

## تحلیل حقوقی واگذاری جنین از سوی صاحبان گامت

محمد تقی رفیعی\*

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۸/۱۸؛ تاریخ تصویب: ۸۷/۱۲/۱۷)

### چکیده

به رغم اینکه اهدای جنین یکی از روش‌های درمان ناباروری در ایران شناخته شده و در این خصوص، قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور و آیین‌نامه اجرایی مربوط به آن تصویب شده است، اما در زمینه‌های مختلف از جمله ماهیت حقوقی اهدای جنین و به تعبیری، روابط قانونی طرفین این پدیده، ناقص به نظر می‌رسد. به همین دلیل، تفاسیر مختلف و گاه متناقضی از اهدا و واگذاری جنین صورت گرفته است. در راستای رفع ابهام و در جهت سامان دادن و تنظیم روابط حقوقی میان طرفین این نهاد، با توجه به مبانی نظری و واقعیت‌های اجتماعی، در این مقاله تلاش شده است که «واگذاری جنین از سوی صاحبان گامت» و ماهیت حقوقی آن با مقایسه و تطبیق با عقد صلح، عقد وکالت، عقد هبه و قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی و نیز نهادهای حقوقی دیگر، مانند: اعراض و اذن مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد تا از این رهگذر، روابط قانونی و در نتیجه، حقوق و تکالیف طرفین این نهاد مشخص گردد.

### واژگان کلیدی

جنین، گامت، واگذاری جنین، صاحبان گامت، قانون اهدای جنین.

## مقدمه

یکی از روش‌های درمان ناباروری<sup>۱</sup>، اهدای جنین<sup>۲</sup>، می‌باشد. این روش موجب شده تا مباحث گسترده فقهی و حقوقی در زمینه‌هایی چون نسب و آثار ناشی از آن، شرایط اهداکنندگان و متقاضیان، حفظ رازداری و آیین دادرسی مربوط به وجود آید. اگرچه در سال‌های اخیر، مباحثی در این زمینه‌ها صورت گرفته، اما با تتبع در آنها به نظر می‌آید که به طور عمده بر روی مشروعیت و عدم مشروعیت این روش، وضعیت حقوقی و فقهی لقاح آزمایشگاهی و در نتیجه نسب وارث کودک ناشی از انتقال جنین تأکید شده است. اما در این پژوهش، با توجه به فقدان رژیم حقوقی - قانونی مناسب در عرصه عمل بویژه در زمینه روابط قانونی طرفین این پدیده، «واگذاری<sup>۳</sup> جنین از سوی صاحبان گامت<sup>۴</sup>»، که کم‌تر به آن پرداخته شده و از سویی، به دلیل سکوت قانون‌گذار ایران یکی دیگر از چالش‌های حقوقی در این عرصه می‌تواند باشد، مورد تحلیل حقوقی قرار گرفته است. در این راستا، به مواردی چون عقد یا ایقاع بودن واگذاری جنین و مقایسه آن با عناوین حقوقی نزدیک به آن پرداخته شده است. با توجه به ابهامی که در واژه «اهدا» در قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲، وجود دارد و به همین دلیل، تعابیر مختلفی از آن شده است، که برای نمونه می‌توان گفت: برخی آن را «انتقال» دانسته و بعضی در قالب «واگذاری» و حتی «یک عمل حقوقی یک جانبه» و در نهایت، «یک قرارداد غیرمالی» تفسیر کرده‌اند که ماهیت حقوقی مشخص و روشنی ندارند، باید بررسی نمود که اولاً، آیا واژه اهدا در قانون یاد شده به درستی استعمال شده است یا خیر؟ ثانیاً، آیا اهدای جنین و به تعبیری واگذاری جنین می‌تواند در قالب برخی از عقود انجام شود؟ ثالثاً،

1. ناباروری (Infertility): عدم توانایی یک زوج برای بچه‌دار شدن در طول یک سال اولیه زندگی مشترک در صورتی که بدون استفاده از روش‌های جلوگیری برای حاملگی و بچه‌دار شدن، می‌باشد.
2. اهدای جنین (Embryo donation): از راهبهای درمان زوج‌هایی که توانایی ایجاد جنین‌های سالم را ندارند. در این حالت جنین حاصل از امتزاج اسپرم اهدایی با تخمک اهدایی یا جنین‌های اضافی اهدا شده در رحم مادر متقاضی (زوجه نابارور) فراکاشته می‌شود. زوجه نابارور در نتیجه انتقال جنین، باردار شده و سرانجام، وضع حمل می‌کند.
3. در این پژوهش، با توجه به ابهام در ماهیت حقوقی اهدا و تلاش در جهت رفع این ابهام، با اندکی تسامح در تعبیر، از واژه «واگذاری» استفاده شده است که با اغلب نهادهای حقوقی پیشنهادی مناسبت دارد.
4. استفاده از عبارت «از سوی صاحبان گامت» در عنوان این پژوهش به جهت احتراز از مواردی است که مراکز مجاز درمان ناباروری در قالب قراردادی، جنین واگذار شده از سوی زوجین اهدا کننده را به زوجین متقاضی جنین، انتقال می‌دهند.

آیا این انتقال در قالب ایقاع نیز قابل تفسیر است یا خیر؟ و در نهایت اینکه، واگذاری جنین از سوی صاحبان گامت، در قالب کدام یک از نهادهای حقوقی مشابه مانند: عقد صلح، عقد وکالت، عقد هبه، قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی<sup>۱</sup>، اعراض و اذن قابل تبیین و تحلیل حقوقی است، بدیهی است که با تعیین ماهیت آن، حقوق و تکالیف هر یک از دو طرف مشخص می‌گردد.

روش این پژوهش، توصیفی - تحلیلی است و هدف از آن، تحلیل حقوقی واگذاری جنین از سوی صاحبان گامت و در نتیجه، رفع ابهام و تبیین اهدا و سامان دادن و تنظیم روابط میان اطراف این پدیده است. در این مقاله، ابتدا در مبحث نخست، واگذاری جنین در قالب برخی از عقود مورد بررسی قرار می‌گیرد، سپس در مبحث دوم، تطبیق واگذاری جنین با برخی از ایقاعات تحلیل می‌شود.

### واگذاری جنین در قالب عقود

قانون برای هر یک از انواع روابط حقوقی مورد نیاز جامعه، الگوی خاصی پیش بینی کرده است که آن را "ماهیت حقوقی" می‌نامند. بنابراین، برای تشخیص ماهیت حقوقی واگذاری جنین از سوی صاحبان گامت، باید ابتدا آن را در قالب برخی از عقدهای معین جستجو کرد و در صورت عدم تطابق با یکی از عقود معین مدنی، از ماده ۱۰ قانون مدنی و قراردادهای خصوصی بهره جست. در زمینه واگذاری و یا انتقال جنین و قرارداد مربوط به آن در قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور<sup>۲</sup> و سایر قوانین موضوعه و نیز در فقه حکمی مشاهده نگردیده است. بنابراین، ناچاریم به قواعد عمومی قراردادها و حدود و شرایط آن متوسل شویم. البته، در صورت ضرورت، شایسته است که قانون‌گذار این قرارداد را به عنوان عقدی جدید در قانون پذیرفته و شرایط و آثار آن را تعیین نماید تا از سوء استفاده‌های احتمالی از آن تا حد امکان کاسته شود. پیش از ورود در این مبحث، منطقی است، به طور اجمال سؤال اصلی پژوهش و محل نزاع را بدین شرح تبیین نماییم که اگر

۱. ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

۲. این قانون مشتمل بر پنج ماده است که در جلسه علنی مورخ ۱۳۸۲/۴/۲۹ تصویب و در تاریخ ۱۳۸۲/۵/۸ به تأیید شورای نگهبان رسیده و دارای یک آیین‌نامه اجرایی است که در هشت ماده و در تاریخ ۱۳۸۳/۱۲/۱۹ به تصویب هیأت وزیران رسیده است.

صاحبان گامت<sup>۱</sup> - در اینجا برای مثال، زن و شوهر - تخمک<sup>۲</sup> و اسپرم<sup>۳</sup> را جهت تشکیل جنین<sup>۴</sup>، واگذار کنند، آیا می‌توان چنین واگذاری را در قالب عقد معینی دانست یا باید آن را قراردادی بر مبنای تراضی اطراف، یعنی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی تلقی کرد؟ بدین جهت، در این مبحث، واگذاری جنین با نهادهای حقوقی مشابه مانند: عقد صلح، عقد وکالت و عقد هبه مورد مقایسه قرار می‌گیرد.

### عقد صلح

عقد صلح یکی از عقود معین است که ماهیت حقوقی واگذاری جنین ممکن است قابلیت تطبیق بر آن را داشته باشد. صلح در لغت، به معنای سازش کردن و آشتی و توافق است (معین، ۱۳۶۳، ص ۲۱۶۰) و در اصطلاح، «عبارت از تراضی بر امری است، خواه تملیک عین باشد یا منفعت و یا اسقاط دین و یا حق و یا غیر آن» (امامی، ۱۳۶۶، ص ۳۱۵). با توجه به تعریف اصطلاحی صلح، آنچه در واگذاری جنین قابل تصور است، تراضی و تسالم بر تملیک عین که همان جنین است، می‌باشد و تملیک منفعت و یا اسقاط دین و یا حق مورد نظر نیست. اگرچه از منابع احکام صلح در فقه به خوبی استنباط می‌شود که عقد صلح به منظور رفع ترافع و پایان بخشیدن به دعوا به کار می‌رود و در حقوق پاره‌ای از کشورها نیز این عقد به همین منظور وضع شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۲۹۷)، اما در قانون مدنی ایران<sup>۵</sup>، صلح از این هم فراتر رفته به طوری که صلح در مقام معاملات می‌تواند

۱. گامت (Gamete): سلول جنسی نر (اسپرم) یا سلول جنسی ماده (تخمک) است که به طور کامل رسیده و آماده برای لقاح است، ولی هنوز بارور نشده است.

۲. تخمک یا اووسیت (Oocyte): سلول جنسی ماده است که در حالت بالغ تخم (egg) نامیده می‌شود.

۳. اسپرم (Sperm): سلول‌های تولید مثل مرد که باعث باروری سلول‌های تولید مثل زن (تخمک) می‌شوند. در صورتی که تعداد اسپرم‌های یک مرد در هر میلی لیتر کم‌تر از ۲۰ میلیون باشد، نابارور است (جون کوئیزا، ۱۳۷۹، ص ۵۲۵).

۴. در اصطلاح زیست‌شناسی برای دو مرحله از جنین دو تعریف ارائه شده است. Embryo: واژه‌ای است که برای توصیف مراحل اولیه رشد جنین به کار می‌رود و از مرحله شروع تقسیم سلولی تا هفته هشتم حاملگی را شامل می‌شود. Fetus: واژه‌ای است که برای توصیف جنین در حال رشد در داخل رحم از هفته نهم تا پایان حاملگی به کار می‌رود. در آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۳، جنین، نقطه حاصل از تلقیح خارج از رحمی زوج‌های قانونی و شرعی است که از مرحله باروری تا حد اکثر پنج روز خواهد بود. این جنین می‌تواند به دو صورت تازه و منجمد باشد. البته منظور ما در بحث واگذاری جنین، تخمک بارور شده پیش از استقرار در رحم زوج نابارور و به تعبیری جنین بالقوه است.

۵. ماده ۷۸۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است، می‌دهد، لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد. بنابراین، اگر مورد صلح عین باشد، در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود، بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود».

نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است، بدهد، به گونه‌ای که اگر مورد صلح عین باشد، در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود. بدین ترتیب، عقد صلح را می‌توان در یک تقسیم‌بندی کلی بر دو نوع دانست: یک نوع آن، عقدی است که در مورد رفع تنازع موجود واقع شود و ممکن است برای جلوگیری از تنازع احتمالی منعقد گردد که به آن «صلح بر دعوا» گویند (امامی، ۱۳۶۶، ص ۳۱۵). نوع دوم، که به «صلح بدوی» مشهور گردیده، عقدی است که بر مبنای تسالم میان دو طرف در مقام یکی از عقود معین واقع می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۳۴۰). به تعبیری دیگر، صلح بدوی، معامله مستقلی است که بر اساس سازش طرفین می‌باشد و در ردیف بیع، هبه و مانند آن است (امامی، ۱۳۶۶، ص ۳۲۰). بدیهی است، با توجه به موضوع صلح بر دعوا، واگذاری جنین مبتنی بر این نوع از صلح، نمی‌باشد. با توجه به اینکه «در فقه امامیه همه عقود بی نام را در قالب عقد صلح ریخته» (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۴، ص ۱۱۲) و از سویی، در حقوق ایران، صلح بدوی که در مقام معامله باشد، پذیرفته شده است و در نتیجه، می‌توان هر نوع عمل حقوقی را در قالب آن انجام داد و تعهداتی که انسان به اراده خود محقق می‌سازد، به هر صورت که باشد، اعتبار دارد و باید مورد حمایت قانونی قرار گیرد، صاحبان گامت می‌توانند جنین تکون یافته از اسپرم و تخمک را در قالب عقد صلح به مرکز تخصصی درمان ناباروری صلح کنند. بدین ترتیب، هیچ محدودیتی برای صلح وجود ندارد، قالبی است، وسیع‌تر از همه عقود معین که برای تحقق حاکمیت اراده فراهم آمده است.

واگذاری جنین در قالب عقد صلح باید دارای شرایط و احکام آن باشد. بنابراین، جنین عقد صلحی که موضوع آن، واگذاری جنین است، معامله محسوب می‌گردد و در نتیجه، اصولاً باید دارای شرایط صحت یک معامله مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی<sup>۱</sup> باشد، مگر قانون در مورد خاصی بر خلاف آن تصریح نماید. چنین عقد صلحی لازم است و موضوع آن، یعنی واگذاری جنین، به خودی خود منجر به جایز بودن آن نمی‌شود و تنها در موارد

۱. ماده ۱۹۰ قانون مدنی پیش‌بینی نموده است: «برای صحت هر معامله، شرایط ذیل اساسی است: ۱. قصد طرفین و رضای آنها، ۲. اهلیت طرفین، ۳. موضوع معین که مورد معامله باشد، ۴. مشروعیت جهت معامله».

فسخ به خیار یا اقاله می‌تواند به هم بخورد. ماده ۷۶۰، قانون مدنی<sup>۱</sup> این امر را تأیید می‌کند.

ممکن است که این اشکال مطرح شود که در عقد صلحی که موضوع آن جنین است، چگونه می‌توان به وسیله خیار، آن را فسخ و یا اقاله کرد؟ در پاسخ باید گفت، اگر پذیرفتیم که واگذاری جنین از سوی صاحبان گامت می‌تواند در قالب صلح بدوی معامله مستقلی محسوب گردد و در ردیف بیع و مانند آن قرار گیرد، بی شک باید لوازم آن را نیز بپذیریم، از جمله اینکه، در صلح بدوی مانند عقود دیگر ممکن است که هر یک از خیارها غیر از خیارها مختص به بیع جاری شود. چنانکه ماده ۴۵۶ قانون مدنی<sup>۲</sup> مؤید این امر است. البته با توجه به مطالب پیشین مبنی بر اینکه واگذاری جنین در قالب عقد صلح بر دعوا مورد نظر نیست، استناد به عدم امکان فسخ آن بر طبق ماده ۷۶۱ قانون مدنی<sup>۳</sup>، منتفی است. هم‌چنین، عقد صلح با موضوع واگذاری جنین، همچنان که می‌تواند طبق ماده ۷۵۷ قانون مدنی<sup>۴</sup> بلاعوض واقع شود، به اعتبار قرار گرفتن در مقام هر یک از عقود معین می‌تواند معوض منعقد گردد. با وجود این، برخی از حقوق‌دانان معتقدند: «قانون ایران واگذاری معوض جنین را که در واقع نوعی معامله انسان و مغایر شأن و منزلت آدمی است، تجویز نکرده است» (صفایی، ۱۳۸۴، ص ۱۷۶). هم‌چنین، برخی قایلند که اگر دارنده جنین آن را در مقابل دریافت عوض صلح نماید، این قرار داد معوض باطل است، زیرا خرید و فروش انسان و جنین انسان ممنوع است و با کرامت انسانی مغایرت دارد (قاسم‌زاده، ۱۳۸۴، ص ۲۰۴). البته، این نظرات از چندین جهت دارای اشکال است که در اینجا تنها مبنای آنها مورد نقد قرار می‌گیرد و نقد جهات دیگر آن در بررسی واگذاری جنین در قالب عقود دیگر از جمله هبه و قرارداد خصوصی ماده ۱۰ قانون مدنی، خواهد آمد.

۱. ماده ۷۶۰ قانون مدنی بیان داشته است: «صلح عقد لازم است، اگر چه در مقام عقود جایزه واقع شده باشد و بر هم نمی‌خورد، مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله».

۲. ماده ۴۵۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است».

۳. ماده ۴۵۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است».

۴. ماده ۷۵۷ قانون مدنی بیان می‌دارد: «صلح بلاعوض نیز جایز است».

اما نقد مبنای نظرات یاد شده در این است که در مورد جنین باید قایل به تفکیک شد، یعنی، جنینی که مرکب از اسپرم و تخمک زوجین می‌باشد و هنوز در محیط آزمایشگاه قرار دارد و در داخل رحم زن متقاضی قرار نگرفته است و جنینی که پس از قرارگیری در محیط آزمایشگاه در داخل رحم زن فراکاشته<sup>۱</sup> می‌شود. جنین نوع اول در حقیقت، تخمک بارور شده پیش از استقرار در رحم است که در عین حال به آن جنین (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۲۱۵) و جنین بالقوه<sup>۲</sup> گفته‌اند (نایب زاده، ۱۳۸۰، ص ۲۴) و جنین نوع دوم، تخمک بارور شده استقرار یافته در درون رحم تا هنگام تولد است. مطابق ماده ۹۵۶ قانون مدنی: «اهلیت برای دارا بودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع می‌شود»، یعنی، هنگامی که جنین تبدیل به انسان گردید، دارای اهلیت تمتع می‌گردد.

اما جنین به هیچ عنوان دارای اهلیت تمتع نیست و این جنین، همان جنین واقع شده در محیط آزمایشگاه است. موضوع ماده ۹۵۷ قانون مدنی<sup>۳</sup>، نیز حمل می‌باشد، نه جنین و منظور از حمل، جنینی است که در رحم مادر متقاضی (زوجه نابارور) مستقر شده باشد، در حالی که موضوع اهدای جنین، موجودی است که هنوز در رحم فرا کاشته نشده است. بدین ترتیب، بین انسان و جنین از نظر حقوقی وجه اشتراکی وجود ندارد که بتوان به وسیله قیاس، احکام راجع به انسان و کرامت و منزلت انسانی را در مورد جنین جاری دانست و بدین دلیل، واگذاری معوض جنین را حتی در قالب عقد صلح معوض، غیر مجاز و ممنوع دانست.

#### عقد وکالت

معمولاً اشخاص با دادن گامت و گذاشتن آن در اختیار مراکز درمان ناباروری موافقت می‌کنند که جنین حاصل از آن به زوجین خواهان طفل واگذار گردد. آیا می‌توان چنین رابطه‌ای را در قالب عقد وکالت تبیین کرد یا خیر؟ وکالت از نظر لغوی به معنای تفویض و واگذاری کاری به کسی است (عمید، ۱۳۵۶، ص ۲۳۵) و در اصطلاح حقوقی، بر اساس ماده ۶۵۶ قانون مدنی، عقدی است که به موجب آن یکی از دو طرف، طرف دیگر را برای

1. Implant: قرار دادن و نشانیدن تخمک بارور شده در دیواره رحم جهت تغذیه که در این مرحله تخمک بارور شده به دیواره رحم

می‌چسبند.

2. per-embryo: واژه‌ای است که برای جنین‌های تشکیل شده قبل از انتقال به رحم مادر متقاضی به کار می‌رود.

3. ماده ۹۵۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «حمل از حقوق مدنی تمتع می‌گردد، مشروط بر اینکه زنده متولد شود».

انجام امری نایب خود می‌نماید. مورد وکالت چنانکه از ماده مزبور معلوم می‌شود، انجام امری است که به نمایندگی از طرف دیگری تحقق می‌یابد. این امر می‌تواند عمل غیر مادی مانند نمایندگی در ایجاد اراده حقیقی و انشایی باشد و یا هر عمل یا تصرف مادی، مانند: دادن مال معین به دیگری و گاه ترکیبی از آن دو می‌باشد (امامی، ۱۳۶۶، ص ۲۱۸). بدین ترتیب، در اختیار گذاشتن جنین از سوی صاحبان گامت به مراکز درمان ناباروری جهت انتقال به زوجین متقاضی جنین می‌تواند در قالب نمایندگی و عقد وکالت محقق شود. به علاوه، امر مورد وکالت باید دارای دو شرط باشد از جمله اینکه، برابر ماده ۶۶۲ قانون مدنی: «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را به جا آورد...» و مطابق قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲<sup>۱</sup>، در جواز قانونی واگذاری جنین از سوی صاحبان گامت، یعنی موکلان به زوجین متقاضی تردیدی وجود ندارد. در حقیقت، موکلان خود، حق انجام آن را دارند و در نتیجه، می‌توانند به دیگری یعنی در اینجا، مؤسسه درمان ناباروری به عنوان یک شخص حقوقی نمایندگی بدهند که به جای آنان این انتقال را به زوجین متقاضی جنین انجام دهند. دومین شرط مورد وکالت این است که «غرض قانون، مباشرت شخص معین در انجام نباشد»<sup>۲</sup> (همان، ص ۲۱۹). واگذاری جنین از سوی صاحبان آن به متقاضی از اموری نیست که مباشرت صاحبان جنین لازم باشد، زیرا قصد نهایی از واگذاری، استفاده از جنین توسط متقاضی است که حصول این نتیجه احتیاجی به مباشرت ندارد. اگرچه دادن گامت و گذاشتن آن در اختیار چنین مؤسساتی جهت تکوّن جنین، عملی است که به طور مستقیم و به نحو مباشرت باید توسط صاحبان گامت انجام شود و واسطه و نمایندگی در امر واگذاری تخمک و اسپرم از سوی زوجین متصور نیست. اما همان طوری که در ابتدا بیان شد، ما به دنبال تبیین رابطه

۱. ماده ۱ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور بیان می‌دارد: «به موجب این قانون، کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری ذی صلاح مجاز خواهند بود که 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».

۲. این شرط اگرچه به طور صریح مستند قانونی ندارد، اما از اصول و قواعد حقوقی می‌تواند استنباط کرد، چنانکه برخی از حقوق‌دانان چنین استنتاجی را نموده‌اند: امری که قانون مباشرت شخص معین را لازم ندانسته وکالت در آن صحیح است، مانند اجرای هر یک از عقود بیع، صلح، اجاره، نکاح، طلاق و امثال آن (برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۲، چاپ چهارم، ۱۳۶۶، ص ۲۱۹).



حقوقی میان صاحبان جنین در امر واگذاری آن به مراکز درمان ناباروری هستیم که به نظر می‌رسد می‌تواند در قالب عقد وکالت تفسیر شود. البته بدیهی است، با توجه به حق یا اختیاری که صاحبان جنین در مورد استفاده از جنین بالقوه خود دارند و از سویی، با لحاظ ماده ۶۶۰ قانون مدنی مبنی بر وکالت مطلق یا مقید، آنان می‌توانند به مؤسسه یاد شده وکالت مطلق بدهند که به نحو صلاح‌دید از جنین بهره‌برداری کنند و یا به صورت مشروط و مقید، نوع بهره‌برداری و یا گروه خاصی از متقاضیان را برای دریافت جنین تعیین نمایند. اما از جهت آثار چنین عقد وکالتی نسبت به صاحبان جنین و مؤسسه‌ای که به عنوان نمایندگی عمل می‌نماید، باید گفت که وکالت از عقود جایز است و بر طبق ماده ۶۷۸ قانون مدنی، به عزل موکل یا به استعفای وکیل و یا به موت یا به جنون وکیل یا موکل منقضی می‌گردد. همچنین بر اساس ماده ۶۷۹ این قانون، موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر اینکه وکالت او در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد. بدین ترتیب، اصولاً صاحبان جنین می‌توانند عقد وکالت را به هم بزنند و جنین را تحت اختیار خود درآورند، مگر اینکه مؤسسه درمان ناباروری، با انتقال جنین به متقاضی، عمل مورد وکالت را انجام داده باشد که در نتیجه، موردی برای انقضای وکالت وجود نخواهد داشت.

با وجود این، اشکالاتی بر تطبیق واگذاری جنین در قالب عقد وکالت مطرح است. برای نمونه، ممکن است بیان شود که از ماده ۶۷۸ قانون مدنی ایران<sup>۱</sup>، مبنی بر استعفاء، موت یا جنون وکیل، معلوم می‌شود که وکیل صرفاً باید شخص حقیقی باشد و حال اینکه مرکز درمان ناباروری دارای شخصیت حقوقی است و مفاد این ماده در مورد آن قابل اعمال نیست. در همین زمینه، برخی از حقوق‌دانان بر این عقیده‌اند که: «اهدای جنین یک عمل حقوقی یک جانبه است، زیرا اهداکنندگان و درخواست‌کنندگان جنین، یکدیگر را نمی‌شناسند و مذاکره و تبادل اراده بین آنان وجود ندارد و دریافت‌کننده جنین، مرکز مجاز درمان ناباروری است که نقش واسطه را ایفا می‌کند و دشوار است که این مرکز را وکیل درخواست‌کنندگان بدانیم» (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۱۷۶). البته برخی دیگر معتقدند: «در پاره‌ای از موارد ممکن است، بیمار نابارور با شخص ثالث (انتقال‌دهنده گامت و جنین)

۱. ماده ۶۷۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «وکالت به طریق ذیل مرتفع می‌شود: ۱. به عزل موکل، ۲. به استعفای وکیل، ۳. به موت یا به جنون وکیل یا موکل».

بی‌واسطه قرارداد ببندد، ولی چون بیمار امکانات فنی و تخصصی انتقال را در اختیار ندارد، از طریق اعطای نمایندگی به مراکز تخصصی درمان ناباروری اقدام می‌کند» (قاسم‌زاده، ۱۳۸۵، ص ۲۰۳). هم‌چنین، ممکن است، زنی با توجه به اعطای وکالت و انتخاب وکیل از طریق یک مؤسسه پزشکی، گامت نر را شناسایی و به رحم زن منتقل کند (همان، ص ۲۱۵).

در پاسخ به اشکالات فوق به اجمال باید گفت: اولاً، واژه «طرف دیگر» در ماده ۶۵۶ قانون مدنی<sup>۱</sup> مطلق است و علاوه بر شخص حقیقی می‌تواند شخص حقوقی را نیز شامل شود. پس بنابراین، مؤسسه یا مرکز درمان ناباروری به عنوان یک شخص حقوقی می‌تواند طرف دیگر وکالت باشد و یا به تعبیری، نمایندگی داشته باشد. ثانیاً، شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای اشخاص حقیقی قایل است، مگر موارد ناشی از طبیعت انسان<sup>۲</sup>. به علاوه، صرف نظر از بحث‌های نظری در خصوص ماهیت شخصیت حقوقی، شخصیت حقوقی مؤسسه یا مرکز مانند هر شرکتی دارای این ویژگی مفید است که می‌تواند با ضروریات عملی منطبق شود (اسکینی، ۱۳۷۵، ص ۳۸). افزون بر این، تصمیمات مرکز درمان ناباروری به عنوان شخص حقوقی و در قالب نمایندگی در رابطه با انتقال جنین به متقاضیان می‌تواند به وسیله مقام یا مقامات صلاحیت‌دار اتخاذ شود و به نظر می‌آید، از این جهت نیز با شخص حقیقی تفاوتی ندارد. ماده ۵۸۹ قانون تجارت<sup>۳</sup> این امر را تأیید می‌کند. بدین ترتیب و در نتیجه، ممنوعیتی برای وکالت و یا نمایندگی مرکز درمانی از سوی صاحبان جنین برای انتقال آن به متقاضی جنین وجود ندارد، همچنان‌که به رغم نظر برخی از حقوق‌دانان یاد شده، مرکز درمان ناباروری می‌تواند وکیل درخواست‌کنندگان جنین تلقی شود، همان‌طوری که برخی اعطای نمایندگی از سوی بیمار نابارور به مراکز تخصصی درمانی را صحیح دانسته‌اند (قاسم‌زاده، ۱۳۸۵، ص ۲۰۳).

۲

۱. ماده ۶۵۶ قانون مدنی پیش‌بینی نموده است: «وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید».
۲. ماده ۵۸۸ قانون تجارت بیان داشته است: «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قایل است، مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مانند حقوق و وظایف ابوت، بنوت و امثال ذلک».
۳. ماده ۵۸۹ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «تصمیمات شخص حقوقی به وسیله مقاماتی که به موجب قانون یا اساسنامه صلاحیت اتخاذ تصمیم دارند، گفته می‌شود».

## عقد هبه

عقد هبه یکی از عقود معین است که ماهیت حقوقی واگذاری جنین ممکن است، قابل تطبیق با آن باشد. هبه در لغت به معنای بخشیدن چیزی به کسی است (عمید، ۱۳۵۶، ص ۱۲۴۴) و در اصطلاح حقوقی، تملیک عین بدون عوض و به طور منجز را گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۷۶۰). البته در اصطلاح فقهای امامیه دارای دو معنای اعم و اخص است. هبه به معنای اعم شامل هدیه، جایزه، نحله و امثال آن است (امامی، ۱۳۶۶، ص ۲۷۳) و در معنای اخص، تنها شامل تملیک بدون عوض مال می‌شود. بر اساس ماده ۷۹۵ قانون مدنی<sup>۱</sup>: «عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را به صورت مجانی به دیگری تملیک می‌کند...». قید عقد در این تعریف آن را از ایقاعات یا وقایع حقوقی که سبب تملک مال می‌شود، مانند اباحه مال جدا می‌کند. همچنین، وصف تملیکی بودن عقد هم، اعمالی، مانند اباحه را که مبتنی بر اذن است، به کلی از هبه ممتاز می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۲۸). همچنین، به موجب ماده ۷۹۸ قانون مدنی<sup>۲</sup>، هبه واقع نمی‌شود، مگر با قبول و قبض متهب به گونه‌ای که قبض یکی از ارکان این عقد است و بدون آن عقد هبه محقق نخواهد شد. به علاوه، برابر ماده ۸۰۳ قانون مدنی، بعد از قبض نیز واهب می‌تواند با بقای عین موهوبه از هبه رجوع کند، مگر در موارد خاصی. بدین ترتیب، براساس مواد مذکور سه موضوع باید در جهت تطبیق واگذاری جنین از سوی صاحبان آن در قالب عقد هبه مشخص گردد: ۱. موضوع هبه باید مال باشد. آیا می‌توان اسپرم و تخمک و ترکیب آنها، یعنی جنین را «مال» محسوب نمود یا خیر؟ در قوانین موضوعه ایران از جمله قانون مدنی، مال تعریف نشده و تنها به تقسیم آن اشاره گردیده، به همین دلیل، تعاریف مختلفی از آن ارایه شده است. برخی قائلند مال «در اصطلاح چیزی است که ارزش اقتصادی داشته و قابل تقویم به پول باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۵۹۵) و در تعبیر دیگری معتقدند: «مال چیزی است که قابل مبادله باشد [و یا] آنچه که می‌ارزد و تلف‌کننده ضامن آن است» (همان، ۱۳۷۰، ص ۳۶). در تبیین عناصر مال، برخی قایلند که مال هر چیز یا

۱. ماده ۷۵۹ قانون تجارت بیان داشته است: «هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را به صورت مجانی به کس دیگری تملیک می‌کند. تملیک‌کننده واهب، طرف دیگر را متهب، مالی را که مورد هبه است، عین موهوبه می‌گویند».

۲. ماده ۷۹۸ قانون مدنی پیش‌بینی نموده است: «هبه واقع نمی‌شود، مگر با قبول و قبض متهب اعم از اینکه مباشر قبض، خود متهب باشد یا وکیل او و قبض بدون اذن واهب اثری ندارد».

امری است که عناصری مانند: امکان اختصاص به شخص، قابل نقل یا انتقال بودن، دارای نفع بودن، عقلایی بودن منفعت را داشته باشد (همان، صص ۳۷-۴۰). برخی از حقوق دانان معتقدند، مال چیزی است که بتواند مورد داد و ستد قرار گیرد و از نظر اقتصادی ارزش مبادله را داشته باشد (امامی، ۱۳۶۶، ص ۱۹). برخی از اساتید حقوق بیان داشته‌اند: "مال چیزی است که قابل استفاده بوده و ارزش مبادله اقتصادی و داد و ستد داشته باشد" (صفایی، ۱۳۷۹، ص ۱۲۴). البته برخی از صاحب‌نظران حقوقی قایلند، مال چیزی است که مفید باشد و نیازی را بر آورد و قابل اختصاص به شخص باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۱). از مجموع تعاریف، که برخی از آنها با یکدیگر قابل جمع است و به گونه‌ای یکدیگر را تبیین و تفسیر می‌کنند، می‌توان گفت: اولاً، مال باید قابلیت اختصاص به شخص را داشته باشد که این ویژگی ارزش حقوقی آن را بیان می‌کند و به این اعتبار، مال هر چیز تملک شده تلقی می‌گردد. ثانیاً، هر چیزی که به اعتبار ارزش حقوقی، ارزش اقتصادی داشته و در نتیجه منفعت عقلایی مفید، دارای قابلیت داد و ستد باشد، مال محسوب می‌گردد.

لازم به توضیح است که مال از نظر قابلیت داد و ستد و ارزش اقتصادی با دو معیار قابل سنجش است: معیار نوعی و معیار شخصی. از آنجا که ارزش نتیجه رغبتی است که اشخاص برای به دست آوردن چیزی در خود احساس می‌کنند، می‌توان گفت، ارزش چهره نوعی و همگانی دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۳). اما با وجود این، اگر چیزی برای فردی در شرایط خاصی نیازی از او را بر آورده سازد. با توجه به معیار شخصی می‌توان قایل به مال بودن آن شد، زیرا عناصر اصلی مال را داراست. افزون بر این، نمی‌توان نسبت به معامله چیزی که در نظر عموم ارزشی ندارد، ولی رغبت خاصی را به خود جلب کرده حکم بطلان داد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۱۶۳). چنانچه برخی از فقیهان قایلند غرض شخصی به غرض نوعی بر می‌گردد، زیرا هر فردی از عقلا اگر در آن شرایط خاص قرار بگیرد، چنین عمل و یا داد و ستد را عقلایی می‌داند و نسبت به آن اقدام خواهد کرد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ص ۱۴). بدین ترتیب، با پذیرش معیار شخصی می‌توان اسپرم و تخمک و در نتیجه و به طریق اولی، جنین را، که نیاز زوجین متقاضی را تأمین می‌نماید و متضمن منفعت مشروع و عقلایی است، مال محسوب نمود و در نتیجه، قابل نقل و انتقال و واگذاری. پس بنابراین، جنین به عنوان مال می‌تواند موضوع هبه باشد.

با وجود این، برخی از حقوق دانان، معتقدند از آنجا که جنین انسانی در مرحله نخستین حیات و دارای شخصیت حقوقی است، مال به شمار نمی‌آید (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۱۷۶). هم‌چنین برخی بر این نظرند، از آنجا که در هبه کسی مالی را به دیگری مجانی تملیک می‌کند، پس بنابراین، جنین موضوع اهدا، مال نیست تا قابل هبه و تملیک باشد. از سویی، قایلند که گامت نوعاً مال نیست تا قابل فروش باشد، مگر به اعتبار معیار شخصی. اما اگر شخصی به همین اعتبار بخواهد گامت را جهت تلقیح و تشکیل جنین انسانی بفروشد، معاوضه کند و یا صلح معوض نماید، در این صورت، قرارداد به دلیل نامشروع بودن جهت آن باطل است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۴، ص ۲۰۴). پیش از طرح اشتغال اساسی، در مورد جهت نامشروع، باید دانست که اولاً، طبق ماده ۲۱۷ قانون مدنی، لازم نیست که در همه موارد، جهت معامله مشروع باشد، بلکه وقتی جهت مورد تصریح قرار گیرد، این شرط لازم تلقی می‌گردد (شهیدی، ۱۳۸۱، ص ۵۷). ثانیاً، اصولاً قراردادی که موضوع آن جنین بالقوه باشد به اعتبار مالیت داشتن آن و به دلیل منفعت عقلایی باطل نیست.

اما اشکال اساسی بر کسانی که قایلند جنین مال نیست، این است که اولاً، میان انواع جنین به اعتبار مراحل آن تفاوت قایل نیستند. دست کم دو نوع جنین و یا به تعبیر دقیق‌تر، دو مرحله از جنین قابل تصور است: جنین نوع اول، در حقیقت، تخمک بارور شده در محیط آزمایشگاه و پیش از فرا کاشتن و استقرار در رحم زن متقاضی است که به آن جنین بالقوه گفته‌اند و نه حمل و یا انسان. جنین نوع دوم، تخمک بارور شده استقرار یافته در درون رحم است که به آن حمل می‌گویند و چنانکه پیش از این گفته شد، موضوع ماده ۹۵۷ قانون مدنی، نیز حمل می‌باشد، نه مطلق جنین و منظور از حمل، جنینی است که در رحم فراکاشته شده باشد. بدین دلیل، بین انسان و جنین نوع اول از نظر حقوقی بویژه در زمینه کرامت و منزلت انسانی وجه اشتراکی وجود ندارد تا به اعتبار شخصیت حقوقی نتوان آن را مال تلقی نمود و بحث ما در اینجا راجع به جنین نوع اول است که می‌تواند به عنوان مال، موضوع عقد هبه قرار گیرد. ثانیاً، قایلین به عدم مالیت جنین، معتقدند که گامت انسان مال و قابل معامله است (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۱۷۳؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۵، ص ۲۰۴) یا به این دلیل که گامت نیز مانند خون از فرآورده‌های انسان است و در نتیجه، قابل خرید و فروش است، چنانکه بعضی از فقها خون را مال دانسته و به جواز خرید و فروش آن فتوا داده‌اند (فاضل لنکرانی و مکارم شیرازی، ۱۳۸۷، ص ۲۰۳) و برخی از فقیهان معاصر نیز بدون تصریح به

مال بودن خون، اخذ ثمن را در مقابل آن جایز دانسته‌اند (امام خمینی، ۱۳۸۴، ص ۴۶۹؛ صانی، ۱۳۸۰، ص ۴۸۴) و بدیهی است که ثمن یکی از ارکان معامله است و در مقابل مال، پرداخت می‌شود و یا به دلیل اینکه فروش، معاوضه و صلح معوض آن با کرامت انسانی مغایرت ندارد. بنابراین مینا، به نظر می‌آید و می‌توان قایل شد که به طریق اولی ترکیب گامت انسان، یعنی جنین هم مال تلقی می‌شود و تا پیش از استقرار در رحم و حمل محسوب شدن آن، موضوع مغایرت با منزلت و کرامت انسانی منتفی است. ثالثاً، کسانی که قایلند جنین مال نیست، در بحث اهدای جنین، توجیه قابل قبولی ارائه نمی‌دهند که موضوع اهدا چیست؟ آیا انسان است یا غیر انسان؟ بدیهی است که هیچ‌کس قایل نیست که اهدای جنین، یعنی اهدای انسان به دیگری. پس بنابراین، موضوع اهدا باید غیر انسان باشد که در این صورت مال دانستن آن - در حالی که اجزای آن، یعنی گامت زن و مرد مال محسوب می‌شود - صحیح است. افزون بر این، برخی قایلند که اهدا باید رایگان باشد و مبنای آن را عدم مال بودن جنین، به عنوان یک فرآورده انسانی، می‌دانند و نتیجه می‌گیرند که اهدا از مقوله هبه قانون مدنی نیست، زیرا موضوع هبه باید مال باشد و جنین مال نیست و در نهایت، اهدای جنین را یک قرارداد غیر مالی می‌دانند (صفايي، ۱۳۸۵، ص ۱۷۶؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۵، صص ۲۰۴-۲۰۵). حال اینکه، اولاً، رایگان بودن اهدا دلالت بر این ندارد که موضوع آن نمی‌تواند مال باشد، چنانکه موضوع هبه غیر معوض مال است، اگرچه هبه رایگان است و چنان‌که پیش از این گفته شد، هبه اعم از هدیه و اهداست. ثانیاً، ماهیت و غایت این قرارداد غیر مالی روشن نیست و به صرف مصلحت اجتماعی و منزلت انسانی که در جای خود بسیار ارزشمندند، نمی‌توان روابط حقوقی و بویژه روابط قراردادی اشخاص را در ابهام قرار داد. پس در نتیجه و بدین ترتیب، می‌توان جنین را مال تلقی کرد و موضوع عقد هبه قرار داد.

۲. به موجب ماده ۷۹۵ قانون مدنی، اثر اصلی هبه تملیک مالی به متهب است، آیا جنین قابل تملیک در قالب عقد هبه است یا خیر؟ از مطالب پیشین این نتیجه حاصل شد که جنین می‌تواند مال محسوب گردد، در نتیجه می‌توان گفت که جنین می‌تواند موضوع هبه واقع شود و به سبب آن تملیک صورت گیرد. تملیک در موردی به کار می‌رود که مالکیت عین مورد انتقال قرار گیرد. از سویی، بدیهی است که انسان نسبت به برخی از اعضای بدن یا فرآورده‌های انسانی، مانند: خون، کلیه، گامت و جنین دارای حقوق و

اختیارات است و در نتیجه می‌تواند در آنها تصرف کند. در حقیقت، عرف یک نوع رابطه مالکیت اعتباری را انتزاع می‌کند و بدین جهت است که انسان می‌تواند در آنها تصرف مادی یا حقوقی نماید. بدین ترتیب، در نتیجه تصرف حقوقی و انتقال به دیگران، تملیک حاصل می‌شود، زیرا این فرآورده از جمله جنین متکون از گامت زن و مرد، مال و عین هستند و اصولاً تملیک هم چیزی جز مالکیت عین نیست.

اما شاید این سؤال به ذهن خطور کند که آیا جنین قابلیت این را دارد که رابطه مالکیت در مورد آن تحقق یابد؟ با توجه به تعریف مالکیت که حقی دایمی است و به موجب آن شخص می‌تواند در حدود قوانین در مالی که موضوع حق است، هر نوع تصرفی بکند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۰۴)، می‌توان رابطه مالکیت را میان جنین و متقاضی و یا متهب متصور نمود. البته، قانون، اخلاق حسنه و نظم عمومی از جمله عوامل محدود کننده رابطه مالکیت ایجاد شده برای متقاضی جنین است. بدین ترتیب، امکان تملیک جنین به وسیله عقد هبه وجود دارد و به تعبیری، واگذاری جنین قابل تطبیق با عقد هبه است.

۳. جایز بودن عقد هبه. به رغم استدلال‌های مختلف در اینکه عقد هبه لازم و یا جایز است، قانون مدنی بر اساس ماده ۸۰۳، عقد هبه را جایز دانسته و عدم جواز را در موارد معین استثنا نموده است. آیا می‌توان با وجود جایز بودن عقد هبه، واگذاری جنین را در قالب این عقد تحلیل کرد؟ آنچه مسلم است، جایز بودن عقد به خودی خود مانع تطبیق امر واگذاری جنین در قالب عقد هبه نمی‌باشد، زیرا این اشکال را نیز می‌توان در عقد وکالت به عنوان یکی از قالب‌های حقوقی انتقال جنین مطرح ساخت. افزون بر این، حتی بنا بر نظر برخی که واگذاری جنین را در قالب اهدا تبیین می‌کنند، عدم مشابَهت اهدا را به عقد هبه به دلیل عدم مالیت جنین می‌دانند و نه به دلیل جواز یا لزوم اهدا و به ناچار آن را یک قرارداد غیر مالی، که در حقیقت، ماهیت و غایت آن مبهم است، معرفی می‌کنند. از جمله ابهامات راجع به این اهدا در قالب یک قرارداد غیر مالی، لازم و یا جایز بودن آن هم از سوی صاحبان جنین و هم از سوی زوجین متقاضی است، بر خلاف قانون فرانسه که به قابلیت فسخ اراده زوجین درخواست‌کننده تصریح نموده است (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۱۸۱). به نظر می‌رسد، با توجه به ماهیت واگذاری جنین در قالب اهدا بر اساس قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، پذیرش قابلیت فسخ اراده صاحبان جنین و نیز زوجین درخواست‌کننده هیچ منع قانونی ندارد. اگرچه قانون یاد شده در این خصوص سکوت کرده

است، اما با توجه به قواعد عمومی حاکم بر عقد هبه، با توجه به اینکه این عقد اعم از اهداست، این استدلال منطقی به نظر می‌رسد. در نتیجه، جایز بودن عقد هبه مانعی برای تطبیق واگذاری جنین با عقد هبه محسوب نمی‌گردد. به علاوه، با توجه به بندهای ۲ و ۴ ماده ۸۰۳ قانون مدنی<sup>۱</sup>، می‌توان از رجوع واگذار کنندگان جنین جلوگیری نمود. توضیح اینکه، صاحبان جنین می‌توانند هبه جنین را به صورت معوض منعقد نمایند. این امر، مغایر با ماهیت عقد هبه نیست، زیرا هبه معوض بنا بر ماده ۸۰۱ قانون مدنی<sup>۲</sup>، پذیرفته شده و بر فرض پذیرش واگذاری جنین در قالب اهدا، با توجه به اینکه مفهوم اهدا در قانون نحوه اهدای جنین روشن نیست و از سویی، هیچ دلیلی بر نامشروع بودن دریافت عوض در مقابل واگذاری جنین وجود ندارد و از طرفی، "مجانی یا تبرعی بودن عمل مانع از آن نیست که پاداشی به اهداکنندگان داده شود" (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۱۷۶)، پس بنابراین، دریافت عوض، عقد هبه را معوض می‌کند و بدین ترتیب، مانع رجوع صاحبان جنین می‌گردد. هم‌چنین، بر طبق بند ۴ ماده ۸۰۳ قانون مدنی، در صورتی که در عین موهوبه، یعنی جنین، تغییری حاصل شود، صاحبان جنین نمی‌توانند از هبه رجوع نمایند. بدین ترتیب، اگر مرکز درمان ناباروری، جنین بالقوه را به رحم انتقال دهد، این امر از مصادیق تغییر مندرج در بند ۴ یاد شده محسوب می‌گردد و در نتیجه، امکان رجوع صاحبان جنین منتفی می‌شود. به علاوه، در صورت تحقق مفاد ماده ۸۰۵ قانون مدنی<sup>۳</sup>، رجوع نیز منتفی می‌گردد. پس بنابراین، به نظر می‌آید، هیچ نقد و اشکالی در جهت تطبیق واگذاری جنین با عقد هبه وجود ندارد.

#### قرارداد خصوصی

به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی، قراردادهای خصوصی در صورت عدم مخالفت صریح با قانون معتبر و نافذ است. آیا می‌توان واگذاری جنین را از سوی صاحبان آن به زوجین

۱. در بندهای ۲ و ۴ ماده ۸۰۳ قانون مدنی چنین آمده است: «۲. در صورتی که هبه معوض بوده و عوض هم داد شده باشد. ۴. در صورتی که در عین موهوبه تغییری حاصل شود».

۲. ماده ۸۰۱ قانون مدنی اعلام می‌دارد: «هبه ممکن است معوض باشد و بنابراین، واهب می‌تواند شرط کند که متبھ مالی را به او هبه کند یا عمل مشروعی را به طور مجانی به جا آورد».

۳. ماده ۸۰۵ قانون مدنی پیش‌بینی نموده است: «بعد از فوت واهب یا متبھ، رجوع ممکن نیست».



درخواست‌کننده و یا مراکز درمان ناباروری در قالب قرارداد خصوصی مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی تحلیل کرد؟ در پاسخ باید چند نکته را تبیین کرد:

۱. اولین نکته‌ای که باید احراز گردد، قرارداد بودن این واگذاری است. در همین رابطه، برخی از حقوق‌دانان، واگذاری و اهدای جنین را از سوی زوجین صاحب جنین به زوجین متقاضی در حقیقت یک قرارداد غیر مالی دانسته‌اند و یا در راه حل دیگر، مرکز درمان ناباروری را طرف این قرار داد تلقی نموده‌اند که در این صورت، چنین قراردادی تابع قواعد عمومی قراردادهاست (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۱۷۶). افزون بر این، برخی تصریح بر وجود نوعی قرارداد درمان از طریق انتقال جنین که می‌تواند مستقیماً بین گیرنده جنین و دهنده منعقد گردد، نموده‌اند (قاسم‌زاده، ۱۳۸۵، ص ۲۰۲)، هم‌چنین شاید بتوان از عبارت «موافقت کتبی زوجین صاحب جنین» مندرج در ماده ۱ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲، واگذاری جنین را در قالب قرارداد خصوصی تفسیر کرد. پس با وجود نظر برخی از نویسندگان حقوقی، که اهدا را یک عمل حقوقی یک‌جانبه می‌دانند (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۱۷۶)، واگذاری و انتقال جنین را در یک فرآیند قرارداد می‌توان تحلیل کرد. رایگان بودن این واگذاری، هم‌چنین عدم شناخت اهداکنندگان و درخواست‌کنندگان نمی‌تواند منجر به این نظریه شود که واگذاری لزوماً یک عمل حقوقی یک‌جانبه است، زیرا به تصریح برخی از همین نویسندگان حقوقی «مجانای یا تبرعی بودن عمل، مانع از آن نیست که پاداشی به اهداکنندگان داده شود، چنان که هبه قانون مدنی می‌تواند معوض باشد» (همان). پس بنابراین، پاداش و عوض به اهداکننده از سوی متقاضی جنین در صورتی قابل تصور است که یک رابطه حقوقی طرفینی، یعنی همان قرارداد خصوصی را محقق بدانیم، حتی اگر این رابطه و انتقال عوض و معوض را نتوانیم در قالب عقد هبه، عقد صلح و سایر عقود معین بپذیریم. از سویی، عدم شناخت اهداکنندگان و درخواست‌کنندگان، دلیل بر عدم رابطه قراردادی نخواهد بود، زیرا در این فرض، مرکز مجاز درمان ناباروری را می‌توان طرف قرارداد دانست و حقوق و تکالیفی را در این رابطه قایل شد. پس بنابراین، واگذاری جنین در قالب یک قرارداد خصوصی قابل تفسیر است.

۲. دومین نکته‌ای که باید مشخص گردد، عدم مخالفت صریح چنین قراردادی با قانون است. از قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲ و نیز سایر قوانین موضوعه از جمله قانون مدنی و به ویژه مواد مربوط به قواعد عمومی قراردادها و ماده

۲۲۳ قانون مدنی، مخالفی در این خصوص قابل استنباط نیست. آنچه که ممکن است، این قرارداد را مخالف قانون نشان بدهد، ماهیت این قرارداد خصوصی است. اگر این قرارداد را، به اعتبار مالکیت جنین، یک نوع قرارداد مالی مانند بیع و صلح معروض بدانیم، ممکن است که این اشکال مطرح شود که این قرارداد، برخلاف اهدایی بودن انتقال جنین در قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲ و نیز بند «پ» آیین‌نامه مربوط به آن، مبنی بر واگذاری داوطلبانه و رایگان یک یا چند جنین است. در پاسخ می‌توان گفت: اولاً، مفهوم اهدا در این قانون روشن نیست و بر فرض حمل واژه اهدا بر قرارداد غیر مالی، ماهیت و غایت این قرارداد نیز مبهم است و شایسته نیست که قانون‌گذار روابط حقوقی و در نتیجه، حقوق و تکالیف طرفین را با اجمال و ابهام بیان نماید. ثانیاً، اگر چه بند «پ» آیین‌نامه مذکور به واگذاری داوطلبانه و رایگان جنین اشاره کرده است، اما در این رابطه دو نکته را می‌توان بیان داشت: نکته اول اینکه، آیا آیین‌نامه می‌تواند شرط یا قیدی را که در قانون اصلی نیامده است، بیفزاید؟ که به نظر پاسخ منفی است، زیرا جای این شرط در قانون اصلی است، نه آیین‌نامه اجرایی آن. نکته دوم اینکه، بر فرض پذیرش شرط واگذاری داوطلبانه و رایگان جنین در آیین‌نامه، آیا این یک شرط امری است یا تکمیلی؟ به رغم نظر برخی که با افزودن واژه «باید» به عبارت «واگذاری داوطلبانه و رایگان» در نتیجه‌گیری خود امری بودن شرط را استنباط نموده‌اند (علوی قزوینی، ۱۳۸۷، ص ۱۴۶)، به نظر می‌آید، شرط مذکور یک شرط تکمیلی است. دلیل آن شاید این باشد که قانون‌گذار برای جلوگیری از سودجویی افراد و برانگیختن احساسات نوع دوستانه و از سویی، وجود اختلاف‌های فقهی و حقوقی درباره ماهیت این واگذاری از واژه اهدا استفاده نموده است که البته تأثیرپذیری از حقوق فرانسه را هم نمی‌توان نادیده گرفت. در حالی که واقعیت می‌تواند چیز دیگری باشد، چنانکه در مورد واگذاری کلیه یا دادن خون، اگرچه از واژه «اهدای کلیه» یا «اهدای خون» استفاده می‌شود، ولی در عمل و با توجه به واقعیت‌های موجود در جامعه، خرید و فروش صورت می‌گیرد. افزون بر این، اگر قایل شویم که واگذاری داوطلبانه و رایگان جنین یک قاعده امری است، پس باید خرید و فروش آن و دریافت عوض در مقابل آن، قرارداد واگذاری را باطل نماید و حال اینکه به نظر نمی‌آید که کسی قایل به بطلان چنین قراردادی و یا حرمت چنین عملی باشد. به علاوه، اصولاً هر گونه تعهدی که به موجب قرارداد حاصل می‌گردد، عوض و ما

به ازا دارد و رایگان نیست، مگر اینکه طرف قرارداد به طور صریح تعهد خود را مجانی اعلام کند و چنانکه در موضوع صاحبان جنین و مادر اجاره‌ای، اصل عدم تبرع جاری است (صمدی اهری، ۱۳۸۲، ص ۱۶۱). در قرارداد واگذاری جنین نیز می‌توان این اصل را معتبر دانست. بنابر آنچه گفته شد، با توجه به عدم مخالفت صریح قانون، زوجین صاحبان جنین می‌توانند بر اساس قرارداد در خصوص موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی، با انعقاد قراردادی که متضمن تعهدات طرفین و از سویی، شامل پیش‌بینی‌های لازم است، جنین بالقوه را به زوجین درخواست‌کننده یا مراکز مجاز درمان ناباروری واگذار نمایند. زیرا بر طبق اصل آزادی قراردادها، دو طرف می‌توانند شرایط و آثار عقد را تعیین کنند و رابطه حقوقی خود را چنان که می‌خواهند تنظیم و پیش‌بینی کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۵۳).

### واگذاری جنین در قالب ایقاعات

واگذاری جنین چنانکه در قالب برخی از عقود مانند عقد صلح، عقد وکالت، عقدهبه و مانند آن قابل تبیین است، شاید بتوان این واگذاری را در قالب برخی از ایقاعات نیز تحلیل نمود. در این مبحث، واگذاری جنین با برخی از نهادهای حقوقی مانند اعراض و اذن مورد تطبیق قرار می‌گیرد.

#### اعراض

اعراض که در لغت به معنای صرف نظر کردن، رها کردن و پرهیز کردن از کسی یا چیزی است (آذرنوش، ۱۳۸۴، ص ۴۳۰؛ عمید، ۱۳۵۶، ص ۱۵۴)، در حوزه مدنی و فقه، چشم پوشیدن مالک از مال خود است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۶۳). در اصطلاح حقوقی، اعراض یعنی اینکه مالک بدون آنکه مال خود را به دیگری انتقال دهد یا عین آن را حبس نماید از مالکیت آن صرف نظر کرده است (امامی، ۱۳۶۶، ص ۳۸). به عبارت دیگر، اعراض، قطع علاقه مالکیت از ملک خود است، بدون آنکه مالکیت آن را به دیگری منتقل نماید. به طور خلاصه می‌توان گفت: «اسقاط حق نسبت به شی‌ای به اراده صاحب حق است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۱۸۱۱). قانون مدنی در خصوص «اعراض» ماده ویژه‌ای ندارد، ولی از ماده ۱۷۸<sup>۱</sup> می‌توان آن را استنباط کرد، زیرا قاعده اعراض، یک قاعده عمومی است

۱. ماده ۱۷۸ قانون مدنی چنین اعلام می‌دارد: «مالی که در دریا غرق شده و مالک از آن اعراض کرده است، مال کسی است که آن را بیرون بیاورد».

که اختصاص به مال غرق شده در دریا ندارد و اعراض از هر مالی سبب سقوط مالکیت است (صفایی، ۱۳۷۹، ص ۱۵۷). مستفاد از این ماده، هر کس مالی را که مالک از آن اعراض بنماید، حیات کند، مالک آن می‌شود. بدین ترتیب، اعراض نمودن مالک در حقیقت، صرف‌نظر از حق عینی است (همان، ص ۱۴۲). با توجه به این که در اعراض، تنها نیاز به قصد و رضای مالک است، در نتیجه، اعراض ایقاع است. حال با توجه به ویژگی‌های اساسی اعراض، سؤال این است که واگذاری جنین در قالب اعراض قابل توجیه است یا خیر و چه آثاری را می‌تواند داشته باشد؟ حق زوجین بر جنین بالقوه خود یک حق عینی است، زیرا جنین در فرض مورد بحث، یعنی در مرحله قبل از قرار گرفتن در رحم زن متقاضی، مال محسوب می‌گردد و اعراض آنان به سبب واگذاری سبب سقوط حق عینی است. با اعراض، رابطه میان صاحبان جنین و جنین قطع شده و در نتیجه، آن در زمره اموال مباح قرار می‌گیرد. چنانکه برخی از فقیهان معاصر، اعراض را چنین تشریح می‌نمایند که مثلاً شخصی اسپرم را در بانک اسپرم قرار داده تا هر کسی خواست از آن استفاده نماید (صافی، ۱۳۸۷، ص ۷۹). آیا اصولاً صاحبان جنین می‌توانند از آن اعراض کنند؟ از یک سو، صاحبان جنین نوعی مالکیت و یا یک نوع سلطه خاص حقوقی نسبت به آن دارند و از سوی، «اصل آزادی شخص در اسقاط حق خویش است و موانع این آزادی را باید در قوانین، نظم عمومی و اخلاق حسنه جستجو کرد» (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۴۸۰). بنابراین، با توجه به اصل آزادی در اسقاط حق می‌توان نتیجه گرفت که صاحبان جنین می‌توانند با اراده خود از حق عینی که نسبت به گامت اسپرم و تخمک خود دارند، صرف‌نظر نموده و سبب سقوط مالکیت نسبت به آن شوند و هیچ ممنوعیت قانونی و شرعی هم در این خصوص وجود ندارد. برخی از فقیهان معاصر نیز اهدای جنین را از سوی صاحبان آن اعراض دانسته‌اند (صافی، ۱۳۸۰، ص ۳۶۶) و برخی از حقوق‌دانان بدون تصریح به اعراض، اهدای جنین را یک عمل حقوقی یک جانبه تلقی نموده‌اند (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۱۷۶) و عده‌ای نیز اهدای اسپرم را در قالب اعراض پذیرفته‌اند (مرقاتی، ۱۳۸۶، ص ۲۵۶). بدیهی است، واگذاری جنین و یا گامت‌های اسپرم و تخمک در اختیار دیگران و یا مراکز ناباروری، اعراض محسوب می‌گردد و در نتیجه، رابطه حقوقی و یا به تعبیری، حق عینی میان جنین و صاحبان آن قطع و جنین در زمره اموال مباح قرار می‌گیرد و هر شخصی می‌تواند از آن با توجه به رعایت قانون استفاده نماید، زیرا جز اموال مباح محسوب می‌شود. اما با توجه

به اهمیت و حساسیت جنین و طبق قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور به نظر می‌رسد که تنها مراکز مجاز درمان ناباروری صلاحیت برای به مالکیت در آوردن جنین اعراض شده را دارند و این استثنا و تأکید، ماهیت واگذاری را در قالب اعراض تغییر نمی‌دهد، بلکه به دلیل یک مصلحت اجتماعی، قلمرو استفاده از جنین اعراض شده محدود گردیده است. با وجود این، برخی معتقدند که نسبت به جنین نمی‌توان اعراض نمود، زیرا کسی نسبت به گامت و جنین حق عینی ندارد تا بتواند از آن اعراض نماید، بلکه این امر انصراف است (قاسم زاده، ۱۳۵۸، ص ۲۰۴). البته با توجه به استفاده از واژه اعراض در موارد مشابه توسط برخی از همین دسته از مخالفان اعراض (همان، صص ۱۹۱، ۱۹۶) هم‌چنین، استعمال واژه «انصراف» به جای اعراض و نیز، تفسیر اهدا به یک قرارداد غیر مالی که ماهیت و غایت آن روشن نیست، این نظریه مخالف اعراض مبهم به نظر می‌رسد. به علاوه، اشکال عدم مالیت جنین و در نتیجه، عدم وجود حق عینی نسبت به جنین پیش از این پاسخ داده شد و در اینجا نیاز به تکرار آن نیست.

باید دانست از آنجایی که جنین از تخمک زن و اسپرم مرد تشکیل می‌یابد، بدیهی است که به منظور تحقق اعراض، نیاز به دو اراده و یا قصد و رضاست که باید از سوی صاحبان آنها احراز گردد. نکته‌ای که در رابطه با تطبیق واگذاری جنین با اعراض قابل ذکر است، حق رجوع صاحبان جنین است. با توجه به اینکه ایقاعات نیز از قواعد عمومی قراردادها و از جمله اصل لزوم، تبعیت می‌نماید، عمل حقوقی اعراض لازم است و در نتیجه، صاحبان جنین پس از اعراض نمی‌توانند رجوع نمایند. در حقیقت، مالکان جنین از ملکیت آن اعراض می‌کنند و با اراده خودشان آن را در اختیار دیگران قرار می‌دهند، به گونه‌ای که رابطه مالکیت خود را با آن قطع می‌کنند و رها می‌سازند و بدین سبب است که پس از اعراض نمی‌توانند رجوع کنند.<sup>۱</sup>

آخرین نکته‌ای که در اینجا باید روشن گردد این است که آیا صاحبان جنین به عنوان اعراض‌کنندگان می‌توانند چگونگی استفاده از جنین اعراض شده را تعیین نمایند؟ با توجه به اصل حکومت اراده می‌توان گفت که اراده موجد ایقاع، یعنی اعراض جنین، حق دارد

۱. برای مطالعه بیشتر، رک: سید مصطفی محقق داماد، «اعراض از ملک»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۸، پاییز و زمستان ۱۳۶۹، صفحات ۱۳-۲۰.

نسبت به آثار آن از جمله چگونگی استفاده از آن اراده خود را اعمال نماید. اما در مقابل، این نظریه وجود دارد که اساساً، گستردگی حاکمیت اراده در قراردادها، قابل اعمال در ایقاعات نیست و در اغلب موارد، نفوذ شروط در ایقاع وابستگی کامل به ساختار حقوقی و از سویی، قواعد آمرانه مربوط به ایقاع نظر دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۱۸۵). بدین ترتیب، صاحبان جنین در ضمن اعراض نمی‌توانند شرط نمایند که جنین چگونه استفاده گردد و یا به متقاضیان مشخصی واگذار گردد، زیرا شرط به تراضی قابل تحقق است و در اعراض جنین که با یک اراده محقق می‌شود، چنین امری متصور نیست. بدیهی است با توجه به حساسیت استفاده از جنین و آثار آن، قانون‌گذار مقرراتی را در این خصوص برای مذاکره مجاز درمان ناباروری پیش‌بینی نموده است.<sup>۱</sup>

همچنین، برخی معتقدند از آنجا که اهدای جنین توسط زوجین با تشریفات و مشخصات خاص صورت می‌گیرد، در واقع، ماهیت اهدای جنین، ماهیت نوعی از قرارداد را دارد و در نتیجه حق رجوع وجود دارد، مگر اینکه این حق را در همان توافق‌نامه از خود ساقط کنند. بنابراین، ماهیت اهدای جنین در قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲ را جدای از ماهیت اعراض از جنین دانسته‌اند (میربهبهانی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۵). حال اینکه برخی از حقوق‌دانان اهدای جنین را یک عمل حقوقی یک جانبه دانسته‌اند و به گونه‌ای قایل به ایقاع بودن آن شده‌اند (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۱۷۶). از سویی، برخی قایلند که ماهیت اهدا در قالب قرارداد غیر مالی مبهم است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۵، ص ۲۰۵). پس صرف تشریفات و مشخصات خاص زوجین و توافق کتبی صاحبان جنین دلالت بر عدم تحقق اهدا در قالب اعراض به عنوان یک عمل حقوقی ایقاع ندارد. بنابر آنچه گفته شد، به نظر می‌آید که می‌توان واگذاری جنین را در قالب اعراض تحلیل کرد، زیرا مقتضی موجود است و مانع مفقود.

#### اذن

اذن در لغت به معنای اجازه یا رخصت آمده است (عمید، ۱۳۶۶، ص ۱۰۳؛ آذرنوش، ۱۳۸۴، ص ۷). در فقه با وجود استفاده از این نهاد در موارد مختلف، تعریف قابل ملاحظه‌ای از آن

۱. برای نمونه براساس ماده ۱ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲، کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری ذی صلاح مجاز خواهند بود که با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون، نسبت به انتقال جنین‌های حاصله اقدام نمایند. هم‌چنین طبق ماده ۲ این قانون دادگاه در صورت احراز شرایطی مجوز دریافت جنین را برای زن و شوهر متقاضی صادر می‌کند.

ارایه نشده و قانون مدنی نیز به رغم استعمال واژه اذن در مواد ۹۸، ۱۰۸، ۱۲۰، ۱۲۱ آن را تعریف ننموده است. اما برخی از حقوق دانان، تعاریفی از آن ارایه نموده‌اند. برای نمونه می‌توان گفت: «اذن اعلام رضای مالک یا نماینده قانونی او برای انجام دادن یک عمل حقوقی خواه عمل حقوقی از عقود و ایقاعات باشد یا از تصرفات انتفاعی و یا استعمالی، که منظور از تصرفات استعمالی تصرف در مال است که موجب استهلاک عرفی آن شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، صص ۲۳ و ۱۵۴). برخی نیز با استفاده از این تعریف، اذن را انشای رضایت مقنن یا مالک یا نماینده قانونی او برای انجام دادن عمل حقوقی یا تصرف خارجی دانسته‌اند (فصیحی‌زاده، ۱۳۷۷، ص ۲۶). البته نظر بعضی از حقوق دانان این است که در اذن، قصد انشا وجود ندارد، یعنی، اذن دهنده هیچ چیز را در عالم اعتبار موجود نمی‌کند، بلکه تنها مانع قانونی را رفع می‌نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۲۳). در حقیقت، اذن چیزی جز رفع مانع به سود شخص یا اشخاص معین یا غیر معین نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۲۸۸). پس از تعریف اجمالی اذن، در اینجا، جهت ورود به بحث لازم است برخی از ویژگی‌ها و آثار اذن تبیین گردد. یکی از ویژگی‌های اذن این است که این نهاد در عین حالی که یک عمل حقوقی و ناشی از اراده اعلام‌کننده رضاست و می‌تواند منشأ آثار حقوقی باشد، با وجود این، چون قصد انشا در آن وجود ندارد، نه از ایقاعات است و نه از عقود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۲۴). در حقیقت، به نظر برخی از حقوق دانان از آنجا که اذن احتیاج به قبول ندارد، پس عقد نیست و تنها اباحه محض است (امامی، ۱۳۶۶، ص ۱۰۱). یکی دیگر از ویژگی‌های اذن، با توجه به ماده ۱۲۰ قانون مدنی<sup>۳</sup>، این است که اذن لازم نیست، مگر اینکه اذن دهنده به وجه ملزومی حق رجوع را از خود سلب نماید. یکی از آثار اذن ساده، اباحه تصرف در ملک غیر است و نه ایجاد حق برای متصرف و در مقابل ایجاد تعهد

۱. ماده ۹۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر کسی حق عبور در ملک غیر ندارد، ولی صاحب ملک اذن داده باشد که از ملک او عبور کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کرده و مانع عبور او بشود».
۲. ماده ۱۰۸ قانون مدنی بیان می‌دارد: «در تمام مواردی که انتفاع کسی از ملک دیگری به موجب اذن محض باشد، مالک می‌تواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه مانع قانونی موجود باشد».
۳. ماده ۱۲۰ قانون مدنی اعلام می‌دارد: «اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که به روی دیوار او سر تیر بگذارد یا روی آن بنا کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه به وجه ملزومی این حق را از خود سلب کرده باشد».

و التزام برای مالک (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۲۲۵؛ صفایی، ۱۳۷۹، ص ۲۶۶). به همین دلیل، مالک هر زمان می‌تواند از اذن خود رجوع کند.

با توجه به تعریف و آثار اذن، آیا می‌توان واگذاری جنین را در قالب اذن تحلیل نمود یا خیر؟ بدین توضیح که صاحبان جنین به عنوان اذن‌دهندگان به مراکز درمان ناباروری اذن می‌دهند تا جنین را مورد استفاده قانونی قرار دهند. با توجه به اینکه اذن، اعلام رضای مالک یا مالکان نسبت به مورد اذن در جهت تصرف مادی است و در حقیقت، رفع مانع قانونی به سود افراد معین یا غیر معین محسوب می‌گردد، بدین ترتیب، مفاد اذن که همان اباحه محض است، از سوی صاحبان جنین که از اختیار قانونی لازم به جهت مالکیت آنان نسبت به جنین برخوردارند، درمورد واگذاری جنین محقق است و منع قانونی وجود ندارد. همچنین شرایط تحقق اذن در خصوص مورد اذن وجود دارد. اولاً، موضوع اذن بایستی در هنگام اعلام رضا موجود باشد که در فرض ما، جنین پس از ترکیب از گامت، وجود خارجی پیدا کرده است. ثانیاً، مورد اذن باید معلوم و معین باشد. البته، علم اجمالی به موضوع اذن کافی است که چنین علمی نسبت به جنین بالقوه وجود دارد و برای نفوذ آن کفایت می‌کند. ثالثاً، به رغم تحلیل اذن، مبنی بر اینکه نه عقد است و نه ایقاع و به تبع آن، اراده مآذون‌نقشی در تحقق آن ندارد، اما وجود مآذون چه معین و چه غیر معین در هنگام اذن، لازم است، بویژه در موردی که مآذون کاملاً مشخص است. بدیهی است که با توجه به حقی که مالکان جنین نسبت به آن دارند، می‌توانند واگذاری جنین را در قالب اذن به دو طریق انجام دهند: اول اینکه صاحبان جنین به عنوان اذن‌دهندگان، به مراکز مجاز اذن می‌دهند که در مورد جنین هر گونه عمل حقوقی یا تصرف مادی را انجام دهند. در این صورت، مآذون معین است، در حقیقت، تشخیص مصرف هم به مآذون که در اینجا مرکز تخصصی درمان ناباروری است، واگذار شده است. دوم اینکه، صاحبان جنین به عنوان اذن‌دهندگان، اذن عامی را بدهند، مبنی بر اینکه هر شخصی می‌تواند با انجام مورد اذن، مآذون محسوب گردد که در این صورت، می‌توان گفت مآذون غیر معین است و مرکز یاد شده نقش یک واسطه را خواهد داشت. به نظر می‌رسد، در هر صورت منعی برای چنین واگذاری در قالب اذن وجود ندارد. نکته‌ای که در مورد واگذاری جنین در قالب اذن قابل تأمل می‌تواند باشد، حق رجوع صاحبان جنین از جنین به عنوان موضوع اذن است. بنابر آنچه در آغاز این بحث مطرح گردید، اصولاً اذن اباحه تصرف



است و برای اذن‌دهنده الزام و تعهدی نسبت به طرف مقابل ایجاد نمی‌کند، به همین دلیل، مالک هر زمان می‌تواند از اذن خود رجوع نماید. حال اگر این اثر را بخواهیم در مورد رجوع از موضوع اذن، یعنی جنین اعمال کنیم، چه وضعیتی پیش خواهد آمد؟ اگر مالیت جنین و از سویی، اختیار قانونی صاحبان جنین را نسبت به مورد اذن بپذیریم، لازمهٔ منطقی آن این است که صاحبان جنین هر زمان می‌توانند از اذن خود رجوع کنند، مگر اینکه اساساً واگذاری و اهدای جنین را در قالب اذن به اعتبار آثار حقوقی آن از جمله قابلیت رجوع ردّ نماییم که به نظر دلیلی برای ردّ و منع این تطبیق وجود ندارد. البته، مواردی وجود دارد که در صورت تحقق آنها، دیگر صاحبان جنین نمی‌توانند از اذن خود رجوع کنند: ۱. موردی است که رجوع مالک مستلزم انجام دادن کاری باشد که به حکم قانون ممنوع است. اگرچه در خصوص، در قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور حکمی ندارد، اما در صورت انتقال جنین به رحم زن پذیرنده به دلیل وجود مانع قانونی مانند مقررات مربوط به سقط جنین، رجوع امکان ندارد. البته پیش از انتقال، چنین منعی وجود ندارد. ۲. موردی که صاحبان جنین حق رجوع را از خود سلب کرده باشند که با استفاده از ماده ۱۲۰ قانون مدنی می‌توان استدلال نمود، در این صورت، رابطه صاحبان جنین و مأذون بر اساس اذن ساده قرار ندارد، زیرا در حقیقت، با اسقاط حق رجوع ارادهٔ خود را بر ایجاد التزام ابراز داشته‌اند و نتیجهٔ حقوقی آن امری جز حق استفاده از جنین نیست. ۳. موردی که جنین بالقوه در رحم زن متقاضی فرا کاشته شده باشد که به علت انجام مورد اذن و تصرف که به منزله تلف محسوب می‌گردد، امکان رجوع وجود ندارد، اگر چه در این مرحله، مقررات مربوط به منع سقط جنین قابل اعمال نباشد. بنابر آنچه گفته شد، می‌توان واگذاری جنین را از سوی صاحبان گامت در قالب اذن تحلیل نمود.

### نتیجه

در تبیین ماهیت حقوقی اهدای جنین در قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲، نظریات مختلفی ارایه گردیده است. از جمله این که برخی آن را یک قرارداد غیرمالی تلقی کرده‌اند و عده‌ای آن را یک عمل حقوقی یک جانبه تفسیر کرده‌اند و بعضی به دلیل مال بودن موضوع هبه مندرج در ماده ۷۹۵ قانون مدنی، این نهاد را جدا از مقوله هبه قانون مدنی دانسته‌اند. در نهایت، ماهیت آن مبهم به نظر می‌رسد و بدین دلیل، روابط قانونی و در نتیجه، حقوق و تکالیف طرفین این پدیده روشن نیست. در این

راستا و در جهت سامان دادن روابط حقوقی و با تأکید بر مبانی نظری و واقعیت‌های جامعه، اهدای جنین را می‌توان در قالب حقوقی شناخته شده تفسیر کرد. بدین جهت، «واگذاری جنین» را جایگزین «اهدای جنین» - که ماهیت مبهمی دارد - نمودیم. سپس این نهاد با برخی از عقود از جمله عقد صلح، عقد وکالت، عقد هبه و نیز قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی، مقایسه گردید، که پس از بررسی ویژگی و آثار هر کدام از نهادهای حقوقی یاد شده این نتیجه به دست آمد که واگذاری جنین، قابل تطبیق بر آنهاست. هم‌چنین، واگذاری جنین، با برخی از ایقاعات، مانند اعراض و اذن مورد مقایسه قرار گرفت که هیچ ممنوعیت قانونی بر این تطابق به دست نیامد. به رغم برخی از نظرات که جنین را به دلیل کرامت و منزلت انسانی، مال نمی‌دانند و در نتیجه، موضوع قرارداد مالی و خرید و فروش قرار نمی‌دهند، به نظر ما ضروری است که دو مرحله از جنین را از یکدیگر تفکیک کرد. مرحله‌ای که جنین از گامت مرد و زن تشکیل شده و در محیط آزمایشگاه است و هنوز در رحم زن متقاضی فرا کاشته نشده است و مرحله‌ای که جنین پس از ترکیب گامت آنان به رحم زن منتقل شده است. بدیهی است، اگر گامت را به دلیل منفعت عقلایی و ارزشی که در نتیجه رغبت اشخاص برای برآوردن نیاز خود دارد مانند سایر فرآورده‌های انسانی از جمله خون، مال تلقی و موضوع قرارداد مالی بدانیم، به طریق اولی منطقی به نظر می‌رسد، جنین متکوّن از گامت را در محیط آزمایشگاه و پیش از انتقال به رحم زن متقاضی، مال و موضوع خرید و فروش بدانیم، زیرا شخصیت حقوقی و منزلت انسانی مربوط به این مرحله از جنین نیست، بلکه ناظر بر حمل و به تعبیری جنین فرا کاشته شده در رحم زوجه متقاضی است. پیشنهاد می‌گردد که قانون‌گذار ایران، جهت سامان دادن روابط حقوقی طرفین این پدیده، واگذاری جنین را از سوی صاحبان گامت در قالب یکی از نهادهای حقوقی یاد شده بپذیرد و در غیر این صورت، این واگذاری را در قالب قرارداد جدیدی وضع و شرایط و آثار آن را تعیین نماید تا از ابهام موجود و هم‌چنین سوءاستفاده‌های احتمالی از آن تا حد امکان کاسته شود.

## منابع و مأخذ

۱. آذرنوش، آذرتاش (۱۳۸۴)، "فرهنگ معاصر عربی - فارسی"، چ پنجم، تهران، نشر نی.
۲. آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۳.
۳. اسکینی، ربیعا (۱۳۷۵)، "حقوق تجارت؛ شرکت‌های تجاری"، ج ۱، چ سوم، تهران، سمت.
۴. امامی، سید حسن (۱۳۶۶)، "حقوق ملنی"، ج ۱، چ ششم، تهران، کتابفروشی اسلامیة.
۵. \_\_\_\_\_ (۱۳۶۶)، "حقوق ملنی"، ج ۲، چ چهارم، تهران، کتابفروشی اسلامیة.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۵۴)، "حقوق تعهدات"، ج ۱، قم، انتشارات مدرسه عالی امور قضایی و اداری.
۷. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۰)، "حقوق اموال"، چ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۸. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۶)، "مبسوط در ترمینولوژی حقوق"، ج ۱، چ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۹. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷)، "ترمینولوژی حقوق"، چ بیستم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۰. جون کوئیزا، کارلوس و دیگران (۱۳۷۹)، "بافت‌شناسی پایه"، چ ۱، ترجمه سید مهدی منتظری و گروه مترجمان، تهران، نشر ارجمند.
۱۱. شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، "بررسی ابعاد حقوقی اهدا و انتقال جنین"، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، تهران، پژوهشکده ابن سینا و سمت، صص ۲۱۹-۲۱۴.
۱۲. شهیدی، مهدی (۱۳۸۱)، "سقوط تعهدات"، چ دوم، تهران، انتشارات مجد.
۱۳. صناعی، یوسف (۱۳۸۰)، "رساله توضیح‌المسائل"، چاپ سی و یکم، قم، انتشارات میثم تمار.
۱۴. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۰)، "روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)"، بخش استفتانات، تهران، پژوهشکده ابن سینا و سمت.
۱۵. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷)، "استفتانات پزشکی"، چ دوازدهم، قم، انتشارات میثم تمار.
۱۶. صفایی، سید حسین (۱۳۷۹)، "اشخاص و اموال"، ج ۱، تهران، نشر میزان.
۱۷. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۵)، "نارسایی‌های قانون ایران درباره اهدای گامت و جنین با توجه به حقوق تطبیقی"، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری (مجموعه مقالات)، چاپ دوم، تهران، پژوهشکده ابن سینا و سمت، صص ۱۷۰-۱۸۲.
۱۸. صمدی اهری، محمد هاشم (۱۳۸۲)، "نسب ناشی از لقاح مصنوعی در حقوق ایران و اسلام"، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸ ق)، "حاشیه بر مکاسب شیخ انصاری"، تهران، بی‌نا.

۲۰. علوی قزوینی، سید علی (۱۳۸۷)، "شرح و بررسی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور"، اندیشه‌های حقوق خصوصی، سال پنجم، شماره دوازدهم، بهار و تابستان، صص ۱۴۱-۱۶۴.
۲۱. عمید، حسن (۱۳۵۶)، "فرهنگ فارسی عمید"، چ پانزدهم، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر.
۲۲. فصیحی‌زاده، علیرضا (۱۳۷۷)، "اذن و آثار حقوقی آن"، قم، دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم.
۲۳. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۵)، "شرایط اساسی صحت قراردادهای درمان ناباروری با استفاده از گامت و جنین"، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری (مجموعه مقالات)، چ دوم، تهران، پژوهشکده ابن سینا و سمت، صص ۱۸۳-۲۲۱.
۲۴. قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲.
۲۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، "حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها"، ج ۲، چ سوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا.
۲۶. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۱)، "دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی"، قرارداد، ایقاع، چ دوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا.
۲۷. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۳)، "حقوق مدنی: عقود معین"، عطایا، ج ۳، چ دوم، تهران، مؤسسه نشر یلدا.
۲۸. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۴)، "دوره عقود معین (۱)"، حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی، چ نهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۹. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۴)، "حقوق مدنی: اموال و مالکیت"، تهران، نشر یلدا.
۳۰. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۶۹)، "اعراض از ملک"، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۸، پاییز - زمستان، صص ۱۰-۳۱.
۳۱. معین، محمد (۱۳۶۳)، "فرهنگ فارسی"، ج ۲، چ ششم، تهران، انتشارات امیرکبیر.
۳۲. مکارم شیرازی و فاضل لنکرانی (بی‌تا)، "توضیح‌المسائل مراجع"، ج ۲، چ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۳۳. موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۸۴)، "رساله توضیح‌المسائل"، چ پنجم، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۳۴. میر بهبهانی، سید علی (۱۳۸۸)، "نقد و بررسی قانون و آیین‌نامه اجرایی نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور"، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دامغان، دانشگاه آزاد اسلامی.
۳۵. نایب‌زاده، عباس (۱۳۸۰)، "بررسی حقوق روش‌های نوین باروری مصنوعی"، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.