

## اصول کاربردی جرم‌انگاری در رحم جایگزین

سعید شیخ<sup>۱</sup>

محمدصادق جمشیدی‌راد<sup>۲</sup>

### چکیده

نظام عدالت کیفری در کاربرد ابزار مجازات و به منظور محاط نمودن آزادی‌های فردی و اجتماعی و توجیه به کارگیری کیفر، از اصول و مبانی مختلفی پیروی می‌کند که در زمینه درمان به روش رحم جایگزین، این معیارها به شیوه نوینی به کار گرفته می‌شوند. بررسی‌های صورت گرفته نشان‌گر آن است که صرف بهره‌مندی نوع دوستانه از رحم جایگزین در قلمرو هیچ یک از اصول محدودکننده آزادی جای نمی‌گیرد و تنها برخی ابهامات در رابطه با جایگزینی تجاری وجود دارد. در مورد آثار و پیامدهای رحم جایگزین نیز با استفاده از اصول و معیارهای جرم‌انگاری حقوق جزا می‌توان برخی از چالش‌ها و ناهنجاری‌های ناشی از این شیوه درمانی را مورد جرم‌انگاری قرار داد. در این زمینه اصول منع ضرر، قانون‌گرایی اخلاقی و رفاه اجتماعی نقش فعالی را ایفا می‌نمایند، ولی برخی اصول مانند اصل پترنالیسم، کاربرد چندانی در این ارتباط نخواهند داشت.

### واژگان کلیدی:

رحم جایگزین، اصول جرم‌انگاری، اصل ضرر، اصل قانون‌گرایی اخلاقی، اصل رفاه، اصل پترنالیسم.

۱- پژوهشگر مرکز تحقیقات اخلاق و حقوق پزشکی، دانشگاه علوم پزشکی شهید بهشتی، تهران، ایران.  
دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه پیام‌نور مرکز تهران، تهران، ایران.  
(نویسنده مسؤل)

پست الکترونیک: saeed.sheykh86@yahoo.com

۲- دانشیار، دانشگاه پیام‌نور مرکز تهران، گروه فقه و حقوق، تهران، ایران.  
نوع مقاله: مروری تاریخ ارسال مقاله: ۱۳۹۲/۳/۲۰ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۲/۱۲/۲۵

## مقدمه

ناباروری مشکلی چندوجهی است و منجر به کمبودها و نارسایی‌های متعددی می‌شود (لطیف‌نژاد رودسری و دیگران، ۲۰۰۰ م، ص ۱۴۰). در سال‌های اخیر، تحول جوامع از نظامی ساکن و واگرا به ساختاری پویا و توسعه یافته، زمینه‌ساز پیشرفت‌های علمی و پزشکی گسترده‌ای به ویژه در حوزه ژنتیک انسانی شده است. برآیند این جهش علمی به خصوص در راستای تحول علم ژنتیک، امکان استعانت بشر از هم‌نوع خویش را در امر تولید مثل انسانی فراهم ساخته و بدین سان افق روشنی را فراروی موضوع درمان نازایی ترسیم نموده است. در این فرآیند، بانوی صاحب رحم بر مبنای توافق به عمل آمده می‌پذیرد پس از بارداری و زایمان کودک را تحویل زوجین نابارور بدهد (شنفیلد و دیگران، ۲۰۰۵ م، ص ۲۷۰۵).

به موازات رشد و گسترش فزاینده شیوه‌های نوین کمک باروری به خصوص رحم جایگزین، برخی ابهامات و پرسش‌ها در ارتباط با نقش و کارکرد این شیوه درمانی در طبیعت و زندگی آدمی مطرح شده است، به طوری که برخی اندیشمندان و محققان نگرانی‌هایی را در ارتباط با مسایل و مشکلات اخلاقی و شرعی آن ابراز نموده‌اند (هیبینو و ناگاتا، ۲۰۰۰ م، ص ۱۲). در واقع، این‌گونه تحولات و نوآوری‌های علمی و پزشکی علاوه بر فواید و ثمرات قابل توجه و چشم‌گیر خویش، ناهنجاری‌های نوینی را نیز در قلمرو ارتباطات اجتماعی عیان می‌سازند که از باب تنش و ناسازگاری با نظم عمومی و مفاهیم اخلاقی و فرهنگی جامعه، علم حقوق را به چاره‌اندیشی و ارائه راه‌حل در جهت پاسخ‌گویی به این‌گونه ابهامات نوین و مستحدثت وا می‌دارند. بدین ترتیب، حقوق جزا به عنوان عامل حراست از نظم عمومی و امنیت جامعه و شاخه‌ای از علم حقوق که جرایم و

مجازات آن‌ها را مشخص می‌نماید (گاردنر، اندرسون، ۲۰۰۰ م، ص ۱۲) به مثابه مکانیسم‌های استنباط در اختیار حقوق‌دانان قرار می‌گیرد تا با تکیه بر قواعد و موازین کلی و اصول عامه موجود در این دانش بتوانند در مواجهه با مسائل نوین حقوقی به ویژه در حوزه علوم زیستی و پزشکی، راه‌حل‌های کارآمدی به منظور غلبه بر ناهنجاری‌های برآمده از آن‌ها ارائه نمایند.

در این میان موضوع جرم‌انگاری رفتارهای نابه‌هنجار به عنوان مهم‌ترین ابزار دستگاه عدالت کیفری در این زمینه مطرح می‌شود. برمبنای اصول و معیارهای جرم‌انگاری، قوای عمومی حدود رفتارهای مشروع را از نامشروع مورد بازنگری قرار می‌دهد و به تحدید و مداخله در آزادی‌های فردی و جمعی مردم جامعه می‌پردازد. لیکن دایره مداخله دولت در آزادی‌های فردی و جمعی مردم جامعه، محدود به اصول خاصی می‌باشد که نهادهای مجری عدالت کیفری، تنها در محدوده آن‌ها مجاز به نقض آزادی‌های شهروندان می‌باشند. بدین منوال، با توجه به جنبه علمی و فنی فناوری نوین جایگزینی رحم، مناقشات و ابهامات مختلفی پیرامون محدوده مجاز دخالت قوای دولتی در امر جرم‌انگاری این شیوه درمانی پدید آمده است که ضرورت انجام تحقیقی در این رابطه را بیش از پیش روشن می‌سازد. بدین‌سان، نخستین پرسشی که در این میان پیش می‌آید آن است که اصول و مبانی جرم‌انگاری حقوق جزا در قبال این پدیده نوین درمانی چه رویکرد و موضعی را اتخاذ می‌نمایند؟ هم‌چنین، این‌گونه مبانی و راهبردهای جرم‌انگاری حقوق جزا در قلمرو تکنولوژی جایگزینی رحم، چه دستاورد و کارکردی به منظور تأمین اهداف سیاست جنایی و نظام حقوقی حاکم بر جامعه به همراه خواهند داشت؟ در این مقاله کوشش شده است تا پاسخ این پرسش‌ها در ارتباط با مبانی

جرمانگاری و تطبیق آن‌ها بر این روش درمانی و ناهنجاری‌های آن مورد مطالعه و بررسی قرار گیرد.

### ب- اصول و معیارهای جرم‌انگاری

جرمانگاری فرآیندی است که به موجب آن قانون‌گذار با تکیه بر مبانی نظری و با تأکید بر ارزش‌های اخلاقی و اجتماعی موردنظر خویش، به تحدید آزادی‌های افراد در قلمرو جامعه می‌پردازد. در این میان در هر نظام سیاسی و حکومتی، متأثر از اندیشه سیاسی حاکم بر جامعه، اقدامات کیفی قانون‌گذار به سمت‌وسوی خاصی سوق می‌یابد. بدین‌سان معیارهای جرم‌انگاری نیز، نسبی و متناسب با ایدئولوژی حاکم بر جامعه و نظام سیاسی طراحی و ترسیم می‌گردند.

نسبی بودن معیارهای جرم‌انگاری، علاوه بر ایدئولوژی و خط‌مشی سیاسی، تا حدود زیادی از تحولات و پیشرفت‌های نوین علمی نیز نشأت می‌گیرد. در واقع، در جوامع معاصر، سیاست تقنینی کیفی اکثریت کشورهای متمدن جهان، گرایش ویژه‌ای نسبت به تجمیع دستاوردهای نوین علوم تجربی و پزشکی با ارزش‌های اخلاقی، فرهنگی و اجتماعی مورد پذیرش همگان، در مقام تدوین قواعد و هنجارهای حقوقی حاکم بر جامعه از خود نشان می‌دهند.

مبانی و معیارهای جرم‌انگاری اعمال نابه‌هنجار نیز در هر مرحله از زندگی جوامع بشری دستخوش تغییر و تحولات عدیده‌ای می‌شوند. در واقع راهبردهای حقوق جزا ایستا نیستند و به عنوان مجموعه‌ای منسجم و پویا، پیوسته متناسب با تحولات اخلاقی، اجتماعی و فرهنگی جامعه در حال تغییرند.

به طور کلی دو شیوه عمده در عرصه جرم‌انگاری مورد توجه قرار گرفته

است:

۱- شیوه توازن که از سوی فاینبرگ<sup>۱</sup> ارائه شده و انتقادات اخیر به شدت از اعتبار آن کاسته است؛

۲- شیوه پالایش که از سوی شنشک<sup>۲</sup> ارائه شده است و در حال حاضر نیز به عنوان متداول‌ترین مبنای جرم‌انگاری محسوب می‌شود. وی با تأسیس روش پالایش در فرآیند تصمیم‌گیری راجع به جرم‌انگاری، ورود یک رفتار به سیاهه قوانین کیفری را مستلزم عبور از سه مرحله (یعنی مراحل اصول، پیش‌فرض‌ها و کارکردها) می‌داند که در ابتدای آن‌ها فیلتر اصول قرار دارد. بر اساس این فیلتر، در وهله اول باید ثابت شود که رفتار براساس یک سری اصول نظری راجع به جرم‌انگاری (مثلاً اصل صدمه) وارد حوزه جرایم می‌شود (حبیب‌زاده، زینالی، ۱۳۸۴ ش، ص ۴).<sup>۳</sup>

مهم‌ترین اقدام نهادهای قانون‌گذاری در عرصه جرم‌انگاری، تعیین محدوده رفتارهایی است که لازم است بر اساس اصول مختلف مورد جرم‌انگاری قرار گیرند. در این راستا باید بر این امر واقف بود که معیارهای جرم‌انگاری صرفاً در نقش خطوط کلی راهنما برای هدایت قانون‌گذار قرار دارند و نه معیار تشخیص ضرورت یا عدم ضرورت جرم شناختن یک رفتار. در واقع، توجیه مداخله قوای عمومی بر اساس معیارها و موازین مذکور، لزوماً به معنای وجاهت بخشیدن به مداخله قوای عمومی و ضروری بودن اقدام کیفری و سرکوب‌گرانه نمی‌باشد، بلکه تنها به توجیه خروج یک رفتار از قلمرو آزادی‌های فردی و جمعی و ورود آن به قلمرو مداخله دولت اختصاص دارد و صرفاً محدوده مجاز دولت در به کارگیری ابزار کیفر را مشخص و معین می‌کند.

در این بین، اندیشه‌های مختلف، هر یک به فراخور مسالک فکری و فرهنگی، اصول اجتماعی و مبانی فلسفی خویش، همگام و همسو با تحولات و پیشرفت‌های

نوبین علمی، معیارهای خاصی را در جرم‌انگاری مدنظر داشته‌اند و ضمن وارد نمودن برخی انتقادات به معیارهای پیشین، در بسط و توسعه و ترمیم نقاط ضعف آن‌ها کوشش نموده‌اند. اما تمامی این اصول و معیارها دارای نقاط اشتراک فراوانی با یکدیگر می‌باشند که می‌توان آن‌ها را در قالب ۳ اصل منع ضرر، قانون‌گرایی اخلاقی و رفاه اجتماعی خلاصه نمود. هم‌چنین از اصل پترنالیسم<sup>۴</sup> می‌توان به عنوان مکمل اصول یادشده نام برد.<sup>۵</sup> این‌گونه معیارهای اصلی جرم‌انگاری حقوق جزا در قلمرو رحم جایگزین، کارکرد ویژه و منحصربه‌فردی دارند که متهافت و متمایز از تأثیر آن‌ها در سایر روابط و مناسبات عادی و معمول اجتماعی و انسانی می‌باشد. بر این اساس، در این بخش ضمن معرفی معیارهای مذکور، نقش آن‌ها را در توجیه مداخله دولت در قلمرو رفتارهای مرتبط با جایگزینی رحم بیان شده است:

### ۱- اصل منع ضرر<sup>۶</sup>

اصل منع ضرر اولین بار در ادبیات مکتب لیبرال و به ویژه نظریه سود انگاری توسط «استوارت میل» در تبیین و توجیه مداخله دولت در حریم آزادی‌های شهروندان، به منزله مهم‌ترین معیار تحدید آزادی آن‌ها به کار گرفته شد و سال‌ها بعد نیز افرادی مانند «هارت» و «پارکر» از این اصل بر مبنای اندیشه فایده‌مندی حمایت نمودند. در این دیدگاه، تنها مجوز دولت به منظور مداخله در آزادی‌های شهروندان و توسل به قوای قهریه و اجبار در برابر افراد جامعه، بازداشتن آن‌ها از ضرر و آسیب رساندن به دیگران است. به اعتقاد حامیان این اصل، مصلحت جسمی یا اخلاقی فرد به تنهایی نمی‌تواند توجیه و تضمین کافی در این زمینه باشد (استوارت، ۱۹۹۹م، ص ۲۵). به عبارتی، تنها دلیل قابل قبول و موجه در مورد واکنش کیفری در قبال اعمال افراد جامعه آن است که چنین رفتاری اسباب

آسیب و صدمه زدن به دیگران را فراهم بیاورد. اما برای کاستن از دخالت بی‌اندازه دولت و تضمین حداکثر آزادی در راستای تأمین مصالح شهروندان، لازم است تا برای میزان و شدت ضرر به عنوان ملاک جرم‌انگاری در این اندیشه، معیار مشخص و مضبوطی تعیین شود، زیرا چه‌بسا هر نوع رفتار آدمی می‌تواند متضمن ضرر به دیگری باشد.

## ۲- اصل قانون‌گرایی اخلاقی<sup>۷</sup>

اخلاق‌گرایی قانونی رویکردی است که علاوه بر صورت‌های قبلی، رفتار افراد را به دلیل مغایرت با ارزش‌های برتر افراد جامعه مذموم و قابل جرم‌انگاری می‌داند. در تبیین این معیارهای برتر، دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد. بدین منوال در نیمه قرن بیستم در مقام تعیین و معرفی منافع و ارزش‌های برتر مذکور، به تبع مناظرات وسیع «دولین» و «هارت» و پیروان این دو، تقابل میان دیدگاه‌های صرفاً اخلاقی و نظریات معتدل‌تر به وضوح تبیین شده است (آشورث، ۲۰۰۶ م، ص ۴۰؛ ویلسون، ۲۰۰۲ م، ص ۳۷).

در سلسله‌مراتب اجتماعی، ارزش‌های زندگی جمعی را می‌توان بر مبنای فاکتورهای متفاوتی تقسیم‌بندی نمود. در این میان حقوق جزا نیز با ابزار جرم‌انگاری، به کنترل رفتارها و در نتیجه به تولید ارزش‌ها و هنجارهایی دست می‌زند که خط‌مشی‌ها و راهبردهای حاکم بر مسائل اجتماعی، سیاسی و اقتصادی جوامع، رعایت آن‌ها را ضروری و ارزشمند تلقی می‌کنند (فارویزر، ۲۰۰۴ م، ص ۱۲۴). به طور کلی به نظر می‌رسد، ارزش‌هایی که تئوری اخلاق‌گرایی قانونی به دنبال حراست از آن‌ها با ابزار جرم‌انگاری می‌باشد، به انواع عقل محور، وحی محور یا انسان محور تقسیم می‌شوند (استون جان، ۲۰۰۲ م، ص ۸۷).

موازن اخلاقی و آموزه‌های دینی و مذهبی از مهم‌ترین این ارزش‌ها می‌باشند. هرچند برخی (به ویژه طرفداران عقیده آزادی فردی) عموماً بر این عقیده‌اند که دولت می‌بایست نسبت به موضوعات اخلاقی و مذهبی بی‌طرف باشد، اما عقیده عمومی و غالب در این باب آن است که قانون، پیوسته بر اساس برداشت عمومی از اخلاقیات است و همه قوانین، نشان‌دهنده اصول اخلاقی هستند. هم‌چنین از دین و اصول مذهبی به عنوان قوی‌ترین نیروی انحصاری جامعه یاد می‌شود. به عنوان نمونه، قانون جزای فعلی ایالات متحده آمریکا تا حدود زیادی از اصول اخلاقی موجود در انجیل و نظریات کلیساها نشات می‌گیرد (اسچ جان، ۲۰۰۱م، ص ۱۳۲).

بدین روی، نحوه کارکرد دستگاه قانون‌گذاری در حیطة به‌کارگیری ابزار کیفر و جرم‌انگاری رفتارها از همبستگی فراوانی با ایدئولوژی و طرز نگرش دولت‌ها در موضوعات اجتماعی، اخلاقی و مذهبی برخوردار می‌باشد که به تناسب از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت است و در هر کشور، سیستم قانون‌گذاری به تناسب ارزش‌های مذهبی، اخلاقی و اجتماعی موجود در سطح جامعه، اصول و تدابیر خاصی را به عنوان سرلوحه عمل خویش در تدوین سیاست تقنینی کیفری مطلوب و مناسب برای جامعه خود برمی‌گزیند.

### ۳- اصل رفاه<sup>۸</sup>

در زمره بدیهی و عمده‌ترین اصول و مبانی جرم‌انگاری اعمال افراد، اصل دفاع از منافع و مصالح عمومی (اصل رفاه) است، تا جایی که می‌توان نقش حقوق کیفری را در تأمین ضابطه‌مند و نهادین نظم اجتماعی یعنی نظمی که برای تداوم و بقای جامعه ضرورت دارد، خلاصه نمود. بر این مبنا، اندیشمندان و حقوق‌دانان یکی از اصول محدودکننده آزادی را اصل نفع‌رسانی به دیگری می‌دانند که عمل



به آن برای تدارک و فراهم نمودن منافع سایر اشخاص، جز فردی که آزادی یا حقوق او محدود شده، ضروری است. بر این اساس، اصل رفاه را می‌توان به پاسداری و حمایت کردن از وابستگی‌های اساسی ملت، نظیر حفظ و مراقبت از ایمنی، سلامت، توانایی و امکان در پی گرفتن سبک زندگی شخصی به انتخاب خود فرد تعریف نمود (لزی، ۲۰۰۳م، ص ۱۰۴). بدین‌سان حتی زمانی که آسیب‌های مذکور مستقیماً متوجه فرد معین است، عملی ضد اجتماعی تلقی می‌شوند، به دلیل آنکه به نظمی که جامعه برقرار کرده است، آسیب می‌زنند (رز، ۱۹۷۹م، ص ۴۲۵). زیرا ورای منافع خصوصی بزه‌دیدگان اصلی جرایم، منافع و ارزش‌های اجتماعی نیز آسیب می‌بینند، از این رو حتی زمانی که اقدامات مجرمانه، منافع خصوصی اشخاص را مورد تعدی و تجاوز قرار می‌دهند، این‌گونه اعمال به دلیل آن که نظام اجتماعی را مخدوش ساخته‌اند و خطوط قرمز و هنجارهای حاکم بر اجتماع را زیر پا گذارده‌اند، ضداجتماعی تلقی می‌شوند.

لزوم رعایت نظم عمومی و حفظ نظام اجتماعی، مهم‌ترین عرصه‌ای است که اصل رفاه در آن به فعالیت می‌پردازد. نظم عمومی عبارت است از: لزوم تأمین مصالح و منافی که برای حفظ نظام اجتماعی ضروری هستند (کاتوزیان، ۱۳۸۵ ش، ص ۵۱). قاعده نظم عمومی را اخلاق، مذهب، ساختار اقتصادی، نظام حقوقی و سیاسی و فرهنگ ملی در هر قوم فراهم می‌آورد. چنان‌که نظام جامعه سرمایه‌داری با سوسیالیستی یکسان نیست، چرا که قواعد و ارزش‌های مبنای نظم در آن‌ها گوناگون است (شنفیلد و دیگران، ۲۰۰۵م، ص ۲۰).

به طور کلی تمامی امور مربوط به منافع عمومی و مصالح اجتماعی در حیطة قلمرو نظم عمومی جای می‌گیرند و عوامل مخل در این موضوع که سبب آسیب

به جامعه می‌شوند، خلاف مصالح و نظم عمومی محسوب می‌شوند و آن‌ها را می‌توان بر مبنای اصل رفاه، مورد جرم‌انگاری قرار داد.

### ج- اصول جرم‌انگاری حقوق جزا و رحم جایگزین

پس از تبیین و تشریح اجمالی معیارهای جرم‌انگاری، نوبت به تطبیق این معیارها با فرآیند رحم جایگزین و ناهنجاری‌های آن می‌رسد، تا کاربرد این اصول در جرم‌انگاری موضوعات موردنیاز در قلمرو رحم جایگزین مشخص شود. بنابراین این بخش، در مقام پاسخ‌گویی به این پرسش خواهد بود که اگر در حوزه جایگزینی رحم، نیاز به جرم‌انگاری برخی رفتارها احساس شود، براساس کدام یک از معیارهای جرم‌انگاری می‌توان به توجیه تحدید آزادی‌های افراد جامعه پرداخت و هر یک از این اصول چه نقشی در این زمینه خواهند داشت؟

#### ۱- اصل ضرر و جایگزینی رحم

اصل ضرر، مداخله دولت در آزادی‌های فردی و اجتماعی مردم جامعه را محدود به مواردی می‌کند که بر اثر اعمال زیان‌بار اشخاص به دیگر افراد جامعه ضرر وارد آید. در این دیدگاه، صرف بهره‌مندی از رحم جایگزین را نمی‌توان مورد جرم‌انگاری قرار داد. زیرا رحم جایگزین در زمره روش‌های نوین درمان ناباروری محسوب می‌شود که واجد مزایا و منافع مختلف و فراوانی برای زوجین نابارور و استفاده‌کنندگان از این شیوه درمانی می‌باشد. در پرتو این شیوه درمانی، زوجین نابارور به آرزوی دیرینه خویش مبنی بر بچه‌دار شدن دست می‌یابند و بسیاری از مشکلات روحی و روانی ناشی از ناباروری آن‌ها ریشه‌کن می‌شود. به عبارت دیگر، جایگزینی رحم، تکنیکی سودرسان در درمان ناباروری می‌باشد، به طوری که، میزان موفقیت و بارداری به این شیوه رضایت‌بخش و قابل قیاس با IVF تلقی

می‌شود (بکمن، ۲۰۰۵م، ص ۲۱). بنابراین، جرم‌انگاریِ نفسِ بهره‌مندی از رحم جایگزین بر مبنای اصل ضرر، غیر ممکن و منتفی می‌باشد.

در رابطه با چالش‌ها و ناهنجاری‌های ناشی از رحم جایگزین لازم به ذکر است، اموری چون منافات این عمل با نظم و اخلاق عمومی و برخی آثار روانی، اجتماعی و پزشکی بارشده بر آن نمی‌تواند مجوز استناد به اصل ضرر در جرم‌انگاری این ناهنجاری‌ها قرار گیرد. زیرا در این موارد هیچ‌گونه آسیب و ضرری متوجه دیگری نمی‌شود، مگر این‌که مفهوم ضرر را در معنای موسع آن در نظر گرفته و شامل تمامی ضررها از جمله ضررهای بالقوه نیز بدانیم که چنین تفسیری از اصل مذکور با توجه به لزوم وجود ادله کافی در تحدید آزادی‌های فردی امری بعید است. لیکن در مورد برخی دیگر از آثار و پیامدهای ناشی از جایگزینی رحم می‌توان به اصل ضرر تمسک جست و آن‌ها را دستاویزی برای توجیه مشروعیت مداخله دولت در آزادی‌های فردی و اجتماعی مردم جامعه و جرم‌انگاری اعمال زیان‌بار آن‌ها به حساب آورد.

از نظر روانی در چهارچوب به کارگیری این روش درمانی، مادر جایگزین در معرض برخی معضلات و اختلال‌های روانی قرار می‌گیرد. مادر جانشین ممکن است تا سال‌ها با آثار روانی ناشی از ترک نوزاد خود زندگی کند (پالمر، ۲۰۰۵م، ص ۵). البته عقاید و نظریات گوناگون و اغلب متناقضی در این باره ارائه شده است. برخی تحقیقات صورت گرفته در این زمینه، احتمال وقوع آسیب‌های روحی و روانی را متعاقب بهره‌مندی از رحم جایگزین مورد توجه قرار داده‌اند (راگون، ۱۹۹۴م، ص ۵۲). در این راستا هرچند اکثریت مطالعات صورت‌گرفته نشان می‌دهد مادر جانشین پس از تحویل نوزاد با مشکلات خاصی از لحاظ روحی و روانی مواجه نمی‌گردد و در حقیقت، بر تجارب مثبت و سازنده این شیوه درمانی اشاره و

تأکید بیش‌تری داشته‌اند (بریتیش مدیکال اسوسییشن، ۱۹۹۶م، ص ۵۷)، اما برخی محققان معتقدند «تماس پوستی، چشمی و شیر دادن با رهاسازی همزمان هورمون اکستئوین،<sup>۹</sup> ضمن تسهیل رابطهٔ زیستی بین مادر و فرزند، سبب ایجاد علاقه برای تماس‌های بعدی به منظور تأمین سلامت آن‌ها می‌شود. در نتیجه، تحویل نوزاد ممکن است افسردگی و مشکلات روحی و روانی خاصی را در بانوی اهداکننده رحم به وجود آورد. اندیشه و تفکر مذکور در بعضی مواقع سبب وابستگی هر چه بیش‌تر مادر و جنین می‌گردد» (چلوتاکیس و دیگران، ۲۰۰۳م، ص ۱۷)، تا جایی که ممکن است مادر از تحویل نوزاد به والدین اصلی امتناع نماید. از سوی دیگر، در برخی موارد که نوزاد حاصل، باب میل زوجین متقاضی نیست (خواه به دلیل نقایص جسمانی، عقب‌ماندگی ذهنی، تشخیص ناتوانی پیش از زایمان یا هر عامل دیگر)، ممکن است والدین اصلی در پذیرش کودک مردد شوند و سرباز زنند. عدم تحویل کودک به زوجین یا امتناع از تحویل گرفتن نوزاد توسط آن‌ها، در هر دو حالت برخلاف توافق صورت گرفته میان طرفین قرارداد می‌باشد و این موضوع طرف مقابل را متحمل ضرر می‌کند. در واقع، از یک سو، هدف اصلی از انعقاد قرارداد جایگزینی، دستیابی به نوزاد می‌باشد که در صورت شکست در این فرآیند، ضررهای هنگفتی از لحاظ مادی و معنوی متوجه زوجین متقاضی می‌شود. از سوی دیگر نیز مادر جانشین تا زمانی معین (اغلب بلافاصله پس از به دنیا آوردن کودک) متعهد بر نگه‌داری وی شده است و ادامهٔ این روند تا زمانی نامعلوم، به هر دلیلی که باشد، برخلاف توافق طرفین است و هزینه‌های منفی ناخواسته‌ای را به مادر جانشین و خانواده‌اش تحمیل می‌نماید که این امر موجبات اضرار وی و خانواده‌اش را فراهم می‌آورد.

براین اساس مستنبط از «بند ب قسمت ۴ قانون ایالت ایلینویز آمریکا»<sup>۱۰</sup> قانون‌گذار هیچ‌گونه دوره زمانی را برای مادر جانشین یا شوهر او در نگهداری از طفل، معتبر نشناخته است و بلافاصله پس از وضع حمل، آنان ملزم به تسلیم کودک به پدر و مادر اصلی می‌باشند. ماده ۵-۲۲۷ قانون جزای فرانسه<sup>۱۱</sup> نیز «امتناع از ارائه کودک صغیر به شخصی که حق مطالبه او را دارد» را مستوجب یک سال حبس ساده و یک‌صد و پنجاه هزار یورو جزای نقدی دانسته است.

از نقطه نظر افکار عمومی، مردم در بیش‌تر موارد نسبت به جایگزینی رحم به دیده خوبی نمی‌نگرند (اتیچ کامیته ریپورت، ۲۰۰۳م، ص ۱۱۲۴). از این رو، طرفین قرارداد به منظور مصون ماندن از تبعات منفی و نگرش سوء مردم جامعه و افکار عمومی نسبت به شخصیت، هویت و زندگی کودک و خانواده‌هایشان و جلوگیری از وقوع تعارض و اختلال هویت در طفل، تمایل زیادی دارند تا تمامی روند انجام این شیوه درمانی به صورت محرمانه و دور از چشم دیگران صورت گیرد. محرمانگی رحم جایگزین اقسام مختلفی دارد و در ارتباط با اشخاص مختلف درگیر در این فرآیند اعمال می‌شود. در ارتباط با کودک، افشای اطلاعات در سنین خاص و تحت شرایط ویژه‌ای پذیرفته شده و به نوعی حتی مورد تأکید است (مک کالوم و دیگران، ۲۰۰۳م، ص ۱۳۳۴). اما در ارتباط با سایر اشخاص جامعه به نظر می‌رسد، بهتر است زمان درمانی به طور محرمانه انجام پذیرد. بدین ترتیب اشخاصی که اطلاعات و اسرار بیماران را فاش می‌نمایند یا محرمانگی فرآیند جایگزینی رحم را نقص می‌کنند، مرتکب عمل نابه‌هنجاری می‌شوند که ضرر و زیان فراوانی را از بعد روحی و روانی متوجه افراد مداخله‌کننده در این شیوه درمانی می‌نماید. از این رو به استناد اصل ضرر می‌توان اقدامات آنها را مورد جرم‌نگاری قرار داد.

بدین منوال هم‌چنین برخی آثار و مقدمات موردنیاز به منظور بهره‌مندی از رحم جایگزین ممکن است از لحاظ علمی و پزشکی، تبعات و ناهنجاری‌های ناگواری را به همراه داشته باشد. در برخی موارد ممکن است جنین‌های اضافی در رحم مادر جانشین به طور ناخواسته و برخلاف توافق طرفین به وجود بیایند یا به رحم وی انتقال داده شوند. از این رو مادر جانشین، والدین متقاضی یا سایر اشخاص ممکن است به این دلیل یا به دلایل غیردرمانی، نقص خلقت طفل یا سایر عوامل، نسبت به سقط و از بین بردن جنین اقدام نمایند. در صورتی که قائل بر این نظریه شویم که جنین‌های موجود در رحم مادر وجود مستقلی نداشته و زندگی آن‌ها وابسته به وجود مادر می‌باشد، از بین بردن این جنین‌ها مصداق بارز آسیب و ضرر و زیان به مادر جانشین می‌باشد و می‌توان با توسل به اصل ضرر این عمل را مورد جرم‌انگاری قرار داد. البته این امر منوط به تتبع در فلسفه حقوق جزا پیرامون موضوع سقط جنین می‌باشد. موضوع زمانی پیچیده‌تر می‌شود که مادر جانشین یا والدین بیولوژیک، اقدام به سقط و از بین بردن جنین بنمایند. در صورتی که مادر جانشین اقدام به سقط جنین بنماید، در وضعیتی که وجود جنین را وابسته به وجود مادر در نظر بگیریم، جرم‌انگاری این رفتار بر مبنای اصل ضرر غیر ممکن می‌شود. در غیر این صورت، در حالتی که وجود جنین را به صورت مستقل و مجزا از وجود مادر در نظر بگیریم، با منتفی شدن فرض ورود ضرر به مادر، موضوع از حیطة اصل ضرر خارج می‌شود. اما در این بین، نظریهٔ سومی را نیز می‌توان مطرح نمود که بر مبنای آن، در صورتی که براساس قرارداد منعقدشده جنین را متعلق به زوجین متقاضی بدانیم و مادر جانشین را تنها به عنوان میزبانی برای وی به حساب بیاوریم که براساس قرارداد تا مدتی جنین را در رحم خویش نگه‌داری می‌نماید و پس از زایمان به والدین اصلی‌اش تحویل

می‌دهد، در واقع، مالکیت جنین متعلق به زوجین متقاضی است و حتی اگر وجود جنین را به طور مستقل از مادر هم در نظر بگیریم، سقط جنین در این فرض به حقوق والدین متقاضی آسیب می‌زند و زمینه استناد به اصل ضرر در جرم‌انگاری در این وضعیت فراهم می‌شود. در حالت سقط جنین به وسیله والدین بیولوژیک نیز چنین تفصیلی قابل طرح است.

بنابراین در حالتی که وجود جنین را وابسته به وجود مادر در نظر بگیریم می‌توان به اصل ضرر در مداخله کیفری در این باره تمسک جست و در غیر این صورت، موضوع سقط جنین بر مبنای اصل ضرر از دایره مداخله حقوق جزا خارج می‌شود. البته در تمامی این موارد باید موارد درمانی و حالاتی که ادامه روند بارداری، سلامت مادر جانشین را به مخاطره می‌اندازد از حیطة مداخله حقوق جزا مبرا و مجزا دانست. علاوه بر این، موضوعاتی از قبیل بارداری چندقلویی، از بین بردن جنین‌های اضافی یا اصدار گواهی ولادت برای نوزاد حاصل از رحم جایگزین<sup>۱۲</sup> مشکلاتی را به میان می‌آورد. به عنوان نمونه ممکن است مادر جانشینی که بر اثر فرآیند جایگزینی، نوزاد دوقلویی به دنیا آورده است، از تحویل یکی از بچه‌ها امتناع نماید. بر این اساس، در این قبیل موارد که مورد بررسی قرار گرفت با عنایت به قطعی بودن ورود ضرر و آسیب به طرفین قرارداد رحم جایگزین، کودک یا اشخاص ثالث، مداخله حقوق کیفری در قلمرو آزادی‌های فردی و اجتماعی افراد جامعه و اشخاص مشارکت‌کننده در این روش درمانی، به استناد اصل منع ضرر، امری ضروری و گریزناپذیر می‌باشد.

## ۲- اصل قانون‌گرایی اخلاقی

با عنایت به فواید و منافع متصور از شیوه درمانی رحم جایگزین برای زوجین نابارور، به نظر نمی‌رسد نفس بهره‌مندی از رحم جایگزین در قلمرو حقوق جزا جای بگیرد. البته در این زمینه باید این نکته را مدنظر داشت که پذیرش اصل شیوه درمانی رحم جایگزین بر مبنای این رویکرد، همبستگی فراوانی با مصالح و ارزش‌های خاص پذیرفته‌شده در بطن هر جامعه دارد. بنابراین، این‌گونه پدیده‌های نوین علمی در جوامع مختلف، در بدو امر، تحت نظارت ارزش‌ها و آرمان‌های اخلاقی و مذهبی نظام اجتماعی قرار می‌گیرند و به دقت، بررسی و بازبینی می‌شوند تا در خصوص جواز یا ممنوعیت آن‌ها تصمیم‌گیری شود. به طور کلی واکنش اخلاقی نسبت به موضوعات نوظهور معمولاً به سمت‌وسوی عدم پذیرش و رضایت میل می‌کند. در برابر این‌گونه تحولات و ابداعات علمی، ارزش‌های جمعی معمولاً واکنشی تدافعی و نظام‌مند همراه با اعتراض‌های هدفمند اتخاذ می‌نمایند تا با بررسی و بازبینی ابعاد و زوایای مختلف این‌گونه ابداعات نوین علمی در پرتو ارزش‌های نهادینه‌شده در بطن جامعه نسبت به آن تجدیدنظر نمایند. از نقطه نظر اخلاقی، بدون شک، یکی از مهم‌ترین و اساسی‌ترین دلایلی که منتقدان جایگزینی در توجیه عقاید و افکار خویش مطرح می‌نمایند، آن است که در چنین توافقی جسم و جان انسان موضوع معامله قرار می‌گیرد و منافع آن با پول مبادله می‌شود. بدین جهت بسیاری از زنان تنها به دلیل مشکلات مالی و اقتصادی و بدون شناخت و آگاهی از مخاطرات فرآیند رحم جایگزین در آن مداخله می‌نمایند. چنین رابطه‌ای ممکن است اسباب و مقدمات سوءاستفاده و بهره‌برداری مادی از زنان را ایجاد نماید. زیرا در این فرآیند از یک سو برخی زنان به واسطه فقر مالی و کسب درآمد برای خود و خانواده، از حق



انتخاب و رضایت خویش به صورت آگاهانه و آزادانه صرف‌نظر می‌نمایند و از سوی دیگر، به طمع کسب درآمد، تمامی مخاطرات جسمانی، روانی و مالی را به جان می‌خرند (اندرسون، ۱۹۹۰م، ص ۴۳). بی‌جهت نیست که گروهی بر این باورند که، امروزه مورد معامله قرار دادن قدرت باروری یا رحم زنان در واقع نوعی بازگشت متقلبانه و فریبکارانه به دوران برده‌داری با زبان استعمار نو می‌باشد که فقط منافع یکی از طرفین معامله مدنظر قرار گیرد و برای منافع طرف دیگر ارزشی قائل نیستند (ان.اس.ام لاو ریفرم کامیته ریپورت، ۱۹۹۸ م، ص ۵۲).

از منظر مذهبی نیز ارزیابی دینی و مذهبی از تکنیک‌های کمک باروری براساس برداشت ژرف و عمیق از متون پیچیده هرمونوتیک مذهبی به ویژه کتب الهی صورت می‌گیرد (فرخ، ۲۰۱۰م، ص ۴۹). در بین مسلمانان، رحم جایگزین از سوی فقهای سنی مجاز شمرده نمی‌شود. با وجود فتوای شورای فقه در سال ۱۹۴۸ در خصوص جواز بهره‌مندی از نوع خاصی از جایگزینی رحم، این شورا در سال ۱۹۸۵ استفاده از رحم جایگزین را ممنوع اعلام نمود. در شریعت اسلام درمان ناباروری با مواد غیر حرام مورد پذیرش و تشویق است و چه بسا اگر در برگیرنده تداوم تولیدمثل و ناباروری در زوجین باشد، لازم و حیاتی است (گاد الهاک، ۱۹۸۰م، ص ۳۲۱۳). بر این مبنا، مشروعیت بهره‌مندی از رحم جایگزین در هر جامعه تابعی از مصالح و آرمان‌های اخلاقی و مذهبی آن جامعه می‌باشد. از این رو، مذاهب و جوامع مختلف، نگرش و دیدگاه‌های مختلفی را در مورد این شیوه درمانی اتخاذ نموده‌اند.

ارزیابی‌هایی که پیش از این به عمل آمد، بیان‌گر آن است که به طور کلی جایگزینی رحم به عنوان شیوه‌ای مطلوب و پسندیده در درمان ناباروری زوجین پذیرفته شده است و مغایرتی با مصالح و ارزش‌های اجتماعی، اخلاقی و مذهبی

جامعه نخواهد داشت. البته عقاید مخالفی نیز در این زمینه وجود دارد که این امور را تقبیح می‌نمایند. اکثر این‌گونه عقاید و نظریات از غیرطبیعی و منحصر به فرد بودن این فرآیند نوین علمی و زیستی نشأت می‌گیرد. زیرا تلقی این قشر از جامعه بر مبنای فرآیند طبیعی و مرسوم مستحذات شکل می‌گیرد و در بدو امر، از درک و شناخت ترکیب پیچیده عناوین غیرطبیعی و خاص، قاصر و عاجز است. به نظر می‌رسد واکنش متناقض و اغلب منفی ادیان و مذاهب گوناگون نیز از این امر و هم‌چنین خلط فرآیند جایگزینی رحم با مسائلی چون نقص حیثیت و کرامت انسانی و زیرپا گذاردن اصول و موازین مذهبی و دینی و به طور خلاصه شک و تردید پیرامون نقش جایگزینی رحم در تعرض و تعدی به ارزش‌های مذکور ناشی می‌شود.

باید توجه داشت که در زمینه دآوری اخلاقی در مورد رحم جایگزین، اهداف مادر جانشین از انعقاد این قرارداد نقش مهمی را ایفا می‌نماید. انگیزه تجارت و کسب و کار با این روش درمانی در اکثر جوامع، امری مذموم و خلاف ارزش‌های انسانی و اجتماعی است، ولی نیت خیرخواهانه و نوع‌دوستانه که ناظر بر نجات یک زوج نابارور از درد و رنج نازایی می‌باشد، مسلماً امری مطلوب، پسندیده و منطبق بر ارزش‌های اجتماعی و اخلاقی است. مطالعات صورت گرفته نشان‌دهنده آن است که نیت نوع‌دوستی و خیرخواهانه در این روش درمانی نسبت به انگیزه‌های تجاری و اقتصادی ارجحیت دارد. بنابراین باید تنها در راستای ترویج جایگزینی نوع‌دوستانه گام برداشت و پرداخت مالی به مادر جایگزین تا حدی باشد که بتوان آن را به عنوان جبران زمان، تلاش، هزینه و از کارافتادگی وی در نظر گرفت و نه به عنوان عاملی اغواکننده برای پذیرش این مسؤولیت (استین چوک، ۲۰۰۴، ص ۲۵۵).

اندیشمندان و صاحب‌نظران در سراسر دنیا در مورد غیر اخلاقی بودن تجارت با رحم جایگزین و خرید و فروش آن تا حدود زیادی اتفاق نظر دارند و تقریباً تمامی کشورهای توسعه‌یافته، فروش رحم اجاره‌ای را ممنوع نمودند و تنها اهدای نوع‌دوستانه و خیرخواهانه را مجاز دانسته‌اند (ریلی، ۲۰۰۷م، ص ۲۲۹). به عنوان نمونه در انگلستان تنها شیوه قانونی رحم جایگزین، نوع انسان‌دوستانه و خیرخواهانه آن است و استفاده از روش تجاری مجاز نیست. در این زمینه «ماده ۳ قانون جنین‌شناسی و تلقیح انسانی مصوب ۱۹۹۰»<sup>۱۳</sup> تنها هزینه‌هایی را که مادر جانشین در ارتباط با ترتیبات جانشینی متحمل شده است قابل پرداخت می‌داند و پرداخت مازاد بر آن به عنوان جرم محسوب شده است، مگر با اجازه دادگاه. به موجب قوانین کانادا نیز پرداخت یا پیشنهاد هرگونه وجهی به یک زن برای استفاده از رحم او جرم شناخته شده است.

برخی چالش‌ها و ناهنجاری‌های برخاسته از رحم جایگزین، ابهاماتی را در زمینه ضرورت مداخله حقوق کیفری بر مبنای اصل اخلاق‌گرایی قانونی در این شیوه درمانی برانگیخته است. به طور کلی، جایگزینی رحم با موضوعات اساسی مربوط به ماهیت، ارزش و کرامت انسانی پیوند خورده است. با شیوع جایگزینی رحم، دور از ذهن نیست، عده‌ای از زنان مستمند و نیازمند به دلیل معضلات اقتصادی و فقر مالی جهت کسب درآمد و تمتع مالی بدین تجارت پرسود روی آورند و علی‌رغم عدم رضایت ظاهری، انگیزه‌های مادی آن‌ها را به این ورطه سوق دهد. افزون بر این، برخی اعمال غیر قانونی و مجرمانه نیز در این زمینه مانند خرید و فروش و قاچاق زنان، رونق و شدت فزاینده‌ای خواهد داشت. این‌گونه نگرش مادی‌گرایانه و کالاگونه صرف به این ابداع علمی سبب می‌شود برخی آن را راهی برای کسب درآمد زنان تلقی نمایند، به طوری که امروزه در برخی کشورها

تبلیغات رحم جایگزین در روزنامه‌ها مشاهده می‌شود و در میان سایت‌های اینترنتی مانند «فیس‌بوک» نیز رواج یافته است. در این راستا، هرگونه تحریک، تسهیل و تبلیغات در مورد رحم جایگزین که به ترویج و گسترش هرچه بیش‌تر تجاری‌شدن این فرآیند درمانی می‌انجامد نیز مغایر ارزش‌های اخلاقی و شأن و حیثیت انسانی می‌باشد. بدین ترتیب «ماده ۲ قانون ترتیبات مادر جانشینی انگلیس مصوب ۱۹۸۵»،<sup>۱۴</sup> «هر شخص حقیقی یا حقوقی را که برای دریافت مبلغی پول، قرارداد جانشینی را برای طرفین تنظیم یا وقوع آن را تسهیل کند» مجرم شناخته و در ماده ۳ «تبلیغات برای ترتیبات مادر جانشینی را به صورت آگهی در روزنامه یا سایر رسانه‌ها یا توزیع این قبیل آگهی‌ها» را ممنوع و جرم‌انگاری نموده است که طی ماده ۴ این قانون برای مرتکبان این جرایم، مجازات در نظر گرفته شده است. «ماده ۲۱۸-۲۵ قانون ایالت آریزونا»<sup>۱۵</sup>، «قانون والدین جانشین کوئیزلند مصوب ۱۹۸۸» و «قانون مجازات فرانسه»<sup>۱۶</sup> نیز از چنین رویکردی پیروی نموده‌اند. در کانادا نیز «اقدام به ارائه هرگونه آگهی، فراهم ساختن مقدمات چنین عملی و مشاوره دادن به هر شخص کم‌تر از بیست و یک سال در این زمینه»، جرم می‌باشد.

سید شیخ، محمدصادق جمشیدی‌راد

### ۳- اصل رفاه

خانواده کانونی گرم، صمیمی و مملو از عاطفه و محبت می‌باشد که روابط آن بر مبنای صداقت و مهرورزی شکل می‌گیرد و در زمره مهم‌ترین امیال و آرزوهای آن تولید فرزند و تداوم نسل می‌باشد. اما ورود جایگزینی رحم به روند تولیدمثل در خانواده، این چرخه طبیعی را که از وجود پر حرارت و محبت مادر نشأت می‌گیرد را دچار اختلال می‌سازد و به مثابه نقض حریم انحصاری خانواده و تعرض

به روابط عاطفی ایشان می‌باشد. در واقع، ظهور چنین پدیده مصنوعی و غیرطبیعی و این‌گونه مناسبات عاطفی و انسانی موجب اختلال در روابط خانوادگی می‌شود و کانون خانواده را به سردی می‌گراید. بدین ترتیب زنانی که مایل به ازدواج نیستند یا مایل به برقراری ارتباط جنسی با مردان نمی‌باشند یا مایل نیستند درد و رنج بارداری را تحمل نمایند از این شیوه استفاده می‌کنند (اسمیت، گتورگ، ۲۰۰۵م، ص ۱۵۸). بنابراین می‌توان قائل بر این نظر شد که جایگزینی رحم، سبب تنزل کرامت و شأن انسانی و بی‌نظمی‌های اجتماعی و اخلاقی می‌شود. فراهم آمدن امکان بارداری و برخورداری از نعمت فرزند، بدون تشکیل خانواده و رابطه زناشویی زوجین، موجب دلسردی جوانان نسبت به تشکیل کانون مقدس خانواده می‌شود و در این مسیر، دستاوردی جز فراری شدن قشر سازنده جامعه از زیر بار تکالیف و مسؤولیت‌های خطیر آن‌ها در آینده، عاید جامعه نخواهد شد. پس از ازدواج و تشکیل زندگی زناشویی نیز، رواج این امر موجب کاهش میل و تماس جنسی زوجین نسبت به یکدیگر می‌شود و جدایی و ناامیدی روزافزون آن‌ها از زندگی مشترک با همدیگر را رقم می‌زند. هم‌چنین فرزند حاصل ممکن است خصوصیات و ویژگی‌های موردنظر زوجین را به همراه نداشته باشد که این امر روابط حسنه در چهارچوب زندگی زناشویی زوجین را دچار اختلال می‌سازد. از این رو برخی معتقدند رحم جایگزین بر خلاف نظم عمومی و منافع اجتماعی می‌باشد و از تعهدات و ترتیبات آن به فحشای در تولید مثل تعبیر می‌کنند (آرنستین، ۱۹۸۸م، ص ۸۳). بدین ترتیب مجموعه قوانین بسیاری از کشورها قرارداد رحم جایگزین را به استناد مغایرت با نظم عمومی و مصالح اجتماعی باطل یا غیر قابل اجرا اعلام نموده‌اند. «بخش ۴ قانون ایالات کوئیزلند مصوب ۱۹۹۸» و «بخش ۶۱ قانون ایالت ویکتوریا مصوب ۱۹۹۵»<sup>۱۷</sup> صراحتاً

قرارداد مزبور را باطل یا غیرقابل استناد در محاکم ایالات مذکور اعلام نموده‌اند. مشابه چنین رویکردی را قانون‌گذار فرانسه اتخاذ نموده و قرارداد جایگزینی رحم را به استناد مغایرت با نظم عمومی باطل اعلام نموده است (بل و دیگران، ۱۹۹۸م، ص ۶۷۱).

بی‌تردید نظام حقوقی نمی‌تواند نسبت به این قبیل موضوعات مهم و حساس بی‌تفاوت باقی بماند. شاید با کمی اغماض بتوان برخی ایرادات فوق را در مورد جایگزینی تجاری پذیرفت، اما در رابطه با جایگزینی غیرتجاری (نوع دوستانه) به هیچ وجه اشکالات مذکور را نمی‌توان وارد دانست. انگیزه‌های نیکوکارانه و نیت خدایسندانه در این حالت از جایگزینی، سبب مصون ماندن آن از شر آفات و آسیب‌های جایگزینی تجاری می‌شود. بی‌تردید، این شیوه درمانی که با انگیزه‌های والا و متعالی و با هدف رفع نیازمندی‌های انسان و محرومیت‌زدایی از اجتماع صورت می‌گیرد را نمی‌توان با مفاهیم پست و سخیفی چون بهره‌کشی و استثمار دیگران یا کلیه فروشی برابر و یکسان دانست.

هنگامی که زوجین نابارور با درک و شناخت کامل و منطقی نسبت به اوضاع و احوال نامساعد خویش تصمیم به استفاده از رحم جایگزین می‌گیرند، بدون شک نوزاد حاصل از درمان را نیز با علاقه فراوان در آغوش باز و پر محبت خویش می‌پذیرند. در واقع به تبع این سخن کهن که «هیچ انسانی کامل نمی‌باشد»، هیچ کودکی نیز وجود ندارد که به طور کامل از تمامی خصیصه‌های مدنظر والدین خود برخوردار باشد، بلکه تنها گرمای محبت و عاطفه‌ای که طفل به خانواده می‌بخشد و فضای خانواده را سرشار از امید و نشاط می‌کند، هزاران برابر بیش از جنبه‌های ظاهری آن برای پدر و مادر واجد اهمیت می‌باشد. بدین ترتیب با در نظر گرفتن تدابیر کامل و مؤثر علمی و پزشکی، چه بسا در بارداری طبیعی نیز

کودک ممکن است معلول و ناقص‌الخلقه وجود بیاید یا فاقد خصایص مطلوب و دلخواه والدین باشد، در چنین وضعیتی آیا باید بارداری طبیعی را نیز به دلیل مخالفت با منافع عمومی جامعه، خلاف نظم عمومی اعلام نمود؟ بنابراین با معاینات و آزمایش‌های موردنیاز که به صورت دوره‌ای انجام می‌شود، می‌توان خطر ولادت کودک معلول و ناقص‌الخلقه را در این فرآیند کاهش داد. از سوی دیگر، ایجاد نوعی رابطه پولی و مالی و صرف دریافت مبلغی پول را نیز نمی‌توان بهره‌کشی و استثمار دیگران پنداشت، بلکه چنین مناسباتی را می‌توان در چهارچوب روابط اقتصادی و خدماتی عادی مردم جامعه به منظور رفع نیازمندی‌های اساسی خویش مستحیل نمود. بدین‌سان عده‌ای براین باورند که اقدام مادر جانشین یک عمل بصیرتی و سنجیده و از روی حزم و احتیاط است که منتهی به انعقاد قرارداد می‌شود و بدین لحاظ مخالف نظم عمومی و منافع اجتماعی نمی‌باشد (جیلیان داگلاس، ۲۰۰۰م، ص ۵۷).

از این رو، تدوین چهارچوب مطلوب کیفی بر مبنای اصول و مبانی نوین حقوق جزا از عوارض و مفسد اخلاقی و اجتماعی اشاره‌شده جلوگیری می‌نماید و آثار تبعی منفی آن را به حداقل می‌رساند. در این راستا به وسیله مشاوره و تدوین قوانین کیفی، می‌توان بهره‌مندی افراد بدون همسر (دائمی) را از این درمان ممنوع و جرم‌انگاری نمود و امکان استفاده از رحم جانشین را محدود به افرادی نمود که فاقد توانایی و قدرت کافی برای بارداری طبیعی می‌باشند.

#### ۴- پترنالیزم<sup>۱۸</sup> (حمایت‌گرایی قانونی)

علاوه بر اصول و معیارهایی که مورد بحث قرار گرفت، سایر مبانی جرم‌انگاری حقوق جزا نیز در این باب به عنوان معیارهای تکمیلی مورد توجه

است. در زمره این اصول، اصل پدرسالاری، حمایت‌گرایی قانونی یا پترنالیسم قرار دارد. در معنای مصطلح، پترنالیسم عبارت است از، «محدود کردن آزادی فرد به خاطر مصلحت خود مرتکب»، در واقع قانون‌گذار به منظور محافظت فرد از برخی آسیب‌های جسمانی و روانی، آزادی‌های وی را محدود می‌نماید و نقض این ممنوعیت را با مجازات پاسخ می‌دهد. همانند پدری که با رفتار قیم‌آبانه خود هرگاه انجام یا ترک فعلی را به ضرر فرزندان خویش ببیند، مانع از انجام آن می‌شود. بدین ترتیب، نظام کیفری به وسیله جرم‌انگاری اعمال افراد که مضر به حال خود ایشان می‌باشد، وظیفه خویش را به نحو مطلوبی به انجام می‌رساند. عده‌ای بر این باورند که پترنالیسم معمولاً دلیلی مناسب جهت توجیه ممنوعیت کیفری‌ای است که از ایراد ضرر اعم از جسمانی، روانی یا اقتصادی به فاعل آن پیش‌گیری می‌کند (بل، ۱۹۹۸م، ص ۶۷۱).

هرچند برخی به ویژه اندیشمندان لیبرال با این رویکرد به مخالفت پرداخته‌اند و معتقدند که پدرسالاری، محدودکننده استقلال فردی افراد است و نفع و فایده هر شخص در آن است که به مصلحت خویش زندگی کند تا اجبار دیگران و از سوی دیگر نیز تنها محمل اجرای این قانون را جوامع غیرمتمدنی می‌دانند که برای حقوق و آزادی‌های فردی ارزشی قائل نیستند (میل، ۱۹۹۹م، ص ۵۰). در این میان، کاربرد اصل پترنالیسم یا پدرسالاری در ارتباط با فرآیند رحم جایگزین مورد تردید و ابهام است. در واقع، همان‌طور که عنوان شد در طی بهره‌مندی از این شیوه درمانی بر طبق قواعد و ضوابط علمی و پزشکی موردنیاز، آسیب جسمانی به فرد نخواهد رسید و مشکلات احتمالی روانی نیز که در آینده ممکن است گریبان‌گیر مادر جانشین و نوزاد شود، خارج از محدوده فعالیت پترنالیسم می‌باشد.



برخی اعتقاد دارند دولت نباید هیچ‌گونه قرارداد بردگی را داوطلبانه تنفیذ کند زیرا نه تنها پیمان‌هایی که به حقوق سایر اشخاص لطمه وارد می‌نماید باطل‌اند، بلکه قراردادهایی که به موجب آن به خود طرفین قرارداد آسیب وارد آید نیز باطل است (فاینبرگ، ۱۹۹۰م، ص ۶۰۰). اما همان‌طور که عنوان شد صرف بهره‌مندی از رحم جایگزین با عناوینی چون بهره‌کشی و استثمار دیگران متفاوت و عاری از مضرات و آسیب‌های آن‌ها می‌باشد. در این راستا سیاست‌های عمومی دولت‌ها به طور غالب، مخالف مداخلهٔ حداکثری قوای دولتی در آزادی‌های فردی و اجتماعی مردم جامعه است و قوای حاکم نیز تمایل و رغبتی ندارد تا به هر بهانه‌ای در روابط و مناسبات اجتماعی مداخله نماید و بدین ترتیب مشروعیت خویش را زیر سؤال ببرد. بنابراین، با عنایت به بررسی‌های صورت گرفته می‌توان این‌گونه بیان کرد که اصل پترنالیزم، نقش حائز اهمیتی را در عرصهٔ جرم‌انگاری رحم‌جانشین ایفا نمی‌نماید و کاربرد چندانی در این زمینه نخواهد داشت.

### نتیجه‌گیری

بررسی‌های صورت گرفته نشان‌گر آن است که صرف بهره‌مندی نوع دوستانه از رحم جایگزین در قلمرو هیچ یک از اصول محدودکنندهٔ آزادی جای نمی‌گیرد و تنها برخی ابهامات در رابطه با جایگزینی تجاری وجود دارد و در مورد آثار و پیامدهای رحم جایگزین نیز با استفاده از مبانی مذکور می‌توان برخی از چالش‌ها و ناهنجاری‌های ناشی از این شیوهٔ درمانی را مورد جرم‌انگاری قرار داد. تأمل و تدبیر در بررسی‌های صورت‌گرفته نشان‌دهندهٔ آن است که اصول و مبانی جرم‌انگاری حقوق جزا در قلمرو رحم جایگزین نقش و کارکرد متفاوت و متمایزی را ایفا می‌نمایند و عناوین مجرمانهٔ نوینی را در لیست جرایم کیفری قرار می‌دهد.

بدین سان گزینش معیارهای جرم‌انگاری مناسب در بهره‌مندی مطلوب و همه‌جانبه از رحم جایگزین نقش حائز اهمیتی را ایفا می‌نماید.

جرم‌انگاری ناهنجاری‌های ناشی از رحم جایگزین با بهره‌مندی از معیارهای جرم‌انگاری مناسب و الهام‌گیری از قوانین کشورهای مترقی و توسعه‌یافته در این زمینه سبب می‌شود تا با استحاله این پدیده از آثار و پیامدهای منفی و مخرب آن و ایجاد نظام حقوقی هماهنگ و منسجم در این راستا، از یک سو مشروعیت و جواز بهره‌مندی از رحم جایگزین نزد اذهان عمومی مردم جامعه توجیه گردد تا با فراغ بال و آسایش خاطر از آن بهره ببرند و از سوی دیگر نیز زمینه تأثیر و بهره‌برداری مطلوب و کارآمد از این تکنولوژی نوین کمک باروری در درمان زوجین نابارور فراهم آید. بنابراین در وهله نخست، انتخاب معیارهای متناسب و شایسته به منظور جرم‌انگاری چالش‌ها و ناهنجاری‌های برخاسته از رحم جایگزین، نقش حائز اهمیتی را در زمینه جواز، مشروعیت و هم‌چنین کارکرد مطلوب و مناسب رحم جایگزین برای جامعه و نیازمندان به این شیوه درمانی ایفا می‌نماید. در گام بعدی نیز، در راستای تدوین قوانین جامع و کارآمد در زمینه بهره‌مندی از رحم جایگزین، هم‌گرایی و هم‌اندیشی تمامی جوامع در سطح بین‌المللی در راستای تدوین و تصویب قوانین مطلوب و لازم‌الاجرا برای نظام قضایی و سیستم حقوقی درون‌مرزی کشورها، امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر می‌باشد. در این زمینه، پیشنهادات ذیل در راستای نیل بدین آرمان و استفاده بهینه از رحم جایگزین قابل ارائه هستند:

۱. انتخاب معیارهای مطلوب و متناسب با ارزش‌های اجتماعی، مذهبی و فرهنگی پذیرفته شده در جامعه برای جرم‌انگاری ناهنجاری‌های برخاسته از رحم جایگزین؛

۲. تدوین قوانین و سیاست کیفری خاص در زمینه شیوه درمانی رحم جایگزین به منظور متمرکز نمودن قوانین و هنجارهای مربوط به این موضوع؛
۳. تدوین آیین دادرسی و فرآیند رسیدگی خاص به منظور رسیدگی به جرایم و اختلافات برخاسته از رحم جایگزین با لحاظ اصول سرعت و دقت؛
۴. جرم‌انگاری سوءاستفاده تجاری (و نه هر نوع رابطه اقتصادی) از این فرآیند درمانی؛
۵. ایجاد فرهنگ و بستر مناسب به منظور پذیرش این شیوه درمانی در بین افکار عمومی جامعه و استفاده بهینه از آن.

## پی‌نوشت‌ها

<sup>1</sup> - Fienberg.

<sup>2</sup> - Shenshek.

۴- با توجه به اهمیت و حساسیت مرحله اول از مراحل مختلف جرم‌انگاری، در این تحقیق تأکید نگارندگان بر توضیح و تبیین این مرحله در فرآیند جایگزینی رحم قرار گرفته است.

<sup>4</sup> - PeterNalysm.

۶- هرچند برخی اندیشمندان اصول جرم‌انگاری را بیش از ۱۰ اصل معرفی نموده‌اند، بنگرید به: شنشک، ۱۹۹۴ م، ص ۱۴۶، اما به نظر می‌رسد این تقسیم‌بندی بر مبنای اصول یکسانی بوده که دارای هم‌پوشانی می‌باشند و بدین سان اصول کاربردی جرم‌انگاری را در ۳ تا ۴ اصلی که مورد بحث قرار گرفته است، خلاصه نمود.

<sup>6</sup> - Principle of harm.

<sup>7</sup> - Legal moralism.

<sup>8</sup> - The welfare.

<sup>9</sup> - AkstivSin.

<sup>10</sup> - Illinois adoption act.

<sup>11</sup> - Penal code.

۱۲- اما ابهامی که در این میان ممکن است به وجود آید عبارت است از آن که، برطبق ماده ۱۹ قانون ثبت احوال، گروه پزشکی مکلف است تا گواهی ولادت را به نام مادر زایمان کننده و بر اساس نص صریح قانون تنظیم نماید. در غیر این صورت، چنین پزشکی بنا بر ماده ۲ قانون تخلفات، جرایم و مجازات‌های مربوط به اسناد سجلی، دارای مسئولیت کیفری خواهد بود. این در حالی است هدف اصلی از درمان به شیوه رحم جایگزین، انتساب و تعلق کودک به والدین اصلی می‌باشد، اما مسئولیت کیفری مندرج در ماده ۲ قانون مذکور مانع از آن است که گواهی ولادت به نام شخص دیگری غیر از مادر زایمان‌کننده صادر شود و قرارداد منعقد شده مابین مادر بانوی صاحب رحم و زوجین نابارور اصولاً نمی‌تواند رافع مسئولیت کیفری مندرج در ماده ۲ قانون تخلفات، جرایم و مجازات‌های مربوط به اسناد سجلی قرار بگیرد. بنابراین چاره‌اندیشی پیرامون این معضل امری ضروری و حتمی می‌باشد. در این میان دو راه حل به نظر چاره‌ساز و راه‌گشا می‌باشد. در وهله اول، پس از اتمام درمان به شیوه رحم جایگزین، گواهی ولادت به نام بانوی صاحب رحم صادر می‌گردد. در این وضعیت، زوجین نابارور نیز به اعتبار و استناد توافق منعقد شده مابین ایشان و مادر جایگزین، طی درخواستی می‌توانند از دادگاه صالح (دادگاه خانواده)، تقاضای ابطال اسناد سجلی موجود و اصدار شناسنامه جدید طفل به نام خودشان را بنمایند. بدیهی است در این صورت دادگاه حسب اصول ۱۶۷ و ۱۵۶ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مکلف به قبول درخواست و رسیدگی وفق موازین قانونی می‌باشد. البته این شیوه با مشکلات عدیده‌ای از جمله طولانی بودن روند کار، بلاهویت ماندن کودک تا صدور اسناد

سجلی جدید و ... روبرو می‌باشد. بنابراین مناسب‌ترین راه‌حلی که طی آن علاوه بر سهولت و تسریع در رسیدگی حقوق زوجین نابارور نیز به بهترین شکل ممکن حفظ و رعایت می‌شود، اصلاح قوانین و هنجارهای موجود و تصویب قانون مناسب و راه‌گشا در این زمینه می‌باشد. به عنوان نمونه می‌توان مرکز درمان نابوری را از شمول این قانون مستثنی نمود و تحت قوانین و نظامات خاصی قرار داد. (میلانی‌فر و دیگران، ۱۳۸۷، ص ۲۶۴-۲۶۵).

<sup>13</sup> -Human fertilization and embryology act.

<sup>14</sup> - Surrogacy arrangements act (1985).

<sup>15</sup> -Art. 227-12 n. c. pen.

<sup>16</sup> -Art. 227- 12 n. c. pen.

<sup>17</sup> -Family relationship's act amendment.

<sup>18</sup> - Paternalism.

#### منابع و مأخذ

استفانی، گاستون؛ لواوسور، ژرژ؛ بولک، برنارد. (۱۳۷۷)، حقوق جزای عمومی، (ترجمه حسن دادبان)، تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی.

حبیب‌زاده، محمدجعفر، زینالی، امیرحمزه. (۱۳۸۴). درآمدی بر برخی محدودیت‌های عملی جرم‌انگاری، نامه مفید، سال یازدهم، شماره ۴۹، ۳۷-۵۷.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). اعمال حقوقی، قراردادها، چاپ دوم، تهران: شرکت چاپ و نشر با همکاری با شرکت بهمن برنا.

میلانی‌فر، علی‌رضا؛ آخوندی، محمد مهدی؛ بهجتی اردکانی، زهره؛ عبدالله‌زاده، آزاده. (۱۳۸۷). اصدار گواهی ولادت و سند سجلی برای نوزاد حاصل از درمان با روش رحم جایگزین و مسؤلیت گروه پزشکی، مندرج در مجموعه مقالات رحم جایگزین، چاپ دوم، تهران: انتشارات سمت.

Dutney A. (2007). *Religion infertility and assisted reproductive technology in clinical obstetrics and gynecology clinical controversies in assisted reproductive technology ref.* ed. Norman, 80.

Arenstein Robert. (1988). *Is surrogacy against public policy? The answer is yes: set on hall law review*, (4) 18.

Ashwortk Andre. (2006). *Criminal law*. fifth edition. London: Oxford university, 40.

Baslington. (2002). *The social organization of surrogacy*. Relinquishing a baby and the role of surrogacy. Relinquishing a baby and the role of payment in the psychological detachment process. *Journal of health psychology*. 7,1

Bell John, Boyron Sophie & Whittaker Simon. (1998). *Principle Of French Law*: Oxford; 671.

- Brazier M, Campbell A, Golombok S. *Surrogacy Review For health ministers of current arrangements for payments and regulation*. Report of the review team. Cm 4068, Department of health, London.
- British medical association. (1996). *Changing conceptions of motherhood. the practice of surrogacy in Britain*.uk,london: London British medical association.
- Chilaoutakis J, Koukouil S, Papadakaki M .(2003). *Using attitudinal indicators to explain the public intention to have recourse to gamete donation and surrogacy*: hum reprod.2002,17.
- ciccarelli Beckman. (2005).Navigating rough waters an over view of psychological aspects of surrogacy. *Journal of social issues*. 61,1
- Crawford C. (2003).*Hindu ethics in intends bi ethnics for the twenty*. state university of New York: first century.
- Elizabeth Anderson. (1990). *Is Women's Labor a Commodity? Philosophy and Public Affairs*.
- eshre task force onethice and law including f shenfield, g pennings, j Cohen, Devroey g. de wert and b Tarlatzis.eshre. (2005). *task force on ethics and law Surrogacy*: human reproduction. 20,10.
- Ethics committee report of American society for reproductive medicine, (2003). *Family member's gamete donors and surrogates. Fertility and sterility*; 80, 5.
- Faure G M, M Visser. (2004). *Law and Economics of Environmental Crime: a Survey*.  
[http://www.hertig.ethz.ch/LE\\_2004\\_files/Papers/Faure Environmental \\_ Crime.pdf](http://www.hertig.ethz.ch/LE_2004_files/Papers/Faure_Environmental_Crime.pdf)
- Feinberg Joel. (1990). *The moral limits of the criminal law*. Harmless wrongdoing, Oxford, London. New York. Toronto: Oxford university press, 4.
- Feinberg. Joel. (1986). *The moral limits the criminal law, harmless wrongdoing*, oxford, London, New York. Toronto: oxford university press.
- Gad elhak ajhin, (1980). *vitro fertilization and test tube loaloy dar el iftaa cairo*, Egypt.
- Gillian Douglas. (2000). *The Intention to be a Parent and the marking of Mothers*; *The Modern Law Review*. 57.

- Hibino A, nagata M. (2000). *Biotechnology in the Japanese media. comparative analysis of newspaper articles on genetic engineering in japan and Europe*. Asian journal of social psychology;9.
- j.gardner Thomas. Terry Anderson. (2000). *Criminal law: wads worth: ninth edition*.
- Jones. H. (1999). *New reproductive technologies in ethical problems in obstetrics and gynecology*. Sureauc kohone-shenfield clinical obstetrics and gynecology, eailliere tindall London.
- Lacey N. (2003). *State punishment. political principles and community values*: Oxford.
- Latifnejad Roudsari Robab, Helen Rannan, Rama Smith, (2007). *Looking at infertility through the lens of religion and spirituality*. Review of the literature,10.
- MacCallum F, lycett E, Murray C, Javad V, Golombok S. (2003). *Surrogacy. The experience of commissioning couples*, hum. repro'd, jun.:18,6.
- Mahmoud farouk. (2010). *Ethics religion and the law*. serillanka journal of obstetrics and gynecology.:6
- Mill, John Stuart. (1999). *On Liberty*. Peterborough, Canada: Broadview Press.
- N.s.w law reform commission reports. (1988). (Australia). Report 3-surrogate. motherhood.available from:<http://www.lawlink.nsw.gov.au/lrc.Nsf/page>
- Palmer bonding matters. (2005). The chemistry of attachment, attachment parenting international news. [http://www.babyreference.com/bonding\\_matters.htm](http://www.babyreference.com/bonding_matters.htm).
- Ragone H. (1994). *Surrogate Motherhood. Conception in the heart*. usa: west view press Oxford.
- Raz j. (1979). *The authority of law*. oxford: oxford university press.
- Reilly Dan R. (2007). *Surrogate pregnancy. A guide for Canadian prenatal health care providers*, 17.
- Rosner f, (2001). *Assisted reproduction. age wish perspective*.the mount Sinai journal of medicine
- Scheb john, Scheb john. (2001). *Criminal law*. USA:Thomson publishing company.

- Schonscheck, Jonathan.(1994). *On Criminalization*, Kluwer Academic Publisher, New York.
- Shenfield F, Pennings G, Cohen J, Devroey P, tewert G, Tarlatzis B. (2005). eshre task force on ethics and law surrogacy: Hum repro'd. 20,10.
- Smith. George p. (2005). *The Christian religion and biotechnology* (a search for principled decision-marking): Netherland: Springer.
- Steinbock B. (2004). *Payment for egg donation and surrogacy*. Mt Sinai j med. 71,4.
- Stonton john. (2002). *The limits of law*. Instant for deny llopedia of philosophyurl:6:available from <http://plato.tanford.edu/entries/lowlimits>
- Wilson W. (2002). *Central issues in criminal theory*: Oxford: Hart publishing.

#### یادداشت شناسه مؤلفان

سعید شیخ: پژوهشگر مرکز تحقیقات اخلاق و حقوق پزشکی، دانشگاه علوم پزشکی شهید بهشتی، تهران، ایران. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه پیام‌نور مرکز تهران، تهران، ایران. (نویسندهٔ مسؤل)

پست الکترونیک: saeed.sheykh86@yahoo.com

محمد صادق جمشیدی‌راد: دانشیار، دانشگاه پیام‌نور مرکز تهران، گروه فقه و حقوق، تهران، ایران.

تاریخ ارسال مقاله: ۱۳۹۲/۳/۲۰

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۲/۱۲/۲۵



## Applied criminalization principles in the process of surrogacy

*Saeed Sheikh*

*Mohammad Sadegh Jamshidi Rad*

### Abstract

The criminal justice system in application of penal instruments and in order to incorporate personal and social freedoms and for justifying employing punishment, follows different fundamentals and principles and in the field of surrogacy treatment, these criteria are applied in a new style.

Conducted studies indicate that the mere altruistic use of surrogacy is considered among none of the principles restricting the freedom and there are only certain ambiguities with respect to commercial replacements. Also about the implications and consequences of surrogacy, using the principles and criteria of criminalization of criminal law, some of the challenges and anomalies resulting from this treatment method can be criminalized. In this context, the principles of prohibition of harm, ethical commitment and social welfare will play an active role, but some principles such as the paternalism principle may have limited application in this regard.

### Keywords

surrogacy, the criminalization principles, harm principle, principle of ethical commitment, the welfare principle, paternalism principle