

## فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: 78864 Article Cod:2021S5D17SH99088 ISSN-P: 2538-3701

### اسباب انحلال در قرارداد رحم جایگزین

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۹/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۰/۰۱/۱۸)

#### زکيه فلاح

دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال

#### چکیده

قرارداد رحم جایگزین مانند هر قرارداد دیگری از یک دسته اصول کلی و قواعد عمومی پیروی می کند و همچنین واجد قواعد اختصاصی متناسب با کارکرد و موضوع خود است. این جستار به بررسی امکان انحلال این قرارداد که اصولاً در سایر قراردادها ممکن است پرداخته و دو جنبه از اسباب انحلال قرارداد شامل فسخ (انحلال مبتنی بر اراده یکی از طرفین) و تفاسخ (انحلال مبتنی بر اراده طرفین) را مورد دقت نظر قرار داده است و در صدد اثبات قواعد اختصاصی این قرارداد باشیم چرا که بر خلاف سایر عقود، اجازه انحلال این توافق وجود ندارد. برای اثبات لاجرم وضعیت حقوقی این قرارداد و ساختار آن مورد مذاقه گرفت. همچنین به علت نقص و کمبود مقررات قانونی وضعف مباحث فقهی به علت تازگی موضوع بهره گیری هرچه بیشتر از اصول و قواعد فقهی امری لازم است.

۶۱



## مقدمه

بحث از رحم جایگزین زمانی مطرح می‌شود یکی از زوجین توانایی باروری طبیعی یا تمایل به آن را نداشته اما امکان دستیابی به اسپرم و تخمک سالم از آنان توسط وسایل پزشکی ممکن باشد، در این حالت اسپرم و تخمک به دست آمده خارج از رحم و در محیط آزمایشگاهی لقاح داده شده و نطفه شکل گرفته از این لقاح در رحم شخص ثالثی قرار می‌گیرد (حمد اللهی، ۳۲) به عبارت فنی‌تر در صورتی که نارسایی در رحم باشد و رحم زوجه به عللی نتواند میزبان جنین در طول دوران حاملگی باشد در درمان ناباروری از رحم زن دیگر استفاده می‌شود که به این روش در اصطلاح مادر جانشین یا رحم جایگزین گفته می‌شود. در این روش اسپرم زوج و تخمک زوجه گرفته شده و در محیط آزمایشگاهی با یکدیگر تلقیح می‌شود و سپس در مرحله ۴ سلولی یا ۸ سلولی این نطفه به داخل رحم زن ثالثی انتقال داده می‌شود و در صورت موفقیت در لانه‌گزینی سایر مراحل حیات جنین را تا مرحله زایمان در رحم این زن طی خواهد کرد. برای انجام این جانشینی توافق سه اراده لازم است که در قالب عقد تحقق می‌پذیرد. از یک طرف اراده والدین حکمی و از دیگر سو اراده شخص صاحب رحم یا همان مادر جانشین. (جعفر زاده، ۱۸۵) در این جستار در ابتدا ماهیت و اساس تحلیل این قرارداد از حیث معین و نامعین تنقیح می‌گردد و به تبع آن لزوم و جواز این عقد معین می‌شود و در ادامه بر فرض لزوم در پی پاسخ به این سوال اساسی می‌باشیم که آیا برهم زدن این قرارداد به نحو توافقی (اقاله و خيار شرط) و به صورت یک طرفه (با استفاده از انواع اختیارات قانونی) ممکن است یا خیر؟

### بخش اول: قرارداد رحم جایگزین و ماهیت حقوقی آن

#### بند اول: تعریف و ضرورت قرارداد

الف: از منظر حقوقدانان داخلی قرارداد رحم جایگزین به قراردادی اطلاق می‌شود که به موجب آن یک زن (مادر جانشین) در مقابل یک زوج (والدین حکمی) موافقت می‌کند جنینی

را برای آنان حمل نموده و به دنیا آورد و به مجرد تولد، آن را به والدین حکمی تسلیم کند (نایب زاده، ۸۲). در برخی از قوانین کامن لو (قانون درمان ناباروری، ۱۹۹۵، بخش ۳) از این قرارداد به توافق، قرار یا تفاهمی تعبیر شده که در آن طرفین شامل زنی که در ازای پول یا تبرعا حاضر می‌شود به نحو غیر طبیعی باردار شده و بعد از زایمان طفل را به طرف دیگر قرار تسلیم نماید.<sup>۱</sup> نکته مشترک در این تعاریف لزوم قرارداد و توافق میان طرفین این عقد است، زیرا که در اکثر نظام‌های حقوقی آثار و شرایط قرارداد رحم جایگزین به صورت اجمالی بیان شده است و در صورت عدم پیش بینی حقوق و تعهدات هر یک از طرفین در قرارداد و با توجه کثرت آراء و نظرات، مشکلات جدی در تعیین حقوق جنین بعد از تولد و همچنین تعهدات طرفین بوجود می‌آید. فی المثل نظرات متعددی در باب تعیین مادر جنین ابراز شده است، برخی فقها مادر حقیقی طفل را مادر جانشین می‌دانند و مستند سخنشان آیه «إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَكَلَدْنَهُمْ» (مجادله، آیه ۲) و همچنین تأثیر مادر جانشین در ولوج روح و تحقق این امر در بطن مادر جانشین استناد جسته‌اند (روحانی، ۱۷) و برخی دیگر صاحبان نطفه را والدین حقیقی تلقی می‌کنند. اگر در قرارداد تکلیف نگهداری و حضانت فرزند و امور غیر مالی او روشن نگردد بعد از تولد با توجه به ضعف حقوقی ناشی از عدم وجود قوانین کافی ممکن است نتیجه ای کاملاً متعارض با خواست اولیه‌ی هر یک از اطراف عقد حاصل می‌گردد. بنابراین اطراف عقد باید قبل از انجام عمل جانشینی قراردادی منعقد و براساس آن عمل نماید. (قاسم زاده، ۱۸۵)

۶۳



### بند دوم: ماهیت حقوقی قرارداد رحم جایگزین

نوع قرارداد رحم جایگزین در این جستار از آن حیث حائز اهمیت است که حکم اولی لزوم و جواز قرارداد را معین می‌کند. به عنوان مثال اگر در این بررسی معین گردد قرارداد رحم

<sup>1</sup> (surrogacy agreement means an agreement, arrangement or understanding formal or informal under which a woman agrees ( whether or not for payment or reward ) with another person to become or try to become pregnant with the intention that a child born as result to the pregnancy is to be treated as the child not of her but of another person or persons )

جایگزین دارای ماهیت عقد عاریه است اصولاً قرارداد مذکور عقدی جایز است، اما اگر اجاره بودن قرارداد رحم جایگزینی اثبات شود قاعداً قراردادی لازم خواهد بود. ذیلاً به نظرات حقوقدانان در رابطه با ماهیت این قرارداد و نقد هر یک اشاره می‌کنیم:

## ۱. تحلیل ماهیت قرارداد رحم جایگزین در حقوق ایران

### الف) اجاره اشخاص

مهم‌ترین و مشهورترین معنایی که برای لفظ اجاره در ارباب معاجم بیان شده، «کرایه دادن» (ابن منظور، ۱۰/۴-۱۱؛ ابن فارس، ۶۲/۱؛ معلوف، ۴؛ الطریحی، ۱۹۹/۳-۲۰۰)، «عقد معوضی که بر منافع وارد می‌شود» (مصطفی و دیگران، ۶-۷) و «جزای عملی که انسان برای دیگری انجام می‌دهد». (الحسینی الواسطی، ۱۲/۶-۱۵) می‌باشد.

مشهور فقهاء، «اجاره» را به «تملیک منفعت معلوم به عوض معلوم» (الجبعی، ۱/۲؛ القدیری، ۱۶) تعریف نموده و اجاره اشخاص را در مقابل اجاره حیوانات و اشیاء ذکر می‌کنند.

برخی از حقوق‌دانان در تعریف اجاره اشخاص می‌گویند: «عقدی است معوض که بموجب آن شخصی در برابر اجرت معین ملتزم می‌شود کاری را انجام دهد» (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ۵۵۷/۱).

یکی از حقوقدانان در تعریف اجاره اشخاص، نظر قدیمی فقهاء مذاهب خمس که آنها را به «تملیک منافع به عوض» تعریف می‌نمودند، را به باد انتقاد گرفته و معتقد است این تعریف، ناقص بوده و لازم است از تعریف صاحب عروه با عبارت «وَهِيَ تَمْلِيكُ عَمَلٍ أَوْ مَنْفَعَةٍ بِعَوْضٍ» (الطباطبایی الیزدی، ۳۹۷/۲) تبعیت نمود. ایشان می‌گویند «ماهیت اجاره عبارت از این است که موجر، طرف خود را مسلط بر عینی از اعیان کند برای اینکه معوضاً از آن عین، منتفع گردد.» (جعفری، ۱۳۸۶ هـ ش، دائرة المعارف عمومی حقوق، الفارق، ۷۱/۱). ولی حسب تحقیق این تعریف نیز ناقص است؛ چرا که لازم است نوع عمل یا منفعت مورد اجاره و عوض آن معلوم و معین باشند که در تعریف فوق اشاره‌ای به این قید نشده است. لذا اگر بخواهیم تعریف را تکمیل نمائیم، بهتر است بگوئیم: «وَهِيَ تَمْلِيكُ عَمَلٍ مَعْلُومٍ أَوْ مَنْفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ بِعَوْضٍ مَعْلُومٍ».

ایشان فایده اجاره اشخاص را صرفاً منحصر به آن دانسته که شخص اجیر، نفع ناشی از کار خود را در اختیار طرف عقد، قرار می‌دهد. (جعفری، ۱۳۸۸ هـ.ش، ۳۷/۱) لیکن برخی از فقهاء، فایده اجاره اشخاص را به دو نوع ۱- تملیک عمل؛ ۲- تملیک منفعت عمل؛ تقسیم نموده (الخمینی، ۵۷۰/۱) و معتقدند که در هر دو عقد اجاره اشخاص و نکاح منقطع، باید مدت و عوض، معین و معلوم بوده و مبهم نباشد.

در خصوص اجاره اشخاص، از عباراتی نظیر «اجاره انسان»، «اجاره خدمات» و «اجاره عمل» (جعفری، ۱۳۸۶، ۱۰۰/۱-۱۰۱) نیز استفاده گردیده است.

حال سوالی که بسیار حائز اهمیت است، اینکه آیا قرارداد رحم جایگزین با قواعد قرارداد اجاره اشخاص قابل تحلیل است؟

گفتیم که اجاره اشخاص به تعهد شخص نسبت به انجام عملی در برابر عوض تبیین می‌شود. مشهور حقوقدانان قرارداد رحم جایگزین را در این قالب تحلیل می‌کنند. بدین سا که مادر جانشین در مقابل والدین حکمی متعهد به باردار شدن از طریق نطفه‌ی آنان و تحویل طفل متولد شده بعد از زایمان به آنان می‌باشد در مقابل والدین حکمی نیز متعهد به پرداخت عوض در برابر عمل مادر جانشین هستند. برخی از فقهای معاصر نیز ماهیت قرارداد رحم جایگزین را اجاره ذکر کرده اند. (مؤمن، ۴۵)

در انتقاد از این نظر بیان شده که استحقاق در برابر اجرت زمانی است که عمل مورد معامله انجام گردد، تعهد وفا شود و اگر موضوع قبل از انجام ممتنع شود اجیر حقی ندارد (نجفی، ۲۳۷/۲۷) و حتی طبق نظر برخی از فقها تسلیم موضوع تعهد و نتیجه‌ی به عمل آمده نیز شرط است (موسوی خمینی، ۴۲۲/۲).

این نظرات نشان می‌دهد تعهد اجیر در برابر مستأجر ماهیتاً تعهد به نتیجه است، اما تعهد مادر جانشین به تولد طفل و پرورش جنین در رحم خود عرفاً تعهد به وسیله است، زیرا نتیجه‌ی تعهد که تسلیم طفل به والدین حکمی است، عرفاً در محدوده‌ی توانایی مادر جانشین نیست.



برخی از حقوقدانان معیار تمیز ما بین تعهد به وسیله و تعهد به نتیجه را قدرت به ثمر رساندن و پایان بردن تعهد می‌دانند. طبق این نظر در صورتی که انجام تعهد خارج از محدوده ی توانایی و قدرت متعهد باشد بذل تلاش در راستای رسیدن به هدف معهود موضوع اصلی تعهد می‌باشد همانند تعهد پزشک به معالجه‌ی فردی که اساساً معالجه و بهبود بیمار در محدوده‌ی توانایی پزشک نیست اما موضوع تعهد پزشک در واقع تلاش در جهت معالجه و بهبود بیمار است (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ۴/ش/۷۹۱) ثانیاً قرارداد رحم جایگزین مشتمل بر اقسامی است که در هر قسم انواع زیادی تعهد طرفینی مشاهده می‌گردد که امکان توجیه همه‌ی آنها با اجاره شخص دشوار است. در برخی از اقسام مادر جانشین تقاضای اجرت نمی‌کند و هدفی نوع دوستانه دارد در حالی که موضوع اجاره اشخاص تعهد در برابر عوض است.

در قسم دیگر با اینکه قرارداد رحم جایگزین معوض است در آن تعهدات متنوعی نهفته که برخی از نوع فعل (تسلیم کودک بعد از تولد) و برخی از نوع ترک فعل و دسته‌ای نسبت به اوصاف مادر جانشین است، که همه‌ی آنها با اجاره اشخاص توجیه نمی‌شود.

نکته‌ی دیگر که قابل بیان است اینکه کارکرد طبیعی رحم، پرورش جنین است و عملی توسط فرد انجام نمی‌گیرد تا بابت آن عوضی دریافت شود در حالی که در اجاره شخص، عمل شخص به عنوان منافع مورد تملک او به نحو ذاتی مورد معامله قرار می‌گیرد و در نهایت این سوال مطرح می‌شود که آیا جنین تنها از رحم مادر جانشین استفاده می‌کند یا از امور دیگری نیز داخل رحم بهره می‌برد و آیا این امور داخل در قرار داد رحم جایگزین هست یا خیر؟ در صورت پاسخ مثبت این سوال مطرح است که آیا امور مذکور معین‌اند و شرایط لازم برای رفع غرر که در قرارداد اجاره به طور کلی شرط است (محقق حلی، ۴۲۷) را دارا می‌باشند یا خیر؟ (جعفر زاده، ۹۵)

البته ممکن است کسی قرارداد رحم جایگزین را در قالب اجاره اشیاء تحلیل نماید بدین سان که بگوید اجاره اعیان تملیک منافع آن عین است به طرف معامله محل نزاع در این است که آیا مادر جانشین منافع رحم خود را به عنوان عینی از اعیان به والدین حکمی تملیک کند؟

آنچه مشخص است، اعضای بدن انسان مالیت ندارد بلکه حق شخص بر اعضای بدن خود از جمله حقوق غیر مالی است و نمی تواند موضوع قراردادهای مالی قرار گیرد و اجاره نیز از جمله ی عقود مالی است. همچنین سلطه ای که مستأجر بر عین مستأجره دارد قابل اعمال بر بخشی از بدن انسان نیست. بنابراین نمی توان قرار داد رحم جایگزین را قرارداد اجاره اشیاء دانست.

### ب: عاریه

براساس ماده ۶۴۵ ق.م، عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود، عاریه دهنده را معیر و عاریه گیرنده را مستعیر گویند. قانون مدنی به پیروی از قول اشهر در فقه، عاریه را اعداد عقود به شمار آورده است. عقد بودن عاریه از دو جهت مورد ایراد واقع شده است:

- ایراد نخست آنکه اثر عاریه فقط اذن در انتفاع است و دادن اذن، برخلاف تملیک عین یا منفعت، نیازی به ایجاب و قبول ندارد. زیرا مالک عین یا منفعت بواسطه اذن، انتفاع از آن را برای منتفع مباح می سازد و این امر در زمره ی ایقاعات است نه عقود. در پاسخ می توان گفت: درست است که بدون نیاز به نظر و قبولی مستعیر، تصرف در مال معیر با اذن وی صحیح است ولی ضمیمه شدن قبولی مستعیر و منوط شدن اذن معیر به قبولی او این نتیجه را دارد که انصراف مستعیر از ادامه تصرف و فسخ او موجب زوال اذن معیر می شود. به بیان دیگر اراده مالک بر سرنوشت این رابطه حقوقی حکمفرما است و همین طور که وی می تواند با رجوع از اذن به این رابطه حقوقی پایان دهد مستعیر نیز با فسخ می تواند موجب زوال آن شود به طوری که ادامه تصرف او به اذن مجدد نیاز دارد..
- ایراد دوم آنکه عقد، همیشه با التزام و تعهد همراه است، در حالی که از عاریه التزامی بوجود نمی آید. در پاسخ می توان گفت: ملازمه ای بین مفهوم عقد و تعهد



نیست؛ به طوری که هر جا عقد وجود داشته باشد لزوماً تعهد نیز وجود داشته باشد. زیرا اثر مستقیم عقد، ممکن است تملیک و تملک باشد نه تعهد.

بنابراین در عقد عاریه مستعیر متعهد است که از مال مورد عاریه نگاهداری کند و آن را در زمان درخواست معیر به او بازگرداند. منتها تحقق این تعهد منوط به تسلیم مال به اوست. ولی در ارتباط عاریه با محل بحث باید گفت که نمیتوان از عاریه به عنوان قالبی برای تمامی اقسام قرارداد رحم جایگزین استفاده نمود، به عبارت فنی تر تمام اقسام قرارداد رحم جایگزین با عاریه قابل تحلیل نمی باشد، بلکه قائلین تنها از این عقد در جایی که قرارداد رحم جایگزین غیر معوض است استفاده می کنند زیرا عاریه اساساً عقدی غیر معوض است که این امر در تعریف آن نیز با قید «مجاناً» ملحوظ شده است، بنابراین از عاریه به عنوان مکمل اجاره برای تعیین نوع عقد رحم جایگزین بهره برده می شود (صفایی، ۱۱۸/۲) این نظریه از ایراد مصون نیست و اساسی ترین ایرادی که بدان وارد می باشد از این جهت است که موضوع عاریه عین است و مالکیت داشتن این عین نیز مفروض است، در حالی که به رحم - به عنوان جزئی از بدن انسان - از حیث حقوقی عین اطلاق نمی شود.

### ج: جعاله

لفظ «جعاله» (به تثلیث جیم) به معنای «مزد کارگر»، «آنچه در ازای جنگیدن به سرباز پرداخته می شود»، «آنچه از مزد یا رشوه در مقابل کاری پرداخته می شود» به کار رفته است. (معلوف، ۹۳؛ مصطفی و دیگران، ۱۲۵-۱۲۶). ماده ۵۶۱ قانون مدنی می گوید: «جعاله عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از این که طرف معین باشد یا غیر معین». ماده ۶۶ آئین نامه تسهیلات اعطائی بانکی، می گوید: «جعاله عبارت است از التزام شخص «جاعل» یا «کارفرما» به ادای مبلغ یا اجرت معلوم (جعل) در مقابل انجام عملی معین، طبق قرارداد.»

برخی از فقهاء، جعاله را به «صیغه ای که ثمره آن، تحصیل منفعت است در مقابل عوضی که ممکن است هر یک از عمل و عوض، بطور معین شرط نشود»، تعریف نموده اند. مثلاً گفته



شود هر کس مال گمشده مرا برگرداند نصف مالکیتش برای اوست. در حالی که عامل نسبت به آن مال و مکان آن جاهل است؛ به همین جهت جعاله، از عقد اجاره که بر تحصیل منفعتی معین منعقد می‌شود، متمایز می‌شود. زیرا در اجاره، تعیین منفعت و عوض آن، شرط است (الجبعی، ۳۵/۲). برخی از فقهاء، جعاله را به «التزام به عوضی معلوم در مقابل کار حلالی مقصود» یا «انشاء التزام به عوضی معلوم» یا «قراردادن عوضی معلوم بر کار حلالی مقصود» تعریف نموده‌اند. (الخیمینی، ۵۸۶/۱). وجه اشتراک همه تعاریف فوق اینست که اولاً: عوض باید معلوم باشد. ثانیاً: کار مورد جعاله باید دارای دو شرط باشد: ۱- مشروع باشد؛ ۲- نیل به نتیجه معین، منظور باشد. بعضی از حقوق‌دانان، جعاله را التزام شخص (به صورت ایقاع) به پرداخت اجرتی معلوم در مقابل عمل می‌دانند (جعفری، ۱۳۸۶ هـ.ش، ترمینولوژی حقوق، ۱۹۶). برخی دیگر جعاله را یکی از عقود معینه دانسته؛ و رعایت تمامی شرایط اساسی صحت معامله مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی را در آن الزامی می‌دانند. (امامی، ۱۹۷/۲).

### ج: تحلیل براساس ماده ۱۰ قانون مدنی

درخصوص اصل حاکمیت اراده بحثهای متنوع و زیادی با توجه به مکاتب مختلفی که در این زمینه وجود دارد ارائه شده است. به طور کلی طرفداران این اصل بر این نظر هستند که اراده، حاکمیت تام و کامل در شکل‌گیری و تحقق عقد و آثار مترتبه بر آن دارد و در جمیع روابط قانونی اثر تام ایفاء می‌نماید. در این تفکر، نظام اجتماعی متمرکز بر فرد است و فرد غایت و هدف بوده و همه باید مسخر و در خدمت فرد باشند و شخصیت فرد به جز با آزادی، رشد نمی‌یابد. این تفکر با وجود این که، اثر شایانی در تدوین قوانین گذاشت؛ اما به علت اغراق‌گرایی و عدم واقع‌بینی در بعضی از قلمروها با انتقادات عدیده مواجه شده. (نک: سنه‌وری، ۱/ ۱۴۶ و: همو: نظریه العقد؛ ۸۶) که مجال بیان نیست. اصل آزادی قراردادی در حقوق ایران، به واسطه‌ی ماده‌ی ۱۰ ق.م. تئوریزه شده است. در لسان فقها با عبارت «العقود تابعه للقصد» که در زمره‌ی قواعد اصطیادی می‌باشد از آن نام برده شده است. (میرزای قمی، ۲/ ۹۳۰ و: نراقی، ۱۵۶ و: مراغی، ۲/ ۲۴۱ و: کاشف الغطاء، ۱/ ۱۸ و: حکیم، ۳۳



و: بجنوردی، ۳/ ۱۳۳) و همچنین روایت «المومنون عند شروطهم» نیز نزد بسیاری از فقیهان بر تعهد ابتدائی اطلاق شده است که بیانگر وجوب وفا به تعهداتی است که انسان در مقابل دیگری به عهده می‌گیرد. (طباطبائی یزدی، ۲/ ۱۱۷) اراده به خودی خود در ایجاد اثر حقوقی توانا بوده و نفوذ آن نیاز به تصریح قانونگذار ندارد و اشخاص آزادند آن طور که مایل هستند هم پیمان شوند. البته باید توجه داشت که این اراده تا جایی نافذ است که خلاف قانون یا نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد (ماده ۱۰ و ۹۷۵ ق.م). یکی از حقوقدانان در این باره می‌نویسد: «قانون به حاکمیت اراده، اعتبار می‌بخشد و بدون حمایت قانون هیچ گونه نفوذ و حاکمیتی در اعمال حقوقی نمی‌توان شناخت و پابندی‌های شخصی صرفاً جنبه‌ی اخلاقی دارد و مبنای حاکمیت اراده نمی‌تواند باشد. (شهیدی، ۳/ ۵۸) همانطور که گفتیم یکی از آثاری که پیرامون بحث ما از اصل آزادی ارادی و حاکمیت اراده به دست می‌آید این است که اشخاص می‌توانند درباره امری که منافات با نظم عمومی و اخلاق حسنه ندارد توافق کنند و قانون نیز از خواست آنان حمایت می‌کند این موضوع در ماده ۱۰ قانون مدنی به این شکل طرح شده: توافقات خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است ولی در رابطه با قرارداد رحم جایگزین طبق آنچه در نقد عقود دیگر گفته شد باید بگوییم با توجه به نقصان مقررات لازم در این باب و سکوت قانونگذار نسبت به شرایط، آثار و همچنین نوع عقد باید این قرارداد را از جمله عقود بی نام موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی دانست که اساساً اراده طرفین شرایط و آثار آن را معین می‌کند.

### بند دوم: تحلیل ماهیت قرارداد رحم جایگزین در حقوق تطبیقی

قانون استفاده از رحم جایگزین مصوب ۱۹۸۵ انگلیس در توصیف قرارداد رحم جایگزین از واژه قرار یا توافق نام برده و اشاره ای به نوع معینی از عقود نکرده است. طبق عقیده برخی از صاحب نظران لفظ اجاره میان حقوقدانان انگلیسی برای بیان این عقد مصطلح است لیکن هیچ دلیل بر اجاره ای بودن توسط آنان ارائه نگردیده (جعفرزاده، ۹۳)

در قانون ایالت ویتوریا نیز قرارداد رحم جایگزین قرار، تفاهم و توافق تعریف شده و به قسم خاصی از اقسام عقود معین اشاره نشده است.<sup>۱</sup>

این وضع در قانون والدین جایگزین مصوب ۱۹۹۸ استرالیا متفاوت است در قانون یاد شده از قرار داد رحم جایگزین به اجاره تعبیر شده است.<sup>۲</sup>

### بخش دوم: لزوم و جواز قرارداد رحم جایگزین

از منظر فقها و حقوقدان اصل در کلیه عقود، اعم از تملیکی و عهدی، لازم بودن آنهاست از این گزاره به قاعده «اصالة اللزوم» تعبیر می‌شود که ماده‌ی ۲۱۷ ق.م.فاد آن را مورد تأیید قرار داده است.

نظرات متفاوتی از اصل و مقصود از آن در این قاعده بیان شده، عده‌ای آن را به قاعده اولی در باب عقود تعبیر نموده‌اند (نجفی، ۳/۲۳ و: بجنوردی، ۱۹۶/۵) و برخی دیگر به مقتضای ادله‌ی شرعی به خصوص آیه‌ی وفای به عقد تفسیر کرده‌اند و دسته‌ای آن را استصحاب می‌دانند بدین معنا که در صورت فسخ عقد توسط احد از متعاملین، هرگاه در بقا و یا عدم بقای عقد تردید کنیم، مقتضای قاعده استصحاب، بقای اثر عقد و در نتیجه لزوم آن است. (انصاری، ۲۱۴) این معنی را علامه حلی پذیرفته است و به نظر شیخ انصاری نیز حسن است. (همان) بنا بر آنچه گذشت باید گفت که قرارداد رحم جایگزین قراردادی بی نام و تحت مفاد ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی قلمداد می‌شود، از این حیث تابع ضابطه‌ای مختص به ذات خود از حیث لزوم و جواز نمی‌باشد، پس بنا بر اصل اولی (یعنی مفاد ماده‌ی ۱۲۷ قانون مدنی) اصل در تمامی عقود بزوم است، مگر آنچه صراحتاً استثنا شده باشد. پس با توجه به عدم ذکر به جواز این دست قراردادهای باید گفت قرارداد رحم جایگزین عقدی لازم است.



<sup>1</sup> an arrangement is a surrogacy arrangement it were a woman to whom the arrangement relates to carry a child .

<sup>2</sup> surrogate parenthood 1998: act as a surrogate parent means to lend oneself as the bearer of child to the performance of a prescribed contract .

### بخش سوم: امکان انحلال قرارداد رحم جایگزین

اصولاً سخن از انحلال قرارداد زمانی مطرح می‌شود که عقد دوره‌ای از نفوذ و اعتبار را تجربه نموده باشد و سببی حادث، آن را نسبت به آینده بی اعتبار سازد. (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ۱۰/۵) اسباب انحلال قرارداد به سه قسم منقسم‌اند که شامل: الف) انحلال به تراضی؛ ب) انحلال ارادی (فسخ)؛ ج) انحلال قهری می‌باشد که در این مقاله به بررسی دو قسم نخست می‌پردازیم. همچنین باید بگویم انحلال ارادی مبتنی بر حق فسخ است که به دو صورت ایجاد می‌شود، در صورت اول طرفین سبب این حق را به توافق حین وقوع عقد ایجاد می‌کنند که آن را خیار شرط می‌نامند و در صورت دوم حق فسخ به حکم مستقیم قانون و قهراً ایجاد می‌گردد لذا در این مقاله خیار شرط به همراه اقاله به عنوان اسباب توافقی انحلال قرار داد و سایر اختیارات قانونی به نحو مجزا مورد مذاقه قرار می‌گیرد.

### بند اول: اسباب توافقی انحلال قرارداد

فقها و حقوقدانان قائل به تلازم امکان اقاله عقد و فسخ مستند به خیار شرط هستند و اصولاً در جایی که با دلیل اثبات گردد عقد قابل اقاله نیست امکان قراردادن خیار شرط را نیز در آن عقد محال می‌شمرند. به عنوان مثال نکاح قابل فسخ با خیار شرط نیست و در این موضوع میان فقها اتفاق نظر وجود دارد و علت این امر را ارتباط نکاح با نظم عمومی می‌دانند و به همین علت اقاله نیز در عقد نکاح پذیرفته نشده است. (نجفی، ۶۲/۲۳)

ناگفته نماند امکان برهم زدن عقد توسط جعل خیار شرط و اقاله اصولاً در تمامی عقود پذیرفته شده مگر مواردی که به علت خاصی استثنا شده باشد و عبارات صاحب جواهر نیز براین امر تصریح دارد. (همان)

اما اگر عقدی به علت خاص قابل انحلال توافقی نباشد از آن در فقه به عقد لازم به لزوم حکمی تعبیر می‌شود. در پاره‌ای از عقود مصالحی که لزوم عقد از آن مستفاد می‌گردد به قدری اکید هستند که لحاظ مصلحت طرفین در امکان انحلال عقد نادیده گرفته می‌شود به لزوم این عقود لزوم حکمی اطلاق می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶، ۱۱۴) به عنوان مثال

صاحب جواهر قابلیت انحلال نکاح با خیار شرط را نمی‌پذیرد زیرا ابتناء عقد نکاح را بر احتیاط تام می‌داند (نجفی، ۶۶/۲۳). بنابراین احتیاطی بودن عقد نکاح باعث می‌شود لزوم آن از لزوم سایر عقود قوی‌تر بوده و انحلال آن توسط خیار شرط ممکن نباشد و هکذا توسط اقاله. در قرارداد رحم جایگزین تمامی اوصاف برای حکمی تلقی کردن لزوم این قرارداد فراهم است. در ابتدا این قرارداد در حقوق فرزند که در توافق والدین حکمی و مادر جانشین حضور نداشته مؤثر است، ثانیاً وجود حقوق ثالث در عقد یکی از مواردی است که امکان انحلال توافق را محدود می‌نماید این علت توسط فقها در عقد ضمان تصریح شده که عدم نفوذ اقاله در این عقد به دلیل تأثیر در حقوق مضمون‌عنه است که در جواهر این گونه تعبیر شده که آنچه بر ذمه است هنگامی که انتقال می‌یابد باز نمی‌گردد (همان، ۶۲) و اشتغال ذمه‌ی ثالث نیازمند دلیل است.

ثالثاً در شریعت اسلام اموری که با دماء، فروج و آبروی اشخاص مرتبط باشد مجرای اصل احتیاط است (خراسانی، ۳۵۴) بنابر این دلیل که سابقاً در نکاح ذکر گردید ابتناء نکاح بر احتیاط است و این امر جعل خیار شرط و اقاله را ناممکن ساخته در این قرارداد نیز وجود دارد و به علت ارتباط با فروج لزوم این قرارداد را به حکمی بودن نزدیک می‌سازد. بنا بر آنچه گفته آمد باید گفت که قرارداد رحم جایگزین لازم بوده و لزوم آن حکمی است و انحلال توسط خیار شرط و اقاله ممکن نیست.

### بند دوم: انحلال بوسیله‌ی سایر خيارات قانونی

اثبات اینکه لزوم قرارداد رحم جایگزین از نوع لزوم حکمی است، ارتباطی به بحث فعلی ندارد زیرا لزوم حکمی تنها درصدد نفی امکان جعل خیار شرط و برهم زدن عقد با استناد به آن خيارات و همچنین اقاله در تأیید این نظر مشهور فقها در نکاح تخلف از شرط صفت را مستند ایجاد در نکاح می‌دانند. (جبعی عاملی، ۵/ ۳۹۹) پاسخ به این مسأله زمانی ممکن است که مبنای خيارات مورد بررسی قرار بگیرد.



دو خیار مجلس و حیوان که تعبداً در فقه وارد شده‌اند در این بحث قابل تصور نیستند زیرا هر دو مختص به بیع هستند که از محل بحث تخصصاً خارج است.

اما در مورد مبنای سایر خیارات میان فقها اختلاف شده برخی همانند شهید ثانی در مسالک، صاحب جواهر و شیخ انصاری مبنای خیارات را حدیث ضرر بیان می‌کنند و برخی دیگر همانند مرحوم خوئی قائل به وجود شرط ضمنی و تأثیر آن در ایجاد خیار است. نحوه استدلال و پاسخ به محل نزاع طبق هر یک از مبانی متفاوت است:

الف) مبنای لاضرر: برخی از فقها معتقدند<sup>۱</sup> (نک: انصاری، ۵/ ۱۶۱) مبنای خیارات قانونی لاضرر می‌باشد به این بیان که اصل بر لزوم است و این قاعده اولی در همه ی عقود می‌باشد اما اگر این قاعده اولی منجر به ورود ضرر یکی از طرفین معامله شود حکم ثانویه به استناد قاعده لاضرر امکان فسخ برای متضرر از لزوم عقد است و می‌تواند معامله را فسخ کند.

در صورت فسخ قرارداد رحم جایگزین، بسیاری از التزامات ناشی از عقد که برای مادر جانشین ثابت شده از قبیل رعایت نکات بهداشتی، اخلاقی و شرط رضاع کودک متولد شده و سایر موارد که در قرارداد تعیین تکلیف می‌شود ساقط شده و عملاً فسخ به ضرر فرزند ناشی از جایگزینی رحم منجر می‌شود بنابراین ضرری که باعث ایجاد اختیار است با ضرری که از اعمال خیار حاصل می‌شود تعارض پیدا کرده که موضوع آن مرتبط به بحثی در کتب فقهی و قواعد فقه است که از آن به تعارض ضررین یاد می‌شود.

مرحوم بجنوردی در ارتباط با این مسئله می‌فرماید: «اگر نفی حکم ضرری با نفی حکم ضرری دیگر تعارض کند پس چاره ای جز اقساط لاضرر در هر دو به علت تعارض نیست و اعتنا به آنچه گفته شده نمی‌شود از تقدیم ضرر بزرگتر به دیگری و استناد به لاضرر در حکمی که ضررش اعظم و اکثر است ... پس چاره نیست جز رجوع به قواعد دیگر» (بجنوردی، ۱/ ۲۳۸) بنابراین در فرضی که انحلال قرارداد رحم جایگزین به ضرر فرزند منجر شود که غالباً

<sup>۱</sup> - وأقوی ما استدلل به علی ذلك فی التذکره و غیرها قوله صلی الله علیه و آله: لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام و كأن وجه الاستدلال: أن لزوم مثل هذا البیع و عدم تسلط المغبون علی فسخه ضرر علیه و اضرار به فیکون منفیاً

نیز این گونه است، امکان استناد به لا ضرر برای نفی لزوم از این قرارداد به خصوص نیست و حکم اولی به قوه خود باقی خواهد ماند.

### نتیجه گیری

از آن چه نوشته شد به دست آمد که قالب قرارداد رحم جایگزین، قرارداد موضوع ماده ۱۰ است و این قرارداد با مشابهت به نکاح و سایر قراردادهایی که دارای وصف لزوم حکمی هستند لازم است و لزوم آن لزوم حکمی است این وصف منجر شده که عقد با جعل خیار شرط و تحقق تخلف از شرط و هم چنین اقاله قابل انحلال نباشد.

ثانیاً: به علت ارتباط این قرارداد با حقوق جنین و ضرری بودن فسخ قرارداد رحم جایگزین انحلال قرارداد مذکور میسر نگردد و تنها راه برای جبران ضرر و زیان فرد متضرر، مطالبه جبران خسارت از دادگاه برطبق قواعد عمومی می‌باشد.



## منابع و مأخذ

القرآن الکریم

### الف - کتب فارسی

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامیة، چاپ هجدهم، ۱۳۸۴ هـ.ش؛
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ هجدهم، ۱۳۸۶ هـ.ش؛
۳. همو، دائرة المعارف عمومی حقوق (الفارق)، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۶ هـ.ش؛
۴. همو، محمد جعفر، تأیید اراده در حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۲؛
۵. جعفر زاده، میرقاسم، ماهیت حقوقی قراردادهای رحم جایگزین، مجله ی حقوق و علوم سیاسی سال اول، شماره ۲-۳، ۱۳۸۰؛
۶. حمد اللہی، عاصف - روشن محمد، قرارداد استفاده از رحم جایگزین، تهران: مجد چاپ دوم ۱۳۹۲؛
۷. شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادهای و تعهدات، جلد سوم، چاپ سوم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۳؛
۸. صفایی، سید حسین - امامی، اسد ..، حقوق خانواده، تهران، انتشارات دانشگاه تهران - چاپ سیزدهم، ۱۳۹۳؛
۹. کاتوزیان، امیرناصر، دوره حقوق مدنی: عقود معین (معاملات معوض - عقود تملیکی)، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ یازدهم، ۱۳۹۱ هـ.ش؛





۱۰. قاسم زاده، سید مرتضی، قرارداد رحم جایگزین در حقوق ایران، فصلنامه باروری و ناباروری، تابستان ۱۳۸۷؛
۱۱. نائب زاده، عباس، بررسی حقوق روش های نوین باروری مصنوعی «مادر جانشین»، اهدای تخمک یا جنین، تهران، مجلد، ۱۳۸۰.

### ب- کتب عربی

۱. ابن فارس، احمد، معجم مقاییس اللغة، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، الطبعة الأولى، ۱۴۰۴ هـ ق؛
۲. بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی، القواعد الفقهیة، دلیل ما، چاپ چهارم، قم، ۱۴۳۰ هـ ق؛
۳. الجبعی العاملی (الشهید الثانی)، زین الدین، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، الطبعة الثامنة، ۱۳۷۳ هـ ش؛
۴. الحسینی الواسطی الزبیدی الحنفی، محب الدین سید محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر، الطبعة الاولى، ۱۴۱۴ هـ ق؛
۵. الحلّی (محقق)، نجم الدین جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، مؤسسه اسماعیلیان، الطبعة الثانية، ۱۴۰۸ هـ ق؛
۶. حکیم، سید محسن طباطبایی، نهج الفقاهة، انتشارات ۲۲ بهمن، قم - ایران، اول، هـ ق؛
۷. خراسانی، شیخ محمد کاظم، کفایة الاصول، تهران، خرسندی، ۱۳۸۹؛
۸. الخمینی، سید روح اله، تحریر الوسیله، قم، دارالعلم، الطبعة الثانية، بی تا؛
۹. روحانی، سید محمد صادق، فقه المسائل المستحدثه، قم، دارالکتاب، چاپ چهارم ۱۴۱۴؛
۱۰. الطریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرین، طهران، نشر مرتضوی، الطبعة الثالثة، ۱۳۷۵ هـ ش؛



۱۱. القديرى، محمد حسن، الاجاره، قم، مكتب الاعلام الاسلامى، الطبعة الاولى، ۱۴۱۹ هـ ق؛
۱۲. معلوف، لوئيس، المنجد فى اللغة، بيروت، دار المشرق، الطبعة الثالثه و الثلاثون، ۱۹۹۲ م؛
۱۳. مراغى، سيد مير عبد الفتاح بن على حسينى، العناوين الفقيهه، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۷ هـ ق؛
۱۴. ميرزاى قمى، ابو القاسم بن محمد حسن، رسائل الميرزا القمى، دفتر تبليغات اسلامى - شعبه خراسان، قم - ايران، اول، ۱۴۲۷ هـ ق
۱۵. مؤمن، محمد، كلمات سديده فى مسائل جديده، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۵ هـ ق
۱۶. نراقى، مولى احمد بن محمد مهدي، عوائد الايام فى بيان قواعد الاحكام، انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۷ هـ ق
۱۷. نجفى، شيخ محمد حسين، جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام، تهران، دارالكتاب الاسلاميه، چاپ يازدهم، ۱۳۸۵ .

