

# جستاری در مبانی فقهی مشروعیت تشکیل بانک جنین و تأثیر آن بر تحکیم خانواده<sup>۱</sup>

مریم آقایی بجزستانی<sup>۲</sup>

فریده تاجفر<sup>۳</sup>

## چکیده

امروزه ناباروری یکی از مشکلات اساسی زوجین و عامل برخی اختلافات در زندگی مشترک محسوب می‌شود. اهمیت تحکیم بنیان خانواده، استفاده از روش‌های نوین کمک باروری را می‌طلبد. تشکیل بانک جنین و در پی آن اهدای جنین به زوجین نابارور به عنوان یکی از روش‌های کمک باروری، مدت‌هاست مورد مذاقه فقیهان قرار گرفته است. فقها با ارائه سه نظریه حرمت مطلق، جواز مطلق و نظریه تفکیک، جوانب این مسأله را مورد بررسی قرار داده‌اند. نگارنده ضمن ارائه نظریات موجود با توجه به اهمیت تحکیم بنیان خانواده و نقش اهدای جنین در این مهم، اباحه را حاکم دانسته و به عنوان مهم‌ترین دلیل شرعی نظریه جواز مطلق به بررسی مبانی فقهی مشروعیت اهدای جنین پرداخته است. وی عقیده دارد تشکیل بانک جنین و حکم به مشروعیت آن گام مهمی در جهت تحکیم بنیان خانواده‌هایی است که به دلیل ناباروری در آستانه فروپاشی هستند.

## واژگان کلیدی

تلقیح مصنوعی، اهدای جنین، اهدای گامت، حقوق خانواده، بانک جنین

---

۱- تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۶/۱۱/۲۹؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۷/۳/۹

۲- استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی سمنان، سمنان، ایران (نویسنده مسؤول)

Maqaib@gmail.com

۳- دانشجوی دکتری تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی سمنان، سمنان، ایران

ehsaninejad@gmail.com

## مقدمه

یکی از موضوعاتی که امروزه مورد توجه و ابتلای بسیاری از افراد است و سؤال‌های مختلفی را برانگیخته، «تلقیح مصنوعی» است. این موضوع به‌خصوص برای کسانی که به دلیل بیماری یکی از زوجین، یا هر دو، قادر نیستند به صورت طبیعی بچه‌دار شوند، بیشتر مطرح است. شیوع معضل ناباروری در میان بسیاری از خانواده‌ها، توجه آنها را به تلقیح مصنوعی و بارداری از این راه معطوف کرده است؛ به طوری که با گسترش روزافزون روش‌های تلقیح مصنوعی، همه روزه بر شمار سؤال‌های مختلف فقهی و حقوقی پیرامون آن نیز افزوده می‌شود. به منظور حل مشکل اشخاصی که به دلایل جسمی یا ژنتیکی قدرت باروری ندارند، با پیشرفت علم، راه‌حلهایی پیدا شده است که به رفع این نقیصه کمک می‌کند.

یکی از این شیوه‌ها اهدای گامت و جنین به زوجین نابارور، تحت شرایط خاص است. از بین روش‌های گوناگون تولید نسل مصنوعی دو طریقه تلقیح داخلی و تلقیح خارجی بیشتر متداول است. تلقیح داخلی یکی از این طرق است که در این روش عمل بارور شدن و پرورش نطفه داخل رحم انجام می‌شود؛ اما بر حسب این که بین صاحبان نطفه (زن و مرد)، رابطه زوجیت یا زناشویی مشروع موجود باشد یا نباشد، این روش به دو صورت لقاح همگون یا تلقیح بین همسران، و لقاح ناهمگون و تلقیح بین افراد بیگانه تقسیم می‌گردد. روش دیگر، تلقیح خارجی است که در این روش، عمل بارور شدن یا پرورش نطفه، در محیطی خارج از رحم شبیه لوله‌های آزمایشگاهی و امثال آن انجام می‌شود. سپس بعضی از همین کودکان که نطفه آنها خارج از رحم در محیطی شبیه لوله‌های آزمایشگاهی بارور و نگهداری می‌شوند، به محیط رحم منتقل می‌شوند؛ اما نه به رحم مادر و صاحب تخمک، بلکه به رحم زنانی دیگر و در آنجا نگهداری و پرورش می‌یابند؛ این زنان ممکن است با شوهر (صاحب نطفه) رابطه زناشویی داشته، همسر دوم آنان باشند و ممکن است با مرد صاحب نطفه زوجیت نداشته، با او بیگانه باشند. اهدای گامت، اهدای جنین و اهدای اسپرم و نیز رحم جایگزین جزو روش‌های مؤثر و کاربردی در باروری است. مدت زیادی نیست که از کشف این واقعه مهم گذشته است. واقعه مهمی که بسیاری از زوج‌های نابارور را به

آرزوی دست نیافتنی فرزندان شدن رساند. روشی که پزشکان برای حفظ و نگهداری و منجمد سازی جنین و ذوب کردن انجماد آن و گذاشتن آن در داخل رحم مادر به دست آوردند. حدود دهه ۱۹۸۰ بود که این رؤیا به واقعیت تبدیل شد. اهدای جنین در ایران به موجب قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور (۲۹ تیر ۱۳۸۲ در مجلس شورای اسلامی) و آیین‌نامه اجرایی آن (۹ اسفند ۱۳۸۳ در هیئت دولت) به رسمیت شناخته شده و شرایط آن بیان شده است.

اهدای جنین باید در مراکز مجاز تخصصی درمان ناباروری انجام بگیرد و از جنین‌های حداکثر پنج روزه استفاده شود. اهداکنندگان باید زن و شوهر باشند و به طور داوطلبانه و رایگان این کار را انجام دهند و سلامت جسمی و روانی و ضریب هوشی مناسب هم داشته باشند. اهداشوندگان نیز باید زوجی نابارور و ایرانی باشند که تقاضای مشترک خود را به دادگاه خانواده ارائه کرده و دین و مذهب آنان نیز با زوج اهداکننده یکسان باشد. در مرکزی مجاز مانند مؤسسه رویان، بانک اهدای تخمک و اسپرم وجود دارد که در آنجا اسپرم‌ها و تخمک‌های اهدایی نگهداری می‌شوند.

هنگامی که زوج ناباروری به آنها مراجعه می‌کنند، در صورت داشتن شرایط خاص، تخمک و اسپرم اهدایی توسط یک زن و شوهر در خارج از محیط رحم با یکدیگر لقاح داده می‌شود و سپس وارد رحم مادر نازا می‌گردد. در این صورت از لحاظ قانونی، مادری که جنین را حمل کرده، او را به دنیا می‌آورد، مادر قطعی بچه محسوب می‌شود. برخی از زوجها مایل نیستند صاحبان اسپرم و تخمک اهدایی را بشناسند و عده‌ای نیز خلاف این عقیده را دارند.

با توجه به نوپیدا بودن این موضوع، سابقه بحث فقهی و حقوقی پیرامون آن نیز به بیش از چند دهه نمی‌رسد؛ اما در همین فاصله‌اندک، نوشتارها و پژوهش‌های فقهی و حقوقی بسیاری پدید آمده، که هر یک با رویکردی خاص، به این موضوع پرداخته است. از سویی، با توجه به رشد فزاینده علم پزشکی و ابداع روش‌های نوین و مؤثر تلقیح مصنوعی بر اساس نیازها و شرایط افراد، دامنه این بحث به نهادهای حقوقی و قانونی نیز کشیده شده،

تا جایی که در مجلس شورای اسلامی ایران نیز، موضوع اجاره رحم به بحث گذاشته شده و قوانینی در این زمینه به تصویب رسیده است.

## بیان مسأله

پژوهشکده بیولوژی و بیوتکنولوژی تولید مثل و نازایی جهاد دانشگاهی با نام اختصاری پژوهشکده ابن‌سینا در سال ۱۳۷۷، پیش از برگزاری سمیناری تحت عنوان « سمینار مسائل فقهی، حقوقی اهدای جنین » با استفتا از برخی مراجع نظر آنها را در مورد اهدای جنین خواستار شد.

آیات عظام و مراجع تقلید پس از بررسی کامل مسأله، هر کدام نظرات خود را مشروحاً اعلام کردند. در پی این نظرات که با نظر اجماعی فقها مبنی بر مجاز بودن اهدای جنین همراه بود و در پی برگزاری سمینار مسائل فقهی و حقوقی اهدای جنین در سال ۱۳۷۷ توسط پژوهشکده ابن‌سینا و پیگیری‌های این پژوهشکده، قانون‌گذار ایران بر آن شد تا قوانینی درباره ناباروری تصویب کند و در این راستا در تاریخ ۱۳۸۲/۴/۲۹ به تصویب قانون نحوه اهدا جنین به زوجین نابارور اقدام کرد. در همین قانون و با اتکا بر آرای علما و فقها در ماده ۱ به صراحت به مجاز بودن اهدای جنین تأکید شد و بر اساس آن به کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری ذی صلاح اجازه داده شد با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون 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. در این نوشتار برآنیم تا با بررسی مبانی فقهی فقیهان متقدم و فتاوی فقهای متأخر به سؤالات زیر پاسخ دهیم:

- ۱- ماهیت حقوقی قراردادهای اهدای جنین چیست؟
- ۲- رویکرد فقها به مسأله اهدای جنین و تشکیل بانک جنین چگونه است؟
- ۳- مبانی فقهی مشروعیت اهدای جنین کدام است؟
- ۴- دلایل نظریه جواز اهدای جنین چیست؟
- ۵- تشکیل بانک جنین چه تاثیری بر تحکیم بنیان خانواده دارد؟

## مفهوم‌شناسی مصطلحات

### ۱- تلقیح مصنوعی

تلقیح در لغت به معنی باردار کردن و لقاح به معنای باردار شدن است (فریقی مصری، ۱۹۹۷م، ص ۵۱۲، ماده لقح) مفهوم اصطلاحی آن از معنای لغویش دور نگردیده است؛ بدین معنا که تلقیح مصنوعی عبارت است از این که زن را با وسایل مصنوعی و بدون آن که نزدیکی صورت گیرد، باردار کنند (نایب زاده، ۱۳۸۰، ص ۹). این کار به طور کلی بر دو نوع است: تلقیح مصنوعی داخلی و تلقیح مصنوعی خارجی.

### ۲- اهدای جنین

جنین در لغت به معنای پوشاندن چیزی از حواس است و به فرزند در شکم مادر، از آن رو که پوشیده و پنهان است، جنین گفته می‌شود (راغب اصفهانی، ۱۳۳۲، ج ۱۳، ص ۹۲). در علوم زیستی و جنین‌شناسی، به موجود حاصل از لقاح از سه تا هشت هفتهگی رویان و پس از هشت هفتهگی تا زمان تولد، جنین گفته‌اند (سلطانی‌نسب، ۱۳۵۶ ش، ص ۶) نیز واژه جنین در متون فقهی و حقوقی مترادف با «حَمْل» یعنی بچه در رحم مادر از ابتدای بارداری تا تولد، به کار می‌رود (حلی، ۱۴۱۴ هـ، ص ۳۲۶). اهدای جنین یک شیوه درمان نازایی است که بر اساس آن اسپرم مرد و تخمک زن (اهداکندگان) گرفته شده و در محیط آزمایشگاه در مجاورت یکدیگر قرار داده می‌شود تا پس از لقاح و تقسیمات اولیه و حداکثر تا چهار روز از زمان لقاح، به رحم زن منتقل گردد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۴، ص ۳۳).

### ۳- حقوق خانواده

حقوق خانواده یا قانون خانواده به آن بخش از حقوق یا قوانین گفته می‌شود که به خانواده می‌پردازد و به مجموعه قواعد و مقرراتی مربوط است که حاکم بر روابط افراد خانواده و افراد متشکل آن (از قبیل شوهر، زن، فرزند، پدر و مادر) و امور مالی مرتبط با آن (مانند مهریه زوج و نفقه همسر و اقارب) است.<sup>۱</sup>

#### ۴- اهدای گامت

گامت یاخته‌ای تخصص یافته است که مسئول تولید مثل جنسی است. گامت‌ها معمولاً حاوی نصف کروموزوم‌های جاندار هستند که از آن ایجاد شده‌اند؛ به زبان دیگر، نصف ماده ژنتیکی موردنیاز برای شکل‌دهی و ایجاد یک ارگان کامل را دارند (اصطلاحاً هاپلوئید هستند). گامت‌ها از طریق تقسیم سلولی میوز ایجاد می‌شوند؛ به این ترتیب که سلول‌های جنسی دو بار شکافته می‌شوند و چهار سلول گامت ایجاد می‌شود. در پروسه لقاح گامت‌های نر و ماده با یکدیگر در می‌آمیزند و سلول تمام توان و دیپلوئید زیگوت را به وجود می‌آورند که هر دو جفت کروموزوم را دارد. در انسان گامت نر را اسپرم و گامت ماده را تخمک می‌نامند. گامت‌های طبیعی انسان حاوی بیست و سه کروموزوم هستند.<sup>۱</sup>

#### نظریه فقها در مورد اهدای جنین

در اهدای جنین یا اهدای رحم، نطفه مرد و تخمک همسر او را در خارج یا در رحم زن صاحب تخمک، مورد لقاح قرار می‌دهند و بعد از تکوین جنین، چون رحم این زن توانایی نگهداری این جنین را ندارد، آن را در رحم زن دیگر قرار می‌دهند.

در مورد جواز یا عدم جواز اهدای جنین، فقها به سه دسته تقسیم می‌شوند:

- گروهی معتقدند که اهدای جنین مطلقاً جایز نیست؛ اعم از آن که بین صاحب تخمک و

اسپرم رابطه زوجیت باشد یا نباشد.

- گروهی دیگر قایل به تفکیک شده، معتقدند اگر بین صاحب تخمک و صاحب اسپرم،

رابطه زوجیت باشد، این عمل مجاز است و در غیر این صورت جایز نیست.

- گروهی نیز بر این باورند که اهدای جنین مطلقاً جایز است.

#### ادله قائلان به ممنوعیت مطلق

کسانی که قائل به ممنوعیت مطلق اهدای جنین شده‌اند، به ادله‌ای چون آیات، روایات و

---

1- <https://fa.wikipedia.org>

مصلحت طفل استناد کرده‌اند. در ادامه به بررسی این ادله می‌پردازیم:

**- آیات:** به اعتقاد مانعان، آیاتی چون: «فطرت الله التي فطر الناس عليها» (روم، ۳۰) و «ولا مرهم فلیغیرن خلق الله» (نساء، ۱۱۹) در قرآن وجود دارد که از این آیات حرام بودن تغییر در آفرینش خدا استفاده می‌شود؛ زیرا این آیات بیانگر آن است که تغییر در آفرینش، به دستور شیطان است و از آن‌جا که فطرت الهی بر زاد و ولد از طریق لقاح طبیعی اسپرم و تخمک استوار است، هر روش دیگری، نوعی تغییر در خلقت الهی است و از آن‌جا که تولید مثل از طریق اهدای جنین مطابق فطرت نیست و تغییر در آفرینش است، حرام خواهد بود. همچنین مفسران قرآن، اخته کردن چارپایان، خال‌کوبی، مثله، لواط، مساحقه و... را از مصادیق تغییر در مخلوق خدا و منهی‌عنه دانسته‌اند. بنابراین، انتقال مسیر خلقت از لقاح طبیعی به تلقیح مصنوعی را می‌توان تغییر در خلق خدا دانست؛ زیرا در موارد فوق تغییر در ظاهر مخلوق است، در حالی که تولیدمثل از طریق اهدای جنین تغییر در اصل و شیوه خلقت است. به‌علاوه آثار موارد ذکر شده، منحصر به همان مخلوق است، ولی در اهدای جنین، محیط آزمایشگاه می‌تواند اثرات نامطلوبی بر جنین بگذارد و چه بسا بر نسل انسان هم اثر بگذارد. در اینجا هم انسان کریم و هم کرامت انسان مورد هدف قرار می‌گیرد.

مخالفان اهدای جنین همچنین به آیاتی استناد می‌کنند که بر حفظ و احتیاط در فرج تأکید دارد؛ آیاتی مانند «قل للمؤمنات یغضن من ابصارهن و یحفظن فروجهن» (نور، ۳۱) و «الحافظین فروجهن و الحافظات» (احزاب، ۳۵). علاوه بر این، قرآن بر کرامت بنی‌آدم تأکید دارد (اسراء، ۷۰) در حالی که اهدای جنین به دلایل زیر با کرامت انسان در تضاد است:

الف- مرگ و میر جنین در این روش‌ها زیادتر است.

ب- ممکن است جنین در اثر نابسامانی‌هایی که با امواج فراصوتی قابل تشخیص نباشد، دست‌خوش تحولات شود، به‌خصوص ژن‌ها که از عوامل فیزیکی و شیمیایی اثرپذیر هستند.

ج- چه بسا جنین‌های مازاد، جمع‌آوری و به‌سرعت منجمد و به عنوان کالا مورد خرید و فروش قرار می‌گیرند.

**- روایات:** در روایات، "واشمات"، "نامصات"، "واصلات" و "واشرات" مورد نفرین قرار گرفته‌اند/حرعاملی، ۱۴۲۴هـ ج ۱۷، ص ۱۳۳؛ زیرا آفرینش خداوند متعال را تغییر می‌دهند. مانعان با استناد به این روایات، تشکیل بانک جنین را که نوعی تغییر در مسیر خلقت است، ممنوع دانسته‌اند. علاوه بر این، روایاتی مانند آنچه امام صادق علیه السلام می‌فرماید: «امر الفرج شدید و منه یكون الولد و نحن نحاط . . .» (طوسی، ۱۴۱۸هـ ج ۱، ص ۲۸) بر حفظ و احتیاط در فرج تأکید دارد که تشکیل بانک جنین مصداقی از عدم احتیاط در فرج است.

**توقف بر مقدمات حرام:** تلقیح مصنوعی معمولاً با اقدامات نامشروعی همراه است. مثلاً اهدای تخمک مستلزم نگاه به عورت زن و اهدای اسپرم در برخی موارد مستلزم استمناس است. همچنین پس از تلقیح مصنوعی جنین باید در رحم متقاضی کاشته شود که مجدداً مستلزم کشف عورت زن است.

**تضییع حقوق کودک:** کودک متولد از لقاح طبیعی، والدین خود را می‌شناسد؛ اما کودک متولد از اهدای جنین، والدین بیولوژیک خود را نمی‌شناسد؛ در نتیجه، از بسیاری حقوق مانند نفقه، ارث، انس با والدین حقیقی و . . . محروم خواهد شد. در این باره امام سجاد علیه السلام می‌فرماید: «اما حق فرزند تو این است که بدانی او از توست . . . و اما حق پدر تو آن است که بدانی او منشأ و اصل توست و اگر او نبود تو نیز نبودی . . .» (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۵، ص ۲۸).

### ادله قائلان به نظریه تفکیک

برخی از فقها معتقدند لقاح اسپرم و تخمکی مجاز است که بین صاحبان آن رابطه زوجیت باشد و در غیر این صورت، لقاح حرام است؛ یعنی اهدای اسپرم اجنبی را - موردی که اسپرم بیگانه در رحم زن قرار داده می‌شود - حرام می‌دانند (یعنی در جایی که بین

۱- خال کوبان

۲- کنندگان مو

۳- وصل کنندگان موی زن به موی زن دیگر

۴- باز کنندگان لای دندان



اهداکنندگان رابطه زوجیت نیست) حکیم، ۱۴۲۰هـ ج ۲، ص ۵۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱هـ ج ۲، ص ۵۹۲؛ خویی، ۱۴۲۱هـ ج ۲، ص ۳۲۰؛ سیستانی، ۱۴۲۵هـ ص ۵۷۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴هـ ج ۲، ص ۶۸؛ صانعی، ۱۳۸۲، ص ۶۱۱).

در نظریه قائلان به تفکیک، به طور اخص سه حدیث قابلیت استناد دارد.

عن ابی عبدالله علیه السلام قال: «ان اشد الناس عذاباً یوم القیامة، رجل اقر نطفته فی رحم تحرمة علیه» (صدوق، ۱۳۹۱، ص ۳۱۳) مطابق این حدیث شدیدترین عذاب در روز قیامت، برای مردی است که نطفه‌اش را در رحم زنی قرار دهد که بر وی حرام است.

عن ابی عبدالله علیه السلام قال النبی: «لن یعمل ابن آدم عملاً اعظم عند الله تبارک و تعالی من رجل قتل نبیاً او اماماً، او هدم الکعبه التي جعلها الله عزوجل قبله لعباده، او افرغ مائه فی امراه حراماً؛» (در نزد خداوند عزوجل، هیچ عملی سنگین‌تر از این نیست که انسانی، پیامبر یا امامی را بکشد، کعبه‌ای را که خداوند قبله بندگانش قرار داده، نابود کند یا نطفه‌اش را درون زنی به حرام بریزد) (صدوق، ۱۴۰۳هـ ص ۱۲۰).

عن اسحاق بن عمار: قلت لابی عبدالله: الزنا شر او شرب الخمر؟ و کیف صار فی شرب الخمر ثمانین و فی الزنا مائه؟ فقال: یا اسحاق الحد واحد و لكن زید هذا لتضییعه النطفه و لوضعه اياها فی غیر موضعه الذی امره الله عزوجل به؛ «اسحاق بن عمار می‌گوید: به امام صادق علیه السلام گفتم: زنا بدتر است یا شرب خمر؟ و چرا حد شرب خمر ۸۰ ضربه شلاق و حد زنا صد ضربه شلاق است؟ فرمود: اسحاق! حد یکی است؛ ولی در زنا حد زیاد شده به خاطر این که موجب ضایع کردن نطفه است و به خاطر قراردادن نطفه در غیر محلی که خداوند دستور داده است» (حرعاملی، ج ۲، ص ۳۵۳).

در نگاه اول احادیث مزبور قابل تطبیق و استناد بر حرمت مطلق اهدای جنین است؛ زیرا نطفه باید تنها در محل خود که مهبل همسر شرعی است، قرار داده شود و در غیر آن جایز نیست؛ یعنی حتی اگر مردی اسپرم خود را به آزمایشگاه بدهد تا با تخمک همسر خود تلقیح نمایند، حرام است؛ زیرا «فی غیر موضعها» است؛ ولی با دقت بیشتر در روایات مزبور، معلوم می‌شود عبارت «فی غیر موضعها» به مهبل همسر غیر شرعی انصراف دارد و شامل مکان‌های مصنوعی و جدید پرورش نطفه نمی‌شود (مومن، ۱۳۷۴، ص ۶۷).

همچنین از ظاهر حدیث دوم معلوم می‌شود که ریختن منی در مهبل، حرامی مستقل از زناست و سبب حرمتش هم این است که ریختن منی در مهبل بیگانه سبب انعقاد نطفه نامشروع می‌شود. بنابراین، انعقاد نطفه در مهبل به وسیله اسپرم مرد و تخمک زنی که آمیزش با او جایز نیست، حرام است (مومن، ۱۳۷۴، ص ۵۴-۵۱)؛ اما اگر این انعقاد در محیط آزمایشگاه صورت پذیرد، ایرادی نخواهد داشت؛ زیرا عبارت «فی غیرموضعها» شامل مکان‌های مصنوعی نمی‌شود.

### دلیل قائلان به جواز اهدای جنین

دلیلی برای جواز اهدای جنین قابل ارائه است:

**اصل اباحه:** اصل اباحه از قواعد مشهور نزد اصولیان در شبهه حکمی اصل اباحه است. اصل اباحه دو کاربرد دارد: یکی اثبات اباحه ظاهری در موارد شک و عدم وجود دلیل بر منع و دیگری اثبات اباحه واقعی به بعضی عمومات موجود در کتاب و سنت. به بیان دیگر، مراد از اصل اباحه، اصلی است که هنگام شک مکلف در تکلیف و عدم دسترسی وی به حجت شرعی، اجرا می‌شود و در مقام عمل، مکلف را موظف به انجام آن تکلیف نمی‌داند؛ برای مثال، هنگامی که مکلف بعد از جست‌وجو و عدم دستیابی به دلیل، در حرمت یا حلیت استعمال دخانیات شک می‌کند، اصل برائت جاری نموده، به اباحه استعمال آن حکم می‌کند و از عقوبت مخالفت احتمالی با حکم واقعی، ایمن می‌شود. بنابراین، هرگاه بعد از جست‌وجو از دلیل و عدم دسترسی به آن، در تکلیف شک شود، آن تکلیف بر عهده مکلف ثابت نمی‌شود؛ یعنی در شبهه وجوبی، ترک آن، و در شبهه تحریمی، ارتکاب آن، جایز است؛ فرقی نمی‌کند که منشأ شک، فقدان نص، اجمال نص یا تعارض دو نص باشد (مظفر، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۴۱). مقتضای اصل در شبهه حکمیة تحریمیة، اباحه است. بنابراین، با توجه به اهمیت تحکیم بنیان خانواده با اذعان به این که ناباروری خانواده‌ها را در معرض تزلزل و سقوط قرار می‌دهد، باید گفت اباحه اهدای جنین بر قول به حرمت حاکم است.

## برتری اهدای جنین بر اهدای اسپرم

اهدای جنین از دو جهت بر اهدای اسپرم رجحان دارد:

**نخست:** حساسیت‌های موجود در سلول جنسی و اهدای اسپرم در این‌جا وجود ندارد. آنچه در اهدای جنین صورت می‌گیرد، البته مقدمه اهدای جنین، اهدای اسپرم و تخمک به آزمایشگاه است و تلقیح آن در آزمایشگاه صورت می‌گیرد و هیچ‌گونه تماس مستقیم اسپرم با رحم بیگانه نیست و این مسأله در صدور رأی جواز بسیار مؤثر است.

**دوم:** در اهدای اسپرم، سلول جنسی به کمک وسایلی به طور مستقیم به رحم متقاضی منتقل می‌شود؛ زیرا احتمال ولو بسیار ضعیفی وجود دارد که طفل متولد شده، از اسپرم شوهر باشد نه از اسپرم اهدایی، و این دلیلی بر عدم جواز اهدای اسپرم بیگانه شمرده شده است؛ اما چنین نگرانی و مشکلی در اهدای جنین نیست؛ چون جنین در محیط آزمایشگاه به رحم منتقل می‌گردد و اختلاط اسپرم اهداکننده با اسپرم شوهر زن صاحب رحم مطرح نیست.

## ضرورت‌های فردی و اجتماعی

بسیاری از افراد در اثر فقدان فرزند، دچار بیماری‌های روحی می‌شوند و حتی پس از مراجعه مکرر به پزشکان، مشکل آن‌ها لاینحل باقی می‌ماند. برخی به فرزندخواندگی روی می‌آورند که آن هم مشکلات اجتماعی و روانی خاص خود را دارد. بدیهی است اگر جنین بیگانه‌ای در رحم زوجه پرورش یابد، احساس علقه مضاعفی به طفل در مقایسه با فرزندخواندگی پیدا می‌شود. ضمن آن که مسائل محرمانیت در اینجا کاملاً حل شده است؛ زیرا طفل متولد اگر پسر باشد با صاحب رحم به دلیل قیاس اولویت در مادر رضاعی، محرم خواهد بود و اگر دختر باشد با شوهر صاحب رحم به دلیل ربیبه بودن محرم خواهد بود. بدین‌سان کانون خانواده‌هایی که به دلیل فقدان فرزند یا وجود فرزندی بیگانه به سردی گراییده است و از ثبات لازم برخوردار نیست، مستحکم و پایدار خواهد شد. یقیناً اهدای جنین به زوجین نابارور می‌تواند گامی مؤثر در جهت تحکیم خانواده‌هایی دانست که به تبع مشکلات ناشی از نازایی در معرض تزلزل قرار گرفته‌اند.

از میان مخالفان اهدای جنین باید به مرحوم آیت‌الله میرزا جواد تبریزی (ره) اشاره کرد که به طور کامل انتقال جنین را به رحم زن دیگر - غیر از همسر - جایز ندانسته‌اند.

مرحوم آیت‌الله فاضل لنکرانی نیز قرار نطفه مرد در رحم زن اجنبیه و هم چنین جنین متکون از نطفه غیر زوج را جایز ندانستند/بنی‌هاشمی، ۱۳۷۶، ص ۳۹۴/ آیت‌الله نوری همدانی نیز انتقال دادن نطفه غیر شوهر به رحم زن را جایز ندانسته و در صورت انتقال، فرزند حاصله از این راه را غیرمشروع دانسته‌اند/همان، ص ۳۹۷. آیت‌الله سیستانی نیز با این بیان که اگر مستلزم محرمی دیگر مانند نگاه و لمس محرم نباشد؛ گرچه دلیلی بر حرمت آن نیست، ولی احتیاط در ترک آن است (یعنی بهتر است انجام نشود)/همان‌جا/. مابقی علما نیز با برخی از شرایط مذکور بر جواز این امر رضایت داده‌اند؛ آیت‌الله موسوی اردبیلی با این بیان که با اجازه خود زن ثالث یا با درخواست او و با اجازه و درخواست شوهرش اگر شوهر داشته باشد، بی‌اشکال است/همان، ص ۳۹۵. در واقع، ضمن اجازه به این عمل بحث رضایت را در این امر مهم تشخیص داده و بر آن تأکید نموده‌اند.

آیت‌الله مکارم شیرازی نیز این کار را ذاتاً بدون مانع شرعی دانسته‌اند، ولی مسائل جنبی حرامی از قبیل لمس کردن و نظر کردن را که در انجام این کار موجود است، در صورتی جایز دانسته‌اند که این کار (یعنی اهدای جنین) ضرورتی پیدا کرده باشد و گرنه در صورتی که بدون ضرورت باشد، باید این کار توسط محرمی مانند شوهر انجام شود/همان، ص ۳۹۷.

آیت‌الله خامنه‌ای نیز انتقال جنین به رحم زن مورد نظر را در هر صورتی بدون مانع شرعی تشخیص داده‌اند؛ ولی تأکید کرده‌اند که باید از لمس و نظر حرام اجتناب شود؛ البته اگر ممکن باشد که نطفه یا تخمک از یکی از زوجین گرفته شود، از نظر ترتب احکام بعدی مثل محرمیت و ارث بهتر است/همان‌جا/.

## ماهیت حقوقی اهدای جنین

استفاده از جنین اهدایی در لقاح خارج رحمی برای زمانی است که زوج نابارور توأمأ با داشتن مشکلاتی از قبیل نداشتن تخمک (تخمک سالم) و همچنین نداشتن اسپرم (اسپرم سالم)

امکان مشارکت در تشکیل جنین بیولوژیک خود را نداشته باشند یا با عدم امکان تشکیل جنین (جنین سالم) تنها راه حل درمانی آنها، استفاده از جنین اهدایی زوج ثالث باشد/آخوندی و دیگران، ۱۳۸۵، ص ۳۱).

در این اقدام درمانی، جنین حاصل از اسپرم و تخمک یک زوج قانونی پس از لقاح و تقسیمات اولیه و حداکثر تا چهار روز از زمان لقاح به رحم زن منتقل می‌شود. فرزند حاصل از لحاظ بیولوژیک هیچ گونه ارتباطی با زوج دریافت کننده جنین ندارد. اگر چه به لحاظ این که جنین در رحم زوجی پرورش می‌یابد که به دنبال داشتن فرزندی از آن خود هستند و به لحاظ این که دریافت کننده جنین از ابتدای حاملگی تا زایمان و حتی در زمان شیرخوارگی و پس از آن با فرزند همراه است، از نظر بسیاری شرعاً و عرفاً موقعیت یک مادر را می‌یابد/همانجا).

در این روش، همچنین می‌توان از جنین‌های زوج ناباروری بهره جست که در یک اقدام درمانی لقاح خارج رحمی باردار شده و نیازی به مابقی تخمک‌های بارور شده خود نداشته باشند و از استفاده مجدد این جنین‌ها منصرف شده، آنها را جهت استفاده زوج‌های نابارور متقاضی دریافت جنین اهدا نمایند/آخوندی، اردکانی و عارفی، ۱۳۸۵، ص ۳۱).

در این حالت، پزشک تمام عوارض ناشی از اهدای جنین، از جمله عوارض فیزیکی مانند عفونت و نیز عوارض روحی و روانی ناشی از آن را به فرد اهدا کننده اطلاع می‌دهد. پیش از اهدای جنین تاریخچه ژنتیکی و پزشکی زوج‌های اهداکننده و آزمایش‌های خونی برای تشخیص بیماری‌های عفونی از جمله ایدز، هپاتیت و سفلیس و گروه‌های خونی آنها بررسی می‌شود و آنان اجازه نامه کتبی مبنی بر استفاده از جنین‌ها و عدم داشتن هیچ گونه حقوق در باره جنین‌ها و نوزادان متولد شده امضا می‌کنند/غفاری، ۱۳۸۲، ص ۱۶).

آنچه در این پژوهش مورد بحث و ارزیابی دقیق‌تر قرار گرفته است، بررسی حکم تکلیفی اهدای جنین است ولی نظر به این که مطابق ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، اهدای جنین باید با موافقت و رضایت کتبی زوج‌های اهداکننده انجام گیرد، به بررسی ماهیت این عمل می‌پردازیم.

اولین سؤالی که مطرح می‌شود، این است که عمل اهدای جنین در قالب عقد انجام می‌شود یا ایقاع؟ آیا جنین می‌تواند مبیع واقع شود یا آن که این یک عمل حقوقی ویژه با ماهیت خاص است؟

بدون تردید خرید و فروش جنین با بیع گامت (اسپرم و تخمک) متفاوت است؛ زیرا جنین حاصل ترکیب اسپرم و تخمک است و بعد از این مرحله به رحم انتقال داده می‌شود تا به موجود کامل تبدیل شود؛ اما اسپرم و تخمک تنها اجزایی هستند که جدا شدن آن از بدن انسان ضرری ندارد یا ضرر آن قابل جبران است. به همین جهت عده‌ای از فقها فرآورده‌های انسان را به جهت مالی بودنشان قابل خرید و فروش می‌دانند (فاضل لنگرانی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۲۰۳)؛ اگر چه برخی از حقوقدانان قراردادهایی را که گامت و جنین، عوض و معوض آن واقع می‌شوند، باطل دانسته‌اند؛ زیرا فرآورده‌های جسم انسان اصولاً نباید کالا و مال تلقی شوند و موضوع داد و ستد قرار بگیرند (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۱۷۳).

بدیهی است که مال چیزی است که ارزش داد و ستد دارد و در برابر آن پول پرداخت می‌شود؛ بنابراین معیار تمییز مالیت داشتن، نظر نوعی و متعارف است، اما تحلیل مفهوم (ارزش) نشان می‌دهد که باید آن را ناظر به مورد غالب دانست؛ چراکه «ارزش» نتیجه رغبت اشخاص است و رغبت نیز ناشی از عوامل گوناگونی از جمله نیازهای طبیعی، عارضی یا اجتماعی و عاطفی است؛ چنان‌که اگر مؤسسه‌ای حشره‌ای را برای انجام عملیات آزمایش بخرد، آن حشره مالیت پیدا خواهد کرد؛ زیرا آنچه در حقوق اهمیت دارد، عقلایی و مشروع بودن انگیزه است نه منشأ آن (فاضل لنگرانی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۲۰۳).

در این مورد، انگیزه و هدف، درمان ناباروری زوجین از طریق شرعی است و مراکز مجاز درمانی، نیاز مبرم به گامت دارند؛ لذا این نیاز و انگیزه سبب مالیت گامت می‌شود؛ چنان‌که اکثر فقهای معاصر به همان دلایل مذکور، خون را مال دانسته، به جواز خرید و فروش آن فتوی داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۱۶۴).

بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که گامت قابل معامله است؛ اما در مورد جنین باید قائل به تفکیک شد:

۱- جنین مرکب از اسپرم و تخمک زوجین که در محیط آزمایشگاهی قرار دارد.

۲- جنینی که در داخل رحم استقرار یافته است.

مطابق ماده ۹۵۶ قانون مدنی، اهلیت تمتع با زنده متولد شدن انسان شروع می‌شود؛ بنابراین جنین قبل از تبدیل شدن به انسان دارای اهلیت تمتع نیست و این همان جنین واقع شده در محیط آزمایشگاه است. موضوع ماده ۹۵۷ نیز حمل است نه جنین و منظور از حمل، جنین مستقر در رحم است؛ در حالی که موضوع اهدای جنین، موجودی است که هنوز در رحم مستقر نشده است. بنابراین بین انسان و جنین از نظر حقوقی وجه اشتراکی وجود ندارد که بتوان به وسیله قیاس، احکام مربوط به انسان را در مورد جنین جاری دانست (حسینی شریف، ۱۳۸۷، ص ۳۶).

به نظر می‌رسد که باید بین مراحل مختلف فرآیند اهدای جنین قائل به تفکیک شد؛ زیرا این فرآیند در هر مرحله آثار و بار حقوقی خاصی دارد. در اولین مرحله، افراد گامت خود را به مراکز درمانی ارائه می‌کنند. مرحله‌ای که با فرض احراز نازایی زوجین متقاضی جنین، بخشی از فرآیند درمان بوده و منفعت عقلایی و مشروع دارد. بنابراین افراد می‌توانند تخمک و اسپرم خود را با مراکز درمانی مورد بیع و هبه قرار دهند. در حقیقت، کرامت و منزلت انسان نیز مخدوش نمی‌شود؛ زیرا گامت به تنهایی، انسان محسوب نمی‌شود تا قرارداد راجع به آن باطل باشد؛ بلکه چون سبب فراهم شدن مقدمات درمان یک بیمار می‌شود، مفید و مورد پسند جامعه است. اعطاکنندگان می‌توانند مطابق ماده ۱۰ ق.م. ضمن قرارداد خصوصی با مراکز مزبور عوض دریافت کنند.

در مرحله دوم، بین اسپرم و تخمک اهدایی تلقیح صورت می‌گیرد؛ در این مرحله نیز شرایط مرحله اول حاکم است؛ زیرا هنوز اسپرم و تخمک تلقیح شده به رحم منتقل نشده است؛ اما در مرحله سوم که جنین به رحم زن متقاضی منتقل می‌گردد، اطلاق عناوینی چون بیع، صلح، هبه یا اعراض با کرامت انسانی تعارض دارد؛ زیرا جنین در این مرحله حمل نام دارد که قانون و شرع به جهت هویت و شخصیت خاص حمل، آثار حقوقی ویژه‌ای را پیش‌بینی کرده است. بنابراین، در این مرحله نیازی به انطباق آن با عقود معین نیست؛ بلکه بخشی از فرآیند درمان است که اهداکنندگان و مراکز درمانی به عنوان مشارکت در آن، مستحق دریافت عوض خواهند بود.

مبحث رضایت در این موضوع از اهمیت خاصی برخوردار است؛ زیرا یک زوج باید جنین خود را که از گامت‌های آنان تشکیل گردیده و در واقع مالک آن جنین هستند، به زوج دیگری که توانایی ایجاد جنین را ندارند منتقل کنند. در واقع این عمل نوعی معامله است و برای صحت هر معامله به صراحت بند ۱ ماده ۱۹۰ قانون مدنی باید طرفین قصد و رضا داشته باشند.

نکته دیگری که پرداختن به آن ضروری به نظر می‌رسد این که چرا در اینجا به جای بیع از واژه «اهدا» استفاده شده است؟

در برخی کتب از واژه انتقال جنین به جای اهدای جنین استفاده شده است که اگر بیع در نظر بگیریم، استفاده از انتقال به جای اهدا صحیح‌تر خواهد بود؛ اما بسیاری از فقها و نویسندگان نظر دارند که انسان قابل خرید و فروش نیست؛ چه بعد از تولد و چه در زمان جنینی و نطفه بودن؛ لذا استفاده از واژه اهدا را صحیح‌تر دانسته‌اند/خویی، ۱۳۸۵، ص ۲۲۵.

بررسی نظر فقها و مراجع نیز درباره دریافت وجه در ازای اهدای جنین مسأله را در این مورد حل خواهد کرد.

آیت‌الله سیستانی در پاسخ این سؤال که آیا والدین صاحب جنین می‌توانند در ازای اهدای جنین خود وجهی دریافت نمایند، پاسخ داده‌اند که می‌توانند.

اما آیت‌الله موسوی اردبیلی عنوان داشته‌اند که اگر به عنوان بیع جنین باشد، بی‌اشکال نیست؛ اما اگر پول را برای اجازه دادن بخواهند، اشکالی ندارد/همان، ص ۳۹۵.

آیت‌الله خامنه‌ای نیز گرفتن وجه را بدون مانع دانسته‌اند؛ اما تأکید کرده‌اند که به نحو مصالحه باشد، نه فروش/همان، ص ۳۹۷.

آیت‌الله مکارم شیرازی نیز بر این نکته تأکید کرده‌اند که بهتر است در قبال اهدای جنین وجهی نگیرند/مکارم شیرازی، ۱۴۲۹ هـ ص ۷۸.

بر همین اساس، اغلب بر بیع نبودن عمل، نظر داده‌اند و لذا گرفتن پول را تنها به جهت اعلام رضایت جایز دانسته‌اند.



## حکم تکلیفی تشکیل بانک جنین

موضوع تلقیح مصنوعی امری جدید می‌باشد که سابقه‌ای در زمان تشریح و حتی فقه پیشینیان نداشته است؛ از این روی، در مقام بررسی حکم هر یک از اقسام تلقیح مصنوعی، چه بسا از نظر ادله فقهی به قطعیت شرعی - اعم از قطع یا ظن معتبر شرعی - دست پیدا نکنیم. از این روی، مجبور خواهیم بود با وجود شک در حکم، به اصول عملیه روی آورده، بر اساس مبانی فقهی و اصولی خود، یکی از آن اصول عملیه را مبنا و میزان در مقام عمل قرار دهیم.

### معتقدان اصاله الاحتیاط

دیدگاه نخست معتقد است که اصل عملی در این مسائل، اصاله الاحتیاط می‌باشد. این دیدگاه معتقد است شارع مقدس برای باب نکاح و فروج و همچنین انساب اهمیت شایانی قائل است و برای آن که تداخل نسب صورت نگیرد و به تزلزل بنیان خانواده و جوامع منجر نشود، دستور به احتیاط داده است. از این روی، بر اساس این دیدگاه، در موارد شک در حکم مسائل مربوط به باب فروج و نکاح - و از آن جمله مسائل تلقیح مصنوعی - اصل اولی اصاله الاحتیاط است که بر اساس آن، باید در موارد شک در حکم شرعی احتیاط کنیم و در حکم به جواز توقف نماییم.

*ادله دیدگاه نخست:* صاحبان این دیدگاه برای اثبات لزوم اجرای اصل احتیاط در مسائل باب نکاح و فروج به دو دلیل مذاق شریعت و روایات وارده استناد می‌کنند. برخی فقها این طور تعبیر کرده‌اند که در باب نکاح و تولد نسل و وطی به شبهه و به طور کلی در باب فروج، مذاق شریعت بر احتیاط است (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۷، ص ۱۲). از این روی، لازم است در موارد شک در حکم شرعی، اصل اولی را اصاله الاحتیاط بدانیم و بر طبق آن عمل کنیم. این بحث، یکی از مباحث بسیار مهم است که بررسی مستقل را می‌طلبد که آیا در همه موارد شبهات حکمی و موضوعی، ما می‌توانیم به اصاله الحل و اصل برائت عقلی و نقلی مراجعه کنیم، یا این اصل در موارد فروج و دماء به اصاله الاحتیاط انقلاب پیدا می‌کند. گویی اصاله الحلیه تخصیص خورده است و اجماع یا روایت خاصی بر این تخصیص

وجود دارد؟ یا این که در این ابواب احتیاط مقداری شدیدتر از سایر موارد است و هیچ گاه عنوان وجوب یا لزوم را ندارد، بلکه بر همان اصل مطلوبیت و حسن خود باقی است؟  
مداقه در آرای فقیهان حاکی از وجود دو رویکرد به مسأله است: برخی به وجوب احتیاط در باب فروج تصریح کرده‌اند/حلی، ۱۳۸۱، ص ۵۹۸؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰هـ ج ۵، ص ۳۳۵، انصاری، ۱۴۱۵هـ ص ۷۸/ برخی نیز بر احتیاط در فروج به نحو رجحان و اولویت تأکید ورزیده‌اند/عاملی جبعی، ۱۴۱۳هـ ج ۷، ص ۴۰۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳هـ ج ۱، ص ۱۴۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵هـ ج ۲۴، ص ۶۳) آیت‌الله فاضل لنکرانی و امام خمینی جزو قایلان این نظریه هستند/فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱هـ ص ۶۲).

از ملاحظه این کلمات روشن می‌شود که مسأله وجوب و لزوم احتیاط در باب نکاح و فروج امری اجماعی نیست، و آن را نمی‌توان به مشهور نسبت داد؛ بلکه همان طور که عدّه‌ای از فقها تصریح به وجوب کرده‌اند، جمع دیگری نیز تصریح به اولویت یا تأکید بر احتیاط داشته‌اند. بنابراین، با قطع نظر از روایاتی که آنها را دنبال خواهیم کرد، نمی‌توان پذیرفت که در این ابواب، اصالة الحلّ به اصالة الاحتیاط انقلاب پیدا می‌کند، بلکه باید همان احتیاطی که در سایر موارد رجحان دارد، در این گونه موارد نیز به همان شکل، اما با تأکید و شدت بیشتری پذیرفت/همو، ۱۳۸۷، ص ۱۶).

البته باید توجه داشت در باب دماء چون قصاص و قتل و یا اجرای حدّ منوط به احراز برخی از عناوین وجودی است. از این جهت، مادام که آن عناوین وجودی را احراز نکنیم، نمی‌توانیم به جواز قتل یا قصاص حکم کنیم؛ اما در باب نکاح یا فروج چنین خصوصیتی وجود ندارد و هیچ گاه فقها نفرموده‌اند که مردی که قصد ازدواج دارد، باید احراز کند که زن مورد نظر او خواهر رضاعی یا خواهر نسبی او نیست؛ بلکه همین قدر که علم به خلاف آن ندارد، کفایت می‌کند. سایر قراین موجود در فتاوی فقها نیز حاکی از رجحان احتیاط است. از جمله این که بر مرد لازم نیست به هنگام ازدواج از زن بپرسد که آیا خلیه است (همان، ص ۱۷).

دومین دلیل لزوم احتیاط در شبهات باب فروج، روایاتی است که بر احتیاط دلالت دارد استدلال قائلان به لزوم احتیاط آن است که مضمون این روایات، وجوب مولوی احتیاط را می‌رساند در حالی که با بررسی روایات به این نتیجه می‌رسیم که دلالت روایات بر وجوب

ارشادی است. اولین دلیل روایی قائلان به لزوم احتیاط در باب فروج، معتبره شعیب حداد است.

وی می‌گوید: به امام صادق علیه السلام عرض کردم: مردی از دوستان شما به شما سلام رسانده است و می‌خواهد با زنی ازدواج کند، آن زن نیز موافقت کرده است. برخی از ویژگی‌های زن، او را به اعجاب واداشته است. مشکل این است که این زن قبلاً شوهر داشته و آن شوهر، او را به غیر سنت، طلاق داده است (یعنی او را بر اساس مذهب و فقه غیر امامیه طلاق داده است). این مرد از موالیان شماست و نمی‌پسندد که با آن زن ازدواج کند مگر آن که از شما اجازه بگیرد و شما او را امر به ازدواج کنید. حضرت فرمود: این مسأله به فرج مربوط می‌شود و مسأله فرج مهم است؛ چرا که از فرج فرزند پدید می‌آید. ما در این گونه امور احتیاط می‌کنیم؛ پس با این زن ازدواج نکنند (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۹۲).

استدلال به این روایت مبتنی بر این است که از کلام امام علیه السلام که می‌فرماید: «ما در باب فروج و نکاح احتیاط می‌کنیم»، می‌فهمیم که این احتیاط به وجوب شرعی مولوی واجب است؛ پس لازم است بر اساس این کلام، در همه شبهات مربوط به این باب، از جمله بحث مورد نظر، احتیاط کرد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۷، ص ۱۹).

محمد جواد فاضل لنکرانی در تحلیل این روایت و در مقام مناقشه در استدلال فوق چنین آورده است: «به نظر می‌رسد از این روایت این معنا استفاده نمی‌شود و قرینه بر این ادعا سه جهت است:

نخست: این که سؤال کننده به طور واضح و صریح نمی‌گوید که من حکم ازدواج با این زن را نمی‌دانم که آیا جایز است یا نه؛ بلکه ظاهرش این است که وی از موالیان بوده و می‌دانسته که ازدواج با این زن صحیح است، ولی نسبت به این موضوع قدری کراهت و بیم داشته، از این روی از امام علیه السلام استئمار کرده است که با آن زن ازدواج بکند یا خیر. یعنی از روی ارادت و محبتی که به امام دارد، می‌خواهد یقین کامل به رضایت امام حاصل کند؛ لذا ازدواج با آن زن را موکول به امر امام به ازدواج می‌کند. نظیر این که مردم در سؤال از فقها، گاهی حکم شرعی را سؤال می‌کنند و گاهی از آنان مشورت می‌خواهند.

ظاهر این روایت نیز آن است که مرد سؤال کننده می‌داندسته که از نظر فقه شیعه، ازدواج با این زن مانعی ندارد، اما چون شخص مراقبی بوده، خواسته از امام نیز دستور بطلبد و امام در جواب او فرموده: چون مسأله فرج امری سخت و مشکل است، احتیاط کن و با او ازدواج نکن (فاضل لنگرانی، ۱۳۸۷، ص ۳۶).

دوم: این که امام در جواب شخص فرموده است: «وَأَمْرُ الْفَرْجِ شَدِيدٌ وَ مِنْهُ يَكُونُ الْوَلَدُ»، قرینه خوبی است بر این که حکم به احتیاط ارشادی است، نه مولوی؛ چرا که امام علیه السلام تعلیلی را ذکر فرموده است که تعبدی نیست، بلکه مطلبی است که همه عقلا بدان توجه دارند؛ بنا بر این، حضرت در مقام بیان یک حکم تعبدی نیست. شاهد نیز این است که حضرت در ادامه می‌فرماید «و نحن نحتاط»، یعنی ما در مقام عمل احتیاط می‌کنیم. ملاحظه می‌شود که امام علیه السلام تصریح نمی‌کنند که آن شخص نیز باید احتیاط کند، بلکه فقط احتیاط را به خودشان نسبت می‌دهند. پس این که می‌فرماید «ما احتیاط می‌کنیم»، قرینه بسیار واضحی است بر این که توصیه به احتیاط ارشادی است نه مولوی؛ وگرنه به صورت صریح شخص را دستور به احتیاط و حذر کردن از ازدواج با چنین زنی می‌دادند.

سوم: این که هیچ فقیهی بر اساس این روایت، وجوب اجتناب از ازدواج با زنی را که بر طبق مذاهب دیگر طلاق داده شده است، صادر نمی‌کند. از آن بالاتر، ولو آن که این حکم را از روایت استفاده نکند، بین این روایت و روایات قاعده الزام، تنافی و تعارضی ملاحظه نمی‌کند. همین امر قرینه‌ای بسیار واضح است بر این که احتیاط در این روایت ارشادی است نه مولوی، و وجوب اجتناب نمی‌آورد (همان، ص ۱۹-۲۱).

دومین دلیل روایی قایلان به وجوب احتیاط در فروج، روایت مسعده بن زیاد است. وی از امام جعفر صادق علیه السلام نقل می‌کند که حضرت از نبی مکرم اسلام روایت می‌کند که فرمود: دنبال نکاحی که شبهه دارد نروید و بر شبهات توقف کنید. امام علیه السلام می‌فرماید: مانند زمانی که به تو خبر بدهند تو برادر رضاعی فلان زن هستی و از شیر او خورده‌ای، و او بر تو حرام است؛ پس وقوف بر شبهات و اقدام نکردن به انجام آن، بهتر است از آن که انسان در هلاکت بیفتد (طوسی، ۱۴۰۷ هـ ج ۷، ص ۴۷۴).

ملا محمد باقر مجلسی در کتاب *ملانزالأخيار*، در شرح این روایت فرموده است: «صحيح على الظاهر. و يدل على رجحان الاحتياط في الفروج أكثر من غيرها» (مجلسی، ۱۴۰۶ هـ ج ۱۲، ص ۴۱۵).  
 قائلان به وجوب احتیاط معتقدند که از عبارت «وقفوا عند الشبهة» و این که کلمه شبهه عمومیت دارد و شامل شبهات حکمیه و موضوعیه می‌شود، استفاده می‌کنیم که در احکام مربوط به نکاح و فروج، حتی در شبهات بدوی و حکمی، احتیاط به امر مولوی واجب است. زیلاً مناقشه آیه‌الله لنکرانی را درباره استدلال به این روایت بر وجوب احتیاط می‌آوریم:  
 «اولاً «شبهة» در عبارت مذکور اطلاق دارد؛ هم شامل شک بدوی است و هم شکی که ناشی از خبر و ادعای دیگران است. پس بر اساس این عبارت، باید در جایی که ابتداءً شک می‌کنیم که مثلاً آیا این زن خواهر رضاعی است یا نه، نیز احتیاط کرده و از ازدواج با او سر باز بزنیم. ولی در همین روایت شبهه را معنا کرده و فرموده شبهه این نیست که شما ابتدا شک کنید؛ بلکه شبهه در جایی است که کسی به تو خبر دهد که تو از لبن این زن شیر خورده‌ای و تو برادر رضاعی این زن هستی، یا به تو خبر رسد که او به تو محرم است؛ در این موارد باید احتیاط کنی؛ اما اگر چنین خبری نباشد و مرد خودش شک کند که این زن خواهر رضاعی‌اش است یا نه، یا شک کند که این زن بر او حلال است یا نه، یا اصلاً شک کند که این زن خواهر خودش است یا نه، این موارد شبهه نیست و مشمول احتیاط نمی‌شود. بنا براین، اگر فقط عبارت «قف عند الشبهة» در روایت آمده بود و دنباله آن نبود، می‌توانستیم بگوییم شبهه اطلاق دارد و شامل شک و شبهه ابتدایی نیز می‌شود؛ اما وقتی در دنباله، روایت شبهه را تفسیر کرده است، در این صورت از موضوع بحث و ادعای استدلال کننده خارج می‌شود.

شاهد بر این مطلب آن است که در برخی از روایات، در جایی که مرد ابتداءً احتمال بدهد که زن، خواهر رضاعی اوست، حکم به جواز ازدواج شده است.  
 سؤال: ممکن است بگوییم عبارت انتهای روایت، عنوان تفسیر را ندارد، بلکه یکی از مصادیق شبهه را بیان نموده است. بنابراین، کلمه «شبهة» شامل فرع مورد بحث هم می‌شود، چنان که شامل سایر شبهات بدوی خواهد شد؛ بر این اساس، باید بگوییم که این روایت به خوبی دلالت بر وجوب شرعی احتیاط در هنگام شبهه خواهد داشت.

جواب: در این عبارت، به بیان یک یا چند نمونه اکتفا نشده و در دنباله آن فرموده است: «وما أشبه ذلك». این تعبیر بدان معنا است که در این روایت مراد از شبهه، هر گونه شبهه‌ای نیست؛ بلکه شبهه‌ای مراد است که مانند موارد اشاره شده در روایت باشد. ثانیاً عبارت «وقفوا عند الشبهة» در نسخه‌های فعلی تهذیب وجود ندارد و این امر موجب اجمال در عبارت روایت می‌شود و استدلال به این فقره را مورد خدشه قرار می‌دهد. پس این روایت نیز دلالت بر مدعا ندارد. لذا به این نتیجه می‌رسیم که هیچ یک از روایات، و نیز مذاق شریعت، نمی‌تواند وجوب شرعی احتیاط را اثبات کند/فاضل لنکرانی، ۱۳۸۷، ص ۳۴-۳۵.

### معتقدان اصالة البرائة

دیدگاه دوم آن که اصل عملی در این مسائل، اصالة البرائة است. بر اساس این دیدگاه، در تمام شبهات حکمیه تحریمیه، چه در باب نکاح و چه سایر ابواب فقهی، اصل اولی برائت است؛ هم برائت عقلی و هم برائت شرعی. بر اساس این دیدگاه، لازم است در موارد شک در حکم برخی از شکل‌های تلقیح مصنوعی، حکم به جواز صادر کنیم. به عنوان نمونه، اگر قرار دادن نطفه را در رحم زن اجنبی مصداق زنا محرم ندانستیم و در حرمت آن شک کردیم و دلیلی بر حرام بودن آن نیافتیم، باید به اصالة البرائة شرعی و عقلی تمسک کرده، به جواز آن حکم کنیم. بدین ترتیب، دایره این موضوع تا آنجا گسترش پیدا می‌کند که حتی بتوان حکم کرد به جواز قرار دادن نطفه برادر در رحم خواهرش به وسیله ابزار؛ زیرا اگر گفتیم که اصل اولی اصالة البرائة عقلی و نقلی است، همه این موارد را شامل خواهد شد.

### ادله دیدگاه دوم

با رد ادله قائلان به وجوب اجرای اصل احتیاط در مسائل مربوط به باب نکاح، به طور طبیعی نتیجه این خواهد بود که اصل اولی در باب نکاح، اصالة البرائة عقلی و شرعی است. بنابراین، در فرض‌های مربوط به بحث تلقیح مصنوعی، در هر موردی که دلیلی قاطع و معتبر از آیات و روایات، بر منع و عدم جواز نیافتیم، می‌توانیم به این اصل تمسک کرده و حکم به جواز کنیم.

البته بدیهی است که اصاله الاحتیاط عقلاً و شرعاً مطلوب است؛ اما این که احتیاط واجب شرعی باشد، دلیلی بر این امر پیدا نکردیم/فاضل لنگرانی، ۱۳۸۷، ص ۵۱.

## یافته‌های پژوهش

۱- درباره ماهیت حقوقی اهدای جنین به نظر می‌رسد که باید بین مراحل مختلف فرآیند اهدای جنین قائل به تفکیک شد؛ زیرا این فرآیند در هر مرحله آثار و بار حقوقی خاصی دارد. در اولین مرحله، افراد گامت خود را به مراکز درمانی ارائه می‌کنند؛ مرحله‌ای که با فرض احراز نازایی زوجین متقاضی جنین، بخشی از فرآیند درمان است و منفعت عقلایی و مشروع دارد. بنابراین، افراد می‌توانند تخمک و اسپرم خود را با مراکز درمانی مورد بیع، هبه و قرار دهند. در حقیقت کرامت و منزلت انسان نیز مخدوش نمی‌شود؛ زیرا گامت به تنهایی، انسان محسوب نمی‌شود تا قرارداد راجع به آن باطل باشد؛ بلکه چون سبب فراهم شدن مقدمات درمان بیماری می‌شود، مفید و مورد پسند جامعه است.

۲- در مرحله دوم، بین اسپرم و تخمک اهدایی، تلقیح صورت می‌گیرد. در این مرحله نیز شرایط مرحله اول حاکم است؛ زیرا هنوز اسپرم و تخمک تلقیح شده به رحم منتقل نشده است.

۳- در مرحله سوم که جنین به رحم زن متقاضی منتقل می‌گردد، اطلاق عناوینی چون بیع، صلح، هبه یا اعراض با کرامت انسانی تعارض دارد؛ زیرا جنین در این مرحله، حمل نام دارد.

۴- هر یک از فروض تلقیح مصنوعی دارای احکام تکلیفی و وضعی خاصی هستند؛ پیرامون حکم تکلیفی، برخی قائل به عدم جواز اشکال مختلف تلقیح مصنوعی شده‌اند و برای اثبات مدعای خود ادله مختلفی از کتاب و سنت در باب لزوم حفظ فروج ارائه نموده‌اند و برخی قائل به تفکیک شده‌اند و معتقدند اگر بین صاحب تخمک و صاحب اسپرم، رابطه زوجیت باشد، این عمل مجاز و گرنه غیرمجاز است.

۵- باید گفت حکم تکلیفی اولیه در تمام موارد جواز است؛ اگرچه ممکن است این اعمال مستلزم مقدمات حرامی چون استمنا، لمس و نظر به بدن توسط اجنبی باشد که به واسطه مقدمات حرام می‌توان حکم به حرمت کرد.

ایران تنها کشور اسلامی است که بستر قانونی انتقال رویان برای باروری با دخالت ثالث را فراهم کرده است؛ اما تفاوت‌های بنیادین مبانی حقوق ایران با حقوق کشورهای غربی که زادگاه این نهاد حقوقی هستند، موجب شده است ماهیت، آثار و احکام این نهاد در ایران متفاوت با دیگر نظام‌های حقوقی جهان باشد. به نظر می‌رسد مقررات مرتبط با اهدای جنین از جامعیت لازم برخوردار نیست و ضرورت دارد قانون‌گذار تردیدها در خصوص پنهان یا آشکار بودن اهدا را از میان بردارد. تشکیل بانک جنین در چهارچوب قوانینی دقیق که حقوق والدین و کودک در آن به‌درستی لحاظ شده باشد، می‌تواند گام مهمی در جهت تحکیم بنیان خانواده‌هایی باشد که به دلیل ناباروری در آستانه فروپاشی قرار گرفته‌اند.



## منابع

### قرآن کریم

آخوندی، محمد مهدی، زهره بهجتی اردکانی و سهیلا عارفی، «آشنایی با لقاح طبیعی، لقاح خارج رحمی و ضرورت استفاده از گامت جایگزین در درمان ناباروری»، مجموعه مقالات اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری (پاییز ۱۳۸۵)، تهران، پژوهشکده ابن سینا و مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها

\_\_\_\_\_ «آشنایی با لقاح طبیعی، لقاح خارج رحمی و ضرورت استفاده از گامت جایگزین در درمان ناباروری»، مجموعه مقالات اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری (تابستان ۱۳۸۲)، پژوهشکده ابن سینا و مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی دانشگاه‌ها، تهران

\_\_\_\_\_ «استفتائات و دیدگاه‌های مذهبی»، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (تابستان ۱۳۸۲)، مجموعه مقالات پژوهشکده ابن سینا و مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی دانشگاه‌ها، تهران

إفریقی مصری، محمد بن منظور، لسان العرب (۱۹۹۷م)، بیروت، دار صادر  
بنی هاشمی، محمد حسن، توضیح المسائل مراجع، مطابق با فتاوی دوازده نفر از مراجع معظم تقلید (۱۳۷۶)، قم، جامعه مدرسین

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق (۱۳۸۸)، تهران، گنج دانش  
جمعی از نویسندگان، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری (۱۳۸۴)، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول

حرعاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل المسائل الشریعه (۱۴۲۴هـ)، بیروت، مؤسسه آل البیت لاحیاء و التراث، چاپ دوم  
حسینی شریف، سیده فاطمه، حقوق کودک آزمایشگاهی و مادر جایگزین (زمستان ۱۳۸۷)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان

- حکیم، سیدمحمدسعید، *فقه الاستنساخ الشهري فتاوی طیبیه* (۱۴۲۰هـ)، بی‌نا، چاپ اول  
حلی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء* (۱۴۱۴هـ)، قم
- خامنه‌ای، سیدعلی، *اجوبه الاستفتائات* (۱۳۸۱) تهران، انتشارات بین‌المللی الهدی، چاپ دوم  
خویی، سید ابوالقاسم موسوی، *المسائل الشرعیه، استفتائات المعاملات* (۱۴۲۱هـ)، مؤسسه  
احیاء آثار امام خویی، چاپ چهارم
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن* (۱۳۳۲)، تهران، چاپ محمد سید  
کیلانی
- رضانیا معلم، محمدرضا، *وضعیت حقوقی کودک ناشی از انتقال جنین، روش‌های نوین  
تولید مثل انسانی* (۱۳۸۰)، تهران
- سلطانی نسب، رضا، *جنین‌شناسی انسان، بررسی تکامل طبیعی و غیرطبیعی انسان* (۱۳۵۶)،  
تهران
- سیستانی، سیدعلی حسینی، *المسائل المنتخبه* (۱۴۲۵هـ)، قم، مکتب سماحه آیت الله عظمی  
سیدعلی سیستانی، چاپ یازدهم
- صانعی، یوسف، *مجمع المسائل* (۱۳۸۲)، قم، میثم تمار، چاپ هفتم
- صدوق، ابوجعفر محمد بن علی، *ثواب الاعمال و عقاب الاعمال*، تهران، مکتبه الصدوق  
\_\_\_\_\_ *کتاب خصال* (۱۴۰۳هـ)، قم، المنشورات الاسلامیه
- صفایی، سیدحسین، *نارسی‌های قانون ایران درباره اهدا گامت و جنین با توجه به حقوق  
تطبیقی، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری* (۱۳۸۵)، تهران، انتشارات سمت،  
چاپ دوم
- طبری، محمد بن جریر، *جامع البیان عن تأویل القرآن؛ تفسیر الطبری* (بی‌تا)، قاهره، دارالمعارف  
طوسی، محمد بن الحسن، *تهذیب الاحکام* (۱۴۱۸هـ)، تهران، مکتبه الصدوق، چاپ اول  
\_\_\_\_\_ *المبسوط فی فقه الامیه* (۱۳۶۷)، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیای آلائار  
الجعفریه
- فاضل لنکرانی، محمد، *توضیح المسائل مراجع* (۱۳۷۸)
- \_\_\_\_\_ محمد جواد، *بررسی فقهی حقوقی تلقیح مصنوعی* (۱۳۸۷)، قم، ائمه اطهار

گروه نویسندگان، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (تابستان ۱۳۸۲)، تهران، مجموعه مقالات انتشارات پژوهشکده ابن‌سینا و سازمان مطالعه و تدوین

کتاب علوم انسانی دانشگاهها

\_\_\_\_\_ اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری (پاییز ۱۳۸۵)، تهران، پژوهشکده ابن‌سینا و مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم

انسانی دانشگاهها

محسنی، محمد آصف، الفقه و مسائل طبیه (بی‌تا)، قم، بوستان کتاب، نشر دار المعرفه

مکارم شیرازی، ناصر، استفتائات جدید (۱۳۸۷)

\_\_\_\_\_ الفتاویٰ الجدیدة (۱۴۲۴هـ)، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب، چاپ اول

موسوی خمینی، سید روح‌الله موسوی، تحریر الوسیله (۱۴۲۱هـ)، مؤسسه تنظیم و نشر آثار

امام خمینی، چاپ اول

نایب‌زاده، عباس، بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی (۱۳۸۰)، تهران، مجد

نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (۱۳۶۷)، تهران، دارالکتب الاسلامیه