

قراردادهای رحم جایگزین (دایگی پیش از تولد) در حقوق ایران

سید مرتضی قاسم‌زاده (Ph.D.)

- گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

چکیده

مقصود از رحم جایگزین آن است که زن متأهلی (به موجب قرارداد رحم جایگزین) دایگی جنین متعلق به دیگری را (در رحم خود) تا زمان تولد بپذیرد و تعهد نماید که کودک را پس از تولد یا در زمان معینی به والدین او برگرداند. قانون ایران هیچگونه مقرراتی درباره سرپرستی کودک پیش از تولد از جمله دایگی جنین ندارد. قرارداد رحم جایگزین نمی‌تواند موجب انتقال مسئولیت والدین شود و به موجب این قرارداد دایه به عنوان مادر زاینده برای والدین طرف قرارداد عمل می‌کند و توافق می‌کند که به محض تولد کودک، باید او را به آنها تحویل دهد. قراردادهای تجاری رحم جایگزین در ایران غیر قانونی محسوب می‌شوند. یک زن مجرد نیز حق ندارد برای یک زوج قانونی دایگی کند. به عنوان یک قاعده کلی، پدر قانونی کودک مردی است که از اسپرم او کودک تولید می‌شود، مگر اینکه از اسپرم کسی بعد از مرگ او استفاده شود یا بر مبنای ماده ۱ قانون نحوه اهدای گامت و جنین برای درمان ناباروری (گامت و جنین) به دیگری اهدا شده باشد.

کلید واژگان: رحم جایگزین، مادر جانشین، قرارداد مادر جانشین، دایگی پیش از تولد، ناباروری.

مسئول مکاتبه: سید مرتضی قاسم‌زاده (Ph.D.)، پلاک ۵۲، خیابان خارک، خیابان انقلاب، تهران، ایران.

پست الکترونیک: Dr.Qasemzadeh@yahoo.com

زمینه و هدف

پیشینه و مستند قانونی در حقوق ایران: بر مبنای قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲/۴/۲۹ و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۸۳/۱۲/۱۹، درمان ناباروری با انتقال جنین‌های تشکیل شده از نطفه زوج‌های قانونی و شرعی در خارج از رحم با شرایطی مجاز است. به موجب ماده ۱ این قانون: «کلیه مراکز تخصصی درمان بیماران نابارور ذی‌صلاح مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون نسبت به انتقال جنین‌های حاصل از تلقیح خارج از رحم زوج‌های قانونی و شرعی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی، ناباروری آنها (هر یک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده اقدام نمایند».

مراکز مذکور در صورت موافقت و رضایت کتبی زوج‌های اهدا کننده و تسلیم جواز دریافت جنین از دادگاه خانواده از طرف زن و شوهر متقاضی (مواد ۲ و ۴ قانون و ۳ تا ۴ آیین‌نامه) می‌توانند به درمان ناباروری اقدام کنند.

قانونگذار ایران در این قانون فقط حالت خاصی از درمان ناباروری را پیش‌بینی کرده و حالت‌های دیگر آن به‌ویژه بهره‌مندی از رحم جایگزین (رحم دیگری) برای پرورش جنین را از قلم انداخته است.

در حقوق کنونی پاره‌ای از کشورها (۱) راهکار استفاده از رحم جایگزین نیز در قالب یکی از قراردادهای معتبر مانند اجاره پذیرفته شده است (۲).

مفهوم: مفهوم متعارف و هماهنگ با نظم حقوقی ایران از رحم جایگزین، آن است که والدین جنین^۱ یا کودک متولد نشده^۲ (۳) با زنی؛ که مادر جانشین^۳ یا به ابتکار این مقاله دایه^۴ پیش از تولد نامیده می‌شود، برای آبستنی از جنین، زایمان، نگهداری و پرورش جنین و یا نوزاد، تا

مدت معینی قرارداد ببندند. با وجود این، گاه ممکن است رحم برای مقاصد دیگری نیز، به ترتیب ذیل اجاره داده و جایگزین (رحم جایگزین)^۴ رحم دیگری شود:

۱- اجاره رحم برای آبستنی و حمل جنین دو بیگانه برای زوج قانونی.

۲- اجاره رحم برای آبستنی و حمل جنین دو بیگانه برای یک مرد یا زن مجرد.

۳- اجاره رحم برای آبستنی و حمل جنین زوج قانونی برای یک مرد یا زن مجرد.

اقسام فوق‌الذکر، رحم جایگزین کامل^۵ نامیده شده است (۴).

۴- اجاره رحم برای آبستنی از اسپرم مرد بیگانه برای زوج قانونی نابارور یا دو بیگانه یا یک نفر مجرد. این نوع از رحم جایگزین، رحم جایگزین نسبی^۶ نامیده شده است (۴).

در تمام فرض‌های پیشین ممکن است دایه مجرد باشد یا متأهل. در فرض مجرد بودن دایه مغایرت یا عدم مغایرت قرارداد با نظم عمومی و اخلاق حسنه قابل بحث است. در فرض شوهردار بودن دایه برای اعتبار قرارداد، علاوه بر شرایط دیگر، رضایت شوهر دایه نیز لازم است. به علاوه در حقوق ایران بر مبنای نظم عمومی، ممنوعیت دایگی پیش از تولد دختران و بیوه زنان پیشنهاد شده است (رک: ش: ۱۳).

گفتنی است که اجاره رحم، در موارد مذکور، اغلب عنوان قرارداد اجاره‌ای از نوع اجاره شخص است که به موجب آن مستأجر در برابر ماجر برای آبستنی، نگهداری، زایمان و پرورش جنین تا مدتی معین مجموعی از فعلها و ترک فعلها را بر عهده می‌گیرد.

۵- اجاره رحم برای غیر پرورش جنین مانند تولید و استحصال نطفه و جنین که به‌طور معمول زوجین نابارور به چنین قراردادهایی تمایل دارند. گرچه آنان

4- Surrogacy
5- Full surrogacy
6- Partial surrogacy

1- Embryo
2- Unborn child
3- Surrogate mother

را بر آنان تحمیل کرد؟ به علاوه استناد بر بی نام بودن قرارداد و مبهم گذاشتن شرایط و آثار آن نه تنها ماهیت موضوع را روشن نمی‌کند، بلکه بر ابهام و پیچیدگی آن نیز می‌افزاید. امروزه قراردادهای رحم جایگزین حسب مورد قابل تطبیق با یکی از قراردادهای مرکب است و از این جهت نیز در قالب ماده ۱۰ ق.م. نمی‌گنجد، زیرا قراردادهای موضوع این ماده ساده‌اند نه مرکب. دو طرف قرارداد رحم جایگزین هیچ وقت در پی ایجاد یک ماهیت بسیط حقوقی نیستند، بلکه قصد انشای مجموعه‌ای از حقوق و تعهدات مرتبط را دارند که هدف آنان را تأمین می‌نماید و قالب رحم جایگزین یا دایگی پیش از تولد (اجاره شخص با مجموعی از شروط) برای معرفی و شناسایی آن کافی به نظر می‌رسد.

روش بررسی

در این مقاله مفهوم متعارف از اجاره رحم یعنی استفاده از آن برای کاشتن جنین تشکیل شده، نگهداری از آن در دوران آبستنی، زایمان، نگهداری و حضانت پس از تولد تا مدت معین و سپردن آن به طرف دیگر قرارداد، که اغلب والدین جنین نیز هستند، به شیوه بنیادی-تحلیلی مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرد. بنابراین بحث و مطالعه در خصوص اجاره رحم برای اهداف غیر پرورش جنین، جز برای مقایسه و تبیین موضوع، در این مقاله نمی‌گنجد.

نتایج

گفتار نخست - ضرورت، نوع و مشروعیت قرارداد

۱- *ضرورت تشکیل قرارداد:* در قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور نه تنها شرایط و آثار قرارداد تعیین نشده بلکه ضرورت تشکیل آن نیز مسکوت مانده است. زیرا گرچه موافقت و رضایت کتبی زوج‌های اهدا کننده و تسلیم جواز دریافت جنین از دادگاه خانواده به مراکز درمان ناباروری از طرف زن و شوهر متقاضی (مواد ۲

می‌توانند جنین تشکیل شده را، که محصول رحم سالم است، در قالب قرارداد با نام یا بدون نام دیگری نیز انتقال بگیرند.

انگیزه‌های توسل به قرارداد: انگیزه‌های توسل به اجاره رحم متعدد و گوناگون است ولی به اختصار می‌توان اهم آنها را در چند گروه ذیل جای داد: ۱- ناباروری زوجین؛ ۲- بیماری زوجه و ترس از انتقال بیماری او به جنین؛ ۳- سقط مکرر جنین؛ ۴- استفاده از رحم سالم و مزایای مادر جانشین؛ ۵- راحت طلبی و گرایش به آسوده زیستن ۶- پیروی از باورهای شخصی یا عرفی برای حفظ موقعیت کاری، زیبایی ظاهری و... (۳).

تطبیق قرارداد با قراردادهای رایج: قرارداد اجاره رحم (رحم جایگزین) بر خلاف مفهوم ظاهری و متبادر آن، نوعی قرارداد اجاره شخص یا قرارداد کار است که موضوع آن فقط محدود به رحم نمی‌شود بلکه متشکل از مجموع فعلها و ترک فعل‌هاست. به علاوه دو طرف به ظاهر می‌توانند از قالب‌های عقود معین و نامعین (ماده ۱۰ ق.م.) نیز برای تنظیم روابط خویش استفاده کنند.

گفتنی است که انتخاب عنوان قرارداد و تراضی درباره شرایط آن در اختیار دو طرف قرارداد است و هیچکس حتی قانونگذار نیز حق ندارد کسی را به تشکیل قرارداد و پذیرفتن شرایط آن اجبار نماید. بنابراین نه تنها دو طرف آزادند که نوع قرارداد خود و شرایط آن را انتخاب نمایند، بلکه آنان حق دارند قالب‌های قراردادی ارشادی پیشنهادی کارشناسان را نیز تعدیل و با اهداف خود هماهنگ نمایند. بدین سان در باطل و بی‌اساس بودن اظهار نظرهای تکراری و سطحی توأم با تقلید از منابع غیر علمی مبتنی بر تحمیلی بودن قراردادهای مورد نظر نمی‌توان اندک تردیدی به خود راه داد. زیرا گرچه دو طرف می‌توانند قرارداد خود را در قالب ماده ۱۰ ق.م. تنظیم کنند، ولی هیچ قراردادی را نمی‌توان به دو طرف قرارداد تحمیل کرد. اگر آنان قالب دلخواه خود را ماده ۱۰ ق.م. انتخاب نکنند، چگونه می‌توان این قالب

و ۴ قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور و مواد ۳ تا ۵ آیین‌نامه اجرایی آن) ضروری است و مراکز درمان بدون تقاضا و رضایت مذکور نمی‌توانند به درمان ناباروری اقدام کنند، ولی لزوم تشکیل قرارداد به‌طور صریح یا ضمنی از قانون و آیین‌نامه استنباط نمی‌شود؛ بلکه می‌توان گفت که به موجب هیچ یک از مقررات مذکور تشکیل قرارداد الزامی نیست.

با وجود این برای تنظیم روابط اهدا کنندگان جنین و مؤسسه پزشکی از یک طرف و متقاضیان جنین و پزشک از طرف دیگر و همچنین تنظیم روابط اهدا کنندگان و گیرندگان و تعیین حقوق و تعهدات آنان، تشکیل قرارداد اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد. زیرا ممکن است پس از تولد کودک بین دایه و صاحبان گامت نر و ماده درباره کودک اختلاف پیش بیاید و هر یک از آنان به استناد برخی از دلایل و قرائن تعلق کودک بر خود را ادعا نماید؛ به گفته برخی به استناد اطلاق و حصر برخی از آیات قرآن کریم (سوره مجادله، آیه ۲) مادر کسی است که کودک را زاییده است: «...ان امهاتهم الا اللائی ولدنهم» و بنابراین استدلال مادر کودک دایه‌ای خواهد بود که جنین دیگری را در رحم خود پرورده و زاییده است. ولی به نظر می‌رسد ولادت در آیه مذکور و پاره‌ای از آیات مانند «و والد و ما ولد» (سوره بلد، آیه ۳) به معنی تولید است نه زاییدن؛ در صورتی که زادن حمل با تعبیر وضع یا وضع حمل بیان شده است:

«حملته امه کرهأ» و وضعته کرهأ» (سوره احقاف، آیه ۱۵)؛ «وتضع کل ذات حمل حملها» (حج، ۲) و نیز آیه ۳۶ سوره آل عمران و آیه ۴ و ۶ سوره طلاق. در تحلیل نهایی (و بر مبنای تشخیص مادر با معیار تولید) کودک را باید هم به صاحبان گامت نر و ماده و هم به دایه نسبت داد زیرا گرچه هسته نخستین انسانی (منشأ و سلول تخم) را صاحبان گامت نر و ماده تولید می‌کنند ولی این مقدار برای تولید کافی نیست و تولید اعضاء و جوارح به‌ویژه در جریان تبدیل جنین به هیأت انسانی

بدون تردید، دو طرف قرارداد در انتخاب قالب‌های حقوقی برای تنظیم روابط خویش آزادند و می‌توانند از قالب‌های دلخواه و مناسب حال خویش استفاده کنند؛ گرچه دست کم از حیث نظری ممکن است دو طرف، قراردادهای با نام یا بی نام دیگری را برای تنظیم روابط خویش انتخاب کنند. برای مثال عقد صلح، هبه معوض یا غیرمعوض مجانی منافع رحم (یا به تعبیر دقیق مجموع فعلها و ترک فعلها) یا یک عقد بی نام معوض یا رایگان (نوع دوستانه) ممکن است قالب حقوقی انتخابی آنان باشد، ولی چنان که گفته شد هیچ یک از قالب‌های مذکور برای تراضی دو طرف جامع و بدون ایراد نیست و قالب رحم جایگزین یا دایگی پیش از تولد برای معرفی و شناسایی آن کافی به نظر می‌رسد. در عمل نیز تطبیق تعهدات و شروط دو طرف در قالب قراردادهای بسیط سنتی (عقود معین) مشکل است.

۳- نوع قرارداد: قراردادی که در این مقاله مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرد قرارداد اجاره رحم یا دایگی پیش از تولد است که در حقوق خارجی (۲) ذیل به عنوان قراردادهای مادر جایگزین (۵) مطرح شده است (۶). با وجود این، مسأله قابل بحث این است که آیا برای آبستنی جنین، زایمان و پرورش آن تا مدت معین می‌توان از قالب اعمال حقوقی دیگر مانند عقد صلح یا هبه نیز استفاده کرد؟

بدون تردید، دو طرف قرارداد در انتخاب قالب‌های حقوقی برای تنظیم روابط خویش آزادند و می‌توانند از قالب‌های دلخواه و مناسب حال خویش استفاده کنند؛ گرچه دست کم از حیث نظری ممکن است دو طرف، قراردادهای با نام یا بی نام دیگری را برای تنظیم روابط خویش انتخاب کنند. برای مثال عقد صلح، هبه معوض یا غیرمعوض مجانی منافع رحم (یا به تعبیر دقیق مجموع فعلها و ترک فعلها) یا یک عقد بی نام معوض یا رایگان (نوع دوستانه) ممکن است قالب حقوقی انتخابی آنان باشد، ولی چنان که گفته شد هیچ یک از قالب‌های مذکور برای تراضی دو طرف جامع و بدون ایراد نیست و قالب رحم جایگزین یا دایگی پیش از تولد برای معرفی و شناسایی آن کافی به نظر می‌رسد. در عمل نیز تطبیق تعهدات و شروط دو طرف در قالب قراردادهای بسیط سنتی (عقود معین) مشکل است.

۴- مشروعیت قرارداد: اجاره رحم برای آبستنی و نگهداری از جنین در زمره قراردادهای مشروع قرار

احتمالی پس از آن نیز بر مبنای قرارداد بر طرف می‌شود.

گفتار دوم - تشکیل قرارداد

۵- *قصد دوطرف قرارداد:* در تشکیل این قرارداد قصد والدین جنین از یک طرف و قصد مادر جانشین یا دایه پیش از تولد، از طرف دیگر لازم است. ممکن است به جای والدین جنین، یکی از آن دو یا مؤسسه پزشکی به نمایندگی از والدین یا به‌طور فصولی با دایه قرارداد مذکور را منعقد کند. مؤسسه پزشکی واسطه می‌تواند به نمایندگی از دو طرف (والدین جنین و دایه) یا به صورت فصولی اقدام کند که در این صورت و نیز در صورت تخلف از حدود نمایندگی مسئول خواهد بود.

امروزه قراردادهایی را که مراکز درمان ناباروری با پدر و مادر (قانونی یا حکمی) جنین و به نمایندگی از آنها با دایه منعقد می‌کنند ساده نیستند و اغلب به صورت قرارداد مرکب بسته می‌شوند. این نوع قراردادها از انواع قراردادهای معین و نامعین و شروط ضمن عقد تشکیل می‌شوند.

۶- *اهلیت دوطرف:* برای نفوذ و اعتبار قرارداد، اهلیت کامل دو طرف آن لازم است. زیرا گرچه بر مبنای نظام حقوقی ایران، در قراردادهای غیر مالی رشد لازم نیست؛ ولی این قرارداد از یک طرف، مرکب است و فقط به صورت قرارداد غیر مالی ساده منعقد نمی‌شود و از طرف دیگر، حتی اگر به صورت غیر مالی نیز منعقد گردد، اهلیت کامل دو طرف لازم است؛ زیرا چنانکه گفته شد، به موجب این قرارداد دو طرف تعهدات گوناگونی را بر عهده می‌گیرند که تشکیل و اجرای آنها به‌ویژه تکلیف حضانت جنین نسبت به دایه و تکلیف تعهدات مالی برای طرف دیگر اقتضا دارد که دو طرف به هنگام انعقاد قرارداد اهلیت کامل داشته باشند.

علاوه بر اهلیت قانونی، دو طرف قرارداد باید واجد پاره‌ای از شرایط قانونی نیز باشند که به آن اشاره خواهد شد.

می‌گیرد؛ تردیدهایی که درباره اعتبار قراردادهای مربوط به تولید جنین از نطفه بیگانگان شده است در این مورد صدق نمی‌کند؛ زیرا:

۱- موضوع دو قرارداد با هم متفاوت است؛ موضوع قرارداد نخست نگهداری و حمایت از جنین تولید شده است، در حالی که موضوع قرارداد دوم تولید جنین از نطفه بیگانه در محیط رحم اجاره‌ای است.

۲- جهت دو قرارداد نیز با هم متفاوت است؛ جهت قرارداد نخست مشروع است، زیرا نگهداری و حمایت از جنین موجود، حتی اگر به صورت نامشروع تولید شده باشد، کار قانونی و مشروع است. درحالی که مشروعیت جهت قرارداد دوم به‌طور جدی زیر سؤال است و معلوم نیست که آیا تولید جنین و در نتیجه تولید انسان در محیط رحم اجاره‌ای با استفاده از گامت دو بیگانه مجاز است یا نه.

۳- اخلاق و قانون با واگذاری سرپرستی جنین تولید شده به دایه، اعم از این که مشروع تولید شده باشد یا نامشروع، مغایرتی ندارد و ایراد مغایرت قرارداد با نظم عمومی و اخلاق حسنه و استثمار از دایه وارد نیست؛ زیرا چنانکه گفته شد، این قرارداد برای حمایت از جنین تشکیل شده منعقد می‌گردد و حمایت از جنین و پیشگیری از مرگ وی با نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایرتی ندارد. از طرف دیگر دایه مجبور نیست که به‌طور رایگان از جنین سرپرستی کند؛ او می‌تواند اجرت المسمی یا اجرت المثل کار خویش را از طرف دیگر قرارداد مطالبه نماید. به علاوه با توجه به استثنایی بودن واگذاری سرپرستی جنین به دایه و موکول بودن آن به حکم دادگاه و احراز و اثبات شرایط استثنایی، خطر رواج اجاره رحم برای تولید انبوه جنین‌های بی نام و نشان و تجاری شدن آن نیز منتفی است.

۴- با توجه به تراضی پیشین دایه و والدین جنین و تشکیل قرارداد در این باره احتمال بروز اختلاف نسبت به سرپرستی جنین پیش از تولد منتفی است و اختلافات

۷- موضوع (مورد) قرارداد: یکی از مباحث فنی و اختلافی حقوق قراردادهای تعیین موضوع یا مورد قرارداد است که تاکنون نه در حقوق خارجی (۷،۸) و نه در حقوق ایران (۹،۱۰) وحدت نظری درباره آن ایجاد نشده است. این ابهام و اختلاف در قراردادهای غیر مالی و مرکب مانند اجاره رحم دو چندان می‌شود. با وجود این برخلاف ماده ۲۱۴ ق.م. که مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تسلیم یا ایفای تعهد آن را می‌کند»، به نظر می‌رسد که مقصود از موضوع (مورد) قرارداد اجاره رحم، همان، تعهدات متقابل یا کاری است که دو طرف به موجب قرارداد آن را بر عهده می‌گیرند؛ گرچه بطور کلی موضوع قرارداد از تعهدات ناشی از آن قابل تفکیک است. زیرا اغلب، مقصود از موضوع قرارداد اجاره رحم، تعهدات متقابل طرفین قرارداد یا کار (۱۰) است، در حالی که تعهدات هر یک از آنان به تنهایی یا تعهد هر دو طرف موضوع قرارداد نیست بلکه اثر قرارداد است؛ یعنی قرارداد سبب و تعهد مسبب آن است. ولی چنانکه گفته شد، به نظر می‌رسد که موضوع قرارداد اجاره رحم همان تعهدات متقابل ناشی از قرارداد در قراردادهای معوض و تعهد یا تملیک یک طرف در قراردادهای رایگان است و با آن تفاوتی ندارد.

۸- ماهیت معامله: گرچه عقد اجاره در حقوق ایران در گروه قراردادهای تملیکی (ماده ۴۶۶ ق.م.) قرار دارد، ولی قرارداد رحم جایگزین در زمره قراردادهای عهدی قرار می‌گیرد.

به علاوه، چنان که گفته شد، گرچه این قرارداد اغلب با عنوان قرارداد اجاره رحم معرفی می‌گردد ولی یک قرارداد مرکب و معوض است، زیرا بر مبنای اصول بنیادی قراردادهای (ماده ۱۹۰ به بعد ق.م.) عقدهای تابعی از قصد هستند: «العقود تابعه للقصد». با وجود این، گاه قرارداد انسان دوستانه‌ای برای آبستنی و پرورش جنین منعقد می‌گردد و دایه‌ای به قصد تبرع و احسان

جنین را حضانت می‌کند. در این صورت قرارداد دایگی معوض نیست و والدین جنین نسبت به پرداخت پول برای صرف آبستنی و پرورش جنین تعهدی ندارند، بلکه تعهد آنان به حکم قانون ایجاد می‌شود و منحصر به پرداخت هزینه‌های کاشتن جنین و نگهداری از آن است.

۹- شرایط موضوع (مورد) معامله: بر مبنای قاعده موجود (ماده ۲۱۴ ق.م.) مورد معامله باید مال یا عمل (کار) باشد. چنانکه گفته شد، موضوع این قرارداد تعهد متقابل دو طرف یا تعهد انسان دوستانه یک طرف برای انجام دادن کار است. بنابراین باید شرایط کار و عوض آن در صورت معوض بودن قرارداد به ترتیب ذیل تعیین گردد.

بر مبنای قواعد عمومی، مشروع و مقدور بودن و منفعت عقلایی داشتن موضوع قرارداد برای اعتبار آن ضروری است (مواد ۲۱۵ و ۳۴۸ ق.م.).

همچنین: «مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.» (ماده ۲۱۶ ق.م.).

۱۰- مشروعیت اخذ مال برای دایگی جنین: بدون تردید هزینه حضانت جنین بر عهده والدین او است. ولی پرداخت مال بر مبنای یک قرارداد الزام آور فقط برای آبستنی مورد تردید و اختلاف است. تردیدها، به ویژه در حقوق خارجی، از آنجا ناشی شده است که اینگونه قراردادهای را به حال دایه و فرزند ناشی از جنین زیانبار (۱۲) تلقی کرده‌اند (۲).

در حقوق ایران، هیچ یک از دلایل مذکور برای بطلان تعهد پرداخت مال به دایه کافی به نظر نمی‌رسد. زیرا به حکم عقل تکلیف حفظ و نگهداری از جنین و هزینه‌های آن بر عهده پدر و مادر جنین است و سقط جنین نیز جز در موارد استثنایی به آنان اجازه داده نشده است (۱۳). بنابراین، هرگاه نگهداری از آن موقوف بر این باشد که به دایه‌ای سپرده شود هزینه‌های لازم و اجرت دایه را

جنین به دایه، اخذ مجوز از دادگاه صالح (دادگاه خانواده) ضروری به نظر می‌رسد، چنانکه اخذ مجوز برای جنین‌های اهدا شده ضروری است (ماده ۲ قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نا بارور).

۳- بی ضرر بودن آبستنی برای دایه، فرزندان او و جنین: شرط دیگر دایگی جنین بی ضرر بودن آبستنی برای دایه، فرزندان او و جنین است. هرگاه آبستنی برای دایه، فرزندان او و جنین زیانبار باشد، دایگی منتفی می‌شود؛ زیرا برای پیشگیری از ضرر نمی‌توان ضرری به دیگری وارد کرد، لا تضار والدیه بولدها ولا مولود له بولده (سوره البقره، آیه ۲۳۳) یعنی نباید مادر در حضانت از فرزند به زیان و زحمت بیفتد و نباید پدرش (از دادن هزینة متعارف) متضرر شود (لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام) وگرنه متخلف هم مسئولیت مدنی دارد و هم مسئولیت کیفری (۱۶).

۴- سالم بودن و محجور نبودن دایه (۱۷): سالم بودن و محجور نبودن دایه از این رو لازم است که رحم دایه بیمار و محجور به حکم عقل و منطق محیط مناسبی برای رشد و پرورش جنین نیست. بر مبنای منطق حقوقی نیز دایه بیمار و محجور قدرت اجرای کار موضوع تعهد خویش یا پرورش جنین را ندارد.

۵- شوهر دار بودن دایه: لزوم این شرط بر مبنای اخلاق و فرهنگ جامعه اسلامی است؛ زیرا اخلاق و فرهنگ این جامعه باردار شدن زن مجرد را بر نمی‌تابد. به علاوه بارداری زن بدون شوهر با این هدف که کودک باید در محیط خانواده پرورش یابد، نیز هماهنگ نیست (۱۸).

هرگاه زن بیوه‌ای بخواهد جنین دیگری را دایگی کند، ازدواج دائم یا موقت او با پدر جنین راهکار قانونی مناسبی برای رفع مانع است.

۲-۱۱- شرایط قراردادی: علاوه بر شرایط قانونی، پاره‌ای از شرایط به وسیله دو طرف و بر مبنای تراضی آنان تعیین می‌گردد. این تراضی در صورتی معتبر است که با مقررات امری مبتنی بر نظم عمومی و اخلاق

باید بپردازند و گرنه به تکلیف خود عمل نکرده‌اند. در قرآن کریم در این باره چنین مقرر شده است: «فان ارضعن لکم فاتوهن اجورهن (سوره طلاق، آیه ۶)؛ و ان تعاسرتم فستترضع له اخری (سوره طلاق، آیه ۶). یعنی هرگاه شیر دادند برای شما، مزد ایشان را (بر طبق قرارداد متعارف بین خودتان) بپردازید... و اگر با هم سختگیری کنید (مادر صرف نظر کند) دیگری را برای شیر دادن طلبید.

۱۱- شرایط اختصاصی قرارداد: برای صحت این قرارداد علاوه بر شرایط اساسی صحت قراردادها (شرایط عمومی)، پاره‌ای از شرایط اختصاصی به ترتیب ذیل ضروری است:

۱-۱۱- شرایط قانونی: تکلیف حضانت و نگهداری حمل پیش از تولد و پس از آن، به استناد آیات قرآن در درجه نخست بر عهده مادر و آنگاه بر عهده پدر است (۱۴، ۱۵)، ولوالدات یرضعن اولادهن حولین کاملین... و علی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف...؛ (سوره البقره، آیه ۲۳۳) یعنی مادران باید دو سال کامل فرزندان خود را شیر دهند... و به عهده پدر است که خوراک و لباس مادر را در حد متعارف بدهد...؛ و حمله و فاصله ثلاثون شهراً... (سوره الاحقاف، آیه ۱۵). یعنی مدت حمل و شیرخواری سی ماه تمام خواهد بود. بنابراین این قرارداد جنبه استثنایی دارد و در صورتی معتبر است که علاوه بر شرایط اساسی صحت قراردادها، شرایط قانونی اختصاصی ذیل را نیز دارا باشد:

۱- نابارور بودن زوجه یا خطرناک بودن باروری: در صورتی می‌توان به موجب قرارداد اجاره رحم آبستنی و نگهداری از جنین را به دایه واگذار کرد که زوجه نابارور باشد یا به علت امراض غیر قابل درمان ادامه باروری برای مادر یا جنین یا هر دو خطرناک باشد.

۲- اخذ مجوز از دادگاه: برای نظارت بر اجرای صحیح قانون و رعایت استثنایی بودن واگذاری سرپرستی

حسنه مغایر نباشد. این شرایط عبارتند از:

۱- رضایت دایه و شوهر او: نه تنها اصل آزادی دایه، که در زمره حقوق بنیادی انسانها قرار دارد، اقتضا می‌کند که بدون رضای او قرارداد رحم جایگزین نافذ نباشد، بلکه در عالم خارج بدون این خواسته پیوند جنین به رحم دایه امکان ندارد و اجبار مادی او نیز با هدف غایی قرارداد و مقررات حقوقی مغایر است. رضای شوهر دایه با منطق تعهدات قانونی، عرفی و نیز تعهدات ناشی از عقد نکاح دایه در برابر شوهر قابل توجیه است؛ زیرا دایه به موجب عقد نکاح، قانون و عرف متعهد شده است که جز فرزندان شوهر خویش را، در دوران زناشویی، در رحم خود نپرورد.

۲- اصل تبرعی نبودن دایگی و لزوم تصریح به دایگی رایگان: کار دایه محترم است و او می‌تواند برای کاری که انجام می‌دهد، از جمله دایگی از جنین دیگری، اجرت بگیرد. هرگاه در تبرعی بودن کار دایه تردید شود، اصل عدم تبرع است و رایگان بودن آن به تصریح نیاز دارد.

۳- اعتبار تراضی درباره میزان اجرت: در اصل میزان اجرت دایه بر مبنای تراضی تعیین می‌گردد. گرچه مالکیت انسان بر جسم خود مورد تردید است و این تردید درباره مالکیت جسم و اعضای آن نیز وجود دارد، لذا هیچ کس حق ندارد خود یا برخی از اعضای خود را از بین ببرد (۱۹) یا به دیگری تملیک کند (۲۰)؛ ولی دایه حق دارد اجرت یا کارمزد دلخواه خویش را از طرف قرارداد مطالبه نماید؛ زیرا دایه با پذیرفتن دایگی نه عضوی از اعضای جسم خود را به دیگری تملیک می‌کند و نه خود را برده قرار می‌دهد. با وجود این، از آنجا که دایگی جنین به عنوان شغل یا کار حرفه‌ای تلقی نمی‌شود، بلکه به‌طور استثنایی و در موارد خاص تجویز می‌گردد، تعیین تعرفه اجباری اجرت برای دایه لازم نیست.

گفتار سوم- آثار قرارداد

به موجب قرارداد اجاره رحم، که نوعی قرارداد

جایگزینی رحم تلقی می‌شود (۲۱)، حقوق و تعهدات گوناگونی به ترتیب ذیل برای اطراف قرارداد ایجاد می‌شود:

۱۲- حقوق و تعهدات دایه

۱۲-۱- حقوق دایه: بر طبق قانون و قرارداد حقوق ذیل برای دایه ایجاد می‌گردد:

۱- دایه حق دارد اجرت المسمای دایگی خود را از والدین جنین بخواهد؛ زیرا عمل انسان محترم است و هیچکس مجبور نیست برای دیگری بیگاری کند.

۲- دایه حق دارد اجرت‌المثل کارهای خود را در صورت عدم وجود قرارداد یا سکوت آن از والدین جنین بخواهد.

۳- در صورتی که جنین به دایه اهدا شده باشد، او حق دارد پس از تولد جنین نیز از کودک سرپرستی و حضانت کند. در این صورت اهداکننده جنین، اعم از والدین و مؤسسه پزشکی، حق رجوع برای استرداد او را ندارد (مستفاد از مواد ۱ تا ۳ قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور).

۴- دایه در صورتی که مجرد باشد حق دارد با پدر جنین به صورت دایم یا موقت ازدواج و آنگاه از جنین تا زمان تولد و پس از آن حضانت کند.

۲-۱۲- تعهدات دایه: چنانکه گفته شد دایه به موجب این قرارداد تعهدات گوناگونی را به ترتیب ذیل بر عهده می‌گیرد:

۱- دایه تعهد می‌کند که بار جنین را تا پایان دوره جنینی تحمل و در موعد مقرر وضع و تا زمان تسلیم به والدین از او نگهداری کند. ضمانت اجرای نقض این تعهد پیش از کاشتن جنین در رحم دایه، جبران خسارت و بعد از آن مجازات متخلف و جبران خسارت زیان دیده است (۲۱).

۲- تمام تکالیف قراردادی یا عرفی خود را اجرا کند.

۳- از ارتکاب کارهای زیانبار به حال جنین خودداری نماید و گرنه حسب مورد از نظر کیفری یا مدنی یا هر

دو مسئول است (۲۲).

۴- در موعد مقرر جنین متولد شده یا کودک را به والدین او بر گرداند.

۱۳- **حقوق و تعهدات شوهر دایه:** به‌طور معمول، دایه جنین، شوهر نیز دارد، زیرا در نظام‌های مبتنی بر حقوق سنتی- مذهبی، عرف و هنجارهای جامعه آبستنی و بارداری دوشیزه یا زن بیوه را حتی به صورت قرارداد رایگان و انسان دوستانه تحمل نمی‌کند. بنابراین، دایه جنین، زن شوهرداری است که رضایت او نیز شرط نفوذ این قرارداد است.

در شرایط کنونی بر طبق اصول کلی و قواعد عمومی (مانند اصل آزادی قراردادی و اختیار انتخاب کار و فعالیت) زن مجرد (دوشیزه یا بیوه) نیز مانند دیگران حق دارد از جنین دیگری دایگی کند و هیچ منع قانونی در این باره وجود ندارد ولی چنانکه گفته شد عرف و هنجارهای جامعه سنتی- مذهبی ایران، آبستنی و بارداری دوشیزه یا زن بیوه را حتی به صورت قرارداد رایگان و انسان دوستانه به سادگی بر نمی‌تابد؛ لذا پیشنهاد می‌شود که قانونگذار با توجه به این هنجارهای جامعه ایرانی به هنگام وضع قوانین مربوط به قراردادهای رحم جایگزین ممنوعیت دایگی پیش از تولد دختران و بیوه زنان را بپذیرد.

در بحث حاضر، نخست حقوق و آنگاه تعهدات شوهر دایه به ترتیب ذیل مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد:

۱-۱۳- **حقوق شوهر دایه:** شوهر دایه مجبور نیست به دایگی همسر خویش رضایت دهد. حقوق قانونی و قراردادی شوهر دایه از قرار ذیل است:

۱- شوهر دایه حق دارد با همسر خویش زندگی کند و آبستنی او از جنین دیگری حق قانونی شوهر را محدود نمی‌کند.

۲- شوهر دایه حق دارد با همسر خویش روابط زناشویی متعارف داشته باشد.

۲-۱۳- **تعهدات شوهر دایه:** شوهر دایه هم‌گانه تعهداتی را

به موجب قرارداد یا عرف، به ترتیب ذیل، می‌پذیرد:

۱- خودداری از نزدیکی با دایه در دوران بارداری یا در مدت معین.

۲- رفتار مناسب و متعارف با دایه یعنی شوهر دایه باید با او به‌طور مناسب و متعارف رفتار کند و گرنه مرتکب تقصیر شده و مسئول خواهد بود.

۳- همکاری با دایه.

۴- خودداری از هرگونه رفتار زیانبار به حال جنین.

۱۴- **حقوق و تعهدات والدین جنین:** با تشکیل قرارداد دایگی، تعیین نسب جنین و حقوق و تعهدات والدین مشکل نیست و اختلافات و تردیدهای تعیین نسب کودک ناشی از مساحقه زن حامل اسپرم شوهر، با دختر باکره (۲۳) در این فرض پیش نمی‌آید.

۱-۱۴- **حقوق والدین جنین:** ۱- از آنجا که: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبن است» (ماده ۱۱۶۸ ق.م.م.) حضانت پیش از تولد آنان نیز حق و تکلیف پدر و مادر است. ۲- اصولاً هیچ یک از پدر یا مادر حق ندارد تکلیف قانونی مذکور را، با اهدای جنین یا به موجب قراردادی، پیش از تولد یا پس از آن، از عهده خود ساقط کند (۲۴).

۳- با سپردن جنین به دایه حق حضانت والدین ساقط نمی‌شود؛ بنابراین هرگاه پس از آبستنی دایه، مادر طبیعی رحم خود را درمان و برای آبستنی آماده کند، حق دارد جنین را از دایه مطالبه نماید. در این صورت دایه حق استنکاف ندارد مگر اینکه برخلاف آن تراضی شده باشد یا تمکین از خواسته مادر به ضرر جنین یا دایه باشد.

۴- بر مبنای مقررات فقهی و حقوقی پدرجنین حق دارد، با اذن همسر خویش، نخست با زن خالی از موانع نکاح، به صورت دایم یا موقت ازدواج کند و آنگاه او را به دایگی جنین تولید شده از گامت خود و همسر دیگر خویش انتخاب نماید.

۲-۱۴- **تعهدات والدین جنین:** برای والدین جنین نیز پاره‌ای از تعهدات ایجاد می‌شود؛ تعهدات مالی بر عهده

والدین در این باره بر طبق قرارداد یا به صورت یک طرفه قابل اسقاط یا انتقال نیست.

۱۵- حقوق و تعهدات پزشک یا مؤسسه پزشکی

واسطه

۱۵-۱- حقوق پزشک یا مؤسسه پزشکی واسطه:

۱- پزشک یا مؤسسه پزشکی واسطه حق دارد اجرت المسمای عمل خود را بر طبق قرارداد که نباید سقف آن بیش از تعرفه‌های وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی باشد، دریافت کند.

۲- هرگاه اجرت، تعیین نشده یا قرارداد نسبت به آن ساکت باشد، اجرت‌المثل بر مبنای تعرفه وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی تعیین می‌شود.

۳- پزشک یا مؤسسه پزشکی حق ندارد برای صرف واگذاری جنین‌های اهدا شده از بیماران نابارور و متقاضیان دریافت جنین، وجهی دریافت نماید؛ زیرا جنین مال نیست تا مبادله آن با مال صحیح باشد. به علاوه ممکن است بتدریج مؤسسات تولید و خرید و فروش انسان پا بگیرد و این کار انسانی به سوداگری و تجارت پر سود و خطرناک تبدیل شود.

۱۵-۲- تعهدات مؤسسه پزشکی واسطه: از آنجا که قراردادهای مربوط به رحم جایگزین از جمله اجاره رحم اغلب با هدف بارورکردن اشخاص نابارور تشکیل می‌گردد و این کار در توان افراد غیر متخصص نیست، ناگزیر در اغلب درمان‌های ناباروری پزشک متخصص یا مؤسسه پزشکی به نمایندگی از دو طرف اقدام می‌کند. بنابراین پزشک یا مؤسسه پزشکی واسطه نیز به نوبه خود تعهدات متعددی را بر طبق قرارداد، قانون یا عرف برعهده می‌گیرد. اهم این تعهدات عبارتند از:

الف- تعهدات قراردادی: پاره‌ای از تعهدات پزشک یا مؤسسه پزشکی به‌طور صریح یا ضمنی منشاء قراردادی دارند و بر مبنای تراضی دو طرف ایجاد می‌شوند؛ بنابراین باید به قصد مشترک دو طرف احترام گذاشته شود و خواسته دقیق آنان به ترتیب مقرر اجرا

پدر و تکالیف غیر مالی بر عهده پدر و مادر جنین است. تعهدات قراردادی، عرفی و قانونی والدین جنین از قرار ذیل است:

۱- هزینه‌های گوناگون حمل و نگهداری از جنین برعهده پدر است (مستفاد از مواد ۱۱۶۸ به بعد ق.م.). این هزینه‌ها شامل هزینه‌های پزشکی، تغذیه جنین و دایه می‌شود. گفتنی است که در قراردادهای نوع دوستانه فقط پرداخت هزینه‌های پزشکی و جنین بر عهده والدین است.

هرگاه رایگان بودن یا نبودن قرارداد مورد تردید قرار بگیرد، اصل بر عدم تبرع است.

۲- والدین باید جنین متولد شده یا کودک را در موعد مقرر از دایه تحویل بگیرند. آنان حق ندارند به بهانه بیماری یا معلولیت کودک از مسئولیت‌های قانونی خویش سر باز زنند و از تحویل گرفتن کودک امتناع نمایند. در حقوق پاره‌ای از کشورها نیز چنین تکلیفی برای والدین کودک وجود دارد^۷ (۲۷-۲۵).

۳- والدینی که جنین خود را اهدا می‌کنند باید دین یا مذهب خود را به مؤسسه پزشکی واسطه اعلام نمایند (مستفاد از بند الف ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور).

۴- والدین مسلمان حق ندارند برای جنین خود دایه کافری انتخاب کنند؛ زیرا بر مبنای مقررات اسلام: کافر بر مسلم ولایت ندارد (لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً، آیه ۱۴۱ از سوره النساء) و در اعطای دایگی به غیر مسلمان خطر گرایش فرزند به دین دایه و تحمیل دین، در صورت طولانی بودن دوره دایگی پس از تولد وجود دارد (۴).

این تعهدات برای همسویی با نظم جامعه اسلامی ایران ایجاد شده‌اند و جنبه امری دارند. بنابراین تراضی برخلاف آنها باطل و بی‌اعتبار است و مسئولیت‌های

۱- قال رسول الله (ص): ما من مولود يولد يولد على الفطرة وابواه يهودانه او ينصرانه

گردد.

۱- رعایت اولویت‌های تعیین شده در قرارداد: هرگاه پزشک یا مؤسسه پزشکی خودسرانه و به‌طور فضولی اقدام کند، مسئول خواهد بود.

۲- رعایت اصول و مبانی مسلم پزشکی و تن ندادن به خطرپذیری مگر اینکه عرف پزشکی آن را اقتضا نماید.

۳- آگاه نمودن دو طرف از اقدامات پزشکی قابل اجرا پیش از تشکیل قرارداد. این آگاه‌سازی زمینه را برای تشکیل قرارداد فراهم می‌کند و گرنه ممکن است قرارداد، به علت جهل والدین جنین و دایه نسبت به مفاد آن باطل گردد.

ب- *تعهدات قانونی و عرفی*: برخی از تعهدات پزشک یا مؤسسه پزشکی مبنای قانونی یا عرفی دارد. این تکالیف برای نیل به پاره‌ای از اهداف عرفی- مذهبی و هماهنگی با احکام اسلامی، به ترتیب ذیل، برای پزشک یا مؤسسه پزشکی ایجاد می‌شود:

۱- رعایت تناسب دینی و مذهبی والدین جنین و دایه: در صورتی که والدین جنین مسلمان باشند، مؤسسه پزشکی باید دایه مسلمان را انتخاب نماید (مستفاد از بند الف ماده ۶ آیین‌نامه).

۲- مخفی نگه داشتن اقدامات در صورتی که دو طرف چنین بخواهند: ولی در صورت سکوت آنان مخفی نگه داشتن اقدامات ضروری به نظر نمی‌رسد؛ زیرا لزوم مخفی نگه داشتن اطلاعات برای پیشگیری از بروز اختلافات احتمالی است و این الزام برای مخفی نگه داشتن دایه منطقی نیست، مگر اینکه جنین به دایه اهدا شده باشد (بند ت و تبصره ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور) و او خود را مادر تلقی کند و از این طریق اختلافاتی در روابط خانوادگی ایجاد شود. ولی حکم آیین‌نامه اجرایی قابل ایراد است؛ زیرا آیین‌نامه نمی‌تواند الزامی بیش از قانون ایجاد کند. در حالی که قانون مذکور هیچ‌گونه الزام و محدودیتی نسبت به سری نگه داشتن اطلاعات ندارد،

آیین‌نامه آن را الزامی کرده است.

۳- احراز و اثبات عدم توانایی باروری والدین طبیعی جنین یا ناتوانی مادر از بارداری یا خطر سقط جنین و توانایی دایه از حیث سلامتی جسمی و روانی نسبت به دریافت و نگهداری آن با آزمایش‌های دقیق پزشکی (مستفاد از بند پ ماده ۶ و ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی). تخلف یا کوتاهی پزشک و مؤسسه پزشکی در این باره برای او حسب مورد مسئولیت مدنی، کیفری یا هر دو را ایجاد می‌کند.

بحث

توسل به قراردادهای رحم جایگزین (اجاره رحم یا دایگی پیش از تولد) برای نگهداری از جنین دیگری و انگیزه‌های شخصی و نوعی متعددی مانند پیشگیری از خطر انتقال بیماری‌های ژنتیکی مادر به جنین، سقط مکرر جنین و میل به آسودگی و گریز از درد زایمان دارد.

قرارداد اجاره رحم بر خلاف مفهوم ظاهری و متبادر آن، نوعی قرارداد اجاره شخص یا قرارداد کار است که موضوع آن فقط محدود به رحم نمی‌شود بلکه متشکل از مجموع فعلها و ترک فعلهاست.

موضوع قرارداد اجاره رحم شباهت زیادی با قرارداد دایگی از فرزند دیگری دارد و می‌توان آن را قرار داد دایگی پیش از تولد نامید. شایان ذکر است نویسنده مقاله اصطلاح دایگی پیش از تولد را به جای مادر جانشین و قرارداد دایگی پیش از تولد را به جای رحم جایگزین با هدف ترویج فرهنگ بومی و معادل سازی درست اصطلاحات حقوقی، پیشنهاد می‌کند.

دایه جنین، که در فرهنگ حقوقی بیگانگان مادر جانشین نامیده می‌شود (۲۸)، به موجب قرارداد در برابر والدین جنین تعهد می‌کند که از جنین بطور متعارف نگهداری کند و پس از سپری کردن دوران آبستنی و زایمان، نوزاد را طبق قرارداد در اختیار آنان قرار دهد.

نتیجه‌گیری

چند نتیجه‌گیری مهم به ترتیب ذیل حاصل می‌شود:

۱- در مواردی که به دلایل موجه پزشکی آبستنی و نگهداری از جنین به‌طور طبیعی برای زن و شوهر صاحب نطفه امکان نداشته باشد، قرارداد رحم جایگزین (دایگی پیش از تولد)، راهکار مناسب حقوقی است، ولی از این راهکار باید در حد ضرورت و به‌طور استثنا استفاده شود.

۲- گاه به موجب قرارداد، به‌ویژه قرارداد اجاره رحم، رحم صاحب نطفه، جایگزین رحم زن شوهرداری می‌گردد که امکان تولید نطفه و باروری را ندارد. جهت این قرارداد تحصیل نطفه از رحم مستأجر است. تحصیل نطفه در قالب قراردادهای دیگر نیز امکان‌پذیر است.

۳- برای صحت این قرارداد علاوه بر شرایط عمومی وجود پاره‌ای از شرایط اختصاصی ضروری است.

۴- پدر و مادر جنین حق دارند پس از تولد و در موعد مقرر کودک را از دایه بگیرند.

در مجموع پیشنهادهای به شرح ذیل ارائه می‌شود:

۱- برای رفع مشکل زنانی که به‌طور طبیعی نابارورند یا به علت موجه پزشکی (نه برای راحت طلبی یا تنوع یا استثمار دیگران) نمی‌توانند جنین خود را در رحم خویش تا روز تولد نگه دارند استفاده از رحم جایگزین در قالب یکی از قراردادهای معتبر راهکار مناسبی به نظر می‌رسد. پیشنهاد می‌گردد که قانونگذار با توجه به نیاز کنونی جامعه ایرانی و هماهنگ با مبانی فقهی، حقوقی و فرهنگی آن، مقررات لازم را، چنانکه در این مقاله گفته شد، به تصویب برساند.

۲- نظم عمومی و اخلاق حسنه اقتضا دارد که دایه پیش از تولد متأهل باشد.

بی‌تردید والدین جنین (کودک پیش از تولد) و دایه پیش از تولد و پزشک یا مؤسسه پزشکی با بستن قراردادهای گوناگون رابطه خود را تنظیم می‌کنند. کیفیت درمان و حقوق و تعهدات دو طرف، در قرارداد تعیین می‌گردد. چنانکه گفته شد، این قراردادها بر خلاف تصور برخی (۲۹) به جایگزینی رحم محدود نمی‌شود و توسل به آنها راه منحصر به فرد درمان بیماران فاقد تخمدان یا اسپرم یا تخمک نیست (۴)؛ ولی هنگامی معتبرند که دو طرف با علم به موضوع تعهد، قصد تشکیل قرارداد دایگی پیش از تولد را بکنند وگرنه قرارداد باطل است؛ بنابراین فراكاشتن گامت یا جنین بیگانه بدون اطلاع و قصد طرف قرارداد در اجرای قرارداد مطلق درمان ناباروری تخلف از قرارداد محسوب می‌شود. علاوه بر توافق قصد دو طرف، مشروع بودن جهت معامله و عدم مغایرت آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه از دیگر شرایط اعتبار قراردادهای استفاده از رحم جایگزین محسوب می‌شود. به موجب این قرارداد، نه تنها رابطه حقوقی اطراف آن و حقوق و تعهدات والدین کودک و دایه و مؤسسه پزشکی واسطه تعیین می‌گردد که در صورت اختلاف با تفسیر آن می‌توان به اختلافات طرفین پایان داد، بلکه قرارداد از حدوث پاره‌ای از اختلافات بنیادی نیز پیشگیری می‌کند. چنانکه اختلاف تعلق کودک به صاحبان گامت نر و ماده یا دایه پیشاپیش و بر مبنای قرارداد حل می‌شود و مسئول اعمال زینبار کودک تعیین می‌گردد (۳۰). زیرا دایه به هنگام تشکیل قرارداد خود را مادر نمی‌شناسد و تعهد می‌کند که در آینده نیز ادعای مادری نکند و کودک را چنانکه تعهد کرده است به صاحبان گامت نر و ماده (والدین) تسلیم نماید.

References

1- Cretney SM, Masson JM, Bailey-Harris R. Principles of

family law; 7th Edition, London, Sweet & Maxwell.

- 2003;No 23-066-7.
- 2- Bainham A, Children-The Modern Law. 3rd Edition, Bristol, Family Law. 2005;p:493-4.
- 3- Brazier M, Golombok S, Campbell A. Surrogacy. Review for the UK health ministers of current arrangements for payments and regulation. Hum Reprod update. 1997;3(6):623-8.
- 4- Mchale J, Fox M, Gunn M, Wilkinson S. Health Care Law; Text and materials. London, Sweet & Maxwell. 2007;P:781-2.
- 5- Standley K. Family Law. 3rd Edition: Palgrave Law Masters: 2001;p:207-211; 373.
- 6- Guest AG, Anson MA. Law of Contract, 26th Edition, Clarendon press Oxford. 1988;p:78.
- ۷- فرج الصده عبدالمنعم. نظریه العقد فی قوانین البلاد العربیه (القانون المصری و اللبنانی و السوری والعراقی و الكويتی والسودانی) بیروت. دارالنهضة العربیه، ۱۹۷۴م، صفحات: ۳۱۷-۳۱۵.
- ۸- کاتوزیان ناصر. حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها. جلد دوم، چاپ چهارم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۶، شماره ۲۸۰.
- ۹- شهیدی مهدی. تشکیل قرارداد و تعهدات. جلد اول، چاپ اول، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷، شماره ۳۳۰ به بعد.
- ۱۰- بروجرودی عبده محمد. حقوق مدنی. گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۰، صفحه: ۱۳۴.
- 11- Brazier M, Golombo S, Campbell A. Surrogacy Consultation document and questionnaire; Review for the UK health ministers of current arrangements for payments and Regulation. 1998;p:9-10.
- 12- Ashford M, Chard A, Redhouse N. Defending Young People; 3rd Edition, London, LAG. 2006;No 3.99:p:77-8.
- ۱۳- علیوی ناصر محمد. الحضانه بین الشریعه والقانون. رساله ماجیستیر، عمان، الدارالعلمیه الدولتی و دار الثقافه للنشر والتوزیع، الطبعة الاولى، ۲۰۰۲م، صفحات: ۸-۹۷.
- 14- Hoyano L, Keenan C. Child abuse. Law & Policy Across Boundaries; Oxford University Press. 2007;pp: 218-86.
- 15- Hoyano L, Keenan C. Child abuse. Law & Policy Across Boundaries; Oxford University Press. 2007;pp: 120-215.
- ۱۶- مؤمن محمد. سخنی درباره تلقیح. ترجمه موسی دانش (جعفرزاده)، روش‌های تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، پژوهشکده ابن سینا (جهاد دانشگاهی) و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، چاپ اول، ۱۳۸۰، صفحات: ۲-۸۱.
- ۱۷- صفائی سید حسین، قاسم زاده سید مرتضی. حقوق مدنی اشخاص و محجورین. سمت، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۷، صفحه: ۲۰۲ به بعد.
- ۱۸- عنایت الله محمد عصمت الله. الانتفاع باجزاء الآدمی فی الفقه الاسلامی. الطبعة الاولى، لاهور، مکتبه جراج اسلام ۱۴۱۴ ه.ق، صفحات: ۶۳-۵۵.
- ۱۹- عبدالدائم احمد. اعضاء جسم الانسان ضمن التعامل القانون. (رساله مقدمه لنیل شهاده الدكتوراه فی الحقوق)، بیروت، ۱۹۹۹م، صفحات: ۴۳-۴۰.
- ۲۰- نایب زاده عباس. بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی. انتشارات مجد، ۱۳۸۰، صفحه: ۹۳ به بعد.
- 21- Bainham A. Children-The Modern Law. 3rd Edition; Bristol, Family Law. 2005;p:404-5.
- ۲۲- نجفی محمدحسن. جواهرالکلام. ج ۴۱، با تحقیق، تعلیق و تصحیح محمود القوچانی، دارالاحیاء التراث العربی، صفحات: ۸-۳۹۶.
- ۲۳- الزحیلی وهبه. الفقه الاسلامی و ادلته. جلد ۱۰، دمشق، دارالفکر، دمشق و دارالفکر المعاصر، بیروت، ۱۹۹۷م، صفحات: ۸-۷۲۴.
- 24- Kennedy I, Grubb A. Medical law; Third Edition; Oxford university press. 2000;P:1384.
- ۲۵- احمد محمد شاکر (تحقیق). مسند احمد. دارالمعارف بمصر، ۱۳۷۵ ه.ق، جلد ۵، صفحه: ۲۳۳.
- ۲۶- دارالشعب بالقاهره. صحیح بخاری. ۱۳۸۸ ه.ق، ۱۳۷۵ م، شماره ۲۷۷۵، حدیث ۷۰۸.
- ۲۷- مسلم بن الحجاج بن مسلم القشیری. صحیح مسلم. دارالشعب بالقاهره، ۱۳۹۳ ه.ق، ۱۹۷۳ م. حدیث ۲۶۵۸.
- ۲۸- موسوی بجنوردی سید محمد. اندیشه‌های حقوقی (۱)، حقوق خانواده. به کوشش ابولفضل احمدزاده، چاپ اول، تهران، مجد، ۱۳۸۶، صفحه: ۱۰۲.
- ۲۹- آخوندی محمد مهدی، صادقی محمدرضا. ضرورت به کارگیری تکنیکهای باروری کمکی در تولید مثل انسان. در مجموعه مقالات روشهای تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، سمت، ۱۳۸۰، صفحات: ۳-۳۲.
- 30- Lunney M, Oliphant K. Tort Law; text and terials; Oxford. 2000;p:402.