

SINH CON TỪ TINH TRÙNG CỦA NGƯỜI CHẾT SO SÁNH PHÁP LUẬT VÀ NHỮNG VẤN ĐỀ ĐẶT RA CHO VIỆT NAM

ĐOÀN THỊ PHƯƠNG DIỆP *

ĐOÀN THANH HẢI **

Tóm tắt: Sử dụng tinh trùng của người chết để sinh con là hiện tượng mới xuất hiện ở Việt Nam trong những năm gần đây. Đây là hiện tượng ẩn chứa nhiều vấn đề pháp lý phức tạp, gây ra nhiều tranh luận song lại chưa có những nghiên cứu chuyên sâu. Bài viết làm rõ bản chất của việc sinh con từ tinh trùng của người chết; so sánh quy định pháp luật về vấn đề này ở Việt Nam và một số quốc gia trên thế giới; đưa ra những bình luận và kiến nghị để hoàn thiện quy định của pháp luật Việt Nam nhằm bảo đảm quyền con người và sự ổn định xã hội.

Từ khoá: Sinh con; so sánh pháp luật; tinh trùng của người chết; vấn đề đặt ra

Nhận bài: 05/10/2018

Hoàn thành biên tập: 07/5/2019

Duyệt đăng: 15/5/2019

POST-MORTEM REPRODUCTION - LAW COMPARISON AND ISSUES RAISED FOR VIETNAM

Abstract: Post-humous reproduction is a new phenomenon occurring in Vietnam in recent years. This phenomenon raises many complicated legal issues which are debatable but not yet have been deeply studied. The paper aims at clarifying the nature of post-humous reproduction; comparing the law of Vietnam and that of some other countries in this regard; and thereby offering comments and recommendations to improve the related Vietnamese legal provisions to ensure human rights and social stability.

Keywords: Reproduction; law comparison; post-mortem sperm; raised issue

Received: Oct 5th, 2018; Editing completed: May 7th, 2019; Accepted for publication: May 15th, 2019

1. Sinh con từ tinh trùng của người chết

Sinh sản là lẽ tự nhiên không chỉ của riêng con người mà của cả các loài sinh vật. Cụm từ “Postmortem reproduction” - PMR, được hiểu là sinh con từ tinh trùng của người chết, vừa nghe có vẻ trái với tự nhiên bởi lẽ, theo cách hiểu thông thường thì sinh sản chỉ

nằm trong khoảng (không gồm hai đầu mút) của sự sinh và sự tử. Thậm chí, cụm từ này còn trở nên “kì lạ” hơn khi người chết ở đây bao gồm cả nam và nữ, bởi cách hiểu phổ biến là “sinh” chỉ mang ý nghĩa là “sinh đẻ” (childbirth),⁽¹⁾ mặc dù từ này có thể hiểu theo

*,** Giảng viên, Trường Đại học kinh tế - luật,

Đại học quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh

* E-mail: diepdt@uel.edu.vn

** E-mail: haidt16503@st.uel.edu.vn

(1). Là toàn bộ quá trình mà một đứa trẻ ra đời từ tử cung của người mẹ. Có thể xem định nghĩa chi tiết, đầy đủ và các giai đoạn của sự sinh đẻ tại: <URL: <https://medical-dictionary.thefreedictionary.com/Child+birth>>, truy cập 11/7/2018.

nghĩa rộng nhất là “sinh sản” (reproduction)⁽²⁾ - là quá trình mà cha, mẹ kết hợp với nhau để đẻ con.⁽³⁾ Như vậy, “người chết sinh con” có thể hiểu theo một cách rộng nhất là việc một người có con sau khi chết. Điều này thực tế gồm cả việc phôi, thai đã hình thành khi người này còn sống và thậm chí có thể chỉ là hệ quả của việc một người đã quan hệ tình dục với một người khác (việc thụ thai có thể diễn ra từ một vài giờ đến tối đa 5 ngày, đồng thời, tinh trùng có thể sống tối đa 5 ngày trong cơ thể người phụ nữ).⁽⁴⁾ Tuy nhiên, trong chừng mực nào đó thì cách hiểu này chưa thực sự chuẩn xác vì sự tương tác về sinh học giữa hai người đã diễn ra khi cả hai người còn sống. Đồng thời, ngay từ ban đầu, nó cũng hầu như không được đề cập với tên gọi PMR. Nó cũng không phải là một hiện tượng mới lạ. Các nhà làm luật của nhiều nền văn minh đã tiên liệu về khả năng này từ rất sớm.⁽⁵⁾ Thuật ngữ PMR thường được các nhà khoa học, các nhà nghiên cứu sử dụng với cách hiểu là việc mà những tiến bộ kỹ thuật về công nghệ y sinh tạo khả năng

cho một người có thể được làm cha (mẹ) sinh học một khoảng thời gian sau cái chết của người này⁽⁶⁾ (tuy vậy, việc định nghĩa của các nhà khoa học cũng không thực sự thống nhất).⁽⁷⁾ Như một hệ quả của cách hiểu trên, PMR bao gồm cả việc sử dụng tinh trùng thu được từ một người khi họ còn sống và cả khi đã chết.⁽⁸⁾ Nếu nhìn nhận từ góc độ bản chất thì PMR xuất phát chính từ việc áp dụng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản (Assisted reproductive technology - ART) nói chung, bao gồm thụ tinh trong ống nghiệm (In vitro fertilization - IVF), chuyển phôi (Embryo transfer - ET), đông lạnh tinh trùng (Cryopreservation - CP), mang thai hộ (Surrogation - S), thu hồi tinh trùng (Sperm retrieval - SR) và nhiều kỹ thuật y khoa khác ở thời điểm hiện tại và tương lai. Tuy từng trường hợp mà việc sinh con có thể là kết quả của việc áp dụng một hoặc một số kỹ thuật kết hợp với nhau.

Như vậy, từ việc áp dụng ART, có thể

(2). Xem định nghĩa và sự phân loại của “sinh sản” tại: <URL: <https://www.biology-online.org/dictionary/Reproduction>>, truy cập 11/7/2018.

(3). Trong khuôn khổ nghiên cứu này, sự sinh sản được hiểu là sự sinh sản của con người.

(4). Gould JE, Overstreet JW and Hanson FW, *Assessment of human sperm function after recovery from the female reproductive tract*, Biol Reprod 31, 1984, 888 - 894.

(5). Ví dụ, tại Bảng IV của Luật 12 Bảng La Mã chỉ loại trừ khả năng nhận thừa kế của một đứa trẻ nếu đứa trẻ này sinh ra sau 10 tháng kể từ ngày người cha của nó qua đời. Điều này có thể suy luận rằng, nếu đứa trẻ sinh ra trong phạm vi 10 tháng thì có thể hưởng thừa kế tức là được coi là con của người đã chết.

(6). Kindregan cho rằng, PMR là trường hợp cha hoặc mẹ hoặc cả cha và mẹ của đứa trẻ chết đi tuy nhiên lại chỉ giới hạn vấn đề ở việc tinh trùng đã được gửi đông lạnh chứ không mở rộng ra khả năng tinh trùng, trứng, phôi được lấy sau khi một người đã chết. Xem: Kindregan, Jr., Charles P. and McBrien, Maureen, *Assisted Reproductive Technology: A Lawyer's Guide to Emerging Law and Science*, 2nd edition, American Bar Association, 2011, tr. 251.

(7). Van Niekerk C, “Assisted Reproductive Technologies and the Right to Reproduce under South African Law”, PER / PELJ 2017(20) – DOI, <http://dx.doi.org/10.17159/17273781/2017/v20n0a1305>.

(8). Maddox, Neil, *Inheritance and the Posthumously Conceived Child* (October 29, 2017), Conveyancing and Property Lawyer. Có thể xem tại: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3061579>>, truy cập 05/7/2018.

xảy ra các khả năng như sinh con từ tinh trùng, trứng đã được đông lạnh của người chết, chuyển phôi đã được thụ tinh, lấy tinh trùng từ người chết (PMSR) để thụ thai... Thuật ngữ “người chết sinh con” do đó, không phải là một thuật ngữ được dùng với mục đích cường điệu hoá vấn đề, mà đó là cách thức phản ánh một liệu pháp có nền tảng là những tiến bộ về y học, mà cụ thể là ART. Trong bối cảnh pháp luật Việt Nam, thuật ngữ này cũng đã được báo chí sử dụng sau khi trường hợp này xuất hiện năm 2013.⁽⁹⁾

Việc sinh con từ tinh trùng đã được đông lạnh chỉ là một trường hợp của PMR. Sinh con từ tinh trùng đông lạnh có thể được thực hiện bằng cách áp dụng CP hoặc CP đi kèm PR (tinh trùng được thu giữ và bảo quản sau khi một người đã chết). Pháp luật của hầu hết quốc gia chỉ cho phép lấy và sử dụng tinh trùng từ cơ thể của người chết nếu thoả mãn một số điều kiện nhất định. Tinh trùng, thông qua IVF sẽ được cấy vào cơ thể người phụ nữ để thụ thai. Tuy việc tinh trùng đã đông lạnh từ trước khi người chồng chết và thu lấy tinh trùng từ cơ thể người này có những khác biệt nhất định về mặt nhận thức đạo đức cũng như từ mặt lý luận pháp luật song hệ quả sau cùng mà chủ thể thực hiện mong muốn từ cả hai trường hợp này là như nhau. Bài viết chỉ đề cập việc sử dụng tinh trùng của người chết để sinh con (dưới tên viết tắt là PMR).

(9). Lam Hạn, “Luật có nên cấm người chết sinh con?”, <http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/TT_TI_NLAPPHAP/View_Detail.aspx?ItemID=1695>, truy cập 05/7/2018;

2. Sử dụng tinh trùng của người chết để sinh con trong bối cảnh Việt Nam

IVF đã xuất hiện ở Việt Nam cuối những năm 90 của thế kỉ trước⁽¹⁰⁾ song từ thời điểm đó cho tới năm 2013, pháp luật Việt Nam đã không tiên liệu khả năng một người có thể dùng những “vật liệu sinh học” của người chết (tinh trùng) để có thể sinh con. Luật hôn nhân và gia đình (LHNGĐ) năm 2000 và Nghị định của Chính phủ số 12/2003/NĐ-CP đã bỏ ngỏ vấn đề này.⁽¹¹⁾ Tuy nhiên, từ câu chữ của Nghị định,⁽¹²⁾ có thể suy luận rằng, không thể sinh con từ tinh trùng đông lạnh của người chết. Tinh thần của quy định là tinh trùng của người chết đã tồn tại và trữ đông lạnh trong ngân hàng tinh trùng bị huỷ khi người gửi nó chết đi. Do đó, suy lý mạnh thì không thể cho phép thu lấy tinh trùng của người chết để bảo quản, sử dụng. Ngược lại, nếu tiếp cận theo hướng luật không cấm minh thị nghĩa là được phép thì sẽ làm nảy sinh nhiều vấn đề về đạo đức và pháp lý như việc liệu tác động của những thủ thuật y khoa lên cơ thể của một người mà thiếu đi sự đồng ý của người đó thì có được phép?⁽¹³⁾ Mặt khác,

(10). <https://tuoitre.vn/hanh-trinh-20-nam-cua-nhung-dua-tre-thu-tinh-trong-ong-nghiem-20180430090059231.htm>, truy cập 05/01/2019.

(11). Nghị định của Chính phủ số 12/2003/NĐ-CP ngày 12/02/2003 về sinh con theo phương pháp khoa học.

(12). Khoản 2 Điều 18 Nghị định số 12/2003/NĐ-CP quy định “... Trong trường hợp người gửi tinh trùng bị chết, cơ sở lưu giữ tinh trùng phải huỷ số tinh trùng của người đó”.

(13). BLHS 1999 sửa đổi, bổ sung 2009 quy định tại Điều 246 về “Tội xâm phạm thi thể, mồ mả, hài cốt”: “Người nào ... có hành vi khác xâm phạm thi thể ... thì bị phạt cải tạo không giam giữ đến một năm hoặc phạt tù từ ba tháng đến hai năm”. Do đó, rất khó để

dù pháp luật yêu cầu phải huỷ bỏ tinh trùng được gửi giữ nếu người gửi tinh trùng đã chết, song việc không huỷ bỏ lại không phải là hành vi bị cấm.⁽¹⁴⁾ Có thể thấy, trong vụ việc sinh con từ tinh trùng người chết năm 2013, tinh thần của quy định đã không được bảo đảm. Nó làm nảy sinh hai vấn đề: *Một là* việc người bác sĩ đã sử dụng lỗ hổng pháp lý để cố ý thực hiện việc trích xuất và bảo quản tinh trùng của người chết, và nếu không nhanh chóng lấp “lỗ hổng” thì sẽ phát sinh nhiều rủi ro đạo đức trong tương lai; *hai là* khả năng phải chịu rủi ro pháp lý của người bác sĩ ngay cả khi nếu hành vi này có khả năng xuất phát từ sự nhân văn, ngược lại, sẽ tạo ra sự không công bằng trong áp dụng pháp luật. Ngoài những khía cạnh cụ thể phát sinh trực tiếp từ quy định về việc bảo quản, sử dụng tinh trùng đông lạnh, những vấn đề pháp lý khác như việc xác định con chung, hưởng thừa kế... cũng phát sinh từ vụ việc này.

Vụ việc phát sinh vào thời điểm gần kết thúc quá trình Dự thảo LHNGĐ năm 2014 nên có thể vì nhiều lí do mà luật này đã bỏ ngỏ việc điều chỉnh vấn đề PMR. Nghị định số 10/2015/NĐ-CP⁽¹⁵⁾ sau đó đã cố gắng lấp

đầy khoản trống của Luật. Theo quy định tại khoản 2 và 4 Điều 21 Nghị định thì tinh trùng có thể vẫn được lưu giữ và sử dụng khi người gửi giữ chết, có nghĩa là có khả năng có thể tiến hành PMR. Bởi vậy, căn cứ vào quy định pháp luật về hiến mô để cho rằng hiện tại pháp luật Việt Nam không cho phép PMR là chưa hợp lí.⁽¹⁶⁾ Nguồn cụ thể để điều chỉnh PMR là Nghị định số 10/2015/NĐ-CP⁽¹⁷⁾ và tinh thần của văn bản này là không cấm PMR. Trường hợp sinh con từ tinh trùng người chết mang ý nghĩa nhân đạo hay phi nhân đạo phụ thuộc vào từng bối cảnh cụ thể. Không thể loại trừ khả năng đưa trẻ sinh ra có thể gặp những khó khăn nhất định mà có thể đã thấy trước được,⁽¹⁸⁾ hay khả năng liệu pháp bị áp dụng một cách cưỡng ép vì lí do “nổi dỗi tông đường” hoặc bị lạm dụng để hưởng thừa kế, buôn bán mô, cơ thể người, buôn người... nhưng việc tuyệt đối hoá rằng việc làm đó là “... vi phạm quyền con người nói chung và quyền của đứa trẻ sẽ được sinh ra nói riêng”⁽¹⁹⁾ là không có cơ sở. Vì lẽ, nếu người được hỗ trợ và những người

vì mục đích nhân đạo.

(16). Nguồn: <http://baophapluat.vn/hoi-dap-phap-luat/tinh-trung-co-phai-la-tai-san-thua-ke-429840.html>, truy cập 10/4/2019.

(17). Không thể coi PMR là quá trình hiến mô. Bản chất sinh học và pháp lý của tinh trùng và mô có những khác biệt mà các tác giả sẽ phân tích ở phần sau. Nếu phải so sánh thì chỉ có thể so sánh PMR với việc hiến tinh trùng dù rằng rõ ràng bản chất hiến và bảo quản để sử dụng cũng đã rất khác nhau.

(18). Quan điểm của nhiều nước cũng có lưu ý về vấn đề này.

(19). <http://baophapluat.vn/hoi-dap-phap-luat/tinh-trung-co-phai-la-tai-san-thua-ke-429840.html>, truy cập 10/4/2019.

xác định liệu việc tác động lên thi thể của một người để lấy đi tinh trùng hoặc trứng mà không có sự đồng ý có bị xem là đã có “hành vi khác” hay không.

(14). Không có quy định cấm một cách minh thị, đồng thời Nghị định số 45/2005/NĐ-CP về việc xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế và văn bản thay thế nó là Nghị định số 96/2011/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính về khám, chữa bệnh không đặt ra chế tài cho hành vi này.

(15). Nghị định của Chính phủ số 10/2015/NĐ-CP ngày 28/01/2015 quy định về sinh con bằng kĩ thuật thụ tinh trong ống nghiệm và điều kiện mang thai hộ

có liên quan có đầy đủ khả năng để nuôi dạy, yêu thương đứa trẻ thì đó là điều hạnh phúc của đứa trẻ, của những người thân và thậm chí là người đã mất. Cách nhìn nhận tuyệt đối hoá trên có vẻ quá bị quan vì trừ trường hợp bị lạm dụng thì hiếm có người mẹ nào sau nhiều khó khăn vất vả để sinh con lại đẩy con mình vào bất hạnh. Góc nhìn này cũng không thống nhất với tinh thần của luật, bởi nếu chỉ nhìn nhận khả năng đứa trẻ có thể sẽ mất, không có cha mà dẫn tới cấm việc đưa trẻ ra đời là không thoả đáng.⁽²⁰⁾ Sinh con là quyền con người tự nhiên và việc thể hiện, thực hiện ý chí của bản thân, của gia đình mà không bị can thiệp một cách bất cân xứng là quyền con người được ghi nhận trong nhiều công ước quốc tế.⁽²¹⁾ Cấm PMR sẽ gây ra những khó khăn không đáng có khi một người hội tụ đủ yếu tố xã hội để được tiến hành liệu pháp. Pháp luật nhiều nước không cấm PMR. Từ thực tiễn pháp luật nhân quyền trên thế giới thì việc điều chỉnh các vấn đề về ART nằm trong “quyền định đoạt rộng” (Wide range of discretion) của quốc gia nhưng quốc gia không được tạo ra những rào cản phi lí cản trở việc tiếp cận các liệu pháp này.⁽²²⁾ Đồng thời cũng chưa

có bất kì phán quyết nào tuyên PMR là một liệu pháp “vi phạm quyền con người”.⁽²³⁾ Cấm là việc mà bất kì nhà nước nào cũng có thể vận dụng trước các tình huống mà nhà nước cho là phức tạp. Tuy nhiên, vai trò của nhà nước và pháp luật nên là điều chỉnh hợp lí, cân bằng những lợi ích và những chi phí mà xã hội phải gánh chịu, hạn chế những rủi ro không mong đợi.

Như vậy, về mặt thực tiễn và lí luận thì ở Việt Nam đã tồn tại quy định về PMR và tinh thần của quy định là đáng ghi nhận. Nó thể hiện sự nỗ lực của Nhà nước trong việc cân bằng các quan hệ lợi ích và đảm bảo quyền của con người. Tuy vậy, vẫn có nhiều điều để tranh trở về các quy định này.

Thứ nhất, tại khoản 2 Nghị định số 10/2015/NĐ-CP có quy định về “đơn đề nghị lưu giữ tinh trùng” nhưng Nghị định lại không mô tả hay có phụ lục kèm theo về hình thức của loại đơn này, trong khi việc gửi tinh trùng quy định tại khoản 2 Điều 20 Nghị định được xác lập thông qua “hợp đồng dân sự”. Việc xác lập thông qua “hợp đồng dân sự” làm cho quan hệ này có thể xem là một dạng quan hệ dân sự thuần túy nhưng “đơn đề nghị” đã nâng địa vị pháp lí của cơ

(20). Nếu là như vậy thì có lẽ pháp luật nên quy định nếu người vợ có khả năng có thai mà người chồng chết thì phải tiến hành liệu pháp tránh thai hơn là việc đặt ra thời hạn 10 tháng hay 300 ngày để xác định con chung và lại càng không có chuyện cho phép trường hợp mẹ đơn thân. So với trường hợp người mẹ đơn thân PMR có những nét giống và khác biệt nhất định.

(21). Ví dụ, Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị, Điều 17.

(22). Có thể xem: *Artavia v. Costa Rica*, tại <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35048.pdf>; *Mennesson v. France*

tại: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-4804617-5854908&filename=003-4804617-5854908.pdf>; hay *SH v. Austria* tại: <http://vm.ee/sites/default/files/content-editors/CASE%20OF%20S.H.%20AND%20OTHERS%20v.%20AUSTRIA.pdf>, truy cập 10/4/2019.

(23). Đó có thể là quan điểm của luật nhưng liệu luật này có bị tuyên bố là can thiệp quá mức vào đời sống cá nhân, đời sống gia đình hay thậm chí là cản trở quyền có con của những người bị vô sinh hay không lại là câu chuyện khác.

sở y tế lên so với bên gửi giữ. Như vậy đặt ra vấn đề liệu cơ sở y tế có phải tiến hành thủ tục nào đó để cho phép hay từ chối đơn không? Đồng thời cũng rất khó khăn để cơ sở lưu giữ xác định cá nhân gửi giữ chết. Khả năng huỷ tinh trùng hoàn toàn dựa vào thông báo từ phía gia đình nhưng liệu gia đình có nghĩa vụ phải thông báo cho cơ sở y tế hay không và nếu có thì cơ sở y tế sẽ làm thế nào để xác định sự vi phạm nghĩa vụ cũng như hệ quả của sự vi phạm. Sự khác biệt về mặt cơ chế giữa chỉ cần tiếp tục trả phí để bảo quản và việc phải tiến hành thông báo khai tử để sau đó phải tiến hành thêm thủ tục “đề nghị lưu trữ” và hệ quả pháp lý không rõ ràng làm cho quy định kém tính thực tiễn.

Thứ hai, việc chỉ điều chỉnh ở hai khoản trong Điều 21 Nghị định số 10/2015/NĐ-CP là bất cân xứng với tính chất phức tạp của vấn đề. Các quy định cũng chưa thật rõ ràng. Cụ thể, khoản 4 Điều 21 quy định: “*Người vợ... sử dụng tinh trùng... thuộc trường hợp quy định tại khoản 2... làm phát sinh các quan hệ ngoài quan hệ hôn nhân gia đình thì thực hiện theo quy định của pháp Luật hôn nhân và gia đình và pháp luật dân sự*”. Có hai vấn đề liên quan đến quy định này:

Trước hết, so với việc bảo quản, việc sử dụng tinh trùng chưa được pháp luật đặt ra những kiểm soát nhất định. Mấu chốt của vấn đề không nằm ở chỗ tinh trùng có được tiếp tục bảo quản hay không mà nằm ở việc tinh trùng được bảo quản có thể được lấy ra khỏi ngân hàng tinh trùng và dùng để tiến hành liệu pháp IVF hay không? Hầu như các

tranh chấp về tình trạng của người chết ở Việt Nam và trên thế giới⁽²⁴⁾ xoay quanh vấn đề này, bởi mong muốn sau cùng của các chủ thể là tiến hành IVF chứ không phải cố gắng kéo dài việc bảo quản tinh trùng. Tuy nhiên, trình tự, thủ tục để lấy lại và sau đó có thể sử dụng tinh trùng lại chưa được pháp luật quy định. Trong các vụ việc thực tiễn,⁽²⁵⁾ hầu như các bệnh viện đều yêu cầu phải có văn bản được công chứng nhưng đây là loại văn bản gì và có bắt buộc phải công chứng hay không⁽²⁶⁾ lại không được pháp luật quy định. Do văn bản công chứng phải là hợp đồng, giao dịch... nên hầu như các văn phòng công chứng đều từ chối với lý do tình trạng không phải là tài sản.⁽²⁷⁾ Hệ quả của

(24). Xem vụ Mariana Gomez-Turri kiện đòi tinh trùng: <https://www.thelocal.fr/20160531/france-allows-widow-to-have-child-with-dead-husbands-sperm>, truy cập 10/3/2018.

Việc bà Vòng Thị Ngọc Huyền muốn lấy lại tinh trùng của con mình: <https://baomoi.com/me-muon-thua-ke-tinh-trung-cua-con/c/29055768.epi>, truy cập 05/01/2019.

(25). Vụ bà Vòng Thị Ngọc Huyền và vụ bà Phạm Thị Hoà, có thể xem bản tin “Gian nan sinh con với người đã mất” của chuyển động 24h VTV1, tại <https://www.youtube.com/watch?v=Gc9EXMOS54A>, truy cập 05/01/2019.

(26). “*Công chứng là việc ... xác thực, hợp pháp của hợp đồng, giao dịch dân sự khác bằng văn bản (sau đây gọi là hợp đồng, giao dịch), tính chính xác, hợp pháp, không trái đạo đức xã hội của bản dịch giấy tờ, văn bản từ tiếng Việt sang tiếng nước ... mà theo quy định của pháp luật phải công chứng hoặc cá nhân, tổ chức tự nguyện yêu cầu công chứng*” (khoản 1 và 4 Điều 2 Luật công chứng năm 2014).

(27). Có thể hiểu văn bản lấy lại tinh trùng không thể là hợp đồng hay giao dịch theo cách thức hợp đồng dịch vụ như khi gửi tinh trùng. Nhìn chung có sự khác biệt rất rõ ràng giữa việc gửi giữ và lấy lại để thụ tinh.

việc này là những tranh luận liệu tình trùng có phải là tài sản hay không? Ý kiến từ nhiều chuyên gia trong lĩnh vực pháp lý cho rằng tình trùng không phải là tài sản;⁽²⁸⁾ cũng có ý kiến cho rằng tình trùng là tài sản và đây cũng là quan điểm chính thức của Bộ y tế, cơ quan có trách nhiệm trong việc soạn thảo và hướng dẫn các quy định pháp luật về IVF.⁽²⁹⁾ Tình trùng cũng không thể được coi là mô hay bộ phận cơ thể người mặc dù nó được điều chỉnh trong Luật hiến, lấy, ghép mô, bộ phận cơ thể người và hiến, lấy xác, xuất phát từ bản chất sinh học của tình trùng cũng như cách định nghĩa của Luật.⁽³⁰⁾ Quan điểm cho

rằng pháp luật quốc gia khác không coi tình trùng là tài sản mà coi nó là mô, bộ phận cơ thể người cũng chưa thực sự phù hợp.⁽³¹⁾

Thứ hai, cấu trúc và nội dung của quy phạm này không rõ ràng, do đó không minh định được tính đặc thù của vấn đề và các hệ quả theo sau. Sự không rõ ràng này sẽ làm tổn thương tới quyền lợi chính đáng của đứa trẻ nên cần thiết phải được quy định cụ thể.

Thứ ba, nhiều vấn đề cụ thể nhưng thiết yếu còn bị bỏ ngỏ như việc có thể lấy tình trùng từ cơ thể của người chết không, điều kiện, thủ tục, để có thể tiến hành liệu pháp PMR, người gửi tình trùng có thể thỏa thuận với cơ sở y tế nhằm để lại thư kế tình trùng hay không, có “thời hiệu” để tiến hành PMR hay không?... Đó đều là những vấn đề đã phát sinh song chưa được giải quyết.

3. Quy định của pháp luật một số quốc gia về những khía cạnh của việc sinh con từ tình trùng của người chết

PMR là vấn đề được nghiên cứu, tranh luận trên nhiều khía cạnh, điều này xuất phát từ bản chất của PMR như một ART.⁽³²⁾ Ngoài ra, những tranh luận còn liên quan tới

(28). PGS.TS. Đỗ Văn Đại, PGS.TS. Lê Minh Hùng cho rằng tình trùng không phải là tài sản nhưng có thể trả lại cho người vợ của người đã mất, <https://lawnet.thukyluat.vn/posts/t9266-pgs-ts-do-van-dai-dh-luat-tp-hcm-cho-y-kien-ve-viec-thua-ke-tinh-trung>, truy cập 05/01/2019; TS. Nguyễn Phương Lan cho rằng tình trùng không phải là tài sản và sẽ không trả lại với lý do xem tình trùng như một dạng mô, bộ phận cơ thể con người, <http://baophapluat.vn/hoi-dap-phap-luat/tinh-trung-co-phai-la-tai-san-thua-ke-429840.html>, truy cập 05/01/2019; LS. Lê Quang Vy và Nguyễn Thị Hằng coi nó là một lợi ích ngoài sản nghiệp và bỏ ngỏ vấn đề “thừa kế tình trùng”, <https://www.nguoi-duatin.vn/nhung-van-de-phap-ly-xung-quanh-viec-nhan-lai-tinh-trung---cua-nguoi-da-mat-a416680.html>, truy cập 05/01/2019.

(29). Công văn của Bộ y tế số 7531/BYT-BM-TE về việc sử dụng tình trùng của người chồng đã mất để thụ tinh trong ống nghiệm. Xem thêm: <https://tuoitre.vn/vu-xin-thua-ke-tinh-trung-bo-y-te-khang-dinh-phai-tuan-theo-luat-20181226185401836.htm>, truy cập 05/01/2019.

(30). Khoản 1 Điều 3 quy định: “Mô là tập hợp các tế bào cùng một loại hay nhiều loại khác nhau để thực hiện các chức năng nhất định của cơ thể người”; trong khi tình trùng chỉ là tế bào sinh dục nam (chưa đủ yếu tố để coi là mô). Luật cũng hết sức minh thị khi tách bạch quy định tại Điều 5 về quyền hiến mô,

bộ phận cơ thể người và hiến xác và Điều 6 quyền hiến, nhận tình trùng, noãn, phôi trong thụ tinh nhân tạo. Chức năng sinh học của mô và ảnh hưởng của việc lấy, ghép mô có điểm khác so với chức năng sinh học của tình trùng và ảnh hưởng của việc quan hệ tình dục hay IVF.

(31). Có thể xem thêm tại: <https://impactethics.ca/2013/08/22/sperm-is-property-so-says-the-court/>; [https://www.newLawjournal.co.uk/content/property-law-extends-sperm](https://www.newlawjournal.co.uk/content/property-law-extends-sperm), truy cập 05/01/2019.

(32). Mà có lẽ nhận thức đạo đức của một số người, tôn giáo, quốc gia là chưa chấp nhận những kỹ thuật (ART) bị cho là phản quy luật tự nhiên như vậy.

ý chí của người đã khuất. Một số nghiên cứu thậm chí nhìn vấn đề dưới góc độ là quyền của người đã chết,⁽³³⁾ bên cạnh đó còn là những vấn đề pháp lý-xã hội như việc hưởng và phân chia di sản, hay liệu PMR có phù hợp với nhận thức của cộng đồng không, đứa trẻ có bị đặt vào hoàn cảnh quá mức bất hạnh hay không... Những vấn đề về PMR phức tạp theo nhiều mức độ khác nhau tùy theo từng vụ việc và cũng tùy thuộc vào chính sách pháp luật của quốc gia. Ví dụ, Pháp, Đức, Ý là những nước có chính sách hạn chế tuyệt đối PMR (cấm hoàn toàn và thậm chí là áp dụng cả chế tài hình sự),⁽³⁴⁾ hạn chế ở mức thấp hơn nhưng cũng tương đối nghiêm ngặt có thể kể tới Hy Lạp, Vương quốc Anh, Bỉ. Một số bang ở Hoa Kỳ hay Israel có hướng tiếp cận mở về vấn đề này.

3.1. Pháp và hướng tiếp cận cấm

Có thể nói, Pháp là một trong những quốc gia có hướng tiếp cận khắt khe nhất với PMR khi kỹ thuật này hoàn toàn bị cấm ở Pháp. Nhà làm luật Pháp đưa ra lý do đứa trẻ sinh ra được dự đoán là gặp nhiều khó

khăn.⁽³⁵⁾ Tuy nhiên, lý do này có lẽ không phải là lý do mang tính quyết định, bởi nếu xem xét toàn bộ khung pháp luật của Pháp, có thể thấy, quốc gia này có cách tiếp cận khắt khe nhất đối với ART. Pháp chỉ cho phép ART (mà chính xác hơn là IVF) với những điều kiện vô cùng nghiêm ngặt. Theo họ, ART nói chung, chỉ được tạo ra để hỗ trợ cho các cặp đôi khác giới trong độ tuổi sinh sản.⁽³⁶⁾ Điều này được thể hiện rõ trong Luật sức khỏe công của Pháp khi Luật này yêu cầu nam nữ đều phải còn sống, ở độ tuổi sinh sản, phải đồng ý với sự thụ tinh hoặc chuyển phôi; những yếu tố loại trừ khả năng áp dụng ART bao gồm cái chết của một trong hai bên, li hôn, li thân, ngừng chung sống như vợ chồng, một trong hai bên không đồng ý. Các cá nhân khi áp dụng ART không tuân thủ các điều kiện trên sẽ bị phạt tiền và phạt tù tới 5 năm. Các quy định cấm của Pháp thiếu những bằng chứng cụ thể về tác động tiêu cực của kỹ thuật và rõ ràng không mang nhiều giá trị về mặt y khoa mà chỉ là ý chí đơn lẻ của nhà làm luật.

Khác với quan điểm hiện nay của pháp luật nước này, nhận định của một tòa án Pháp trong vụ việc đầu tiên về PMR là vụ Pargalaix⁽³⁷⁾ là người vợ chính là người có

(33). Kramer, M., "Do Animals and Dead People Have Legal Rights?", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 14(1)/2001, 29 - 54. doi:10.1017/S0841820900002368, <https://www.cambridge.org/core/journals/canadian-journal-of-law-and-jurisprudence/article/do-animals-and-dead-people-have-legal-rights/CA435049223156006825E63567F8C9E2>, truy cập 10/4/2019.

(34). Ralf Müller-Terpitz, "Surrogacy and post mortem reproduction - Legal situation and recent discussion in Germany", *Culture and Research* vol 5, 2016, 69 - 80, <https://ejournals.lib.auth.gr/culres/article/view/4953/4918>, truy cập 10/4/2019.

(35). Solenn Sugier, *Widow Challenges French Law That Prohibits Using a Dead Man's Sperm to Get Pregnant*, <https://news.vice.com/article/widow-challenges-french-law-that-prohibits-using-a-dead-mans-sperm-to-get-pregnant>, truy cập 08/7/2018.

(36). Karène Parizer-Krief, "Post mortem procreation in French and British Law", *Culture and Research* vol 5, 2016, 91 - 111, <http://ejournals.lib.auth.gr/culres/article/view/4955>, truy cập 10/4/2019.

(37). TGI Créteil, 1st August 1984, no 4225/84, Pargalaix

khả năng tốt nhất trong việc giải thích ý chí của người chồng. Tòa án cho phép nguyên đơn được lấy lại tinh trùng và sử dụng nó.

Thực tế, pháp luật Pháp không thể cấm con người tiến hành ART nói chung (và PMR nói riêng). Người ta có thể “lách luật” bằng cách ra nước ngoài để áp dụng liệu pháp y khoa. Cách thức này được gọi là “du lịch sinh sản”. Điều này là đáng quan ngại bởi các quy định pháp luật dường như đã không còn ý nghĩa.⁽³⁸⁾ Một nghịch lý là, khi cấm, việc tiến hành PMR có thể bị lạm dụng do thiếu các thiết chế quản lý và đánh giá. Khi đó, nhà nước không thể kiểm soát hay hạn chế những rủi ro. Vì lẽ đó, những quy định này đã nhiều lần bị phản đối và có rất nhiều đề xuất thay đổi đã được đưa ra.⁽³⁹⁾

Như vậy, có thể thấy, Pháp thực thi chính sách siết chặt với PMR nên những điều kiện về PMR không được đặt ra. Tuy nhiên, nếu dựa trên phán quyết của vụ Parpalaix thì một yếu tố quan trọng cần được xem xét chính là ý chí của người đã chết (người chồng). Có thể thấy, chính sách cấm rõ ràng sẽ tạo ra những vấn đề nhất định. Không chỉ có Pháp gặp phải làn sóng yêu cầu thay đổi mà cả Đức,⁽⁴⁰⁾ Ý⁽⁴¹⁾ và những quốc gia cấm PMR

khác đều gặp phải những vấn đề tương tự.⁽⁴²⁾ Dù rằng, quan điểm, chính sách về PMR của những quốc gia này khó mà thay đổi trong một sớm một chiều nhưng những nghiên cứu vẫn tiếp tục được thực hiện nhằm cụ thể hoá quyền được áp dụng PMR.

3.2. Hy Lạp, Anh, Hoa Kỳ và hướng tiếp cận cho phép với những điều kiện ràng buộc

3.2.1. Pháp luật của Hy Lạp

Là nước theo hệ thống pháp luật lục địa, quy định điều chỉnh PMR của Hy Lạp chủ yếu nằm trong Bộ luật dân sự (BLDS),⁽⁴³⁾ cụ thể là tại Chương 8. Trong đó, quy định về điều kiện tiến hành PMR được quy định chủ yếu ở Điều 1457 và tất nhiên nó có mối liên hệ với những quy định khác. Quy định của Điều 1457 thực ra chỉ là trường hợp ngoại lệ cho Điều 1456; tiếp đó Điều 1456 cũng là ngoại lệ của Điều 1455. Về bản chất quy định tại Điều 1455 rất chặt chẽ và không kém pháp luật Pháp khi yêu cầu chỉ được áp dụng ART để điều trị vô sinh hoặc chỉ khi nếu việc sinh sản theo cách thông thường có thể sẽ tạo nên những hậu quả không mong muốn; đồng thời chỉ hỗ trợ những người đang ở trong độ tuổi sinh sản. Điều 1456 đã

c/CECOS: Gaz. Pal. 1984, 2, 560 (LESEC); JCP Gén., 1984, II, no 20321 (CORONE); RTD civ. 1984, p. 703 (REBULLIN-DEVICHI).

(38). Pháp luật không thể cấm áp dụng ART ở ngoài biên giới Pháp, cũng không thể cấm việc công nhận quốc tịch Pháp cho những đứa trẻ được sinh ra. Khi đó, pháp luật lại trở thành gánh nặng và làm lãng phí thời gian, công sức, tiền bạc.

(39). Karène Parizer-Krief, tlđd.

(40). Ulrich Gassner et al, *Fortpflanzungsmedizingesetz*, Augsburg-Münchener-Entwurf, Mohr Siebeck Tübingen, 2013, p. 61.

(41). Inhorn MC et al, *Assisted reproductive technologies and fertility “tourism”: examples from global Dubai and the Ivy League*, Med Anthropol, 2012; 31:249-65;

(42). Riezzo, Irene et al, “Italian Law on Medically Assisted Reproduction: Do Women’s Autonomy and Health Matter?”, *BMC Women’s Health*, 16(2016):44.

(43). Greek Law 3089 On Medically Assisted Human Reproduction, December 23, 2002, Translated from the Greek original by Youlika Kotsovolou Masry, Ph.D., LL.B. Có thể xem tại: https://www.academia.edu/6918055/Greek_Law_3089_2002_On_Medically_Assisted_Human_Reproduction_text_of_law_trnsl._from_Greek_into_English, truy cập 10/4/2019.

mở ra khả năng cho những người chưa kết hôn (chung sống như vợ chồng) có thể áp dụng được ART nếu họ đồng ý. Họ phải thể hiện sự đồng ý bằng văn bản và đem đi công chứng. Việc áp dụng ART sẽ bị đình chỉ nếu một bên chết. Như vậy, theo Điều 1456 thì không thể áp dụng PMR. Tiếp đó, Điều 1457 tạo ra khả năng cho việc này. Tuy nhiên, điều kiện của Điều 1457 là khá chặt chẽ. Nó đòi hỏi việc tiến hành PMR phải được sự phê chuẩn của toà án đáp ứng đủ các điều kiện luật định, bao gồm chồng, người cùng chung sống với người phụ nữ bị bệnh có khả năng vô sinh hoặc đang bị nguy hiểm đến tính mạng, có sự cho phép của người này về việc áp dụng PMR (phải cụ thể là PMR, sự cụ thể này làm cho căn cứ tại Điều 1457 khác biệt so với Điều 1456) và phải được tiến hành không sớm hơn 6 tháng và không muộn hơn 2 năm sau cái chết của người đó.

Những quy định này dù vẫn mang tính kiểm soát nhưng đã hợp lý hơn so với việc cấm hoàn toàn vì nó rõ ràng là nhằm bảo vệ trật tự, lợi ích của xã hội như tránh việc lạm dụng hay để việc thừa kế diễn ra một cách suôn sẻ. Tuy vậy, nếu người phụ nữ đã thực hiện PMR và sinh con thì dù không thoả mãn những điều kiện này, pháp luật Hy Lạp cũng phải thừa nhận quyền của đứa trẻ. Điều này phần nào đó thể hiện sự nhân văn của pháp luật và cũng là nỗ lực để bảo đảm quyền con người. Tuy vậy, nếu nhìn một cách tiêu cực thì những điều kiện phức tạp được đặt ra bởi quy định pháp luật có thể sẽ khó mà đạt được. Sự thừa nhận khi đó có thể bị xem như là giải pháp thụ động khi việc

không công nhận nguồn gốc đứa trẻ có thể tạo ra những hệ quả không mong muốn. Đồng thời, nó như một tín hiệu cho phép (thậm chí khuyến khích) khả năng lén lút thực hiện hoặc tiến hành du lịch sinh sản.

3.2.2. Pháp luật của Anh

Anh đã trải qua khá nhiều lần thay đổi, điều chỉnh pháp luật liên quan đến PMR. Xu hướng của quốc gia này là đi từ hướng thu hẹp sang mở rộng (trái ngược với Bỉ, trước kia Bỉ không có khung pháp luật điều chỉnh ART, dẫn đến sự lạm dụng những kỹ thuật này. Đáng nói là làn sóng những người Ý, Romania đến Bỉ để du lịch sinh sản. Điều này đã dẫn đến sự thắt chặt hơn quy định ở Bỉ).⁽⁴⁴⁾ Luật đầu tiên của Anh điều chỉnh về PMR có thể kể tới Đạo luật về thụ tinh và phôi thai năm 1990 (HFE Act).⁽⁴⁵⁾ Đạo luật này thực tế đã có cái nhìn mở hơn so với nghiên cứu mang tính không khuyến khích PMR của báo cáo Warnock,⁽⁴⁶⁾ tuy vậy, quy định của Đạo luật vẫn rất hạn chế khả năng áp dụng PMR. Vụ kiện Diana Blood chính là tiền đề để HFE Act 1990 trở nên “mở” hơn. Trong vụ này, bà Blood đã trích xuất tinh trùng của chồng mình để thụ tinh và gặp phải sự phản

(44). Pennings, Guido, “Belgian Law on Medically Assisted Reproduction and the Disposition of Supernumerary Embryos and Gametes”, *European Journal of Health Law*, Vol. 14, No. 3. (2007), p. 251 – 260.

(45). Human Fertilisation and Embryology Act 1990 và phần sửa đổi bổ sung “Deceased Fathers” 2003 và một số thay đổi khác có thể xem tại: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>, truy cập 09/7/2018.

(46). A Question of Life - The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology, London, Basil Blackwell, 1985, p. 55, §10.9.

đổi của cơ quan có thẩm quyền (Human Fertilisation and Embryology Authority) do không thoả mãn điều kiện về sự đồng ý. Phán quyết sau cùng của toà án là phần thắng thuộc về bà Blood với quyền mang tinh trùng sang nước ngoài (Bi) để thụ tinh⁽⁴⁷⁾ và bà ta đã lần lượt có hai con trai. Trong bản án, thẩm phán Woolf cho rằng, tinh trùng đã được bảo quản trong một trường hợp lẽ ra là không nên; sau khi phán quyết có hiệu lực sẽ không có bất kì việc bảo quản tinh trùng mà thiếu đi sự cho phép nào nữa.⁽⁴⁸⁾

Sau đó, HFE Act đã có những sửa đổi, bổ sung năm 2003⁽⁴⁹⁾ cho phép PMR (và cả việc thiết lập quan hệ) nếu có sự đồng ý của người đã khuất khi còn sống và phiên bản này có hiệu lực hồi tố (nghĩa là từ năm 1991 khi HFE Act 1990 có hiệu lực). Tuy nhiên, phiên bản năm 2003 cũng có những giới hạn nhất định như quy định việc kết hôn là một điều kiện. Những hạn chế này đã hoàn toàn bị xoá bỏ trong Đạo luật năm 2008.⁽⁵⁰⁾ Điều kiện duy nhất còn lại chỉ là sự đồng ý được thể hiện bằng văn bản. Bên cạnh đó, trước khi luật này có hiệu lực thì những nhận định

trong phán quyết của vụ Diana Blood về vấn đề bảo quản tinh trùng khi không có sự đồng ý cũng đã không còn đúng đắn. Trong vụ L v HFEA vào năm 2008,⁽⁵¹⁾ tinh trùng vẫn được thu giữ (bởi một phòng khám) và bảo quản bởi HFEA.

Tóm lại, trong bối cảnh pháp luật hiện tại, pháp luật Anh có hướng tiếp cận khá thoáng song những khoảng trống pháp luật trong một chừng mực nào đó vẫn tồn tại.

3.2.3. Pháp luật của Hoa Kỳ

Tại Hoa Kỳ, về vấn đề PMR, mỗi bang có cách tiếp cận khác nhau, đa dạng từ việc cho phép đến cấm và được thể hiện trong nhiều nguồn từ án lệ, luật thành văn thậm chí là hoàn toàn không có quy định. Do vậy, ở đây pháp luật Hoa Kỳ nhằm để chỉ một số bang có quy định cho phép được cụ thể dưới dạng những công cụ pháp luật. Pháp luật Hoa Kỳ nói chung không “đương đầu” trực diện với vấn đề điều kiện áp dụng PMR mà nằm ở việc tinh trùng có thể được thừa kế không và ai sẽ là người thừa kế và trong điều kiện nào đứa trẻ được hưởng di sản? Điều này là vì nếu đứa trẻ được tiểu bang cho phép hưởng thừa kế thì không thể nào nói rằng tiểu bang từ chối việc áp dụng PMR, tuy nhiên trái lại, nếu tiểu bang không có quy định hoặc chỉ không cho phép đứa trẻ hưởng di sản thì vấn đề khi đó có lẽ sẽ chuyển thành việc liệu người mẹ của đứa trẻ có được thừa kế tinh trùng hay không. Tính kế thừa (đồng thời là điều kiện sử dụng) được của tinh trùng được thể hiện đầu tiên trong vụ Hecht v. The Superior Court of Los

(47). R v HFEA (1997) 2 A II ER 687. D. Morgan, R. Lee, “In the name of the father? Ex Parte Blood Dealing with Novelty and Anomaly,” *Modern Law Review*, 1997, 60, p. 840 - 855.

(48). Karène Parizer-Krief, tldđ.

(49). Human Fertilisation and Embryology Act 2008 và những phần sửa đổi bổ sung có thể xem tại: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>, truy cập 09/7/2018.

(50). Human Fertilisation and Embryology Act 2008 và những phần sửa đổi bổ sung có thể xem tại: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>, truy cập 09/7/2018.

(51). L v HFEA (2008) EWHC 2149 (Fam).

Angeles county vào năm 1993. Trong vụ này, William E. Kane trước khi tự sát đã để lại tình trùng đông lạnh và một văn bản cho phép người tình của mình được sở hữu tình trùng và để sinh con của họ.⁽⁵²⁾ Con của Kane đã kiện lên toà án ở Los Angeles để yêu cầu huỷ tình trùng và toà án này đã đồng ý; sau đó Hecht kiện lên toà án bang (California). Toà án bang này đã huỷ bỏ phán quyết trước đó của toà án Los Angeles. Hiện nay, tùy từng bang mà việc “cho phép PMR” có thể cần hoặc không cần sự đồng ý bằng văn bản hoặc không bằng văn bản, có đi kèm thời hiệu hoặc không.⁽⁵³⁾

Dù rằng không có quy định thống nhất và rõ ràng về điều kiện tiến hành PMR trong pháp luật Hoa Kỳ, song các cơ sở y tế lưu giữ tình trùng cũng tự có những quy tắc nhất định để kiểm soát việc áp dụng PMR, đảm bảo các giá trị về đạo đức cũng như quyền và lợi ích của đứa bé.⁽⁵⁴⁾

3.3. Israel và hướng tiếp cận mở

Israel là quốc gia có hướng tiếp cận mở nhất trong vấn đề về PMR. Bên cạnh việc ghi nhận ý chí của người gửi tình trùng khi

tình trùng được bảo quản, Israel còn cho phép dự đoán sự đồng ý trong trường hợp trích xuất tình trùng. Sự dự đoán này được tiến hành duy nhất bởi toà án nhưng nó không phải là kết quả của sự áp đặt ý chí một cách chủ quan vì lẽ việc dự đoán này còn căn cứ trên nhiều yếu tố khác. Toà án có thể cho phép thu giữ tình trùng để đông lạnh một cách rất dễ dàng (do đặc tính tồn tại ngoài môi trường trong thời gian ngắn của tình trùng) thế nhưng để có thể “sử dụng” thì cần qua một quá trình đánh giá hết sức kỹ lưỡng. Israel không đặt ra thời gian cụ thể để có thể tiến hành PMR (thời gian chờ này có mục đích nhằm hạn chế những quyết định mang tính nóng vội, do cảm xúc bất ổn...) như Hy Lạp hay một số bang của Hoa Kỳ, mà việc hạn chế khả năng bị chi phối bởi cảm xúc được tiến hành bởi những chuyên gia về tâm lí. Đây là một cách tiếp cận khá thú vị. Đồng thời, hiệu quả mà nó mang lại có thể cao hơn, rủi ro cũng có thể được giảm thiểu và thời gian chờ đợi (của người thực sự cần) cũng được giảm đi, giúp cho các hoạt động xã hội có thể diễn ra mà không bị gián đoạn, mặc dù, trong chừng mực nào đó, cách làm này có vẻ “đắt đỏ” hơn (vì cần thiết tới các hoạt động của toà án, chuyên gia, thậm chí là sự đánh giá về mặt xã hội của chính quyền trong một số trường hợp nhất định). Cũng giống như đa số quốc gia, Israel vẫn xác định vợ là chủ thể cần được xác định đầu tiên và nếu người này tồn tại thì người này có thẩm quyền duy nhất đối với tình trùng (nghĩa là gồm cả việc sử dụng), cha mẹ của người quá cố dù vẫn được thừa kế tình trùng

(52). Ahluwalia, Usha, and Mala Arora, “Posthumous Reproduction and its Legal Perspective”, *International Journal of Infertility and Fetal Medicine*, 2 (1), 2011: 9 - 14.

(53). Katherine Dwyer, Inheritance Rights of Posthumously Conceived Children in Other States, Office of LEG. research, REP. 2012-R-0319 (2012). Có thể xem tại: <https://www.cga.ct.gov/2012/rpt/2012-R-0319.htm>, truy cập 10/4/2019.

(54). Ví dụ, có thể xem hướng dẫn thực hiện PMR và PMSR của Weill Cornell Medicine (WCM) - đơn vị nghiên cứu y sinh thuộc Khoa y của Đại học Cornell tại: <https://urology.weillcornell.org/Postmortem-Sperm-Retrieval>, truy cập 14/3/2018.

song lại không được sử dụng nếu người vợ từ chối. Cũng giống như Anh, Mỹ, việc tồn tại quan hệ hôn nhân không phải là yếu tố bắt buộc. Thậm chí Israel còn mở hơn khi chấp nhận cả sự đồng ý ngầm định. Trong những trường hợp này cần thiết có sự đồng ý của người phụ nữ (không nhất thiết phải là người yêu của người đã khuất) và cha mẹ của người quá cố.⁽⁵⁵⁾ Việc này cũng do toà án xem xét, quyết định và trong trường hợp giữa người đã khuất và người phụ nữ hoàn toàn không có quan hệ gì, việc áp dụng, theo tác giả có thể được xem như là một ứng dụng của PMR và mang thai hộ hoặc cho nhận tình trùng.

Tất nhiên, với tư cách là một hệ thống pháp luật, Israel vẫn có lỗ hổng trong vấn đề PMR nhưng có thể thấy, nước này đã tiến hành nhiều cuộc nghiên cứu và toà án cũng đã có kinh nghiệm phán quyết về vấn đề này và do nhu cầu chung của cộng đồng nên vấn đề này đã được điều chỉnh khá chặt chẽ.

4. Một số kiến nghị cho pháp luật Việt Nam

Có thể thấy, với bản chất là ART, vấn đề PMR khó tránh khỏi những tranh luận nhất định về mặt đạo đức, xã hội do sự khác biệt về văn hoá, tôn giáo, nhận thức, kéo theo là sự khác biệt trong quy định pháp luật giữa các quốc gia. Tuy vậy, ngoài những trường hợp tiếp cận một cách quá bảo thủ (cấm hoàn toàn) thì ở các hệ thống pháp luật khác

nhau, quy định về PMR vẫn chia sẻ những điểm chung nhất định. Không thể phủ nhận rằng, còn một số (không hề ít) các quốc gia vẫn cho phép PMR dưới hình thức bỏ ngõ nhưng việc bỏ ngõ không phải là phương án tốt. Một khung pháp luật rất cần được đặt ra không phải là để khuyến khích áp dụng PMR, mà để định hướng áp dụng nó hợp lý và tránh sự lạm dụng. Trong bối cảnh của Việt Nam, PMR không hẳn là một điều sai trái. Việc có con cháu, truyền thừa những giá trị gia đình, thờ tự, hương hoả là những nét lâu đời của dân tộc. Ngoài ra, PMR chính là cách thức để thực hiện ước mơ của những cặp “vợ chồng” gặp bất hạnh. Điều cần thiết và quan trọng là phải giảm thiểu được những rủi ro và đảm bảo cho đứa trẻ sinh ra được hưởng đầy đủ những quyền lợi chính đáng. Để thực hiện được điều này, pháp luật Việt Nam cần được hoàn thiện theo các định hướng sau:

Thứ nhất, các hướng dẫn, giải thích từ Bộ y tế cần phải được tập hợp trong các văn bản quy phạm pháp luật chứ không chỉ là những giải pháp mang tính cá biệt, không chính thức dưới dạng công văn. Điều này xuất phát từ hai lý do, đầu tiên là bởi tính phức tạp nên vấn đề cần nhận được sự đánh giá, đồng thuận từ cộng đồng, tạo cơ hội cho việc nhận thức, vận dụng, giải thích để đảm bảo quyền lợi của từng cá nhân trong cộng đồng; tiếp đó là đảm bảo tính dân chủ, pháp quyền trong hệ thống pháp luật, tạo cơ hội cho việc tiếp cận các quy định một cách bình đẳng và thực thi các quy định một cách thống nhất.

(55). Schuz, Rhona, The Developing Right to Parenthood in Israeli Law (January 10, 2013), *The International Survey of Family Law*, 2013 Edition, p. 197 - 225, <https://ssrn.com/abstract=2478344>, truy cập 09/7/2018.

Thứ hai, không nên xác định các quan hệ được xác lập bởi PMR là quan hệ ngoài hôn nhân và gia đình mà nên xem nó là một quan hệ ít nhất phải có liên quan tới hôn nhân và gia đình.

Thứ ba, nên đánh giá lại tính tài sản của tinh trùng. Dù không đồng tình với phương pháp giải thích của Bộ y tế, chúng tôi đồng tình với giải pháp rằng có thể xem tinh trùng là tài sản nhưng cần nhấn mạnh đây là loại tài sản đặc biệt, mà theo đó điều kiện xác lập sở hữu, chuyển giao, sử dụng sẽ phải chịu những hạn chế nhất định như việc cấm mua bán tinh trùng, cấm người thứ ba sử dụng, chiếm đoạt trái phép tinh trùng. Việc trích xuất, bảo quản, thậm chí là sử dụng tinh trùng phải tuân thủ các văn bản pháp luật và các quy chuẩn trong y khoa.

Thứ tư, cần ghi nhận giá trị pháp lý của di chúc sinh học⁽⁵⁶⁾ - việc thể hiện ý chí của người đã chết, nhằm xác định và tôn trọng ý chí của người này. Di chúc này có thể tồn tại trong hợp đồng dân sự được giao kết với cơ sở y tế hoặc được xác lập về sau bằng văn bản. Tuy nhiên, nó cũng có thể được mở rộng dưới hình thức di chúc sinh học bằng lời nói (nếu thoả mãn quy định của BLDS).

Thứ năm, cần lưu ý tách bạch vấn đề trích xuất, cho bảo quản, tiếp tục bảo quản, cho phép lấy ra khỏi cơ sở lưu giữ và cho phép sử dụng tinh trùng. Mỗi thao tác phải theo những thủ tục xác định và phân biệt rõ

ràng các thao tác với nhau. Việc trích xuất có thể được tiến hành với thủ tục nhanh gọn, đơn giản song việc cho phép sử dụng tinh trùng cần phải theo những thủ tục cẩn trọng. Cần xác định các điều kiện để PMR. Hiện tại, theo thông tin của Bộ y tế⁽⁵⁷⁾ chỉ có người vợ mới được sử dụng tinh trùng của chồng mình. Đây là điểm tương đối tiến bộ thể hiện nỗ lực của Bộ y tế trong việc xác định chủ thể có quyền này nhưng thiết nghĩ, cũng có thể nhìn nhận vấn đề này thoáng hơn ở chỗ, ngoài trường hợp vợ chồng hợp pháp tức là có đăng ký kết hôn thì có thể cho phép cả người kết hôn qua các nghi thức về hôn nhân (lễ cưới) hay thậm chí là cùng chung sống như vợ chồng tiến hành PMR trong giới hạn là người này phải được sự thống nhất của cha mẹ người đã chết. Việc áp dụng PMR cũng cần thiết được ấn định thời hiệu, mà theo kinh nghiệm một số nước là không sớm hơn 6 tháng và muộn hơn 2 năm hoặc cần thiết phải đáp ứng những yêu cầu nhất định như tâm, sinh lý, sức khỏe, yếu tố nhân thân được đánh giá bởi các bác sĩ, bác sĩ tâm lý và sự phối hợp của cơ quan hành chính ở địa phương. Dựa trên các đánh giá, phân tích mà toà án sẽ xem xét việc cho phép PMR. Đây là những yếu tố quan trọng để cân bằng các khía cạnh khác nhau của tổng hoà nhân quyền.

(56). I.Rosenblum, The Biological Will™ - a new paradigm in ART, 17TH World Congress On Controversies In Obstetrics, Gynecology & Infertility (COGI), November 8-11, 2012 Lisbon, Portugal.

(57). Công văn của Bộ y tế số 7531/BYT-BM-TE về việc sử dụng tinh trùng của người chồng đã mất để thụ tinh trong ống nghiệm. Xem thêm: <https://tuoi tre.vn/vu-xin-thua-ke-tinh-trung-bo-y-te-khang-dinh-phai-tuan-theo-luat-20181226185401836.htm>, truy cập 05/01/2019.

Thứ sáu, ghi nhận đứa trẻ được sinh ra là con chung của người vợ với người chồng đã mất.

Thứ bảy, bảo đảm quyền hưởng di sản của đứa trẻ được sinh ra bằng kỹ thuật PMR thông qua các quy định hiện có của BLDS như hạn chế phân chia di sản hay hoàn trả giá trị...

Thứ tám, cần xác định cơ quan giải quyết các tranh chấp, yêu cầu phát sinh từ IVF là toà án./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Ahluwalia, Usha, and Mala Arora, "Posthumous Reproduction and its Legal Perspective", *International Journal of Infertility and Fetal Medicine*, 2 (1), 2011.
2. D. Morgan, R. Lee, "In the name of the father? Ex Parte Blood Dealing with Novelty and Anomaly", *Modern Law Review*, 1997, 60.
3. Gould JE, Overstreet JW and Hanson FW, *Assessment of human sperm function after recovery from the female reproductive tract*, Biol Reprod 31, 1984.
4. Inhorn MC et al, *Assisted reproductive technologies and fertility "tourism": examples from global Dubai and the Ivy League*, Med Anthropol, 2012; 31:249-65.
5. Katherine Dwyer, *Inheritance Rights of Posthumously Conceived Children in Other States*, Office of LEG. research, REP. 2012-R-0319 (2012).
6. Karène Parizer-Krief, "Post mortem procreation in French and British Law", *Culture and Research vol 5*, 2016.
7. Kindregan, Jr., Charles P. and McBrien, Maureen, *Assisted Reproductive Technology: A Lawyer's Guide to Emerging Law and Science*, 2nd edition, American Bar Association, 2011.
8. Kramer, M., "Do Animals and Dead People Have Legal Rights?", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 14(1)/2001.
9. Maddox, Neil, *Inheritance and the Posthumously Conceived Child*, Conveyancing and Property Lawyer.
10. Pennings, Guido, "Belgian Law on Medically Assisted Reproduction and the Disposition of Supernumerary Embryos and Gametes", *European Journal of Health Law*, Vol. 14, No. 3. (2007).
11. Ralf Müller-Terpitz, "Surrogacy and post mortem reproduction - Legal situation and recent discussion in Germany", *Culture and Research vol 5*, 2016.
12. Riezzo, Irene et al, "Italian Law on Medically Assisted Reproduction: Do Women's Autonomy and Health Matter?", *BMC Women's Health*, 16(2016):44.
13. Schuz, Rhona, *The Developing Right to Parenthood in Israeli Law* (January 10, 2013), *The International Survey of Family Law*, 2013 Edition.
14. Solenn Sugier, *Widow Challenges French Law That Prohibits Using a Dead Man's Sperm to Get Pregnant*.
15. Ulrich Gassner et al, *Fortpflanzungsmedizingesetz*, Augsburg-Münchner-Entwurf, Mohr Siebeck Tübingen, 2013.
16. Van Niekerk C, "Assisted Reproductive Technologies and the Right to Reproduce under South African Law", PER / PELJ 2017(20) - DOI.