



دانشکده حقوق و علوم سیاسی

پایان نامه برای اخذ درجه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

موضوع:

باروری پس از مرگ

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر حمید ابهری

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر فخرالدین اصغری آقمشهدی

دانشجو:

محدثه رضایی

زمستان ۱۳۹۲

الف

خدایا!...

رحمتی کن تا ایمانم، نام و نان برایم نیاورد!...

قوتم بخش، تا نامم را، و حتی نامم را، در خطر ایمانم افکنم!...

تا از آذانی نباشم که، پول دین را می گیرند و برای دنیا کار می کنند!...

بلکه از آذانی باشم که، پول دنیا را می گیرند و برای دین کار می کنند!...

تقدیم به:

پدرم که عالمانه به من آموخت تا چگونه در عرصه زندگی، ایستادگی را تجربه نمایم

مادر کرامی و مهربانم که دریای مهریگرانش بسان کوثر باقیست. او که همواره به دعایش مستطهرم و

قلم منر که عشق اوست

و

همسرم به پاس قدردانی از قلبی آکنده از عشق و معرفت که محیطی سرشار از امنیت و آرامش و

آسایش برای من فراهم آورده است.

تقدیر و سپاس

از بذل عنایت و راهنمایی های آقای دکتر حمید ابروی که با نظارت و راهنمایی علمی خویش به عنوان استاد

راهنما، و استاد که تقدیر جناب آقای دکتر فخرالدین اصغری آتمشهدی به عنوان استاد مشاور که اینجانب را در

تدوین و نگارش پایان نامه حاضر و مراحل انجام آن، مساعدت نموده اند کمال سپاس را دارم.

تقدیر و تشکر خود را از کلیه اساتید دانشکده حقوق خصوصاً آقایان دکتر مایون مانی، دکتر سام محمدی و دکتر علی

اکبریزدی فرد که در طول دوران تحصیل دانشگاهی خوشه ای از علم آمان را بر چیده ام ابراز داشته و بسیار

سپاسگزارم.

چکیده:

امروزه محققین به دنبال روش های مناسبی جهت حفظ قدرت باروری افراد هستند از جمله این روش ها انجماد گامت ها و جنین است. ناباروری یکی از بیماری ها و مشکلاتی است که امروزه بر رابطه زناشویی زوجین نابارور و نیز روابط اجتماعی و خانوادگی آنان تأثیر عمیقی باقی گذاشته است.

لقاح مصنوعی یا تولید کودک آزمایشگاهی در بسیاری از کشورهای جهان مطرح شده است و از نظر علوم تجربی با هیچ مشکل یا ابهامی روبرو نیست، اما از نظر اخلاقی و حقوق با ابهامات و مشکلاتی مواجه است. پیشرفت روزافزون و چشمگیر علم و فن آوری، روش های جدیدی در درمان ناباروری به وجود آورده است. یکی از این روش ها انجماد گامت و جنین فرد است تا بتوان در آینده و در صورت لزوم به منظور باروری پس از مرگ مورد استفاده قرار گیرد.

این روش از نظر اخلاقی و حقوقی با ابهامات و مشکلاتی مواجه است. بر این مبنا، در اخلاق، رضایت و رفاه کودک را همراه با آراء موافق و مخالف مطرح کرده و خواهیم دید که هرگونه اقدام نسبت به گامت، پس از فوت، باید با ملاحظه ی رضایت متوفی و رضایت صریح یا ضمنی وی به استفاده از گامت پس از فوت محقق گردد.

مباحث حقوقی مربوط به مالکیت فرد بر گامت، نسب کودک متولد از باروری پس از مرگ، ارث و سایر احوال شخصیه فرد متولد شده، از جمله مسائل حقوقی مرتبط به ناباروری پس از مرگ است که در این پایان نامه مورد بررسی قرار می گیرد. به نظر می رسد که مالکیت گامت متعلق به همسر متوفی است و جنین حاصل از گامت منجمد از شوهر متوفی، ملحق به شوهر متوفی بوده و در نتیجه، ارث خواهد برد.

کلید واژه: ناباروری، مرگ، جنین، ارث، نسب.

عنوان	صفحه
مقدمه	۱
۱- طرح مسئله	۱
۲- سؤال‌های پژوهش	۲
۳- فرضیه‌های پژوهش	۳
۴- پیشینه تحقیق	۳
۵- روش تحقیق	۴
۶- تقسیم‌بندی مطالب	۴
فصل اول: کلیات	۵
مبحث اول: تعاریف مرتبط با باروری پس از مرگ	۶
گفتار اول: مرگ	۶
گفتار دوم: ناباروری	۸
گفتار سوم: باروری پس از مرگ	۹
مبحث دوم: تاریخچه باروری پس از مرگ	۱۱
فصل دوم: جنبه‌های پزشکی و اخلاقی باروری پس از مرگ	۱۵
مبحث اول: جنبه‌های پزشکی باروری پس از مرگ	۱۶
گفتار اول: علل انجام باروری پس از مرگ	۱۶
بند اول: توسعه روش‌های نوین درمان ناباروری	۱۷
بند دوم: بیماری سرطان	۱۸

گفتار دوم: نحوه انجام عمل	۲۰
گفتار سوم: انواع باروری پس از مرگ	۲۴
مبحث دوم: جنبه های اخلاقی باروری پس از مرگ	۲۶
گفتار اول: مشروعیت باروری پس از مرگ	۲۷
بند اول: دیدگاه موافقان	۲۷
بند دوم: دیدگاه مخالفان	۳۳
گفتار دوم: خودآیینی صاحبان گامت یا جنین (رضایت)	۴۰
گفتار سوم: مالکیت بر گامت	۴۶
گفتار چهارم: منافع کودک ناشی از باروری پس از مرگ (رفاه کودک)	۵۰
فصل سوم: جنبه های حقوقی باروری پس از مرگ	۵۴
مبحث اول: مجاز بودن استفاده از اسپرم زوج متوفی	۵۵
گفتار اول: بررسی فقهی استفاده از اسپرم زوج	۵۶
گفتار دوم: بررسی حقوقی استفاده از اسپرم زوج	۵۹
مبحث دوم: نسب	۶۲
گفتار اول: دلایل فقهی	۶۴
گفتار دوم: دلایل قانونی	۶۷
گفتار سوم: روش های عرفی احراز نسب	۷۰
مبحث سوم: ارث و وصیت	۷۵
گفتار اول: دلایل قانونی	۷۷
گفتار دوم: دلایل فقهی	۸۱
نتیجه گیری	۸۸
پیشنهادهات	۹۱
منابع	۹۳

۱- طرح مسئله:

طی دهه های اخیر، فناوری های نوین کمک باروری، پیشرفت چشمگیری داشته اند که براین اساس، مسائل متعدد و پیچیده ای در حوزه های اخلاقی، حقوقی، بهداشتی و روانشناختی دینی و فقهی مطرح شده است که نیاز به بررسی های عمیق تری دارد و باید از طرف پیشوایان دینی از یک سو و حقوقدانان از سوی دیگر، به آنها پاسخ مناسب داده شود تا زمینه مناسب جهت وضع تدوین قوانین جامع و راهگشا فراهم گردد. این فناوری ها، سؤالاتی را مطرح ساخته که در جوامع مذهبی، پاسخ به آن ها ضرورت دارد. با توجه به استقبال جوامع مختلف از این روش ها، باید توجه ویژه ای به جوانب اخلاقی، فقهی، حقوقی این موضوع شود (صفایی و دیگران، ۱۳۸۵ : ۴). باروریهای مصنوعی، بسیاری از زوجهای نابارور را به داشتن فرزند امیدوار کرده است، اما این امیدواری، مشکلات فراوان اجتماعی، اخلاقی، فقهی و حقوقی نیز همراه داشته است که لزوم بررسی آنها اجتناب ناپذیر است. روشهای انجماد گامت و جنین، تعداد فراوان جنینهای منجمد و همچنین امکان گرفتن گامت شخص فوت شده تا مدتی پس از فوت، مسأله ای به نام باروری پس از مرگ را به میان آورده است. فناوری روش های رو به رشد انجماد و نگهداری تخمک و جنین امید بیماران سرطانی را که تحت شیمی درمانی هستند، به داشتن فرزند امیدوار کرده است. امکان انجماد گامت یا جنین فرد، پیش از شروع شیمی درمانی فراهم است تا پس از اتمام درمان و در زمان نیاز، برای تولیدمثل استفاده شود. با توجه به فریز کردن و مدت طولانی نگهداری این جنین ها، و امکان فوت یکی از زوجینی که جنینهای منجمد خود را در مراکز ناباروری حفظ کرده اند، تقاضای استفاده از جنینهای منجمد و به دنیا آوردن فرزند شخص متوفی از طرف خانواده یا همسر متوفی را به دنبال داشته است. همچنین، امکان دارد که فرد مبتلا به سرطان، بر اثر بیماری از دنیا برود و همسر وی برای استفاده از گامت منجمد او به مرکز ناباروری مراجعه کند تا فرزندی از همسر متوفی خود دنیا بیاورد. با توجه به اینکه امکان استفاده از گامت شخص متوفی یا دچار مرگ مغزی، برای ایجاد جنین با قصد فرزنددار شدن نیز وجود دارد، احتمال دارد والدین یا همسر متوفی با اطلاع از این روشها، برای داشتن فرزندی از وی به مراکز ناباروری مراجعه کنند. تولید مثل پس از مرگ پدر، ابتدا تنها پس از آنکه منی بتواند منجمد شود و برای تلقیح مصنوعی پس از مرگ دهنده استفاده گردد، امکان پذیر می شود. وضعیت قانونی و اجتماعی

یک کودک متولد شده از این مبدأ مبهم است حتی گر حاملگی و تلقیح توسط زن همسر مرد متوقی صورت گیرد. چون نقش روش های تولید مثل کمکی در قانون، عرف یا قضاوت اخلاقی و اجتماعی خوب مشخص نشده است و کودک متولد شده از بارداری و آبستنی پس از مرگ پدر همواره به او به منظور ارث بردن یا حلالیت آن نسبت داده نمی شود. این سنت یک مانع سخت و مهیب در تغییر نگرش ها در رویارویی با تکنولوژی های تولید مثل کمکی و جدید است. از طرفی به موازات پیشرفت علم در تمام زمینه ها، برخی از دستاوردهای علمی انسان با موازین قانونی و اجتماعی جوامع همخوانی کامل ندارد و مسائلی را با توجه به درک فرهنگی - مذهبی آن جامعه نسبت به فناوری جدید ایجاد می کند. حال آنکه ایجاد سازگاری و قانونمند شدن این روشها و همسو کردن آن با انتظارات اجتماعی، ملزم به تلاش همه جانبه در عرصه ی فرهنگی، علمی و اعتقادی است (علیزاده و دیگران، ۱۳۹۱: ۵). از جمله مسائل مهمی که در ارتباط با این موضوع در قلمرو مسائل حقوقی مطرح است، توارث کودکانی است که نطفه آنها بعد از وفات صاحب اسپرم با تخمک منعقد شده است زیرا بر اساس قانون ایران و طبق اماره فراش، کودک باید در کمتر از یک سال از زمان نزدیکی بدنیا بیاید تا احکام ارث و نسب بر او جاری شود زیرا همانگونه که گفته شد در این روش، نزدیکی طبیعی بین والدین صورت نمی گیرد و هم چنین کودک ممکن است ظرف دو سال از فوت پدر بدنیا بیاید. هم چنین مشکلاتی در صدور شناسنامه برای چنین کودکانی وجود دارد. به نظر می رسد با توجه به نوین بودن این امر در ایران، باید ابعاد طبی و قانونی موضوع مورد کنکاش بیشتری قرار بگیرد و برای حصول مقاصد در راستای تدوین راهنماهای اخلاقی و آیین نامه های اجرایی مورد نیاز، تسریع صورت بگیرد. در این پایان نامه سعی شده است به پاره ای از این مسائل پاسخ داده شود.

۲- سؤال های پژوهش:

- ۱- آیا انجماد و نگه داری گامت شخص، وجاهت قانونی و شرعی دارد؟
- ۲- آیا فرزند متولد از گامت منجمد، ملحق به شوهر متوفی می شود؟
- ۳- در صورت فوت صاحب گامت منجمد، چه کسی مالک آن است؟
- ۴- آیا جنین حاصل از گامت منجمد، از شوهر متوفی ارث خواهد برد؟

۳- فرضیه های پژوهش:

- ۱- انجماد و نگه داری گامت شخص، وجاهت قانونی و شرعی دارد.
- ۲- فرزند متولد از گامت منجمد، ملحق به شوهر متوفی می شود.
- ۳- در صورت فوت صاحب گامت منجمد، همسر متوفی مالک آن محسوب می شود.
- ۴- جنین حاصل از گامت منجمد از شوهر متوفی، ملحق به او بوده و در نتیجه، از او ارث خواهد برد.

۴- پیشینه تحقیق:

در مورد باروری پس از مرگ، تحقیق مستقلی انجام نشده است لیکن در برخی از آثار حقوقی، مباحثی در این زمینه مطرح شده است که از جمله می توان به موارد زیر اشاره کرد:

- ۱- علیزاده، لیلا، تولید مثل پس از مرگ: حقوق بیمار و دیدگاه اسلامی، ۲۶: «باتوجه به امکان استفاده از گامت شخص متوفی یا دچارمرگ مغزی، برای ایجاد جنین احتمال دارد والدین یا همسر متوفی با اطلاع از روش باروری پس از مرگ، برای داشتن فرزندی از وی به مراکز ناباروری مراجعه کنند».
- ۲- محمد، راسخ، باروری پس از مرگ: بررسی اخلاقی و حقوقی، ۴۴: «با پیشرفت تکنولوژی های درمان ناباروری و دست یابی به شیوه های کمک باروری، این امکان فراهم شده است جنین پس از مرگ پدر و مادر بیولوژیک تشکیل یا مورد استفاده واقع شود».

۳- Who owns a dead mans sperm, Cannold, ۳۸۶: «مالکیت گامت از آن همسر متوفی است پس، تصمیم گیری در چگونگی استفاده از گامت نیز با او خواهد بود».

- ۴- Is posthumous semen retrieval ethically permissible?, Siegler, ۳۰۲: «درخواست برای بازیابی اسپرم پس از مرگ نباید محترم شمرده شود مگر اینکه شواهد و مدارک قانع کننده ای وجود داشته باشد که مرد مرده می خواسته بیهوش اش فرزندی از او داشته باشد».

۵- روش تحقیق:

در این پژوهش، ابتدا با استفاده از منابع موجود در کتابخانه ها، مطالب لازم جمع آوری و سپس مورد تجزیه و تحلیل قرار می گیرد و در نهایت، نتیجه گیری لازم بعمل می آید. لذا روش تحقیق، روش توصیفی - تحلیلی است.

۶- تقسیم بندی مطالب:

مطالب این پایان نامه در سه فصل بیان می شود. در فصل اول، تعاریف مرتبط و تاریخچه باروری پس از مرگ بررسی می شود. در فصل دوم، جنبه های پزشکی و اخلاقی باروری پس از مرگ مورد مطالعه قرار گرفته است. در فصل سوم، جنبه های حقوقی این نوع از باروری بررسی می شود.

فصل اول:

کلیات

با پیشرفت فن آوری های درمان ناباروری و دستیابی به شیوه های 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. باروری پس از مرگ موجب بروز پرسش ها و مسائل گوناگون حقوقی و اخلاقی در خصوص رضایت، مالکیت بر گامت و نسب وارث شده که ضرورت ارائه ی تحلیل های روشن و سازگار اخلاقی از یک سو و اصلاح و تعبیر قوانین موجود یا وضع قوانین جدید در زمینه های مربوط را از دیگر سو به میان آورده است. در این فصل تعاریف و مفاهیم مرتبط با باروری پس از مرگ و تاریخچه باروری پس از مرگ تبیین می شود.

مبحث اول: تعاریف مرتبط با باروری پس از مرگ

در ذیل ابتدا مفهوم مرگ، سپس ناباروری، و باروری پس از مرگ بیان می شود.

گفتار اول: مرگ

مرگ در زیست شناسی، پایان زندگی موجودات زنده است و در دیگر رشته ها ممکن است به نابودی کامل یک روند، یک وسیله یا یک پدیده اشاره کند. همراه با پیشرفت های دانش پزشکی این بحث که در چه زمانی می توانیم یک موجود را مرده و خاموش بدانیم، دگرگونی پیش آمده است. از این رو مفهوم دیگری برای متمایز کردن نقطه مرگ به نام تئوری مرگ اطلاعات به وجود آمده است که توضیح می دهد در نقطه ای از زمان که فرد آرایش سلولی مغز خود و در نتیجه اطلاعات ذخیره شده آن را از دست می دهد دچار مرگ غیرقابل بازگشت خواهد گردید.

از نظر پزشکی، مرگ توقف کامل و بی بازگشت اعمال حیاتی است و معمولاً ابتدا قلب از کار افتاده و در پی آن مرگ سلول های مخ فرا رسیده و در نتیجه آن، تنفس و حس و حرکت از بین می رود و گاهی بالعکس ابتدا مرگ بافت های مغزی پیش می آید و قطع تنفس و در نتیجه فقدان اکسیژن در خون باعث از کار افتادن قلب می گردد و در هر دو صورت، مرگ قطعی و واقعی فرا می رسد (سپهوند، ۱۳۸۶: ۳۴)

حقوقدانان براساس فقه و با تکیه بر یافته های پزشکی مرگ را در چهار نوع دانسته‌اند:

الف - مرگ ظاهری: مرگ ظاهری حالتی بین مرگ و زندگی است که در طی آن، اعمال تنفسی و حرکات قلبی بی‌نهایت خفیف شده و حتی در ظاهر متوقف به نظر می‌رسد. در این شرایط با انجام اقدامات احیای تنفس مصنوعی و رساندن اکسیژن و تحریک قلب با الکتروشوک امکان بازگشت شخص به زندگی وجود خواهد داشت (سپهوند، ۱۳۸۶: ۳۴). امروزه با پیشرفت علم پزشکی و استفاده از وسایل و ابزارهای مکانیکی و تکنیکی در احیای قلب و تنفس، می‌توان تا مدت‌ها افراد بشر را از ادامه حیات و بازگشت به زندگی برخوردار نمود (آقایانی، ۱۳۸۶: ۴۹).

ب - مرگ قطعی: مرگ وقتی قطعی است که اعمال قلبی و عروقی و حسی و حرکتی به طور کامل از بین برود و برگشت آن امکان نداشته باشد. علایم مرگ حقیقی عبارتند از توقف جریان خون، توقف تنفس، اتساع و ثابت ماندن مردمک در هر دو چشم و از بین رفتن امواج قلب و مغز. معمولاً مرگ حقیقی سه تا پنج دقیقه پس از قطع تنفس و جریان خون و به عبارت دیگر ظاهر شدن علایم ذکر شده فوق به وقوع می‌پیوندد. بنابراین بارزترین مصداق مرگ نفس، این نوع مرگ است (آقایانی، ۱۳۸۶: ۵۹).

ج - مرگ مغزی: مرگ مغزی را نباید با مرگ قطعی اشتباه کرد. مرگ مغزی عبارتست از توقف غیر قابل بازگشت تمام اعمال مغزی. باید توجه داشت که تنها از بین رفتن اعمال عالیه که مربوط به تخریب قشر مخ است برای توجیه مرگ کافی نیست و مرگ مغزی، مرگ تمام مغز یعنی قشر و ساقه مغز است که با سکوت ممتد و چندین ساعته نوار مغزی و منفی بودن عکس‌العمل‌های تحریک چشمی و پوستی و حلقی و ...، با صرف وقت و دقت قابل تشخیص است (آقایانی، ۱۳۸۶: ۵۰). برخی از حقوقدانان مرگ مغزی را ملحق به حیات غیرمستقر نموده و حکم آن را در مورد مرگ مغزی نیز جاری داشته و این دو قسم را یکجا بیان نموده‌اند (سپهوند، ۱۳۸۶: ۳۵).

د - حیات غیر مستقر یا مرگ حکمی: قانونگذار در ماده ۳۷۲^۱ (۲۱۷ سابق) قانون مجازات اسلامی به تبعیت از مشهور فقهای شیعه و چه بسا در جهت رفع اختلاف پیرامون تشخیص زمان مرگ، سخن از وجود حد فاصلی بین زمان حیات قطعی و زمان مرگ قطعی زده است که بدان حیات غیرمستقر گفته می‌شود (صادقی، ۱۳۸۰: ۳۷).

از مجموع دیدگاه فقها و حقوقدانان و قانونگذار می‌توان به نتایج زیر در این مورد دست یافت:

- حیات مورد حمایت شرع و قانون حیات مستقر است و حیات غیر مستقر، معادل مرگ است.

- حیات غیر مستقر یعنی کسی که آخرین رمق حیات را دارد و به عبارت دیگر هر چند دچار مرگ قطعی نشده است ولی همانند مرگ مغزی بازگشت او به حیات مستقر محال است (آقای نی، ۱۳۸۶: ۵۳).

بازیابی اسپرم و انجام لقاح در موضوع باروری پس از مرگ اغلب در هنگام مرگ مغزی و مرگ قطعی اتفاق می‌افتد.

گفتار دوم: ناباروری

ناباروری به صورت عدم توانایی در باردار شدن پس از یکسال ازدواج و نزدیکی بدون جلوگیری گفته می‌شود. طیف وسیعی از ناباروری شامل عدم توانایی به پایان رساندن حاملگی نیز می‌شود. برخی عوامل ناباروری در مردان عبارتست از بیماری‌های مزمن، اختلال در تولید اسپرم، تماس با مواد مخرب و آسیب رساندن و برخی علل ناباروری در زنان عبارتست از اختلالات تخمک گذاری، سن بالای ۳۵ سال، یائسگی زودرس و سطح بالای هورمون پرولاکتین (سایت علمی نخبگان جوان).

ناباروری به عدم تحقق حاملگی پس از یک سال تلاش منظم و مقاربت عادی زوج و بدون استفاده از هر نوع پیشگیری اطلاق می‌گردد. در صورت عدم تحقق باروری، زوج نابارور محسوب شده و باید به مراکز درمان ناباروری مراجعه نمایند. به این ترتیب امکان حاملگی زوج‌های ناباروری که باروری آنها با لقاح طبیعی میسر نبوده، فراهم می‌شود (آخوندی، ۱۳۱۶: ۳۲۰).

۱- هرگاه کسی آسیبی به شخصی وارد کند به گونه‌ای که وی را در حکم مرده قرار دهد و تنها آخرین رمق حیات در او باقی بماند و در این حال دیگری با انجام رفتاری به حیات غیرمستقر او پایان دهد نفر اول قصاص می‌شود و نفر دوم به مجازات جنایت بر میت محکوم می‌گردد. حکم این ماده و ماده (۳۷۱) این قانون در مورد جنایت غیر عمدی نیز جاری است.

به خوبی شناخته شده است که هدف از درمان باروری در زمینه های اسلامی، کمک به خانواده ها و از بین بردن رنج بی فرزندی است. با توجه به اصل ۱۰ قانون اساسی ایران، هر برنامه ای باید از خانواده محافظت کند، به طوری که درمان ناباروری فقط به زوج متأهل حقوقی ارائه می گردد (عمانی سامانی، ۱۳۸۸: ۵۶). دید اسلامی به ناباروری یک «بیماری جدی و خطرناک» است و «تهدید برای خانواده ها» محسوب می گردد، بنابراین درمان ناباروری و اقدامات لازم آن بر روی زنانی که در حالت عادی ممنوع شده اند، بلامانع است. حتی اگر حفاظت از یک خانواده مدنظر نباشد، اقدامات درمان نیاز به نظارت و مراقبت دارد و لمس کردن اندام تناسلی زن ممنوع می باشد. اگر درمان ناباروری فقط به خانواده متأهل حقوقی ارائه می گردد، استفاده از اسپرم شوهر مُرده برای یک «بیوه» را نمی توان به عنوان درمان خانواده در نظر گرفت حتی اگر این روش به خودی خود صحیح باشد و براساس قانون اسلامی، «حلال» باشد. بنابراین در بینش اسلامی ممکن است درمان ناباروری (نجات دادن خانواده ها) و کمک باروری پس از مرگ، مورد سؤال باشد.

امروزه بسیاری از خانواده هایی که با مشکل ناباروری رو به رو هستند، می توانند با به کارگیری روش های پیشرفته ی تشخیص و درمان ناباروری برای فرزند دار شدن امیدوار باشند. از طرفی به موازات پیشرفت علم در تمام زمینه ها، برخی از دستاوردهای علمی انسان با موازین قانونی و اجتماعی جوامع هم خوانی کامل ندارد و مسائلی را با توجه به درک فرهنگی - مذهبی آن جامعه نسبت به فناوری جدید ایجاد می کند. حال آنکه که ایجاد سازگاری و قانونمند شدن این روش ها و همسو کردن آن با انتظارات اجتماعی مستلزم تلاش همه جانبه در عرصه ی فرهنگی و علمی و اعتقادی است (علیزاده، ۱۳۹۱: ۲۶).

گفتار سوم: باروری پس از مرگ:

بارها اتفاق می افتد که در حالی که زوج نابارور و جنین های متعددی در تانک های نیتروژن مایع به حالت منجمد دارند و منتظر استفاده از آنها برای خود هستند، ناگهان زوج یا زوجة از دنیا می رود و فرد باقیمانده برای فرزند دار شدن از جنین های خود، مراجعه می کند. این اتفاق بیشتر در موارد فوت شوهر پدید می آید و مسایل احساسی مثل نیاز به داشتن یادگاری از متوفی برای والدین متوفی و یا تصویر وی

و همچنین مسایلی همچون ارث و میراث باعث این درخواست می شود. اما این نوع ناباروری از دیدگاه حقوق، اخلاق و فقه دارای مسایل و سوالات جدی است (عمانی سامانی، ۱۳۹۱: ۲). شیوه های نوین درمان ناباروری، از جمله پیشرفت و فن آوری انجماد گامت یا جنین، که به آن ها روش های حفظ قابلیت باروری می گویند، این امکان را فراهم کرده اند که نطفه برخی کودکان پس از مرگ یکی از صاحبان گامت یا هر دوی آن ها، چه بسا زمانی بسیار طولانی پس از مرگ منعقد شود (حکمت دوست، ۱۳۸۸: ۱۹۳). با توجه به مدت نکه داری جنین ها و امکان فوت یکی از زوجینی که جنین های منجمد خود را در مراکز ناباروری حفظ کرده است، تقاضای استفاده از جنین های منجمد و به دنیا آوردن فرزند شخص متوفی از طرف همسر متوفی را به دنبال داشته است (Styer, 2003: 84-90 و Weiss, 1998: 1). هم چنین امکان آن وجود دارد که فرد مبتلا به سرطان بر اثر بیماری از دنیا برود و همسر وی برای استفاده از گامت منجمد او به مرکز ناباروری مراجعه کند تا فرزند از همسر متوفی فرد به دنیا بیآورد (Kindregan, 2005: 79 & 97). با توجه به این که امکان استفاده از گامت شخص متوفی یا دچار مرگ مغزی، برای ایجاد جنین با قصد فرزند دار شدن نیز وجود دارد، احتمال دارد والدین یا همسر متوفی با اطلاع از این روش ها، برای داشتن فرزند از وی به مراکز ناباروری مراجعه کنند.

بنابراین، موضوع بحث برانگیزی به نام تولید مثل پس از مرگ در مراکز ارائه ی خدمات باروری پدید آمده است. فرزند دار شدن پس از مرگ یکی از والدین به قدری مهم است که سر خط اخبار محافل جهانی قرار گرفته است و در ایران نیز گاه مراجعاتی این چنین به مراکز ناباروری وجود دارد.

ناباروری اصولاً به بیماری زوجین تلقی می شود و به علت فشارهای روانی و اجتماعی که کیان خانواده را تهدید می کند، ضرورت درمان آن به شدت احساس می شود. بر اساس اخبار داخلی موجود، ۳ تا ۵ درصد از طلاق ها در اثر ناباروری است. (خبرگزاری زنان ایران) به همین دلیل، ناباروری یک مشکل جدی تلقی می شود و تهدیدی برای خانواده به شمار می آید (سامانی، ۱۳۸۸: ۳۳ - ۲۹).

از طرفی، خانواده در اسلام جایگاه والایی دارد و توصیه به تشکیل خانواده و حفاظت از کیان آن در بین احادیث، آیات و روایات، متواتر است. برای مثال، در آیه ی ۲۱ سوره ی روم آمده است: «و از نشانه های

او این که همسرانی از جنس خودتان برای شما آفرید تا در کنار آنان آرامش یابید و در میانتان محبت و رحمت قرار داد». حضرت امام صادق (ع) نیز از پیامبر اسلام (ص) نقل فرموده است: «کسی که ازدواج کند نیمی از دین را به دست آورده است.» (ابن بابویه، ۱۴۱۳: ۳۸۳) و احادیثی مانند «ساخته نشده در اسلام بنایی محبوبتر از ازدواج نزد خدا»^۱ (حر عاملی، ۱۳۹۷: ۲۳۰)، بناء احب الی الله و اعز من التزویج (مجلسی، ۱۴۲۳: ۲۲۲) را نیز می توان یافت. هم چنین، در اصل دهم قانون اساسی کشورمان، خانواده به عنوان واحد تشکیل دهنده ی جامعه دانسته شده و تسهیل در تشکیل و حفاظت از کیان آن توصیه شده است.

مبحث دوم: تاریخچه باروری پس از مرگ

بررسی رویه ی کشورها نشان می دهد که نسبت به موضوع باروری پس از مرگ، رویکردهای متفاوتی اتخاذ شده است. برای نمونه، برخی از ایالت های آمریکا، به صراحت حق بر وراثت و نسب کودکانی را که پس از مرگ والدین خود متولد می شوند به رسمیت شناخته اند. در مقابل، برخی از ایالت ها این امر را به وجود رضایت کتبی والدین بر ایجاد رابطه ی توارث محدود کرده اند. در عین حال، هیچ محدودیت زمانی نیز برای تولد این کودکان قائل نشده اند (kindergan, 2005:1-17).

اولین عمل برداشت موفق اسپرم از شخص متوفی در سال ۱۹۸۰ میلادی انجام گرفت (1980, Rothman) که به دنبال آن موارد دیگری نیز گزارش شده است. پس از این گزارشها و اطلاع یافتن مردم از این امکان، تمایل برای استفاده از چنین خدماتی به آهستگی رواج پیدا کرد؛ به طوری که در گزارشهای ارائه شده تا سال ۱۹۹۵ تقریباً در ۴۰ مرکز امریکایی، ۸۲ تقاضا برای دریافت اسپرم پس از مرگ ثبت شده است (webb, 1996:25,6). در کشور انگلستان اولین تولد فرزند حاصل از پدر متوفی در سال ۱۹۹۷، گزارش شده است که در آن خانم Blood تقاضای دریافت اسپرم از شوهرش را که دچار مرگ مغزی شده بود داشته تا از آن برای تولید جنین و باردار شدن استفاده کند. اما به علت مخالفت های دادگاه انگلستان به ناچار این کار، را در کشور بلژیک انجام داد. در آنجا پس از عمل، نوزاد پسری به دنیا آمد (Batzner FR, 1996:25,6).

۱- ما بنی فی الاسلام احب الی الله من التزویج

Hurwitz JM, Caplan 2003; 3-9) این رویداد بحث‌های فراوانی بین متخصصان اخلاق پزشکی، حقوقدانان و پزشکان در پی داشت. (Winston R. Widow's fight for husband's sperm 1996). البته به دنبال این گزارشها، بحثها و شبهات زیادی در خصوص گرفتن اسپرم از اشخاص متوفی یا اشخاصی که در وضعیت نباتی به سر می‌برند نیز ایجاد شد. (علیزاده، ۱۳۹۱: ۲۶).

دومین فرزند حاصل از تولید مثل پس از مرگ در آمریکا به دنیا آمد. در سال ۱۹۹۹ خانم ورنف، اسپرم همسر متوفی خود را ۳۰ ساعت پس از مرگ وی دریافت کرد و با لقاح آزمایشگاهی فرزند دختری از آن به دنیا آورد (Planchon S. 2001: 61- 77). از این تاریخ به بعد گزارشهای متعددی در رابطه با استفاده ی موفق از اسپرم افراد متوفی گزارش شده است (Belker AM, Swanso ML Cook, 2001).

در سال ۱۹۹۰، قانون بارورسازی انسان و جنین شناسی انگلستان مقرر داشت: «استفاده پس از مرگ از گامت‌ها شیوه ای است که ما احساس می‌کنیم باید با جدیت منع گردد». اما در تاریخ ۱۸ سپتامبر ۲۰۰۳، تغییر موضع داد، و مقرر شد: «یک مرد متوفی می‌تواند از هم اکنون بعنوان پدر یک کودک متولد شده در نتیجه درمان باروری که پس از مرگ وی انجام می‌شود، نامش را ثبت کند». این بدان معنی است که با رضایت مناسب، کمک باروری پس از مرگ قابل قبول است. (Dostal J, 2005: 59-61).

در سال ۲۰۰۳، وزارت بهداشت استرالیا در دستورالعمل باروری آزمایشگاهی خود، تولید مثل پس از مرگ را غیر اخلاقی دانسته است (Parker, 2004: 89 - 92). اما در ویرایش بعدی این دستورالعمل، در سال ۲۰۰۷، تولید مثل پس از مرگ را در صورت وجود یک رضایت نامه ی دقیق از متوفی و هم چنین گذشتن زمان کافی از مرگ وی و حصول آمادگی روانی همسر مجاز می‌داند. (2009: 2-6, Australian Health Ethics committee, 2001 and xiddlerton).

در سال ۲۰۰۴، خبرگزاری بی بی سی گزارش داد که زنی پس از گذشت یکسال و نیم از فوت همسرش، فرزند آن متوفی را به دنیا آورده است. در این گزارش آمده بود که همسر فوت شده این زن، هنگام حیات، اسپرم خود را منجمد و رضایتنامه ای مبنی بر اجازه ادامه ی درمان ناباروری در صورت فوت، به همسر خود داده بود (Nonymous. BBC News: Woman has dead husband's IV baby, 2012).

در سال ۲۰۰۵، گزارش شد که در برخی کشورهای اروپای شرقی مانند قبرس، جمهوری چک، لاتویا، لیتوانی، مالت، لهستان و اسلواکی، قانونی در خصوص استفاده تولید مثل پس از مرگ وجود ندارد و از میان کشورهای اروپای شرقی، تنها اسلوونی و مجارستان آن را ممنوع کرده اند (2005:59-61, Dostalj). در همین گزارش آمده است که از لحاظ عملی، بین کشورهای اروپای شرقی، تولید مثل پس از مرگ تنها در جمهوری چک انجام می شود.

در سال ۲۰۰۶، اتفاق دیگری افتاد. زنی از روسیه با استفاده از اسپرم منجمد فرزندش و به کارگیری یک اهداکننده ی تخمک و رحم جایگزین یک زن دیگر، نوه ی خود را به دنیا آورد و زمانی که برای گرفتن شناسنامه به دادگاه مراجعه کرد، رأی دادگاه چنین بود: «این فرزند نه مادر قانونی دارد و نه پدر، بنابراین، اصولاً هویتی برای این فرد وجود ندارد (Leidig, 2006:3). (علیزاده، ۱۳۹۱:۲۷)

مواردی از این قبیل در کشور ما نیز رخ داده است. مورد اول، مردی که فرزند جوان خود را از دست داده بود، به یک مرکز درمان ناباروری مراجعه می کند و تقاضا می کند که از جنین های منجمد فرزندش برای به دنیا آوردن یادگار فرزندشان استفاده شود. با توجه به اینکه این مورد تازه ای بوده، مرکز درمان ناباروری ناچار می شود که آن را به دادگاه ارجاع دهد و تقاضای صدور رأی می کند. پاسخ دادگاه چنین بوده است: از آنجایی که جنین ها در زمان حیات پدر تشکیل شده اند، اجازه انتقال به رحم زنی به عنوان رحم جایگزین داده می شود و جد پدری، ولی قهری طفل حاضر محسوب شده و حضانت و ولایت طفل به عهده ی وی خواهد بود (راسخ، ۱۳۹۱:۴).

مورد دوم، مربوط به مردی مبتلا به سرطان است که همراه با همسرش برای درمان ناباروری به یک مرکز درمانی مراجعه می کنند. چون پزشکان طول عمری در حدود دو ماه برای شوهر پیش بینی کرده بودند، این مورد به کمیته ی اخلاق پزشکی مرکز ناباروری ارجاع می شود و نظر کمیته به این شرح اعلام می شود.

«در صورت ارائه رضایتنامه از همسر زنده، تحت هیچ شرایطی نمی توان درمان را برای زوج متوقف کرد.» این بدان معناست که حتی با دانستن اینکه در بهترین شرایط فرزند بی پدر متولد خواهد شد، ولی به هرحال نظر به ادامه درمان است. در اینجا سکوت قانون بیشتر مورد توجه قرار می گیرد، چرا که قانون باید بتواند در راستای آسایش فرزندان کشورمان تمهیداتی را اتخاذ کند.

مورد سوم، زوجی بودند که سالهای متوالی برای درمان ناباروری به یک مرکز درمانی مراجعه می کردند. طی روند درمان، هشت جنین برای آنها تشکیل و دو جنین از این هشت جنین به رحم زوجه منتقل شد که به حاملگی منجر نشد. در حالیکه جنین های باقیمانده به صورت منجمد، برایشان نگهداری می شد، شوهر فوت کرد. پس از این اتفاق، زوجه برای فرزنددار شدن از جنینهای باقیمانده در غیاب همسر به مرکز مراجعه کرد و در مقابل این درخواست، طبق ضوابط مرکز درمانی از دادگاه خانواده درخواست مجوز شد. پس از اخذ مجوز و بررسیهای پیش از انتقال جنین، مشخص شد که رحم وی توان نگهداری جنین را ندارد و بهتر است از رحم جایگزین استفاده شود. در پایان، فرزندی با استفاده از رحم جایگزین حدود دو سال پس از مرگ پدر واقعی به دنیا آمد که دعاوی متعددی برای صدور شناسنامه ی این طفل اقامه شد و هنوز پس از گذشت ماه های متوالی شناسنامه ی این طفل صادر نشده است (علیزاده و همکاران، ۱۳۹۱: ۵).

در ایران پژوهش های انجام گرفته در این موضوع به علت تازگی بسیار اندک است، زیرا هنوز ممنوعیت یا مشروعیت این عمل روشن نیست. برخی از فقهای شیعه و سنی این کار را مشروع می دانند اما در مقابل برخی دیگر آن را حرام و جایز نمی دانند. به این دلیل بیشتر پژوهش های صورت گرفته محدود به نسب وارث و وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی معطوف شده است البته در صورتی که بین صاحب اسپرم و صاحب تخمک رابطه حلیت و مشروع برقرار باشد که در فصول بعدی، به این آراء و نظرات اشاره می شود.

فصل دوم:

جنبه های پزشکی و اخلاقی باروری پس از مرگ

در این فصل، ابتدا جنبه های پزشکی باروری پس از مرگ بررسی می شود. سپس جنبه های اخلاقی و نظرات فقهی ارائه شده در مورد مشروعیت یا عدم مشروعیت باروری پس از مرگ بیان می گردد.

مبحث اول: جنبه های پزشکی باروری پس از مرگ

در این مبحث، ابتدا علل ناباروری پس از مرگ، سپس نحوه ی انجام عمل و انواع باروری پس از مرگ بررسی می شود.

گفتار اول: علل انجام باروری پس از مرگ

امید به بقا و ادامه نسل برای انسان ها، امری فطری است. این امر در حقیقت یک نوع کمال برای او محسوب می شود. امروزه پیشرفت های علمی سبب شده است که بسته شدن نطفه انسان، از غیر راه شناخته شده (آمیزش) امکان پذیر گردد، لقاح مصنوعی بدون آمیزش و همچنین تولید درون رحمی انسان، از طریق کاشتن یا تلقیح، از مسائل نوظهور است که به اقتضای پیشرفت زمان و دگرگونی های علمی، مطرح شده است.

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 مهم ترین آنها عبارتند از: درمان ناباروری، اهدا به زوجین نابارور، درمان بیماری های صعب العلاج. افزون بر این، با توجه به گسترش پیوند اعضا و بافت پس از مرگ مغزی، می توان 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 (17 و 1: Kindregan, 2005). هنگامی که شریک زندگی یا پسری بمیرد، غم و اندوه چند سال ادامه می یابد و بخشی از این عزاداری به علت فقدان زندگی فرزندی است که می توانست متولد شود و اثری از فرد متوفی رابا خود داشته باشد. در رویارویی با این فقدان، شخص غم دیده ممکن است در جستجوی بازیافت و بهبود بسیاری از ابعاد زندگی اش باشد. مهمترین عوامل باروری پس از مرگ، توسعه روش های نوین

درمان ناباروری و بیماری‌های صعب‌العلاج مانند سرطان می‌باشد که در ذیل مختصراً هریک از این عوامل، بررسی می‌شوند:

بند اول: توسعه روش‌های نوین درمان ناباروری

با تولید اولین کودک ناشی از لقاح آزمایشگاهی در سال ۱۹۸۷، آگاهی مردم از درمان‌های نوین باروری افزایش یافت. از آن سال روش‌های جدید کمک باروری به سرعت، رشد و گسترش یافتند. به کارگیری این تکنیک‌ها، امید به حاملگی را در زوجینی که علی‌رغم درمان‌های متعدد جراحی و دارویی، صاحب فرزند نشده‌اند به ارمغان آورد. در حال حاضر به طور تقریبی، بیش از هشتاد میلیون زوج در جهان (Mahadevan, 1984: 83 - 97) و بیش از یک و نیم میلیون زوج ایرانی، نابارور هستند. این تخمین بر پایه گزارش سازمان بهداشت جهانی (WHO) است. براساس این گزارش ۱۵ - ۱۰ درصد از زوج‌های جهان معمولاً با مشکل نازایی مواجه هستند (Templeton, 1990: 48-52).

عوامل و بیماری‌های شایعی، مانع از حاملگی طبیعی است. رفع این نقایص به وسیله درمان با روش‌های متداول رحمی امکان‌پذیر است. علاوه بر جنس مذکر و مونث که هر یک به تنهایی در پدیده ناباروری نقشی دارند، عوامل دو جانبه‌ای نیز در بروز ناباروری مؤثر هستند. به طور کلی می‌توان ۵ تا ۱۰ درصد ناباروری‌ها را ناشی از عوامل ناشناخته دانست (آخوندی، ۱۳۸۶: ۵).

تلقیح مصنوعی به شکل عملی، پدیده‌ای نسبتاً جدید و زاییده دانش امروزی بشر است. این پدیده موانع بارداری را مرتفع کرده، در تولید نسل کمک شایسته‌ای به انسان عرضه می‌دارد. دانش پزشکی از مدتی قبل این توانایی را پیدا کرد که به وسیله تلقیح مصنوعی بسیاری از نواقص و عیوب زن و مرد را در تولید نسل جبران کند. افراد نابارور گرایشاتی نسبت به باروری همانند افراد بارور دارند و از این رو آنها باید حق استفاده از هر نوع وسایل مصنوعی، برای بچه‌دار شدن را دارا باشند. ایجاد نوزادان بوسیله کمک و همکاری با روش‌های باروری نظیر: بارورسازی در شرایط آزمایشگاهی یا انجماد گامت‌ها و جنین، احساسات قوی و توهّمات در مورد زندگی، مرگ، تمایلات جنسی و جاودانگی را برمی‌انگیزد. بخصوص، انجماد اسپرم برای باروری پس از مرگ، ما را مجبور می‌سازد تا به واژه‌هایی با معنای تولید مثل انسان

برسیم و به وسعت حقوق فردی برای تولید مثل با استفاده از ابزارهای مصنوعی راه یابیم (769- 767: Bunge, 1953).

بند دوم: بیماری سرطان:

توسعه سریع در تکنولوژی کمک باروری، بسیاری از موانع بیولوژیکی را در هم شکسته است و همچنین درد و رنج بی فرزندی را برطرف کرده است. هماهنگ با این توسعه، معضلات اخلاقی و سیاست های جدید بوجود آمده است. امکان منجمد کردن اسپرم، تخمک و جنین ها با بهینه سازی روش های مستمر، برای مردان و زنانی که درمان سرطان را دریافت می کنند امید به ارمغان می آورد و همچنین امکان ذخیره سازی گامت ها برای استفاده از آن، بعدها در زندگی، منجر به موقعیت هایی می شوند که در آن همسر بازمانده پس از مرگ فردی، فرزندی را بوجود آورده است. از زمانی که این تکنولوژی از ۵۰ سال پیش قابل استفاده شده است، گزارش های پراکنده ای از نوزادان متولد شده از لقاح پس از مرگ وجود دارد، اغلب بطور معمول، مرد جوانی که یک بیماری دارد که باروری او یا زندگی اش را تهدید می کند، بعنوان مثال: سرطان. او برخی از مایع منی خود را به منظور باردار کردن همسر خود، در موردی که وی نازا شود یا بیوه خود را اگر او زنده نماند، باردار کند، منجمد می کند. بازیابی اسپرم زنده (قابل نمو) از یک مرد در حال مرگ یا از بدن یک فرد به تازگی مُرده، امکان پذیر است. این اسپرم ها می توانند برای استفاده بعدی توسط همسر یا شریک زندگی این فرد برای تولید فرزندان ژنتیکی وی، منجمد شوند (RDorr, 2002:299).

پیشرفت در درمان سرطان و امید به زندگی، توأم با امکانات جدید درمان ناباروری مردان، تعداد بیمارانی را که درخواست نگهداری اسپرم را دارند، افزایش داده است. بهبود در امید به زندگی، به دنبال درمان بهتر سرطان توأم با گزینه های جدید در درمان ناباروری مردان، استفاده از انجماد اسپرم را افزایش داده است. یک مورد نادر از بارداری دوقلوی یک بیوه بی فرزند، با استفاده از تخمک اهداء شده پس از ICSI^۱ توسط اسپرم منجمد شده نگهداری شده از همسر مرحومش، اتفاق افتاده بود. اسپرم قبل از معالجه فرد با

۱- تزریق اسپرم داخل تخمک

شیمی درمانی منجمد شده بود و رضایت کتبی برای ذوب کردن آن در آینده و تزریق به تخمک اهدا کننده داده شده بود. در طول سال های بیماری شوهر، ICSI ساخته شده از تخمک اهداء شده که با اسپرم منجمد شده لقاح داده شد، سه جنین به بار آورد. در حالی که منتظر تخمک اهدایی بعدی بودند، مرد در اثر غده بدخیم درگذشت. زن خواسته اش را برای درمان با اسپرم منجمد شده شوهر مرحوم خود اظهار داشت. از آنجا که رضایت آگاهانه و اصلی، استفاده از اسپرم شوهر پس از مرگ را در بر نمی گرفت، یک تقاضانامه خاص برای استفاده از آن تهیه شد و سپس توسط مشاور حقوقی وزارت بهداشت آمریکا تأیید شد. شش تخمک اهدایی دیگر با اسپرم ذوب شده فرد مرحوم لقاح داده شد و انتقال دادن چهار جنین به حفره رحم منجر به حاملگی یک دوقلو و بعد زایمان دو نوزاد سالم شد. این مورد بر اهمیت رضایت آگاهانه کتبی امضاء شده توسط بیماران دارای یک بیماری تهدید کننده زندگی شان، در زمان نگهداری اسپرم تأکید می کند و امکان استفاده پس از مرگ آن را مورد بحث قرار می دهد (Arieh, 2003:1). تولید مثل پس از مرگ قبلاً، برحسب تصادف یا قضا و قدر بود، برای مثال: زنان در اثر زایمان می مُردند یا پدرها قبل از دنیا آمدن فرزندشان فوت می کردند. حالا، انجماد اسپرم ها و جنین و بعلاوه حفظ یک زن باردار با مرگ مغزی، باروری پس از مرگ را تبدیل به یک واقعه برنامه ریزی شده و پیش بینی شده کرده است. تمایل برای باروری پس از مرگ، یک احساس عاشقانه به یاد همسر از دست داده است اما فرزندان چنین خاطره ای ندارند. تمایل به استفاده از اسپرم همسر مرحوم و تمایل زن به حمل زن شوهر برای نسل آینده، حتی پس از مرگ او بعنوان یک تأیید از عشق متقابل و نظر موافق تفسیر شده است. اگر چه اسپرم ها نه عضو بدن هستند و نه از منابع کمیاب. آنها می توانند خریده شوند، فروخته شوند، یا به گیرنده خاصی اهداء شوند و برای استفاده در آینده ذخیره شوند یا به سادگی دور ریخته شوند.

امکان انجماد و نگه داری طولانی مدت اسپرم، تخمک و جنین که روش های آن در حال به روز شدن است، امید داشتن فرزند را در ذهن بیمارانی که به علت سرطان تحت شیمی درمانی یا پرتو درمانی هستند، احیا کرده است (Grundy, 2001: 2-3). هم اکنون امکان انجماد گامت یا جنین فرد پیش از

شروع شیمی درمانی یا درمان های مشابه فراهم است تا پس از اتمام درمان در صورت نیاز برای تولید مثل استفاده شود (2 & 360: Grundy, 2001).

گفتار دوم: نحوه انجام عمل

تلقیح از موضوعات جدید فقهی و حقوقی به معنای بارور ساختن انسان با ابزار پزشکی است. واژه تلقیح به معنای آبستن کردن و بارور ساختن جنس ماده است و در مورد باد و ابر و گیاه و حیوان و انسان به کار می رود (سوره حجر، ۲۲)؛ (ابن منظور، شرتونی؛ معلوف؛ المعجم الوسیط؛ ذیل «لقح»).

تلقیح مصنوعی انسان هر چند در اصل موضوع پزشکی است، دارای جنبه های گوناگون روان شناختی، جامعه شناختی، فلسفی، اخلاقی، فرهنگی، دینی و حقوقی است. عوامل متعددی می تواند موجب ناباروری یا کاهش قدرت باروری شود و تلقیح را موجه سازد. بر این اساس روش های گوناگونی برای تلقیح پدید آمده، هر چند از نظر علمی هم این روش ها را نمی توان تلقیح نامید. لقاح مصنوعی عبارت از داخل کردن منی مرد به وسیله آلات پزشکی در رحم زن است. به طفلی که از عمل مزبور بوجود می آید طفل متولد از لقاح مصنوعی می گویند. روش های موجود جهت تولید نسل از طریق غیرطبیعی در روزگار ما با کمک تسهیلات چشمگیری که دانش پزشکی در اختیار بشریت معاصر قرار داده، با روش های متنوعی می توان به تولید نسل به طور مصنوعی پرداخت. یکی از این روش ها تلقیح بین همسران و یا لقاح همگون است. در تلقیح مصنوعی همگون پای شخص ثالث در میان نیست. نطفه (اسپرم) مرد را به نحوی بدست آورده و آن را در رحم همسر قانونی او وارد می کنند معمولاً توسل به این روش آنگاه صورت می گیرد که توسل به روش های متداول یعنی مقاربت دو همسر با مشکل فیزیکی مواجه است.

شایعترین روش، تلقیح داخل رحمی را پدید آورده هر چند از نظر علمی هم این روش ها را نمی توان تلقیح نامید. کاربرد هر یک از روش های تلقیح به چگونگی عامل ناباروری یا ضعف باروری وابسته است

(اسپراف و دیگران، ۱۳۷۳: ۵۶۵ و ۷۳۱ به بعد؛ رضائیا معلم، ۱۳۷۸: ۳۶ - ۶۴).

درمان های موجود برای ناباروری عبارتند از:

ابقای تخمک، ICI یا انتقال اسپرم به داخل رحم، تزریق اسپرم به داخل سیتوپلاسم تخمک، یا تلقیح آزمایشگاهی، که در بحث باروری پس از مرگ بیشتر روش های IUI و ICSI ممکن است اتفاق بیافتد.

IUI : به معنی تلقیح داخل رحمی اسپرم و یکی از روش های کمک باروری می باشد. IUI به تنهایی یا به همراه تحریک تخمدانی برای درمان انواع مختلفی از نازایی بکار برده می شود. در آزمایشگاه پس از طی مراحل، اسپرم آماده سازی می شود. می توان از اسپرم های فریز شده در بانک اسپرم نیز برای انجام IUI استفاده کرد. اسپرم آماده سازی شده باید ظرف مدت کوتاهی به رحم وارد شود. به این منظور یک میل جراحی ظریف حاوی اسپرم را از دهانه رحم گذرانده و وارد رحم می کنند و اسپرم ها را به درون رحم تزریق می کنند. تکنولوژی انجماد و ذخیره سازی گامت یک شیوه ی نوین و رو به رشد در درمان ناباروری است که به نحو بسیار موفقیت آمیز به کار گرفته شده است. گامت از طریق منجمد شدن در دمای بسیار پایین نگهداری می شود و پس از این که از حالت انجماد خارج شد می توان آن را در لقاح مصنوعی به کار برد.

IVF : به معنی باروری در آزمایشگاه است. لقاح ساده تخمک زن با اسپرم مرد در آزمایشگاه است. پس از لقاح - جنین را تا مرحله ای معین در آزمایشگاه پرورش داده و سپس این جنین را از طریق سرویکسی به درون رحم زن وارد می سازند. امروزه در مراکز گوناگون بیمارانی هستند که اسپرم شان را فریز کرده اند و خودشان تحت درمان رادیوتراپی و شیمی درمانی هستند و پس از بهبودی می توانند با اسپرم خود پدر شوند. پزشکانی که در کار درمان بیماران سرطانی هستند و احتمال می دهند قدرت باروری شخصی از بین برود، پیش از شروع درمان اطلاعاتی را به او می دهند که بتواند اسپرم خود را فریز کند (ملک منصور اقصی، ۱۳۸۷ : ۱۵). انجماد شاخه ای از علم کرایو بیولوژی (یعنی آب موجود در سلول در اثر کاهش مناسب حرارت به یخ تبدیل گردد، به گونه ای که بدون آسیب به سلول به طور مؤثر حرکات مولکولی را متوقف کند، فرآیندهای بیوشیمیایی سلول به تعویق بیفتد) است که به حفظ و نگهداری طولانی مدت معمول در دمای بسیار پایینی می پردازد. انجماد اسپرم به طور معمول در مراکز درمان ناباروری و بانک های نگهداری اسپرم انجام می شود. اولین نوزاد حاصل از اسپرم منجمد شده انسان در

سال ۱۹۵۳ متولد شد. (طالبیان و همکاران، ۱۳۸۴: ۱۵۲). بکارگیری و استفاده از این امر در درمان ناباروری و یا در بیماران مبتلا به سرطان که تحت درمان رادیوتراپی یا شیمی درمانی هستند اهمیت بسزایی دارد. در این شیوه اسپرم ها ابتدا منجمد شده و در ازلت مایع و در دمای ۱۹۶ درجه زیر صفر به صورت منجمد نگه داری می شود. در این روش باید انجماد به گونه ای صورت گیرد که بلور تشکیل نشود زیرا بلور شدن سبب از بین رفتن بافت های اصلی و آسیب دیدن سلول ها خواهد شد. با این شیوه سالیان متمادی می توان جنین را به صورت فریز نگهداری کرد (ملک منصور اقصی، هفته نامه سلامت).

در تکنولوژی های کمک بارور کننده تلاش متخصصین مربوطه بر این است که با استفاده از تکنولوژی های نوین میزان موفقیت حاصله را افزایش دهند، هزینه های درمان را کاهش دهند و پتانسیل باروری افراد جوان را حفظ کنند. سرما داری گامت های (اسپرم و تخمک) یکی از مواردی است که بسیار به آن پرداخته شده است و از اهمیت زیادی برخوردار است. سرما داری فرایندی است که طی آن اسپرم، تخمک از طریق سرمایش زیر صفر درجه سانتیگراد نگهداری و حفاظت می شوند. دمای بکار رفته معمولاً حدود ۱۹۶- درجه سانتی گراد یعنی نقطه جوش نیتروژن مایع است. سرما داری یا انجماد منی این امکان را فراهم می آورد تا اسپرم ها را برای سال ها در شرایط ذخیره نگهداری کنند و در مواقع نیاز آنها را از شرایط ذخیره خارج و جهت انجام لقاح مورد استفاده قرار دهند. سرماداری منی همچنین می تواند برای زوج هایی که تمایل به نگهداری گامت ها و یا جنین دارند تا در آینده از آنها استفاده کنند نیز مورد استفاده قرار می گیرد (سایت مرکز درمان ناباروری حضرت مریم).

ICI: به معنی تزریق اسپرم به داخل سیتوپلاسم تخمک می باشد. در این روش تخمک تنها با یک اسپرم مرد در ظرفی در آزمایشگاه ترکیب می شود. بعد از باروری، جنین حاصل در رحم زن قرار داده می شود (سایت علمی نخبگان جوان). منجمد و ذخیره کردن جنین یک فرایند پیچیده و چند مرحله ای است. ابتدا، طی یک روند مشخص، پس از تزریق داروهای خاص تحریک تخمک گذاری، تخمک زن استخراج می شود. نمونه ی اسپرم نیز از بدن مرد به دست می آید. 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 می شود. این جنین ها

می توانند از طریق سرمداری برای مدت های طولانی در شرایط ویژه نگهداری شوند به طوری که هیچ محدودیت زمانی برای نگهداری آنها وجود ندارد (Hoffman, 2004 : 575، 631) مسأله انجماد تخمک در دهه ۹۰ مطرح شد و اولین بار پروفیسوری در دانشگاه استرالیا موفق به منجمد کردن جنین انسان شده افزود: افزایش مایع داخلی سلول تخمک، موجب ایجاد کریستال های یخ و پاره شده جدار سلول می شود و به دلیل کاهش مایع اسپرم نسبت به تخمک انجماد اسپرم ساده تر از انجماد تخمک و جنین صورت می گیرد که معمولاً انجماد در زنانی که IVF و تخمک های زیادی دارند انجام می شود. ایجاد چندین جنین طی درمان ناباروری امری اجتناب ناپذیر است و برای جلوگیری از ایجاد چند قلوبی، بیش از دو یا سه جنین به زوجه تحت درمان انتقال داده نمی شود (آخوندی، ۱۳۸۶ : ۲۱ - ۳۰).

ICSI: عمدتاً در مواردی به کار می رود که اسپرم مرد از نظر تعداد، تحرک و یا شکل کیفیت لازم را ندارد. در بعضی موارد هم که چندین مورد عمل IVF انجام شده و به نتیجه نرسیده از عمل میکرو اینجکشن استفاده می شود. به طور کلی در این روش، یک اسپرم در محیط آزمایشگاه داخل یک تخمک تزریق می شود که به دنبال آن لحاق و تقسیم سلولی صورت می گیرد و جنین تشکیل می شود (پژوهشگاه رویان).

درباره تلقیح به دلیل نو بودن موضوع، در منابع حدیثی و فقهی مطلب صریحی نمی توان یافت، اما فقهای متأخر و معاصر شیعه و اهل سنت به حکم تکلیفی (جواز یا حرمت) و حکم وضعی و آثار تلقیح پرداخته اند. تلقیح میان زن و شوهر و حمل آن توسط صاحب تخمک به نظر مشهور فقها جایز است (امام خمینی، ۱۴۰۹: ۵۵۹؛ خویی، ۱۴۰۱: ۴۳؛ شلتوت، ۱۴۲۱: ۳۲۸؛ زحیلی، ۱۴۰۹: ۳۷) هر چند معدودی از فقهای شیعه و اهل سنت تلقیح را به طور مطلق جایز ندانسته اند (اسداله امامی، ۱۳۴۹: ۳۶۷؛ سلامه، ۱۳۴۲: ۷۱؛ رضایا معلم، ۱۳۷۸: ۸۳). شیوه های نوین درمان ناباروری، از جمله پیشرفت در تکنولوژی انجماد گامت یا جنین، که به آنها روش های حفظ قابلیت باروری می گویند. این امکان را فراهم کرده اند که نطفه ی برخی کودکان پس از مرگ یکی از صاحب گامت یا هر دوی آن ها، چه بسا زمانی بسیار طولانی پس از این مرگ، منعقد شود. این امکان به اشکال مختلف قابل

تحقق است که در ادامه، به طور مختصر، به معرفی آنها می‌پردازیم. (حکمت دوست، ۱۳۸۸: ۱۹۳)

گفتار سوم: انواع باروری پس از مرگ

طب جدید به زوجین نابارور کمک کرده که آرزوی فرزندار شدن در رویاها نباشد و قدرت تخیل آنها را تصرف کرده است. روش های جدید کمک باروری احساسات و خیال پردازی ما را در مورد زندگی، تمایلات جنسی و جاودانگی برمی‌انگیزد.

انجماد اسپرم، باروری پس از مرگ را ایجاد می کند، وقتی که خواسته ها، رویاها و خیال پردازی ها دلایل درک و استنباط از باروری، در ارتباط با کودکان پس از مرگ را کنترل و در دست می گیرند، چه می تواند رُخ دهد. در این گفتار به انواع باروری پس از مرگ اشاره می شود.

بند اول: استفاده از اسپرم یا تخمک منجمد فرد فوت شده برای لقاح و ایجاد نطفه با هدف فرزندار شدن زوج یا زوج ی فرد متوفی. در برنامه های مراکز ناباروری درخواست شده که تأکید کنند اهداء کنندگان باید از خواسته هایشان آگاهی داشته باشند. اگر هیچ تصمیمی در مورد وضع پس از مرگ گرفته نشود، انتظار می رود که در اغلب موارد این امر مانع از هر گونه استفاده پس از مرگ شود.

بانک های اسپرم در روشی که آنها در نگهداری یا دور ریختن نمونه ها از سوی اهداء کنندگان مرحوم اقدام می کنند، یکسان نیستند و یک بانک اسپرم ممکن است از مرگ اهداء کننده اطلاع داشته یا نداشته باشد. در اصل، وظیفه آنها این است که اطمینان دهند که استفاده از اسپرم یک فرد به شیوه ای سازگار با انتظارات وی در دوران زندگی اش و همچنین پس از مرگ او خواهد بود. بیمار متوفی اجازه استفاده از اسپرم منجمد شده یا تخمک های اهداء شده در طول عمر خود را داده است. در واقع حتی اگر شرایط تغییر کند، استفاده از اسپرم ذوب شده شوهر مطابق با خواسته های شناخته شده وی است و مراکز باید این خواسته ها را محترم بشمارند. از آنجائی که اصطلاح «خواسته های شناخته شده شوهر» می تواند به شیوه های مختلف تفسیر شود، چنین درخواست هایی سؤالات قضاوتی را مطرح می کنند که باید در چارچوب شرایط فردی و قانون دولتی قابل اجرا، پاسخ داده شوند.

در انگلستان غیر قانونی است که اسپرم، تخمک ها یا جنین ها را بدون رضایت کتبی از مهیا کننده آن ذخیره و نگهداری کنند (قانون بارورسازی انسان و جنین شناسی). (1-9: 1997، Ethics committec of the American Society)

با ظهور تولید مثل کمکی، تلقیح اسپرم همسر مرده ممکن است توسط بیوه او برای دستیابی به بارداری و بچه دار شدن درخواست شود، در صورتی که همسرش (مرد) قبل از آنکه به بارداری سنتی دست یابد مرده باشد و به دنبال جمع آوری و منجمد کردن نمونه اسپرم خود قبل از مرگ بوده باشد. هم چنین، درخواست هایی برای جمع آوری اسپرم از مرد تازه مرده یا مریض برای مقاصد مشابه صورت گرفته است. علاوه بر آن، نمونه های منجمد شده و ذخیره شده در بانک اسپرم دهندگان تحت شرایط عادی ممکن است برای تلقیح گمنام پس از مرگ دهنده استفاده شود که در آن موضوعات موردی تعیین کننده حلالیت و میراثش است که از رابطه زن - مرد (همسر و زن) فرق می کند و تاکنون سؤالاتی را در مورد بچه بوجود آمده ایجاد کرده است. در برخی از توضیحات بالا فن آوری مورد نظر ممکن است فقط شامل حفظ و نگهداری مشترک اسپرم و لقاح باشد، اما موضوعات اجتماعی پیچیده ای نیز وجود دارند.

بند دوم: استفاده از اسپرم یا تخمک فرد متوفی بلافاصله پس از مرگ یا در حالت مرگ مغزی یا زندگی نباتی برای لقاح و ایجاد نطفه با هدف فرزنددار شدن زوج یا زوجه ی فرد متوفی. قانون بعضی از کشورها مانند آمریکا و آلمان و انگلیس در رابطه با ذخیره سازی اسپرم مرد قبل از شیمی درمانی تصریح می کند که اسپرم ها ممکن است فقط به مدت ۵ سال ذخیره شوند، مگر اینکه یک درخواست کتبی برای تداوم ذخیره سازی تکمیل شود. همین برای نمونه های اسپرم از یک شوهر مرحوم نیز تلقی می شود، که در غیر این صورت پس از مرگ او از بین می رود. مگر اینکه یک درخواست کتبی توسط همسر قانونی اش دریافت شود. در این مورد بیوه باید درخواست مخصوصی را در ظرف یک سال تکمیل کند. برای این منظور، اسپرم منجمد شده ذخیره می شود تا برای لقاح مصنوعی به تخمک مورد استفاده قرار گیرد. کارکنان در محل نگهداری اسپرم هیچ اطلاعاتی در مورد مرگ شوهر ندارند، تا زمانی که بیوه خواسته اش را برای درمان بیشتر بیان کند.

نوع دیگری از باروری پس از مرگ وجود دارد که طی آن گامت یا جنین شخص متوفی به زوج نابارور دیگری اهدا می شود؛ این روند اهدای پس از مرگ نامیده می شود (علیزاده، ۱۳۹۱: ۴۶).

مبحث دوم: جنبه های اخلاقی باروری پس از مرگ

بازیابی اسپرم از یک مرد در حال مرگ یا از بدن یک فرد به تازگی مرده امکان پذیر است. این اسپرم ها می توانند برای استفاده های بعدی توسط همسر یا شریک زندگی این فرد برای تولید فرزندان ژنتیکی وی منجمد شوند، اما این امکان تخصصی بخش های اخلاقی گسترده ای را میان مخالفان و موافقان این پدیده برانگیخته است. بازیابی مایع منی پس از مرگ، سوالاتی را در مورد رضایت، مشروعیت، مالکیت و رفاه کودک بالقوه مطرح می کند.

باروری پس از مرگ بحث های اخلاقی گسترده ای 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 و آزادی افراد (برای تصمیم گیری در خصوص باروری)، (۲) اصل تأمین سعادت و منافع کودک.

توسعه سریع در روش های کمک به باروری همراه با از بین بردن درد و رنج بی فرزندی، معضلات اخلاقی و سیاست های جدیدی را به ارمغان آورده است. کمک به باروری پس از مرگ موضوع بسیار چالش برانگیز، دشوار و حساس است که مورد بحث و بررسی اخلاقی و مذهبی قرار می گیرد. در این مبحث قبول تولید مثل پس از مرگ در شرایط اسلامی نیز ارزیابی شده است و نگرانی های بزرگ مانند رضایت و مالکیت گامت (سلول جنسی بالغ قابل تکثیر) پس از مرگ، و رفاه کودک بالقوه همه با هم با برخی قوانین بین المللی مورد بحث قرار گرفته است. براساس دیدگاه اسلامی نسبت به روش های کمک باروری بعنوان درمان خانواده ها و از بین بردن مشکل جدی بی فرزندی میتوان گفت که کمک به باروری پس از مرگ حتی با گامت های از قبل منجمد شده یا جنین ها، قابل قبول می باشد. همچنین دیدگاه اسلامی نسبت به ازدواج، رضایت و رفاه کودک، قابل قبول بودن آن را تأیید می کند.

گفتار اول: مشروعیت باروری پس از مرگ

در این گفتار، نظرات و دیدگاه های مخالفان و موافقان باروری پس از مرگ مطرح و بررسی می شود.

بند اول دیدگاه موافقان:

به طور متوسط حدود ۱۵ - ۱۰٪ از زوجین در ایران مبتلا به مشکل ناباروری می باشند (سایت ایرنا). در دو دهه ی اخیر، موفقیت های قابل توجهی در زمینه فن آوری های نوین کمک باروری حاصل شده است و زوجین نابارور نیز با محدودیت قانونی برای استفاده از این فن آوریها روبرو می باشند. با این همه، زوجین نابارور از روش های جدید استفاده نمی کنند و تصمیم گیری در مورد آن متأثر از درک آنها و نیز انتظارات و نگرش جامعه نسبت به استفاده از این فن آوریها است.

ناباروری در بیشتر کشورها نامطلوب است. به خصوص در فرهنگ هایی که پایگاه اجتماعی و رفاه خانواده وابسته به تعداد فرزندان می باشد و یا مانند کشورهای آفریقایی که فرزند آوری یکی از دلایل و اهداف اصلی ازدواج می باشد، زوجین نابارور از این بابت با مشکلات زیادی روبرو خواهند شد. در بسیاری از جوامع، ازدواج زمانی رسمیت می یابد که فرزند یا فرزندی تولید یافته باشند. پس در صورتی که زمان معین از ازدواج یک زوج بگذرد و فرزندی به دنیا نیاورند، ازدواج آنان از جانب فرد و جامعه ملغی اعلام می گردد و هر یک از طرفین حق دارند بدون فسخ قرارداد زوجیت، با فرد دیگری قرارداد ازدواج ببندند که بدان طلاق ارتجالی می گویند (ساروخانی، ۱۳۷۶: ۶۸).

باروری زن از راه غیر طبیعی و بدون مواجهه جنسی عملاً در اسلام تحقق یافته و فرزند ناشی از این لقاح مصنوعی در حدود ضوابط زمان خود، آثاری به وجود آورده که به هر حال طفل ناشی از آن به صاحب اسپرم ملحق گردیده است. با توجه به پیشرفت علوم و فنون و پیدا شدن مسائل جدید نظیر تلقیح مصنوعی در بین فقهای امامیه و سایر فرق اسلامی، این گونه مسائل خصوصاً مسأله تلقیح مصنوعی به شکل علمی مطرح گردیده و منجر به نظریات متفاوتی شده است (امامی، ۱۳۴۹: ۳۸۳).

فشار اجتماعی برای داشتن فرزند منجر به رنج روانی، فیزیکی و اجتماعی می شود. به ویژه برای زنان که نقش مادری، عنصری از پایگاه و هویت آنها را می سازد و داشتن فرزند منبعی از قدرت زن در خانواده و

جامعه محسوب می شود. طبیعی است که با از دست دادن آن، آسیب روانی، شخصیتی و اجتماعی زیادی ببینند. در چنین موقعیتی افراد به خصوص در جوامع پروناتالیست (طرفدار افزایش جمعیت) حاضر به انجام هر کاری هستند و علی رغم اینکه خطرهایی، سلامتی آنها را تهدید می کند، همه نوع اقدام درمانی اعم سنتی و مدرن را انجام می دهند (Ihchorn mc, 2033: 249 - 265) چگونگی فهم و برخورد با ناباروری به عوامل فرهنگی بستگی دارد. به گفته ی موافقان، رضایت فرد متوفی به استفاده از گامت خود و درخواست آگاهانه ی طرف مقابل برای استفاده از گامت برای تحقق جواز اخلاقی باروری پس از مرگ کافی است (Strong, 1999: 47-58). قابلیت منجمدسازی و ذخیره کردن مایع منی مردان، کسانی را که در شرف، درمانی هستند که آنها را عقیم خواهد کرد یا ذخیره سازی جنین های اضافی که از لقاح آزمایشگاهی ناشی شده اند، معضلات اخلاقی خاصی را مطرح می کند. اینها شامل درخواست یک زن برای باردار شدن و به دنیا آوردن یک بچه پس از مرگ شوهرش است و نیز درخواست یک مرد برای حمل جنین توسط یک مادر جانشین، اگر همسرش فوت شده باشد (Corrigan, 1996: 24).

موافقان این روش می گویند بسیاری به جای کمک از فن آوری های درمانی، از شبکه اجتماعی کمک می گیرند و از طریق فرزند خواندگی و یا طلاق و ازدواج مجدد بر ناباروری فائق می آیند در حالی که می توانند از این روش برای ادامه زندگی خود کمک بگیرند (Larsen, 2000: 285 - 291).

در جواز این گونه تلقیح بین حقوقدانان و فقهای معاصر اختلاف چندانی وجود ندارد زیرا نطفه مرد را به نحوی بدست آورده و آن را در رحم همسر قانونی او وارد می کنند. هیچ خدشه ای به اصول و قواعد حاکم بر روابط شرعی زوجین وارد نمی گردد و علاوه بر انطباق عمل با منطق عقل و مقبولیت اجتماعی و حفظ مصالح عمومی، روایت یا دلیل شرعی دیگری از کتاب و سنت آن را نفی ننموده است. در ذیل، آیات و روایاتی که به نظر می رسد برای تجویز باروری پس از مرگ مورد استناد قرار می گیرند، بیان می شود:

۱) آیات

الف) «وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَ يَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ» (نور، ۳۱): ای پیامبر به زنهای مؤمنه بگو که چشمهای خود را از دیدن بیگانه به شهوت فرو پوشانند و فروج خود را از زشتی ها ننگه دارند.

بنابراین حفظ فروج از هر چیزی که با حفظ آن منافات دارد واجب است (القائنی، ۱۴۲۴: ۳۷۹). از آنجا که حفظ فروج فقط به استمتاع اختصاص ندارد و به هر چیزی از جمله صورتهای تلقیح نیز برمی گردد لذا حفظ آن از ادخال اسپرم مرد اجنبی نیز واجب است. کسانی که با استناد به این آیه، تلقیح نطفه اجنبی را حرام می دانند معتقدند حذف متعلق حفظ، افاده عموم می کند و به همین دلیل مقتضی آیه، لزوم حفظ فرج از هر چیز، از جمله تلقیح مصنوعی از اسپرم مرد اجنبی است (القائنی، ۱۴۲۴: ۱۳۷).

ب) «وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ أَلَا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ» (مؤمنون، آیات ۵-۶)

آنان که شرمگاه خود را نگه می دارند جز بر همسران، یا کنیزان خویش که در نزدیکی با آنان هستند، مورد ملامت قرار نمی گیرند.

عمده نویسندگان در استدلال به این آیه در این زمینه ایراد کرده اند (المومن، ۱۴۱۵: ۸۴؛ القائنی، ۱۴۲۴: ۳۸، آصف المحسنی، ۱۳۸۲: ۸۹؛ حرم پناهی، ۱۳۷۶: ۱۳۸). زیرا اولاً تلقیح مورد بحث از شئون حفظ شرمگاه زن است از نطفه اجنبی و ثانیاً معنای قطعی نگهداری شرمگاه از زنان آن است که با آنان آمیزش نکند به علاوه آنچه به طور ارتکازی از حفظ فرج متبادر می شود، نگهداری از آمیزش است.

آیات متعددیگری از قرآن کریم نیز دلالت بر مشروعیت تلقیح مصنوع دارد، مانند آیه ۲۳۳ از سوره بقره که مقرر می دارد: زنان شما محل پرورش نطفه شمایند، به هر نحو که می خواهید از این نعمت یا از این امتیاز بهره ببرید. این آیه به طور صریح بر این ادعا دلالت دارد. آیات شریفه دیگری نیز وجود دارد که نه بطور صریح بلکه به طور ضمنی بر این امر دلالت می نماید. از جمله آیه ۷۲ سوره نحل که مقرر می دارد: خداوند از سرشت شما همسرانی برایتان مقرر داشت و از این همسران نیز برای شما فرزندان و نواده هایی قرار داد. آیه ای از سوره روم (آیه ۲۱) با این مفهوم که از نشانه های عظمت خداوند اینکه از سرشت شما برایتان همسرانی آفرید تا در جوار همسران آرامش یابید و بین شما و همسرانتان دوستی و محبت قرار داد. در آیه اخیر گر چه صراحتی در دلالت بر مدعا ندارند ولی محتوای کلام و تعبیر به ازدواج در هر دو آیه مبارک که دلالت دارد بر اینکه زنان که طبق حقوق اسلام می توانند متعدد باشند، جمعاً برای شوهران در حکم پیکره واحد و عملی جهت تولید مثل و به تعبیر آیه اولی مزرعه ای جهت کشت و بارور

کردن نطفه شوهر خویش محسوب می گردند، بنابراین از نظر حلیت و احکام تکلیفی منع صریحی از این اقدام به عمل نیامده و نتیجه اصالة اباحه و اصل عدم ممنوعیت موید مشروعیت آن می تواند باشد.

به نظر می رسد با توجه به احادیث ناظر به جواز غسل دادن هر یک از زوجین، دیگری را پس از وفات (عاملی، ۱۴۱۴: ۵۲۸ - ۵۳۴) و اطلاق «زوجه» بر زن شوی مرده در قرآن و کاربرد عرف (فاضل هندی، ۱۴۱۸: ۲۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۰: ۵۳؛ غروری، ۱۳۹۱: ۱۲۲) و اطلاق کلمه اجنبی در این آیات می توان استدلال کرد که، منظور از بیگانه واجنبی مرد نامحرم باشد، در صورتی که در این نوع از روش باروری، اسپرم از شوهر زن که فوت کرده گرفته و نطفه منعقد می شود.

۲- روایات

الف) محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن ابیه، عن عثمان بن عیسی، عن علی بن سالم، عن ابی عبدالله علیه السلام قال: «إِنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَذَاباً يَوْمَ الْقِيَامَةِ رَجُلًا أَقَرَّ نُطْفَتَهُ «نطفه عقاب» فِی رَحِمِ مَا یَحْرُمُ عَلَیْهِ وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ فِی (عقاب الاعمال) وَ ... وَ رَوَاهُ الْبَرْقِیُّ فِی (المحاسن) مثله (حر العاملی، ۱۴۰۳: ۳۳۹). محمد بن یعقوب، از علی بن ابراهیم، از پدرش، عثمان بن عیسی، از علی بن سالم، از امام صادق (ع) نقل کرده است که فرمود: «قرار دادن نطفه در رحمی که بر مرد حرام است مستوجب سخت ترین عذاب در روز قیامت است».

بنابر ظاهر حدیث، قرار دادن نطفه در رحم زن اجنبی حرام است، اگرچه از راه غیر معمول، یعنی تلقیح مصنوعی باشد (مومن، ۱۳۷۴: ۸۳؛ حرم پناهی، ۱۳۷۶: ۱۳۹؛ القائی، ۱۴۲۴: ۳۸۰). این حدیث، هم شامل موردی می شود که اسپرم مرد از راه معمول در رحم زن قرار گیرد و هم موردی را که از راه غیر معمول انجام می پذیرد در بر می گیرد. آنچه مورد تأکید قرار دارد قرار دادن اسپرم مرد در رحمی است که بر وی حرام است، بدون در نظر گرفتن ابزاری که این نطفه را در رحم قرار می دهد (مومن، ۱۳۷۴: ۸۳).

در پاسخ به این اشکال که ظاهر روایت بر ریختن نطفه به صورت مباشرت دلالت دارد و یکی از مصادیق بارز و آشکار قرار دادن نطفه در رحم زن، آمیزش با وی است (قبله ای، ۱۳۷۸: ۱۲۳). باید گفت که آمیزش یکی از مصادیق بارز و آشکار قرار دادن اسپرم مرد بیگانه در رحم زن است و غلبه خارجی به

تنهایی موجب انصراف نمی گردد. آنچه موجب شدیدترین مجازات در روز قیامت است، قرار گرفتن نطفه در رحم زنی است که بر صاحب نطفه حرام است. در صورتی که در این نوع تلقیح، زن همسر شرعی متوفی است (حرم پناهی، ۱۳۷۶: ۱۳۹؛ مومن، ۱۳۷۴: ۸۳).

ب) «محمد بن علی بن الحسین قال: قال النبی (ص): «لَنْ يَعْمَلَ ابْنُ آدَمَ عَمَلًا أَعْظَمَ عِنْدَ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ مِنْ رَجُلٍ قَتَلَ أَوْ إِمَامًا أَوْ هَدَمَ الْكَعْبَةَ جَعَلَهَا لِلَّهِسَ قَبْلَهُ لِعِبَادِهِ أَوْ أَفْرَغَ مَاءَهُ فِي إِمْرَأَةٍ حَرَامًا» (حر العاملی، ۱۴۰۳: ۲۳۹) امام باقر (ع) از پیامبر (ص) نقل می کند که فرمود: هرگز فرزند آدم کاری انجام نمی دهد که گناه آن نزد خداوند از کشتن پیامبر یا امام یا خراب کردن کعبه که خداوند آن را برای بندگانش قبله قرار داده، یا ریختن آب خود در رحم کسی که بر وی حرام است، بیشتر باشد.

از ظاهر حدیث برمی آید که قرار دادن منی مرد در رحم زنی که آمیزش با وی برای او جایز نیست، حرام است (مومن، ۱۳۷۴: ۸۳؛ حرم پناهی، ۱۳۷۶: ۱۴۰). بسته شدن نطفه و تشکیل جنین در این حالت از اسپرم مرد و تخمک زنی است که بین آنها رابطه زوجیت وجود ندارد.

«ریختن منی در مهبل زنی که آمیزش با وی برای صاحب منی حرام است، حرامی است مستقل و ربطی به آمیزش ندارد. به تناسب حکم و موضوع، می توان سبب حرام بودن ریختن منی را به عنوان یک حرام مستقل به دست آورد و آن اینکه قرار دادن منی به گونه معمولی در مهبل زنی که بر صاحب منی حرام است، سبب بسته شدن نطفه از راه نامشروع می شود (مومن، ۱۳۷۴: ۸۳).

ممکن است تصور شود که مقصود از قسمت اخیر، ریختن اسپرم مرد از طریق حرام است. در نتیجه اگر اسپرم مرد اجنبی از راهی که حرام نیست مانند تلقیح مصنوعی با ابزار و آلات پزشکی و با فرض فقدان مقدمات حرام در رحم زن اجنبیه تلقیح شود، معلوم نیست حدیث این مورد را شامل شود. این استدلال را نویسنده کتاب کلمات سدیده فی مسائل جدید رد کرده و می گوید این پنداری است که نباید به آن توجه کرد».

ج) «و عنه، عن محمد بن احمد، عن ابی عبدالله الرازی، عن الحسن بن علی بن ابی حمزه، عن ابی عبدالله المؤمن عن اسحاق بن عمار قال: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: الرَّثَا شَرٌّ أَوْ شُرْبُ الْخَمْرِ؟ وَ كَيْفَ صَارَ فِي

شُرْبِ الْخَمْرِ ثَمَانُونَ وَ فِي الزَّيْنَةِ مَاءٌ؟ فَقَالَ: يَا إِسْحَاقُ الْحَدُّ وَاحِدٌ وَلَكِنْ زَيْدٌ هَذَا لِتَضْيِيعِهِ النُّطْفَةَ وَ لَوْضَعَهُ إِيَّاهَا فِي غَيْرِ مَوْضِعِهِ الَّذِي أَمَرَهُ اللَّهُ عَزَّوَجَلَّ بِهِ» (مومن، ۱۳۷۴: ۸۵؛ حرم پناهی، ۱۳۷۶: ۱۴؛ یزدی، ۱۳۷۵: ۱۰۸). از امام صادق (ع) پرسیدم: زنا بدتر است یا نوشیدن شراب؟ و چرا حد نوشیدن شراب هشتاد تازیانه و حد زنا یکصد تازیانه است؟ امام (ع) فرمود: ای اسحاق حد هر دو یکسان است ولی چون زنا موجب تضییع نطفه و قرار دادن آن در غیر جایگاهی می شود که خداوند دستور داده است این مقدار اضافه گردیده است».

طبق این حدیث، قرار دادن نطفه در غیر جایگاهی که خداوند دستور داده است و تضییع نطفه در حدیث نهی شده است و برابر حدیث، قرار دادن نطفه در غیر جایگاهی که خدای متعال امر فرموده حرام است (مومن، ۱۳۷۴: ۸۴؛ حرم پناهی، ۱۳۷۶: ۱۴۰). از مفهوم مخالف این روایات می توان نتیجه گرفت که، قراردادن نطفه در جایگاهی که خدای متعال دستور داده حلال و مشروع است.

د) «محمد بن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد، عن النضر بن سويد، عن محمد بن ابي حمزة، عن شعيب الحداد قال: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: رَجُلٌ مِنْ مَوَالِيكَ يَقْرُوكَ السَّلَامَ وَ قَدْ أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ إِمْرَأَةً وَ قَدْ وَأَفَقَّتْهُ وَ أَعْجَبَتْهُ بَعْضُ شَأْنِهَا، وَ قَدْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ فَطَلَّقَهَا عَلَى غَيْرِ السَّنَةِ وَ قَدْ كَرِهَ أَنْ يَقْدَمَ عَلَى تَزْوِيجِهَا حَتَّى يَسْتَأْمَرَكَ فَتَكُونُ أَنْتَ تَأْمَرُهُ، فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: هُوَ الْفَرْجُ وَ أَمْرُ الْفَرْجِ شَدِيدٌ، وَ مِنْهُ يَكُونُ الْوَلَدُ وَ نَحْنُ نَحْتَاطُ فَلَإِيتَزَوَّجِهَا (حر العاملي، ۱۴۰۳: ۱۹۳).

به امام جعفر صادق (ع) عرض کردم: یکی از دوستان شما سلام می رساند. او قصد تزویج با زنی دارد که با وی توافق حاصل است و آن زن شوهر داشته است که او را به غیر سنت و روش اسلام طلاق داده است. مرد کراحت دارد که اقدام به ازدواج با آن زن کند و از شما دستور می خواهد آیا به او اجازه می دهید؟ امام صادق (ع) فرمود: این امر به فرج مربوط می شود که مسأله مهمی است و از آن فرزند متولد می شود، و ما احتیاط می کنیم. پس با آن زن ازدواج نکند.

اهمیت خاصی که اسلام برای فروج قائل شده برای این است که بی مبالاتی در امر فروج که محل تکون طفل است موجب اختلاط نسب می گردد. با توجه به اینکه فروج زنان بدون اذن شارع بر مردان مباح

نمی شود و در موارد احتمال حرمت، احتیاط باید کرد، امام (ع) نهی در ازدواج را متفرع بر احتیاط کرده است. چنانچه حرمت یا مشروعیت تلقیح مصنوعی با اسپرم مرد اجنبی تردید کنیم، چون مستلزم احتیاط در مبدأ تکون انسان است، باید احتیاط کنیم. امام (ع) با وجود علم به همه احکام احتیاط می فرماید، اگر چه اصل اولی در شبهات تحریمی، برائت است (حرم پناهی، ۱۳۷۶: ۱۴۳).

و) در بین روایات باب نکاح و نسب روایت صریحی بر حلیت مورد به دست نیامد، اما روایات متعددی به طور ضمنی بر حلیت مورد دلالت دارد که از جمله روایت منسوب به پیامبر اسلام (ص) با این مضمون که با یکدیگر ازدواج کنید و تولید مثل نمائید و بر تعداد پیروان مکتب بیفزاید، زیرا من در روز واپسین به کثرت تعداد شما در بین امتها و ملت ها افتخار می کنم ولو اینکه تولید مثل به سرانجام نرسد (روحانی، ۱۳۵۸، ج ۱).

در احکام اسلام، موضوع تلقیح مصنوعی به این ترتیبی که امروز از جهت علمی و عملی مطرح است، سابقه نداشته است؛ بنابراین عنوان، تلقیح مصنوعی را در متون و منابع اسلامی و در اخبار و احادیث صدر اسلام نمی توان یافت تا به صورت دقیق مستندی در تایید یا رد آن ارائه کرد؛ فقهای چون آیت اله خامنه ای، حر عاملی و فاضل هندی نیز بر جواز این عمل نظر داده اند که دلیل این فقها باقی بودن رابطه زوجیت پس از فوت شوهر می باشد (خامنه ای، ۱۳۸۲: ۵۶۵).

به نظر می رسد با توجه به چگونگی انجام این روش همانطور که در مبحث قبل توضیح داده شد، برای تلقیح به منظور باروری از اسپرم مرد، که همسر زوجه است استفاده می شود نه شخص دیگری. پس با توجه به آیات و روایات بالا آنچه که نهی و حرام شده است استفاده از اسپرم بیگانه است، درحالی که در این روش شوهر متوفی نسبت به زن بیگانه نبوده است و بر وی حرام نیست و فرزندى که به دنیا می آید فرزندی مشروع است.

بند دوم: دیدگاه مخالفان

مخالفان باروری پس از مرگ معتقدند که این روش برخلاف منافع کودکان حاصل از این نوع باروری است. (kindregan,2005:1). برخی فقها مانند مرحوم آیت اله بروجردی از مفاهیم ادله مستفاد می

کنند که تلقیح منی شوهر به زن خود محل اشکال و تأمل است (امامی، ۱۳۴۹: ۳۶۷). آیت الله میلانی نیز معتقد است: «از ظواهر آیات و روایات درباره لقاح اختیاری (مصنوعی) چیزی به نظر نرسیده است؛ ولی از لحن الخطاب و ذوق فقهی می توان گفت که یقیناً جایز نیست» (امامی، ۱۳۴۹: ۳۶۷).

برای حرمت موضوع، استناد شده است به مفاد برخی از آیات قرآن و احادیث که دلالت می کنند بر لزوم حفظ فرج، مثل آیه ۳۱ سوره نور یا گناه بودن ریختن آب مرد به صورت حرام در فرج زن مذکور در روایت منقول از امام صادق (ع) «شدیدترین عذاب در روز قیامت، عذاب مردی است که نطفه خود را - و در نقل دیگری نطفه عقاب را - در رحم زنی نامحرم بریزد» (الحر العاملی، ۱۴۰۳: ۲۳۹). و یا حدیث منقول از پیامبر اکرم (ص): «در میان کارهایی که بنی آدم انجام می دهد، کاری بدتر و گرانتر بر خداوند عزوجل از کشتن پیامبر (ص) یا امام (ع) یا خراب کردن کعبه که خداوند آن را برای بندگان قبله قرار داده یا ریختن منی از روی حرام توسط مرد در رحم زنی نمی باشد».

برای تجویز این عمل و فتوا دادن بر جواز و صحت آن یا وضع قانون بر جواز، به نظر می رسد باید ابتدا آثار و تبعات قانونی و اجتماعی آن را بررسی کرد. نسب که به معنای خاص و محدودش عبارت از وجود رابطه پدر فرزندی یا مادر فرزندی است، دارای آثار حقوقی و اجتماعی است. یعنی موجب توارث است، از موانع نکاح و موجب حرمت نکاح است و از لحاظ تکالیف شرعی مربوط به نگاه و معاشرت، موجب محرمیت است، از لحاظ اجتماعی نیز شخص ریشه و منشأ و هویت خود را می داند و می شناسد. مسأله مهم و قابل بحث، این است که آیا این نسب که دارای چنین آثاری است، یک امر جعلی و قانونی است یا یک امر طبیعی که قانون آن را به رسمیت می شناسد و بر آن آثار مترتب می کند، نوع طبیعی و مقبول نسب که همواره در همه مذاهب و عرف و عادات و مقررات پذیرفته شده، این است که در اثر وجود علقه زوجیت یعنی رابطه قانونی و مشروع بین زن و مرد و با قرار گرفتن نطفه مرد در رحم زن، چه در اثر آمیزش و تماس به صورت انجام عمل مقاربت، چه با ریختن منی مرد در رحم زن ولو بدون عمل دخول مثل تفخیز و نظایر آن و چه آن گونه که امروزه میسر شده، یعنی تزریق منی مرد به کمک وسایل پزشکی به داخل رحم زن، بچه ای پرورش یابد و متولد شود، این بچه که از لحاظ خلقت طبیعی رابطه

خونی با این زن و مرد دارد و از آنها آفریده شده، رابطه نسبی دارد و مشمول آیه ۸ سوره سجده می شود که می فرماید: «سپس نسل او را از عصاره آب ناچیز و بی قدر خلق کرد» از این رو همه آثار حقوقی و اجتماعی مذکور برای نسب در این مورد صادق است.

حال اگر این وضعیت وجود نداشته باشد یعنی یا بچه از نطفه مرد و زنی به وجود آمده که رابطه صحیح و قانونی ازدواج بین آنها برقرار نبوده، آیا قانونگذار یا شارع می تواند بین این بچه و مرد و زن مورد نظر رابطه نسبی برقرار کند یعنی جعل نسب نماید و به حکم قانونگذار نسب برقرار باشد و آثار خود را بگذارد یا خیر؟ باید مکانیزم حقوقی این امر را در سیستم حقوقی بررسی کرد و بر آن پایه نظر داد و اگر لازم شد فتوا داد یا قانون وضع نمود. به عقیده این دسته رابطه زوجیت پس از مرگ منحل می شود و زن نسبت به مرد بیگانه تلقی می شود و علقه زوجیتی بین آنها وجود ندارد (مهرپور، ۱۳۷۹: ۳۷۳ - ۳۷۷).

در جامعه ای که تا به حال بچه ها را به عنوان «محصولات قابل فروش» و زنان را بعنوان «جایی برای نگهداری جنین» جهت احتیاجات تناسلی مردان، در نظر می گرفت، تولید مثل پس از مرگ ممکن است این دیدگاه را بیشتر تقویت کند که زنان و کودکان بی ارزش هستند. باروری به این طریق ممکن است یک ضرورت اخلاقی و روانشناختی برای زنان بوجود آورد که بچه های پس از مرگ را بدنیا بیاورند، آنها را پرورش دهند و تمامی تعهدات والدینی را به عهده بگیرند. تولید مثل پس از مرگ فاقد ارزش های واقعی است که اکثر اشخاص در تجربه تناسلی آن را پیدا می کنند. کودکان پس از مرگ از لحاظ روانشناسی مستعد لطمه دیدن هستند با این عقیده که آنها بعنوان کودک یتیم تصور می شوند و کمترین امیدی به شناختن پدرهای ژنتیکی خود یا بیشتر دانستن در مورد مادران ژنتیکی شان نخواهند داشت به دلیل آنکه آنها قبل از باروری مرده اند (Evelyn, 1994: 4).

۱- ادله حرمت و نقد آنها:

مخالفین تلقیح مصنوعی دلایل زیر را برای توجیه نظر خود ذکر می کنند:

الف) کتاب

خداوند متعال به پیامبر خود فرمان می دهد: « به زنان مسلمان و مؤمن بگو چشم هایتان را ببندید و فروج خود را حفظ کنید» (نور، ۳۱). مخالفان تلقیح مصنوعی عقیده دارند که حذف متعلق در آیه افاده عموم می کند؛ یعنی واجب است زنان مسلمان فروج و شرمگاه خود را از هر چیز، از جمله تمامی صورت های تلقیح؛ حفظ نمایند. علامه طباطبایی از آیه این نظر را استظهار می کند که: به قرینه صدر آیه که می فرماید «يَغْضُوا مِنْ ابْصَارِهِمْ» استفاده می شود که مراد از حفظ فروج، ستر و پوشش آنهاست از دید ناظران؛ همان طور که ذیل آیه نیز قرینه است که مراد از صدر (غضوا) پوشیدن چشم است از نگاه به فروج (طباطبایی، ۱۳۷۶: ۱۲۰).

شیخ طوسی نیز در تفسیر تبیان می گوید: خداوند امر فرموده است که مردان و زنان مسلمان فروج خود را از هر چیز حرام حفظ کنند و آن را از ناظر محترم مستور نمایند (طوسی، ۴۶۰: ۴۲۸).

ب) روایات

۱- علی بن سالم از امام صادق (ع) روایت می کند که:

شدیدترین عذاب در روز قیامت، عذاب مردی است که نطفه خود را در رحمی بریزد که بر او حرام است. این روایت از حیث سند و دلالت مورد مناقشه است، زیرا علی بن سالم مورد اشکال واقع شده است. برخی گفته اند: علی بن سالم بین دو نفر مرد است: یکی علی بن سالم بطائنی که واقفی و متهم به دروغ گویی است و دیگری علی بن سالم که مجهول است؛ بلکه بعضی ها گفته اند که علی بن سالم یک نفر است آن هم بطائنی است که متهم به دروغ گویی است. علی بن سالم هر کدام از این دو نفر باشد، روایت فوق از درجه اعتبار ساقط است؛ زیرا یا مجهول است یا دروغگو. در بعضی از نوشته ها آمده است که ظاهر حدیث این است: آنچه منع شده، ریختن آب مرد در رحمی است که بر او حرام است در این جهت، به حسب عرف، مباشرت دخالتی ندارد. به همین دلیل فقها با استدلال به این حدیث، عزل را بر زناکار واجب دانسته اند، چون از حدیث معلوم می شود که علاوه بر عمل آمیزش، ریختن نطفه در رحم، خود حرامی دیگر است (حرم پناهی، ۱۳۷۶: ۱۳۹).

رسول خدا (ص) فرمود: از کارهایی که فرزندان آدم انجام می دهند، نزد خداوند کاری بدتر و گرانتر نیست از کشتن پیامبر (ص) یا امام (ع) و خراب کردن کعبه که خداوند آن را برای بندگان قبله قرار داده و اینکه مردی نطفه خود را در رحم زنی از روی حرام بریزد. این حدیث مانند حدیث سابق از حیث سند و دلالت ضعیف است آنچه در حدیث علی بن سالم گفته شد در این حدیث نیز گفته می شود. از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می آید که تلقیح مصنوعی از حیث ادله (کتاب و سنت) مانعی ندارد و بعضی از دانشمندان مفاسدی بر آن ذکر کرده اند که آنها یا جزء مفاسد نیستند و یا قابل دفع هستند؛ بنابراین نظریه تلقیح صناعی رابطه نامشروع نیست و کودکان ناشی از آن نامشروع محسوب نمی شوند (قبله ای، ۱۳۷۸، ش ۱۳ - ۱۴ : ۱۲۳). معدودی از فقها شیعه (امامی، ۱۳۴۹: ۳۶۷) و اهل سنت (سلامه، ۱۳۴۲: ۴۷۱؛ رضایا معلم، ۱۳۷۸: ۸۳) تلقیح را به طور مطلق جایز ندانسته اند. همچنین به نظر مشهور امامیان، تلقیح میان زن و شوهر پس از طلاق رجعی و به نظر برخی فقها پس از مرگ شوهر و پیش از انقضای عده جایز است (صانعی، ۱۳۸۵: ۶۵؛ جعفری تبریزی، ۱۳۷۷: ۳۰۷) البته برخی از فقها تلقیح را پس از فوت شوهر را جایز ندانسته اند (منتظری، ۱۳۸۱: ۸۹؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۱: ۶۸۱؛ موسوی اردبیلی، ۱۳۷۷: ۱۱؛ محسنی، ۱۴۲۴: ۹۶).

برخی مخالفان بر این باورند که این شیوه درمانی، شیوه ای جدید در تولید مثل انسانی است که بدون وساطت ارتباط جنسی شکل می گیرد. از این رو مخالف آن روندی است که برای تولید مثل در طبیعت وجود دارد. نتیجه مستقر بر این باور، غیر اخلاقی بودن کاربرد آن است که در جواب اینان می توان گفت: نقض قوانین طبیعت ممکن نیست و گر نه زندگی انسان و دیگر موجودات زنده نابود می شد. آنچه میسر است نقض موقتی واقعی یکی از قوانین طبیعت به کمک دیگر قوانین است، با این حال این نوع باروری را نمی توان غیر طبیعی به شمار آورد. با این حال، نکته مهم این است که طبیعی/ غیر طبیعی بودن به این معنا ویژگی اخلاقی مربوط نیست چنانکه هیچ کس بیماران را به لحاظ اخلاقی مذمت نمی کند (paxson, 2003: 53 - 66). برخی مخالفت ها با کاربرد روش های کمک باروری، زمینه ای دینی دارد. این زمینه متفاوت از بررسی فقهی - شرعی درمان ناباروری است. برخی با تکیه بر موانع فقهی مخالفت

خود را ابراز می کنند، اما آنچه در اینجا معرفی می شود، یک دیدگاه الهیاتی - کلامی است که دخالت انسان در تولید مثل طبیعی، تغییر آن و در نهایت، درمان ناباروران را ناقض برخی صفات خداوند مانند قدرت مطلق یا حکمت او و در نتیجه دخالتی ناصواب در کار او می داند. این دیدگاه در ادیان غربی، یعنی در بین یهودیان، مسیحیان و مسلمانان پیروانی دارد که روایت های مختلف از آن ارائه می دهند: برخی بر تلاش ناصواب انسان برای ابهام زدایی از اسرار خلقت خداوند تأکید می کنند، برخی امکان دستکاری ژنتیک در انسان را پیش می کشند و برخی نیز چنین فعالیت هایی را گونه ای از تصمیم گیری های خودسرانه انسان درباره زندگی و مرگ آدمیان می دانند (Moore KA, 2007: 14 - 7).

در میان مسلمانان، به ویژه در میان اهل سنت، نیز دیدگاه های مشابه آنچه در بالا آمده وجود دارد. برای مثال عبدالهادی مصباح بر آن است که:

«هنگامی که دانشمندان دخالت می کنند تا نقش خدا را به عهده گیرند و اساس و صفات خلق را دگرگون کنند و نسب ها مختلط شود و هویت گم گردد و این چیزی است که عقل و ممیز انسانی در هر مکانی آن را رد می کنند (Islami, 2007: 218). به نظر این فقها رابطه زوجیت پس از مرگ پایان یافته تلقی می شود و چنین نوزادی مانند کودک حاصل از باروری میان دو بیگانه است.

به نظر می رسد علت این امر بطلان زوجیت یا انحلال رابطه نکاح بعد از فوت شوهر باشد. زوجیت که رابطه ای اعتباری بین زن و مرد است با فوت یکی از آنها از بین می رود. استصحاب بقای زوجیت نیز در اینجا به دلیل عدم بقای موضوع کاربردی ندارد و اما روایات وارد در مورد غسل مرد توسط همسرش در صورت فوت و بالعکس و همچنین نظر به جسد مرد، دلیل بقای زوجیت نیست، بلکه به دلیل ورود نص است که به صورت تعبدی باید به آن ملتزم بود. در صورت حکم به بطلان زوجیت و یا انحلال آن در صورت فوت مرد، عمل تلقیح اسپرم بعد از فوت در حکم تلقیح اسپرم اجنبی است (أصف المحسنی، ۱۴۲۴: ۹۴-۹۵).

۳- استفتائات و نظریات جدید:

دیدگاه حضرت آیت اله العظمی مکارم شیرازی مبنی بر جایز نبودن تولیدمثل پس از مرگ است و ایشان فرزند حاصل را فرزند فرد متوفی نمی دانند و بنابراین حقوق والد - فرزندی از جمله ارث را برقرار نمی شمارند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۱: ۴۶۴). حضرت آیت اله العظمی مظاهری استفاده ی جنین منجمد زوج را پس از فوت یکی از زوجین برای دیگری به شرط اجازه از وراثت صحیح می دانند و داخل یا خارج عده ی وفات بودن را در این عمل موثر نمی شمارند. اهدای جنین به غیر را با اجازه ی وراثت جایز می دانند، اما این کار را خلاف اخلاق شمرده و فرزند را به صاحب نطفه ملحق می کنند. حضرت آیت اله العظمی علوی گرگانی نیز استفاده ی جنین منجمد را پس از فوت جایز می دانند، اما از نظر اخلاقی به آن اشکال وارد می کنند. ایشان درباره ی ارث، نظر مستقیم ارائه نکرده اند اما از آنجایی که نگهداری حصه را برای جنین ها ضروری نمی دانند، احتمالاً اعتقاد به ارث این فرزندان از فرد متوفی وجود ندارد (علیزاده، ۱۳۹۱: ۳۰). در جوامع اسلامی که ناباروری، بیماری خانواده دانسته می شود، ارائه ی روش های کمک باروری برای تولید مثل پس از مرگ یکی از زوجین صحیح به نظر نمی رسد، چرا که رفاه و سرنوشت کودک، با توجه به امکانات، فرهنگ و قوانین کشورمان در کنار خانواده و با وجود والدین معنا پیدا می کند. براساس تعریف خانواده و در نظر گرفتن ناباروری به عنوان بیماری زوج، نمی توان فردی که همسرش را از دست داده تحت درمان ناباروری قرار داد. علاوه بر این بقای زوجیت پس از مرگ مورد سؤال بوده و بررسی های حقوقی نیز مؤید این مطلب است که باید قانون جامعی در جلوگیری از به کارگیری روش های تولید مثل پس از مرگ تدوین شود (عمانی سامانی، ۱۳۸۸: ۹).

مشروعیت و مقررات در مورد باروری پس از مرگ از کشور به کشور دیگر متفاوت است. ایالات متحده آمریکا، این روش را بدون هیچ محدودیتی تصویب کرد. انگلستان آنرا فقط در صورتی که موافقت شوهر فوت شده با سند و مدرک ارائه گردد، می پذیرد. آلمان و فرانسه، هر دو آن را ممنوع کرده اند (2: Kawai, 2001). پس از سال ۱۹۸۰، موقعی که جمع آوری اسپرم از مردان متوفی برای اولین بار گزارش شد (3: Rothman, 1980) موارد واقعی از باروری پس از مرگ به علاوه دعوای حقوقی مربوط به آنها، بارها در سرتاسر جهان گزارش شده است. مسائل اخلاقی، حقوقی و اجتماعی (ELSI) در مورد

باروری پس از مرگ در آن زمان، بیش از این شناخته شده بودند و بحث‌ها و نظرات گوناگونی در مورد حقوق مثبت و یا غیر موجه بودن جمع‌آوری اسپرم از مردان فوت شده و درمان بوسیله این اسپرم‌ها جمع‌آوری شده بوجود آمده بود. کانادا، فرانسه، آلمان و سوئد مجموعه قوانینی دارند که باروری پس از مرگ را ممنوع می‌کند. در بریتانیا رفاه کودک در قانون باروری انسان و جنین شناسی سال ۱۹۹۰، تأکید شده، آنهایی که موجبات IVF را فراهم می‌کنند باید رفاه کودک را در نظر بگیرند، که شامل نیاز آن کودک به یک پدر است (Spriggs, 2004: 384-385).

به نظر می‌رسد با توجه به مجاز بودن عمل می‌توان گفت، نظر به اینکه در نظام حقوقی اسلام هدف اصلی قانونگذار جلوگیری از گسترش موجبات ایجاد کودکان غیر مجاز و غیر قانونی می‌باشد و به لحاظ اینکه مراحل باروری نطفه در شرایطی کاملاً مجاز تحقق یافته و پرورش جنین در محلی صورت می‌گیرد که با مرد صاحب نطفه رابطه زناشویی دارد تردیدی در الحاق فرزند جدید به پدر و مادر صاحب نطفه نخواهد بود، پس منع صریحی در این امر دیده نمی‌شود. هر مسلمان باید از امکان علمی و تکنیکی موجود برای درمان خود استفاده نماید و این اقدام به منزله یک دستور دینی تلقی می‌گردد. بنابراین، زوج‌های نابارور هیچ‌گونه محدودیتی در استفاده از روش‌های متبوع و پیشرفته لقاح را ندارند و این در زمانی است که از گامت، جنین یا اسپرم زوج در این درمان استفاده شود. 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. در مورد دیدگاه‌های بالا می‌توان گفت روش‌های درمان ناباروری تصمیم‌گیری خودسرانه درباره زندگی و مرگ انسانها نیستند بلکه روش‌های درمانی برای تولید مثل انسان که نتیجه آن با تولید مثل طبیعی یکسان است. بنابراین، تلاش‌های آدمی خارج از حیطه علم و قدرت مطلق خدا نیست. همچنین، حتی اگر علم درمان ناباروری، در بیانی مبالغه شده و مغالطه‌آمیز، تلاشی برای کشف اسرار خلقت باشد، نمی‌توان آن را ناپسند دانست؛ زیرا در نگرش دین هر عملی واجد این ویژگی است و مطابق برخی دیدگاه‌ها حتی از سوی بنیانگذاران ادیان و مذاهب مورد تشویق نیز قرار گرفته است. نمی‌توان هر گونه علم طلبی و دستکاری در طبیعت خام را مذمت کرد مگر

دلیل اخلاقی موجهی وجود داشته باشد در غیر این صورت، کوچک ترین مداخله در طبیعت مانند درمان بیماری های ساده را نیز می توان به بهانه دستکاری در امور طبیعی نفی کرد.

گفتار دوم: خودآیینی صاحبان گامت یا جنین (رضایت)

بحث احترام به استقلال فردی، یکی از مباحث اخلاقی مطرح می باشد. احترام به خواسته ها، منافع و اختیارات زوجین و نیز کودک حاصله مبحث مهمی هستند که گاه نیز با یکدیگر در تعارض قرار می گیرند. لزوم اخذ رضایت آگاهانه، یکی از مهم ترین مباحثی است که در این راستا طرح می گردد شامل سرفصل هایی هم چون احترام به آناتومی افراد، دیدگاهها، نظرات و تصمیمات آن ها، انتخاب افراد و جلوگیری از اجبار یا استثمار آن ها می باشد. لازمه ی اخذ رضایت آگاهانه، بیان و افشاء کامل حقایق و پیامدهای طبی، اجتماعی، روحی - روانی و خطرات احتمالی می باشد (لاریجانی، ۱۳۸۵ : ۲ - ۳).

این سؤال که آیا خانواده مرد بیمار فوت شده، حق قانونی برای مخالفت استفاده از اسپرم پس از مرگ فرزند مرحوم خود را دارند، از اهمیت برخوردار است. خوشبختانه در این موارد، اغلب خانواده شوهر مرحوم درخواست بیوه را محترم می شمارند و هیچ تضادی در منافع رخ نداده است. اگر چه در اصطلاح وراثت و از نظر مشروعیت، بچه ای که پس از مرگ مرد دنیا می آید ممکن است حقوق مشابه ای در مقایسه با بچه ای که در دوران طول عمر پدرش متولد می شود نداشته باشد. اصل احترام به خودآیینی افراد بدین معنی است که تصمیمات آنان باید مورد احترام قرار گیرد. خودآیینی مبتنی بر سه عنصر فاعل بودن انسان به معنای عمل کردن بر اساس خواسته ها، باورها و تمایلات خود، استقلال و عقلانی بودن وی است. البته این اصل به معنی پذیرش بدون قید و شرط کلیه ی خواسته ها نیست.

در باروری پس از مرگ این پرسش مهم اساسی مطرح می شود: اساساً آیا بحث از خودآیینی در مورد متوفی صادق است؟ مناقشه و چالشهای مربوط به بحث خودآیینی در این جا به مراتب جدی تر از بحث خودآیینی در فرد زنده است. در این خصوص، دیدگاه ها مختلفی شکل گرفته است. یک دیدگاه وجود خودآیینی برای متوفی را از اساس رد کرده آن را بی معنا دانسته. دیدگاه دیگر آن را به طور کلی

رد نکرده، اما خودآیینی فرد متوفی رامتفاوت از فرد زنده می داند. دیدگاه سومی نیز وجود دارد که به جد از خودآیینی متوفی دفاع می کند. براساس نظر این گروه، آزادی عدم تولید مثل روی دیگر آزادی تولید مثل است و خودآیینی فرد ایجاب می کند وی همچون فرد زنده آزادی انتخاب تولید مثل یا عدم تولید مثل پس از مرگ را داشته باشد. لذا هرگونه اقدام عاری از رضایت صریح را نفی خودآیینی فرد می دانند (Wilkinson, 2007: 30-40). در خصوص باروری پس از مرگ، یکی از راههای تأمین شرایط لازم برای اتخاذ تصمیم درست این است که مسأله ی باروری پس از مرگ در رضایت نامه هایی که هنگام ذخیره سازی گامت از صاحبان آن ها اخذ می شوند، درج و از این افراد خواسته شود نظر خود را به طور روشن در رضایت نامه ی مربوط بنویسند و آن را امضا کنند. با توجه به اهمیت رضایت در این بحث، در زیر به ابعاد گوناگون این امر می پردازیم.

۱- رضایت:

روش های جدید در درمان ناباروری و امید به زندگی در بیماران سرطانی، استفاده از انجماد اسپرم را افزایش داده است. قبل از شروع به شیمی درمانی شخص با رضایت کتبی اسپرم خود را برای باروری منجمد می کند در این رضایت نامه حتماً باید قید شود که آیا موافق باروری پس از مرگ می باشند. اگر شخص فوت کند و زن خواسته اش را برای درمان با اسپرم منجمد شوهر مرحوم خود اظهار کند و فرم رضایت نامه، رضایت آگاهانه و اصلی، استفاده اسپرم شوهر پس از مرگ را در بر نگیرد باید یک تقاضانامه خاصی برای استفاده از آن تهیه شود. باروری پس از مرگ بر اهمیت رضایت آگاهانه کتبی امضاء شده توسط بیماران دارای یک بیماری صعب العلاج و مهلك هستند، در زمان نگهداری اسپرم تأکید می کند و امکان تصمیم گیری در مورد استفاده پس از مرگ را آسان تر می کند. متولیان اسپرم منجمد، ممکن است از اجرای دستورات فرد متوفی خودداری کنند، یا اعضای خانواده ممکن است در مورد استفاده از اسپرم مخالفت کنند. در این موارد به نظر می رسد حل اختلاف با دادگاه خانواده محل است. بر پایه مطالب گفته شده می توان گفت در خصوص رضایت مربوط به استفاده از گامت یا جنین پس از مرگ، ۳ حالت قابل تصور است:

رضایت صریح آن است که صاحب گامت یا جنین صراحتاً بر ادامه ی نسل و باروری با استفاده از گامت او پس از فوتش رضایت داده باشد. صاحب گامت باید رضایت صریح خود را به استفاده از گامت برای تولید مثل اعلام کند. این نظر در قوانین و مقررات بیشتر کشورها تجلی یافته است. (45 و 28: 2010, Jenna). هنگامی که متوفی خواسته ی خود را در فرم های رضایت نامه مطرح می کند بانک های اسپرم باید اطمینان دهند که استفاده از اسپرم یک فرد به شیوه ای سازگار با انتظارات وی در دوران زندگی اش و همچنین پس از مرگ او خواهد بود. بیمار متوفی اجازه استفاده از اسپرم منجمد شده در طول عمر خود را داده است. پس اگر شرایط تغییر کند، استفاده از اسپرم ذوب شده ی فرد باید مطابق با خواسته های شناخته شده وی باشد، مراکز باید این خواسته های را محترم بشمارند. بنابراین اگر یک رضایت صریح و روشن به صورت کتبی یا شفاهی از متوفی وجود داشته باشد، که او می خواهد پس از مرگش پدر فرزندی باشد، ممکن است تصمیم گیری برای خانواده مرحوم و مراکز درمان ناباروری در مورد سرنوشت اسپرم های منجمد به سهولت انجام گیرد. رضایت ضمنی زمانی طرح می شود که متوفی در زمان حیات، رضایت خود به استفاده یا عدم استفاده از گامت را به صراحت اعلام نکرده است (لاریجانی، ۱۳۸۳: ۵ و ۴۴). برخی با استفاده از شرایط و اوضاع و احوال، رضایت ضمنی متوفی را برای استفاده از گامت یا جنین کافی می دانند. مانند اینکه زوج یا زوجه اقدام به انجماد گامت یا جنین خود کنند، اظهارات فعلی بیمار، رهنمودهای از قبل نوشته شده، گزارش آرزوهایی که قبلاً ذکر شده، ارزش های شناخته شده و فرض بهترین منافع. از نظر این گروه، همین امر خود حاکی از آن است که متوفی قصد تولید مثل داشته است. در مقابل، عده ای چنین پاسخ داده اند که حتی اگر از اقدام یادشده بتوان رضایت به باروری در زمان حیات آن افراد را استنباط کرد، ولی توسعه ی این رضایت به زمان پس از مرگ موجه نیست (18 & 1: Simpson, 2011). بنابراین، لازم است رضایت ضمنی به استفاده از گامت یا جنین برای باروری پس از مرگ نیز به نحوی وجود داشته باشد. به دیگر سخن، باید قرائن و امارات معقول و منطقی دال بر اراده ی متوفی برای باروری پس از مرگ در دست باشد تا بتوان چنان رضایتی را ادعا کرد. براساس جزئیات قبلی از رضایت آگاهانه که اجازه ی لقاح مصنوعی اسپرم منجمد ذوب شده را در طول عمر همسری داده اگر

رضایت صریح وجود نداشته باشد و خواسته های متوفی را ندانند باید به بهترین اطلاعات موجود تکیه کنند. رضایت ضمنی جایگزین رضایت صریح رسمی می شود. رضایت ضمنی گاهی اوقات ممکن است از رفتار و کردار بیمار استنباط شود. بنابراین در رضایت ضمنی باید بهترین تصمیم ممکن با وجود اطلاعات محدود گرفته شود (RDorr، 2002:3). در نبود رضایت صریح، همسر یا والدین متوفی با قرائن و امارات باید رضایت ضمنی متوفی را اثبات کنند و در صورت اختلاف دادگاه یا دیگر مراجع ذیصلاح برای تصمیم گیری، معقول و مناسب به نظر می رسد. (Jones، 2011: 491).

رضایت مفروض یا فقدان مخالفت صریح برخلاف رضایت ضمنی که در آن اصل بر عدم رضایت بیمار است و به قرائن و امارات برای نشان دادن رضایت متوفی متوسل می شوند، در این شیوه، رضایت و عدم مخالفت فرض گرفته می شود، مگر اینکه قرائن و امارات دال بر مخالفت فرد ارائه شود. این شیوه در کشور اسرائیل، سنگاپور (غیرمسلمان ها) و حدود ۶۰ درصد کشورهای اروپایی و برخی ایالات آمریکا کاربرد دارد. در این نظام ها فرد باید در صورت عدم تمایل، کارت «عدم تمایل به اهدا» داشته باشد (لاریجانی، ۱۳۸۳: ۴۴۵). برخی از نویسندگان این نوع رضایت را تهی از معنای رضایت می دانند و برآنند که اهداکننده ی بالقوه را نمی توان اهداکننده نامید. آنان معتقدند در این نظام ها، مانند خدمت نظامی اجباری، اجبار بر اهدای عضو حاکم است. اگرچه این مخالفت ها تا حدی منطقی است، نباید فراموش کرد در این نظام ها آن چه اهمیت دارد عدم مخالفت است. به این معنا که 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 نمی شود. این همان چیزی است که این نظام ها را از خدمت نظامی اجباری متمایز می کند (40 - 36: Hartogh، 2007).

۲- رضایت دهنده

اگر به هر دلیلی، امکان اخذ رضایت از متوفی وجود نداشته باشد یا به رغم اعلام قبلی رضایت متوفی، از آن عدول می شود. حال، آیا می توان رضایت افرادی غیر از صاحب گامت را برای استفاده از گامت در جهت تولید مثل پذیرفت؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، رضایت چه شخص یا اشخاصی ملاک است؟

عده ای، بر اساس اصل خودآیینی، بر این باورند که تنها صاحب گامت می تواند رضایت خود را به استفاده یا عدم استفاده از گامت اعلام کند (40 و 26: Wilkinson, 2007). کشف اراده ی 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 شده اند در درستی نظر پیش گفته تردید ایجاد کرده است. (58 - 47: Strong, 1999). دادن رضایت برای کالبدشکافی یا برای بازیابی اندام برای پیوند دادن، به نفع دیگران است اما درخواست بازیابی اسپرم پس از مرگ بدون رضایت مرد مرده با آن همسان نیست، در واقع اسپرم ابداً داده نمی شود، در عوض برداشته می شود چرا که هدف آن به نفع شخصی است که درخواست می کند. اگر یک مرد در طول دوران زندگی به طور مداوم، از داشتن فرزند خودداری کند درخواست بازیابی اسپرم از طرف همسر برای استفاده پس از مرگ شوهر برخلاف رضایت اوست. بنابراین صرف رضایت برای اهدای ارگان کافی نیست بلکه باید رضایت کتبی خاصی برای برداشت اسپرم در اثر رویداد مرگ وجود داشته باشد (3: RDorr, 2002). پدر و مادر و یا زنی که در خواست بازیابی اسپرم پس از مرگ بدون رضایت صریح و روشن از مرد مرده را می کنند، در حال درخواست به نفع خود هستند. تمایل به انجام آزمایش ناباروری و طرح آنها برای دادن لقاح آزمایشگاهی نشان می دهد که این شخص یک میل شدید برای داشتن کودک دارد اما هیچ نشانه ای از خواسته های او درباره ی همسرش که می خواهد فرزندش را پس از مرگ داشته باشد در اختیار قرار نمی دهد. اگرچه همسر متوفی برای دانستن خواسته های شوهرش بهتر از هر کس دیگری است، اما منافع شخصی زوجه به درک او از آنچه که خواسته هایش شوهرش می توانست باشد سایه می افکند (29: Gringlas, 1995). در پایان، گفتنی است نظریه های مختلف اخلاقی در باب رضایت هر یک در نظام های حقوقی دنیا راه پیدا کرده است. بر این اساس، در نظام های آرژانتین، بلژیک، هلند، اسپانیا و برخی از ایالت های امریکا، وجود رضایتنامه ی کتبی فرد متوفی ضروری است. در استرالیا، هرگونه استفاده از گامت ذخیره شده ی اشخاص بدون رضایت صریح صاحب گامت ممنوع است. در بریتانیا، لازمه ی هرگونه دریافت عضو از افراد اخذ رضایت مؤثر آنهاست (58 و 37: Strong, 1999). در فرانسه،

اگر صاحب گامت رضایت خود را اعلام نکرده باشد، درخواست استفاده از گامت باید از طریق دادگاه پیگیری شود (Browne، 2010: 19 - 21). البته به جرأت می توان گفت در نظام های 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 اراده ی آزاد او تلقی می شود. قانون بارورسازی انسان و جنین شناسی سال ۱۹۹۰ انگلیس، مقرر داشت که در رضایت برای ذخیره سازی هر کدام از گامت ها یا جنین ها باید قید شود که با این گامت ها چه باید کرد اگر فردی که رضایت داده فوت شود. آن را به عنوان اجازه انتقال پس از مرگ تفسیر می کنند اما نه این که چنین انتقالی را به مراکز درمان به دلیل درخواست شریک زنده مانده، ضروری بدانند. به نظر می رسد در ارتباط با سرنوشت اسپرم یا جنین های منجمد در مراکز ناباروری برای تصمیم درست بهتر است زمانی که زوجین به این مراکز مراجعه می کنند در فرم های خاصی نظر خود را به طور صریح و روشن در مورد استفاده یا معدوم کردن اسپرم ها و گامت منجمد بعد از فوت در رضایت نامه ها ذکر کنند.

گفتار سوم: مالکیت بر گامت

انسان هنگام مرگ از بدن خود دور می شود، اما بدن مُرده همچنان سزاوار احترام است. پرسش اصلی در این بحث آن است که آیا صاحب گامت بر گامت خود مالکیت دارد؟ این پرسش خود برخاسته از پرسشی کلی تر است: آیا اساساً مالکیت فرد بر اجزای بدن خود پذیرفتنی و موجه می نماید؟ اگر فردی استفاده از گامت فریز شده یا حفظ شده را مشخص کند یا تعیین کند که همسر وی می تواند جنین ها را برای بارداری پس از مرگ پدر استفاده کند، به نظر می رسد که به طور کلی تعیین آن برای استفاده پس از مرگ بدون مانع خواهد بود، زن یا پدر و مادری که این درخواست را می کنند باید به طور کامل آگاه باشند و با این افراد موافقت نمایند. بسیاری از برنامه های تولیدمثل کمکی دارای فرم های رضایت نامه ای هستند که وضعیت گامت ها و جنین ها را قید می کند و شامل تعیین وضعیت آنها پس از مرگ یک یا هر دو پس از دوره خاصی از زمان است. (The Ethics Committee of the American, 2004:261) 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 نمی آید و بحث تملک فرد بر آن منتفی است (Browne, 1999: 194 & 219). این گروه ارزش گذاری اقتصادی بر بدن انسان را مغایر کرامت ذاتی انسان و موجب از میان رفتن جایگاه اخلاقی جسم انسان می دانند (Goodwin, 2006: 283 & 317). البته می توان، به مثابه نظریه ی سوم، به سلطه ی انسان بر بدن خود، اما سلطه ای غیرمالی، قائل بود که با اصل کرامت ذاتی و غایت بودن انسان نیز قابل جمع است. گروهی دیگر معتقدند مالکیت انسان بر گامت خود با مرگ پایان می یابد؛ از این رو، همسر وی یا دیگر مراجع ذیصلاح اختیار تصمیم گیری در خصوص استفاده یا عدم استفاده از گامت را دارند (219 و 194: Browne, 1999). بر این اساس، انسان می تواند در حدود اختیارات خود در زمان حیات برای زمان بعد از فوت وصیت کند (آقابابایی، ۱۳۸۶: ۷۶). به دیگر سخن، همان گونه که انسان می تواند در زمان حیات در جسم خود تصرف نماید، می تواند در مورد جسم خود پس از فوتش نیز وصیت کند (مومن، ۱۳۷۴: ۱۵۳). افزون بر این، با استناد به حدیث نبوی «... لا یحل دم امری مسلم و لا ماله الا بطیب نفسه...» برای تصرف جسمانی با رضایت صاحب جسم استدلال شده است. در مقابل، کسانی مدعی هستند که انسان مالک جسم خود نیست تا بتواند، تحت هر عنوانی، تصرف در آن را اجازه دهد (آقابابایی، ۱۳۸۶: ۸۹-۸۳). در بریتانیا، بر طبق قانون باروری انسانی و جنین شناسی (۱۹۹۰) و در استرالیا بر طبق قانون تکنولوژی تولید مثل انسانی (۱۹۹۱) به جای تصریح به حق مالکیت افراد بر گامت خود، به حق گسترده ی آن ها بر کنترل و اداره ی اجزای بدن اشاره شده است که رابطه ای شبه مالکانه است. این تعبیر نزدیک به تعبیر «سلطه ی غیر مالی» است که در بالا آورده شد. در ایالات متحده، هیچ یک از قوانین موضوعه ایالتی یا فدرال گامت را مال نمی دانند و به رابطه ی مالکیت صاحب گامت قائل نیستند (Hard castle, 2007: 87). در رویه ی قضایی این کشور، برخلاف رویه ی قضایی بریتانیا و استرالیا، پرونده های متعددی مطرح گردیده که در آن ها به حق شبه مالکانه بر گامت تصریح شده است. در این آرا از تعابیر «شبه مالکیت» و «با ماهیت مالکیتی» برای توصیف رابطه ی افراد با گامت خود استفاده شده

است که آشکارا به تعبیر «سلطه ی مالکانه» نزدیک است (۹۲- ۸۹: ۲۰۰۷، حدس‌ترجیح‌خزچا ؛ ۱۶۴ و ۱۳۹: ۱۹۹۹، رررس‌ترجیخس‌ا).

سؤال مهم این است که چه کسی مالک و صاحب جنین یا گامت منجمد است. آیا همسر متوفی به تنهایی می تواند درباره ی جنین منجمد خود، همسرش یا گامت همسر متوفی خود تصمیم بگیرد؟ آیا رضایت نامه یا وکالت نامه که در زمان حیات فرد تنظیم شده باشد، می تواند برای استفاده از جنین یا گامت منجمد پس از مرگ کافی باشد؟ اگر چه در اسلام شخص مجاز است تا برای یک سوم از دارایی هایش وصیت کند، آیا می توان گامت یا جنین را جزء مال دانست تا بتوان آن را وصیت کرد؟ اما اگر این امکان وجود داشته باشد، پس می توان آن را در چهارچوب وصیت تملیکی توجیه کرد و اگر آن را مال ندانیم نمی توانیم در ارتباط با آن وصیتی بکنیم (Anonymous, 2011: 29). از طرف دیگر، استفاده از تولید مثل پس از مرگ باعث ایجاد فرزند تک والد (یتیم) می شود که از لحاظ اخلاقی و شرعی مورد سؤال است. از دیدگاه حقوقی نیز بر اساس بند ۴ ماده ی ۱۹۰ (مشروعیت جهت معامله) حکم ماده ی ۲۱۷ قانون مدنی «نامشروع بودن جهت درعمل حقوقی مؤثر است». این بدین معناست که هدف انجام یک عمل حقوقی مثل وصیت در انجام دادن یا ندادن خود آن عمل مؤثر است. بنابراین، وصیت کردن گامت یا جنین جهت ایجاد فرزند برای یکی از زوجین به تنهایی (ایجاد فرزند یتیم) به علت زیر سؤال بودن مشروعیت هدف نهایی، کار صحیحی به نظر نمی رسد (کاتوزیان، ۱۳۷۸). اگر گامت را نیز به مثابه ی عضو بدانیم، برای استفاده از اعضاء، پس از مرگ مغزی طبق قانون، رضایت وراثت نیاز است. اما هیچ گاه نمی توان استفاده از گامت فرد برای ایجاد فرزند را با اهدای عضو که جان یک بیمار را نجات می دهد و در همان نسل خلاصه می شود یکسان دانست. رضایت وراثت در اهدای عضو می تواند اجازه ای برای پیوند عضو به یک بیمار باشد، ولی تولید مثل پس از مرگ برای ایجاد فرزند است و قرار نیست بیماری را شفا بخشد یا دردی را بکاهد (Whit GB, 1999: 295). در کشورهای اسلامی مانند ایران، افراد می توانند یک سوم از اموالشان را وصیت کنند، اما اعضاء بدن نمی تواند بعنوان دارایی در نظر گرفته شود. بنابراین هیچ کس نمی تواند برای استفاده از اجزاء بدنش پس از مرگ، رضایت بدهد مگر برای اهداء نوع

دوستانه به دیگران باشد. در ایران ما از اهداء عضو پس از مرگ مغزی فرد برخوردار هستیم. مطابق با دستورالعمل اهداء عضو در مرگ مغزی، که توسط وزارت بهداشت و درمان تهیه شده (ماده ۵، ۱۳۷۹)، بدون یا با رضایت و خواست فرد دچار مرگ مغزی قبل از حادثه، اجازه دادن قییم، والدین یا کودک بزرگسال آنها برای اهداء ضروری است. اگر ما به استفاده پس از مرگ گامت و جنین همانند اهداء عضو نگاه کنیم، به نظر می رسد که رضایت به تنهایی نمی تواند کافی باشد. برای جنین های منجمد شده متفاوت است، جنین از گامت های یک زوج ساخته شده که هر دو آنها صاحب جنین هستند. در صورت مرگ یکی از شریک زندگی، دیگری نمی تواند برای سرنوشت جنین خود به تنهایی تصمیم گیری کند. بنابراین با توجه به دستورالعمل های بین المللی، جنین ها دور انداخته می شوند. مگر اینکه یک رضایت مناسب در مورد استفاده از این جنین از همسر قبل از مرگ گرفته شود (1050 - 1049: 2001, Shenfield). اگر ما بتوانیم یک جنین را، یک نوزاد به حساب آوریم، پس با توجه به قانون مدنی ایران، بعد از مرگ پدر، پدربزرگ مسئول کودک است. اما آیا می توانیم یک جنین قبل از لقاح را یک کودک با حقوق کامل یک انسان در نظر بگیریم؟ اگر یک جنین را یک انسان بدانیم، پس نمی توانیم از آنها برای تحقیق استفاده کنیم. همچنین دور انداختن جنین های اضافه که هر روز در مراکز IVF اتفاق می افتد، می تواند به عنوان قتل در نظر گرفته شود. اگر ما جنین را بعنوان انسان در نظر نگیریم، پس ما نمی توانیم به قانون مدنی در مورد حضانت و سرپرستی از آن و همچنین در مورد حق تصمیم گیری درباره سرنوشت آن، رجوع کنیم (عمانی سامانی، ۱۳۸۸: ۹۸-۹۷). بانک های اسپرم در بسیاری از برنامه های خود قید می کنند اگر دستوری داده نشده باشد، جنین فریز شده پس از مرگ هر کدام از همسران دور انداخته شود. بانک های اسپرم اگر از مرگ دهنده آگاه باشند، در حفظ یا دور انداختن نمونه ها از دهنده ی متوفی به روشی یکپارچه و واحد عمل نمی کنند (261: 2004, The Ethics commitec of the American).

با توجه به مطالب بیان شده در مورد مالکیت گامت می توان اظهار داشت که در وهله ی اول مالکیت گامت و اختیار استفاده از آن پس از فوت مرد با خود اوست که ممکن است قبل از فوت در پرونده اش

چگونگی استفاده از گامت ها را بیان کند. چنانچه مرد در مورد چگونگی استفاده از گامت تصمیم گیری نکرده باشد همسر متوفی به عنوان شریک زندگی مرد مالک گامت های همسر خود خواهد بود. در صورت درخواست زن برای بارداری از گامت همسر متوفی و مخالفت والدین مرد دادگاه صالح که به نظر می رسد دادگاه خانواده خواهد بود به درخواست زن رسیدگی می کند و رأی می دهد. اما در صورت مخالفت صریح متوفی بر عدم استفاده از گامت ها پس از فوت مراکز ناباروری باید گامت ها را معدوم کنند؛ و یا درخواست زن را برای بازایی اسپرم مرد از بدن متوفی رد کنند.

گفتار چهارم: منافع کودک ناشی از باروری پس از مرگ (رفاه کودک)

نگرانی در مورد مسئله رفاه کودک، بدین معنی است که استطاعت یک زن مجرد برای بزرگ کردن بچه بدون شوهرش، سؤال برانگیز و نامشخص است. این تأثیرات روانشناختی بر روی بچه های بی پدر، ناشناخته است و چنین تفاوت هایی، میان استفاده از اسپرم منجمد فرد متوفی در مقابل اسپرم یخ زده اهداء شده برای خانواده های تک والدین، قابل درک نیست. از جمله مطالب مهم در خصوص باروری پس از مرگ، مسأله ی سرنوشت کودک است (302 - 299: orr,2002).

نیاز به داشتن والدین در تمامی جوامع مطرح و در بسیاری از دستورالعمل های بین المللی بر ضرورت داشتن پدر تأکید شده است. اما عده ای معتقدند که تولد نوزاد حتی پس از مرگ یکی از والدین تأثیری بر رفاه و آسایش وی ندارد (92 - 89: Parker, 2004). این ایده ممکن است از آن جا نشأت بگیرد که حمایت های اجتماعی در کشورهای اروپایی در سطح متوسط به بالا ارائه می شود و حتی امروزه در بسیاری از کشورها، خدمات باروری آزمایشگاهی تحت اختیار افراد مجرد و همجنس گرا نیز قرار دارد، بدون آن که شبهه و تردیدی در رفاه فرزند حاصل مطرح شود (عمانی سامانی، ۲۰۰۷، ۳۰ - ۲۷). نکته ی دیگر آن که رفاه کودک تنها جنبه ی مادی ندارد و مسائل روانی وی نیز باید در نظر گرفته شود. در این راستا گفته شده است که وقتی کودک دریابد که از فرد فوت شده ای متولد شده و والدین که باید ببینند یا دوست بدارد وجود ندارد، ممکن است تحت فشارهای عاطفی یا روانی قرار بگیرد (21 و 5: 1994, Aziza). مطلب مهم این است که نمی توان برای توانایی زوج در برآورده کردن نیازهای فرزند حاصل و

ایجاد رفاه و آسایش برای وی معیار یا سطحی تعیین کرد و اگر هم سطحی قرار داده شود، ارزیابی زوج بسیار مشکل است (Pehnnning, 2006: 49-55). حتی اگر این سطح دارای معیارهای حداقل باشد (leiblum, 1993: 37-44) ممکن است بسیاری از دست اندرکاران درمان ناباروری، خود را مسؤول سرنوشت کودک و رفاه و آسایش وی ندانند. در حالی که در بسیاری از دستورالعمل های بین المللی سرنوشت کودک در حیطه ی مسؤولیت پزشک درمانگر دانسته شده است (Ethics, 2004: 2-6, committee American). با توجه به این مسؤولیت و با در نظر گرفتن سطح پایین حمایت اجتماعی از کودکان در ایران، به نظر می رسد که تولیدمثل پس از مرگ به دلیل آثار احتمالی آن بر سرنوشت و رفاه و آسایش کودک انتخاب مناسبی نباشد. مورد مهم در باروری پس از مرگ رفاه کودک است (302-299: orr, 2002). واضح است که هر کودکی نیاز به والدین برای پرورش یافتن دارد. مقامات باروری انسان و جنین شناسی ۱۹۹۰، قانون HFEA تأکید کرده اند که ارائه دهندگان IVF باید رفاه کودک را در نظر بگیرند، از جمله نیاز آن کودک به پدر (345-344: Lancet, 1993). اگر چه، این موضوع که چگونه باروری پس از مرگ از رفاه کودک می کاهد، مورد بحث و اختلاف نظر شدید است (392-389: Parker, 2004). این اختلاف نظر احتمالاً ناشی از وضعیت خوب امنیت اجتماعی در کشورهای اروپایی است. امروزه درمان باروری به مادر تنها یا همجنسگرایان در بسیاری از نقاط جهان بدون بحث در مورد رفاه کودک حاصله، ارائه می شود (عمانی سامانی، ۲۰۰۷: ۱۳۰-۱۲۷). بنابراین شاید دیگر هیچ نیازی به پدر نباشد. «تولد یک انتخاب برای پدر و مادر است، اما یک اجبار کودک» این جمله از یک سخنرانی توسط بهمن عُمانی سامانی در سال ۱۹۸۵ به وضوح این واقعیت را نشان می دهد که متأسفانه ما نمی توانیم از کودک متولد نشده در مورد آنچه که او می خواهد بپرسیم. بار دیگر متأسفانه بسیار دشوار است که رفاه کودک را سنجید یا والدین را ارزیابی کرد (1150-1146: Pehnnings, 2006). حتی با کوچکترین معیارهای تعریف شده در این رابطه (Leiblum, 1993: 37-44). چنین معیارهایی در کشورهای مختلف با امنیت اجتماعی و وضعیت اقتصادی متفاوت، فرق می کنند. اما تقریباً همیشه دشوار است که قضاوت کنیم آیا یک فرد یا زوج می توانند پدر و مادر خوبی باشند یا نه. در دستورالعمل های بین المللی اشاره شده است که رفاه کودک در مورد کمک باروری، مسؤولیت پزشک است (2588-2585: Pehnnings, 2006). با توجه به این مسؤولیت، در کشورهایی با امنیت پایین اجتماعی برای

کودکان و خانواده ها مانند ایران و بسیاری از کشورهای خاورمیانه، به نظر می رسد که نیاز به حمایت یک پدر پشتیبان برای محافظت از خانواده ضروری است. بنابراین، قبول کمک باروری پس از مرگ و بوجود آوردن کودکان بدون پدر در این وضعیت غیر اخلاقی به نظر می رسد (عمانی سامانی، ۲۰۰۷: ۹۸).

به نظر می رسد بیشتر پزشکان لقاح مصنوعی را برای یک زن که حامل ژن غالب برای یک بیماری گشوده است را رد می کنند. برخی از ارائه خدمات به زنان مجرد خودداری می کنند، براساس مطالعاتی که نشان می دهند فرزندان تک والد به خوبی آن کودکان دارای هر دو والدین، نمی توانند ترقی کنند. تصمیم به شرکت کردن یا نکردن در کمک به یک زن، برای دستیابی به یک حاملگی با استفاده از مایع منی شریک زندگی مرحوم وی، که آیا بطور داوطلبانه برای این منظور قبل از مرگ منجمد شده و یا پس از مرگ بازیابی شده است، باید رفاه کودک در آینده را نیز در نظر بگیرند. این محاسبه بسیار دشوار است و نتیجه ممکن است بسته به شرایط اجتماعی و ارزش های شخصی متفاوت باشد. اما مسئله رفاه کودک را نمی توان نادیده گرفت. قانون بارورسازی انسان و جنین شناسی سال ۱۹۹۰ انگلیس، مراکز رادر در نظر گرفتن رفاه هر کودکی که ممکن است در نتیجه این درمان بدنیا بیاید، ملزم می کند (شامل نیاز آن کودک به یک پدر). در آیین نامه منتشر شده مربوط به اجرای مجوز، مقامات پارلمان افزودند که با در نظر گرفتن رفاه کودک آینده، مراکز باید از اتخاذ هر نوع روش یا معیارهایی که ممکن است استبدادی یا تبعیض آمیز بنظر برسند، خودداری کنند. در کلیه فناوری های کمک باروری مسأله ی منافع کودک، از دید اخلاقی، بسیار حائز اهمیت و مورد توجه نظریه پردازان گوناگون بوده است (91 - 85: 2004, Dragojevic). در واقع، در باروری پس از مرگ، ادعا آن است که این کودکان با مسأله ی تک والدی بودن مواجه و از داشتن پدر یا مادر محروم هستند و این امر در نهایت برخلاف منافع آن هاست (58 - 47: Strong, 1999). به طور کلی و براساس مطالعات انجام شده، می توان گفت اگر چه ممکن است پدیده ی تک والدی عوارض منفی بر زندگی کودک داشته باشد، این عوارض در حدی بزرگ و جدی نیست که رفاه و سلامت کودک را به طور عمده تهدید کنند (745 - 739: Strong, 1999).

به نظر می رسد باروری پس از مرگ، خلاف منافع بچه های دنیا آمده، بعد از مرگ یکی از والدینشان نیست و تضادی با رفاه و آسایش آنها نخواهد داشت. چون این کار موافق و خواسته پدرشان بوده و او برای به دنیا آمدن فرزندش همه جوانب از جمله اینکه بعد از فوتش ممکن است آنها بدنیا بیایند و بدون

پدر، بزرگ خواهند شد و اینکه از نظر مالی نیز همسرش بعد از فوت او استطاعت مالی و توانایی کافی برای حمایت فرزند را خواهد داشت را، در نظر گرفته است. اما اگر والدین استطاعت و توان مالی کافی را نداشته باشند و از نظر اجتماعی و اقتصادی در موقعیت مناسبی نباشند، به نظر می رسد این امر مخالف منافع و رفاه کودک بدنیا آمده پس از مرگ پدر خواهد بود و کاملاً خودخواهانه است.

فصل سوم:

جنبه های حقوقی

باروری پس از مرگ

چندی است که علم پزشکی توانسته به وسیله لقاح مصنوعی در تولید طفل به طبیعت کمک نماید و نقصی را که در اثر بیماری یا عوامل دیگر، مانع از تولید نسل می گردد بر طرف سازد. این امر در اجتماع کنونی به تدریج رو به فزونی نهاده و توجه علمای ادیان و حقوقدانان را به خود جلب کرده و مورد بحث و گفتگو قرار گرفته است. باروری پس از مرگ از دو نظر مورد توجه قرار می گیرد: یکی از نظر حکم تکلیفی که مربوط به جواز یا عدم جواز و ممنوعیت لقاح است؛ دیگر از نظر حکم وضعی درباره طفلی که از آن به وجود می آید. یعنی این سؤال مطرح است که چنین طفلی ملحق به پدر و مادر طبیعی خود است یا ملحق به هیچ یک نیست و به آنان تعلق ندارد.

با گسترش حوزه دانش بشری و ظهور دستاوردهای نوین در عرصه علوم تجربی مسائل پیچیده فقهی و حقوقی پدید می آیند که هر سیستم حقوقی ناگزیر است برای این قبیل مشکلات، راه حل های مناسب ارائه دهد. این مسائل نوپیدا مولود مقتضیات عصر است. بنابراین در فقه مدون، به شکل روشن و مجزا مورد بحث و کاوش قرار نگرفته اند. ولی همیشه باب اجتهاد بر روی پژوهشگران مسائل باز و جست و جوگران مسائل فقهی قادر خواهند بود با به کارگیری شیوه های استنباط مسائل فقهی، جواب های صحیح و راه حل های شایسته ای را برای این مسائل نوپیدا و ارائه دهند.

باروری پس از مرگ به همراه خود مسائل حقوقی مختلفی نیز مطرح کرده است که نمی توان آن ها 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 حوزه ها نیز باید قوانین تازه ای برای حل مسائل مطرح تدوین و تصویب گردند. رابطه زوجیت، نسب و ارث از جمله موضوعاتی حقوقی اند که در پی می آیند.

مبحث اول: مجاز بودن استفاده از اسپرم زوج متوفی

در مورد اینکه آیا با مرگ هر یک از زن و شوهر، پیوند زناشویی از میان می رود یا نه، نصی در قانون دیده نمی شود. آنچه را قانونگذار از آن نام می برد عبارت است از فسخ، طلاق و بذل مدت در نکاح موقت. از دقت در موارد ذکر شده آنچه بیشتر از همه به چشم می آید این است که قانونگذار در ماده ۱۱۲۰ ق.م.

نظر به از میان رفتن پیوند زناشویی به اعمال ارادی داشته و در این خصوص اعمال حقوقی یک طرفه (ایقاع) را که موجب انحلال رابطه زوجیت می باشد نام برده است ولی انحلال نکاح تنها به سبب اعمال ارادی نیست.

گفتار اول: بررسی فقهی استفاده از اسپرم زوج

در فقه، انحلال را به اثر انداختن یک عمل حقوقی درست، به اراده ی کسی که چنین حقی دارد تعبیر می کنند (انصاری، ۱۳۸۴، ۴۷۳). آیا رابطه زوجیت با فوت یکی از زوجین منحل می شود؟ با این فرض، آیا استفاده از گامت همسر، پس از فوت وی، مانند استفاده از گامت بیگانه نخواهد بود؟

هریک از زوجین، پس از فوت به عنوان یکی از اسباب انحلال نکاح، به چه مجوزی می توانند از گامت همسر خود استفاده کنند؟ 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 نمی دانند (عمانی، ۱۳۸۸: ۶ و ۱۰). گروهی از فقها با استناد به اینکه هیچ دلیلی در این خصوص وجود ندارد، احکامی که قبل از مرگ وجود داشته به بعد از مرگ نیز سرایت می دهند، حتی برعکس بسیاری از احکامی که در دوران زوجیت موجود بوده، و بعد از مرگ موجود نمی باشند که از آن جمله به عدم فسخ در زمان عده و ازدواج با خواهر زن اشاره می نمایند. به نظر این گروه از فقها رابطه زوجیت به واسطه مرگ از بین رفته در نتیجه تلقیح مصنوعی اسپرم و تخمک در زمان عده وفات جایز نبوده بلکه به نظر برخی حرام است (طباطبایی حکیم، ۱۳۷۶: ۱۴۴، فضل الله: ۲۷۰، حسینی شیرازی: ۵۲۰، طباطبایی، ۱۳۷۶: ۵۰). غالب فقها از جمله آیت الله صانعی، تلقیح مصنوعی اسپرم شوهر متوفی با تخمک زن را در دوران عده با این استدلال که زوجیت قبل از انقضای عده وفات باقی است، پذیرفته اند (صانعی، ۱۳۸۴: ۵۹۳ و ۵۹۴). البته برخی فقها به طور مطلق، مانعی در نفس انجام عمل مزبور نمی دانند و قائل به تفکیک میان اینکه انجام عمل تلقیح قبل از انقضای عده یا بعد از آن باشد، زن ازدواج دیگر کند و یا نکند، لقاح با نطفه شوهر اول بعد از وفات شوهر دوم یا در زمان حیات او باشد، نمی شوند ولی معتقدند در صورت حیات شوهر دوم، تلقیح مصنوعی با نطفه شوهر اول که فوت شده است، صرفاً با اجازه و اذن شوهر دوم امکانپذیر است (خامنه ای، ۱۴۱۵: ۷۲).

باقی بودن رابطه زوجیت: 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 کرده اند برای نمونه آیت الله صانعی بارور کردن زن با اسپرم منجمد شده ی شوهرش را که فوت کرده است فی نفسه تا زمانی که ازدواج مجدد نکرده است جایز می داند. (استفتائات صانعی، ۱۳۸۵: ۷۷). طرفداران باقی بودن رابطه زوجیت برای وجود اثبات ادعای خود به دلایلی چون واجب بودن کفن همسر بر شوهر استدلال می کنند و دلیل آن را انفاق واجب شوهر به همسر دانسته اند بنابراین از آن چنین نتیجه می گیرند که این امر به واسطه باقی بودن رابطه زوجیت بوده از این رو به واسطه این استدلال باید گفت که تلقیح مصنوعی پس از مرگ هر یک از زوجین، درست و نسب کودک ناشی از آن مشروع می باشد. برخی از فقها استناد به آیات راجع به عده وفات و ارث در سوره بقره آیه ۲۳۴ و سوره نساء آیات ۱۱ و ۱۲ نیز برای باقی بودن این رابطه استناد کرده اند. عده ای دیگر از فقها اعم از شیعه و سنی قائل به بقای زوجیت در مدت عده ی وفات هستند. از علمای معاصر می توان به حضرت آیت اله العظمی صانعی، آیت اله علامه جعفری، و آیت اله فاضل لنکرانی که نظر به جواز انتقال نطفه ی زوج پس از مرگ به رحم زوجه داده اند، اشاره کرد (صانعی، ۱۳۸۵: ۷۷، جعفری، ۱۳۷۷: ، فاضل لنکرانی، ۱۳۷۷: ۵۷۰). فقهای سنی نیز استفاده از گامت همسر پس از فوت وی را در هر زمان، ولو در زمان عده اجازه می دهند (نایب زاده، ۱۳۸۰: ۴ - ۳).

از آن جا که مقررات خاصی در این خصوص در نظام حقوقی کشور وجود ندارد و مباحث فقهی منبع اصلی قانون گذاری واقع می شوند، بر این اساس دکتر راسخ دو رویکرد مختلف فقهی (شیعی) به اهداء اسپرم بیگانه را نقل می کند.

الف) یک رویکرد آن را مطلقاً حرام می داند. تکیه ی ایشان بیش از هر چیز بر حفظ فروج از غیر شوهر است و این روش را مصداق افراغ منی در رحم بیگانه می دانند.

ب) رویکرد دیگر آن است که در مورد تردید بین حلیت و حرمت یک عمل اصل حلیت باید اعمال شود و دست کم در موارد ضروری، باید حکم به جواز آن داد (صفایی و همکاران، ۱۳۸۷: ۹ و ۲۸).

گروه اخیر به این بحث اشاره دارند که شارع تنها نسب ناشی از زنا را معتبر ندانسته است و زنا نیز به همان معنای انحلال است در دیگر تماس های بدنی را شامل نمی شود. به تعبیر دقیق، تعریف زنا مشخص است و نمی توان آن را به موارد دیگر تسری داد (رضا نیا، معلم، ۱۳۸۹: ۶ - ۵).

در این خصوص، آیت الله خویی، اگر چه تلقیح نطفه ی بیگانه را حرام می داند معتقد است «اگر چنین کاری صورت گرفت و زن حامله شد، فرزند به صاحب نطفه ملحق می شود و بین آنها، جمیع احکام نسب، ثابت می شود و هر یک از آن دو از دیگر ارث می برد، زیرا مستثنای از ارث فرزند حاصل از زناست که فرزند تلقیح چنین نیست (خویی، ۱۴۰۱: مسأله ۴۲). آیت الله مومن نیز بر این باور است که تردیدی نیست که حرمت در صدق عناوین نسبی تأثیری ندارد، زیرا صدق این عناوین نسبی براساس وجود ارتباط تکوینی صاحب منی و کودک استوار است تنها دلیلی که عمومی تا احکام مربوط به نسب را تخصیص زده است زنا است و زنا هم این جا صدق نمی کند» (مؤمن، ۱۴۱۵: ۹۸). اگر چه فقهای شیعه به طور مستقل درباره ی این موضوع بحث نکرده اند، با توجه به مسائل مرتبط با عده ی وفات مثل کفن زوجه، غسل دادن هر یک از زوجین نسبت به دیگری و غیره، می توان اینگونه استنباط کرد که فقها مرگ را سبب زوال عصمت و رابطه ی زوجیت دانسته اند. براساس همین نظرات، تعدادی از فقها تلقیح اسپرم زوج به زوجه را بعد از مرگ وی حرام دانسته اند؛ از آن جمله می توان به حضرت آیت اله فضل اله، سید شیرازی طباطبایی حکیم اشاره کرد. گروهی از فقهای معاصر اهل سنت نیز به قطع رابطه ی زوجیت معتقد هستند. این گروه، به ویژه حنفی ها و حنبلی ها نیز با توجه به مسائل مرتبط با غسل میت و جواز تغیسل یکی از زوجین توسط دیگری هنگام وفات، مرگ را سبب قطع زوجیت دانسته اند (رضانیا معلم، ۱۳۸۴: ۴). با توجه به اسلام، ممکن است برخی تفاوت ها میان تعاریف و ایده های اسلامی در میان روحانیون باشد، اما تمامی تعاریف پایه و اساس برای طرفداران است. آن را «اجتهاد» می نامند. به این معناست که گر چه فتوای یک رهبر روحانی می تواند با دیگران متفاوت باشد، اما برای پیروانش سند است. دو عقیده بزرگ اسلامی در مورد مرگ و ازدواج وجود دارد؛ برخی از رهبران روحانی بر این باورند که پس از مرگ، ازدواج به پایان می رسد و حتی آنها از اینکه یک مرد بدن همسرش را پس از مرگ

بشوید، جلوگیری می کنند (یک سنت اسلامی برای به خاک سپردن اجساد مُردگان) و برخی دیگر بر این باورند که پس از مرگ در یک زمان خاص، از ۴ ماه و ۱۰ روز که عده نامیده می شود این زوج ها، زن و شوهر هستند. عده آن زمانی است که طی آن پس از مرگ شوهر یا طلاق گرفتن، هیچ زنی نمی تواند دوباره ازدواج کند و اگر او در طول این زمان حامله شود، کودک متعلق به آن پدر مُرده یا طلاق داده است. در ابتدا شاید عده به دلیل امکان بارداری بود، در حالی که در آن زمان انجام هیچ تست آزمایشگاهی برای بررسی مرحله اولیه حاملگی وجود نداشت. بعضی دیگر بر این باورند که آن زمانی است برای زوج طلاق گرفته که فکر کنند و دوباره به هم بپیوندند. با این حال عده یک قانون اسلامی است و همه باید از آن پیروی کنند. با توجه به ایده های اصلی ارائه شده که هر دو آنها در میان روحانیون شیعه و سنی، معتقدانی دارند، دو ایده نیز می تواند در مورد استفاده از اسپرم پس از مرگ وجود داشته باشد:

الف) انجام آن در ظرف مدت عده بدون اشکال است (۴ ماه و ده روز).

ب) انجام آن پس از مرگ همسر ممنوع است (عمانی سامانی، ۱۳۸۸: ۵۶).

به نظر می رسد تمامی علما و فقها، زن بیوه را پس از پایان عده، «زوجه» نمی دانند و در نتیجه تلقیح با اسپرم شوهر متوفی را پس از این زمان جایز نمی دانند؛ ولی انجام باروری در زمان عده ی وفات مورد توافق بعضی از فقهاست. نکته ی مهم، تفاوت بین لقاح پس از مرگ توسط اسپرم متوفی در مقابل استفاده از جنین های منجمد موجود که تشکیل آنها به زمان حیات زوجین برمی گردد، است. در آراء موجود درباره ی تلقیح پس از مرگ به نطفه اشاره شده است. اطلاق کلمه ی نطفه به جنین توسط بسیاری از فقها انجام می گیرد و بنابراین، نطفه به تمامی مساوی با اسپرم نیست؛ از این رو، با ذکر این نکته می توان گفت که احتمالاً انتقال جنین های منجمد فرد متوفی نیز تابع تلقیح پس از مرگ می شود. بنابراین، نظرات علما به استفاده از جنین منجمد فرد متوفی نیز تسری دارد.

گفتار دوم: بررسی حقوقی استفاده از اسپرم زوج

گذشته از دیدگاه فقها درخصوص باقی بودن یا نبودن رابطه زوجیت در میان حقوقدانان درباره از میان رفتن رابطه زوجیت پس از مرگ هیچ اختلاقی دیده نمی شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۷۲؛ صفایی و

امامی، ۱۳۸۶ : ۱۸۱، دیانی : ۲۰۷). غالب حقوقدانان نیز عدم تصریح قانونگذار به این مورد را به دلیل بدیهی بودن این امر حمل کرده اند (میلانی فر و همکاران، ۱۳۸۶: ۴۱۶). در این خصوص چنین استدلال می شود که عدم ذکر فوت به عنوان یکی از موارد انحلال نکاح به دلیل بدیهی بودن از بین رفتن رابطه زوجیت بعد از مرگ است. به همین دلیل قانونگذار از آن نامی نبرده است. یکی از اساتید حقوق در این خصوص چنین ابراز عقیده نموده است که نکاح پیوند میان زنده ها و از عقود است که به مناسبت شخصیت طرفین بسته می شود آثار این بیلان نیز محدود به رابطه آن هاست و پس از فوت به ارث منتقل نمی شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۸۲).

با امعان نظر به مواد مطرح شده در قانون مدنی درستی این نظر قابل تایید می رسد زیرا با فوت آثار رابطه زوجیت از بین می رود و احکامی که در این خصوص موجود بود دیگر وجود ندارد. ماده ۱۱۱۰ ق.م.مقرر می دارد در ایام عده وفات مخارج زندگی زوجه عندالمطالبه از اموال اقاربی که پرداخت نفقه به عهده آنان است تأمین می گردد. به نظر می رسد پرداخت مخارج زندگی از باب نفقه زن باشد و قانونگذار در این خصوص از نظر فقهایی پیروی نموده که وجود رابطه زوجیت را در دوران عده وفات همچنان باقی می دانسته اند. آیت الله صانعی در این خصوص چنین اظهار نظر نموده اند که انتقال نطفه زوجه پس از مرگ به رحم زوجه مانعی ندارد چون زوجیت قبل از انقضای عده باقی است. (صانعی، ۱۳۷۷ : ۶۵). در رد این دیدگاه می توان چنین گفت که حتی اگر این هزینه مخارج از باب نفقه هم باشد نمی تواند به تنهایی دلیلی بر باقی بودن رابطه زوجیت باشد بلکه این امر را باید استثنا دانست، که قانونگذار برای زنی که در عده وفات است و در این مدت حق ازدواج ندارد را مستحق نفقه می داند، نه آن جهت که رابطه زوجیت باقی است زیرا در طلاق نیز هنگامی که زن حامله باشد حق نفقه دارد و این امر دلیلی بر وجود این است که رابطه زوجیت باقی است زیرا در طلاق بائن نیز هنگامی که زن حامله باشد حق نفقه دارد و این امر دلیلی بر وجود رابطه زوجیت در آن خصوص نبوده است مگر آنکه چنین استدلال شود که نفقه زن حامل در طلاق بائن در دوران عده معطوف به مخارج کودک است که بر دوش پدر قرار می گیرد. اما در عده وفات این حق متعلق به زوجه می باشد و آثار زوجیت مربوط به زن تقریباً در دوران عده وجود دارد. اگر

در دوران عده وفات زوجیت را باقی بدانیم، نسب کودک ناشی از تلقیح مصنوعی اسپرم و تخمک زن و شوهر در دوران عده وفات مشروع و در غیر این صورت نا مشروع خواهد بود. ولی آنچه مسلم است این است که تلقیح مصنوعی پس از دوران عده و وفات در جایی که زوجه فوت می کند پس از مرگ مشروع و نسب چنین کودکی طبیعی خواهد بود (عابدین پور، ۱۳۸۹). در قانون، ماده 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 زوجیت، به رغم عدم تصریح قانونگذار، از اسباب انحلال نکاح است؟ در این خصوص، وفق ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی «عده عبارت است از مدتی که تا انقضای آن زنی که عقد نکاح او منحل شده است نمی تواند شوهر دیگر اختیار کند». افزون بر این ماده ۱۱۵۴ قانون یاد شده عده وفات را، در وضعیت غیر بارداری، چهار ماه و ده روز مقرر کرده است. بر این پایه می توان گفت قانونگذار به رغم عدم تصریح در ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی فوت را از اسباب انحلال نکاح دانسته و برای آن فاصله ی زمانی مشخصی را به عنوان عده در نظر گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۸۸؛ ۴۵).

تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر پس از فوت وی در دو فرض قابل تصور میباشد. گاهی عمل مزبور قبل از انقضای عده وفات و گاه پس از آن صورت میگیرد. ماده ۱۱۵۰ ق.م. در تعریف عده مقرر می دارد: «عده عبارت است از مدتی که تا انقضای آن زنی که عقد نکاح او منحل شده است نمی تواند شوهر دیگر اختیار کند». همچنین ماده ۱۱۵۴ ق.م. درباره مدت عده وفات بیان می دارد: «عده وفات چه در دائم و چه در منقطع در هر حال چهار ماه و ده روز است...». در خصوص انجام عمل لقاح در مدت عده وفات (اعم از آن که اسپرم شوهر قبل از فوت اخذ شده باشد یا بعد از آن)، ممکن است استدلال شود علت نگهداری عده، در موارد بارداری زن به خاطر مصلحت کودک و در غیر موارد بارداری برای جلوگیری از اختلاط نسب می باشد و الا با فوت شوهر رابطه ای میان زن و شوهر وجود نخواهد داشت و جنبه سلبی عده وفات که در آن زن حق ازدواج ندارد، به هیچ وجه توجیه کننده تلقیح مصنوعی بین اسپرم شوهر متوفی با تخمک زن نیست و همچنین با توجه به قطع دائمی این رابطه و عدم امکان رجوع شوهر می باشد که در عده وفات زن حق نفقه ندارد ماده ۱۰۵۷ نیزمؤید این نظر است. اما در مقابل، این استدلال نیز خالی از

قوت نمی باشد که هر چند عده جنبه سلبی دارد نه جنبه اثباتی؛ به آن معنا که زن در آن مدت نمی تواند با مرد دیگری ازدواج کند و عملاً امکان رجوع شوهر متوفی وجود ندارد، اما تا زمان انقضای عده نوعی وابستگی و ارتباط معنوی بین زن و همسر متوفی او وجود دارد. بنابراین، این امکان وجود دارد که تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر در ایام عده وفات صورت گیرد، زیرا در ایام عده وفات به ویژه در خصوص زنی که شوهر او غایب مفقود الاثر بوده و حاکم او را طلاق داده است و او ملزم به نگهداری عده وفات می باشد (حکم موت فرضی)، ازدواج سابق کماکان باقی است و نکاح در این ایام دارای حیات حقوقی بوده و استمرار دارد و جریان آن تا پایان مدت عده باقی است. لزوم حمایت از طفلی که به این طریق متولد شده است نیز دیدگاه مذکور را تقویت می کند. رابطه زوجیت هم براساس برخی آیات قرآن کریم و هم روایات معتبر پس از مرگ زوجه چه در مان عده و چه پس از آن مادامی که زوجه از روی اختیار آنرا نقض نکرده، همچنان باقیست و بر این اساس میتوان اسپرم و تخمک اخذ شده در زمان زوجیت را حتی پس از مرگ، با هم ترکیب کرده و در مسیر تولید مثل قرار داد.

به نظر می رسد اگر لقاح مصنوعی در هنگامی که مرد هنوز زنده است صورت گرفته باشد و فقط انتقال به رحم مادر بعد از فوت باشد در این صورت چون نطفه منعقد شده و جنین تشکیل یافته است و این پروسه در هنگامی بوده که پدر زنده بوده است نمی توان اشکالی گرفت و از انتقال جنین و نطفه منعقد شده به رحم زن به دلیل اینکه بعد از فوت رابطه زوجیت منحل می شود جلوگیری کرد. از این رو هم جنین اگر لقاح و انتقال بعد از فوت همسر باشد. چون زوجین نابارور با اراده به مراکز مراجعه می کنند و رضایت داده اند یا حتی اگر مرد به بیماری لاعلاجی مثل سرطان دچار می شود می داند که به احتمال زیاد زنده نمی ماند با رضایت خودش فرم فریز کردن و لقاح اسپرم بعد از فوتش را امضاء می کند تا همسرش فرزندی از او به یادگار داشته باشد.

مبحث دوم: نسب

نسب عبارت از رابطه خویشاوندی است که از راه خون بین دو یا چند نفر برقرار می شود.

همچنین، در تعریف نسب می توان گفت: نسب، از نظر عرف و لغت، رابطه ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفهٔ مرد و تخمک زن انتزاع می گردد (علوی قزوینی، ۱۳۷۹: ۲۰۸).

ماده ی ۸۷۷ قانون مدنی، اختلاف در زمان انعقاد نطفه را مطرح کرده و اثبات نسب را به میان می آورد. از آنجایی که هویت زوج درخواست کننده ی درمان ناباروری، کاملاً ثبت و ضبط می شود، دربارهٔ هویت پدر و مادر جنین منجمد هیچ شبهه ای وجود ندارد. اما در خصوص تولید مثل پس از مرگ، حمل پس از مرگ والد رخ می دهد و علت اختلاف این است که قانونگذار براساس تولید مثل طبیعی تقنین کرده است. همواره اختلافاتی بین قوانین موجود و اتفاقات واقعی حاصل از پیشرفت علم پدید می آید. طبق ماده ۱۱۵۹ قانون مدنی، در صورت انحلال نکاح (مرگ زوج)، هر طفلی که به دنیا بیاید در صورتی ملحق به متوفی می شود که از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت نوزاد بیش از ۱۰ ماه نگذشته باشد. هر چند این قانون نظر به تولید مثل طبیعی و فرزند حاصل از نزدیکی دارد، به نظر می رسد درباره ی فرزندان حاصل از جنین منجمد باید استثنا قائل شد و این استثنا باید قانون گذاری شود. در حال حاضر، در صورت حضور جنین منجمد و فوت پدر، امکان حاملگی و به دنیا آمدن فرزند سال ها پس از مرگ پدر نیز وجود دارد (علیزاده، ۱۳۹۱: ۷).

آیا کودکی که پس از مرگ یکی از صاحبان یا هر دو صاحب گامت متولد می شود منتسب به آن ها می شود؟ این مسأله در مفهوم باروری پس از مرگ به ویژه زمانی اهمیت می یابد که تلقیح پس از مرگ صاحب یا صاحبان گامت صورت گیرد یا این که همسر متوفی مجدداً ازدواج نماید.

بدیهی است که از آغاز دست یابی به شیوه تلقیح مصنوعی تطابق یا عدم تطابق آن با موازین شرعی؛ ذهن شریعتمداران و حقوقدانان را به خود مشغول کرده باشد. همه شیوه های دیگر نیز که به نوعی با تلقیح مصنوعی پیوند دارد از این تردید و رد و نقض و ابهام به دور نمانده و نخواهند بود. این شیوه درمان ناباروری مانند ره آوردهای دیگر علمی، مسائل حقوقی خاصی را در برمی انگیزد که طرح آن نه در مجموعه های قانونگذاری، نه در نوشته های حقوقی سابقه ندارد. از آن جهت که اداره و تنظیم این پدیده ها بوسیله مقررات، برای پایداری نظم جامعه ضروری است، دانش حقوق ناگزیر است حداقل همراه این

مسائل نوظهور گام بردارد و یا چون سایه ای آن را دنبال کند. چون در مورد نسب مانند سایر موضوعات مدنی، مقررات فقه امامیه مورد اقتباس نویسندگان قانون مدنی ایران بوده است. دلایل ابتدا در فقه، و سپس در حقوق مدنی ایران را مورد توجه قرار می دهیم:

گفتار اول: دلایل فقهی

از نظر فقهی نسب، یک امر طبیعی است و در عرف اجتماعات پیش از ظهور اسلام، نسب از تگون یک انسان، از ترکیب نطفه و انسان ذکور و اناث می شده است. هر چند در پاره ای از ادیان و نزد بعضی ملل، برای آنکه نسب از اعتبار حقوقی و نفوذ اجتماعی برخوردار باشد، کم و بیش وجود شرایطی نیز ضروری بوده است، ولی اساس تحقق نسب و منشاء اصلی الحاق طفل به شخص ذکور و اناث همان انعقاد نطفه از دو شخص مذکور بوده است. امروزه نیز در عرف و عام اجتماعات، نسب همین منشأ را دارد.

فقههای معاصر در خصوص نسب طفل متولد به طریق مذکور نظرات متفاوتی را ابراز کرده اند. آیتالله صانعی در خصوص مسأله مطرح شده چنین اظهار داشته اند: در صورتی که شوهر به این امر قبل از فوت رضایت داده باشد، رابطه ای از لحاظ نسب میان طفل و والدین موجود می باشد، اما اگر چنین امری بدون خواست و رضایت او بوده، طفل متولد شده به زن ملحق شده و با وی رابطه ای از لحاظ نسب خواهد داشت، اما الحاق آن به مرد متوفی ممنوع است (صانعی، ۱۳۸۴: ۵۹۳ و ۵۹۴). آیت الله خامنه ای با آنکه انجام عمل مزبور را به طور مطلق جایز می دانند، اما درخصوص نسب چنین طفلی، وی را به زن ملحق می دانند و بیان می کنند که الحاق آن به شوهر بعید نیست اما از او ارث نمی برد (خامنه ای، ۱۴۱۵: ۷۱). آنچه مسلم است این است که پس از ظهور اسلام، این مبنای طبیعی، مورد انکار و رد شارع مقدس قرار نگرفته است و به اصطلاح اصولی، در مورد عنوان نسب، حقیقت شرعیه ای وجود ندارد، بلکه در فقه نیز نسب به همین معنی عرفی اطلاق می گردد، منتها در یک مورد، نسب طبیعی مورد شناسائی حقوق اسلام قرار نگرفته است و آن مورد مربوط به زنا است که هر چند طفل از نطفه زن و مرد زناکار به وجود آمده باشد ولی چون رابطه بین پدر و مادر او نامشروع است، ملحق به ایشان نمی شود. بنابراین تولد طفل از رابطه زنا مانع تحقق نسب شرعی است، و در غیر مورد زنا باید نسب طبیعی، نسب شرعی و

معتبر محسوب گردد، مانند نسب ناشی از شبهه (شهیدی، ۱۳۷۴: ۹۶). بعضی از اقسام تلقیح اشکال شرعی ندارد و بچه ای که از آن به وجود می آید جزء کودکان مشروع محسوب می شود و همه آثار کودکان معمولی بر او نیز مترتب می گردد، مانند تلقیح اسپرم شوهر به زوجه خود این قسم از تلقیح حرمتی ندارد چون دلیلی بر حرمت آن نیست، چنانکه امام در تحریر الوسیله به جواز آن فتوی داده است. مگر آنکه مقدمات خارجی موجب حرمت آن شود مانند تماس مرد اجنبی و یا زن اجنبی. از دیدگاه شرع مقدس اسلام و قانون ایران کودکان نامشروع، کودکانی می باشند که در نتیجه روابط جنسی ممنوع بین زن و مرد نامحرم به وجود می آیند. (مجلات، ۱۶۹۰-۱۷۰). در کتب فقهی هم در باب مساحقه، فقیهان به همین روایت استناد جسته‌اند و این بحث را در ذیل موضوع مساحقه مطرح نموده‌اند. اگر بعد از وطی زوجی با زوجه‌اش، زوجه با دختر باکره‌ای مساحقه کند، حمل دختر باکره که متولد می‌شود ملحق به زوج است، زیرا او از آب اسپرم مرد خلق شده است (شهید ثانی، ۱۳۷۵: ۲۶۴). بعضی گفته‌اند تفخیز نیز شباهت زیادی با تلقیح مصنوعی دارد و عمل زن و مرد زنا محسوب نمی‌شود و برای تفخیز مجازاتی غیر از عمل زنا در نظر گرفته شده است و مجازات آن همان حد سحر (صد تازیانه) است (صمدی اهری، ۱۳۸۲: ۱۷). نظیر این خبر در کتاب قضاوت‌های حضرت امیرالمؤمنین علی (ع) نقل گردیده است، مشابه این خبر را همچنین اسحاق ابن عمار از حضرت امام صادق (ع) نقل کرده است (الحرالعالمی، ۱۳۹۰، مبحث سوم من ابواب اسحق و القیاده). با توجه به نکات عنوان شده ملاحظه می‌شود که باروری زن از راه غیر طبیعی و بدون مواجهه جنسی عملاً در اسلام تحقق یافته و فرزند ناشی از این لقاح مصنوعی در حدود ضوابط زمان خود آثاری به وجود آورده که به هر حال طفل ناشی از آن به صاحب اسپرم ملحق گردیده است. با توجه به پیشرفت علوم و فنون و پیدا شدن مسائل جدید نظیر تلقیح مصنوعی در بین فقهای امامیه و سایر فرق اسلامی این گونه مسائل خصوصاً تلقیح نطفه مرد به زوجه‌اش بدون اشکال جایز است، اگرچه احتراز از حصول مقدمات حرام واجب است؛ مثل اینکه تلقیح کننده بیگانه باشد یا تلقیح مستلزم نگاه کردن به آنچه که نظر به آن جایز نیست شود. پس اگر فرض شود که نطفه به صورت حلالی خارج شده و زوج آن را به زوجه‌اش تلقیح نماید و از آن فرزند پیدا شود، فرزند آنها می‌باشد؛

همان طور که به جماع متولد شده باشد. بلکه اگر تلقیح از نطفه مرد به زوجه‌اش به صورت حرام واقع شود، کما اینکه بیگانه تلقیح نماید یا منی را به طرز حرام درآورد، فرزند، فرزند آنها می‌باشد؛ اگر چه به جهت ارتکاب حرام گنهکار می‌باشند (موسوی الخمینی، ۱۳۸۰: ۴۷۱). فتاوی‌ای آیات عظام، سید محمد رضا موسوی گلپایگانی، شیخ یوسف صانعی، محمد مؤمن، محمد یزدی و سید محمد صادق روحانی این نظریه را تأیید می‌کنند (صمدی اهری، ۱۳۸۲: ۱۰۰). اگر نوزاد، حاصل بارورسازی پس از مرگ شوهر باشد، بر پایه این نظریه که با مرگ شوهر پیوند زوجیت بریده نمی‌شود، کودک به زوجین یا به نظر برخی فقها به مادر انتساب می‌یابد (لنکرانی، ۱۳۷۷: ۶۰۴)، ولی اگر رابطه زوجیت با مرگ پایان یافته تلقی شود، نسب چنین نوزادی مانند کودک حاصل از باروری میان دو بیگانه است. برخی فقها در این فرض هم کودک را منتسب به زوجین دانسته‌اند (منتظری، ۱۳۸۱: ۸۹، رضایا، ۱۳۷۸: ۲۳۴ - ۲۳۶) که با توجه به آیات راجع به عده وفات و ارث (بند: ۲۳۴، ۲۴، نساء ۱۱ - ۱۲)، واحادیث ناظر به جواز غسل دادن هر یک از زوجین، دیگری را پس از وفات (حرعاملی، ۱۴۰۳: ۵۲۱ و ۵۳۴) و اطلاق (زوجه) بر زن شوهر مرده در اثر آن و کاربرد عرف (فاضل هندی، ۱۴۱۸: ۲۱۵؛ نجفی: ۵۳؛ غروری، ۱۳۹۱: ۱۲۲)، می‌توان استناد به جواز تلقیح در صورت فوت شوهر کرد و اثبات نسب کرد، چون شریعت با توجه به فطرت انسانها نسبت به اتصال و حفظ نسب حریص است اصول و قواعدی برای ثبوت نسب مقرر کرده تا خانواده و جامعه استقرار پیدا کند. در زمینه نسب طفل اگر لقاح با نطفه شوهر باشد رابطه نسب برقرار می‌شود و از آنجایی که در اثبات نسب با احتیاط عمل می‌شود با کمترین دلیل نسب ثابت می‌شود اما جز با قوی‌ترین ادله که لعان است نفی نمی‌شود. کلمه «نزدیکی» در ماده ۱۱۵۸ ق.م به منظور بیان فرد شایع و مصداق معمول، ذکر گردیده است و قانونگذار در مقام بیان انحصار ایجاد رابطه نسبی مشروع از طریق آمیزش طبیعی نبوده است. تلقیح زوجه به نطفه شوهرش جایز است و حکم طفل متولد از این عمل، بدون هیچ تفاوتی در حکم سائر اولاد زوجین است، نظر اکثریت قاطع مراجع و فقها در کشور اسلامی ایران، مبنی بر حرمت تلقیح اسپرم مرد و تخمک زنی که بین آنها رابطه زوجیت صحیح و شرعی برقرار نباشد.

گفتار دوم: دلایل قانونی

نسب از نظر لغت به معنای قرابت علاقه و رابطه بین دو شی است. از نظر حقوقی با آنکه باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی ایران مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۷ به احکام مربوط به نسب پرداخته ولی تعریف صریحی از ماهیت آن به چشم نمی خورد.

دکتر امامی در تعریف نسب می نویسد: «نسب امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می آید. از این امر رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد، موجود می گردد».

دکتر کاتوزیان بیان می دارد: «نسب رابطه خونی و حقوقی است که پدر و مادر را به فرزندان آنان مربوط می کند».

نسب طفل ناشی از این تلقیح به پدر و مادر خود منتسب می شود و همه ی آثار نسب قانونی و شرعی هم بر این طفل بار می شود. مواد مربوط به نسب در قانون مدنی، نزدیکی و مواقعه را بیان کرده اند چون راه طبیعی انعقاد نطفه، نزدیکی است والا خصوصیتی در مواقعه و نزدیکی وجود ندارد که تنها معیار ایجاد نسب قانونی و شرعی باشد. و طفل متولد از تلقیح پس از مرگ که ناشی از تخمک زن با اسپرم شوهر است به زوجین ملحق می شود و این طفل از هر جهت با طفل حاصل از زندگی فرقی ندارد. نزدیکی جنسی هم که در مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی ذکر شده است به این دلیل است که نزدیکی فرد شایع ایجاد جنین است و خصوصیتی در نزدیکی وجود ندارد که آن را تنها راه تحقق نسب مشروع و طبیعی بدانیم. دکتر امامی معتقد است طفل متولد از لقاح مصنوعی از منی شوهر قانونی است و نزدیکی تأثیری در نسب قانونی ندارد.

قانون مدنی ایران، شرایط احراز نسب را مشخص کرده است. بنابراین آن ها عبارتند از:

(۱) وجود رابطه ی زوجیت در زمان انعقاد نطفه

(۲) نزدیکی پس از ازدواج (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۵).

در این خصوص ماده ی ۱۱۵۸ قانون مدنی مقرر می دارد: «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد».

افزون بر این، براساس ماده ی ۱۱۵۹ قانون مدنی، «هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود ملحق بر شوهر است مشروط بر این که مادر هنوز شوهر نکرد 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 براساس اماره فراش مشخص کرده است. تاریخ بارداری که در ماده ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ آمده است دلالت بر آن دارد که فاصله ی زمانی حداقل شش ماه از زمان نزدیکی (از طرفی پیش از انحلال) و حداکثر ده ماه از زمان انحلال نکاح «در فرض پس از انحلال نکاح» اماره ای است بر تعلق فرزند به شوهر زن و این که زن با مرد دیگری نزدیکی نکرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۶۴).

با توجه به استفاده از روش های نوین درمان ناباروری در کشور، آیا مقررات موجود قادر به پاسخگوی امور مربوط به نسب و مسائل برخاسته از آن در باروری پس از مرگ هستند؟

از یک سو، مطابق مباحث پیش گفته، رابطه ی زوجیت که یکی از شرایط احراز نسب در باروری های عادی است میان زوجین وجود ندارد و از دیگر سو، باروری به روش مصنوعی محقق می شود و نزدیکی، برخلاف باروری طبیعی، در آن منتفی است. افزون بر این فاصله ی فوت تا تولد گاه بیش از ده ماه به طول می انجامد. با توجه به وضعیت خاص باروری پس از مرگ، اماره ی فراش، که تلاشی است برای اثبات نسب بیولوژیک، در عمل راهگشا نیست. بنابراین، در موارد بحث شده نمی توان به سادگی بر نامشروع بودن کودک متولد به این روش استناد کرد وانگهی، با توجه بدان که براساس ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی شود» و وفق ماده ۱۱۶۵ «طفل متولد از نزدیکی به شبهه فقط به ملحق به طرفی می شود که در اشتباه بوده و در صورتی که هر دو در اشتباه بوده اند ملحق به هر دو خواهد شد»، چنین استنباط می شود که قانونگذار موارد استثنایی مربوط به نسب کودک را مشخصاً بیان نموده است و، از این رو تفسیر موسع این گونه مقررات قانونی به گونه ای که هر نوع تولد خارج از رابطه ی زوجیت را نامشروع بدانیم، تفسیری به ضرر کودک و زندگی خانوادگی زوجین نابارور است (صفایی و همکاران، ۱۳۸۷: ۹ و ۲۸ و امامی، ۱۳۸۸: ۱۹۶). در این ارتباط، پرونده ای در خصوص استفاده از جنین منجمد شده مطرح شده است که طرح آن خالی از فایده نیست. به گزارش مرکز رویان، در سال ۱۳۸۵ زوجی با تشخیص ناباروری تحت درمان قرار می گیرند و یازده جنین از لقاح خارج رحمی گامت

های این زوج حاصل می شود. دو جنین به رحم بیمار منتقل و نه جنین منجمد می شود. در نتیجه انتقال جنین اولیه بیمار باردار نمی شود و قبل از انتقال سایر جنین های منجمد شده، شوهر بیمار در اثر سکت قلبی فوت می نماید. زوجه از مرکز رویان تقاضا می کند از جنین های منجمد شده استفاده نماید. این تقاضا به دادگاه ارجاع داده می شود و براساس نامه ی دادسرای عمومی زوجه امین جنین ها معرفی و جهت انتقال جنین به مرکز رویان ارجاع داده می شود. بر این اساس، به نظرمی رسد دادگاه استفاده ی این فرد از جنین ها و در نتیجه باروری پس از مرگ را پذیرفته است. در دعوایی که زوجه بعداً به طرفیت اداره ی حقوقی ثبت احوال برای گرفتن شناسنامه مطرح کرده است، اگر چه دعوا به علت ایرادات شکلی رد شده، دادگاه در حکم خود آورده است:

«چون موضوع از موضوعات مستحده است و حکم آن در قوانین جاری نیامده است در مواردی که این طفل ملحق به چه کسی است و آیا خواهان و شوهر متوفی او پدر و مادر شرعی طفل محسوب می شوند و آثاری که بر نسب 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 براساس فتاوی مشهور مرحوم پدر و خانم مادر شرعی طفل محسوب می شوند. ولی اثبات موضوع و صدور حکم قضیه منوط به طرح دعوا از سوی خواهان به عنوان مادر و نیز امین جنین به طرفیت پژوهشکده ی رویان و و ورثه مرحوم به خواسته صدور حکم به تایید گواهی صادره از پژوهشکده رویان و اثبات صاحب جنین بودن خواهان و شوهر مرحوم او در نتیجه اثبات نسب شرعی فی مابین طفل یا شده به عنوان فرزند و خواهان و شوهر متوفی به عنوان والدین شرعی و واقعی طفل می باشد». این رأی مؤید آن است که برقراری نسب میان کودک متولد به روشی بارداری پس از مرگ و متوفی در رویه ی قضایی قابل پذیرش است (راسخ، ۱۳۹۱: ۱۱). در زمینه ی استفاده از روش های نوین درمان ناباروری، برخی نظریه پردازان بر اصول وجود رابطه ی زوجیت متمرکز شمرده اند، یعنی از دیدگاه ایشان، رابطه ی نسبی به دلیل رابطه ی زوجیت برقرار می شود، نه روش و وسیله باروری. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۸). از این رو استفاده از روش مصنوعی برای باروری پس از مرگ به خودی خود مانع از برقراری رابطه ی نسب نخواهد بود. از نظر حقوق مدنی، قانون مدنی ایران نیز در این مورد از حقوق امامیه متابعت

کرده است و بر مقررات آن چیزی نفیاً یا اثباتاً نیفزوده است. طبق ماده ۱۱۶۵ قانون مدنی طفل متولد از نزدیکی به شبهه ملحق به طرفی می شود که در اشتباه بوده و نزدیکی را مشروع تصور کرده است. همچنین مطابق ماده ۱۱۶۶ قانون مدنی در صورتی که نکاح بین زن و مرد باطل باشد، طفل با هر یک از ایشان که از بطلان نکاح بی خبر بوده است، نسب قانونی خواهد داشت. به طوری که معلوم است، ملاک اصلی الحاق نسب بین طفل و شخصی و یا اشخاصی دیگر، پیدایش او از نطفه ایشان است، در ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی قانونگذار فقط زنا را مانع تحقق نسب مشروع دانسته است. بنابراین در هر مورد که زنا صادق نباشد مانعی در انتساب طفل به شخصی که از نطفه تکون پیدا کرده است وجود نخواهد داشت. در این صورت تحقق نسب طبیعی مسلم است، عنوان زنا که جز با انجام رابطه جنسی نامشروع بین طرفین، حاصل نمی شود صادق نخواهد بود تا مانعی برای الحاق طفل به صاحبان نطفه باشد. در این حکم فرقی نیست بین موردی که زن صاحب تخمک، شوهر داشته باشد یا خیر (شهیدی، ۱۳۸۰: ۲۱۹-۲۱۴).

با توجه به مطالب بالا باید گفت که طفل متولد از بارور کردن تخمک و ترکیب نطفه مرد و زن، پس از مرگ زوج مطلق به صاحبان نطفه خواهد بود. زیرا از یک طرف نسب طبیعی محقق است، و از طرف دیگر، برای پیدایش نسب مشروع، قانونگذار خصوصیت دیگری را نظیر انجام رابطه جنسی بین مرد و زن لازم ندانسته است. به نظر می رسد با توجه به مطالب گفته شده چه از نظر شرعی و چه از نظر قانونی و به استناد ماده ۱۱۶۶ و ۱۱۶۷ قانون مدنی نسب طفل متولد شده با روش باروری پس مرگ نسبی مشروع و ملحق به صاحبان گامت خواهد بود زیرا شرع و قانون طفل متولد از زنا را ملحق به زانی نمی دانند و زنا را مانع تحقق نسب مشروع می داند. طفل متولد از بارور کردن تخمک نطفه ی مرد و زن (تلقیح مصنوعی نطفه ی شوهر) منتسب به صاحبان نطفه خواهد بود و از حقوقی مانند ارث برخوردار خواهد شد. زیرا اولاً نسب طبیعی محقق است و ثانیاً با توجه به رابطه ی زوجیت بین زوجین و با توجه به این نکته که نزدیکی فقط راه متعارف بارداری است نه تنها راه آن، پس نسب طفل ناشی از باروری پس از مرگ نطفه ی شوهر و زن مشروع خواهد بود. (۱۱۵۸ - ۱۱۶۷)

گفتار سوم: روش های عرفی احراز نسب

در علم پزشکی تشخیص دقیق بارداری زن به وسیله شوهر، کار بسیار دشواری است. علوم پزشکی با پیشرفت چشمگیری که در قرون اخیر داشته است، هنوز در بعضی موارد نتوانسته است مشخص کند که طفل از اسپرم چه مردی به وجود آمده است. قانون گذاران برای اثبات نسب و حفظ آرامش خانواده ها، امارات مختلفی را به عنوان راه های ثبوت نسب مشروع بیان کرده اند. بررسی تمام این امارات از موضوع این نوشتار خارج است ولی چون قاعده فراش از مهم ترین امارات است و با بحث مورد نظر ما ارتباط مستقیم دارد، مناسب است بررسی کوتاهی درباره این قاعده و چند اماره دیگر عمل آوریم.

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

۱- اماره فراش: قاعده فراش مستفاد از حدیث نبوی مشهور: «الولد للفراش و للعاهر الحجر» و برخی روایات دیگر است. روایت نبوی مذکور را تمام علمای شیعه و سنی پذیرفته اند (نجفی، ۱۳۶۵: ۲۳۲).

از نظر لغوی، فراش به معنای چیزی است که برای خوابیدن یا غیر آن، روی زمین می گسترانند. در این حدیث، فراش کنایه از شوهر است، به ملاحظه این که زوج حق مضاجعه (هم خوابگی) و استمتاع نسبت به همسر خود را دارد. این قبیل کنایات در لغت عرب و قرآن کریم فراوان است (بجنوردی، ۱۳۷۳: ۲۴).

معنای حدیث چنین خواهد بود: «فرزند متولد در زمان زوجیت در صورت امکان الحاق، ملحق به شوهر است و حرمان و طرد مختص به زناکار است». نکته قابل توجه این است که قاعده فراش از امارات معتبر شرعی در مقام اثبات نسب مشروع است. از این رو اعتبار این قبیل امارات، در ظرف عدم وجود یقین به خلاف یا مدلول اماره است، زیرا در صورت یقین به خلاف مضمون اماره، موضوعی برای تعبد به این قبیل امارات باقی نمی ماند و در فرض یقین به مضمون آن نیز، اعتبار اماره فراش تحصیل حاصل خواهد بود. بدین لحاظ امارات و ظنون غیر معتبر نمی تواند با اماره فراش معارضه نماید. از این رو در صورت تردید در تکون طفل از نطفه شوهر (با امکان تحقق آن) قاعده فراش جاری و طفل ملحق به شوهر می شود، هم چنان که در صورت یقین، طفل ملحق به شوهر می شود. برای اجرای قاعده فراش سه شرط لازم است:

۱- نزدیکی

۲- تولد طفل بعد از گذشتن شش ماه از تاریخ نزدیکی

۳- نگذشتن بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد طفل

بیش تر فقهای امامیه نزدیکی (اعم از مجرای طبیعی و غیر آن) را از شرایط اجرای قاعده فراش می دانند، هر چند که انزال منی هم نشده باشد (خالد منصور، ۱۴۳۰: ۸۳ و ۸۴، حسینی، ۱۴۲۰: ۸۴). اطلاق سخن فوق از این نظر مورد انتقاد قرار گرفته است که در صورت عدم انزال منی شوهر چگونه ممکن است طفل تولد یافته به شوهر منتسب گردد؟! (بحرانی، ۱۴۰۸: ۱ - ۲). در پاسخ گفته شده است که اگر همه فقها مطلق دخول را در اجرای قاعده فراش معتبر دانسته اند، بدین خاطر است که به سبب آن، موضوع فراش تحقق می یابد و پس از تحقق موضوع، هرگاه در تکون طفل از نطفه شوهر، تردید حاصل گردد قاعده فراش جاری خواهد بود. ولی اگر به طور کلی، علم به عدم انزال داشته باشیم و یا دخول از غیر مجرای طبیعی باشد، به طوری که احتمال تکون طفل منتفی گردد، به صرف دخول به الحاق طفل به شوهر حکم نمی شود. مؤید توجیه فوق روایتی است که در قرب الاسناد از جعفر بن محمد عن علی نقل شده است:

«جاء رجل الى رسول الله فقال كنت أعزل عن جارية لي فجئت بولد. فقال الوكاء فقد ينفلت، فالحق به الولد» طبق این حدیث، صرف دخول در الحاق طفل به صاحب نطفه کافی نیست، زیرا در این صورت، موردی برای تعلیل «الوكاء قد ينفلت» باقی نمی ماند، بلکه از این تعلیل استفاده می شود که منشأ الحاق طفل به پدر، احتمال تکون فرزند از نطفه اوست و چون در بسیاری از مواقع، منی مرد بدون آن که وی متوجه شود، به داخل رحم زن منتقل می شود. پیامبر (ص) فرزند را به صاحب نطفه ملحق فرموده اند (حائری: ۳۶۴). بنا بر مطلب فوق و روایت یاد شده، دخول در مجرای طبیعی و انزال منی در اجرای قاعده فراش موضوعیتی ندارد و اعتبار آن، تنها بدین خاطر است که مقاربت و انزال، مقدمه وصول اسپرم مرد به رحم زن می باشد (بجنوردی، ۱۳۷۷: ۳). اگر با تلقیح اسپرم مرد با تخمک همسرش (اعم از داخل و خارج رحم) کودکی متولد گردد، طفل فرزند قانونی صاحب نطفه (شوهر) خواهد بود و تمام آثار نسب صحیح بین آن ها جاری است؛ وسیله شوهر انجام گرفته باشد، یا به وسیله شخص اجنبی و نیز اعم از این که زوجین از این عمل مطلع باشند یا هر دو و یا یکی از آن ها از انجام عمل تلقیح بی اطلاع باشد، زیرا چنان که گذشت، شارع در اعتبار رابطه نسبی، امری افزون بر آن چه عرف در این خصوص لازم می داند، شناسایی نکرده است، و عرف، تکون طفل از نطفه دیگری را منشأ ایجاد رابطه نسبی میان آن ها می داند؛

به طوری که طفل را فرزند صاحب نطفه می داند و میان او و طرفین نطفه رابطه نسبی برقرار می نماید؛ خواه نطفه از طریق طبیعی به رحم منتقل شده باشد یا به وسیله آلات و وسایل مصنوعی. بنابراین، فرزند حاصل از تلقیح اسپرم مرد به رحم همسرش، به لحاظ نسب ملحق به آن ها خواهد بود (مومن، ۱۳۷۴: ۹۷). هم چنین به موجب حدیث «الولد للفراش» فرزندی که در زمان زوجیت از زوجین متولد گردد و امکان تکون آن از نطفه مرد موجود باشد، ملحق به شوهر است، هر چند آمیزش و نزدیکی میان زوجین انجام نشده باشد، زیرا همان گونه که در شروط اجرای قاعده فراش ذکر کردیم، آمیزش و مقاربت جنسی در الحاق طفل به زوجین موضوعیت ندارد و تنها به عنوان مقدمه اتصال نطفه زوج به رحم زن اعتبار دارد. به همین جهت است که طفل متولد از تفخیز زن و شوهر، از نظر شرعی و قانونی منتسب به زوجین است. بر طبق ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی: «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد».

برای تنظیم امور خانوادگی و جلوگیری از بلاتکلیفی کودکان متولد از زن شوهردار، از جهت انتساب و خویشاوندی، قانون مدنی ایران تبعیت از حقوق اسلام، مبادرت به وضع اماره قانونی فراش کرده است. براساس این اماره طفلی که در مدت زوجیت متولد می شود به شوهر محلق می گردد، هر چند انعقاد نطفه طفل از شوهر زن مشکوک باشد. این اماره حجّیت و اعتبار خواهد داشت مگر آنکه دلیلی خلاف مفاد آن را اثبات کند.

۲- آزمون DNA: آزمون شناسایی هویت از طریق DNA که بر اثر انگشت ژنتیکی معروف است یکی از قطعی ترین آزمون های تعیین نسب است. در صورتی که این آزمون به صورت پیشرفته انجام گیرد قطعیت آن در حد ۹۹٪ است. محتوای ژنتیکی هر فرد به صورت ۵۰٪ - ۵۰٪ از والدین دریافت می شود. در این آزمایشات سلول از طفل و سلول از (گامت فریزشده) پدر فرضی گرفته می شود و ژنها روی کروموزم های این هسته ها به طور دقیق بررسی می گردند. حداقل ۵ یا ۶ نشانه در هر قطعه بررسی می شود و در صورتی که حتی یکی از این نشان ها در طفل با پدر فرضی متفاوت باشد، رابطه ابوت تایید نمی شود.

۳- آزمایش گروه خون (MLA):

یکی دیگر از آزمایشات مورد استفاده در اثبات ابوت تعیین گروه خونی است. این آزمایش قطعیت آزمایش DNA را ندارد و جواب مثبت یا منفی نادرست در این آزمایش محتمل است. معمولاً این آزمایش در موارد فنی، ابوت را رد می کند (صد درصد نیست) ولی در موارد مثبت اثبات ابوت نمی کند.

همچنین تا تصویب قانون شایسته، گواهی گروه پزشکی دخیل در درمان به ضمیمه چند سند دیگر میتواند جهت صدور شناسنامه به نام پدر و مادر حقیقی نوزاد مورد استفاده و استناد قرار گیرد (مواد ۱۱۱۵ - ۱۱۵۹). در ایالت پنسیلوانیای یک رویه قضایی در سال ۱۹۹۵ باب شد که چنانچه گواهی مرکز درمانی عامل و توافق اطراف قرارداد به دادگاه تقدیم گردد قاضی می تواند دستوری صادر کند که بر مبنای آن گواهی ولادت از ابتدا به نام پدر و مادر اصلی (بیولوژیک) صادر شود ولی این رویه هنوز هم مخالفانی دارد. در ایران نیز زوجه می تواند طی درخواستی در رویه موجود در قالب دادخواستی به طرفیت رئیس دادگاه خانواده ضمن اعلام مراتب و شرح درمان انجام شده، تقاضای اثبات نسب کند و با ابراز دلایل بتواند همسر فوت شده خود را به عنوان پدر ژنتیکی و طبیعی کودک حاصل معرفی کند. بدیهی است دادگاه حسب اصول ۱۵۶ و ۱۶۷ قانون اساسی ماده ۳ ق.آ.د.م مکلف به قبول رسیدگی است. در حقیقت علیرغم اصالة الصحة به منظور حفظ نظم عمومی و جلوگیری از سوء استفاده های احتمالی دادگاه باید دلایل ابراز شده از جمله گواهی مرکز درمان ناباروری یا گروه پزشکی که عمل درمانی را انجام داده است را به دقت بررسی و در صورت تایید رأی مناسب صادر کند. در صورتی که این فرزند از جانب خویشان همسر متوفی انکار شود یا شکایتی در رابطه با آن طرح شود نمی توان دادگاه را از توسل به آزمایش های تعیین کننده ژنتیک بی نیاز دانست علی الخصوص با توجه به این امر که اقربای زوج متوفی از سایر طبقات و در جامعه با نیت دستیابی به ماترک و منافع مادی، مقتضی است از هیچ گونه ترفندی جهت عدم حصول نتیجه لازم دریغ نورزند (میلانی فر و همکاران، ۱۳۸۷: ۸۶).

به نظر می رسد به دلیل طولانی بودن تشریفات مقرر به هر حال باید به تصویب قانون مناسب به عنوان راه حلی ارزشمند و قطعی توجه شود. براساس ماده واحده، ماده ۱۹ قانون ثبت احوال، پزشک یا مامایی

که مکلف به صدور گواهی وفات می باشد، موظف است در صورت تایید کتبی یکی از مراکز درمان ناباروری مبنی بر انجام عمل درمانی، گواهی ولادت موضوع ماده ۱۹ مصوب ۱۳۸۶ قانون ثبت احوال را به نام زوجین نابارور معرفی شده توسط مرکز مذکور صادر نماید. مصلحت و منفعت کودکان متولد به روش های نوین درمان ناباروری ایجاب می کند تعریف و تفسیری مضیق از نسب نامشروع به دست دهیم تا هر گونه تولدی خارج از رابطه ی زوجیت منتهی به نسب نامشروع نشود و کودکان متولد به روش یاد شده، صرفاً به دلیل نوع تولد، از بسیاری حقوق محروم نشوند. بی تردید، برخورد با این کودکان هم چون کودکان نامشروع به دور از مصلحت آنان است، به ویژه در شرایطی که تلاش می شود در وضعیت قانونی کودکان نامشروع تجدیدنظر شود (صفایی، ۱۳۸۶: ۱۲۹). در صورتی که زن به وسیله لقاح مصنوعی از منی شوهر حامله گردد، طفل متولد شده طفل قانونی می باشد؛ زیرا تمام شرایط لازم برای نسب قانونی را واجد است. با استنباط از مواد ۱۱۵۸ الی ۱۱۶۶ قانون مدنی متوجه می شویم که ملاک اصلی الحاق نسب نطفه می باشد و منظور از کلمه نزدیکی در مواد مذکور به عنوان فرد شایع در مصداق معمول عنوان گردیده است و فقط در ماده ۱۱۶۷ یعنی طفل متولد از زنا از الحاق به نسب استثناء می شود. پس می توان گفت در انتساب جنین تشکیل یافته و کودک ایجاد شده از راه تلقیح مصنوعی و در حالتی که پس از فوت صاحب اسپرم تلقیح صورت می پذیرد هیچ تردیدی وجود ندارد و فرقی بین این حالت و تولد فرزند از طریق رابطه زوجیت شرعی و صحیح نیست.

مبحث سوم: ارث و وصیت

متأسفانه در رابطه با روش های کمک باروری، قانون مدون وجود ندارد و به کارگیری روش هایی مانند تولید مثل پس از مرگ با سکوت قانون مدنی مواجه است. در ماده ۸۵۰ قانون مدنی آمده است: موصی له باید موجود باشد و بتواند مالک چیزی شود که برای او وصیت شده است و در ماده ۸۷۵ قانون مدنی آمده است: شرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حاملی باشد در صورتی ارث می برد که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود اگر چه فوراً پس از تولد بمیرد (جباری، ۱۳۸۹: ۶).

امروزه با استفاده از وسائل جدید، امکان انجماد جنین لقاح یافته و نگهداری آن برای مدت طولانی در بانک های جنین وجود دارد. سؤالی که از منظر فقهی و حقوقی مطرح می شود، آن است که آیا باید برای جنین منجمد همانند جنین در رحم سهم الارث معینی از ترکه کنار نهاده شود؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ مقدار و محدوده زمانی آن تا کجاست؟ شایان ذکر است که هرگاه فاصله زمانی میان تشکیل و انجماد جنین و انتقال آن به رحم، اندک باشد، به طوری که طول دوران بارداری از حداکثر مدت حمل تجاوز نکنند، مشکل اساسی ایجاد نخواهد شد، و در این مورد همانند سایر موارد حمل های طبیعی باید سهم الارث او را کنار نهاد، مشروط بر این که مرگ مورث پس از انتقال جنین به رحم اتفاق افتاده باشد؛ ولی چنانچه فاصله زمانی میان لقاح آزمایشگاهی و تشکیل جنین و انجماد و سپس انتقال آن به رحم طولانی باشد، به طور مثال چنانچه سال ها پس از انجماد جنین آن را به رحم منتقل نمایند و در فاصله زمانی میان انجماد جنین و انتقال آن به رحم، مرگ اتفاق افتد؛ آیا در این فرض نیز باید برای جنین منجمد شده همانند جنین در رحم سهم الارث معینی کنار گذاشته شود؟ یا این که این فرض همانند فرض نبودن وارث به هنگام فوت مورث است و در حقیقت جنین منجمد شده به منزله معدوم است و ناچار باید ترکه متوفا میان وراث موجود در زمان فوت مورث تقسیم شود؟ به عقیده برخی از صاحب نظران تخمک لقاح یافته از همان آغاز، جنین به شمار می آید و در صورتی که نسب او ثابت شود، مانند حمل طبیعی، احکام ارث و وصیت درباره او جاری می گردد. حال که بر اثر پیشرفت علوم و دگرگونی های جدید این امکان وجود دارد که جنین را سالیان دراز نگهداری کنند و سپس به رحم زن منتقل گردانند، باید به تناسب این تحول ضوابط و معیارهای خاصی را تدوین و به اجرا گذاشت؛ مثلاً از مقرراتی که فقه و قانون درباره غایب مفقود الاثر در زمینه مالی بیان کرده اند، استفاده نمود (صفایی، ۱۳۸۵: ۵۲).

اکنون فرض می کنیم زوجین به مراکز درمان ناباروری مراجعه و اقدام به درمان می کنند و اگر در همین حین پدر فوت کند.

آیا این نوزادی که پس از مرگ پدر دنیا می آید ارث خواهد برد؟

آیا می تواند با توجه به نص قانون مدنی به نفع این جنین وصیت نمود؟

گفتار اول: دلایل قانونی

جنین از لحاظ فیزیکی موجود مستقلی نبوده و وابسته به مادر است و از لحاظ جسمانی تکامل نیافته است. اما از نظر حقوقی همانند سایر انسان‌ها از بعضی حقوق متمتع می‌گردد، که در فقه اسلامی و قانون اساسی ایران این موضوع تصریح شده است. لکن باید شروطی که در قانون برای تمتع جنین بیان شده، محقق گردد. مواد ۸۷۵ و ۹۷۵ ق.م ایران صراحتاً ارث بردن جنین و شرایط آن را بیان نموده است. ماده ۸۷۵ ق.م می‌گوید: «شرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حمل باشد در صورتی ارث می‌برد، که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود اگر چه فوراً بعد از تولد بمیرد». از مفهوم مواد قانون مدنی و فقه اسلامی بر می‌آید که علاوه بر وجود شرایط عمومی ارث دو شرط اساسی برای تمتع جنین از ارث وجود دارد که عبارتند از:

۱- انعقاد نطفه جنین در زمان فوت مورث (موجود بودن جنین)

۲- زنده بودن جنین هنگام تولد.

اولین شرط در تحقق ارث موجود بودن وارث در زمان فوت مورث است؛ چرا که ارث باعث انتقال قهری اموال مورث به وارث می‌شود و منتقل الیه باید موجود باشد تا قابلیت تملک داشته باشد. با انعقاد نطفه انسان اولین مرحله از مراحل زندگی او شکل می‌گیرد و از لحاظ قانونی نیز آغاز برخورداری از حقوق، از اولین لحظه حیات می‌باشد (مواد ۹۵۶ و ۹۵۷ ق.م) به عبارت دیگر بین برخورداری از حقوق و آغاز حیات رابطه مستقیم وجود دارد. در مبحث ارث، قانون‌گذار نحوه شناسایی موجودیت حمل را با انعقاد نطفه او در زمان فوت مورث می‌داند. قسمت انتهایی ماده ۸۷۵ ق.م همین مطلب را بیان می‌دارد: «... و اگر حمل باشد در صورتی ارث می‌برد که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود اگر چه فوراً پس از تولد بمیرد». برابر این ماده شرط وراثت حمل، انعقاد نطفه در زمان فوت ورث و زنده متولد شدن طفل است؛ به این ترتیب نظر به این که توارث یکی از حقوق مدنی است می‌توان گفت که به‌طور کلی تمتع حمل از حقوق مدنی از زمان انعقاد نطفه آغاز می‌گردد البته مشروط بر این که زنده متولد شود. بنابراین در حالت استفاده از باروری پس از مرگ چنان‌چه نمونه‌گیری گامت نر و ماده از پدر و مادر برای امتزاج

آن دو در محیط آزمایشگاه و انتقال به رحم انجام شده باشد، لکن قبل از امتزاج اسپرم با تخمک در محیط آزمایشگاه و یا در داخل رحم، یکی یا هر دو نفر از والدین فوت کنند و عمل تلقیح پس از فوت انجام شود، حمل مزبور از صاحب اسپرم یا تخمکی که در حین تلقیح فوت نموده است، ارث نمی‌برد زیرا ترکه با فوت مورث به ورثه موجود حین الفوت منتقل می‌شود و جنین به معنای «تخمک بارور شده» در حین موت موجود نبوده است فلذا تمام ترکه به ورثه موجود در حین فوت مورث می‌رسد. در نتیجه با عنایت به مطالبی که گفته شد، می‌توان گفت: طفلی که نطفه‌اش بعد از فوت انسان منعقد می‌شود، از دارائی اوارث نمی‌برد؛ زیرا نطفه طفل در زمان فوت مورث منعقد نبوده است در حالی که یکی از شرایط تحقق ارث برای حمل انعقاد نطفه حمل در زمان فوت مورث است، در پاسخ به این استدلال گفته شده است، که شرط وجود وارث حین فوت مورث موضوعیت نداشته و صرفاً به دلیل کاشفیت آن از نسب اخذ شده است. برخی از حقوق‌دانان در این فرض معتقدند، که طفل را نباید از ارث محروم نمود و در بیان این مطلب نوشته‌اند: «فرض چنین حالتی در نزدیکی معتاد زن و شوهر نادر است. ولی در صورتی که با تلقیح مصنوعی نطفه شوهر در رحم زن قرار گیرد، احتمال وقوع آن بعید به نظر نمی‌رسد، به همین جهت تردید شده است، که آیا چنین فرزندی را باید در زمره وارثان آورد یا به دلیل انعقاد نطفه پس از مرگ باید او را از میراث محروم کرد؟ تفسیر ادبی و منطقی ماده ۸۷۵ این نتیجه را تلقی می‌کند، که چون نطفه بعد از مرگ مورث بسته شده است، باید او را محروم شناخت ولی، واقعیت این است که قانون‌گذار به وضع معتاد نزدیکی زن و شوهر نظر داشته است نه تلقیح مصنوعی، به همین جهت هم تاریخ انعقاد نطفه را تاریخ نزدیکی فرض کرده است، پس اگر رویه قضایی به این نتیجه عاقلانه برسد، که به این فرزند مشروع نیز باید ارث داد، نباید این تصمیم را خلاف مفاد و روح قانون دانست، وانگهی در تمیز انعقاد نطفه قانون‌گذار به مسامحه عرفی آشکار تن داده و اماره نسب را معیار قرار داده است؛ یعنی طفلی را که پیش از ۱۰ ماه از تاریخ فوت شوهر به دنیا آمده است موجود فرض می‌کند (ماده ۱۱۵۹ ق.م) در حالی که احتمال دارد نطفه پس از فوت بسته شده باشد. انگیزه این تسامح مقنن به ارث بردن جنین کودکی است، روح قانون تعبیری از همین هدف‌ها است. پس جای آن دارد، که گفته شود اگر جنین ناشی از لقاح مصنوعی نیز در

فاصله کمتر از ۱۰ ماه از تاریخ فوت پدر به دنیا آید، وارث شناختن او با روح قانون و اراده مفروض او در برخورد با این فرع نوظهور و حادث موافق است، به‌ویژه که این نتیجه با عدالت که هدف غائی قواعد سازگارتر می‌نماید. در مورد مادری هم که شوهر به هنگام نزدیکی فوت می‌کند و انعقاد نطفه در فاصله کوتاهی پس از آن رخ می‌دهد، باید از همین معیار تسامح استفاده کرد». (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۹۵-۹۶).

براساس ماده ۸۷۵ قانون مدنی، دو شرط برای آن که جنین حاجب باشد، برشمرده شده است: اول وجود نطفه هنگام وفات و دوم زنده متولد شدن نوزاد. هر چند این ماده درباره ی حمل صحبت می‌کند با توجه به این که جنین منجمدی که برای زوج تشکیل می‌شود در زمان زنده بودن او بوده و نطفه در آن زمان منعقد شده، منجمد و نگه داری می‌شود؛ بنابراین شرط اول در رابطه با جنین منجمد صدق می‌کند. اما شرط دوم زمانی ایجاد می‌شود که این جنین ها به مادر انتقال یابد و حاملگی صورت پذیرد بچه زنده متولد شود. تأکید بر زنده متولد شدن فرزند در ماده ۸۷۶ قانون مدنی نیز آمده است. اگر معیار را حمل قرار دهیم، در تولید مثل پس از مرگ با استفاده از جنین منجمد، هنوز حملی وجود ندارد. از طرف دیگر، اگر تکیه ی قانون بر انعقاد نطفه باشد، نطفه ی این اشخاص از پیش بسته شده است و فقط در رحم قرار ندارد. نکته ی دیگر شبهه در رابطه با کنار گذاشتن حصه برای جنین منجمد است. طبق ماده ۸۷۸ قانون مدنی باید برای حملی که جنسیت آن معلوم نیست، به اندازه ی پسر حصه کنار گذاشته شود. اما در تولید مثل پس از مرگ، حملی وجود ندارد و مشخص نیست که این ماده ی قانونی بر جنین های منجمد نیز تسری دارد یا خیر. مشکل دیگر این است که جنین های منجمد معمولاً متعددند اما تعدادی از آن ها به رحم مادر منتقل می‌شود و در بهترین شرایط ۳۵ درصد احتمال ایجاد حاملگی دارد. در صورتی که حاملگی منجر به چند قلویی شود، معمولاً تلاش می‌شود که حاملگی را در حد دو قلویی حفظ کنند و در صورت حضور قل های بیشتر، رسم معمول از بین بردن تعدادی از آن ها جهت حفظ زندگی دو قل باقی مانده است. به این کار کاهش جنین (fetal - reduction) گفته می‌شود. بنابراین حضور جنین منجمد، نمی‌تواند ضامن ایجاد حمل و بیانگر تعداد نوزادان آینده باشد (علیزاده، ۱۳۹۱: ۳۱).

در قانون امور حسبی نیز پیش بینی هایی شده است که با جنین منجمد هم خوانی ندارد. برای مثال طبق بند اول ماده ی ۱۰۳ قانون امور حسبی، برای جنینی (که هنوز به دنیا نیامده است) امینی تعیین می شود که سهم الارث جنین را اداره کند. با این احتمال که ظرف چند ماه، این جنین تبدیل به نوزادی زنده خواهد شد. اما جنین های منجمد حتی هنوز در رحم قرار نگرفته اند و حاملگی ایجاد نشده است، از طرف دیگر، در صورت قانونی بودن تولید مثل پس از مرگ احتمال تبدیل هر یک از این جنین ها به نوزاد زنده وجود خواهد داشت، بنابراین، امکان تسری این قانون بر جنین های منجمد مورد سؤال است.

طبق قانون مدنی ماده ۸۶۲ اشخاصی که به موجب نسب ارث می برند به سه طبقه تقسیم شده اند؛ در طبقه ی اول، پدر و مادر و اولاد قرار دارند و در طبقه دوم اجداد، برادر و خواهر و اولاد آن هاست. حضور اولاد می تواند ترتیب ارث را کاملاً تغییر دهد، چرا که نبودن یک طبقه باعث می شود که ارث به طبقه ی دوم برسد (قانون مدنی ماده ۸۶۳). در شرایطی که زوج، فرزندی نداشته باشد و شوهر فوت کند، استفاده از تولید مثل پس از مرگ ممکن است ارث عده ای را کاملاً تغییر دهد و تولید مثل پس از مرگ مورد سوء استفاده قرار گیرد (لیلا علیزاده، ۱۳۹۱: ۶). با این حال، در مسأله ی باروری پس از مرگ که ممکن است کودک سال ها پس از مرگ یکی از والدین یا هر دو آنان به دنیا آید، پیشنهادهایی برای برقراری موازنه میان حقوق و منافع همه ی طرف های مربوط در زمینه ارث مطرح شده است :

(۱) اگر رضایت صریح یا ضمنی بر استفاده از گامت متوفی وجود داشته باشد، فرزند از ارث برخوردار می شود.

(۲) باید زمانی محدود برای ارائه ی درخواست برای استفاده از گامت حقوقی تعیین شده تا فرزند حاصل از این درخواست بتواند ارث ببرد.

(۳) مادر یا پدری که زنده است باید شخصی را که مسئول تقسیم دارایی است از قصد خود برای استفاده از گامت فرد متوفی مطلع کند تا فرزند حاصل از این روش بتواند ارث ببرد (Dresser, 2011: 9).

پیشنهادهای یاد شده تنها فرض ممکن در این زمینه نیستند و می توان فرض های دیگری را در این

خصوص، به گونه ای که با نظامات قانونی کشور موافق و سازگار باشند مطرح کرد و در عین حال منفعت و مصلحت کودک در، برخورداری از میراث والدین را تأمین کنند.

به هر حال، وفق ماده ی ۸۷۵ ق.م، شرط وراثت انعقاد نطفه در زمان حیات مورث و زنده متولد شدن جنین است، به موجب ماده ی ۸۷۸ همین قانون، اگر حمل مانع از ارث تمام یا بعضی از وراث باشد تقسیم ارث به عمل نمی آید تا حمل متولد شد و اگر تولد کودک مانع از ارث سایر وراث نباشد تقسیم ترکه انجام می شود. در این وضعیت حصه ای معادل حصه ی دو پسر از همان طبقه کنار گذاشته می شود تا تکلیف حمل مشخص شود (راسخ، ۱۳۹۱: ۱۳). متأسفانه، در رابطه با روش های کمک باروری، قانون مدونی وجود ندارد و به کارگیری روش هایی مانند تولیدمثل پس از مرگ با سکوت قانونی مواجه است (صفایی، ۱۳۷۸: ۳۶)

گفتار دوم: دلایل فقهی

یکی از موجبات ارث، وجود رابطه نسبی بین وراث و مورث است. حیات وراث حین فوت مورث یکی از شرایط ارث است. چنانچه اسپرم مرد و تخمک همسر شرعی وی حین فوت مورث منعقد شده باشد چون منشأ تکوین جنین و کودک پس از رشد و نمو و تکامل نطفه دو شخص مذکور است مقتضی برای وراثت ایجاد شده و در نتیجه، فرزند ناشی از تلقیح مصنوعی از صاحبان نطفه ارث می برد، زیرا این فرزند واجد یکی از موجبات ارث یعنی نسب است که در صورت وجود سایر شرایط یعنی فوت مورث، وجود ترکه و فقدان مانع از مورث خود ارث می برد. در این حالات نسب شرعی مورد نیاز در وراثت نیز وجود دارد و تردیدی در ارث بردن جنین متکون از اسپرم مرد و تخمک همسر شرعی وی در صورتی که زنده متولد شود نیست (نوری همدانی، ۱۳۷۷: ۳۰۰؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۷۷: ۵۷۱؛ یزدی، ۱۳۷۵: ۱۱۸؛ صافی گلپایگانی، ۱۳۶۴: ۴۹۰ - ۴۹۶). اما در خصوص ارث بردن فرزندی که پس از فوت صاحب اسپرم، نطفه اش منعقد می گردد بین فقها اختلاف نظر است. برخی از فقها نظر به وجود رابطه توارث بین صاحب اسپرم، یعنی متوفی و فرزند داده اند (خامنه ای: ۱۳۷۳). برخی دیگر از فقها عقیده ای به وجود رابطه وراثت بین صاحب اسپرم و فرزند در این حالت ندارند و یا حداقل قائل به احتیاط و مصالحه هستند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۱: ۶۱۱؛ آصف الحسینی، ۱۳۸۳: ۹۴ و ۹۵). علت این حکم، عدم وجود مقتضی

وراثت، یعنی تحقق شرط وجود وراثت حین فوت مورث است؛ زیرا حین فوت مورث نطفه فرزند مورد بحث هنوز منعقد نشده است. در خصوص کودکی که از تلقیح اسپرم مرد و تخمک زوجه شرعی خود پس از مرگ مرد صورت می پذیرد، بنابر نظری که بچه را به صاحبان نطفه و تخمک ملحق می کند (خامنه ای، ۱۳۸۲: ۳۷۳)، هیچ تفاوتی بین این کودک و سایر فرزندان صاحب اسپرم و تخمک نیست و کلیه احکام جاری است؛ اما نظری که این کار را مجاز نمی داند تنها در صورت جهل تلقیح کنندگان، فرزند را حلال زاده و واجد احکام محرمیت و موجب وراثت از مادر می داند اما اعتقادی به وراثت بین پدر و فرزند متولد شده از این طریق ندارد (مکارم شیرازی، ۱۳۸۱: صادقی مقدم، ۱۳۸۷: ۱۷، ۲۳). به عقیده عموم فقهای فریقین (امامیه و اهل سنت) هرگاه تلقیح مصنوعی (اعم از داخل یا خارج رحمی) با استفاده از اسپرم شوهر و تخمک زوجه شوهر صورت گیرد کودک به صاحب اسپرم (شوهر) و یا زوجه صاحب تخمک یا رحم منتسب خواهد بود و نتیجتاً توارث میان آن ها برقرار می گردد. از فقهای امامیه فقط مرحوم آیت الله حکیم به عدم انتساب طفل به صاحب اسپرم (شوهر) فتوا داده و کودک را تنها به مادر ملحق دانسته است (حکیم، ۱۳۱۴: ۲۱۵). به عقیده این فقیه در تحقق نسب دو امر معتبر است:

اول: ارتباط جنسی زوجین به طریق مشروع؛

دوم: انتقال اسپرم از طریق متعارف

بنابراین اگر ارتباط جنسی میان زن و مرد نامشروع باشد، نسب میان آن ها و طفل ثابت نمی شود، هر چند انتقال اسپرم از طریق متعارف واقع شده باشد. همچنین اثر ارتباط میان زن و مرد مشروع بوده، ولی انتقال اسپرم از طریق نامتعارف صورت گیرد، نسب ثابت نمی شود. بدیهی است براساس این نظریه، رابطه توارث میان صاحب اسپرم و کودک برقرار نمی شود ولی این نظریه از قوت فقهی لازم برخوردار نیست زیرا به عقیده اکثر فقهای امامیه کودک به صاحب اسپرم ملحق است، اگر چه انتقال اسپرم بر عمل حرام، مانند مساحقه صورت گرفته باشد (نجفی، ۱۴۰۰: ۳۹۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴: ۴۲۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۹: ۵۳۸ و طباطبایی، ۱۴۱۸: ۳۵) و اخبار صحیح نیز مؤید این مطلب است؛ چنان که این مطلب از روایت منقول از امام حسن (ع) در مورد مساحقه دختر باکره و با زن شوهردار نیز استفاده می شود (عاملی، ۱۴۰۳: ۴۲۶). بحثی که در ماده ۸۷۵ ق.م. مطرح است آن است که آیا شرط تحقق نطفه وارث

(حمل) در زمان فوت مورث موضوعیت داشته یا صرفاً به لحاظ صحت انتساب حمل به مورث اعتبار شده است؟ در صورت پذیرش احتمال اخیر، ارث جنین لقاح یافته بعد از موت صاحب اسپرم از دارایی های (ترکه) او، بلامانع است، زیرا با فرض قطعیت انتساب حمل مزبور به صاحب اسپرم (مورث) عمومات ادله ارث از قبیل آیه شریفه: «یومیکم الله فی اولادکم الذکر فقل حفظ الانثین» (نساء ۱۱) و غیره، شامل فرض مورد بحث نیز خواهد بود. از آن جا که ماده ۸۷۵ ق.م.ا از فقه امامیه اقتباس شده است، بناچار پاسخ پرسش بالا را نیز باید از منابع معتبر فقهی و اقوال فقهای امامیه جست و جو نمود. برخی از فقهای امامیه معتقدند که در ثبوت ارث، صرف انتساب فرزند به مورث کافی است، هر چند نطفه او پس از فوت مورث منعقد شده باشد؛ چنان که صاحب جواهر می گوید «فانه لادلل علی اعتبار مقارنه صدق الولد للموت، بل کلفی الصدق بعد ذکر...؛ دلیلی بر اعتبار هم زمانی میان صدق عنوان ولد و فوت مورث موجود نیست، بلکه صدق این عنوان ولد بعد از فوت نیز کفایت می کند» (نجفی، ۱۴۰۰: ۷۲). برخی از مراجع عظام تقلید معاصر (آیت الله فاضل لنکرانی) نیز فرموده اند: در فرض مورد بحث، بهتر است با سایر وراثت مصالحه شود (رضانیا معلم، ۱۳۸۴: ۴۷۷). همچنین محقق اردبیلی در مجمع الفائدة و البرهان آورده است: «فلو جامع فمات بعده بلا فصل ثم جاء الولد لاقلاً مدة الحمل و قبل مضي أقضاء بحیث یحکم بکونه ملحقاً به یرث من أبیه» (محقق اردبیلی، ۱۴۱۴: ۵۴۶). چنان که از عبارت فوق استفاده می شود، هرگاه مردی بلافاصله پس از آمیزش با همسر خود، فوت نماید و سپس کودکی متولد شود که با توجه به امارات مربوط به حداقل یا حداکثر دوران بارداری، به متوفا منتسب می گردد، طفل مزبور از پدر خود ارث می برد. در این فرض آنچه مسلم است این که هنگام فوت مرد، هنوز لقاح بین اسپرم و تخمک صورت نگرفته است تا چه رسد که بتوانیم آن را «حمل» به شمار آوریم، و قطعاً انعقاد نطفه پس از فوت صاحب اسپرم صورت گرفته است؛ زیرا حداقل زمان لازم برای عبور اسپرماتوزئید از دهانه رحم (سرویکس) تا منتهی الیه لوله های فالوپ و در نهایت باروری تخمک، ۲۴ تا ۴۸ ساعت است (آخوندی، ۱۳۸۴، ۱۶)؛ ولی به عقیده این فقیه بزرگ (محقق اردبیلی) هرگاه انتساب طفل به صاحب اسپرم (پدر) ثابت باشد، رابطه توارث میان آن ها ثابت است. (صفائی و علوی قزوینی، ۱۳۸۵: ۴۸)

بنابراین، با عنایت به مطالب بالا ممکن است گفته شود که هرگاه تاریخ انعقاد نطفه و تشکیل جنین قبل از تقسیم ترکه باشد، در این صورت به لحاظ عدم انتقال ترکه به وراث، احکام و مقررات حاکم بر ارث جنین مجری خواهد بود (ماده ۸۷۸ ق.م) و جنین مزبور در ارث سهیم می باشد؛ ولی هرگاه تشکیل جنین مزبور پس از تقسیم ترکه متوفا صورت گرفته باشد، طفل مزبور به دلیل انتقال قطعی ترکه به سایر وراث از ارث محروم است. برخی از نویسندگان نیز در این خصوص آورده‌اند: در کلمات فقهای امامیه ملاک و معیار توارث میان جنین و والدین خود، «حمل» بودن جنین در زمان فوت مورث معرفی شده است و حتی در عبارات برخی از فقها تصریح شده است که انعقاد نطفه حین الموت کافی در تحقق ارث است، ولی ممکن است دائره ارث را وسیع‌تر از عنوان «حمل» قرار داده و معتقد شویم که صرف دخول اسپرم در مهبل قبل از وفات زوج نیز کافی در تحقق ارث است و لذا هر گاه مردی هنگام آمیزش با همسر خود بلافاصله پس از آمیزش فوت کند و بر اثر این عمل همسر او باردار شود و کودکی را به دنیا آورد، کودک مزبور از پدر خود ارث می‌برد، هر چند هنگام فوت مرد، حملی تحقق نیافته و حتی هنوز لقاح بین اسپرم و تخمک نیز صورت نگرفته است (سیستانی، ۱۴۲۵: ۴۷۳ و محقق اردبیلی، ۱۴۱۴: ۵۴۶).

از نظر فقهی، بیشتر حقوق و تکالیف اشخاص حقیقی، برای نوزادان حاصل از تلقیح نیز وجود دارد، بدون آنکه ثبوت رابطه نسبی برای آنان یا مشروعیت نسب مورد توجه قرار گیرد؛ از جمله، حقوق مربوط به شخصیت (مانند حق حیات، حق انسان بر حیثیت و عواطف خود)، اهلیت تمتع، حق مطالبه خسارت، در این نوع حقوق، نوزاد ناشی از تلقیح با نوزاد عادی تفاوتی ندارد ولی برقرار شدن پاره ای از حقوق و تکالیف منوط به ثبوت نسب و از آثار قرابت نسبی است از جمله، ولایت قهری، حضانت توارث. برخی فقها صریحاً ثبوت این حقوق و تکالیف را برای نوزاد، موقوف بر تحقق رابطه نسبی دانسته اند (خوئی: ۱۴۰۱، ۱۴۳؛ محمد صدر: ۶۳۱) در صورتی که تلقیح پس از مرگ زوج صورت گیرد، با اثبات نسب می توان به ثبوت ارث برای فرزند حاصل از تلقیح قائل شد (خوئی، ۱۴۱۶: ۳۰۷؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۱: ۶۱۱؛ محسنی، ۱۴۲۴: ۹۷). بدون شک رابطه وراثت در مورد اطفال ناشی از تلقیح مصنوعی نیز همانند اطفال طبیعی، پس از تولد یا وضع در رحم، میان آن‌ها و هر یک از مرد و زن صاحب نطفه و خویشاوندان

ایشان در صورت ثبوت نسب، برقرار می گردد. بدون شک، با تحقق انتساب شرعی، هرگاه طفل آزمایشگاهی زمان مرگ مادر خود در قید حیات باشد، همانند سایر وراث از وی ارث خواهد برد ولی برای پاسخ به ارث وی از پدر خود ابتدا باید این مسئله را بررسی کنیم که آیا ارث جنین (حمل) مشروط به وجود آن در زمان فوت مورث است یا این که صرف انتساب ولد به مورث در ثبوت ارث کفایت می کند، هر چند که انعقاد نطفه آن پس از فوت مورث باشد؟

صاحب جواهر در «جواهر الکلام» می گوید: «فانه لادلیل علی اعتبار مقارنه صدق الولد للموت، بل یکفی الصدق بعدذلک...» دلیلی بر اعتبار هم زمانی میان صدق عنوان ولد و فوت مورث موجود نیست، بلکه صدق این عنوان ولد بعد از فوت نیز کفایت می کند (نجفی، ۱۴۰۰: ۲۹). ممکن است برای اثبات این مدعا به احادیثی که اطلاق دارد و در آنها به لزوم انعقاد نطفه حمل در زمان فوت مورث، اشاره ای نشده، استناد نمود (صفائی و علوی قزوینی، ۱۳۸۵: ۴۷).. برخی از روایات عبارت از:

«... عن أبي بصير قال: قال ابو عبدالله (ع): قال أبي (ع): اذا تحرك المولود تحركاً بيناً فانه يرث و يورث فانه ربما كان أخرس؛ ابا بصير از امام صادق (ع) نقل کرده است که امام (ع) فرمودند: پدرم امام باقر (ع) فرمودند: هرگاه نوزاد هنگام تولد حرکت آشکاری از خود بروز دهد، پس آن طفل از خویشاوندان ارث می برد و خویشاوندان نیز از او ارث می برند. هر چند هنگام تولد صدای گریه او شنیده نشود، زیرا ممکن است نوزاد گنگ (لال) باشد» (عاملی، ۱۴۰۳: ۵۸۸).

از عبدالله بن سنان، نقل شده است:

«سمعت ابا عبدالله يقول: تجوز شهادة القابلة في المولود اذا استهل و صاح في الميراث، و يرث من الميراث بقدر شهادة امرأة واحدة قلت: فان كانت امرأتان؟ قال: تجوز شهادتهما في النصف من الميراث»؛ عبدالله بن سنان می گوید: از امام صادق (ع) شنیدم که می فرمود: شهادت زن قابله در مورد میراث نوزاد مسموع است. هرگاه او (نوزاد) به هنگام تولد گریه یا فریاد کند، از میراث به اندازه شهادت یک زن ارث می برد. راوی می گوید به امام (ع) عرض کردم: هرگاه دو زن شهادت بدهند چگونه است؟ فرمود: شهادت آن دو زن در نصف میراث مسموع است (عاملی، ۱۳۹۷: حدیث ۴۵). همان طور که ملاحظه می شود، در روایات یاد شده، هیچ گونه اشاره ای به آن که باید نطفه در زمان فوت مورث منعقد شده باشد، وجود ندارد، بنابراین، اطلاق روایات فوق مواردی را هم در بر خواهد گرفت که نطفه طفل، پس از فوت مورث منعقد

شده باشد. البته در صورتی که انتساب طفل به مورث، یقینی باشد و فقها نیز صرفاً به جهت صحت انتساب حمل به مورث، وجود حمل را در زمان فوت مورث معتبر دانسته اند. بنابراین هرگاه انتساب طفل به مورث قطعی و ثابت باشد، ممکن است گفته شود که اطلاعات ادله ارث جنین، و نیز اطلاق آیه شریفه «یوصیکم الله فی أولادکم للذکر مثل حظ الانثیین...» شامل فرض مورد بحث خواهد شد (نسا، آیه ۴). بنابراین طفلی هم که نطفه وی از طریق لقاح مصنوعی و بعد از فوت مورث تشکیل شده است، می تواند از پدر خود ارث ببرد. با توجه به مقررات فقهی، هرگاه حمل مانع ارث اشخاص موجود باشد، ترکه تا تولد طفل تقسیم نمی شود و هرگاه حمل مانع ارث نباشد لازم است به میزان سهم دو پسر از ترکه برای حمل کنار گذارده شود تا وضعیت آن بعداً روشن شود. رابطه میان پدر مرحوم و فرزندی که پس از مرگش بدنیا می آید باید در اصل بوسیله یک فرایند قانونی بررسی شود تا نظر داد که آیا به هر صورت این بچه حق تولد عادی دارد یا نه و باید شرایطی را، برای مجاز بودن و تأثیرات آن پس از یک بررسی دقیق در مورد زیست اخلاقی بودن تولید مثل مصنوعی با استفاده از اسپرم نگهداری شده مرد مرحوم، همچنین در مورد رفاه کودکان متولد شده، از نقطه نظرات چند جانبه، تعیین کرد.

بررسی رویه ی کشورها نشان می دهد که نسبت به این مسأله رویکردهای متفاوتی اتخاذ شده است. برای نمونه، برخی از ایالت های آمریکا، به صراحت حق بر وراثت کودکانی را که پس از مرگ والدین خود متولد می شوند به رسمیت شناخته اند. در مقابل، برخی از ایالت های این امر را به وجود رضایت کتبی والدین بر ایجاد رابطه ی توارث محدود کرده اند. در عین حال، هیچ محدودیت زمانی نیز برای تولد این کودکان قائل نشده اند. برخی محدوده ی زمانی خاصی را برای تحقق رابطه و وراثت در نظر گرفته اند و برخی دیگر قائل به چنین زمانی نشده اند و احتمال تولد جنین فرزندی نیز مانع تقسیم ماترک متوفی نخواهد شد. (17 و 1: kindregan, 2005).

به نظر می رسد با توجه به مواد ۸۶۱ و ۸۸۴ قانون مدنی از آنجایی که لقاح میان اسپرم و تخمک انجام شده ناشی از رابطه مشروع بوده و یکی از موجبات ارث نیز وجود رابطه نسبی مشروع بین پدر و فرزند دانسته شده، بنابراین انعقاد نطفه و تحقق حمل پس از فوت مورث، خواه به صورت طبیعی یا مصنوعی، سبب برقراری توارث میان جنین و والدین او خواهد شد. پس می توان گفت: هرگاه انتساب طفل به مورث قطعی باشد، از دیدگاه فقه ارث او مشکلی نخواهد داشت؛ هرچند که نطفه بعد از موت مورث نیز منعقد

شود و در قانون مدنی نیز می‌توان گفت، که شرط مذکور برای اثبات نسب اخذ شده است، در ثبوت ارث، صرف انتساب فرزند به مورث کافی است، هرچند نطفه او پس از فوت مورث منعقد شده باشد.

نتیجه گیری:

با توجه به بررسی های اخیر، اگر چه هیچ قوانین یا مواردی که راهنمایی روشنی درباره جمع آوری اسپرم پس از مرگ بدهد، وجود ندارند، براساس استانداردهای موجود برای رضایت، درخواست همسر برای جمع آوری اسپرم پس از مرگ باید رد شود، مگر اینکه رضایت قبلی یا خواسته های شناخته شده از جانب فرد مرحوم وجود داشته باشد. تفسیر آنها از اوضاع قانونی بر قصد و نیت مرد تمرکز می کند، اما مسائل مربوط به نحوه رفتار نسبت به بدن مُرده یا رفاه و سلامت کودک بالقوه را مخاطب قرار نمی دهد. با توجه به استفاده روش باروری پس از مرگ در مراکز درمان ناباروری و پژوهشگاه های کشور باید قوانین موجود در پاسخ به نیازهای عاجل جامعه و نیز مطابق ضرورت های جدید اصلاح شوند و در صورت نیاز قوانین جدید به تصویب برسد یا احکام قضایی صادر شوند.

در مورد مسأله لقاح مصنوعی افراط و تفریط وجود دارد؛ عده ای حتی تلقیح مصنوعی اسپرم مرد را به همسر قانونی خود با وسایل پزشکی مجاز نمی دانند برخی تمام انواع آن را مجاز اعلام می کنند. حتی مراجعه زن به بانک هایی که نطفه مردان و زنانی را نگهداری می کنند و گرفتن و کاشتن نطفه مرد را در رحم زن مجاز می دانند با اینکه صاحب نطفه معلوم نیست و بچه ای که بدین ترتیب متولد می شود، نه با این زن و شوهر او نسب دارد چرا که از اسپرم و تخمک آنها نشأت نگرفته، و نه پدر و مادر طبیعی او معلوم است چرا که دهنده نطفه معلوم و مشخص نیست. در نتیجه دیگر طهارت نسل و جلوگیری از اختلاط انساب، مفهومی پیدا نمی کند.

امروزه بسیاری از زوج های نابارور برای درمان ناباروری و فرزندار شدن با روش های پیشرفته پزشکی به مراکز درمان ناباروری مراجعه می کنند در حالی که زوجین به درمان ادامه می دهند، ممکن است ناگهان زوجه یا زوج از دنیا رود و فرد باقیمانده برای فرزند دار شدن از گامت یا اسپرم منجمد همسر خود با اطلاع از روش باروری پس از مرگ به مراکز ناباروری مراجعه کند و فرزند بعد از ۲ یا چند سال بعد از فوت پدر بدنیا بیاید از جمله علل هایی که تمایل به روش باروری پس از مرگ را در مراکز ناباروری و بین زوجین نابارور ایجاد کرده است می توان به درمان های نازایی یا فردی که دچار بیماری سرطان شده و

شیمی درمانی قابلیت باروری را در زوج از بین می برد یا هنگامی که حادثه ای ناگهانی برای زوج رخ می دهد مانند مرگ مغزی در این موارد اسپرم یا گامت را منجمد می کنند تا بتوان در مراحل بعدی از آن استفاده کرد. از جمله روش های درمان ناباروری که در باروری پس از مرگ برای تلقیح بکار برده می شود IUI یا ICSI می باشد زیرا در باروری پس از مرگ به خاطر شرایط فیزیکی مرد امکان نزدیکی طبیعی وجود ندارد پس تلقیح با این روش به طور مصنوعی صورت می گیرد.

تلقیح میان زن و شوهر و حمل آن توسط صاحب تخمک از طریق انجماد گامت یا جنین که کمک چشمگیری در درمان ناباروری داشته است به نظر مشهور فقها جایز است. در این تکنولوژی تلاش متخصصین مربوطه بر این است که با استفاده از روش های نوین از جمله انجماد اسپرم و نگه داری آن برای استفاده در آینده میزان موفقیت حاصله را از افزایش دهند، هزینه های درمان را کاهش دهند و پتانسیل باروری افراد جوان را حفظ کنند. در ایران انجماد و نگه داری اسپرم و گامت در مراکز ناباروری در حال انجام است و با منع قانونی و شرعی مواجه نیست.

بعضی اوقات انعقاد نطفه از طریق طبیعی امکان پذیر نیست که در این صورت دانش پزشکی به کمک ابزار و وسایل مخصوص، انعقاد به صورت مصنوعی انجام می گیرد. تردیدی نیست که در این فرض طفلی که از نطفه شوهر به وجود می آید، فرزند قانونی شوهر خواهد بود و تمام آثار نسب صحیح بین ایشان جاری است. زیرا قانونگذار در اعتبار رابطه نسبی امری، اضافه بر آنچه که عرف در این خصوص لازم می داند شناسایی نکرده است و فقط در پاره ای موارد به جهت رعایت بعضی از مصالح اجتماعی تصرفاتی در تعیین حدود نسب به عمل آورده است مانند ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی.

در ارتباط با مالکیت گامت به نظر می رسد اگر متوفی قبل مرگش درباره چگونگی استفاده از اسپرم بعد از مرگ تصمیم گرفته باشد باید به خواسته او احترام گذاشت اما اگر تصمیم گیری نکرده باشد همسر وی یا دیگر مراجع ذیصلاح اختیار تصمیم گیری در خصوص استفاده یا عدم استفاده از گامت را دارند. پس اگر فردی استفاده از گامت های فریز شده و حفظ شده را مشخص کند مالکیت از آن اوست. در غیر این

صورت همسر متوفی حق تصمیم گیری در مورد استفاده یا دور انداختن و معدوم کردن اسپرم و گامت های منجمد را دارد.

هر طفلی که نطفه اش بعد از فوت انسان منعقد می شود از دارائی پدر ارث می برد، در حالی که طبق ماده ۸۷۵ قانونی شرط وراثت انعقاد نطفه در زمان فوت مورث است و در این روش نطفه بعد از فوت پدر منعقد می شود و طبق قانون مدنی نباید ارث ببرد اما شرط وجود وراثت حین فوت مورث موضوعیت ندانسته و صرفاً به دلیل کاشفیت آن از نسب اخذ شده است. برخی از فقهای امامیه بر این باورند که در ثبوت ارث، صرف انتساب فرزند به مورث کافی است، هر چند نطفه او پس از فوت مورث منعقد شده باشد.

پیشنهادهات:

ابعاد مسأله از نظر فقهی و حقوقی و تأثیرات اجتماعی و حتی علمی هنوز به طور صحیح و کامل تشریح نشده است. متخصصان روش های نوین ناباروری باید روش های مختلف قابل عمل را کاملاً باز و تبیین نمایند. اثرات ژنتیکی روش های گوناگون تلقیح اسپرم و تخمک نیز باید بررسی شود و احیاناً آثار اجتماعی این نوع زاد و ولدها و رواج آن نیز مورد بررسی قرار گیرد تا آنگاه فقها با تکیه بر این دانسته ها و تشخیص های موضوعی و با توجه به مبانی فقهی در مورد نسب و آثار و احکام آن، حکم فقهی را بیان نموده و قانونگذار بر اساس احکام روشن فقهی حدود و ضوابط آن را دقیقاً مشخص نماید.

در حقوق ایران، درباره جواز یا حرمت این امر و آثار حقوقی مترتب بر آن، میان حقوقدانان و فقههای متأخر اختلاف نظرهای عمیقی وجود دارد و قانونی نیز در این خصوص تاکنون تصویب نشده است. در این صورت خلأ حقوقی موجود با لحاظ تقاضای روزافزون زوجین نابارور برای استفاده از تکنیک تلقیح مصنوعی، وضعیت کودکان متولد شده به روش مذکور را در ابهام فرو می برد. بنابراین به نظر می رسد تصویب قانونی جامع در این خصوص برای تعیین وضعیت حقوقی کودکان متولد شده امری ضروری می باشد. در مورد مسائل حقوقی ناشی از باروری پس از مرگ قوانین ایران، راهکار خاصی ارائه نداده اند و لازم است که در این زمینه، قوانین لازم تصویب و تدوین شوند.

در این راستا لازم است مقرر گردد:

الف) باروری پس از مرگ از محل اسپرم منجمد زوج، از لحاظ قانونی امکان پذیر است.

ب) از لحاظ نسب، طفل متولد از باروری پس از مرگ ملحق به صاحب اسپرم و زوجه خواهد بود.

ج) به نظر می رسد با توجه به پیشرفت روش های تولید مثل و به دنیا آمدن کودکان پس از مرگ یکی از والدین می بایست تغییر در قانون مدنی بخصوص در باب ارث ماده ۸۷۵ ایجاد شود. زیرا این غیر عادلانه است که این کودکان را تنها به علت اینکه به روش غیر طبیعی و مصنوعی بدنیا می آیند از ارث پدر محروم شوند. در حالی که در باروری پس از مرگ تمام شرایط ارث بردن را دارا می باشد از جمله اینکه نسب او نسبی است مشروع و قانونی و با پدر خود رابطه خونی دارد. نطفه منعقد شده بین زن و شوهر

ناشی از رابطه قانونی بوده است. قانون نیز باید پا به پای این تغییرات و پیشرفت ها اصلاح شود تا بتواند پاسخگوی مشکلات و مسائل ناشی از این پیشرفت علم در دنیای کنونی باشد.

با توجه به مطالب گفته شده در این پایان نامه ماده ۸۷۵ ق.م باید اصلاح شود یا در ارتباط با نطفه منعقد شده بعد از فوت مورث، در موارد خاصی مانند باروری پس از مرگ، تبصره ای الحاق شود.

بدین منظور پیشنهاد می شود که به ماده ۸۷۵ قانون مدنی تبصره ای با این مضمون اضافه شود «طفل متولد از باروری پس از مرگ از صاحبان گامت ارث می برد»

منابع:

۱- فارسی:

الف) کتب

۱) آقابابایی، اسماعیل (۱۳۸۳)، *پیوند اعضا از بیماران فوت شده و مرگ مغزی (بررسی فقهی_ حقوقی)*، چاپ دوم، قم: پژوهشگاه فرهنگ و علوم اسلامی.

۲) آقای نی، حسین (۱۳۸۶)، *جرایم علیه اشخاص*، نشر میزان تهران: جلد سوم، چاپ ۲.

۳) امامی، اسداله (۱۳۴۹)، *مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه*، تهران: چاپ اول.

۴) انصاری مسعود، طاهری محمدعلی (۱۳۸۴)، *دانشنامه حقوق خصوصی*، چاپ اول، تهران: محراب فکر، جلد اول.

۵) پژوهشکده ابن سینا (۱۳۸۰)، *روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق* (مجموعه مقالات)، تهران، سمت.

۶) جعفری، محمدتقی (۱۳۷۷)، *رسائل فقهی*، نشر کرامت، تهران، جلد اول، چاپ اول.

۷) خامنه ایی، سیدعلی (۱۳۸۲)، *رساله‌ی اجوبه‌الاستفتائات*، تهران، انتشارات هدی، چاپ پنجم.

۸) خمینی، روح‌الله (۱۴۰۹)، *تحریر الوسیله*، ج ۲، قم موسسه النشر الاسلامی.

۹) خمینی، روح‌الله (۱۳۷۸)، *استفتائات*، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

۱۰) ساروخانی، باقر (۱۳۷۶)، *مقدمه‌ای بر جامعه‌شناسی خانواده*، تهران: سروش.

۱۱) سپهوند، امیرخان (۱۳۸۶)، *جرایم علیه اشخاص*، تهران، نشر مجد، جلد اول.

۱۲) شهیدی، مهدی (۱۳۸۵)، *ارث*، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۵، چاپ ششم.

۱۳) شهیدی، مهدی (۱۳۷۵)، *مجموعه مقالات حقوقی*، مقاله ۱۰، *تلقیح مصنوعی انسان*، تهران

۱۴) صادقی، محمدهادی (۱۳۸۰)، *جرایم علیه اشخاص*، نشر میزان، تهران، ج اول.

۱۵) صانعی، آیت اله یوسف (۱۳۸۵)، *استفتائات پزشکی*، قم، انتشارات میثم تمار، چاپ پنجم.

۱۶) صفایی حسین و همکاران (۱۳۸۷)، *بررسی تطبیق حقوق خانواده*، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.

۱۷) صفایی حسین، امامی اسدالله (۱۳۸۶)، *حقوق خانواده (قربان و نسب و آثار آن)*، چاپ چهارم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.

۱۸) فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۷۷)، *جامع المسائل*، قم، مطبوعاتی امیر، جلد پنجم.

۱۹) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، *دوره حقوقی مدنی (خانواده)*، چاپ اول، تهران شرکت سهامی انتشار، جلد اول و دوم.

۲۰) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، *دوره حقوقی مدنی (ارث)*، تهران، انتشارات دادگستر.

۲۱) لاریجانی، باقر (۱۳۸۳)، *پزشک و ملاحظات اخلاقی (مروری بر مبانی اخلاق پزشکی)*، تهران، جلد اول.

۲۲) مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۱)، *استفتائات جدید*، ج ۲، قم انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب.

۲۳) منتظری، حسینعلی (۱۳۸۱)، *احکام پزشکی*، مطابق با فتاوی فقیه عالیقدر حضرت آیت الله العظمی منتظری، تهران.

۲۴) نایب زاده، عباس (۱۳۸۰)، *بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی*، تهران، مجد.

ب) مقاله ها

۱) آخوندی، محمدمهدی و همکاران (۱۳۸۶)، «آشنایی با لقاح طبیعی، لقاح خارجی رحمی و ضرورت استفاده از گامت جایگزین در درمان ناباروری»، *فصلنامه پایش*، سال ششم، شماره ۴.

۲) آخوندی، محمدمهدی (۱۳۸۴)، «آشنایی با لقاح طبیعی، لقاح خارجی رحمی و ضرورت استفاده از گامت جایگزین»، *مجموعه مقالات*، تهران، سمت و پژوهشکده ابن سینا.

۳) اقصی، ملک منصور (۱۳۸۷)، هفته نامه سلامت، تازه های آی.وی.اف، شماره ۱۶۹.

۴) تک زارع، نسرين (۱۳۸۲)، «مراقب های بارداری و رشد و نمو جنین»، تهران، شقایق.

۵) جباری، مصطفی (۱۳۸۹)، «قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور»، فصلنامه حقوق، مجله

دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۱۰.

۶) حرم پناهی، محسن (۱۳۷۶)، «تلقیح مصنوعی»، قم، فصلنامه فقه اهل بیت، سال سوم.

۷) حکمت دوست آزیتا، صادقی محمد رضا (۱۳۸۸)، «مروری بر انجماد اسپرم»، تهران: پژوهشگاه ابن سینا.

۸) خبرگزاری زنان ایران (ایرنا)، ناباروری پنجمین علت شایع طلاق در دنیا، تهران، ۱۳۸۷.

۹) خداپرست امیرحسین، شریفی ساناز، میلانی فر علی رضا (۱۳۹۰)، «مسائل اخلاقی اهدای جنین»، فصلنامه باروری و ناباروری، دوره ۱۲، شماره ۲.

۱۰) راسخ. محمد، خداپرست. امیرحسین (۱۳۸۶)، «حق بر شناختن پدر و مادر بیولوژیک»، مجله پزشکی باروری و ناباروری، دوره ۸، شماره ۳.

۱۱) راسخ. محمد، خورشیدی. مژگان، عامری. فائزه، (۱۳۹۱)، «باروری پس از مرگ: بررسی اخلاقی و حقوقی»، مجله ایرانی اخلاق و تاریخ پزشکی، دوره ۵، شماره ۳.

۱۲) رضایا معلم، محمد رضا (۱۳۸۹)، «باروری های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق»، چاپ اول، قم، مؤسسه بوستان کتاب.

۱۳) رضایا معلم، محمد رضا (۱۳۸۰)، «وضعیت حقوقی (نسب)، کودک ناشی از انتقال جنین در روش های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق»، تهران، سمت.

۱۴) سید فاطمی، سید محمد (۱۳۷۵)، «رضایت مکنون»، فصلنامه باروری و ناباروری، شماره، دوره ۲.

۱۵) صادقی مقدم، محمد حسن (۱۳۸۳)، «باروری مصنوعی از دیدگاه حقوق اسلام»، نشریه مدرس علوم انسانی، ویژه نامه حقوقی (پیاپی ۳۷).

۱۶) صفایی. سید حسین، علوی قزوینی. سید علی (۱۳۸۵)، «ارث کودک آزمایشگاهی»، اندیشه های حقوقی، سال چهارم، شماره ۱۱.

۱۷) صفایی، حسین(۱۳۸۴)، «نارسایی های قانون ایران درباره اهدای گامت و جنین با توجه حقوق تطبیقی از جمعی از نویسندگان»، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، چاپ اول، تهران، پژوهشکده ابن سینا، سمت.

۱۸) طباطبائی حصارى، نسرین (۱۳۸۷)، «نسب ناشی از تلقیح مصنوعی»، مجله علمی پژوهشی تحقیقات زنان، سال دوم، شماره دوم.

۱۹) طالبیان. اصغر، صادقی. محمدرضا(۱۳۸۴)، «ارزیابی و مقایسه محیط ها و روش های مختلف انجماد و نگهداری اسپرم»، فصلنامه باروری و ناباروری.

۲۰) علوی قزوینی، سید علی(۱۳۷۹)، «پیامدهای حقوقی باروری مصنوعی»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال دوم، شماره ۶.

۲۱) عزیزاده. لیلا، عمانی سامانی. رضا(۱۳۹۱)، «تولید مثل پس از مرگ، حقوق بیمار و دیدگاه اسلامی»، مجله ایرانی اخلاق و تاریخ پزشکی، دوره ۵، شماره ۴.

۲۲) قبله ای، خلیل (۱۳۷۸)، «بررسی احکام فقهی و حقوقی کودکان نامشروع»، فصلنامه دیدگاههای حقوقی، س ۴، ش ۱۳ و ۱۴.

۲۳) لاریجانی. باقر، زاهدی. فرزانه (۱۳۸۵)، «ملاحظات اخلاقی در اهداء گامت و جنین»، فصلنامه اخلاق در علوم و فناوری، ویژه نامه ی اخلاق پزشکی، پیوست شماره ی ۱.

۲۴) لیون. اسپراف، رابرت. اچ (۱۳۷۳)، «آندوکرینولوژی بالینی زنان و نازائی اسپیروف»، ترجمه ملک منصور اقصی، تهران.

۲۵) ملک زاده، فهیمه(۱۳۸۷)، «بررسی مسأله لقاح مصنوعی با رویکرد فقهی - حقوقی»، نشریه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق سابق)، شماره ۴۸.

۲۶) مومن، محمد (۱۳۷۴)، «سخنی درباره تلقیح»، ترجمه موسی دانش، فقه اهل بیت (ع)، س ۱، ش

- ۲۷) مهرپور، حسین (۱۳۷۹)، «مباحثی از حقوق زن از منظر حقوق داخلی»، مبانی فقهی و موازین بین المللی، تهران، ناباروری، ارزیابی و درمان.
- ۲۸) میلانی فر، علیرضا و همکاران (۱۳۸۶)، «تأثیر انحلال نکاح در مرحله نهایی انتقال گامت یا جنین»، فصلنامه پایش، سال ششم، شماره ۴.
- ۲۹) میلانی فر، علیرضا و همکاران (۱۳۸۷)، «اصدار گواهی ولادت و سند سجلی برای نوزادان حاصل از درمان با روش جایگزین و مسئولیت گروه پزشکی»، فصلنامه باروری و ناباروری.
- ۳۰) یزدی، محمد (۱۳۷۵)، «باروری های مصنوعی و حکم فقهی آن»، فقه اهل بیت (ع)، س ۲، ش ۵.

ج) پایان نامه

- ۱) رضایا معلم، محمدرضا (۱۳۸۷)، «تلقیح مصنوعی از دیدگاه فقه و حقوق»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه قم.
- ۲) عابدین پور، مصطفی (۱۳۸۹)، «وضع حقوقی فرزند طبیعی در ایران»، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه مازندران.

۲- عربی:

- ۱) آصف المحسنی، محمد (۱۳۸۲)، *الفقه ومسائل طبیه*، قم، موسسه بوستان قم.
- ۲) ابن بابویه قمی، ابوجعفر محمد بن علی (۱۴۱۳)، *من لایحضره الفقیه*، موسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت (ع)، جلد سوم.
- ۳) ابن حزم، علی ابن أحمد بن حزم الأندلسی (۱۳۵۲)، *المحلی بالآثار*، تحقیق: احمد محمد شاکر، بیروت، دارالافتاء الجدیدة.
- ۴) الحلّی، ابن یراج (۱۴۰۶)، *مہذب الاحکام*، قم، موسسه النشر الاسلامی.
- ۵) الحر العاملی (۱۳۹۷)، *ابواب نکاح المحرم و ما یناسبه*، باب ۴، بی تا، ج ۷.
- ۶) اردبیلی، احمد (۱۴۱۴)، *مجمع الفائدہ و البرہان*، ج ۱۱، قم، موسسه النشر الاسلامی.

۷) بجنوردی، سید محمدحسن (۱۳۷۷)، *القواعد الفقیه*، تصحیح مهدی مهریزی و محمدحسین درایتی، قم نشر الهادی، جلد ۴.

۸) بحرانی، یوسف (۱۴۰۸)، *حدائق الناظره*، جلد ۲۴، چاپ اول، قم نشر الاسلامی الجامعه المدرسین.

۹) حسینی، شهاب الدین (۱۴۲۰)، *التلخیص الصناعی بین العلم و الشریعہ*، بیروت: دارالاسلامیہ.

۱۰) حر عاملی، محمد بن الحسین (۱۴۰۳)، *وسائل الشیعه*، ج ۱، ج ۵، بیروت دارالاصیاء التراث العربی.

۱۱) حر عاملی، محمد بن الحسین (۱۴۱۴)، *وسائل الشیعه الی تحصیل اُساتید الشریعه*، ج ۲، ۱۷ و ۱۸، تحقیق، ربانی شیرازی و محمد رازی، تهران، المکتبه الاسلامیه.

۱۲) حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن (۱۴۱۹)، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، با تعلیقات سید صادق الشیرازی، بیروت، موسسه الوفاء.

۱۳) حلی، حسن بن یوسف بن علی مطهر (۱۴۱۹)، *قواعد الاحکام*، قم، موسسه النشر الاسلامی.

۱۴) خالد منصور، محمد (۱۴۲۰)، *الأحكام الطَّبیَّه*، بیروت: دارالنفائس.

۱۵) خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۱)، *مستحدثات المسائل*، قم، چاپخانه عطیه، مساله ۴۵.

۱۶) خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۶)، *المسائل الشرعیه*، بی جا، بی نا.

۱۷) خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰)، *منهاج الصالحین*، بغداد، مطبعه الديوانی، جلد ۲، چاپ ۲۸.

۱۸) خراسانی، محمد کاظم (۱۴۱۴)، *کفایه الأصول*، قم، موسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث.

۱۹) خراسانی، سید محمد علی (۱۴۲۴)، *محاضرات فی الموارث*، قم، موسسه السبطين العالمیه.

۲۰) خراسانی، وحید حسین (۱۴۲۱)، *توضیح المسائل*، قم: مدرسه باقرالعلوم.

۲۱) روحانی، سید محمدصادق (۱۳۵۸)، *المسائل المستحدثه*، ج ۱، التلخیص الصناعی، چاپ اول، قم انتشارات مکتبه محمدی.

۲۲) زحیلی، وهبه (۱۴۰۹)، *الاجتهاد والاحیاء: حوار علی الورق*، مجمع الفقه الاسلامی، چاپ سوم، جلد ۴.

۲۳) سبزواری، محمدباقر (۱۴۴۳)، *کفایه الاحکام*، ج ۲، قم، موسسه آل البيت (ع).

۲۴) سلامه، محمد (۱۳۴۲)، شهاب الاخبار، تهران وزارت فرهنگ اداره کل اوقاف، چاپ اول.

۲۵) سیستانی، علی (۱۴۱۹)، *الفقه المغتربین*، قم.

- ۲۶) شیخ طوسی، ابو جعفر (۱۴۱۲)، *النهايه فی مجرد الفقه و الفتاوى*، قم، قدس محمدی.
- ۲۷) شلتوت، محمود (۱۴۲۱)، *الفتاوى*، دارالشروق قاهره، جلد اول، چاپ دوم.
- ۲۸) صفای، حسین (۱۳۹۱)، *التلقيح فی شرح العروة الوثقى*، تقریرات درس آیت اله خوئی، ج ۸، نجف.
- ۲۹) طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۸)، *رياض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم: موسسه آل بیت (ع).
- ۳۰) طباطبایی، محمدحسین (۱۳۷۶) *المیزان فی تفسیر قرآن*، تهران، جلد ۱۵.
- ۳۱) طوسی، محمد ابن الحسن (۴۶۰)، *تهذیب الاحکام*، نشر بیتا، جلد ۱ و ۷.
- ۳۲) عاملی، سید محمدجواد (۱۴۱۷)، *مفتاح الکرامه*، ج ۸، بیروت داراحیاء التراث العربی.
- ۳۳) غروری، علی (۱۳۹۱)، *التنقيح فی شرح الوثقى*، تقریرات درس آیت الله خوئی، ج ۸، نجف.
- ۳۴) فاضل هندی، محمدبن حسن (۱۴۱۸)، *كشف اللثام عن قواعد الاحکام*، ج ۲، قم.
- ۳۵) فخرالمحققین، محمدبن علامه حلی (۱۳۶۳)، *ایضاح الفوائد شرح اشکالات القواعد*، ج ۳ و ۴، تهران، موسسه مطبوعات اسماعیلیان.
- ۳۶) قائنی، محمدحسین (۱۴۲۴)، *المبسوط فی فقه المسائل المعاصر «المسائل الطبیه»*، قم، مرکز فقه الاثمه الاطهار.
- ۳۷) قرآن، سوره نساء، سوره بقره.
- ۳۸) مامقانی، محمدحسن (۱۳۴۴)، *مناهج المتقین*، تهران، چاپ سنگی، افست آل بیت.
- ۳۹) محسنی، محمدآصف (۱۴۲۴)، *الفقه و مسائل طبیه*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
- ۴۰) مجلسی محمدباقر (۱۴۲۳)، *بحار الانوار*، چاپ سوم، بیروت، داراحیاء التراث العربی، جلد ۱.
- ۴۱) مومنی، محمد (۱۴۱۵)، *کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة*، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- ۴۲) نجفی، محمدحسین (۱۴۰۰)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ج ۲۹ و ۳۹ و ۴۱، تهران، دارالکتاب الاسلامیه.
- ۳ - منابع انگلیسی:

1) A nonymous (2011), Hefa code of practice, <http://www/hefa.gov.uk/codeof>.

- 2) ArieH,B (2003), "Helathy Twins Resulting from Donated Oocytes and Posthumous ues of frozen", j of Assisted reproauction an genetics,Vol 20,no9.
- 3) Atherton, R (1999), "En ventre sa frigidaire: posthumous children in the succession context", Legal studies: 19 (2).
- 4) Aziza. Evelyne, shuster. E(1994),"A child at all costs: posthumous reproduction and the meaning of parenthood", human reproduction, Ethics Program, Veterans Affairs Medical Center vol9, no11.
- 5) Bahadur,G (2002), Death and conception, Human reproduction, Vol17, no 10.
- 6) Batzer. fR, Hurwitz. jm, caplan. A(2003),"postmortem parentood and the need for a protocl with posthumous sperm", procurement, fertil steril, 79 (6).
- 7) Belker. Am, Swanson. mL, cook. CL (2001), "Live brith after sperm retrival from a moribund man", Fertil steril, 76(4).
- 8) Browne, cl(2008), Dead men reproducing responding to the existence of after death children, Case west reserve low, REV:8.
- 9) Bunge R.G and Sherman. JK (1953), "Fertilizing capacity of frozen human spermatozoa ",Nature 172.
- 10) Cannold, L(2004), "Who owns adead man sperm? ", j med ethics,30(4).
- 11) Corrigan, E(1996), "Posthumous storage and use of sperm and embryos", Bmj ,vol313.
- 12) Dostal. J, utrata. R, Loyka. s (2005) "Postmortem sperm retrieval in new European union countries: case report". Hum Repord, 20 (8).
- 13) Dresser, R (2011), "At law: protecting posthumous children", Hastingscent Rep 32 (6).
- 14) Dragojevic,sd (2004),Ethical and lalag dilemmas in infertility treatment proc nat sci matica srpska novi sad,107.
- 15) Gringlas, m(1995), "the more thing change single parenting revisited" jornal of family issues.
- 16) Grundy. R, larcher. v, Gosden. RG (2001), " fertility preservation for children treated for cancer: ethics of consent gamete storag and experimentation". Arch dis child: 84(14).

- 17) Hardcastle,R(2007), law and the human baby:property right ownership and control, Axford:hart publishing.
- 18) Hoffman, s(2004), Birth after death perpetuities and the new reproductive technologies, Georgia Law Rev 28 (2).
- 19) Inhorn, m.c (2003), "Local pabios, weak global scierge gender religion and in ritro fertilization in Egypt", Newyork Routlege.
- 20) Islami,sh (2007), "human cloning in catholicismand Islam" Qom: The university of religions and Denominations: persian.
- 21) Jones, Hw Jr (2001), "International Federation of fertility societies surveillance", preface fertile steril,95 (2).
- 22) Kawai, t(2001), national institute for research advancement the development of life science and the law yuhikaku.
- 23) Kindregan. cp, McBrienx (2005),"posthumous reproduction" fam low, 39 (3).
- 24) Kolata,G (1993)," Ruling left Intact in Sperm Bequest ", newyork times.
- 25) Larsen, u(2000),"primary and secondary, in fertility in subsana ran Africa", Int j Epidemial, 29 (2).
- 26) Leiblum. SR, williams. E(1993), "screening in or out of the new reproductive option :who decides and why", j psychosom obstet gynaecol 14(suppl).
- 27) Leidig,m(2006), "rassian woman may lose grandson conceived from dead sons frozen sperm", BMJ332(7542)
- 28) Mahaderan. m, Baker. G (1984), "Assessment and preparation of semen for in-ritro fertilization", N:woodc, trouson Ao (Eds), Clinical in - vitro fertilization, Springer rerlag: Berlin.
- 29) Mauss, M (1954), "the Gift: forms and functions of Exchange in Archaic societies", Transltioan cunnison glencoe, free press.
- 30) Mayeda, M (2006),"present state of reproductive medicine in Japan, ethical issues with a focus on those seen in court cases", BMC med Ethics,7: E3.
- 31) Moore K,A (2007)," Embryo a daption: the legal and moral challenge st", Thomas j law public policy, 1.

- 32) Parker, Mj (2004), "Response to orr and siegler collective intentionality and procreative desires, the permissible view on consent to posthumous conception", J. Med Ethics, 30 (4).
- 33) Pehnings, G (2006), ESHRE task force on Ethics and low, posthumous assisted reproduction Hum Repord, 21 (2).
- 34) Pxson, H (2003), "with raganst nature? IVF, gender and reproductive, agency in Athons, oreece", Soc scixed, 56 (9).
- 35) R orr. RD, siegler. M (2002), "is posthumous semen retrieval ethically permissible?", J mex Ethics, 28(5).
- 36) Reza. omani, mahnaz. Ashrafi (2008), "Ethics, Legal socied, counseling Articl posthumous Assicted Reproduction from Islamic perspective", RoyanIns titue international Journal affertilityand: Terility, Vol 2, No2.
- 37) Robertson, jA (1994), "children of choice freedom and new reproductive technologiesn", Princeton university press, newjersey USA.
- 38) Rothman, CM (1980), mAthod for obtaining viable sperm in the postmortem state, fertil steril 34(5).
- 39) Shenfiled. f, penning. G, sureau .c (2001), European society of human reproduction and embryology task force on ethics and law the cryopreservation of human embryos, hum repord 16(5).
- 40) Shuster, E (1991), non – genetic surrogacy: no cure but problems for infertility, Hum Repord, 60.
- 41) Simpson, B (2001), "making bad deaths good the kinship consequences of posthumous conception", J R Anthropological Instv, 7 (1).
- 42) Spriggs, m (2004), " woman wants dead fiancés a baby: who owns a dead mans sperm? ", j med ethics, 30(4).
- 43) Strong, c (1999), "ethical and legal aspects of sperm retrieval after death or persistent vegetative state", j law med ethics, 27(4).
- 44) Styer. Ak, cekleniak. NA, Legedza. A, mutter .GL, Hornstein. MD (2003), "factors associated with disposition of cryopreserved reproductive tissue, fertil steril, 80 (3).
- 45) Suppon Jenna, Mf (2010), "Life after death: the need to address the legal status of posthumously conceived children", Fam court Rev, 48 (1).

- 46) Templeton. A, fraser. C, Thompson. B (1990),"The epidemiology of infertility in Aberdeen", British medical journal: 301.
- 47) The Ethics committee of the American Society for reproductive medicine(2004), fertil ans steril, vol 82,posthumous reproduction.
- 49) Webb, SM(1996), "Raising sperm from the dead", J Androl; 17(4).
- 50) Wennerholm. UB, soderstornAnttaila. v, Bergh. c (2009)," Children born after cryopreservation of embryos or oocytes: a systematic review of outcome data", Hum repord: 24 (9).
- 51) White,Gb (1999), "commentary: legal and ethical aspects of sperm retrieval" j law med ethics,27(4).
- 52) Wilkinson,Tm (2007), "Individual and family decisions about organ donation", J Appl philos, 24 (1).
- 53) Worss, R (2001),"Babies in limbo: laws outpaced by fertility Advances", washington post Sunday, national, science, eth, ical, fertility.
- 54) Word Healthorgazation (1991), Infertility, a tabuletion of available data on preralenco of primar and seconder infertility, Genera, who programmeon maternaland child Healthand family planning, dirision of family Healt.
- 55) Zafran, R(2008),"Dying tobe a father: Legal paternity in posthumous conception", Houston j Health law pol: 8(1).

Abstract

Today, Researchers look for suitable methods to protect people fertility power such as gamet and embryo freezing methods. Infertility is a disease or Implication that today effects deeply on Marital relation of infertile couples and also social and family relations.

Artificial Inoculation or producing laboratory child in many countries outlined and encountered with no problem or ambiyuity in empirical or experimental fciences, but morally and legally encountered with ambiguity and problems. Ever Increasing progress and science and technology development created new methods for treating Infertility. One of these methods is freezing Gamet and person's embryo to use it in the future and necessarily for.Post humous. This method encountered ambiguities and problems morally and legally. Based on this Issue, Implied child satisfaction and well- being ethically, along with pros cons votes and with see that any action relating to Gamet, after death, must be fulfilled regarding to dead person's satisfaction and explicit or implicit satisfaction of that person for using Gumet after death.

Legal discussions related to the ownership of the person over the Gamet, regarding to the posthumous child, heritage and other personal status of born child. Including legal Issues relating to infertility after death Investigated in this thesis. It seems that gumet ownership be longs to dead person's partner and the embryo resulted from the frozen Gamet of dead husband, belongs to dead person's husband and finally will have legacy.

Key words: Infertility, death, embryo, inheritance (legacy), genealogy.



Faculty of Law and Political Science

Thesis to obtain the degree of Master of Private Law

Topic:
posthumos

Supervisor:
Mr. ph.D. H. Abhari

Advisor:
Mr.ph.D. F. Asghari

Student:
Mohadeseh Rezai

Winter 1392