

ماهیت حقوقی قرارداد رحم جایگزین

حمید رحمانی منشادی^۱

چکیده

ناباروری یکی از مشکلات خانواده‌ها در سراسر جهان است. یک راه حل برای این مشکل استفاده از رحم جایگزین می‌باشد. یک قرارداد رحم جایگزین مشتمل بر سه طرف است، مرد و زنی که به عنوان زوجین نابارور مادر جانشین را به خدمت گرفته‌اند، مادر جانشین که توافق می‌کند تا از طریق باروری پزشکی و با جنین زوجین حامله شود. به طور معمول مادر جانشین در قبال مبلغی پول می‌پذیرد تا جنین را حمل نموده و بعد از زایمان به زوجین تحویل دهد. زوجین نابارور توافق می‌کنند تا علاوه بر هزینه‌های پزشکی و هزینه رفت و آمد مبلغی را به مادر جانشین بپردازند. به علاوه زوجین نابارور به موجب قرارداد حضانت طفل را نیز بر عهده می‌گیرند. شروط دیگری که ممکن است در قرارداد رحم جایگزین لحاظ شود عبارت‌اند از: تعهد مادر جانشین مبنی بر عدم ادعای رابطه خویشاوندی با طفل، ایجاد محدودیت‌هایی از قبیل، ترک سیگار، عدم مصرف مشروبات الکلی و ترک نزدیکی با شوهر در دوران حاملگی. این روش یکی از روش‌های کمک باروری در تولید مثل با روش IVF است. استفاده از این روش محدود به زنان فاقد رحم نیست و در موارد متعددی کاربرد دارد. ابهام در ماهیت قرارداد رحم جایگزین یکی از موانع اجرای این قرارداد است. در نتیجه تشخیص ماهیت این قرارداد دارای اهمیت می‌باشد. ماهیت این قرارداد در قالب عقود معین، مانند اجاره، عاریه، جعاله و... نمی‌گنجد و بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی می‌تواند پذیرفته شود. اما همه آثار قرارداد براساس اراده طرفین نمی‌تواند تعیین شود و پاره‌ای آثار قهری بر آن مترتب می‌شود. مهم‌ترین اثر، قرابت و نسب حاصل از قرارداد است که به صورت قهری و غیرارادی حاصل می‌شود.

واژگان کلیدی

ماهیت قرارداد، رحم جایگزین، اجاره رحم، بارداری قراردادی

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی و پژوهشگر مرکز تحقیقات اخلاق و حقوق پزشکی دانشگاه علوم پزشکی شهید بهشتی. (نویسنده مسؤول) Email: medlaw2008@yahoo.com

ماهیت حقوقی قرارداد رحم جایگزین

امروزه در اثر پیشرفت علم پزشکی و ژنتیک پزشکان در امر تولید مثل روش‌های متفاوتی را ایجاد نموده‌اند و با به‌کارگیری این روش‌ها اقدام به تولید مثل از طریق آزمایشگاهی می‌نمایند. اما علی‌رغم این پیشرفت هنوز طب تولید مثل نتوانسته است برای پرورش جنین محیط مناسب‌تری از رحم در نظر بگیرد به همین دلیل یکی از دستاوردهای مهم در زمینه روش‌های کمک باروری، استفاده از رحم جایگزین است.

این پدیده مانند هر پدیده جدید دیگری که در جامعه اتفاق می‌افتد توجه علوم مختلف را به خود جلب نموده است. فقه و حقوق نیز نسبت به آن حساسیت نشان داده و هر کدام از منظر خاصی به آن می‌نگرند.

استفاده از رحم جایگزین از لحاظ حقوقی مسائل و پرسش‌های متفاوتی را مطرح ساخته است. از جمله بحث انگیزترین این مسائل که موجب استقلال این موضوع از دیگر مباحث تلقیح مصنوعی شده است، وضعیت حقوقی و ماهیت توافق‌های فی‌مابین استفاده‌کنندگان از رحم جایگزین و صاحب رحم است. در این نوشته سعی شده است تا ماهیت حقوقی این توافق‌ها تبیین شود؛ چرا که تعیین ماهیت آن در تشخیص وضعیت حقوقی، آثار و شرایط این توافق بسیار حایز اهمیت است.

در مورد ماهیت این قرارداد هیچ نص قانونی وجود ندارد، از این‌رو برای تعیین ماهیت این قرارداد باید به اصول کلی حقوقی در شناسایی نوع و ماهیت اعمال حقوقی مراجعه کرد. در این نوشتار سعی می‌شود تا با بررسی نظرات حقوقدانان و مقایسه این قرارداد با عقود دیگر، ماهیت آن مشخص شده و قالب حقوقی مناسب برای قرارداد رحم جایگزین تبیین گردد. برای رسیدن به این هدف ابتدا به تحلیل

مفاد، شرایط انعقاد، هدف و آثار قرارداد رحم جایگزین پرداخته و بعداً خصوصیات این قرارداد از قبیل معوض، عهده، تشریفات و مسامحه‌ای بودن را تبیین کرده و با مقایسه این خصوصیات با عقود دیگر به تحلیل ماهیت این قرارداد می‌پردازیم.

مبحث اول: کلیات و مفاهیم

گفتار اول: مفهوم رحم جایگزین

رحم جایگزین یا «جانشینی در بارداری»^۱ تکنیکی است که در فقدان رحم سالم کاربرد دارد. در واقع در این شیوه درمانی از رحم زنی دیگر غیر از صاحب گامت، با رعایت شرایط خاصی برای طی دوران بارداری و به دنیا آوردن جنین استفاده می‌شود.

مهم‌ترین موارد استفاده از رحم جایگزین در زنانی است که به طور مادرزادی فاقد رحم بوده و یا به هر علتی رحمشان را از دست داده‌اند، همچنین زنانی که در اثر بیماری سل رحمی کاملاً حفره‌های رحمشان بسته شده، یا در اثر بیماری‌های مزمنی نظیر دیابت حاد، بیماری قلبی، تالاسمی شدید حاملگی برای آن‌ها غیر ممکن شده است، به علاوه موارد وجود بیماری‌های سیستمیک و تحمل ناپذیر دوران بارداری که در این موارد، استفاده از رحم جایگزین به عنوان مؤثرترین تکنیک درمان ناباروری توصیه می‌شود. در این روش بانوی صاحب رحم که حامل بارداری است مادر جانشین^۲ و زوج نابارور والدین حکمی^۳ نامیده می‌شوند.

رحم جایگزین یکی از روش‌های لقاح خارج رحمی (IVF)^۴ است. روش‌های لقاح خارج رحمی بسته به نوع مشکل زوجین، به روش اهداء تخمک، اهدای اسپرم، اهدای جنین و استفاده از رحم جایگزین تقسیم می‌شود. نکته قابل توجه این

است که روش رحم جایگزین با هر یک از روش‌های دیگر ممکن است همراه باشد، که در این صورت قرارداد رحم جایگزین متضمن قرارداد اهدای جنین، اسپرم یا تخمک نیز است که این عوامل منجر به پیچیده‌تر شدن قرارداد رحم جایگزین می‌شود.

گفتار دوم: تعریف قرارداد رحم جایگزین و اقسام آن

قرارداد رحم جایگزین، قراردادی است که به موجب آن زن صاحب رحم در مقابل زوجین نابارور موافقت می‌کند که جنینی را برای آن‌ها حمل نموده و به دنیا آورد و پس از تولد کودک را به زوجین نابارور تحویل دهد. این قرارداد تحت عناوین مختلفی از قبیل؛ قرارداد رحم جایگزین،^۵ قرارداد مادر جانشین،^۶ قرارداد اجاره رحم،^۷ باروری قراردادی^۸ و... مصطلح شده است، که از نظر نگارنده عنوان قرارداد رحم جایگزین از بسامد بیشتری برخوردار است. قرارداد رحم جایگزین از لحاظ وجود رابطه پولی به دو قسم تقسیم می‌شود:

الف: قراردادهای معوض (تجاری)^۹

در این نوع قرارداد، زوجین نابارور یا زن و شوهر متقاضی فرزند تعهد می‌کنند که در قبال خدمات مادر جانشین، مبلغی را به عنوان حق الزحمه بپردازند، مبلغ پرداختی به عنوان عوض تعهدات مادر جانشین تلقی می‌گردد.

ب: قراردادهای غیر معوض (نوع دوستانه)^{۱۰}

در این نوع قرارداد، مادر جانشین صرفاً به لحاظ انگیزه‌های انسان دوستانه اقدام به این عمل می‌کند و در قرارداد در قبال خدمات مادر جانشین مبلغی به عنوان عوض

تعهدات او در نظر گرفته نمی‌شود. این نوع از جانشینی غالباً توسط دوستان و خویشاوندان صورت می‌گیرد.

نکته قابل توجه در مورد قرارداد رحم جایگزین تجاری این است که بر خلاف اعتقاد برخی از حقوقدانان غربی و اغلب فقهای اهل سنت، بر این امر که اخذ اجرت برای جانشینی در بارداری جایز نمی‌باشد، بنابر نظر اکثر فقهای شیعه گرفتن اجرت در مقابل این عمل جایز است، بنابراین می‌توان قرارداد تجاری را نیز در حقوق ما مجاز دانست.

گفتار سوم: خصوصیات قرارداد رحم جایگزین

بر مبنای قرارداد رحم جایگزین زنی موافقت می‌کند که جنین زوجین را در رحم خود پرورش داده و پس از تولد به آنها تحویل نماید و زوجین نابارور نیز تعهد می‌کنند در قبال خدمات این زن مبلغی را به وی پرداخت نمایند. در صورتی که قرارداد مکتوب باشد، تعهدات مالی در قرارداد از زمان انعقاد قرارداد تا زمان زایمان و تحویل نوزاد در چهار مرحله انجام می‌شود.

مرحله اول: از زمان شروع اقدامات پزشکی، تا انتقال جنین و آزمایش حاملگی در صورتی که حاملگی بدون مشکل ادامه پیدا کند.

مرحله دوم: سه ماه اول حاملگی

مرحله سوم: سه ماه دوم حاملگی

مرحله سوم: سه ماه سوم حاملگی تا روز زایمان و تحویل نوزاد

برای هر یک از مراحل فوق هزینه جداگانه در نظر گرفته می‌شود. در صورتی که زایمان دو قلو یا سه قلو باشد برای هر یک از آنها نیز مبلغی اضافه در نظر گرفته می‌شود.

با توجه به این که پس از توافق زوجین نابارور و زن صاحب رحم اقدامات پزشکی شروع می‌شود، پزشکان نیز قبل از انجام عمل، از طرفین رضایت نامه اخذ می‌نمایند. که شامل رضایت نامه‌های ذیل است:

الف: رضایت از زن صاحب رحم که از وی رضایت‌نامه‌های ذیل گرفته می‌شود.

۱. رضایت برای مصرف دارو

۲. رضایت برای انجام عمل جراحی

۳. رضایت شوهر وی در صورتی که مادر جانشین متأهل باشد.

ب: رضایت از زوجین نابارور

از زوجین نابارور برای انتقال جنین رضایت نامه اخذ می‌شود و لازم است که رضایت هر یک از زوجین جداگانه اخذ شود.

در این روش به منظور کاهش خطر، زایمان از طریق سزارین انجام می‌شود، در نتیجه اتمام قرارداد پس از بهبودی زن صاحب رحم می‌باشد و هزینه‌های درمان و مدت اقامت وی در بیمارستان و .. باید از طرف زوجین نابارور پرداخت شود.

لازم به ذکر است در این قرارداد برای مادر جانشین علاوه بر حمل جنین تعهدات دیگری نیز در نظر گرفته می‌شود که بستگی به توافق طرفین دارد. از معمول‌ترین این تعهدات می‌توان به تعهد بر ترک پاره‌ای از افعال مانند سیگار کشیدن، مصرف مشروبات الکلی، مصرف داروهای مضر به حال جنین، نزدیکی با شوهر و... اشاره کرد.

گفتار چهارم: ضرورت وجود قرارداد رحم جایگزین

اصل بر این است که زن در اثر ازدواج و تشکیل خانواده باردار می‌گردد اما در فرضی که بارداری زن برای پرورش جنین دیگری است در واقع استثنائی بر اصل

بوده و برای اثبات آن باید به دلیلی استناد گردد. بهترین دلیل برای اثبات این امر، قرارداد است که هم قصد و توافق طرفین را برای انجام این کار نشان می‌دهد و هم در تعیین روابط طرفین و رفع ابهامات و اشکالات مؤثر است. مهم‌ترین دلایلی که ضرورت وجود قرارداد را نشان می‌دهد به شرح ذیل است:

۱. نفی قاعده فراش در مورد زنی که برای دیگری باردار شده و دارای شوهر است، زیرا در صورت عدم وجود قرارداد، طفل متولد شده طبق قاعده فراش به شوهر زن صاحب رحم ملحق می‌گردد.

۲. رفع شبهه زنا، در مورد زن بارداری که شوهر ندارد. زیرا باردار شدن زن بدون شوهر شبهه زنا را در ذهن افراد تداعی می‌کند و بارداری و به دنیا آوردن بچه‌ای که متعلق به خانواده زن نیست، باید دلیلی برای توجیه داشته باشد.

۳. تعیین پدر و مادر قانونی طفل.

۴. تعیین حقوق و تعهدات طرفین و شروطی که مورد توافق قرار گرفته است. علاوه بر این‌ها، در انعقاد قرارداد رحم جایگزین که بدون شک یکی از خصوصی‌ترین و در عین حال پیچیده‌ترین قراردادهای زندگی طرفین آن است، برای هماهنگ نمودن تعهدات گوناگون طرفین در طی انجام مراحل مختلف تلقیح مصنوعی و متمرکز کردن فعالیت‌های افراد درگیر ضروری می‌باشد. همچنین این قرارداد می‌تواند نقش به‌سزایی در رفع نگرانی‌های طرفین و جلوگیری از دعاوی احتمالی داشته باشد و نظارت مقامات عمومی را نیز بر کارکرد مؤسسات پزشکی ذی‌ربط تسهیل می‌کند (رخشنده رو، ۱۳۸۶، ص ۳۹۰).

مبحث دوم: ماهیت توافقات جانشینی در بارداری

گروهی معتقدند، از آن‌جا که حق انسان بر اندامش از حقوق مربوط به شخصیت می‌باشد و این حقوق موضوع قرارداد واقع نمی‌شوند و قابل نقل و انتقال و اسقاط

نیستند، در نتیجه توافقی‌های منجر به جانشینی حتی در فرض صحت اصل عمل جانشینی، به دلیل تعارض با حقوق مربوط به شخصیت و مخالفت با نظم عمومی و قوانین آمره باطل است. به عبارت دیگر حتی اگر نفس عمل جانشینی در بارداری را جایز بدانیم، بین زوجین نابارور و مادر جانشین رابطه قراردادی وجود ندارد، چرا که این موضوع نمی‌تواند به علت پاره‌ای از اشکالات مبنای تراضی و عقد قرار گیرد (محمود حمزه، ۲۰۰۷م، ص ۱۷۴).

چنین قراردادی تصرف در وضعیت شخص و جسم انسان و بر خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه (ماده ۹۷۵ق.م) به شمار می‌آید و از این رو فاقد اعتبار است و تعهدی برای طرفین ایجاد نمی‌کند. 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 (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۸۳).

گروهی از حقوقدانان معتقدند که قراردادهای مربوط به احوال شخصی مانند نکاح و سایر توافقی‌هایی که نسبت به فرزند خواندگی و حضانت و مانند این‌ها منعقد می‌شود، عقد واقعی نمی‌باشند؛ چرا که: موضوع این توافقی‌ها حقوق مربوط به شخصیت انسان است و تابع قواعد عمومی قراردادها قرار نمی‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، صص ۲۳ و ۲۴).

همچنین گروهی از فقهای اهل سنت بر بطلان قرارداد اجاره رحم چنین استدلال کرده‌اند که این قرارداد به دلیل وجود غرر و جهل باطل است؛ چرا که اولاً؛ نسبت به جنسیت طفل جهل وجود دارد؛ ثانیاً اوصاف جنین معلوم نیست و ثالثاً؛ زنده متولد شدن جنین قطعی نمی‌باشد (محمود حمزه، ۲۰۰۷م، ص ۱۵۸). در نتیجه

از آنجا که در اصل موضوع عقد (جنین) غرر و جهل وجود دارد این عقد باطل می‌باشد.

در تحلیل استدلال‌ات فوق می‌توان گفت، شکی نیست که حقوق مربوط به شخصیت را اصولاً نمی‌توان به موجب قرارداد اسقاط یا به دیگری واگذار کرد؛ چرا که: قواعد راجع به حقوق مربوط به شخصیت جزو قواعد آمره و مرتبط با نظم عمومی است (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۳۵۷). اما این حکم مطلق نبوده و استثنائاتی دارد، به گونه‌ای که پاره‌ای قراردادها که موضوع آن‌ها حقوق مربوط به شخصیت است و بعضاً به این حقوق صدمه می‌زند در بعضی از موارد مجاز شناخته شده است (صفایی؛ قاسم‌زاده، ۱۳۷۸، ص ۲۰).

در ذیل به بعضی از مواردی که این گونه از قراردادها صحیح است، اشاره می‌کنیم:

۱. قراردادهایی که صدمه سبک و غیرقطعی به جسم انسان وارد می‌کنند به شرط این که دارای منفعت عقلایی و مشروع باشد؛ مانند فروش گیسو.
۲. قراردادهایی که با نفع مشروع منعقدکننده آن توجیه می‌شود، مانند قراردادهای درمان به منظور انجام عمل جراحی که با پزشک جراح منعقد می‌شود.
۳. قراردادهایی که دارای نفع عمومی برای جامعه است مانند قرارداد اعطاء عضو (ماده ۲ آئین نامه بند ۳ ماده ۴۲ قانون مجازات عمومی).
۴. قراردادهای مربوط به شخصیتی که به‌طور مستقیم برای طرفین تعهد مالی ایجاد می‌کند، از جهت این تعهدات مالی می‌توانند تحت قواعد عمومی قراردادها قرار گیرند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، صص ۲۳ و ۲۴).

در نتیجه قرارداد رحم جایگزین نیز چون به‌طور مستقیم برای زوجین نابارور تعهد مالی ایجاد می‌کند، می‌تواند از قواعد عمومی قراردادها بهره‌گیرد، هر چند

باید پذیرفت برخی از ملاحظات اخلاقی در این قراردادها مانع از اجرای کامل قواعد عمومی قراردادها می‌شود.

همچنین در مورد قرارداد رحم جایگزین می‌توان گفت، اگر چه این قرارداد به حقوق مربوط به شخصیت مادر جانشین لطمه وارد می‌کند، ولی از آن‌جا که این صدمه سبک و غیرقطعی است و با نفع مشروع متعاقدين و نفع عمومی جامعه همراه است، می‌توان نتیجه گرفت که این قرارداد از آن گروه قراردادهای راجع به حقوق مربوط به شخصیت است که علی‌رغم لطمه به حقوق مربوط به شخصیت می‌توان انعقاد آن‌را از نظر حقوقی مجاز شناخت خصوصاً این‌که با ضرورت اجتماعی استفاده از این عمل نیز همراه است.^{۱۱}

در مورد اشکال وجود غرر در موضوع قرارداد رحم جایگزین می‌توان گفت: اولاً موضوع این عقد جنین نمی‌باشد بلکه نگهداری و پرورش جنین تا مدت معین است؛ ثانیاً در ادامه مباحث توضیح خواهیم داد که این قرارداد یک عقد مسامحی است و علم اجمالی در موضوع آن برای صحت عقد کافی است.

از طرفی تحلیل مفهوم جانشینی در بارداری بیانگر آن است که برای این جانشینی توافق حداقل سه اراده لازم است، بنابراین چنین عملی باید در قالب عمل حقوقی عقد محقق شود؛ چراکه: از میان وقایع و اعمال حقوقی، عقد است که برای انعقاد و ایجاد اثر دلخواه ناشی از آن، به توافق دو یا چند اراده نیاز دارد. بدین ترتیب عمل حقوقی ایقاع و واقعه حقوقی، تخصصاً از گستره این بحث خارج است؛ چرا که: اثر حقوقی در ایقاع با انشای یک اراده و در واقعه حقوقی در اثر قانون بدون توجه به اراده انشایی شخص ایجاد می‌شود. پس آنچه باید بررسی شود، ماهیت چنین توافقی بر پایه قواعد و اصول قراردادها است.

مبحث سوم: معیار شناسایی نوع و ماهیت قرارداد

در توافقات افراد چگونه می‌توان نوع و ماهیت عقد را شناسایی نمود؟ ممکن است گفته شود آنچه ماهیت عمل حقوقی را معین می‌کند، قصد مشترک طرفین است، چرا که قصد مشترک طرفین عنصر سازنده عقد می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۸۰). اما هنوز این اشکال باقی می‌ماند که اگر در قراردادی که تنظیم می‌شود نامی از عنوان عقد برده نشود، چگونه می‌توان به اراده طرفین عقد پی برد و آیا اماره‌ای وجود دارد تا این امر را مشخص کند؟

حقوقدانان با توجه به بعضی از مواد قانون مدنی (مواد ۲۲۰، ۲۲۴ و ۲۲۵ قانون مدنی) این اماره را عرف می‌دانند، چرا که: وقتی اشخاص در برابر حکم عرف سکوت می‌کنند، نشانه آن است که نمی‌خواهند بدعتی گذارند و نظرشان با اراده عموم یکسان است، پس هنگامی که اراده‌ها به صراحت بیان نشود و در ماهیت عقد اختلاف وجود داشته باشد، باید ملاکی را که عرف در تمیز ماهیت عقد پذیرفته است به کار برد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۸۰).

همچنین باید به این نکته اشاره کرد که در قراردادها ممکن است دو طرف رابطه حقوقی خود را توصیف کنند (مانند اجاره نامه، صلح نامه و...) ولی همیشه به این توصیف نمی‌توان اعتماد کرد، زیرا گاه آنان قادر نیستند که وصف حقوقی پیمانی را که بسته‌اند معین کنند. گاهی نیز منافع ایشان اقتضا می‌کند که این وصف را پوشیده دارند.

بنابراین عنوانی را که دو طرف به هنگام تراضی برای توصیف پیمان خود انتخاب می‌کنند، در شناسایی نوع عقد اثر قاطع ندارد. برای تعیین نوع قرارداد باید مقصود آنان و نوع دیونی را که به عهده گرفته‌اند با صورت‌های موجود در قانون تطبیق دهیم و مشخص کنیم که آیا چنین صورتی در میان عقود معین وجود دارد

یا نه؟ (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۳۰). اگر این قرارداد با یکی از صورت‌های موجود در قانون منطبق باشد، از لحاظ آثار و شرایط تابع احکام آن عقد خواهد بود. در غیر این صورت توافق حاصله یک قرارداد خصوصی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی و تابع قواعد عمومی قراردادها می‌باشد.

امر دیگری که در تعیین ماهیت یک قرارداد نقش دارد، تشخیص جایگاه این عقد در تقسیم‌بندی عقود است، تا خصوصیات آن از قبیل معوض، عهدی، مسامحه‌ای بودن روشن شود تا بتوانیم با مقایسه این خصوصیات با قالب‌های موجود در قانون، ماهیت عقد را تعیین کنیم. در ادامه این بحث به تحلیل جایگاه قرارداد رحم جایگزین در طبقه بندی عقود می‌پردازیم تا با استفاده از این مباحث خصوصیات و ویژگی‌های این عقد بیشتر روشن شود.

مبحث چهارم: قرارداد رحم جایگزین در طبقه بندی عقود

قراردادها به اعتبار آثار، شرایط انعقاد، امکان فسخ، حاکمیت اراده، موضوع و هدف معامله مورد دسته بندی قرار گرفته‌اند که در ادامه قرارداد رحم جایگزین را از این جهت مورد بررسی قرار می‌دهیم تا مشخص شود که این قرارداد در کدام دسته از دسته بندی‌های رایج عقود قرار می‌گیرد.

گفتار اول: قرارداد رحم جایگزین از حیث دوام

عقد از لحاظ درجه الزامی که دو طرف در حفظ پیمان خود دارند به عقد لازم، جایز و خیار تقسیم می‌شود. عقد لازم عقدی است که هیچ یک از دو طرف معامله حق فسخ آن را نداشته باشند، مگر در مواردی که توسط قانون‌گذار استثناء شده است، به عبارت دیگر همه قراردادها، جز آنچه که قانون به جواز آن تصریح

کرده، لازم است و عقد لازم را تنها می توان به موجب یکی از خيارات و یا با تراضی طرفین (اقاله) منحل کرد، در مقابل عقد جایز عقدی است که به موجب حکم قانون همواره قابل فسخ می باشد و عقد خیار، عقد لازمی است که در آن یکی از خيارات وجود داشته باشد.

در مورد قرارداد رحم جایگزین می توان گفت: این قرارداد به دلیل لزوم حفظ جنین و حمایت از حقوق آن اقتضاء دارد که در زمره عقود لازم باشد و طرفین حق بر هم زدن آن را نداشته باشند. چرا که اصل لزوم قراردادهای که در ماده ۲۱۹ ق.م ذکر شده است، مؤید این امر می باشد که قراردادهای خصوصی به غیر از آنچه که قانون تصریح به جایز بودن آن نموده است، بین متعاملین لازم الاتباع است و امکان فسخ عقد، امری استثنایی و خلاف اصل می باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۳۹).

همچنین یکی از لوازم جواز عقد، انحلال آن در اثر فوت، جنون و سفه یکی از طرفین می باشد، در حالی که اعتقاد به انحلال قرارداد رحم جایگزین در این موارد با حقوق کودک و نظم عمومی مخالف است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۳).

اقاله نیز در این قرارداد به دلیل مخالفت با نظم عمومی نافذ نیست؛ چرا که: به دلیل اهمیت موضوع جانشینی در بارداری و رعایت حقوق طفل، نمی توان برای یکی از طرفین یا هر دو حق فسخ یا اقاله قرارداد را قرار دهیم.

اما از طرفی به جهت اهمیت مادر جانشین و رضایت قلبی او در این قرارداد و به دلیل رعایت مصلحت طفل می توان این قرارداد را قبل از حاملگی جایز و بعد از آن لازم دانست. البته اعتقاد به جواز این عقد قبل از حاملگی در صورتی است که این قرارداد را عقدی معلق ندانیم، چرا که: در این صورت نتیجه مورد نظر در

نتیجه تعلیق عقد بر حاملگی خود به خود حاصل است و اعتقاد به این نظر فایده‌ای دربر نخواهد داشت.

گفتار دوم: قرارداد رحم جایگزین از جهت کیفیت انشاء

از تقسیمات دیگری که برای عقود در قانون مدنی ذکر شده است تقسیم عقد به منجر و معلق است (ماده ۱۸۹ قانون مدنی). عقد منجز عقدی است که تأثیر آن به حسب انشاء معلق به امر دیگری نباشد، بر خلاف عقد معلق که اثر آن معلق بر امری خارجی و محتمل است. بنابراین هرگاه طرفین عقد اثر ناشی از آن را بدون هیچ قیدی و شرطی به وجود آورند، عقد را منجز گویند و در صورتی که اثر عقد موکول به وقوع شرط دیگری باشد، عقد را معلق گویند. در عقد معلق با این که توافق حاصل شده است، مفاد آن اقتضاء دارد که تعهدهای دو طرف پس از وقوع شرط تحقق یابد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۶).

با توجه به خصوصیات منحصر به فرد قرارداد رحم جایگزین روشن است که این قرارداد، یک عقد معلق است هر چند طرفین بدون هیچ قید و شرطی آن را منعقد کنند، چرا که در این قرارداد پس از توافق زوجین نابارور و زن صاحب رحم نسبت به انتقال جنین، قرارداد تنها زمانی می‌تواند ادامه پیدا کند و منشا اثر باشد که حاملگی رخ دهد. به عبارت دیگر در قرارداد رحم جایگزین ایجاد اثر عقد و تعهدات طرفین آن منوط به وقوع حاملگی است و بدون این رویداد اثر عقد مفهومی نخواهد داشت.

گفتار سوم: قرارداد رحم جایگزین به اعتبار موضوع

عقد از حیث وحدت و تعدد موضوع به عقد معوض و غیر معوض تقسیم می‌شود. قراردادی که هریک از طرفین، در برابر مالی که می‌دهد یا دینی که بر عهده می‌گیرد، مال یا تعهد دیگری بدست می‌آورد، معوض گویند و قراردادی که در آن شخصی مال خود را به دیگری می‌دهد یا دینی را بر عهده می‌گیرد، بدون این که در برابر آن تعهدی تحصیل کند غیر معوض یا مجانی گویند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۸).

با توجه به موارد فوق به خوبی روشن است که قرارداد رحم جایگزین تجاری جزء عقود معوض می‌باشد چرا که تعهد مادر جانشین از این نظر در برابر تعهد والدین حکمی قرار دارد و قصد مشترک آنان به نوعی مبادله این دو مورد است. در مقابل قرارداد رحم جایگزین نوع دوستانه جزء عقود غیر معوض است چرا که در این حالت مادر جانشین بدون در نظر گرفتن ملاحظات اقتصادی و صرفاً به لحاظ مسائل اخلاقی، عاطفی و انسان‌دوستانه تعهدی را در مقابل والدین حکمی به عهده می‌گیرد، در حالی که در مقابل تعهدی از سوی والدین حکمی به نفع وی به وجود نمی‌آید.

در قرارداد رحم جایگزین نوع دوستانه والدین حکمی مبلغی را در قرارداد برای پرداخت هزینه‌های لازم به عهده می‌گیرند که می‌توان آنرا شرط عوض در قرارداد بلاعوض محسوب کرد. همان‌طور که می‌دانیم وجود شرط عوض در قرارداد غیر معوض آنرا معوض نمی‌کند، چرا که این شرط چهره فرعی دارد. بنابراین قرارداد رحم جایگزین نوع دوستانه در گروه عقود غیر معوض قرار می‌گیرد (نایب‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۱۰۳).

برخی وجود رابطه پولی در قرارداد جانشینی در بارداری را مناسب ندانسته و بیان کرده‌اند که این امر پیامدهایی منفی به همراه دارد، برای مثال، انگیزه‌های نوع دوستی در این باره از بین می‌رود و موجب تجاری شدن چنین قراردادی می‌شود. همچنین باعث می‌گردد تا این قرارداد ابزاری برای استثمار و بهره‌کشی مالی از زنان شود و امری خلاف کرامت انسان پایه‌گذاری گردد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۶، ص ۱۷۸) از این رو، بر این باورند که باید پرداخت هر وجهی به طور مطلق یا اضافه بر هزینه‌ها و خسارات در قرارداد رحم جایگزین ممنوع شود (نایب زاده، ۱۳۸۰، ص ۱۱۷).

این نگرانی ممکن است موجود باشد و قابل درک نیز هست، اما چنین موضوعی تنها به جانشینی در بارداری اختصاص ندارد، چنانچه جانشینی بدین دلیل ممنوع شود، چرا انواع دیگر خدمات زنان در اجتماع ممنوع نگردد، مانند خدمتکاری، پرستاری بچه و... آیا این نوع کارها با کرامت انسانی سازگاری دارد؟ (رضانیا معلم، ۱۳۸۳، ص ۲۷۸).

مخالفت با پرداخت پول و ممنوعیت قرارداد رحم جایگزین تجاری نیز صحیح نیست؛ چرا که در آن صورت می‌توان با زبانی متملقانه برخی افراد را به داوطلب شدن ترغیب کرد و این بهره‌کشانه‌تر خواهد بود. مضافاً خودداری از پرداخت پول در ازای استفاده از کار محترم دیگری عملی غیر اخلاقی است. همچنین مخالفت با پرداخت پول به مادر جانشین منصفانه به نظر نمی‌رسد و پاسخی منطقی به نیکی مادر جانشین که صعوبات بسیاری را در اثر بارداری تحمل می‌کند، تلقی نمی‌شود. چه بسا این منع، مانع از اقدام اشخاص به جانشینی در بارداری شود و دارای نقش بازدارندگی در این باره باشد و در عمل موجب محرومیت زوج‌های نابارور از چنین شیوه‌ای برای رفع مشکلات ناباروری شود.

از طرفی برخی مطالعات نشان می‌دهد که بیش از ۶۰ درصد داوطلبان رحم جایگزین تنها به دلیل وضعیت اقتصادی و به دست آوردن پول اقدام به چنین کاری نکرده‌اند، بلکه دلایل معنوی و اخلاقی انگیزه اصلی آنان بوده است. به عبارت دیگر، هرچند انگیزه‌های مادی مهم است، اولین انگیزه محسوب نمی‌شود (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۶ ص ۳۷۲).

چنانچه اغلب حقوقدانان (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۲۱۷) و فقها^{۱۲} نیز با پرداخت اجرت به مادر جانشین موافقت کرده‌اند و این وضعیت را با اجیر شدن زن برای شیر دادن کودک دیگری قیاس می‌کنند چنانچه، این عمل صریحاً در فقه اسلامی تجویز شده است. نتیجه اینکه قرارداد رحم جایگزین نوع دوستانه در شمار عقود غیرمعمول و این قرارداد در نوع تجاری در شمار عقود معوض قرار دارد.

گفتار چهارم: قرارداد رحم جایگزین به اعتبار هدف اقتصادی

این تقسیم بر مبنای هدف اقتصادی است که طرفین عقد با انعقاد قرارداد در جستجوی آن می‌باشند. عقده‌ای که در آن سخت‌گیری‌های تجاری انجام نمی‌شود و هدف از آن احسان به دیگران است و یا اشخاص در صدد مصالحه در مورد اختلافات آزردهنده هستند، عقد مسامحه یا مبتنی بر مسامحه می‌نامند؛ چرا که: در این گونه قراردادها هدف‌های اخلاقی بر سودجویی‌های متعارف غلبه دارد.

قراردادهای رحم جایگزین نوع دوستانه اصولاً مبتنی بر مسامحه است و انگیزه مادر جانشین مبتنی بر هدف‌های اخلاقی است. شرط عوض نیز در آن چون با تعهد مادر جانشین پیوند ندارد، لطمه‌ای به مبنای تسامح نمی‌زند.

در قراردادهای رحم جایگزین تجاری نیز انگیزه‌های اخلاقی و مسائل عاطفی بر سودجویی و منفعت طلبی غلبه دارد، چنانچه می‌توان این قرارداد را نیز در گروه

عقود مبتنی بر مسامحه قرار داد (نایب زاده، ۱۳۸۰، ص ۱۰۴). از نتایج این اعتقاد این است که در عقود مسامحه‌ای علم اجمالی به موضوع کفایت می‌کند، چنانچه این امر با قرارداد رحم جایگزین تناسب بیشتری دارد؛ چرا که: در این قرارداد تعهدات دو طرف در زمان قرارداد دقیقاً مشخص نبوده و این تعهدات در طول زمان ۹ الی ۱۰ ماهه تحقق می‌یابد.

گفتار پنجم: قرارداد رحم جایگزین از حیث تأثیر اراده

به اعتبار نفوذ اراده دو طرف در انعقاد قرارداد، قراردادها را به رضایی، تشریفاتی و عینی تقسیم کرده‌اند. عقد رضایی عقدی است که در صورت اجتماع شرایط اساسی و اختصاصی معاملات، صرفاً با قصد مشترک طرفین به شرط ابراز و بدون نیاز به امر دیگری تشکیل می‌شود. در مقابل عقد تشریفاتی عقدی است که علاوه بر رضایت طرفین و ابراز قصد مشترک آنها برای وقوع این عقد رعایت تشریفات خاصی که قانونگذار تعیین کرده است، ضروری است؛ به‌عنوان مثال: فروش اموال غیرمنقول در حقوق ایران یک عقد تشریفاتی است؛ چرا که: علاوه بر قصد مشترک طرفین نیازمند تنظیم سند رسمی نیز می‌باشد. عقد عینی نیز عقدی است که وقوع آن منوط به تسلیم موضوع تعهد یا تملیک است.

در نگاه اول، چنین تصور می‌شود که قرارداد رحم جایگزین یک عقد رضایی است؛ چرا که: در حقوق ما اصل بر رضایی بودن قراردادها می‌باشد. در مورد این قرارداد نیز قانونگذار هیچ تشریفاتی را تعیین نکرده، بنابراین می‌توان با استناد به اصل رضایی بودن عقود، قرارداد رحم جایگزین را یک عقد رضایی دانست.

مع الوصف به نظر می‌رسد قرارداد رحم جایگزین از چنان اهمیتی برخوردار است که قانونگذار باید برای جلوگیری از اختلافات آینده و نزاع‌هایی که آثار

بسیار سوء اجتماعی خواهد داشت، کتبی بودن یا حتی رسمی بودن چنین قراردادی را جزء شرایط صحت آن در نظر گیرد تا اثبات آن آسان شود و مقام صلاحیت‌دار قانونی آنرا تنظیم و بر وجود شرایط ویژه این قرارداد نظارت کند (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۶، ص ۳۷۲).

از طرفی این نکته را باید مورد توجه قرارداد که هر زنی با هر رابطه خونی و نسبی با زوجین متقاضی فرزند، نمی‌تواند به عنوان مادر جانشین اقدام به انعقاد قرارداد رحم جایگزین کند؛ به عنوان مثال: مادر زوجه نمی‌تواند جنین ناشی از اسپرم داماد و تخمک دخترش را حمل کند؛ چرا که: به نظر اکثریت فقهای شیعه و با استناد به قیاس اولویت فرزند متولد از رحم جایگزین را فرزند رضاعی یا در حکم فرزند رضاعی مادر جانشین می‌دانند (صفایی، ۱۳۸۲، ص ۲۲۲). در نتیجه از آنجا که در فقه امامیه رضاع اگر پس از نکاح نیز محقق شود، همان اثر قبل از نکاح را دارد و نکاح سابق را باطل می‌کند، اقدام مادر زوجه به این عمل منجر به بطلان نکاح زوجین نابارور می‌شود که این مخالف هدف اصلی از توسل به جانشینی در بارداری است. چرا که کودک برادر یا خواهر رضاعی زوج یا زوجه محسوب شده و فردی نمی‌تواند با خواهر رضاعی فرزندش رابطه نکاحیه برقرار کند. همین امر در مورد سایر افرادی که به واسطه رضاع نمی‌توان با آنها ازدواج کرد نیز باید مورد توجه قرار گیرد.

همچنین انعقاد قرارداد رحم جایگزین منوط به احراز شرایط قانونی و شخصی متعاقدين می‌باشد. من باب مثال زوجین باید نابارور باشند (احراز این شرط بر عهده یک پزشک معتبر است) یا این که مادر جانشین دارای تجربه بارداری (حداقل برای یکبار) باشد و... در نتیجه با توجه به این شرایط تشریفاتی بودن قرارداد رحم جایگزین مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

مبحث پنجم: ماهیت قرارداد رحم جایگزین

در مورد ماهیت قرارداد رحم جایگزین اختلاف نظر بسیار است. گروهی با اعتقاد بر این که این قرارداد ماهیتاً نوعی فروش طفل یا اجاره رحم می‌باشد، نظر به بطلان این قرارداد دارند. در مقابل بعضی معتقدند که این قرارداد نوعی قرارداد اجاره شخص یا قرارداد کار است. همچنین بعضی از حقوقدانان این قرارداد را ماهیتاً یک قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی می‌دانند، و در نهایت گروهی اعتقاد دارند که بر اساس اصل آزادی قراردادی اشخاص آزادند تا هر یک از قالب‌های حقوقی اعم از عقود معین یا نامعین را برای موضوع جانشینی در بارداری انتخاب کنند (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۶، ص ۴۳۹).

در ادامه مباحث سعی می‌شود تا با بررسی نظریات مختلف در مورد ماهیت این قرارداد و بررسی قالب‌های حقوقی قابل تصور در موضوع بحث، ماهیت قرارداد رحم جایگزین تبیین شود و این که آیا برای بارداری جنین، زایمان و پرورش آن تا مدت معین می‌توان از قالب اعمال حقوقی متعدد مانند عقد صلح یا عاریه و... نیز استفاده کرد؟

گفتار اول: قرارداد رحم جایگزین و عقد بیع

برخی از حقوقدانان عرب زبان با این اعتقاد که قرارداد رحم جایگزین ماهیتاً عقد بیع و فروش طفل متولد از آن است، حکم به بطلان این قرارداد داده‌اند. چرا که در این قرارداد موضوع آن (طفل) در زمان عقد موجود نبوده، همچنین اوصاف مبیع نیز در زمان عقد مشخص نمی‌باشد، به علاوه این عقد فروش چیزی است که قیمتی برای آن وجود ندارد چرا که انسان را نمی‌توان تقویم کرد (محمود حمزه، ۲۰۰۷م، ص ۳۱۵). برخی دیگر از حقوقدانان عرب چنین استدلال کرده‌اند که

فروش انسان جایز نیست چرا که انسان مال نمی‌باشد تا بتواند موضوع بیع قرار گیرد (حمزه، ۲۰۰۱م، ص ۲۶). حتی برخی از حقوقدانان ایرانی نیز قرارداد رحم جایگزین را قرارداد بیچه سازی دانسته‌اند و چنین استدلال کرده‌اند که «تمام جنبه‌های خلق زندگی باید به زن و شوهر محدود باشد و هرگونه دخالت شخص سومی مذموم و مردود است، چرا که همسر و شوهر از نظر زیست شناختی و معنوی متحدند و قرارداد بیچه سازی تجاوز به این اتحاد می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۳۶).

در جواب اقوال فوق می‌توان گفت: در این شیوه زوجین نابارور بیچه را نمی‌خرند، بیچه فرزند بیولوژیک خود آنهاست و از نظر ژنتیک با آن‌ها مرتبط است و کسی نمی‌تواند چیزی را که به خود او تعلق دارد بخرد. به علاوه آنچه که ماهیت یک قرارداد را معین می‌کند، قصد مشترک متعاملین می‌باشد در حالی که در قرارداد رحم جایگزین زوجین نابارور با مادر جانشین برای بارداری، حمل و زایمان جنین متعلق به خودشان توافق می‌کنند. به علاوه مبنای نظریه بیع بودن قرارداد رحم جایگزین این اعتقاد می‌باشد که صاحب رحم را مادر واقعی طفل بدانیم، در حالی که به عقیده اکثر حقوقدانان و فقهای شیعه، مادر واقعی در این قرارداد صاحب تخمک است.

همچنین بر اساس اصل صحت که در ماده ۲۲۳ قانون مدنی بیان شده است، در موردی که الفاظ عقد در عرف معانی گوناگون دارد، عبارت آن باید حمل بر معنایی شود که عقد درست تلقی شود (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۲، ش ۵۰۰). قرارداد رحم جایگزین نیز بنابر نظر اکثر فقها صحیح می‌باشد، بنابراین ماهیت آن را باید به گونه‌ای تفسیر کنیم که قرارداد صحیح تلقی شود.

از جمله دلایلی را که می‌توان بر تمایز عقد بیع و قرارداد رحم جایگزین بیان کرد این است که عقد بیع عقدی تملیکی و معوض است درحالی که قرارداد رحم جایگزین عهدی بوده و تنها در بعضی از موارد (نوع تجاری) معوض می‌باشد. همچنین موضوع عقد بیع باید عین معین یا کلی باشد، در حالی موضوع قرارداد رحم جایگزین تعهد به نگهداری و پرورش جنین است و در این قرارداد تملیک عینی صورت نمی‌گیرد.

گفتار دوم: قرارداد رحم جایگزین و عقد اجاره اشیا

آیا می‌توان قرارداد رحم جایگزین را به عقد اجاره اشیا تشبیه کرد و بر آن بود که این قرارداد در واقع توافقی بین مادر جانشین و والدین حکمی در مورد اجاره رحم است؟ به عبارت دیگر آیا مادر جانشین رحم خود را برای پرورش جنین به اجاره والدین حکمی می‌دهد؟

عده ای از حقوقدانان معاصر با این تصور که قرارداد رحم جایگزین نوعی اجاره اشیا می‌باشد و در آن مادر جانشین رحم خود را به غیر اجاره می‌دهد حکم به بطلان و عدم لزوم این قرارداد داده‌اند آن‌ها چنین استدلال کرده‌اند که: «این قرارداد تا جایی که به اجاره رحم مربوط می‌شود الزام‌آور نیست، زیرا بدن انسان نمی‌تواند موضوع هیچ قرارداد الزام‌آوری قرار گیرد و این چهره تازه‌ای از برده داری در قرن ماست».^{۱۳}

همچنین بعضی از حقوقدانان بر بطلان عقد اجاره رحم چنین استدلال کرده‌اند که «چنین قراردادی تصرف در وضعیت شخص و جسم انسان و برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه (ماده ۹۷۵ ق.م) به شمار می‌آید و از این رو فاقد اعتبار است و تعهدی برای طرفین ایجاد نمی‌کند» (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۸۳).

در تحلیل استدلالات فوق می‌توان گفت، مبنای این ایرادات مبتنی بر آن است که ماهیت قرارداد رحم جایگزین را اجاره رحم بدانیم، در حالی که پیش از این گفتیم، برای تعیین ماهیت یک قرارداد باید به تحلیل قصد مشترک طرفین و تطبیق آن با صورت‌های قانونی پردازیم که با توجه به مفاد قرارداد رحم جایگزین و تحلیل قصد مشترک طرفین این امر به آسانی قابل استنباط است که آنچه حقیقت این قرارداد را تشکیل می‌دهد توافق و تراضی زوج نابارور با مادر جانشین برای بارداری، نگهداری و پرورش جنین تا مدت معین می‌باشد^{۱۴} و نه اجاره رحم تا مدعی شویم که این قرارداد ماهیتاً قرارداد اجاره اشیاء است. همچنین براساس اصل صحت ماهیت قرارداد را باید به گونه‌ای تفسیر کنیم که قرارداد صحیح تلقی شود. در ادامه به مقایسه عقد اجاره اشیاء و قرارداد رحم جایگزین می‌پردازیم تا تفاوت دو قرارداد هر چه بیشتر واضح گردد.

عقد اجاره اشیاء برابر ماده ۴۶۶ ق.م.عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌شود. از آنجا که موجر به موجب عقد اجاره، منفعت عین مستأجره را به مستأجر تملیک می‌کند، موجر باید در حین عقد مالک آن منفعت باشد چرا که تملیک به وسیله غیر مالک، فضولی و غیر نافذ است. حال باید دید آیا حقی که انسان نسبت به اندام و اعضاء بدن و یا منافع آنها دارد از نظر حقوقی حق مالکیت است؟ و آیا انسان را می‌توان مالک اندام و اعضاء بدن و منافع آنها محسوب کرد؟

یکی از عناصر مهم حق مالکیت قابلیت انتقال و تفویض است که در مورد حق شخص بر اندامش صادق نیست چرا که طبعاً قابل انتقال به غیر نمی‌باشد، از طرفی حق مالکیت دارای گستره وسیعی است در حالی که حق مورد نظر از حقوق مربوط

به شخصیت است و اصولاً دارای محدودیت بوده و قابل نقل و انتقال و اسقاط نمی‌باشد.

اگرچه مادر جانشین صلاحیت انتفاع از اندام خود را دارد، اما نمی‌تواند این حق را که از حقوق مربوط به شخصیت است به گونه‌ای به دیگران انتقال دهد که اشخاص دیگر جانشین وی در حق و سلطه او بر اندامش شوند.

در نتیجه مادر جانشین حق ندارد دیگری را مالک منافع اعضاء بدن خود کند، اگرچه در حقوق کنونی انسان می‌تواند در برابر دیگری ملتزم به انجام فعلی شود (اجاره اشخاص) ولی حق ندارد دیگری را به عنوان مالک بر خود مسلط کند. سلطه‌ای که مالک منفعت بر عین مستأجره دارد در مورد انسان عملی نیست. (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۵۶۸).

به علاوه برابر ماده ۴۷۶ ق.م.موجر باید عین مستأجره را تسلیم مستأجر کند و تسلیم برابر ماده ۴۷۷ همین قانون عبارت است از: «دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد». از بررسی مفاد قرارداد رحم جایگزین به خوبی دانسته می‌شود که تسلیم به آن معنایی که در اجاره اشیا مورد نظر است در مورد قرارداد رحم جایگزین و اعضاء بدن قابل تصور نیست.

از طرفی منفعت اعضاء بدن انسان را نمی‌توان با منفعت سایر اموال مقایسه کرد و دخالت انسان در موضوع قرارداد مانع از این است که این قرارداد را که در رابطه با منفعت عضوی از اعضاء بدن است با اجاره اشیا مانند نمود.

همچنین اجاره اشیا عقدی معوض و تملیکی است که در اثر آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌گردد در حالی که در قرارداد رحم جایگزین بر اثر قرارداد، زوجین نابارور به عنوان مستأجر مالک زن صاحب رحم یا منافع رحم او نمی‌گردند بلکه مادر جانشین تعهد می‌کند تا جنین زوجین نابارور را در رحم خود

پرورش دهد. اشکال دیگر آن که انسان و اعضاء بدن او مال نیستند در حالی که موضوع عقد اجاره اشیاء منفعت مال معین است (حمزه، ۲۰۰۱م، ص ۲۶).

حتی بعضی از فقهای شیعه نیز به این امر اشاره کرده‌اند که قرارداد رحم جایگزین اجاره اشیاء نمی‌باشد، این گروه از فقها می‌گویند: «اگر این قرارداد را اجاره رحم بدانیم مثل اجاره دادن سایر اعضاء مانند دست و چشم و زبان عرفیت ندارد، مضافاً بر این که جدا از صاحب دست منفعت ندارد و بالاخره با تمسک در صحت و فساد این اجاره مرجع اصاله الفساد است، لهذا در اینجا ممکن است اجاره به مفهوم اجیر شدن خود صاحب رحم، جهت این انتفاع خاص از او مطرح شود و مجرد این که این نوع انتفاع و هر استیجار اشخاص برای این گونه اعمال در زمان پیغمبر صلی الله علیه و آله و سلم معهود نبوده است، موجب منع از تمسک به اطلاقات (اوفو بالعقود) نمی‌شود».^{۱۵}

با توجه به موارد فوق به خوبی روشن است که نمی‌توان قرارداد رحم جایگزین را اجاره رحم نامید و ماهیت حقوقی آن را عقد اجاره اشیاء دانست.

گفتار سوم: قرارداد رحم جایگزین و عقد اجاره اشخاص

برخی از حقوقدانان قرارداد رحم جایگزین را نوعی قرارداد اجاره اشخاص دانسته‌اند؛ چرا که: از جهت ماهیت از میان عقود معین شبیه‌ترین عقد به قرارداد رحم جایگزین، عقد اجاره اشخاص می‌باشد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۶، ص ۴۳۷). شباهت عقد اجاره اشخاص با قرارداد رحم جایگزین در این است که شخص اجیر در قرارداد اجاره اشخاص تعهد می‌کند تا برای مدت معینی و در برابر اجرت معینی کار معینی را برای مستأجر انجام دهد، در قرارداد رحم جایگزین نیز مادر جانشین متعهد می‌شود تا در برابر اجرت معینی با استفاده از روش‌های باروری کمکی و

جنین متعلق به زوجین نابارور یا اشخاص ثالث، باردار شده و با تحمل دوره بارداری جنین را در رحم خویش پرورش دهد و پس از زایمان نوزاد متولد شده را به والدین حکمی تحویل دهد. بعضی از نویسندگان اروپایی نیز با اشاره به این که ابهام در ماهیت قرارداد رحم جایگزین یکی از موانع اجرای این قرارداد است، اذعان کرده‌اند که قرارداد رحم جایگزین ماهیتاً یک قرارداد ارائه خدمات شخصی (نوعی اجاره اشخاص) می‌باشد (PANTELEJEVA, 2005).

اگر قرارداد رحم جایگزین را ماهیتاً اجاره اشخاص بدانیم، دیگر اشکالاتی که بر قابلیت رحم برای اجاره وارد است، در این جا قابل ایراد نیست؛ چرا که: اجاره اشخاص بنا بر نظر حقوقدانان از عقود عهدی است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، صص ۵۶۷ و ۳۵۱) و تملیکی در آن صورت نمی‌گیرد و تنها شخص تعهد می‌کند که فعلی را در مدت معین در برابر اجرت معین انجام دهد. چنانچه قانون کار نیز قرارداد کار را که نوعی اجاره اشخاص می‌باشد عقدی عهدی دانسته است (ماده ۳۰ قانون کار).

با وجود مطالب فوق، برخی عقد اجاره اشخاص را برای موضوع جانشینی در بارداری مناسب ندانسته و استدلالاتی را برای عدم تناسب آن بیان کرده‌اند و بر این عقیده‌اند که قرارداد تنظیمی در این باره، چون قابلیت تحلیل در قالب عقود معین را ندارد، ناگزیر در ردیف عقود غیر معین قرار می‌گیرد (جعفرزاده، ۱۳۷۸، ص ۳؛ نایب‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۱۵۵). برای مثال استدلال شده است: اگر نیروی کار انسان را منفعت بدانیم، منفعت موضوع قرارداد مادر جانشین «کارکرد طبیعی رحم مادر جانشین در پرورش جنین» می‌باشد که این منفعت جزء وجود و شخصیت مادر جانشین می‌باشد و همان‌طور که قبلاً گفتیم والدین حکمی نمی‌توانند مالک این منفعت شوند، مضافاً این که مالک بودن چنین منفعتی به منزله مالک بودن خود مادر جانشین است و کسی نمی‌تواند به موجب قرارداد، فردی را مالک خود کند

(نایب‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۱۵۶).

این استدلال برای عدم تناسب عقد اجاره اشخاص نسبت به موضوع جانشینی در بارداری صحیح به نظر نمی‌رسد، چراکه موضوع منفعت بودن نیروی کار انسان و همچنین این موضوع که اجاره اشخاص یکی از انواع اجاره است و شخص می‌تواند به موجب آن منافع یا منفعت خاصی را از خود در برابر اجرت معینی برای مدت معینی به مستأجر تملیک کند و یا این که در برابر اجرت معینی انجام دادن کاری را بر عهده گیرد، در فقه و حقوق ایران امری پذیرفته شده است و اختلافی در آن وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۵۵۷).

چنین پذیرش و مقبولیتی از سوی قانون‌گذار، مبین آن است که صرف جزء وجود و شخصیت بودن منفعتی، مانع از متعلق اجاره قرارگرفتن آن منفعت نمی‌شود، مگر آن که منع خاص و نص صریحی درباره آن وجود داشته باشد.

اجاره زن برای شیر دادن نوزاد و به بیان دیگر «قرارداد جانشینی در شیر دهی» در شمار مثال‌های مناسبی است که می‌توان در این باره به آن استناد کرد. این مثال، تناسب خوبی نیز با بحث جانشینی در بارداری دارد. درباره چنین قراردادی تصریح شده است که اجیر کردن زن برای ارضاع جایز است، حال آن که منفعت موضوع جانشینی در شیردهی، «کارکرد طبیعی پستان مادر رضاعی در تولید شیر» می‌باشد و این منفعت نیز جزء وجود و شخصیت مادر رضاعی به شمار می‌آید.

نکته دیگر این که مالک بودن چنین منفعت خاصی از مادر جانشین به منزله مالک بودن خود وی نیست، چرا که اجاره اشخاص عقدی عهدی است و تملیکی در آن صورت نمی‌گیرد در نتیجه مستأجر در این عقد مالک اجیر نمی‌شود.

علاوه بر این‌ها، اگر موانع جواز استفاده از قرارداد اجاره اشخاص برای موضوع جانشینی در بارداری عبارت از «جزء شخصیت بودن منفعت رحم مادر جانشین» و

همچنین «مالکیت خودِ مادر جانشین به دلیل مالکیت چنین منفعتی» باشد، این موضوع برای دیگر عقود معین یا نامعین که بخواهد موجب تملیک چنین منفعتی به والدین حکمی شود نیز وجود خواهد داشت. نتیجه این که با چنین استدلال‌هایی باید به بطلان اصل قرارداد رحم جایگزین با هر ماهیتی حکم دهیم، چرا که ممکن نیست عقود دیگر نیز این منفعت را از گستره شخصیت شخص خارج کند و ماهیت آن را تغییر دهد.

اما دو اشکال عمده بر نظریه اجاره اشخاص بودن قرارداد رحم جایگزین وارد است، اولاً در اجاره اشخاص، تسلیم منفعت با انجام دادن کار موضوع تعهد و تسلیم کالای ساخته شده صورت می‌پذیرد و در صورتی که موضوع تعهد پیش از آن تلف شود، اجیر حقی بر دستمزد ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ش ۴۲۱). در حالی که در قرارداد رحم جایگزین در صورتی که طفل قبل از تولد سقط شود، نمی‌توان بر اساس قواعد اجاره اشخاص مادر جانشین را مستحق اجرت ندانست، چرا که او به تعهد خود مبنی بر نگهداری از جنین عمل کرده و رسیدن به نتیجه مقصود از حد توان او خارج می‌باشد، به علاوه مستحق ندانستن مادر جانشین بر اجرت در این مورد با وجود مشقت زیادی که او در این راه متحمل شده است، منصفانه به نظر نمی‌رسد.

ثانیاً قرارداد رحم جایگزین از مجموعه‌ای از تعهدات تشکیل می‌شود به گونه‌ای که نمی‌توان تمامی این تعهدات را از عقد اجاره اشخاص ناشی دانست. به عبارت دیگر با تحلیل مفاد قرارداد رحم جایگزین این نتیجه گرفته می‌شود که تنها بخشی از تعهدات آن را می‌توان به اجاره اشخاص مرتبط کرد و در این عقد آثار عقود دیگر مانند، ودیعه جنین، هبه منفعت (در مورد قرارداد رحم جایگزین نوع دوستانه)، اجاره مادر جانشین (در نوع تجاری) قرارداد رضاع، بیع یا اهدای اسپرم،

تخمک و جنین نیز وجود دارد که الحاق این قرارداد را به اجاره اشخاص دشوار می‌سازد. همچنین آثار و شرایط انحصاری این قرارداد را نمی‌توان با عقد اجاره اشخاص مقایسه کرد. به علاوه این اشکال در مواردی که در روش رحم جایگزین از اسپرم، تخمک یا جنین دیگری استفاده می‌شود، بیشتر جلوه می‌کند. چنانچه بعضی از حقوقدانان صریحاً به این امر اشاره کرده و گفته‌اند که: «به نظر می‌رسد جای دادن توافق ناظر بر استفاده از رحم جایگزین تحت عنوان سنتی اجاره (یا اجاره اشخاص) در همه موارد، خالی از ایراد نباشد ... در حالتی که تخمک از آن مادر جانشین است، قرارداد تنها اجاره رحم (یا اجاره اشخاص) نیست، بلکه تلفیقی از قرارداد استفاده از تخمک و رحم ایشان می‌باشد (جعفرزاده، ۱۳۷۸، ص ۳).

بنابراین قرارداد رحم جایگزین تلفیقی از چند عقد است که در عرف مفهوم و شخصیت مستقل یافته است و دیگر نمی‌توان این عقد را یکی از عقود تشکیل دهنده آن به حساب آورد، بلکه عقدی مستقل بوده و جزء عقود نامعین است. در مورد این که این قرارداد ماهیت خاص داشته و در شمار عقود نامعین است بعداً بیشتر توضیح خواهیم داد.

گفتار چهارم: قرارداد رحم جایگزین و قرارداد کار

در قرارداد رحم جایگزین که زوجین نابارور از خدمات زن صاحب رحم بهره مند می‌گردند، آیا می‌توان روابط بین آنها را قرارداد کار تلقی نمود؟ آیا این قرارداد مشمول قانون کار می‌شود؟

نکته مهم در این مورد این است که اعتقاد به حاکمیت قانون کار بر قرارداد رحم جایگزین فرع بر این اعتقاد است که قرارداد رحم جایگزین را ماهیتاً یک

عقد اجاره اشخاص بدانیم؛ چرا که: قرارداد کار نوعی قرارداد اجاره اشخاص است که از شمول قانون مدنی خارج شده و تحت مقررات خاصی قرار گرفته است. از آنجا که قرارداد کار تابع نظام حقوقی ویژه‌ای است و برابر آن، یک طرف (کارگر) از حمایت‌هایی برخوردار می‌شود و طرف دیگر مکلف به رعایت این حقوق و حمایت‌ها است، تمییز قرارداد کار از سایر قراردادهای اجاره اشخاص و قرارداد رحم جایگزین دارای اهمیت است.

ماده یک قانون کار در تعریف کارگر می‌گوید «کارگر از لحاظ این قانون کسی است که به هر عنوان به دستور کارفرما در مقابل دریافت حقوق یا مزد کار می‌کند». از قید «به دستور کارفرما» می‌توان فهمید که فرمانبری و تابعیت حقوقی کارگر از کارفرما مبنای اصلی قرارداد کار است.

بنابراین می‌توان گفت: در تمام مواردی که اجیر در اجرای کاری که به عهده دارد از دستور مستأجر اطاعت می‌کند یا از نظر اقتصادی تابع است و سود و زیان کارش به او می‌رسد، بر روابط آنان قانون کار حکومت می‌کند و در مواردی که اجیر برای خود کار می‌کند و چگونگی اجرای تعهد نیز با خود اوست و از این لحاظ تحت فرمان و نظارت مستأجر نیست قانون مدنی حاکم است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۵۶۴). از این مطالب روشن می‌شود که قرارداد رحم جایگزین را نمی‌توان نوعی قرارداد کار و مشمول قانون کار دانست، چرا که در این قرارداد مادر جانشین تحت فرمان و نظارت والدین حکمی کار نمی‌کند و چگونگی اجرای تعهد نیز با خود او می‌باشد.

گفتار پنجم: قرارداد رحم جایگزین و عقد عاریه

آیا قرارداد رحم جایگزین را از این جهت که مادر جانشین اجازه می‌دهد تا از رحم وی برای پرورش جنین دیگری استفاده شود نمی‌توان با عقد عاریه مقایسه کرد و آن را عاریه رحم نامید؟ چنانچه شرط عوض نیز در این قرارداد چهره فرعی داشته و ماهیت عقد را تغییر ندهد.

در عقد عاریه، معیر به مستعیر اجازه می‌دهد تا از عین مال او مجاناً منتفع شود. بنابراین اگر قرارداد رحم جایگزین را عاریه رحم بدانیم، مادر جانشین سبب ایجاد حق انتفاع از یکی از اعضاء بدن خود برای والدین حکمی در رابطه با منفعت مورد نظر می‌گردد و نظر به این که حق انسان بر اندام و اعضاء خود از حقوق مربوط به شخصیت است، لذا مادر جانشین نمی‌تواند حقی را برای دیگران در اعضاء و اندام بدن خود به وجود آورد.

اگر قرارداد رحم جایگزین را عقد عاریه بدانیم مهم‌ترین اشکالات ناشی از آن عبارت است از:

- ۱- مسأله تسلیم مال مورد عاریه از طرف معیر برای انتفاع به مستعیر
- ۲- عدم قبض مورد عاریه از طرف مستعیر و به تبع آن عدم امکان رد مورد عاریه به معیر پس از انتفاع
- ۳- با توجه به این که عقد عاریه براساس ماده ۶۳۸ ق.م.عقدی جایز است، طرفین عقد هر زمان که بخواهند می‌توانند آن را فسخ نمایند. در قرارداد رحم جایگزین، هدف اصلی پرورش جنین است که جایز بودن عقد با حقوق جنین که پس از استقرار در رحم هم والدین و هم زن صاحب رحم ملزم به نگهداری آن هستند، در تضاد می‌باشد.

۴- موضوع عقد عاریه باید مالی باشد که انتفاع از آن با بقای عین ممکن باشد، در حالی که رحم زن مال نیست. بنابراین مسأله عدم امکان تسلیم، قبض و رد مال مورد عاریه، جایز بودن عقد عاریه و مال نبودن رحم، قرارداد رحم جایگزین را از عقد عاریه جدا می‌سازد. به علاوه عقد عاریه از لحاظ خصوصیات نوعی عقد اجاره اشیاء غیر معوض است، در نتیجه تمام اشکالاتی که در بحث اجاره اشیاء مطرح شد، در این جا نیز قابل طرح است که از باب اختصار از طرح مجدد آن خودداری می‌کنیم.

گفتار ششم: قرارداد رحم جایگزین و عقد جعاله

عقد جعاله از این جهت که عبارت از التزام شخصی به ادای اجرتی معلوم در مقابل عملی است ممکن است در موضوع جانشینی در بارداری به آن توجه شود، چرا که عامل به موجب عقد جعاله، ملتزم می‌شود تا عملی را در برابر عوض یا پاداش معلومی انجام دهد و جاعل نیز ملتزم می‌شود تا پاداشی را در برابر انجام دادن عملی به عامل بپردازد. مادر جانشین در قرارداد جانشینی در بارداری متعهد می‌شود تا در برابر پاداش یا اجرت معلومی با استفاده از روش‌های باروری کمکی و تخمک بارور شده یا جنین معین متعلق به والدین حکمی یا اشخاص ثالث، باردار شود و با تحمل دوره بارداری، از تخمک بارور شده یا جنین در رحم خویش نگهداری و آنرا پرورش دهد و پس از زایمان نیز نوزاد متولد شده را به والدین حکمی یا متقاضی تحویل دهد.

قرارداد رحم جایگزین از جهات زیر ممکن است به جعاله شبیه باشد:

۱- جعاله عقدی عهدی و معوض است، چنانچه قرارداد رحم جایگزین عهدی بوده و در نوع تجاری آن معوض نیز می‌باشد. همچنین تعهد به تسلیم کودک در

مقابل دریافت اجرت که در قرارداد مطلوب و مورد نظر زوجین نابارور می‌باشد نیز به عنوان جعل می‌توان در نظر گرفت.

۲- برای انجام عمل و دریافت اجرت در جعاله نه تنها میزان کاری که باید انجام شود به درستی معلوم نیست (ماده ۵۶۴ ق.م) اجرت نیز ممکن است به طور کامل معلوم نباشد. (ماده ۵۶۳ ق.م)، در قرارداد رحم جایگزین نیز طبیعت انجام بارداری و خصوصیات آن اقتضا دارد هم کیفیت عمل مردد و نامعلوم باشد و هم اجرت آن.

اما علی‌رغم این مطالب نمی‌توان ماهیت قرارداد رحم جایگزین را به چند دلیل جعاله دانست؛ اولاً طبق ماده ۵۶۷ ق.م در جعاله عامل وقتی مستحق جعل می‌گردد که متعلق جعاله را تسلیم کرده یا انجام داده باشد. در این صورت مادر جانشین زمانی می‌تواند اجرت عمل را دریافت کند که کودک را تحویل داده باشد و این موضوع با توجه به این که طی دوران بارداری مستلزم پرداخت هزینه‌هایی است که باید پرداخت شود، در نتیجه این هزینه‌ها به مادر جانشین تحمیل می‌گردد.

ثانیاً در عقد جعاله هزینه‌هایی که برای انجام عمل مورد جعاله لازم است به عهده عامل (مادر جانشین) می‌باشد مگر آن که عرف محل یا اراده طرفین خلاف آن را شرط کنند، زیرا عامل تعهد به انجام عمل مورد جعاله نموده و تعهد برای هر امری تعهد بر لوازم آن نیز است و یکی از لوازم آن پرداخت هزینه‌های انجام عمل می‌باشد.

اما مهم‌ترین اشکالی که باعث می‌شود تا استفاده از جعاله در موضوع جانشینی با دشواری مواجه شود، این است که عقد جعاله عقدی جایز است و جاعل و عامل می‌توانند هرگاه بخواهند و بدون اینکه نیاز به دلیل موجه و مشروعی داشته باشند، آن را بر هم بزنند. حال آن که پایبندی طرف‌های قرارداد رحم جایگزین به تعهدات

خویش بسیار حایز اهمیت است و چنانچه در قبل بیان شد قرارداد رحم جایگزین عقدی لازم است.

گفتار هفتم: قرارداد رحم جایگزین و عقد ودیعه

آیا می‌توان بر آن بود که جنین به عنوان امانت در رحم مادر جانشین قرار گرفته و ماهیت حقوقی قرارداد رحم جایگزین همان ودیعه است؟ چنانچه شرط عوض نیز در قرارداد چهره فرعی داشته و ماهیت عقد را تغییر نمی‌دهد.

برابر ماده ۶۰۷ ق.م. و دیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد برای آن که آن را مجاناً نگاه دارد. جوهر و مقتضای عقد ودیعه «سپردن مالی به دیگری برای نگهداری» است و این که گیرنده مال آن را حفظ کند و با اولین مطالبه صاحبش بازگرداند، به همین جهت اگر معلوم شود در عقدی مقصود اصلی طرفین نگهداری مال نیست، رابطه آنها تابع قواعد مربوط به ودیعه نمی‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۱۱).

در قرارداد رحم جایگزین نگهداری از نطفه به عنوان جهت اصلی عقد و قصد مشترک طرفین قرارداد مورد نظر نمی‌باشد. عمل سپردن جنین به منظور پرورش آن در رحم انجام می‌گیرد نه برای نگهداری و مادر جانشین نیز به قصد پرورش جنین در رحم آن را می‌پذیرد نه این که از آن نگهداری کرده و هر وقت مورد مطالبه قرار گرفت باز پس دهد. هر چند که به عنوان لازمه تعهد اصلی جنین به مادر جانشین به امانت سپرده می‌شود (نایب‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۱۵۶).

همچنین ودیعه عقدی جایز است در حالی که لزوم قرارداد رحم جایگزین با توجه به خصوصیات خاص خود مقتضای نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌باشد در نتیجه ودیعه بودن قرارداد رحم جایگزین را می‌توان مخالف نظم عمومی دانست.

اگر چه می‌توان ادعا کرد که ودیعه جنین نزد مادر جانشین جزء مفاد قرارداد رحم جایگزین است، اما این امر به عنوان هدف اصلی و قصد مشترک طرفین در این قرارداد نیست بلکه نگهداری از جنین لازمه قصد طرفین در پرورش جنین است، در نتیجه اگرچه مقررات امانت از جمله عدم ضمانت مادر جانشین در صورت عدم تعدی و تفریط در قرارداد رحم جایگزین نیز اعمال می‌شود، اما ماهیت این قرارداد را تشکیل نمی‌دهند، چنانچه این وضعیت در مورد قرارداد اجاره و عاریه نیز وجود دارد و ودیعه به عنوان یک امر فرعی و لازمه این قرارداد جزو مفاد این عقود است.

گفتار هشتم: قرارداد رحم جایگزین و عقد صلح

یکی دیگر از عقود معین که از لحاظ شرایط و خصوصیات شباهت بسیاری به قرارداد رحم جایگزین دارد عقد صلح می‌باشد. دلایل دیگری که قرارداد رحم جایگزین را به عقد صلح نزدیک می‌کند این است که عقد صلح، عقدی مسامحه‌ای بوده و علم اجمالی به موضوع آن کافی است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۲، ش ۱۹۸). همچنین صلح براساس مفاد ماده ۷۵۷ ق.م.مکن است معوض یا غیرمعوض باشد و براساس ماده ۷۶۰ ق.م.عقدی لازم است.

در نتیجه از آنجا قرارداد رحم جایگزین نیز ممکن است معوض یا غیر معوض باشد و همچنین به علت شرایط خاص این قرارداد علم تفصیلی به موضوع و تعهدات طرفین در این قرارداد دشوار می‌باشد، به علاوه چنانچه گفتیم عقدی لازم بوده و مبتنی بر مسامحه است، می‌توان قرارداد رحم جایگزین را نوعی عقد صلح به حساب آورد. چراکه عقد صلح دارای همان احکام قراردادهای خصوصی می‌باشد

و چنانچه در ادامه خواهیم گفت قرارداد رحم جایگزین نوعی قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی است که می‌تواند در قالب صلح نیز منعقد شود. البته اعتقاد به این امر که ماهیت قرارداد رحم جایگزین نوعی قرارداد خصوصی می‌باشد، به این معنا نیست که نمی‌توان از عقد صلح برای جانشینی در بارداری استفاده کرد. چرا که پیش از این که اصل حاکمیت اراده به صورت ماده ۱۰ قانون مدنی در حقوق ما وارد شود وسیله‌ای که فقیهان برای احترام به اراده طرفین در دست داشتند، عقد صلح بوده است؛ به عبارت دیگر: عقد صلح قالب مشترکی است برای همه معاملات که شرایط عمومی قراردادها را لازم دارد، ولی آثار خاصه عقود بر آن بار نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۲۱).

گفتار نهم: قرارداد رحم جایگزین و قرارداد فرزندخواندگی

گروهی از فقهای اهل سنت معتقدند که قرارداد رحم جایگزین ماهیتاً قرارداد فرزند خواندگی است؛ چرا که: هدف نهایی از این قرارداد این است که نسب طفل متولد از آن به مادر حکمی منتسب شود یا به عبارت دیگر نسب از مادر جانشین به مادر صاحب تخمک یا مادر حکمی انتقال یابد که این امر همان فرزند خواندگی است (مرسی زهره، ۱۹۹۳م، ص ۱۸۰). این گروه از فقها بدین علت که در اسلام فرزندخواندگی وجود ندارد، حکم به بطلان این قرارداد داده‌اند. چنانچه قوانین برخی از کشورهای اسلامی صریحاً فرزند خواندگی را منع کرده‌اند (قانون خانواده الجزایر، ماده ۴۶ و قانون کویت در مورد احوال شخصیه، ماده ۱۶۷). در قوانین موضوعه ایران نیز فرزندخواندگی که آثار حقوقی مربوط به نسب بر آن بار شود به رسمیت شناخته نشده است و تنها در مورد حمایت از کودکان بی سرپرست، فرزندخواندگی از آثار حقوقی برخوردار می‌باشد.

این نظریه از آن جهت مورد نظر است که از نظر قوانین برخی کشورها (قانون مدنی فرانسه ماده، ۳۳۴) فرزند خواندگی صحیح و دارای آثار قانونی نسب است. در نتیجه این قرارداد را می‌توان با عنوان قرارداد فرزندخواندگی پیش از تولد مورد بررسی قرار داد. اما به نظر می‌رسد که نمی‌توان قرارداد رحم جایگزین را ماهیتاً قرارداد فرزند خواندگی دانست؛ چرا که این نظریه بر این امر مبتنی است که در رحم جایگزین مادر جانشین را مادر واقعی طفل بدانیم^{۱۶} در حالی که بنا بر نظر اکثر فقهای شیعه صاحب تخمک مادر واقعی طفل می‌باشد، در نتیجه بنا بر نظر فقهای شیعه در اثر قرارداد رحم جایگزین انتقال نسب صورت نمی‌گیرد تا این قرارداد را فرزندخواندگی بدانیم.

بعضی از فقهای شیعه صریحاً اعلام کرده‌اند که استفاده از رحم جایگزین ارتباطی با فرزند خواندگی ندارد و طفل متولد از این روش تنها نسبت به مادر جانشین محرم است، ولی از نظر احکام نسب متعلق به صاحبان نطفه می‌باشد.^{۱۷}

گفتار دهم: قرارداد رحم جایگزین و قرارداد خصوصی (عقد نامعین)

قرارداد رحم جایگزین که در اثر توافق طرفین منعقد می‌گردد در صورتی که با هیچ‌یک از عقود معین در قانون منطبق نباشد، می‌توان آن را براساس ماده ۱۰ قانون مدنی پذیرفت. مطابق این ماده ضرورتی نیست که برای ایجاد تعهد، توافق اشخاص به صورت یکی از عقود با نام و معین در قانون باشد. این موضوع درباره جانشینی در بارداری در مواردی که مانع شرعی یا قانونی نسبت به انجام دادن آن وجود ندارد نیز مصداق می‌یابد و اشخاص می‌توانند درباره آن به صورت قراردادی خصوصی که در قانون عنوان و صورت خاصی ندارد، با یکدیگر توافق و خود

شرایط و آثار آنرا طبق قواعد عمومی قراردادها و اصل حاکمیت اراده تعیین کنند.

از نتایج اصل آزادی قراردادی این است که اشخاص می‌توانند قرارداد را با هر عنوان که مایل باشند منعقد نمایند و نتایج و آثار آنرا به دلخواه معین کنند. همچنین اصل حاکمیت اراده اقتضا می‌کند که در تفسیر قرارداد به آنچه متعاقدین صریحاً یا ضمناً خواسته‌اند توجه شود. اکثریت نویسندگان و حقوقدانان نیز این نظر را پذیرفته‌اند که قرارداد رحم جایگزین، یک قرارداد خصوصی پذیرفته شده بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی است.^{۱۸}

در میان حقوقدانان کشورهای عربی نیز این نظریه دارای طرفداران بسیاری است، این حقوقدانان تصریح کرده‌اند که قرارداد رحم جایگزین با تمام عقود معینی که قانون نام برده است متفاوت است و تنها با بعضی از آنها شباهت‌هایی دارد در نتیجه این قرارداد ماهیتاً یک عقد نامعین می‌باشد و دارای ماهیت منحصر به فرد و خاص خود مطابق هدف طرفین این قرارداد است (عبدالرحیم مهران، ۲۰۰۲م، ص ۶۱۳).

یکی از دلایل دیگری که می‌توان بر این مدعا ارائه کرد این است که با تحلیل قرارداد رحم جایگزین به این نتیجه می‌رسیم که مجموع تعهدات متفاوتی که در این قرارداد وجود دارد را نمی‌توان تنها به یک عقد معین نسبت داد چرا که این قرارداد عقدی مرکب از چند عقد معین و نامعین می‌باشد، چنانچه این قرارداد را می‌توان به عقود ودیعه جنین، هبه منفعت (در مورد قرارداد رحم جایگزین نوع دوستانه)، اجاره مادر جانشین (در نوع تجاری) قرارداد رضاع، بیع یا اهدای اسپرم، تخمک و جنین تجزیه کرد.

در تعیین ماهیت این نوع قراردادهای مرکب و تعیین قواعدی که حاکم بر این گونه قراردادها است، بهتر است به تحلیل قصد مشترک و مبنای تراضی طرفین قرارداد پردازیم. در فرضی که مجموع چند عمل حقوقی در عرف استقلال و شخصیت ویژه دارد و با یک قصد انشاء واقع می‌شود، چون قصد مشترک به کل نظر دارد، باید آنچه را واقع شده مستقل از اجزای آن شمرد و در شمار عقود نامعین قرار داد مانند قرارداد رحم جایگزین و اقامت در مهمانسرا (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۳۱).

نتیجه

قرارداد رحم جایگزین، تحت عناوین مختلفی از قبیل؛ قرارداد رحم جایگزین، قرارداد مادر جانشین، قرارداد اجاره رحم، بارداری قراردادی و.. مصطلح شده است که از نظر نگارنده، عنوان قرارداد رحم جایگزین مناسب تر است.

تاکنون در قوانین ایران نسبت به جانشینی در بارداری از سوی قانونگذار ایران، قانون خاصی که به چنین موضوعی اختصاص یافته باشد و چگونگی آنرا تبیین کرده باشد، تصویب و یا تدوین نشده است. اما با توجه به مباحث فوق و اهمیت موضوع جانشینی در بارداری بهتر است تا قانون گذار با وضع قوانینی این قرارداد را به یک نهاد حقوقی با مقررات و شرایط ویژه تبدیل کند.

شرایط این قرارداد را تنها با استناد به عموماً و قواعد عمومی قراردادها نمی‌توان تعیین کرد. شرایط طرفین قرارداد را باید قانونگذار معین کند و نباید مقررات کلی مربوط به اهلیت را در این مورد مجری بدانیم؛ زیرا هر کس که از نظر قانون اهلیت دارد شایستگی انعقاد قرارداد رحم جایگزین را ندارد، چه او خواستار فرزند یا متقاضی بارداری برای دیگری باشد.

توافقات جانشینی در بارداری ماهیتاً عقد می‌باشند و قابل فسخ نمی‌باشد، مگر به تراضی طرفین که همان اقاله است و در این قرارداد بعد از استقرار جنین در رحم مادر جانشین حاکمیت با قواعد آمره بوده و اقاله نیز به تبع منتفی می‌شود، اما اقاله بعد از انعقاد قرارداد و قبل از استقرار جنین در رحم مادر جانشین امکان داشته و از اصل پیروی می‌کند. همچنین قرارداد رحم جایگزین عقدی معلق بوده و اثر عقد بعد از وقوع حاملگی ایجاد می‌شود که در صورت قبول این نظر دیگر اعتقاد به امکان یا عدم امکان فسخ قرارداد قبل از استقرار جنین فایده عملی نخواهد داشت.

قرارداد رحم جایگزین عقدی لازم و غیر معین است. همچنین این قرارداد به دلیل اهمیت آن و آثار بسیار مهمی که از چنین قراردادی در مورد نسب، ارث و حریمیت ناشی می‌شود، ضرورت دارد برای صیانت بهتر از خانواده، شکل خاص و تشریفات معینی برای بیان توافق دو اراده اعتبار شود تا این قرارداد در شمار عقود تشریفات قرار گیرد. شکل خاص و تشریفات معین ممکن است به مواردی از قبیل انجام معاینات پزشکی معین برای تأیید ناباروری والدین حکمی یا متقاضی، تأیید سلامت جسمانی مادر جانشین و توانایی وی برای باروری، اخذ مجوزهای لازم پزشکی از مراکز درمانی معتبر، نظارت مراکزی خاص بر مراحل آن و ثبت وقایع و چگونگی تنظیم شروط ضمن قرارداد، اختصاص یابد.

این قرارداد در شمار عقود مسامحه‌ای است، همچنین به منظور حفظ این وصف در قرارداد رحم جایگزین بهتر است، قوانین کنترلی و نظارتی مناسب در این مورد وضع شود و قانونگذار مبلغی را که در مقابل زحمات مادر جانشین منصفانه به نظر می‌رسد، تعیین کند تا والدین حکمی به حکم قانون اقدام به پرداخت این مبلغ به مادر جانشین کنند.

از نظر ماهیت، این قرارداد در قالب عقود معین مثل اجاره و عاریه نمی‌گنجد و بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی می‌تواند پذیرفته شود، اما همه آثار قرارداد بر اساس اراده طرفین نمی‌تواند معین شود و پاره‌ای آثار قهری بر آن مترتب می‌شود. مهمترین این آثار قرابت و نسب حاصل از قرارداد است که به صورت قهری و غیرارادی حاصل می‌شود. همچنین این قرارداد باید علاوه بر شرایط عمومی قراردادهای واجد شرایط خاص باشد.

اعتقاد به این امر که ماهیت قرارداد رحم جایگزین نوعی قرارداد خصوصی می‌باشد، به این معنا نیست که نمی‌توان از عقد صلح برای جانشینی در بارداری استفاده کرد.

پی‌نوشت‌ها

1. Gestational surrogacy
2. Surrogate mother
3. Commissioning couple

۴. لقاح خارج رحم (IVF) : در این شیوه از درمان ناباروری، تخمک بالغ به طریقه جراحی از تخمدان برداشته می‌شود و در محیط آزمایشگاه در مجاورت اسپرم لقاح می‌یابد - جنین حاصل در مرحله هشت سلولی یا پیشرفته‌تر، مجدداً به رحم مادر منتقل می‌شود.

5. Surrogate Contract
6. Surrogate mother contract
7. Womb rent Contract
8. Contractual pregnancy
9. Commercial surrogacy
10. Altruistic surrogacy

۱۱. برای ملاحظه از یک رأی که در ایالات متحده آمریکا صادر شده و نظرهای موافق و مخالف راجع به اجاره رحم در آن کشور ر.ک، کاتوزیان، ناصر، توالد بدون عشق - توجیه و نقد رویه قضایی، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۷۷، ص ۴۷ به بعد.

۱۲. ر.ک، فتاوی‌ای آیت الله خامنه‌ای، آیت الله علی سیستانی، آیت الله صافی گلپایگانی، آیت الله مکارم شیرازی، آیت الله صانعی، آیت الله موسوی اردبیلی، آیت الله محمد مومن، رحم جایگزین (مجموعه مقالات)، چاپ اول، انتشارات پژوهشکده ابن سینا و سمت، تهران، ۱۳۸۶، ص ۱۱.

۱۳. کاتوزیان، ناصر، پاسخ کتبی به سوال محقق، هامیرا رخشنده رو، «قرارداد استفاده از رحم زن»، رحم جایگزین (مجموعه مقالات)، چاپ اول، انتشارات پژوهشکده ابن سینا و سمت، تهران، ۱۳۸۶، ص ۴۰۰.

۱۴. قاسم زاده، سید مرتضی، «اجاره رحم در حقوق ایران»، رحم جایگزین (مجموعه مقالات)، چاپ اول، انتشارات پژوهشکده ابن سینا و سمت، تهران، ۱۳۸۶، ص ۴۳۸.

۱۵. استفتاء مجله رهنمون از آیت الله صافی گلپایگانی، بخش استفتائات، روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، تهران، سمت و پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۲، ص ۴۰۱.

۱۶. مهرپور، حسین، «نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی»، روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، تهران، سمت و پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۲، ص ۱۶۰.

۱۷. ر.ک، فتاوی‌ای آیت الله مکارم شیرازی، بخش استفتائات کتاب، رضایا معلم، محمد رضا، باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، چاپ اول، انتشارات بوستان کتاب قم، ۱۳۸۳، ص ۴۶۳، همچنین آیت الله یزدی، همان ص ۴۶۵.

۱۸. نایب‌زاده، عباس، همان، ص ۱۵۹: و جلالیان، محمدتقی، «صحت قرارداد رحم جایگزین»، رحم جایگزین (مجموعه مقالات)، چاپ اول، انتشارات پژوهشکده ابن سینا و سمت، تهران، ۱۳۸۶، ص ۳۲۹؛ و رخشنده رو، هامیرا، همان، ص ۳۸۴.

فهرست منابع

الف) فارسی و عربی

جعفرزاده، میرقاسم، (۱۳۷۸). وضعیت فقهی و حقوقی استفاده از رحم اجنبی جانشین یا «Surrogacy»، بولتن تولید مثل و نازایی، پژوهشکده بیولوژی و بیوتکنولوژی تولید مثل و نازایی جهاد دانشگاهی، شماره ۱۷.

جمعی از نویسندگان. (۱۳۸۲). روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، چاپ دوم، انتشارات پژوهشکده ابن سینا و سمت.

جمعی از نویسندگان. (۱۳۸۶). رحم جایگزین (مجموعه مقالات)، چاپ اول، تهران: انتشارات پژوهشکده ابن سینا و سمت.

حرم‌پناهی، محسن. (بی تا). تلخیص مصنوعی، مجله فقه اهل البیت، سال سوم، شماره ۱۰. حمزه، هانی. (۲۰۰۱). إجارة الأرحام بین الشریعه و القانون، بیروت: لبنان، جامعه بیروت العربیه. رضانیا معلم، محمدرضا. (۱۳۸۳). باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، چاپ اول، قم: انتشارات بوستان کتاب قم.

صفایی، سیدحسین. (۱۳۸۳). تولید مثل مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق فرانسه و ایران، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۴، تابستان ۸۳.

صفایی، سیدحسین؛ قاسم زاده، سیدمرتضی. (۱۳۷۸). حقوق مدنی - اشخاص و محجورین، چاپ چهارم، سمت.

عبدالرحیم مهران، سید محمود. (۲۰۰۲). الأحكام الشرعیة و القانونیه للتدخل فی عوامل الوراثة و التكاثر.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۲). حقوق مدنی، خانواده، جلد دوم، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). قواعد عمومی قراردادها، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۷). توالد بدون عشق، توجیه و نقد رویه قضایی، چاپ اول، نشر میزان.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸). دوره عقود معین، چاپ هفتم، شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). اعمال حقوقی: قرارداد - ایقاع، چاپ یازدهم، شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۴). ضمان قهری، مسئولیت مدنی، چاپ سوم، انتشارات دانشگاه تهران.

محمود حمزه، محمد. (۲۰۰۷م). اجاره الارحام بين الطب و الشريعة الاسلاميه، چاپ اول، بيروت: دارالکتب العلميه.

مرسی زهره، محمد. (۱۹۹۳م). الانجاب الصناعی، الكويت: طبع ذات السلاسل.
 نایب‌زاده، عباس. (۱۳۸۰). بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی، چاپ اول، انتشارات مجد.

(ب) انگلیسی

INA PANTELEJEVA.(2005). ARE SURROGATE MOTHER CONTRACTS ENFORCEABLE?, INTERNATIONAL JOURNAL OF BALTIC LAW, Volume 2, No. 3, July, 2005, available at: www.cceol.com.

یادداشت شناسه مؤلف

حمید رحمانی منشادی: دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی و پژوهشگر مرکز تحقیقات اخلاق و حقوق پزشکی دانشگاه علوم پزشکی شهید بهشتی. (نویسنده مسؤول)

نشانی الکترونیک: medlaw2008@yahoo.com

تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۷/۴/۱۰

تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۸۷/۶/۲۹