

## ماهیت حقوقی قرارداد استفاده از روش مادر جانشین

سید محمدصادق طباطبایی\*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۶/۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱/۲۹)

### چکیده

قرارداد استفاده از روش مادر جانشین قراردادی است که بر اساس آن زنی می پذیرد جنین به دست آمده از اسپرم و تخمک زوج متقاضی را در رحم خود پرورش دهد و پس از وضع حمل، نوزاد را به آنها تحویل دهد. این قرارداد نوظهور پرسش‌های فراوانی را فرا روی فقها و حقوق دانان قرارداده است. یکی از مهم‌ترین مسائل در این رابطه، تعیین ماهیت حقوقی قرارداد استفاده از رحم جایگزین است، زیرا این موضوع که توافق اراده‌ها در این زمینه در قالب کدام عقد یا قرارداد مندرج شود، بر تعیین روابط حقوقی طرفین این قرارداد تأثیر بسیاری دارد. فقها و حقوق دانان از بین قالب‌های عقدی، اجاره اشیاء، اجاره اشخاص، جعاله، عاریه، ودیعه، صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی را قالب‌های مناسبی برای این توافق دانسته و بر آن استدلال کرده‌اند. در مقاله حاضر انعقاد قرارداد مادر جانشین از طریق نهادهای حقوقی مزبور مورد بررسی و نقد قرار گرفته و ضمن رد قابلیت انطباق قرارداد مزبور با عقود معین، در نهایت بر امکان انعقاد این قرارداد در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی استدلال شده است.

واژگان کلیدی: روش‌های کمک باروری، قرارداد مادر جانشین، والدین حکمی، مادر جانشین، ناباروری.

## مقدمه

در سال‌های اخیر استفاده از روش مادر جانشین در درمان ناباروری رواج یافته، ولی تمام بررسی‌های علمی پیرامون جواز شرعی و احکام وضعی آن متمرکز بوده و ماهیت قرارداد مادر جانشین و قالب مناسب حقوقی برای تعیین و ضابطه‌مند کردن روابط افراد درگیر، کمتر مورد بحث و مطالعه قرار گرفته است.

این قرارداد با عنوان‌های اجاره رحم، رحم جایگزین، مادر قراردادی، مادر میانجی، مادر جانشین، مادر بدلی و مادری منفصل در ادبیات حقوقی ما راه یافته است. بعضی گفته‌اند عنوان رحم جایگزین از بسامد بیشتری برخوردار است (رحمانی منشادی، ۱۳۸۷، ص ۴۸). با این حال برخی معتقدند این اصطلاحات با موازین حقوقی و فرهنگی ما تناسبی ندارد و به جای آن اصطلاح «دایگی پیش از تولد» و عنوان توافق طرفین را «قرارداد مربوط به دایگی پیش از تولد» پیشنهاد داده‌اند (قاسم زاده، ۱۳۸۵، ص ۲۰۲).

- استفاده از روش مادر جانشین در باروری دلایل متعددی دارد از جمله،
- فقدان رحم در زن که ممکن است بصورت مادرزادی یا اکتسابی باشد.
- وجود رحم با ساختمان غیر طبیعی و ناهنجار که بارداری امکان پذیر نمی‌کند.
- سقط‌های مکرر در مورد بانوانی که باردار می‌شوند ولی مکرر سقط می‌کنند و هیچ علت خاصی برای سقط آنها یافت نمی‌شود.
- وجود بیماری‌های مزمن در زوجه و خطر وخیم شدن بیماری در دوران بارداری و یا احتمال ایجاد عوارض جانبی داروهای مصرفی در جنین (معینی، ۱۳۸۶، ص ۲۸-۲۹).
- ممکن است زوجه قدرت نگهداری و پرورش جنین را داشته باشد ولی می‌خواهد جنین در رحم زن دلخواه با ویژگی‌های برتر پرورش یابد (قاسم زاده، ۱۳۸۵، ص ۲۰۲).
- گاهی زوجه نمی‌خواهد زیبایی اندام خود را با باردار شدن از دست بدهد (جلالیان، ۱۳۸۶، ص ۳۲۱).

روش کمک باروری مادر جانشین از نظر ارتباط ژنتیکی مادر جانشین با جنین به دو دسته تقسیم می‌شود،

الف - جایگزینی کامل (full surrogacy)، در این شیوه مادر جانشین با فرزندگی که در رحم پرورش می‌دهد هیچگونه رابطه ژنتیکی ندارد. این روش خود بر سه حالت است، اول، هم

اسپریم و هم تخمک متعلق به زوج متقاضی است. دوم، یکی از اسپرم یا تخمک از فرد اهدا کننده‌ای غیر از زوج متقاضی و غیر از مادر جانشین است. سوم، هم اسپرم و هم تخمک از اهدا کنندگانی غیر از زوج متقاضی و غیر از مادر جانشین است.

ب - جایگزینی نسبی (partial surrogacy)، در این شیوه مادر جانشین با جنین ارتباط ژنتیکی دارد، به این صورت که تخمک متعلق به مادر جانشین است (آرامش، ۱۳۸۷، ص ۳۷). موضوع این نوشتار روش اول یعنی جایگزینی کامل است که کامل‌ترین و بارزترین مصداق رحم جایگزین و در عین حال پر کاربردترین آنهاست. تقسیم دوم از نظر لحاظ کردن عوض یا اجرت در قرارداد است. از این نظر قراردادهای مادر جانشین به دو نوع تجاری و غیر تجاری تقسیم می‌شوند،

الف - قراردادهای تجاری (commercial surrogacy)، در این نوع قرارداد زوجین متقاضی فرزند با انعقاد قرارداد مادر جانشین و در ازای این عمل مبلغی را به عنوان عوض تعهدات مادر جانشین به وی پرداخت می‌کنند.

ب - قراردادهای غیر تجاری یا دوستانه (altruistic surrogacy)، در این نوع قراردادها زوجین متقاضی فرزند، از بین خویشان و نزدیکان خود زنی را برای قبول این عمل انتخاب می‌کنند و مادر جانشین نیز غالباً با انگیزه‌های نوع دوستانه تن به این کار می‌دهد و هیچگونه وجهی در یافت نمی‌کند (جلالیان، ۱۳۸۶، ص ۳۲۴).

برخی از حقوق دانان معتقدند بی قانونی و عدم دخالت قانون‌گذار را در این مورد باید به فال نیک گرفت و درخواست کرد تا در این موضوع جدید بدون دلیلی روشن قانون گذاری نکند. تا جایی که هنوز دلیل روشنی به نفع یا به ضرر جایگزینی رحم وجود ندارد باید به رویه قضایی فرصت داد تا در هر مورد خاص با توجه به اصول و قواعد حقوقی بهترین راه حل را انتخاب کند. دادگاه‌ها بهتر می‌توانند قضیه را حل کنند چون در موقعیت قرا می‌گیرند و بطور انتزاعی رسیدگی نمی‌کنند. نباید در پی تحلیل ماهیت حقوقی جایگزینی رحم خویش را به تکلف و تعسف افکند، بخصوص وقتی که قرار است آن را نوعی قرارداد مستقل مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی بدانند. وقتی قواعد قرارداد نکاح از همه قراردادهای حقوقی دیگر انحراف دارد چگونه باید انتظار داشت که همه این قواعد در باره بخشی از حقوق خانواده (مادر جانشین) اعمال شود (جعفری تبار، ۱۳۸۷، ص ۱۱۹-۱۲۰).

به نظر می‌رسد نمی‌توان با طرفداران این نظر هم داستان شد، زیرا بر آشنایان به دانش حقوق پوشیده نیست که در مسائلی همچون رحم جایگزین، تمام سخن در امکان ایجاد رابطه قراردادی نیست که با فرض امکان استفاده از ماده ۱۰ قانون مدنی مسأله خاتمه یابد، زیرا اشخاص می‌توانند برای موضوع واحد به حسب اغراض و اهدافی که در نظر دارند از قالب‌هایی که دانش حقوق در اختیار آن‌ها قرار داده استفاده کنند و روابط خویش را براساس آن تنظیم نمایند. مثلاً برای استفاده و انتفاع از منافع یک خانه، طرفین می‌توانند از قالب‌های اجاره، عاریه، صلح، عمری، رقبی، اذن در انتفاع و شیوه‌های دیگر استفاده کنند و روشن است که انتخاب هر یک از این قالب‌ها آثار و احکام خاص خود را به دنبال دارد. وانگهی وظیفه حقوق‌دان کشف اراده مشترک طرفین و تطبیق آن بر نزدیک‌ترین قالب حقوقی قابل انطباق بر عمل طرفین است. در چنین فرضی صرف امکان استفاده از ماده ۱۰ قانون مدنی کارگشا نیست و چه بسا عقد دیگری با خواست طرفین نزدیک‌تر باشد، بنابراین انتخاب قالب مناسب، بر تعیین روابط حقوقی طرفین کاملاً تأثیرگذار است.

از همه این‌ها گذشته، دست کم براساس دیدگاه انطباق یک عمل حقوقی با ماده ۱۰ قانون مدنی مشروط به آن است که ماهیت حقوقی واقع شده با هیچ‌یک از عقود معین که در قانون مدنی مقرر شده، قابل تطبیق نباشد (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۳۴۶) اگر این مبنا را بپذیریم دیگر ماده مزبور را نباید همچون یک مومم که می‌تواند به هر شکلی درآید تصور نمود، بلکه این ماده علی‌رغم انعطافی که نسبت به سایر قالب‌های حقوقی دارد، نه در عرض، بلکه در طول آنها، به عنوان یک قالب تکمیلی و برای پر کردن خلأ باقی‌مانده از عقود معین کاربرد دارد. به هر جهت چه ماده مزبور قالبی در عرض سایر عقود معین باشد و چه در طول آن‌ها، بحث از تحلیل و تعیین ماهیت حقوقی قرارداد استفاده از رحم جایگزین سخنی ضروری و مفید خواهد بود.

نوشتار حاضر با هدف تعیین ماهیت حقوقی قرارداد استفاده از رحم جایگزین به رشته تحریر درآمده است، بنا بر این سخن از موضوعاتی چون جواز یا عدم جواز جانشینی در بارداری، صحت یا بطلان قرارداد رحم جایگزین و شرایط عمومی و اختصاصی صحت قرارداد مزبور از موضوع این مقاله خارج است. به عبارت دیگر بررسی ماهیت حقوقی قرارداد مادر جانشین در نوشتار حاضر پس از فرض جواز شرعی این روش کمک‌باروری است. فرض دیگر این نوشتار، صحت قرارداد مادر جانشین است و گرنه در صورتی که این قرارداد را به

دلایلی از جمله مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه یا مجهول بودن مورد معامله و مانند آن باطل بدانیم، سخن از تعیین ماهیت آن بی‌فایده خواهد بود. در این نوشتار از امکان انطباق توافق طرفین استفاده از روش مادر جانشین با قالب‌های عقدی اجاره اشیاء، اجاره اشخاص، جعاله، ودیعه، عاریه، صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی که شباهت و قرابت بیشتری با قرارداد مورد نظر دارند، سخن خواهیم گفت.

### ۱- ماهیت حقوقی قرارداد مادر جانشین

معمولاً نویسندگان حقوقی در باب تعیین ماهیت حقوقی قرارداد استفاده از روش مادر جانشین به قالب‌های عقدی توجه داشته و بر این اعتقادند که چنین عملی باید در ساختار حقوقی «عقد» محقق شود، چرا که از میان وقایع و اعمال حقوقی، عقد است که برای انعقاد و ایجاد اثر دلخواه ناشی از آن، به توافق دو یا چند اراده نیاز دارد. بدین ترتیب، عمل حقوقی ایقاع و واقعه حقوقی، تخصصاً از گستره چنین موضوعی خارج است چرا که ایقاع با انشای یک اراده و واقعه حقوقی در اثر قانون و بدون توجه به اراده انشایی شخص ایجاد می‌شود (علیزاده، ۱۳۸۶، ص ۱۵۰).

دلیل چنین رویکردی واضح است زیرا در بحث استفاده از روش مادر جانشین همواره دوطرف وجود دارد، صاحبان اسپرم و تخمک (والدین حکمی) از یک سو و مادر جانشین از سوی دیگر. اما آیا صرف مداخله دوطرف در این رابطه به معنای انحصار تحلیل این رابطه حقوقی در قالب عقد و قراردادی دوجانبه است. در پاسخ منفی نباید تردید نمود، زیرا آن چه برای عقد بودن یک رابطه حقوقی لازم است، دخالت انشایی اراده طرفین در خلق آثار حقوقی است، نه صرف لزوم یا مداخله دوطرف. برای تصدیق این مدعا کافی است به وصیت عهدی نگاهی بکنیم که در آن بی‌گمان سخن از یک رابطه دوجانبه است، اما با این وجود به تصریح قانون مدنی (ماده ۸۳۴)، ما با یک ایقاع رو به رو هستیم. اختلاف جدی که در عقد یا ایقاع بودن وصیت تملیکی در بین فقها وجود دارد به نحوی نشان می‌دهد که صرف مداخله دو نفر در یک رابطه حقوقی، کافی برای عقد تلقی کردن آن نیست و گرنه بحث از عقد یا ایقاع بودن وصیت تملیکی و ایقاعات غیرعاقلانه می‌نمود.

برای تعیین عنوان و ماهیت عقدی را که افراد در توافق‌های خود استفاده می‌کنند چندین

ملاک وجود دارد یکی قصد مشترک طرفین است زیرا عنصر سازنده هر عقد قصد مشترک است. معیار دیگر عرف است زیرا وقتی افراد در برابر حکم عرف سکوت می کنند دلیل آن است که دیدگاه عرف و اراده عموم را پذیرفته اند. علاوه بر اینها تشخیص نوع عقد در تقسیم بندی عقود تأثیر به سزایی در تعیین ماهیت آن دارد، به عنوان مثال خصوصیات هر توافق از قبیل لزوم یا جواز، عهده یا تملیکی بودن، معوض یا غیر معوض بودن، معاملی یا مسامحی بودن، رضایی یا تشریفاتی بودن و غیره می تواند در تشخیص و تعیین ماهیت عقد کمک شایانی بنماید.

## ۲- عقد اجاره

عقد اجاره را به «تملیک منافع به عوض» تعریف کرده اند (نجفی، ۱۴۱۶ه.ق/۲۷، ص ۲۰۴) که مورد آن ممکن است اشیا، حیوان یا انسان باشد. (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۵۹۶) مقصود از اجاره اشخاص (انسان) «عقدی است معوض که به موجب آن شخص در برابر اجرت معین ملتزم می شود کاری را انجام دهد. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۴۱) به عبارت دیگر تعهد فعل معین مشروع در برابر عوض معین است. اجاره اشخاص از لحاظ شرایط انعقاد و درستی عقد تابع قواعد معمولی اجاره است یعنی قراردادی است معوض که در آن منافع اجیر و عوض باید مشروع، عقلایی، معین و مقدور باشد. تعیین این منافع به دو صورت امکان دارد، (۱) تعیین مدتی که اجیر باید کار کند. (۲) کاری که باید انجام دهد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۵۷۴)

عمل مادر جانشین در قرار داد جانشینی در بارداری را به دو صورت می توان تصور کرد، یکی آنکه مادر جانشین در برابر عوض معینی منفعت خاصی از خود را که عمده آن به رحم اختصاص دارد به والدین حکمی تملیک می کند و متعهد می شود تا کارهای مقدماتی و ضروری معینی را مانند معاینات و آزمایشات لازم و مواظبت از جنین را انجام دهد. دیگر اینکه می توان تصور کرد که مادر جانشین متعهد می شود تا در برابر اجرت معینی بوسیله جنینی که به والدین حکمی تعلق دارد باردار شود و با تحمل دوره بارداری و شرایط آن، جنین را در رحم خود نگهداری و پرورش دهد و پس از وضع حمل، نوزاد را به آنها تسلیم نماید (علیزاده، ۱۳۸۶، ص ۱۵۵). ساختار صورت اول اجاره اشیا و ساختار صورت دوم اجاره اشخاص است.

## ۲-۱- اجاره اشیاء

اجاره اشیاء عقدی معوض و تملیکی است که در اثر آن مستاجر مالک منافع عین مستاجر می‌شود. موضوع اجاره اشیاء مال است در حالی که انسان و اعضای بدن او مال محسوب نمی‌شود.

منظور از اشیاء اجسام غیر ذی روحی است که برای انتفاع از آن به اجاره واگذار می‌شوند (امامی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۱۳). اگر چه در حقوق کنونی، انسان می‌تواند در برابر دیگری ملتزم به انجام فعلی شود ولی حق ندارد دیگری را به عنوان مالک بر خود مسلط کند، سلطه‌ای که مالک منفعت بر عین مستاجر دارد در مورد انسان عملی نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۵۶۸). این استاد حقوق در جای دیگری می‌گوید، این قرارداد تا جایی که به اجاره رحم مربوط می‌شود الزام آور نیست زیرا بدن انسان نمی‌تواند موضوع هیچ قرارداد الزام آوری قرار گیرد و این چهره تازه‌ای از برده‌داری در قرن ما است (رخشنده رو، ۱۳۸۶، ص ۴۰۰).

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

بنا بر این امکان انعقاد قرارداد مادر جانشین در قالب عقد اجاره اشیاء وجود ندارد.

## ۲-۲- اجاره اشخاص

### ۲-۲-۱- دیدگاه مخالفان تطبیق عقد اجاره اشخاص با قرارداد مادر جانشین

برخی قالب اجاره اشخاص را برای قرارداد مادر جانشین مناسب نمی‌دانند و بر این اعتقادند که منفعت موضوع قرارداد مادر جانشین که همان کارکرد طبیعی رحم مادر جانشین در پرورش جنین است، جزء وجود و شخصیت مادر جانشین می‌باشد و والدین حکمی نمی‌توانند مالک این منفعت شوند. مضافاً اینکه مالک بودن چنین منفعتی به منزله مالک بودن خود مادر جانشین است و کسی نمی‌تواند به موجب قرارداد، فردی را ملک خود نماید (نایب زاده، ۱۳۸۰، ص ۱۵۵) و اگر چنین قراردادی منعقد گردد نوعی بردگی متجزی است (امامی، ۱۳۸۰، ص ۲۴۹) زیرا این امر استفاده ابزاری از انسان است و با کرامت انسانی منافات دارد و اگر امروز به این موضوع مهم توجهی نشود و شوق دستیابی به روش‌های جدید و درآمدزای علمی که مغایرتی

با شرع ندارد و مشکلات بسیاری از مردم را حل می‌کند، چشم ما را به روی چالش‌های جدی اخلاقی ببندد، دیر یا زود با فاجعه‌ای روبه‌رو خواهیم شد که نمی‌توانیم از بار سنگین مسئولیت اخلاقی آن‌شان خالی کنیم. (آرامش، ۱۳۸۷، ص ۶۷) منفعت در قرار داد مادر جانشین به گونه‌ای نیست که بتوان آن را در قالب عقد اجاره اشخاص منعقد کرد و ما به ازای اجرت پرداختی به مادر جانشین در نظر گرفت. (<http://www.nashreedalat.ir>)

## ۲-۲-۲- دیدگاه موافقان تطبیق عقد اجاره اشخاص با قرارداد مادر جانشین

برخلاف نظر فوق، گروهی دیگر از حقوق‌دانان قالب عقد اجاره اشخاص را مناسب‌ترین قالب جهت تطبیق با قرارداد استفاده از مادر جانشین می‌دانند (قاسم زاده، ۱۳۸۶، ص ۴۳۹). این گروه اینگونه استدلال می‌نمایند که مادر جانشین در قرارداد استفاده از رحم جایگزین متعهد می‌شود تا در برابر دریافت اجرت معین، جنین حاصل از تلقیح اسپرم و تخمک والدین حکمی را در رحم خویش نگهداری و پرورش دهد و پس از زایمان، کودک متولد شده از روش رحم جایگزین را به والدین حکمی تحویل دهد، که این موضوع با قرارداد اجاره اشخاص انطباق دارد.

در پاسخ به استدلال مخالفان مبنی بر استعمال عقد اجاره پیرامون قرارداد مزبور به علت آن که رحم جزء شخصیت انسان است و نوعی بردگی به حساب می‌آید، می‌توان این‌گونه خدشه وارد نمود که اولاً در عقد اجاره اشخاص که اجاره مادر جانشین نیز به عنوان یکی از مصادیق آن به شمار می‌آید مستأجر (والدین حکمی) مالک اجیر (مادر جانشین) نمی‌شود بلکه با انعقاد قرارداد اجاره تنها مالک منافع وی می‌گردد. به عبارت دیگر اجاره رحم، اجاره عضو بماهو عضو نیست چنان که در کار کردن با دست در واقع منفعت دست اجاره داده می‌شود نه خود دست. با این تفاوت که در کار با دست، شخص اجیر وابستگی عاطفی به مورد اجاره ندارد و مثلاً لباسی می‌دوزد و حاصل کار خود را در قبال اجرت به دیگری واگذار می‌نماید، اما در اجاره رحم، جنین که پرورنده می‌شود چون با روح مادر جانشین در تماس است رابطه عاطفی قوی‌تری حکم فرماست. (گواهی، ۱۳۸۷، ص ۱۲۳). ثانیاً اگر جزء شخصیت بودن منفعت رحم مادر جانشین را علت عدم انطباق قرارداد رحم جایگزین با عقد اجاره بدانیم این موضوع در عقود معین و نامعین دیگر که موجب تملیک جنین منفعتی به والدین حکمی می‌شود نیز وجود



دارد و با این استدلال هیچ عقد معین یا نامعینی قابلیت انطباق با قرارداد استفاده از رحم جایگزین را ندارد. ثالثاً برای تأیید صحت اجیر نمودن مادر جانشین جهت پرورش جنین متعلق به والدین حکمی، توجه و قیاس آن با اجیر شدن زن برای شیر دادن کودک دیگری که جواز آن در فقه مورد اجماع فقها می‌باشد قابل تأمل است. با این توضیح که منفعت موضوع اجاره زن برای شیر دادن نوزاد نیز «کارکرد طبیعی پستان مادر رضاعی در تولید شیر» می‌باشد و این منفعت نیز جزء وجود و شخصیت مادر رضاعی به شمار می‌آید. اما در صحت آن شکی نیست، زیرا شیر دادن همانند پرورش جنین در رحم، عمل محترمی است که مورد رغبت عقلا می‌باشد و در قبال آن مال پرداخت می‌کنند و لذا برای حکم به صحت آن عموماً مانع اوفوا بالعقود کفایت می‌کند. رابعاً عهدی بودن عقد اجاره اشخاص این تناسب را بیشتر می‌کند زیرا در قرارداد مادر جانشین نیز اجیر (مادر جانشین) تعهد می‌کند که عمل معینی را در مدت زمان معین، در برابر اجرت معلوم برای مستاجر انجام دهد و هیچگونه تملیکی صورت نمی‌گیرد تا این اشکال وارد شود که مادر جانشین منفعت عضوی از بدن خود را به دیگری تملیک کرده است.

### ۳- عقد جعاله

براساس ماده ۵۶۱ قانون مدنی که از فقه گرفته شده است (شعرانی، ۱۴۱۹ ه.ق/۲، ص ۳۲۵)، جعاله عبارت است از التزام شخص به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیرمعین.

عقد جعاله دو نوع است جعاله عام و جعاله خاص. در جعاله خاص عامل شخص معینی است که از سوی جاعل مورد خطاب قرار گرفته، ولی در جعاله عام، عامل غیر معین است و هر کسی می‌تواند موضوع جعاله را انجام دهد.

بین جعاله و اجاره این تفاوت اساسی وجود دارد که در اجاره اجرت و میزان کار باید معلوم و معین باشد و طرف ایجاب نیز، شخص معینی است که به عنوان اجیر آن را می‌پذیرد ولی در جعاله، نه تنها میزان کاری که باید انجام شود به درستی معلوم نیست اجرت نیز ممکن است به طور کامل معلوم نباشد (ماده ۵۶۳ ق.م). بنابراین در جعاله نسبت به شرایط و درستی التزام سختگیری کمتری شده است تا نیاز مردم به این گونه معاملات برآورده شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۵،

### ۳-۱- انعقاد قرارداد مادر جانشین در قالب عقد جعاله

عده‌ای از نویسندگان حقوقی بر این اعتقادند که ماهیت قرارداد رحم جایگزین قابل تطبیق با عقد جعاله خاص نیز می‌باشد و والدین حکمی و مادر جانشین می‌توانند توافق خود را در این قالب حقوقی جای دهند. (کیان پور، ۱۳۸۵، ص ۸۰ معینی، ۱۳۸۷، ص ۲۹) زیرا مادر جانشین در قرارداد جانشینی در بارداری متعهد می‌شود تا در برابر پاداش یا اجرت معلومی با استفاده از روش‌های نوین باروری با جنین معین متعلق به والدین حکمی باردار شود و با تحمل دوره بارداری و شرایط آن، از جنین در رحم خود نگهداری و آن را پرورش دهد و پس از زایمان نیز نوزاد متولد شده را به والدین حکمی تحویل دهد (علیزاده، ۱۳۸۶، ص ۱۵۹).

به علاوه جعاله عقدی عهدی و معوض است، قرارداد مادر جانشین نیز عهدی بوده و نوع تجاری آن نیز معوض است. همچنین تعهد به تسلیم کودک در مقابل دریافت اجرت که در قرارداد مطلوب و مورد نظر زوجین نابارور است را می‌توان به عنوان جعل در نظر گرفت. در جعاله لازم نیست میزان عملی که باید انجام شود و نیز اجرت، به طور کامل و دقیق معلوم باشد (مواد ۵۶۳ و ۵۶۴ ق.م) در قرارداد مادر جانشین نیز بارداری و خصوصیات آن اقتضا دارد که هم کیفیت عمل مردد باشد و هم اجرت آن (رحمانی منشادی، ۱۳۸۷، ص ۱۱۴).

اشکالی که به تطبیق قرارداد استفاده از رحم جایگزین با جعاله وارد شده است به این موضوع برمی‌گردد که جعاله عقدی است جایز (خوانساری، ۱۴۰۵.ه.ق/۳، ص ۴۷۸) بنابراین از یک سو مادر جانشین از لحاظ قانونی می‌تواند پای بند به التزام خود مبنی بر پذیرش حمل و بارداری تا پایان مدت لازم و تحویل کودک پس از زایمان نباشد و از سوی دیگر والدین حکمی نیز الزامی به پای بندی به التزام فوق ندارند. (کیان پور، ۱۳۸۵، ص ۸۲).

اشکال فوق را به چند صورت می‌توان بر طرف نمود، اگر والدین حکمی و مادر جانشین قالب جعاله را برای توافق خود انتخاب کنند باید به این نکته توجه نمایند که علی‌رغم جایز بودن عقد جعاله، بعد از قرارداد جنین در رحم مادر جانشین، چون بر هم زدن معامله با حق شخص ثالث (جنین) در تعارض قرار می‌گیرد قرارداد رحم جایگزین قابلیت برهم زدن را از دست می‌دهد.

عده‌ایی دیگر نیز بر این اعتقادند که این قرارداد پیش از بارداری جایز و پس از آن لازم می‌شود. (رحیمی، ۱۳۸۷، ص ۲۴).

برخی دیگر نیز برای چاره‌اندیشی پیرامون این اشکال پیشنهاد داده‌اند که باید عقد جعاله را در ضمن عقد لازمی منعقد کرد تا هیچ‌یک از طرفین قرارداد توانایی برهم‌زدن آن را نداشته باشند. (علیزاده، ۱۳۸۶، ص ۱۵۹)

اشکال دیگری که به انعقاد قرار داد رحم جایگزین در قالب عقد جعاله وارد می‌شود این است که، در جعاله عامل وقتی مستحق جعل می‌گردد که متعلق جعاله را تسلیم کرده یا انجام داده باشد (جعی عاملی، بی تا، ج ۴، ص ۴۴۵) بنا بر این مادر جانشین زمانی می‌تواند اجرت را دریافت کند که طفل را تحویل داده باشد و از آنجا که گذراندن دوران بارداری مستلزم صرف هزینه‌هایی است، در نتیجه این هزینه‌ها به مادر جانشین تحمیل می‌گردد. ثانیاً در عقد جعاله هزینه‌هایی که برای انجام عمل مورد جعاله لازم بوده به عهده عامل است مگر آنکه عرف، محل خلاف آن را اقتضا نماید یا طرفین خلاف آن را شرط کنند زیرا عامل تعهد به انجام عمل مورد جعاله نموده و تعهد بر هر امری تعهد به لوازم آن است و یکی از آن لوازم پرداخت هزینه‌های لازم برای انجام عمل است (امامی، سید حسن، ۱۳۶۸، صص ۱۲۶-۱۲۵). با توجه به آنچه گذشت عقد جعاله خاص نمی‌تواند قالب مناسبی برای انعقاد قرار داد رحم جایگزین باشد و ظرفیت لازم برای اجرای منویات طرفین قرارداد مذکور را ندارد.

#### ۴- عقد عاریه

بر اساس ماده ۶۳۵ قانون مدنی «عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود...». در واقع عاریه عقدی است که ثمره آن تبرع به منفعت است. (کاشف الغطا، ۱۳۵۹ ه. ق/۱، ص ۱۲۶) در عقد عاریه می‌توان شرط عوض نمود ولی هرگاه عاریه بدون هیچ اشاره‌ای به عوض واقع شود، معیر نمی‌تواند به عنوان استیفاء از مستعیر پولی بخواهد زیرا مبنای عاریه بر تبرع و احسان به منتفع است و همه احکام و مسئولیت‌ها نیز بر همین پایه تعیین می‌شود. البته امکان شرط عوض در عاریه ناظر به موردی است که عوض جنبه فرعی پیدا کند و گرنه در جایی که انتفاع از مالی در برابر عوض واگذار می‌شود، دیگر نمی‌توان آن را عاریه نامید، در این صورت عقد لازم است و احتمال دارد تابع

قواعد اجاره یا یکی از عقود مربوط به حق انتفاع باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵/۲، ص ۳۷).

#### ۴-۱- انعقاد قرارداد مادر جانشین در قالب عقد عاریه

برخی بر این باورند که می‌توان قرارداد استفاده از رحم جایگزین را از آن جهت که مادر جانشین اجازه می‌دهد از رحم وی برای پرورش جنین حاصل از تلقیح اسپرم و تخمک والدین حکمی استفاده کنند عاریه رحم نامید (کیان پور، ۱۳۸۵، ص ۹۰) و بر این اعتقادند، اگرچه قرارداد استفاده از مادر جانشین به اجاره رحم معروف شده است اما این قرارداد همیشه اجاره نیست، گاهی ممکن است معوض باشد و گاهی هم غیرمعوض و اگر غیرمعوض باشد می‌توانیم تعبیر به عاریه رحم کنیم که در آن مادر جانشین اجازه انتفاع از رحم خود را جهت پرورش جنین والدین حکمی به آنها اعطاء می‌نماید (صفایی، ۱۳۸۰، ص ۲۲۱).

علی‌رغم نظر این دسته از حقوق‌دانان، به نظر می‌رسد که عقد عاریه قالب مناسبی جهت تعیین ماهیت حقوقی قرارداد استفاده از رحم جایگزین نیست. در انطباق قرارداد استفاده از رحم جایگزین با عاریه از جهات متعدد می‌توان مناقشه نمود، از جمله اینکه موضوع توافق در قرارداد استفاده از رحم جایگزین یک «عمل» است که این عمل همان نگهداری و پرورش جنین در رحم می‌باشد و بر همین اساس برای تطبیق این قرارداد با عقود تنها می‌توان از عقود واقع بر عمل مانند اجاره اشخاص یا جعله سخن گفت و نه عقدی که موضوع آن عینی از اعیان است. دقیقاً به همین دلیل است که در بحث از انطباق قرارداد استفاده از مادر جانشین با اجاره، منظور اجاره اشخاص است نه اجاره اشیاء.

از سوی دیگر می‌دانیم که متعلق عقد عاریه «عین» و موضوع آن منفعت است (طوسی، ۱۴۰۰ه.ق، ص ۴۳۷) و لذا بین عاریه و قرارداد استفاده از مادر جانشین که موضوع آن عمل است هیچ تناسبی وجود ندارد.

اشکال دیگری که از سوی برخی از مخالفین انعقاد قرارداد استفاده از روش مادر جانشین در قالب عقد عاریه مطرح شده آن است که براساس ماده ۶۳۵ قانون مدنی عاریه «عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود» درحالی که به دور از شأن انسانیت است که رحم زن را عین مال بدانیم. عین نامیدن رحم زن و بهره‌کشی اقتصادی از مادر جانشین از مسائلی است که حفاظت از شأن انسانی مادر جانشین را

مورد تهدید قرار می‌دهد و این امر با کرامت انسانی به علت استفاده ابزاری از انسان منافات دارد (اصغری، ۱۳۸۷، ص ۶۲).

این اشکال با توجه به مبانی حقوقی و مسلمات نظام حقوقی ما قابل پذیرش نیست زیرا هر چند امکان انطباق قرارداد استفاده از روش رحم جایگزین با عاریه وجود ندارد اما مبنای عدم انطباق همان گونه که ذکر شد دلایل فنی و حقوقی است نه دلایل این دسته از مخالفان، زیرا نتیجه استدلال این دسته از نویسندگان نه فقط نفی عاریه رحم، بلکه نفی هر نوع قرارداد معوض و غیر معوض برای استفاده از رحم جایگزین است. به عبارت دیگر اگر به دلیل استفاده ابزاری از زن بتوان عاریه رحم را نفی نمود باید تمامی قراردادهایی را که زنان برای انجام عمل اعم از خدماتی یا هنری انجام می‌دهند نیز به علت آن که نوعی استفاده ابزاری از زنان است، باطل بدانیم که هیچ ذوق حقوقی آن را نمی‌پذیرد.

اشکال دیگر به جایز بودن عقد عاریه بر می‌گردد، از این رو که هر یک از طرفین عقد هر زمان که بخواهد می‌تواند عاریه را بر هم بزند و همچنین به موت و جنون هر یک از طرفین منفسخ می‌گردد. در حالی که قرارداد مادر جانشین را باید دست کم از زمان کاشتن نطفه والدین حکمی در رحم مادر جانشین تا زمان وضع حمل غیر قابل فسخ بدانیم.

تعیین مدت در عاریه هم موجب لزوم آن نمی‌شود زیرا تعیین مدت در عقد جایز آن را لازم نمی‌گرداند و اثر تعیین مدت در عاریه آن است که با انقضای مدت، عاریه خاتمه می‌یابد (امامی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۱۸۳).

این اشکال نیز قابل رفع است زیرا فقها عقد عاریه را در مواردی غیر قابل فسخ دانسته‌اند، اول جایی که عاریه دهنده زمینی را برای دفن میت مسلمانی عاریه دهد در این صورت پس از دفن نمی‌تواند تا زمانی که جسد میت نپوسیده و عنوان نبش قبر صدق می‌کند، زمین را استرداد کند. دوم جایی که عاریه گیرنده مالی را برای رهن گذاردن به عاریه بگیرد در این صورت نیز پس از رهن مال، عاریه دهنده تا پایان عقد رهن حق به هم زدن عقد عاریه را ندارد. سوم جایی که در صورت فسخ، ضرری به عاریه گیرنده وارد شود مانند آنکه عاریه گیرنده تخته‌ای را عاریه بگیرد و با آن کشتی خود را مرمت کند و به دریا برود، در این صورت نیز مادام که به ساحل برنگشته، عاریه دهنده حق فسخ ندارد (جبعی عاملی، بی تا، ج ۴، صص ۲۶۰-۲۵۸).

بنا بر این اشکال جواز عقد رهن وارد نیست زیرا با توجه به معیار مذکور در موارد قابل فسخ

بودن عقد عاریه یعنی متضرر شدن عاریه گیرنده از فسخ بی موقع، می توان نتیجه گرفت در صورتی که قرار داد رحم جایگزین در قالب عاریه منعقد گردد با توجه به ملاک مزبور، عاریه دهنده (مادر جانشین) حق فسخ عقد تا پایان دوران بارداری و وضع حمل را ندارد.

برخی علاوه بر موارد فوق، اشکال قبض و اقباض و تسلیم مال مورد عاریه را نیز در قرار داد رحم جایگزین مطرح کرده اند (http://www.nashreedalat.ir) ، که مانند اشکال قبل قابل پاسخ است زیرا قبض حقیقت شرعی نیست و شارع آن را تعریف و تحدید نکرده است بلکه حقیقت عرفی است و قبض و اقباض هر چیز به حسب آن است (انصاری، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۱۱۱. خوبی، ۱۴۱۲. ه. ق، ج ۷، ص ۵۲۹).

اگر چه برخی اشکالات وارده بر انطباق قرار داد استفاده از روش مادر جانشین بر عقد عاریه در نظام حقوقی ما قابل دفع است با این حال عقد عاریه نیز نمی تواند بستر مناسبی برای قرار داد مزبور باشد.

#### ۵- عقد ودیعه

طبق ماده ۶۰۷ قانون مدنی، «ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می سپارد برای آن که آن را مجاناً نگاه دارد». چنانکه از این تعریف برمی آید هدف اصلی از انعقاد عقد ودیعه سپردن مال به دیگری برای نگاهداری است (اراکلی، ۱۴۱۴. ه. ق/۲، ص ۷۱) و اگر معلوم شود که در عقدی مقصود اصلی طرفین نگاهداری از مال نیست و نگاهداری از مال در اراده مشترک طرفین جنبه فرعی دارد، رابطه آن دو را نباید تابع قواعد مربوط به ودیعه دانست. در واقع ذات عقد ودیعه در دو عنصر خلاصه می شود:

الف- مالی به منظور «نگهداری» به دیگری سپرده شود.

ب- گیرنده آن را حفظ کند و با نخستین مطالبه بازگرداند.

#### ۵-۱- انعقاد قرارداد مادر جانشین در قالب عقد ودیعه

در صورتی که قرارداد استفاده از رحم جایگزین با عقد ودیعه تطبیق داده شود در قرارداد مزبور والدین حکمی مودع، مادر جایگزین مستودع و جنین، مال موضوع ودیعه خواهد بود. اما این دیدگاه موافقان و مخالفانی دارد.

## ۵-۱-۱- دیدگاه موافقان

عده‌ای بر این اعتقادند که ماهیت حقوقی قرارداد استفاده از مادر جانشین با عقد ودیعه تناسب بیشتری دارد چرا که برای تحقق قرارداد استفاده از مادر جانشین هم چون ودیعه دو قصد انشاء لازم است، یکی از سوی والدین حکمی که جنین حاصل از لقاح اسپرم و تخمک خود را در رحم مادر جانشین به امانت می‌گذارند و به مادر جانشین پیرامون حفظ آن نیابت می‌دهند و دیگری از طرف مادر جانشین که حفاظت از جنین حاصل از لقاح اسپرم و تخمک والدین حکمی را در دوران حمل به عهده می‌گیرد تا بعد از تولد، نوزاد را به والدین حکمی تحویل دهد (احمدی، ۱۳۸۵، ص ۶۴).

ودیعه جنین نزد مادر جانشین جزء مفاد قرارداد رحم جایگزین است و طبق مقررات امانت، مادر جانشین جز در صورت تعدی و تفریط ضامن نیست.

## ۵-۱-۲- دیدگاه مخالفان

به نظر می‌رسد استدلال فوق و تطبیق قرارداد مادر جانشین با عقد ودیعه قابل خدشه است زیرا هرچند در ودیعه، مستودع عملی را برعهده می‌گیرد اما این عمل صرفاً «محافظة» از موضوع ودیعه است و اگر عمل دیگری نیز بر مستودع لازم باشد لزوماً باید جنبه فرعی و حاشیه‌ای داشته باشد والا اگر هدف اصلی قرارداد عملی جز محافظت باشد نمی‌توان آن توافق را ودیعه نامید. مثلاً در تمامی عقود امانی، مانند مضاربه، وکالت، مزارعه، عمری، رقبی، سکنی و عاریه، امین و وظیفه حفظ مال را نیز برعهده دارد ولی آن چه باعث شده این عقود از ودیعه متمایز گردد آن است که حفاظت در قبال هدف اصلی عقد جنبه فرعی دارد.

در قرارداد استفاده از مادر جانشین نیز محافظت و نگهداری از نطفه والدین حکمی به عنوان جهت اصلی قرارداد مدنظر طرفین قرارداد نیست، زیرا عمل سپردن جنین در واقع به منظور پرورش آن در رحم انجام می‌گیرد نه برای صرف نگهداری. هرچند به عنوان لازمه تعهد اصلی که همان پرورش جنین است، جنین به مادر جانشین سپرده می‌شود.

اشکال دیگری که برخی از نویسندگان (احمدی، ۱۳۸۵، ص ۶۴) مطرح نموده‌اند آن است که موضوع ودیعه لزوماً باید «مال» باشد چرا که ودیعه در اصطلاح فقهی نوعی استنباه به منظور حفظ مال است در حالی که جنین حاصل از تلقیح اسپرم و تخمک والدین حکمی با توجه به

عناصر و تعاریفی که از مال وجود دارد مال محسوب نمی‌گردد.

البته این اشکال وارد به نظر نمی‌رسد زیرا صرف نظر از اختلاف نظری که پیرامون مال بودن یا نبودن اسپرم، تخمک و جنین وجود دارد (شیدفر، صادقی، ۱۳۸۴، ص ۳۵۷) هر چند در ماده ۶۰۷ قانون مدنی و برخی تعاریف فقهی ودیعه را به نیابت در حفظ مال تعریف کرده‌اند اما حقیقت این است که مالیت موضوع ودیعه از شرایط صحت عقد ودیعه به حساب نمی‌آید و از باب فرد شایع ذکر شده است. بر همین اساس در فقه تردیدی وجود ندارد که اگر کسی چیزی را که فاقد مالیت است و نمی‌تواند موضوع بیع قرار گیرد، به دیگری بسپارد عقد ودیعه منعقد شده و گیرنده باید آن را محافظت و در موقع مطالبه به صاحب آن باز پس دهد. (بهجت، ۱۳۸۴، ص ۱۵۸)

در نهایت چون به‌طور معمول هدف اصلی از قرارداد استفاده از مادر جانشین، پرورش جنین والدین حکمی از سوی مادر جانشین است و نگهداری از جنین در مقایسه با پرورش آن جنبه فرعی دارد، در نتیجه عقد ودیعه قالب مناسبی برای قرارداد استفاده از روش رحم جایگزین نمی‌باشد.

## ۶- عقد صلح

بر اساس قانون مدنی و نظر اکثر فقها (خمینی، ۱۴۲۲ ه.ق، ص ۲۴۴) صلح عقدی مستقل به حساب می‌آید که تابع شرایط هیچ عقدی نیست و هر چند هدف اصلی از تشریح آن از بین بردن خصومت و اختلاف است ولی هیچ مانعی وجود ندارد که صلح وسیله انجام معامله قرار گیرد. این موضوع در ماده ۷۵۸ قانون مدنی نیز مورد تأیید قرار گرفته است. این ماده مقرر می‌دارد، «صلح در مقام معاملات، هر چند نتیجه معامله‌ای را که به جای آن واقع شده است می‌دهد، لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد. بنابراین، اگر مورد صلح عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن همان بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود». بدین ترتیب، هیچ محدودیتی برای مورد صلح وجود ندارد، قالبی است وسیع‌تر از همه عقود معین که برای تحقق حاکمیت اراده فراهم آمده است.

البته در مفهوم و جوهر صلح نوعی تسالم یا به بیان دیگر گذشت‌های متقابل وجود دارد و همین امتیاز است که آن را از سایر معاملات ممتاز می‌کند و به صورت معامله‌ای مستقل



درمی آورد. این تلقی منطقی از صلح امتیاز این عقد را از سایر قراردادها به خوبی نشان می دهد و استقلال آن را در کنار بیع، معاوضه، هبه و اجاره توجیه می کند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۲۹۷). توجه به این نکته ضروری است که در وضع کنونی نباید چنین پنداشت که هیچ فایده ای برای عقد صلح در کنار ماده ۱۰ قانون مدنی وجود ندارد و این دو نهاد، تکرار یک قاعده به حساب می آیند زیرا اگرچه ماهیت صلح و ماده ۱۰ قانون مدنی در واقع ترتیب اثر دادن به تراضی مشروع متعاقدين است ولی این قرابت ماهوی نباید سبب شود که وجوه افتراق این دو نهاد و امتیازات ماده ۱۰ را در نظر نگیریم (حائری، ۱۳۷۰، ص ۱۱۷). چرا که صلح نیز خود قالبی است که از سوی قانون گذار برای تجلی حاکمیت اراده تأسیس شده است، درحالی که مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی حکایت از لزوم قرارداد خصوصی قطع نظر از هر گونه قالب ویژه است و دامنه ای گسترده تر دارد. از سوی دیگر آن چه در قلمرو ماده ۱۰ قانون مدنی انجام می شود تنها درباره کسانی مؤثر است که در تراضی شرکت داشته اند درحالی که انتخاب عنوان صلح گاه درباره دیگران نیز مؤثر است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۰۵).

#### ۶-۱- تطبیق عقد صلح با قرارداد مادر جانشین

برخی با توجه به پذیرش مفهوم گسترده صلح در قانون مدنی بر این اعتقادند که توافق والدین حکمی برای بهره مندی از رحم مادر جانشین جهت حمل و پرورش جنین متعلق به آنها و در نهایت تحویل نوزاد تولد یافته به والدین حکمی در قالب عقد صلح تحقق می یابد (کیان پور، ۱۳۸۵، ص ۸۴).

شبهات هایی که انعقاد قرارداد مادر جانشین را در قالب عقد صلح توجیه می کند مسامحی بودن، کفایت علم اجمالی به موضوع عقد، لازم بودن عقد و امکان انعقاد هر دو به صورت معوض و غیر معوض است.

این دیدگاه صحیح به نظر می رسد زیرا اگرچه ماهیت حقوقی قرارداد استفاده از رحم جایگزین با برخی از عقود معین مانند اجاره اشخاص مطابقت دارد اما این امر منافاتی با تطبیق قرارداد استفاده از مادر جانشین با عقد صلح ندارد، چرا که صلح عقدی است مستقل و جنبه فرعی نسبت به عقود دیگر ندارد و می تواند در مقام معاملات بدون اینکه شرایط و احکام خاصه آن معامله را داشته باشد واقع شود.

## ۷- ماده ۱۰ قانون مدنی

در زمان‌های اخیر، تنوع و گستردگی روابط مالی و اجتماعی و نیازهای روزافزون حقوقی سبب گردید که در قوانین مدنی سیستم‌های حقوقی، عقد دیگری وارد شود که دارای شکل، آثار و شرایط خاص باشد. قانون در مورد این عقود، فقط به بیان شرایط اساسی و نیز مهم‌ترین اثر آن که لزوم رعایت مفاد آن است، بسنده کرده است. این عقود از حیث شکل، الگو، شرایط و آثار نامحدود و وابسته به نیاز و اراده اشخاصی است که آن را منعقد می‌کنند. ماده ۱۰ قانون مدنی ایران که مقرر می‌دارد، «قراردادهای خصوصی نسبت به افرادی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است» ناظر به این دسته از عقود است (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۷۹).

بنابراین عقود و قراردادها، دیگر منحصر به عناوین معین و قالب‌های خاص نیستند و امروزه هر نوع قرارداد که از دید عقلا و عرف عقد و پیمان تلقی گردد مشمول اصل وفای به عهد و صحیح است مشروط بر آن که شرایط عرفی و عقلایی عقد را دربرداشته باشد و درخصوص آن مقررات و احکام شرع رعایت شده باشد. (فتاوی و دیگران، ۱۳۷۹، ص ۲۱۳).

بنابراین جز در مواردی که قانون مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد کرده باشد اراده اشخاص حاکم بر سرنوشت پیمان‌های ایشان است و آزادی اراده را باید به عنوان اصل پذیرفت. بدین معنی که چون اراده شخص خود به خود محترم و دارای اثر حقوقی است، نفوذ عقد نیز نیاز به تصریح قانون‌گذار ندارد و اشخاص آزادند چنانکه می‌خواهند هم پیمان شوند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۴۴).

مسئله‌ای که در اینجا قبل از بررسی اعمال ماده ۱۰ در قرارداد استفاده از مادر جانشین قابل طرح می‌باشد این است که دایره شمول ماده ۱۰ قانون مدنی را چگونه می‌توان از حوزه مقررات عقود معین جدا ساخت و آیا یک عقد معین را که فاقد یکی از شرایط اختصاصی صحت خود باشد می‌توان به عنوان یک عقد غیرمعین، مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی و صحیح دانست توجه به این نکته، حایز اهمیت است که قراردادهای خصوصی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی نیز مانند عقود معین باید دارای شرایط اساسی مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی باشد، بنابراین طرح مسئله مذکور نسبت به شرایط اساسی عقد اساساً منتفی است و عقد غیرمعین مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی فاقد یکی از شرایط مذکور، مانند عقد معین مشابه برحسب مورد باطل یا غیر نافذ خواهد

بود. به هر حال پیرامون مسئله فوق دو دیدگاه عمده وجود دارد.

دیدگاه اول، عده‌ایی در مورد عقود معین فاقد یکی از شرایط اختصاصی، معتقدند که این عقود مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی و معتبر هستند. به عبارت دیگر این دسته عقود معین فاقد یکی از شرایط اختصاصی، به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح و معتبر تلقی می‌شوند و ماده ۱۰ قانون مدنی در عرض عقود معین است (حائری، ۱۳۷۰، ص ۸۰). براساس این دیدگاه برای تطبیق اراده افراد با عقود نیازی نیست که ابتدا سراغ عقود معین برویم و اگر اراده طرفین با هیچ یک از عقود معین تطبیق نداشت سراغ ماده ۱۰ قانون مدنی برویم بلکه از ابتدا و حتی اگر اراده طرفین با یکی از عقود معین تطابق داشته باشد باز می‌توانیم از ماده ۱۰ قانون مدنی استفاده نماییم. به عبارت دیگر به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی، ضروری نیست که برای ایجاد تعهد، توافق اشخاص به صورت یکی از عقود معین در قانون باشد. در نتیجه این موضوع در مورد جانشینی در بارداری در مواردی که به لحاظ شرعی و قانونی مانعی نسبت به انجام دادن آن وجود ندارد نیز مصداق پیدا کرده و طرفین قرارداد استفاده از روش مادر جانشین می‌توانند رابطه خود را در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی بگنجانند و آثار آن را طبق قواعد عمومی قراردادها و اصل حاکمیت اراده تعیین کنند (حمدالهی، روشن، ۱۳۸۸، ص ۱۳۳).

دیدگاه دوم، بر اساس این دیدگاه منظور قانون‌گذار از وضع ماده ۱۰ قانون مدنی اعتبار بخشیدن به معاملاتی است که علی‌رغم نیاز جامعه، با لحاظ آثار مورد نظر طرفین، در قالب هیچ یک از عقود معین نگنجد و هرگز مقصود قانون‌گذار اعتبار بخشیدن به ماهیت‌های مشابه با ماهیت عقود معین و دارای همان آثار ذاتی آن عقود ولی بدون رعایت مقررات برخاسته از نظم عمومی و در حقیقت نقض غرض نبوده است. در واقع این دسته از حقوق‌دانان بر این اعتقادند که ماده ۱۰ قانون مدنی در طول سایر عقود معین قرار دارد.

#### ۷-۱- تطبیق قرارداد مادر جانشین با ماده ۱۰ قانون مدنی

برخی انعقاد قرارداد مادر جانشین را در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی مناسب دانسته‌اند (جلالیان، ۱۳۸۶، ص ۳۲۹. رخشنده رو، ۱۳۸۶، ص ۳۸۴. نایب زاده، ۱۳۸۰، ص ۱۵۹).

اگر ماده ۱۰ قانون مدنی را به عنوان یک قالب تکمیلی و برای پر کردن خلأ باقیمانده از عقود معین به حساب نیاوریم قابلیت تطبیق با قرارداد استفاده از رحم جایگزین را دارد زیرا طبق

ماده ۱۰ قانون مدنی، ضروری نیست که برای ایجاد تعهد، توافق اشخاص به صورت یکی از عقود معین در قانون باشد و این موضوع درباره جانشینی در بارداری نیز مصداق دارد و اشخاص می‌توانند درباره آن به صورت قراردادی خصوصی که در قانون عنوان و صورت خاصی ندارد با یکدیگر توافق کنند و خود، شرایط و آثار آن را طبق قواعد عمومی قراردادها و اصل حاکمیت اراده تعیین نمایند. در واقع با پذیرش دیدگاه فوق نه تنها مانعی برای اشخاص در مراجعه به عقود معین که قابلیت انطباق با قرارداد استفاده از رحم جایگزین را دارند وجود ندارد بلکه می‌توان از ماده ۱۰ قانون مدنی نیز استفاده نمود.

از محاسن انعقاد قرار داد رحم جایگزین با استفاده از ماده ۱۰ قانون مدنی این است که افراد می‌توانند قرار داد را با هر عنوانی که بخواهند منعقد کنند، آثار و نتایج آن را به دلخواه تعیین کنند. افزون بر این اصل حاکمیت اراده اقتضا دارد که در تفسیر قرارداد به آنچه متعاقدين بطور صریح یا ضمنی اراده کرده‌اند توجه شود.

بنا بر این به نظر می‌رسد ماده ۱۰ مناسب‌ترین قالب برای انعقاد قرارداد رحم جایگزین بوده و در عین حال از ایرادات وارده بر عقود معین - که پیش از این گذشت - مصون است.

### نتیجه‌گیری

هر چند قرارداد استفاده از روش مادر جانشین با بعضی از عقود معین مانند اجاره، جعاله، عاریه، ودیعه و صلح قابل انطباق است اما در بعضی از مسائل این تطبیق کامل نیست و اشکالات و محدودیت‌هایی را برای طرفین ایجاد می‌کند زیرا قرارداد مادر جانشین قراردادی مرکب و پیچیده است که مجموعه‌ای از تعهدات، آثار و شروط منحصر به فردی را دارد که از عهده عقود مزبور که عقدهایی ساده و بسیط هستند بر نمی‌آید. بنا بر این قرارداد مادر جانشین عقدی مستقل و در شمار عقود نامعین است. در تعیین ماهیت این نوع قراردادهای مرکب بهتر است به قصد مشترک طرفین توجه کرد. اراده مشترک طرفین قرارداد مادر جانشین است که نوع عقد تشکیل شده بین طرفین را با رعایت شرایط قانونی آن معین می‌کند و براین اساس آثار و احکام آن مشخص خواهد شد.

در حال حاضر و تا پیش از ایجاد نهادی مستقل و معین برای این منظور، ماده ۱۰ قانون مدنی مناسب‌ترین قالب برای تأمین اهداف و مقاصد طرفین است با این توضیح که همه آثار و شرایط

قرارداد موکول به اراده طرفین نیست بلکه برخی آثار و نتایج آن مانند نسب و قرابت، قهری خواهد بود. وجود ماده ۱۰ قانون مدنی نظام حقوقی ما را از وضع عقدی معین در این باره بی‌نیاز نخواهد کرد زیرا باز هم ممکن است مشکلات پیش بینی نشده‌ای به وجود آید مثلاً ممکن است همه تعهدات، شروط و آثار توسط طرفین قرارداد پیش بینی نشود یا تعمداً مسائلی را مورد اشاره و تصریح قرار نداده و به سکوت یا اجمال و ابهام برگزار کنند. از این رو ماده ۱۰ حلقه واسطی است که وضعیت بی‌قانونی فعلی را به زمان وضع قانون در این باره متصل خواهد کرد.

با وجود افزایش استفاده از روش مادر جانشین هنوز رژیم حقوقی روشنی بر رابطه طرفین قرارداد و نیز رابطه آنها با کودک حاکم نیست. با فقدان حکم قانونی و اختلاف فتاوی فقها معلوم نیست چگونه مسئله بین طرف‌های قرارداد، پزشک و کودک قابل حل و فصل خواهد بود. بنابراین ضرورت دارد جنبه‌های مختلف روش درمانی استفاده از مادر جانشین در حوزه‌های پزشکی، فقهی، حقوقی، فلسفی، اخلاقی، جامعه‌شناختی و روان‌شناختی، توسط متخصصین این علوم مورد بررسی و مطالعه قرار گیرد تا بستر مناسب برای تصویب قانون در این زمینه فراهم گردد. آنگاه نوبت قانون‌گذار است که به مسئله ورود پیدا کند و با وضع قانون، قرارداد مزبور را به یک نهاد حقوقی معین با مقررات و شرایط خاص تبدیل نماید، قراردادی که از نظر ویژگی‌ها عقدی لازم، عهدی، تشریفاتی، مستقل و مسامحی خواهد بود و اقاله و خیار در آن راه ندارد. از جمله مقررات این نهاد حقوقی می‌توان به لزوم اذن شوهر مادر جانشین، ممنوعیت انعقاد قرارداد مادر جانشین با دوشیزه به دلیل مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه، تحدید دفعات قبول جانشینی در بارداری توسط یک زن به‌منظور پیشگیری از تبدیل این روش کمک‌باروری به تجارت و غیره اشاره کرد.

یکی از مهم‌ترین مسائلی که قانون‌گذار در وضع قانون باید مورد توجه قرار دهد الزام به تنظیم قرارداد در این زمینه است. وجود قرارداد برای تشخیص اشخاصی که از نظر ژنتیکی با کودک ارتباط دارند، تعیین پدر و مادر قانونی و شرعی کودک، تعیین تعهدات طرفین و شروطی که مورد توافق قرار گرفته است، دستیابی به قصد مشترک طرفین، برطرف نمودن شبهه زنا در مورد مادر جانشین ضروری به نظر می‌رسد. تنظیم قرارداد می‌تواند نقش بسزایی در رفع نگرانی‌های طرفین و جلوگیری از دعاوی احتمالی داشته باشد. از این رو شایسته است قانون‌گذار ترتیبی اتخاذ کند که قرارداد مادر جانشین به صورت مکتوب و رسمی تنظیم گردد.

## منابع

- ۱- آرامش کیارش. (۱۳۸۷). « بررسی اخلاقی رابطه پولی در رحم جایگزین »، فصلنامه باروری و ناباروری، شماره اول، سال نهم، شماره پیاپی ۳۴.
- ۲- احمدی احمد. (۱۳۸۵). « تحلیل روشهای نوین کمک باروری »، فصلنامه عدالت، سال دوم، شماره ۶.
- ۳- اراکی محمد علی. (۱۴۱۴ق). *المسائل الواضحه*، چاپ اول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ج ۲.
- ۴- اصغری فریبا. (۱۳۸۷). « ملاحظات اخلاقی در روش کمک باروری رحم جایگزین »، فصلنامه باروری و ناباروری، شماره اول، سال نهم، شماره پیاپی ۳۴.
- ۵- امامی سید حسن. (۱۳۶۸). *حقوق مدنی*، چاپ پنجم، تهران، کتابقروشی اسلامیه، ج ۲.
- ۶- امامی اسداله. (۱۳۸۰). « وضعیت حقوقی باروری مصنوعی و انتقال جنین »، مجموعه مقالات روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت.
- ۷- انصاری شیخ مرتضی. (۱۳۷۴). *مکاسب*، چاپ سوم، قم، انتشارات اسماعیلیان، ج ۳.
- ۸- بحرانی سید یوسف. (۱۴۰۵ق). *الحدائق الناصره*، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۹- بهجت محمد تقی. (۱۳۸۴). *جامع المسائل*، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر آیت اله بهجت، ج ۳.
- ۱۰- جبعی عاملی زین الدین. (شهید ثانی). *بی تا، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة*، بیروت، دار العالم الاسلامی، ج ۴.
- ۱۱- جعفری تبار حسن. (۱۳۸۷). « چون مهر فرزند گفتاری در جایگزینی رحم از منظر فلسفه حقوق »، فصلنامه باروری و ناباروری، شماره دوم، سال نهم، شماره پیاپی ۳۵.
- ۱۲- جلالیان محمد تقی. (۱۳۸۶). « صحت قرارداد استفاده از رحم جایگزین »، مجموعه مقالات رحم جایگزین، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا.
- ۱۳- حائری مسعود. (۱۳۷۰). *تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی*، چاپ اول، تهران، انتشارات کیهان.

- ۱۴- حمدالهی عاصف و محمد روشن. (۱۳۸۸). بررسی تطبیقی فقهی و حقوقی قرارداد استفاده از روش رحم جایگزین، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
- ۱۵- خوانساری سید احمد. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک، چاپ دوم، تهران، موسسه اسماعیلیان، ج ۳.
- ۱۶- خویی سید ابوالقاسم. (۱۴۱۲ه.ق). مصباح الفقاهه، چاپ اول، بیروت، دارالهادی، ج ۷.
- ۱۷- خمینی سید روح اله. (۱۴۲۲ق). نجات العباد، چاپ اول، تهران، انتشارات موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- ۱۸- رحمانی منشادی حمید. (۱۳۸۷). «ماهیت حقوقی قرارداد رحم جایگزین»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال دوم، شماره چهارم.
- ۱۹- رحیمی حبیب اله. (۱۳۸۷). «مسئولیت مدنی ناشی از رحم جایگزین»، فصلنامه باروری و ناباروری، شماره دوم، سال نهم، شماره پیاپی ۳۵.
- ۲۰- رخشنده رو هامیرا. (۱۳۸۸). «قرارداد استفاده از رحم زن»، مجموعه مقالات رحم جایگزین، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا.
- ۲۱- شعرانی ابوالحسن. (۱۴۱۹ق). ترجمه و شرح تبصره المتعلمین، چاپ پنجم، قم، انتشارات منشورات اسلامیة، ج ۲. ۲۲- شهیدی مهدی. (۱۳۸۰). حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد.
- ۲۳- شید فر فاطمه و سعیده صادقی. (۱۳۸۴). «روابط مالی در اهدای گامت از منظر اخلاقی»، مجموعه مقالات اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت.
- ۲۴- صالحی حمید رضا. (۱۳۹۲). «ماهیت حقوقی قرار دادهای رحم جایگزین»، فصلنامه حقوق پزشکی، شماره ۱۳ و ۱۴ زمستان ۹۱ و بهار ۹۲.
- ۲۵- صفایی سید حسین. (۱۳۸۰). «انتقال جنین»، مجموعه مقالات روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت.
- ۲۶- صفایی سید حسین. (۱۳۸۳). «تولید مثل مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق فرانسه و ایران»، مجله دانشکده حقوق دانشگاه تهران، شماره ۶۴.
- ۲۷- طوسی ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ

دوم، بیروت، دارالکتب العربی.

- ۲۸- علیزاده مهدی. (۱۳۸۶). « ماهیت استفاده از قرارداد رحم جایگزین »، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۲۳.
- ۲۹- قاسم زاده سید مرتضی. (۱۳۸۵). « شرایط اساسی صحت قراردادهای درمان ناباروری با استفاده از گامت و جنین »، مجموعه مقالات اهدای گامت و جنین، چاپ دوم، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا.
- ۳۰- قاسم زاده سید مرتضی. (۱۳۸۶). « اجاره رحم در حقوق ایران »، مجموعه مقالات رحم جایگزین، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا.
- ۳۱- قنوتی جلیل و سید حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور. (۱۳۷۹). حقوق قراردادهای در فقه امامیه، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ج ۱.
- ۳۲- کاتوزیان ناصر. (۱۳۷۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی وقایع حقوقی، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ۳۳- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۵). درسهایی از عقود معین، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۲.
- ۳۴- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷). حقوق مدنی معاملات معوض عقود تملیکی، چاپ دهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ۳۵- کاشف الغطاء محمد حسین. (۱۳۵۹ ق). تحریرالمجله، چاپ اول، تهران، مکتبه مرتضویه، ج ۱.
- ۳۶- گواهی زهرا. (۱۳۸۷). « بررسی احکام وضعی استفاده از رحم جایگزین »، مجموعه مقالات رحم جایگزین، چاپ دوم، تهران، انتشارات سمت.
- ۳۷- کیان پور احسان. (۱۳۸۵). « تحلیلی بر قرارداد استفاده از رحم جایگزین »، فصلنامه عدالت، سال دوم، شماره پنجم.
- ۳۸- معینی فرزاد. (۱۳۸۷). « سخنی پیرامون رحم جایگزین »، آوای عدالت، شماره ۲.
- ۳۹- معینی محسن. (۱۳۸۶). « رحم جایگزین عوارض و انتخاب داوطلبین »، مجموعه مقالات رحم جایگزین، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت و پژوهشکده ابن سینا.
- ۴۰- نایب زاده عباس. (۱۳۸۰). بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی، چاپ





اول، تهران، انتشارات مجد.

۴۱- نجفی محمد حسن. (۱۴۱۶ ق). *جواهر الکلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۲۷.

۴۲- <http://www.nashreedalat.ir>، مقاله « ویژگی ها و ماهیت حقوقی قرارداد استفاده از رحم جایگزین » نوشته آقایان عبدالحمید مرتضوی و خدابخش موسوی.