

## امکان سنجی فسخ قرارداد رحم جایگزین از سوی اطراف مؤثر در آن

سعید نظری توکلی<sup>۱</sup>، راحله رضایی<sup>۲</sup>، طه زرگریان<sup>۳</sup>

(تاریخ دریافت مقاله: ۹۳/۱/۸ - تاریخ پذیرش مقاله: ۹۶/۴/۱۳)

### چکیده

رحم جایگزین از شیوه‌های نوین درمان ناباروری است که در بیشتر موارد با بستن قرارداد میان زوجین نابارور، زن حامل و مؤسسه درمانگر همراه است. از آن جا که فرزنددار شدن عملی اختیاری است و زوج نابارور نمی‌توانند بدون کمک گرفتن از روش‌های کمکی تولید مثل، از جمله رحم جایگزین، فرزنددار شوند؛ برای فقه پژوهان این پرسش مطرح است: آیا همان گونه که زوجین نابارور با اراده سلول تخم خود را برای تولد انسان در اختیار مؤسسه درمانگر قرار می‌دهند تا در رحم زن حامل مستقر شود و مؤسسه درمانگر و زن حامل هم با اراده در این فرایند مؤثرند، هریک از این افراد می‌توانند در فاصله زمانی استقرار سلول تخم (جنین) در رحم زن حامل تا زایمان وی، از تصمیم خود برگردند و با برهم زدن قرارداد با زن حامل، از ایجاد جنین یا تولد فرزند جلوگیری کنند.

بررسی برهم زدن قرارداد رحم جایگزین در قالب اقاله، فسخ ناشی از اعمال خیار شرط، خیار تخلف وصف و خیار تخلف فعل نشان می‌دهد که اقاله یا فسخ این قرارداد از سوی هریک از اطراف مؤثر در آن پس از شانزده هفتگی که جنین دارای روح می‌شود، در هیچ صورت جایز نیست. برهم زدن قرارداد از هفته صفر تا هفته شانزدهم تنها در صورتی امکان دارد که جنین را در این فاصله زمانی، شخص انسانی ندانیم.

**کلید واژه‌ها:** درمان ناباروری، رحم جایگزین، فسخ، قرارداد، قرارداد رحم جایگزین.

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)؛

Email: sntavakkoli@ut.ac.ir.

۲. کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، پژوهشگر مرکز تحقیقات اخلاق و حقوق پزشکی دانشگاه علوم

Email: rah.rezai@gmail.com

پزشکی شهید بهشتی؛

۳. دانشجوی دکتری رشته فقه و حقوق جزا، دانشگاه خوارزمی تهران؛

Email: tahazargariyan93@gmail.com

## ۱- اهمیت و ضرورت

داشتن فرزند، وابسته به وجود اسپرم و تخمکی است که با داشتن قابلیت باروری، در فرآیند لقاح، سلول تخم را تشکیل می‌دهد و زمینه تقسیمات سلولی را در آن فراهم می‌آورد. طبیعی است که اگر هر یک از زن و مرد یا هر دوی آنها از چنین سلامتی برخوردار نباشند، امکان تولید انسانی با ویژگی‌های خود را نخواهند داشت. بر اساس آخرین آمار سازمان بهداشت جهانی بین شصت تا هشتاد میلیون زوج نابارور در سراسر دنیا و بیش از یک و نیم میلیون نفر در ایران وجود دارند. شیوع کلی ناباروری ۱۰ تا ۱۵ درصد زوجین را در بر می‌گیرد؛ هرچند عقیمی کامل حدود ۸ درصد تخمین زده می‌شود [28, p: 90]. تمایل به فرزند دار شدن از یک سو و دست نیافتنی بودن آن از سوی دیگر، همچنین پیدایش بسیاری از ناملایمات روحی - روانی که گاه در افراطی‌ترین شکل خود، گسست خانوادگی را به دنبال خواهد داشت، اغلب خانواده‌های نابارور را به سمت درمان ناباروری از جمله استفاده از رحم جایگزین می‌کشاند که مستلزم انعقاد قرارداد می‌باشد. جواز یا عدم جواز فسخ قرارداد رحم جایگزین نیز مانند سایر قراردادهای دارای آثار و تبعات بوده که نسبت به اطراف قرارداد رحم جایگزین بار می‌شود.

## ۲- سیر تاریخی

صرف نظر از روش‌های مختلف درمانی که منجر به باروری زوجین می‌شود، یکی از روش‌های فرزند دار شدن زن و شوهر نابارور، استفاده از رحم جایگزین (Surrogacy) است. تا پیش از ابداع روش‌های نوین کمک باروری (ART)، جایگزینی رحمی به روش "جایگزینی نسبی" بطور غیر رسمی در کشورهای مختلف مطرح بوده است. در سال ۱۹۷۶ میلادی اولین قرارداد رحم جایگزین در کشور آمریکا تدوین شد [24, P:71]. در ۲۵ ژوئیه سال ۱۹۷۸ میلادی دو پژوهشگر به نام‌های پاتریک استپتو و رابرت ادوارد برای اولین بار نوزاد دختری به نام لوئیس براون را به روش تلقیح خارجی رحمی و کاشت مجدد جنین انسانی در رحم مادرش بدنیا آوردند [27]. تلقیح خارج رحمی یا IVF (in vitro fertilization) از روشهای درمان ناباروری است که در آن تخمک بالغ از تخمدان برداشته می‌شود و در محیط آزمایشگاه در مجاورت اسپرم لقاح می‌یابد. سپس جنین حاصل در مرحله ۸ سلولی یا پیشرفته‌تر، مجدداً به رحم مادر منتقل می‌گردد. دو سال بعد، همان محققان تولد تعدادی پسر به این روش را گزارش دادند. به دنبال

این موفقیت، در سال ۱۹۸۵ میلادی، اوتیان و همکارانش، اولین مورد از تولد به روش جایگزینی بارداری را گزارش کردند که بحث‌های بسیاری را در کشور انگلستان به دنبال داشت. در نهایت در سال ۱۹۸۵ میلادی قانون جایگزینی (Surrogacy Law) در انگلستان تصویب [25, p:99-100] و بر اساس آن، در شرایط خاص، استفاده از رحم جایگزین مجاز شمرده شد و بدین ترتیب انگلستان در زمره معدود کشورهای اروپایی که انعقاد قرار داد جایگزینی در آن همراه با شرایطی مجاز است، قرار گرفت. در سال ۱۹۵۹ میلادی، پاتریک استپتو و رابرت ادوارد بنیانگذار نخستین قرارداد رحم جایگزین در اروپا شدند و سرانجام، در سال ۱۹۹۰ میلادی، قانون "جنین شناسی و باروری" در انگلستان به تصویب رسید، ولی از آنجا که در آمریکا روش قرارداد رحم جایگزین تجاری، از نظر قانونی قابل انعقاد است، بیشترین موارد جایگزینی در این کشور گزارش شده است [۹، ص ۲۰۷-۲۰۹].

در ایران نیز با شروع به کار اولین مرکز باروری و ناباروری در یزد در سال ۱۳۶۸ و تشکیل پژوهشکده بیولوژی و بیوتکنولوژی تولید مثل وابسته به جهاد دانشگاهی، قانون "نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور" در سال ۱۳۸۰ به تصویب رسید [۱۳، ص ۳۳].

### ۳- پیشینه تحقیق

پژوهش‌های انجام شده درباره رحم جایگزین به سه گروه کلی تقسیم می‌شوند:

- پژوهش‌های پزشکی مرتبط با انتخاب مادر جانشین، معاینات لازم برای دریافت جنین دیگران، روش‌های تزریق جنین به رحم مادر جانشین، مراقبت‌های لازم پس از تزریق جنین به رحم مادر جانشین.
- پژوهش‌های اخلاقی (اخلاق پزشکی) مرتبط با روایی یا ناروایی اخلاقی واگذاری رحم خود به دیگران، انتخاب زنان فاقد همسر برای فرزندآوری، بهره‌کشی از زنان به منظور تأمین مخارج زندگی.
- پژوهش‌های فقهی - حقوقی مرتبط با جایگاه استفاده از روش مادر جانشین در حقوق موضوعه، مشکلات حقوقی ماده واحده اهدای جنین، تعیین نوع قرارداد رحم جایگزین، مشروعیت یا عدم مشروعیت بارداری به روش مادر جانشین، نسب کودکان تولد یافته از روش مادر جانشین، محرمیت کودکان حاصل از این روش با صاحب تخمک و اسپرم.

با این وجود، بررسی‌های انجام شده در منابع مکتوب و الکترونیکی نشان می‌دهد تا کنون در هیچ مقاله‌ای مسأله فسخ یا انفساخ قرارداد رحم جایگزین با توجه به مبانی فقه اسلامی به صورت مستقل مورد بررسی قرار نگرفته است. از این رو، مقاله حاضر دارای نوآوری است.

#### ۴- مفهوم شناسی

از روش‌های درمان ناباروری، رحم جایگزین است. در این روش اسپرم شوهر و تخمک همسر وی پس از آسپیره شدن، در محیط آزمایشگاه لقاح داده شده، سلول تخم (Zygote) یا جنین (Embryo) حاصل را به رحم زنی غیر از همسر منتقل می‌کنند تا مراحل رشد و نمو خود را به صورت طبیعی سپری کند؛ به گونه ای که پس از زایمان، نوزاد حاصل را به والدین حقیقی تحویل می‌دهد. در واقع استفاده از روش رحم جایگزین، توافق با بانوی صاحب رحم است که آمادگی خود را جهت حاملگی برای زوج نابارور اعلام می‌کند [۱، ص ۶]. در این حالت، بانوی صاحب رحم (Surrogate Mother) تنها تا مرحله رشد نهایی و زایمان، حامل جنین خواهد بود. استفاده از رحم جایگزین و جانشینی در بارداری را بر پایه وجود یا عدم وجود ارتباط ژنتیکی زن حامل و والدین، به چند دسته تقسیم می‌کنند؛ اما رایج‌ترین شکل استفاده از رحم جایگزین، "جانشینی کامل" است. استفاده از روش رحم جایگزین کامل هنگامی است که سیستم تناسلی زن از نظر تخمک گذاری و تولید اوول هیچ مشکلی ندارد، اما از آنجا که بارداری هنگامی تحقق پیدا می‌کند که اسپرم و تخمک در داخل لوله رحم (فالوپ) با یکدیگر آمیزش یافته، پس از مهاجرت، در جداره رحم لانه گزینی کنند؛ ممکن است در این مسیر، موانعی بر سر راه آمیزش دو سلول جنسی یا عبور از لوله رحم یا لانه گزینی در جداره رحم به وجود آید که بارداری به سرانجام نرسد. در این صورت، اگر نتوان به هیچ شکل موانع موجود در سیستم تناسلی زن را برطرف کرد، می‌توان اسپرم و تخمک را در خارج از رحم لقاح داده، سلول تخم را به رحم زنی که قابلیت باروری دارد تزریق کرد [۲۶].

#### ۵- قرارداد رحم جایگزین

به موجب ماده ۱۸۳ قانون مدنی، عقد عبارت است از تعهد یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر برای انجام امری. بر این اساس، قرارداد رحم جایگزین، از جمله عقود قانونی است که به دو صورت معوض و غیر معوض منعقد می‌شود. هرگاه پدر و مادر ژنتیکی با توافق زن حامل تعهد کنند که در برابر خدمات زن حامل، مبلغی را به او پرداخت کنند، این قرارداد معوض خواهد بود و در صورتی که زن حامل تنها به خاطر انگیزه‌های خیرخواهانه، متعهد به قبول و پرورش جنین دیگران شده و وجهی در برابر آن دریافت نکنند، این قرارداد غیر معوض خواهد بود. به هر حال، با عنایت به مفاد ماده

۲۱۹ قانون مدنی، قرارداد رحم جایگزین چه به صورت معوض باشد و چه غیر معوض، از جمله عقود لازم است. قرارداد رحم جایگزین سه طرف اصلی دارد: زن صاحب رحم (مادر جانشین)، زوجین نابارور (صاحب اسپرم و صاحب تخمک)، مؤسسه درمانگر (مرکز درمانی که اقدامات لازم برای لقاح اسپرم و تخمک زن و شوهر نابارور و انتقال آن به رحم مادر جانشین و مراقبت‌های پزشکی لازم پس از آن را بر عهده دارد).

### بیان مسأله

استفاده از رحم جایگزین از جمله پدیده‌های نوینی است که مانند هر روش دیگر، موجب مطرح شدن پرسش‌هایی شده که بیشتر آن‌ها از حیطة پزشکی فراتر رفته، جنبه‌های فقهی و حقوقی پیدا می‌کند. از جمله پرسش‌های مهم در استفاده از روش رحم جایگزین که در این مقاله درصدد یافتن پاسخ مناسب برای آن هستیم، این است که آیا هریک از اطراف مؤثر در قرارداد حق فسخ قرارداد رحم جایگزین را دارند و در صورت انصراف هریک از آن‌ها چه تصمیمی درباره ادامه بارداری و فرزند حاصل از آن می‌توان گرفت؟

### ۱- مشروعیت قرارداد رحم جایگزین

قرارداد رحم جایگزین قراردادی است میان زوجین نابارور و زنی که توافق می‌کند تا با بهره‌گیری از روش‌های کمکی تولید مثل و با استفاده از اسپرم و تخمک آنها بارور شود. براساس این قرارداد، زن حامل موافقت می‌کند تا جنین مربوط به طرف قرارداد (زوجین نابارور) در رحم او قرار گیرد و قبول می‌کند دوران بارداری را تحمل کرده و اقدامات متعارفی را که برای رشد جنین لازم است انجام دهد؛ همچنین از انجام هر کاری که به رشد جنین لطمه می‌زند، خودداری کرده، بعد از زایمان نیز نوزاد را به متعهد له (زوجین نابارور) تحویل دهد.

اقدام به پذیرش جنین قراردادی، بر اساس اصل اباحه، مشروع و جایز بوده [۱۷، ص ۴۳۵-۴۳۶]، چون مخالف با صریح قانون نیست، در زمره قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی قرار گرفته، نافذ و دارای اثر است (قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است)؛ بدون این که معوض یا غیرمعوض (دوستانه) بودن قرارداد، تأثیری در جواز یا صحت آن داشته باشد.

شایان یادآوری است، هرچند اصل حاکمیت اراده و اباحه شرعی می‌تواند اثبات‌کننده

مشروعیت قرارداد رحم جایگزین باشد؛ اما چنین استدلالی کافی به نظر نمی‌رسد، زیرا حرمت استفاده از اندام‌های جنسی در خارج از چارچوب زناشویی، می‌تواند از جمله موانع تأثیر حاکمیت اراده باشد؛ همچنان که لزوم رعایت اصل احتیاط در چنین مواردی، مانع از اجرای اصل ایاحه شرعی است. از این رو، اصل مشروعیت قرارداد رحم جایگزین با ایرادی اساسی روبرو است. [نک: ۲۱، ص ۱۸۲-۱۸۳].

## ۲- امکان فسخ قرارداد به واسطه انصراف اطراف مؤثر در قرارداد

از آن‌جا که بر اساس ماده ۲۱۹ قانون مدنی، اصل بر لزوم قراردادهاست<sup>۱</sup> و انتفای لزوم عقود، تنها به واسطه اقاله یا اعمال یکی از خيارات قانونی (خيار مجلس، خيار عيب) یا قراردادی (خيار شرط) امکان پذیر است؛ قرارداد رحم جایگزین، قراردادی است که وفای به آن لازم بوده، دو طرف قرارداد، متعهد به انجام مفاد آن هستند. از این رو، برهم زدن آن در دو صورت قابل بررسی است:

### ۲-۱- اقاله

اقاله یکی از راههای سقوط تعهدات است که از طریق آن می‌توان عقد را بر هم زد (انحلال) و از ترتب آثار آن در آینده جلوگیری کرد. منظور از اقاله، آن‌گونه که در مواد ۲۸۳ و ۲۸۴ قانون مدنی، همچنین متون فقهی آمده است، رضایت دو طرف قرارداد برای برهم زدن آن است (الإقالة عبارة عن فسخ الالتزام الواقع بينهما برضاء من الطرفين) [۱۰، ج ۱۶، ص ۲۴۳؛ ۱۲، ج ۵، ۱۱۲]؛ چه این که با فوریت و پس از عقد انجام شود یا با گذشت مدتی از آن، بجز در موارد خاص که اقاله در آن‌ها جاری نیست، همچون قرارداد ازدواج و وقف [۱۲، ج ۵، ص ۱۱۶].

بر هم زدن قرارداد رحم جایگزین از راه اقاله در سه فرض قابل بررسی است:

۲-۱-۱- اقاله پیش از شروع عمل: اگر پدر و مادر ژنتیکی، زن حامل و مؤسسه درمانگر بر تشکیل جنین و انتقال آن به رحم زن حامل توافق کرده و قراردادی مبنی بر

۱. اصل لزوم قراردادها (عقد) از جمله اصول مسلم فقه امامیه است. بر اساس این اصل، هر قراردادی که توسط اشخاص حقیقی یا حقوقی منعقد می‌شود، غیرقابل فسخ و پایبندی به آن لازم است، مگر در مواردی که اطراف قرار داد برای خود حق فسخ قائل باشند یا به دلایلی امکان پایبندی به مفاد قرارداد نباشد. نک: [۵، ج ۳، ص ۵۳].

انجام آن نیز به ثبت رسانده باشند، اما هنوز جنینی تشکیل نشده باشد، آیا با انصراف هریک از سه طرف قرارداد، می‌توان آن را بر هم زد؟

در این که قرارداد رحم جایگزین، از نوع قراردادهای مستمر است و در قراردادهای مستمر، پیش از شروع عمل (موضوع عقد) نیز اقاله جریان دارد [۱۲، ج ۵، ص ۱۲۱]، تردیدی وجود ندارد. بنابراین، هرگاه یکی از طرف‌های عقد، خواستار برهم خوردن قرارداد شود (استقاله) و طرف‌های دیگر قرارداد نیز رضایت به آن داشته باشند، قرارداد رحم جایگزین با اقاله درخواست کننده و پذیرش دیگران، منحل خواهد شد. اما باید به این نکته نیز توجه داشت که اگر پدر و مادر ژنتیکی حاضر نباشند اسپرم و تخمک خود را پس از تنظیم قرارداد برای لقاح و تشکیل جنین در اختیار مؤسسه درمانگر قرار دهند، موضوع برای پایبندی مؤسسه درمانگر و زن حامل به مفاد قرار داد، وجود نخواهد داشت؛ همچنین، تا مؤسسه درمانگر حاضر به انجام فرایند لقاح در محیط آزمایشگاهی و تزریق آن به رحم زن حامل نباشد، پایبندی زن حامل به قرارداد بی معنا خواهد بود و سرانجام، اگر مادر جانشین از عمل به قرارداد خودداری کرده، حاضر نباشد رحم خود را برای کاشت جنین متعلق به زن و شوهر نابارور در اختیار مؤسسه درمانگر قرار دهد، همچنان موضوعی برای قرارداد رحم جایگزین باقی نخواهد ماند. از این رو، نوعی رابطه طولی بین خواست و پایبندی اطراف مؤثر در این قرارداد وجود داشته؛ پایبندی هریک، شرط لازم برای تحقق قرار داد بوده، عمل هیچکدام شرط کافی تلقی نخواهد شد؛ بلکه پایبندی تمام اطراف به مفاد قرارداد، شرط کافی برای تحقق آن به حساب می‌آید. در این صورت، هرگاه یکی از طرف‌های قرارداد مایل به ادامه قرارداد رحم جایگزین نبوده و خواستار برهم زدن قرارداد شود، هرچند طرف‌های دیگر قرارداد خواستار عمل به قرارداد باشند، این قرارداد به واسطه از بین رفتن موضوعش، به صورت خود به خودی منحل خواهد شد. اما روشن است که این انحلال نه به واسطه اقاله، بلکه ناشی از عدم ایفای اطراف مؤثر به تعهد خود به شروط قرارداد است.

بدین ترتیب، اراده هر یک از اطراف قرارداد رحم جایگزین، به تنهایی برای بر هم خوردن قرارداد کافی است، خواه با اقاله باشد که دربرگیرنده تراضی همه اطراف قرارداد است، خواه با عدم ایفای تعهد به مفاد قرارداد باشد که منجر به انحلال قهری قرارداد خواهد شد.

**۲-۱-۲- اقاله پس از تشکیل سلول تخم و پیش از کاشت در رحم زن حامل:** اگر با درخواست و رضایت پدر و مادر ژنتیکی، همچنین موافقت زن حامل و بر اساس

قرارداد موجود، مؤسسه درمانگر اقدام به لقاح اسپرم و تخمک در محیط آزمایشگاهی کند، درخواست انحلال قرارداد در سه حالت قابل بررسی است:

الف: تصمیم پدر و مادر ژنتیکی یا یکی از آنها برای فرزنددار نشدن؛

ب: خودداری مؤسسه درمانگر از ادامه فرایند درمان؛

ج: خودداری زن حامل از در اختیار گذاشتن رحم خود برای کاشت جنین.

هرچند انصراف هریک از سه طرف قرارداد، سبب عدم انتقال جنین به رحم زن حامل می‌شود، اما انصراف از پدر یا مادر ژنتیکی، همچنین انصراف مؤسسه درمانگر و عدم پایبندی آن به تعهدات خود، سبب از بین رفتن رویان انسانی می‌شود؛ اما انصراف زن حامل از عمل به تعهد خود در واگذاری رحمش، سبب جلوگیری از ادامه حیات جنین است؛ زیرا رویان در محیط آزمایشگاه پیش از کاشت در رحم زن حامل، از قابلیت حیات برخوردار بوده، امکان استفاده از زنان دیگر برای قرار دادن جنین در رحم آنان وجود داشته است. حال این پرسش مطرح است که آیا از بین بردن رویان انسانی یا جلوگیری از ادامه حیات آن جایز است یا نه؟

#### – انصراف پدر و مادر ژنتیکی یا مؤسسه درمانگر: بحث جواز یا عدم جواز از

بین بردن رویان انسانی، مبتنی بر دو مطلب است: شخص انگاری جنین و شرط بودن استقرار در رحم. اگر سلول تخم انسانی را پس از تشکیل، شخص انسانی به حساب آوریم، می‌بایست بپذیریم که از حرمت و کرامت انسانی برخوردار بوده، هر اقدامی که سبب از بین رفتن حیات او شود، حرام خواهد بود. همچنین اگر اعتبار استقرار در رحم را نه به واسطه موضوعیت آن، بلکه تنها از جهت داشتن طریقت بپذیریم [۲۰، ص ۴۷]، باز هم خودداری پدر و مادر ژنتیکی یا مؤسسه درمانگر یا هر دوی آنها از عمل به مفاد قرارداد رحم جایگزین، از آن جهت که سبب از بین رفتن یک شخص انسانی است، جایز نخواهد بود. اما اگر تا پیش از ولوج روح، رویان یا جنین انسانی را شخص انسانی به حساب نیاوریم یا برای استقرار در رحم موضوعیت قائل شویم، چون خودداری از عمل به مفاد قرارداد و فسخ آن، موجب از بین رفتن شخص انسانی نشده و این موجود نیز در رحم زن حامل استقرار پیدا نکرده است، امری جایز خواهد بود.

در قرآن کریم برای جنین انسان دو مرحله: پیش از دارا شدن روح و پس از دارا شدن روح در نظر گرفته شده است (مؤمنون، ۱۲/۲۳-۱۴). بنابراین، حیات انسانی با دارا شدن روح انسانی آغاز می‌شود، هم‌چنان که پایان یافتن آن نیز با جدایی روح از بدن



تحقق می‌یابد [انعام، ۶۱/۶؛ همچنین برای اطلاع بیشتر، نک: ۲۳، ج ۲، ص ۷۵]. تردیدی نیست که جنین انسانی پس از روح دار شدن (ولوچ روح) شخص انسانی به حساب آمده، هر اقدامی که منجر به مرگ وی شود (سقط جنین)، قتل یک موجود زنده (قتل نفس) به حساب آمده، عملی حرام است که اقدام کننده آن، صرف نظر از این که مادر یا پدر وی باشد یا هر شخص دیگر، افزون بر عقوبت اخروی، ملزم به پرداخت دیه قتل یک انسان کامل بالغ است. اما این داوری به این معنا نیست که جنین انسانی پیش از روح دار شدن، یعنی پیش از شانزده هفتگی (چهار ماهگی به بعد)، شخص انسانی به حساب نمی‌آید و در نتیجه، اقدام به از بین بردن آن از نظر اخلاقی روا و از نظر فقهی جایز است؛ زیرا قرآن کریم آغاز آفرینش انسان را از "نطفه" می‌داند (نحل، ۴/۱۶) و منظور از واژه "نطفه" تنها مایع جنسی مردانه نبوده، سلول تخم لقاح یافته از اسپرم مرد و تخمک زن (زایگوت)، سرآغاز پیدایش انسان است (انسان، ۲/۷۶). اما چون سلول تخم تا در جداره رحم لانه‌گزینی نکند، قادر به انسان شدن نیست، به همین جهت خداوند بحث لانه‌گزینی در جداره رحم را شرط پیدایش انسان می‌داند [مؤمنون، ۱۳/۲۳؛ همچنین برای اطلاع بیشتر، ۲۰، ص ۴۷].

بر این اساس، بدون تردید، پس از لانه‌گزینی، یعنی از هفته دوم به بعد، شخص انسانی شکل می‌گیرد؛ اما آیا پیش از این زمان، شخص انسانی وجود ندارد؟ آسان‌ترین برداشت آن است که بگوییم، سلول تخم، پیش از رسیدن به این مرحله (از هفته صفر تا هفته دوم)، یعنی آن هنگام که تنها سلول تخم (نطفه) است، شخص انسانی به حساب نمی‌آید [۱۴، ج ۱۲، ص ۹؛ ۳، ج ۴، ص ۴۱۹].

اما به نظر می‌رسد که بتوان شخص انسانی را از زمانی تعریف کرد که سلول تخم تشکیل شده است، یعنی کمی پیشتر از رسیدن به مرحله لانه‌گزینی. در روایت اسحاق بن عمار، امام کاظم علیه السلام اجازه نمی‌دهند که زن به خاطر ترس از بارداری، اقدام به خوردن دارو کند تا نطفه خود را ساقط می‌کند، چرا که نطفه سرآغاز آفرینش انسان است «ان اول ما یخلق نطفة» [۲، ج ۴، ص ۱۷۱].

سرآغاز بودن اسپرم لقاح یافته در رحم (زایگوت) برای انسان شدن را امام صادق در روایت رفاعه بن موسی با تفاوت گذاشتن میان داخل رحم و خارج رحم، چنین توضیح می‌دهند: آمادگی رحم برای تبدیل سلول تخم به انسان کامل، سبب می‌شود که از بین بردن سلول تخم جایز نباشد: «إن النطفة إذا وقعت فی الرحم تصیر إلى علقة ثم إلى مضغة ثم إلى ما شاء الله وإن النطفة إذا وقعت فی غیر الرحم لم یخلق منها شیء» [۱۶،

ج ۳، ص ۱۳۲]. این همان چیزی است که قرآن کریم از آن با عنوان تقدیر نطفه و سپس آسان کردن راه برای آن یاد کرده است: (مِنْ أَىِّ شَيْءٍ خَلَقَهُ \* مِنْ نُطْفَةٍ خَلَقَهُ فَقَدَرَهُ \* ثُمَّ السَّبِيلَ يَسِّرُهُ) (عبس، ۱۷/۸۰-۱۹).

بدین ترتیب، درخواست برهم زدن قرارداد رحم جایگزین (استقاله) از سوی پدر یا مادر ژنتیکی و مؤسسه درمانگر، از آن جهت که سبب از بین رفتن انسان بالقوه می‌شود، جایز نخواهد بود.

**– انصراف زن حامل:** هرگاه پدر و مادر ژنتیکی به تعهد خود عمل کرده، اسپرم و تخمک را در اختیار مؤسسه درمانگر قرار دهند و مؤسسه درمانگر نیز پس از انجام اقدامات لازم، سلول تخم و رویان انسانی را به وجود آورد، اما زن حامل متقاضی انحلال قرار داد بوده، حاضر نباشد بر اساس توافق قبلی، رحم خود را برای کاشت رویان تشکیل شده، در اختیار مؤسسه درمانگر قرار دهد، چه باید کرد؟

با توجه به اصل حاکمیت اراده و مالکیت ذاتی – تکوینی انسان بر تمامیت بدنی خود [۶، ص ۷۲]. همچنین، عدم وجود مانع شرعی برای انحلال قرارداد از نظر حفظ نفس محترم، با درخواست استقاله از سوی زن حامل و تراضی اطرف دیگر قرارداد، قرارداد منحل می‌شود؛ زیرا تکلیف وجوب حفظ نفس محترم، بر فرض مصداق پیدا کردن در مورد بحث، تکلیفی نیست که تنها متوجه زن حامل باشد و زنان دیگر نتوانند نقش میانجی داشته و آن را انجام ندهند تا با انصراف زن حامل، انسان بالقوه از بین برود.

اما در صورت عدم رضایت دیگر اطرف قرارداد، اقاله واقع نشده و زن حامل ملزم به وفای به تعهد خود و انجام موضوع قرارداد است. اما از آن جا که تا زن حامل رحم خود را در اختیار مؤسسه درمانگر قرار ندهد، نمی‌توان به مفاد قرارداد عمل کرد و زمینه ایجاد انسانی را فراهم کرد و از سوی دیگر، الزام قهری زن حامل به پذیرش مراحل نه ماهه بارداری نیز وجود ندارد؛ قرارداد رحم جایگزین، خود به خود منحل خواهد شد؛ هرچند زن حامل ضامن جبران خسارت‌های وارد بر پدر و مادر ژنتیکی یا مؤسسه درمانگر خواهد بود.

### ۳-۱-۲- اقاله پس از کاشت در رحم زن حامل: اگر براساس قرارداد رحم

جایگزین، پدر و مادر ژنتیکی، مؤسسه درمانگر و زن حامل به تعهد خود عمل کرده، رویان تشکیل شده در محیط آزمایشگاهی به رحم آن زن تزریق شود، آیا پس از این انتقال، هریک از اطراف قرارداد می‌توانند خواستار برهم زدن قرارداد و عدم تمایل برای ادامه روند حاملگی باشند؟

اگر رویان یا جنین انسانی را از پیش از شانزده هفتگی شخص انسانی بدانیم، اجرای

اقاله برای هیچیک از پدر و مادر ژنتیکی یا زن حامل، ممکن نیست؛ زیرا قانونی دانستن اقاله در فرض کاشت جنین در رحم زن حامل، در تعارض با حق حیات جنین است و همان گونه که خواست پدر و مادر برای سقط جنین در شرایط عادی، موجب مشروعیت آن نمی‌شود، در رحم جایگزین نیز این‌گونه است. همچنین درخواست بر هم زدن قرارداد از سوی زن حامل، عدم تعهد زن حامل به انجام وظایف مادرانه در حفظ حیات جنین موجود در رحم خود بوده، جایز نخواهد بود؛ اما اگر رویان انسانی را تا پیش از روح دار شدن، شخص انسانی به حساب نیاوریم، به نظر می‌رسد بتوان برای پدر و مادر ژنتیکی یا زن حامل، اجرای اقاله را جایز دانست.

با این توضیح‌ها، روشن است که پس از روح دار شدن جنین دیگر جایی برای اجرای اقاله از سوی هیچیک از اطراف قرارداد باقی نمی‌ماند؛ زیرا جنین موجود در رحم زن حامل، گرچه مال به حساب نمی‌آید، اما متعلق حق چهار نفر قرار می‌گیرد: پدر ژنتیکی، مادر ژنتیکی، زن حامل و خود جنین. هیچیک از پدر و مادر به تنهایی نمی‌توانند از حق فرضی خود برای بر هم زدن قرارداد استفاده کنند و توافق آن دو در انجام چنین کاری با فرض موافقت زن حامل نیز مجوز این کار نخواهد بود، چرا که با حق حیات جنین در تعارض است و بدون شک، حق حیات مقدم بر هر حقی است که اجرای آن نافی حیات باشد، جز در موارد خاصی که کشتن فرد یا جلوگیری از ادامه حیات او جایز باشد، مثل تقدم حق اولیای دم در قصاص جانی، هرچند نافی حق جانی بر حیات باشد [۱۹، ص ۷۳۴]. یا تقدم حیات مادر بر حیات جنین اگر ادامه حیات مادر متوقف بر سقط جنین باشد [۸، ص ۱۴۶؛ ۱۸، ص ۱۷۳].

بر این اساس، اعمال اقاله، هنگام استقاله هریک از اطراف مؤثر در قرارداد، وقتی جایز خواهد بود، که عمل به مفاد قرارداد آغاز نشده باشد، یا اگر آغاز هم شده است، منجر به کاشت جنین در رحم زن حامل نشده باشد.

**۲-۲- اعمال خیار:** وجود خیار فسخ برای هریک از اطراف مؤثر در قرارداد رحم جایگزین، در حالت‌های مختلفی قابل بررسی است؛ اما برای جلوگیری از طولانی شدن بحث، از میان خيارات مطرح در قراردادها تنها به بررسی خیار شرط، خیار تخلف از شرط و خیار عیب پرداخته، بررسی اعمال سایر خيارات، همچون خیار مجلس، خیار غبن، خیار تدلیس و مانند آن را به پژوهشی دیگر وا می‌گذاریم.

**۱-۲-۲- خیار شرط:** گذاشتن حق فسخ در متن قرارداد و اعمال فسخ آن به استناد

حق مزبور، از نظر آثار فقهی - حقوقی با آنچه درباره اقاله پیشتر گفته شد، تفاوتی ندارد. اجرای فسخ تا پیش از شروع عمل لقاح و جایگزینی سلول تخم در رحم زن حامل، همچون اقاله امری مشروع است. اعمال خیار فسخ پس از لقاح و پیش از جایگزینی در رحم زن حامل، منوط به شخص ندانستن جنین و اعتبار استقرار در رحم در جریان احکام سقط جنین است. اگر پیش از لانه‌گزینی، جنین شخص انسانی به حساب نیاید و از بین بردن آن از جهت که در رحم استقرار نیافته، مصداق سقط جنین نباشد؛ در این صورت، فسخ قرارداد و در نتیجه از بین بردن رویان به وجود آمده، جایز خواهد بود. همچنین، اعمال خیار فسخ پس از جایگزینی در رحم و پیش از ولوج روح، منوط به شخص ندانستن جنین تا پیش از روح دار شدن آن است. در نتیجه، اعمال خیار فسخ قرارداد پس از روح دار شدن جنین به واسطه تعارض این حق با حق حیات جنین و ترجیح حق برخورداری از حیات بر سایر حقوق، امکان پذیر نبوده، هیچیک از اطراف قرارداد نمی‌توانند با اعمال خیار، قرارداد مادر جانشین را فسخ کنند.

**۲-۲-۲- خیار تخلف شرط:** خیار تخلف شرط در قرارداد مادر جانشین به دو صورت تخلف از شرط فعل و تخلف از شرط صفت، قابل بررسی است:

**- خیار تخلف از شرط فعل:** منظور از شرط فعل، تعهد یکی از دو طرف قرارداد یا هر دوی آنها یا شخص بیرون از قرارداد به انجام کاری است؛ چه این عمل در راستای مفاد قرارداد باشد چه ناظر به عملی خارج از مفاد آن. [۴، ص ۴۹۴] بر این اساس، اگر در متن قرارداد، هریک از اطراف مؤثر، متعهد به انجام کاری شوند، مانند تعهد پدر و مادر ژنتیکی به پرداخت هزینه‌های پزشکی مرتبط با بارداری زن حامل؛ همچنین تعهداتی مانند، تعهد پدر و مادر ژنتیکی به تأمین برخی از هزینه‌های زندگی زن حامل، تعهد زن حامل به استفاده از برخی مواد غذایی لازم برای رشد کافی جنین، پرهیز از مصرف مشروبات الکلی یا استعمال دخانیات و مواد مخدر (ترک فعل)، مراجعه مرتب به مرکز درمانی برای کنترل یا تعهد مؤسسه درمانگر به کنترل وضعیت سلامت زن حامل و جنین او، با خبر کردن پدر و مادر ژنتیکی از وضعیت جسمانی زن حامل و جنین او، اقدام به موقع برای تشخیص بیماری‌های ژنتیکی جنین؛ اما طرف متعهد به وظیفه خود (مشروط) عمل نکند، آیا طرف مقابل (مشروط له) حق دارد به استناد تخلف از شرط، قرارداد رحم جایگزین را فسخ کند؟

بدون شک تخلف از شرط در یک قرارداد، سبب پیدایش خیار فسخ برای طرف دیگر

می‌شود؛ اما در مورد قرارداد رحم جایگزین، ملاحظه جنبه حیات جنین و شخص انگاری او سبب می‌شود تا این قرارداد با سایر قراردادها متفاوت شود.

تخلف از شرط در قرارداد رحم جایگزین اگر تا پیش از شروع عمل، یعنی لقاح اسپرم و تخمک و کاشت سلول تخم در رحم مادر جانشین باشد، امکان فسخ قرارداد را برای سایر اطراف فراهم می‌کند؛ اما اگر پس از کاشت جنین (سلول تخم) در رحم باشد و جنین را از همان آغاز شخص انسانی بدانیم، در این صورت اگر هر کدام از اطرف مؤثر در قرارداد، خلاف تعهد خود عمل کند و اطرف دیگر قرارداد، بخواهند بر اساس خیار تخلف از شرط فعل، قرارداد رحم جایگزین را فسخ کرده، مایل به ادامه موضوع قرارداد (زایمان جنین زنده) نباشند؛ چون نفی موضوع قرارداد، سبب ممانعت از رشد و نمو جنین و در نتیجه، ختم حاملگی و از بین بردن جنین است، حرام خواهد بود. زیرا فقهای مسلمان از یک سو با استفاده از دو واژه "جنایت" و "دیه"، از بین بردن جنین را "جنایت بر جنین" دانسته و بر اقدام کننده به چنین کاری عنوان "جانی" اطلاق کرده‌اند و افزون بر این، برای از بین بردن جنین در دوره‌های مختلف زمانی نیز دیه تعیین کرده‌اند و معلوم است که جنایت دانستن از بین بردن جنین و جانی قلمداد کردن شخصی که اقدام به چنین کاری می‌کند، دلالت بر حرمت تکلیفی این عمل دارد و تعیین دیه برای جنایت بر جنین انسانی در دوره‌های مختلف جنینی، بیان‌گر حرام بودن این عمل است که تنها کیفر انجام دهنده آن بجای قصاص به پرداخت دیه تبدیل شده است. از سوی دیگر، استفاده از واژه "قتل" برای از بین بردن جنین انسانی پیش از روح دار شدن، بیانگر این مطلب است که جلوگیری از انسان کامل شدن جنین، در واقع نوعی کشتن اوست با این تفاوت که در کشتن پس از روح دار شدن، روح انسانی از انسان گرفته می‌شود و در کشتن پیش از روح دار شدن جنین، از تعلق روح به آن جلوگیری می‌شود.

بنابراین، فسخ قرارداد، پس از کاشت جنین (سلول تخم) در رحم زن حامل، به استناد به خیار تخلف از شرط، برای هیچیک از طرف‌های مؤثر در قرارداد رحم جایگزین، جایز نبوده؛ تنها باید متخلف از شرط را وادار به انجام شرط کرده، ضرر و زیان مشروط له را جبران کرد. در مواردی هم که شرط به سود جنین است، پدر ژنتیکی با توجه به ولایتی که بر جنین دارد، نسبت به گرفتن حق او اقدام خواهد کرد.

**۳-۲-۲- خیار تخلف از شرط صفت:** شرط صفت از جمله شروط صحیح در قراردادها و ناظر به یکی از ویژگی‌های کمی یا کیفی مورد قرارداد است. نک: [۵، ج ۶، ص ۵۹]. بر

این اساس، منظور از خیار تخلف از شرط صفت در قرارداد رحم جایگزین، تعهد مؤسسه درمانگر به ایجاد فرزند با وصف خاصی است که در جنین (کودک) تحقق پیدا نکند؛ نظیر تعهد مؤسسه به ایجاد جنین با جنسیت خاص (پسر یا دختر بودن) یا ویژگی‌های جسمانی معین با بهره‌گیری از تغییرات ژنتیکی (داشتن رنگ چشم خاص، شکل لاله گوش یا شکل بینی معین، نوع موی مشخص، داشتن ویژگی ژنتیکی تعریف شده) یا تعداد معین (تک قلوبی یا چند قلوبی).

از آن‌جا که پی بردن به بود یا نبود جنین ویژگی‌هایی معمولاً پس از رشد و نمو جنین در رحم زن حامل امکان‌پذیر است، نمی‌توان به استناد تخلف از شرط صفت، قرارداد رحم جایگزین را فسخ کرد، زیرا گرچه هر یک از اطراف قرارداد، موضوع قرارداد را مطابق با تعهدات داده شده از طرف مقابل پذیرفته اند و خیار تخلف از شرط صفت، حق قانونی آن‌ها است، اما اعمال این حق قانونی و شرعی، منوط به نبود شرعی است. در قرارداد مادر جانشین، چون موضوع، تولد جنین زنده با ویژگی‌های ظاهری خاصی است و این جنین نیز در رحم مادر جانشین استقرار یافته است، عدم پایبندی مؤسسه درمانگر به تعهدات خویش مبنی بر ایجاد جنین با صفت خاص، نمی‌تواند سبب فسخ قرار داد از سوی پدر و مادر ژنتیکی شود، زیرا لازمه فسخ قرارداد، برگشتن به حالت قبل از قرارداد؛ یعنی عدم وجود جنین است. مگر آن که مادر جانشین حاضر باشد با مسئولیت خود، جنین را بدون داشتن ویژگی مورد نظر متولد کرده و از او نگهداری کند یا نگهداری او را به شخص ثالث یا سازمان‌های حمایتگر واگذار کند که در این صورت، فسخ قرارداد از سوی پدر و مادر ژنتیکی، مستلزم سقط جنین نخواهد بود.

افزون بر این، بازگشت شرط ایجاد صفت، به شرط فعل بوده، نمی‌توان آن را در قالب شرط صفت بررسی کرد. از این رو، استناد به ماده ۲۳۵ قانون مدنی برای امکان فسخ قرارداد رحم جایگزین درست به نظر نمی‌رسد. [برای آگاهی از تفاوت شرط وجود صفتی خاص در متعلق قرارداد با شرط ایجاد صفتی خاص توسط یکی از اطراف مؤثر در قرارداد، نک: ۷، ج ۳، ۲۹۳].

البته اگر بتوان این ویژگی‌ها را ارزش گذاری مالی کرد و مدعی شد که پدر و مادر ژنتیکی از فقدان آن‌ها متحمل ضرر و زیان مادی شده اند یا ضرر و زیان معنوی آن‌ها را در داشتن فرزندی بدون اوصاف مطلوب، قابل ارزیابی مالی دانست؛ آن‌گاه خواهیم توانست مؤسسه درمانگر را ملزم به جبران ضرر و زیان وارد شده بر آن‌ها کنیم.

**۴-۲-۲- خیار عیب:** مؤسسه درمانگر متعهد است با بهره‌گیری از تکنیک‌های تشخیصی - درمانی و بر اساس یافته‌های دانش پزشکی پذیرفته شده در زمان خود از ایجاد جنین با ناهنجاری‌های جسمانی (ناقص یا معیوب) جلوگیری کرده و در صورت ایجاد جنین از ادامه رشد آن ممانعت کند یا دست‌کم پدر و مادر ژنتیکی را از وضعیت جنین با خبر کند تا خود آن‌ها نسبت به آینده زندگی فرزندشان خود تصمیم‌گیری کنند. حال اگر مؤسسه درمانگر از روی عمد یا اشتباه با وجود داشتن دانش و ابزار لازم به وظیفه خود عمل نکرده و جنینی ناقص یا معیوب ایجاد کنند و در هیچیک از مراحل ایجاد جنین، پدر و مادر ژنتیکی را در جریان نقص جنین قرار ندهد، آیا پدر و مادر ژنتیکی می‌توانند به استناد خیار عیب، قرارداد خود با زن حامل را فسخ کنند؟

استناد به خیار عیب برای فسخ قرارداد در دو صورت ممکن است: عیب در زمان قرارداد موجود بوده، طرف مقابل از آن آگاه نیست یا عیبی جدید ناشی از عیب موجود در زمان عقد، پس از عقد به وجود آید. بر این اساس، هنگامی می‌توان با استناد به خیار عیب، قرارداد رحم جایگزین را فسخ کرد که ناهنجاری ژنتیکی پیش از تنظیم قرارداد رحم جایگزین برای مؤسسه درمانگر معلوم باشد و آن را به عمد یا از سر اشتباه به پدر و مادر اعلام نکند یا به واسطه وجود یک ناهنجاری ژنتیکی، پس از ایجاد جنین، عیب‌های جسمانی دیگری در وی ظاهر شوند.

با این وجود، نمی‌توان قرارداد رحم جایگزین را مشمول مواد ۴۲۲ تا ۴۳۷ و ۴۴۴ قانون مدنی دانست و برای پدر و مادر ژنتیکی پس از روح دار شدن جنین، حق فسخ قائل شد؛ زیرا این قرارداد هرچند از یک سو بار مالی دارد و می‌تواند بدین لحاظ مشمول قواعد حاکم بر فسخ معاملات باشد، اما از سوی دیگر، با حیات یک انسان در ارتباط است [برای اطلاع بیشتر از دلایل موافقان و مخالفان سقط جنین‌های ناقص الخلقه، نک: ۱۱؛ ج ۵، ص ۳۹۶-۳۹۷]. از این رو، اگر نقص خلقت یا عیب‌های مادرزادی موجود در جنین مستقر در رحم زن حامل از جمله اندیکاسیون‌های مقرر در ماده واحده سقط درمانی مصوب ۱۳۸۴/۳/۱۰ باشد<sup>۱</sup>، پدر و مادر ژنتیکی می‌توانند با فسخ قرارداد خود با

۱. ماده واحده - سقط درمانی با تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی مبنی بر بیماری جنین که به علت عقب افتادگی یا ناقص‌الخلقه بودن موجب حرج مادر است و یا بیماری مادر که با تهدید جانی مادر توأم باشد قبل از ولوج روح (چهار ماه) با رضایت زن مجاز می‌باشد و مجازات و مسؤولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود. متخلفین از اجرای مفاد این قانون به مجازاتهای مقرر در قانون مجازات اسلامی محکوم خواهند شد. قانون فوق مشتمل بر ماده واحده در جلسه علنی روز سه‌شنبه مورخ دهم خرداد ماه یک‌هزار و سیصد و هشتاد و چهار مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۴/۳/۲۵ به تأیید شورای نگهبان رسید.

زن حامل، نسبت به سقط آن اقدام کنند. اما اگر نقص خلقت یا عیب‌های جنین از جمله اندیکاسیون های ماده مزبور نباشد یا پدر و مادر پس از شانزده هفتگی از آن آگاهی یابند، دیگر نمی‌توان به استناد خیار فسخ، قرارداد مزبور را فسخ و جنین موجود در رحم زن حامل را سقط کرد.

در چنین حالتی، پدر و مادر ژنتیکی، مؤسسه درمانگر و زن حامل ملزم به انجام تعهدات خود نسبت به جنین مزبور بوده، پس از تولد کودک ناقص یا معیوب هم، پدر و مادر ژنتیکی ملزم به قبول فرزند خود هستند؛ زیرا در مواردی که امتیازی به موجب حکم بر قرار شود، اما آمیخته با تکلیف یا وابسته به شخصیت و مربوط به نظم عمومی باشد، اسقاط آن حق، امکان ندارد [۱۵، ص ۲۶۴]. حق پدر و مادر ژنتیکی نسبت به حضانت فرزند خود، از این قبیل است، زیرا گرچه قابلیت انتقال و اسقاط، دو ویژگی اساسی حق است که در تکلیف نیست؛ اما حضانت پدر و مادر به مفهوم نگهداری از کودک، از آن‌جا که حقی طبیعی - تکوینی است که به مجرد ایجاد رابطه فرزندی به وجود آمده و وابسته به دو فرد، یعنی پدر و مادر از یک سو و کودک از سوی دیگر است، همچون حکم قابل نظر کردن نیست [۲۲، ص ۱۵۷-۱۷۱]. از این رو، قانونگذار در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «نگهداری از اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است». از جمله نتایج حق طبیعی - تکوینی یا تکلیف بودن حضانت این است که قرارداد راجع به واگذاری یا اسقاط آن از سوی پدر و مادر بی اعتبار است. همچنین آن‌ها مسئول اعمال کودک خود می‌باشند [۱۵، ص ۱۱۶۹]. بنابراین والدین ژنتیکی ملزم به پذیرش کودک خود هستند، هرچند این کودک از سلامت جسمی یا روانی برخوردار نباشد.

البته باید توجه داشت که چون نگهداری از فرزندان ناقص یا معیوب بار مالی بیشتری از نگهداری کودکان عادی دارد، مؤسسه درمانگر به واسطه این‌که سبب تحمیل این بار اضافی بر پدر و مادر ژنتیکی شده است، ضامن بوده، مسئول جبران ضرر و زیان ناشی از عدم پایبندی به تعهد خود، موضوع قرارداد رحم جایگزین، خواهد بود. همچنین است اگر بتوان ضرر و زیان معنوی پدر و مادر ژنتیکی را از داشتن و زندگی با کودک ناقص و معیوب، قابل ارزش گذاری مالی دانست.

روشن است که در این داوری حقوقی، تفاوتی بین این‌که مؤسسه درمانگر در متن قرارداد متعهد به ایجاد فرزند سالم شده باشد یا چنین تعهدی را نکرده باشد، وجود ندارد و نمی‌توان با تمسک به اطلاق قرارداد، نافی چنین تعهدی شد، زیرا بنا بر فهم عرفی، قرارداد مادر جانشین، ناظر به ایجاد فرزند سالم است؛ مگر این‌که مؤسسه درمانگر



در متن قرارداد، مسئولیت خود را از پیدایش جنین ناقص یا معیوب، نفی کند. گرچه مؤسسه درمانگر می‌تواند در متن قرارداد مسئولیت خود را از ایجاد جنین ناقص یا معیوب، نفی کند؛ اما چنین اقدامی با یک مشکل فقهی - حقوقی روبرو است. نفی مسئولیت پیش از انجام عمل، یعنی پیش از تشکیل سلول تخم و تزریق آن به رحم زن حامل، از مصادیق "ابراء ما لم یجب" و در نتیجه "اسقاط ما لم یجب" است.

### نتیجه

- ۱- قرارداد رحم جایگزین در زمره قراردادهای خصوصی است که مشروع بوده، اطراف مؤثر در آن، متعهد به انجام مفاد آن هستند.
- ۲- هر یک از اطراف مؤثر در قرارداد رحم جایگزین می‌توانند پیش از تشکیل جنین درخواست اقاله کرده و اقاله را جاری کنند، چرا که با عدم رضایت یکی از اطراف قرارداد، موضوع قرارداد رحم جایگزین، خود به خود منتفی و قرارداد منحل خواهد شد.
- ۳- جواز فسخ قرارداد رحم جایگزین توسط هر یک از اطراف مؤثر در آن، پس از تشکیل سلول تخم و پیش از کاشت در رحم زن حامل، منوط به شخص ندانستن جنین در این حالت و اعتبار استقرار جنین در رحم برای عدم جواز سقط آن است.
- ۴- فسخ قرارداد رحم جایگزین از سوی زن حامل در صورتی که پدر و مادر ژنتیکی و مؤسسه درمانگر به تعهد خود عمل کرده و سلول تخم و رویان انسانی به وجود آمده باشد، از آن جهت که امکان استفاده از زنان دیگر برای پرورش جنین وجود دارد، جایز است.
- ۵- جواز فسخ قرارداد رحم جایگزین توسط اطراف مؤثر در آن، پس از کاشت جنین در رحم زن حامل و پیش از روح دار شدن آن، منوط به عدم شخص انگاری جنین انسانی در این حالت است.
- ۶- فسخ قرارداد رحم جایگزین توسط اطراف مؤثر در آن، پس از کاشت جنین در رحم زن حامل و روح دار شدن آن، به علت تعارض فسخ قرارداد با حق حیات جنین جایز نیست.
- ۷- فسخ قرارداد رحم جایگزین پس از کاشت جنین (سلول تخم) در رحم به استناد تخلف یکی از اطراف از شرط یا فعل مندرج در قرارداد، جایز نبوده، طرف متخلف ملزم به انجام شرط و در صورت خودداری، مسئول جبران ضرر و زیان وارد شده به سایر اطراف است.
- ۸- در صورت تعهد مؤسسه درمانگر به ایجاد فرزند با نشانه‌های ظاهری خاص و عدم تحقق آن، از آن جا که فسخ قرارداد از سوی پدر و مادر ژنتیکی، موجب سقط جنین یا

رها کردن جنین در دست زن حامل است، نمی‌توان به استناد تخلف از شرط صفت، قرارداد رحم جایگزین را فسخ کرد.

۹- در صورتی که مؤسسه درمانگر از ناهنجاری ژنتیکی جنین پیش از تنظیم قرارداد رحم جایگزین آگاه بوده و آن را به عمد یا اشتباه به پدر و مادر ژنتیکی اعلام نکند، تنها تا پیش از روح شدن جنین (شانزده هفتگی) و شخص ندانستن آن تا این زمان، می‌توان با استناد به خیار عیب، قرارداد رحم جایگزین را فسخ کرد. اما پس از این زمان، فسخ قرارداد جایز نبوده، پدر و مادر ژنتیکی ملزم به قبول فرزند ناقص/ معیوب خود هستند؛ هر چند مؤسسه درمانگر مسئول جبران ضرر و زیان ناشی از عدم پابندی به تعهد خود، خواهد بود.

### منابع

- [۱]. قرآن کریم
- [۲]. آخوندی، محمد مهدی و بهجتی اردکانی، زهره؛ (۱۳۸۷). *رحم جایگزین، تعریف، انواع و ضرورت استفاده از آن در درمان ناباروری*، مجموعه مقالات رحم جایگزین، چاپ دوم، تهران، سازمان سمت.
- [۳]. ابن بابویه، محمد بن علی؛ (۱۴۱۳هـ). *من لایحضره الفقیه*. علی اکبر غفاری، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۴]. ابن عربی، محمد بن عبدالله؛ (۱۴۲۴هـ). *أحكام القرآن*. محمد عبدالقادر عطا، چاپ سوم، بیروت، دار الکتب العلمیة.
- [۵]. اراکی، محمد علی؛ (۱۴۱۴هـ). *الخيارات*. قم، مؤسسه در راه حق.
- [۶]. انصاری، مرتضی بن محمد؛ (۱۴۱۵هـ) *کتاب المکاسب*. قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- [۷]. ایروانی، علی بن عبدالحسین؛ (۱۴۰۶هـ) *حاشیة المکاسب*. تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- [۸]. بجنوردی، سید حسن؛ (۱۴۱۹هـ) *القواعد الفقهیة*. مهدی مهریزی و محمد حسن درایتی، قم، نشر الهادی.
- [۹]. خویی، سید ابوالقاسم و تبریزی، جواد؛ (۱۴۲۷هـ) *فقه الأعدار الشرعیة و المسائل الطبیة من صراط النجاة*. قم، دار الصدیقة الشهیدة سلام الله علیها.
- [۱۰]. دلیر راد، محمد و دیگران؛ (۱۳۸۷). *چالش‌های اخلاقی و مذهبی پیرامون رحم جایگزین*. چاپ دوم، مجموعه مقالات رحم جایگزین، تهران، سازمان سمت.
- [۱۱]. سبزواری، سید عبدالاعلی؛ (۱۴۱۳هـ). *مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام*. چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار.
- [۱۲]. شاهرودی، سید محمود و دیگران؛ (۱۴۲۳هـ). *موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*. قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

- [۱۳]. شهیدی، مهدی؛ (۱۳۸۸). *سقوط تعهدات*، چاپ نهم، تهران، انتشارات مجد.
- [۱۴]. صادقی مقدم، محمدحسن؛ «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، مبانی فقهی و بایسته‌های قانون»، فصلنامه مفید، ۱۳۸۳، شماره ۴۶، ۶۰-۳۱.
- [۱۵]. قرطبی، محمد بن احمد؛ (۱۴۲۳ هـ). *الجامع لأحكام القرآن*. هشام سمیر البخاری، ریاض: دار عالم الکتب.
- [۱۶]. کاتوزیان، ناصر؛ (۱۳۸۳). *مبانی حقوق عمومی*، چاپ دوم، تهران، نشر میزان.
- [۱۷]. کلینی، محمد بن یعقوب؛ (۱۴۰۷ هـ). *الکافی*، علی اکبر غفاری، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- [۱۸]. گرجی، ابوالقاسم و دیگران؛ (۱۳۸۴). *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*، تهران، دانشگاه تهران.
- [۱۹]. گلپایگانی، سیدمحمد رضا؛ (۱۴۱۳ هـ). *ارشاد السائل*. چاپ دوم، بیروت، دار الصفوة.
- [۲۰]. مفید، محمد بن محمد؛ (۱۴۱۳ هـ). *المقنعة*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- [۲۱]. نظری توکلی، سعید و جوانمرد فرخانی، ابراهیم؛ «استقرار رحم و تأثیر آن بر احکام مترتب بر جنین در فقه اسلامی و حقوق موضوعه». فصلنامه فقه پزشکی، زمستان ۱۳۹۰ و بهار ۱۳۹۱. سال سوم و چهارم، دوره ۳-۴، شماره ۹ و ۱۰، ۳۷-۶۳.
- [۲۲]. نظری توکلی، سعید؛ «درآمدی بر مبانی حقوقی درمان ناباروری»، فصلنامه مطالعات اسلامی، مشهد، ۱۳۸۶، شماره ۷۵، ۱۷۵-۲۲۳.
- [۲۳]. نظری توکلی، سعید؛ (۱۳۸۵). *حضانت کودکان در فقه اسلامی*. تهران، سازمان سمت.
- [۲۴]. نظری توکلی، سعید؛ (۱۳۸۱). *مسائل مستحدثه پزشکی ۲*، چاپ دوم، قم، بوستان کتاب.
- [25]. Barry, V. *Bioethics in a Cultural Context* (2011): Philosophy, Religion, History, Politics, Cengage Learning; 71.
- [26]. Cook, R. Day Sclater, SH. Kaganas F. *Surrogate Motherhood* (2003): International Perspectives, Hart Publishing; 99-100
- [27]. Speroff MD, Leon; Fritz MD, Marc A (2004); *Clinical Gynecologic Endocrinology and Infertility*. Lippincott Williams & Wilkins.
- [28]. Steptoe, P.C. Edwards, R.G (1978). *Birth after the re-implantation of human embryo*.
- [29]. Templeton A, Fraser C, Thompson B (1990). *The epidemiology of infertility in Aberdeen*, British Medical Journal.