

زنان و حق باروری در فقه اسلامی و حقوق ایران (کتاب)

نویسنده: هادی صادقی

چکیده

زنان و حق باروری در فقه اسلامی و حقوق ایران کتابی فارسی که به دنبال اثبات حق باروری برای زنان است. لیلا ثمنی نویسنده کتاب پس از طرح دیدگاه‌های مختلف بدین نتیجه می‌رسد که حق باروری در راستای مقاصد شریعت است و بدون عذر نمی‌توان مانع بارداری شد. به گفته او عزل از همسر دائم حرام است و این حرمت در صورتی رفع می‌شود که یا ضمن عقد شرط شده باشد و یا خود زوجه بدین امر رضایت دهد. او بر این اساس حقی به نام حق باروری را استنباط می‌کند.

نویسنده بحث باروری را به امور حسبه و فقه حکومتی پیوند زده و به حاکمیت حق می‌دهد که در مواردی اشخاص را به بارداری الزام کرده و در مواردی نیز ممانعت از بارداری را جرم‌انگاری کند. نویسنده در بیشتر مباحث خود بر مبحث عزل در باب نکاح تکیه کرده است.

نویسنده در بحث حقوقی، حمایت‌های قانونی از زن را در جهت احقاق حق باروری ناکافی دانسته و تنها راه قانونی پیش روی زن را در صورت اثبات عسر و حرج، طلاق بیان می‌کند که به نظر وی پاک کردن صورت مسئله است.

معرفی اجمالی کتاب

کتاب زنان و حق باروری در فقه اسلامی و حقوق ایران به قلم لیلا ثمنی در موضوع حق باروری به رشته تحریر درآمده است. این کتاب که بخش اصلی آن رساله دکتری نویسنده بوده زیر نظر مهدی مهریزی نگاشته شده و توسط انتشارات دانشگاه الزهرا منتشر شده است.

ساختار کتاب

کتاب از چهار بخش تشکیل شده است. بخش اول کتاب به طرح کلیات و مباحث مقدماتی باروری زنان می‌پردازد. بخش دوم که مهم‌ترین بخش کتاب است به پنج دیدگاه درباره حق باروری زنان در فقه اسلامی اشاره کرده و در پایان رای برگزیده نگارنده مطرح می‌شود. در بخش سوم کتاب، حق باروری زنان از منظر حقوق بررسی شده و در نهایت در بخش چهارم به ضمانت اجرای این حق پرداخته می‌شود. نگارنده در پایان نیز به جمع‌بندی می‌پردازد.

کلیات و مقدمات

نگارنده در گفتار اول از بخش نخست ابتدا پیشینه‌ای از پژوهش درباره حق باروری زنان در اسلام مطرح ساخته و سپس به بررسی مفهوم «حق» و مقایسه آن با مفاهیم «حکم» و «تکلیف» می‌پردازد و در پایان مفهوم «باروری و حق باروری» را تبیین می‌کند (ص ۱۸-۳۴).

اثبات حق باروری

مولف در دومین گفتار از بخش نخست قبل از ورود به دیدگاه‌های درباره حق باروری به بیان چهار مقدمه به‌عنوان مبنای بحث حق باروری می‌پردازد.

مقدمه نخست: باروری به حکم عقل و فطرت ضرورت دارد و قاعده‌ای عام و جهان‌شمول است و موجب بقای نظام عالی آفرینش می‌شود (ص ۳۴-۳۹).

مقدمه دوم: روایات مربوط به جواز عزل با مسئله فرزندآوری و باروری مرتبط هستند. اطلاق عزل در باب زوجه اگر جلوگیری از انزال در فرج باشد، جایز نیست و اگر ممانعت از بارور شدن اسپرم باشد در صورت رضایت شوهر و اثبات حق باروری زوجه، جایز است (ص ۳۹-۴۴).
مقدمه سوم: طبق آیات و روایات فرزندآوری یکی از مقاصد اصلی شارع بوده و در واقع علت اصلی تشریع نکاح است. همچنین طبق نظر مذاهب پنجگانه اسلامی فرزندآوری موجب حفظ و بقای نسل است (ص ۴۴-۵۷).

مقدمه چهارم: ایجاد علقه زوجیت مقتضای ذات عقد و بقیه حقوق ناشی از عقد را مقتضای اطلاق عقد است. فرزندآوری عرفاً شرط بنایی عقد نکاح دائم است و انعقاد مطلق عقد نکاح اقتضای فرزندآوری را دارد (ص ۵۷-۷۴).

حق باروری زنان در فقه اسلامی
نگارنده در بخش دوم کتاب ابتدا به بیان نکاتی درباره جایگاه باروری زنان در متون فقهی ازجمله تشویق نکاح در روایات، ویژگی‌های انتخاب همسر، حکمت ازدواج، آداب جماع و حکمت منع عزل، عیوب فسخ نکاح، حقوق همسر و نکاح با غیرمسلمان می‌پردازد. وی در گفتار دوم این بخش به بررسی پنج دیدگاه فقهی پیرامون حق باروری زنان و مستندات آنان پرداخته و در نهایت نظر خود را بیان می‌کند.

دیدگاه اول: حق الله بودن باروری و تکلیف باروری زنان
نگارنده سه حکم احتمالی در باب حکم فرزندآوری را مطرح می‌کند: اباحه، وجوب و استحباب. گروهی بر این باورند که موقعیت حکمی فرزندآوری در منطقه الفراغ است یعنی خداوند به جای الزام شرعی، الزام تکوینی و فطری (مثل تمایل به جنس مخالف، تمایل به فرزندآوری و مقرر کردن حس مادری) را پشتوانه تحقق غایت خود مقرر فرموده است.

گروه دوم با توجه به فراوانی نصوص دال بر مطلوبیت، معتقدند حکم فرزندآوری وجوب است. البته این گروه وجوب را عینی ندانسته، ولی در کفایتی بودن آن محذوری متصور نیستند.

نگارنده مدعی است تحقیق حاضر برای نخستین بار امر فرزندآوری را داخل در امور حسبیه و فقه حکومتی کرده است و بر مطلوبیت تنظیم و تحدید فرزندآوری بر مبنای رای استصلاحی حاکم تأکید می‌کند. به نظر او حکم استحباب ضامن اجرایی تأمین مقصد حفظ نسل نیست. او پس از بیان حکم فرزندآوری به عقیده گروهی از فقها اشاره می‌کند که به دلیل اینکه باروری و فرزندآوری حکمت تشریع نکاح است پس مخالفت با آن مخالفت با شارع است و فرزندآوری حق الله است. لذا بعضی از فقهای شافعی در صورت رضایت زوجه نیز قائل به حرمت عزل هستند، زیرا حق الله رعایت نشده است و عزل را تنها در صورت اضطرار جایز می‌دانند (ص ۸۰-۹۱).

دیدگاه دوم: اختصاص حق باروری به مردان

به گزارش نگارنده، دیدگاه دوم در بحث حق فرزندآوری، باروری را حق اختصاصی مرد می‌داند. او چهار مبنای قابل تمسک برای قائلین به اختصاص حق باروری به مرد مطرح می‌کند.

دلالت آیات بر قوامیت و ولایت شوهر، همچون آیه «الرجال قوامون على النساء» روایاتی که بر جواز عزل بدون نیاز به جلب رضایت زوجه دلالت دارند، مانند روایت محمد بن مسلم از امام صادق (ع) با این مضمون که اگر مرد بخواهد از زن حرّه عزل کند، اشکال ندارد و حتی اگر زن ناراضی باشد، در این مورد حقی ندارد].^۱ حکم عقل: طبق نظر قائلین به این دیدگاه، مرد اختیار امور شخصی خودش را دارد و بر منی خود اختیار طبیعی دارد. بیان فقها است مبنی بر اثبات حرمت عزل توسط زوجه و عدم اثبات حرمت عزل زوج بدون رضایت زوجه (ص ۹۱-۹۵). دیدگاه سوم: اختصاص حق باروری به زنان دیدگاه سوم قائل به سلب حق باروری از مرد و اختصاص آن به زنان است و به چند دسته از روایات استناد می‌کنند.

دسته اول روایات ناظر بر حرمت عزل بدون رضایت زوجه است؛ مثل روایت پیامبر (ص) که از عزل بدون اجازه زن آزاد نهی کردند.^[۲] طبق این دسته از روایات عزل بر مرد حرام است، مگر آن که ضمن عقد شرط کرده یا بعد از عقد رضایت زوجه را کسب کرده باشد (ص ۹۵-۹۷).

دسته دوم روایات مشعر به جواز یا لزوم عزل از برخی زنان است که به طور ضمنی اشاره بر عدم جواز عزل از زنانی دارند که دارای حق باروری هستند، مثل روایات لزوم عزل از زن مجوسه، مسی، بی‌حیا و کنیز (ص ۹۷-۹۹). دسته سوم روایات ناظر بر ضرورت گرفتن اذن از مولی در عزل از کنیز است. نگارنده بیان می‌کند که در این دسته از روایات عزل از کنیز را با اجازه مولی و عزل از زن آزاد را با اجازه خودش مجاز دانسته‌اند که نشان‌دهنده اختصاص حق باروری به زنان است (ص ۹۹-۱۰۱). چهارمین دسته از روایات، بر لزوم پرداخت دیه عزل به زوجه ناراضی اشاره دارد. مولف استحقاق زوجه بر دریافت دیه را دال بر وجود حقی در عزل به نفع زوجه می‌داند و این همان حق باروری زوجه است (ص ۱۰۳-۱۰۱).

دسته پنجم از روایات نیز به جواز عزل در عقد موقت دلالت دارند که عقد دائم را از این حکم خارج می‌کنند (ص ۱۰۳-۱۰۵).

دیدگاه چهارم: باروری حق مشترک زوجین

طبق این دیدگاه فایده فرزندآوری مربوط به زوجین است و لذا هر دوی آنها ذی حق هستند؛ به همین دلیل نگارنده به جمع بین روایات دال بر جواز و حرمت عزل می‌پردازد. به گفته او گروهی از فقها روایات را بر مبنای تباین جمع کرده و عزل را جایز و در صورت عدم رضایت زن، آن را مکروه می‌دانند. همچنین گروهی دیگر، مطلقاً بر بر مقید حمل کرده و در صورت عدم رضایت زن آزاد، حکم به حرمت عزل کرده‌اند. نگارنده بر این باور است که روایات دال بر جواز عزل پاسخی از جانب معصوم نسبت به جواز کلی عزل بوده و هیچ نگاهی به رضایت و عدم رضایت زوجه ندارد.

او جمع دیگری برای روایات مطرح می‌سازد و روایات جواز را حمل بر موارد خاص مثل کنیز و زن مسن کرده و روایات ناهیه را بر موارد غیرخاص حمل می‌کند. نگارنده معتقد است گروهی از فقها که روایات ناهیه را حمل بر کراهت کرده‌اند نیز قائل به وجود حقی معادل حق باروری برای زن هستند، زیرا در صورت کراهت نیز، کراهت با رضایت زوجه برداشته می‌شود. وی مقتضای اطلاق عقد نکاح را که در آن عدم فرزندآوری قید نشده، اثبات حق باروری برای زوجین می‌داند (ص ۱۰۵-۱۱۸).

دیدگاه پنجم: باروری حقی طبیعی و توافقی، نه شرعی نویسنده بر این باور است که این دیدگاه سعی دارد مسئله عزل را از فرزندآوری جدا کرده و حکم آن را خارج از دامنه شریعت قرار می‌دهد. لذا این گروه تشریع چنین حقی را از زوجین نفی کرده و قائل به توافقی بودن باروری شده‌اند. قائلین به این دیدگاه معتقدند اگر یکی از زوجین خواهان فرزند است بایستی ضمن نکاح شرط کند و در صورت عدم شرط هیچ‌گونه حقی ندارد؛ زیرا باروری اصلاً «حق» نیست، نه حق الله و نه حق یکی از زوجین. این دیدگاه معتقد است خداوند گونه‌ای الزام تکوینی و فطری را پشتوانه تحقق غایت خود مقرر نموده است (ص ۱۱۸-۱۲۵).

دیدگاه نویسنده نویسنده کتاب زنان و حق باروری در فقه اسلامی، در سومین گفتار بخش دوم، به جمع‌بندی و بیان دیدگاه خویش می‌پردازد. وی بر این باور است که حرمت عزل از همسر دائمی تا قرن چهارم مورد قبول بوده و به تدریج به کراهت تبدیل شده است. او رأی فقهای متقدم را بر رأی متأخرین از فقها مرجح می‌داند، زیرا به عصر تشریع نزدیک‌تر بوده و شهرت حرمت میان آن‌ها کاشف از قول معصوم است. مولف مشروط کردن رفع حکم منع- چه کراهت و چه حرمت- را به رضایت ابتدایی حین عقد یا رضایت پس از عقد، دلیل موضوعیت داشتن رضایت زن نزد شارع حکیم دانسته و این امر را همان حق باروری قلمداد می‌کند.

او معتقد است که پذیرش حرمت عزل بدون رضایت زوجه نافی حق باروری زوج نیست و قائل به حق اشتراکی طرفین است. طبق نظر نویسنده، در موارد وجود عذر یا ضرورت، زوج باید از زوجه اذن بگیرد و در غیر موارد عذر شرعی یا ضروری عزل صورت نگیرد. البته او عزل با رضایت زوجین را در موارد غیرضروری جایز نمی‌داند، زیرا باعث تعطیلی یکی از مقاصد و ضروریات شریعت می‌گردد و حق الله تضییع می‌شود؛ لذا عزل دائمی را حرام می‌داند.

طبق گزارش نویسنده، بعضی از معاصران، حرمت عزل بدون اذن زوجه را ضامن اجرایی حق باروری زنان دانسته و اثبات حق باروری را با قول به کراهت عزل چالشی قلمداد کرده‌اند. البته نگارنده حق ترک عزل و اقدام به باروری را حق زوج می‌داند و معتقد است نیازی به رضایت زوجه ندارد. او اصل اولی در عزل را عدم جواز و بیان موارد مجاز را که استثنائات این اصل هستند، دلیلی بر این اصل می‌داند. وی اصل عدم جواز عزل را با مذاق شرع و حکمت آفرینش سازگارتر می‌داند. او بیان می‌کند که فرزندآوری یکی از مقاصد شریعت است و این مقصد از طریق ازدواج تامین می‌شود و تامین این مقصد در صورتی میسر است که مولد حق باروری باشد (ص ۱۲۵-۱۴۲).

حق باروری زنان در حقوق ایران

به گزارش نویسنده در بخش سوم کتاب، طبق ماده‌ی ۱۱۳۰ قانون مدنی، تنها راه قانونی که در مقابل زنی که شوهرش راضی به فرزندآوری نیست، چشم‌پوشی از شوهر، اثبات عسر و حرج ناشی از موافقت نکردن شوهر با فرزندآوری، اقدام به طلاق با بذل مهریه و تن دادن به ازدواجی دیگر است. وی بر شناسایی راه‌حل‌ها و وضع قوانین تاکید دارد که صورت مسئله را پاک نکرده و با حفظ نکاح به حل مسئله بپردازند.

قانون «حمایت از حقوق و مسئولیت‌های زنان در عرصه‌های داخلی و بین‌المللی» حق باروری زنان را به رسمیت شناخته است، اما این قانون مورد شناسایی قرار نگرفته است. «قانون حمایت خانواده» نیز عدم امکان مادر شدن برای زن را یکی از عوامل ایجاد عسر و حرج دانسته و بر این اساس تقاضای گواهی عدم سازش جهت طلاق موجه دانسته شده است و لذا حق مادری پیش‌فرض این قانون قلمداد شده است.

در بند دهم شروط ضمن عقد نکاح نیز آمده که در صورت عقیم بودن مرد بعد از پنج سال زوجه دارای حق وکالت در طلاق می‌شود و می‌تواند خود را مطلقه کند. نگارنده شرط پنج سال را ضایع‌کننده حق زن می‌داند و بر این باور است که قضات به جای نظر به عسر و حرج بایستی به حق باروری دقت کرده و آن را مبنای حکم خویش قرار دهند (ص ۱۴۴-۱۵۳).

ضمانت اجرایی حق باروری زنان
نگارنده در نخستین گفتار بخش چهارم کتاب بیان می‌کند که در صورت عدم توافق زوجین بر باروری، نخستین فرض، الزام به باروری است.

رفع موانع و الزام طرفین
او الزام را در اینجا منطقی نمی‌داند و معتقد است تنها راه، رفع موانعی است که اختیاراً بر سر راه فرزندآوری قرار داده‌اند. او در صورت جلوگیری یکی از زوجین معتقد است ابتدا بایستی رضایت او را جلب کرد و اگر نپذیرفت بایستی ملزم به عدم جلوگیری شود. مولف می‌گوید جلوگیری از فرزندآوری اعم از جلوگیری از باروری است و شامل باروری مصنوعی و استفاده از ابزار و افراد دیگر نیز می‌شود. در جایی که مرد بیماری دارد، بر اساس حق باروری زن، مرد ملزم به درمان خودش یا راه‌های باروری مصنوعی است. البته این فرض در صورتی است که اولاً ضرورت فرزندآوری اثبات شود، ثانیاً عذر مرد برای عدم شرکت در درمان ناموجه باشد و ثالثاً درمان مؤونه کمی داشته باشد. مولف الزام یکی از زوجین به موافقت با دخالت شخص ثالث را جز در موارد بسیار ضروری بسیار مشکل می‌داند (ص ۱۵۶-۱۷۳).

جرمانگاری عدم بارداری
طبق گفتار دوم بخش چهارم، اسقاط شرطیت اذن همسر اول در نکاح مجدد، وجود حقوق شرعی و قانونی زوج، حق ریاست و لزوم تمکین خاص از ضمانت‌های اجرایی حق باروری شوهر هستند. نگارنده معتقد است در اینجا می‌شود از روایات عزل، تنقیح مناط کرد و با جرم‌انگاری، زوجه مخالفت‌کننده را جریمه مالی کرد. عدم صلاحیت گرفتن نفقه، عدم شرطیت موافقت زن با پذیرش فرزندخوانده از بهزیستی و استفاده از تلقیح مصنوعی و رحم اجاره‌ای از دیگر ضمانت‌های اجرایی حق باروری مرد هستند. اما در باب زوجه ضمانتی جز اجازه به طلاق آن هم در صورت اثبات عسر و حرج وجود ندارد. نگارنده معتقد است منع تحریمی یا کراهتی عزل و پرداخت دیه به زوجه ضمانت اجرایی حق باروری زوجه نزد شرع

هستند. وی حق باروری را محدود به یکبار نمی‌داند و بر این باور است که هر تعداد که یکی از همسران نیاز به فرزندآوری دارد، دیگری باید او را همراهی کند (ص ۱۷۳-ص ۱۸۱).

موارد جواز جلوگیری از بارداری
نویسنده در سومین گفتار از بخش چهارم کتاب به بیان علل موجه در جلوگیری از باروری می‌پردازد که عبارتند از: زن بد اخلاق، زن فحاش، زن بی‌حیا، زنی مستنکف از شیر دادن، کنیز، زن مجوسی، زن دیوانه، زن احمق. در جایی که موانعی برای تربیت فرزند وجود دارد نیز زوجین حق جلوگیری از باروری دارند. همچنین در صورتی که فرزندآوری موجب غفلت از یاد خدا و امور معنوی شود، جلوگیری مجاز است. بیش از حد شدن فرزندان، فرزندآوری مضر و حرج‌آور و فرزندآوریِ معصیت‌زا از دیگر مواردی هستند که شخص مجاز به جلوگیری از باروری است. موانع جسمی مثل حفظ زیبایی و خوش‌اندامی، موانع اقتصادی و موانع اجتماعی و جغرافیایی مثل ترس از به دنیا آوردن دختر از موانع نامشروع جلوگیری از فرزندآوری محسوب شده‌اند. (ص ۱۸۱-۱۹۱).

پانویس

حر عاملی، وسائل‌الشیعه، ج ۲۰، ص ۴.

نوری، مستدرک‌الوسائل، ج ۱۴، ص ۲۳۳.

منابع

حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل‌الشیعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ق.

نوری، حسین، مستدرک‌الوسائل، بیروت، مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ق.

