

## از طبیعت تا تربیت؛ نگاهی اجمالی به حقوق تطبیقی نسب کودکان متولد از روش‌های کمک‌باروری با مداخله ثالث

محمد راسخ<sup>۱</sup>، فائزه عامری<sup>۲\*</sup>

۱. مدیر گروه حقوق و اخلاق زیستی، مرکز تحقیقات ریزفناوری زیستی، پژوهشکده فناوری‌های نوین علوم پزشکی جهاددانشگاهی - ابن‌سینا، استاد فلسفه و حقوق، گروه حقوق عمومی و حقوق اقتصادی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهیدبهشتی، تهران، ایران.  
۲. کارشناس گروه حقوق و اخلاق زیستی، مرکز تحقیقات ریزفناوری زیستی، پژوهشکده فناوری‌های نوین علوم پزشکی جهاددانشگاهی - ابن‌سینا، تهران، ایران.

### چکیده

نسب یکی از موضوعات مهم حقوقی بوده که در طول تاریخ نظام‌های حقوقی تحولاتی را به خود دیده است. در دوران جدید، با پیدایش روش‌های کمک‌باروری به‌ویژه با مداخله ثالث، چالش‌هایی جدید بر سر راه تنظیم قانونی نسب کودکان حاصل از این روش‌ها قرار گرفته‌اند. کودکانی را که بدین روش‌ها متولد می‌شوند به چه کسی می‌توان یا باید منسوب کرد؟ بنا بر یکی از سنن، نسب مادری بر مبنای حمل و نسب پدری بر مبنای نطفه تعیین می‌شده. پرسش اما آن است که آیا دو ملاک یادشده می‌توانند نسب این کودکان را به‌شکلی سازگار و کارآمد تمشیت کنند؟ مطالعه قوانین و مقررات کشورهای مختلف پاسخی منفی پیش روی می‌نهد. قوانینی که برای تعیین پدر و مادر این کودکان صرفاً به این دو ملاک تکیه کرده‌اند، موجد ابهام، بلا تکلیفی و عدم قطعیت بوده‌اند. از این رو، ضرورت بحث از ملاکی جدید، یعنی ملاک قصد، به میان می‌آید. در این نوشتار، بنا داریم کوشش قانونگذاران و قضات را در نظام‌های حقوقی مختلف برای رسیدن به ملاکی کارآمد و سازگار بررسی کنیم.

**واژگان کلیدی:** نسب، ملاک حمل، معیار رابطه ژنتیک، ملاک قصد زوجین.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۲۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۴

تاریخ انتشار: ۱۴۰۱/۰۷/۲۳

\* نویسنده‌ی طرف مکاتبه:

محمد راسخ

آدرس: تهران، بزرگراه چمران، اوین، دانشگاه

شهیدبهشتی، پژوهشگاه ابن‌سینا

کد پستی: ۱۹۳۶۷۳۴۹۳

تلفن: ۰۲۱ - ۲۲۴۲۲۰۲۰

Email: [m-rasekh@sbu.ac.ir](mailto:m-rasekh@sbu.ac.ir)

## مقدمه

## پیام‌های کلیدی

- این مقاله برای نخستین بار ملاک‌های تعیین نسب کودکان متولد از روش‌های کمک‌باروری با مداخله ثالث را در نظام‌های حقوقی مختلف بررسی کرده است.
- بیش از همه، ما را با رویکرد نظام‌های حقوقی به ملاک قصد و کاربرد آن در تعیین نسب این کودکان آشنا می‌کند.
- خلاهای نظام حقوقی داخلی و راه‌های اصلاح آنها را نشان می‌دهد.

تولیدمثل با کمک فناوری‌های نوین الگوی متعارف باروری را تغییر داده و، از این رو، نسب کودکان حاصل از این روش‌ها، به‌ویژه آنجا که مداخله ثالث در میان است،<sup>۱</sup> به موضوعی چالش‌برانگیز در نظام‌های حقوقی تبدیل شده است. پدر و مادر قانونی این کودکان چه کسانی هستند؟ آیا شخص ثالث اهداکننده سلول یا بافت تولیدمثلی والد/والده کودک است یا زوج دریافت‌کننده آن سلول یا بافت باید والدین این کودک باشند؟ این پرسش بنیادی را از وجوه مختلف می‌توان به بحث گذاشت. یکی وجه نظری است که پیشتر در مقاله «تحول مفهوم نسب در پرتو فناوری‌های نوین درمان ناباروری» (۱) بررسی شده است.<sup>۲</sup> دیگری وجه عملی است که بر عملکرد نظام‌های حقوقی در مواجهه با نسب این کودکان متمرکز می‌شود. مقاله حاضر واکنش قانونگذاران یا قضات به موضوع نسب این کودکان و موضع نظری ایشان در این ارتباط را بررسی می‌کند.

با آنکه قواعدی نوشته یا نانوشته در نظام‌های حقوقی برای تعیین نسب کودکان متولد از نزدیکی و آمیزش جنسی وجود داشته‌اند، اکنون به نظر می‌رسد این قواعد برای مشخص کردن نسب کودکان متولد از روش‌های جدید باروری کافی نباشند. برای نمونه، در بریتانیا، پیش از اصلاح قانون خانواده در سال ۱۹۸۷ و قانون جنین‌شناسی در سال ۱۹۹۰، کودک متولد از اهدای اسپرم نامشروع انگاشته می‌شد و دریافت‌کننده اسپرم پدر به شمار نمی‌آمد (۲). در مقایسه، دیوان عالی ایالت کالیفرنیا

(آمریکا) در پرونده جانسون علیه کالورت جانب «قصد» را گرفت و رأی داد که اگر قصد و اراده والدین متقاضی نباشد، کودکی یا به این دنیا نمی‌گذارد (۳). بدین سان، سهمی برای والدین متقاضی در مناسبات قضایی باز شد. این رویکرد به ایالات متحده آمریکا منحصر نماند و دیگر نظام‌های حقوقی نیز کوشیدند از نسب طبیعی (مبتنی بر نطفه/ژن یا حمل) به نسب حکمی (مبتنی بر قصد) گذار کنند. بنابراین، سه ملاک رقیب برای سامان‌دادن به نسب کودکان متولد از روش‌های کمک‌باروری با مداخله ثالث مطرح بوده‌اند. پرسش آن است که آیا امکان هم‌نشینی این سه ملاک وجود دارد؟

در مقاله حاضر در پی بررسی پاسخ به این گونه پرسش‌ها، با تکیه بر اسناد حقوقی و قضایی در نظام‌های حقوقی، هستیم. بی‌گمان، مطالعات تطبیقی از این نوع می‌تواند همچون آینه‌ای

۱. در این مقاله، هرچا روش‌های کمک‌باروری آمده منظور با مداخله ثالث است.

۲. مطلوب است خواننده محترم، برای آشنایی با مباحث نظری مربوط به نسب و ملاک مرجح، ابتدا مقاله یادشده را از نظر بگذرانند.

در مقابل دیدگان قانونگذاران، سیاستگذاران و قضات کشور ما قرار گیرند، کاستی‌های موجود را نمایان سازند و راه‌کارهایی عملی در این زمینه پیش نهند. به‌هرروی، با نظر به این واقعیت که شمار نسبتاً بالایی از کودکان با استفاده از روش‌های کمک‌باروری با مداخله ثالث در کشور متولد شده و می‌شوند، موضوع نسب این کودکان در نظام حقوقی ما نیز ناگزیر باید به شکلی سازگار و کارآمد بررسی و تحلیل شود و سامان یابد. دور و دیر نیست که دعاوی گوناگونی در این خصوص اقامه شوند و متولدان یادشده در مقام مدعی یا مدعی‌علیه این دعاوی قرار گیرند.

پیش از آغاز بحث، تذکر این نکته لازم است که پرسش از والدین قانونی کودک نقطه آغازین بحث است و به موضوعات مهم دیگری، مانند تابعیت، سلامت، اقامت یا حتی ازدواج او، توسعه می‌یابد. برای نمونه، اجازه انجام برخی اقدامات درمانی روی کودک را والدین او باید بدهند. بنا بر برخی قوانین، ازدواج فرزندان دختر منوط به اجازه پدر است.<sup>۱</sup> در بسیاری موارد، مادر است که در نهایت در مورد سقط جنین تصمیم می‌گیرد.<sup>۲</sup> بسا که همین گستردگی و دامنه اثرگذاری موضوع نسب بر بسیاری از وجوه زندگی فرد است که قضات را واداشته است آن را مفهومی در قلمرو نظم عمومی تلقی کنند (۴).

## بحث

روش‌های کمک‌باروری با مداخله ثالث متعدد و متنوع‌اند و پرداختن به همه آنها در قلمرو محدود این مقاله ممکن نیست. از این‌رو، در اینجا، دو روش اهدای اسپرم و رحم جایگزین را

وامی‌کاویم که مهم‌ترین دغدغه نظام‌های حقوقی در این حوزه بوده‌اند. باری، شاید بتوان نتیجه پژوهش در این دو روش را به دیگر روش‌ها سعه داد و به‌اصطلاح تنقیح مناط کرد. در ادامه، زیر عنوان اهدای اسپرم، از دو ملاک رابطه ژنتیک و قصد زوجین و زیر عنوان رحم جایگزین از سه ملاک حمل، رابطه ژنتیک و قصد زوجین بحث خواهیم کرد.

### ۱- اهدای اسپرم

در اهدای اسپرم، مسئله بیش از همه بر سر تعیین پدر است. پرسش آن است که اهداکننده اسپرم پدر است یا زوجی که به‌اتفاق همسرش قصد کرده‌اند با اسپرم اهدایی صاحب فرزند شوند؟ در پاسخ، برخی نظام‌های حقوقی رابطه ژنتیک و برخی دیگر قصد زوجین نابارور را ملاک قرار داده‌اند که هر یک را جداگانه بررسی خواهیم کرد.

#### ۱-۱- ملاک رابطه ژنتیک

مراد از رابطه ژنتیک همانا مساهمت در گامت (در اینجا، اسپرم) است. البته، برخی فناوری‌ها، مانند اهدای میتوکندری، امروزه این تعریف را به چالش کشانده‌اند و این امر به نوبه خود ایرادی جدی به ملاک ژنتیک به شمار می‌آید. گویی چپستی و میزان ملاک ژنتیک مستمراً نوبه‌نو می‌شود و نمی‌توان بر تعریف و ملاکی واحد ایستاد. سوی این بحث مبنایی، در میان نظام‌های حقوقی، آنهایی که متأثر از فقه اسلامی هستند رابطه ژنتیک را ملاک تعیین نسب در روش کمک‌باروری با مداخله ثالث قرار داده‌اند. در ایران، که اهدای اسپرم حکم قانونی مشخصی ندارد، به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی باید به «منابع معتبر اسلامی

۱. ازجمله ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی ایران (مجلس شورای اسلامی، ۱۳۷۰/۸/۱۴)

۲. ازجمله، نک. ماده‌واحد قانون سقط درمانی (مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴/۳/۱۰)

را فرزند صاحب اسپرم می‌دانند (۱۰ و ۱۳). در کشورهای اسلامی‌ای که در جدول شماره (۱) به برخی از آنها اشاره کرده‌ایم، به حرمت اهدای اسپرم تصریح شده، اما سخنی از نسب به میان نیامده است. چنانچه دعوی مطرح شود، بنا به قاعده، حکم آن از دو رأی و دیدگاه پیش‌گفته خارج نخواهد بود. همان‌گونه که دادگاه فدرال شریعت پاکستان،<sup>۲</sup> در پرونده فاروق صدیقی علیه فرزانه ناهید، با دیدگاه دوم همدلی داشت و، ضمن اعلام حرمت اهدای اسپرم، اهداکننده را پدر نامید (۱۴).

گفتنی است که ملاک رابطه ژنتیک، در نظام‌های حقوقی فقه‌گرا، سنی یا شیعه، به نتایج عملی ناخوشایند می‌انجامد. بدین معنا که پدر متقاضی اهدای اسپرم دستش از فرزند کوتاه می‌ماند؛ همسر وی مادر کودک است و اهداکننده، بدون آنکه با خانم ارتباطی داشته باشد، پدر کودک تلقی می‌شود. مشکل در حالتی که اهداکننده ناشناس بماند حادث می‌شود: در عمل، کودک بدون پدر خواهد ماند. در یک کلام، والدین کودک از دو خانواده پراکنده و جدا از هم خواهند بود که حتی ممکن است بر سر موضوع نسب علیه یکدیگر طرح دعوا کرده و وارد روابط خصمانه بشوند.

یا فتاوی معتبر<sup>۱</sup> در فقه شیعه مراجعه کرد. حال، غالب فقهای شیعه بر آنند که کودک به دهنده اسپرم منسوب می‌شود؛ چه او صاحب اسپرم است (۵). با این حال، برخی فقها، مانند آقایان مکارم شیرازی (۶)، محسن حکیم (۷) و نوری همدانی (۸)، اهدای اسپرم را در حکم زنا می‌دانند و، از این رو، کودک را به دهنده اسپرم هم منسوب نمی‌دانند. همچنین، نزد فقهای اهل سنت، مداخله ثالث در باروری مصداقی از زناست که توابع آن هم مشمول احکام زنا می‌شوند (۹).

بنابراین، تعیین نسب کودک متولد از روش اهدای اسپرم ناگزیر به بازخوانی فتاوی دو گروه از فقها پیرامون نسب کودک متولد از زنا ربط می‌یابد. نخست، فقهای هستند که نسب کودک ناشی از زنا را به هیچ روی به زانی منتسب نمی‌کنند؛ زنا نسب میان زانی و کودک را قطع می‌کند. ایشان اغلب مذهب شافعی دارند؛ گرچه بدان منحصر نیستند (۱۰). جادالحق مبتنی بر همین دیدگاه فتوا داد که اهداکننده و دریافت‌کننده اسپرم هیچ‌یک پدر شرعی کودک نیستند (۱۱). دوم، فقهای هستند که معتقدند نسب کودک به زانی می‌رسد و زنا نسب حقیقی (در اینجا، یعنی نسب بیولوژیک) را قطع نمی‌کند (۱۲). آنان کودک

منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

2. Federal Shariat Court

۱. اصل ۱۶۷ قانون اساسی این راهکار را پیش پای قضات نهاده تا با آن خلأهای قانونی را پر کنند. به‌موجب این اصل، «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به

جدول شماره ۱- اسامی برخی کشورهای موضوع مطالعه در پژوهش، به ترتیب الفبا

رحم جایگزین			ملاک حمل		اهدای اسپرم	
قصد زوجین					قصد زوجین	رابطه ژنتیک
تشریفاتی - پس از تولد	تشریفاتی - پیش از تولد	غیرتشریفاتی	گروه دوم	گروه نخست		
آلبرتا (کانادا)	آفریقای جنوبی	اوکراین	آلبرتا (کانادا)	آلمان	آرژانتین	ایران
استرالیای جنوبی (استرالیا)	آمریکا (دولت فدرال)	پرتغال	استرالیای جنوبی (استرالیا)	آریزونا (آمریکا)	آلمان	اردن
اسرائیل	کالیفرنیا (آمریکا)	قزاقستان	اسرائیل	السالوادور	آفریقای جنوبی (آمریکا (دولت فدرال))	امارات بحرین
بریتانیا	نیویورک (آمریکا)	کنیا	بریتانیا	اسپانیا		
فلوریدا (آمریکا)	ویرجینیا (آمریکا)	نیوجرسی (آمریکا)	روسیه	داکوتای شمالی (آمریکا)	اسپانیا	پاکستان
کانادا (دولت فدرال)	یونان	نوادا (آمریکا)	کانادا (دولت فدرال)	ژاپن	استرالیا (دولت فدرال)	عربستان
کوئینزلند (استرالیا)		ویتنام	ویکتوریا (استرالیا)	فرانسه	السالوادور	
هند			هند		اوکراین	
					بریتانیا	
					روسیه	
					سنگاپور	
					قزاقستان	

## ۱-۲- قصد زوجین

بسیاری از نظام‌های حقوقی که دشواری‌های ملاک ژنتیک را تجربه کرده یا از تجربه دیگر کشورها عبرت گرفته بودند، در پی ملاکی کارآمد و سازگار برآمدند که نسب این کودکان را به شکلی قطعی و شفاف مشخص کند، از مطرح شدن دعوی نافرجام جلوگیری کند و اجازه ندهد قانون خود منشأ تبعیض علیه این کودکان شود. این نظام‌ها، قصد و اراده زوجین نابارور را، که می‌خواستند فرزندی به دنیا آورند و تربیت کنند، ملاک قرار دادند. در واقع، اگر زمانی اماره فراش چیره بود و تا حد

زیادی به‌تنهایی رفع نزاع می‌کرد؛ اکنون باید قصد بدان منضم می‌شد تا از نزاع‌های بعدی پیشگیری شود. فهرست بلندبالایی از کشورها ملاک قصد را وارد قوانین خود کرده‌اند که در جدول شماره (۱) صرفاً به شماری از آنها اشاره کرده‌ایم. برای آنکه زوجین از قصد خود بازنگردند و هزینه‌های نگهداری از کودک بر دوش دولت نیفتد، افزون بر قوانین پیش‌گفته، برای نمونه، قانونگذاران اتریش<sup>۱</sup> (۱۵)، اسلونی<sup>۲</sup>

1 . Austria

2 . Slovenia

در همه نظام‌های حقوقی‌ای که ملاک قصد زوجین را پذیرفته‌اند، قانونگذاران قیده‌های متعددی را در این خصوص برشمرده‌اند. چنانچه این قیده‌ها نقض شوند، دیگر قصد و اراده زوجین تعیین‌کننده نسب نخواهد بود و ملاک ژنتیک جایگزین می‌شود. یک قید آن است که زوجین متقاضی اهدای اسپرم باید از روش‌های کمک‌باروری صاحب فرزند شده باشند. بر این اساس، اگر خانمی با اهداکننده اسپرم نزدیکی کند و صاحب فرزند شوند، حتی اگر با رضایت شوهر خانم بوده باشد، دیگر قانون خاص روش‌های کمک‌باروری اعمال نمی‌شود و اهداکننده پدر خواهد بود. بریتانیا [مواد ۳۵ و ۴۲] (۲۰)، اسپانیا<sup>۱۱</sup> [ماده ۴(۴)] (۲۹)، اسلونی (۱۶ و ۳۰)، روسیه (۳۱)، قزاقستان [ماده ۱(۲۳)] (۳۲) و سنگاپور<sup>۱۲</sup> [ماده ۳(۱)] (۳۳) از جمله کشورهایی هستند که این قید را به همراه ضمانت اجرای آن آورده‌اند. در کنار استدلال‌های متعدد، گفته می‌شود قانونگذار این قید را برای پرهیز از ارتکاب زنا اضافه کرده است. اگر بنا باشد زوجین با استفاده از اسپرم دیگری اما از طریق نزدیکی صاحب فرزند شوند، دیگر چه تفاوتی میان زنا و این روش‌ها باقی می‌ماند. در این میان، استان کبک کانادا تنها نظام حقوقی‌ای است که در آنجا قانونگذار تصریح کرده باروری کمکی می‌تواند از طریق لقاح مصنوعی یا آمیزش جنسی انجام شود. اما اگر باروری کمکی از طریق آمیزش جنسی بوده باشد، ظرف یک سال از تولد کودک، ممکن است نسب میان اهداکننده و کودک برقرار شود (۳۴). البته، مبهم است که چه کسی می‌تواند طرح

کرواسی<sup>۱</sup> (۱۷)، گرجستان<sup>۲</sup> (۱۸) و مجارستان<sup>۳</sup> (۱۹) به‌صراحت آورده‌اند که زوجین متقاضی نمی‌توانند نسب را انکار یا به هر شکل به آن اعتراض کنند؛ گویی نسب با آزمایش دی‌ان‌ا ثابت شده است.

با این حال، در نتیجه بحث‌هایی که حق فرد در به چالش کشانیدن نسب را مرجح و مقدم بر منفعت دولت در قطعیت نسب می‌دانند، غالب نظام‌های حقوقی قید کرده‌اند که اگر مدعی (آقای متقاضی اسپرم اهدایی) بتواند ثابت کند در زمان انجام این روش‌ها عنصر رضایت از اساس مفقود بوده یا پیش از آغاز درمان، از رضایت اعراض کرده است، ملاک قصد از اعتبار ساقط می‌شود. برای نمونه، بریتانیا<sup>۴</sup> [ماده ۳۸] (۲۰)، فرانسه<sup>۵</sup> (۲۱)، اسلونی (۱۶)، آرژانتین [ماده ۲۵] (۲۲)، دولت فدرال کانادا<sup>۶</sup> (۲۳)، دولت فدرال استرالیا<sup>۷</sup> [ماده (۵)(۲)h] (۲۴)، چنین رویکردی اتخاذ کرده‌اند. قانونگذار تایوان<sup>۸</sup>، قیدی دیگر را هم اضافه کرده که به کمک آن مدعی می‌تواند بگوید رضایت از روی خدعه و زور بوده و اعتبار آن را زیر سؤال ببرد (۲۵). نتیجه اعتراض به نسب آن است که مقررات عام نسب بر مقررات خاص نسب کودک متولد از اهدا حاکم و اهداکننده والد قانونی می‌شود (۲۶). شاذ و نادر است قانونی، مانند کوئینزلند<sup>۹</sup> [مواد ۲۰ و ۲۱] (۲۷) و قلمرو شمالی<sup>۱۰</sup> (۲۸) (در استرالیا)، که مقرر کرده اگر خانم بدون رضایت شوهر یا شریک جنسی از اسپرم دیگری استفاده کرده باشد، اهداکننده والد کودک نمی‌شود؛ مگر با خانم متقاضی ازدواج کند.

7 . Commonwealth of Australia  
8 . Taiwan  
9 . Queensland  
10 . Northern Territory  
11 . Spain  
12 . Singapore

1 . Croatia  
2 . Georgia  
3 . Hungary  
4 . United Kingdom  
5 . France  
6 . Canada

(۴۱)، قزاقستان (۳۲)، اوکراین (۴۲)، ایالات ماساچوست<sup>۶</sup> (۳۵) و (۴۳) و نوادا (۴۴)، والدین متقاضی باید در قید زوجیت باشند. در غیر این صورت، شریک جنسی خانمی که اسپرم اهدایی دریافت کرده است پدر کودک نخواهد بود. زوجین ناباروری که می‌خواهند در قلمرو سرزمینی آلمان<sup>۷</sup> (۴۵)، اوکراین<sup>۸</sup> (۴۲) و (۴۶)، هند<sup>۹</sup> [فصل اول، ماده (i) ۲] (۴۱)، تایوان (۲۵)، تایلند<sup>۱۰</sup> (۴۷) و ایالت نوادا<sup>۱۱</sup> (۴۴) صاحب فرزند شوند باید از دو جنس مخالف باشند. پس، هم‌جنس‌گرایان نمی‌توانند از خدمات اهدای اسپرم استفاده کنند. اگر از این قید تعدی شود، قانونگذار اهداکننده اسپرم را والد دوم کودک می‌داند؛ نه خانم هم‌جنسی را که صرفاً شریک جنسی خانم حامل‌کننده بوده و با هم توافق کرده‌اند به روش اهدای اسپرم صاحب فرزند شوند. در این کشورها، قانونگذار اغلب از واژگان «زن»<sup>۱۲</sup> و «شوهر»<sup>۱۳</sup> استفاده کرده یا ارائه خدمات را فقط به دلایل پزشکی مجاز دانسته است. در واقع، دو قید زوجیت و جنسیت میزان دسترسی افراد را محدود می‌کنند و از این طریق بر نسب اثر می‌گذارند (۴۸).

## ۲- رحم جایگزین

در اهدای اسپرم، نسب پدری دایرمدار رابطه ژنتیک یا قصد زوجین بود. در روش رحم جایگزین، عنصر حمل اضافه می‌شود و نسب مادری میان ملاک‌های حمل، رابطه ژنتیک یا

ادعای نسب کند. برخی معتقدند این قانون خواسته مداخلات پزشکی را کم‌رنگ کند تا خانم‌های هم‌جنس‌گرا که همواره مورد تبعیض واقع شده‌اند، بدون مراجعه به مراکز درمانی، صاحب فرزند شوند (۳۵). قوانینی که «روش کمک‌باروری»، در مقابل آمیزش جنسی، را قید کرده‌اند، هم‌زمان شرط دیگری را گذاشته‌اند که درمان باید نزد مراکز درمانی یا پزشک ذی‌صلاح انجام شود تا به این شکل جلوی تلقیح خانگی<sup>۱</sup> را بگیرند.

دولت فدرال آمریکا (۳۵ و ۳۶) و، به تبع آن برخی ایالات، مانند نیومکزیکو<sup>۲</sup> (۳۷) و نیوهمپشایر<sup>۳</sup> [ماده (I) ۲] (۳۸)، قوانین خود را اصلاح و قید «مداخله مرکز درمانی یا پزشک مجاز» را حذف کرده‌اند. قانونگذار کالیفرنیا<sup>۴</sup> هم مقرر کرده است اگر اهداکننده‌ای اسپرم خود را به بانک اسپرم، جراح یا مرکز مجاز نداده است، با وجود یک شرط از دو شرط زیر، پدر نخواهد بود. شرط نخست آن است که پیش از بارداری، خانم و اهداکننده توافق مکتوب کرده باشند که او پدر قانونی نباشد. دوم آنکه، دادگاه با قرائن قانع‌کننده و مستدل به این نتیجه برسد که از اسپرم اهدایی به روش مصنوعی، نه آمیزش جنسی، استفاده شده است و پیش از بارداری، شفاهی توافق کرده‌اند که اهداکننده پدر نباشد (۳۹).

در پاره‌ای کشورها، مانند تایلند (۴۰)<sup>۵</sup>، تایوان (۲۵)، هند

۵. قید مضیق‌تر در قانون تایلند آن است که دست‌کم سه سال از ازدواج زوجین باید گذشته باشد تا بتوانند از این روش‌ها استفاده کنند.

6. Massachusetts
7. Germany
8. Ukraine
9. India
10. Thailand
11. Nevada
12. Wife
13. Husband

1. home/ private insemination  
<https://www.seattlespermbank.com/how-to-inseminate-at-home-using-donor-sperm/>

منظور از تلقیح خانگی آن است که دریافت‌کننده، اسپرم اهدایی شناس را با استفاده از سرنگ داخل واژن تزریق می‌کند. درست است که نزدیکی صورت نمی‌گیرد؛ اما فرایند بدون مداخله درمان‌گر است. برای نمونه، نک.

2. New Mexico
3. New Hampshire
4. California

جایگزین را ممنوع کرده‌اند (جدول شماره ۱). اگر در این کشورها فرزندی به این شیوه متولد شود، منسوب به صاحب رحم و همسرش است. دادگاه فدرال شریعت پاکستان نیز رحم جایگزین را مغایر قرآن و سنت اعلام و کودک را به صاحب رحم منسوب کرد (۱۴).<sup>۳</sup> در واقع، قانونگذار با والدین صاحب نطفه و متقاضی رحم جایگزین همانند اهداکننده‌ای رفتار کرده است که نمی‌توانند مدعی نسب باشند (۵۳) و آنچه در قرارداد فیما بین آمده یکسره بی‌اهمیت است. حال، متقاضی یادشده برای آنکه به فرزند برسد چاره‌ای ندارد جز آنکه راه دشوار فرزندخواندگی را بپیماید. از جمله، دیوان عالی ژاپن (۴۹) و دادگاه استیناف کیبک<sup>۴</sup> (۵۴) به این امر حکم داده‌اند. البته، فرزندخواندگی هم زمانی به سرانجام می‌رسد که صاحب رحم به فرزندخواندگی و سپردن کودک به متقاضیان رضایت بدهد و از آن مهم‌تر فرزندخواندگی در آن نظام حقوقی پذیرفته شده باشد.

دوم، نظام‌های حقوقی‌ای هستند که رحم جایگزین را منع نکرده‌اند، اما برای کاستن از رغبت زوجین نابارور به انجام این روش صاحب رحم را مادر فرض کرده‌اند. خانم متقاضی مادر نیست؛ مگر صاحب رحم پس از گذشت مدت زمانی مشخص از زایمان کودک را به وی بدهد و نخواهد مادر باشد (جدول شماره ۱). دقیقاً به همین دلیل که والدین متقاضی در زمان تولد کودک والدین قانونی نیستند و باید منتظر رضایت پس از تولد صاحب رحم باشند، در روسیه آنان را والدین احتمالی / بالقوه<sup>۵</sup>

را حمل کند. با تولد کودک، صاحب رحم از دادن کودک امتناع و ادعا کرد که آقای صدیقی همسر اوست و باید مخارج نگهداری از کودک را پردازد.

4. Québec Court of Appeal
5. Potential parents

قصد زوجین نابارور دَوران دارد. با این حال، با غور و تعمق در نظام‌های حقوقی درمی‌یابیم که ملاک حمل همواره دست بالا را داشته است. چرایی آن را باید در این واقعیت جست که حمل همواره معیاری آشکار برای تعیین نسب مادری بوده است؛ تا آنجا که پدر را هم به سبب رابطه‌اش با مادر به کودک منسوب می‌کنند (۴۹). حتی با پیدایش روش‌های نوین کمک‌باروری، به‌طور خاص رحم جایگزین و اهدای تخمک، که میان ملاک حمل و رابطه ژنتیک شکاف و جدایی ایجاد شده، باز هم ویژگی آشکاربودگی مانع از آن شده است که ملاک رابطه ژنتیک در قوانین برتری یابد. ادعا شده است که آلمان (۵۰)، نروژ<sup>۱</sup> (۵۱) و سوئیس<sup>۲</sup> (۵۲) اهدای تخمک و رحم جایگزین را ممنوع کردند تا مبدا به وضوح و روشنی ملاک حمل برای تعیین مادر تعرضی شود. البته، خواهیم دید که در آرای قضایی وضعیتی متفاوت حاکم است و قضات بیشتر به معیار رابطه ژنتیک میل و رغبت نشان داده‌اند. در ادامه، با بررسی قوانین و آرای قضایی بررسی خواهیم کرد که در شرایط کنونی، که دو یا سه خانم می‌توانند در فرایند فرزندآوری ایفای نقش کنند (یعنی یک خانم دهنده تخمک باشد، دیگری جنین را حمل کند و خانم سوم صرفاً قصد فرزندآوری داشته باشد) کدام یک باید مادر تلقی شود.

### ۱-۲- ملاک حمل

دو گروه از نظام‌های حقوقی حمل را ملاک مادری در رحم جایگزین قرار داده‌اند. نخست، نظام‌های حقوقی‌ای که رحم

1. Norway
2. Swiss Confederation

۳. در این پرونده، آقای فاروق صدیقی و همسرش صاحب فرزند نمی‌شدند. آنان با خانم فرزانه ناهید، صاحب رحم، توافق کردند جنین آنان

می‌نامند (۳۱).

ملاک رابطه ژنتیک معطوف شده است. برای نمونه، در قضایای دی آر در ایرلند<sup>۱</sup>، آنا چی در کالیفرنیا (۵۶)<sup>۲</sup> و آردوندو (۵۷)<sup>۳</sup> در نیویورک، قضات در بحث از رحم جایگزین حملی<sup>۴</sup> به این تصمیم رسیدند که در شقاق و جدایی میان دو معیار حمل و رابطه ژنتیک، ملاک دوم را مقدم دارند. در نمونه‌ای دیگر، دادگاه استیناف مریلند<sup>۵</sup> در پرونده روبرتو، ضمن مشروعیت دادن به رحم جایگزین حملی، حکم داد که نام خانم حمل‌کننده، فقط به این دلیل که جنین را حمل کرده، وارد شناسنامه نمی‌شود. باید میان کودک و مادر ارتباط ژنتیک وجود داشته باشد (۵۸). این رأی از لحاظی بیانگر یک بدعت بود؛ چه به آقای هم‌جنس‌گرای مجرد اجازه می‌داد به‌تنهایی والد کودک باشد. از طرفی، دادگاه به ادعای برابرگرایانه خانم توجه کرد که او هم باید مانند آقایان بتواند مبتنی بر ژنتیک نسب را انکار کند (۵۹).

آنچه آمد نشان می‌دهد که ملاک حمل همیشه وافی به مقصود نیست و در بحث از رحم جایگزین پای آن لغزان می‌نماید. چرا باید والدین متقاضی رحم جایگزین پس از طی تشریفات فرزندخواندگی والدین قانونی کودک به شمار آیند، اما پیش از آن، از داشتن چنین عنوان و جایگاهی محروم بمانند؟ چه اتفاقی در فرایند طولانی و دشوار فرزندخواندگی روی می‌دهد که آنان را مستحق پدیری و مادری می‌کند؟ (۵۵) شاید بتوان گفت نگاه هنجاری خاص به نسب، یعنی پذیرش حمل به مثابه ملاک مادری، مقدم بر قصد زوجین شده است.

## ۲-۲- ملاک رابطه ژنتیک

پیشتر گفتیم در کشورهایایی که قانون در بحث از رحم جایگزین ساکت است، نگاه قضات در حل‌وفصل دعاوی اغلب به

و ژنتیک هم‌پوشان شده‌اند. به‌هرحال، نباید از یاد ببریم که این حکم زمانی صادر شده که در کالیفرنیا قانونی برای رحم جایگزین حملی وجود نداشت.

۳. *Arredondo by Arredondo v. Nodelman* در این پرونده، خانم و آقای آردوندو با خانم نودلمن قرارداد منعقد کردند که جنین آنان را برایشان حمل کند. مقرر شد صاحب رحم کودک را به والدین ژنتیک تحویل دهد و از حقوق و تکالیف والدینی خود اعراض کند. درمان با موفقیت انجام؛ اما در نهایت، نام خانم نودلمن به‌عنوان مادر در شناسنامه کودکان دوقلو ثبت شد. به‌دنبال اعتراض خانواده آردوندو و با وجود آنکه میان طرفین اختلافی نبود، دادگاه دستور داد آزمایش ژنتیک انجام شود. نتیجه آزمایش نشان می‌داد به احتمال بسیار زیاد آنان با کودک ارتباط ژنتیک دارند و خانم نودلمن فقط حمل‌کننده بوده است. دادگاه استیناف نیویورک مبتنی بر آزمایش ژنتیک حکم صادر کرد که خانم آردوندو، که با کودک ارتباط ژنتیک دارد، مادر است.

۴. در رحم جایگزین حملی، صاحب رحم صرفاً جنین را حمل می‌کند؛ بدون آنکه تخمک او نقشی در بارداری داشته باشد.

## 5. Court of Appeals of Maryland

۱. در سال ۲۰۱۴، دادگاه استیناف ایرلند در این پرونده بر آن بود که با روش‌های جدید کمکیباروری دیگر قاعده حمل به‌تنهایی کفایت نمی‌کند و حکم به نسب والدین ژنتیک داد. البته، این رأی در دیوان عالی نقض شد و قضات استدلال اداره ثبت احوال را حاکم کردند که باید به قاعده قانونی حمل وفادار ماند. در این پرونده، زوجین با خواهر خانم قرارداد بسته بودند که جنین زوجین را حمل کند. پس از آنکه کودک به دنیا آمد، بدون آنکه میان طرفین اختلافی باشد، اداره ثبت احوال ایرلند نام خانم حمل‌کننده را وارد شناسنامه کرد.

۲. *Anna J. v. Mark C* در این پرونده، مارک (Mark) و کریسپینا (Crispina)، که در قید زوجیت بودند، تصمیم گرفتند با تخمک و اسپرم خود صاحب فرزند شوند. بر سر مسائل مالی، صاحب رحم، آنا چی، تهدید کرد که، برخلاف تعهدات قراردادی، کودک را به آنان نخواهد داد. وی ادعا می‌کرد دهندگان تخمک و اسپرم در اینجا در حکم اهداکننده‌اند. به هر حال، دیوان عالی کالیفرنیا حکم صادر کرد که صاحبان نطفه والدین طبیعی و قانونی کودک‌اند. گرچه دیوان به قصد اولیه زوجین متقاضی هم اشاره کرده بود، اما معلوم نبود اگر قصد به‌تنهایی بدون ملاک ژنتیک حاضر بود، دیوان همان حکم را می‌داد. حداکثر می‌توان گفت در اینجا ملاک قصد

زوجینی که در این کشورها با رحم جایگزین سنتی صاحب فرزند می‌شوند باید بدانند والدین قانونی کودک نیستند؛ صاحب رحم و همسرش این عنوان قانونی را دارند. والدین متقاضی پس از طی فرایند فرزندخواندگی می‌توانند والدین قانونی کودک شوند. دلیل دیگری هم برای نگاه سخت‌گیرانه قانونگذار و قضات به رحم جایگزین سنتی آورده‌اند که ذکر آن بجاست. رحم جایگزین سنتی، به‌ویژه اگر اسپرم هم اهدایی باشد، تفاوتی با فرزندخواندگی ندارد. از این منظر، اخلاقاً اجازه نداریم فرزندان بی‌سرپرست را، که زوجین نابارور می‌توانند والدینشان باشند، رها کرده و فرزندان دیگر به دنیا آوریم (۶۵).

### ۳-۲- قصد زوجین

به رغم همه مباحث بالا، می‌توان از نظام‌های حقوقی‌ای سخن گفت که ملاک قصد زوجین را، به شکلی از اشکال، پذیرفته‌اند. این نظام‌ها بر سه دسته‌اند. نخست، آنهایی که صرف رضایت والدین متقاضی را برای برقراری نسب کافی دانسته و تشریفات دیگری برای رضایت وضع نکرده‌اند (جدول شماره ۱). دسته دوم نظام‌های حقوقی‌ای هستند که رضایت تشریفاتی را پذیرفته‌اند، اما تکلیف نسب را پیش از تولد کودک مشخص می‌کنند (جدول شماره ۱). در واقع، با صدور حکم پیشینی دادگاه، نسب با والدین متقاضی برقرار و آنان از زمان تولد، والدین قانونی کودک فرض می‌شوند. در دسته سوم، قانونگذار

می‌گردد یا خواهان که طفل از جنین او متولد شده است .... بنابراین چون قانون در این خصوص ساکت است لذا ضرورت دارد به منابع معتبر فقهی و فتاوی مشهور مراجعه شود و اگرچه براساس فتاوی مشهور... مرحوم ... پدر و خانم ... [دهنده تخمک] مادر شرعی طفل محسوب و صاحب رحم اجاره‌ای در حکم مادر رضاعی طفل می‌باشد...».

۳. در رحم جایگزین سنتی، صاحب رحم ضمن آنکه جنین را حمل می‌کند، دهنده تخمک است.

دادگاه استیناف آریزونا<sup>۱</sup> هم این ادعای برابرگرایانه را موجه دانست و مبتنی بر اصل برابری حکم صادر کرد که در رحم جایگزین حملی، مادر ژنتیک مادر قانونی است. همان‌گونه که آقا به اعتبار ژنتیک می‌تواند مدعی پدری شود، خانم هم باید بتواند ادعای مادری را بر پایه ارتباط ژنتیک با کودک به کرسی بنشاند. البته، نه مبتنی بر این دیدگاه برابرگرا، می‌توان ردّ و نشانه‌ای از تقدم ارتباط ژنتیک بر حمل را در بخشنامه اداره ثبت احوال [شماره ۲/۹۱/۱۵۴۴۴۱. مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۲] و رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران<sup>۲</sup> جست.

وقتی نوبت به رحم جایگزین سنتی<sup>۳</sup> می‌رسد، قضات تردیدی به خود راه نداده‌اند که باید خانم حمل‌کننده را، که در عین حال دهنده تخمک است، مادر قلمداد کنند. آرای قضات در دو قضیه معروف بی‌بی‌ام (۶۰) و موشتا (۶۱) یادآور استدلال کسانی است که می‌گفتند حمل فی‌نفسه ملاک مادری نیست؛ بلکه دلیلی انکارناشدنی بر ارتباط ژنتیک میان خانم و کودک است. بنابراین، اگر روزی بتوان ملاک حمل را از رابطه ژنتیک تفکیک کرد، دیگر نقطه اتکای تعیین نسب حمل نخواهد بود و باید به سراغ رابطه ژنتیک رفت (۶۲). از جمله به‌دلیل همین تردیدها بوده است که، برای نمونه، قانونگذار ویتنام (۶۳)، یونان (ماده ۱۴۶۴) (۶۴) و اوکراین (ماده ۱-۶) (۶۶)، رحم جایگزین سنتی را منع کرده و فقط رحم جایگزین حملی را اجازه داده‌اند.

### 1. Superior Court of the State of Arizona

۲. دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۱۷۹۷، مورخ ۱۳۸۸/۱۱/۲۸. در حکم دادگاه پیرامون تعیین پدر و مادر آمده است: «چون موضوع از موضوعات مستحلّه است و حکم آن در قوانین جاری نیامده است در مورد اینکه این طفل ملحق به چه کسی است و آیا خواهان و شوهر متوفی او پدر و مادر شرعی طفل محسوب می‌شوند و صاحب رحم اجاره‌ای چه نسبتی شرعاً با طفل خواهد داشت او مادر طفل محسوب

رضایت تشریفاتی را پذیرفته، اما تکلیف انتساب کودک به والدین متقاضی را نامشخص گذارده تا کودک به دنیا بیاید و تشریفات قانونی طی شود (جدول شماره ۱). تا آن زمان، همان‌گونه که پیشتر در بحث از ملاک حمل آمد، والدین قانونی کودک عبارت‌اند از صاحب رحم و همسرش. باری، به‌رغم تشریفاتی بودن رضایت در هر دو گروه و مداخله نهادی واسط، تفاوت در آن است که در نظام‌های حقوقی دسته دوم تکلیف نسب به‌نفع والدین متقاضی پیش از تولد کودک مشخص می‌شود. ضرورت اخذ حکم نسب، که در سطرهای پیشین آمد، برخاسته از رویکردی است که رحم جایگزین را قسمی فرزندخواندگی می‌انگارد و حتی این فرایند را «فرزندخواندگی به روش سریع»<sup>۱</sup> لقب داده است.

ماجرای نظام‌های حقوقی‌ای که قصد را به شکلی از اشکال برای رحم جایگزین به رسمیت شناخته‌اند در همین جا به پایان نمی‌رسد. همانند اهدای اسپرم، قانونگذار قیدهایی را، اگر چه به تعدادی بیشتر، برای ملاک قصد برشمرده است. شاید دلیل آن ملاحظات اخلاقی متعددی است که در مورد رحم جایگزین به میان آمده و ذهن قانونگذار در هر سه گروه از نظام‌های حقوقی را به خود مشغول داشته است. به‌عبارتی، حتی نظام‌های حقوقی‌ای که قصد زوجین متقاضی را بدون واسطه و مداخله نهاد قضایی پذیرفته‌اند، برای آن قیدوشرط‌هایی وضع کرده‌اند. برای نمونه، قانونگذار بریتانیا [ماده (b) (۱) ۵۴] (۲۰)، روسیه (۶۶)، اوکراین [ماده (۲) ۱۲۳] (۴۲)، هند [فصل سوم، ماده ۷] (۶۷)، ویتنام (۶۵)، دولت فدرال کانادا [ماده (۳) ۸] (۲۳) و آفریقای جنوبی [ماده ۲۹۴] (۶۸) همگی به این شرط تصریح

کرده‌اند که والدین متقاضی یا دست‌کم یکی از آنان باید دهنده گامت باشند. یا در قانون اسرائیل آمده که پدر حتماً باید دهنده اسپرم باشد؛ اما تخمک را می‌توان از اهداکننده دریافت کرد [ماده (۲) (۲) B] (۶۹). البته، آنجا که خانمی مجرد متقاضی دریافت خدمات اهداست، تخمک ضرورتاً باید از او باشد. همین قانون مبنای رأی دیوان عالی اسرائیل در پرونده آرا مُر یوسف<sup>۲</sup> قرار گرفت. وی خانمی مجرد بود که به‌دلیل دیستروفی عضلانی فقط از طریق رحم جایگزین می‌توانست صاحب فرزند شود. از آنجا که آرا هم‌زمان از جنین‌اهدایی استفاده کرده بود و دهنده تخمک هم نبود، دیوان حکم داد که او مادر نیست. در نهایت، خانواده‌ای دیگر کودک را به فرزندخواندگی پذیرفتند که به‌وضوح با کودک ارتباط ژنتیک نداشتند، به این معنا که مادرخوانده هم دهنده تخمک نبود. حال، مسئله آن است آنجا که ارتباط ژنتیک وجود ندارد، چه ملاکی برای ترجیح خانم متقاضی فرزندخواندگی بر خانم متقاضی فرزندآوری به روش کمک‌باروری وجود دارد؟ (۷۰) تقریباً همه نظام‌های حقوقی که جواز انجام رحم جایگزین را صادر کرده‌اند، نظیر پرتغال (۵۳)، ویتنام (۶۵)، هند [فصل دوم، ماده ۳ و فصل هفتم، مواد ۳۷-۳۵] (۶۷)، یونان [ماده ۱۴۵۸] (۶۴)، آفریقای جنوبی [ماده (۱) ۲۹۲] (۶۸) و نوادا [ماده ۳] (۷۱)، آورده‌اند که قرارداد رحم جایگزین باید نوع‌دوستانه باشد و طرفین نباید عوضی مازاد بر آنچه در قانون مقرر شده مبادله کنند. پیشتر هم، به قید «رضایت پس از تولد صاحب رحم» در برخی قوانین اشاره شد و دانسته شد که اگر این قید محقق نشود، قصد والدین متقاضی بلاثر خواهد شد.

1. Fast track adoption

2. Ora Mor Yosef

با اندکی تأمل مشخص می‌شود که چگونه دو ملاک رابطه ژنتیک و حمل در نظام‌های حقوقی‌ای که قصد زوجین را در اهدای اسپرم و رحم جایگزین پذیرفته‌اند رسوخ کرده و این نگرانی را برانگیخته‌اند که مبدا ملاک قصد زوجین عقیم بماند (۷۲)؛ چه زمانی به قصد ترتیب‌اثر داده می‌شود که این قیدها حاضر باشند. به بیان دقیق و ساده، ضمانت اجرای قیدهای یادشده آن است که ملاک ژنتیک یا حمل حاکم می‌شود و قصد زوجین به کنار می‌رود و، بدین سبب، تنها راهی که پیش روی والدین متقاضی می‌ماند فرزندخواندگی است. در چنین شرایطی وضعیت نسب بغرنج‌تر و پیچیده‌تر می‌شود. از این رو بوده است که قانونگذاران و قضات در برخی نظام‌های قضایی به صرافت افتاده‌اند تا آن قیدها را جرح و تعدیل کنند. این اصلاحات حکایت از آن دارند که نمی‌توان نسب را، که مفهومی حقوقی و در قلمرو نظم عمومی است، برای الزام برخی مواضع خاص اخلاقی به کار گرفت. نمونه‌ای از این اصلاحات در متن قانون ایالت ویکتوریا آمده است که اگر رحم جایگزین در مرکز مجاز انجام نشده باشد، کافی است دادگاه بررسی کند طرفین مشاوره‌های لازم را برای آگاهی از پیامدهای روانی، حقوقی و اجتماعی درمان دریافت کرده و صاحب رحم حداقل ۲۵ سال داشته باشد. در این صورت، دادگاه می‌تواند حکم نسب برای والدین متقاضی صادر کند (۷۳). در مثالی دیگر، قانونگذار ایالت‌های ویکتوریا (۷۴)،

کوئینزلند [ماده (ii)(b)(۲)۶] (۷۵)، ویرجینیا (۷۶) و دلاور [ماده (b) ۸-۸۰۶] (۷۷) از ابتدا این الزام را در قانون نیآورده‌اند که دست‌کم یکی از والدین متقاضی رحم جایگزین باید دهنده گامت باشد و با کودک ارتباط ژنتیک داشته باشد. در گزارش مذاکرات پارلمانی کوئینزلند آمده که خوب است والدین متقاضی با کودک ارتباط ژنتیک داشته باشند؛ ولی نباید آن را به‌عنوان یک قید در قانون گذاشت. ناعادلانه است درخواست نسب والدین متقاضی را صرفاً به این دلیل رد کنیم (۷۸). در نمونه‌ای دیگر، دیوان عالی روسیه در سال ۲۰۱۷ بر آن شد که قید «رضایت پس از تولد صاحب رحم» را تلطیف کند. پس، در مقام وحدت رویه حکم خود را چنین انشا کرد که دادگاه‌ها نباید تنها به این دلیل که صاحب رحم پس از تولد، کودک را به والدین متقاضی نمی‌دهد و رضایت خود را اعلام نمی‌کند، از ادعای والدین متقاضی چشم‌پوشند. آنها باید بررسی کنند آیا قرارداد اولیه میان طرفین منعقد شده است؟ محتوای آن چه بوده؟ دلایل صاحب رحم برای ندادن رضایت کدام‌اند؟ و منفعت کودک چه اقتضا می‌کند؟ در نهایت، مبتنی بر این واقعیات، نیز با توجه به ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک (۷۹)<sup>۱</sup>، حکم بدهند (۳۱). رویکرد قاضی هدلی به قید نوع‌دوستانه بودن قرارداد نمونه تأمل‌برانگیز دیگری است. در پرونده ر ایکس،<sup>۲</sup> وی موازنه میان منفعت کودک و سیاست قانونگذار بر تجاری نبودن قرارداد

۱. به‌موجب بند اول از ماده سه کنوانسیون یادشده، «در تمام اقدامات مربوط به کودکان که توسط مؤسسات رفاه اجتماعی عمومی و یا خصوصی، دادگاه‌ها، مقامات اجرایی، یا ارگانهای حقوقی انجام می‌شود، منافع کودک از اهم ملاحظات می‌باشند». [این ترجمه برگرفته از قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک (مجلس شورای اسلامی، ۱۳۷۲/۱۲/۱) است.]

۲. در سال ۲۰۰۸، زوجین انگلیسی برای رحم جایگزین به اوکراین رفتند تا از اسپرم پدر متقاضی و تخمک اهدایی استفاده کنند. پس از تولد، طبق قانون اوکراین، نام والدین متقاضی در شناسنامه کودک درج شد. اما، به‌موجب قانون انگلیس، صاحب رحم و همسرش ولدین قانونی‌اند. زوجین به انگلیس بازگشتند تا برای حکم نسب از دادگاه اقدام کنند. دادگاه نمی‌توانست به‌راحتی تصمیم بگیرد؛ چون مبلغی که به صاحب رحم پرداخت شده بود بیش از حد معقول و متعارف می‌نمود. قاضی هدلی سه

رحم جایگزین را به میان آورد و گفت: «در نهایت، این کودک است که باید با پیامدهای سخت‌گیرانه چنین سیاستی دست‌وپنجه نرم کند. پس، باید آن را کمی نرم و منعطف کرد. چنین رویکردی هم انسانی و هم عقلاً سازگار است» (۸۰). قاضی هدلی در پرونده دیگر نیز، که قرارداد رحم جایگزین تجاری بیرون از مرز بریتانیا منعقد شده بود، مبتنی بر همین منطق گفته بود اگر نظم عمومی برای قانونگذار مهم است باید آن را در مرزها یا حتی فراتر از آن اعمال کند، نه آنکه از دادگاه بخواهد در آخرین مرحله، یعنی صدور حکم نسب، با صادر نکردن حکم نسب برای این دست والدین از نظم عمومی صیانت کند. پیشتر هم نمونه‌ای از اصلاحات را در بحث از اهدای اسپرم، آنجا که قیدوشرطها به ملاک قصد را بررسی کردیم، آورده‌ایم.

### نتیجه‌گیری

بیش از چهار دهه از زمانی که علم به کمک زوجین نابارور شتافت تا بتوانند با روش‌های کمک‌باروری با مداخله ثالث صاحب فرزند شوند می‌گذرد. اکنون، اغلب نظام‌های حقوقی، با پشت سر گذاشتن کش‌وقوس‌های فراوان، جایی برای ملاک قصد در قوانین خود باز کرده و گامی از رویکرد طبیعت‌گرا به سوی تربیت‌مدار برداشته‌اند. سازگاری، ابهام‌زدایی، جلوگیری از بروز دعاوی بی‌فرجام و تأمین منفعت کودک از مهم‌ترین ویژگی‌هایی هستند که ملاک «قصد» را برای تمشیت نسب این

کودکان برجسته و مرجح می‌کنند. به همین دلیل، قانونگذار برای تعیین نسب کودک متولد از روش‌های کمک‌باروری در جایی که دو ملاک حمل و ژنتیک ناسازگاری، اختلاف و ابهام می‌زایند به ملاک قصد روی کرده است. البته، این قوانین همچنان در حال تطور و تکامل هستند تا هرچه بیشتر این ملاک را از قیود ناموجه میرا و به شرایط قابل دفاع مقید کنند. قیدهایی که در قوانین مختلف برای ملاک قصد آمده نتیجه خلط دو مقوله هنجاری حقوق و اخلاق از یک سو و طبیعت‌گرایی از سوی دیگر است. پس، می‌توان گفت راه رسیدن به ملاک قصد، آن گونه که وافی به مقصود مورد نظر باشد، از اصلاح رویکرد پیش‌گفته (مبتنی بر ملاک‌های حمل و ژنتیک) می‌گذرد. در این صورت است که قانون نسب مربوط به این کودکان در خدمت نظم و منفعت عمومی، که بیش از همه، نه تماماً، در منفعت کودک متجلی می‌شوند، خواهد بود. بی‌تردید، منفعت کودک در این نیست که در خانواده‌ای پراکنده، اگر اساساً بشود نام خانواده را بر آن گذاشت، زندگی کند، یتیم بماند یا به هر شکل در شرایطی مبهم و مشوش به‌سر برد.

نظام حقوقی ما در مواجهه با نسب این کودکان هنوز در آغاز راه است. از این حیث، تجربه نظام‌های حقوقی دیگر می‌تواند برای قانونگذار و قضات عبرت‌آموز باشد؛ چه آن نظام‌ها نیز همانند ما با دغدغه‌های گوناگون فرهنگی، دینی و اخلاقی دست

پرسش را برای رسیدن به تصمیم درست طرح کرد: ۱- آیا مبلغ پرداخت‌شده چنان نامتناسب بوده که نظم عمومی را به خطر اندازد؟ ۲- آیا والدین متقاضی حسن‌نیت داشته‌اند و رفتارشان با صاحب رحم غیراخلاقی نبوده است؟ ۳- آیا والدین متقاضی می‌خواسته‌اند مقامات را فریب دهند؟ دیوان گفت پاسخ دو پرسش آخر به نفع والدین متقاضی منفی است. دیوان در پاسخ به پرسش اول اذعان داشت خیلی مهم است که توجه کنیم

قرارداد در کجا منعقد شده است. معیار ارزیابی ما بسیار متفاوت خواهد بود اگر قرارداد در کالیفرنیا منعقد شده باشد یا روستاهای هند. بالاخره، دیوان به این نتیجه رسید که، با توجه به هزینه‌های قابل مقایسه زندگی در اوکراین و انگلستان، این پرداخت گزاف نبوده است. دادگاه معتقد بود این مبلغ نه مغایر اراده قانونگذار برای جلوگیری از رحم جایگزین تجاری بوده؛ نه خلاف منفعت کودک است.

به گریبان بوده‌اند.

### تعارض منافع

مقاله حاضر برگرفته از طرحی پژوهشی است که در پژوهشگاه فناوری‌های نوین جهاددانشگاهی- ابن‌سینا و تحت حمایت مالی آن نهاد مدوّن شده است.

قانون کارآمد و پویا دقیقاً از مواجهه با این دغدغه‌ها سربر می‌آورد. به دیگر سخن، قانون در صورتی اساساً می‌تواند کارآمد و بالنده باشد که بتواند در نهایت ملاک سازگارتر و روشن‌تر را، در راستای اهداف بنیادین نظام حقوقی و منافع همه اتباع این نظام، برگزیند. پیداست که محصور ماندن در ملاک طبیعت (بیولوژی) در بسیاری موارد مانع از حصول این ویژگی‌های محوری در نظام حقوقی نسب است.

منابع

1. Rasekh M, Ameri F. Transformation of the Concept of Filiation in the Light of Assisted Reproductive Technology. *ijme* 2016; 9 (2): 54-66. [in Persian]
2. Johnson M. A Biomedical Perspective on Parenthood. In: Sclater SD, Bainham A, Richards M, eds. *What Is Parent? A Socio-Legal Analysis*. Oxford: Hart Publishing; 1999, p. 65.
3. Johnson v Calvert (1993) 5 Cal. 4th 84; 851 P.2d 776. <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/5/84.html> (accessed on: 2020).
4. Lawrence DE. Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights. *Golden Gate University Law Review* 1991; 21(3), p. 527.
5. Sistani SA. <https://www.sistani.org/persian/qa/01019/> (Accessed on 2020).
6. Makarem Shirazi N. Medical rules. Qom: Madrese Al-Imam Ali Ibn Abi Taleb; 1387, p. 83. [in Persian]
7. Hakim M. Minhaj Al-Salehin. Beirut: Dar Al-Taarof Li-Al-Matbu'at; 1980, p. 300 [in Arabic]
8. Noori Hamedani H. Hezaro Yek Masale Feqhi; 1388, Vol. 1. p. 247. [in Persian]
9. Zuhayli W. Al-Feqh Al-Islami va Adelatehe. Dameshq: Dar Al-fekr; no date. Vol. 4.
10. Al-'Aezari SK. Al-Talqih Al-Sena'ae Bain Al-Elm va Al-Shariah. Qom: Manshurat Al-Markaz Al-'Alami Li-Al-Derasat Al-Islamah; 1386. p. 163-170. [in Arabic]
11. Gad al-Haq A. Anta Tasalo va Al-Mofti Yajib: Al-Talqih Al-Sena'ae Li Tavaalod Al-Ensan. *Manbar Al-Islam* 1980; 38 (12): 96-102. [in Arabic]
12. Salamah ZA. Atfal Al-Anabib Bain Al-Elm va Al-Shariah. Beirut: Al-Dar Al-Arabia Li-Al-'Aolum; 1996. p. 146. [in Arabic]
13. Merqati ST. Nasab Naashi az Leqahe Masnoue ba Dekhaalate Amele Bigane. *Maqalat wa Barrasiha* 1383; 75 (3): 125-148. p. 135.
14. Farooq Siddiqui v Mst. Farzana Naheed, P L D 2017 Federal Shariat Court 78, P. 1. <https://cite.pakcaselaw.com/pld-federal-shariat-court/2017/78/> (accessed on 2020); Ahmed A. Assisted Reproduction in Pakistan and the Alternative Discourse: Farooq Siddiqui v Mst. Farzana Naheed (PLD 2017 FSC 78). *LUMS Law Journal* 2017; 4(1). p. 11.
15. National Council. Reproductive Medicine Act (Fortpflanzungsmedizingesetz). In: *Federal Law Gazette No. 275/1992 ST0105*; 1992. Art. II (3).
16. National Assembly of the Republic of Slovenia. Family Code. No. 003-02-3/2017-3; 2017. Art. 134 (1), (2).
17. Family Law of Croatia. NN103/15; 2015. Arts. 82 (2), 83 (3).
18. Law of Georgia on Health Care; 1997. Arts. 141, 143 (2).
19. Parliament of Hungary. Act CLIV on Health; 1997. Section 179 (3).
20. UK Parliament. Human Fertilisation and Embryology Act. C. 22; 2008, Sec. 35.
21. Civil Code of France; (1804) (Modified by Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 3 JORF 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006). Art. 311-20.
22. Chamber of Deputies of Argentine Republic. National Law of Assisted Fertilization Act. No. 26,862; 2013. Art. 2.
23. Uniform Child Status Act; 2010. Art. 5 (1).
24. Family Law Act; 1975. S. 60H (1).
25. Assisted Reproduction Act; 2018. Arts. 23, 24.
26. Blyth E. The United Kingdom: Evolution of a Statutory Regulatory Approach. In: Blyth, Eric, Landau, Ruth, eds. *Third Party Assisted Conception across Cultures (Social, Legal and Ethical Perspectives)*. London & NY: Jessica Kingley Publishers; 2004, p. 229.
27. Queensland Status of Children Act; 1978. Art. 17 (2) (a).
28. Status of Children Act; 1978. Part III (A), Art. 5 (F)(1).
29. Law on Techniques of Human Reproduction Assisted. No. 14; 2006. In: *Official Gazette No. 126*, 2006. Art. 8.

30. Law on Fertilization Procedures with Biomedical Assistance. In: Official Gazette of the Republic of Slovenia. No. 70/00 of 8.8; 2000. Art. 11.
31. Ruling of the Plenary Session of the Supreme Court of the Russian Federation. Moscow. No. 16; 2017. Items 30-32. <http://www.vsrfr.ru/en/files/26614/> (2021/4/6).
32. The Code of the Republic of Kazakhstan on Marriage (Matrimony) and Family. No. 518-IV; 2011 and later amendment on 2014. Arts. 58 (2); 192 (2).
33. Status of Children (Assisted Reproduction Technology) Act [Revised Edition]; 2015, Art. 7, 2 (b).
34. Civil Code of Québec; 1991 as amended 2017. Art. 538.2.
35. Polikoff N. A Mother Should not Have to Adopt Her Own Child: Parentage Laws for Children of Lesbian Couples in the Twenty-First Century. Washington College of Law Research Paper. No. 2010-14; 2009. pp. 228, 233.
36. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Uniform Parentage Act (UPA); 2002. § 702 (comment).
37. NM Uniform Parentage Act; 2017. § 40-11A-102 (D) & (I).
38. Senate and House of Representatives. Senate Bill 353. RSA 168-B; 2014. Chapter 248. Sec. 2 (II).
39. Assembly Bill. No. 960; 2015. Chapter 566, Sec. 1 (amendment of section 7613 (2)).
40. National Legislative Assembly of Thailand. Protection of a Child Born by Medically Assisted Reproductive Technology Act; 2015. Arts. 29-30, 33.
41. Ministry of Health and Family Welfare. The Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill; 2014. Arts. 61 (1); 58(1).
42. Parliament of Ukraine. Family Code of Ukraine; 2004. Art. 123 (1).
43. General Assembly. Uniform Parentage Act; 2020. Art. 8-705(a).
44. Nev. Rev. Stat. § 126.061 (1) (2011).
45. German Civil Code; 1896 and later amendments, Arts. 1600 (5) & 1592; Board of the Federal Medical Chamber. Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion; 2006. Kommentar Zur Familienrechtlichen Ausgangslage & Sec. 3-1-1.
46. Ministry of Healthcare of Ukraine. Order Concerning Approval of the Procedure of Use of Assisted Reproductive Technologies in Ukraine. No. 787; 2013. Sec.5.1.
47. Stasi A. Protection for Children Born Through Assisted Reproductive Technologies Act, B.E. 2558: The Changing Profile of Surrogacy in Thailand. Clinical Medicine Insights: Reproductive Health 2017; 11: 1–7.
48. Mykitiuk R. Beyond Conception: Legal Determinations of Filiation in the Context of Assisted Reproductive Technologies. Osgoode Hall Law Journal 2001; 39 (4): 771-815.
49. Assisted Reproductive Technologies Review Committee (Science Council of Japan). Report on Issues Related to the Assisted Reproductive Technologies Centered on Surrogate Pregnancy (Toward a Social Consensus); 2008.
50. Sanders A. Multiple Parenthood: Towards a New Concept of Parenthood in German Family Law. In: Willekens H, Scheiwe K, Theresa Schumann E, eds. Motherhood and the Law. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen; 2019, pp. 125-26.
51. Melhuus M. Problems of Conception: Issues of Law, Biotechnology, Individuals and Kinship. Oxford: Berghahn Books; 2012.
52. compulsory dual majority public referendum. The Constitution of the Swiss Confederation; 1999. Art. 119 (2)(d); The Federal Assembly of the Swiss Confederation. Federal Act on Medically Assisted Reproduction; 18 Dec. 1998. Art. 4.
53. Stoll Jane. Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood: Swedish Law in a Comparative Context. Swede: Uppsala University; 2013.
54. Adoption – 1445, 2014 QCCA 1162. <https://canliiconnects.org/en/summaries/28157/>; Nelson EL. Gestational Surrogacy in Canada. In: Sills S, ed. Handbook of Gestational Surrogacy. Cambridge: Cambridge University Press; 2016. p.

- 125.
55. Garrison M. Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage. *Harvard Law Review* 2000; 113 (4), pp. 835-923.
56. Anna J. v. Mark C., 286 Cal. Rptr. 369; 1991. In: Linden JB, Reagan T. UC Hastings Scholarship Repository; 1992. pp. 2-35.
57. Arredondo by Arredondo v. Nodelman, 622 N. Y. S. 2d 181, 182 (NY Sup. Ct. 1994).
58. In re Roberto d.B., 923 A.2d 115, 118-142 (Md. 2007).
59. Hinson DS, Misler M. Gestational Surrogacy in the District of Columbia and Maryland. In: Sills S, ed. *Handbook of Gestational Surrogacy*. Cambridge: Cambridge University Press; 2016. pp. 308-9.
60. In re Baby M, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227, 1988 N.J. LEXIS 1, 77 A.L.R.4th 1; N.J. Feb. 3, 1988.
61. In Re: Marriage of Cynthia J. and Robert P. Moschetta; 1994. Nos. G013880, G014430. <https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1766695.html>.
62. Coleman M. Gestation, Intent, and the Seed: Defining Motherhood in the Era of Assisted Human Reproduction. *Cardozo Law Review* 1996; 17(3): 497-530.
63. The National Assembly of the Socialist Republic of Vietnam. Law on Marriage and Family; 2015. Arts. 96 (2); 94.
64. Hellenic Parliament. Medically assisted human reproduction (Law 3089); 2002. Arts. 1456, 1475.
65. Trimmings K, Beaumont P. International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level. *Journal of Private International Law* 2011; 7(3): 627-647.
66. Ministry of Health of the Russian Federation Order. The procedure for using assisted reproductive technologies, contraindications and restrictions on their use; 2012 and amended 2018. Art. 78.
67. House of the People. The Surrogacy (Regulation) Bill; 2018. Ch. II, Art. 3, Ch. III, Art. 4 (iii)(a)(II).
68. Parliament of the Republic of South Africa. Children's Act. No. 38; 2005 and later amendments. Art. 40.
69. Israeli Knesset. Embryo Carrying Agreements Law; 1996. Chapter C (11) & Chapter C (12)(A).
70. Dorfman D. Surrogate Parenthood: Between Genetics and Intent. *Journal of Law and the Bioscience* 2016; (31): 404- 412.
71. Nev. Rev. Stat. 126.045 (2) (2011).
72. Schiff AR. Frustrated Intentions and Binding Biology: Seeking AID in the Law. *Duke Law Journal* 1994; 44(3): 524-570.
73. Legislative Assembly of Victoria. Status of Children Act. No. 8602; 1974 and later amendments. Art. 23.
74. Assisted Reproductive Treatment Act. No. 76; 2008. Art. 44(3).
75. Queensland Surrogacy Act; 2010. Art. 22 (1).
76. Va. Code Ann; 2008. § 20-156.
77. General Assembly. Uniform Parentage Act; 2020. Art. 8-804.
78. Manitoba Law Reform Commission. Assisted Reproduction: Legal Parentage and Birth Registration (issue paper). Manitoba: Manitoba Law Reform Commission; 2014.
79. General Assembly. Convention on the Rights of the Child; 1990.
80. Re X and Y (foreign surrogacy) (2008) EWHC 3030.

***From Nature to Nurture; A Brief Study of Comparative Law of Filiation of Children Resulting from Reproductive Methods with the Intervention of a Third Party***

Mohammad Rasekh <sup>1\*</sup>, Faezeh Ameri<sup>2</sup>

1. Head of Bio Law and Ethics Department, Nanobiotechnology Research Centre, Avicenna Research Institute- ACECR, Professor of Law and Philosophy, Department of Public Law and Economic Law, the Faculty of Law, Shahid-Beheshti University, Tehran, Iran.

2. Expert of Bio Law and Ethics Department, Nanobiotechnology Research Centre, Avicenna Research Institute- ACECR, Tehran, Iran.

**Received:** 16 March 2022

**Accepted:** 26 September 2022

**Published:** 15 October 2022

**\*Corresponding Author**

**Mohammad Rasekh**

**Address:** Avicenna Research Institute (ACECR), Shahid Beheshti University, Chamran Hwy. Evin, Tehran, Iran.

**Postal Code :** 1936773493

**Tel:** 98 021 2122432020

**Email:** [m-rasekh@sbu.ac.ir](mailto:m-rasekh@sbu.ac.ir)

**Citation to this article:**

Rasekh M, Ameri F. From Nature to Nurture; A Brief Study of Comparative Law of Filiation of Children Resulting from Reproductive Methods with the intervention of a Third Party. Iranian Journal of Medical Ethics and History of Medicine. 2022; 15: 206-223.

**Abstract**

Filiation is one of the important legal issues which has gone under developments during the history of legal system. Over the modern times, along with the emergence of new methods of reproduction particularly those with the help of a third party, legal regulation of filiation of children resulting from such methods has encountered with new challenges. To whom these children are to be filiated? According to one of the traditions, the mother filiation is based on gestation and the father's one on gamete. The question, however, is that whether these two criteria can regulate the filiation of such children in a consistent and effective manner. A study of laws and regulations of various countries gives us a negative answer. Laws that merely rely on these two criteria for the determination of filiation of those children would give rise to vagueness, undecidedness and uncertainty in this regard. Therefore, the necessity of a new criterion, i.e. that of intention, has been put forth. In this paper, we intend to study efforts made by legislators and judges of different legal systems so as to reach an effective and consistent criterion in this area.

**Keywords:** Filiation, Criterion of pregnancy, Standard of genetics, Criterion of intention of the couple.

