

**Surrogacy in Comparative law;
With Emphasis on French, Iranian, English and Greek Law**

Elaheh Mohseni¹

Abstract

The surrogacy is one of the artificial reproductive technologies through third party interference, which has raised many legal debates. Studying the law of various countries around the world shows a variety of different legislative approaches in this regard. In this paper, I first categorize legal systems around the world in the field of surrogacy. I then review the laws and regulations of four countries, namely France, Iran, England and Greece, regarding the conditions to access surrogacy as well as its effects on the parenthood of the child born. Each of these countries has adopted a different approach to surrogacy agreements. French legislator has adopted a complete prohibition of surrogacy citing moral problems and protection of the rights of women and children involved in this process. In Iran, despite legal silence, this method of reproduction is widely used given its permission by some high religious authorities and its approval by the courts under particular circumstances. In England, a middle ground approach is chosen: surrogacy agreements are lawful but not enforceable, and a judicial intervention after the birth of the child is required in order to transfer parentage to the intended parents. Greek legislator has allowed these agreements to be concluded and declared them enforceable under certain conditions, by choosing a prior judicial control system for surrogacy agreements. This comparative study allows me to examine various legal mechanisms in detail and the results help us to provide effective suggestions to fill the legal gap in Iran. In my view, the model of ex-ante judicial supervision that is used in Iran for infertility treatment with embryo donation is a good alternative to future provisions regarding reproduction through surrogacy.

1. Ph.D. in Private law, Jean Moulin Lyon III University, Mashhad, Iran.
Email: mohseni.e85@gmail.com

Keywords

Artificial Reproduction, Comparative Law, Infertility, Parenthood, Surrogacy, Surrogate Mother

Please cite this article as: Mohseni E. Surrogacy in Comparative law; with Emphasis on French, Iranian, English and Greek Law. Iran J Med Law 2019; 13(48): 111-136.

بررسی رحم جایگزین در حقوق تطبیقی؛**با تأکید بر حقوق فرانسه، ایران، انگلیس و یونان**الهه محسنی^۱**چکیده**

رحم جایگزین یکی از روش‌های باروری مصنوعی با دخالت فرد ثالث می‌باشد که پرسش‌ها و بحث‌های حقوقی بسیاری را برانگیخته است. موضوع رحم جایگزین در آثار پژوهشگران رشته‌های مختلف علوم انسانی و اجتماعی به ویژه فقه و حقوق مورد مطالعه قرار گرفته است، اما آنچه در این میان بیش از همه مورد غفلت واقع شده، بررسی جامع و کامل حقوق کشورهای خارجی و یافتن چارچوب‌های مختلف قانونی موجود در دنیا در این زمینه می‌باشد. این مقاله سعی دارد این خلأ پژوهشی را تا حد امکان رفع کرده و نمایی کلی و جامع از انواع قانونگذاری در زمینه رحم جایگزین در دنیا ارائه نماید. مطالعه حقوق کشورهای مختلف بیانگر گوناگونی قانونگذاری در این خصوص می‌باشد. در این پژوهش نخست به دسته‌بندی نظام‌های حقوقی دنیا در زمینه باروری با رحم جایگزین می‌پردازیم. در ادامه، قوانین و مقررات چهار کشور فرانسه، ایران، انگلیس و یونان در خصوص شرایط و کیفیت دستیابی به رحم جایگزین و همچنین آثار آن بر نسب طفل متولد از آن مورد بررسی قرار می‌گیرد. هر یک از این کشورها موضع متفاوتی نسبت به قراردادهای رحم جایگزین برگزیده است. مطالعه ساز و کارهای حقوقی گوناگون ما را در جهت ارائه پیشنهادات کارآمد برای رفع نقص قانونی موجود در حقوق داخلی یاری می‌نماید. به نظر نویسنده، در میان روش‌های مختلف قانونگذاری، الگوی نظارت قضایی پیشینی که در درمان ناباروری با اهدای جنین نیز در ایران اجرا می‌گردد، روش مناسبی برای قوانین در حوزه باروری از طریق رحم جایگزین در کشورمان خواهد بود.

واژگان کلیدی

باروری مصنوعی، حقوق تطبیقی، رحم جایگزین، مادر جانشین، ناباروری، نسب

۱. دکترای حقوق خصوصی، دانشگاه ژان مولن لیون ۳ و مدرس دانشگاه، مشهد، ایران.

Email: mohseni.e85@gmail.com

نوع مقاله: پژوهشی تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۷/۵/۱۴ تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۷/۹/۲۷

مقدمه

باروری از طریق رحم جایگزین یکی از روش‌های درمان ناباروری با دخالت فرد ثالث است که در آن زن صاحب رحم می‌پذیرد تا جنین دیگری را در رحم خود پرورش داده و پس از تولد، کودک را به والدین متقاضی تحویل دهد. این روش درمان ناباروری بحث‌های اخلاقی و حقوقی بسیاری را به همراه داشته است و موافقان و مخالفانی را در میان اندیشمندان علم حقوق، اخلاق و ادیان دارد.

ادله موافقان عموماً بر محور اصل آزادی قراردادی، کمک به افزایش تنوع روابط جنسی و باروری در جامعه، و نیز تأمین مصلحت طفل متولد از این روش استوار است. در مقابل، دلایل مخالفان این نوع باروری بیشتر بر ممنوعیت بهره‌کشی از زنان، تجاری‌سازی حیات انسان، تعرض به کرامت و شأن انسانی زنان و کودکان درگیر در این روش و تأمین مصالح عالی کودکان مبتنی است (۱).

بررسی حقوق کشورهای مختلف در این زمینه نیز نمایانگر این گوناگونی و تنوع رویکرد در نظام‌های قانونگذاری دنیا است. به دلیل همین اختلاف نظر موجود میان کشورهای مختلف، هیچ یک از معاهدات و توافق‌نامه‌های بین‌المللی یا اروپایی صراحتاً به موضوع رحم جایگزین و ممنوعیت یا تجویز آن نپرداخته است و تلاش‌های صورت‌گرفته از سوی سازمان کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه (۲) از سال ۲۰۱۶ تاکنون جهت تصویب متنی در خصوص باروری از طریق رحم جایگزین و کودکان متولد از آن به نتیجه نرسیده است (۳).

مسئله رحم جایگزین در فقه اسلامی نیز محل اختلاف علما اسلامی واقع شده است. نزد فقهای اهل سنت، مجمع فقه اسلامی سازمان کنفرانس اسلامی در ششمین نشست خود در شعبان ۱۴۱۰ قمری و نیز مجلس مجمع فقهی اسلامی در مکه مکرمه در سال ۱۴۰۴ قمری کلیه روش‌های باروری مصنوعی با دخالت فرد ثالث از جمله رحم جایگزین (بدون وجود رابطه نکاح میان مادر حامل و شوهر) را ممنوع اعلام کرده است (۴). در میان کشورهای اسلامی، ترکیه و تونس به صراحت رحم جایگزین را ممنوع اعلام نموده و برای افراد متخطی مجازات کیفری پیش‌بینی نموده‌اند. در این میان، ایران از معدود کشورهای اسلامی است که اهدای جنین و گامت و رحم جایگزین در آن قانوناً انجام می‌گیرد. بی‌شک، این امر ریشه در تفاوت‌های موجود در فقه شیعه و اهل سنت دارد.

موضوع رحم جایگزین در آثار پژوهشگران رشته‌های مختلف علوم انسانی و اجتماعی، چون فقه، حقوق، اخلاق، فلسفه، انسان‌شناسی، جامعه‌شناسی و روانشناسی مورد مطالعه قرار گرفته است. فقها و حقوقدانان جنبه‌های مختلف این روش درمان ناباروری را در ایران مورد بحث قرار داده و در آثار خود به تفصیل به آن پرداخته‌اند، اما آنچه در این میان بیش از همه مورد غفلت واقع شده است، بررسی جامع و کامل حقوق کشورهای خارجی و چارچوب‌های مختلف قانونی موجود در دنیا در این زمینه می‌باشد. این مقاله سعی دارد تا این خلأ پژوهشی را تا حد امکان رفع کرده و نمایی کلی و کامل از انواع قانونگذاری در زمینه رحم جایگزین در دنیا از نظر شرایط دستیابی به این روش درمانی و آثار آن بر وضعیت حقوقی طفل متولد ارائه نماید.

این پژوهش با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی و با کمک منابع اصیل و به روز صورت گرفته است. همچنین اطلاعات مورد نیاز در خصوص رویه موجود در ایران از طریق مراجعه حضوری به مراکز درمانی و قضایی و مصاحبه با مسؤولین مربوطه جمع‌آوری شده است.

در ادامه، نخست به بررسی انواع مختلف قانونگذاری در دنیا در خصوص رحم جایگزین و بیان گونه‌های مختلف آن می‌پردازیم. سپس قوانین و مقررات موجود در چهار کشور فرانسه، ایران، انگلیس و یونان را که هر کدام نماینده یکی از انواع قانونگذاری در این حوزه است، به تفصیل مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

مبحث اول: دسته‌بندی نظام‌های حقوقی دنیا در زمینه رحم جایگزین

بررسی حقوق کشورهای مختلف دنیا (قوانین، لوایح و طرح‌های قانونی پیشنهادی، رویه قضایی و حقوقی) در زمینه باروری از طریق رحم جایگزین نشان می‌دهد که حقوق کشورها در این خصوص را می‌توان به دو دسته عمده تقسیم نمود:

۱- برخورداری از قوانین خاص در این زمینه

برخی کشورها قوانین ویژه‌ای در زمینه رحم جایگزین تصویب کرده‌اند. این نظام‌ها خود بر دو گونه‌اند (۵):

۱-۱- جواز قانونی: کشورهایی که قانوناً این عمل را مجاز اعلام کردند، در خصوص نحوه دستیابی به آن و تنظیم آثار این عمل به طرق مختلف عمل نموده‌اند:

۱-۱-۱- نظارت قضایی پیشینی بر قرارداد رحم جایگزین: در این روش زوج یا فرد متقاضی لازم است پیش از انجام عمل رحم جایگزین مجوز دادگاه را کسب نماید. در صورت انجام عمل با رعایت ضوابط قانونی و برابر مجوز دادگاه، نسب کودک متولد الزاماً نسبت به والدین حکمی برقرار می‌گردد: حقوق یونان و افریقای جنوبی.

۱-۱-۲- نظارت پیشینی وکیل دادگستری بر قرارداد رحم جایگزین: در این روش، پیش از انجام عمل رحم جایگزین، نیازی به مداخله دادگاه نیست. در مقابل، طرفین قرارداد، یعنی زوج یا فرد متقاضی و نیز مادر حامل و همسر وی اگر متأهل باشد، باید از مشاوره حقوقی و همراهی یک وکیل دادگستری بهره‌مند گردند. وکیل بر رعایت شرایط و مقررات قانونی توسط طرفین در قرارداد نظارت می‌کند و ایشان را در خصوص آثار حقوقی این قرارداد آگاه می‌سازد. چنین قراردادی معتبر بوده و به موجب آن زوج متقاضی به محض تولد کودک والدین قانونی شناخته می‌شوند. قوانین موجود در ایالت ایلینوی (Illinois) امریکا نمونه این روش به شمار می‌رود.

۱-۱-۳- مدیریت حقوقی پیشینی قراردادهای رحم جایگزین: برخلاف دو روش پیش، در این نوع، نظارت دادگاه یا وکیل دادگستری بر توافقات طرفین و احتمالاً تأیید قرارداد الزامی نیست. با این حال، این به معنی حذف کامل متخصصان حقوق نبوده، بلکه حضور ایشان بیشتر به صورت ارائه مشاوره ضمن مراحل اداری می‌باشد و نه در قالب تکلیف قانونی نظارت و تأیید. نوع تجاری این روش مانند حقوق روسیه و نوع غیر تجاری مانند بلغارستان (البته این روش در لوایح قانونی بلغارستان پیش‌بینی شده است و نه در قوانین معتبر آن. قانون کنونی بلغارستان رحم جایگزین را ممنوع اعلام نموده است).

۱-۱-۴- مداخله قضایی پسینی برای انتقال نسب به زوج متقاضی: در این روش، زوج متقاضی و مادر حامل صرف توافقات طرفینی ضمن تنظیم قرارداد رحم جایگزین اقدام به عمل باروری می‌نمایند. در ادامه، پس از تولد کودک و به منظور انتقال نسب و برقراری آن نسبت به زوج متقاضی نیاز به حکم دادگاه و مداخله قضایی است: حقوق انگلیس و استرالیا.

۱-۱-۵- روش تلفیقی: مداخله حقوقی - اداری پیشینی و مداخله قضایی پسینی: در این روش، زوج متقاضی و مادر حامل مراحل تنظیم قرارداد، انجام عمل انتقال جنین به مادر حامل و دوران بارداری را تحت نظارت و تأیید کمیته اجرایی - اداری ویژه متشکل از متخصصین

مختلف (پزشکی، مذهبی، حقوقی، مددکار اجتماعی) انجام می‌دهند. پس از تولد کودک، زوج متقاضی جهت برقراری نسب کودک نسبت به خود باید از طریق حکم دادگاه اقدام نمایند (۶).

۲-۱- ممنوعیت قانونی: کشورهایی که رحم جایگزین را به صراحت ممنوع اعلام کرده‌اند، بر دو دسته‌اند: دسته نخست صرفاً قرارداد رحم جایگزین را باطل اعلام نموده‌اند بدون پیش‌بینی مجازات کیفری برای این عمل و دسته دوم علاوه بر بطلان، مجازات و ضمانت اجرای کیفری نیز برای افراد درگیر در این عمل پیش‌بینی کرده‌اند. این‌گونه اخیر قانونگذاری خود بر دو قسم است:

۱-۲-۱- تنها کادر پزشکی که اقدام به این عمل نمایند مشمول مجازات کیفری شده و مادر حامل و زوج متقاضی مجازات کیفری ندارند: آلمان (۷).

۲-۲-۱- مجازات کیفری طرفین قرارداد (مادر حامل و زوج یا فرد متقاضی رحم جایگزین) و واسطه‌ها را نیز شامل می‌شود: فرانسه، ایتالیا (۸) و ترکیه (۹).

۲-۲- عدم برخورداری از متن قانونی خاص در این خصوص

این کشورها نیز بر چند دسته‌اند:

۱-۲- وجود دستورالعمل‌های کلینیک‌های درمانی و انجمن‌های حرفه‌ای: هلند.

۲-۲- وجود تصویب‌نامه‌های دولتی / وزارتی برای رحم جایگزین: ژاپن (برای ممنوعیت رحم جایگزین).

۳-۲- به رسمیت‌شناختن یا ممنوعیت قراردادهای رحم جایگزین از طریق رویه قضایی: ایران (برای تجویز عمل).

مبحث دوم: بررسی تفصیلی چهار نظام حقوقی در زمینه رحم جایگزین

در مبحث دوم، به بررسی تفصیلی قوانین و مقررات مربوط به رحم اجاره‌ای در حقوق چهار کشور فرانسه، ایران، انگلیس و یونان می‌پردازیم. هر یک از این کشورها موضع متفاوتی را در برابر قراردادهای رحم جایگزین برگزیده است. از این رو هر کدام نماینده گونه متفاوتی از قانونگذاری (یا عدم قانونگذاری) در خصوص رحم جایگزین به شمار می‌رود. در ادامه چهار کشور یادشده بر اساس نحوه به رسمیت‌شناختن رحم جایگزین مورد بررسی قرار می‌گیرد. نخست فرانسه با ممنوعیت کامل رحم جایگزین به عنوان سخت‌گیرترین قانونگذاری در میان

کشورهای منتخب، سپس ایران با پذیرش رحم جایگزین در رویه عملی و قضایی بدون قانونگذاری صریح (به رسمیت شناختن عملی و نه قانونی صریح)، سپس حقوق انگلیس با جواز قانونی قرارداد رحم جایگزین علی‌رغم عدم اعتبار این قراردادها (به رسمیت شناختن ناقص این نوع باروری) و در نهایت حقوق یونان با جواز قرارداد رحم جایگزین و معتبر دانستن قراردادهای آن (به رسمیت شناختن کامل).

۱- ممنوعیت کامل رحم جایگزین در حقوق فرانسه

قانونگذار فرانسه باروری از طریق رحم جایگزین را به شدت ممنوع اعلام کرده است. در ادامه، نخست قوانین مربوط به دستیابی به این روش باروری و مجازات‌های کیفری آن را مورد مطالعه قرار می‌دهیم و سپس آثار آن بر نسب طفل متولد را بررسی می‌کنیم.

۱-۱- دستیابی به باروری از طریق رحم جایگزین در حقوق فرانسه: عمل رحم جایگزین در سال‌های ۱۹۸۰ در فرانسه بسیار رواج یافته بود و در سکوت قانونی، مراکز و مؤسسات مختلفی برای انجام این عمل و تسهیل ارتباط مادر حامل و زوج‌های متقاضی ایجاد شدند. در برابر رواج این عمل، نخست رویه قضایی این اعمال را ممنوع اعلام کرد و قرارداد رحم جایگزین را باطل اعلام نمود (۱۰). در ادامه قانون اخلاق زیستی ۱۹۹۴ با افزودن ماده ۷-۱۶ به قانون مدنی رویه قضایی موجود را تأیید نمود. به موجب این ماده «هرگونه قراردادی که در خصوص تولید مثل یا بارداری برای دیگری منعقد گردد، باطل است.» ممنوعیت این ماده همه قراردادهای رحم جایگزین چه در قالب عقد بلاعوض و چه معاوضی را شامل می‌شود (۱۱).

همچنین این عمل در حقوق فرانسه برای طرفین قرارداد، واسطه‌ها و شریکانشان مجازات کیفری در پی دارد. برابر بند نخست ماده ۱۲-۲۲۷ قانون جزای فرانسه: «عمل تحریک والدین یا یکی از ایشان به رهاکردن کودک متولدشده یا [جنین] در رحم چه به صورت انتفاعی، چه از طریق هبه، وعده، تهدید یا سوء استفاده از جایگاه و اختیارات، مجازات ۶ ماه حبس و ۷۵۰۰ یورو جریمه نقدی را در پی دارد.» به موجب بند سوم همین ماده، عمل میانجی‌گری میان یک فرد یا زوج مایل به دریافت فرزند و زنی که پذیرفته است فرزند را در رحم خود پرورش دهد و پس از ولادت به ایشان تحویل نماید، به مجازات یک سال حبس و جریمه نقدی ۱۵۰۰۰ یورو محکوم است، چنانچه این اعمال به طور معمول (و تکرارشونده) یا به طور انتفاعی صورت گیرد، مجازات‌ها دو برابر می‌شود.

به علاوه، چنانچه به نادرست فردی غیر از زنی که طفل را زاییده است، در گواهی ولادت قید گردد، اعلام خلاف واقع زایمان محسوب شده و برای مادر حامل واقعی و زنی که تظاهر به زایمان نموده مجازات کیفری در پی خواهد داشت (ماده ۱۳-۲۲۷ قانون جزا) (۱۲).

۱-۲- نسب کودک متولد از رحم جایگزین در حقوق فرانسه: در اینجا لازم است میان کودک متولد از رحم جایگزین در داخل فرانسه و کودک متولد در خارج فرانسه تفکیک قائل شویم. در ادامه، احکام هر یک به طور جداگانه بررسی می‌شود.

۱-۲-۱- برقراری نسب کودک متولد از رحم جایگزین در فرانسه: با توجه به ممنوعیت قرارداد رحم جایگزین در حقوق فرانسه و بطلان چنین قراردادهایی، هیچ‌گونه قوانین ویژه‌ای در خصوص آثار این عمل بر نسب طفل متولد از آن در حقوق فرانسه وجود ندارد. از این رو، قواعد عمومی نسب در این زمینه لازم‌الاجراست.

در خصوص نسب مادری، حقوق فرانسه پیرو اصل سنتی و قدیمی حقوق روم مبنی بر «مادر همواره معلوم (مسلم) است (۱۳)» می‌باشد. برابر این اصل، نسب مادری از آن زنی است که طفل را زاییده است و این اصل در کلیه روش‌های باروری طبیعی و مصنوعی اصل اساسی در برقراری نسب مادری محسوب می‌گردد. به این ترتیب، نسب مادری حامل با قیدشدن نام وی در گواهی ولادت برقرار می‌گردد (ماده ۲۵-۳۱۱ ق.م.ف) (۱۴). گفتنی است که در حقوق فرانسه این امکان برای مادر وجود دارد تا در زمان زایمان درخواست دهد هویتش ناشناس باقی بماند. در این صورت، نام وی در گواهی ولادت قید نمی‌شود و نسب مادری برقرار نمی‌گردد (ماده ۳۲۶ ق.م.ف).

به این ترتیب، زوجه متقاضی رحم جایگزین از هرگونه جایگاه مادری و نسب قانونی بی‌نصیب خواهد بود، حتی اگر نطفه طفل با استفاده از تخمک وی منعقد شده باشد (۱۵). وی به هیچ طریق نمی‌تواند برای برقراری نسب طفل به سود خود اقدام نماید، نه از طریق اقرار به نسب، نه از طریق داشتن وضعیت والد (تصرف مدنی والد) (Possession d'état) و نه از طریق فرزندخواندگی. نسب برقرار شده از طریق اقرار به نسب می‌تواند به دلیل تقلب در قانون مورد اعتراض دادستان قرار گیرد. برقراری نسب مادری از طریق تصرف مدنی نیز به دلیل کیفیت باروری غیر ممکن است (ماده ۲-۳۱۱ ق.م.ف) (۱۶).

در خصوص نسب پدری کودک، چنانچه نسب مادری مادر حامل برقرار گردد و وی در عقد ازدواج مرد دیگری باشد، نسب پدری نسبت به او برابر اماره پدر بودن برقرار می‌گردد. با این همه، این نسب پدری قابل اعتراض است و با اثبات این‌که وی پدر بیولوژیک طفل نیست می‌توان دعوای نفی نسب اقامه کرده و نسب را باطل نمود (ماده ۳۳۲ ق.م.ف). ماده ۱۱-۱۶ قانون مدنی فرانسه، نتیجه آزمایش ژنتیک را در امور مدنی تنها جهت اثبات یا نفی نسب حجت و معتبر می‌داند.

در صورتی که نسب مادری مادر حامل برقرار نگردد یا وی در ازدواج مردی نباشد، نسب پدری مرد متقاضی رحم جایگزین از طریق اقرار، تصرف وضع مدنی والد یا از طریق طرح دعوای اثبات نسب قابل برقراری است، اما این نسب از آنجا که طفل متولد از قرارداد رحم جایگزین است، صرفاً به دلیل تقلب در قانون توسط دادستان قابل اعتراض می‌باشد و دادستان برای این منظور، نیازی به اثبات این امر که مرد نام‌برده پدر بیولوژیک طفل نیست، ندارد (۱۷). به این ترتیب، نسب پدری مرد متقاضی رحم جایگزین در فرانسه قابل برقراری توسط مراجع فرانسوی نیست.

با توجه به ممنوعیت و سخت‌گیری‌های موجود در حقوق فرانسه در این خصوص، زوج‌های فرانسوی به کشورهای دیگر که در آن‌ها قرارداد رحم اجاره‌ای قانونی است، سفر کرده و گردشگری باروری در این خصوص بسیار رواج یافته است. اما ایشان در بازگشت به فرانسه نیز با مشکلات بسیاری در خصوص نسب طفل متولد از این راه رو به رو هستند.

۱-۲-۲- رونویسی گواهی ولادت صادره در خارج فرانسه در دفاتر ثبت احوال فرانسوی: در مورد کودک متولد از رحم جایگزین در خارج فرانسه، رویه قضایی (دیوان عالی) فرانسه از رونویسی اسناد هویتی (احوال مدنی) تنظیمی در خارج فرانسه در دفاتر ثبت احوال فرانسوی نخست به دلیل مخالفت با نظم عمومی (۱۸) و سپس بر پایه تقلب در قانون خودداری می‌نمود (۱۹). این موضع تند دیوان عالی فرانسه، موجب شد دادگاه اروپایی حقوق بشر فرانسه را در دو رأی مورخ ۲۶ ژوئن ۲۰۱۴ (۲۰) محکوم نموده و این موضع را مخالف منافع و مصلحت کودک تشخیص دهد. در پی محکومیت فرانسه توسط دادگاه اروپایی، رویه قضایی فرانسه تغییر کرد و در آرای که دیوان عالی در ادامه صادر نمود، رونویسی نسب پدری مرد متقاضی رحم جایگزین که پدر بیولوژیک طفل باشد، مورد پذیرش قرار گرفت (۲۱). این تغییر رویه، اما تنها شامل

نسب پدری است و نسب مادری مادر حکمی را شامل نمی‌گردد (۲۲). با این حال، به تازگی رویه قضایی فرانسه برقراری نسب مادری طفل نسبت به مادر حکمی را از طریق فرزندخواندگی ساده یا کامل مشروط به آنکه به مصلحت طفل بوده و شرایط قانونی مقرر در ماده ۱-۳۴۵ ق.م.ف. احراز گردد، تجویز نموده است. این تغییر رویه قضایی در پی محکومیت فرانسه از سوی دادگاه اروپایی حقوق بشر و توسط آرای صادره از دیوان عالی فرانسه در تاریخ ۵ ژوئیه ۲۰۱۷ صورت گرفت.

۲- رواج قراردادهای رحم جایگزین در سکوت قانون در حقوق ایران

در حقوق ایران، قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲ تنها متن قانونی است که تاکنون در خصوص روش‌های مختلف باروری مصنوعی به تصویب رسیده است. این قانون و آیین‌نامه اجرایی آن درمورد باروری از طریق رحم جایگزین سکوت کرده است. به این ترتیب، هیچ متن قانونی خاص یا رأی دیوان در خصوص این روش باروری در حقوق ایران وجود ندارد. در ادامه به بررسی شرایط دستیابی به این نوع باروری در ایران و آثار آن بر نسب طفل با تأکید بر رویه عملی در مراکز درمانی، دادگاه‌ها و مراجع اداری می‌پردازیم.

۱-۲- شرایط دستیابی به باروری از طریق رحم جایگزین در حقوق ایران: مشروعیت درمان ناباروری از طریق رحم جایگزین و اعتبار قرارداد رحم جایگزین به تفصیل توسط فقها و حقوقدانان ایران مورد بحث واقع شده و آرای گوناگون از سوی ایشان ابراز شده است. برابر نظر مشهور، انجام باروری از طریق کاشت و پرورش جنین حاصل از گامت زوجین متقاضی در رحم مادر حامل جایز است، به ویژه چنانچه در زمان انتقال جنین زن حامل در عقد ازدواج صاحب اسپرم باشد. با توجه به تجویز دکتربین، قراردادهای رحم جایگزین در عمل به استناد مواد ۱۰ و ۵۱۲ ق.م.تنظیم و در قالب عقد اجاره یا غیر آن منعقد می‌گردد (۲۳).

با توجه به سکوت قانون، در ایران رویه یکسانی برای دستیابی به درمان ناباروری از طریق رحم جایگزین برای زوجین درخواست‌کننده وجود ندارد و این رویه از شهری به شهر دیگر یا حتی از مرکز درمان ناباروری به مرکز دیگر در شهر و حوزه قضایی واحد متفاوت است. با توجه به مصاحبه‌ها و پژوهش‌های انجام‌شده توسط نویسندگان با مراکز درمان ناباروری، پزشکی قانونی، سازمان ثبت احوال و دادگاه‌های خانواده شهرهای مختلف در سال‌های ۱۳۹۶ و ۱۳۹۷، در مجموع دو رویه عمده در این زمینه در ایران وجود دارد:

۱-۱-۲- رویه قضایی از طریق مجوز دادگاه: در این روش، همچون مورد اهدای جنین، زوج متقاضی درمان باید پیش از انجام باروری، با تقدیم درخواست به دادگاه خانواده، مجوز لازم را از دادگاه کسب نماید. مشهد، یزد و اصفهان از جمله شهرهایی هستند که این رویه در دادگاه و پزشکی قانونی آن‌ها وجود دارد.

در این موارد، دادگاه پس از احراز آنکه زوج قادر به بارداری و حمل جنین نمی‌باشد و تشخیص صلاحیت زوج متقاضی، مجوز را صادر می‌نماید. به این منظور، پرونده جهت بررسی کارشناسی در خصوص صلاحیت زوج درخواست‌کننده به پزشکی قانونی ارجاع داده می‌شود. بررسی‌های صورت‌گرفته توسط پزشکی قانونی عموماً مشابه پرونده‌های درخواست اهدای جنین می‌باشد (مشاوره و مصاحبه روان‌پزشکی، معاینات بیماری‌های داخلی، آزمایش اعتیاد) با این حال، گاه تفاوت‌هایی در برخی جزئیات میان رویه موجود در شهرهای مختلف وجود دارد. به عنوان نمونه، پزشکی قانونی خراسان رضوی تنها صلاحیت و سلامت جسمی و روانی زوج متقاضی را مورد بررسی قرار می‌دهد. حال آنکه، در پزشکی قانونی یزد، مادر حامل نیز از نظر سلامت و صلاحیت مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱-۲- رویه غیر قضایی: در این روش، زوجین درخواست‌کننده بدون نیاز به حکم دادگاه، از طریق مرکز درمان ناباروری اقدام به انجام عمل رحم جایگزین می‌نمایند. پس از انجام آزمایش و بررسی‌های پزشکی لازم توسط مرکز درمانی و یافتن مادر حامل دارای شرایط لازم، قرارداد رحم جایگزین در دفاتر اسناد رسمی با توافق طرفین منعقد می‌گردد.

بررسی‌های میدانی انجام‌شده توسط نویسنده این پژوهش از طریق مراجعه حضوری به دادگاه‌های خانواده و مصاحبه با پزشکی قانونی شهرهای مختلف حاکی از آن است که در شهر تهران و قم درخواست رحم جایگزین تنها از طریق رویه غیر قضایی صورت می‌گیرد. این روش همچنین در برخی مراکز درمان ناباروری در برخی شهرستان‌های ایران رواج دارد. به عنوان نمونه مرکز درمان ناباروری حضرت مریم ساری و مرکز باروری و ناباروری اصفهان بدون نیاز به مجوز دادگاه خدمات مربوط به رحم جایگزین را به متقاضیان ارائه می‌دهند.

در این روش، با توجه به خلأ قانونی موجود، مراکز درمان ناباروری در خصوص شرایط دستیابی به رحم جایگزین برای زوج متقاضی و مادر جایگزین مطابق دستورالعمل‌های داخلی خود عمل نموده که عموماً توسط هیأت و کمیته‌ای میان‌رشته‌ای (حقوقی، فقهی، پزشکی،

روانشناسی) تنظیم و تدوین شده‌اند. به این ترتیب، هر یک از مراکز درمانی شرایط ویژه‌ای را برای مادر حامل و زوج متقاضی مقرر می‌دارند. از جمله شرایط موجود برای مادر حامل می‌توان از موارد زیر نام برد: دارا بودن شرط سنی (حداکثر حدود ۳۵-۳۰ سال)، سابقه بارداری موفق، متأهل، مطلقه یا بیوه‌بودن (زنان مجرد نمی‌توانند داوطلب مادر حامل شوند) (مصاحبه تلفنی با چند مرکز درمان ناباروری، شهریورماه ۱۳۹۶).

۲-۲- نسب کودک متولد از رحم جایگزین در حقوق ایران: مسأله نسب کودکان

متولد از رحم جایگزین در متون قانونی مسکوت مانده است. از این رو باید به قواعد عمومی نسب و آرای فقها و حقوقدانان در این خصوص مراجعه نمود (اصل ۱۶۷ ق.ا).

قانونگذار در قانون مدنی در مواد مربوط به نسب، تعریفی از واژه «مادر» و «پدر» ارائه نکرده است، اما با استفاده از مواد ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و ۱۱۶۰ ق.م. باید گفت مادر، زنی است که طی واقعه زایمان نوزادی از وی متولد شده است و همسر قانونی وی پدر کودک محسوب می‌گردد (۲۴). همچنین مطابق ماده ۱۹ قانون ثبت احوال، ماما یا پزشکی که در امر زایمان دخیل است، باید گواهی ولادت را به نام و نام خانوادگی مادر (بانوی زایمان‌کننده) به اداره ثبت احوال اعلام کند. بنابراین پزشک یا گروه پزشکی نمی‌تواند گواهی ولادت را که بعداً مستند تنظیم سند رسمی ولادت (شناسنامه) قرار می‌گیرد، به نام شخصی جز بانوی زایمان‌کننده صادر نماید. با این وجود، در عمل اجرای این قواعد در خصوص کودکان متولد از رحم جایگزین دستخوش تغییر می‌شوند.

در ادامه نخست به تشریح رویه عملی در خصوص صدور شناسنامه کودکان متولد از رحم جایگزین و سپس دعاوی مطروحه در خصوص نسب این کودکان می‌پردازیم.

۱-۲-۲- کیفیت تنظیم شناسنامه نوزادان متولد از رحم جایگزین: نظر به سکوت قانون در خصوص درمان ناباروری از طریق رحم جایگزین، نحوه تنظیم شناسنامه کودکان متولد از این روش رویه واحدی در مراکز و مراجع مربوطه در ایران ندارد. با توجه به نحوه دستیابی و انجام رحم جایگزین، دو روش عمده در این خصوص وجود دارد: اول، در رحم جایگزین از طریق حکم دادگاه، گواهی ولادت، برابر قانون، به نام مادر حامل تنظیم می‌شود، اما در ادامه، زوج متقاضی که والدین ژنتیک کودک نیز هستند، با مراجعه به اداره ثبت احوال و ارائه مجوز دادگاه درخواست تنظیم شناسنامه به نام خود را می‌نمایند. اداره ثبت احوال شناسنامه را به نام افراد

مذکور در حکم دادگاه تنظیم و صادر می‌نماید. این رویه در اداره ثبت احوال خراسان رضوی، اصفهان و یزد جریان دارد (مصاحبه تلفنی با اداره کل ثبت احوال استان خراسان رضوی، مرداد ۱۳۹۶ ش.). در این موارد، در خصوص نحوه باروری (از طریق رحم جایگزین) هیچ اطلاعاتی در شناسنامه قید نمی‌شود و از این نظر با شناسنامه کودکان متولد از باروری طبیعی تفاوتی ندارد. با این حال، تمامی اطلاعات مربوط به حکم دادگاه در دفاتر و اسناد اصلی ثبت احوال قید می‌شود که این اسناد محرمانه است (ماده ۳۴ قانون ثبت احوال)؛ دوم، در رحم اجاره‌ای از طریق غیر قضایی، عموماً، با همکاری مراکز درمان ناباروری، از طریق اعلام دروغین در خصوص هویت مادر حامل اقدام می‌شود. به این ترتیب، نام مادر حکمی به جای مادر حامل در گواهی ولادت قید می‌گردد. این گواهی مبنای صدور شناسنامه به نام مادر حکمی و همسر وی قرار می‌گیرد. با این وجود، این عمل از مصادیق جعل هویت است و می‌تواند عواقب و مشکلات دیگری را به وجود آورد.

۲-۲-۲- دعاوی مربوط به نسب کودکان متولد از رحم جایگزین: در بیشتر موارد، قرارداد رحم جایگزین در عمل طبق توافق طرفین پیش رفته و مشکل حقوقی خاصی به همراه ندارد، اما گاه اتفاق می‌افتد که مادر جایگزین تصمیم به نگهداری از طفل و تخلف از قرارداد رحم جایگزین می‌نماید. در خصوص دعاوی مربوط به نسب طفل متولد از رحم جایگزین، تاکنون هیچ متن قانونی یا رأی دیوان عالی به طور خاص تعیین تکلیف ننموده است. در این موارد، باید میان دو فرض زیر تفکیک قایل شد: اول، زمانی که مادر جایگزین مادر ژنتیک کودک نیز باشد، در این صورت، مادر حامل مادر قانونی طفل خواهد بود و هر گونه قرارداد جهت انتقال نسب مادری به زن دیگری باطل است. در این خصوص می‌توان به پرونده‌ای که متعلق به حدود سال ۱۳۸۵ می‌باشد، اشاره کرد. برابر این پرونده، خانمی توسط مرکز درمان ناباروری به زوج متقاضی رحم اجاره‌ای به عنوان متقاضی مادر جایگزین معرفی شده است. وی مطلقه و دارای ۳ فرزند بوده است که به دلیل عدم توان مالی فرزندان خود را رها کرده بود. قراردادی میان زوج متقاضی و مادر حامل تنظیم می‌گردد که برابر مندرجات قرارداد، طرفین توافق کردند که تخمک و رحم هر دو از آن مادر جایگزین باشد، اما در پایان او ملزم به تحویل کودک به زوج متقاضی باشد. پس از تولد فرزند، مادر حامل مدعی می‌شود که فرزند حاصل فرزند ژنتیکی اوست و دعوایی در دادگاه اقامه می‌نماید با خواسته اثبات نسب مادری کودک به سود خود و

گرفتن حضانت طفل. مادر حامل همچنین ادعا نمود که با شوهر متقاضی رابطه زناشویی داشته است. در ادامه دادگاه دستور انجام آزمایش ژنتیک را می‌دهد که برابر آن معلوم می‌گردد مادر ژنتیکی کودک همان مادر حامل بوده است. از این رو دادگاه در نهایت به استناد نتیجه آزمایش ژنتیک و مفاد قرارداد تنظیمی، حکم به برقراری نسب شرعی طفل نسبت به مادر بیولوژیکی (اجاره‌دهنده رحم و اهداکننده تخمک) صادر نمود (شعبه ۲۶۶ مجتمع خانواده ونک تهران مورخ حدود سال ۱۳۸۵ ش.؛ دوم، زمانی که مادر حامل غیر از صاحب تخمک است. در اینجا نیز لازم است تفکیک قائل شویم میان زمانی که زوج متقاضی رحم جایگزین والدین ژنتیک بوده‌اند یا زمانی که باروری با گامت اهدایی ثالث‌دهنده صورت گرفته است. در مورد نخست، با توجه به رأی مشهور فقهای شیعه، نسب نسبت به زوج متقاضی صاحب گامت برقرار می‌شود (۲۵)، اما در صورت دوم، مسأله پیچیده‌تر است. در این خصوص می‌توان به پرونده‌ای متعلق به سال ۱۳۹۲ اشاره نمود: در این پرونده، به درخواست زوج نابارور متقاضی فرزند، جنین اهدایی از زوج ناشناسی به رحم زن متقاضی حمل (مادر جانشین) منتقل شده و دو فرزند پسر به این ترتیب متولد شده‌اند. در ادامه، زوجین نابارور از دادگاه درخواست صدور شناسنامه کودکان به نام خود را دادند. دادگاه بدوی به دلیل آنکه اهدای جنین بدون رعایت شرایط و تشریفات قانونی انجام شده، درخواست را رد نمود و دستور برقراری نسب مادری کودکان متولدشده به سود مادر جانشین را داده است. در ادامه، دادگاه تجدید نظر نیز حکم دادگاه بدوی را تأیید نمود (شعبه ۴۹ دادگاه تجدید نظر استان تهران، ش. رأی نهایی ۱۳۴۶۰۱۳۴۶۰۲۲۵۰۹۹۷۰۹۳۰ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۲۸) (۲۶). به این ترتیب، دادگاه رابطه بیولوژیک مادر حامل با کودکان را که بر اثر بارداری برقرار شده، ملاک برقراری نسب مادری ایشان قرار داده و هیچ جایگاهی برای اراده طرفین قرارداد در برقراری نسب قائل نشده است.

۳- قرارداد رحم جایگزین: جایز ولی فاقد اعتبار در حقوق انگلیس

انگلیس از قوانین نسبتاً لیبرالی در خصوص رحم جایگزین برخوردار بوده و مورد توجه و ارجاع حقوقدانان و قانونگذاران دنیا قرار دارد. در ادامه، نخست به بررسی شرایط دستیابی به باروری با رحم جایگزین سپس به آثار آن بر نسب کودک متولد از آن می‌پردازیم.

۳-۱- شرایط دستیابی به باروری از طریق رحم جایگزین در حقوق انگلیس: شرایط

و آثار باروری از طریق رحم جایگزین در حقوق انگلیس توسط قوانین متعددی پیش‌بینی شده

است: نخست قانون رحم جایگزین سال ۱۹۸۵ (Surrogacy Act) در این خصوص تصویب شد که در تمام کشور بریتانیا لازم‌الاجرا است. این مقررات توسط قوانین بعدی چون قانون کودکان (Children Act) ۱۹۸۹ و نیز قانون باروری و جنین‌شناسی انسانی ۱۹۹۰ و ۲۰۰۸ اصلاح و تکمیل شدند.

برابر قوانین یادشده، انجام عمل رحم جایگزین در هر شکل آن، با تخمک مادر حامل یا غیر او، آزاد است و هیچ مجازات کیفری برای طرفین در پی ندارد. در حقوق انگلیس هیچ گونه نظارت پیشینی بر قراردادهای رحم جایگزین وجود ندارد و طرفین کاملاً در تنظیم قرارداد و شروط آن آزادند. با این حال، دستیابی آزاد به عمل رحم جایگزین به معنی لازم‌الاجرا بودن قرارداد رحم اجاره‌ای و برقراری خود به خود نسب فرزند نسبت به زوج متقاضی نیست، بلکه برابر قانون، به منظور انتقال نسب به زوج متقاضی پس از ولادت کودک نیاز به مداخله و حکم دادگاه می‌باشد.

مراکز درمانی پیش از انجام عمل انتقال اسپرم یا جنین به مادر جایگزین، وجود شرایطی را در وی از نظر سلامت جسمی و روانی بررسی و احراز می‌کنند، از جمله آنکه وی نباید بیش از ۳۵ سال سن داشته باشد و لازم است سابقه یک زایمان موفق داشته باشد. همچنین مراکز درمانی ملزم به اطلاع‌رسانی کافی و کامل به طرفین توافق در خصوص آثار حقوقی عمل و تأثیر آن بر کودک متولد از آن یا فرزندان دیگر موجود در خانواده هستند (۲۷).

هم‌چنانکه گفته شد، انعقاد قرارداد رحم جایگزین در حقوق انگلیس جایز است، اما این قرارداد لازم‌الاجرا نیست. برابر ماده ۱ الف قانون ۱۹۹۰، «قرارداد رحم جایگزین له یا علیه هیچ یک از طرفین قرارداد لازم‌الاجرا نیست.» به این ترتیب، اگر مادر جایگزین تصمیم خود را تغییر داده و بخواهد طفل را پس از ولادت نزد خود نگه دارد و از تحویل او به زوج متقاضی سرباز زند یا اگر زوج متقاضی از پرداخت مبلغ مورد توافق پس از انجام مفاد قرارداد سرباز زند، برای هیچ یک از طرفین امکان پیگرد قضایی دیگری وجود نخواهد داشت. با این حال، اکثر قراردادهای رحم جایگزین در عمل بدون مشکل پیش رفته و طرفین به تعهدات خود برابر قرارداد عمل می‌کنند.

به این ترتیب، قانونگذار بریتانیا راهی میانه را در این رابطه برگزیده است: نه کاملاً عمل رحم جایگزین را ممنوع اعلام کرده و نه دستیابی به آن را تسهیل و به کلی آزاد اعلام نموده

است، زیرا ممنوع کردن کامل آن باعث پیدایش قراردادهای پنهانی و خارج از چارچوب قانون و یا سفر اتباع انگلیس به خارج از کشور می‌شود که خود موجب به خطر انداختن طرفین قرارداد می‌گردد. به رسمیت شناختن کامل آن هم باعث تشویق مردم به این عمل می‌شود، عملی که تردید و پرسش‌های اخلاقی فراوانی در مورد آن وجود دارد، اما از مهم‌ترین انتقادات وارد بر این نوع قانونگذاری، نبود امنیت حقوقی برای طرفین قرارداد به ویژه زوج متقاضی، امکان سوء استفاده از این ابهام قانونی برای هر دوی طرفین و در نتیجه، تحمیل آسیب‌های بسیار به کودک می‌تواند باشد.

۱-۱-۳- ممنوعیت تبلیغ: ماده ۲ قانون ۱۹۸۵ مقرر می‌داشت که فعالیت تجاری در حوزه رحم جایگزین جهت اقدام به آن یا مذاکره در خصوص تنظیم قرارداد ممنوع است. برابر ماده ۳ این قانون، تبلیغ یا انتشار تجاری تبلیغات مجازات کیفری دارد. ممنوعیت فعالیت تجاری در حوزه رحم جایگزین در عمل موجب کاهش و محدودسازی دسترسی به مشاوره حرفه‌ای مناسب و کافی به ویژه توصیه‌های حقوقی شد. بی‌اطلاعی طرفین قرارداد از آثار و نتایج حقوقی این روش درمانی موجب شد برخی افراد قراردادهای پیچیده و نامناسبی را منعقد نمایند که مشکلات حقوقی بسیاری در پی داشت. از این رو قانون ۱۹۸۵ در این خصوص توسط قانون ۲۰۰۸ اصلاح گردید و از آن پس نهادها و مراکز غیر انتفاعی اجازه فعالیت را در این حوزه با دریافت مبالغ معمول و منطقی برای جبران هزینه‌های مربوطه یافتند (۲۸).

۲-۳- نسب کودک متولد از رحم جایگزین در حقوق انگلیس: در حقوق انگلیس قرارداد رحم جایگزین لازم‌الاجرا نیست، بلکه نسب طفل مشمول قواعد مقرر در قانون ۲۰۰۸ می‌باشد که بر اساس مورد و نحوه تلقیح و باروری می‌تواند متفاوت باشد. در ادامه نخست به تشریح قواعد ابتدایی واگذاری نسب به محض تولد کودک می‌پردازیم، سپس قواعد انتقال پسینی نسب بررسی می‌گردد.

۱-۲-۳- والدین قانونی کودک به محض تولد: قانون رحم جایگزین ۱۹۸۵ صرفاً قراردادهای رحم جایگزین را فاقد اعتبار اعلام نموده و در خصوص نسب طفل متولد هیچ مقررات خاصی پیش‌بینی نکرده است. این امر مهم در قوانین بعدی، یعنی قانون باروری و جنین‌شناسی انسانی سال ۱۹۹۰ و ۲۰۰۸ پیش‌بینی گردید. قانونگذار انگلیس در این قوانین سعی نمود راه میانه‌ای در این خصوص برگزیند تا ضمن حمایت از مادر جایگزین و کودک متولد، چارچوبی جهت

تأمین جایگاه والدینی زوج متقاضی نیز در شرایطی که طرفین به تعهدات نخستین خود پایبند بمانند، فراهم آورد (۲۹).

برابر قاعده اولیه، مادر قانونی زنی است که کودک را زاییده است (ماده ۳۳ قانون ۲۰۰۸ م). این اصلی کلی است که در همه موارد باروری مصنوعی جاری است خواه وی مادر ژنتیکی باشد یا خیر، خواه کودک در انگلیس متولد گردد یا خارج از آن (۳۰). در خصوص نسب پدری، اگر زن حامل متأهل بوده و همسرش به عمل باروری مصنوعی رضایت داده باشد، شوهر وی به موجب قاعده فراش پدر قانونی کودک محسوب می‌گردد، هرچند که پدر ژنتیک طفل نباشد (ماده ۳۵ قانون ۲۰۰۸ م)، چنانچه مادر حامل متأهل نبوده یا این که اثبات گردد که شوهر وی به این عمل رضایت نداده است، مرد متقاضی رحم جایگزین می‌تواند برابر قواعد کامن‌لاو و به موجب حکم دادگاه پدر قانونی محسوب گردد، مشروط به آنکه نطفه کودک با اسپرم وی منعقد شده باشد (۳۱).

اگر در باروری از اسپرم دهنده ثالث استفاده شده باشد، مرد متقاضی درمان می‌تواند از طریق قواعد مربوط به ابوت توافقی (Agreed Fatherhood) اقدام به برقراری نسب پدری نماید (ماده ۳۶ و ۳۷ قانون ۲۰۰۸ م). ابوت توافقی یکی از طرق برقراری نسب پدری در باروری‌های مصنوعی است که در آن مردی که هیچ پیوند زناشویی با مادر (حامل) طفل و هیچ رابطه بیولوژیک با خود طفل ندارد از پیش با مادر (حامل) توافق می‌کند که به عنوان پدر کودک ایفای نقش نموده و در سند ثبت احوال نام وی به این منظور ثبت گردد. این قواعد از جمله لیبرال‌ترین قواعد نسب در حقوق انگلیس و دنیا بوده و جایگاه اساسی و ویژه اراده و خواست افراد در برقراری نسب برخلاف واقعیت بیولوژیک را در این نظام حقوقی نشان می‌دهد، اما زن متقاضی درمان هرگز نمی‌تواند نسب مادری را به محض تولد طفل نسبت به خود برقرار نماید. از این رو زن متقاضی (مادر حکمی) از کم‌ترین حمایت و جایگاه والدینی برخوردار است.

۲-۲-۳- انتقال پسینی نسب یا حقوق والدینی به زوج متقاضی رحم جایگزین: با توجه به آنچه گذشت، زوج متقاضی و به ویژه زن متقاضی رحم جایگزین همواره قادر به برقراری نسب به سود خود به محض تولد کودک نخواهد بود. با این حال، قانون احکامی را جهت انتقال پسینی نسب به ایشان پیش‌بینی نموده است که مهم‌ترین آن حکم والدینی (Parental Order) و فرزندخواندگی (Adoption) است، در غیر این دو صورت، زوج متقاضی می‌تواند درخواست

انتقال برخی اختیارات و حقوق والدینی بدون برقراری نسب را از دادگاه نمایند. آخرین راه حل برای ایشان، انتقال غیر رسمی این اختیارات به آنان است. در ادامه به بررسی دو روش انتقال نسب از طریق حکم والدینی و فرزندخواندگی می‌پردازیم.

۱-۲-۳- حکم والدینی: حکم (رای) والدینی مکانیسم حقوقی - قضایی است که اجازه می‌دهد نسب طفل از مادر حامل، و همسر وی چنانچه متأهل باشد، به زوج متقاضی رحم جایگزین منتقل گردد، مشروط به آنکه شرایط مقرر در قانون توسط دادگاه احراز گردد. این امکان توسط قانون ۱۹۹۰ پیش‌بینی گردید و در قانون ۲۰۰۸ تغییراتی در شرایط دستیابی به آن ایجاد شد. حکم والدینی اثری مشابه حکم فرزندخواندگی دارد و کودک از همه جهات در حکم فرزند قانونی زوج متقاضی محسوب خواهد شد. این روش بهترین راه برای برقراری نسب به زوج متقاضی رحم جایگزین می‌باشد. ماده ۵۴ قانون ۲۰۰۸ شرایط اعطای این حکم توسط دادگاه را برمی‌شمرد:

- درخواست باید توسط یک زوج (و نه افراد مجرد) مشترکاً تقدیم دادگاه گردد.

- دست کم یکی از زوجین باید والد ژنتیک کودک باشد.

- هر دوی زوجین ۱۸ سال یا بیشتر داشته باشند.

- درخواست باید در فاصله زمانی شش هفته تا شش ماه پس از ولادت کودک تقدیم دادگاه

گردد (نه زودتر از ۶ هفته و نه دیرتر از ۶ ماه).

- مادر حامل و هر کس دیگری که نسب طفل نسبت به او برقرار شده، باید به انتقال نسب رضایت دهد. این رضایت باید آزاد، آگاهانه و مطلق باشد. رضایتی که پیش از هفته ۶ پس از تولد داده شده باشد، باطل است، چراکه زن در آن مدت از نظر جسمی و روحی آسیب‌پذیر محسوب می‌گردد.

- هیچ پولی یا منفعتی نباید میان طرفین رد و بدل شده باشد، مگر آنچه برای جبران هزینه‌های معقول باروری مقرر گشته باشد.

دادگاه همچنین باید در صدور حکم والدینی مصلحت طفل را در نظر گیرد و لیست ملاک‌های بررسی منفعت طفل همان است که برای حکم فرزندخواندگی لحاظ می‌شود (۳۲).

مادر حامل می‌تواند از دادن رضایت به این حکم خودداری نموده و مانع انتقال نسب به زوج متقاضی گردد. در این صورت، دادگاه به هیچ عنوان نمی‌تواند بدون رضایت وی حکم را صادر

نماید، اما در عمل اکثر موارد رحم جایگزین بدون هیچ مشکل خاصی منتهی به صدور حکم والدینی می‌گردد. در موارد کمی که مادر حامل رضایت به حکم نمی‌دهد، زوج متقاضی می‌تواند از دادگاه درخواست انتقال حضانت کودک یا برخی حقوق والدینی نسبت به خود را دهند. در این موارد، قضات با توجه به شرایط انعقاد قرارداد رحم جایگزین، مصلحت کودک و موضع خاص ایشان نسبت به این روش باروری مصنوعی تصمیم‌گیری می‌نمایند (۲۹).

۲-۲-۳- فرزندخواندگی: اگر امکان صدور حکم والدینی به سود زوج متقاضی نباشد، درخواست فرزندخواندگی می‌تواند راه حل دیگری جهت برقراری نسب کودک به سود ایشان به شمار رود. فرزندخواندگی به ویژه در موارد زیر می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد: ۱- اگر مادر جایگزین با حکم والدینی مخالفت نماید و تصمیم به نگهداری از طفل نماید؛ ۲- برای افراد مجرد که متقاضی رحم جایگزین هستند؛ ۳- زمانی که هیچ یک از مادر حامل و زوج متقاضی قادر یا مایل به نگهداری از طفل نباشند. در مورد نخست، برابر قانون رضایت والدین قانونی طفل (در اینجا مادر حامل) جهت صدور حکم فرزندخواندگی ضروری است، اما در برخی موارد استثنایی و چنانچه مصلحت طفل اقتضا نماید، دادگاه می‌تواند بدون رضایت والدین، فرزندخواندگی را صادر نماید (ماده (۱) ۵۲ قانون ۲۰۰۲ م.).

۴- قرارداد رحم جایگزین: جایز و لازم‌الاجرا در حقوق یونان

یونان یکی دیگر از معدود کشورهای اروپایی است که رحم جایگزین را قانوناً مجاز ساخته است. گفتنی است قوانین یونان در این زمینه بسیار نزدیک به قوانین موجود در کشور آفریقای جنوبی است. تنها فرق عمده این دو کشور آن است که در یونان رحم جایگزین با تخمک مادر حامل ممنوع است، ولی در آفریقای جنوبی مجاز (۳۳). در حقوق یونان، برخلاف حقوق انگلیس، از الگوی نظارت قضایی پیشینی پیروی شده است (۳۴). قانونگذاری در زمینه باروری‌های مصنوعی در حقوق یونان عمدتاً از طریق دو قانون مصوب در سال‌های ۲۰۰۲ و ۲۰۰۵ صورت گرفته است (۳۵). در ادامه به بررسی شرایط دستیابی به باروری با رحم جایگزین و آثار آن می‌پردازیم.

۴-۱- شرایط دستیابی به باروری از طریق رحم جایگزین در حقوق یونان: به موجب

ماده ۱۴۵۸ قانون مدنی یونان، «انتقال رویان غیر به بدن زن دیگر و بارداری توسط او، برابر اجازه دادگاه صادره پیش از انتقال رویان در صورتی امکان‌پذیر است که توافق مکتوب و بلاعوض

میان زوج متقاضی فرزند و زن حامل و نیز همسرش، اگر ازدواج کرده باشد، منعقد شده باشد. مجوز قضایی به تقاضای زنی که تمایل به داشتن فرزند دارد صادر می‌گردد، مشروط به آنکه اثبات نماید که بارداری از نظر پزشکی برای وی ممکن نیست و این‌که زن داوطلب برای بارداری از نظر وضع سلامت مناسب برای این امر است.»

به این ترتیب، انجام رحم جایگزین از طریق اجازه دادگاه صورت گرفته و مشروط به سه شرط اصلی است: عدم وجود رابطه ژنتیک میان فرزند و زن حامل، اصل رایگان (غیر معاوضی) بودن عمل، ضرورت انجام آن به دلیل مشکلات پزشکی (نه به دلایل اجتماعی و غیر پزشکی). دادگاه در بررسی‌های خود تنها شرایط مذکور را مورد توجه قرار داده و صلاحیت زوج متقاضی از نظر شرایط اجتماعی و اخلاقی و مصلحت طفل مورد بررسی قرار نمی‌گیرد. از این رو درخواست باروری با رحم جایگزین با روند فرزندخواندگی از این جهت متفاوت است.

در خصوص اصل رایگان بودن، ماده ۵ قانون ۳۳۰۵/۲۰۰۷ راجع به اجرای باروری با کمک پزشکی اجازه می‌دهد مبلغی به عنوان جبران خسارت و هزینه‌های بارداری به زن حامل پرداخت گردد. این مبلغ توسط اداره باروری مصنوعی یونان تعیین می‌گردد. با این حال، هر گونه شرطی مندرج در قرارداد رحم جایگزین که مبنی بر تعیین خودسرانه مبلغ این خسارت بوده یا خلاف اخلاق حسنه باشد، باطل است و نمی‌تواند در دادگاه‌ها اجرایی گردد.

ماده ۲ دستور وزارتی ش. ۶۷۰ مورخ ۲۰۰۸/۰۴/۱۶ مقرر می‌دارد: «زن حامل برای تمامی هزینه‌های لازم برای به پایان رساندن بارداری و زایمان مشروط به آنکه تحت پوشش بیمه تأمین اجتماعی وی نباشد، مبلغ خسارت دریافت خواهد نمود.» همچنین ماده ۴ این دستور وزارتی مقرر داشته: «زن حامل برای غیبت از کار در مدت بارداری و پس از زایمان می‌تواند مطالبه خسارت نماید. [...] در هیچ صورتی، مبلغ خسارت نمی‌تواند از ۱۰۰۰۰ یورو فراتر رود. پرداخت خسارت تنها منوط به انجام عمل رحم جایگزین در پی اجازه دادگاه می‌باشد» (۳۴).

همچنین قانونگذار جهت پیشگیری از بهره‌کشی از زنان یونانی و ظهور گردشگری باروری در این کشور، انجام عمل رحم جایگزین را تنها زمانی مجاز می‌داند که مادر متقاضی رحم جایگزین و زن حامل مقیم یونان باشند (ماده ۸ قانون راجع به باروری با کمک پزشکی) (۳۴).

۲-۴- نسب کودک متولد از رحم جایگزین در حقوق یونان: به موجب ماده ۱۴۶۴

ق.م.، مادر حکمی (زن متقاضی درمان با رحم جایگزین) به استناد مجوز دادگاه مادر قانونی

طفل محسوب می‌شود، مگر آنکه اثبات گردد که مادر حامل، مادر ژنتیک طفل نیز می‌باشد که در آن صورت، نسب مادری نسبت به مادر حامل ثابت است.

نسب پدری نیز تابع قواعد عمومی نسب است. اگر زوج ازدواج کرده باشند، شوهر زن، برابر اماره فراش پدر قانونی محسوب می‌گردد. در مورد زوجین غیر مزدوج، باید زن و مرد از قبل رضایت کتبی به درمان ناباروری از طریق رحم جایگزین بدهند. به این ترتیب، این رضایت در حکم اقرار پیشینی به نسب بوده و پس از ولادت، نسب الزاماً نسبت به ایشان برقرار می‌گردد. به این ترتیب، کودک به ایشان ملحق می‌گردد و نیاز به حکم دیگری از دادگاه نیست. نسبی که این‌گونه برقرار گردد، قابل اعتراض نیست، مگر آنکه ثابت شود فرزند از تخمک مادر حامل به وجود آمده است. در این صورت، دعوای اعتراض به نسب می‌تواند ظرف ۶ ماه از تولد کودک توسط مادر حامل یا زن متقاضی رحم جایگزین اقامه گردد (ماده ۱۴۶۴ ق.م. (۳۴)).

نتیجه‌گیری

همچنان که گذشت، نظام‌های مختلف حقوقی دنیا رویکردهای گوناگونی در قبال باروری از طریق رحم جایگزین دارند. قانونگذار فرانسه با استناد به مشکلات اخلاقی موجود و حمایت از حقوق زنان و کودکان درگیر در این روش، ممنوعیت کامل رحم جایگزین و بطلان قراردادهای منعقدشده در این خصوص را برگزیده است. در انگلیس راهی میانه انتخاب شده است: قراردادهای رحم جایگزین برابر قانون جایز، اما فاقد اعتبارند و جهت انتقال نسب به والدین حکمی نیاز به مداخله قضایی پس از تولد کودک می‌باشد. قانونگذار یونان با انتخاب راه نظارت قضایی پیشینی بر قراردادهای رحم جایگزین، این قراردادها را تحت شرایط خاصی جایز و نیز لازم‌الاجرا دانسته است.

در ایران، تجویز قرارداد رحم جایگزین توسط فقها و حقوقدانان از یکسو و سکوت قانونگذار و نبود نظارت کافی و مناسب بر عملکرد مراکز درمانی از سوی دیگر موجب پیدایش رویه‌های گوناگون در نقاط مختلف ایران در خصوص رحم جایگزین شده است، هم‌چنانکه پیش‌تر ذکر آن گذشت، این آشفتگی حقوقی موجب بروز مشکلات و طرح دعوای متعددی در دادگاه‌های ایران به ویژه در سال‌های اخیر شده است. از این رو ضروری است قانونگذار ایران با مداخله و قانونگذاری دقیق و شفاف، شرایط دستیابی و آثار این قراردادها را به درستی تعیین نماید و

زوجین درگیر در این نوع از باروری و کودکان متولد از آن را از پیامدها و آسیب‌های جدی احتمالی در امان نگاه دارد.

پیشنهادات

با نظر به مطالعه حقوق کشورهای مختلف دنیا در این خصوص می‌توان گفت که روش نظارت قضایی پیشینی مناسب‌ترین الگو برای نظارت بر قراردادهای رحم جایگزین در ایران می‌باشد. به این ترتیب، همانند رویه قانونی موجود برای درخواست اهدای جنین در ایران، دادگاه پیش از انجام باروری از طریق رحم جایگزین بر شرایط زوج متقاضی و صلاحیت ایشان و مفاد قرارداد تنظیمی نظارت می‌نماید. همچنین مجوز دادگاه مستند تنظیم شناسنامه کودک به نام زوج متقاضی صاحب گامت از سوی سازمان ثبت احوال خواهد بود.

به علاوه، لازم است به منظور جلوگیری از ورود سودجویان و تجاری‌سازی روند درمان ناباروری، هر گونه تبلیغ تجاری در خصوص درمان ناباروری از طریق رحم جایگزین ممنوع شده و مجازات‌های کیفری مناسب برای افراد متخطی (زوج متقاضی، مادر حامل و واسطه‌گران) پیش‌بینی گردد.

References

1. Herring J. Medical Law and Ethics. 5th ed. Oxford: Oxford University Press; 2014. p.390; Kiani M, Bazmi SH. The ethical issues in surrogacy motherhood. Medical Ethics 2011; 5(15): 153-158.
2. Hague Conference on Private International Law.
3. Génétique. GPA: que s'est-il dit à la conférence de la Haye?, 2018 Avril 17. Available at: <http://www.genethique.org/fr>; Hague Conference on Private International Law (HCCH). The Parentage/ Surrogacy Project, 2018. Available at: <https://www.hcch.net/de/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.
4. Rezania-Mo'alleem MR. Medical fertility from the view of fiqh and law. Qom: Boustane Ketab; 2010. p.482. [Persian]
5. European Parliament, A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States. Brussels: Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs; 2013. p.40-70.
6. Trimmings K, Beaumont PR. International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level, United Kingdom. Oxford, Portland: Hart Publishing; 2013. p.230s.
7. La gestation pour autrui, Étude de législation comparée du Sénat. No.182. France: Service des études juridiques; 2008. p.12. Available at: <https://www.senat.fr/lc/lc182/lc182.pdf>.
8. La gestation pour autrui, Étude de législation comparée du Sénat. No 182. France: Service des études juridiques; 2008. p.31.
9. Oktay-Özdemir S. Incidence de la biomédecine sur la parenté en droit turc. In: Le Mintier-Feuillet Brigitte, Crespo-Brauner Maria-Claudia, Les incidences de la biomédecine sur la parenté: approche internationale. Bruxelles: Bruylant; 2014. p.209.
10. Cass. civ. 1re, 13 déc. 1989, n.88-15.655; Ass. plén., 31 mai 1991, n.90-20.105.
11. Terré F, Fenouillet D, Goldie-Genicon CH. Droit civil: la famille. 9e éd. Paris: Dalloz; 2018. p.830.
12. Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, Rapport d'information du Sénat, No.421. France: Commission des affaires sociales du

Sénat; 2008. p.14-16. Available at: <https://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-4211.pdf>.

13. Mater Semper Certa Est.

14. Malaurie PH, Fulchiron H. La famille. 6e éd. Paris: Lextenso; 2018. p.502.

15. Gaumont-Prat H. Bioéthique et droit: l'assistance médicale à la procréation. Bordeaux: les Études hospitalières; 2011. p.161.

16. Lemouland JJ. Droit de la famille. Paris: Ellipses; 2014. p.525.

17. Cass, civ. 1re, 13 sep. 2013.

18. Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, n.10-19053, n.09-66486, n.09-17130.

19. Cass. civ. 1re, 13 sep. 2013, n.12-30138 et 12-18315; Cass. civ. 1re, 19 mars 2014, n.12-50005.

20. CEDH 26 juin 2014, n.65192/11; CEDH 26 juin 2014, n.65941/11.

21. Ass. plén., 3 juill. 2015, n.14-21323 et n.15-50002.

22. Courbe P, Gouttenoire A. Droit de la famille. 7e éd. Paris: Sirey; 2017. p.448.

23. Modern human reproductive techniques from the view of jurisprudence and law (conference proceedings). 3rd ed. Tehran: Samt publication & Avicenna specialized center for fertility; 2011. [Persian]; Rezanian-Mo'alleem MR. Medical fertility from the view of fiqh and law. Qom: Boustane Ketab; 2010. [Persian]; Hamdelahi A, Roshan M. Comparative study of surrogacy agreements in fiqh and law. Tehran: Majd; 2009.

24. Milanifar A, Akhondi M, Behjati Z, Abdolazadeh A. Issuing birth certificates and id cards for newborns following a surrogate birth and the legal and ethical responsibilities of the medical team. Journal of Reproduction and Infertility 2008; 9(1): 82-88.

25. Tabatabaei MS, Jalili M. The analysis of financial and non-financial rights of children who were born by the method of surrogacy. Medical Law Journal 2014; 8(30): 37-63.

26. Available at: <http://www.j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Search.aspx>.

27. Code of practice, HFEA, 2016, s. 14.2-14.4.

28. Jackson E. Medical Law: Text, Cases and Materials. 4th ed. United Kingdom: Oxford University Press; 2016. p.882; Herring J. Medical Law and Ethics. 5th ed. Oxford: Oxford University Press; 2014. p.388.
29. Harris-Short S, Miles J, George R. Family Law: Text, Cases and Materials. Oxford: Oxford University Press; 2015. p.656.
30. Trimmings K, Beaumont PR. International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level. Oxford : Hart publishing; 2013. p.369.
31. Mohseni E. Les enfants nés par l'assistance médicale à la procréation: étude comparée des droits français, anglais et iranien, thèse de doctorat. Lyon: Université Lyon III; 2017. p.208.
32. Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010; Harris-Short S, Miles J, George R. Family Law: Text, Cases and Materials. Oxford: Oxford University Press; 2015. p.658.
33. European Parliament, A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States. Brussels: Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs; 2013. p.40-50.
34. Konstantinos AR. L'assistance médicale à la procréation en droit international privé comparé, thèse de doctorat. Paris: Université Panthéon-Sorbonne; 2016.
35. Law No 3089/2002 for the regulation of medically assisted human reproduction and law No 3305-2005.