

مطالعه تطبیقی وضعیت حقوقی قرارداد اجاره رحم جایگزین

حسین هوشمند فیروزآبادی*

چکیده

«رحم جایگزین» یکی از تحولات علمی درباره درمان ناباروری در دهه‌های اخیر بوده است که تاکنون اثرات مهمی در حوزه‌های مذهبی، حقوقی، اخلاقی و اجتماعی داشته است. شناخت قواعد و مقررات خاص فقهی و حقوقی این مسئله، بسیاری از چالش‌ها، مشکلات و انحرافات برآمده از عملکردهای سلیقه‌ای را در این حوزه می‌تواند برطرف سازد.

یکی از مسائل اساسی در شناخت قواعد حاکم در موضوع رحم جایگزین، تعیین رابطه‌ای قراردادی میان والدین متقاضی و مادر جانشین است که با تطبیق این قرارداد خاص با موارد مشابه در عقود معین می‌توان به رابطه قراردادی حاکم بر این موضوع پی برد.

از سوی دیگر، پس از شناخت نوع رابطه قراردادی، بررسی شرایط اساسی صحت عقد از نظر اهلیت طرفین عقد که والدین داوطلب و مادر جانشین‌اند، موضوع این قرارداد و همچنین مشروعیت آن باید به طور جدی مورد بررسی قرار گیرد.

موضوع اجاره رحم به عنوان موضوعی نوظهور، هنوز تطبیق مسلمی با قوانین وضع شده در این باره نداشته است. از این رو، مطالعه تطبیقی میان قوانین موجود و تطبیق آن بر قواعد عقلی، در کنار بررسی قوانین موجود در برخی کشورها

همچون انگلیس، فرانسه و ایالت ایلینوی امریکا می‌توانند تا اندازه‌ای در شناخت قواعد حاکم بر موضوع یاریگر باشد.^۱

واژگان کلیدی: جانشینی حامل، مادر جایگزین، اجاره رحم، مشروعیت رحم اجاره‌ای، اهلیت.

مقدمه

قرارداد استفاده از رحم جایگزین یا تولیدمثل برای دیگری، این‌گونه تعریف شده است: توافقی است که بر پایه آن زنی (مادر جانشین) می‌پذیرد تا با روش‌های کمکی تولیدمثل و استفاده از اسپرم و تخمک والدین حکمی یا اشخاص ثالث که در آزمایشگاه بارور شده و یا به جنین تبدیل شده، باردار شود و در حالی که ارتباط ژنتیکی با فرزند ندارد، فرزند ناشی از آن تخمک بارور شده یا به جنین تبدیل شده را حمل کند و پس از تولد، او را به زوج طرف توافق (والدین حکمی یا متقاضی) تحویل دهد (علیزاده، ۱۳۸۵، ص ۱۸۰).

لقاح مصنوعی یا تولید کودک در آزمایشگاه و سپس انتقال آن به رحم زنی که توانایی بارداری داشته باشد، از دستاوردهای پزشکی محسوب می‌شود و این مسئله نوظهور، پرسش‌های حقوقی متعددی را به وجود می‌آورد که این موضوع می‌تواند ذیل عنوان «اجاره رحم» نیز بررسی گردد.

استفاده از رحم جایگزین با توجه به ارتباط والدین حکمی یا متقاضی با جنین و ارتباط ژنتیکی مادر جانشین، به سه شکل می‌تواند صورت گیرد:

الف) جانشینی در بارداری: در این روش، اسپرم شوهر و تخمک همسر وی پس از اسپیره‌شدن در محیط آزمایشگاه لقاح داده می‌شود و سپس سلول تخم یا جنین حاصل را به رحم زنی غیر از همسر منتقل می‌کنند تا مراحل رشد و نمو را در رحم زن دوم سپری کند. در این حالت، مادر جانشین هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه ندارد. این نوع

۱. در ادامه این مقاله، قانون خاص جانشینی حامل در ایالت ایلینوی امریکا مصوب سال ۲۰۰۴م به اختصار «قانون ایالتی» گفته می‌شود.

درمان مستلزم عمل (IVF) یا (ICSI) است (آخوندی، ۱۳۸۴، ص ۲۲).

این روش معمولاً زمانی استفاده می‌شود که سیستم تناسلی زن از نظر تخمک‌گذاری و تولید «اوول» مشکل نداشته باشد؛ ولی چون برای بارداری باید نخست اسپرم و تخمک در داخل لوله رحم با یکدیگر آمیزش یابند و پس از مهاجرت در جداره رحم لانه‌گزینی کنند، ممکن است در این مسیر مانعی بر سر راه آمیزش دو سلول جنسی یا عبور از لوله رحم و یا لانه‌گزینی در جداره رحم به وجود آید که مانع بارداری شود (همان).

ب) **جانشینی سستی رحم:** در این روش، اسپرم مرد به طور مصنوعی به داخل رحم مادر جانشین منتقل می‌شود که پس از حامله شدن، فرزند را برای زوج نابارور حمل کرده، پس از تولد تسلیم آنها کند. در این روش، تخمک مادر جانشین با اسپرم مرد که پدر حکمی به شمار می‌رود، بارور می‌شود و مادر جانشین تخمک بارور شده خود با اسپرم پدر حکمی را حمل می‌کند؛ بنابراین هم پدر و هم مادر جانشین، با جنین ارتباط ژنتیکی دارند و زوج نابارور هیچ ارتباط ژنتیکی با جنین ندارد (همان، ص ۳۳).

ج) **جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی:** در این روش، زن و شوهر نابارور، والدین متقاضی به حساب می‌آیند و زوج دیگری حضور دارند که نابارور نیستند و صاحب اسپرم و تخمک‌اند و جنین حاصل از اسپرم و تخمک این زوج، به رحم مادر جانشین برای والدین متقاضی منتقل می‌شود؛ بنابراین والدین متقاضی هیچ ارتباط ژنتیکی با جنین ندارند.

از میان این سه روش، استفاده از روش اول یعنی جانشینی در بارداری، رواج بیشتری دارد و عمده بحث مجامع حقوقی در استفاده از رحم جایگزین، بر پایه این روش است و تکیه اصلی این تحقیق نیز بر بررسی همین روش قرار دارد.

پرسش اساسی درباره قرارداد استفاده از رحم جایگزین، شناخت نوع رابطه قراردادی میان اطراف این قرارداد است، تا با شناخت دقیق آن بتوان در صورت ابهام، از قواعد حاکم بر آن وضعیت حقوقی استفاده کرد.

در این بررسی، لازم است هم ماهیت قرارداد و امکان گنجاندن آن در قالب اجاره اشخاص و هم شرایط اساسی صحت قرارداد و نسبت آن با نظم عمومی مورد توجه قرار گیرد که در قسمت نخست مقاله به آن می‌پردازیم.

همچنین، با توجه به اینکه در نظام حقوقی ایران، قانون خاص یا رویه قضایی

مشخصی که به حکم جانشینی در بارداری پرداخته باشد، وجود ندارد؛ بنابراین ضرورت دارد مقررات کشورهای دیگر که احیاناً در این باره وجود دارد، بررسی گردند.

۱. بررسی حقوقی اجاره رحم

در این قسمت، ضمن مقایسه اجاره رحم با برخی عقود معین، شرایط اساسی صحت قراردادها را بررسی می‌کنیم و در ادامه به موافقت یا مخالفت آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه خواهیم پرداخت.

۱-۱. تطبیق قرارداد رحم جایگزین با عقود معین

قرارداد استفاده از رحم جایگزین را می‌توان در قالب چند عقد، بررسی کرد که به آنها اشاره می‌گردد.

۱-۱-۱. قرارداد رحم جایگزین و عقد جعاله

جعاله عقدی است که به موجب آن، عامل به موجب عقد ملتزم می‌شود عملی را در برابر پاداش یا اجرت معلوم انجام دهد (ماده ۵۶۱ ق.م.).

در وهله نخست، به نظر می‌رسد می‌توان قرارداد استفاده از رحم جایگزین را در قالب این عقد دانست؛ زیرا در این قرارداد، مادر جانشین مطابق قرارداد متعهد می‌شود در برابر پاداش یا اجرت معلومی که زوجین معین می‌کنند، جنین معین متعلق به والدین حکمی را باردار شود.

اما قالب جعاله برای این قرارداد با ایرادی مواجه است و آن اینکه عقد جعاله، عقدی جایز است؛ بنابراین عامل و جاعل می‌توانند هرگاه خواستند، بدون نیاز به ارائه هرگونه دلیل، آن را به هم بزنند و از انجام تعهد خود شانه خالی کنند، در حالی که در قرارداد استفاده از رحم جایگزین، پای‌بندی طرفین به توافق و قرارداد تا زمانی که جنین متولد می‌شود، بسیار مهم است و با عقد جعاله قابل مقایسه نیست، مگر آنکه طرفین این قرارداد را در قالب جعاله بیاورند و سپس عقد جعاله را ضمن عقد لازمی بیاورند تا به هم خوردنش به راحتی امکان‌پذیر نباشد.

۲-۱-۱. قرارداد رحم جایگزین و عقد ودیعه

قرارداد استفاده از رحم جایگزین، از جهتی شبیه عقد ودیعه است. به موجب ماده ۶۰۷ قانون مدنی، «ودیعه» عقدی است که یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد تا به صورت مجانی آن را نگاه دارد. مقتضا و جوهره این عقد، نگهداری و حفظ مالی است که مورد امانت قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۲۵). در قرارداد استفاده از رحم جایگزین نیز مادر جانشین، به حفظ و نگهداری از جنین متعلق به زوجین نابارور تعهد می‌دهد؛ بنابراین به نظر می‌رسد می‌توان این قرارداد را در قالب ودیعه دانست.

با این اوصاف، این قالب نیز برای قرارداد استفاده از رحم جایگزین نمی‌تواند مناسب باشد؛ به این دلیل که در قرارداد استفاده از رحم جایگزین، اگرچه مادر جانشین به حفظ و نگهداری جنین متعلق به زوجین نابارور تعهد دارد؛ ولی این تعهد، جوهره و مقتضای اصلی این قرارداد نیست، بلکه جوهره و مقتضای اصلی این قرارداد، رشد و نمو جنین در رحم مادر جانشین است و تعهد مادر جانشین به حفظ و نگهداری جنین، تعهدی فرعی برای انجام دادن تعهد اصلی قرارداد (یعنی رشد و نمو و به دنیا آوردن جنین) به حساب می‌آید، وگرنه اگر قرار بود مادر جانشین فقط به نگهداری و حفظ جنین تعهد داشته باشد، چه بسا زوجین نابارور می‌توانستند جنین را در آزمایشگاه نیز نگهداری و حفظ نمایند؛ بنابراین چیزی که برای زوجین نابارور بیشتر اهمیت دارد، رشد دادن جنین و تغذیه او از راه خون مادر جانشین است و تکامل تدریجی او و سپس زنده و سالم متولد شدن او می‌باشد و لازمه این تعهد اصلی، نگهداری جنین در رحم است؛ بنابراین قالب ودیعه نیز برای این قرارداد مناسب نیست.

نکته مهم دیگر اینکه عقد ودیعه، رایگان و مجانی است و امین و نگاهدارنده مال نمی‌تواند در قبال حفظ و نگهداری، تقاضای وجه نماید و حال آنکه در قرارداد استفاده از رحم جایگزین، معمولاً مادر جانشین در قبال دریافت پول و سود، به انجام تعهد خود مبنی بر رشد و نمو جنین در رحم خود حاضر می‌باشد.

۳-۱-۱. قرارداد رحم جایگزین و عقد عاریه

برخی صاحب‌نظران این گونه اظهار داشته‌اند که چنانچه قرارداد استفاده از رحم جایگزین به صورت غیرمعووض باشد؛ یعنی مادر جانشین به صورت تبرعی و رایگان و با هدف

انسان دوستی به پذیرش جنین در رحم خود مبادرت نماید، قرارداد مزبور عاریه خواهد بود (صفایی، ۱۳۸۰، ص ۲۲۰).

پذیرش این نظر با توجه به اینکه عقد عاریه عقدی جایز است و طرفین امکان برهم زدن آن را در هر زمان دارند، دشوار است؛ زیرا طبیعت قرارداد استفاده از رحم جایگزین به گونه‌ای است که هیچ‌یک از طرفین نباید بتوانند تا پیش از تولد طفل، قرارداد را فسخ کنند، وگرنه هدف و جوهره اصلی قرارداد تأمین نمی‌گردد.

۴-۱-۱. قرارداد رحم جایگزین و عقد اجاره اشخاص

قانون مدنی بدون اینکه تعریفی از اجاره اشخاص ارائه دهد، در ماده ۶۶۷ با شمارش اقسام اجاره، اجاره انسان را یکی از اقسام اجاره ذکر کرده است و در ماده ۴۴۶ در تعریف اجاره آورده است: «اجاره، عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌شود». این تعریف شامل هم اجاره اشیا و هم اجاره اشخاص می‌شود؛ بنابراین در تعریف اجاره اشخاص می‌توان گفت: عقدی است که به موجب آن، مستأجر مالک منافع اجیر می‌شود و به این اعتبار اجاره اشخاص نیز عقدی تملیکی است و به وسیله آن، منافع اجیر با عوض معین مبادله می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۵۶۷). بر این اساس، چنانچه قرارداد استفاده از رحم جایگزین را قرارداد تملیکی اجاره شخص بدانیم، باید بگوییم قراردادی است که به موجب آن، مادر جانشین (اجیر) منفعت خاصی از خود را که به رحم اختصاص دارد، در برابر عوض معین، به والدین حکمی یا متقاضی تملیک می‌کند. اگر قرارداد مزبور را قرارداد عهدی بدانیم؛ یعنی مادر جانشین مطابق قرارداد متعهد می‌شود در برابر اجرت معینی با استفاده از روش‌های باروری کمکی تخمک بارور شده یا جنین معین متعلق به والدین حکمی یا اشخاص ثالث، باردار شده و با تحمل دوره بارداری و شرایط آن، از تخمک بارور شده یا جنین در رحم خویش نگهداری کند و آن را پرورش دهد و پس از زایمان نیز نوزاد متولد شده را به والدین حکمی یا متقاضی تحویل دهد.

با بررسی همه عقود مشابه قرارداد رحم جایگزین، به نظر می‌رسد ساختار اجاره شخص که از عقود معین به شمار می‌رود، با این قرارداد خاص، مناسب‌تر و قابل انطباق‌تر باشد.

عمده‌ترین دلیل افرادی که این قالب را مناسب نمی‌دانند این است که منفعت موضوع قرارداد مادر جانشین، کارکرد طبیعی رحم مادر جانشین در پرورش جنین می‌باشد که این منفعت، بخشی از وجود شخصیت مادر است و چون جزء شخصیت انسان است؛ پس این منفعت متعلق حکم وضعی قرار نمی‌گیرد (نایب‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۱۵۵).
در رد این استدال می‌توان گفت:

اولاً، اگر بپذیریم منفعتی که جزء شخصیت انسان است، متعلق حکم قرار نمی‌گیرد، باید گفت این امر عمومیت ندارد و مواردی وجود دارد که منفعت یکی از اعضای وجودی انسان متعلق حکم وضعی قرار گرفته، مورد حکم اجاره شخص قرار گرفته است؛ مانند فتوای فقها مبنی بر جواز اجیرکردن زن مرضعه برای شیردادن به نوزاد (خمینی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۵۷) که منفعت موضوع این قرارداد که آن را اجاره شخص دانسته‌اند، عبارت است از کارکرد طبیعی پستان زن مرضعه، در تولید شیر. بیان این امر به معنای قیاس قرارداد استفاده از رحم جایگزین با رضاع (اجاره زن برای شیردادن) نیست، بلکه برای نقض عمومیتی است که بیان شد و می‌توان گفت به منزله برهان خلف است.

ثانیاً، برای هر عضو از بدن انسان، منفعتی متصور است. منفعت دست و پا، انجام‌دادن کار، منفعت مغز، تجزیه و تحلیل و تفکر و تدبیر و منفعت رحم، رشد و نمو و تولد نوزاد است؛ بنابراین هر استدلالی را که برای صحت اجاره مربوط به دیگر اعضای انسان ارائه گردد، می‌توان در اینجا نیز به کار برد. چه تفاوتی میان دست یک انسان که عضوی از وجود اوست، با رحم انسان که آن هم بخشی از شخصیت وجودی اوست، وجود دارد که ما بگوییم اجاره انسان برای استفاده از منفعت مربوط به دست او صحیح است؛ ولی اجاره انسان برای استفاده از منفعت رحم او صحیح نیست. گفتنی است در این مقام به دنبال بیان صحت شرعی و حقوقی اجاره رحم نیستیم و فعلاً فقط در مقام بیان قالب مناسب و قابل انطباق برای قرارداد استفاده از رحم جایگزین می‌باشیم.

۱-۱-۵. ۱-۱. تطبیق قرارداد استفاده از رحم جایگزین با ماده ۱۰ قانون مدنی

به موجب ماده ۱۰ ق.م.، اشخاص می‌توانند هرگونه توافق و قراردادی را چنانچه با قانون و نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایرتی نداشته باشد، در غیر از قالب یکی از

عقود معین یا با نام قرار دهند و آثار آن را معین نمایند. در موضوع بحث یعنی قرارداد استفاده از رحم جایگزین نیز می‌توان گفت در مواردی که از نظر شرعی و قانونی مانعی نسبت به انجام آن نباشد، زوجین نابارور و مادر جانشین می‌توانند رابطه حقوقی خود را در قالب قرارداد خصوصی انجام دهند و شرایط آن را طبق قواعد عمومی قراردادها و اصل حاکمیت اراده تعیین کنند. اگرچه برخی قائل‌اند که توجیه این قرارداد براساس ماده ۱۰ ق.م. صورت می‌پذیرد (نایب‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۱۵۵)؛ ولی با توجه به اینکه ضمن بررسی انجام‌شده، به این نتیجه رسیدیم که قالب اجاره اشخاص، قالب مناسبی برای این قرارداد است؛ بنابراین نوبت به استفاده از ماده ۱۰ ق.م. نمی‌رسد. به عبارت دیگر، زمانی که امکان رجوع و استفاده از قالب عقود معین نباشد، می‌توان به ماده ۱۰ استناد کرد؛ حال آنکه درباره این قرارداد، امکان استفاده از قالب اجاره اشخاص وجود دارد و طرفین به پذیرش احکام و قواعد امری این عقد ملزم‌اند، مگر اینکه طرفین بخواهند از برخی احکام و آثار تکمیلی این قالب صرف نظر کنند که در این صورت، می‌توانند نسبت به این موارد به ماده ۱۰ ق.م. استناد کنند.

۲-۱. وضعیت حقوقی اجاره رحم از حیث شرایط اساسی صحت قراردادها

مطابق ماده ۱۹۰ ق.م. در هر قرارداد لازم است شرایطی وجود داشته باشد تا قرارداد صحیح قلمداد گردد؛ این شرایط عبارت‌اند از: اهلیت طرفین، وجود قصد و رضای طرفین قرارداد، وجود موضوع معین برای قرارداد و مشروعیت جهت قرارداد.

نکته قابل توجه در این باره، طرفین قرارداد اجاره رحم است که در قانون ایالتی (قانون خاص جانشینی حامل در ایالت ایلینوی امریکا) هرگاه از پدر و مادر اصلی نام برده می‌شود، نگارش متن به گونه‌ای است که لزوم در کنار یکدیگر بودن آنها را برنمی‌تابد - در همه موارد در این قانون خاص، والدین اصلی به صورت «پدر / یا مادر» آورده شده است - و حکایت از این معنا دارد که برای انعقاد قرارداد جانشینی حامل، هریک از پدر و مادر به تنهایی نیز می‌توانند اقدام کنند، در حالی که در حقوق ایران، با توجه به قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور» مصوب ۱۳۸۲، هردو والد باید عامل همزمان باشند. این مسئله در قرارداد اجاره رحم نیز قابل تطبیق است (آسمانی، ۱۳۸۹، ص ۳۰۸).

۱-۲-۱. اهلیت طرفین

درباره اهلیت طرفین، روشن است که در قانون ایران، شرط سنی خاصی برای طرفین وجود ندارد و براساس قواعد عمومی قراردادها، طرفین قرارداد فقط باید واجد اهلیت عام باشند؛ هم زوجین نابارور که یکی از اطراف قراردادند و هم مادر جانشین که طرف دیگر است، باید بالغ باشند و روشن است با توجه به وضعیتی که در آن قرار گرفته‌اند، بلوغ آنها محرز است. همچنین، باید خالی از موانع اهلیت مانند سفه و جنون باشند و چه بسا باید از رشد لازم جهت انجام معاملات برخوردار باشند.

این شرایط در حقوق ایران در صورتی است که در قانون ایالتی، مادر جانشین باید دست‌کم ۲۱ سال سن داشته باشد.

مورد دیگر اینکه در نظام حقوقی ایران، بر مبنای نظم عمومی و اخلاق دینی، حامل باید شوهردار باشد؛ بنابراین ممنوعیت انجام جانشینی برای دختران و زنان بیوه پیشنهاد شده است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۷، ص ۱۸۳). در حقوق انگلیس نیز از آنجا که هدف این روش، استحکام خانواده به معنای سنتی آن است، کاربرد آن فقط در صورتی است که فرد خواستار فرزند، به معنای سنتی تشکیل خانواده داده باشد. به عبارت دیگر، فرد مجرد و همجنس‌باز نباید به استفاده از رحم جایگزین، مجاز باشد (Smith GP, 2005, p.74). البته در قانون ایالتی مذکور در امریکا چنین شرطی وجود ندارد و یا دست‌کم بدان تصریح نشده است؛ ولی در فلسطین اشغالی فقط زنانی می‌توانند برای دیگری باردار شوند که ازدواج نکرده باشند (Ponzetti, 2003, p.1605).

۱-۲-۲. قصد طرفین و رضایت آنها

درباره قصد طرفین قرارداد استفاده از رحم جایگزین نیز با توجه به اصل حاکمیت اراده، نقش اراده طرفین روشن است و آنچه لازم است بررسی شود، اذن شوهر مادر جانشین است (در صورتی که شوهر داشته باشد).

با توجه به اینکه مادر جانشین در علقه زوجیت شوهرش قرار دارد، به چند دلیل اذن شوهر این زن در انعقاد قرارداد استفاده از رحم جایگزین لازم به نظر می‌رسد:

۱. مطابق ماده ۱۱۰۵ ق.م. ریاست خانواده بر عهده شوهر هر خانواده است و این ریاست، آثار و نتایجی دارد که یکی از این آثار به تکلیف تمکین زن در مقابل شوهر

مربوط است. با توجه به اینکه تعهد مادر جانشین در مقابل زوجین نابارور باعث می‌شود این زن نتواند در مدت حاملگی به همه یا بخشی از وظیفه تمکین خود در مقابل شوهرش عمل کند؛ بنابراین لازم است از شوهر خود اذن داشته باشد.

۲. یکی دیگر از آثار ریاست مرد در خانواده، به اختیار قانونی شوهر در مورد اشتغال همسر، مربوط می‌شود که ماده ۱۱۷ ق.م. در این باره بیان می‌دارد: «شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد، منع کند». برخی حقوقدانان در باره این ماده گفته‌اند: اموری با مصالح خانوادگی منافی است که باعث سستی بنیاد آن یا اخلال در نگهداری و تربیت فرزندان یا حیثیت اجتماعی زن و شوهر یا برهم‌زدن نظم حاکم بر خانواده باشد و برای تشخیص این امور نمی‌توان قاعده ثابتی ارائه داد، بلکه اخلاق عمومی و وضع خاص هر خانواده در این دآوری مؤثر است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۲۳۳).

بر این اساس، می‌توان گفت از آنجا که قرارداد استفاده از رحم جایگزین معمولاً بر وظیفه زن در اداره و تربیت فرزندان و وظایف زناشویی مؤثر است و نیز ممکن است با مصالح خانوادگی و یا حیثیات شوهر یا زن منافات داشته باشد؛ بنابراین اذن شوهر لازم است و اینکه دست‌کم شوهر می‌تواند زن را از چنین عملی منع کند. در قانون ایالتی امریکا نیز مانند حقوق ایران، رضایت شوهر مادر جانشین حامل، یکی از شرایط برقراری قرارداد است^۱ و او را در صورت اعلام رضایت، به رعایت مسائل مربوط به قرارداد ملزم می‌داند؛ زیرا او نیز خواسته یا ناخواسته درگیر این فرایند شده است (آسمانی، ۱۳۸۹، ص ۳۱۰).

اگرچه در مجموع اصل بر رضاعی بودن قراردادها در حقوق ایران است و همان‌گونه که گفته شد، علاوه بر رضایت مادر جانشین، باید رضایت همسر وی نیز جلب شود؛ ولی به نظر می‌رسد صرف ابراز اراده در چنین قراردادی کافی به نظر نمی‌رسد و از آنجا که این قرارداد از اهمیت بسیاری برخوردار می‌باشد، لازم است برای جلوگیری از اختلافات آینده و نزاع‌هایی که آثار بسیار سوء اجتماعی خواهد داشت، قانونگذار کتبی بودن و یا حتی رسمی بودن چنین قراردادی را جزء شرایط صحت (قصد، رضا و ابراز آن) قرار دهد تا یک مقام صلاحیت‌دار بر انعقاد آن نظارت کند (رحیمی، ۱۳۸۷، ص ۱۷۰).

۱. بند ج-۲ قسمت ۶ قانون خاص جانشینی حامل در ایالت ایلینوی امریکا.

۳-۲-۱. موضوع قرارداد

موضوع قرارداد استفاده از رحم جایگزین از جانب زوجین نابارور، پرداخت مبلغ و وجهی به مادر جانشین و از جانب مادر جانشین، عبارت از تملیک منفعتی از بدنش برای مدت حمل به زوجین نابارور و تسلیم کودک پس از بارداری است.

نکته‌ای که در این میان وجود دارد و قابل بررسی تطبیقی است، پرداخت پول به مادر جانشین است. این عقیده در میان مردم و اندیشمندان رواج دارد که انگیزه‌های مادی، عمده‌ترین دلیلی است که باعث می‌شود شخص حاضر شود برای دیگری رنج بارداری را تحمل کند (Ponzetti, 2003, p.1604). انگلستان جزء کشورهایی است که استفاده از رحم جایگزین را به هدف کسب درآمد، ممنوع اعلام کرده است؛ ولی در فلسطین اشغالی این امر با هیچ مانع قانونی مواجه نیست (رحیمی، ۱۳۸۷، ص ۱۷۱).

البته در قانون ایالتی امریکا، از پرداختن به رابطه مالی مستقیم مادر جانشین و پدر و مادر اصلی پرهیز می‌شود (برآمده از بند ب ۲-۴ قسمت ۶ قانون ایالتی) و تنها رابطه مالی مورد پذیرش میان والدین اصلی و مادر جانشین، به جبران هزینه‌ها مربوط می‌شود (آسمانی، ۱۳۸۹، ص ۳۱۰)؛ بنابراین اگرچه یک اجماع نسبتاً جهانی درباره غیراخلاقی بودن خرید و فروش رحم جایگزین نزد صاحب نظران وجود دارد، در بسیاری از کشورهای پیشرفته همچون سوئد، آلمان، نروژ و اتریش، استفاده از رحم جایگزین چه تجاری و چه غیرتجاری ممنوع است (آرامش، ۱۳۸۷، ص ۴۰)؛ اما در حقوق ایران، بنا بر آنچه گفته شد، انعقاد قرارداد با قصد ایجاد ارتباط مالی مستقیم میان طرفین، علاوه بر جبران هزینه‌های مادر جانشین، مذموم نیست و مورد پذیرش است. در ادامه این بحث، لازم است درباره تعهد مادر جانشین دو مطلب روشن گردد؛ نخست، اینکه آیا مادر جانشین بر اعضا و جوارح خود سلطه و مالکیت دارد تا بتواند به استناد این مالکیت، منافع آن را به دیگری تملیک کند یا خیر؟ دوم، اینکه آیا حق انسان بر اندامش از حقوق مربوط به شخصیت است و قرارداد استفاده از رحم جایگزین، با آن منافات دارد یا منافاتی وجود ندارد؟

۱-۳-۲-۱. بررسی سلطنت و مالکیت انسان بر اعضایش

برخی از فقها قائل‌اند که انسان بر بدن خود تسلط دارد و این تسلط را امری عقلایی

همچون سلطه انسان نسبت به اموال می‌دانند و این سلطه را دلیل تصرفات انسان بر نفس و بدن خود دانسته‌اند و معتقدند هر جا مانع قانونی و شرعی وجود نداشته باشد، این تصرفات امکان دارد (مؤمن، ۱۴۱۵، ص ۱۶۳). برخی نیز گفته‌اند انسان مالک اعضا و متعلقات نفس و بدن خود به گونه مالکیت اعتباری نیست و رابطه او با اعضای بدنش همچون رابطه او با لباس و پول نیست، بلکه انسان نسبت به اعضای خود دارای مالکیت حقیقی است؛ بنابراین می‌تواند هرگونه تصرفی را که می‌خواهد، انجام دهد (طباطبایی، ۱۳۶۰، ج ۱، ص ۲۱).

چنین استدلال شده است که اعضا و اجزای انسان از نظر وجود قائم و وابسته به وجود خود انسان است و هویت مستقلی ندارد و میان انسان و اعضای وی، رابطه‌ای از جنس مالکیت حقیقی وجود دارد؛ بنابراین انسان می‌تواند هرگونه تصرفی را که می‌خواهد، در آن انجام دهد (همان).

در میان حقوقدانان نیز مرحوم دکتر شهیدی به این دلیل که تصرف و حق اختصاصی نسبت به شیء، موجب حصول مالکیت نسبت به آن می‌گردد و این موارد نسبت به اعضای بدن انسان نیز وجود دارد، به رغم نامأنوس بودن ذهن با مالکیت شخص نسبت به اعضای بدن خودش، این مالکیت را از روشن‌ترین مصادیق مالکیت حتی در مفهوم حقوقی آن دانسته‌اند که در حقیقت مالکیتی ذاتی و طبیعی است (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۳۴۹).

در مجموع مطابق نظر فقها می‌توان گفت از نظر عقلی و سیره عقلا، اصل بر توانایی تصرف انسان در جسم خود و داشتن سلطه نسبت به آن برای منتفع شدن از مزایای آن است، مگر اینکه مانع عقلی وجود داشته باشد. از نظر شرعی نیز انسان تا آنجا که تصرف وی در دایره شمول موانع شرعی قرار نگیرد، اختیار و توانایی تصرف را در اعضای خود دارد؛ بنابراین به نظر می‌رسد استفاده از رحم جایگزین و تصرف در آن، در دایره شمول موانع شرعی قرار نمی‌گیرد و مادر جانشین از اختیار و توانایی تصرف در اعضای خود برخوردار است.

۲-۳-۱. بررسی منافات عقد و قرارداد اجاره رحم با حقوق مربوط به شخصیت زن اجیر

با توجه به اینکه مطابق نظر حقوقدانان، قراردادهایی که به حقوق مربوط به شخصیت تجاوز می‌کند، باطل است (مگر در موارد استثنایی و با وجود شرایط خاص)؛ بنابراین

لازم است این موضوع درباره قرارداد استفاده از رحم جایگزین بررسی گردد. حقوق مربوط به شخصیت، عبارت است از حقوقی که به هر انسانی قطع نظر از وابستگی او به گروه اجتماعی خاص تعلق دارد؛ حقوقی که بیشتر از شخص انسان حمایت می‌کند تا منافع مادی او. حقوق مربوط به شخصیت، برخلاف حقوق مادی، غیرقابل انفکاک از شخص و شخصیت انسان است (صفایی، ۱۳۷۸، ص ۵۱-۲۸۰). حقوق مربوط به شخصیت، با دو عنوان حمایت از شخصیت جسمی انسان و حمایت از شخصیت اخلاقی و معنوی انسان مورد بحث قرار گرفته است (همان).

به نظر می‌رسد حق انسان بر اندامش، از حقوق مربوط به شخصیت است که موضوع آن اندام انسان یعنی یکی از عناصر تشکیل‌دهنده شخصیت می‌باشد و قرارداد استفاده از رحم جایگزین، هم با حقوق مربوط به شخصیت جسمی انسان و هم با حقوق مربوط به شخصیت معنوی و اخلاقی مرتبط است. به دنیا آوردن فرزند برای دیگری که مستلزم بارداری و سپری کردن دوران حمل و زایمان است، متضمن تعرض جسمی به شخص مادر جانشین و مداخله بر حق وی در مورد تمامیت جسمی او می‌باشد. از این رو، با حقوق مربوط به شخصیت جسمی انسان منافات دارد. از سوی دیگر، نظر به اینکه عمل استفاده از رحم جایگزین، آزادی‌های فردی مادر جانشین را محدود می‌کند و باعث مداخله اشخاص دیگر در زندگی خصوصی می‌گردد، با حق تمتع از زندگی خصوصی که از حقوقی است که از شخصیت معنوی انسان حمایت می‌کند، منافات دارد (حمداللهی، ۱۳۸۸، ص ۱۳۴).

براساس مطالب پیش‌گفته، از نظر حقوقدانان، قراردادهای متضمن تجاوز به حقوق شخصیت، باطل است، مگر قراردادهایی که صدمه سبک و غیرقطعی به جسم انسان وارد کنند؛ به شرط اینکه موضوع آن منفعت عقلایی و مشروع باشد و قراردادهایی که با انتفاع شرعی منعقدکننده آن توجیه می‌شود، مثل قراردادهایی که شخص طبق موازین فنی و علمی با پزشک یا جراح منعقد می‌سازد و قراردادهایی که دارای نفع عمومی است نیز صحیح‌اند؛ مانند قرارداد اعطای عضو برای پیوند که با رضایت اعطاکننده و با رعایت موازین فنی و علمی و نظام‌های دولتی براساس بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی مجاز است (صفایی، ۱۳۷۸، ص ۲۱).

درباره قرارداد استفاده از رحم جایگزین گفته شده است: اولاً، صدمه سبک و

غیرقطعی است؛ ثانیاً، با نفع مشروع متعاقدين همراه است؛ ثالثاً، نفع عمومی را همراه دارد؛ زیرا منفعت آن به طور مستقیم برای توده خاصی از مردم یعنی زوج‌های نابارور و به صورت غیرمستقیم برای جامعه به وجود می‌آید؛ رابعاً، متضمن ضرر برای مادر جانشین نیست؛ خامساً، مادر جانشین آزادانه رضایت به انجام عمل می‌دهد؛ بنابراین به رغم اینکه قرارداد استفاده از رحم جایگزین، متضمن لطمه به حقوق مربوط به شخصیت است؛ ولی می‌توان از نظر حقوقی آن را مجاز شناخت (نایب‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۱۴۹).

اما به نظر می‌رسد برخی از موارد این استدلال، قابل خدشه باشد؛ زیرا از نظر عرف، صدمه ناشی از بارداری و زایمان چندان سبک به نظر نمی‌رسد و چه بسا ممکن است با مرگ مادر جانشین همراه باشد. همچنین، اگرچه نفع عمومی بخشی از مردم جامعه یعنی زوجین نابارور را به دنبال دارد؛ ولی نفع بخش دیگر جامعه یعنی خانواده مادر جانشین (همسر و فرزندان) به خطر می‌افتد. در مجموع می‌توان گفت چنانچه شوهر مادر جانشین از جهت ریاستی که بر خانواده دارد، به این کار رضایت دهد، شاید بتوان قرارداد استفاده از رحم جایگزین را به رغم لطمه‌ای که به حقوق شخصیت وارد می‌آورد، مجاز شناخت.

نکته‌ای که در اینجا قابل ذکر است اینکه در قانون ایالتی امریکا، اهمیت فوق‌العاده‌ای به دریافت مشاوره‌های مستقل حقوقی، پزشکی و روانی برای مادر جانشین، شوهر او و پدر و مادر اصلی داده شده است (قسمت ۵ قانون ایالتی). با توجه به زیان‌های احتمالی که پیش‌تر بدان اشاره شد، آگاهی کامل از موضوع مورد قرارداد، بدون تأثیر مخرب عوامل خارجی و به عبارت دیگر، آگاهی‌های سالمی که به انتخاب صحیح و بدون اثرپذیری در طرفین قرارداد منجر شود، در سراسر علوم پزشکی از جمله درباره کسب رضایت آگاهانه در همه فرایندهای درمانی، قویاً مورد تأکید است (آسمانی، ۱۳۸۹، ص ۳۰۹).

۴-۲-۱. مشروعیت جهت قرارداد

«جهت قرارداد» استفاده از رحم جایگزین، هم از جانب زوجین نابارور و هم از جانب مادر جانشین قابل بررسی است و روشن است اگر انگیزه نامشروع باشد، فقط در صورتی که در قلمرو قصد مشترک طرفین قرار گیرد؛ یعنی طرف مقابل از آن آگاهی یابد، باعث

بطلان قرارداد خواهد شد. انگیزه و جهت این قرارداد از جانب زوجین نابارور این است که صاحب فرزند شوند و بدین وسیله در جهت استحکام پیوند زوجیت خود و خانواده‌ای که تشکیل داده‌اند، گام بردارند؛ ولی چنانچه زوجین نابارور نباشند، بلکه بخواهند از این راه مشکلات ناشی از بارداری و زایمان را بر دوش دیگری قرار دهند، این انگیزه مشروع به نظر نمی‌رسد و اگر مادر جانشین از آن آگاهی یابد، نمی‌تواند وارد چنین قراردادی شود. در طرف مقابل، از جانب مادر جانشین این انگیزه ممکن است تجاری و یا غیرتجاری باشد. چنانچه انگیزه مادر جانشین، غیرتجاری باشد؛ مثلاً با انگیزه کمک به هم‌نوع و کمک به زوجین نابارور صورت گرفته باشد، مثل خواهری که با هدف کمک به خواهر نازای خود، چنین امری را بپذیرد، در این مورد می‌توان گفت از نظر حقوقی اگر این قرارداد با رضایت همسر مادر جانشین توأم باشد، صحیح قلمداد می‌گردد. البته می‌توان مواردی را نیز در نظر گرفت که این انگیزه غیرتجاری باشد؛ ولی مشروع نباشد، مثل مادر جانشینی که با انگیزه فرار از حق تمکین خود در مقابل همسرش، به چنین قراردادی دست بزند که در اینجا قطعاً قرارداد باطل است.

همچنین، انگیزه مادر جانشین می‌تواند تجاری باشد؛ یعنی برای رسیدن به پول و کسب درآمد، به انعقاد چنین قراردادی حاضر شود که در این صورت نیز با توجه به اینکه از نظر نگارنده بهترین قالب برای قرارداد استفاده از رحم جایگزین، قالب اجاره اشخاص است؛ بنابراین اگر بتوانیم مسائل مربوط به نظم عمومی و مسائل شرعی را حل کنیم، این قرارداد از حیث «جهت» بدون اشکال خواهد بود.

۳-۱. وضعیت حقوقی قرارداد از جهت مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه

درباره مغایرت قرارداد استفاده از رحم جایگزین با نظم عمومی، برخی حقوقدانان معتقدند: چنین قراردادی تصرف در وضعیت شخص و جسم انسان و برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه (ماده ۹۷۵) به شمار می‌آید و از این رو، فاقد اعتبار است و تعهدی برای طرفین ایجاد نمی‌کند (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۸۳).

برخی دیگر گفته‌اند طبق اصل حاکمیت اراده، اصل آن است که اراده‌های افراد منشأ اثر باشد. در قرارداد مورد بحث، زنی رحم خود را برای پرورش جنین غیر، به او اجاره می‌دهد و به موجب این قرارداد، با رضایت متعهد می‌گردد که رحم خود را برای پیوند جنین در اختیار متعهدله قرار دهد و سپس اقدامات متعارف را که برای رشد جنین لازم است، انجام دهد تا طفل حاصل از جنین اولیه، وضع شود و پس از تولد، طفل را تحویل متعهدله بدهد و علاوه بر آن، چنانچه در ممنوعیت و مشروعیت چنین کاری تردید داشته باشیم، اصل اباحه و حلیت و همچنین اصالةالصحة، دلالت بر جواز صحت چنین قراردادی دارد (گرچی، ۱۳۸۴، ص ۴۳۵). به علاوه، این قرارداد با نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایرتی ندارد و فواید فردی و اجتماعی زیادی نیز دارد که در رفع مشکلات خانواده‌های بدون فرزند که بالقوه استعداد فرزنددار شدن را دارند؛ ولی بالفعل با مشکل مواجه‌اند، مؤثر است و کمک شایانی به آنان می‌کند (همان، ص ۴۴۲).

با توجه به اینکه قرارداد استفاده از رحم جایگزین، با تأسیس خانواده ارتباط دارد و از راه این تأسیس، با زوجیت و حضانت ارتباط برقرار می‌کند، باید در مسئله قائل به تفکیک شد. در مورد زوجیت، با توجه به اینکه گفتیم اذن و اجازه زوج زن جانشین، ضروری و لازم است؛ بنابراین چنانچه زوج به چنین قراردادی رضایت دهد، گویا از بخشی از حقوق مربوط به زوجیت خود با زن جانشین برای مدت حمل (و نه به صورت دائمی) صرف نظر کرده است؛ بنابراین مشکلی به نظر نمی‌رسد.

درباره حضانت، مسئله پیچیده‌تر است؛ زیرا مطابق قانون مدنی (مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۷۲)، حضانت علاوه بر اینکه حق ابویین است، تکلیف آنها نیز می‌باشد و چون برخی فقها، مادر جانشین را نیز در حکم مادر طفل قلمداد می‌کنند؛ بنابراین تحویل دادن طفل به زوجه نابارور - که هدف اصلی زوجین نابارور از انعقاد قرارداد بود - با قواعد حقوق مدنی تعارض یافته، ایجاد مشکل می‌کند؛ مگر اینکه پس از زایمان، ارتباط مادر جانشین با طفل قطع نگردد و طفل ذیل حضانت توأمان مادر جانشین و مادر صاحب تخمک (زوجه نابارور)، پرورش یابد و البته لازم است این امر در قرارداد درج گردد؛ یعنی قرارداد به گونه‌ای باشد که به محض زایمان، مادر جانشین ارتباطش با فرزند قطع نگردد.

در این باره که مادر و پدر کودک حاصل از رحم جایگزین، چه کسی است؟ سه

دیدگاه وجود دارد؛ یک دیدگاه به قرارداد منعقدشده به وسیله افراد بالغ و عاقل و تعیین والد براساس آن توافقات توجه دارد. این دیدگاه مورد پسند کشورهای است که قرارداد رحم جایگزین را کاملاً صحیح و لازم‌الاتباع می‌دانند (رحیمی، ۱۳۸۷، ص ۱۷۲). در قانون ایالتی، ارتباط کودک و والدین از راه قرارداد جانشینی حامل، پیش از تولد و به وسیله وکیلی که نماینده طرفین قرارداد است، تعیین می‌شود و به صورت فرمی مشخص تکمیل می‌گردد «قسمت ۸ و بند (الف) قسمت ۱۷ قانون ایالتی» (آسمانی، ۱۳۸۹، ص ۳۰۹).

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 طفل محسوب می‌شود. انگلیس و استرالیا جزء کشورهای طرفدار این دیدگاه‌اند که معتقدند مسئولیت والدین، ناشی از به دنیا آوردن کودک است.

دیدگاه سوم نیز توجه به ارتباط بیولوژیک و ژنتیک کودک دارد. در این دیدگاه کسی والد محسوب می‌گردد که اسپرم یا تخمک او در تشکیل جنین نقش داشته است. ظاهراً فلسطین اشغالی براساس تعلیم دین یهود، از این دیدگاه پیروی می‌کند (رحیمی، ۱۳۸۷، ص ۱۷۲).

۲. مطالعه تطبیقی سیر تاریخی و مشروعیت اجاره رحم

در کشورهای جهان، یکی از دو رویکرد پیش‌گفته مورد پذیرش قرار گرفته است و براساس آن، مقررات لازم تصویب شده است. البته در برخی کشورها هنوز قانونگذار تصمیم خاصی اتخاذ نکرده است. در کشورهایی همچون اتریش، آلمان، سوئد و نروژ، استفاده از رحم جایگزین غیرقانونی است. در فنلاند، یونان و ایرلند، استفاده از رحم جایگزین بدون هیچ مقررات قانونی صورت می‌گیرد. در استرالیا رحم جایگزین از نوع غیرتجاری آن مجاز است و در انگلستان نیز فقط پرداخت هزینه‌های معقول مجاز دانسته شده است (Ponzetti, 2003, p.1605).

در ایالات متحده نیز قانون یکنواختی وجود ندارد و قوانین هر ایالت، خاص خود آن ایالت است؛ مثلاً در ایالت‌های آریزونا، نیوجرسی و میشیگان، قرارداد رحم

جایگزین کاملاً ممنوع می‌باشد؛ ولی در بقیه ایالت‌ها همانند فلوریدا، کالیفرنیا و ایلینوی، این قرارداد تحت شرایطی صحیح قلمداد شده است. در ذیل برای نمونه، مقررات کشورهای فرانسه، انگلستان و ایالت ایلینوی امریکا به اختصار مورد اشاره قرار می‌گیرد.

۱-۲. حقوق فرانسه

قانونگذار فرانسه در سال ۱۹۹۴م در تبصره ۷ ماده ۱۶ قانون مدنی در بخش دوم این قانون با عنوان احترام به اعضای بدن انسان، قراردادهای مادر جانشین را باطل اعلام کرد. براساس این تبصره، هرگونه قرارداد در مورد تولیدمثل یا حاملگی برای دیگری، چه معوض و چه غیرمعوض باشد، ممنوع است. پیش از تصویب این قانون نیز در سال ۱۹۹۱م از دیوان تمیز فرانسه رأیی صادر شده بود و در واقع این قانون همان راه حل رویه قضایی را تأیید کرده است (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۷۴). مطابق این رأی، قراردادی که به موجب آن یک زن هرچند به رایگان، تعهد می‌کند که طفلی را آستن شود و به محض تولد، او را به شخص دیگری واگذار کند، باطل می‌باشد و این گونه قراردادهای هم خلاف اصل غیرقابل تصرف بودن جسم انسان که مربوط به نظم عمومی است و هم مغایر اصل غیرقابل تصرف بودن وضعیت اشخاص است (همان). ضمانت اجرای قاعده شدید است؛ یعنی از آنجا که قاعده مزبور به نظم عمومی مربوط می‌شود و به منافع جامعه ارتباط دارد، ضمانت اجرای آن بطلان مطلق است که هر ذی‌نفع تا مدت سی سال و نیز دادستان می‌توانند به آن استناد کنند و قرارداد قابل تنفیذ نیست. به علاوه، ضمانت اجرای کیفری برای واسطه‌ها مقرر شده است و رویه قضایی از قبول فرزندخواندگی در مورد این اطفال، خودداری کرده است (همان، ص ۷۵).

در ایران، قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور» در تاریخ ۱۳۸۲/۴/۲۹ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که هرچند در مقایسه با قانون کشورهای دیگر مانند فرانسه ناقص است؛ ولی به هر حال، سرآغاز تحولی در این باره محسوب می‌گردد. آیین‌نامه این قانون نیز در سال ۱۳۸۳ به تصویب هیئت وزیران رسید؛ اما در قانون مزبور، هیچ مقرره‌ای درباره استفاده از رحم جانشین وجود

ندارد و محاکم ایران نیز تاکنون فرصت به‌کارگیری تصمیم نسبت به این موضوع را نیافته‌اند و رویه قضایی وجود ندارد. در این قانون برای مشکل خانواده‌های عقیم، راه حل ارائه شده است و به زن و شوهر عقیم محدود است؛ بنابراین نسبت به دریافت جنین به وسیله زن بیوه یا مجرد، این قانون ساکت می‌باشد. همچنین، این قانون به اجاره یا عاریه رحم و حکم آن اشاره‌ای نکرده است؛ ولی تدابیری برای حمایت از جنین پیش‌بینی کرده که والدین متقاضی در مورد نفقه و تربیت و نگهداری، همچون پدر و مادرهای دیگر تکلیف دارند.

۲-۲. حقوق انگلیس

در دهه هفتاد و سپس دهه هشتاد میلادی، استفاده از رحم جانشین باعث طرح دعاوی متعددی در محاکم انگلیسی شده است. در ابتدا قضات به ماهیت قرارداد استفاده از رحم جانشین نمی‌پرداختند و فقط به تعیین وضعیت حقوقی کودک می‌پرداختند؛ ولی به هر حال، قانونگذار انگلیس، قانونی را با عنوان «ترتیبات استفاده از رحم جانشین» در سال ۱۹۸۵م تصویب کرد^۱ و در بخش دوم قانون گفت هرگونه مذاکره، فعالیت و ترتیبات در جهت انعقاد توافق استخدام رحم جانشین با هدف تجاری، ممنوع و جرم است. قانونگذار انگلیس در بخش سوم این قانون نیز هرگونه تبلیغات در جهت تسهیل یافتن توافق را ممنوع و جرم اعلام کرد؛ ولی در این قانون، وضعیت حقوقی قرارداد میان صاحب رحم جانشین و متقاضیان استفاده از رحم، روشن نشده بود. در سال ۱۹۹۰م قانون دیگری با عنوان «Human Fertilization and Embryology» (تلقیح مصنوعی انسان و جنین‌شناسی) به تصویب قانونگذار انگلیسی رسید که به موجب بخش ۳۶ آن که ذیل عنوان بند A به قانون سال ۱۹۸۵م ملحق شد، هرگونه ترتیبات قراردادی مربوط به استفاده از رحم جانشین، لازم‌الاجرا نبوده، برای هیچ‌یک از طرفین حقوق و تعهدات قراردادی ایجاد نمی‌کند و هیچ‌یک از آنان در محاکم انگلیسی نمی‌توانند به آن استناد کنند (Otlowski, 1999, p.38).

۱. Surrogacy Arrangements Act 1985, England.

به دنبال وضع قانون در انگلیس، کشورهای متأثر از این سیستم حقوقی نیز قوانین مشابهی پیش‌بینی کردند؛ از جمله در استرالیا با اینکه تاکنون یک قانون فدرال جامع پیش‌بینی نشده؛ ولی در تعدادی از ایالت‌های این کشور، مقررات مشابهی در این باره پیش‌بینی شده است؛ به عنوان مثال، در ایالت کوئزلند، قانون والدین جانشین (Surrogate Parenthood) در سال ۱۹۸۸م تصویب شد و به موجب آن هرگونه تبلیغات، اقدامات و فعالیت در جهت تسهیل انعقاد قرارداد استخدام رحم جانشین، ممنوع و جرم اعلام شد. برخلاف حقوق انگلیس که قرارداد استفاده از رحم جانشین را غیرقابل استناد در محاکم اعلام داشت، قانون مزبور آشکارا قرارداد مزبور را باطل اعلام کرد و مقرر داشت هیچ محکمه‌ای در ایالت مزبور، به ترتیب اتردادن به مفاد قرارداد مزبور مجاز نیست.

۲-۳. حقوق ایالت ایلینوی آمریکا

تنها قانون خاص و مشخصی که به بحث درباره رحم جایگزین می‌پردازد و آن را به رسمیت شناخته است، به ایالت ایلینوی آمریکا مربوط می‌باشد که در سال ۲۰۰۴م در این ایالت تصویب شد.

در این قانون، به طور آشکار و مشخصی، زنی که بچه را به دنیا آورده است، مادر کودک تلقی می‌شود؛ ولی در مقابل، هیچ بازه زمانی را برای مادر جانشین یا شوهر او در نگهداری طفل معتبر نمی‌شناسد و بلافاصله پس از حمل، آنان را به تسلیم کودک به پدر و مادر اصلی وامی‌دارد.

این قانون در بحث اهلیت، داشتن ۲۱ سال سن و سابقه تولد یک کودک سالم را از شرایط مادر جانشین تلقی می‌کند و در مقابل، پدر و مادر اصلی را متعهد کرده است همه هزینه‌های ناشی از ولادت کودک را بر عهده گیرند.

همچنین، این قانون هیچ مسئولیت مدنی را برای طرفین قرارداد اجاره رحم، به رسمیت نشناخته است (آسمانی، ۱۳۸۹، ص ۳۰۷).

نتیجه

از مجموع مباحث پیش گفته، نتایج ذیل مستخرج می‌گردد:

۱. با توجه به ایرادهایی که در مورد انطباق قرارداد «تولیدمثل برای دیگری» با هریک از عقود ودیعه، عاریه، جعاله و ماده ۱۰ قانون مدنی وجود دارد، به نظر می‌رسد بهترین قالب برای این قرارداد، اجاره اشخاص باشد و با پذیرش این امر، اطلاق عنوان «اجاره رحم» بر این قرارداد صحیح خواهد بود.

۲. در صورتی که به صحت شرعی و حقوقی اجاره رحم قائل باشیم، باید گفت در این قرارداد علاوه بر ضرورت وجود قصد و رضای زوجین نابارور و مادر جانشین، در صورتی که مادر جانشین دارای همسر باشد، رضایت همسر وی نیز باید وجود داشته باشد.

۳. به نظر می‌رسد از جهت حقوقی، قرارداد اجاره رحم در اغلب مصادیق و موارد با نظم عمومی و اخلاق حسنه جامعه ایرانی منافات داشته باشد، مگر در برخی مصادیق خاص مانند جایی که مردی دو همسر داشته باشد و یکی از زوجین، نابارور باشد و مرد، جنین تشکیل شده از اسپرم خود و تخمک زوجه نابارور را در رحم زوجه دیگر خود قرار دهد؛ همچنان که در فتوای برخی مراجع به چنین مصداقی اشاره شده است.

۴. حتی اگر قائل شویم که با رضایت همسر مادر جانشین، قرارداد اجاره رحم از جهت تأسیس خانواده، مغایرتی با نظم عمومی ندارد، همچنان با توجه به مقررات قانون مدنی، این قرارداد با تأسیس حضانت ناسازگاری دارد؛ به ویژه در جایی که بنا بر نظر برخی مراجع، مادر جانشین در حکم مادر جنین متولدشده محسوب می‌شود؛ چنانچه آیت‌الله اراکی در رساله خود آورده‌اند:

نطفه زن صاحب تخمک، معد بوده برای زن صاحب رحم که این دومی جزء اخیر علت تامه به دنیا آوردن بچه بوده است؛ پس اولاد ملحق به دومی یعنی زن صاحب رحم می‌شود (اراکي، [بی تا]، ص ۵۹۸).

۵. با توجه به اختلاف نظرهایی که درباره آیات و روایات مربوط به موضوع اجاره رحم و قرارداد نطفه مردی به جز همسر مادر جانشین در رحم وی وجود دارد، به نظر می‌رسد پذیرش نظریه احتیاط و اجتناب از جواز این امر، از نظر شرعی منطقی‌تر به نظر می‌رسد.

منابع

۱. اراکی، محمدعلی؛ رساله توضیح المسائل (استفتانات)؛ قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۲.
۲. آخوندی، محمد مهدی؛ آشنایی با لقاح خارج رحمی و ضرورت استفاده از گامت جایگزین در درمان ناباروری؛ تهران: سازمان سمت و پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۴.
۳. آسمانی، امید و محمد امامی؛ «بررسی مقایسه‌ای حقوق رحم‌جانشین در ایران با قانون خاص جانشینی حامل در ایالت ایلینوی امریکا»؛ فصلنامه باروری و ناباروری؛ پژوهشگاه فناوریهای نوین علوم پزشکی جهاد دانشگاهی (ابن سینا)، ش ۴، ۱۳۸۹.
۴. جعفرزاده، میرقاسم؛ «درآمدی بر مسائل فقهی - حقوقی، بولتن تولیدمثل و نازایی»؛ پژوهشکده بیولوژی و بیوتکنولوژی جهاد دانشگاهی؛ پژوهشکده بیولوژی و تکنولوژی جهاد دانشگاهی، ش ۴، ۱۳۷۷.
۵. حرم‌پناهی، محسن؛ «تلقیح مصنوعی»؛ فصلنامه فقه اهل بیت □؛ [بی‌جا]: [بی‌نا]، ش ۹، ۱۳۷۶.
۶. حمداللهی، عاصف و محمد روشن؛ قرارداد استفاده از رحم جایگزین؛ چ ۱، تهران: مجد، ۱۳۸۸.
۷. خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریر الوسیله؛ ج ۱، چ ۲، قم: انتشارات دارالعلم، [بی‌تا].
۸. رحیمی، حبیب‌الله؛ «مسئولیت مدنی ناشی از رحم جایگزین»؛ فصلنامه باروری و ناباروری؛ پژوهشگاه فناوریهای نوین علوم پزشکی جهاد دانشگاهی (ابن سینا)، تابستان ۱۳۸۷.
۹. شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات؛ تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
۱۰. صفایی، سیدحسین و سیدمرتضی قاسم‌زاده؛ حقوق مدنی اشخاص و محجورین؛

- چ ۴، تهران: سمت، ۱۳۷۸.
۱۱. صفایی، سیدحسین؛ «انتقال جنین» (سخنرانی در نخستین سمپوزیوم مسائل فقهی - حقوقی اهدا و انتقال جنین و تخمک سال ۱۳۷۷)؛ مجموعه مقالات روش‌های نوین در تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق؛ به کوشش میرقاسم جعفرزاده؛ تهران: سمت، ۱۳۸۰.
 ۱۲. صفایی، سیدحسین؛ «تولیدمثل انسانی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق فرانسه و ایران»؛ مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی؛ دانشگاه تهران، ش ۶۴، تابستان ۱۳۸۳.
 ۱۳. طباطبایی، سیدمحمدحسین؛ تفسیر المیزان؛ ج ۱، چ ۳، تهران: مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم، ۱۳۶۰.
 ۱۴. علی‌آبادی، محمد؛ «حکم شرعی تلقیح اسپرم و نطفه بیگانه»؛ مجموعه مقالات روش‌های نوین تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق؛ تهران: سازمان سمت و پژوهشکده ابن‌سینا، ۱۳۸۰.
 ۱۵. علیزاده، مهدی؛ «وضعیت فقهی - حقوقی استفاده از رحم جایگزین»؛ مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (الهیات و حقوق)؛ دانشگاه علوم رضوی مشهد، ش ۱۹، ۱۳۸۵.
 ۱۶. قاسم‌زاده، سیدمرتضی؛ «قراردادهای رحم جایگزین (دایگی پیش از تولد) در حقوق ایران»؛ فصلنامه باروری و ناباروری؛ پژوهشگاه فناوریهای نوین علوم پزشکی جهاد دانشگاهی (ابن‌سینا)، تابستان ۱۳۸۷.
 ۱۷. قربان‌نیا، ناصر؛ حکم وضعی و تکلیفی انتقال جنین، روش‌های نوین تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، (مجموعه مقالات) تهران: سازمان سمت و پژوهشکده ابن‌سینا، ۱۳۸۰.
 ۱۸. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق خانواده؛ ج ۱، چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۱.
 ۱۹. کاتوزیان، ناصر؛ دوره عقود معین؛ ج ۱ و ۴، چ ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴.
 ۲۰. گرجی، ابوالقاسم و دیگران؛ بررسی تطبیقی حقوق خانواده؛ چ ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.

۲۱. مؤمن قمی، محمد؛ کلمات سدیدہ فی مسائل جدیدہ؛ ج ۱، قم: مؤسسہ نشر اسلامی، ۱۴۱۵ق.
۲۲. نایب‌زادہ، عباس؛ بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی (مادر جانشین، اهدای تخمک یا جنین): تهران: مجد، ۱۳۸۰.
23. CSG: **The Council of State Governments** [Internet]. Illinois: CSG; c2010. Gestational Surrogacy; 2006
24. Otlowski, Margaret, **Re Evelin-Reflections on Australian's First Litigated Surrogacy case**, Medical Law Review, Vol.7, spring 1999,
25. Ponzetti jj. (Editor in cheif). **International Encyclopedia of marriage and family**, U.S.A, macmillan Reference. 2003
26. Smith GP. **The Christian Religion and Biotechnology, (A Search for Principled Decision-making)**. Netherland, Springer. 2005.
27. Surrogacy Arrangements Act 1985, England.
28. www.csg.org/knowledgecenter/docs/ssl/Surrogacy.pdf