

عنوان، ماهیت و اطراف قرارداد حمل جایگزین ساده

سید محمد آذین^۱

رضا عمانی سامانی

چکیده

حمل جایگزین ساده به عنوان یک روش کمک باروری مدتی است در کشور، مورد استفاده قرار می‌گیرد و مراکز درمان ناباروری، چندی است، هر یک به صلاحدید خود به نحوی این فرایند را هدایت و اجرا می‌کنند. قانون نیز به روال همیشگی خود در برابر توسعه شتاب آلود پزشکی، کم تحرک و کند می‌نماید؛ ناگزیر قرارداد باید خلأ موجود را پر کند. بنابراین با التفات به پیچیدگی و نوظهور بودن مسأله حمل جایگزین، لازم است ابهامات پیرامون «عنوان»، «ماهیت» و «اطراف» این قرارداد مرتفع شود؛ رسالتی که نوشتار حاضر در صدد انجام آن است. اجمالاً باید گفت عنوان «حمل جایگزین» بهترین انتخاب برای تسمیه این قرارداد است که هم متضمن ملاحظات اخلاقی بوده و حافظ کرامت انسانی حامل است و هم به خوبی معرف فرایندی است که به موجب عقد اجرا می‌شود. همچنین با توسل به موارد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی و نظر به عدم مخالفت با اخلاق حسنه و نظم عمومی، قرارداد حمل جایگزین را می‌توان در رسته عقود نامعین تعریف و تابع قواعد عمومی قراردادها دانست و بدین وسیله از عواقب گنجاندن آن در قالب عقود معین و احکام و آثار آن، رهایی جست. رایگان دانستن عقد نیز از دشواری‌های اخلاقی تحلیل رابطه قراردادی می‌کاهد و این در حالی است که می‌توان با تشریط پاداش به صورت شرط فرعی ضمن عقد، حقوق مالی حامل را نیز تأمین نمود. علاوه بر آن با مطالعه این نوشتار می‌توان دریافت که قرارداد حمل جایگزین بیش از دو طرف دارد صرف نظر از صاحبان نطفه و حامل، از جایگاه شوهر حامل در انعقاد عقد - به

۱- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران و پژوهشگر گروه اپیدمیولوژی و سلامت باروری، مرکز تحقیقات اپیدمیولوژی باروری، پژوهشگاه رویان، جهاد دانشگاهی (نویسنده مسؤل)

جهت تحمیل برخی محدودیت‌ها و ممنوعیت‌ها بر وی - نباید مغفول ماند.

واژگان کلیدی: حمل جایگزین، رحم جایگزین، عنوان قرارداد، ماهیت قرارداد، اطراف قرارداد

مقدمه

توافق، قانون حاکم بر رابطه قراردادی میان طرفین است^۱ و این وقتی بیشتر اهمیت می‌یابد که موضوع توافق در قوانین موضوعه فاقد هرگونه سابقه‌ای باشد. قرارداد حمل جایگزین از همین سنخ است. آن چه در این مقاله قصد تحلیل آن را داریم تبیین تعهدات متقابل طرف‌های درگیر در قرارداد حمل جایگزین از نوع ساده^۲ است. پس ضرورت دارد ابتدا فهمی ولو کلی از مفهوم حمل جایگزین و انواع آن به دست داده شود. حمل جایگزین به فرایندی اطلاق می‌شود که از طریق آن یک زن جنین یک زوج دیگر یا شخص دیگری را حمل نموده و در نهایت تحویل می‌دهد. حامل می‌تواند همان مادر ژنتیک جنین باشد (که این نوع، حمل جایگزین سنتی^۳ نامیده می‌شود) یا می‌تواند حامل نطفه‌ای باشد که هیچ رابطه ژنتیکی با وی ندارد و به رحم وی منتقل شده است (که این نوع دوم را حمل جایگزین می‌نامیم)^۴

در صورتی که نطفه انتقال یافته از ترکیب سلول‌های جنسی زن و مردی حاصل شده باشد که در علقه ازدواج یکدیگر باشند، حمل جایگزین، پسوند «ساده» را یدک می‌کشد^۵ و بدیهی است با توجه به شبهات جدی در امکان تلقیح گامت‌های بیگانه، آن چه در نظام حقوقی ما می‌تواند تجویز شود، همین حمل جایگزین ساده است.

آنچه در این مقاله بر سر تبیین آنیم تحلیلی علمی و موشکافانه در خصوص عنوان، ماهیت و طرف‌های درگیر قرارداد موصوف است. نخستین پرسش‌ها در خصوص چند و چون قرارداد، پیرامون سه محور طرح می‌شود: این قرارداد چه نام دارد؟ این عقد را در کدام دسته و رسته می‌توان طبقه بندی کرد؟ چه کسانی در انعقاد این پیمان نقش دارند؟

عنوان از آن جهت حائز اهمیت است که در روزگار ما، هر نویسنده و متفکری ترجمانی از اصطلاح «Surrogacy» به دست داده و این اختلاف در تعبیر، بدان حد است که ذات و ماهیت این عمل را در گستره‌ای طیف گوناگون میان دو سرحد مادری و اجاره اشخاص در نوسان و ابهام باقی می‌گذارد. (بخش نخست) پس بحث پیرامون عنوان قرارداد، گفتگو راجع به ماهیت این عمل حقوقی را ناگزیر به میان می‌کشد و باید در بخشی مستقل (بخش دوم) به بررسی نظریه‌های گوناگون در این خصوص پرداخت و بهترین گزینه را با توجه به ویژگی‌های منحصر به فرد حمل جایگزین جستجو نمود.

هر قراردادی به واسطه ایجاب و قبول طرف‌های خلق کننده‌اش پایه می‌گیرد. به طور معمول قرارداد دو طرف دارد و قانون نیز به همین سبب، مکرر از واژه «متعاملین» یا «طرفین» به وجه تثنیه برای نام‌گذاری طرف‌های قرارداد بهره برده است.^۷ اما این همه، مانع از امکان انعقاد قرارداد با مشارکت سه طرف یا بیشتر نیست؛ چه آن که حتی خود قانون نیز حواله را عقدی سه طرفی می‌داند^۸ و هیچ یک از حقوقدانان در صحت چنین توافقی بدین جهت خدشه وارد نساخته‌اند. پس با در نظر گرفتن احتمال مشارکت بیش از دو طرف در قرارداد حمل جایگزین ساده به عنوان فرض اولیه، فصل سوم را به مطالعه «اطراف» قرارداد می‌پردازیم؛ مطالعه‌ای که اهمیت آن شناسایی اشخاصی است که اخذ رضایت و جلب اراده شان در جریان انعقاد قرارداد ضرورت دارد و بی آن، اجرای کامل عقد با محذور مواجه می‌شود (بخش سوم).

بخش نخست: عنوان قرارداد

شاید در بادی امر به نظر آید که این عنوان قرارداد نیست که حائز اهمیت است، بلکه باید به مفاد و شاکله آن توجه داشت. اما باید به خاطر داشت که عنوان یک قرارداد، معرّف نگاهی است که بر موضوع و ماهیت آن حکومت دارد. برای روشن تر شدن این مسأله، به عناوینی که تا به حال برای تسمیه این نوع از قرارداد به کار رفته توجه می‌کنیم.

۱- رحم اجاره‌ای

یکی از این عناوین پر استفاده، قرارداد «رحم اجاره‌ای» است.^۱ (قاسم زاده، ۱۳۸۶، ص ۴۳۷-۴۵۳) چنان که ملاحظه می‌شود، می‌توان از همین عنوان دریافت که واضح آن، چه نگاهی به نوع این قراردادها دارد: «این قرارداد، اجاره‌ای است که در آن، منافع بخشی از بدن یک انسان، به انسان یا انسان‌های دیگری تملیک می‌شود». اجاره نامیدن این قرارداد، مقدمه‌ای در دل دارد که بر اساس آن، اجزای بدن انسان و از جمله رحم، مال و هم چنین منافعشان ملک شخص محسوب می‌شود و می‌تواند مورد اجاره واقع شوند. تملیک منافع تنها در خصوص اموال و در حدود مالکیت منفعت میسر است و رحم نیز مالی دانسته شده که منافعش، ارزش عقلائی و مشروع دارد. اما بنا بر نظری که خالق هستی را مالک حقیقی ابدان و جان‌های نوع بشر می‌داند، بدن انسان ملک طلق او نیست. انسان بر بدن خویش علقه مالکیت ندارد که بتواند به استناد «الناس مسلطون علی اموالهم» عین یا منفعت جزئی از بدن خود را واگذار نماید. انسان بر بدن خود حق «اختصاص» دارد؛ بدین معنا که حق دارد آزادانه تصرفاتی را که با تمامیت بدن معارضه نداشته باشد، در جسم خویش صورت دهد (بعد ایجابی حق) و هیچ کس دیگری حق ندارد، دست

به عملی بزند که این تمامیت جسمی را مخدوش نماید (بعد سلبی حق). اما اختصاص، مفهومی نازل تر از مالکیت و غیر از آن است. بنابراین نظر که صحیح تر می‌نماید، نمی‌توان اجزای بدن را موضوع قراردادهایی نهاد که ناظر به انتقال مالکیت عین یا منافع هستند^۱. اجاره عبارت است از تملیک منافع به عوض معلوم^۲ و همین، دلالت بر ناممکن بودن انعقاد این قرارداد در قالب اجاره دارد. نکته دیگر آن که مناقشه مالکیت بر بدن در صورتی رخ می‌نماید که مسأله «مال بودن» اجزای بدن برای ما حل شده باشد و چنانکه دیدیم، نفس این امر نیز محل تردید جدی است و مخالفت‌های گسترده‌ای با آن صورت گرفته است. با در نظر داشتن این دو ایراد، مناسب است از به کارگیری الفاظی همچون «انتقال منافع»، «تملیک منافع» یا «اجاره» پرهیز کرد.

۲- رحم جایگزین

ممکن است برای دوری از ایراد پیش گفته، اصطلاح «رحم جایگزین» پیشنهاد شود؛ اصطلاحی که امروزه بیش از رحم اجاره‌ای به کار می‌رود. اما این اصطلاح نیز از نقد مصون نیست. ایرادی دارد که بیش از آن که حقوقی باشد، ادبی، فرهنگی و اخلاقی است. «رحم» در عبارت فوق به طریق مجاز به علاقه جزئی به کار رفته و به معنای «زن» استعمال شده است. چنین تجویزی زیبا نیست و شأن انسانی یک زن را نادیده می‌گیرد. حامل تنها رحم نیست. یک انسان ذی روح است که با در اختیار دادن بخشی از بدن خود، تمام روح و جسم خویش را درگیر بارداری می‌کند. شایسته نیست از او به عنوان «رحم» یا در بهترین حالت، صاحب رحم نام برده شود و شأن و جایگاه انسانی‌اش فراموش گردد.

۳- مادر جانشین

اصطلاح مادر جانشین هم که توسط برخی از حقوقدانان پیشنهاد شده (سیفی، ۱۳۸۶، ص ۴۱۰-۴۳۶ و نایب زاده، ۱۳۸۰)، با یک پیش فرض اثبات نشده همراه است: مادر بودن حامل. از آنجا که در این امر اختلاف نظر اساسی دیده می‌شود (صفایی و همکاران، ۱۳۸۵، ص ۳۵-۶۳) و بنا بر نظر مشهور، حامل مادر دانسته نمی‌شود^{۱۲} (رضانیا معلم، ص ۴۳۹، ۴۵۰، ۴۶۶ و ۴۷۱) و نیز قانونی وجود ندارد که این دیدگاه را به قاعده رسمی لازم‌الاجرا بدل سازد، بهتر است از عنوان دیگری بهره جسته شود تا نام‌گذاری این قرارداد، متضمن پیش فرضی در خصوص ماهیت این عمل حقوقی نباشد.

۴- حمل جایگزین

با توجه به آنچه بیان شد، به نظر می‌رسد اصطلاح «حمل جایگزین» بهترین گزینه برای تسمیه این دسته از قراردادها باشد. حمل که واژه‌ای عربی است به دو معنا استعمال شده است: به عنوان مصدر، به معنای «جایجا کردن» و «منتقل ساختن» و «نگاه داشتن» و «بارداری» و به عنوان اسم مفعول، به معنای «جایجا شده»، «منتقل شده» و «نگاه داشته شده» و «جنین». (حسینی، ج ۱۴، ۱۴۱۴ق، ص ۱۶۸) هر کدام از این دو معنا را در نظر آوریم، اصطلاح پیشنهادی مناسب است. هم بارداری در این فرایند جایگزین می‌شود و هم جنین، در جایی غیر از رحم مادر ژنتیک خود آرام می‌گیرد. واژه «جایگزین» به خوبی روشن‌کننده فرایندی است که با مداخله انسانی در بارور سازی رخ می‌دهد. بنا بر آنچه گفته شد، اصطلاح اخیر از شایستگی بیشتری برای برگزیده شدن برخوردار است. همچنین برای نامیدن صاحب رحم می‌توان از واژه «حامل» استفاده نمود.

با توجه به نقدهای پیش گفته، زین پس از این عنوان برای تسمیه قرارداد مورد مطالعه سود خواهیم جست.

بخش دوم: ماهیت قرارداد

در خصوص این که قرارداد حمل جایگزین را در کدام رشته از انواع قراردادها می‌توان تعریف نمود، اختلاف نظر جدی به چشم می‌خورد.

۱- قرارداد اجاره

گروهی از حقوقدانان- همان طور که بیان شد- این قرارداد را نوعی اجاره قلمداد کرده‌اند. اگر مراد ایشان از اجاره، اجاره رحم باشد که بنا به مدعیاتی که پیش‌تر بیان شد، چنین عقدی با توجه به عدم مالکیت انسان بر اجزای بدن خویش مردود است و نیز بنا به نظر پاره‌ای از محققان، به جهت مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه موضوع ماده ۹۷۵ قانون مدنی، باطل است. (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۸۳-۸۴) اگر هم قرارداد را اجاره شخص دانسته باشیم، این سؤال به میان می‌آید که مشخصاً چه کاری موضوع این عقد قرار گرفته است؟ آیا صرف ترک اقداماتی که سبب سقط حمل می‌گردد، مرادف با عملی است که انجام آن موضوع عقد اجاره شخص قرار می‌گیرد؟ آیا می‌توان نگاه داشتن حمل در رحم را تا زمان تولد، کاری دانست که موضوع عقد اجاره شخص - یا به تعبیر حقوق نوین قرارداد کار - قرار گرفته است؟ اگر این قرارداد را نوعی اجاره خدمت یا شخص بدانیم، در آن صورت ناگزیر باید بر حاکمیت قانون کار به این رابطه رضا دهیم و آزادی قراردادی را به منطقه فراغ این قانون امری محدود سازیم. آیا جز آن است که چنین وضعیتی یکسره به دور از چارچوب تراضی اطراف عقد است؟ دیگر آن که

می‌دانیم در اجاره، عدم تعیین اجرت مبطل عقد است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۳۴۷) و حال آن که قرارداد حمل جایگزین را باید عقدی اصولاً رایگان دانست. پس بهتر است از نظریه اجاره بودن عقد دست شسته و راه حل دیگری بجوییم.

۲- قرارداد نامعین

گروه دیگری از حقوقدانان این عقد را توافقی مستقل از عقود معین دانسته‌اند که به حکم ماده ۱۰ قانون مدنی شکل گرفته است. بر این اساس، نیاز نیست برای اثبات صحتش از حربه عقود معین بهره جست. (جلالیان، ۱۳۸۶، ص ۳۳۴ و نایب زاده، ۱۳۸۰، ص ۱۰۱-۱۰۴) این باور به نظر نویسنده درست است. با داشتن مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی، دیگر ضروری نیست به دشواری مفاد قرارداد را به یکی از عقود معین تشبیه کنیم و در پناه آن عقد، حمل جایگزین را تفسیر و اجرا نماییم. عقد حمل جایگزین، عقدی است مستقل از اجاره و سایر قراردادهای معین در قانون مدنی. در نتیجه، در مواردی که قرارداد حکمی دارد، به خود قرارداد و در سایر موارد، به قواعد عمومی قراردادها رجوع می‌کنیم.^{۱۳}

بخش سوم: اطراف قرارداد

چه کسانی قرارداد حمل جایگزین را منعقد می‌کنند؟ ایجاب کننده و قبول کننده چه کسانی‌اند و سایرین چه نقشی در انعقاد یا اجرای قرارداد دارند؟ بدواً بدیهی به نظر می‌آید که قرارداد حمل میان صاحبان نطفه و حامل منعقد می‌شود. اما مسأله‌ای که ممکن است از نظرها دور بماند، جایگاه شوهر حامل در انعقاد و اجرای این قرارداد است. وی نه صاحب گامت است و نه حامل و علی‌الظاهر هیچ ضرورتی ندارد، طرف عقد دانسته شود. اما وقتی به یاد آوریم که بسیاری از تعهداتی که

حامل در این عقد بر عهده می‌گیرد، محدودیت‌ها و ممنوعیت‌هایی را برای همسر وی ایجاد می‌کند، با در نظر آوردن اصل نسبی بودن قراردادها، چاره‌ای جز داخل نمودن همسر حامل در میان طرف‌های قرارداد نداریم. ممکن است، چنین استدلال شود که تعهدات موصوف، مصداق تعهد به فعل ثالث است و گرچه شوهر حامل را متعهد نمی‌سازد، حامل را در صورت تحقق خلاف تعهد، مسؤول جبران خسارت خواهد نمود. پاسخ آن که در بسیاری از مصداقیق نقض حقوق شوهر حامل، مرد به فعلی متعهد نشده و تنها از افعال و ترک فعل‌های همسرش - از جمله منع زناشویی در مدت معین - رنج می‌کشد و حقوق خود را پایمال شده می‌بیند. در نتیجه نمی‌توان از راه توسل به نهاد تعهد به فعل ثالث، اطراف قرارداد را به شوهر حامل سرایت نداد. حتی اگر بتوانیم تعهد به «فعل» ثالث را دارای مفهومی اعم از فعل و ترک فعل بدانیم، با مشکل دیگری مواجه می‌شویم: رضا ندادن شوهر به تعهدش به ترک فعل یا همکاری با حامل برای اجرای مناسب قرارداد، به نتایج ناگواری منجر خواهد شد که بی‌گمان مورد خواست بانیان قرارداد نیست. متعهد نبودن شوهر به عدم زناشویی یا رعایت حال حامل جهت اجرای مناسب قرارداد، حیات جنین را به مخاطره می‌افکند. به دیگر سخن ما با یک قرارداد عادی مالی مواجه نیستیم که ضمانت اجرای رد ثالث را به سادگی بی‌اعتباری این تعهد بدانیم. با عقدی روبرو هستیم که موضوعش در رابطه مستقیم با حق حیات یک انسان است و تردیدی نیست که در این موضع، نباید از رعایت جانب احتیاط غفلت نمود. بر این مبنا و برای اجتناب از مشکلات پیش گفته، بهتر است اطراف قرارداد را چهار نفر بدانیم: پدر و مادر ژنتیک، حامل و همسر وی.

یکی دیگر از کسانی که به نظر می‌رسد، طبق مقررات حاکم بر کشور ما ضروری است رضایتش جهت انعقاد بی‌اشکال قرارداد جلب گردد، وصی است.

این عنوان در برخی از نمونه‌های پیشنهادی موجود از قرارداد حمل جایگزین پیش بینی شده و در بسیاری از آن‌ها نیز مغفول مانده است. اما بهترین راه پیش رو در فرض فوت یا حجر هر دوی والدین ژنتیکی، در صورت فقدان جد پدری، تعیین وصی برای نوزاد حاصل از حمل جایگزین است. بلا تکلیف ماندن طفلی که از طریق غیرمتعارف حمل جایگزین متولد شده است، به ویژه با در نظر داشتن حساسیت‌ها و بعضاً مخالفت‌هایی که ممکن است چنین روشی در میان اعضای خانواده در پی داشته باشد، ما را به ضرورت تعیین وصی برای طفل رهنمون می‌سازد. تعیین قیم پس از فوت یا حجر والدین ژنتیکی و در حالتی که طفل متولد، فاقد جد پدری است، فرایندی زمان بر و در این فرض به خصوص، احتمالاً مناقشه بر انگیز است. لذا بهتر است با تعیین وصی، وضعیت نگهداری از طفل را به احتمالات وانگذازد و به حمایت از او همت نهاد. بند ۴ قرارداد نمونه پژوهشگاه رویان با استفاده از ظرفیت ماده ۸۶۰ قانون مدنی در امکان تعیین وصی از سوی پدر، در این خصوص مقرر داشته است:

«چنانچه در اجرای قرارداد هر یک از پدر و مادر ژنتیکی فوت نموده و یا محجور شود، نوزاد(ان) به والد دیگر تحویل می‌شود. اگر هر دو فوت نموده یا محجور شوند، نوزاد(ان) با رعایت مقررات ناظر بر ولایت و با فقدان ولی قهری، به وصی تعیین شده فرزند به شماره شناسنامه، کد ملی، نشانی و شماره تماس تحویل می‌گردد.»

تبصره: وصی تعیین شده، ضمن امضای این قرارداد موافقت خود را با مفاد آن

اعلام می‌دارد.»

ممکن است ایراد شود که وصایت بر طفل، نوعی وصیت عهدی است و به موجب ماده ۸۳۴ قانون مدنی، «در وصیت عهدی قبول شرط نیست». پس چه نیازی به اخذ موافقت وصی ضمن قرارداد حمل جایگزین است؟ پاسخ این سؤال را ادامه همان ماده داده است: «... وصی می‌تواند مادامی که موصی زنده است وصایت را رد کند و اگر قبل از فوت موصی رد نکرد بعد از آن حق رد ندارد، اگر چه جاهل بر وصیت بوده باشد». اخذ رضایت وصی همزمان با انعقاد قرارداد حمل جایگزین که در قالب عقدی لازم بسته شده است، به این اعلام رضایت نیز چهره الزام آور و غیر قابل عدول می‌بخشد و امکان رد بعدی آن را در زمان حیات پدر ژنتیکی از وصی سلب می‌کند. حتی اگر قائل به کسب لزوم اعلام اراده وصی از عقد لازم نشویم، همین اقرار به رضایت، تأکیدی خواهد بود بر آن که وصی برای اثبات رد وصایت مکلف به اقامه دلیل است و بنا بر اصل، رضایت وی تا زمان فوت والدین ژنتیکی استصحاب می‌گردد. البته با عنایت به آن که موضوع قرارداد، تراضی میان والدین ژنتیکی و حامل و همسر وی است، مناسب است از ذکر نام وصی در بخش اطراف قرارداد پرهیز شود و فقط از وی خواسته شود جهت تأیید رضایت خود نسبت به وصایت، ذیل عقد را امضا کند.

ممکن است پیرامون لازم بودن قرارداد حمل جایگزین تشکیک صورت پذیرد. برای رفع این ابهام باید گفت لزوم قرارداد حمل جایگزین از حکم قانون نشأت می‌گیرد؛ چه آن که قرارداد حمل جایگزین، عقدی است نا معین که از حکم کلی مندرج در ماده ۲۱۹ قانون مدنی پیروی می‌کند و در نتیجه، لزوم آن نتیجه‌ای است قانونی. به دیگر سخن، ضرورتی ندارد اطراف عقد، لازم بودن آن را شرط کنند؛ بلکه لزوم، نتیجه سکوت متعاملان نسبت به تزلزل پذیری قرارداد است. با این حال مناسب است برای رفع هرگونه شبهه احتمالی، به لزوم قرارداد به

صراحت در متن اشاره شود.

همچنین، به جهت افزودن بر بار اثباتی سند قرارداد، مناسب است از امضای شهود نیز بهره گرفته شود. البته روشن است که این افراد را نمی‌توان طرف عقد دانست.

نتیجه

عنوان قرارداد نباید مناقشه برانگیز باشد. شایسته نیست با تسمیه قرارداد، باور خاص خود را برخلاف نگرش گروه قابل ملاحظه‌ای از حقوقدانان به کرسی نشانند. اختلاف را نباید از ابتدا نمایان ساخت. بر این مبنای، بهترین عنوان، عنوانی است که نزاع را از همان نقطه شروع برنینگیزد. بناست قراردادی تنظیم شود که تا حد ممکن جامع آرا و میانه داری در طیف گسترده اختلاف نظرها باشد و در نتیجه قبول عام یابد. بنابراین بجاست از استفاده از عباراتی هم چون قرارداد اجاره رحم و قرارداد مادر جانشین، با توجه به نزاعی که در خصوص اجاره بودن ماهیت عقد و نیز مادر بودن حامل وجود دارد، پرهیز نمود. اصطلاح «حمل جایگزین» با در نظر گرفتن هر دو معنای حمل - جنین و فرایند بارداری - می‌تواند بدون ورود در مجادله ماهیت عقد، مورد اتفاق نظر قرار گیرد و به این چندگانگی و تشتت پایان بخشد.

ماهیت عقد یکی دیگر از مباحث چالش برانگیز در این حوزه است. اگر نگرش حقوقی خود را با مبانی اخلاقی سازگار نکنیم، ساده‌ترین پاسخ «اجاره رحم» خواهد بود. اما کرامت حامل و عدم مالکیت انسان بر اجزای بدن خویش، ما را از این داوری منصرف می‌دارد. همچنین تعهدات حامل منحصر به اختصاص فضای رحم جهت رشد جنین نیست. وی مکلف است از کارهایی اجتناب کند و کارهایی را نیز برای پیشرفت مناسب روند بارداری بر عهده می‌گیرد. این تعهدات

به فعل و ترک فعل را نمی‌توان در قالب اجاره توجیه نمود. اجاره اشخاص نیز امروزه در حقوق کار مطالعه می‌شود و موضوع قرارداد کار بوده، مشمول قانون کار است و بدیهی است اطراف قرارداد، به هیچ وجه خواهان حکومت قانون کار بر رابطه قراردادی خویش نیستند. پس بهتر آن است که از تلاش برای گنجاندن تصنعی مفاد تراضی در قالب عقدی معین، دست شویم و با احترام به مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی، قرارداد حمل جایگزین را عقدی نامعین و تابع قواعد عمومی قراردادها بدانیم؛ چه آن که هیچ قانونی انعقاد چنین قراردادی را صریحاً منع ننموده و نفس این توافق، مخالفتی با اخلاق حسنه و نظم عمومی موضوع ماده ۹۷۵ قانون مدنی ندارد.

از عنوان مقاله می‌توان دریافت که به نظر نگارنده، قرارداد حمل جایگزین بیش از دو طرف دارد. علاوه بر والدین ژنتیکی و حامل، که به طور سنتی دو طرف عقد دانسته می‌شوند، رضایت شوهر حامل نیز به جهت محروم ماندن از پاره‌ای از حقوق باید اخذ گردد. اصل نسبی بودن قراردادها ما را بر آن می‌دارد تا وی را نیز داخل در اطراف قرارداد محسوب داریم. زمینه اجرای بخشی از تعهدات حامل را همسر وی فراهم می‌آورد، پس نمی‌توان حامل را به تنهایی طرف عقد دانست. همچنین مخالفت شوهر حامل با مفاد و شروط قراردادی، در حدودی که به حقوق وی لطمه وارد می‌کند، موجبات بی‌اعتباری آن‌ها را فراهم می‌سازد؛ چرا که التزام به این تعهدات از سوی حامل، نوعی تعهد به فعل همسر و منوط به تنفیذ وی است اما این ویژگی در وصی دیده نمی‌شود. گرفتن رضایت وصی تنها به این جهت است که وی به تحویل گرفتن و حضانت از طفل در فرض فوت با حجر والدین ژنتیکی ملتزم گردد. پس نیازی نیست وی را طرف قرارداد بدانیم. امضای وی در ذیل قرارداد تنها مؤید اقرار وی به پذیرش التزام بوده و به نظر می‌رسد

علی‌رغم حکم کلی مبنی بر قابل رجوع بودن، به جهت اعلام اراده در ضمن عقد لازم دیگر، از آن کسب لزوم نماید.

پی نوشت‌ها

۱- ماده ۱۰ قانون مدنی ایران - عین این عبارت در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه به کاررفته است:

"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites".

² - (Simple Gestational Surrogacy)

³ - Traditional Surrogacy

⁴ - Gestational Surrogacy

⁵ - (Assisted Reproductive Technology Council Site at <http://www.rtc.org.au/glossary/index.html>)

⁶ - Simple Surrogacy

۷- به عنوان مثال نک ماده ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۶، ۲۳۱، ۲۴۱، ۲۸۰ و ۴۶۴ قانون مدنی

۸- ماده ۷۲۵ قانون مدنی

۹- گاه این تسمیه، نه به عنوان یک نام گذاری آگاهانه، که به تبعیت از عرف شکل گرفته در جامعه وارد ادبیات حقوقی هم شده است: رک رضانیا معلم، محمدرضا، باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، ص ۲۵۲

۱۰- یکی از نویسندگان اساساً حق انسان بر اعضای بدن خویش را از حقوق غیرمالی دانسته که قابل انطباق با مفاهیمی چون مالکیت نیست. رک جلالیان، محمدتقی، صحت قرارداد استفاده از رحم جایگزین، کتاب رحم جایگزین (مجموعه مقالات)، ۱۳۸۶، ص ۳۲۶

۱۱- این تعریف را با در نظر داشتن مواد ۴۶۶ و ۴۹۰ و با وحدت ملاک از تعریف بیع در ماده ۳۳۸ قانون مدنی می‌توان به دست داد.

۱۲- به عنوان مثال آیات عظام خامنه‌ای، یزدی، صانعی و مومن بر مادر بودن صاحب تخمک نظر دارند و آیت الله سیستانی مادر بودن صاحب تخمک را مرجح می‌دانند.

۱۳- اما حقیقت آن است که با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی و قدمت ۸۰ ساله این مقرر، هنوز در پاره‌ای از احکام دادگاه‌ها، با بی‌اعتمادی رویه قضایی به عقود نامعین مواجهیم. دست کم نظریه جایز بودن عقود نامعین هنوز قائلانی دارد. به همین جهت است که در صدر قرارداد نمونه رویان، از عبارت «این قرارداد ضمن عقد خارج لازم، منعقد می‌گردد» بهره گرفته شده است. این قید به جلب نظر جمله فقیهان می‌انجامد: اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیله النجاه، با حاشیه امام خمینی، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۰، قم، ص ۴۳۱

فهرست منابع

- جلالیان، م، (۱۳۸۶)، صحت قرارداد استفاده از رحم جایگزین، کتاب رحم جایگزین (مجموعه مقالات)، صص ۳۶۱-۳۸۴، چاپ اول، تهران: سمت
- رضانیا معلم، م، (۱۳۸۶)، باروری های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، چاپ دوم، قم: موسسه بوستان کتاب
- سیفی، غ، (۱۳۸۶) حقوق اشخاص ثالث در قرارداد مادر جانشین، کتاب رحم جایگزین (مجموعه مقالات)، صص ۴۳۷-۴۵۴، چاپ اول، تهران: سمت
- صفایی، ح و غیره، (پاییز و زمستان ۱۳۸۵)، ارث کودکان آزمایشگاهی، مجله اندیشه‌های حقوقی، شماره یازدهم، ۳۵-۶۳
- صفایی، ح، (تابستان ۱۳۸۳)، تولید مثل مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق فرانسه و ایران، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۴، ۵۹-۹۲
- قاسم زاده، م، (۱۳۸۶)، اجاره رحم در حقوق ایران، کتاب رحم جایگزین (مجموعه مقالات)، صص ۴۵۴-۴۶۱، چاپ اول، تهران: سمت
- کاتوزیان، ن، (۱۳۸۱) قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ ششم، تهران: نشر میزان
- نایب زاده، ع، (۱۳۸۰)، بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد

اصفهانی، ا، (۱۳۸۰)، وسیله النجاه، با حاشیه امام خمینی، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
حسینی، م، (۱۴۱۴ق)، تاج العروس من جواهر القاموس، جلد چهاردهم، چاپ اول، بیروت: دارالفکر
للطباعة و النشر و التوزيع

قانون مدنی ایران

Code Civil de la France

یادداشت شناسه مؤلف

محمد آذین: پژوهشگاه رویان، پژوهشکده زیست شناسی و علوم پزشکی تولید مثل جهاد
دانشگاهی، مرکز تحقیقات اپیدمیولوژی باروری، گروه اپیدمیولوژی و سلامت باروری، تهران،
ایران.

نشانی الکترونیکی: Azinlawyer@gmail.com

رضا عمانی سامانی: پژوهشگاه رویان، پژوهشکده زیست شناسی و علوم پزشکی تولید مثل جهاد
دانشگاهی، مرکز تحقیقات اپیدمیولوژی باروری، گروه اپیدمیولوژی و سلامت باروری، تهران،
ایران.

تاریخ وصول مقاله: ۱۳۹۱/۲/۹

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۱/۹/۲۲