



MLJ

مجله حقوق پزشکی

دوره پانزدهم، شماره پنجاه و ششم، ۱۴۰۰

Journal Homepage: <http://ijmedicallaw.ir>



انجمن علمی حقوق پزشکی ایران

مقاله پژوهشی

انحلال قهری قرارداد جانشینی در بارداری

محسن صفری*^۱، محمدرضا شاهینی^۲

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: در جامعه کنونی ایران در پی افزایش میزان ناباروری به علل گوناگون، انعقاد قرارداد جانشینی در بارداری سیر صعودی را دنبال کرده است و بالتبع، قرارداد مزبور و مباحث راجع به آن، علی‌الخصوص انحلال آن و خاصه انحلال قهری قرارداد از اهمیت دوچندانی برخوردار شده است؛ به گونه‌ای که در آینده‌ای نزدیک، اختلافات فی‌مابین طرفین اصلی قرارداد پیرامون انحلال قهری یا بقاء قرارداد، به علت فقدان منابع قانونی مدون به یکی از دعاوی حساس، سرنوشت‌ساز و البته شایع در محاکم بدل خواهد شد.

مواد و روش‌ها: در پژوهش حاضر با رویکرد تحلیلی-توصیفی به تبیین موجبات گوناگون انفساخ قرارداد پرداخته شده است. روش جمع‌آوری اطلاعات بصورت کتابخانه‌ای است و با مراجعه به کتب و مقالات تهیه و تدوین شده است.

یافته‌ها: قرارداد جانشینی در بارداری به دو مرحله‌ی پیش از انتقال جنین به رحم و پس از آن تقسیم می‌شود که حسب اینکه جنین در هر یک از این مراحل از چه ماهیتی برخوردار هست، در مصادیق و موجبات انحلال قهری (انفساخ) قرارداد مزبور موثر خواهد بود. فی‌الواقع در مرحله‌ی پس از انتقال جنین، موضوع قرارداد به شخص تبدیل می‌شود و با شخصیت انسانی مواجه هستیم و لزوم حفظ حیات جنین انسانی در این مرحله ما را ملزم می‌نماید که رویکرد خود را در خصوص موجبات انفساخ قرارداد مزبور تغییر داده و به شیوه‌ی متفاوتی به بررسی موضوع پردازیم.

ملاحظات اخلاقی: در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

نتیجه‌گیری: النهایه باید گفت که در مرحله‌ی پیش از انتقال جنین، قرارداد به واسطه‌ی موجبات متعددی از جمله فوت طرفین و یا انحلال شخص حقوقی، محجوریت، طلاق، تغییر جنسیت، تلف قهری موضوع قرارداد و درج شرط فاسخ منفسخ می‌گردد و در مرحله‌ی پس از انتقال جنین، تنها موجب انفساخ قرارداد، بلاموضوع شدن قرارداد است که به واسطه‌ی سقط جنین رخ می‌دهد. فلذا مصادیق انفساخ قرارداد جانشینی در بارداری در مرحله‌ی پیش از انتقال جنین به رحم به مراتب بسیار گسترده‌تر از پس از انتقال جنین خواهد بود.

اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۹۸/۱۲/۰۵

تاریخ پذیرش: ۹۹/۰۳/۰۷

تاریخ انتشار: ۱۴۰۰/۰۲/۲۵

واژگان کلیدی:

جنین آزمایشگاهی

والدین ژنتیکی

مرکز درمانی

مادر جانشین

منفسخ

* نویسنده مسؤؤل:

محسن صفری

آدرس پستی: ایران، تهران، دانشگاه

تهران، دانشکده حقوق و علوم

سیاسی، گروه حقوق خصوصی.

کد پستی: ۱۷۴۱۷-۶۳۵۷۳

تلفن: ۲۱-۶۶۴۱۸۱۶۷

پست الکترونیک:

Safarimohsen@ut.ac.ir

۱. مقدمه

اطلاعات بصورت کتابخانه‌ای است و با مراجعه به کتب و مقالات تهیه و تدوین شده است.

۴. یافته‌ها

قرارداد جانشینی در بارداری به دو مرحله‌ی پیش از انتقال جنین به رحم و پس از آن تقسیم می‌شود که حسب اینکه جنین در هر یک از این مراحل از چه ماهیتی برخوردار هست، در مصادیق و موجبات انحلال قهری (انفساخ) قرارداد مزبور موثر خواهد بود. در مقاله حاضر براساس دوره‌های مختلف جنینی به تبیین موضوع به شرح ذیل پرداخته می‌شود.

۵. کلیات

در بررسی مصادیق انحلال قهری قرارداد جانشینی در بارداری، باید ابتدائاً تعریفی را از این قرارداد ارائه داده و سپس اوصافی را که موثر در انحلال قرارداد است، به بحث گذاشته و در نهایت ماهیت این قرارداد را مدنظر قرار داد؛ چراکه به عنوان مثال چنانچه ماهیت قرارداد جانشینی در بارداری را اجاره بدانیم، به لحاظ خصوصیاتی که بر اجاره بار می‌شود و سایر آثاری که بر آن مترتب است، باید انحلال قهری آن را به واسطه‌ی یکسری از مصادیق و موجبات دنبال نمود؛ در حالی که اگر آن را یک عقد نامعین بدانیم، به لحاظ وجود اوصاف و دلایل مختص به خود، انفساخ قرارداد با موجبات دیگری محقق خواهد شد.

۵-۱. تعریف قرارداد جانشینی در بارداری

در یک تعریفی جامع و مانع، می‌توان قرارداد جانشینی در بارداری را این‌گونه تعریف کرد؛ توافقی است که بر مبنای آن، زن شوهرداری می‌پذیرد تا به واسطه‌ی انجام فرآیند باروری خارج رحمی توسط مراکز مجاز درمان ناباروری با جنین متعلق به زوجین نابارور، بارور گردیده و تا پایان مدت بارداری آن را حمل و پس از زایمان، طفل را به صاحبان اسپرم و

قرارداد جانشینی در بارداری یکی از انواع قراردادهای باروری آزمایشگاهی است که در نتیجه‌ی اینکه رحم زن قدرت حمل، رشد و نمو جنین را ندارد و سقط‌های مکرر حاصل می‌گردد، منعقد می‌گردد تا با انتقال جنین تکوین‌یافته از اسپرم و تخمک زوجین نابارور به رحم مادر جانشین، آن‌ها را به آرزوی دیرینه‌ی خود برساند. در جامعه‌ی امروز ایران در سالیان اخیر در پی افزایش میزان ناباروری به علل گوناگون، انعقاد این نوع قرارداد سیر صعودی را دنبال کرده و با تمایل زوجین نابارور مواجه شده است. و بالتبع، قرارداد مزبور و مباحث راجع به آن، علی‌الخصوص انحلال آن و خاصه انحلال قهری قرارداد از اهمیت دوچندانی برخوردار شده است؛ به گونه‌ای که در آینده‌ای نزدیک، اختلافات فی‌مابین طرفین اصلی قرارداد پیرامون انحلال قهری یا بقاء قرارداد که به واسطه‌ی وقایع متعددی از جمله فوت، محجوریت و... حادث می‌شود به علت فقدان منابع قانونی مدون به یکی از دعاوی حساس، سرنوشت‌ساز و البته شایع در محاکم بدل خواهد شد. فلذا در این پژوهش با هدف سامان دادن به اختلافات آتی، بحث پیرامون موجبات انفساخ این قرارداد بیش از پیش در کانون توجه قرار می‌گیرد. بنابراین در این مجال در پی بررسی و تبیین این مصادیق با ملاحظه‌ی قواعد عمومی قراردادها می‌باشیم و در این راستا مراحل مختلف جنینی، اوصاف، ماهیت این قرارداد و سایر دلایل دیگر ملحوظ نظر قرار می‌گیرد.

۲. ملاحظات اخلاقی

در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

۳. مواد و روش‌ها

در پژوهش حاضر با رویکرد تحلیلی-توصیفی به تبیین موجبات گوناگون انفساخ قرارداد پرداخته شده است. روش جمع‌آوری

تخمک تحویل دهد. زن صاحب رحم، مادر جانشین و صاحبان اسپرم و تخمک، والدین ژنتیکی طفل نامیده می‌شوند.

۵-۲. خصوصیات و اوصاف قرارداد جانشینی در بارداری

در بررسی اوصاف قرارداد، ابتدائاً طرفین اصلی قرارداد تعیین می‌شود و سپس قرارداد از حیث لازم یا جایز بودن، آنی یا مستمر بودن و... تبیین می‌گردد.

۵-۲-۱. طرفین اصلی قرارداد

طرفین اوصاف قرارداد جانشینی در بارداری عبارتند از صاحبان نطفه (پدر و مادر ژنتیکی)، زن حامل و شوهرش و همچنین در این بین نیز، مرکز مجاز درمان ناباروری قرار می‌گیرد که به عنوان مجری و ناظر قرارداد می‌باشد و او نیز، طرف قرارداد محسوب می‌شود (۱)؛ چراکه در این قرارداد هیچ‌یک از صاحبان نطفه و مادر جانشین، تخصص و اطلاعی نسبت به فرآیند پزشکی باروری خارج رحمی ندارند. در واقع، مرکز درمانی است که اجرای قرارداد را به عهده می‌گیرد و بالتبع، تعهداتی برای او همانند دیگر طرفین قرارداد معین می‌گردد لذا طبیعی است که طرف قرارداد باشد.

همچنین مسئله‌ای که باید مورد توجه قرار بگیرد، جایگاه شوهر حامل در انعقاد و اجرای این قرارداد است. او نه حامل است و نه صاحب سلول جنسی و به نظر می‌رسد که هیچ ضرورتی ندارد، طرف عقد دانسته شود. اما زمانی که مدنظر قرار دهیم بسیاری از تعهداتی که حامل در این عقد بر عهده می‌گیرد، ممنوعیت‌ها و محدودیت‌هایی را برای همسرش ایجاد می‌کند، با رعایت اصل نسبی بودن قراردادها باید همسر حامل را در میان طرف‌های قرارداد داخل کنیم (۲).

۵-۲-۲. لازم یا جایز بودن قرارداد جانشینی در بارداری

قرارداد جانشینی در بارداری 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. معیار مطروحه در

خصوص پس از انتقال جنین به رحم مادر جانشین صحیح می‌باشد اما قبل از آن، خالی از وجه می‌باشد؛ چراکه به جهت اهمیت مادر جانشین و رضایت قلبی او در این قرارداد، می‌توان این قرارداد را تا پیش از انتقال جنین به رحم مادر جایگزین، جایز دانست (۳). مضاف بر اینکه قرارداد جانشینی در بارداری یک قرارداد درمانی محسوب می‌شود و در قراردادهای درمانی به نظر نمی‌رسد که بیمار (والدین ژنتیکی) را بتوان به درمان ملزم کرد؛ چراکه چنین امری مستلزم دخالت در تمامیت جسمانی بیمار می‌باشد و رضایت بیمار به اعطای چنین مجوزی باید تا آخرین لحظه قبل از شروع فرآیند درمان وجود داشته باشد. بنابراین در قرارداد جانشینی در بارداری نیز، والدین ژنتیکی را نمی‌توان ملزم به دریافت جنین نمود، گرچه ذیل قرارداد را امضا نموده باشند. همچنین، بنای ضمنی طرفین قرارداد مزبور اعم از والدین ژنتیکی، مادر جانشین و مرکز درمانی بر این می‌باشد که قرارداد تا پیش از انتقال، قابل فسخ از سوی آن‌ها باشد. از همه مهمتر اینکه یکی از مبانی جواز عقود، نظم عمومی می‌باشد. به این معنا که نظم عمومی ایجاب می‌کند که قرارداد جانشینی در بارداری تا پیش از انتقال جنین جایز باشد و هر یک از طرفین بتواند هر زمانی بخواهد آن را برهم بزند. با استقراء در قانون مدنی ملاحظه می‌گردد که در عقد نامزدی (وعده‌ی ازدواج) وضع چنین است؛ چراکه عقد نکاح به لحاظ اهمیتی که در زندگی اجتماعی دارد و نظر به اینکه برهم زدن آن جز در موارد استثنایی امکان ندارد، اقتضاء می‌نماید که مقدمه‌ی آن (وعده‌ی ازدواج) جایز و قابل فسخ باشد تا زن و مرد بتوانند تا آخرین لحظه با آزادی کامل نسبت به ازدواج تصمیم شایسته اتخاذ نمایند تا از تشکیل خانواده‌ای متزلزل و ناپایدار جلوگیری به عمل آید. حال آن‌که در قرارداد جانشینی در بارداری، وضع این چنین است. یعنی با توجه به اینکه امکان انحلال قرارداد پس از انتقال جنین آزمایشگاهی به رحم متقاضی به واسطه‌ی سقط آن وجود ندارد و از طرف دیگر، بارداری و سپس وضع حمل، تعهدات بسیاری بر عهده‌ی هر

۵-۲-۴. تملیکی یا عهده‌ی یا اذنی بودن قرارداد**جانشینی در بارداری**

وصف هر عقد از حیث عهده‌ی یا تملیکی یا اذنی بودن، با ملاحظه‌ی اثر مستقیم و اصلی آن تعیین می‌گردد (۶). به همین لحاظ عقد تملیکی عقدی است که به‌وسیله‌ی آن، انتقال مالکیت حاصل می‌گردد. اثر اصلی و مستقیم این عقود، انتقال ملکیت است. در حالی که عقد عهده‌ی قراردادی است که به‌طور مستقیم سبب ایجاد، انتقال و یا سقوط تعهد می‌شود. و در عقد اذنی نیز اثر مستقیم عقد، اذن در تصرف می‌باشد و تعهداتی که حاصل می‌شود، نتیجه‌ی اجرای اذن می‌باشد (۷). حال آن‌که در قرارداد جانشینی در بارداری، تملیکی محقق نمی‌گردد و بلکه این قرارداد مستقیماً باعث ایجاد تعهد برای طرفین می‌گردد و تعهدات ایجاد شده نتیجه‌ی مستقیم عقد می‌باشند؛ حداقل، تعهداتی از قبیل پرداخت هزینه‌های گوناگون حمل و نگهداری جنین و... توسط والدین ژنتیکی جنین و یا اقرار آن‌ها به قبول تعهدات ابوی، از جمله مواردی است که مستقیماً ناشی از عقد می‌باشد. لذا قرارداد جانشینی در بارداری در گروه عقود عهده‌ی گنجانده می‌شود.

۵-۳-۳. ماهیت قرارداد جانشینی در بارداری

برای تبیین دقیق ماهیت قرارداد جانشینی در بارداری، ابتدائاً باید رابطه‌ی والدین ژنتیکی (صاحبان جنین) با جنین خود و همچنین رابطه‌ی زن حامل (صاحب رحم) با رحم خود را تبیین کرد. به عبارت دیگر، تحلیل ماهیت قرارداد جانشینی در بارداری فرع بر تحلیل رابطه‌ی انسان با رحم، گامت و جنین خود می‌باشد. بالتبع تعیین سنخ رابطه انسان با آن‌ها نیز فرع بر شناخت ماهیت رحم، گامت و جنین آزمایشگاهی است.

۵-۳-۱. رابطه‌ی انسان با اعضای بدن خود

در ابتدا با ذکر این مقدمه که با توجه به اینکه شخصیت داشتن و مالیت داشتن در عالم حقوق از قبیل متناقضین

یک از طرفین قرارداد و علی‌الخصوص مادر جانشین قرار می‌دهد که بارداری از نوع تحمیلی آن، ممکن است که موجب امتناع هریک از آن‌ها از انجام تکالیف قانونی، قراردادی و عرفی گردد که طبیعتاً این موضوع به مصلحت جنین آزمایشگاهی منتقل شده و فرزند حاصله از آن نمی‌باشد (۴). لذا نظر به مراتب فوق، باید قائل به جواز این قرارداد بود. بنابراین نظم عمومی و آزادی کامل اراده‌ی همه‌ی اطراف قرارداد ایجاب می‌نماید که هر یک از آن‌ها بتوانند تا پیش از انتقال جنین به رحم به قرارداد مزبور خاتمه دهند، اما پس از انتقال لازم می‌گردد. زیرا جایز دانستن قرارداد در این مرحله با امر حرامی همچون سقط جنین برخورد می‌کند که مخالف نظم عمومی نیز می‌باشد.

۵-۲-۳. آنی یا مستمر بودن قرارداد جانشینی در**بارداری**

تقسیم‌بندی عقود به آنی و مستمر از حیث اثری است که عامل زمان در تعیین و اجرای تعهدات ناشی از آن دارد. در عقود مستمر، موضوع معامله به‌گونه‌ای است که باید در طول مدت معین انجام شود ولی در عقود آنی، اثر عقد در لحظه‌ای که طرفین تعیین کرده‌اند ایجاد می‌شود. در واقع معیار تمیز این دو از یکدیگر، چگونگی ارتباطی است که موضوع عقد با زمان دارد. به همین دلیل ممکن است عقدی معلق یا معلق در عین حال نیز آنی باشد. در عقد آنی موضوع تعهد مستقل از زمان است و اگر عامل زمان نیز در آن دخالت کند از لحاظ تعیین وقت اجرای آن است نه به جهت تعیین خود موضوع؛ در حالی که موضوع عقد مستمر با عامل زمان آمیخته است و به مقیاس آن مورد انتقال قرار می‌گیرد. همانند تعهد اجیری که با مزد روزانه استخدام شده است (۵). بنابراین قرارداد جانشینی در بارداری نیز از حیث معیار فوق در زمره عقود مستمر قرار می‌گیرد.

بنابراین استقرار در رحم موضوعیت دارد و منظور از نطفه در روایات، هنگامی است که نطفه‌ی منعقدشده در رحم استقرار یابد و از این زمان است که شخصیت انسانی بالقوه شروع می‌شود. پس جنین آزمایشگاهی مادامی‌که در محیط آزمایشگاه است چون شرط استقرار در رحم را ندارد، از شخصیت انسانی برخوردار نمی‌باشد و بلکه مال محسوب می‌شود (۹).

۲- ادله ثبوتی_ اولاً مفهوم مال دارای حقیقت شرعیه نیست بلکه دارای حقیقت عرفیه‌ای است که باید تعریف آن را از دیدگاه عرف مورد بررسی قرار داد. تفحص در مفهوم عرفی مال نشان می‌دهد که هر چیز دارای نفع مادی باشد و به جهت عدم تکافوی تقاضا، موضوع رغبت افراد انسانی قرار گیرد، مال قلمداد می‌شود، پس می‌توان مال را شیئی نافع و مرغوب تعریف نمود. بدین ترتیب می‌بینیم که عرف دو عنصر را در تعریف یک شیء به مال مورد توجه قرار می‌دهد: ۱. نفع داشتن، ۲. رغبت آحاد جامعه به داشتن آن شیء و اختصاص دادن به خود به لحاظ عدم وفور آن. ارزش مال هم نتیجه‌ی همین رغبتی است که اشخاص برای بدست آوردن آن در خود احساس می‌کنند. لذا براساس برداشت عرفی از مفهوم مال، اطلاق این مفهوم بر اعضای بدن انسان از جمله رحم، گامت و همچنین جنین آزمایشگاهی علی‌رغم ویژگی‌های خاص آن ممکن می‌باشد. زیرا با عنایت به انتفاع مهمی که بر جنین مترتب است و با توجه به رغبت نیازمندان به آن به منظور باروری یا پژوهش و... می‌توان تا قبل از استقرار در رحم، جنین را مال قلمداد کرد (۸). منتها باید جنین آزمایشگاهی را سزاوار احترام ویژه نیز دانست، اما نه احترامی که برای اشخاص حقیقی قائل هستیم. در واقع، احترام به جهت انسان بودن آن‌ها نیست؛ چراکه جنین آزمایشگاهی در این دوره همانطور که شورای باروری آمریکا بیان می‌کند مال محسوب می‌شوند و مالیت دارند (۱۳) بلکه به این دلیل است که برخلاف سایر اعضاء و بافت‌های بدن، از پتانسیل انسانی برخوردار می‌باشند به گونه‌ای در صورت گذراندن سیر تکاملی

می‌باشند. به این معنا که احکام یا به شخص تعلق می‌گیرد یا به مال و وجود حکمی که به هیچ‌یک از این دو دسته از موضوع حقوق، تعلق نگرفته باشد، قابل تصور نیست (۸) لذا به بررسی ماهیت گامت و جنین آزمایشگاهی در دو مرحله پیش از انتقال جنین و پس از انتقال جنین تا قبل از ولوج روح پرداخته می‌شود. در همین راستا بنا به دلایل سلبی و ثبوتی ذیل باید قائل به مالیت آن‌ها تا پیش از انتقال به رحم و استقرار در رحم بود؛

۱- ادله سلبی_ اولاً از یک سو فقها به کرات اشاره کرده‌اند، زمانی‌که نطفه در رحم مستقر می‌شود و استعداد رشد و نمو را پیدا می‌کند، دیه‌اش بیست دینار است و مجرد القا در رحم همراه تحقق استقرار، کفایت می‌کند. و یا این‌که تصریح کرده‌اند که احکام دیه، مربوط به زمانی است که نطفه در رحم مستقر شود و مبدأ رشد انسانی باشد. و تبعاً، بیست دینار دیه را برای نطفه‌ی مستقر در رحم ثابت می‌دانند و آن را به مشهور فقها نسبت می‌دهند (۹). و از سوی دیگر، ما می‌دانیم که دیه تنها در صورت ورود آسیب به شخصیت انسانی در ذمه قرار می‌گیرد. در نتیجه از جمع دو مقدمه‌ی فوق، باید گفت که نطفه استقرار یافته در رحم، از شخصیت انسانی بالقوه برخوردار می‌باشد. مضاف بر اینکه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز، احکام مربوط به دیه‌ی سقط جنین در مواد ۷۱۶ به بعد، درباره‌ی جنین مستقر در رحم می‌باشند و در خصوص جنین موجود در خارج از رحم، دیه‌ای تعیین نشده است (۱۰). ثانیاً در فتوای تعدادی از فقها نیز، بابت از بین بردن جنین‌های موجود در خارج از رحم (در محیط آزمایشگاه)، دیه‌ای لحاظ نشده است که همگی این‌ها حاکی از شخصیت نداشتن جنین آزمایشگاهی می‌باشد (۱۱، ۱۲). همچنین اینکه اکثر فقها در تعریف نطفه به قید «هنگامی که در رحم مستقر می‌شود» اشاره می‌کنند حکایت از آن دارد که این قید در کلام معصوم آمده است. لذا در همین راستا باید گفت که یقیناً قید مزبور شرطی است که مدنظر معصوم قرار گرفته و نمی‌توان به مفهوم مخالف این شرط بی‌توجه بود.

مقررات مواد کیفری را نسبت به اتلاف و تضییع آن بیاوریم و این عمل را مشمول عنوان مجرمانه سقط عمدی جنین بشماریم. نتیجه آن که با عدم تحقق جرم، در صورت اتلاف و تضییع نطفه‌ی بارور شده در آزمایشگاه، عنصر اصلی موضوع ماده ۸۵۲ فراهم نبوده و نمی‌توان بر مالکیت او نسبت به موصی به و سپس انتقال آن به وارثش اظهار نظر کرد (۱۶).

اختصاراً لازم بذکر می‌داند که جنین آزمایشگاهی با انتقال جنین به رحم و استقرار در رحم واجد شخصیت بالقوه انسانی می‌گردد و دوره حیات انسانی او آغاز می‌شود. رفاعه در حدیثی از امام صادق (ع) نقل می‌کند که «به امام (ع) عرض کردم: کنیزی خریدم که عادت او به دلیل وجود باد در رحم یا فساد خون، قطع شده است. به همین خاطر، دارویی به وی خوراندیم می‌شود که همان روز، خون می‌بیند. آیا چنین امری را برای من جایز می‌دانید؟ در حالی که نمی‌دانم قطع خون از بارداری است و یا علت دیگری دارد؟ امام فرمودند: این کار را انجام نده. گفتم: عادت وی فقط یک ماه به تأخیر افتاده و بر فرض هم به خاطر حمل باشد، نطفه‌ای است و از بین بردن نطفه مانند کسی است که با عزل، نطفه را از بین می‌برد (چطور عزل را جایز می‌دانید ولی این مورد را جایز نمی‌شمارید) حضرت می‌فرمایند: (این مورد با عزل تفاوت دارد چرا که) نطفه هنگامی که در رحم قرار می‌گیرد امکان تبدیل به مضغه و سپس به علقه و سپس به آنچه خدا بخواهد، دارد؛ ولی نطفه‌ای که در غیر رحم واقع شود چیزی به وجود نمی‌آید. پس، به آن زن اگر یک ماه حیض او بند آمده و از وقت حیض او گذشته، دارویی ندهید.» لذا همانطور که مشهود است در این روایت، بین نطفه‌ی قبل از وقوع در رحم و نطفه‌ی پس از وقوع در رحم فرق قائل شده است و از نحوه‌ی پاسخ امام (ع) فهمیده می‌شود که اتلاف نطفه‌ی قبل از وقوع در رحم با عزل جایز است؛ چرا که نطفه پس از وقوع در رحم مبدأ انسان است، ولی قبل از آن هنوز چنین مبدئیتی نیافته است. مضافاً اینکه امام (ع) اتلاف نطفه‌ی منعقد شده در خارج از رحم را به واسطه‌ی عزل جایز می‌داند اما اتلاف نطفه‌ی تشکیل شده

خود قابلیت حیات انسانی می‌یابد و به انسان کامل تبدیل می‌شود (۱۴). در واقع جنین، مال منحصر به فرد (۱۵) و متفاوتی هستند که برخلاف سایر اموال به جهت وجود مانع نظم عمومی و اخلاق حسنه نمی‌تواند تحت شمول کامل قواعد حاکم بر حقوق اموال و قراردادهای قرار گیرند. به همین دلیل، جاری دانستن برخی از آثار حاکم بر اموال از قبیل امکان به ارث رسیدنشان، ایجاد مراکز فروش یا تبلیغ در زمینه‌ی انتقال جنین قبیح به نظر می‌رسد.

ثانیا نکته دیگری که بسیار برای ما در شناخت ماهیت جنین آزمایشگاهی حائز اهمیت می‌باشد، بررسی این موضوع می‌باشد که آیا باید اتلاف جنین‌های آزمایشگاهی را همانند فعل عمدی سقط جنین جرم تلقی کرد؟ پاسخ به این پرسش، علاوه بر روشن ساختن وقوع یا عدم وقوع جرم، به لحاظ حقوقی نیز ارزشمند است؛ چرا که چنانچه اتلاف جنین پیش از انتقال به رحم قلمداد گردد، حکم ماده‌ی ۸۵۲ قانون مدنی که در خصوص سقط جنین است و بیان داشته: «اگر حمل در نتیجه جرمی سقط شود، موصی به، به ورثه‌ی او می‌رسد...»، با وحدت ملاک، نسبت به جنین‌های پیش از انتقال نیز جاری می‌گردد؛ بدین توضیح که ملاک در سقط جنین، از بین بردن چیزی است که به گونه‌ی معمولی در آینده انسان شود و این ملاک در خصوص اتلاف جنین‌ها قبل از انتقال به رحم نیز وجود دارد. برای رد این ادعا می‌توان بیان کرد، از نظر کیفری نمی‌توان مجازات سقط جنین را در مورد اتلاف نطفه‌ی بارور شده موجود در خارج از رحم با وحدت ملاک اعمال کرد. زیرا برعکس مقررات حقوقی، تفسیر مقررات کیفری و توسعه‌ی آن علیه متهم به کمک وحدت ملاک جایز نیست و بر طبق اصل کلی در استخراج معانی عبارات، نمی‌توان از شعاع یک تفسیر محدود فراتر رفت. بنابراین اتلاف نطفه‌ی موجود در لوله آزمایشگاه را نمی‌توان به سقط جنین تشبیه و آن را جرم تلقی نمود. همچنین نفس عمل مزبور را هم نمی‌توان با توجه به مقررات کیفری، جرم شمرد. زیرا تا قبل از استقرار در رحم، عنوان انسان بر آن گذارده نمی‌شود تا بتوان

در درون رحم را مشمول حرمت قرار می‌دهند، و این خود، بیانگر توجه ایشان در صدور حکم به شرط استقرار در رحم می‌باشد (۹).

پس از نایل آمدن به بحث فوق در خصوص سنخ رابطه‌ی انسان با اعضای بدن خود علی‌رغم دیدگاه‌های متفاوتی که در این باره مطرح می‌شود که شامل رابطه‌ی امانی، حق انتفاع، مالکیت و سلطنت نیز هست؛ لکن باید دیدگاه اخیر یعنی رابطه‌ی سلطه و تصرف را برگزید. زیرا در عصر حاضر، اهدای خون، پیوند اعضا، آزمایش‌های پزشکی و دیگر انحاء تصرفات به سبب سلطه‌ی افراد بر نفس خود معمول شده است. که برخی از آیات و روایات از جمله آیه‌ی ۶ سوره احزاب _ «النبی اولی بالمومنین من انفسهم» _ به‌طور ضمنی موید ولایت و سلطه‌ی انسان بر نفس خویش می‌باشد. همچنین روایت «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم» به عنوان یک قاعده‌ی فقهی، سلطنت انسان را بر خویش تصریح می‌کند که حکایت از ولایت و سلطه‌ی انسان بر اعضای بدن دارد (۱۷). لذا با توجه به دلایل ارائه شده، نحوه‌ی ارتباط انسان با اعضای بدن خود اگر به‌صورت سلطه و تصرف پذیرفته شود به‌واقع نزدیکتر خواهد بود؛ چراکه در حقیقت جمعی بین دیدگاه‌های مالکیتی و امانی است که در عین حال هر یک از دیدگاه‌های اخیر نیازمند تأمل بیشتری است. بنابراین انسان در صورت عدم وجود منع قانونی از سوی عقلا و عدم وجود منع شرعی نزد متشرع، می‌تواند هرگونه تصرفی را در اعضای بدن خود اعمال نماید؛ بدون اینکه مالکیتی اعتباری نسبت به آن‌ها داشته باشد؛ و بلکه مالکیت نسبت به تمام موجودات عالم از جمله اعضای بدنشان از نوع مالکیت حقیقی (تکوینی) می‌باشد که از آن خداوند است که تفصیل بیشتر در این مجال نمی‌گنجد (۱۸). بنابراین در نتیجه مالیت اعضای بدن انسان از جمله رحم، گامت و جنین آزمایشگاهی به شرح پیش‌گفته، رابطه‌ی انسان با آن‌ها را باید از سنخ سلطه و تصرف مالی دانست. البته همانطور که سابقاً اشاره کردیم با وصف وجود رابطه‌ی سلطه مابین جنین و صاحبانش و مال دانستن آن باید بیان کرد که

جنین مال منحصر به فردی هستند که صاحبان حق سلطه نسبت به آن‌ها، تنها می‌توانند در خصوص ایجاد، فریز، انتقال بلاعوض آن، از بین بردن، استفاده از آن در تحقیقات و یا قراردادن آن در رحم مادر جانشین در راستای نظم عمومی و اخلاق حسنه تصمیم‌گیری نمایند.

پس از بیان این مقدمات، اکنون آن دسته از عقود مالی که از حیث ماهیتی، نزدیک‌ترین شباهت را به قرارداد جانشینی در بارداری دارند، تبیین می‌گردد.

۵-۳-۲. اجاره‌ی اشیاء

همانطور که پیش‌تر گفتیم، سنخ رابطه‌ی انسان نسبت به اعضای بدن خود از نوع سلطه‌ی مالی می‌باشد و هرگونه رابطه‌ی مالکیت از جمله مالکیت اعتباری منتفی است. همچنین باید اشاره کرد که رابطه‌ی مشارالیه هم در خصوص رابطه‌ی والدین ژنتیکی با جنین خود که می‌خواهند به رحم مادر جانشین منتقل کنند، صادق هست و هم در خصوص رابطه‌ی مادر جانشین با رحم خود که پذیرای جنین والدین حکمی است، صادق می‌باشد. لذا نظر به اینکه مالکیت (اعم از مالکیت عین و منفعت) مادر جانشین نسبت به رحم خود منتفی است و بلکه او نسبت به رحم خود صاحب حق سلطه است نمی‌توان اجاره‌ی اشیاء را ماهیت قرارداد جانشینی در بارداری دانست؛ چراکه در اجاره‌ی اشیاء موجر باید مالک عین یا منفعت مورد اجاره باشد و حال آنکه در اینجا رابطه‌ی مالکیتی موجود نیست.

همچنین ایراد دیگری که در اینجا وارد است، بحث عهده‌ی یا تملیکی بودن قراردادهای مزبور می‌باشد. با این توضیح که براساس ماده‌ی ۴۶۶ قانون مدنی، اجاره‌ی اشیاء عقدی تملیکی است که در اثر آن، مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌گردد. در حالی که در قرارداد جانشینی در بارداری، 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. لذا یک قرارداد عهده‌ی

می‌باشد. مضافاً اینکه ایراد مربوط به لازم و جایز بودن که در قرارداد اجاره‌ی اشخاص مطرح خواهد شد، با همان کیفیت در اینجا نیز وارد است. لذا همگی مباحث فوق حاکی از عدم انطباق قرارداد جانشینی در بارداری با عقد اجاره‌ی اشیاء می‌باشد (۱۹).

۵-۳-۳. اجاره‌ی اشخاص

قرارداد جانشینی در بارداری را نمی‌توان در قالب اجاره‌ی اشخاص قرار داد؛ چراکه صرف‌نظر از تمایزی که در باب عهده‌ی و تملیکی بودن قراردادهای مزبور در بحث اجاره‌ی اشیاء مطرح شد، باید متذکر شد که قرارداد جانشینی در بارداری متشکل از مجموعه‌ای از تعهدات است به‌نحوی که نمی‌توان کلیه‌ی این تعهدات را ناشی از عقد اجاره‌ی اشخاص دانست، بلکه تنها بخشی از تعهدات آن را می‌توان به اجاره‌ی اشخاص مرتبط کرد. همچنین به لحاظ وجود آثار عقود دیگر از قبیل ودیعه‌ی جنین، هبه‌ی منفعت (در فرضی که مادر جانشین بابت حمل و نگهداری جنین اجرتی دریافت نمی‌کند) در قرارداد جانشینی، الحاق آن به عقد اجاره‌ی اشخاص ناممکن می‌باشد (۲۰).

مضاف بر اینکه از جمله تفاوت‌های دیگری که میان قرارداد اجاره‌ی اشخاص و قرارداد جانشینی در بارداری موجود می‌باشد، عبارت است از اینکه قرارداد اجاره‌ی اشخاص قراردادی لازم بوده در حالی که قرارداد جانشینی در بارداری به جهت اهمیت مادر جانشین و رضایت قلبی او در این قرارداد، تا پیش از انتقال جنین به رحم مادر جایگزین، جایز می‌باشد. در واقع نظم عمومی و آزادی کامل اراده‌ی طرفین ایجاد می‌نماید که هر یک از اطراف آن بتوانند تا پیش از انتقال جنین به رحم، به قرارداد مزبور خاتمه دهند.

خصوصیات ذاتی قراردادهای مشابه با قرارداد جانشینی در بارداری وجود دارد، نمی‌توان قرارداد مزبور را در قالب عقود معین مشابه‌ای همچون بیع، اجاره‌ی اشیاء، اجاره‌ی اشخاص، جعاله، ودیعه و عاریه و... قرار داد. از سوی دیگر، مجموع تعهدات متفاوتی که در این قرارداد وجود دارد را نمی‌توان تنها به یک عقد معین نسبت داد؛ چراکه این قرارداد، عقدی مرکب از چند عقد معین و نامعین می‌باشد، چنانچه این قرارداد را می‌توان به عقود ودیعه‌ی جنین، هبه‌ی منفعت، اجاره و... تجزیه کرد. لذا در تعیین ماهیت این نوع قراردادهای مرکب و تعیین قواعدی که حاکم بر این‌گونه قراردادها است، بهتر است به تحلیل قصد مشترک و مبنای تراضی طرفین قرارداد بپردازیم. 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 که واقع شده مستقل از اجزای آن شمرد و در شمار عقود نامعین و در قالب ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی قرار داد (۲۱). علاوه بر این، با توجه به رویکرد اخلاقی حقوق و به دلیل اهمیت موضوع قرارداد جانشینی در بارداری باید قائل به یک نوع پیمان و توافق اخلاقی - انسانی در قالب یک سازمان حقیقی مستقل شد.

۵-۴. اسباب انحلال قرارداد جانشینی در بارداری

به‌طور کلی، انحلال قراردادهای را به اعتبار سهمی که اراده‌ی دو طرف در آن دارد، به دو گروه کلی می‌توان تقسیم کرد: انحلال ارادی و انحلال قهری.

دسته اول، به این معناست که انحلال عقد به‌واسطه‌ی اراده صورت می‌گیرد که خود این دسته، به دو زیر شاخه تقسیم می‌شود: انحلال با تراضی طرفین (اقاله) و انحلال با اراده‌ی یکی از طرفین (فسخ). دسته‌ی دوم، بدین گونه است که قرارداد خود به خود منحل می‌شود و اراده‌ی طرفین یا یکی از آن‌ها در وقوع انحلال دخالت ندارد. مانند انحلال بیع در نتیجه‌ی تلف مبیع قبل از تسلیم آن به مشتری و یا انحلال

می‌باشد. مضافاً اینکه ایراد مربوط به لازم و جایز بودن که در قرارداد اجاره‌ی اشخاص مطرح خواهد شد، با همان کیفیت در اینجا نیز وارد است. لذا همگی مباحث فوق حاکی از عدم انطباق قرارداد جانشینی در بارداری با عقد اجاره‌ی اشیاء می‌باشد (۱۹).

۵-۳-۳. اجاره‌ی اشخاص

قرارداد جانشینی در بارداری را نمی‌توان در قالب اجاره‌ی اشخاص قرار داد؛ چراکه صرف‌نظر از تمایزی که در باب عهده‌ی و تملیکی بودن قراردادهای مزبور در بحث اجاره‌ی اشیاء مطرح شد، باید متذکر شد که قرارداد جانشینی در بارداری متشکل از مجموعه‌ای از تعهدات است به‌نحوی که نمی‌توان کلیه‌ی این تعهدات را ناشی از عقد اجاره‌ی اشخاص دانست، بلکه تنها بخشی از تعهدات آن را می‌توان به اجاره‌ی اشخاص مرتبط کرد. همچنین به لحاظ وجود آثار عقود دیگر از قبیل ودیعه‌ی جنین، هبه‌ی منفعت (در فرضی که مادر جانشین بابت حمل و نگهداری جنین اجرتی دریافت نمی‌کند) در قرارداد جانشینی، الحاق آن به عقد اجاره‌ی اشخاص ناممکن می‌باشد (۲۰).

مضاف بر اینکه از جمله تفاوت‌های دیگری که میان قرارداد اجاره‌ی اشخاص و قرارداد جانشینی در بارداری موجود می‌باشد، عبارت است از اینکه قرارداد اجاره‌ی اشخاص قراردادی لازم بوده در حالی که قرارداد جانشینی در بارداری به جهت اهمیت مادر جانشین و رضایت قلبی او در این قرارداد، تا پیش از انتقال جنین به رحم مادر جایگزین، جایز می‌باشد. در واقع نظم عمومی و آزادی کامل اراده‌ی طرفین ایجاد می‌نماید که هر یک از اطراف آن بتوانند تا پیش از انتقال جنین به رحم، به قرارداد مزبور خاتمه دهند.

۵-۳-۴. قرارداد خصوصی (عقد نامعین)

از یک سو، به دلیل تمام تفاوت‌هایی که چه به لحاظ ماهوی و سنخ رابطه‌ی انسان با اعضای خود و چه از حیث اوصاف و

امکان اجرای مطلق قرارداد جانشینی در بارداری می‌شود که با وحدت ملاک از ماده‌ی ۳۸۷ قانون مدنی انفساخ آن را به دنبال دارد. بنابراین در این بخش، این موارد و سایر موضوعاتی که موجب انفساخ قرارداد جانشینی در بارداری می‌گردد، مطرح خواهد شد.

۵-۴-۱. فوت اشخاص حقیقی و یا انحلال شخص

حقوقی

قرارداد جانشینی در بارداری در این مرحله از یک سو، عقدی جایز می‌باشد. و از سوی دیگر، قراردادی است که شخصیت طرفین آن، علت عمده و اساسی می‌باشد. بدین معنا که شخصیت هر یک از اطراف این قرارداد در انجام تعهدات خود برای طرف‌های دیگر مهم و اساسی می‌باشد. بدین ترتیب، بدیهی است که با فوت مادر جانشین و یا انحلال شخصیت حقوقی مرکز درمانی قرارداد نیز منحل و منفسخ می‌گردد؛ چراکه تعهدات مندرج در قرارداد باید مستقیماً توسط هر یک از طرفین قرارداد انجام می‌شود که با فوت مادر جانشین و یا انحلال شخص حقوقی، امکان اجرای تعهدات مندرج در قرارداد وجود ندارد. همچنین فوت همسر مادر جانشین نیز موجب انفساخ قرارداد می‌شود. زیرا با توجه به اینکه باروری مادر جانشین در لحظه‌ی انتقال جنین به رحم اتفاق می‌افتد و اینکه فراش و باروری از لوازم و آثار زوجیت می‌باشد، در نتیجه رابطه‌ی زوجیت باید تا لحظه‌ی انتقال جنین به رحم استمرار داشته باشد و حال آن‌که رابطه‌ی زوجیت (علی‌رغم اختلاف‌نظری که موجود است) با در نظر گرفتن تعریف عده در قانون مدنی و لحاظ عده وفات در عقد نکاح، به واسطه فوت منقطع می‌شود و همانطور که برخی از حقوق‌دانان بیان کرده‌اند عدم ذکر این سبب از اسباب انحلال نکاح به جهت بدیهی بودن موضوع می‌باشد (۲۳) و لذا با این مبنا که نکاح به واسطه‌ی فوت منحل می‌شود، رابطه زوجیت نیز استمرار پیدا نخواهد کرد و بالتبع نتیجه‌ی فقدان این وصف چیزی جز انفساخ قرارداد نخواهد بود. مضاف بر اینکه باروری مادر

عقود جایز به موت و حجر یکی از طرفین. به این نوع از انحلال اصطلاحاً، «انفساخ» گفته می‌شود (۲۲). در قرارداد جانشینی در بارداری نوع اخیر انحلال تشریح خواهد شد. لازم بذکر است که انفساخ قرارداد جانشینی در بارداری را باید با توجه به اینکه ماهیت آن در قالب ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی قرار می‌گیرد و از سوی دیگر نظر به اوصاف و خصوصیات منحصر به فردی که برای قرارداد مزبور در نظر گرفته می‌شود که در قسمت کلیات مطرح شد، همچنین از ملاحظه‌ی دوره‌های مختلف جنینی، اهمیت حفظ حیات جنین در دوره‌های گوناگون و مضافاً مقتضای این عقد و سایر دلایلی که از حیث توجه به مسائل اخلاقی، اجتماعی و... انحلال قهری قرارداد را در پی دارد، در نظر گرفت که در مباحث پیش‌رو، این دلایل تبیین می‌گردد. همچنین به جهت اینکه مرحله‌ی انتقال جنین آزمایشگاهی به رحم در مصادیق انفساخ قرارداد موثر بوده لذا از همین‌رو، قرارداد جانشینی در بارداری به دو مرحله‌ی پیش از انتقال جنین آزمایشگاهی و پس از آن تقسیم گشته و مصادیق انفساخ در هر یک از دو مرحله به تفکیک به بحث گذاشته خواهد شد.

۵-۴-۱. انحلال قهری قرارداد پیش از انتقال جنین

بررسی مصادیق انفساخ قرارداد جانشینی در بارداری در این دوره‌ی زمانی از این جهت اهمیت پیدا می‌کند که جنین در شرایط آزمایشگاهی قرار دارد و هنوز صاحب شخصیت انسانی نشده است، بنابراین گرچه از درجه‌ای از احترام برخوردار می‌باشد؛ اما مال محسوب شده و به آن به دید مال نگاه می‌شود. لذا اینکه آیا می‌توان با توجه به مال‌انگاری گامت و جنین در این مرحله و در نظر گرفتن سایر اوصاف و خصوصیات قرارداد از جمله مستمر بودن آن، مصادیق متعدد انفساخ را در این قرارداد مطرح نمود یا خیر؟ از جمله مباحثی است که ذهن ما را بیش از پیش به خود مشغول نموده است. لذا بررسی این قبیل موضوعات در این گفتار دنبال خواهد شد. در همین راستا باید عواملی را مطرح نمود که منجر به عدم

زوجه حسب فوت دیگری، مجاز به ادامه‌ی اجرای قرارداد جانشینی در بارداری نمی‌باشند. البته در خصوص اینکه طرفین ضمن انعقاد قرارداد با مرکز درمانی می‌توانند شرط کنند که پس از فوت یکی از طرفین، گامت‌های تلقیح یافته به رحم منتقل گردد یا خیر؟ بحث طولی است که در ذیل سرفصل باروری پس از مرگ قرار می‌گیرد که باید موضوع مقاله مستقلاً قرار بگیرد و در این مجال نمی‌گنجد.

۵-۴-۱-۲. محجوریت یکی از طرفین

طبیعتاً مراد از محجوریت، محجوریت اشخاص حقیقی طرف قرارداد و آن هم محجوریت از نوع جنون می‌باشد. که در این فرض، چنانچه والدین ژنتیکی یا یکی از آن‌ها دچار محجوریت گردند، قرارداد به لحاظ عدم امکان اجرا منفسخ خواهد شد؛ چراکه در قرارداد مزبور عدم امکان اجرای قرارداد به لحاظ مسائل اخلاقی و اجتماعی می‌باشد. بدین معنا که مراکز درمانی به اشخاص محجور به دلایل اخلاقی و اجتماعی خدمات ارائه نمی‌دهند. یعنی مراکز مجاز درمانی برای ارائه‌ی خدمات مربوط به باروری آزمایشگاهی، اهلیت اشخاص را تا پیش از انتقال جنین لحاظ می‌کنند؛ چراکه به لحاظ اجتماعی معلوم نیست که والدین ژنتیکی محجور بتوانند پدر و مادر خوبی برای فرزند حاصل از جنین آزمایشگاهی باشند. در واقع مصلحت عمومی ایجاب می‌کند که به منظور تامین و رعایت حداکثر رفاه برای فرزند حاصل از فرآیند کمک باروری، امکان باروری آزمایشگاهی برای چنین اشخاصی مهیا نگردد. زیرا محجوریت والدین ژنتیکی یا یکی از آن‌ها به این مصلحت خدشه وارد می‌کند. بنابراین می‌توان گفت که نظم عمومی اجتماعی به نوعی اقتضاء می‌کند که مراکز درمانی به فرزنددار شدن اشخاص محجور از طریق فرآیند باروری آزمایشگاهی کمک ننمایند.

همچنین اگر مادر جانشین یا شوهرش دچار محجوریت شود، قرارداد منفسخ می‌گردد؛ چراکه مادر جانشین و یا شوهرش به دلیل اینکه دچار جنون می‌باشند، ممکن است که دست به

جانشین در این شرایط، باروری یک شخص مجرد می‌باشد که خلاف عرف و عادات جامعه و اخلاق حسنه می‌باشد که به منظور پرهیز از این اتفاق باید گفت که مادر جانشین نمی‌تواند قرارداد را در این شرایط به اجرا دریاورد و لذا به این دلیل نیز قرارداد منفسخ خواهد بود (۲۴).

نتیجه‌ی فوت والدین ژنتیکی یا یکی از آن‌ها چیزی جز انفساخ نخواهد بود؛ چراکه اگر فوت آن‌ها قبل از مراجعه به مرکز و تشکیل جنین حادث شود که به همان دلیل فوق یعنی عدم امکان اجرای قرارداد، باید آن را منفسخ دانست. و چنانچه فوت بعد از اخذ گامت از زوجین باشد، چه اینکه در آزمایشگاه تلقیح صورت گرفته باشد یا نه، به چند دلیل مجدداً قرارداد منفسخ خواهد بود؛ چراکه اولاً، هر یک از والدین ژنتیکی که قرارداد را منعقد کرده‌اند، دارای یکسری تکالیف و تعهدات نسبت به کودک متولد شده می‌باشند که با فوت هر یک از این والدین، انجام این تکالیف که قائم به شخص بوده، ناممکن می‌گردد. ثانیاً، به منظور رعایت مصلحت کودک نیز باید جلوی تداوم قرارداد و انتقال جنین را به‌واسطه‌ی منفسخ دانستن قرارداد گرفت؛ چراکه رفاه و سرنوشت کودک با توجه به امکانات، فرهنگ و قوانین کشورمان در معیت خانواده و با وجود والدین معنا پیدا می‌کند (۲۵). مضاف بر اینکه کودکی که در آینده متوجه شود از نطفه فرد فوت شده‌ای تولد یافته است و از ابتدا به صورت تک والدی متولد شده است دچار خلل و فشار روانی و عاطفی می‌شود و لذا باروری پس از مرگ برخلاف منافع آنهاست (۲۶). ثالثاً اینکه در صورت فوت یکی از زوجین، برخی از فقها در فرض تلقیح خارج رحمی اسپرم زوج با تخمک زوجه و سپس انتقال آن به رحم زوجه پاسخ می‌دهند که چنانچه بعد از اخذ گامت از زوج، او بمیرد، آزمایشگاه نمی‌تواند آن را با گامت زوجه تلقیح و سپس به رحم او منتقل کند. و لذا چنین عملی مجاز نیست (۲۷). البته بحث موجود اختلافی است، ولی می‌توان همین فرض را در بحث جانشینی در بارداری مطرح نموده و سپس نتیجه گرفت که قرارداد جانشینی در بارداری نیز، منفسخ می‌گردد و زوج یا

۵-۴-۱-۴. تغییر جنسیت

با توجه به اینکه دو طرف از سه طرف قرارداد جانشینی در بارداری، زوجین هستند، لذا در ابتدا مهم‌ترین موضوعی که با وقوع تغییر جنسیت یکی از زوجین یا هر دوی آن‌ها به ذهن متبادر می‌شود، بحث بقا یا عدم بقای نکاح است.

چنانچه یکی از زوجین تغییر جنسیت دهد، در وضعیت جدید، زندگی سابق به زندگی دو همجنس تبدیل خواهد شد که از نظر اسلام مردود است؛ چراکه یکی از ارکان مهم نکاح، وجود دو فرد به عنوان «زن و شوهر» می‌باشد و چنان‌که این رکن مهم از بین برود، موضوع ازدواج منتفی است (۲۸) و در نتیجه نکاح منحل می‌گردد. و اگر هر دوی آن‌ها دست به تغییر جنسیت بزنند، در خصوص بقا یا عدم بقای نکاح اختلاف نظر هست لکن در این فرض نیز، باید قائل به انحلال نکاح بود؛ چراکه در عقد نکاح وجود نسبت زوجیت بین طرفین، لازم است اما کافی نمی‌باشد؛ به این معنا که در عقد نکاح باید مرد، زوج باشد برای زنی که همسر اوست که در اصطلاح منطبق به آن «نسبت و اضافی غیرمتشابه الاطراف» می‌گویند؛ یعنی بین دو چیز فقط از یک طرف یک نسبت خاص وجود دارد که از طرف دیگر، آن نسبت وجود ندارد. برای مثال، رابطه‌ی «پدری» که بین علی و حسین وجود دارد، یک جانبه است و آن اینکه علی «پدر» حسین است. همچنین است رابطه‌ی «پسری» که منحصراً یکجانبه است، درحالی که رابطه‌ی «خواهری» که بین دو زن وجود دارد دوجانبه است که در منطق به آن «نسبت یا رابطه‌ی متشابه الاطراف» می‌گویند. با توجه به مباحث مذکور، رابطه‌ی بین زن و شوهر از نوع «غیرمتشابه الاطراف» است که این نسبت و رابطه پس از تغییر جنسیت زوجین از بین رفته است. بنابراین عقد ازدواج منحل گشته و طرفین برای ادامه‌ی زندگی با یکدیگر باید عقد نکاح جدید منعقد نمایند (۲۹).

نوع انحلال نکاح نیز از نوع انفساخ می‌باشد؛ چراکه فردی که بعد از انعقاد نکاح دست به تغییر جنسیت می‌زند، در هنگام انعقاد نکاح تمامی علائم جنسی یک از دو جنس را دارا بوده و

اقدامی بزنند که برای حیات جنین موجود در رحم خطرآفرین باشد، لذا به همین دلیل مراکز درمانی اقدام به انتقال جنین به رحم نمی‌کنند. لذا به دلیل مذکور امکان اجرای قرارداد فراهم نیست و در نتیجه چاره‌ای جز منفسخ دانستن قرارداد باقی نمی‌ماند.

۵-۴-۱-۳. طلاق زوجین از یکدیگر

چنانچه والدین ژنتیکی در این مرحله (یعنی تا پیش از انتقال جنین) و قبل از دادن گامت به مرکز درمانی از یکدیگر جدا شوند، قرارداد را باید منفسخ دانست. زیرا بعد از جدایی به لحاظ اینکه آن‌ها حاضر به اجرای مفاد قرارداد نخواهند بود، اجرای قرارداد متعذر می‌گردد. همچنین بعد از دادن گامت نیز قرارداد منفسخ است؛ چراکه مرکز درمانی تمامی خدمات خود از جمله انتقال جنین را به زوجین ارائه می‌دهد. بنابراین والدین ژنتیکی باید تا زمان انتقال جنین به رحم مادر جانشین در قید زوجیت یکدیگر باشند. تازه اینکه اگر انتقال جنینی را که صاحبان آن از یکدیگر جدا شده‌اند، به رحم مادر جانشین بپذیریم، جنین حداقل یکسال بعد از طلاق آن‌ها به دنیا خواهد آمد که این موضوع آثار سویی به دنبال دارد، از جمله اینکه معلوم نیست که ادارات دولتی و سایر مراکز مربوطه مانند ثبت احوال چه برخوردی با این قضیه خواهند کرد. همچنین اگر مادر جانشین از همسرش طلاق بگیرد، در این فرض نیز قرارداد را باید منفسخ دانست؛ چراکه علاوه بر جریان داشتن استدلال فوق در باب ارائه‌ی خدمات به زوجین، با توجه به اینکه زن در لحظه‌ی انتقال جنین به رحم بارور می‌گردد و در این زمان نیز او مطلقه محسوب می‌شود، لذا باروری زن مجرد لازم می‌آید که باروری زن بی‌شوهر نیز از لحاظ اخلاقی ناپسند و برخلاف عرف و عادات تلقی می‌شود (۲۴).

مجرد لازم می‌آید که باروری زن بی‌شوهر نیز برخلاف اخلاق حسنه، عرف و عادات تلقی می‌شود. لذا همه‌ی ادله‌ی فوق حاکی از انفساخ قرارداد در صورت تغییر جنسیت می‌باشد (۲۴).

۵-۴-۱-۵. تلف قهری موضوع قرارداد

علی‌رغم تمام اعمال و وقایع حقوقی که در قرارداد جانشینی در بارداری حادث شده و قرارداد را با انفساخ روبرو کرده، در یک مورد دیگر می‌توان قرارداد مزبور را منفسخ دانست و آن موردی است که گام‌ها و یا جنین متشکله که از والدین ژنتیکی اخذ شده و قرار بوده که توسط مرکز به رحم مادر جانشین منتقل شود، در نتیجه‌ی قوه‌ی قاهره تلف گردد. که در این حالت قرارداد را باید منفسخ دانست؛ به جهت اینکه قرارداد مزبور یک قرارداد مستمر است که تعهدات در گذر زمان به اجرا درمی‌آیند که با تلف موضوع قرارداد، تعهدات مرکز درمانی بلاموضوع می‌شود و متعاقباً بلاموضوع شدن قرارداد را به دنبال دارد و دیگر محلی برای اجرای آن باقی نمی‌ماند (۳۰).

۵-۴-۱-۶. درج شرط فاسخ در قرارداد

یکی از مقتضیات اصل حاکمیت اراده این است که طرفین می‌توانند، شرط کنند که در صورت وقوع حادثه یا واقعه‌ای، قرارداد خود به خود منفسخ گردد. به عنوان مثال، می‌توان در قرارداد جانشینی در بارداری شرط کرد که تا پیش از انتقال جنین به رحم، چنانچه ظرف دو هفته مبلغ معینی از سوی زوجین متقاضی به مادر جانشین پرداخت نشود، قرارداد خود به خود منحل گردد و یا چنانچه هر اقدام دیگری که تا پیش از انتقال جنین برای اجرای قرارداد لازم و ضروری است، از سوی هر یک از طرفین به عمل نیاید، قرارداد مزبور منفسخ گردد.

بر این اساس، جنسیت وی مشخص شده است و براساس حجیت ظواهر، در تعیین جنسیت وی در مرحله‌ی انعقاد عقد اشتباهی رخ نداده است؛ لذا عقد در این مرحله محکوم به صحت است و آثار نکاح صحیح نیز مترتب می‌شود. به این معنا که رابطه‌ی زن و شوهر تا قبل از تغییر جنسیت، یک رابطه‌ی مشروع بوده است لکن چون در خلال عقد در راستای انطباق جنس جسمانی با جنس روانی، تغییر جنسیت صورت گرفته است و در آنچه طرفین همجنس شده‌اند، اقتضاء و امکان بقای عقد از بین می‌رود و در نتیجه عقد منفسخ می‌شود.

چنانچه هر یک از والدین ژنتیکی یا هر دوی آن‌ها در این مرحله (یعنی تا پیش از انتقال جنین) و قبل از دادن گامت به مرکز درمانی دست به تغییر جنسیت بزنند، نکاح منحل شده و قرارداد جانشینی در بارداری را باید منفسخ دانست. زیرا بعد از انحلال نکاح به واسطه‌ی تغییر جنسیت به لحاظ اینکه آن‌ها حاضر به اجرای مفاد قرارداد نخواهند بود و بلکه اساساً عمل به مفاد قرارداد منتفی گشته، اجرای قرارداد متعذر می‌گردد. همچنین بعد از دادن گامت نیز قرارداد منفسخ است؛ چراکه مرکز درمانی تمامی خدمات خود از جمله انتقال جنین را به زن و شوهر در قید زوجیت یکدیگر ارائه می‌دهد. بنابراین نکاح میان والدین ژنتیکی باید تا زمان انتقال جنین به رحم مادر جانشین به هیچ دلیلی از جمله تغییر جنسیت منحل نشده باشد. همچنین اگر مادر جانشین دست به تغییر جنسیت بزند، باید قرارداد را منفسخ دانست. به این جهت که با تغییر جنسیت مادر جانشین امکان اجرای مفاد قرارداد توسط او ناممکن می‌گردد. و بلکه در واقع تعهدات مادر جانشین موضوعاً منتفی می‌شود. و چنانچه شوهر مادر جانشین دست به تغییر جنسیت بزند، در نتیجه‌ی آن، نکاح منحل می‌شود و با فقدان رابطه‌ی زوجیت، انتقال جنین و رشد آن در رحم مادر جانشین، از نظر شرعی محملی ندارد. مضافاً اینکه اگر قائل بر انتقال جنین به رحم مادر جانشین شویم، با توجه به اینکه زن در لحظه‌ی انتقال جنین به رحم بارور می‌گردد و در این زمان نیز او مجرد محسوب می‌شود، بنابراین باروری زن

۵-۵. انحلال قهری قرارداد پس از انتقال جنین

آنچه در بررسی مصادیق انحلال قهری قرارداد جانشینی در بارداری مهم و ضروری می‌باشد، بررسی آن‌ها پس از انتقال است؛ چراکه در این زمان است که جنین آزمایشگاهی منتقل گشته و شخصیت بالقوه‌ی انسانی او با استقرار در رحم آغاز شده است و با ولوج روح نیز، بالفعل می‌گردد و از همین رو، باید دید که مصادیق انفساخ آن محدودتر از پیش از انتقال است یا خیر؟ همچنین باید به این پرسش پاسخ داد که پس از انتقال جنین، انفساخ قرارداد ملازمه‌ای با سقط جنین دارد یا خیر؟ یعنی می‌توان فرضی را متصور بود که این قرارداد به صورت قهری منحل شده باشد اما جنین سقط نشود؟ به منظور نیل به رفع ابهامات فوق، مصادیق انحلال قهری با ملاحظه‌ی موارد مجاز سقط در قانون سقط درمانی و قانون مجازات اسلامی در مرحله بعد و قبل از ولوج روح مورد مذاقه قرار می‌گیرد.

قبل از پاسخ به سوالات فوق، رفع یک ابهام لازم و ضروری به نظر می‌رسد و آن، پاسخ به این سوال است که موارد مجاز سقط درمانی در مرحله قبل از ولوج روح مطابق قانون سقط درمانی و در مرحله بعد از ولوج روح براساس تبصره‌ی ماده ۷۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ را در چه قالب حقوقی باید گنجانند؟ به این معنا که آیا باید گفت در این قبیل موارد که به واسطه‌ی اعلام رضایت زن، جنین سقط می‌گردد به جهت بلاموضوع شدن قرارداد، انفساخ عقد رخ داده و یا اینکه آن را به‌گونه‌ای دیگر توجیه نمود؟

براساس قانون سقط درمانی برای دوره‌ی زمانی قبل از ولوج روح در مواردی که اولاً، ادامه‌ی بارداری به جهت بیماری‌ای که زن حامل دارد با تهدید جانی او توأم باشد. و ثانیاً، جنین عقب‌افتاده یا ناقص‌الخلقه باشد که موجب حرج برای مادر گردد؛ با اعلام رضایت زن، جنین سقط می‌شود. حال عده‌ای معتقدند که در اثر سقط جنین به جهت بلاموضوع شدن، قرارداد منفسخ می‌گردد لکن چنین اعتقادی صحیح نیست؛ چراکه اگر قائل به انفساخ قرارداد باشیم این سوال پیش

می‌آید که قرارداد در فاصله‌ی زمانی بین رضایت زن به سقط تا زمان وقوع سقط جنین چه وضعیتی خواهد داشت؟ اگر بگوییم منفسخ شده است که مطلب صائبی نیست؛ زیرا هنوز سقط جنین رخ نداده است که بگوییم قرارداد به دلیل سالبه به انتفاع موضوع شدن منفسخ گشته است و بلکه فعلاً فقط رضایت به انجام سقط داده شده است. و اگر هم بگوییم که قرارداد منحل نشده است و همچنان به حیات خود ادامه می‌دهد، این نتیجه را به دنبال دارد که عمل او مبنی بر انجام سقط درمانی، نقض قرارداد جانشینی در بارداری محسوب می‌شود و او مرتکب تخلف قراردادی شده و لذا ضامن است. در حالی که هیچ‌کس اعتقادی بر مسئول بودن زن ندارد و چنین نتیجه‌ای را نمی‌پذیرد. بنابراین تنها یک راه‌حل باقی می‌ماند و باید گفت که قانون سقط درمانی با دادن اجازه به زن جهت رضایت به انجام سقط درمانی، این حق را برای او قائل شده است که بتواند قرارداد لازم را در این مرحله (قبل از ولوج روح) فسخ نماید. در واقع، می‌توانیم بگوییم که زن یک لحظه مقدم بر سقط جنین، اراده‌ی خود را مبنی بر فسخ قرارداد جانشینی در بارداری اعلام می‌نماید. منتها سؤال اساسی در این زمینه این است که منظور از «زن» در ماده واحده‌ی فوق کیست؟ آیا منظور از زن در این قانون، زنی است که صاحب تخمک بوده و خود نیز باردار شده است؟ به بیان دیگر، به‌طور کلی مادر بودن ملاک بحث است یا اینکه صرف «در رحم داشتن» موضوعیت دارد و بنابراین مراد از آن، مادر جانشین می‌باشد. به عبارت دیگر، به‌طور کلی تصمیم‌گیری در خصوص سقط یا عدم سقط با کیست؟ و در نتیجه کدام یک می‌توانند قرارداد را فسخ کنند؟

ثمره‌ی این بحث زمانی آشکار می‌گردد که بین والدین ژنتیکی و مادر جانشین در خصوص رضایت به سقط جنین یا عدم رضایت به آن (فسخ یا عدم فسخ قرارداد) اختلاف شود، به‌گونه‌ای که یکی از آن‌ها متقاضی سقط و دیگری متقاضی عدم سقط باشد. با توجه به اینکه مجوز صادره در این خصوص،

فقط در دو فرض ماده واحده امکان پذیر است. لذا پاسخ به سؤالات فوق را باید در هر دو مورد آن بررسی نماییم.

فرض اول، چنانچه ادامه‌ی بارداری برای زن حامل (در اینجا مادر جایگزین) خطرناک باشد: در این صورت، با توجه به اینکه حفظ حیات و جان مادر جانشین بر هر امر دیگری اولویت دارد، نظر و خواسته‌ی او ملاک می‌باشد. او می‌تواند با وجود خطر برای خود به ادامه‌ی بارداری رضایت دهد که در این صورت به استناد قاعده‌ی اقدام، خود کرده را تدبیر نیست. و یا می‌تواند قرارداد را با رضایت دادن به سقط فسخ کند. در این حالت، والدین ژنتیکی حق اعتراض به تصمیم مادر جانشین مبنی بر خاتمه زندگی حمل را ندارند و نمی‌توانند او را مجبور به عدم رضایت به سقط جنین (عدم فسخ قرارداد) نمایند؛ چراکه این موضوع با سلامتی و حیات مادر جانشین در ارتباط است. مضافاً اینکه حیات حامل مستقل می‌باشد، درحالی که حیات جنین به حامل وابسته است و حیات استقلالی از خود ندارد. بنابراین با به خطر افتادن جان حامل (مادر جانشین)، بالتبع جان حمل (جنین) نیز به خطر می‌افتد. در نتیجه در این فرض باید نظر مادر جانشین مورد تبعیت قرار گیرد. معمولاً در قراردادهای جانشینی در بارداری که میان مرکز درمانی، والدین ژنتیکی و مادر جانشین منعقد می‌گردد، این موضوع پیش‌بینی می‌گردد و آن به عنوان یکی از تعهدات والدین ژنتیکی به شمار می‌آید.

لازم به ذکر است که در فرض اول، تفاوتی نمی‌کند که خطرناک بودن ادامه‌ی بارداری برای مادر جایگزین به چه دلیلی هست. چه این خطر به واسطه‌ی بیماری خود مادر جایگزین ایجاد شده و یا به خاطر ناقص‌الخلقه بودن جنین حاصل شده باشد و یا هر دلیل دیگر، مشمول فرض نخست خواهد شد.

فرض دوم، چنانچه جنین، ناقص‌الخلقه و یا عقب‌افتاده باشد که موجب حرج برای مادر گردد: در این فرض با توجه به فلسفه‌ی وضع ماده واحده، به دو شکل می‌توان پاسخ گفت؛ شکل اول بدین گونه است که اگر منظور از حرج، وجود

خطری احتمالی باشد که برای مادر جانشین به واسطه‌ی حمل جنین معلول یا ناقص ممکن است که به وجود بیاید، در این صورت، نظر و اراده‌ی مادر جانشین جهت فسخ قرارداد (سقط جنین) ملاک می‌باشد. اما شکل دوم با این توضیح که اگر منظور از حرج، صعوبتی است که برای مادر ژنتیکی ایجاد می‌شود به خاطر به دنیا آمدن فرزند معلول و ناقصی که می‌بایست در آینده از او نگهداری کند؛ در این صورت، تصمیم‌گیری در خصوص فسخ با والدین ژنتیکی می‌باشد؛ چراکه منظور از حرج در ماده واحده‌ی فوق، حرج بعد از تولد است نه حرج در حین بارداری. وگرنه اگر مراد از آن، حرج در حین بارداری باشد، این مورد مشمول فرض اول بحث می‌باشد که به آن پاسخ دادیم و به جهت تقدم حفظ حیات مادر جایگزین، حق تصمیم‌گیری را به او داده بودیم. فلذا دیگر نیازی به تکرار فرض اول نبود. بنابراین منظور از حرج، غیر از حرج در حین بارداری و بلکه حرج بعد از تولد می‌باشد. حرج بعد از تولد شامل حرج مادی و معنوی است. حرج مادی بدین گونه که والدین ژنتیکی برای صاحب فرزند شدن هزینه‌های هنگفتی را تقبل نموده که هدفشان از این کار، داشتن یک فرزند سالم می‌باشد. در حالی که فرزند ناقص یا معلول پس از تولد نیز علاوه بر هزینه‌های یک فرزند سالم، یکسری مخارج دیگری نیز پیدا می‌کند که این مخارج از عدم سقط جنین ناقص به بار می‌آید. حرج معنوی بدین شکل که هر پدر و مادری از داشتن یک فرزند ناقص یا معلول، دچار عذاب روحی شدیدی می‌شود؛ به‌ویژه اینکه به خاطر نداشتن فرزند دیگر، والدین ژنتیکی تا آخر عمر خود می‌بایست از این فرزند مراقبت نمایند. همچنین نگرانی مراقبت از این فرزند معلول پس از مرگ خود، دغدغه‌ی دیگری است که در تمام طول عمر خود با آن مواجه هستند (۳۱).

در فرض اخیر، هر گاه بین خود والدین ژنتیکی در خصوص رضایت دادن به سقط جنین (فسخ قرارداد) اختلاف شود، نظر مادر ملاک می‌باشد؛ چراکه در قانون سقط درمانی صحبت از رضایت دادن زن است نه مرد. بنابراین باید این حق را برای

که این خطر طبیعتاً برای مادر جانشین که باردار بوده، متصور است نه مادر ژنتیکی؛ لذا در صورت وجود چنین خطری فقط او می‌تواند با اعلام اراده‌ی خود مبنی بر فسخ، قرارداد را منحل نماید. در واقع فسخ قرارداد به عنوان یک عمل حقوقی از سوی مادر جانشین با اعلام رضایتش بر سقط، انشاء می‌شود.

اکنون که وضعیت موارد سقط درمانی روشن شد، باید متذکر شد که مصادیق انفساخ قرارداد جانیشینی در بارداری در مرحله‌ی پس از انتقال جنین به مراتب بسیار محدودتر از پیش از انتقال جنین خواهد بود؛ چراکه در این مرحله جنین در رحم مادر جانشین استقرار یافته و به همین دلیل، واجد وصف انسانی شده است. در نتیجه نمی‌توان به دلایل گوناگون قرارداد را منفسخ و حیات او را خاتمه یافته محسوب نمود. لذا انحلال قهری را باید منحصر در بلاموضوع شدن قرارداد دانست که آن نیز به واسطه‌ی سقط‌های ناخواسته جنین حادث می‌گردد و یا اینکه شخصی به صورت ارادی و خارج از چارچوب موارد سقط درمانی اقدام به سقط جنین نماید. از همین رو، اگر شوهر مادر جانشین دست به تغییر جنسیت بزند، قرارداد منحل نمی‌شود؛ بلکه فقط نکاح منحل شده و جنین همچنان در رحم مادر جانشین به رشد خود ادامه می‌دهد. همچنین تغییر جنسیت پدر و مادر ژنتیکی نیز در انحلال قرارداد بی‌تاثیر است. البته که تغییر جنسیت خود مادر جانشین شاید عملاً مصداق پیدا نکند.

همچنین محجوریت هر یک از مادر جایگزین و شوهرش خللی در قرارداد وارد نمی‌کند؛ چراکه جنون هر یک از آن‌ها با بارداری و زایمان مادر جانشین و به عبارت دقیق‌تر، با ادامه‌ی انجام تعهدات مندرج در قرارداد، منافاتی ندارد؛ چراکه کسی که مجنون می‌شود، در وضعیت جسمی او که تغییری ایجاد نمی‌شود بلکه در سلامت روحی و روانی او مشکل ایجاد می‌شود. در نتیجه، علی‌القاعده نه به ضرر خودش، نه به ضرر جنین و نه به زیان زوجین متقاضی می‌باشد. منتها باید تحت مراقبت بیشتری قرار بگیرند تا به واسطه‌ی انجام کارهای غیرعقلایی، به جنین آسیبی وارد ننماید. لذا نظر به مراتب

مادر ژنتیکی قائل شویم. علاوه بر این، مادر ژنتیکی به جهت انجام وظایف مربوط به نگهداری از جنین به‌ویژه در سال‌های اول حیات جنین، بیشتر با او در ارتباط می‌باشد و در نتیجه تأملات روحی وارده بر او نیز بیشتر خواهد بود. لکن در فرض نخست مادر جانشین محق جهت رضایت دادن به سقط جنین است.

همچنین مطابق تبصره‌ی ماده ۷۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ از توجه به ادله‌ی ذیل می‌توان به این نکته دست یافت که مقنن اعلام اراده‌ی مادر به سقط جنین را در قالب عمل حقوقی فسخ برای دوره‌ی زمانی بعد از ولوج روح نیز پذیرفته است:

اولاً، از عدم تعلق دیه به سقط جنین در فرض وجود خطر جانی برای مادر، قانونی بودن سقط مستفاد می‌گردد. ثانیاً، مقنن با درنظر گرفتن ماده واحده‌ی قانون سقط درمانی مصوب ۱۳۸۴، در ماده‌ی ۷۱۸ ق.م.ا در مقام بیان بوده و لذا با درنظر داشتن این مقدمه از مقدمات حکمت باید قائل به اطلاق تبصره‌ی مزبور بود که حاکی از تسری سقط درمانی در فرض وجود خطر جانی برای مادر به بعد از چهارماهگی می‌باشد (۳۲). ثالثاً، اگر بگوییم که تبصره‌ی ماده‌ی ۷۱۸ با قانون سقط درمانی قابل جمع است و در نتیجه ناظر به قبل از ولوج روح می‌باشد، نتیجه‌اش این می‌شود که مقنن به فرض وجود خطر جانی برای مادر مجدداً در تبصره‌ی ماده‌ی ۷۱۸ پرداخته است که کار عبثی می‌باشد؛ زیرا در قانون سقط درمانی مقنن در دو مورد سقط جنین را مجاز دانسته که در آن موارد نیز دیه‌ای ثابت نمی‌شد. پس نیازی نبود که مقنن موضوع عدم ثبوت دیه را منتها فقط در فرض وجود خطر جانی برای مادر در تبصره‌ی ماده ۷۱۸ تکرار نماید. پس در نتیجه باید گفت که تبصره‌ی مشارالیه فرض وجود خطر جانی برای مادر را به دوره‌ی زمانی جدید یعنی بعد از ولوج روح تسری داده است. بنابراین همان‌طور که واضح و مبرهن است، با توجه به مبنایی که در تبصره‌ی مشارالیه جهت تجویز سقط جنین ذکر شده است و آن، در خطر بودن جان مادر می‌باشد

فوق، نمی‌توان به دلیل مجنون شدن مادر جایگزین و یا همسرش، قرارداد جانشینی در بارداری را منفسخ دانست، چراکه در غیر این صورت، با امر حرامی همچون سقط جنین مواجه خواهیم شد که حل این مشکل، به مراتب سخت‌تر از ادامه‌ی باروری توسط مادر جانشین می‌باشد. همچنین اگر یکی از والدین ژنتیکی مجنون گردد، قرارداد به قوت خود باقی می‌ماند، ولی نوزاد باید به والد دیگر تحویل داده شود. و چنانچه هر دو مجنون گردند، قرارداد همچنان پابرجاست لیکن مادر جانشین با رعایت مقررات ناظر بر ولایت، باید نوزاد را به جدپدری او و در صورت فقدان جدپدری، به وصی تعیین شده از سوی پدر، واگذار نماید. و اگر وصی نیز تعیین نشده بود، دادگاه برای نوزاد قیم تعیین می‌کند و مادر جانشین در طی این مدت، مکلف به نگهداری از نوزاد است (۲).

همین‌طور طلاق والدین ژنتیکی یا جدایی مادر جانشین از همسرش تاثیری بر روی قرارداد ندارد و بلکه قرارداد همچنان به قوت خود باقی است و جنین نیز به رشد خود ادامه می‌دهد. انحلال شخصیت حقوقی مرکز درمانی نیز خللی در قرارداد وارد نمی‌کند و بلکه مرکز همچنان باید تعهدات خود را پس از انتقال جنین نیز در قبال طرفین قرارداد ایفا نماید. در تمام فروض فوق، علت عدم انفساخ قرارداد لزوم حفظ حیات جنین می‌باشد. و در نهایت اینکه انفساخ قرارداد جانشینی در بارداری به‌واسطه‌ی درج شرط فاسخ در قرارداد امکان‌پذیر نمی‌باشد؛ چراکه در این دوره‌ی زمانی به لحاظ لزوم حفظ حیات جنین نمی‌توان واقعه‌ای را پیش‌بینی کرد که به‌واسطه‌ی حدوث آن، قرارداد را منفسخ دانست. حتی موارد سقط درمانی را نیز نمی‌توان در قالب شرط فاسخ قرار داد و به‌واسطه‌ی حدوث آن‌ها قرارداد را منفسخ دانست. لذا گرچه مادر جانشین با توافق مادر ژنتیکی رضایت خودشان را در زمان انعقاد قرارداد به انفساخ آن به‌واسطه‌ی وقوع موارد سقط درمانی اعلام کرده باشند، لکن همچنان نمی‌توان قرارداد را منفسخ دانست. بالتبع، نمی‌توان مادر ژنتیکی و مادر جانشین را مجبور به سقط جنین نمود. زیرا در جایی که جنین ناقص‌الخلقه است،

خلاف نظم عمومی است که مادر ژنتیکی را به‌واسطه‌ی اینکه اراده‌ی خود را مبنی بر انفساخ قرارداد مزبور در قالب شرط فاسخ در زمان انعقاد قرارداد اعلام نموده است، مجبور به پذیرش انحلال قهری قرارداد و بالتبع قبول سقط جنین نمود. همچنین در جایی که ادامه‌ی بارداری برای مادر جانشین خطر جانی دارد، خلاف نظم عمومی است که مادر جانشین را به‌واسطه‌ی اینکه اراده‌ی خود را مبنی بر انفساخ قرارداد مزبور در قالب شرط فاسخ در زمان انعقاد قرارداد اعلام نموده است، مجبور به پذیرش انحلال قهری قرارداد و بالتبع قبول سقط جنین کرد. لذا هر یک از مادر ژنتیکی و مادر جانشین در صورت وقوع موارد سقط درمانی باید تا آخرین لحظه این اختیار را داشته باشند که اگر بخواهند قرارداد مزبور را فسخ کنند یا نکنند. و نباید به‌واسطه‌ی اینکه اراده‌ی خود را به موجب قرارداد ابراز کرده‌اند، آن‌ها را مجبور به قبول انفساخ قرارداد و بالتبع سقط جنین نمود. بنابراین فقط در یک فرض است که قرارداد منفسخ می‌گردد و آن در حالتی است که جنین انتقال‌یافته سقط شود. به عنوان مثال چنانچه مادر جانشین فوت نماید که با فوت او، جنین نیز سقط می‌گردد، انفساخ قرارداد را به دنبال دارد؛ چراکه قرارداد جانشینی در بارداری عقدی مستمر است که تعهدات طرفین در گذر زمان به اجرا در می‌آیند که با سقط جنین، تعهدات مرکز درمانی و همچنین مادر جانشین بلاموضوع می‌شود (۵). علاوه بر این بدیهی است که فوت همسر او منجر به انحلال قرارداد نمی‌شود. همچنین در صورتی که یکی از والدین ژنتیکی در حین بارداری مادر جانشین فوت کند، نمی‌توان قرارداد را منحل دانست. بلکه مادر جانشین، نوزاد را باید به والد دیگر تحویل دهد. و اگر هر دو فوت نمایند، باز هم قرارداد به قوت خود باقی است، ولی مادر جانشین پس از زایمان با رعایت مقررات ناظر بر ولایت باید نوزاد را به جدپدری او تحویل دهد. و در صورت فقدان جدپدری، باید به وصی منصوب از جانب پدر که در قرارداد تعیین شده است، واگذار نماید. و اگر وصی‌ای در

قرارداد تعیین نشده بود، دادگاه برای انجام امورات مربوط به نگهداری و تربیت نوزاد، قییم تعیین می‌کند.

۶. نتیجه‌گیری

انفساخ قرارداد جانشینی در بارداری به لحاظ تعذر مطلق در اجرای قرارداد جانشینی در بارداری است که این جهت نیز خود از موجبات متعددی نشأت می‌گیرد که از آن‌ها به عنوان مصادیق گوناگون انفساخ قرارداد یاد می‌شود که این مصادیق و موجبات در هر دو مرحله‌ی پیش از انتقال جنین به رحم و پس از آن قابل طرح است. در مرحله‌ی پیش از انتقال جنین به رحم، موجبات انفساخ قرارداد را در چند گروه می‌توان دسته‌بندی کرد که مهمترین آن‌ها از قرار ذیل هستند: الف) انفساخ قرارداد به دلیل از بین رفتن شخصیت متعهد چراکه شخصیت طرف در این قرارداد علت عمده عقد است که با زایل شدن آن، انجام تعهدات از سوی متعهد متعذر می‌گردد که مواردی مثل فوت مادر جانشین یا انحلال شخصیت حقوقی مرکز درمانی، فوت والدین ژنتیکی یا یکی از آنها قبل از اخذ گامت از آن‌ها، تغییر جنسیت مادر جانشین از این قبیل می‌باشد. ب) انفساخ قرارداد به دلیل انحلال نکاح والدین ژنتیکی به عنوان یکی از طرفین اصلی عقد چراکه مراکز درمانی تمام خدمات باروری آزمایشگاهی را به زوجین ارائه می‌دهند که مواردی مانند طلاق والدین ژنتیکی از یکدیگر، تغییر جنسیت والدین ژنتیکی یا یکی از آن‌ها از این قبیل می‌باشد. پ) گاهی اوقات به دلیل ملاحظه‌ی مسائل اخلاقی، اجتماعی و همچنین رعایت مصلحت طفل حاصل از فرآیند باروری آزمایشگاهی اجرای قرارداد متعذر و بالتبع قرارداد منفسخ می‌گردد که مواردی همانند مجبوری یکی از والدین ژنتیکی، فوت والدین ژنتیکی یا یکی از آن‌ها بعد از اخذ گامت از آن‌ها از این قبیل است. ج) انفساخ قرارداد به دلیل بلاموضوع شدن عقد که تلف قهری موضوع قرارداد از آن جمله می‌باشد. د) گاهی اوقات نیز به واسطه‌ی زوال علقه‌ی زوجیت فیما بین مادر جانشین و شوهرش، اجرای قرارداد متعذر و

بالتبع منفسخ می‌گردد چراکه انتقال جنین و رشد آن در رحم مادر جانشین، از نظر شرعی محملی ندارد. مضافاً اینکه اگر قائل بر انتقال جنین به رحم مادر جانشین شویم، با توجه به اینکه زن در لحظه‌ی انتقال جنین به رحم بارور می‌گردد و در این زمان نیز او مجرد محسوب می‌شود، بنابراین باروری زن مجرد لازم می‌آید که باروری زن بی‌شوهر نیز برخلاف اخلاق حسنه، عرف و عادات تلقی می‌شود که مواردی از قبیل تغییر جنسیت شوهر مادر جانشین، طلاق مادر جانشین و شوهرش از یکدیگر، فوت شوهر مادر جانشین از آن جمله می‌باشند. اما در مرحله‌ی پس از انتقال جنین به رحم تنها موجب انفساخ قرارداد، بلاموضوع شدن آن است که طبیعتاً این موجب به واسطه‌ی سقط جنین ارادی یا خارج از چارچوب اراده محقق می‌گردد و آنچه که تحت عنوان موارد مجاز سقط در قانون سقط درمانی و قانون مجازات اسلامی چه قبل از ولوج روح چه بعد از آن مطرح می‌شود در قالب حقوقی "فسخ" تبیین می‌گردد نه انفساخ. لذا از بررسی مصادیق و موجبات متعدد انحلال قهری در دوره‌های مختلف جنینی باید گفت که انفساخ قرارداد جانشینی در بارداری در مرحله‌ی پس از انتقال جنین به مراتب محدودتر از پیش از انتقال جنین می‌باشد؛ چرا از یک سو جنبه‌ی مالی جنین در مرحله پیش از انتقال غلبه داشته و پس از انتقال جنین نیز با غلبه پیدا کردن بعد انسانی‌اش واجد شخصیت انسانی بالقوه و با ولوج روح صاحب شخصیت بالفعل می‌گردد و از سوی دیگر به جهت تلازم انفساخ قرارداد در مرحله‌ی پس از انتقال جنین با امر حرامی همچون سقط جنین باید مصادیق و موجبات انفساخ را به موارد کمتری محدود نمود.

۷. تشکر و قدردانی

نویسندگان پژوهش حاضر در بادی امر شکرگذار باری تعالی می‌باشند و سپس از کلیه اشخاصی که ما را در تدوین این مقاله یاری رسانده‌اند کمال تشکر و قدردانی دارند.

۸. سهم نویسندگان

پژوهش حاضر حاصل نگارش و همکاری مشترک نویسنده دوم در پرتو رهنمودهای ارزشمند و ویرایش استاد ارجمند (نویسنده مسئول) است.

۹. تضاد منافع

مقاله حاضر تضاد منافع ندارد.

References:

1. London C. Advancing a surrogate-focused model of gestational surrogacy contracts. *Cardozo JL & Gender*. 2011;18:391-422.
2. Azin M, Omani Samani R. Title, Nature and Parties of Simple Gestational Surrogacy Contract. *Fiqh of Medicine Journal*. 2013;5(13):19-21. [Persian]
3. Emami A. The legal state of in vitro fertilization and embryo transfer. The collection of human generation new ways articles from the point of jurisprudence and law (collection of authors). 2 ed. Tehran: Samt publications; 2003. [Persian]
4. Shahbazi MH. The principles to revoke and the capability of revocation in juristic acts: Tehran University; 2003. [Persian]
5. Katouzian N. Civil Law Course, General Principles of Contracts. 11 ed. Tehran: Enteshar Publications 2013. [Persian]
6. Katouzian N. Civil Law Course, Translative Contracts. 5 ed. Tehran: Enteshar Publications; 2006. [Persian]
7. Safai S. Introductory Course of Civil Law, General Principles of Contracts. Tehran: Mizan Publications; 2017. [Persian]
8. Karimi A, Karimi S. Conflicting on two the approach to vitro embryo is it actual property or potential person? *Iranian Journal of Medical Law*. 2014;8(30):11-36. [Persian]
9. Qasemzadeh M, Sanatgar F. Legal status of the embryo in vitro. *Private Law Research*. 2017;5(17):103-32. [Persian]
10. Sadeghi Moghadam MH, Mozafari M. In Vitro Embryo as a Person. *Journal of Family Research*. 2015;11(4):439-53. [Persian]
11. Khodadadi G. Physicians' sentences and Patients. Qom: Jurisprudential Center of Imams; 2006. [Persian]
12. Khoi A. Bani Tokalemat al-menhaj. 3 ed. Qom: Institute for the Restoration of the Works of Imam al-Khoi; 2012. [Persian]
13. Andrews LB. My body, my property. *Hastings Center Report*. 1986;16(5):28-38.
14. Upchurch AK. A Postmodern Deconstruction of Frozen Embryo Disputes. *Conn L Rev*. 2006;39:2107-47.
15. Ellis M. In Vitro Fertilization and Consent Agreements: Where Does California Stand. *Santa Clara L Rev*. 2001;42:1191.
16. Taghavi N, Omani Samani R, Asadinezhad SM. Studying the nature of frozen embryos in terms of Judicial, Ethical and legal. *J Fiqh of Medicine*. 2016;8(26):39-66. [Persian]
17. Asghari F, Kazemi Afshar H. The manner of human communication with his body members from the jurisprudence and law point of view. *J Fiqh and Islamic law studies*. 2010;1(1):33-44. [Persian]
18. Mousavi M, Kazemi Afshar H. Human body members transaction in Iran law with due attention to the Imam Khomeini jurisprudential comments. *J Matin*. 2008;10(38):37-59. [Persian]
19. Rahmani Manshadi H. Legal Nature of the surrogate contracts. *Iranian Journal of Medical Law*. 2008;2(6):117-61. [Persian]
20. Salehi H. Legal nature of surrogacy contracts. *J Fiqh of Medicine* 2013;5(13-14):29-55. [Persian]
21. Mazaheri M, Porrasol N. The Nature Of Surrogacy Contract. *The Judiciarys Law Journal*. 2016;80(95):101-23. [Persian]
22. Katouzian N. Civil Law Course, General Principles of Contracts. Tehran: Enteshar Publications; 2004. [Persian]
23. Safai SH, Emami A. A Concise of Family Law. Tehran: Mizan Legal Foundation; 2011. [Persian]
24. Jalalian M. Accuracy of Surrogacy contract, The collection of surrogacy consideration articles from medical, legal, jurisprudential, ethical-philosophic, psychological and sociological (collection of authors). Tehran: Samt and Ibn-e- Sina publications; 2007. [Persian]
25. Alizadeh L, Omani Samani R. Posthumous assisted reproduction: patients' rights and Islamic view. *Iranian Journal of Medical Ethics and History of Medicine*. 2012;5(4):84-95. [Persian]
26. Strong C. Ethical and legal aspects of sperm retrieval after death or persistent vegetative state. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*. 1999;27(4):347-58.
27. Makarem N. Medical sentences. Qom: Imam Ali School publications; 2008. [Persian]
28. Kariminia MM. The effect of transgender to keep the marriage. *J Fiqh of Medicine*. 2014;3(5-6):121-49. [Persian]

29. Kariminia MM. Transgender and jurisprudential matters about. J Ejtihad and Fiqh. 2014;1(1):101-22. [Persian]
30. Katouzian N. Civil Law in Modern Legal Discipline. Tehran: Mizan Publications; 2010. [Persian]
31. Yadollahi Baghlouei A, Azin SM, Omani Samani R. Evaluation of Non-Financial Rights of Surrogate Mother in Surrogacy. Iranian Journal of Medical Law. 2016;10(36):55-76. [Persian]
32. Ghafi H, Shariyati S. Applied "Principles of Islamic Jurisprudence (fiqh). Qom: University and Houze research Institution; 2017. [Persian]



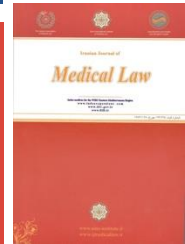
The Iranian Association
of Medical Law

MLJ

Medical Law Journal

2021; 15(56): e16.

Journal Homepage: <http://ijmedicallaw.ir>



ORIGINAL ARTICLE

Natural Termination of Surrogacy Contract

Mohsen Safari^{1*}, Mohammadreza Shahini²

1. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

2. PhD Student, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Oloum Tahghighat Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Received: 24 February 2020

Accepted: 27 March 2020

Published online: 15 May 2021

Keywords:

Laboratory embryo

Genetic parents

Medical center

Surrogate

Rescinded

* Corresponding Author:

Mohsen Safari

Address: Department of Private Law,
Faculty of Law and Political Science,
University of Tehran, Tehran, Iran.

Postal Code: 17417-63573

Telephone: 21-66418167

Email: Safarimohsen@ut.ac.ir

ABSTRACT

Background and Aim: In the current Iranian society, following of increasing in infertility for various reasons, conclusion of Surrogacy contract has followed an upward trend. Consequently, the contract and the issues related to it, especially its dissolution and especially the Natural Termination of the contract, have become doubly important. In the near future, disputes between the main parties to the contract about the Natural Termination or survival of the contract, due to lack of legal resources will become one of sensitive, crucial and, of course, common litigations in courts.

Materials and Methods: The current research makes clear various cases of natural termination by the analytic-descriptive approach. Method of data collection is library and has been written by referring to books and articles.

Results: Surrogacy contracts divide in two stages, before and after embryo transfer, in which the embryo what kind of nature has in each step, it would be effective in the cases and causes of natural termination of the above mentioned contract. Indeed, in the stage of post-embryo transfer, the subject of the contract changes to the human being and we are encountering to the person character and the necessity to preserve human embryonic life at this stage require us to change our approach about the causes of natural termination and examine them in a different way.

Ethical considerations: At all stages of writing this research, authenticity of texts, honesty and fidelity have been observed.

Conclusion: Eventually, it should be said that before embryo transfer, the contract to be rescind in due to the various causes, including parties death, and or termination of juridical person, interdiction, divorce, transgender, involuntary destruction of subject of contract and insertion of dissolving condition but it just causes natural termination of contract, it is resolved which is due to the abortion happened in the stage of after embryo transfer. Therefore, the instances of the natural termination of surrogacy contract in the stage of pre-embryo transfer are more extended after embryo transfer.

© Copyright (2018) Iranian Association of Medical law, Tehran, Iran.

Cite this article as:

Safari M, Shahini MR. Natural Termination of Surrogacy Contract. *Medical Law Journal* 2021; 15(56): e16.

This open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution NonCommercial 4.0 License (CC BY-NC 4.0).