

## بررسی ویژگی‌های قرارداد جانشینی در بارداری در پرتو اخلاق و حقوق

عباس یدالهی باغلوبی<sup>۱</sup>، سید محمد آذین<sup>۲</sup>، رضا عمانی سامانی<sup>۳\*</sup>

### مقاله‌ی مروری

#### چکیده

هر قراردادی در نظام حقوقی ایران دارای یکسری ویژگی‌هایی است که تبیین این ویژگی‌ها در فهم دقیق آن عقد بسیار مؤثر است. از جمله‌ی این ویژگی‌ها می‌توان به لازم یا جایز بودن، معوض یا مجانی بودن، منجز و معلق بودن، تشریفاتی و رضایی بودن و... اشاره داشت. قرارداد جانشینی در بارداری که به موجب آن اسپرم و تخمک لقاح یافته‌ی زن و شوهر نابارور به رحم زن دیگر به منظور نگهداری و رشد منتقل شده که طفل پس از تولد به صاحبان اسپرم و تخمک تحویل داده شود نیز واجد یکسری ویژگی‌هایی است که جایگاه این عقد را با توجه به غیر معین بودن ماهیت آن در بین سایر عقود مشخص می‌کند. در این مقاله به بررسی این نکته می‌پردازیم که قرارداد جانشینی در بارداری دارای چه ویژگی‌هایی است.

**واژگان کلیدی:** قرارداد جانشینی در بارداری، لزوم و جواز، معوض و مجانی

<sup>۱</sup> کارشناس ارشد حقوق خصوصی، گروه اپیدمیولوژی و سلامت باروری، مرکز تحقیقات اپیدمیولوژی باروری، پژوهشگاه رویان، پژوهشکده زیست‌شناسی و علوم پزشکی تولید مثل جهاد دانشگاهی، تهران

<sup>۲</sup> دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، گروه اپیدمیولوژی و سلامت باروری، مرکز تحقیقات اپیدمیولوژی باروری، پژوهشگاه رویان، پژوهشکده زیست‌شناسی و علوم پزشکی تولید مثل جهاد دانشگاهی، تهران

<sup>۳</sup> دانشجوی دکترای اخلاق پزشکی، مرکز تحقیقات اخلاق و تاریخ پزشکی، دانشگاه علوم پزشکی تهران و گروه اپیدمیولوژی و سلامت باروری، مرکز تحقیقات اپیدمیولوژی باروری، پژوهشگاه رویان، پژوهشکده زیست‌شناسی و علوم پزشکی تولید مثل جهاد دانشگاهی، تهران

\* نشانی: تهران، پژوهشگاه رویان، صندوق پستی: ۱۴۸-۱۶۶۳۵، تلفن: ۰۹۱۲۱۳۸۷۲۱۳

Email: [r.samany@gmail.com](mailto:r.samany@gmail.com)

مقدمه<sup>۱</sup>

قرارداد جانشینی در بارداری، قراردادی است که با پیشرفت دانش پزشکی در عرصه‌ی درمان ناباروری، در نظام حقوقی به وجود آمده و به موجب آن زنی می‌پذیرد که با جنین حاصل از اسپرم و تخمک زن و مرد نابارور باردار شود و پس از طی دوران حمل آن را وضع و پس از زایمان آن را به والدین ژنتیکی‌اش تحویل دهد.

البته لازم به توضیح است که برای عنوان این قرارداد و هم‌چنین، برای طرفین آن تعبیرهای مختلفی در لسان نویسندگان بیان شده است؛ این تعبیرها در مورد قرارداد مزبور عبارتند از: «رحم جایگزین»، «قرارداد استفاده از رحم جایگزین»، «اجاره‌ی رحم»، «رحم اجاره‌ای»، «جانشینی در بارداری»، «جانشین میزبان»، «جایگزینی لقاح خارج از رحم»، «جایگزینی رحمی»، «مادر سفارشی»، «مادر میانجی»، «بارداری میانجی»، «مادر اجاره‌ای»، «قرارداد مادر جانشین»، «بارداری قراردادی»، «قرارداد استفاده از رحم زن» و «قرارداد حمل جایگزین».

از زن صاحب رحم نیز چنین تعبیری شده است: «مادر میزبان»، «مادر به دنیا آورنده»، «مادر میانجی»، «دایه‌ی پیش از تولد»، «مادر اهداکننده»، «مادر رحم جایگزین»، «حامل»، «مادر جانشین» و «مادر جایگزین». هم‌چنین، از صاحبان اسپرم و تخمک نیز چنین تعبیرهایی شده است: «والدین حکمی»، «والدین بالقوه»، «والدین قراردادی»، «والدین نامزد»، «زوج درخواست‌کننده»، «والدین خواهان»، «والدین حقیقی»، «زوجین متقاضی»، «والدین ژنتیکی». نگارنده در مقاله‌ی مستقلی به بررسی این عنوان‌ها پرداخته و از بین آن‌ها، عنوان

«قرارداد جانشینی در بارداری» را برای قرارداد مزبور و عنوان «مادر جانشین» و «والدین ژنتیکی» را برای طرفین قرارداد برگزیده است.<sup>۲</sup>

نکته‌ای که در اینجا باید بدان اشاره کرد این است که هر چند عنوان «مادر جانشین» برای زن صاحب رحم انتخاب شده است، مادر قانونی و نسبی طفل همان مادر ژنتیکی صاحب تخمک بوده و احکام وضعی مادر-فرزندی تنها بین این دو برقرار است. البته در مورد شناسایی نسب مادری طفل بین نویسندگان اختلاف نظر وجود دارد؛ به نحوی که از مجموع اختلاف نظرها سه نظر می‌توان مطرح کرد. مطابق یک نظر، «مادر جانشین» مادر نسبی طفل تلقی می‌شود.

مطابق نظر دیگر، مادر ژنتیکی مادر نسبی طفل محسوب می‌شود و مطابق نظر سوم طفل دارای دو مادر است. هر چند بحث و بررسی در این نکته خارج از موضوع بحث است و نگارنده در مقاله‌ای دیگر بدان اشاره کرده است، به نظر می‌رسد باید قائل به نظر دوم بود. زیرا از نظر علمی این تخمک بوده که در کنار اسپرم در تگون طفل نقش اصلی داشته و صرف در رحم داشتن نمی‌تواند رابطه‌ی نسبی بین طفل و صاحب تخمک را قطع کند.

عرف نیز به چنین نتیجه‌ای دست می‌یابد، زیرا مفهوم نسب یک مفهوم عرفی است و عرف طفل را ملحق به صاحبان نطفه می‌داند. البته این دسته از حیث محرمانگی، «مادر جانشین» را مانند مادر رضاعی او دانسته و ازدواج با او را حرام می‌دانند. در بین فقها آیات عظام بهجت، فاضل لنکرانی، مکارم شیرازی و خامنه‌ای قائل به چنین نظری هستند. مجمع فقه اهل بیت نیز در استفتائی که از آن مرکز صورت گرفته چنین نظری را نیز ابراز داشته است. اکثر

<sup>۱</sup> این مقاله از یافته‌های طرح پژوهشی سربازی نگارنده عباس یدالهی باغلوئی در پژوهشگاه جهاد دانشگاهی رویان به راهنمایی دکتر رضا عمانی سامانی و نظارت دکتر سید محمد آذین تدوین و استخراج شده است.

<sup>۲</sup> لازم به توضیح است که مقاله‌ی مزبور با عنوان «بررسی عناوین و تعاریف استفاده از رحم زن دیگر در بارداری» توسط نگارنده تدوین و آماده‌ی ارسال به داوری است.

جایی نمی‌برد. اهمیت این کار زمانی دوچندان می‌شود که بدانیم در برخی ویژگی‌های این قرارداد اختلاف نظر وجود دارد و قانون مدونی نیز وجود ندارد که فصل الخطاب همه‌ی بحث‌ها شود. از این رو، در این تحقیق به جمع‌آوری مطالب و استدلال‌های موجود و بررسی هر یک پرداخته تا هم ویژگی‌های این عقد روشن شود و هم قانون‌گذار را در انشاء قانون یاری رساند. روش تحقیق تحلیلی توصیفی و روش گردآوری مطالب به شیوه‌ی کتابخانه‌ای است.

### لازم یا جایز بودن

مطابق ماده‌ی ۱۸۵ قانون مدنی عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه و ماده‌ی ۱۸۶ نیز عقد جایز را عقدی می‌داند که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند. در ماده‌ی ۲۱۹ قانون مدنی قانون‌گذار بیان می‌دارد: عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملان و قائم‌مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است مگر این‌که به رضای طرفین اقاله یا به‌علت قانونی فسخ شود. مطابق قاعده‌ای که در این ماده درج شده است همه‌ی قراردادها جز آن‌چه قانون به جواز آن تصریح کرده است لازم می‌شود (۱). این قاعده که در تمام قراردادهای منعقد شده حاکمیت دارد در قرارداد جانشینی در بارداری نیز می‌باید آن را مجری بدانیم؛ بنابراین، می‌توان چنین بیان داشت که این قرارداد در زمره‌ی عقود لازم است (۳، ۲). با این حال، به‌نظر می‌رسد در این قرارداد باید بین دو مرحله قائل به تفکیک شد. مرحله‌ی اول از ابتدای انعقاد عقد تا زمان کاشت جنین در رحم و مرحله‌ی دوم از زمان کاشت جنین تا پایان دوران بارداری است. برخی نویسندگان متذکر این قضیه شده و معتقدند که لزوم عقد مربوط به بعد از کاشت جنین در رحم بوده و تا قبل از آن طرفین حق رجوع دارند (۵، ۴). والدین ژنتیکی پس از اتمام مذاکرات و مرحله‌ی پیش قراردادی یا حتی پس از تنظیم و امضای قرارداد چنان‌چه تمایل داشته

نویسندگان فقهی - حقوقی نیز چنین نظری را ابراز داشته‌اند. با وجود این امر، با توجه به این‌که زن صاحب رحم نیز در قسمتی از عملیات تولید فرزند دخالت داشته نمی‌توان به سادگی از نقش او چشم پوشید و او را در این رابطه بیگانه دانست و همان‌گونه که فقها بیان داشته‌اند «مادر جانشین» مشابه مادر رضاعی و حتی به اعتقاد نگارنده اندکی فراتر از آن است؛ از این رو، عنوان «مادر جانشین» برای این زن به‌کار گرفته شده است. این قرارداد به مثابه‌ی هر قرارداد دیگری، از یک‌طرف ملزم به رعایت شرایط اساسی صحت قراردادها بوده و از طرف دیگر نیز احکام سایر قراردادها می‌باید در مورد آن اجرا شود.

یکی از این احکام ویژگی‌های عقود است؛ توضیح مطلب این‌که عقود ممکن است با توجه به جنبه‌های مختلف واجد یک‌سری ویژگی‌هایی باشند. برای مثال، از جهت قابلیت برهم زدن ارادی، عقد یا لازم است یا جایز. عقد لازم عقدی است که فسخ آن تنها در موارد معاینه‌ی قانونی ممکن بوده و عقد جایز با اراده‌ی هر یک از طرفین قابل انحلال است. یا این‌که چنان‌چه عقدی مبتنی بر انتقال عوضین از یک‌طرف به دیگری باشد عقد معوض و چنان‌چه عقدی به‌صورت رایگان منعقد شود، غیرمعوض یا مجانی است.

مهم‌ترین این ویژگی‌ها عبارتند از: لازم یا جایز بودن، معوض یا مجانی بودن، تملیکی یا عهدی بودن، منجز یا معلق بودن، مسامحه‌ای یا مغایه‌ای بودن، تشریفاتی یا رضایی بودن. قرارداد جانشینی در بارداری نیز ممکن است متصرف به هر یک از این ویژگی‌ها باشد که در این تحقیق به بررسی ویژگی‌های این قرارداد در نظام حقوقی ایران می‌پردازیم.

ضرورت این امر از آن روست که با توجه به جدید و بی‌سابقه بودن این قرارداد، هنوز کار مدون و کاملی در این زمینه صورت نگرفته و مطالب موجود نیز به‌صورت پراکنده در آثار نویسندگان وجود دارد. از طرف دیگر، فهم دقیقی از این قرارداد نیز بدون توجه به بررسی ویژگی‌های آن راه به

کنند؛ البته با پرداخت خسارت به طرف مقابل.

### تملیکی یا عهدی بودن

یکی از ویژگی‌های عقود، تملیکی یا عهدی بودن آن است. این ویژگی هر چند در قواعد عمومی بدان اشاره نشده، به اعتبار «اثر عقد» بوده و در ماده‌ی ۸۲۵ قانون مدنی در بحث وصیت بدان اشاره شده است. حقوقدانان از این معیار در سایر قراردادها نیز استفاده کرده و عقود را بر مبنای آن به عقود تملیکی و عقود عهدی تقسیم کرده‌اند؛ در تعریف تملیکی و عقد عهدی چنین بیان شده است:

عقدی که نتیجه‌ی مستقیم آن انتقال ملکیت یا حق عینی جزئی‌تر باشد تملیکی است مانند عقد بیع و اجاره و عقدی که سبب ایجاد، انتقال و سقوط تعهد است عهدی است (۱). حال آیا قرارداد جانشینی در بارداری در زمره‌ی عقود تملیکی محسوب می‌شود یا عقدی عهدی است؟ در این قرارداد تملیکی صورت نمی‌پذیرد؛ حتی اگر قائل باشیم که این عقد، عقد اجاره‌ی اشخاص است با این‌که قانون مدنی عقد اجاره را عقد تملیکی می‌داند ولی حقوقدانان اجاره‌ی اشخاص را عقدی عهدی می‌دانند زیرا فرد منافع اعضای بدنش را به دیگری تملیک نمی‌کند صرفاً تعهدهایی می‌پذیرد که ملزم به آن‌هاست و چنان‌چه این قرارداد را یک قرارداد خصوصی مشمول ماده‌ی ۱۰ بدانیم، در این صورت هر یک از طرفین با انعقاد این قرارداد تعهدهایی را بر عهده می‌گیرند. مادر جانشین، ملزم به پذیرش جنین متعلق به دیگران شده تا پایان مدت حمل در رحم خود از آن نگهداری کرده و پس از تولد کودک را به والدین تحویل دهد؛ والدین ژنتیکی نیز متعهد می‌شوند در صورت معوض بودن حق الزحمه‌ی مادر جانشین و مخارج دوران حاملگی را بر عهده بگیرند؛ از این رو، قرارداد جانشینی در بارداری در زمره‌ی عقود عهدی است (۲، ۳).

### منجز یا معلق بودن

یکی دیگر از ویژگی‌های عقود، منجز یا معلق بودن آن‌هاست. مطابق ماده‌ی ۱۸۹ قانون مدنی: «عقد منجز آن است

باشند در صورت مصلحت از نظر خود رجوع کرده و می‌توانند از حق فسخ خود استفاده کنند. زنی که حمل و زایمان جنین متعلق به دیگران را برعهده گرفته نیز باید بتواند تا قبل از شروع اقدامات پزشکی مربوط به قرارداد جنین در رحم، قرارداد منعقد را منحل کند ولی بعد از مرحله‌ی دریافت جنین این توافق غیر قابل اسقاط چه با توافق دوطرفه و چه یک‌طرفه است؛ اعم از خیار، شرط فاسخ، اشتراط حق رجوع و اقاله. زیرا این مرحله مقارن با تکوین، شکل‌گیری و آغاز حیات یک موجود انسانی است (۴، ۵).

این استدلال در مرحله‌ی دوم صحیح به‌نظر می‌رسد زیرا اولاً اصل، لزوم قراردادها بوده و جایز بودن آن خلاف اصل است، از طرف دیگر، جواز این عقد در این مرحله ممکن است در نهایت منجر به صدمه و آسیب جنین یا حتی مرگ او شود و از این رو می‌توان آن را مغایر نظم عمومی و اخلاق حسنه تلقی کرد. ولی رخصت جواز این عقد در مرحله‌ی اول اندکی محل تامل است؛ زیرا از یک‌طرف در این عقد شخصیت طرفین بسیار مهم بوده و نوع تعهدات و آثار ویژه‌ای که این قرارداد از خود به‌جای می‌نهد ایجاب می‌کند که طرفین تا زمان قبل از فرا کاشتن بتوانند از آن منصرف شوند. مثلاً مادر جانشین به هر علتی از انجام آن منصرف شود یا والدین ژنتیکی به‌طور کلی از صاحب فرزند شدن منصرف شده باشند؛ در این صورت باید این اختیار را داشته باشند که از آن صرف‌نظر کنند. از طرف دیگر، قاعده‌ی لزوم قراردادها ایجاب می‌کند که طرفین اختیار برهم زدن معامله را نداشته باشند مگر به یکی از علل قانونی. در نظام حقوقی کنونی به‌نظر می‌رسد چنان‌چه یکی از طرفین خیار نداشته یا طرفین به اقاله تراضی نکنند، نتوان این عقد را در مرحله‌ی اول جایز دانست ولی مصلحت حقوقی ایجاب می‌کند که قانون‌گذار در این مرحله توان انحلال عقد را به هر یک از طرفین داده و در قراردادها نیز این شرط صراحتاً قید شود که هر یک از طرفین بتوانند تا پیش از انعقاد قرارداد این عقد را به‌صورت یک‌طرفه منحل

تعهد بر امری می‌کند یا مالی را به رایگان می‌دهد بدون این‌که برای آنان التزام ایجاد شود (۱).

قرارداد جانشینی در بارداری نیز می‌تواند به دو صورت منعقد شود؛ مادر جانشین هم می‌تواند به منظور گرفتن اجرت و پول به هر عنوان مبادرت به انعقاد قرارداد کرده یا این‌که به‌صورت کاملاً نوع‌دوستانه و بدون این‌که پولی از والدین ژنتیکی جهت این‌کار دریافت دارد برای والدین ژنتیکی باردار شود. چنان‌چه «مادر جانشین» در ازای دریافت پول تن به قرارداد بدهد این قرارداد معوض و در صورتی که بدون پول این کار را انجام دهد این قرارداد غیر معوض خواهد بود. اکثر نویسندگان قائل به چنین نظری شده و برای قرارداد مزبور هر دو شأن را قائل شده‌اند (۷، ۳، ۲). نکته‌ای که در این‌جا باید در نظر داشت که چنان‌چه بخواهیم قائل به عقد اجاره بودن این قرارداد شویم این قرارداد لاجرم می‌باید به‌صورت معوض منعقد شود، زیرا وجود عوض مقتضای ذات عقد اجاره محسوب شده و نمی‌توان با قرارداد خصوصی این امر را ساقط کرد. بدیهی است قرارداد نوع‌دوستانه‌ی جانشینی در بارداری در صورتی که این قرارداد را اجاره‌ی اشخاص بدانیم هیچ جایگاهی ندارد ولی باید به صراحت گفت از آن‌جا که گستره‌ی وسیعی از این قراردادها به‌صورت نوع‌دوستانه بوده و مثلاً اقوام و خویشان والدین ژنتیکی با قصد احسان و بدون پاداش این عمل را انجام می‌دهند، نمی‌توان گفت این قرارداد اجاره محسوب می‌شود.

نکته‌ای که در این‌جا لازم به ذکر بوده این است که این قرارداد آیا اصولاً عقدی معوض است یا رایگان؟ به تعبیر دیگر، آیا این قرارداد نوعی قرارداد رایگان بوده که می‌تواند به‌صورت معوض برقرار شود یا عقدی معوض است که به‌صورت رایگان نیز قابلیت انعقاد دارد؟ این سوال از آن رو مطرح می‌شود که در این زمینه بین نویسندگان اختلاف نظر وجود دارد.

برخی معتقدند که قرارداد مزبور را باید عقدی اصولاً

که تاثیر آن برحسب انشاء موقوف به امر دیگری نیست والا معلق خواهد بود». عقد معلق در مرحله‌ی انشا و توافق با سایر عقود تفاوتی ندارد و ایجاد تعهد است که در این‌گونه قراردادها، منوط به امر خارجی می‌شود. برعکس در عقد منجز، التزام دو طرف موکول به هیچ امر دیگری نیست و با توافق آن‌ها به‌وجود می‌آید (۱).

قرارداد جانشینی در بارداری آیا در زمره‌ی عقود منجز است یا معلق؟ برخی معتقدند: «این قرارداد یک عقد معلق است هر چند طرفین بدون هیچ قید و شرطی آن را منعقد کنند. به عبارت دیگر، در قرارداد رحم جایگزین، ایجاد اثر عقد و تعهدات طرفین آن منوط به حدوث حاملگی است و بدون این واقعه اثر عقد مفهومی نخواهد داشت» (۴)؛ ولی به‌نظر می‌رسد این نظر محل تأمل باشد، زیرا همان‌گونه که بیان شد در عقد معلق، ایجاد آثار عقد منوط به امر دیگری می‌شود در حالی که در این‌جا خود حامله شدن زن یک تعهدی است که مادر جانشین تعهد می‌کند که خود را در اختیار پزشکان قرار دهد تا جنین متعلق به زوجین نابارور را در رحم خود قرار دهند. این یک تعهد اوست که منوط به هیچ حادثه‌ای نیست تا بتوان آن را معلق محسوب کرد. در ضمن، همان‌گونه که نویسندگان بیان داشته‌اند «تعلیق واقعی در صورتی است که اثر انشاء منوط به وقوع حادثه‌ی خارجی و احتمالی شود» (۱)؛ در حالی که در این‌جا حاملگی یک حادثه‌ی خارجی نیست بلکه یکی از موضوعات این عقد محسوب می‌شود؛ از این رو، به‌نظر نمی‌رسد بتوان این قرارداد را یک عقد معلق دانست.

#### معوض و مجانی بودن

عقود معوض عقود هستند که برحسب طبیعت خود دارای دو مورد است و هر یک از طرفین در برابر مالی که می‌دهد یا دینی که به عهده می‌گیرد مال یا تعهد دیگری را برای خود تحصیل می‌کند ولی عقود مجانی عقود هستند که در آن یک یا چند شخص در برابر یک یا چند شخص دیگر

رایگان پنداشت (۸). معوض بودن این قرارداد و دریافت پول جهت مبادرت به انعقاد قرارداد مزبور توسط مادر جانشین با چالش‌های جدی اخلاقی مواجه بوده به طوری که برخی حتی قائل به نامشروعیت جهت قراردادهای جانشینی معوض می‌شوند. در این زمینه برخی معتقدند: «در این‌جا به نظر می‌رسد سمت و سوی معامله خصوصاً با توجه به موضوع تعهد مادر جانشین و هدف وی که کسب درآمد است، مخالف اصول اخلاقی و اجتماعی مرسوم در جامعه بوده ... موجب اخلال در ساختار اقتصادی جامعه نیز خواهد شد؛ در این صورت جهت معامله نامشروع خواهد بود.» (۲). برخی دیگر در این زمینه با دیدی تردید نگرسته و معتقدند: «در این‌که آیا از منظر «مادر جانشین»، سمت و سوی معامله مذکور بالاخص با توجه به موضوع تعهد مادر جانشین و هدف وی که کسب درآمد است نامشروع است یا خیر، در خور تامل و بررسی است. به نظر می‌رسد هر چند که این عمل در جامعه فعلی ایران با اصول اخلاقی و اجتماعی مرسوم در جامعه سازگاری ندارد، لیکن قاطعانه نمی‌توان این عمل را از مصادیق جهت نامشروع تلقی کرد (۹). در مورد انگیزه‌ی تجاری مادر جانشین از انعقاد قرارداد چالش‌های اخلاقی بسیار جدی وجود داشته و دلایلی را برای غیراخلاقی بودن این امر بیان می‌دانند که از جمله‌ی آن‌ها عبارتند از:

#### ۱- منافات با کرامت انسانی

خرید و فروش رحم خود نوعی استفاده از جسم انسان و مغایر با کرامت انسانی است (۱۰) و چنانچه روش‌های جدید تولید مثل جنبه‌ی تجاری پیدا کند انسانیت و نوع دوستی جای خود را به تجارت خواهد داد (۱۱).

#### ۲- بهره‌کشی از زن

یکی از اصلی‌ترین دلایلی که مخالفان جایگزینی تجاری مطرح می‌کنند این است که چنین رابطه‌ای زمینه‌ساز و تشدید کننده‌ی رابطه‌ی بهره‌کشانه می‌شود و حتی عناوینی مانند رحم کرایه‌ای نشان‌دهنده‌ی قابلیت است که این روش در ایجاد

رابطه‌ی بهره‌کشانه دارد. زنانی که این امر را می‌پذیرند در معرض خطرهای بسیاری قرار می‌گیرند اعم از خطرات بارداری و خطراتی که به علت فقر مالی و فرهنگی دامن‌گیر آن‌ها می‌شود. از سوی دیگر، زنان مجبور خواهند بود که برای تامین معیشت خانواده‌های خود که در معرض اعتیاد و فقر بوده‌اند تن به این کار داده و سلامت عاطفی خود را با پولی معاوضه کنند که در اکثر موارد خود اختیاری در نحوه‌ی خرج کردن آن ندارند (۱۰). علاوه بر این، تجویز این شیوه در کشورهایی که عموماً با مشکلات اقتصادی روبه‌رو هستند می‌تواند دستاویزی برای افراد خانواده به‌خصوص شوهران آن‌ها قرار گیرد تا همسران خود را مجبور کنند تا در برابر دریافت دستمزد، این خدمات را برای زوج دیگری انجام دهند (۱۲).

#### ۳- منسوخ شدن اهدای نوع دوستانه

نفی اصل برابری و اجماع نسبی جهانی نیز از دیگر دلایلی است که مخالفان تجاری‌سازی این شیوه بدان استناد می‌کنند (۱۱، ۱۰).

در برابر این نظرات، برخی دیگر با اشاره به مباحثی هم‌چون تمامیت فیزیکی، حق بر تصمیم‌گیری عادلانه و به تبع آن حق بر وارد شدن در فعالیت‌های اجتماعی از جمله قرارداد و مسؤولیت وفای به آن از طرف موافقان تجاری‌سازی بیان شده است. آنان معتقدند که این امر نه تنها نقص کرامت انسان‌ها نبوده بلکه در صورتی که در شرایط خاص و تحت ضوابط انجام گیرد می‌تواند به حضور بیشتر زنان جامعه و ... منجر شود و در نهایت این گروه در قالب اخلاقی و منصفانه، تجاری‌سازی محدود این شیوه را پذیرفته‌اند (۱۳).

ولی به نظر می‌رسد نفوذ این نظریه در عالم حقوق چندان زیاد نباشد؛ زیرا حقوق عمل مشروع انسان را که برای دیگری صورت پذیرد محترم شمرده و او را مستحق پاداش عمل او می‌داند، هم‌چنین، اگر چنین قراردادی لزوماً به صورت نوع‌دوستانه منعقد و پرداخت هرگونه وجهی ممنوع شود این

ژنتیکی او تحویل می‌دهد. در این جا انگیزه‌ی «مادر جانشین» ابراز نشده که قائل به مشروعیت یا نامشروعیت آن باشیم. مادر جانشین از انعقاد این قرارداد هر انگیزه‌ای می‌تواند داشته باشد. این در فرضی است که این قرارداد را به‌عنوان قرارداد بی‌نام یا غیرمعین بشناسیم. ولی در صورتی که این قرارداد را با عقد اجاره توجیه کنیم این بحث اصلاً محملی ندارد. زیرا اجاره ذاتاً یک عقد معوض بوده و انگیزه‌ی مالی «مادر جانشین» هیچ تأثیری در نامشروعیت معامله ندارد. نکته‌ی دوم این‌که در زمینه‌ی معاملات یک اصل کلی در ماده‌ی ۲۲۳ قانون مدنی بیان شده است که هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است، مگر این‌که فساد آن معلوم شود و مطابق این اصل چنانچه ادعا شود که مثلاً اراده‌ی ظاهری با اراده‌ی باطنی تعارض دارد یا اشتباهی در شخصیت طرف یا وصف ذاتی مورد معامله رخ داده یا اکراهی صورت گرفته یا این‌که عقد جهت نامشروع دارد و غیره اصل بر صحت عقد است (۱۴).

قاعده‌ی مزبور در این مورد نیز قابلیت کاربرد دارد که در صورت شک در مشروعیت یا نامشروعیت انگیزه‌ی طرفین اصل بر صحت است. در این زمینه نیز چنانچه در مشروع یا نامشروع بودن انگیزه‌ی تجاری مادر جانشین شک داشته باشیم باید اصل را بر صحت آن گذاشت و از نظر حقوقی نتوان این انگیزه را سبب نامشروعیت عقد دانست. به‌نظر می‌رسد با توجه به اصول کلی حقوقی که قانون‌گذار و شارع برای کار انسان ارزش قائل می‌شوند و انسان را مستحق اجرت عمل خود می‌دانند و بنابر عدالت و انصاف می‌باید این عمل را، عملی ذاتاً معوض تلقی کرد.

#### مسامحی یا معاملی بودن

اکثر نویسندگان حقوقی در این باب معتقدند که قرارداد جانشینی در بارداری یک عقد مسامحی است؛ زیرا چنانچه به‌صورت نوع‌دوستانه منعقد شود مبنی بر تسامح بوده و انگیزه‌ی «مادر جانشین» بر مبنای هدف‌های اخلاقی وی است.

امر مانعی در اقدام اشخاص به جانشینی در بارداری شود و در صورت اقدام پاسخ منطقی و مناسبی به نیکی مادر جانشین نخواهد بود (۹).

از طرف دیگر، چنانچه بخواهیم پرداخت عوض و انگیزه‌ی تجاری را در این رابطه ممنوع اعلام کنیم، این امر تنها اختصاص به جانشینی در بارداری نداشته و در موضوعات دیگر حقوق پزشکی نیز مانند دادن خون و فرآورده‌های خونی، شیر، کلیه و... نیز می‌باید چنین دیدگاهی اعمال شود و از پرداخت هر وجهی به‌طور مطلق یا اضافه بر هزینه‌ها و خسارات در آن‌ها منع شود. اقدام به چنین امری موجب تخصیص اکثر می‌شود که ناپسند است (۹)؛ هر چند نویسنده‌ی اخیر قرارداد مزبور را کلاً معوض تلقی کرده و قائل به اجاره‌ی اشخاص بودن این قرارداد است.

نویسندگان دیگری نیز قائل به چنین نظری شده‌اند «اصولاً هرگونه تکلیفی که به‌موجب قرارداد ایجاد شود عوض و ما به ازادارد و مجانی نیست مگر این‌که طرف قرارداد صریحاً تعهد خود را مجانی اعلام کند و از باب احسان و انگیزه‌ی خیرخواهی مایل باشد خدمتی رایگان ارائه دهد. در موضوع مورد بحث نیز چنانچه تصریح به رایگان بودن خدمت نشود اصل عدم تبرع جاری است. اگر در قرارداد میزان اجرت یا دستمزد یا حق مالی پیش‌بینی نشود این خدمت مجانی نخواهد بود و در برابر نظر کارشناس اجرت‌المثل تعیین می‌شود که زوجین طرف قرارداد مکلف به پرداخت آن خواهند بود.» (۶).

در زمینه‌ی نامشروع بودن جهت نیز دو نکته لازم به توضیح است؛ نکته‌ی اول این‌که انگیزه‌ی طرفین قرارداد می‌باید وارد قلمرو تراضی‌شده تا بتواند در نامشروعیت معامله تأثیرگذار باشد. در این قرارداد صرفاً «مادر جانشین» و والدین ژنتیکی وارد قراردادی می‌شوند که «مادر جانشین»، جنین متعلق به دیگران را در رحم خود پرورش و تا پایان مدت بارداری از آن نگاه‌داری و پس از زایمان طفل را به والدین

دارد، ایجاب می‌کند تا شکل خاص و تشریفات معینی برای بیان توافق دو اراده اعتبار شود تا این قرارداد در زمره عقود تشریفاتی قرار گیرد؛ این تشریفات ممکن است به مواردی از قبیل انجام معاینات پزشکی معین برای تأیید ناباروری والدین ژنتیکی، تأیید سلامت جسمانی مادر جانشین و توانایی وی برای باروری، اخذ مجوزهای لازم پزشکی از مراکز معتبر درمانی و سایر مسائل از این دست مربوط باشد (۱۵، ۹، ۴). به نظر می‌رسد باید این نظر را تأیید کرد و تشریفاتی بودن این عقد به واقع نزدیک‌تر باشد.

### نتیجه‌گیری

قرارداد جانشینی در بارداری توافقی است که بر مبنای آن زنی می‌پذیرد که در ازای دریافت پول یا به‌طور مجانی با جنین متعلق به زوجین نابارور، باردار شود و تا پایان مدت بارداری آن را حمل و پس از زایمان، طفل را به صاحبان اسپرم و تخمک تحویل دهد؛ زن صاحب رحم «مادر جانشین» و صاحبان اسپرم و تخمک «والدین ژنتیکی» طفل هستند. این قرارداد مانند سایر عقود در نظام حقوقی ایران دارای یک‌سری ویژگی‌هایی است که با توجه به جدید بودن این قرارداد کم‌تر به آن پرداخته شده است.

در مورد لازم یا جایز بودن این عقد، باید گفت هرچند اصل اولیه در عقود لزوم آن‌هاست و جواز نیاز به دلیل قانونی دارد، به نظر می‌رسد این قرارداد را باید به دو مرحله تجزیه کرد و در مورد هر کدام جداگانه اظهار نظر شود. مرحله اول پیش از کاشت جنین و مرحله‌ی مقدماتی بوده که جواز آن اقوی است. مرحله‌ی دوم پس از کاشت جنین است که با توجه به حیات جنین در هر صورت قرارداد باید غیر قابل انحلال باشد. این قرارداد با توجه به این‌که هیچ تملیکی در آن صورت پذیرفته است، عهدی، و از طرف دیگر از آن‌جا که وقوع آن منوط به امر دیگری نیست، منجز است. در مورد معوض یا مجانی بودن این قرارداد نیز هرچند اختلاف نظر از دیدگاه حقوقی و اخلاقی وجود دارد، وجود عوض نه سبب

در قرارداد جانشینی در بارداری تجاری نیز انگیزه‌های اخلاقی و مسائل عاطفی بر سودجویی و منفعت‌طلبی غلبه داشته و نمی‌توان احساسات و عواطف «مادر جانشین» را در رابطه با تعهدی که در برابر والدین ژنتیکی به عهده گرفته و در راستای کاستن از رنج آن‌ها ارائه می‌دهد نادیده گرفت. در نتیجه، این‌گونه قراردادها را می‌توان در زمره عقود مسامحه‌ای دانست (۴، ۲). حتی نویسندگانی که این عقد را در زمره عقود معوض می‌شمارند معتقدند: «به نظر می‌رسد بهترین شیوه درباره‌ی جانشینی در بارداری این است که با تلفیق مناسب، این قرارداد در شمار عقود معوض مسامحی... به‌شمار آید، نه عقد معاملی؛ یعنی قرارداد جانشینی در بارداری دارای ماهیت اقتصادی و هدف سودجویی نباشد و مادر جانشین در برابر تملیک منفعت و تعهد خود در برابر والدین انتظار عوض برابر یا افزون‌تر از آن را نداشته باشد» (۹). به نظر می‌رسد با توجه به این‌که نمی‌توان جنبه‌ی عاطفی و احساسات مادر جانشین را در این رابطه نادیده گرفت، این عقد به عقود مسامحی ملحق شود تا معاملی.

### تشریفاتی یا رضایی بودن

عقود در یک تقسیم‌بندی به عقود رضایی و تشریفاتی تقسیم می‌شوند. عقود رضایی عقود است که با تراضی واقع شده و تشریفات خاصی برای انعقاد آن لازم نیست. عقود تشریفاتی نیز عقود بوده که تراضی آن باید با تشریفات یا واژه‌های خاصی باشد یا وقوع آن منوط به تسلیم موضوع تعهد یا تملیک است که از قسم اخیر عقود تشریفاتی تعبیر به «عقود عینی» می‌شود (۱). در حقوق کشور ما اصل بر رضایی بودن عقود بوده و تشریفاتی بودن آن خلاف اصل است. حال آیا قرارداد جانشینی در بارداری در زمره عقود تشریفاتی است یا رضایی؟ نویسندگان حقوقی بالاجماع معتقدند که قرارداد مزبور را می‌باید در زمره عقود تشریفاتی قرار داد. حفظ نظم بنیان خانواده و جامعه و آثار بسیار مهمی که این قرارداد در موضوعات مختلفی مانند نسب، ارث، محرمیت و...

## منابع

- 1- Katuzian N. [Doreh Moghaddamati Hoghoogh Madani Aamal Hoghooghi Gharardad -Eeyghaa ], 11<sup>th</sup> ed. Iran: Enteshar Corporation; 1385, p. 21- 37. [in Persian]
- 2- Nayeb Zadeh A. Legal Aspects of The Newest Reproductive Methods Surrogacy-Egg/Embroy Donation, 1<sup>th</sup> ed. Tehran: Majd Publication; 1380, p. 101-3. [in Persian]
- 3- Jalalian M. [Sehhat gharardad estefadeh as rahem jaygozin]. In: Anonymous. [Raheme Jaygozin]. Tehran: Samt & AVECINA Istitute; 2007, p. 321-60. [in Persian].
- 4- Salehi Kashani H. [Gharardad Rahem Jaygozin as Manzar Taghsimat Oghood]. Proceeding of the Congress of Ethics and Reproductive Law; 2011; Tehran, Iran; p 94. [in persian]
- 5- Seyfi GH. Third party rights in surrogate mother contracts. J Reprod Infertil 2008; 9(1): 65-81. [in Persian]
- 6- Mosavi Bojnordi M. [Andishehaye Hoghooghi Hoghoogh Khanevadeh], 2<sup>nd</sup>ed. Tehran: Majd Publication; 2011, p. 122- 3. [in Persian]
- 7- Rakhshandehro H. [Gharardad estefadeh as rahem zan]. In: Anonymous. [Raheme Jaygozin]. Tehran: Samt & AVECINA Istitute; 2007, p. 384-409. [in Persian].
- 8- Azin M, Omani Samani R. Title nature and the party of simple surrogacy contract. Medical Fighh J 1391-92; 13, 14. [in Persian]
- 9- Hamdollahi A, Roshan M. [Barresi Tatbigy Feghhy va Hoghooghy Gharardad Estefadeh az Rahem Jaygozin]. 1<sup>th</sup> ed. Tehran: Majd Publication; 2011, p. 75- 153. [in Persian]
- 10- Aramesh K. Ethical assessment of monetary relationship in surrogacy. J Reprod Infertil 2008; 9(1): 36-42. [in Persian]
- 11- Dalir Rad M, Hoseinali Fam M, Jafarizadeh E. [Chalesh Haye Akhlaghi va Mazhabi Piramoon Rahem Jaygozin]. In: Anonymous. [Raheme Jaygozin]. Tehran: Samt & Avicenna Institute; 2007, p. 206-23. [in Persian]
- 12- Ferasatmand A. [Payamad Hay Ehtemaly Estefadeh az Rahem Jaygozin]. 1<sup>th</sup> ed. Iran: Proceeding of the Congress of Ethics and Reproductive Law; 2011; Tehran, Iran; Royan Institute; p. 131. [in Persian].

نامشروع شدن جهت معامله می‌شود و نه با قواعد حقوقی تعارضی دارد. باید در نظر داشت در این قرارداد بنای طرفین بر مسامحه بوده و حتی در صورت معوض بودن نیز منفعت طلبی و سودجویی طرفین مانند عقود معوض مغایره‌ای دیگر نیست. در مورد تشریفاتى بودن این قرارداد نیز باید گفت هرچند اصل اولیه بر رضایی بودن عقود است، ولی با توجه به وضعیت خاص این عقد و تأثیراتی که در جامعه برجا می‌گذارد لازم است آن را تشریفاتى بدانیم.

14- Katuzian N. [Hoghoogh Madani dar Nazm Hoghooghi Konony], 2<sup>th</sup> ed. Iran: Mizan Publication; 2006, p. 212. [in Persian]

15- Bagherian A. [Mahiat, Sharayet va Nahvey Eneghad Gharardad Rahem Jaygozin]. Proceeding of the Congress of Ethics and Reproductive Law; 2011; Tehran, Iran; Royan Institute; 2011, p. 92. [in Persian]

13- Behnammanesh SH. [Tarhe Didgahhay Movafegh Dar Tejary Sazi Rahem Jaygozin]. Proceeding of the Congress of Ethics and Reproductive Law; 2011; Tehran, Iran; Royan Institute; 2011, p. 26. [in Persian]

## Features of surrogacy agreement from ethical and legal perspectives

Abbas Yadollahi Baghlooei<sup>1</sup>, Seyed Mohammad Azin<sup>2</sup>, Reza Omani Samani<sup>\*3</sup>

<sup>1</sup>MSc in Private Law, Department of Epidemiology and Reproductive Health, Epidemiology and Reproductive Health Research Center, Royan Institute, Tehran, Iran;

<sup>2</sup>PhD Candidate in Private law, Department of Epidemiology and Reproductive Health, Epidemiology and Reproductive Health Research Center, Royan Institute, Tehran, Iran;

<sup>3</sup>PhD Candidate in Medical Ethics, Medical Ethics and History of Medicine Research Center, Tehran University of Medical Sciences, and Department of Epidemiology and Reproductive Health, Epidemiology and Reproductive Health Research Center, Royan Institute, Tehran, Iran.

### Abstract

Any contract in the Iranian legal system contains features that need to be explained in order to better understand the exact terms of agreement. Some such features are related to whether the contract is irrevocable or voidable, gratuitous or with considerations, and may bear upon accountability and suspension, formality or contentment, and so on. In surrogacy, the sperm and egg of an infertile couple are fertilized and then transferred to another woman's uterus to carry till birth, when the child is delivered to the owners of the sperm and egg. The specific features and uncertain nature of surrogacy specify the standing of this type of contract among others. The present article is aimed to examine the features of surrogacy agreements from ethical and legal perspectives.

**Keywords:** surrogacy agreement, voidable, authorize, bilateral, gratuitous

---

\*Email: [r.samany@gmail.com](mailto:r.samany@gmail.com)