

دکتر سید حسین صفایی\*

## تولیدمثل مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق فرانسه و ایران

چکیده:

تشکیل جنین در آزمایشگاه و انتقال آن به رحم یکی از مسائل مهمی است که در کشورهای مختلف از لحاظ پزشکی، اخلاقی، مذهبی، اجتماعی، روان شناختی و حقوقی مورد بحث واقع شده و قوانینی راجع به آنها به تصویب رسیده است. در فرانسه دو قانون به سال ۱۹۹۴ وضع شده که قواعد مهمی راجع به «تولید مثل با کمک پزشکی» آورده است. در ایران نیز قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور در ۸۲/۴/۲۹ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده که تحولی در حقوق ایران ایجاد کرده، هر چند که در مقایسه با قوانین فرانسه و دیگر کشورهای پیشرفته بسیار ناقص است. در این مقاله نخست حقوق فرانسه در زمینه تولیدمثل با کمک پزشکی که نمونه بارز آن تشکیل جنین در آزمایشگاه و انتقال آن به رحم می‌باشد بررسی شده و سپس حقوق اسلام و ایران با استناد به فتاوی فقهای معاصر و قوانین ایران، به ویژه قانون جدید، مورد مطالعه قرار گرفته و با حقوق فرانسه مقایسه و نقاط قوت و ضعف قانون ایران نمایانده شده است.

واژگان کلیدی:

تلقیح مصنوعی، انتقال جنین، نسب، تولیدمثل، اهداء جنین، زوجین نابارور، اجاره رحم

\* استاد گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی منتشر شده است:

- «مسئولیت سازندگان و فروشندگان کالاهای معیوب»، شماره ۱، سال ۴۹؛ «تعهد حسن انجام قرارداد (ضمانت)»، شماره ۲، سال ۴۹؛ «اشتباه در (خود موضوع) معامله در حقوق ایران و فرانسه»، شماره ۳، سال ۴۹؛ «اشتباه در شخص طرف قرارداد در حقوق ایران و فرانسه»، شماره ۴، سال ۴۹؛ «مالکیت ادبی و هنری و بررسی قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان»، شماره ۶، سال ۵۰؛ «مالکیت ادبی و هنری و بررسی قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان»، شماره ۷، سال ۵۰؛ «نظریه جهت در قراردادها»، شماره ۸، سال ۵۰؛ «نظریه جهت در قراردادها (۲)»، شماره ۹، سال ۵۱؛ «فایده و روشهای حقوق تطبیقی»، شماره ۱۲، سال ۵۱؛ «تغییر نام کوچک»، شماره ۱۳، سال ۵۲؛ «یادی از شادروان دکتر محمود حیدریان»، شماره ۱۷، سال ۵۴؛

تولیدمثل مصنوعی با کمک پزشکی، خصوصاً تشکیل جنین آزمایشگاهی و انتقال آن به رحم، امروزه اهمیت فوق‌العاده‌ای پیدا کرده و قوانین جدیدی در کشورهای مختلف درباره آن وضع شده است. نوعی از تولید مثل مصنوعی که قدیمی‌تر است تلقیح مصنوعی<sup>۱</sup> نام دارد که از اواخر قرن هجدهم معمول شده است. در این نوع تولیدمثل، اسپرم مرد را با وسایل پزشکی در رحم زن قرار می‌دهند که در آنجا لقاح انجام و جنین تشکیل می‌گردد و مراحل رشد خود را در رحم طی می‌کند. این گونه تولید مثل به «تلقیح اسپرم به داخل رحم»<sup>۲</sup> IUI معروف است که ممکن است با استفاده از اسپرم همسر یا اسپرم شخص دیگری باشد. لیکن روش‌های جدیدتری از تولید مثل مصنوعی وجود دارند که عبارتند از:

**۱- لقاح خارج رحمی IVF<sup>۳</sup>** - که در آن، پس از جمع‌آوری اسپرم و آماده‌سازی تخمک آنها را در محیط آزمایشگاه در مجاورت یکدیگر در دستگاهی به نام انکوباتور قرار می‌دهند، تا لقاح انجام گیرد؛ سپس جنین تشکیل شده را به مدت ۲۴ ساعت دیگر در داخل انکوباتور قرار می‌دهند؛ آنگاه دو تا سه جنین ۴ تا ۸ سلولی را به داخل رحم منتقل می‌کنند و بقیه را منجمد می‌نمایند، تا

ادامه باورقی از صفحه قبل

«وکالت زوجه در طلاق»، شماره ۲۲، سال ۶۰؛ «نکاتی چند درباره مقررات پولی و ارزی از دیدگاه حقوق بین‌الملل خصوصی»، شماره ۲۴، سال ۶۸؛ «شرح و نقدی بر ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی مصوب ۱۳۶۱»؛ شماره ۲۵، سال ۶۹؛ «حقوق بشر در اسلام و اعلامیه جهانی حقوق بشر»؛ شماره ۲۷، سال ۷۰؛ «تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعوی در داوری‌های بین‌المللی»، شماره ۳۰، سال ۷۲؛ «گزارشی از چهارهمین کنگره بین‌المللی حقوق تطبیقی»، شماره ۳۳، سال ۷۳؛ «سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی»، شماره ۴۰، سال ۷۷؛ «قیمومت شخص حقوقی و قانون واگذاری قیمومت محجوران تحت پوشش سازمان بهزیستی کشور به سازمان مذکور»، شماره ۴۶، سال ۷۸.

♦♦ این تحقیق با استفاده از اعتبارات پژوهشی دانشگاه تهران، در مؤسسه حقوق تطبیقی، انجام شده است.

1. artificial insemination - insémination artificielle.
2. interauterine insemination.
3. in vitro fertilization.

به هنگام نیاز در دوره درمانی بعدی مورد استفاده قرار گیرد.

- **تلقیح نطفه به داخل لوله رحم GIFT<sup>۱</sup>** - این روش تا مرحله جمع آوری تخمک‌ها و تهیه و آماده‌سازی اسپرم مشابه روش IVF است. پس از این مرحله مقدار مناسب اسپرم و تخمک با وسیله مخصوصی به نام لاپاراسکوپ وارد لوله رحم می‌شود.

- **انتقال نطفه بارور شده به داخل لوله رحم ZIFT<sup>۲</sup>** - این روش ترکیبی از روش‌های IVF و GIFT است که در آن لقاح در آزمایشگاه صورت می‌گیرد و سپس جنین تک سلولی تشکیل شده به داخل لوله رحم منتقل می‌گردد.

- **تزریق اسپرم به داخل تخمک ICSI<sup>۳</sup>** - با این روش اسپرم به وسیله سوزن باریکی به طور مستقیم به داخل تخمک تزریق می‌شود که لقاح را تسهیل می‌کند. با این روش می‌توان اختلالات شدید و حرکات و شکل غیر طبیعی اسپرم را که مانع ورود آن به داخل تخمک و در نتیجه، لقاح می‌شود درمان کرد.<sup>(۴)</sup>

آنچه امروزه بیش از سایر روش‌ها از نظر پزشکی و حقوقی مورد توجه واقع شده روش لقاح خارج رحمی IVF و به دیگر سخن روش تشکیل جنین در آزمایشگاه و انتقال آن به رحم است که در فرانسه نمونه بارز تولید مثل با کمک پزشکی<sup>۵</sup> است. این گونه تولید مثل دارای فواید مختلف می‌باشد. ممکن است تشکیل جنین آزمایشگاهی با نطفه زن و شوهری باشد که نمی‌توانند به طور طبیعی بچه‌دار شوند، یا با نطفه ثالث، یعنی مرد یا زن اجنبی؛ و نیز ممکن است هم اسپرم و هم تخمک از افراد بیگانه باشد. یک فرض دیگر این است که افرادی که نمی‌توانند به طور طبیعی صاحب فرزند شوند برای بچه‌دار شدن با زنی قرارداد معوض یا غیر

1. gamete intrafallopian tube transfer.

2. zygote intrafallopian tube transfer.

3. intracytoplasmic sperm injection.

۴. برای آگاهی بیشتر از انواع تولیدمثل مصنوعی رجوع شود به: دکتر معرفت غفاری، روش‌های پیشرفته در درمان نازایی، مجموعه «روش‌های نوین تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق»، سازمان مطالعه و تدوین (سمت)، تهران ۱۳۸۰، ص ۷ به بعد.

5. procréation médicalement assistée.

معووض منعقد کنند مبنی بر اینکه وی جنین تشکیل شده را در رحم خود پرورش دهد و پس از متولد شدن طفل، او را به شخص یا اشخاص طرف قرارداد که خواهان او هستند تحویل دهد.

این مسأله دارای ابعاد مختلف مذهبی، پزشکی، زیست‌شناختی، اخلاقی، فلسفی، روان‌شناختی و حقوقی است و از این رواز دیدگاه‌های مختلف مورد بحث و بررسی واقع شده است. ولی آنچه در این مقاله مورد بررسی واقع می‌شود جنبه‌های حقوقی موضوع است. از نظر حقوقی مسائل متعددی در این زمینه مطرح می‌شود که پاسخگویی به برخی از آنها دشوار است: آیا تشکیل جنین در لوله آزمایشگاه و انتقال آن به رحم مجاز است؟ بر فرض اینکه عمل مزبور مجاز باشد حدود آن چیست؟ آیا اجاره یا عاریه رحم و به طور کلی قرارداد تولید مثل برای دیگری جایز است؟ آیا فرد مجرد می‌تواند از این طریق صاحب فرزند شود؟ آیا تشکیل جنین آزمایشگاهی با نطفه مردی که فوت کرده و انتقال آن به رحم همسر آن مرد یا زن دیگر جایز است؟ بر فرض اینکه عمل لقاح خارج رحمی و انتقال جنین مجاز باشد، فرزندی که به دنیا می‌آید متعلق به کیست؟ به صاحب نطفه یا زن و شوهری که می‌خواهند صاحب فرزند شوند، یا صاحب رحم؟ پاسخگویی به این پرسش‌ها و پرسش‌های دیگری که در این زمینه مطرح می‌شود از نظر حقوقی دشوار است و قواعد سنتی حقوق کافی برای پاسخگویی به برخی از آنها نیست.

از دیدگاه مذهبی و اخلاقی نیز مسأله محل بحث و اختلاف است. بعضی آن را خلاف شرع و اخلاق به شمار آورده و به‌ویژه این روش را موجب تغییر روند طبیعی خلقت و استفاده از انسان برای آزمایش‌های پزشکی و تسهیل معامله بر روی انسان که با شخصیت و منزلت او منافات دارد دانسته‌اند؛ در حالی که بعضی دیگر از علمای مذهب و اخلاق با آن موافقت و خصوصاً در این باب به حق بجه دار شدن که از حقوق مسلم انسان است استناد کرده‌اند. کلیسای کاتولیک تقریباً به طور مطلق با تولید مثل مصنوعی مخالف است. در حقوق اسلامی هم مسأله جای بحث دارد و اغلب فقها تلفیح با نطفه اجنبی (غیر زن و شوهر) را حرام می‌دانند هر چند که برخی از فقهای امامیه به علت عدم تحقق زنا به جواز و حلّیت عمل فتوا داده‌اند.<sup>۱</sup>

به هر حال، قبل از قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲/۴/۲۹ قوانین

۱. برای آگاهی بیشتر از نظر فقهای اسلامی و علمای ادیان دیگر رجوع شود به: همان کتاب، ص ۳۹۲ به بعد.

ایران در زمینه موضوع فوق ساکت بود. رویه قضایی هم کمکی به حل مسائل مطروحه نمی‌کرد. قانون اخیر هم، با اینکه تحولی در زمینه اهداء و انتقال جنین ایجاد کرده، دارای خلأها و نارسایی‌هایی است و نمی‌تواند پاسخگوی همه پرسش‌هایی باشد که در این باب مطرح می‌شود. بنابراین برای تکمیل قوانین ایران و تدوین قانون جامعی در این خصوص می‌توان از تجارب کشورهای دیگر، البته با رعایت اصول و اعتقادات مذهبی و فرهنگ ملی و نیازهای جامعه ایرانی، بهره‌گیری کرد. در زمینه حقوق تطبیقی، فرانسه دارای قوانین نسبتاً جامع و رویه قضایی و دکترین غنی در این باب است که می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد.

در این تحقیق، نخست به بحث از حقوق فرانسه درباره تولید مثل مصنوعی با کمک پزشکی می‌پردازیم (بخش نخست) و سپس از فقه و حقوق ایران (بخش دوم) سخن می‌گوییم.

### بخش نخست - تولید مثل با کمک پزشکی در حقوق فرانسه

این اصطلاح در حقوق فرانسه برای روش‌های جدید پزشکی در تولید مثل مصنوعی به کار می‌رود که از مهم‌ترین آنها لقاح خارج رحم و تشکیل جنین در لوله آزمایشگاه و انتقال آن به رحم است.

در فرانسه، قبل از سال ۱۹۹۴ قانون خاصی در این خصوص وجود نداشت. در ۲۹ ژوئیه ۱۹۹۴ دو قانون در این کشور به تصویب رسیدند که مقررات جدیدی در این زمینه آوردند: یکی قانون شماره ۶۵۳-۹۴ و دیگر قانون ۶۵۴-۹۴ که اولی قانون مدنی و دومی قانون سلامت عمومی<sup>۱</sup> را اصلاح کرده است. شکل این اصلاحات و تقسیم قواعد بین دو قانون مایه تأسف و موجب انتقاد برخی از استادان حقوق شده که از ناهماهنگی و تعارض دو قانون سخن گفته‌اند. (TERRÉ, 1996, no 927, p. 786)

قانون‌گذار فرانسه در عین حالی که روش تولید مثل با کمک پزشکی، حتی لقاح خارج رحم با نطفه اجنبی را، اصولاً پذیرفته، در راه مصلحت اطفال و خانواده‌ها و جامعه و حمایت از اخلاق و شخصیت و سرمایه ژنتیکی انسان، محدودیت‌هایی برای آن قائل شده است.

1. Code de la Santé publique (C.S.P.).

در فرانسه تشکیل جنین در آزمایشگاه و انتقال آن به رحم از سال ۱۹۷۹ عملی شده است. با وجود این، به علت هزینه سنگین این روش و درصد ضعیف موفقیت آن، از سال ۱۹۸۴، کارشناسان تعدادی جنین تشکیل داده، آنها را منجمد می‌کنند تا بعدها، در صورت نیاز، آن را به رحم منتقل کنند. اگر چه این عمل غالباً با اسپرم و تخمک زن و شوهری که نمی‌توانند به طور طبیعی بچه‌دار شوند انجام می‌گیرد، لیکن گاهی در این روش از اسپرم یا تخمک شخص ثالث استفاده می‌کنند.

در فرانسه بحث مفصلی درباره موضوع فوق از لحاظ اخلاقی در گرفته و اختلاف نظر شدیدی پدید آمده است. موافقان تولید مثل مصنوعی با کمک پزشکی از حق بچه‌دار شدن<sup>۱</sup> دفاع کرده‌اند. مخالفان می‌گویند: کودک شیء نیست که موضوع حق واقع شود؛ تولید مثل خارج از روابط جنسی ممکن است پیامدهای خطرناکی از لحاظ نقض حرمت انسان داشته باشد؛ زیرا این روش آسان‌گرایی در تولید مثل، آزمایش روی جنین و معامله انسان را رواج می‌دهد که با شخصیت و کرامت آدمی منافات دارد.

مسئله دیگری که در فرانسه مطرح شده این است که بر فرض قبول تولید مثل با کمک پزشکی حدود آن چیست؟ چه کسی می‌تواند از آن بهره‌مند گردد؟ آیا فقط زن و شوهر می‌توانند از این روش برخوردار شوند یا هر کس، حتی زن شوهر نکرده یا بیوه، دارای چنین حقی است؟ آیا زن شوهردار بعد از انقضاء سن تولید مثل (در سن یائسگی) می‌تواند از این روش بهره‌مند شود؟ به علاوه انتقال جنین چه هدفی باید داشته باشد؟ آیا به هر منظور یا هدف می‌توان از این روش استفاده کرد یا فقط برای حل مشکل نازایی؟ در فرض دوم کدام نوع نازایی می‌تواند مجوز انتقال جنین باشد؟ فقط نازایی که جنبه پاتولوژیک (بیماری) دارد، یا هرگونه نازایی، حتی اگر ناشی از کبر سن و کهولت باشد؟ آیا تولید مثل برای دیگری مجاز است؟ این مسئله بیش از مسائل دیگر در فرانسه مورد بحث واقع شده است. مسئله اغلب هنگامی مطرح می‌شود که یک زن و شوهر که نمی‌توانند به طور طبیعی بچه‌دار شوند با زن دیگری قرارداد معوض یا مجانی می‌بندند که با نطفه شوهر زن به طور مصنوعی تلقیح شود یا جنین تشکیل شده از نطفه زن و

1. droit à l'enfant.

شوهر را در رحم خود پرورش دهد و در ضمن این زن که مادر حامل<sup>۱</sup> یا مادر جانشین<sup>۲</sup> نامیده شده است تعهد می‌کند که پس از زایمان طفل را به زن و شوهر طرف قرارداد تحویل دهد. صحت این گونه قرارداد در فرانسه محل بحث بوده و دیوان تمیز فرانسه در سال ۱۹۹۱ این قراردادها را باطل اعلام کرده است، با این استدلال که مغایر اصل غیر قابل معامله بودن بدن انسان و اصل غیر قابل تصرف بودن وضعیت اشخاص است. قانون جدید هم از این نظر تبعیت کرده است.

بر فرض اینکه تولید مثل مصنوعی مجاز باشد، مسأله نسب طفل و الحاق او به زن و مردی که خواهان بچه‌دار شدن از این طریق هستند، ولی نطفه متعلق به آنان نیست، مطرح می‌شود که در حقوق سنتی فرانسه راه حل مناسبی نداشته، ولی قانون‌گذار جدید آن را حل کرده است. مسأله دیگری که سال‌ها در فرانسه مطرح بوده این است که آیا وضع قانونی در این خصوص لازم است یا نه؟ برخی بر این اعتقاد بودند که نیازی به قانون‌گذاری در این زمینه نیست و رویه قضایی به تدریج مشکل را حل خواهد کرد و به راه‌حل‌های مناسبی دست خواهد یافت. لیکن گروهی از حقوقدانان و به‌ویژه پزشکان و زیست‌شناسان خواهان وضع قانونی بودند که به سؤالات مطروحه پاسخ گوید و راه‌حل‌ها را مشخص کند و همین نظر با وضع دو قانون به سال ۱۹۹۴ پذیرفته شد. قانون‌گذار فرانسه راه میانه‌ای انتخاب کرد. در عین حال که تولید مثل مصنوعی با روش‌های جدید را تجویز نمود، محدودیت‌هایی نیز برای آن مقرر داشت و حتی مجازات‌های کیفری برای متخلفین در نظر گرفت. اینک نخست به بحث از شرایط و محدودیت‌های تولید مثل با کمک پزشکی در حقوق فرانسه می‌پردازیم و سپس آثار این تولید مثل از لحاظ نسب را بررسی می‌نماییم.

### الف - شرایط و محدودیت‌های تولید مثل با کمک پزشکی

قانون‌گذار فرانسه کاربرد این روش را از جهات مختلف (افراد درخواست کننده، تشریفات، سلسله مراتب و روش‌های قابل استفاده) محدود کرده است.

1. mère porteuse.

2. mère de substitution.

۱- از جهت افراد درخواست‌کننده: استفاده از این روش محدود به زن و مردی است که با

هم ازدواج کرده یا حداقل دو سال زندگی مشترک داشته باشند. (Art. 152-2 C.S.P.)

بنابراین افراد مجرد نمی‌توانند از این روش استفاده کنند. این مسأله بین حقوقدانان و صاحب‌نظران مورد اختلاف شدید بوده است. آنان که موافق برخورداری افراد مجرد از روش مذکور بودند به قاعده قبول درخواست فرزندخواندگی از افراد یاد شده از سال ۱۹۶۶ استفاده می‌کردند؛ ولی این دلیل قانع‌کننده به نظر نرسیده است؛ زیرا بین دو نهاد اختلاف اساسی وجود دارد. فرزند خواندگی برای آن است که برای طفل موجود پدر و مادری فراهم آورند و بی شک مصلحت طفل در آن است که پدر و مادر یا دست کم پدر یا مادری داشته باشد، در حالی که کمک پزشکی به تولید مثل برای آن است که فرزندی به نفع افراد بالغ پدید آید؛ در این صورت نمی‌توان به مصلحت طفلی که هنوز وجود ندارد استناد کرد و مطلوب نیست اطفالی ایجاد شوند که پدر یا مادر نداشته باشند. دلیل دیگر طرفداران برخورداری افراد مجرد از تولید مثل مصنوعی آن بوده که عدم قبول آن تبعیض بین افراد مجرد و متأهل است؛ لیکن این استدلال نیز رد شده است؛ زیرا مفهوم تبعیض را که مبتنی بر فکر اختلاف نامشروع است نادیده می‌گیرد. آیا می‌توان گفت فرق گذاشتن بین افرادی که می‌خواهند به یک طفل خانواده‌ای طبیعی مرکب از پدر و مادر بدهند و اشخاصی که می‌خواهند فرزندی بدون پدر یا مادر به دنیا آورند نامشروع است؟

(TERRÉ, no 946, p.799)

از بند ۲ ماده ۱۵۲ قانون سلامت عمومی بر می‌آید که اختلاف جنس برای برخورداری از روش یاد شده شرط است. بنابراین همجنس بازان نمی‌توانند از این راه صاحب فرزند شوند. در این جا نیز ایراد تبعیض مردود است؛ زیرا منع آنان از برخورداری از روش یاد شده مشروع است؛ همجنس‌بازی یک شیوه زندگی عادی که بتواند تضمینات کافی به طفل برای شکوفایی استعدادهایش بدهد به‌شمار نمی‌آید و رعایت مصلحت طفل در چنین خانواده‌ای محرز نیست. (TERRÉ, no 948, p. 799)

چنانکه اشاره شد، برای اینکه زن و مردی از این روش بهره‌مند شوند لازم نیست که ازدواج کرده باشند؛ ولی زندگی مشترک و به دیگر سخن وجود رابطه عاطفی بین آنان لازم است. البته زن و شوهر قانونی تابع هیچ شرط مدت نیستند، برخلاف فرزند خواندگی که برای درخواست آن



باید لااقل ۲ سال از تاریخ ازدواج آنان گذشته باشد؛ (Art. 343 C.civ. fr) لیکن همخوابگان در صورتی می‌توانند از تولید مثل مصنوعی بهره‌مند گردند که دست کم دو سال زندگی مشترک داشته باشند. این قاعده مورد انتقاد برخی از حقوقدانان واقع شده است، با این استدلال که در این موارد ثبات وضعیت خانوادگی برای طفل تضمین نمی‌شود؛ به علاوه مسلم نیست که پزشکان، سردفتر یا قاضی مأمور احراز رضایت زن و مرد بتوانند کنترل جدی بر وجود این شرط اعمال کنند و به عبارت دقیق‌تر بتوانند واقعیت دو سال زندگی مشترک را احراز کنند.

برای برخورداری از روش یاد شده، زن و مرد متقاضی باید در سن تولید مثل باشند. (Art. L. 152-2 C.S.P.) بنابراین درخواست زن و مرد سالمند مردود است. در اینجا نیز تبعیض با توجه به مصلحت طفل قابل توجیه است.

تولید مثل با کمک پزشکی بعد از مرگ<sup>۱</sup> نیز منع شده است. حتی در زمان معاضدت پزشکی، فوت یکی از اعضای خانواده مانع ادامه کار می‌گردد؛ زیرا با زوال اراده زن یا مرد، تولید مثل قانونی نخواهد بود. (Art. 311-20 C.civ.; Art. 152-2 C.S.P.)

این راه حل قبل از قانون ۱۹۹۴ مورد بحث و اختلاف بوده و آراء متعارضی در این زمینه صادر شده بود.

دادگاه شهرستان Creteil دستور داده بود که اسپرم یک مرد متوفی به زنش تحویل گردد (رای اول اوت ۱۹۸۴)؛ در حالی که دادگاه شهرستان تولوز در ۲۶ مارس ۱۹۹۱ در خواست مشابهی رارد کرده بود. همچنین دادگاه شهرستان تولوز در آراء ۱۱ مه ۱۹۹۳ و ۱۸ آوریل ۱۹۹۴ و دادگاه شهرستان رن در رای ۳۰ ژوئن ۱۹۹۳ با انتقال جنین منجمد به یک بیوه زن بعد از فوت شوهرش مخالفت کرده بودند، حال آنکه کمیته مشورتی ملی اخلاق با این امر موافق بود. (TERRÉ, no 951, p.803)

به هر حال راه حل قانون جدید درباره منع استفاده از روش نوین بارداری بعد از فوت مبتنی بر مصلحت طفل است که شایسته نیست وارد خانواده‌ای شود که یک عضو آن فوت کرده و عضو دیگر برای آرامش خاطر به تولید مثل مصنوعی متوسل می‌گردد.

1. post mortem.

علاوه بر شرایط فوق؛ زن و مرد متقاضی باید قادر به تولید مثل از طریق طبیعی نباشند و درخواست آنان باید مبتنی بر یکی از دو انگیزه زیر باشد:

(۱) چاره‌جویی برای نازایی که جنبه پاتولوژیک آن از لحاظ پزشکی مسلم است.

(۲) اجتناب از انتقال یک بیماری خطرناک به طفل (Art. L. 152-2(3) C.S.P.).

بنابراین تولید مثل مصنوعی برای ارضاء هوس‌ها و سلیقه‌های شخصی (مانند داشتن فرزندی با قد مناسب یا رنگ پوست یا چشمان دلخواه) ممنوع است.

۲- از لحاظ تشریفات: روش یاد شده دارای تشریفات سنگینی است که کاربرد آن را محدود می‌کند: درخواست کنندگان باید قبل از ابراز اراده با یک گروه پزشکی چند تخصصی مصاحبه کنند. این گروه باید وابسته به یک مرکز پزشکی مجاز، اعم از عمومی یا خصوصی، باشند. در جریان مصاحبه باید اطلاعاتی به متقاضیان خصوصاً راجع به امکان استفاده از فرزندخواندگی، سختی کار و خطر عدم موفقیت عمل و نیز اطلاعات حقوقی مربوط به قوانین و مقررات داده شود. پس از آن مهلتی یک ماهه برای تفکر به آنان داده می‌شود؛ اگر درخواست‌کنندگان در تصمیم خود باقی باشند، باید رضایت‌نامه کتبی برای عمل بدهند که در واقع تأیید درخواست نخستین و حاکی از جدی بودن اراده آنان است. (Art. L. 152-10. C.S.P.) گروه پزشکی باید با رعایت مقررات قانونی و با در نظر گرفتن مصلحت متقاضیان و طفلی که می‌خواهند به دنیا آورند تصمیم شایسته اتخاذ کنند.

اختیار نهایی پذیرش یا رد تقاضا با گروه پزشکی است و این امر مورد انتقاد برخی از استادان حقوق واقع شده که در شایستگی و توانایی گروه پزشکی برای اعمال این گونه کنترل شک کرده، وانگهی این راه حل را که منجر به کنترل دولتی تولید مثل می‌شود خطرناک دانسته‌اند. (TERRÉ, no 960, pp.807-808.)

هرگاه در فرایند تولید مثل مصنوعی مداخله شخص ثالثی لازم باشد، بدین معنی که این کار با اهداء نطفه از سوی شخصی غیر از زوجین انجام گیرد، تشریفات بیشتری در قانون فرانسه پیش‌بینی شده است. در این فرض اراده زوجین باید نزد یک سر دفتر یا قاضی ابراز گردد. (Art. L. 152-10. al. 7. C.S.P.; Art. 311-20. C.civ.) این سؤال مطرح شده است که آیا این تشریفات جایگزین تشریفات مقرر در ماده ۱۰-۱۵۲ قانون سلامت عمومی راجع به مصاحبه و

رهنمودها و تصمیم‌گیری گروه پزشکی می‌شود، یا به آن افزوده می‌گردد. قانون فرانسه در این خصوص صراحت ندارد؛ لیکن برخی از استادان حقوق قبول نظریه جایگزینی را دشوار دانسته‌اند؛ زیرا وظایف سردفتر و قاضی از یک سو و گروه پزشکی از سوی دیگر یکسان نیستند. وظیفه سردفتر و قاضی اطلاع‌رسانی حقوقی درباره نسب طفلی است که باید متولد شود، در حالی که وظیفه گروه پزشکی خصوصاً اطلاع‌رسانی پزشکی و تأمین مصلحت طفل و درخواست‌کنندگان است. بنابراین مرجح آن است که تشریفات مداخله قاضی یا سردفتر به تشریفات مداخله گروه پزشکی افزوده شود.

دریافت اظهار اراده به وسیله قاضی یا سردفتر باید محرمانه باشد. (Art. 311-20. C.civ.) اصل بی‌نام بودن و ناشناخته بودن دهنده نطفه که در قوانین فرانسه مقرر شده است (Art. 16-8. C.civ.; Art. L. 665-14c. C.S.P.) و نیز اصل عدم افشاء اسرار حرفه‌ای در اینجا نیز باید رعایت شود.

قاضی یا سردفتر باید زوجین را از آثار و نتایج تولید مثل مصنوعی با نطفه شخص ثالث از لحاظ نسب طفل آگاه کند. مداخله قاضی یا سردفتر از یک سو اهمیت مسأله را نشان می‌دهد و از سوی دیگر موضوع را از صلاحیت انحصاری پزشکان خارج می‌کند و از این رو مورد تأیید حقوقدانان است.

هرگاه تولید مثل با پذیرش جنین آزمایشگاهی که با نطفه اشخاص ثالث تشکیل شده است انجام گیرد، تشریفات آن سخت‌تر است. در این فرض انتقال جنین به تصمیم دادگاه نیاز دارد (Art. L. 152-5 al. 2, C.S.P.) و مداخله سردفتر در آن منتفی است. قاضی نخست رضایت کتبی زوجین پدیدآورنده جنین را اخذ و سپس بررسی و اطمینان حاصل می‌کند که زوجین متقاضی واجد شرایط قانونی برای برخورداری از تولید مثل مصنوعی هستند؛ به‌ویژه بررسی می‌کند که آیا زوجین قادرند منافع طفل را از لحاظ خانوادگی، تربیتی و روانشناختی تأمین کنند؟ قاضی می‌تواند تحقیقات لازم را در این خصوص انجام دهد. اختیار قاضی مانع اختیار گروه پزشکی نیست ولی احتمال می‌رود تصمیم موافق قاضی، نظر مساعد گروه پزشکی را در پی داشته باشد.

این مورد همانند فرزند خواندگی است، با این تفاوت که جنین آزمایشگاهی به تعداد زیاد به

نفع پدران و مادران آینده تشکیل می‌گردد (Art. L. 152-3 al. 2, C.S.P.)، در حالی که فرزند خواندگی به سود اطفال موجود و برای رفع مشکل وضع نامطلوب آنان پیش‌بینی شده است. (MAZEAUD, 1995, no 821-8, p. 206)

۳- از جهت سلسله مراتب و روش‌های قابل استفاده: در وهله نخست باید از روش تلقیح مصنوعی یا باروری آزمایشگاهی با اسپرم و تخمک زوجین استفاده کرد. این روش قبل از قانون ۱۹۹۴ هم مورد اعتراض نبوده است. اگر روش مزبور به نتیجه نرسد، تولید مثل مصنوعی با اسپرم یا تخمک شخص بیگانه و به دیگر سخن با نطفه شخص ثالث اهداء کننده یا انتقال جنینی که در آزمایشگاه با تخمک و اسپرم اشخاص بیگانه تشکیل شده است به رحم زن به طور استثنایی مجاز شناخته شده است. قانون فرانسه برای این دو نوع تولید مثل مصنوعی با کمک پزشکی مقرراتی آورده است که اینک به اختصار به ذکر آنها می‌پردازیم.

اول - اهداء نطفه: برای اهداء اسپرم یا تخمک ثالث به منظور باروری زن شرایطی پیش‌بینی شده است:

اولاً، به منظور تأمین بهداشت، قواعدی جهت بررسی بیماری‌های واگیردار، منع تلقیح مصنوعی با اسپرم تازه یا آمیزه‌ای از اسپرم‌ها مقرر گردیده است. (Art. L. 660-10; L. 673-3 C.S.P.; Art. 16 et s. C.civ.) به‌علاوه، قانون برای احتراز از خطر همخونی، اهداء نطفه به وسیله یک نفر را به حداکثر ۵ مورد محدود می‌کند؛ به دیگر سخن اهداء نطفه نمی‌تواند به تولد بیش از ۵ طفل منتهی شود. (Art. L. 673-4 C.S.P.)

ثانیاً، رضای اهداکننده نطفه ضروری است. (Art. L. 673-2 C.S.P.) این اراده قابل فسخ است (Art. L. 666-11c C.S.P.) و باید ناشی از شخصی باشد که متعلق به یک خانواده صاحب فرزند است و همسر یا همخوابه اهداکننده هم باید با آن موافقت کند و ابراز اراده باید به طریق کتبی باشد.

ثالثاً، مجانی و بلاعوض بودن شرط دادن نطفه است، چنانکه اصطلاح بخشش<sup>۱</sup> یا بخشنده<sup>۲</sup>

1. don.

آن را نشان می‌دهد. این قاعده برای آن مقرر شده است که جسم و وجود و فرآورده‌های بدن انسان کالا به شمار نیاید و مورد داد و ستد قرار نگیرد.

رابعاً، نام دهنده و گیرنده باید مجهول باشد که از آن به اصل بی‌نام بودن<sup>۳</sup> تعبیر کرده‌اند. در برخی از کشورهای غربی مانند سوئد این قاعده پذیرفته نشده و در فرانسه محل بحث و اختلاف بوده است؛ خصوصاً گفته‌اند: این قاعده مخالف ماده ۷ کنوانسیون حقوق کودک است که به طفل حق می‌دهد پدر و مادر خود را بشناسد. در پاسخ گفته شده است که مقصود ماده ۷ پدر و مادر بیولوژیکی نیست، بلکه پدر و مادر قانونی است. همچنین براساس مصلحت طفل قاعده مزبور را مورد انتقاد قرار داده و به‌ویژه گفته‌اند: مصلحت روان شناختی طفل اقتضا می‌کند که پدر و مادر طبیعی خود را بشناسد و مجهول بودن آنان چه بسا موجب ناراحتی طفل و پدید آمدن مشکلات روانشناختی برای او است. برعکس، گروهی راه حل قانونی را تأیید کرده‌اند، به‌ویژه با این استدلال که راه حل مخالف برای اهداکننده نطفه که خواهان طفل نیست ناراحت کننده است و ممکن است مانع اهداء نطفه گردد. (TERRÉ, no 938, p. 791.)

به هر حال، قانون فرانسه بی‌نام بودن اهداء نطفه را شرط کرده (Art. 16-8 C.civ) و برای آن ضمانت اجرای کیفری مقرر داشته است؛ (Art. 511-10 Nouv.C.pén.) با وجود این، قاعده مزبور تعدیل شده است: از یک سو اطلاعات مفید درباره اهداکننده به مقامات بهداشتی داده می‌شود؛ از سوی دیگر، در صورت ضرورت درمانی، پزشک می‌تواند به اطلاعات پزشکی لازم که مشخص‌کننده هویت اهداکننده نباشد دسترسی یابد. (Art. L. 152-5c C.S.P.)

دوم- پذیرش جنین: اگر معاضدت پزشکی برای انتقال و پذیرش جنینی باشد که با نطفه اشخاص ثالث در آزمایشگاه *in vitro* تشکیل شده است تشریفات آن سخت‌تر و محدودیت آن بیشتر است.

اصولاً قانون باروری آزمایشگاهی و تشکیل جنین خارج از رحم را با نطفه زن و مردی که

لااقل یکی از آنان عضو خانواده<sup>۱</sup> عقیم (خواهان طفل) نباشد منع می‌کند: Art. L. 152-3c. (C.S.P.) لیکن به طور استثنایی قانون اجازه می‌دهد جنینی که با نطفه زن و مردی تشکیل شده است که یکی از آنان عضو خانواده است به وسیله خانواده دیگری پذیرفته شود. Art. L. 152-4. (C.S.P.) et L 152-5c. این راه حل برای آن است که قانونگذار از یک سو برای خانواده‌هایی که خواهان فرزند هستند، اما نمی‌توانند به طور طبیعی صاحب فرزند شوند، چاره‌ای بیندیشد و از سوی دیگر، مشکل جنین‌های اضافی<sup>۲</sup> را به گونه‌ای حل کند. در حقیقت اندیشه پایین آوردن هزینه باروری آزمایشگاهی گروه‌های پزشکی را بر آن داشته است که چند تخمک را بارور کنند و جنین‌های حاصل از آن را برای استفاده‌های بعدی منجمد نمایند. قانون به زوجین امکان می‌دهد که به طور کتبی تشکیل جنین‌های متعدد آزمایشگاهی به ترتیب مذکور را تقاضا کنند تا در ۵ سال آینده با انتقال آنها به آرزوی داشتن فرزند تحقق بخشد. (Art. L. 152-3 C.S.P.) در مورد جنین‌های تشکیل شده، صرف نظر از آزمایش علمی که به طور کاملاً استثنایی اغماض شده است، فقط پذیرش آنها به وسیله زوج‌های دیگر با شرایط سختی پیش‌بینی گردیده است. فقط دو عضو خانواده‌ای که جنین با نطفه لااقل یکی از آنها تشکیل شده است می‌توانند اجازه دهند که جنین به وسیله خانواده دیگر پذیرفته شود. به علاوه پذیرش جنین برای این خانواده در موارد استثنایی تجویز شده و آخرین راه حل است. این روش دارای شرایطی مشابه شرایط اهداء نطفه است:

اولاً، به منظور تأمین بهداشت، علاوه بر مقررات راجع به گرفتن نطفه، باروری و تشکیل جنین در آزمایشگاه و حفظ جنین، قواعدی درباره پذیرش جنین به معنی خاص، به‌ویژه آزمایش‌های تشخیص بیماری‌های واگیردار مقرر گردیده است. در این زمینه، بیش از تأمین موفقیت اقدامات پزشکی، حمایت از جنین و منافع معنوی زوجین اهداکننده مورد نظر است. به

۱. خانواده در این جا ترجمه couple است که هم شامل زن و شوهر قانونی و هم در برگرفته زن و مردی است که بدون ازدواج دست کم دو سال زندگی مشترک داشته‌اند. کلمه couple به «زوج» یا «زوجین» نیز ترجمه شده است.

قواعد فوق قاعده منع استفاده از نطفه یک اهداکننده برای پدیدآوردن بیش از ۵ طفل که برای اجتناب از خطر همخوانی مقرر گردیده است (TERRE, no 938, p. 790) افزوده می‌شود. (Art. L. 673-4 C.S.P.)

**ثانیاً**، رضایت زوجین اهداکننده جنین لازم است، جز در موردی که یکی از آنان فوت کرده باشد که در این صورت رضایت زوجی که در قید حیات است کافی است. ایراد شده است که این قاعده نوعی حق مالکیت بر جنین قائل شده است که پذیرفتنی نیست. رضایت باید به طور کتبی در مقابل قاضی اعلام شود، تا واقعی بودن آن محرز گردد. (Art. L. 152-4 et 152-5, al. 2, C.S.P.)

**ثالثاً**، اهداء جنین باید مجانی باشد و هیچ‌گونه پرداختی در مقابل آن مجاز نیست. (Art. 16-5 et 16-6 C.civ.; Art. L. 152-5, al.5 et L. 665-13 C.S.P.)

**رابعاً**، زوجین پذیرنده جنین و زوجین اهداکننده نباید از هویت یکدیگر آگاه شوند که از آن به بی‌نام بودن<sup>۱</sup> تعبیر می‌کنند. (Art. L. 152-5, al. 3 C.S.P; Art. 16-8 C.civ.). با وجود این، در صورت ضرورت درمانی، پزشک می‌تواند به اطلاعات پزشکی راجع به زوجین اهداکننده جنین دست یابد، مشروط بر اینکه اطلاعات مزبور هویت آنان را افشا نکند. (Art. L. 152-5, al. 4.c, C.S.P.)

### منع تولید مثل یا بارداری برای دیگری

تولیدمثل برای دیگری در قانون فرانسه به صراحت منع شده است. (Art. 16-7 C.civ.) قانون‌گذار فرانسه در این خصوص راه حل رویه قضایی را تأیید کرده است. در واقع دیوان تمیز فرانسه قبل از قانون ۱۹۹۴ روش «مادرهای جانشین» را که به موجب آن زنی به رایگان یا در مقابل عوض تعهد می‌کرد فرزندی را برای دیگری در رحم خود پرورش دهد و پس از تولد او را به زوجین طرف قرارداد تحویل نماید محکوم کرده بود. این روش که در دهه ۱۹۸۰ رواج داشت بحث‌های زیادی را برانگیخت. برخی با استناد به حق طبیعی زوجین به داشتن فرزند از آن دفاع

1. anonymat.

می‌کردند؛ ولی گروهی با آن مخالف بودند، با این استدلال که طفل یک شیء نیست که بتوان او را مورد معامله قرارداد؛ به علاوه نوع دوستی و خیرخواهی مادر جانشین که مورد تمجید واقع شده همیشه مسلم نیست؛ همچنین اگر ناراحتی و پریشانی بعضی از زوج‌های متقاضی مسلم است، برخی دیگر از روی هوی و هوس یا برای اجتناب از رنج بارداری به این شیوه متوسل می‌شوند که قابل قبول نیست؛ به اصل غیر قابل تصرف و غیر قابل معامله بودن جسم انسان نیز استدلال می‌کردند. بعضی از مؤلفان راه حل میانه‌ای را پیشنهاد می‌کردند مبنی بر اینکه این گونه قراردادها باطل شناخته شود ولی مادر جانشین مخیر گردد که طفل به دنیا آورده را نگاهدارد یا آن را به زوجین متقاضی تحویل دهد.

دیوان تمیز فرانسه بعد از حکم به انحلال انجمن‌هایی که نقش واسطه را در این زمینه ایفا می‌کردند، به درخواست دادستان کل، مسأله را مورد رسیدگی قرار داد و روش یادشده را با قاطعیت مردود شناخت و اعلام کرد:

«قراردادی که به موجب آن یک زن، هر چند به رایگان، تعهد می‌کند که طفلی را آبستن شود و به محض تولد او را به شخص دیگری واگذار کند» باطل است. این گونه قرارداد «هم خلاف اصل غیر قابل تصرف بودن جسم انسان که مربوط به نظم عمومی است و هم مغایر اصل غیر قابل تصرف بودن وضعیت اشخاص است». (Cf. Ass. plén., 31 mai 1991, JCP 1991, II, 21752, note Terré; D. 1991, 417, rapp. Chartier, note Thouvenin)

این نظر، با اینکه مورد انتقاد برخی صاحب‌نظران واقع شده بود، با عبارت گسترده‌ای از سوی قانون‌گذار فرانسه پذیرفته شد. قانون هم قرارداد تولید مثل و هم قرارداد بارداری برای دیگری را منع می‌کند. بنابراین هم شامل پدر پدیدآورنده<sup>۱</sup> و هم در برگیرنده مادر جانشین است. ماده ۱۶-۷ قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۹۹۴ هر قرارداد تولید مثل برای دیگری را باطل اعلام می‌کند چه معوض باشد، چه غیر معوض.<sup>۲</sup>

1. père géniteur.

2. Art. 16-7 C.civ.: "Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle".



ضمانت اجرای قاعده شدید است: از آنجا که قاعده مزبور مربوط به نظم عمومی است و به منافع جامعه ارتباط دارد ضمانت اجرای آن بطلان مطلق است که هر ذینفع تا مدت ۳۰ سال (مدت مرور زمان) و نیز دادستان می‌توانند به آن استناد کنند و قرارداد قابل تنفیذ نیست. به علاوه ضمانت اجرای کیفری برای واسطه‌ها مقرر گردیده است. (Art. 227-12 C.pén.) وانگهی رویه قضایی از قبول فرزندخواندگی در مورد این اطفال خودداری کرده است، با این استدلال که «این فرزندخواندگی چیزی نیست جز مرحله نهایی فرآیندی که هدف آن پذیرش طفلی در کانون خانواده در اجرای قراردادی است که موضوع آن ترک طفل از سوی مادر او به محض تولد است» و «این فرزندخواندگی به اصل غیر قابل تصرف بودن بدن انسان و وضعیت اشخاص لطمه می‌زند»، به گونه‌ای که این فرایند «سوء استفاده از نهاد فرزندخواندگی» و «منحرف کردن آن از هدف خود» به شمار می‌آید؛ هدف فرزندخواندگی پذیرش اطفال متولد شده، نه به دنیا آوردن اطفال برای پذیرش است. این قاعده مورد تصریح قانون‌گذار واقع نشده؛ ولی دلیلی بر رد آن وجود ندارد. با وجود این، راه حل مزبور برای طفل سخت است؛ زیرا وی را از یک نهاد پذیرشی مناسب محروم و به داشتن وضع ناپایداری محکوم می‌نماید. (TERRÉ, no 943, p.97)

### ب - آثار تولید مثل با کمک پزشکی

هنگامی که تولید مثل با کمک پزشکی در داخل خانواده، یعنی با نطفه زوجین، صورت می‌گیرد، مشکلی در رابطه با نسب طفل پدید نمی‌آید و نسب طفل تابع قواعد عمومی راجع به نسب مشروع یا نسب طبیعی است. به عبارت دقیق‌تر طفل به پدر و مادر ژنتیکی خود (صاحبان اسپرم و تخمک) ملحق می‌گردد.

اما در مورد تولید مثل با نطفه شخص ثالث استثنائات مهمی بر قواعد عمومی نسب وارد شده است. از یک سو رابطه نسب بین صاحب اسپرم یا تخمک و طفل ایجاد نمی‌شود و از سوی دیگر، قانون‌گذار فرانسه طفل را به زن و مرد متقاضی که رابطه ژنتیکی با او ندارند ملحق می‌کند. قواعد خاص مسؤولیت مدنی که در این زمینه پذیرفته شده نیز قابل توجه است.

### ۱- عدم الحاق طفل به صاحب نطفه

اهداننده اسپرم یا تخمک اصولاً ناشناخته است و هویت او نباید آشکار گردد. او از هرگونه دعوای نسب پدری یا مادری طبیعی مصون است. ماده ۱۹-۳۱۱ قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۹۹۴ می‌گوید: «در مورد تولید مثل با کمک پزشکی و از طریق اهداء نطفه به وسیله شخص ثالث، هیچ رابطه نسب بین اهداننده و طفل حاصل از تولیدمثل قابل اثبات نیست.» این قاعده دارای قلمروی گسترده است و هرگونه دعوای نسب پدری، مادری، مشروع و طبیعی را در برمی‌گیرد و هیچ کس نمی‌تواند چنین دعوایی اقامه کند. این قاعده در راستای مقررات متعددی است که بر بی‌نام یا مخفی بودن هویت اهداننده نطفه تأکید دارد.

در انتقاد از این مقررات گفته‌اند که برخلاف واقعیت زیست‌شناختی است که مبنای نسب به شمار می‌آید. در پاسخ گفته شده است که منع اثبات نسب با کسی که فقط با انگیزه نوع‌دوستی اقدام به اهداء نطفه کرده، بی‌آنکه خواهان طفل باشد، طبیعی و موجه است. (TERRÉ, no 989, p. 828)

انطباق قاعده با کنوانسیون حقوق کودک (ماده ۷) نیز که برای طفل حق شناخت پدر و مادر خود را قائل شده مورد تردید قرار گرفته و حتی احتمال داده‌اند که قانون‌گذار فرانسه در آینده قاعده یاد شده را تغییر دهد. (Mazeaud, no 821-9, p. 207) با وجود این، گفته‌اند مقصود از پدر و مادر در کنوانسیون حقوق کودک پدر و مادر بیولوژیکی نیست، بلکه پدر و مادر قانونی است. (J.Rubellin-Devichi, 1999, no 1322, p. 490)

### ۲- الحاق طفل به زن و مرد متقاضی

برخلاف مقررات عمومی راجع به نسب، رابطه طفل ناشی از تولیدمثل مصنوعی با درخواست کنندگان (زوج عقیم) تابع واقعیت زیست‌شناختی نیست؛ قانون‌گذار فرانسه طفل را به زن و مرد متقاضی ملحق کرده و شناسایی و احراز و برقراری این رابطه را الزامی قرار داده است. قانون مدنی مقرر می‌دارد که رضایت به تولیدمثل با کمک پزشکی مانع هرگونه دعوای نفی ولد است. (Art. 311-20 al.5 C.civ.) این قاعده شامل هرگونه دعوای نفی ولد، اعم از پدری، مادری، مشروع و طبیعی است. بنابراین مرد یا زنی که به تولیدمثل با روش یاد شده رضایت

داده، با اینکه جنین از نطفه او نیست، نمی‌تواند انتساب طفل به خود را نفی کند و در صورت نفی ولد از سوی مرد یا زن، دادگاه رابطه نسب را احراز و اعلام خواهد کرد. وضعیت طفل مانند فرزندخواندگی و دارای همان اعتبار و اقتدار است و همین وضع تشریفات سنگین این گونه تولیدمثل خصوصاً مداخله سردفتر یا قاضی جهت احراز و ثبت رضایت و تکلیف آنها به دادن اطلاعات کافی درباره اهمیت و خطر روش مذکور را توجیه می‌کند.

جای تعجب است که قانون مدنی فرانسه نسب طفل ناشی از پذیرش جنین آزمایشگاهی را که قبلاً تشکیل و منجمد گردیده و برای برنامه بچه‌دار شدن زوج‌های دیگر نگاهداری شده است به صراحت پیش‌بینی نمی‌کند و فقط از رضایت زن و مرد به تولید مثل با کمک پزشکی سخن می‌گوید. با وجود این، علمای حقوق برآنند که این فرض مصداق تولید مثل با مداخله دو ثالث اهداکننده نطفه است که باید مشمول مواد ۱۹-۳۱۱ و ۲۰-۳۱۱ قانون مدنی باشد؛ (Mazeaud, no 821-9, p.208 یعنی طفل مزبور به زن و مرد درخواست‌کننده ملحق می‌شود، نه به صاحبان نطفه).

قابل ذکر است که قبل از اصلاح قانون مدنی فرانسه به سال ۱۹۹۴، راجع به پذیرش دعوای نفی ولد در موارد یادشده بین قضات اختلاف نظر بود و دیوان تمیز فرانسه نپذیرفته بود که رضایت زن و مرد متقاضی مانع اعتراض به نسب باشد؛ زیرا ماده ۹-۳۱۱ قانون مدنی اسقاط حق اعتراض به نسب و به دیگر سخن، صرف نظر کردن از دعوای نسب را منع می‌کرد؛ ولی رویه قضایی با قبول دعوای مسئولیت مدنی بر نفی‌کننده نسب آن را تعدیل کرده بود. دادگاه‌ها در این گونه موارد می‌توانستند یا به جبران خسارت حکم دهند یا با حکم به اجرای عین تعهد نفی ولد را رد کنند.

با وجود این، علمای حقوق عدم استماع دعوای نفی ولد را پیشنهاد می‌کردند و همین راه حل مورد قبول قانون‌گذار ۱۹۹۴ واقع شد. لیکن این سؤال مطرح شده است که این نسب اجباری صرف نظر از آثار مالی آن چه فایده‌ای دارد و اظهار نظر شده است که می‌توان حکم به جبران خسارت را بر این نوع نسب که برخلاف واقعیت‌های عاطفی و ژنتیکی است ترجیح

### حدود منع نفی ولد

در دو مورد دعوی نفی ولد پذیرفته می‌شود: یکی موردی که رضایت ابراز شده به علت فوت، تقاضای طلاق یا تفریق جسمانی، قطع زندگی مشترک، یا اعلام کتبی رجوع از رضایت نزد پزشکی که عهده‌دار کمک به تولید مثل است بی‌اثر شده باشد و دیگر آنکه طفل، ناشی از تولید مثل با کمک پزشکی که تشریفات و مقررات خاصی دارد نباشد. (Art. 311-20, al.2 et 3 C.civ.) البته بار اثبات بر عهده نافی نسب است و این امر با هر دلیلی، از جمله آزمایش خون و تست ژنتیکی، قابل اثبات است. هنگامی که تولید مثل با مداخله ثالث اهداکننده نطفه که نام او مخفی است انجام می‌گیرد اثبات فقدان نسب دشوارتر و حساس‌تر است. در این فرض قاضی می‌تواند ویژگی‌های ژنتیکی شخص ثالث را بدون آگاهی از هویت او بررسی کند تا تشخیص دهد که آیا کودک از نطفه او متکون شده است یا نه؟ (TERRÉ, no 978, p.826)

### ۳- عدم مسؤلیت اهداکننده نطفه

برابر بند ۲ ماده ۱۹-۳۱۱ قانون مدنی فرانسه «هیچ دعوی مسؤلیت علیه اهداکننده قابل طرح نیست». این عبارت دارای قلمروی گسترده است و شامل هرگونه دعوی مسؤلیت ناشی از وجود طفل، هزینه‌های مادی یا خسارت معنوی است و به موجب آن هیچ کس خواه طفل یا ورثه او، خواه زن و مرد متقاضی نمی‌توانند بر اهداکننده اقامه دعوی کنند. لیکن این سؤال مطرح شده که آیا قواعد عمومی مسؤلیت مدنی در این مورد کافی نبوده است. مسؤلیت بدون تقصیر (یعنی) موضوع بند ۱ ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی (مسؤلیت ناشی از اشیاء تحت حفاظت شخص) در اینجا مطرح نمی‌شود؛ زیرا نطفه را نمی‌توان شیء تحت حفاظت اهداکننده دانست؛ پس مسؤلیت اهداءکننده طبق قواعد عمومی باید مبتنی بر تقصیر باشد و تقصیر او هنگامی مطرح می‌شود که با آگاهی از عیب یا بیماری یا حتی با سوء نیت اقدام به اهداء نطفه کرده باشد. ماده ۱۹-۳۱۱ قانون مدنی ممکن است راه را بر دعوی مسؤلیت مدنی در این گونه موارد ببندد که بعضی از استادان حقوق از آن اظهار تأسف کرده‌اند. (TERRÉ, no 990, pp.829-830)

## بخش دوم - تولیدمثل مصنوعی در حقوق ایران

در حقوق ایران تا سال ۱۳۸۲ راجع به تولیدمثل مصنوعی با کمک پزشکی، به معنایی که در حقوق فرانسه برای آن قائل هستند، قانونی وجود نداشت؛ حتی در مورد تلقیح مصنوعی به روش قدیمی که بر طبق آن اسپرم مرد به طور مصنوعی وارد رحم زن می‌شد و جنین در رحم تشکیل شده، در آنجا پرورش می‌یافت نیز قانون ساکت بود. البته فقهای معاصر و حقوقدانان راجع به مشروعیت تلقیح مصنوعی و آثار وضعی آن خصوصاً الحاق طفل به صاحب نطفه و مادر اظهار نظر می‌کردند.<sup>۱</sup> روش‌های نوین تولیدمثل و به‌ویژه تشکیل جنین در آزمایشگاه و انتقال آن به رحم و کاربرد آنها در کشورهای پیشرفته و ایران و توجه خاص محافل پزشکی و حقوقی به این موضوع و برگزاری سمینارها و گردهمایی‌ها، به‌ویژه گردهمایی تخصصی باروری و ناباروری با عنوان «مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین» در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران به ابتکار پژوهشکده ابن‌سینا (مرکز پژوهشی بیولوژی و بیوتکنولوژی تولید مثل و نازایی)<sup>۲</sup> و پی‌گیری اشخاص ذیربط، گروهی از نمایندگان مجلس شورای اسلامی را بر آن داشت که طرح نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور را تهیه و به مجلس تقدیم نمایند. این طرح در ۱۳۸۲/۴/۲۹ با اصلاحاتی به تصویب مجلس و در ۱۳۸۲/۵/۸ به تأیید شورای نگهبان رسید و در روزنامه رسمی شماره ۱۷۰۳۳ مورخ ۸۲/۵/۲۹ منتشر گردید. گرچه این قانون دارای نقایص بسیار است و با قوانین کشورهای پیشرفته قابل مقایسه نیست، لیکن گام مهمی است که قانون‌گذار برای حل مسأله انتقال جنین برداشته و تحولی در این زمینه ایجاد کرده است. در این تحقیق، نخست از قواعد عمومی راجع به انتقال جنین از نظر فقهی و حقوقی سخن

---

۱. برای بحث از نسب ناشی از تلقیح مصنوعی ر.ک. دکتر سید حسین صفائی و دکتر اسدالله امامی، حقوق خانواده، ج ۲، چاپ سوم، ۱۳۸۱، انتشارات دانشگاه تهران، ش ۸۵ به بعد، ص ۹۹ به بعد؛ مختصر حقوق خانواده، چاپ پنجم، ۱۳۸۱، نشر میزان، ش ۳۴۵ به بعد، ص ۳۱۳ به بعد.

۲. برای آگاهی از مقالات ارائه شده در این گردهمایی، ر.ک. روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، «سمت» ۱۳۸۰. در این مجموعه مقالات ارزشمندی راجع به تولیدمثل با کمک پزشکی آمده که برخی از آنها مقالات منتشر شده پیشین و بعضی از آنها مقالات و سخنرانی‌های ارائه شده در گردهمایی مذکور است.

می‌گوییم و سپس به بررسی و نقد قانون یاد شده می‌پردازیم.

### الف - قواعد عمومی انتقال جنین از نظر فقهی و حقوقی

در حقوق ایران، تشکیل جنین آزمایشگاهی با تخمک و اسپرم زن و شوهر و انتقال آن به رحم زن منع قانونی ندارد. برابر قواعد عمومی طفل به پدر و مادر ژنتیکی خود، یعنی صاحب تخمک و اسپرم، ملحق می‌شود و رابطه طفل با صاحبان نطفه رابطه نسب مشروع است و طفل از کلیه حقوق اطفال مشروع از قبیل حضانت، ولایت قهری، نفقه و ارث برخوردار خواهد شد. فقهای عظام هم به این امر فتوی داده‌اند. (روش‌های نوین تولیدمثل مصنوعی، ص ۳۹۲ به بعد؛ روحانی، ۱۳۷۶، ص ۷۰). بدیهی است که این عمل زنا محسوب نمی‌شود و دلیلی بر منع آن وجود ندارد. پس طبق اصل اباحه باید مشروع شناخته شود و طفل ناشی از آن باید به زن و شوهر که صاحب نطفه هستند ملحق گردد.

امادر مورد انتقال جنینی که با اسپرم یا تخمک ثالث در آزمایشگاه تشکیل شده یا در فرضی که هم تخمک و هم اسپرم از اشخاص ثالث است و جنین حاصل از آن به رحم زن شوهردار بیگانه‌ای انتقال می‌یابد، مسأله قابل بحث و مورد اختلاف است. بعضی از فقهای معاصر آن را نامشروع دانسته‌اند<sup>۱</sup> و برخی به مشروعیت آن به استناد اینکه زنا به شمار نمی‌آید فتوا داده‌اند.<sup>۲</sup>

۱. آیت... تبریزی: «انتقال جنین مزبور به رحم زن دیگر، غیر از همسر زوج، جایز نیست» (روش‌های نوین تولیدمثل انسانی، ص ۳۹۳). آیت... فاضل لنکرانی: «قراردادن نطفه مرد در رحم زن اجنبیه و همچنین جنین متکون از نطفه غیر زوج جایز نیست» (همان کتاب، ص ۳۹۲). آیت... بهجت: «در صورتی که معلوم باشد اشکال دارد» (همان، ص ۳۹۲).

۲. آیت... موسوی اردبیلی: «با اجازه خود زن ثالث یا با درخواست او و با اجازه و درخواست شوهرش، اگر شوهر داشته باشد، بی‌اشکال است (روش‌های نوین تولیدمثل مصنوعی، ص ۳۹۵). آیت... سیستانی: «اگر مستلزم مجرمی دیگر مانند نگاه و لمس مجرم نباشد، گرچه دلیلی بر حرمت آن نیست، ولی احتیاط در ترک آن است» (همان، ص ۳۹۴). آیت... صانعی: «قراردادن نطفه مزوج شده در آزمایشگاه از مرد و همسرش به رحم زن دیگری برای رشد چنانکه در سؤال آمده فی حدنفسه مانعی ندارد و جایز است» (همان کتاب، ص ۳۹۶).

در حقوق جدید هم با توجه به اینکه عمل تولیدمثل به روش مذکور زنا به شمار نمی‌آید و تعریف زنا بر آن صدق نمی‌کند، اصولاً نباید آن را ممنوع دانست، هر چند که قانون جدید تشریفات برای آن قائل شده است. مسأله مهم در اینجا حکم وضعی انتقال جنین با نطفه اجنبی و به تعبیر روشن‌تر، وضعیت نسب طفلی است که از این طریق به دنیا می‌آید. آیا طفل به صاحب تخمک و اسپرم ملحق می‌شود یا به زن و شوهری که خواهان طفل هستند، در حالی که جنین از نطفه آنان متکون نشده است؟

نظریه سنتی این است که طفل به صاحب نطفه ملحق می‌شود. در باب انتقال جنین نیز اغلب فقهای معاصر چنین فتوا داده‌اند.<sup>۱</sup> نتیجه این نظر آن است که رابطه نسب با آثار آن از قبیل ولایت قهری، حضانت، نفقه و ارث بین طفل و صاحبان تخمک و اسپرم برقرار می‌گردد، در حالی که در مورد انتقال جنین آنان اغلب ناشناخته هستند و انگهی خواهان طفل نمی‌باشند و فقط به انگیزه خیرخواهی و نیکوکاری اقدام به اهداء نطفه یا جنین کرده‌اند. در مقابل، زن و شوهر متقاضی می‌خواهند از این طریق صاحب فرزند شوند و نیاز عاطفی و روانی خود به داشتن فرزند را رفع نمایند. پس از لحاظ منطقی و اجتماعی شایسته است که طفل به آنان ملحق شود، نه به صاحبان نطفه. عدم الحاق طفل به زن و شوهر متقاضی بی‌شک به مصلحت کودک نیست، زیرا در این صورت زن و شوهر تکلیفی به نگاهداری و تربیت و تأمین هزینه زندگی طفل نخواهند داشت و توارثی هم بین آنان نخواهد بود. صاحبان نطفه هم، بر فرض اینکه شناخته شوند، احساس مسؤلیت نسبت به طفلی که خواهان آن نبوده‌اند نمی‌کنند و شاید تحمیل حضانت و نفقه طفل بر آنان غیرعادلانه باشد. پس حل این مشکل به اجتهاد و قانون‌گذاری جدید نیاز دارد، چنانکه در کشورهایمانند فرانسه مشکل با مداخله قانون‌گذار حل شده است.

در مورد زنی که جنین را در رحم خود پرورش داده و طفل را به دنیا آورده، در حالی که تخمک از آن او نبوده است، بعضی از فقها به محرمیت زن با طفل فتوا داده‌اند. (آیت... مکارم شیرازی،

---

آیت... خامنه‌ای: «انتقال جنین به رحم زن مورد نظر در هر صورت منع شرعی ندارد» (همان، ص ۳۹۷).

۱. ر.ک. فتاوی متعدد که از فقهای خاصه و عامه در کتاب روش‌های نوین تولیدمثل انسانی، ص ۳۹۲ به بعد نقل شده است.

روش‌های نوین تولید مثل انسانی، ص ۳۹۷؛ آیت... فاضل لنکرانی، همان، ص ۳۹۵) برخی از حقوق‌دانان نیز رابطه طفل با زن را در حکم قرابت رضاعی دانسته‌اند. (نایب‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۳۳۷؛ مهرپور، روش‌های نوین تولیدمثل انسانی، ص ۱۷۰) لیکن قرابت رضاعی یا محرمیت فقط از لحاظ منع نکاح مؤثر است و سایر آثار نسب بر آن مترتب نیست و برای حمایت از طفل کفایت نمی‌کند.

برخی از فقها صاحب رحم را مادر طفل به شمار آورده (آیت... موسوی بجنوردی، همان، ص ۴۰۷؛ آیت... تبریزی، همان، ص ۳۹۳) یا قائل به دو مادر (صاحب تخمک و صاحب رحم) برای طفل شده‌اند<sup>۱</sup> که با مصلحت طفل سازگارتر است. در تأیید انتساب طفل به صاحب رحم به آیه شریفه «و ان امهاتهم الا اللانی ولدنهم»؛ یعنی «مادرانشان تنها کسانی هستند که آنان را ز ائیده‌اند» (مجادله/۲) نیز استناد کرده‌اند.<sup>۲</sup> هر چند گفته شده است که مراد از آیه زایمان نیست، بلکه مقصود آن است که زنی که منشأ بوجود آمدن فرزندی شود مادر او به شمار می‌آید؛ (آیت... خلیل قبله‌ای، روش‌های نوین تولیدمثل انسانی، ص ۲۶۹) یا اینکه آیه شریفه برای ردّ «ظهار»<sup>۳</sup> وارد شده و ناظر به مورد غالب است (یعنی در اغلب موارد، مادر واقعی طفل همان زنی است که او را زاییده است) که در زمان نزول آیه امر دائمی بوده و دلیل بر اعتبار و شرط ولادت برای صدق عنوان «مادر» نیست. (آیت... محمد مؤمن، ۱۴۱۵ هـ.ق، ص ۱۰۰)

اما در مورد الحاق طفل به شوهر زن صاحب رحم فتوایی که مشعر بر آن باشد دیده نشد؛ همه فقهای معاصر کودک را ملحق به صاحب نطفه دانسته‌اند، هر چند که برخی از فقها به

۱. آیت... فاضل لنکرانی می‌گوید: «۱- صاحب نطفه و تخمک پدر و مادر می‌باشند و صاحب رحم مادر عرفی کودک است؛ ۲- نسبت به پدر و مادر شرعی از همدیگر ارث می‌برند و نسبت به مادر عرفی احتیاط در مصالحه است» (همان، ص ۳۹۵).

۲. رک. فتوای آیت... خوئی به نقل از آیت... محمد مؤمن، کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ هـ.ق، ص ۹۹.

۳. «ظهار» عبارت از آن است که کسی به زنش بگوید: «انت علی کظهر امی» یعنی تو نسبت به من مانند پشت مادرم هستی. اعراب جاهلیت با کاربرد این سخن زوجه را در حکم مادر و عبارت مزبور را موجب حرمت ابدی می‌دانستند که آیه شریفه ۲ از سوره مجادله در ردّ آنها وارد شده است.



محرمیت طفل دختر با شوهر زن به عنوان اینکه ربیبه او می‌باشد قائل شده‌اند. (آیت... فاضل لنکرانی، روش‌های نوین تولیدمثل انسانی، ص ۳۹۵) فقه سنتی و روایات و اخبار مفید الحاق طفل به صاحب نطفه است، در حالی که مطلوب الحاق طفل به شوهر زن است و مصلحت طفل هم چنین اقتضا می‌کند. در این جااست که اجتهاد و قانون‌گذاری جدید براساس مصلحت جامعه می‌تواند کارساز باشد. قانون اهداء جنین، چنانکه خواهیم دید، تا حدی این مشکل را حل کرده، بی‌آنکه الحاق کامل طفل به شوهر صاحب رحم را بپذیرد و حق ارث بردن برای او قائل گردد.

باید یادآور شد که در تولیدمثل مصنوعی، در صورتی که احتمال تکوین جنین از نزدیکی شوهر با زن وجود داشته باشد، برطبق امارهٔ فراش (مادهٔ ۱۱۵۸ ق.م.) طفل به شوهر زن ملحق می‌شود، مگر اینکه ثابت شود که از نطفهٔ شخص دیگری بوده است. (صفائی و امامی، حقوق خانواده، ج ۲، ش ۹۱، ص ۱۰۵)

### اجاره یا عاریهٔ رحم

ممکن است زن و شوهری که صاحب نطفه هستند و می‌توانند جنینی با تخمک و اسپرم خود در آزمایشگاه تشکیل دهند، لیکن زن قادر به پرورش جنین در رحم خود نیست، با زن دیگری قرارداد معوض یا غیرمعوض پرورش جنین برای آنان منعقد کنند. این عمل که در فرانسه «تولید مثل برای دیگری» نامیده شده و در حقوق ما از آن به اجاره یا عاریهٔ رحم نیز تعبیر می‌شود محل بحث و اختلاف است. در این گونه قرارداد زن صاحب رحم یا «مادر جانشین» در ازاء اجرت یا به رایگان تعهد می‌کند جنین دیگران را در رحم خود پرورش داده، طفل را پس از تولد به صاحبان جنین تحویل دهد. آیا چنین قراردادی که به وضعیت اشخاص و جسم انسان مربوط است و به نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز ارتباط دارد معتبر و نافذ است؟ در حقوق فرانسه، چنانکه گفتیم، آن را باطل می‌دانند؛ لیکن برخی از فقها و حقوقدانان به جواز و صحت آن فتوا داده‌اند. (آیت... صافی گلپایگانی، روش‌های نوین تولیدمثل انسانی، ص ۴۰۱؛ اسد... امامی، وضعیت حقوقی باروری مصنوعی و انتقال جنین، همان، ص ۲۵۱؛ مهرپور، نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی، همان، ص ۱۷۲.) با وجود این می‌توان گفت: چنین قراردادی تصرف در وضعیت شخص و جسم انسان و برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه (مادهٔ ۹۷۵ ق.م.) به شمار می‌آید و از این رو فاقد اعتبار است و

تعهدی برای طرفین ایجاد نمی‌کند.<sup>۱</sup> بنابراین صاحبان جنین می‌توانند از پرداخت اجرت مورد تعهد خودداری نمایند؛ و نیز به عنوان این که صاحبان اسپرم و تخمک هستند و طفل متعلق به آنان است، می‌توانند استرداد طفل را بخواهند. برخی از فتاوی‌های فقهی با این نظر سازگار است.<sup>۲</sup> قابل ذکر است که برخی از فقهای اسلامی نیز اجاره یا عاریه رحم را حرام دانسته‌اند<sup>۳</sup> که با حرمت انسان و نظریه‌های جدید راجع به آن بیشتر وفق می‌دهد. قانون جدید اهداء جنین، برخلاف قانون فرانسه، اشاره‌ای به اجاره یا عاریه رحم یا تولیدمثل برای دیگری نکرده و چاره‌ای جز رجوع به قواعد عمومی در این زمینه نیست.

حال ببینیم قانون اهداء جنین به زوجین نابارور چه قواعدی آورده و تا چه حد با اصول و مبانی فقهی و حقوقی و مصلحت اجتماعی سازگار است.

### ب - قانون اهداء جنین به زوجین نابارور

چنانکه اشاره شد، برای حل مشکل زوجین نابارور و تأمین خواسته آنان در ۸۲/۴/۲۹ قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد که در ۱۳۸۲/۵/۸ مورد تأیید شورای نگهبان واقع می‌شود. این قانون که دارای ۵ ماده است در مقایسه با قوانین کشورهای پیشرفته به‌ویژه قوانین فرانسه بسیار ابتدایی و ناقص است؛ لیکن از لحاظ اینکه مسأله انتقال جنین را تا حدی حل کرده و قواعد و ضوابط تازه‌ای آورده و تحولی در حقوق ایران ایجاد کرده قابل توجه است. برای روشن شدن مفاد قانون جدید شرایط و آثار انتقال جنین براساس قانون مزبور را بررسی می‌نماییم.

۱. برای آگاهی از یک رأی که در ایالات متحده صادر شده و نظرهای موافق و مخالف راجع به اجاره رحم در آن کشور، ر.ک. کاتوزیان، *توالد بدون عشق، توجیه و نقد رویه قضایی*، نشر میزان ۱۳۷۷، ص ۴۷ به بعد.
۲. آیت‌الله خامنه‌ای: «با فرض اینکه فرزند ملحق به مرد و زن صاحب نطفه و تخمک است، حق استرداد برای آنان ثابت است» (روش‌های نوین تولید مثل انسانی، ص ۳۹۸).
۳. ر.ک. خلاصه نظرات مجلس فقهی اسلامی در مکه مکرمه، همان کتاب، ص ۴۱۱: «ترکیب نطفه مرد و همسرش در آزمایشگاه و انتقال آن به رحم زن دیگر - رحم اجاره‌ای یا عاریه‌ای - حرام است».

## ۱- شرایط انتقال جنین

انتقال جنین در قانون جدید از لحاظ شرایط درخواست‌کنندگان، شرایط صاحبان جنین و تشریفات قابل بررسی است:

### شرایط درخواست‌کنندگان

برابر ماده ۲ قانون، افراد درخواست‌کننده باید شرایط زیر را دارا باشند:

یک - زن و شوهر باشند. قانون‌گذار در مواد مختلف از زن و شوهر و زوجین سخن گفته است و مسلم است که این حق را فقط برای زن و شوهر قانونی قائل شده است. بنابراین زن و مردی که رابطه قانونی نکاح بین آنان وجود ندارد، هرچند زندگی مشترک داشته باشند، در حقوق ایران، برخلاف حقوق فرانسه، نمی‌توانند از این روش بهره‌مند گردند. همچنین زن مجرد یا زن شوهر مرده نمی‌تواند از این طریق صاحب فرزند شود و از این لحاظ قانون ایران با قانون فرانسه هماهنگی دارد.

دو - بنابه گواهی معتبر پزشکی، امکان بچه‌دار شدن نداشته باشند و زوجه استعداد دریافت جنین را داشته باشد؛

سه - زوجین دارای صلاحیت اخلاقی باشند؛

چهار - هیچ یک از زوجین محجور نباشند؛

پنج - هیچ یک از زوجین مبتلا به بیماری‌های صعب‌العلاج نباشند؛

شش - هیچ یک از زوجین معتاد به مواد مخدر نباشند؛

هفت - زوجین تابعیت جمهوری اسلامی ایران را داشته باشند.

شرایط فوق براساس مصلحت خانواده خصوصاً مصلحت طفل مقرر شده است. بدیهی است زن و مرد مجرد یا زن و شوهری که صلاحیت اخلاقی نداشته یا محجور بوده یا مبتلا به بیماری‌های صعب‌العلاج و اگیردار یا معتاد به مواد مخدر باشند نمی‌توانند پدر و مادر شایسته‌ای برای طفل باشند و منافع مادی و معنوی او را، چنانکه باید، تأمین کنند. اما شرط داشتن تابعیت جمهوری اسلامی قابل بحث است. این شرط دارای چه مبنایی است؟ به نظر می‌رسد که شرط مزبور با این تصور که زن و شوهر خارجی نمی‌توانند منافع کودک را تأمین کنند ذکر شده است و

مبتنی بر فکر تفاوت بین خودی و بیگانه و بدبینی نسبت به بیگانگان است و حال آنکه در جهان امروز اصل تساوی اتباع کشور و بیگانگان در قوانین کشورهای پیشرفته پذیرفته شده و بدبینی نسبت به بیگانگان، خصوصاً محرومیت بیگانگان مقیم ایران از داشتن فرزند، از طریق اهداء جنین، دلیل موجهی ندارد. اگر مبنای این قاعده اصل عدم سلطه کافر بر مسلمان و آیه شریفه «لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا»<sup>۱</sup> باشد، باز هم قاعده مذکور قابل ایراد می‌نماید؛ زیرا اولاً، همه زن و شوهرهای خارجی نامسلمان نیستند؛ ثانیاً، ممکن است اهداکنندگان جنین نامسلمان باشند.

در طرح نخستین اهداء جنین (اداره کل پژوهش و اطلاع رسانی نهاد ریاست جمهوری، نشریه داخلی اطلاع‌رسانی حقوقی، ش. ۹، ۱۳۸۰، ص ۲۹) دو شرط دیگر نیز دیده می‌شد: یکی آنکه زوجین یا یکی از آنها دارای امکان مالی مناسب باشد و دیگر آنکه هیچ یک از زوجین محکومیت جزایی مؤثر به علت ارتکاب جرایم عمدی نداشته باشد. عدم ذکر این دو شرط در قانون مصوب نیز قابل ایراد است. وانگهی در طرح نخستین، شرط عدم ابتلاء به «بیماری‌های واگیر صعب‌العلاج» آمده که در قانون مصوب به «بیماری‌های صعب‌العلاج» تبدیل شده است. این تغییر نیز دلیل موجهی ندارد؛ زیرا صرف داشتن بیماری صعب‌العلاج، اگر واگیر نباشد، نباید موجب محرومیت خانواده از داشتن فرزند با استفاده از روش مذکور گردد.

### شرایط صاحبان جنین

برابر ماده ۱ قانون یادشده، صاحبان جنین باید اولاً زن و شوهر قانونی و شرعی باشند و به دیگر سخن، جنین اهدایی از اسپرم و تخمک زن و شوهر قانونی حاصل شده باشد؛ ثانیاً جنین اهدایی از تلقیح خارج از رحم حاصل شده باشد؛ ثالثاً زوجین صاحب جنین کتباً با انتقال آن موافقت نمایند.

با توجه به کلمات «اهداء جنین» و «جنین اهدایی» و «زوجین اهداگیرنده»<sup>۲</sup> که در قانون به کار

۱. سوره نساء، آیه ۱۴۱.

۲. کلمه «اهداگیرنده» که در قانون به کار رفته از لحاظ ادبی قابل ایراد است.

رفته است به نظر می‌رسد که قانون خرید و فروش جنین را نپذیرفته است و این با اصل حرمت شخصیت انسان، حتی در مرحله جنینی، و غیرقابل معامله بودن آدمی سازگار است. در حقوق فرانسه هم کلمه don به کار رفته که مفید همین معنی است. به نظر می‌رسد که اهدا در اینجا یک عمل حقوقی غیرمالی است و از مقوله «هبه» که از قراردادهای مالی و سبب تملیک مجانی مال می‌باشد به شمار نمی‌آید. در هبه یک نفر مالی را مجاناً به دیگری تملیک می‌کند (ماده ۷۹۵ ق.م.ا) در حالی که در اهداء جنین موضوع اهدا مال نیست، تا قابل هبه و تملیک باشد. بنابراین می‌توان گفت اهداء جنین که به قصد و رضای دو طرف نیاز دارد یک قرارداد غیرمالی است.

### تشریفات اهداء جنین

از لحاظ شرایط صوری و تشریفات، به موجب قانون جدید، علاوه بر موافقت کتبی زوجین صاحب جنین، زن و شوهر متقاضی باید مشترکاً تقاضای کتبی خود را تنظیم و تسلیم دادگاه کنند (ماده ۲). قانون به صراحت از کتبی بودن درخواست سخنی نگفته ولی از کلمه «تنظیم» این امر قابل استنباط است. دادگاه صالح در این خصوص دادگاه خانواده است که خارج از نوبت و بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی به درخواست رسیدگی و تصمیم‌گیری می‌کند. «عدم تأیید صلاحیت زوجین قابل تجدیدنظر می‌باشد» (ماده ۴). از لحاظ صلاحیت نسبی در طرح نخستین به صلاحیت محاکم خانواده «محل سکونت زوجین» تصریح شده بود؛ ولی معلوم نیست به چه دلیل این قید در قانون مصوب حذف شده است. دادگاه خانواده در صورتی با انتقال جنین موافقت می‌کند که وجود شرایط لازم در درخواست کنندگان را احراز کند. یکی از این شرایط که جنبه تشریفات دارد ارائه گواهی معتبر پزشکی مبنی بر عدم امکان بچه‌دار شدن زوجین و استعداد زوجه برای دریافت جنین است. قانون از مرجع صادرکننده گواهی و کیفیت صدور آن سخنی نگفته و از این لحاظ ناقص است و شایسته است در آیین نامه اجرایی قانون این نقیصه، با بهره‌گیری از حقوق تطبیقی از جمله حقوق فرانسه، مرتفع گردد.

### ۲- آثار انتقال جنین

برابر ماده ۳ قانون نحوه اهداء جنین «وظایف و تکالیف زوجین اهدا گیرنده جنین و طفل

متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است.» این عبارت مشابه ماده ۱۱ «قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب ۱۳۵۳ می‌باشد. در واقع قانون‌گذار جدید با اقتباس از ماده ۱۱ قانون یاد شده، برای طفل ناشی از انتقال جنین همان حقوق و تکالیفی را قائل شده است که قانون‌گذار ۱۳۵۳ برای طفل تحت سرپرستی در نظر گرفته است. قابل ذکر است که در قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست عبارت «نظیر حقوق و تکالیف اولاد و پدر و مادر» ذکر شده، در حالی که در قانون اخیر عبارت «نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر» آمده است. در عبارت مصوب مجلس شورای اسلامی «حقوق و تکالیف...» ذکر شده بود که طبق نظر شورای نگهبان و برای هماهنگی با صدر ماده به «وظایف و تکالیف» تغییر یافت. به نظر می‌رسد که وظایف و تکالیف دو کلمه مترادف هستند که ذکر آن در قانون قابل ایراد است و بهتر بود به جای حذف «حقوق» از ذیل ماده و افزودن کلمه وظایف به آن، صدر ماده به «حقوق و تکالیف» تبدیل می‌شد.

به هر حال از ماده ۳ قانون چنین برمی‌آید که توارث بین طفل حاصل از انتقال جنین و زن و شوهر پذیرنده وجود ندارد و این قاعده با نظر فقهای اسلامی و شورای نگهبان منطبق است. توضیح آنکه در ماده ۳ مصوب مجلس شورای اسلامی چنین آمده بود: «رعایت حقوق و تکالیف حاکم بر روابط فرزند و پدر و مادر بر زوجین گیرنده جنین الزامی است؛ ولی شورای نگهبان آن را نپذیرفت، با این استدلال که «اگر مقصود از مفاد ماده ۳ ترتب کلیه آثاری است که برای فرزند واقعی می‌باشد، خلاف شرع است و اگر مقصود دیگری است مشخص شود تا اظهار نظر گردد.» از این عبارت به وضوح برمی‌آید که شورای نگهبان حق توارث بین طفل و زوجین پذیرنده قائل نیست؛ زیرا چنانکه گفتیم، فقها طفل را به صاحبان اسپرم و تخمک ملحق می‌کنند و فقط بین آنان توارث قائلند. بنابراین، در حقوق ایران، برخلاف حقوق فرانسه، بین طفل و زن و شوهر پذیرنده توارث وجود ندارد. اما در مورد منع نکاح بین طفل و زوجین پذیرنده و اقربای نزدیک آنان از ظاهر قانون که آثار قرابت ناشی از انتقال جنین را احصا کرده برمی‌آید که منع نکاح وجود ندارد، در حالی که چنین طفلی به منزله فرزند پذیرندگان است و عرف و مصلحت طفل و خانواده و جامعه اقتضا می‌کند که این قرابت مانند قرابت نسبی یا رضاعی مانع نکاح و سبب محرمیت باشد. برخی از فقهای معاصر هم گفته‌اند که زنی که جنین را در رحم خود پرورش داده

مادر یا در حکم مادر است و شوهر زن، اگر طفل دختر باشد، ریبیه او به شمار می آید که از محارم است. بنابراین جا داشت که قانون گذار به منع نکاح تصریح می کرد. به علاوه یکی از اشکالات وارد بر ماده ۱۱ قانون حمایت از اطفال بدون سرپرست که بر ماده ۳ قانون جدید هم وارد است این است که در مورد نفقه به متقابل بودن آن تصریح نکرده است و جای سؤال باقی است. با وجود این، از آنجا که این گونه اطفال مانند فرزندان نسبی هستند و قرابت بین آنان و زوجین پذیرنده نظیر قرابت بین ابوی و اولاد است، به نظر می رسد که می توان تکلیف به انفاق را یک تکلیف متقابل دانست، یعنی همان طور که پدر و مادر مکلف به دادن نفقه به چنین فرزندی هستند، فرزند نیز بر طبق مقررات راجع به نفقه اقارب مکلف به دادن نفقه به پدر و مادر نیازمند است.

## نتیجه

از آنچه گفتیم می توان این نتایج زیر را به دست آورد:

۱- تولیدمثل مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین یکی از موضوعات مهمی است که در کشورهای مختلف از جمله فرانسه و ایران از لحاظ حقوقی مورد بحث و بررسی واقع شده و قوانینی راجع به آن به تصویب رسیده است. در فرانسه دو قانون به سال ۱۹۹۴ به تصویب رسیده که یکی قانون مدنی و دیگری قانون سلامت عمومی را اصلاح کرده و هر دو قانون نوآوری های قابل توجهی داشته اند. در ایران نیز قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور در تیرماه ۱۳۸۲ به تصویب رسیده که مقررات جدیدی در این زمینه آورده و تحولی در حقوق ایران ایجاد کرده که اصولاً قابل تأیید است.

۲- قانون ایران در مقایسه با قوانین فرانسه بسیار ناقص و ابتدایی است. در حالی که قوانین فرانسه مشتمل بر مقررات تفصیلی راجع به شرایط و محدودیت های تولیدمثل با کمک پزشکی از لحاظ افراد در خواست کننده، تشریفات، سلسله مراتب و روش های قابل استفاده است و تدابیری برای سلامت خانواده، مادر و طفل ناشی از تولیدمثل مصنوعی اندیشیده و آثار وضعی تولیدمثل با کمک پزشکی (عدم الحاق طفل به صاحب نطفه، الحاق طفل به زن و مرد متقاضی و عدم مسؤلیت اهداکننده نطفه) را نیز روشن کرده، قانون ایران فقط مشتمل بر پنج ماده است

که به اختصار از شرایط اهدا و انتقال جنین و تشریفات و آثار آن سخن می‌گوید.

۳- مسأله تلقیح مصنوعی و تشکیل و انتقال جنین آزمایشگاهی در فقه جدید نیز مطرح شده و از مسائل مستحدثه به شمار می‌آید که اختلاف نظر راجع به آن بسیار است؛ به‌ویژه مسأله الحاق طفل به زن و شوهری که خواهان طفل هستند، در حالی که جنین از اسپرم و تخمک آنان نیست، کاملاً حل نشده و نیاز به اجتهاد جدید دارد.

۴- قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور با بهره‌گیری از فتاوی‌ای فقها و اندیشه‌های حقوقی مشکل خانواده‌های عقیم را تا حدی حل کرده است. این قانون به زن و شوهر عقیم امکان می‌دهد که با پذیرش جنینی که از اسپرم و تخمک زن و شوهر دیگری در آزمایشگاه تشکیل شده به آرزوی خود به داشتن فرزند تحقق بخشند. تدابیری هم در قانون برای حمایت از طفل حاصل از این روش اتخاذ شده است، چنانکه قانون مقرر داشته است که وظایف و تکالیف زوجین اهداگیرنده و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است. قانون با توجه به فقه و فرهنگ و اخلاق جامعه استفاده از این روش را محدود به زن و شوهر عقیم کرده و در مورد زن و مرد صاحب جنین نیز وجود رابطه نکاح شرعی و قانونی بین آنان را ضروری دانسته است، در حالی که در حقوق فرانسه شرط ازدواج دیده نمی‌شود و دو سال زندگی مشترک در مورد درخواست کنندگان کافی است.

۵- قانون ایران، به‌رغم نوآوری‌ها و جنبه‌های مثبت، دارای نقایص و نارسایی‌هایی است که در ذیل به برخی از آنها اشاره می‌شود:

- به اجاره یا عاریه رحم و جواز یا منع آن اشاره‌ای نکرده، حال آنکه در قانون فرانسه، تولیدمثل یا بارداری برای دیگری به صراحت منع شده است.

- در قانون ایران فقط مقرراتی برای اهداء جنین به زوجین نابارور آمده است، در حالی که فروض دیگری برای تولیدمثل با کمک پزشکی وجود دارد که قانون نسبت به آنها ساکت است، مانند اهداء اسپرم یا تخمک، تشکیل جنین در آزمایشگاه با تخمک و اسپرم زن و شوهری که نمی‌توانند به طور طبیعی بچه‌دار شوند و انتقال آن به رحم همان زن، دریافت جنین آزمایشگاهی به وسیله زن مجرد یا بیوه جهت پرورش در رحم خود، انعقاد جنین با نطفه شوهر بعد از مرگ او و انتقال جنین به رحم زوجه که در قوانین فرانسه مقرراتی راجع به آنها آمده است.



- در قانون ایران، ضمانت اجرایی برای تخلف از مقررات قانونی اهدا و انتقال جنین پیش‌بینی نشده، در حالی که در قانون فرانسه ضمانت اجرای مدنی و کیفری برای آن مقرر گردیده است.

- از لحاظ آثار نسب ناشی از انتقال جنین نیز قانون ایران ناقص است، چنانکه به منع نکاح بین طفل و زوجین دریافت‌کننده اشاره‌ای نکرده و در مورد نفقه هم روشن نیست که آیا تکلیف انفاق یک تکلیف متقابل است (مانند نفقه ابویین و اولاد) یا تکلیف یک جانبه که فقط زوجین دریافت‌کننده مکلف به آن هستند. در مورد مخفی بودن یا نبودن هویت اهداکنندگان جنین نیز تصریحی در قانون ایران دیده نمی‌شود، در حالی که در قانون فرانسه تصریح شده است که اهداکنندگان نطفه باید بی‌نام باشند، یعنی هویت آنان نباید فاش گردد.

- درباره ارث، قانون ایران، به تبعیت از فقها، توارث بین طفل و دریافت‌کنندگان جنین را نپذیرفته است؛ زیرا طبق نظریه سنتی طفل به صاحب اسپرم و تخمک ملحق می‌شود و فقط از آنان ارث می‌برد و این در حالی است که چه بسا صاحبان نطفه ناشناخته‌اند و انگهی خواهان طفل نبوده و به انگیزه نوع دوستی و خیرخواهی اقدام به اهداء جنین کرده‌اند؛ لیکن زوجین دریافت‌کننده خواهان طفل بوده و او را به فرزندی پذیرفته‌اند و به‌ویژه زن او را در رحم خود پرورش داده است و از این رو برخی از فقها فقط او را مادر نسبی طفل شناخته یا دو مادر برای طفل قائل شده‌اند. بنابراین مصلحت طفل و خانواده و جامعه در این است که طفل به زوجین دریافت‌کننده ملحق گردد و توارث هم بین آنان وجود داشته باشد. البته این مسأله نیاز به اجتهاد و قانون‌گذاری جدید دارد. و شاید مجمع تشخیص مصلحت نظام بتواند این مشکل را حل کند، چنانکه در کشورهای پیشرفته، با قانون‌گذاری و عدول از نظریه سنتی، مسأله حل شده است.

### کتابنامه:

- 1- Code civil, Dalloz 2001.
- 2- Code de la santé publique, Dalloz 1999.
- 3- MAZEAUD (H.L.J.) et CHABAS (F.), (1995), Leçons de droit civil, T.I, 3e vol., la famille, 7e éd. par LEVENTEUR (L.), Paris.
- 4- Robellin-Devichi (J.), (1999), dir. Droit de la famille, Dalloz action.

5- TERRÉ (F.) et Fenouillet (D.), (1999), Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités, Paris Dalloz.

۶- روحانی، محمد و نوغانی، فاطمه، (۱۳۷۶)، احکام پزشکی، مؤسسه فرهنگی - انتشارات تیمورزاده، تهران.

۷- روش‌های نوین تولیدمثل انسانی (مجموعه مقالات)، سازمان مطالعه و تدوین کتب درسی (سمت)، تهران ۱۳۸۰.

۸- صفائی، سید حسین - امامی، اسدالله، (۱۳۸۱)، حقوق خانواده، ج ۲، چاپ سوم، انتشارات دانشگاه تهران؛ مختصر حقوق خانواده، چاپ پنجم، نشر میزان، تهران ۱۳۸۲.

۹- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۷)، توجیه و نقد رویه قضایی، نشر میزان، تهران.

۱۰- مؤمن، محمد، (۱۴۱۵ هـ.ق)، کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة، مؤسسه النشر الاسلامی.

۱۱- نایب‌زاده، عباس، (۱۳۸۰)، بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی، مجمع علمی و فرهنگی مجلد، تهران.

۱۲- نشریه داخلی اطلاع رسانی حقوقی، اداره کل پژوهش و اطلاع رسانی نهاد ریاست جمهوری، ش ۹، ۱۳۸۰.