

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه پیام نور

پایان نامه

**برای دریافت درجه کارشناسی ارشد
در رشته: الهیات (فقه و مبانی حقوق)**

دانشکده: فقه و حقوق

عنوان پایان نامه:

بررسی جایگاه نهاد اجاره رحم

در فقه و حقوق ایران

استاد راهنما:

آقای دکتر صدری

استاد مشاور:

آقای دکتر مومنی

نگارش:

عنایت آقای

خرداد ۱۳۸۹

تقدیم بہ:

پدر و مادرم

آنخ یگانہ ہمارہ ستر،

کہ نیاسودند تا بیاسایم.

تقدیر و تشکر:

شایسته است از کلیه اساتید، مدرسین،
مؤلفین و کلیه عزیزانی که با کمال اخلاص و
جدیت و صرف وقت بسیار اینجانب را در انجام
این مهم یاری نموده اند کمال تشکر را
بنمایم.

از خداوند منان برای شما آرزوی توفیق و
سربلندی دارم.

فهرست

صفحه	عنوان
۱.....	مقدمه.....
۱.....	بیان مسأله.....
۲.....	پیشینه تحقیق.....
۳.....	ضرورت تحقیق.....
۳.....	روش تحقیق.....
۳.....	محدودیت‌های تحقیق.....
۴.....	بخش اول - کلیات.....
۵.....	فصل اول - اصطلاحات و مفاهیم.....
۵.....	گفتار اول - لقاح و اقسام آن.....
۵.....	۱- مفهوم لقاح.....
۵.....	۲- اقسام لقاح.....
۵.....	۱-۲- فیزیولوژی باروری و لقاح طبیعی.....
۶.....	۲-۲- تلقیح مصنوعی.....
۷.....	گفتار دوم - ضرورت قرارداد اجاره رحم.....
۸.....	فصل دوم - سابقه فقهی و حقوقی اجاره رحم.....
۸.....	گفتار اول - سابقه فقهی.....
۱۰.....	گفتار دوم - سابقه حقوقی.....
۱۵.....	فصل سوم - دلایل رجوع به حالت مادر جانشینی.....

فصل چهارم - مشروعیت یا اعتبار اجاره رحم از دیدگاه فقه و حقوق.....	۱۸
گفتار اول - دیدگاه فقه.....	۱۹
گفتار دوم - دیدگاه حقوق.....	۲۲
بخش دوم - بررسی وضعیت حقوقی قراردادهای راجع به باروری.....	۲۶
طرح مطلب.....	۲۷
فصل اول - خصوصیات قرارداد راجع به رحم.....	۲۸
گفتار اول - شرایط تشکیل قرارداد.....	۲۹
گفتار دوم - تبعیت قرارداد از قواعد عمومی قراردادها.....	۳۲
گفتار سوم - صحت قرارداد.....	۳۴
فصل دوم - ماهیت حقوقی قرارداد.....	۴۵
گفتار اول - مباحث مقدماتی در بحث ماهیت حقوقی قرارداد مادرانجانشین.....	۴۵
قسمت اول - اشکال مختلف در حالت مادرانجانشینی.....	۴۵
قسمت دوم - انواع قراردادهای مادرانجانشین.....	۴۶
قسمت سوم - تعریف قرارداد مادرانجانشین.....	۴۶
قسمت چهارم - بحث انتقادی از مادرانجانشین.....	۴۸
گفتار دوم - ماهیت حقوقی قرارداد مادرانجانشین.....	۵۱
گفتار سوم - خصوصیات قرارداد و اجاره رحم.....	۶۸
الف (اجاره رحم عقد لازم.....	۶۸
ب) اجاره رحم عقد تملیکی عهدی.....	۶۹
ج) اجاره رحم عقدی معوض.....	۷۰
د) عقد مسامحه و معامله.....	۷۱

هـ) اجاره رحم عقدی تشریفاتی.....	۷۲
و) اجاره رحم عقدی مستمر.....	۷۲
ی) اجاره رحم عقدی متعهدهی.....	۷۲
فصل سوم – جایگاه قرارداد و اجاره رحم در حقوق ایران.....	۷۳
فصل چهارم – اعتبار و ضمانت اجرای قراردادهای اجاره رحم.....	۷۷
بخش سوم – آثار قرارداد اجاره رحم.....	۸۷
طرح مطلب.....	۸۸
فصل نخست : آثار قراردادی.....	۸۹
گفتار نخست : تعهدات اصلی طرفین قرارداد اجاره رحم.....	۸۹
بند نخست : تعهد والدین حکمی.....	۸۹
۱. ممنوع بودن هرگونه پرداخت پول به مادرانشین از جمله هزینه ها و مخارج وی.....	۸۹
۲. ممنوع بودن پرداخت پول به مادرانشین به غیر از هزینه ها ، مخارج و خسارات وارده و معین بودن این موارد(تعیین حداقل و حداکثر مبلغ پرداختی در پاره ای موارد).....	۹۱
۳. اجازه پرداخت حق الزحمه به مادرانشین با اعمال محدودیت در آن (تعیین حداکثر مبلغ پرداختی).....	۹۱
۴. پرداخت پول به مادرانشین براساس توافق طرفین.....	۹۲
بند دوم : تعهد مادرانشین.....	۹۲
۱. مادرانشین باید قادر به حمل جنین و انجام عمل مادرانشین باشد.....	۹۳
گفتار دوم – تعهدات فرعی طرفین قرارداد اجاره رحم.....	۹۳
فصل دوم – آثار قانونی.....	۹۵
گفتار نخست – نسب.....	۹۵

بند نخست - مفهوم نسب.....	۹۵
۱- تعریف لغوی.....	۹۶
۲- تعریف اصطلاحی.....	۹۷
بند دوم - شرایط تحقق نسب.....	۹۸
قسمت نخست - تحقق نسب در خانواده.....	۹۸
قسمت دوم - تحقق نسب در خارج از خانواده.....	۹۹
بند سوم - وضعیت نسب در اجاره رحم.....	۹۹
گفتار دوم - آثار نسب.....	۱۰۴
بند نخست - حضانت.....	۱۰۴
قسمت اول - نگاهداری و تربیت اطفال.....	۱۰۴
۱- مفهوم حضانت.....	۱۰۴
۲- مبنای روابط ابویین و طفل در حضانت.....	۱۰۶
۳- ماهیت حقوقی حضانت.....	۱۰۶
۴- ارتباط قواعد حاکم بر حضانت با نظم عمومی.....	۱۰۷
۵- اشخاصی که عهده دار حضانت هستند.....	۱۰۸
قسمت دوم - اشخاصی که حضانت طفل متولد از مادر جانشین با آنان است .	۱۱۲
بند دوم - رابطه میان طفل متولد شده با ابویین و مادر جانشین و شوهر زن اجیر.....	۱۲۳
بند سوم - ولایت قهری.....	۱۲۷
بند چهارم - الزام به انفاق.....	۱۲۸
بند پنجم - توارث و وصیت.....	۱۳۶
بند ششم - تکالیف راجع به اخذ شناسنامه.....	۱۴۷
بخش چهارم - انحلال قرارداد اجاره رحم.....	۱۵۷

۱۵۸	طرح مطلب
۱۵۹	فصل نخست: کلیات انحلال قرارداد
۱۵۹	گفتار نخست : مفهوم انحلال
۱۵۹	گفتار دوم: اسباب انحلال
۱۶۰	گفتار سوم : اثر انحلال
۱۶۱	فصل دوم- انحلال ارادی قرار داد اجاره رحم
۱۶۱	گفتار نخست - شرط فسخ قرارداد اجاره رحم
۱۶۱	گفتار دوم- اقاله قرارداده اجاره رحم
۱۶۲	فصل سوم- انحلال قهری قرارداد اجاره رحم
۱۶۲	گفتار نخست : شرط انفساخ قرار داد اجاره رحم
۱۶۲	گفتار دوم : فوت و حجر در قرارداد اجاره رحم
۱۶۳	نتیجه گیری
۱۶۶	پیشنهادها
۱۶۸	منابع و ماخذ

مقدمه

با پیشرفت جوامع بشری از لحاظ تکنولوژی و علم و دانش و فن آوری ، به تبع آن مشکلات و مسائل مبتلابه زیادی به وجود آمده است و در این میان مسائل پیچیده حقوقی و فقهی نیز خودنمایی کرده و راه حل های مناسب خویش را می طلبد . مداخله شخص ثالث در تولیدمثل مصنوعی انسان که در سایه پیشرفت عظیم علمی و با بهره گیری از اسپرم ، تخمک یا جنین اهدایی ، رحم اجاره ای و استفاده از مادرجانشین امکان پذیر گردیده ، باعث بروز مباحث جدیدی در حقوق خصوصی به ویژه حقوق داخلی گردیده است ؛ چرا که علم حقوق از جمله علمی است که بایستی با مقتضیات زمان و مکان مطابقت نماید و همچنین از جمله علمی است که بین معقول و محسوس قرار گرفته است و از یک سو با قواعد منطقی و از سوی دیگر با موجودات و پدیده های جهان خارج ارتباط دارد. بنابراین ، انسان در حالی قدم به قرن بیست و یکم می گذارد که ظهور تکنولوژی نوین و به کارگیری روش های علمی جدید در بهره برداری از طبیعت ، بسیاری از مشکلات بشر را برطرف کرده است . اما از سوی دیگر ، راه حل های جدید ، خود منجر به بروز مسائل جدید شده است .

این مسائل تنها در عرصه علوم و فن آوری محصور نمانده ، بلکه در عرصه روابط فردی ، اجتماعی ، عاطفی و مباحث حقوقی نیز پرسش های زیادی را به وجود آورده است و یکی از عرصه های به کارگیری تکنولوژی جدید اجاره رحم و تلقیح مصنوعی است . مسئله اجاره رحم و تلقیح مصنوعی انسان یکی از پدیده های نوینی است که با شکوفایی دانش پزشکی پا به عرصه هستی نهاده و به دلیل آنکه این موضوع یکی از موضوعات نوین است ، متأسفانه در حقوق مدون و قوانین موضوعه ایران به آن اشاره نشده است . بنابراین ، برای تحقیق و بررسی در خصوص جنبه های حقوقی این موضوع بایستی از اصول کلی و مقررات عمومی استفاده کرد و از لحاظ شرعی نیز به کتب فقهی ، احادیث و روایات و فتاوی معتبر فقهای عظام استناد جست .

بیان مسأله :

امکان مداخله شخص ثالث یا اشخاص ثالث در روند تولیدمثل مصنوعی برای زن و شوهر نابارور دستاورد جدیدی است که با پیشرفت دانش پزشکی میسر گردیده است . در مواردی زن دیگری به غیر

از زن نابارور عهده دار حمل جنین حاصل از امتزاج سلول ماده با اسپرم مرد می‌گردد و در بعضی موارد نیز برای بارداری نمودن زن نابارور از تخمک یا جنین اهداء شده که متعلق به شخص یا اشخاص ثالث می‌باشند، بهره‌گیری می‌شود. در بعضی مواقع نیز از اشخاص ثالث برای هر دو منظور فوق استفاده می‌شود.

این فروض که چندی است در عالم پزشکی به واقعیت پیوسته، مسائل حقوقی خاصی را در جوامع انسانی از جمله جامعه کنونی ایران برانگیخته است و مخصوصاً در مورد طفل حاصل از آن، موضوعات پیچیده حقوقی خودنمایی نموده است. روشن نمودن وضعیت حقوقی این گونه اطفال از نظر تحلیلی و عملی دارای اهمیت فراوان می‌باشد.

این تحقیق براساس سؤال‌های مشخصی انجام می‌شود که بیان سؤال‌های جزئی آن در اینجا امکان پذیر نیست و خارج از حوصله این قسمت از بحث می‌باشد لذا به ذکر سؤال‌های اساسی این پژوهش علمی می‌پردازیم:

۱. خصوصیات و ماهیت حقوقی قرارداد اجاره رحم به چه صورت است؟
۲. آیا قرارداد اجاره رحم از قواعد عمومی قراردادها تبعیت می‌کند یا تابع مقررات مربوط به اجاره اشخاص یا اجاره اموال است؟
۳. آیا قرارداد اجاره رحم قراردادی نافذ و قابل اجرا است؟
۴. آثار قرارداد اجاره رحم چگونه است؟
۵. موارد فسخ و بطلان و غیرنافذ بودن عقود آیا در قرارداد اجاره رحم هم مصداق دارد یا نه؟

پیشینه تحقیق:

در خصوص این موضوع در ایالات متحده آمریکا، انگلستان، فرانسه، کانادا، استرالیا و چند کشور دیگر که برخوردار از دانش پیشرفته پزشکی می‌باشند و با امکانات پزشکی مدرن، عمل موردنظر با هزینه کمتر و سهولت بیشتری صورت می‌گیرد، تحقیقات حقوقی دامنه داری صورت گرفته که بعضاً منجر به تصویب قوانین و مقرراتی در این خصوص شده است. البته در این تحقیق به مطالعه تطبیقی سایر کشورها پرداخته نخواهد شد. در کشورما در این رابطه و به این صورت تحقیقی صورت پذیرفته

است و فقط چند مقاله توسط حقوقدانان در مورد تلقیح مصنوعی به رشته تحریر درآمده که در بعضی از آنها اشاره سطحی و کوتاهی به روش تولید مثل دیگری (مادر جانشین) شده و به صورت اختصار در مورد نسب مادری طفل متولد شده در اثر استفاده از این روش ، بحث گردیده است . همچنین دو مورد پایان نامه در مقطع کارشناسی ارشد با موضوعات باروری مصنوعی از آقای عباس نایب زاده و اعتبار نسب با تلقیح مصنوعی از آقای بهرام انواری به رشته تحریر درآمده است . در ضمن چند همایش در دانشگاه شهید بهشتی نیز در خصوص موضوع تلقیح مصنوعی برگزار شده است .

ضرورت تحقیق :

با عنایت به توانایی پزشکان ایرانی به انجام عمل انتقال جنین و انجام این گونه اعمال پزشکی در ایران و اینکه وجود متقاضیان متعدد و ابهام در خصوص تکالیف حقوقی طرفین قرارداد اجاره رحم و چگونگی تمتع طفل به دنیا آمده از حقوق مدنی مانع بزرگی در راه استفاده از این دستاورد جدید پزشکی به شمار می آید و نظر به اینکه در خصوص موضوع اجاره رحم تحقیقات گسترده ای صورت پذیرفته ، ضرورت انجام تحقیق به خوبی احساس می شود .

روش تحقیق :

روش اصلی تحقیق و گردآوری مطالب ، روش کتابخانه ای و توصیفی است . اطلاعات و نظرات فقها ، اساتید و صاحب نظران و اصول و مبانی حقوقی را در حقوق مدنی ایران (متون قانونی) و فقه اسلامی بررسی نموده و آنگاه با تجزیه و تحلیل ، نظر صحیح تر را تقویت و انتخاب می نماییم .

محدودیت های تحقیق :

با عنایت به عدم وجود منابع زیاد از قبیل کتاب ، مقاله ، پایان نامه و غیره و نظر به عدم وجود مقررات صریح در خصوص اجاره رحم انجام این تحقیق با محدودیت های متعدد روبروست .

بخش اول

کلیات

فصل اول – اصطلاحات و مفاهیم

گفتار اول – لقاح و اقسام آن

۱- مفهوم لقاح

لقاح در لغت به معنی باروری و تلقیح به معنی آبستن کردن است و معنی اصطلاحی آن از معنی لغوی متابعت نموده و اصطلاحاً تلقیح مصنوعی عبارت است از داخل کردن نطفه مرد در رحم زن به وسیله آلات پزشکی یا هر وسیله دیگری غیر از مقاربت و نزدیکی .

در لغت تلقیح از باب تفعیل و ثلاثی مجرد آن لَقَحُ است و لَقَحُ به معنای آبستن کردن و لَقَحُ به معنای آبستن شدن جنس مؤنث می‌باشد . مصنوعی در لغت به معنای ساختگی و در برابر امر طبیعی است .

طفل حاصل از عمل تلقیح مصنوعی را طفل حاصل از لقاح مصنوعی می‌نامند . لقاح در لغت به معنای آبستن شدن و بارور شدن جنس مؤنث است ، تلقیح به معنای بارور کردن جنس مؤنث می‌باشد . ملاحظه می‌گردد معنی اصطلاحی تلقیح از معنی لغوی آن چندان دور نیست ، بنابراین لقاح مصنوعی عبارت است از آبستن شدن زن به وسیله آلات پزشکی و تلقیح مصنوعی ، عبارت است از آبستن کردن زن به وسیله تزریق اسپرماتوزوئید مرد به رحم زن به کمک وسایل پزشکی و آلات مصنوعی بدون انجام عمل مقاربت و نزدیکی . استعمال کلمه لقح نه تنهادر مورد حیوان و انسان و گیاهان استعمال می‌شود بلکه در مورد ابر نیز استعمال می‌شود^۱ .

۲- اقسام تلقیح

تلقیح به دو صورت است یکی تلقیح طبیعی و دیگری تلقیح مصنوعی که در دو قسمت جداگانه مورد مطالعه قرار می‌دهیم .

۱-۲- فیزیولوژی باروری و لقاح طبیعی

تولد یک انسان که به داوری قرآن کریم اشرف مخلوقات عالم معرفی شده است ، نیازمند فراهم شدن مجموعه ای از شرایط خاص فیزیکی در زوجین می‌باشد . بعد از حصول این شرایط است که باروری تحقق یافته و منجر به تولد نوزاد انسانی می‌گردد .

^۱ - سوره حجر آیه ۲۲

در حقیقت باروری و لقاح طبیعی به سلامت زن و شوهر و فراهم بودن مجموعه ای عوامل در زن و شوهر بستگی دارد .

عوامل لازم در زن اولاً وجود سلول جنسی یا تخمک سالم (زایا) می باشد که توسط عضوی به نام تخمدان به صورت ماهانه تولید و آزاد می گردد ، ثانیاً داشتن اعضاء تولید مثل سالم جهت گرفتن سلول جنسی مرد(اسپرم) و همچنین پروراندن جنین حاصل می باشد (رحم و ضمایم) . در مورد عوامل لازم در مرد برای حصول امر باروری ، داشتن سلول جنسی سالم مذکر(اسپرم) و رساندن آن به دستگاه تولیدمثل در زن کافی می باشد . پس برای لقاح طبیعی وجود سلول های جنسی زن و مرد (تخمک و اسپرم) فراهم بودن رحم و لوله سالم در زن الزامی است .

نحوه برقراری لقاح بدین صورت است که اسپرم بعد از ورود به سیستم تولید مثل زن از دهانه رحم وارد رحم و سپس لوله های رحمی شده و در زمان مناسب که زمان رهاسازی تخمک ترکیب شده و لقاح حاصل می گردد و سپس بعد از تقسیمات سلولی و طی مسیر لوله رحم بعد از دو یا سه روز به رحم رسیده و لانه گزینی در رحم اتفاق می افتد و به رشد خود تا تولد نوزاد ادامه می دهد . پس هرگونه اشکال در ایجاد تخمک و اسپرم و یا اشکال در لوله های رحمی می تواند باعث ناباروری می گردد . در حال حاضر حدود ۱۰ تا ۱۵ درصد زوجین در سراسر دنیا نابارور هستند .

۲-۲ - تلقیح مصنوعی :

تلقیح مصنوعی که بحث آن در این قسمت مطرح می شود ، مشتمل بر دو گونه است :

۱ - تلقیح اسپرم مرد به همسرش که به آن A.I.H گفته می شود.^۱ در این حالت تلقیح مصنوعی زن با استفاده از اسپرم شوهر صورت می پذیرد .

۲ - تلقیح اسپرم مرد بیگانه به زن که به آن A.I.D گفته می شود .^۲ در این حالت تلقیح مصنوعی زن با استفاده از اسپرم مرد بیگانه تحقق می یابد .

^۱ - Artificial insemination with husband 's sperm.

^۲ - Artificial insemination with donor's sperm.

گفتار دوم : ضرورت قرارداد اجاره رحم

بسیاری از کشورها وجود قرارداد را برای ترتیبات اجاره رحم و مادر جانشینی لازم می‌دانند. وجود قرارداد برای تشخیص اشخاصی که از نظر ژنتیکی با بچه ارتباط دارند ؛ تعیین پدر و مادر قانونی طفل؛ تعیین تعهدات طرفین و شروطی که مورد توافق قرار گرفته است ؛ دستیابی به قصد مشترک طرفین؛ برطرف نمودن شبهه زنا در مورد مادر جانشین و همین طور در مورد نسب طفل متولد از مادر جانشین ضروری به نظر می‌رسد . در بعضی از کشورها درج موارد بخصوصی از تعهدات و شروط مورد توافق طرفین قرارداد و سایر اشخاص درگیر را در قرارداد لازم دانسته و قرارداد اجاره رحم را بدون آنها معتبر نمی‌شناسند .

سیستم‌های حقوقی مختلف ، قراردادهای خصوصی را تا آنجا که مخالف قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد ، ناقد می‌دانند . کمتر کشوری است که موارد نظم عمومی و اخلاق حسنه درگیر با قرارداد را به طور کلی تعیین کرده باشد ، بنابراین قرارداد مادر جانشین یا اجاره رحم و تعهدات مندرج در آن تا زمانی که مخالفت آن با قانون یا نظم عمومی و یا اخلاق حسنه به اثبات برسد ، حاکم بر روابط بین طرفین می‌باشد .

در کشورهایی هم که این گونه قراردادها را غیر قابل اجرا می‌دانند ، وجود قرارداد برای تعیین قصد طرفین و همین طور توافق‌های به عمل آمده لازم به نظر می‌رسد . از طرفی قرارداد به عنوان وسیله ای برای رسیدن به مصلحت طفل که ملاک تصمیم گیری در مورد کودک و مسائل مرتبط با وی است ، مورد استناد دادگاهها قرار می‌گیرد .

علاوه بر اینها ، قرارداد مورد بحث که بدون شک یکی از خصوصی ترین و در عین حال پیچیده ترین قراردادهای زندگی طرفین آن است ، برای هماهنگ نمودن تعهدات گوناگون طرفین در طی انجام مراحل مختلف تلقیح مصنوعی ، بارداری و زایمان و متمرکز کردن فعالیت‌های افراد درگیر ضروری جلوه می‌کند . قرارداد می‌تواند نقش بسزایی در رفع نگرانی‌های طرفین و جلوگیری از اختلافات و دعاوی احتمالی داشته باشد . تصمیمات گوناگونی که لازم است در روند ترتیبات مادر جانشینی اخذ گردد بایستی در ابتدا در قراردادی در نظر گرفته شود و گرنه ورود به این ترتیبات بدون وجود قراردادی که

متضمن توقعات قراردادی طرفین باشد ، از نظر قضائی مشکل ساز خواهد بود . تولید مثل برای دیگری ، باردار شدن زن در خانواده ای که بچه متعلق به آن خانواده نیست و « در شکم داشتن فرزند متعلق به دیگران » که شبهه زنا را در ذهن اطرافیان تداعی می کند بایستی مستند به عامل توجیه کننده ای باشد که بهترین عامل در اینجا قرارداد اجاره رحم است .

نکته : با عنایت به اینکه اصطلاحات قرارداد اجاره رحم ، مادر جانشین ، رحم جایگزین در این تحقیق خیلی زیاد مورد استفاده قرار می گیرد جهت اطلاع خوانندگان عزیز متذکر می گردد که اصطلاحات مذکور مترادف هستند .

فصل دوم – سابقه فقهی و حقوقی اجاره رحم

تاریخ هر علم از مهم ترین شاخه های آن است ؛ چرا که یکی از مزایای مهم آن شناسایی جایگاه موضوعات و عوامل پیدایش ، زمینه ساز و تأثیر گذار بر آنهاست . در آن فرض ، می توان با بروز مسائل و موضوعات جدید ، با شبیه سازی ، احکام و آثار آن را یافت . از این رو سابقه فقهی و حقوقی موضوع مورد بحث را در دو گفتار مطالعه می نماییم .

گفتار اول – سابقه فقهی

همگام با گسترش حوزه دانش بشری و دستاوردهای نوین در قلمرو علوم تجربی ، مسائل پیچیده فقهی حقوقی نیز خود نمایی کرده ، راه حل های مناسب خویش را می طلبد . به باور ما فقه امامیه توانایی رویارویی با مسائل نو پیدا (مستحدثه) و ارائه بهترین راه حلها را به نوعی که به ترتیب ، تهذیب و کمال اجتماعی آدمیان بینجامد داراست .

اگرچه مسائل نو پیدا مولود مقتضیات زمانی است و بنابراین در فقه مدون ما به نحو روشن مورد بحث و بررسی قرار نگرفته ، اما از افتخارات مکتب فقهی امامیه توجه و اهتمام خاص به اصل اجتهاد است که به تعبیر مرحوم اقبال قوه محرکه اسلام تلقی می شود . فقیهان ما استفاده از اصول ثابت و لایتغیری که در دین تعبیه شده است ، فروع و مسائلی جدید را بر آن منطبق می سازند ، چنانکه مولانا الرضا (ع) فرموده است : « علینا القاء الاصول و علیکم بالتفریع » یعنی بر ماست اصول را به شما بیاموزیم و بر شماست که فروع را استنباط کنید . همین اصل اجتهاد یکی از رموزی است که به دین خاصیت

هماهنگی با پیشرفت تمدن بخشیده است. بوعلی سینا در شفا ضرورت اجتهاد را چنین بیان نموده است: «چون اوضاع زمان متغیر است و همواره مسائل جدید مطرح می‌گردد، و از طرف دیگر اصول کلی اسلامی ثابت و لایتغیر است، ضرورت دارد در تمامی عصرها و زمانها افرادی باشند که با معرفت و شناخت کامل در مسائل اسلامی و با توجه به مسائل جدیدی که در هر عصر پدید می‌آیند پاسخگو باشند»^۱. اجاره رحم و انتقال جنین یا بطور کلی تلقیح مصنوعی یکی از مسائل نو پیدا است که پیشرفت و شکوفایی دانش ارجمند پزشکی آن را به فقه و حقوق کشانده و ارتباط بین فقه و حقوق از یک طرف و علوم طبیعی از طرف دیگر را به اثبات رسانده است. از آنجا که قواعد و مقررات حقوقی ما ریشه در احکام مذهبی دارد و بر مبنای پژوهش فقهی و فتاوی فقیهان امامیه تدوین شده است، هیچ حقوقدان و اندیشمندی در دانش حقوق نمی‌تواند بدون آنکه خود را شاگرد همین مکتب بداند و از این منبع عظیم و میراث تمدن بهره مند گردد، در جهت قانونی کردن مسأله جدید گام بردارد، بلکه نخست می‌بایست جواز شرعی آن را فقیهان تأیید و حکم وضعی آن را روشن کنند تا به صورت ماده یا مواد قانونی در آید.^۲

به اعتقاد ما آنچه حائز اهمیت است این است که به هیچ روی نباید برای حل معضلات از مبانی مسلم روی گرداند، بلکه باید با استفاده از صناعت و شیوه‌های معمول و مقبول در استنباط مسائل فقهی پیرامون جنبه‌های مختلف آن به پژوهش و یافتن پاسخ مناسب پرداخت و برای حل مشکلات زنان و مردانی که به شکل طبیعی از داشتن فرزند محرومند، همگام با دانش پزشکی تلاش کرد و با استفاده از مبانی، منابع و روشهای شناخته شده حکم شرعی را به عنوان مبنایی برای قانون استخراج نمود، چه آنکه هر نظام حقوقی مبانی، منابع و شیوه‌های خاص خود را دارد و برای تغییر و تحول و توسعه در نهادها و قواعد موجود در آن نظام حقوقی یا پر کردن خلاءهای قانونی ناگزیر باید از همان منابع و روشهای پذیرفته شده استفاده کرد، به عنوان نمونه چنانکه رنه داوید، استاد برجسته حقوق و صاحب

^۱- قربانیان، ناصر، روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، چاپ اول، پژوهشکده ابن سینا و سمت، س ۱۳۸۰، ص ۳۶۳.

^۲- همان، ص ۳۶۴.

نظر در نظامهای حقوقی در آورده است که در نظام حقوقی رومی ژرفی عقل از منابع مستقل حقوقی شناخته نشده است و حقوقدان هرگز نمی‌تواند به منظور پر کردن خلاءهای قانونی به عقل متوسل شود.^۱

اجاره رحم و تلقیح مصنوعی و باروری به کمک ابزار پزشکی به شیوه ای که امروزه مطرح است، در روایات سابقه نداشته و در فقه نیز، جز در عصر حاضر پیشینه ندارد. آن چه در آیات، روایات و ابواب فقهی آمده، یا ادخال منی و باروری غیر متداول و غیرطبیعی است یا مبانی آن می‌باشد و یا برخی فروعات و شیوه‌های تولید مثل، و در هیچ موردی به مصداق و موضوع مورد بحث اشاره نشده است. البته با عنایت به اصول و کلیات فقه شیعه، مانند علت‌ها و حکمت‌ها، مصالح و مفاسد احکام، قواعد عام باب نسب و الحاق ولد، عده استبرای کنیز و ... و ادله و روایات خاص مرتبط به شیوه‌های غیر طبیعی تولید مثل می‌توان احکام و آثار باروری پزشکی را استنباط کرد.

با توجه به عناوین فقهی فوق، مبانی موضوع مورد بحث در فقه موجود است و بر فقها و حقوقدانان است این پدیده را جهت داده، آن را تابع مصالح شرعی و انسانی نمایند. قبل از انقلاب فقها راجع به این موضوع در حد پاسخ به استفتا اکتفا می‌کردند. در این میان، امام خمینی مسائل متعددی را در تحریر الوسيله به این موضوع اختصاص داده و دیگران نیز درباره آن بحث فقهی مستدلی را طرح نموده اند.

بعد از انقلاب اسلامی ایران و حضور روحانیون در صحنه اجتماع و لزوم انطباق مسائل جاری کشور با مسائل شرعی، حوزویان را واداشته مقالات مستقلی در این زمینه به رشته تحریر در آوردند ولی کتاب مستقلی که جامع همه مباحث مربوط به شناخت موضوع و دیدگاه‌های فقهی و حقوقی مرتبط با باروری‌های پزشکی باشد به نگارش در نیامده است.

گفتار دوم - سابقه حقوقی

دانش پزشکی با پیشرفت‌های جدید خود توانسته است کمک شایان توجهی به تولید نسل انسان بنماید و به وسیله تلقیح مصنوعی و رفع بعضی از نواقص و عیوب مردان نظیر عنن، یا انزال سریع و یا

^۱- همان.

معالجه عیوب مجاری تناسلی زنان و مردان ، آرزوی کسانی که سالیانی دراز در انتظار فرزند به سر می‌برند را به تحقق برساند . قابل ذکر است که مسئله تلقیح ، ابتدا در حیوانات اهلی و به منظور اصلاح نژاد یا تکثیر نسل به کار می‌رفت . در آغاز ، این کار را یکی از دانشمندان آلمانی به نام « Lubwig Jacobi » در سال ۱۷۶۵ م. روی ماهیها انجام داد . چند سال بعد یک دانشمند و کشیش ایتالیایی به نام پرفسور «Spolanzoni» تلقیح را روی سگها آزمایش کرد و نتیجه مثبت گرفت و بالاخره در اواخر قرن نوزدهم یکی از دانشمندان روسی به نام « John Hunter » تلقیح مصنوعی در حیوانات چهارپا را عملی ساخت که این روش فعلاً نیز مورد استفاده قرار می‌گیرد . به دنبال موفقیت این آزمایشها در حیوانات ، دامنه تلقیح مصنوعی به انسانها نیز سرایت نمود و این آزمایشها در مورد انسان، در کشورهای مختلف از قبیل فرانسه ، انگلستان به اجرا در آمد . یک دانشمند انگلیسی به نام « Elielva » در سال ۱۷۹۹ م. گزارشی در این زمینه به دولت انگلستان داد . در فرانسه ده مورد تلقیح مصنوعی در زنان انجام گرفته که قدیمی ترین آنها را مربوط به سال ۱۸۳۸ م. دانسته اند . ده سال بعد یکی از دانشمندان فرانسوی موسوم به «Cerard» گزارش داد که از ۷۲ زنی که تلقیح مصنوعی شده اند ، ۴۱ نفر آنها از این طریق باردار گردیده اند و تقریباً از سال ۱۹۱۴ م. موضوع تلقیح مصنوعی کاملاً توجه پزشکان و علما را به خود معطوف داشت.^۱ در سال ۱۹۱۴ م. یکی از پزشکان انگلیسی مقیم مصر موسوم به دکتر « جامیسون » شنیده بود که درمیان بدویان طریقه ای برای معالجه زنان عقیم وجود دارد که گاه منجر به آبستن شدن زنها و گاهی منتهی به فوت آنان می‌گردد . این موضوع ، نظر پزشک مزبور را به خود جلب کرد و در اثر بررسی دریافت که زنان بدوی به قطعه ای از پشم افسون می‌خوانند و بعد آن را به زنان نازا می‌دهند تا به رحم خود بمالند و معتقد بودند که زن حامله می‌شود یا می‌میرد . این پزشک پس از تحقیقات بیشتر دریافت که زنان بدوی پشم را به نطفه مردان آغشته و سپس آن را به زن عقیم می‌دهند تا استعمال نماید ، که علاوه بر نطفه مقدار زیادی میکروبهای مضر موجود در پشم وارد رحم زن می‌گردند و اگر زن بنیه قوی داشت در مقابل میکروبهها مقاومت می‌کرد و الا از پای

^۱ - حضرتی شاهین‌دژ ، صمد، قاضی دادگستری شهرستان سلماس، مقاله جایگاه فقهی و حقوق تلقیح مصنوعی، قسمت اول، ص ۱ (برگرفته از سایت google)