

تجارت جنین در حقوق داخلی و بین‌المللی

بهرام تقی‌پور*

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱/۲۱ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۶/۳/۶)

چکیده

بی‌شک ناباروری معضلی خانوادگی و اجتماعی است که ممکن است یکی از موجبات طلاق به حساب آید، اما توسل به طرق غیراخلاقی بارداری برای رفع این معضل به‌خصوص با نگاه و رویکرد اقتصادی و تجاری از قبیل خرید و فروش تخمک، اسپرم و جنین یا بارداری به حساب دیگری نه تنها یک معضل بزرگ‌تر اجتماعی به حساب می‌آید، بلکه به مراتب آثار مخرب‌تری برای اشخاص متعدد به‌خصوص طفل ایجاد خواهد کرد و کرامت و هویت انسانی نیز خدشه‌دار خواهد شد. حقوق داخلی کشورها و سازمان‌های بین‌المللی به این شیوه‌های بارداری نگاه واحدی ندارند که در این مقاله به طور تطبیقی مطالعه شدتند. در حقوق ما توسل به این‌گونه شیوه‌ها که در قانون شیوه‌های جنین به زوجین نابارور و آیین‌نامه اجرایی آن بیان نشده است، به دلیل تعارض با نظم عمومی و اخلاق حسنه غیرمجاز و هرگونه قرارداد راجع به آن باطل است.

واژگان کلیدی

بارداری به حساب دیگری، تجارت جنین، اسپرم و تخمک.

۱. مقدمه

آمار ناباروری در ایران نسبت به آمار میانگین جهانی تکان‌دهنده است، به طوری که برخی میزان آن را ۲۰ درصد از ازدواج‌ها یا یک پنجم از زوجین اعلام کرده‌اند (گورابی، ۱۳۹۲: ۱). بی‌شک علت یا علل این امر باید از سوی مراجع ذی‌صلاح شناسایی و راه‌حل‌های پیشگیری‌کننده نیز ارائه شود. با وجود این، علم پزشکی به طور اعم و علم ژنتیک به طور اخص پیشرفت‌های درخور توجه‌ای داشته (راسخ، ۱۳۸۳: ۱۱ و بجای، ۱۳۷۶: ۲۶۶) و راه‌حل‌های درمان‌کننده متعددی برای نازایی ارائه داده است. در میان این راه‌حل‌ها، برخی باروری‌ها غیرطبیعی‌اند که در جوامع مختلف شیوع پیدا کرده‌اند و استفاده از آن‌ها آثار و تبعات اجتماعی، اخلاقی و حقوقی متعددی به دنبال خواهد داشت (راسخ، همان: ۲۲). به عبارت دیگر، استفاده از پیشرفت‌ها و تحولات پزشکی و در نتیجه ژنتیکی برای حل معضل ناباروری باید با موازین اجتماعی، مذهبی، اخلاقی و حقوقی در هر جامعه‌ای سازگار باشد. در این خصوص یکی از مسائلی که امروزه در کشورهای مختلف از جمله کشور ما نیز شایع شده و در حال گسترش است، نگاه تجاری و اقتصادی به شیوه‌های درمان نازایی است که می‌تواند از پدیده‌های عصر حاضر به حساب آید. این پدیده اجتماعی، مشکلات و معضلات اخلاقی و حقوقی جدیدی را ایجاد خواهد کرد که قواعد حقوقی موجود از حل پیچیدگی‌های حاصله عاجزند یا حداقل به راحتی نمی‌توانند راه‌حل مناسبی ارائه کنند. سؤالی که در اینجا به صورت تخصصی مطرح می‌شود این است که آیا تجارت یا به تعبیر دقیق‌تر خرید و فروش اسپرم، تخمک یا جنین برای باروری از لحاظ حقوقی و اخلاقی جایز است؟ همچنین، استخدام زن دیگری برای در اختیار گذاشتن رحم خود برای باروری به حساب دیگری، یا به عبارت دیگر اجاره رحم صحیح است؟ در صورت مثبت‌بودن پاسخ این سؤالات، قراردادهای خصوصی از لحاظ مبلغ و سایر شروط مندرج تا چه حدودی می‌توانند معتبر باشند؟

از لحاظ پیشینه تحقیق در حقوق داخلی، تا حدود کاوش ما، نوشته یا مقاله حقوقی خصوصاً به صورت تطبیقی که به جنبه اقتصادی و تجاری موضوعات مورد بحث پردازد، وجود ندارد هرچند از لحاظ فقهی تحقیقاتی ارائه شده است. بنابراین، ضمن بیان فروض بارداری غیرطبیعی، حقوق داخلی کشورهای خارجی و حقوق بین‌الملل و حقوق ما مطالعه خواهد شد.

۲. فروض بارداری غیرطبیعی

فروض و شیوه‌های بارداری غیرطبیعی از لحاظ پزشکی متفاوت‌اند (صالحی، ۱۳۹۲: ۱) که در این خصوص می‌توان بارداری برای دیگری^۱، انتقال اسپرم شوهر به رحم زن ثالث^۲، انتقال جنین (اسپرم و تخمک تلقیح‌شده دیگران) به رحم همسر^۳، تحصیل یا خرید تخمک یا اسپرم^۴ را نام برد. مطالعه تطبیقی درخصوص این فروض بارداری نشان می‌دهد که حقوق کشورها قاعده یکسانی نسبت به کمک‌های پزشکی در باروری و در نتیجه بارداری برای دیگری ندارند. در یک نگاه کلی می‌توان از لحاظ قوانین، کشورها را به سه دسته کشورهای منع‌کننده، مجاز و کشورهایی که قانون ساکت است، تقسیم کرد که در ذیل آن‌ها را بررسی می‌کنیم.

۲.۱. کشورهای منع‌کننده

در برخی کشورها همانند فرانسه، سوئیس، آلمان و کبک، کمک‌های پزشکی برای بارداری مقید و محدود و زایمان و بارداری برای دیگری قانوناً به طور مطلق منع شده است که در اینجا به طور نمونه آن‌ها را بررسی می‌کنیم:

۲.۱.۱. حقوق فرانسه

در دهه هشتاد بارداری برای دیگری در فرانسه شایع شد. در سکوت قانون، برای اولین بار در سال ۱۹۸۹ دیوان عالی کشور این عمل را منع و غیرقانونی اعلام کرد^۵ (Fabre-Magnan muriel, 2015: 15; Carry-Grillot, 2013: 9). سپس در سال ۱۹۹۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز

۱. براساس این شیوه تخمک همسر و اسپرم شوهر پس از اسپیره‌شدن در آزمایشگاه تلقیح می‌شوند، سپس جنین تشکیل شده را به رحم شخص ثالث که هیچ ارتباط ژنتیکی با دیگری ندارد منتقل می‌کنند تا بعد از مدت طبیعی بارداری، طفل متولد شود. این روش مستلزم هزینه‌های سنگین پزشکی و ... است و زمانی انجام می‌شود که همسر از لحاظ پزشکی در تخمک‌گذاری و تشکیل «اوول» مشکلی ندارد، اما در لقاح یا نگهداری جنین در رحم خود ناتوان است. این روش بارداری برای یا به حساب دیگری، مادر جایگزینی یا جانشینی، زایمان به حساب دیگری یا یک اصطلاح جنجالی تر اجاره رحم و ... در سیستم‌های مختلف حقوقی نامیده می‌شود.

۲. در این روش اسپرم شوهر به طور مصنوعی به رحم زن ثالث یا جانشین منتقل و با تخمک وی تلقیح و جنین تشکیل می‌شود. در این حالت همسر قانونی که شاید نازا باشد از لحاظ ژنتیک هیچ ارتباطی با طفل ندارد.

۳. در این روش اسپرم و تخمک اشخاص ثالث تلقیح و به صورت جنین به رحم همسر منتقل می‌شوند؛ در واقع پدر و مادر ژنتیکی اشخاص ثالث‌اند. توسل به این روش زمانی ممکن است که همسر یا خانم توانایی پذیرش جنین را داشته باشد.

۴. در این روش زن به‌واسطه یک مرکز آزمایشگاهی مربوطه هدایت می‌شود تا در یک دوره زمانی ۱۲ روزه دو تزریق به‌منظور تسریع در تخمک‌گذاری برای زن انجام شود. پس از انقضای این مدت، زن در یک مرکز پزشکی تحت عمل جراحی با روش پزشکی تخمک آزادشده وی از بدنش جدا و به محیط آزمایشگاهی منتقل می‌شود. اسپرم مرد نیز به طور جداگانه تحصیل و با تخمک ترکیب می‌شود و جنین را تشکیل می‌دهد. این جنین (مرکب از اسپرم و تخمک اشخاص غیر از زوجین) به رحم همسر یا زن ثالث برای بارداری به حساب دیگری انتقال داده می‌شود.

5. C. Cass.1e, 1 dec. 1989, n 88-15.655.

قراردادهای مربوط به این عمل را باطل اعلام کرد^۱ (Dontenville, 1991: 21752). دیوان عالی فرانسه، بارداری برای دیگری را به دلیل مخالفت با نظم عمومی و اینکه انسان اختیار اعضای بدن خود را ندارد، منع کرده است. همین رویه قضایی بعداً به موجب قانون بیوتیک مصوب ۱۹۹۴ به صورت یک قاعده قانونی تصویب و جزو مفاد مواد قانون مدنی شد. ماده ۷-۱۶ قانون مدنی فرانسه به صراحت مقرر داشته است: «هرگونه قرارداد نسبت به زاییدن یا بارداری به حساب دیگری باطل است»^۲ و اصل تسلطنداشتن بر اعضای بدن انسان که پیش تر از سوی رأی دیوان عالی کشور به آن اشاره و تأکید شده بود نیز مورد توجه قانونگذار قرار گرفت و در ماده ۱-۱۶ قانون مدنی به منزله قاعده عدم توارث اعضای بدن انسان مقرر کرد: «هر کسی دارای حق احترام به اعضای بدنش است. تخطی به اعضای بدن ممنوع است. اعضای بدن، عناصرش و تولیداتش نمی توانند موضوع یک حق موروثی قرار گیرند» (Ibid). همچنین، قانونگذار فرانسوی دلالتی در این خصوص را ممنوع و جرم تلقی کرد و در ماده ۱۲-۲۲۷ قانون مجازات برای تحریک ترک بچه، وساطت به منظور فرزندخواندگی یا بارداری برای دیگری را ضمانت اجرای کیفری پیش بینی کرده است.^۳ در ماده ۱۳-۲۲۷ قانون اخیر نیز صدمه زدن به احوال شخصیه طفل (شبهه سازی بچه ...) را جرم و برای آن مجازات پیش بینی کرده است. بنابراین، در حقوق فرانسه بارداری برای دیگری و هر نوع قرارداد راجع به آن قانوناً باطل و دلالتی در این خصوص نیز جرم تلقی شده است. با وجود این، تجویز این روش باروری در جامعه طرفدارانی نیز دارد و تلاش هایی برای رفع مانع قانونی نیز انجام شده، اما تاکنون به نتیجه نرسیده است. برای مثال در سال ۲۰۰۸ کارگروهی در مجلس سنای فرانسه درخصوص بارداری برای دیگری نظر موافق دادند. مطابق نظر اکثریت این کارگروه بارداری برای دیگری در صورت مبارزه و درمان ناباروری جایز است، اما این نظر که بارداری برای دیگری را در زمان ناباروری تجویز کرده بود، از سوی کمیسیون های قوانین و امور اجتماعی سنا پذیرش نشده است.^۴ دفتر پارلمانی ارزیابی انتخاب علمی و تکنولوژیک مخالفت خود را با برداشتن ممنوعیت بارداری برای دیگری نیز اعلام کرد.^۵ همچنین، در چارچوب اصلاح قوانین بیوتیک، شورای دولتی فرانسه در می ۲۰۰۹ نظر خود را دایر بر حفظ ممنوعیت بارداری برای دیگری در فرانسه توصیه کرده است.^۶ به هر حال این روش بارداری از موضوعات بحث برانگیز و جنجال آمیز در جامعه فرانسوی است که موافقان و مخالفان جدی دارد و بحث

1. C. Cass., AP, 31 mai 1991, JCP 1991, II, 21752.
 2. Code Civil disponible sur site: Legifrance.gouv.fr.
 3. Code pénal disponible sur site: Legifrance.gouv.fr.
 4. www.senat.fr/rap/r07-421/r07-42115.html#toc194.
 5. www.assemblee-nationale.fr/13/rap-off/1325-tl.asp.
 6. www.larcherche.fr/content/actualite/article?id=25466).

بر حول و حوش اصول متعارض همانند حق استقلال و آزادی فردی، حقوق ژنتیک، حمایت از اصالت انسانی یا حمایت از منزلت بشری، نظم عمومی و حقوق کودک، اصل تسلط‌نداشتن و غیرتجاری‌بودن اعضای بدن نیز جریان دارد.

در سطح رویه قضایی یکی از موضوعات مناقشه‌برانگیز اخذ شناسنامه و در نتیجه تابعیت فرانسوی برای فرزندان است که در خارجه از سوی یکی از والدین فرانسوی در نتیجه بارداری برای دیگری به دنیا می‌آیند. از سال ۲۰۰۲ دادگاه‌های فرانسه به دعوی شناسایی و صدور شناسنامه برای اطفال فرانسوی متولد در خارجه ناشی از بارداری برای دیگری رسیدگی کردند. مطالعه این پرونده‌ها نشان می‌دهد با وجود اینکه دادگاه‌های تالی درصدد پذیرش تقاضاهای صدور شناسنامه برای این‌گونه اطفال متولدشده در خارجه به دلایلی از قبیل حفظ منافع عالی اطفال بوده‌اند، اما دیوان عالی کشور ضمن نقض آرای دادگاه‌های تالی به کرات نظر بر نپذیرفتن این تقاضاها داشته است (Carry-Grillot, 2015: 16 et s). این در حالی است که دادگاه حقوق بشر اروپایی در چندین پرونده با رد رویه قضایی فرانسه و دیگر کشورهای منع‌کننده، رأی بر پذیرش صدور شناسنامه برای اطفال متولدشده از این روش بارداری در خارجه براساس تأمین منافع اطفال صادر کرد (Vallereau, 2014: 4; Scotto, 2014: 4). در نهایت این رأی دادگاه حقوق بشر اروپایی در سال ۲۰۱۵ به وسیله دیوان عالی فرانسه نیز تأیید و پذیرفته شده است.^۱ بعد از این رأی، دادگاه‌های فرانسه در پرونده‌های متعدد از رأی مذکور تبعیت کردند و درخواست شناسایی و صدور شناسنامه برای اطفال متولدشده در خارجه از مادر جانشین ناشی از بارداری برای غیر را پذیرفتند و در نتیجه وزارت عمومی (کشور) را به صدور شناسنامه فرانسوی محکوم کردند. شایان یادآوری است این رأی دادگاه حقوق بشر اروپا در خصوص شناسایی اطفال متولد در خارجه ناشی از بارداری برای دیگری نسبت به تمام کشورهای اروپایی الزام‌آور و لازم‌الاتباع است (Scotto, 2014: 4). این رأی دادگاه حقوق بشر اروپایی منحصرأ مربوط به اطفال متولد از مادر جانشین (اجیر) در خارجه است (Théry; Leroyer, 2014: 211). در خصوص کمک‌های پزشکی برای استفاده از سایر شیوه‌های باروری، قوانین بیوتیک مصوب ۱۹۹۴، ۲۰۰۴ و ۲۰۱۱ شرایط استفاده از این نوع کمک‌ها را معین کرده است. مطابق این قوانین تنها زوجینی که با بیماری نازایی مواجهند یا خطر انتقال بیماری به فرزند یا یکی از زوجین وجود دارد می‌توانند از خدمات پزشکی برای بارداری بهره ببرند که در این صورت اهدای اسپرم یا تخمک و در نتیجه جنین لزوماً باید مجانی و به صورت ناشناس و گمنام باشد. در این صورت والدین دریافت‌کننده اسپرم یا جنین، والدین قانونی طفل به حساب می‌آیند و

1. C. Cass. Arrêt n 619 et 620, 3 jull. 2015.

احکام نسب بر آن بار می‌شود. بنابراین، زوجین همجنس که مطابق قانون ۱۷ مه ۲۰۱۳^۱ ازدواجشان در فرانسه به رسمیت شناخته شده است و اشخاص (زنان) مجرد و سایر زوجینی که مشکلی برای بارداری طبیعی ندارند نمی‌توانند از خدمات پزشکی برای بارداری استفاده کنند (Neirinck; Gross, 2014: 141).

۲.۱.۲. سوئیس

در سوئیس ماده ۴ قانون فدرال مربوط به زایمان پزشکی مشترک مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۹۸ م. که از ابتدای ژانویه ۲۰۰۱ لازم‌الاجرا شد بارداری برای دیگری را منع کرد.^۲ ماده ۳۱ همین قانون نیز برای پزشک یا متخصصی که بارداری برای دیگری را انجام یا ترتیب دهد مجازات تعیین کرد، اما برای مادر باردار مجازاتی وجود ندارد و او مادر قانونی طفل به حساب می‌آید. با وجود ممنوعیت این روش بارداری، دادگاه اداری کانتون سن گال در ۲۵ اوت ۲۰۱۴ نسب دو پدر سفارش‌دهنده طفل متولد ناشی از بارداری در امریکا را به رسمیت شناخت.^۳

۲.۱.۳. کبک کانادا

در کبک ماده ۵۴۱ قانون مدنی، همانند ماده ۷-۱۶ ق.م. فرانسه، تصریح کرده است «هر قراردادی که به موجب آن یک زن متعهد به بارداری برای دیگری یا زایمان به حساب دیگری گردد مطلقاً باطل است». دادگاه‌ها این نوع قراردادها را به رسمیت نمی‌شناسند و در نتیجه مادر باردار حق مطالبه هیچ‌گونه دستمزد یا خسارتی را ندارد، همچنین او هیچ تعهدی مبنی بر تحویل طفل به والدین سفارشی ندارد.^۴ با وجود این، باید گفت نسب ناشی از زاییدن مشارکتی با اهدای اسپرم دیگری به رسمیت شناخته شده است (Ibid).

در سایر کشورها نیز بارداری به حساب دیگری کم یا بیش ممنوع است.^۵ بنابراین، در این کشورها اساس ممنوعیت روی اصل کالانبودن اعضای بدن انسان و اینکه مادر تمام و کمال مادر جانشین است^۶ و در نتیجه مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه قرار گرفته است.

1. Legifrance.gouv.fr.

2. http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182_mono.html#toc19.

3. «Pères légaux d'un bébé né d'une mère porteuse» disponible sur: <http://www.20min.ch/ro/news/suisse/story/Peres-legaux-d-un-bebe-ne-d-une-mere-porteuse-15398451>.

4. Educaloi- La loi vos droits- Parents- La procréation assistée disponible sur: www.educaloi.qc.ca/loi/parents/370/.

۵. برای مثال در آلمان نیز این‌گونه بارداری ممنوع است و رابطه والدین با طفلی که در اثر این نوع زایمان در خارجه ایجاد شده است نیز به رسمیت شناخته نشده است (Carry-Grillot, 2015: 28) و حتی قانون حمایت از جنین مصوب ۱۹۹۰، انتقال مصنوعی جنین به رحم زن ثالث برای تولد بچه را جرم تلقی و مجازات تا سه سال حبس را برای این عمل پیش‌بینی کرد.

[WWW.thelocat.de/20110428/34681](http://www.thelocat.de/20110428/34681); http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182_mono.html#toc1.

6. Selon un adage juridique «Mater semper certa est»= «La mère est toujours certaine»; «La mère est celle qui accouche» (Roland, Boyer, 1999; Théry; Leroyer, 2014, 208).

۳. حقوق کشورهای مجاز

برخی کشورها همانند ایالات متحده آمریکا (بسیاری از ایالات)، انگلستان، آرژانتین، آفریقای جنوبی، استرالیا (اکثر قسمت‌ها)، برزیل، گرجستان، یونان، روسیه، رومانی، قانون کم و بیش بارداری برای دیگری را مجاز دانسته‌اند که در اینجا برخی از آن‌ها را مطالعه می‌کنیم.

۳.۱. ایالات متحده آمریکا

در ایالات متحده آمریکا، بارداری و زایمان برای دیگری وضعیت متغیری دارد. تا قبل از دعاوی مطروحه در سال‌های ۱۹۸۷ و ۱۹۹۳ بارداری برای دیگری در فقدان قوانین خاص، همانند کمک‌های پزشکی برای بارداری تابع قوانین فرزندخواندگی و اهدای اسپرم بوده است، اما بعد از دعاوی مذکور بسیاری از دولت‌ها قوانینی راجع به مادر باردار و جبران خسارات وی و قواعدی راجع به نسب وضع کردند (Merchant, 2015: 43). با وجود این، در همه ایالات قوانین یکسانی نسبت به این روش از بارداری وجود ندارد، به طوری که در هفت ایالت نه تنها این روش منع شده است، بلکه جنبه جزایی نیز دارد. این در حالی است که در بیش از ۱۰ ایالت قانون این روش را مجاز دانسته است با این تفاوت که در برخی از این ایالات قرارداد بارداری برای دیگری باطل است یا در برخی دیگر صحیح یا در سایر ایالات در تعیین دستمزد مادر جانشین محدودیت وجود دارد. شایان یادآوری است که در تعدادی از ایالات اصلاً قوانینی در این خصوص وضع نشده است (Ibid, 2012: 184; 2015: 45). صحت یا بطلان قراردادهای مربوط به بارداری برای دیگری بنا به قوانین ایالات متفاوت است. بنابراین، قوانین حاکم بر بارداری برای دیگری در داخل ایالات متحده تنوع بسیاری دارد که موجب پیچیدگی است و از اصل استقلال قواعد نسبت به دولت فدرال نیز برخوردار است. با وجود این، تمام ایالات باید از دو قانون فدرال و قانون پیوند عضو بدن^۱ که فروش اعضا و سایر اندام انسان را منع کرده است و قانون صدور گواهینامه و میزان موفقیت کلینیک باروری^۲ که حاکم بر مساعدت‌های پزشکی بر بارداری است و وزیر بهداشت را ملزم به انتشار سالانه گزارش فعالیت مراکز درمان نازایی کرده است، تبعیت کنند. در سطح رویه قضایی نیز دعاوی متعددی از زمان شیوع

مطابق یک ضرب‌المثل قدیمی «مادر همیشه معین است»، زیرا «مادر شخصی است که طفل را می‌زاید»، امروزه مفاد ماده ۳۲۵ ق.م.فرانسه بیانگر این ضرب‌المثل است.

1. The National Organ Transplant Act (1984 Public Law 98-507, amended 1990).
2. The Fertility Clinic Success Rate and Certification Act of 1992 (Pub. L. 102-493, 42 usc.263a-1 et seq).

بارداری برای دیگری حدود ۱۹۷۶م. در دادگاه‌های ایالات مطرح و رسیدگی شد. در سال ۱۹۸۷ دادگاه نیوجرسی قرارداد بارداری برای دیگری را براساس حق توالد تضمین شده در قانون اساسی صحیح، اما قانوناً اجرانشدنی تلقی کرده بود (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۲۲۱) که در نهایت در سال ۱۹۸۸ دیوان عالی نیوجرسی در همین پرونده، نگهداری بچه را حق پدر بیولوژیک و همسرش (سفارش دهندگان) بیان کرد و در مقابل برای مادر جانشین حق ملاقات بچه را به رسمیت شناخت. همچنین در سال ۱۹۹۳، دیوان عالی کالیفرنیا در پرونده (Johnson v. Calvert) بارداری برای دیگری را پذیرفت و استدلال اینکه خانم Anna Johnson، که یک پرستار و صاحب فرزند بود، نمی‌تواند بارداری به حساب دیگری را با شناخت علتش قبول کند مردود اعلام کرد. این امر مبنای تصویب قوانین پذیرش بارداری به حساب دیگری در امریکا به حساب می‌آید.^۱

در ایالاتی که قانون ساکت است رویه قضایی براساس اوضاع و احوال پرونده از جمله منافع و مصالح طفل در هر موردی تصمیم‌گیری می‌کند. برای مثال در ایالت پنسیلوانیا، ایالتی که قانون ساکت است و معمولاً دادگاه‌ها حق والدین سفارش دهنده را به رسمیت می‌شناسند، در سال ۲۰۰۳ در یک دعوی هنگامی که اختلاف بین والدین سفارش دهنده و مادر جانشین بود، دادگاه تالی به این استدلال که والدین سفارش دهنده هنگام زایمان والدین نبودند و در شناسنامه صادره نیز نامشان به‌منزله والدین ثبت نشده بود و در فقدان نص قانونی منافع بچه نیز بر قرارداد مرجح است، مادر باردار را بر والدین سفارش دهنده ترجیح داده و حق وی را به رسمیت شناخته بود.^۲ اما دیوان عالی پنسیلوانیا در سال ۲۰۰۶ م. ضمن نقض این تصمیم دادگاه تالی، والدین سفارش دهنده را به‌منزله والدین قانونی به رسمیت شناخت.^۳ مادر باردار درصدد بود که مجدداً دعوی را نزد دیوان عالی اوهایو مطرح کند که این دیوان نیز در سال ۲۰۰۷ این تقاضا را رد کرد.^۴

شایان یادآوری است گفته شود در عمل تعداد بارداری برای دیگری زیاد نیست. برای مثال از ۴ میلیون زایمان حدود ۱۰۰۰ تا ۱۴۰۰ مورد ناشی از زایمان برای دیگری و حدود نصف از این تعداد یعنی ۷۰۰ مورد مربوط به زوج‌های خارجی بوده است (Cook, 2011: 2). در یک آمار

1. Johnson v. Calvert (1993) 5 Cal.4th 84 [19 Cal.Rptr.2d 494; 851 P.2d 776][3] disponible sur: <http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Johnsonv.Calvert.pdf>.

2 Many states still lacking surrogacy laws. Nearly 20 years after Baby M, custody issues persist, Associated Press sur MSNBC, 1er juin 2004. disponible: <http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http%3A%2F%2Fwww.msnbc.msn.com%2Fid%2F5113759>.

3. Cour supérieure de Pennsylvanie, J.F. v. D.B., 897 A.2d 1261 (21 avril 2006).

4. Surrogate loses case involving triplets: Pennsylvania woman had no right to sever agreement, Ohio Supreme Court rules disponible: <http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http%3A%2F%2Fwww.allbusiness.com%2Flegal%2Ftrial-procedure-decisions-rulings%2F12095255-1.html>.

تحقیقاتی دیگر نشان می‌دهد از اواسط سال‌های ۱۹۷۰ تا ۲۰۰۸ م. مجموعاً حدود ۲۵ هزار طفل در ایالات متحده از طریق بارداری برای دیگری به دنیا آمده‌اند (Elly, 2008: 1104). شایان یادآوری است دستمزد زن باردار یا مادر جانشین در ایالات متعدد متفاوت است. برای مثال در آگهی‌های کالیفرنیا این مبلغ از ۱۰۰ هزار دلار به بالاست (Roman, 2012: 192).

۲.۳. بریتانیا

در بریتانیا بارداری برای دیگری قانوناً مجاز است. قانون تنظیمات رحم جایگزین مصوب ۱۹۸۵ و قانون تلقیح انسانی و جنین‌شناسی مصوب ۱۹۹۰ (اصلاحی ۲۰۰۸) بر بارداری برای دیگری و کمک‌های پزشکی بر درمان ناباروری حاکم‌اند و مقرراتی را برای آن‌ها پیش‌بینی کردند (Marway, 2012: 173). ماده ۲(۳) قانون تنظیمات رحم جایگزین مقرر داشته است که پذیرش بارداری برای دیگری غیرقانونی نیست، اما مادر جانشین می‌تواند فقط هزینه‌های معقول را مطالبه کند. بنابراین، موافقت‌نامه‌های بارداری برای دیگری نمی‌توانند جنبه کسب درآمد و دارای هدف تجاری باشند. در عمل قضات بریتانیایی بررسی می‌کنند که آیا مبلغ مورد توافق برای هزینه‌ها معقول است یا خیر؟. برای مثال در پرونده x علیه Y قاضی انگلیسی خرید یک آپارتمان برای مادر جانشین اکرایی از سوی زوجین سفارش‌دهنده انگلیسی را بیش از هزینه معقول و در نتیجه قرارداد آن‌ها را مخالف قانون اعلام کرد (Ibid).

هرگونه تبلیغات و دلالتی معوض تحت هر عنوان اعم از مشاوره، مدیریت بارداری و واسطه‌گری معوض بین والدین متقاضی سفارش‌دهنده و مادر جانشین ممنوع و جرم و مستلزم مجازات حداکثر سه ماه زندان و ۵۰۰۰ پوند جزای نقدی است و واسطه نیز نمی‌تواند دستمزد دریافت کند (Kubiak, 2008: 18 et s). در عمل، اغلب مادر جانشین یا والدین متقاضی به مؤسسه یا آژانس خیرخواهانه مراجعه می‌کنند که این مؤسسه واسطه و مسئول حفظ روابط بین مادر باردار و والدین سفارش‌دهنده است. نشر هرگونه آگهی از سوی مؤسسه ممنوع است و هدفش نباید سودآوری، بلکه باید خیرخواهانه باشد. مادر جانشین نمی‌تواند دستمزد بگیرد، اما می‌تواند هزینه‌های متعارف را دریافت کند.^۱ همچنین، قانون تحت شرایطی پیش‌بینی می‌کند که والدین سفارش‌دهنده می‌توانند از دادگاه تقاضا کنند که بچه را به‌منزله فرزند رسمی‌شان به رسمیت بشناسد. اهم این شرایط عبارت است از: والدین سفارش‌دهنده بالای ۱۸ سال و ازدواج کرده باشند و طفل حداقل حاصل تخمک یا اسپرم یکی از آن‌ها باشد؛ تقاضا ظرف مدت ۶ ماه تقدیم شده باشد؛ حداقل یکی از والدین مقیم بریتانیا باشد؛ اقامتگاه طفل همان

1. Le Sénat, Service des Études juridiques, Études de législation comparée numéro 182, janvier 2008, «La gestation pour autrui» disponible sur: http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182_mono.html#toc19.

اقامتگاه والدین باشد، مادر جانشین، موافقت خود را بعد از ۶ هفته بعد از تولد اعلام کند و در نهایت دادگاه مطمئن شود که به غیر از هزینه‌های متعارف هیچ‌گونه مبلغ دیگری به مادر جانشین پرداخت نشده است. بنابراین، والدین سفارش دهنده می‌توانند والدین قانونی طفل محسوب شوند و شناسنامه طفل به نام آن‌ها شود (Marway, 2012: 173; Ibid).

وظیفه نظارت و قاعده‌مند کردن فعالیت‌های تلقیح و باروری اعم باروری مصنوعی، ذخیره‌سازی اسپرم‌ها و جنین و جستجوی جنین به عهده اداره کمک‌های پزشکی باروری است که تحت نظر دپارتمان سلامتی در وراژت بهداشت بریتانیا فعالیت و اطلاعات و مشاوره‌های مربوطه را به اشخاصی که متقاضی این نوع بارداری اند ارائه می‌کند.^۱

۳.۳. روسیه

روسیه یکی از معدود کشورهایی است که در آن بارداری برای دیگری قانوناً به صورت معوض مجاز است. آگهی تبلیغاتی برای فروش تخمک و اسپرم و بارداری برای دیگری به وفور دیده می‌شود.^۲ در واقع به واسطه اینترنت تجارتی بی‌ضابطه و بی‌قاعده در حال توسعه است. در عمل آژانس‌های مخصوصی مادر کاندیدا را استخدام می‌کنند. مادر جانشین خسارت ماهیانه و دستمزد درخور توجهی دریافت و در مقابل سندی را امضا می‌کند که به موجب آن از حقوق‌اش نسبت به طفل چشم‌پوشی می‌کند و والدین سفارش دهنده را به منزله والدین قانونی طفل به رسمیت می‌شناسد. سن مادر پذیرنده جنین از اهمیت فراوانی برخوردار است؛ معمولاً او باید بین ۲۰ تا ۳۵ سال و قبلاً نیز دارای یک فرزند و از سلامت جسمی و فیزیکی برخوردار باشد. بنابراین، در روسیه تجارت سودآوری در حال توسعه است که تقاضای مادران کاندیدا بیشتر از درخواست والدین سفارش دهنده است.^۳ شایان یادآوری است در اکراین و گرجستان از سال ۱۹۹۷ م. به بعد اهدای تخمک، اسپرم و جنین و بارداری برای دیگری قانوناً مجاز شد، اما به موجب این قانون نمی‌توان مادر باردار را بعد از تولد طفل به تحویل بچه مجبور کرد.^۴

1. Service des études juridiques, «Étude de législation comparée n 182-janvier 2008-La gestation pour autrui», janvier 2008, disponible sur: http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182_mono.html#toc18.

۲. برای مثال در یک آگهی فروش تخمک ۶۰ هزار روبل با ذکر مشخصات فیزیکی و جسمی صاحب تخمک یا دستمزد بارداری به حساب دیگری معادل ۵۰۰ هزار روبل اعلام شد (منبع بعدی).

3. «Le Business russe des mères-porteuses - 12000 euros le bébé» Le Courrier International, Hebdo numéro 1017 disponible sur: www.courrierrinternational.com/article/2010/04/29/12-500-euros-le-bebe.

4. <http://www.eurasianet.org/departments/civilsociety/articles/eav032906.shtml>.

۴. حقوق کشورهای فاقد قانون

در حقوق برخی کشورها، قانونی به‌منظور بارداری برای دیگری یا کمک‌های پزشکی برای درمان ناباروری وجود ندارد، اما در عمل شیوه‌ای وجود دارد که رویه قضایی حسب مورد در جهت تجویز یا منع تصمیم‌گیری کرده است. برای مثال، می‌توان به کشور هند و برخی ایالات در امریکا^۱ و ... اشاره کرد که در اینجا به طور نمونه کشور هند را مطالعه می‌کنیم. در هند قانونی مربوط به بارداری برای دیگری وجود ندارد (Schulz Sandra, 2008: 1)، اما در عمل این روش وجود دارد و کلینیک‌های پزشکی به‌منزله واسطه مادران جانشین را براساس معیار زیبایی، سن، اطاعت و فرمانبرداری و نیازهای مالی و اقتصادی به‌منظور بارداری برای دیگری استخدام می‌کنند. مادر جانشین در صورت شوهرداربودن، باید رضایت شوهر را نیز اخذ کند. او یک قرارداد کار امضا می‌کند و هیچ نسخه‌ای از این قرارداد یا کپی‌اش به وی تحویل نمی‌شود. مزد مادر جانشین به وزن طفل بستگی دارد. او به مدت ۹ ماه به طور جمعی به‌وسیله کلینیک در جایی ساکن می‌شود و متعهد است کلیه دستورات مربوط به تغذیه، تردد و ... را که پزشک یا والدین سفارش‌دهنده به او می‌دهند رعایت کند. او باید در هفته‌های اول تولد بنا به تقاضای والدین سفارش‌دهنده به بچه شیر بدهد و از بچه مراقبت کند. در این مدت مادر هیچ اختیاری در تصمیم‌گیری برای کنترل بچه ندارد (Sharavan, 2010: 2; Ibid). دادگاه‌ها نیز به صورت موردی به دعاوی رسیدگی می‌کنند. برای مثال، در پرونده Manji زوجین ژاپنی به هند آمدند و با خانمی هندی برای باردارشدن قرارداد منعقد کردند، اما بعد از بارداری، زوجین ژاپنی از هم طلاق گرفتند و از پذیرش طفل خودداری کردند و مادر جانشین نیز مسئولیت نگهداری طفل را به‌منزله مادر ژنتیکی رد کرد. در نتیجه یک مشکل در نسب طفل مطرح شد. مادر پدر ژنتیکی (مادر بزرگ پدری ژنتیکی) به هند آمد و خواست طفل را با خود به ژاپن ببرد. مطابق حقوق ژاپن طفل از طریق مادر شناخته نمی‌شود بنابراین، ورود طفل به ژاپن مستلزم اخذ پاسپورت هندی و مطابق حقوق هند پاسپورت بچه به مادرش مربوط بود. در نهایت دیوان عالی هند تقاضای مادر بزرگ پدری ژنتیکی که ژاپنی بود را پذیرفت و تصمیم گرفت برای طفل شناسنامه هندی صادر کند تا او بتواند همراه مادر بزرگ پدری به ژاپن مسافرت کند (Malhotra, 2009: 1).

۱. در ایالات متحده برخی ایالات مثل کالیفرنیا، جنوب، پنسیلوانیا، نیوجرسی، مریلند، ماساچوست و ... در سکوت قانون، رویه قضایی بارداری برای دیگری را مجاز دانسته و برخی دیگر مثل لوئیزیانا رویه قضایی قرارداد بارداری برای دیگری را به رسمیت نشناخته‌اند (Merchant, 2015: 48).

۵. حقوق بین الملل

در سطح بین الملل به تحقیق کنوانسیون خاصی درخصوص موضوع مورد بحث وجود ندارد، اما حقوق دانان به استناد برخی مقررات و کنوانسیون های بین المللی همانند اعلامیه جهانی حقوق بشر^۱، کنوانسیون حقوق بشر اروپایی^۲، مقررات سازمان جهانی بهداشت^۳، فدراسیون بین المللی زایمان و مامایی^۴، کنوانسیون بین المللی حقوق کودک^۵ و ... نظرهای مخالف یا موافق ارائه کردند. برخی به استناد اعلامیه آزادی انسان و منع بردگی و در نتیجه حقوق بشر، بارداری برای دیگری را مخالف شرافت و منزلت انسانی دانسته اند (Agacinski, 2009: 99). این در حالی است که بعضی دیگر به استناد ماده ۸ کنوانسیون حقوق بشر اروپایی که تضمین زندگی خصوصی و خانوادگی را ضروری می دانند، بارداری برای دیگری را مجاز دانسته اند (Kubiak, 2008: 6). سازمان های بین المللی مذکور نیز نسبت به این موضوع نظر یکسانی ندارند. اگرچه سازمان جهانی بهداشت با این روش موافق است، اما فدراسیون بین المللی زایمان و مامایی ضمن بیان نظر مخالف، توسل به این روش بارداری را موجب کاهش ارزش های خانوادگی می داند (Ibid). از لحاظ حقوق کودک متولد از این شیوه بارداری نیز باید اصول مندرج در کنوانسیون بین المللی حقوق کودک همانند بند ۱ ماده ۳ (تضمین منافع کودک از سوی مقامات اداری، اجرایی و قضایی) و مواد ۷ و ۸ (انتخاب نام، تابعیت، هویت شخصی و شناسایی والدین) و ... رعایت شود (Ibid). به طوری که دادگاه حقوق بشر اروپایی در چندین پرونده با رد رویه قضایی برخی کشورهای همانند فرانسه و اتریش و ... رأی بر پذیرش صدور شناسنامه برای اطفال متولد شده از این روش بارداری در خارج براساس تأمین منافع اطفال صادر کرد (Vallereau, 2014: 4; Scotto, 2014: 4). یکی از موضوعاتی که در سطح بین الملل به خصوص در کشورهای منع کننده بارداری برای دیگری در عمل در حال شیوع است بحث مادر جایگزین توریست است که والدین سفارش دهنده برای فرار از مقررات منع کننده و پیدا کردن مادر جانشین به خارج سفر یا برعکس مادران جانشین برای انجام این نوع بارداری به کشور منع کننده مسافرت می کنند (که حمایت دادگاه حقوق بشر اروپایی به شرح ذکر شده می تواند به توسعه این شیوه کمک کند. علاوه بر این، در کشورهایی که این شیوه بارداری

1. Universal Declaration of Human Rights: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>.

2. The European Convention For the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Treaty series No.5, 213 UNTS221 (ECHR): www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.

3. World Health Organization: www.who.int.

4. www.figo.org.

5. Convention on the Rights of the Child: www.unic-ir.org/hr/convenation-child.htm.

ایران در اول اسفند ۱۳۷۲ با تصویب «قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران» این کنوانسیون را پذیرفت.

ممنوع است نوعی تقلب یا فرار نسبت به قانون نیز به حساب می‌آید) (Théry; Leroyer, 2014: 218).

۶. حقوق ایران

در حقوق ایران قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۲۹ تیر ۱۳۸۲ و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۴ اسفند ۱۳۸۳، شرایط اهدای جنین و شرایط زوجین اهداکننده و زوجین متقاضی دریافت جنین اهدایی را پیش‌بینی کرده است. این قانون علاوه بر رعایت ضوابط شرعی، دریافت جنین را به تقاضای مشترک زوجین و صدور مجوز دادگاه با احراز ۶ شرط منوط کرده است که این شرایط عبارت‌اند از: بچه‌دارنشده بودن مطابق گواهی پزشکی و احراز استعداد زوج مبنی بر دریافت جنین، احراز صلاحیت اخلاقی، ایرانی بودن زوجین، عدم حجر و معتادنبودن زوجین و مبتلا نبودن زوجین به بیماری‌های صعب‌العلاج. بنابراین، اگر زوج توان پذیرش جنین به هر دلیلی از قبیل فقدان رحم یا ... را نداشته باشد دیگر نه تنها امکان باروری نیست، بلکه دادگاه مجوز صادر نخواهد کرد، در واقع از دایره شمول قانون خارج است. قانون راجع به شرایط اهداکنندگان ساکت است، اما آیین‌نامه شرایط اهداکنندگان را پیش‌بینی کرده است که مطابق آن اهداکنندگان جنین باید زوج قانونی و شرعی، فاقد بیماری صعب‌العلاج و از لحاظ جسمی، روانی و هوشی به طور متعارف سالم و اعتیاد نداشته باشند. شرایط احراز اهداکنندگان بر خلاف متقاضی دریافت جنین با دادگاه نیست، بلکه به عهده مراکز مجاز درمان ناباروری است. اهدای جنین باید داوطلبانه و رایگان باشد. بنابراین آیین‌نامه، اهدای معوض را نپذیرفته و در مقام بیان نه تنها انعقاد هرگونه قرارداد معوض در تحویل جنین خواه مستقیماً با زوجین متقاضی و خواه به طور غیرمستقیم و با واسطه یک مرکز را تجویز نکرده است، بلکه به صراحت قید کلمه رایگان را آورده است، آن هم تحت شرایط اینکه اهداکنندگان از یک زوج قانونی و شرعی باشند و نه اشخاص متعددی که رابطه زوجیت ندارند. بنابراین، قانون ایران فقط فرضیه انتقال جنین به رحم همسر را تحت شرایط خاصی تجویز کرده و سایر شقوق را نپذیرفته است.

نکته درخور توجه این است که اگر شرایط مقرر قانونی وجود داشته باشد هر چند جنین متعلق به زوجین دیگر است، اما قانون‌گذار در ماده ۳ قانون مذکور برخی از احکام نسب را در خصوص زوجین دریافت‌کننده جنین و فرزندی که نطفه آن به زوجین دیگری تعلق دارد جاری دانسته و در عبارتی نارسا و ناقص اشعار داشته است «وظایف و تکالیف زوجین اهداگیرنده جنین و طفل متولدشده از لحاظ نگهداری، تربیت، نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است». ماده مذکور فقط به ذکر برخی تکالیف اشاره کرده است، اما

به نظر می‌رسد برخی تکالیف دیگر از قبیل انتخاب نام و أخذ شناسنامه و شبیه آن نیز مشمول این ماده خواهد بود، زیرا این نوع تکالیف از مقدمات نگهداری و تربیت طفل به شمار می‌آیند اگرچه می‌توان در برخی دیگر از تکالیف همانند أخذ رضایت از پدر برای ازدواج دختر و ... تشکیک وارد کرد. اما در خصوص وراثت والدین قانونی و طفل، ماده ساکت است و به نظر می‌رسد از نظریات فقها که طفل را از لحاظ وراثت به زوجین صاحبان نطفه ملحق دانسته و از این لحاظ رابطه‌ای برای طفل و والدین دریافت‌کننده جنین به رسمیت نشناخته است (موسوی‌بجنوردی و محمدخانی، ۱۳۹۵: ۶۹ و جبران‌پور، ۱۳۹۳: ۳). در این صورت حقوق کودک تضييع شده است، زیرا عموماً شناسایی والدین واقعی با توجه به محرمانه‌بودن اهدای جنین (مواد ۳ و ۷ آیین‌نامه) نیز امر آسانی نیست و در عمل مشکلاتی را به دنبال خواهد داشت، اگرچه در ماهیت براساس احکام شرعی و قانونی وراثت طفل و زوجین اهداکننده در صورت اثبات غیرممکن نخواهد بود.

بنابراین، همان‌طوری که ملاحظه شد، در حقوق ما، قانون و آیین‌نامه مذکور فقط تحت شرایط خاصی، اهدای جنین را پذیرفته و به سایر شیوه‌های بارداری به‌خصوص اهدای (یا خرید) تخمک و اسپرم از طرف اشخاص متعدد (غیر از زوجین اهداکننده) یا حتی خرید جنین از طرف زوجین و بارداری برای دیگری هیچ اشاره‌ای نداشته و در نتیجه مقرراتی وضع نکرده است، اما در عمل شیوه‌های بارداری غیرطبیعی وجود خارجی دارند. آگهی‌های خیابانی بی‌نام و نشان تحت عنوان «کار با درآمد بالا برای دختران جوان، اهدای تخمک و جنین» با ذکر شماره تماس از خط اعتباری، بیانگر وجود این شیوه‌ها و دلالتی و واسطه‌گری در این خصوص است.^۱ شاید یکی از علل شیوع این شیوه‌های غیرقانونی کنترل‌نکردن و نیازنداشتن أخذ مجوز دادگاه در احراز شرایط زوجین اهداکنندگان جنین است، زیرا آیین‌نامه احراز این‌گونه شرایط را به عهده مراکز باروری گذاشته است (تبصره ماده ۲). در خصوص بارداری برای دیگری باید گفت در عمل بیمارستان‌ها و زایشگاه‌ها، مادر جانشین که طفل را به دنیا می‌آورد مادر قانونی شناسایی می‌کنند و گواهی والدین به نام این مادر و شوهر وی به‌منزله پدر صادر می‌شود و اداره ثبت احوال نیز براساس این گواهی، آن‌ها را والدین طفل به رسمیت می‌شناسد و شناسنامه صادر می‌کند، اگرچه صاحب اسپرم، تخمک یا جنین شخص یا اشخاص دیگر و از لحاظ ژنتیکی متفاوت باشند (گورابی، ۱۳۹۲: ۱). پس مسئله این است که آیا خرید و فروش اسپرم، تخمک، جنین و بارداری برای دیگری در حقوق ما مجاز است؟

۱. جام‌جم آنلاین، ۵ اسفند ۱۳۹۲، همچنین تابناک، ۱۶ اسفند ۱۳۹۳ «خرید و فروش جنین در سایه بی‌توجهی مسئولان»، کد خبر ۵۷۲۹۰۰.

از لحاظ فقهی، نظر واحدی حتی در مواردی که اهدای مجانی است وجود ندارد و دیدگاه‌های متفاوتی با توجه به فروض متعدد بارداری غیرطبیعی، ارائه شده است. موافقان و مخالفان این روش‌ها، هر یک دلایلی بیان کرده‌اند (رضانیا معلم، ۱۳۸۹: ۴۳۳ به بعد و جیران‌پور، ۱۳۹۳: ۳). درخصوص بیع اسپرم و تخمک، مخالفان اساس نظر خود را دلایلی از قبیل نجس بودن اسپرم و تخمک (بیع چیز نجس)، منفعت نداشتن عقلایی و مشروع، عدم مالیت آن یا تعارض مالیت بالفعل با شخصیت بالقوه جنین^۱، همچنین عامل کاهش نکاح و درنهایت اجماع فقها قرار داده و این نوع شیوه‌ها را رد کرده‌اند (همان، ۲۸۵؛ سلیمانی درجه، ۱۳۹۳: ۸۲ به بعد). این در حالی است که موافقان نیز براساس نبود نص صریح و متقن مبنی بر منع و حرمت و در نتیجه جاری شدن اصل برائت در شبهات حکمی، استحکام خانواده در صورت ناباروری یکی از زوجین و در نتیجه جلوگیری از طلاق، نظر بر مباح بودن داده‌اند (همان، ۱۹۶، موسوی‌بجنوردی و محمدخانی، ۱۳۹۵: ۴۷ به بعد). در حقوق موضوعه نیز برخی نویسندگان به افراط می‌روند و با تجویز قرارداد بارداری به حساب دیگری (اجاره رحم) آن را به قرارداد معوض (تجاری) و مجانی (دوستانه و غیرتجاری) تقسیم می‌کنند و درنهایت دریافت هرگونه مبلغ قراردادی از طرف مادر جانشین را مجاز می‌دانند و از طرف دیگر قرارداد معوض را جزو عقود مسامحی تلقی کرده و نتیجه گرفته‌اند «حتی در نوع تجاری آن گرچه مادر جانشین براساس عوض اقدام به این عمل می‌نماید، اما انگیزه‌های عاطفی و اخلاقی نیز در آن بسیار مؤثر است و نمی‌توان آن را عقود معاملی دانست. بنابراین، می‌توان گفت قرارداد رحم جایگزین در گروه عقود مسامحی قرار دارد». برخی به حدی پیش رفتند که قرارداد نمونه اجاره رحم را نیز تهیه و حتی شروطی از جمله شرط داوری را پیش‌بینی کردند (مرتضوی و موسوی‌بیدله، ۱۳۹۳: ۶). همین نویسندگان این نوع قرارداد را از جمله عقود عهدی لازم رضایی تلقی و با رد نوع عقد در قالب عقود اجاره اشیا و انسان، ودیعه، جعاله و صلح آن را نوعی از قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی تلقی کرده‌اند، اگرچه بر صلح بودن آن در صورت تصریح طرفین نیز تأکید داشته‌اند (همان: ۸). این در حالی است که برخی دیگر بیع اسپرم و تخمک را مخالف مصالح نکاح تلقی کرده و تجویز بارداری برای دیگری را موجب و عاملی برای کاهش نکاح و تضعیف خانواده از سوی

۱. برخی محققان مالیت بالفعل جنین را در تعارض با شخصیت بالقوه آن دانسته و نتیجه گرفته‌اند که در این صورت شخصیت بالقوه جنین بر مالیت بالفعل داشتن رجحان دارد که هرگونه شرط استرداد پس از دمیدن روح مخالف با حقوق حاکم بر اشخاص است و نامشروع و محکوم به بطلان است، مگر اینکه منظور غیر از باروری و تولیدمثل باشد. مثلاً برای تحقیقات آزمایشگاهی باشد که در این صورت تابع حقوق اموال و اتلاف آن موجب مطالبه خسارات مالی است. کریمی، عباس و کریمی، سحر (۱۳۸۹). «تعارض بین احکام راجع به مالیت بالفعل و شخصیت بالقوه جنین آزمایشگاهی»، سمینار دو روزه جنین آزمایشگاهی از دیدگاه فقه، حقوق و اخلاق، یادواره زنده‌باد دکتر سعید کاظمی آشتیانی، پژوهشکده رویان.

اشخاص به خصوص دختران جوان دانسته‌اند که آن‌ها به جای نکاح و تشکیل خانواده از خرید اسپرم و کمک‌های پزشکی به سوی مادرشدن پیش می‌روند (رضانیا معلم، ۱۳۸۹: ۲۸۵).

به نظر می‌رسد این شیوه‌ها اعم از بارداری برای دیگری، خرید و فروش اسپرم، تخمک یا جنین در حقوق فعلی ما مجاز نیست، زیرا قانون‌گذار در تصویب قانون اهدای جنین در مقام بیان است و این‌گونه شیوه‌ها و مقررات آن را تجویز و بیان نکرده است و در اهدای جنین نیز شرایط سختگیرانه‌ای برای زوجین دریافت‌کننده جنین همانند قابلیت زوجه در پذیرش جنین، أخذ مجوز دادگاه و ... پیش‌بینی کرده است. بنابراین، بارداری برای دیگری (حتی به صورت مجانی و غیرمعمول) یا خرید و فروش اسپرم، تخمک یا جنین مورد قبول قانون‌گذار ما نیست و در نتیجه ممنوع و غیرمجاز است. حتی اگر از نظر شرعی (بنا بر نظر موافقان) این شیوه‌ها مورد تأیید باشند تجویز چنین روش‌های بارداری در جامعه ما به‌خصوص با نگاه اقتصادی و تجاری تبعات و آثار مخرب اجتماعی، اخلاقی و حقوقی فراوانی به دنبال خواهد داشت که با نظم عمومی و اخلاق حسنه جامعه سازگار نیست و قراردادهای منعقد در این خصوص به همین جهات باطل است.

فقر مالی و بیکاری زنان و دختران جوان می‌تواند موجبی برای سوءاستفاده از آنان از طریق توسل به این‌گونه شیوه‌های بارداری غیرطبیعی شود. به عبارت دیگر، بهره‌برداری و سوءاستفاده از زنان فقیر از طریق خرید تخمک یا بارداری به حساب دیگری یکی از آثار مخرب تجویز شیوه‌های بارداری غیرطبیعی خواهد بود که نمونه آن را نه تنها در کشورهای دیگر دیده‌ایم، بلکه در کشور خودمان نیز به طور غیرمحسوس جاری، ساری و در حال شیوع است^۱ (گورابی، ۱۳۹۲: ۱ و صالحی، ۱۳۹۲: ۱). دلالت و واسطه‌گران تجارت جنین نیز با خرید تخمک و اسپرم به ثمن بخش از نیازمندان مالی و فروش آن با قیمت ده‌ها برابر به متقاضیان جنین (همان) با سوءاستفاده از فقر مالی و بیماری نازایی اقدام به کسب سود سرشاری می‌کنند که این امر نه تنها از لحاظ اخلاقی امری مذموم است، بلکه بر خلاف کرامت انسانی و موجب تنزل مقام و منزلت زنان جامعه است. بارداری به حساب دیگری در اثر فقر نیز نوعی بردگی و برده‌پروری عصر ماست که به کرامت و مقام انسانی مادر نیز خدشه وارد کرده و بر خلاف نظم اجتماعی است. به همین دلیل حتی اشخاصی که در کشور ما با بارداری برای دیگری موافقت و انعقاد قرارداد فی‌مابین والدین سفارش‌دهنده و مادر جانشین را پیشنهاد کردند از لحاظ اخلاقی عنوان خرید و فروش را جایز نمی‌دانند و مبالغ پرداختی یا مقرر را بابت هزینه‌ها به حساب می‌آورند (گورابی، ۱۳۹۲: ۱). اما واقعیت را باید در جمله قاضی امریکایی مبنی بر اینکه بارداری

۱. برای مثال اجاره رحم در عمل در سال ۱۳۹۲ بیش از ۲۲ میلیون دستمزد داشته است. روزنامه جام جم، ۸ آبان ۱۳۹۲.

برای دیگری بدون پول غیرممکن است، دریافت^۱ (Fabre-Magnan, 2013: 97). از لحاظ پزشکی نیز سلامت زن فروشنده تخمک با توجه به درد ناشی از جراحی أخذ تخمک به‌خصوص زمانی که شغل وی شود یا سلامت مادر باردار به حساب دیگری با توجه به تکرار آن همواره در خطر است (صالحی، ۱۳۹۲: ۱). از طرف دیگر، تجویز این شیوه‌های غیرطبیعی در فقدان ضوابط قانونی موجب آثار و مسائل اخلاقی و حقوقی متعدد خواهد بود. از لحاظ اخلاقی کالا به حساب آوردن اعضای بدن و تجویز انعقاد قراردادهای بیع، اجاره و صلح ... راجع به آن‌ها نه تنها مخالف کرامت انسانی و کاهش مقام و منزلت زن و مادر است، بلکه موجب تبعات روحی مخربی برای اعضای خانواده نیز خواهد بود. اگر طفل متولد شده ناشی از این شیوه‌ها، متوجه شود که فرزند معامله‌ای است و وجودش ناشی از خرید و فروش اسپرم و تخمک غیر بوده یا در رحم دیگری اسکان و رشد داشته است، طبیعتاً چنین فرزندی هیچ‌گاه نمی‌تواند از لحاظ روحی، اجتماعی و اخلاقی هویت داشته باشد و در اجتماع رشد کند و به تعالی انسانی برسد. بنابراین، تجویز این شیوه‌ها به هویت و شخصیت انسانی طفل نیز خدشه وارد می‌کند. همچنین، اختلاط در نسب و بی‌هویتی نسل در اجتماع یکی دیگر از آثار تجویز خرید و فروش اسپرم، تخمک و جنین خواهد بود و انتقال اسپرم یا تخمک به وسیله کمک‌های پزشکی به محارم نیز منتفی نخواهد بود و موضوعی است که بحث‌های فراوان فقهی، اخلاقی و حقوقی را در پی خواهد داشت و حتی به لحاظ پزشکی نیز ممکن است به دلیل انتقال بیماری‌های ناقل مشکلاتی را به وجود آورد. نمونه این اختلاط و ازدواج محارم در کشور خارجی نیز عملاً وجود داشته است، به طوری که پزشک مطلع برادر و خواهری را که با لقاح مصنوعی از یک پدر به وجود آمده و خودشان بی‌اطلاع بودند از ازدواج نهی کرده است (ونس، ۱۳۷۰: ۲۷۸ به بعد).

حتی از دیدگاه والدین خریدار یا سفارش‌دهنده نیز این امر طبیعی نخواهد بود. پدر یا مادر سفارش‌دهنده همیشه یک احساس تصنعی و در نتیجه غیرواقعی بودن خواهند داشت (همان: ۲۸۸) و مادر جانشین نیز وضعیت روحی خوبی نخواهد داشت. او مدت ۹ ماه شبانه‌روز و در خواب و بیداری نقش مادر را ایفا می‌کند، سپس بعد از زایمان نقش مادر ندارد و طفل را باید همانند یک کالا به دیگری تحویل دهد. سخنان دفاع‌گونه و تکان‌دهنده خانم وایتهد در پرونده M Baby در دادگاه نیوجرسی مبنی بر اینکه «مردم فکر می‌کنند ما بر سر یک اتومبیل دعوی داریم، در حالی که بچه شیء نیست، بلکه جزئی از وجود من است» (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۲۲۳). نمونه‌های بارزی از این واقعیت در دعاوی مطروحه در کشورهای خارجی به وفور قابل رؤیت‌اند. از لحاظ پزشکی خطر سلامت فرزند ناشی از این‌گونه زایمان با وجود سلامت جنین یا

1. «It is unlikely that surrogacy will survive witho money».

اهدانندگان اسپرم یا تخمک و مادر جانشین نیز وجود دارد (گورابی، ۱۳۹۲: ۱) که این امر مشکلات حقوقی عدیده‌ای را نیز به دنبال خواهد داشت از جمله اینکه سقط در مواردی که جایز است به عهده چه شخص یا اشخاصی است؟ به عهده والدین سفارش دهنده یا مادر جانشین؟ همچنین در صورت خودداری والدین سفارش دهنده از پذیرش طفل به خصوص طفل معلول چه کسی مسئول نگهداری طفل است، نفقه و هزینه‌های طفل به عهده کیست؟ نهایت اینکه طفل انسان است نه کالا تا بحث بر سر انعقاد قرارداد تولید آن یا تهیه مواد اولیه آن باشد و رحم مادر نیز خانه، مغازه، ماشین یا شیء نیست که بحث اجاره آن مطرح باشد. بنابراین، در حقوق ما، تجویز و توسل به سایر روش‌های بارداری غیرطبیعی به غیر از آنچه در قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور و آیین‌نامه اجرایی آن آمده است، صحیح نیست و از لحاظ حقوقی نمی‌تواند مجاز باشد و قراردادهای خرید و فروش تخمک، اسپرم و جنین، همچنین بارداری به حساب دیگری به دلیل تجویز نکردن قانون‌گذار در مقام بیان در قانون نحوه اهدای جنین، همچنین مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه مستنداً به ماده ۹۷۵ ق.م. باطل است.

۷. نتیجه‌گیری

مطالعه تطبیقی نشان داده است که حقوق کشورها در خصوص تجارت یا خرید و فروش تخمک، اسپرم یا جنین و بارداری به حساب دیگری نگاه یکسانی ندارند. در اغلب کشورهای مهم اروپایی همانند فرانسه، سوئیس، آلمان و ... این شیوه‌ها به طور مطلق و در برخی دیگر همانند انگلیس فقط از لحاظ اقتصادی و تجاری منع شده‌اند و در حالت خیرخواهانه غیرمادی مجاز است. اما در معدود کشورهایی همانند هند و روسیه جنبه اقتصادی و تجاری یافته است و هیچ محدودیتی ندارد. در ایالات متحده نیز قوانین ایالات، مقررات متعددی وضع کردند و در اکثر ایالات مجاز است، با این تفاوت که در برخی از آن‌ها به صورت معوض ممنوع است. اما در معدودی از ایالات استفاده از این شیوه‌ها به طور مطلق ممنوع است. در سطح بین‌الملل کنوانسیون خاصی نسبت به این‌گونه بارداری‌های غیرطبیعی وجود ندارد و نویسندگان و سازمان‌های بین‌المللی مرتبط براساس کنوانسیون‌های مربوطه همانند اعلامیه حقوق بشر، کنوانسیون حقوق بشر اروپایی، کنوانسیون بین‌المللی حقوق کودک نیز نظریات مختلفی ارائه دادند. در حقوق ایران قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور و آیین‌نامه اجرایی آن فقط تحت شرایط خاصی اهدای جنین از یک زوج به زوج دیگر را تجویز کرد و سایر شیوه‌های بارداری غیرطبیعی اعم از خرید و فروش اسپرم، تخمک یا جنین، همچنین بارداری برای دیگری را با وجود اینکه در مقام بیان است پیش‌بینی و تجویز نکرده است. حتی اگر از لحاظ

فقهی بتوان نظر برخی فقها مبنی بر جایز بودن این شیوه‌ها را پذیرفت، اما از لحاظ قانونی مجاز نیست و از لحاظ اخلاقی، اجتماعی و پزشکی و در نتیجه حقوقی آثار مخربی به دنبال دارد که نه تنها مخالف کرامت انسانی است، بلکه هویت انسانی و اصالت نسل و نژاد را در اجتماع از بین می‌برد. بنابراین، توسل به این شیوه‌ها و انعقاد هرگونه توافق راجع به آن‌ها بر مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه و باطل است، زیرا نه تنها موجب سوءاستفاده از زنان فقیر است، بلکه از لحاظ پزشکی نیز سلامتی آن‌ها را به خطر می‌اندازد. رویه قضایی در حال حاضر می‌تواند بر اساس مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه در سکوت قوانین با این گونه شیوه‌ها برخورد کند، اما ضرورت دارد قوای سه‌گانه سریعاً در این مقوله وارد شود و با ارائه لایحه یا طرح و تصویب آن به صورت قانون، ضمن منع صریح آن‌ها با پیش‌بینی مجازات با متخلفان، واسطه‌گران و دلالان برخورد جدی کند. همچنین، جامعه پزشکی و نظارتی مربوطه نیز نباید دست روی دست گذارد تا متخلفان و سوداگرانی که با زیرپا گذاشتن اصول اخلاقی و انسانی اقدام به تجارت در این خصوص می‌کنند با شناخت معضل نابرابری از ضعف‌های بشری اعم از احساسی و مالی سوءاستفاده کنند، بلکه باید با برخورد جدی مانع اقدامات غیرقانونی مراکز پزشکی سوءاستفاده‌کننده شوند. برای زوجینی نیز که امکان بارداری ممکن نخواهد بود بهترین گزینه پیشنهادی استفاده از نهاد فرزندخواندگی است که عاری از مشکلات اخلاقی، پزشکی، اجتماعی و حقوقی است. استفاده از این نهاد قانونی نه تنها روشی برای دارا بودن از فرزند سالم با انتخاب جنسیت (پسر یا دختر) بدون مشکلات اخلاقی، اجتماعی و حقوقی است، بلکه هزینه‌ای نیز ندارد و با سرپرستی طفل بی‌پناه فرصت برخورداری آثار معنوی اخروی را به دنبال دارد. همچنین، اگر در عمل نیز ایراداتی به مقررات قانون فرزندخواندگی وجود دارد مراجع ذیصلاح باید نسبت به اصلاح آن اقدام کنند.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. بجای، محمد (۱۳۷۶). «ژنوم انسانی به‌منابۀ میراث مشترک بشریت یا ژنتیک بیم و امید»، ترجمه ابراهیم بیگزاده، مجله کانون وکلا، شماره ۱۱، ۲۶۶-۲۸۰.
۲. جیران‌پور، اسما (۱۳۹۳). «فقه درباره انتقال اسپرم چه می‌گوید»، پایگاه تحلیلی-خبری خانواده و زنان.
۳. راسخ، محمد (۱۳۸۳). «بیوتکنولوژی و انسان، مسائل و دیدگاه‌ها»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۱-۸۱.
۴. رضایا معلم، محمدرضا (۱۳۸۹). «باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق»، بوستان کتاب.
۵. سلیمانی‌درجه، محمد (۱۳۹۳). «رابطه حقوقی انسان با اعضای بدن خود و تبیین آثار مهم آن»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد.
۶. صالحی، زهرا (۱۳۹۲). «سوءاستفاده از زوج‌های در آرزوی فرزند/قرارداد اهدای تخمک و جنین آیا شرعی است».
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹). «توالد بدون عشق»، مجله کانون وکلا، شماره ۴، ۲۱۷-۲۲۶.

۸. کریمی، عباس و کریمی، سحر (۱۳۸۹). «تعارض بین احکام راجع به مالیت بالفعل و شخصیت بالقوه جنین آزمایشگاهی»، سمینار دو روزه جنین آزمایشگاهی از دیدگاه فقه، حقوق و اخلاق یادواره زنده یاد دکتر سعید کاظمی آشتیانی، پژوهشکده رویان.
۹. گورابی، حمید (۱۳۹۲). مصاحبه، خبرگزاری تسنیم، ۴ شهریور، کد خبر ۳۴۰۸۰۲.
۱۰. مرتضوی، عبدالحمید و موسوی، بیدله. «قرارداد رحم جایگزین»، بانک مقالات حقوقی نشر عدالت.
۱۱. مقدمی خمایی، نیلوفر (۱۳۹۱). «بررسی تطبیقی حق جنین بر سلامت در نظام حقوقی ایران و ایالات متحده آمریکا»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق.
۱۲. موسوی بیجنوردی، سیدمحمد و محمدخانی، معصومه (۱۳۹۵). «بررسی وضعیت کودک متولدشده از رحم جایگزین با رویکردی بر نظر امام خمینی»، مثنی، ۷۴-۴۷.
۱۳. ونس، پاکارد (۱۳۷۰). «آدم‌سازان»، ترجمه حسین افشار، چاپ اول، نشر بهیجانی.

(ب) خارجی

14. Agacinski Sylvaine (2009). *Corps en miettes*, Flammarion.
- Brunet Laurence, (2012). «La globalisation internationale de la gestation pour autrui», *Travail, genre et sociétés*, n 28, 199-205.
15. Carry-Grillot Gonague (2015). *Le contrat de gestation pour autrui en droit international des affaires*, Mémoire de Master Droit des affaires international, Université de Dijon.
16. Cook Michael (2011). «American women become surrogates for foreign couples», *Chicago Tribune*, 13 avril, disponible sur le site: <http://articles.chicagotribune.com/2011-04-13/health/ct-newssurrogate-mom-20110413_1_surrogacycenter-for-surrogateparenting-internationalparents>.
17. Courbe Patrick; Gouttenoire Adeline (2013). *Droit de la famille*, Dalloz, 6^e édition.
18. Dontenville. H. (1991). note sur C. Cass., AP, 31 mai 1991, JCP 1991, II, 21752.
19. Fabre-Magnan Muriel (2013). *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, édition Fayard.
20. Gross Martine (2015). «ouvrir l'accès à l'AMP pour les couples de femme?», in *Mariage de même sexe et filiation*, EHESS, 35-38.
21. Kubiak sylwia (2008). *Les aspects juridiques de la gestation pour autrui en droit comparé: international, européen, Pologne, France et Grande-Bretagne*, Mémoire de Master Droit de la santé, Université Paris 8.
22. Malhotra Anil; Malhotra Ranjit, (2009). «Commercial Surrogacy India- Bane or Boon?», *Law Gazette* (publication de la Law Society of Singapore), mars 2009 disponible s: <http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http%3A%2F%2Fwww.lawgazette.com.sg%2F2009-3%2Fregnews.htm>.
23. Marway Herjeet (2012). «La gestation pour autrui commercial: droit et éthique», *Travail, genre et sociétés*, n 28, 173-181.
24. Merchant Jennifer (2012). «Une gestation pour autrui (étique) est possible» *Travail, genre et sociétés*, n 28, 183-189.
25. Merchant Jennifer (2015). «AMP et gestation pour autrui aux États-Unis éléments d'analyse», in *Mariage de même sexe et filiation*, EHESS, 43-47.
26. Neirinck Claire; Gross martine (2014). *Parents-enfants: vers une nouvelle filiation*, Dagmsl Rolf.
27. Roland Henri, Boyer Laurent (1999). *Adage du droit français*, Litec, 4^e éd.
28. Roman Diane (2012). «La gestation pour autrui, un débat féministe», *Travail, genre et sociétés*, n 28, 191-197.
29. Schulz Sandra (2008). «In India, Surrogacy Has Become a Global Business», *Der Spiegel*, 25 septembre, disponible sur: (www.spiegel.de/international/world/0,1518,580209,00.html).
30. Scotto Romain (2014). «La France devra reconnaître les enfants issus d'une mère porteuse», *20 minutes*, 27 juin 2014.
31. Sharavan Sheela (2010). «Transnational commercial surrogacy in india Congrès international féministe, 3, 4 et 5 décembre 2010 à Paris. from a gender perspective».
32. Théry Irène; Leroyer Anne- marie (2014). *Filiation, origines, parentalité*, Odile Jacob.

33. Vallereau Maud (2014). «Mère porteuses: ce que l'arrêt de la CEDH change pour les familles françaises», *metronews*, 27 juin 2014.
www.figo.org.
http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182_mono.html#toc18.
[Legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
www.spiegel.de/international/world/0,1518,580209,00.html.
http://articles.chicagotribune.com/2011-04-13/health/ct-newssurrogate-mom-20110413_1_surrogacycenter-for-surrogateparenting-internationalparents.
<http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http%3A%2F%2Fwww.lawgazette.com.sg%2F2009-3%2Fregnews.htm>.
www.senat.fr/rap/r07-421/r07-42115.html#toc194.
www.assemble-nationale.fr/13/rap-off/1325-tl.asp.
www.larcherche.fr/content/actualite/article?id=25466.
<http://www.20min.ch/ro/news/suisse/story/Peres-legaux-d-un-bebe-ne-d-une-mere-porteuse-15398451>.
www.educaloi.qc.ca/loi/parents/370/.
<http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Johnsonv.Calvert.pdf>.
http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182_mono.html#toc19
<http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http%3A%2F%2Fwww.allbusiness.com%2Flegal%2Ftrial-procedure-decisions-rulings%2F12095255-1.html>.
<http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http%3A%2F%2Fwww.msnbc.msn.com%2Fid%2F5113759>.
<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>.
www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.
www.who.in.

Archive of SID