

## باروری پس از مرگ: بررسی اخلاقی و حقوقی

محمد راسخ<sup>۱\*</sup>، مژگان خورشیدی<sup>۲</sup>، فائزه عامری<sup>۳</sup>

### مقاله‌ی پژوهشی

#### چکیده

باروری پس از مرگ همگام با رواج و گسترش روش‌های مصنوعی باروری به میان آمده است. در این روش افراد نسبت به انجماد گامت یا جنین خود برای باروری پس از مرگ اقدام می‌کنند. این روش موجب پرسش‌های اخلاقی و حقوقی متعدد است. در این راستا، آنچه اهمیت دارد حفظ کرامت ذاتی انسان و رعایت حقوق و منافع کودک است. بر این مبنا، در اخلاق، موضوع خودآیینی، رضایت و منافع کودک را همراه با آراء موافق و مخالف مطرح کرده و استدلال نموده‌ایم که هرگونه اقدام نسبت به گامت، پس از فوت، باید با ملاحظه‌ی خودآیینی متوفی و رضایت صریح یا ضمنی وی به استفاده از گامت پس از فوت محقق گردد. در ادامه‌ی مباحث، به وجوه حقوقی پرداخته‌ایم: مالکیت فرد بر گامت، نسب کودک متولد به این روش و ارث این نوع کودکان. به نظر می‌رسد سلطه‌ی غیرمالی بر اجزا، بافت‌ها و سلول‌های بدن، نسب اعتباری و توارث مشروط از جمله پاسخ‌های قابل دفاع در این ارتباط باشند. بی‌گمان، نظام حقوقی نمی‌تواند بدون توجه به پیشرفت و نوآوری‌های صورت گرفته در عرصه‌ی درمان ناباروری و دور از اقتضائات زمانه به این پرسش‌ها پاسخ گوید. لازمه‌ی چنین امری اتخاذ رویکردهای نوین، بر مبنای اصول موجه اخلاقی و حقوقی است. افزون بر این، ما را به کاستی‌ها و نواقص موجود در نظام حقوقی رهنمون خواهد شد.

**واژگان کلیدی:** باروری پس از مرگ، انجماد گامت و جنین، منافع کودک، نسب، ارث

<sup>۱</sup> دانشیار، گروه حقوق و اخلاق زیستی، پژوهشگاه ابن‌سینا، دانشگاه شهید بهشتی

<sup>۲</sup> کارشناس ارشد، گروه حقوق و اخلاق زیستی، پژوهشگاه ابن‌سینا

<sup>۳</sup> کارشناس ارشد، پژوهشگاه ابن‌سینا

\* نشانی: تهران، اتوبان چمران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، پژوهشگاه ابن‌سینا، کدپستی ۱۹۸۳۹۶۳۱۱۳، تلفن: ۲۲۴۳۲۰۲۰ داخلی ۴۰۶.

Email: [m-rasekh@sbu.ac.ir](mailto:m-rasekh@sbu.ac.ir)

## مقدمه

با پیشرفت تکنولوژی‌های درمان ناباروری و دست‌یابی به شیوه‌های نوین کمک باروری، این امکان فراهم شده است که جنین پس از مرگ پدر و مادر بیولوژیک تشکیل یا مورد استفاده واقع شود. استخراج و منجمد کردن سلول‌های جنسی (گامت: اسپرم یا تخمک) این امکان را فراهم کرده است که عمل تلقیح پس از مرگ صاحب اسپرم یا تخمک صورت گیرد. در گذشته، البته این احتمال وجود داشت که پس از لقاح و تشکیل جنین، یکی از والدین کودک یا هر دو فوت کنند و صرفاً «تولد» کودک بود که پس از مرگ والدین اتفاق می‌افتاد، نه تلقیح و تشکیل جنین؛ البته فاصله‌ی زمانی میان مرگ والدین و تولد نوزاد باید کمتر از یک‌سال می‌بود. اما همان‌طور که اشاره شد، امروزه این امکان فراهم شده است که سال‌ها پس از مرگ یکی از والدین یا هر دوی آن‌ها با استفاده از گامت یا جنین منجمدشده‌ی آنان کودکی متولد شود. این امر زیر عنوان «باروری پس از مرگ»<sup>۱</sup> بررسی و تحلیل می‌شود.

پیشینه‌ی باروری پس از مرگ به سال ۱۹۸۰ بازمی‌گردد که برای نخستین‌بار از اسپرم منجمد همسر برای باردار شدن پس از فوت وی استفاده شد. از آن زمان تاکنون، درخواست برای استفاده از گامت‌های منجمد زوجین متوفی رو به افزایش گذارده است. تنها از سال ۱۹۸۰ تا ۱۹۹۵، ۴۰ مرکز درمانی در ایالات متحده آمریکا ۸۲ درخواست برای بارداری پس از مرگ ثبت کرده‌اند (۱).

باروری پس از مرگ موجب بروز پرسش‌ها و مسائل گوناگون حقوقی و اخلاقی در خصوص رضایت، مالکیت بر گامت، نسب و ارث شده که ضرورت ارائه‌ی تحلیل‌های روشن و سازگار اخلاقی، از یک سو، و اصلاح و تغییر قوانین

موجود یا وضع قوانین جدید در زمینه‌های مربوط را از دیگر سو، به میان آورده است.

در این نوشتار، تلاش می‌شود، به‌نحو مختصر، برخی پرسش‌های اخلاقی و حقوقی مربوط به باروری پس از مرگ بررسی و بدان‌ها پاسخ داده شود. بر این اساس، مباحث نوشتار در سه قسمت ارائه شده‌اند. نخست، مفهوم «باروری پس از مرگ» و مصادیق مختلف آن شرح داده می‌شود. دوم، دیدگاه‌های اخلاقی موافق و مخالف این مقوله بررسی می‌شوند. سوم، به برخی از جنبه‌های حقوقی مربوط به این امر پرداخته می‌شود.

## ۱- مفهوم و مصادیق

همان‌طور که پیشتر آمد، شیوه‌های نوین درمان ناباروری، از جمله پیشرفت در تکنولوژی انجماد گامت یا جنین،<sup>۲</sup> که به آن‌ها روش‌های حفظ قابلیت باروری می‌گویند (۲)، این امکان را فراهم کرده‌اند که نطفه‌ی برخی کودکان پس از مرگ یکی از صاحبان گامت یا هر دوی آن‌ها، چه بسا زمانی بسیار طولانی پس از این مرگ، منعقد شود. این امکان به اشکال مختلف قابل تحقق است که در ادامه، به‌طور مختصر، به معرفی آن‌ها می‌پردازیم.

۱-۱- انجماد گامت<sup>۳</sup>

تکنولوژی انجماد و ذخیره‌سازی گامت یک شیوه‌ی نوین و رو به رشد در درمان ناباروری است که به‌نحو بسیار موفقیت‌آمیز به‌کار گرفته شده است (۳). گامت از طریق منجمد شدن در دمای بسیار پایین نگهداری می‌شود و پس از این‌که از حالت انجماد خارج شد می‌توان آن را در لقاح مصنوعی به‌کار برد.

<sup>2</sup> Cryopreservation

<sup>3</sup> Cryopreservation of gamets

<sup>1</sup> Posthumous reproduction

۱-۲- انجماد جنین<sup>۱</sup>

منجمد و ذخیره کردن جنین یک فرایند پیچیده و چندمرحله‌ای است. ابتدا، طی یک روند مشخص، پس از تزریق داروهای خاص تحریک تخمک‌گذاری، تخمک زن استخراج می‌شود. نمونه‌ی اسپرم نیز از بدن مرد به دست می‌آید. پس از انجام لقاح مصنوعی، جنین به دست آمده پس از دو یا سه روز و بعد از تقسیم به چهار یا هشت سلول منجمد می‌شود (۳).

فارغ از مصادیق انجماد گامت یا جنین به منظور باروری پس از مرگ، انجماد گامت یا جنین ممکن است به دلایل مختلف انجام شود که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از: درمان ناباروری، اهدا به زوجین نابارور، درمان بیماری‌های صعب‌العلاج، اعزام به جنگ (۴). افزون بر این، با توجه به گسترش پیوند اعضا و بافت پس از مرگ مغزی، می‌توان به اهدای گامت در وضعیت مرگ مغزی اشاره کرد. زمان استخراج گامت در «باروری پس از مرگ» موضوعیت ندارد و کاملاً ممکن است استخراج گامت و باروری هر دو پس از مرگ محقق شوند.

حال، پس از بررسی مفهوم و مصادیق باروری پس از مرگ، به مطالعه‌ی برخی وجوه اخلاقی و حقوقی این عنوان می‌پردازیم.

## ۲- دیدگاه‌های اخلاقی

باروری پس از مرگ بحث‌های اخلاقی گسترده‌ای را میان مخالفان و موافقان این پدیده برانگیخته است. بیش‌تر این اختلافات ناشی از تعارض میان دو اصل اخلاقی است: (۱) اصل احترام به خودآیینی<sup>۲</sup> و آزادی افراد (برای تصمیم‌گیری در خصوص باروری) از یک‌سو، و (۲) اصل تأمین سعادت و منافع کودک، از دیگر سو.

مهم‌ترین استدلال مخالفان باروری پس از مرگ بر اساس

منافع کودکان حاصل از این روش بنا شده است. موافقان باروری پس از مرگ معتقدند افراد به دلایل مختلفی، مانند عشق به فرد متوفی، برقراری ارتباط با آینده و ادامه یافتن نسل فرد، می‌توانند خواهان باروری پس از مرگ باشند (۴). به گفته‌ی موافقان، رضایت فرد متوفی به استفاده از گامت خود و درخواست آگاهانه‌ی طرف مقابل برای استفاده از گامت برای تحقق جواز اخلاقی باروری پس از مرگ کافی است (۵).

در ادامه، با تفصیل بیش‌تری به بررسی این موضوعات و

استدلال‌های مخالفان و موافقان خواهیم پرداخت.

## ۲-۱- خودآیینی صاحبان گامت یا جنین

اصل احترام به خودآیینی افراد بدین معنی است که تصمیمات آنان باید مورد احترام قرار گیرد (۶). خودآیینی مبتنی بر سه عنصر فاعل بودن انسان<sup>۳</sup> (به معنای عمل کردن بر اساس خواسته‌ها، باورها و تمایلات خود)، استقلال<sup>۴</sup> و عقلانی بودن وی است. البته این اصل به معنی پذیرش بدون قید و شرط کلیه‌ی خواسته‌ها نیست.

در باروری پس از مرگ این پرسش مهم و اساسی مطرح می‌شود: اساساً بحث از خودآیینی در مورد متوفی صادق است؟ مناقشه و چالش‌های مربوط به بحث خودآیینی در این‌جا به مراتب جدی‌تر از بحث خودآیینی در فرد زنده است. در این خصوص، دیدگاه‌های مختلفی شکل گرفته است. برخی وجود خودآیینی برای متوفی را از اساس رد کرده و آن را بی‌معنا دانسته‌اند. برخی دیگر آن را به‌طور کلی رد نکرده‌اند، اما خودآیینی فرد متوفی را متفاوت از فرد زنده می‌دانند. گروه سوم نیز وجود دارند که به جد از خودآیینی متوفی دفاع می‌کنند. بر اساس نظر این گروه، آزادی عدم تولید مثل روی دیگر آزادی تولید مثل است و خودآیینی فرد ایجاب می‌کند وی هم‌چون فرد زنده آزادی انتخاب تولید مثل یا عدم

<sup>3</sup> Agency

<sup>4</sup> Independence

<sup>5</sup> Rationality

<sup>1</sup> Cryopreservation of embryos

<sup>2</sup> Autonomy

نظر غالب آن است که صاحب گامت باید رضایت صریح خود را به استفاده از گامت برای تولید مثل، خواه خاص باشد یا عام، اعلام کند. این نظر در قوانین و مقررات بیش‌تر کشورها تجلی یافته است.

برخی دیگر بر این باورند که صاحب گامت باید رضایت صریح به ایجاد نسب با کودک متولد به این روش را نیز اعلام کند. این ایده، یعنی رضایت مضاعف،<sup>۲</sup> در قانون متحدالشکل نسب<sup>۳</sup> ایالات متحده وارد شده است (۹). به دیگر سخن، صرف اعلام رضایت به استفاده از گامت برای تولید مثل کافی نیست و موجد نسب میان کودک و پدر، که فوت کرده است، نمی‌باشد (۱۰). در مقابل، پاره‌ای رضایت مضاعف را شرطی مضیق و به ضرر کودک خوانده‌اند، زیرا نادر است مواردی که صاحبان گامت یا جنین وضعیت نسب خود با کودک متولد پس از مرگ را پیش‌بینی کنند؛ از این رو، چنین شرطی مضیق و غیرموجه دانسته می‌شود (۹، ۱۱).

## ۲- رضایت ضمنی

بحث از رضایت ضمنی (۱۲) زمانی طرح می‌شود که متوفی در زمان حیات، رضایت خود به استفاده یا عدم استفاده از گامت را به صراحت اعلام نکرده است. برخی با استفاده از شرایط و اوضاع و احوال، رضایت ضمنی متوفی را برای استفاده از گامت یا جنین کافی می‌دانند. مانند این‌که زوج یا زوجه اقدام به انجماد گامت یا جنین خود کنند. از نظر این گروه، همین امر خود حاکی از آن است که متوفی قصد تولیدمثل داشته است. در مقابل، عده‌ای چنین پاسخ داده‌اند که حتی اگر از اقدام یادشده بتوان رضایت به باروری در زمان حیات آن افراد را استنباط کرد، ولی توسعه‌ی این رضایت به زمان پس از مرگ موجه نیست (۱۳). بنابراین، لازم است رضایت ضمنی به استفاده از گامت یا جنین برای باروری پس از مرگ نیز به‌نحوی وجود داشته باشد. به دیگر سخن، باید

تولید مثل پس از مرگ را داشته باشد. لذا هرگونه اقدام عاری از رضایت صریح را نفعی خودآیینی فرد می‌دانند (۸، ۷) در خصوص باروری پس از مرگ، یکی از راه‌های تأمین شرایط لازم برای اتخاذ تصمیم درست این است که مسأله‌ی باروری پس از مرگ در رضایت‌نامه‌هایی که هنگام ذخیره‌سازی گامت از صاحبان آن‌ها اخذ می‌شوند، درج و از این افراد خواسته شود نظر خود را به‌طور روشن در رضایت‌نامه‌ی مربوط بنویسند و آن را امضا کنند. با توجه به اهمیت رضایت در این بحث، در زیر به ابعاد گوناگون این امر می‌پردازیم.

## ۲-۲- رضایت

بر پایه‌ی مباحث پیش‌گفته، پاسخ به پرسش‌های زیر در این قسمت مهم و ضروری می‌نماید. انواع رضایت کدامند و کدام یک مجوز اقدام برای باروری پس از مرگ است؟ رضایت چه کسانی ملاک است؟

### الف- انواع رضایت

در خصوص رضایت مربوط به استفاده از گامت یا جنین، پس از مرگ، چهار حالت قابل تصور است که در زیر بدان‌ها می‌پردازیم.

#### ۱- رضایت صریح

رضایت صریح<sup>۱</sup> آن است که صاحب گامت یا جنین صراحتاً بر ادامه‌ی نسل و باروری با استفاده از گامت او پس از فوتش رضایت داده باشد. این رضایت خود ممکن است خاص یا عام باشد. رضایت خاص آن است که صاحب گامت به‌طور خاص نام همسر خود یا هر فرد دیگری را به‌عنوان دریافت‌کننده‌ی گامت مشخص کرده باشد. رضایت عام آن است که صاحب گامت به‌طور کلی اجازه دهد از گامت او، پس از مرگ، استفاده کنند، بدون این‌که فرد خاصی مد نظر باشد.

<sup>۲</sup> Double consent

<sup>۳</sup> The Uniform Parentage Act (UPA)

<sup>۱</sup> Opting-in system

به جای آن که حق فرد بر عدم خارج کردن عضو بدون رضایت او مهم باشد، عدم مخالفت وی با خارج کردن عضو نقش محوری دارد. بنابراین، اگر فردی مخالفت خود را اعلام کند، نظر وی محترم خواهد بود و عضوی از بدنش جدا نمی‌شود. این همان چیزی است که این نظام‌ها را از خدمت نظامی اجباری متمایز می‌کند (۸).

#### ۴- مخالفت صریح

گاه متوفی، پیش از فوت، مخالفت صریح خود را با استفاده از گامت برای باروری پس از مرگ اعلام کرده است. در این صورت، اقدام به باروری نقض خودآیینی متوفی و نظر صریح وی است، زیرا در زمان حیات تصمیم خود را به عدم استفاده از گامت برای تولید مثل به صراحت اعلام کرده است. پیش از پرداختن به بحث از رضایت‌دهنده، گفتنی است در پاسخ به این پرسش که آیا کتبی بودن رضایت ضروری است یا خیر، عده‌ای بر این باورند که رضایت صریح، و لو شفاهی، کفایت می‌کند و نیازی به وجود رضایت کتبی نیست (۵، ۱۵). از این رو، رضایت صریح یا ضمنی اعم است از رضایت کتبی یا شفاهی. اما این اطلاق به هیچ‌وجه از اهمیت اخذ رضایت کتبی در کلینیک‌های درمانی و تکلیف آن‌ها به دریافت رضایت کتبی نمی‌کاهد.

برخی ایالات آمریکا، رضایت کتبی را ضروری دانسته‌اند، اما طبق روال متعارف در بسیاری از کشورها، از جمله فرانسه، رضایت شفاهی به اندازه‌ی رضایت کتبی معتبر است (۱۶).

#### ب- رضایت‌دهنده

پرسش از رضایت‌دهنده در موردی مطرح می‌شود که به هر دلیل امکان اخذ رضایت از متوفی وجود نداشته باشد یا به رغم اعلام قبلی رضایت متوفی، از آن عدول می‌شود. برای نمونه، فردی را تصور کنید که دچار مرگ مغزی شده و پیش از این حادثه رضایت خود را به اهدای گامت اعلام نکرده است و پس از مرگ مغزی نیز در عمل امکان اخذ رضایت وجود ندارد.

قرائن و امارات معقول و منطقی دال بر اراده‌ی متوفی برای باروری پس از مرگ در دست باشد تا بتوان چنان رضایتی را ادعا کرد.

با پذیرش ضمنی، در نبود رضایت صریح، این پرسش به میان می‌آید که چه کسی و چگونه می‌تواند با قرائن و امارات رضایت ضمنی متوفی را اثبات کند؟ همسر یا والدین متوفی در این تصمیم‌گیری ذی‌نفع هستند و، از این رو، در اعتبار ادعاهای ایشان می‌توان تردید کرد (۵). در این موارد، مداخله‌ی دادگاه یا دیگر مراجع ذی‌صلاح برای تصمیم‌گیری معقول و مناسب به‌نظر می‌رسد. به این ترتیب، از سوءاستفاده‌ها و بروز اختلافات احتمالی در آینده جلوگیری خواهد شد. در برخی از کشورها، هم‌چون برزیل و یونان، درخواست استفاده از گامت فرد متوفی در هر صورت باید در دادگاه مطرح و بررسی شود (۱۴).

#### ۳- رضایت مفروض یا فقدان مخالفت صریح<sup>۱</sup>

برخلاف رضایت ضمنی که در آن اصل بر عدم رضایت بیمار است و به قرائن و امارات برای نشان دادن رضایت متوفی متوسل می‌شوند، در این شیوه، رضایت و عدم مخالفت فرض گرفته می‌شود، مگر این‌که قرائن و امارات دال بر مخالفت فرد ارائه شود. این شیوه در کشور اسرائیل، سنگاپور (غیرمسلمان‌ها)، و حدود ۶۰ درصد کشورهای اروپایی و برخی ایالات آمریکا کاربرد دارد. در این نظام‌ها فرد باید در صورت عدم تمایل کارت «عدم تمایل به اهدا»<sup>۲</sup> داشته باشد (۱۲). پاره‌ای نویسندگان این نوع رضایت را تهی از معنای رضایت می‌دانند و برآنند که اهداکننده‌ی بالقوه را نمی‌توان اهداکننده نامید. آنان معتقدند در این نظام‌ها، مانند خدمت نظامی اجباری، اجبار بر اهدای عضو حاکم است. اگرچه این مخالفت‌ها تا حدی منطقی است، نباید فراموش کرد در این نظام‌ها آنچه اهمیت دارد عدم مخالفت است. به این معنا که

<sup>۱</sup> Presumed consent (opt-out system)

<sup>۲</sup> Non-organ donor

حال، آیا می‌توان رضایت افرادی غیر از صاحب گامت را برای استفاده از گامت در جهت تولید مثل پذیرفت؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، رضایت چه کس یا کسانی ملاک است؟

عده‌ای، بر اساس اصل خودآیینی، بر این باورند که تنها صاحب گامت می‌تواند رضایت خود را به استفاده یا عدم استفاده از گامت اعلام کند (۷). کشف اراده‌ی متوفی در هر شرایط الزامی است، در غیر این صورت، باید از هر گونه استفاده از گامت یا جنین برای باروری پس از مرگ اجتناب کرد. با این حال، رواج اهدای اعضای بدن افرادی که دچار مرگ مغزی شده‌اند در درستی نظر پیش‌گفته تردید ایجاد کرده است. به‌ویژه، پس از مرگ بحث از خودآیینی، به شرحی که ذیل موضوع خودآیینی در این نوشتار آمد، محل تأمل است.

در مورد اهدای اعضا، رضایت همسر متوفی، والدین یا دیگر وراث و تأیید دادگاه صالح پذیرفته شده، اما وضع در مورد اهدای گامت به گونه‌ای دیگر است، زیرا اثر آن باروری پس از فوت و برخورداری کودک متولد به این روش از ارث و سایر حقوق خواهد بود. برخی قیاس میان اهدای سایر اعضا با گامت را به‌دلیل آثار حاکم بر آن منتفی دانسته‌اند (۵). بنابراین، در این زمینه باید با احتیاط بیش‌تری سخن گفت. حتی ممکن است افراد، پیش از فوت، رضایت صریح به استفاده از اعضا و بافت‌های بدن خود را اعلام کنند اما در مورد گامت سکوت کنند. نمی‌توان از این فقدان رضایت یا سکوت چنین استنباط کرد که متوفی قصد داشته گامت خود را، مانند دیگر اعضای بدن، اهدا کند. همچنین، نباید از نظر دور داشت که اهدای عضو برای نجات جان بیماری دیگر است. این نکته‌ی بسیار مهم در اهدای گامت غایب است. از این رو، نمی‌توان این استدلال را پذیرفت که اهمیت نجات زندگی زوجین نابارور کمتر از نجات جان یک بیمار نیست.

بیش‌تر مواقع، این همسر فرد متوفی است که درخواست استفاده از گامت منجمدشده‌ی متوفی را در دادگاه‌ها مطرح

می‌کند، گرچه امروزه والدین متوفی نیز در این خصوص طرح دعوا نموده‌اند و دادگاه به درخواست ایشان رسیدگی کرده است. به دیگر سخن، می‌توان گفت دادگاه مرجع صالح تصمیم‌گیری در خصوص استفاده یا عدم استفاده از گامت و در نهایت، مرجع صدور جواز یا ممنوعیت استفاده از آن است (۱۷). گاه دادگاه‌ها بر این مبنا استدلال می‌کنند که همان گونه که زوج یا زوجه می‌خواهد همسرش از اموال او ارث ببرد، می‌توان انتظار داشت که مایل باشد از اجزای بدنش نیز ارث ببرد. اگر متوفی همسر یا فرزندی نداشته باشد، والدینش حق تصمیم‌گیری در مورد اموال و اجزای بدن او را دارند (۱۷).

عدول از رضایت موضوعی دیگر است که برخی از نویسندگان بدان اشاره کرده‌اند. ادعا شده است در مواردی که رضایت صریح متوفی به اهدای گامت یا جنین پس از مرگ وجود داشته باشد، خانواده وی می‌توانند از این رضایت عدول کنند و اجازه‌ی اهدا را ندهند، چه در این صورت صرفاً درخواست متوفی مسکوت مانده است و این نقض خودآیینی و تمامیت جسمانی متوفی نیست، چون تعرضی به جسم او نشده است. حال، اگر متوفی مخالفت خود به اهدا را اعلام کرده باشد، خانواده نمی‌توانند از تصمیم او عدول کنند. رفتار بر خلاف این تصمیم متوفی مغایر احترام به اصل خودآیینی متوفی و تعرض به اراده‌ی او است که پیش از فوت اعلام کرده است (۷). ناگفته پیداست ادعای یادشده ناسازگار و، از این رو، ناپذیرفتنی است، چرا که به‌طور دلخواهی رضایت به اهدا را صرفاً یک درخواست و مخالفت با آن را مصداقی از اعمال اصل خودآیینی گرفته است.

در پایان، گفتنی است نظریه‌های مختلف اخلاقی در باب رضایت هر یک در نظام‌های حقوقی دنیا راه پیدا کرده است. بر این اساس، در نظام‌های آرژانتین، بلژیک، هلند، اسپانیا و برخی از ایالت‌های امریکا، وجود رضایت‌نامه‌ی کتبی فرد متوفی ضروری است. در استرالیا، هرگونه استفاده از گامت ذخیره‌شده‌ی اشخاص بدون رضایت صریح صاحب گامت

### ۳-۱- مالکیت بر گامت

پرسش اصلی در این بحث آن است که آیا صاحب گامت بر گامت خود مالکیت دارد؟ این پرسش خود برخاسته از پرسشی کلی‌تر است: آیا اساساً مالکیت فرد بر اجزای بدن خود پذیرفتنی و موجه می‌نماید؟

در پاسخ، برخی بر این باورند که گامت، مانند دیگر اعضای بدن، متعلق به صاحب آن است و او بر استفاده از آن سلطه دارد. از نگاه برخی دیگر، گامت اساساً مال به حساب نمی‌آید و بحث تملک فرد بر آن منتفی است (۱۷). این گروه ارزش‌گذاری اقتصادی بر بدن انسان را مغایر کرامت ذاتی انسان و موجب از میان رفتن جایگاه اخلاقی جسم انسان می‌دانند (۲۰). البته می‌توان، به مثابه نظریه‌ی سوم، به سلطه‌ی انسان بر بدن خود، اما سلطه‌ای غیرمالی، قائل بود که با اصل کرامت ذاتی و غایت بودن انسان نیز قابل جمع است. باری، گروهی دیگر معتقدند مالکیت انسان بر گامت خود با مرگ پایان می‌یابد؛ از این رو، همسر وی یا دیگر مراجع ذی‌صلاح اختیار تصمیم‌گیری در خصوص استفاده یا عدم استفاده از گامت را دارند (۱۷).

در ایران، قانون پیوند اعضای بیماران فوت‌شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است (۱۳۷۹/۱/۱۷) و نیز ماده‌ی ۶ و ۷ آیین‌نامه‌ی اجرایی این قانون، نوعی سلطه‌ی انسان بر جسم خود را در قالب جواز وصیت بیمار به پیوند اعضا یا موافقت ولی میت، با لحاظ شرایطی، پذیرفته است. افزون بر این، قانون اهدای جنین (۱۳۸۲/۴/۲۹) اهدای جنین زوجین قانونی را، حسب رضایت ایشان، پذیرفته است.

در فقه نیز ادعاهای مشابهی، بر پایه‌ی استنباط از آیات و روایات، مطرح شده است. رویکرد مثبت به سلطه‌ی انسان بر جسم خویش مبتنی بر آیه‌ی شریفه‌ی «النبی اولی بالمؤمنین من أنفسهم»<sup>۱</sup> و حدیث نبوی «الناس مسلطون علی أموالهم و

ممنوع است (۵). در بریتانیا، لازمه‌ی هرگونه دریافت عضو از افراد اخذ رضایت مؤثر آن‌هاست (۵). در فرانسه، اگر صاحب گامت رضایت خود را اعلام نکرده باشد، درخواست استفاده از گامت باید از طریق دادگاه پیگیری شود (۱۷). البته به جرأت می‌توان گفت در نظام‌های حقوقی، به دلیل احترام به کرامت ذاتی افراد، اگر فرد به صراحت با استفاده از گامت خود پس از مرگش مخالفت کرده باشد، استفاده از گامت چنین شخصی برای باروری پس از مرگ خلاف خودآیینی و اراده‌ی آزاد او تلقی می‌شود (۵).

### ۳-۲- منافع کودک ناشی از باروری پس از مرگ

در کلیه‌ی فناوری‌های کمک‌باروری مسأله‌ی منافع کودک، از دیدگاه اخلاقی، بسیار حائز اهمیت و مورد توجه نظریه‌پردازان گوناگون بوده است (۱۸).

در واقع، در باروری پس از مرگ، ادعا آن است که این کودکان با مسأله‌ی تک‌والدی بودن مواجه و از داشتن پدر یا مادر محروم هستند و این امر در نهایت بر خلاف منافع آن‌هاست (۵). باری، به‌طور کلی و بر اساس مطالعات انجام‌شده، می‌توان گفت اگر چه ممکن است پدیده‌ی تک‌والدی عوارض منفی اندکی بر زندگی کودک داشته باشد، این عوارض در حدی بزرگ و جدی نیستند که رفاه و سلامت کودک را به‌طور عمده تهدید کنند (۱۹).

### ۳-۳- جنبه‌های حقوقی

باروری پس از مرگ به همراه خود مسائل حقوقی مختلفی نیز مطرح کرده است که نمی‌توان آن‌ها را تنها با استفاده از قوانین و مقررات موجود حل نمود. برخی از این قوانین باید با توجه به نیازهای جدید و مسائل مستحدثه تفسیر یا اصلاح شوند و در برخی از حوزه‌ها نیز باید قوانین تازه‌ای برای حل مسائل مطرح تدوین و تصویب گردند. مالکیت انسان بر گامت، رضایت، نسب و ارث از جمله موضوعاتی حقوقی‌اند که در پی می‌آیند.

<sup>۱</sup> سوره‌ی احزاب، آیه‌ی ۶.

همان‌گونه که گفته آمد، مانع اصلی در بحث از مالکیت انسان بر بدن خود کرامت ذاتی انسان است، چه این امر می‌تواند به کالاشدگی انسان بی‌انجامد. باری، می‌توان با پذیرش «سلطه‌ی غیرمالی» بر بدن از کالاشدگی و، از این رو، نقض کرامت ذاتی انسان پرهیز نمود. افزون بر این، پذیرش سلطه‌ی غیرمالی انسان بر بدن خویش موجب محدود و مقید شدن اختیارات اشخاص ثالث در ارتباط با بدن فرد شده و راه را بر دخل و تصرف ناموجه ایشان در اعضای بدن وی می‌بندد.

### ۳-۲- نسب

بحث از نسب، به‌طور کلی، از لحاظ روابط و حقوق و تکالیف متقابل فرزند با والدین و دیگر افراد و، به‌طور خاص، از حیث پیش‌درآمد مسائل ارث بسیار مهم است. در باروری پس از مرگ، همانند دیگر روش‌های نوین درمان ناباروری، نسب کودک حاصل از این روش محل پرسش است: آیا کودکی که پس از مرگ یکی از صاحبان یا هر دو صاحب گامت متولد می‌شود به آن‌ها نسب می‌برد؟<sup>۷</sup> این مسأله در مفهوم باروری پس از مرگ به‌ویژه زمانی اهمیت می‌یابد که تلقیح پس از مرگ صاحب یا صاحبان گامت صورت گیرد یا این‌که همسر متوفی مجدداً ازدواج نماید.

پیش از هر چیز، گفتنی است از دیرباز ازدواج مهم‌ترین عامل مشروعیت‌بخش نسب به‌شمار آمده است. بر این اساس، کودکانی را که خارج از رابطه‌ی زوجیت<sup>۸</sup> متولد می‌شوند فرزندان<sup>۹</sup>ی که به هیچ کس تعلق ندارند<sup>۹</sup> می‌دانند. با این حال، از دهه‌ی ۱۹۹۰، قوانین مربوط به نسب شاهد تغییرات بسیار بوده است و دیگر ازدواج به‌عنوان تنها معیار مشروعیت نسب شناخته نمی‌شود (۱۱) روش‌های نوین درمان ناباروری در این

آنفسهم» است. بر این اساس، انسان می‌تواند در حدود اختیارات خود در زمان حیات برای زمان بعد از فوت وصیت کند (۲۱). به دیگر سخن، همان‌گونه که انسان می‌تواند در زمان حیات در جسم خود تصرف نماید، می‌تواند در مورد جسم خود پس از فوتش نیز وصیت کند (۲۲). افزون بر این، با استناد به حدیث نبوی «... لا یحل دم امرئ مسلم و لا ماله الا بطیب نفسه ...» برای تصرف جسمانی با رضایت صاحب جسم استدلال شده است (۲۱). در مقابل، کسانی مدعی هستند که انسان مالک جسم خود نیست تا بتواند، تحت هر عنوانی، تصرف در آن را اجازه دهد (۲۱).

در بریتانیا، بر طبق قانون باروری انسانی و جنین‌شناسی (۱۹۹۰)<sup>۱</sup> و در استرالیا بر طبق قانون تکنولوژی تولید مثل انسانی (۱۹۹۱)<sup>۲</sup>، به‌جای تصریح به حق مالکیت افراد بر گامت خود، به حق گسترده‌ی آن‌ها بر کنترل و اداره‌ی<sup>۳</sup> اجزای بدن قائل شده‌اند که رابطه‌ای شبه‌مالکانه<sup>۴</sup> است. این تعبیر نزدیک به تعبیر «سلطه‌ی غیرمالی» است که در بالا آوردیم.

در ایالات متحده، هیچ‌یک از قوانین موضوعه ایالتی یا فدرال گامت را مال نمی‌دانند و به رابطه‌ی مالکیت صاحب گامت قائل نیستند (۲۳). در رویه‌ی قضایی این کشور، بر خلاف رویه‌ی قضایی بریتانیا و استرالیا، پرونده‌های متعددی مطرح گردیده که در آن‌ها به حق شبه‌مالکانه بر گامت تصریح شده است. در این آرا از تعابیر «شبه مالکیت»<sup>۵</sup> و «با ماهیت مالکیتی»<sup>۶</sup> برای توصیف رابطه‌ی افراد با گامت خود استفاده شده است (۲۳ ، ۱۱) که آشکارا به تعبیر «سلطه‌ی مالکانه» نزدیک است.

<sup>۱</sup> Human Fertilisation and Embryology Act 1990 UK (HFEA)

<sup>۲</sup> Human Reproductive Technology Act 1991

<sup>۳</sup> Extensive control rights/ rights of control

<sup>۴</sup> Property-like interests

<sup>۵</sup> Quasi-property

<sup>۶</sup> In the nature of ownership

<sup>۷</sup> See, for instance, Sachedina Abdulaziz. *Islamic Biomedical Ethics Principles and Application*. Oxford: Oxford University Press, 2009; 113.

<sup>۸</sup> Nonmarital children

<sup>۹</sup> Filius nullius: the Son of no one

با چه مجوزی می‌توانند از گامت همسر خود استفاده کنند؟ آیا مبانی توجیهی استفاده از گامت بیگانه، در اهدای گامت، در این‌جا نیز قابل اعمال است؟

بعضی از فقهای شیعه، به دلیل انحلال نکاح پس از فوت، استفاده از گامت را، جز در مدت عده وفات، یعنی چهار ماه و ده روز، مجاز نمی‌دانند (۱). البته پذیرش این ادعا در مورد استفاده از تخمک زن، پس از فوت وی، دشوار است زیرا عده در آن مورد معنا و محلی ندارد. در مقابل، بعضی دیگر از فقهای شیعه استفاده از گامت همسر پس از مرگ وی را مجاز دانسته و از اطلاق زنا به آن خودداری کرده‌اند.<sup>۲</sup> فقهای سنی نیز استفاده از گامت همسر پس از فوت وی را در هر زمان، ولو در زمان عده، اجازه نمی‌دهند<sup>۳</sup> (۱).

به هر حال، به نظر می‌رسد انحلال نکاح به موجب فوت به خودی خود موجب حرمت استفاده از گامت همسر سابق نبوده و صرف انحلال عقد نکاح و از میان رفتن رابطه‌ی زوجیت، پس از مرگ، مانع استفاده از گامت همسر سابق نباشد. به جرأت می‌توان گفت وضعیت استفاده از گامت بیگانه بر استفاده از گامت فرد متوفی نیز قابل اعمال است (۱۳).

از آن‌جا که مقررات خاصی در این خصوص در نظام حقوقی کشور وجود ندارد و مباحث فقهی منبع اصلی قانون‌گذاری واقع می‌شوند، باید اشاره کرد دو رویکرد مختلف فقهی (شیعی) به اهدای اسپرم بیگانه وجود دارد. یک رویکرد آن را مطلقاً حرام می‌داند. تکیه‌ی ایشان بیش از هر

زمینه نقش عمده‌ای ایفا کرده‌اند. برای نمونه، اهدای اسپرم یا تخمک بیگانه یکی از مهم‌ترین مصادیق درمان ناباروری است که در اکثر موارد رابطه‌ی زوجیت میان اهداکننده و گیرنده وجود ندارد. توجه به این مسأله در باروری پس از مرگ از آن رو ضروری است که از لحاظ قانونی رابطه‌ی زوجیت با فوت یکی از زوجین منحل می‌شود. با این فرض، آیا استفاده از گامت همسر، پس از فوت وی، مانند استفاده از گامت بیگانه نخواهد بود؟

در فقه، انحلال را به «از اثر انداختن یک عمل حقوقی درست به اراده‌ی کسی که چنین حقی دارد» (۲۴) تعبیر می‌کنند. در حقوق، ماده‌ی ۱۱۲۰ قانون مدنی اسباب انحلال نکاح را، بدون اشاره به فوت زوجین، فهرست کرده است: فسخ، طلاق یا بذل مدت در عقد انقطاع. با این حال، این پرسش باقی است که آیا فوت زوجین، به‌رغم عدم تصریح قانون‌گذار، از اسباب انحلال نکاح است؟ در این خصوص، وفق ماده‌ی ۱۱۵۰ قانون مدنی، «عده عبارت است از مدتی که تا انقضای آن زنی که عقد نکاح او منحل شده است نمی‌تواند شوهر دیگر اختیار کند». افزون بر این، ماده‌ی ۱۱۵۴ قانون یادشده عده‌ی وفات را، در وضعیت غیربارداری، چهار ماه و ده روز مقرر کرده است. بر این پایه، می‌توان گفت قانون‌گذار، به‌رغم عدم تصریح در ماده‌ی ۱۱۲۰ قانون مدنی، فوت را از اسباب انحلال نکاح دانسته و برای آن فاصله‌ی زمانی مشخصی را به‌عنوان عده در نظر گرفته است (۲۵). غالب حقوقدانان نیز عدم تصریح قانون‌گذار به این مورد را بر بدیهی بودن آن و عدم نیاز به تصریح حمل کرده‌اند.<sup>۱</sup> حال، زوجین، پس از فوت، به‌عنوان یکی از اسباب انحلال نکاح،

<sup>۱</sup> برای نمونه، نک: کاتوزیان ناصر. دوره‌ی حقوق مدنی (خانواده). تهران: شرکت سهامی انتشار. ۱۳۸۸، جلد اول، چاپ اول، ص ۲۵۱؛ میلانی فر و همکاران. تأثیر انحلال نکاح در مرحله نهایی انتقال (ترانسفر) گامت یا جنین (خودی یا اهدایی). فصلنامه پایش. ۱۳۸۶، سال ششم، شماره چهارم، ص ۴۱۶.

<sup>۲</sup> برای نمونه، آیت الله صانعی بارور کردن زن با اسپرم منجمدشده‌ی شوهرش را که فوت کرده است فی حد نفسه تا زمانی که ازدواج مجدد نکرده است جایز می‌داند. در این خصوص، نک: استفتانات پزشکی (مطابق با فتاوی‌ای مرجع عالیقدر آیت الله صانعی). قم: انتشارات میثم تمار. ۱۳۸۵، چاپ نهم، ص ۷۷. س ۱۴۳.

<sup>۳</sup> برای مطالعه‌ی بیشتر در این خصوص، نک: نایب‌زاده عباس. بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی. تهران: مجد. ۱۳۸۰، ص ۴-۴۳.

چیز بر حفظ فروج از غیر شوهر است و این روش را مصداق افراغ منی در رحم بیگانه می‌دانند. رویکرد دیگر آن است که در مورد تردید بین حلیت و حرمت یک عمل اصل حلیت باید اعمال شود، دست کم در موارد ضروری، باید حکم به جواز آن داد (۲۶). گروه اخیر به این بحث اشاره دارند که شارع تنها نسب ناشی از زنا را معتبر ندانسته است و زنا نیز به همان معنای ادخال است و دیگر تماس‌های بدنی را شامل نمی‌شود. به تعبیر دقیق، تعریف زنا مشخص است و نمی‌توان آن را به موارد دیگر تسری داد (۲۷). در این خصوص، آیت‌الله خویی، اگرچه تلیح نطفه‌ی بیگانه را حرام می‌داند، معتقد است «اگر چنین کاری صورت گرفت و زن حامله شد، ... فرزند به صاحب ماء ملحق می‌شود و بین آن دو، جمیع احکام نسب، ثابت می‌شود و هر یک از آن دو از دیگری ارث می‌برد، زیرا مستثنای از ارث، فرزند حاصل از زناست که فرزند تلیح چنین نیست» (۲۸). آیت‌الله مؤمن نیز بر این باور است که «تردیدی نیست که حرمت در صدق عناوین نسبی تأثیری ندارد، زیرا صدق این عناوین نسبی بر اساس وجود ارتباط تکوینی میان صاحب منی و کودک استوار است ... تنها دلیلی که عمومات احکام مربوط به نسب را تخصیص زده است زنا است و زنا هم این‌جا صدق نمی‌کند ...» (۲۹).

سویا مشروعیت نسب، رابطه‌ی نسبی ممکن است بیولوژیک یا غیربیولوژیک باشد. در نسب بیولوژیک، مبنای ملاک تعیین والدین رابطه‌ی ژنتیک میان صاحبان گامت و کودک است. بر این اساس، به صاحب اسپرم پدر و به صاحب تخمک مادر اطلاق می‌شود. با توجه به کاستی‌های این نظریه در توجیه منافع کودک در مسائل ناشی از استفاده از روش‌های نوین درمان ناباروری، طرح نظریه و رویکردی دیگر به نسب (نسب غیربیولوژیک) ضروری است تا، از یک‌سو، سلامت روابط اجتماعی حفظ شود و، از دیگر سو، منافع کودکان متولد به این روش تضییع نشود. به دیگر سخن، با ظهور روش‌های نوین بارداری نسب حکمی، اعتباری یا

تکنولوژیک<sup>۱</sup> به میان آمده است، چرا که مصلحت و منفعت کودک و نیز حقوق سرپرستان کودک در این خصوص مانع از پافشاری مطلق بر نسب مبتنی بر رابطه‌ی بیولوژیک است. نسب حکمی بر مبنایی غیر از وابستگی ژنتیکی برای تعیین رابطه‌ی والدین و فرزند استوار است. این مبنا می‌تواند قصد و اراده‌ی طرفین برای باردار شدن یا تربیت (۳۰)، حسب پذیرش در نظام حقوقی، باشد. در صورتی که قصد و اراده‌ی طرفین را ملاک بدانیم، والدین کسانی هستند که قصد کرده‌اند صاحب فرزند شوند. عقیده آن است که آن‌ها بهتر می‌توانند از کودک نگه‌داری و مراقبت کنند، زیرا خواسته‌اند چنین فرزندی به دنیا بیاید. اگر تربیت ملاک باشد، کسانی که کودک را تربیت کرده‌اند والدین او هستند. ضمن این‌که این نگاه در متون دینی نیز ریشه دارد، فرزند در خانواده پرورش می‌یابد و روابط خانوادگی است که به زندگی کنونی و آینده‌ی فرزند در جامعه معنا می‌دهد. این نظریه به قوام زندگی خانوادگی کودک بیش از رابطه‌ی ژنتیکی و قصد می‌اندیشد. تربیت مؤثر مرهون تحکیم روابط خانوادگی است. مهم‌ترین ایرادی که بر نظریه‌ی قصد وارد می‌شود کالانگاری کودک متولد از این روش است (۳۱). در واقع، تربیت‌گرایان در پی انکار اهمیت قصد و اراده‌ی باردار شدن به مثابه‌ی یکی از عوامل مهم در تعیین نسب نیستند، بلکه پذیرش آن را در هر مورد مقید به حفظ و تحکیم روابط خانوادگی، تربیت، غبطه و مصلحت کودک می‌دانند.

با این وصف، در مواردی که ازدواج مجددی صورت نگرفته است، فرد متوفی پدر یا مادر کودک معرفی می‌شود، مگر مصلحت و منفعت کودک چیزی جز این را اقتضاء کند (۳۱). اما در مواردی که همسر ازدواج مجدد می‌کند و شریک او از ابتدا مایل به این نوع بارداری است، بنابراین، قصد پدر یا مادر شدن از این طریق را دارد و از این اقدام حمایت می‌کند،

<sup>۱</sup> Technologised parenthood

به طول می‌انجامد. با توجه به وضعیت خاص باروری پس از مرگ، اماره‌ی فراش، که تلاشی است برای اثبات نسب بیولوژیک، در عمل راهگشا نیست. بنابراین، در موارد بحث شده نمی‌توان به سادگی بر نامشروع بودن کودک متولد به این روش استناد کرد. وانگهی، با توجه به این‌که بر اساس ماده‌ی ۱۱۶۷ قانون مدنی «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود» و وفق ماده‌ی ۱۱۶۵ «طفل متولد از نزدیکی به شبهه فقط ملحق به طرفی می‌شود که در اشتباه بوده و در صورتی که هر دو در اشتباه بوده‌اند ملحق به هر دو خواهد شد»، چنین استنباط می‌شود که قانون‌گذار موارد استثنایی مربوط به نسب کودک را مشخصاً بیان نموده است و، از این رو، تفسیر موسع این‌گونه مقررات قانونی، به‌گونه‌ای که هر نوع تولد خارج از رابطه‌ی زوجیت را نامشروع بدانیم، تفسیری به ضرر کودک و زندگی خانوادگی زوجین نابارور است (۳۳، ۲۶). بنابراین، تفسیر مضیق مواد یادشده مستلزم آن است که در موارد دیگر، مثلاً در اهدای اسپرم بیگانه، شناسنامه به‌نام پدر خانواده صادر شده و نسب کودک مشروع تلقی شود.

البته مخالفان نظر پیش‌گفته بر این باورند که باید برای حفظ سلامت اجتماعی اولویت قائل شد و از ماده‌ی ۱۱۶۷ قانون مدنی تفسیری موسع ارائه داد. به‌نظر ایشان، این ماده در این مقام نیست که تمام روش‌های نامشروع تولد را به زنا محدود و منحصر کند (۳۲). در این ارتباط، پرونده‌ای در خصوص استفاده از جنین منجمدشده مطرح شده است که طرح آن خالی از فایده نیست. به گزارش مرکز رویان، در سال ۱۳۸۵ زوجی با تشخیص ناباروری تحت درمان قرار می‌گیرند و یازده جنین از لقاح خارج رحمی گامت‌های این زوج حاصل می‌شود. دو جنین به رحم بیمار منتقل و نه جنین منجمد می‌شوند. در نتیجه‌ی انتقال جنین اولیه بیمار باردار نمی‌شود و قبل از انتقال سایر جنین‌های منجمدشده، شوهر بیمار در اثر سکته قلبی فوت می‌نماید. زوجه از مرکز رویان تقاضا می‌کند که از جنین‌های منجمدشده استفاده نماید. این

همین زوج پدر و مادر کودک محسوب می‌شوند (۳۱). از دیدگاه حقوقی، قانون مدنی ایران، به‌جای تعریف نسب، شرایط احراز نسب را مشخص کرده است. آن‌ها عبارتند از: ۱) وجود رابطه‌ی زوجیت در زمان انعقاد نطفه، و ۲) نزدیکی پس از ازدواج (۳۲). در این خصوص، ماده‌ی ۱۱۵۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «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». افزون بر این، بر اساس ماده‌ی ۱۱۵۹ قانون مدنی، «هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود ملحق به شوهر است مشروط بر این‌که مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل بیش از ده ماه نگذشته باشد...». این ماده وضعیت نسب پس از انحلال نکاح را در باروری طبیعی، و بر اساس اماره‌ی فراش، مشخص کرده است. تاریخ بارداری که در ماده ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ آمده است دلالت بر آن دارد که فاصله‌ی زمانی حداقل شش‌ماه از زمان نزدیکی (در فرض پیش از انحلال نکاح) و حداکثر ده ماه از زمان انحلال نکاح (در فرض پس از انحلال نکاح) اماره‌ای است بر تعلق فرزند به شوهر زن و این‌که زن با مرد دیگری نزدیکی نکرده است.<sup>۱</sup>

باری، با توجه به گسترش استفاده از روش‌های نوین درمان ناباروری در کشور، پرسش جدی این است که آیا مقررات موجود قادر به تمشیت امور اجتماعی مربوط به نسب و مسائل برخاسته از آن در باروری پس از مرگ هستند؟ از یک‌سو، مطابق مباحث پیش‌گفته، رابطه‌ی زوجیت، که یکی از شرایط احراز نسب در باروری‌های عادی است، میان زوجین وجود ندارد و، از دیگر سو، باروری به روش مصنوعی محقق می‌شود و نزدیکی، برخلاف باروری طبیعی، در آن منتفی است. افزون بر این، فاصله‌ی فوت تا تولد گاه بیش از ده ماه

<sup>۱</sup> برای مطالعه‌ی بیشتر در این خصوص نک: کاتوزیان ناصر. دوره حقوق مدنی (خانواده). تهران: شرکت سهامی انتشار. ۱۳۸۹، جلد اول، ص ۶۴.

تقاضا به دادگاه ارجاع داده می‌شود و بر اساس نامه‌ی داسرای عمومی زوجه به‌عنوان امین جنین‌ها معرفی و جهت انتقال جنین به مرکز رویان ارجاع داده می‌شود. بر این اساس، به‌نظر می‌رسد دادگاه استفاده‌ی این فرد از جنین‌ها و، در نتیجه، باروری پس از مرگ را پذیرفته است. در دعوی نیز که زوجه بعداً به طرفیت اداره‌ی ثبت احوال برای گرفتن شناسنامه مطرح کرده است، اگرچه دعوا به علت ایرادات شکلی رد شده، دادگاه در حکم خود آورده است:

چون موضوع از موضوعات مستحذته است و حکم آن در قوانین جاری نیامده است در مورد این‌که این طفل ملحق به چه کسی است و آیا خواهان و شوهر متوفی او پدر و مادر شرعی طفل محسوب می‌شوند و آثاری که بر نسبت آنان مترتب است از قبیل ارث و محرمیت و ازدواج و غیره چگونه خواهد بود و چون قانون در این خصوص ساکت است لذا ضرورت دارد به منابع معتبر فقهی و فتاوی مشهور مراجعه شود و اگر چه بر اساس فتاوی مشهور مرحوم ... پدر و خانم ... مادر شرعی طفل محسوب می‌شوند ... ولی اثبات موضوع و صدور حکم قضیه منوط به طرح دعوا از سوی خواهان به‌عنوان مادر و نیز امین جنین به طرفیت پژوهشکده‌ی رویان ... و ورثه مرحوم ... به خواسته صدور حکم به تأیید گواهی صادره از پژوهشکده رویان و اثبات ... صاحب جنین بودن خواهان و شوهر مرحوم او در نتیجه اثبات نسب شرعی فی ما بین طفل یاد شده به‌عنوان فرزند و خواهان و شوهر متوفی او به‌عنوان والدین شرعی و واقعی طفل می‌باشد.

این رأی مؤید آن است که برقراری نسب میان کودک متولد به روش باروری پس از مرگ و متوفی در رویه‌ی قضایی قابل پذیرش است.

در آخر، شایان ذکر است که به‌طور کلی در زمینه‌ی استفاده از روش‌های نوین درمان ناباروری، برخی نظریه‌پردازان بر اصل وجود رابطه‌ی زوجیت متمرکز شده‌اند، یعنی از دیدگاه ایشان، رابطه‌ی نسبی به‌دلیل رابطه‌ی زوجیت

برقرار می‌شود، نه روش و وسیله‌ی باروری.<sup>۱</sup> از این رو، استفاده از روش مصنوعی برای باروری پس از مرگ به خودی خود مانع از برقراری رابطه‌ی نسب نخواهد بود. در این خصوص، گفتنی است، در ایالات متحده، ماده‌ی ۷۰۷ قانون متحدالشکل نسب به صراحت به باروری پس از مرگ می‌پردازد. وفق این ماده، در صورتی نسب میان متوفی و کودک متولد به این روش ایجاد می‌شود که وی رضایت مکتوب خود به (۱) استفاده از گامت و (۲) والدین شدن پس از مرگ را اعلام کرده باشد (۹). در بریتانیا، به موجب قانون اصلاح قانون خانواده (۱۹۸۷) و قانون جنین‌شناسی و باروری انسانی (۱۹۹۰)، اهداکننده‌ی اسپرم پدر کودک حاصل از روش‌های نوین درمان ناباروری محسوب نمی‌شود (۱۱). در فرانسه، طبق قانون مدنی، آنچه در تعیین نسب اهمیت دارد حکم قانون، و نه روابط بیولوژیکی است (۳۴).

بر این اساس، مصلحت و منفعت کودکان متولد به روش‌های نوین درمان ناباروری ایجاب می‌کند تعریف و تفسیری مضیق از نسب نامشروع به‌دست دهیم تا هر گونه تولدی خارج از رابطه‌ی زوجیت منتهی به نسب نامشروع نشود و کودکان متولد به روش‌های یادشده، صرفاً به‌دلیل نوع تولد، از بسیاری حقوق محروم نشوند (۳۵). به‌عبارتی، با فرض مشروع بودن رابطه‌ی میان زن و مرد، نباید نامشروع بودن فعل آنان به نامشروع بودن نسب بانجامد. بی‌تردید، برخورد با این کودکان هم‌چون کودکان نامشروع به دور از مصلحت آنان است، به‌ویژه در شرایطی که تلاش می‌شود در وضعیت قانونی کودکان نامشروع تجدیدنظر شود<sup>۲</sup> (۳۶).

<sup>۱</sup> برای نمونه، نک: کاتوزیان ناصر. دوره حقوق مدنی (خانواده). تهران: شرکت سهامی انتشار. ۱۳۸۹، جلد دوم، ص ۲۸.

<sup>۲</sup> رأی وحدت رویه‌ی دیوان عالی کشور (شماره ۶۱۷-۱۳۷/۴/۳) صرفاً توارث میان اطفال نامشروع و ابویان آن‌ها را منتفی دانسته است و متعرض دیگر حقوق و تکالیف ابوی، مانند ولایت، نفقه و حضانت، نشده است.

## ۳-۳- ارث

پس از بحث نسب، موضوع دیگری که اهمیت بسیار دارد مسأله‌ی برقراری رابطه‌ی وراثت میان کودک و پدر یا مادری است که کودک پس از مرگ یکی یا هر دو آنان، با استفاده از گامت یا جنین ایشان، متولد شده است. به‌طور کلی، منفعت سایر وراثت و دولت ایجاب می‌کند ترکه‌ی متوفی در حداقل زمان ممکن میان ورثه تقسیم شود تا از اتلاف ماترک و طرح دعاوی متعدد در این خصوص جلوگیری شود. با این حال، در مسأله‌ی باروری پس از مرگ که ممکن است کودک سال‌ها پس از مرگ یکی از والدین یا هر دو آنان به دنیا آید، پیشنهادهایی برای برقراری موازنه میان حقوق و منافع همه‌ی طرف‌های مربوط در زمینه‌ی ارث مطرح شده است: (۱) اگر رضایت صریح یا ضمنی بر استفاده از گامت متوفی وجود داشته باشد، فرزند از ارث برخوردار می‌شود (۳۷)؛ (۲) باید زمانی محدود برای ارائه‌ی درخواست برای استفاده از گامت متوفی تعیین شود تا فرزند حاصل از این درخواست بتواند ارث ببرد (۱۱)؛ (۳) مادر یا پدری که زنده است باید شخصی را که مسؤول تقسیم دارایی است از قصد خود برای استفاده از گامت فرد متوفی مطلع کند تا فرزند حاصل از این روش بتواند ارث ببرد (۱۱).

پیشنهاد‌های یادشده تنها فروض ممکن در این زمینه نیستند و می‌توان فرض‌های دیگری را در این خصوص پیش نهاد، به گونه‌ای که با نظامات قانونی کشور موافق و سازگار باشند و در عین حال منفعت و مصلحت کودک در برخورداری از میراث والدین را تأمین کنند. شاید منطقی‌ترین پیشنهاد این باشد که ابتدا نسب بر پایه‌ی معیار سرپرستی و تربیت استوار شود و سپس کلیه‌ی حقوق مربوط به ارث به نسب ربط داده شود.

گفتنی است بحث از ارث در مواردی که زوج یا زوجه، پس از فوت همسر خود، اقدام به ازدواج مجدد می‌کند مشکل‌تر می‌نماید. برخی، با تکیه بر مصلحت کودک، ارث

بردن کودک از هر دو والدین (بیولوژیک و حکمی) را بلا مانع دانسته‌اند. بنا به استدلال ایشان، چنین وضعیتی بی‌سابقه و پیشینه نیست و نمونه‌ی آشکار آن فرزندخواندگی است (۱۱). از این دیدگاه، انتخاب میان ارث بردن کودک از صاحب گامت یا همسر جدید یا هر دوی آنها باید با محوریت مصلحت کودک انجام شود.

به هر حال، وفق ماده‌ی ۸۷۵ قانون مدنی، شرط وراثت انعقاد نطفه در زمان حیات مورث و زنده متولد شدن جنین است. به موجب ماده‌ی ۸۷۸ همین قانون، اگر حمل مانع از ارث تمام یا بعضی از وراثت باشد تقسیم ارث به عمل نمی‌آید تا حمل متولد شود و اگر تولد کودک مانع از سایر وراثت نباشد تقسیم ترکه انجام می‌شود. در این وضعیت، حصه‌ای معادل حصه‌ی دو پسر از همان طبقه کنار گذاشته می‌شود تا تکلیف حمل مشخص شود. بر اساس این مقررات، می‌توان نتیجه گرفت که کودک متولد از گامت متوفی از ارث محروم می‌شود، زیرا نطفه‌ی او پس از فوت صاحب گامت منعقد شده است. از این رو، با انتفای شرط نخست شرط دوم نیز منتفی می‌شود. در مورد استفاده از جنین وضعیت متفاوت است، زیرا نطفه در زمان حیات متوفی منعقد شده است و صرفاً بارداری پس از فوت واقع می‌شود. لذا استناد به ماده‌ی ۸۷۵، مشروط بر زنده متولد شدن جنین، بلاوجه نیست. البته، این ماده را باید با ماده‌ی ۱۱۵۸ این قانون (موضوع اماره‌ی فراش) تبیین کرد که توضیحات مربوط به آن در بحث نسب آمد، مهم تأمین منافع کودک است که در تفسیر یا جرح و تعدیل قانون باید در نظر گرفته شود.

بررسی رویه‌ی سایر کشورها نشان می‌دهد که نسبت به این مسأله رویکردهای متفاوتی اتخاذ شده است. برای نمونه، برخی از ایالت‌های آمریکا، به صراحت حق بر وراثت کودکانی را که پس از مرگ والدین خود متولد می‌شوند به رسمیت شناخته‌اند. در مقابل، برخی از ایالت‌ها این امر را به وجود رضایت کتبی والدین بر ایجاد رابطه‌ی توارث محدود

### نتیجه‌گیری

مباحث مطرح‌شده در این نوشتار نشان می‌دهند که باروری پس از مرگ دارای ابعاد مهم و پیچیده حقوقی و اخلاقی است. این پیچیدگی‌ها، از یک‌سو، ایجاب می‌کند شخص رویکرد اخلاقی خود را نسبت به این امر روشن کند و، از سوی دیگر، باید قوانین موجود و رویه‌ی قضایی بر اساس رویکرد ارزشی و هنجاری مورد پذیرش قانون‌گذار و دستگاه قضایی و در پاسخ به نیازهای عاجل جامعه و نیز مطابق ضرورت‌های جدید اصلاح شوند و در صورت نیاز قوانین جدید به تصویب برسند یا احکام قضایی درخور و جسورانه صادر شوند.

با توجه به نکاتی که گفته آمد، به‌نظر می‌رسد برای تدوین قانونی در خصوص این موضوع و نیز، به منظور شکل‌گیری آرای قضایی متناسب با مشکلات جامعه، ابتدا لازم باشد این مسأله میان دانشمندان حوزه‌ی اخلاق، حقوق و فقه و نیز نظریه‌پردازان علوم انسانی و اجتماعی به بحث گذاشته شود و ابعاد مختلف آن مورد بررسی قرار گیرد. سپس، بر اساس نظراتی که از کوران نقد و مفاهیم نظری و عملی پخته و قوی بیرون آمده‌اند، قوانین موجود در خصوص نسب یا ارث اصلاح شوند و در برخی حوزه‌ها نیز قوانین جدیدی به تصویب برسند؛ قوانینی که قادر به تنظیم روابط و مسائل ناشی از باروری پس از مرگ باشند.

### تشکر و قدردانی

نویسندگان بر خود لازم می‌دانند از مساعدت‌های خالصانه و بسیار مؤثر خانم فاطمه دومانلو در تکمیل و نهایی‌سازی نوشتار حاضر صمیمانه سپاس‌گزاری کنند. بی‌تردید، مسؤلیت هر گونه خطا و نقصان در سراسر متن بر عهده‌ی نویسندگان است.

کرده‌اند. در عین حال، هیچ محدودیت زمانی نیز برای تولد این کودکان قائل نشده‌اند (۴).<sup>۱</sup> نه ایالت آمریکا ارث بردن چنین کودکی را مشروط به رضایت کتبی به بارداری پس از مرگ، تولد در محدوده‌ی زمانی مشخص از زمان فوت و وجود رابطه‌ی زوجیت پیش از فوت کرده‌اند (۱۷). با این حال، پنج ایالت آمریکا، از جمله ایالت اهایو و لوئیزیانا (۳۵)، حق بر ارث بردن را برای کودک متولد از این روش به رسمیت نشناخته‌اند (۱۷). دادگاه عالی ایالت ماساچوست آمریکا در قضیه‌ی وودوارد علیه کمیساریای تأمین اجتماعی<sup>۱</sup> چنین اظهار نظر کرده است که کودکان به شیوه‌ای متفاوت از دیگر کودکان به دنیا آمده‌اند اما به هر حال کودکان و «تحت شرایط خاص و محدود»<sup>۲</sup> ارث می‌برند، مانند: (۱) وجود رابطه‌ی ژنتیک میان کودک و متوفی، (۲) رضایت متوفی به باروری پس از مرگ و ... (۹). به موجب گزارش کمیسیون اصلاح قانون اُنتاریو (۱۹۸۵)، «(۱) کودک متولد از گامت اهدایی از والدین قانونی و حکمی ارث می‌برد و از اهداکننده ارث نخواهد برد، مگر این‌که متوفی به صراحت نام وی را در وصیت‌نامه قید کرده باشد. (۲) کودک متولد از اسپرم شوهر مادر، به محض تولد یا زمانی که در شکم مادر است حق بر ارث از شوهر را دارد.» (۱۱).

رویه‌ی کشورها در خصوص تقسیم ترکه و دارایی میان وراث نیز متفاوت است. برخی محدوده‌ی زمانی خاصی را برای تحقق رابطه‌ی توارث در نظر گرفته‌اند و برخی دیگر قائل به چنین زمانی نشده‌اند و احتمال تولد چنین فرزندی نیز مانع تقسیم ماترک متوفی نخواهد شد.

<sup>1</sup> Woodward v. Commissioner of Social Security

<sup>2</sup> Certain limited circumstances

- P, Saunders D. International Federation of Fertility Societies Surveillance 2010: preface. *Fertil Steril* 2011; 95(2): 491.
- ۱۵- سیدفاطمی ق. رضایت مکنون. فصلنامه باروری و ناباروری. ۱۳۷۹؛ ۳۷-۳۳.
- ۱۶- عباسی م. حقوق پزشکی (رضایت به درمان)، چاپ اول. تهران: حقوقی؛ ۱۳۸۳، ص ۱۱-۱۱۰.
- 17- Browne CL. Graveside birthday parties: the legal consequences of forming families posthumously. *Case West Reserve Law Rev* 2010; 10: 194-219.
- 18- Dragojević-Dikić SD, Draganić S, Dikić SS, Pilija V. Ethical and legal dilemmas in infertility treatment. *Proc Nat Sci Matica Srpska Novi Sad* 2004; 107: 85-91.
- 19- Strong C et al. Ethics of Post-Mortem Sperm Retrieval. *Hum Reprod* 2000; 15(4): 739-745.
- 20- Goodwin M. Formalism and the legal status of body parts. *Univ Chic Leg Forum* 2006; 26: 317-28.
- ۲۱- آقابابایی ا. پیوند اعضا از بیماران فوت شده و مرگ مغزی (بررسی فقهی - حقوقی)، چاپ دوم. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی؛ ۱۳۸۶، ص ۷۶-۸۹-۸۹.
- ۲۲- مؤمن م. کالبدشکافی در آموزش‌های پزشکی. فقه اهل بیت. ۱۳۷۴؛ سال اول، شماره ۱: ۱۵۳.
- 23- Hardcastle R. Law and the human body: property rights, ownership and control. Oxford: Hart Publishing; 2007, p. 89-92.
- ۲۴- انصاری م، طاهری م. دانشنامه حقوق خصوصی، چاپ اول. تهران: محراب فکر؛ ۱۳۸۴، جلد اول، ص ۴۷۳.
- ۲۵- کاتوزیان ن. دوره حقوق مدنی (خانواده)، چاپ اول. تهران: شرکت سهامی انتشار؛ ۱۳۸۸، جلد اول، ص ۴۵۰.
- ۲۶- صفایی ح و همکاران. بررسی تطبیقی حقوق خانواده، چاپ دوم. تهران: انتشارات دانشگاه تهران؛ ۱۳۸۷، ص ۹-۴۲۸.
- ۲۷- رضانیا معلم ر. باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، چاپ اول. قم: مؤسسه بوستان کتاب؛ ۱۳۸۹، ص ۶-۳۳۵.
- منابع
- 1- Omani Samani R, Ashrafi M, Alizadeh L, Mozafari M. Posthumous assisted reproduction from Islamic perspective. *Int Fertil Steril* 2008; 2(2): 96-100.
- ۲- حکمت‌دوست آ، صادقی م. مروری بر انجماد اسپرم. در: جمعی از نویسندگان. حفظ باروری. تهران: پژوهشگاه ابن سینا. ۱۳۸۸، ص ۱۹۳.
- 3- Hoffman S, Morriss AP. Birth after death: perpetuities and the new reproductive technologies. *Georgia Law Rev* 2004; 38(2): 575-631.
- 4- Kindregan CP, Maureen M. Posthumous reproduction. *Fam Law Q* 2005; 39(579): 1-17.
- 5- Strong C. Ethical and legal aspects of sperm retrieval after death or persistent vegetative state. *J law Med Ethics* 1999; 27(4): 347-58.
- 6- Miller BL. Autonomy. In: Post SG (editor), *Encyclopedia of Bioethics*, 3<sup>rd</sup> ed. New York: Macmillan Reference USA; 1995, p. 246;
- 7- Wilkinson TM. Individual and family decisions about organ donation. *J Appl Philos* 2007; 24(1): 26-40.
- 8- Hartogh Govert D. Can consent be presumed?. *J Appl Philos* 2011; 28(3): 295-307.
- 9- Suppon Jenna M F. Life after death: the need to address the legal status of posthumously conceived children. *Fam Court Rev* 2010; 48(1): 228-45.
- 10- Browne CL. Dead men reproducing: responding to the existence of afterdeath children. *Case West Reserve Law Rev* 2008; 8: 157-209.
- 11- Atherton R. En Ventre sa Frigidaire: posthumous children in the succession context. *Legal Studies* 1999; 19(2): 139-164.
- ۱۲- لاریجانی ب. پزشک و ملاحظات اخلاقی (مروری بر مبانی اخلاق پزشکی)، تهران: برای فردا. ۱۳۸۳، جلد اول، ص ۵-۴۴.
- 13- Simpson B. Making "bad" deaths "good": the kinship consequences of posthumous conception. *J R Anthropological Inst* 2001; 7(1): 1-18.
- 14- Jones HW Jr, Cooke I, Kempers R, Brinsden

- ۲۸- خویی ا. مستحدثات المسائل. قم: چاپخانه علمیه؛ ۱۴۰۱، مسأله ۴۲.
- ۲۹- مؤمن م. کلمات سدیده فی مسائل جدید، چاپ اول. قم: مؤسسه نشر اسلامی؛ ۱۴۱۵، ص ۹۸.
- ۳۰- راسخ م، خداپرست ا. حق بر شناختن پدر و مادر بیولوژیک. مجله پزشکی باروری و ناباروری ۱۳۸۶؛ دوره ۸ (شماره ۳): ۲۴۷-۵۸.
- 31- Zafran R. Dying to be a father: legal paternity in posthumous conception. *Houston J Health Law Pol* 2008; 8(1): 48-103.
- ۳۲- کاتوزیان ن. دوره حقوق مدنی (خانواده). تهران: شرکت سهامی انتشار؛ ۱۳۸۹، جلد دوم، ص ۱۵.
- ۳۳- امامی ح. حقوق خانواده، چاپ شانزدهم. تهران: انتشارات اسلامی؛ ۱۳۸۸، جلد پنجم، ص ۱۹۶.
- ۳۴- صفایی ح. نارسایی‌های قانون ایران درباره اهدای گامت و جنین با توجه به حقوق تطبیقی. در: جمعی از نویسندگان. اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، چاپ اول. تهران: پژوهشکده ابن سینا و سمت؛ ۱۳۸۴، ص ۱۷۹.
- 35- Scharman CA. Not without my father: the legal status of the posthumously conceived child. *Vanderbilt Law Rev* 2002; 55(3): 1001-54.
- ۳۶- صفایی ح، امامی ا. حقوق خانواده (قرابت و نسب و آثار آن)، چاپ چهارم. تهران: انتشارات دانشگاه تهران؛ ۱۳۸۶، ص ۱۲۹.
- 37- Dresser R. At law: protecting posthumous children. *Hastings Cent Rep* 2011; 32(6): 9.

## Posthumous reproduction: review of ethical and legal aspects

Mohammad Rasekh<sup>1</sup>, Mojgan Khorshidi<sup>2</sup>, Faezeh Ameri<sup>3</sup>

<sup>1</sup>Associate Professor, Law and Bioethics Department, Avicenna Research Institute, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran;

<sup>2</sup>MSC, Law and Bioethics Department, Avicenna Research Institute, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran;

<sup>3</sup>MSC Avicenna Research Institute, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

### Abstract

Posthumous reproduction has recently emerged in line with the development of assisted reproduction technology (ART) methods. In this method, individuals take steps to freeze their gametes or embryos for posthumous insemination or reproduction. However, diverse moral and legal questions ensue, and it is important to preserve human dignity and protect the child's rights and interests. In this regard, from an ethical point of view, we discuss supporting and opposing arguments on autonomy, consent, and the child's interests. We reason that any measure to be taken on the gamete after death has to be based on the autonomy of the deceased and his/her explicit or implicit consent as to the posthumous use of the gamete. On the legal aspects, we discuss proprietary rights over gametes, filiation of the child, and his/her inheritance. In our opinion, non-financial authority over one's organs, tissues and cells, as well as parenthood and conditional inheritance are plausible answers in these regards. Evidently, the legal system cannot address these issues without taking into account the ART developments and contemporary expediencies. This in turn depends on taking a modern stance relying on justifiable moral and legal principles. Moreover, it will help identify shortcomings of the legal system in this regard.

**Keywords:** posthumous reproduction, gamete and embryo cryopreservation, filiation, interests of the child, inheritance

---

<sup>1</sup> Email: [m-rasekh@sbu.ac.ir](mailto:m-rasekh@sbu.ac.ir)