

نظریه‌ها، قوانین و مبانی مشروعیت باروری‌های پزشکی

(بخش اول)

محمد رضا رضانیا معلم*

چکیده

این مقاله بعد از تتبع کامل در فتاوا و استفتاءات به عمل آمده از فقها و دسته‌بندی نظریات آنان در شش نظریه و نقل نظریات دانشمندان و قوانین موضوعه‌ی کشورهای غربی، به بررسی مبانی جواز یا منع باروری‌های پزشکی می‌پردازد؛ به عبارت دیگر، مشروعیت موضوع فرزنددار شدن با دخالت عامل سومی به صورت اسپرم بیگانه یا تخمک بیگانه و یا رحم بیگانه را با عنایت به آیات، روایات، اصول و قواعد فقهی مورد بحث و بررسی قرار می‌دهد و در نهایت به جمع‌بندی موضوع از دو دیدگاه فردی و احوال خصوصی افراد و دیدگاه حکومتی و نظام اجتماعی می‌پردازد. نتیجه‌ی مشخص قابل ارائه‌ی این مقاله این خواهد بود که تا قانون صریح و شفای در این زمینه تدوین و وضع نگردد، هرکس بر مبنای نظریه‌ی فقهی مرجع تقلید خود می‌تواند عمل کند که خود مشکلات اجرایی، حقوقی و قضایی بی‌شماری را برای کشور سبب خواهد شد.

کلید واژه‌ها

باروری پزشکی - تلقیح مصنوعی - باروری نوزاد آزمایشگاهی - مادران
جاننشین - قرارداد بچه‌سازی - توالد و تناسل غیر طبیعی

* دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی مدرسه‌ی عالی شهید مطهری



طرح مسأله

نظام خانوادگی اساس بنیادین بقای اجتماع انسانی است. گاهی به واسطه‌ی عدم تحقق اهداف و مقاصد ازدواج و ایجاد اختلال در کارکردهای نظام خانوادگی، تداوم پیوند زناشویی تهدید می‌شود. این زمانی است که زوجین نتوانند به وظایف خود در برابر یکدیگر عمل کنند. یکی از این وظایف، ایفای نقش تولید مثل و فرزندآوری است که اختلال‌های گوناگون دستگاه تناسلی زن یا مرد این نقش را با شکست روبرو می‌سازد. دانش پزشکی برای درمان این اختلال‌ها راه‌های متعددی را پیشنهاد کرده است: تلقیح مصنوعی، روش‌های ART، انتقال جنین و...

نگارنده به جهت اهمیت موضوع به تحقیق گسترده در باره‌ی آن دست زده است که بخشی از آن با عنوان «تلقیح مصنوعی از دیدگاه فقه و حقوق» به عنوان پژوهش برگزیده‌ی فرهنگی سال ۷۹ معرفی شده است. برای پرهیز از گسترده‌تر شدن تحقیق حاضر، یافته‌ها و نتایج آن تحقیق آورده نمی‌شود و تنها بخشی از آن که جواز یا منع روش‌های باروری پزشکی است، در مقاله‌ی حاضر با اصلاحات و اضافات کلی، از جمله قوانین کشورهای غربی آورده شده است.

گفتار نخست: نظریات فقها و حقوق‌دانان اسلامی و غربی

الف - فقها و حقوق‌دانان اسلامی

مجموع نظریه‌ها و دیدگاه‌های فقها و حقوق‌دانان اسلامی را (بیان شده در سخنرانی‌ها، مقالات، استفتاها و فتاوا) در چند گروه می‌توان دسته‌بندی کرد:

۱. نظریه‌ی جواز مطلق اصل باروری‌های پزشکی در همه‌ی انواع و اقسام آن

از این گروه‌اند مقام معظم رهبری آیه الله خامنه‌ای، آیه الله سید حسن طباطبائی قمی، آیه الله محمد یزدی، آیه الله سید محمد موسوی بجنوردی.^۱

استدلال این گروه، به‌طور خلاصه این است که هیچ آیه، روایت و دلیل شرعی خاصی بر ممنوعیت آن وجود ندارد، اگر چه در تلقیح اسپرم بیگانه و یا باروری با آن، احتیاط را در ترک دانسته و پرهیز از محرّمات را واجب می‌دانند. در میان فقهای اهل سنت کسی را نیافتم که به‌این نظر معتقد باشد.



۲. نظریه‌ی ممنوعیت مطلق اصل باروری‌های پزشکی در همه‌ی انواع و اقسام آن حتی اگر ضروری باشد.

از این گروهند آیه‌الله میلانی (چنان که از اطلاق کلامشان در استفتای نقل شده از ایشان برمی‌آید)^۲ و از فقهای اهل سنت، شیخ رجب تمیمی، شیخ ابراهیم شقره، شیخ عبدالله بن زید آل محمود مطلقاً حرام می‌دانند و شیخ عبداللطیف فرفور، بکر ابو زید و محمد شریف احمد به تحریم این اقسام تمایل دارند.^۳

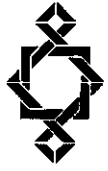
استدلال این گروه (از فقهای اهل سنت) این است که به دلیل آیه‌ی «نساؤکم حرث لکم فأتوا حرثکم أنى شئتم»؛^۴ زنان شما کشت‌زار شما هستند؛ پس از هر جا (و هر گونه) که خواهید به کشت‌زار خود درآیید، می‌گویید: تولید نسل بایستی از راه معاشرت طبیعی زوجین صورت گیرد؛ چون آیه می‌گوید: مکان کشت و تولید نسل شما باید زنانتان (رحم آن‌ها) باشد و به غیر، تجاوز نکنید؛ بنابراین، لقاح بین تخمک و اسپرم زوجین بایستی از راه جماع باشد، و گر نه مخالف نص آیه است.^۵ به اضافه، آیات دیگری، مثل «خلق من ماء دافق، یخرج من بین الصلب و الترائب»^۶ دلالت دارد که تولید نسل از آب جهنده که به طور طبیعی از مکان‌های خاصی خارج می‌گردد، وارد قرار مکین؛ یعنی رحم می‌گردد، در حالی که باروری‌های پزشکی این خصوصیت را ندارند.^۷

همچنین به آثار زیان‌بار آن، مثل هتک عرض، آگاهی بیگانه بر عورت، بدون وجود ضرورت و نیز وجود دلیل معتبر شرعی و قواعد «درء المفسد مقدم علی جلب المصالح»، «ما غلب ضرره فهو ضرر محض» و قاعده‌ی «سد الذرائع استناد کرده، همه‌ی اقسام را حرام می‌دانند، اگرچه در ذات و اصل خود نباشند، لکن به خاطر عوارض و آثار زیان‌بار حرام می‌گردند.

۳. نظریه‌ی جواز مطلق باروری‌های پزشکی بین زوجین و جواز مشروط بین

بیگانگان

گروهی از فقها باروری پزشکی بین زوجین را {خواه با تلقیح داخل رحمی (IUI) باشد یا لقاح آزمایشگاهی (IVF و...)} از جهت جایز بودن فرق نمی‌گذارند، چنان‌که از اینان گروهی، لقاح بین اسپرم و تخمک بیگانه را اگر به شیوه‌ی (IUI) باشد، حرام دانسته و در صورتی که به شیوه‌ی (IVF) از روی جهل صورت گیرد



(یا به منظوری غیر از تولید مثل باشد، مثل شبیه سازی دست یا پا و...) مجاز می‌دانند، اما به جهت تولید نسل انسانی جایز نمی‌دانند. از این گروه هستند: آیه الله محمد مؤمن قمی و آیه الله محسن حرم پناهی.^۸

استدلال این گروه این است که تلقیح به شیوه‌ی (IUI) به خاطر روایت‌های خاص «قرار دادن نطفه‌ی بیگانه در رحم زن بیگانه» حرام است، اما نسبت به ترکیب اسپرم و تخمک دو بیگانه در خارج از رحم هیچ دلیلی برای منع یافت نمی‌گردد؛ پس جایز است.

۴. نظریه‌ی جواز مطلق باروری‌های پزشکی بین زوجین و منع مطلق آن بین بیگانگان

آنچه ملاک حرمت یا حلیت و یا جواز یا منع قرار می‌گیرد، ترکیب اسپرم و تخمک زوجین و یا دخالت عامل بیگانه است و شیوه‌ی به‌کارگیری، هیچ‌گونه تأثیری در جواز یا حرمت اصل موضوع ندارد. دلایل ایشان، آیات، روایات، ادله‌ی عقلی و استحسانی، فلسفه‌ی تشریح نکاح، ملاک موجود در ممنوعیت زنا و تبنی و ... می‌باشد.

از این گروهند: امام خمینی (ره)، آیه الله منتظری، آیه الله خویی و بسیاری از فقهای معاصر و از اهل سنت: شیخ مصطفی زرقاء، شیخ عبدالله بسام، شیخ عبد السلام عبادی، شیخ عبدالحلیم، شیخ عبد الله آل محمود، شیخ عبدالستار، شیخ علی سالوس و ...^۹

۵. نظریه‌ی حرمت مطلق همه‌ی اقسام باروری‌های پزشکی، جز بین زوجین و با وجود شرایطی

این گروه، باروری به این شیوه را تنها در صورتی که بین زوجین باشد و خود زوجین عملیات آن را تصدی نمایند، ضرورت و عسر و حرج شدید «ضرورت قصوی» محقق باشد و باروری به شیوه‌ی (IUI) صورت گیرد، آن را جایز می‌دانند. دلیل این گروه، همان دلایل گروه دوم است، با این تفاوت که می‌گویند: به دلیل قواعد، محظورات به وسیله‌ی ضرورات مشروع می‌گردند؛ لذا به جواز باروری پزشکی بین زوجین معتقد شده‌اند. شیخ مصطفی زرقاء و دکتر محمد علی البار، تعدادی از علمای اهل سنت را بدون ذکر نام، یادآور شده‌اند،^{۱۰} چنان که مرکز



فتوای مصری و اردنی نیز به این نظریه اعتقاد پیدا کرده‌اند.^{۱۱} از فقهای شیعه، آیه الله بروجردی را شاید بتوان در این گروه طبقه‌بندی کرد؛ چون حتی تلقیح منی زوج به زوجه را محل تأمل و اشکال می‌دانند.^{۱۲} بر این اساس، ترک احتیاط تنها در صورت ضرورت و حرج شدید بدون محذور خواهد بود.

۶. نظریه‌ی توقف در مسأله

این گروه عبارتند از: شیخ عبد العزیز بن عبدالله بن باز رئیس مجلس مجمع فقهی اسلامی در دوره‌ی هشتم (۱۴۰۵ ق) و شیخ ابوبکر ابو زید از شرکت‌کنندگان در همان دوره.^{۱۳}

خلاصه، با عنایت به فتوای فقها یا استفتاءات به عمل آمده و نیز سابقه‌ی ذهنی آن حضرات، نگرش آن‌ها به سمت حل مشکل تلقیح مصنوعی بوده است، در حالی که امروزه تلقیح مصنوعی ندرتا رخ می‌دهد و تنها از جنبه‌ی تاریخی حائز اهمیت است؛ بنابراین، امید است با شناخت نسبت به دیگر روش‌های باروری‌های پزشکی، مثل روش‌های (ART) و میکرو اینجکشن و ... نگرش و دیدگاه‌های خود را در این زمینه هرچه جزئی‌تر و صریح‌تر بیان کنند.

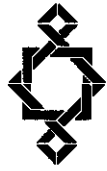
ب - دانشمندان غربی

به دلیل سابقه‌ی طولانی این نوع باروری‌ها در غرب (مثلاً تلقیح مصنوعی به مدت صد سال، لقاح آزمایشگاهی (IVF) به مدت ۲۴ سال، انتقال جنین به روش (ART) در سال‌های اخیر و ...) دانشمندان علوم مختلف تحقیقات و نظریه‌های متعددی را ارائه کرده‌اند. این نظریه‌ها را نمی‌توان به طور کلی بیان کرد، بلکه هر قسم از باروری‌های پزشکی مسائل و مباحث خاص خود را دارند و دانشمندان علوم مختلف هم بر همان اساس تحقیقات خود را ارائه نموده‌اند. در این جا تنها به دسته‌بندی و بیان دیدگاه‌های کلی آن‌ها اکتفا می‌شود.

۱- تلقیح مصنوعی

مخالفان می‌گویند: تلقیح مصنوعی بر خلاف اخلاق حسنه است. اگر در جامعه رواج یابد، سبب بی‌نظمی و اغتشاش اجتماعی و حقوقی می‌شود. لقاح مصنوعی (تلقیح) یکی از خطاها و زشتی‌های پاک نشدنی است. لقاح مصنوعی با





اسپریم بیگانه موجب تشمت و پراکندگی کانون خانوادگی است و آرامش خانواده‌ها را متزلزل می‌گرداند،^{۱۴} حتی این احتمال می‌رود که دولت و گروه‌های پرقدرت تصمیم بگیرند که نوع انسان مطلوب یا کامل را مشخص سازند.^{۱۵}

در این زمینه، در گزارش تقدیمی به آکادمی علوم اخلاقی و سیاسی فرانسه (در تاریخ ۷ مه ۱۹۴۹م.)، چنین اظهار نظر شده است: «طفلی که به طور مصنوعی در خانواده‌ای به وجود آمده و از نام خانوادگی پدر مزبور بهره‌مند می‌گردد، آسایش و آرامش خانواده و زندگی زناشویی را متزلزل می‌گرداند؛ زیرا اقدام به تلقیح مصنوعی، زن و شوهر را دائماً در معرض تصادمات روحی و برخوردهای روانی قرار می‌دهد و مخصوصاً اگر طفل با مشخصات و خصوصیات که مورد آرزوی زوجین بوده متولد نشود، این تصادم شدیدتر می‌گردد. به علاوه پدر نمی‌تواند خود را با محیط جدید تطبیق نموده، نسبت به طفلی که در واقع برای او بیگانه است علاقه نشان دهد. علاوه بر این، ممکن است طفل حاصل از لقاح مصنوعی بدون اطلاع و ندانسته در اثر ازدواج، مرتکب زنا‌ی با محارم شود؛ یعنی با یکی از محارم (پدر واقعی) رابطه‌ی جنسی برقرار نماید که این ارتباط جنسی اخلاقاً زشت و زننده بوده و از نظر مذهب نیز جایز نیست.»^{۱۶}

شایان ذکر است مخالفت با تلقیح مصنوعی بیشتر مربوط به تلقیح با نطفه‌ی غیر شوهر است.

موافقان می‌گویند: موهبت مادری از مواهب الهی است که خداوند هرگز هیچ زنی را از نعمت و لذت مادری محروم نکرده و سعادت مادر بودن را از او سلب ننموده است. به علاوه، وجود طفل سبب همبستگی و اتحاد بیشتر اعضای خانواده و گرمی کانون خانواده است.^{۱۷}

هم اینان می‌گویند: «هر وقتی شوهر رضایت به لقاح مصنوعی می‌دهد، مسلماً علاقه‌ی زیادی به داشتن فرزند دارد. در چنین حالتی، افزون بر این که به طفل حاصل از لقاح مصنوعی علاقه‌مند می‌شود، ضمناً می‌تواند احساس کمبود را در محیط زندگی جبران نماید، مضافاً با این وسیله سعادت خانواده تکمیل و آرامش زندگی زناشویی تأمین و گاهی نیز از ارتکاب زنا جلوگیری می‌گردد.»^{۱۸}

هم‌چنین تلقیح مصنوعی از پاره‌ای مشکلات که در فرزندخواندگی پدید می‌آید، به دور است؛ «چون در تلقیح مصنوعی، پزشک دقت و مراقبت لازم راجع به



انتخاب دهنده‌ی نطفه به عمل می‌آورد و ممکن است کسی را بدین منظور برگزیند که از لحاظ خصوصیات جسمی و روحی با شوهر مشابهت داشته باشد. از سوی دیگر، دهنده‌ی نطفه و زوجین معمولاً یکدیگر را نمی‌شناسند و فقط پزشک است که آنان را می‌شناسد. از این لحاظ طفل به زوجین تعلق خواهد داشت و شخص دیگری ادعای نسبت نخواهد کرد.^{۱۹}

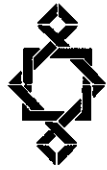
۱- باروری خارج از رحم (IVF)

مخالفان می‌گویند: واقعه‌ی مزبور خطرناک است؛ چرا که هراس از این است که بشریت از طبابت بیمار به طبابت نژاد لغزیده شود. (IVF) سبب خواهد شد بسیاری از نوزادان رنگین پوست و معلول هرگز به فرزند خواندگی پذیرفته نشوند یا فرزندان یتیم دارای صدمه مورد پذیرش برای فرزند خواندگی نگردند. مردمی که خواهان فرزندنی از صلب خود هستند، امیال نامعقولی دارند. این افراد لطف مراحل متفاوت تولید، به دنیا آوردن و بزرگ کردن فرزند را از هم تمیز نمی‌دهند. از آن جا که این سه کار را همیشه با هم دیده‌اند، در ذهنشان بین آن‌ها ارتباط عملی برقرار شده است، در حالی که جامعه شناسان در تعریف والدین می‌گویند: نقش والدین چیزی بیش از رابطه‌ی بیولوژیک با فرزند است و اغلب بر این عقیده‌اند که اگر مردم به پدر و مادر بودن به عنوان بزرگ کردن بنگرند و نه به عنوان خلق آن، جامعه وضع بهتری خواهد داشت و نیازی به (IVF) نخواهد بود.^{۲۰}

پیامدهای روان شناختی رشد دادن یک نمونه انسان، نه در پناه رحمی گرم، بلکه در میان فولاد و شیشه چه خواهد بود؟ هویت فردی یک نوزاد آزمایشگاهی چه خواهد بود؟ حرمت فرد چه شده و مفهوم خانواده به مثابه‌ی واحد اصلی تمدن کجا خواهد رفت؟

هم‌چنین به والدین نازا آسیب خواهد رساند؛ زیرا اغلب، تأکید روی تکنولوژی (IVF) می‌باشد، در حالی که جنبه‌های انسانی اغلب به حساب نمی‌آیند. تیم (IVF) عملاً فقط به جنبه‌های فیزیولوژیکی و مونیتورینگ سیکل توجه می‌نماید. به علاوه مواردی که در یک سیکل درمانی شکست وجود دارد، احساس سرزنش و تقصیر برای هر یک از زوجین، همراه با تحریکات روانی، فیزیکی و مالی روان را ویران خواهد کرد.^{۲۱}





(IVF) از جهات متعددی به جامعه آسیب می‌زند؛ چون دانش با استفاده از قدرت فزاینده‌اش تعیین می‌کند چه کسی، چگونه و با چه والدینی باید متولد شود. برای انجام چنین کاری، دست کم یک دلیل خوب انسان دوستانه می‌توان یافت، اما لزوماً مسأله را از نظر اخلاقی و جامعه شناختی توجیه نمی‌کند. از جنبه‌ی دیگر، سبب آسیب به نقش زن در جامعه می‌شود؛ زیرا باعث می‌شود بیش از آن که به علل اجتماعی ناباروری زنان توجه شود و بر روی جلوگیری از نازایی سرمایه‌گذاری شود، به امیال و خواسته‌های مردان پاسخ داده شود یا ابزارهایی برای کنترل زنان به حساب آیند.^{۲۲}

هم‌چنین به رغم ازدیاد جمعیت جهان، نازایی باید یک مشکل فردی به حساب آید، نه یک مبحث اجتماعی مهم.^{۲۳}

منتقدان به اصول اخلاقی مسیحیت هم استناد کرده‌اند که بر اهمیت حفاظت از فرآیند انتقال حیات انسانی تأکید دارد. این که دانش امروزی، توانایی تغییر اساسی این روند را کسب کرده، به این معنا نیست که از نظر اخلاقی حق انجام آن را داشته باشد؛ چنان‌که واتیکان در تصریح مجدد مفاد اعلامیه‌ی ۱۹۷۸ م. - که (IVF) را محکوم ساخت - اظهار داشت: «(IVF) برابر استیلا طلبی بر طبیعت و دست‌کاری آن است.»^{۲۴}

موافقان می‌گویند: این حق هر بشری است که دارای فرزند شود، پذیرش این حق، این التزام را برای دیگران به دنبال دارد که دست کم مانع تلاش این زوجها برای بچه‌دار شدن نگردند.^{۲۵}

تصمیم به داشتن فرزند، تعداد آن، ریسک بچه‌دار شدن و... از خصوصی‌ترین تصمیم‌گیری‌های یک زوج است. لذا دخالت دولت در تصمیم‌های بچه‌دار شدن یک زوج، شایبه‌ی این را در بردارد که از بچه‌دار شدن زوجها منع کند یا آن‌ها را به سقط مجبور کند.^{۲۶}

موافقان در پاسخ استدلال مخالفان می‌گویند: هیچ شیوه‌ی برخورد منطقی با زندگی وجود ندارد که خالی از ریسک باشد. ریسک تولد، مانع بچه‌دار شدن مردم نیست؛ بنابراین، اگر والدین آگاه باشند که فرزند ناشی از (IVF) ممکن است ناقص باشد و اگر بپذیریم که برای نوزاد ناقص همان زندگی همراه با نقص بهتر است تا عدم، پس بچه‌دار شدن به این روش به ضرر چه کسی می‌تواند باشد؟^{۲۷}





در مورد آسیب به نقش زن در جامعه پاسخ می‌دهند: دست کم نیمی از اعضای هر کمیته‌ی دولتی مسؤول کنترل شیوه‌های نوین تولید مثل، هر کمیته‌ی نظارت بر جنبه‌های اخلاقی و هر موسسه‌ی خدمات عمومی تأمین‌کننده‌ی بودجه‌ی پژوهش درباره‌ی تولید مثل را زنان تشکیل می‌دهند. هم چنین باید مسأله‌ی نازایی زنان در سطح اجتماع نگریسته شود، نه در سطح فرد؛ و جامعه در درجه‌ی اول بر روی جلوگیری از نازایی سرمایه‌گذاری کند.^{۲۸}

در نهایت، نتیجه‌ای که موافقان می‌گیرند این است که می‌گویند: به دلیل مجهول بودن تعدادی از عوامل، انسانی‌ترین راه این است که همه‌ی واقعیت‌های مربوط به نشای جنین را برای بیمار توضیح دهیم تا او خود تصمیم‌گیری کند.^{۲۹}

۳- مادران جانشین «رحم کرایه‌ای و...»

۱- در این موضوع هم عده‌ای مخالفت کرده و به صورت‌های زیر استدلال

کرده‌اند:

- جانشینی عملی غیر انسانی و تحقیرکننده است؛ چون با ترتیبات طبیعی مادرشدن - که خداوند وضع کرده - مخالف است (چرا که پیمان زناشویی، بر این فرض استوار است که زن و شوهر در همه‌ی موارد مربوط به کاشت نطفه و برداشت بچه از حق انحصاری برخوردار باشند)، عملی غیر اخلاقی و سبب سستی بنیان خانواده و ازدواج می‌باشد.^{۳۰}

- رسمیت بخشیدن به جانشینی رحم و استفاده از مادران جانشین، سبب مبارزه‌ی طبقاتی و بهره‌کشی آنان می‌شود. تخمک‌های بارور زنان ثروتمند در رحم زنان مسؤول زاد و ولد از طبقات پایین اجتماع کاشته خواهد شد و موجب ترجیح دارا بر نदार می‌شود.^{۳۱}

- جانشینی به یک صنعت خدماتی بدل خواهد شد که محصولاتی به نام نوزادان برای فروش عرضه خواهند کرد. در این صورت، جانشینی برای پول انجام می‌شود و اصول اخلاقی بازار، برنده خواهد شد. در این صورت، خانواده‌ها از عشق، تعهد و از خود گذشتگی - که لازمه‌ی تربیت کودک است - عاری شده و کم‌کم به دست‌چین شدن دختران خوش اندام و تیزهوش خواهد انجامید. از همین رو، عده‌ای به دلیل نتایج ناگوار خرید و فروش زندگی، آن را ممنوع می‌دانند و





عده‌ای به خاطر این‌که خود تجارتي شدن زندگي و جانشيني ممنوع است، آن را ممنوع مي‌دانند؛ بنابراین لازم است همه چيز تحت تأثير ارزش‌هاي اخلاقي تعديل گردند، از جمله انگيزه‌هاي سرمايه داري و تجارتي شدن.^{۲۲}

- به دليل تغييرات عصبي و رواني ناشي از آبستني در مادران جانشين و به دنيا آوردن کودک، اختيار حافظه و عقل وي گرفته مي‌شود و از اجرائي قرارداد خودداري خواهد کرد و اين همان بخش غم‌ناک و انساني واقعه است. براي پرهيز از اين وضعيت، بايستي جانشيني ممنوع گردد.^{۲۳}

- مرد با استخدام جانشين، در حقيقت زن ديگري مي‌گيرد و جانشيني روشي براي ارضاي ميل برتري طلبي مردان به داشتن وارث است؛ لذا زندگي خصوصي يک چيز است و قانوني کردن جانشيني چيز ديگر.^{۲۴} اين دومي به سياست‌هاي اجتماعي مربوط مي‌شود و سياست اجتماعي نبايد در خدمت ارضاي اميال نامعقول باشد.^{۲۵}

در مورد موضوع بحث، يک پرسش ظني مطرح است و آن اين که مادر چه کسي است؟ آيا مادر واقعي زني است که تخمک را اهدا کرده يا زن آبستني که جنين را در رحم خود پرورده و يا زني که روايان را خریده و تقاضاي به دنيا آوردن و بزرگ کردن وي را به عهده گرفته است؟ در مورد اين پرسش، پرسش‌هاي ديگري قابل طرح است و آن اين که مادر خوب چه کسي است؟ رابطه‌ي ایده‌آل بين زن، شوهر و کودکان چگونه رابطه‌اي است؟ جانشيني اين پايه‌ها را سست مي‌کند؛ چرا که نقش يک مادر در تمام معاني آن؛ خلقت، آبستني و پروردن کودک است.^{۲۶} به اضافه، ثبت تولد فرزند - چنان که در بسياري از کشورها مرسوم است - ايجاد اشکال مي‌کند.^{۲۷}

موافقان در پاسخ مي‌گويند: کدام قسمت جانشيني براي آبستن شدن، غير انساني و تحقير کننده است؟ آيا دقيقاً برابر قرارداد انجام نمي‌گيرد؟ و ... پس، جز تازگي‌اش و کمک به افراد بي‌فرزند چيزي غير انساني ندارد. در زن جانشين، امکان مشورت، راهنمايي و عمل سنجيده وجود دارد و وضع مزبور تحميل نمي‌باشد؛ بنابراین، با مسأله‌ي بهره‌کشي نبايد احساساسي برخورد کرد؛ چرا که اولاً، آيا پرداخت مثلاً بيست هزار دلار و يا حتي يک ميليون دلار، بهره‌کشي است؟ و ثانياً، هر جا پاي خريد و فروش خدمات در ميان باشد، امکان بهره‌کشي وجود دارد.^{۲۸}





- در مورد تجارتی شدن جانشینی باید گفت: اولاً، اگر جانشینی بایستی ممنوع شود، چرا انواع دیگر خدماتی که زنان در اجتماع انجام می‌دهند، ممنوع نشود. اگر شکل سنتی مادری قابل قبول است، چرا مانع کار کردن زنان به عنوان خدمت‌کار نباید شد؟ یا به عنوان پرستار بچه، دایه و معلم سر خانه؟ ثانیاً، این نظام اجتماعی است که با توجه به ساختار خود انتصاب‌های آزادانه‌ی غیر اخلاقی را ممکن می‌سازد؛ مثلاً در زمان گذشته زنان تهی دست مجبور بودند دایه شوند، شیر خود را بفروشند و فرزندان خود را از آن محروم کنند؛ بنابراین، باید بسترهای اجتماعی را عادلانه ساخت. ثالثاً، در بیشتر قراردادهای مادری برای جانشینی، معامله بی هیچ مشکلی انجام می‌پذیرد که نشانگر رضایت هر دو طرف از نتیجه‌ی کار است؛ و رابعاً، پولی که به جانشین پرداخت می‌شود در قبال تسلیم طفل به پدر نیست، بلکه به خاطر توافق جانشین با حامله شدن و پروردن بچه در رحم خود است. ممنوعیت فروش جنین به این دلیل است که فروش انسان ممنوع - است که امر درستی است -.^{۳۹}

در مورد عدم رضایت از عدم تحویل کودک می‌توان این مسأله را در ابتدای قرارداد به آن‌ها توضیح داد و یا وادارشان کرد. فیلم‌های ویدئویی که واکنش مادران را پس از تولد فرزندانشان نشان می‌دهد، تماشا کنند. به اضافه، این نحوه‌ی برخورد با زنان جانشین - که پیش از این فرزندان‌ی به دنیا آورده‌اند- توهین‌آمیز است. زنان بسیاری هم اکنون وجود دارند که به احساسات خود غلبه نموده، فرزند را تحویل می‌دهند. وجود بسیاری از قراردادهای جانشینی مؤید این مسأله است.^{۴۰}

در مورد میل برتری طلبی مردان باید گفت: اگر داشتن فرزند قابل انتقاد باشد، بسیاری از امیال دیگر در زندگی شخصی افراد قابل انتقاد خواهد بود؛ مثلاً اگر شخصی از ترس تصادف کردن حاضر نباشد با اتومبیل به محل کارش برود، ما او را ترسو تلقی می‌کنیم، ولی از طرف دیگر این را هم قبول داریم که اگر او بر تصمیمش اصرار ورزد، این حق اوست که پیاده سر کارش برود و نباید مجبورش کرد که حتماً با اتومبیل برود، ولی اگر همین فرد پدری باشد که فرزندان خود را مجبور کند که پیاده به مرکز خرید بروند، در آن صورت می‌گوییم این پدر نیازمند مشاوره است.^{۴۱}



در مورد اندازه گیری مادری و اختلاف نظر، اغلب به مسأله‌ی «پیوند و دل بستگی» مربوط می‌شود، ولی هیچ مدرکی برای وجود رابطه‌ای روحی که از آبستنی با شیر دادن بچه ناشی شود، وجود ندارد، بچه‌هایی که دایه داشته‌اند، به دایه‌شان علاقه و دل بستگی بسیار پیدا می‌کنند. مضافاً، این که هیچ مدرکی وجود ندارد که والدین بیولوژیک نسبت به پدرخوانده‌ها و مادرخوانده‌ها والدین بهتری باشند.^{۴۲}

در مورد ثبت هم روزی خواهد رسید که هم نام مادر ژنتیک و هم نام مادر زاینده در شناسنامه‌ی کودک ذکر گردد یا اگر انتقال صرف صورت گرفته باشد، شاید بتوان فقط از مادر ژنتیک نام برد.^{۴۳}

۴- قرارداد های بچه سازی (اجاره‌ی رحم، عاریه‌ی رحم و ...)

علاوه بر دیدگاه‌های متفاوت در مورد اصل جانشینی، نسبت به قراردادهای بچه سازی هم نظرهای متفاوتی ابراز شده است:

- تعدادی از دانشمندان و قوانین کشورها با این نوع قراردادها مخالفت کرده‌اند؛ مثلاً مقام های بلند پایه‌ی کاتولیک و کمیته‌ی ملی فرزندخواندگی آمریکا و ... آن را نوعی خرید و فروش می‌دانند؛ عده‌ای دیگر، آن را تجاوز به اتحاد زیست شناختی و معنوی زن و شوهری می‌دانند؛ در گذشته، انسانی را به طور کامل به بردگی می‌خریدند و اکنون می‌توان اقدام خاصی از او را خرید.^{۴۴}

دیوان عالی نیوجرسی آمریکا به اتفاق آرا در سال ۱۹۸۸ م. رأی قاضی سوکو را مبنی بر سلب حق مادری از زن جانشین و اعطای آن به متقاضیان فرزند، ملغی کرده و چنین قراردادهایی را خلاف قانون و فروش نوزاد دانسته است. البته دیوان عالی، جانشینی داوطلبانه‌ی بدون دستمزد را - به شرط آن که مادر جانشین حق داشته باشد نظرش را عوض کرده و نوزاد را نگه دارد - قانونی شناخته است. قانون انگلستان، همانند قانون ایالات میشیگان و فلوریدا جانشینی تجارتي را غیر قانونی ساخت.^{۴۵}

دیوان تمیز فرانسه چنین چیزی را نپذیرفته و اعلام کرد این توافق همان قدر مخالف اصل محرمانه بودن جسم انسانی در نظم عمومی است که مخالف محرمانه بودن وضعیت اشخاص است، چنان که ماده‌ی جدید ۷-۱۶ ق.م. فرانسه (قانون ۶۶۳





۲۹ ژانویه ۱۹۹۴) مقرر می‌دارد هر گونه توافق مبنی بر فرزند آوری یا حاملگی به نفع غیر باطل می‌باشد. حوزه‌ی کاربرد این متن از تصمیمات قضایی پیشین - که قانون‌گذار تخصیص داده - روشن می‌شود. دادگاه‌ها ملزم بوده‌اند توافقی‌هایی را به رسمیت بشناسند که اغلب به واسطه‌ی مؤسسات، بین یک زوج متشکل از یک مرد و یک زن عقیم و زنی دیگر حاصل می‌شده تا زن اخیر به گذاردن تمامی کارکردهای تولید مثل خود در اختیار این زوج جهت بارداری مصنوعی (تولید مصنوعی فرزند برای غیر) آماده گردیده و پیشاپیش از برقراری رابطه‌ی نسبی با فرزند آینده صرف‌نظر کرده و فرزند توسط اعطاکننده‌ی سلول تناسلی و همسر وی تحویل گرفته می‌شد. دیوان تمیز با تکیه بر اصل محرمانه بودن حالت اشخاص، بر غیر قانونی بودن این گونه توافقات در مؤسسات تأکید کرده بود (۱۳.c.i.v.1 دسامبر ۱۹۸۹ م.) و به دنبال آن، این دیوان ادعای فرزندخواندگی را در مرحله‌ی نهایی این روند ممنوع ساخت.^{۴۶}

عده‌ای از موافقان معتقدند قراردادهای بچه‌سازی را باید در قالبی اخلاقی محصور کرد و از سودجویی و سوء استفاده از این صناعت جلوگیری کرد.^{۴۷} البته تعداد بسیاری از موافقان جانشینی می‌گویند: سیاست‌های اجتماعی باید در جهت منع جانشینی تجاری باشد و باید جانشینی نوع‌دوستانه و دیگرخواهانه تحت نوعی نظارت دقیق مجاز باشد. با این اوصاف، عده‌ای جانشینی دوستانه را بهره‌کشانه‌تر می‌دانند و استفاده از خدمات رایگان دیگران را نوعی عوام‌فریبی و خلاف عدالت و اخلاق می‌دانند.^{۴۸}

گرچه تحقیق در مورد مادران جایگزین بسیار کم است، اطلاعات اولیه (و نظریه‌های مبتنی بر مطالعات در مورد اهداکنندگان عضو و داوطلبان شرکت در آزمایش)، اشاره به فواید بالقوه برای مادران جای‌گزین دارد، چنان‌که در مورد مادران حامل جای‌گزین صادق است؛ بنابراین همان گونه که جامعه اهدای عضو را می‌پذیرد، در این مورد هم فرصت نوع‌دوستی پیدا می‌شود. به اضافه، برخی مادران جای‌گزین از حاملگی لذت می‌برند و برآورد یک مطالعه‌ی اولیه این است که حدود ۱/۳ مادران جای‌گزین، ظاهراً از این فرایند استفاده می‌کنند تا از نظر روانی به خود یاری رسانند. این‌ها زنانی بودند که در گذشته با اراده‌ی خود کودک خود را سقط کرده و یا از طریق فرزندخواندگی او را رها کرده‌اند. افزون بر این‌ها، زنان



بیشتری خواهان این هستند که حامل جایگزین باشند تا این که بخواهند مادران جایگزین باشند، دلیل آن این است که زنان احساس می‌کنند به کودکی که فرزند ژنتیکی آن‌ها نیست، کم‌تر وابستگی پیدا خواهند کرد. البته، موافقان با جانشینی در قراردادهای مربوط به آن، شرایط و تکالیف گوناگونی پیش بینی کرده‌اند.^{۴۹}

در مجموع، دانشمندان علوم مختلف نسبت به موضوعات دیگر؛ مثل پیش‌روی، از بین بردن رویان‌ها، فروش رویان، تولید فرزند از راه شبیه‌سازی و ... دیدگاه‌ها و نظریه‌های متفاوتی ارائه کرده‌اند که بر اساس آن، قوانین کشورها به رغم شباهت‌هایی در کلیات، در موضوعات جزئی مقررات متضادی دارند.

گفتار دوم: باروری‌های پزشکی و قوانین

الف - قوانین موضوعه‌ی ایران

قوانینی که بتوان حکم موضوع بحث را در آن یافت، از دو منبع زیر بیرون نیست: یکی، قانون مدنی و دیگری، قانون مجازات اسلامی.

۱- قانون مدنی؛ مواد، ۱۱۵۸، ۱۱۶۵، ۱۱۶۶، ۱۱۶۷، ۱۱۶۸ و ۸۸۴ هم رابطه‌ی زوجیت صحیح را شرط می‌دانند و هم ایجاد آن رابطه را از راه‌های خاصی منوط می‌دانند. با توجه به این مقررات می‌توان دو احتمال ارائه داد:

۱- از این قوانین، انحصاری بودن طریق ایجاد تولید نسل بر وجود رابطه‌ی زوجیت فهمیده نمی‌شود، چنان‌که قانون‌گذار در موادی از قانون، برای اعمال غیر قانونی مربوط به تولید نسل - که مبتنی بر حسن نیت بوده - ارزش قائل شده است؛ مثل مواد ۸۸۴، ۱۱۶۵ و ۱۱۶۶ ق.م.

بنابراین، ایجاد نسل از موضوعاتی است که در قانون عنوان ممنوع نداشته و تنها ایجاد نسل از راه زنا به رسمیت شناخته نشده است. زنا هم تعریف خاصی دارد و در نتیجه، در بقیه‌ی موارد، شبهه حکمی است که طبق اصول حقوقی، اصل، برائت است. از نظر قضایی محض، ایجاد تولید نسل بدون وجود رابطه‌ی زوجیت از غیر وطی، غیر قانونی نیست. تنها مسأله‌ای که نگران‌کننده است، حضانت، نگهداری، تربیت، تعلیم و طفل است که برابر قانون، صاحبان نطفه (یا تقاضا کنندگان) را می‌توان موظف به نگهداری، حضانت، تربیت و طفل کرد.



۲- از این قوانین فهمیده می‌شود که ایجاد نسل مشروع نیاز به رابطه‌ی مشروع دارد و رابطه‌ی مشروع، جز با نکاح و ازدواج صحیح مرد و زن محقق نمی‌شود؛ بنابراین، تولید مثل در خارج خانواده، ممنوع و نامشروع است. دلیلی که می‌توان ارائه کرد، این است که مشروعیت تولید مثل در خارج از خانواده، به منزله‌ی انکار ضرورت تشکیل خانواده است و ثانیاً، تجویز این عمل، هم‌ی کوشش‌هایی را که تا کنون برای استقرار خانواده انجام شده است، از بین می‌برد؛ پس، برای تولید مثل باید رابطه‌ی مرد و زن مباح باشد (یا به زوجیت یا به شبهه) تا نسبت مشروع حاصل گردد.

به نظر می‌رسد منشأ این دو احتمال به دلیل روشن نبودن موضع قانون مدنی است؛ چون از یک سو، زیر عنوان نسب به تفصیل 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 می‌شدند، کافی بود تنها این استثنا بیان شود و نیازی به اماره‌ی فراش و چگونگی الحاق آن به شوهر یا واطی به شبهه احساس نمی‌شد، ولی از سوی دیگر، در ماده‌ی ۱۱۶۷ ق.م. تنها از عدم الحاق طفل متولد از زنا نام برده و در موانع ارث نیز- بدون این‌که به سایر فرزندان نامشروع اشاره‌ای کند- فرزند ناشی از زنا را در زمره‌ی وارث قرار نداده است.^{۵۰} هر یک از این دو احتمال به جنبه‌هایی از حقایق و اصول حقوقی اشاره دارند؛ چرا که برابر با تفسیر تحت اللفظی و اصول قضایی محض، احتمال نخست راجح است، اما بنا بر اشاره‌ی قوانین به شیوه‌ی معمول تولید نسل و انصراف آن‌ها از موضوع مورد بحث (تولید نسل از راه باروری‌های پزشکی) و نیز این‌که استناد به برائت - اگر چه در شبهه‌ی حکمی تحریمی صحیح است - اما ضرورت احتیاط در مسأله‌ی نکاح به دلایل خاص وارده، اقتضا دارد احتمال دوم صحیح باشد. در این صورت، بین مصلحت و صیانت خانواده و اصول حقوقی مستنبط از موارد مشابه و روح قانون از یک سو و حقوق کودک و عدالت اجتماعی از سوی دیگر، توافق ایجاد می‌گردد، هرچند که به ناباروری زوجین و تقاضای آنان برای بچه‌دار شدن پاسخ داده نمی‌شود.

از این رو، اصل ۱۶۷ ق.ا. (که موظف می‌کند در صورت نبودن حکم هر مسأله (دعوا) با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه



مشخص گردد) ضروری می‌نماید، موضوع بحث از دیدگاه فقه (که مبنای اقتباس قانون مدنی در بخش حقوق خانواده است) بررسی گردد تا پاسخ پرسش طرح شده، در ادامه داده شود. (پرسش: آیا در تولید نسل، وجود رابطه‌ی زوجیت شرط و لازم است یا خیر؟)

۲- قانون مجازات اسلامی؛ با این‌که جای‌گاه اصلی طرح افعال ممنوع و جرایم، قانون مجازات اسلامی است و بخش تعزیرات آن هم در سال ۱۳۷۵ بازنگری شده، از روش‌های نوین پزشکی در تولید فرزند، حکم خاصی در آن یافت نمی‌گردد، در حالی که از سال ۱۳۶۸، به کارگیری روش‌های مزبور در کشور ما شروع شده است. به هر صورت، از نگاه قانون‌گذار مجازات اسلامی معلوم نیست بهره‌گیری از این روش‌ها جایز و مشروع باشد یا خیر؟

بعضی از نویسندگان - که در این موضوع قلم زده‌اند - بعد از استدلال به ماده‌ی ۱۰۱ قانون تعزیرات (ماده‌ی ۶۳۷ فعلی)^{۹۱} و تکیه بر عبارت «عمل منافی عفت» در پی اثبات مجرمانه بودن تلقیح مصنوعی (تولید مثل بین دو بیگانه) می‌باشند، سپس خودشان پاسخ می‌دهند که منظور از عمل منافی عفت با توجه به مثال‌های ذکر شده در ماده‌ی مزبور، رابطه‌ی مستقیم و نامشروع بین مرد و زن (غیر زوجین) است، در حالی که در تلقیح مصنوعی، رابطه‌ی مستقیم و بی واسطه وجود ندارد. هم‌چنین، تفسیر مذکور، با اصل تفسیر مضیق مقررات جزایی [و نیز اصل ۳۶ و ۳۷ قانون اساسی]^{۹۲} و ماده‌ی ۲ قانون مجازات اسلامی^{۹۳} ناسازگار و در تضاد است؛ پس تلقیح مصنوعی جرم نیست.^{۹۴}

همین نویسنده‌ی محترم، بی‌فاصله به ماده‌ی ۳ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۱۸ استناد کرده، می‌گوید: «... مطابق شریعت مقدس اسلام و فقه امامیه، لقاح مصنوعی با منی مرد بیگانه ممنوع است؛ از این رو، می‌توان گفت: ماده‌ی ۳ ق.آ.د.م. نسبت به ماده‌ی ۲ قانون مجازات اسلامی حاکم است و بدین جهت باید مطابق ماده‌ی ۳ ق.آ.د.م. 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 است، مطابق ماده‌ی ۱۱ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) [شماره‌ی استنادی صحیح، ماده‌ی ۱۶ همان قانون می‌باشد، نه ۱۱]





تعیین مقدار و نوع مجازات به نظر حاکم واگذار شده است که البته این مجازات باید کمتر از مقدار حد باشد.^{۶۶}

استدلال بالا از چند جهت دارای ایراد است:

۱- مقصود از عرف مسلم در ماده‌ی مزبور، به چه دلیل بر فقه و دستورات اسلامی تطبیق داده می‌شود، در حالی که پیشینه‌ی اقتباس این قانون (که قوانین غربی است) با این تطبیق ناسازگار است؟ به اضافه، آوردن عبارت «عرف مسلم» در کنار روح قانون مؤید این است که منظور از آن، عرف و رسوم پذیرفته شده‌ی جاری مردم «Coutume» است؛ خواه منشأ مذهبی داشته باشد یا نه، خصوصاً، اگر فقه و دستورات اسلامی منظور می‌بود، با عنایت به منبع اجتهاد در فقه شیعه، قضیه‌ای بدون حکم باقی نمی‌ماند تا نیاز به «روح قانون» پیدا شود. پس ذکر روح قانون در کنار عرف مسلم می‌فهماند که مقصود از عرف مسلم، «عرف عملی و متداول مردم است که مدتی نسبتاً دراز و مستمر در عمل رعایت شده؛ سبب تعهد و تکلیف شده و از سوی تمام یا بیشتر افراد ملت رعایت شده است.»^{۶۷} این عرف حتماً با فقه و منابع اسلامی ملازمه ندارد و باید قبل از واقعه‌ای که می‌خواهد بر آن حکومت کند وجود داشته باشد، نه بعد از آن؛ و با کثرت و تضاد آرا؛^{۶۸} در حالی که در مسأله‌ی حاضر چنین است؛ یعنی بعد از رخ دادن حادثه‌ی تلقیح عرف‌های متفاوت و متضادی وجود دارند و با این چنین عرفی نمی‌توان حکم مسأله‌ای را به یقین کشف و بیان کرد.

۲- هم‌چنین استناد به ماده‌ی ۳ یاد شده به دلایل زیر نمی‌تواند تمام باشد: اولاً، ماده‌ی ۳ مزبور با توجه به سابقه‌ی ذهنی و تاریخی، جایگاه و نحوه انشای آن منصرف به امور حقوقی است؛ ثانیاً، در حکومت، مفهوم نظارت خوابیده است؛ یعنی در مورد حکومت باید قبلاً یک قانون وجود پیدا کند (که نام آن، دلیل محکوم است) سپس قانون دیگری به وجود آید که نام آن دلیل حاکم است، تا حالت حکومت پدید آید،^{۶۹} در حالی که ماده‌ی ۳ مزبور با توجه به پیشینه‌ی تاریخی و تقدم چند دهه‌ی آن بر قانون مجازات اسلامی و اقتباس آن از قانون خارجی، نه تنها هیچ گونه گوشه‌ی چشمی به قانون مجازات و جرم و کیفر ندارد تا آن را تفسیر کند، بلکه قانون مجازات حاکم بر آن است و ثالثاً، به فرض پذیرش اطلاق آن، با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات (پذیرفته شده در قانون اساسی، اصول ۳۶، ۳۷،



۱۶۹ و ماده‌ی ۲ ق.م.ا.) و اصل تفسیر مضیق متون جزایی، بین ماده‌ی ۳ ق.آ.د.م. سال ۱۳۱۸ و این اصول از جمله ماده‌ی ۲ ق.م.ا. تعارض رخ می‌دهد و نه حکومت. در مجموع با استناد به ماده‌ی ۳ ق.آ.د.م. نمی‌توان رجوع به فقه را توجیه کرد. با این اوصاف، آیا راه دیگری وجود دارد؟ به نظر می‌رسد پاسخ، مثبت باشد. اصل ۱۶۷ ق.ا. با توجه به مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی^{۶۹} و بازنگری قانون اساسی^{۷۰} و واژه‌های به‌کار رفته در آن (و با توجه به ماده‌ی ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ مصوب ۱۳۶۸ که فعلاً نسخ شده است)،^{۷۱} به‌طور مطلق (خواه در امور حقوقی و خواه در امور جزایی) رجوع به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر قابل توجیه است.

ایراد گرفته نشود که این شیوه‌ی قانون‌گذاری، با میثاق‌های بین‌المللی (که ایران به آن ملحق شده) و اصول حقوقی پذیرفته شده سازگاری ندارد؛ چون در پاسخ می‌گوییم: اصل مراجعه به منابع اسلامی و فتاوای معتبر برای اصدار حکم در صورت نبودن قانون مدون، دور از ذهن و بیرون از استانداردهای شناخته شده‌ی قضایی نیست. بند ۳ ماده‌ی ۱ قانون مدنی سوئیس می‌گوید: «در صورت نبودن قانون مدنی مدون و عرف و عادت مسلم، قاضی از دکتترین الهام گیرد».^{۷۲} مازو، حقوق‌دان فرانسوی در جلد اول کتاب حقوق مدنی، رجوع به عرف و عادت مسلم، رأی قضایی مشابه، یک نظریه‌ی حقوقی و یا یک قاعده‌ی شناخته شده‌ی حقوقی در صورت نبودن متن قانونی را به عنوان یک اصل پذیرفته شده می‌داند.^{۷۳} قوانین مدنی مصر، سوریه، الجزایر و کویت در این زمینه احکامی شبیه به هم دارند؛ مثلاً بند ۲ ماده‌ی ۱ قانون مدنی سوریه می‌گوید: «زمانی که نص قانونی یافت نگردد، قاضی می‌تواند به کمک مبانی شریعت اسلام موضوع مربوط را تطبیق دهد».^{۷۴} بنابراین، عمل‌کرد قانون اساسی کشور ما، با میثاق‌های بین‌المللی و اصول حقوقی پذیرفته شده، سازگاری دارد.

با این وصف، این پرسش هنوز باقی است که چگونه اصل ۱۶۷ ق.ا. به گونه‌ای مطلق؛ چه حقوقی چه جزایی به فقه ارجاع داده است، در حالی که منابع فقهی، به زبان عربی و متعدد هستند و در آن نسبت به یک موضوع، آرای متفاوت و بلکه متضاد وجود دارد و نیز مصادیق آرای فقها و یا منابع معتبر اسلامی متعددی؛ و معلوم نیست ابتدا بایستی به کدام یک رجوع کرد. فتاوای معتبر هم آیا به فتاوای





مراجع صاحب نام یا همه؟ آیا هماهنگی این فتاوا با فتاوی ولی فقیه لازم است یا از ابتدا بایستی به فتوای ولی فقیه رجوع کرد، هرچند که فتوای مراجع دیگر با آن سازگار نباشد؟ روش استخراج و استنباط حکم دعوا از منابع و فتاوی معتبر اسلامی چگونه است؟ در مسایل مستحدثه و جدید که منبع یا فتوای بالفعلی وجود ندارد، حکم مسأله چگونه است؟ قاضی با توجه به دو طرف دعوا و مقلدان متفاوت، به کدام مرجع باید رجوع کند؟ آیا آرای متفاوت در موضوعات مشابه صادر نخواهد شد؟ و دهها پرسش دیگر.

به فرض، از ایرادهای بالا صرف نظر کنیم و رجوع به فقه را بدون ایراد اساسی بدانیم، اما اطلاق اصل ۱۶۷ ق.ا. را نمی‌توانیم بپذیریم؛ یعنی برای تعیین جرم بودن یا نبودن موضوعی نمی‌توان با استناد به این اصل به فقه رجوع کرد؛ چون با اصول حقوقی زیربنایی پذیرفته شده در قانون اساسی، مثل اصل قانونی بودن جرم و مجازات اصل ۳۶ ق.ا.، اصل تفسیر مضیق در قوانین جزایی، لزوم وجود قانون جزای متناسب پیش از انجام عمل که به زبان فارسی و از روزنامه‌ی رسمی اعلام شده باشد و ... مخالف است. دلیل آن این است که تشکیل حکومت، اقتضای قانون و رویه‌ی واحدی را می‌طلبد، حتی اگر منشأ آن فقه باشد و این امر بدیهی یکی از اهداف تشکیل حکومت است؛ لذا رجوع به فقه را - به رغم آن که در مسایل حقوقی می‌پذیریم - در مسایل جزایی برای جرم‌بودن یا نبودن عمل فاقد وجهت حقوقی دانسته و با آن مخالف هستیم.

البته این به معنای مخالفت با فقه نیست؛ چون برابر اصل چهارم قانون اساسی باید همه‌ی قوانین جاری کشور بر اساس موازین اسلامی باشد؛ یعنی وضع و تدوین قوانین جدید و نیز قوانین موجود کشور باید بر طبق موازین اسلامی باشد؛ اما وقتی که قانونی وجود ندارد، آیا حل و فصل دعاوی بر اساس مفاد و روح این قوانین و اصول پذیرفته شده - که مطابق موازین اسلامی هستند، هرچند که با قول مشهور یا عده‌ای از فقها ناسازگار باشد - مخالفت با اسلام و فقه است؟!

لزوم عمل به اصل چهارم قانون اساسی به معنای عدم مخالفت قوانین موجود با منابع اسلامی یا تدوین قوانین جدید هماهنگ با آنها است و در صورت نبودن مقررات جزایی خاص، برای حفظ حقوق مردم و مصالح متعدد دیگر، نظیر



پرهیز از تشدد آرا، رعایت اصول جزایی پذیرفته شده‌ی شرع و قانون، اصل برائت جاری می‌گردد. در تأیید این نظر می‌توان اولاً، به تبصره‌ی م. ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ استناد کرد که مقرر می‌داشت در صورتی که قاضی، مجتهد جامع‌الشرایط باشد و فتوای فقهی او مخالف قانون مدون باشد، پرونده جهت رسیدگی به قاضی دیگر محول می‌شود؛ یعنی قانون‌گذار، عنایت ویژه به قانون دارد، چنان‌که ننگ‌اندن برخی گناهان و جرایم مطرح در فقه در قانون جزا، به دلیل مصالحی (احکام ثانوی) بوده که قانون‌گذار جمهوری اسلامی می‌خواسته بر اساس قوانین موجود حل و فصل گردد.

بنابراین در چنین حالتی، عمل به مفاد اصل ۲۷ ق.ا. یعنی اصل برائت، مخالفتی با اصل چهارم ق.ا. ندارد؛ اصل برائت خود از مصادیق عمل به اصل چهارم ق.ا. است و در موضوعات جدید هم به دلیل عدم سابقه‌ی آن در فقه و حقوق، در مجرمانه محسوب داشتن عملی، مفاد اصل ۳۷ حاکم است، بدون این‌که در عمل با فقه مخالفتی صورت گرفته باشد.

ثانیاً، فرض کنیم در امور جزایی بپذیریم به فقه رجوع کنیم، اما از یک سو، به دلیل فتاوی‌ی متفاوت و متعارض در یک موضوع در فقه و از سوی دیگر، لزوم ایجاد وحدت رویه در دادگاه‌های کشور، به نظر می‌رسد در مسایل یاد شده، از جمله مسایل مستحدثه می‌بایستی به فتوای ولی فقیه مراجعه کرد.

در نتیجه، جمع بین اطلاق اصل ۱۶۷ ق.ا. و مصالح و ضرورت‌های کلی ذکر شده در بالا و لزوم تضمین حقوق مردم برابر اصول ۳۶، ۳۷ و ... ق.ا. اقتضا می‌کند کاربرد اصل ۱۶۷ را به دعاوی حقوقی و تفسیر و شرح واژه‌هایی که در قوانین جزایی به کار رفته، محدود کرد، ولی در امور جزایی و کیفری - تا عملی در قوانین جزایی جرم شناخته نشده و برای آن مجازات تعیین نشده - حق رجوع به فقه برای تعیین وصف مجرمانه بودن عمل و مجازات آن مجاز نگردد.

حکم موضوع بحث

به‌رغم همه‌ی ایرادهای وارده بر اصل ۱۶۷ ق.ا.، با توجه به حکومت اصل چهارم و اطلاق اصل ۱۶۷ ق.ا. - که راه دستیابی به موازین اسلامی بعد از نبودن قوانین را، به‌طور مطلق در منابع معتبر اسلامی و فتاوی‌ی فقها منحصر کرد - می‌توان





گفت: رجوع به فقه در امور جزایی در موارد خلاء قانونی مستند قانونی داشته و تخلف انتظامی محسوب نمی‌شود، هر چند که از نظر حقوقی، وجاهت نداشته باشد. در این صورت با توجه به بررسی‌های انجام شده در کتب فقهی استدلالی، از موضوع باروری‌های پزشکی بحثی نشده است. از اندک نوشته‌ها و مقالات هم نظر واحدی مبنی بر جواز یا ممنوعیت، قابل استنباط نیست، چنان‌که از استفتاءات جمع‌آوری شده از مراجع عالی‌قدر شیعه از زمان آیت الله بروجردی تاکنون، نظر واحدی وجود نداشته و ندارد، بلکه برخی از اقوال با هم متضاد هستند و رویه‌ی واحدی وجود ندارد. در این حالت، قاضی کدام رأی را مستند حکم خود قرار دهد؟ آیا هر حرامی حتی حرام اخلاقی و ناهنجاری اجتماعی از نظر فقهی قابل مجازات است یا نه؟ این مسأله در فقه، خصوصاً حقوق قابل بحث و تأمل است.^{۶۵}

پس تا زمانی که قانون حکم قضیه را مشخص نکرده است، در مسایل حکومتی و احکام مرتبط با آن، حکم ولی فقیه نافذ است و قاضی برای پرهیز از تشتت آرا، ضروری است فتوا و حکم ایشان را مستند حکم خود قرار دهد، اگر چه مقلدان مراجع دیگر در انجام عمل، تابع مرجع تقلید خود هستند، اما ادارات دولتی و دادگاه‌ها با توجه به ملاک ذکر شده باید از احکام ولی فقیه تبعیت نمایند. در این صورت، با اصل ۱۶۷ ق.ا. هم مخالفت نشده است. با رجوع به نظریه‌ی ولی فقیه، مقام معظم رهبری که تلقیح مصنوعی بین دو بیگانه را، فی نفسه با قطع نظر از لمس و نگاه حرام و احیاناً پیامدهای حرام دیگر، جایز می‌دانند، پس مجازاتی هم مقرر نخواهد شد.

چنین جمعی هم با اصول ۴ و ۱۶۷ قانون اساسی یعنی شرعی بودن احکام و مبانی فقهی سازگار است و هم با اصل ۳۶، ۳۷ و ۱۶۹ یعنی اصول قانونی بودن جرم و مجازات، تفسیر مضیق قوانین جزایی و ... منافات ندارد.

ب - قوانین دیگر کشورها

قوانین مزبور معمولاً در دو قالب احکام حقوقی و جزایی بیان شده‌اند و احیاناً در پاره‌ای موارد شبیه آیین نامه و دستورالعمل‌های اجرایی برای مراکز بهداشتی و باروری و ناباروری می‌باشد. اینک این قوانین در این دو قالب آورده می‌شود:



۱- قوانین مدنی - حقوقی؛

فرانسه؛ به رغم به کارگیری مخفی یا نیمه مخفی تلقیح مصنوعی در فرانسه در دهه‌های پیشین، از سال ۱۹۷۰ م. گسترش چشم‌گیری یافت.

در پی به کارگیری روش‌های جدید باروری‌های پزشکی در اوایل دهه‌ی ۸۰- که نخستین کودک آزمایشگاهی در سال ۱۹۸۲ م. به دنیا آمد - به‌عنوان یک معضل ظاهر گردید و مسئولان مربوطه را به حل مشکلات اخلاقی و قضایی آن واداشت. شروع فعالیت در این زمینه از سال ۱۹۸۴ م. بوده است. در این زمینه، مذاکرات، گزارش‌ها، طرح‌ها و بحث‌های جنجال برانگیز فراوانی رخ نمود.

از میان همه‌ی توصیه‌ها و گزارش‌ها سه طرح قانونی در سال ۱۹۹۲ م. به مجلس ملی راه یافت.^{۶۶} بعد از تغییرات دولت، طرح جدیدی ارائه شده بود. سرانجام بعد از بررسی طرح‌های پیشین و جدید، مجلس سنا در سال ۱۹۹۴ م. قوانینی را تصویب کرد که در قانون مدنی اصلاحی ۱۹۹۴ م. فرانسه به صورت دو قانون ۹۴-۶۵۳ و ۹۴-۶۵۴، ۲۷ ژوئیه آمده است.^{۶۷}

قانون نخست در مورد حرمت جسم انسانی و فرزند آوری به شیوه‌ی طبی

است که دو ماده دارد:

ماده‌ی اول، پیوند نسبی فرزندان مزبور با اهداکنندگان ثالث را قطع و هرگونه اقدام قضایی علیه آنان را مبنی بر تعهدشان رد نموده است؛ بنابراین، نسب این فرزندان به متقاضیان فرزند ارتباط پیدا می‌کند.

ماده‌ی دوم، بر اساس اصل بی‌نامی اهداکنندگان در مورد فرزندآوری به کمک پزشکی در مورد شیوه‌ها و زوجین می‌باشد که برای آن‌ها رضایت داده شده باشد. در این ماده، شکل اعلام رضایت، مرجع مورد مراجعه، انصراف از رضایت، طلاق یا فوت یکی از زوجین متقاضی در زمان اعلام رضایت، انکار بعد از اعلام رضایت، خودداری رضایت دهنده از شناسایی فرزند مزبور و ... احکام آن‌ها مشخص و معین شده است.

قانون دوم - که دارای ۱۹ ماده است - مربوط به اهدا و استعمال عناصر و

فرآورده‌های جسم انسان به کمک شیوه‌های پزشکی و تشخیص پیش‌گیرانه می‌باشد. شرایط مقرر برای فرزندآوری با کمک ابزار پزشکی در این مورد، به قرار





زیر است: ضرورت زوج بودن متقاضیان (ماده‌ی ۲-۱۵۲)؛ بنابراین زنان مجرد یا مردان مجرد از این شیوه‌های پزشکی نمی‌توانند استفاده کنند. مشخصات زوج باید برابر شرایط زیر باشد (بند ۳ ماده‌ی ۲-۱۵۲):

۱- متفاوت بودن زوجین که در قوانین به تلویح متشکل از یک مرد و یک زن نام‌برده شده است؛ از این رو، همجنس‌بازان نمی‌توانند از این روش‌ها استفاده کنند. البته زوجی که یکی از آن دو تغییر جنسیت داده (در صورت کارشناسی پزشکی و بررسی دادگاه) از این روش‌ها می‌تواند استفاده کند.

۲- فراهم بودن مؤثر عناصر انتساب، مثل رسمیت داشتن ازدواج؛ شایان ذکر است زوج‌هایی که ازدواج غیر رسمی (عرفی) نموده‌اند، تحت شرایطی می‌توانند از این امکانات بهره‌گیرند.

۳- سن فرزندآوری، این شرط برای رد مطلق تقاضاهای ارائه شده از سوی زوج‌های دارای سن بسیار بالا و بسیار جوان مقرر شده است.

۴- زندگی مشترک، زوجین در حالت تفریق (که رژیم حقوق خاصی در حقوق فرانسه است) یا تفریق قضایی نباشند، در غیر این صورت، رضایت داده شده فاقد اثر خواهد بود.

۵- زنده بودن (بند ۳ ماده‌ی ۲-۱۵۲ و بند ۳ ماده‌ی ۲۰-۳۱۱ ق.م.ا)، در صورت مرگ یکی از زوجین، رضایت قبلی بی اثر و استفاده‌ی دیگری از روش‌های فرزندآوری ممنوع است.

این شرط در رویه‌ی قضایی فرانسه موافقان و مخالفانی داشت. در محکمه‌ی بدایت کرتیل، اول اوت ۱۹۸۴ م. اتخاذ شده بود، اما در محکمه‌ی تولوز این شرط نادیده گرفته شد. با وجود این، زوج بازمانده در مورد نطفه‌ی منجمد شده‌ی وی با زوج از دنیا رفته، نسبت به پذیرش نطفه‌ی مزبور توسط زوجی دیگر با عنایت به ماده‌ی ۵-۱۵۲ قانون فوق الذکر، مورد مشورت قرار می‌گیرد تارضایت یا عدم رضایت وی مشخص گردد. (ماده‌ی ۴-۱۵۲)

وجود شرایط احتمالی دیگر؛

- رد تقاضای ارائه شده‌ی زوجی که یکی از آنان به بیماری سختی مبتلا

شده است؛



- امکان اعطای مهلت به زوج جهت اندیشیدن «به نفع فرزندی که به دنیا خواهد آمد»؛

- دارا بودن فرزند تنی یا فرزند خواندگی قبلی از سوی زوج متقاضی می‌تواند مانع باشد، گرچه این شرط مورد تردید است.

- ابراز تقاضا و رضایت باید صریح، مبتنی بر موضوع (مثلا مداخله‌ی شخص ثالث بارور شده)، انگیزه‌ی آن (مثلا برای تقاضای خانوادگی)، فناوری مورد استفاده و ... باشد؛

- قدرت فراهم آوردن امکانات خانوادگی، آموزشی و روان شناختی فرزند مزبور از سوی زوج متقاضی؛

- اصل بی‌نامی اهدا کننده و پذیرنده؛ به طوری که آن دو هم‌دیگر را نشناسند؛

- رجوع به نطفه‌ی اهدا کننده به عنوان آخرین راه حل و تحت شرایط ویژه و معین؛ مثل این که شخص اهدا کننده باید زوجی باشد که تاکنون فرزند آورده و رضایت زوجین با هم کسب گردد، یا اسپرم یک شخص نمی‌توان بیش از ۵ فرزند به دنیا آورد و ...؛

- ممنوعیت تحقیق و آزمایش بر روی نطفه‌ها، جز در موارد استثنایی با وجود شرایط و اهداف خاص؛

- وجود کمیسیون‌های گروه‌های خاص ناظر بر این نوع اقدامات؛

۱- کمیسیون ملی پزشکی و زیست شناختی تولید مثل و تکثیر خانوادگی؛

۲- نظارت و آیین نامه‌های شورای دولتی؛

۳- مددکاری اجتماعی به زوجین نابارور متقاضی؛

۴- گروه پزشکی متشکل از متخصصان مختلف.

انگلستان؛ در انگلستان از یک سو، به دلیل سابقه‌ی طولانی‌تر موضوع و نیز به دلیل آن‌که خاستگاه IVF در آن‌جا بود و از سوی دیگر، به دلیل سیستم حقوقی این کشور - که قانون مدون و نوشته معمولاً ندارد- دعاوی مختلفی در دادگاه‌های این کشور در این زمینه وجود دارد.



با این وصف، قانون‌گذار این کشور به دلیل اهمیت موضوع، در سال ۱۹۸۵ م. با تصویب قانون "Surrogacy Arrangements" مسایل حقوقی این موضوع را مشخص کرده، اما به صراحت وضعیت و رژیم حقوقی حاکم بر آن را تعیین ننموده است.^{۶۸} در سال ۱۹۹۰ م. قانون نسبتاً جامعی در زمینه‌ی باروری انسانی و جنین شناسی "Human Fertilization Embryology Act" تصویب نموده است.^{۶۹}

این قانون در دو بخش حقوقی و جزایی است. در بخش حقوقی، ابتدا اصطلاحات جنین، گامت و اصطلاحات وابسته را معنا کرده؛ به این صورت که: منظور از جنین، جنین زنده‌ی انسانی است که باروری آن کامل شده باشد؛ یعنی دو سلول زیگوت آشکار شده باشد. بنابراین تعریف، احکام جنین شامل تخمک در حال باروری نیز می‌شود.

مقصود از گامت، تخمک یا اسپرم، گامت یا تخمک و یا اسپرم انسان زنده می‌باشد.

منظور از نگهداری جنین، ذخیره‌سازی آن، چه به شیوه‌ی انجماد یا راه دیگری است.

زن حامل، زنی است که جنین در بدن او قرار داده شده باشد.

بعد از تعریف اصطلاحات بالا، فعالیت‌های تحت قلمرو این قانون را بیان داشته که شامل ممنوعیت مربوط به جنین و گامت است. این ممنوعیت‌ها به قرار زیر است:

۱- تولید و حفظ جنین و یا قرار دادن اسپرم یا تخمک در بدن زنی دیگر نیاز به پروانه دارد؛

۲- در بدن زن، تنها، جنین و یا گامت انسان باید قرار داده شود؛

۳- مقررات و آیین نامه اعطای پروانه نمی‌تواند موارد زیر را مجاز کند:

- نگهداری یا استفاده‌ی جنینی که لایه‌ی اصلی آن ظاهر شده (از هنگام ترکیب گامت تا پایان روز چهاردهم است)؛

- قرار دادن جنین در بدن حیوان؛

- جنین نگهداری شده یا بهره برداری شده برخلاف مقررات و یا ذخیره

سازی یا استفاده از گامت بر خلاف مقررات؛



- جایگزینی هسته‌ی سلول یک جنین با هسته‌ی گرفته شده از سلول شخص.

۴- ذخیره‌ی گامت یا ارائه‌ی خدمات درمانی به زنان با بهره‌گیری از اسپرم مردی، جز برای زن و مردی با هم مجاز نیست؛

۵- استفاده از تخمک زن دیگر یا ترکیب گامت‌ها با گامت‌های زنده‌ی حیوانی، جز به موجب مجوز جایز نیست؛

بعد از دو مرحله‌ی بالا، وضع حقوقی مادر و پدر بیان شده و مطابق آن: مادر، کسی است که آبستن شده یا دوران حمل را پشت سر گذاشته و حمل در نتیجه‌ی قرار دادن جنین یا تخمک و اسپرم در بدن او به وجود آمده باشد، خواه در انگلستان بوده باشد و یا خارج از آن.

پدر، کسی است که به هنگام قراردادن جنین یا تخمک و اسپرم و یا تلقیح مصنوعی منی به زن، یکی از طرفین ازدواج باشد. اگر تشکیل جنین از اسپرم طرف دیگر ازدواج منعقد نشده باشد، جز در صورت عدم رضایت، وی پدر قانونی طفل محسوب می‌شود؛ بنابراین، اهداکننده‌ی اسپرمی که رضایت داده و از اسپرم وی در همان مورد رضایت بهره گرفته شده باشد، خواه در زمان حیات و یا پس از مرگ وی، پدر کودک محسوب نمی‌شود.

همه‌ی این موارد شامل زوجینی می‌شود که با هم زندگی می‌کنند، به استثنای موارد تفریق قضایی. هم‌چنین عقد زوجینی که باطل بوده، لکن یکی از آن دو به طور متعارف اعتقاد به صحت عقد داشته، مشمول احکام فوق می‌شود.

در مرحله‌ی چهارم، آثار حقوقی چنین وضعیتی را بیان کرده و برابر این قانون، هر کسی، پدر و مادر کودک شناخته شده باشد، از نظر حقوقی در تمام مسایل، مسؤولیت حقوقی کودک را دارد. موضوعات درخواست صدور حکم از دادگاه مبنی بر به رسمیت شناختن پدر یا مادر به نفع دهندگان گامت، زمان درخواست، مسکن کودک، سن زوجین، رضایت، پرداخت وجه یا منفعت دیگر و ... بیان شده است.

در مرحله‌ی پنجم، شرایط ثبت اطلاعات شناسنامه‌ای، مقام صلاحیت‌دار، افشای اطلاعات و ... بیان شده است.

بخش دوم این قانون مربوط به مجازات است که در ادامه ارائه می‌شود.





قوانین برخی از کشورهای دیگر؛ یکی از این کشورها، پاره‌ای از ایالات کشور استرالیا است که قانون حمل مصنوعی ۱۹۸۵ م. آن،^{۷۰} در ابتدا، بخش‌هایی را به موضوعات مقدماتی، مثل روش‌های مجاز فرزندآوری، زمان اجراء، موارد کاربرد و ... اختصاص داده، سپس در بخش ۵ و ۶، آماره‌ی پدری و مادری را بیان کرده است. تنها این بخش را به دلیل اهمیت آن می‌آوریم:

پدر طفل، کسی است که همسرش با رضایت وی، به شیوه‌ی تلقیح مصنوعی یا انتقال جنین حامله شده باشد. البته رضایت شوهر مفروض است، مگر این‌که خلاف آن ثابت گردد.

اگر مقداری از منی مورد استفاده در این روش از مردی، جز شوهرش باشد، آن مرد پدر فرزند به دنیا آمده محسوب نمی‌شود، چنان‌چه اگر منی مردی (اهداکننده) به دو روش فوق توسط زن مجرد یا زن متأهل - که رضایت شوهرش را کسب نکرده - مورد استفاده قرار گیرد، پدر کودک، اهدا کننده خواهد بود. مادر کودک، زنی است که به دو روش فوق باردار شده باشد، هر چند که اوول به کار رفته از زن دیگری باشد.

در آمریکا حق زاد و ولد از حقوق مدنی اساسی افراد شناخته شده و بر همین اساس حفظ خانواده، احساسات و عواطف اعضای آن مورد حمایت قرار گرفته است. از این رو، احکام صادره در مورد زاد و ولد، بر اساس قانون اساسی حالت محرمانه دارد؛ از اتاق خواب تا مطب پزشکی و زوجین افزون بر حق هم‌بسترشدن، حق درخواست باروری‌های پزشکی را دارند. در این زمینه، مجموعه‌ی کاملی از قوانین، مقررات و آرای دادگاه‌ها، درباره‌ی وظایف متخصصان است: پاره‌ای دیگر، مربوط به موضوعاتی، مانند آزمایش، تعیین اصل نسب و فرزند خواندگی (که شامل تلقیح مصنوعی منی، مادر جانشین و ... می‌شوند) و پاره‌ای دیگر، با ملاحظه‌ی شیوه‌های نوین باروری اتخاذ شده‌اند. در نوع اخیر از قوانین، موضوعات رضایت آگاهانه، کنترل اهدا کننده‌ی منی، ثبت سابقه، نسب قانونی فرزند تولد یافته و ... مطرح شده است.^{۷۱}

در مجموع ۳۵ ایالت از ۵۲ ایالت آمریکا، دریافت کننده‌ی اسپرم و زوج رضایت داده را والدین قانونی می‌دانند؛ به اضافه، ۱۸ ایالت از این ۳۵ ایالت، مقرر





داشته‌اند که اهداکننده‌ی اسپرم به زنی غیر از همسرش، پدر قانونی کودک محسوب نمی‌شود، بلکه زوج رضایت داده، پدر قانونی طفل محسوب می‌شود.

نتیجه: در کشورهای یادشده و پاره‌ای کشورهای دیگر قوانین نسبتاً جامعی در زمینه‌ی زنان مجرد، لقاح آزمایشگاهی، فرزندآوری بعد از طلاق و مرگ و ... وجود دارد که هریک از مواد آن قوانین نیازمند توضیحات و نیز نقدهایی از دیدگاه مبانی غرب و اسلام است که این تحقیق به دلیل چارچوب خاص خود، این بررسی را برنمی‌تابد. امید است در آینده‌ی نزدیک این کار انجام بگیرد انشاء الله.

۲- قوانین جزایی

قوانین جزایی کشورهای مختلف در زمینه‌ی باروری‌های پزشکی در چند دسته قابل تنظیم است که در زیر ارائه می‌شود:^{۷۲}

قوانینی که بیشترین همت خود را صرف ممنوعیت تجارتي این نوع باروری نموده‌اند، پرداخت وجه را تنها به میزان حق‌الزحمه و یا وجه قانونی تضمین شده مجاز می‌دانند، در غیر این صورت، برای مؤسساتی که اقدام به تهیه و نگهداری این گونه یاخته‌ها کنند، مجازات سنگینی را در نظر گرفته‌اند، مثلاً در فرانسه مجازات ۵ سال حبس و ۵۰۰,۰۰۰ هزار فرانک جریمه نقدی را مقرر نموده‌اند^{۷۳} و یا در انگلیس به حداکثر ۶ ماه حبس و حداکثر جزای نقدی تا سطح پنجم مقرر نموده‌اند.^{۷۴}

دومین مسأله‌ای که قوانین نسبت به آن عنایت ویژه‌ای نشان داده‌اند، افشای اطلاعات مربوط به شناسایی فرد یا زوجی است که منجر به شناسایی فرد اهدا کننده یا دریافت کننده‌ی یاخته جنسی شود در این صورت، در مثل فرانسه به دو سال حبس و ۲۰۰,۰۰۰ هزار فرانک جریمه‌ی نقدی محکوم می‌گردد^{۷۵} و یا در انگلیس به حداکثر ۲ سال حبس یا جریمه و یا هر دو محکوم خواهد شد، مشروط بر این‌که رسیدگی با تعقیب کیفرخواست باشد، و الا در رسیدگی اختصاری به ۶ ماه حبس یا جریمه تا حداکثر مقرر در قانون و یا هر دو قابل مجازات است.^{۷۶}

مقرراتی که آیین نامه‌ها یا دستورالعمل‌های امنیت بهداشت عمومی را نقض کند؛ مثلاً از اسپرم تازه به جای اسپرم منجمد استفاده شود، بر روی اسپرم آزمایش نشود، بدون پروانه و جواز، اقدامات باروری پزشکی صورت گیرد و ...





در فرانسه، ۲ سال حبس و ۲۰۰،۰۰۰ فرانک جریمه‌ی نقدی مقرر شده است و در بعضی موارد تا ۶ سال زندان و ۷۰۰،۰۰۰ هزار فرانک جریمه قابل مجازات است.^{۷۷} از موضوعات بسیار مهمی که این قوانین به آن اهمیت داده‌اند، مسأله‌ی انعقاد قرار داد بر رحم جانشین برای فرزندان آوری است که در حقوق انگلیس تنها در محاکم قابل استناد نیست، اگرچه آن را باطل اعلام داشت،^{۷۸} اما در برخی ایالات استرالیا آن را جرم و قابل مجازات می‌دانند،^{۷۹} چنان‌که در فرانسه هم در صورتی که آخرین راه نباشد و در ازای آن وجهی دریافت شود، جرم و قابل مجازات می‌دانند.^{۸۰}

پی‌نوشت‌ها

۱. سید علی خامنه‌ای (مقام معظم رهبری)، *پزشکی در آئینه‌ی اجتهاد*، ص ۱۱۱؛ سید حسن طباطبایی قمی، *توضیح المسائل*، ص ۵۱۶، مسأله‌ی ۲۸۴۲؛ محمد یزدی، *ثلاث رسائل*، ص ۸ و سیدمحمد موسوی بجنوردی، پاسخ به استفتایی در این باره، به نقل از مجله‌ی رهنمون، ش ۲ و ۳، سال ۷۱، ص ۲۲۵.
۲. «از ظواهر آیات و روایات درباره‌ی لقاح اختیاری (مصنوعی) چیزی به نظر نرسیده است، ولی از لحن الخطاب و ذوق فقهی می‌توان گفت که یقیناً جایز نیست» به نقل از اسدالله امامی، همان ص ۳۶۷.
- آیت الله بروجردی هم ضمن حرمت تلقیح بیگانه، تلقیح منی زوج به زوجه را محل تأمل و اشکال می‌دانند. متن استفتا در ادامه‌ی این بحث می‌آید. ناصر کاتوزیان در حقوق خانواده (ج ۲، ص ۲۹) از قول نویسنده *الفقه علی المذاهب الخمسة* نقل می‌کند که تلقیح مصنوعی را مطلقاً اقدامی نامشروع می‌دانند، در حالی که نویسنده‌ی کتاب، تنها تلقیح بیگانه را حرام می‌داند؛ زیرا ابتدا تلقیح مصنوعی را به تلقیح بیگانه تعریف می‌کند، سپس می‌فرماید: *التلقیح المحرم (محمد جواد مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسة، ص ۲۷۳ - ۲۷۶).*
۳. *مجلة مجمع الفقه الاسلامی*، همان، ص ۳۷۴ و *زیاد احمد سلامة، الأطفال الأنابيب بین الشریعة و العلم*، ص ۷۱.
۴. البقرة (۲): ۲۲۳.
۵. شیخ رجب التمیمی، *اطفال الأنبیب*، *مجلة مجمع الفقه الاسلامی*، همان، ص ۳۰۹.
۶. الطارق (۸۶): ۶-۷.



۷. شیخ محمدشریف احمد، مجلة مجمع الفقه الاسلامی، ص ۳۶۶، به نقل از زیاد احمد سلامة، همان، ص ۷۲.
۸. محمد مومن قمی، *الكلمات السديّة*، ص ۸۱ به بعد و محسن حرم پناهی، *مجله‌ی فقه اهل بیت*، شماره‌ی ۱۰، ص ۱۳۹ به بعد.
۹. مجلة مجمع الفقه الاسلامی، همان، ص ۳۷۴.
۱۰. همان، ص ۲۵۹ و ۲۸۲.
۱۱. دار الافتاء المصرية، ص ۳۲۲۰، به نقل از زیاد احمد سلامة، همان، ص ۷۹.
۱۲. «آنچه از مفاهیم ادله و بعضی مناطق آن‌ها مستفاد می‌شود این است که تلقیح مصنوعی منی مرد اجنبی بر مرثه اجنبیه - خواه دارای زوج باشد یا نباشد - حرام است و در بعضی صور آن احکام ولد زنا ثابت است و در بعضی صور، احکام ولد شبهه و اما تلقیح منی زوج به زوجه، پس حکم آن محل تأمل و اشکال است و الله العالم بحقایق احکامه.» حسین کاظم زاده، *جنبه‌های حقوقی تلقیح مصنوعی*، ص ۴۵.
۱۳. *قرارات مجلس المجمع الفقهي*، ص ۱۵۶، به نقل از زیاد احمد سلامة، همان، ص ۷۱.
۱۴. به نقل از اسدالله امامی، *مطالعه‌ی تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه*، ص ۳۶۹ و ر.ک: ونس پاکارد، *آدم‌سازان*، ص ۶۸.
۱۵. به نقل از حسین کاظم زاده، همان، ص ۴۵ و ر.ک: اسدالله امامی، همان.
۱۶. ونس پاکارد، همان، ص ۲۹۴.
16. J.C.P.M. Merger: *l'inseminaiion artificielle*, 1957, p. 1389.
- به نقل از اسدالله امامی، همان، ص ۲۷۰. *مطالعات فقهی*
۱۷. به نقل از حسین کاظم زاده، همان، ص ۴۸ و ونس پاکارد، همان، ص ۲۸۹.
18. J.E.P.M. Merger: *op.cid*, p. 1389.
۱۹. به نقل از اسدالله امامی، همان، ص ۳۷۱ و سید حسن صفایی و اسدالله امامی، *حقوق خانواده*، ص ۱۰۱.
۲۰. همان، ص ۲۸ و ۳۹.
۲۱. سید قدسیه سید علوی، *مشکلات اجتماعی و روانی «I.V.F»*، ص ۱۹۱.
۲۲. گرگوری ای. پنس، *اخلاق پزشکی*، ص ۴۹ و ۵۰.
۲۳. ونس پاکارد، همان، ص ۴۱۲.
۲۴. گرگوری ای. پنس، همان، ص ۳۳.





۲۵. همان، ص ۳۷ و ونس پاکارد، همان، ص ۳۱۱.

۲۶. گرگوری ای. پنس، همان، ص ۴۱.

۲۷. همان، ص ۵۱.

۲۸. همان، ص ۵۱.

۲۹. ونس پاکارد، همان، ص ۳۱۱.

۳۰. همان، ص ۳۲۹ و گرگوری ای پنس، همان، ص ۱۰۴ و ۱۰۵. به نظر می‌رسد با عنایت به چنین دیدگاهی، واتیکان اعلام کرده باشد: تمام جنبه‌های خلق زندگی به زن و شوهر محدود است و هرگونه دخالت طرف سوم ممنوع است (همان، ص ۱۰۵ و ۱۱۲).

۳۱. همان، ص ۱۰۶ و ۱۰۷.

۳۲. همان، ص ۱۰۸ - ۱۱۴ و ونس پاکارد، همان، ص ۳۲۹ و ۳۳۰.

۳۳. همان، ص ۱۱۶.

۳۴. همان، ص ۹۰ - ۹۹.

۳۵. همان، ص ۹۱.

۳۶. همان، ص ۹۲ - ۹۸.

۳۷. ونس پاکارد، همان، ص ۳۲۶.

۳۸. گرگوری ای. پنس، همان، ص ۱۰۴، ۱۰۵، ۱۰۷ و ۱۰۸.

۳۹. همان، ص ۱۰۸ - ۱۱۴.

۴۰. همان، ص ۱۱۶.

۴۱. همان، ص ۹۱ و ۹۲.

۴۲. همان، ص ۹۵ و ۹۶. البته در ایجاد دگرگونی‌های بنیادی باید شواهد و دلایل محکمی برای نیاز به تغییر وضع موجود باشد.

۴۳. ونس پاکارد، همان، ص ۳۰۶.

۴۴. همان؛ و گرگوری ای. پنس، همان و ناصر کاتوزیان، توجیه و نقد رویه‌ی قضایی، ص. ۵۳.

۴۵. همان، ص ۱۲۲.

46. Henriet l'e on Mazeaud, ... lecons de Droit Civil la famille, 7 edition. paris, Montc Hrestien,1995, pp. 203, 219 and 220 and francois Terr'e,





Dominiqu fenouillet: Droit civil Les personnes lafamille les incapacites, 6 edition, paris, Daloz, 1996, P.795.

۴۷. به نقل از ناصر کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۲، ص ۵۴ و کرگوری ای پنس، همان، ص ۱۲۱.

۴۸. همان، ص ۱۰۷ به بعد.

49. The Ethics comittee of the American fertility society: Ethict considerations of the ivewreproductive technologic, Birmangham Alabama copright, 1990, p.64s.

۵۰. ر.ک.: ناصر کاتوزیان، همان، ص ۲۸.

۵۱. «هرگاه زن و مردی که بین آنها علقه‌ی زوجیت نباشد، مرتکب روابط نامشروع یا عمل منافعی 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 اکراه کننده تعزیر می‌شود.»

۵۲. اصل ۳۶: «حکم به مجازات و اجرای آن باید از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.»؛ اصل ۳۷: «اصل، برائت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر این که جرم وی در دادگاه صالح ثابت گردد.»

۵۳. هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد، جرم محسوب می‌شود.

۵۴. سید علی علوی قزوینی، همان، ص ۱۷۴.

۵۵. همان.

۵۶. ر.ک.: محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، واژه‌ی «عرف عملی».

۵۷. عرف عام در این موارد کارآیی ندارد و به فرض کارآیی داشتن، مشروط به مسلم بودن آن در بین مردم بعد از سالیان دراز خواهد بود.

۵۸. همان، ص ۲۴۹.

۵۹. مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ج ۲، جلسات ۱۵ - ۲۸، ص ۹۳۶ تا ۹۳۹.

۶۰. مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، ج ۴، ص ۹۳۸.

۶۱. «احکام دادگاه‌های کیفری باید مستدل و موجه بوده، مستند به مواد قانونی و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است. دادگاه‌ها مکلفند حکم هر قضیه را در قوانین





مدونه بیابند و اگر قانونی نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نمایند؛ و دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه‌ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند.»

در سال ۱۳۶۱ که قانون اصلاح موادی از قانون آ.د.ک تصویب شد، شورای نگهبان در مورد ماده‌ی ۲۸۹ (که بعدها در سال ۱۳۶۸ به صورت ماده‌ی ۲۹ مزبور درآمد)، اکثر حقوق‌دانان شورای نگهبان (جز یک نفر) - با توجه به تلقی‌ای که از اصل ۱۶۷ قانون اساسی داشتند و آن را ناظر به دعاوی مدنی می‌دانستند - نظرشان بر مغایرت ماده‌ی فوق با قانون اساسی بود، ولی چون اکثریت اعضای شورای نگهبان؛ یعنی حداقل ۷ نفر رأی مثبت داده و نظرمغایرت، رأی نیاورد، ماده‌ی ۲۸۹ ق.آ.د.ک. تأیید شد. (حسین مهرپور، نگاهی به آخرین دوره‌ی بررسی گزارش ایران در کمیته‌ی حقوق بشر، روزنامه‌ی اطلاعات، شماره‌ی ۱۹۹۹۵، چهارشنبه ۷۲/۶/۱۰ و چهل و هفتمین گزارش حقوق بشر، درخواست تغییر و میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، شماره‌ی ۷۲/۲/۷، ۱۹۸۹۴).

62. ".... Herein he must be guided by approved legal doctrine and case-Law".

۶۳. حسین مهر پور، همان.

۶۴. « فانا لم یوجد نص تشریعی یمكن تطبیقه حکم القاضی بمقتضی مبادئ الشریعة الاسلامیة.»

۶۵. بیشتر فقها معتقدند که هر فعل حرام، دارای تعزیر است؛ از این رو، بنا بر نظر کسانی که تلقیح مصنوعی را حرام می‌دانند، به این نتیجه‌ی «تعزیر» ملتزم‌اند، اما در نظر کسانی دیگر، چون مقام معظم رهبری، آیت الله قمی، آیت الله یزدی و ... که آن را جایز می‌دانند، تعزیر منتفی است.

قانون‌گذار ایران در اصلاحات سال ۱۳۷۵ قانون مجازات اسلامی، در ماده‌ی ۶۲۸ تنها «تظاهر به فعل حرام» را جرم می‌داند، نه هر فعل حرام، حتی حرام اخلاقی را (مثل دروغ، غیبت و ...). این ماده هم شامل بحث ما نمی‌شود؛ چون اولاً، منظور از حرام، حرامی است که در قرآن یا روایات معتبر و یا دست کم در نظر مشهور فقها حرمت آن قطعی باشد، مثل ربا و ثانیاً، عمل ارتكابی همانند باروری پزشکی بدون تردید مصداق حرام باشد.



به نظر می‌رسد بین حرام‌های فقهی؛ یعنی گناهایی که در فقه برای آن‌ها مجازات تعیین شده (چه در قالب حدود باشند یا قصاص یا دیات و یا تعزیرات و چه گناه کبیره باشند یا صغیره) و بین حرام و گناهان اخلاقی که در فقه برای آن‌ها مجازات تعیین نشده، باید تمایز قایل شد.

قسم اخیر را نباید حتی از باب تعزیرات مجازات کرد، مگر این که قانون‌گذار تصریح کند. قسم نخست را اگر قانون‌گذار تصریح کرده باشد، چه خوب، و گر نه در قالب اصل ۱۶۷ ق.ا. بایستی توجیه کرد که مباحث و مبانی ذکر شده در متن قابل تطبیق و بحث است. پاره‌ای از فقهای اهل سنت به دلیل حرمت تلقیح مصنوعی بین بیگانگان آن را قابل تعزیر می‌دانند، مثل استاد محمد عبدالله و عده‌ای دیگر از فقها. (به نقل از شیخ مصطفی زرقاء، سخنرانی در باره‌ی تلقیح، مجله‌ی مجمع فقه اسلامی، همان، ص ۲۵۴ و به نقل از محمدعلی البار، همان، ص ۲۸۸)

۶۶. ۱- طرح شماره‌ی ۲۵۹۹ تهیه شده توسط وزارت دادگستری، که به منظور تعدیل آن قسمت از مواد قانون مدنی مربوط به بدن انسان بود. ۲- طرح شماره‌ی ۲۶۰۰ تهیه شده از سوی وزارت امور اجتماعی، که به منظور تعدیل آن قسمت از مواد قانون بهداشت عمومی مربوط به اهدا و استعمال عناصر به دست آمده از بدن انسان و فرزندآوری به کمک شیوه‌های طبی بود. ۳- طرح شماره‌ی ۲۶۰۱ تهیه شده توسط وزارت تحقیقات علمی، که به منظور تعدیل قانون ۶ ژانویه ۱۹۷۸ م، اطلاع رسانی، بررسی داده‌های اسمی و پرونده‌های حاوی آن و مسأله‌ی آزادی جهت حفظ و ارتقای بهداشت بود. این طرح‌ها توسط کمیسیون ویژه‌ی بررسی و گزارشی از آن آماده و در صحن پارلمان به بحث گذاشته شده بود و گزارش مزبور در تاریخ ۲۵ نوامبر ۱۹۹۲ م پذیرفته شد.

۶۷. اصل این دو قانون در قانون مدنی اصلاحی ۱۹۹۴ م. آمده است. نگارنده در صدد چاپ و ترجمه‌ی قوانین مذکور و سایر قوانین همراه با آرای قضایی و شرح نظریات حقوق‌دانان می‌باشد.

۶۸. میرقاسم جعفرزاده، بولتن تولید مثل و نازایی، شماره‌ی ۱۶، ص ۴.

69. Mika Oldham, *Blackstone's Statutes on Family Law*, Second Edition, Blackstone Press Limited, Ceat Britain, 1992.





۷۰. این قانون (Artificial conception Act 1985-Notes) توسط پژوهشکده ابن سینا از شبکه‌ی جهانی اینترنت: (file:///c:/TEMP/note.htm) گرفته شده، که از لطف آن‌ها تشکر می‌شود.

71. Larry I. Lipyhultz, ... : Infertility in the Male. "Legal Issues in Fertility Management", Mosby, 1996, pp. 476-480 & The Third Edition, American, Ethics committee of the American Fertility Society: Ethical Consideration of the Technologies, Birmingham, Alabama copyright, 1990, New Reproductive.

۷۲. امید است اصل و ترجمه‌ی این قوانین در آینده به چاپ برسد.

73. Henrietleon Mazeaud, *Lecons de Droit Civil "Lafanille"*, Tome I/Troisieme Vol., 7 Edition, Montchrestien, Paris, 1995.

74. Mika Oldham, *Blackstone's Statutes on Family Law*, Second Edition, Blackstone Press Limited, Ceat Britain, 1992, p.329.

75. Henriet leon Mazeaud, op.cit., p.221.

76. Mika Oldham, op.cit., p.329.

77. Henriet leon Mazeaud, op.cit., p.221.

۷۸. میرقاسم جعفرزاده، همان.

۷۹. همان.

80. Henriet leon Mazeaud, op.cit., p. 221.

پژوهشکده ابن سینا
پرتال جامع علوم انسانی



پڙهه ڪاھ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی