیرد، بنابراین لازم است ضمن تعریف عقد اجاره به بررسی ماهیت این صورت خاص از اجاره پرداخته شود. در قانون مدنی ماده ۴۶۶ در مورد عقد اجاره آمده است: «اجاره عقدی است که به موجب آن، مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌شود، اجاره دهنده را موجر و اجاره کننده را مستأجر گویند.» به دلیل اینکه ماده مذکور، تعریف جامعی که دربرگیرنده‌ی تمام ارکان اجاره باشد ارائه نمی‌دهد، لذا باید به فقه به عنوان یکی از منابع قانون مدنی رجوع شود. در مذاهب مختلف اسلامی، تقریباً تعریف مشابهی از عقد اجاره شده است و از مجموع آنچه در کتب فقه آمده است سه ویژگی اساسی را می‌توان برای عقد اجاره نام برد:

الف- تملیکی بودن. ب- معوض بودن. ج- موقت بودن.

«الإجارة هی العقد علی تملیک بعوض معلوم» (شهید ثانی، ۱۴۰۳ق، ۳۲۷/۴؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ۲۷/۲۰۴؛ شرعینی، ۲۰۰۶م، ۲/۴۰۹). بر اساس این تعریف، در اجاره رحم، زن صاحب رحم موجر محسوب می‌شود که رحم خود را به مدت معلوم (تا زمان متولد شدن طفل) در برابر عوض معلوم به زن و مرد صاحب نطفه که مستأجر هستند اجاره می‌دهد.

امری که در این جا باید به آن توجه ویژه شود، موضوع عقد است. در اجاره رحم، موضوع عقد، قسمتی از بدن (رحم) یک انسان است که به مدت معلوم در اختیار دیگری قرار داده می‌شود بنابراین، سؤال اساسی این است آیا انسان می‌تواند قسمتی از جسم خود را در اختیار دیگری قرار دهد تا در آن دخل و تصرف صورت پذیرد؟ به ویژه زمانی که این واگذاری از طرف یک زن و آن هم در حوزه بضع و فرج باشد. آیا هر زنی اعم از باکره و غیر باکره می‌تواند به این عمل تن در دهد؟ اگر این تعهد از طرف یک زن صورت پذیرد آیا با حقوق زوج در تعارض نخواهد بود و در این صورت آیا رضایت و اذن او لازم است. برای پاسخ‌گویی به این پرسش‌ها، باید به فقه و قوانین موضوعه به ویژه قواعد عمومی قراردادها مراجعه کنیم تا بتوانیم راهی فراسوی حل این مجهولات بگشاییم.

ماده ۱۹۰ق.م به اجمال، چهار شرط اساسی را برای صحت معامله مقرر می‌دارد که یکی از آن‌ها «مورد معامله» است و سپس طی سه ماده ۲۱۴، ۲۱۵ و ۲۱۶ به تبیین آن و ذکر شروط مورد معامله

می‌پردازد که از مجموع این مواد، می‌توان فهمید که موضوع عقد، دست کم باید سه شرط اساسی داشته باشد: ۱- مالیت داشته باشد. ۲- منفعت عقلایی داشته باشد. ۳- معین باشد. (امامی، ۱، ۳۳۹/۲۰۹؛ کاتوزیان، ۲، ۱۳۷۶/۱۵۴). حال که قانون مدنی به صراحت بیان می‌کند موضوع معامله باید چیزی باشد که مالیت داشته باشد، باید به این مسأله پرداخت که اگر موضوع عقد، تمام یا قسمتی از بدن انسان باشد می‌تواند به عنوان مال مورد دادوستد قرار گیرد؟ برای پاسخ‌گویی به این مسأله بهتر است چند فرض از یکدیگر تفکیک شود:

۱- گاهی موضوع معامله، تمامیت جسمانی فرد است؛ بدین صورت که کل بدن فرد، مورد معامله واقع شده و مانند یک کالا مورد داد و ستد قرار می‌گیرد. منظور از این صورت، همان بردگی است که امروزه طبق قوانین حقوق بشر و از جمله ماده ۴ اعلامیه جهانی حقوق بشر<sup>۱</sup> غیرقانونی اعلام شده است. حایز اهمیت آنکه، حتی خود فرد نیز به بهانه‌ی آزادی اراده نمی‌تواند اقدام به فروش خود کند زیرا، این عمل به منزله‌ی سلب حقوق مدنی از خود بوده؛ که غیر قانونی است. ماده ۹۵۹ ق.م. بیان می‌کند: «هیچ‌کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.» سلب حریت نیز به موجب ماده‌ی ۹۶۰ ق.م. ممنوع می‌باشد.

۲- فرض دیگر آن است که گاهی انسان تمام یا قسمتی از وقت و مهارت خود را به طور موقت، بدون اینکه مستلزم دخل و تصرف در بدن باشد، در اختیار دیگری قرار می‌دهد. نمونه‌ی بارز آن اجاره‌ی خدمه و کارگر می‌باشد که در ماده ۵۱۴ و ۵۱۵ ق.م. احکام آن بیان شده است. نباید از نظر دور داشت، که این معامله باید موقت باشد و توقیت، لازمه‌ی ذات عقد است. این نکته تا اندازه‌ای دارای اهمیت است که مؤلفان قانون مدنی، با جمله‌ای سلبی و برای نشان دادن موقت بودن این عقد، در ماده ۵۱۴ با ظرافت خاصی، بیان می‌کند: اصولاً «خادم یا کارگر نمی‌تواند اجیر شود مگر برای مدت معینی یا برای انجام امر

<sup>۱</sup>. Article 4. No one shall be held in slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms.

ماده ۴- هیچ کس را نمی‌توان به بندگی یا بردگی گرفت. بندگی و سوداگری بنده در هر شکل که باشد ممنوع است.

معینی.» حال اگر شخصی اجیر شود و مدتی معین نشود، دو فرض متصور است: یا اینکه مدت، تابع مزد است و به عبارتی با توجه به عوض، موقت بودن عقد معلوم می‌شود، موضوعی که در ماده ۵۱۵ ق.م.بدان پرداخته شده و بیان می‌دارد: «اگر کسی بدون تعیین انتهای مدت اجیر شود مدت اجاره محدود خواهد بود به مدتی که مزد از قرار آن معین شده است...» و یا اینکه نه مدت معین شده و نه با توجه به عوض، می‌توان مدتی برداشت کرد و یا اساساً معامله به شرط تأیید منعقد شده است که در این صورت باید قایل به بطلان عقد بود. زیرا علاوه بر غرری بودن عقد (قاسم‌زاده و دیگران، ۱۹۲، ۱۳۸۲) موجب سلب حقوق مدنی از فرد اجیر شده که آن هم بر اساس ماده ۹۵۹ ق.م.ممنوع می‌باشد.

۳- در فرض دیگر، ممکن است شخصی، قسمتی از بدن خود را آنهم با شرط دخل و تصرف در بدن، مورد معامله قرار دهد. برای مثال فردی جهت انجام اعمال نامشروع و منافی عفت اقدام به تن فروشی کند، که این تراضی نه تنها باطل است بلکه بسته به موضوع، می‌تواند مشمول عناوین مجرمانه از قبیل: زنا، لواط، مساحقه، مضاجعه، تفریض و تقبیل قرار گیرد.<sup>۱</sup>

نمونه‌ی دیگر این است که زنی قسمتی از بدن خود را که در اینجا رحم است در اختیار دیگری قرار می‌دهد تا مورد تصرف و انتفاع قرار گیرد. آیا یک زن می‌تواند رحم خود را مورد معامله قرار دهد؟ در اجاره رحم اگر قرار باشد، بر مبنای ضرورت، عمل زن و مرد صاحب نطفه توجیه شود؛ وجود چه ضرورتی است که به یک زن اذن می‌دهد بر جزء مهمی از بدن خویش معامله کند، جزئی که محل برآورده شدن یکی از نیازهای اساسی انسان و تضمین کننده‌ی بقای نسل آدمی است؟ آیا اساساً زن مالک بضع خویش است؟ اگر جواب مثبت است حد و حدود این مالکیت چقدر است؟ یا اینکه این مالکیت متعلق حق الله بوده و صرفاً در اختیار و حیطة‌ی اراده شارع قرار دارد؟ آیا در این زمینه تفاوتی میان زن باکره و غیر باکره وجود دارد؟

۱. رجوع کنید به: قانون مجازات اسلامی، کتاب دوم - حدود.

### بررسی صحت اجاره رحم

به نظر می‌رسد، با توجه به اصول و ضوابط حاکم بر نظام خانواده و قواعد عمومی قراردادها، چه در فقه اسلامی و چه در قوانین موضوعه باید قایل به عدم صحت اجاره رحم بود، زیرا قول به صحت این قرارداد، با اصول و قواعدی که اشاره خواهند شد در تعارض است و تاب تحمل در برابر سنگ‌بناهای فقه و حقوق اسلامی را ندارد. اکنون سعی می‌شود به مهم‌ترین دلایل بطلان این قرارداد اشاره شود:

#### ۱- الأصل فی الأَبْضَاعِ التَّحْرِيمِ

عده‌ای از فقها و حقوقدانان معاصر (حرم پناهی، ۱۳۸۲، ۸۶؛ یزدی، ۱۳۸۲، ۶۷؛ رحیمی، ۱۳۸۶، ۳۶۱؛ جلالیان، ۳۴۱) با استناد به اصل عملی اباحه<sup>۱</sup>، قایل به صحت اجاره رحم شده‌اند. این گروه، تمام دلایل و مستندات شرعی و قانونی دال بر ناجایز بودن این عمل را مورد تردید جدی قرار داده‌اند و بر این باورند؛ در این باره دلیلی وجود ندارد و بنابراین جهت تبیین حکم مسأله باید به اصول عملیه رجوع شود، زیرا هرگاه در مورد حکم موضوعی، دلیلی وجود نداشته باشد، باید به اصول عملیه، تمسک جست. (الأصل دلیل حیث لا دلیل).<sup>۲</sup>

یکی از آنها در این زمینه بیان می‌دارد: «دلیلی بر حرمت تلقیح نطفه مرد اجنبی به زن، به وسیله شوهر، وجود ندارد و اصل اباحه، این عمل را تجویز می‌کند» (جوهری، ۱۳۸۶، ۳۴۷). حتی یکی از فقهای شورای نگهبان، استناد به اصل احتیاط را نیز در این زمینه، خلاف احتیاط می‌داند و اشاره می‌کند: «شاید گفته شود... در اینجا آنچه اصل است همان احتیاط است... اما در برابر این دیدگاه گفته می‌شود: احتیاط در بسیاری از موارد، خود خلاف احتیاط است. خداوند می‌فرماید: «... قُلْ أَللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ»<sup>۳</sup> [بنابراین] حکم به جایز نبودن یا بازداشتن مردم، از آنچه جایز و حلال است، آن هم به

۱. در مورد اصل اباحه رجوع کنید به: (محمدی، ۱۳۸۳، ۲۹۸؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ۴۲/۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۲، ۱۹۵).

۲. جهت تفصیل مطلب رجوع کنید به: (منابع پیشین).

۳. یونس، ۵۹.

استناد احتیاط، می‌تواند، مصداقی از این آیه باشد. (یزدی، ۱۳۸۲، ۶۸). بعضی نیز با ایجاد شک در اصل حکم، تمسک به أصالة الاباحه را صحیح می‌دانند: «...در این فرض... چون شک در تکلیف است پس مجرای به کاربردن اصل برائت است نه اصل احتیاط. لذا در این روش با توجه به شک در اصل حکم، به کار بردن أصالة الاباحه، کاملاً صحیح به نظر می‌رسد.» (جلالیان، ۱۳۸۶، ۳۴۱).

در مقابل استناد به اصل اباحه، می‌توان گفت: اولاً همان‌طور که بعداً اشاره خواهد شد؛ در مورد بطلان اجاره رحم، دلایل شرعی و قانونی محکمی وجود دارد و بنابراین هیچگاه نوبت به اصول عملیه و از جمله اصل اباحه و احتیاط نمی‌رسد. ثانیاً بر فرض اینکه در مورد حرمت و بطلان اجاره رحم، هیچ دلیلی وجود نداشته باشد؛ باز نمی‌توان اصل اباحه را در این زمینه جاری ساخت، زیرا اصل اباحه به عنوان یک قاعده عمومی استثنائاتی دارد (ما من عامّ الا و قد خص) (محمدی، ۱۳۸۳، ۲۹۸؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ۴۲/۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۲، ۱۹۵). که از جمله آنها می‌توان به «دماء»، «أضحیه» (ذبح شرعی) و «ابضاع» اشاره کرد.

آنچه از قواعد فقه اسلامی و تتبع در احکام و فتاوی معتبر فقهی بر می‌آید این است که: «اصولاً هر گونه دخل و تصرف، ایذاء و ایجاد جرح در بدن انسان، ممنوع است مگر با وجود دلیلی محکم و نصی صریح از طرف شارع» (زرکشی، ۱۴۰۵، ق. ۱، ۱۷۷؛ سیوطی، ۱۴۱۱، ق. ۶۱؛ ابن نجیم، ۱۴۱۹، ق. ۵۷). اکنون سعی می‌شود از طریق تتبع و استقراء در ابواب مختلف فقهی، شواهدی دال بر صحت قاعده مذکور آورده شود. با توجه به همین قاعده است که «حدود»، خلاف اصل اعلام شده و تا جایی که ممکن است باید حدود را از مسلمین، دفع و درء کرد. (إِدْرَؤُا الْحُدُودِ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ). (عسقلانی، ۲۰۰۳، ۲۶۵).<sup>۱</sup>

مورد دیگر «ختان» است که فقهاء و علمای علم اصول با توجه به اینکه این عمل موجب جرح و ایذاء در بدن انسان می‌گردد، اگر نصی در این زمینه وجود نداشت، قطعاً آن را ممنوع اعلام می‌کردند.

<sup>۱</sup>. البته این حدیث چنانچه خود ابن حجر اشاره می‌کند؛ با این لفظ، ضعیف است ولی از مجموع طرق روایت و تکیه بر معنی و روح حدیث، می‌توان به مفهوم آن؛ اعتماد کرد.



به عبارت دیگر اگر در این خصوص نصی وجود نداشت (الفطره خمس... الختان. بخاری، ۲۰۰۱، ۱۶۰/۷) به دلیل مخالفت با قواعد و اصول کلی از جمله قاعده مذکور، حرام اعلام می گردید. (خطیب شربینی، ۲۰۰۶، ۵/۵۳۹)<sup>۱</sup>

«خالکوبی» و زدن انواع علائم بر بدن نیز، یکی دیگر از مصادیق این قاعده است. (أَنَّ النَّبِيَّ لَعِنَ لَوَاصِلَةَ... وَالْوَاشِمَةَ...)(عسقلانی، ۲۰۰۳، ۲۶۵).

«جراحی های سر و صورت» و سایر اعضای بدن نیز، اگر صرفاً برای زیبایی و تجمیل باشد؛ اصولاً غیر جایز هستند (الگشا، ۱۳۹۱، ۶۰).

با استناد به همین قاعده است که گروهی از فقها، «سوراخ کردن» گوش نوزادان دختر را که صرفاً به خاطر تجمیل است؛ حرام می دانند؛ زیرا این عمل، جرحی دردآور و بنابراین موجب قصاص است و بر این باورند که اخذ اجرت در برابر آن حرام است. (شربینی، ۲۰۰۶، ۴/۲۹۶؛ غزالی، ۱۴۱۵، ق، ۲/۳۴۱؛ عسقلانی، فتح الباری، ۱۳۷۹، ق، ۱۰/۴۰۸).<sup>۲</sup>

به نظر نگارنده «اجاره رحم» را نیز می توان از جمله مصادیق این قاعده دانست. اگر نتوان در مورد حرمت «اجاره رحم» دلیلی ارایه داد، به دلیل اینکه موجب دخل و تصرف در بدن انسان می گردد و در حقیقت جسم آدمی موضوع دادوستد قرار می گیرد؛ نمی توان به سادگی و بی محابا به اصل اباحه استناد ورزید زیرا علاوه بر نظام حقوقی حاکم بر اسلام، سایر نظام های حقوقی نیز به محض اینکه موضوع عقد، تمامیت جسمانی فرد یا قسمتی از آن باشد حساسیت ویژه به خود می گیرند چرا که در این صورت، موضوع عقد از حالت صرفاً شخصی و اقتصادی خارج شده و با سایر ابعاد زندگی اجتماعی انسان و آزادی های فردی گره خواهد خورد و چه بسا تساهل و اهمال در این زمینه موجب بردگی، استثمار و

<sup>۱</sup> - و لانه قطع جزء من البدن لا یخلف تعبدا فلا یكون الا واجبا كقطع يد

<sup>۲</sup> . حتی غزالی در این مورد شدت به خرج داده و می گوید: «ولا أرى رخصة في ثقب أذن الصبية لأجل تعليق حلق الذهب فيها فان هذا جرح مؤلم موجب للفصاص، فلا يجوز إلا لحاجة... والتزین بالحلق غیر مهم، بل فی التقریط بتعلیقہ علی الأذن... كفاية عنه، فهذا وإن كان معتاداً فهو حرام، والمنع واجب والاستئجار علیه غیر صحيح والأجرة المأخوذة عليه حرام؛ إلا أن يثبت من جهة النقل فيه رخصة، ولم يبلغنا إلى الآن فيه رخصة.

خرید و فروش اعضا و جوارح افراد جامعه شود. همگام با این قاعده و به دلیل اینکه موضوع ابضاع و فروج از حساسیت ویژه‌ای برخوردار است، در منابعی که به ذکر و استحصای قواعد فقه پرداخته شده است، این مسأله را به صورت استثنایی بر اصل اباحه و حتی قاعده‌ای مستقل مطرح کرده‌اند و بیان داشته‌اند: «الأصل فی الأبضاع التحريم» (زرکشی، ۱۴۰۵، ق، ۱۷۷/۱؛ سیوطی، ۱۴۱۱، ق، ۶۱؛ ابن نجیم، ۱۴۱۹، ق، ۵۷). و با استناد به این قاعده بیان کرده‌اند: در فرضی که زنی که بر مرد حرام است (مثلاً حرمت ناشی از رضاع) اگر با زنان معدود و محصوری که ازدواج با آنها حلال است، آمیخته شود؛ ازدواج با همه آنها بر آن مرد، حرام می‌گردد؛ مگر اینکه تعداد آنها غیر محصور باشند. و در این زمینه نمی‌توان اجتهاد کرد زیرا: «لأنه ليس أصلهن الإباحة حتى يتأيد الاجتهاد باستصحابه» (زرکشی، ۱۴۰۵، ق، ۱۷۷/۱؛ سیوطی، ۱۴۱۱، ق، ۶۱؛ ابن نجیم، ۱۴۱۹، ق، ۵۷).

۲- هر گونه انتفاع و استمتاع از بضع، باید صرفاً از طریق عقد نکاح، صورت پذیرد.

صرف نظر از ملک یمین که امروزه موضوعاً منتفی است، تنها راه انتفاع از فرج، صرفاً عقد نکاح است و به عبارت دیگر، نکاح در این زمینه، موضوعیت دارد. حتی اگر در این زمینه ادعای اجماع رود؛ ادعایی گزاف نخواهد بود.

در آیات آغازین سوره مؤمنون که به وصف مؤمنان پرداخته است، یکی از اوصاف آنها را «حفظ

فروج» می‌داند و در این راستا می‌فرماید:

«وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (۵) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (۶) فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (۷)» (المؤمنون، ۵-۷).

ناگفته پیدا است، ذکر این اوصاف، با صیغه جمع مذکر، هیچ خصوصیتی نداشته و صرفاً از باب تغليب

است (قرطبی ۱۹۸۵، م، ۲۲۶/۱۲) و بنابراین، زن و مرد مؤمن، باید حافظ فروج خود باشند و صرفاً از طریق عقد نکاح می‌توانند خود را بر همسران خویش، عرضه کنند؛ که آن هم شرایط و حدود ویژه خود را داراست. بر اساس مفهوم این آیات، اگر زن و مرد مؤمن، فروج خود را بر غیر ازواج خویش یعنی

دیگران، چه به صورت مستقیم و چه به صورت غیر مستقیم، عرضه دارند، راه دیگری در پیش گرفته‌اند و عنوان «عادون»؛ تجاوزگران، بر آنها صادق خواهد بود.

موضوع دیگری که از مفهوم این آیات قابل استنباط است، عدم جواز اجاره رحم، در حق «دختران باکره» است، زیرا وقتی که زنی که ازدواج کرده، نمی‌تواند به این عمل تن در دهد؛ به طریق اولی دختری که باکره است نخواهد توانست رحم خود را برای کاشت نطفه، در اختیار مردی بیگانه قرار دهد.

به لحاظ تاریخی آنچه که در این زمینه باید مورد توجه قرار گیرد؛ این است که یکی از انواع نکاح‌هایی که در زمان قبل از اسلام (دوره موسوم به جاهلیت) رواج داشته؛ «نکاح استبضاع» بوده است. به این صورت که بعد از اینکه زن از عادت ماهانه پاک می‌شد و وارد دوره طهر می‌گشت؛ شوهرش از او درخواست می‌کرد با مرد دیگری که او پیشنهاد می‌داد؛ همبستر شود تا در اثر این رابطه، باردار شود و در مدت حمل، شوهرش از نزدیکی با او خودداری می‌کرد. بر اساس روایت، انگیزه اصلی چنین نکاحی، امید به نجابت فرزند بود<sup>۱</sup>، چیزی که امروزه از آن به عنوان «به نژادی»<sup>۲</sup> یاد می‌شود. در این نکاح به امید داشتن فرزندی صاحب اصل و نسب و شریف، از بزرگان و نخبگان جامعه خود، درخواست می‌کردند، که با زنان آنها مجامعت کنند تا شاید صفاتی از قبیل شجاعت و جنگاوری، به فرزندان آنها نیز انتقال یابد. اما با ظهور اسلام، این نکاح همراه انواع دیگر نکاح، جز آنچه که امروزه در فقه و حقوق اسلامی مرسوم است، باطل گردید. در آخر روایت می‌خوانیم: «فَلَمَّا بُعِثَ مُحَمَّدٌ بِالْحَقِّ، هَدَمَ نِكَاحَ الْجَاهِلِيَّةِ كُلَّهُ إِلَّا نِكَاحَ النَّاسِ الْيَوْمِ» (بخاری، ۱۴۲۲ق، ۱۵/۷).

بنابراین اگر اجاره رحم جایز باشد، باید قائل به صحت این نوع نکاح نیز بود. زیرا اگر زنی بتواند رحم خود را به مدت معلوم برای حمل فرزند شخصی بیگانه اجاره دهد؛ مسلماً و به طریق اولی می‌تواند

۱- أَنَّ النِّكَاحَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ كَانَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَنْحَاءٍ... وَنِكَاحَ آخَرَ: كَانَ الرَّجُلُ يَقُولُ لِمَرْأَتِهِ إِذَا طَهَّرَتْ مِنْ طَمْنِهَا: أَرْسَلِي إِلَى فُلَانٍ فَاسْتَبِضِعِي مِنْهُ، وَبَعْتِهَا زَوْجَهَا وَلَا يَمْسُهَا أَبَدًا، حَتَّى يَتَبَيَّنَ حَمْلُهَا مِنْ ذَلِكَ الرَّجُلِ الَّذِي تَسْتَبِضِعُ مِنْهُ، فَإِذَا تَبَيَّنَ حَمْلُهَا أَصَابَهَا زَوْجُهَا إِذَا أَحَبَّ، وَإِنَّمَا يَفْعَلُ ذَلِكَ رَغْبَةً فِي نَجَابَةِ الْوَلَدِ، فَكَانَ هَذَا النِّكَاحُ نِكَاحَ الْإِسْتِبْضَاعِ... برای مطالعه بیشتر نک: ترمذینی، ۱۹۹۸م، ۱۷ به بعد.

۲. eugenics

رحمش را در راستای رسیدن به منافع خویش، از جمله دارا شدن فرزندی صاحب اصل و نسب و قهرمان، مورد معامله قرار دهد.

از مجموع این آیات و روایات می‌توان فهمید؛ مالکیت بضع نه تنها در اختیار شوهر قرار ندارد، تا بتواند حق انتفاع از آن را به دیگری واگذار کند، بلکه حتی خود زن نیز در این مورد، اختیاری ندارد و نمی‌تواند به آزادی اراده استناد ورزد. به عبارت دیگر، مالکیت بضع از جمله حقوق الله بوده که صرفاً از طریق عقد نکاح در اختیار زوج قرار می‌گیرد؛ تا انحصاراً از آن منتفع شود. این حق، انحصاری و غیر قابل انتقال است.

### ۳- تعارض با حقوق طفل

همان‌طور که اشاره شد، صرفاً از طریق عقد نکاح می‌توان از بضع انتفاع جست که انحصاراً در اختیار زوج قرار دارد و نمی‌تواند آن را به دیگری انتقال دهد. بنابراین اگر در خارج از این چارچوب، به هر طریقی و با هر جهتی مورد دخل و تصرف قرار گیرد؛ فرزندی که از این راه متولد می‌شود؛ نمی‌تواند به طور کامل از حقوق مدنی خود، متمتع شود.

ماده ۱۵۸ق.م وجود «رابطه زوجیت» را یکی از شرایط الحاق طفل به شوهر می‌داند. در این ماده می‌خوانیم: «طفل متولد در زمان زوجیت، ملحق به شوهر است، مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد.» بر اساس این ماده، برای ملحق کردن طفل به شوهر علاوه بر وجود علقه زوجیت، باید عقلاً و عادتاً امکان این الحاق نیز وجود داشته باشد. بنابراین اگر پس از گذشت مثلاً سه ماه از ایجاد زوجیت و وقوع نزدیکی، فرزندی به دنیا آید؛ شوهر می‌تواند ادعای «نفی ولد» کند. این ماده به ما می‌گوید، حتی با وجود اماره فراش، می‌توان در الحاق فرزند به شوهر، تردید کرد. پس هرگاه یکی از این دو شرط، یعنی وجود رابطه زوجیت و امکان الحاق طفل به شوهر وجود نداشته باشد؛ طفل، به پدر طبیعی خود، ملحق نمی‌شود، که در نتیجه، حقوق اولیه و اساسی طفل مانند: حضانت، ولایت، نفقه و توارث دچار تزلزل و دست‌خوش پریشانی و اضطراب خواهد گردید.

عده‌ای سعی کرده‌اند، طفل متولد حاصل از این رابطه را در حکم ولد زنا تلقی کنند تا از طریق ماده ۱۱۶۷ ق.م که طفل متولد از زنا را ملحق به زانی نکرده است، آثار حقوقی آن را بررسی کنند (امامی، ۱۳۳۹/۱۸۶). اما به نظر نگارنده، چه ولد زنا و چه ولد حاصل از اجاره رحم، بر طبق مفهوم ماده ۱۱۵۸ ق.م ملحق به پدر خود نخواهند شد و ماده ۱۱۶۷ ق.م مصداقی از نبود دو شرط مذکور را ذکر کرده است. بنابراین جهت تعیین حکم مصادیق دیگر، کافی است که به اصل قاعده رجوع شود.

#### ۴- تعارض با قواعد نظر به نامحرم

اگر به اجاره رحم از منظر زنی که دارای مشکل باروری و ناتوانی بر نگهداری جنین است، نظر افکند، با توجه به آنکه یک بیماری است، شاید بتوان جوازی شرعی بر رؤیت فرج زن بیمار توسط پزشک متخصص پیدا کرد اما به دلیل اینکه موضوع نگارش فعلی جواز اجاره رحم از منظر زنی است که اتفاقاً رحم او سالم و بدون عیب است و اگر جنین نباشد صلاحیت کاشت نطفه را پیدا نخواهد کرد، به نظر نگارنده این زن مشمول قواعد عمومی تداوی نخواهد بود و در نتیجه هیچ جوازی در فقه اسلامی نمی توان برای رؤیت و معاینه شرمگاه او و یا انجام آزمایش‌های متعدد، توسط پزشک صادر نمود زیرا مشمول هیچ یک از موارد و عناوین جواز نظر به نامحرم نخواهد بود.

بر اساس آیات قرآن،<sup>۱</sup> زن و مرد مؤمن علاوه بر حفظ فروج، باید مراقب نگاه‌های خویش نیز باشند و نظر خود را از آنچه حرام است، بیوشانند و آن را محدود و کوتاه (غض بصر)<sup>۲</sup> به موارد مشروع کنند (طباطبایی، ۱۳۶۳/۱۵۹؛ مکارم شیرازی، ۳/۱۳۸۶؛ قرطبی، ۱۹۸۵، م ۱۲/۲۲۸؛ فخر رازی، ۱۴۲۰، ق ۸/۲۱۴). این حکم اصولاً شامل تمامی مردها و زنان است، ولی زنان علاوه بر حفظ فروج و غض بصر، باید «زینت» خود را نیز از نامحرمان (که به قرینه احصای محارم زن، از آیه معلوم هستند) نگاه

<sup>۱</sup> به عنوان نمونه: آیات ۳۱ و ۳۰ سوره نور.

<sup>۲</sup> قال الاکترون: «من» هنا للتبغیض. و المراد غض البصر عما یحرم و الاقتصار به علی ما یحل... (فخر رازی، ۲۱۴/۸)

دارند. درباره‌ی اینکه، زینت چیست و شامل چه قسمت‌هایی می‌شود؛ اختلاف وجود دارد.<sup>۱</sup> ولی به هر حال، جز آن قسمت که شرعاً و عادتاً امکان پوشاندن آن موجب عسر و حرج می‌گردد؛ سایر قسمت‌های بدن، نباید آشکار شود. در مورد دست‌ها و صورت زن عمدتاً قایل به رخصت شده‌اند. ولی عموماً سایر اعضای بدن زن، جزو عورت است که پوشاندن (ستر) آن، واجب است.

بنابراین، زن و مرد مؤمن، هر کدام در حد و حدود معین، ملزم به ستر عورت خود هستند که نظر به آن حرام است. این حکم، اصولاً جاری است (عزیمت)، مگر در مواردی که «ضرورت» اقتضا کند، قسمت‌هایی از عورت آنان بر شخص یا اشخاصی ویژه نمایان شود (رخصت).

به دلیل اینکه ممکن است از عبارت ضرورت، تفسیرهای احیاناً شخصی و متفاوتی بشود؛ فقهای اسلام، از طریق تتبع و استقرا در نصوص شریعت، اسباب و علل این ضرورت را احصا کرده‌اند.<sup>۲</sup> به این صورت که نظر به عورت زن، جز در موارد زیر، ممنوع و مشمول حکم اصلی حرمت است.

الف - نکاح: به خاطر ضرورت نکاح، نگاه به زن، آنهم دست و صورت، نه تنها جایز بلکه حتی تکرار نگاه هم مستحب است. تا از این طریق، از پشیمانی و جدایی زوجین که مفسد آن، به مراتب بیشتر از نظر است،<sup>۳</sup> جلوگیری شود.

ب - معاملات و شهادت: مسلماً زنان نیز ممکن است به خاطر رفع نیازهای خود، وارد صحنه عملی داد و ستد و معاملات شوند. که در این حالت، ضرورت شناخت و شناسایی اطراف معامله چه حین العقد و چه هنگام بروز اختلافات، ایجاب می‌کند که هویت آنان محرز شود. اما بر اساس این قاعده که در موارد ضرورت باید به حداقل نیاز اکتفا شود (ما اُبیح للضرورة یقَدَّر بقَدَرها)<sup>۴</sup> صرفاً نگاه به صورت زن،

<sup>۱</sup> عده‌ای گویند، عام است، هم محاسن خلقت و هم غیر آنها را از قبیل: لباس، زیورآلات و انواع رنگ‌های آرایشی شامل می‌شود؛ در مقابل، گروهی دیگر، محاسن خلقت را جزو زینت زنان، نمی‌دانند. (فخر رازی، ۲۱۵/۸؛ طبرسی، ۱۲۷/۱۷).

<sup>۲</sup> درباره پا و صدای زن، اختلاف وجود دارد. (نک: طباطبایی، ۲۳۵/۶؛ فخر رازی، ۲۱۶/۸، قرطبی، ۳۰۷/۵).

<sup>۳</sup> به عنوان نمونه، (نک: محقق حلی، ۴۳۴/۱؛ حصنی، ۴۷۱).

<sup>۴</sup> هنگام تعارض دو مفسده، آئی مقدم است که ضرر کمتری داشته باشد. «إذا تعارض مفسدتان، روعی أعظمهما ضرراً بارتکاب أخفهما.» (زحیلی، ۲۳۰/۱؛

سیوطی، ۸۷؛ ابن نجیم، ۷۶).

<sup>۵</sup> این قاعده با الفاظ دیگری نیز ثبت و ضبط شده است. (نک: سیوطی، ابن نجیم و زحیلی، همان).

تجویز شده است. زیرا این نگاه، نیاز را برآورده می‌کند (نجفی، ۱۹۸۱، م. ۶۳/۲۹؛ حلی، ۱، ۴۳۵/۱۳۷۴؛ حصنی، ۱۹۹۴، م. ۴۷۲).

ج - معالجه و مداوا کردن: نظر افکندن به عورت زن، برای مداوا کردن بیماری، یکی دیگر از موارد ضرورت است. در این مورد نیز، نگاه صرفاً باید به موضع بیماری باشد. در این حالت تا جایی که ممکن است، مداوا باید توسط پزشک هم‌جنس صورت پذیرد، اگر بیمار زن است توسط پزشک زن و اگر مرد است توسط پزشک مرد انجام شود. ولی اگر پزشک هم‌جنس وجود نداشت یا امکان دسترسی مقدور نبود؛ پزشک غیر هم‌جنس با حضور محارم بیمار، می‌تواند عمل مداوا را انجام دهد (نجفی، ۱۹۸۱، م. ۶۳/۲۹؛ حلی، ۱، ۴۳۵/۱۳۷۴؛ حصنی، ۱۹۹۴، م. ۴۷۲).

حال که اسباب و عناوین کلی نظر به عورت زنان، ذکر شد؛ بدیهی است که اجاره رحم مشمول هیچ یک از این عناوین نمی‌گردد زیرا در اجاره رحم، موضوع عقد، رحم سالم و بدون عیب زنی است که قرار است محل کاشت نطفه مرد بیگانه قرار گیرد و بر اساس قواعد عمومی معاملات، علم به موضوع عقد، یکی از شرایط صحت هر قراردادی است.<sup>۱</sup> بنابراین رحم زنی که قرار است محل پرورش نطفه باشد؛ باید معینه و رؤیت شود. اعم از اینکه مستقیم و بدون واسطه حاصل یا به وسیله دستگاه‌ها و لیزرهای ویژه کنترل از راه دور انجام گیرد. که این رؤیت هم در مرحله قبل از تشکیل عقد، جهت علم به سالم و آماده بودن رحم و هم در مرحله انتقال و تزریق نطفه، لازم است که صورت پذیرد. و این در حالی است که در اجاره رحم و قراردادهای مشابه آن، نگاه به عورت زن، مشمول هیچ یک از عناوین ذکر شده قبلی نمی‌گردد، در نتیجه چون تالی و لازمه‌ی این قرارداد با قواعد عمومی حاکم بر نظر در تعارض است، باید قایل به بطلان آن بود. به لحاظ قانونی نیز به دلیل اینکه موضوع این عقد، شرعاً غیر قابل رؤیت است

۱. مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ ق.م.

نمی‌توان نسبت به آن علم حاصل کرد و بر اساس مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ق.م، یکی از ارکان آن غیر موجود است؛ امری که مانع از صحت تشکیل عقد خواهد شد.

#### ۵- مخالفت با اخلاق حسنه و کرامت انسان

یکی از قواعد مهم حاکم بر قراردادها، مخالفت نداشتن با اخلاق حسنه است. در این راستا، ماده ۹۷۵ق.م بیان می‌کند: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.»

یکی از شارحین قانون مدنی، مفهوم اخلاق حسنه را اینگونه توضیح می‌دهد: «مقصود از اخلاق حسنه، منش و کردار محسنین و پرهیزگاران جامعه است، منبعی که بخش مهمی از قواعد نظم عمومی، از آن می‌تراود و مانع از تجاوز قراردادهای خصوصی به اخلاق است. بنابراین، اخلاق حسنه نیز چهره خاصی از نظم عمومی است.» (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۵۲). اخلاق حسنه و نظم عمومی به تناسب موضوع خود، چهره‌های گوناگون دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۵۲).

اکنون لازم است به گوشه‌هایی از اخلاق حسنه‌ی حاکم بر روابط زن و مردی اشاره شود، که از موهبت داشتن فرزند بی‌نصیب گشته‌اند. در این مورد محسنین و پرهیزکاران جامعه اسلامی، به آنان توصیه می‌کنند، که از صورت ظاهری وقایع و حوادث زندگی درگذرند و به این باور برسند؛ چه بسا داشتن فرزند نه زینتی برای حیات دنیوی آنها، بلکه مایه زحمت و ابتلایی باشد که باید خود را از آن برحذر دارند،<sup>۲</sup> و بهتر است که در فکر باقیات صالحات دیگری باشند. به جای آنکه صرفاً در اندیشه

۱. «الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ تَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا.» (کهف: ۴۶).

۲. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن مِّنْ أَرْوَاجِكُمْ وَأَوْلَادِكُمْ عُدُوا لَكُمْ فَاحْذَرُوهُمْ وَإِن تَعَفَوْا وَتَصَفَّحُوا وَتَتَفَرَّوْا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ.» (تغابن: ۱۴).



رسیدن به خواسته‌های فردا و مجهول العاقبت<sup>۱</sup> و تغییر سیر طبیعی آفرینش<sup>۲</sup> باشند، به تناسب وضعیت پیش آمده و هم صدا با نظام طبیعت، در صدد نجات زندگی کنونی کودکان بی سرپرستی باشند؛<sup>۳</sup> که از داشتن موهبت پدر و مادر، بی نصیب گشته‌اند. تا به این شیوه، هم در حل یکی از معضلات جامعه اسلامی گامی برداشته باشند، و هم فردای روز، هم‌نشین پیامبر رحمت گردند.<sup>۴</sup> و سرانجام با تدبیر در این آیات، به این باور برسند، که خدای دانای توانا بهتر از ما به وضعیّت و مصالح ما، اشراف و آگاهی دارد. زیرا خود او فرموده است:

لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِائًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (۴۹) أَوْ يَزُوْجَهُمْ ذُكْرًا وَإِنِائًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ (۵۰)

مالکیّت و حاکمیّت آسمانها و زمین از آن خدا است. هر چه بخواهد می‌آفریند. به هر کس که بخواهد دخترانی می‌بخشد و به هر کس که بخواهد پسرانی عطاء می‌کند. و یا این که هم پسران می‌دهد و هم دختران. و خدا هر که را بخواهد نازا می‌کند. او بس آگاه و توانا است.

۱. «...عَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَعَسَىٰ أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَّكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ.» (قره: ۲۱۶).

۲. پس از آنکه خداوند، ابلیس را از رحمت خود دور و نفرین کرد. ابلیس ضمن پیمانی غلیظ و سنگین، سوگند یاد کرد که نه تنها بشر را از مسیر اصلی هدایت به بیراهه خواهد کشاند؛ بلکه او را وادار به تغییر مسیر اصلی آفرینش نیز خواهد کرد. «لَعَنَهُ اللَّهُ وَقَالَ لَا تَخِذَنَّ مِنْ عِبَادِي نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ۖ وَلَا تَلْبَسْهُمْ وَلَا مَنِئِهِمْ ۖ وَلَا مَرَهُمْ فَلْيُبْتِغَنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَا مَرَهُمْ فَلْيَغْيِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا ۖ» (نساء: ۱۱۸-۱۱۹).

۳. بر اساس آمارهای رسمی، تعداد کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست ایران، چیزی بیش از ۲۳ هزار نفر اعلام شده است. برای مطالعه بیشتر نک:

<http://goo.gl/NCJ>

۴. رسول خدا(ص) در باره سرپرست یتیم می‌فرماید: «أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا» وَأَشَارَ بِالسَّبَابَةِ وَالْوُسْطَى، وَفَرَّجَ بَيْنَهُمَا شَيْئًا.» (بخاری، ۴۲۲، ق، ۹/۸).

### جمع بندی و بیان نتایج

۱- اصل اباحه به عنوان یک قاعده عمومی، استثنائاتی دارد که از جمله آنها می‌توان به «أضحیه»، «ختان»، «انواع خالکوبی بر بدن»، «پیوند یا خرید و فروش اعضای انسان» «حدود»، «جراحی‌های زیبایی» و اخیراً «ابضاع» اشاره کرد. بنابراین هنگام شک در حرمت یا حلیت گوشت یک حیوان، صرف نظر از محصور بودن یا نبودن آن، اصل بر عدم تذکبه و حرمت است. طاری شدن شبهه‌ای شرعی، مانع اجرای حدود است. صرفاً به بهانه زیبا ساختن اعضای بدن نمی‌توان اقدام به جراحی‌های زیبایی نمود. در تمامی این موارد، اگر چنان فرض شود که هیچ منع شرعی و قانونی محکمی وجود ندارد باز نمی‌توان اصل اباحه را جاری ساخت. در مورد ابضاع و فروج نیز به دلیل اینکه، اجاره رحم منجر به دخل و تصرف در جزء مهمی از بدن زن می‌شود، هنگام شک در اصل حکم نمی‌توان به اصل اباحه تمسک جست بلکه به پیرو این قاعده که «اصولاً هر گونه دخل و تصرف و ایجاد جرح و ایذاء در بدن حرام است» باید قایل به حرمت آن بود. و به دلیل حساسیت ویژه ابضاع و فروج، در کتاب‌هایی که به گردآوری و احصای قواعد فقه پرداخته شده است، این استثنا را به عنوان یک قاعده مستقل مطرح کرده و اظهار داشته‌اند: «أصل فی الابضاع التحريم».

۲- استناد به آزادی اراده در زمینه اجاره رحم، موضوعاً منتفی است. با توجه به آیات و روایات وارده در زمینه حفظ فروج، صرف نظر از ملک یمین، هر گونه انتفاع و استمتاع از بضع، صرفاً از طریق عقد نکاح ممکن است. نه تنها زوج بلکه زن صاحب رحم نیز در مورد واگذاری انتفاع از رحم اختیاری از خود ندارد. مالکیت بضع از جمله حقوق الله بوده که از طریق عقد نکاح، صرفاً به زوج واگذار می‌شود. این حق انحصاری و غیر قابل انتقال است.

۳- اگر زن صاحب رحم بتواند، رحم خود را در راه رسیدن به منافع دیگران (زن و مرد صاحب نطفه)، به کار گیرد؛ مسلماً باید بتواند آن را در راه دستیابی به منافع خویش نیز مورد بهره برداری قرار دهد زیرا مالک یک شیء هنگام انتفاع از اشیا و متعلقات خود، نه تنها اولی از دیگران است بلکه کامل‌تر و آزادانه‌تر نیز می‌تواند عمل کند. بر همین اساس، اگر یک زن بتواند، به بهانه فرزندآوری برای دیگران؛

رحمش را برای کاشت نطفه مردی بیگانه، مورد معامله قرار دهد، همو باید بتواند نطفه مردی بیگانه را، برای رسیدن به خواسته‌هایش مثلاً داشتن فرزندی با ویژگی‌های ممتاز، در رحم خود بکارد. به عبارت دیگر آنچه در این زمینه مهم است، «جواز معامله بر رحم زن» و اینکه او بتواند نطفه‌ی بیگانگان را در رحم خویش جای دهد. که اگر تشکیل این عقد، صحیح باشد خصوصیت اینکه، فرزندآوری برای کدام یک از طرفین عقد باشد، حذف خواهد شد. ممکن است زن و مردی که نازا هستند به عنوان موجب، پیشنهاد کاشت نطفه خود را به زنی بدهند. و یا اینکه زنی برای داشتن فرزندی خاص و صاحب اصل و نسب (به نژادی)، پیشنهاد اخذ نطفه زن و مردی را مطرح کند. با تحلیل این دو صورت می‌توان به این نتیجه رسید که «نازا بودن» نیز خصوصیتی ندارد به این صورت که اگر معامله بر رحم زن جایز باشد، چه بسا زن و مردی که نازا نیستند و احیاناً دارای فرزند نیز باشند؛ به خاطر وجود انگیزه‌های مختلف اقدام به اجاره رحم یا اخذ نطفه نمایند. نتیجه‌ای که از طرح این فروض مختلف، به دست خواهد آمد این است که: «اگر معامله بر رحم زن جایز باشد، لاجرم باید حکم به جواز تمام این صورت‌ها داد و ادعای تخصیص یا ترجیح یکی بر دیگری، ترجیح بلا مرجح خواهد بود». صرف نظر از اینکه یکی از صورت‌های باطل این مسئله، موسوم به «نکاح استبضاع» در زمان قبل از اسلام رواج داشته است. در مورد عدم صحت اصل معامله بر رحم زن دلایلی ارایه شدند و سایر دلایل نیز خواهند آمد.

۴- توجه به «فرزندی» که از طریق اجاره رحم، متولد خواهد شد؛ از بسیاری از نگاه‌ها مغفول مانده است. علاوه بر اینکه اجاره رحم از منظر زن صاحب رحم نیز باید مورد تقد و ارزیابی قرار گیرد؛ فراتر از آن باید به قصد اصلی و نتیجه نهایی این عقد که به دنیا آمدن فرزند است توجه ویژه شود. اگر به این عقد، از جهت فرزندی که قرار است متولد شود، نظر شود؛ شبیه به «حضانة» خواهد بود. در فقه و حقوق اسلام، حضانة، بیشتر از آنکه از جمله حقوق و تکالیف زن و مرد باشد؛ از جمله حقوق کودک تلقی شده است. نگاهی هر چند گذرا به احکام حضانة، مؤید این نکته است که حقوق اسلام سعی کرده است در کشاکش جنگ و دعوای جدایی بین زن و مرد، حافظ حقوق اولیه و اساسی فرزند بی‌گناهی

باشد که ناخواسته درگیر این نابسامانی شده است. در اجاره رحم، نباید صرفاً آرزو و خواسته زوجی که با توسل به هر وسیله‌ای خواهان رسیدن به فرزند هستند مد نظر قرار گیرد بلکه در یک طرف این عقد، زن و مرد صاحب نطفه و زن صاحب رحم و در طرف دیگر آن، فرزند حاصل از این رابطه و جامعه قرار دارند که لازم است به همه آنها توجه کافی شود. در این عقد، اساسی‌ترین حقوق طفل مورد اضطراب و پریشانی جدی قرار می‌گیرد. در توضیح مطلب می‌توان گفت: «اجاره رحم، محل برخورد و تعارض دو حق طبیعی است. حق برخورداری از فرزند و حق برخورداری از مادر طبیعی». حال باید دید کدام یک از این دو حق مقدم بر دیگری است. در حل تعارض و ترجیح یکی از این دو حق بر دیگری ممکن است گفته شود، از یک طرف اجرای حق والدین مقدم بر حق فرزند است و از طرف دیگر، وجود فرزند و حتی جنین محل تردید است بنابراین به نفع این حق مجهول و مبهم نمی‌توان از حق کنونی و مسلم والدین چشم پوشید. اما در مقابل این استدلال باید گفته شود؛ حقیقت چیز دیگری است و آن اینکه اجرای یک حق، مطلق و برای همیشه نیست بلکه تا زمانی جایز است، که به حقوق اشخاص دیگر ضرر وارد نکند. علاوه بر مواد مختلف قانون مدنی، اصل ۴۰ قانون اساسی به صراحت بیان می‌دارد: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». پس تعارض این دو حق، در اصل، تعارض دو قاعده «تسلیط» و «لاضرر» است و در رفع این تراحم، حاکمیت با اصل لا ضرر است. اگر بتوان توجیه کرد که خواسته زن و مردی که به هر طریقی و با توسل به هر وسیله‌ای خواهان رسیدن به فرزند هستند؛ بر حق است و نیز بتوان تمام موانع شرعی و قانونی این عقد را تأویل بعید نمود؛ در این مورد، نمی‌شود کاری از پیش برد زیرا رسیدن به فرزند، با حقوق اولیه و اساسی همین فرزند در تعارض قرار دارد. نباید چنان فرض شود که این عقد، یک رابطه صرفاً اقتصادی است به این گونه که نطفه‌ای در رحمی کاشته می‌شود و پس از مدتی که طفلی به دنیا آمد و تحویل داده شد، این تعهد پایان می‌پذیرد و زندگی به مسیر اصلی خود بازخواهد گشت. بلکه باید از این سطحی‌نگری‌ها دست شد. این عقد، نه تنها مسیر اصلی و خلقت طبیعی یک انسان را تغییر می‌دهد بلکه فراتر از آن باعث تجاوز به اساسی‌ترین قواعد فقه و حقوق اسلامی می‌شود. اگر یک مرد بتواند به بهانه نازایی، آب خود

را در هر رحمی بریزد و یا اینکه زنی بتواند به بهانه داشتن فرزندی صاحب اصل و نسب درخواست اخذ نطفه بیگانگان را مطرح کند در این صورت، مصونیت نظام خانواده هتک حرمت شده و احکام نکاح و جرایمی از قبیل زنا متزلزل خواهند شد. و اما اگر چه به دنیا آمدن فرزند حتمی نیست و ممکن است در اثنای مدت حمل، از بین رود ولی آنچه در اینجا حایز اهمیت است؛ آن است که قصد اصلی از تشکیل این عقد، رسیدن به فرزند است و بنابراین اگر طفلی متولد نشود و در اثنای مدت حمل، جنین از بین رود، اثر اساسی عقد، حاصل نشده است و باید قایل به فسخ یا انفساخ عقد بود. بنابراین همین اندازه که قرار است، طفلی به دنیا آید؛ کافی است که حقوق اولیه او از جمله به دنیا آمدن از مادری طبیعی حفظ شود و این در حالی است که ذات قرارداد اجاره رحم این حق را پایمال می‌کند. توجه به حقوق جنین، در موارد دیگری نیز از جمله تقسیم ترکه مد نظر شارع بوده است. در فرضی که تعیین جنسیت جنین، محل تردید است، شارع بیشترین میزان سهم را برای او کنار نهاده و بدین ترتیب در برابر سایر وارثین از حقوق او دفاع کرده است. گو اینکه وی یکی از اقسام ضعفا و محجورینی است که شارع بر خود لازم دیده از حقوق وی دفاع کند. پس به دلیل آنکه اجاره رحم، موجب نقض حقوق اساسی طفل و نظام خانواده می‌شود؛ باید قایل به عدم صحت آن بود.

۵- و سر انجام باید به این مسئله اشاره کرد، همان طور که وا نهادن و استفاده نکردن از دست آوردهای جدید دانش پزشکی و سایر علوم در ریشه کن کردن بیماری‌ها و حل مشکلات زندگی، دور از عقلانیت و منطق صحیح است، استفاده مطلق و بدون در نظر گرفتن آثار و پیامدهای آن نیز چه بسا ممکن است آفات بیشتری به نسبت طرد آنها به بار آورد. پس پیشنهاد می‌شود به پیروی از «اصل اعتدال»، در صورتی این دست آوردها به کار گرفته شوند که با اصول کلی و قواعد حاکم بر فقه و حقوق اسلامی تعارض نداشته باشند بلکه در راه تقویت و معاضدت این قواعد و تحکیم ارزشهای حاکم بر جامعه اسلامی مورد بهره برداری قرار گیرند. «نازایی» به عنوان یک بیماری تابع احکام و قواعد کلی «تداوی» است. مسلماً با کشف عوامل ابتلا به این بیماری و استفاده از فناوری‌های جدید دانش پزشکی،

می‌توان تا حد زیادی، چه در مرحله پیشگیری و چه در مرحله ابتلا، آن را ریشه کن کرد. در میان روش‌های مختلف درمان این بیماری، به دلیل اینکه اجاره رحم با موانع شرعی و قانونی محکمی که از نظر گذشت؛ در تعارض است، باید از آن صرف نظر کرد و به روش‌های دیگر روی آورد. و در نهایت اگر در حدود شرع و قوانین موضوعه قابل رفع و مداوا نبود؛ به ندای فطرتشان و اخلاق حسنه پرهیزکاران جامعه اسلامی گوش فرا دارند که به آنان توصیه می‌کنند با تدبّر در آیات روشن الهی، به این باور برسند، که خدای دانای توانا بهتر از ما به وضعیت و مصالح ما، اشراف و آگاهی دارد.

#### منابع

قرآن مجید.

ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم (۱۴۱۹). الاشباه و النّظائر. تحقیق: زکریا عمیرات. اول. بیروت. دار الکتب العلمیّة.

الکشا، کمال (۱۳۹۱). بررسی فقهی زیبا سازی سر و صورت از طریق جراحی. پایان نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه تهران.

امامی، حسن (۱۳۳۹). حقوق مدنی. پنجم. تهران. انتشارات دانشگاه تهران.

بخاری، محمد بن اسماعیل (۱۴۲۲). الجامع الصّحیح. دوم. بیروت. دار طوق النّجاة.

ترمانینی، عبد السلام (۱۹۹۸). الزواج عند العرب. اول. کویت. عالم المعرفة.

توکلیان حقیقی، زهرا (۱۳۹۸). بررسی چالش‌های فقهی و حقوقی رحم جایگزین. اول. مشهد. دانشگاه فردوسی مشهد.

حصنی دمشقی، تقی‌الدین، ابوبکر بن محمد (۱۴۲۹). کفایة الأخیار فی حلّ غایة الاختصار. دوم. جده. دارالمنهاج.

حلّی، ابی منصور، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۰۹). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. اول. تهران، انتشارات استقلال.

خطیب شریبینی، شمس‌الدین، محمد بن محمد (۲۰۰۶). مغنی المحتاج فی معرفة الفاظ المنهاج. پنجم. بیروت. دارالکتب العلمیّة.

- رازی، فخرالدین، محمد بن عمر بن حسن بن حسین تیمی (۱۴۲۰). التفسیر الکبیر أو مفاتیح الغیب. دوم. بیروت. داراحیاء التراث العربی.
- زحیلی، محمد مصطفی (۱۴۲۷). القواعد الفقهیة وتطبیقاتها فی المذاهب الأربعة. اول. بیروت. دارالفکر.
- زرکشسی، أبو عبد الله بدر الدین محمد بن عبد الله بن بهادر (۱۴۰۵). المنشور فی القواعد الفقهیة. دوم. بیروت. دارالکتب العلمیة.
- سیوطی، جلال الدین، عبد الرحمن بن أبی بکر (۱۴۱۱). الاشباه و النظائر. سوم. بیروت. دارالکتب العلمیة.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۰۳). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. چهارم. بیروت. دار احیاء التراث العربی.
- طباطبایی، محمد حسین (۱۳۹۲). المیزان فی تفسیر القرآن. سوم. بیروت. مؤسسه الاعلمی.
- طبرسی، ابو علی الفضل بن حسن، مجمع البیان، بیروت، بی تا.
- عسقلانی، ابن حجر (۲۰۰۳). بلوغ المرام من ادلة الاحکام. دوم. قاهره. المكتبة الاسلامیة.
- عسقلانی، ابن حجر (۱۳۷۹). فتح الباری شرح صحیح البخاری. دوم. بیروت. دارالمعرفة.
- قاسم زاده، مرتضی (۱۳۸۲). تفسیر قانون مدنی، اول. تهران. انتشارات سمت.
- قرطبی، محمد بن احمد (۱۹۸۵). الجامع لاحکام القرآن. اول. بیروت. دار احیاء التراث العربی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). اعمال حقوقی. اول. تهران. شرکت انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). قواعد عمومی قراردادها. اول. تهران. شرکت انتشار.
- مجموعه مقالات (۱۳۸۴). روش های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق. اول. تهران. سمت.
- مجموعه مقالات (۱۳۸۶). جمعی از نویسندگان. رحم جایگزین. اول. تهران. سمت.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۲). قواعد فقه. بخش مدنی. اول. تهران. مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۲). مبانی استنباط حقوق اسلامی. نهم. تهران. انتشارات دانشگاه تهران.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۶). برگزیده تفسیر نور. اول. تهران. دارالکتب الاسلامیة.

موسوی بجنوردی، محمد (۱۳۸۵). قواعد فقهیه. اول. تهران. انتشارات مجد.  
نجفی، محمد حسن (۱۹۸۱). جواهر الکلام. اول. بیروت. دار احیاء التراث العربی.

