

ماهیت و آثار تعهدات ناشی از قراردادهای رحم جایگزین در حقوق ایران

حمیدرضا رنجبر قاسمی*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۱/۰۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۰۸/۲۷

چکیده:

پیشرفت‌های علوم پزشکی در ارائه روش‌های نوین «درمان ناباروری» باعث شده تاراه‌حل‌های زیادی در فرایند تولید مثل انسان پیدا شود. به موازات توانایی بهره‌گیری از این راه‌حل‌ها در علوم تجربی، فرضیه‌های متنوع و جدید دیگری نیز در رشته‌های علوم انسانی مانند جامعه‌شناسی، فقه، روان‌شناسی و مخصوصاً حقوق، ایجاد شده است که لازم است تا متخصصان این دانش‌ها به آن‌ها توجه کنند و آثار استفاده از این روش‌ها بر پایه مبانی خود، مطالعه و ارزیابی و راه‌کارهای متناسب با آن‌ها ارائه نمایند. چنانچه به دلایل موجه پزشکی باروری برای زوجین امکان نداشته باشد، قرارداد رحم جایگزین، «دایگی جنین»، راه‌حل حقوقی متناسبی است. اما این روش باید به اندازه ضرورت و در موارد استثنایی و محدود استفاده شود. این قرارداد می‌تواند در قالب بعضی عقود معین مثل اجاره اشخاص یا ودیعه یا در قالب عقود غیر معین باشد که برای صحت آن رعایت شرایط عمومی و شرایط اختصاصی ضروری است. با عنایت به این که حقوق ایران ریشه در فقه اسلامی دارد، لذا تطبیق این قرارداد با مبانی فقهی ضروری به نظر می‌رسد. بنابه فتاوی و نظریات فقها که درباره جایز بودن و یا نبودن جایگزینی در بارداری مطرح است، این امکان برای قانون‌گذار ایران وجود دارد که به جایز بودن و یا نبودن این گونه جایگزینی حکم کند؛ بنابراین، با توجه به ریشه‌های نظام حقوقی ایران، حکم به جایز بودن استفاده از روش جایگزینی در بارداری در صورتی که دارای مقدمات حرام نباشد، می‌تواند امری باشد که مخالف با موازین شرع به شمار نیاید. علاوه بر آن، اگر مادر جایگزین، مجرد باشد و با ایجاد عقد نکاح موقت بین پدر حکمی با او، رابطه زناشویی برقرار شود، بین فتاوی فقها در جایز بودن استفاده از رحم جایگزین، وحدت نظر و یکنواختی ایجاد خواهد شد و زمینه قانون‌گذاری درباره حکم به جایز بودن آن بیشتر فراهم می‌شود.

واژگان کلیدی: رحم جایگزین، قرارداد رحم جایگزین، نسب کودک متولد شده، دایه جنین.

* نویسنده مسؤول: دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه پردیس تحصیلات تکمیلی علوم و

مقدمه:

پیشرفت های زیاد در روش های تولید مثل، در سالیان اخیر، روزنه امیدی برای زوج های نابارور نمایان ساخته است که به موازات توانایی بهره گیری از این روش ها، مسایل پیچیده و متنوع دیگری در رشته های علوم انسانی مانند روان شناسی، فقه و حقوق و... ایجاد شده است که لازم است آثار استفاده از این روش ها مطالعه و ارزیابی شده و راهکارهای متناسب با آنها ارائه بشود. یکی از روش های کمکی در باروری زنان نابارور، استفاده از «رحم جایگزین» است. این پدیده، نسبت به ره آوردهای دیگر علمی امتیاز ویژه ای دارد و آن، توجه به نهاد خانواده و مسایل مربوط به آن است. زیرا خانواده عامل بنیادین هر جامعه ای می باشد و اختلال در کارکردهایش، آن را در معرض متلاشی شدن قرار خواهد داد. بدین صورت که اگر بعد از ازدواج، زوجین دارای بچه نشوند، کانون خانواده را سردی ها و بی مهری ها فرا گرفته و به تدریج از جدایی و طلاق که امری مشروع و قانونی؛ اما ناگوار است، سخن به میان می آید. در این میان، راهی غیر از طلاق، وجود دارد و آن، استفاده از روش های نوین باروری زنان نابارور از جمله «رحم جایگزین» است؛ چه این که بسیاری از زوجین نابارور علاقه ای به پذیرش کودکان بی سرپرست از خود نشان نمی دهند و خواهان داشتن فرزندی هستند که رابطه ژنتیکی و خونی با خودشان داشته باشد.

امروزه، با توسعه فن آوری های جدید در عرصه علوم پزشکی، امکانات و توانمندی های ویژه ای در دسترس بشر قرار گرفته است. یکی از این موارد، به کارگیری روش های جدید در زمینه «باروری» است. در کنار این توانمندی ها، پرسش ها و چالش های تازه ای در علوم مختلف به ویژه در علوم انسانی مانند مباحث فقهی و حقوقی، روان شناختی، جامعه شناختی و... مطرح شده که این علوم را گریزی از آنها نیست و باید برای آنها پاسخی ارائه دهند.

جالب است بدانیم اولین مورد رحم جایگزین به تاریخ پیامبران و حضرت ابراهیم (سلام الله علیهم اجمعین) برمی گردد. بنا به روایت قرآن مجید، زمانی که ساره، همسر حضرت ابراهیم (علیه السلام) نمی تواند فرزنددار شود، به ابراهیم (علیه السلام) وحی می شود که با هاجر از دواج کند تا بتواند از این طریق، صاحب فرزند شود که پس از این ازدواج، حضرت

ابراهیم (علیه السلام) صاحب فرزند می شود که نامش را «اسماعیل» می گذارند. این نوع از جایگزینی، نوع طبیعی یا ناقص نامیده می شود. به نظر می رسد در سالیان متمادی، شیوه ذکر شده، یک روش معمولی برای بچه دار شدن و ادامه نسل به شمار می رفته است. لازم به یادآوری است که در شیوه درمان ناباروری از طریق طبیعی یا ناقص رحم جایگزین، در صورت لقاح طبیعی اسپرم والد ژنتیک با تخمک مادر جایگزین، از دواج این دو به خاطر موازین شرعی و عرفی ضروری خواهد بود؛ اما امروزه و در شیوه درمانی نوین، این لقاح به صورت آزمایشگاهی انجام می گیرد که نیاز به از دواج مادر جایگزین با پدر حکمی نیست.

بیان مسأله:

یکی از پدیده های جدید در علوم پزشکی، استفاده از رحم جایگزین است که منظور از آن، مداخله زن دیگری (غیر همسر) در تولید مثل مصنوعی است که «مادر جایگزین» هم نامیده می شود. به این صورت که زن ثالث، قدرت پرورش فرزند را در رحم خود دار می باشد و با قبول اسپرم و تخمک یا جنین از پدر و مادر حکمی، آن را برایشان پرورش می دهد و این شیوه، موضوع حقوقی و فقهی جدیدی است که پرسش های زیادی را برانگیخته است. این پرسش هادر زمینه هایی چون فقه، حقوق، روان شناسی و جامعه شناسی مطرح می شوند که بحث مهمی است که باید به آن توجه کرد. بنابراین، سؤال هایی قابل طرح و بررسی است.

سؤال اصلی تحقیق:

۱- ماهیت و تعهدات ناشی از قرارداد رحم جایگزین چیست؟

سؤال های فرعی تحقیق:

۲- نسب کودک متولد از رحم جایگزین به چه کسی می رسد؟

۳- مادر قانونی کودک متولد از رحم جایگزین کیست؟

اهمیت و ضرورت انجام تحقیق: در روش استفاده از رحم جایگزین، با وسایل پزشکی، جنین را داخل رحم زن بیگانه می گذارند و آن زن، جنین را در رحم خود تا مرحله تولد پرورش داده و پس از وضع حمل، کودک به پدر و مادر ژنتیکی تحویل داده می شود. این موضوع، منشأ بروز مسایل

مختلف حقوقی می باشد. قراردادی که میان زوج متقاضی فرزند و مادر جایگزین منعقد می شود، می تواند نقش مؤثری در رفع نگرانی های هر دو طرف و پیش گیری از اختلافات و دعاوی احتمالی آنها داشته باشد. بنابراین، شناخت ماهیت و تعهدات ناشی از این قرارداد و شرایط صحت و اعتبار آن، چه از نظر حقوقی و چه از دیدگاه فقهی، امری اجتناب ناپذیر است.

هدف کلی تحقیق:

تعیین ماهیت و تعهدات ناشی از قرارداد استفاده از رحم جایگزین، هدف اساسی تحقیق حاضر است.

و اما اهداف فرعی این پژوهش، عبارتند از:

- ۱- تعیین صحت قرارداد استفاده از رحم جایگزین.
- ۲- تعیین نسب پدری و مادری کودک تولد یافته از طریق فرایند رحم جایگزین.
- ۳- تعیین مسؤولیت مدنی و حقوق اشخاص در قرارداد استفاده از رحم جایگزین.

فرضیه های تحقیق:

- ۱- قرارداد اجاره رحم جایگزین، قانونی است و تعهدات قانونی ایجاد می نماید.
- ۲- نسب کودک متولد از رحم جایگزین، به صاحب نطفه می رسد.
- ۳- کودک متولد از رحم جایگزین، دارای دو مادر قانونی است.

روش تحقیق:

روش تحقیق، تحلیلی - استنباطی است و با جمع آوری اطلاعات از اینترنت، مقالات و کتابخانه ها، در رابطه با موضوع مقاله انجام گرفته و کلیه پژوهش های انجام شده در مورد رحم جایگزین، جمع آوری و پژوهش های ارائه شده در سمینارها نیز گردآوری و همچنین کتاب های منتشر شده بررسی گردیده است. همچنین با استفتا و درخواست از مراجع عظام درباره موضوع رحم اجاره ای و مقایسه آنها بدین صورت که رساله ها و استفتائات ایشان بررسی شده و در صورت نبود فتوا، سؤال در مورد آن موضوع به صورت استفتا برای مراجع عظام ارسال شده است. و نیز با بررسی و مطالعه حقوقی قرارداد استفاده از رحم جایگزین در کتب حقوقی و مقایسه با حقوق

قراردادها، قرارداد استفاده از رحم جایگزین بررسی می‌گردد. همچنین در کتاب‌های حقوق خانواده، صحت و تعهدات این قرارداد، واکاوی گردیده است.

تعاریف:

قرارداد:

از نظر قانونی، «عقد (قرارداد)، عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد برامری می‌نماید و مورد قبول آنها باشد.» (ماده ۱۸۳ ق.م.ا)

بر اساس این تعریف، هر عقدی دارای دو شرط اساسی است:

۱- در اثر توافق دو یا چند اراده به وجود می‌آید.

۲- نتیجه و منظور از توافق، ایجاد تعهد است.

ماهیت حقوقی قراردادها:

اعمال حقوقی، اعمالی است که به اراده اشخاص به وجود می‌آید و آثار حقوقی آن نیز تابع همان اراده است. عمل حقوقی که در نتیجه توافق دو اراده به وجود می‌آید، «عقد» و عملی را که با یک اراده تحقق پیدا می‌کند، «ایقاع» می‌نامند.

عقد یا قرارداد:

عقد یا قرارداد، عمل حقوقی است که برای انعقاد آن و ایجاد اثر دلخواه، نیاز به توافق دو یا چند اراده است. دست کم دو اراده، مفاد عقد را انشامی کند و از برخورد این دو انشاء، اثر معهود به دست می‌آید. مانند خرید و فروش که نوعی عقد است. زیرا اگر علی بخواهد خانه خود را به احمد بفروشد، باید تملک آن را در برابر ثمن معلوم انشا کند و احمد نیز به نوبه‌ی خود بایستی مبادله ثمن و خانه را اراده کند تا عقد بیع واقع شود.

پس برای تحقق عقد، نه تنها وجود دو اراده ضروری است بلکه این دو شرط نیز لازم است:

۱- اراده‌هایی که با هم توافق می‌کنند باید جنبه انشایی داشته باشد، یعنی اثری را به وجود آورند. مثلاً اگر یکی از دو طرف عقد به ایجاد حقی در گذشته اقرار کند و دیگری گفته او را تصدیق کند، این توافق را نباید عقد دانست. زیرا طرفین در «اخبار به حق» اشتراک نظر پیدا

کرده اند نه در انشای آن. (ماده ۱۹۱ ق.م.)

۲- اثر دلخواه باید ناشی از توافق دواراده باشد. پس، اگر یک اراده بتواند حقی را به وجود آورد، عمل حقوقی را نباید عقد شمرده، هر چند که اراده‌ی دیگر بتواند آن را از بین ببرد. برای مثال، در وصیت عهدی، اعطای نیابت به وصی، تنها به اراده موصی انجام می‌شود ولیکن وصی نیز می‌تواند در زمان حیات موصی آن را رد کند و اثر ایجاد شده را زایل سازد. (ماده ۸۳۴ ق.م.)

حال، اگر وصی سمتی را که به او داده شده است، بپذیرد یا از اختیاری که در وصایت دارد، استفاده نکند، نمی‌توان ادعا کرد که وصایت عقد است. زیرا اعطای نیابت وصی به قبول او نیاز ندارد (و در زمره ایقاعات است) و رد وصی مانع از نفوذ وصایت می‌شود.

شرایط اساسی انعقاد قرارداد:

برای صحت هر معامله، شرایط ذیل اساسی است:

(۱) قصد طرفین و رضای آنها؛

(۲) اهلیت طرفین؛

(۳) موضوع معین که مورد معامله باشد؛

(۴) مشروعیت جهت معامله.

اقسام قرارداد:

پیچیدگی روابط اجتماعی و تحولات سیاسی - اقتصادی هر روز شکل تازه‌ای از معاملات ایجاد می‌کند و تعهداتی را مطرح می‌سازد که پیش از آن نمونه‌ای نداشته است.

قانون مدنی، از دیرباز عقودی را که مورد نیاز عمومی مردم بوده است زیر عنوان «عقود معینه» موضوع حکم قرارداد داده است و شرایط درستی و آثار آن را به تفصیل بیشتر ارائه می‌کند. ولی هرگز نمی‌توان قالب‌های قانونی همه قراردادها را بی‌نیاز از دسته‌بندی عقود دانست. برای احاطه به شرایط وقوع و آثار معاملات، دسته‌بندی قراردادها ضروری است. در بیشتر قوانین، قراردادها بر حسب شرایط انعقاد و نوع تعهداتی که از آنها ناشی می‌شود به انواع گوناگون تقسیم شده‌اند.

(۱) عقود رضایی و تشریفاتی.

(۲) عقود معین و نامعین.

تعهدات ناشی از قرارداد:

در حقوق کنونی ایران، دو گروه از تعهدات از اهمیت بیشتری برخوردار است. تعهدات ناشی از قرارداد و الزامات قانونی که همان تعهدات قانونی است و به حکم قانون و نه قرارداد، برای اشخاص ایجاد می‌شود. (قاسم‌زاده، حقوق تجارت، ص. ۱۹۰) برخی از دانشمندان حقوق، منکر تعدد مسؤولیت غیر قراردادی و مسؤولیت قراردادی بوده و قائل به وحدت و یکی بودن آنها می‌باشند. و از لحاظ ماهیت، تفاوتی میان تعهدات قراردادی و تعهدات ناشی از قانون قائل نمی‌باشند. دلیلی که این حقوقدانان برای توجیه نظر خود عرضه می‌دارند، آن است که تقصیر که مبنای این مسؤولیت می‌باشد چیزی جز تخلف از مفاد یک تعهد موجود بیش نیست. خواه این تعهد را قبلاً یک قرارداد پدید آورده باشد و خواه آن را قانون ایجاد کرده باشد. و ادعا می‌کنند که این مسؤولیت قراردادی نیز مانند الزامات، ایجاد دین می‌کند و منبع تعهد است و از این حیث، تفاوتی بین آن دو وجود ندارد. و در توجیه این ادعا گفته شده است؛ تعهدی که در اثر عدم انجام تعهد قراردادی برای مدیون ایجاد می‌شود به کلی مستقل از تعهد اصلی است و در هر دو مورد، عهدشکن است که مسؤولیت به بار می‌آورد. در مسؤولیت قراردادی، نقض عهدی است که مسؤول خود پذیرفته بوده است.

باید بین آثار عقد و آثار تعهد تفاوت قائل شد. اثر عقد عبارت است از تعهدهایی که بین دو طرف آن ایجاد می‌شود در حالی که اثر تعهد، ایجاد الزامی است که ایفای آن به متعهد تحمیل می‌گردد. عقد سبب ایجاد تعهد است و آثار آن را با الزامی که از تعهد ناشی می‌شود، نباید اشتباه گرفت. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۳، ص. ۲۰)

تعهدات قراردادی به دو بخش است. تعهد مورد قراردادی یا تعهد اصلی و تعهد مورد شرط مندرج در قرارداد یا تعهدات تبعی که در عنوان کلی تعهدات فرعی مورد بحث قرار می‌گیرد.

تعهد اصلی:

تعهدات اصلی، نتیجه ذاتی و مستقیم قرارداد است؛ تعهد اولیه و اصلی فروشنده مبیع. تسلیم مبیع و تعهد اصلی خریدار تسلیم ثمن می‌باشد. ابتدایی‌ترین وظیفه متعهد در هر قراردادی اجرای تعهدات اصلی می‌باشد. تعهدات اصلی در هر قراردادی مقتضای ذات عقد است.

مقتضای ذات عقد بیع، انتقال ملکیت است و تعهد اصلی ناشی از این عقد نیز تسلیم مبیع و تسلیم ثمن برای طرفین می باشد.

تعهدات فرعی قرارداد:

تعهدات فرعی را نیز باید به دو دسته تقسیم کرد. تعهدات مورد شرط مندرج در قرارداد و تعهدات تبعی قرارداد. از مقتضای عقد و تعهد اصلی که بگذریم، تشخیص سایر تعهداتی که از عقد ناشی می شود و جنبه فرعی دارد، چندان ساده نیست و باید دید که دو طرف عقد در حقیقت چه خواسته اند. آیا تعهد مورد نظر متعلق قصد ایشان قرار گرفته است یا خیر.

جایگزینی در بارداری:

یکی از راه‌ها جهت دستیابی زوج‌های نابارور به فرزند که به موجب آن، مادر جایگزین وسیله روش‌های پزشکی با استفاده از جنین حاصل از اسپرم و تخمک پدر و مادر حکمی، باردار می شود، جایگزینی در بارداری است.

زوجینی که نابارور هستند، برای حفظ بنیان خانواده و جلوگیری از متلاشی شدن آن، به دلایل پزشکی ذیل به جایگزینی در بارداری متوسل می شوند:

(الف) نداشتن رحم به طور مادرزادی.

(ب) نداشتن رحم به علت برداشتن آن (هیسترکتومی).

(ج) ابتلای زن به بیماری‌هایی نظیر سرطان و بیماری‌های قلبی که حاملگی، سلامتی مادر را تهدید می کند.

(د) سقط‌های مکرر زن که منجر به ناباروری و توقف خودبه‌خودی حاملگی شده است.

(ه) عدم موفقیت در تکرار درمان ناباروری به روش لقاح خارج رحمی. در این حالت، به دلایل ناشناخته رحم توانایی باروری یا حفظ و نگهداری جنین را تا پایان دوران حاملگی نخواهد داشت. (آخوندی، بهجتی اردکانی، ۱۳۸۶)

قرارداد رحم جایگزین:

قرارداد رحم جایگزین، عبارت است از قراردادی که مطابق آن، یک زن در برابر یک زوج

توافق می کند که با رعایت مقررات شرعی و قانونی، جنینی را تا زمان تولد برای آنها حمل کرده و به محض تولد تسلیم آنها کند و حق الزحمه خود را در صورت عدم تصریح به تبرعی بودن عمل دریافت کند.

رابطه حقوقی طرفین قرارداد و حقوق و تعهدات والدین کودک و دایه و مؤسسه پزشکی واسطه، طبق این قرارداد تعیین می شود که در صورت اختلاف، با تفسیر آن می توان به اختلافات طرفین پایان داد. علاوه بر آن، قرارداد از حدود پاره‌ای از اختلافات بنیادی نیز پیشگیری می کند. چنانکه اختلاف تعلق کودک به صاحبان گامت نر و ماده یا دایه پیشاپیش و بر اساس قرارداد حل می شود و مسؤول اعمال زیان بار کودک نیز مشخص می شود. زیرا دایه به هنگام تشکیل قرارداد، خود را مادر نمی داند و متعهد می شود که در آینده نیز ادعای مادری نکند و کودک را طبق تعهد به والدین حکمی تحویل دهد.

نسب:

نسب، ارتباط ژنتیکی و خونی میان دو یا چند نفر می باشد. نسب را می توانیم به خویشاوندی و قرابت هم تفسیر کنیم. چنانکه میان والدین و فرزندشان یا برادران و خواهران، رابطه نسبی برقرار است. البته نسب در فقه، دارای درجه بندی است و به میزان نزدیکی و دوری افراد از هم، فرق می کند و فرزند انسان از عموزاده به او نزدیکتر است؛ اگر چه هر دو خویشاوندان نسبی هستند.

تعریف لغوی نسب:

نسب یک نوع رابطه خونی میان دو نفر است که به سبب تولد یکی از آنها و یا هر دو از شخص ثالث، تحقق پیدا می کند.

فقها و حقوق دانان تعریف جدیدی از نسب ارائه نکرده اند بلکه در معین کردن معنای آن، همان معنای لغوی را آورده اند و شاید بدین علت که مفهوم نسب دارای حقیقت شرعی یا حقوقی نیست تا بتوان تعریفی از آن ارائه نمود. نسب همان خویشاوندی می باشد و امری است که واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و شوهر به وجود می آید. از این امر، رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن

دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد، به وجود می آید. قانون مدنی مانیز به دلیل معنای واضح نسب، آن را تعریف نکرده است.

پیشینه:

استفاده از رحم جایگزین روشی است که از رحم یک زن برای کاشتن و نگهداری و به دنیا آوردن نوزاد از فرد یا زوجی دیگر، کمک گرفته می شود.

واژه surrogate از واژه لاتین surrogatus آمده است که شکل اسم مفعول است و به معنی "انتخاب برای جای گرفتن به جای چیزی یا کسی است، جایگزین شدن، از واژه sub + rogare به معنی جای + گزینش گرفته شده است. که می شود جاگزیده شده یا جایگزین! تعیین شدن، در جای (فرد یا چیز) دیگری قرار گرفتن، انتخاب و جایگزین شدن به جای دیگری.

صفت مفعولی جایگزین برای انتخاب کردن و به جای دیگری قرار گرفتن است، جایگزینی، از ریشه معنی جای + گزینش

واژه جایگزینی (surrogacy) در زبان انگلیسی، نخستین بار در سال ۱۵۳۳ م. به کار رفت (شناخته شده) و نخستین کاربرد این واژه در علوم پزشکی در سال ۱۹۸۲ م. بوده است. پیشینه‌ی این که زنی، فرزندی را برای زوجی دیگر به دنیا آورد، به عهد باستان (پیش از قرون وسطی برمی گردد). در سال ۱۹۸۷ م. مورد «جایگزینی» با مطرح شدن نوزاد Baby M مورد توجه عمومی قرار گرفت.

در سال ۱۹۹۰ م. انجمن قانون دانان آمریکا، پیش نویس دوروش قانونی به عنوان الگو برای موارد "جایگزینی" را نوشتند.

در سال ۱۹۹۶ دادگاه دیوان عالی کالیفرنیا، آمریکا، قراردادها را «جایگزینی» را در این ایالت، قانونی اعلام کرد.

نخستین جایگزینی (ساروگیسی) هماهنگ شده‌ی شناخته شده، در حقیقت اغلب این جایگزینی‌ها در درون خانواده اتفاق می افتاد و بنابراین فرایندی عکس فرایند امروزی داشت.

به طوری که اگر امروز زوج، سلول لقاح یافته خود را در رحم شخص ثالث نگهداری می کنند، دو هزار سال قبل، یک خانواده بر اساس توافق قبلی فرزندی به دنیا می آورد و در لحظه تولد آن را به خانواده ای بدون فرزند می داد. (جعفرزاده، ۱۳۸۰)

سال ۱۹۷۶ یک وکیل حقوقی در آمریکا به نام نوئل کین، نخستین توافق نامه رسمی میان یک زوج و مادر جایگزین را تنظیم کرد و از آن زمان، بازاریابی «جایگزین» به عنوان یک راه حل مهم در درمان نازایی زنان به کار گرفته شد. مانند هر بازاریابی دیگری، در این مورد نیز دلالان و واسطه ها وارد صحنه شدند و با شناسایی زنان مایل به اجاره رحم، آن ها را از راه مصنوعی با اسپرم مردی که همسرش نابارور بود، باردار می کردند.

تا سال ۱۹۸۰ که فناوری این عرصه پیشرفت کرد و تکنیک های جدید به کار گرفته شد، استفاده از بارداری جایگزین افزایش یافت. در حقیقت، از این زمان، از تکنیک بارداری جایگزین که بر اساس آن تخمک و اسپرم یک زوج لقاح می یابد و سپس به رحم جایگزین منتقل می شود، مورد استفاده قرار گرفت و روش «جایگزینی سنتی» کنار گذاشته شد.

از سال ۱۹۷۶ تا ۱۹۸۸ در حدود ۶۰۰ کودک با این روش در آمریکا متولد شدند. از دهه ۸۰ آمار آن افزایش یافته است و از سال ۱۹۹۲ تا ۱۹۹۷ م.، ۵۰۰۰ کودک در آمریکا با این روش به دنیا آمده اند. (جعفرزاده، ۱۳۸۰)

پیشینه رحم جایگزین در سایر کشورها و قوانین مرتبط با رحم جایگزین:

همان طور که بیان شد، در سال ۱۹۷۶ یک وکیل حقوقی در آمریکا به نام نوئل کین، نخستین توافق نامه رسمی میان یک زوج و مادر جایگزین را تنظیم کرد و از آن زمان، «رحم جایگزین» به عنوان یک راه حل مهم در درمان نازایی زنان به کار گرفته شد.

استفاده از بارداری جایگزین در سال ۱۹۸۰ که فن آوری این عرصه پیشرفت کرد و تکنیک های جدید به کار گرفته شد، افزایش یافت. و از این زمان، تکنیک رحم جایگزین که بر اساس آن تخمک و اسپرم یک زوج در شیشه لقاح می یابد و سپس به رحم جایگزین منتقل می شود، مورد استفاده قرار گرفت.

در آمریکا، اولین بار، در قضیه «Baby M» به شکل گسترده‌ای به موضوع رحم اجاره‌ای پرداخته شد. در این پرونده، مادر جایگزین کودکی که در سال ۱۹۸۶ متولد شده بود، از تحویل وی به والدین طبیعی او امتناع کرد. دادگاه نیوجرسی به رغم وجود موافقت‌نامه‌ای که به امضای دوطرف رسیده بود، مادر جایگزین را مادر قانونی طفل قلمداد نمود و موافقت‌نامه منعقد را بلااثر و غیرقانونی دانست ولیکن بادر نظر گرفتن منافع طفل، حضانت وی را به والدین طبیعی اش (پدر بیولوژیکی و همسرش) واگذار نمود. پرونده‌هایی از این دست که به اختلافات میان والدین طبیعی طفل و مادر جایگزین می‌پردازد به وفور در محاکم کشورهای مختلف مطرح می‌شوند.

در بسیاری از کشورها، پیش فرض قانونی پذیرفته شده این است که مادری که کودکی را به دنیا می‌آورد، مادر قانونی آن کودک قلمداد می‌شود. به موجب برخی قوانین، موضوع رحم اجاره‌ای کاملاً مشروع و قانونی بوده و در نتیجه، مادر و پدر طبیعی طفل از زمان تولد او، والدین قانونی وی قلمداد می‌شوند. این در حالی است که در برخی دیگر از کشورها نه تنها این امر به رسمیت شناخته نشده است بلکه هرگونه قراردادی که والدین برای حمل و تولد طفل با فرد دیگری منعقد نمایند نیز باطل و غیرقانونی می‌باشد.

مزایا و معایب رحم جایگزین:

مزایا و ابعاد مثبت روش به‌کارگیری رحم جایگزین:

- حل مشکل زوج‌هایی که نابارور هستند و پایین آمدن آمار طلاق در کشور.
- در این روش، بچه از لحاظ ژنتیکی تمام خصوصیات والدین صاحب نطفه را دارا می‌باشد و نسبت به روش‌های غیرشرعی و یا فرزندخواندگی، مقبولیت بیشتری دارد.
- این روش، به زنانی که از لحاظ تخمک‌گذاری مشکلی ندارند و دلایل دیگری برای ناباروری دارند، کمک می‌کند. به همین دلیل، درصد بالایی از مشکلات ناباروری حل می‌شود.
- از نظر روان‌شناسی و روان‌پزشکی نیز حدود ۱۵ سال است که در مورد جایگزینی در بارداری (تا تقریباً چهار هزار مورد) ارزیابی‌هایی صورت گرفته و آسیب‌های احتمالی را که فرد داوطلب امکان دارد متحمل شود، بررسی کرده‌اند اما هنوز هیچ آسیب مشخصی گزارش نشده است.

• از لحاظ فقهی، فرزندى که در رحم جایگزین رشد یافته، مشروع و قانونی می باشد.

معایب و ابعاد منفی روش به کارگیری رحم جایگزین:

• از لحاظ فرهنگی، این روش هنوز مورد قبول همه مردم واقع نگردیده و اکثر از این روش بی اطلاع هستند. بنابراین، دید مناسبی نسبت به فردی که رحمش را اجاره می دهد، وجود ندارد.

• احتمال انتقال بیماری های عفونی و واگیردار چون ایدز و هپاتیت و... از مادر جایگزین به جنین.

• احتمال انتقال بیماری از زوج اهداکننده جنین مانند بیماری های عفونی (نظیر ایدز، و هپاتیت) و بیماری های ویروسی، به جنین و سپس مادر جایگزین.

• اطلاع طفل از این که حاصل چنین روند پزشکی است و نوع برخورد او با این مسأله که ممکن است به وی صدمه ی زیادی بزند.

• امکان سوء استفاده های مختلف از این روش از جمله سوء استفاده های مالی و تجاری.

• نارضایی اطرافیان به خصوص فرزندان و همسران افراد داوطلب مادر جایگزین.

• از لحاظ حقوقی و قانونی، مشکلات زیادی در اعمال این روش وجود دارد که حل نشده است.

رحم جایگزین یا مادر جایگزین:

از رحم جایگزین در لقاح آزمایشگاهی زمانی استفاده می شود که مشکل ناباروری نه در اسپرم و نه در تخمک و نه در جنین حاصل باشد بلکه زن با داشتن تخمدان هایی با عملکرد طبیعی فاقد رحم باشد. به علاوه، در صورت وجود نقایصی در ساختمان رحم یا امکان بروز نگرانی و تهدیدهای جدی پزشکی در دوران حاملگی، سلامت زن به خطر افتاده یا مانع جایگزینی جنین در رحم یا حمل آن شود. در همه ی این موارد، رحم جایگزین یک راه حل انتخابی برای داشتن فرزند خواهد بود. اطلاق رحم جایگزین در لقاح خارج رحمی، موقعی به کار می رود که زنی برای به ثمر رساندن جنین زوج دیگر باردار شود. (آخوندی و اردکانی و عارفی، ۱۳۸۵، ص. ۳۲)

تقسیم بندی استفاده از رحم جایگزین:

استفاده از رحم جایگزین در فرایند تولید مثل را بر پایه مقسم های متفاوت مانند وجود یا نبود ارتباط ژنتیکی بین والدین و فرزند، کیفیت قرارداد یا آثار آن، می توان به چند قسم تقسیم کرد؛

برای مثال، جایگزینی در بارداری را بر پایه وجود یا نبود ارتباط ژنتیکی مادر جایگزین (زن ثالث) و والدین، اعم از حکمی یا متقاضی با جنین، به سه دسته تقسیم کرده‌اند. (نایب‌زاده، ۱۳۸۰: ۷۹)

جایگزینی در بارداری:

مادر جایگزین که در این حالت به او «جایگزین کامل» نیز اطلاق می‌شود، با بچه هیچ ارتباط ژنتیکی ندارد و او تنها به موجب توافق جایگزینی در بارداری، اعم از آنکه تجاری یا غیر تجاری باشد، تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته در خارج رحم را که متشکل از اسپرم و تخمک والدین حکمی است و با استفاده از روش‌های کمکی تولید مثل به وی منتقل گردیده و باردار شده است، حمل می‌کند. (نایب‌زاده، ۱۳۸۰: ۷۹؛ آخوندی و محمدرضا صادقی، ۱۳۸۰: ۳۳)

این قسم در مقایسه با اقسام دیگر، رواج بیشتری دارد و عمده بحث مجامع حقوقی و قضایی در استفاده از رحم جایگزین بر پایه همین قسم است.

جایگزینی با باروری مصنوعی:

روش دیگر مطرح شده در جایگزینی بارداری، جایگزینی با باروری مصنوعی می‌باشد. در این روش، تخمک مادر جایگزین با اسپرم مرد که پدر حکمی به شمار می‌رود، بارور می‌شود و مادر جایگزین، تخمک بارور شده خود با اسپرم پدر حکمی را حمل می‌کند؛ بنابراین، مادر جایگزین (مادر جایگزین جزئی) و همچنین پدر حکمی با بچه ارتباط ژنتیکی خواهند داشت؛ چرا که تخمک مادر جایگزین با استفاده از لقاح داخل رحمی یا خارج رحمی با اسپرم مرد بارور می‌شود و مادر جایگزین، جنین حاصل از تخمک خود را که با اسپرم پدر حکمی بارور شده است، حمل می‌کند و همسر زوج نابارور، مادر متقاضی به شمار خواهد رفت و هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه نخواهد داشت و در صورت تحویل فرزند به او، رابطه بین آنها از نوع فرزندخواندگی می‌باشد.

به نظر می‌رسد روش یاد شده، داخل در بحث استفاده از رحم جایگزین نباشد؛ چرا که در این روش، زن، صاحب تخمک و رحم و مادر اصلی فرزند است؛ بنابراین، اطلاق مادر جایگزین بر چنین زنی و همچنین اطلاق رحم جایگزین بر این رحم، صادق نیست و باید به جای بررسی موضوع استفاده از رحم جایگزین، موضوع هبه یا فروش تخمک یا فرزند از سوی مادر نسبی

را طرح و بررسی کرد. نتیجه این که چنین روشی تخصصاً از بحث جایگزینی در بارداری، خارج است و پرداختن به آن در اینجا ضرورتی ندارد.

جایگزینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی:

این روش بر پایهٔ ارتباطی سه گانه میان والدین متقاضی، زوج یا اشخاص ثالث صاحب اسپرم و تخمک یا جنین و مادر جایگزین استوار است؛ به این صورت که زن و شوهر نابارور (والدین متقاضی) از تخمک یا جنین اهدایی والدین حکمی (اشخاص ثالث) برای باروری مادر جایگزین استفاده می کنند؛ بنابراین، این شیوه با نظر به استفادهٔ زوج نابارور از تخمک بارور شده یا جنین اهدایی، به دو قسم قابل تقسیم می باشد:

جایگزینی با استفاده از جنین اهدایی:

مادر جایگزین و زوج نابارور (والدین متقاضی) در این روش، هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه ندارند؛ چرا که ابتدا اسپرم و تخمکی از زوج های دیگر یا مردان و زنان ثالثی که از یکدیگر بیگانه هستند، تهیه و در آزمایشگاه بارور می شود و سپس تخمک بارور شده، رشد داده می شود تا آنکه به جنین تبدیل بشود، سپس جنین بر مبنای قراردادی بین والدین متقاضی با مادر جایگزین به رحم وی منتقل می گردد. سرانجام، مادر جایگزین پس از حمل و زایمان، آن را به والدین متقاضی، تحویل خواهد داد.

استفاده از این روش در استفاده از رحم جایگزین، رواج و توجیه زیادی ندارد اما احتمال و امکان استفاده از این شیوه وجود دارد و داخل در موضوع بحث محسوب است.

جایگزینی با استفاده از تخمک اهدایی:

مادر جایگزین و مادر متقاضی در این شیوه، ارتباط ژنتیکی با بچه ندارند؛ چرا که تخمک اهدایی از سوی زن ثالث با اسپرم پدر حکمی بارور می شود، سپس چنین تخمک بارور شده ای با استفاده از روش های باروری کمکی در رحم مادر جایگزین کشت می شود.

استفاده از این روش نیز در استفاده از رحم جایگزین رایج نیست و توجیه زیادی ندارد اما احتمال و امکان استفاده از این شیوه وجود دارد و این موضوع نیز داخل در بحث است.

پیشینه و مستند قانونی در حقوق ایران:

مطابق قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲/۴/۲۹ و آیین نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۸۳/۱۲/۱۹، درمان ناباروری با انتقال جنین های تشکیل شده از نطفه زوج های قانونی و شرعی در خارج از رحم با رعایت شرایطی امکان دارد. ماده یک این قانون مقرر می دارد: «به موجب این قانون، کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری ذی صلاح، مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون نسبت به انتقال جنین های حاصل از تلقیح خارج از رحم زوج های قانونی و شرعی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی، ناباروری آنها (هر یک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده، اقدام نمایند.»

مرکز درمان ناباروری در صورت موافقت و رضایت کتبی زوج های اهداکننده و تسلیم جواز دریافت جنین از دادگاه خانواده از طرف زن و شوهر متقاضی (مواد ۲ و ۴ قانون و ۳ تا ۵ آیین نامه) می توانند به درمان ناباروری اقدام کنند.

قانون گذار ایران در این قانون فقط یک روش از درمان ناباروری را پیش بینی کرده و روش های دیگر آن، به ویژه بهره مندی از رحم جایگزین (رحم دیگری) برای پرورش جنین را از قلم انداخته است.

در حقوق کنونی پاره ای از کشورها، راهکار استفاده از رحم جایگزین نیز در قالب یکی از قراردادهای معتبر مانند اجاره پذیرفته شده است. معنای قابل تطبیق با نظم عرفی و حقوقی ایران از رحم جایگزین، آن است که والدین جنین یا کودک متولد نشده با زنی؛ که مادر جایگزین یا به ابتکار این مقاله «دایه جنین» نامیده می شود، برای آبستنی از جنین، زایمان، نگهداری و پرورش جنین و یا نوزاد، تاسمت معینی قرارداد می بندد. علاوه بر این، گاهی ممکن است رحم برای مقاصد دیگری نیز، به ترتیب ذیل جایگزین گردد:

- ۱- جایگزینی رحم برای آبستنی و حمل جنین دو بیگانه برای یک زوج قانونی.
 - ۲- جایگزینی رحم برای آبستنی و حمل جنین دو بیگانه برای یک مرد یا زن مجرد.
 - ۳- جایگزینی رحم برای آبستنی و حمل جنین زوج قانونی برای یک مرد یا زن مجرد.
- گفتنی است که اقسام فوق الذکر، «رحم جایگزین کامل» نامیده شده است.

۴- جایگزینی رحم برای آبستنی از اسپرم مرد بیگانه برای زوج قانونی نابارور یا دو بیگانه یا یک نفر مجرد. این نوع از رحم جایگزین، «رحم جایگزین نسبی» نامیده شده است. در تمام فروض ذکر شده، ممکن است «دایه جنین» مجرد باشد یا متأهل. در فرض مجرد بودن دایه، بحث مغایرت یا عدم مغایرت قرارداد با نظم عمومی و اخلاق حسنه پیش می‌آید. در صورت شوهردار بودن دایه، برای اعتبار قرارداد، علاوه بر شرایط دیگر، رضایت شوهر دایه نیز لازم است. به علاوه، در حقوق ایران، بر مبنای نظم عمومی، ممنوعیت دایگی جنین دختران و بیوه‌زنان پیشنهاد شده است.

۵- جایگزینی رحم برای غیر پرورش جنین مانند تولید و استحصال نطفه و جنین؛ که به طور معمول، زوجین نابارور، به چنین قراردادهایی تمایل دارند. گرچه آنان می‌توانند جنین تشکیل شده را - که محصول رحم سالم است - در قالب قرارداد بانام یا بدون نام به دیگری نیز مجوز انتقال بگیرند.

ماهیت قرارداد استفاده از رحم جایگزین:

ماهیت قرارداد استفاده از رحم جایگزین به اعتبار شرایط انعقاد آن:

قرارداد جایگزینی در بارداری را می‌توان به اعتبار شرایط انعقاد که به مباحثی مانند «عقد معین و نامعین (بی‌نام)»، «عقد رضایی، تشریفاتی و عینی» و «عقد مستقل و تبعی» اختصاص یافته است، به ترتیب زیر تبیین کرد.

عقد معین و نامعین (بی‌نام):

نظام حقوقی ایران، به موجب ماده ۱۰ ق.م.ا.پ پذیرش اصل «آزادی قراردادها»، اراده اشخاص را در مواردی که قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه، مانع نفوذ قرارداد نباشد، حاکم بر سرنوشت پیمان‌های آنها دانسته است. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۷۴: ۱۴۴/۱) البته استثناهایی درباره این اصل وجود دارد و در پاره‌ای از موارد نیز اهمیت برخی موضوعات مانند رابطه بین کارگر و کارفرما به گونه‌ای است که دولت، خود را ناگزیر از دخالت در تنظیم چنین رابطه‌هایی می‌بیند و ناچار می‌شود تا بر نقش میانجی‌گری خود در این باره بیفزاید و حتی

نقش رهبر و مدیر را ایفا کند. (کاتوزیان، دوره عقود معین، ۱۳۷۴: ۳۴۵/۱) این گونه قراردادها در این حالت، به دلیل امری شدن قواعد حاکم بر آنها و بی اثر شدن حاکمیت اراده درباره آنها، به صورت سازمان حقوقی مستقل درمی آید؛ سازمانی که با قوانین اداره می شود؛ قالب آماده ای که اشخاص فقط می توانند به تراضی، خود را درون آن جای دهند، بی آنکه بر سرنوشت آینده روابط خود حاکم باشند. (کاتوزیان، دوره عقود معین، ۱۳۷۴: ۳۴۵/۱)

به جهت نوظهور بودن قراردادهای جایگزینی در بارداری، تاکنون چنین امری در قوانین ایران نسبت به آن تحقق نیافته است و از سوی قانونگذار ایران، قانون خاصی که به چنین موضوعی اختصاص یافته باشد و چگونگی آن را تبیین کرده باشد، تصویب و یا تدوین نشده است و علاوه بر آن، رأی وحدت رویه و رویه قضایی نیز در این باره وجود ندارد؛ بنابراین، برای تعیین وضعیت حقوقی چنین قراردادی بر پایه نظام حقوقی ایران، چاره ای وجود ندارد جز آنکه از قواعد عمومی قراردادها، قوانین متناسب با این موضوع (مانند قانون مدنی و قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب تیر ۱۳۸۲) و دیگر منابع حقوقی استفاده کرد.

نتیجه این که مطابق ماده ۱۰ ق.م.، ضرورتی نیست که برای ایجاد تعهد، توافق اشخاص به صورت یکی از عقود بانام و معین در قانون باشد. این موضوع درباره جایگزینی در بارداری در مواردی که مانع شرعی یا قانونی نسبت به انجام دادن آن وجود ندارد نیز مصداق می یابد و اشخاص می توانند درباره آن به صورت قراردادی خصوصی که در قانون، عنوان و صورت خاصی ندارد، با یکدیگر، توافق و خود، شرایط و آثار آن را طبق قواعد عمومی قراردادها و اصل حاکمیت اراده تعیین کنند.

با تکیه بر اصل آزادی قراردادها از سوی قانونگذار ایران، اشخاص می توانند موضوع جایگزینی در بارداری را در صورت امکان، بر پایه عقدی از عقود معین که از پیش در قانون شناخته شده است و نام خاصی نیز دارد، ایجاد کنند و بدون آنکه ضرورت داشته باشد تا طبق قواعد عمومی قراردادها و اصل حاکمیت اراده، شرایط و آثار آن را تعیین کنند، از شرایط انعقاد و آثاری که قانونگذار آنها را عادلانه و متعارف یافته و به تفصیل برای این عقود معین کرده است،

بهره ببرند؛ بنابراین، طرف‌های استفاده از رحم جایگزین می‌توانند در صورت امکان، عقد معینی را که با موضوع جایگزینی در بارداری متناسب‌تر است، برگزینند تا تعهدهای آنها بر پایه شرایطی که قانون تعیین کرده و مورد حمایت قرار داده است، تنظیم شود.

نه تنها برای اشخاص در مراجعه به عقود معین در باره مسایل جدید در صورت امکان، اشکال و ایرادی وجود ندارد بلکه منطق عقلانی، اهداف تقنین تفصیلی عقود معین از سوی قانونگذار در قانون مدنی و همچنین رویه متداول چنین اقتضای می‌کند که در مواجهه با مسایل جدید، ابتدا ضمن رجوع به عقود معین، تلاش شود تا از این عقود، استفاده گردد؛ چرا که بهره‌مندی از شرایط و آثاری که قانونگذار آنها را ضروری، عادلانه و متعارف تشخیص داده و به صورت قوانین تکمیلی و گاه امری، تقنین کرده و مورد حمایت قرار داده و در بین عرف نیز مشهور و متداول گردیده است، موجب می‌شود تا از هدر رفتن فرصت‌ها، سرمایه‌ها و همچنین بروز اختلاف‌ها و تفسیرهای نامتعارف جلوگیری شود.

بنابراین، مزایای بسیاری ایجاب می‌کند تا برای انعقاد قرارداد در مسایل جدید مانند جایگزینی در بارداری، ابتدا به عقود معین (بانام) مراجعه و از آنها استفاده گردد و در صورتی که چنین امری ممکن نباشد، مطابق با ماده ۱۰ ق.م. و اصل «آزادی قراردادها»، قراردادی خصوصی تنظیم و طرف‌های آن، خودشان، شرایط و آثار آن را طبق قواعد عمومی قراردادها و اصل حاکمیت اراده تعیین نمایند.

با توجه به مطالب فوق، مباحث موضوع استفاده از رحم جایگزین (امامی، ۱۳۷۰: ۴/۲ و ۶۴؛ کاتوزیان، دوره عقود معین، ۱۳۷۴: ۱/۳۵۹ و ۵۵۸) و همچنین چگونگی ساختار عقود «اجاره اشخاص»، «جعاله» و «ودیعه»، به نظر می‌رسد این عقدها در بین عقود معین، ساختار متناسب‌تری با توافق و تعهد به جایگزینی در بارداری دارد؛ از این رو، می‌توان ساختار آنها را به ترتیب زیر بیشتر بررسی کرد تا امکان یا نبود امکان استفاده از آنها برای چنین هدفی و تنظیم توافق مزبور به خوبی مشخص شود.

اجاره اشخاص:

دلیل تناسب ساختار عقد اجاره اشخاص با جایگزینی در بارداری، این است که شخص (اجیر)

به موجب عقد اجاره اشخاص، منافع یا منفعت خاصی از خود را برای مدت معینی در برابر اجرت معینی به «مستأجر» تملیک می کند یا این که ملتزم می شود تا در برابر اجرت معینی، کار یا کارهای معینی را برای وی انجام دهد. (کاتوزیان، دوره عقود معین، ۱۳۷۴/۱: ۵۵۷) مادر جایگزین در قرارداد جایگزینی در بارداری متعهد می شود تا در برابر اجرت معینی با استفاده از روش های باروری کمکی و تخمک بارور شده یا جنین معین متعلق به والدین حکمی یا اشخاص ثالث، باردار شود 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.

بنابراین، همانند اجاره اشخاص، عمل مادر جایگزین در قرارداد جایگزینی در بارداری را به دو شیوه می توان تصور کرد: یکی آنکه مادر جایگزین در این قرارداد در برابر عوضی معین، منفعت خاصی از خود را که عمده آن به رحم اختصاص دارد (یعنی پرورش تخمک بارور شده یا جنین تا مرحله نوزادی) به والدین حکمی یا متقاضی تملیک می کند. همچنین متعهد می شود تا کارهای مقدماتی و ضروری معینی را مانند باردار شدن با استفاده از روش های باروری، زایمان، معاینات و آزمایش های لازم برای این امر و مواظبت از جنین انجام دهد. دیگر آنکه می توان تصور کرد که مادر جایگزین متعهد می شود تا در برابر اجرت معینی با استفاده از روش های باروری کمکی و تخمک بارور شده یا جنین معینی که به والدین حکمی یا اشخاص ثالث تعلق دارد، باردار شود و با تحمل دوره بارداری و شرایط آن، از تخمک بارور شده یا جنین در رحم خویش، نگهداری و آن را پرورش دهد و پس از زایمان نیز نوزاد متولد شده را به والدین حکمی یا متقاضی تحویل دهد.

البته قرارداد جایگزینی در بارداری نمی تواند صرف اجاره اشخاص باشد و ناگزیر با عقد «ودیعه» نیز توأم می گردد؛ چرا که تعهد های مادر جایگزین، باید نسبت به تخمک بارور شده یا جنین انجام پذیرد و تخمک یا جنین مزبور نیز به والدین حکمی یا متقاضی تعلق دارد؛ بنابراین، مادر جایگزین علاوه بر این که تعهد دارد تا در برابر عوض معینی، کار معینی را انجام دهد و یا آن که منفعت خاصی را از خود تملیک کند، نیابت نگهداری از تخمک بارور شده یا جنین نیز به او داده

می‌شود و تعهد می‌کند تا از آن مواظبت کند. (کاتوزیان، دوره عقود معین، ۱۳۷۴، ۲۵/۴) در عین حال، هر گاه جایگزینی در بارداری به منظور انجام دادن کار معینی یا تملیک منفعت خاصی از خود در برابر عوض معینی واقع شود، قواعد اجاره، بر آن حاکم است؛ هر چند به عنوان لازمه انجام تعهد اصلی، نگهداری از تخمک بارورده یا جنین نیز وجود دارد. (کاتوزیان، دوره عقود معین، ۱۳۷۴، ۲۵/۴)

علاوه بر عقد ودیعه که جنبه فرعی دارد، در صورتی که برای ایجاد محرمت و اطمینان از رفع موانع شرعی، به پیشنهاد بیان شده در بحث وضعیت فقهی - حقوقی، استفاده از رحم جایگزین عمل شود، عقد نکاح موقت نیز که جنبه فرعی خواهد داشت، بر این قراردادها افزوده می‌شود.

با وجود مطالب فوق، برخی عقد اجاره اشخاص را برای موضوع جایگزینی در بارداری مناسب ندانسته و استدلال‌هایی را برای عدم تناسب آن بیان کرده‌اند و بر این عقیده‌اند که قرارداد تنظیمی در این باره، چون قابلیت تحلیل در قالب عقود معین را ندارد، ناگزیر در ردیف عقود غیرمعین قرار می‌گیرد؛ زیرا عنوان انتخابی از سوی طرفین در شناسایی نوع عقد قاطع نیست. (جعفرزاده، ۱۳۷۸: ش ۱۷، ص ۳؛ نایب‌زاده، ۱۳۸۰: ۱۵۵) برای مثال، استدلال شده است:

اگر نیروی کار انسان را منفعت بدانیم، منفعت موضوع قرارداد مادر جایگزین، «کارکرد طبیعی رحم مادر جایگزین در پرورش جنین» می‌باشد که این منفعت، جزو وجود و شخصیت مادر جایگزین می‌باشد و همان‌طور که قبلاً گفته شد، والدین حکمی نمی‌توانند مالک این منفعت شوند؛ مضافاً این که مالک بودن چنین منفعتی به منزله مالک بودن خود مادر جایگزین است و کسی نمی‌تواند به موجب قرارداد، فردی را مالک خود کند. (نایب‌زاده، ۱۳۸۰: ۱۵۵)

این استدلال برای عدم تناسب عقد اجاره اشخاص نسبت به موضوع جایگزینی در بارداری صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چرا که موضوع منفعت بودن نیروی کار انسان و همچنین این موضوع که «اجاره اشخاص» یکی از انواع اجاره‌ها است و شخص (اجیر) می‌تواند به موجب آن، منافع یا منفعت خاصی را از خود در برابر اجرت معینی برای مدت معینی به «مستأجر» تملیک کند و یا این که در برابر اجرت معینی انجام دادن کاری را به عهده گیرد، در فقه و حقوق ایران، امری پذیرفته شده است و اختلافی در آن وجود ندارد. چنین پذیرش و مقبولیتی از سوی قانونگذار، بیانگر آن

است که صرف جزو وجود و شخصیت بودن منفعتی، مانع از متعلق حکم وضعی قرار گرفتن آن منفعت نمی‌شود؛ مگر آن که منع خاص و نص صریحی درباره منفعتی وجود داشته باشد.

اجاره زن برای شیردادن نوزاد و به بیان دیگر، «قرارداد جایگزینی در شیردهی» در شمار مثال‌های مناسبی است که می‌توان در این باره به آن استناد کرد. این مثال، تناسب خوبی نیز با بحث جایگزینی در بارداری دارد. درباره چنین قراردادی تصریح شده است که اجیر کردن زن برای «ارضاع» (شیردادن) و «رضاع» (شیر خوردن) جایز است. (امام خمینی، بی تا: ۱/۵۷۰) حال آن که منفعت موضوع جایگزینی در شیردهی، «کارکرد طبیعی پستان مادر رضاعی در تولید شیر» می‌باشد و این منفعت نیز جزو وجود و شخصیت مادر رضاعی به شمار می‌آید و مشخص است که تفاوت بین اجیر کردن زن برای «ارضاع» یا «رضاع» این است که زن در قرارداد اجاره برای «ارضاع» در برابر اجرت معینی، انجام دادن کاری را برای مدّت معینی به عهده می‌گیرد، حال آنکه در قرارداد اجاره برای «رضاع»، اجیر منفعت خاصی را از خود که جزو شخصیت اوست، برای مدّت معینی به «مستأجر» تملیک می‌کند؛ بدین معنا که نوزاد، مدّت معینی از او شیر بخورد؛ اگر چه زن (اجیر) کاری را انجام ندهد.

موضوع دیگر آنکه بر پایه نظر برخی فقها، منعی برای نفس جایگزینی در بارداری وجود ندارد؛ بنابراین، برخی زنان می‌توانند از نظر شرعی و حقوقی، به جایگزینی مزبور توافق کنند و با پرهیز از دیگر محرمات در برابر اجرت معینی، منفعت خاصی را از خود که عبارت از کارکرد طبیعی رحم در پرورش جنین است، برای مدّت معینی به دیگری تملیک کنند یا این که در برابر اجرت معینی، عمل نگهداری و پرورش تخمک بارور شده یا جنین معینی را که متعلق به دیگری است، برای مدّت معینی در درون رحم خود به عهده بگیرند. (علیزاده، ۱۳۸۵: ۱۷۷) این نیز می‌تواند مؤید و مثال دیگری باشد بر این که شخص می‌تواند منفعت خاصی را اگر چه جزو شخصیت و وجودش باشد، به دیگری تملیک کند.

اشکال دیگر آن که مالک بودن چنین منفعت خاصی از مادر جایگزین به منزله مالک خود شخص بودن نیست؛ چرا که مستأجر در عقد اجاره اشخاص که اجاره مادر جایگزین برای

جایگزینی در بارداری در شمار آنهاست، مالک شخص اجیر نمی شود.

علاوه بر این‌ها، اگر موانع جواز استفاده از قرارداد اجاره اشخاص برای موضوع جایگزینی در بارداری، عبارت از «جزو شخصیت بودن منفعت رحم مادر جایگزین» و همچنین، «مالکیت خود مادر جایگزین به دلیل مالکیت چنین منفعتی» باشد، این موضوع برای دیگر عقود معین یا نامعین که بخواند موجب تملیک چنین منفعتی به والدین حکمی شود نیز وجود خواهد داشت. نتیجه این که با چنین استدلال‌هایی باید به عدم تناسب عقود، اعم از بانام و بی نام، برای تنظیم توافق بر جایگزینی قائل شد؛ چرا که ممکن نیست عقود دیگر نیز این منفعت را از گستره شخصیت شخص خارج کند و ماهیت آن را تغییر دهد.

استدلال دیگری در عدم تناسب استفاده از عقد اجاره برای موضوع جایگزینی در بارداری بیان شده است که درباره عقد اجاره اشخاص نیز ممکن است مطرح شود. در این استدلال بیان شده است؛

به نظر می رسد جای دادن توافق ناظر بر استفاده از رحم جایگزین زیر عنوان اجاره اشخاص در همه موارد، خالی از ایراد نباشد. در روشی که تخمک از آن مادر جایگزین است، قرارداد، تنها اجاره رحم [یا اجاره اشخاص] نیست بلکه تلفیقی از قرارداد استفاده از تخمک و رحم ایشان و اسپرم شوهرش (در فرض استفاده از اسپرم شوهر او) می باشد. (جعفرزاده، ۱۳۷۸: ۱۶۰، ص. ۳۰)

این ایراد هنگامی وارد و صحیح است که استفاده از رحم و تخمک مادر جایگزین در شمار اقسام جایگزینی در بارداری به شمار آید؛ چرا که در این صورت، تملیک «منفعت» و «عین» با هم انجام می پذیرد، حال آنکه اجاره برای تملیک منفعت و اجاره اشخاص برای تملیک منفعتی از خود و یا تعهد به انجام دادن کار معینی است و هیچ یک از این دو، بر تملیک عین دلالتی ندارد.

در بیان اقسام جایگزینی در بارداری بیان شد که قسم مزبور، داخل در بحث استفاده از رحم جایگزین نیست؛ چرا که در این قسم، زن، صاحب تخمک و رحم است و مادر اصلی فرزند می باشد؛ بنابراین، اطلاق مادر جایگزین بر این زن و همچنین اطلاق رحم جایگزین بر رحم مزبور صادق نیست و به جای بررسی موضوع استفاده از رحم جایگزین، باید موضوع هبه یا

فروش تخمک یا فرزند از سوی مادر یا والدین نسبی را مطرح و بررسی کرد. نتیجه این که این قسم، تخصصاً از بحث جایگزینی در بارداری، خارج است و جایگاهی برای پرداختن به آن در اینجا وجود ندارد (علیزاده، ۱۳۸۵، ۱۷۷) و به پیرو آن، چنین اشکالی نیز منتفی است. ماهیت قرارداد استفاده از رحم جایگزین به اعتبار موضوع و هدف اقتصادی آن:

ماهیت قراردادها و در شمار آن‌ها، قرارداد جایگزینی در بارداری را به اعتبار موضوع و هدف اقتصادی آن می‌توان به «عقد معوض و مجانی»، «عقد احتمالی و معین»، «عقد مبنی بر مسامحه و عقد مبنی بر معامله» و «معاوضات و مشارکات» تقسیم کرد. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۷۴: ۱/۱۱۲)

تطابق قرارداد رحم جایگزین:

قرارداد رحم جایگزین به عنوان یک عمل حقوقی دو طرفه، مخلوق اراده دو طرف آن یعنی پدر و مادر متقاضی و مادر جایگزین می‌باشد. از این رو، عقود، از میان اعمال حقوقی گستره مناسب‌تری است که بتوان پدیده رحم جایگزین را در آن، مورد بررسی قرار داد.

بهتر است برای انعقاد قرارداد رحم جایگزین ابتدا به عقود معین (بانام) مراجعه و از آن‌ها استفاده شود و در صورتی که چنین امری ممکن نباشد، مطابق با ماده ۱۰ ق.م. و اصل آزادی قراردادها، قراردادی خصوصی تنظیم و طرف‌های آن، خود، شرایط و آثار آن را طبق قواعد عمومی قراردادها و حاکمیت اراده، تعیین کنند.

از دیدگاه نویسندگان حقوقی، عقودهای «اجاره اشخاص»، «جعاله»، «عاریه»، «ودیعه» و «صلح» در بین عقود معین و قرارداد مبتنی بر مفاد ماده ۱۰ ق.م. به عنوان عقد غیر معین ساختار مناسب‌تری با توافق و تعهد به جایگزینی در بارداری دارند.

قرارداد رحم جایگزین، قابلیت تطابق با عقد اجاره اشخاص را دارد چون موضوع منفعت بودن نیروی کار انسان و همچنین این موضوع که اجاره اشخاص، یکی از انواع اجاره‌ها است و شخص اجیر می‌تواند به موجب آن، منافع یا منفعت خاصی را از خود در برابر اجرت معینی برای مدت معینی به مستأجر تملیک کند و یا این که در برابر اجرت معینی انجام دادن کاری را به عهده

گیرد، در فقه و حقوق ایران، امری پذیرفته شده است و اختلافی در آن وجود ندارد. اجاره زن برای شیردادن نوزاد و به بیان دیگر، «قرارداد جایگزینی در شیردهی» به علت تناسب خوبی که با بحث جایگزینی در بارداری دارد هم مثال مناسبی است که می‌توان در این باره به آن استناد کرد. قرارداد رحم جایگزین با عقد جعاله نیز قابلیت تطبیق دارد؛ زیرا مادر جایگزین در قرارداد جایگزینی در بارداری متعهد می‌شود تا در برابر پاداش یا اجرت معلومی با استفاده از روش‌های نوین باروری با جنین معین متعلق به والدین متقاضی باردار شود و با تحمل دوره بارداری و شرایط آن، از جنین در رحم خود نگهداری و آن را پرورش دهد و پس از زایمان نیز نوزاد متولد شده را به والدین حکمی یا متقاضی تحویل دهد.

تطبیق قرارداد رحم جایگزین با عقد صلح منافاتی ندارد؛ زیرا صلح، عقدی مستقل است و جنبه فرعی نسبت به عقود دیگر ندارد و می‌تواند در مقام معاملات بدون این که شرایط و احکام خاص آن معامله را داشته باشد، واقع شود.

قرارداد رحم جایگزین، قابل تطبیق با عقد ودیعه نمی‌باشد. زیرا در این قرارداد، نگهداری از نطفه به عنوان جهت اصلی قرارداد رحم جایگزین مدنظر طرفین قرارداد نیست. عمل سپردن جنین به منظور پرورش آن در رحم انجام می‌گیرد، نه برای نگهداری؛ و «مادر جایگزین» نیز به عنوان پرورش جنین در رحم خود، آن را می‌پذیرد نه این که از آن نگهداری کرده و هر وقت مورد مطالبه قرار گرفت، باز پس دهد و در واقع، عقد به منظور پرورش جنین در رحم مادر جایگزین، منعقد می‌گردد.

بر اساس ماده ۳۵ ع.ق.م.؛ عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود، به همین جهت قرارداد رحم جایگزین قابل تطبیق با این عقد نیست. در فقه نیز در این نکته که عاریه باید از عین مال باشد، اجماع وجود دارد، در حالی که رحم زن، مال نیست و اعضای بدن وی نیز مال تلقی نمی‌گردد.

بر اساس مقررات حقوقی کشورمان، حقوق دانان قرارداد استفاده از رحم جایگزین را یک قرارداد خصوصی پذیرفته شده وفق ماده ۱۰ ق.م. می‌دانند که هر یک از طرفین ملزم به اجرای تعهداتی

هستند که با اراده خود آن را پدید آورده اند و بدین ترتیب، منبع تعهدات طرفین قرارداد رحم جایگزین، یعنی مادر جایگزین و پدر و مادر متقاضی، قرارداد خصوصی ایجاد شده وسیله آن ها است.

آثار قرارداد:

به موجب قرارداد رحم جایگزین، حقوق و تعهدات گوناگونی به ترتیب ذیل برای طرفین قرارداد ایجاد می شود.

حقوق و تعهدات دایه جنین:

حقوق دایه جنین:

مطابق قرارداد، حقوق زیر برای دایه ایجاد می شود؛

۱- دایه، حق دارد حق الزحمه دایگی خود را از والدین جنین بگیرد؛ زیرا عمل هر انسانی، محترم است و هیچ کس مجبور نیست برای دیگری، رایگان، کار کند.

۲- در صورت نبود قرارداد یا این که در قرارداد اشاره ای به اجرت نشده باشد، دایه، این حق را دارد که اجرت المثل کارهایش را از پدر و مادر جنین بخواهد.

۳- طبق مواد یک تا ۳ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، چنان چه جنین به دایه اهدا شده باشد، او حق دارد پس از تولد جنین نیز از کودک سرپرستی و حضانت کند. در این صورت، اهداکننده جنین، اعم از والدین و مؤسسه پزشکی، حق رجوع برای استرداد آن را ندارند.

۴- دایه مجرد، حق دارد با پدر جنین به صورت دائمی یا موقت از دواج کرده و آن گاه از جنین تا زمان تولد و پس از آن، حضانت نماید.

تعهدات دایه جنین:

دایه به موجب قرارداد رحم جایگزین، تعهدات گوناگونی را بر عهده می گیرد که عبارتند از:

۱- دایه متعهد می شود که جنین را تا پایان دوره جنینی حمل کرده و پس از تولد تا زمان تسلیم به والدین، از او نگهداری کند. ضمانت اجرای نقض این تعهد پیش از کاشتن جنین در رحم دایه، جبران خسارت و بعد از آن مجازات متخلف و جبران خسارت زیان دیده می باشد.

۲- همه تکالیفی را که عرف، بر عهده اش گذارده و یا بر اساس قرارداد، پذیرفته است، اجرا کند.

۳- از ارتکاب کارهایی که به حال جنین مضر است، خودداری نماید، در غیر این صورت، حسب مورد، از نظر کیفری یا مدنی یا هر دو، مسؤول می باشد.

۴- در موعد تعیین شده در قرارداد، جنین متولد شده یعنی کودک را به پدر و مادر حکمی او تحویل بدهد.

حقوق و تعهدات شوهر دایه جنین:

معمولاً، دایه جنین، متاهل است. چون در نظام‌های مبتنی بر حقوق سنتی- مذهبی، عرف و هنجارهای جامعه، آبستنی و بارداری دختر مجرد یا بیوه زن را حتی به صورت قرارداد رایگان و انسان دوستانه تحمل نمی کند. بنابراین، دایه جنین، زن شوهرداری است که رضایت شوهرش، شرط نفوذ این قرارداد می باشد.

بر طبق اصول کلی و قواعد عمومی حقوقی، زن مجرد یا بیوه نیز مانند دیگران، حق دارد از جنین دیگری، دایگی کند و هیچ منع قانونی در این باره وجود ندارد ولی چنان که عرف و هنجارهای جامعه سنتی- مذهبی ایران، آبستنی و بارداری این افراد را حتی به صورت قرارداد رایگان و انسان دوستانه، به سادگی، قبول نمی کند؛ به همین جهت، پیشنهاد می شود که قانون گذار با توجه به هنجارهای جامعه ایرانی، به هنگام وضع قوانین مربوط به قراردادهای رحم جایگزین، ممنوعیت دایگی پیش از تولد را برای دختران و بیوه زنان، قبول و منظور نماید.

حقوق شوهر دایه جنین:

شوهر دایه، اجباری در دادن رضایت به دایگی همسر خویش ندارد. و از نظر قانونی و قراردادی، حقوق زیر برای شوهر دایه، متصور است؛

۱- شوهر دایه، حق زندگی [مستمر] با همسر خویش را دارد و آبستنی همسرش از جنین دیگری، حق قانونی شوهر را نمی تواند محدود نماید.

۲- شوهر دایه، حق روابط زناشویی متعارف با همسرش را دارد.

تعهدات شوهر دایه جنین:

تعهدات شوهر دایه می تواند قراردادی یا عرفی، به شرح ذیل باشد:

۱- از نزدیکی با همسرش در دوران بارداری یا در مدت مشخص شده در قرارداد، خودداری کند.
 ۲- شوهر دایه باید با همسرش به طور مناسب و متعارف رفتار کند و چنانچه مرتکب تقصیری شود، مسؤول اعمال خود می باشد.

۳- با دایه جنین که همسرش می باشد، معاضدت و همکاری نماید.

۴- از هر گونه رفتار زیان بار به حال جنین، در مدت بارداری، خودداری نماید.

حقوق و تعهدات پدر و مادر جنین:

بعد از تشکیل قرارداد دایگی جنین، تعیین نسب جنین و حقوق و تعهدات والدین او راحت است و اختلاف و تردیدی در تعیین نسب کودک پیش نمی آید.

حقوق پدر و مادر جنین:

۱- طبق ماده ۱۶۸ ق.م.؛ «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبین است» که این تکلیف شامل قبل از تولد جنین هم می شود.

۲- پدر یا مادر جنین حق ندارد تکلیف قانونی مندرج در ماده ۱۶۸ ق.م. را با اهدای جنین یا به موجب قراردادی، پیش از تولد یا پس از آن، از عهده خود ساقط کند.

۳- بعد از سپردن جنین به دایه، حق حضانت والدین ساقط نمی شود؛ و اگر پس از آبستنی دایه، رحم مادر طبیعی، درمان و برای آبستنی آماده شود، حق دارد جنین را از دایه مطالبه نماید. در این صورت، دایه حق ندارد از تحویل جنین خودداری کند مگر این که برخلاف آن، در قرارداد، تراضی شده باشد یا انجام خواسته مادر [از نقطه نظر پزشکی و غیر آن] به ضرر جنین یا دایه باشد.

۴- پدر جنین، می تواند با اجازه همسر خویش، نخست بازن خالی از موانع نکاح، به صورت دائم یا موقت ازدواج کند و آن گاه او را به دایگی جنین تولیدشده از گامت خود و همسر دیگرش انتخاب بکند.

تعهدات پدر و مادر جنین:

برای پدر و مادر جنین بعد از انعقاد قرارداد تعهداتی ایجاد می شود؛ که تعهدات مالی بر عهده

پدر و تکالیف غیر مالی بر عهده هر دو نفر است و علاوه بر آن تعهدات قراردادی، عرفی و قانونی به شرح ذیل دارند:

۱- هزینه‌های حمل و نگهداری از جنین که شامل هزینه‌های پزشکی، تغذیه جنین و دایه می‌شود، مستفاد از مواد ۱۶۸ به بعد قانون مدنی بر عهده [صاحب جنین و یا] پدر جنین است. گفتنی است که در قراردادهای نوع دوستانه فقط پرداخت هزینه‌های پزشکی و جنین، بر عهده والدین است.

۲- در صورت بیماری یا معلولیت جنین یا طفل متولدشده، والدین نمی‌توانند از مسؤولیت‌های قانونی خویش سرباززنند و یا از تحویل گرفتن کودک امتناع نمایند و باید او را در موعد مقرر تحویل گیرند.

۳- پدر و مادری که جنین خود را اهدا می‌کنند باید دین یا مذهب خود را به مؤسسه پزشکی واسطه اعلام نمایند. (طبق بند «الف» ماده ۶ آیین نامه اجرایی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور)

۴- چون بر طبق شریعت اسلام، کافر بر مسلم ولایت ندارد و این امر از آیه شریفه: «لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً» (آیه شریفه ۱۴۱ از سوره مبارکه نساء)، مستفاد می‌شود لذا والدین جنین، نمی‌توانند دایه کافر، انتخاب کنند؛ چون در اعطای دایگی جنین به غیر مسلمان، خطر گرایش فرزند به دین دایه و تحمیل دین، در صورت طولانی شدن دوره دایگی پس از تولد متصور است.

۵- اصل عدم تبرع، در صورت عدم تسلیم در قرارداد، در این نوع توافق‌ها نیز جاری است.

بررسی فقهی قرارداد رحم جایگزین:

بررسی مشروعیت قرارداد رحم جایگزین از نظر فقهی بستگی به دو موضوع دارد:

۱- مشروعیت باروری مصنوعی؛

۲- مشروعیت جایگزینی در بارداری.

علما و بزرگان به استناد آیات و روایات، در مورد جواز و همچنین حرمت قرارداد رحم جایگزین، نظرهای خود را بیان داشته‌اند که به شرح زیر به بررسی آنها می‌پردازیم.

آیات:

۱- «وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَعْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ»؛ «ای رسول ما زنان مؤمن را بگو تا چشم‌ها و فروج و اندام‌شان را محفوظ دارند». (صدر آیه شریفه ۳۱، سوره مبارکه نور)

۲- «وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ؛ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ؛ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ»؛ «آنان که فروج و اندام‌شان را از عمل حرام نگاه می‌دارند، مگر بر جفت‌هایشان یا کنیزان ملک یمین آنها که هیچ‌گونه ملامتی در مباشرت این زنان بر آنها نیست. و کسی که غیر این زنان حلال را به مباشرت طلبد البته ستم‌کار و متعدی خواهد بود». (آیات شریفه ۵ تا ۷، سوره مبارکه مؤمنون)

۳- «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَخَالَاتُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا»؛ «حرام شد برای شما از دواج با مادر و دختر و خواهر و عمه و خاله و دختر برادر و دختر خواهر و مادران رضاعی و خواهران رضاعی و مادر زن و دختران زن که در دامن شما تربیت شده‌اند، اگر با زن مباشرت کرده باشید و اگر دخول با زن نکرده‌اید باکی نیست که از دواج کنید و نیز حرام شد زن و فرزندان صلبی و نیز حرام شد جمع میان دو خواهر مگر آنچه پیش از این انجام داده‌اید. به راستی خداوند آمرزنده و مهربان است». (آیه شریفه ۲۳، سوره مبارکه نساء)

استناد قائلین به منع باروری مصنوعی و جایگزینی در بارداری به «يَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ» و «وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ؛ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ...» می‌باشد و این دسته معتقدند باید فروج از هر چیزی اعم از نگاه و لمس و در اختیار گزاردن برای دیگری که جنینش را پرورش دهد، حفظ گردد. در آیه سوم وقتی محارم سببی و نسبی را مطرح می‌کند، می‌فرماید: فرزندان صلبی (چه آنها که با آمیزش از طریق همسر متولد می‌شوند اعم از پاک، زنا، ولد شبهه؛ و چه آنها که از طریق تلقیح مصنوعی به دنیا می‌آیند) متعلق به پدر هستند و از دواج با همسر آنها حرام است. اما قائلین به

جواز باروری مصنوعی و جایگزینی در بارداری معتقدند که از هیچ کدام از آیاتی که محارم را مطرح می‌کند، مسأله حرمت تلقیح مصنوعی فهمیده نمی‌شود. پس حکم به مباح بودن آن می‌دهند.

روایات:

۱- علی بن سالم از حضرت امام صادق (علیه‌السلام) روایت کرده است؛ إِنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَذَاباً يَوْمَ الْقِيَامَةِ رَجَالاً أَقْرَأُ نَطْفَةَ (نطفه عقاب) فِي رَحِمِ يَحْرَمِ عَلَيْهِ؛ «شدیدترین عذاب در روز قیامت، عذاب مردی است که نطفه خود را - و در نقل دیگری نطفه عقاب را - در رحم زنی نامحرم بریزد». (الحر العاملی، ۱۳۹۰ هـ.ق، ج. ۱۴، ص. ۲۳۹)

۲- حر عاملی از صدوق نقل می‌کند که پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) فرمود؛ لَنْ يَعْمَلَ ابْنُ آدَمَ عَمَلًا أَكْبَرَ عِنْدَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ مِنْ رَجُلٍ قَتَلَ نَبِيًّا أَوْ إِمَامًا أَوْ هَدَمَ الْكَعْبَةَ الَّتِي جَعَلَهَا اللَّهُ قِبْلَةً لِعِبَادِهِ أَوْ أْفْرَغَ مَائِهِ فِي إِمْرَاهِ حَرَامًا؛ «در میان کارهایی که بنی آدم انجام می‌دهد، کاری بدتر و گرانتر بر خداوند عز و جل از کشتن پیامبر یا امام یا خراب کردن کعبه که خداوند آن را برای بندگانش قبله قرار داده یا ریختن منی از روی حرام توسط مرد در رحم زنی نمی‌باشد». (الحر العاملی، ۱۳۹۰ هـ.ق، ج. ۱۴، ص. ۲۳۹)

۳- قلتُ لابي عبد الله (عليه السلام)؛ الزنا شرٌّ أو شرب الخمر و كيف صار في شرب الخمر ثمانون و في الزنا مئة فقال يا إسحاق الحدُّ واحد و لكن زيد هذا لتفيعه النطفه و لو ضعه إياها في غير موضعه الذي أمره الله عزَّ و جلَّ؛ «به امام صادق (عليه‌السلام) عرض کردم که زنا بدتر است یا شرب خمر و چرا حد شرب خمر، ۸۰ تازیانه است اما حد زنا، ۱۰۰ تازیانه قرار داده شده است؟ امام (عليه‌السلام) فرمودند؛ ای اسحاق حد هر دو یکسان است ولی چون زنا موجب می‌شود که نطفه ضایع گردیده و در غیر جایگاهی که خداوند امر فرموده قرار گیرد حد آن زیادتیر شده است». (الحر العاملی، ۱۳۹۰ هـ.ق، ج. ۱۴، ص. ۲۳۹)

۴- أتى النبي (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) أعرابی فقال يا رسول الله (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) أوصني، فقال: إِيحفظ ما بين رجليك؛ «مردی بادیه‌نشین نزد پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) آمد و گفت ای رسول خدا (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) مرا اندرز بده. فرمود: دامن نگهدار». (الحر العاملی، ۱۳۹۰ هـ.ق، ج. ۱۴، ص. ۲۳۹)

۵- سمعتُ أبا جعفر يقول: ما من عبادة أفضل من عفة بطن و فرج؛ «از حضرت امام باقر (علیه السلام) شنیدم که فرمود هیچ عبادتی برتر از پاک داشتن شکم و دامن نیست.» (الحر العاملی، ۱۳۹۰ هـ.ج. ۱۴، ص. ۲۷۰)

۶- روایت محمد بن سنان از حضرت امام رضا (علیه السلام) که در پاسخ به مسایل او نوشت: و حرم الله الزنا لما فيه من الفساد و من قتل النفس و ذهاب الأنساب و ترک التریبه الأطفال و فساد الموارث. و ما أشبه ذلك من وجوه الفساد؛ «حضرت امام رضا (علیه السلام) فرمودند؛ که خداوند زنا را حرام گردانیده است. زیرا در آن مجموعه فسادها است؛ از قتل نفس و از بین رفتن نسبها و ترک تربیت اطفال و کودکان و از بین رفتن ارث و مواردی از این قبیل که زمینه‌های انواع فساد است (فساد فردی، اجتماعی).» (الحر العاملی، ۱۳۹۰ هـ.ج. ۱۴، ص. ۲۷۰)

۷- روایت احمد بن علی بن ابی طالب طبرسی در کتاب احتجاج از حضرت امام صادق (علیه السلام)؛ إنَّ زنديقاً قال له لِمَ حَرَّمَ اللهُ الزنا قال لما فيه من الفساد و ذهاب الموارث. «زندیقی از حضرت امام صادق (علیه السلام) پرسید چرا خداوند زنا را حرام گردانیده است؟ حضرت فرمود؛ چون باعث فساد و از بین رفتن نظام ارث می‌شود.» (الحر العاملی، ۱۳۹۰ هـ.ج. ۱۴، ص. ۲۷۰)

برخی گفته‌اند این حدیث و حدیث قبلی، دلالت می‌کند بر این که حکمت تحریم «زنا» به هم ریختن نظام خویشاوندی و ارث‌بری است و عین همین حکمت در حرمت تلقیح مصنوعی نیز وجود دارد.

۸- صحیحہ شعيب حداد: قلت لابي عبدالله (عليه السلام) رجل من مواليك يقرأك السلام وقد أراد أن يتزوج

إمرأه وقد وافقته و أنت تأمره؟ فقال ابو عبدالله (عليه السلام) هو الفرج و امر الفرج شديد منه يكون الولد و نحن نحتاط فلا يتزوجها؛ «به حضرت امام صادق (علیه السلام) عرض کردم مردی از دوستانتان به شما سلام می‌رساند. وی قصد دارد با زنی زیبا که با طلاق غیر مطابق سنت از شوهرش جدا شده، ازدواج نماید. زن نیز با این کار موافق است ولی آن مرد نمی‌خواهد بدون اجازه شما به این کار اقدام کند. آیا به او اجازه می‌دهید؟ حضرت امام صادق (علیه السلام) فرمود

این امر به فرج (مسایل آمیزشی) مربوط می شود که از آن فرزند متولد می شود. احکام و دستورات در این مورد سخت است. در چنین مسأله ای، ما احتیاط می کنیم. پس با او از دواج نکند». این حدیث دلالت می کند بر این که در مواقع شک در مسایل مربوط به فرج و آمیزش و آنچه که از آن فرزند متولد می شود، «احتیاط» واجب است. چون از اینکه امام (علیه السلام) نهی از ازدواج را بر احتیاط متفرع نمود، دانسته می شود که در نزد امام، حکم مطمئن در مورد «شبهات تحریمیه»، احتیاط است؛ هر چند که اصل اولی در شبهات تحریمیه، برائت می باشد؛ چون واضح است که اگر طلاق، باطل باشد، وجوب احتیاط، دلیل موجهی ندارد و اگر صحیح باشد، نهی از ازدواج، دلیلی ندارد؛ اما اشکال عمده این است که امام (علیه السلام) با اینکه همه احکام را می داند، چرا احتیاط می کند؟ کسانی که به جواز قائل هستند، می گویند؛ چاره ای جز حمل احتیاط بر مستحب بودن تلقیح نیست. همان طور که این مطلب تا حدودی از آوردن صیغه جمع و استناد دادن احتیاط به خودشان (نحن نحتاط) فهمیده می شود.

اما کسانی که به عدم جواز عقیده دارند، می گویند؛ آنچه از مجموع روایات استفاده می شود، این است که نفس ریختن نطفه در رحم زنی نامحرم در هر صورت حرام است، اعم از زنا یا دستگاه هایی مثل لوله آزمایش یا چیز دیگر. و از جمله عنوان کرده اند که نسب ها به هم ریخته، تربیت اطفال به هم می خورد و ارث و اموال متلاشی می شود و صاحبان اصلی شان، مجهول است.

جواز یا حرمت انتقال جنین از نظر فقهی:

انتقال جنین به رحم بیگانه از جمله مسایل جدیدی است که از زمان رواج آن در جهان کمتر از ربع قرن می گذرد. این امر خود، صورت هایی را متصور است؛

صورت اول: زن و مرد هر دو سالم هستند. مرد اسپرم می سازد و زن تخمک آزادی کند ولیکن از نظر نقص ارگانیک یا مریضی مثل دیابت یا تالاسمی نمی تواند جنین را نگه دارد که دو حالت دارد؛ حالت اول - این جنین به زنی که محرم این مرد است و آمیزش با وی برای مرد منع شرعی ندارد، انتقال داده می شود که در این صورت، دلیلی بر حرام بودن آن نیست. طبق نظر اکثر علما

بلکه قریب به اتفاق ایشان، خواه این زن صاحب تخمک باشد یا همسر دیگر او و یا کنیز او باشد. چرا که در تمام این صورت‌ها مرد نطفه خود را در رحمی قرار داده که برای او حلال است نه حرام و در جایی آن را کاشته که برخلاف دستور خداوند نیست. و زن هم نطفه شوهر و یا آقای خود را حمل کرده است؛ بنابراین دلیلی بر حرام بودن آن نیست.

حالت دوم - آن است که جنین به زنی منتقل شود که آمیزش با او بر این مرد، حرام است. از آنجا که تلقیح مصنوعی و انتقال جنین به رحم زن دیگر از مسایل جدید و نوپا بوده و تازه مطرح شده است، در این زمینه، نظرات فقها و حقوق دانان حاضر به نتیجه‌ای قطعی نرسیده است و ما هر دو نظریه را بررسی می‌کنیم.

نظر موافقان:

آنها که نظر موافق دارند، در انتقال جنین به رحم بیگانه، چنین استدلال کرده‌اند که حفظ جنین چه در دستگاه مصنوعی و چه در رحم، ولو در رحم بیگانه، واجب است؛ اگر وجوب آن احراز نشود، لااقل جواز آن، قابل احراز است.

جنین را نباید از بین برد؛ بنابراین انتقال آن به رحم بیگانه، منعی ندارد، زیرا دلیلی بر حرمت آن در شرع وجود ندارد و حتی بر زن زناکار، حرام است که جنین به وجود آمده را سقط کند. با نبود دلیل بر حرمت انتقال جنین به رحم بیگانه، برابر اصل حلیت و اصل برائت، حکم بر جواز آن می‌شود و حتی اگر نطفه مردی با نطفه حیوانی یا با ماده گیاهی به جای تخمک زن ترکیب شود و عمل زیست‌شناسی و بیولوژیکی در این زمینه نیز توفیقی به دست آورد، انتقال این گونه جنین به رحم بیگانه نیز ممنوعیت شرعی ندارد. زیرا این قسم نیز از شبهه‌های بدوی تحریمی است و در مورد آن نیز برائت شرعی و عقلی جاری می‌شود. اگر چه رعایت احتیاط موجب حفظ و تحصیل واقع می‌شود، بدون استناد آن به شارع در همه موارد نیکو است؛ اما در کتاب و سنت عموماتی است که برخی از آنها به گونه‌ای بر حرمت این قسم دلالت دارد که شایسته بررسی است. (حرم پناهی، ۱۳۷۶، صص ۱۴۷-۱۶۷)

در این خصوص نیز آیات عظام، نظرها و فتاوی خود را چنین ابراز فرموده‌اند؛

از جمله آیه الله محمد تقی بهجت (ره) در پاسخ به این سؤال که انتقال جنین یا نطفه به رحم اجنبیه چه حکمی دارد؟ فرموده‌اند که مانعی ندارد اگر همراه با امر حرام شرعی نباشد. (صمدی اهری، ۱۳۸۲، ص. ۱۳۲)

آیه الله محمد یزدی نیز پاسخ می‌دهد؛ گرفتن اسپرم و اوول، ترکیب آن دو در خارج و کاشتن آن در رحم زن بیگانه اعم از اینکه شوهردار باشد یا نباشد، جایز است و عنوان حرام بر آن صدق نمی‌کند؛ زیرا جای دادن جنین در رحم زنی بیگانه نه مصداق زناست، نه مصداق ریختن نطفه در رحمی که بر مرد حلال نیست و نه مصداق جای دادن نطفه در چنین رحمی؛ زیرا روایات رسیده در این باب تنها به آمیزش نامشروع نظر دارند.

در هر یک از دو فرض یادشده، فرزند از آن مرد و زنی است که اسپرم و اوول از آنها گرفته شده است، نه از آن زنی که جنین را در رحم او جای داده‌اند یا از آن شوهر آن زن (در این فرض که شوهردار بوده است).

دلیل این حکم نیز آن است که ملاک نسب، حتی در مورد ولادت حرام، تنها جنینی است که از دو جزء متعلق به مرد و زن پدید آمده است. برای نمونه، فرزند زن و مرد زناکار در عرف، فرزند آنها شمرده می‌شود و برخی از احکام شرعی همانند نطفه و حضانت نیز مشروط بر این که مرد معلوم و نسبت طبیعی فرزند به او نیز به طریقی همانند ارتباط نداشتن زن با غیر او محرز باشد، بر آن مترتب شده است. (یزدی، ۱۳۷۵، ص. ۱۰۲)

نظر مخالفان:

آنها که نظر مخالف دارند، یعنی آنها که حکم به حرمت انتقال جنین به رحم بیگانه می‌دهند، به این آیات و روایات استناد می‌کنند:

۱- «وَقُلْ لِّلْمُؤْمِنَاتِ یَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَ یَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ»؛ (صدر آیه شریفه ۳۱، سوره مبارکه نور)

این آیه‌ی شریفه، مؤمنان را سفارش به بستن چشم‌هایشان از حرام و حفظ فروج‌شان کرده است. از این آیه چنین استنباط می‌شود که زن، حق ندارد فرج و آلت تناسلی خود را در معرض پزشک یا متخصص زنان قرار دهد. به این ترتیب، تلقیح جنین از طریق پزشک در رحم زن،

حرام است. و اگر گفته شود چنانچه شوهر زن به چنین اقدامی دست زند، مشکل حرمت برداشته خواهد شد. در پاسخ، به آیات دیگر قرآن استناد می کنند. بر طبق این قاعده که حذف متعلق مفید عموم است، حفظ شرمگاه (فرج) از هر چیزی که با حفظ آن منافات دارد، از جمله تمامی صورت های تلقیح واجب است.

اشکال این استدلال از نظر بعضی صاحب نظران این است که مقصود از حفظ عضو یادشده، حفظ آن از دیگران است، نه حفظ از هر چیزی.

بنابر این ریختن منی مرد نامحرم در رحم زن، توسط خود زن یا وسیله ابزار مصنوعی را شامل نمی شود. علاوه بر این، چه بسا مقصود از حفظ، تنها حفظ آن از نگاه دیگران باشد. چنان که روایت ابی بصیر از حضرت امام صادق (علیه السلام) بر همین مطلب دلالت دارد.

۲- «مقصود از حفظ فرج در تمام آیات قرآن، از زنا است به جز این آیه که مقصود از آن، حفظ از نگاه دیگران است». (الجوزی، بی تا، ج. ۳، ص. ۵۸۸)

این روایت در تفسیر قمی و نورالثقلین و در ضمن روایتی طولانی از اصول کافی وارد شده است. رجال سند در تفسیر قمی اشکالی ندارد ولی تفسیر یادشده مورد اشکال است چون این کتاب را برخی از شاگردان قمی (قدس سره) جمع آوری کرده اند که در کتب رجال، احوال آنها معلوم نیست. (حرم پناهی، ۱۳۷۶، ص. ۱۴۷)

۳- خداوند در آیات ۵ تا ۷ سوره ی مبارکه ی مؤمنون، بعد از این که صفات رستگاران را می شمارد، می فرماید: آنان که فروج (واندام شان) را از عمل زشت (حرام) نگاه می دارند؛ مگر به جفت های شان (که زنان عقدی آنان باشند) یا کنیزان ملکی متصرفی آنان که هیچ گونه ملامتی در مباشرت این زنان بر آنان نیست. و کسی که غیر این (زنان حلال را به مباشرت) طلبد البته ستم کار و متعدی خواهد بود.

در این آیات آمده است که مؤمنان و مسلمانان برای رستگاری تکالیفی دارند که باید به آن پایبند باشند. از جمله این که حافظ فروج خود باشند. رابطه زنان یا مردان فقط با شوهران و زنان خود در این زمینه مشکلی نخواهد داشت و برای آنان مباح خواهد بود که در غیر این صورت از

ستم کاران خواهند بود.

از جمله آیات عظام و علمایی که نظر به حرمت این عمل می‌دهند، آیه‌الله یوسف صانعی هستند که می‌فرمایند نمی‌توان گفت جایز است و باید از این گونه اعمالی که برخلاف اصول اخلاقی توالد و تناسلی است، پرهیز نمود و راه‌های مشروع را پیدا کرد. ایشان صریحاً فتوا به حرام بودن آن نداده‌اند.

آیه‌الله محمد فاضل لنکرانی نیز در سؤال شماره ۲۸۷۸ که از ایشان پرسیده شده مبنی بر این که؛ اجاره دادن یا اجاره رحم زن برای تلقیح نطفه مرد اجنبی چه حکمی دارد؟ فرموده‌اند؛ اجاره، صحیح نیست و تلقیح نطفه مرد در رحم زن اجنبیه، شرعاً جایز نیست. (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۹، ص. ۶۰۲)

و آیه‌الله حسین نوری همدانی و آیه‌الله عبدالکریم موسوی اردبیلی هم این کار را جایز ندانسته‌اند. (صمدی اهری، ۱۳۸۲، صص. ۱۳۲-۱۳۳)

حضرت امام خمینی (ره) این گونه نظر داده‌اند؛ تلقیح نطفه غیر زوج، جایز نیست. خواه زن شوهردار باشد یا نه؛ زوج و زوجه به آن راضی باشند یا نه؛ زن از محارم صاحب نطفه باشد مانند مادرش و خواهرش یا نه. (موسوی الخمینی، ۱۳۸۰، ص. ۴۷۱)

صورت دیگر در اینجا تخمک زنی که سالم است و اجنبی است در مهبل زنی که نازاست، تزریق شود و سپس شوهر این زن با او آمیزش کند و وی را باردار کند.

آنهایی که در صورت دوم، حکم به حلیت مسأله داده‌اند، در این صورت نیز مشکلی ندارند و «اصاله‌الحل» را نیز جاری می‌کنند اما بر فرض حرام بودن صورت دوم، حرام بودن را در این صورت نیز چنین دنبال کرده‌اند. از روایاتی که پیش از این یاد شد، استفاده می‌شود که بسته شدن نطفه از اسپرم مرد و تخمک زنی که آمیزش آنان با یکدیگر جایز نیست، حرام است.

هر چند مورد این روایات مخصوص، قرار دادن منی در مهبل زنی است که بر مرد حرام است لیکن مورد تخصص نیست بلکه خصوصیت از این مورد برداشته می‌شود و حرام بودن، موردی را که نطفه از منی مرد و تخمک زنی که بر او حرام است، بسته می‌شود، در بر می‌گیرد و بیرون آوردن

تخمک از مهبل این زن و گذاردن آن در مهبل زنی که آمیزش این مرد با او جایز است، هیچ تأثیری در دفع حرمت ندارد و از دایره الغای خصوصیت خارج نمی‌شود. (مؤمن، ۱۳۷۴، صص. ۶۰-۶۱)

نتیجه:

پدر و مادر شدن از شاخص‌ترین مراحل تحول زندگی هر فرد است. در تمام ممالک دنیا، آرزوی هر فردی این است که بچه‌دار شود اما بعضی از خانواده‌ها به علت نارسایی‌های جسمی و گاهی روانی، توانایی باروری را ندارند؛ که با پیشرفت‌های پزشکی در سال‌های اخیر، این مشکلات قابل درمان است. اما این کافی نیست. چون علاوه بر قلمرو علوم پزشکی، پدیده ناباروری در قلمرو علوم رفتاری و اجتماعی مورد بررسی قرار می‌گیرد. از جمله علمی که به طور محسوس به بحث درباره این موضوع می‌پردازد، علم حقوق و فقه است.

در حقوق به پرسش‌هایی از قبیل نحوه انعقاد قرارداد برای درمان ناباروری از طریق رحم جایگزین یا مادر جانشین، طرفین قرارداد، نوع و قالب قرارداد پاسخ داده می‌شود که با بررسی در حقوق موضوعه ایران انعقاد قرارداد در رحم جایگزین در قالب عقود معین از جمله عقد اجاره اشخاص و ودیعه امکان دارد؛ اما چون شرایط و قواعد این عقود محدود است در حالی که اثر قراردادهای رحم جایگزین دامنه و وسعت زیادی دارد. بنا بر این، بهترین راه حل، انعقاد قرارداد مذکور بر اساس ماده ۱۰ ق.م. می‌باشد؛ تا طرفین آن با رعایت کلیه شرایط عمومی و اختصاصی و رعایت حقوق اشخاص ثالث نظیر شوهر مادر جایگزین و فرزند صغیر وی، بتوانند عقدی جامع و کامل منعقد سازند؛ تا امکان این را داشته باشند تا در صورت بروز اختلاف بر اساس مفاد آن، موضوع را حل و فصل نمایند.

از طرف دیگر، با مطالعه و تحقیق در متون فقهی مشخص می‌شود که انعقاد قرارداد رحم جایگزین چنانچه دارای مقدمات حرام مانند قرارداد نطفه نامحرم در رحم بر خلاف نظر مرجع تقلید خود یا نگاه به فروج نباشد، صحیح و معتبر شناخته شده است و بسیاری از فقها، بر جایز بودن چنین قراردادی فتوا داده‌اند.

پیشنهادها:

در مجموع پیشنهادهایی به شرح زیر ارائه می‌شود؛

- ۱- برای رفع مشکل ناباروری افرادی که به طور طبیعی به این عارضه مبتلا هستند و با توجه به نقص قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲ باید مقررات جامع و کاملی در این خصوص تصویب شود که همه صور شرعی باروری مصنوعی در آن گنجانده شده و حقوق اشخاص ثالث شناسایی و از آنها حمایت شود.
- ۲- لازم است که دایه‌ی جنین با توجه به فرهنگ جامعه ما و رعایت نظم عمومی و اخلاق حسنه متأهل باشد.
- ۳- رسانه‌های جمعی در خصوص مزایای این روش درمانی برای ناباروری اطلاع‌رسانی کافی داشته باشند.
- ۴- اطلاعات مربوط به انعقاد این قراردادها کاملاً سری و محرمانه باشد تا باعث ایجاد مشکلات عاطفی و روانی در آینده برای کودک متولد شده از این روش، نگردد.

منابع:

فارسی

۱. آخوندی، محمد مهدی، بهجتی اردکانی، زهره، ۱۳۸۶، رحم جایگزین، سمت و پژوهشکده ابن سینا، تهران.
۲. آخوندی محمد مهدی، صادقی، محمد رضا، ۱۳۸۰، ضرورت به کارگیری تکنیک‌های باروری کمکی در تولید مثل انسان؛ مجموعه مقالات روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، سمت و پژوهشکده ابن سینا، تهران.
۳. امامی، اسدالله، ۱۳۴۹، مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، تهران، چاپ اول.
۴. امامی، سید حسن، ۱۳۷۱، حقوق مدنی. ج. ۴، چ. ۷، کتاب‌فروشی اسلامیة، تهران.
۵. انصاریان، حسین، ۱۳۷۸، نظام خانواده در اسلام، چ. ۱۱، انتشارات اُم‌ایبها، تهران.
۶. حائری، مسعود، ۱۳۷۳، مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، چ. ۲، کیهان، تهران.
۷. جعفرزاده، میرقاسم، ۱۳۸۰، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، جهاد

تهران.

۲۳. صفایی، سید حسین، قاسم‌زاده، عباس، عراقی، سید عزت‌الله، صادقی، محمود، امامی، اسد...، برزویی، عادل و همکاران، ۱۳۸۴، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، زیر نظر دکتر ابوالقاسم گرجی، انتشارات دانشگاه تهران، تهران.

۲۴. صمدی اهری، محمد هاشم، ۱۳۸۲، نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام، چاپ اول، کتابخانه گنج‌دانش، تهران.

۲۵. طاهری، حبیب‌الله، ۱۳۷۵، حقوق مدنی (۵)، ج. ۳، دفتر انتشارات اسلامی، قم.

۲۶. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، ۱۳۷۹، جامع المسائل، نشر امیر کبیر، قم.

۲۷. فضل‌الله، سید محمد حسین، ۱۳۷۸، زن در حقوق اسلام، ترجمه عبدالهادی فقهی‌زاده، چاپ اول، نشر دادگستری، تهران.

۲۸. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶، حقوق خانواده، ج. ۲، دانشگاه تهران، تهران.

۲۹. "....."، ۱۳۶۸، حقوق مدنی (خانواده)، جلد اول، ج. ۲، ش. ۱۳۵، انتشارات بهنشر، تهران.

۳۰. "....."، ۱۳۷۴، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۳، شرکت سهامی انتشار، تهران.

۳۱. "....."، ۱۳۶۲، حقوق مدنی (ضمان قهری - مسوولیت مدنی)، ش. ۸۰، چاپ اول، کتاب‌فروشی دهخدا، تهران.

تهران.

۳۲. مطهری، مرتضی، ۱۳۵۷، نظام حقوق زن در اسلام، ج. ۸، انتشارات صدرا، تهران.

۳۳. نایب‌زاده، عباس، ۱۳۸۰، بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی، مجمع علمی و فرهنگی مجد.

تهران.

عربی:

۳۴. ابن‌قدامه، موفق‌الدین، ۱۴۰۳ ه. ق.، المغنی، ج. ۷، دارالکتاب العربی، بیروت.

۳۵. احمد محمد، شاکر (تحقیق)، ۱۳۷۵ ه. ق.، مسند احمد، ج. ۵، دارالمعارف بمصر.

۳۶. الحر العاملی، محمد بن الحسن، ۱۳۹۰ ه. ق.، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، دار احیاء التراث

العربی، بیروت.

