

شرح و بررسی قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور»

سید علی علوی قزوینی*

استادیار دانشکده حقوق، پردیس قم، دانشگاه تهران
(تاریخ دریافت: ۸۷/۲/۱۰؛ تاریخ تصویب: ۸۷/۶/۲۹)

چکیده

به دنبال اظهار نظرها و نشست‌های متعدد علمی در خصوص روش‌های کمکی تولید مثل (ART) و ضرورت به کارگیری از آن در درمان ناباروری، مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۸۲/۵/۸ قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور» را به تصویب رساند، و آیین نامه اجرایی آن نیز در سال ۱۳۸۳ تصویب و منتشر شد. قانون مزبور با بهره گیری از فتاوی فقها و اندیشه های حقوقی توانسته است تا اندازه‌ای مشکل خانواده های بدون فرزند را حل کرده و زمینه تحقق امید زوج‌های نابارور را به داشتن فرزند در کانون خانواده خود فراهم آورد. تصویب این قانون گام مهمی در تحول حقوق ایران در حل مسائل مربوط به انتقال جنین و ابعاد مختلف حقوقی آن به شمار می‌رود. قانون مزبور به رغم نوآوری‌ها و جنبه‌های مثبت آن، در مواردی دارای نقایص و کاستی‌های قابل توجهی است که می‌توان گفت در مقایسه با قانون کشورهای پیشرفته دارای نقایص عدیده‌ای است. قانون مزبور نه تنها در مواردی نتوانسته است بخوبی ابعاد حقوقی این پدیده را تبیین کند، بلکه بر ایهامات نیز افزوده است. از این رو ما در این مقاله تلاش داریم تا ضمن شرح و توضیح مواد مختلف این قانون به نقد و ارزیابی آن بپردازیم، تا از این رهگذر میزان انطباق آن با اصول و قواعد کلی حقوق و فقه آشکار گردد.

واژگان کلیدی:

کودکان آزمایشگاهی، قانون اهداء جنین، اهداء کنندگان جنین، اهدا شونده‌گان جنین.

مقدمه

سرانجام به دنبال اظهار نظرها و نشست‌های متعدد علمی در زمینه روش‌های کمکی تولید مثل (ART) و ضرورت به کارگیری آن در درمان ناباروری، مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۸۲/۵/۸ قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور» را به تصویب رساند، و آیین‌نامه اجرایی آن نیز در سال ۱۳۸۳ تصویب و منتشر شد.

قانون مزبور با بهره‌گیری از فتاوی فقها و اندیشه‌های حقوقی توانسته است تا اندازه‌ای مشکل خانواده‌های عقیم را حل کرده و زمینه تحقق امید زوج‌های نابارور را به داشتن فرزند در کانون خانواده خود فراهم آورد.

تصویب این قانون گام مهمی در تحول حقوق ایران در حل مسائل مربوط به انتقال جنین و ابعاد مختلف حقوقی آن به شمار می‌رود. قانون مزبور به رغم نوآوری‌ها و جنبه‌های مثبت آن، در مواردی دارای نقایص و کاستی‌های قابل توجهی است که می‌توان گفت که در مقایسه آن با قانون کشورهای پیشرفته بسیار ناقص است. قانون مزبور در مواردی نه تنها نتوانسته است بخوبی ابعاد و آثار حقوقی این پدیده را تبیین کند، بلکه بر ابهامات نیز افزوده است. از این رو ما در این مقاله تلاش داریم تا ضمن شرح و توضیح مواد مختلف این قانون به نقد و ارزیابی آن بپردازیم تا از این رهگذر میزان انطباق آن با اصول و قواعد کلی حقوق و فقه آشکار گردد. از این رو مطالب این نوشتار را در ضمن چند مبحث دنبال خواهیم کرد:

مبحث اول: شریط انتقال جنین؛

گفتار اول: روش تولید جنین و انتقال آن؛

گفتار دوم: شرایط درخواست کنندگان؛

گفتار سوم: شرایط صاحبان جنین؛

مبحث دوم: تشریفات قانونی اهدای جنین؛

مبحث سوم: حقوق و تکالیف زوجین دریافت کننده جنین و فرزند حاصل از انتقال جنین.

در پایان نیز پیشنهادهای اصلاحی خود را ارائه خواهیم کرد.

مبحث اول : شرایط انتقال جنین

قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور» شرایطی را در خصوص تولید و انتقال جنین، درخواست کنندگان و نیز صاحبان اصلی جنین مقرر نموده است که ذیلاً آن‌ها را مورد بررسی و مطالعه قرار خواهیم داد:

گفتار اول: روش تولید جنین و انتقال آن

قانونگذار در ماده یک این قانون مقرر می‌دارد: «به موجب این قانون کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری ذیصلاح مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون نسبت به انتقال جنین‌های حاصل از تلقیح خارج از رحم زوج‌های قانونی و شرعی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی، ناباروری آن‌ها (هر یک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده؛ اقدام نمایند.» تبیین چند مطلب در ذیل این ماده ضروری به نظر می‌رسد:

۱- صلاحیت مراکز انتقال دهنده جنین

قانونگذار در ماده مرقوم تنها به مراکز تخصصی دارای صلاحیت اجازه داده است تا با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون به انتقال جنین‌های به دست آمده از تلقیح خارج از رحم (تشکیل شده از زوج‌های شرعی و قانونی) به رحم زن نابارور دارای شوهر که ناباروری او به اثبات رسیده است؛ اقدام نمایند. علت این امر نگرانی بحق قانونگذار از پیامدها و ناهنجاری‌های ناشی از انتقال بیماری‌های واگیردار و... است؛ چنانکه گزارش مخبر کمسیون بهداشت و درمان مجلس شورای اسلامی نیز حاکی از این نگرانی است (روزنامه رسمی، ش ۱۶۷۶۱).

لذا دقت وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی در صدور مجوز و نظارت مستمر و آگاهانه تا حد زیادی خواهد توانست از انتقال بیماری‌ها و اختلاط انساب جلوگیری نماید. ولی به نظر می‌رسد که این مقدار کافی نبوده و تدوین قوانین و مقرراتی در زمینه پذیرش جنین، انجام دادن آزمایش‌های لازم جهت اطمینان از سلامت جنین‌های اهدایی و... لازم است. برای این منظور می‌توان از تجربیات برخی کشورهای پیشرفته استفاده کرد؛ چنان که در «قانون

بهداشت عمومی^۱ فرانسه. این مقررات در دو فصل با عناوین «کمک پزشکی به حاملگی»^۲ و «مقررات ویژه مربوط به اعطا و استفاده از نطفه» آمده است. به موجب ماده ۴-۱۲۴۴ این قانون به منظور اطمینان از سلامت گامت از بیماری‌های واگیردار، تلقیح مصنوعی با اسپرم تازه یا آمیزه‌ای از اسپرم‌ها ممنوع شده است. (صفایی، سید حسین، ۱۳۸۳، ص ۲۱). نیز در ماده ۴-۲۴۴ قانون یاد شده جهت جلوگیری از خطر همخونی، اهدای گامت به وسیله یک نفر به بیش از پنج نفر ممنوع شده است (همان).

۲- لزوم رعایت ضوابط شرعی

قانونگذار در این ماده تنها انتقال جنین‌های حاصل از تلقیح خارج رحم زوج‌های قانونی و شرعی را که با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون تولید شده باشند تجویز نموده است. شایان ذکر است که در طرح اولیه این قانون قید «با رعایت ضوابط شرعی» وجود نداشت و چنین مقرر شده بود: «از تاریخ تصویب این قانون کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری مجاز خواهند بود با رعایت شرایط مندرج در ذیل نسبت به انتقال جنین‌های اضافی حاصله از تلقیح خارج رحمی زوج‌های شرعی پس از احراز رسمی اعراض نامبردگان از جنین‌های متعلقه، به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی، ناباروری آن‌ها (هر یک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده؛ اقدام نمایند».

شورای نگهبان در جلسه ۱۳۸۱/۶/۲۷، مصوبه ۵ شهریور ماه ۱۳۸۱ مجلس شورای اسلامی را مطرح و به شرح ذیل اعلام نظر نمود:

«در ماده ۱ اصل عمل انتقال جنین خلاف شرع و قانون اساسی تشخیص داده نشد، لکن این انتقال نباید همراه با لمس و نظر حرام انجام پذیرد و از این جهت باید اصلاح شود...» (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۳، ص ۱۵۷).

با اظهار نظر شورای نگهبان، طرح مذکور به منظور اصلاح به مجلس بازگردانده شد و این بار مجلس شورای اسلامی با افزودن عبارت: «با رعایت ضوابط شرعی» مراکز تخصصی را موظف کرد تا در انتقال جنین از ارتکاب امور حرام پرهیز نمایند.

1. CODE DE LA SANTE PUBLIQUE.
2. Assistance medicale a la procreation

شایان ذکر است که رعایت ضوابط شرعی مندرج در این قانون شامل هر دو مرحله: الف) تشکیل جنین از زوج‌های شرعی و قانونی و مقدمات آن؛ ب) انتقال جنین به رحم زوجه گیرنده جنین، خواهد بود.

از این رو استفاده از روش‌هایی که مستلزم ارتکاب اعمال حرام جهت دریافت اسپرم یا تخمک یا انتقال آن به رحم زن گیرنده است، از قبیل استمناء، لمس و نظر ممنوع است. البته برخی از فقها به طور مطلق استفاده از مقدمات حرام را در هر دو مرحله از انجام دادن عمل تلقیح جایز ندانسته‌اند (خمینی، ۱۴۰۹، ص ۶۲۱؛ خامنه‌ای، ۱۳۸۲، ص ۱۷۸ و صافی گلپایگانی، ۱۳۸۲، ص ۲۸۱). و برخی دیگر آن را به غیر صورت موارد ضرورت و حرج محدود کرده‌اند. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۱، ص ۶۱؛ سیستانی، ۱۳۷۹، ص ۸۲ و ۷۴۶ و فاضل لنکرانی، ۱۳۷۷، ص ۵۶۷). بدیهی است که منظور از موارد ضرورت یا حرج مواردی است که عدم باروری از طریق پزشکی موجب اختلال زندگی زناشویی یا بیماری زن و مانند آن شود (همان). و این در حالی است که به عقیده برخی از صاحب‌نظران ادله حرمت لمس و نظر تنها شامل ظواهر بدن است و در مورد نظر به محیط‌های داخلی بدن دلیلی بر حرمت نداریم (القائنی، ۱۴۲۴، ص ۳۱۰). به نظر می‌رسد با توجه به این که ناتوانایی یکی از زوجین یا هر دو آن‌ها از دارا شدن فرزند نوعی نارسایی و ضعف در بدن یکی یا هر دو آن‌هاست که باید برای درمان آن به پزشک مراجعه شود (السنباطی، ۱۴۲۱، صص ۶۴-۶۵ و یزدی طباطبایی، بی‌تا، ص ۱۲)؛ نازایی از نظر عرفی نوعی بیماری محسوب می‌شود، که البته درمان بیماری از نظر شرعی جایز و حتی در مورد ضرورت واجب است، و یکی از راه‌های درمان ناباروری استفاده از روش‌های کمکی تولید مثل است، و از آن جا که به موجب ادله فقهی معتبر یکی از موارد استثنای از حکم حرمت نظر و لمس مقام معالجه و درمان توسط پزشک غیر هم جنس است (مشروط بر این که راهی برای درمان جز لمس و نظر نباشد)؛ (نجفی، ۱۴۰۰، ص ۷۵). می‌توان گفت که در غیر موارد ضرر و حرج نیز به ملاک جواز معالجه و درمان بیماری، در صورت نبودن پزشک زن یا اضطراب به پزشک مرد مراجعه به او جایز است. مستند این حکم روایت معتبره اُبی حمزه ثمالی از امام باقر (ع) در مورد جواز درمان زن توسط پزشک مرد است که فرمود: «قال سألته عن المرأة المسلمة يصيبها البلاء في جسدها إما كسر وإما جرح في مكان لا يصلح النظر إليه، يكون الرجل أرفق بعلاجها من النساء أ يصلح له النظر إليها؟ قال: إذا اضطرت إليه فليعالجها أن شاء» (الحر العاملي، ۱۱۰۴، ص ۳۲۳)؛ راوی گوید: از امام (ع) سؤال کردم در مورد زن مسلمانی که در

قسمتی از بدن او آسیبی مانند شکستگی یا جراحت عارض شده و این ضایعه در موضعی از بدن او است که نگاه کردن به آن موضع بر مردان حرام است، و این در حالی است که درمان بیماری او توسط پزشک مرد مناسب‌تر به حال اوست آیا طیب مرد می‌تواند برای درمان به موضع شکستگی یا جراحت نگاه کند؟ امام(ع) فرمودند: هرگاه زن به درمان توسط مرد اضطرار پیدا کند پزشک مرد می‌تواند او را معالجه نماید.

۳- لزوم استفاده از شیوه تلقیح خارج از رحم

تلقیح مصنوعی به صورت‌های گوناگونی انجام می‌گیرد؛ ولی در قانون مورد بحث تنها صورت انتقال جنین از طریق تلقیح مصنوعی خارج از رحم اجازه داده شده است، و قانون نسبت به سایر فروض تولید مثل با کمک پزشکی از قبیل اهدای اسپرم یا تخمک، تشکیل جنین در آزمایشگاه با تخمک و اسپرم زن و شوهری که نمی‌توانند از طریق طبیعی صاحب فرزند شوند و انتقال آن به رحم همان زن، انعقاد جنین با اسپرم شوهر بعد از مرگ او و انتقال آن به رحم زوجه، و ساکت است. در حالی که در حقوق برخی کشورهای پیشرفته مانند فرانسه نسبت به این فروض نیز تعیین تکلیف شده است. مطابق «قانون بهداشت عمومی» فرانسه جهت استفاده از روش‌های کمکی تولید مثل پزشکی در وهله نخست باید از روش تلقیح مصنوعی یا باروری آزمایشگاهی با اسپرم و تخمک زوجین استفاده کرد و اگر این روش به نتیجه نرسید تولید مثل مصنوعی با اسپرم یا تخمک شخص بیگانه (اسپرم و تخمک اهدایی) یا انتقال جنینی که در آزمایشگاه از اسپرم و تخمک اشخاص بیگانه تشکیل شده است به رحم زن، به طور استثنایی مجاز شمرده شده است (همان، ۱۳۸۱، ص ۷۰).

۴- مجانی بودن:

هر چند در قانون یاد شده بصراحت از لزوم مجانی بودن واگذاری و دریافت جنین سخنی به میان نیامده است؛ ولی با توجه به کلمات به کار رفته در این قانون مانند «اهدای جنین»، «زوجین اهدا گیرنده» به نظر می‌رسد قانونگذار مجانی بودن عمل دریافت جنین را پذیرفته است. خوشبختانه در بند (پ) آیین نامه اجرایی قانون مزبور (مصوب ۱۳۸۳/۱۲/۱۹) این نقیصه جبران شده و مقرر شده است که اهدای جنین باید به صورت داوطلبانه و رایگان انجام گیرد. بنابراین، خرید و فروش جنین به هر شکل ممنوع است؛ زیرا این امر با اصل کرامت انسان، حتی در مرحله جنینی منافات دارد، و با غیر قابل معامله بودن انسان سازگار است.

در حقوق فرانسه نیز از واژه «don» به معنای «بخشش» استفاده شده است که مفید مجانی بودن عمل واگذاری جنین است. Art. L.152-5, C.civ. et L. 665-13 C.S.P. (Art 16-5). شایان ذکر است که مجانی بودن عمل واگذاری به معنای آن نیست که عمل مزبور از مقوله «هبه» و از نوع قراردادهای مالی است؛ زیرا در هبه، واهب مالی را به دیگری مجاناً تملیک می‌کند (ماده ۷۹۵ قانون مدنی)، در حالی که موضوع واگذاری در عمل موسوم به اهدای جنین، جنین مال نیست تا قابل تملیک و هبه باشد. بنابراین، عمل واگذاری جنین که به قصد و رضایت طرفین نیاز دارد یک قرارداد غیر مالی است. (همان، ص ۸۷) از این رو شاید انتخاب کلمه «اعطاء» به جای «هبه» مناسب‌تر باشد.

گفتار دوم: شرایط درخواست کنندگان

قانونگذار در ماده ۲ قانون مورد بحث شرایطی را برای دریافت کنندگان جنین اهدایی در نظر گرفته است که عبارتند از:

۱- زن و شوهر باشند:

به موجب ماده ۲ این قانون، تقاضای دریافت جنین اهدایی باید مشترکاً از طرف زن و شوهر تنظیم و تسلیم دادگاه شود. بنابراین، زن و مردی که رابطه زوجیت میان آن‌ها برقرار نیست یا زنان بیوه و مجرد نمی‌توانند از این روش بهره‌مند شوند. جهت‌گیری قانون‌گذار در وضع این شرط یکی از نقاط قوت این قانون به شمار می‌رود؛ زیرا مصلحت طفل در آن است که در خانواده‌ای متولد شود که از ثبات وضعیت خانوادگی برخوردار باشد. قانون ایران از این جهت با قانون فرانسه هماهنگ است، هر چند که به موجب قانون فرانسه زن و مردی که دو سال زندگی مشترک داشته باشند، می‌توانند از این روش استفاده کنند؛ اگر چه میان آن‌ها رابطه زوجیت نیز برقرار نباشد؛ البته این قاعده مورد انتقاد حقوقدانان این کشور واقع شده است؛ زیرا در این موارد ثبات وضعیت خانوادگی طفل تضمین نمی‌شود (صفایی، ۱۳۸۱، ص ۷۰).

۲- تنظیم تقاضا نامه دریافت جنین به طور مشترک:

درخواست دریافت جنین به صورت کتبی و مشترک از دادگاه، در واقع همان دادخواستی است که زوجین به طور مشترک آن را تنظیم و امضا می‌کنند. مطابق ذیل ماده ۱ قانون مورد بحث زن گیرنده جنین باید ازدواج کرده و ناباروری او یا

شوهرش و یا هر دو به اثبات رسیده باشد. حال اگر زن گیرنده جنین هنگام ارائه تقاضا نامه دارای شوهر باشد، ولی در فاصله زمانی ارائه دادخواست و صدور حکم یا بعد از صدور حکم و قبل از انتقال جنین شوهرش فوت کند، یا او را طلاق دهد، آیا در زمان عده وفات یا طلاق امکان انتقال جنین به رحم زن وجود دارد یا خیر؟

قانون یاد شده در این مورد ساکت است، و شایسته بود که قانونگذار برای این فروض نیز تعیین تکلیف می‌نمود؛ ولی بر اساس قواعد کلی حقوق می‌توان گفت که انتقال جنین در دوران عده طلاق رجعی بلا مانع است؛ زیرا دوران عده طلاق رجعی در حکم زوجیت است (طوسی، ۶۰، ص ۱۳۴ و نجفی، ۱۴۰۰، ص ۱۸۰). و چنانچه تقاضای مشترک دریافت جنین در زمان عده طلاق رجعی به دادگاه ارائه شده باشد، ممکن است آن را دلیل بر رجوع تلقی نمود.

ولی عقیده فقهی نگارنده آن است که در صورت فوت شوهر و در زمان عده وفات، تلقیح جایز نیست، و مستفاد از روح حاکم بر این قانون نیز ممنوعیت انتقال جنین به رحم زن بعد از فوت شوهرش در زمان عده وفات می‌باشد؛ زیرا به مصلحت طفل نیست که در خانواده ای متولد شود که یک عضو آن فوت کرده است و عضو دیگر برای آرامش خاطر خود به تولید مثل مصنوعی متوسل شده است. در قانون مدنی و قانون «قانون بهداشت عمومی» فرانسه نیز تولید مثل بعد از مرگ منع شده است، و حتی در زمان معاضدت پزشکی، فوت یکی از زوجین مانع ادامه کار می‌گردد؛ زیرا با زوال اراده زن یا مرد تولید مثل قانونی نخواهد بود (Art. 311-20 C.S.P., civ Art. 152-2 C.S.P., civ) (صفایی، ۱۳۸۱، ص ۷۰).

به هر حال به نظر میرسد حکم این مسأله باید با دخالت قانون گذار به طور شفاف روشن گردد.

۳- زوجین بر اساس گواهی معتبر پزشکی، نابارور تشخیص داده شوند و زوجه بدون این که خطری اعم از روانی و یا جسمی او را تهدید کند، به دریافت جنین توانمند باشد.

۴- زوجین دارای صلاحیت اخلاقی باشند.

۵- عدم ابتلای زوجین به بیماری‌های صعب‌العلاج.

در پیشنهاد اولیه کمیسیون بهداشت و درمان مجلس شورای اسلامی عبارت «بیماری‌های واگیردار صعب‌العلاج» وجود داشت که هنگام رأی‌گیری حذف شد و صرفاً بیماری‌های صعب‌العلاج در متن قانون درج گردید روزنامه رسمی، شماره ۲۵: ۱۶۷۶۱، برخی از اساتید حقوق بر این حذف ایراد گرفته و گفته‌اند: «شرط مذکور هنگامی می‌تواند مانع صدور مجوز

انتقال جنین گردد که بیماری صعب‌العلاج از نوع بیماری واگیردار باشد و موجب سرایت به جنین شود؛ و الا ابتلای شوهر گیرنده جنین به بیماری صعب‌العلاج مانند برخی از سرطان‌ها چه ضرری می‌تواند برای طفل داشته باشد؟ لذا این بند از قانون دارای اشکال است، و صرف داشتن بیماری صعب‌العلاج اگر واگیر نباشد، نباید موجب محرومیت خانواده از داشتن فرزند با روش‌های مذکور گردد» (صادقی مقدم، ۱۳۸۴، ص ۱۵۵ و صفایی، ۱۳۸۱، ص ۸۶).

ولی به نظر می‌رسد که مبنای لزوم رعایت مصلحت طفل در آینده می‌تواند توجیه‌کننده شرط مزبور باشد.

۶- عدم اعتیاد به هر گونه مواد مخدر:

توجه قانون‌گذار به این شرط از نقاط مثبت این قانون است. حفظ سلامت جنین در دوران بارداری و بعد از آن و نیز تأمین آرامش روحی و روانی کودک و تأثیر آن در تربیت صحیح از مهم‌ترین مسائلی است که باید مورد توجه قرار گیرد، و بدیهی است که این هدف در خانواده‌هایی که به مواد مخدر مبتلا هستند، به هیچ وجه قابل تضمین نیست. شایان ذکر است که در بند (ح) قانون حمایت از کودکان بی سرپرست شرط عدم ابتلا به الکل نیز آمده است، و در طرح اولیه این قانون در بند (ز) شرط عدم اعتیاد به الکل و سایر اعتیادات مضره درج شده بود که حذف آن دلیل موجهی ندارد و شایسته بود که در قانون مصوب نیز این شرط افزوده می‌شد.

۷- عدم محجوریت زوجین:

تأکید قانونگذار بر عدم محجوریت گیرندگان جنین، به منظور حمایت از نوزادانی است که در آینده از این طریق متولد می‌شوند؛ زیرا احساس مسئولیت گیرندگان جنین در مورد آینده نوزاد مستلزم دارا بودن عقل، بلوغ و رشد است؛ ولی از آن جا که اطلاق بند (ج) این قانون همه موارد مندرج در ماده ۱۲۰۷ قانون مدنی از جمله افراد غیر رشید را نیز شامل است؛ و با توجه به تعریف سفیه مندرج در ماده ۱۲۰۸ ق.م که تنها قلمرو حجر او محدود به امور مالی شده است. (ولی سایر تصرفات او از جمله نکاح مجاز شمرده شده است)؛ و با عنایت به این که کلمات به کار رفته در این قانون مانند «اهدای جنین»، «زوجین اهدای گیرنده» دلالت بر مجانی بودن عمل دریافت جنین دارد؛ این سوال مطرح می‌گردد که چرا نباید امکان انتقال جنین به رحم زنی که خود یا شوهرش سفیه است داده شود؟

۸- تابعیت ایرانی زوجین:

شرط داشتن تابعیت جمهوری اسلامی در زوجین گیرنده جنین، در کنترل نسل و جلوگیری از اختلاط نسب موثر است، و باعث خواهد شد در انتقال جنین و تولد نوزاد در خانواده ایرانی نوزاد نیز ایرانی تلقی گردد، حتی اگر زوجین گیرنده به کشور دیگری منتقل شوند (ماده ۹۷۶ قانون مدنی).

به عقیده برخی از اساتید حقوق، شرط داشتن تابعیت ایرانی با این تصور که زن و شوهر خارجی نمی‌توانند منافع کودک را تأمین کنند، ذکر شده است در حالیکه این تصور مبتنی بر فکر تفاوت بین خودی و بیگانه و بدبینی نسبت به بیگانگان است، و حال آن که در جهان امروز اصل تساوی اتباع کشور و بیگانگان در قوانین کشورهای پیشرفته پذیرفته شده و بدبینی نسبت به بیگانگان، خصوصاً محرومیت بیگانگان مقیم ایران از داشتن فرزند، از طریق اهدای جنین دلیل موجهی ندارد؛ و اگر مبنای این قاعده اصل عدم سلطه کافر بر مسلمان مبتنی بر آیه شریفه: «لن يجعل الله للكافرين على المسلمين سبيلاً» (نساء، ۱۴۱) باشد؛ باز هم قاعده مذکور قابل ایراد است؛ زیرا اولاً: همه زن و شوهرهای خارجی نامسلمان نیستند؛ ثانیاً: ممکن است اهدا کنندگان جنین نامسلمان باشند (صفایی، ۱۳۸۳).

به نظر میرسد آنچه در این قانون مورد غفلت قرار گرفته است تابعیت اهدا کنندگان جنین است، که این غفلت سبب انتقال بیماری‌ها از طریق ورود جنین‌های تشکیل شده از اتباع بیگانه خواهد شد، که لازم است قانون در این خصوص اصلاح و تکمیل گردد. شایان ذکر است که در طرح اولیه این قانون دو شرط دیگر در بندهای (د) و (ه) به این شرح آمده بود

د: زوجین یا یکی از آنها دارای امکان مالی مناسب باشد؛

ه: هیچ یک از زوجین دارای محکومیت جزائی موثر به علت ارتکاب جرائم عمومی نباشند.

ولی در قانون مصوب این دو شرط حذف گردید، و به نظر می‌رسد که این حذف نیز دلیل موجهی ندارد.

گفتار سوم: شرایط صاحبان جنین

در ماده یک قانون یاد شده تنها به بیان دو شرط در مورد صاحبان جنین اکتفا شده است که عبارتند از: (۱) صاحبان جنین باید زن و شوهر قانونی و شرعی باشند؛ (۲) زوجین صاحب جنین

کتاباً با انتقال آن موافقت نمایند؛ ولی نسبت به سایر جهات از قبیل اطمینان از سلامت روحی، روانی و جسمانی آن‌ها و نیز عدم اعتیاد آن‌ها به الکل و مواد مخدر یا عدم ابتلای زوجین به بیماری‌های صعب‌العلاج و مسری، مانند ایدز، هپاتیت و... سکوت شده است. درآیین‌نامه اجرایی این قانون این کاستی‌ها جبران شده و موارد یاد شده نیز در ردیف شرایط اهداکنندگان جنین الزامی شناخته شده است که ما ذیلاً این شرایط را مورد مطالعه قرار خواهیم داد:

۱- زوجیت قانونی و شرعی صاحبان جنین:

مطابق ماده یک این قانون تنها انتقال جنین‌های حاصل از تلقیح خارج رحم اسپرم و تخمک مرد و زنی که میان آن‌ها رابطه زوجیت قانونی و شرعی (اعم از دائم یا موقت) وجود دارد، با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون تجویز شده است. بنابراین، انتقال جنین‌های حاصل از تلقیح خارج رحم اسپرم و تخمک زن و مرد بیگانه ممنوع است. به نظر می‌رسد قانونگذار در این حکم، جانب احتیاط را رعایت کرده است و به منظور پرهیز از شبهه تحریم ترکیب اسپرم و تخمک بیگانه مقرر داشته است که صاحبان اصلی جنین الزاماً باید زن و شوهر قانونی و شرعی باشند: این احتیاط پسندیده است، هر چند که دلیل محکمی بر تحریم لقاح اسپرم و تخمک بیگانه وجود ندارد، و مقتضای اصل برائت عقلی و شرعی نیز جواز آن است.

حال این سوال مطرح است که چنانچه در مراکز تخصصی ناباروری که تخمک و اسپرم‌های اهدایی زنان و مردان بیگانه در آن جا نگهداری می‌شود، بدون ملاقات میان صاحبان اصلی جنین با یکدیگر، میان آن‌ها عقد نکاح خوانده شود، و سپس تخمک و اسپرم‌های اهدایی در لوله آزمایش لقاح یافته و جنین تشکیل شده به زوج‌های نابارور داده شود (روزنامه ایران، ۱۳۸۳/۱/۲۵)؛ آیا ازدواج مزبور باید ثبت شود یا خیر؟

برخی از حقوقدانان با استناد به ماده ۱ قانون اصلاح قانون ازدواج (مصوب ۱۳۱۶/۲/۲۹) مبنی بر الزام ثبت هر ازدواج اعم از دائم یا موقت^۱، طلاق و رجوع، و نیز ذکر کلمه «زوج‌های قانونی» در ماده ۱ قانون مورد بحث، ثبت ازدواج در دفاتر مخصوص را ضروری دانسته‌اند (صادقی مقدم، ۱۳۸۴، ص ۱۵۲)؛ هر چند که شورای نگهبان مجازات متعاقدين و عاقد در عقد

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۱۳۰- و نیز صفائی وقاسم زاده، سید حسین و سید مرتضی، اشخاص و محجورین، ص ۱۳۲.

ازدواج غیر رسمی را غیر شرعی می‌داند (روزنامه رسمی، شماره ۱۱۵۰۲، مورخ ۶۳/۶/۳)؛ ولی به نظر می‌رسد این برداشت از قانون صحیح نیست؛ زیرا در قانون مزبور کلمه «زوج‌های قانونی و شرعی» وجود دارد، و بدیهی است که مقصود از زوج‌های شرعی که در ردیف زوج‌های قانونی ذکر شده است، عبارت از ازدواج‌های شرعی غیر ثبت شده است. از این رو تلقیح اسپرم و تخمک‌زویی که ازدواج آن‌ها ثبت نشده است، از نظر این قانون بلامانع است، اگر چه به موجب سایر مقررات قانونی ثبت هر ازدواج و طلاق الزامی است. البته شایسته بود که قانونگذار در این قانون نسبت به این امر تعیین تکلیف می‌نمود.

۲- موافقت کتبی زوجین صاحب جنین با انتقال آن

در ماده ۱ قانون مورد بحث و نیز ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی آن مقرر شده است که اهدا، جنین باید با موافقت و رضایت کتبی زوج‌های اهدا کننده در مراکز مجاز تخصصی درمان ناباروری انجام گیرد. در حقوق فرانسه نیز موافقت و رضایت صاحبان جنین در انتقال آن ضروری شناخته شده است، جز در موردی که یکی از آنان فوت کرده باشد که در این صورت رضایت زوجی که در قید حیات است، کافی است. رضایت باید در مقابل قاضی اعلام شود تا واقعی بودن آن محرز گردد (صفایی، ۱۳۸۱، ص ۷۳).

۳- سلامت متعارف جسمی و روانی و ضریب هوشی مناسب.

۴- نداشتن اعتیاد به مواد اعتیادآور و روان‌گردان.

۵- مبتلا نبودن به بیماری‌های صعب‌العلاج، نظیر ایدز، هیپاتیت، و

۶- محرمانه بودن هویت اهدا کنندگان: مطابق ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی قانون، مورد اهدای

جنین بعد از احراز هویت زوجین به صورت کاملاً محرمانه انجام می‌گیرد، و بنا بر تبصره ماده ۶ آیین‌نامه نیز اطلاعات مربوط به جنین‌های اهدایی به عنوان اطلاعات بکلی سری طبقه‌بندی می‌شوند و برابر ماده ۱۰ آیین‌نامه ارائه مدارک و اطلاعات مربوط به اهدا کنندگان و دریافت کنندگان جنین اهدایی تنها با رعایت قوانین مربوط به حفظ و نگهداری اسرار دولتی و به مراجع قضایی صلاحیت‌دار مجاز می‌باشد.

مجهول ماندن صاحبان جنین و دریافت کنندگان آن می‌تواند امنیت روانی و اجتماعی طفل و زوجین دریافت کننده جنین را به خوبی تأمین کرده و مانع بزرگی بر سر پیدایش دعاوی احتمالی نسب گردد.

در حقوق فرانسه نیز محرمانه بودن صاحبان جنین و دریافت کنندگان آن پذیرفته شده، که از آن به عنوان اصل بی‌نام بودن^۱ یاد شده است.

برخی از حقوق‌دانان فرانسوی این اصل را مخالف ماده ۷ کنوانسیون حقوق کودک دانسته‌اند که به موجب آن کودک حق شناختن پدر و مادر خود را دارا می‌باشد؛ ولی در پاسخ گفته‌اند: مقصود ماده ۷ کنوانسیون از پدر و مادر، والدین بیولوژیکی نیست، بلکه پدر و مادر قانونی است. برخی نیز بر اساس لزوم رعایت مصلحت روان شناختی طفل، قاعده مزبور را مورد انتقاد قرار داده و گفته‌اند: مجهول بودن پدر و مادر طبیعی طفل چه بسا موجب ناراحتی طفل و بروز مشکلات روان‌شناختی برای وی گردد، و بر عکس برخی راه حل قانونی را تأیید کرده و اظهار داشته‌اند که راه حل مخالف برای اهدا کننده که خواهان طفل نیست، ناراحت کننده است و ممکن است مانع اهدای جنین گردد.

به هر حال به موجب ماده ۸-۱۶ قانون مدنی فرانسه (Art. 16-8 C. civ) و ماده ۵-۱۵۲ قانون سلامت عمومی قاعده بی‌نام بودن اهدای جنین پذیرفته شده است، و هیچ یک از زوجین گیرنده یا اهدا کننده جنین نباید از هویت یکدیگر آگاه باشند (صفایی، ۱۳۸۱، ص ۷۳).

مبحث دوم: حقوق و تکالیف زوجین گیرنده جنین و فرزند حاصل از انتقال جنین

مهم‌ترین بخش قانون مورد بحث تبیین رابطه زوجین گیرنده و طفل متولد شده است، و از آنجا که مطابق فرض ماده ۱ این قانون جنین از اسپرم زن و شوهر شرعی و قانونی تشکیل شده، و رحم زوجه گیرنده صرفاً محیط مناسبی برای رشد و پرورش جنین است، با این وصف قانونگذار جهت تضمین آینده طفل درصدد ایجاد همان حقوق و تکالیفی برآمده است که در رابطه میان پدر و مادر و اولاد در قانون احصا شده‌اند. از این رو در تبصره ماده ۳ این قانون (مصوب ۱۳۸۱/۶/۵ مجلس شورای اسلامی) در این زمینه چنین مقرر شده بود: «حقوق و تکالیف زوجین اهدا گیرنده جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام، نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است».

تطبیق حقوق و تکالیف فرزند متولد شده از طریق انتقال جنین با حقوق و تکالیف اولاد و پدر و مادر، به دلیل فقدان رابطه نسبی میان طفل و صاحبان جنین، مورد مخالفت شورای

1. Principe de anonymat.

نگهبان قرار گرفت. در نظریه شورای نگهبان آمده است: «اگر مقصود از مفاد ماده ۳ ترتب کلیه آثاری است که برای فرزند واقعی می‌باشد، خلاف شرع است و اگر مقصود دیگری است مشخص شود تا اظهار نظر گردد» (مجموعه نظریات شورای نگهبان، دوره ششم، سال سوم، ص ۱۵۷).

با اصلاح ماده ۳ توسط مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۸۲/۳/۱۸ به شرح ذیل به شورای نگهبان ارسال گردید: «وظایف و تکالیف زوجین اهدا گیرنده جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر حقوق و تکالیف اولاد و پدر و مادر است». این ماده مجدداً مورد ایراد شورای نگهبان قرار گرفت. علت ایراد، تغییر کلمه «وظایف» به «حقوق» در ذیل ماده بود که نظر شورای نگهبان به شرح زیر اعلام شد:

کلمه «وظایف» در صدر ماده ۳، در ذیل همین ماده به کلمه «حقوق» تغییر یافته است که موجب ابهام است، باید روشن شود تا اظهار نظر گردد». با اصلاح کلمه مذکور و تغییر آن به «وظایف» در ذیل ماده و سایر اصلاحات قانون مذکور در ۱۳۸۲/۶/۸ شورای نگهبان آن را تأیید کرد، و در نتیجه بعد از اصلاحات ماده ۳، قانون نحوه اهدای جنین به زوجین ناباور مقرر می‌دارد:

«وظایف و تکالیف زوجین اهدا گیرنده جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام، نظیر وظایف و تکالیف اولاد پدر و مادر است».

شایان ذکر است که عبارات این ماده مشابه عبارات ماده ۱۱ «قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست مصوب ۱۳۵۳» است؛ با این تفاوت که در قانون اخیر عبارت «نظیر حقوق و تکالیف اولاد و پدر و مادر» ذکر شده بود، که در قانون اهدای جنین عبارت «وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر» آمده است.

به هر حال قانون‌گذار در این قانون نسبت به موضوعاتی مانند نسب، ارث، محرمیت، ولایت قهری که از آثار نسب مشروع است، سکوت اختیار کرده و متعرض آن‌ها نشده است، و تنها مواردی را به صورت حصری به عنوان وظایف و تکالیف زوجین در قبال طفل متولد شده از طریق انتقال جنین بیان کرده است، که ذیلاً آن‌ها را مورد بررسی قرار خواهیم داد:

۱- **نگهداری و مراقبت از کودک:** مطابق ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی نگهداری اطفال از حقوق و تکالیف والدین شناخته شده است. این حق در اصطلاح فقه و قانون حق «حضانة» نامیده می‌شود. حضانة در اصطلاح فقهی و حقوقی عبارت است از: «اقتدار و سلطه بر تربیت طفل و

آن چه مربوط به تربیت اوست، از قبیل حفظ و نگهداری، و قرار دادن طفل در بستر و خواباندن و نظافت و شستن لباس، تربیت طفل نیز در قلمرو مفهوم حضانت قرار دارد.» (نجفی، ۱۴۰۰، ص ۲۸۳). در تنظیم قواعد مربوط به حضانت قانونگذار علاوه بر حمایت جسمی به حمایت روحی و اخلاقی طفل نیز نظر داشته و سعی کرده است که با عنایت به روابط عاطفی ابویین و اولاد در جهت رشد شخصیت کودک حرکت کند (صفایی، امامی، ۱۳۸۱، ص ۱۱۹). قانون‌گذار در این قانون با انتخاب واژه «نظیر»، وظایف و تکالیف گیرندگان جنین را همان تکالیف مندرج در ماده ۱۱۶۹ اصلاحی سال ۱۳۸۲ قرار داده، در اصلاح قانون مذکور برای حضانت و نگهداری طفلی که ابویین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است. سایر ترتیبات در خصوص حضانت در مواد ۱۱۷۰ تا ۱۱۷۵ قانون مدنی آمده است.

از آن جا که حضانت از آثار نسب است؛ تطبیق کامل مقررات حضانت در ارتباط با گیرندگان جنین و کودک حاصل از انتقال جنین و صاحبان اصلی جنین، منوط به شناسایی نسب پدری و مادری طفل خواهد بود، که متأسفانه در این قانون مورد غفلت قرار گرفته است. ما در فصول گذشته وضعیت حضانت این قبیل کودکان را بر اساس تبیین وضعیت نسبی آنها بتفصیل بیان کردیم. به عقیده ما زن صاحب تخمک هر چند که مادر طفل محسوب شود؛ حضانت کودک از آن زوجه گیرنده جنین است که کودک را در رحم خود پرورش می‌دهد، اگر چه به عقیده نگارنده مادر شرعی طفل زنی است که او را در رحم خود پرورش داده و آن را به دنیا آورده است.

۲- **تربیت طفل:** بر اساس ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین، یکی از وظایف گیرندگان جنین، تربیت نوزادی است که از طریق انتقال جنین به آنها رسیده است. این وظیفه نظیر تکالیف مندرج در ماده ۱۱۸۷ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «ابویین مکلف هستند که در حدود توانایی خود به تربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آنها را مهممل بگذارند».

بنا بر ماده ۱۱۷۳ (اصلاحی ۱۳۷۶/۸/۱۱) هر گاه بر اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای رئیس حوزه قضایی هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بدانند، اتخاذ کند. همچنین

قانونگذار در مواد ۱۱۷۹، ۱۱۸۸، و ۱۲۳۵ قانون مدنی مقرراتی را در رابطه با تربیت طفل مقرر کرده است.

عدم تبیین وضعیت طفل در صورت فوت مرد یا زن گیرنده جنین یا حجر آنها، از نقاط ضعف این قانون به شمار می‌رود. تسری احکام و مقررات قانون مدنی و سایر قوانین در خصوص امکان تعیین وصی از سوی پدر یا جد پدری جهت نگاهداری و تربیت طفل بعد از فوت آنها (ماده ۱۱۸۸ قانون مدنی)، به مرد وزن گیرنده جنین که هیچ گونه رابطه نسبی با طفل ندارند نیز، مشکل است.

۳- **نفقه طفل:** مطابق ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی: «نفقه اولاد بر عهده پدر است، پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به انفاق به عهده اجداد پدری است با رعایت الاقرب فالاقرب. در صورت نبودن پدر و اجداد پدری و یا عدم قدرت آنها نفقه بر عهده مادر است».

با توجه به ماده ۳ قانون اهدای جنین، این وظیفه بر عهده زوجین نابارور قرار داده شده است. از سوی دیگر، بر اساس ماده ۱۱۹۶ قانون مدنی در روابط بین اقارب، فقط اقارب نسبی در خط عمودی اعم از صعودی یا نزولی به انفاق یکدیگر ملزم هستند و از آن جا که یکی از آثار نسب، تکلیف متقابل اولاد و پدر و مادر در پرداخت نفقه، در صورت استطاعت و تمکن مالی یک طرف و فقر طرف دیگر است (مواد ۱۱۹۷ و ۱۱۹۸ قانون مدنی)؛ در مورد ماده ۳ قانون یاد شده این سوال مطرح است که آیا تکلیف زوجین گیرنده جنین در ارتباط با تأمین نفقه طفل متولد شده از طریق انتقال جنین، از قبیل تکلیف متقابل است؟ و در نتیجه در صورت فقر زوجین گیرنده و استطاعت فرزند متولد شده از این طریق، وی مکلف به انفاق به زوجین گیرنده جنین خواهد بود یا خیر؟

همچنین آیا مفاد ماده ۳ قانون یاد شده نسبت به پدر و جد پدری زوج گیرنده جنین در صورت فوت پدر یا عدم تمکن مالی او از پرداخت نفقه، و نیز اجداد و جدات مادری و جدات پدری در صورت زنده نبودن زوج گیرنده جنین، یا عدم قدرت او بر انفاق؛ تسری خواهد یافت یا خیر؟

به نظر می‌رسد با توجه به عدم رابطه نسبی میان کودک و زوجین دریافت کننده جنین، و نیز استفاده قانونگذار از واژه «نظایر» در ماده ۳ قانون یاد شده، می‌توان گفت که حکم مذکور تنها یک تکلیف یک جانبه، و صرفاً مخصوص زوجین گیرنده جنین است، و بدین جهت تسری احکام مقرر در مادتين ۱۱۹۷ و ۱۱۹۹ قانون مدنی به مورد بحث صحیح نیست. البته عدم تبیین

وضعیت نفقه کودک در شرایط یاد شده از نقاط ضعف این قانون محسوب می‌گردد.

احترام و تکریم: احترام و تکریم فرزند و متقابلاً اطاعت و تبعیت فرزند از والدین خود، یکی از اصول اخلاقی اسلام است که درسرخنان اولیای دین بر آن تأکید فراوان شده است، پیامبر گرامی اسلام (ص) می‌فرماید: «فرزندان خود را احترام کنید، و آدابشان را نیکو گردانید که مورد رحمت و بخشش قرار خواهید گرفت» (الحر العاملی، ۱۱۰۴، ص ۴۷۶).

در قانون مدنی ماده‌ای که حاکی از تکلیف پدر و مادر نسبت به احترام از فرزند خود باشد وجود ندارد؛ بلکه بر اساس مقررات قانون مدنی این وظیفه تنها برعهده اولاد است که از پدر و مادر خود اطاعت کرده و به آن‌ها احترام نماید؛ چنان که ماده ۱۱۷۷ ق. م مقرر می‌دارد: «طفل باید مطیع ابویین خود بوده و در هر سنی که باشد باید به آن‌ها احترام کند». شایان ذکر است که مفاد ماده ۱۱۷۷ ق. م از آثار نسب صحیح است و مخصوص طفلی است که میان او و به وجود آورندگانش رابط نسبی برقرار باشد. بدین جهت تسری مفاد ماده فوق‌الذکر در خصوص لزوم اطاعت از ابویین، به طفل حاصل از انتقال جنین و زوجین گیرنده محل ایراد است؛ زیرا زوجین گیرنده جنین پدر و مادر واقعی طفل نیستند^۱ و بدین جهت در ماده ۳ قانون اهدای جنین نیز تنها از لفظ «احترام» استفاده شده است. البته بر اساس ماده ۳ قانون اهدای جنین وظیفه احترام و تکریم نسبت به زوجین گیرنده جنین از سوی طفل متولد شده الزامی است، و در این جهت تفاوتی میان طفل مزبور و سایر فرزندان واقعی نیست.

مبحث سوم: تشریفات قانونی اهدای جنین

بر اساس مادتهای ۱ و ۲ قانون اهدای جنین رضایت نامه کتبی صاحبان اصلی جنین، و نیز درخواست کتبی زوجین متقاضی جنین، الزامی است. افزون بر این از لحاظ تشریفات دادرسی نیز ترتیبات خاصی در این قانون پیش‌بینی شده است که عبارت است از:

۱- رسیدگی خارج از نوبت وبدون تشریفات: مطابق ماده ۴ قانون یاد شده، بررسی صلاحیت زوجین متقاضی در محاکم خانواده، خارج از نوبت و بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی صورت خواهد گرفت. قابل ذکر است که در ماده ۴ طرح پیشنهادی و اولیه

۱. هر چند که به عقیده نگارنده زن گیرنده جنین مادر واقعی طفل است، ولذا طفل مزبور مکلف به اطاعت از آن زن خواهد بود.

قانون، تأیید صلاحیت زوجین متقاضی در صلاحیت دادگاه خانواده محل سکونت زوجین قرار داده شده بود؛ ولی در قانون مصوب این قید حذف گردید که دلیل موجهی برای این حذف به نظر نرسید.

به هر حال، تسهیل در رسیدگی از طریق حذف تشریفات آیین دادرسی از لحاظ صلاحیت‌ها و سلسله مراتب، و عدم رعایت مواعد دادرسی و رسیدگی خارج از نوبت، یکی از نقاط قوت این قانون است؛ ولی البته این امر نباید موجب عدم دقت محاکم در رعایت شرایط شکلی، بررسی صلاحیت مراکز تخصصی درمان ناباروری، احراز صلاحیت اخلاقی زوجین متقاضی، و یا احراز سلامت صاحبان اصلی جنین و... گردد که متأسفانه کیفیت احراز این امور در این قانون مورد غفلت قرار گرفته است.

۲- امکان تجدید نظر در صورت عدم تأیید صلاحیت زوجین: مطابق ماده ۴ قانون مورد بحث، در صورت عدم تأیید صلاحیت زوجین متقاضی، آن‌ها می‌توانند به تصمیم قاضی صادر کننده حکم به محاکم تجدید نظر اعتراض نمایند، و رسیدگی به این اعتراض نیز در محاکم تجدید نظر خارج از نوبت انجام می‌شود (مستنبط از ماده ۴). از ظاهر ماده ۴ قانون اهدای جنین استفاده می‌شود که در صورت تأیید صلاحیت زوجین متقاضی از سوی دادگاه رسیدگی کننده و صدور مجوز دریافت جنین، این رأی غیر قابل تجدید نظر است، در حالی که این امر موجب می‌شود که حق اعتراض بر حکم تأیید صلاحیت زوجین متقاضی از افرادی غیر از زوجین از قبیل مراجع نظارتی یا سایر افراد ذی نفع، وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی (که وظیفه تأیید صلاحیت مراکز تخصصی درمان ناباروری را بر عهده دارد) سلب شود و این نکته نیز از مواردی است که در این قانون مورد غفلت واقع شده است.

نتیجه

از مطالب یاد شده در این فصل، نتایج زیر حاصل می‌گردد:

۱- هر چند قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور» مصوب سال ۱۳۸۲، یکی از گامهای مثبت قانونگذار در جهت حل مشکلات زوجین نابارور به شمار می‌رود؛ این قانون در مقایسه با قوانین سایر کشورها بسیار ناقص و ابتدایی است؛ زیرا در این قانون ابعاد و آثار مختلف این پدیده حقوقی تبیین نشده، و بلکه در مواردی بر ابهامات نیز افزوده شده است.

۲- در این قانون وضعیت نسب کودکان حاصل از اهدای جنین، مورد غفلت قرار گرفته است، و معلوم نیست که از نظر قانونی، آیا پدر و مادر ژنتیکی طفل والدین قانونی او محسوب می‌شوند، یا زوجین گیرنده جنین؟ هر چند از مذاکرات شورای نگهبان استفاده می‌شود که زوجین اهدا شونده رابطه نسبی با طفل ندارند؛ ولی به هر حال تعیین والدین قانونی طفل در این قانون در بوته ابهام قرار گرفته است.

۳- به عقیده نگارنده^۱ والدین شرعی و قانونی طفل در مسأله اهدای جنین مرد صاحب اسپرم و زن صاحب رحم است، و زن صاحب تخمک هیچ گونه رابطه نسبی با کودک ندارد، و به نظر می‌رسد که این نظریه به لحاظ تأمین مصلحت طفل و خانواده و نیز انطباق آن با قواعد فقهی و حقوقی، از سایر نظریات مطروحه در این زمینه کامل تر است؛ زیرا از نظر روان‌شناختی نیز مصلحت طفل در آن است که از نظر نسبی به خانواده‌ای منتسب باشد که در آن جا متولد شده و رشد یافته است؛ و اگر به لحاظ قواعد سنتی امکان الحاق طفل به زوج اهدا شونده جنین وجود ندارد؛ می‌توان با تکیه بر همان قواعد، طفل را به زوجه گیرنده جنین ملحق نمود، و قطعاً این امر در تأمین آرامش روانی طفل و خانواده و ترتب آثار نسب از قبیل توارث، محرمیت نکاح و ... مناسب‌تر از آن است که طفل را به زنی منتسب کنیم که چه بسا ناشاخته و مجهول

۱. دلایل تفصیلی این نظریه در متن رساله دکتری نگارنده با عنوان "نسب و آثار حقوقی ناشی از آن در لقاح مصنوعی خارج رحمی" و نیز برخی مقالات منتشر شده از سوی این جانب، مشروحاً بیان شده است. ر.ک: مقاله "آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان: چاپ شده در "روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق"، ص ۱۸۰، منتشر شده از سوی سازمان مطالعه و تدوین (سمت) با همکاری پژوهشکده ابن‌سینا، سال ۱۳۸۲. و نیز ر.ک. مجله نامه مفید شماره ۳ سال اول. و نیز ر.ک. به: مقاله: "پیامدهای حقوقی باروری مصنوعی"، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال دوم، ش ۶ تابستان ۱۳۷۹.

است و بر فرض معلوم بودن هیچ گونه رابطه عاطفی با کودک نداشته و شاید اساساً خواهان طفل نیز نباشد و صرفاً بر اساس نوع دوستی به اهدای جنین اقدام کرده باشد.

۴- در این قانون در خصوص وضعیت ارث کودک از زوجین گیرنده جنین و بالعکس سکوت شده است. شایسته بود که قانونگذار حکم این مسأله را به صورت شفاف و روشن بیان می‌کرد؛ چنانچه در ماده ۲ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست به صراحت توارث میان زوجین سرپرست و کودک را نفی کرده است. به عقیده ما بر اساس نظریه انتخابی در خصوص نسب کودک یاد شده، رابطه توارث میان طفل و زوجه گیرنده جنین و مرد صاحب اسپرم برقرار است؛ ولی این رابطه (توارث) میان زوج گیرنده جنین و طفل برقرار نیست. در صورت نامعلوم بودن صاحب اسپرم، طفل تنها از زن صاحب رحم یا خویشاوندان مادری خود ارث می‌برد. به منظور ایجاد توارث میان طفل و زوج گیرنده جنین، با تکیه بر قواعد سنتی تنها می‌توان از انعقاد عقد ضمان جریره میان زوج گیرنده و طفل استفاده کرد، که با تحقق این عقد میان آن‌ها، در صورت نبودن هیچ وارثی از وراث نسبی رابط توارث میان آن‌ها برقرار خواهد شد؛ ولی به نظر می‌رسد به علت ندرت تحقق فرض عدم خویشاوند نسبی در هیچ طبقه‌ای از طبقات ارث، استفاده از این عقد عملاً بی‌فایده خواهد بود. لذا به نظر می‌رسد استفاده از اموری از قبیل ایجاد مدیونیت به نفع طفل در زمان حیات، استفاده از صنعت بیمه، استفاده از وصیت تملیکی به نفع کودک تا میزان ثلث، تا اندازه‌ای می‌تواند این نقیصه را جبران نماید.

وضعیت حرمت نکاح (محرمیت) میان طفل و زوجین گیرنده جنین و خویشاوندان نسبی آنها، در این قانون روشن نیست.

بر اساس نظریه انتخابی نگارنده در خصوص نسب کودک یاد شده، (زن صاحب رحم مادر و مرد صاحب اسپرم پدر طفل است)؛ به راحتی می‌توان اقارب و محارم نسبی کودک را مشخص نمود. بر این اساس هر گاه زن صاحب رحم را مادر بدانیم، چنانچه طفل متولد شده از طریق اهدای جنین دختر باشد، ازدواج او با شوهر صاحب رحم (زوج گیرنده جنین) ممنوع و باطل است؛ زیرا او ریبیه شوهر صاحب رحم محسوب خواهد می‌شود.

چنانچه از نظریه‌ای تبعیت کنیم که صاحبان اصلی جنین (زن صاحب تخمک و مرد صاحب اسپرم) را والدین شرعی و قانونی طفل تلقی می‌نماید؛ در این صورت نیز هر گاه طفل متولد شده از طریق اهدای جنین پسر باشد، باز هم به عقیده ما مقتضای احتیاط حرمت ازدواج میان او و زن صاحب رحم و سایر اقارب و خویشاوندان نسبی او از قبیل دختر، مادر، و خواهر آن زن است.

۵- در این قانون وضعیت تأمین هزینه زندگی و نفقه کودک حاصل از اهدای جنین در صورت فوت یا وقوع طلاق میان زوجین، تبیین نشده است و معلوم نیست که آیا تکلیف به انفاق یک تکلیف متقابل (مانند نفقه اقارب) است یا تکلیف یک جانبه است که فقط زوجین دریافت کننده مکلف به آن هستند.

۶- ازدیگر کاستی‌های این قانون، عدم تبیین وضعیت اداره اموال طفل و مشخص نبودن نماینده قانونی طفل در امور مالی و حقوقی است و معلوم نیست که در صورت تعارض حقوق و منافع و بروز اختلاف، اداره اموال و نمایندگی قانونی طفل به عهده زوجین گیرنده جنین است، یا پدر و مادر ژنتیکی کودک.

۷- وضعیت تابعیت اهدا کنندگان جنین در این قانون مورد غفلت واقع شده است، که عدم مراقبت دقیق در این امر می‌تواند سبب ورود و شیوع بیماری‌های مسری در داخل کشور گردد.

۷- معلوم نبودن وضعیت نام خانوادگی طفل متولد شده، از نقاط ضعف این قانون به شمار می‌رود.

۸- عدم تبیین وضعیت حضانت طفل متولد شده از طریق اهدای جنین، در صورت بروز اختلاف میان صاحبان اصلی جنین و زوجین گیرنده.

۹- سکوت قانونگذار در قانون جدید نسبت به وضعیت و تمکن مالی زوجین گیرنده جنین، از دیگر نقاط ضعف این قانون است، در حالی که قانونگذار در بند «و» قانون حمایت از کودکان بی سرپرست به این جهت توجه داشته، و حتی در ماده ۵ قانون یاد شده مقرر داشته است که درخواست کنندگان سرپرستی باید در صورت فوت خود به کیفیت اطمینان بخشی هزینه تربیت و نگهداری و تحصیل طفل را تا رسیدن به سن بلوغ تأمین نمایند؛ که متأسفانه این نکته در قانون اهدای جنین مورد غفلت قرار گرفته است.

۱۰- بر اساس بند «ج» ماده ۴ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست، هیچ یک از زوجین متقاضی سرپرستی نباید دارای محکومیت جزائی موثر به علت ارتکاب جرائم عمدی باشند، در حالی که این امر در قانون اهدای جنین مورد غفلت واقع شده است. تردیدی نیست که درج این شرط در قانون می‌توانست در احراز صلاحیت اخلاقی زوجین متقاضی جنین کمک شایانی داشته باشد.

۱۱- در قانون یاد شده فقط مقرراتی در رابطه با اهدای جنین پیش بینی شده است، در حالی که فروض دیگری نیز برای تولید مثل با کمک پزشکی وجود دارد که قانون نسبت به آن‌ها ساکت است.

در پایان پیشنهاد می شود قانون‌گذار با بهره‌گیری از نظرات حقوقدانان و قضات با تجربه و نظرات اصلاحی سایر صاحب نظران، با درج نکاتی در قانون از قبیل وضعیت نسب طفل کیفیت احراز سلامت جنین، تابعیت، نفقه، ثبت هویت اهدا کنندگان، و چگونگی طبقه‌بندی اطلاعات اهداکنندگان و اهداگیرندگان، نحوه تأمین آینده طفل، کیفیت جلوگیری از انجام دادن مقدمات حرام و در تکمیل و اصلاح آن همت گمارد.

منابع و مأخذ

۱. قرآن کریم
۲. خمینی، روح‌الله (۱۴۰۹ ق)، "تحریر الوسیله"، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۳. الحر العاملی، محمد بن الحسن (۱۱۰۴ ق)، "وسائل الشیعه إلی تحصیل أسانید الشریعه"، قم، مؤسسه آل‌البتیت، المكتبة الإسلامیة، ۱۴۰۹ ه.ق.
۴. (۱۳۸۰)، "روش‌های نوین تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)"، تهران، سمت و پژوهشکده ابن‌سینا.
۵. صفایی، سید حسین و اسدالله امامی (۱۳۸۱)، "حقوق خانواده"، ج ۲، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۶. صفائی و قاسم زاده، سید حسین و سید مرتضی (۱۳۸۴)، "اشخاص و محجورین"، تهران، انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۷. صفایی، سید حسین (تابستان ۱۳۸۳)، "تولید مثل مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق ایران و فرانسه"، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ش ۶۴.
۸. صادقی مقدم، محمدحسن (۱۳۸۴)، "مبانی فقهی و بایسته های قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور"، منتشر شده در: اهدای گامت و جنین (مجموعه مقالات)، تهران، سمت و پژوهشکده ابن‌سینا.
۹. صافی، لطف‌الله (۱۳۸۲)، "جامع الأحکام"، قم، دفتر نشر آثار آیت الله صافی گلپایگانی.
۱۰. الطوسی، محمد بن الحسن (۴۶۰ ق)، "کتاب الخلاف"، تحقیق: سیدعلی الخراسانی و دیگران، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۱۱. القائنی، محمد (۱۴۲۴ ق)، "المبسوط فی فقه المسائل المعاصره"، قم، مرکز فقه ائمه اطهار (ع).
۱۲. روزنامه رسمی، ش ۱۱۵۰۲، مورخ ۱۳۶۳/۶/۳.
۱۳. روزنامه ایران، ۲۵ فروردین ۱۳۸۳.
۱۴. مجموعه نظریات شورای نگهبان،

۱۵. خامنه ای، سید علی (۱۳۸۲)، "اجوبه الإستفتائات" (ترجمه فارسی)، تهران، انتشارات بین المللی هدی.
۱۶. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۱)، "استفتائات جدید"، ج ۱ و ۲، قم، مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (ع).
۱۷. النجفی، محمدحسین (۱۴۰۰ ق)، "جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلامی"، تحقیق: محمود القوجانی، تهران، دارالکتب الإسلامیة.
۱۸. الیزدی الطباطبائی، سید محمدکاظم (بی تا)، "العروة الوثقی"، با تعلیقات مراجع تقلید، تهران، دارالکتب الإسلامیة، و چاپ المکتبة العلمیة الإسلامیة، ۲ جلدی.
۱۹. فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۷۷)، "جامع المسائل"، چاپ پنجم، قم، مطبوعاتی امیر.
۲۰. السنباطی، عطاء عبدالعاطی (۱۴۲۱ و ۲۰۰۱)، "بنوک النظف والأجنه"، قاهره، دارالنهضة العربیة.
۲۱. سیستانی، سید علی (۱۳۷۹)، "توضیح المسائل مراجع"، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۱.
۲۲. منابع فرانسه:

23. Code de la sant publique, Dalloz 1999.

24. Code civil, Dalloz 2001.