

نسب کودکان متولدشده از رحم اجاره‌ای؛ مطالعه تطبیقی در حقوق موضوعه ایران و ترکیه

ناصر بیرامی فارفار* - دکتر نجمه رزم‌خواه**

چکیده:

همان‌گونه که جامعه مدام در حال تغییر و تحول است، معنا و مفهوم و یا کارکرد نهادهای اجتماعی هم در گذر زمان دستخوش تغییر و تحول می‌گردد. با پیشرفت‌های علمی و تکنولوژیک بشر در عرصه‌های مختلف، شیوه‌های درمان ناباروری و تولیدمثل نیز دچار دگرگونی شده و شکل نوین به خود گرفته است. غرض اصلی از بحث پیرامون «جایگزینی رحم» در این پژوهش، سخن گفتن درباره یکی از آثار مهم این قرارداد یعنی تبیین نسب کودکان متولدشده از این روش است. جانشینی در بارداری یکی از شیوه‌های درمان ناباروری است که به موجب این شیوه تخمک زنان نابارور با اسپرم شوهران آنان در محیط آزمایشگاه لقاح یافته و جنین حاصله به منظور رشد و پرورش به رحم زن دیگری منتقل می‌شود که از این زن تعبیر به مادر جانشین می‌شود. یکی از مهم‌ترین مسائلی که در اینجا مطرح می‌شود این است که کودک متولدشده از قرارداد رحم جایگزین منتسب به کدام مادر می‌باشد؟ در این زمینه دیدگاه‌های مختلفی در ایران و ترکیه مطرح شده است و با وجود سکوت مقننین در این دو کشور و فقدان قانون صریح و مشخص در این زمینه، با استناد به رویه موجود، می‌توان نتیجه گرفت که حقوق ایران کودک را منتسب به مادر ژنتیک (صاحب تخمک) و حقوق ترکیه کودک را منتسب به مادر فیزیولوژیک (نگهداری‌کننده) می‌داند.

کلیدواژه‌ها:

اجاره رحم، نسب، مادر ژنتیک، مادر فیزیولوژیک، والدین حکمی.

مجله پژوهش‌های حقوقی (فصلنامه علمی - ترویجی)، شماره ۴۱، بهار ۱۳۹۹
صفحه ۲۸۳-۲۹۸، تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۰۶/۲۷، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۱/۱۲

* دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران، نویسنده

Email: naser.beyramie@gmail.com

مسئول

** استادیار، گروه حقوق، عضو هیئت‌علمی دانشگاه پیام نور، ایران

Email: Dr.Razmkhah1388@gmail.com

مقدمه

حقوق خانواده یکی از حوزه‌های دشوار حقوقی می‌باشد و ارتباط حقوق خانواده با احوال شخصی، این دشواری را دوچندان می‌کند، زیرا قوانین و مقررات مربوط به آن، از ایستاترین بخش‌های حقوق‌اند و لذا به‌سختی و کندی تغییر می‌کنند. به همین دلیل، نظرات نو هم در حقوق خانواده صورتی دیگر دارند، هم باید با فضای فکری جامعه و باورهای مردمی همسو باشند و هم لزوماً باید در چهارچوب قواعد مأنوس و قالب‌های سنتی جای گیرند تا بتوانند مقبولیتی بیابند. بشر از آغاز خلقت با مسئله فرزنددار شدن روبه‌رو بوده است و قرآن در موارد مختلف به دارا شدن فرزند از راه ماوراء طبیعی اشاره کرده است، نمونه آن نازا بودن همسر حضرت ابراهیم (سارا) و فرزنددار شدن زکریا در سن پیری می‌باشد، مانند آیات دو تا یازده و آیات هفده تا بیست و سه سوره مریم که در مورد تولد حضرت عیسی (ع) می‌باشد.

مسئله تلقیح ابتدا در حیوانات اهلی و به‌منظور اصلاح نژاد و یا تکثیر نسل به‌کار می‌رفت، آغاز این کار را یکی از دانشمندان آلمانی به نام جاکوبی در سال ۱۷۶۵ میلادی روی ماهی‌ها انجام داد، سپس دانشمندان دیگر همانند اسپالوزونی، هونتر، کرارد و جامیسون گام‌های مهمی در راستای کمال این علم برداشتند؛ تا آنجا که امروزه یکی از روش‌های تلقیح مصنوعی یعنی رحم جایگزین با وجود اعتراضات زیاد در کشورهای مختلف دنیا از جمله آمریکا، انگلستان و دیگر کشورهای اروپایی به‌طور چشمگیری در حال افزایش است؛ اما یکی از مشکلات مرتبط با این نوع تلقیح مصنوعی به قضیه ماریا وایتهو انگلیسی در سال ۱۹۸۶ میلادی برمی‌گردد که حاضر نشد نوزادی را که در رحم پرورش داده به زوج جوانی که از برای رشد جنین خود استفاده کرده بودند، واگذار کند. ماریا در واقع از اولین افرادی بوده که رحم خود را اجاره داده بود، اما یک پیوند عاطفی میان او و جنینی که متعلق به خودش نبود ایجاد شده و این مسئله در انگلیس سروردا برپا کرد. او حاضر نشد نوزاد را به کسانی که صاحب نطفه بودند، بدهد.^۱ لذا باتوجه به آنچه بیان شد، مسائل حقوقی ناشی از قرارداد اجاره رحم از جمله مواردی است که باید مورد توجه قرار گیرد. موضوعی که در ایران و بسیاری از کشورهای دیگر دنیا از جمله همسایه غربی ایران یعنی ترکیه نیز بسیار مورد توجه بوده است. لذا تحقیق حاضر با مطالعه نظام حقوقی این دو کشور به دنبال یافتن پاسخی مناسب به این سؤال است:

۱. محمد هاشم صمدی اهری، *نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام* (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۹)، ۱۷؛ به نقل از علی علوی قزوینی، «آثار تلقیح مصنوعی انسان»، *مجله نامه مفید* ۳ (۱۳۷۴)، ۳۴.

کودک متولدشده از قرارداد اجاره رحم منتسب به کدام مادر می‌باشد، مادر ژنتیک (صاحب تخمک) یا مادر فیزیولوژیک (نگهداری‌کننده)؛ به منظور پاسخگویی به این سؤال، ابتدا معانی و مفاهیم مرتبط با موضوع تبیین شده‌اند، سپس با مراجعه به نظام‌های حقوقی ایران و ترکیه و همچنین بررسی دیدگاه‌های فقهی به موضوع نسب کودکان حاصل از رحم اجاره‌ای پرداخته خواهد شد.

۱- مفاهیم

۱-۱- مادر جانشین

مادر جانشین به زنی گفته می‌شود که واسطه و میانجی می‌شود تا جنین رشد سالم و سلامت داشته باشد و در عمل، برای والدینی که متقاضی فرزند هستند لیکن نابارور بوده یا به هر دلیلی امکان پزشکی فرزند داشتن برای خودشان از طریق طبیعی ممکن نیست، اجیر می‌شود و در قبال اجرت معین و مشخصی، طبق قرارداد امضاء شده، پس از طی مراحل قانونی و پزشکی زیر نظر تیم پزشکی خاص، (برای صاحبان نطفه) فرزند می‌آورد، این اعم از آن است که تخمک، متعلق به مادر متقاضی فرزند باشد یا در آزمایشگاه و خارج از رحم مادر متقاضی فرزند، فراکاشت شده و آماده باروری شده باشد.^۲

۱-۲- نسب

تعریف نسب از سوی شارع و قانونگذار به سکوت واگذار شده است، شاید علت این امر این باشد که شارع در تعریف نسب تابع عرف بوده و درحقیقت همان معنایی را که عرف تعریف کرده برگزیده است، زیرا اگر اصطلاح دیگری مدنظر داشت، می‌بایست بیان می‌کرد تا مسئله تأخیر بیان پیش نیاید.^۳ شهیدی نیز عنوان کرده‌اند: «نسب یک امر طبیعی است و در عرف اجتماعات پیش از ظهور اسلام از تکون یک انسان از ترکیب نطفه دو انسان ذکور و اناث حاصل می‌شده است. و پس از ظهور اسلام نیز این مبنا مورد تأیید شارع قرار گرفت و به اصطلاح اصولی در مورد نسب، حقیقت شرعیه نداریم.»^۴ نسب در لغت به معنای قرابت،

۲. رضا تاجگر، «تفسیر و تحلیل قرارداد رسمی مادر جانشین (استیجار رحم)»، *مجله کانون* ۱۱۴ (۱۳۸۹)، ۱۲۰.

۳. محمدحسن نجفی، *جواهرالکلام* (بیروت: انتشارات دارالاحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱)، ۴۹۲.

۴. مهدی شهیدی، *مجموعه مقالات حقوقی* (تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۵)، ۱۳۶.

خویشی و خویشاوندی است^۵ و در اصطلاح حقوقی نسب امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید، از این امر، رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد، موجود می‌گردد.^۶ در تعریفی دیگر آمده است: «نسب عبارت است از خویشاوندی که با تولد یکی از دیگری و یا منتهی شدن دو نفر به منشأ واحد حاصل می‌شود.»^۷ بلانیول و ریبر نیز عنوان کرده‌اند: «نسب عبارت است از رابطه نسلی و خونی موجود بین دو شخص که یکی پدر یا مادر دیگری است و اضافه کرده‌اند که در زبان حقوقی نسب رابطه بلاواسطه بین پدر یا مادر با فرزند است.»^۸ لویی ژوسران نیز می‌گوید: «نسب عبارت است از رابطه یک شخص با پدر و مادر، یعنی کسانی که مستقیماً سبب ایجاد او شده‌اند.»^۹ در مقابل نسب طبیعی، اکنون یک نگاه رقیب و جدی یعنی نسب حکمی قرار دارد که بر امور اعتباری بنا می‌شود، از این منظور، نسب نه به مثابه یک رابطه حقیقی و بیرونی، بلکه به دلیل وضع و قرارداد یا اعتبار میان آدمیان تعیین می‌شود، امروزه با گسترش روش‌های نوین درمان ناباروری، معیارهای جدید برای توضیح نسب به میان آمده‌اند، برای نمونه ادعا می‌شود والدین کودک، زوجینی هستند که با قصد فرزندآوری اقدام به درمان ناباروری نموده و کودک را بزرگ کرده‌اند. به دیگر سخن، کودک نسب به کسانی می‌برد که به سبب روش‌های نوین درمان ناباروری سرپرست او شده‌اند و وی را تربیت می‌کنند.^۹

۱-۳- والدین حکمی

تلقیح مصنوعی اقسام مختلفی دارد که قسم سوم آن اجاره رحم است که در این قسم زن و شوهر با اسپرم و تخمک خود تشکیل جنین داده و آن را در رحم زن نامحرمی قرار می‌دهند تا بعد از انقضای مدت حمل و وضع کودک را به صاحبان جنین تحویل دهد.^{۱۰} پدر و مادر متقاضی فرزند از طریق آزمایشگاه یا تلقیح مصنوعی، مستأجر هستند که دو نفرند و به صورت

۵. حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید (تهران: انتشارات امیرکبیر تهران، ۱۳۷۷)، ۱۲۰۶.

۶. حسن امامی، حقوق مدنی (تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۴)، ۱۵۱.

۷. مصطفی محقق داماد، حقوق خانواده (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶)، ۶۳.

۸. قربان‌نیا، بازپژوهی حقوق زن، جلد ۲، ۲۰۹-۲۰۸.

۹. محمد راسخ، فائزه علوی و زهره بهجتی اردکانی، «تحول مفهوم نسب در پرتو فناوری‌های نوین درمان ناباروری»، *مجله ایرانی اخلاق و تاریخ پزشکی* ۲ (۱۳۹۵)، ۵۹.

۱۰. خلیل قبله‌ای، «بررسی مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین»، *مجله حقوق قضایی* ۲ (۱۳۷۷)، ۶۷.

مثنی «مستأجرین» یا «والدین» گفته می‌شود که در حکم پدر و مادر فرزند ناشی از لقاح خارج از رحم یا متولدشده با تلقیح مصنوعی هستند، یعنی پدر و مادر طبیعی نیستند بلکه در حکم والدین قانونی و البته شرعی محسوب می‌شوند.^{۱۱}

۲- اجاره رحم و نسب کودکان متولد از آن در ایران

باتوجه به اینکه در نظام حقوقی ایران، قانونگذار پیرامون صحت و نفوذ توافقات ناظر بر استخدام رحم جانشین به صراحت موضع‌گیری ننموده است، پس با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی^{۱۲} و ماده ۳ آیین دادرسی مدنی^{۱۳}، مبانی و دلایل فقهی پذیرش این نهاد اهمیت بسزائی دارد، به جهت اهمیت موضوع دیدگاه‌های فقهی در دو دسته کلی موردبررسی قرار می‌گیرند. دسته اول به موضوع مجاز بودن بحث رحم اجاره‌ای اختصاص دارد و دسته دوم به بحث نسب طفل متولدشده از رحم اجاره‌ای.

۲-۱- رحم جایگزین از منظر دیدگاه‌های فقهی

۲-۱-۱- اصل برائت و اباحه

این گروه از فقها با استناد بر قاعده «اصاله الحل» اذعان می‌دارند که از نظر فقهی هیچ‌گونه اشکالی بر استفاده از رحم جایگزین وارد نیست؛ زیرا قاعده اصاله الحل در تمامی شبهات حکمیة و موضوعیه جاری است و قانونگذار درمقابل بیان حکم آن ساکت مانده، پس باید اصل را بر جایز بودن مسئله گذاشت.^{۱۴}

۱۱. تاجگر، پیشین، ۱۲۱.

۱۲. اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «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.»

۱۳. ماده ۳ آیین دادرسی مدنی: «قضات دادگاه‌ها موظف‌اند موافق قوانین به دعاوی 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 نباشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند.»

۱۴. حسین مهرپور، «نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی ۱۹ (۱۳۷۶)، ۱۶۰.

۲-۱-۲- قاعده الضرورات تبیح المحضورات

انسان در فرامین اسلام به اندازه توان، تکلیف دارد و حکم بر کاری که مشقت‌آور می‌باشد، به شدت نفی شده است و حتی هر وقت ضرورتی پیش آید، حرام به‌عنوان حلال مطرح می‌شود. از طرف دیگر درمان ناباروری ضرورتی فردی و اجتماعی است که به حکم الضرورات تبیح المحضورات می‌توان حتی برای درمان آن از اسپرم بیگانه نیز استفاده کرد.^{۱۵} البته باید در نقد دیدگاه فوق این مطلب را اذعان داشت که قاعده «الضرورات تبیح المحضورات» مطلق نیست و اعمال آن محدودیت‌هایی دارد، بنابراین برای اخذ به حکم ضرورت و عمل به مقتضای آن و تخطی از ادله احکام اولیه باید همه ضوابط و شرایط اعمال قاعده محقق گردند و به‌صرف اینکه درمان ناباروری ضرورتی فردی و اجتماعی است، نمی‌توان به این قاعده تمسک جست.^{۱۶} ضوابط و شرایط اعمال قاعده عبارتند از:

۱. ضرورت باید بالفعل باشد نه بالقوه، به عبارت دیگر خوف هلاک یا اتلاف نفس یا مال محقق باشد؛

۲. مخالفت با اوامر و نواهی شرعی متعین باشد، به عبارت دیگر برای دفع ضرر راه دیگری که مباح بوده، وجود نداشته باشد؛

۳. الضرورات تقدر بقدرها: این ضابطه در واقع خود یک قاعده می‌باشد، ضرورت‌ها اندازه دارند و در تمسک به آنها برای دفع ضرر باید به حداقل اکتفاء کرد.^{۱۷}

۲-۱-۳- قاعده نفی عسر و حرج

مفاد این قاعده، نفی حرج در دایره تشریح و قوانین است، بدین معنا که در اسلام حکم حرجی وجود ندارد. در نتیجه از آنجا که حکم شارع بر عدم جواز روش رحم جایگزین موجب مبتلا شدن زوجین نابارور به مشقتی شدید (نداشتن فرزند) می‌شود که در شرایط عادی تحمل آن ممکن نیست، در نتیجه استفاده از این روش در موارد عسر و حرج نیز جایز می‌باشد.

۱۵. ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه (قم: انتشارات مدرسه امام علی ابن ابی‌طالب، ۱۴۱۶)، ۱۶۱.

۱۶. وهب زحیلی، نظریه الضروره الشرعیه (دمشق: انتشارات دارالفکر، بی‌تا)، ۶۵.

۱۷. امیر وطنی، «بررسی فقهی اضطرار و ضرورت»، مجله مقالات و بررسی‌ها ۷۱ (۱۳۸۱)، ۱۹۶.

۲-۲- نسب طفل متولدشده از رحم اجاره‌ای از منظر دیدگاه‌های فقهی

الف. ولادت، ملاک انتساب کودک به مادر است، طرفداران این دیدگاه معتقدند که ملاک اثبات نسب مادری، ولادت کودک از مادر است. این دسته از فقها در اثبات نظریه خود چنین بیان می‌کنند: «اساساً در زمان نزول آیات و صدور روایات مردم به اطلاعات جدید پزشکی که کودک، حاصل لقاح اسپرم و تخمک است، آگاهی نداشتند و رحم زن را ظرف رشد جنین می‌پنداشتند و با وجود این زن صاحب رحم را مادر می‌دانستند، این نشان می‌دهد که مبنای داوری آنها زاییدن بوده است، یعنی زنی که کودک را زایمان می‌کرد، او را مادر می‌دانستند و قانونگذار اسلام نیز این عرف را تحت شرایطی امضاء کرد.»^{۱۸} به عبارت دیگر موضوعاتی که در لسان شرع گفته شده منزل بر متفاهم عرفی است و در هر موردی اگر نظر شارع مقدس برخلاف آن باشد، تصریح به آن می‌کند و در این مورد که صاحب تخمک مادر است صراحتی در بین نیست و از آیه «ان امهاتهم الا اللاتی ولدنهم» استفاده می‌شود که تمام موضوع، پرورش در رحم است.^{۱۹} طرفداران این دیدگاه، جدای از آنکه برای اثبات ادعای خود به تعریف مادر در لغت‌نامه استدلال می‌نمایند، به آیاتی نیز استناد می‌کنند: «کسانی که با زنان خود ظاهر می‌کنند، آنان مادرانشان تنها کسانی هستند که آنها را زاده‌اند»^{۲۰}، استفاده این دسته از فقها از این قبیل آیات به این صورت بوده است که مادر را زنی می‌دانند که کودک را به دنیا می‌آورد، نه زنی که تخمک متعلق به اوست.

ب. رابطه ژنتیکی ملاک انتساب کودک به مادر است، این دیدگاه در میان فقها طرفداران زیادی دارد^{۲۱}، طرفداران این دیدگاه بر این اعتقادند که ملاک مادر بودن، همانند پدر بودن است، چون بدون هیچ تردیدی از نظر دانش پزشکی منشأ پیدایش و سلول سازنده جنین از ناحیه مادر، تخمک زن است، این گروه برای تقویت دیدگاه خود به معنای «ام» نیز توسل

۱۸. مصطفی محقق داماد، «میزگرد مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین»، *بولتن تولیدمثل و نازایی پژوهشکده بیولوژی و بیوتکنولوژی و نازایی جهاد دانشگاهی* ۵ (۱۳۷۵)، ۲۰.

۱۹. سید طه مرقاتی، «حقوق کودکان در اهدای گامت» در *مجموعه مقالات، تهیه و گردآوری کننده پژوهشکده ابن سینا*، ۲۴۳-۲۵۰ (تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۴)، ۲۴۵.

۲۰. آیه ۲ سوره مجادله: «الذین یظاهرون منکم من نسائهم ما هن امهاتهم ان امهاتهم الا اللاتی ولدنهم.»
 ۲۱. سید روح‌الله موسوی خمینی، *توضیح المسائل* (تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد، ۱۳۶۹)، چاپ نهم، ۵۶۱؛ سید علی خامنه‌ای، *پزشکی در آئینه اجتهاد (تحقیق خلیل علی محمدزاده)* (تهران: انتشارات انصاریان، ۱۳۸۲)، چاپ اول، ۲۸۲؛ ناصر مکارم شیرازی، *احکام پزشکی (گردآوری ابوالقاسم عیان‌نژاد)* (قم: انتشارات مدرسه امام علی ابن ابی‌طالب، ۱۳۸۲)، چاپ اول، ۶۱۰.

جسته‌اند، زیرا «ام» در لغت به معنای «اصل کل شیء و ماده» است^{۲۲}، جهت اطلاق آن به زنی که کودک را به دنیا می‌آورد، این است که کل جنین از اوست. اینان معتقد هستند رحم صرفاً نقش حفظ و نگهداری و تغذیه تخمک لقاح‌یافته را ایفاء می‌کند، همان‌گونه که پس از تولد وظیفه تغذیه او از طریق شیر دادن است و اگر به زنی که شیر می‌دهد، مادر گفته می‌شود، این کاربرد، مجازی است، علاوه بر آن صفات وراثتی کودک فقط از جانب صاحب تخمک به او منتقل می‌شود.^{۲۳} این گروه هیچ نسبتی بین مادر جانشین و کودک نمی‌شناسند، زیرا تخمک مادر جانشین در پیدایش کودک شرکت نداشته است و صرف تکامل یافتن و گذراندن مراحل رشد در رحم وی نیز سبب به وجود آمدن نسب نمی‌شود، بدین ترتیب رابطه نسبی، تنها بین کودک و زن صاحب تخمک برقرار می‌شود.^{۲۴} این دسته از فقها در پاسخ به استدلال کسانی که برای اثبات مادر بودن زنی که وضع حمل کودک را انجام می‌دهد به آیه شماره ۲ سوره مجادله^{۲۵} تمسک کرده‌اند، می‌گویند: واژه «ولدن» در آیه مزبور به معنای زایمان نیست، زیرا در قرآن و بعضی از اخبار برای پدر نیز همین تعبیر به کار گرفته شده است، مثلاً در سوره بلد که می‌فرماید: «و والدو ماولد» یعنی پدر و مادر منشأ وجودی فرزند خود هستند. در آیات قرآن هر جا سخن از زایمان است، عبارت «وضع» به کار گرفته شده است. مانند آیات ۶۵ انفال و ۷۵ نساء، به علاوه صرف تولد از نطفه کسی موجب نسب شرعی نیست.^{۲۶}

ج. ولادت و ارتباط ژنتیکی، هر دو ملاک انتسابی کودک به مادر است. گروهی از فقها و حقوق دانان سعی کرده‌اند با ارائه نظریاتی، این نظریه را تقویت نمایند که تعلق طبیعی کودک به دو زن وجود دارد و هر کدام از آنان می‌توانند مادر طبیعی و قانونی طفل به‌شمار آیند. این دیدگاه در میان فقها و حقوق دانان^{۲۷} طرفدارانی برای خود دارد که کودک متولدشده از رحم جایگزین را دارای دو مادر می‌نامند و برای آن اشکالی جز خلاف عادت بودن، قائل نیستند و بر این باورند که کودک را باید هم به صاحب تخمک نسبت داد و هم به مادر جانشین زیرا اگرچه هسته نخستین انسانی را صاحبان اسپرم و تخمک‌ها تولید می‌کنند، ولی این مقدار

۲۲. جمال‌الدین محمد ابن منظور، *لسان العرب* (بیروت: دارالفکر، ۱۹۹۰)، ۲۲۳.

۲۳. محمدرضا سیستانی، *وسائل الانجاب الصناعیه* (بیروت: دارالمورخ العربی، ۱۴۲۵)، ۲۶.

۲۴. مهدی شهیدی، *مجموعه مقالات حقوقی* (تهران: انتشارات حقوق دانان، ۱۳۷۵)، ۱۶۶.

۲۵. آیه ۲، سوره مجادله: «الذین یظاهرون منکم من نساہم ما هن امہاتہم ان امہاتہم الا الالاتی ولدنہم ...».

۲۶. شیخ محمدحسن نجفی، *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام* (تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیہ، بی‌تا)،

۳۹۱.

۲۷. مرتضی قاسم‌زاده، «قراردادهای رحم جایگزین در حقوق ایران»، *مجله باروری و ناباروری* ۲ (۱۳۸۷)، ۱۸۹.

کافی نیست و تولید اعضاء و جوارح به‌ویژه در جریان تبدیل جنین به هیئت انسانی به مادر جانشین نسبت داده می‌شود، بنابراین، نسبت دادن چنین کودکی به دو مادر با مبانی و اصول پذیرفتنی است. می‌توان گفت زن صاحب رحم یا اجیر با نوزاد بیگانه نیست، زیرا این کودک در دوران جنینی از خون این زن تغذیه کرده و بعد از ولادت نیز شیر ناشی از این حمل مناسب‌ترین غذای این کودک است. بنابراین، چون علاقه این زن به کودک کمتر از صاحب تخمک نیست و کودک به شیر این مادر و گرمای عاطفی و تپش قلب او که مدت‌ها با وی مأنوس بوده است، نیاز مبرم دارد، شایسته نیست که نوزاد از شیر این مادر و احساس و عواطف وی محروم شود. از این رو بهتر است از جهت حرمت نکاح، حق ملاقات، توارث و انفاق این زن هم مادر طفل دانسته شود^{۲۸}، اگرچه ممکن است پذیرش دو مادری به جهت غیرعادی بودن آن در مرحله نخست مشکل به نظر برسد، اما با عوض کردن فرض مسئله، پذیرش آن آسان خواهد بود. می‌دانیم تخمک از دو قسمت هسته و پوشش بیرونی به نام سیتوپلاسم تشکیل شده است و علم پزشکی این امکان را فراهم می‌سازد که هسته تخمکی را جدا کرده و هسته تخمک زن دیگری را جایگزین کرد. بنابراین، امکان اینکه هسته تخمک از یک زن و ماده سیتوپلاسم از زن دیگر باشد، وجود دارد. علاوه بر مشارکت دو زن در تخمک و رحم امکان مشارکت در تخمک نیز وجود دارد. در فرض اخیر آیا می‌توان برای هردو زن نقش مادری قائل شد؟ جواب مثبت است، پس می‌توان دو یا چند زن را مادر حقیقی طفل دانست و برخی از احکام مانند حرمت ازدواج را نسبت به همگی جاری دانست، ولی در مورد ارث، حضانت، نفقه و تربیت باید به زنی نقش مادری سپرد که متقاضی داشتن فرزند است.^{۲۹} از میان فقهای معاصر شیعه، موسوی اردبیلی قائل به دو مادری است، وی چنین استدلال می‌کند که نسب، یک رابطه اعتباری است و از امر تکوینی و واقعی که همان پیدایش طبیعی طفل از والدین خود است، انتزاع می‌شود و حقیقت شرعیه ندارد، یعنی عرف این اعتبار را رد می‌کند و شرع آن را تأیید می‌کند.^{۳۰}

۲۸. ابوالقاسم گرگی و همکاران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۷)، ۴۳۹.

۲۹. سیستانی، پیشین، ۴۲۵.

۳۰. مرقاتی، پیشین، ۱۴۳.

۲-۳- تحلیل و ارزیابی

از سه دیدگاه عمده‌ای که ذکر شد، طرفداران دیدگاه دوم دارای استدلال‌های محکم‌تری هستند، زیرا بدون شک و بر اساس یافته‌های پزشکی، نطفه کودک متولدشده از این روش که آغاز آفرینش وی و نخستین جزء وجود اوست، از لقاح اسپرم و تخمک مادر حکمی او به دست می‌آید و همین آفریده نخست، نخستین مرحله وجود این کودک است و صرف گذراندن مراحل رشد در رحم سبب تحقق نسب نمی‌باشد.^{۳۱}

۳- اجاره رحم و نسب کودکان متولد از آن در ترکیه

با وجود تاریخچه جنگ‌های قانونی و تابوهای اجتماعی، اجاره رحم اکنون جایگاه ثابتی در دنیای طب زادوولد به دست آورده است. ناباروری در کشور ترکیه نیز یکی از مسائل مهم عمومی است که ممکن است بر روابط بین زوجین تأثیر گذاشته و یا حتی آن را تهدید کند. علاوه بر آن، محیط اجتماعی حاکم بر جامعه این کشور شرایطی را برای زوجین به وجود می‌آورد که آنها را رویاروی انتظارات اجتماعی قرار می‌دهد.

مباحث مربوط به فرزندآوری ناشی از تلقیح مصنوعی و انتقال جنین در قانون جدید مدنی ترکیه به صورت قانونی تنظیم نشده است. قانون مدنی ترکیه، اصل قانون روم (مادر همیشه اصل است) را با توجه به رابطه والدی نوزاد با مادرش پذیرفته است.^{۳۲} به عبارت ساده، قانون مدنی ترکیه بیان می‌کند که زنی که نوزادی را به دنیا می‌آورد، همیشه به عنوان مادر قانونی شناخته می‌شود. مبنای اصلی این ماده قانونی به این صورت است:

۱. داشتن رابطه خونی بین جنین و زنی که آن را حامله بوده و به دنیا آورده است؛

۲. پیوند فرزند با مادرش از طریق بند ناف؛ و

۳. قابلیت تعیین و شناسایی زایمان بر اساس معیار زایمان.

بنابراین بر اساس قانون مدنی ترکیه، زایمان زنی که بچه را به دنیا می‌آورد، فرض غیرقابل تکذیب است. قانونگذار ترکیه مسلم می‌دارد که هم‌زیستی و پیوند فیزیولوژیک فرزند با مادر از ویژگی‌های اصلی مادر بودن است. بر اساس ماده ۲۸۲/۱ قانون مدنی ترکیه، مادر

۳۱. محمد مومن قمی، کلمی فی التلقیح (کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة) (قم: انتشارات مؤسسه نشر اسلامی،

۱۳۸۲)، ۷۲.

32. Elizabeth Bartholet, "Beyond Biology: The Politics of Adoption a Reproduction," *Duke Journal of Gender Law a Policy* 2(5) (1995): 256.

نوزاد از نظر قانونی نمی‌تواند رابطه والد - فرزندی را رد کند. کشور ترکیه عضو کمیسیون بین‌المللی حقوق مدنی است، تمامی کشورهای عضو این کمیسیون با ایمان به اصل «مادر همواره قطعی و مشخص است»، اشاره به نام مادر در ثبت تولد، برای برقراری نقش مادری را کافی می‌دانند، لذا اثبات نقش مادری، مبتنی بر تولد است.^{۳۳}

نظام حقوقی ترکیه، به‌طور کلی دریافت و یا اهدای اسپرم را ممنوع اعلام کرده است. قوانین جدید در ترکیه می‌گویند که زنان حق دریافت هیچ‌گونه سلول فرد دیگر را ندارند. استفاده از اهداکننده به هر شیوه‌ای ممنوع است. این قانون در پی آن اعلام شد که بسیاری از زنان در ترکیه به‌علت ممنوع بودن رحم اجاره‌ای در کشور خود به سایر کشورها سفر می‌کردند و این کار را انجام می‌دادند. قانون ترکیه اعلام می‌دارد که اگر یک مرکزی در ترکیه یک عمل جراحی جهت اهدای اسپرم و یا تخم برگرفته از یک جفت ازدواج‌نکرده و یا انتقال جنین انجام دهد، مرکز وی قطعاً پلمب خواهد شد و همه کارکنان در آن مرکز از کار در سایر مراکز مشابه ممنوع شده و مجوز کار آنها باطل خواهد شد.^{۳۴}، چون اهدای تخمک و اسپرم و استفاده از مادر اجاره‌ای در این کشور ممنوع شده است، بسیاری از مردم ترکیه برای دریافت تخمک و یا اسپرم و یا انجام عمل انتقال آن به مراکز در خارج از کشور ترکیه مراجعه می‌کنند. علاوه بر آن، پزشکان و مراکز پزشکی ترکیه نیز از هدایت و یا تشویق زوجین به اهدای اسپرم و یا تخمک و یا حتی دادن اطلاعاتی در مورد امکان انجام چنین عملی ممنوع شده‌اند.^{۳۵} بر اساس حقوق ترکیه، مراکز که پزشکان خارجی را به بیماران توصیه کرده و یا مادر میانجی را به زوجین ترکیه‌ای پیشنهاد می‌کنند نیز به مدت سه ماه پلمب خواهند شد (البته اگر تخلف اول آنها باشد) درغیراین صورت، مجوز کاری آنها باطل خواهد شد. البته قانون اصلاحی اعلام می‌کند که پرونده مراکز که این عمل را توصیه کرده و یا انجام می‌دهند و یا بیماران را به مراکز خارج از کشور برای چنین امری ارسال می‌کنند، به همراه زنان اهداکننده و دریافت‌کننده به دادستان عمومی معرفی می‌شوند.^{۳۶}

33. Ian Dey, "Adapting Adoption: a Case of Closet Politics?," *International Journal of Law, Policy and the Family* 19(3) (2005): 156.

34. Shabnam Ishaque, "Islamic Principles on Adoption: Examining the Impact of Illegitimacy and Inheritance Related Concerns In Context of a Child Rights to an Identity," *International Journal of Law, Policy and the Family* 22(3) (23 Sep. 2008): 123.

35. Lucy Matevosyan, "Perental Consent to Adoption: In Readaption of Peggy v. State," *Journal of Juvenile Law* 24 (2003-2004): 65.

36. A Akuz, S. Boyaci, "Tasiyi Annelika Ve Getirdigi Hukuki Sorunlar," 2014, 126-127.

در ترکیه برای رفع این ممنوعیت جریان تولد کودک از طریق مادری که کودک از او متولد نشده است، به بیمارستان اطلاع داده می‌شود، به طوری که گویی مادر صاحب تخمک فرزند را به دنیا آورده است نه مادر جانشین (مادر نگهداری کننده) و کودک به نام آن زوجین (صاحب اسپرم و تخمک) نه مادر جانشین، در دفتر ثبت و اسناد ثبت می‌شود، اما این نوع عملکرد در ترکیه جرم خوانده می‌شود. بنابراین فردی که پیوند ژنتیکی کودک را تغییر می‌دهد بر اساس ماده ۲۳۱ قانون مدنی ترکیه، به یک تا سه سال زندان محکوم می‌شود.^{۳۷}

نتیجه

در قوانین ترکیه این نهاد به رسمیت شناخته نشده است و قرارداد رحم جایگزین باطل است اما در قوانین ایران این موضوع به سکوت واگذار شده است، لیکن سکوت در این امر مستحدثه در حقوق ایران مانع از به رسمیت شناختن این نهاد در ایران نشده است و سکوت قانونگذار در حقوق ایران با دنباله‌روی و جستجو از فقه جبران شده است و بنا به آنچه که در پژوهش و در بخش مبانی و دلایل پذیرش آوردیم، این نهاد در فقه و میان فقها اگرچه دارای مخالفانی هم می‌باشد، اما مشروع شناخته شده است. اما در حقوق کشور ترکیه در موارد سکوت، باتوجه به اینکه نظام حقوق کودکان در ترکیه بیشتر متأثر از کنوانسیون‌های بین‌المللی است، به کنوانسیون‌های بین‌المللی مراجعه می‌شود که بنا به آنچه که در پژوهش آمد، این نهاد در ترکیه برخلاف حقوق ایران به رسمیت شناخته نشده است و انعقاد هر نوع قرارداد اجاره رحم در این کشور از ممنوعیت قانونی برخوردار است. راجع به نسب کودکان متولدشده از اجاره رحم در ایران سه دیدگاه وجود دارد که در میان این سه دیدگاه، آنچه که منطقی و معقول به نظر می‌رسد، دیدگاه دوم است که بیان می‌دارد، نسب مادری کودک را باید همانند تعیین نسب پدری تعیین نمود و داشتن رابطه ژنتیکی با فرزند را مورد پذیرش قرار داد، بنابراین، در ایران مادر طفل، مادر ژنتیک (صاحب تخمک) است. لیکن در ترکیه، در هر حال نسب مادری کودک را بر مبنای ملاکی به نام ولادت تعیین می‌کنند، بنابراین، در ترکیه مادر طفل، مادر فیزیولوژیک (نگهداری کننده و به دنیا آورنده) است. بنابراین، اگر در کشور ترکیه با وجود ممنوعیت‌های قانونی انعقاد قرارداد رحم جایگزین، قراردادی با این عنوان تهیه و بسته شود و بعداً اختلافی حاصل شود، دادگاه‌های این کشور به این دعوا که ناشی از قرارداد اجاره

37. Sukran Sipka, "Tasiyi Annelika Ve Getirdigi Hukuki Sorunlar, Cevrimici, Womb Surrogate," *International Journal of Law* 29 (2011): 1-21.

رحم به طرفیت مادر جایگزین است، ترتیب اثر نمی‌دهند، زیرا ملاک در ترکیه تولد فرزند از مادر است. باتوجه به افزایش قراردادهای راجع به اجاره رحم در هردو کشور ایران و ترکیه بایستی مقننین هردو کشور دست به کار شده و مقررات قانونی در این زمینه تهیه، تنظیم و به ثبت برسانند، زیرا در بستر قانون نیابردن این نهاد می‌تواند بازار تجارت را داغ کرده و باب سوءاستفاده از زنان نیازمند و فقیر را بگشاید.



فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- امامی، حسن. حقوق مدنی. تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۴.
- امامی، حسن. نسب در حقوق ایران. چاپ اول. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۹.
- تاجگر، رضا. «تفسیر و تحلیل قرارداد رسمی مادر جانشین (استیجار رحم)». مجله کانون ۱۱۴ (۱۳۸۹): ۱۱۴-۱۳۰.
- جعفرزاده، میرقاسم. «وضعیت فقهی و حقوقی استفاده از رحم اجنبی جانشین...». مجله پژوهشکده بیولوژیکی و بیوتکنولوژی تولیدمثل و نازایی جهاد دانشگاهی ۱۷ (۱۳۷۸): ۱۵۰-۱۱۵.
- حمداللهی، عاصف و محمد روشن. بررسی فقهی و حقوقی (قرارداد استفاده از رحم جایگزین). چاپ اول. تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۸.
- خامنه‌ای، سید علی. پزشکی در آئینه اجتهاد. تحقیق خلیل علی محمدزاده. چاپ اول. تهران: انتشارات انصاریان، ۱۳۸۲.
- راسخ، محمد، فائزه علوی و زهره بهجتی اردکانی. «تحول مفهوم نسب در پرتو فناوری‌های نوین درمان ناباروری». مجله ایرانی اخلاق و تاریخ پزشکی ۲ (۱۳۹۵): ۳۶-۱۸.
- رضانیا معلم، محمدرضا. وضعیت حقوقی نسب کودک ناشی از انتقال جنین. چاپ اول. تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده سینا، ۱۳۸۰.
- شهیدی، مهدی. مجموعه مقالات حقوقی. تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۵.
- شهیدی، مهدی. مجموعه مقالات حقوقی. چاپ اول. تهران: انتشارات حقوق دانان، ۱۳۷۵.
- صمدی اهری، محمدهاشم. نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۹.
- علوی قزوینی، علی. «آثار تلقیح مصنوعی انسان». مجله نامه مفید ۳ (۱۳۷۴).
- عمید، حسن. فرهنگ فارسی عمید. چاپ یازدهم. تهران: انتشارات امیرکبیر تهران، ۱۳۷۷.
- قاسم‌زاده، مرتضی. «قراردادهای رحم جایگزین در حقوق ایران». مجله باروری و ناباروری ۲ (۱۳۸۷): ۱۹۴-۱۸۲.
- قبله‌ای، خلیل. «بررسی مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین». مجله حقوق قضایی ۲ (۱۳۷۷): ۸۶-۵۷.
- گرگی، ابوالقاسم، عادل برزوئی، سید حسین صفایی، بتول آهنی، سید عزت‌ا... عراقی، عباس قاسم‌زاده، اسدا... امامی، محمود صادقی و احمد حمیدزاده. بررسی تطبیقی حقوق خانواده. چاپ دوم. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.
- محقق داماد، مصطفی. «میزگرد مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین». بولتن تولیدمثل و نازایی پژوهشکده بیولوژی و بیوتکنولوژی و نازایی جهاد دانشگاهی ۵ (۱۳۷۵): ۲۳-۱.

- محقق داماد، مصطفی. *حقوق خانواده*. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.
- محقق داماد، مصطفی. *حقوق خانواده*. چاپ سوم. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.
- مراقاتی، سید طه. «حقوق کودکان در اهدای گامت» در *مجموعه مقالات*، تهیه و گردآوری کننده پژوهشکده ابن سینا، ۲۵۰-۲۴۳. تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۴.
- مکارم شیرازی، ناصر. *احکام پزشکی*. گردآوری ابوالقاسم عیان‌نژاد. چاپ اول. قم: انتشارات مدرسه امام علی ابن ابی‌طالب، ۱۳۸۲.
- مهرپور، حسین. «نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی». *مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی* ۱۹ (۱۳۷۶): ۱-۱۳۷.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله. *توضیح المسائل*. چاپ نهم. تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد، ۱۳۶۹.
- ناصری‌مقدم، حسین. «واکای احکام فقهی نسب در کودک متولد از رحم جانشین» در *مجموعه مقالات رحم جایگزین*، تهیه و گردآوری کننده پژوهشکده ابن سینا، ۱۱۴-۹۸. تهران: انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۶.
- وطنی، امیر. «بررسی فقهی اضطرار و ضرورت». *مجله مقالات و بررسی‌ها* ۷۱ (۱۳۸۱): ۴۶-۲۶.

ب) منابع عربی

- ابن منظور، جمال‌الدین محمد. *لسان‌العرب*. بیروت: دارالفکر، ۱۹۹۰.
- زحیلی، وهب. *نظریه الضروره الشرعیه*. دمشق: انتشارات دارالفکر، بی‌تا.
- سیستانی، محمدرضا. *وسائل الانجاب الصناعیه*. بیروت: دارالمورخ العربی، ۱۴۲۵.
- مکارم شیرازی، ناصر. *القواعد الفقهیه*. قم: انتشارات مدرسه امام علی ابن ابی‌طالب، ۱۴۱۶.
- مومن قمی، محمد. *کلمی فی التلقیح (کلمات سدیدیه فی مسائل جدیدیه)*. چاپ اول. قم: انتشارات مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۸۲.
- نجفی، شیخ محمدحسن. *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*. چاپ دوم. تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامی، بی‌تا.

ج) منابع خارجی

- Akuz, A, S. Boyaci. "Tasiyi Annelika Ve Getirdigi Hukuki Sorunlar." *Womb Surrogate, International and Comparative Law* 46 (2014): 111-127.
- Bartholet, Elizabeth. "Beyond Biology: The Politics of Adoption a Reproduction." *Duke Journal of Gender Law a Policy* 2(5) (1995): 238-259.
- Dey, Ian. "Adapting Adoption: a Case of Closet Politics?." *International Journal of Law, Policy and the Family* 19(3) (2005): 139-156.
- Ishaque, Shabnam. "Islamic Principles on Adoption: Examining the Impact of Illegitimacy and Inheritance Related Concerns in Context of a Child Rights to an

Identity.” *International Journal of Law, Policy and the Family* 22(3) (23 Sep. 2008): 110-1129.

Matevosyan, Lucy. “Islamic Principles to Adoption: In Readaption of Peggy v, State.” *Journal of Juvenile Law* 24 (2003-2004): 52-65.

Sipka, Sukran. “Tasiyi Annelika Ve Getirdigi Hukuki Sorunlar, Cevrimici, Womb Surrogate.” *International Journal of Law* 29 (2011): 1-21.

