

**Evaluation of Non-Financial Rights of Surrogate Mother in Surrogacy**

*Abbas Yadollahi Baghlouei<sup>1</sup>, Seyyed Mohammad Azin<sup>2</sup>, Reza Omani Samani<sup>3</sup>*

**Abstract**

Using another woman's uterus for childbearing of infertile couples is carried out with their sperm and eggs which are transferred to another woman's uterus. This method of therapy involves a contract which is led series of rights and obligations for both parties. Rights of contract parties are dividable to financial and non-financial rights. This study is aimed at non-financial rights of surrogate mother. She, in nowadays' Iranian legal custom, does not have any right to visit the baby and any right of breastfeeding. Opting kind of delivery is another disputable right for surrogate mother which is usually ignored. Moreover, legal experts have not a single view point about surrogate mother's right to abort or to refuse abortion. These matters are more focused in this study.

**Keywords**

Abortion, Parturition, Breast Feeding, Visitation

Please cite this article as: Yadollahi Baghlouei A, Azin SM, Omani Samani R. Evaluation of Non-Financial Rights of Surrogate Mother in Surrogacy. *Iran J Med Law* 2016; 10(36): 55-76.

---

1. Msc in Private Law, Department of Epidemiology and Reproductive Health, Reproductive Epidemiology Research Center, Royan Institute for Reproductive Biomedicine, ACECR, Tehran, Iran.

2. PhD in Private Law, Department of Epidemiology and Reproductive Health, Reproductive Epidemiology Research Center, Royan Institute for Reproductive Biomedicine, ACECR, Tehran, Iran.

3. PhD Candidate in Medical Ethics, Department of Epidemiology and Reproductive Health, Epidemiology and Reproductive Health Research Center, Royan Institute, Tehran, Iran. (Corresponding author) Email: r.samany@gmail.com

## بررسی حقوق غیر مالی زن حامل در قرارداد جانشینی در بارداری

عباس یداللهی باغلوئی<sup>۱</sup>، سیدمحمد آذین<sup>۲</sup>، رضا عمانی سامانی<sup>۳</sup>

### چکیده

استفاده از رحم زن دیگر در بارداری و بچه‌دار شدن زن و شوهر ناباور، با لقاح اسپرم و تخمک آن‌ها و سپس انتقال آن به رحم زن دیگر انجام می‌شود. این شیوه درمانی با انعقاد قراردادی بین طرفین است که از آثار این قرارداد می‌توان به ایجاد یکسری حقوق و تکالیفی برای طرفین آن اشاره نمود. حقوق طرفین قرارداد، به حقوق مالی و غیر مالی تقسیم می‌شود که موضوع این پژوهش بررسی حقوق غیر مالی زن حامل می‌باشد. این زن نه حق ملاقات با طفل متولد شده را دارد و نه حق شیردادن به او را. در انتخاب نوع زایمان نیز تا حدودی اختیار از او سلب شده است و در باب حق سقط جنین نیز باید گفت او حتی در جهت سقط یا جلوگیری از آن ندارد، البته نسبت به هر یک از این حقوق اختلاف نظرهایی وجود دارد که در این پژوهش مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### واژگان کلیدی

سقط جنین، زایمان، شیر دادن، ملاقات

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی، گروه اپیدمیولوژی و سلامت باروری، مرکز تحقیقات اپیدمیولوژی باروری، پژوهشکده زیست‌شناسی و علوم پزشکی تولید مثل جهاد دانشگاهی، پژوهشگاه رویان، تهران، ایران.
۲. دکتری حقوق خصوصی، گروه اپیدمیولوژی و سلامت باروری، مرکز تحقیقات اپیدمیولوژی باروری، پژوهشکده زیست‌شناسی و علوم پزشکی تولید مثل جهاد دانشگاهی، پژوهشگاه رویان، تهران، ایران.
۳. استادیار گروه اپیدمیولوژی و سلامت باروری، مرکز تحقیقات اپیدمیولوژی باروری، پژوهشکده زیست‌شناسی و علوم پزشکی تولید مثل جهاد دانشگاهی، پژوهشگاه رویان، تهران، ایران. (نویسنده مسؤل)

Email: r.samany@gmail.com

تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۴/۱۱/۲

تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۳/۹/۱۶

نوع مقاله: پژوهشی

## مقدمه

قرارداد جانشینی در بارداری در مواردی مورد استفاده قرار می‌گیرد که زن و شوهر قانونی و شرعی به دلایلی نمی‌توانند صاحب فرزند شده و در عین حال دارای سلول‌های جنسی سالم قابل باروری می‌باشند. درمان این مشکل با استفاده از یک رحم دیگر امکان‌پذیر است؛ به این نحو که سلول‌های جنسی از زن و شوهر تحصیل و پس از لقاح در دستگاه انکوباتور، به رحم زن دیگری که آماده پذیرش جنین می‌باشد، منتقل گردد. این شیوه درمانی که با انعقاد قراردادی مابین زن و شوهر صاحب نطفه و زن صاحب رحم صورت می‌پذیرد، به نوبه خود دارای یکسری احکام و عوارضی است، مانند بحث بررسی شرایط اساسی صحت معامله در این‌گونه قراردادها، ماهیت این قرارداد و ویژگی‌های آن، مسؤولیت طرفین اعم از زن حامل در برابر صاحبان نطفه، مسؤولیت صاحبان نطفه در برابر زن باردار، احکام وضعی طفل از قبیل نسب، حضانت، نفقه، ولایت و... در این مقاله به بررسی آثار این قرارداد در ایجاد حقوق و تکالیف طرفین آن می‌پردازیم.

توضیح این‌که هر قراردادی موجد یکسری آثاری (اعم از حقوق و تکالیف) برای طرفین آن می‌باشد، صاحبان نطفه و زن حامل نیز که طرفین قرارداد مزبور می‌باشند یکسری حقوقی را به موجب آن کسب و یکسری تکالیفی متوجه آن‌ها می‌گردد. این حقوق و تکالیف پاره‌ای مالی و برخی دیگر غیر مالی می‌باشند. علاوه بر این، با توجه به این‌که موضوع قرارداد مزبور یک موجود انسانی بوده و قانونگذار حمایت‌های حقوقی از او به عمل آورده است و این موجود نیز در آینده تبدیل به یک انسان می‌گردد، فلذا حقوق ویژه‌ای را داراست که می‌بایست بدان توجه نمود. در این پژوهش تنها به بیان حقوق غیر مالی زن صاحب رحم پرداخته و بررسی سایر آثار را به مقالات دیگر موکول می‌نماییم.

در نظام حقوقی، حق به حق مالی و حق غیر مالی تقسیم می‌کنند. حق مالی اختیاری است که برای تأمین نیازهای مادی اشخاص به آن‌ها اعطاء شده و یا حقی است که ارزش معاوضه یا ارزش اقتصادی داشته باشد. حق غیر مالی نیز حقی است که هدف آن تأمین نیازهای عاطفی و اخلاقی انسان است و ارزش مبادله و داد و ستد اقتصادی ندارد (۲-۱). زن صاحب رحم که از این پس در این مقاله با نام مادر جانشین نامیده می‌شود، با انعقاد قرارداد و پذیرش جنین در رحم خود یکسری حقوقی را تحصیل می‌کند. برخی از این حقوق مانند حق دریافت پاداش یا

حق دریافت هزینه‌های زندگی یا حق دریافت هزینه‌های درمانی، جنبه مالی داشته و برخی دیگر جنبه غیر مالی دارد. برخی از مهم‌ترین این حقوق که برای این زن می‌تواند مطرح گردد حق شیردادن به طفل مزبور پس از تولد، حق ملاقات با وی، حق جلوگیری از سقط آن و حق تصمیم‌گیری در مورد چگونگی تولد می‌باشد. با توجه به این‌که این موارد محل مناقشه جدی است، لذا در این پژوهش به بررسی وجود یا عدم وجود این حقوق برای مادر جانشین می‌پردازیم. در زمینه حقوق غیر مالی مادر جانشین، هنوز پژوهش مدونی صورت نگرفته است، هرچند به طور جزئی و در برخی نوشته‌ها، مطالبی به طور نامنظم وجود دارد. همچنین در این زمینه، اختلاف نظر اساسی با توجه به مبانی و کلیات می‌تواند وجود داشته باشد. از این رو در مقاله به طور مستقل به آن می‌پردازیم. ضرورت این تحقیق از آن رو است که با توجه به عدم وجود قانون و حتی دکترین حقوقی واحد در این زمینه، با بیان بحث‌های تحلیلی و استدلالی می‌توان از یک طرف موجب پاسخگویی به سؤالات مطروحه باشد و از سوی دیگر نیز یار و یاور قانونگذار در تدوین قانونی مناسب قرار گیرد. شیوه گردآوری مطالب کتابخانه‌ای و شیوه تحقیق در این مقاله تحلیلی - توصیفی است.

در ادامه، این مباحث در ذیل چهار عنوان بررسی می‌شود: حق مادر جانشین در شیردادن طفل بعد از تولد، حق ملاقات مادر جانشین با طفل، حق مادر جانشین در جلوگیری از سقط جنین و حق انتخاب نوع زایمان.

### حق مادر جانشین در شیردادن طفل بعد از تولد

شیردادن طفل توسط مادر یکی از مهم‌ترین مسائلی است که هم از جنبه‌های جسمانی و هم از جنبه‌های عاطفی، نقش و تأثیرات بسیار زیادی در مادر و کودک و در روابط بین آن‌ها ایفا می‌نماید. این امر در آیات و روایات نیز مورد توجه قرار گرفته است؛ در قرآن کریم در سوره بقره آیه ۲۳۲ بیان شده است «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ...» و در روایات نیز بیان شده که دو چیز است جانشین ندارد: «مهر مادر و شیر مادر». حضرت علی (ع) می‌فرماید: هیچ شیری برای طفل با برکت‌تر از شیر مادر نیست (۳).

فقه‌ها در زمینه شیردادن به طفل معتقدند که مادر مجبور نیست به طفل خود شیر بدهد و همسر او نیز نمی‌تواند او را الزام به این امر نماید. شیخ طوسی در کتاب «الخلافا» در این زمینه

اصل براءت را جاری دانسته و معتقد است که در این زمینه بین تمام فرقه‌ها و همچنین اخبار وارده اتفاق نظر وجود دارد (۴). در نتیجه مادر در ازای شیردادن به طفل می‌تواند تقاضای اجرت نموده و پدر طفل نیز می‌تواند شیردادن به طفل را به شخص دیگری واگذار نماید، البته چنانچه مادر بخواهد به طور داوطلبانه طفل خود را شیر بدهد و یا این که اجرت مورد مطالبه او از میزان اجرت پرداختی به سایرین تجاوز نکند و یا کم‌تر باشد، در این صورت مادر سزاوارتر به شیردادن به طفل خود می‌باشد (۵). شیخ طوسی نیز در مقام جمع بین دو حدیث که یک مورد مادر را محق به نگهداری و روایت دیگر پدر را سزاوار می‌داند، در یکی از توجیهاات خود چنین استدلالی را بیان می‌دارد (۶).

این حکم با چند استثنا مواجه است. استثنای اول این که برخی فقها معتقدند: چنانچه مرد، شخص دیگری را برای شیردادن به فرزندش پیدا نکند و یا این که طفل مالی نداشته و یا پدرش نیز مالی نداشته باشد و هیچ کس دیگر نیز به طور تبرعی حاضر به شیردادن به طفل نگردد، در این صورت مادر ملزم به شیردادن به طفل می‌باشد (۷-۵). استثنای دوم نیز این که برخی فقها معتقدند مادر ملزم است اولین شیری که در پستان مادر پس از تولد جمع می‌شود و «لباء» نام دارد، را تا ۳ روز به طفل بخوراند.

قانون مدنی نیز در ماده ۱۱۷۶ ق.م بیان می‌دارد: مادر مجبور نیست به طفل خود شیر بدهد، مگر در صورتی که تغذیه طفل به غیر از شیر مادر ممکن نباشد. حقوقدانان در ذیل این ماده بیان می‌دارند که اگر مادر بخواهد از حق شیردادن به طفل استفاده کند، پدر یا مقام عمومی نمی‌تواند مانع او شود، مگر به استناد منع ضرر از طفل و با حکم دادگاه که در این صورت می‌توان مادر را اجبار کرد و در صورت ضرر وارده به طفل، او مسؤول آن می‌باشد (۸).

سؤالی که در این زمینه مطرح می‌شود اینست که آیا در این موارد، تکلیف رضاع از طرف مادر نافی اجرت است یا خیر؟ در این زمینه نویسندگان فقهی حقوقی معتقدند که حکم صریحی در قانون مدنی وجود نداشته (۹)، ولی مادر کماکان می‌تواند اجرت عمل خود را از منفق بگیرد (۱۰-۹). حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا می‌توان شیردادن به طفل ناشی از جانشینی در بارداری را حقی برای مادر جانشین دانست یا خیر؟

در پاسخ ابتدا دو حالت را باید از یکدیگر تفکیک نمود. فرضی که تغذیه طفل به غیر از شیر مادر جانشین ممکن است و حالتی که تغذیه طفل به غیر از شیر مادر ممکن نیست. در مورد

حالت دوم، به نظر می‌رسد اختلاف نظر چندانی بروز نکند، زیرا شیردادن به طفلی که به جزء شیر مادر غذای دیگری ندارد، با سلامتی و حیات جنین مرتبط بوده و بر هر فردی واجب است که از حیات فرد دیگر محافظت نماید. در واقع در فرض اخیر مادر جانشین مطابق قاعده حفظ حیات مسلمان، تکلیف به حفاظت از جان طفل و شیردادن به او را دارد.

در باب فرض اول نیز باید گفت که ممکن است مادر جانشین در قرارداد تعهد نماید که پس از به دنیا آمدن طفل هیچ تلاشی در جهت دستیابی به طفل یا در جهت شیردادن به وی انجام ندهد. به نظر می‌رسد این توافق را باید مجری دانسته و مطابق آن رفتار نمود. فرض اصلی مورد بحث، حالتی است که در قرارداد جانشینی در بارداری، هیچ توافقی در این موضوع صورت نگرفته و مادر جانشین بعد از تولد طفل خواهان استفاده از این حق خود و شیردادن به طفل می‌شود. در این زمینه نیز دو نظر می‌تواند مطرح گردد. برقراری و یا عدم برقراری این حق برای مادر جانشین که در ادامه استدلال هر دو گروه بیان می‌گردد.

#### ۱- استدلال موافقان برقراری حق شیردادن برای مادر جانشین

برای گروه موافقان استدلالاتی مطرح می‌شود؛ استدلال اول بدین شرح است که بهترین غذا برای طفل متولدشده شیر مادر است؛ حکیمی که این کودک را از دو سلول جنسی تخمک و اسپرم خلق و در طی ۹ ماه یک سلول (زیگوت) را به یک موجود انسانی تبدیل نموده، همو نیز برای این طفل مقارن با تولد، در پستان مادرش غذای طفل را فراهم کرده است. این امر بی‌حکمت نبوده، لذا توجه به حکمت این عمل می‌تواند ما را به پاسخ مثبت نسبت به این سؤال رهنمون شود. شاید حتی می‌توان پا را از این فراتر نهاد و بیان داشت که این امر بیانگر حق طبیعی طفل بوده که از غذایی که خداوند مقارن با تولد او در پستان مادرش قرار داده، بهره‌مند شود.

استدلال دوم نیز چنین می‌تواند مطرح شود که تغذیه طفل با شیر مادر در آیاتی از قرآن و روایات نیز مورد توجه قرار گرفته است. مطابق آیه ۲۳۲ سوره بقره، چنانچه مادران بخواهند شیردهی فرزندان را کامل کنند، باید به مدت خاصی طفل را شیر بدهند. این آیه هرچند به نظر فقها در مقام بیان مدت شیردهی است، ولی مطابق ظاهر آن، مادران طفلان خود را شیر می‌دهند؛ بدیهی است که توجه قرآن بر شیردادن مادر به طفل می‌باشد. در غیر این صورت

رضاع و شیردادن طفل به صورت مجهول ذکر می‌شود؛ به این نحو که فرزند متولدشده باید به این مدت خاصی شیر بخورد نه این که مادر به او شیر بدهد. علاوه بر این در استدلال سوم مطابق نظر حقوقدانان و فقها، شیردادن مادر به طفل حق او تلقی شده و چنانچه بخواهد از این حق استفاده کند، کسی توان جلوگیری از او را ندارد. این شیر در نتیجه تولد این طفل به وجود آمده و این زن نیز خواهان این است که این طفل را از همین شیر تغذیه نماید. هیچ دادگاه و هیچ وجدانی توان جلوگیری مادر را از این کار نخواهد داشت.

## ۲- استدلال مخالفان برقراری حق شیردادن برای مادر جانشین

برای این گروه نیز استدلالات دیگر می‌توان بیان داشت که استدلال اول این است که شیر مادر بهترین غذای کودک محسوب شده و همراه به دنیا آمدن کودک در پستان مادر او حاصل می‌آید و این امر بر اثر حکمتی است که خداوند مقرر فرموده جای تردیدی وجود ندارد و روایات نیز بر این امر تأکید دارند. این نکته هر چند مورد پسند هر انسان عاقلی است، ولی باید در نظر داشت که جنبه الزامی بر آن وجود ندارد. در واقع این که فقها برای مادر تخییر مقرر داشته‌اند می‌رساند که تغذیه طفل با شیر مادر موضوعیت نداشته و از این رو می‌توان غیر آن نیز رفتار نمود.

مطابق استدلال دوم شیردادن حق مادر تلقی می‌شود و چنانچه بخواهد از این حق استفاده کند، کسی توان جلوگیری از آن را ندارد، مبتنی بر فرض مادربودن است و شیر او نیز از به دنیا آمدن فرزندی حاصل شده است که جزئی از تشکیل این نوزاد از او بوده است. در واقع در حالت جانشینی در بارداری، به دلیل مجزای بودن زن صاحب تخمک از زن صاحب رحم، از یک طرف نمی‌توان شیر را از آن مرد صاحب اسپرم دانست، زیرا اولاً شیر در پستان زن او قرار ندارد؛ ثانیاً مادر جانشین نیز با تخمک خودش باردار نشده و از طرف دیگر نمی‌توان زن را نیز صاحب شیر دانست. این شیر در اثر جنین متعلق به زن و شوهر دیگری در پستان این زن فراهم شده است؛ این زن نیز مادر این طفل تلقی نشده که بتوانیم به صراحت این حق را برای او قائل شویم که چنانچه بخواهد به طفل خود شیر بدهد، نتوان او را از این امر محروم دانست.

در کنار این دو، استدلال سوم نیز مطرح می‌باشد که جانشینی در بارداری شیوه‌ای می‌داند برای کاهش رنج ناباروری زوجین نابارور؛ بدیهی است مقصود آن‌ها این بوده که برای

خود فرزند داشته باشند و سلامت عاطفی طفل می‌طلبند که او تا مدت‌ها از چگونگی تولد خود بی‌خبر باشد. استمرار رابطه زن با طفل بعد از تولد، سبب افزایش رابطه عاطفی او با طفل شده و جدایی مادر جانشین را از طفل دشوارتر می‌کند که این امر می‌تواند در آینده مشکل‌آفرین باشد. از این رو مصلحت طفل ایجاب می‌کند که تا حد ممکن مادر جانشین از طفل به دور باشد. مصلحت والدین ژنتیکی نیز در این است که این دو از یکدیگر جدا باشند.

استدلال چهارمی که در رد نظریه موافقان می‌تواند مطرح شود، این است که برخی شروط در قراردادها شرط تبانی یا بنایی است، یعنی هرچند در قرارداد نامی از آن‌ها برده نشده، ولی قرارداد بر مبنای آن شکل گرفته است. به نظر می‌رسد این که مادر جانشین حقی در جهت شیردهی ندارد، یک شرط بنایی در توافق باشد، زیرا آن‌ها توافق می‌کنند که زن با جنین متعلق به زوجین نابارور باردار گردیده و بعد از وضع حمل طفل را به آن‌ها تحویل نماید. وی همچنین به طور ضمنی متعهد است که در آینده تلاشی به منظور دستیابی به بچه و شیردادن به او انجام ندهد. بدیهی است والدین ژنتیکی نیز بر مبنای چنین شرطی اقدام به انعقاد چنین قراردادی می‌نمایند؛ هیچ پدر و مادری تمایل ندارد که هر از چند گاهی مادر جانشین به آن‌ها مراجعه کرده و خواهان شیردادن بچه باشد و از این طریق برای آن‌ها مزاحمت ایجاد نماید.

البته هرچند دادن پاسخ قطعی به این سؤال چندان آسان نیست، ولی به نظر می‌رسد با توجه به استدلالات مطروحه، نظر مخالفین از مبنای محکم‌تری برخوردار بوده و زن صاحب رحم بعد از تولد طفل حقی در جهت شیردهی به طفل ندارد.

### حق ملاقات مادر جانشین با طفل

حق ملاقات طفل یکی از احکامی است که قانونگذار در روابط بین ابویین و اولاد در مواد ۱۱۷۴ قانون مدنی و مواد ۱۴ و ۴۱ قانون حمایت خانواده سابق و جدید بیان می‌دارد. این حق به طور طبیعی و غریزی در سرشت هر فردی وجود دارد (۱۰) و حق فطری ابویین و طفل است که ممانعت از آن صدمات روحی و معنوی فراوانی برای آن‌ها به همراه دارد (۱۱). در حق ملاقات ابویین با طفل خود چند نکته لازم به توضیح می‌باشد.

نکته اول این‌که در قانون مدنی، این حق تنها برای «ابویین» در نظر گرفته شده است، ولی حقوقدانان معتقدند که این حق منحصر به پدر و مادر نیست و اجداد پدري و مادري نیز باید



حق ملاقات با نوه خود را داشته باشند. همچنین چنانچه دادگاه ملاقات با سایر خویشاوندان، مثل برادر و خواهر را ضروری یا مفید تشخیص دهد چنین دستوری صادر می‌نماید (۸ و ۱۱). نکته دوم نیز همان‌گونه که برخی حقوقدانان یادآور شده‌اند در تمامی احکام حضانت، مصلحت طفل اولویت اول را داراست. این امر در تبصره ۱۴ قانون حمایت خانواده سابق در مورد خروج طفل از کشور بیان شده بود که برای رعایت حال افرادی که حق ملاقات با طفل را دارند انتقال طفل به شهر دیگر یا خارج از کشور جز در موارد معین ممنوع بوده، ولی چنانچه دادگاه ضرورت این خروج را با توجه به مصلحت طفل احراز نماید، این امر مغایر با منافع هر یک از ابوبین نخواهد بود (۱۰). مصلحت طفل به صراحت در ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده جدید چنین بیان شده است: «هرگاه دادگاه تشخیص دهد توافقات راجع به ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل برخلاف مصلحت اوست... می‌تواند... با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند.»

نکته سوم عبارت است از این‌که قانون مدنی در ماده ۱۱۷۴ صراحتاً از عنوان «حق» برای ابوبین استفاده نموده است. نظریه مشورتی ۷/۲۳۳۳-۱۱/۵/۱۳۷۵/۱۱ اداره حقوقی با اشاره به «حق ملاقات» در ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی، ملاقات را نوعی حق برای ملاقات‌کننده دانسته و با توجه به قابل اسقاط بودن حق، اسقاط آن توسط ملاقات‌شونده را بلامانع دانسته است، در حالی که به نظر می‌رسد ملاقات با والدین باید حق طفل نیز به شمار آید و از این رو تکلیفی برای والدین باشد. از سوی دیگر اگر ماهیت حضانت را حق و تکلیف بدانیم می‌بایست ملاقات را نیز هم حق و تکلیف بدانیم. نظریه مشورتی ۷/۴۴۴۴-۱۰/۹/۱۳۶۲/۱۰ اداره حقوقی که حق ملاقات را به هیچ وجه حتی از مادر فاسدالاخلاق نیز قابل سلب نمی‌داند، به نظر می‌رسد تا حدی در تأیید نظریه فوق باشد (۱۲).

در حالت بارداری به شیوه جانشینی این سؤال مطرح می‌شود که پس از به دنیا آوردن فرزند و تحویل به والدین ژنتیکی، آیا مادر جانشین حقی در جهت ملاقات با طفل مزبور را دارد یا خیر؟ این سؤال هنوز در جامعه حقوقی مطرح نشده است، ولی در پاسخ به آن به نظر می‌رسد به دو گونه می‌توان اظهار نظر نمود که در ادامه برای هر یک از این دو استدلالاتی را بیان می‌داریم.

## ۱- موافقان برقراری حق ملاقات مادر جانشین

این گروه معتقدند که مادر جانشین می‌تواند طفل متوله را ملاقات نماید و برای اثبات ادعای خود دلایل مطرح می‌نمایند که در ادامه بدان می‌پردازیم.

### ۱-۱- مداخله مادر جانشین در قسمتی از عملیات فرزندآوری: مطابق ماده ۱۱۷۴

ق.م. یکی از ابویین به دور از طفل خود زندگی می‌کند و از این رو دارای این حق می‌باشد که با طفل ملاقات نماید. به نظر می‌رسد فرض این ماده نسبت به مادر جانشین نیز قابلیت اجرایی داشته باشد، زیرا هرچند که قرابت نسبی از آن والدین ژنتیکی است، ولی از آنجا که مادر جانشین در قسمتی از عمل فرزندآوری مداخله داشته نمی‌توان نقش مادری او را هیچ انگاشت و تنها به مادر رضاعی بودن بسنده کرد. با توجه به این نکته که مادر جانشین نیز نوعی مادر بوده و با توجه به این که به دور از طفل زندگی می‌کند می‌توان او را نیز از مصادیق ماده ۱۱۷۴ قلمداد و حق ملاقات طفل را برای او قائل گردید.

### ۱-۲- وجود حق ملاقات برای سایر خویشاوندان: حتی اگر نپذیریم که مادر جانشین

مادر طفل تلقی و مشمول نص ماده ۱۱۷۴ ق.م. می‌شود، باز هم می‌توان گفت که مطابق نظر حقوقدانان که برای سایر افراد مرتبط با طفل مانند جد پدری و مادری و یا برادر و خواهر طفل نیز حق ملاقات قائل شده‌اند، برای مادر جانشین نیز با توجه به وحدت ملاک از این نظر می‌توان حق ملاقات قائل گردید. چگونه برای خواهر یا برادری که ممکن است چندین سال با طفل اختلاف داشته و اشتراکات اندکی داشته باشند، حق ملاقات قائل شد، ولی برای مادری که نه ماه طفل را در رحم خود پرورش داده، چنین حقی قائل نشد. انصاف و عدالت اقتضا می‌کند که چنانچه مادر جانشین خواهان ملاقات با طفل خود باشد نباید او را از این حق محروم داشت.

### ۱-۳- قواعد فقهی: فقها و حقوقدانان برای حق ملاقات با طفل یکسری مبانی در نظر

گرفته و بر اساس یکسری قواعدی چنین حکم نموده‌اند. به نظر می‌رسد چنانچه بخواهیم به مبانی حق ملاقات توجه داشته باشیم این مبانی در مورد بحث جانشینی در بارداری نیز حاکم می‌باشد که در ادامه بدان می‌پردازیم.

### ۱-۳-۱- قاعده لاضرر: قاعده لاضرر یکی از مهم‌ترین قواعد فقهی است و بر همه ابواب فقه

حکومت دارد. از این قاعده در موضوع حق کودک بر بودن با والدین و خوشاوندان نیز می‌توان استفاده نمود و می‌توان بر مبنای آن حکم به تکلیف و الزام والدین به ملاقات با کودک و ارتباط

مستمر با وی نمود. اگر کودکان در ارتباط با پدربزرگ و مادربزرگ و سایر خویشاوندان تربیت شود بهتر می‌تواند خود را بشناسد و صاحب هویت شود. کودکان و نوجوانان وقتی احساس کنند که به یک خانواده تعلق دارند، احساس امنیت بیشتری نموده، هویت محکم‌تری برای خود می‌سازند و بدیهی است که از سلامت روانی بیشتری برخوردار می‌شوند. جدایی کودک از والدین و خویشان ضررهای ثابت‌شده‌ای را برای وی به همراه داشته که با تمسک به قاعده لاضرر می‌توان حکم به نفی این ضرر نمود (۱۳). به نظر می‌رسد قاعده لاضرر در روابط بین مادر جانشین و طفل نیز از جانب مادر جانشین قابل اجرا باشد، زیرا ممکن است که از عدم ملاقات مادر جانشین با طفل، ضررهای روحی و عاطفی به مادر وارد آید. با استناد به این قاعده می‌بایست چنین ضرری را از مادر جانشین دفع نموده و برای او حق ملاقات با طفل خود را قائل گردید.

۲-۳-۱- قاعده نفی عسر و حرج: در آیات و روایات حرج به معنای «ضیق و تنگی و سختی» به کار رفته است. در بحث حق کودک در ملاقات با والدین نباید کودک به دلیل نداشتن ارتباط با والدین و خویشاوندان دچار سختی و تنگنا شود. یکی از مفاهیم قاعده نفی عسر و حرج که شیخ مرتضی انصاری به آن معتقد است نفی حکم حرجی است؛ در صورت پذیرش این مفهوم باید گفت به دلیل این‌که نبودن کودک با والدین و خویشاوندان، کودک، والدین و خویشان را با تنگی و سختی مواجه می‌کند و چون هیچ حکمی مبنی بر حرج تشریح نشده است، پس نتیجه می‌گیریم که کودک حق ارتباط با والدین و خویشانش را حتی بعد از طلاق آن‌ها از یکدیگر دارد.

در قانون مدنی، ملاقات حق والدین است نه تکلیف آن‌ها و همانطور که در نکته دوم در آغاز این بحث بیان شد و همین‌طور مدلول قاعده نفی عسر و حرج می‌توان گفت چنانچه یکی از والدین به ملاقات کودک نرود و به دلیل عدم ارتباط با والدین، کودک در تنگنا قرار گیرد، دادگاه با توسل به قاعده لاضرر و حکومت آن بر ادله احکام اولیه، می‌تواند وی را مجبور به ملاقات با طفل نماید (۱۳). به نظر می‌رسد از این قاعده در مورد ملاقات مادر جانشین با طفل نیز می‌توان استفاده نمود و بیان داشت که چنانچه در اثر عدم ملاقات مادر جانشین با طفل، او دچار تنگنا و سختی و حرج گردد، به نظر می‌رسد این قاعده در اینجا حکومت داشته و با اعطای ملاقات به او، او را از این حرج خارج نمود.

۳-۳-۱- حرمت قطع رحم: یکی از مبانی فقهی که برای حق ملاقات می‌توان قائل شد، حرمت قطع رحم در آیات و روایات می‌باشد؛ این نکته در کلام فقها چنین بیان گردیده است: «و لا یمنع من الاجتماع مع امه، لأن فی ذلک قطع الرحم و ذالک لا یجوز؛ و از باهم‌بودن طفل و مادرش جلوگیری نمی‌شود، زیرا این امر قطع رحم بوده و مجاز نیست» (۱۴). «و حیث تسقط ولایتها عنه ینبغی أن لا یمنع الولد من زیارتها و الاجتماع بها، لما فی ذالک من قطع الرحم...؛ و هرچند ولایت مادر از فرزند خود قطع می‌گردد، ولی شایسته است که ملاقات فرزند با مادرش و باهم‌بودن آن‌ها جلوگیری نشود، زیرا این امر موجب قطع رحم خواهد بود» (۱۵). «نعم ینبغی أن لا یمنع الولد من زیارتها و لاجتماع معها کما لا یمنع هی من زیارتها و الاجتماع معه لما فی ذالک من قطع الرحم و المضاره بها...؛ بلی شایسته است که از زیارت فرزند با مادرش و باهم‌بودن آن‌ها جلوگیری نشود، کما این‌که این ملاقات و باهم‌بودن از مادر نیز جلوگیری نشود، زیرا این امر سبب قطع رحم شده و برای مادر ضرر دارد» (۱۶). از کلام این فقها می‌توان فهمید که یکی از مبانی‌ای که فقها برای حق ملاقات در نظر گرفته‌اند حرمت قطع رحم می‌باشد.

البته به این نظر می‌توان انتقاد وارد نمود که چگونه حرمت تکلیفی قطع رحم موجب اثبات حق برای ذی‌رحم می‌شود؟ زیرا این احتمال وجود دارد که در عین حال، برای قطع رحم، حرمت تکلیفی وجود داشته، اما حقی که ذی‌رحم بتواند به استناد آن به حاکم شرع رجوع کند، وجود نداشته باشد. از این رو ممکن است عباراتی نظیر «لا یمنع من الاجتماع» و یا «ینبغی ان لا یمنع...» بر تکلیف محض و نه اثبات حق برای ذی‌رحم حمل شود. در هر حال، چنانچه با حرمت قطع رحم بتوان حکم اثباتی را بیان داشت، از این قاعده می‌توان در صورت مادر جانشین نیز بهره جست، زیرا به نظر می‌رسد مادر جانشین نیز جزء ارحام طفل محسوب شده و عموم قاعده حرمت قطع رحم در مورد مادر جانشین نیز شمولیت داشته باشد.

## ۲- مخالفان برقراری حق ملاقات مادر جانشین

این گروه معتقدند که مادر جانشین حقی در جهت ملاقات با طفل را ندارد که در ادامه استدلال آن‌ها مورد بحث قرار می‌گیرد.

۲-۱- انحصار حق ملاقات برای ابوبین: اولاً ماده ۱۱۷۴ در باب حضانت بوده و یکی از لوازم حضانت محسوب می‌شود و حضانت نیز حق و تکلیف ابوبین محسوب می‌گردد؛ ثانیاً هرچند حقوقدانان برای سایر خویشان از جمله جد، جده و یا برادر و خواهر نیز چنین حقی قائل

گردیده‌اند، ولی نص صریح قانون بر اختصاص این حق برای ابویین بوده و سایر افراد را دربر نمی‌گیرد. مادر جانشین نیز هرچند در شکل‌گیری طفل دخالت دارد، ولی طبق نظر اکثریت قریب به اتفاق فقها و حقوقدانان، مادر نسبی طفل، مادر ژنتیکی است. همچنین قانونگذار در این ماده در مقام برقراری حقی برای ابویین بوده است و به نظر نمی‌رسد بتوان از این حکم تفسیر موسع نمود که نسبت به سایر افراد نظیر مادر جانشین نیز قابل اجرا باشد. واژه ابویین که در این ماده استفاده گردیده به طریقه عام مجموعی است که تنها افراد داخل در این مجموعه را شامل می‌شود نه کس دیگری. ابویین نیز تنها اختصاص به پدر و مادر دارد و وارد کردن افراد دیگر داخل در آن نیاز به دلیل دارد.

**۲-۲- قواعد فقهی:** نویسندگان موافق با استناد به مبانی این حق، آن را برای مادر جانشین نیز تسری داده‌اند. این مبانی عبارتند از قاعده لاضرر، قاعده نفی عسر و حرج و همچنین قاعده حرمت قطع رحم. در مورد قاعده لاضرر و نفی عسر و حرج می‌توان بیان داشت که هرچند از عدم ملاقات مادر جانشین با طفل ممکن است ضرری متوجه او گردد، از ملاقات نیز ممکن است ضرری متوجه طفل گردد، زیرا این امر ممکن است سبب آگاهی طفل از نحوه تولد خود شود و از این طریق آسیب‌های روحی و عاطفی شدیدی محتمل شود. علاوه بر طفل، ممکن است از این ملاقات ضرر عاطفی متوجه والدین نیز بشود. در مورد نفی عسر و حرج نیز همین استدلال وجود دارد. اگر عدم ملاقات موجب عسر و حرج مادر جانشین می‌گردد ممکن است از ملاقات نیز عسر و حرج برای والدین ژنتیکی و یا حتی خود طفل شود. از این رو این قواعد با یکدیگر تعارض پیدا می‌کنند.

در مورد قاعده حرمت قطع رحم نیز همان‌طور که قائلین به آن بیان داشته‌اند از حکم حرمت نمی‌توان ایجاد حق را استنتاج نمود. در واقع این‌که آیا از حکم تکلیفی می‌توان حکم وضعی استنتاج نمود، مسأله‌ای است که بین فقها محل اختلاف و چالش می‌باشد، ولی با این حال فارغ از این مسأله، سؤال عمده‌ای که در پاسخ به موافقان و استنادکنندگان به حرمت قطع رحم می‌تواند مطرح شود، این است که آیا اصلاً می‌توان مادر جانشین را رحم محسوب کرد یا خیر؟ آیا می‌توان مادر جانشین را در دایره خویشاوندان قرار داد یا خیر؟ زیرا به نظر می‌رسد واژه صله رحم اشاره به حالتی دارد که رحم و در رحم‌بودن در خویشاوندی آن‌ها نقش ایفا می‌کند، چه این حالت به طور مستقیم باشد مثل برادر و خواهر که از یک رحم هستند یا مادر

و فرزند که فرزند مستقیم از رحم این زن است و یا این که به طور غیر مستقیم باشد، مثلاً رابطه برادرزاده با عمو یا عمه و یا خواهرزاده با خاله و دایی یا نوه با پدربزرگ و مادربزرگ. در رحم داشتن فرزند ناشی از حالت جانشینی در بارداری توسط مادر جانشین نیز قرینه بسیار قوی بر این نکته است که مادر جانشین و طفل مزبور در دایره ارحام قرار می گیرند، ولی نکته ای که در اینجا باید بدان توجه نمود این می باشد که به نظر می رسد در گذشته و در زمان وضع حکم صله رحم، جامعه برای رحم کارکردی در تکون جنین قائل نبود و آن را تنها ظرفی می دانستند که نطفه مرد در آن رشد یافته و تبدیل به جنین و طفل می شود. با پیشرفت دانش پزشکی این امر اثبات شد که زن علاوه بر رحم، دارای تخمدان نیز بوده و یک جزء جنین از زن می باشد. در واقع رابطه خویشاوندی در مورد صله رحم ناشی از این امر بوده که دو فرد رابطه ژنتیکی با هم دارا بودند نه این که تنها صرفاً از یک رحم رشد و نمو یافته باشند. با به وجود آوردن حالت جانشینی در بارداری این امر به طور وضوح جلوه گر شده و حالتی پیش آمد که مادر ارتباط ژنتیکی با طفل ندارد و صرفاً طفل در رحم او رشد نموده است. از این رو استدلال به این که چون طفل در رحم زن رشد نموده جزء ارحام او محسوب می گردد، به نظر می رسد با خدشه مواجه است، البته نباید از نظر دور داشت که صرف عنوان رحم در عبارت صله رحم بار معنایی خاصی دارد که مطابق آن می توان مادر جانشین را در زمره ارحام طفل به شمار آورد.

حال با فرض این که مادر جانشین نیز جزء ارحام طفل به شمار آید، مشکل دیگری مطرح می شود و آن این که حکم صله رحم یک حکم اخلاقی صرف بوده که هنوز به عالم حقوق وارد نشده است، هر چند این امر دارای ضمانت اجرای اخلاقی بوده و برای آن پاداش و برای ترک آن عقاب در نظر گرفته اند، ولی دارای ضمانت اجرای حقوقی نمی باشد.

**۳-۲- مصلحت طفل:** همان گونه که در طلیعه بحث و در نکته دوم بیان شد، در تمامی احکام مربوط به حضانت و ملاقات طفل، مصلحت او بر هر چیزی اولویت دارد. به نظر می رسد با توجه به این که در صورت برقراری حق ملاقات این زن با طفل، ممکن است سبب افشای چگونگی ولادت او و در نتیجه آسیب های روحی و روانی به طفل شود، از این رو مصلحت طفل چنین ایجاب می کند که این زن از برقراری ملاقات با طفل خودداری نماید، هر چند از یک دیدگاه اخلاق مدارانه، ممانعت مادر جانشین از ملاقات با طفلی که نه ماه وی را در رحم خود پرورش داده و از شیر جانشین خود به وی تغذیه نموده است، چندان امر پسندیده و اخلاقی

نیست. با این حال باید در نظر داشت آینده طفل و سرنوشت او ایجاب می‌کند که مادر جانشین از چنین حقی برخوردار نباشد.

**۴-۲- توافق بنایی:** به نظر می‌رسد مبنای زوجین نابارور از انعقاد چنین قراردادی این باشد که مادر جانشین تنها در عملیات فرزندآوری دخالت داشته و بعد از تولد طفل نقشی در ادامه حیات و چگونگی زیستی او نداشته باشد. مادر جانشین نیز در این مبنا که بعد از تولد طفل در ادامه زندگی او نقش نداشته باشد، با زوجین نابارور مشترک است. از این رو عدم ملاقات مادر جانشین با طفل ناشی از جانشینی شرط بنایی طرفین در انعقاد چنین قراردادی می‌باشد و در نتیجه مادر جانشین بعد از مدتی نمی‌تواند مدعی حق ملاقات با طفل خود با استناد ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی گردد.

با بررسی نظرات به نظر می‌رسد، نظرات گروه مخالف از مبنای حقوقی دقیق‌تری برخوردار بوده و با واقعیت‌های جانشینی در بارداری و مصلحت طفل سازگارتر باشد، البته این اختلاف نظر در حالی است که در قرارداد جانشینی در بارداری در این زمینه چیزی مقرر نشده باشد. چنانچه مادر جانشین در قرارداد متعهد گردد که بعد از تولد تلاشی در جهت ملاقات با طفل ننماید، بعد از تولد چنین حقی نخواهد داشت.

سؤالی در حالت فوق ایجاد می‌گردد و آن می‌باشد که ممکن است چنین توافقی برخلاف دستورات اخلاقی اسلام بوده و از این رو مخالف اخلاق حسنه تلقی می‌گردد. اسلام دستور به صلح و رحم داده و مادر جانشین در توافق خود این امر را ساقط می‌نماید. در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت اولاً مطابق مطالب پیش‌گفته در اصل رحم‌بودن مادر جانشین مردد هستیم و از طرف دیگر عرف خاصی در این زمینه شکل نگرفته که گفته شود که این تعهد مادر جانشین خلاف عرف مسلم جامعه و اخلاق حسنه تلقی می‌گردد. به نظر می‌رسد جامعه نیز (با توجه به این‌که جانشینی در بارداری یک شیوه درمانی بوده که با آن مشکل زوجین نابارور حل شود نه این‌که مشکلی دیگر در سر راه آن‌ها قرار گیرد) نسبت به این امر بی‌میلی نشان دهد. از این رو نمی‌توان این تعهد را خلاف حسنه و باطل تلقی نمود.

### حق مادر جانشین در جلوگیری از سقط جنین

فرضی می‌تواند مطرح گردد که مطابق آن موجبات سقط جنین ناشی از جانشینی در بارداری به موجب ماده واحده قانون سقط درمانی مصوب ۱۳۸۴ فراهم باشد (تشخیص قطعی پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی مبنی بر بیماری جنین که به علت عقب‌افتادگی یا ناقص‌الخلقه بودن موجب جرح مادر است و یا بیماری مادر که با تهدید جانی مادر توأم باشد قبل از ولوج روح) والدین ژنتیکی نیز خواهان سقط بچه بوده، ولی مادر جانشین به هر دلیلی مخالف با سقط می‌باشد. در اینجا آیا می‌توان این حق را برای مادر جانشین قائل شد که بتواند از سقط خوداری نماید یا خیر؟

در پاسخ به این سؤال دو نظر مختلف می‌تواند مطرح گردد، ولی مستلزم آن است که ابتدا نکاتی به عنوان مقدمه جهت تبیین بیشتر بیان و سپس بر اساس آن پاسخ سؤال فوق داده شود. مقدمه اول چنین است که جنین در ابتدای خلقت متعلق به والدین ژنتیکی بوده (به این معنی که پیدایش آن از تخمک و اسپرم آن‌ها بوده است) و پس از به دنیا آمدن نیز با آن‌ها رابطه نسبی داشته و فرزند آن‌ها تلقی می‌گردد. نقش مادر جانشین نیز تنها در یک برهه از زمان و به عنوان پرورش‌دهنده و نگهدارنده به شمار می‌آید، حتی نحوه نگهداری و انجام برخی امور و یا عدم انجام برخی کارها نیز زیر نظر والدین ژنتیکی و با نظارت آن‌ها می‌باشد و مادر جانشین در این زمینه اختیار محدودی دارد.

مقدمه دوم نیز عبارتست از این که در قانون سقط درمانی، با رعایت یکسری قیود اجازه سقط را به زن داده شده است. در اینجا باید به نکته‌ای توجه نمود و آن این که منظور از زن در این قانون، زنی است که تخمک از آن او بوده و خود نیز باردار شده است. حال باید دید آیا «در رحم‌داشتن» موضوع بحث بوده یا این که به طور کلی مادربودن ملاک بحث است؟

در پاسخ به این سؤال باید دید آیا مقصود قانونگذار اجتناب از خطری است که در دوران بارداری با جنین معلول یا ناقص ممکن است متوجه زن باردار باشد یا مقصود جلوگیری از به دنیا آمدن فرزند معلول و ناقصی است که این زن می‌بایست در آینده از او نگهداری کند. واضح است اگر فلسفه وضع این ماده هدف اول باشد، این حق مادر جانشین است، ولی چنانچه مقصود هدف دوم باشد این حق باید متعلق به والدین ژنتیکی باشد که در این زمینه تصمیم بگیرند.



هرچند اظهار نظر صریح در این زمینه چندان آسان نیست، ولی به نظر می‌رسد این ماده در نگاه اول، تنها ناظر به حالت در رحم‌داشتن فرزند می‌شود، زیرا همان‌گونه که از عنوان این قانون برمی‌آید این قانون ناظر به جنین ناقص‌الخلقه‌ای است که نگاه‌داشتن آن موجب حرج مادر است. از این رو زن مجوز سقط را پیدا نموده و برای حفظ جان خود می‌تواند جنین را سقط نماید، البته هرچند نظر مخالف نیز می‌تواند بسیار قوی باشد، بدین معنی که منظور قانونگذار از حرج ناشی از فرزند معلول، حرج بعد از تولد است نه حرج در حین بارداری!

مطابق مقدمه سوم، والدین ژنتیکی در قرارداد تعهد می‌نمایند که «چنانچه به تشخیص پژوهشگاه ادامه بارداری برای سلامت حامل خطری جدی به همراه داشته باشد، والدین ژنتیکی حق اعتراض به تصمیم حامل مبنی بر خاتمه زندگی حمل را ندارند». مطابق این تعهد، چنانچه در اثر آزمایشات، این امر به اثبات برسد که ادامه بارداری برای مادر جانشین خطر بسیار مهمی به همراه دارد، نمی‌توان او را مجبور به نگاه‌داشتن جنین نمود. این الزام از آنجا که با سلامتی و حیات حامل در ارتباط است، خلاف نظم عمومی بوده و چنانچه مادر جانشین در قرارداد متعهد به نگهداری حمل در هر صورتی باشد این الزام قابل ابطال است.

تعهد مورد اشاره بیانگر اعطای حق سقط با شرایط ویژه به مادر جانشین است که دقیقاً برعکس فرض مساله مورد بحث می‌باشد، البته به نظر می‌رسد از فحوای این تعهد می‌توان چنین برداشت نمود حق سقط یا عدم سقط از آن والدین ژنتیکی است که آن‌ها در یک مورد خاص، این حق را به مادر جانشین واگذار می‌نمایند. از این رو در خارج از این مورد باید به اصل رجوع کرد و این حق را از آن والدین ژنتیکی دانست.

مقدمه دیگر این که ممکن است مادر جانشین از سقط جنین دچار ضرر روحی و معنوی شود و در نتیجه می‌بایست این امر را به او سپرد که در مورد سقط یا عدم سقط تصمیم بگیرد، ولی اگر بخواهیم بر مبنای ضرر وارده حکم صادر کنیم ضرری که از تصمیم مادر جانشین بر عدم سقط به والدین ژنتیکی وارد می‌آید، بسیار شدیدتر از ضرری است که از سقط به مادر جانشین حاصل می‌آید، زیرا آن‌ها از یک طرف برای صاحب فرزند شدن هزینه‌های هنگفتی نموده که هدف آن‌ها از این کار، داشتن یک فرزند سالم می‌باشد و از طرف دیگر فرزند ناقص یا معلول، پس از تولد نیز علاوه بر هزینه‌های یک فرزند سالم یکسری هزینه‌های دیگری نیز پیدا می‌کند که این هزینه‌ها از عدم سقط جنین ناقص به بار می‌آید.

علاوه بر این هزینه‌های مالی، داشتن یک فرزند ناقص یا معلول، برای هر پدر و مادری عذاب‌آور بوده و تألمات روحی سنگینی را برای آن‌ها و خانواده‌هایشان به همراه دارد، به ویژه که والدین ژنتیکی فرزند دیگری نداشته و تا آخر عمر خود می‌بایست از این فرزند مراقبت نمایند. از طرف دیگر نگرانی مراقبت از این فرزند معلول پس از مرگ آن‌ها، نیز دغدغه دیگری است که آن‌ها در تمام زندگی با آن مواجه می‌باشند.

در نتیجه مادر جانشین حقی در جهت ممانعت از سقط جنین در صورت وجود مجوز قانونی ماده واحده قانون سقط درمانی ندارد. چنانچه مادر جانشین از این امر ممانعت به عمل آورد به نظر می‌رسد می‌بایست با اعمال جریمه‌هایی نسبتاً سنگین او را از این کار بازداشت. شایسته است در قرارداد شرطی گنجانده شود که به موجب آن مادر جانشین تعهد نماید در صورت وجود موجبات قانونی سقط و اصرار والدین ژنتیکی بر سقط، مادر جانشین حقی در جهت ممانعت نداشته باشد و در صورت جلوگیری از سقط به جریمه مالی در حدود پاداش اعطایی و یا کم‌تر یا بیشتر از آن محکوم گردد.

### حق مادر جانشین در انتخاب نوع زایمان

یکی از مواردی است که گاهی اوقات ممکن است به نظر زن باردار و صلاح‌دید او واگذار شود، نوع زایمان می‌باشد. توضیح این‌که در برخی موارد به تشخیص پزشک معالج، برای رعایت سلامتی مادر و طفل، می‌بایست زایمان زن باردار حتماً به صورت جراحی و سزارین انجام شود. در حالی که برخی موارد چنین نیست و این امر کاملاً به نظر زن باردار بستگی داشته که بخواهد از زایمان طبیعی و یا از سزارین استفاده نماید. این امر ممکن است در حالت جانشینی در بارداری نیز مطرح گردد؛ به این نحو که پزشک با رعایت همه مسائل و مشکلات و حفظ سلامتی مادر و طفل بیان دارد که هم می‌توان به صورت طبیعی زایمان صورت پذیرد و هم سزارین، در این فرض، در انتخاب نوع زایمان چه کسی باید اظهار نظر نماید؛ مادر جانشین یا والدین ژنتیکی؟

به نظر می‌رسد در این زمینه می‌توان از دو جهت استدلال نمود. از یک طرف می‌توان این حق را برای والدین ژنتیکی قائل و آن‌ها مختار در انتخاب نوع زایمان بشوند، زیرا در این حالت عموماً آن‌ها سزارین را انتخاب می‌نمایند. انتخاب این حق برای والدین ژنتیکی از آن جهت

است که محل نزاع در انتخاب نوع تولد طفل بوده و والدین ژنتیکی والدین نسبی طفل بوده و ولایت قهری دارند. از طرف دیگر سلامتی طفل نیز مسأله‌ای است که بیش از همه برای آن‌ها مهم بوده، زیرا آن‌ها ابویان او بوده و تصمیم‌گیرنده اصلی در موضوعی که با سلامتی طفل مرتبط می‌باشد، آن‌ها هستند، زیرا نوع زایمان به ویژه زایمان طبیعی ممکن است گاهی اوقات مخاطراتی را برای طفل به همراه داشته باشد. از این رو این حق والدین ژنتیکی است که در این زمینه تصمیم بگیرند.

در مقابل می‌توان گفت این حق مادر جانشین بوده که در این زمینه تصمیم بگیرد، زیرا از یکسو هر یک از این دو شیوه با مشکلات و تألمات خاصی همراه است. زایمان طبیعی همراه با درد بسیار شدید همراه بوده و زایمان با جراحی نیز با مسائلی از قبیل بیهوشی، درد پس از زایمان و مسائلی از این دست مواجه است و این مادر جانشین بوده که می‌بایست متحمل این دردها و تألمات باشد. به نظر می‌رسد این‌که والدین ژنتیکی بخواهند در مورد نحوه زایمان تصمیم بگیرند، دخالت در مسائلی است که جزء حقوق مربوط به شخصیت فرد بوده (۱۷) و نمی‌توان تا این حد قائل به دخالت والدین ژنتیکی در امور مادر جانشین شد. در واقع این امر ریشه در حق بر تمامیت جسمی دارد که هر فردی بر جسم خود و نحوه مداخله در آن دارد. علت آن نیز چنین بیان شده است که این قواعد جزء قواعد آمره بوده و مرتبط با نظم عمومی است (۱۸).

از این رو هر چند جنین موجود در رحم زن از آن والدین ژنتیکی می‌باشد و والدین ژنتیکی نیز بسیاری از هزینه‌ها را در این زمینه تحمل نموده‌اند، ولی نمی‌توانند دخالت در تمامیت جسمی مادر جانشین نموده و آزادی و حریت را از مادر جانشین ساقط نمایند. در نتیجه به نظر می‌رسد انتخاب نوع زایمان را نیز می‌بایست از حقوق غیر مالی مادر جانشین دانست.

باید توجه داشت که وزارت بهداشت در مصوبه‌ای تحت عنوان «دستورالعمل برنامه ترویج زایمان طبیعی» به شماره ۱۰۰/۸۹ که در چارچوب مجموعه برنامه‌های تحول نظام سلامت تدوین و در تاریخ ۱۳۹۳/۲/۷ ابلاغ و از تاریخ ۱۳۹۳/۲/۱۵ لازم‌الاجراء گردیده است، مقرر داشته که زایمان زن تا حد ممکن می‌بایست به صورت طبیعی بوده و مرکز درمانی تحت پوشش علوم پزشکی و پزشکان متخصص مکلف می‌باشند میزان نرخ سزارین را تا حد قابل

توجهی کاهش دهند. این مصوبه بر زایمان مادر جانشین نیز صدق پیدا کرده و از این جهت بررسی حق مورد نظر مطابق دستورالعمل جدید وزارت بهداشت دگرگونی محسوسی یافته است.

### نتیجه‌گیری

از مجموع آنچه که بیان گردید، چنین نتیجه می‌گیریم که در اثر قرارداد جانیشینی در بارداری برای زن حامل حقوقی ایجاد می‌گردد که از مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از حق او در شیردادن طفل، حق ملاقات با وی، حق جلوگیری از سقط و حق انتخاب نوع زایمان. هر یک از این حقوق در این پژوهش از نقطه نظر فقهی و حقوقی مورد بررسی تفصیلی واقع شده و استدلال‌های موافق و مخالف در این باب مورد تبیین و ارزیابی قرار گرفته است. با عنایت به این‌که انجام این شیوه درمانی در نهایت منجر به صاحب فرزند شدن زوجین ناباور گردیده و آن‌ها بدین طریق می‌توانند از بار تألمات روحی خود بکاهند، لذا مقتضی است که زن صاحب رحم پس از به دنیا آمدن فرزند طفل را به آن‌ها تحویل داده و از جهت قانونی نیز حقی در جهت ملاقات یا شیردادن طفل نداشته باشد.

از سوی دیگر، سقط درمانی یک راه‌گزینی برای زن و شوهر بوده که چنانچه مطابق آزمایشات ادامه حیات جنین خطرآفرین باشد، از ادامه حیات او جلوگیری نمایند. این امر صرفاً حقی برای پدر و مادر بوده که در این زمینه اظهار نظر نمایند نه شخص دیگر. از این رو مادر جانشین حقی در جهت جلوگیری از سقط جنین نیز نخواهد داشت. در مورد انتخاب نوع زایمان نیز هر چند تا پیش از ابلاغ و اجرایی شدن مصوبه وزارت بهداشت در این زمینه اختلاف مطرح بود، ولی با اجرایی شدن این دستورالعمل، مادر جانشین نیز می‌بایست مانند هر زن باردار دیگری از این مصوبه در مورد چگونگی زایمان پیروی نماید.

### تشکر و قدردانی

این مقاله برگرفته از طرح پژوهشی جایگزین سربازی نگارنده در پژوهشگاه جهاد دانشگاهی رویان بوده و بدین وسیله از اساتید راهنما و ناظر این طرح آقایان دکتر عمانی سامانی و دکتر آذین کمال تقدیر و تشکر را دارم.

## References

1. Katuzian N. Primary period of civil law: property and ownership. 11<sup>th</sup> ed. Tehran: Mizan Publication; 2006. p. 12. [Persian]
2. Jafari Langrodi M. Medium period of explanation of civil law: property law. Tehran: Mashaal azadi press; 2002. Vol. 1 p. 99. [Persian]
3. Koleini M. Alkafi (T- aleslamieh). 4<sup>th</sup> ed. Tehran: Darolketab Aleslamieh; 1986. Vol. 6 p. 40. [Arabic]
4. Helli A. Mokhtalef alshieh fi ahkam al sharieh. Tehran: Daftar Entesharat Eslami Vabasteh Be Jameh Modaresin Hozeh Elmieh; 1992. Vol. 7 p. 304. [Arabic]
5. Feiz Kashani M. Alnokhbat fi alhekmat alelmieh va alahkam alshareyeh. 2<sup>nd</sup> ed. Tehran: Markaz Chap Va Nashr Sazman Tablighat Aleslami; 1997. p. 231. [Arabic]
6. Sheikh Tosi M. Tahzib alahkam. 4<sup>th</sup> ed. Tehran: Darolketab aleslamieh; 1986. Vol. 8 p. 105. [Arabic]
7. Feiz Kashani M. Alvafi. Esfahan: Library of Amir Almomenin; 1985. Vol. 23 p. 1278. [Arabic]
8. Katuzian N. Civil Law in Modern Legal Discipline. 13<sup>th</sup> ed. Tehran: Mizan Publication; 2006. p. 710. [Persian]
9. Gorji A, Safaei H, Araghi E, Emami A, Ghasemsadeh M, Sadeghi M, et al. A Comparative Study of Family Law. 2<sup>ed</sup> ed. Tehran: University of Tehran Press; 2008. p. 199. [Persian]
10. Roshan M. Family law. Tehran: Jungle Press; 2011. p. 397. [Persian]
11. Safaei H, Emami A. Family Law. 13<sup>th</sup> ed. Tehran: Mizan Publication; 2007. p. 365. [Persian]
12. Sadat Asadi L. Right of the child to live with parents and relatives. J Jurisprudence and Family Law 2009; 14(51): 5-31. [Persian]
13. Mazahery M, Salehi Nezhad F. Check of Jurisprudence Basic of Right of the Child to Live with Parents and Relatives with to View to Opinion of Emam Khomeini. Matin Bulletin 2014; 15(61): 75-98. [Persian]
14. Sheikh Tosi M. Almabsout fi feghh alemamieh. 3<sup>rd</sup> ed. Tehran: Almaktab almortazaviah leehya alathar aljafariah; 1964. Vol. 6 p. 40. [Arabic]

15. Shahid Thani Z. Masalek alefham ela tanghih alsharaye aleslam. Qoum: Moasseseh almaref aleslamieh; 1989. Vol. 8 p. 427. [Arabic]
16. Najafi MH. Javaher Alkalam fh Sharh Sharaye Aleslam. 7<sup>th</sup> ed. Beirut: Dar ehya attorath Alarabi; 1983. Vol. 31 p. 292. [Arabic]
17. Safaei H, Ghasemzadeh M. Persons and persons under legal incapacity. 10<sup>th</sup> ed. Tehran: Samt Publication; 2005. p. 30. [Persian]
18. Katuzian N. Civil Liability extra contractual obligation. 9<sup>th</sup> ed. Tehran: University of Tehran Press; 2011. Vol. 1 p. 581. [Persian]

Archive of SID