

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 مدعا را در اینجا "مهر فرزند" نام می‌نهم. 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 محبت با یکدیگر پهلو می‌زند 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 موردی که مرد و زنی در آخرین چاره، به رحم جایگزین روی آورده‌اند، دادرسی 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 قراردادهای 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: hjtabar@ut.ac.ir

۱. با شناسایی دو پارادایم^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 رومانیک^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 دوست داشتن است؛ همچون محبت مادر و پدر به فرزند، و عشق دو دوست به یکدیگر. عشق مرد و زن نیز اگرچه در آغاز ازدواج رومانیک 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 گسستن 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 لیبدو و توقف می‌کند اما حقوق عاشقانه با عبور از لیبدو 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

۷- چنانچه سهراب سپهری می‌گوید: و تنهایی من، شیخون حجم تو را پیش بینی نمی‌کرد.

رفتاری که انس را تضعیف کند، غیرحقوقی/ غیر اخلاقی، حتی اگر این رفتار، نَسَب 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 مدعا را در اینجا "مهر فرزند" نام می‌نهم:

بساطی سبز چون جان خردمند

هوایی معتدل 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 مساوق با تمتع جنسی است، لیکن در حقوق عاشقانه مقصود از خانواده، پایبندساختن زن و مرد است به یکدیگر و مکلف‌کردن آنان به تربیت و حضانت فرزندان. ب) زن در حقوق کامجویانه شیئیت می‌یابد؛ موضوع بهره‌برداری می‌گردد و گاه با او معامله برده می‌شود.

ج) ادبیات حقوق کامجویانه با به‌کارگیری اصطلاحات استتماعی، 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 می‌نشانند و آن را همچون ملعبه‌ای نمی‌خواهد. برای نمونه، چنین شرطی در حقوق عاشقانه خلاف مقتضای ذات عقد نکاح محسوب می‌شود.

۴. نظریه‌ای که قرارداد جایگزینی رحم را به شکلی کامل نادرست می‌داند نظریه‌ای است کامجویانه که توالد و تناسل را فقط از راه استمتاع جنسی درست می‌داند. گویی در توالد، دو زوج باید عُسَیْلَه (اوج لذت جنسی) یکدیگر را بچشند تا توالد و تولدی اصیل محقق شده باشد. این نظر به صورتی کامل پذیرفتنی نیست؛ چه لیبیدو برای فیلیا نه شرط لازم است و نه شرط کافی. لیبیدو 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 أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ؟ (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/ و سوسه عارفان بوده است. جایگزینی نطفه در زهدان، گامی است به این سو و باید آن را تهنیت 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 حدّ زنا زند؛ 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 مواقعه مرسوم به وجود آمده باشد. قدر متیقن از ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی آن است که فقط طفل متولد از زنا به زانی

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 مشروعیت نسب طفلی که به طریقی غیر از زنا اثبات شده در دادگاه، متولد شده است تردید کرد. حتی اگر بین صاحب اسپرم و صاحب تخمک، رابطه نکاح احراز نشود و حتی اگر بجای اسپرم ضعیف مرد، اسپرمی نیرومندتر از مردی دیگر باعث باروری تخمک شده باشد. بدینسان، حقوق عاشقانه هر کودکی را مشروع میدانند و اگر به نامشروع بودن طفلی باور داشته باشد فقط آن را در تفسیر مضیق از ماده ۱۱۶۷ کاوش میکند. حقوق کامجویانه اما در مشروعیت هر کودکی مردد است مگر آن که ازدواج و مواقعه مرسوم محقق شده باشد.

۵. نظریه‌ای هم که مادر حامل را بنابر قرارداد، به تحویل دادن فرزند اجبار می‌کند، از کامجویانه بودنش رنج می‌برد؛ با زن معامله شیئی می‌کند و نطفه و تخمک را که از لوازم استمتاع جنسی است بر هر حس عاطفی دیگر ترجیح می‌دهد. کودک 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 الوالدات یرضعن أولادهنّ حوالین کاملین لمن أراد أن یتّم الرضاعه، سوره بقره، آیه ۲۳۳):

نه طفل زبانه بسته بودی ز لاف

همی روزی آمد به جوفش ز ناف

چو نافش بُریدند روزی گُست

به پستان مادر در آویخت چنگ

غریبی که رنج آردش دهر پیش

به دارو دهند آبش از شهر خویش

۱- نظریه‌ای که مخالف تکثیر بی مورد موجودات است.

۲- (ولو حملت) المرأه (و لا یعل لها) و لا مولی، و لم یعلم وجهه (لم تحد)، لاحتمال کونه بوجه حلال او شبهه.

۳- (فلو أنکر وطئ زوجته صدق) بغیر یمین (و إن کان له منها ولد؛ لأنّ الولد قد یخلق من استرسال المنی) بغیر وطئ.

پس او در شکم پرورش یافته است
 ز اُنْبُوبِ معدِه خورشِ یافته است
 دو پستان که امروز دلخواه اوست
 دو چشمه 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 ۲۲۲۴ باب هشتم بوستان)
 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 (۶).

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

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 به‌دشوار 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 مأخوذ دانست.
 عشق به فرزند (فیلیا) فقط با بارداری ایجاد نمی‌شود؛
 پیوند با فرزند مجموعه‌ای است از عشق‌بازی‌های
 رومانتیک، اتحاد جسمانی زن و مرد، لقای پاره تن 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
 ناامیدی 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 قرار داده 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 لیبیدو و
 اروس در تحقق فیلیا سهیم می‌شوند. حتی اگر بارداری

۱- به همین دلیل، بسیاری از فمینیستها همچون Szikla, Rowland و Radin جایگزینی رحم را استثمار دانسته‌اند.

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 شبهه نقض عهد است تا از دست دادن فرزند. اما صاحبان نطفه، سقط جنین 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 پدرانۀ شوهر او را به دشوار بتوان با عاطفۀ صاحب اسپرم برابر دانست؛ مردی که پدرانۀ نگران فرزند خویش در رحم زنی دیگر غیر از همسر خود است. گویی فیلیا باید سلسله مراتب خود را طی کند و پس از اروس و لیبدو پدید آید تا وابستگی عاشقانه را شایسته باشد. بدین‌سان باید به نظریه پیشین بازگشت و اذعان کرد که کسانی به فرزند عشق دارند که عسلیۀ یکدیگر را چشیده باشند:

دروازه هستی را جز ذوقِ میدانِ ای جان

این نکته شیرین را در جان پنهان ای جان

زیرا عَرَض و جوهر از ذوق برآرد سر

ذوقِ پدر و مادرِ کردت مَهْمَانِ 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، بی دلیلی روشن، قانونگذاری نکند. از قضا سرکنگبین مقنن بر صفرها خواهد افزود و آب افشانش، آتش مسئله را همچون نفت مدد خواهد شد: لا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءٍ إِنْ تُبَدَّ لَكُمْ تَسْؤُكُمْ (سوره مائده، آیه ۱۰۱)؛ تا

۱- همچنین مقایسه کنید با این سخن امام علی که از چیزی پرسید که خداوند مسکوتش نهاده: إِنْ لَمْ يَدْعَهَا نَسِيَانًا فَلَا تَتَكَلَّمْهَا

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 به‌شکلی دردمندانه، عدالت و بی‌عدالتی را ادراک می‌کنند. شاید این مجرا، راهی است برای تقریب حقوق ایران به کامن‌لا؛ اگر حقوق ایران در جبری تاریخی به حقوق فرانسه نزدیک شده و حل هر مسئله را از قانونگذار چشم داشته است، اینک می‌تواند با واگذاشتن برخی مسئله‌ها به دادگاه‌ها، محاسن حقوق مبتنی بر رویه قضایی را نیز تجربه کند. ورود قانونگذار به قصد مشکل‌گشایی، 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 پنداشتن کودکان دانست؟ البته نباید ناامید بود؛ ورود قانونگذار، گرچه از حل مسأله 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 (زنا). 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 حسَبش در روز

بازپسین اولی‌تر از نسب او: و لا أنسابَ بینَهُم یومئذٍ
(۷-۱۰)^{۲۱}:

گر بمانند یتیم از پدر و مادر خاک

پدر و مادرِ روحانیِ دیگر گیرند

پدر و مادر و خویشانِ چو به خاکش بنهند

شود او ماهی و دریا پدر و مادر او

(مولوی)

کودک وقتی صاحب کرامت است که «فرزند» باشد،

یعنی کسی او را به فرزندگی بشناسد و حمایتش کند و

گرنه، نفس انتساب به خون ارزشمند نیست:

من آن دم سَرِ تاجور داشتم

که سَر در کنارِ پدر داشتم

اگر بر وجودم نشستگی 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

دودلیها و بددلیها 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

می‌رسد، لیکن باید اولویتها را چنین تنظیم کرد: حق

کودک، حق مادر حامل و صاحبان نطفه. تا زمانی که

نزاعی در نمی‌گیرد، از حقوق نباید شفاعت و پایمردی

۱- عزیه به معنی انتسابِ نَسَب و دعوای نَسَب است که از دیرباز امری بس خطیرش دانسته‌اند.

۲- در تفسیر آیه ۴۲ سوره انفال: «و الیتیمُ الذی مات أبوه و هو صغیرٌ قبل البلوغ؛ و کلُّ حیوانٍ یتیمٌ من قبلِ أمه إنا الإنسانُ فإِنَّه من قبلِ أبیه. درباره رد این اهمیت ببینید این حدیث را: خُلِقَتِ النَّارُ لِمَنْ عَصَى اللَّهَ و لو كان سیداً قُرَشِياً، خُلِقَتِ الْجَنَّةُ لِمَنْ أَطَاعَ اللَّهَ و لو كان غلاماً حَتَبِياً و نیز ببینید سوره کوثر را در قرآن (إِنَّ شَانِئَكَ هُوَ الْأَبْتَرُ) که در آن، نسل پیامبر از طریق دختر تکثیر شده است نه پسر. سعدی می‌گوید: اعرابی را دیدم که پسر را همی گفت: ... تو را خواهند پرسید که هنرت چیست، نگویند که پدرت کیست (گلستان، باب هفتم، حکایت ۸). جیمز شرلی، نمایشنامه نویس انگلیسی هم در قرن هفدهم می‌گوید:

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

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 مدعیِ مادری، کسی را مادر دانست که در تلقین فیلیای مادری خود از دیگری موفق‌تر بوده است. پس باید از مردمک دیده‌ی فرزند دید که او چه کسی را همچون مادر خود می‌خواهد؛ صاحب تخمک را یا مادر حامل را. وقتی به فرزندخوانده اجازه می‌دهند 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 می‌کند.

۱۰. حقوق‌دانان نباید بر سر تشخیص ماهیت حقوقی جایگزینی رحم، خویش را به تکلف و تعسف بیفکنند، علی‌الخصوص 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 قاعده هر قرارداد حقوقی دیگر متفاوت است، چرا باید انتظار داشت که این قاعده‌ها درباره بخشی شگرف از حقوق خانواده (جایگزینی رحم) اعمال شود.

اشخاص نمی‌توانند هرگونه که بخواهند درباره شخصیت دیگری تصمیم بگیرند و اجرایش کنند. پیمانی که کودک و مادر حامل و صاحبان نطفه را مسخر و مسخره‌ی یکدیگر قرار می‌دهد، حریت آنان را نفی می‌کند (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 مکلف گشته، شگفت نیست. لیکن آنجا که حریت کودک را نقض قرارداد، معلق وامی‌نهد باید پیمان‌شکنی را ممنوع دانست، همچون جایی که صاحبان نطفه، نقض جسمانی جنین را بهانه‌ی پیمان‌شکنی خود قرار داده‌اند و

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 گسست وابستگی‌های انسانی ختم شود، نباید آنها را پذیرفت. درست است که گسست آگپی البته از پیوست فیلیا فراتر است اما عروج حقوق فقط تا فیلیا است نه بیشتر؛ حقوق، پروانه ورود به آگپی را نمی‌یابد و فروغ تجلی این، پر و بال آن را خواهد سوخت. پس حقوق اجتماعی باید به انس فیلیایی خود خرسند باشد و آگپی 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» (۶). «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، آزدش می‌سازد. نباید برای حقوق قراردادهای در این حوزه اقتداری بی چون و چرا پنداشت؛ شاید در موقوفی 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 تنفیذ قرارداد (یا فسخ آن) به آن رضا خواهند داد. یا شاید بهتر آن باشد که جایگزینی رحم را به قرارداد فرونگاهیم و برای حل این معضل، بیش از آنکه به حقوق قراردادهای 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 محبوب خود، از صاحبان نطفه، خسارت معنوی مطالبه کند. هر نوع شرط قراردادی برای

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 تصریح‌شده، چیزی نخواهد، نباید او را بدان پایبند دانست. چه عشق، حادثه‌ای است که ناگهان رخ می‌دهد و اشخاص را نباید به گفته‌هایی ملزم دانست که پیش 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 تألمات روحی او را به شکلی کامل جبران کند لیکن شاید بتواند آن را التیام بخشد. به‌ویژه، او که پیش 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 می باید که باشی ورنه سهل است

زیان مالی و نقصان جانی

(حافظ)

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

در خاک تیره خارش 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 فرزندخوانده او. حتی در حقوق زردشتی در دوره ساسانی، پسری که مادرش، دختر منحصر خانواده‌ای بوده است، فرزند همان خانواده (پدر مادر)

جایگزین روی می‌آورد باید این انتظار را داشته باشد که دادگاه، در موضعی ضعیف‌تر از زنی 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 صاحب رحم نیست؛ نباید فراموش کرد که صاحبان نطفه در هر صورت، «فرزند» خواسته‌اند و این خواهش خود، وجه‌ترین توجیه بر دوست داشتن آن است. به عکس، در موردی که مرد و زنی در آخرین چاره، به رحم جایگزین روی آورده‌اند، دادرسی 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 اینک باید فیلیایی را برفیلیایی 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.

محبوب می‌شده است نه فرزند شوهر زن زاینده (ازدواج ستر زن و ایوک زن). این فرضهای قانونی در اینجا نیز می‌تواند به جد به کار آید و حقوق را از تحیر 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 نزیاییده 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 اندامش و پرهیز از درد، از بچه دار شدن امتناع می‌کند و به رحم

منابع

- ۱- 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: ۲۳-۱۱۱.
- ۲- سپهری سهراب. به باغ همسفران. ۸ کتاب، انتشارات طهوری، ۱۳۶۶، صفحه: ۲۸۹.
- ۳- سپهری سهراب. صدای پای آب. ۸ کتاب، انتشارات طهوری، ۱۳۶۶.
- ۴- شهید ثانی. الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، دار الهادی، جلد ۹، صفحه: ۱۳۶.
- ۵- شهید ثانی. الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، دار الهادی، جلد ۹، صفحه: ۷۲.
- 6- Ozolins J. Surrogacy; exploitation or violation of intimacy?. Available at: <http://www.bu.edu/wcp/Papers/OApp/OAppOzol.htm>
- ۷- عنصر المعالی کیکاووس بن اسکندر. قابوسنامه. به تصحیح دکتر غلام حسین یوسفی، انتشارات علمی فرهنگی، ۱۳۶۹، صفحات: ۳۵۲ و ۳۸۵.
- ۸- فرآء قاضی محمد بن حسین. الاحکام السلطانیه، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۶ هـ ق، جلد ۱، صفحه: ۹۰.
- ۹- 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.