

چون مهر فرزند؛ گفتاری در جایگزینی رحم از منظر فلسفه حقوق

حسن جعفری تبار (Ph.D.)

- گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

چکیده

حقوق برای تأیید یا رد جایگزینی رحم و یا تعیین مادر و پدر برای فرزند می‌تواند به عنصر، به انس نظر داشته باشد؛ رفتاری که انس را مضاعف می‌کند، حقوقی / اخلاقی است و رفتاری که انس را تضعیف کند، غیرحقوقی و غیراخلاقی. نخست باید فرزند در مرکز مطالعه فلسفه حقوق درباره رحم جایگزین قرار گیرد، و سپس حقوق مادران در ساختار آن تعریف شود. ما این مدعماً را در اینجا "مهر فرزند" نام می‌نهیم.

تا جایی که هنوز در اثبات جایگزینی رحم یا در نفی آن، دلیلی روشن نیست، باید از وضع قانون گریخت و به رویه قضایی فرصت داد تا در هر مورد، با نظر کردن به همه اصول و قواعد حقوقی، بهترین راه را انتخاب کند. باید اذعان کرد که اغلب، قراین به سود صاحب نطفه است و فهم متعارف، عشق صاحب اسپرم و صاحب تخمک را قوی‌تر از محبت صاحب رحم می‌شناسد. اما جایی که حقیقت در پرده ابهام است و ادعای مهر و محبتها با یکدیگر پهلو می‌زنند قاضی سرانجام کسی را مادر خواهد دانست که در مجموع، شایسته مادری است. حفظ مصلحت و غبطه کودک، شرط اول قدم است و در هر مورد جداگانه باید این صرفه را با تکیه بر قراین و امارات تعیین کرد؛ آن که برای زیبایی اندامش و پرهیز از درد، از بچه‌دار شدن امتناع می‌کند و به رحم جایگزین روی می‌آورد باید این انتظار را داشته باشد که دادگاه، در موضعی ضعیفتر از زنی بنشاندش که درد زه را تحمل کرده است. به عکس، در موردي که مرد و زنی در آخرین چاره، به رحم جایگزین روی آورده‌اند، دادرس باید آنان را به کودک، نزدیکتر از زنی بداند که به اضطراری مالی، به آن تن داده است. همچنین برای حل معضل حقوقی جایگزینی رحم، باید بیش از آنکه به حقوق قراردادها تکیه کنیم، بر حقوق مسئولیت مدنی تأکید ورزیم. پس اگر دادگاه صاحب تخمک را مادر بداند، باید به مادر حامل، حق داد که پس از وضع حمل، برای جدایی از محبوب خود، از صاحبان نطفه، خسارت معنوی مطالبه کند.

کلید واژگان: عشق، فیلیا، انس، ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی، فرزند، رویه قضایی، قانون، مادر، نسب، قرارداد، مسئولیت مدنی، فرض حقوقی، ناباروری، رحم جایگزین.

مسئول مکاتبه: حسن جعفری تبار (Ph.D.)، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، خیابان انقلاب، تهران، ایران.

پست الکترونیک: htabar@ut.ac.ir

رفتاری که انس را تضعیف کند، غیرحقوقی / غیراخلاقی، حتی اگر این رفتار، نسب از اگپی داشته باشد. فیلیا نیز در اینجا بیشتر به رابطه فرزند با مادر و پدر ناظر است نه به نسبت مادران و پدران. به بیانی دیگر، نخست باید فرزند در مرکز مطالعه فلسفه حقوق درباره رحم جایگزین قرار گیرد، سپس حقوق مادران در ساختار آن تعریف شود. ما این مدعای را در اینجا "مهر فرزند" نام می‌نهیم:

بساطی سبز چون جان خردمند

هوایی معتمد چون مهر فرزند
(خسرو و شیرین نظامی)

۳. مشخصه‌های سبکی حقوق کامجویانه و عاشقانه را می‌توان در پنج سطح بیان کرد:

الف) در حقوق کامجویانه، مفهوم نکاح، مساوی و مساوی با تمتع جنسی است، لیکن در حقوق عاشقانه مقصود از خانواده، پایبند ساختن زن و مرد است به یکدیگر و مکلف کردن آنان به تربیت و حضانت فرزندان. ب) زن در حقوق کامجویانه شیئت می‌یابد؛ موضوع بهره‌برداری می‌گردد و گاه با او معامله برده می‌شود.

ج) ادبیات حقوق کامجویانه با به‌کارگیری اصطلاحات استمتعایی، به پورنوگرافی و الفیه و شلفیه نزدیک است اما حقوق عاشقانه عفاف کلام خود را حفظ می‌کند.

د) حقوق کامجویانه فقط زن را به وفاداری ملزم می‌داند و این استعداد را دارد که مرد را به نقض وفاداری ترغیب کند. اما در حقوق عاشقانه، زن نیز این حق را دارد که خواهان پایبندی مرد به خانواده‌اش باشد.

و) حقوق کامجویانه، شهوت را سرسری می‌گیرد و برای مثال ممکن است شرط خودداری از برقراری رابطه جنسی را شرطی درست در عقد نکاح بداند. لیکن حقوق عاشقانه شهوت را در مقام خود می‌نشاند و آن را همچون ملعبه‌ای نمی‌خواهد. برای نمونه، چنین شرطی در حقوق عاشقانه خلاف مقتضای ذات عقد نکاح محسوب می‌شود.

۱. با شناسایی دو پارادیم^۱ تاریخی در حقوق خانواده ایران، آنها را حقوق کامجویانه (حقوق سنتی) و حقوق عاشقانه (حقوق مدرن) نام نهاده‌ایم (۱). این دو نگاه را در تحلیل مراتب چهارگانه "عشق" بهتر می‌توان تبیین کرد: الف. شهوت^۲ که شور حیات و ماده جذب دو موجود به یکدیگر است. ب. عشق رومانتیک^۳ که تعالی شهوت به سوی ایثار است و ماده خام شعر و ادبیات.

ج. انس و محبت (فیلیا^۴) در اینجا دیگر شهوتی وجود ندارد و آنچه هست صرف دوست‌داشتن است؛ همچون محبت مادر و پدر به فرزند، و عشق دو دوست به یکدیگر. عشق مرد و زن نیز اگرچه در آغاز ازدواج رومانتیک است اما در ادامه و به‌ویژه با تولد فرزندان، به انس بدل می‌شود. این عشق، در اصطلاح اریش فروم، همان وابستگی عاشق و معشوق به یکدیگر است.^۵ د. عشق به کل^۶ عشقی عرفانی است که در عین اختلاف با سه عشق پیشین، جامع همه آنها نیز هست. اگر فیلیا وابستگی است، اگپی گستین از وابستگی در عین وابستگی است:

غلام همت آنم که زیر چرخ کبود

ز هرچه رنگ تعلق پذیرد آزاد است

۲. حقوق کامجویانه فقط در سطح لبیدو و توقف می‌کند اما حقوق عاشقانه با عبور از لبیدو و حتی اروس، به سطح فیلیا ارتقا می‌یابد. اگپی اما ساحتی فراختر از حقوق دارد و حقوق به تنهایی قادر به پیش‌بینی حجم آن نیست^۷ (۲). سخن اصلی این مقاله آن است که حقوق باید برای تأیید یا رد جایگزینی رحم و یا تعیین مادر برای فرزند، به فیلیا و انس نظر داشته باشد؛ رفتاری که انس را مضاعف می‌کند، حقوقی / اخلاقی است و

1- Paradigm

2- Libido

3- Cupid or Eros

4- Philia

5- Relatedness

6- Agape

7- چنانچه سه راب سپهری می‌گوید: و تنهایی من، شیخون حجم تو را پیش‌بینی نمی‌کرد.

ملحق نمی‌شود و هر طفل دیگر مشروع است. زنا هم، بر بنیاد ماده ۶۳ قانون مجازات، عبارت است از جماع مرد با زنی که بر او ذاتاً حرام است و یا به اقرار آنها، یا به شهادت چهار نفر اثبات شده باشد (مواد ۶۸ تا ۸۱ قانون مجازات). بدینسان نباید در مشروعیتِ نسبِ طفلی که به طریقی غیر از زنای اثبات شده در دادگاه، متولد شده است تردید کرد. حتی اگر بین صاحب اسپرم و صاحب تخمک، رابطه نکاح احراز نشود و حتی اگر بجائی اسپرم ضعیف مرد، اسپرمی نیرومندتر از مردی دیگر باعث باروری تخمک شده باشد. بدینسان، حقوق عاشقانه هر کوکی را مشروع میداند و اگر به نامشروع بودن طفلی باور داشته باشد فقط آن را در تفسیر مضيق از ماده ۱۱۶۷ کاوش میکند. حقوق کام gioyanie اما در مشروعیت هر کوکی مردد است مگر آن که ازدواج و موقعه مرسوم محقق شده باشد.

۵. نظریه‌ای هم که مادر حامل را بنابر قرارداد، به تحويل دادن فرزند اجبار می‌کند، از کام gioyanie بودنش رنج می‌برد؛ با زن معامله شیع می‌کند و نطفه و تخمک را که از لوازم استمتاع جنسی است بر هر حس عاطفی دیگر ترجیح می‌دهد. کوک در هر حال از عصاره جان مادر حامل تغذیه کرده است؛ چه در وقت جنینی که از خون او قوت می‌گرفته، چه آن زمان که در دوران نوزادی، شیرش را می‌نوشیده؛ شیری که عشق همراه با آن به درون جان راه یافته و باید آن را از ارکان بنیادین پدیداری فیلیا دانست (و الوالداتُ يُرْضِعُنْ أولادَهُنَّ حَوَّلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتَمَّ الرَّضَاعَه، سوره بقره، آیه (۲۲۳)؛

نه طفل زبان بسته بودی ز لاف

همی روزی آمد به جوفش ز ناف

چو نافش بُریدند روزی گُست

به پستانِ مادر درآویخت چنگ

غريبی که رنج آردش دهر پيش

به دارو دهنده آبش از شهر خويش

۴. نظریه‌ای که قراردادِ جایگزینی رحم را به شکلی کامل نادرست می‌داند نظریه‌ای است کام gioyanie که توالد و تناسل را فقط از راه استمتاع جنسی درست می‌داند. گویی در توالد، دو زوج باید عُسیله (اوج لذت جنسی) یکدیگر را بچشند تا توالد و تولدی اصیل محقق شده باشد. این نظر به صورتی کامل پذیرفتی نیست؛ چه لبیدو برای فیلیا نه شرط لازم است و نه شرط کافی. لبیدو گرچه نقشی مهم بر صحیفه فیلیا است لیکن باید انس را از نیازمندی به لذت شهوی فارغ دانست. همچنین چرا باید چیزی را حرام دانست که بر انسان حرام نکرده اند؛ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَ اللَّهُ لَكُ؟ (سوره تحریم، آیه ۱) انسان می‌تواند تا جایی پیش رود که انسانی دیگر شبیه خود بیافریند؛ یعنی جلوه‌ای از همان مقام وحدت وجود که از دیرباز مسئله / وسوسه عارفان بوده است. جایگزینی نطفه در زهدان، گامی است به این سو و باید آن را تهنيت گفت نه تسلیت، و تیغ اوکام^۱ را در اینجا نباید استخدام کرد که تا بخواهی پیوند است و تا بخواهی تکثیر (۳). جایگزینی نطفه و تخمک در رحم دیگری و تلقیح مصنوعی، درست همان «وجه حلال» بارداری در عبارت شهید ثانی است؛ او در شرح لمعه آورده است که ممکن است زنی که شوهر ندارد، بچه‌دار شود اما نباید بر او حد زنا زنند؛ چه شاید او به وجهی حلال یا به طریق شبهه باردار شده باشد^۲ (۴). همچنین در تاریخ حقوق، به طفلی که بر اثر استرسال نطفه به درون رحم ایجاد شده، ولد گفته‌اند؛ ولدی که به ضرورت، نامشروع نیست^۳ (۵). پس نباید تنها توالدی را مشروع دانست که در چارچوب ازدواج و موقعه مرسوم به وجود آمده باشد. قدر متیقн از ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی آن است که فقط طفل متولد از زنا به زانی

۱- نظریه‌ای که مخالف تکثیر بی مورد موجودات است.

۲- (ولو حملت) المرأة (و لا بعل لها) و لا مولى، و لم يُلِم وجْهه (لم تحد)، لاحتمال کونه بوجه حلال أو شبهه.

۳- (فَلَوْ أَنْكَرَ وَطَئَ زَوْجَهُ صُدُّقَ) بغير يمين (و إن كان له منها ولد؛ لأنَّ الولد قد يُخلق من استرسال المني) بغير وطئ.

همچون احساس کسی دانست که عضوی از عزیز متوفایش را به انسانی دیگر اهدا کرده است.

او نسبت به این شخص، حسی شگفت خواهد داشت، ولی حقی حقوقی بر ذمه او نخواهد یافت. صاحبان نطفه و تخمک از مادر جایگزین می‌خواهند که به کودک دل نبندد لیکن دل بستن به فرزند، حادثه‌ای است ناگهانی که نه از غرقه شدن در تلاطم دریایش گریزی هست و نه با وجهی پول، مبادله کردنی. گرچه صاحبان تخمک و نطفه، نقشی انکارناکردنی در تولد اطفال دارند لیکن مادر حامل نیز جزئی بنیادین از تولد فرزند است؛ چه از نهانگاه عدم، نطفه‌ای و تخمکی به در می‌آید و تکوینش در نهانگاهی دیگر کامل می‌شود و این نهانگاه دوم را نباید به سهلی و آسانی نادیده گرفت:

مریم دل نشود حامل انوار مسیح

تا امانت ز نهانی به نهانی نرسد

(مولوی)

۶. از سوی دیگر، می‌توان گفت عشقِ مادرِ حامل فقط در دوران جنینی و حاملگی است و به دشوار بتوان تداوم آن را نیز باور داشت. نه ماه در برابر عمری دراز که کودک پس از آن خواهد داشت ناچیز است و نباید کودک را همواره، به دوران جنینی خود مأخذ دانست. عشق به فرزند (فیلیا) فقط با بارداری ایجاد نمی‌شود؛ پیوند با فرزند مجموعه‌ای است از عشق‌بازی‌های رومانتیک، اتحاد جسمانی زن و مرد، لقاچ پاره‌تن آن دو و پرورش آن در دوران بارداری. علی‌الخصوص عشق زنی را که برای دستیابی به پول باردار شده، نمی‌توان راسختر از عشق کسانی دانست که در کمال نامیدی به آخرین چاره‌ها روی آورده‌اند. محبت صاحبان نطفه که برای داشتن فرزند به این کار روی آورده‌اند قوی‌تر است از عشق کسی که بارداری را شغل خود قرارداده و به علتی مادی، به آن راضی شده است. باید پذیرفت که فرزند، نتیجه شهوت و عشق دو موجود به یکدیگر است و در اینجاست که لبیدو و اروس در تحقق فیلیا سهیم می‌شوند. حتی اگر بارداری

پس او در شکم پرورش یافته است

ز اُنبوپِ مuded خورش یافته است

دو پستان که امروز دلخواه اوست

دو چشمِ هم از پرورشگاه اوست

کنار و برِ مادرِ دلپذیر

بهشتست و پستان درو جوی شیر

درختی است بالای جان پرورش

ولد میوه نازنین بر برش

نه رگهای پستان درون دل است

پس از بنگری شیر، خون دل است

(بیت ۳۳۲۴ باب هشتم بستان)

مادر بودن، بیش از آنکه «صاحب نطفه بودن» را تداعی کند، «متولد کردن» را به ذهن متبادر می‌کند و حتی می‌توان گفت آدمی، کسی را مادر خویش خواهد دانست که او را زاده است نه کسی را که مالک تخمک است. حقوق کامجویانه فقط به تخمک و اسپرم می‌پردازد، لیکن حقوق عاشقانه، افزون بر این دو، به رابطه عاشقانه پدر، مادر و فرزند نیز می‌اندیشد. مادر حامل را نباید همچون شیء نگریست، چه حتی صاحبان نطفه نیز نمی‌توانند او را ماشینی مولد بدانند تا جایی که از او انتظار مساعدت در انجام دادن عملی انسانی (کمک) دارند^۱.

در نظریه‌ای که همهٔ حق را به صاحبان نطفه اعطا می‌کند، هنوز رسوبی از «حق مالکیت» هست، لیکن باید دانست که صیرفِ مالکِ اسپرم و تخمک بودن، شخص را، از منظر حقوقی، مالکِ کودک قرار نمی‌دهد. بی‌گمان نباید صاحبِ نطفه بودن را ناچیز شمرد؛ حسی غریب به انسان دست خواهد داد اگر بداند در جایی دیگر، انسانی از نطفه او تولید شده است. البته این، احساسی است انسانی و شایستهٔ احترام ولی شاید آن را بتوان

۱- به همین دلیل، بسیاری از فیینیستها همچون Szikla و Rowland Radin جایگزینی رحم را استثماری دانسته‌اند.

جایی که هنوز در اثبات جایگزینی رحم یا در نفی آن، دلیلی بس روشن نیست، باید به رویه قضایی فرصت داد تا در هر مورد، با نظر کردن به همه اصول و قواعد حقوقی، بهترین راه را انتخاب کند. دادگاهها بهتر می‌توانند قضیه را حل کنند؛ چه در آشوب مسئله واقع می‌شوند و به شکلی دردمدانه، عدالت و بی‌عدالتی را ادراک می‌کنند. شاید این ماجرا، راهی است برای تقریب حقوق ایران به کامن لا؛ اگر حقوق ایران در جبری تاریخی به حقوق فرانسه نزدیک شده و حل هر مسئله را از قانونگذار چشم داشته است، اینک می‌تواند با واگذاشتمن برخی مسئله‌ها به دادگاهها، محاسن حقوق مبتنی بر رویه قضایی را نیز تجربه کند. ورود قانونگذار به قصر مشکل گشایی، همیشه اول ماجراست نه پایان آن؛ اگر قانونگذار، جایگزینی رحم را منع کند، بسیاری از سر نافرمانی، آن را انجام خواهند داد. آنگاه آیا می‌توان به منع قانونی، دل قوی داشت و بهترین گریز و گزیر را مجرم دانستن مردان و زنان و یا نامشروع پنداشت کودکان دانست؟ البته نباید نامید بود؛ ورود قانونگذار، گرچه از حل مسئله جدید ناتوان است لیکن باید امیدوار بود که پاسخ مسئله‌های کهن حقوقی (همچون حقوق فرزندان نامشروع) را بهبود بخشد؛ بهتر آن باشد که سر دلبران

گفته آید در حدیث دیگران

۸. نسب را نباید مانعی بر سر راه مادری صاحب رحم دانست. نسب، طریق است نه موضوع؛ به خودی خود خطیر نیست و راهی است برای جلوگیری از تعدی به استواری نهاد خانواده از طریق رابطه نامشروع (زن). پس جایی که زنایی نیست، اصرار سخت‌گیرانه و متعصبانه بر نسب، خامی است. کودک برای نژاد و نسب نیست که به مادر و پدر محتاج است؛ کودک را غیر از حمایت، نیازی دیگر به پدر و مادر نیست. گوشت و خون انسان مهمتر است از نژاد او و حسیش در روز

مادر حامل، به دلیلی انسانی (همچون چشاندن طعم خوش مادری و پدری به انسان‌هایی دیگر) باشد؛ باید بین این عمل انسان‌دوستانه و مهر فرزند فرق گذاشت؛ خیرخواهی چیزی است و فرزندخواهی چیزی دیگر. برای مثال، زن حامل، مادرانه نگران سقط جنین نخواهد بود؛ او اگر نگران است، بیشتر برای شبه نقض عهد است تا از دست دادن فرزند. اما صاحبان نطفه، سقط چنین جنینی را در زهدان زن حامل، ناکامی از داشتن فرزند خواهند دانست؛ حتی اگر بتوان زنی حامل را گزارش کرد که محبتی مادرانه به جنین دارد، حس پدرانه شوهر او را به دشوار بتوان با عاطفة صاحب اسپرم برابر دانست؛ مردی که پدرانه، نگران فرزند خویش در رحم زنی دیگر غیر از همسر خود است. گویی فیلیا باید سلسه مراتب خود را طی کند و پس از اروس و لبیدو پدید آید تا وابستگی عاشقانه را شایسته باشد. بدین‌سان باید به نظریه پیشین بازگشت و اذعان کرد که کسانی به فرزند عشق دارند که عُسیله یکدیگر را چشیده باشند:

دروازه هستی را جز ذوق مدان ای جان
این نکته شیرین را در جان بینشان ای جان
زیرا عَرَض و جوهر از ذوق برآرد سر

ذوق پدر و مادر کردت مهمان ای جان
(مولوی)

۷. برخی حقوقدانان در غرقاب احکام حقوقی، متحیرانه یاری قانونگذار را خواسته‌اند و از او چشم ارشاد داشته‌اند. لیکن اتفاقاً باید اینجا بی‌قانونی را به فال نیک گرفت و از قانونگذار به جد خواست که در این موضوع جدید، بی‌دلیلی روشن، قانونگذاری نکند. از پسا سرکنگین مفنن بر صفرا خواهد افزود و آب افسانیش، آتش مسئله را همچون نفت مدد خواهد شد؛ لاتسالوا عن أشياء إن تُبَدِّلْ لكم تَسْؤُكُم (سوره مائدہ، آیه ۱۰۱)؛ تا

۱- همچنین مقایسه کنید با این سخن امام علی که از چیزی مپرسید که خداوند مسکوت‌ش نهاده: إِنَّ اللَّهَ سَكَّتَ عَنْ أَشْيَاءٍ وَلَمْ يَدَعْهَا نَسِيَانًا فَلَا تَتَكَلَّفُهَا

خواست. اما دادرس باید در هنگامه اختلاف، صرفه و مصلحت کودک را بر هر مصلحت دیگر ترجیح دهد و محبت او را بر هر عشق و شهوت دیگر برگزیند. داستان مشهور امام علی را باید به یاد آورد که در نزاع دو مدعی مادری، کسی را مادر دانست که در تلقین فیلیای مادری خود از دیگری موفقتر بوده است. پس باید از مردمک دیده فرزند دید که او چه کسی را همچون مادر خود می خواهد؛ صاحب تخمک را یا مادر حامل را. وقتی به فرزندخوانده اجازه می دهدند که از بازگشت نزد پدر و مادر واقعی خود امتناع ورزد، نباید در این تردید کرد که فرزند ناشی از جایگزینی رحم هم، این حق را دارد که نزد کسی بماند که انتخابش می کند.

۱۰. حقوق دانان نباید بر سر تشخیص ماهیت حقوقی جایگزینی رحم، خویش را به تکلف و تعسیف بیفکند، علی الخصوص که چنین مقدر و مقرر است که آن را سرانجام، قراردادی مستقل و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی بدانند. بر بنیاد «مهر فرزند»، نباید دو طرف قرارداد جایگزینی رحم را به هر تعهد این قرارداد ملزم دانست؛ وقتی نکاح از قاعدة هر قرارداد حقوقی دیگر متفاوت است، چرا باید انتظار داشت که این قاعده‌ها درباره بخشی شگرف از حقوق خانواده (جایگزینی رحم) اعمال شود.

اشخاص نمی توانند هرگونه که بخواهند درباره شخصیت دیگری تصمیم بگیرند و اجرایش کنند. پیمانی که کودک و مادر حامل و صاحبان نطفه را مسخر و مسخره یکدیگر قرار می دهد، حریت آنان را نفی می کند (ماده ۹۶۰ قانون مدنی) و نقض این پیمان را باید برتر از وفای به آن دانست. پس روایی نقض عهد صاحب رحم در آن بخش که به بازگرداندن فرزند به صاحب نطفه مکاف گشته، شگفت نیست. لیکن آنجا که حریت کودک را نقض قرارداد، معلق وامی نهد باید پیمان شکنی را ممنوع دانست، همچون جایی که صاحبان نطفه، نقضِ جسمانی جنین را بهانه پیمان شکنی خود قرار داده‌اند و

بازپسین اولی تر از نسب او: و لا أنسابَ بِيَنَّهُمْ يَوْمَئِذٍ
(۷-۱۰):

گر بمانند یتیم از پدر و مادرِ خاک
پدر و مادرِ روحانی دیگر گیرند
پدر و مادر و خویشان چو به خاکش بنهند
شود او ماهی و دریا پدر و مادر او
(مولوی)
کودک وقتی صاحب کرامت است که «فرزنده» باشد،
یعنی کسی او را به فرزندی بشناسد و حمایتش کند و
گرن، نفس انتساب به خون ارزشمند نیست:
من آن دم سرِ تاجور داشتم
که سر در کثارِ پدر داشتم

اگر بر وجودم نشستی مگس
پریشان شدی خاطرِ چند کس
(بوستان سعدی)

انسان، به قدر کافی بر سر این مسئله تردید دارد که از کجا آمده و آمدنش بهر چه بوده است؛ پس نباید این دو دلیلها و بدیلیها را مضاعف کرد و کودک را در کشف انسانیت خود متحیر گذاشت.

۹. رسیدن به راهی که بتوان در آن حقوق کودک، مادر حامل و صاحبان نطفه را رعایت کرد بس دشوار به نظر می رسد، لیکن باید اولویتها را چنین تنظیم کرد: حق کودک، حق مادر حامل و صاحبان نطفه. تا زمانی که نزاعی در نمی گیرد، از حقوق نباید شفاعت و پایمردی

۱- عزیزی به معنی انتسابِ نسب و دعوای نسب است که از دیرباز امری پس خطیرش دانسته‌اند.

۲- در تفسیر آیه ۴۲ سوره انفال: «وَ الْيَتَيمُ: الَّذِي ماتَ أَبُوهُ وَ هُوَ صَغِيرٌ قَبْلَ الْبَلوغِ؛ وَ كُلُّ حَيْوَانٍ يَتَيمٌ مِّنْ قَبْلِ أُمَّهُ إِلَّا إِنَّسَانٌ فَإِنَّهُ مِنْ قَبْلِ أُبُوهُ. درباره ردّ این اهمیت ببینید این حدیث را: خُلُقُ النَّارِ لِمَنْ عَصَى اللَّهَ وَ لِوَكَانَ سَيِّداً قُرْشِيًّا، خُلُقُ الْجَنَّةِ لِمَنْ أطَاعَ اللَّهَ وَ لِوَكَانَ غَلَامًا جَثِيًّا وَ نَيْزَ بَبِينِدَ سوره کوثر را در قرآن (إنَّ شَانِكَ هُوَ الْأَبْتَر) که در آن، نسل پیامبر از طبق دختر تکثیر شده است نه پسر. سعدی می گوید: اعرابی را دیدم که پسر را همی گفت: ... تو را خواهند پرسیدن که هنرت چیست، نگویند که پدرت کیست (گلستان، باب هفت، حکایت ۸). جیمز شرلی، نایشنامه نویس انگلیسی هم در قرن هفدهم می گوید:

The glories of our blood and state
Are shadows not substantial things

محدودکردن حق مادر حامل باید در برابر این مطالبه خسارت، بی اعتبار دانسته شود. بدینسان، حتی اگر مادر حامل در قرارداد پذیرفته باشد که بیش از مبلغ تصریح شده، چیزی خواهد، نباید او را بدان پاییند دانست. چه عشق، حادثه‌ای است که ناگهان رخ می‌دهد و اشخاص را نباید به گفته‌هایی ملزم دانست که بیش از افتادن در ورطه عشق، از سر هزل و هذیان بیان کرده‌اند. پس اگر او بتواند تضرر خود را از فراق از نوزاد اثبات کند، باید صاحبان نطفه را به تدارک این اضرار، ملزم دانست. پرداخت پول (که گونه‌ای از جبران خسارت معنوی است) البته نمی‌تواند تأمات روحی او را به شکلی کامل جبران کند لیکن شاید بتواند آن را التیام بخشد. بهویژه، او که بیش از این، نشان داده عملی انسانی را در ازای پول انجام داده است، شاید در اینجا نیز بتواند وجهی معین را در برابر غم عشق خود، راضی‌کننده بیابد. نباید انکار کرد که در این هنگامه، هستند کسانی که مهر فرزند را به پیشیزی واگذار نمی‌کنند و با رسیدن وجهی ناچیز، فصل را بر وصل برنمی‌گزینند.

تو می‌باید که باشی ورنه سهل است

زیان مالی و نقصانِ جانی
(حافظ)

۱۱. ابوت و بنوت (فرزنده)، اعتباری است انسانی نه حقیقتی تکوینی:

در خاک تیره خارشی انداختی از بهر زه
یک خاک را کردی پدر، یک خاک مادر ساختی
(مولوی)

حیوان اما، بچه دارد نه فرزند و این بچه، همواره بچه طبیعی آن حیوان است. لیکن در حقوق، ممکن است ولد طبیعی شخص، فرزند حقوقی دیگری تلقی شود؛ چنانکه ممکن است فرزند خانواده‌ای، فرزند رضاعی خانواده دیگر باشد یا فرزندخوانده‌ای. حتی در حقوق زرتشتی در دوره ساسانی، پسری که مادرش، دختر منحصر خانواده‌ای بوده است، فرزند همان خانواده (پدر مادر)

از مسئولیت گریخته‌اند. درستی و نادرستی وفای به عهد و نقض آن در قراردادهای وابسته به شخصیت انسان، در درجه وفاداری و نقض فیلیا فهم می‌شود. جایی که نقض عهد یا وفای به پیمان، به گستالت وابستگی‌های انسانی ختم شود، نباید آنها را پذیرفت. درست است که گستالت اگپی البته از پیوست فیلیا فراتر است اما عروج حقوق فقط تا فیلیا است نه بیشتر؛ حقوق، پروانه ورود به اگپی را نمی‌یابد و فروع تجلی این، پر و بال آن را خواهد سوخت. پس حقوق اجتماعی باید به انس فیلیایی خود خرسند باشد و اگپی را به عرفان انفرادی وانهد. چنانکه Alasdair MacIntyre می‌گوید: «فضایل اخلاقی ارسطویی فقط در ارتباط اجتماعی معنا می‌یابد. پس برای درک رفتار اخلاقی انسان باید آن را در نهادها و سنت‌های اجتماعی بفهمیم نه در جدایی از دیگران»^{۶۱}. «خود» هرکس در نسبتش با دیگران معنی می‌یابد (المؤمنُ مِرءَاتُ المؤمن؛ انسان، آینه دیگری است) و حقوق، نگران این نسبت است. لیکن عشق عرفانی، عاشق را از منحل شدن در اخلاق اجتماعی بر حذر می‌دارد و از هرچه رنگ تعلق می‌پذیرد، آزادش می‌سازد. نباید برای حقوق قراردادها در این حوزه اقتداری بی چون و چرا پنداشت؛ شاید در موقفی دانستن این قرارداد نیز قوتی باشد؛ این که نفوذ قرارداد جایگزینی رحم را موقوف بدانیم به اجازه صاحب رحم پس از حمل و فصال (واستاندن کودک از شیر). بدینسان، در هنگام امضای قرارداد، صاحبان نطفه با قبول خطر عدم تنفيذ قرارداد (یا فسخ آن) به آن رضا خواهند داد. یا شاید بهتر آن باشد که جایگزینی رحم را به قرارداد فرونکاهیم و برای حل این معضل، بیش از آنکه به حقوق قراردادها تکیه کنیم، بر حقوق مسئولیت مدنی تأکید ورزیم. اگر دادگاه صاحب تخمک را مادر بداند، باید به مادر حامل حق داد که پس از وضع حمل، برای جدایی از محظوظ خود، از صاحبان نطفه، خسارت معنوی مطالبه کند. هر نوع شرط قراردادی برای

جایگزین روی می‌آورد باید این انتظار را داشته باشد که دادگاه، در موضعی ضعیفتر از زن بنشاندش که درد زه را تحمل کرده و از این مخاض، خرمای شیرین بچه‌داری را چشیده است. عشق را نسبتی است با درد، و درد زه را سهمی است سهمگین در محبت فرزندی. ولی این نیز دلیلی قاطع بر محبت افزونتر صاحبِ رحم نیست؛ نباید فراموش کرد که صاحبان نطفه در هر صورت، «فرزنده» خواسته‌اند و این خواهش خود، وجیه‌ترین توجیه بر دوست داشتن آن است. به عکس، در موردی که مرد و زنی در آخرین چاره، به رحم جایگزین روی آورده‌اند، دادرس باید آنان را به کودک، نزدیکتر از زنی بداند که به اضطراری مالی، به آن تن داده است. شاید روزی به مادران و پدران متعدد باور یابند؛ سهمی بیشتر از مادری را برای صاحب نطفه بدانند و سهمی کمتر را برای صاحب رحم. ولی اینکه باید فیلیایی را بر فیلیایی دیگر برگزید و نیاز کودک را به پدر و مادر (غبطه کودک) از نیاز زوج و زوجه به فرزند، اولی‌تر دانست و بدینسان از تعدد پدر و مادر پرهیز کرد.

محسوب می‌شده است نه فرزند شوهر زن زاینده (ازدواج ستر زن و ایوک زن). این فرضهای قانونی در اینجا نیز می‌تواند به‌کار آید و حقوق را از تحریر به در آورد.

باید اذعان کرد که اغلب، قراین به سود صاحب نطفه است و فهم متعارف، عشق صاحب اسپرم و صاحب تخمک را قوی‌تر از محبت صاحب رحم می‌شناسد. سخن بر سر جایی است که حقیقت در پرده ابهام است و ادعای مهر و محبتها با یکدیگر پهلو می‌زنند. این جاست که قاضی سرانجام کسی را مادر خواهد دانست که در مجموع، شایسته مادری است. آشکار است که مادر در جایگزینی رحم، شبیه هر مادر دیگر نیست؛ اگر صاحب تخمک را مادر بدانند، او فرزندش را نپرورانده و نزایده است و اگر زن حامل را مادر بشناسند، او صاحب تخمک نیست. پس در هر دو حال، کسی را مادر فرض کرده‌اند و شخصی دیگر را مادر ندانسته‌اند. حفظ مصلحت و غبطه کودک، شرط اول قدم است و در هر مورد جداگانه باید این صرفه را با تکیه بر قراین و امارات تعیین کرد؛ آن که برای زیبایی انداش و پرهیز از درد، از بچه دار شدن امتناع می‌کند و به رحم

منابع

- 6- Ozolins J. Surrogacy; exploitation or violation of intimacy?. Available at: <http://www.bu.edu/wcp/Papers/OApp/OAppOzol.htm>
 - 7- عنصر المعالی کیکاووس بن اسکندر. قابوسنامه. به تصحیح دکتر غلام حسین یوسفی، انتشارات علمی فرهنگی، ۱۳۶۹، صفحات: ۲۵۲ و ۲۸۵
 - 8- فراء قاضی محمد بن حسین. الاحکام السلطانیه، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۶ هـ ق، جلد ۱، صفحه: ۹۰.
 - 9- طبرسی محمد. تفسیر جوامع الجامع، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸، جلد ۴، صفحه: ۵۴۳.
 - 10- Perrine L. Literature. Southern Methodist University. 1974;v.2,p.881.
- 1- جعفری تبار حسن. حقوق عاشقانه علیه حقوق کامجویانه، گفتاری در فلسفه حقوق خانواده. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۱، بهار ۱۳۸۷، صفحات: ۱۱۱-۲۳.
 - 2- سپهری سهرباب. به باغ همسفران. ۸ کتاب، انتشارات طهوری، ۱۳۶۶، صفحه: ۲۸۹.
 - 3- سپهری سهرباب. صدای پای آب. ۸ کتاب، انتشارات طهوری، ۱۳۶۶.
 - 4- شهید ثانی. الرَّوْضَةُ الْبَهِيَّةُ فِي شَرْحِ الْلَّمْعَةِ الدِّمْشِقِيَّةِ، دار الهادی، جلد ۹، صفحه: ۱۳۶.
 - 5- شهید ثانی. الرَّوْضَةُ الْبَهِيَّةُ فِي شَرْحِ الْلَّمْعَةِ الدِّمْشِقِيَّةِ، دار الهادی، جلد ۹، صفحه: ۷۲.