

بررسی مسؤولیت قراردادی مادر جانشین در برابر والدین ژنتیکی*

عباس یدالهی باغلوئی

سید محمد اسدی نژاد^۱

چکیده

مسؤولیت قراردادی مادر جانشین در برابر والدین ژنتیکی زمانی بوجود می‌آید که یک قرارداد صحیح و الزام‌آوری بین آنها موجود بوده و مادر جانشین تعهدات حاصله را نقض نماید. اکثر این تعهدات، ناشی از توافقات صورت گرفته بین طرفین بوده و سایر منابع ایجاد تعهد اعم از قانون و عرف در این مورد ساکت است. این نقض تعهدات نیز موجب زیان مادی و معنوی والدین ژنتیکی گردیده که می‌بایست جبران شود. طرفین می‌توانند در قرارداد جانشینی در بارداری در مورد جبران خسارت توافق کرده که یا به صورت کاهش در میزان اجرت پرداختی و یا استفاده از محل تضمین مادر جانشین به والدین ژنتیکی باشد. همچنین از آنجا که قرارداد مزبور با حیات یک موجود انسانی در ارتباط است، باید قائل به نامشروع بودن شرط عدم مسؤولیت در آن شد.

واژگان کلیدی

مادر جانشین، مسؤولیت، قرارداد، نقض تعهد، جبران خسارت

۱. عضو هیئت علمی دانشگاه گیلان (نویسنده مسؤول)

بررسی مسؤولیت قراردادی مادر جانشین در برابر والدین ژنتیکی

استفاده از رحم زن دیگر برای بارداری^۱، یکی از شیوه‌های درمان ناباروری است که با پیشرفت دانش و تکنولوژی، در کنار طرق دیگری مانند IVF، JUI، ZIFT، GIFT و ICSI مطرح است. این شیوه‌ی درمانی، در مواردی بکار برده می‌شود که زن قابلیت باروری را نداشته یا نتواند یک بارداری موفق را تجربه کند. این موارد می‌طلبد که زوج متقاضی فرزند، از رحم یک زن دیگر برای بارداری استفاده کنند؛ بدین ترتیب که اسپرم و تخمک زن و مرد در محیط آزمایشگاه لقاح یافته و نتیجه‌ی حاصله به رحم ثالثی منتقل شود (معینی، ۱۳۸۲: ۲۸ و ۲۹) که از آن زن تعبیر به مادر جانشین می‌شود.

جانشینی در بارداری به عنوان یکی از روشهای نوین در درمان ناباروری، مسائل حقوقی مختلفی را با خود به همراه دارد که یکی از آنها بحث مسؤولیت مادر جانشین در قرارداد جانشینی در بارداری است. مادر جانشین به موجب قرارداد جانشینی در بارداری در برابر چند دسته می‌تواند مسؤولیت یابد که از جمله‌ی آنها می‌توان به والدین ژنتیکی طفل، همسر و فرزند خود، جنین و خود طفل نام برد. این مقاله به بررسی مسؤولیت مادر جانشین در برابر والدین ژنتیکی طفل اختصاص دارد که یک مسؤولیت قراردادی است.

ضرورت شناسایی این مسؤولیت، از یک طرف صیانت از قراردادی است که بطور صحیح بین طرفین منعقد و تخلف از آن مطابق قواعد عمومی قراردادها سبب مسؤولیت طرف متخلف می‌گردد، از طرف دیگر حمایت از جنین متعلق به دیگران که در رحم این زن قرار دارد، ایجاب می‌کند که قانونگذار با شناسایی مسؤولیت برای مادر جانشین، از حیات یک موجود بشری حفاظت نماید. هم صیانت از قرارداد و هم حمایت از جنین، از مسائل مربوط به نظم عمومی بوده که

با سختگیری قانونگذار در این موارد مواجه است؛ بطوری که هرگونه توافق برخلاف آن را باید کأن لم یکن دانست.

در این زمینه‌ی سوالات ذیل مطرح می‌شود.

۱- شرایط تحقق مسؤلیت قراردادی مادر جانشین در برابر والدین ژنتیکی چگونه است؟

۲- نحوه‌ی جبران خسارت در این مسؤلیت به چه نحو می‌باشد؟

۳- آیا شرط عدم مسؤلیت مادر جانشین در قرارداد جانشینی در بارداری معتبر است؟

هدف از این تحقیق، تبیین چگونگی احراز مسؤلیت قراردادی مادر جانشین و چگونگی جبران خسارت می‌باشد تا از یک طرف مادر جانشین با علم و اطلاع از آن، مبادرت به انعقاد قرارداد مزبور نموده و از طرف دیگر دادرسی را در یک قضاوتی عادلانه یاری نماید.

روش تحقیق در این مقاله تحلیلی توصیفی و روش گردآوری مطالب به روش کتابخانه‌ای می‌باشد.

این مقاله به دو قسمت تقسیم می‌شود. در قسمت اول از مبنای مسؤلیت قراردادی مادر جانشین که وجود قرارداد و نقض تعهدات ناشی از آن بوده، سخن گفته و در قسمت دوم از چگونگی جبران خسارت و درج شرط عدم مسؤلیت در قرارداد بحث می‌شود.

۱- مبنای مسؤلیت قراردادی مادر جانشین: مسؤلیت قراردادی در صورتی به وقوع می‌پیوندد که دو شرط در وقوع آن دخیل باشد. ۱- بین زیان دیده و عامل ورود ضرر، قرارداد صحیح و نافذی وجود داشته باشد که تعهداتی از آن قرارداد برای طرفین یا یکی از آنها بوجود آید. ۲- یکی از طرفین از انجام تعهدات خود

تخلف نموده و در اثر آن خساراتی به طرف دیگر وارد آید. در صورتی که یکی از این شروط موجود نباشد، مسؤولیت از حیطه‌ی مسؤولیت قراردادی خارج و در زمره‌ی مسؤولیت خارج از قرارداد یا ضمان قهری قرار می‌گیرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۷۴) مسؤولیت قراردادی مادر جانشین در برابر والدین ژنتیکی نیز از این قاعده مستثنی نبوده و در صورتی حاصل می‌شود که بین مادر جانشین و والدین ژنتیکی قرارداد صحیحی منعقد گردیده و مادر جانشین از تعهدات آن قرارداد تخطی نماید. از این رو این بحث را در دو بخش پی می‌گیریم؛ در قسمت اول به بیان کلیاتی از قرارداد جانشینی در بارداری می‌پردازیم و در قسمت دوم از نقض تعهدات قراردادی مادر جانشین بحث می‌کنیم.

۱-۱ قرارداد جانشینی در بارداری: عقد یا قرارداد که مترادف با یکدیگرند

(امامی، ۱۳۷۲: ۱۵۹) (شهیدی، ۱۳۸۲ الف: ۴۰) عبارتست از یک ماهیت حقوقی که در اثر همکاری متقابل اراده‌ی دو یا چند شخص بوجود می‌آید. (شهیدی، همان: ۴۰) اثر این ماهیت حقوقی ممکن است انتقال مالی از یکطرف به طرف دیگر در برابر عوض یا بلاعوض و یا پیدایش تعهدی در ذمه‌ی هر یک از طرفها در برابر طرف دیگر باشد (شهیدی، همان: ۳۹). قرارداد جانشینی در بارداری نیز «... توافقی است که بر پایه آن، زنی (مادر جانشین) می‌پذیرد تا با روش‌های کمکی تولیدمثل و استفاده از اسپرم و تخمک والدین حکمی یا اشخاص ثالث که در آزمایشگاه بارور شده و یا به جنین تبدیل شده، باردار شود و در حالی که ارتباط ژنتیکی با فرزند ندارد، فرزند ناشی از آن تخمک بارور شده یا به جنین تبدیل شده را حمل کند و پس از تولد او را به زوج طرف توافق والدین حکمی یا متقاضی تحویل دهد» (علیزاده، ۱۳۸۵: ۱۸۰) البته تعاریف دیگری نیز از قرارداد مزبور ارائه شده که به نظر می‌رسد سه عامل در تمامی آنها موجود است: ۱- بارداری زن برای دیگری با

استفاده از روش‌های کمکی تولیدمثل ۲-نگهداری و حمل جنین در طول دوران بارداری ۳- تسلیم نوزاد به محض تولد به زوجین متقاضی فرزند.

قانونگذار در ماده ۱۹۰ ق.م. یکسری شرایطی را برشمرده که وجود آنها برای صحت هر عقدی لازم است. مطابق این ماده «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آنها ۲- اهلیت طرفین ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد ۴- مشروعیت جهت معامله» نگارنده در مقاله‌ی دیگری که در نشریه فقه پزشکی در حال انتشار است هر یک از این شرایط را به تفصیل مورد بررسی قرار داده و در نهایت نظر به صحت این قرارداد در نظام حقوقی ایران نموده است. از اینرو از تفصیل این مطالب در این جا خودداری کرده و علاقمندان را به آن مقاله رهنمون می‌سازد.

۱- قصد طرفین و رضای آنها: قصد هر یک از طرفین در قرارداد جانشینی در بارداری مشخص است، چرا که این قرارداد از جمله عقود خاص بوده و مانند عقود دیگر نیست که احتمال بروز اشتباه در قصد انشاء (چه به صورت حکمی و چه به صورت موضوعی) وجود داشته باشد. (جلالیان، ۱۳۸۶: ۳۳۵) همچنین با توجه به اینکه پس از توافقات طرفین در قرارداد جانشینی در بارداری، پزشکان برای شروع به اقدامات پزشکی، از طرفین رضایت‌نامه اخذ می‌کنند، اشکال چندانی در ارتباط با رضای طرفین نیز بروز نمی‌کند. (رخشنده رو، ۱۳۸۶: ۳۹۲)

۲- اهلیت طرفین: در مورد اهلیت طرفین، ماده ۲۱۰ چنین اشعار می‌دارد: متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند و در ماده بعد اهلیت را در بلوغ، عقل و رشد احصاء نموده است. اصطلاحاً فرد نابالغ، صغیر، کسی که عاقل نباشد، مجنون و فرد غیر رشید، سفیه نامیده می‌شود. مطابق ماده ۱۲۰۷ ق.م. صغار، مجانین و غیر رشید، محجور می‌باشند. طرفین قرارداد جانشینی در بارداری نیز برای انعقاد

قرارداد مزبور باید دارای اهلیتی باشند که در قانون مدنی بیان شده است؛ یعنی عاقل، بالغ و رشید بوده و صغیر و مجنون و سفیه نباشند.

نویسندگان حقوقی یکسری شرایط دیگری را نیز برای طرفین قرارداد مزبور برشمردند از جمله: زوجین متقاضی فرزند باید از کسانی باشند که با روش‌های عادی و معمولی بچه‌دار نشده و این امر توسط پزشک متخصص ناباروری تأیید گردد (جلالیان، همان: ۳۳۰) یا به علت امراض غیر قابل درمان ادامه بارداری برای زوجه و جنین یا هر دو خطرآفرین باشد. (قاسم زاده، ۱۳۸۶: ۴۴۵) همچنین زوجین باید دارای اسپرم و تخمک سالم باشند. (رخشنده‌رو، همان: ۳۹۲) مادر جانشین نیز باید متأهل باشد، حداقل یکبار سابقه‌ی بارداری داشته باشد یا در یک حداقل و حداکثر سنی مشخصی باشد و...

۱-۲-۳ مورد معامله: سومین شرط از شرایط اساسی صحت معامله، متوجه‌ی مورد معامله است که می‌بایست واجد یکسری خصوصیات بوده تا بتوان حکم به صحت معامله داد مانند مشروع بودن، مقدور بودن، ملک بودن و... آنچه بررسی آن در این قرارداد بیشترین اهمیت را دارد بحث مشروعیت مورد معامله بوده که محل مناقشه فقها می‌باشد.

در مورد مشروعیت مورد معامله باید بین دو حالت قائل به تفکیک باشیم. حالت اول، ترکیب اسپرم زوج با تخمک زوجه است که اکثر فقها با رعایت جهات شرعی و فقدان مقدمات حرام فتوایی بر حرمت آن ندارند و در صورتی که مستلزم مقدمات حرامی نزدیک لمس و نظر حرام باشد، برخی از فقها به طور مطلق حکم به عدم جواز و گروهی دیگر آن را به موارد ضرورت و حرج محدود کردند. (حمدالهی و روشن، ۱۳۸۸: ۵۲ و ۵۳) به نظر می‌رسد اگر برخی فقها جواز بکارگیری این روش را مورد تردید قرار داده‌اند، احتمالاً به دلیل ترس از ارتکاب پاره‌ای از

اعمال مقدماتی نظیر اخذ تخمک از زن توسط نامحرم یا اخذ اسپرم به روش غیر مجاز بوده است و الا هیچ دلیلی بر حرمت اصل عمل به نظر نمی‌رسد. (جعفرزاده ۱۳۷۷، ش ۳: ۲)

حالت دوم، بارور کردن مادر جانشین با جنین متعلق به دیگران است که در این زمینه دیدگاه‌های موافق و مخالف وجود دارد. مخالفان بکارگیری رحم اجاره‌ای معتقدند که روایاتی که بر حرمت تلقیح نطفه مرد بیگانه به زن بیگانه دلالت می‌کند، فراگیر بوده و موضوع مورد بحث را نیز شامل می‌گردد (رضانیا معلم، ۱۳۸۶: ۲۳۵) همچنین این گروه به لزوم احتیاط در امر مربوط به فروج اشاره کرده و می‌گویند: از آنجا که فروج و آلت تناسلی زنان، محل تکون طفل است، بی‌مبالاتی در حفظ و مراقبت از آن به اختلاط میاه و نسب اشخاص منتهی می‌شود، از این رو مذاق شرع مطهر، عنایت ویژه و مراقبت خاص بر فروج و دماء بدون هیچ تساهلی است؛ به طوری که فروج بر اشخاص مباح نمی‌گردد مگر با اذن شارع. (یزدی، ۱۳۸۲: ۶۸) و (حمدالهی و روشن، همان: ۱۰۳) برخی از فقها چون حضرات آیات تبریزی، فاضل لنکرانی، نوری همدانی و بهجت از قائلین به عدم جواز می‌باشند. (حمدالهی و روشن، همان: ۸۶) و (آخوندی و بهجتی اردکانی، ۱۳۸۶: ۱۱)

در برابر نظر این گروه، نظر عده‌ای دیگر از فقها وجود دارد که معتقدند در فرآیند صورت گرفته، یعنی گرفتن اسپرم و تخمک و ترکیب آن دو و کاشتن آن در رحم به هیچیک از عنوان‌های حرام صدق نمی‌کند. (یزدی، همان: ۷۰) همچنین روایاتی از این دست به موردی برمی‌گردد که مهبل زن یکی از دو رکن تشکیل نطفه باشد، به طوری که این نطفه به وسیله تخمک همین مهبل تشکیل یافته باشد؛ اما در فرض مورد نظر، مهبل هیچ نقشی در تشکیل نطفه ندارد بلکه ظرف مناسبی است که نطفه سپرده شده در آن پرورش می‌یابد. از این رو روایات

انصراف از این مورد دارند. (مومن، ۱۳۸۲: ۵۶ ترجمه‌ی موسی دانش(جعفر زاده)) استناد به اصل احتیاط نیز در موردی است که مکلف در تکلیف شرعی، یعنی در وجود حکم شرعی از وجوب یا حرمت، شک داشته باشد و با مراجعه به مأخذ نتواند آن حکم را ثابت یا نفی کند (فیض، ۱۳۸۴: ۱۸۰) و از آنجا که در مورد استفاده از رحم جایگزین نیز دلیل صریح و روشنی بر ممنوعیت نباشد، از آنجا که این مورد شک در تکلیف است، اصل برائت باید حاکم باشد نه اصل احتیاط. (حمدالهی و روشن، همان: ۱۰۷)

در بین فقها و مراجع حضرات آیات خامنه‌ای، مکارم شیرازی، صافی گلپایگانی، موسوی اردبیلی، صانعی در شمار قائلین به جواز این عمل می‌باشند. (روشن و حمدالهی، همان: ۸۵) آیت‌الله منتظری نیز با این قید که نطفه را در رحم زن شوهردار قرار ندهند، اصل این عمل را پذیرفته است. (آخوندی و بهجتی اردکانی، همان: ۱۱) با عنایت به مطالب فوق می‌توان به این نتیجه رسید که در فقه، غلبه با نظری است که انتقال تخمک بارور شده یا جنین حاصل از آن را به رحم زن دیگر مشروع می‌داند.

۴- مشروعیت جهت معامله: چهارمین شرط از شرایط اساسی صحت قراردادها که در ماده ۱۹۰ ق.م. بدان استناد شده است، مشروعیت جهت معامله می‌باشد. جهت معامله، انگیزه‌ای است که محرک فرد در انعقاد معامله بوده تا به واسطه آن، انگیزه‌ی مزبور را در عالم خارج محقق نماید (شهیدی، ۱۳۸۲ الف: ۳۳۲) جهت معامله نسبت به طرفین عقد متفاوت است و هر کدام با انگیزه‌ای متفاوت، مبادرت به انعقاد قرارداد مزبور می‌نمایند. والدین ژنتیکی با انگیزه بچه‌دار شدن مبادرت به انعقاد این قرارداد نموده که این انگیزه با مشکلی مواجه نیست. در مورد انگیزه

مادران جانشین نیز برخی معتقدند انگیزه تجاری مادران جانشین سبب نامشروع شدن جهت معامله مزبور می‌شود. (نایب زاده، همان: ۲۱۸)

البته نظر مخالف نیز در این زمینه وجود دارد که معتقد است «هر چند که این عمل در جامعه فعلی ایران با اصول اخلاقی و اجتماعی مرسوم در جامعه سازگاری ندارد، لیکن قاطعانه نمی‌توان این عمل را از مصادیق جهت نامشروع تلقی کرد.» (حمدالهی و روشن، همان: ۷۵ و ۷۶) همچنین برخی از حقوقدانان با مقایسه گرفتن پول توسط مادران جانشین با اخذ اجرت برای شیر دادن معتقدند چنانچه زن می‌تواند پستان خود را که کانون شیر و غذاست اجاره دهد، به همان دلیل می‌تواند رحم خود را نیز اجاره دهد. (شهیدی، ۱۳۸۲: ب: ۲۱۷) و (بطحایی گلپایگانی، ۱۳۸۲: ۳۸۴)

نکته‌ای که نظر فوق را تأیید می‌کند اینست که هیچ معادل و عوضی برای خدمتی که مادران جانشین به والدین ژنتیکی ارائه می‌دهد، نمی‌توان در نظر گرفت؛ زیرا هیچ ضابطه و معیار مشخصی برای این امر وجود ندارد. چگونه می‌توان سنجید که به مادران جانشین در ازای فرزندگی که می‌آورد، چقدر پرداخت گردد. آیا می‌توان ملاک دختر یا پسر بودن فرزند را در نظر گرفت یا زیبایی و جمال مادران جانشین یا اعتبار خانوادگی او یا سایر موارد اینچنین، اینها هیچ کدام نمی‌تواند ضابطه‌ای برای این امر باشد. از اینرو باید نسبت به این نظر که به صراحت حکم به بطلان قرارداد فوق با انگیزه‌ی تجاری می‌نماید، اظهار تردید نمود.

۱-۲ نقض تعهدات قراردادی: دومین رکن از ارکان مسؤولیت قراردادی نقض

تعهدات قراردادی است. هر قراردادی یکسری تعهداتی را برای طرفین به همراه دارد که به طرق مختلفی ممکن است از جانب طرفین نقض گردد. در اینجا ابتدا تعهدات قراردادی مادران جانشین بررسی و در ادامه از چگونگی نقض آنها سخن می‌گوییم.

۱-۲-۱ **تعهدات قراردادی مادران‌جانشین:** در اثر هر عقد، یکسری تعهداتی بر طرفین عقد تحمیل می‌شود که در واقع طرفین برای به عهده گرفتن این تعهدات اقدام به انعقاد عقد می‌کنند. اکثر این تعهدات از قرارداد طرفین نشأت گرفته و با توافق طرفین در قرارداد درج می‌گردد. علاوه بر تعهدات مندرج در قرارداد یکسری تعهدات دیگری نیز به موجب عرف بر طرفین عقد تحمیل می‌شود که در اینجا ابتدا تعهدات مندرج در قرارداد و در ادامه تعهدات عرفی مادر جانشین بیان می‌شود.

۱-۲-۱-۱ **تعهدات مندرج در قرارداد:** معمولاً قرارداد جانشینی در بارداری توسط موسسات درمان ناباروری بین طرفین تنظیم و به موجب آن شرایط و تعهدات طرفین بیان می‌گردد. پژوهشگاه رویان مرکز تحقیقات پزشکی تولید مثل جهاد دانشگاهی در کنگره‌ی سالیانه‌ی خود که در تاریخ ۹۰/۴/۱۶ با عنوان کنگره‌ی اخلاق و حقوق باروری، چالش‌ها و راهکارهای رحم جایگزین برگزار شد، یک نمونه از قرارداد رحم جایگزین را ارائه نموده که در اینجا به مناسبت بحث، از تعهدات مادران‌جانشین که در قرارداد فوق آمده است، سخن به میان می‌آید. در ادامه نیز به برخی تعهدات دیگری که نویسندگان حقوقی بیان داشته‌اند، اشاره می‌گردد.

۱- تعهد به باروری و سایر اقدامات مربوطه: حامل متعهد است ضمن همکاری کامل جهت انتقال رویان(ها) به رحم خویش، تمام تلاش و توان خود را در اتمام بارداری تا زمان زایمان به کار برد، مگر آنکه ادامه بارداری مضر به سلامت حامل تشخیص داده شود. تشخیص این امر با پزشک پژوهشگاه خواهد بود. در صورت درخواست والدین ژنتیکی، حامل با انجام باروری برای بار دوم به مدت دو ماه پس از انتقال ناموفق نخست موافق است. در صورت انجام انتقال دوم، حامل

مستحق دریافت ۵٪ افزون بر مبلغ کل قرارداد برای زایمان سالم یک حمل خواهد بود. تعهد حامل، شامل تعهد به حضور در پژوهشگاه در زمان‌های مقرر، موافقت با انجام آزمایش‌های ضروری، مشاوره‌ها، معاینات دوره‌ها و سایر لوازم بارداری خواهد بود. این تعهد شامل و اعم از آمنیوستنز^۲ و تست دی ان ای^۳ جنین خواهد بود.

تبصره- در صورتی که حامل قبل از انتقال رویان قرارداد را فسخ کند، کلیه هزینه‌های صرف شده ناشی از این قرارداد بر عهده وی خواهد بود و پس از انتقال رویان، حق فسخ برای طرفین منتفی است.

۲- تعهد به واگذاری کودک به والدین بعد از تولد: حامل با علم و آگاهی کامل به اینکه مطابق ماده ۱۱۶۸ ق. م. حضانت، حق و تکلیف والدین است و با توجه به اینکه والدین موضوع این ماده، والدین ژنتیکی است، ضمن به رسمیت شناختن آنها به عنوان پدر و مادر قانونی نوزاد(ها)، تعهد می‌کند به محض تولد نوزاد(ها)، زمینه تحویل به آنها را فراهم نموده و همکاری‌های لازم را انجام دهد. همچنین پذیرفته است که هیچ‌گونه حقی جهت حضانت و نگهداری و دیدار با کودک(ها) ندارد. حامل متعهد می‌شود پس از تحویل نوزاد به والدین ژنتیکی، بدون اخذ موافقت آنها، هیچ‌گونه مراجعه و تماسی با فرزند(ها) ناشی از حمل جایگزین نداشته باشد. حامل متعهد است کلیه همکاری‌های لازم را جهت صدور شناسنامه و کارت ملی فرزند(ان) به نام پدر و مادر ژنتیکی صورت دهد.

۳- تعهد نحوه استفاده از هزینه‌های پرداختی: حامل متعهد است هزینه‌های پرداختی توسط والدین ژنتیکی را به نحو احسن در جهت بهبود کیفیت بارداری، مراقبت از حمل و زایمان استفاده نماید.

۴- تعهد به همکاری با پژوهشگاه و والدین ژنتیکی در طول دوران بارداری: حامل متعهد است هر زمان که پژوهشگاه یا والدین ژنتیکی بخواهند، اطلاعات مناسبی را همراه با صداقت و بدون پنهان کاری از وضعیت فعلی بارداری خود ارائه دهد. این تکلیف شامل حضور در پژوهشگاه جهت انجام معاینات و آزمایش‌های لازم، بنا به تشخیص پژوهشگاه خواهد بود. در صورت تردید در زمان تقریبی وضع حمل، حامل موظف است پژوهشگاه و والدین ژنتیکی را در اسرع وقت مطلع سازد.

۵- تعهد به مراقبت از جنین: حامل متعهد است تمام مراقبت‌های متعارف حمل جنین و زایمان را صورت دهد و از کلیه اقداماتی که نوعاً یا به جهت وضعیت خاص حمل، سلامت آن را به خطر می‌اندازد اجتناب ورزد.

۶- تعهد به دادن تضمین به والدین ژنتیکی: حامل جهت تضمین حسن انجام تعهدات مندرج در بند ۲-۲ قرارداد حاضر، سفته ای به مبلغ..... ریال به شماره و تاریخ به پژوهشگاه تسلیم نماید. در صورت تشخیص نقض تعهدات توسط حامل، به شرحی که در بند ۵ قرارداد مقرر است، سفته به والدین ژنتیکی تحویل می‌شود. (بند مزبور در مورد داوری و حل اختلاف می‌باشد)

۷- تعهد در مورد میزبانی جنینها و موارد سقط آنها: حامل می‌پذیرد در هر بار انتقال به تشخیص پژوهشگاه، رویانها را میزبانی کند. در صورت تعدد جنین‌های شکل گرفته، حامل تنها در موارد و تحت نظارت پژوهشگاه تا قبل از ولوج روح می‌تواند بدون در نظر گرفتن ترجیح خاصی، اقدام به کاهش جنین‌ها نماید: - در صورتی که سلامتی حامل به تشخیص پژوهشگاه به خطر افتاده باشد.

- در مواردی که جنین(ها) به بیماری یا نقص جدی بدنی و ذهنی مبتلا باشد مشروط به درخواست والدین ژنتیکی و تشخیص پژوهشگاه
- در مواردی که بیش از دو جنین تولید شده باشد، در صورتی که به تشخیص پژوهشگاه، تولد همه جنین‌ها، به سلامت همه یا بیشتر از یک جنین آسیب جدی وارد نماید.
- ۸- تعهد به مطلع نمودن والدین ژنتیکی: حامل موظف است اوقات مراجعه به پژوهشگاه یا پزشک متخصص یا ماما را به والدین ژنتیکی اطلاع داده، در صورت تمایل مادر ژنتیکی، وی را همراه خود به جلسات معاینه ببرد.
- ۹- تعهد به عدم انجام اعمال معین: حامل متعهد است تا پایان مدت اجرای این قرارداد از اقدامات زیر خودداری نماید:
- مشارکت در فعالیت‌ها یا ورزش‌های خطرناک بنا به توصیه پژوهشگاه
 - هرگونه سفر در طول بارداری بدون اطلاع قبلی و اخذ موافقت پزشک پژوهشگاه
 - استعمال دخانیات یا قرار گرفتن در معرض دود دخانیات
 - استفاده از رنگ مو در طول سه‌ماهه نخست بارداری
 - برداشتن و حمل بار بیش از حد مجاز توصیه شده توسط پژوهشگاه
 - نوشیدن مشروبات الکلی
 - نوشیدن بیش از یک فنجان نوشیدنی کافئین دار در روز
 - استفاده از داروهای غیرمجاز یا مواد مخدر
 - استفاده از سونا یا وان آب گرم
 - مجاورت خطرناک با حیوانات خانگی

- خوردن گیاهان دارویی، ساخارین یا سایر شیرین کننده‌های غیرطبیعی یا اسانس‌های مضر به روند بارداری
- سم‌پاشی منزل دست کم از یک ماه قبل از فرایند انتقال رویان تا سه ماه پس از بارداری
- قرار گرفتن در معرض پاک‌کننده‌ها، اسپری مو، پاک‌کننده گاز، سموم و سایر اسپرهای ابروسل
- استفاده از روغن‌ها / کرم‌های پوستی نظیر استروئیدها، رتینال‌ها و آنتی‌بیوتیک‌ها بدون اخذ موافقت قبلی پژوهشگاه
- استفاده از دارو بدون تجویز پزشک یا با تجویز پزشک و بدون کسب موافقت کتبی پژوهشگاه
- قرار گرفتن در معرض تابش اشعه x جز در مورد ضرورت پزشکی با اخذ موافقت قبلی پژوهشگاه
- رابطه زناشویی مضر با همسر به تشخیص پژوهشگاه
- ۱۰- تعهد به عدم افشای هویت والدین: حامل و همسر وی تعهد می‌کنند قبل، همزمان و در طول دوران بارداری و پس از آن، از افشای هویت والدین ژنتیکی خودداری نمایند. (پژوهشگاه رویان، ۱۳۹۰: ۱۶۳ تا ۱۶۸)
- ۱۱- تعهد به صحت اطلاعات ارائه کرده: مادران جانشین متعهد می‌شود که اطلاعات ارائه شده به والدین ژنتیکی و موسسه‌ی درمانی به منظور احراز واجد شرایط بودنش از طرف آنان (احراز شرایط خاص در مادران جانشین) صحیح می‌باشد. (لازم به ذکر است که در حال حاضر به علت عدم وجود قانون خاص در این زمینه، این شرایط به صورت توافقی می‌باشد و در واقع این تعهد مادر جانشین، تعهد به رعایت شرایط قراردادی، مربوط به شرایط خاص او می‌باشد)

۱۲- تعهد به سقوط حق فسخ: مادر جانشین (یا والدین ژنتیکی) می‌پذیرد در صورت احراز وجود شرایط خاص در او و والدین ژنتیکی، (چه تنها به احراز موسسه‌ی درمانی و چه علاوه بر آن به احراز دادگاه رسیده باشد) قرارداد جانشینی در بارداری لازم‌الاتباع بوده و او حق فسخ آنرا تا قبل از کاشتن جنین از خود سلب می‌نماید. (رحیمی، ۱۳۸۶: ۳۷۵ و ۳۷۶)

۱-۲-۱- تعهدات عرفی: مطابق ماده‌ی ۲۲۰ ق.م. «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده ملزم می‌نمایند بلکه متعاملین به کلیه‌ی نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند.» مطابق این ماده، طرفین باید هم به تعهدات قراردادی خود عمل نمایند و هم تعهداتی که قانون یا عرف بر آن رابطه حاکم دانسته را مراعات نمایند. به دلیل تازه و نو بودن موضوع مورد بحث، نه قانون خاصی در این زمینه وجود دارد و نه عرف معینی شکل گرفته است؛ به این مناسبت لازم است که طرفین در قرارداد شرایط را به تفصیل بیان دارند.

نکته‌ای که در مورد وجود عرف باید توجه نمود اینست که باید عرف حاکم بر بارداری و عرف حاکم بر حالت جانشینی در بارداری را از یکدیگر تفکیک نمود. مقصود از عدم وجود عرف خاص در این زمینه، عدم وجود عرف خاصی در خصوص جانشینی در بارداری است، مثلاً در مورد تعداد جنین‌ها یا دادن اطلاعات لازم به والدین ژنتیکی، دادن تضمین به آنها و مواردی از این قبیل که تنها در قرارداد جانشینی در بارداری متصور است. در زمینه‌های فوق به دلیل جدید و بی‌سابقه بودن این امر، هنوز عرف خاصی شکل نگرفته و طرفین می‌بایست تا جایی که ممکن است این موارد را پیش‌بینی و در مورد آن توافق نمایند. در صورت اختلاف در این زمینه به نظر می‌رسد قاضی می‌بایست قرارداد را تفسیر

کرده تا از آن طریق بتواند اراده‌ی طرفین را کشف کند، در غیر اینصورت به مراکز درمانی که اقدام به این عمل می‌کنند رجوع کرده تا دریابد که این مراکز در صورت بروز مشکل فوق چگونه آن را حل می‌کنند.

اما در خصوص عرف حاکم بر زنان باردار، برنامه‌ی خاصی از طرف وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی در خصوص خدمات خارج بیمارستانی تحت عنوان برنامه کشوری مادری ایمن، مراقبت‌های ادغام یافته‌ی سلامت مادران ویژه‌ی ماماها و پزشک عمومی پیش‌بینی شده که در قسمتی از آن مراقبت‌های معمول و مراقبت‌های ویژه‌ی بارداری آمده است. (دفتر سلامت خانواده و جمعیت، ۱۳۸۸: ۱۹ تا ۵۶) هر چند این برنامه مختص ماماها و پزشکان عمومی است ولی به وضوح پیداست، در صورتی که قرارداد فی‌مابین نتواند پاسخگوی همه‌ی مسائل در خصوص سلامت جنین باشد، در اینجا مادران جانشین می‌بایست به شبکه‌ی بهداشت محل سکونت یا هر شبکه‌ی بهداشت دیگر رجوع کرده و طبق برنامه‌ی وزارت بهداشت خود را تحت مراقبت کادر درمانی آنجا قرار دهد. به نظر نگارنده این برنامه عرف مادران باردار برای سلامت جنین می‌باشد که تخلف از آن حداقل برای مادر جانشین مسؤلیت زاست.

۱-۲-۲ چگونگی نقض تعهد: در مسؤلیت قراردادی، نقض تعهدات به یکی از

سه طرق ذیل ممکن است:

۱- عدم اجرای کامل قرارداد: ماده‌ی ۲۲۱ ق.م. چنین مقرر می‌دارد «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسؤل خسارت طرف مقابل است...». مطابق این ماده، عمد یا بی‌احتیاطی و اشتباه متعهد در مسؤلیت او تأثیر نداشته و او در هر حال مسؤل است. (یزدانیان، ۱۳۷۹: ۱۱۲) ۲- عدم اجرای قرارداد به نحو مطلوب: اجرای ناقص

قرارداد مسؤلیت‌زاست؛ چون قرارداد، آنطور که مقصود طرفین بوده اجرا نشده است. همچنین این مسؤلیت، قراردادی است؛ چون با عدم اجرای قرارداد به نحو مطلوب نمی‌توان گفت قرارداد اجراء شده و تعهدی دیگر باقی نمانده است و اجرای ناقص قرارداد، در حکم عدم اجرای آن می‌باشد. (یزدانیان، همان: ۱۱۶) ۳- عدم اجرای به موقع قرارداد یا تأخیر در اجراء: متعهد مکلف است تعهد خود را در زمان مقرر انجام دهد. عدم اجرای قرارداد در زمان معین شده نه تنها سبب ورود خسارت به متعهدله می‌شود، گاهی اجرای قرارداد را به کلی منتفی می‌سازد. تأخیر در انجام تعهد زمانی محقق می‌شود که: ۱- تعهد قابل مطالبه باشد ۲- تعهد اجراء نشده باشد ۳- امکان اجرای تعهد وجود داشته باشد ۴- در موارد خاص تعهد مطالبه شده باشد. (کاتوزیان، همان: ۲۲۷)

مادر جانشین نیز ممکن است به یکی از سه طرق فوق، از تعهدات خود سرباز زند. او ممکن است برخی از تعهدات خود را بطور کامل انجام ندهد؛ مثل اینکه برخی اعمال مضر را که در قرارداد متعهد به ترک آنها شده انجام دهد یا در زمان‌هایی که تعهد کرده به پژوهشگاه یا پزشک متخصص یا ماما مراجعه نماید، از انجام اینکار خودداری کند و سایر مواردی از این قبیل که مادر جانشین از انجام تعهد خود امتناع می‌کند. نکته‌ای که باید در نظر داشت اینست که اگر مادر جانشین از انجام تعهدات خود امتناع کند، الزام او به انجام تعهد امکان پذیر نمی‌باشد؛ چون این تعهد، از مواردی است که مباشرت مادر جانشین در آن شرط می‌باشد و در صورتی که خودش نخواهد، نمی‌توان او را الزام نمود. از طرف دیگر، با عدم امکان الزام، در صورت کاشتن جنین در رحم زن، فسخ قرارداد نیز ممکن نیست؛ چون نمی‌توان جنین را از رحم زن درآورده و به جای دیگری منتقل کنند. به نظر می‌رسد در صورت تخلف مادر جانشین از اجرای تعهدات،

استفاده از محل تضمین مادر جانشین که در مباحث آینده می‌آید، ضمانت اجرای مناسبی برای تخلف او باشد.

مادر جانشین ممکن است تعهدات خود را به نحو مطلوبی انجام نداده و آنها را بطور ناقص انجام دهد؛ مثلاً وقتی متعهد شده که هزینه‌های پرداختی توسط والدین ژنتیکی را به نحو احسن در جهت بهبود کیفیت بارداری، مراقبت از حمل و زایمان استفاده کند، این تعهد را به نحو احسن انجام نداده بلکه بطور معمولی انجام دهد، و یا وقتی تعهد کرده که اطلاعات مناسبی را همراه با صداقت و بدون پنهان کاری از وضعیت بارداری خود به پژوهشگاه یا والدین ژنتیکی ارائه دهد، از انجام این تعهد خود به نحو مطلوب خودداری و اطلاعات ناقص و ناصحیح در اختیار آنها گذارد.

همچنین امکان دارد مادر جانشین تعهدات خود را با تأخیر و خارج از موعد مقرر انجام دهد؛ مثلاً وقتی متعهد است، در زمان‌های خاصی جهت انجام معاینات و آزمایشات لازم در پژوهشگاه حاضر شود، از انجام این امر در زمانهای مقرر امتناع و با تأخیر انجام دهد. این موارد شیوه‌های نقض قرارداد است که در قانون مدنی پیش‌بینی شده و چنانچه مادر جانشین مرتکب یکی از آنها در انجام تعهدات خود گردد، مسؤولیت او در صورت احراز سایر شرایط ایجاد و باید از عهده‌ی خسارات حاصله برآید.

۲- جبران خسارت در مسؤولیت قراردادی: در مسؤولیت قراردادی، برای مطالبه‌ی خسارت توسط متعهدله، حقوقدانان یکسری شرایطی را بر شمرده‌اند که عبارتست از: ۱- موعد انجام تعهد فرا رسیده باشد. ۲- ضرری متحقق و متوجه متعهدله باشد. ۳- متعهد از انجام تعهد استنکاف نموده باشد. ۴- بین عدم انجام تعهد و ضرر رابطه‌ی سببیت وجود داشته باشد. ۵- جبران خسارت به موجب قرارداد یا

عرف یا قانون لازم باشد. مسؤلیت قراردادی مادر جانشین نیز از این امر مستثنی نبوده و در صورتی که با فرا رسیدن موعد، تعهدی از جانب مادر جانشین نقض گردد، سبب ورود زیان به والدین ژنتیکی و موجبات مسؤلیت مادر جانشین را فراهم می‌کند. چگونگی جبران خسارت والدین ژنتیکی بر حسب انواع زیان که مادی یا معنوی باشد متفاوت است. همچنین شاید مادر جانشین در صدد درج شرطی باشد که بتواند با استناد به آن، از مسؤلیت در برابر والدین، معاف گردد، از اینرو مطالب این قسمت به دو بخش تقسیم می‌شود. در بخش اول از زیان وارده به والدین ژنتیکی و چگونگی جبران آن بحث می‌شود. در بخش دوم نیز به بررسی تأثیر شرط عدم مسؤلیت در جبران خسارت می‌پردازیم.

۱-۲ زیان وارده به والدین ژنتیکی و چگونگی جبران آن: ضرر یا خسارت
 که از نظر برخی حقوقدانان به «عنصر اساسی مسؤلیت مدنی» تعبیر می‌شود (امیری قائم مقام، ۱۳۸۵: ۱۶۲) عبارتست از لطمه‌ای که به اموال و حقوق مالی یا عواطف و احساسات و یا حیثیت فرد وارد آید که در امور مالی سبب تقلیل آن و در سایر موارد سبب جریحه دار شدن یا وهن در آنها می‌شود و در صورت عدم وقوع حادثه ی زیانبار با چنین امری مواجه نبودیم.

ضرر به دو گروه عمده تقسیم می‌شود؛ ضرر مادی و ضرر معنوی. در قرارداد جانشینی در بارداری، از یکطرف تعهد مادر جانشین وجود دارد که انجام یکسری عملیاتی در جهت بارداری برای دیگری است و از طرف دیگر تعهد والدین ژنتیکی که پرداخت مبلغی پول می‌باشد. همچنین از آنجا که تعهد مادر جانشین در ارتباط با بحث خانواده بوده، با آبرو و حیثیت و به عبارتی دیگر با امور معنوی والدین در ارتباط می‌باشد. بنابراین، زبانی که در اثر نقض انجام تعهد به والدین ژنتیکی وارد می‌شود هم زیان مادی و هم زیان معنوی را شامل می‌شود. چگونگی

جبران خسارت نیز بسته به انواع زیان متفاوت است. در این بخش هر کدام از زیان مادی و زیان معنوی و چگونگی جبران خسارت در آن‌ها جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۱-۲-۱ زیان مادی: ضرر مادی (مالی) عبارتست از زیانی که در نتیجه‌ی از بین رفتن اعیان اموال یا کاهش ارزش آنها و مالکیت معنوی یا از بین رفتن منفعت و حق مشروع اشخاص به آنها می‌رسد؛ (کاتوزیان، همان: ۲۴۴) چه این امور ناقص شود یا اینکه از دست برود. (قاسم‌زاده، ۱۳۸۸: ۸۳) همچنین این نوع خسارت قابل تقویم به پول می‌باشد. (ره پیک، همان: ۴۸) به طور خلاصه می‌توان گفت که کاستن از دارائی شخص و جلوگیری از فزونی آن تحت هر عنوانی که باشد ضرر زدن به فرد، تلقی می‌شود. (کاتوزیان، همان: ۲۴۴) والدین ژنتیکی در ازای تعهدات مادر جانشین، یکسری تعهدات مالی را برعهده می‌گیرند که در صورت نقض تعهد از جانب مادر جانشین متحمل ضرر مادی می‌گردند. در اینجا به قسمتی از تعهدات مالی والدین ژنتیکی که در قرارداد نمونه درج شده است اشاره می‌گردد.

۱- پرداخت پاداش به مادر جانشین؛ والدین ژنتیکی صلح نمودند که در ازای ارائه خدمات و همکاری‌های حامل جهت حمل جنین تا زمان تولد نوزاد(ان)، به عنوان سپاس از این خدمت خدایپسندانه، مبلغ را به حامل پرداخت نمایند. والدین ژنتیکی موظفند تا پیش از انتقال جنین، کل مبلغ فوق‌الذکر را به موجب فقره چک ضمانت شده نزد پژوهشگاه تأمین نمایند. پژوهشگاه در مواعد مورد توافق در صورت مراجعه حامل و تأیید تحقق شرایط، چک‌ها را به ترتیب تراضی شده به وی تسلیم خواهد نمود.

۲- پرداخت سایر هزینه‌های مرتبط؛ والدین ژنتیکی متعهد می‌شوند کلیه‌ی هزینه‌های درمانی، بیمارستانی، دارویی و سایر هزینه‌های ضروری جهت باروری،

بارداری، امرارمعاش حامل تا زمان وضع حمل و پس از بارداری را که شامل و اعم از هزینه‌های زیر است تماماً پرداخت نمایند:

الف) هزینه‌های قبل از آغاز فرایند بارورسازی اعم از هزینه‌های معاینه و ارزیابی حامل، آزمایش‌های ضروری، انجام مشاوره‌های حقوقی و پزشکی لازم و آماده‌سازی رحم.

ب) هزینه‌های فرایند بارورسازی مصنوعی

ج) هزینه‌های دوران بارداری و زایمان اعم از هزینه‌های معاینات، درمانی، بستری و بیمارستانی، دارویی، البسه و حمل و نقل حامل

د) هزینه‌های کمک امرارمعاش حامل و افراد واجب النفقه وی در طول دوران بارداری متناسب با شأن حامل و حفظ سلامتی حمل. به علاوه، در صورت اشتغال حامل به کار، از باب تفویض منافع، به تشخیص پژوهشگاه، از زمانی که ادامه آن حرفه برای وی مقدور نباشد، حامل مستحق دریافت مبلغی معادل آخرین درآمد خود تا یک ماه پس از وضع حمل خواهد بود. این هزینه‌ها با توافق طرفین به صورت ماهانه مبلغ ریال تعیین شد.

پرداخت این هزینه‌ها به صورت ماهانه و از تاریخ تأیید حاملگی آغاز شده و در صورت زایمان حامل به صورت زنده، حامل تا دو ماه پس از زایمان نیز سزاوار دریافت آن خواهد بود.

این موارد بخشی از تعهداتی مالی والدین ژنتیکی است که در برابر تعهد مادر جانشین به عهده می‌گیرند. به وضوح پیداست چنانچه مادر جانشین تمام یا قسمتی از تعهدات خود را نقض کند، سبب ورود خسارت مالی به طرف دیگر قرارداد خواهد شد.

حال اگر مادر جانشین مرتکب نقض تعهد و در نتیجه ورود خسارت به والدین ژنتیکی گردد، جبران خسارت به موجب ماده‌ی ۲۲۱ ق.م. به یکی از سه طرق ذیل خواهد بود. یا طرفین در قرارداد در مورد نحوه‌ی جبران خسارت توافق نمودند که در این صورت مطابق توافق آنان رفتار می‌گردد. گاهی قانون در مورد جبران خسارت ترتیبات خاصی را مقرر می‌دارد که باید آنرا اعمال نمود. چنانچه دو عامل فوق در مورد جبران خسارت سکوت کنند، در اینجا باید به چگونگی رفتار عرف در این زمینه مراجعه نمود. از آنجا که طرفین، قرارداد را به طور مبسوط منعقد و در موارد متعددی با هم‌دیگر توافق می‌نمایند، ما نیز جبران خسارت به موجب قرارداد را به طور جداگانه بررسی و در ادامه به بررسی چگونگی جبران خسارت والدین ژنتیکی در قانون و عرف می‌پردازیم.

۱-۱-۱-۲ جبران خسارت به موجب قرارداد: در ماده‌ی ۲۳۰ ق.م. قانونگذار اشعار می‌دارد که «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است، محکوم کند.» از این مبلغ تعبیر به وجه التزام یا شرط کیفری می‌شود. در قرارداد جانشینی در بارداری طرفین به چندگونه می‌توانند در مورد جبران خسارت توافق نمایند. یا توافق در مورد میزان پاداشی است که والدین ژنتیکی متعهد به پرداخت آن به مادر جانشین می‌باشند، و یا استفاده از محل تضمینی است که مادر جانشین به والدین ژنتیکی می‌دهد که در ادامه هر کدام مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۱-۱-۱-۲-۲ توافق در مورد میزان پاداش پرداختی: ممکن است والدین ژنتیکی به منظور جبران خسارت ناشی از نقض تعهد از سوی مادر جانشین در مورد پاداش پرداختی به او توافق نمایند. این توافق یا به صورت سقوط کلیه حقوق

مالی اوست و یا توافق در جهت تقلیل آن. به موجب این تراضی هرگونه نقض عمدی و آگاهانه تعهدات قراردادی از سوی حامل و یا تقصیر سنگین او که به تأیید کمیته‌ای که تشکیل آن در قرارداد به منظور داوری و حل اختلاف بین طرفین مقرر می‌گردد، برسد (این کمیته متشکل از دو نفر پزشک مرتبط با اختلاف، یک نفر از اعضای کمیته‌ی اخلاق و دو نفر از اعضای کمیته‌ی حقوقی پژوهشگاه در خصوص مورد می‌باشد) و منتج به مرگ یا عیب جنین (ها) گردد، در ضمن اینکه مسئولیت کیفری برای مادر جانشین ایجاد می‌کند، سبب سقوط کلیه‌ی حقوق مندرج در قرارداد می‌شود. در صورتی که نقض تعهد آگاهانه یا تقصیر سنگین او به مرگ یا عیب جنین (ها) منجر نگردد و همچنین در صورت تقصیر غیر عمدی یا تقصیر سبک حامل در صورتی که به مرگ یا عیب جنین (ها) منجر شود، با تشخیص کمیته‌ی مزبور می‌تواند از موجبات کاهش حقوق مالی حامل شود.

۲-۱-۱-۱-۲- استفاده از محل تضمین مادر جانشین: ممکن است مادر جانشین متعهد گردد جهت حسن انجام تعهدات خود تضمینی را به پژوهشگاه تسلیم دارد تا در صورت عهده‌شکنی او به تشخیص کمیته‌ی مزبور، پژوهشگاه آنرا به والدین ژنتیکی تسلیم و آنها از محل تضمین، خسارت وارده به خود را مسترد دارند. تضمینی که مادر جانشین به پژوهشگاه می‌دهد می‌تواند سفته‌ای باشد که آنرا امضاء می‌کند یا سندی باشد که در رهن پژوهشگاه می‌گذارد و یا ضامنی که از مادر جانشین ضمانت می‌کند.

حال اگر هر دو شیوه‌ی جبران خسارت در قرارداد پیش‌بینی شده باشد و والدین ژنتیکی نیز هر دو شیوه جبران خسارت را مطالبه کنند، آیا حکم به جبران خسارت والدین ژنتیکی از هر دو شیوه، از نظر حقوقی با اشکالی مواجه نمی‌شود؟

در ابتدای امر آنچه بدیهی است، اینست که عهد شکنی مادرانانشین سبب سقوط یا تقلیل حقوق مالی او می‌گردد. زیرا حقوق مالی مادرانانشین اجرت انجام تعهدات وی می‌باشد و وقتی او از انجام تعهدات خود اجتناب کند مستحق هیچ اجرتی نیست، یا به نسبت امتناع از انجام تعهد خود باید از میزان اجرت وی کاسته شود. والدین ژنتیکی می‌توانند هزینه‌های پرداختی را نیز از محل تضمین اخذ کنند. در مورد سایر خساراتی که به والدین ژنتیکی وارد می‌آید و آنان در صدد مطالبه‌ی آن می‌باشند به نظر می‌رسد به دو گونه می‌توان استدلال نمود. استدلال اول اینست که با سقوط یا تقلیل حقوق مالی مادرانانشین از ادامه‌ی ضرر والدین ژنتیکی جلوگیری به عمل آمده و این خود جبران خسارت آنان می‌باشد، و از آنجا که یکی از شرایط ضرر قابل مطالبه اینست که ضرر جبران نشده باشد، با جبران ضرر دیگر مطالبه‌ی خسارت از محل تضمین و جاهت قانونی ندارد.

در مقابل این استدلال، می‌توان به کارکرد وجه التزام اشاره کرد که طرفین قرارداد مبلغی را برای عدم انجام تعهد از جانب متعهد در نظر می‌گیرند که به صرف اثبات عهدشکنی، طرف مقابل حق مطالبه‌ی آن را می‌یابد؛ چه از عدم انجام تعهد ضرری حاصل شود و چه ضرری بوجود نیاید. در واقع به موجب عرف حاکم در معاملات، صرف عدم انجام تعهد از جانب متعهد سبب ورود خسارت به متعهدله می‌گردد، چون او را از مزایای انجام تعهد که می‌توانست انجام پذیرد و متعهد نیز برای رسیدن به این مزایا مبادرت به انعقاد قرارداد نموده است، محروم می‌کند. این حرمان نوعی ضرر است که باید از جانب مادرانانشین جبران گردد و صرف سقوط یا تقلیل حقوق مالی مادرانانشین نمی‌تواند آنرا جبران نماید. به عبارت دیگر این تضمین هم به جهت هزینه‌هایی است که والدین ژنتیکی به مناسبت قرارداد جانشینی در بارداری صرف کرده و هم سایر خساراتی که به

جهت عهدشکنی مادر جانشین متحمل می‌شوند. به نظر می‌رسد استدلال دوم از مبنای حقوقی دقیقتری برخوردار بوده و تضمین بهتری برای انجام قرارداد از جانب مادر جانشین محسوب می‌شود.

۲-۱-۱-۲ جبران خسارت به موجب قانون یا عرف: یکی دیگر از موارد لزوم جبران خسارت قراردادی که در ماده‌ی ۲۲۱ ق.م.آ آمده اینست که جبران خسارت در قانون پیش‌بینی شده باشد. همچنین عرف نیز طرف متخلف را به جبران خسارت وارده به طرف مقابل محکوم می‌کند. در نظام حقوقی کنونی، عرف از عهد شکنی به سادگی نمی‌گذرد و علاوه بر تأکید بر اصل لزوم جبران خسارت از جانب متخلف، میزان آنرا نیز معین می‌نماید. در مورد تکلیف عرفی به جبران خسارت چنین اظهار نظر شده است: «امروزه در قراردادها، نظر عرف همین است و هنگامی که شخص در برابر دیگری تعهد بر انجام عملی می‌کند، عرف استنباط می‌کند که طرفین ضمناً توافق بر لزوم جبران خسارت، در صورت عدم انجام تعهد نیز می‌کنند، و اگر بخواهند این وضعیت موجود نباشد طرفین باید خلاف آنرا ضمن عقد تصریح کنند. بدین جهت در قراردادهایی که امروزه منعقد می‌شود لازم نیست متعهدله اثبات کند لزوم جبران خسارت در صورت عدم انجام تعهد در ضمن قرارداد، تصریح شده است، بلکه کافی است انقضای موعد و عدم انجام تعهد و سایر شرایط را اثبات کند، تا دادگاه متعهد را به جبران خسارت وارده ملزم سازد» (سماواتی، ۱۳۶۸: ۵۱ و ۵۰).

در قرارداد جانشینی در بارداری به دلیل تازه و نو بودن از یکسو هنوز قانونی وجود ندارد که میزان جبران خسارت طرف مقابل را معین کند و از طرف دیگر هنوز عرف خاصی در این زمینه شکل نگرفته که در مورد میزان خسارت اظهار نظر کند؛ در نتیجه عرف نیز در این زمینه ساکت می‌باشد. بدین منظور بهتر است

طرفین قرارداد در مورد چگونگی جبران خسارت توافقات لازم را با یکدیگر به عمل آورند تا در صورت اختلاف با مشکلاتی کمتری مواجه گردند.

۲-۱-۲ زیان معنوی: زیان معنوی که عبارتست از «وارد شدن ضرر غیرمادی به متعلقات غیرمالی و مالی شخص» (پروین، ۱۳۸۰: ۱۸) به دو گروه عمده تقسیم می‌شود: ۱- زیان‌های وارده به حیثیت، شهرت یا به طور خلاصه، آنچه در زبان عرف سرمایه یا دارایی معنوی شخص است ۲- لطمه به عواطف و ایجاد تألم و تأثر روحی که شخص با از دست دادن عزیزان خود یا ملاحظه‌ی درد و رنج آنها می‌بیند. (کاتوزیان، همان: ۲۴۶)

زیان‌هایی که در اثر نقض تعهدات مادر جانشین به والدین ژنتیکی وارد می‌آید، صرفاً زیان‌های مالی نیست، بلکه برخی در ارتباط با عواطف و احساسات و حیثیت آنها بوده و از اینرو زیان‌های معنوی به شمار می‌آیند، مانند تعهد مادر جانشین به اینکه قبل، همزمان و در طول دوران بارداری و پس از آن از افشای هویت والدین ژنتیکی خودداری نماید. همچنین در صورتی که مادر جانشین اقدام به اعمالی نماید که به حیات جنین زاینبار بوده و در قرارداد از آنها منع شده و بر اثر آن صدمه‌ای به جنین وارد آید، در عین حال که موجبات مسؤولیت کیفری مادر جانشین را فراهم آورده و او را ملزم به جبران زیان‌های مالی می‌کند، سقط جنین یا تولد نوزاد معیوب یا ناقص به عواطف و احساسات والدین ژنتیکی نیز صدمه وارد می‌کند. عدالت و انصاف اجازه نمی‌دهد که از برابر این صدمه و آسیب به راحتی بگذریم و آن را نادیده انگاریم.

هر چند اصل جبران زیان معنوی در قوانین ما با توجه به ماده‌ی ۱ قانون مسؤولیت مدنی و اصل ۱۷۱ قانون اساسی به رسمیت شناخته شده است، ولی در مورد نحوه‌ی جبران خسارت شورای نگهبان تقویم خسارت معنوی به پول و امر

مادی را مغایر موازین شرعی دانسته است. شورای نگهبان در مورد جبران زیان معنوی در سال ۶۴ در مورد ماده ۳۰ طرح قانون مطبوعات مصوب مجلس شورای اسلامی چنین اظهار نظر کرده است: «در تبصره ماده ۳۰ که طرح دعوی خسارت معنوی مجاز و دادگاه مکلف به رسیدگی آن شده، تقویم خسارت معنوی به مال و امر مادی مغایر موازین شرعی است. البته رفع هتک و توهین که به شخص شده به طریق متناسب با آن در صورت مطالبه‌ی ذی حق لازم است» (ره پیک، همان: ۵۱)

۲-۲ تأثیر شرط عدم مسؤلیت مادر جانشین در جبران خسارت: شرط عدم

مسؤلیت بدین معناست که هرگاه در آینده شرایط تحقق مسؤلیت ویژه‌ای جمع شود، آن مسؤلیت به وجود نیاید؛ یعنی مفاد قرارداد ناظر به آینده و با توجه به احتمالی بودن آن است. حال ممکن است ناظر به تمام خساراتی باشد که بوجود آمده است یا نسبت به بخشی از آن. (کاتوزیان، همان: ۷۲۱) البته در دو مورد شرط عدم مسؤلیت دیگر کارایی ندارد: ۱- در مورد زیانهای وارده به شخص چه در ارتباط با سلامت جسمی فرد باشد یا آزادی و حقوق مربوط به شخصیت. چون در این مورد از بین بردن مسؤلیت، بخشی از تضمین اجتماعی حقوق مربوط به شخصیت را از بین می برد و از این لحاظ خلاف نظم عمومی محسوب می شود. ۲- در مواردی که شخصی عمداً به دیگری ضربه می زند یا اعمالی انجام می دهد که در نظر عرف در حکم عمد است، زیرا در جامعه‌ی منظم هیچکس حق ندارد در پناه قراردادی که منعقد می کند در ضرر زدن به دیگری آزاد باشد؛ این امر خلاف نظم عمومی و باطل است. (کاتوزیان، همان: ۷۲۳)

بعد از بیان این مقدمه، این سوال مطرح است که آیا مادر جانشین می تواند در قرارداد شرط کند که از مسؤلیت مبرا باشد یا مسؤلیت خود را تا یک حد معینی محدود نماید؟ در قرارداد جانشینی در بارداری، از آنجایی که این شرط در ارتباط

با سلامت جسمی و روحی جنین می‌باشد و ممکن است در اثر آن، سلامت یک موجود انسانی به مخاطره افتد، به نظر می‌رسد نباید قائل به جواز آن باشیم. به عبارت دیگر، همهی تلاشها بر سر این موضوع است که مشکل بچه دار نشدن زوجین نابارور حل گردد؛ با این شرط تضمینی وجود ندارد که آیا فرزندى که می‌خواهد متولد گردد از سلامت برخوردار باشد یا خیر. در حقیقت شناسایی مسؤلیت مدنی مادران نشین و سختگیری در مورد آن، تلاشی در جهت سلامت جسمی و روانی فرزندان است که از این طریق متولد می‌شوند. وقتی نظم عمومی جامعه توافق در مورد آسیب به سلامت خود فرد را ممنوع می‌داند چگونه می‌توان پدر و مادر را مجاز به این کار در مورد فرزند خود بدانیم.

فقط سوالی که باقی می‌ماند اینست که اگر شرط شود که هرگونه آسیب به جنین در صورتی که ناشی از تقصیر یا عمد حامل نباشد مسقط پاداش او نخواهد بود، آیا این شرط در دایره‌ی شمول شرط عدم مسؤلیت محسوب و باطل است یا باید آنرا صحیح بدانیم؟ از آنجا که مفاد این شرط بیانگر اینست که ممکن است گاهی اوقات فیزیولوژی بدن زن توانایی ادامه‌ی باروری را نداشته و جنین را سقط نماید یا بدون هیچگونه دخالتی از جانب مادران نشین به سلامت جسمی نوزاد آسیب وارد گردد، و از آنجا که مادر تعهدات خود را به طور صحیح و با حسن نیت انجام داده و بر اثر عاملی که خارج از اختیار او بوده دیگر قادر به انجام تعهد خود نیست یا تعهد او به طور ناقص اجراء شده است، به نظر می‌رسد شرط مزبور را باید صحیح و زن را مستحق پاداش دانست.

نتیجه

مطابق ماده‌ی ۲۲۱ ق.م.مسؤولیت قراردادی مادران‌جانشین در نتیجه‌ی تخلف از تعهداتی حاصل می‌شود که به موجب قرارداد برای او ایجاد می‌گردد. این شرط می‌طلبد که در ابتدا قرارداد صحیحی بین طرفین منعقد شود تا حدود تعهدات هر یک را مشخص نماید؛ در نتیجه باید دید قراردادی که بین طرفین منعقد می‌گردد آیا از شرایط اساسی صحت معامله که در قانون مدنی پیش بینی شده تبعیت می‌کند یا خیر. هر چند علاوه بر تعهدات قراردادی، ماده‌ی ۲۲۰ ق.م. عرف و عادت و قانون را از دیگر منابع ایجاد تعهدات قراردادی شمرده که طرفین متعاملین ملزم به رعایت این تعهدات می‌باشند، ولی در قرارداد جانشینی در بارداری از آنجایی که هنوز عرف و عادت معینی شکل نگرفته و قانون خاصی نیز در این زمینه وجود ندارد، طرفین باید تا حد ممکن در مورد تعهدات با یکدیگر توافق نمایند. دومین عامل در احراز مسؤولیت قراردادی نقض تعهد می‌باشد که این امر یا به صورت عدم اجرای کامل قرارداد بوده، یا به شکل عدم اجرای قرارداد به نحو مطلوب و یا تأخیر در اجرای تعهدات خود می‌باشد.

بعد از احراز مسؤولیت قراردادی مادران‌جانشین، او ملزم به جبران خسارت وارده به والدین ژنتیکی می‌باشد. در اثر نقض تعهدات قراردادی، هم خسارت مادی و هم خسارت معنوی به طرف دیگر وارد می‌گردد. هرچند اصل جبران خسارت معنوی در قوانین کشور ما پذیرفته شده است، ولی شورای نگهبان در مورد تقویم آن به پول اظهار تردید نموده و آنرا خلاف موازین شرعی اعلام نموده است. جبران خسارت مادی نیز یا به شکل توافق دو طرف در تقلیل یا سقوط میزان پاداش پرداختی به مادران‌جانشین می‌باشد و یا استفاده از محل تضمینی که مادران‌جانشین سپرده است. باید در نظر داشت شرط عدم مسؤولیتی که ماد جانشین در قرارداد

تحصیل می‌کند، از آن جایی که با حیات یک موجود انسانی در ارتباط بوده و به موجب آن جان و سلامتی او را در معرض مخاطره قرار می‌دهد، فاقد اعتبار می‌باشد.

با توجه به اینکه قانون مدنی در برخی موارد، از جمله تعهداتی که برای طرفین در ضمن عقد به وجود می‌آید یا در مورد جبران خسارت، به قانون نیز ارجاع می‌دهد، لازم است قانونگذار به منظور پر کردن خلأ موجود، در این بحث ورود پیدا کرده و با تدوین قانونی مناسب، راهگشای بسیاری از ابهامات باشد.

پی‌نوشت‌ها

* این مقاله براساس یافته‌های پایان‌نامه کارشناسی ارشد عباس یدالهی باغلوبی با عنوان «مبانی و قلمرو مسئولیت مادر جانشین» تنظیم شده است.

1. Surrogacy
2. Amniocentesis
3. DNA

فهرست منابع

- آخوندی، محمد مهدی و بهجتی اردکانی، زهره. (۱۳۸۶). «رحم جایگزین؛ تعریف، انواع و ضرورت استفاده از آن در درمان ناباروری» مجموعه مقالات رحم جایگزین، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا (۱۳ تا ۳۱)
- امامی، سید حسن. (۱۳۷۲). حقوق مدنی، جلد اول، چاپ دوازدهم، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیة امیری قائم مقام، عبدالمجید (۱۳۸۵) کلیات حقوق تعهدات-وقایع حقوقی، چاپ دوم، تهران، نشر میزان بطحایی گلپایگانی، هاشم. (۱۳۸۲). «تحقیقی پیرامون تولد بدون مناکحت» مجموعه مقالات روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، چاپ دوم، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا (۳۷۲ تا ۳۸۷)
- پروین، فرهاد. (۱۳۸۰). خسارت معنوی در حقوق ایران، تهران، انتشارات ققنوس پژوهشگاه رویان. (۱۳۹۰). چکیده مقالات کنگره‌ی سالیانه‌ی اخلاق و حقوق باروری چالش‌ها و راهکارهای رحم جایگزین
- جعفرزاده، میرقاسم. (۱۳۷۷). «درآمدی بر مسائل فقهی حقوقی ART» بولتن تولید مثل و نازایی، ش ۳، پژوهشکده بیولوژی و تکنولوژی جهاد دانشگاهی
- جلالیان، محمدتقی. (۱۳۸۶). «صحت قرارداد استفاده از رحم جایگزین» مجموعه مقالات رحم جایگزین، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا (۳۳۱ تا ۳۶۰)
- حمدالهی، عاصف و روشن، محمد. (۱۳۸۸). بررسی تطبیقی فقهی و حقوقی قرارداد استفاده از رحم جایگزین، تهران، انتشارات مجد
- دفتر سلامت خانواده و جمعیت. (۱۳۸۸). برنامه‌ی کشوری مادری ایمن مراقبت‌های ادغام یافته‌ی سلامت مادران، چاپ ششم، تهران، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی
- رحیمی، حبیب‌الله. (۱۳۸۶). «مسئولیت مدنی ناشی از رحم جایگزین» مجموعه مقالات رحم جایگزین، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا (۳۶۱ تا ۳۸۳)
- رخشنده‌رو، هامیرا. (۱۳۸۶). «قرارداد استفاده از رحم زن» مجموعه مقالات رحم جایگزین، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا (۳۸۴ تا ۴۰۹)
- رضانیا معلم، محمدرضا. (۱۳۸۶). باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، چاپ دوم، قم، موسسه بوستان کتاب

- ره‌پیک، حسن. (۱۳۸۷). حقوق مسؤولیت مدنی و جبران‌ها، تهران، انتشارات خرسندی
- سماواتی، حشمت‌الله. (۱۳۶۸). خسارت ناشی از عدم انجام تعهد در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی دیگر، تهران، انتشارات مولوی
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲ الف). حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، چاپ سوم، تهران، انتشارات مجد
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲ ب). «بررسی ابعاد حقوقی اهداء و انتقال جنین» مجموعه مقالات روشهای نوین تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، چاپ دوم، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا (۲۱۴ تا ۲۱۹)
- علیزاده، مهدی. (۱۳۸۵). «وضعیت فقهی حقوقی قرارداد استفاده از رحم جایگزین» مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۱۹ (۱۷۷ تا ۱۹۵)
- فیض، علیرضا. (۱۳۸۴). مبادی فقه و اصول، چاپ هفدهم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران
- قاسمزاده، مرتضی. (۱۳۸۸). الزام‌ها و مسؤولیت مدنی بدون قرارداد، چاپ هشتم، تهران، نشر میزان
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹). الزام‌های خارج از قرارداد مسؤولیت مدنی، جلد اول، چاپ نهم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران
- معینی، محسن. (۱۳۸۶). «رحم جایگزین، عوارض و انتخاب داوطلبین» مجموعه مقالات رحم جایگزین، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا (۲۷ تا ۳۲)
- مومن، محمد. (۱۳۸۲). «سخنی درباره‌ی تلقیح» ترجمه‌ی موسی دانش (جعفر زاده)، مجموعه مقالات روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، چاپ دوم، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا (۴۴ تا ۶۶)
- نایب‌زاده، عباس. (۱۳۸۰). بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی «مادر جانشین-اهدای تخمک/جنین» تهران، انتشارات مجد
- یزدانیان، علیرضا. (۱۳۷۹). حقوق مدنی قلمرو مسؤولیت مدنی، تهران، انتشارات ادبستان
- یزدی، محمد. (۱۳۸۲). «باروری‌های مصنوعی و حکم فقهی آن» مجموعه مقالات روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، چاپ دوم، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا (۶۷ تا ۸۴)

یادداشت شناسه مؤلفان

عباس یداله‌ی باغلوبی: دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه گیلان

نشانی الکترونیک: abbase.yadollahi@gmail.com

سید محمد اسدی‌نژاد: عضو هیئت علمی دانشگاه گیلان (نویسنده مسؤل)

نشانی الکترونیک: asadinezhad@Guilan.ac.ir

تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۲/۲/۲۸

تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۲/۵/۳۱