

## مالیت و قابلیت انتقال رویان

### Propertiness and Transferability of Embryo

S. M. Azin, M. A.

سیدمحمد آذین ✉

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران و پژوهشگر گروه اپیدمیولوژی و سلامت باروری، مرکز تحقیقات اپیدمیولوژی باروری، پژوهشگاه رویان، جهاد دانشگاهی

S. A. Azin, Ph.D.

دکتر سیدعلی آذین

دکترای تخصصی پزشکی اجتماعی، گروه عفونت‌های تولید مثل، پژوهشگاه ابن‌سینا، جهاد دانشگاهی

دریافت مقاله: ۹۰/۱۲/۱۲

دریافت نسخه اصلاح شده: ۹۲/۱۱/۳۱

پذیرش مقاله: ۹۲/۱۱/۲۹

#### Abstract

Approval of "Embryo Donation Act 2003" inducted the expression of "Embryo Donation" in our legal literature and formally legitimized this kind of Assisted Reproductive Treatment. This article aims at studying legal and ethical legitimacy of embryo donation through legal and juridical evaluation of properties' transferability.

What justifies the necessity of this study is that if we consider "embryo donation" as a real donation, it shall comply with general conditions of properties' transferability, since "donation" is a legal act which is basically

#### چکیده

با تصویب قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور به تاریخ ۲۴ آذرماه ۱۳۸۲، اصطلاح «اهدای جنین» رسماً وارد ادبیات حقوقی کشورمان شده و قانون، یکی از روش‌های مرسوم تلقیح مصنوعی یعنی انتقال رویان (Embryo) را مشروعیت بخشیده است. این مقاله بر آن است تا با بررسی شرایط قابلیت انتقال اموال از منظر فقهی و قانونی، مشروعیت انتقال حقوقی رویان، که در لسان قانونگذار جنین نامیده شده را مورد تحقیق قرار دهد. در توجیه ضرورت این مطالعه همین بس که اگر ماهیت آن‌چه در لسان عرف و حتی نزد حقوق‌دانان و قانون‌گذار، «اهدای جنین» نامیده می‌شود.

✉Corresponding author: Tehran, Tehran University, Faculty of Law  
Tel: +9802122320987  
Email: [azinlawyer@gmail.com](mailto:azinlawyer@gmail.com)

✉ نویسنده مسئول: تهران، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق  
تلفن: ۲۲۳۲۰۹۸۷  
پست الکترونیکی: [azinlawyer@gmail.com](mailto:azinlawyer@gmail.com)

governed by general legal rules and one of these rules is the necessity of being as property and the transferability of transaction's subject. Furthermore, considering embryo as property could solve the matter of commercialization of artificial insemination. However, first, we have to ask whether it is ethical to count a potential human being as a property. Why do not we legitimize "embryo transfer" instead of "embryo donation" in order to get rid of dissoluble challenges of its recognition as a "legal act"? Is not it the best way to identify "embryo transfer" as a "legal rule" authorized by the parliament?

This article suggests the basis of "legal rule" as the headstone of embryo transfer's legitimacy.

**KeyWords:** Embryo donation, Donation, Embryo, Property, Personhood.

حقیقتاً هبه باشد، باید شرایط عمومی انتقال مورد معامله در خصوص رویان نیز صدق کند.

چه آن‌که هبه به صراحت قانون مدنی و نظر بسیاری از فقیهان یک عقد است و جز مقرراتی که بنا به صراحت شریعت مختص هبه قرار داده شده، این عقد در سایر احکام، تابع قواعد عمومی قرار داده است. یکی از این قواعد عمومی مورد اجماع، ضرورت مالیت داشتن و قابلیت انتقال مورد معامله است. شیئی را می‌توان به موجب یکی از عقود منتقل نمود که اولاً مالیت داشته باشد و ثانیاً دارای اوصافی باشد که مانع از امکان انتقال حقوقی آن نشود. باور به مال بودن و قابلیت انتقال رویان آثاری فراتر از تصحیح عمل اهدای جنین به همراه دارد و می‌تواند مشکل تجاری‌سازی تلقیح مصنوعی را نیز مرتفع سازد. اما باید دید آیا واقعاً می‌توان موجودی که قابلیت تبدیل به نوع انسانی را دارد، به استناد وضعیت فعلی‌اش مال دانست و اساساً پیامدهای چنین تحلیلی تا چه حد می‌تواند اخلاقی و در نتیجه مورد تأیید قانون باشد؟ آیا نمی‌توان با قول به «حاکمیت قانون» در مشروعیت‌بخشی به انتقال رویان، از چالش‌های غیرقابل حل عقد دانستن این عمل گریخت و در عین حال از مزایای مشروعیت انتقال رایگان رویان بهره‌مند ماند؟ این مقاله تلاش می‌کند به پاسخی درخور به این پرسش‌ها دست یابد.

**کلیدواژه‌ها:** اهدای جنین، هبه، رویان، مالیت، شخصیت.

## مقدمه

طی سال‌ها و با پیشرفت علم پزشکی به ویژه در قرن بیستم و دهه اخیر، راه‌های متفاوتی برای حل معضل ناباروری زوج‌هایی که آرزومند پروردن فرزندی هستند، شکل گرفته است. بحث

مناقشه برانگیز رحم جایگزین یکی از این راهکارهاست که از سوی نویسندگان و فقیهان کشورمان مورد توجه قرار گرفته است. یکی دیگر از این شیوه‌ها، اهدای اسپرم، گامت و جنین به زوجین نابارور تحت شرایط خاص است.

ابتدا ضروری می‌نماید تعریفی از اسپرماتوزوئید که از این پس در مقاله از آن با کلمه رایج اسپرم یاد می‌شود و نیز جنین به دست داده شود تا بتوان بینش صحیحی نسبت به موضوع مطالعه حاصل نمود. اسپرم به سلول‌های جنسی مرد اطلاق می‌شود که از لقاح آن با تخمک زن، نطفه شکل می‌گیرد. در مقابل، جنین به شکل تکوین‌یافته نطفه انسانی اطلاق می‌شود که با رشد در رحم مادر قابلیت زنده متولد شدن را دارا باشد.

پیدایش جنین چنان که دیده شد، فرع بر در هم آمیختن اسپرم و تخمک و در اصطلاح لقاح است. تلقیح در لغت به معنای باردار کردن و لقاح به معنای باردار شدن است و تلقیح مصنوعی در اصطلاح، عبارت از این است که زن را با مداخله پزشکی و بدون این که نزدیکی صورت گیرد، آبستن کنند (صفایی و امامی، ۱۳۷۶).

انواع روش‌های تلقیح مصنوعی از این قرارند:

۱. تلقیح مصنوعی داخل رحم (Intra Uterine Insemination)
۲. انتقال گامت به داخل لوله رحمی (GIFT= Gamete Intra-Fallopian Transfer)
۳. انتقال زیگوت به داخل لوله رحمی (ZIFT= Zygote Intra-Fallopian Transfer)
۴. باروری آزمایشگاهی و انتقال رویان (IVF=In vitro fertilization and embryo transfer (IVF-ET)) (موسوی، ۱۳۸۲)

تلقیح مصنوعی برای نخستین بار در سال ۱۷۶۵ میلادی به منظور اصلاح نژاد و تکثیر نسل حیوانات، توسط یک دانشمند آلمانی به نام Ludwig Jacobin روی ماهی‌ها انجام شد و متعاقب آن برای تولید مثل انسان نیز مورد آزمایش قرار گرفت اما نتیجه‌بخشی، دو قرن به طول انجامید. (صفایی و امامی، ۱۳۷۶).

با پیشرفت علم و استفاده از تکنیک‌های برتر، نخستین نوزاد آزمایشگاهی به نام «لوئیز براون» در ۱۹۷۸ میلادی در لندن با تلاش دکتر استیتو و همکارانش به دنیا آمد، پس از آن در سال ۱۹۸۸ میلادی یعنی یک سال پس از این موفقیت در کشور انگلستان، ۹۵۶ کودک از طریق باروری خارج رحمی (I.V.F) متولد شدند. هم‌چنین بنا بر منابع موجود تا ۱۳۷۸، در ایالات متحده بیش از ۴۰۰۰۰ سیکل توسط فناوری‌های کمک‌باروری<sup>۱</sup> انجام گرفته که در عمل منجر به ۸۷۴۱ وضع حمل شده و ۵۱۰۳ مورد از آن‌ها به طریق I.V.F یا همان انتقال رویان بوده است (جعفرزاده، ۷۸ به نقل از روشن، ۱۳۸۶).

هم‌چنان که دیده می‌شود، تلقیح مصنوعی انسانی سابقه‌ای تقریباً ۳۰ ساله دارد اما در چند سال اخیر به طور جدی‌تر و گسترده‌تری مورد استفاده قرار گرفته و چنان رواجی یافته که دستگاه حقوقی کشورهای مختلف را به پاسخ‌گویی در خصوص ماهیت و امکان این عمل واداشته است. با این حال، در کشورهای در حال توسعه که غالب کشورهای اسلامی نیز از آن جمله‌اند، کمتر قوانین و مقررات خاصی برای اهدای جنین و گامت تدوین شده و در مواردی نیز که اقداماتی صورت گرفته، نمی‌توان آن را جامع دانست. جمهوری اسلامی ایران در خصوص نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور به تاریخ ۱۳۸۲/۹/۲۴، قانونی را در پنج ماده به تصویب رسانده که تنها یکی از روش‌های فوق‌الذکر را به صراحت تجویز و تأیید نموده است. ماده ۱ این قانون اعلام می‌دارد: «به موجب این قانون کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری ذی‌صلاح مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون نسبت به انتقال جنین‌های حاصله از تلقیح خارج از رحم زوج‌های قانونی و شرعی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی ناباروری آن‌ها (هر یک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده اقدام نمایند». بر این اساس، در کشور ما انتقال جنین در صورتی که انعقاد نطفه در محیط آزمایشگاهی و بر اثر امتزاج اسپرم و تخمک یک زوج شرعی و قانونی صورت گرفته باشد مجاز دانسته شده است.

با توجه به وجود این قانون، نویسنده ترجیح داده است تمرکز خود را بر مطالعه ماهیت انتقال جنین ناشی از تلقیح آزمایشگاهی (I.V.F) قرار دهد تا حاصل مطالعه واجد نتیجه‌ای عملی باشد. بررسی و واکاوی فقهی - حقوقی سایر طرق تلقیح مصنوعی مجال دیگری می‌طلبد. هم‌چنین، در این مقاله از بررسی سایر مفاهیم فقهی و شرعی مرتبط با موضوع مانند وضعیت حرمت یا حلیت تکلیفی، نسب ناشی از تلقیح مصنوعی و حقوق و تکالیف والدین طبیعی و پدر و مادر پذیرنده اجتناب شده و سعی شده است تنها مسئله مالیت و قابلیت انتقال جنین به عنوان موضوع یک قرارداد مورد توجه قرار گیرد. البته این امر به معنی بی‌اهمیت بودن یا بدهت سایر زمینه‌های فوق‌الذکر نیست؛ چه هر کدام از این موارد، خود باید مستقلاً و مستنداً مورد تدقیق واقع شود.

در توجیه ضرورت این مطالعه همین بس که اگر ماهیت آن‌چه در لسان عرف و حتی نزد حقوق‌دانان و قانون‌گذار، «اهدای جنین» نامیده می‌شود، حقیقتاً هبه<sup>۱</sup> باشد، باید شرایط عمومی انتقال مورد معامله در خصوص جنین نیز صدق کند؛ چه آن‌که هبه به صراحت قانون مدنی و نظر بسیاری از فقیهان یک عقد است و همین فقیهان، به تفصیل در کتب خود از «شروط عوضین»<sup>۳</sup> سخن گفته‌اند. درست است که هبه غالباً به صورت غیرمعووض و رایگان واقع می‌شود و یک عوض وجود دارد نه عوضین، اما جز مقرراتی که بنا به صراحت شریعت مختص هبه قرار داده شده، این عقد در سایر احکام، تابع قواعد عمومی قراردادهاست که معمولاً از مطالعه «کتاب‌البیع»<sup>۴</sup> رساله‌های فقیهان قابل استخراج است. یکی از این قواعد عمومی مورد اجماع، «ضرورت مالیت داشتن» و

«قابلیت انتقال» مورد معامله است. شیئی را می‌توان به موجب یکی از عقود منتقل نمود که اولاً مالیت داشته باشد و ثانیاً دارای اوصافی باشد که مانع از امکان انتقال حقوقی آن نشود. در این مقاله در دو بخش، مالیت و قابلیت انتقال رویان مورد بررسی قرار می‌گیرد. در بخش نخست، ابتدا مالیت رویان مورد تعریف قرار می‌گیرد (مبحث نخست) و سپس از مفهوم عرفی و شرعی مالیت و تقدم رتبی مالیت عرفی بر مالیت شرعی سخن می‌رود (مبحث دوم).

پس از بررسی مالیت رویان، سایر ویژگی‌هایی که جهت قابلیت انتقال رویان از منظر شرع و عرف ضرورت دارند، ذیل عنوان «قابلیت انتقال رویان» در بخش دوم مطالعه خواهند شد. آنچه نویسنده را وادار ساخته تا این ویژگی‌ها را در بخشی مستقل از عنوان مالیت مورد بررسی قرار دهد، فرع بودن قابلیت انتقال بر مالیت مورد معامله است. به دیگر سخن ملازمه‌ای میان این دو وجود ندارد و این رابطه یک‌سویه است. مالیت نداشتن یک شیء قطعاً مانع قابلیت انتقال آن است، اما هر شیئی که عرفاً مال باشد، لزوماً قابل انتقال نیست و جهت واگذاری آن شرایط دیگری نیز ضرورت می‌یابد.

در بخش دوم، در چهار مبحث، به ترتیب سلطنت مطلق بر رویان، قابلیت تسلیم رویان، علم به اوصاف رویان و طهارت رویان بررسی می‌شود. البته این به آن معنی نیست که شروط قابلیت انتقال مورد معامله به همین چهار شرط منحصر می‌شود، بلکه در موضوع مورد مطالعه ما این چهار وصف‌اند که مورد مناقشه و شایان تحقیق بیشتر هستند. در خاتمه مقاله، نتیجه‌ای که نویسنده بدان قائل است، بیان خواهد شد.

## بخش نخست: مالیت رویان

### مبحث نخست: تعریف مالیت

شاید به جهت تصور بداهت مفهوم مال و مالیت باشد که غالب فقیهان تعریفی جامع از مال و مالیت به دست نداده‌اند. تعریف مال به «آنچه در برابر آن مالی به دست آید»، تعریفی دوری<sup>۵</sup> است و شاید همین دشواری در تعریف باعث شده تا بعضی از فقهای معاصر، تعریف مالیت را به جهت وضوح مفهوم آن منتفی بدانند و از تعریف مال دست بکشند (اراکي، ج ۲، ۱۴۱۵ ق، ۷۰). یکی از شارحین کتاب «مکاسب» شیخ انصاری مال را چنین تعریف نموده است: «آنچه عاقلان برای رفع حوایج دنیوی یا اخروی خود در به دست آوردنش با هم رقابت کنند مال نامند» (مروج جزائری، ج ۶، ۱۴۱۶ ق، ۳۸۵ و نجفی، ج ۲۲، ۳۴۴).

با توجه به تعریف می‌توان رغبت عقلای جامعه را به یک شیء که حاضر باشند برای تحصیل آن با یکدیگر رقابت کنند، وجه ممیز مال از ملک دانست. به دیگر سخن، هر چه واجد ارزش عرفی نزد عقلای جامعه باشد و آن‌ها را راغب سازد برای داشتنش از زمان و دارایی خود هزینه کنند دارای مالیت است. جمع دو امر در تحقق مفهوم مالیت لازم است: ۱. احتیاج مردم به شیء ۲. متوقف بودن

تحصیل آن شیء به کار (مروج جزائری، ج ۶، ۱۴۱۶ق، ۳۸۵). فقیهان امامیه با توجه به معنا کردن مالیت به «ارزش اقتصادی»، این مفهوم را به درستی از «ملکیت» جدا ساخته‌اند. رابطه میان مالیت و ملکیت، عموم و خصوص منوجه است (مغنیه، ج ۳، ۱۴۲۱ق، ۱۱۸)؛ بدین معنا که ممکن است شیء واجد ارزش اقتصادی باشد، در حالی که مالکی نداشته باشد (مانند مباحات قبل از حیازت) و همچنین ممکن است شیء مملوک کسی باشد، در حالی که ارزش معاملاتی نداشته باشد (مانند یک دانه گندم).

بنا بر اجماع فقها غصب ملک دیگری هرچند ارزش اقتصادی نداشته باشد حرام و مشمول عقاب است، در حالی که همان مملوک، اگر ارزش معاملاتی نداشته باشد مال محسوب نمی‌شود و نمی‌توان مورد معامله‌اش قرار داد. شیخ انصاری عدم مالیت را به دو جهت منتسب می‌کند: ۱. عدم مالیتی که مستند به خست (بی‌ارزش بودن) شیء است مانند حشرات. ۲. عدم مالیتی که مستند به قلت و اندک بودن کمی شیء است مانند یک دانه گندم (انصاری، ج ۴، ۱۴۱۵ق، ۹).

### مبحث دوم: مالیت عرفی و شرعی

در کتب فقهی نخستین شرط عوضین را مالیت و در اصطلاح «تمول» آن دانسته‌اند (امام خمینی، ج ۱، ۵۱۵). مفهوم مالیت از منظر فقیهان مفهومی عرفی است؛ اساساً تعریف بارزترین مصداق عقود - یعنی عقد بیع (خرید و فروش) - که عبارت است از مبادله مال به مال، اهمیت نقش عرف را در شناسایی عوضین یادآوری و مواردی را که عرفاً از تعریف فوق‌الذکر خارج‌اند، موضوعاً از بیع خارج می‌کند<sup>۷</sup> (انصاری، ج ۴، ۱۴۱۵ق، ۹). هیچ اشکال و اختلافی در این معنا وجود ندارد که آن‌چه عرفاً مال محسوب نشود، نمی‌تواند عوض معامله قرار گیرد.

ماده ۲۱۵ قانون مدنی نیز به پیروی از دیدگاه فقها مقرر داشته است: «مورد معامله باید مالیت داشته باشد...» ماده ۳۴۸ همین قانون نیز با عبارت دیگری به لزوم مالیت مال اشاره نموده است. یکی از حقوق دانان بزرگ معاصر بر این باور است که ارزش اقتصادی کالا وابسته به منافع آن است و آن‌چه نیازی را رفع نمی‌کند و سودی به بار نمی‌آورد مال نیست (کاتوزیان، ج ۲، ۱۳۸۸، ۱۷۴).

خبری که از تحف‌العقول نقل شده بدین بیان: «وکل شیء یکون لهم فیه الصلاح من جهة من الجهات فکل ذلک حلال بیعه الخ» نیز حکایت از آن دارد که عوض قرار دادن شیئی که عرفاً از جهتی برای آن مصلحتی قابل تصور است جایز است و همین، مؤید جایگاه عرف در تعریف مالیت است (انصاری، ج ۴، ۱۴۱۵ق، ۱۰). حکم در مواردی که در مالیت یا عدم مالیت شیء تردیدی نباشد روشن است و نیازی به بررسی نیست. اما در فرضی که در خصوص مالیت عرفی شیء تردید وجود داشته باشد، سه نظر از سوی فقیهان ابراز گشته است:

۱. شیخ انصاری در فرضی که ثابت نشود که شیء مورد نظر عرفاً مال نیست، قائل به امکان رجوع به عموماً صحت بیع و تجارت شده و به اصله‌الصحه<sup>۸</sup> استناد نموده است (همان). نتیجه آن که چنین معامله‌ای را صحیح دانسته است.

۲. یکی از شارحان مکاسب، با دقت نظری قابل تحسین به این نکته اشاره نموده که تمسک به عموماً صحت<sup>۹</sup>، فرع و منوط بر مال دانستن آن شیء از نظر عرفی است، در حالی که در فرض مورد بحث تردید در اصل مالیت عرفی وجود دارد و بنابراین رجوع به اصله‌الصحه موردی ندارد و موافق تر با قاعده را آن می‌داند که به بطلان معامله چنین شیئی قائل شویم (مروج جزائری، ج ۶، ۱۴۱۶ق، ۳۹۰).

۳. یکی از بزرگان معاصر تردید در مالیت شیء مورد معامله را از مصادیق شبهه موضوعیه<sup>۱۰</sup> نسبت به ادله فساد و ادله صحت دانسته و در نتیجه معتقد است نه می‌توان به فساد حکم نمود و نه به صحت معامله. بنا بر این نظر ضمن توقف در خصوص مورد، باید از سایر دلایل و اصول بهره جست (اراکی، ج ۱، ۱۴۱۵ق، ۷۲).

با توجه به مطالب پیش گفته باید تردیدی جدی در خصوص مالیت عرفی رویان روا داشت. رویان، به مثابه یک موجود زنده که قابلیت تبدیل به یک انسان کامل را دارد، اساساً قابلیت ارزش‌گذاری مالی ندارد و به سختی می‌توان به آن به عنوان مالی نظر نمود که عقلای جامعه معادل ارزش آن پول بپردازند. دست‌کم در زمانه حاضر، مبادی اخلاقی مانع از آن است که رویان در نظر عرف حسن جامعه به عنوان مال عرفی شناسایی شود و نباید از نظر دور داشت عرفی در نظر حقوق واجد احترام و معتبر تلقی می‌شود که اخلاق حسنه آن را تأیید کند. ذیل ماده ۹۷۵ قانون مدنی که اجرای قرارداد اصولاً معتبر را منوط به موافقت با اخلاق حسنه می‌داند، مؤید همین نظر است. حتی اگر در خصوص عدم مالیت عرفی رویان به قطعیت نرسیده باشیم، به نظر می‌رسد با توجه به این که در آن چه اصطلاحاً اهدای جنین یا رویان خوانده می‌شود، تردید و شک در مقتضی<sup>۱۱</sup> انعقاد عقد وجود دارد، باید با رجوع به استصحاب عدمی<sup>۱۲</sup>، اصل را فساد عقد دانست. این استدلال میان نظرهای دوم و سوم پیش گفته فقیهان در فرض تردید در مالیت جمع می‌کند.

بیشتر نویسندگان و حتی فقیهان معاصر برای پاسخ‌گویی به سؤال در مورد حلیت یا حرمت واگذاری رویان بدو به مالیت شرعی آن توجه نموده‌اند و از آن‌جا که به جهت عدم طرح موضوع در صدر اسلام، خبری در رد مالیت در دست نیست، اصل براءت<sup>۱۳</sup> را مستمسک حکم به صحت این واگذاری نموده‌اند. این در حالی است که بررسی مالیت از لحاظ شرعی فرع و منوط بر احراز مالیت عرفی شیء است و در صورتی که تردید در مالیت عرفی باقی بماند، نوبت به تحلیل مالیت شرعی و بررسی اخبار و آیات در این خصوص نمی‌رسد؛ چه در مقتضی قابلیت انتقال تردید حاصل است و سخن گفتن از رافع جهتی ندارد (مروج جزائری، ج ۶، ۱۴۱۶ق، ۳۸۵). بنابراین صرف فقدان اخبار

نافی قابلیت انتقال رویان نمی‌تواند دلیل کافی جهت تجویز این واگذاری به دست دهد. حتی اگر از تقدم رتبی مالیت عرفی بر مالیت شرعی چشم‌پوشیم، با توجه به این‌که قول به شرعی بودن اعتبار استصحاب<sup>۱۴</sup> قوی به نظر می‌رسد<sup>۱۵</sup> (خراسانی، ۱۴۲۴ق، ۳۸۸ و محقق‌داماد، ۱۳۷۸، ۵۰-۴۲)، چنان‌که ملاحظه شد با در نظر گرفتن عدم تحقق یقینی مقتضی انتقال - که همان مالیت است - باید بنا را بر استصحاب عدمی نهاد و به فساد عقد قائل بود.

ماهیت حقوقی رویان در غرب محل مناقشه گسترده بوده و هست. گاه رویان را صراحتاً مال می‌دانند (York v. Jones, 1989)، گاه آن را ماهیتی بینابین و موضوع حقوق متعارض دانسته‌اند (Davis v. Davis, 1992) و در مواردی شخصی تمام‌عیارش تلقی می‌کنند که از حقوق و منافع بهره‌مند است (Unborn Victims of Violence Act 2004). در فرض ما که رویان در محیط آزمایشگاهی شکل گرفته، مادر فاقد خودآیینی (Autonomy) در برخورد با رویان بوده و دولت حق مداخله می‌یابد. دولت ایالات متحده حق دارد به عنوان یک شخص از رویان حمایت کند، آن را به عنوان مال والدینش تلقی کند، یا آن را به مثابه یک هویت بینابین که از حرمت ویژه‌ای به واسطه حیات بالقوه‌اش برخوردار است، به حساب آورد (Davis v. Davis, 1992). دولت ایالات متحده حق دارد میان یکی از این قالب‌ها آزادانه انتخاب کند، تا جایی که به حقوق دیگران لطمه وارد نشود. چنان‌که دیده می‌شود، ماهیت رویان در ایالات متحده - که پیش‌تاز بحث پیرامون این موضوع است - هنوز محل اختلاف جدی است. همین وضعیت را می‌توان در سایر نظام‌های حقوقی شاهد بود. در امریکا، در پرونده‌های اسقاط جنین، رویان به عنوان بخشی از بدن مادر در نظر گرفته می‌شود که مشمول حق بر خلوت (Privacy) مادر بوده و از خود استقلالی ندارد؛ در حالی که قوانین جزایی همین کشور، قتل رویان را در حکم قتل عمد تلقی کرده و با این قضاوت، تصویری از یک شخص را از رویان ترسیم می‌کند (York v. Jones, 1989). با این وصف، می‌توان گفت تردید در مالیت رویان امری جهانی است و تفاوت‌ها، تنها در نسبت میان موافقان و مخالفان مالیت است.

## بخش دوم: قابلیت انتقال رویان

### مبحث نخست: سلطنت مطلق بر رویان

انسان به نیروی اراده توان تغییر در وضع مادی اشیا را ندارد. آنچه در قراردادهای موضوع تعهد واقع می‌شود یا مورد انتقال قرار می‌گیرد، حقی است که شخص بر آن‌ها دارد. در این رابطه اعتباری می‌توان تصرف کرد و با آن به داد و ستد پرداخت. پس آنچه موضوع تعهد و انتقال قرار می‌گیرد، در واقع حق مالی است نه خود مال (کاتوزیان، ج ۲، ۱۳۸۸، ۱۷۸). در موضوع بحث، این حق مالی باید «مالکانه» باشد تا انتقال رویان به موجب عقد محقق شود. ماده ۲۴۷ شرط مالکیت مورد انتقال را



توسط انتقال‌دهنده ضروری دانسته و حقوق‌دانان در این خصوص تردیدی به خود راه نمی‌دهند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۱۳۶).

جمله فقیهان هم دومین شرط مورد معامله را سلطنت مطلق منتقل‌کننده بر آن یا به اصطلاح طلق بودن ملک دانسته‌اند. ایشان با این ادبیات، مال موقوفه، عین مرهونه<sup>۱۶</sup>، اراضی مفتوح‌العنوه<sup>۱۷</sup> و مباحات حیات نشده را از دایره معاملات خارج ساخته‌اند (مغنیه، ج ۳، ۴۲۱ق، ۱۱۷ و امام خمینی، ج ۱، ۵۰۹ و ۵۱۶). قطعاً در هیچ کدام از کتب فقهی، به جهت جدید بودن موضوع مورد مطالعه، سلطنت مطلق ابوبین<sup>۱۸</sup> بر رویان مورد بررسی قرار نگرفته است، اما بدیهی است با عنایت به نسخ عملی بردگی و آزاد بودن انسان بماهو انسان و با توجه به اصل عدم ولایت، هیچ دلیلی بر مالکیت ابوبین یا پدر بر رویان وجود ندارد، چه رسد به این که این مالکیت مطلق بوده و امکان انتقال رویان را به آن دو اعطا نماید.

جنین در شریعت اسلام پس از دمیده شدن روح از احترام یک انسان کامل برخوردار بوده و همان طور که نمی‌توان انسانی تکامل‌یافته را مورد معامله قرار داد، جنین و نیز رویان به جهت کرامت ذاتی و حریتی که به صرف تشکیل نطفه به دست آورده و نیز به دلیل قابلیت تبدیل شدن به انسان کامل، از دامنه موضوع قرارداد رهیده است. این قابلیت را باید در امکان انتقال در نظر آورد. نمی‌توان با چشم‌پوشی بر این امکان، از آن چه در صورت مراقبت در محیط مناسب به نوع کامل انسانی بدل می‌شود، مالی ساخت که بتوان برای به دست آوردنش پرداخت نمود و آن را موضوع معامله قرار داد.

مناسب است برای تقریب مفهوم به ذهن مثالی زده شود. البته در مثل مناقشه نیست و این تمثیل هرگز سر آن ندارد تا جایگاه انسانی را با نباتات قیاس کند. ماده ۳۳ قانون مدنی مقرر داشته که درخت و کشت به مالک اصله یا حبه<sup>۱۹</sup> آن تعلق دارد، ولو این که در زمین متعلق به دیگری کاشت شود. حبه و اصله بالقوه درخت و کشت است و هنوز این قابلیت را به فعل نرسانده و به خودی خود نیز نمی‌تواند رشد کند و به غایت خود برسد. محتاج مراقبت است و به مداخله انسانی نیاز دارد. اما تفاوتی عمده میان این مثال با مورد انتقال رویان به چشم می‌خورد.

هیچ تردیدی در این خصوص نیست که امروزه انسان کامل نمی‌تواند موضوع قرارداد انتقال عین قرار گیرد. منافع کار انسان را می‌توان اجاره نمود اما خود وی را نمی‌توان منتقل نمود. از طرفی اگر بناست رویان - که به مثابه حبه وجود انسانی است - قابل انتقال باشد، باید والدین یا دست‌کم پدر بر آن سلطنت داشته باشند. سؤال این جاست که در صورت استمرار سلطنت والدین یا والد بر فرزند بالقوه خود، آیا نباید وی را مالک طلق فرزند خود پس از به فعلیت رسیدن نوع انسانی‌اش دانست؟ آیا چنین نتیجه‌ای مورد پذیرش نظام حقوقی امروزی است؟ ولایت، امری متفاوت از مالکیت است و هیچ فقیه و حقوق‌دانی داعیه‌دار مالکیت پدر یا والدین بر فرزند خود نیست. چگونه است که

طرفداران مالیت و قابلیت انتقال رویان، رویان را با حبه در قابلیت تبدیل به نبات و ضرورت مداخله انسانی در رشدش قیاس می‌کنند و در نتیجه آن را موجودی قابل انتقال می‌دانند، در حالی که نتیجه این قیاس را که همان استمرار قابلیت انتقال جنین پس از دمیده شدن روح است، نمی‌پذیرند؟ مگر نه آن است که جنین نیز پس از دمیده شدن روح به مراقبت و مداخله مادرش نیاز دارد و به خودی خود به سلامت متولد نمی‌شود؟ مگر نه آن است که نوزاد تا رسیدن به مرحله بلوغ جسمی و عقلی هم‌چنان به همراهی و مواظبت والدین وابسته است؟ اگر معیار، ضرورت مداخله انسانی است، آیا باید تا نیل طفل به رشد عقلی وی را هم‌چنان مملوک والدین خود دانست؟

اگر هم معیار دمیده شدن روح در جنین باشد، باید از همان ابتدا آن را ملاکی نامناسب دانست، چرا که سقط جنین از همان بدو شکل‌گیری نطفه منع شده و ضمانت اجرای مالی به شکل دیه یافته است و دمیده شدن روح در آن تنها سبب می‌شود دیه جنین کامل شود. در اصل حرمت سقط جنین تفاوتی نیست و تنها ضمانت اجرای مالی است که پس از دمیده شدن روح به کمال می‌رسد.

از طرفی هیچ دلیل نقلی یا عقلی وجود ندارد که قرار نداشتن رویان در رحم مادر (قرار مکین) را از اسباب امکان سلطنت مالکانه والدین قلمداد نماید. در موارد شبهه در حرمت انسانی، باید با احتیاط گام برداشت و صرف تشکیل رویان در محیط آزمایشگاهی و ضرورت مداخله انسانی جهت تبدیل به نوع انسانی نمی‌تواند برای رویگردانی از احتیاط و حکم متقن به امکان سلطنت مالکانه و در نتیجه قابلیت انتقال رویان کارگر افتد.

هم‌چنین از آن جایی که نص یا دلیل عقلی بر مدخلیتش در این حرمت وجود ندارد نباید سبب حکم به سلطنت مالی والدین گردد. منطق حاکم بر قواعد حقوقی، با این نتایج که از ملک دانستن رویان نشأت می‌گیرد، سازگاری ندارد. پس ناگزیر باید این مقدمه استدلال را به طور جدی قابل نقد ارزیابی کرد. قابلیت تبدیل به نوع انسانی مهم‌تر از آن است که به صرف تمسک به ضرورت مداخله آزمایشگاهی و مشارکت انسانی برای رشد رویان، بتوان آن را نادیده گرفت و حکم به قابلیت انتقال رویان نمود.

تجویز انتقال حقوقی رویان، نوعی بازگشت به تفکر مالکیت انسان بر انسان است. شرط مملوک بودن مورد معامله، مورد اجماع فقیهان است و نصوص صریحی چون «لابیع الا فی ملک<sup>۲۰</sup>» دلالت بر آن دارند و روشن است که مورد بیع، مخصص نیست<sup>۲۱</sup> و هبه را نیز شامل می‌شود. انسان آزاد قابلیت تملک ندارد تا بتواند در ملکیت کسی قرار گیرد (نجفی، ج ۲۲، ۳۴۳-۳۴۴).

ملکیت به معنی اضافه شدن شیء به شخص مالک است و ملاحظه کرامت انسانی، جنین را به شخص صاحب نطفه اضافه نمی‌کند، بلکه برای او پس از خلقت نطفه وجودی مستقل از پدر قائل می‌شود (اراکی، ج ۲، ۱۴۱۵ق، ۷۰).

### مبحث دوم: قابلیت تسلیم رویان

یکی دیگر از شروط عوض معامله، قابلیت تسلیم آن از سوی انتقال دهنده به انتقال گیرنده است (اراکي، ج ۲، ۱۴۱۴ق، ۱۴). قدرت انتقال دهنده بر تسلیم، خود حاوی مباحث مفصلی است که در این مقاله مجال بیانش نیست. آنچه مورد بحث است فلسفه شرطیت قدرت بر تسلیم یعنی منع از معاملات غرری<sup>۲۲</sup> است (مغنیه، ج ۳، ۱۴۲۱ق، ۱۲۷).

در شریعت اسلام از معاملات غرری نهی شده و این خبر از امیرالمومنین علی علیه السلام، خود می تواند بهترین تعریف برای غرر باشد: «غرر آن عملی است که با آن، شخص مرتکب از ضرر در امان نماند»<sup>۲۳</sup>. در زمانه ما با توجه به پیشرفت پزشکی، امکان تسلیم رویان به زوجین پذیرنده و کارگذاری آن در رحم زوجه پذیرنده وجود دارد و همین، احتمال غرری بودن واگذاری رویان را دست کم از این حیث منتفی می گرداند. درست است که زوجین انتقال دهنده، خود، قدرت بر تسلیم ندارند اما با استفاده از امکانات علوم پزشکی، این قدرت برایشان فراهم آمده و از این نظر خدشهای بر صحت عمل وارد نیست.

### مبحث سوم: علم به اوصاف رویان

یکی دیگر از شرایط عوض معامله، علم به آن به نحوی است که غرر منتفی شود (همان). در خصوص جنین و شکل ابتدایی آن رویان، هم چنان که از معنای لغوی آن برمی آید، بسیاری از اوصاف آن تا زمان تولد پوشیده باقی می ماند. لذا علم تفصیلی بر ابعاد مختلف رویان دست کم در شرایط فعلی ممکن نیست.

رویانی که قرار است در رحم زن نابارور جای گذاری شود نیز از لحاظ تکوینی، بسیار نامتمایزتر از آن است که بتوان اوصاف و ویژگی های آن را به تفصیل معلوم نمود. اما از آن جا که در انتقال رویان، نفس انتقال یک انسان بالقوه به رحم زوجه نابارور اهمیت دارد و زوجین نابارور کمتر به جنسیت و سایر اوصاف آن اهمیت می دهند، باید گفت صرف زنده و سالم بودن جنین تا مرحله انتقال به رحم پذیرنده، می تواند معلومات کافی جهت اجتناب از غرر تلقی شود. هم چنین پیشرفت دانش پزشکی، هم اکنون این قدرت را به بشر بخشیده که جنسیت را از همان بدو شکل گیری رویان، شناسایی نمایند و حتی در برخی از کشورها، بر اساس جنسیت دلخواه، نسبت به دریافت رویان اقدام می شود که از آن به انتخاب جنسیت<sup>۲۴</sup> تعبیر شده است. چنین توانایی هایی می تواند در کاهش ناآگاهی نسبت به اوصاف رویان مؤثر افتد و از تردیدها نسبت به صحت انتقال آن از این منظر بکاهد. در ضمن، اگر انتقال رویان را نوعی هبه قلمداد کنیم - که البته هنوز برای ما ثابت نشده است - شرط علم به مورد هبه اگر به اجمال هم محقق شود کافی است؛ چه، هبه عقدی مبتنی بر مسامحه<sup>۲۵</sup> است و شروط صحت آن را نیز باید بر سیاق مسامحه بازرسی نمود.

### مبحث چهارم: طهارت رویان

فقها تکسب و معامله به مالی که عیناً نجس بوده و قابل طهارت نباشد را نه تنها از حیث وضعی باطل، که از نظر تکلیفی حرام دانسته‌اند (مرعشی‌نجفی، ج ۲، ۱۴۰۶ق، ۷). اما به نظر می‌رسد جهت حرمت این معاملات که مصداق بارزشان حکم مشهور «ثمن‌العذره سحت»<sup>۲۶</sup> است، نه نجس بودن مورد معامله، که بلامنفعت بودن آن است. به دیگر سخن از آن‌جا که معمولاً اعیان نجسه منفعتی عقلایی ندارند، شارع نیز معاملات آن‌ها را باطل انگاشته است. اما فقیهان به استناد اخباری از معصومین علیهم‌السلام، با استخراج ملاک حرمت و بطلان معامله اعیان نجسه، معاملات عقلایی این اعیان را صحیح دانسته‌اند. یکی از این اخبار مروی از امام صادق علیه‌السلام است که فرمود: «ایرادی در بیع مدفوع نیست، اگر استفاده آن در جهتی حلال صورت گیرد»<sup>۲۷</sup> (مغنیه، ج ۳، ۱۴۲۱ق، ۱۲۰). دلیل حرمت اعیان نجس یا متنجس<sup>۲۸</sup>، امتناع انتفاع از آن‌هاست و از همین روی است که اکل از طریق تکسب به آن، اکل مال به باطل است و این سخن رسول خدا بر این امر صدق می‌کند که فرمود: «اذا حرم الله شیئاً حرم ثمنه». اما استفاده از این اعیان در جهت صحیح و عقلایی حرام نیست، مانند سگ شکاری که خرید و فروشش تجویز شده است. حتی بیع مردار نیز اگر متضمن منفعت مباحی باشد مجاز است. در این خصوص روایتی از امام صادق علیه‌السلام نقل شده که از ایشان در مورد بیع مردار پرسیدند و ایشان در پاسخ فرمودند: «لاینتفع بها». از مفهوم این استدلال می‌توان چنین نتیجه گرفت که در صورت کسب منفعت مباح، بیع اعیان نجس نیز مباح است<sup>۲۹</sup> (همان).

با توجه به آن‌که در خصوص ماهیت رویان از منظر فقه اختلاف نظر است، بحث در خصوص طهارت یا نجاست آن به روشنی تبیین نگشته است. اما اساساً پاک یا نجس بودن رویان، تأثیری در امکان قابلیت انتقال آن ندارد. آن‌چه در خصوص منفعت حلال بیان شد را می‌توان دلیل توجیه‌کننده صحت این انتقال دانست؛ چرا که پروردن طفل در رحم و به دنیا آوردن یک انسان از طریق این تلقیح مصنوعی می‌تواند یک منفعت حلال و عقلایی و مشروع قلمداد شود. ممکن است ادعا شود چنین منفعتی با ایراد شرعی روبه‌روست؛ حتی برخی از نویسندگان با درک غیر صحیح موضوع، حکم زنا را به چنین وضعیتی تحمیل نموده‌اند. این در حالی است که در فرض تجویز شده توسط قانون تصویب شده اهدای جنین به زوجین نابارور، این اسپرم مرد نیست که در رحم زن پذیرنده جای‌گذاری می‌شود، بلکه رویان پس از تلقیح آزمایشگاهی اسپرم مرد و تخمک همسر وی، به صورت یک موجود زنده تکوین یافته وارد رحم زن پذیرنده می‌شود و این، به هیچ روی به زنا یا وارد ساختن منی در رحم زن اجنبی شباهت ندارد. بر همین مبناست که غالب فقیهان، امروزه این عمل را مشروع دانسته‌اند.

## نتیجه

تلقیح مصنوعی به شکلی که مورد تجویز قانون اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب سال ۸۲ قرار گرفته است، نمی‌تواند مصداق یک عمل حقوقی دوسویه (عقد) باشد. صرف نظر از مشکل تعیین طرف پذیرنده که بر اساس عرف رایج فعلی، هنگام انتقال جنین به بانک جنین، هنوز مشخص نشده، مالیت عرفی رویان مورد خدشه جدی است؛ چرا که در عرف عقلای جامعه، رویان دارای ارزش معاملاتی نیست. این بدان معنا نیست که خرید و فروش جنین در جامعه امری نادر است، بلکه اخلاق حسنه که نتیجه هنجارهای رفتاری عقلای جامعه است، مورد معامله قرار دادن شیئی که فراتر از یک شیء است - یعنی یک موجود زنده و یک انسان بالقوه - را بر نمی‌تابد. حقوق، مغلوب عرف غیراخلاقی نمی‌شود و در برابر عرفی سر به کرنش فرو می‌آورد که برگرفته از اخلاق حسنه جامعه باشد. انسان، ولو در قالب ناقص و ضعیف رویان و جنین، کرامتی ورای کالا دارد و نمی‌توان چنان که از خرید و فروش و هبه اشیاء سخن می‌رود، از معامله جنین سخن گفت (آرامش، ۱۳۸۷، ۳۶-۴۲).

رایگان بودن تملیک نیز نمی‌تواند دلیل موجهی برای تصحیح موضوع قرار گرفتن جنین در یک عمل حقوقی باشد؛ چه حسن نیت نمی‌تواند مصحح فقدان عنصر مالیت در رابطه میان دهنده و گیرنده باشد. بنابراین تسمیه تلقیح مصنوعی پذیرفته شده در قانون به «اهدای جنین» را باید ناشی از مسامحه و خطای قانون‌گذار دانست. علاوه بر مالیت، انتقال حقوقی رویان با مانع دیگری نیز مواجه است؛ فقدان سلطنت مالکانه: هیچ فقهی را چنین داعیه‌ای نیست که ابویان یا پدر بر جنین حقی مالکانه داشته باشند. چگونه ممکن است کسی چیزی را که ملک او محسوب نمی‌شود، به دیگری واگذارد و شرع نیز آن را به مثابه یک عمل حقوقی - ولو هبه - تأیید کند؟ مگر نه آن است که مراد از مالکیت مطلق، امکان انجام کلیه تصرفات مالکانه (فعل مایشاء) بر مملوک است؟ (انصاری، ج ۴، ۱۴۱۵ق، ۲۹) پس چگونه است که شارع از سقط جنین منع نموده و برای او شخصیتی از ابتدای تکوین قابل احترام و مستقل از اراده ابویان قائل شده است؟

سخن بر سر زیر سؤال بردن مشروعیت تلقیح مصنوعی به شکل انتقال رویان نیست. کمتر فقهی بر این نوع تلقیح خرده گرفته است.<sup>۳۰</sup> نقد نویسنده بر اطلاق عنوان هبه بر این عمل است. عمل انتقال رویان را نمی‌توان در قالب یک عمل حقوقی (عقد) توجیه نمود، زیرا فاقد دو عنصر اساسی مالیت عرفی و سلطنت مالکانه است. اما ضرورتی ندارد برای مشروعیت بخشی به این عمل، بخواهیم آن را با یکی از اعمال حقوقی توجیه نماییم. از آنجا که تلقیح مصنوعی از طریق انتقال رویان به رحم پذیرنده، نه مصداق زنا محسوب می‌شود<sup>۳۱</sup> (سیستانی، ۱۳۷۸، ۷۵۸) و نه به حکم مشهور فقیهان منع شرعی دارد، نفس عمل مورد رد نیست اما نمی‌توان قواعد عقد هبه یا سایر عقود را به آن تسری داد.

بنابراین به طریق اولی هرگونه رابطه مالی و هرگونه پرداخت وجه در مقابل دریافت جنین باطل و از مصادیق اکل مال به باطل خواهد بود. اخلاق حسنه نیز چنین حکمی را تأیید می‌کند. رویان انسانی بالقوه و در حال نشو و نماست و همچنان که برای یک انسان کامل نمی‌توان بهایی قرار داد، درباره رویان نیز همین اصل حاکم است. به همین جهت است که فقیهان معمولاً از اطلاق عنوان اهدا یا هبه به این عمل خودداری نموده و در بخشی تحت عنوان تلقیح مصنوعی از آن سخن گفته‌اند. وقتی انتقال رویان را به رحم پذیرنده با وصف قراردادی قابل توجیه ندانیم، در آن صورت می‌توان الحاق جنین به پدر و مادر طبیعی خود را نتیجه قهری این امر دانست، زیرا انتقال حقوقی صورت نگرفته که عناوین، حقوق و تکالیف ابویین طبیعی به ابویین پذیرنده نقل یابد<sup>۳۲</sup> (صانعی، مسئله ۲۵۲۹، ۱۳۸۳، ۵۸۰ و سیستانی، مسئله ۶۶ ملحقات، ۱۳۷۸، ۷۵۸).

شاید بتوان تکلیف به حضانت را ناشی از یک توکیل ضمنی در حین انتقال رویان به والدین پذیرنده دانست، اما ولایت و ارث، همچنان فرزند ناشی از این تلقیح را به پدر و مادر طبیعی خود پیوند می‌دهد. بر این اساس، مخفی نگاه داشتن مشخصات اهداکننده جنین که به حکم ماده ۱۰ آیین نامه قانون اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۳ صورت می‌گیرد، به نظر در تعارض با احکام وراثت و ولایت می‌آید و با این وضع توجیه وکالت ضمنی به والدین پذیرنده نیز به جهت ناشناس بودن والدین طبیعی و پذیرنده برای یکدیگر و وصف عقد بودن وکالت، دشوار خواهد بود.

شایسته است در خصوص مسئله مهمی چون احوال شخصیه فرزندان ناشی از تلقیح مصنوعی چاره‌ای عاجل اندیشیده شود. اختصاص یک قانون ۵ ماده‌ای برای امری چنین مهم، آن هم با اشتباهات اصطلاحی و حقوقی گفته شده، حکایت از کم‌توجهی قانون‌گذار به پیچیدگی‌های تلقیح مصنوعی و انتقال جنین دارد که ضروری است با اصلاح قانون موجود و بسط مقررات، مرتفع شود.

راه‌حل پیشنهادی این مقاله، جایگزین نمودن راه‌حل قراردادی توجیه انتقال رویان با راه‌حل قانونی است. قانون، بنا به مصلحت‌سنجی و در نظر گرفتن نیازهای امروز، انتقال رویان را به شکلی که بیان شد، تجویز نموده است. برای توجیه حکم قانون، نیازی به تمسک به مفهوم قراردادی انتقال رویان نیست. انتقال رویان، به حکم قانون واجد آثاری دانسته شده است و حاکمیت اراده قانون‌گذار نیازی به توجیه ندارد. حاکمیت اراده جای خود را به حاکمیت قانون می‌دهد و بدین وسیله، با توجه به عدم مالیت و نیز قابل انتقال نبودن رویان به واسطه یک قرارداد، هم شأن و شخصیت در شرف تکامل رویان حفظ می‌شود و هم از درگیر شدن در مباحث اخلاقی رها می‌شویم. باید به حکم قانون بازگشت. ماده ۹۵۷ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد مشروط بر این‌که زنده متولد شود». بدیهی است مفهوم شرط حجت است<sup>۳۳</sup> اما این بدان معنی نیست که تمتع حمل از حقوق مدنی موقوف به رسیدن زمان تولد باشد.

حمل از بدو شکل‌گیری دارای اهلیت تمتع<sup>۳۴</sup> است و تولد حمل تنها کاشف از این اهلیت خواهد بود. ماده ۸۷۵ همین قانون نیز که حمل را به صرف انعقاد نطفه در حین موت وارث، مستحق وراثت تشخیص می‌دهد، مؤید مدعای ماست. باید به این اهلیت احترام گذاشت و با قول به مال بودن یا قابلیت انتقال حقوقی رویان، روح قانون مدنی و اخلاق حسنه را نقض ننمود.

## پی‌نوشت‌ها

### 1. Assisted Reproductive Technologies

۲. یکی از انواع عقود معین که در آن، کسی مالکیت مالی را به دیگری می‌بخشد. بخشنده را واهب و شخصی که مال به وی بخشیده شده را متهب نامند.
۳. دو مال مورد مبادله قرار گرفته
۴. بخش مربوط به عقد خرید و فروش
۵. تعریفی که در آن، فهم و درک تعریف مستلزم درک قبلی از معرف (موضوع تعریف) و در نتیجه از فایده تهی باشد.
۶. حیات مباحات به معنای تصرف به قصد مالکیت در اموالی است که مالک مشخصی نداشته و قابل تملک باشد.
۷. شیخ تعریف مبادله مال به مال را خارج‌کننده مواردی که شرعاً شیء مال محسوب نمی‌شود نیز می‌داند که البته به نظر نمی‌رسد ظاهر این تعریف مبین چنین خروجی باشد. به عنوان مثال به صرف تکیه بر این تعریف نمی‌توان به منع بیع خمر حکم نمود.
۸. قاعده‌ای است که بر اساس آن، قراردادهای منعقد شده صحیح فرض می‌شوند مگر آن‌که بطلان آن‌ها به دلیلی اثبات شود.
۹. آیات و روایاتی که به استناد عبارات عام‌شان بتوان صحت قرارداد مورد اختلاف را استنباط نمود.
۱۰. در برابر شبهه حکمی و به معنای تردید در این‌که یک موضوع مشمول کدام دسته از دلایل است. به عنوان مثال در مورد مذکور در فوق، آیا تردید در مالیت شیء، از موضوعاتی است که مشمول حکم بطلان عقد قرار می‌گیرد یا مشمول حکم صحت آن. غالب فقیهان شبهه موضوعیه را از موارد توقف در حکم و رجوع به سایر دلایل و اخبار دانسته‌اند.
۱۱. در مقابل شک در رافع به معنای شک در قابلیت بقای موضوع است. در مورد مطالعه، شک در مقتضی انعقاد عقد هبه به این معنی است که آیا اساساً رویان قابلیت موضوع عقد قرار گرفتن را از ابتدا دارد یا خیر.
۱۲. بنا بر اصل استصحاب عدمی، اصل بر عدم حدوث هر امری است مگر آن‌که حدوث آن ثابت شود، مثل آن‌که کسی که حیاتش بر ما ثابت شده است، تا زمانی که مماتش به اثبات نرسیده، اصل بر عدم موت وی است.
۱۳. بنا بر اصل براءت تا زمانی که در خصوص هر موضوعی، حکمی قطعی یا مبتنی بر ظن معتبر به دست نرسیده، اصل بر براءت از مؤاخذة است.
۱۴. استصحاب اصلی است عملی که بر اساس آن شک جدید، یقین پیشین را از میان نمی‌برد - بقاء کان علی ماکان
۱۵. آخوند خراسانی بر این باور است که اگر در شرع دلیلی وجود داشته باشد که حاکی از اعتبار و قابلیت استمرار از حالت سابقه باشد، یعنی حکم شرع مشعر بر این باشد که در مقام تردید به حالت سابق عمل کنید، چنین حکمی به طور استقلالی دلیل است و تمسک به دلیل عقلی ملازمه و غیر آن ضرورتی نخواهد داشت. به دیگر سخن همان دلیل شرعی کفایت می‌کند و عقل نقشی ندارد.

۱۶. مالی که در ازای طلبی از دیگری، به گرو گرفته شود. (مال رهنی)
۱۷. زمین‌های آباد را گویند که مسلمانان از دیگران از راه قهر و غلبه از طریق به‌کارگیری قوای نظامی و به اذن امام گرفته باشند. خواه در این بین عقد صلحی هم واقع شده و به موجب آن زمین‌ها به مسلمانان واگذار شده باشد، خواه نه. اراضی مفتوح‌العنوه ملک غیرمشاع همه مسلمین است و قابل افراز و تملیک و تملک نیست.
۱۸. پدر و مادر
۱۹. نهال یا بذر
۲۰. ترجمه: هیچ فروشی امکان ندارد مگر در مورد مالی که ملک فروشنده باشد.
۲۱. «مورد مخصص نیست»، اصطلاح متداول فقهی - حقوقی است که بر اساس آن، نمی‌توان به صرف ذکر یک مصداق برای حکمی معین، آن حکم را به همان مصداق منحصر دانست. به عنوان مثال، ماده ۱۱۰۷ اصلاحی سال ۸۱ قانون مدنی، در مقام تمثیل از چند مورد مهم مشمول حکم نفقه زوجه نام برده ولی این، به معنای منحصر بودن تکلیف انفاق به همین موارد نیست. در مورد بحث این مقاله، لزوم ملک بودن مورد معامله، با آن‌که در منطوق روایت ناظر به بیع است اما هیچ دلیل نقلی یا عقلی از امکان تسری آن به هبه منع ننموده است.
۲۲. معامله غرری به معامله‌ای اطلاق می‌شود که به جهت جهل به موضوع عقد یا ناشناخته بودن طرف عقد - در مواردی که شخصیت طرف عقد اهمیت دارد - به زیان فاحش یک یا دو طرف می‌انجامد و از این بابت باطل است. به عنوان مثال، بیع زمینی که مساحتش حتی به اجمال معین نشده، به جهت جهل به موضوع و ازدواج با شخصی که هویتش مجهول است به جهت جهل به شخصیت طرف عقد باطل است.
۲۳. «ان الغرر عمل لا یؤمن معه الضرر»

#### 24. Sex Selection

۲۵. عقود مبتنی بر مسامحه یا عقود مسامحه‌ای به قراردادهایی اطلاق می‌شود که در آن، به جهت هدف قرارداد که عمدتاً احسان و خیرخواهی است، رعایت پاره‌ای از قواعد سخت‌گیرانه قراردادی الزامی نیست، مانند هبه و مهر.
۲۶. ترجمه: برای مدفوع عوضی متصور نیست.
۲۷. «لا باس ببيع العذره، حیث یحمل علی استعمالها فی جبهه محلله»
۲۸. اعیانی که ذاتاً نجس نیست بلکه عرضاً نجس شده است.
۲۹. البته شیخ جواد مغنیه در جایی دیگر از کتاب خود معاوضه خون نجس را قطعاً حرام می‌داند و در خصوص خون طاهر در صورت وجود منفعت محلل، اقوی را صحت معامله می‌داند (ص ۱۱۸) که با توجه به آن‌چه از ایشان نقل شد، در تعارض با مبانی اولیه استدلال ایشان است؛ چه حتی خون نجس را نیز (مانند خون انسان) در صورت وجود منفعت محلل باید قابل معامله دانست.
۳۰. مرحوم آیت‌الله بهجت تلقیح مصنوعی را به هر شکلی ممنوع می‌داند.
۳۱. آیت‌الله سیستانی موردی را که زن با منی غیرشوهر خود از راه تلقیح مصنوعی باردار شود حرام دانسته، اما مصداق وقوع زنا نمی‌داند و حتی بعید نمی‌شمارد که احکام ارث و حقوق فرزند به صاحب منی به چنین فرزندی سرایت کند، چرا که آن‌چه از ارث استثنا شده ولدالزناست.
۳۲. این فقیهان در الحاق جنین به پدر طبیعی خود (صاحب اسپرم) تردیدی ندارند و آیت‌الله سیستانی صاحب تخمک را مادر طفل می‌داند نه زوجه پذیرنده را. آیت‌الله صانعی نیز بر همین عقیده است «مگر در صورتی که زن از تخمک اعراض نموده باشد (مانند قرار دادن در بانک اسپرم که هر کس خواست از آن استفاده کند)» که ظاهراً در این فرض مادر پذیرنده را مادر طفل دانسته است. همان طور که مشاهده می‌شود، این حکم ناشی از نگرش مالی به جنین است، چه اعراض از مال ممکن است و همان طور که پیش‌تر گفته آمد، در مالیت عرفی جنین تردید جدی رواست.



۳۳. حجیت مفهوم شرط به این معناست که از متن جملاتی که به صورت شرطی بیان می‌شود، به دلالت عقل می‌توان نتیجه گرفت که در صورت فقدان شرط، جزای شرط نیز منتفی خواهد بود.
۳۴. شایستگی دارا شدن حق و تکلیف که با انعقاد نطفه، به طور ناقص شکل گرفته، با زنده متولد شدن کمال یافته و با مرگ پایان می‌یابد.

## منابع

- صفايي، ح. و امامي؛ ا.، *حقوق خانواده*، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۶.
- موسوی‌جمالی، ع.، آثار حقوقی روش‌های متنوع تلقیح مصنوعی، *گفتمان حقوقی، فصلنامه دانشگاه علوم اسلامی رضوی*، شماره ۴، سال اول، ۱۳۸۲.
- روشن، م.، بررسی حقوقی اهدای گامت و جنین، *فصلنامه پایش*، سال ششم، شماره ۴، پاییز ۸۶.
- جعفری‌لنگرودی، م.، *ترمینولوژی حقوق*، انتشارات گنج دانش، چاپ بیست و دوم، ۱۳۸۸.
- آیت‌الله اراکی، م.، *کتاب البیع*، ج ۲، دوره ۲ جلدی، نشر موسسه در راه حق، چاپ اول، قم، ۱۴۱۵ قمری.
- مروج‌جزائری، م.، *هدی الطالب فی شرح مکاسب*، ج ۶، دوره ۷ جلدی، موسسه دارالکتاب، چاپ اول، قم، ۱۴۱۶ قمری.
- نجفی، ش.م.، *جواهرالکلام*، ج ۲۲، دوره ۴۳ جلدی، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت.
- مغنیه، م.، *فقه الامام الصادق (علیه‌السلام)*، ج ۳، دوره ۶ جلدی، موسسه انصاریان، چاپ دوم، قم، ۱۴۲۱ قمری.
- انصاری، ش.م.، *مکاسب*، ج ۴، دوره ۶ جلدی، نشر کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، قم، ۱۴۱۵ قمری.
- قانون مدنی
- کاتوزیان، ن.، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، دوره ۵ جلدی، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- آیت‌الله مرعشی‌نجفی، س. ش.، *منهاج المومنین*، ج ۲، دوره ۲ جلدی، کتابخانه آیت‌الله مرعشی‌نجفی، چاپ اول، قم، ۱۴۰۶ قمری.
- امام خمینی، *تحریر الوسیله*، ج ۱، دوره ۲ جلدی، نشر دارالعلم، چاپ اول، قم.
- آخوند خراسانی، *کفایه الاصول*، موسسه نشر اسلامی، چاپ هشتم، ۱۴۲۴ قمری.
- محقق داماد، س.م.، *مباحثی از اصول فقه*، دفتر سوم، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۸.
- York v. Jones, 717 F.Supp.421, 426-27 (1989)
- Davis v. Davis, 842 S.W.2d 588, 589, 593-95, 597, (Tenn. 1992)
- کاتوزیان، ن.، *دوره مقدماتی اعمال حقوقی*، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۹.
- آیت‌الله اراکی، م.، *المسائل الواضحه*، ج ۲، دوره ۲ جلدی، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، قم، ۱۴۱۴ قمری.
- آرامش، ک.، *بررسی اخلاقی رابطه پولی در رحم جایگزین*، *فصلنامه باروری و ناباروری*، بهار ۸۷، صص ۴۲-۳۶.
- آیت‌الله سیستانی، س. ع.، *رساله توضیح المسائل*، کانون انتشارات پیام عدالت، چاپ دوم، زمستان ۷۸.
- آیت‌الله صانعی، ی.، *رساله توشیح المسائل*، نشر پارس کتاب، چاپ اول، ۱۳۸۳.