

## The Nature of Surrogacy Agreement in Pregnancy According to the Iranian Legal System

Abbas Yadollahi Baghlouyi<sup>1</sup>, Mohammad Azin<sup>1</sup>, Reza Omani Samani<sup>\*2,1</sup>

1. Department of Epidemiology & Reproductive Health, Reproductive Epidemiology Research Center, Royan Institute for Reproductive Biomedicine, ACECR, Tehran, Iran

2. Department of Medical Ethics, Medical Ethics & History Research Center, Medical Science University of Tehran, Tehran, Iran

### Article Info

Received: 04 May 2016;  
Accepted: 07 May 2017;  
Published Online 2017/10/29

Review Article



### ABSTRACT

In the legal system of Iran every contract has a specific nature, the explanation of which, has a significant role in exact understanding of it, including conclusion, termination and the resulting right and obligations. A contract is either mentioned in laws, and its conditions, rules and effects are explained there, or it accepted according to the principle of freedom of contract, there by its conclusion, in compliance with general legal rules, is completely dependent on mutual agreement of the involved parties.

The Surrogacy contract for pregnancy is also an agreement to transfer the concepted egg of an infertile couple to another woman's woman in order to keep it alive and let it grow there and then delivering the neonate to the donors of sperm and egg. The nature of this contract, considering the fact of its being a novelty and non-existence of legislation in this regard, should be discussed.

Some have regarded it as a new legal concept to be analyzed using current legal formats such as rent and deposit and others consider it an undetermined contract governed by the Article 10 of the Iranian Civil Law. The present study has tried to explain and criticize these points of view.

**Keywords:** Surrogacy contract in pregnancy, Nature of contract, Hiring a person, article 10 of the Civil Law

**Corresponding Information:** Reza Omani Samani, Department of Epidemiology & Reproductive Health, Reproductive Epidemiology Research Center, Royan Institute for Reproductive Biomedicine, ACECR, Tehran, Iran Email: r.samani@gmail.com  
Tel: 021-23562685

Copyright © 2017, Ir J Forensic Med. This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-noncommercial 4.0 International License which permits copy and redistribute the material just in noncommercial usages, provided the original work is properly cited.

### How to Cite This Article:

Yadollahi Baghlouyi A, Azin M, Omani Samani R. The Nature of Surrogacy Agreement in Pregnancy According to the Iranian Legal System. Ir Journal of Forensic Medicine. 2017;23(2):75-83

## ماهیت قرارداد جانشینی در بارداری با بررسی در نظام حقوقی ایران

عباس یدالهی باغلوبی<sup>۱</sup>، محمد آذین<sup>۱</sup>، رضا عمانی سامانی<sup>۲</sup>

۱. گروه اپیدمیولوژی و سلامت باروری، مرکز تحقیقات اپیدمیولوژی باروری، پژوهشکده زیست شناسی و علوم پزشکی تولید مثل جهاد دانشگاهی،

پژوهشگاه رویان، تهران، ایران

۲. گروه اخلاق پزشکی، مرکز تحقیقات اخلاق و تاریخ پزشکی، دانشگاه علوم پزشکی تهران، ایران

| اطلاعات مقاله  | خلاصه  |
|--|--|
| دریافت: ۱۳۹۵/۰۲/۱۵<br>پذیرش: ۱۳۹۶/۰۲/۱۷<br>انتشار آنلاین: ۱۳۹۶/۰۵/۰۱   | در نظام حقوقی ایران هر قرارداد ماهیتی دارد که تبیین این ماهیت، در فهم آن عقد از جمله انعقاد، اسقاط، ویژگی آن عقد، حقوق و تکالیف منبعت از آن و ... مؤثر است. از هر عقدی یا در قوانین نام برده شده و شرایط، احکام و آثار آن بررسی شده، یا با توجه به اصل آزادی قراردادی پذیرفته شده و انعقاد آن با ملاحظه قواعد کلی، کاملاً بسته به نظر طرفین است.   |
| <b>نویسنده مسئول:</b><br><b>رضا عمانی سامانی</b><br>گروه اخلاق پزشکی، مرکز تحقیقات اخلاق و تاریخ پزشکی، دانشگاه علوم پزشکی تهران، ایران<br><b>تلفن: ۰۲۱-۲۳۵۶۲۶۸۵</b><br><b>پست الکترونیک:</b><br><b>r.samani@gmail.com</b> | قرارداد جانشینی در بارداری نیز توافقی است که به موجب آن اسپرم و تخمک لقاح یافته زن و شوهر نابارور به منظور نگهداری و رشد به رحم زن دیگری منتقل شده که طفل پس از تولد به صاحبان اسپرم و تخمک تحویل داده شود. ماهیت این قرارداد با توجه به نو بودن آن و نداشتن قانون در این زمینه محل تأمل است. برخی آن را در قالب نهادهای حقوقی موجود مثل اجاره، جعاله، ودیعه و ... تحلیل کرده و برخی دیگر نیز آن را قرارداد غیرمعین مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی می‌دانند. در این تحقیق به بیان این نظرات و نقد و بررسی هر یک پرداخته شده است. |
|  | <b>کلیدواژه‌ها:</b> قرارداد جانشینی در بارداری، ماهیت قرارداد، اجاره اشخاص، ماده ۱۰ قانون مدن  |

### مقدمه

است که زوجین نابارور متقاضی فرزند با زن صاحب رحم منعقد کرده و به موجب آن، زن صاحب رحم - مادر جانشین - با جنین متعلق به زوجین نابارور، باردار شده و می‌بایست تا پایان مدت حمل، از آن نگهداری کند و پس از زایمان، طفل را به والدین ژنتیکی‌اش تحویل دهد. بدیهی است که قانونگذار هنوز در این زمینه ورود نداشته و این قرارداد را به شکل خاصی بیان نکرده است. از این رو، برخی از نویسندگان آن را در قالب عقود معین مثل اجاره، جعاله یا ودیعه بررسی کرده و می‌کوشند قواعد و الزامات این عقود را در این توافق جاری و ماهیت قرارداد را منتسب به این عقود کنند. برخی دیگر، آن را یک قرارداد خصوصی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی دانسته و به‌رغم تشابهاتی که این قرارداد با عقود مزبور دارد، ماهیت این قرارداد را یک قرارداد نامعین برمی‌شمارند. اهمیت این تحقیق از آن رو است که با توجه به نو بودن این شیوه درمانی و نبودن قانون خاصی در این زمینه، نخست؛ ماهیت این عقد در نظام حقوقی ایران نامعلوم بوده

قانون مدنی ایران یک‌سری عقود را برشمرده و شرایط، آثار و احکام هر یک از آنها را بیان کرده است. علاوه بر قانون مدنی، قوانین دیگر نیز عقود را به طور اختصاصی مطرح کرده و به بیان کیفیات آن پرداخته‌اند که از این عقود با نام «عقود معین» یاد می‌کنند. در کنار این عقود، قانونگذار در ماده ۱۰ قانون مدنی، اصلی را اشعار می‌دارد که به موجب آن «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.» به موجب این ماده، طرفین می‌توانند توافقی خارج از چارچوب قواعد سنتی نمایند و قانونگذار نیز این توافقات را معتبر می‌شمارد. در واقع قانونگذار با بیان این ماده، آزادی افراد را در زمینه عقود معتبر شمرده و به این دیدگاه که عقود می‌بایست به شکل خاصی منعقد شده، یا به صورت شرط ضمن یکی از این عقود باشد، بی‌اعتنایی نموده است. قرارداد جانشینی در بارداری و استفاده از رحم زن دیگر به منظور صاحب فرزند شدن زوجین نابارور نیز قراردادی

رابطهٔ طفل با زن صاحب رحم، به مثابهٔ مادر رضاعی و البته به نظر نگارنده قوی‌تر از آن است.

شیوهٔ تحقیق در این مقاله، تحلیلی توصیفی بوده و مطالب به شیوهٔ کتابخانه‌ای گردآوری شده است.

### قرارداد جانشینی در بارداری و اجارهٔ اشیاء

عقد اجاره، قراردادی است که به موجب آن مستأجر، مالک منافع عین مستأجر می‌شود؛ برخی نویسندگان حقوقی تلاش کرده‌اند قرارداد جانشینی را در قالب عقد اجاره تحلیل و تبیین کنند؛ زیرا مادر جانشین منفعت یک قسمت اعضای بدن خود که همان رحم است به والدین ژنتیکی واگذار کرده و در ازای آن مبلغی را دریافت می‌دارد. نویسندگان حقوقی با استدلال‌های مختلفی این قیاس را ناصحیح قلمداد می‌کنند (۱-۳). هر چند این دو شباهت‌هایی با یکدیگر دارند، ولی چند سؤال مهم نیز در این زمینه قابل طرح است.

۱. همان‌گونه که قانون مدنی بیان داشته است: در اجاره بحث مالکیت منافع مطرح است و موجر می‌بایست مالک منافع عین مستأجره باشد؛ حال آیا اعضای بدن انسان را می‌توان عین در نظر گرفت؟ و آیا می‌توان گفت انسان مالک اعضای بدن خود، یا حداقل مالک منافع اعضای بدن خود است؟ (۲، ۳) اینکه آیا اعضای بدن انسان مال تلقی می‌شود، یا خیر و اینکه رابطهٔ انسان با اعضای بدنش چگونه است، محل اختلاف است. برخی این رابطه را از نوع مالکیت دانسته و معتقدند که انسان مالک اعضای بدن خود است، هر چند در کیفیت مالکیت نیز بین نویسندگان اختلاف وجود دارد؛ عده‌ای آن را مالکیت حقیقی برخی دیگر مالکیت ذاتی و گروه سوم نیز آن را مالکیت تشریحی می‌دانند، دسته چهارم نیز به مالکیت منافع انسان نسبت به اعضای بدن خود معتقدند. علاوه بر رابطهٔ مالکیت، برخی معتقدند که انسان نسبت به اعضای بدنش سلطنت داشته و گروه دیگری نیز بیان می‌دارند انسان نسبت به اعضای بدن خود حق انتفاع دارد (۴-۷). قدر متیقن از همه این نظرات این است که انسان حق تصرف، بهره‌برداری و به‌کارگیری اعضای بدن خود را دارد و تا آنجایی که مغایر با شرع، عقل و اخلاق نباشد می‌تواند در آنها تصرف کند و آنها را به کار گیرد.

دربارهٔ اینکه آیا مادر جانشین می‌تواند رحم خود را در اختیار زوجین نابارور قرار دهد یا نه؟ می‌توان گفت از یک سو اجارهٔ زن مرضعه در فقه پذیرفته شده است (به این نحو که منافع پستان زن که محل تشکیل غذا برای کودک است، را می‌توان انتقال داد) از سوی دیگر اگر بپذیریم انتقال اعضای

است. با توجه به رویکردهای مختلف فقهی، حقوقی، اجتماعی و فرهنگی در این باب، شناسایی ماهیت این عقد یکی از اساسی‌ترین و چالش‌ترین بحث‌های پیش رو در بحث جانشینی در بارداری است که تا چارچوب و سازمان این قرارداد معین نشود، بررسی جنبه‌های دیگر قرارداد را با مشکل مواجه می‌کند. دوم؛ قانونگذار نیز با توجه به نوظهور بودن این پدیده در جامعهٔ حقوقی ایران، به درستی در این باب سکوت اختیار کرده است، تا بحث‌های حقوقی در محافل علمی و دانشگاهی صورت بگیرد و جنبه‌های مختلف این موضوع تبیین شود. پژوهش‌هایی از این دست و در این موضوع‌ها سبب تسهیل قانونگذاری در این باب خواهد شد. سوم؛ با مشخص شدن ماهیت قرارداد فوق، احکام و آثار آن حتی در صورت فقدان قانون نیز تا حد زیادی مشخص می‌شود.

در این مقاله، نظرات طرح‌شده دربارهٔ ماهیت قرارداد مزبور را به تفصیل بررسی کرده‌ایم. سپس، نظرات مختلف و نقد و بررسی‌هایی که در باب هر یک از آنها وجود داشت و نواقص هر کدام از نظرات بیان شد.

گفتنی است قرارداد جانشینی در بارداری که از آن تعبیر به اجارهٔ رحم، رحم جایگزین، مادر جانشین و رحم اجاره‌ای نیز می‌شود، قرارداد مفصلی است که بین زن اجاره‌دهندهٔ رحم، صاحبان اسپرم و تخمک و مؤسسهٔ درمانی منعقد شده و جنبه‌های مختلف آن قابل بحث است. جنبه‌هایی مثل انعقاد قرارداد جانشینی و شرایط اساسی صحت از جمله مشروعیت این شیوهٔ درمانی، عنوان قرارداد، ویژگی‌های آن، اهلیت طرفین، حقوقی که برای هریک از طرفین آن به موجب قرارداد به وجود می‌آید، مسئولیت‌های زن صاحب رحم و صاحبان اسپرم و تخمک، نفقهٔ زن حامل، نسب طفل و امثال ذلک که نگارنده در مقالات متعددی به تفصیل در این باب سخن گفته است. از این رو، در این مقاله از ذکر مجدد آن مباحث خودداری می‌کنیم و صرفاً به بیان ماهیت قرارداد مزبور می‌پردازیم. پیش از بحث ماهیت، ابتدا باید صحت و مشروعیت این قرارداد را بررسی کرد تا مشخص شود آیا این قرارداد در نظام حقوقی ایران معتبر است یا خیر؛ سپس به بحث‌های دیگر پرداخت. در باب صحت و مشروعیت این قرارداد به ذکر این نکته اکتفا می‌کنیم که این قرارداد با قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایرتی ندارد و اکثر فقها نیز قائل به مشروعیت این قرارداد و شیوهٔ درمانی شده‌اند. فرزند حاصل نیز متعلق به صاحبان اسپرم و تخمک بوده و

دیگران انتقال دهد که اشخاص دیگر جانشین وی در حق و سلطه او بر اندامش شوند» (۳).

این ایراد که در این صورت تسلیم به معنای حقوقی آن به وقوع نمی‌پیوندد، قابل رفع است؛ زیرا مطابق ماده ۳۶۹ ق.م. تسلیم به اختلاف مبیع به کیفیات مختلف است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند. این ماده هر چند در باب بیع انشاء شده است؛ ولی با تنقیح مناط از این ماده می‌توان آن را در باب اجاره نیز به کار برد. اگر اجاره دادن رحم صحیح باشد، ایراد عدم تسلیم چندان موجه نیست؛ زیرا به نظر می‌رسد به صرف اینکه زن رحم خود را در اختیار زوجین نابارور قرار داده و جنین متعلق به آنها را در رحم خود نگهداری کند، تسلیم محقق می‌شود. مانند اینکه در اجاره اتومبیل، به صرف اینکه مسافر سوار ماشین شده و به مقصد می‌رسد، تسلیم محقق است؛ هر چند صاحب ماشین خود راننده باشد.

حال، این که چنین قراردادی را اجاره اشیاء بدانیم - چنان که بیان شد - با تردیدهای جدی مواجه است و نمی‌توان به صراحت آن را اجاره اشیاء در نظر گرفت.

#### قرارداد جانشینی در بارداری و اجاره اشخاص

اجاره اشخاص نیز یک قسم از اقسام اجاره است که در قانون مدنی در چند ماده بدان اشاره شده است. هر چند در قانون مدنی تعریفی از آن نشده است؛ ولی حقوق دانان تعاریفی برای آن ارائه داده‌اند: «اجاره عقدی است معوض که به موجب آن شخصی در برابر اجرت معین ملتزم می‌شود کاری را انجام دهد.» (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۵۵۷) نکته‌ای که در این قسمت باید بدان توجه شود این است که اجاره اشخاص آیا جزء عقود تملیکی است یا خیر؟ زیرا با تعریفی که قانونگذار از اجاره داشته است: «... مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌شود» این احتمال در ذهن پدید می‌آید که اجاره اشخاص نیز عقدی است تملیکی و به وسیله آن منافع اجیر با عوض معین مبادله می‌شود؛ ولی از نظر حقوقی این پرسش باقی می‌ماند که آیا اجاره اشخاص به واقع عقدی تملیکی است و حقی را که مستأجر بر اجیر و منافع حاصل از کار او پیدا می‌کند می‌توان به مالکیت به معنای مرسوم خود تعبیر کرد؟ (۸)

برخی به این ابهام پاسخ داده‌اند: «... منفعت کار انسان که وابسته و تابع اراده اوست، از شخصیت اجیر جداشدنی نیست و مالک چنین منفعتی بودن به منزله مالک بودن خود اوست. در حقوق کنونی انسان می‌تواند در برابر دیگری ملتزم

بدن، مثل خون ضرر کمی دارد و در موارد ضروری جایز است، در این مسئله به طریق اولی باید قائل به جواز شد؛ زیرا از یک طرف فقط منافع رحم منتقل می‌شود و اصل بارداری هم ضرری به زن نمی‌رساند که با ممنوعیت شرعی مواجه شود و از طرف دیگر نیاز قشر زیادی از زوجین نابارور را نیز برطرف می‌کند. از این رو، واگذاری منافع رحم زن به منظور بارداری برای دیگری، با مشکلی مواجه نیست؛ ولی نکته اساسی این است که چگونه می‌توانیم رابطه زن با رحم خود را رابطه مالکیت دانسته و با توجه به این رابطه مالکیت، قائل به جواز اجاره دادن آن بشویم. این نکته محل تأمل فقهی، حقوقی و فلسفی بوده و نمی‌توان به آن پاسخ صریحی داد.

۲. اجاره ذاتاً عقد معوض است. هر چند قانون مدنی در ماده ۴۶۶ خود حرفی از اجاره بها به میان نیاورده است؛ ولی حقوق دانان معتقدند که وجود اجاره بها از ارکان عقد اجاره بوده و چنان که تملیک منافع به رایگان صورت گیرد یا مالک بدون عوض دیگری را مسلط بر حق انتفاع از مال خود سازد آنچه واقع شده عقد اجاره نیست (۸). چنان که بخواهیم قرارداد جانشینی را در قالب عقد اجاره اشیاء بیان کنیم، ناگزیر از آن هستیم که این قرارداد را عقدی معوض در نظر بگیریم، در حالی که این گونه نبوده و گستره وسیعی از این قراردادها به صورت نوع دوستانه و رایگان منعقد می‌شود.

۳. موجر می‌بایست عین مستأجره را به مستأجر تحویل کند و چنان که قادر به تسلیم عین مستأجره نباشد اجاره باطل است. از طرف دیگر عین مستأجره باید در حالتی تسلیم شود که مستأجر بتواند به طور مطلوب از آن استفاده کند. حال، چنان که قائل به اجاره بودن این قرارداد شویم وضعیت تسلیم عین به مستأجر در چه حالتی صورت می‌گیرد؟ برخی در این زمینه معتقدند: «از نظر فقهی نیز چون با انعقاد عقد مستأجر مالک منفعت عین مستأجره در مدت اجاره می‌شود، بنا به قاعده سلطنت، حق استیفای منفعت را دارد و از طرفی چون استیفای منفعت متوقف بر تسلیم عین مستأجره است؛ لذا تسلیم آن [عین مستأجره] از طرف موجر ضروری است. گذشته از این، مقتضای قاعده سلطنت این است که دیگری بر مال وی مسلط نباشد. ناگفته پیداست که مادر جانشین نمی‌تواند اعضای بدن خود را تسلیم والدین حکمی به مفهوم حقوقی آن کند.» (۲) و «اگر چه مادر جانشین، صلاحیت انتفاع از اعضای خود را دارد با این وصف نمی‌تواند این حق را که از حقوق مربوط به شخصیت است به نحوی از انحا به

نشود و قوانین نیز او را به اجرای این التزام وادار می سازد، ولی حق ندارد دیگری را به عنوان مالک بر خود مسلط کند. سلطه‌ای که مالک منفعت بر عین مستأجره دارد درباره انسان عملی نیست. به ویژه در مقاطعه که کار با نظارت و دستور صاحب کار انجام نمی‌شود. قیاس این دو نیز امکان ندارد. قانون کار نیز به طور صریح در ماده ۳۰، قرارداد کار را جزء عقود عهدی شناخته است. (۸) با استدلال مزبور به این نتیجه می‌رسیم که عقد اجاره اشخاص از عقود تملیکی خارج بوده و عهدی است.

حال آیا می‌توان قرارداد جانشینی در بارداری را در قالب عقد اجاره اشخاص تبیین کرد؟ به این ترتیب که مادر جانشین تعهد می‌نماید که در ازای دریافت مبلغ معینی با استفاده از روش‌های کمکی تولید مثل با جنین متعلق به زوجین ناباور، باردار شده و پس از طی دوران بارداری، طفل متولد شده را به والدین ژنتیکی او تحویل دهد؟ در این زمینه نیز بین نویسندگان اختلاف نظر وجود دارد؛ اکثریت آنها به مخالفت با این تئوری پرداخته‌اند؛ ولی اقلیت این نظریه را درست می‌دانند. موافقان این نظریه معتقدند: «به نظر می‌رسد که ساختار عقد (اجاره اشخاص) در بین عقود معین ساختار مناسب‌تری با توافق و تعهد به جانشینی در بارداری دارد.» (۹) برخی دیگر نیز به رغم اینکه این قرارداد را اجاره اشخاص دانسته و از این دیدگاه حمایت می‌کنند؛ ولی معتقدند که این قرارداد نمی‌تواند صرف اجاره اشخاص بوده و ناگزیر بایست با عقود دیگری توأم شود از آن جمله: «عقد ودیعه»؛ زیرا او متعهد می‌شود که از جنین نیز مراقبت کند و «عقد نکاح» به منظور ایجاد محرمیت و اطمینان از رفع موانع شرعی (۱۰).

از طرف دیگر، مخالفان این نظر نیز برای اثبات ادعای خود چنین استدلال می‌کنند:

۱. برخی بیان می‌کنند که در اجاره اشخاص، تسلیم منفعت با انجام دادن کار موضوع تعهد و تسلیم کالای مصنوع میسر می‌شود و اگر موضوع تعهد قبل از آن تلف شود اجیر حقی بر اجرت ندارد و با بیان این نکته چنین نتیجه می‌گیرد که در قرارداد مزبور در صورتی که طفل قبل از تولد سقط شود، نمی‌توان براساس قواعد اجاره اشخاص اجیر را مستحق اجرت ندانست؛ زیرا او به تعهد مبنی بر نگهداری از جنین عمل کرده و رسیدن به نتیجه مقصود از حد توان او خارج بوده است و این امر با وجود مشقت زیاد مادر جانشین عادلانه به نظر نمی‌رسد (۳). اما نظریه حقوقی در این موضوع چنین

از طرف دیگر، مخالفان این نظر نیز برای اثبات ادعای خود چنین استدلال می‌کنند:

۱. برخی بیان می‌کنند که در اجاره اشخاص، تسلیم منفعت با انجام دادن کار موضوع تعهد و تسلیم کالای مصنوع میسر می‌شود و اگر موضوع تعهد قبل از آن تلف شود اجیر حقی بر اجرت ندارد و با بیان این نکته چنین نتیجه می‌گیرد که در قرارداد مزبور در صورتی که طفل قبل از تولد سقط شود، نمی‌توان براساس قواعد اجاره اشخاص اجیر را مستحق اجرت ندانست؛ زیرا او به تعهد مبنی بر نگهداری از جنین عمل کرده و رسیدن به نتیجه مقصود از حد توان او خارج بوده است و این امر با وجود مشقت زیاد مادر جانشین عادلانه به نظر نمی‌رسد (۳). اما نظریه حقوقی در این موضوع چنین

۲. اشکال دیگری که بر این نظریه وارد شده این است که قرارداد رحم جایگزین متشکل از مجموعه‌ای از تعهدات است به نحوی که نمی‌توان کلیه این تعهدات را ناشی از عقد اجاره اشخاص دانست. در این عقد، آثار عقود دیگر مثل ودیعه و هبه منفعت (در قرارداد نوع دوستانه) و اجاره (در قرارداد معوض) نیز وجود دارد که الحاق این قرارداد را به اجاره اشخاص دشوار می‌سازد (۳). به نظر می‌رسد این ایراد نیز رد شدنی است؛ زیرا در هر عقدی، قانون تعهداتی را بر طرفین بار می‌نماید که خارج از آن عقد است؛ مثلاً در عقد اجاره، مستأجر امین محسوب می‌شود یا در عقد وکالت وکیل امین آن چیزی است که در دست دارد و غیره. از این رو، صرف اینکه این قرارداد تعهدات دیگری را بر طرفین بار می‌کند که خارج از آن قرارداد باشد، نمی‌توان به صراحت این نظریه را رد کرد.

۳. ایراد دیگری که مخالفان بیان می‌کنند این است که «اگر قرارداد مادر جانشین را قرارداد اجاره اشخاص بدانیم در این صورت، منفعت موضوع عقد که کارکرد طبیعی رحم مادر جانشین در پرورش جنین است چهره مالی به خود می‌گیرد، به صورتی که حق مطالبه مبلغی پول در قبال آن برای مادر جانشین ایجاد شود در حالی که ... این حقوق جزء شخصیت

قانون کار خواهد بود؛ زیرا شمول قانون کار نسبت به تمامی کسانی که تعریف کارگر و کارفرما درباره آنها درست است و رابطه‌شان از مصداق‌های رابطه کارگر و کارفرمایی به شمار می‌آید (اصل) محسوب می‌شود. (۱۱) مطابق این نظریه برای اینکه بخواهیم قانون کار را بر رابطه‌ای حاکم بدانیم می‌بایست یکی از طرفین کارگر باشد. در تعریف کارگر نیز معیارهایی ارائه می‌شود که مهم‌ترین آنها معیار «تبعیت حقوقی» است.

درباره مفهوم تبعیت حقوقی اختلاف نظر وجود داشته که این تبعیت را تبعیتی فنی بدانیم، یا تبعیت اداری و حق نظارت و دستور؛ نویسنده مزبور در ضمن یک مثال این مفهوم را چنین بیان می‌کند: صاحبان عرفی مشاغل ممکن است حرفه خود را به دو شکل اجرا کنند، یا آن به طور مستقیم در اختیار استفاده کننده قرار دهند؛ مثل پزشکی که در مطب خود بیماران را معاینه می‌کند یا نقاشی که برای شخصی تابلوی نقاشی می‌کشد یا وکیلی که در یک دعوی، وکالت فردی را قبول می‌کند. در همه این نمونه‌ها قرارداد منعقد شده تابع قواعد حقوق مدنی بوده و از قلمرو حقوق کار خارج است؛ اما چنان‌که پزشک در بیمارستان مشغول به کار شود یا وکیل و حقوق‌دانی در شرکت یا مؤسسه‌ای به عنوان مشاور حقوقی کار کند، یا معلم و استادی در مؤسسه‌ای آموزشی تدریس کند و هر یک از لحاظ ساعت‌های کار و نظام سازمانی ملزم به رعایت نظم مؤسسه محل کار خود باشد، همه این افراد، کارگر محسوب می‌شوند زیرا هر چند این افراد به لحاظ علم و تخصص خود مستقل عمل می‌کنند؛ ولی می‌بایست مطابق مقررات داخلی محل کار عمل کنند که به سبب تبعیت اداری تبعیت حقوقی هم وجود دارد. (۱۱) هر چند این مثال در مقام تبیین مفهوم تبعیت حقوقی بوده؛ ولی ملاکی به دست می‌دهد که هر تبعیت حقوقی نمی‌تواند طرف مقابل را کارگر تلقی و رابطه حقوقی او با طرف مقابل را مشمول قانون کار قرار دهد. حقوق‌دانان دیگر نیز قائل به چنین نظری هستند: «با جدا شدن حقوق کار از حقوق مدنی بخش مهمی از اجاره اشخاص از قلمرو این شعبه حقوق خارج شده و دولت با تصویب قوانین کار و بیمه‌های اجتماعی، رابطه کارگر و کارفرما را در اختیار گرفت. لکن باید توجه داشت که حقوق کار همه روابطی را که بر مبنای اجاره اعمال به وجود می‌آید در بر نمی‌گیرد. شما وقتی برای دوختن لباس خود به خیاط رجوع می‌کنید، یا سیم‌کشی خانه خود را به مقاطعه کار می‌دهید. به زبان قانون مدنی

مادر جانشین است و چهره مالی ندارد و نمی‌توان آنها را با مقداری پول سنجید و این‌گونه ارزیابی کرد. منفعت موضوع قرارداد مادر جانشین به‌گونه‌ای نیست که بتوان آن را در قالب عقد اجاره اشخاص قرار داد و در نتیجه آن را مابه‌ازای حقوق پول پرداختی به مادر جانشین به آن نحو که عقد اجاره اشخاص به آن می‌نگرد در نظر گرفت.» (۲) یکی از نویسندگان حقوقی به این ایراد این چنین پاسخ داده است: «... موضوع منفعت بودن نیروی کار انسان و نیز اجاره تلقی شدن اجاره اشخاص، تحت عنوان یکی از اجاره‌ها از سوی قانونگذار بیانگر این امر است که صرف جزء وجود و شخصیت بودن منفعتی، مانع از متعلق حکم وضعی قرار گرفتن آن منفعت نمی‌شود، مگر آنکه منع خاص و نص صریحی درباره منفعتی وجود داشته باشد. علاوه بر آن فتوای فقها نیز مؤید این نظر تا جایی است که قائل به جواز اجیر کردن زن برای «رضاع»، شیر دادن و «رضاع»، شیر خوردن‌اند. حال آن‌که منفعت موضوع، اجاره زن برای شیردادن نوزاد و به بیان دیگر «قرارداد جانشینی در شیر دهی» در کارکرد طبیعی پستان مادر رضاعی «تولید شیر» است و این منفعت نیز جزء وجود و شخصیت مادر رضاعی به شمار می‌آید.» (۹) به نظر می‌رسد استدلال مزبور صحیح باشد؛ زیرا منفعت اعضای بدن فرد در عقد اجاره اشخاص با پول ارزیابی می‌شود. از این رو، نمی‌توان آن را به این دلیل که جزء شخصیت مادر جانشین است، باطل تلقی کرد.

۴. چهارمین ایراد که یکی از نویسندگان حقوقی آن را بیان داشته، این است که «اگر این قرارداد را نوعی اجاره خدمت یا شخص بدانیم، در آن صورت ناگزیر باید بر حاکمیت قانون کار بر این رابطه رضا دهیم و آزادی قراردادی را به منطقه فراغ این قانون امری محدود سازیم. آیا جز آن است که چنین وضعیتی یکسره به دور از چارچوب تراضی اطراف عقد است؟» (۱) مطابق این نظریه چنان‌که قرارداد مزبور را قرارداد اجاره اشخاص در نظر بگیریم، این قرارداد مشمول قانون کار است؛ ولی به نظر می‌رسد این فکر با تردیدهایی مواجه است زیرا مطابق ماده ۱ و ماده ۵ قانون کار، این قانون بر رابطه کارگر و کارفرما و نمایندگان آنان و کارآموزان و همچنین بر کارگاه‌ها و مؤسسات تولیدی، صنعتی، خدماتی و کشاورزی حکومت دارد. برخی نویسندگان در این زمینه معتقدند که «در مواردی که شمول مقررات استخدامی خاص نسبت به فردی مورد تردید باشد، در صورتی که عنوان کارگر درباره او درست باشد مشمول

از مجموع مباحثی که بیان شد به نظر می‌رسد می‌توان چنین گفت که عقد اجاره اشخاص شاید قالب مناسبی برای انعقاد قرارداد جانشینی در بارداری باشد؛ زیرا اصول کلی عقد اجاره را می‌توان در اینجا نیز جاری دانست با این تفاوت که اجاره، عقدی معوض است. در حالی که قرارداد جانشینی می‌تواند به صورت غیرمعوض نیز در آید.

#### قرارداد جانشینی در بارداری و عقد جعاله

ماده ۵۶۱ قانون مدنی عقد جعاله را چنین تعریف می‌کند: «جعاله عبارت است از ادای اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیرمعین.» این عقد نیز ممکن است قالبی برای انعقاد قرارداد جانشینی در بارداری باشد و به موجب آن مادر جانشین متعهد می‌شود، تا در برابر اجرت معلومی با استفاده از روش‌های باروری کمکی با جنین متعلق به دیگران باردار شده و پس از تولد، نوزاد را به آنها تحویل دهد، مهم‌ترین ایرادی که نویسندگان در این باره بدان اشاره داشته‌اند این است که عقد جعاله از عقود جایز بوده و جاعل و عامل می‌توانند هر زمان که بخواهند از آن رجوع کنند، در حالی که در عقد جانشینی در بارداری طرفین نمی‌توانند این اختیار را داشته باشند که هر وقت بخواهند از عقد خود عدول کرده و همه چیز را به حالت اول برگردانند.

بعد از کاشت جنین در رحم زن، دیگر نمی‌توان برای طرفین عقد چنین حقی قائل شد؛ زیرا فسخ این عقد ملازم با در معرض خطر قرار گرفتن جنین بوده و این امر مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه تلقی می‌شود. هر چند قبل از کاشت جنین طرفین می‌توانند آن را فسخ نمایند. البته در این باره برخی بیان داشته‌اند که می‌توان جعاله را در ضمن عقد لازمی شرط کرد و از این طریق، حق فسخ ارادی عقد را در طرفین آن سلب کرد (۹).

نکته‌ای که باید در اینجا بدان اشاره داشت این است که قرارداد جانشینی در بارداری، یک سازمان حقوقی پیچیده با آثار بسیار گسترده و اهمیت بسیار زیاد است، در حالی که عقد جعاله مسامحه‌ای بوده که قانونگذار سخت‌گیری‌های بسیاری از عقود را در آن مجرا نداشته است. از این رو، به نظر نمی‌رسد قرارداد جانشینی در بارداری را بتوان در قالب جعاله منعقد کرد.

دیگران را اجیر می‌کنید، بدون اینکه اشخاص یاد شده کارگر شما به حساب آیند و قانون کار بر پیمان بسته شده، حکومت کند.» (۸)

عمل مادر جانشین نیز این‌گونه است؛ زیرا هر چند او تحت نظارت والدین ژنتیکی بوده و در تبعیت آنهاست ولی به نظر نمی‌رسد بتوان این رابطه را بر مبنای رابطه کارگری کارفرمایی توجیه کرد. از طرف دیگر ممکن است قرارداد جانشینی به طور مطلق منعقد شده و والدین ژنتیکی هیچ‌گونه امر و نهی‌ای را (مانند اینکه زن صاحب رحم از اقوام یا نزدیکان آنان بوده، یا مورد وثوق والدین ژنتیکی بوده، یا خود با این مسائل کاملاً آگاه باشد) به هر دلیلی برای مادر جانشین مقرر ندارند. از این رو، قرارداد جانشینی در بارداری نیز چنان‌که نوعی اجاره اشخاص تلقی می‌شود این چنین بوده و نمی‌توان آن را مشمول قانون کار دانست.

۵. آخرین ایرادی که در این زمینه می‌توان مطرح کرد این است که اجاره، عقدی معوض است و وجود عوض از عناصر اصلی عقد اجاره و مقتضای ذات آن است. تعیین نکردن اجاره، یا توافق درباره بی‌عوض بودن؛ اجاره عقد را باطل می‌کند (۸)؛ در حالی که می‌دانیم احتمال دارد قرارداد جانشینی در بارداری به صورت غیرمعوض و نوع دوستانه منعقد شود. انعقاد این قرارداد به صورت رایگان، آن را از حاکمیت اجاره خارج کرده و می‌بایست دنبال عنوان دیگری برای آن بود.

البته یکی از نویسندگان با اشاره به معوض بودن اجاره چنین بیان می‌دارد: «و حال آنکه قرارداد حمل جایگزین را باید عقدی اصولاً رایگان دانست» هر چند قرارداد جانشینی در بارداری می‌تواند به صورت رایگان و نوع دوستانه منعقد شود؛ ولی اینکه بخواهیم آن را عقدی اصولاً رایگان برشماریم می‌تواند با تردیدهایی جدی مواجه باشد؛ زیرا برخی در همین باره معتقدند: «اصولاً هرگونه تکلیفی که به موجب قرارداد ایجاد شود، عوض و مابه‌ازا دارد و مجانی نیست، مگر اینکه طرف قرارداد صریحاً تعهد خود را مجانی اعلام کند و از باب احسان و انگیزه خیرخواهی مایل باشد خدمتی رایگان ارائه دهد. در موضوع مورد بحث نیز چنان‌که تصریح به رایگان بودن خدمت نشود، اصل عدم تبرع جاری است. اگر در قرارداد میزان اجرت، دستمزد یا حق مالی پیش بینی نشود این خدمت مجانی نخواهد بود و در برابر نظر کارشناس اجرةالمثل تعیین می‌شود که زوجین طرف قرارداد مکلف به پرداخت آن خواهند بود.» (۱۲).

### قرارداد جانشینی در بارداری و عقد ودیعه

قانون مدنی عقد ودیعه را چنین تعریف می‌کند: «ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد، برای آن که آن را مجاناً نگاه دارد» جوهر و مقتضای ودیعه عبارت است از: سپردن مال به منظور نگهداری و چنان‌که در عقدی معلوم شود مقصود اصلی طرفین نگهداری از مال نیست؛ رابطه آن دو را نباید تابع عقد ودیعه دانست (۱۳). در قرارداد جانشینی در بارداری هرچند جنین متعلق به زوجین نابارور در رحم زن قرار گرفته و زن تا پایان مدت بارداری از آن نگهداری می‌کند؛ ولی به نظر نمی‌رسد که مقصود اصلی از این قرارداد، صرف نگهداری از جنین باشد. زوجین نابارور جنین خود را در رحم زن دیگر قرار می‌دهند تا رحم زن آن را پرورش داده و تا پایان بارداری و تکامل رشد در رحم باقی بماند. مقصود اصلی طرفین، رشد و پرورش جنین تا پایان بارداری و تحویل نوزاد پس از تولد بوده و نگهداری جنبه فرعی دارد. هرچند نگهداری از جنین به عنوان لازمه تعهد اصلی محسوب می‌شود (۹).

درباره جایز بودن عقد ودیعه نیز در ضمن عقد جعاله بدان اشاره شده است؛ ولی ایراد مهم دیگری که باید بدان توجه کرد این است که قانون مدنی، ودیعه را درباره اموال پذیرفته و بیان می‌دارد یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد. در اینجا جنین که موجودی بالقوه انسانی است را نمی‌توان به صراحت مال نامید و چالش‌های حقوقی و اخلاقی در این زمینه انکارناشدنی است. نکته دیگر اینکه ودیعه عقدی ذاتاً مجانی است. هر چند شرط پاداش نیز در ضمن آن منافاتی با این امر ندارد؛ ولی در قرارداد جانشینی در بارداری به صراحت نمی‌توان گفت که این قرارداد ذاتاً مجانی است و اجرت مادر جانشین به شکل قرارداد فرعی در ضمن بین عقد قرار گیرد.

### قرارداد جانشینی در بارداری و ماده ۱۰ قانون مدنی

بسیاری از نویسندگان حقوقی معتقدند که قرارداد جانشینی در بارداری در قالب عقود معین قانون مدنی نمی‌گنجد و قراردادی مستقل با شرایط و آثار مختص به خود است که براساس ماده ۱۰ قانون مدنی می‌بایست بررسی شود. طرفین قرارداد مطابق اصل حاکمیت اراده با توافق یکدیگر شرایط و آثار آن را تا جایی تعیین می‌کنند که مخالف قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد و هر یک از طرفین نیز مطابق اصل لزوم قراردادها ملزم به اجرای تعهدات ناشی از آن است. این قرارداد حتی می‌تواند به صورت

غیرمعموض منعقد شود و والدین ژنتیکی هیچ تعهدی در قبال پرداخت اجرت نداشته باشند (۱-۳، ۱۴-۱۶). نکته‌ای که در اینجا باید بدان توجه کرد آن است که آیا این قرارداد مرکب از چند عقد معین و نامعین بوده، یا عقدی بسیط است؟ برخی نویسندگان معتقدند با توجه به اینکه مقتضای ذات این قرارداد به وجود آوردن فرزند برای دیگران از جنین متعلق به آنها بوده و تمام تعهدات مادر جانشین در مراحل مختلف قرارداد در راستای مقتضای ذات عقد است. بنابراین، رابطه حقوقی ایجاد شده ترکیبی از چند عقد نیست و یک عقد بسیط است (۲)؛ ولی برخی دیگر معتقدند با تحلیل این قرارداد این نتیجه حاصل می‌شود که مجموع تعهدهای متفاوتی که در این عقد وجود دارد را نمی‌توان تنها به یک عقد معین نسبت داد. این قرارداد مرکب از چند عقد معین و نامعین بوده و می‌توان آن را به عقود ودیعه جنین، هبه منفعت (درباره قرارداد غیرمعموض) اجاره مادر جانشین (در معوض) و قرارداد رضاع تجزیه کرد (۳). در هر حال، چه آن را عقدی بسیط در نظر بگیریم، یا مرکب می‌توان آن را به صورت قرارداد مستقل منعقد نمود.

در انتهای این بحث لازم به توضیح است که با توجه به شرایط ویژه و آثاری که این قرارداد برجا می‌نهد و اینکه این قرارداد مربوط به فرزندآوری بوده و تأثیر مستقیمی بر جامعه و آینده می‌گذارد و از آنجا که با توجه به جدید بودن این شیوه درمانی و به تبع، قرارداد مربوط به آن، عرف خاصی در این زمینه شکل نگرفته که در صورت سکوت قرارداد، حاکم بر آن باشد. صرف اینکه بخواهیم آن را در قالبی مثل ماده ۱۰ قانون مدنی جا داده و به طور مطلق اراده افراد را حاکم بر سرنوشت چنین پیمان‌هایی بدانیم چندان به صلاح نیست، هرچند در نظام حقوقی کشورمان با توجه به نبود قانون خاصی در این زمینه چاره‌ای جز تحلیل این قرارداد در قالب ماده ۱۰ نداریم. بنابراین، قانونگذار می‌بایست در این زمینه ورود پیدا کرده و همان‌گونه که برخی نویسندگان بیان داشته‌اند (۱۷)، با توجه به رویکرد اخلاقی و فلسفی حقوق و به دلیل نوع رابطه و اهمیت موضوع یک نوع پیمان یا توافق اخلاقی انسانی در قالب یک سازمان حقیقی مستقل تأسیس کند.

### بحث و نتیجه‌گیری

از مباحث طرح شده می‌توان نتیجه گرفت که ماهیت قرارداد جانشینی در بارداری در نظام حقوقی ایران با برخی



از این رو، با توجه به توضیحات فوق پیشنهاد می‌شود قانونگذار با توجه به مطالعات وسیع صورت گرفته در زمینهٔ جانشینی در بارداری و به طور ویژه ماهیت این قرارداد در این پژوهش و همچنین وجود نداشتن قانون خاصی در این زمینه، ورود پیدا کرده و با انتخاب نام و عنوان خاصی برای این قرارداد (برای مثال، جانشینی در بارداری)، آن را به صورت قراردادی معین در آورده و شرایط، احکام و آثار این قرارداد را در قالب مواد قانونی به تفصیل بیان دارد. با انجام این امر، هم به اختلاف نظرها و تشتت آراء خاتمه داده و هم برای مؤسسات درمانی، خانواده‌های متقاضی و محاکم قضایی به طور قاطع تعیین تکلیف می‌کند.

### تقدیر و تشکر

در اینجا لازم است از همکاری تمامی کسانی که در این امر همراه و راهنمای ما بودند کمال سپاس و قدردانی را داشته باشیم.

### تعارض منافع

بین نویسندگان، هیچگونه تعارض منافی وجود ندارد.

نهادهای حقوقی از جمله عقد اجارهٔ اشیاء، عقد اجارهٔ اشخاص، عقد ودیعه و عقد جعاله شباهت بسیاری دارد. از بین این عقود، قرارداد مزبور بیشترین شباهت را با عقد اجارهٔ اشخاص داشته؛ به نحوی که برخی نویسندگان بدین سورتته و قرارداد جانشینی را عقد اجارهٔ اشخاص می‌دانند؛ ولی همان‌طور که بیان شد عقد اجاره ذاتاً عقدی معوض بوده و شرط بر خلاف آن در این قرارداد، این قرارداد را از قالب اجاره خارج کرده و ناگزیر از مراجعه به عقود دیگر هستیم. قرارداد جانشینی در بارداری هم به صورت معوض و هم به صورت مجانی قابلیت انعقاد داشته و چنان‌که به صورت غیرمعوض منعقد شود، دیگر قابلیت تحلیل در قالب عقد اجارهٔ اشخاص را ندارد. پذیرفتن اجاره‌ای بودن این قرارداد می‌طلبد که بگوییم قرارداد جانشینی در بارداری چنان‌که به صورت معوض منعقد شود، عقد اجارهٔ اشخاص است و چنان‌که به صورت مجانی باشد دیگر اجاره نبوده و عقد دیگری است. از این رو، به نظر می‌رسد با پذیرفتن اصل آزادی قراردادی در مادهٔ ۱۰ قانون مدنی توسط قانونگذار قرارداد مزبور یک قرارداد خصوصی مادهٔ ۱۰ است. امری که مورد توافق اکثریت نویسندگان و محققان است.

## References

1. Azin M, Omani Samani R. Title nature and the party of simple surrogacy contract. *Medical Ethics Journal*; 2012; 5(13-14):11-28.
2. Nayeb Zadeh A. Legal Aspects of the Newest Reproductive Methods Surrogacy- Egg/Embryo Donation. Majd publication; Tehran; 1380.
3. Salehi Kashani H. Surrogacy agreement in view of contracts divisions; Congress of ethic and reproductive law; Tehran; Iran; Royan institute; 1390; 137-39.
4. Rajaei F, Mohaghegh damad M, Mosavi M. Legal jurisprudence study of human's relationship with his body parts. *Jurisprudence and Islamic law*; 1390; 2; 45-62.
5. Mohaghegh damad M. Crimes on organs in view of Jurisprudence and Islamic law. *Medical Ethics Journal*; 2010; 5(6); 11-36.
6. Asghari aghmashadi F, Kazemi afshar H. how Man's relationship with parts of his body in view of Jurisprudence and law. *J Jurisprudence and Islamic Law Studies*; 1388; 1; 33-45.
7. Mosavi Bojnordi M, Kazemi Afshar. Transaction of organs in Islamic law with an approach to Comments of Imam Khomeini. *Jmatin journal*; 1387; 38; 37-59.
8. Katozian N. Civil Law Certain contracts; 6<sup>ed</sup> ed; Vol 4; Tehran; Enteshar; 1389; 351-568.
9. Hamdollahi A, Roshan M. Comparative jurisprudence and legal research of surrogacy agreement; Majd publication; Tehran; 1390; 146-149.
10. Alizadeh M, The nature of surrogacy agreement, University of Islamic Razavi Sciences. 1386, 23, 149-168.
11. Araghi E. Work law; 11<sup>ed</sup> ed; Vol 1; Tehran; Samt; 1389; 121-149.
12. Mosavi Bojnordi M. Legal Thought of family law; 2<sup>ed</sup> ed; Majd publication; 1390; 123.
13. Katozian N. Civil Law Certain contracts; 11<sup>ed</sup> ed; Vol 1; Tehran; Enteshar; 1391; 11.
14. Jalalian M. Validity of surrogacy agreement; Congress of medical, legal, Islamic jurisprudential, ethical-philosophical, sociological and psychological aspect of surrogacy; Tehran; Iran; Samt and Avicenna institute; 1386; 329.
15. Rakhshandeh ro H. Surrogacy agreement; Congress of medical, legal, Islamic jurisprudential, ethical-philosophical, sociological and psychological aspect of surrogacy; Tehran; Iran; Samt and Avicenna institute; 1386; 400.
16. Jafarzadeh M. Legal status of using from surrogacy. *J Bulletin of law and political science*. 1385, 2 and 3, 85-115.
17. Rariei M, Legal nature of surrogacy agreement; Congress of ethic and reproductive law; Tehran; Iran; Royan institute; 1390; 53.