

## Original Article

# Critical Analysis of Opponents Arguments in Legal Nature of Uterus Surrogacy Contract in Jurisprudence and Civil Law



Zahra Mansouri\*

Master of Laws, Private Law, Islamic Azad University, Ilam branch, Iran, Ilam



**Citation** Zahra Mansouri, **Critical Analysis of Opponents Arguments in Legal Nature of Uterus Surrogacy Contract in Jurisprudence and Civil Law.** *J. Law Political Stud.*, 2022, 2(3), 231-245.

<https://doi.org/10.22034/ilps.2022.3.5>

**Article info:****Received:** 18 September 2022**Accepted:** 11 December 2022**Available Online:** 17 December 2022**ID:** JLPS-2209-1042**Checked for Plagiarism:** Yes**Keywords:**Surrogate Uterus; Artificial Fertility;  
Surrogate Mother; Genetic Parents.**ABSTRACT**

Pregnancy using uterus surrogacy technique is the one where embryo belonging to an applicant couple is transferred to the uterus of a healthy fertile female and after the pregnancy; the baby is delivered to the original parents. Given that permission, there is a different argument among jurists and lawyers. However, some jurists have mentioned this permission under some certain conditions. If there is a correct and binding contractual relationship between the surrogate mother and fetus owners, the resulting contractual responsibilities relevant to the obligations breach and its compensation can lead to various legal issues. In uterus surrogacy technique, fetus is inserted into the uterus of another female through some medical equipment, and that female nurtures the fetus in her body until the birth stage and after delivery, she presents the baby to the applicant's parents. This phenomenon is the emergent point of various legal issues. The type of contract that is concluded between a couple seeking a child and a female with uterus surrogacy, the recording method, format, and its governing works can play a significant role in solving the parties concerns and preventing the potential disputes and lawsuits, since there is no specific law or unanimity opinion in this regard. In the present study, the researcher seeks to answer this question that if the delivery contract over the uterus to raise another child is subjected to Article 10 in the Civil Code? To answer the mentioned above question, the hypothesis is raised that compliance with these contracts is subjected to Article 10 in the Civil Code. This study aimed to examine if the contract of uterus surrogacy is a substitute of definite or indefinite contracts. The data collection was done through analyzing the library-based resources.

## ماهیت حقوقی قرارداد رحم جایگزین « بررسی و نقد ادله مخالفان » در فقه و

## قانون مدنی

زهرا منصوری\*

کارشناسی ارشد حقوق، گرایش حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد ایلام، ایران

Use your device to scan and read the article online



ارجاع زهرا منصوری، ماهیت حقوقی قرارداد رحم جایگزین « بررسی و نقد ادله مخالفان » در فقه و قانون مدنی، نشریه

حقوق و مطالعات سیاسی، دوره ۲، شماره ۳، پاییز ۱۴۰۱: ۲۴۵-۲۳۱.

doi <https://doi.org/10.22034/ilps.2022.3.5>

## چکیده



اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۲۷ شهریور ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش: ۲۰ آذر ۱۴۰۱

تاریخ آنلاین شدن: ۲۶ آذر ۱۴۰۱

آی دی مقاله: JLPS-2209-1042

## کلیدواژگان:

رحم جایگزین، باروری مصنوعی، مادر جانشین، والدین ژنتیکی

بارداری با استفاده از روش رحم جایگزین، به روشی اطلاق می شود که طی آن جنین متعلق به یک زوج متقاضی به رحم یک زن بارور سالم منتقل می شود و پس از طی حاملگی و زایمان نوزاد به والدین اصلی تحویل می گردد. در جواز استفاده از رحم جایگزین میان فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد، لکن برخی از فقها این امر را با رعایت شرایطی جایز شمرده اند. در صورت وجود یک رابطه قراردادی صحیح و الزام آور فی مابین مادر جایگزین و صاحبان جنین، مسئولیت های قراردادی ناشی از آن در خصوص نقض تعهدات و جبران خسارت میتواند منجر به مسائل حقوقی مختلفی گردد. در روش جایگزینی رحم، جنین را با وسایل پزشکی به رحم زنی بیگانه وارد می کنند و آن زن حمل را در بدن خود تا مرحله تولد پرورش می دهد و پس از وضع حمل، کودک را به پدر و مادر متقاضی تسلیم می نماید. این پدیده، منشأ بروز مسائل مختلف حقوقی است. نوع قراردادی که میان زوج متقاضی فرزند و بانوی صاحب رحم منعقد می گردد، شیوه نگارش، قالب و آثار حاکم بر آن، می تواند نقش بسزایی در رفع نگرانیهای طرفین و جلوگیری از اختلافات و دعاوی احتمالی داشته باشد؛ بنابراین از آنجایی که در این خصوص قانون خاص و یا رأی وحدت رویه ای وجود ندارد. در این مقاله پژوهشگر به دنبال پاسخ به این سؤال است؛ که آیا قرارداد واگذاری رحم برای پرورش فرزند دیگری مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی قرار میگیرد؟ در پاسخ به سؤال فوق، این فرضیه مطرح می شود که؛ تبعیت این قراردادها از ماده ۱۰ قانون مدنی برخوردار است. هدف از طرح این پژوهش این است که بررسی کنیم قرارداد استفاده از رحم جایگزین از عقود معین است یا نامعین. روش گردآوری اطلاعات و داده ها نیز کتابخانه ای و استفاده از منابع موجود بوده است.

## مقدمه

مختلف از جمله میل به حفظ تناسب اندام؛ ناباروری و دلایل دیگر صورت می گیرد. استفاده از تکنولوژی های نوین زیستی امکانات جدیدی را در اختیار انسان قرار داد و بسیاری از مشکلات و بیماری ها با استفاده از این روش ها قابل حل است. در میان این بیماری ها ناباروری از جمله مشکلاتی است که پیامدهای فراوانی را در برداشته است. دستگاه خلقت

امید به بقاء و ادامه نسل برای انسان ها، فطری است. امروزه پیشرفت های علمی سبب شده است تا افراد بتوانند از غیر راه شناخته شده برای بچه دار شدن (آمیزش) به این هدف نائل آیند. یکی از روش های بچه دار شدن قرارداد استفاده از رحم جایگزین است. امروزه استفاده از این قرارداد به دلایل

کند، که جنینی را برای آنها حمل کرده، بچه را به دنیا آورد و او را به مجرد تولد به آن زوج تسلیم نماید و آنها بچه را مثل فرزند خودشان بزرگ کنند. (Naibzada, 2001: 249)

ایرادی که به این تعریف وارد است اینست که گرچه می توان به صورت کلی مفهوم و فحوای کلامی رحم جایگزین را در آن یافت اما معرف با آوردن واژه قرارداد در ابتدای آن، بیشتر به جنبه تعهدی و حقوقی عقدی اشاره نموده است که بر اساس آن دو طرف عقد (زوجین صاحب زیگوت و زن صاحب رحم) در خصوص جایگزینی رحم به یکدیگر پایبند می شوند (Emami, 1991: 139).

نکته قابل توجه در این تعریف اینست که زن صاحب رحم متعهد می گردد به محض تولد نوزاد آنرا به والدین خود (زن و مرد صاحب زیگوت) باز پس دهد. باید توجه داشت یکی از مسائل بسیار حادث در خصوص جایگزینی رحم مهر مادری ای است که نسبت به کودک در دل زن صاحب رحم بوجود می آید که این امر می تواند در هنگام تولد نوزاد و با رؤیت او توسط زن صاحب رحم حالتی را ایجاد نماید که از استرداد کودک خودداری شود. لذا ذکر این جمله در این تعریف ذهن را به سمت و سوی عواقب اینگونه قراردادها بیشتر منصرف می سازد، (Yar Ali, 2011: 19).

## ۲- مفهوم قرارداد استفاده از رحم جایگزین

در لقاح خارجی رحمی، در مواقعی که زنی برای به ثمر رساندن جنین زوج دیگر باردار می شود، اطلاق رحم جایگزین به کار می رود. تعاریفی برای قرارداد استفاده از رحم جایگزین ارائه شده است. برخی از آن تعاریف چنین اند: «قراردادی است که به موجب آن یک زن (مادر جانشین) در مقابل یک زوج ازدواج کرده «والدین حکمی» موافقت می کند که جنین را برای آنها حمل کرده، بچه را به دنیا آورد و به مجرد تولد به آن زوج تسلیم نماید و آن بچه را مثل فرزند خودشان بزرگ کنند. (Naibzada, 2001: 82)

این تعریف در عین حال که تبیین کننده عناصری از موضوع استفاده از رحم جایگزین است ولی دور از ایراد

انسان بسیار پیچیده و شگفت انگیز است و داستان آفرینش انسان نیز حاوی شگفتی ها و اسرار زیادی است. علاقه به داشتن فرزند یکی از نیازهای بنیادین بشر است. از ابتدای تاریخ باروری اهمیت فوق العاده ای داشته و فرزندآوری و تعداد فرزندان یک نوع ارزش اجتماعی محسوب می شده است. البته ناباروری نیز همیشه همراه بشر بوده است و به روش های مختلف افراد در پی درمان آن بوده اند. یکی از جدیدترین تکنیک های کمک باروری، رحم جایگزین است. در این روش پس از لقاح اسپرم و تخمک، جنین به رحم مادر جایگزین منتقل می شود و وی در طول ۹ ماه وظیفه نگهداری از جنین را بر عهده گرفته و پس از تولد، نوزاد را به والدین اصلی تحویل می دهد. با توجه به اینکه مشکل نازایی در کشور ما به عنوان یکی از مشکلات اساسی هم در حیطه خانواده و هم حیطه پزشکی امری قابل تأمل بوده و بنیان خانواده را تحت تأثیر خود قرار داده است، جامعه پزشکی را بر آن داشته است تا با استفاده از این روش به درمان ناباروری بپردازد. استفاده از رحم جایگزین واقعیتی است که به کمک علم پزشکی و فناوری های نوین امکان پذیر شده و هم اکنون در بسیاری از مراکز درمان ناباروری کشور و توسط افراد مختلف با انعقاد قرارداد بین طرفین انجام می شود. پدیده رحم جایگزین یا همان رحم اجاره ای که بر پایه ی آن مادر جانشین می پذیرد تا با روش های کمکی تولید مثل و استفاده از اسپرم و تخمک زوجین طرف توافق (والدین حکمی) که در آزمایشگاه بارور شده و یا به جنین تبدیل شده، با دار گردد. مدتی است که در کشور ما مورد پذیرش قرار گرفت و نسبت به آن اقبال رو به افزایشی پدید آمده است؛ زیرا که به ظاهر چنین پدیده ای خلاف شرع و قانون شناخته نشده است و طرفین آن میتوانند در چهارچوب قواعد حقوقی از جمله آزادی در قراردادها با یکدیگر نسبت به انجام آن توافق نمایند.

## ۱- مفهوم رحم جایگزین

قرار دادی که به موجب آن، یک زن (مادر جانشین) در مقابل یک زوج ازدواج کرده (والدین حکمی) موافقت می

طرف توافق» نیز متعهد می شوند که بسته به نوع قرارداد، نسبت به پرداخت هزینه ها و حق الزحمه مادر جانشین و ایفای تعهدات مربوط مبادرت ورزند. (Momeni, 2022: 11)

### ۳- ماهیت حقوقی قرارداد رحم جایگزین

#### - ضرورت قرارداد

با تعریف جانشینی در بارداری (توافق والدین بیولوژیکی با زن صاحب رحم مبنی بر حمل جنین لقاح یافته در آزمایشگاه و به دنیا آوردن آن پس از پایان دوران بارداری و تحویل آن به والدین بیولوژیکی) به این نتیجه دست میابیم که استفاده از رحم جانشین بر خلاف اصل بارداری طبیعی زن که در اثر ازدواج و تشکیل خانواده باردار شده است میباشد و پدیده‌های است که برای اثبات آن باید به دلیلی استناد شود. از این رو، تبیین وجود رابطه‌ی حقوقی جهت تشخیص اشخاصی که از نظر ژنتیکی با جنین ارتباط دارند (تعیین پدر و مادر قانونی طفل) تعیین تعهدات طرفین و شروطی که مورد توافق قرار گرفته است، دستیابی به قصد مشترک طرفین در برطرف نمودن شبهه زنا در مورد جانشین و همین طور در مورد نسب طفل متولد از مادر جانشین ضروری به نظر میرسد. به هر روی، تحلیل مفهوم جانشین در بارداری، بیانگر آن است که برای این جانشین، توافق حداقل سه اراده لازم است. بنابراین چنین عملی باید در ساختار عمل 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 اثر حقوقی در ایقاع با انشای یک اراده و در واقعه حقوقی در اثر قانون بدون توجه به اراده انشایی ایجاد می شود، (Emami, 1991: 139).

شناخت ماهیت این عمل حقوقی (عقد رحم جایگزین) نقش به‌سزایی در جلوگیری از اختلافات و دعاوی احتمالی میتواند داشته باشد در این مبحث برآنیم تا به آثار حقوقی ماهیت قرارداد بپردازیم؛ چرا که شناخت ماهیت قرارداد چه از

نیست؛ چرا که بارداری مادر جانشین با تخمک خویش را نیز در بردارد، حال آنکه در این قسم، زن، صاحب تخمک، رحم و مادر اصلی فرزند است و اطلاق مادر جانشین بر چنین زنی و همچنین اطلاق رحم جایگزین بر این زن صادق نیست. به عبارت دیگر چنین قسمی تخصصاً از بحث جانشینی در بارداری خارج است و موضوع هبه یا فروش تخمک یا فرزند از سوی مادر نسبی درباره آن قابل طرح و بررسی است، (Hamdalahi and Roshan, 2009: 31).

از آنجا که ممکن است جنین آزمایشگاهی، با اسپرم یا تخمک ثالث به رحم زن بیگانه ای انتقال یابد، ولی این تعریف به آن اشاره ای ندارد؛ بنابراین خالی از ایراد نمی باشد. قرارداد استفاده از رحم جایگزین، توافقی است که بر پایه آن، زنی «مادر جانشین» می پذیرد تا با روش های کمکی تولید مثل و استفاده از اسپرم و تخمک والدین حکمی یا اشخاص ثالث که در آزمایشگاه بارور شده و به جنین تبدیل شده، باردار شود و در حالی که ارتباط ژنتیکی با فرزند ندارد فرزند ناشی از آن تخمک بارور شده یا به جنین تبدیل شده را حمل کند و پس از تولد، او را به زوج طرف توافق، «والدین حکمی، یا متقاضی» تحویل دهد، (Alizadeh, 2007: 180).

این تعریف از آن جهت که به اشکال مختلف استفاده از رحم جایگزین اشاره دارد جامع افراد است و نیز از آن جهت که بارداری مادر جانشین با تخمک خویش را در بر ندارد مانع اغیار است. از این رو ایرادات تعریف قبلی را ندارد، اما به این تعریف نیز، از این جهت که به تعهدات طرفین اشاره ای ندارد، ایراد وارد است. بنابراین به نظر می رسد تعریف کامل و جامعی که می توان برای قرارداد استفاده از رحم جایگزین در نظر گرفت عبارت است از: «قراردادی که طبق آن زنی توافق می کند تا با استفاده از روش های کمکی تولید مثل و با استفاده از اسپرم یا تخمک والدین حکمی یا اشخاص ثالث که در محیط آزمایشگاه بارور شده و به جنین تبدیل شده است، باردار گردد و پس از سپری شدن مدت حمل و تولد فرزند، او را به زوج طرف توافق تحویل دهد؛ در مقابل آن والدین»

نظر شکلی و شرایط صحت و اعتبار آن امری اجتناب ناپذیر به نظر می‌رسد. در واقع انطباق این پدیده با یکی از قالبهای حقوقی حدود تعهدات و قواعد حاکم بر آن را روشن می‌سازد.

#### – ماهیت قرارداد

پیشرفت تکنولوژی موجب شده تا انسان‌ها برای رفع نیازمندیهای خود قراردادهای متنوعی را منعقد کنند. گسترش پدیده‌های قراردادی فقط کمی نبوده است؛ بلکه قراردادها متنوع‌تر و اختصاصی‌تر شده‌اند، مانند عقد بیع که تنها یک نمونه عقد بیع وجود ندارد بلکه بر حسب اینکه موضوع قرارداد بیع چیست منقول است یا غیر منقول، داخلی است یا بین‌المللی است، قوانین و قواعد حاکم بر آن متفاوت و پیچیده است. بدون تردید طرفین قرارداد در انتخاب قالبهای حقوقی برای تنظیم روابط خویش آزادند و می‌توانند از قالب‌های دلخواه و مناسب حال خویش استفاده کنند همانطور که مقنن در ماده ۱۰ قانون مدنی به آن تصریح کرده است؛ اما قالب‌های حقوقی شخصی و تدوین شده‌ای نیز وجود دارد که تابع قواعد اختصاصی خود است. هر چند که قراردادهای خصوصی، به هر شکل و صورتی که بسته شود تابع قواعد کلی عقود و معاملات است و از این حیث امتیازی بین عقود معین و سایر قراردادها وجود ندارد؛ اما تقسیم عقود به معین و نامعین تنها از این حیث ضروری و لازم به نظر می‌رسد که عقود مذکور از سایر قراردادها که عنوان و احکام خاصی در قانون ندارد جدا شوند، (Jafari Langroudi, 1999: 2597).

به بیانی دیگر، هر چند که عنوانی که دو طرف به هنگام تراضی برای توصیف پیمان خود انتخاب می‌کنند در شناسایی نوع عقد اثر قاطع ندارد، اما تا حدودی تعیین‌کننده اصول حاکم بر آن نوع خاص می‌باشد. قواعد عمومی قراردادها بر تمامی انواع قراردادها حاکم بوده و رعایت آن در همه قراردادها لازم‌الرعايه است و عدم رعایت این قواعد و شروط، موجب بطلان و عدم نفوذ قرارداد می‌شود و این در حالی است که قواعد اختصاصی هر عقد لازم‌الرعايه می‌باشد. همانطوری که گفته شد، واگذاری رحم جایگزین عملی است

که در آن اراده چند شخص و توافق اراده آنها با یکدیگر به وجود می‌آید. طرفین این عمل حقوقی عبارتند از: والدین ژنتیکی (زوج نابارور)، زن صاحب رحم (مادر جانشین) و شوهر او هر گاه حامل جنین، شوهر داشته باشد، هر چند شوهر مادر جانشین از جمله اشخاصی است که جزء طرفین قرارداد نمی‌باشد ولی به دلیل اینکه اذن و رضایت وی در تشکیل قرارداد ضرورت دارد. جهت بررسی صحت و ماهیت اعتبار قرارداد رحم جایگزین، باید به این سؤالات پاسخ داد که آیا میتوان چنین قراردادی را در یکی از عقود معین که در فقه

(Khoei1994: 23)

و قانون مدنی شناخته شده، جای داد یا در صورتی که عنوان هیچ یک از عقود معین، بر این قرارداد صادق نباشد و در واقع، از راه عقود معین نتوان مستمسکی برای اعتبار نفوذ آن یافت، آیا میتوان راه دیگری برای آن پیدا کرد و در قالب اصل آزادی قراردادها و ماده ۱۰ قانون مدنی، قرارداد را منعقد نمود، (Momeni et al, 2021: 18).

حقوقدانان، عقود و قراردادها را با توجه به نتیجه و اثر عقد، به دو گروه تملیکی و عهدی تقسیم کرده‌اند. در عقود تملیکی، اثر مستقیم عقد، انتقال مالکیت یا سایر حقوق عینی است؛ مانند بیع، اجاره، عمری، رقبی، و... ولی در عقود عهدی، نتیجه قرارداد عبارت است از ایجاد، انتقال یا سقوط تعهدات مانند حواله، ضمان، کفالت و...؛ از سوی دیگر عقود و قراردادها را با توجه به موضوع و هدف اقتصادی آنها به دو دسته معوض و مجانی تقسیم کرده‌اند، (Katouzian, 2006: 75).

در بررسی ماهیت تعریف رحم جایگزین به این نتیجه می‌رسیم که قرارداد مورد اشاره از باب ایجاد تعهد بوده و از جمله ی عقود عهدی به شمار می‌رود و اگر جنبه ی اقتصادی دریافت وجه در قبال بارداری برای غیر را خلاف اخلاق حسنه و مقررات دانسته و غیر معوض بدانیم از میان عقود معین تنها تعدادی را می‌توان در قالب‌های حقوقی برای این قرارداد مورد بررسی قرارداد.

#### ۴- عقد اجاره اشخاص و قرارداد واگذاری رحم جایگزین

مواد ۵۱۲ و ۵۱۳ قانون مدنی ناظر به اجاره اشخاص می باشد در تعریف کلی اجاره به موجب ماده ۴۶۶ قانونی مدنی عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره میشود. در نتیجه اجاره ی اشخاص نیز عقدی است که به وسیله ی آن منافع اجیر با عوض معین برای مدت معینی مبادله گردد، (Katouzian, 1995: 75).

حال در مورد عمل مادر جانشین میتوان به دو صورت متصور شد: یکی اینکه، زن صاحب رحم به موجب این توافق، منفعت خاصی از خود را که عمده ی آن به رحم اختصاص دارد ( پرورش جنین لقاح یافته در رحم تا تولد) در برابر عوض معین، به والدین بیولوژیکی تملیک مینماید. این منفعت جزء وجود و شخصیت بانوی صاحب رحم میباشد چرا که بر اندام و اعضای بدنش مالکیت دارد و کارکرد طبیعی رحم جایگزین در پرورش جنین جزء وجود شخصیت مادر به شمار میرود. در واقع، مادر جانشین در قرارداد جانشینی در بارداری متعهد میشود تا در برابر اجرت معینی با استفاده از روش های باروری کمکی و تخمک بارور شده یا جنین معین متعلق به والدین بیولوژیکی یا اشخاص ثالث، باردار شود و با تحمل دوره بارداری و شرایط آن، از تخمک بارور شده یا جنین، در رحم خویش نگهداری کند و آن را پرورش دهد و پس از زایمان نیز نوزاد متولد شده را به والدین بیولوژیکی یا متقاضی تحویل دهد. هر چند نظرات متفاوتی در باب اهلیت اجارهی اشخاص در میان حقوقدانان و فقها مطرح است و عدهای آنرا تملیکی و عدهای عهدی دانسته اند و در واقع عهدی یا تملیکی بودن آن مورد اختلاف است، اما اگر تملیکی بودن عقد اجارهی اشخاص را به مفهوم فقهی آن قابل پذیرش بدانیم با توجه به مفهوم مالکیت در فقه، مالکیت مستأجر نسبت به عمل اجیر به این معنا است که عمل اجیر به مستأجر تعلق می یابد و تعلق یافتن عمل اجیر به مستأجر به معنای لزوم انجام کار برای او است. در نتیجه، مستأجر حق دارد

انجام کار را از اجیر مطالبه کند و حتی او را به انجام کار الزام نماید. حال آنکه در رحم جایگزین، والدین بیولوژیکی به اجبار نمی توانند زن صاحب رحم را الزام به انجام این عمل نمایند؛ چرا که مملوک در عقد اجاره، عمل انسانی است که جزء وجود و شخصیت زن صاحب رحم بوده و مادر جانشین این حق را به گونه ای به دیگران منتقل میکند که اشخاص دیگری جانشین وی در حق و سلطه ای که بر اندام خود دارد، بشوند، (Hamdalahi and Roshan, 2009: 147).

بنابراین، والدین بیولوژیکی مالک منافع اندام زن صاحب رحم می شوند. و مطابق نظریه تملیکی بودن اگر اجیر عمل مورد اجاره را انجام ندهد مستأجر حق خواهد داشت قیمت عمل را از وی مطالبه کند، اما اگر اجاره اشخاص را عهدی بدانیم قراردادی معوض می شود که نتیجه ی آن پیدایش تعهدی به نفع مستأجر است. و به موجب آن، شخص در برابر دیگری تعهد می نماید که کاری را در قبال اخذ اجرت معینی انجام دهد. در این قرارداد معوض، منفعت اجیر در مقابل اجرت قرار می گیرد، بدین ترتیب منفعت اجیر در اینجا چهره ی مالی پیدا میکند به طوری که اجیر مستحق مطالبه ی مبلغی در ازای آن میشود. و اگر اجیر عمل مورد اجاره را انجام ندهد بنابر نظریه عهدی بودن اجاره منتفی می شود و اجرت المسمی به مستأجر باز میگردد. و با اوصافی که از عقد اجاره ی اشخاص بیان کردیم عمل رحم جایگزین و منفعت حاصل از آن به گونه ای نیست که در قالب عقد اجارهی اشخاص قرار گیرد. مضافاً به این که قرار دادن تعهدات موضوع رحم جایگزین در قالب عقده ی اجاره اشخاص، تعارض های جدی با نظم عمومی و اخلاق حسنه ایجاد می نماید).

(Momeni; Mirzabeigi, 2022: 13)

#### ۵- قرارداد رحم جایگزین و ماده ۱۰ قانون مدنی قراردادهای خصوصی

قانونگذار در ماده ۱۰ قانون مدنی چنین مقرر داشته است که « قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ

تصویب یا تدوین نگردید. و رأی وحدت رویه ای نیز در این باره وجود ندارد به ناچار برای تعیین وضعیت حقوقی این عمل میبایست در قالب قراردادهای خصوصی ماده ۱۰ و قواعد حاکم بر آن از نظر مبانی نظام حقوقی ایران، اقدام کرد، (Alizadeh, 2007: 152).

#### ۶- ماهیت قرارداد رحم جایگزین در دسته بندی عقود

رحم جایگزین عملی است که در اثر توافق اراده چند شخص مبنی بر تولد مصنوعی جنینی، شکل می گیرد. این عمل با شخصیت های طرف قرارداد کاملاً مرتبط است و طرفین نمی توانند هر زمان که بخواهند توافق نمایند که قرارداد فسخ گردد؛ زیرا یک سوی دیگر قرارداد جنینی است که دارای حیات انسانی بوده و فسخ قرارداد منجر به گرفتن حق حیات از یک انسان می گردد. در انطباق این تعریف با ماده ۱۸۵ قانون مدنی، «عقد لازم عقدی است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه» به این نتیجه میرسیم که با تعریف ماده ۱۸۵ کاملاً منطبق است و طرفین نمی توانند، (Katouzian, 2010: 255).

هر زمان که بخواهند با میل و اختیار خود آن را فسخ کنند و یا اجرای آنرا معلق به امر دیگری نمایند. و همچنین در انعقاد عقد، حق خیار برای هیچ یک از طرفین وجود نخواهد داشت و نیز چنین عقدی نمیتواند نسبت به یک طرف لازم و نسبت به طرف دیگر جایز باشد. هر زمان که بخواهند با میل و اختیار خود آن را فسخ کنند و یا اجرای آنرا معلق به امر دیگری نمایند. و همچنین در انعقاد عقد، حق خیار برای هیچ یک از طرفین وجود نخواهد داشت و نیز چنین عقدی نمیتواند نسبت به یک طرف لازم و نسبت به طرف دیگر جایز باشد. از سوی دیگر، اصل لزوم قراردادها مصرح در ماده ۲۱۹ قانون مدنی، مؤید این امر است که همه قراردادهای خصوصی به جز مواردی که در قانون قید گردیده برای طرفین قرارداد لازم الاتباع است و امکان فسخ عقد برخلاف اصل لزوم قراردادها می باشد، اصل لزوم قراردادها مبنای روابط ناشی از پیمان خصوصی است و هر قرارداد جز آنچه قانون به جواز آن

است» در حقیقت غرض از وضع ماده ی مزبور، به عبارتی این بوده که در موارد اجمال و سکوت قانون، اراده ی متعاملین محترم شمرده شود، (Katouzian, 2010: 253).

رکن اساسی هر عقد توافق دو اراده است. در قرارداد، اراده ی کسانی را که آن را واقع ساخته اند، مهمترین عامل ایجاد تعهد است. مستفاد از این موضوع، اصل حاکمیت اراده در ماده ۱۰ قانون مدنی بیان شده است. بر این اساس اشخاص میتوانند قراردادهای فیما بین را به هر صورت که مایلند، منعقد و نتایج و آثار آن را آزادانه انتخاب کنند. و هر گاه یکی از طرفین از انجام تعهدات که بر عهده گرفته استنکاف کند، ذینفع می تواند با استفاده از ابزار قضایی طرف مستنکف را به انجام تعهدات محکوم، و مکلف به انجام تعهداتش کند و در صورتی که تأخیر در انجام تعهداتش موجب ورود خسارت و زیانی به ذینفع شده باشد، به تقاضای ذینفع او را به پرداخت خسارت نیز محکوم کند. قراردادهای رحم جایگزین از لحاظ قانون و جنبه ی شکلی و حتی ماهوی خود با هیچ یک از عقود مشابه اجاره اشخاص، اجاره اشیاء، عاریه، ودیعه، حق انتفاع، تعهد به نفع ثالث و... منطبق نیستند و آثارشان از آثار حقوقی و قانونی آن قراردادها متفاوت است. از طرفی، ماده ۱۰ قانون مدنی کشورمان انعقاد هر گونه قراردادی که مخالف صریح با قانون را نداشته باشد، اجازه داده و طرفین را ملزم به رعایت تعهدات آن نموده است لذا میتوان این گونه نظر داد که طرفین قراردادها در جانشینی نیز تعهدات را در مقابل هم بر عهده می گیرند و ضمن داشتن ضمانت اجرای قانونی، هر یک ملزم به اجرای تعهداتی هستند که با اراده خود آن را پدید آورده اند، (Jalalian, 2007: 329).

از سوی دیگر، انعقاد قراردادها بر اساس ماده ۱۰ قانونی مدنی که با پذیرش اصل «آزادی قراردادها» اراده ی اشخاص را حاکم بر سرنوشت پیمان های آنها دانسته است بر طبق قانون این آزادی اراده تا زمانی پذیرفته است که مخالف قانون و نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد. از آن روی که تاکنون هیچ قانون خاصی به موضوع رحم جایگزین اختصاص نیافته و

حقوقی قرارداد رحم جایگزین بر می‌گردد جهت احاطه به شرایط وقوع و آثار قرارداد ضروری است که ماهیت قرارداد رحم جایگزین را در دسته بندی عقود مشخص نماییم؛ شرایط انعقاد در نوع تعهدهایی که از آن ناشی می‌شود مشخص می‌گردد. دسته بندی قراردادها امری است نظری که پاره ای از نویسندگان حقوقی آنها را به اعتبار آثار، شرایط انعقاد حاکمیت اراده و موضوع وهدف اقتصادی معامله تقسیم بندی نموده اند، (Moatiei Yan, 2014: 73).

#### ۷- اشکال مختلف استفاده از رحم جایگزین

استفاده از رحم جایگزین از جهت چگونگی ارتباط ژنتیکی مادر جانشین و والدین حکمی یا والدین متقاضی با جنین حاصله، به سه دسته تقسیم می‌شود.

##### - جانشینی در بارداری

حالتی است که به موجب آن، مادر جانشین به وسیله تکنیک های کمکی تولید مثل و با استفاده از جنین حاصل از اسپرم و تخمک والدین حکمی، باردار می‌شود. به عبارت دیگر در این روش، اسپرم شوهر و تخمک همسر وی، پس از آسپیره شدن، در محیط آزمایشگاه لقاح داده شده، سلول تخم «زیگوت» یا جنین حاصل را به رحم زنی غیر از همسر منتقل می‌کنند تا مراحل رشد و نمو خود را به صورت طبیعی سپری کند. در واقع در این حالت مادر جانشین که به او جانشین کامل<sup>۱</sup> نیز اطلاق می‌شود، هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه ندارد و او تنها به موجب توافق جانشینی در بارداری، اعم از اینکه تجاری یا غیرتجاری باشد، تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته در خارج از رحم را که متشکل از اسپرم و تخمک والدین حکمی است و با استفاده از روش های کمکی تولید مثل به وی منتقل گردیده و باردار شده است، حمل می‌کند. این نوع درمان مستلزم انجام عمل جراحی است. استفاده از این روش در مقایسه با اقسام دیگر جانشینی در بارداری رواج بیشتری دارد و عمده بحث مجامع حقوقی و قضایی در استفاده از رحم جایگزین بر پایه این قسم است. این روش هنگامی

تصریح کرده است، لازم می‌باشد. همچنین بر اساس ماهیت قرارداد رحم جایگزین، ذکر این نکته لازم است که در این قرارداد، که طرفین تعهداتی را نسبت به یکدیگر تقبل میکنند و از حیث تملیکی، حق مالکیت جنین متعلق به پدر و مادر ژنتیکی می‌باشد و در اثر این قرارداد هیچ گونه انتقال مالکیتی صورت نمی‌پذیرد. چرا که بر اساس عقد تملیکی انتقال مالکیتی حاصل می‌گردد و نتیجه ی مستقیم آن انتقال مالکیت با حق عینی جزئی تر است. و به بیانی دیگر، در عقود تملیکی، مورد معامله از مالکیت یک طرف خارج و در مالکیت طرف دیگر که منتقل<sup>۲</sup> إليه است، داخل می‌شود اما در قرارداد رحم جایگزین، انتقال مالکیتی از طرف والدین به شخصی دیگر (حامل) صورت نمی‌گیرد و تنها مادر جانشین، جنین را برای مدتی در برابر دریافت عوض (هزینه معمولی) نگهداری میکند که پس از پایان مدت حمل (تولد جنین) هیچ گونه حقی را نسبت به طفل متولد شده نخواهد داشت. از سوی دیگر، در مواردی که نتیجه یک قرارداد، انتقال عین معین نباشد؛ بلکه ایجاد و انتقال یا سقوط تعهدی باشد، چنین عقدی، عقد عهدی گفته می‌شود، (Yar Ali, 2011:45).

در نتیجه، قرارداد رحم جایگزین هیچ یک از آثار عقود تملیکی را نداشته و تنها برای طرفین عقد، تعهداتی را موجب می‌شود که ملزم به رعایت آن هستند. به طور مثال برای مادر جایگزین تعهدی در خصوص پذیرش جنین آزمایشگاهی والدین ژنتیکی و نگهداری و رشد و نمو آن در رحم خود تا تولد و سپس تحویل نوزاد به والدین اصلی و در مقابل والدین ژنتیکی تعهدی جهت پرداخت مخارج این نگهداری را برعهده نمیگیرند. بنابراین، می‌توان گفت چنین عقدی در زمره عقود عهدی است. ماهیت قرارداد از این لحاظ مورد بحث قرار می‌گیرد که نوع و قالب حقوقی که بر این عمل حقوقی منطبق می‌گردد. در برگیرنده آثار و پیامدهای ناشی از همان قالب حقوقی است. جهت بررسی آثار حقوقی نقض تعهدات به ناچار میبایست نوع قالب حقوقی قرارداد را مشخص نماییم. از آن رو که موضوع بحث ما در این پایان نامه به نقض آثار

<sup>۱</sup> Total surrogacy



تخمک مادر جانشین با اسپرم مرد که پدر حکمی به شمار می رود، بارور می شود و مادر جانشین، تخمک بارور شده خود با اسپرم پدر حکمی را حمل می کند، بنابراین مادر جانشین و همچنین پدر حکمی با بچه ارتباط ژنتیکی خواهند داشت، (Akhundi and Sadeghi, 2001: 38).

چرا که تخمک مادر جانشین با استفاده از لقاح داخل رحمی یا خارج از رحمی با اسپرم مرد بارور می شود و مادر جانشین جنین حاصل از تخمک خود را که با اسپرم پدر حکمی بارور شده است، حمل می کند و زوجه نابارور، مادر متقاضی به شمار خواهد رفت و هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه نخواهد داشت و در صورت تحویل فرزند به او، رابطه بین آنها از نوع فرزند خواندگی است. این اقدام زمانی صورت می گیرد که زوجه نابارور علاوه بر فقدان رحم، فاقد تخمدان یا ضعف عملکرد یا نارسایی زودرس تخمدان بوده و قادر به تولید تخمک سالم نبوده، یا به دلیل داشتن بیماری ژنتیک و انتقال آن به فرزند، بارداری او منع شده باشد. به نظر می رسد این قسم از بارداری را نمی توان تحت عنوان رحم جایگزین قرار داد چرا که در این قسم زن صاحب رحم و صاحب تخمک یکی است و صاحب رحم مادر طفل می باشد و شاید دلیل اینکه این مورد را نیز زیر مجموعه اقسام رحم جایگزین آورده شده این باشد که در این قسم نیز مادر جانشین رحم خود را جانشین رحم زن متقاضی فرزند قرار داده و برای او باردار شده است و به این اعتبار بتوان گفت مادر متقاضی رحم مادر جانشین را جایگزین رحم خویش برای بارداری قرار داده است.

#### ۸- مبانی فقهی استفاده از رحم جایگزین و دیدگاه فقها

##### - دیدگاه فقها در روش جانشینی کامل

در رابطه با مشروعیت حالتی که اسپرم و تخمک زن و شوهری به رحم زن ثالث منتقل گردد؛ بین فقها اختلاف نظر وجود دارد.

در بین فقها و مراجع حضرات آیات: سیدعلی خامنه ای، ناصر مکارم شیرازی، عبدالکریم موسوی اردبیلی، یوسف

صورت می پذیرد که سیستم تناسلی زن از نظر تخمک گذاری و تولید «اوول» دارای مشکلی نباشد اما از آنجا که برای بارداری باید ابتدا اسپرم و تخمک در داخل لوله رحم «فالوپ» با یکدیگر آمیزش یابند و پس از مهاجرت در جداره رحم لانه گزینی کنند، ممکن است در این مسیر مانعی بر سر راه آمیزش دو سلول جنسی یا عبور از لوله رحم و لانه گزینی در جداره رحم به وجود آید که مانع از بارداری شود. در این صورت اگر نتوان به هیچ شکلی این موانع را برطرف کرد، می توان اسپرم و تخمک را در خارج از رحم لقاح داده، سلول تخم را به رحم زنی که قابلیت باروری دارد تزریق کرد، (Akhundi, 2005: 35).

همچنین ممکن است، زن به علت اب تلا به برخی از بیماری ها همچون نوعی از دیابت، تالاسمی، هپاتیت و ایدز، نتواند بارداری را به پایان برساند «سقط جنین» یا وجود جنین در رحم وی باعث ابتلای وی به برخی از بیماری های خاص شود یا ترس و وحشت او از بارداری مشکلاتی را فراهم سازد، در این صورت نیز استفاده از رحم جایگزین چاره ساز می باشد، روشن است که در این روش، زن پس از زایمان کودک را به پدر و مادر تحویل داده، در صورتی که برای عمل وی حق الزحمه تعیین گردیده باشد، برابر آن دستمزد خود را می گیرد. اما از آنجا که ارتباط تکوینی بین طفل و مادر جانشین و همچنین صاحب تخمک وجود دارد، در اینکه مادر اصلی طفل کدام یک از این دو می باشند، اختلافاتی وجود دارد که در جای خود نیز به آن پرداخته خواهد شد.

#### - جانشینی سنتی رحم

قسم دیگر مطرح شده در جانشینی بارداری، جانشینی سنتی رحم و به بیان دیگر «جانشینی با باروری مصنوعی<sup>۲</sup>» است در این قسم بر مبنای توافق با مادر جانشین، اسپرم مرد زوج نابارور به طور مصنوعی به داخل رحم وی منتقل می شود که پس از حامله شدن فرزند را برای زوج متقاضی حمل نموده و پس از تولد تسلیم آنها کند، در واقع در این قسم

<sup>۲</sup> Artificial insemination surrogacy

فرزندی که از این راه به وجود بیاید فرزند غیرمشروع است». ( Hamdalahi and Roshan, 2009: 86).

همانگونه که بیان شد در خصوص وارد ساختن نطفه مرد بیگانه در رحم زن در روش های استفاده از رحم جایگزین بین فقها اختلاف نظر وجود دارد که در این قسمت از نوشتار به بررسی دلایل موافقان و مخالفان پرداخته می شود؛ ابتدا برخی از دلایل مخالفان مطرح و آن گاه در مورد هر دلیل پاسخ موافقان بیان می گردد.

الف) اطلاق و عموم آیات: چند آیه در قرآن کریم وجود دارد که مردان و زنان را به حفظ فروج (آلت تناسلی) خود، فرمان داده است، (نور/ ۳۱، مؤمنون/ ۵، نساء/ ۲۲ / ۲۳).

به عنوان نمونه در آیه ۳۱ سوره نور آمده است: « قَوْلُ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ»، مخالفان جانشینی در بارداری و انتقال اسپرم مرد بیگانه به رحم مادر جانشین بر اساس این دسته از آیات بر این باورند که هر عملی که با حفظ فروج ناسازگار باشد، زیر پا نهادن فرمان الهی و تعدی از مقررات شرعی است و هر گونه عملی در ارتباط با اندام تناسلی (همانند تلقیح با اسپرم بیگانه) با فقدان رابطه زوجیت و نبود اجازه شرعی و قانونی، روا نخواهد بود، (Alavi Qazvini, 1995: 17).

#### اما موافقان در پاسخ می گویند:

این دسته از آیات اساساً ناظر به زنا و مقاربت های نامشروع است و هر چند متعلق حفظ در آیات، ذکر نشده است اما حذف آن از باب وضوح و روشنی بوده است نه تعمیم. بنابراین، معنای حفظ فروج از غیر همسران، نگهداری از اشخاص بیگانه با انگیزه تمتعات جنسی است، (Haram Panahi, 2001: 8).

ب) اطلاق و عموم روایات: اخباری وجود دارد که مخالفان جانشینی در بارداری و ورود اسپرم مرد به رحم بیگانه، به آن ها تمسک می ورزند. مانند این روایت: « إِنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَذَابًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ رَجُلٌ أَقْرَبُ نُطْفَهَ فِي رَحْمِ مُحْرَمٍ عَلَيْهِ »؛ « شدیدترین کیفر در روز رستاخیز برای مردمی است

صناعی (مدظله) در شمار قائلان به جواز هستند. در استفتائاتی که از محضر مراجع مذکور به عمل آمده، این گونه پاسخ داده شده است؛ سؤال: انتقال جنین حاصل از نطفه زن و شوهر به رحم ثالث از نظر شرعی چگونه است؟

#### جواب:

۱- حضرت آیت ... العظمی خامنه ای: « انتقال جنین به رحم زن موردنظر در هر صورت منع شرعی ندارد ولی باید از لمس و نظر حرام اجتناب شود...»، ( Hamdalahi and Roshan, 2009: 85).

۲- حضرت آیت ... العظمی ناصر مکارم شیرازی: « این کار ذاتاً مانع شرعی ندارد، ولی مسائل جنبی حرامی از قبیل لمس کردن و نظر کردن در آن موجود است. هرگاه به وسیله محرمی مانند شوهر انجام شود به این صورت که نطفه خود و یکی از دو همسرش را بگیرد و ترکیب و در رحم همسر دیگر (هر چند عقد موقتی با او خوانده شود) کشت کند، مرتکب حرامی نشده و در غیراین صورت برای مجاز بودن این محرّمات جنبی، باید ملاحظه کرد که آیا این کار ضرورتی پیدا کرده یا نه؟».

۳- حضرت آیت ... موسوی اردبیلی: « با اجازه خود زن ثالث یا با درخواست او، و با اجازه و درخواست شوهرش اگر شوهر داشته باشد، بی اشکال است».

۴- حضرت آیت ... العظمی صناعی: « قرار دادن نطفه همزوجه شده در آزمایشگاه از (مرد و همسرش) به رحم زن دیگر برای رشد چنان که در سؤال آمده فی حدنفسه مانعی ندارد و جایز است». در مقابل برخی از فقها چون حضرات آیات؛ فاضل لنکرانی (رحمه ... علیهم) و نوری همدانی (مدظله) از قائلان به عدم جواز هستند:

۱- مرحوم حضرت آیت ... العظمی فاضل لنکرانی: «قرار دادن نطفه مرد در رحم زن اجنبی و همچنین جنین متکون از نطفه غیرزوج، جایز نیست».

۲- حضرت آیت ... العظمی نوری همدانی: « انتقال دادن نطفه غیرشوهر به رحم زن جایز نیست و در صورت انتقال،

بنابراین در این روش و در روش های مختلف رحم جایگزین، اگر دلیل صریحی بر منع و حرمت نباشد چون شک در تکلیف است، پس مجرای به کار بردن اصل برائت است نه احتیاط، (Jalilian,2007: 341).

- دیدگاه فقها در استفاده از رحم جایگزین به روش جانشینی سنتی

در این حالت؛ جنین از اسپرم پدر حکمی و تخمک مادر میانجی « مادر جانشین» حاصل می شود. در این روش باید دید آیا نفس ترکیب اسپرم با تخمک متعلق به زنی بیگانه جایز است یا نه؟ در مورد این قسم از جانشینی در بارداری نیز بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقها حکم به حرمت چنین عملی داده اند. از جمله این فقها می توان به امام خمینی «ره» و آیت ... صافی گلپایگانی اشاره کرد. این فقها به ادله ی استناد جسته اند که به ارائه چند مورد از آن ها اکتفا می کنیم. الف) شمول اصله الاباحه در این مورد مستقیماً موجب نقض اغراض مهم شارع مقدس و تقویت مصالح عظیمه خواهد شد و حتماً جایز نیست هر چند آیه و روایتی صریحاً در حرمت آن نداریم و اطلاعات و عموم لفظی هم نداشته باشیم. با شم الفقاهه، حرمت آن را درک می کنیم، (Golpaygani,2003: 404).

ب) روایات؛ در بیان حرمت تلقیح تخمک زن صاحب رحم با اسپرم مرد بیگانه می توان به روایات زیر استناد کرد:  
۱- شدیدترین عذاب در روز قیامت عذاب مردی است که نطفه ی خود را در رحم زن نامحرم بریزد. ان اشد الناس يوم القيامة رجلاً أقر نطفه فی رحم محرم علیه. وجه استدلال: از ظاهر حدیث معلوم می شود که قرار دادن نطفه در رحم زنی که بر مرد حرام است، سخت ترین عذاب را در پی دارد و اگر شخصی زنا کند و خود را عزل کند، یعنی نطفه خود را بیرون بریزد دیگر این عذاب موضوعیت نخواهد داشت. و در این جهت برحسب عرف مباشرت دخالتی ندارد به همین دلیل فقهای مذکور با استدلال به این حدیث بیرون ریختن منی را بر شخص زناکار واجب دانسته اند، چون از حدیث معلوم می

که نطفه خود را در رحم زنی که بر او حرام است قرار دهد». مخالفان با استناد به این گونه روایات، بر این باورند که قرارداد نطفه مرد بیگانه در رحم زن به هر طریقی که باشد، نامشروع به شمار آمده است. آنچه موضوع حرمت است، قرارداد نطفه مرد در رحم زن بیگانه است و روش ادخال، هیچ گونه خصوصیتی ندارد و بر این اساس حتی با رضایت زن و مرد هم، ممنوعیت برطرف نمی شود، (Jafarzadeh,1999: 16).

اما موافقان در مقابل این روایات چنین پاسخ می دهند:

عبارت هایی که در این روایات آمده نظیر « اقرار النطفه فی یحرم علیه» با موضوع بحث ارتباطی ندارند، چرا که به آنچه که در این خصوص متعارف است یعنی استقرار نطفه به صورت زنا، انصراف دارد، (Qiblai,1999: 22).

با ملاحظه منابع فقهی در می یابیم که این عمل در هر صورت « خواه زنی که جنین در رحم او گذاشته می شود شوهردار باشد یا بی شوهر» جایز است چرا که در این روش، هیچ یک از عنوان های حرام صدق نمی کند، چرا که عمل حرام همانا عبارت است از تشکیل نطفه مرد و زن بیگانه، ولی در فرض مزبور نطفه تشکیل شده، از زوجین به طور شرعی به دست آمده و در این خصوص ایراد شرعی وجود ندارد. ممکن است با توجه به آیات « یَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ» و روایات ذکر شده در خصوص «حفظ فروج» ایراداتی به این استدلال وارد آید اما این ایرادات به دلایل زیر مردود است؛ اولاً: آیاتی از قبیل « آیه ۳۱ سوره نور» به روشنی مشخص است که این فرض قرارداد استفاده از رحم جایگزین را شامل نمی شود، (Jalilian,2007: 340).

ثانیاً: با عنایت به مبانی علم اصول که مقتضای اصل عملی در شبهات تحریمی، برائت است، در باب فروج و آنچه که به تولید فرزند می انجامد نی ز مقتضای اصل در شبهات تحریمی برائت است، هر چند که احتیاط نیز در این قبیل موارد مطلوب مستحب است ولی این مطلوب در حد لزوم و وجوب نیست، (Qurbaninia,2001: 366).

فیمابین بر عهده میگیرند که متعاقب آن مسئولیت های قراردادی محرز میگردد. هرگاه از سوی طرفین قرارداد یا اشخاص ثالث نقض تعهدات قراردادی صورت پذیرد و در اثر آن خسارات مادی و معنوی به طرف دیگر وارد شود بر اساس اصل مسئولیت قراردادی جبران این امر قابل پیگیری و مطالبه است. طرفین اصلی قرارداد استفاده از رحم جایگزین، زوج نابارور و مادر جانشین هستند و اشخاص حقیقی یا حقوقی دیگری که به نحوی با این قرارداد مرتبط اند عبارت اند از: پزشک متخصص ناباروری، شوهر مادر جانشین، بیمارستان محل تولد و... با جستجو در قالب های عقود که برای قرارداد استفاده از رحم جایگزین پیشنهاد شده و ایراداتی که برای آن ها وارد است به نظر می رسد قرارداد استفاده از رحم جایگزین انطباق کامل با هیچ یک از آن عقود ندارد و عقدی است با شرایط خاص خود که می توان آن را در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد نمود و طرفین قرارداد می توانند آثار شرایط و ضمانت اجرای آن را تا حدی که مخالف قوانین امری و نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد تعیین نمایند. با توجه به تمایل و احتیاج روزافزون افراد جامعه در استفاده از قرارداد استفاده از رحم جایگزین؛ لازم و شایسته است که قانونگذار ایرانی نیز وارد عرصه شده و تا حدودی ضوابط و قواعد و مقررات این قرارداد را تعیین نماید تا از مسائل و مشکلات افراد بکارگیری از این روش ها در بارداری کاسته شود و افراد بتوانند با آسودگی خاطر از حمایت قانونگذار به خواسته مشروع خود که همان فرزند دار شدن باشد برسند. از جمله اینکه مادر جانشین به عنوان یکی از طرفین متعهد میشود مطابق شرایط قرارداد و عرف مرسوم در بارداری، اصول پزشکی، جنین آزمایشگاهی والدین ژنتیکی را در رحم خود به مدت معینی نگهداری نماید و با رعایت اصولی که برای سلامت خود و جنین ضروری است آن را پرورش دهد و پس از طی زمان بارداری و زایمان، فرزند را به والدین ژنتیکی تحویل دهد. حال اگر قبل از بارداری یا حین آن از انجام تعهدات قراردادی خودداری ورزد و این خودداری پس از

شود که علاوه بر عمل آمیزش که خود گناه بزرگی است، ریختن نطفه در رحم خود گناهی دیگر است، (Haram Panahi, 2001: 88).

۲- در میان کارهایی که بنی آدم انجام می دهد کاری بدتر و گران تر بر خداوند از کشتن پیامبر یا امام یا خراب کردن کعبه که خداوند آن را بر بندگانش قبله قرار داده یا، ریختن منی توسط مرد در رحم زنی از روی حرام، نیست. (قال النبی (ص): لن یعمل ابن آدم عملاً اعظم عندالله عزوجل من رجل قتل نبیاً و اماماً و هدم الکعبه التي جعلها قبله لعباده او افرغ مائه فی امره حراماً)، (Moatie Yan, 2014: 89).

در این جا، به تناسب حکم و موضوع می توان سبب حرام بودن ریختن اسپرم را به عنوان یک حرام مستقل به دست آورد و آن این است که قرار دادن اسپرم در رحم زن برای صاحب اسپرم حرام است و سبب بسته شدن نطفه از راه نامشروع می شود در نتیجه از این حدیث استفاده می شود که بسته شدن نطفه به وسیله ی اسپرم و تخمک زنی که آمیزش با او جایز نیست حرام است، (Mahalati, 2005: 45).

### نتیجه گیری

بارداری با روش رحم جایگزین اقدامی مناسب برای کمک به زوج های نابارور و درمانی در جهت محرومیت آنان از این موهبت الهی است و از سوی دیگر موضوعی است که مولفه های گوناگونه مانند مسایل پزشکی، حقوقی، دینی و اجتماعی بر آن تاثیر میگذارند. با توجه به فراگیری این روش در سالهای اخیر لزوم قانونمند و نظاممند شدن آن جهت جلوگیری از مشکلات احتمالی ضروری است. طبق ماده ۱۰ قانون مدنی برای ایجاد تعهد، توافق اشخاص به صورت یکی از عقود با نام و معین در قانون ضروری نیست. این موضوع در خصوص جانیشینی در بارداری نیز مصداق 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. پس از انعقاد قرارداد طرفین تعهداتی را به تبع قرارداد

های کیفری نیز بر آن حاکم می‌گردد. باید در نظر داشت شرط عدم مسئولیت در این قرارداد از آنجایی که با حیات یک موجود انسانی در ارتباط است فاقد اعتبار است.

انعقاد قرارداد باشد میتوان بر مبنای ضمانت اجرای قرارداد و الزامات قانونی او را به انجام تعهد و جبران خسارات اجبار نمود. اما اگر خودداری در حین بارداری باشد به ویژه اینکه موجب آسیب به جنین شود علاوه بر جنبه های حقوقی، جنبه

## References

1. Akhundi, Mohammad Mahdi; Sadeghi, Mohammadreza. (2001). Necessity of using assisted reproductive techniques and human reproduction, new methods of human reproduction, collection of articles, Tehran, Samit Publishing House and Ibn Sina Research School.
2. Akhundi, Mohammad Mehdi. (2005). Familiarity with ectopic fertilization and the necessity of using gamete replacement in infertility treatment, gamete and embryo donation in Infertility Treatment, Tehran, Samit Publications.
3. Alavi Qazvini, Seyyed Ali. (1995). "Legal effects of human artificial insemination", Mofid Quarterly, Volume 1, Number 3.
4. Alizadeh, Mehdi. (2007). "Jurisprudential-legal status of surrogacy", Journal of Theology and Jurisprudence, No. 19.
5. Emami, Seyyed Hassan. (1991). Civil Rights, Tehran, Islamia bookstore, volume 9, print 13.
6. Golpaygani, Seyyed Mohammad Reza. (2003). Majum al-Masail, Vol. 2, Qom, Publications of Dar Al-Qur'an Karim Institute.
7. Hamdalahi, Asif and Roshan, Mohammad. (2009). Comparative jurisprudence and legal study of the contract of use of surrogate womb, Tehran, Majid Publications.
8. Haram Panahi, Mohsen. (2001). Artificial insemination, modern methods of human reproduction from the point of view of jurisprudence and law (collection of articles), Tehran, Samt Publications and Ibn Sina Research Institute.
9. Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar. (1999). Expanded on Legal Terminology, Tehran, Ganj Danesh Publications, Volume 4.
10. Jafarzadeh, Mirgasem. (1999). "Introduction to jurisprudence and legal issues of surrogacy, reproduction and infertility bulletin", Jihad Biology and Technology Research School, University, No. 40.
11. Jalalian, Mohammad Taghi. (2007). The validity of the surrogacy contract, collection of essays on surrogacy, Tehran, Ganj Danesh Publications, 1st edition.
12. Jalilian, Mohammad Taqi. (2007). The authenticity of the surrogate womb contract, Tehran, Samt Publications and Ibn Sina Research School.
13. Katouzian, Nasser. (1995). General rules of contracts, Tehran, publishing company, volume 1.
14. Katouzian, Nasser. (2006). Civil law in the current law system, Tehran, Mizan Publications, 14th edition.
15. Katouzian, Nasser. (2010). Term of fixed contracts, Tehran, publishing company, volume 1, print 6.
16. Khoei, Seyyed Mohammad Taghi. (1994). His conditions are commitments. Qom, Ahl al-Bayt, vol. 1.
17. Mahalati, Shahrabano. (2005). Investigation of the legal gaps in children's rights, Volume 1, Tehran, Publications of the Women's Cultural and Social Council.
18. Moatiei Yan, Azita. (2014). "Legal Effects of Violating Surrogacy Contract", Master's Thesis, Tarbiat Modares University.
19. Momeni, S. (2022). 'Criminal Liability for Abetting and Prosecuting a Crime', Journal of Law and Political Studies, 2(1), pp. 85-93. doi: 10.22034/jlps.2022.1.6.
20. Momeni, S., Geravandi, F., khosravi, A. (2021). 'Responsibility of effective factors in surgery in Iranian law with a look at the teachings of jurisprudence', Journal of Law and Political Studies, 1(1), pp. 1-14. doi: 10.22034/jlps.2021.1.1.
21. Momeni, S., Mirzabeigi, M. (2022). 'The Place of Mortgage and Security in Intellectual Property Rights in Iran', International Journal of Advanced Studies in Humanities and Social Science, 11(2), pp. 142-148. doi: 10.22034/ijashss.2022.2.8.
22. Naibzada, Abbas. (2001). Legal review of new methods of artificial insemination, 1st edition, Tehran, Majed Scientific and Cultural Assembly.
23. Qiblai, Khalil. (1999). "Examination of Jurisprudence and Legal Rulings of Illegitimate Children", Legal Perspectives Quarterly of the Faculty of Judicial Sciences and Administrative Services, No. 13 and 14.
24. Qurbaninia, Naser. (2001). "The mandatory ruling and status of transferring an embryo developed from the sperm and egg of a legal husband and wife to the womb of another woman" Methods of human reproduction from the point of view of jurisprudence and law (collection of articles), Tehran: Ibn Sina Samit and Research School.
25. Yar Ali, Behrouz. (2011). "Examination of surrogate womb in Iranian law", master's thesis, Faculty of Theology and Islamic Studies, Tarbiat Modares Sabzevar University.

Copyright © 2022 by SPC ([Sami Publishing Company](#)) + is an open access article distributed under the Creative Commons Attribution License(CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.