

وضعیت فقهی و حقوقی

استفاده از رحم جایگزین

□ مهدی علیزاده^۱

□ پژوهشگر و کارشناس ارشد حقوق خصوصی

چکیده

پیشرفتهای دانش پزشکی در روشهای نوین «باروری» باعث شده تا دگرگونیهای متفاوتی در فرایند تولید مثل انسان پدیدار شود. به موازات توانایی بهره‌گیری از این روشها در علوم تجربی، مسائل پیچیده و جدید دیگری نیز در رشته‌های علوم انسانی مانند روان‌شناسی، جامعه‌شناسی، فلسفه، فقه و حقوق ایجاد شده است که ضرورت دارد تا متخصصان این دانشها به آنها بپردازند و آثار استفاده از این روشها را بر پایه مبانی خود، مطالعه و ارزیابی کنند و راهکارهای متناسب با آنها را ارائه دهند.

بنا به فتاوی و استدلالهای فقهی‌ای که درباره جواز و عدم جواز جانشینی در بارداری مطرح است، این امکان برای قانونگذار ایران وجود دارد که به جواز یا عدم جواز این گونه جانشینی حکم کند؛ بنابراین، بر پایه مبانی نظام حقوقی ایران، حکم به جواز استفاده از رحم جایگزین در صورتی که دارای



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

مقدمات حرام نباشد، می تواند امری باشد که مغایر با موازین شرع به شمار نرود. علاوه بر آنکه اگر مادر جانشین، زنی مجرد باشد و با ایجاد عقد نکاح غیر دائم بین مرد صاحب اسپرم با زن ثالث (مادر جانشین) رابطه زناشویی برقرار شود، بین فتاوی فقها در جواز استفاده از رحم جایگزین، یکنواختی ایجاد می شود و زمینه قانونگذاری درباره حکم به جواز آن بیشتر فراهم می گردد.

کلید واژگان: رحم جایگزین، جانیشینی در بارداری، روشهای تولید مثل کمکی، باروری کمکی، باروری مصنوعی.

طرح مسئله

پیشرفت دانش پزشکی در ابعاد مختلف، زندگی بشر را با تحولات گسترده بسیاری روبه رو ساخته است. پیشرفتهای این دانش در روشهای نوین «باروری»، باعث شده است تا دگرگونیهای متفاوتی در فرایند تولید مثل انسان پدید آید و چنین فرایندی، دارای ساختارهای کمکی پیچیده و شیوههای جدید متنوعی شود.

تنوع ساختارهای جدید باروری، گستردههایی را فراهم ساخته است تا از نظر دانش پزشکی، مشکل ناباروری و عدم برخورداری از فرزند در زوجهای نابارور برطرف شود، اما به موازات توانایی بهره گیری از این روشها در علوم تجربی، مسائل پیچیده و جدید دیگری نیز در رشته های علوم انسانی، همچون روان شناسی، جامعه شناسی، فلسفه، فقه و حقوق پدید می آید که ضرورت دارد متخصصان این دانشها به آنها بپردازند و آثار استفاده از این روشها را بر پایه مبانی خود، مطالعه و ارزیابی کنند و راهکارهای متناسب با آنها را ارائه دهند.

روشهای باروری کمکی مختلف است؛ از این رو، دست یابی به حکم فقهی و حقوقی واحدی که همه آنها را به طور یکسان دربرگیرد، دشوار یا ناممکن است؛ بنابراین، گزیری نیست جز آنکه هر یک از این روشها به شکلی مجزا بررسی و حکمی متناسب برای روش یا روشهای مشابه استنباط شود.

در این نوشتار، از میان شیوه های متفاوت باروری کمکی، تنها شیوه «استفاده از رحم جایگزین» بررسی می شود.

موضوع شناسی استفاده از رحم جایگزین

مباحثی مانند مفهوم استفاده از رحم جایگزین و تقسیمات آن، در شمار اموری است که می تواند چنین موضوعی را برای بررسی حکم آن تبیین کند.

مفهوم استفاده از رحم جایگزین

تعاریفی برای استفاده از رحم جایگزین و به بیانی دیگر، «جانیشینی در بارداری»^۱ ارائه شده است (جعفرزاده، ۱۳۷۸: ۲؛ آخوندی و محمدرضا صادقی، ۱۳۸۰: ۳۳؛ نایب زاده، ۱۳۸۰: ۸۲)؛ برای مثال، برخی آن را چنین تعریف کرده اند:

قراردادی [است] که به موجب آن، یک زن (مادر جانشین) در مقابل یک زوج ازدواج کرده (والدین حکمی)^۲ موافقت می کند که جنینی را برای آنها حمل کرده، بچه را به دنیا آورد و او را به مجرد تولد به آن زوج تسلیم نماید و آنها بچه را مثل فرزند خودشان بزرگ کنند (نایب زاده، ۱۳۸۰: ۸۲).

تعاریف بیان شده در این باره بسیار سودمند و تبیین کننده عناصری از این موضوع است، اما به دور از ایراد نیست؛ برای مثال، تعریف فوق مانع نیست؛ چرا که بارداری مادر جانشین با تخمک خویش را نیز دربردارد، حال آنکه اگر زنی با تخمک و رحم خود بارور شود، بدون هیچ اختلافی، مادر اصلی به شمار می آید؛ بنابراین، اطلاق مادر جانشین بر چنین زنی و همچنین اطلاق رحم جایگزین بر این رحم صادق نیست و دیگر آنکه به جای بررسی موضوع استفاده از رحم جایگزین باید موضوع هبه یا فروش تخمک یا فرزند از سوی مادر نسبی را طرح و بررسی کرد. همچنین این تعریف به استفاده از روشهای باروری کمکی که دارای احکام خاصی است، اشاره ای ندارد. پس ضرورت دارد با بهره مندی از این تعاریف و توجه

1. Gestational surrogacy.

۲. «والدین حکمی» (Commissioning couple) زن و شوهری اند که خواستار فرزند هستند و مادر جانشین، بچه ای را که از نظر ژنتیکی مرتبط به آنهاست، برای آنها حمل کرده، به دنیا می آورد (نایب زاده، ۱۳۸۰: ۲۲). باید گفت، کاربرد اصطلاح «والدین حکمی» درباره زوج نابارور در صورتی که اسپرم و تخمک متعلق به آنها باشد، اصطلاح مناسبی نیست؛ چرا که این مرد به اتفاق فقها و حقوقدانان، و همسر نابارور وی به نظر اکثر فقها، هر دو، پدر و مادر واقعی و نسبی چنین فرزندی به شمار می روند.

به مباحث دیگر، تعریف بهتری برای استفاده از رحم جایگزین یا جانشینی در بارداری ارائه کرد: جانشینی در بارداری توافقی است که بر پایه آن، زنی (مادر جانشین)^۱ می‌پذیرد تا با روشهای کمکی تولید مثل و استفاده از اسپرم و تخمک والدین حکمی یا اشخاص ثالث که در آزمایشگاه بارور شده و یا به جنین تبدیل شده، باردار شود و در حالی که ارتباط ژنتیکی با فرزند ندارد، فرزند ناشی از آن تخمک بارور شده یا به جنین تبدیل شده را حمل کند و پس از تولد، او را به زوج طرف توافق (والدین حکمی یا متقاضی)^۲ تحویل دهد.

تقسیمات استفاده از رحم جایگزین

استفاده از رحم جایگزین در فرایند تولید مثل را بر پایه مقسمهای متفاوت مانند وجود یا عدم وجود ارتباط ژنتیکی بین والدین و فرزند، کیفیت قرارداد یا آثار آن، می‌توان به چند قسم تقسیم کرد؛ برای مثال، جانشینی در بارداری را بر پایه وجود یا عدم وجود ارتباط ژنتیکی مادر جانشین (زن ثالث) و والدین، اعم از حکمی یا متقاضی با جنین، به سه دسته تقسیم کرده‌اند (نایب‌زاده، ۱۳۸۰: ۷۹).

الف) جانشینی در بارداری

مادر جانشین که در این حالت به او «جانشین کامل»^۳ نیز اطلاق می‌شود، با بچه هیچ ارتباط ژنتیکی ندارد و او تنها به موجب توافق جانشینی در بارداری،^۴ اعم از آنکه تجاری یا غیر تجاری باشد، تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته در خارج رحم^۵ را که متشکل از اسپرم و تخمک والدین حکمی است و با استفاده از روشهای کمکی

1. Surrogate mother.
۲. «والدین متقاضی یا اجتماعی» (Intendent couple, Social couple) زن و شوهری‌اند که خواستار فرزند هستند و مادر جانشین، بچه‌ای را که با آنها ارتباط ژنتیکی ندارد، برای آنها حمل کرده، به دنیا می‌آورد (همان).
3. Total surrogacy.
4. Surrogacy agreement.
۵. لقاح خارج رحم (IVF): در این شیوه از درمان ناباروری، تخمک بالغ به طریقه جراحی از تخمدان برداشته می‌شود و در محیط آزمایشگاه در مجاورت اسپرم لقاح می‌یابد. جنین حاصل در مرحله هشت سلولی یا پیشرفته‌تر، مجدداً به رحم مادر منتقل می‌شود (آخوندی و محمدرضا صادقی، ۱۳۸۰: ۳۸).

تولید مثل به وی منتقل گردیده و باردار شده است، حمل می‌کند (نایب‌زاده، ۱۳۸۰: ۷۹؛ آخوندی و محمدرضا صادقی، ۱۳۸۰: ۳۳).

این قسم در مقایسه با اقسام دیگر، رواج بیشتری دارد و عمده بحث مجامع حقوقی و قضایی در استفاده از رحم جایگزین بر پایه این قسم است.

ب) جانشینی با باروری مصنوعی^۱

قسم دیگر مطرح شده در جانشینی بارداری، جانشینی با باروری مصنوعی است. در این قسم، تخمک مادر جانشین با اسپرم مرد که پدر حکمی به شمار می‌رود، بارور می‌شود و مادر جانشین، تخمک بارور شده خود با اسپرم پدر حکمی را حمل می‌کند؛ بنابراین، مادر جانشین (مادر جانشین جزئی)^۲ و همچنین پدر حکمی با بچه ارتباط ژنتیکی خواهند داشت؛ چرا که تخمک مادر جانشین با استفاده از لقاح داخل رحمی^۳ یا خارج رحمی با اسپرم مرد بارور می‌شود و مادر جانشین، جنین حاصل از تخمک خود را که با اسپرم پدر حکمی بارور شده است، حمل می‌کند و همسر زوج نابارور، مادر متقاضی به شمار خواهد رفت و هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه نخواهد داشت و در صورت تحویل فرزند به او، رابطه بین آنها از نوع فرزندخواندگی است.

به نظر می‌رسد قسم مزبور، داخل در بحث استفاده از رحم جایگزین نیست؛ چرا که در این قسم، زن، صاحب تخمک و رحم و مادر اصلی فرزند است؛ بنابراین، اطلاق مادر جانشین بر چنین زنی و همچنین اطلاق رحم جایگزین بر این رحم صادق نیست و باید به جای بررسی موضوع استفاده از رحم جایگزین، موضوع هبه یا فروش تخمک یا فرزند از سوی مادر نسبی را طرح و بررسی کرد. نتیجه اینکه چنین قسمی تخصصاً از بحث جانشینی در بارداری خارج است و پرداختن به آن در اینجا جایگاهی ندارد.

1. Artificial insemination surrogacy.
2. Partial surrogacy.
۳. باروری مصنوعی (IUI): در این شیوه از درمان، اسپرم پس از گرفته شدن، شست‌وشو و آماده‌سازی، مستقیماً به داخل رحم تزریق می‌شود (همان).

ج) جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی

این شیوه بر پایه ارتباطی سه گانه میان والدین متقاضی، زوج یا اشخاص ثالث صاحب اسپرم و تخمک یا جنین و مادر جانشین استوار است؛ بدین گونه که زن و شوهر نابارور (والدین متقاضی) از تخمک یا جنین اهدایی والدین حکمی (اشخاص ثالث) برای باروری مادر جانشین استفاده می کنند؛ بنابراین، این قسم با نظر به استفاده زوج نابارور از تخمک بارور شده یا جنین اهدایی، به دو قسم قابل تقسیم است:

۱. جانشینی با استفاده از جنین اهدایی^۱

مادر جانشین و زوج نابارور (والدین متقاضی) در این قسم، هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه ندارند؛ چرا که ابتدا اسپرم و تخمکی از زوجهای دیگر یا مردان و زنان ثالثی که از یکدیگر بیگانه اند، تهیه و در آزمایشگاه بارور می شود و سپس تخمک بارور شده، رشد داده می شود تا آنکه به جنین تبدیل می شود، سپس جنین بر مبنای قراردادی بین والدین متقاضی با مادر جانشین به رحم وی منتقل می گردد. سرانجام، مادر جانشین پس از حمل و زایمان، آن را به والدین متقاضی تحویل می دهد. استفاده از این قسم در استفاده از رحم جایگزین، رواج و توجیه زیادی ندارد، اما احتمال و امکان استفاده از این شیوه وجود دارد و داخل بودن آن در موضوع بحث ممکن است.

۲. جانشینی با استفاده از تخمک اهدایی^۲

مادر جانشین و مادر متقاضی در این قسم، ارتباط ژنتیکی با بچه ندارند؛ چرا که تخمک اهدایی از سوی زن ثالث با اسپرم پدر حکمی بارور می شود، سپس جنین تخمک بارور شده ای با استفاده از روشهای باروری کمکی در رحم مادر جانشین کشت می شود. استفاده از این قسم نیز در استفاده از رحم جایگزین رایج نیست و توجیه زیادی ندارد، اما احتمال و امکان استفاده از این شیوه وجود دارد و داخل بودن آن در موضوع بحث نیز ممکن است.

1. Embryo donation surrogacy.

2. Egg donation surrogacy.

مشروعیت یا عدم مشروعیت جانشینی از بارداری

برای آنکه توافق و رابطه بین والدین حکمی با مادر جانشین در موضوع استفاده از رحم جایگزین، در شمار وقایع حقوقی شمرده شود و به گونه ای باشد که اثر یا آثار حقوقی ای را برای طرفهای مرتبط با آن ایجاد کند، ضرورت دارد قانونگذار نخست، سبب و فرایند چنین پدیده ای را با مبانی نظام خود بررسی و مشخص کند که آیا این گونه بهره وری از رحم بر پایه نظام مزبور، شرایط و وقایع حقوقی را دارد و ممکن است در شمار آنها شمرده شود یا نه؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، نوع و چگونگی آن را تعیین کند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱/۱؛ امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸: ۱۳۹/۱).

چنین امری تاکنون در قوانین ایران تحقق نیافته است و از سوی قانونگذار ایران، قانون خاصی که به موضوع جانشینی در بارداری اختصاص یافته باشد و چگونگی آن را تبیین کرده باشد، تصویب یا تدوین نگردیده است و رأی وحدت رویه ای نیز در این باره وجود ندارد؛ بنابراین، برای تعیین وضعیت حقوقی چنین قراردادی بر پایه نظام حقوقی ایران، گزیری نیست جز آنکه از قواعد عمومی قراردادها و دیگر قوانین متناسب با این موضوع، مانند قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب تیرماه ۱۳۸۲ ش. استفاده کرد و از آنها بهره برد.

برای چنین هدفی ابتدا می توان از تعریف جانشینی در بارداری که مبین موضوع شناسی آن است، بهره برد. این تعریف، بیانگر آن است که استفاده از رحم جایگزین پدیده ای است که در اثر اراده چند شخص و توافق اراده آنها با یکدیگر به وجود می آید؛ از این رو، قسم «عقود» از «اعمال حقوقی» گستره مناسبی است که بتوان سبب و شرایط پدیده جانشینی در بارداری در آن مورد بررسی قرار داد و با تبیین وضعیت حقوق ایران در این باره و در صورت فراهم بودن شرایط لازم، نوع آن را نیز تعیین کرد.

طبق ماده ۱۹۰ ق.م. شرایطی مانند «قصد طرفین و رضای آنها»، «اهلیت طرفین»، «موضوع معین که مورد معامله باشد» و «مشروعیت جهت معامله» برای صحت هر معامله یا قراردادی اساسی است. چنین شرایطی جای بررسی دارد، اما بحث مهم و

اصلی در این نوشتار، شرایط موضوع معامله است؛ چراکه مورد معامله یا موضوع قرارداد جانشینی در بارداری، از نظر فقهی (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۲/۲؛ محقق ثانی، ۱۴۰۸: ۹۲/۴) و طبق ماده ۲۱۵ و ۹۷۵ ق.م.ا.باید «متضمن منفعت عقلایی مشروع» و غیر منافی با «اخلاق حسنه» باشد. این موضوع موجب می‌شود تا بررسی شرط مشروعیت موضوع قرارداد در چنین قراردادهایی به دلیل جدید بودن آنها، اهمیت ویژه پیدا کند و بررسی آن نسبت به دیگر شرایط صحت قراردادها تقدم یابد؛ چراکه اگر مشخص شود که موضوع این‌گونه قراردادهای نامشروع و فاقد چنین شرطی است، بررسی دیگر شروط و درستی یا نادرستی آنها نتیجه‌ای را در بر نخواهد داشت.

قانون ایران درباره مشروعیت یا عدم مشروعیت موضوع جانشینی در بارداری سکوت کرده و حکم آن را تعیین نکرده است. پس باید با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۲ و ماده ۳ آیین دادرسی مدنی^۳، حکم مشروع یا نامشروع بودن موضوع چنین قراردادهایی را در منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر جست‌وجو کرد.

حکم مشروع یا نامشروع بودن قسمتهای مختلف جانشینی در بارداری و مراحل هریک از قسمتها با یکدیگر یکسان نیست. حال، هر یک را به ترتیب بررسی می‌کنیم:

۱. «مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد» (ماده ۲۱۵ ق.م.ا.ب) «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد؛ اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد» (ماده ۹۷۵ ق.م.ا.ب).
۲. «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد» (اصل ۱۶۷ قانون اساسی).
۳. «قضات دادگاهها موظف‌اند موافق قوانین به دعوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه، کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند».

الف) حکم جانشینی در بارداری

این قسم جانشینی در بارداری از دو مرحله جمع‌آوری اسپرم و تخمک‌زنج نبارور و بارور کردن آنها با یکدیگر و همچنین بارور کردن رحم مادر جانشین با تخمک مزبور یا جنین حاصل از آن، تشکیل می‌شود. مرحله نخست آن، یعنی نفس عمل جمع‌آوری اسپرم و تخمک از زوج نبارور در صورتی که دارای مقلدات حرامی مانند نگاه، لمس نامحرم و خودارضایی نباشد و همچنین بارور کردن تخمک زن با اسپرم همسرش در داخل یا خارج رحم، از نظر فقهی منعی ندارد و در منابع فقهی، دلیلی بر عدم مشروعیت آنها نیست (مؤمن، ۱۴۱۵: ۸۰ و ۹۱؛ روحانی، ۱۴۱۴: ۵؛ خرازی، ۱۴۲۳: ۲۴۴/۱ و ۱۷۳)؛ در نتیجه، فقها نیز بنا به نبود وجود دلیل بر حرمت و با استناد به اصل اباحه، آن را جایز دانسته و فتوایی بر حرمت آنها ندارند (موسوی خمینی، بی‌تا: ۲۱/۲؛ خویی، ۱۴۱۰: ۴۲۷/۱؛ سیستانی، ۱۴۱۶: ۴۵۹/۱). قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نبارور» نیز بر جواز قانونی باروری تخمک زن با اسپرم همسرش در خارج از رحم اشاره دارد. ماده ۱ این قانون بیان می‌کند:

به موجب این قانون، کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری ذی‌صلاح مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون، نسبت به انتقال جنینهای حاصله از تلقیح خارج از رحم زوجهای قانونی و شرعی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی، ناباروری آنها (هر یک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده، اقدام نمایند.

بنابراین، این مرحله از نظر شرعی و قانونی منعی ندارد.

اما مرحله دوم آن، یعنی بارور کردن رحم زن دومی با تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته از آن، بدون وجود رابطه زناشویی بین مرد صاحب اسپرم و زن صاحب رحم جانشین، این‌گونه نیست و دیدگاههای فقهی و فتاوی در جواز^۱

۱. حضرات آیات، سیدعلی خامنه‌ای (۱۴۱۵: ۷۰/۲)، ناصر مکارم شیرازی، لطف‌الله صافی گلپایگانی، عبدالکریم موسوی اردبیلی، یوسف صانعی و همچنین مرکز مطالعات اخلاق پزشکی مجمع فقه اهل بیت (استفتائات و دیدگاههای مذهبی، روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق: ۳۹۵ و ۳۹۸) در شمار قائلان به جواز هستند.

و عدم جواز^۱ آن وجود دارد. اینکه کدام یک از این دو قسم فتاوی با ساختار منابع و اصول فقهی موافق تر و با حکم واقعی مطابق است، امری درون فقهی است و بررسی تفصیلی آنها نوشتار دیگری را اقتضا دارد، اما در این نوشتار، به اختصار و در حد ضرورت به مباحثی از آنها برای تنویر بیشتر بحث پرداخته می شود.

منابع فقهی، بیشتر به باروری مصنوعی اختصاص دارد و موضوع جانشینی در بارداری در آنها کمتر مطرح و بررسی شده است. در میان استفتائات نیز فقط چند استفتاست که به نفس جانشینی در بارداری پرداخته و در آنها نیز به طور معمول، فقط حکم موضوع بیان شده است، بی آنکه دلایل حکم در آنها بررسی شود. اما به نظر می رسد برخی از مباحث مطرح در باروری کمکی زن با اسپرم مرد بیگانه، درباره مرحله دوم جانشینی در بارداری نیز مورد استناد قرار گرفته است؛ بنابراین، فقهای که حکم به عدم جواز استفاده از رحم جایگزین بدون وجود رابطه زناشویی می کنند، احتمالاً به یک یا چند دلیل از دلایل زیر استناد کرده اند:

۱. وجوب حفظ فروج

فقاها برای استنباط حکم وجوب حفظ فروج به آیات چندی (مؤمنون/ ۵-۶؛ معارج/ ۳۹-۳۱) استناد می کنند. در میان این آیات، آیه «قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ»^۲ آیه مناسب تری است که در این باره به آن استناد می شود. عبارت «يَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ» بر این دلالت دارد که زنان با ایمان، فروج خود را حفظ و نگهداری کنند. ساختار امری آیه، بر وجوب چنین عملی از سوی زنان با ایمان دلالت دارد. از سوی دیگر، متعلق این امر نیز محذوف است و بیان نشده است که زنان، فروج خود را باید از چه اموری حفظ کنند. اما با توجه به قاعده ای که حذف متعلق را مفید عموم بر شمرده است، می توان گفت، زنان با ایمان باید فروج خود را از هر عملی که با حفظ آن منافات دارد، حفظ کنند.

۱. حضرات آیات، سید ابوالقاسم خویی، جواد تبریزی (۱۴۱۶: ۲۶۹/۳)، سیدعلی سیستانی و فاضل لنگرانی (استفتائات و دیدگاههای مذهبی، ۱۳۸۰: ۳۹۴) از قائلان به عدم جواز هستند.
 ۲. «و به زنان با ایمان بگو: چشمهای خود را (از نگاه به نامحرمان) فروگیرند و فروج خود را حفظ کنند...» (نور/ ۳۱).

ایرادهایی بر این استدلال وارد شده است؛ برای نمونه می توان به ایراد زیر اشاره کرد:

مقصود از حفظ عضو یادشده، حفظ آن از دیگران است، نه حفظ از هر چیزی؛ بنابراین، ریختن منی مرد نامحرم در رحم زن، توسط خود زن یا با وسیله مصنوعی را شامل نمی شود. علاوه بر اینکه چه بسا مقصود از حفظ، تنها حفظ از نگاه دیگران باشد، چنان که روایت ابوبصیر از امام صادق علیه السلام بر همین مطلب دلالت دارد (حرم پناهی، ۱۳۷۶: ۱۳۶).

به نظر می رسد علاوه بر اشکال فوق، می توان ایراد دیگری را که به نوعی بر اشکال پیشین نیز تقدم دارد، به استدلال «وجوب حفظ فروج» وارد کرد. ایراد این است که استدلال به حکم وجوب حفظ فروج از اعمال منافی با آن، مستلزم آن است که ابتدا منافی بودن باروری رحم جایگزین با استفاده از تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته در آزمایشگاه با دلیل یا دلایل دیگری اثبات شود. پس از چنین استنباطی می توان به حکم وجوب حفظ فروج برای حفظ فرج مادر جانشین از این عمل منافی استدلال کرد، حال آنکه بحث در منافی یا غیرمنافی بودن این گونه عمل باروری است و اگر مشخص شود که دلیلی بر منافی بودن این عمل وجود ندارد، دیگر حفظ فرج از چنین عملی معنا ندارد و در گستره حکم وجوب حفظ فروج داخل نیست.

۲. حرمت باروری زن با نطفه مرد بیگانه

حرمت باروری زن با نطفه مرد بیگانه، نزد اکثر فقها پذیرفته شده است. فقها به روایتهای چندی برای استنباط چنین حکمی استناد می کنند.^۱ روایت علی بن سالم در شمار این روایتهاست. وی از حضرت صادق علیه السلام نقل کرده است:
 إِنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَذَابًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ رَجُلٌ أَقْرَبَ نَظْفَةَ فِي رَحِمٍ يَحْرَمُ عَلَيْهِ (حَرَّ عَامِلِي، بی تا: ۲۳۹/۱۴)؛ شدیدترین عذاب در روز قیامت، عذاب مردی است که نطفه خود را در رحم زنی که نسبت به او حرام است، بریزد.

روایت بر این دلالت دارد که قرار دادن نطفه مرد در رحم زنی که بر وی حلال

۱. برای مثال می توان به روایت فقیه، روایت اسحاق بن عمار، روایت محمد بن سنان، روایت احمد بن علی بن ابی طالب طبرسی، صحیح شعیب حداد اشاره کرد (حرم پناهی، ۱۳۷۶: ۱۳۶؛ مؤمن، ۱۴۱۵: ۷۹).

نیست، جایز نمی‌باشد. این عمل، در اغلب موارد، به صورت مباشرت از سوی مرد انجام می‌گیرد، اما اطلاق «أقر» به گونه‌ای است که قراردادن توأم با مباشرت و بدون مباشرت مرد را دربرمی‌گیرد.

برخی به سند روایت اشکال وارد کرده‌اند. با فرض آنکه سند روایت بر پایه دانشهای درایه و رجال معتبر باشد، آنچه در موضوع جانشینی در بارداری مطرح می‌باشد، این است که مادر جانشین در این گونه جانشینی، با استفاده از تخمک بارور شده (یعنی سلول جنسی‌ای که از اسپرم مرد و تخمک زن در آزمایشگاه ترکیب یافته یا جنین رشد یافته آن) باردار می‌شود. بدین ترتیب، ممکن است شبهه موضوعیه‌ای پدید آید که جای تأمل دارد و آن، اینکه آیا این تخمک بارور شده، به ویژه اگر تبدیل به جنین شود، داخل در مفهوم نطفه است یا نه؟ چراکه پزشکان به عنوان افراد متخصص و عرف خاص، بین اسپرم، تخمک، تخمک باور شده و جنین تفاوت قائل اند (آخوندی و محمدرضا صادقی، ۱۳۸۰: ۳۶).

بدیهی است واژه‌های «نطفه» یا «ماء» موجود در روایت مذکور و مانند آن که به عنوان دلایل «حرمت باروری زن با نطفه مرد بیگانه» مطرح شده است، با قرینه انتصاب فعلهای «أقر»، «أفرغ» یا «یضع» و همچنین اضافه «نطفه» یا «ماء» به مرد یا ضمیری که به وی بازمی‌گردد، اسپرم مرد را به صراحت دربرمی‌گیرد. اما اینکه چنین روایاتی، تخمک بارور شده و به ویژه جنین رشد یافته در آزمایشگاه را نیز شامل می‌شود، روشن نیست. در نتیجه نسبت به اینکه تخمک بارور شده و جنین رشد یافته در آزمایشگاه داخل در مفهوم «نطفه» یا «ماء» مورد نظر در این روایتها باشد، شبهه موضوعیه وجود دارد. به نظر می‌رسد «نطفه» یا «ماء» مطرح شده در روایات با توجه به عرف خاص (پزشکان) و قرینه‌های کلامی و مقامی موجود در روایات، تخمک بارور شده با اسپرم و جنین رشد یافته در آزمایشگاه را شامل نشود و هنگامی که این استدلال پذیرفته شود، حکم حرمت حاصل از روایات، این دو مورد را شامل نمی‌شود؛ در نتیجه، باروری مادر جانشین با تخمک بارور شده یا جنین، تخصصاً از گستره حکم حرمت مزبور خارج خواهد بود؛ برای مثال، آیه‌الله صافی گلپایگانی با اینکه باروری زن بیگانه با نطفه مرد بیگانه را جایز نمی‌داند (همان: ۴۰۲)،

جانشینی در بارداری را جایز دانسته است (همان: ۴۰۰).

تصویب قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور از سوی مجلس شورای اسلامی و تأیید آن از سوی شورای نگهبان نیز می‌تواند مؤیدی باشد بر اینکه چنین اشکالی حداقل درباره جنین، پذیرفته شده است و حکم حرمت روایات، اهدای جنین را شامل نمی‌شود.

۳. مغایرت این عمل با اغراض تشریح ازدواج

برخی از فقها بر این عقیده‌اند با اینکه ظواهر آیات و روایات بر منع باروری مصنوعی زن با اسپرم مرد بیگانه دلالت ندارد، از لحن الخطاب، ذوق فقهی، مفاهیم ادله و بعضی مناطیق آنها و همچنین به دلیل از بین رفتن مصالح مهم و اغراض تشریح ازدواج استنباط می‌شود که استفاده از این گونه باروری مصنوعی جایز نیست؛ برای مثال، مرحوم میلانی بیان می‌کند:

از ظواهر آیات و روایات درباره لقاح اختیاری (مصنوعی) چیزی به نظر نرسیده، ولی از لحن الخطاب و ذوق فقهی می‌توان گفت که یقیناً جایز نیست (جعفرزاده، ۱۳۷۵: ۲).

یا آیه‌الله صافی گلپایگانی در این باره چنین بیان می‌کند:

البته توالد و تناسل زن و شوهر با وسایل صناعی، بدون ارتباط نزدیک و معمول با یکدیگر، بلاشک، بی‌اشکال است، مگر آنکه احد الطرفین راضی نباشد و خواستار جریان طبیعی و عادی آن باشد.

اما اگر هر دو اجنبی باشند، اعم از اینکه زن شوهر داشته باشد یا نداشته باشد، می‌توان گفت: [حکم به جواز آن، خلاف غرض تشریح ازدواج است؛ چراکه] غرض شارع از تشریح ازدواج و حرمت زنا و اشباع غریزه جنسی با وسایل محرّم دیگر یا لااقل یکی از اغراض مهم، این است که تشریحات تقویت می‌شود و [حال آنکه با حکم به جواز این گونه باروری] نظام عائله و بسیاری از مصالح که در نظام اسلام، مطلوب و مهم این [امر] است، مختل می‌گردد و این مصالح که همه مقصود شارع است و در مسیر مستقیم زندگی سالم فرد و اجتماع قرار دارد، از بین می‌رود (آخوندی و محمدرضا صادقی، ۱۳۸۰: ۴۰۲).

به نظر می‌رسد استدلال به لحن خطاب و ذوق فقهی در فقه با مبانی اصول فقه

منطبق نباشد؛ چراکه برای حکم به وجوب یا حرمت یک موضوع به وجود دلیل یا دلایلی از منابع معتبر مانند کتاب، سنت، اجماع کاشف از رأی معصوم علیه السلام، عقل و بنای عقلا نیاز است و وقتی دلیلی از این قسم وجود نداشت، نمی توان به وجوب یا حرمت آن حکم کرد.

بعلاوه، مغایرت با اغراض تشریح ازدواج نیز نسبت به استفاده از رحم جایگزین صدق نمی کند؛ چراکه اقدام به این عمل از سوی زوج نابارور برای استحکام و تداوم ازدواجشان است که قبل از انجام چنین عملی تحقق یافته است. مغایرت جانشینی در بارداری با اغراض تشریح ازدواج، نسبت به مادر جانشین نیز عمومیت ندارد و مستلزم تخصیص اکثر است؛ چه اینکه اقدام اکثر مادران جانشین به این عمل دشوار، جنبه ایثارگرایانه دارد و هدف آنان از چنین عملی، یاری زوج نابارور در تداوم زندگی مشترکشان است. نتیجه اینکه جانشینی در بارداری از سوی مادر جانشین برای گریز از ازدواج انجام نمی گیرد، به ویژه اگر مادر جانشین ازدواج کرده باشد و جانشینی چنین زنی نیز جایز باشد؛ بنابراین، به نظر می رسد اقدام به چنین عملی از سوی زوج نابارور و مادر جانشین، با اغراض تشریح ازدواج مغایرت نداشته باشد؛ گرچه ممکن است برخی از این اقسام با اغراض تشریح ازدواج مغایر باشد و اشخاصی با اهداف دیگری به آن اقدام کنند. این موارد را می توان از استثنائات این حکم کلی برشمرد.

۴. قاعده احتیاط در فروج

برخی از فقها با آنکه اصل اولی در شبهات تحریمیّه را «برائت» می دانند، اصل اولی در شبهات تحریمیّه متعلق به فروج را به دلالتی همچون صحیحّه شعیب حدّاد^۱ و

۱. شعیب حدّاد می گوید: به حضرت صادق علیه السلام عرض کردم، مردی از دوستانتان به شما سلام می رساند، وی قصد دارد با زنی زیبا که با طلاق غیر مطابق سنت از شوهر سابقش جدا شده است، ازدواج کند. زن نیز با این کار موافق است، ولی آن مرد نمی خواهد بدون اجازه شما به این کار اقدام کند. آیا به او اجازه می دهید؟ حضرت فرمودند: این امر به فرج مربوط می شود که از آن فرزند متولد می گردد. احکام و دستورات در این باره سخت است. در چنین مسئله ای ما احتیاط می کنیم، پس با او ازدواج نکند (حرّ عاملی، بی تا: ۱۹۳/۱۴).

آنکه بی مبالاتی نسبت به آنها به اختلاط نسب اشخاص می انجامد، «احتیاط» برشمرده اند (حرم پناهی، ۱۳۷۶: ۱۴۲؛ یزدی، ۱۳۸۰: ۶۷).

به این استدلال نیز ایرادهایی وارد شده است؛ برای مثال برخی گفته اند: احتیاط، در بسیاری از موارد، خود خلاف احتیاط است. خداوند در قرآن کریم می فرماید: ﴿قُلْ اللَّهُ أَدْنَىٰ لَكُمْ أُمَّ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ﴾ (یونس / ۵۹) این در حالی است که از دیگر سوی، حکم به جایز نبودن یا بازداشتن مردم از آنچه جایز و حلال است، آن هم به استناد احتیاط، می تواند مصداقی از این آیه باشد (یزدی، ۱۳۸۰: ۶۸).

برخی دیگر بیان کرده اند:

اما اشکال عمده این است که با اینکه امام علیه السلام همه احکام را می داند، چرا احتیاط می کند؟ بنابراین، چاره ای جز حمل احتیاط بر استحباب نیست... (حرم پناهی، ۱۳۷۶: ۱۴۳).

به نظر می رسد با توجه به پیشرفتهای دانش پزشکی در بارداری و علم ژنتیک، امروزه به خوبی باردار بودن یا نبودن مادر جانشین و همچنین نسب نوزاد متولد شده از وی با اشخاص محتمل، قابل تشخیص است؛ از این رو، آشفتگی در بارداری، زمان آن و نسب افراد در بسیاری از موارد ایجاد نمی گردد؛ بنابراین، از این جهت، جایگاه ضرورت استناد به قاعده احتیاط در فروج در زمان حاضر با دگرگونیهایی روبه رو شده است و می توان در حکم به احتیاط در صورتی که برای آن موضوعیت متصور نباشد، تأمل بیشتری کرد، مگر آنکه استناد به این حکم، دارای موضوعیت یا برای موضوع و جهت دیگری جدای از اینها باشد.

ب) حکم جانشینی با باروری مصنوعی

قسم دوم از اقسام مطرح در جانشینی در بارداری، به دلیل ایرادهای وارد به آن در بحث تقسیمات، خارج از موضوع جانشینی است و دیگر به بررسی آن نیازی نیست.

ج) حکم جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین

قسم سوم جانشینی در بارداری نیز از دو مرحله جمع آوری اسپرم و تخمک از زوجهای دیگر یا مردان و زنان بیگانه و بارور کردن آنها با یکدیگر و همچنین بارور

کردن رحم مادر جانشین با تخمک مزبور یا جنین حاصل از آن است.

نفس عمل جمع آوری اسپرم و تخمک از زوجها و مردان و زنان بیگانه مطرح در مرحله نخست از قسم سوم، در صورتی که دارای مقدمات حرامی مانند نگاه یا لمس نامحرم یا خودارضایی نباشد، از نظر فقهی منعی ندارد. همچنین بارور کردن تخمک زن با اسپرم همسرش در خارج رحم همانند آنچه در قسم نخست بیان شد، از نظر فقهی منعی ندارد و در منابع فقهی، دلیلی بر عدم مشروعیت آنها نیست؛ در نتیجه، فقها نیز بنا به عدم وجود دلیل بر حرمت و با استناد به اصل اباحه، آن را جایز دانسته و فتوایی بر حرمت آن نداده‌اند. قانون نحوه اهدای جنین به زوجهای نابارور نیز به جواز باروری تخمک با این شیوه اشاره دارد؛ از این رو، از نظر حقوق نیز منعی وجود ندارد. اما حکم باروری تخمک زن بیگانه با اسپرم مرد بیگانه در خارج از رحم در این مرحله از قسم سوم، موضوع جدیدی است که در قسمهای گذشته وجود نداشت. باروری تخمک زن بیگانه با اسپرم مرد بیگانه در خارج از رحم در صورت دربرداشتن مقدمات حرام، جایز دانسته شده است؛ بدین دلیل که در زمره عناوین محرمه قرار نمی‌گیرد و هیچ یک از ادله عدم جواز پیشین نیز شامل این مورد نمی‌شود (مؤمن، ۱۳۷۶: ۶۷؛ حرم‌پناهی، ۱۳۷۶: ۱۴۸).

مرحله دوم قسم سوم، یعنی بارور کردن رحم زن دومی با تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته از آن بدون وجود رابطه زناشویی بین مرد صاحب تخمک و صاحب رحم جانشین، دارای همان حکم مرحله دوم قسم اول است که از تکرار آن خودداری می‌کنیم.

با توجه به وجود فتاوی جواز و عدم جواز درباره بارور کردن رحم زن ثالث با تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته، چنین استنباط می‌شود که اشخاصی که فتوای مرجع آنها عدم جواز استفاده از رحم جایگزین بدون وجود رابطه زناشویی بین مرد صاحب اسپرم با مادر جانشین است، به دلیل نامشروع بودن موضوع قرارداد نسبت به آنها، نمی‌توانند نسبت به چنین قراردادی با یکدیگر توافق کنند، اما اشخاصی که فتوای مرجع آنها جواز استفاده از این شیوه است، به دلیل مشروع بودن موضوع قرارداد نسبت به آنها، می‌توانند نسبت به چنین قراردادی با یکدیگر توافق نمایند و

در صورتی که دیگر شرایط صحت قرارداد وجود داشته باشد، قرارداد آنها از جنبه فقهی، صحیح و نافذ، و قانون نیز نسبت به آن ساکت است.

با آنکه فتاوی و استدلالهایی در عدم جواز جانشینی در بارداری وجود دارد، به نظر می‌رسد با توجه به کمیت و کیفیت فتاوی و استدلالهایی که درباره جواز نفس شیوه جانشینی در بارداری وجود دارد، چنین فتوایی نیز ممکن است فتوایی معتبر به شمار رود؛ بنابراین، از نظر مبانی نظام حقوقی ایران، جواز استفاده از رحم جایگزین بدون رابطه زناشویی در شرایط فعلی که قانونی خاص یا رأی وحدت رویه‌ای مخالف درباره آن وجود ندارد، با منعی مواجه نیست و حکم به جواز جانشینی در بارداری در صورت نبود مقدمات حرام، ممکن است خلاف شرع به شمار نرود؛ از این رو، اشخاصی که فتوای مرجع آنها مبنی بر جواز چنین عملی است، به دلیل آنکه با منع شرعی و قانونی روبه‌رو نیستند، می‌توانند نسبت به چنین قراردادی با یکدیگر توافق کنند و آن را منعقد سازند.

البته ممکن است نظر استنباطی برخی قضات به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ آیین دادرسی مدنی، عدم جواز جانشینی در بارداری باشد؛ در نتیجه، به بطلان برخی از این قراردادها حکم دهند، اما این امر به وضعیت مذکور خللی وارد نمی‌کند مگر آنکه به ایجاد رأی وحدت رویه از سوی هیئت عمومی دیوان عالی کشور مبنی بر عدم جواز چنین قراردادی منجر شود.

بهترین راه حل برای موضوع جانشینی در بارداری که موجب یکنواختی فتاوی فقها در جواز استفاده از رحم و جانشینی در بارداری می‌شود و از صدور آرای متناقض محاکم درباره چنین موضوعی نیز جلوگیری می‌کند، این است که مادر جانشین، زنی مجرد باشد و بین مرد صاحب اسپرم با زن ثالث (مادر جانشین) به وسیله عقد نکاح موقت برای مدت کوتاهی، رابطه زناشویی برقرار شود.

نتیجه گیری

با توجه به تعریفی که برای جانشینی در بارداری بیان شد، قسم نخست (جانشینی در بارداری) و قسم سوم (جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی) از تقسیمات

ارائه شده برای جانشینی، داخل در بحث و قسم دوم تخصصاً خارج از بحث است. از سوی دیگر، با آنکه فتاوی و استدلالهایی در عدم جواز جانشینی در بارداری وجود دارد، بر پایه کمیّت و کیفیت فتاوی و استدلالهایی که درباره جواز جانشینی در بارداری مطرح شده است، این امکان برای قانونگذار ایران وجود دارد تا با ارزیابی مصالح، این جانشینی را با پیش‌بینی شرایطی، جایز یا ممنوع بداند؛ بنابراین می‌توان چنین استنباط کرد که حکم به جواز استفاده از رحم جایگزین در صورتی که دارای مقدمات حرام نباشد، بر پایه مبانی نظام حقوقی ایران ممکن است مغایر با موازین شرع دانسته نشود؛ بنابراین، ممکن است استفاده از جانشینی در بارداری از نظر قانونی جایز باشد، مگر آنکه به دلایل دیگری، قانونی در منع استفاده از این شیوه به تصویب رسد.

البته اشخاصی که فتوای مرجع آنها عدم جواز استفاده از رحم جایگزین بدون وجود رابطه زناشویی بین مرد صاحب اسپرم با مادر جانشین است، به دلیل نامشروع بودن موضوع قرارداد برای آنان، مواجه با منع شرعی هستند و از نظر شرعی نمی‌توانند نسبت به چنین قراردادی اقدام و با یکدیگر توافق کنند.

همچنین ممکن است، نظر استنباطی برخی قضات در شرایط فعلی که قانونی خاص یا رأی وحدت رویه‌ای درباره موضوع جانشینی در بارداری وجود ندارد، با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ آیین دادرسی مدنی، عدم جواز جانشینی در بارداری باشد؛ در نتیجه، به بطلان برخی از این قراردادها که برای حل و فصل اختلاف به آنها ارجاع داده شده است، حکم دهند، اما این امر به وضعیت مذکور خللی وارد نمی‌کند مگر آنکه به ایجاد رأی وحدت رویه از سوی هیئت عمومی دیوان عالی کشور مبنی بر عدم جواز چنین قراردادی منجر شود.

راه حل مناسب برای موضوع جانشینی در بارداری که موجب یکنواختی فتاوی فقها در جواز استفاده از رحم و جانشینی در بارداری می‌شود و از صدور آرای متناقض محاکم درباره چنین موضوعی نیز جلوگیری می‌کند، این است که مادر جانشین، زنی مجرد باشد و بین مرد صاحب اسپرم با زن ثالث (مادر جانشین) به وسیله عقد نکاح غیر دائم، حداقل برای مدت کوتاهی، رابطه زناشویی برقرار شود.

کتاب‌شناسی

- آخوندی، محمد مهدی و محمدرضا صادقی، «ضرورت به کارگیری تکنیکهای باروری کمکی در تولید مثل انسان»، *روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)*، تهران، سمت و پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۰.
- «استفتانات و دیدگاههای مذهبی»، در منبع بالا.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، *حقوق تعهدات*، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۸.
- تبریزی، میرزا جواد، *صراط النجاة*، دفتر نشر برگزیده، ۱۴۱۶ ق.
- جعفرزاده، میرقاسم، «درآمدی بر مسائل فقهی-حقوقی ART»، *بولتن تولید مثل و نازایی*، پژوهشکده بیولوژی و بیوتکنولوژی تولید مثل و نازایی جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۵، ش ۵، ص ۲.
- همو، «وضعیت فقهی-حقوقی رحم اجنبی جانشین یا Surrogacy»، *بولتن تولید مثل و نازایی*، پژوهشکده بیولوژی و بیوتکنولوژی تولید مثل و نازایی جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۸.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی معرفة مسائل الشریعة*، احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- حرم پناهی، محسن، «تلقیح مصنوعی»، *فقه اهل بیت (علیهم السلام)*، سال سوم، ش ۹، بهار ۱۳۷۶؛ سال سوم، ش ۱۰، تابستان ۱۳۷۶.
- خامنه‌ای، سیدعلی، *اجوبه الاستفتاءات*، دار البناء للنشر و التوزیع، ۱۴۱۵ ق.
- خرازی، سیدمحسن، «التلقیح الصناعی و احکامه»، *قراءات فقهیة معاصرة فی معطیات الطب الحدیث*، بیروت، الغدیر، ۱۴۲۳ ق.
- همو، «تلقیح مصنوعی»، *فقه اهل بیت (علیهم السلام)*، سال سوم، ش ۹، بهار ۱۳۷۶؛ سال سوم، ش ۱۰، تابستان ۱۳۷۶.
- خویی، سیدابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
- روحانی، سیدمحمدصادق، *المسائل المستحدثة*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۴ ق.
- سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، قم، مکتبه آیه الله سیدعلی سیستانی، ۱۴۱۶ ق.
- علامه حلی، *قواعد الاحکام*، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- قانون اساسی.
- قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی.
- قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور.
- کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴.
- مؤمن، محمد، «سخنی درباره تلقیح»، ترجمه موسی دانش (جعفرزاده)، *فقه اهل بیت (علیهم السلام)*، ش ۴.
- همو، «کلمة فی التلقیح»، *کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
- محقق ثانی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۰۸ ق.
- موسوی خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، قم، اسماعیلیان، بی تا.
- نایب‌زاده، عباس، *بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی «مادر جانشین، اهدای تخمک یا جنین»*، تهران، مجد، ۱۳۸۰.
- یزدی، محمد، «باروریهای مصنوعی و حکم فقهی آن»، *روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)*؛ تهران، سمت و پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۰.

هماهنگی یا عدم هماهنگی

قانون نمونه آنسیترال با قانون داوری انگلیس

در زمینه داوری تجاری بین‌المللی^۱

□ Alan S. Reid^۲

□ ترجمه دکتر فرهاد خمایی‌زاده

□ استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

این مقاله، تفاوت‌های اساسی بین داوری حسب قانون نمونه آنسیترال^۳ و داوری حسب قانون داوری انگلیس ۱۹۹۶ م. را بررسی می‌کند.^۴ به نظر نویسنده، این اختلافات بیشتر تصویری است تا واقعی و بیشتر شکلی است تا ماهوی. بین‌المللی شدن رو به تزاید تجارت، مستلزم نزدیکی و ارتباط بیشتر سیستم‌های داوری ماهیتاً مبتنی بر قانون نمونه آنسیترال و سیستم‌های جدا از قانون نمونه است. هر دو سیستم، در صدد کاهش

۱. مشخصات ترجمه حاضر به شرح زیر است:

Alan S. Reid, «The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and the English Arbitration Act: Are the Two Systems Poles Apart?», Journal of International Arbitration 21(3) 227-238; 2004, Kluwer Law International, Netherlands.

۲. مدرس حقوق دانشگاه رابرت گوردون ابردین.

3. U.N. Doc. A/40/17, Annex I, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985, 24 I.L.M.1302 (1985).

4. Ch.23 (1996) (Eng.).

دخالت قضایی در جریان داوری اند. این هدف تنها در صورتی دست‌یافتنی است که دو امر تحقق یابد: دستگاه قضایی باید یاد بگیرد که یک موضع عدم دخالت در جریان داوری در پیش گیرد؛ ضمن اینکه داوران نیز باید لزوم بی‌ایراد بودن تصمیماتشان را درک کنند. سیستم آنسیترال و سیستم داوری انگلستان اساساً در پی حلّ و فصل رضایت‌بخش اختلافات تجاری به طور خصوصی هستند. در قرن ۲۱ احتمال رو به تزایدی برای ایجاد خطوط مشترک میان این دو سیستم وجود دارد.

۱. مقدمه

داوری، جانشینی برای پروسه قضایی حلّ و فصل اختلافات در عرصه عمومی است.^۱ شیوه سنتی حلّ و فصل اختلافات در دادگاهها بر یک جلسه رسیدگی عمومی مبتنی است که اغلب، طولانی، پیچیده، قانون‌مدار و نامتناسب با نیازهای خصوصی افراد است.^۲ داوری به عنوان یک روش ارزان، قانونی، خصوصی و قاطع حلّ اختلافات، توسعه یافته است.^۳ اگر قرار است داوری به عنوان یک جانشین قانونی برای دادگاهها تلقی شود، باید در هر سیستم داوری، یک رویه حلّ و فصل دعاوی ارزان، انعطاف‌پذیر، خصوصی و قطعی پیش‌بینی شود. داوری همچنین باید امتیازاتی

1. Stefan Kroll, *Contractual Gap Filling by Arbitration Tribunals*, 2(1) INT'L A.L.R.9, 12(1999);
«به رغم تمامی اختلافات بین سیستمهای ملی، داوری عموماً شیوه حلّ و فصل اختلاف بین دو یا چند طرف به وسیله ثالثی به نام «داور» است که اختیاراتش از توافق طرفین (توافق‌نامه داوری) نشئت می‌گیرد و تصمیمش برای ایشان الزام‌آور است. مفهومی که از ملاحظه اکثر قوانین داوری استنباط می‌شود، این است که جانشینی برای رسیدگی در دادگاه است... داوری عموماً یک شیوه حلّ و فصل قضایی تلقی می‌شود که جانشین دادگاههای دولتی است.»
2. See, e.g.: Ian Gordon, *Case Comment: Law Governing the Arbitration Agreement*, 4(2) INT'L A.L.R.4, 6(2001);
«تجاری که قراردادهای تجاری منعقد می‌کنند، نیاز و تمایل به قطعیت دارند. با ترتیب اثر دادن به قصد طرفین،... دادگاه به حفظ تمامیت شروط داوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی کمک کرده است.»
3. The «Lectric Law Library Website, <www.lectlaw.com> states that there are eight advantages of arbitration over litigation: enforceability; impartiality; confidentiality; technical expertise; limited discovery; expense; expediency and familiarity».

از قبیل بی‌طرفی بیشتر، منصفانه بودن و متخصص بودن تصمیم‌گیرنده^۱ نسبت به رسیدگی در دادگاه داشته باشد، در غیر این صورت، داوری نمی‌تواند به عنوان یک روش مرجح حلّ اختلافات به وسیله اشخاص خصوصی نسبت به دادگاهها برتری داشته باشد. افزایش روند بین‌المللی شدن تجارت، رشد بارز تعداد قراردادهای بین دو یا چند دولت را موجب شده است. این افزایش نیز از دیاد محسوس تعداد قواعد داوری ملی مختلف حاکم بر معاملات تجاری را موجب گردیده است، البته خطر بالای پیچیدگی، عدم قطعیت و اجرایی نبودن قراردادهای داوری نیز وجود دارد.

۲. قانون نمونه آنسیترال

در سال ۱۹۸۵ م. قانون نمونه آنسیترال با نظارت کمیسیون حقوق تجارت سازمان ملل متحد تنظیم شد؛ از این رو، قواعد مذکور در فضای بین‌المللی به وجود آمد و نمایانگر آرای جامعه بین‌المللی است. در پروسه تنظیم این قواعد، نمایندگان همه سیستمهای حقوقی مهم حضور داشتند. در این حالت، قواعد داوری، بین‌المللی شد و اگر تعلق این قواعد به تمامی شرکت‌کنندگان تضمین می‌شد، این امر، کاهش اختلافات درباره داوری بین‌المللی را موجب می‌گردید، به ویژه اینکه قواعد مورد بحث قاعدتاً باید برای کشورهای در حال توسعه قابل قبول باشد؛ زیرا همین قواعد پیش از این به وسیله قدرتهای استعماری پیشین یا گروه کشورهای صنعتی به ایشان تحمیل نشده است. یک نتیجه فرعی چنین وحدتی، غیر ملی شدن سیستم بین‌المللی داوری است.^۲ این عوامل به افزایش رسمی و غیر رسمی هماهنگی با سیستم منجر

۱. در این راستا موضوع بی‌طرفی و منصف بودن بیشتر داوران، از عدم وابستگی ایشان به یک سیستم حقوقی خاص ناشی می‌شود. تصمیمات قضات ملی ممکن است آگاهانه یا غیرآگاهانه تحت تأثیر نحوه آموزش و تحصیلات آنها در سیستم حقوقی خودشان باشد. درباره تخصص بیشتر، داوران، تصمیم‌گیرندگان متخصص هستند، در صورتی که ممکن است از قضات ملی انتظار برود که در رابطه با یک سری از موضوعات مختلف قضاوت نمایند.

2. Andrew Okekeifere, *Public Policy and Arbitrability Under the UNCITRAL Model Law*, 2(2) INT'L A.L.R.70-76 (1999);
«بنابراین، قانون نمونه ایجاد می‌شود برای نیل به... غیر ملی شدن داوری تجاری بین‌المللی، خصوصاً از نظر شکل رسیدگی و رهایی آن از انقیاد قوانین ملی.»

می‌شود؛ با وجود این، قانون نمونه مورد استقبال جهانی قرار نگرفت:

چنین استنباط می‌شد که طراحی قواعد نمونه به عنوان ابزار مناسبی برای کشورهای فاقد قانون یا رویه پیشرفته‌ای در داوری یا کشورهای دارای قانون مدرن معقول، ولی فاقد رویه‌های زیاد یا کشورهای دارای قوانین قدیمی یا غیر قابل دسترس، مفید و مناسب بود. به نظر نمی‌رسید که این قواعد برای کشوری مثل انگلستان مناسب باشد؛ کشوری که در آن، مقررات داوری به روز است و رویه جاری زیادی وجود دارد. همچنین استنباط موجود این بود که قانون نمونه ناقص است.^۱

۳. قانون داوری ۱۹۹۶ م. انگلستان

اگرچه قانون نمونه نکات مفید زیادی را دربرداشت، نویسندگان قانون داوری ۱۹۹۶ م. انگلستان، آن را در مجموع دور از انتظار و غیر ضروری تشخیص دادند. انگلستان دارای یک سیستم داوری به روز شده بود که حمایت بخش گسترده‌ای از رویه قضایی را به دنبال داشت. بعلاوه، قانون نمونه بر حسب تعاریف ارائه شده، یک قانون نمونه به معنای کلاسیک است. این قانون یک معاهده بین‌المللی با قدرت بین‌المللی نیست، بلکه ذاتاً جنبه توصیه‌ای دارد، نه قهری.^۲ همچنین قانون نمونه به دور از جامعیت است؛ زیرا موضوعاتی که درباره آنها اختلاف نظر وجود داشت، در متن این قانون گنجانده نشده است.

باید خاطر نشان کرد که قانون داوری ۱۹۹۶ م. انگلستان، مقرراتی شبیه به قانون نمونه دارد. با توجه به کوچک‌تر شدن جامعه جهانی از طریق عمومی شدن و توسعه در فن آوری اطلاعات، انگلستان اگر به حفظ جایگاه برجسته‌اش در دنیای داوری مایل بود، باید قوانین داوری خود را به روز و مدرنیزه می‌کرد؛ بنابراین، هرگونه

1. Bruce Harris, Rowan Plantenose, & Jonathan Hecks, *The Arbitration Act 1996: A Commentary 1* (3ed.2003). See also: Fraser P. Davidson, *International Commercial Arbitration: The united Kingdom and UNCITRAL Model Law*, J.B.L.480-484 (Nov 1990).
2. See: Andrew Okekeifere, *Appointment and Challenge of Arbitrators Under the UNCITRAL Model Law Part 1: Agenda for Improvement*, 2(5/6) INT'L A.L.R.167(1999); «The UNCITRAL Model Law... has indeed turned out to be a model piece of legislation and... a marvelous success in international persuasive legislation».

اصلاح و تغییر در قانون انگلستان که به نظر می‌رسد، باید با روند توسعه داوری تجاری بین‌المللی همگام باشد.

با وجود این، این بدین معنا نیست که قانون داوری ۱۹۹۶ م. انگلستان کاملاً با مقررات قانون نمونه منطبق است. در واقع، بین فلسفه ایجاد قانون نمونه و قانون داوری تفاوت اساسی وجود دارد. قواعد مرتبط، ولی متفاوت از هم‌اند. به موجب قانون نمونه، دخالت دادگاه نباید مسلم تلقی شود. چهار قاعده مندرج در قانون نمونه عبارت است از:

الف) اختیار طرفین؛

ب) محدود بودن نقش دادگاههای ملی؛

ج) مواد اصلی مربوط به رعایت انصاف؛

د) انجام دادرسی درست و مقررات کمک‌کننده به شناسایی و اجرای احکام داوری.^۱

۴. مداخله قضایی به موجب قانون نمونه و قانون داوری ۱۹۹۶ م.

انگلستان

قانون نمونه حد معینی از دخالت قضایی را می‌پذیرد، با وجود این، این دخالت به صورت بسیار مضیق تعریف شده است. بر عکس، قانون داوری ۱۹۹۶ م. انگلستان زمینه‌های بیشتری از دخالت قضایی را می‌پذیرد؛ اگرچه این قانون مقرر می‌دارد که محاکم باید فقط به میزان حداقل لازم دخالت کنند. قواعدی را که قانون ۱۹۹۶ م. داوری را استحکام می‌بخشد، می‌توان در بخش یک ملاحظه کرد. قواعد سه‌گانه عبارت است از:

الف) هدف از داوری، رسیدن به راه حل منصفانه اختلافات به وسیله یک محکمه بی‌طرف است.

ب) طرفین باید آزادانه درباره حل و فصل اختلافاتشان توافق کنند و تنها محدودیت در این باره، رعایت ضروریات منافع عمومی است.

1. See: Karen and Andrew Tweedale, *A Practical Approach to Arbitration Law 320* (1999).

ج) در موضوعات تحت پوشش این بخش، دادگاه جز در موارد تصریح شده، حق مداخله ندارد.^۱

در پرونده «Runman Faruqi v. Commonwealth Secretariat»^۲ سؤالی درباره میزان دخالت دادگاه در موضوعات داوری مطرح شد. در مقام طرح تفاوت‌های قانون داوری و قانون نمونه، عنوان شد که به موجب ماده ۵ قانون نمونه «هیچ دادگاهی جز در موارد تصریح شده، حق دخالت ندارد»، در صورتی که ماده ۱(c) قانون داوری ۱۹۹۶ م. فقط اعلام می‌دارد که «دادگاه حق دخالت ندارد».^۳ بنابراین ماهیت استثنایی قانون نمونه، کامل‌تر و قطعی‌تر از مقررات مربوط در قانون داوری است. قاضی «Brindle» اعلام داشت:

کلمه «باید» مورد استفاده قرار نگرفته است... ممکن است مواردی وجود داشته باشد... که دادگاه می‌تواند غیر از موارد خاص پیش‌بینی شده در بخش ۱ قانون دخالت کند، ولی این موارد طبیعتاً بسیار نادر است و قاعده کلی قوی و مستحکمی، این مداخله را نمی‌پذیرد.

موفقیت یک قانون تا حد زیادی به تمایل دستگاه قضایی داخلی به رعایت مقررات ماهوی آن بستگی دارد؛ بنابراین، قوانین داوری قدیمی باید کنار گذاشته شود؛ زیرا متضمن سیستمی بود که بر دخالت زیاد قضایی مبتنی بود. قضات انگلیسی برای کار در سیستم جدیدی که در آن، دخالت کمتری داشتند، مجبور به بازآموزی بودند.

اختلاف آرا درباره دخالت قضایی در مورد اختیار محکمه برای رسیدگی به مسئله صلاحیت خودش نیز ظاهر می‌شود.

۵. دکترین kompetenz/kompetenz

قاعده استاندارد کنونی در داوری تجاری بین‌المللی به صلاحیت محکمه برای تعیین

1. Arbitration Act 1996 s 1(a)-(c).
2. [2002] WL 498805 (QBD (Comm.Ct.)) March 26, 2002 (unreported). A case summary is available from Westlaw UK <<http://uk.westlaw.com>> .
3. Id. at 2.

صلاحیت خود قائل است. این قاعده که به قاعده «Kompetez/Kompetenz»^۱ موسوم است، عموماً در عملکرد اروپایی دیده شده و مرام اصلی قانون نمونه است.^۲ چنین چیزی قبلاً در قوانین انگلستان شناخته شده نبود، ولی اکنون به صورت یک قاعده در ماده ۳۹ قانون داوری انگلستان درج شده است. با وجود این، باید خاطرنشان کرد که در سیستم حقوقی انگلستان، صلاحیت محکمه داوری برای تعیین قطعی میزان صلاحیتش حسب مواد ۳۲ و ۶۷ قانون داوری تحت کنترل قضایی قرار دارد. این محدودیتها به اختیارات محاکم، منعکس‌کننده اکراه سیستم حقوقی انگلستان برای قبول عدم صلاحیت کامل دادگاه است. با وجود این، این غصب صلاحیت محکمه به طور مضییقی در مواد ۳۲ و ۷۳ تعریف شده است. در وهله نخست، اگر یک طرف دعوا به صلاحیت محکمه در مدت معینی اعتراض نکند، حق اعتراض خود را از دست خواهد داد.^۳ ثانیاً، دادگاه به موضوع صلاحیت، رسیدگی نخواهد کرد مگر اینکه طرفین کتباً در مورد حل و فصل موضوع به وسیله دادگاه توافق کرده باشند.^۴ محکمه به نوبه خود می‌تواند به دادگاه اجازه رسیدگی به این موضوع را بدهد.^۵ اگر دادگاه دارای چنین صلاحیتی برای رسیدگی به موضوع صلاحیت باشد، تنها در صورت اقتناع در خصوص وجود موارد ذیل به صدور رأی مبادرت خواهد کرد:

۱. به نظر برسد که این گونه رسیدگی به صرفه‌جویی در هزینه‌ها در جریان رسیدگی ماهوی منجر می‌شود.
۲. درخواست بدون تأخیر داده شده باشد.
۳. دلایل معقولی برای لزوم رسیدگی به وسیله دادگاه وجود داشته باشد.^۶

1. I.e. competence/competence.
2. Art. 16 provides that:

«محکمه داوری می‌تواند درباره صلاحیت خود تصمیم‌گیری کند».

3. Arbitration Act 1996 s 73(1):

«اگر یکی از طرفین بتواند ثابت کند که نمی‌دانسته یا منطقیاً به اطلاع از موارد قابلیت طرح اعتراض قادر نبوده، ممکن است به وی امکان طرح اعتراض داده شود».

4. Id. s 32(2)(a).
5. Id. s 32(2)(b).
6. Id. s 32(2)(i)-(iii).

همان طور که ملاحظه می‌شود، این شرایط خیلی سخت بوده، نمایانگر منطق اصلی قانون مبنی بر حداقل دخالت قضایی است. استقلال طرفین در چارچوب الزامات نظم عمومی باید در حد امکان، هرچه بیشتر رعایت شود.^۱ معمولاً عنوان می‌شود که محاکم داوری در مقام تصمیم‌گیری درباره موضوع «Kompetenz/Kompetenz» بیشتر محتمل است که به صلاحیت خود رأی دهند تا به عدم صلاحیت خود. داوری در درجه نخست، یک تعهد اختیاری به وسیله طرفین یک اختلاف است؛ بنابراین، طرفین با درج شرط داوری در قراردادشان قصد داشته‌اند، صلاحیت را از محاکم عمومی بگیرند. ماده ۱۶ قانون نمونه با اعلام اینکه هرگونه مسئله مربوط به صلاحیت باید به وسیله خود محکمه داوری حل شود، به چنین توافقی تأثیر می‌بخشد. ماده ۳۰ قانون داوری ۱۹۹۶ م. نیز توافق طرفین را البته با شرط مهم مندرج در ماده ۳۲ می‌پذیرد. اشکال ماده ۳۲ درباره احتمال به مخاطره افتادن آزادی طرفین است. دادگاه ممکن است تصمیم بگیرد که محکمه داوری صلاحیت ندارد و موضوع اختلاف از طریق داوری حل و فصل شدنی نیست. شدت این قاعده تا حدی به موجب ماده ۷ قانون تعدیل شده است. این ماده با پذیرش قاعده بین‌المللی قابلیت جداسازی «Rule of Seperability» اعلام می‌دارد که حتی اگر قرارداد اصلی حاوی شرط داوری، کأن لم یکن تلقی شود، قرارداد داوری کماکان مستقر و پابرجاست.

ماده ۶۷ قانون داوری به طور مشابهی به یک طرف اجازه اعتراض به یک رأی داوری از جنبه صلاحیت ذاتی‌اش را می‌دهد. این ماده بر خلاف ماده ۳۲ که الزامی نیست و می‌توان از آن عدول کرد، الزام آور است. با وجود این، با توجه به پرونده «LG Caltex Gaz Co. v. China National Petroleum Corp.»^۲ به نظر می‌رسد طرفین بتوانند با تنظیم یک موافقت‌نامه صریح، صلاحیت دادگاه را برای

1. Id. s 1(b):

«طرفین در چارچوب منافع عمومی می‌توانند درباره حل اختلافاتشان تصمیم‌گیری کنند.»

2. [2001] EWCA Civ.788. See also: the commentary on this case: Philip Clifford, *Ad Hoc Arbitration Agreements and substantive Justice*, 4(4) INT'L A.L.R.23, 25(2001).

بررسی رأی صلاحیتی محکمه داوری «Kompetenz/Kompetenz» نپذیرند.^۱ متن ماده ۳۲ پیچیده است و تفسیر آن ممکن است مشکل‌ساز باشد؛ زیرا قضات مختلف ممکن است نظریه‌های متفاوتی نسبت به آن داشته باشند؛ برای مثال، در پرونده «Vale Do Rio Navegacos S.A. v. Shanghai Bao Steel Ocean Shipping Co. and Sea Partners Ltd.» دادگاه درخواست خواهان حسب ماده ۳۲ را که بدون توافق با طرف دیگر و قبل از شروع پروسه داوری ارائه شده بود، نپذیرفت و اعلام کرد، دادگاه تنها در موارد محدودی حق دخالت دارد؛ زیرا این طرفین هستند که باید اختلافاتشان را با توسل به راه‌های مورد توافق قبلی حل و فصل کنند.^۳ برعکس، قاضی «ریچارد سیمور» در پرونده «JT Mackley co v. Gosport Marina Ltd.»^۴ اعلام کرد که دادگاه صلاحیت ذاتی برای اعطای جبران اعلامی را دارد، حتی در حالتی که شرایط اعمال ماده ۳۲ وجود نداشته باشد. بنابراین، قضاتی که درباره حق انتخاب مسلم طرفین متقاعد نشده باشند، ممکن است آماده دور زدن متن شدید قانون برای توجیه دخالت دادگاه باشند.

میزان دخالت قضایی در جریان داوری تا حد زیادی به دید قاضی نسبت به امر داوری بستگی دارد، البته در این صورت، عاقبت موافقت‌نامه‌های داوری نامشخص است؛ زیرا بعضی قضات ممکن است به پروسه داوری اطمینان نداشته، به دخالت در

۱. برای بحث بیشتر در این باره، ر.ک:

Stewart Shackleton, *Challenging Arbitration Awards: Part 1-Jurisdiction*, 152 N.L.J.1745(2002).

در این مقاله گفته شده که دادگاهها در حال گرایش به تفسیری موسع‌تر از موافقت‌نامه‌ها درباره عوامل ارتباط می‌باشند.

2. [2002]2 All E.R.(Comm.)70. See also: *Applications to the English Courts on Issues of Arbitrators, Substantive Jurisdiction*, presented at the Symposium on Judicial Intervention in International Commercial Arbitration. This article is available on the website of the international law firm Holman, Fenwick and Willan <www.hfw.com> .

3. See also: *Workplace Technologies v. E Squared*, February 16, 2000 (unreported), as discussed by Stewart Shackleton, *Annual Review of English Judicial Decisions on Arbitration 2000*, 4(6) INT'L A.L.R.178, 181 n.22(2001).

4. [2002] EWHC 1315.

۶. قطعیت آرای صادرشده و اعتراض به آنها

روند پژوهش در انگلستان ابهامات زیادی را درباره قطعیت آرای صادرشده به وجود می‌آورد.^۲ آرای داوری حسب مواد ۶۷ تا ۶۹ قانون داوری ۱۹۹۶ م. قابل اعتراض است.^۳ به موجب ماده ۶۸ این قانون، یک رأی داوری با طرح ادعای تحقق «بی قانونی جدی و مهم»^۴ قابل اعتراض است. این ماده با حق داوری برای هدایت جریان رسیدگی به صلاح دید خود و با حسن نیت و رعایت انصاف، در تناقض است.^۵ یک محکمه داوری مثل یک دادگاه دادگستری نیست؛ در نتیجه، قواعد رسیدگی دادگاه ضرورتاً در روند داوری اجرا نمی‌شود. با وجود این، تحولات مثبتی صورت گرفته است و به نظر می‌رسد دادگاههای انگلستان به نحو روزافزونی در پرونده‌های اخیر مطرح شده، به موجب ماده ۶۸، استقلال محاکم داوری را رعایت می‌کنند؛ همان طور که قاضی «استوارت شاکلتون» اظهار داشته است:

دادگاهها محدودیتهای ماده ۶۸ را درباره بازبینی قضایی روند داوری پذیرفته‌اند؛ در نتیجه، داوران در برگزاری روند مناسب با هر دعوای خاص، بیش از هر زمانی از آزادی عمل برخوردارند.^۶

ماده ۶۹ بیشترین زمینه بحث درباره صلاحیت دادگاه را مطرح می‌کند. به موجب این ماده، طرفین می‌توانند از دادگاه رسیدگی پژوهشی نسبت به یک موضوع حقوقی ناشی از یک رأی داوری را درخواست کنند. بر خلاف مواد ۶۷ و ۶۸،

ممکن است صلاحیت دادگاه به علت توافق طرفین مبنی بر غیر مدلل بودن رأی صادرشده یا در صورت نبود چنین توافقی، ساقط شود. اجازه رجوع به مرجع پژوهشی نیز لازم است. بالاخره، ماده ۶۹ در مورد داوریهایی اعمال می‌شود که مقرشان در انگلستان و ولز است و تحت حاکمیت قوانین دادرسی انگلستان قرار دارد. فلسفه حفظ مرحله پژوهشی حسب ماده ۶۹ در نظم عمومی نهفته است. دادگاههای انگلیسی می‌خواهند مطمئن شوند که آرای داوری، مطابق قانون انگلستان صادر شده است. این، دلیل موجهی نیست؛ زیرا حقوق عمومی متحول شده و موضوع، بدین دلیل به داوری ارجاع می‌شود تا با روندی کاملاً متفاوت با سیستم دادرسی قضایی مورد رسیدگی قرار گیرد. محدودیتهای مندرج در قانون انگلیس، دست داوران را که از مؤاخذه شدن به لحاظ اتخاذ رفتاری خلاف انصاف و عدالت بیم‌ناک‌اند، بسته است.^۲ قطعیت آرای داوری باید به عنوان سیاستی در مقابل دخالت زائد سیستم قضایی محلی^۳ مرجح شمرده شود. داوران معمولاً با توجه به تخصص و مهارتهایشان از سوی طرفین انتخاب می‌شوند.

یکی از عرصه‌هایی که ممکن است قطعیت تصمیم داوری توسط قانون نمونه آنسیترال در آن به خطر افتد، قلمرو اصلاحاتی است که بعد از صدور رأی داوری به وجود می‌آید. اصلاح یک رأی داوری یکی از قواعد عموماً پذیرفته شده در رویه داوری بین‌المللی است. بدین منظور، بند «الف» ماده ۳۳ قانون نمونه، اصلاح محاسبات، موارد انشایی یا تایی را ظرف سی روز از تاریخ صدور رأی پیش‌بینی

1. Supra note 24, at 193:

«به دلیل اینکه قرار است قراردادها به وسیله دیگران نیز مورد استفاده قرار گیرد، دادگاههای انگلستان برای حفظ منافع عمومی بر آرای داوری نظارت می‌کنند».

2. Andrew Foyle and Saira Singh, *Arbitration: An Introduction to the Procedure*, 152 N.L.J.1417(2002).

3. Stewart Shackleton, *Challenging Arbitration Awards: Part III-Appeals on Questions of Law*, 152 N.L.J.1834, (2002); «The s.69 appeal regime stands out as an anomalous feature of a modern pro-arbitration jurisdiction... Public policy is today more concerned with finality than supervision of the production and application of norms of English Law».

1. Supra note 24, at 181.

2. Id. at 195.

۳. برای مطالعه ماده ۶۷ قانون داوری ۱۹۹۶ م. ر.ک: Supra text accompanying note 20.

4. Id. s 68(2)(a)-(i).

۵. چون این ماده ابتدائاً درباره حقوق انگلستان است، اصطلاح انگلیسی «arbitrator» عموماً و همه جا معادل اصطلاح اسکاتلندی «arbiter» به کار می‌رود.

۶. بر مبنای انصاف و وجدان.

7. Stewart Shackleton, *Challenging Arbitration Awards: Part II-Procedural Irregularity*, 152 N.L.J.1816, 1817(2002).

کرده است.^۱ برعکس، بند «ب» همین ماده مقرر می‌دارد که در صورت توافق طرفین، یکی از طرفین می‌تواند از محکمه داوری، تفسیر یک نکته یا بخش خاصی از رأی داوری را درخواست کند.^۲ در مقابل، قانون داوری ۱۹۹۶ م.^۳ تنها اجازه تصحیح یک رأی داوری را می‌دهد. عنوان شده که موضع قانون انگلیس، موضع مناسبی است. گفته شده که «از جهت نظری، تصحیح اشتباهات و تفسیر یک رأی داوری برای نیل به یک مقصود است؛ اعاده معنای واقعی رأی».^۴

با وجود این، در عمل ممکن است از این اختیار تفسیری، سوء استفاده شود. یک طرف قوی ممکن است طرف ضعیف را به قبول ارجاع تفسیری بند «ب» ماده ۳۳ مجبور کند که در واقع، کوششی برای بازگشایی پرونده و عوض شدن رأی اصلی با رأی مطلوب برای طرف قوی است.

۷. جرح داور

ماده ۱۲ قانون نمونه، زمینه اعتراض به نحوه انتخاب داور را فراهم می‌کند. جرح داور ممکن است به دلایلی چند صورت پذیرد. یکی از این موارد، این است که شک معقولی درباره بی‌طرفی یا استقلال داور یا دارا بودن شرایط مورد توافق طرفین در قرارداد داوری وجود داشته باشد. بر عکس، قانون داوری ۱۹۹۶ م. پیش‌بینی کرده که دادگاه می‌تواند داور را برکنار کند؛ [مواردی از قبیل اینکه] اگر:

شک معقولی درباره بی‌طرفی داور وجود داشته باشد؛ داور شرایط مقرر در قرارداد داوری را نداشته باشد؛ داور توانایی جسمی یا روحی برای اداره روند داوری نداشته باشد یا شک معقولی در این باره وجود داشته باشد؛ داور نتوانسته یا امتناع کرده باشد از ۱. اداره درست روند یا ۲. سرعت معقول در انجام روند یا صدور رأی.^۵

۱. ماده ۳۳ الزامی است و دادگاه اختیار دارد با عنایت به بند ۲ ماده ۳۳ رأی داوری را به تشخیص خود اصلاح کند.

2. David A.L. Williams and Amy Buchanan, *Correction and Interpretation of Awards Under Article 33 of the Model Law*, 4(4) INT'L A.L.R.119, 123(2001).

3. Arbitration Act 1996 s 57.

4. Supra note 37, at 124.

5. Arbitration Act 1996 s 24.

در تمام این موارد، دادگاه باید قانع شود که یک بی‌عدالتی عمده نسبت به متقاضی صورت گرفته یا صورت خواهد گرفت.^۱

به موجب ماده ۲۹ قانون داوری ۱۹۹۶ م.، داور در برابر هر فعل یا ترک فعل مربوط به ایفای وظایفش از مصونیت برخوردار است. اگر معلوم شود که داور با حسن نیت عمل نکرده است، این مصونیت قابل برگشت و لغو است.^۲ چنین قاعده‌ای در قانون نمونه وجود ندارد و چنین غفلی تأسف آور است. گفته شده که اگر داوری قابل اعتراض نباشد، این خطر وجود دارد که یک داور بی‌دقت به ضرر یک طرف اقدام کند.

زمینه‌های اعتراض در قانون داوری ۱۹۹۶ م. بسیار وسیع‌تر از قانون نمونه است و پیش‌بینی برکناری داور، عامل محرک مثبتی برای وی خواهد بود. داور همواره باید در محدوده نمایندگی اعطا شده به وی به موجب قرارداد داوری و با دید حل و فصل دعوا به موجب قواعد و اصول بنیاد داوری، اقدام کند. این مقرر دو نتیجه دارد: نخست اینکه داوران باید سطح معلومات، تمرینات و تخصص خود را بهبود بخشند؛ دوم اینکه نیاز به دخالت قضایی با افزایش تخصص داوران کاهش می‌یابد.

قانون نمونه برای داور، دامنه عملکرد وسیع‌تری همراه با معاقبت از مسئولیت قائل می‌شود و غفلت این قانون از نظر پیش‌بینی نکردن تأخیر اجتناب‌پذیر یا نبود احساس مسئولیت نسبت به پرونده به عنوان دلایلی برای رد داور، به عنوان یک نقص جدی، مورد انتقاد واقع شده است.^۳

1. Id. s 24(1).

2. Id. s 29(1).

3. See: Andrew Okekeifere, *Appointment and Challenge of Arbitrators Under the UNCITRAL Model Law Part 2: Challenge*, 3(1) INT'L A.L.R.13, 16(2000); «Making avoidable delay a ground for the express challenge of an arbitrator will help stem the rising tide of avoidable and severely injurious delay in international commercial arbitration... Indeed, the grounds for challenge under the Law should be widened. They ought to include lack of commitment to the case and even carelessness in handling the case».

۸. فرق میان داوری داخلی و بین‌المللی

قانون نمونه برای ایجاد هماهنگی در قواعد حاکم بر داوری تجاری بین‌المللی طراحی شده بود؛ بنابراین، داوری داخلی قلمرو انحصاری سیستم قضایی داخلی بود. از این رو، ممکن بود با وجود دو سیستم داوری به موازات هم، با هم اشتباه گرفته شوند. این وضع، قبل از وضع قانون داوری ۱۹۹۶ م. در انگلستان پیش آمد. مواد ۸۵ تا ۸۷ قانون داوری ۱۹۹۶ م. بین داوری داخلی و بین‌المللی تمایز نهاد، ولی این مواد به علت عضویت انگلستان در اتحادیه اروپایی هرگز به مرحله اجرا درنیامد. در پرونده «Philip Alexander Securities and Futures Ltd. v. Bamberger»^۱ تمایز قائل شدن میان داوری داخلی و داوری بین‌المللی، مغایر قانون اتحادیه تلقی شد؛ زیرا این امر، آزادی ارائه خدمات را بر خلاف ماده ۵۹ (۴۹ فعلی) معاهده ۱۹۵۷ م. موجد اتحادیه اروپا اصلاح شده به وسیله معاهدات بعدی (معاهده رم)، محدود می‌کرد.^۲ از بعضی جهات، حذف تفاوت میان داوری داخلی و داوری بین‌المللی مطلوب است؛ چه اینکه این امر، به ساده شدن حقوق و کاسته شدن از حجم دعوی در دادگاههای کمک‌کننده به یک روند داوری منجر می‌شود و قطعیت و تمامیت قراردادهای داوری را حفظ می‌کند و از وجود سیستمهای موازی داوری در یک کشور جلوگیری به عمل می‌آورد.

۹. اعلامیه حقوق بشر ۱۹۹۸ م. و دادگستری طبیعی

به همان ترتیب که عضویت در اتحادیه اروپایی، قانونگذار و دستگاه قضایی انگلستان را در مواضعشان نسبت به داوری در محظور قرار داده است، اعلامیه حقوق بشر ۱۹۹۸ م. نیز محدودیتهایی را در این باره ایجاد کرده است.^۳ به موجب ماده ۶ اعلامیه حقوق بشر، مقامات دولتی نمی‌توانند به گونه‌ای عمل کنند که با حقوق مقرر در کنوانسیون مربوط به حمایت از حقوق بشر و آزادیهای

1. [1997] Eu.L.R.63.
2. Id. s 28.
3. Ch.42 (1998) (Eng.).

اساسی از قبیل داشتن یک دادرسی عادلانه،^۱ مغایر باشد (ECHR).^۲ بی‌گمان، داوری یک روش خصوصی حل و فصل اختلافات است؛ با وجود این، زمینه‌ای برای دخالت قضایی در جریان داوری وجود دارد. گفته شده که وقتی طرفین، موضوع را به داوری ارجاع می‌دهند، تمام حقوق خود حسب ماده ۶ «ECHR» را از دست نمی‌دهند.^۳ در گذشته، قضات دادگاه عالی درباره تصمیماتشان در مورد قبول یا رد درخواست پژوهش، توجیهی ارائه نمی‌دادند.

در پرونده «North Range»^۴ قاضی توکی^۵ اعلام داشت:

این ممکن است پایان راه برای خواهان باشد، ولی او محق است که به طور خلاصه، بداند چرا به این نقطه رسیده است. به نظر ما این، تضعیف روند داوری نیست، بلکه آن را تقویت می‌کند، به ویژه اگر قاضی، دلایل داوران را قبول کند.

تصمیم گرفته شده در این پرونده با پرونده «Mousaka Inc. v. Golden Seagull Maritime Inc.»^۶ در تضاد است. در این پرونده، پذیرفته شد که تحمیل تکلیف توجیه یک رأی داوری به داور، ممکن است طبیعت کاربری و تأثیرگذاری داوری را کاهش دهد، اعتماد در سیستم داوری را از بین ببرد و توجیه رأی داوری، تأثیری کمی بیشتر از ارضای حس کنجکاوی طرف بازنده دارد. این استدلال معقول نیست؛ زیرا لزوم مستدل بودن رأی قضایی، یکی از قواعد اساسی پذیرفته شده است. این امر، هم درباره حقوق عمومی و هم درباره حقوق خصوصی صادق است؛ زیرا داور، در واقع، یک جانشین حقوق خصوصی برای قاضی است. اعلامیه

۱. کنوانسیون شورای اروپا برای حمایت از حقوق بشر و آزادیهای اساسی

1950, 5 E.T.S.(1950).
2. European Convention of Human Rights 1950, art. 6.
3. William Godvin, *Arbitration and Reasons: The North Range Decision*, 5(4) INT'L A.L.R. 109, 10(2002) and in particular, Tolstoy v. United Kingdom (1995)20 E.H.R.R.442.
4. North Range Shipping Ltd. v. Seatrans Shipping Corp. (The Western Triumth) [2002], EWCA Civ.405; See also: supra note 49.
5. Lord Justice Tuckey.
6. Gemma Birt, *Case Comment: Musaka Inc. v. Golden Seagull Maritime Inc.*, 5(1) INT'L A.L.R.2(2002).

۱۹۹۸ م. حقوق بشر افزایش اعتماد به دخالت قضایی در روند داوری را موجب شده است؛ چرا که الزام به ارائه استدلال، تضمین کننده این است که قضات با توجه کامل، درخواستهای رسیدگی پژوهشی نسبت به تصمیمات محاکم داوری را رسیدگی کنند و مخالفت غیر موجه و نادرست نورزند، البته تلقی دخالت قضایی به عنوان یک انتخاب رویه، همچنان می تواند زیر سؤال باشد.

به موجب قانون نمونه با طرفین باید یکسان برخورد شود و به هر طرف باید فرصت کافی برای ارائه نظرهایش داده شود.^۱ در الزامات محکمه داوری مندرج در قانون داوری ۱۹۹۶ م. تفاوت کمی وجود دارد. بند ۱ ماده ۳۳ این قانون، محکمه داوری را به اعمال انصاف و بی طرفی مکلف می کند. با وجود این، باید فقط به هر یک از طرفین، فرصت معقولی برای پیشبرد پرونده اش داده شود.^۲ این تغییر توجیه پذیر است. یک دادرسی عادلانه ممکن است ضرورتاً ایجاب کند که طرفین در ارائه ادعاهایشان محدود شوند. عدالت قضایی باید با محدود کردن طرف دعوی بی منطق در سوء استفاده از حقوقش در انحراف جریان داوری و در نتیجه، تأخیر در حل و فصل دعوا محقق شود. ماده ۳۳ همچنین مقرر می دارد: «محکمه باید اطمینان حاصل کند از اینکه جریان رسیدگی به ترتیبی انجام می گیرد که از هرگونه تأخیر یا هزینه غیر ضروری اجتناب می شود».^۳ این امر، شدیداً در تضاد با الزام محکمه داوری حسب ماده ۶۵ است که مقرر می دارد: «هزینه های قابل جبران داوری... باید محدود به مبلغ تصریح شده و معین باشد». اگر محکمه داوری، این محدوده را بسیار کم اعلام نماید، محکمه نمی تواند به صورت منصفانه و بی طرفانه عمل کند و ممکن است حقوق طرفین برای پیشبرد پرونده شان نادیده گرفته شود.^۴ با وجود این، اعمال محدودیت بر هزینه های قابل جبران، ممکن است حل و فصل عادلانه دعوا را موجب شود؛ زیرا هیچ یک از طرفین از امتیاز مالی خود بهره مند نمی شود؛ بدین ترتیب، اصل «تساوی سلاحها و

1. Art. 18.
2. Harris, Plantenrose & Hecks, supra note 8, at 327-328.
3. Arbitration Act 1996 s 33(1)(b).
4. Harris Plantenrose & Hecks, supra note 8, at 5.

امکانات» که به وسیله دادگاه اروپایی حقوق بشر مطرح شده، رعایت می شود.^۱

۱۰. نتیجه گیری

اگر بیم قضات از این است که با صدور تصمیمات الزام آور خصوصی از محکمه داوری، عدالت در معرض تضییع قرار می گیرد، در این صورت، راه علاج، افزایش دخالت قضایی در جریان داوری نیست، بلکه باید راه حل را در افزایش تخصص داوران از راه آموزش ایشان جست. دخالت قضایی در تقابل با جریان داوری است. راه حل در صدور تصمیمات بهتر از جانب داوران است. این امر به یک دور مفید منجر می شود؛ بدین ترتیب که هرچه کیفیت تصمیمات داوری بهبود یابد، نیاز به دخالت قضایی کاهش می یابد. این امر به نوبه خود، افزایش جذبه انگلستان به عنوان محل داوری را در پی دارد؛ زیرا قطعیت چنین تلقی منطقی و تصمیمات قابل قبول داوری تأمین می شود یا لاقلاً احتمال مقبولیت بیشتری برای آنها وجود دارد.

قانون نمونه و قانون داوری ۱۹۹۶ م. سوی تشابهات زیادشان، تفاوت های مهمی از حیث چگونگی رویکرد به داوری با هم دارند. ایجاد قانون نمونه، گام مهمی برای هماهنگی بین المللی رویه داوری تجاری بود. کشورهای در حال توسعه که از سلطه اربابان استعمارگر رهایی یافته بودند و فاقد راهنمایی قضایی درباره داوری بودند، به قواعدی نیاز داشتند که از سوی یک نیروی غالب به کشورهای ضعیف تحمیل نشده باشد. استانداردهای حداقل مورد توافق بین المللی برای این کشورهای تازه تأسیس بیشتر قابل قبول خواهد بود و احتمال بیشتری برای رعایت آنها از سوی این کشورها وجود دارد، ولی ضعف قانون نمونه همچون حقوق بین الملل، در کلی بودن قواعدش است. حداقل وجه اشتراک در این قواعد وجود دارد؛ از این رو، پیشرفت جالب توجهی در وضعیت داوری ایجاد نمی شود. بعلاوه، با گذشت تقریباً بیست سال از وضع قانون نمونه، این قانون قدمتی پیدا کرده است. قواعد آن جامعیت ندارد، بلکه صرفاً

۱. اصل «تساوی سلاحها» تلاشی است برای اطمینان از اینکه هر دو طرف دعوا فرصت مساوی برای طرح ادعاهایشان و دریافت کمکها و مشاوره های قانونی را دارند. وضع محدودیتهای مالی ممکن است بر حقوق طرفین در انتخاب مشاور حقوقی مورد نظرشان تأثیر بگذارد.

مقطعی بوده، بر چند نکته معین و انتخاب شده از داوری بین‌المللی متمرکز شده است. قانون نمونه در چارچوب و سیاق قانون ملی، زیست می‌کند؛ بنابراین، هدف عمومی و همگانی نمودن قواعد داوری تحقق نیافته است. تمرکززدایی هدف فعلی است و تا فرامی‌شدن روند داوری، راه درازی در پیش است. تا رسیدن به زمانی که قانون ملی نقشی در داوری نداشته باشد، بهترین راه برای اجتناب از چندگانگی، ایجاد هماهنگی در حقوق ملی مربوط به داوری همراه با ارتقای سطح تخصص داوران است.

این، دیدگاه قانون داوری ۱۹۹۶ م. است. این قانون، همچنین اقدام و تلاشی برای مدرنیزه کردن قانون داوری در انگلستان است و تا حدود زیادی با قانون نمونه هماهنگ است. همچنین از این نظر که یک قانونگذاری جامع در زمینه حقوق داوری انگلستان است، از قانون نمونه پیشی می‌گیرد. این قانون که تمامی جنبه‌های داوری را دربرمی‌گیرد، به روز است و مقررکننده قواعدی لازم‌الاجرا برای قضات و داوران می‌باشد. قانون داوری ۱۹۹۶ م. هم‌اکنون در داوریه‌های داخلی و بین‌المللی اعمال می‌شود؛ از این رو، نمونه‌ای از ایجاد هماهنگی و توافق می‌باشد.

با وجود کاهش بسیار دخالت قضایی در روند داوری، این دخالت هنوز در قانون داوری انگلستان وجود دارد.^۱ در این مورد، بیش از هر مورد دیگری اختلاف نظر وجود دارد. داوری به عنوان یک روش خصوصی حل و فصل قضایی اختلافات هنوز در معرض دخالت قضات دولتی قرار دارد. دخالت قضات ممکن است برای اطمینان از رعایت هماهنگی، عدالت و انصاف، لازم تلقی شود. وجود داوران متخصص و دانش آموخته، مطمئناً کمترین دخالت قضایی را در پی دارد. هم قانون نمونه و هم قانون داوری انگلستان، بر عقلانی کردن، مدرنیزه و روشن نمودن قانون داوری در محدوده عملشان سعی دارند. هر دو در رسیدن به اهداف مختلف، ولی مرتبطشان، بسیار موفق بوده‌اند. هر دو می‌توانند بهتر شوند و پیشرفت کنند و احتمال نزدیک شدن آنها به یکدیگر در آینده، روز به روز بیشتر می‌شود.

1. Supra note 24, at 200:

«سیاست عدم دخالت با آگاهی و شناخت از قدرت ابزار مفهومی جدید پیش‌بینی شده در قانون داوری، کم‌کم در حال عملی شدن است.»

نقش نظام قضایی بین‌المللی

در حل و فصل اختلافات زیست‌محیطی

وراهکارهای تحکیم دادرسیهای بین‌المللی در این اختلافات^۱

□ Dionysia-Theodora Avgerinopoulou^۲

□ ترجمه حسین یزدانی^۳

□ کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل

مقدمه مترجم

با رشد روزافزون مسائل زیست‌محیطی و گسترش فعالیتهای مختلف در این عرصه،

۱. مشخصات کتاب‌شناختی مقاله به شرح زیر است:

Dionysia-Theodora Avgerinopoulou, «The Role of the International Judiciary in the Settlement of Environmental Disputes and Alternative Proposals for Strengthening International Environmental Adjudication», Prepared for Global Environmental Governance: the Post-Johannesburg Agenda, 23-25 October 2003, Yale Center for Environmental Law and Policy New Haven, CT.

با توجه به زیاد بودن مستندات اصل مقاله، به منظور رعایت استاندارد کمی صفحات مجله، از چاپ همه آنها خودداری شد. بدیهی است که مستندات و ارجاعات در دفتر مجله برای استفاده خوانندگان موجود است.

۲. محقق مرکز حقوق و سیاست محیط زیست ییل، نیو هاون.

3. hosseinyazdani@gmail.com