

Original Article

The Position of Parents' Right to Occupy the Fetus; the Attribution Right or Ownership?

Fatemeh Karachian Sani^{1*}, Seyed Mohammad Sadri², Ahmad Bagheri³,
Heydar Amirpour⁴, Mohammad Sadegh Jamshidi Rad⁵

1. Ph.D. Student of Payame Noor University of Tehran, Tehran, Iran. (Corresponding Author) Email: sa.sani86@gmail.com

2. Associate Professor, Payame Noor University, Tehran, Tehran, Iran.

3. Professor, University of Tehran, Faculty of Theology and Islamic Studies, Tehran, Iran.

4. Assistant Professor of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Payame Noor University, Tehran, Iran.

5. Associate Professor, Department of Theology, Payame Noor University, Tehran, Iran.

Received: 22 Sep 2019 Accepted: 22 Dec 2019

Abstract

Background and Aim: One of the most important concerns of human is childbearing. Advanced infertility techniques have introduced new approaches to infertile couples. Fetal donation is one of the techniques that have posed major challenges and questions for Islamic scholars. In this study, based on the Imamiyyah jurisprudence, we try to answer the question whether the parent's relationship with their frozen fetus is ownership or allocation right? Does only parents' right to the fetus legitimize its transfer to them?

Materials and Methods: The present study is based on a descriptive-analytical method that has tried to explain and examine the type of relationship between parents and fetus and the extent of their possession of the fetus by analyzing legal and jurisprudential texts.

Conclusion: Although some Western jurists believe that the parents own the fetus and consider them as their property, but it seems that this approach does not prevail in the teachings of Islamic jurisprudence. In Islamic jurisprudence, due to inherent dignity of the fetus, the right to own a fetus is stronger. In this view, all effects of the right to allocate isn't achieved on the fetus, because the father's right to the child is an irrevocable right, and in fact being a father is the perfect reason for the realization of the element of guardianship, that is why its forced and voluntary transfer is prohibited.

Keywords: Fetus; Parents; Allocation Right; Owner .

Please cite this article as: Karachian Sani F, Sadri SM, Bagheri A, Amirpour H, Jamshidi Rad MS. The Position of Parents' Right to Occupy the Fetus; the Attribution Right or Ownership? *Med Jurisprudence J* 2019-2020; 11(40-41): 7-20.

جایگاه حق تصرف والدین بر جنین؛ حق اختصاص یا مالکیت؟

فاطمه کراچیان ثانی^{۱*}، سیدمحمد صدری^۲، احمد باقری^۳، حیدر امیرپور^۴، محمدصادق جمشیدی راده^۵

۱. دانشجوی دکتری دانشگاه پیام نور تهران، تهران، ایران. (نویسنده مسؤول) Email: sa.sani86@gmail.com

۲. دانشیار دانشگاه پیام نور تهران، تهران، ایران.

۳. استاد دانشگاه تهران، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، تهران، ایران.

۴. استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

۵. دانشیار گروه الهیات دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

دریافت: ۱۳۹۸/۶/۳۱ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۱

چکیده

زمینه و هدف: یکی از دغدغه‌های مهم بشر فرزندآوری است. تکنیک‌های پیشرفته ناباروری روش‌های نوینی در برابر زوجین نابارور قرار داده است. اهدای جنین یکی از تکنیک‌هایی است که چالش‌ها و سؤالات اساسی برای اندیشمندان اسلامی ایجاد کرده است. در این پژوهش با تکیه بر مبانی فقه امامیه به دنبال پاسخ به این پرسش هستیم که رابطه پدر و مادر با جنین منجمد به نحو مالکیت است یا حق اختصاص؟ آیا صرفاً حق والدین بر جنین، موجب مشروعیت انتقال آن بر ایشان می‌شود؟

مواد و روش‌ها: پژوهش حاضر به شیوه توصیفی - تحلیلی است که با واکاوی متون فقهی حقوقی کوشیده است، نوع رابطه والدین بر جنین و میزان تصرف آنان بر وی را تبیین و بررسی نماید.

یافته‌ها: هرچند از دیدگاه برخی از حقوقدانان غربی جنین آزمایشگاهی در مالکیت پدر و مادر قرار دارد و مال محسوب می‌گردد، اما به نظر می‌رسد در آموزه‌های فقه اسلامی این رویکرد حاکم نیست. در فقه اسلامی، به سبب کرامت ذاتی جنین، حق اختصاص نسبت به او دیدگاه محکم‌تری محسوب می‌شود. از سویی دیگر در این دیدگاه تمام آثار حق اختصاص بر جنین مترتب نمی‌شود، چراکه حق ولایت پدر بر فرزند از حقوق غیر قابل نقل و انتقال است و در حقیقت پدر بودن علت تامه برای تحقق عنصر ولایت است، از همین روست که انتقال قهری و اختیاری وی ممنوع می‌باشد.

واژگان کلیدی: جنین؛ والدین؛ حق اختصاص؛ مالک.

مقدمه

پژوهش‌های پزشکی روش‌های متنوعی را برای درمان یا حل مشکل ناباروری زوجین در برابر متخصصان قرار داده است. درمان‌های اولیه با تمرکز بر روی زوجین تلاش می‌کند تا مشکل زوجین را به گونه‌ای برطرف کند. در صورت پاسخ‌نگرفتن از این‌گونه درمان، روش‌های نوین باروری آزمایشگاهی در حوزه درمان‌های ناباروری این امکان را ایجاد کرده که جنین آزمایشگاهی متعلق به اشخاص ثالث برای باروری اشخاص نابارور قابلیت استفاده داشته باشد. بین دانشمندان اسلامی در مورد وضعیت جنین منجمد بحث‌های متعددی مطرح‌شده از جمله بحث در مالیت‌داشتن یا نداشتن جنین منجمد و نیز نوع حقی که صاحبان جنین نسبت به آن دارند. حق مالکیت و حق اختصاص از معروف‌ترین نظراتی هستند که در این موضوع مطرح شده‌اند، اما از پس مشخص کردن نوع حق، پرسش‌های دیگری نیز ایجاد می‌شود که از جمله آن‌ها نحوه نگهداری جنین منجمد است. به عنوان مثال چنانچه والدین بنا به دلایلی جنین‌های منجمدشده را نخواهند و تمایلی به نگهداری آن‌ها نداشته باشند، آیا این امکان وجود دارد که آن را به شخص دیگری داده یا برای پژوهش به مراکز پژوهشی مربوطه واگذار نمایند؟ حال چنانچه زوجین از یکدیگر متارکه کرده باشند، آیا حق معدوم‌کردن آن‌ها را خواهند داشت؟ در جهت پاسخ‌دادن به این سؤالات و نظایر آن‌ها، بررسی نوع رابطه والدین با جنین ضروری است.

مواد و روش‌ها

پژوهش حاضر به شیوه توصیفی - تحلیلی و با استناد به منابع کتابخانه‌ای نگاشته شده است. در این پژوهش بر آنیم با واکاوی متون فقهی حقوقی به بررسی نظرات فقه‌های متقدم و متأخر در مورد جنین پرداخته، با تحلیل مستندات فقهی آرای آنها، نوع رابطه والدین با جنین و میزان تصرفشان را بر آن تشریح کنیم.

یافته‌ها

پیرامون رابطه والدین با جنین نظراتی فقهی مختلفی مطرح شده است. گروهی از حقوقدانان غربی جنین آزمایشگاهی را در مالکیت پدر و مادر و مال برمی‌شمارند. برخی نیز برای جنین شخصیت و جایگاهی همانند یک انسان قائلند. محققان اسلامی نیز بر رد نظریه مالکیت والدین بر جنین آثار مختلفی نگاشته‌اند؛ اما این که اگر رابطه والدین بر جنین مالکیت نباشد، پس چه نوع رابطه دیگری می‌تواند وجود داشته باشد، محل نزاع است.

۱- پیشینه تحقیق

پژوهش‌ها و مقالات جدید به حیطة مالیت یا عدم مالیت جنین اهتمام داشته و عمدتاً در مقام بیان نظرات متفکران غربی در مورد جنین منجمد برمی‌آیند و در آن آثار با رد نظر مالیت‌داشتن جنین با تکیه بر ادله اخلاقی و فقهی به بحث و پژوهش پرداخته‌اند. آثاری همچون «تعارض بین مالیت بالفعل و شخصیت بالقوه جنین آزمایشگاهی»، «مالیت و قابلیت انتقال رویان»، «وضعیت حقوقی جنین فریزشده»، «جنین آزمایشگاهی به مثابه شخص»، «ماهیت جنین‌های منجمد از نظر فقهی، اخلاقی و حقوقی» از آن جمله‌اند.

۲- مفهوم‌شناسی

۲-۱- جنین: واژه جنین (Fetus, Foetus) از نظر لغوی به معنای هر چیز پوشیده و مستور است و به بچه تا زمانی که در شکم مادر است، جنین اطلاق می‌شود (۱-۲). در واقع جنین محصول حاملگی است که مبدأ آن استقرار نطفه در رحم و انتهای آن لحظه ما قبل تولد است. به دلیل این که این مقطع از حیات، به وسیله زهدان مادر پوشیده شده، آن را جنین می‌نامند (۳).

لازم به ذکر است جنین در این پژوهش، رویانی (Embryo) است که به تخمک بارور شده (Zygote) و با گذر هشت هفته پس از نخستین تقسیم به آن جنین گفته می‌شود. در حوزه علوم پزشکی، رویان از هفته نهم تا تولد جنین نام دارد، اما اطلاق جنین به رویان‌های ۲ تا ۸ سلولی مورد انتقاد قرار گرفته است. در شرایط کنونی نگهداری رویان‌های حاصل از لقاح خارج رحمی بیش از ۲ تا ۳ روز و در محیط کشت جدید

۳- مالکیت والدین نسبت به جنین خود

بحث مالکیت والدین بر جنین خود که برگرفته از مالیت داشتن جنین است یکی از مباحثی است که نیاز به بررسی فقهی مالکیت و شرایط تملیک و تملک دارد. از این رو در ادامه به بررسی این شقوق پرداخته می‌شود.

۳-۱- تحلیل فقهی مالکیت: به منظور تحلیلی فقهی نظریه

مالکیت لازم است به گونه‌های مالکیت اشاره گردد.

۳-۱-۱- گونه‌های مالکیت: مالکیت در یک تقسیم‌بندی به مالکیت قهری و اختیاری تقسیم می‌گردد که در ادامه به شرح آن خواهیم پرداخت.

- مالکیت قهری: مالک شدن است که در مورد آن، شخص بدون آنکه قصد مالکیت داشته باشد، مالک چیزی می‌گردد. برای مالکیت قهری موجباتی برشمرده شده که اهم آن‌ها چنین است: ارث، وصیت تملیکی، وقف خاص، اخذ به شفعه، حیات مباحات نیز - چنانچه قصد تملک در به وجود آمدن ملک به وسیله آن‌ها معتبر نباشد - از موجباتی است که احیاناً در موردشان به طور مستقیم قصد مالکیت نشده و همین برای اختیاری بودن کافی است (۱۳).

- مالکیت اختیاری: یعنی مالک شدن چیزی با قصد تملک که بر دو قسم است: عقدی و غیر عقدی. تملک اختیاری غیر عقدی مانند احیای موات، حیات مباحات بنا بر اعتبار قصد تملک، و یا لزوم قصد خود این افعال. تملک اختیاری عقدی که اهم انواع تملک است، دارای اقسامی است مثل بیع، صلح، اجاره و... (۱۳).

۳-۱-۲- شرایط تملیک و تملک: برای کشف این که والدین بر جنین مالکیت دارند، نیاز به بررسی اوصاف و ویژگی‌های کلی مالکیت بر هر مالی است.

آن چنانکه از اوصاف مالکیت برمی‌آید، مالکیت دارای سه ویژگی اساسی است:

۱- مطلق بودن؛ ۲- انحصاری بودن؛ ۳- دائمی بودن.

- مطلق بودن: بدین معنا که مالک اختیار و حق هر گونه بهره‌برداری و انتفاع را از مال خود دارد که در حقوق از آن به عنوان اصل تسلط یاد می‌شود. در راستای آن، ماده ۳۰ قانون مدنی به این موضوع پرداخته که هر مالکی نسبت به مایملک

بیش از ۴ تا ۵ روز امکان‌پذیر نیست و باید به رحم منتقل یا منجمد شوند. در نوشته‌های فقهی و حقوقی مقصود از جنین، تخمک بارور شده استقرار یافته در درون رحم تا هنگام تولد است، البته تخمک بارور شده پیش از استقرار در رحم را نیز جنین و جنین بالقوه (Pre-Embryo) گفته‌اند (۴-۵).

۲-۲- مالکیت: مالکیت مصدری جعلی است که در لغت

عرب از آن تحت عنوان «ملکيه» یاد می‌گردد و ریشه لغوی آن «ملک» است که به معنای چیرگی فرد بر شیء است، به نحوی که بتواند در آن تصرف کرده و هیچ کس نتواند وی را منع کند (۳، ۶).

در قانون مدنی، حق مالکیت تعریف نشده، اما حقوقدانان تعاریفی در این مورد بیان کرده‌اند: «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» (۷).

۲-۳- حق اختصاص: حق اختصاص در اصطلاح فقیهان

عبارت است از علقه و رابطه بین شخص و شیء که جامع بین ملکیت و حق است (۸) یا حق ثابت برای شخص بر چیزی، به سبب وجود علقه‌ای غیر از ملکیت بین او و آن چیز است (۹). در تعریف دیگری حق اختصاص حقی است برای انسان در شیء‌ای که مالک آن نیست، اما برای وی، برخی تصرفات جایز و مشروع است و دیگری حق مزاحمت در آن ندارد (۱۰). همچنین اگر چیزی که وجود خارجی دارد و اختصاص به شخص معین داشته، ولی مالیت نداشته باشد، چنین حقی حق اختصاص نامیده‌اند، مانند خوک و شراب متعلق به یک غیر مسلمان که مسلمان شده است، هر چند این اشیا برای او مال نبوده، ولی اختصاص به او دارد و کسی حق ندارد آن‌ها را از او بگیرد (۱۱). ثمره قرارداد حق اختصاص این است که صاحب حق اختصاص در استفاده از متعلق حق سزاوارتر از دیگران است. بنابراین در موارد ثبوت حق اختصاص هرگونه مزاحمت و کنارزدن صاحب حق و نیز تصرف در متعلق حق بدون اجازه او حرام است (۱۲).

خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.

- انحصاری بودن: مالک هر تصرفی را که بخواهد می تواند در مالش داشته باشد و مانع از تصرف و حتی استفاده بدون ضرر دیگران از مال خود شود، اما اگر حق مالک با منافع عمومی در تضاد قرار گیرد، به موجب قانون می توان مال را از تصرف صاحب آن خارج کرد (۷، ۱۴).

- دائمی بودن مالکیت: به معنای این نیست که فرد نتواند مال خود را به دیگری انتقال دهد، بلکه به این مفهوم است که مالکیت فرد مانند قرارداد اجاره یا حق انتفاع و... محدود به زمان مشخص و اندکی نیست (۷).

۲-۳- مالکیت والدین نسبت به جنین خود: دیدگاه مالکیت والدین بر جنین قائلینی دارد که در ادامه بدان می پردازیم.

۱-۲-۳- طرفداران مالکیت نسبت به جنین: گروهی از متفکران و اندیشمندان غربی جنین منجمد را مال تلقی کرده و برای آن ارزشی همانند یک مال قائلند، به نحوی که انسان قدرت تملک و تصرف بر آن را دارد، به دلیل آنکه از لحاظ ژنتیکی به وی وابسته است. آنان برای اثبات صحت سخن خود بر این موضوع تکیه می کنند که انسان بر اعضای بدن خود تسلط دارد. جنین منجمد هم جزئی از فراورده های بدن انسان است، پس شخص اختیار دارد جنین منجمد را به عنوان یک شیء برای تولید مثل یا تحقیقات پزشکی مورد استفاده قرار دهد (۱۷-۱۵).

۲-۲-۳- انتقال مالکیت جنین به دیگران: آنچه در اینجا محل بحث است آنکه آیا جنین ویژگی های مال را دارد تا بتوان برای صاحبان جنین تملک قائل شد و این امکان برای ایشان وجود داشته باشد که جنین را به شخص ثالث انتقال بدهند؟ لازم به ذکر است از آنجا که لازمه مالیت، مالکیت است و نیز مالکیت رابطه ای است اعتباری بین مال از یک طرف و بین شخص از طرف دیگر، پس اگر مالیت جنین اثبات شود، والدین می توانند مالک جنین خود باشند. برای پاسخ به این سؤالات نیاز به بررسی شرایط عوضین در فقه است. شرط نخست آن است که عوض و معوض باید عرفاً و شرعاً مالیت

داشته باشند (۱۸)؛ شرط دوم ملک بودن است که کالای مورد معامله باید ملک باشد (۱۸)؛ شرط سوم این است که مال باید قابل انتقال باشد، البته شرایط دیگری نیز برای عوضین موجود است، اما با توجه به موضوع مورد بحث حاضر این شروط شایان توجه بیشترند.

در نظر عرف زمانی که عدم مالیت یک کالا مسلم باشد، خرید و فروش آن باطل است، اما گاهی در نظر عرف عدم مالیت مسلم نیست که یا به طور مسلم فروش کالا و دریافت بهای آن مصداق اکل مال به باطل می باشد یا صدق عنوان اکل مال به باطل مسلم نیست، اما ممنوعیت شرعی بر خرید و فروش آن موجود است و یا چنین مقتضایی موجود نیست که به عمومات ادله حلیت خرید و فروش استناد می شود.

موجبات تملک در بالا ذکر شد، حال باید بررسی کرد که صاحبان جنین به کدام یک از این موجبات، اعم از قهری و اختیاری مالک جنین خود محسوب می گردند؟ چنانکه پیداست این موجبات قابلیت تطبیق بر رابطه بین والدین و جنین ندارد. والدین نه به ارث، نه به وصیت یا حیات مباحات مالک بر جنین فریز شده نمی باشند و این رابطه مالکانه نه به شکل صلح، نه بیع و نه اجاره حاصل شده است. در ثانی این گونه نیست که هر چیزی که مال باشد، لزوماً قابل انتقال است، بلکه شرایط دیگری نیز باید فراهم گردد.

جمع بندی: با توجه به شرایط عوضین که گذشت طبق نظریه عدم مالیت جنین خرید و فروش آن باطل است، چنانچه عدم مالیت جنین مسلم نباشد، ولی به طور مسلم فروش آن و دریافت پول برای آن مصداق اکل مال به باطل باشد، باز هم امکان بیع جنین فریز شده وجود ندارد. همینطور است شرایطی که عدم مالیت جنین مسلم نباشد، اما ممنوعیت شرعی بر این خرید و فروش موجود باشد، زیرا با واگذاری جنین خود به شخص ثالث پیامدهایی همچون افتادن در ورطه نهی شارع یا احتمالاً اختلاط انساب و... حاصل خواهد شد. بنابراین اگر ویژگی ها و مقتضیات بالا وجود نداشته باشد، خرید و فروش و بیع آن جایز می باشد، البته لازم به ذکر است در اینجا نمی توان به عمومات ادله حلیت خرید و فروش استناد نمود، چه این که جنین دارای شرایط عمومی انتقال

مورد معامله نیست و در معامله چیزی که مورد انتقال قرار می‌گیرد، حق مالی است نه خود مال (۱۹). این حق مالی باید مالکانه باشد تا به موجب عقدی انتقال رویان محقق شود. اضافه بر آن حتی علم به شرایط عوض معامله به نحوی که غرر منتفی گردد، اینجا حاصل نیست، زیرا علم به ویژگی‌ها و اوصاف رویان به تفصیل امکان ندارد.

۳-۳- امکان سنجی وجود مالکیت نسبت به جنین: با توجه به تعریف اصطلاحی مالکیت این پرسش مطرح است که جنین را می‌توان مال حساب کرد یا خیر که این موضوع در کلام فقها و حقوقدانان مورد بررسی قرار گرفته است.

در فقه اسلامی اهمیت انسان و زندگی او به میزانی است که گاهی یقین به انسان بودن در فعلیت برخی از احکام ناظر به حیات او لازم نیست، بلکه احتمال انسان بودن هم در این فعلیت مؤثر است، لزوم احتیاط در این موارد، امری شرعی، بلکه عقلایی است (۹). هیچ دلیل عقلی یا نقلی ذکر نشده که قراردادن جنین در رحم مادر از اسباب سلطنت مالکانه والدین محسوب شود. در موارد شبهه در حرمت انسانی باید بر احتیاط عمل نمود. صرف تشکیل جنین در آزمایشگاه و ضرورت مداخله انسانی جهت تبدیل به نوع بشر نمی‌تواند سبب روی گرداندن از احتیاط و منجر به قراردادن مالکیت برای والدین شود.

از نگاه فقها اسپرم و تخمک تلقیح شده به آن دلیل که نخستین مرحله ایجاد انسانی است، از شأن و منزلت انسانی برخوردارند. همین‌طور از آن جهت که موضوع این عمل از بین بردن موجودی است که قابلیت آن دارد که با طی نمودن دوره جنینی به انسان بالغ و کاملی تبدیل گردد، باید احتیاط کرد و از هرگونه اقدامی که موجب نابودی انسان بالقوه شود، خودداری نمود (۲۰).

در قرآن کریم در آیات خلقت بعد از بیان مراحل خلقت مادی از دارا شدن روح که مغایر با خلقت پیکر مادی است و با فاصله زمانی پس از آفرینش بدن تحقق می‌یابد، سخن می‌گوید: سوره مؤمنون آیه ۱۴ «ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ...» بدین امر اشاره دارد، حتی اگر بر طبق آیه ۲۹ سوره حجر آغاز حیات بشری با دمیده شدن روح اتفاق

افتد، به این معنی نیست که جنین انسان قبل از این زمان فاقد حیات است و می‌توان مالک وی بود، چراکه در آثار دینی به وجود حیات سلولی حاصل از تلقیح اسپرم و تخمک پیش از دمیده شدن روح تأکید می‌شود (قُلْتُ لَهُ أَرَأَيْتَ تَحْوُلُهُ فِي بَطْنِهَا إِلَى حَالٍ أَرَأَيْتَ يَرْجُو كَأَن ذَٰلِكَ أَوْ يَغْيِرَ رُوحَ قَالَ يَرْجُو عَدَا الْحَيَاةِ الْقَدِيمِ الْمَنْقُولِ فِي أَصْلَابِ الرِّجَالِ وَ أَرْحَامِ النِّسَاءِ وَ لَوْ لَا أَنَّهُ كَانَ فِيهِ رُوحٌ عَدَا الْحَيَاةِ مَا تَحَوَّلَ عَنْ حَالٍ بَعْدَ حَالٍ فِي الرَّجَمِ) (۲۱).

حتی اگر بتوان برای صاحبان جنین حق انحصاری و دائمی بر جنین فریز شده که در مسیر تکامل و رشد هنوز قرار نگرفته قائل شد، این که والدین بر جنین مالکیت مطلق داشته باشند، محل تأمل است. با توجه به آموزه‌های دین اسلام این نوع حق به والدین داده نشده که هر گونه اختیار تصرفی بر جنین خود داشته باشند، زیرا جنین از زمان انعقاد نطفه یک موجود است و می‌توانیم جنین را شخص انسانی بالقوه در نظر آوریم. از آن جهت که نطفه استعداد رشد را دارد و خود سرآغاز تکهون انسان است. به همین دلیل برخی از فقها برای نطفه انسان ۲۰ دینار دیه تعیین فرموده و به شرط استقرار در رحم هم اشاره‌ای ننموده‌اند (۲۲-۲۳)، حتی به نظر برخی از فقها حمل بر نطفه نیز اعتبار می‌شود (۲۴-۲۵). به علاوه در کتب فقهی در باب میراث، حمل ذکر شده اگر در حین موت مورث حملی باشد تقسیم ارث صورت نمی‌گیرد تا وضع او مشخص گردد. اگر حمل مانع ارث هیچ کدام از وراث نباشد و آن‌ها بخواهند ماترک را تقسیم کنند، به اندازه حصه دو پسر از همان طبقه برای وی نگه می‌دارند تا وضع وی احراز شود (۸).

روایت منقول از ائمه نیز تعریض به این نکته دارد که ابوبین حق تصرف مالکانه بر جنین خود ندارند و نمی‌توانند وی را از بین ببرند. در روایت اسحاق بن عمار از امام کاظم (ع) نقل شده است که امام اجازه نمی‌دهند که زن به دلیل ترس از بارداری، اقدام به خوردن دارو کند تا نطفه سقط شود، به آن دلیل که نطفه سر آغاز آفرینش است (۲۶). روایت بر این که اسقاط مبدأ خلقت انسان حرام است، اطلاق دارد و بر حرمت

سقط جنین در هر مرحله‌ای که باشد دلالت می‌کند، پس نمی‌توان حرمت را تنها به نطفه‌ای که در رحم مستقر است، نسبت داد (۲۴).

افزون بر آن در رد تسلط مالکانه بر جنین آمده با این‌که پدر ولایت بر فرزند خود دارد، این به آن معنا نیست که دارای حق مالکیت بر جنین است و می‌تواند وی را از بین ببرد، زیرا در روایت رفاعه بن موسی، امام در پاسخ به این‌که شوهر می‌تواند به همسر خود که نمی‌داند باردار است، دارویی بخوراند که منجر به خونریزی شود، امام این عمل را جایز نمی‌شمارند (۲۱). با توجه به روایت از آنجا که نوشاندن دارو به زن که احتمال بارداری وی وجود داشته باشد، جایز نیست و حدیث دلالت بر وجوب احتیاط دارد (۲۵)، چگونه ممکن است امام از نطفه‌ای که وجودش قطعی است، ولی در رحم مستقر نیست، حمایت ننماید؟ لازم به ذکر است شرط استقرار در رحم دلالت بر حالت غالب زمان معصوم (ع) داشته و بقای نطفه در خارج از رحم در آن زمان امکان‌پذیر نبوده است.

در نقد دیدگاهی که تعیین دیه را به معنای انسان تلقی کرده و جنین را در نظر نگرفته‌اند، باید بیان داشت فقها از دو واژه جنایت و دیه در حرمت تکلیفی از بین‌بردن جنین بهره می‌برند که دلالت بر حرمت تکلیفی و وضعی این عمل دارد. ایشان از بین بردن جنین را جنایت دانسته و بر اقدام‌کننده عنوان جانی نام نهاده‌اند. پس با نصب عنوان جانی بر اقدام‌کننده به از بین‌بردن جنین، مشخص می‌گردد فرد مرتکب حرام تکلیفی شده است (۲۸-۲۷)، چون جنایت هر عمل انسانی است که موجب کیفر یا قصاص در دنیا و آخرت می‌گردد (۲۹). از امام صادق (ع) در مورد مادری که جنین خود را ولو در مرحله علقه یا مضغه عمداً اسقاط نموده، نقل شده که فرمود: «باید دیه جنین را به پدرش بدهد و از ارث وی محروم است، زیرا مادر وی را کشته است و می‌دانیم که قاتل از مقتول ارث نمی‌برد» (۲۱، ۳۰).

پس با توجه به تعیین دیه در مراحل مختلف جنینی این واقعیت محرز می‌گردد که از بین‌بردن جنین عملی است حرام که کیفر انجام‌دهنده آن، در عوض قصاص، دیه است. پس نمی‌توان با ذکر این‌که بین ثبوت دیه و حرمت ملازمه‌ای وجود

ندارد، حکم کرد که از بین‌بردن رویان چون دیه دارد، عملی جایز است، زیرا در صورت نبودن دلیل خاص بر جایز بودن تکلیفی یک عمل، تعلق دیه به آن، بیانگر مجرمانه بودن آن عمل و حرمت تکلیفی است (۳۱). بنابراین با توجه به روایات، والدین حق تصرف مالکانه بر جنین و از بین‌بردن آن را ندارند و اگر دست به اتلاف جنین بزنند، مرتکب حرام تکلیفی گشته‌اند.

اضافه بر آن در بین فقها هستند کسانی که قائلند انسان بر بدن خود نیز مالکیت ندارد و با ادله‌ای - همچون عدم سلطه انسان بر اعضای خود، مالک حقیقی جسم و روح انسان پروردگار است و مالکیت بر اعضای بدن انسان مبنای شرعی متقنی ندارد و الا خودکشی امری جایز می‌بود - مالکیت انسان بر بدن خویش را نفی نموده‌اند (۳۵-۳۲). بنابراین انسانی که مالکیت بر نفس خود ندارد، چگونه ممکن است بر جنین خود که قابلیت ذاتی آن را دارد که به انسانی کامل تبدیل شود، مالک فرض گردد.

قائلین بر مالیت جنین استدلال کرده‌اند، چون کفاره بر قتل جنین واجب نیست، پس از بین‌بردن آن جایز می‌باشد. به عبارتی از نظر آن‌ها کفاره‌دادن حکم قتل مؤمن و هر مرد و از این دست عناوین است، پس بر جنین قبل از ولوج روح و صبی غیر ممیز کفاره لازم نمی‌آید (۳۶). در رد این نظر می‌توان گفت همان‌گونه که از کفاره‌دادن بر صبی غیر ممیز لازم نمی‌گردد که قتل وی جایز باشد، از عدم تعیین کفاره بر قتل جنین نیز نمی‌توان نتیجه گرفت که از بین‌بردن وی جایز است. لازم به ذکر است صاحب منهج الصالحین قائل به مطلق پرداخت کفاره در از بین‌بردن جنین چه به صورت عمدی و چه به صورت خطایی، چه بعد از ولوج روح و چه قبل از آن است (۳۷)، حتی در خصوص غسل مس میت نیز نقل شده اگر جنین بمیرد، اگرچه زیر چهار ماه باشد، غسل کردن افضل است (۳۸-۳۹).

۴- حق اختصاص والدین نسبت به جنین خود

دیدگاه حقوقی که نسبت به ملکیت وجود دارد، رابطه بین مالک و مملوک را در صورتی برقرار می‌داند که آن شیء دارای منفعت عقلایی و از نظر شرع حلال باشد. ممکن است از نظر

عموم مردم بعضی از اشیای بی‌فایده و فاقد ارزش و اهمیت اقتصادی باشند. پس از خرید و فروش آن به دلیل عدم مالیت آن‌ها نمی‌توان سخنی گفت، اما از طرف دیگر باورداشتن به عدم ارتباط و علقه شرعی و حقوقی بین مالک و آن شیء نیز سخنی گزاف است. با این وصف، اگر مالکیت منتفی باشد، آیا هیچ سلطه و رابطه دیگری وجود ندارد؟

۴-۱- تحلیل فقهی حق اختصاص: حق اختصاص از موارد حقوق عینی است که بعضی از آثار حق عینی را نیز داراست. همانند این‌که صاحب حق این امکان را دارد که در حدود قانون از مال مورد حق، حق خود را استیفا کرده و آن را دنبال نماید و در دست هر کسی که باشد آن را طلب کند (۴۰).

در کتب فقهی چند صورت برای حق ذکر شده است: ۱- حقوق غیر قابل اسقاط، نقل و انتقال قهری به مرگ همانند حق ابوت؛ ۲- حقوق قابل اسقاط و انتقال به مرگ و غیر قابل نقل، مانند حق شفعه بنا بر وجهی؛ ۳- حقوق قابل اسقاط و نقل به عوض و قابل انتقال به مرگ، مانند حق تحجیر؛ ۴- حقوق قابل اسقاط و نقل بلاعوض و غیر قابل انتقال به مرگ، مانند حق قسم (۲۵، ۴۲-۴۱).

حق اختصاص از حقوق قابل اسقاط می‌باشد (۴۳). پس از اسقاط کردن، دیگران می‌توانند در آن حق تصرف کنند. همچنین قابل نقل و انتقال قهری از راه ارث به اشخاص دیگر است. در فرضی که متعلق حق اختصاص مالیت نداشته باشد، حالا به خاطر بی‌ارزشی یا به خاطر نجاست و یا عدم قابلیت تملک شرعی، در این‌که می‌شود در ازای مبلغی، آن را صلح کرد یا عوض قرار گرفتن آن در معاملات جایز است یا خیر، اختلاف نظر است (۴۴). لازم به ذکر است به نظر برخی از مؤلفان حق اختصاص گاهی دارای قابلیت اسقاط، گاهی قابل نقل و انتقال قهری و اختیاری است و گاهی شامل این موارد نیست (۴۵).

۴-۱-۱- متعلق حق اختصاص: متعلق حق اختصاص عبارت است از آنچه از نظر شرع یا عرف مال به شمار نیاید، موارد مختلفی می‌توان از آن‌ها برد که در این گروه قرار می‌گیرند، مانند انواع نجاسات (اگر منفعت حلال مشروع نداشته باشند، از قبیل خون، میته) و آنچه مقتضی فساد است

(همچون کتب ضلال، آلات قمار) این موارد را شارع ملک نمی‌شمارد (۴۸-۴۶)، هر چیزی که منفعت و مقصود عقلایی و عرفی در آن نیست، مانند آنچه به خاطر ناچیزبودن مالیت ندارد (مثل یک دانه گندم) یا آنچه به خاطر پستی و پرهیز مردم از آن، مالیت ندارد (فضولات و زوائد انسان از قبیل مو، دندان) یا آنچه به دلیل فراوانی در محل وجود، مالیت ندارد در این موارد دارنده یا کسی که قبل از زوال مالیت دارنده بوده حق اختصاص دارد (۴۷، ۵۰-۴۹). برخی حقوق اختصاصی که دارای متعلقات دیگرند به عموم مردم تعلق دارند و همگان در استفاده از آن‌ها یکسانند، مانند موقوفات عام، همچون مساجد و غیر موقوفات از قبیل راه‌ها (۴۹، ۵۱) اسبابی که برای حق اختصاص برشمرده شده از بین رفتن مالیت شیء مملوک یا مالیت‌نداشتن شیء (۹)، مالکیت معنوی، حق سبق و تقدم، تحجیر، اقطاع، احیا و حیات است (۴۷، ۵۴-۵۱).

۴-۱-۲- شرایط ثبوت حق اختصاص: دو شرط را فقیهان برای ثبوت حق اختصاص در نظر گرفته‌اند: ابتدا وجود فایده در شیء به نوعی که غرض و هدف مشخصی برای حداقل یک فرد داشته باشد، هرچند این فایده و غرض عقلایی نباشد. (۵۶-۵۵)؛ دوم، قصد انتفاع یا حیات به آن شیء نیز وجود داشته باشد، زیرا بدون قصد، حق اختصاص به وجود نمی‌آید، البته در مواردی که شیء مالیت نداشته باشد، این شرط لازم نیست (۴۹).

۴-۱-۳- آثار فقهی حق اختصاص: برای حق اختصاصی آثاری بر شمرده شده که در ادامه به آن‌ها پرداخته می‌شود:

- حرمت مزاحمت دیگران برای صاحب حق: برای حق اختصاص احکامی است که قابل صدق بر رابطه بین انسان و جنین است، از جمله حرمت مزاحمت دیگران برای صاحب حق، در بین فقها در مورد تصرف در مالی که متعلق حق اختصاص است، اختلاف نظر وجود دارد. گروهی از فقها تصرف در مالی که متعلق حق اختصاص است را حرام نمی‌دانند، زیرا ادله حرمت تصرف در اموال دیگران، مختص موردی است که مالیت داشته باشد (۹، ۵۷). گروهی دیگر تصرف را حرام می‌دانند به آن دلیل که تصرف در حق است که وجودش مسلم است و عدم تصرف در چیزی که حق دیگری به آن

جایگاه حق تصرف والدین بر جنین؛ حق اختصاص یا مالکیت؟ فاطمه کراچیان ثانی و همکاران

تعلق گرفته است، عقلایی می‌باشد. همانطور که روایت بر عدم حلیت تصرف در مال دیگری بدون اذن مالکش دلالت دارد، با الغای خصوصیت از مال، تصرف در ملک دیگری نیز جایز نخواهد بود (۴۷، ۵۳، ۵۸).

- انتقال به ارث: در بحث ارث حق اختصاص، بین منافع عمومی و سایر موارد تفاوت است. حق اختصاصی که برای شخص است - نسبت به اموالی که از مالیت و ملکیت خارج شده - حق ارث وجود دارد، ولی حق اختصاصی حاصل از منافع عمومی (همچون موقوفات عام) و حيازت مباحات به ارث نمی‌رسد (۲۵، ۶۰-۵۹).

- انتقال اختیاری معوض حق اختصاص: از آثار دیگر حق اختصاص، بخشیدن مال در مقابل دست‌برداشتن از حق اختصاص می‌باشد که چنین مسأله‌ای صحیح برشمرده شده است، اما نسبت به عوض قرارگرفتن حق اختصاص در معاملات اختلاف نظر است. در مواردی که حق اختصاص شرعاً مالیت ندارد، همچون اعیان نجس، برخی معامله، بیع و صلح آن را جایز ندانسته‌اند. لازم به ذکر است برخی از فقها بیع آن را پذیرفته (۶۱) و بیشتر فقها اعراض از آن و دادن مال برای صرف نظر کردن از آن را جایز می‌دانند (۴۸-۴۷، ۶۲).

- انتقال اختیاری مجانی حق اختصاص: بر طبق اثر دیگری از آثار حق اختصاص برای صاحب حق اختصاص، انتقال این حق با وصیت، هبه و وقف جایز می‌باشد (۶۳).

- ضمان در متعلق حق اختصاص: ضمان در متعلق حق اختصاص از آثار دیگری است که بر این حق مترتب است، حتی اگر شیء مورد ضمان ملک نباشد، باز هم ضمان در متعلق حق اختصاص وجود دارد، به آن دلیل که حق اختصاص مالک نسبت به آن مال برای ثبوت ضمان کفایت می‌کند و نیز برای ثبوت ضمان نیاز به ملکیت تام نیست (۴۷، ۵۶)، اولاً عدم جواز تصرف و بهره‌برداری از چیزی که متعلق حق دیگری است، یک امر عقلایی است؛ ثانیاً به آن دلیل که در آثار فقها عمدتاً اشاره شده که تصرف در مال دیگری بدون اذن وی برای هیچ فردی جایز نیست، با الغای خصوصیت از مال، این مسأله قابل سرایت هم به ملک هرچند عرفاً یا شرعاً مالیتی

برای آن نباشد و هم به اتلاف حق دیگری بدون اذن صاحبش نیز است (۹).

۴-۳- امکان سنجی وجود حق اختصاص نسبت به جنین:

بعد از این که در بالا امکان مالکیت ابوبن بر جنین نفی گردید، سؤال دیگری مطرح می‌شود که حال چه نوع رابطه‌ای بین والدین و جنین آزمایشگاهی وجود دارد؟ در درجه نخست آنچه مبرهن است که قطعاً بین والدین و جنین رابطه‌ای قابل تصور است، لکن با توجه به توضیحاتی که بیان شد، به نظر می‌رسد این رابطه از نه از نوع مالکیت، بلکه از نوع حق اختصاص باشد، اولاً با توجه به تعریفی که از حق اختصاص بیان شد، حق اختصاص حقی است برای انسان در شیئی که مالک آن نیست، اما برای وی، برخی تصرفات جایز و مشروع وجود دارد و دیگری حق مزاحمت در آن ندارد؛ ثانیاً در اوصاف حق اختصاص آمد که چیزی که وجود خارجی دارد و اختصاص به شخص معینی دارد، لکن مالیت ندارد و یا ذکر شد متعلق حق اختصاص آنچه از نظر شرع یا عرف مال در نظر گرفته نمی‌شود. همینطور برای ثبوت حق اختصاص دو شرط ذکر گردید؛ نخست وجود فایده در شیء به نوعی که غرض و هدف مشخصی برای یک نفر حداقل وجود داشته باشد، پیش از این ذکر شد که جنین مالیت ندارد، ولی مالیت‌نداشتن جنین قطعاً دلالتی بر بی‌فایده‌بودن وی نیست؛ در جنین منجمدشده فوایدی حاصل است، اولاً با قرارگرفتن در مسیر رشد ظرفیت تبدیل‌شدن به یک انسان تام و کامل را دارد؛ ثانیاً میل به فرزندآوری از امیال مشترک بشر است و به دلیل فقدان فرزندآوری بسیاری از خانواده‌ها در معرض فروپاشی قرار می‌گیرند، که اگر صاحب فرزند بشوند، این میزان تا حدی کاهش می‌یابد. قصد انتفاع نیز به مالیت داشتن منوط است که در اینجا مالیت‌داشتن جنین منتفی گشت. نتیجتاً رابطه‌ای که بین والدین و جنین به نظر می‌رسد وجود دارد، از نوع حق اختصاص است که هم مالیت‌داشتن جنین را نفی می‌کند و هم برخی تصرفات جایز و محدود را برای ابوبن در نظر می‌گیرد.

۴-۳-۱ طرفداران حق اختصاص نسبت جنین: فقهایی

همچون آیت‌الله شاهرودی و سیستانی قائل به عدم مالیت

جنین منجمد هستند، ولی برای صاحب آن حق اولویت در نظر می‌گیرند و به نظر ایشان چنانچه از آن صرف نظر نکرده باشد یا آن را واگذار ننموده باشد، صاحب اختیار می‌باشد که به هر کس بخواهد، واگذار نماید، هرچند این دسته از فقها در این مورد اظهار نظر فرموده، لکن توجیهات و ادله فتوای خود را مطرح نکرده‌اند (۶۵-۶۷).

۲-۴-۳- انتقال حق اختصاص نسبت به جنین به دیگران: آیا جنین فریزشده در آزمایشگاه را ابوین می‌توانند به دیگری به صورت معوض واگذار نمایند؟

در ابتدا لازم است به این سؤال پاسخ داده شود که آیا می‌توان جنین را که از تلقیح ماده جنسی زن و مرد (اسپرم و تخمک) حاصل شده و از اعیان نجسه فرض شده، از طریق بیع واگذار نمود؟

باید گفت بر فرض این‌که جنین لقاح یافته از اسپرم و تخمک را از اعیان نجسه بدانیم. همانطور که می‌دانیم فقهای پیش‌عمدتاً قائل بر عدم جواز خرید و فروش اشیایی همچون مردار و خون... بودند. حرمت مطلق تکسب این اعیان از نظر آنان به خاطر این بوده که برای موادی همچون خون تنها کارکردی که صرفاً در نظر می‌گرفتند خوردن و آشامیدن بوده است (۶۶)، اما در عصر حاضر به دلیل پیشرفت‌های پزشکی و مصارف جدید برای خون همچون تزریق به بیماران تالاسمی، مجروحان تصادفات و... فقهای معاصر فتوی به حلیت بیع و شرای آن داده‌اند (۶۷).

نکته مهم دیگر نقل حقوق است که در آثار فقها نیز به آن اشاره شده است. معیار و ضابطه نقل، اولاً این است که موجب حق و صاحب آن علت تامه برای تعلق حق نباشد؛ ثانیاً دلیلی بر اختصاص و انحصار آن برای صاحب اصلی حق نداشته باشیم؛ ثالثاً کیفیت جعل آن به نحوی نباشد که نسبت به منقول الیه قصور داشته باشد. همچون حق تولیه در وقفی که برای شخص خاص جعل شده است و این‌که اگر تعلق حق به صاحب حق بخاطر خصوصیتی است که وی برخوردار است، در این صورت نقل حق او غیر معقول، بلکه ناممکن است.

لازم است در ابتدا از منظر رعایت خرید و فروش اعیان نجس به این مسأله پرداخته شود، هرچند در اینجا جنین لقاح

یافته از اسپرم و تخمک دیگر نجاست نخستین، آن فرآورده‌های جنسی را ندارد چون جنین با قرارگرفتن در رحم قابلیت به تکامل رسیدن و انسان‌شدن دارد، حتی اگر باز هم قائل به نجاست باشیم، باید گفت نجاست به تنهایی نمی‌تواند مانع بیع شود، زیرا عنوان اکل مال به باطل در جایی است که اصلاً منفعتی وجود نداشته باشد، حال آنکه جنین منجمدشده دارای منفعت، هرچند اندک است و استفاده معقول دارد و نه تنها پیامد ناروایی در انتقال جنین به رحم مادر یا زن نیست، بلکه گاه خانواده‌ای را از متلاشی‌شدن نجات می‌بخشد. همچنین بر فرض این‌که جنین منجمد در آزمایشگاه نجس دانسته شود، با توضیح بالا روشن می‌گردد که با توجه به پیشرفت‌های پزشکی و انجام عمل لقاح در آزمایشگاه و تبدیل اسپرم و تخمک به جنین آماده فرایند رشد که منفعت محله دارد و قادر است با قرارگرفتن در رحم به انسان تبدیل شود، خرید فروش آن اشکالی ندارد، اما از آنجا که پیش‌تر در مبحث انواع حقوق گفته شد، باید در شرایطی قائل به نقل حق شد که صاحب حق علت تامه برای تعلق حق نباشد، در حالی که جنین منجمد دارای ژن‌های صاحبان اسپرم و تخمک است و فرزند بالقوه آن‌ها محسوب می‌گردد، مخصوصاً انحصار حق ولایت پدر بر فرزند، به صورت بالقوه صرفاً برای پدر ژنتیکی و جنین موجود است. در واقع پدر بودن علت تامه برای تعلق حق ولایت بر جنین منجمد و فرزند بالقوه آینده است، پس قابلیت انتقال معوض جنین برای پدر وجود ندارد، زیرا ولایت از حقوقی نیست که قابل نقل در نظر گرفته شود.

قائلین به حق مالکیت ابوین بر جنین بر این نظرند که می‌توان برای والدین حق مالکیت نسبت به جنین قائل بود، اما با وضع قوانین ثانویه حق تصرفات و واگذاری آنان را محدود نمود، لکن باید گفت زمانی که حق اختصاص تطابق بیشتری با اصول اخلاقی دارد و شخصیت بالقوه جنین را در نظر می‌گیرد، چه الزامی وجود دارد که حق مالکیت برای والدین بر شمرده و سپس با قوانین دیگری حدود و ثغور تصرفات را محصور کرد.

پرسش بعدی آن است که واگذاری بلاعوض جنین ممکن است یا خیر؟ باید گفت دلایلی که در مورد رد نقل و انتقال معوض جنین بیان شد - مثل آنکه اگر از حقوقی باشد که

جایگاه حق تصرف والدین بر جنین؛ حق اختصاص یا مالکیت؟ فاطمه کراچیان ثانی و همکاران

مقوم به خود شخص است و فرد علت تامه برای تعلق حق باشد - در نقل اختیاری جنین هم جاری است و صاحبان جنین آزمایشگاهی نمی‌توانند جنین را وصیت، هبه و... نمایند. همچنین طبق آنچه قبلاً اشاره شد، جنین دارای شرایط عمومی انتقال مورد معامله نیست، چون چیزی که مورد انتقال قرار می‌گیرد حق مالی است نه خود مال. حق مالی باید مالکانه باشد تا انتقال رویان به موجب عقد محقق شود، اما آنچه در حق اختصاص به عنوان اعراض از آن و بخشیدن مال به جهت صرف نظر از آن یاد می‌گردد، با توجه به نوع حقی که در اینجا برگزیدیم، قابل توجه نیست.

این که بعد از فوت ابوی جنین، آیا جنین به بستگان والدین ژنتیکی می‌تواند به ارث برسد؟ قابل ذکر است که قاعده و میزان انتقال حقوق، با در نظر گرفتن نوع رابطه میان حق و صاحب حق ارزیابی می‌گردد. اگر این رابطه به شکلی باشد که منحصراً در تعلق حق به صاحب اصلی آن معنی پیدا می‌کند و مورث دارای خصوصیتی باشد که آن در وارث وجود نداشته باشد، چنین حقی به وارث انتقال نمی‌یابد، اما اگر مورث در ذی‌حق بودن خود از یک خصوصیت انحصاری برخوردار نیست، بلکه این خصوصیت در وارث او نیز وجود دارد، در این صورت مانعی در انتقال این حق وجود ندارد. بنابراین در هر مورد که حق وابسته به شخصیت طلبکار و به خاطر او باشد، انتقال‌ناپذیر است. چنانکه اگر حق انتفاعی برای حفظ شوون معین برقرار شود، منتفع نمی‌تواند آن را منتقل کند. همین گونه است در تعهدهایی که مهارت، شهرت و امانت مدیون از عناصر تشکیل‌دهنده حق است.

در فرضی که کسی جنین منجمد شخص دیگری را غصب کند و این جنین در دست وی تلف گردد، و از بین رفته باشد، بین فقها اختلاف نظر است. برخی از فقها طبق فرض ضمان در احکام حق اختصاص بر این نظرند که با پرداخت بدل به مالک، حق اختصاص نسبت به مال از مالیت خارج شده، برای غاصب ایجاد می‌گردد، زیرا بدل معاوضه قهری است، پس اجزای باقی‌مانده به غاصب انتقال می‌یابد (۹، ۶۸)، اما آنچه در بحث جنین که خصوصیات خود را از والدین می‌گیرد و محصول فرآورده‌های جنسی آنان است مطرح است، حتی اگر

طبق نظر آن دسته از فقها در موارد صرفاً مادی قائل به معاوضه قهری در صورت پرداخت بدل باشیم و اجزا باقی‌مانده را به غاصب تحویل دهیم، در اینجا به دلیل شرایط و ویژگی‌های خاص موضوع که جنین است و سابق بر این گذشت در فرض این که با غصب جنین از آزمایشگاه و تلف شدن، هنوز ارزش و قابلیت استفاده در هر زمینه‌ای داشته باشیم، نمی‌توانیم به انتقال آن به غاصب قائل شویم. به نظر می‌رسد نظر شیخ انصاری که همچنان حق را برای مالک در فرض غصب و تلف شدن ثابت می‌داند به مقصود ما نزدیک‌تر است. از سویی دیگر بیان شد که تصرف عدوانی در متعلق حق اختصاص برای دیگری ضمان‌آور و حرام می‌باشد و هیچ شخصی حق بهره‌برداری از متعلق حق دیگری را ندارد.

با توضیحات ذکر شده در بالا مشخص می‌گردد، با در نظر گرفتن حق اختصاص برای والدین نسبت به جنین می‌توان از جنین در برابر غصب و تصرفات عدوانی حمایت کرد و حتماً الزامی نیست جنین مال فرض گردد تا امکان حمایت از آن فراهم باشد.

اگر صاحب اسپرم و تخمک در خصوص از بین بردن یا از بین بردن جنین منجمد با یکدیگر اختلاف پیدا کردند، جنین متعلق به چه کسی است؟

با توجه به این که اولین مرجع برای کشف احکام قرآن است بعد از بررسی آیات آفرینش و خلقت انسان در قرآن، همچون آیه ۱۱ سوره صافات و آیه ۱۴ سوره رحمان «وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ» که خداوند متعال خلقت انسان را در مرحله ابتدایی آفرینش به خاک، در آیات دیگر همچون آیه ۵۹ سوره فرقان گاه به گل چسبیده و یا گل خشکیده، یا به آب نسبت داده است، اما مرحله بعد خلقت بشر را بر طبق آیه از نطفه بر شمرده است که در رحم زن قرار گرفته است. از این رو برخی از فقها معتقدند نطفه که در این آیه ذکر شده همان سلول جنسی مرد یا اسپرم است و بر اساس قاعده فقهی «الزرع للزراع» نطفه شکل گرفته در رحم همان اسپرم مرد است. به نظر آنان رحم زنان صرفاً ظرف رشد جنین است و نقش زنان در این میان با توجه به برداشت از آیه «إِنْ أُمِّهَاتُهُمْ

إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ» در به دنیا آوردن بچه محدود می‌شود.

در سایه پیشرفت‌های پزشکی و شناخت سلول جنسی زن (تخمک) و نقش آن در خلقت انسان مفسران نطفه در آیه ۱۱ سوره فاطر را هم به سلول جنسی مرد و هم به سلول جنسی زن اطلاق کردند، اما بر طبق نظر گروهی دیگر نطفه به سلول لقاح یافته یا زیگوت گفته می‌شود، حتی آیات دیگر همانند آیه دوم، سوره انسان «إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ» به این موضوع اشاره دارد. امشاج در لغت به معنی چیزی که مخلوط شده و ممتزج است که صفت نطفه قرار گرفته است، پس آیه دلالت بر اجزای مختلف نطفه و تشکیل انسان از نطفه‌ای که از اسپرم و تخمک ترکیب یافته دارد (۷۰-۶۹). نتیجتاً جنین منجمدشده در آزمایشگاه که حاصل تلقیح اسپرم و تخمک زن و مرد است، متعلق به هر دوی آنهاست.

افزون بر آن با نظر به این که یکی از انواع حق اختصاص، حیات می‌باشد، حیات از اسباب شرکت نیز است. به عنوان مثال زمانی که به صورت مشترک دو نفر چاهی را حفر کنند یا نه‌ری احداث نمایند، قهراً در حکم تابع احکام شرکت و هر مال مشترک دیگر می‌باشند. هیچ یک از شرکا بدون اذن دیگری حق تصرف در مال مشترک را نخواهد داشت. این حکم قاعده‌ای کلی است و در همه موارد کاربرد دارد (۴۰). با استناد به این قاعده نیز می‌توان اشتراک زن و مرد در مورد تصمیم‌گیری در متولدشدن جنین و یا انهدام وی را برداشت کرد.

نتیجه‌گیری

با توجه به نگاه و رویکرد اسلام که جنین را از همان بدو تولد و انعقاد نطفه دارای حرمت انسانی می‌داند، اگر فردی چه در مرحله قبل از ولوج روح چه بعد از آن اقدام به سقط جنین نماید، به زعم فقهای شیعه عمل حرامی مرتکب شده و باید دیه بپردازد، این نکته دلالت بر کرامت ذاتی جنین دارد که نمی‌توان وی را مال تصور نمود و برای صاحبان جنین حق مالکیت قائل شد. گونه‌های مالکیت قهری و اختیاری که در فقه و حقوق مشخص است نیز بر جنین قابل صدق نیست،

زیرا نه می‌توان فرض کرد که ابوبن بر فرزند خود مالکیت قهری دارند و نه از طریق بیع و صلح مالک بر جنین گشته‌اند تا بتوان برای آنها مالکیت اختیاری قائل شد. افزون بر آن شرایط عوضین که برای انتقال مورد معامله لازم و ضروری است در مورد جنین قابلیت تطبیق ندارد، نتیجتاً نگاه مالکانه بر رابطه بین والدین و جنین اشتباه و نادرست می‌باشد.

لکن از آن جهت که رابطه‌ای بین جنین و صاحبان آن بایست مشخص گردد، دیدگاه حق اختصاص والدین بر جنین نزدیک‌تر به صواب به نظر می‌رسد، اگرچه به طور کلی در حق اختصاص قائل به جواز اعراض و بخشیدن در عوض مال هستیم، اما تمام آثار حق اختصاص بر جنین مترتب نمی‌گردد، زیرا حق تصرف والدین بر جنین از انواع حقوقی است که صاحب حق علت تامه برای تعلق آن حق می‌باشد و حق مقوم به خود شخص است. پس چنین برداشت می‌گردد، والدین علی‌رغم داشتن حق اختصاص نسبت به جنین، با اتکا بر ادله فقهی ذکرشده و کرامت انسانی جنین، امکان انتقال و واگذاری قهری و اختیاری وی را به دیگری نداشته باشند.

References

1. Saheb Ibn Abad S. Al-Mohit fi al-Loght. Beirut: Alamol Ketab; 1414. Vol.6 p.409.
2. Ragheb Isfahani H. Mofradate alfaze Quran. Lebanon - Syria: Dar al-Alam - Dar al-Shamit; 1412. p.204.
3. Ibn Manzour M. Lisan al-Arab. 3rd ed. Beirut: Dar al-Feker; 1414. Vol.13 p.93; Vol.10 p.492.
4. Qasemzadeh M. Basic Conditions of Contracts for Infertility Treatment Using Gametes and Fetuses. Handbook of Gamete and Fetal Donation Articles in Infertility Treatment. Tehran: Institute of Modern Technologies of Medical Science, SAMT Publication; 1385. p.184-185.
5. Fez Alahi N. Embryo donation and other assisted reproductive methods in Iranian law. Tehran: Jungle Publications; 1389. p.22.
6. Waseti M. Taj al-Arus. Beirut: Dar al-Fekr; 1414. Vol.7 p.180.
7. Katoozian N. Amval v malekieat. Basic Law Course. 23th ed. Tehran: Mizan Publication; 1387. p.107-108, 110.
8. Fazel Hendi MEH. Kashf al-Lasam. Qom: Islamic Publishing Office; 1416. Vol.9 p.394; Vol.10 p.348.
9. Mousavi Khoyi A. Mesbah al-Fighaheh. No Place: No Name; No Data. Vol.1 p.143; Vol.2 p.143-145, 228; Vol.4 p.376; Vol.6 p.306; Vol.7 p.144-145, 420-421.
10. A group of scholars under the supervision of Shahroudi M. Mawsouah al-Fiqh al-Islam, according to the ahlolbait sect. Qom: Islamic Jurisprudence Encyclopedia; 1423. Vol.7 p.292.
11. Jafari Langeroodi M. Property rights. 3rd ed. Tehran: Ganjdanesh Library; 1373. p.103.
12. Lari A. Taleegheh ala al-Makaseb. Qom: Moaseseh al-Maaref; 1418. Vol.1 p.83.
13. Gorji A. Property in Islam. *Journal of Islamic Research* 1365; 1(1): 10-28.
14. Darabpour M. Civil rights (property and property). Tehran: Jungle Publications; 1391. p.79-83.
15. Mario J. Trespalacios, Frozen Embryos: Towards an Equitable Solution, 46 U. *Miami L. Rev* 1992; 803(3): 803-834.
16. Les A. McCrimmon, Real Property, Probate and Trust Journal (gametes, embryos and the life in being: The impact of reproductive technology on the rule against perpetuities). *American Bar Association* 2000; 34(4): 697-720.
17. Bernard MD, Rebecca JC. The legal status of in vitro embryos. *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 2010; 111(2): 91-94.
18. Katoozian N. Civil Rights Foundation Course (Legal contract Unilateral Acts). 7th ed. Tehran: Publishing Joint Stock Company; 1379. p.129-130, 133.
19. Katoozian N. Civil Rights: General rules of contracts. 5th ed. Tehran: Publishing Joint Stock Company; 1379. Vol.2 p.160.
20. Hekmat Nia M. Hoghog va maswlethae fardi zan. Tehran: Institute of Islamic Culture and Thought; 1390. p.62.
21. Koleyni M. Al-Kaafi. 4th ed. Qom: Dar al-Ketab al-Islamiyah; 1407. Vol.3 p.132; Vol.7 p.344, 347.
22. Tabrizi J. Esteftahat jadeed. Qom: Entesharat Sarvar; 1385. Vol.1-2 p.419.
23. Behjat M. Esteftahat jadeed. Qom: Daftar Ayatollah Behjat; 1428. Vol.4 p.504.
24. Qomi M. Kalamat Sadeedeh. Qom: Islamic Publications Office; 1415. p.70-72, 148.
25. Naini M. Moneat al-Taleb. Tehran: Al-Maktabat al-Muhammadiyah; 1373. Vol.1 p.356; Vol.2 p.28, 152-153.
26. Sheykh Sadough M. Man la yahzoroh al-Faqih. 2nd ed. Qom: Islamic Publishing Office; 1413. Vol.4 p.171.
27. Tusi M. Mabsut. Tehran: Al-Matabat al-Haidari; 1387. Vol.7 p.195.
28. Harouni A. Shareh al-Tajrid fi fegh al-Zidieh. Sanaa: Markaz al-Bohoth va al-Torath; No Date. Vol.5 p.264.
29. Saadi A. Ghamus al-Feghe. Damascus: Dar al-Fekr; 1408. P.70.
30. Tusi M. Tahzib al-Ahkam. 4th ed. Tehran: Dar al-Kotob al-Islameh; 1407. Vol.10 p.287.
31. Nazari Tavakkoli S, Karachian F. Kahesh janin. *Pajoheshhae Fegheh* 1393; 1(1): 433-468.
32. Mohseni M. Al-Fegh va masael al-Tebeh. Qom: Daftar Tablighat Eslami; 1424. Vol.1 p.183.
33. Javaheri H. Bohoth fe al-Fegh al-Moaser. Beriut: Dar al-Zakhaer; No Date. Vol.2 p.347.
34. Yeravan B. Doros tamhedehe fe al-Ghavaed al-Fegheh. 3rd ed. Qom: Dar al-Fegheh va al-Tabat va Nasher; 1426. Vol.2 p.108.

35. Fezi A. Pivand aza. Qom: Markaz Tahghighat Feghe Ghove Ghazaeeh; 1377. p.19, 41, 77.
36. Tabrizi J. Tangheh mabani al-Ahkam. Qom: Dar al-Sedegheh al-Shaadeh; 1428. p.316.
37. Hakem Tabatabai M. Menhaj al-Salehin. Beriut: Dar al-Safvat; 1415. Vol.3 p.136.
38. Tabrizi J. Sarat al-Nejat. Qom: Dar al-Sedegheh al-Shahede; 1427. Vol.5 p.327.
39. Araki M. Al-Masael al-Vazehhe. Qom: Entesharat Daftar Tableght Eslami; 1414. Vol.1 p.94.
40. Taheri H. Hoghogh madani. 2nd ed. Qom: Islamic Publications Office; 1418. Vol.1 p.195; Vol.1 p.318-319.
41. Jazaeri M. Hadi al-Taleb fi Shareh al-Makaseb. Qom: Dar al-Ketab. 1416. p.81-90, 107-112.
42. Compani Esfahani M. Resale fi Tahghigh al-Haq and al-Hokm. Qom: Anvar al-Hoda; 1418. p.45-50.
43. Mostafavi M. Meaat ghaedehe fegheh. 4th ed. Qom: Islamic Publications Office; 1421. p.37.
44. Ansari Dezfuli M. Ketab al-Makaseb al-Moharrameh. Qom: World Congress to Commemorate Sheikh Azam Ansari; 1415. Vol.1 p.106.
45. Rajae F. Jurisprudence and Legal Review of Copyright. Islamic Law Journal 1392; 10(39): 141-165.
46. Allameh Helli H. Tazkereh al-Foghaha. Qom: Al al-Bait Institute; 1388. p.479.
47. Najafi M. Javaher al-Kalam. 7th ed. Beyrut: Dar Ehya'o Torath al-Arabi; 1404. Vol.22 p.9; Vol.38 p.55, 109; Vol.43 p.398.
48. Ansari Dezfuli M. Ketab al-Makaseb al-Moharrameh. Qom: Manshorat Dar al-Zakhaer; 1411. Vol.1 p.57-58, 60-61.
49. Allameh Helli H. Ghavaed al-Ahkam. Qom: Islamic Publications Office; 1413. Vol.2 p.274-276; Vol.3 p.270.
50. Mosavi Khoei A. Menhaj al-Salehin. 28th ed. Qom: Medina al-Elm Publications; 1410. Vol.2 p.3.
51. Shahid Sani Z. Masalek al-Afham. Qom: Al-Maaref al-Lslamic Institute; 1413. Vol.12 p.419, 428, 436.
52. Shahid Aval M. Doros al-Shariah fi Fegh al-Amami. 2nd ed. Qom: Islamic Publications Office; 1417. Vol.3 p.69.
53. Bahr al-Alum M. Bolght al-Faqhih. 4th ed. Tehran: Manshorat Maktabeh al-Sadiq; 1403. Vol.1 p.34.
54. Ardebili A. Majma al-Fayedah and al-Borhan. Qom: Islamic Publishing Office; 1403. Vol.7 p.472.
55. Khomeyni R. Al-Makaseb al-Moharrameh. Qom: The Institute of Organizing and Publishing Imam Khomeini's Works; 1415. Vol.1 p.242.
56. Naieni M. Al-Makaseb and al-Beia. Qom: Islamic Publications Office; 1413. Vol.1 p.393; Vol.2 p.365-366.
57. Shahid Sadr M. Mavara al-Fiqhah. Beirut: Dar al-Azva; 1420. Vol.3 p.380.
58. Khomeyni R. Ketab al-Beia. Tehran: The Institute of Organizing and Publishing Imam Khomeini's Works; 1421. Vol.3 p.271-272.
59. Marouf Hasani H. Nazari al-Aghd fi al-Fegh al-Jafari. Beirut: Manshorat Maktabeh Hashem; No Date. p.34.
60. Araki M. Khiearat. Qom: Dar Rah Hagh Institute; 1414. p.541.
61. Mughniyeh M. Fegh of Imam al-Sadiq. 2nd ed. Qom: Ansarian Institute; 1421. Vol.3 p.120.
62. Sabzevari AS. Mohazab al-Ahkam. 4th ed. Qom: Al-Menar Institute; 1413. Vol.16 p.45.
63. Tabatabai Yazdi M. Takmele al-Orwat al-Wuthgha. Qom: Davari Bookstore; 1414. Vol.1 p.206.
64. Available at: <http://www.shahroudi.com/Portal.aspx?pid=71243&Cultcure=Persian&CaseID=158856&CategoryID=14978>.
65. Available at: <https://www.sistani.org/persian/send-question>.
66. Ibn Baraj AS. Mohazab. Qom: Islamic Publishing office; 1406. Vol.1 p.344.
67. Khomeyni R. Tozih al-Masael. No Place: No Name; 1426. p.615.
68. Ansari Dezfuli M. Al-Makaseb Book (al-Mohasha). 3rd ed. Qom: Dar al-Ketab Institute; 1410. Vol.7 p.317-319.
69. Tabatabai MP. Al-Mizan fi Commentary on the Qur'an. 2nd ed. Lebanon: Al-Aalami Institute; 1390. Vol.2 p.121.
70. Tantawi M. Interpretation al-Vasit al-Quran Karim. Cairo: Nehzat Egypt; 1997. Vol.15 p.215.