

## Original Article

### The Legal relationship of owners of frozen embryo with it

Shamsolmolook Raji<sup>1\*</sup>, Mahmoud Haeri<sup>2</sup>, Hamid Rahmani Manshadi<sup>3</sup>

1. Master of jurisprudence and the basics of Islamic Law, College of Humanities and Social Sciences, Faculty of Theology, Islamic jurisprudence and Islamic law, Yazd University, Yazd, Iran. (Corresponding Author)

Email: Sh.raji1390@gmail.com

2. Assistant Professor, College of Humanities and Social Sciences, Faculty of Theology, Islamic jurisprudence and Islamic law, Yazd University, Yazd, Iran.

3. Assistant Professor, Faculty Member, College of Humanities and Social Sciences, Department of Law and Political Science, Yazd University, Yazd, Iran.

Received: 29 Aug 2016 Accepted: 18 Jun 2017

#### Abstract

The development recently brought about in assisted reproductive technology through the frozen embryos stored in liquid nitrogen in  $-196^{\circ}\text{C}$  has led to the emergence of numerous challenges regarding the embryos. Inter alia these challenges, one can point to the discrepancies concerning the quality and the type of the relationship between the embryos and their owners. The reason behind such discrepancies can be traced on the one hand to the potential personality of embryo as considered in the law, the prohibition of economical misuses of the embryos, receptors and donors and on the other hand to the embryos' financial values due to the possibility of using them in helping the infertile spouses and genetic studies for the purpose of elevating the research level and finding various solutions in curing the patients; Therefore, gaining an insight of the jurisprudential-legal relationships between the owners and the frozen embryos based on a descriptive-analytical research method can be of a crucial importance in clarifying the authenticity and the invalidation of the legal measures in respect to frozen embryos.

**Results:** Although there are jurisprudential and legal ambiguities regarding the determination of rights and authorities of the frozen embryos' owners as well as the elucidation of such relationships as ownership, guardianship and attribution, the results obtained are indicative of invalidity of such guardianship rights due to the impossibility to assign the fetus to a certain parents, especially before insufflation of spirit and also for such reasons as the inability to call a child such an embryo and also due to the inability to call the embryo owners as husband and wife in the ethical guidelines of the research on gametes and embryos approved in 1392 and according to the centrality of the proprietary nature of such an issue in the ownership right and attribution, the choice of the ownership relationship and its specific delimitation as considered by the legislator; all of which can play a fair and moderate role as the most complete legally supportive structure in the avenue of frozen embryo transferring and prohibition of the misuse by the donor, receptor and frozen embryo.

**Keywords:** Legal Relationship; Owners of Frozen Embryos; Ownership Right; Guardianship Right; Attribution Right

**Please cite this article as:** Raji SH, Haeri M, Rahmani Manshadi H. The legal relationship of owners of frozen embryos with it. *Feghh Journal* 2017; 11(30-31): 79-92.

## رابطه حقوقی صاحبان جنین منجمد با آن

شمس‌الملوک راجی<sup>۱\*</sup>، محمود حائری<sup>۲</sup>، حمید رحمانی منشادی<sup>۳</sup>

۱. کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس علوم انسانی و اجتماعی، دانشکده الهیات، بخش فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه یزد، یزد، ایران. (نویسنده

مسئول) Email: Sh.raji1390@gmail.com

۲. استادیار، پردیس علوم انسانی و اجتماعی، دانشکده الهیات، بخش فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه یزد، یزد، ایران.

۳. استادیار، عضو هیأت علمی، پردیس علوم انسانی و اجتماعی، گروه حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه یزد، یزد، ایران.

دریافت: ۱۳۹۵/۶/۱۸ پذیرش: ۱۳۹۶/۴/۲۷

### چکیده

توسعه‌ای که امروزه در فناوری کمک باروری از طریق جنین‌های منجمد ذخیره‌شده در نیتروژن مایع با دمای ۱۹۶- رخ داده است، منجر به بروز چالش‌های زیادی در خصوص این جنین‌ها گشته است، از جمله این چالش‌ها می‌توان به اختلاف بر سر چگونگی و نوع رابطه صاحبان با آن اشاره کرد. دلیل این اختلافات از طرفی به شخصیت بالقوه جنین در قانون، ممانعت از سوء استفاده‌های اقتصادی از جنین‌ها، گیرنده‌ها و اهداکننده‌ها و از دیگر سو به ارزش مالی جنین‌ها به علت امکان کاربرد آن‌ها در کمک به زوجین نابارور و مطالعات ژنتیکی به منظور بالابردن سطح تحقیقات و یافتن راه‌حل‌های مختلف درمان بیماران، باز می‌گردد. بنابراین شناخت ماهیت فقهی حقوقی رابطه صاحبان با جنین‌های منجمد با روشی توصیفی - تحلیلی می‌تواند در روشن ساختن صحت و بطلان انجام اعمال حقوقی نسبت به جنین منجمد حائز اهمیت باشد.

**یافته‌ها:** با وجود ابهام‌های فقهی و حقوقی بر سر تعیین حق و اختیار صاحبان جنین منجمد و بررسی رابطه‌هایی چون مالکیت، ولایت و اختصاص نتیجه‌ای که حاصل آمد با مردود شدن حق ولایت به دلیل قائل نبودن ولی برای حمل به خصوص قبل از دمیده شدن روح و عدم اطلاق فرزند به رویان و اطلاق اصطلاح صاحبان رویان به زوجین در راهنمای اخلاقی پژوهش روی گامت و رویان مصوب ۱۳۹۲ و عنایت به دخالت رکن مالیت در حق مالکیت و اختصاص، انتخاب رابطه مالکیت و تحدید ویژه آن توسط قانونگذار می‌تواند به عنوان کامل‌ترین ساختار حمایتی قانونی، نقشی منصفانه و معتدل در مسیر انتقال جنین منجمد و ممانعت از سوء استفاده از اهداکننده، گیرنده و جنین منجمد ایفا کند.

**واژگان کلیدی:** رابطه حقوقی؛ صاحبان جنین منجمد؛ حق مالکیت؛ حق ولایت؛ حق اختصاص

## مقدمه

## ۲- حق

اختلاف نظر در رابطه با وضعیت حقوقی جنین‌های منجمد که برخی از آن به عنوان مال یاد می‌کنند، گروهی آن را در گروه شبه مال جای می‌دهند و عده‌ای آن را در حکم انسان می‌دانند (۱)، باعث بروز چالش‌های دیگری از جمله اختلاف در تعیین ماهیت رابطه حقوقی صاحبان با جنین منجمد شده است. تحلیل و تبیین نوع رابطه موجود بین صاحبان و جنین منجمد می‌تواند به حقوق، حریم و اختیارات صاحبان در انجام اعمال حقوقی نسبت به آن‌ها طی مراحل مختلف زندگی و حتی بعد از انحلال ازدواج به علت فوت و طلاق کمک کند. با توجه به هدف این مقاله در تبیین نوع رابطه موجود بین صاحبان با جنین منجمد سعی می‌شود با توجه به دیدگاه‌های فقیهان و حقوقدانان، توجه به مباحث آغاز حیات و کرامت انسانی، مالیت و ارث و وصیت برای حمل در حیطة حقوق صاحبان نسبت به جنین منجمد بهترین نظریه مطرح شود. از عمده این روابط می‌توان به حق مالکیت، حق ولایت و حق اختصاص اشاره کرد.

حق در لغت، نقیض باطل است و به معنی واجب بودن و ثابت بودن می‌باشد (۵-۳). برخی از فقیهان سلطنت را مقابل ملک دانسته و در نظر برخی محققین مرتبه ضعیفی از ملک و نوعی از آن است، ولی حق را عبارت دیگری از سلطنت نمی‌دانند، بلکه معتقدند در نزد عقلا هر ذی‌حقی دارای سلطنت بر حق خود است و می‌تواند در آن تصرف کند (۶) یا یک نوع رابطه حقوقی است که به موجب آن، قانون به یکی از اشخاص این توانایی را می‌دهد تا به گونه‌ای ویژه و منفرد بر چیزی معین تسلط و چیرگی یابد و یا از شخصی دیگر انجام یا عدم انجام چیزی یا کاری را بخواهد (۷). در نوشته‌های حقوقی نیز آمده حق عبارت از اقتداری است که قانون به افراد می‌دهد تا عملی را انجام نماید و در انجام و عدم انجام آن عمل افراد آزاد می‌باشند و آزادی عمل رکن اساسی حق است (۸) یا در تعریفی دیگر امتیاز و نفعی است متعلق به شخص که حقوق هر کشور در مقام اجرای عدالت از آن حمایت می‌کند و به او توان تصرف در موضوع حق و منع دیگران از تجاوز به آن را می‌دهد (۹). به علاوه حق به دو دسته مالی و غیر مالی تقسیم می‌شود.

## انواع حقوق صاحبان

در ارتباط با نوع رابطه موجود بین صاحبان و جنین منجمد نظرات مختلفی اعم از روابط مالی و غیر مالی دیده می‌شود:

## ۱- حق ولایت

از جمله حقوق غیر مالی می‌توان به حق ولایت اشاره کرد. ولایت قدرت و اقتداری است که برابر قانون به یک شخص ذی‌صلاح برای اداره امور محجور واگذار شده است. این حق از جمله حقوق غیر قابل نقل و انتقال و غیر قابل اسقاط است و دارنده این حق نمی‌تواند حق خود را ساقط کند و مورد معاوضه با متاع و مال قرار دهد (۱۰). به موجب ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی ولایت قهری بر طفل صغیر بر عهده پدر و جد پدری است، اگر این فرضیه را پیش گیریم که حق صاحبان جنین منجمد می‌تواند از نوع حق ولایت باشد، از چند جهت

بنابراین سؤال اساسی در کاربرد جنین منجمد در فرآیند درمان و پژوهش، این است که آیا صاحبان نسبت به این جنین‌ها حقی دارند و در صورت وجود حق، ماهیت این حق چیست و صاحبان حق چه کسانی هستند؟

## مفهوم‌شناسی

## ۱- جنین منجمد

جنین منجمد جنین‌های چهار الی هشت سلولی برجای مانده از عمل باروری خارج رحمی است که بنا به درخواست صاحبان طی فرآیند انجماد در دمای ۱۹۶- درجه سانتیگراد زیر صفر (۲) در محفظه‌هایی از نیتروژن مایع برای سال‌های زیادی نگهداری می‌شود. مهم‌ترین اهداف انجماد جنین استفاده در درمان‌های بعدی صاحبان در صورت شکست بارداری قبلی یا داشتن فرزندی دیگر، اهدا به زوجین درخواست‌کننده و استفاده در تحقیقات پزشکی چون سلول‌های بنیادی است.

قابل بحث است. ابتدا باید دید آیا جنین منجمد بسان یک انسان است و شخصیت حقوقی دارد؟ به عبارت دیگر آیا جنین به عنوان یک انسان دارنده و طرف حق قرار می‌گیرد یا به واسطه ارتباط با یک انسان، موضوع یک حق است؟ این امر تفکیک مراحل مختلف را می‌طلبد، چراکه علم حقوق در مورد حمل طبیعی نیز بین یک دوگانگی سرگردان است که حمل را انسانی در حال رشد و تکوین بداند یا اندامی از زن که پس از تولد به انسان تبدیل می‌شود؟ (۱۱) اگر ذات جنین در تمام مراحل به رسمیت شناخته شود، بدون توجه به آزمایشگاهی یا طبیعی بودن، خود جنین است که موضوع حمایت قانون قرار می‌گیرد، اما اگر به واسطه وابستگی به شخص دیگری باشد، حقوق و ویژگی‌های آن شخص، مولد ضوابط قانونی برای جنین است. به نظر می‌رسد بیشتر قائل به قول دوم باشند (۱۲)، چون جنین انسان فارغ از طبیعی یا آزمایشگاهی بالقوه یک انسان محسوب می‌شود و در صورت گذراندن سیر تکاملی خود قابلیت حیات یافته و به یک انسان کامل تبدیل می‌شود، اما حداقل در بخش اعظمی از مراحل جنینی به دلیل عدم وجود حیات در ماه‌های اولیه شکل‌گیری نطفه و وابستگی زیستی به مادر در ماه‌های پایی نمی‌توان لفظ انسان را بر جنین اطلاق کرد (۱۳) که این مطلب را از مواد ۸۵۱، ۸۷۵ و خصوصاً مواد ۹۵۶ و ۹۵۷ به خوبی می‌توان استنباط کرد (۱۴). بنابراین موجودی است میانه انسان و اندامی از زن (۱۱) علاوه بر این تفاوت‌هایی بین احکام قانونی جنین و انسان وجود دارد، از جمله در صورت زائل کردن حیات انسان عنوان قتل بر آن صدق می‌کند که در صورت عمدی بودن قاتل به قصاص محکوم می‌شود، اما از بین بردن جنین سقط محسوب شده و خاطی ضامن دیه همان مرحله از سقط خواهد شد، اما فعل سقط را نمی‌توان به دور ریختن جنین منجمد صدق نمود، چراکه گروهی از فقیهان در این موضوع تصریح کرده‌اند، جنین‌های تشکیل شده در محیط آزمایشگاه را می‌توان از بین برد، زیرا از بین بردن جنین زمانی حرام است که در رحم باشد، ولی در خارج رحم دلیلی بر حرمتش نیست (۱۵)، حتی جواز از بین بردن جنین خارج رحم را تا مرحله قبل از دمیده شدن روح جایز دانسته‌اند (۱۶). بنابراین در وهله اول شخصیت

مشروط قابل پیش‌بینی نیست؛ دوم به نظر برخی از نویسندگان جایی که از ولایت قهری صغیر، سفیه و مجنون متصل به صغر بحث می‌شود، آنجاست که بحث از اهلیت استیفا مطرح می‌شود، در حالی که در مورد جنین اهلیت استیفا معنا ندارد و حتی اهلیت تمتعی هم که برای او در نظر گرفته شده است به خاطر عدم وجود مستقل او در رحم مادر متزلزل است، مگر این‌که زنده متولد شود؛ سوم در فقه شیعه به آغاز ولایت پدر و جد بر کودک تصریح نشده است، گرچه می‌توان ادعا کرد آغاز آن، ولادت کودک است چنانچه به اعتقاد عده‌ای آن چه از ظاهر کتاب‌های فقهی و کلام فقیهان به دست می‌آید، این است که برای جنین ولایت قهری در نظر نگرفته‌اند و سخنی از ولی جنین نیامده است (۱۷)، آن‌گونه که صاحب جواهر به صراحت به این مطلب اشاره می‌کند «بَلُّ الظَّاهِرِ عَدَمَ الْوَالِي لَهٗ وَ هُوَ حَمَلٌ»، یعنی به ظاهر حمل، ولی ندارد، به خصوص زمانی که هنوز روح در جنین دمیده نشده است (۱۸). نکته دیگری که برای عدم وجود رابطه ولایت می‌توان اشاره کرد فصل دوم از راهنمای اخلاقی پژوهش بر گامت و رویان ۱۳۹۲ است که نمی‌توان به رویان حاصل از گامت زوجین نام فرزند را اطلاق نمود، بلکه در این راهنما زوجین مذکور، صاحبان رویان نامیده شده‌اند.

## ۲- حق اختصاص

اختصاص در لغت از ریشه «خصص» مصدر باب افتعال به معنی انحصاری و انفرادی بودن استفاده از چیزی برای شخص است (۲۰-۱۹). مشارکت در معنای آن تصور نمی‌شود و دیگران در استفاده از آن شیء ممنوع هستند مگر با اذن او. چیزی مختص به فرد است و دیگری حقی در آن ندارد و فرد دیگری نیز نمی‌تواند مزاحم این حق شود (۵، ۲۱) و تصرف در متعلق حق بدون اجازه او حرام است (۲۲).

حق اختصاص برای کسی است که چیزی در دست و تحت استیلا او باشد که این حق یا از طریق حیازت و چنگ‌انداختن روی آن‌ها ناشی می‌شود و یا این‌که اصل آن‌ها مال بوده است و بعد مالیت او از بین رفته باشد، مثل زمانی که حیوان کسی بمیرد که میت تلقی می‌شود و یا انگور تبدیل به شراب گردد. این حق به وسیله ارث و غیر از آن قابل انتقال به غیر می‌باشد

- آیت... حسینی شاهرودی: جنین منجمد مال نیست، ولی حق اولویت برای صاحب آن وجود دارد و چنانچه آن را واگذار ننموده یا از آن اعراض نکرده، صاحب اختیار می‌باشد که به عنوان رفع ید از چیزی که اولویت و تحت ید او می‌باشد، به هر کس بخواهد واگذار نماید و از آن رفع ید نماید.

- آیت... مظاهری: حق اختصاص، یعنی به طور اشتراکی متعلق به صاحب اسپرم و صاحب تخمک است.

- آیت... مکارم شیرازی: حق اختصاص نسبت به جنین منجمد به این معناست که می‌تواند قبل از دیگران از آن برای خود یا افراد مورد علاقه‌شان استفاده کنند.

#### ۱-۲- کیفیت اسباب حق اختصاص نسبت به جنین

**منجمد:** اموری که حق اختصاص در آن‌ها ثابت است و حقی غیر از ملکیت دارد:

- اعیانی که قابلیت مالیت ندارد، مثل مواردی که از نظر شرع یا عرف مال به شمار نمی‌آیند (۲۶) و یا به خاطر عوارض مالیتشان ساقط شده است (۲۴).

- اعیانی که مالیت عرفی دارند، ولی شرعاً قابل تملک نمی‌باشد (۲۶، ۳۰).

- اعیانی که قابلیت تملک دارد، ولی تملک آن‌ها بنا بر مصالحی چون تعلق به عموم مردم و یکسانی همه در استفاده از آن جایز نیست، مانند موقوفات عام (۳۱).

- مباحات بدون مالک (آب دریاها، رودها) مشروط به حیات بدون قصد تملک (۸، ۲۹، ۳۱).

به نظر نمی‌رسد تعلق حق اختصاص صاحبان نسبت به جنین منجمد از طرقی چون حیات، سبق، اقطاع، تحجیر و احیا صورت گیرد، زیرا این موارد همگی نسبت به زمین و مکان نظر دارد، اما از بین رفتن مالیت شیء مملوک یا مالیت نداشتن شیء قابل تأمل است که به توضیحاتی می‌پردازیم: اولاً از ظاهر کلام فقیهان، بیشترشان با استناد به مقررات دیه و معنای عرفی مال، مالیت اعضای انسانی را قبول دارند، اما در مورد جنین منجمد باتوجه به یک دست‌نبودن فتاوی از نظر گروهی عنصر مالیت وجود ندارد که بخواهد مورد مالکیت قرار بگیرد (مالیت و مالکیت او مشکل است)، در پاسخ می‌گوییم برای این‌که بدانیم چه چیزی مال نامیده می‌شود، باید به

و بدون اجازه صاحب حق کسی حق تصرف در مورد حق را ندارد (۲۳). طبق نظر محقق خویی حقی ثابت برای شخص بر چیزی، به سبب وجود علقه‌ای غیر از ملکیت بین او و آن چیز است (۲۴). با توجه به نظر فقیهان می‌توان در تعریف حق اختصاص گفت: «حق اختصاص حقی ثابت و عینی برای شخص در شیء است که نسبت به آن ملکیت ندارد و با توجه به این‌که مطلق و همه‌جانبه نبوده و حسب مورد زائل‌شدنی است، اما برای او بعضی از تصرف‌ها جایز است و دیگران حق مزاحمت در آن شیء را ندارند و با اعراض و رفع ید زائل‌شدنی است» (۲۴-۲۵).

اثر حق اولویت مانند حق تحجیر نیز آن است که صاحبش برای احیا و تملک موضوع آن، اولویت دارد و مادام که اعراض نکرده است، دیگران نمی‌توانند بدون جلب رضایت او اقدام به احیا کنند، در غیر این صورت مالک آن نشده و غاصب خواهند بود. به علاوه بیشتر فقیهان قائل به جواز مصالحه و صرف نظرکردن و اعراض و رفع ید از حق در مقابل دادن مال هستند، ولی بیع آن را صحیح نمی‌دانند (۲۶-۲۸) و این دادن وجه در مقابل اعراض و رفع ید از حق اختصاص بدون اشکال می‌باشد نه در مقابل عین و حق متعلق به (۲۷، ۲۹).

با توجه به شرح فوق گروهی معتقدند از آنجا که جنین منجمد دارای توانایی بالقوه تبدیل به شخص انسان است رابطه موجود بین صاحبان با او نمی‌تواند از نوع رابطه مالی باشد، چراکه ناقض کرامت انسانی و اخلاق حسنه بوده و به جنین نگاه ابزار گونه روا داشته شده که راه سوء استفاده از آن میسر می‌شود. به همین منظور برقراری رابطه‌ای غیر مالی چون حق اولویت یا اختصاص را با توجه به مطلق‌نبودن آن منطقی دانسته و اخذ وجه صاحبان برای انتقال جنین منجمد را در مقابل اعراض از آن دانسته‌اند نه خود جنین. از فقیهان قائل به حق اختصاص می‌توان از آیت... فاضل لنکرانی، آیت... مکارم شیرازی، آیت... صافی گلپایگانی، آیت... موسوی اردبیلی، آیت... حسینی شاهرودی نام برد که بر حق اولویت صاحبان بر جنین و مشکل‌بودن مالکیت آن‌ها نظر دارند. برای نمونه به ذکر چند فتوا می‌پردازیم:

مفهوم عرفی مال پرداخت. تعیین این که عرف در قلمداد نمودن یک شیء به عنوان مال چه عناصری را دخیل می‌داند، در واقع تعریف مال است. کنکاش در مفهوم عرفی مال نشان می‌دهد که هر چیز دارای ارزش و نفع مادی که موضوع رغبت افراد انسانی قرار گیرد، مال قلمداد می‌شود (۸، ۲۴، ۳۳-۳۲). گاهی مشروع بودن معامله نسبت به مال در تعیین مصادیق مال دخالت داده شده و اموالی از قبیل خوک و سگ (در غیر موارد معین) و یا خمر مال قلمداد نشده‌اند (۲۴)، در حالی که مال بودن یک شیء امری است و مشروع بودن تملک و یا معامله نسبت به آن امری دیگر (۳۴) چنانچه مالیت و مالکیت نسبت به سگ و خوک و شراب در بین کفار روشن و قابل مشاهده است.

اگر گفته شود مالیت جنین از نظر عرفی پذیرفته می‌شود نه عقلی و تنها فایده فردی دارد، باید گفت شاید در زمان گذشته بتوان برای آن فایده فردی قائل شد، اما با گذشت زمان و پیشرفت علوم پزشکی به نیازی نوعی تبدیل شده است، برای نمونه می‌توان به اختلاف نظر در مورد مالیت انواع فرآورده‌های انسانی، مانند خون و بافت‌ها و نمونه‌های ژنتیکی اشاره نمود که از فرآورده‌های آن ابتدائاً در سطحی کوچک و نجات جان عده‌ای بیمار استفاده می‌شد، اما رفته‌رفته سطح وسیعی از نیاز به این اعضا نمایان گشت تا جایی که امروزه اعضای مورد نیاز از نقطه‌ای در جهان به دیگر نقطه کره خاکی فرستاده می‌شود، با مطالعه این نظرات و دقت در مفهوم و مصادیق مال روشن می‌شود که اولاً با توجه به پیشرفت علوم پزشکی در عصر امروزی و به علت ارزشمندی، نافع بودن و مورد رغبت واقع شدن، جنین از مصادیق مال به شمار می‌رود؛ ثانیاً وقتی گفته می‌شود چیزی تحت ید فردی است، منظور اعمال سلطه بر اشیا و به وجه بارز مالکیت است، چراکه مفهوم قاعده ید تملک بر چیزی داشتن است. فرد باید بر چیزی حق مالکیت داشته باشد تا بتواند از آن رفع ید کند و به دیگری انتقال دهد.

## ۲-۲- دلایل طرفداران رابطه اختصاص: با مطالعه

مباحث از عمده دلایل این گروه می‌توان موارد زیر را برشمرد:

۲-۲-۱- توجه به شخصیت بالقوه جنین منجمد: طرفداران وجود حق غیر مالی برآند که در وجود جنین منجمد قابلیت تبدیل به شخص انسانی وجود دارد. از آنجا که جنین قابلیت این را دارد که در آینده به انسان تبدیل شود، جمع بین حق اختصاص و وجود قابلیت بالقوه در جنین منجمد را معقول دانسته که این دیدگاه محدودیت تصرفات صاحبان در جنین‌ها را در پی خواهد داشت.

در پاسخ باید گفت زمانی می‌توانیم از شخصیت بالقوه جنین سخن گوئیم که شرایط لازم برای به فعلیت نشستن این قوه تحقق یافته باشد، با این توضیح که اگر در درمان تولید مثل و ناباروری از آن استفاده شود، می‌توان شخصیت آینده او را محتمل دانست در غیر این صورت و بدون استفاده درمانی به همان شکل منجمد باقی خواهد ماند و پس از اتمام دوره انجمادی یا در مطالعات پزشکی استفاده می‌شود یا این که دور ریخته می‌شود.

۲-۲-۲- کالاشدگی جنین: پذیرش مالیت جنین منجمد و وجود رابطه مالکیت بین جنین منجمد و صاحبان می‌تواند مسیر اهدای جنین را به سمتی سوق دهد که مقدمه انواع سوء استفاده از گسترش بارداری‌های نامشروع تا شکل‌گیری بازار سیاه و فضای تجاری برای خرید و فروش جنین انسان را به وجود آورد که برخلاف کرامت انسانی است و می‌تواند به فروپاشی تدریجی نهاد خانواده منجر شود. بنابراین خرید و فروش آن‌ها منجر به زوال احترام به موجود انسانی و ابزاری شدن وجود او منتهی می‌شود.

در پاسخ می‌توان گفت در مقابل استفاده از اسامی به ظاهر مناسب برای جنین، احترام به جنین می‌تواند با تحدید قانونی مالکیت بر جنین بهتر ایجاد شود، مانند محدودیت‌هایی که برای برخی دیگر از دارایی‌ها قرار می‌دهند، مثلاً قانون حدودی در استفاده از بافت‌های بدن انسان از طریق سیاست عمومی اعمال می‌کند و در نتیجه تلاش می‌شود تا از تمامیت جسمانی انسان و حق حیات او حفاظت بیشتری صورت گیرد، به همین منظور قانون می‌تواند با دادن احترام به جنین استفاده از آن را به عنوان اموال محدود کرده در عین حال شفافیت قانونی را حفظ کرده است (۳۵).

توجه به فراوانی استثناهایی در حقوق کنونی به دشواری می‌توان از اطلاق حق مالکیت سخن گفت. از این رو برخی حقوقدانان گفته‌اند واقع بینی ایجاب می‌کند که به جای اطلاق حق از قید قانون در ماهیت آن یاد کرد و گفت «حقی است که به مالک اختیار انتفاع و تصرف را در حدود قوانین می‌دهد» (۳۶).

### ۳- حق مالکیت

اما معنای مالکیت، معنای عرفی و لغوی است که شناخت آن منوط به بیان شرع یا دلیل شرعی نیست و مانند سایر الفاظی که حقیقت شرعی ندارند باید به عرف و لغت مراجعه شود (۳۷).

مالکیت کامل‌ترین حقی است که انسان می‌تواند بر مالی داشته باشد. با توجه به این‌که فقیهان در معنای ملکیت اختلاف‌هایی دارند و معنای واحدی را بیان نکرده‌اند همه در تعریف آن بر ارتکاز عرف و عقل اتفاق نظر دارند و شارع مقدس بر اساس همان مفهوم عرفی از مالیت، آثار و شرایط و احکامی بر آن مترتب داشته است (۳۸).

این قانونگذار است که بین مالک و مملوک رابطه ایجاد می‌کند و آن را رسمیت می‌بخشد و در برخی موارد قادر است این رابطه مالکانه بین شخص و مال را لغو کند تا مال از دایره ملک او خارج شود، پس حقیقت آن عین اعتبار عقلا یا شارع است (۳۹).

در برخی از نوشته‌های حقوقی مالکیت حقی است دائمی که به موجب آن شخص می‌تواند در حدود قوانین، تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد و از تمام منافع آن استفاده کند (۳۲).

با توجه به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان بر مال بودن جنین منجمد، طرفداران رویکرد مالکیت، حق مالکیت بر جنین منجمد را با مالکیت انسان بر اعضای خود در مبحث پیوند و اهدای اعضای بدن قیاس می‌کنند. نظریه‌پردازان وجود حق مالکیت (ذاتی) انسان بر اعضای بدن معتقدند رویکرد حق مالکیت راه مؤثرتری برای حمایت از صاحبان اعضای بدن فراهم می‌آورد، زیرا ساختار حقوق مالکیت حق کنترل و نظارت مفیدتر و جامع‌تری را نسبت به بافت‌ها مهیا می‌سازد، در

۳-۲-۲- انطباق با اصول اخلاقی و اخلاق حسنه: با توجه به قابلیت‌هایی که در نهاد جنین منجمد برای تبدیل به موجود انسانی در آینده وجود دارد، وجود رابطه حق غیر مالی می‌تواند با کرامت انسانی که امری اخلاقی است و همچنین با نظم عمومی و اخلاق حسنه در جامعه تطابق داشته باشد.

در مقابل این استدلال می‌توان گفت مال دانستن جنین منجمد نمی‌تواند تعارضی با اخلاق حسنه داشته باشد، زیرا همانند محدودیت یا ممنوعیت قانون در فروش برخی اموال، انتقال جنین منجمد به عنوان مال نمی‌تواند به معنای امکان هر گونه تصرف در آن باشد، بلکه با پیش‌بینی محدودیت‌های قانونی می‌توان اعمالی که بر روی جنین منجمد واقع می‌شود را در جهت اخلاق حسنه سوق داد، تا جایی که برخی نظریه‌پردازان به وضوح به دنبال این هستند که با تلقی نمودن جنین به عنوان مال و از طریق حمایت‌های حق مالکیت، میزان احترام را نسبت به جنین افزایش دهند، از جمله نظریه‌پردازان جان رابرتسون به دلیل وجود پتانسیل انسانی در جنین منجمد معتقد است از منظر حق تصمیم‌گیری در خصوص آن باید با جنین به عنوان مال رفتار شود، هرچند در تمام روابط دیگر به عنوان مال تلقی نشده باشند یا آندره بونیکسن معتقد است از لحاظ مسائل حقوقی روزمره، جنین‌ها صرفاً مال هستند، به علاوه کیمرلی دیموند عنوان کرد به دلیل مصالح و سیاست‌های عمومی بهتر است جنین را به عنوان اموال صرف تلقی کرد (۳۵).

۴-۲-۲- تعارض رکن «مطلق» مالکیت با شخصیت جنین منجمد: با توجه به ویژگی مطلق بودن مالکیت، مالک حق هر گونه تصرف در ملک خود را دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد و وجود معیار مطلق بودن با قابلیت بالقوه جنین مخالف است. از آنجا که جنین دارای پتانسیلی برای تبدیل شدن به یک انسان است اصالتاً نسبت به یک اسپرم یا یک تخمک به احترام سزاوارتر است و در صورت وجود رابطه مالکیت مالک حق هر گونه تصرف در آن را دارد که با اصل احترام به موجود انسانی و اخلاق حسنه در تقابل است. بنابراین نوع بهره‌برداری از آن هم مقید به نوع خاص است و همچون مالکیت مطلق نیست. در پاسخ به این استدلال با

نتیجه منافع اشخاص در مورد نظارت بر آنچه در مورد اعضای بدنشان اتفاق می‌افتد، تضمین می‌شود. همچنین اعمال رویکرد مالکیت بین صاحبان و اعضای بدن، می‌تواند منجر به رعایت بهتر عدالت و مانع داراشدن بدون جهت گردد (۴۰).

توصیف جنین منجمد به عنوان مال، نمی‌تواند به این معنا باشد که این جنین‌ها باید به طور کامل مورد نقل و انتقال قرار گیرند، بلکه نقل و انتقال به موجب قانون محدود است چه بسا امکان اعمال محدودیت با فرض فوق در نقل و انتقال آن‌ها به شخص ثالث وجود دارد، همانند برخی اموال چون خرید و فروش اموال موقوفه، اسلحه که انتقال آن‌ها با محدودیت یا ممنوعیت مواجه است. بنابراین وجود حق مالکیت به این معناست که مالکان به طور قانونی می‌توانند در رابطه با اعمال مختلفی بر روی جنین چون عمل انجماد، باروری خود، انتقال به درخواست‌کنندگان جنین، دورریختن، استفاده در تحقیقات پزشکی مثل سلول‌های بنیادی و جنین‌شناسی در راستای اخلاق حسنه و نظم عمومی تصمیم‌گیری کنند.

علاوه بر محدودیت‌های قانونی می‌توان به عوامل دیگری نیز اشاره کرد، یکی طبیعت مال است به این معنی که از هر مالی نمی‌توان هر نوع استفاده‌ای کرد و طبیعت هر مال اقتضای استفاده از آن مال را دارد و از دیگر عوامل محدودکننده می‌توان به اصل آزادی قراردادها اشاره نمود (ماده ۱۰ قانون مدنی) که با ایجاد آن مطلق خواسته و اراده افراد بدون قرارگرفتن تحت عنوان عقود خاصی مشروعیت یافت. به همین منظور افراد می‌توانند نتیجه قرارداد خود را ذیل هر عقد معینی که تمایل داشتند، ذکر کنند و آثار آن را بر قرارداد خود منطبق سازند، اما به معنی محدودساختن به عقود معین نیست، بلکه می‌توانند طبق هر نوع میل و اراده‌ای که بین خود توافق کرده‌اند، رفتار کنند به شرطی که با عوامل محدودکننده اراده چون قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه مخالفت و تضادی نداشته باشد (۴۱). رد رویکرد مالکیت بر جنین منجمد می‌تواند از تصور غلط از مفهوم مدرن مالکیت نشأت گیرد.

در اصل ۴۴ قانون اساسی قیده‌های مالکیت چنین آمده است: «مالکیت در این سه بخش، تا جایی که با اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و

موجب رشد و شکوفایی اقتصادی کشور گردد و باعث زیان جامعه نشود، مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی است.» در تفسیر این اصل گفته شده است که مالکیت دیگر از حقوق طبیعی مربوط به شخصیت انسان نیست، بلکه وسیله‌ای است برای حفظ منافع عمومی و آخرین مرز آزادی مالک این است که موجب زیان جامعه نشود (۳۶). در اسلام مالکیت مطلق نیست و هیچ‌گاه سخن از اطلاق حق مالکیت نیست. دلیل عمده این عقیده محدودیت‌های حق مالکیت مانند لاضرر و حرمت اسراف و تبذیر و وجوب مصرف آن در راه‌های نیک است (۳۶)، چه بسا مالکیت به مجموعه‌ای از حقوق اشاره دارد که شامل حق کنترل و استیلا بر اموال عینی، دینی یا فعالیت‌های مالی و فکری می‌شود (۴۰)، در نتیجه حق مالکیت از جهت میزان کنترل صاحبان بر جنین منجمد به جای کاهش، منجر به ارتقای کرامت انسانی جنین منجمد می‌شود.

بنابراین اگر جنین منجمد را مال بدانیم، می‌توان تحت قواعد مسؤولیت مدنی و سرقت، حمایت قانونی لازم را از صاحبان و انتقال‌دهندگان در مقابل سوء استفاده، صدمات و بهره‌برداری اقتصادی به عمل آورد.

به علاوه یکی از شرایط انتقال جنین اخذ اجازه از صاحبان جنین منجمد می‌باشد که در صورت انجام انتقال بدون رضایت و اجازه آن‌ها، در صورت نبود خطر برای بچه و رحم پذیرنده، باید به جای اول خود بازگردد. پس رضایت صاحبان به عنوان مالکان جنین منجمد، لازم است (۴۲)، مانند هر چیزی در حیثه تملک مالک که کسی بدون اذن و رضایت او حق استفاده از آن را ندارد، زیرا نوعی مالکیت دارند.

### ۳-۱- ادله طرفداران رابطه مالکیت: طرفداران وجود

حق مالکیت نیز برای نظر خود به دلایلی تمسک جست‌اند:

#### ۳-۱-۱- توجه به مالیت بالفعل جنین منجمد: علی‌رغم

این‌که تعریف واحدی از مال ارائه نشده، اما با توجه به نظرهای مختلف فقهی و حقوقی مال چیزی است که از نظر عرف و عقلا دارای ارزش و منفعت باشد و ذاتاً نوع مردم به آن رغبت داشته (۲۴، ۳۳)، مفید باشد و نیازی را برطرف کند، خواه مادی و معنوی و قابلیت اختصاص داشته باشد (۳۲). انجمن آمریکایی اخلاق پزشکی در باروری در بیانیه‌ای مقرر داشت که



۳-۱-۳- مناقشه بالقوه بودن شخصیت رویان و حق توارث آن: اشاره مخالفان رابطه مالکیت به بالقوه‌گی شخصیت جنین منجمد با این توضیح که سلول تخم یا رویان چند سلولی «بالقوه» توانایی تبدیل شدن به یک انسان را دارد، استدلال قابل انتقادی است. جنین در مرحله‌ای که تنها چند سلول است، فاقد دستگاه عصبی و هر گونه آگاهی یا احساسی از وجود خود است، قابلیت سودبردن یا زیان دیدن از آنچه بر آن انجام می‌گیرد، ندارد، زیرا این قابلیت می‌تواند به تک‌تک سلول‌های جدا شده از رویان برای آزمایش‌های ژنتیک و حتی در نگاه وسیع‌تر به تمامی سلول‌های انسان تعمیم داده شود (۴۴). به علاوه این‌که این شخصیت زمانی در نظر گرفته می‌شود که با هدف درمان و تولید مثل به رحم مادر منتقل شود و مراحل رشد خود را آغاز نماید.

با بررسی سده‌های اولیه تاریخ اسلام مشخص است که تمامی جنین‌ها در فقه شخصیت نداشته‌اند، چنانچه بردگان، کنیزان و به تبع جنین و حمل آن‌ها مالیت داشته است، چراکه در عرف زمان پیامبر کنیز و برده با این‌که انسان بودند از نظر عرف مال تلقی می‌شدند و شرع نیز با آن‌ها به عنوان مال رفتار کرده است و همین امر یکی از مهم‌ترین دلایل بر عرفی بودن معیار مالیت در فقه اسلامی است و طبیعتاً این احکام با شخصیت اعطاشده به انسان‌های آزاد منافاتی ندارد. به علاوه در عرف کنونی که استفاده عقلایی از جنین انسانی برخلاف گذشته ممکن شده است و جنین منجمد را قبل از کشت همانند بافت انسانی می‌دانند (۱) و معتقدند با وجود این‌که جنین یک ارگانسیم زنده هشت تا شانزده سلولی است نباید به عنوان یک شخص با او رفتار شود، چون برای شکل‌گیری پتانسیل زندگی نیازمند اجتماع تمام شرایط تولد و قرارگیری در رحم برای ادامه رشد است (۳۵). جنین بدون قرارگیری در رحم ویژگی‌های شخصیت را کسب نکرده و به عنوان موجودی با قابلیت انسان شدن تلقی نمی‌شود و حتی ممکن است هرگز قابلیت‌های بیولوژیکی را درک نکرده (۲) و دور ریخته شود یا برای تحقیقات پزشکی مورد استفاده قرار گیرد، در نتیجه مالیت‌داشتن این جنین‌ها در حالت عادی و بدون استفاده در تولید مثل با توجه به منفعت عقلایی و ارزش

تخم لقاح‌یافته مال اهداکننده است. بنابراین اهداکنندگان حق تصمیم‌گیری در مورد آن‌ها را بنا به صلاحدید دارند. همچنین کمیته‌هایی (Warnock) در آمریکا پیشنهاد داد که قانون باید به گونه‌ای وضع شود که در مورد جنین‌های انسانی حق مالکیت وجود دارد (۴۳).

در بین فقیهان دیدگاه متفاوت آیت‌... صانعی در مورد جنین آزمایشگاهی (منجمد) می‌تواند حائز اهمیت بوده و بر مالیت نظر داشته باشد، چون معتقد است در صورتی که جنین آزمایشگاهی (منجمد) در بین مردم و عرف دارای ارزش باشد، به این جهت صاحبان آن می‌توانند مطالبه پول نمایند و پرداخت پول سفیهانه و لغو نیست و گرفتن پول هم در مقابل آن فی حد نفسه مانعی ندارد. آیت‌... علوی گرگانی هرچند به مالیت نظر ندارد، اما از مالکان و ملک نام برده و می‌گوید جنین منجمد جنبه مالی ندارد و دارای ارزش مادی نیست، اما از بابت این‌که حق مالک است به عنوان رفع ید از ملک خود مبلغی را بگیرد.

۳-۱-۲- نسبیت مفهوم مالیت: با توجه به پیشرفت‌ها و نیازمندی‌های امروزی بشریت، مالیت اشیا نیز از حصار محدود خود خارج می‌شود و مصادیق جدیدی پیدا می‌کند. نسبیت مفهوم مالیت از نسبی بودن دو عنصر مفید بودن و محدود بودن نشأت گرفته است، چه بسا ممکن است شیئی نسبت به افرادی در شرایط عادی افاده سود نکند، اما برای فردی در شرایط خاص مفید واقع شود (۴۲). این نیازها از استفاده بافت‌های انسانی فراتر رفته، طوری که در چند دهه اخیر وضعیت حقوقی جنین‌های منجمد موجود در بانک‌های نگهداری مورد بحث واقع شده است. با توجه به عناصری چون ارزش، منفعت، رغبت و پرداخت بها و رفع نیازهای پزشکی جهت یافتن راه‌حل‌های درمان و بهبود بیماران و زوجین نابارور جهت فرزنددار شدن می‌توان گفت جنین منجمد ارزشمند و دارای منفعت عقلایی و مشروع است، چراکه برای تأمین نیاز روحی و جسمی مفید واقع می‌شود و به دلیل رغبت در کسب آن حاضر به پرداخت بها هستند، لذا عرفاً مال محسوب می‌شود.

عرفی آن در حال حاضر منافاتی با شخصیت بالقوه حمل در فقه و حق توارث بعد از انتقال به رحم و تولد ندارد. از سویی دیگر شخصیتی هم که در فقه و قانون برای جنین موجود در رحم در نظر گرفته شده متزلزل و ناقص است و جنین از بعضی جهات چون ارث و وصیت در حکم انسان است. بنابراین برای جمع بین مالیت جنین و حق توارث آن می‌توان گفت رابطه مالکیت تا زمانی ادامه دارد که جنین برای تولید مثل به رحم منتقل نشود، اما همین که به رحم منتقل شد بحث شخصیت و ارث او به میان می‌آید و رابطه مالکیت ساقط می‌شود. به همین منظور برای رفع ابهامی که به واسطه تداخل مالیت و حق توارث وارد می‌شود، جا دارد بین دو فرض تفکیک شود؛ به این صورت که اگر شخص شدن جنین در آینده به واسطه قرارگیری در رحم از قوتی برخوردار باشد که بتوان شخصیت او را در آینده مسلم دانست، احکام شخصیت و توارث قابل اعمال خواهد بود، اما اگر چنین قوتی قابل اثبات نباشد یا اصلاً تصمیم‌گیری راجع به جنین ارتباطی با قابلیت انسان شدن آن نداشته باشد، احکام مالیت رجحان می‌یابد (۴۵) و در آخر، هرچند فتاوی فقهای مراجع شیعه در این زمینه یک‌دست نیستند، اما غلبه با کسانی است که حق مالکیت سلول تخم یا رویان را برای زن و مرد صاحب تخمک و اسپرم، می‌دانند (۴۴، ۴۶).

۳-۱-۴- حمایت بهتر حق مالکیت از جنین منجمد: هرچند در حق اختصاص همانند مالکیت بهره‌برداری و اختیار مالک در استفاده از موضوع حق وجود دارد و می‌تواند موضوع حق را به دیگری در مقابل وجه و یا مجانی واگذار کند، اما به دلیل همه‌جانبه‌نبودن، به نظر نمی‌رسد بتواند حمایتی را از جنین منجمد داشته باشد و چون جزء حقوق اموال قرار نمی‌گیرد، راه سوء استفاده از آن رشد می‌یابد. در صورتی که با قبول رابطه مالکیت بین صاحبان و جنین منجمد، این حق بهتر می‌تواند از تجارت و سوء استفاده کردن از جنین منجمد کاسته و از منافع صاحبان و جنین منجمد حفاظت نماید، زیرا ساختار مالکیت می‌تواند در حدود قوانین بهترین حمایت را از منافع صاحبان جنین و جامعه انجام دهد و تنها مالک جنین، حق بهره‌برداری از مملوک را دارد و می‌تواند از تصرف دیگران

جلوگیری کند و یا عین مملوک و یا منفعت آن را به دیگری واگذار کند.

۳-۱-۵- محدود نمودن حق مالکیت با اصلاح قانون اهدای جنین: گرچه پذیرش مالیت جنین منجمد و مالکیت بر آن ممکن است منجر به سوء استفاده و باب شدن جنین‌فروشی شود، اما فرهنگ بشری و برخی عناصر عمده آن چون اخلاق، دین و حقوق ابزارهایی را برای پیشگیری و مهار این سوء استفاده‌ها مهیا می‌سازند (۴۷)، می‌توان با وضع قانون در نحوه فروش و انتقال آن به دیگری همانند حدود وضع شده بر دیگر دارایی‌ها بر روند معامله نظارت داشت تا این انتقالات با نظارت مراجع قانونی و حقوقی انجام گیرد، همان‌گونه که در جواز فروش و پیوند اعضا نیز قوانینی مدون شد. اگر اشکال شود، در مسأله پیوند اعضا بازارهای قاچاق اعضا رواج یافت، در مورد انتقال جنین نیز با وجود قانون و نظارت بر آن در پشت صحنه بازار سیاه شکل می‌گیرد، شاید بتوان گفت شرایط انتقال جنین منجمد با انتقال اعضای بدن متفاوت است و طی مراحل خاص و با تأیید صحت شرایط منتقل‌کنندگان و درخواست کنندگان و شناسنامه‌ای که در مراکز برای آن‌ها درج شده است، صورت می‌گیرد که می‌تواند تحت کنترل باشد، از جمله می‌توان در قانون مجازاتی برای افراد درگیر انتقال غیر قانونی پیش‌بینی و تصویب نمود.

۳-۱-۶- عدم مخالفت حق اختصاص با مالیت: مطابق فتوای فقیهان اگر بیع جنین بنا بر ناسازگاری با کرامت انسانی جنین جایز نیست و لفظ‌های دیگری چون صلح و هبه و اعراض و رفع ید به کار برده‌اند، به نظر نمی‌رسد چیزی از مدعای ما که دال بر مالیت جنین منجمد و به تبع رابطه مالکانه صاحبان با او است بکاهد، زیرا استدلال شده که حق اختصاص سلطنت ثابت در اموال است (۲۴). به علاوه برخی چون هبه و صلح جزء عقودند و عقد یک عمل دوجانبه است، هرچند رایگان صورت گیرد و برخی چون اعراض و ید از افعال و اماره مهم مالکیت محسوب می‌شوند که می‌تواند دلیل بر اثبات رابطه مالکانه صاحبان با جنین منجمد باشد، هرچند بیع آن را جایز نشمرده‌اند. علاوه بر این به این نکته نیز باید اشاره کرد کسانی که می‌گویند هبه جنین صحیح است به طور

#### ۴- صاحبان حق

با توجه به این‌که در راهنمای اخلاقی پژوهش بر گامت و رویان در جمهوری اسلامی ایران از صاحبان یاد شده و «ان» در عربی نشانه مثنی «دو نفر» است، صاحبان جنین منجمد نمی‌تواند منحصر به یک نفر باشد. اسپرم یک مرد بی‌شک جزء اموال شخصی اوست، همانطور که تخمک زن نیز از اموال او محسوب می‌شود. هر دو اسپرم و تخمک واجد پتانسیل زندگی هستند به شرطی که با گامت مخالف مناسب ترکیب شود (۴۹). بنابراین برای عمل لقاح ضرورت وجود هر دو سلول نر و ماده بدیهی است که با انجام لقاح و ترکیب بین این دو سلول جنسی صفات بیولوژیک هر دو در تخم اثر گذاشته و روند رشد جنین آغاز می‌شود. بنابراین با توجه به شرکت هر دو سلول زوجین (زن و مرد) برای تبدیل شدن به شخص نتیجه لقاح را نمی‌توان اموال شخصی هر یک از مرد یا زن دانست، بلکه تحت مالکیت زناشویی هر دوست، چه بسا زوجین صاحبان جنین شناخته می‌شوند.

#### نتیجه‌گیری

با بررسی روابطی چون ولایت، اختصاص و مالکیت بین صاحبان و جنین‌های منجمد به این نتیجه رسیدیم که از نظر فقهی و حقوقی نمی‌توان برای جنین منجمد قبل از قرارگیری در رحم یا محیط آزمایشگاهی و شروع رشد شخصیت قائل شد. جنین انسان فارغ از طبیعی یا آزمایشگاهی بودن، بالقوه انسان است و در صورت رشد و زنده متولد شدن به یک انسان تبدیل می‌شود، اما به دلیل عدم وجود حیات در ماه‌های ابتدایی شکل‌گیری و وابستگی زیستی به مادر نمی‌توان او را انسان در نظر گرفت تا جایی که حتی قانون نیز بین انسان و جنین تفاوت‌هایی قائل شده است. به علاوه از آنجا که فقها برای حمل قبل از دمیده شدن روح ولایتی قائل نیستند و راهنمای اخلاقی پژوهش بر روی گامت و رویان از زوجین با عنوان صاحبان رویان یاد می‌کند، نظریه رابطه ولایت بین جنین و صاحبان آن صحیح به نظر نمی‌رسد.

در خصوص نظریه رابطه اختصاص نیز ایراداتی مطرح شد و با توجه به این‌که در خصوص شخصیت بالقوه جنین منجمد،

قاعده باید مالیت جنین را پذیرفته باشند، زیرا موضوع هبه تنها می‌تواند مال باشد نه حق اختصاص.

۱-۳-۷- حق اختصاص در تعامل با حق مالکیت: بعد از اثبات مالیت جنین سؤال این است که آیا انسان بر آن مالکیت دارد یا حق اختصاص؟ می‌گوییم حق اختصاص علی‌رغم این‌که حق مطلق نیست، نه تنها تعارضی با مالیت ندارد، بلکه مالیت با این حق تعامل دارد، زیرا در این حق رکن مالیت نمود دارد. به علاوه این در حالی است که با پذیرش حق مالکیت صاحبان بر جنین منجمد گفته می‌شود علاوه بر این‌که مالک هستند، به طور قطع حق اختصاص نسبت به مالشان را دارند تا نسبت به استفاده از آن بر دیگران اولی و ارجح باشند. از آنجا که در تعریف مالکیت گفته شد، سلطنت و اختصاص نسبت به چیزی نتیجه مالکیت است و برخی فقیهان از حق اختصاص مالک یاد کرده‌اند (۲۴)، بهتر است که حق مالکیت را در رابطه بین صاحبان با جنین منجمد قابل اعمال بدانیم.

از پرونده‌هایی که می‌توان در باب مالکیت و مالیت جنین منجمد به آن اشاره نمود پرونده دیویس. دیویس بود. آقا و خانم دیویس پس از این‌که در برنامه لقاح خارج رحمی شرکت کرده و لانه‌گزینی نتیجه‌ای نداشت، در ۲۳ فوریه ۱۹۸۹ درخواست طلاق دادند. نزاع آن‌ها در مورد هفت جنین منجمدی بود که نمی‌توانستند به نتیجه برسند. در این پروسه طلاق، آقای دیویس مدعی شد که هفت جنین منجمد زندگی را شروع نکرده‌اند و آن‌ها را اموالی تفسیر کرد که بین اصحاب دعوا مشترک هستند، اما خانم دیویس وضعیت جنین‌ها را گونه‌ای دیگر شرح داد و معتقد بود آن‌ها زندگی خود را آغاز نموده‌اند و جنین‌ها را به کودکان تشبیه کرد و از دادگاه خواستار صدور رأی نگهداری (حضانة) با هدف کاشت شد. دادگاه بدوی اختیار نگهداری جنین‌های منجمد را به خانم دیویس داد، اما دادگاه تجدید نظر این حکم را رد کرد و دوباره مورد فرجام‌خواهی قرار گرفت. در این پرونده دادگاه بر آن بود که جنین منجمد را مال قلمداد کرده و بعد از طلاق اختیار آن را به کسی واگذار کند که درصدد استفاده از جنین است (۴۳)، (۴۸).

زمانی می‌توانیم از این شخصیت سخن گوئیم که شرایط لازم برای به فعلیت‌نشستن آن وجود داشته باشد و در خصوص جنین منجمد این امکان وجود دارد که هرگز آینده بیولوژیکی را درک نکند. به علاوه نظریه اختصاص علی‌رغم اعطای برخی تصرفات به صاحبان، به دلیل دائمی‌نبودن و عدم قرارگیری در حقوق اموال نمی‌تواند حمایت لازم را از جنین منجمد به عمل آورد.

در قانون از هبه جنین نام برده شده و اکثر اندیشمندان این هبه را صحیح دانسته‌اند، لذا از آنجایی که موضوع هبه تنها می‌تواند مال باشد نه حق اختصاص، قاعدتاً باید مالیت جنین منجمد مورد پذیرش قرار گیرد. به علاوه با توجه به مفهوم عرفی مال و مصادیق جدید مالیت، ظهور نیازهای دنیای جدید در عصر کنونی، ارزش و منفعت عرفی جنین‌های منجمد با پذیرش نظریه مالکیت به عنوان مهم‌ترین و به نوعی عادلانه‌ترین رابطه بین صاحبان و جنین منجمد بهتر می‌توانیم از مورد سوء استفاده واقع‌شدن اهداکنندگان، پذیرندگان و جنین منجمد بکاهیم و با بالابردن میزان حمایت و طبیعتاً احترام به جنین منجمد، در عین حفظ حقوق صاحبان جنین شیوه منصفانه‌تری برای انتقال جنین میسر سازیم. به علاوه حق مالکیت در مقایسه با حق اختصاص حقی جامع، دائمی و قوی است که صاحبان جنین منجمد می‌توانند تحت قانون و با لحاظ حدود آن، جنین منجمد متعلق به خود را به درخواست‌کنندگان اعم از زوجین نابارور و مراکز پزشکی و ژنتیکی انتقال دهند.

## References

1. Kimberly E. Diamond, Cryogenic, Frozen Embryo and the Need for New Means of Regulation: Why the U.S. Is Frozen in ITS Current Approach, *Cryogenics and Frozen Embryo Regulation. New York International Law Review* 1998; 11(2): 77-100.
2. Cynthia S, Marietta J.D, LL.M. Frozen Embryo Litigation Spotlights Pressing Questions: What is the Legal Status of an Embryo and Can It Be Adopted? *Health Law Perspectives. Health Law & Policy Institute University of Houston Law Center*; 2010. p.1-8.
3. Farahidi KH. *Ketab al-Ein*. Qom: Hejrat; 1410. Ch.3 p.6.
4. Sahib Ebne Ebad. *Al-Mohit fi Al-Loqat*. Beirut: Alam Al-Ketab; 1414. Ch.2 p.286.
5. Ahmad Ebne Fars. *Mojam Maqais Al-Loqat*. Qom: Islamic Advertising Office; 1404. Ch.2 p.152.
6. Khomeini SR. *Ketab Al-Bei*. Qom: Moasseseye Tanzim va Nashr Aasar Imam Khomeini; Ch.1 p.39-44.
7. Marashi SM-H. *Didgahhaye No Dar Hoqouq*. Tehran: Mizan; 1427. Ch.1 p.232.
8. Emami SH. *Hoqouq Madani*. Tehran: Islamic Publication; No Date. Ch.1 p.125.
9. Katouzian N. *Falsafe Hoqouq*. Tehran: Sherkate Sahami; 1381. Ch.3 p.442.
10. Ghanavati J, Vahdati Shobeiri SH, Abdipour E. *Hoqouqe Qarardadha Dar Feghhe Emamia*. Tehran: SAMT; 1379. Ch.1 p.47.
11. Katouzian N. *Hoqouqe Madani-Hagh Shofe, Ers, Vasiat*. Tehran: Mizan; 1387. p.217.
12. Talebzadeh H. *Barasi Tatbiqie Mahdoudiathaye Hoqouqi Dar Tahghiqat bar Roy Janin*. 1391. Available at: <http://west-bar.org/index.php>.
13. Shiravi M. *Lozome Hefze Kramate Zisti Janin Azmayeshgahi Dar Parto Asnade Akhlaghe Zisti. Journal of Medical Ethics* 1391; 4(11): 135-166.
14. Shaygan SA. *Hoqouq Madani*. Qazvin: Taha Publications; 1375. p.120.
15. Khoei SA, Tabrizi J. *Fegh Al-Azar Al-Shariat va Al-Masael Al-Teibat Men Serat Al-Najat*. Qom: Dar Al-Sedighat Al-Shahidat; 1427. p.154.
16. Montazeri HA. *Ahkam Pezeshki*. Qom: Saye; 1427. p.92.
17. Jami Az Moalefan. *Majale Feghhe Ahlebeit (Persian)*. Qom: Moasseseye Daerat Al-Maaref Fegh Eslami Bar Mazaheb Ahl Al-Bayt. Ch.56 p.186.
18. Najafi MH. *Javaher Al-Kalam fi Sharhe Sharaye Al-Eslam*. Beyrout: Dar Ehya Al-Teras Al-Arabi; 1404. Ch.28 p.386.
19. Ragheb Esfahani H. *Mofradate Alfaz Al-Qran, Lobnan- Sorye*. Dar Al-Elm- Dar Al-Shamy; 1412. p.284.
20. Ebn Manzour. *Lesan Al-Arab*. Beyrout: Dar Al-Fekr Leltebaat va Al-Nashr Va Al-Tozi; 1414. Ch.4 p.109.
21. Johari E. *Al-Sahah*. Beyrout: Dar Al-Elm Lelmalaein; 1410. Ch.3 p.1037.
22. Lari SAH. *Al-Talighat Ala Al-Makaseb*. Qom: Moasseye Al-Maaref Al-Eslami; 1418. Ch.1 p.83-84.
23. Khomeini SR. *Tahrir Al-Vasilat*. Qom: Moasseseye Matbouat Dar Al-Elm; No Date. Ch.1 p.494.
24. Khoei SA. *Mesbah Al-Feghahat (Al-Makaseb)*. No Name; No Date. Ch.1 p.143; Ch.2 p.4.
25. Mohaghegh Helli. *Sharaye Al-Eslam Fi Masael Al-Halal va Al-Haram*. Qom: Moasseseye Esmailyan; 1408. Ch.3 p.222.
26. Ansari M. *Al-Makaseb Al-Moharamat va Al-Bei Va Al-Khiyarat (Al-Hadisat)*. Qom: Kongre Jahani Bozorgdasht Sheikh Aazam Ansari; 1415. Ch.1 p.106.
27. Sabzevari SA. *Mohazab Al-Ahkam Fi Bayan Al-Halal va Al-Haram*. Qom: Moasseseye Al-Manar; 1413. Ch.16 p.44-45.
28. Naeini MH. *Al-Makaseb Va Al-Bei*. Qom: Islamic Publishers Office; 1413. Ch.1 p.20.
29. Mamaghani MH. *Ghayat Al-Amal Fi Sharh Ketab Al-Makaseb*. Qom: Majma Al-Zakhayer Al-Eslami; 1316. Ch.1 p.46.
30. Jaziri A, Gharavi SM, Yaser M. *Al-Feghh Ala Al-Mazaheb Al-Arbat va Mazhab AhlAlbayt Vefghan Ahl Al-Bayt*. Beyrout: Dar Al-Saghalain; 1419. Ch.2 p.282.
31. Shahid Sani Z. *Masalek Al-Afham Ela Tanghih Sharaye Al-Eslam*. Qom: Moasseseye Al-Maaref Al-Eslami; 1413. Ch.12 p.428-436.
32. Katouzian N. *Amval va Malekiat*. Tehran: Yalda; 1374. p.11, 104.
33. Khomeini SR. *Ketab Al-Bei*. Qom: Moasseye Tanzim va Nashr Aasar Imam Khomeini; 1421. Ch.1 p.37.

34. Karimi A. Enteghale Gamete va Janin Az Didgahe Hoqouqe Amval. Tehran: 2nd Seminar Ehdaye Gamete va Janin; 1384. p.43.
35. Falasco JR. Frozen Embryos and Gamete Providers' Rights: A Suggested Model for Embryo Disposition. *Jurimetrics Journal* 2005; 45(3): 273-300.
36. Katouzian N. Amval va Malekiat. Tehran: Mizan; 1382. p.101.
37. Naraghi MA. Avayed Al-Ayam Fi Bayan Ghavaed Al-Ahkam va Mohemmat Masael Al-Halal Va Al-Haram. Qom: Islamic Advertising Office; 1417. p.113.
38. Honari A. Hoqouq Madani, Malekiat Zamani Dar Ghavanine Mozoe Iran. Tehran: Jangal; 1389. p.32.
39. Tabatabaei SMK. Hashye Makaseb. Qom: Moasseseye Esmailyan; 1421. Ch.1 p.54.
40. Rahmani Manshadi H, Mahmoudi A, Jelodari Bardestan D. Motaleye Tatbighe Rabeteye Hoqouqi Ensan Ba Baftha va Nemounehaye Azmayeshgahi. *Medical Law Journal* 1393; 4(10): 65-99.
41. Katouzian N. Hoqouq Madani-Ghavaed Omoumi Gharardadha. Tehran: Sherkate Sahami; 1380. Ch.1 p.146.
42. Shahidi M. Tashkile Gharardadha va Taahodat. Tehran: Majd; 1382. Ch.1 p.216, 314, 318.
43. Mark A. Pieper, Frozen Embryos-Persons or Property? Davis V. Davis. *Creighton Law Review* 1989-1990; 23(4): 807-833.
44. Aramesh K. Delalathaye Elmi Osoule Akhlaghe Pezeshki Dar Ehdaye Gamete va Janin. *Payesh Journal* 1386; Y94): 399-406.
45. Karimi A, Karimi S. Taaroz Beyne Maliate Belfel va Shakhsiate Belghove Janine Azmayeshgahi. *Medical Law Journal* 1393; 8(30): 11-36.
46. Pazhouheshkade Ebn Sina. Raveshhaye Novin Tolide Mesle Ensan az Didgahe Fegh Va Hoqouq. Tehran: Samt; 1382. p.394-397.
47. Khodaparast AH, Sharifi S, Milanifar AR, Behjati Ardakani Z. Masaele Akhlaghe Ehdaye Janin. *Journal of Reproduction & Infertility* 1390; 12(2): 131-143.
48. Preville CL. Collaborative Law in Pennsylvania and the Frozen Embryo Debate. *Journal of Environmental and Public Health Law* 2013; 8(1): 80-103.
49. Sublett MF. Frozen Embryos: What Are They and How Should the Law Treat Them. *Law Journals* 1990; 38(4): 585-616.