

وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی

دکتر مهدی شهیدی

یکی از پدیده های دانش جدید ، نوزادی بود که چندی پیش در انگلستان چشم به جهان

گشود و در رسانه های گروهی ، کودک آزمایشگاهی نام گرفت . این انسان که قسمتی از

راه پیدایش خود را در خارج مسیر طبیعی پیموده است از ، ترکیب نطفه زن و شوهری در

خارج رحم و پرورش آن تا مدت معینی در داخل لوله آزمایشگاهی و سپس انتقال آن به

رحم مادر ، پا به عرصه هستی گذارده است .

این حادثه مانند ره آوردهای دیگر علمی ، مسائل حقوقی خاصی را در بر می انگیزد که

طرح آن نه در مجموعه های قانونگذاری ، نه در نوشته های حقوقی سابقه ندارد . از آن

جهت که اداره و تنظیم این پدیده ها بوسیله مقررات ، برای پایداری نظم جامعه ضروری

است ، دانش حقوق ناگزیر است حداقل همراه این مسائل نوظهور گام بردارد و یا چون

سایه ای آن را دنبال کند .

از این رو مناسب می نماید که به اختصار وضعیت کودک آزمایشگاهی در سیستم حقوقی

ایران موضوع بحث قرار گیرد و با آنکه در بین مقررات قانونی نصی در خصوص آن نمی

توان یافت ، به کمک قواعد و اصول کلی و روح مقررات موضوعه ، احکام حقوقی آن

استنباط گردد .

در این مقاله مسائل مربوط به موضوع مذکور را ذیلاً بررسی می کنیم .

چون پاره ای از مبانی استنباط احکام موضوع این مقاله با مبانی مربوط به تلقیح مصنوعی انسان که موضوع مقاله نویسنده در شماره اول مرداد ۴۵ مجله داد گستری بوده است ، بی ارتباط نیست توجه خوانندگان محترم را بدان نیز معطوف بداریم . مسائل این مقاله در دو گفتار بحث می شود : نسب ، حقوق ارث و وصیت .

### گفتار نخست

#### نسب

هم چنانکه معلوم است ، نسبت عبارت از رابطه خویشاوندی است که از راه خون بین دو یا چند نفر برقرار می شود . در اینجا دو امر را باید از هم تفکیک کرد : یکی پیدایش نسب و دیگری راه اثبات آن .

#### الف - پیدایش نسب ( بحث ماهوی )

کودک آزمایشگاهی قانوناً به کدام شخص یا اشخاص منتسب خواهد شد ؟ لازم است پیش از ورود در مسائل مربوط ، مقدمه ای بیان شود و چون در مورد نسب مانند سایر موضوعات مدنی ، مقررات فقه امامیه مورد اقتباس نویسندگان قانون مدنی ایران بوده است ، مقدمه مذکور را ابتدا در فقه ، سپس در حقوق مدنی ایران ، مورد توجه قرار می دهیم :

۱ - از نظر فقهی نسب ، یک امر طبیعی است و در عرف اجتماعات پیش از ظهور اسلام ، نسب از تکون یک انسان ، از ترکیب نطفه دو انسان ذکور و اناث می شده است . هر چند

در پاره ای از ادیان و نزد بعضی ملل ، برای آنکه نسب از اعتبار حقوقی و نفوذ اجتماعی برخوردار باشد ، کم و بیش وجود شرایطی نیز ضروری بوده است ، ولی اساس تحقق نسب و منشاء اصلی الحاق طفل به شخص ذکور و اناث همان انعقاد نطفه از دو شخص مذکور بوده است . امروزه نیز در عرف عام اجتماعات ، نسب همین منشاء را دارد .

آنچه مسلم است این است که پس از ظهور اسلام ، این مبنای طبیعی ، مورد انکار و رد شارع مقدس قرار نگرفته است و به اصطلاح اصولی ، در مورد عنوان نسب ، حقیقت شرعیه ای وجود ندارد ، بلکه در فقه نیز نسب به همین معنی عرفی اطلاق می گردد ، منتها در یک مورد نسب طبیعی مورد شناسائی حقوقی اسلام قرار نگرفته است و آن مورد

مربوط به زنا است که هر چند طفل از نطفه زن و مرد زناکار بوجود آمده باشد ولی چون رابطه جنسی بین پدر و مادر او نامشروع است ، ملحق به ایشان نمی شود . زنا در موردی محقق می شود که طرفین رابطه نامشروع ، بر عدم وجود زوجیت آگاه باشند . در صورتی که ایشان اشتبهاً رابطه جنسی برقرار کرده باشند ، طفل حاصل از این عمل ، با طرفین

نسب شرعی خواهد داشت و هر گاه یکی از آنها باخبر باشد ، رابطه جنسی مزبور ، منحصرآ از جانب او زنا محسوب شده و انتساب طفل را به او منتفی می سازد ، ولی نسب بین طفل و طرف دیگر برقرار خواهد شد .

بنا بر این تولد طفل از رابطه زنا مانع تحقق نسب شرعی است ، و در غیر مورد زنا باید نسب طبیعی ، نسب شرعی و معتبر محسوب گردد ، مانند نسب ناشی از شبهه .

۲- از نظر حقوق مدنی، قانون مدنی ایران نیز در این مورد، از حقوق امامیه متابعت کرده است و بر مقررات آن، چیزی نفیاً یا اثباتاً نیفزوده است. طبق ماده ۱۶۵ قانون مدنی طفل متولد از نزدیکی به شبهه ملحق به طرفی می شود که در اشتباه بوده و نزدیکی را مشروع تصور کرده است. همچنین مطابق ماده ۱۱۶۶ قانون مدنی در صورتی که نکاح بین زن و مرد باطل باشد، طفل با هر یک از ایشان که از بطلان نکاح بی خبر بوده است، نسب قانونی خواهد داشت. به طوری که معلوم است، ملاک اصلی الحاق نسب بین طفل و شخص و یا اشخاص دیگر، پیدایش او از نطفه ایشان است، منتها در ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی قانونگذار فقط زنا را مانع تحقق نسب مشروع دانسته است. بنا بر این در هر مورد که زنا صادق نباشد مانعی در انتساب طفل به شخصی که از نطفه او تکون پیدا کرده است وجود نخواهد داشت. با توجه به مطالب بالا باید گفت که طفل متولد از بارور کردن تخمک و ترکیب نطفه مرد و زن، در خارج از رحم در درون لوله آزمایشگاهی ملحق به صاحبان نطفه خواهد بود. زیرا از یک طرف نسب طبیعی محقق است، و از طرف دیگر، برای پیدایش نسب مشروع، قانونگذار خصوصیت دیگری را نظیر انجام رابطه جنسی بین مرد و زن لازم ندانسته است، حکم حقوقی مزبور نه تنها در موردی است که بین دو طرف نطفه رابطه زوجیت وجود داشته باشد بلکه حتی بعید نیست گفته شود، در صورتی هم که طرفین از این حیث، با یکدیگر بیگانه باشند، جریان پیدا می کند و طفل با ایشان نسب قانونی خواهد داشت. در این صورت تحقق نسب طبیعی مسلم است، عنوان زنا که

جز با انجام رابطه جنسی نامشروع بین طرفین ، حاصل نمی شود صادق نخواهد بود تا مانعی برای الحاق طفل به صاحبان نطفه باشد . در این حکم فرقی نیست بین موردی که زن صاحب تخمک ، شوهر داشته باشد یا خیر .

مسئله دیگری که طرح آن در اینجا مناسب به نظر می رسد ، این است که هر گاه نطفه مرد و زنی در لوله آزمایشگاه ترکیب شود و سپس در رحم زن دیگری قرار داده شود و بعد از انقضاء دوره حمل ، طفلی از آن متولد گردد ، از نظر نسب و آثار قانونی چه وضعیتی نسبت به این زن خواهد داشت ؟ تا آنجا که اطلاع داریم ، این فرض هنوز در عالم پزشکی وقوع نیافته است ، ولی ممکن است در آینده نزدیک واقع گردد . به همین جهت بحث اختصاری نسبت به وضعیت حقوقی آن خالی از فایده نیست .

آنچه مسلم است ، این است که در این مورد نسب قانونی بین زنی که طفل در رحم او رشد پیدا کرده و خود طفل بوجود نخواهد آمد . زیرا تخمک آن زن در پیدایش کودک شرکت نداشته است و صرف تکامل یافتن و گذراندن مراحل رشد در رحم سبب تحقق در نسب نیست بنا بر این طفل فقط به صاحبان نطفه ملحق خواهد گردید ولی آیا این مورد را می توان سبب نشر حرمت دانست یا خیر ؟ به عبارت دیگر ، آیا صرف تکامل طفل در رحم زن می تواند از موانع نکاح به حساب آید ؟ مثلاً آیا کودک مزبور می تواند بعداً با آن زن و یا همسر و فرزندان او ازدواج کند ؟ با لحاظ روح مقررات کلی مربوط به نکاح و خویشاوندی پاسخ این مسئله را نمی توان به روشنی استنباط کرد ؛ زیرا از یک طرف قانون

مدنی در ماده ۱۰۴۵ و مواد بعدی ، تمام موانع نکاح را بطور محصور برشمرده و از آنها نمی توان مانعیت چنین امری را استنباط کرد ، توقف نطفه را در رحم ، تا رسیدن به تکامل نمی توان سبب قرابت دانست . زیرا منشاء قرابت که از موانع نکاح به حساب می آید به سه امر لانحصار یافته و آن عبارت است از نسب ، سبب رضاع که هیچ یک با موضوع مورد بحث نمی تواند قابل انطباق باشد . در نتیجه قرابت و خویشاوندی بین طفل و زن موجود نیست و این وضعیت سبب نشر حرمت مانع نکاح نخواهد گردید .

از طرف دیگر هنگامی که از ارتکازیات حقوقی ذهن خود مراجعه می کنیم در می یابیم که وجدان به آسانی حاضر به قبول این امر نیست که مثلاً کودک مزبور بتواند قانوناً با زنی که او را مدتی در رحم خود پرورش داده است ازدواج کند آیا می توان به کمک وحدت ملاک یا به استناد مفهوم اولویت ، حکم قرابت رضاعی را نسبت به مورد بحث جریان داد و چنین استدلال کرد که ملاک نشر حرمت در رضاع این است که رشد جسمانی مرتضع ، بر اثر تغذیه او از ماده ای فراهم آمده که از جسم مرضعه تولید گردیده است و در مورد بحث نیز مسلماً این وضع موجود است ؟ یا آنکه وقتی رضاع با اجتماع شرایط خاص خود سبب نشر حرمت و مانع نکاح باشد به طریق اولی ، تکامل و تشکل طفل در رحم ، می تواند نسبت به نکاح مانعیت داشته باشد ؟

به وجود نکاح مذکور در بالا ، بخصوص از آنجا می توان بهتر پی برد که در بسیاری روایات فقهی و عبارات فقها ، برای تحقق نشر حرمت در رضاع رویش گوشت و استخوان

و یا به بیان امروز پیدایش سلولهای بدن طفل از شیر مرضه به عنوان ضابطه معرفی گردیده است. هر چند رویش گوشت و استخوان در روایات مذکور، صرفاً به عنوان ضابطه تحقق نشر حرمت ذکر شده است، ولی نحوه بیان و تعبیر آنها طوری است که بعید نیست بتوان ضابطه مذکور را به اصطلاح فقهی نوعی علت مصرحه حکم تلقی کرد. مع الوصف استنباط مزبور در ملاک گیری قدری دور از احتیاط و شبیه قیاس به نظر می رسد. زیرا درست است که نمو جسمانی طفل از زن به عنوان ضابطه و یا حتی در سطح علت مصرحه حکم نشر حرمت معرفی شده است، ولی منشاء این نمو در فقه و همچنین در قانون مدنی ( ماده ۱۰۴۶ ) شیر است نه مواد درونی دیگری که طفل در مراحل جنینی برای تکامل جنینی برای تکامل خود از آن استفاده می کند. مضافاً بر آنکه مطلق تغذیه از شیر مرضه سبب تحقق خویشاوندی رضاعی و نشر حرمت نیست بلکه همانطور که ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی مقرر می دارد، باید شرایطی را از قبیل بوجود آمدن شیر از حمل مشروع و مکیدن آن از پستان، دارا باشد. مفهوم شرایط مذکور این است که اگر مثلاً شیر ناشی از حمل نباشد ( چنانکه در موارد استثنائی امکان دارد ) یا آنکه ناشی از حمل نامشروع باشد آنکه از پستان مکیده نشده باشد، و پس از خروج از آن بوسیله ظرف و غیره مورد استفاده قرار گرفته باشد، خویشاوندی بین طفل و زن به وجود نمی آید و منعی برای ازدواج آن دو و یا ازدواج طفل با خویشاوندان زن بوجود نخواهد آمد، هر چند که تغذیه طفل از شیر به حدی باشد که رویش گوشت و استخوان او را سبب شده

باشد. در این صورت نسبت به وحدت ملاک و ذات علت حکم، دریچه ای برای ورود تردید در ذهن باز می شود. آیا از نظر فقهی و تبعاً از جهت قانون مدنی، علت حکم نشر حرمت که آن را منصوص تلقی کردیم صرفاً رویش سلولهای بدن طفل از مطلق مواد

تولیدی در درون جسم زن است، یا آنکه علت خصوص نمودن سلولها از شیر آن زن می باشد و شیر در این مورد خصوصیتی دارد؟

در هر حال با توجه به آنچه گفته شد، و با توسل به مبانی اصولی، مانند اصل عدم حرمت و قرابت، حکم به تحقق خویشاوندی بین طفل و زنی که نطفه او در مرحله تکون شرکت نداشته ولی تکامل طفل در رحم او انجام شده است، موجه به نظر نمی رسد.

ب- راه اثبات:

آنچه که در بین دلایل اثبات نسب در این فراز، جالب توجه و در خور بحث می باشد، اماره فراش است.

بر طبق ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی:

« طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد ».

برای تنظیم امور خانوادگی و جلوگیری از بلا تکلیفی کودکان متولد از زن شوهر دار، از جهت انتساب و خویشاوندی، قانون مدنی ایران به تبعیت از حقوق اسلام، مبادرت به وضع اماره قانونی فراش کرده است.



بر اساس این اماره طفلی که در مدت زوجیت متولد می شود به شوهر ملحق می گردد هر چند که زن شوهر دار ، با مردان اجنبی دیگر نیز رابطه جنسی برقرار کرده و انعقاد نطفه طفل از شوهر زن مشکوک می باشد .

این اماره حجیت و اعتبار خواهد داشت مگر آنکه دلیلی خلاف مفاد آن را اثبات کند .  
می خواهیم بینیم آیا این اماره نسبت به وضعیت کودک آزمایشگاهی که از ترکیب نطفه زن و شوهر قانونی ، در خارج از رحم بوجود آمده و مدتی نیز از مراحل اولیه تکامل خود را در لوله آزمایشگاه سپری کرده است ، حاکمیت دارد یا خیر ؟

آیا پس از تولد ، شوهر زنی که نطفه طفل پس از انعقاد در رحم او قرار داده شده می تواند بدون دلیل و لعان منکر انتساب طفل به خود شود ؟

یا اینکه مانند موارد بارداری عادی و طبیعی ، اماره فراش اجازه نفی ولد بدون دلیل و لعان را به شوهر نمی دهد و در این صورت هر گاه شوهر مدعی نفی ولد باشد باید در برابر اماره الحاق ، ادعای خود را به کمک دلیل به مرحله ثبوت برساند ؟ بدیهی است فرض

مسئله در موردی است که دخالت اسپرم شوهر در انعقاد نطفه مسلم نباشد و با فرض مسلم بودن طرح این مسئله دیگر جا ندارد . با اندک دقتی در منابع اماره فراش و مقررات مربوط به خصوص عبارات ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی به نظر می رسد که اماره فراش را نمی توان در مورد کودک آزمایشگاهی جاری کرد . زیرا اولاً اماره مذکور در موردی حکومت دارد که بین زن و شوهر نزدیکی انجام شده باشد .

چنانکه ماده ۱۱۵۸ مذکور با عبارت: «... مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی ...» به خوبی از این امر حکایت دارد. در صورتی که در مورد کودک آزمایشگاهی، فرض این است که نزدیکی بوجود نیامده، بلکه طفل از ترکیب نطفه در خارج رحم پیدا شده است.

ثانیاً با ملاحظه مقررات مربوط به نظر می رسد که لزوم رابطه جنسی از آن جهت مورد توجه قرار گرفته است که در صورت نزدیکی، ورود اسپرم شوهر در داخل رحم همسرش، عرفاً مسلم خواهد بود، هر چند که اسپرم مردان بیگانه ای هم در آن وارد شده باشد. در صورتی که در مورد کودک آزمایشگاهی، زمانی که نطفه ترکیب شده در داخل رحم قرار داده می شود اصولاً در ورود اسپرم شوهر ولو در وضع ترکیب به داخل

رحم زن تردید وجود دارد. در اماره فراش، امکان انعقاد نطفه طفل از اسپرم شوهر، فراهم است. هر چند که این امکان نسبت به اسپرم دیگران نیز موجود باشد، ولی نسبت به کودک آزمایشگاهی همین فراهم بودن امکان انعقاد از اسپرم شوهر مشکوک و مورد تردید است؛ اگر اسپرم شوهر داخل رحم شده باشد امکان مزبور فراهم است والا این

امکان منتفی است. با لحاظ گفته های بالا، حکومت اماره فراش را نسبت به مورد بحث باید منتفی دانست. در نتیجه با استناد به اصول علمی، مانند اصل عدم، شوهر می تواند بدون دلیل، منکر انتساب طفل به خود باشد. و این طرف دعوی است که باید تحقق نسب

را نسبت به او اثبات کند.

نفی ولد نه تنها از جانب شوهر ممکن است بلکه زن نیز می تواند منکر انعقاد طفل از نطفه خود و در نتیجه تحقق نسبت او به خود گردد .

بدیهی است در صورت وقوع اقرار به نسب از جانب هر یک از مرد و زن مانعی در اجرا

مقررات ماده ۱۲۷۳ قانون مدنی نبوده و طفل با اجتماع شرایط قانونی به مقرر الحاق می گردد .

گفتار دوم

حقوق ارث و وصیت

الف - حقوق کلی :

ماده ۹۵۷ قانون مدنی اعلام می دارد : « حمل از حقوق مدنی متمتع می گردد مشروط بر اینکه زنده متولد شود » .

همچنین بنا بر ماده ۱۲۷۰ قانون مدنی : « اقرار برای حمل در صورتی موثر است که زنده متولد شود » . در شمول این مقررات نسبت به کودک آزمایشگاهی از هنگامی که به رحم

انتقال پیدا می کند ، تردید نمی توان داشت ، زیرا عنوان « حمل » عرفاً بر او صادق است .

ولی مسئله ای که در اینجا به ذهن وارد می شود این است که آیا کودک آزمایشگاهی

پس از انعقاد نطفه ، و مادام که به رحم منتقل نشده است می تواند به موجب مقررات بالا

از حقوق مدنی متمتع شود و یا مقررله قرار گیرد ، بطوریکه پس از تحقق شرط یعنی زنده

متولد شدن بتوان حقوق مذکور را برای او از همان دوران تکامل خارج از رحم ثابت

دانست؟ از این جهت که قانون حقوق مذکور را برای « حمل » شناخته و حمل عرفاً به جنینی اطلاق می شود که در داخل رحم در حال تکامل است و این عنوان به نطفه ترکیب شده مادام که در خارج رحم است صادق نیست عبارات مواد بالا را نمی توان شامل کودک آزمایشگاهی در دوران مذکور دانست. بر عکس، با در نظر گرفتن روح مقررات مذکور بخوبی می توان دریافت که منظور اصلی قانونگذار شناخت حقوق مزبور برای نطفه ترکیب شده به عنوان یک انسان بالقوه است، اعم از آنکه ترکیب و تشکیل او در خارج یا داخل رحم باشد و ابتدای پیدایش و تکامل در داخل رحم خصوصیتی ندارد که حقوق بالا را به جنین منحصر کرده باشد. ذکر عنوان « حمل » از جهت موارد عادی و طبیعی است که در آن تکون و شکل طفل از ابتدا در داخل رحم آغاز می گردد، و مورد بحث در گذشته سابقه نداشته است. استدلال اخیر قوی است و نمی توان خلاف آن اظهار نظر کرد بدین جهت مواد مذکور در بالا بدون تردید نسبت به کودک آزمایشگاهی در دوران خارج از رحم نیز شمول خواهد داشت.

ب- ارث:

در اینجا آن قسمت از مقررات ارث که تطبیق آن به مورد کودک آزمایشگاهی جالب توجه است، بررسی می شود.

تردید نمی توان داشت که همانند اطفال طبیعی رابطه وراثت بین کودک آزمایشگاهی پس از وضع در رحم و همچنین پس از تولد بین هر یک از مرد و زن صاحب نطفه و

خویشاوندان ایشان در صورت ثبوت نسب، مطابق مقررات برقرار می گردد. ولی از تطبیق برخی مواد مربوط به ارث با مورد بحث مسائل جالبی قابل طرح است که ذیلاً به اختصار بیان می شود:

۱ - طبق ماده ۸۷۵ قانون مدنی حمل ذر صورتی که زنده متولد شود، ارث می برد. بر طبق ماده ۸۷۸ قانون مدنی در صورتی که حمل مانع ارث اشخاص موجود باشد ترکه تا تولد طفل تقسیم نمی شود. ولی اگر عمل مانع ارث ایشان نباشد لازم است به میزان سهم دو پسر از ترکه، برای حمل موضوع شود تا وضعیت آن بعداً روشن شود.

با توجه به دو ماده مذکور دو مسئله در اینجا قابل طرح است:

نخست اینکه آیا کودک آزمایشگاهی، پیش از آنکه به رحم منتقل شود، و در صورتی که پس از انتقال به رحم، زنده متولد شود می تواند از مرد و زن صاحب نطفه ارث ببرد؟ با توجه به آنچه که سابقاً گفتیم پاسخ این مسئله به روشنی دانسته می شود. زیرا هر چند عرفاً «حمل» بر این طفل که هنوز در خارج رحم است اطلاق نمی شود، ولی آنچه موضوع اصلی این حکم است، همان انسان بالقوه می باشد، اگر چه در مرحله تکامل، در خارج از رحم قرار داشته باشد.

دوم اینکه با فرض مثبت بودن پاسخ مسئله بالا آیا لازم است به استناد ماده ۸۷۸ قانون مدنی به میزان سهم دو پسر کنار گذارده شود یا خیر؟

بدین سوال چنین می توان پاسخ داد که هر گاه مانند حالت طبیعی در بارور کردن نطفه در خارج از رحم ، انعقاد و تشکل بیش از یک نوزاد امکان داشته باشد ، مفاد ماده ۸۷۸ قابل اجرا است . ولی اگر پیدایش بیش از یک انسان ممکن نباشد کنار گذاردن بیش از سهم یک پسر لازم نخواهد بود . زیرا ، در این صورت وضعیت حقیقی و ارث بالقوه معلوم گردیده است .

ج - وصیت :

در این فراز دو مسئله زیر را بحث می کنیم :

۱ - حکم ماده ۸۵۱ قانون مدنی که به موجب آن وصیت برای حمل صحیح دانسته شده است ، با توجه به مطالب گذشته ، در مورد کودک آزمایشگاهی در دوران خارج از رحم نیز جریان خواهد داشت ، منتها تملک طفل نسبت به موصی به منوط به این است که کودک زنده متولد شود .

۲ - ماده ۸۵۲ قانون مدنی مقرر داشته است : « اگر حمل در نتیجه جرمی سقط شود ، موصی به ورثه او می رسد ، مگر اینکه جرم مانع ارث باشد»

در این ماده فرض شده است که اگر جرم سبب سقوط حمل و تلف او نمی شد ، حمل زنده به دنیا می آمد و و مالک موصی به می گردد . این فرض مبتنی بر حالت عادی و معمولی است که در آن ، اگر حادثه ای اتفاق نیفتد معمولاً حمل با گذراندن مراحل طبیعی خود زنده متولد می شود . بدین جهت قانون او را مانند طفلی می داند که زنده

متولد شده و شرط تملک موصی به را داشته است. در این صورت مثل یک انسان کامل با تلف شدن او موصی به، به وارث او انتقال پیدا می کند. مگر اینکه جرم مانع ارث باشد، مانند آنکه وارث جنین اقدام به ارتکاب جرم منتهی به سقط شده باشد. همان طور که می دانیم فعل عمدی موجب سقط جنین جرم است و معلوم است که سقط جنین هنگامی مصداق پیدا می کند که حمل در داخل رحم باشد و بر اثر عمل مادی، از آن جدا شده و خارج گردد.

با توجه به مطالب بالا مسئله ای که در اینجا می توان مطرح کرد این است که آیا می توان ماده ۸۵۲ قانون مدنی را در مورد کودک آزمایشگاهی، در دوران خارج از رحم، اجرا کرد و معتقد گردید که اگر نطفه بارور شده موجود در لوله آزمایشگاهی، موصی له واقع شود و بوسیله شخصی عمداً تلف و تزییح شود، موصی به، به وارث او انتقال پیدا می کند. پاسخ این مسئله بر این سوال مبتنی است که آیا اتلاف نطفه بارور شده در خارج رحم جرم است یا خیر؟ اگر آن را جرم بدانیم بعید نیست که بتوانیم حکم ماده ۸۵۲ را در مورد سقط جنین با استفاده از وحدت ملاک، (نسبت به اتلاف نطفه بارور شده) نیز تسری دهیم و بگوئیم ملاک اصلی در سقط جنین از بین بردن چیزی است که عادتاً در آینده می توانسته است یک انسان باشد، و این ملاک در این مورد (اتلاف نطفه بارور شده در خارج از رحم) نیز وجود دارد.

ولی باید توجه داشت که از نظر کیفری، نمی توان مجازات سقط جنین را در مورد اتلاف نطفه بارور شده موجود در خارج از رحم به وحدت ملاک اعمال کرد. زیرا، بر خلاف مقررات حقوقی تفسیر مقررات جزائی و توسعه آن علیه متهم به کمک ملاک گیری جایز نیست و بر طبق اصل کلی، در استخراج معانی عبارات. نمی توان از شعاع یک تفسیر محدود فراتر رفت. بنا بر این اتلاف نطفه موجود در لوله آزمایشگاه را نمی توان به سقط جنین تشبیه کرده و آن را از این حیث جرم تلقی کرد. ولی آیا می توان بدون توسل به تشبیه فوق، نفس عمل مزبور را با توجه به مقررات کیفری جرم تلقی کرد؟

پاسخی که به نظر می رسد منفی است. زیرا کودک آزمایشگاهی پیش از انتقال به رحم، حرکت و زندگی ندارد و روح در آن حلول نکرده است و عنوان انسان زنده بر آن اطلاق نمی گردد تا بتوان مقررات مواد کیفری را نسبت به اتلاف و تضييع آن شامل دانسته و این عمل را جرم تلقی کرد. نتیجه آنکه با عدم تحقق جرم، در صورت اتلاف و تضييع نطفه بارور شده، عنصر اصلی موضوع ماده ۸۵۲ فراهم نبوده و نمی توان بر مالکیت او نسبت به موصی به و سپس انتقال آن به وارث او ابراز نظر کرد. بدیهی است چنانکه در آینده مقررات خاصی دایر بر جرم تلقی کردن این عمل وضع گردد، احتمال قابلیت اجرای ماده ۸۵۲ نسبت به مورد بحث بعید نخواهد بود.