

## امکان اعطای مجوز اهدای جنین به زوجین نابارور دارای فرزند پس از خروج از سن باروری

عاطفه ذبیحی\*

### چکیده

در پی رسیدگی به خواسته صدور مجوز اهدای جنین از سوی زوجینی که با وجود دارا بودن یک فرزند، به تبع فقدان قدرت باروری به دلیل افزایش سن، متقاضی اهدای جنین از دادگاه شده‌اند، این موضوع محل تردید واقع شده است که آیا به استناد قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، می‌توان چنین حقی را برای زوجینی با شرایط مذکور قائل شد؟ در پرونده مذکور، دادگاه بدوی شرط «نداشتن فرزند» را در ردیف شروط ماده ۲ قانون مذکور دانسته و حکم به رد دادخواست نموده است؛ لیکن در مرحله تجدیدنظر، شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران با نقض دادنامه بدوی، به استناد اطلاق قانون مذکور نسبت به دارا بودن فرزند و نیز به استناد برخی حقوق بنیادین بشر از جمله حق بر سلامت، حقوق رفاهی، حق حیات و ... حکم به اهدای جنین صادر کرده است. در ادامه، رأی صادره از دادگاه تجدید نظر در خصوص این دعوا، مورد نقد و بررسی قرار خواهد گرفت.

### کلیدواژگان:

اهدای جنین، قدرت باروری، حق بر سلامت، حق حیات، حقوق بنیادین بشر.

---

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه امام صادق (ع).

### مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۹۰۹۹۷۱۵۱۶۶۰۰۰۵۸

تاریخ: ۱۳۹۹/۱/۲۳

مرجع رسیدگی کننده (صدور رأی): شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران  
خواسته: صدور مجوز اهدای جنین به لحاظ عدم باروری

### مقدمه

زوجین متقاضی اهدای جنین به طرفیت دادستان عمومی و انقلاب شهرستان عباس‌آباد دادخواستی به خواسته صدور مجوز اهدای جنین به لحاظ عدم باروری تقدیم دادگستری شهرستان یاد شده نموده‌اند؛ بدین شرح که زوجین در تاریخ ۱۳۹۷/۳/۲۸ ازدواج کرده‌اند و یک فرزند مشترک (دختر ۱۳ ساله) دارند که این فرزند، ناتوان جسمی و فلج مغزی است و قادر به حرکت نیست و زوجین به جهت عدم قدرت باروری، درخواست صدور مجوز اهدای جنین کرده‌اند. دادگاه بدوی به استناد شرایط مندرج در «ماده ۲ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲»،<sup>۱</sup> به این دلیل که خواهان‌ها دارای فرزند می‌باشند، حکم به ردّ دادخواست ایشان داده است. در مرحله تجدیدنظر، شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران به استناد اسناد داخلی و بین‌المللی حقوق بشر و ماده ۲ قانون نحوه اهدای جنین مصوب ۱۳۸۲، ضمن نقض دادنامه تجدیدنظر خواسته، مجوز اهدای جنین را صادر کرده است.

متن رأی دادگاه تجدیدنظر استان مازندران به شماره ۹۹۰۹۹۷۱۵۱۶۶۰۰۰۵۸

مورخ ۱۳۹۹/۱/۲۳

آقای ..... و خانم ..... به طرفیت دادستان عمومی و انقلاب شهرستان عباس‌آباد دادخواستی با خواسته صدور مجوز اهدای جنین به لحاظ عدم باروری تقدیم دادگستری

۱. ماده ۲: تقاضای دریافت جنین اهدایی باید مشترکاً از طرف زن و شوهر تنظیم و تسلیم دادگاه شود و دادگاه در صورت احراز شرایط ذیل مجوز دریافت جنین را صادر می‌کند: الف- زوجین بنا به گواهی معتبر پزشکی، امکان بچه‌دار شدن نداشته باشند و زوجه استعداد دریافت جنین را داشته باشد؛ ب - زوجین دارای صلاحیت اخلاقی باشند؛ ج- هیچ‌یک از زوجین محجور نباشند؛ د- هیچ‌یک از زوجین مبتلا به بیماری‌های صعب‌العلاج نباشند؛ ه- هیچ‌یک از زوجین معتاد به مواد مخدر نباشند؛ و- زوجین بایستی تابعیت جمهوری اسلامی ایران را داشته باشند.

شهرستان یاد شده نموده‌اند که خواهان‌ها در تاریخ ۱۳۷۹/۳/۲۸ ازدواج نموده‌اند و حاصل آن یک فرزند دختر ۱۳ ساله به نام ..... می‌باشد. بعد از تولد فرزند اول، دیگر قادر به باروری جهت فرزند دوم نگردیده و فرزند اول ناتوان ذهنی و جسمی (فلج مغزی) و قادر به حرکت نمی‌باشد. حال به جهت علاقه‌مندی به داشتن فرزند دوم، تقاضای صدور مجوز اهدای جنین را نمودند. پرونده به شعبهٔ دوم دادگاه عمومی آن شهرستان ارجاع شد که ریاست محترم شعبهٔ یاد شده، پس از تشکیل جلسه، ختم رسیدگی را اعلام و طی دادنامهٔ شماره ۹۸۰۷۶۴/۹۸/۷/۸ مبادرت به صدور رأی نموده است و با این استدلال، چون طبق قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۸۲/۴/۲۹ زوجین باید دارای شرایط ماده ۱۲ آن قانون باشند و خواهان‌ها نیز دارای فرزند ۱۳ ساله می‌باشند، حکم به رد درخواست آنها صادر نموده است. پس از ابلاغ دادنامه، خواهان‌ها به تجدیدنظرخواهی برخاسته‌اند. پرونده به دادگاه تجدیدنظر استان مازندران ارسال که به این شعبه ارجاع شده است. با توجه به محتویات پرونده به دلایل زیر تجدید نظرخواهی وارد است؛ زیرا نخست اینکه برخلاف استدلال و استنباط دادگاه نخستین، در ماده ۲ قانون اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲/۴/۲۹، شرایط فرزند نداشتن را از شروط اهدای جنین ندانسته است؛ چرا که در این ماده تصریح و تأکید دارد که امکان باروری زوجین نباشد که در این پرونده نیز زوجین بعد از به دنیا آمدن فرزند ناتوان ذهنی (فلج مغزی) بعد از سال‌ها درخواست اهدای جنین نمودند که گواهی پزشکی مندرج در پرونده نیز حکایت از این دارد که زوجین با بیش از ۴۵ سال سن، امکان باروری ندارند و علاقه‌مند به داشتن فرزند دیگری هستند؛ در حالی که در شروط مندرج در قانون یاد شده هیچ‌گونه اشاره‌ای به سابقهٔ فرزنددار بودن زوجین ننموده است، بلکه فقط در بند «الف» ماده یاد شده تصریح نموده که زوجین بارور نباشند. دوم اینکه، حق سلامت<sup>۱</sup> کامل جسمی و روانی و آرامش روحی از موازین بنیادین حقوق بشر بوده، همچنان که در مقدمهٔ اساسنامهٔ سازمان بهداشت جهانی<sup>۲</sup> به عنوان اولین آژانس‌های تخصصی سازمان ملل متحد که در سال ۱۹۴۸ پایه‌گذاری شد که دولت ایران نیز در آن سال به عضویت آن درآمد، در تعریف سلامتی چنین بیان داشته است: «سلامتی عبارت است از حالت آسودگی کامل جسمی، روانی، اجتماعی و تنها نبود بیماری اطلاق نمی‌شود» به موجب ماده یک اساسنامهٔ سازمان یاد شده، هدف این سازمان دستیابی تمام مردم به عالی‌ترین سطح بهداشت است که در این پرونده نیز با توجه به شرایط زندگی زوجین و این که یک فرزند ۱۳ ساله ناتوان ذهنی (فلج مغزی) و حرکتی دارند و چون نیاز روحی به داشتن فرزند دیگر در جهت زندگی بهتر را دارند به لحاظ عدم باروری درخواست اهدای جنین کردند، عدم پذیرش چنین

1. Right of Healthy

2. W.H.O

درخواستی از سوی دادگاه نخستین، ضمن اینکه با شرایط مندرج در قانون نحوه اهدای جنین مصوب ۱۳۸۲ مطابقت ندارد؛ بلکه عدم پذیرش چنین خواسته، منجر به آسیب روحی و روانی به آنها و حتی سلامت جسمی زوجین همان حق حیات خواهد شد، پس نیاز روحی و روانی اشخاص نیز مشمول همان حق بر سلامت در مقدمه اساسنامه سازمان بهداشت جهانی تعریف شده است، می‌باشد. سوم اینکه، یکی از حقوق بنیادین بشر حق بر سلامت است. ضمن اینکه در بند یک ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ به رسمیت شناخته شد و نیز در ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۹۶۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد که از سوی دولت ایران در سال ۱۳۵۴ بدون حق شرط یا اعلامیه تفسیری به تصویب مجلس شورای ملی رسید که وفق ماده ۹ قانون مدنی ایران در حکم قانون داخلی است، مقرر می‌دارد: «از کشورهای طرف این میثاق حق هر کس را به تمتع از بهترین حال سلامت جسمی و روحی ممکن الحصول به رسمیت شناخت» و همچنین کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (رکن ناظر بر اجرای میثاق یاد شده که بر اساس نظام گزارش‌دهی در سال ۱۹۸۶ تشکیل شده است) در تفسیر عام<sup>۱</sup> شماره ۱۴ سال ۲۰۰۰ حق بهره‌مندی از «بالاترین میزان توجه به سلامت جسمی و روانی است و تأکید دارد سلامت یک حق بنیادین بشری است که برای استیفای دیگر حقوق بشر، اجتناب ناپذیر است». هر فرد حق دارد از بالاترین استاندارد قابل دستیابی سلامت که به زندگی با کرامت کمک کند برخوردار شود. ضمن اینکه حق بر سلامت به‌گونه‌ای که در بند اول ماده ۱۲ میثاق یاد شده، اشاره شده است «نیاید به معنای حق سالم بودن درک شود» و در همان ماده در خصوص تعهدات و وظایف دولت‌ها در قبال این حقوق تصریح و تأکید شده است. ضمن اینکه در ماده ۵۵ منشور ملل متحد بر همکاری کشورها در زمینه سلامت و بهداشت تأکید دارد و برای محقق ساختن میثاق به ضرورت اقدام دولت‌ها، با تعیین یک گزارشگر ویژه توسط سازمان ملل متحد در عرصه حق بر سلامت، در سال ۲۰۰۲ نشان از اهمیت موضوع برای جامعه بین‌المللی است. از سویی، دولت‌ها در جهت اجرای تعهدات بین‌المللی خویش، ضمن ارائه گزارش دوره‌ای<sup>۲</sup> به شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد، به کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (رکن ناظر بر میثاق یاد شده) نیز گزارشی ارائه می‌نمایند. افزون بر آن، کمیته بهداشت جهانی نیز بر عملکرد وضعیت سلامتی و بهداشت کشورها نظارت دارد. همچنین بر اساس اسناد داخلی حقوق بشر از جمله بند ۱۲ اصل ۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به موجب ماده یک قانون تشکیل وزارت بهداشت مصوب سال ۱۳۶۴ بر حق سلامت تصریح و بر وظیفه دولت در حمایت از حق بهداشت شهروندان تأکید شده است. چهارم اینکه، از

---

1. General comment

2. UPR

جمله حق‌های رفاهی که شهروندان در پرتو ملاحظه‌حیاتی دولت‌ها از آنها بهره‌مند هستند، حق بر بهداشت و سلامت و درمان شهروندان است که از حق ادعاهای مثبتی است که لازمه آن، مکلف بودن دولت در ارائه خدمات و امکانات مناسب در قبال مطالبه و ادعای مزبور است. اصولاً حق‌های حقوق بشری در ارتباط با دولت‌ها، ماهیتاً از نوع حق ادعاها بوده؛ دولت‌ها متعهد به تضمین این حق‌ها برای افراد هستند. آنچنان که اسناد داخلی و بین‌المللی و حتی منطقه‌ای حقوق بشر در رابطه با دولت‌ها «تعهدمدار» است، نسبت به افراد «حق‌محور» است. از سویی، حق بر بهداشت نیز ماهیتی دوگانه دارد؛ از یک سوی، مداخله‌حیاتی دولت را می‌طلبد و از سوی دیگر منع مداخله‌حیاتی دولت را. حق بر سلامتی واجد هر دو بُعد آزادی و استحقاق بوده که زوجین (تجدید نظر خواهان) به عنوان صاحبان این حق، با درخواست این‌چنینی از این حق استفاده نمودند. پنجم اینکه، یکی از موازین بین‌المللی حقوق بشر «حق توسعه» (نسل سوم حقوق بشر) است. حق توسعه یک حق بشری مسلم است که به موجب آن هر فرد انسانی، همه ملت‌ها در مشارکت و برخورداری از توسعه سیاسی، فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی که تمام حقوق بشر و آزادی‌های اساسی در آن، به طور کامل تأمین شود، دارای حق هستند. از سویی، انسان موضوع محور توسعه است و باید شریک فعال و ذی‌نفع حق توسعه باشد (در بند ۱ ماده ۲ اعلامیه حق توسعه ۱۹۸۶ و اعلامیه ۱۹۹۵ کینهاگ). یکی از ویژگی‌های اساسی و مهم توسعه پایدار مسئولیت مشترک همه کشورها اعم از توسعه‌یافته و در حال توسعه در راستای نیل به توسعه همه‌جانبه و پایدار است. از این‌رو، با توجه به لازمه توسعه‌یافتگی، مشارکت فعال انسان است. این‌که در سال‌های اخیر اکثر کشورها جهت جلوگیری از کاهش نرخ جمعیت و برای افزایش آن، بسته‌های تشویقی را برای شهروندان خود در نظر گرفته‌اند و نیز جمهوری اسلامی ایران، به عنوان عضوی از جامعه بین‌المللی، نه تنها محدودیتی برای اشخاص جهت افزایش فرزند اعمال نکرده، بلکه سیاست‌های کلی نظام بر افزایش جمعیت است. کما این که مصوبه راهبردها و اقدامات ملی مربوط به جلوگیری از کاهش نرخ باروری و ارتقای آن متناسب با آموزه‌های اسلامی و اقتضانات راهبردی کشور مصوب ۱۳۹۱/۳/۲ شورای انقلاب فرهنگی در ماده ۱ راهبرد کلان بر جلوگیری از کاهش نرخ باروری تأکید دارد که درخواست تجدیدنظر خواهان (زوجین) مبنی بر بچه‌دار شدن، می‌تواند در تحقق سیاست‌های ملی و بین‌المللی کمک نماید. افزون بر آن، مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۶۹ با تشکیل صندوق جمعیت ملل متحد،<sup>۱</sup> یکی از ارکان فرعی آن سازمان با هدف به‌عهده گرفتن نقش هدایت در حدود سیستم سازمان ملل در جهت ارتقای برنامه‌های جمعیت، بر اساس حقوق بشر، حقوق فردی و زوجیت آغاز کرد تا

زوجین آزادانه راجع به تعداد اعضای خانواده خود تصمیم‌گیری کنند. ضمن این که دولت‌ها ملزم به سیاست‌گذاری هدفمند و اجرای این سیاست به صورت تدریجی و جلوگیری از هرگونه رویه و یا قانونی که مانعی بر سر راه تضمین این حقوق، ایجاد نماید، می‌باشند. همچنان که برنامه توسعه ملل متحد<sup>۱</sup> نیز به نوبه خود، رویکردی حق‌محور بر توسعه اتخاذ نموده است که بر تحقق حقوق بشر از طریق توسعه انسانی تمرکز نموده است، بنابراین اجابت درخواست تجدیدنظرخواهان و پذیرش آن از سوی این دادگاه نیز می‌تواند در توسعه یافتگی دولت مؤثر باشد. ششم اینکه، حق بر سلامت<sup>۲</sup> بخش جدانشدنی حق حیات موضوع اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی است. وفق ماده ۳ اعلامیه یاد شده، «هرکس حق زندگی (حیات) دارد»؛ چرا که با وارد شدن هرگونه آسیب روحی و روانی به اشخاص و عدم پاسخگویی به نیازهای بحق و قانونی، منجر به آسیب جسمی نیز خواهد شد. از سویی دیگر، حقوق جهانی سلامت مبین آن است که سرنوشت تمام افراد بشر به یکدیگر وابسته است؛ چرا که اگر در حوزه حقوق مدنی و سیاسی «حق حیات» (نسل اول حقوق بشر) محور سایر حق‌های بشری است. در حوزه حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (نسل دوم حقوق بشر) «حق بر سلامتی» هسته مرکزی و محور اصلی سایر حق‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. ضمن اینکه طبق حقوق بین‌الملل، دولت‌ها در قبال عدم پایبندی به تعهدات خود در زمینه احترام و تضمین بهره‌مندی مؤثر از حقوق بشر به رسمیت شناخته شده در معاهدات الزام‌آور یا دیگر منابع حقوقی مسئول بوده و تعهدات مربوط به حقوق اولیه بشر چون حق سلامت و بهداشت که با حق حیات ارتباط دارد، بخشی از حقوق بین‌المللی عرفی را تشکیل می‌دهد. بنابراین حتی اگر دولت‌ها از الحاق، اسناد و معاهدات حقوق بشری امتناع ورزند یا خارج شوند، باز هم متعهد به ایفای تعهدات حقوق بشری عرفی می‌باشند. حق بر سلامت و حق بر حیات از حقوق بنیادین بشر بوده و مهم‌ترین حقی که در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶، در نظام بین‌المللی حقوق بشر و در ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ اشاره شده، حق بر حیات است.<sup>۳</sup> آنچنان که دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان رکن قضایی اصلی سازمان ملل متحد<sup>۴</sup> در نظریه مشورتی سال ۲۰۰۴، قضیه دیوار حائل موضوع سرزمین‌های اشغالی، حق سلامتی و حق حیات را از حقوق بنیادین دانسته و تفسیر عمومی<sup>۵</sup> شماره ۱۴ سال ۲۰۰۰ کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بر بنیادین بودن حق سلامت تصریح و تأکید دارد. «حق سلامتی و

1. UNPP
2. Right of healthy
3. Right to live
4. I.C.J
5. General comment

حق حیات» به علت ماهیت و خصیصه بنیادین خود، حتی دولت‌ها در روابط بین‌الملل با تکیه بر اصل حاکمیت خود، این حقوق را نمی‌توانند نادیده بگیرند؛ همچنان که دیوان بین‌المللی دادگستری<sup>۱</sup> در سال ۲۰۱۹ در دعوی دولت جمهوری اسلامی ایران علیه ایالات متحده آمریکا دستور موقت صادر و رفع تحریم اقلام دارویی و بهداشتی را مورد تصریح قرار داد که مؤید این است همه کشورهای و سازمان‌های بین‌المللی باید با یکدیگر همکاری کرده و به هیچ ملاحظه‌ای جز تضمین سلامت همه انسان‌ها که جملگی شهروندان جامعه بین‌المللی هستند، نیندیشند و نیز رفتار دولت‌ها همین که موضوعاً خلاف حقوق بین‌المللی باشد، ولو تقصیری هم در کار نباشد، طبق نظریه مسئولیت عینی، مسئولیت‌آور شناخته می‌شود. حقوق بین‌الملل، حقوق همکاری و همبستگی است. جامعه مشترکات بین‌المللی که اعضای آن در وضعیت وابستگی نسبت به هم به سر می‌برند، نشان‌دهنده وجود نظام حقوق بین‌الملل است. ضمن اینکه رعایت موازین حقوق بشر در عرصه داخلی و پایبندی دولت‌ها به الزامات جامعه بین‌المللی شرط عضویت در جامعه بین‌المللی است. همین‌ها منشأ اصلی التزام به حقوق بشر، مبنای اصلی الزام‌آور بودن حقوق بین‌الملل است، از سویی مهم‌تر از آن، امروزه اکثر معاهدات حقوق بشری چون حق بر سلامت و حق بر حیات از قواعد آمره<sup>۲</sup> و حقایق عرفی بین‌المللی<sup>۳</sup> و تعهدات عام‌الشمول<sup>۴</sup> هستند. همچنان که دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی ترافی<sup>۵</sup> ۱۹۷۰ بارسلونا تراکنش با صراحت هر چه تمام‌تر به قواعد عام‌الشمول و هنجارهای حقوق بشری پرداخته، بیان می‌دارد. این که درباره رعایت حقوق بنیادین بشر، دولت‌ها در قبال جامعه بین‌المللی و همه انسان‌ها متعهد هستند، جهان‌شمولی به این معناست که تعهدات عام‌الشمول برای همه دولت‌ها بدون استثنا الزام‌آور است و هر دولت در حمایت و ایفای این تعهدات از منفعت حقوقی برخوردار است. رعایت قواعد آمره از جمله احترام به اصول اساسی حقوق نوعی مسئولیت در قبال کل جامعه بین‌المللی ایجاد می‌کند؛ لذا در صورت نقض و تخلف از آنها، مسئولیت بین‌المللی در برابر همه دولت‌ها مورد توجه قرار خواهد گرفت. ضمن اینکه دیوان بین‌المللی دادگستری در نظریه مشورتی<sup>۶</sup> ۲۰۰۴ در خصوص قضیه آثار حقوقی ساخت دیوار حائل در سرزمین‌های اشغالی فلسطین، موضوع تعهدات بین‌المللی عام‌الشمول را دوباره مورد تأکید قرار داده است، پس از آنجایی که حق بر سلامتی و حق حیات از حقوق بنیادین بشر<sup>۷</sup> و قواعد آمره و تعهدات عام‌الشمول بوده و بر اساس ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات که مقرر داشته، قاعده آمره قاعده‌ای است که به

---

1. I.C.J  
2. Jus cogens  
3. customary Rule  
4. Erga omens  
5. Noyau dur

وسيله اجماع بين المللی دولت‌ها به عنوان قاعدهٔ تخلف‌ناپذیر به رسمیت شناخته شده است. با توجه به اصول محکم آن، کشورها چه بخواهند و چه نخواهند ملزم به رعایت حقوق بشر می‌گردند؛ زیرا اکنون حقوق بشر تبدیل به عرف بین‌المللی گردید. دولت‌ها باید تعهدات مندرج در توافقات بین‌المللی را با حسن نیت اجرا کنند، همچنان که در ماده ۲۶ کنوانسیون یاد شده بر اجرای با حسن نیت قرارداد از سوی طرفین تأکید دارد. آنچنان که کمیسیون حقوق بین‌الملل<sup>۱</sup> در تفسیر مادهٔ ۵۳ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ وین، طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها سال ۲۰۰۱ در ماده ۴۰ تصریح دارد، در صورت نقض آن تعهدات، دولتی که مرتکب عمل متخلفانه بین‌المللی می‌شود، مکلف است کل خسارات وارده را جبران نماید. این امر در رأی دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی<sup>۲</sup> در قضیهٔ کارخانه کورزوف ۱۹۹۷ نیز مورد تأکید قرار گرفته است. در ماده ۳۲ طرح یاد شده نیز دولت مسئول نمی‌تواند برای توجیه قصور در رعایت تعهداتش به موجب این بخش به مقررات حقوق داخلی خویش استناد کند. هفتم اینکه، کلیه موازین حقوق بشر از کرامت و ارزش ذاتی فرد انسانی ناشی می‌شود. عدم توجه به حق سلامت شهروندان ضمن اینکه برخلاف اصول بنیادین حقوق بین‌الملل بوده، اصل بنیادین کرامت و سلامت فرد انسانی را که کلیه قواعد حقوقی به آن بستگی دارند، نیز نقض می‌نماید. کما اینکه در اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر بر کرامت انسانی تأکید دارد که قرآن کریم که اصلی‌ترین سند اسلام به‌شمار می‌آید، به‌طور مستقیم و نیز غیرمستقیم بر کرامت انبای بشر تأکید نموده که در آیه ۷۰ سوره اسراء انسان را دارای کرامت دانسته است ... (و حقا که ما فرزندان آدم را کرامت و شرافت بخشیدیم...). هشتم اینکه، علاوه بر حقوق یاد شده، حق داشتن (یا همان حق برخورداری از حق) از حقوقی است که انسان صرفاً به‌دلیل این که عضوی از اعضای نوع بشر است، به وی تعلق می‌گیرد؛ چرا که هر شخص انسانی به‌صرف واسطهٔ انسان بودن، استحقاق حقوق بنیادین را دارد. بنابراین اشخاص را نمی‌توان به‌عللی از این حقوق (حق داشتن فرزند) محروم کرد. از این‌رو، با استدلال‌ات به‌عمل آمده و به استناد اسناد داخلی و بین‌المللی حقوق بشر یاد شده و مواد ۳۵۸ و ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۲ قانون نحوهٔ اهدای جنین مصوب ۱۳۸۲ ضمن نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته، حکم به اهدای جنین صادر و اعلام می‌گردد. این رأی مستنداً به ماده ۳۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی قطعی است.

## نقد و بررسی رأی تجدیدنظر

دلایل استنادی رأی مورد بحث از جهاتی قابل بررسی است:



نخست از نظر تعیین دایره موضوعی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور و شمول آن نسبت به متقاضیان دارای فرزندی که به دلیل افزایش سن، قدرت باروری خود را از دست داده‌اند و دوم، از این نظر که آیا درمان ناباروری در مورد ایشان تحت عنوان «حق» قابل شناسایی است و باید شرایط برخورداری از این حق به عنوان مصداق برخی از حقوق بنیادین بشر - شامل «حق بر سلامت»، «حقوق رفاهی شامل حق بر بهداشت و سلامت و درمان شهروندان»، «حق بر توسعه»، «حق حیات» و «حق بر برخورداری از حق» - برای زوجین متقاضی فراهم گردد؟ از نظر شکلی نیز در رأی دادگاه، تصریح به بررسی سایر شروط ماده و احراز آن در مورد زوجین متقاضی مورد تغافل واقع شده است. جهات مذکور در ادامه به تفصیل مورد بررسی قرار می‌گیرد:

## ۱. امکان تمسک به اطلاق ماده ۲ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور

دادگاه تجدیدنظر برخلاف استدلال دادگاه بدوی، ماده ۲ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور را مقید به شرط «نداشتن فرزند» نمی‌داند و اهدای جنین را صرفاً مشروط به ناباروری زوجین می‌شمارد و با توجه به اینکه طبق گواهی پزشکی مندرج در پرونده، زوجین تجدیدنظرخواه با بیش از ۴۵ سال سن، واجد شرط مذکورند و امکان باروری ندارند، حکم به اهدای جنین کرده است. این در حالی است که از منظر علم اصول فقه، جریان اصول لفظی از قبیل اصله الاطلاق منحصر به موارد عدم وجود قرائن رافع ابهام در کلام است (المظفر، ۱۳۷۰: ۳۹). در قانون مذکور نیز وجود برخی قرائن و قیود، مانع تمسک به اطلاق آن خواهد بود. قید «به اثبات رسیدن ناباروری زوجین پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی» در ماده ۱ قانون مورد بحث<sup>۱</sup> مؤید آن است که ناباروری زوجین باید از ابتدای ازدواج باشد و عدم رفع مشکل در پی موفق نبودن اقدامات پزشکی انجام شده به اثبات

---

۱. ماده ۱: 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 زانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی ناباروری آنها (هر یک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده است، اقدام نمایند.

رسیده باشد. عبارت مذکور، قرینه‌ای در کلام به شمار می‌رود که اطلاق کلام قانون‌گذار در ماده ۲ قانون مذکور را مقید می‌کند؛ لذا مجالی برای تمسک به اصله الاطلاق باقی نخواهد بود. بنابراین قانون مذکور را نمی‌توان شامل افرادی که پس از ازدواج به هر دلیل، ناباروری بر ایشان عارض می‌شود، دانست. در این راستا، نظریه شماره ۳۷۲۴/۷ مورخ ۷/۶/۱۳۸۴ اداره حقوقی قوه قضائیه<sup>۱</sup> نیز با استناد به همین قید، منظور مقنن را در قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، اهدای جنین به متقاضیانی دانسته است که پس از ازدواج اساساً امکان باردار شدن نداشته‌اند.

دلیل دیگر بر عدم شمول قانون مذکور نسبت به زوجین تجدیدنظرخواه، خروج ایشان از سن باروری است که مورد توجه دادگاه نیز قرار نگرفته است. به طور کلی، قائل شدن به جواز مطلق اهدای جنین به صرف وجود فعلی شرط ناباروری و عدم توجه به دلیل اصلی مراجعه زوجین برای دریافت جنین، یعنی خروج زوجین از سن باروری، مستلزم شناسایی حق دریافت جنین برای افراد میانسال و کهنسال بدون امکان ارائه معیار و ضابطه تحدید سنی برای زوجین گیرنده جنین است که یقیناً در مواردی خلاف مصالح کودک در آینده خواهد بود.

از این نظر، ایراد فوق بر قانون اهدای جنین به زوجین نابارور وارد است که محدوده سنی برای زوجین متقاضی لحاظ نکرده است. همچنین توانایی انجام تکالیف مندرج در ماده ۳ قانون مزبور<sup>۲</sup> توسط زوجین حداقل تا پایان سن حضانت از شروطی است که باید در ردیف شرایط شش‌گانه ماده ۲ این قانون مورد تصریح قانون‌گذار قرار می‌گرفت. شروط مذکور در ماده نیز قرینه‌ای بر لزوم وجود خانواده

۱. سؤال: ۲- در صورتی که زوجین قبلاً بارور بوده، ولی به جهت پیشگیری بعداً نابارور شده‌اند، می‌توانند تقاضای دریافت جنین اهدایی نمایند؟ نظریه اداره کل حقوقی قوه قضائیه: ... ۲- با عنایت به عنوان قانون و عبارت قسمت اخیر ماده ۱ که مقرر داشته است: «... به رحم زانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی ناباروری آنها (هر یک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده اقدام نماید» به نظر می‌رسد منظور مقنن، زانی باشند که پس از ازدواج اساساً امکان باردار شدن نداشته‌اند، نه اشخاصی که بارور بوده‌اند، ولی به جهاتی از این امر پیشگیری نموده و بعداً نابارور شده‌اند (مجموعه‌های روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران- سال ۱۳۸۴، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <http://www.dastour.ir/Brows/lid.>)

۲. ماده ۳: وظایف و تکالیف زوجین اهداگیرنده جنین و طفل متولد شده، از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است.

سالم و متعارف برای جنین اهدایی پس از تولد است. با توجه به سکوت قانون در این مورد، به نظر می‌رسد بررسی قدرت تأمین زندگی متعارف برای کودک باید در حدود وظایف دادگاه قرار گیرد که البته با توجه به شرایط سنی زوجین در موضوع پرونده مذکور، این توانایی ظاهراً وجود دارد. در عین حال، تصریح دادگاه در وجود این شرایط در متقاضی در متن رأی ضروری به نظر می‌رسد.<sup>۱</sup>

## ۲. امکان استناد به حقوق بنیادین بشر

در مقام جمع‌بندی «ادله دوم تا هشتم» مورد استناد قضات محترم دادگاه تجدیدنظر، می‌توان چنین اذعان داشت:

«حق زوجین بر دریافت مجوز اهدای جنین» از مصادیق حقوق بنیادین بشر به

۱. در مورد قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، نکته‌ای از منظر فقهی قابل تأمل است که البته احراز و بررسی آن در زمره وظایف دادگاه قرار نمی‌گیرد. نظر به عبارات برخی فقها، نازایی از نظر عرفی، نوعی بیماری محسوب می‌شود و بر همین اساس، درمان این بیماری از نظر شرعی جایز و حتی در مورد ضرورت، واجب شمرده شده است (موسوی خویی، ۱۴۲۱: ۳۲۰) و به موجب ادله فقهی معتبر، یکی از موارد استثنای از حکم حرمت نظر و لمس، مقام معالجه و درمان توسط پزشک غیر هم‌جنس است (مشروط بر اینکه راهی برای درمان جز لمس و نظر نباشد؛ یزدی، بی‌تا: ۱۶۷). همچنین مبتنی بر نظر فقهایی که استفاده از مقدمات حرام چون لمس و نظر را به غیر صورت موارد ضرورت و حرج محدود کرده‌اند، (مکارم شیرازی، ۱۳۸۱: ۶۱؛ سیستانی، ۱۳۷۹: ۸۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۷۷: ۵۶۷)؛ اگر مشروعیت انجام پرونده‌های درمانی منحصر به موارد ضرورت درمان باشد، با توجه به اینکه زوجین تجدیدنظرخواه با افزایش سن و بر اساس طبیعت جسم انسان قدرت باروری خود را از دست داده‌اند، عنوان درمان در مورد آنها صدق نمی‌کند. عدم احراز ضرورت، منجر به بقای حکم حرمت در مورد مقدمات اقدامات پزشکی چون لمس و نظر خواهد بود که رعایت این امر با قید «رعایت ضوابط شرعی» در صدر ماده ۱ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور در زمره تکالیف مراکز درمانی قرار گرفته است. این قید در جریان تصویب قانون مذکور، در پی اظهارنظر شورای نگهبان به متن قانون افزوده شد. اظهار نظر شورای نگهبان در جلسه مورخ ۱۳۸۱/۶/۲۷ پیرامون مصوبه ۵ شهریور ماه ۱۳۸۱ مجلس شورای اسلامی بدین شرح است: «در ماده ۱ اصل عمل انتقال جنین خلاف شرع و قانون اساسی تشخیص داده نشد، لکن این انتقال نباید همراه با لمس و نظر حرام انجام پذیرد و از این جهت باید اصلاح شود»، (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی؛ دوره ششم (خرداد ۱۳۷۹ تا خرداد ۱۳۸۳؛ تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، (۱۳۸۳)، ص ۱۵). با اظهار نظر شورای نگهبان، طرح مذکور به منظور اصلاح به مجلس بازگردانده شد و مجلس با افزودن عبارت «با رعایت ضوابط شرعی» مراکز تخصصی را موظف نمود تا در انتقال جنین از ارتکاب امور حرام پرهیز نمایند. این در حالی است که عدم ارائه تعریف از قید مذکور و غفلت از تفسیر آن در آیین‌نامه اجرایی قانون مورد بحث، در عمل، اجرای قید را فاقد تضمین نموده است.

شمار می‌رود و این حق بر هر یک از حقوق پنج‌گانه «حق بر سلامت»، «حقوق رفاهی شامل حق بر بهداشت و سلامت و درمان شهروندان»، «حق بر توسعه»، «حق حیات»، «حق بر برخورداری از حق» قابل انطباق است. همه دولت‌ها نیز صرف‌نظر از الحاق یا عدم الحاق به اسناد حقوق بشری موضوع حقوق مذکور، در تأمین هر یک از این حقوق به عنوان «حقوق بشر عرفی و قواعد آمره و تعهدات عام‌الشمول» در قبال شهروندان مکلف‌اند و عدم اقدام مناسب از سوی دولت در حفظ حقوق شهروندان، ناقض اصل کرامت خواهد بود. از سوی دیگر، در پی الحاق ایران به «میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی» به موجب ماده ۹ قانون مدنی، این میثاق، قانون داخلی به شمار می‌رود که از این منظر نیز حق بر سلامت قابل استناد خواهد بود.

ادله مورد استناد رأی دادگاه از جهاتی محل اشکال است:

۱. در رأی مورد بحث، یکی از مبانی اعطای حق درمان ناباوروری به زوجین، «حق بر سلامت» دانسته شده است که ردّ این دلیل، پاسخ دلایل دوم و سوم را به تصریح و نیز پاسخ دلایل چهارم و ششم را به عنوان مصداق «حقوق رفاهی» و «حق حیات» روشن می‌نماید.

قضات محترم دادگاه تجدیدنظر، «حق بر سلامت» - مندرج در اساسنامه سازمان بهداشت جهانی<sup>۱</sup> که ایران به عضویت آن درآمده است - را مقتضی پاسخگویی به نیاز روحی زوجین (به دلیل داشتن فرزند ناتوان ذهنی و حرکتی) به داشتن فرزند دیگر برای زندگی بهتر برشمرده و بر این اساس، ردّ خواسته را موجب ایراد آسیب روحی به زوجین و در تنافی با حق حیات آنها دانسته‌اند. در ردّ دلیل مذکور، باید مقصود از حق بر سلامت در اسناد بین‌المللی روشن شود.

مقدمه اساسنامه سازمان بهداشت جهانی مصوب ۱۹۴۶، حق بر سلامتی را «نیل به حالت کامل بهزیستی جسمی، روانی و اجتماعی و نه صرفاً نبود بیماری یا ضعف» توصیف کرده است.<sup>۲</sup> همچنین ماده یک اساسنامه، «تحقق عالی‌ترین سطح

1. W.H.O

۲. به موجب بند ۲ ماده واحده قانون اجازه الحاق دولت ایران به سازمان بهداشت جهانی مصوب اول خرداد ماه

ماه ۱۳۲۷، الحاق ایران به اساسنامه سازمان بهداشت جهانی به تصویب مجلس شورای ملی رسیده است.

Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely

ممکن بهداشت برای همه افراد» را به عنوان رسالت اصلی سازمان معرفی می‌کند. با توجه به شرایط زوجین متقاضی که ناباروری ایشان به دلیل «خروج از سن باروری» بوده است، به سختی می‌توان پذیرفت که عدم پذیرش خواسته، نقض حق مزبور قلمداد شود؛ چرا که ناباروری در سنین بالا ناشی از طبیعت کالبد انسان است و اساساً «بیماری یا ضعف» محسوب نمی‌شود تا فراهم نمودن شرایط درمان آن، وظیفه دولت باشد. اگر هم مقصود، نقص و بیماری نباشد و جلوگیری از «آسیب روحی» ناشی از شرایط خاص زندگی زوجین متقاضی - به تبع ردّ خواسته و فراهم نشدن شرایط تولد فرزند دیگر - باشد، اطلاق «نقض حق سلامت» به این اقدام، قابل توجیه نخواهد بود. در هر دادخواستی که از سوی هر خواهان و مدعی به محاکم ارائه می‌شود، ردّ دادخواست و محرومیت از تحصیل خواسته، ممکن است آلام روحی برای خواهان در پی داشته باشد و این اثر مترتب بر حکم، نمی‌تواند معیاری برای صدور حکم در دادگاه‌ها قرار بگیرد.

در حقوق داخلی نیز گرچه استحکام بنیان خانواده و کاهش آلام روحی زوجین نابارور، در ردیف اهداف قانون‌گذار از تصویب قانون نحوه اهدای جنین نام برده می‌شود، لیکن این معیار به تنهایی نمی‌تواند مبنای صدور حکم توسط قاضی قرار بگیرد و احراز شرایط قانون مصوب است که معیار تصمیم‌گیری و صدور حکم خواهد بود. بر این اساس، صدور مجوز اهدای جنین برای زوجینی که به دلیل سن بالا قدرت ناباروری خود را از دست داده‌اند (و به عبارتی از این نظر در شرایط طبیعی و معمول یک انسان قرار دارند)، خروج موضوعی از «حق بر سلامت» دارد و لذا استناد به حق بر سلامت به تبع الحاق ایران به میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به منزله قانون داخلی به موجب ماده ۹ قانون مدنی نیز ممکن نخواهد بود.

۲. از سوی دیگر، به فرض پذیرش نقض حق بر سلامت به دلیل ایراد آسیب روحی مذکور به زوجین، این سؤال قابل طرح خواهد بود که آیا این حق و آسیب یک‌طرفه است و در مورد کودکی که در چنین شرایطی از والدین نسبتاً مسن متولد می‌شود و چه بسا به حسب شرایط، حق او در تولد و رشد و «برخورداری از یک خانواده متعارف» نادیده انگاشته می‌شود، نباید مورد توجه قرار گیرد؟ به بیان

دیگر، آیا مصالح عالی کودک<sup>۱</sup> - که مورد توجه ویژه نهادهای حقوق بشری است<sup>۲</sup> - در مورد این طفل که می‌تواند به مثابه فرزندخوانده برای زوجین گیرنده جنین در نظر گرفته شود، قابل توجه نخواهد بود؟ بنابراین اگر حق باروری را حق طبیعی همه انسان‌ها بدانیم و دریافت خدمات سلامت باروری را محدود به سن خاص نشماریم، این حق تا جایی قابل احترام خواهد بود که در تزامم با حقوق کودک قرار نگیرد؛ لذا پذیرش درخواست زوجین در این قبیل پرونده‌ها به نحو اطلاق به استناد حق بر سلامت جایز نیست و در هر پرونده شرایط زوجین برای تأمین زندگی کودک باید مورد بررسی قرار گیرد.

۳. قضات محترم دادگاه، پذیرش درخواست تجدیدنظر را منطبق بر سیاست‌های ملی و بین‌المللی (با هدف توسعه یافتگی دولت) در راستای جلوگیری از کاهش نرخ جمعیت برشمرد و بر این اساس، ردّ خواسته زوجین را موجب نقض «حق بر توسعه» از یکسو و خلاف سیاست‌های کلی نظام در زمینه افزایش جمعیت در ایران توصیف کرده‌اند.

در خصوص جلوگیری از کاهش نرخ باروری در پرتو «حق بر توسعه» و تأکید بر افزایش جمعیت باید اذعان داشت، چنین تدابیر دولتی ناظر به «درمان ناباروری ناشی از خروج از سن باروری» نیست و هیچ قانونی برای بارداری افراد مسن با تکنولوژی‌های جدید در اسناد بین‌المللی وجود ندارد (Caplan AL, 2010: 281) و

۱. مرکز سیاست‌گذاری جنین‌شناسی و باروری انگلستان (HFEA) در سال ۱۹۹۰ نیز اعلام کرده است، نباید برای زنان بالای ۴۵ سال اهدای تخمک انجام شود؛ چرا که اعتقاد بر این است داشتن والدین جوان برای کودکان از همه نظر بهتر است.

A statistical view of the life of women and men in EU: <http://www.uv.es/csi/statistics> (accessed in 2006).

لازم به ذکر است در زمینه تعیین سنی هنوز وفاقی در میان صاحب‌نظران وجود ندارد و حتی برخی، زنان زیر ۶۰ سال را مجاز به دریافت جنین دانسته‌اند.

Mori T. Egg donation should be limited to women below 60 years of age. (1995) *J Assist Reprod Genet*; 12(4):P229.

این در حالی است که تاکنون موارد تولد کودک ناشی از درمان ناباری در مادران بالای ۶۰ سال در برخی کشورها (مادران ۶۶ ساله در لندن ۱۹۹۹ و لس‌آنجلس ۲۰۰۶، مادری ۷۰ ساله در هند ۲۰۰۸ و ...) گزارش شده است (کامراتپور، عودی و عمانی سامانی، ۱۳۹۱: ۳).

۲. رفاه کودک در تمام مواد کنوانسیون جهانی حقوق کودک مورد توجه است.

در عمل نیز در دولت‌ها پیش‌بینی امکانات پزشکی با هدف بازگشت قدرت باروری این قسم شهروندان صورت نمی‌گیرد؛ لذا استناد به این حق نیز محل اشکال است. روح حاکم بر سیاست‌های کلی «جمعیت» ابلاغی مقام معظم رهبری نیز - که در رأی مورد اشاره قرار گرفته است - توسعه کمی و کیفی جمعیت است؛ در حالی که سرمایه‌گذاری در چنین مواردی به دلیل سن بالای زوجین متقاضی این قسم درمان، چه بسا در آینده زمینه‌های بیشتر را برای دولت در راستای تأمین امکانات مراقبتی و حمایتی این فرزندان فراهم سازد.

۴. در رأی دادگاه تجدیدنظر سلب حق داشتن فرزند، برابر با نقض «حق حق داشتن» به عنوان یکی از مصادیق حقوق بنیادین بشر جایز دانسته نشده است. اگر «حق داشتن» را به معنای «توانایی و امتیازی که قانون برای فرد شناخته تا بتواند امری را انجام یا ترک نماید» بدانیم، اول الکلام خواهد بود؛ چرا که اطلاق عنوان «حق» به درمان ناباروری برای زوجینی با این شرایط، دور از ذهن و خود، نیازمند اثبات است.

۵. استناد به اسناد بین‌المللی و حقوق بشری در متن رأی دادگاه، گرچه بر اساس ماده ۹ قانون مدنی ایران در مورد معاهدات بین‌المللی - که در راستای اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده - جایز است، به عقیده نگارنده، با توجه به منابع غنی دینی فقه امامیه، استناد به این معاهدات و اسناد در مواردی که احراز شمول موضوع پرونده تحت قواعد و احکام مندرج در اسناد بین‌المللی و حقوق بشری محل تردید است و اثبات آن نیازمند مؤونه زائد است، برای مستند و مستدل نمودن رأی دادگاه یک اولویت محسوب نمی‌شود؛ زیرا قاضی در فرض سکوت یا نقص و اجمال قانون با استناد به قواعد و اصول موجود در منابع دینی می‌تواند حکم هر دعوا را مشخص نماید؛ لذا این حد از تلاش برای اثبات مشروعیت این حقوق در متن رأی دادگاه و استناد به آن، قابل توجیه نخواهد بود.

نکته مهم‌تر در مورد استناد به اسناد بین‌المللی و حقوق بشری در رأی مذکور، موضوع خاص این قسم پرونده‌هاست که از نظر فقهی با ابهامات بسیار مواجه است و همین امر موجب شده قانون‌گذار کاملاً محتاطانه و در محدودترین شکل ممکن، در این عرصه اقدام به قانون‌گذاری نماید. در چنین مواردی که سکوت قانون‌گذار در فروعات و آثار مترتب بر اهدای جنین، عامدانه و به دلیل محدودیت‌های فقهی امر است، یقیناً

استناد به اسناد بین‌المللی و حقوق بشری جایز نیست و چه بسا به منزله توسعه قانون داخلی و نوعی قانون‌گذاری به شمار رود که با شأن و جایگاه قضاوت هماهنگی ندارد.

۶. رأی مورد استناد از نظر نحوه تفریر نیز قابل ایراد است و تفصیل بیش از حد در تبیین مفهومی حقوق استنادی، رأی را از نظر سبک و سیاق، به مقاله علمی بدل کرده است. به نظر می‌رسد، به فرض صحت و مقبولیت استناد به حقوق بشر در آرای قضات در این قسم موضوعات، صرف بیان «وجه تطبیق عنوان حق مزبور بر موضوع مورد مطالبه خواهان» و «اثبات الزام‌آوری آن برای دولت ایران» در متن رأی کفایت می‌کند و نیاز به استناد به دلایل متعدد و تفصیلی برای اثبات شأنیت حقوق بنیادین بشری نباشد. رسالت دادگاه در رسیدگی به دعاوی غیرترافعی در این قبیل موضوعات، احراز وجود حق و حفظ و حمایت از حقوق خواهان است و متن رأی نباید مجالی برای فرهنگ‌سازی یا آموزش تلقی شود؛ این در حالی است که قضات محترم دادگاه تجدیدنظر مسیر طولانی را برای اثبات «حق بودن» و شناسایی هر یک از حقوق استنادی در حقوق ایران پیموده‌اند.

اشکال دیگر، هم‌پوشانی ادله استنادی از یک وجه است. رأی مورد بحث از یک‌سو، به تبیین مفصل «حق بر سلامت» به عنوان یکی از حقوق بشر پرداخته، در عین حال در دلایل بعدی، این حق را به عنوان مصداق «حق حیات» و «حقوق رفاهی» مورد توجه قرار داده است. استدلال اصلی رأی، نقض حقوق بنیادین بشر است که با احراز یکی از این حقوق برای صدور رأی و اشاره مختصر به سایر حقوق هم این مطلوب حاصل می‌شد.

### ۳. بررسی شکلی رأی دادگاه

به موجب صدر ماده ۲ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، دادگاه موظف به بررسی شرایط شش‌گانه ماده است؛ در حالی که این شرایط در رأی بدوی به دلیل ردّ درخواست مورد توجه قرار نمی‌گیرد؛ لذا در دادگاه تجدیدنظر باید بررسی می‌شد که چنین اقدامی از ظاهر رأی مشاهده نمی‌شود. به ویژه این که علاوه بر ناباروری، احراز استعداد زوجه برای دریافت جنین از لحاظ پزشکی نیز به عهده دادگاه است. طبق قانون، علاوه بر ارائه گواهی معتبر پزشکی بر ناباروری



زوجین، این مسئله باید برای دادگاه احراز شود که «زوجه بدون این که خطری اعم از روانی و یا جسمی او را تهدید کند، به دریافت جنین توانمند باشد» (علوی قزوینی، ۱۳۸۷: ۱۴۷). این در حالی است که تاکنون در مقالات بسیاری گزارش شده است که افزایش سن، خطر عوارض بارداری را افزایش می‌دهد (Yogev Y, 2010: 558)؛ به طوری که نتایج یک بررسی مروری نشان می‌دهد با افزایش سن مادر، خطر سزارین، فشارخون، دیابت بارداری و عوارض پره‌ناتال در مادران بالاتر می‌رود (Schoen C 2009: 13-109). درعین حال، نظر به اینکه بیماران نابارور مسن، از لحاظ توانایی و سلامت متفاوت‌اند، ارائه معیار سن شناسنامه‌ای برای اعمال محدودیت در اعطای مجوز درمان مناسب دانسته نشده است (Caplan AL, 2010: 281)؛ با توجه به محدودیت زیاد قانون‌گذار ایرانی در به رسمیت شناختن موارد درمان ناباروری، بررسی دقیق شرایط زوجین برای دریافت جنین و درخواست مستندات پزشکی برای ریسک حداقلی، از جمله وظایف دادگاه خواهد بود که قاعدتاً توسط قضات محترم مورد توجه بوده و اشکال وارد از این نظر است که در رأی مورد بحث، بررسی چنین مواردی مورد تصریح قرار نگرفته است.

## نتیجه

دلایل مورد استناد دادگاه تجدیدنظر در اثبات جواز اهدای جنین به زوجین متقاضی محل اشکال است و نمی‌تواند مستند متقنی برای صدور حکم محسوب شود. در مجموع می‌توان اذعان داشت، از یک‌سو، اطلاق ماده ۲ قانون اهدای جنین به زوجین نابارور نسبت به قید «داشتن فرزند»، با ماده ۱ این قانون مقید می‌شود؛ لذا تمسک به ظاهر امکان‌پذیر نیست. از این‌رو، «دارا بودن فرزند» مانع جریان ماده نسبت به زوجین متقاضی است و از سوی دیگر، به دلیل اینکه ناباروری زوجین به سبب خروج از سن باروری و اقتضائات فیزیکی انسانی است و عنوان درمان به آن تعلق نمی‌گیرد، نمی‌توان قائل به جواز صدور مجوز اهدای جنین به تجدیدنظرخواندگان شد. در زمینه ادله استنادی قضات محترم دادگاه تجدیدنظر ناظر به اسناد بین‌المللی و حقوق بشری، نظر به اینکه درخواست زوجین تحت عنوان حق درمان قرار نمی‌گیرد، این حقوق نمی‌تواند مستند حکم دادگاه برای صدور مجوز اهدای جنین باشد.

## فهرست منابع

### منابع فارسی

#### کتاب

- سیستانی، علی (۱۳۷۹)، **توضیح المسائل مراجع**، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- صافی گلپایگانی، لطف اله (۱۳۸۲)، **جامع الاحکام**، قم: دفتر نشر آثار آیه الله صافی گلپایگانی.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۷۷)، **جامع المسائل**، قم: مطبوعاتی امیر.
- المظفر، الشیخ محمد رضا (۱۳۷۰)، **أصول الفقه**، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۱)، **استفتائات جدید**، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۱)، **المسائل الشرعیة**، قم: موسسه احیاء آثار امام خویی.
- یزدی، محمد کاظم (بی تا)، **العروه الوثقی**، بیروت: دار المورخ العربی.

#### مقاله

- علوی قزوینی، علی (۱۳۸۷)، «شرح و بررسی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور»، **اندیشه‌های حقوق خصوصی**، شماره ۱۲.
- کامرانپور، بهاره، عودی، مونا، عمانی سامانی، رضا (۱۳۹۱)، «بررسی درمان کمک‌باروری در زنانی با سن بالا از دیدگاه پزشکی و اخلاقی»، **مجله اخلاق و تاریخ پزشکی**، شماره ۶.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۳)، **مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی؛ دوره ششم (خرداد ۱۳۷۹ تا خرداد ۱۳۸۳)**، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان.

### منابع انگلیسی

- Caplan AL, Patrizio P. (2010) **Are you ever too old to have a baby? The ethical challenges of older women using infertility services.** Semin Reprod Med; 28 (4).
- Mori T.(1995) **Egg donation should be limited to women below 60 years of age.** J Assist Reprod Genet; 12 (4).
- Yogev Y, Melamed N, Bardin R, Tenenbaum-Gavish K, Ben-Shitrit G, Ben-Haroush A.(2010) **Pregnancy outcome at extremely advanced maternal age.** Am J Obstet Gynecol; 203 (6).

