

# بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

مسئولیت مدنی ناشی از رحم جایگزین

دکتر حبیب الله رحیمی

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی

[www.latu1385.blogfa.com](http://www.latu1385.blogfa.com)

## چکیده

یکی از شیوه‌هایی که در درمان ناباروری به کار می‌رود، استفاده از رحم زن دیگری است که به آن رحم جایگزین یا رحم اجاره‌ای اطلاق می‌شود. این جایگزینی یا به طور کامل یا جزئی صورت می‌گیرد. در نوع کامل آن، از تخمک زن حامل‌کننده کودک برای تشکیل جنین استفاده نمی‌شود؛ اما در نوع جزئی آن از تخمک صاحب رحم برای باروری استفاده می‌شود.

در این مقاله، مسئولیت مدنی ناشی از رحم جایگزین از نوع کامل آن را بررسی خواهیم کرد. به عبارت دیگر، به این سؤال پاسخ خواهیم داد که در چه شرایطی کسی در مقابل دیگری در روش رحم جایگزین کامل موظف به جبران خسارت می‌شود. منظور از مسئولیت مدنی عام آن است که شامل مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی می‌شود. شرط مسئولیت قراردادی آن است که میان زیان دیده و عامل زیان، قرارداد صحیحی وجود داشته و زیان به سبب نقض تعهدات قراردادی ایجاد شده باشد. بنابر این، لازم است تا صحت قرارداد رحم جایگزین، صرف استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی و قواعد عمومی قرارداد در شرایط صحت کافی نیست و باید مقررات ویژه‌ای برای آن تصویب شود. به علاوه، لازم است که زوجین خواستار فرزند و حامل‌کننده جنین، در صورتی که متأهل باشند، و شوهر او تمام موضوعات و تعهدات را در قرار داد ذکر کنند تا حدود مسئولیت قراردادی طرفین کاملاً روشن باشد.

در مسئولیت خارج از قرار داد یا اساساً قرارداد نافذی میان زیان دیده و عامل ورود ضرر وجود ندارد یا اینکه ضرر ناشی از نقض تعهدات قراردادی نیست، بلکه تکالیف عمومی زیر پا گذاشته شده و از رفتار انسان متعارف تجاوز شده است. قوانین و مقررات مسئولیت مدنی آنچنان عام و کلی است که موضوع این مقاله را نیز در بر می‌گیرد و از این نظر مشکلی وجود ندارد. مشکل این است که چون استفاده از رحم جایگزین موضوع کاملاً جدیدی است هنوز عرف خاصی درباره آن شکل نگرفته است

و روشن نیست که در چه مواردی می توان گفت که از رفتار انسان متعارف تجاوز و تقصیری محقق شده است .

مباحث مقاله حاضر ، ضرورت مداخله قانون گذار و تصویب قانون را به روشنی اثبات می کند . موضوع رحم جایگزین دارای جنبه و آثار متعدد اجتماعی است که در صورت نادیده گرفتن آن ، ممکن است آسیبهای جدی در جامعه بروز کرده ، به نظم عمومی نادیده گرفته شود .

**واژه های کلیدی :** رحم جایگزین ، اجاره رحم ، مسئولیت مدنی ، مسئولیت قراردادی ، ضمان

قهری

## مقدمه

پیشرفت علم و فناوری در عصر حاضر ، به سرعت پیش می رود ؛ این امر مسائل و موضوعاتی را به همراه می آورد که لازم است از جنبه های مختلف آن را مطالعه و ارزیابی کرد . یکی از این پیشرفتهایی که به طور روز افزون در حال تکامل است ، شیوه های جدید باروری یا فناوریهای کمکی تولید مثل انسانی است . شیوه هایی که در برگیرنده تلقیح نطفه به داخل لوله رحم ، انتقال نطفه بارور شده به داخل لوله رحم ، تزریق اسپرم به داخل تخمک و لقاح خارجی رحمی است . در این میان ، رحم جایگزین یا اجاره رحم یا مادر قراردادی را نیز می توان یکی از راههای درمان ناباروری محسوب کرد . این امر فی نفسه شیوه خاصی از فناوریهای کمکی تولید مثل انسانی نیست ، بلکه تنها توافقی است که بر حسب آن زنی می پذیرد باردار شود و پس از بارداری کودک را به زوجین متقاضی کودک تحویل دهد .

آنچه تحت عنوان رحم جایگزین یا جانشین مطرح می شود دو گونه است : (۱) گاهی زن را با اسپرم مردی که می خواهد بچه دار شود باردار می کنند ؛ یعنی از تخمک زنی که جنین را حمل خواهد کرد استفاده می شود . در این حالت ، ممکن است این باروری تخمک زن به صورت نیمی از کروموزومهای جنین مربوط به مادر جانشین است .

۲) در حالت دیگر، زنی که قرار است بارداری را انجام دهد هیچ سهمی در ژنهای جنین ندارد و تنها وی جنین را حمل می کند.

نوع اول را رحم جایگزین سنتی یا مستقیم یا جزئی می نامند و به نوع دوم، رحم جایگزین کامل، میزبان، بارداری یا لقاح خارج رحمی می گویند. نظر به اینکه در نوع اول، در واقع اطلاق رحم جایگزین به درستی صورت نگرفته است و زن به لحاظ بیولوژیکی مادر جنین محسوب می شود، نام مادر جانشین برای او بی مسما به نظر می رسد. و به علاوه، در آن نوع از جانشینی، مباحث دیگری مثل اهدای تخمک و لقاح تخمک با اسپرم مرد بیگانه نیز مطرح می شود؛ به همین جهت شایسته است که آن نوع از جانشینی را از دایره بحث خارج کنیم.

موضوع و مسئله اصلی در این مقاله، مسئولیت مدنی ناشی از رحم جایگزینی کامل است. به عبارت دیگر، سؤال این است که در صورت استفاده از رحم جایگزین کامل، در چه شرایطی مسئولیت مدنی ایجاد می شود و خسارت آن قابل مطالبه است.

نظر به اینکه عنوان مسئولیت مدنی به معنای عام خود هم شامل مسئولیت قراردادی و هم مسئولیت قهری می شود و مبحث این مقاله به هر دو شاخه مسئولیت مدنی توجه دارد، آن را در دو بخش، یکی مسئولیت قراردادی و دیگری مسئولیت قهری، ارائه می کنیم.

### مسئولیت قراردادی ناشی از رحم جایگزین

مسئولیت در صورتی قراردادی است که نخست، بین زیان دیده و عامل ورود ضرر قرار داد صحیحی وجود داشته باشد و دوم آنکه خسارت ناشی از اجرا نکردن مفاد آن قرارداد باشد. بنابر این، ابتدا باید بررسی کنیم که آیا قرارداد رحم جایگزین، قرارداد صحیحی محسوب می شود یا خیر؟ پس از ارائه پاسخ روشن به این سؤال، این مسئله مطرح می شود که مفاد قرار داد رحم جایگزین چیست و در چه صورتی خسارت ناشی از اجرا نکردن مفاد آن است.

## صحت قرارداد رحم جایگزین

از سال ۱۹۷۴ که دکتر دو گلاس بویس ، استاد دانشگاه لیدز ، اعلام کرد که توانسته است پس از سی دفعه تلاش ، سه جنین انسانی را در آزمایشگاه تولید کند و سپس آنها را در رحم زنانی جای دهد و سه کودک را به این طریق به دنیا آورد ، این بحث مطرح شد که لقاح اسپرم و تخمک در خارج از رحم چه محاسن و معایبی دارد و آیا از لحاظ اخلاقی این امر تأیید است یا خیر ؟

لقاح خارج از رحم فواید و معایبی دارد ؛ از جمله فواید آن اینکه : (۱) این شیوه آرزوی داستان فرزند برای برخی از خانواده های نابارور را به واقعیت تبدیل می کند و موجب بقای خانواده آنان می شود ، (۲) با این روش جنینهایی تولید می شود که با استفاده از آنها امکان تحقیق و مطالعه در زمینه های مختلف ژنتیکی و درمان بیماریهای مختلف چون سرطان فراهم می شود ؛ و (۳) می توان برخی جنینها را برای چند سال نگه داشت تا اگر زوجین در سالهای بعد مایل به بچه دار شدن گردیدند از آن استفاده شود و بدین ترتیب از تولد کودکانی با سندرم داون ناشی از کهولت سن زوجین جلوگیری کرد .

اما معایب آن این است که : (۱) لقاح خارج از رحم موجب انفکاک و جدایی رابطه جنین و تولید مثل می شود و این امر ذاتاً مذموم است ؛ (۲) ممکن است ناهنجاریهایی در جنین ، هنگام لقاح خارج از رحم یا انتقال جنین به رحم به وجود آید ، هر چند این امر تاکنون به طور علمی به اثبات نرسیده است ؛ (۳) تحقیق و آزمایش روی جنین به دست آمده از لقاح خارج از رحم موجب رنج و درد جنین می شود ؛ و (۴) لقاح خارج از رحم مانند شیب لغزنده ای می ماند که ما را به ورطه سقوط می کشاند ؛ و (۵) ممکن است رحم جایگزین کاملاً جای مادر ژنتیکی و طبیعی را بگیرد و موجب اضمحلال واحد خانواده شود . زنانی که مایل به ازدواج نیستند یا مایل به داشتن رابطه جنسی با مردان نیستند یا

نمی خواهند رنج بارداری را تحمل کنند از این شیوه استفاده می کنند و به علاوه ، جنینهای اضافه به دور ریخته می شود که این عمل تا حد زیادی شبیه به سقط جنین است .

این مباحث موجب شد تا در مورد رحم جایگزین نیز که به همراه لقاح خارج از رحم است ، دو رویکرد متفاوت شکل گیرد . رویکرد اول ، مبتنی است بر حق افراد بر تعیین سرنوشت خویش و حاکمیت اراده آنان ، مادام که به حقوق دیگران لطمه ای نزده اند . طبق این رویکرد ، افراد آگاهانه قراردادی را منعقد کرده اند که نافذ است و به دیگران آسیبی نمی رساند؛ بنابر این ، قواعد عمومی قراردادهای را می توان اعمال کرد . اما رویکرد دوم اشاره دارد که هر چند افراد بر سرنوشت خویش حاکم اند و اصل آزادی قراردادی است ، قرارداد رحم جایگزین ارزشهای جامعه را مورد سؤال قرار می دهد ؛ به همین دلیل نمی توان گفت که آسیبی به دیگران نمی رساند . برای مثال ، زنی که قرار است جنین را حمل کند با آن رابطه عاطفی برقرار می کند و پس از زایمان با تسلیم کودک به زوجین آسیب جدی به او وارد می شود ، یا ایجاد کودکان جدید به جای نگهداری کودکانی بی سرپرست خود موجب تأمل و تردید است . به علاوه ، همانطور که فروختن کودک ممنوع است ، معامله اعضای بدن نیز نباید همانند معامله ماشین ، خانه یا حتی کار شخصی محسوب شود . قرارداد رحم جایگزین می تواند آسیب جدی به کرامت انسانی جنین وارد کند . همچنین تقدس ازدواج و خانواده را از بین می برد و تولد بدون عشق و احساس در عصری که افزایش جمعیت از مشکلات جدی است بیشتر می شود . به عبارت دیگر ، قرارداد تنها در چهار چوب ارزشهای اجتماعی قابل تأیید و تنفیذ است ، نه خارج از آن .

کشورهای جهان یکی از دو رویکرد فوق را پذیرفته اند و بر اساس آن مقررات لازم را تصویب کرده اند . البته در برخی از کشورها هنوز قانون گذار تصمیم خاصی اتخاذ نکرده است . در کشورهایی همچون اتریش ، آلمان ، سوئد و نروژ استفاده از رحم جایگزین غیر قانونی است . در فنلاند ، یونان و ایرلند این کار بدون هیچ مقررات قانونی صورت می گیرد ؛ در استرالیا رحم جایگزین مجاز است اما نه بر مبنای تجاری ، در حالی که در فرانسه ، دانمارک و هلند پرداخت هزینه های معقول مجاز شمرده

شده است. در ایالات متحده نیز قانون یکنواختی وجود ندارد و قوانین هر ایالت خاص است. برای مثال، در ایالت‌های آریزونا، نیوجرسی و میشیگان قرارداد رحم جایگزین کاملاً ممنوع اعلام شده است، اما سایر ایالات همانند فلوریدا و کالیفرنیا این قرار داد را تحت شرایطی صحیح می‌دانند؛ هر چند مبتنی بر انتفاع و کسب در آمد باشد.

در میان ادیان الهی نیز این تمایل وجود دارد که رحم جایگزین به رسمیت شناخته نشود؛ زیرا حق تولید مثل به این معناست که انسان حق دارد تا کودک خود را پرورش دهد و آن را به دنیا آورد و هر گاه توانایی یا قصد بچه دار شدن برایش وجود ندارد، هیچ حق بنیادینی درباره تولید مثل با روش‌های دیگر نیز وجود ندارد.

در دین یهود، به گزارش سمینار بیواتیک و اخلاق، که در سال ۱۹۹۵ در دانشگاه کاتولیک رم برگزار شد، تلقیح حاصل از نطفه زن و شوهر در رحم زن دیگر ممنوع است و عاریه یا اجاره دادن رحم نیز مجاز نیست.

کلیسای کاتولیک از سال ۱۹۸۷ بر این امر تأکید دارد که استفاده از رحم جایگزین ممنوع و برخلاف کرامت بشری است و استفاده از لقاح خارج از رحم تنها در صورتی جایز است که با اسپرم شوهر صورت گیرد و بی‌درنگ به داخل رحم زوج انتقال یابد. کلیسای ارتدوکس و پروتستان نیز استفاده از رحم جایگزین را جایز نمی‌داند.

در دین اسلام نیز، فقهای اهل سنت بیشتر بر حرمت استفاده از لقاح خارج از رحم تأکید کرده، رحم جایگزین را پذیرفته‌اند. ظاهراً دلیل آنان این است که نیازی به لقاح خارج از رحم وجود ندارد و مردان می‌توانند با برگزیدن همسر دیگر تولید مثل کنند. به علاوه، این کار موجب انجام دادن امور حرامی می‌شود که نباید صورت گیرد. البته امروزه لقاح خارج از رحم در برخی شرایط خاص مجاز شمرده شده است، اما هنوز استفاده از رحم جایگزین را فقهای اهل سنت مجاز نمی‌دانند. برای مثال، شورای تحقیقات اسلامی دانشگاه الازهر در آوریل ۲۰۰۱ استفاده از رحم جایگزین را محکوم کرد.

اما در میان فقهای شیعه دو نظر وجود دارد: برخی همانند مرحوم مغنیه، آیت الله شیخ جواد تبریزی، آیت الله منتظری، آیت الله فاضل لنکرانی، آیت الله بهجت و آیت الله نوری همدانی با استفاده از رحم جایگزین مخالفت کرده اند، اما عده دیگری از فقهای شیعه با آن موافقت اند. از این میان، می توان به فتاوی آیت الله خامنه ای، آیت الله ناصر مکارم شیرازی، آیت الله سیستانی، آیت الله صانعی، آیت الله موسوی اردبیلی، آیت الله صافی گلپایگانی و آیت الله بجنوردی اشاره کرد.

در حقوق ایران موضوع رحم جایگزین تحت الشمول قانون خاصی نیست و همانند کشورهای فنلاند، یونان و ایرلند، بدون قانون خاصی برای آن وجود داشته باشد از این شیوه باروری استفاده می شود. البته در بدو امر، چنین به ذهن خطور کند که پذیرش اهدای جنین و تصویب قانون نحوه اهدای آن به زوجین نابارور در سال ۱۳۸۲، به طور ضمنی بر تأیید رحم جایگزین دلالت می کند؛ زیرا به هر حال جنین لقاح یافته لازم است تا در رحم زن پذیرنده جنین جای گیرد. اما به نظر می رسد این توهّم بدوی به سرعت بر طرف شود؛ زیرا همان طور که در ماده ۱ آن قانون آمده است، آنچه مجاز شمرده شده اهدا و انتقال جنینهای حاصل از تلقیح خارج از رحم زوجهای قانونی به رحم زنانی است که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی، ناباروری شان به اثبات رسیده است. در حالی که در بحث رحم جایگزین و جانشین، زن می پذیرد تا جنین در رحمش جای گیرد و رشد کند تا پس از به دنیا آمدن به دیگری تحویل داده شود.

با سکوت قوانین و مقررات درباره استفاده از رحم جایگزین دو راه حل پیش روی ما وجود دارد: راه حل اول، مراجعه به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر است؛ آن گونه که اصل یکصد و شصت و هفتم تصریح می کند. این راه چندان کمکی به ما نمی کند، زیرا همان طور که آمد به دلیل تازه بودن موضوع رحم جایگزین متن صریحی در آیات و روایات در این خصوص وجود ندارد و قواعد و اصول فقهی موجب دو برداشت متفاوت گردیده است؛ عده ای از فقها با استفاده از رحم جایگزین موافق و عده ای دیگر مخالف اند.

اما راه حل دوم ، که بیشتر حقوق دانان به آن تمایل دارند ، استناد به عموماًت و قواعد کلی قراردادهای در بحث استفاده از رحم جایگزین است . زیرا ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر کرده است که قراردادهای خصوصی در مورد کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است ، و مخالفت صریح با قرار دادن رحم جایگزین وجود ندارد . ماده ۲۲۳ قانون مدنی نیز اصل صحت را در قراردادهای اعلام می کند و هر معامله ای را که واقع شده باشد محمول بر صحت می داند . ماده ۲۱۹ همین قانون نیز چنین مقرر می کند : « عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است ... ».

هر چند برخی از استادان حقوق ایران ، به علل مختلف از جمله اینکه تولد بدون عشق صورت خواهد گرفت و خانواده ای با هدف داشتن فرزند تشکیل نخواهد شد ، در مورد استفاده از رحم جایگزین و قرارداد مربوط به آن تردید دارند و برخی دیگر ، همانند حقوقدانان فرانسوی ریال قرار داد رحم جایگزین را موجب تصرف در وضعیت شخص و جسم انسان و بر خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه ( ماده ۹۷۵ ق . م ) قلمداد کرده اند، اما به نظر می رسد در وضعیت کنونی که نظرات فقها متفاوت است و قانون خاصی دلالت بر منع و صحت نداشتن چنین قراردادی نمی کند ، باید با استفاده از قواعد عمومی قراردادهای ، آن را صحیح دانست و به عنوان آخرین راه حل مشکل ناباروری زوجین به کار گرفت ؛ به خصوص که با تصویب قانون اهدای جنین ، قانون گذار انتقال جنین تشکیل شده از اسپرم و تخمک زوجین بیگانه به رحم زن دیگر را مجاز می داند آنچه تفاوت رحم جایگزین با اهدای جنین این است که در اهدای جنین بارداری برای دیگری است که ظاهراً دلیل خاصی برای مغایرت آن با اخلاق حسنه و نظم عمومی وجود ندارد .

### شرایط صحت قرارداد رحم جایگزین

صحیح دانستن قرارداد استفاده از رحم جایگزین مسئله را به صورت کامل حل نمی کنند ، زیرا بعد از این سؤال مطرح می شود که آیا شرایط صحت قرارداد همان است که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی آمده

است؟ به عبارت دیگر، آیا به صرف تحقق قصد طرفین و رضای آنها، اهلیت طرفین (که مطابق قواعد عمومی تعیین می گردد)، موضوع معین که در مورد معامله باشد و مشروعیت جهت معامله، چنین قراردادی صحیح است؟ به نظر می رسد که هر یک از این شرایط را باید جداگانه بررسی کرد.

**الف) قصد طرفین و رضای آنان:** در حقوق ایران، اصل بر رضایی بودن قرارداد است و تشریفات خاصی برای ابراز اراده لازم نیست. اما به نظر می رسد قرارداد استفاده از رحم جایگزین از چنان اهمیتی برخوردار است که باید برای جلوگیری از اختلافات آینده و نزاعهایی که آثار بسیار سوء اجتماعی خواهد داشت، قانون گذار کتبی بودن یا حتی رسمی بودن چنین قراردادی را جزء شرایط صحت آن در نظر گیرد تا مقام صلاحیت دار قانونی آن را تنظیم و بر وجود شرایط ویژه این قرارداد نظارت کند تا اثبات آن آسان شود.

**ب) اهلیت طرفین:** به نظر می رسد در تعیین اهلیت طرفین، نمی توان به وجود اهلیت مطابق قواعد عمومی اکتفا کرد. هر کس شایستگی آن را ندارد که بخواهد از رحم جایگزین استفاده کند یا داوطلب بارداری برای دیگری و نباید اجازه داد تا مطابق قواعد عمومی ولی محجور، به جای او درباره این امر تصمیم بگیرد.

در حقوق انگلیس استفاده از رحم جایگزین تنها آخرین روش درمان ناباروری است؛ یعنی فقط در صورتی ممکن است که زنی که بچه می خواهد یا اساساً نمی تواند یا به دلایل پزشکی نباید باردار شود. به عبارت دیگر، زنی که سالم است؛ برای مثال، ورزشکاری حرفه ای است و به دلایل شخصی نمی خواهد باردار شود، نمی تواند از این روش استفاده کند. از آنجا که هدف این روش استحکام خانواده به معنای سنتی آن است، تنها در صورتی مجاز است که فرد خواستار فرزند، خانواده به معنای سنتی آن را تشکیل داده باشد. به عبارت دیگر، فرد مجرد یا هر جنس باز نباید اجازه استفاده از رحم جایگزین را داشته باشد.

به علاوه ، صرف اهلیت داشتن مطابق قواعد عمومی برای باردار شدن و در اختیار گذاشتن رحم برای دیگری کافی نیست . در ایالات متحد امریکا فردی می تواند تحت عنوان رحم جایگزین باردار شود که ازدواج کرده باشد یا روابط تعهد آور و سالمی را با دیگری داشته باشد و علاوه بر آن مادر جانشین باید فرزندی هم داشته باشد ، تا احتمال مخالفت وی با تسلیم کودک زوجین متقاضی پس از به دنیا آمدن آن به حداقل ممکن کاهش یابد . در حالی که در فلسطین اشغالی تنها زنانی می توانند برای دیگری باردار شوند که ازدواج نکرده باشند .

به نظر می رسد که در ایران نیز نباید اجازه داد تا در مواقع غیر ضروری از رحم جایگزین استفاده شود ؛ یعنی نداشتن بچه برای زوج نازا موجب جدایی شود یا مشکلات تحملی ناپذیری برای آنان فراهم آورد و راه حل دیگری وجود نداشته باشد یا موجب عسرو حرج باشد .

به علاوه درباره این موضوع باید تأمل کرد که آیا زنی که می خواهد با روش رحم جایگزین باردار شود باید ازدواج کرده باشد ؟ یا زنی که ازدواج نکردن و شوهر نداشتن این زن ، تحقق شیوه رحم جایگزین را ساده تر می کند ، زیرا مشکلی برای برقراری رابطه زناشویی در دوران بارداری ( آن گونه که در رحم جایگزین لازم است ) وجود نخواهد داشت . اما از سوی دیگر ، مجرد بودن و نداشتن سابقه بارداری ، نگرانیهایی برای تحقق موفقیت آمیز نتایج این شیوه ایجاد می کند .

موضوع دیگر که باید در حقوق ایران در نظر داشت اینکه آیا هر زنی با هر رابطه خونی و نسبی با زوجین متقاضی فرزند می تواند به عنوان مادر جانشین قرارداد را امضاء کند و باردار شود ؟ برای مثال ، آیا مادر زوجه ( مادر زوج ) می تواند جنین ناشی از اسپرم داماد ( پسر خویش ) و تخمک دخترش ( عروسش ) را حمل کند ؟ آنچه موجب طرح چنین سؤالی شده ، این است که برخی از اندیشمندان ، فرزند به دنیا آمده در رحم جانشین را ، به قیاس اولویت ، فرزند رضاعی یا در حکم فرزند رضاعی مادر جانشین می دانند . البته برخی هم معتقدند او مادر واقعی است ، زیرا در قرآن آمده است که تنها آنانی مادر محسوب می شوند که فرد را به دنیا آورده اند . حال ، اگر نظر اخیر را با توجه به اینکه ظاهر آن آیه قابل استفاده نیست ، کنار بگذاریم ، نظر اول همچنان مورد توجه است . بر اساس آن

در استفاده از رحم جایگزین باید دقت کرد تا این شیوه منتهی به استحکام خانواده شود نه به از هم پاشیدگی آن؛ زیرا در فقه امامیه این مطلب آمده است که اگر رضاع پس از عقد نکاح محقق شود، همان اثر قبل از عقد را دارد و عقد قبلی ممکن است باطل شود. به کودک، نکاح منحل می شود، زیرا کودک برادر یا خواهر رضاعی زوج محسوب می شود و او نمی تواند با مادر واقعی برادر یا خواهرش رابطه نکاحیه داشته باشد. همین امر را در مورد سایر افرادی که به واسطه رضاع نمی توان با آنها ازدواج کرد باید مورد توجه قرار داد.

**ج) موضوع معین که مورد معامله باشد:** موضوع قرارداد رحم جایگزین، پذیرش حمل و بارداری جنین تا پایان مدت لازم و تحویل کودک به زوجین پس از زایمان است. اما آنچه بحث بر انگیز است، پرداخت پول به زنی است که حضار به بارداری برای دیگری می شود. این عقیده در میان مردم و اندیشمندان رواج دارد که انگیزه های مادی عمده ترین دلیل اند که موجب می شود شخص حاضر شود برای دیگران رنج بارداری را تحمل کند. اجرت این کار در ایالات متحد آمریکا به سال ۲۰۰۳، در حدود بیست هزار دلار بوده که مبلغ زیادی است.

البته برخی مطالعات نشان می دهد که بیش از ۶۰ درصد داوطلبان رحم جایگزینی تنها به دلیل وضعیت اقتصادی و به دست آوردن پول اقدام به چنین کاری نکرده اند، بلکه دلایل معنوی دیگری انگیزه اصلی آنان بوده است. به عبارت دیگر، هر چند انگیزه های مادی مهم است، اولین انگیزه محسوب نمی شود.

انگلستان از کشورهایی است که استفاده از رحم جایگزین را به هدف کسب در آمد ممنوع اعلام کرده است، در حالی که در فلسطین اشغالی این امر هیچ مانع قانونی ندارد. در آمریکا نیز در برخی ایالات، کسب در آمد از طریق بارداری برای دیگران مانعی ندارد و بر طبق مطالعات انجام شده بیشتر زنانی که از این روش پولی به دست آورده اند، آنها را صرف هزینه های خانواده و تحصیل فرزندان خود کرده اند تا بدین ترتیب ناراحتیها و نگرانیهای تحمیل شده به شوهر و دیگر اعضای خانواده در دوران بارداری به نوعی جبران شود.

ظاهراً حقوقدانان ایران این نظر را پذیرفته اند که کسب در آمد برای در اختیار گذاشتن رحم و باردار شدن برای دیگری اشکالی ندارد و در این صورت برخی آن را نوعی اجاره شخص و خدمت در نظر گرفته اند. آنان این وضعیت را با اجیر شدن زن برای شیر دادن کودک دیگری یا کودک خویش قیاس می کنند که در فقه بدون اشکال است. اگر عوضی نیز در نظر گرفته نشود، باز هم قرارداد صحیح است و می توان آن را به عاریه رحم تغییر کرد.

(د) **مشروعیت جهت معامله**: برای آنکه توافق در مورد استفاده از رحم جایگزین توافقی صحیح باشد، مطابق قواعد عمومی و قراردادها لازم است تا جهت آن مشروع باشد. البته روشن است که لازم نیست جهت قرارداد تصریح شود، ولی اگر تصریح شده باشد، باید مشروع باشد والا معامله باطل است ( ماده ۲۱۷ قانون مدنی ).

### نقض مفاد قرارداد

همان طور که اشاره شد مسئولیت قراردادی وقتی تحقق می یابد که میان زیان دیده و فاعل زیانبار قرارداد صحیحی وجود داشته و خسارت ناشی از نقض مفاد قرار داد باشد. این موضوع روشن می کند که تعهد اصلی صاحب رحم یا مادر جانشین، باردار شدن برای دیگری و تحویل دادن کودک به زوجین پس از زایمان است. تعهد اصلی زوجین متقاضی فرزند نیز پرداخت اجرت مورد توافق و در صورت غیر معوض بودن قرار داد، پرداخت هزینه های مربوط به بارداری است. اصولاً چنانچه هر یک از طرفین از انجام تعهد اصلی خویش بدون دلیل موجه خودداری کند و از این میان خسارتی به طرف دیگر وارد آید، جبران این خسارت قابل مطالبه است.

البته در صورتی حمل کننده جنین متعهد به تسلیم کودک پس از زایمان خواهد بود که این تعهد با منع قانونی مواجه نشود. به عبارت دیگر، اگر حمل کننده از نظر قانونی مادر طفل محسوب گردد و موظف به نگهداری کودک باشد، دیگر تعهد واگذاری کودک و تسلیم او پس از تولد لازم الاتباع و نافذ نخواهد بود؛ مگر آنکه قانون چنین اجازه ای را، برای مثال با فرزند خواندگی، داده باشد.

در مورد اینکه مادر و پدر کودک حاصل از رحم جایگزین چه کسی است سه دیدگاه وجود دارد که یک دیدگاه، به قرارداد منعقد شده به وسیله افراد بالغ و عاقل و تعیین والد بر اساس آن توافقات توجه دارد. این دیدگاه، مورد پسند کشورهای است که قرار داد رحم جایگزین را کاملاً صحیح و لازم الاتباع می دانند. دیدگاه دوم، تعیین والد با توجه به زایمان و وضع حمل است. در این دیدگاه، زنی که کودک را به دنیا آورده است، مادر قانونی محسوب می شود؛ انگلستان و استرالیا طرفدار این دیدگاه هستند و معتقدند مسئولیت والدین ناشی از به دنیا آوردن کودک است. و دیدگاه سوم به ارتباط بیولوژیکی و ژنتیکی کودک توجه می کند. در این دیدگاه کسی والد محسوب می شود که اسپرم یا تخمک او در تشکیل جنین نقش داشته است. ظاهراً اسرائیل براساس تعلیم دین یهود از این دیدگاه پیروی می کند.

ممکن است این امر به ذهن برسد مه می توان به دو یا چند مادر داشتن کودک نظر داد و از چند دیدگاه هم زمان استفاده کرد. اما اگر منظور دو یا چند مادر با حق و تکلیف به حضانت در عرض هم باشد طبیعی است که این نظر نه تنها مشکل را حل نمی کند، بلکه بر مشکلات می افزاید؛ آن گونه که برخی این دیدگاه را شیوه نامه دیوانه سازی نامیده اند.

در حقوق ایران، این نظر قوت بیشتری دارد که تعیین والد با توجه به ارتباط ژنتیکی صورت می گیرد. بنابراین این، حمل کننده کودک مادر طفل محسوب نمی شود و او صرف نظر از قرار داد هم موظف به تسلیم کودک به صاحب تخمک و اسپرم است.

اما موضوع به همین سادگی نیست و باید مسائل مهم دیگری را در نظر گرفت و در متن قرارداد در مورد آنها تصمیم گیری کرد تا حدود مسئولیت قرارداد کاملاً روشن شود. زیرا علی رغم اطلاق اجاره یا عاریه به این قرارداد، توافق صورت گرفته منطبق با هیچ یک از این دو عقد معین نیست. برای مثال، نمی توان گفت زوجین متقاضی فرزند مالک منافع رحم زن دیگری می شوند و حتی در صورتی که بارداری به دلایل پزشکی صورت نگیرد، آنها موظف اند اجرت را بپردازند و یا نمی توان

گفت هر یک از طرفین هر گاه که بخواهد می تواند این توافق را بر هم زند و یا اینکه با موت هر یک از طرفین قرارداد فسخ می شود ( ماده ۶۳۸ قانون مدنی .

بی نام بودن و غیر معین بودن این توافق مشکل را دو چندان می کند ، زیرا بدین ترتیب طرفین باید تا جایی که ممکن است درباره همه مسائل قابل طرح مذاکره و تصمیم گیری کنند . در یکی از پایگاههای شبکه جهانی اینترنت ، قرارداد نمونه ای

وجود دارد که می توان از آن برای طرح مسائل و موضوعات مرتبط استفاده کرد . در این قرار داد نمونه موضوعات جالبی مطرح شده است که به اختصار شرح می دهیم :

۱- در ابتدای قرارداد تصریح شده است که طرفین آگاهی کامل دارند که استفاده از رحم جایگزین از موضوعات جدید محسوب می شود و هنوز جنبه ها و آثار حقوقی آن در قوانین و مقررات روشن نگردیده و به همین جهت ممکن است این توافق به طور کلی یا جزئی اجرا نشدنی یا مخالف نظم عمومی اعلام گردد .

۲- ماده ۲ قرارداد مربوط به اسناد و مدارکی است که دلالت بر این دارد که درخواست کنندگان کودک ازدواج کرده اند و بیش از هجده سال دارند ، توانایی تولید اسپرم و تخمک را دارند و لقاح خارج از رحم امکانپذیر است ، اما طبق مدارک پزشکی زوجه توانایی بارداری را ندارد و سرانجام طرف دیگر که مایل به بارداری است ، ازدواج کرده و سن او بیش از هجده و قادر به بارداری است .

در ایران نیز لازم مقرر گردید که قبل از انعقاد قرارداد ، عدم امکان بارداری زوج متقاضی فرزند و امکان بارداری حامل کننده جنین به تأیید پزشکی قانونی یا مرکز صلاحیت دار باروری برسد .

۳- نظر به اینکه استفاده از رحم جایگزین باید به وسیله پزشک خاصی صورت گیرد و در دوره بارداری روان شناسی بر حالات روحی حامل کننده جنین نظارت داشته باشد ، ماده ۳ قرارداد نمونه به این امر اختصاص یافته است و پزشک خاصی مسئولیت لقاح خارج از رحم و کاشت جنین و به دنیا آوردن کودک را بر عهده می گیرد و روان شناس خاصی هم به عنوان مشاور انتخاب می شود .

۴- ماده ۴ تصریح می کند که حمل کننده جنین به انجام دادن آزمایشهای پزشکی لازم ، مثل آزمایش خون و آزمونهای روان شناسی رضایت دهد . در عین حال اذن می دهد که با لغو امتیاز محرمانگی ، نتایج و گزارشها به طرف دیگر اعلام شود . دو طرف قرارداد ( حمل کننده جنین و همسر او از یک طرف و زوجین خواستار کودک از طرف دیگر) رضایت می دهند که آزمایش خون و آزمایشهای مربوط به بیماریهای قابل انتقال با رابطه جنسی را انجام داده ، مانعی برای اعلام گزارشهای مربوط به طرف دیگر نباشد .

۵- در ماده تصریح شده است که این توافق در صورتی لازم الاتباع است که آزمایشهای پزشکی و روان شناسی ، وجود شرایط لازم را برای رحم جایگزین چه درباره حمل کننده جنین و همسرش و چه درباره والدین ژنتیکی کودک تأیید کند .

۶- تعهدات پزشکی و نحوه رفتار حمل کننده جنین در ماده ۶ چنین تصریح شده است: (۱) حمل کننده جنین تعهد می کند که به تمامی دستورهای پزشک مسئول لقاح خارج از رحم را عمل کند . وی لازم است از برقراری رابطه جنسی خودداری کرده ، و در مواعد خاص در مرکز پزشکی حضور یابد . (۲) وی تعهد می کند که سیگار نکشد ، نوشابه الکلی مصرف نکند ، مواد مخدر استعمال نکند و از مصرف دارو بدون تجویز یا تأیید پزشک مسئول خودداری کند . (۳) حمل کننده جنین هر گونه آزمایش پزشکی را که پزشک مسئول لازم تشخیص دهد انجام خواهد کرد . (۴) حمل کننده جنین تعهد می کند هر کاری را که برای سلامتی او و جنین مناسب است در طول بارداری انجام دهد و نیز از هر کار مخاطره آمیز و نامناسب خودداری کند . (۵) حمل کننده جنین تعهد می کند که پس از سه ماهه دوم بارداری از ایالت یا کشور مورد نظر خارج نشود ، مگر در صورت بیماری یا فوت یکی از اعضای خانواده آن هم با تأیید پزشک .

۷- در ماده ۷ تعداد جنینهایی که طرفین می پذیرند تا به رحم منتقل شود تعیین و تعداد دوره و دفعاتی که این امر صورت می گیرد مشخص می شود .

۸- موضوع دیگر در قرار داد که اهمیت خاصی دارد این که ممکن است قرارداد پیش از پایان آن منحل شود؛ یعنی قرارداد در مواردی پیش از باردار شدن حامل جنین پایان یابد. این امر در چند صورت رخ می دهد: اول، پزشک مسئول اعلام کند که حامل جنین در دوره های مشخص شده باردار نخواهد شد؛ دوم، چنانچه پزشک مسئول یا مشاور معین شده مشخص کند که فرد مورد نظر کاندیدای خوبی برای اجرای قرارداد نیست؛ سوم، پس از چند بار کاشت جنین در رحم، بارداری صورت نگیرد؛ چهارم، پزشک مسئول مشخص کند که والدین ژنتیکی کاندید ای خوبی برای اجرای قرارداد نیستند؛ پنجم، هر گاه که والدین ژنتیکی و حمل کننده جنین بخواهند می توانند فسخ را انتخاب کنند. به هر حال، این قرارداد ظاهراً پیش از بارداری جایز و پس از آن لازم می شود. در صورتی که فسخ پیش از بارداری صورت گیرد، کلیه هزینه های تحمیل شده به حمل کننده جنین بر عهده والدین ژنتیکی است.

به نظر می رسد که در ایران نیز باید در قرارداد استفاده از رحم جایگزین تصریح کرد که غیر از موارد مطرح شده در قرار داد، حق فسخ دیگری برای طرفین وجود نخواهد داشت و قواعد عمومی خیارات قابل اعمال نیست.

۹- ماده ۹ مربوط به سقط جنین قبل از پایان دوران بارداری است و اینکه این کار تنها برای نجات جان حامل کننده جنین امکان پذیر است. به علاوه، در صورت کاشت چند جنین و موفقیت آمیز بودن بیش از یک جنین، طرفین توافق می کنند که تعداد جنینها را کاهش ندهند.

در حقوق ایران به این امر توجه شده است. طبیعی است که پس از حاملگی، سقط جنین ممنوع است و تنها در صورت به خطر افتادن جان مادر یا در صورتی که معلوم شود جنین ناقص الخلقه است، سقط جنین پیش از چهار ماهگی مجاز است و دلیل دیگری آن را مجاز نمی کند (ماده ۶۲۳ قانون مجازات اسلامی و قانون سقط درمانی).

۱۰- ماده ۱۰ ، به محل تولد ، اخطار زایمان از سوی حمل کننده جنین به والدین ژنتیکی به محض رجوع به بیمارستان برای زایمان اشاره می کند و اینکه مسئولیت کودک به دنیا آمده ( چه سالم باشد چه نباشد ) بر عهده والدین ژنتیکی است و آنان نام او را انتخاب خواهند کرد .

در حقوق ایران گواهی تولد اگر به نام حمل کننده کودک صادر شود ، مشکلاتی برای والدین ژنتیکی پیش می آورد و هنگام صدور شناسنامه و درج نام کودک در شناسنامه والدین ژنتیکی موانعی ایجاد خواهد کرد .

۱۱. ماده ۱۱ مربوط به تحویل کودک به والدین ژنتیکی پس از تولد است و اینکه حمل کننده ، برای فرزند خواندگی کودک به وسیله والدین ژنتیکی ، همکاریهای لازم است انجام خواهد داد . در حقوق انگلیس قرارداد رحم جایگزین ، قرارداد لازم الاجرائی نیست ؛ یعنی اگر حمل کننده جنین بخواهد کودک را پیش خود نگه دارد ، حق چنین کاری را دارد . از سوی دیگر ، چنانچه والدین ژنتیکی از پذیرش کودک خودداری کنند ، حمل کننده مسئول نگهداری اوست ؛ زیرا از نظر قانونی او مادر کودک محسوب می شود ؛ اما دادگاه می تواند رأی والدی صادر کند . البته برای صدور چنین رأیی باید شرایطی مطابق با قانون وجود داشته باشد ، مثل : زمانی که کودک در هنگام تقاضای والدین ژنتیکی در خانه آنها ساکن باشد ؛ در خواست صدور رأی طی ۶ ماه از تولد کودک صورت گیرد ؛ والدین ژنتیکی کمتر از ۱۸ سال نداشته باشد ؛ مادر قانونی و پدر قانونی ( همسر زن حمل کننده جنین ) باید به این امر رضایت داشته باشند و این رضایت مادر قانونی حداقل پس از ۶ هفته از تولد کودک باید ابراز گردد و سرانجام اینکه برای دادگاه محرز شود که مادر قانونی هیچ پولی غیر از هزینه های معقول از متقاضیان کودک دریافت نکرده است .

موضوع حقوق انگلیس درباره اطلاق مادر به حمل کننده جنین را می توان با نظر برخی فقها چنین مقایسه کرد که به دنیا آوردن کودک را ملاک تشخیص مادر می دانند . در این صورت چون فرزند خواندگی در ایران وجود ندارد ، طبیعی است که مشکلاتی برای والدین ژنتیکی ایجاد خواهد کرد .

۱۲. در ماده ۱۲ تصریح شده است که حمل کننده جنین و شوهر او و همچنین والدین ژنتیکی توافق می کنند که از کودک آزمایشهای پزشکی مربوط به تشخیص والدین کودک صورت گیرد؛ در صورتی که والدین ژنتیکی چنین چیزی را درخواست کنند.

۱۳. در ماده ۱۳ آمده است که حمل کننده کودک می تواند کودک را در بیمارستان ببیند، اما مسئولیت نگهداری او پس از تولد با والدین ژنتیکی است. پس از مرخص شدن از بیمارستان، حمل کننده کودک و همسر وی تعهد می کنند که برای دیدن یا تماس با کودک تلاشی نکنند و ممکن است والدین ژنتیکی تعهد کنند که در فواصل معینی عکس کودک و گزارشی از وضعیت او را برای حمل کننده جنین بفرستند.

۱۴. بخش اول ماده ۱۴ ناظر به جلسات مشاوره روانی دارد که ممکن است بر حسب دوره زمانی خاص یا به درخواست حمل کننده جنین یا والدین ژنتیکی باشد و یا خود روان شناسی معین شده در قرارداد توصیه اکید کنند؛ به هر حال، حمل کننده جنین تعهد می کند در این موارد در جلسه مشاوره شرکت کند.

بخش دوم این ماده مربوط به اختلافات است که باید با حضور طرفین، به وسیله مشاور مسئول و مشخص شده در قرار داد برطرف شود و طرفین نظر او را لازم الاتباع بدانند.

۱۵. ماده ۱۵ درباره هزینه هاست. اولین بخش آن مربوط به هزینه های حمل کننده جنین، یعنی اجرت خدماتی است که ارائه کرده است. این هزینه ها ممکن است به صورت اقساط پرداخت شود و در صورت چند قلوژیایی افزایش یابد و اگر بارداری حداقل ۳۲ هفته باشد، کل مبلغ پرداخت می شود. در صورتی که کودک با زایمان طبیعی به دنیا نیاید و سزارین صورت گیرد، باید مبلغ اجرت اضافه شود و اگر هزینه های درمانی تحت شمول بیمه قرار نگیرد، باید جداگانه پرداخت گردد. در صورتی که یک دوره لقاح خارج از رحم و کاشت جنین منجر به بارداری نشود، باید مبلغ هر دوره کاشت لحاظ گردد.

بخش دیگر ماده به مواردی می پردازد که بارداری پیش از موعد خاتمه می یابد. اگر حامل کننده جنین، بدون تقصیری در بارداری مرتکب رفتار اشتباهی شود یا مطابق دستور هزینه هایی که تا آن تاریخ برای او پرداخت شده است، متعلق به او و هزینه های درمانی بر عهده والدین ژنتیکی خواهد بود. در صورتی که جنین بدون ضوابط و نظر پزشک مسئول سقط شده باشد، والدین ژنتیکی مسئول پرداخت اجرت نخواهد بود و تنها موظف اند هزینه های حامل کننده جنین را تا آن تاریخ بپردازند.

بخش سوم ماده در مورد پرداخت حق بیمه عمر برای حامل کننده جنین است. این امر نیز بر عهده والدین ژنتیکی است و مدت آن باید قبل از اولین لقاح خارج از رحم شروع شود و تا دو ماه پس از زایمان یا پایان بارداری ادامه یابد؛ مبلغ آن نیز باید مورد توافق طرفین قرار گیرد. والدین ژنتیکی مسئول کلیه هزینه های مشاور پیش از دوره بارداری، طی آن و پس از آن در صورت نیاز هستند. هزینه آزمایشهای پزشکی اولیه و هزینه های پزشکی دیگر همگی بر عهده والدین ژنتیکی است.

هزینه های دیگری نیز باید در قرارداد ذکر شود، در غیر این صورت والدین ژنتیکی تعهدی نسبت به آنها ندارند. این هزینه ها مانند اجرت خدمتکار برای انجام کارهای خانه حامل کننده جنین، در صورتی که بارداری بیش از یک جنین یا پر مخاطره و همراه با استراحت مطلق، هزینه های لباس دوران بارداری، رفت و آمد به مطب پزشک یا مرکز مشاوره روانی است.

ماده ۱۶ به چند موضوع مهم دیگر می پردازد: طرفین توافق می کنند هیچ یک از آنان بدون موافقت دیگری جزئیات این توافق یا مسئله رحم جایگزین را با رسانه ها در میان نگذارد؛ در صورت فوت پدر ژنتیکی، کودک به مادر ژنتیکی تحویل داده شود و توافق به قوت خود باقی بماند و همچنین اگر مادر ژنتیکی فوت کند قرارداد به قوت خود باقی است و کودک باید به پدر ژنتیک تحویل داده شود. اما اگر والدین ژنتیکی هر دو پیش از آنکه کودک به دنیا آید فوت کنند، فرد خاصی تعیین می شود تا هم مسئولیت کودک را بر عهده گیرد و هم موظف به پرداخت هزینه گردد.

در حقوق ایران این امر را می توان وصیت به پرداخت هزینه ها و وصایت به نگهداری کودک و اداره امور او در نظر گرفت ؛ که البته در صورتی وصایت صحیح تلقی می شود که کودک ولی قهری نداشته باشد .

هر چند در پایان این قرارداد نمونه ، تنها امضای حمل کننده جنین ، مادر و پدر ژنتیکی لازم دانسته شده ، نظر به اینکه تعهداتی برای همسر حمل کننده جنین نیز در قرارداد پیش بینی شده است ، به نظر می رسد امضای او نیز لازم است . در هر حال ، اگر طرفین قرارداد از تعهداتی که اجمالاً به آنها اشاره شده تخطی کنند ، تقصیر قراردادی محقق خواهد شد و خسارت به یار آده به سبب آن قابل مطالبه خواهند بود . حدود این مسئولیت قراردادی را نیز می توان در قرارداد معین نمود و دادگاه نمی تواند این مبلغ را تغییر دهد . ( ماده ۲۳۰ قانون مدنی )

### مسئولیت قهری ناشی از رحم جایگزین

در صورتی که قرارداد استفاده از رحم جایگزین اساساً منعقد نشود یا قرارداد به دلیل تحقق نیافتن برخی از شرایط صحت آن ، مانند معلوم و معین نبودن موضوع یا اهلیت نداشتن یکی از طرفین ، صحیح نباشد یا به تبع برخی از فقها چنین قراردادی را باطل بدانیم و یا آن را مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی قلمداد کنیم ، موضوع مسئولیت قهری مطرح خواهد شد . البته ممکن است قرارداد صحیح باشد و باز هم مسئولیت قهری تلقی گردد ؛ زیرا ممکن است زیان دیده یا عامل زیان جزو متعاقدان نباشد یا اینکه خسارت به بار آمده ناشی از نقض تعهد قراردادی نباشد . برای مثال ، در قرارداد ، تعهد حمل کننده جنین به سقط کردن جنین مطابق دستور و تشخیص پزشک مسئول در چهار چوب قانون سقط درمانی نیامده باشد و حمل کننده جنین بر خلاف انسان متعارف ، حاضر به سقط جنین ناقص الخلقه نشود ؛ در این صورت ، خسارت وارد به والدین ناشی از نگهداری کودک ناقص به عنوان مسئولیت قهری حمل کننده جنین قابل مطالبه است .

در کل ، در فرضی که میان زیان دیده و عامل ورود زیان پیمان صحیحی وجود نداشته باشد یا خسارت ناشی از نقض تعهدات قراردادی نباشد ( اعم از اینکه این تعهدات صریحاً در عقد ذکر یا عقد متبایناً بر آن منعقد شده باشد و از لوازم قرار داد باشد ) مسئولیت غیر قراردادی یا خارج از قرارداد خواهد بود . در اینجا برای تحقق مسئولیت قهری ، لازم است تا ضرر به بار آمده ناشی از نقض تکالیف عمومی به وسیله عامل زیانبار باشد. به عبارت دیگر ، لازم است احراز شود که فاعل زیانبار از تکالیف عمومی و قانونی را نقض کرده و خسارت ناشی از این تخلف است .

قواعد عمومی مسئولیت قهری در بر گیرنده موضوع استفاده از رحم جایگزین و روابط حمل کننده جنین و والدین ژنتیکی نیز می شود . به عبارت دیگر ، قوانین و مقررات مربوط به مسئولیت قهری چنان عام است که نگرانی به خاطر نبود قانون خاص در زمینه مسئولیت مدنی ناشی از رحم جایگزین ایجاد نمی شود . ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی تصریح می کند : « هر کس بدون مجوز قانونی ، عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتي یا هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه ای وارد کند که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود ، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می باشد » .

آنچه بیشتر موجب نگرانی می شود ، روشن نبودن تکالیف عمومی و قانونی است که نقض آن تقصیر محسوب می گردد که برای مطالبه زیان ، به عنوان مسئولیت مدنی ، اثبات آن در دادگاه لازم است . به عبارت دیگر ، نظر به اینکه مطابق قانون فوق ، اثبات تقصیر برای مطالبه زیان لازم است و بر طبق مواد ۹۵۱ تا ۹۵۳ قانون مدنی تقصیر عبارت است از انجام دادن یا انجام ندادن عملی بر خلاف اقتضای عرف ، بنابر این ، برای احراز تقصیر به عرف مراجعه می شود . در حالی که به دلیل تازه و نو بودن مسئله رحم جایگزین عرف مسلمی وجود ندارد و احتمال صدور رأی به نفع زیان دیده کاهش می یابد . برای مثال ، آیا عرف بر لزوم و وجوب سقط جنین در صورت ناقص الخلقه بودن جنین دلالت می کند ؟ به خصوص که نگهداری جنین بر عهده والدین ژنتیکی خواهد بود ؟ آیا اینکه حمل کننده جنین تغذیه ای صحیح نداشته یا ویتامین و داروهای لازم را مصرف نکرده است ، تجاوز از

رفتار انسانی متعارف و تقصیر تلقی می شود؟ از سوی دیگر، چنانچه قرارداد صحیحی میان طرفین منعقد نشده باشد یا قرار داد را اصولاً صحیح تلقی نکنیم، آیا حمل کننده جنین می تواند برای حمل و بارداری، اجرتی از والدین ژنتیکی کودک مطالبه کند؟ ماده ۳۳۶ قانون مدنی که ناظر به استیفاء از عمل غیر است، تصریح می کند که «هر گاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد، عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود، مگر اینکه معلوم شود که قصد تبرع داشته است». با توجه به این ماده، باید بررسی کرد که آیا برای استفاده از رحم و حمل جنین برای دیگری، عرفاً اجرتی وجود دارد؟ اگر پاسخ منفی باشد، تنها در صورتی می توان حکم به پرداخت اجرت داد که بتوان گفت حمل کننده جنین خود را عادتاً مهیای حمل جنین کرده که پذیرش آن بسیار سخت است.

ممکن است اجرت در واقع جبران خسارات ناشی از رنج و تألم دوران بارداری باشد؛ در این صورت، دو مسئله به ذهن خطور می کند: اول اینکه حمل کننده جنین، خود داوطلب شده است و مطابق قاعده اقدام، خود کرده را تدبیر نیست و خسارات قابل مطالبه نیست. دوم آنکه والدین ژنتیکی در بروز این خسارات یا مرتکب تقصیر نشده اند و یا دست کم خسارات مستقیماً ناشی از تخلف آنان نیست و رابطه سببیت میان خسارات و عمل آنان وجود ندارد.

مسئله دیگری که قابل طرح است، نزدیکی نکردن حمل کننده جنین با همسر خویش است. آیا چنانچه در قرارداد رحم جایگزین چنین تعهدی درج شود و علاوه بر حمل کننده جنین، همسر او نیز آن را امضاء کند؛ چنین تعهدی ناقد است؟ به نظر می رسد پاسخ مثبت است؛ زیرا این تعهد بر خلاف قواعد آمره نیست و تحت شمول سلب حق کلی (ماده ۹۵۹ قانون مدنی) قرار نمی گیرد. آنچه مربوط به مسئولیت قهری است، صورتی است که یا اساساً قرارداد صحیحی در میان نیست یا چنان تعهدی در آن درج نشده است و یا همسر حمل کننده جنین بدان رضایت نداده است. در چنین صورتی از یک سو شوهر حق نزدیکی کردن با همسر خویش را دارد و از سوی دیگر، نزدیکی نمودن او با همسرش ممکن است موجب تحقق بارداری طبیعی زن شود. آیا در صورتی که نزدیکی

صورت گیرد و با آزمایشهای پزشکی معلوم شود که کودک به طور ژنتیکی متعلق به حمل کننده جنین و همسر اوست و یا اینکه با اعمال اماره فراش ( ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی ) حکم به الحاق ولد به آنان دهیم، آیا هزینه های تحمیل شده به متقاضیان رحم جایگزینی را می توان از حمل کننده جنین یا همسر او مطالبه کرد؟ به نظر می رسد که با توجه به عدم ارتکاب تقصیر از سوی حمل کننده جنین و همسر او، پاسخ منفی است.

آخرین مورد، مسئولیت مدنی پزشک یا تیم پزشکی است که استفاده از رحم جایگزین را هدایت می کنند. مسئولیت مدنی آنان نیز تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی اعمال پزشکی و درمانی است و برای آنکه ضامن تلف جان یا نقص عضو یا خسارات مالی حمل کننده جنین یا والدین ژنتیکی نشود ( ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی ) لازم است مطابق ماده ۶۰ قانون مجازات اسلامی قبل از شروع درمان یا اعمال پزشکی از حمل کننده جنین و ولی جنین برائت حاصل نمایند. البته همان طور که برخی از استادان بر جسته حقوق ایران تصریح کرده اند، این برائت در صورت آگاهی نداشتن فرد از پیامدهای اعمال پزشکی یا در صورت بی احتیاطی محرز و عمدی پزشک در اضرار به حمل کننده جنین یا خود جنین، موجب رفع مسئولیت از پزشک نخواهد گردید.

## نتیجه گیری

از آنچه آمد روشن شد که میان فقها و حقوقدانان درباره صحت قرارداد رحم جایگزین اختلاف نظر وجود دارد؛ هر چند با پذیرش اهدای جنین و تصویب قانون آن به زوجین نابارور قانون گذار انتقال جنین تشکیل شده از اسپرم و تخمک مرد و زن بیگانه را به رحم شخص ثالث مجاز می دانند و آنچه ممکن است موجب بطلان قرارداد رحم جایگزین شود، مغایرت آن با اخلاق حسنه و نظم عمومی است که دلیل قاطعی بر آن وجود ندارد.

با وجود پذیرش صحت قرارداد رحم جایگزین، به طور کلی، مشکل این قرار داد با استناد به عمومات و قواعد عمومی قراردادها قابل حل نیست. برای جلوگیری از اختلافات و نزاعهایی که آثار سوء اجتماعی به دنبال خواهد داشت لازم است قرار داد به طور مکتوب و حتی با تنظیم سند رسمی

منعقد گردد. شرایط متعاقدان قرار داد را باید قانون گذار معین کند و نباید مقررات کلی مربوط به اهلیت را در این مورد مجری بدانیم؛ زیرا هر کس که از نظر قانون اهلیت دارد شایستگی انعقاد قرار داد رحم جایگزین را ندارد، چه او خواستار فرزند یا متقاضی بارداری برای دیگری باشد.

درباره موضوع قرارداد نیز باید تصمیم گرفت که آیا اساساً نیازی به ذکر تعهد صاحب رحم نسبت به تحویل کودک وجود دارد یا اینکه چون مادر او صاحب تخمک است، طفل باید به او تسلیم شود. از سوی دیگر، پرداخت اجرت به صاحب رحم نیز ظاهراً با هیچ اشکالی در حقوق ایران مواجه نیست.

البته همان طور که «آ» ، مسائل و موضوعات بسیار مهم دیگری وجود دارد که لازم است در قرارداد درباره آنها تصمیم گیری شود. در این موارد نیز اگر قانون گذار مداخله و مقررات مشخص و روشنی را وضع کند، از اختلاف و نزاع جلوگیری خواهد شد؛ زیرا ممکن است طرفین به سهو یا عمد، جزئیات را ذکر نکنند، و در این صورت معلوم نیست که نتیجه دعوی با توجه به نبودن موضوع و اختلاف آراء اندیشمندان چه خواهد بود و مسئولیت قراردادی طرفین تا چه حدی قابل استناد است.

این مطلب، یعنی روشن نبودن حدود مسئولیت طرفین بدون وجود قانون، با توجه به مباحث مربوط به مسئولیت قهری ناشی از رحم جایگزین آشکارتر می شود. استقرار نداشتن عرف مشخص درباره رحم جایگزین موجب می شود که در اثبات و احراز تجاوز از رفتار انسان متعارف و تقصیر دچار مشکل شویم. به همین دلیل پیشنهاد می شود قانون گذار در زمینه رحم جایگزین که اهمیت و آثار اجتماعی ویژه ای دارد دخالت کرده، مقررات روشن و راهگشایی وضع کند.

تهیه و تنظیم: سعیده قاسمی مقدم

[Saide.ghasemi@yahoo.com](mailto:Saide.ghasemi@yahoo.com)

دانشجوی رشته حقوق دانشگاه علامه طباطبایی

[www.latu1385.blogfa.com](http://www.latu1385.blogfa.com)