



# MLJ

مجله حقوق پزشکی

دوره پانزدهم، شماره پنجاه و ششم، ۱۴۰۰


Journal Homepage: <http://ijmedicalaw.ir>



انجمن علمی حقوق پزشکی ایران

مقاله پژوهشی

## بررسی باروری پسامرگ در حقوق تطبیقی

الهه محسنی\* 

۱. استادیار گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

### چکیده

**زمینه و هدف:** باروری پسامرگ به روشی از باروری مصنوعی گفته می‌شود که با استفاده از گامت فرد متوفی صورت گیرد. این نوع باروری مباحث و چالش‌های اخلاقی و حقوقی بسیاری را برانگیخته است. کشورهای مختلف دنیا رویکردهای قانونی متفاوتی نسبت به این نوع باروری، شرایط دستیابی و آثار آن دارند. این پژوهش سعی دارد با استفاده از مطالعه تطبیقی حقوق کشورهای دنیا، رویکردهای مختلف قانونی به این پدیده را معرفی کرده و راه‌کارهای گوناگون موجود و نقاط ضعف و قوت هر یک را تبیین نماید.

**مواد و روش‌ها:** این پژوهش با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی به مطالعه تطبیقی حقوق کشورهای خارجی و شناخت تکنیک‌ها و راه‌کارهای حقوقی گوناگون در خصوص باروری پسامرگ، شرایط دستیابی و آثار آن می‌پردازد. به این منظور، مطالعه حقوق کشورهای ایران، فرانسه، یونان و انگلیس مورد تاکید قرار می‌گیرد.

**یافته‌ها:** در ایران، با توجه به نقص قانونی موجود و اختلاف نظر عمیق فقها و مراجع تقلید، رویه‌های گوناگونی در مراکز درمانی پدید آمده و موجب طرح پرونده‌های قضایی متعددی در این خصوص در دادگاه‌ها شده‌است. هریک از این کشورها رویکرد متفاوتی به باروری پسامرگ دارد و به ترتیب دارای وضعیت ابهام قانونی، ممنوعیت کامل، تجویز محدود و تجویز گسترده و آزادانه این نوع باروری می‌باشند.

**ملاحظات اخلاقی:** در تمامی مراحل نگارش این پژوهش، اصول اخلاقی پژوهش به ویژه رعایت اصالت متن، صداقت، رازداری و امانت‌داری رعایت شده است.

**نتیجه‌گیری:** از نظر نگارنده، دلایل اخلاقی و حقوقی مخالفان باروری پسامرگ به ویژه حق کودک بر برخورداری از پدر و مادر نظریه ممنوعیت این نوع باروری را تقویت می‌نماید. همچنین تجویز باروری پسامرگ در مدت عده وفات که از سوی برخی فقها مورد تایید قرار گرفته است، به دلیل دشواری و حساسیت تصمیم‌گیری و انجام باروری در دوره سوگ و مدت کوتاهی پس از فوت همسر قابل انتقاد است. در هر حال، تجویز این عمل توسط قانون‌گذار ایران نیازمند ابداع، شفافیت و صراحت قانونی در خصوص شرایط دسترسی و آثار آن در زمینه نسب و ارث کودک متولد می‌باشد.

### اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۱/۲۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۱/۲۹

تاریخ انتشار: ۱۴۰۰/۰۲/۳۰

### واژگان کلیدی:

نباروری

رضایت

نکاح

فوت

نسب

پسامرگ

حقوق تطبیقی

### \* نویسنده مسؤول:

الهه محسنی

آدرس پستی: ایران، مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد مشهد، گروه حقوق.

کد پستی: ۹۱۸۷۱-۴۷۵۷۸

تلفن: ۵۱-۳۸۳۲۵۵۶۰

پست الکترونیک:

[mohseni.e85@gmail.com](mailto:mohseni.e85@gmail.com)

## ۱. مقدمه

پیشرفت تکنولوژی انجماد گامت یا جنین این امکان را فراهم کرده است که نطفه کودک پس از مرگ والد یا والدین صاحب گامت و چه بسا زمانی بسیار طولانی پس از مرگ منعقد شود و یا نطفه منعقد شده برای بارداری مورد استفاده قرار گیرد. باروری پسامرگ به روشی از باروری مصنوعی گفته می‌شود که با استفاده از گامت فرد (عموماً شوهر) متوفی صورت گرفته و از این طریق فرزندی متولد می‌گردد.

باروری پسا مرگ می‌تواند با استفاده از اسپرم یا تخمک منجمد شده در زمان حیات فرد متوفی یا از طریق استخراج اسپرم یا تخمک فرد در حالت مرگ مغزی، زندگی نباتی یا بلافاصله پس از فوت وی انجام گیرد. همچنین این نوع باروری می‌تواند با استفاده از جنین‌های منجمد که در زمان حیات زوجین تشکیل شده صورت گیرد. گامت یا جنین منجمد پس از فوت صاحب آن و با هدف فرزنددار شدن به رحم زوجه یا مادر جایگزین منتقل می‌گردد (۱). برابر گزارش‌ها، نخستین تلقیح پسامرگ در جهان به سال ۱۹۷۷ بازمی‌گردد. اولین عمل برداشت موفق اسپرم از فرد متوفی در حدود سال ۱۹۸۰ انجام گرفت (۲) و اولین فرزند متولد از باروری پسامرگ با استفاده از اسپرم استخراج شده پسامرگ پدر در سال ۱۹۹۷ در انگلستان گزارش شده است (۳).

باروری پسامرگ از موضوعات نوظهور است و از زوایای مختلف از جمله فقه، حقوق، پزشکی، روان‌شناسی و جامعه‌شناسی قابل بحث و بررسی است. کشورهای مختلف دنیا رویکردهای قانونی متفاوتی نسبت به این نوع از باروری دارند. در ایران، با توجه به نقص قانونی موجود و اختلاف نظر عمیق مراجع تقلید در این زمینه، رویه‌های گوناگونی در مراکز درمانی پدید آمده و موجب طرح پرونده‌های قضایی متعددی در این خصوص در دادگاه‌ها شده است.

در ادامه، نخست به بررسی گونه‌های مختلف قانون‌گذاری در زمینه باروری پسامرگ می‌پردازیم. سپس قوانین و مقررات چهار کشور برگزیده فرانسه، ایران، یونان و انگلیس به تفصیل مورد بررسی قرار می‌گیرند.

## ۲. ملاحظات اخلاقی

در تمامی مراحل نگارش این پژوهش، اصول اخلاقی پژوهش به ویژه رعایت اصالت متن، صداقت، رازداری و امانت‌داری رعایت شده است.

## ۳. مواد و روش‌ها

این پژوهش با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی به مطالعه تطبیقی حقوق کشورهای خارجی و شناخت تکنیک‌ها و راه‌کارهای حقوقی گوناگون درخصوص باروری پسامرگ، شرایط دستیابی و آثار آن می‌پردازد. به این منظور، مطالعه حقوق سه کشور فرانسه، یونان و انگلیس مورد تاکید قرار می‌گیرد. همچنین، مرور اجمالی از وضعیت حقوق ایران در این زمینه صورت می‌گیرد.

بی‌شک، کارکرد اساسی مطالعات حقوق تطبیقی، کارکرد نظری آن است که موجب شناخت بهتر حقوق سایر کشورها می‌شود. به بیان دیگر، اساساً حقوق تطبیقی فارغ از کارکرد عملی احتمالی آن در کمک به بهبود حقوق داخلی، به عنوان دانشی نظری مورد تایید است (۴). در این رویکرد، مقایسه، ابزار شناخت نقادانه و تحلیلی حقوق است و از آنجا که آثار و جنبه‌های عملی کمتر مورد تاکید قرار می‌گیرد، مطالعه حقوق کشورهای ناهمگون از حیث ساختار و قواعد حقوقی بیشتر مورد توجه است. در این مقاله نیز، هدف اصلی شناخت حقوق کشورهای دیگر با رویکرد گونه‌شناسی به منظور دسته‌بندی هرچه جامع و کامل‌تر قوانین کشورهای دنیا در موضوع مقاله است (۵). از این رو، نقطه قوت و البته دشواری این پژوهش تلاش حداکثری نگارنده برای دستیابی به منابع اصیل، معتبر و به روز جهت شناخت حقوق کشورهای مختلف و جمع‌آوری هرچه بیشتر احکام و قواعد گوناگون موجود در دنیا در موضوع مورد بحث می‌باشد.

**۴. یافته‌ها**

در ایران، با توجه به نقص قانونی موجود و اختلاف نظر عمیق فقها و مراجع تقلید، رویه‌های گوناگونی در مراکز درمانی پدید آمده و موجب طرح پرونده‌های قضایی متعددی در این خصوص در دادگاه‌ها شده‌است. هریک از این کشورها رویکرد متفاوتی به باروری پسمارگ دارد و به ترتیب دارای وضعیت ابهام قانونی، ممنوعیت کامل، تجویز محدود و تجویز گسترده و آزادانه این نوع باروری می‌باشند.

**۵. بحث****۵-۱. گونه‌شناسی قوانین در زمینه باروری پسمارگ در حقوق تطبیقی**

کشورهای مختلف رویکردهای قانونی متفاوتی نسبت به باروری پسمارگ دارند. در اروپا، کشورهای بلژیک، اسپانیا، انگلیس، پرتغال، یونان و هلند باروری پسمارگ را قانوناً مجاز اعلام نموده‌اند. در مقابل آلمان، فرانسه، ایتالیا، سوئیس و دانمارک صراحتاً این عمل را ممنوع کرده‌اند. در برخی ایالات امریکا نیز این عمل مجاز است. در میان کشورهای اسلامی، ترکیه و تونس باروری پسمارگ را قانوناً ممنوع اعلام نموده‌اند. به این ترتیب، قوانین کشورها درخصوص باروری پسمارگ بر دو دسته عمده است:

الف. باروری پسمارگ ممنوع است:

۱. به تصریح قانون: در اروپا، کشورهای فرانسه (قانون ۱۹۹۴ تا کنون)، دانمارک (قانون ۱۹۹۷)، ایتالیا (قانون ۲۰۰۴) و سوئیس (قانون فدرال ۱۹۹۸) از این دسته‌اند. در حقوق ترکیه، به موجب تصویب‌نامه ۶ مارس ۲۰۱۰ راجع به روش‌ها و مراکز باروری با کمک پزشکی، انجام باروری مصنوعی تنها برای زوجین ازدواج کرده، در قید حیات و در سن باروری و با استفاده از گامت خود زوجین متقاضی امکان‌پذیر است. به این ترتیب، استفاده از گامت یا جنین اهدایی و همچنین باروری پسمارگ قانوناً ممنوع می‌باشد. هرچند در عمل، مراکز درمانی روش‌های درمان ناباروری با اهدای گامت را نیز انجام می‌دهند (۶). در حقوق تونس نیز، به موجب ماده ۴ قانون ۷ اوت

۲۰۰۱ راجع به پزشکی باروری (ش. ۹۳-۲۰۰۱)، انجام باروری مصنوعی تنها با کمک گامت زوجین ازدواج کرده، در قید حیات و در سن باروری امکان‌پذیر است. به این ترتیب، باروری پسمارگ با کمک گامت زوج متوفی ممنوع می‌باشد (۷).

۲. به موجب مقررات دولتی: آلمان (بخشنامه نظام پزشکی فدرال ۲۰۰۶).

ممنوعیت این روش باروری مصنوعی در برخی کشورها عمدتاً به دلیل مخالفت‌های مذهبی (چون تونس) یا ایرادات اخلاقی و حقوقی که چنین باروری در پی دارد (چون فرانسه) می‌باشد. به‌عنوان نمونه پارلمان فرانسه در جریان اصلاح قانون اخلاق زیستی در سال ۲۰۰۴ و ۲۰۱۱ با پیشنهاد قانونی جهت تجویز باروری پسمارگ مخالفت نمود و دلیل این مخالفت را وجود ایرادات اخلاقی و روان‌شناختی به وجود آوردن فرزند یتیم، بروز دعاوی پیچیده مربوط به ارث و وجود مشکلات مربوط به کسب رضایت هر یک از زوجین برای انجام این باروری بیان کرد (۸). در مقابل، کشورهای تجویزکننده این روش با استدلال به آزادی‌های فردی و حق فرزندآوری این نوع باروری را تحت شرایطی اجازه می‌دهند.

ب. باروری پسمارگ مجاز است: یونان (قانون باروری با کمک پزشکی ۲۰۰۲ و ۲۰۰۵)، انگلیس (قانون ۱۹۹۰ راجع به باروری و جنین‌شناسی انسانی و اصلاحات بعدی)، پرتغال (قانون ۲۶ ژوئیه ۲۰۰۶ راجع به باروری با کمک پزشکی)، هلند (قانون ۲۰ ژوئن ۲۰۰۲ راجع به رویان)، اسپانیا (قانون ۲۶ می ۲۰۰۶ راجع به باروری مصنوعی انسانی).

کشورهایی که این عمل را تجویز کرده‌اند، درخصوص شرایط دستیابی و آثار باروری پسمارگ قوانین مختلفی دارند. در ادامه، به بیان روش‌های مختلف قانون‌گذاری در این زمینه در کشورهای مختلف می‌پردازیم.

**۵-۱-۱. شرایط دستیابی به باروری پسمارگ**

مهمترین موارد قابل بررسی در اینجا عبارتند از: شرایط درخواست‌دهندگان، نحوه دریافت رضایت برای انجام باروری پسمارگ، مهلت‌های مقرر در قانون جهت انجام این نوع

باروری و باروری پسامرگ با دخالت‌دهنده ثالث یا مادر جایگزین.

### ۵-۱-۱-۱. درخواست دهندگان باروری پسامرگ

درخواست باروری پسامرگ عموماً از سوی زوجه و پس از فوت شوهر صورت می‌گیرد. نخستین موارد تقاضا و انجام باروری پسامرگ نیز مربوط به باروری با کمک اسپرم شوهر متوفی بوده است. قوانین بسیاری از کشورهای تجویزکننده باروری پسامرگ مانند یونان و اسپانیا نیز تنها ناظر به این نوع می‌باشد. با این وجود، باروری پسامرگ با کمک تخمک زوجه (یا زن) متوفی و نیز درخواست باروری پسامرگ از سوی سایر خویشان به ویژه والدین نیز در عمل وجود داشته و در قوانین یا رویه قضایی برخی کشورها چون انگلیس تجویز شده است (رای دادگاه تجدیدنظر بریتانیا مورخ ۹ سپتامبر ۲۰۱۶).

علت نادر بودن درخواست‌های باروری پسامرگ با تخمک زن متوفی آنست که استخراج تخمک از زن در مقایسه با اسپرم به مراتب دشوارتر است و همچنین فناوری انجماد تخمک و تولد نوزاد با استفاده از آن با چند دهه تاخیر نسبت به انجماد اسپرم ظهور و گسترش یافته است. از منظر حقوقی، عدم تجویز آن از سوی بسیاری از نظام‌های حقوقی به دلیل آنست که این عمل تنها با کمک رحم جایگزین امکان‌پذیر است که خود چالش‌های اخلاقی و حقوقی بسیاری داشته و در بسیاری کشورها ممنوع می‌باشد. باروری پسامرگ به درخواست والدین مرد متوفی با کمک مادر جایگزین در ایران با اجازه دادگاه انجام شده و یک نمونه پرونده در این خصوص گزارش شده است (۱، ۲).

### ۵-۱-۱-۲. رضایت جهت انجام باروری پسامرگ

مسئله رضایت و نحوه دریافت آن از مباحث اصلی در باروری پسامرگ است. نگهداری گامت یا رویان منجمد پس از فوت فرد و استفاده از آن جهت انجام باروری پسامرگ در حقوق بیشتر کشورهای تجویزکننده آن چون بلژیک، اسپانیا، یونان، پرتغال و انگلیس، منوط به آنست که فرد متوفی پیش از فوت

رضایت خود را به این عمل اعلام نموده باشد. این امر بر پایه اصل احترام به خودمختاری انسان‌ها (و یا قاعده تسلط و اصل عدم ولایت در فقه اسلامی) استوار است (۹).

در رژیم اشغالگر قدس (اسرائیل)، «اصل تمایل مفروض» در باروری پسامرگ با اسپرم شوهر متوفی اجرا می‌گردد که برابر آن نیازی به رضایت صریح فرد متوفی نیست. به موجب آیین‌نامه‌های وزارت دادگستری این رژیم درخصوص باروری پسامرگ مصوب اکتبر ۲۰۰۳ (۱۰)، باروری پسامرگ با کمک اسپرم زوج متوفی در دو مرحله صورت می‌گیرد: ۱) استخراج اسپرم از شوهر در شرف فوت یا فوت شده به درخواست زوجه (یا همسر غیررسمی) وی، و ۲) اجازه دادگاه برای استفاده از این اسپرم جهت انجام باروری. دادگاه جهت صدور مجوز، هر پرونده را با توجه به ویژگی‌های خاص خود مورد بررسی قرار داده و دو ملاک عمده کرامت و شان شوهر و تمایل مفروض وی برای انجام این باروری را مورد توجه قرار می‌دهد. در حقوق اسرائیل، اماره‌ای وجود دارد تحت عنوان «تمایل مفروض» (Presumed wish) به این معنی که مردی که در رابطه عاشقانه‌ای با همسرش زندگی می‌کرده، بی‌تردید علاقه‌مند است فرزندش از خود پس از فوتش باقی بگذارد. از زمان‌های دور، ترک دنیا بدون فرزند یکی از نگرانی‌های اسرائیلیان بوده است و امروزه نیز این اندیشه و تمایل به بقاء نسل در میان ایشان همچنان باقی است و در قوانین این رژیم نیز مشهود است (۱۱). این مقررات منتقدانی نیز از میان حقوق دانان این رژیم دارد (۱۲). از دیگر توجیهات بیان شده برای انجام باروری پسامرگ بدون رضایت صریح فرد متوفی اینست که پس از مرگ باید همان طور با افراد رفتار کرد که در زمان حیات احتمالاً مایل بودند با ایشان رفتار شود. بر این اساس، فرد متوفی به احتمال زیاد مایل بود مطابق خواسته‌های عزیزانش (همسر یا والدین) عمل نماید. در نتیجه اگر ایشان مایل به انجام باروری پسامرگ باشند، چه بسا فرد متوفی نیز موافق این عمل می‌بود (۱۳).

در حقوق بلژیک، هلند و انگلیس، انجام باروری پسامرگ منوط به وجود رضایت کتبی و صریح فرد متوفی به انجام این

در **یونان و بلژیک** انتقال رویان به رحم زوجه تنها می‌تواند در فاصله ۶ ماه تا ۲ سال پس از فوت شوهر انجام گیرد. این مهلت با هدف پیشگیری از تصمیم‌گیری‌های احساسی، عجولانه یا تحت فشار خانواده فرد متوفی در قانون پیش‌بینی شده است.

در **هلند** حداقل مدت مقرر در قانون برای انجام باروری پس‌ام‌گ ۲ سال است اما حداکثر مدت در قانون پیش‌بینی نشده است. یعنی لازم است برای انجام این باروری از زمان فوت زوج تا انتقال رویان به رحم زوجه دست کم دو سال بگذرد. در عمل، طولانی بودن این مدت باعث شده است تا درخواست‌های باروری پس‌ام‌گ کاهش یافته و بسیار نادر باشد (۱۵).

در **انگلیس** هیچ مهلتی به عنوان مهلت تامل پیش‌بینی نشده، بلکه قانون مهلت‌هایی را به عنوان زمان مجاز برای نگهداری گامت و رویان منجمد پیش‌بینی نموده است که این مدت ۱۰ سال برای گامت و ۵ سال برای رویان منجمد است. همچنین مرکز باروری و جنین‌شناسی انسانی به مادران توصیه کرده است که برای تصمیم‌گیری راجع به باروری پس‌ام‌گ از مشورت با یک روان‌شناس و متخصصان حوزه سلامت بهره‌گیرند.

در **اسپانیا**، انتقال رویان به رحم باید تا حداکثر ۱۲ ماه پس از فوت فرد انجام گیرد. در صورت رعایت این مهلت، نسب پدری کودک می‌تواند برقرار گردد. انجام باروری پس‌ام‌گ پس از این مهلت نیز در شرایطی مجاز است اما بدون امکان برقراری نسب پدری کودک. به موجب قانون، پس از فوت شوهر، به نگهداری اسپرم منجمد پایان داده می‌شود. اما رویان منجمد حاصل از گامت زوجین تا زمانی که زوجه قادر به انجام باروری باشد می‌تواند محفوظ باقی بماند. در این صورت، هر دو سال یک بار از زوجه جهت تمایل برای ادامه نگهداری آن‌ها استعلام می‌گردد (۱۵).

در **فرانسه**، لایحه قانونی ۲۰۰۲ پیش‌بینی کرده بود که باروری پس‌ام‌گ از طریق انتقال رویان به زوجه تنها پس از گذشت ۶ ماه و پیش از گذشت ۱۸ ماه از زمان فوت زوج

عمل است. در حقوق اسپانیا چنانچه پیش از فوت شوهر، زوجین به اتفاق اقدام به انجام باروری مصنوعی کرده باشند، «**اصل رضایت مفروض**» فرد متوفی برای باروری پس‌ام‌گ با استفاده از رویان منجمد باقی مانده حاکم است و نیاز به رضایت صریح وی نیست (۱۴).

به این ترتیب، درخصوص جایگاه رضایت و تاثیر آن بر تجویز باروری پس‌ام‌گ و آثار این نوع باروری در کشورهای مختلف تفاوت‌هایی وجود دارد. وجود رضایت صریح فرد متوفی برای انجام باروری پس‌ام‌گ گاه شرط تجویز عمل است و گاه تنها شرط برقراری نسب کودک حاصل نسبت به والد متوفی است (حقوق آمریکا و انگلیس).

کیفیت اعلام رضایت صریح پیش‌بینی شده در قوانین کشورهای مختلف گوناگون است. در اسپانیا، در قالب هرگونه سند کتبی شامل وصیت‌نامه، سند رسمی یا دستورالعمل پیشینی پزشکی (وصیت پزشکی) می‌تواند باشد. وصیت (یا دستورالعمل پیشینی) پزشکی (advance healthcare directive or living will) سند حقوقی است که فرد در آن تعیین می‌کند در صورتی که در اثر حادثه یا بیماری دچار حجر و عدم اهلیت حقوقی گشت، چه اعمال و اقدامات پزشکی نسبت به او صورت بگیرد یا نگیرد. در حقوق بلژیک، اعلام رضایت صریح تنها در قالب قرارداد منعقد شده میان فرد متوفی و مرکز درمانی باید باشد. در یونان، رضایت صریح تنها در قالب سند رسمی محضری می‌تواند صورت گیرد (۱۴).

### ۵-۱-۳. مهلت‌های قانونی در خصوص باروری پس‌ام‌گ

در قوانین کشورهای مختلف در زمینه باروری پس‌ام‌گ مهلت‌هایی پیش‌بینی شده است. این مهلت‌ها گاه ناظر به مدت زمانی است که رویان یا گامت منجمد فرد می‌تواند در مراکز درمانی نگهداری شود و گاه ناظر به مهلت قانونی برای انجام باروری پس‌ام‌گ پس از فوت صاحب گامت است که از آن عموماً به «مهلت تامل» یاد می‌شود.

**۴-۱-۱-۵. باروری پسامرگ با گامت اهدایی**

هرچند باروری پسامرگ در شکل نخستین و سنتی خود به باروری با کمک گامت فرد متوفی به درخواست خویشان وی (همسر یا والدین) گفته می‌شود، اما با مرور زمان بر دامنه این مفهوم افزوده شده است و در برخی کشورها آغاز باروری پس از فوت متوفی (عموماً شوهر) و تولد فرزندی منتسب به او بدون استفاده از گامت وی را نیز دربر می‌گیرد. این مفهوم اخیر «باروری پسامرگ با گامت اهدایی» خوانده می‌شود و امروزه انجام آن در حقوق برخی کشورها از جمله بلژیک، هلند و بریتانیا مجاز است (۱۵). توضیح بیشتر آن در بخش دوم ذیل حقوق انگلیس خواهد آمد.

**۵-۱-۱-۵. آیین دادرسی انجام باروری پسامرگ**

قوانین برخی کشورها انجام باروری پسامرگ را منوط به مجوز صادر شده از سوی دادگاه نموده است (حقوق یونان). برخی دیگر صدور مجوز را در صلاحیت مقامات اداری یا مراکز درمانی گذارده‌اند (لایحه اخلاق زیستی ۲۰۰۲ فرانسه، هلند). در برخی کشورها نیز انجام این عمل منوط به کسب مجوز نبوده، بلکه برای برقراری نسب نسبت به والد متوفی حکم قضایی الزامی است (برخی رویه‌ها در ایران).

**۵-۱-۲. آثار باروری پسامرگ**

مهمترین آثار باروری پسامرگ برقراری نسب کودکان متولد از این نوع باروری و حق ارث بری ایشان از والد متوفی است.

**۵-۱-۲-۱. برقراری نسب کودک متولد از باروری****پسامرگ**

از نظر تئوری، برقراری نسب پدری کودکان متولد از باروری پسامرگ (با اسپرم پدر متوفی) می‌تواند از یکی از روش‌های زیر صورت گیرد: از طریق اجرای اماره فراش، اقرار پیشینی پدر به نسب یا به موجب حکم دادگاه (از طریق اثبات رابطه بیولوژیک میان پدر متوفی و کودک متولد یا غیر آن). در کشورهایی که باروری پسامرگ را اجازه می‌دهند، عموماً رابطه نسب کودک با پدر متوفی باید از طریق قضایی و تقدیم

ممکن می‌باشد. این متن هیچ‌گاه به تصویب نرسید. توضیح بیشتر این مطلب در بخش دوم خواهد آمد.

در حقوق **پرتغال**، قانون ۲۶ ژوئیه ۲۰۰۶، بدون آن که مدت مشخصی را تعیین کند مقرر داشته که پس از فوت شوهر، زوجه می‌تواند پس از گذشت «مدت معقول» درخواست باروری از طریق انتقال رویان منعقد شده در زمان حیات شوهر را بدهد (۱۴).

در **امریکا**، به موجب متن قانون یکپارچه ارث، کودک متولد از باروری پسامرگ درخصوص حق ارث بری، در حکم حمل در زمان فوت خواهد بود مشروط به آن که جنین حداکثر ۳۶ ماه پس از فوت والد به رحم مادر منتقل شود (بارداری آغاز گردد) یا کودک حداکثر ۴۵ ماه پس از فوت والد متولد گردد (Section 2-120 (k)). همچنین، به موجب ماده ۷۰۴ قانون یکپارچه نسب ۲۰۱۷، درصورت عدم رضایت کتبی فرد متوفی به باروری پسامرگ، فرد متوفی والد قانونی به شمار نمی‌رود.

توضیح آن که در امریکا قانون واحد و فدرالی در زمینه باروری پسامرگ وجود ندارد، بلکه در هر ایالت احکام خاصی اعمال می‌گردد (۱۳). با این وجود، کمیسیون ملی یکپارچه‌سازی قوانین در امریکا (The Uniform Law Commission-ULC) دو متن قانون پیشنهادی تدوین نموده است که احکامی درباره باروری پسامرگ و کودکان متولد از آن در آن‌ها پیش‌بینی شده است: قانون یکپارچه نسب (Uniform Parentage Act - UPA) و قانون یکپارچه ارث (Uniform Probate Code). اولی مربوط به قواعد نسب و دومی پیرامون احکام میراث و وصیت است. این متون قانونی الزام‌آور نبوده، بلکه صرفاً متن قانونی پیشنهادی برای مراجع قانون‌گذاری ایالتی به شمار می‌رود (۱۶). این متون از زمان تصویب نخستین تا اکنون بارها مورد بازبینی قرار گرفته‌اند.

در **ایران**، برخی فقها باروری پسامرگ به درخواست زوجه را تنها در مدت عده فوت یعنی چهار ماه و ۱۰ روز پس از فوت شوهر جایز می‌دانند. علامه محمدتقی جعفری (۱۷) و آیه الله صناعی (۱۸) از فقهای هستند که قایل به جواز باروری پسامرگ تنها در مدت عده می‌باشند.

## ۵-۲. بررسی تفصیلی حقوق فرانسه، ایران، یونان و

### انگلیس پیرامون باروری پسامرگ

در اینجا به بررسی تفصیلی قوانین چهار کشور فرانسه، ایران، یونان و انگلیس می‌پردازیم. هریک از این کشورها موضع متفاوتی در خصوص باروری پسامرگ اتخاذ نموده‌اند و مطالعه آن‌ها شناخت خوبی نسبت به انواع قانون‌گذاری در این حوزه به دست می‌دهد.

## ۵-۲-۱. ممنوعیت کامل باروری پسامرگ در حقوق

### فرانسه

باروری با کمک پزشکی در فرانسه برای نخستین بار توسط قانون اخلاق زیستی ۲۹ ژوئیه ۱۹۹۴ اصلاحی ۲۰۱۱ قانونمند شد. مقررات قانون یادشده عمدتاً در قالب مواد قانونی به قانون سلامت همگانی (ق.س.ه)، قانون مدنی (ق.م) و قانون مجازات افزوده شده‌است. در ادامه به بررسی شرایط دستیابی به باروری پسامرگ در حقوق فرانسه، آثار این نوع باروری بر نسب کودک و تلاش‌ها جهت بازبینی قوانین کنونی می‌پردازیم.

## ۵-۲-۱-۱. شرایط دستیابی به باروری پسامرگ در

### حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه هر فرد می‌تواند از خدمات دریافت، نگهداری و انجام گامت با هدف پیشگیری از ناباروری ناشی از درمان و جراحی‌های پزشکی بهره‌مند گردد (ماده ال ۱۱-۲۱۴۱ قانون سلامت همگانی). با این وجود، انجام باروری پسامرگ از طریق انتقال پسامرگ گامت یا رویان ممنوع است.

تا پیش از قانون ۱۹۹۴ م، رویه قضایی فرانسه در این خصوص دچار تردید و تشتت بوده و آرا متناضی از سوی دادگاه‌ها صادر شده بود (۱۹). قانون اخلاق زیستی ۲۹ ژوئیه ۱۹۹۴ (برابر ۱۳۷۳/۵/۷) به این تردید پایان داد و باروری پسامرگ را به کلی ممنوع اعلام نمود (۲۰). به موجب ماده ال. ۲-۲۱۴۱ ق.س.ه، از شروط دریافت و انجام خدمات باروری مصنوعی، زنده بودن و در سن باروری بودن زوجین متقاضی است. همچنین به موجب ماده یادشده، موارد زیر مانع انجام عمل

دادخواست اثبات نسب برقرار گردد و اماره فراش قابل اجرا نیست. حقوق انگلیس، بلژیک و هلند از این دسته‌اند. اما حقوق اسپانیا و یونان از این قاعده مستثنا بوده و به موجب آن‌ها نسب پدری می‌تواند صرفاً به موجب قانون (اجرای اماره فراش) و بدون نیاز به حکم قضایی برقرار گردد. در اسپانیا، اگر باروری در مهلت ۱۲ ماه پس از فوت پدر صورت پذیرد، نسب پدری کودک صرفاً به موجب قانون (بدون نیاز به حکم دادگاه) به رسمیت شناخته می‌شود. در یونان نیز، در صورت رعایت شرایط قانونی مقرر (زوجین ازدواج کرده باشند و باروری پسامرگ با کسب اجازه از دادگاه انجام پذیرفته باشد)، اماره فراش در مورد این کودکان مجری است (۱۴).

## ۵-۲-۱-۲. حق ارث بری کودک متولد از باروری

### پسامرگ

کشورهایی که باروری پسامرگ را تجویز نموده‌اند، موضع گوناگونی در خصوص حق ارث بری کودک متولد از آن اتخاذ نموده‌اند. برخی کشورها این حق را به صراحت به رسمیت شناخته و قواعد ویژه‌ای برای ارث بری کودکان متولد از این روش پیش‌بینی نموده‌اند مانند یونان (و لایحه قانونی ۲۰۰۲ فرانسه). برخی دیگر هیچ قواعد ویژه‌ای در خصوص حق ارث بری پیش‌بینی نکرده‌اند و از این‌رو، قواعد عمومی ارث لازم‌الاجراست (مانند هلند) و برخی نیز به کلی این حق را برای کودک متولد منتفی دانسته‌اند هرچند نسب پدری را به رسمیت می‌شناسند (مانند بریتانیا که توضیح آن در بخش ۲ خواهد آمد).

در هلند، به موجب قواعد عمومی ارث در قانون مدنی، برای ارث بری لازم است جنین در زمان فوت پدر در رحم مادر موجود باشد. با توجه به مهلت قانونی حداقل ۲ سال مقرر برای انجام باروری پسامرگ، هیچ یک از کودکان متولد از این روش نمی‌توانند از پدر متوفی خود ارث ببرند (۱۵).

دلیل ممنوعیت مطلق باروری پسامرگ که از سوی نهادهای تصمیم‌گیرنده و قانون‌گذار فرانسه مطرح می‌شود عمدتاً عبارت است از: وجود مسایل و مشکلات اخلاقی و روان‌شناختی که باروری پسامرگ به همراه دارد، مشکلات و چالش‌های حقوقی مربوط به نسب کودک و حق ارث بری وی و نیز مباحث حقوقی مربوط به نحوه دریافت رضایت هر یک از زوجین برای انجام باروری پسامرگ (۸). کمیته مشورتی ملی اخلاق در نظر مشورتی خود به تاریخ ۲۰۱۱/۰۲/۱۰ (برابر ۱۳۸۹/۱۱/۲۱) بیان داشت: «مشارکت عامدانه برای متولد کردن کودک یتیم بدون پدر به این بهانه که این کودک حاصل پروژه والدینی است برتری دادن این مفهوم (برنامه و اراده والدینی) بر الزامی عالی‌تر که همان مصلحت کودک در برخورداری از مهر و تربیت پدری بوده و ترجیح رنج مادر بر رنج کودک آتی است. در اراده زوجین به تولیدمثل پس از مرگ این نگرانی وجود دارد که به موجب میل واهی به بقا از طریق فرزند تحمیل شده باشد و صرفاً زن را در سوگ و گذشته‌اش نگاه دارد» (۲۳).

خارج کردن گامت از کشور جهت انجام باروری پسامرگ خارج از فرانسه: به دلیل وجود ممنوعیت مطلق باروری پسامرگ، شاهد افزایش درخواست‌های زنان بیوه جهت دریافت گامت یا جنین‌های منجمد در مراکز درمان ناباروری و خارج کردن آن‌ها از فرانسه برای انجام باروری پسامرگ در کشورهای دیگر تجویزکننده این عمل هستیم. به موجب ماده ال. ۱-۱۱-۲۱۴۱ ق.س.ه، «وارد یا خارج کردن گامت یا بافت‌های تولیدمثلی (نطفه‌ای) حاصل از بدن انسان منوط به اجازه آژانس زیست-پزشکی است». به موجب بند سوم این ماده، مجوز وارد کردن یا خارج کردن گامت یا بافت‌های تولیدمثلی تنها در صورتی صادر می‌گردد که جهت استفاده در مصارف و مواردی باشد که برابر قوانین، مقررات و اصول پیش‌بینی شده مجاز باشد. دستورالعمل راهنمای اخلاق ۲۰۱۰ (۲۴) نیز در این خصوص مقرر می‌دارد: «در صورت فوت [فرد بیمار]، نگهداری گامت یا بافت‌های تولیدمثلی پایان می‌یابد».

انتقال اسپرم یا رویان به رحم زوجه می‌شوند: فوت یکی از زوجین، تقدیم درخواست طلاق یا جدایی جسمانی به دادگاه و پایان یافتن زندگی مشترک زوجین (جدایی عملی زوجین). به این ترتیب، قانون‌گذار فرانسه با هدف تامین منافع و مصالح کودک، طلاق یا جدایی زوجین یا فوت یکی از ایشان را مانع انجام باروری مصنوعی اعلام کرده است. همچنین انجام باروری مصنوعی در فرضی که یکی از زوجین قادر به ابراز اراده خود نباشد (ابتلا به جنون، رفتن در حالت کما و مانند آن) غیرممکن خواهد بود چرا که انجام این عمل مستلزم اعلام رضایت واقعی از سوی شخص صاحب گامت است (۲۱). برابر ماده ۲۴-۵۱۱ قانون جزای فرانسه، انجام باروری مصنوعی بدون رعایت مقررات ماده ۲-۲۱۴۱ ق.س.ه (از جمله انجام باروری پسامرگ) مجازات کیفری ۵ سال حبس و ۷۵۰۰۰ یورو جزای نقدی را به همراه دارد.

به این ترتیب، در فرانسه باروری مصنوعی ابزار جایگزین باروری طبیعی نیست؛ بلکه چارچوب قانونی پیش‌بینی شده الهام گرفته از الگوی باروری طبیعی است و قانون‌گذار سعی کرده است کودک متولد از باروری مصنوعی در شرایط مشابه کودک متولد از باروری طبیعی متولد و پرورش یابد. در نتیجه، برخلاف برخی کشورهای اروپایی چون انگلیس، اسپانیا و بلژیک، در فرانسه باروری مصنوعی برای افراد مجرد، زوجین همجنس، در صورت ناباروری طبیعی به دلیل بالا رفتن سن زوجین متقاضی یا فوت یکی از ایشان مجاز نیست (۲۲). گفتنی است چارچوب کنونی براساس لایحه قانونی اخلاق زیستی که در تاریخ ۲۴ ژوئیه ۲۰۱۹ تقدیم مجلس ملی شده است، در شرف تغییر و بازبینی است.

به موجب ماده ال. ۴-۲۱۴۱ ق.س.ه، پس از فوت یکی از زوجین، زوج دیگر حق تصمیم‌گیری درخصوص رویان‌های موجود منجمد را دارد و در این خصوص می‌تواند یکی از سه گزینه زیر را برگزیند: (۱) اهدای رویان‌های موجود به زوج دیگری جهت انجام باروری مصنوعی، (۲) اهدای آن برای فعالیت‌های پژوهشی یا درمان‌های سلولی یا (۳) از بین بردن رویان‌ها.



### الف. برقراری نسب کودکان متولد از باروری پسامرگ

درخصوص برقراری نسب کودکان متولد از باروری پسامرگ با کمک اسپرم شوهر متوفی، هرچند نسب مادری بدون مشکل خاصی قابل برقراری است، اما نسب پدری با دشواری‌های ویژه‌ای همراه می‌باشد که در ادامه به تفصیل بیان می‌گردد.

**نسب مادری:** در این موارد، نسب مادری کودک مانند موارد باروری طبیعی بدون مشکل خاصی همچون باروری طبیعی قابل برقراری است و برابر قانون، نسب مادری نسبت به زنی که طفل را به دنیا آورده برقرار می‌گردد (ماده ۲۵-۳۱۱ ق.م).

**نسب پدری:** اما برقراری نسب پدری کودک نسبت به پدر متوفی با دشواری همراه است. چگونگی برقراری این نسب بستگی به رابطه زناشویی پدر متوفی با مادر دارد. در اینجا لازم است میان کودک متولد در نکاح و غیر آن تفکیک قایل شد.

#### ۱. همسران ازدواج کرده

به طور کلی، نسب پدری کودک متولد در نکاح از طریق اماره پدر بودن (Présomption de paternité) (معادل قاعده فراش در حقوق ایران) قابل برقراری است. برابر ماده ۳۱۲ قانون مدنی، «پدر کودکی که در زمان ازدواج نطفه او منعقد شده یا به دنیا آمده باشد، شوهر [زن زایمان‌کننده طفل] است». در اینجا لازم است میان کودکان متولد از انتقال پسامرگ اسپرم زوج متوفی به رحم زوجه و کودک متولد از انتقال پسامرگ جنین منعقد شده در زمان حیات زوج به رحم زوجه تمایز قایل شد. کودکان متولد از طریق انتقال پسامرگ اسپرم زوج به رحم زوجه از دایره شمول قاعده فراش خارج می‌گردند.

همچنین براساس ماده ۳۱۲ ق.م، صرف انعقاد نطفه در زمان ازدواج، امکان اجرای قاعده فراش را ممکن می‌سازد. با این وجود، مقررات ماده ۳۱۱ ق.م. درخصوص حداقل و حداکثر مدت حمل، امکان اجرای این قاعده در مورد کودکان متولد از انتقال پسامرگ جنین را نیز با مشکل مواجه می‌کند. برابر ماده ۳۱۱ ق.م، «به موجب قانون اصل بر این است که نطفه کودک در مدتی بین سیصد تا صدو هشتاد روز پیش از تاریخ تولد منعقد شده است. مطابق این اصل، انعقاد نطفه حسب

وارد کردن رویان به داخل فرانسه یا خارج کردن آن از کشور خلاف مقررات قانونی مجازات کیفری ۳ سال حبس و ۴۵۰۰۰ یورو جریمه نقدی را در پی دارد (ماده ۲۳-۵۱۱ قانون مجازات). همچنین وارد کردن گامت یا سلول تولیدمثلی به داخل فرانسه یا خارج کردن آن از کشور خلاف مقررات قانونی یا بدون کسب مجوز لازم جزای ۲ سال حبس و ۳۰۰۰۰ یورو جریمه نقدی را در پی دارد (ماده ۱-۵۱۱-۲۵ قانون مجازات). با توجه به قوانین و مقررات یادشده، از زمان تصویب قانون اخلاق زیستی ۱۹۹۴، مراجع قضایی فرانسه همواره درخواست‌های دریافت و خارج کردن گامت را از کشور رد می‌کردند (۲۵). اما در سال‌های اخیر، مراجع قضایی اداری (۲۶) از این سخت‌گیری کاسته و در صورت وجود شرایط استثنایی و خاص اقدام به صدور مجوز خارج کردن گامت نموده‌اند (۲۷).

#### ۵-۲-۱-۲. آثار باروری پسامرگ در حقوق فرانسه

پیش از تصویب قانون اخلاق زیستی ۱۹۹۴، پرونده‌های متعددی درخصوص نسب طفل متولد از باروری پسامرگ در دادگاه‌ها مطرح شده بود و آراء متناقضی در این خصوص از سوی دادگاه‌ها صادر گردید. به‌عنوان نمونه، دادگاه شهرستان آنژه در رای خود به تاریخ ۱۰ نوامبر ۱۹۹۲ (۲۸)، نسب پدری کودک متولد از انتقال رویان به رحم مادر دو سال پس از فوت پدر را به رسمیت شناخت.

قانون ۱۹۹۴ انجام باروری پسامرگ را به طور کامل در فرانسه ممنوع اعلام نمود و مجازات کیفری برای افرادی که از این ممنوعیت سرپیچی نمایند پیش‌بینی نمود (ماده ال. ۲-۲۱۴۱ ق.س.ه). با توجه به ممنوعیت یاد شده، هیچ مقررات ویژه‌ای درخصوص نسب و ارث کودکان متولد از این روش در داخل یا خارج فرانسه در قوانین پیش‌بینی نشده است. در نبود مقررات و قوانین ویژه، نسب کودک متولد از باروری پسامرگ در حقوق فرانسه مشمول قواعد عمومی موجود درخصوص نسب و ارث می‌باشد (۲۲).

ممکن است که فرد اجازه صریح و کتبی خود را به انجام این آزمایش در زمان حیاتش داده باشد (۲۹).  
با پذیرش امکان برقراری نسب پدری از طریق قضایی، پرسش مهمی که مطرح است آثار نسب برقرارشده به ویژه ارث می‌باشد که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ب. حق ارث بری کودکان متولد از باروری پسامرگ

برابر ماده ۷۲۵ قانون مدنی، «اگر شخص [برای ارث بردن باید در زمان فوت فرد متوفی وجود داشته باشد یا چنانچه نطفه او پیشتر منعقد گشته، باید زنده متولد گردد]. با استفاده از مفاد این ماده و ماده ۳۱۲ ق.م. می‌توان استنباط نمود که عبارت «نطفه پیشتر منعقد شده» (Enfant conçu) می‌تواند شامل جنین آزمایشگاهی نیز بشود.

برابر قواعد عمومی ارث، وصیت و هبه، حمل موجود (Enfant à naître) می‌تواند در صورت مقتضی ارث ببرد یا نسبت به او وصیت یا هبه صورت گیرد، مشروط به آن که زنده متولد گردد (مواد ۷۲۵ و ۹۰۶ ق.م). درخصوص کودک متولد از باروری پسامرگ، چنانچه باروری از راه انتقال پسامرگ اسپرم به رحم زوجه انجام گیرد، بی‌شک قواعد یادشده قابل اجرا نبوده و از ارث بهره‌ای نخواهد داشت. اما در صورت انتقال پسامرگ جنین لقاح یافته در زمان حیات زوج به رحم زوجه، حکم مساله مورد تردید است. برخی حقوق‌دانان معتقدند شاید بتوان چنین کودکی را مشمول ماده ۷۲۵ و ۹۰۶ ق.م. دانست و حق ارث بری برایش قایل شد. اما برابر تفسیر دیگر، این حق تنها نسبت به حمل موجود در زمان فوت زوج ثابت است و نه جنین آزمایشگاهی.

در نتیجه، به طور خلاصه می‌توان گفت در صورت انتقال پسامرگ رویان به رحم زوجه، نسب پدری کودک متولد از طریق قضایی قابل برقراری است چه در صورت وجود رابطه نکاح میان زوجین (از طریق احیا اماره پدر بودن) و چه در نبود پیوند نکاح (از طریق طرح دعوای اثبات نسب در دادگاه). درخصوص آثار این نسب و حق ارث بری کودک از پدر متوفی، همچنان که گذشت، دو تفسیر وجود دارد. در صورت انتقال پسامرگ اسپرم به رحم زوجه، تنها برقراری نسب از طریق

آنچه مصلحت کودک افضا کند، در یک لحظه از این دوره صورت گرفته است. دلیل معارض جهت رد این امارات می‌تواند اقامه شود. به این ترتیب، در باروری پسامرگ، اماره پدر بودن قابل اجرا نیست چراکه کودک عملاً ۳۰۰ روز پس از فوت شوهر متولد می‌شود.

البته قانون مدنی فرانسه در ماده ۳۲۹، امکان برقراری مجدد (احیا) اماره پدر بودن را در شرایطی پیش‌بینی می‌کند. برابر این ماده «زمانی که اماره پدر بودن به موجب ماده ۳۱۳ اعمال نشود، هر یک از زوجین در زمان صغر کودک می‌تواند با اثبات این که شوهر، همان پدر است، درخواست نماید که آثار این اماره دوباره برقرار گردد. این دعوا برای کودک تا ده سال پس از بلوغ وی مفتوح است». به این ترتیب، زوجه از طریق تقدیم دادخواست و با اثبات این که شوهر متوفی وی همان پدر بیولوژیک کودک است می‌تواند اماره فرانش را دوباره احیا نموده و نسب برقرار گردد. این درخواست همچنین توسط خود کودک پس از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام می‌تواند اقامه گردد.

### ۲. همسران ازدواج نکرده

با توجه به این که اماره پدر بودن تنها در مورد کودکان متولد در نکاح قابل اجراست، به طور کلی نسب کودکان متولد خارج نکاح از طریق اقرار، تصرف وضع مدنی (Possession d'état) و اگر نه از طریق قضایی و حکم دادگاه (به ویژه زمانی که پدر از اقرار به نسب خودداری ورزد یا محجور شده یا فوت نموده باشد) قابل برقراری است (مواد ۳۱۶، ۳۱۷، ۳۲۵ و ۳۲۷ قانون مدنی). با توجه به مقررات موجود در حقوق فرانسه، برقراری نسب کودک متولد از باروری پسامرگ از طریق اقرار یا تصرف وضع مدنی امکان‌پذیر نیست، بلکه تنها از طریق قضایی ممکن است. در فرض برقراری نسب از طریق قضایی، ارائه دلیل و گواهی پزشکی مبنی بر تولد کودک از طریق اسپرم شوهر متوفی ضروری است. به این منظور، ممکن است دادگاه دستور انجام آزمایش ژنتیک را دهد. به موجب ماده ۱۱-۱۶ قانون مدنی، انجام آزمایش ژنتیک بر روی فرد متوفی در صورتی

حکم باروری پسامرگ از نظر جواز یا ممنوعیت، شرایط دستیابی و آثار آن بر نسب طفل در قوانین و مقررات ایران مسکوت مانده است. آرا فقها و حقوق دانان ایران نیز در خصوص جواز این نوع باروری و آثار آن گوناگون است.

در میان مراجع تقلید معاصر، آیات عظام خامنه‌ای، صانعی، فاضل لنکرانی و سیستانی باروری پسامرگ را تجویز نموده‌اند. اما شرایط پذیرش نزد هریک از مراجع نام برده متفاوت است. آیه الله خامنه‌ای مطلقاً این عمل را مجاز می‌داند چه در زمان عده وفات چه پس از آن یا حتی پس از ازدواج مجدد زن (به شرط موافقت همسر دوم) (۳۲). آیه الله صانعی تنها در زمان عده وفات جایز می‌داند با این استدلال که رابطه نکاح در این مدت همچنان باقی است (۱۸). براساس نظر آیه الله فاضل لنکرانی نیز «تلقیح نطفه زن و مرد بعد مرگ مرد و قراردادن آن در رحم زن جایز است» (۳۳).

با توجه به تجویز این عمل از سوی تعدادی از مراجع تقلید، در عمل برخی مراکز درمان ناباروری اقدام به انجام این نوع باروری مصنوعی نموده‌اند اما آمار دقیقی از تعداد کودکان متولد از این روش باروری در دست نیست. رویه قضایی نیز در این خصوص دچار تردید و تشتت است. تاکنون هیچ‌گونه رای دیوان عالی در این زمینه منتشر نشده است. دعاوی مطرح شده و آراء دادگاه‌ها در این خصوص محدود و در محاکم سطح کشور پراکنده‌اند و برخی از آن‌ها در آثار حقوق دانان منتشر شده‌اند (۱، ۲). بررسی این آرا نشان می‌دهد که بعضی مراکز درمان ناباروری برای انجام باروری پسامرگ مجوز دادگاه را مطالبه می‌کنند و برخی دیگر خیر. در خصوص رویه دادگاه‌ها در تجویز این نوع باروری، در مواردی، دادگاه‌ها اقدام به صدور مجوز برای انجام باروری پسامرگ به درخواست زوجه یا والدین فرد متوفی نموده‌اند.

پس از تولد نوزاد، مشکل اصلی برقراری نسب کودک، صدور شناسنامه و مسئله ارث او از والد متوفی است که موضوع چندین پرونده قضایی در دادگاه‌های ایران بوده و احکام متفاوتی در این خصوص از سوی محاکم صادر شده است (۱، ۲). در این خصوص، اداره حقوقی قوه قضائیه در نظر مشورتی

قضایی امکان‌پذیر است اما هیچ‌گونه حق ارث بری برای وی قابل تصور نخواهد بود (۲۹).

### ۵-۲-۱-۳. تلاش‌ها برای اصلاح قوانین موجود در

#### فرانسه

با وجود ممنوعیت مطلق باروری پسامرگ در قوانین موجود، تلاش‌هایی در چارچوب بازبینی قانون اخلاق زیستی ۱۹۹۴ در سال‌های ۲۰۰۴، ۲۰۱۱ و ۲۰۱۹ جهت رفع ممنوعیت صورت گرفته که تاکنون بی‌نتیجه مانده است (۳۰). به مناسبت نخستین بازبینی قانون اخلاق زیستی، شورای ملی مشورتی اخلاق (CCNE) در گزارش خود به سال ۱۹۹۹، پیشنهادهای برای اصلاح قانون مدنی در زمینه نسب و ارث جهت تجویز باروری پسامرگ داده بود. این پیشنهادات در متن لایحه پیشنهادی ۲۰۰۲ منعکس شد، اما نهایتاً رای نیابرد. لایحه قانونی اخلاق زیستی ۲۲ ژانویه ۲۰۰۲ در نگارش اولیه (۳۱) مقرر نموده بود که باروری پسامرگ با استفاده از انتقال رویان منعقد شده در زمان حیات زوجین (و نه از طریق انتقال پسامرگ اسپرم مرد متوفی به رحم زوجه) بدون نیاز به حکم دادگاه و تنها توسط نظارت مرکز درمانی امکان‌پذیر است. این پیشنهاد قانونی نهایتاً توسط پارلمان رد شد و از متن نخستین لایحه حذف گردید. گفتنی است در اصلاحات پیشنهادی که تا کنون در فرانسه جهت تجویز باروری پسامرگ ارائه شده است، بر لزوم برقراری نسب پدری کودک و همچنین حق ارث بری وی از پدر متوفی تاکید شده است.

### ۵-۲-۲. انجام باروری پسامرگ در سکوت قانون در

#### حقوق ایران

در ایران، قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲ و آیین‌نامه اجرایی آن، تنها متون قانونی خاص در باب باروری مصنوعی می‌باشند. این قانون ذیل شرایط زوجین متقاضی اهدای جنین، به شرط زنده بودن زوجین تصریح نکرده است. همچنین در این قانون اشاره نشده که مجوز دادگاه برای اهدای جنین تا چه مدت معتبر است. از این رو،

در این موارد شوهر (یا همسر غیررسمی) باید رضایت خود را برای انجماد اسپرم به جهت استفاده آن برای انجام باروری پس از فوتش به صورت سند رسمی (نزد مامور ثبت اسناد) اعلام و ثبت نماید. درخصوص این که در این موارد چه روش باروری مصنوعی مجاز است، متن ماده ۱۴۵۷ قانون مدنی (بند ۲) تصریح به تزریق اسپرم پس از فوت (تلقیح پسامرگ) (H) انتقال جنین لقاح یافته پیش از فوت به رحم زن را نیز به دلیل وحدت ملاک جایز می‌دانند. در حقوق یونان، باروری پسامرگ با اسپرم اهدایی مجاز نیست (۳۷).

به موجب قانون، باروری پسامرگ تنها از طریق مجوز دادگاه می‌تواند صورت گیرد. ارائه درخواست انجام باروری پسامرگ به دادگاه توسط زوجه پس از گذشت مهلت تامل ۶ ماه پس از فوت همسر ممکن بوده و تزریق اسپرم یا انتقال رویان به رحم زوجه تا پیش از گذشت دو سال از فوت مجاز است. به این ترتیب، در فاصله فوت همسر تا ماه ۶ پس از فوت و نیز پس از دو سال از فوت وی انجام باروری پسامرگ ممکن نیست (بند ۲ ماده ۱۴۵۷ ق.م).

### ۵-۲-۳-۲. آثار باروری پسامرگ در حقوق یونان

از مهم‌ترین آثار باروری پسامرگ برقراری نسب، اعتراض به آن و حق ارث بری است که در ادامه توضیح هر یک می‌آید.

#### الف. برقراری نسب

درمورد زوجین ازدواج کرده، نسب کودک مشروع بوده و اگر شرایط قانونی رعایت شده باشد، نسب پدری به موجب اماره فراش برقرار می‌گردد. به این ترتیب، در حقوق یونان، کودکان متولد از باروری پسامرگ با گامت زوج متوفی کودکان مشروع متولد در ازدواج محسوب می‌شوند که نسب پدری‌شان نسبت به پدر متوفی (همسر زوجه دریافت‌کننده خدمات باروری مصنوعی) برقرار می‌شود مشروط به آن که این باروری با رعایت شرایط قانونی و مجوز دادگاه صورت پذیرفته باشد (ماده ۱۴۶۵ ق.م بند ۲ و ۳). اما چنانچه مهلت قانونی ۲ سال مقرر در ماده ۱۴۵۷ رعایت نشود و انتقال اسپرم یا رویان به

ش. ۳۸۶۶-۷-۱۳/۱۳۷۷/۱۳ اعلام کرده است: «طفل ناشی از تلقیح با اسپرم شوهر، ملحق به شوهر است چه در زمان زوجیت و عده و یا بعد از طلاق و انقضا عده. طفل ولدزنا نیست و به پدر و مادر ملحق می‌شود» (۳۴). در میان فقهای که باروری پسامرگ را تجویز نموده‌اند، برخی قایل به برقراری نسب مشروع کودک نسبت به پدر متوفی با تمام آثار آن از جمله حق ارث بری هستند (آیه الله صانعی و فاضل لنکرانی) و عده‌ای دیگر تنها نسب را برقرار می‌دانند بدون حق ارث بری (آیه الله خامنه‌ای و سیستانی) (۳۵، ۳۶).

با توجه به آن که تمرکز این پژوهش مطالعه حقوق کشورهای خارجی و بهره‌مندی از نتایج حقوق تطبیقی است، در اینجا به تفصیل بیشتر فقه و حقوق ایران نمی‌پردازیم بلکه این خود موضوع پژوهش مستقلی است.

### ۵-۲-۳. تجویز محدود باروری پسامرگ در حقوق یونان

قانون‌گذاری در زمینه باروری‌های مصنوعی در حقوق یونان عمدتاً از طریق دو قانون مصوب در سال‌های ۲۰۰۲ (قانون ش. ۲۰۰۲-۳۰۸۹ راجع به باروری با کمک پزشکی) و ۲۰۰۵ (قانون ش. ۲۰۰۵-۳۳۰۵ مربوط به اجرای باروری با کمک پزشکی) صورت گرفته است. مقررات این قوانین، به صورت مواد قانونی به قانون مدنی افزوده شده‌اند. در ادامه به بررسی شرایط دستیابی به باروری پسامرگ و آثار آن در این کشور می‌پردازیم.

### ۵-۲-۳-۱. شرایط دستیابی به باروری پسامرگ در

#### حقوق یونان

در حقوق یونان باروری پسامرگ در دو صورت مجاز است: نخست چنانچه شوهر یا همسر غیررسمی زن مبتلا به بیماری باشد که بیماری یا درمان آن خطر ناباروری را برایش به همراه داشته باشد مانند برخی انواع سرطان و دوم این که وضعیت حرفه‌ای یا اجتماعی شوهر به گونه‌ای باشد که خطر مرگ در کمین وی باشد مانند افرادی که برای انجام عملیات نظامی به مناطق جنگی اعزام می‌شوند (بند ۱ ماده ۱۴۵۷ ق.م).

صورت گیرد، موصی له می‌تواند از وصیت بهره‌مند گردد (این وصیت صحیح است).»

#### ۴-۲-۵. تجویز آزادانه باروری پسامرگ در حقوق

##### انگلیس

حقوق انگلیس از قوانین بسیار آزادانه‌ای در این زمینه برخوردار است. به موجب آن، نه تنها باروری پسامرگ با گامت زوج متوفی بلکه باروری پسامرگ با گامت اهدایی نیز مجاز است. در ادامه به بررسی شرایط دستیابی به باروری پسامرگ و آثار آن در حقوق انگلیس می‌پردازیم.

#### ۵-۲-۴-۱. شرایط دستیابی به باروری پسامرگ در

##### حقوق انگلیس

در انگلیس گامت و رویان می‌توانند پس از فوت صاحبان آن مورد استفاده قرار گیرند مشروط به آن که صاحب یا صاحبان گامت رضایت صریح و کتبی خود را جهت استفاده پسامرگ گامت ایشان اعلام نموده باشند. در نتیجه، زن می‌تواند اسپرم منجمد یا رویان لقاح یافته با اسپرم همسر متوفی خود را جهت انجام باروری مورد استفاده قرار دهد مشروط به آن که صاحب اسپرم رضایت صریح خود را برای ذخیره گامت و استفاده از آن جهت انجام باروری پسامرگ اعلام نموده باشد (بند ۲ ماده ۲ پیوست ۳ قانون ۱۹۹۰). همچنین زن می‌تواند نام همسر صاحب اسپرم خود را به عنوان پدر قانونی طفل در گواهی ولادت ثبت نماید مشروط به این که وی به این امر رضایت داده باشد (ماده ۳۹ و ۴۰ قانون ۲۰۰۸). به علاوه، زمانی که رویان در زمان حیات زوج و با استفاده از اسپرم اهدایی لقاح یافته باشد، اما پس از فوت همسر به رحم زن منتقل گشته باشد قوانین مشابهی قابل اجراست، مشروط به آن که زوج متوفی به انجام باروری پسامرگ با گامت اهدایی رضایت داده باشد (ماده ۴۰ قانون ۲۰۰۸).

در انگلیس، قانون باروری و جنین‌شناسی انسانی ۱۹۹۰ (۳۸) به صراحت انتقال پسامرگ اسپرم یا جنین را به رحم زوجه جهت انجام باروری پسامرگ اجازه می‌داد، بدون آن که امکان

رحم زوجه پس از مهلت دو سال صورت گیرد، عمل فاقد مجوز قضایی محسوب می‌گردد زیرا مجوز قضایی تنها تا سال دوم پس از فوت زوج اعتبار دارد.

اما در مورد کودک متولد خارج از نکاح (همسران غیررسمی)، نسب مادری نسبت به زن زایمان‌کننده برقرار می‌گردد و نسب پدری از طریق اقرار پدر مشروط به وجود مجوز دادگاه و رضایت رسمی پدر (پیش از فوت) می‌تواند برقرار گردد. به این ترتیب، رضایت مکتوب و رسمی پدر پیش از فوت در حکم اقرار به نسب پدری پس از (فوت و) تولد کودک است (۳۷).

##### ب. اعتراض به نسب

قانون در این زمینه احکام ویژه‌ای پیش‌بینی نکرده است. اما از لحاظ نظری و با استفاده از قواعد عمومی نسب و قواعد اختصاصی باروری مصنوعی پسامرگ، می‌توان گفت که امکان نفی نسب در برخی شرایط وجود دارد. به‌عنوان مثال هرگاه والدین همسر متوفی مدعی شوند رضایت رسمی مقرر در قانون وجود نداشته یا این که رویان حاصل از گامت اهدایی بوده و نه گامت هردوی زوجین. در این شرایط یا باید به رای دادگاه تجویزکننده عمل اعتراض نمود یا به نسب پدری برقرار شده (ماده ۱۴۷۰ ق.م). در مورد اخیر (اعتراض به نسب)، افراد مجاز برای طرح دعوا بسیار محدود می‌باشند که در قانون به صراحت تعیین شده‌اند (ماده ۱۴۶۹ ق.م).

##### پ. حق ارث بری

کودک متولد از باروری پسامرگ از حقوق ارث بری نسبت به ترکه پدر متوفی برخوردار است و از این جهت تفاوتی با کودک متولد از باروری طبیعی ندارد. به موجب ماده ۱۷۱۱ ق.م، «کودکی که در زمان فوت متوفی زنده یا دست کم بصورت حمل موجود باشد می‌تواند ارث ببرد. همچنین کودکی که از طریق باروری پسامرگ متولد شده است می‌تواند ارث ببرد. زمان آغاز انتقال ترکه همان زمان فوت متوفی (مورث) است.»

این ماده توسط بند نخست ماده ۱۹۲۴ ق.م کامل گردیده است: «با رعایت مقررات بند ۲ ماده ۱۷۱۱، اگر وصیت نسبت به فردی که هنوز نطفه او در زمان فوت موصی لقاح نیافته

اعلام نماید (بند ۱ ماده ۴۰ قانون ۲۰۰۸). این امکان نه تنها نسبت به شوهر در پیوند ازدواج بلکه نسبت به هر مرد دیگری که به این امر رضایت داده باشد، نیز وجود دارد (بند ۲ ماده ۴۰ قانون ۲۰۰۸).

در دو مورد بالا، همچنین لازم است مادر ظرف ۴۲ روز پس از ولادت کودک کتباً اعلام نماید که شوهر یا همسر غیررسمی متوفی خود را به عنوان پدر قانونی کودک انتخاب نموده است. مهلت انجام باروری پسامرگ همان مهلت مقرر در قانون ۲۰۰۸ (بند ۳ ماده ۱۵) جهت نگهداری گامت و رویان منجمد و برابر ۱۰ سال می‌باشد.

### پ. خارج نمودن گامت از کشور جهت انجام باروری

#### پسامرگ

هرچند قوانین انگلیس در زمینه باروری پسامرگ بسیار آزادانه است اما گاه اتفاق می‌افتد (به ویژه در موارد مرگ ناگهانی) که رضایت صریح همسر متوفی در زمان حیاتش به باروری پسامرگ وجود ندارد و بنابراین انجام باروری در بریتانیا ممکن نیست. در این مواقع عموماً زوجه درخواست خارج کردن گامت همسر متوفی خود از کشور بریتانیا را جهت انجام باروری در خارج کشور دارد. مرکز باروری و جنین‌شناسی انسانی (۴۲) مرجع صدور مجوز و دارای اختیار تام در این زمینه است. تصمیم‌های این مرکز قابل اعتراض در مراجع قضایی می‌باشد. به این ترتیب، برخی افرادی که قادر به انجام باروری پسامرگ در انگلیس نمی‌باشند اقدام به درخواست دریافت مجوز جهت خارج کردن گامت یا جنین منجمد از کشور می‌نمایند. مسئله خارج کردن گامت همسر متوفی برای نخستین بار در پرونده خانم دیان بلاد (Diane Blood) مطرح شد (۴۱). در این پرونده، در پی تصمیم دادگاه تجدیدنظر، مرکز باروری و جنین‌شناسی انسانی مجوز خارج نمودن اسپرم از کشور را برای خانم بلاد صادر نمود و وی از این طریق صاحب دو فرزند شد (۴۳).

در پرونده دیگری که برای نخستین بار درخواست انجام باروری پسامرگ با تخمک زن متوفی (و نه اسپرم شوهر) داده می‌شد، مادری که دخترش، خانم ای.ام، در اثر بیماری سرطان

برقراری نسب پدری کودک نسبت به صاحب اسپرم وجود داشته باشد (۳۹). در ادامه، قانون ۲۰۰۳ (۴۰) نسب پسامرگ را به رسمیت شناخت و به موجب آن امکان ثبت برخی اطلاعات هویتی شوهر یا همسر غیررسمی مادر در اسناد ثبت احوال و گواهی ولادت کودک فراهم گردید. این قانون در پی مطرح شدن پرونده قضایی خانم دیان بلاد (Diane Blood) (۴۱) که بسیار رسانه‌ای گشت، به تصویب رسید. در ادامه نیز قانون سال ۲۰۰۸ (HFEA 2008) دایره شمول قوانین پیشین را گسترش داد. در ادامه، مواردی که براساس قانون باروری و جنین‌شناسی انسانی اصلاحی ۲۰۰۸ امکان انجام باروری پسامرگ وجود دارد، می‌آید.

### الف. باروری پسامرگ با استفاده اسپرم شوهر

در این جا زن می‌تواند در صورت فوت شوهر یا همسر غیررسمی خود، درخواست انجام باروری پسامرگ از طریق انتقال پسامرگ اسپرم یا جنین (لقاح یافته در زمان حیات همسر) را بدهد. در این صورت، دو حالت قابل تفکیک است:

۱. مرد صاحب اسپرم قانوناً به عنوان پدر کودک شناخته شود: مشروط به آن که مرد در زمان حیاتش رضایت خود را جهت انجام باروری پسامرگ با استفاده از گامت وی و این که به عنوان پدر قانونی کودک شناخته شود، اعلام نموده باشد (ماده ۳۹ قانون ۲۰۰۸).

۲. مرد صاحب اسپرم فاقد جایگاه و نسب حقوقی باشد: در اینجا صرفاً لازم است مرد در زمان حیاتش رضایت خود را جهت انجام باروری پسامرگ با استفاده از گامت وی اعلام نموده باشد.

### ب. باروری پسامرگ با استفاده از اسپرم اهدایی

پس از فوت شوهر، زوجه می‌تواند درخواست انجام باروری پسامرگ از طریق انتقال جنین لقاح یافته (پیش یا پس از فوت همسر) با استفاده از اسپرم اهدایی به رحم خود را بدهد و در گواهی ولادت نام شوهر متوفی به عنوان پدر قانونی قید گردد. در اینجا لازم است شوهر متوفی (که صاحب اسپرم نیست) در زمان حیاتش رضایت خود را جهت این که به عنوان پدر قانونی کودک متولد از باروری پسامرگ شناخته شود

۳) مادر باید ظرف مهلت ۴۲ روز پس از تولد کودک اظهارنامه کتبی امضا کند و در آن ذکر نماید که مایل است فرد دیگری (همسر متوفی) به عنوان پدر کودک در اسناد ثبت احوال قید گردد. وی همچنین باید اسناد و مدارک پزشکی اثباتی درمان ناباروری انجام گرفته را ارائه نماید.

۴) هیچ فرد دیگری نتواند به موجب قوانین (مواد ۳۵، ۳۶، ۳۸، ۴۲ و ۴۳ قانون ۲۰۰۸ یا مقررات مربوط به فرزندخواندگی) به عنوان پدر قانونی کودک شناخته شود (۲۹).

### ۶. نتیجه‌گیری

در ایران، تحلیل‌های فقهی موجود در آرا و مباحث فقها در این زمینه بیش از همه بر بقا یا عدم بقای رابطه نکاح میان مادر حامل و صاحب گامت پس از فوت زوج تاکید دارد و از امور دیگر چون مصلحت طفل، وضعیت روحی ویژه بازماندگان پس از فوت صاحب گامت و بیان دقیق شرایط دستیابی و آثار این نوع باروری غافل مانده‌اند. تشتت و عدم‌اجماع فقهی - حقوقی و در پی آن تردید و گوناگونی رویه قضایی و درمانی در ایران لزوم مداخله تقنینی را در حوزه باروری پسامرگ به خوبی آشکار می‌سازد. سکوت قانون‌گذار ایران در زمینه باروری پسامرگ همچون بسیاری دیگر از تکنیک‌های باروری با کمک پزشکی، جدای از نبود پویایی تقنینی در کشور، نشان از عدم تمایل قانون‌گذار به ممنوع ساختن صریح این روش از یک سو، و عدم توفیق در وضع چارچوب دقیق و منسجم جهت تجویز قانونی به دلیل مخالفت‌های عمدتاً مذهبی از سوی دیگر دارد. مطالعه حقوق کشورهای مختلف دنیا در این پژوهش زوایای مختلف این پدیده و ملاحظات اخلاقی، حقوقی و قضایی گوناگون در این زمینه را به خوبی آشکار ساخت. در میان چهار کشور بررسی شده در بخش دوم، فرانسه با وضع ممنوعیت کامل قانونی و ضمانت اجرای کیفری این ممنوعیت، بیشترین سخت‌گیری را پیرامون باروری پسامرگ دارد. قوانین یونان اما تلاش در ایجاد چارچوبی دقیق و محدود برای انجام این نوع باروری از طریق مجوز قضایی و با حفظ حق کودک در برخورداری از نسب پدری (از طریق اماره فراش)، ارث و وصیت

فوت کرده بود، متقاضی خارج نمودن تخمک وی از کشور بود (۴۴). در این مورد نیز، هرچند به دلیل مشکل نبود رضایت صریح فرد متوفی به انجام باروری پسامرگ، در مراحل نخستین با درخواست مادر مخالفت شد، اما در نهایت در پی حکم دادگاه تجدیدنظر در تاریخ ۹ سپتامبر ۲۰۱۶ (۴۵)، مرکز باروری و جنین‌شناسی انسانی مجوز خارج کردن تخمک خانم ای.ام. و بردن آن به آمریکا (جهت انجام لقاح با اسپرم اهدایی و کاشت آن در رحم مادر ای.ام. به منظور انجام باروری) را صادر نمود (۴۶).

### ۵-۲-۴-۲. آثار باروری پسامرگ در حقوق انگلیس

در انگلیس، قانون باروری و جنین‌شناسی انسانی مصوب ۱۹۹۰ به صراحت انجام باروری پسامرگ را اجازه داد، اما برقراری نسب پدری طفل متولد را نسبت به مرد متوفی صاحب گامت ممنوع کرده بود. در ادامه، قانون ۲۰۰۳ ذکر برخی اطلاعات همسر متوفی از جمله نام و نام خانوادگی، شغل و محل ولادت وی را در اسناد ثبت احوال و گواهی ولادت کودک اجازه داد. با این وجود، قید نمودن نام فرد متوفی در اسناد ثبت احوال به معنی برقراری نسب کامل با تمامی آثار نمی‌باشد. بلکه صرفاً اقدامی نمادین است. این نسب تنها از طریق قضایی می‌تواند برقرار گردد، هیچ اثری جز قید نام پدر در اسناد ثبت احوال نداشته و این رابطه نسبی فاقد هرگونه حق ارث بری، ممنوعیت نکاح، حق نفقه و غیر آن می‌باشد (بند ۳ ماده ۴۸ قانون ۲۰۰۸) (۴۳).

در هر صورت، قید نام پدر متوفی در اسناد ثبت احوال به طور خودکار صورت نمی‌گیرد بلکه نیاز به وجود شرایطی دارد که به قرار زیر است:

۱) همسر متوفی مادر باید رضایت صریح و کتبی خود را برای انجام باروری پسامرگ و این که به عنوان پدر کودک شناخته شود اعلام نموده باشد.

۲) وی همچنین باید رضایت خود برای رفع محرمانگی درخصوص تکنیک باروری مصنوعی مورد استفاده را اعلام نموده باشد.

**۷. تقدیر و تشکر**

از تمامی افرادی که من را در انجام این پژوهش یاری کرده‌اند، سپاسگزارم.

**۸. سهم نویسندگان**

نویسنده منحصر این پژوهش تمامی مراحل تحقیق علمی را خود به انجام رسانده است.

**۹. تضاد منافع**

پژوهش حاضر تضاد منافع ندارد.

دارد. در مقابل، حقوق انگلیس با تجویز گسترده و آزادانه باروری پسامرگ حتی با گامت اهدایی و محور قراردادن حداکثری اصل آزادی اراده، مفهوم باروری پسامرگ را متحول کرده است. متأسفانه در این نظام حقوقی، حقوق کودک در خصوص برخورداری از هر دوی والدین و حق ارث بری، قربانی آزادی اراده افراد بالغ (والد یا والدین) می‌شود.

امکان سنجی استفاده از تجربیات کشورهای دیگر با هدف اصلاح حقوق داخلی نیازمند طرح تفصیلی مباحث حقوق ایران و فقه اسلامی است که بیان آن در این مجال نمی‌گنجد و موضوع پژوهشی دیگر است. از نظر نگارنده، دلایل اخلاقی و حقوقی مخالفان باروری پسامرگ به ویژه حق کودک در برخورداری از پدر و مادر، نظریه ممنوعیت این نوع باروری را تقویت می‌نماید. انجام باروری پسامرگ در مدت عده وفات (چهار ماه و ده روز) نیز که از سوی برخی فقها مورد تایید قرار گرفته است، قابل انتقاد است چرا که تصمیم‌گیری مادر در خصوص آغاز باروری مصنوعی و متولد نمودن فرزندی یتیم در دوره سوگ و مدت کوتاهی پس از فوت همسر ممکن است شتابزده و از روی احساسات زودگذر باشد. از این رو، لازم است دست کم با نظارت و مشاوره هیاتی از متخصصین رشته‌های مختلف چون پزشکی، روانشناسی، فقه و حقوق و در شرایط خاص تجویز گردد.

به هر روی، چنانچه قانون‌گذار ایران قصد تجویز این عمل را دارد، نیازمند جسارت و نوآوری قانونی در حقوق داخلی هستیم و لازم است شرایط و ضوابط دستیابی به این نوع باروری (از نظر درخواست‌دهندگان، مهلت انجام باروری، نحوه دریافت رضایت صاحبان گامت و آیین دادرسی) و آثار آن به درستی، دقت و صراحت پیش‌بینی گردد. بی‌شک، شفافیت قانونی از بروز دعاوی در خصوص آثار این نوع باروری به ویژه اخذ شناسنامه، برقراری نسب کودکان متولد و سهم الارث ایشان جلوگیری خواهد نمود و از آسیب‌های وارد آمده به کودکان و خانواده‌ها در این موارد خواهد کاست.



## References:

1. Alizadeh L, Omani Samani R. Posthumous assisted reproduction: patients' rights and Islamic view. *Iranian Journal of Medical Ethics and History of Medicine*. 2012;5(4):84-95. (Persian).
2. Rasekh M, Khorshidi M, Ameri F. Posthumous reproduction: review of ethical and legal aspects. *Medical Ethics & History of Medicine*. 2012;5(3):43-58. (Persian).
3. Sabatello M. Posthumously conceived children: an international and human rights perspective. *JL & Health*. 2014;27:29.
4. Sacco R. La comparaison juridique au service de la connaissance du droit. Paris: Economica; 1991.
5. Mohseni E. Methodology of Comparative Law. *Comparative Law Review*. 2019;10(2):695-717. (Persian).
6. Oktay-Özdemir S, Feuillet-Le Mintier B. Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale. Bruxelles: Bruylant; 2014.
7. Aouij-Mard A. Les incidences de la biomédecine sur la parenté: approche internationale. Bruxelles: Bruylant; 2014.
8. Courbe P, Gouttenoire A. Droit de la famille. 7 ed. Paris: Sirey; 2017.
9. Safai S, Abbasi M, Mohaghegh Damad SM. Review of respecting the principle of autonomy in Islamic Jurisprudence and Law. *Journal of Bioethics*. 2012;2(4):63-92. (Persian).
10. Ministry of Justice Guidelines of the Attorney General of the Government, guideline number 1.2202. 2003.
11. Hashiloni-Dolev Y, Schicktzan S. A cross-cultural analysis of posthumous reproduction: The significance of the gender and margins-of-life perspectives. *Reproductive biomedicine & society online*. 2017;4:21-32.
12. Landau R. Posthumous sperm retrieval for the purpose of later insemination or IVF in Israel: an ethical and psychosocial critique. *Human Reproduction*. 2004;19(9):1952-6.
13. Simana S. Creating life after death: should posthumous reproduction be legally permissible without the deceased's prior consent? *Journal of Law and the Biosciences*. 2018;5(2):329-54.
14. Le transfert d'embryons post mortem en droit comparé, Ministère de la Justice, Secrétariat Général, Service des affaires Européennes et Internationales, Bureau du droit comparé, Paris. 2010.
15. L'accès à l'assistance médicale à la procréation, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 193, France. 2009.
16. Furrow B, Greaney T, Schwartz R, Johnson S, Jost T. *Medical law in USA*. USA: Kluwer international; 2005.
17. Jafari MT. *Rasael Feqhi*. Tehran: Nashr Keramat; 1991. (Persian).
18. Saanei Y. *Medical Esteftaat*. Qom: Meysam Tammar Publication; 2013. (Persian).
19. TGI Créteil, 1re août 1984, JCP 1984. II. 20321, note S. Corone; TGI Toulouse, 26 mars 1991, D. 1992. Somme. 61, obs. X. Labbé; TGI Toulouse, 11 mai 1993 ; en appel, Toulouse, 18 avr. 1994, JCP 1995. II. 22472, note C. Neirinck ; TGI Rennes, 30 juin 1993 ; TGI Angers, 10 nov. 1992; Cass. civ. 1re, 9 janv. 1996. n° 94-15998.
20. Carbonnier J. *Droit civil*, PUF, coll. Paris: Quadriga; 2004.
21. Roche Dahan J. L'accès du majeur protégé à la procréation et à la filiation revue *Lamy droit civil*. 2011;83.
22. Malaurie P, Fulchiron H. *La famille*. Paris: Lextenso; 2018. 502 p.
23. CCNE, Azoulay M, Belaisch Allart J, Cossart P, Siroux D. La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple. *Les Cahiers du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*. 2011(67):4-14.
24. Bachelot-Narquin R. Arrêté du 3 août 2010 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation. *Journal Officiel de la République Française*. 2010(0211):16520.
25. TGI Créteil, 4 avr. 1995 : LPA 1997, n°154, p. 28, C. Taglione ; TGI Rennes, ord. Réf., 15 oct. 2009 : JCP G 2009, 377, J.-R., Binet ; CA Rennes, 22 juin 2010.
26. TA Rennes, n° 1604451, CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848. 2016.
27. Binet JR. Insémination post mortem : d'une injuste à l'autre. *Dr fam*. 2016;12:267.

28. TGI Angers.
29. Mohseni E. Les enfants nés par assistance médicale à la procréation: étude comparée des droits français, anglais et iranien. Lyon: Université Lyon III; 2017.
30. Accoyer B. Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur les questions mémorielles: Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée: Assemblée Nationale; 2008.
31. Projet de loi relatif à la bioéthique adopté par l'Assemblée Nationale en première lecture, n° 763. 2002.
32. Khamenei A. Artificial reproduction, Estefta'at, Q 1274, Khamenei's Official website. Available at: <http://farsi.khamenei.ir/treatise-content?id=114&tid=-1>. 2019. (Persian).
33. Feyz Elahi N. Embryo donation and other assisted reproductive technologies in Iranian law. Tehran: Jangal publication; 2010. (Persian).
34. Gorgi A, Safai H, Araghi E, Emami A, Qasemzadeh M, Sadeghi M. Comparative study of family law. 4 ed. Tehran: Tehran University publication; 2018. (Persian).
35. Pouresmaeili A, Ghandi S, Pejhan A. The Issue of Inheritance in Artificial Insemination. Fiqh of medicine journal. 2015;7(25):133-52. (Persian).
36. Sadri S, Nabiniya A. Jurisprudential Study of the Artificial Insemination of the Deceased's Sperm to his Spouse. Journal of Studies in Islamic Law & Jurisprudence,. 2015;7(13):117-34. (Persian).
37. Rokas K. L'assistance médicale à la procréation en droit international privé comparé. Paris: Université Panthéon-Sorbonne; 2016.
38. The Human Fertilisation and Embryology Act (HFEA).
39. HFEA. section 28(6)(b). 2008.
40. Blyth E. The human fertilisation and embryology (deceased fathers) Act 2003. Journal of Fertility Counselling. 2003;10(3).
41. R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, Ex Parte Blood. The all England law reports: 2 WLR 806 (CA); 1997. p. 687-704.
42. The Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA).
43. Jackson E. Medical Law: Text, Cases, and Materials. London: Oxford University Press; 2016.
44. R (on the application of IM) v Human Fertilisation and Embryology Authority. EWHC 1706; 2015.
45. R (on the application of IM) v Human Fertilisation and Embryology Authority. EWCA Civ 611; 2016.
46. Blackburn-Starza A. HFEA allows mother to export dead daughter's eggs. bionews. 2016.



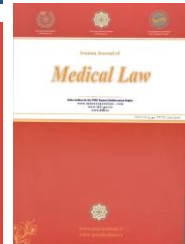
The Iranian Association  
of Medical Law

MLJ

Medical Law Journal

2021; 15(56): e23.

Journal Homepage: <http://ijmedicallaw.ir>



## ORIGINAL ARTICLE

# Posthumous Reproduction in comparative law

Elaheh Mohseni<sup>1\*</sup>

1. Assistant Professor, Department of law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

**Received:** 13 April 2020

**Accepted:** 18 April 2021

**Published online:** 20 May 2021

#### Keywords:

Comparative Law

Consent

Infertility

Marriage

Posthumous Reproduction

Death

Parenthood

### ABSTRACT

**Background and Aim:** Posthumous reproduction is referred to as a method of artificial reproduction, which involves the birth of a child through the gamete of a deceased person. This kind of reproduction raises many moral and legal debates and different countries have various legal approaches toward this type of assisted reproduction.

**Materials and Methods:** This research uses the comparative method with descriptive-analytical approach to study the law of different countries and to identify various legal techniques regarding the legality of posthumous assisted reproduction and its legal consequences on the family status of the child born by this technology.

**Results:** In Iran, due to legislative gap in this area and deep disagreement of jurisconsults and jurists, various procedures have emerged in medical centers and several cases have been brought before the courts of justice in this regard resulting to diverse sentences. This paper tries to introduce different legal approaches to this judicial phenomenon using the comparative study of different countries' legislation. To this purpose, after introducing a comprehensive classification of diverse legislations on the topic, I will study in detail the law in four countries of Iran, France, Greece and United Kingdom. Each of these countries adopts a different approach to posthumous reproduction, providing for a legal ambiguity, complete ban, limited permission, and liberal permission respectively.

**Ethical considerations:** In all stages of writing this paper, the ethical principles of research, especially respect for intellectual property, honesty and confidentiality have been fully observed.

**Conclusion:** The moral and legal arguments against posthumous reproduction, especially the child's best interests, reinforce the theory of the ban. Furthermore, the approval of posthumous reproduction during *idda* period by some of jurisconsults can be criticized due to the difficulty and delicacy of decision-making and reproduction during the mourning period and shortly after the death of the spouse. However, authorizing this technique by the Iranian legislature requires legal innovation, transparency and clarity regarding the condition of access and its consequences on the legal parenthood and succession right of the child born.

#### \* Corresponding Author:

Elaheh Mohseni

**Address:** Department of law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran.

**Postal Code:** 91871-47578

**Telephone:** 51-38325560

**Email:** mohseni.e85@gmail.com

© Copyright (2018) Iranian Association of Medical law, Tehran, Iran.

Cite this article as:

Mohseni E. Posthumous Reproduction in comparative law. *Medical Law Journal* 2021; 15(56): e23.