

## اسباب انحلال در قرارداد رحم جایگزین

سید حمیدرضا ملیحی\*

### چکیده

قرارداد رحم جایگزین مانند هر قرارداد دیگری از یک دسته اصول کلی پیروی می‌کند و همچنین واجد قواعدی اختصاصی و متناسب با کارکرد و موضوع خود است. این نوشتار، به بررسی امکان انحلال این قرارداد که اصولاً در سایر قراردادها ممکن است، پرداخته و دو جنبه از اسباب انحلال قرارداد را، شامل فسخ (انحلال مبتنی بر اراده یکی از طرفین) و تفاسخ (انحلال مبتنی بر اراده طرفین)، بررسی می‌کند. همچنین، این مقاله در پی آن است تا اثبات کند قواعد اختصاصی این قرارداد، برخلاف سایر عقود، اجازه انحلال این توافق را نمی‌دهد. برای اثبات این گزاره لاجرم باید وضعیت حقوقی قرارداد و ماهیت آن مورد مذاقه قرار گیرد. همچنین رابطه ماهیت قرارداد با اصل لزوم معین شود و در نهایت بررسی شود که لزوم و جواز قرارداد مرتبط با نظم عمومی است یا خیر. به علت نقص مقررات قانونی و ضعف آثار فقهی در امور مستحدثه، بهره‌گیری هرچه بیشتر از اصول و قواعد فقهی حقوقی امری لازم است.

### واژگان کلیدی

رحم جایگزین، مادر جانشین، والدین حکمی، تفاسخ، فسخ

---

\* دانشجوی کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق(ع)

### طرح مسئله

بحث از رحم جایگزین زمانی مطرح می‌شود که یکی از زوج‌ها توانایی باروری طبیعی یا تمایل به آن را ندارد اما از طریق وسایل پزشکی می‌توان به اسپرم یا تخمک سالم آن‌ها دسترسی پیدا کرد. در این حالت، اسپرم و تخمک به‌دست‌آمده خارج از رحم و در محیط آزمایشگاهی لقاح داده شده و نطفه شکل‌گرفته از این لقاح در رحم شخص ثالثی قرار می‌گیرد (حمداللهی و روشن، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۳۲). بنابراین، برای انجام این جانشینی نیاز به توافق سه اراده است که در قالب عقد تحقق می‌پذیرد: از یک طرف، اراده والدین حکمی و از طرف دیگر اراده شخص صاحب رحم (مادر جانشین) (جعفر زاده، ۱۳۸۰، ص ۱۸۵). طبق یک قاعده عمومی که در ماده ۲۱۹ قانون مدنی نیز بدان اشاره شده، اصل در تمامی عقود بر لزوم است؛ بدین معنا که اگر دلیل بر جواز عقد وجود نداشت حکم به لزوم و عدم امکان برهم زدن آن توسط یکی از اطراف عقد می‌شود. اما در همین ماده بیان گردیده که دو شیوه برای انحلال حتی در موارد لازم بودن عقد وجود دارد. شیوه اول وجود مجوز قانونی بر فسخ است. از مصادیق این شیوه می‌توان به خیار عیب و تأخیر ثمن و غبن اشاره نمود. شیوه دوم مطروحه در ماده، اقاله می‌باشد که مبتنی بر رضایت طرفین قرارداد است. در این روش همان دو اراده که عقد را به وجود آورده‌اند توان بر هم زدن آن را نیز دارا هستند. از نحوه طرح ماده ۲۱۹ می‌توان نتیجه گرفت که قابلیت برهم زدن عقد به‌وسیله اقاله خود یک قاعده عمومی است. در این مقاله خیار شرط جدای از سایر خيارات و به همراه اقاله مورد بحث قرار گرفته است. دلیل این امر آن است که خیار شرط همانند اقاله نفوذ خود را از اراده متعاملین به دست می‌آورد بر خلاف سایر خيارات که نفوذ خود را مستقیماً از قانون کسب می‌کنند. نکته مورد بحث آن است که قرارداد رحم جایگزین به‌عنوان یک عقد توسط خيارات قانونی و تراضی طرفین قابل انحلال هست. اگر جواب به این سؤال مثبت باشد رهنمون به این نکته است که این قرارداد، در این مورد از قاعده عمومی تبعیت می‌کند؛ اما اگر جواب به این سؤال منفی باشد باید در جست و جوی وجه ممیز این قرارداد از سایر عقود متعارف شد.

از منظر نگارندگان برای یافتن پاسخ باید ابتدا قالب این قرارداد روشن شود زیرا اگر از جمله عقود مصرح در قانون مدنی باشد تکلیف سؤالات بعدی معمولاً در خود قانون معین شده است. سپس در پی آن بود که آیا این عقد از جمله مصادیق عقود لازم می‌باشد یا خیر؟ و در نهایت معلوم گردد که لزوم آن بر فرض لازم بودن و یا جواز آن بر فرض جایز بودن، حقی و مرتبط با اراده متعاقدين یا حکمی و خارج از خواست متعاقدين هست.

#### ۱. روش‌شناسی

این پژوهش، از آن جهت که به فعالیت میدانی و مشاهده، میانه‌ای ندارد و با استفاده از قوانین موجود، استدلال‌های حقوقی و کتب فقهی به بحث درباره قرارداد رحم جایگزین پرداخته است، از روش اسنادی و کتابخانه‌ای استفاده می‌کند. روش تحلیل اسنادی به آن دسته از تحلیل‌هایی اشاره دارد که اطلاعاتی را درباره پدیده مورد مطالعه، در اختیار قرار می‌دهد.

فیلیک به نقل از پریور در تعریف سند می‌گوید: «اگر قصد داریم به ماهیت اسناد پی ببریم، باید از این‌که آن‌ها را مصنوعات ثابت، ایستا و از پیش تعریف شده بدانیم، دست برداریم. در عوض، باید آن‌ها را بر اساس میدان‌ها، چارچوب‌ها و شبکه‌های کنش مدنظر قرار دهیم. در حقیقت، منزلت «سند» قائل شدن برای پدیده‌ها دقیقاً به شیوه‌ای بستگی دارد که طی آن این اشیاء در میدان‌های کنش جای می‌گیرند. اسناد تنها بر اساس این میدان‌ها قابل تعریف‌اند» (فیلیک، ۱۳۸۸، ص ۲۷۵).

محقق وقتی از سند برای مطالعه درباره دغدغه و مسئله خود نگاه می‌کند، در واقع، به اسناد نگاهی ابزاری دارد که او را با پدیده مورد نظرش ارتباط می‌دهد. روش اسنادی و کتابخانه‌ای رابطه تنگاتنگی با هم دارند و این به دلیل آن است که ارجاع به کتاب‌ها و سندها در تحقیقات کتابخانه‌ای روشی مرسوم است. در مطالعات کتابخانه‌ای اسناد گوناگونی مورد استفاده محقق قرار می‌گیرد، اعم از آنکه تحقیق کلاً به روش کتابخانه‌ای انجام شود یا اینکه بخشی از فرایند تحقیق را مطالعات کتابخانه‌ای تشکیل دهد (حافظ نیا، ۱۳۹۳، ص ۱۹۹).

از مزایای استفاده از این روش می‌توان به این نکته اشاره کرد که در این روش، نگرانی‌های ممکن درباره روش‌هایی که با مراجعه به مردم به دنبال جمع‌آوری داده‌های خود است، وجود ندارد. سنجه‌های غیرمزاحم-غیرواکنشی (از جمله آن اسناد) به محققان اجازه می‌دهد تا ابعاد گوناگون یک پدیده اجتماعی را بدون مراجعه یا تغییر در آن مورد مطالعه قرار داد (محمد پور، ۱۳۹۰، ص ۲۰۱).

با بیان مقدمات مذکور، در این پژوهش با استفاده از کتاب‌های مطرح فقهی و حقوقی و اسناد موجود درباره قرارداد رحم جایگزین، به جمع‌بندی و تحلیل داده‌های موجود در رابطه با این موضوع و به مقایسه آن‌ها با یکدیگر می‌پردازیم. در واقع، از خلال این اسناد، درباره ادبیات و سوابق مسئله و موضوع تحقیق مطالعه صورت پذیرفته است. اعتبار و روایی اسناد انتخاب‌شده به دلیل کثرت استفاده این اسناد توسط فقها و حقوق‌دانان مورد تأیید است.

## ۲. قرارداد رحم جایگزین و ماهیت حقوقی آن

### ۲-۱. تعریف و ضرورت قرارداد

از منظر حقوق‌دانان ایرانی، قرارداد رحم جایگزین به قراردادی اطلاق می‌شود که به موجب آن یک زن (مادر جانشین) در مقابل یک زوج (والدین حکمی) موافقت می‌کند جنینی را برای آنان حمل کرده و به دنیا آورد و به مجرد تولد، آن را به والدین حکمی تسلیم کند (نائب زاده، ۱۳۸۰، ص ۸۲).

در برخی از قوانین کامن لو (جعفر زاده، ۱۳۸۰، ص ۱۸۵)، از این قرارداد به توافق، قرار یا تفاهمی تعبیر شده که در آن طرفین شامل زنی که در ازای پول یا تبرعاً حاضر می‌شود به نحو غیرطبیعی باردار شده و بعد از زایمان طفل را به طرف دیگر قرار تسلیم نماید.

نکته مشترک در این تعاریف، لزوم قرارداد و توافق میان طرفین این عقد است. دلیل این موضوع آن است که در اکثر نظام‌های حقوقی، مقررات به‌اجمال، آثار و شرایط قرارداد رحم جایگزین را معین کرده است و در صورت پیش‌بینی نکردن حقوق و تعهدات هر یک از طرفین در قرارداد و با توجه کثرت آراء و نظرات، مشکلات جدی در تعیین حقوق جنین بعد از تولد و همچنین تعهدات طرفین به وجود می‌آید.

برای مثال، نظرات متعددی درباره تعیین مادر جنین ابراز شده است. در فقه، برخی از صاحب نظران، مادر حقیقی طفل را مادر جانشین می‌دانند و در این باره به آیه «إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَكَدْنَهُمْ» (مجادله: ۲) و همچنین تأثیر مادر جانشین در وارد شدن روح و تحقق این امر در بطن مادر جانشین استناد می‌کنند (روحانی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۱۷). همچنین برخی دیگر، صاحبان نطفه را والدین حقیقی تلقی می‌کنند.

اگر در قرارداد، تکلیف نگهداری و حضانت فرزند و امور غیرمالی روشن نگردد، بعد از تولد با توجه به ضعف حقوقی ناشی از عدم وجود قوانین کافی، ممکن است نتیجه‌ای کاملاً در تعارض با خواست اولیه هر یک از اطراف عقد حاصل شود. بنابراین، اطراف عقد باید قبل از انجام عمل جانشینی، قراردادی منعقد و بر اساس آن عمل نماید (قاسم زاده، ۱۳۸۷، ص ۱۸۵).

## ۲-۲. مفاد قرارداد رحم جایگزین

قرارداد رحم جایگزین دارای نمونه‌هایی است که در مراکز بهداشتی که به این امر مبادرت می‌ورزند، موجود است. در این نمونه، التزاماتی برای اطراف عقد مشخص شده است که ذیلاً اشاره می‌شود:

### ۲-۲-۱. التزامات والدین حکمی

چهار التزام در خصوص والدین حکمی وجود دارد:

یک. پرداخت مبالغ مشخصی جهت جلب رضایت متقاضی به‌عنوان هبه، همچنین بعد از انتقال جنین به رحم مادر جانشین و مبالغ مقطوعی پایان هر ماه از دوران حمل؛

دو. تعیین دستمزدی معلق به دوقلوشدن حمل؛

سه. پرداخت تمامی هزینه‌های درمانی، عکس‌برداری و سونوگرافی، ایاب‌وذهاب، هزینه‌های ویزیت پزشک و سایر هزینه‌هایی که جهت وضع حمل لازم است؛

چهار. والدین حکمی موظف‌اند بلافاصله پس از وضع حمل، امور مرتبط با ثبت شناسنامه‌ای و سایر تشریفات را که در رابطه با فرزند طبیعی لازم است نسبت به فرزند حاصله از رحم جایگزین انجام دهند.

## ۲-۲. وظایف مادر جانشین

چهار وظیفه بر دوش مادر جانشین وجود دارد:

یک. تعهد به انجام تمامی اموری که در جهت سلامت فرزند لازم است؛ اعم از مبادرت به افعال و ترک افعالی که پزشک مربوطه به وی تفهیم می‌کند؛  
دو. سوگند به کتاب آسمانی که وظایف مزبور را انجام خواهد داد؛  
سه. تعیین مبلغی مقطوع که در صورت انجام تقصیر از جانب وی به والدین حکمی پرداخت خواهد شد؛

چهار. بعد از تولد حمل، وی هیچ‌گونه ادعایی نسبت به طفل نداشته و فوراً وی را به والدین حکمی تسلیم خواهد کرد.  
نهایتاً، در این اسناد قید شده است که اگر حمل به واسطه حوادثی که خارج از اختیار مادر جانشین بوده سقط شود، تعهدات والدین حکمی ساقط نخواهد شد و این قرارداد از این لحاظ تابع عقد اجاره نیست.

## ۲-۳. ماهیت حقوقی قرارداد رحم جایگزین

بررسی نوع قرارداد رحم جایگزین در این مقاله، از آن جهت اهمیت دارد که حکم اولی، لزوم و جواز قرارداد را معین می‌کند. به‌عنوان مثال، اگر در این بررسی معین گردد که قرارداد رحم جایگزین دارای ماهیت «عقد عاریه» است، اصولاً قرارداد مذکور عقدی جایز است؛ اما اگر اجاره بودن قرارداد رحم جایگزینی اثبات شود، قاعدتاً قراردادی لازم خواهد بود. در ادامه، به نظرات حقوق‌دانان در ارتباط با ماهیت این قرارداد و نقد هر یک اشاره می‌کنیم.

### ۲-۳-۱. اجاره

عقد اجاره را تملیک منفعت در برابر «عوض معین» تعریف کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص ۷) که مورد آن می‌تواند عمل شخص یا منفعت عین باشد (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۲۳۶). اجاره‌ای را که مورد آن، «عمل شخص و منفعت او» باشد، «اجاره اشخاص» و همچنین اجاره‌ای را که مورد آن، «منفعت عین» باشد، «اجاره اشیاء»

می‌نامند. آیا قرارداد رحم جایگزین اجاره است؟ در پاسخ به این سؤال باید هر دو شکل اجاره مورد بررسی قرار گیرد:

### ۲-۳-۱-۱. اجاره اشیاء

همانگونه که ذکر شد، «اجاره اعیان» تملیک منافع آن «عین» به طرف معامله است. محل نزاع در این است که آیا مادر جانشین منافع رحم خود را، به‌عنوان عینی از اعیان، به والدین حکمی تملیک می‌کند؟ آنچه مشخص است اعضای بدن انسان مالیت ندارد؛ بلکه حق شخص بر اعضای بدن خود از جمله حقوق غیرمالی است و نمی‌تواند موضوع قراردادهای مالی قرار گیرد و اجاره نیز از جمله عقود مالی است. همچنین سلطه‌ای که مستأجر بر «عین مستأجره» دارد، اعمال‌کردنی بر بخشی از بدن انسان نیست؛ بنابراین، نمی‌توان قرارداد رحم جایگزین را قرارداد «اجاره اشیاء» دانست.

### ۲-۳-۱-۲. اجاره اشخاص

اجاره اشخاص به تعهد شخص در قبال انجام عملی در برابر عوض گفته می‌شود. مشهور حقوق‌دانان، قرارداد رحم جایگزین را در این قالب تحلیل می‌کنند. به این نحو که مادر جانشین در مقابل والدین حکمی متعهد به باردار شدن از طریق نطفه آنان و تحویل طفل متولد شده بعد از زایمان به آنان است. در مقابل، والدین حکمی نیز متعهد به پرداخت عوض در برابر عمل مادر جانشین هستند. برخی از فقهای معاصر نیز ماهیت قرارداد رحم جایگزین را اجاره اشخاص ذکر کرده‌اند (مؤمن قمی، ۱۳۷۳، ص ۴۵).

در انتقاد از این نظر بیان شده است که استحقاق در برابر اجرت، زمانی است که عمل مورد معامله انجام گردد یا تعهد وفا شود و اگر موضوع قبل از انجام ممتنع شود، اجیر حقی ندارد (نجفی، ۱۳۸۵، ج ۲۷، ص ۲۳۷). حتی، طبق نظر برخی از فقها، تسلیم موضوع تعهد و نتیجه به‌عمل‌آمده نیز شرط است (خامنی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۴۲۲). این نظرات نشان می‌دهد تعهد اجیر در برابر مستأجر ماهیتاً تعهد به نتیجه است اما تعهد مادر جانشین به تولد طفل و پرورش جنین در رحم خود، عرفاً، تعهد به وسیله است؛

زیرا نتیجه تعهد که تسلیم طفل به والدین حکمی است، عرفاً در محدوده توانایی مادر جانشین نیست.

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

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

نقد دیگری که در این زمینه طرح می‌شود، آن است که کارکرد طبیعی رحم، پرورش جنینی است و عملی توسط فرد انجام نمی‌گیرد تا بابت آن عوضی دریافت شود در حالی که در اجاره شخص، عمل شخص، به عنوان منافع مورد تملک او، به نحو ذاتی مورد معامله قرار می‌گیرد و در نهایت، این سؤال مطرح می‌شود که آیا جنین تنها از رحم مادر جانشین استفاده می‌کند یا از امور دیگری نیز داخل رحم بهره می‌برد و آیا این امور داخل در قرارداد رحم جایگزین هست یا خیر؟ در صورت پاسخ مثبت، این سؤال مطرح است که آیا امور مذکور معین‌اند و شرایط لازم برای رفع غرر را که در قرارداد اجاره به‌طور کلی شرط است (محقق حلی، ۱۳۸۸، ص ۴۲۷) دارا می‌باشند یا خیر (جعفر زاده، ۱۳۸۰، ص ۹۵).



#### ۲-۳-۲. عاریه

بر اساس ماده ۶۳۵ قانون مدنی، عاریه عقدی است که به موجب آن، یکی از طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد تا از عین مال او مجاناً منتفع شود. از عاریه نمی‌توان به‌عنوان قالبی برای تمامی اقسام قرارداد رحم جایگزین استفاده کرد؛ بلکه قائلین، تنها از این عقد در جایی که قرارداد رحم جایگزین «غیر معوض» است استفاده می‌کنند؛ زیرا عاریه، اساساً عقدی غیر معوض است و این موضوع در تعریف آن نیز با قید مجاناً لحاظ شده است؛ لذا از عاریه به‌عنوان مکمل اجاره برای تعیین نوع عقد رحم جایگزین بهره برده می‌شود (صفایی و امامی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۱۸). این نظریه نیز از ایراد مصون نمانده است؛ زیرا موضوع عاریه، عین است و مالکیت داشتن عین نیز مفروض است؛ لکن از رحم به‌عنوان جزئی از بدن انسان به عین در معنای حقوقی آن اطلاق نمی‌گردد.

#### ۲-۳-۳. جعاله

بر اساس ماده ۵۶۱ قانون مدنی، جعاله عبارت است از التزام شخص به ادای اجرت در مقابل عملی، اعم از آنکه طرف معین باشد یا خیر. در تطبیق این عقد با قرارداد رحم جایگزین، بیان شده است که والدین حکمی اجرتی را در مقابل عمل حمل مادر جانشین ملتزم می‌شوند. علاوه بر ایراداتی که بر این نگرش وجود دارد و مشترک با ایرادات مطروحه در عقود قبلی است، ایراد جدی این طرز نگاه آن است که در جعاله تکیه اصلی بر روی متعهد شدن جاعل است و اساساً عامل از روی اختیارش به عمل تن می‌دهد و می‌تواند هرگاه که بخواهد، بدون هیچ تبعاتی از عمل دست کشد؛ درحالی‌که قرارداد رحم جایگزین مصادیق متعددی از تعهدات مادر جانشین را ایجاد و بر روی آن تأکید دارد و از قضا، به هیچ وجه تأکیدی بر معوض بودن یا رایگان بودن عمل ندارد. این وجه مشترک تمامی تعاریفی است که در قسمت تعریف این نوع قرارداد به آن اشاره شد. بنابراین، جعاله هیچ سنخیتی با قرارداد رحم جایگزین ندارد.

#### ۲-۳-۴. عقد بی‌نام

از نتایج اصل آزادی قراردادی آن است که اشخاص می‌توانند درباره امری که منافات با نظم عمومی و اخلاق حسنه ندارد، توافق کنند و قانون نیز از خواست آنان حمایت

می‌کند. بر اعتبار این اصل، متأخرین از فقیهان دلایلی را ذکر کرده‌اند. در قرآن کریم و احادیث اهل بیت (ع)، عموماً نامی وارد شده است که دلالت بر صحت عقود بی‌نام می‌کند و آن را معتبر می‌داند. به عنوان مثال، به آیه تجارت استدلال شده است که وقوع تراضی را برای تصرف در مال دیگران لازم اعلام می‌کند. فقیهان متأخر با تمسک به اطلاق مقامی موجود در این آیه، تنها شرط خوردن مال دیگری را تراضی عنوان کرده‌اند و سایر حالات و احوال را به علت سکوت شارع در مقام بیان، منتفی می‌پندارند (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۲۳۶). همچنین، آیه وفای به عقد با این تفسیر که «الف و لام» مذکور در عبارت «العقد» از نوع جنس است و تمام توافقاتی را که عنوان عقد بر آن صدق می‌کند، شامل می‌شود، مورد استناد متأخرین قرار گرفته است (محمدی خراسانی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۱۱۸).

این موضوع در ماده ۱۰ قانون مدنی هم به این شکل طرح شده است: توافقات خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است. بنابراین، از منظر فقیهان متأخر و همچنین حقوق ایران، تردیدی در صحت عقود بی‌نام و الزام‌آور بودن آن نیست.

به نظر می‌رسد در حقوق ایران، با توجه به کمبود مقررات لازم در این باره و سکوت قانون‌گذار نسبت به شرایط و آثار و همچنین نوع عقد، باید این قرارداد را از جمله عقود بی‌نام که موضوع ماده ۱۰ است، دانست که اساساً اراده طرفین شرایط و آثار آن را معین می‌کند. عقود معینی که سابقاً مورد توجه حقوق‌دانان در جهت تبیین ماهیت قرارداد رحم جایگزین واقع شد، عقود مالی هستند که ذاتاً با قرارداد رحم جایگزین که در آن امور معنوی و حیاتی مورد توجه است، در تنافی است و نمی‌تواند الزامات مختص به این قرارداد را تأمین نماید.

### ۳. لزوم و جواز قرارداد رحم جایگزین

از منظر فقها و حقوق‌دانان ایرانی، اصل بر لزوم عقود است. از این گزاره، به قاعده «أصالة اللزوم» تعبیر می‌شود که ماده ۲۱۷ قانون مدنی، مفاد آن را مورد تأیید قرار داده است.

نظرات متفاوتی از اصل و مقصود از آن در این قاعده بیان شده است. عده‌ای آن را به قاعده اولی درباره عقود تعبیر کرده‌اند و منشأ این قاعده را به فراوانی عقود لازم به نسبت عقود جایز نسبت می‌دهند (کرکی، ۱۴۱۱ق، ج ۴، ص ۲۸۴). برخی دیگر به مقتضی ادله شرعی، به‌خصوص آیه وفای به عقد، تفسیر کرده‌اند و دسته‌ای آن را استصحاب می‌دانند. مرحوم صاحب جواهر و آیت‌الله بجنوردی دلالت اصل بر تفسیر اول را که قاعده اولی بودن اصل است، اصح تلقی می‌کنند و معتقدند که حین شک در لزوم و جواز نوع خاصی از عقد مستفاد از ادله شرعی باید قائل به لزوم عقد شد (نجفی، ۱۳۸۵، ج ۲۷، ص ۳؛ بجنوردی، ۱۴۳۰ق، ج ۵، ص ۱۹۶). برخی دیگر نیز مبنای اصل لزوم را به تراضی ضمنی طرفین احاله داده و بیان می‌کنند که در قصد طرفین، بازگشت‌ناپذیری از مفاد قرارداد وجود دارد (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۷۲).

نهایتاً برخی برای استدلال درباره قاعده لزوم، به استصحاب متمایل شده‌اند و مراد از «اصل» در این قاعده را اصل عملی استصحاب می‌دانند. به تعبیر دیگر، هرگاه شک در مؤثر بودن فسخ و برهم زدن عقد و نفوذ است، قرارداد در حالت استصحاب می‌شود (مراغی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص ۳۸).

جز تعبیر اول از اصل لزوم که توسط مرحوم کرکی به معنای اغلیت و فراوانی اخذ شد و از آن حکمی منتج نمی‌شود تا در قرارداد استفاده شود، سایر معانی و برداشت‌ها از اصل لزوم قابل انطباق بر حکم قرارداد رحم جایگزین است؛ به این معنا که اگر اصل اولی در عقود بر لزوم باشد، مستثنا شدن قرارداد مورد بحث دلیلی ندارد و اگر مبنای قاعده قصد و تراضی ضمنی متعاقدين باشد، در این قرارداد، به نحو اشد، استناد به این تراضی قابل دفاع است؛ زیرا توافق بر به وجود آمدن یک انسان است که اهمیت دوچندان از خرید و فروشی ساده دارد و این اهمیت از دید متعاقدين پنهان نیست.

اگر استصحاب را ریشه این اصل بدانیم نیز، اجرای آن در قرارداد رحم جایگزین با محذوری روبه‌رو نیست؛ زیرا ارکان استصحاب که عبارت است از یقین سابق (نفوذ قرارداد)، شک لاحق (مؤثر بودن فسخ) و اتحاد قضیه متیقنه و مشکوکه (قرارداد رحم جایگزین) در این قرارداد نیز وجود دارد (صافی گلپایگانی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص ۱۶۸).

اما فاسد بودن تعبیر اول از اصل لزوم که به معنای غلبه است، روشن است؛ زیرا اولاً از غلبه و کثرت امری، حکم شرعی استنباط نمی‌شود؛ بنابراین معلوم است که فقها چنین نگرشی به اصل لزوم نداشته‌اند. ثانیاً، درباره غلبه عقود لازم بر جایز، به شدت از سوی محققین تردید شده است؛ به علت آنکه در تمامی بیع‌های واقع شده، وجود خیار مجلس مفروض است که باعث می‌شود ابتدای شایع‌ترین عقد، یعنی با حکم جواز، همراه باشد. ثانیاً، عقود نیابی نیز تماماً جایز می‌باشند. بنابراین، حکم به غلبه عقود جایز بر لازم خالی از اشکال نیست (محقق داماد، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۱۶۰). طبق بیانی که گفته شد، قرارداد رحم جایگزین، اولاً و بالذات، قابل فسخ نیست اما اینکه امکان برهم زدن آن به دلیلی خارجی ممکن باشد یا خیر، به بحث بعدی مربوط است.

در قسمت قبلی، نتیجه آن شد که قرارداد رحم جایگزین، قراردادی بی‌نام است و از این حیث، تابع ضابطه‌ای مختص به ذات خود، از حیث لزوم و جواز نیست. پس اصل در آن، طبق ماده ۱۲۷ قانون مدنی و قاعده اولی موجود در تمامی عقود، مگر آنچه صراحتاً استثنا شود، بر لزوم است پس این عقد نیز، اساساً، عقد لازم است.

#### ۴. امکان انحلال قرارداد رحم جایگزین

اصولاً انحلال قرارداد زمانی مطرح می‌شود که عقد دوره‌ای از نفوذ و اعتبار را تجربه کرده باشد و سببی حادث، آن را نسبت به آینده بی‌اعتبار سازد (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۵، ص ۱۰).

اسباب انحلال قرارداد به سه دسته تقسیم می‌شوند: انحلال به تراضی، انحلال ارادی (فسخ) و انحلال قهری (انفساخ). از این سه سبب در این مقاله، به بررسی دو قسم اول پرداخته می‌شود. همچنین از آنجا که انحلال ارادی مبتنی بر حق فسخ است که به دو صورت ایجاد می‌شود، در صورت اول، طرفین سبب این حق را به توافق حین وقوع عقد ایجاد می‌کنند که آن را خیار شرط می‌نامند. در صورت دوم، حق فسخ به حکم مستقیم قانون و قهراً ایجاد می‌گردد. لذا در این مقاله خیار شرط به همراه اقاله، به عنوان اسباب توافقی انحلال قرار داد و سایر خیارات قانونی، به نحو مجزا، مورد مذاقه قرار می‌گیرد.

#### ۴-۱. اسباب توافقی انحلال قرارداد

صاحب نظران فقه و حقوق، قائل به تلازم امکان اقاله عقد و فسخ مستند به خیار شرط هستند و اصولاً، در جایی که با دلیل اثبات گردد، عقد قابل اقاله نیست. امکان قرار دادن خیار شرط را نیز در آن عقد محال می‌شمرند. به‌عنوان مثال، نکاح قابل فسخ با خیار شرط نیست و در این موضوع میان فقها اتفاق نظر وجود دارد و علت این امر را ارتباط نکاح با نظم عمومی می‌دانند و به همین علت، اقاله نیز در عقد نکاح پذیرفته نشده است (نجفی، ۱۳۸۵، ج ۲۳، ص ۶۲).

ناگفته نماند که امکان برهم زدن عقد توسط جعل خیار شرط و اقاله، اصولاً در تمامی عقود پذیرفته شده است مگر مواردی که به علت خاصی استثنا شده باشد که عبارات صاحب جواهر نیز بر این امر تصریح دارد. اما، اگر عقدی را به علت خاصی نشود به‌صورت توافقی منحل کرد، از آن در فقه، به عقد لازم به لزوم حکمی تعبیر می‌شود. در پاره‌ای از عقود، مصالحی که لزوم عقد از آن مستفاد می‌گردد، به‌قدری اکید هستند که لحاظ مصلحت طرفین در امکان انحلال عقد نادیده گرفته می‌شود. به لزوم این عقود، لزوم حکمی اطلاق می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۱۱۴). به‌عنوان مثال، مرحوم صاحب جواهر قابلیت انحلال نکاح با خیار شرط را نمی‌پذیرد؛ زیرا ابتناء عقد نکاح را بر احتیاط تام می‌داند (نجفی، ۱۳۸۵، ج ۲۳، ص ۶۲). بنابراین، احتیاطی بودن عقد نکاح باعث می‌شود لزوم آن از لزوم سایر عقود قوی‌تر باشد و انحلال آن توسط خیار شرط ممکن نباشد. در رابطه با اقاله نیز همین امر صادق است.

در قرارداد رحم جایگزین، تمامی اوصاف برای حکمی تلقی کردن لزوم این قرارداد فراهم است. نخست آنکه، این قرارداد در حقوق فرزند که در توافق والدین حکمی و مادر جانشین حضور نداشته مؤثر است. در ثانی، وجود حقوق ثالث در عقد یکی از مواردی است که امکان انحلال توافق را محدود می‌نماید. این علت توسط فقها در عقد ضمان تصریح شده است که عدم نفوذ اقاله در این عقد به دلیل تأثیر در حقوق مضمون‌عنه است. در کتاب جواهر این‌گونه تعبیر شده است که آنچه بر ذمه است، هنگامی که انتقال می‌یابد، باز نمی‌گردد (نجفی، ۱۳۸۵، ج ۲۳، ص ۶۲) و اشتغال ذمه ثالث نیازمند دلیل است.

همچنین، در شریعت اسلامی، اموری که مرتبط با دماء و فروج و آبروی شخص باشد، مجرای اصل احتیاط است (خراسانی، ۱۳۸۹، ص ۳۵۴). بنا بر این دلیل - که سابقاً در نکاح ذکر گردید - ابتناء نکاح بر احتیاط است و این امر جعل که خیار شرط و اقاله را ناممکن ساخته است در این قرارداد نیز وجود دارد و به علت ارتباط با فروج، لزوم این قرارداد را به حکمی بودن نزدیک می‌سازد. بنابراین، نتیجه این بخش آن شد که قرارداد رحم جایگزین لازم است و لزوم آن حکمی است و انحلال آن توسط خیار شرط و اقاله ممکن نیست. در حقوق انگلیس، اقاله به‌عنوان اسباب سقوط تعهد مورد بررسی قرار گرفته است؛ نه به‌عنوان راهی برای انحلال عقد. بدین جهت، اقاله تعهدات ناشی از یک قرارداد با محدودی مواجه نیست و تنها آن بخش از تعهدات قراردادی را که با نظم عمومی در تعارض است، نمی‌توان اقاله نمود. نتیجه بحث آن‌که در حقوق ایران به سبب نظم عمومی، قرارداد را نمی‌توان اقاله نمود اما در حقوق انگلیس بخش‌هایی از قرارداد که مرتبط با نظم عمومی هستند، قابل اقاله نیستند.

#### ۴-۲. انحلال به‌وسیله سایر خیارات قانونی

اثبات اینکه لزوم قرارداد رحم جایگزین از نوع لزوم حکمی است، ارتباطی به بحث فعلی ندارد؛ زیرا لزوم حکمی تنها درصدد نفی امکان جعل خیار شرط و برهم زدن عقد با استناد به آن خیارات و همچنین اقاله است. در تأیید این نظر، مشهور فقها در نکاح، تخلف از شرط صفت را مستند ایجاد در نکاح می‌دانند (شهید ثانی، بی‌تا، ج ۵، ص ۳۹۹). پاسخ به این بحث زمانی ممکن است که مبنای خیارات مذکور در فقه مورد بررسی قرار گیرد.

دو خیار «مجلس» و «حیوان» که تعبداً در فقه وارد شده‌اند، در این بحث قابل تصور نیستند؛ زیرا هر دو مختص به بیع هستند که از محل بحث تخصصاً خارج است. اما، در مبنای سایر خیارات، میان فقها اختلاف شده است. برخی، همانند شهید ثانی در مسالک، صاحب‌جواهر و شیخ انصاری مبنای خیارات را حدیث ضرر بیان می‌کنند و برخی دیگر، همانند آیت‌الله خوئی، قائل به وجود شرط ضمنی و تأثیر آن در ایجاد خیار هستند. نحوه استدلال و پاسخ به محل نزاع طبق هر یک از مبانی متفاوت است:

#### ۴-۲-۱. مبنای لاضرر

برخی از فقها معتقدند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۱۶۱) مبنای خیارات قانونی، «قاعده لاضرر» است؛ به این بیان که اصل بر لزوم است و این قاعده اولی در همه عقود است اما اگر این قاعده اولی منجر به ورود ضرر به یکی از طرفین معامله شود، حکم ثانویه به استناد قاعده لاضرر، امکان فسخ برای متضرر را لزوم عقد می‌داند و می‌تواند معامله را فسخ کند.

در صورت فسخ قرارداد رحم جایگزین، بسیاری از التزامات ناشی از عقد که برای مادر جانشین ثابت شده است، از قبیل رعایت نکات بهداشتی، اخلاقی و شرط رضاع کودک متولدشده و سایر موارد که در قرارداد تعیین تکلیف می‌شود، ساقط می‌شود و عملاً، فسخ به ضرر فرزند ناشی از جایگزینی رحم منجر می‌شود. بنابراین، ضرری که باعث ایجاد اختیار است با ضرری که از اعمال خیار حاصل می‌شود، تعارض پیدا می‌کند و موضوع آن مرتبط به بحثی در کتب فقهی و قواعد فقه است که از آن به «تعارض ضررین» یاد می‌شود. مرحوم بجنوردی در ارتباط با این مسئله می‌فرماید: «اگر نفی حکم ضرری با نفی حکم ضرری دیگر تعارض کند، پس چاره‌ای جز اقساط لاضرر در هر دو به علت تعارض نیست و اعتنا به آنچه گفته شده، نمی‌شود از تقدیم ضرر بزرگ‌تر به دیگری و استناد به لاضرر در حکمی که ضررش اعظم و اکثر است... پس چاره نیست جز رجوع به قواعد دیگر» (بجنوردی، ۱۴۳۰ق، ج ۱، ص ۲۳۸). بنابراین، در فرضی که انحلال قرارداد رحم جایگزین به ضرر فرزند منجر شود - که غالباً نیز این‌گونه است - امکان استناد به لاضرر برای نفی لزوم از این قرارداد به خصوص نیست و حکم اولی به قوت خود باقی خواهد ماند.

#### ۴-۲-۲. مبنای تراضی ضمنی

مبنای دیگری که برای خیارات قانونی از جمله غبن، عیب و... انتخاب شده است، تراضی متعاقدين است. در توضیح این نظر گفته‌اند که بنای دو طرف معامله بر انعقاد معامله‌ای است که عیب در موضوع آن یافت نشود و یا تعادل عوضین در آن آسیب نبیند؛ اما اگر این بناء طرفینی در عقد رعایت نشود، هر کدام از طرفین متضرر امکان برهم زدن عقد را دارند (خویی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۳۱).

اما بر این مبنا نیز امکان وجود خیار در قرارداد رحم جایگزین موجود نیست. علت این امر آن است که ماده ۹۷۵ قانون مدنی، تمامی توافقات خلاف نظم عمومی را نافذ نمی‌داند و از جمله این توافقات، توافقات ضمنی است که اطلاق ماده شامل آن نیز می‌گردد. بنابراین، توافق ضمنی بر جعل خیار در صورت وقوع غبن، رعایت نکردن شرط و... پذیرفته نیست و تنها متضرر می‌تواند طبق قواعد عام جبران خسارت وارده را از طرف دیگر مطالبه کند.

### نتیجه‌گیری

از آنچه نوشته شد، به دست آمد که قالب قرارداد رحم جایگزین، قرارداد موضوع ماده ۱۰ است و این قرارداد با مشابهت به نکاح و سایر قراردادهایی که دارای وصف لزوم حکمی هستند، لازم است و لزوم آن لزوم حکمی است. این وصف منجر شده است که عقد با جعل خیار شرط و تحقق تخلف از شرط و همچنین اقاله قابل انحلال نباشد. به علاوه، به علت ارتباط این قرارداد با حقوق جنین و ضرری بودن فسخ قرارداد رحم جایگزین، انحلال قرارداد مذکور میسر نگردد و تنها راه برای جبران ضرر و زیان فرد متضرر، مطالبه جبران خسارت از دادگاه بر طبق قواعد عمومی است. در حقوق انگلیس نیز تنها راه برای انحلال قرارداد رحم جایگزین اقاله برخی از تعهدات غیر مرتبط با نظم عمومی، همانند اقاله میزان اجرت مادر جانشین و همچنین مطالبه خسارت از دادگاه در صورت وقوع غبن، عیب و تدلیس است.

### کتابنامه

قرآن کریم

- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، *المکاسب*، قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- بجنوردی، سید حسن (۱۴۳۰ق)، *القواعد الفقهیه*، قم: دلیل ما.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰)، *حقوق مدنی*، تهران: گنج دانش.
- جعفر زاده، میرقاسم (۱۳۸۰)، «ماهیت حقوقی قراردادهای رحم جایگزین»، *مجله حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۲-۳.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۲)، *تأیید اراده در حقوق مدنی*، تهران: گنج دانش.
- حافظ نیا، محمدرضا (۱۳۹۳)، *مقدمه‌ای بر روش تحقیق در علوم انسانی*، تهران: سمت.



- حسینی مراغی، میر عبد الفتاح (۱۴۲۹ق)، *العناوین الفقہیہ*، قم: موسسه نشر اسلامی.
- حمداللهی، عاصف، و روشن، محمد (۱۳۹۲)، *قرارداد استفاده از رحم جایگزین*، تهران: مجد.
- خراسانی، محمد کاظم (۱۳۸۹)، *کفایه الأصول*، تهران: خرسندی.
- خمینی، سید روح الله (۱۳۷۵)، *تحریر الوسیله*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق)، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، تهران: مکتبه صدوق.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۷)، *مصباح الفقاهه*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- روحانی، سید محمد صادق (۱۴۱۴ق)، *فقه المسائل المستحدثه*، قم: دار الكتاب.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (بی تا)، *الروضه البهیة فی شرح المععه الدمشقیة*، بیروت: دار العالم الإسلامی.
- صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۲۸ق)، *بیان الأصول*، قم: انتشارات ثامن الحجج.
- صفایی سید حسین، و امامی، اسدالله (۱۳۹۳)، *حقوق خانواده*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۷ق)، *العروه الوثقی*، قم: موسسه نشر اسلامی.
- فیلیک، اووه (۱۳۸۸)، *درآمدی بر تحقیق کیفی*، ترجمه هادی جلیلی، تهران: نشر نی.
- قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۸۷)، «قرارداد رحم جایگزین در حقوق ایران»، *فصلنامه باروری و ناباروری*.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۱ق)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: موسسه آل البيت لإحياء التراث.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۳۸۸)، *شرائع الإسلام فی مسائل الحرام و الحلال*، قم: پاسدار اسلام.
- محقق داماد سید مصطفی (۱۳۹۰)، *قواعد بخش مدنی*، تهران: انتشارات سمت.
- محقق داماد، سید مصطفی و دیگران (۱۳۹۰)، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، تهران: انتشارات سمت.
- محمد پور، احمد (۱۳۹۰)، *روش تحقیق کیفی*، تهران: جامعه شناسان.
- محمدی خراسانی، علی (۱۳۹۱)، *کوثر فقه شرح تحریر الوسیله*، تهران: چاپ و نشر عروج.
- مومن قمی، محمد (۱۳۷۳)، *کلمات سدیة فی مسائل جدیدة*، قم: موسسه نشر اسلامی.
- نائب زاده، عباس (۱۳۸۰)، *بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی «مادر جانشین»*، *اهدای تخمک یا جنین*، تهران: مجد.

۱۵۲ دوفصلنامه علمی - تخصصی پژوهشنامه فقهی، سال اول، شماره اول، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، پیاپی ۱

نجفی، محمدحسن (۱۳۸۵)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام*، تهران: دار الکتب  
الاسلامیة.