



وزارت علوم تحقیقات و فناوری  
دانشکده غیردولتی - غیرانتفاعی رفاه  
گروه حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق  
گرایش حقوق خانواده

## وضعیت حقوقی کودکان ناشی از باروری آزمایشگاهی پس از مرگ در فقه و حقوق ایران و اسناد بین‌المللی و آثار آن

دانشجو:

مهسا فرجی

استاد راهنما:

دکتر محمود عباسی

آذر ۱۳۹۹

## صورت جلسه دفاعیه

پایان نامه کارشناسی ارشد خانم **مهسا فرجی** دانشجوی دوره کارشناسی ارشد رشته **حقوق گرایش حقوق خانواده** تحت عنوان «**وضعیت حقوقی کودکان ناشی از باروری آزمایشگاهی پس از مرگ در فقه و حقوق ایران و اسناد بین المللی و آثار آن**» در جلسه دفاعیه مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۱۷ و با نمره ۱۹/۲۵ مورد تأیید قرار گرفت.

| ردیف | اعضای هیئت داوران      | نام و نام خانوادگی | رتبه علمی | امضاء |
|------|------------------------|--------------------|-----------|-------|
| ۱    | استاد راهنما           | دکتر محمود عباسی   |           |       |
| ۲    | استاد مشاور            | دکتر بشری کریمی    |           |       |
| ۳    | استاد داور             | دکتر محمد روشن     |           |       |
| ۴    | نماینده تحصیلات تکمیلی |                    |           |       |

مدیر تحصیلات تکمیلی

## تعهدنامه اصالت پایان‌نامه / رساله

اینجانب مهسا فرجی دانش‌آموخته مقطع کارشناسی ارشد رشته حقوق گرایش حقوق خانواده که در تاریخ ۱۳۹۹/۱۲/۱۷ از پایان‌نامه/رساله خود تحت عنوان «وضعیت حقوقی کودکان ناشی از باروری آزمایشگاهی پس از مرگ در فقه و حقوق ایران و اسناد بین‌المللی و آثار آن» با کسب نمره ۱۹/۲۵ دفاع نموده‌ام بدین وسیله متعهد می‌شوم

۱) این پایان‌نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام‌شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان‌نامه، کتاب، مقاله و...) استفاده نموده‌ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورداستفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوط ذکر و درج کرده‌ام

۲) این پایان‌نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم‌سطح، پایین‌تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی داخل یا خارج از کشور ارائه نشده است.

۳) چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره‌برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و... از این پایان‌نامه یا رساله را داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی دانشکده، مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.

۴) چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می‌پذیرم و دانشکده غیردولتی - غیرانتفاعی رفاه مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت عدم صدور یا ابطال مدرک تحصیلی‌ام هیچ‌گونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی: مهسا فرجی

تاریخ و امضاء:

## تعهدنامه حق مالکیت مادی و معنوی پایان‌نامه / رساله

### در مورد نتایج پژوهش‌های علمی

#### مقدمه:

با عنایت به سیاست‌های پژوهشی و فناوری دانشکده رفاه در راستای تحقق عدالت و کرامت انسان‌ها که لازمه شکوفایی علمی و فنی است و رعایت حقوق مادی و معنوی دانشکده و پژوهشگران، لازم است اعضای هیئت علمی دانشجویان، دانش‌آموختگان و دیگر همکاران طرح، در مورد نتایج پژوهش‌های علمی که تحت عناوین پایان‌نامه / رساله و طرح‌های تحقیقاتی با هماهنگی دانشکده انجام شده است، موارد زیر را رعایت نمایند:

**ماده ۱-** حق نشر و تکثیر پایان‌نامه / رساله و درآمدهای حاصل از آن‌ها متعلق به دانشکده غیردولتی - غیرانتفاعی رفاه می‌باشد ولی حقوق معنوی پدیدآورندگان محفوظ خواهد بود.

**ماده ۲-** انتشار مقاله یا مقالات مستخرج از پایان‌نامه رساله به صورت چاپ در نشریات علمی و یا ارائه در مجامع علمی باید به نام دانشکده غیردولتی - غیرانتفاعی رفاه بوده و با تأیید استاد راهنمای اصلی، یکی از اساتید راهنما، مشاور و یا دانشجوی مسئول مکاتبات مقاله باشد، ولی مسئولیت علمی مقاله مستخرج از پایان‌نامه و رساله به عهده اساتید راهنما و دانشجو می‌باشد.

**تبصره:** در مقالاتی که پس از دانش‌آموختگی به صورت ترکیبی از اطلاعات جدید و نتایج حاصل از پایان‌نامه / رساله منتشر می‌شود نیز باید نام دانشکده درج شود.

|                                      |                                                   |
|--------------------------------------|---------------------------------------------------|
| نام و نام خانوادگی دانشجو: مهسا فرجی | نام و نام خانوادگی استاد راهنما: دکتر محمود عباسی |
| تاریخ و امضاء                        | تاریخ و امضاء                                     |



وزارت علوم تحقیقات و فناوری  
دانشکده غیردولتی - غیرانتفاعی رفاه  
گروه حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق  
گرایش حقوق خانواده

## وضعیت حقوقی کودکان ناشی از باروری آزمایشگاهی پس از مرگ در فقه و حقوق ایران و اسناد بین‌المللی و آثار آن

دانشجو:

مهسا فرجی

استاد راهنما:

دکتر محمود عباسی

استاد مشاور:

دکتر بشری کریمی



تقدیم به

تقدیم به پدرم؛

کوهی استوار و حامی من در طول تمام زندگی

پیشکش مادرم؛

سنگ صبوری که الفبای زندگی به من آموخت

و تقدیم به همسرم؛

امیدبخش جانم که آسایش او آرامش من است و بی شک بدون حمایت‌های صبورانه وی این امر

میسر نبود!

# سپاسگزاری

با سپاس فراوان از لطف اساتید دلسوز و محترم؛

جناب آقای دکتر محمود عباسی که با صبر و حوصله، از هیچ کمکی

در این مسیر از من دریغ ننمودند و زحمت راهنمایی این پایان نامه را بر

عهده گرفتند؛

همچنین سرکار خانم دکتر بشری کریمی که زحمت مشاوره این

پایان نامه را متقبل شدند و از هیچ کمکی در این مسیر از من دریغ ننمودند

و در طول تحصیل از محضرشان بهره بردم؛

و همچنین از داوری استاد گرامی، دکتر محمد روشن به خاطر دقت

نظرشان سپاسگزارم.



## فهرست مطالب

| صفحه                                     | عنوان                                         |
|------------------------------------------|-----------------------------------------------|
| ۱.....                                   | چکیده                                         |
| فصل اول کلیات، تعاریف و مبانی نظری تحقیق |                                               |
| ۳.....                                   | ۱-۱ بیان مسئله                                |
| ۴.....                                   | ۲-۱ ضرورت انجام پژوهش                         |
| ۴.....                                   | ۳-۱ اهداف پژوهش                               |
| ۵.....                                   | ۴-۱ سؤالات پژوهش                              |
| ۵.....                                   | ۱-۴-۱ سؤال اصلی                               |
| ۵.....                                   | ۲-۴-۱ سؤال فرعی                               |
| ۵.....                                   | ۵-۱ فرضیه‌های پژوهش                           |
| ۵.....                                   | ۱-۵-۱ فرضیه اصلی                              |
| ۵.....                                   | ۲-۵-۱ فرضیه فرعی                              |
| ۵.....                                   | ۶-۱ پیشینه پژوهش                              |
| ۶.....                                   | ۷-۱ روش پژوهش                                 |
| ۷.....                                   | ۸-۱ سازمان‌دهی پژوهش                          |
| ۷.....                                   | ۹-۱ مفاهیم تحقیق                              |
| ۷.....                                   | ۱-۹-۱ مفهوم نکاح                              |
| ۸.....                                   | ۲-۹-۱ حق در اصطلاح فقهی حقوقی                 |
| ۱۱.....                                  | ۳-۹-۱ تکلیف در اصطلاح حقوقی                   |
| ۱۴.....                                  | ۴-۹-۱ انجماد جنین                             |
| ۱۵.....                                  | ۵-۹-۱ جنین منجمد                              |
| ۱۶.....                                  | ۶-۹-۱ ناباروری و تلقیح مصنوعی                 |
| ۱۸.....                                  | ۷-۹-۱ روش‌های باروری و تولیدمثل               |
| ۱۸.....                                  | ۱-۷-۹-۱ تلقیح مایع اسپرم به داخل رحم          |
| ۱۸.....                                  | ۲-۷-۹-۱ لقاح خارج رحمی                        |
| ۱۸.....                                  | ۳-۷-۹-۱ تلقیح نطفه به داخل لوله رحم           |
| ۱۹.....                                  | ۴-۷-۹-۱ تلقیح نطفه بارور شده به داخل لوله رحم |
| ۱۹.....                                  | ۵-۷-۹-۱ تزریق اسپرم به داخل تخمک              |
| ۱۹.....                                  | ۶-۷-۹-۱ اهدای تخمک                            |
| ۱۹.....                                  | ۷-۷-۹-۱ اهدای جنین                            |

- ۸-۹-۱ انواع باروری پس از مرگ ..... ۲۰
- ۹-۹-۱ مصالح عالییه کودک ..... ۲۰
- ۱۰-۱ مبانی نظری تحقیق ..... ۲۱
- ۱-۱۰-۱ نظریه بقای نکاح پس از مرگ (جواز) ..... ۲۱
- ۱-۱۰-۲ نظریه زوال نکاح پس از مرگ (حرمت) ..... ۲۲
- ۱-۱۰-۳ نظریه بقای زوجیت تا پایان عده وفات (نظریه تفکیک) ..... ۲۳

## فصل دوم: مبانی باروری پس از مرگ در قوانین موضوعه

- ۱-۲ مبانی اخلاقی و فقهی و حقوقی باروری پس از مرگ ..... ۲۶
- ۱-۱-۲ مباحث اخلاقی و شروط مرتبط با متوفی و رضایت دهنده ..... ۲۶
- ۱-۱-۱-۲ مباحث اخلاق ..... ۲۶
- ۱-۱-۱-۲ مفهوم اخلاق زیستی ..... ۲۶
- ۲-۱-۱-۲ شروط و انواع رضایت در خصوص استفاده از گامت یا جنین پس از مرگ ..... ۲۸
- ۱-۲-۱-۱-۲ رضایت متوفی ..... ۲۹
- ۱-۲-۱-۱-۲ رضایت صریح ..... ۲۹
- ۲-۱-۲-۱-۱-۲ رضایت ضمنی ..... ۲۹
- ۳-۱-۲-۱-۱-۲ رضایت مفروض یا فقدان مخالفت صریح ..... ۳۰
- ۴-۱-۲-۱-۱-۲ مخالفت صریح ..... ۳۱
- ۲-۲-۱-۱-۲ رضایت دهنده ..... ۳۱
- ۲-۱-۲ باروری پس از مرگ در فقه امامیه و اهل سنت ..... ۳۳
- ۱-۲-۱-۲ دیدگاه فقه امامیه ..... ۳۳
- ۱-۱-۲-۱-۲ دیدگاه مخالفان ..... ۳۸
- ۲-۱-۲-۱-۲ دیدگاه موافقان ..... ۳۹
- ۲-۲-۱-۲ دیدگاه فقهای اهل سنت ..... ۴۰
- ۱-۲-۲-۱-۲ دیدگاه مخالفان ..... ۴۰
- ۲-۲-۲-۱-۲ دیدگاه موافقان ..... ۴۱
- ۳-۱-۲ مبنای حقوقی ..... ۴۲
- ۲-۲ باروری پس از مرگ در احکام و قوانین داخلی و بین‌المللی ..... ۴۴
- ۱-۲-۲ در احکام و قوانین داخلی ..... ۴۴
- ۱-۱-۲-۲ بر مبنای رویکرد مبتنی بر عدم جواز باروری پس از مرگ ..... ۴۴
- ۲-۱-۲-۲ بر مبنای رویکرد مبتنی بر جواز باروری پس از مرگ ..... ۴۵
- ۱-۲-۲-۲ اصول و مواد قانونی و حقوقی بر مبنای اقتضای جواز ..... ۴۵
- ۲-۲-۲-۲ مواد قانون مدنی ..... ۴۵
- ۱-۲-۲-۲-۲ ماده ۱۰۵۰ قانون مدنی ..... ۴۵
- ۲-۲-۲-۱-۲-۲ ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی ..... ۴۶

- ۴۶..... ۳-۲-۲-۱-۲-۲ ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی
- ۴۶..... ۴-۲-۲-۱-۲-۲ ماده ۱۱۵۵ قانون مدنی
- ۴۶..... ۵-۲-۲-۱-۲-۲ ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی
- ۴۷..... ۶-۲-۲-۱-۲-۲ ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی
- ۴۷..... ۷-۲-۲-۱-۲-۲ ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی
- ۴۷..... ۳-۲-۱-۲-۲ ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی
- ۴۸..... ۴-۲-۱-۲-۲ مواد قانون مجازات اسلامی
- ۴۸..... ۱-۴-۲-۱-۲-۲ ماده ۲۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۰
- ۴۹..... ۲-۴-۲-۱-۲-۲ ماده ۶۴۳ قانون مجازات اسلامی
- ۴۹..... ۳-۴-۲-۱-۲-۲ ماده ۶۴۴ قانون مجازات اسلامی
- ۴۹..... ۴-۴-۲-۱-۲-۲ ماده ۲۱۲ قانون مجازات عمومی سابق
- ۵۰..... ۳-۱-۲-۲ بر مبنای اصل صحت و اعتبار
- ۵۰..... ۱-۳-۱-۲-۲ اصل حاکمیت اراده (آزادی قراردادی)
- ۵۰..... ۲-۳-۱-۲-۲ اصل برائت
- ۵۰..... ۳-۳-۱-۲-۲ اصل استصحاب
- ۵۱..... ۴-۳-۱-۲-۲ قاعده تسلیط
- ۵۱..... ۴-۱-۲-۲ بر مبنای ماهیت عقد
- ۵۱..... ۱-۴-۱-۲-۲ مال بودن
- ۵۲..... ۲-۴-۱-۲-۲ بیع بودن
- ۵۳..... ۳-۴-۱-۲-۲ هبه بودن
- ۵۳..... ۴-۴-۱-۲-۲ اعمال وصیت
- ۵۴..... ۵-۱-۲-۲ عدم وجود مانع و حکم مشروعیت و قانونی بودن باروری پس از مرگ
- ۵۴..... ۱-۵-۱-۲-۲ از منظر نظم عمومی
- ۵۶..... ۶-۱-۲-۲ از منظر اخلاق حسنه
- ۵۶..... ۲-۲-۲ در قوانین و اسناد بین‌المللی
- ۵۷..... ۱-۲-۲-۲ در حقوق کشور فرانسه
- ۵۷..... ۲-۲-۲-۲ در حقوق کشور انگلستان
- ۵۸..... ۳-۲-۲-۲ در حقوق کشور آمریکا
- ۶۰..... ۴-۲-۲-۲ اسناد بین‌الملل
- ۶۰..... ۱-۴-۲-۲-۲ اعلامیه حقوق کودک ۱۹۵۹
- ۶۱..... ۲-۴-۲-۲-۲ منشور آفریقایی حقوق و رفاه کودک ۱۹۹۰
- ۶۱..... ۳-۴-۲-۲-۲ کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹
- ۶۳..... ۴-۴-۲-۲-۲ اعلامیه ژنو ۱۹۲۴
- ۶۴..... ۵-۴-۲-۲-۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸
- ۶۴..... ۶-۴-۲-۲-۲ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ۱۹۵۰
- ۶۴..... ۷-۴-۲-۲-۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۹۶۶
- ۶۵..... ۸-۴-۲-۲-۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی - سیاسی ۱۹۶۶

|         |                                                                                                                                          |
|---------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ۶۵..... | ۹-۴-۲-۲ کنوانسیون رفع همه اشکال تبعیض علیه زنان ۱۹۷۹                                                                                     |
| ۶۵..... | ۱۰-۴-۲-۲ اعلامیه اصول اجتماعی و قانونی مربوط به حمایت و رفاه کودکان با ارجاع خاص به جایگزینی حمایتی و فرزندخواندگی ملی و بین‌المللی ۱۹۸۶ |
| ۶۶..... | ۱۱-۴-۲-۲ کنوانسیون اروپایی اجرای حقوق کودک ۱۹۹۶                                                                                          |
| ۶۶..... | ۱۲-۴-۲-۲ میثاق حقوق کودک در اسلام ۲۰۰۵                                                                                                   |
| ۶۶..... | ۱۳-۴-۲-۲ اعلامیه رباط در مورد کودکان در جهان اسلام ۲۰۰۵                                                                                  |
| ۶۶..... | ۵-۲-۲-۲ باروری پس از مرگ در اصول اسناد بین‌المللی                                                                                        |
| ۶۷..... | ۱-۵-۲-۲ اصل آزادی                                                                                                                        |
| ۶۸..... | ۲-۵-۲-۲ اصل برابری                                                                                                                       |
| ۶۸..... | ۳-۵-۲-۲ اصل رعایت مصالحه عالیه کودک                                                                                                      |

### فصل سوم: آثار باروری پس از مرگ

|          |                                                |
|----------|------------------------------------------------|
| ۷۲.....  | ۱-۳ آثار حاکم بر باروری پس از مرگ              |
| ۷۲.....  | ۱-۱-۳ مالکیت بر گامت                           |
| ۷۳.....  | ۲-۱-۳ حقوق مالی مترتب بر باروری پس از مرگ      |
| ۷۳.....  | ۱-۲-۱-۳ توارث                                  |
| ۷۸.....  | ۲-۲-۱-۳ نفقه                                   |
| ۷۸.....  | ۳-۱-۳ حقوق غیرمالی                             |
| ۷۸.....  | ۱-۳-۱-۳ بهره‌مندی از اهلیت تمتع                |
| ۷۹.....  | ۲-۳-۱-۳ دارا شدن از حق قرابت و خویشاوندی (نسب) |
| ۸۴.....  | ۱-۲-۳-۱-۳ فرزند حاصل از انتقال جنین            |
| ۸۵.....  | ۱-۱-۲-۳-۱-۳ حمل توسط صاحب تخمک                 |
| ۸۶.....  | ۲-۱-۲-۳-۱-۳ حمل توسط همسر دوم                  |
| ۸۸.....  | ۳-۱-۲-۳-۱-۳ حمل توسط زن بیگانه                 |
| ۹۱.....  | ۲-۲-۳-۱-۳ نسب در اسناد بین‌المللی              |
| ۹۲.....  | ۳-۳-۱-۳ ولایت قهری                             |
| ۹۵.....  | ۴-۳-۱-۳ حضانت                                  |
| ۱۰۱..... | ۵-۳-۱-۳ برخورداری از نام خانوادگی              |
| ۱۰۱..... | ۶-۳-۱-۳ نکاح و حرمت آن                         |
| ۱۰۲..... | ۷-۳-۱-۳ محرمیت نسبت به بستگان                  |
| ۱۰۲..... | ۸-۳-۱-۳ وصیت بر طفل تولد یافته                 |
| ۱۰۵..... | ۹-۳-۱-۳ اقرار برای حمل                         |
| ۱۰۵..... | ۱۰-۳-۱-۳ برخورداری از وقف                      |
| ۱۰۶..... | ۱۱-۳-۱-۳ برخورداری از هبه                      |

|       |                                                         |     |
|-------|---------------------------------------------------------|-----|
| ۲-۳   | نارسایی‌ها و چالش‌های باروری مصنوعی در نظام حقوقی ایران | ۱۰۶ |
| ۱-۲-۳ | نارسایی‌های قانونی                                      | ۱۰۶ |
| ۲-۲-۳ | تزامم میان حق باروری زوجین نابارور و چالش‌های موجود     | ۱۰۹ |
| ۳-۳   | نمونه موردی احکام محاکم قضایی در خصوص باروری پس از مرگ  | ۱۱۱ |
| ۴-۳   | نتیجه‌گیری و پیشنهادها                                  | ۱۱۴ |
| ۱۱۷   | منابع و مآخذ                                            |     |
| ۱۲۹   | چکیده انگلیسی                                           |     |

## چکیده

امروزه بشر با استفاده از علوم پزشکی توانسته است از روش‌های کمک باروری برای درمان ناباروری بهره گیرد. یکی از این پیامدها یا به عبارتی یکی از موارد چالش‌برانگیز در حوزه لقاح غیرطبیعی، نهاد باروری پس از مرگ است. در این روش اشخاص اقدام به انجماد گامت یا جنین خود برای باروری پس از مرگ می‌کنند. روش مزبور علی‌رغم مزایای متعدد، با چالش‌هایی به‌ویژه چالش‌های فقهی و حقوقی مواجه است. در این راستا آنچه اهمیت دارد حفظ کرامت ذاتی انسان و رعایت حقوق و منافع کودک است نگارنده در این پژوهش درصدد شناسایی رویکرد فقه امامیه، حقوق ایران و اسناد بین‌المللی در خصوص نهاد باروری پس از مرگ در باب منشأ اختلافات موجود و همچنین تعیین آثار فقهی و حقوقی مترتب بر آن است. در نیل به این بحث، فقهای امامیه و حقوقدانان نظرات مختلفی را بیان کرده‌اند در فقه امامیه در رابطه با این موضوع فقها به‌طور مستقل بحثی به میان نیاورده‌اند بلکه به مناسبت‌های مختلف مثل تغسیل، کفن زوجه و عده وفات نظرات خود را بیان کرده‌اند گروهی از فقها مرگ را پایان رابطه زوجیت دانسته بنابراین باروری پس از مرگ را جایز نمی‌دانند گروهی دیگر بر این عقیده هستند که رابطه‌ی زوجیت تا پایان عده وفات جاری است بنابراین باروری پس از مرگ را جایز می‌دانند حقوقدانان هم در رابطه با این بحث دو دیدگاه را مطرح می‌کنند گروهی مخالف باروری پس از مرگ هستند این گروه عقیده دارند که باروری پس از مرگ مخالف مصالح عالیه و رفاه کودک است و ممکن است آسیب‌های روانی در بر داشته باشد، گروه دوم موافقین باروری پس از مرگ بر این عقیده هستند که اصول و مواد قانونی بسیاری وجود دارد که مجوز باروری پس از مرگ را صادر می‌کند در نهایت با توجه به اسناد استفاده‌شده در این پژوهش و تأکید بر رعایت اصل مصالح عالیه کودک به نظر می‌رسد باروری پس از مرگ به دلیل آثار احتمالی آن بر سرنوشت و رفاه کودک انتخاب مناسبی نباشد همچنین این نهاد با چالش‌های بسیاری از جمله مالکیت بر گامت، توارث، وصیت، نسب و... مواجه است که هرکدام از این موارد با توجه به مواد قانونی و اسناد بین‌المللی مورد تحلیل قرار گرفته است.

**کلمات کلیدی:** نکاح، ناباروری، باروری پس از مرگ، فقه و حقوق، اسناد بین‌المللی.

# فصل اول

## کلیات، تعاریف و مبانی نظری تحقیق

## ۱-۱ بیان مسئله

باروری آزمایشگاهی که در اواخر قرن بیستم رخ داده حاصل پیشرفت‌های اخیر در علم پزشکی و تولیدمثل است. این روش مسیرهای متعدد و مختلفی را فرا روی زوج‌های نابارور قرار داده است. با شناسایی علل و گسترش تدریجی شیوه‌های درمان ناباروری، این پیشرفت‌ها دستخوش تغییرات فراوانی شده است. باوجود پیشرفت‌های چشمگیر در زمینه های مختلف پزشکی در این خصوص هنوز در باورهای مذهبی، باورهای اخلاقی، جامعه‌شناسی، روان‌شناسی و به‌ویژه در زمینه‌های حقوقی و فقهی با مشکلات و مسائل مختلفی روبرو است که بسیاری از این پرسش‌ها همچنان بی‌پاسخ مانده است و نیازمند مطالعه همه‌جانبه و گسترده است. در فرهنگ اسلامی در زمینه تولیدمثل محدودیت‌ها و حساسیت‌هایی دیده می‌شود. مسئله اصلی این است که در این روش فرد نسبت به انجماد گامت‌های جنسی خود برای باروری پس از مرگ اقدام می‌کند. بدین شکل که عمل تلقیح، پس از مرگ صاحب گامت منجمد شده صورت می‌گیرد یا اینکه یکی از زوجین جنین منجمد شده را پس از مرگ دیگری، استفاده کند. به نظر می‌رسد ابتدا باید رضایت صریح یا ضمنی متوفی برای استفاده از گامت‌های وی پس از مرگش وجود داشته باشد.

در سال ۱۹۸۰ از اسپرم منجمد همسر برای باردارشدن استفاده شد این تاریخ مربوط به پیشینه اولین باروری پس از مرگ است که از آن زمان تاکنون، درخواست برای استفاده از گامت‌های منجمد زوجین متوفی رو به افزایش یافته است. این مسئله چالش‌های زیادی را در بر دارد به ویژه اینکه با توجه به قوانین موضوعه ایران مصلحت کودک باید رعایت شود همچنین با بررسی مواد مختلف کنوانسیون حقوق کودک و اسناد بین‌المللی و اصول اخلاق زیستی، مشهود است که باروری پس از مرگ مسقط مصالح عالی و منفعت کودکان ناشی از این روش است و نباید انجام شود؛ بنابراین باید قاعده کلی تأمین مصلحت کودک در تمام امور مرتبط با او به عنوان اساسی‌ترین عامل رعایت شود. این روش موجد پرسش‌های اخلاقی و حقوقی متعدد است که نه تنها قانونی به آن نپرداخته است بلکه مباحث گسترده‌ای همراه با چالش‌های مختلف در این مورد به چشم می‌خورد.

با بررسی پژوهش‌های انجام‌شده در زمینه موضوع پژوهش در ارتباط با باروری پس از مرگ دیدگاه‌ها متفاوت است. عده‌ای بر این باورند که باید جواز مربوط به باروری پس از مرگ داده شود. برخی نیز با استناد به این که منافع کودک باید تأمین شود عدم جواز آن را صادر می‌کنند. بر کسی پنهان نیست که کودک نیازمند خانواده‌ای است و زمانی این خانواده



کامل می‌شود که در آن پدر حضورداشته باشد و داشتن پدر از حقوق کودک است. در ادامه در پژوهش کنونی با در نظر گرفتن اسناد مختلف بین‌المللی به بررسی وضعیت حقوقی کودکان ناشی از باروری آزمایشگاهی پس از مرگ در اسناد بین‌المللی پرداخته و آثار آن مورد مطالعه قرار گرفته است.

باروری پس از مرگ موجب به وجود آمدن پرسش‌هایی شده است که برای پاسخ به این پرسش‌ها در خصوص مالکیت بر گامت، ارث، نسب، حضانت، ولایت و... محرمیت این کودکان در نظام حقوقی ایران مطالعاتی انجام شده است. پژوهش انجام‌شده به روش توصیفی-تحلیلی است.

## ۱-۲ ضرورت انجام پژوهش

امروزه با توجه به سیاست‌های بزرگ جمعیتی، موضوع باروری پس از مرگ اهمیت بسزایی دارد. چیزی که باعث اهمیت این مسئله می‌شود، سعی و کوشش برای حفظ ارزش ذاتی انسان و رعایت حق و حقوق کودک است. مسئله باروری پس از مرگ را باید از دو جهت ثبوتی و اثباتی مورد بررسی قرار داد و درباره آن حکم کرد؛ یعنی باید این دو مرحله را از هم تفکیک کرد.

موضوعات مطرح‌شده در این تحقیق نشان می‌دهند که باروری پس از مرگ از نظر حقوقی و اخلاقی بسیار مهم و پیچیده است که در مباحث گذشته چندان به آن توجه نشده و این کمبود یا پیچیدگی‌ها، از یکسو، باعث شد که نگارنده رویکرد اخلاقی خود را نسبت به این امر روشن کند و از سوی دیگر، باید قوانین موجود و رویکرد قضایی بر اساس ارزش‌ها و هنجارهای مورد قبول قانون‌گذار و دستگاه قضایی شناسایی و در پاسخ به نیازهای جامعه و نیز مطابق ضرورت‌های جدید اصلاح شوند و در صورت نیاز قوانین جدید به تصویب برسند یا احکام قضایی مناسب و شایسته صادر شوند.

بنابراین با توجه به مباحث فوق‌الذکر پرداختن به موضوع حاضر دارای ضرورت بررسی است.

## ۱-۳ اهداف پژوهش

۱- شناسایی رویکرد فقه امامیه، حقوق ایران و اسناد بین‌المللی در خصوص نهاد باروری پس از مرگ.

۲- تعیین آثار فقهی و حقوقی مترتب بر باروری پس از مرگ.

## ۴-۱ سؤالات پژوهش

### ۴-۱-۱ سؤال اصلی

رویکرد فقه امامیه، حقوق ایران و اسناد بین‌المللی در خصوص نهاد باروری پس از مرگ چیست؟

### ۴-۱-۲ سؤال فرعی

آثار فقهی و حقوقی مترتب بر باروری پس از مرگ شامل چه مواردی است؟

## ۵-۱ فرضیه‌های پژوهش

### ۵-۱-۱ فرضیه اصلی

رویکرد فقه امامیه، حقوق ایران اسناد بین‌المللی در خصوص نهاد باروری پس از مرگ، بر مبنای اصول موجه حقوقی است ولی بر مبنای اصول موجه اخلاقی نیست.

### ۵-۱-۲ فرضیه فرعی

در زمینه باروری پس از مرگ در ابعاد فقهی و حقوقی، این نهاد با چالش‌های بسیاری از جمله مالکیت بر گامت، توارث، وصیت و... مواجه است.

## ۶-۱ پیشینه پژوهش

در ارتباط با موضوع باروری پس از مرگ مطالعات مختلفی صورت گرفته است که با جستجو در پایگاه‌های داده‌ها و اینترنت نزدیک‌ترین مطالعات به موضوع این پژوهش به شرح زیر است:

صفایی و فدایی (۱۳۹۵) در مقاله‌ای با عنوان «واکاوی مشروعیت باروری پس از مرگ در فقه امامیه با رویکردی به آرای فقهای اهل سنت» درصدد تحلیل و شناسایی منشأ اختلاف نظر بین فقهای امامیه و اهل سنت در باب مشروعیت یا عدم مشروعیت نهاد باروری پس از مرگ هستند. نتایج حاصل از تحقیق نگارندگان نشان داد که؛ به نظر می‌رسد، با توجه به مدلول آیات و روایات و نیز توجه به مقتضیات زمان و ضرورت تولید نسل، مشروع دانستن پدیده باروری پس از مرگ ارجح باشد.

فدایی (۱۳۹۴) در اثری در قالب تحلیلی و با رویکردی نقادانه از اقوال موافق و مخالف مورد مذاقه به بررسی «باروری پس از مرگ از منظر فقه اسلامی، حقوق ایران و

آمریکا» پرداختند. پژوهش مزبور ضمن بیان کلیات و مفاهیم باروری پس از مرگ، به بررسی مبانی فقهی و حقوقی این مهم پرداخته اند و پس از جستجو در مبانی فقه امامیه و عامه، نظر مختار را با استناد به ادله و براهین نقلی، عقلی و اصولی ارائه می‌نمایند. چیزی که به‌عنوان نتیجه در این تحقیق آمده است این است که می‌توان با توجه به دلایلی که به تفصیل آمده، مشروعیت این نهاد را موردپذیرش قرارداد. در بررسی مشروعیت باروری پس از مرگ، مباحثی مثل؛ آثار و ابعاد حقوقی آن خواهیم داشت که مالکیت بر گامت، نسب، ارث، وصیت، حضانت و برخی از حقوق اجتماعی مترتبه دیگر را باید در تعداد این ابعاد و آثار برشمرد.

پورعبداله (۱۳۹۳) در پایان نامه خود با عنوان «باروری پس از مرگ زوجین از دیدگاه فقه و حقوق ایران» به شناسایی روش‌های کمک باروری در تولیدمثل به‌ویژه باروری پس از مرگ پرداخته‌اند. در ادامه سعی نمودند به تأثیر مرگ بر رابطه زوجیت که به نظر می‌رسد مبنای مشروعیت یا عدم مشروعیت باروری پس از مرگ است، پرداخته شده است.

راسخ، خورشیدی و عامری (۱۳۹۱) در مقاله‌ای به بررسی «باروری پس از مرگ: بررسی اخلاقی و حقوقی» پرداختند. نگارندگان در این مقاله درصدد شناسایی کاستی‌ها و نواقص موجود در نظام حقوقی در باب موضوع مزبور بوده اند و بیان می‌داند که لازمه چنین امری اخذ رویه‌های نوین، بر اساس اصول موجه اخلاقی و حقوقی است.

## ۱-۷ روش پژوهش

روش پژوهش در این پایان‌نامه مثل روش مرسوم رشته‌های علوم انسانی، توصیفی تحلیلی است. روش جمع‌آوری اطلاعات در این پایان‌نامه بر اساس مطالعه کتابخانه‌ای است و در این راه مقالات و کتب فارسی و انگلیسی گسترده‌ای مورد مطالعه قرار خواهد گرفت. قوانین و مقررات داخلی، منابع حقوقی و فقهی و اسناد بین‌المللی به‌خصوص اسناد ویژه حقوق خانواده، به‌عنوان مهم‌ترین ابزار پژوهش مورداستفاده قرار خواهد گرفت. نگارنده با استفاده از منابع کتابخانه‌ای به‌صورت فیش‌برداری به گردآوری مطالب و جمع‌آوری آن اقدام می‌نماید. روش توصیف و تجزیه تحلیل اطلاعات به‌صورت مقایسه‌ای و با استفاده از تفکر و تحلیل منطقی انجام می‌شود.

## ۸-۱ سازمان دهی پژوهش

پژوهش حاضر در سه فصل جمع‌آوری و تشریح شده است که به شرح زیر است در فصل اول به کلیات و مفاهیم تحقیق پرداختیم در فصل دوم به مبانی باروری پس از مرگ در قوانین موضوعه و همچنین بررسی اسناد بین‌المللی پرداختیم و در فصل سوم آن آثار مترتب بر باروری پس از مرگ ارائه شده و در آخر نتایج و پیشنهادهایی در زمینه موضوع تحقیق ارائه شده است.

## ۹-۱ مفاهیم تحقیق

### ۹-۱-۱ مفهوم نکاح

واژه نکاح در لغت به معنای ازدواج، زناشویی و نیز به معنای عقد آمده که به موجب آن، علاقه زناشویی بین زن و مرد ایجاد شود (دهخدا، ۱۳۷۳، ص ۲۰۵۳) همچنین؛ «در علم لغت از واژه نکاح در معنای مقابل نیز تعبیر شده است چنان که در زبان عرب، هرگاه دو کوه در مقابل یکدیگر قرار گرفته باشند می‌گویند؟» «تَنَاکَحَ الْجِبَلَانِ» (معلوف، ۱۳۷۳، ص ۱۷۱۰).

در قانون مدنی کشور ایران، تعریف خاصی از عقد نکاح بیان نشده و مقنن در مواد ۱۳۰۴ به بعد این قانون به ذکر مقدمات عقد ازدواج و شرایط و موانع و آثار آن پرداخته است. از همین رو مؤلفان حقوقی در آثار خود به تعریف عقد نکاح و تحلیل ماهیت آن مبادرت ورزیده‌اند. ملاحظه تعاریف به عمل آمده نشان می‌دهد که حقوق دانان در باب مفهوم و ماهیت نکاح، عقیده واحدی ندارند و احتمالاً همین پیچیدگی در تشخیص ماهیت و نیز تنوع آثار ناشی از عقد سبب گردیده تا قانون‌گذار از ذکر تعریف این اصطلاح اجتناب نماید.

بر همین مبنا به ارائه تعریف از آن می‌پردازند و اظهار می‌دارند؛ «نکاح عبارت است از رابطه حقوقی که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل شده و به آن حق می‌دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند» (امامی، ۱۳۷۷، ص ۲۶۸). در تعریف مشابه دیگری نیز چنین آمده است «نکاح رابطه‌ای است حقوقی - عاطفی که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌شود و به آن ها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند. مظهر بارز این رابطه، حق تمتع جنسی است» (محقق داماد، ۱۳۹۵، ص ۲۴). برخی دیگر نیز با کمی احتیاط و در عین توجه به جنبه‌های دیگر عقد نکاح، توجه خاص را به عنوان مظهر بارز روابط حقوقی زوجین قلمداد نموده و ازدواج را چنین معنا می‌کند: «نکاح مبنای الهی و رابطه حقوقی، عاطفی است که