





دانشگاه اشرفی اصفهانی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A.)

رشته: حقوق

گرایش: حقوق خصوصی

عنوان:

حق زن در فرزند آوری با استناد بر حق سلطه بر بدن

استاد راهنما:

دکتر راضیه عبدالصمدی

استاد مشاور:

دکتر مصطفی نفری

نگارش:

مریم السادات خرم

تابستان 1401

کلیه حقوق مادی و معنوی مترتب بر دست آوردهای مطالعات، ابتکارات و نوآوری‌های ناشی از پژوهش موضوع این پایان نامه متعلق به دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی است. دانشجو موظف به رعایت آیین نامه و منشور اخلاق در پژوهش برای ارائه یا چاپ مطالب مستخرج از پایان نامه می‌باشد.



دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی (bold12)

دانشکده حقوق و الهیات

گروه حقوق

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق گرایش خصوصی خانم مریم السادات خرم تحت عنوان حق زن
در فرزند آوری با استناد بر حق سلطه بر بدن

عنوان پایان نامه حق زن در فرزند آوری با استناد بر حق سلطه بر بدن

در تاریخ ۱۴۰۱/۰۶/۳۱ توسط هیات داوران بررسی و با درجه عالی به تصویب نهایی رسید.

- | | | |
|-------|---|-----------------------------|
| امضاء | دکتر راضیه عبدالصمدی با مرتبه علمی استادیار | 1- استاد راهنمای پایان نامه |
| امضاء | دکتر مصطفی نفری با مرتبه علمی استادیار | 2- استاد مشاور پایان نامه |
| امضاء | دکتر سعید کاوه با مرتبه علمی استادیار | 3- استاد داور داخل گروه |
| امضاء | دکتر طاهیا سمیعی با مرتبه علمی استادیار | 4- استاد داور خارج از گروه |

مهر و امضا مدیر گروه

سپاسگذاری

سپاس بی کران پروردگار یکتا را که هستی مان بخشید و به طریق علم و دانش رهنمونمان شد و به همنشینی رهروان علم و دانش مفتخرمان نمود و خوشه چینی از علم و معرفت را روزیمان ساخت جناب دکتر را ضیه عبدال صمدی و دکتر مصطفی نفری چگونه سپاس گویم تأثیر علم آموزی شما را که چراغ روشن هدایت را بر کلبه‌ی محقر وجودم فروزان ساخته است. آری در مقابل این همه عظمت و شکوه شما مرا نه توان سپاس است و نه کلام وصف.

تقدیم به

همسر عزیز و پسر مهربانم

که در سختی‌ها و دشواری‌های زندگی همواره دلسوزانه و پر
مهر در کنارم هستید و پشتیبانی محکم و مطمئن برایم بوده‌اند.

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چکیده	1
مقدمه	2
بیان مساله	2
اهمیت و ارزش تحقیق	3
پیشینه تحقیق	4
اهداف تحقیق	5
سؤالات تحقیق	5
فرضیات تحقیق	5

فصل اول

کلیات و مفهوم شناسی

1-1- مفهوم شناسی اصطلاحات	7
1-1-1- حق	7
1-1-2- استیلا	8
1-1-3- قاعده سلطنت	9
1-1-4- مالکیت منفعت	10
1-2- تفاوت مالکیت منافع با حق انتفاع	10
1-3- حقوق باروری	11
1-4- تاریخچه	12
1-4-1- اعلامیه تهران	12
1-4-2- حقوق بشر	12
1-4-2- حقوق زنان	13
1-5- حق داشتن در باره بدن خود	14

فصل دوم

جایگاه و حق زن و نقش آن در تحکیم نظام خانواده

- 16-2-1- اهمیت و احیای شخصیت زن
- 17-2-2- شأن و مقام زن از منظر آیات قرآن
- 17-2-2-1- تساوی مقام زن و مرد
- 18-2-2-2- امتیازات مقام زنان
- 18-2-2-2-1- زن و تکثیر نسل انسان
- 19-2-2-2-2- زن و ایجاد آرامش
- 19-2-2-2-3- زن و مقام مادری
- 20-2-3- مقام زن در جهان بینی اسلامی
- 23-2-4- فلسفه خاص اسلام درباره حقوق خانوادگی
- 23-2-5- گونه‌ها و ابعاد منزلت زن
- 24-2-5-1- عنوان و شخصیت انسانی
- 24-2-5-2- زن در نردبان عرفان و آسمان معرفت
- 25-2-5-3- جایگاه زن در احکام و قوانین الهی
- 26-2-5-3-1- تکامل زن
- 27-2-5-3-2- حقوق زن
- 27-2-5-3-2-1- احیاء شخصیت زنان
- 27-2-5-3-2-2- به رسمیت شناختن حق مالکیت زنان
- 28-2-5-3-2-3- آزادی زنان
- 28-2-5-3-2-4- پرهیز از یک سو نگری
- 29-2-6- فرزند آوری در آئینه آیات قرآن
- 33-2-7- جایگاه مهم فرزندآوری با توجه به دعای برخی از انبیاء الهی برای فرزند داشتن
- 33-2-7-1- آیات مربوط به حضرت زکریا (علیه السلام)
- 35-2-7-2- آیات مربوط به حضرت ابراهیم (علیه السلام)
- 37-2-8- پاسخ قرآن به دغدغه های فرزندآوری
- 38-2-9- نگرش اسلام و غرب به حقوق زنان

فصل سوم

ماهیت حقوقی دعاوی زوجین در زمینه باروری

- 1-3- حق فرزندآوری 41
- 2-3- حکم بارداری در ازدواج موقت 41
- 3-3- حکم قانونی بارداری در ازدواج موقت 42
- 4-3- حضانت فرزند در ازدواج موقت 42
- 5-3- بارداری در عقد موقت 43
- 6-3- الزام به ثبت ازدواج در صورت بارداری زن صیغه ای 43
- 7-3- اختلاف زوجین در انتساب فرزند به یکدیگر 44
- 8-3- جرم جلوگیری از داشتن فرزند 44
- 9-3- شرط باروری و عدم باروری در نکاح 45
- 10-3- شرط عدم فرزند آوری (عدم باروری) 46
- 11-3- ضمانت اجرایی شرط باروری و یا عدم باروری در نکاح 46
- 12-3- مشروعیت الزام به فرزند آوری در فقه 47
- 1-12-3- مقتضای ذات عقد یا ماهیت شرعی عقد من حیث هی 47
- 2-12-3- مقتضای اطلاق عقد، یا ماهیت عقد به شرط لا 48
- 13-3- طلاق به علت ناباروری 52
- 14-3- قانون بر روی طلاق به علت ناباروری 53
- 15-3- تاثیر باردار نشدن زوجه در مهریه و طلاق 53
- 16-3- احکام طلاق برای مرد به دلیل ناباروری زن 54
- 17-3- فسخ نکاح به دلیل عقیم بودن مرد 55
- 18-3- طلاق به دلیل نازایی مرد (عقیم بودن و ناباروری مرد) 57
- 19-3- بچه دار شدن با اجازه زن یا شوهر-عزل منی 58
- 20-3- طلاق به دلیل نازایی مرد 59
- 21-3- فسخ نکاح به دلیل عقیم بودن مرد 60
- 22-3- اهدای جنین از دیدگاه حقوقی 60
- 23-3- امکان اهدای جنین برای زوجین نابارور 61
- 24-3- مقررات مرتبط با اهدای جنین 62
- 25-3- شرایط اهدای جنین 62

فصل چهارم

تسلط زوجه یا زوج بر بدن و رحم

- 4-1- سلطنت بر اعضا 65
- 4-2- بررسی فقهی قطع یا تصرف در اعضا و جوارح 65
 - 4-2-1- بررسی آیه 195 سوره بقره 65
 - 4-2-2- بررسی «باء» در «بایدیکم» 66
 - 4-2-3- بررسی واژه «تهلکه» 67
- 4-3-1- رابطه مالکیت 68
- 4-3-2- رابطه مالکیت تکوینی 69
- 4-3-3- رابطه مالکیت ذاتی 69
- 4-3-4- مالکیت تشریعی (اعتباری) 70
- 4-3-5- رابطه مالکیت منفعت 81
- 4-3-6- رابطه تصرف و سلطه 72
- 4-4- ادله و مبانی اثبات حق استیلا زوجه 73
- 4-4-1- قاعده سلطنت 73
- 4-4-2- شرط ضمن عقد 74
- 4-5- قاعده ی لاضرر 77
- 4-5-1- نفی یا اثبات حکم 77
- 4-6- مستندات قاعده لاضرر از نظر اثبات حکم 77
- 4-6-1- اثبات حکم توسط قاعده لاضرر در روایات 77
- 4-6-2- اثبات حکم با قاعده لاضرر در آراء فقها 78
- 4-6-3- اثبات حکم توسط قاعده لاضرر در قانون 78
- 4-7- فرزندآوری حق زن یا مرد 79
- 4-8- حکم عزل در روایات و برداشت فقها 79
- 4-9- ارتباط عزل با فرزندآوری 80
- 4-10- حقوق مثبت برای زنان دارای همسر 80
- 4-10-1- حق جلوگیری زوجه 80

81	2-10-4- حق بارداری زوجه
82	11-4- حقوق ثابت شده برای بانوان غیر باکره بدون همسر یا دارا یهمسر همراه با رضایت وی
83	1-11-4- حفظ باروری در دختران باکره
86	12-4-- باروری های پزشکی _اهدای تخمک
87	1-12-4- اجاره رحم
88	2-12-4- اهدای اسپرم
91	13-4- نتیجه گیری
92	14-4- نظریات و آرا قضایی
92	1-14-4- مشکل باروری زوجین و درخواست طلاق از طرف زوجه
94	2-14-4- طلاق - ناباروری زوجین - شرط ضمن عقد
96	3-14-4- درخواست اهدای جنین به لحاظ بیماری یکی از زوجین
98	منابع

چکیده

پس از تشکیل خانواده ی مستقل اصولاً زوجین به داشتن فرزند و فرزند آوری فکر می کنند. بهترین حالت ممکن آن است که هر دو در این زمینه به طور کامل با یکدیگر به توافق بر سندی گاهی پیش می آید که یکی از زوجین برای مدتی، یا بطور دائم خواهان فرزند نیستد این در حالی است که طرف دیگر به فرزند آوری متمایل است. در اینجا بررسی می شود که این حق متعلق به کدامیک از زوجین است.

جایگاه زن امروزی در جامعه اقتضا می کند که با توجه به حقوق مختلف او از گذشته تا امروز حقوق ثابت شده و در خور شان و منزلت او نیز بررسی گردد. تا در پرتو این حقوق بتواند در مسیری مناسب حفظ نسل و نفس خویش حرکت نمایند. مسئله پیش روی جامعه اکنون ما در مورد دعاوی زوجین در زمینه باروری و نیز توجه به حق فرزند آوری که با توسعه و پیشرفت تکنولوژی های کمک باروری و نازایی و همچنین روش های پیشگیری از باروری روزانه رو به افزایش است، اثبات این حقوق زوجه را از مباحث مورد توجه به بررسی قرار داده است. انسان دارای توانایی و قابلیت بالقوه ایی است که به وی این امکان را می دهد که دارای فرزند شود. اظهار نظر درباره اینکه ماهیت حقوقی این مسئله حق است یا حکم در بادی امر دشوار به نظر می رسد. ولی با توجه به اثر اراده در این امر، می توان آن را یک حق به شمار آورد. قاعده سلطنت در تصرفات ماهو مشروع (به شرط نداشتن منافات با حقوق اختصاصی زوج در تمکین خاص) شرط ضمن عقد (تقیید عقد به شرط استیلا یا عدم استیلا) و نیز قاعده لاضرر مبتنی بر اثبات حکم، از جمله دلایل و مبانی هستند که برای اثبات حق فرزند آوری برای زن می توان به آنها تمسک یافت. اثبات سلطنت زوجه بر رحمش دارای آثار متعددی است و در صورت اثبات آن برای زنان، این نکته مورد توجه قرار می گیرد که در صورتی که شخصی بر پیزی سلطه یابد، می تواند از منافع آن چیز نیز بهره برداری کند. اما از آنجایی که رحم در بدن زن عضوی است که ارتباط مستقیم با منافع شوهر دارد، ممکن است منافع قابل استفاده از آن در تعارض با حقوق واجب همسر قرار گیرد. در نتیجه منافع حاصل از رحم در فرض نداشتن همسر برای بانوان غیر باکره به راحتی ثابت است. حقوق اثبات شده برای زنان دارای همسر در فرض تمایل نداشتن زن به استیلا، حق جلوگیری از فرزند آوری با استفاده از روش های متفاوت به غیر از عزل (جلوگیری طبیعی) و در صورت تمایل زوجه به فرزند آوری نیز در صورت عزل زوج و عدم تمایل او به استیلا، حق بارداری زوجه به وسیله زوج است. نیز حقوق اثبات شده برای بانوان غیر باکره بدون همسر یا دارای همسر همراه با رضایت همسرشان، از جمله اجاره رحم و به دست آوردن منافع از این طریق می باشد.

کلمات کلیدی: حقوق زوجه، قاعده سلطنت، سلطنت بر بدن، حق فرزند آوری

مقدمه

یکی از مباحث روز جامعه ما بحث مهم فرزندآوری که گاهی اختلاف نظر زوجین در این مورد اسباب تزلزل بنیان خانواده و روابط همسری را فراهم می‌کند. گاهی زن متقاضی فرزندآوری است ولی شوهر هیچ تمایلی به داشتن فرزند ندارد و گاهی برعکس زوج متمایل به این مسئله بوده اما زوجه در مورد این موضوع رغبتی از خود نشان نمی‌دهد. در بادی امر ممکن است این گونه به نظر برسد که زن هیچ نوع حقی در مورد فرزند داشتن و فرزند آوری ندارد و تنها زوج است که در این زمینه توانایی تصمیم‌گیری دارد و یا حتی ممکن است به نظر برسد زن در این فرآیند فقط نگهدار نطفه‌ای است که در رحم بارگذاری می‌گردد. (امامی، 1390)

در اینجا در مورد زن با این مسئله مواجه می‌شویم که همانطور که زن در مورد درآمدهای کسب شده اش، چه آنها که به صورت اختیاری به دست آورده مانند درآمدی که از کسب و کار حاصل کرده و چه آنها که به صورت غیر اختیاری و غیر ارادی مالک شده است، مانند آنچه که از راه ارث یا برخی راه‌های دیگر، مانند دیه به او تعلق می‌گیرد دارای اختیار است و هیچ کس حق ندارد به این حقوق وی بدون اجازه وی تعرض نماید، آیا در مورد مسئله فرزندآوری که زن سهم عمده‌ای در این فرآیند و در تکامل جسم و روح و تربیت فرزندان دارد، فاقد حق و یا هر نوع حالت است. می‌دانیم که وی بر اموال و منافع مالی خود سلطه و سلطنت کامل و کافی دارد، آیا این سلطنت بر بدن او که رحم نیز یکی از اعضای مهمش به شمار می‌رود نیز ثابت است، اما این مسئله به خوبی بررسی نشده است آنچه تاکنون در این مورد نگاشته شده است ناشی از پژوهش‌های همین دوره می‌باشد. چرا که این موضوع در دوران فقه‌های پیشین دارای اهمیت زیادی نبوده و به نوعی مبتلا به نبوده است. شاید دلیل آن این باشد که سابق بر این روش‌های پزشکی باروری و عدم باروری یا اصلاً موجود نبوده یا در صورت وجود جا افتاده و مورد پذیرش اجتماع نبوده است. از آنجایی که در دین مبین اسلام زن از نقش والایی در خانواده و جامعه برخوردار است حمایت کردن از حقوق وی به گونه‌ای است که تمامی زوایای حیاط زندگی فردی و نیز اجتماعی و حتی معنوی وی را شامل شود تا زنان بتوانند در سایه این حقوق با برخورداری از منزلت و کرامتی ویژه در جامعه و خانواده در راه محافظت از دین نسل و نفس خویش همزمان و به راحتی با آسودگی خاطر حرکت نمایند. (حسین روحانی، 1396)

در این دین که کاملترین آیین پرورش و سعادت‌مندی بشر دانسته شده است، آدمی از انواع حقوق و نیز استقلال، در زمینه بهره‌برداری از تمامی اموال و منافع مالی برخوردار می‌باشد. در این نوع تصرفات، تصرف انسان بر اندامها و اعضای بدنش به صورت مطلق و بدون محدودیت نیست. شرع و عقل محدودیت‌هایی را برای این نوع تصرف در نظر گرفته‌اند. در زمینه نوع ارتباط انسان با اعضای بدنش بر مبنای شرع و عقل تسلط بر بدن به نوعی محدود شده و در اختیار بهره‌مندی از اندامها در چارچوبی معین گردیده و روشن می‌باشد. (خرازی، 1392).

در این پایان‌نامه با روش تحلیلی-توصیفی تلاش بر آن است تا ضمن بررسی حق زن در مورد فرزندآوری با توجه به حق سلطنت با بررسی انواع مالکیت‌هایی که فرد می‌تواند بر بدنش داشته باشد و نتایج نهایی حقوق باروری در جامعه چه برای زنان دارای همسر چه برای زنان فاقد همسر و حتی دختران باکره تشریح گردد.

بیان مساله

امروزه یکی از مهم ترین موضوعات مربوط به رفتار شناسی خانواده ها، مسأله فرزندآوری و پایین آمدن نرخ فرزندآوری است. کاهش که در ابعاد کلان موجب کاهش رشد جمعیت می شود و در دراز مدت ممکن است تبعاتی را برای جامعه به همراه داشته باشد که هم اینک موضوع سخن ما نیست. از مسئله های مهم و مطرح جامعه ی نوین امروزی بحث استیلاد و فرزندآوری است که گاهی اختلاف نظر زوجین در این مهم، بنیان خانواده و روابط جنسی و عاطفی همسران را متزلزل می کند. گاه زوجه خواهان و متقاضی فرزند است و زوج هیچ رغبت و میلی به فرزندآوری ندارد و گاه زوج متمایل به این مسئله است، اما زوجه نسبت به این موضوع میلی شان نمی دهد. در چنین شرایطی تکلیف زندگی مشترک و زوجین چیست؟

پایین آمدن نرخ جمعیت در جوامع دینی مذموم شمرده می شود. با این حال ممکن است عده ای این ایده را مطرح کنند که لزوم فرزندآوری به هیچ وجه قابل استنباط از هیچ کدام از آیات قرآن نیست و از آنجایی که این کتاب آسمانی هیچ گونه خطابی را راجع به این موضوع متوجه پیروان خود نساخته، نباید و نمی توان مستظهر به آموزه های کتاب مقدس مسلمانان از آنها خواست که بچه دار شوند. به خصوص در شرایط سخت اقتصادی جامعه امروز که تأمین ابتدایی ترین لوازم نگهداری و مراقبت و تربیت کودکان با چالش مواجه می شود و برای والدین رؤیای ساختن حیاتی مرفه برای فرزندان شان را دست نیافتنی کرده است.

یکی از قواعد مهم و پرکاربرد فقهی در حوزه معاملات، قاعده «تسلیط» است. این قاعده مضمون حدیث مشهور نبوی (ص) است که فرمودند: «الناس مسلطون علی اموالهم». هرچند سند این حدیث مرسل است، لکن شهرت روایی و فتوایی این حدیث جابر ضعف سند آن بوده و فقها در کتب فقهی به کرات به آن استناد نموده اند. همچنین مضمون این قاعده از طریق ادله دیگری چون بنای عقلا قابل اثبات است.

شاید اینگونه به نظر آید که زوجه هیچ حقی در مورد فرزندآوری ندارد و تنها زوج است که در این مورد تصمیم گیری می کند و زوجه در فرایند فرزندآوری فقط حافظ نطفه ای است که در رحم او بارگذاری می شود.

در این پژوهش می خواهیم بدانیم حق زوجه برای استیلاد و فرزندآوری تا چه میزان است. می دانیم در دین مبین اسلام انسان حق تصرف در بدن خویش را دارد ولی نه به صورت کلی و بدون قانون و چهارچوب، بلکه تصرف و تسلط انسان بر اعضا و جوارح خود باید به صورت محدود و در راستای عقل و منطق باشد. با توجه به این مطلب، می خواهیم بدانیم حق زوجه برای استیلاد با توجه به حق سلطه بر بدن (رحم از مهمترین اعضای بدن زنان است) تا چه میزان می باشد.

اهمیت و ارزش تحقیق

جایگاه ویژه ی زنان در جامعه ی امروزی اقتضا می کند که با توجه به حقوق مثبتی آنان از گذشته، حقوق اثبات پذیر و شایسته ی شأنشان نیز بررسی و واکاوی شود تا در پرتو این حقوق بتوانند در مسیر حفظ نسل و نفس حرکت کنند. مسئله ی پیش روی جامعه ی مدرن امروزی در مورد دعاوی زوجین در زمینه ی باروری و توجه به حق فرزندآوری، که با پیشرفت و توسعه ی تکنولوژی های کمک باروری و همچنین روش های مختلف جلوگیری از بارداری که می توان گفت به صورت روزانه رو به افزایش است، اثبات این حق برای زوجه را از مباحث شایسته ی بررسی و واکاوی قرار داده است.

ضمن اینکه زوجین با دانستن حقوق خویش در هر زمینه ایی از جمله فرزندآوری، که دغدغه و مسئله ی امروز زوجین است، می توانند نزاع ها و اختلافات را از روند زندگی خود حذف کنند و فضای خانواده را به محیطی آرام و سرشار از امنیت تبدیل کنند؛ به همین دلیل آگاهی دادن و ایجاد بینش صحیح نسبت به این مورد، حائز اهمیت است و بی توجهی به زوایای مختلف این موضوع، عامل از هم گسستگی بنیان زندگی تعدادی از خانواده های جدید و اختلاف زوجین جوان در مسئله ی استیلاست. بی شک زوجین در این مورد، حقوقی مجزا و مستقل دارند که احترام به دیگری و رعایت این حقوق از جانب طرف مقابل واجب و ضروری است.

پیشینه تحقیق

- آنچه تا به حال در این مبحث نگاشته شده است، حاصل تحقیقات معاصر است؛ چراکه این مطلب در دوران فقه های پیشین حائز اهمیت مبتلا به نبوده است. در زیر به تعدادی از این پژوهش ها نظری می اندازیم:
1. کاظمی افشار و اصغری آق مشهدی، (1388) در مقاله ی نحوه ی ارتباط انسان با اعضای بدن خود از دیدگاه فقه و حقوق، ص ۳۲-۴۵، در پایان نتیجه می گیرد که: "در مورد نوع رابطه ی انسان با بدن خویش، رابطه ی مالکانه و همچنین رابطه ی امانت به دلایل مختلف از جمله محدوده ی اختیارات انسان و مطلق نبودن رابطه ی مالکانه طبق قوانین موجود نمی تواند مورد پذیرش واقع شود. اما داشتن سلطه و تصرف انسان بر اعضای بدن در محدوده ی عقل و شرع با ملاک هایی که قانون از نوع تصرفات انسان بر مایملک خود ارائه کرده است، سازگاری بیشتری دارد."
 2. رجایی (1390) در مقاله ی بررسی فقهی — حقوقی رابطه ی انسان با اعضای بدن خود، ص ۴۵-۶۲ می گوید: "انسان با اعضای خود به طور طبیعی و فطری رابطه دارد و چگونگی این رابطه در علم فقه و حقوق به عنوان رابطه مالکیت ذاتی شناخته شده است و این مالکیت حقی از حقوق عینی است. مهم ترین دلیل آن وجدان و سیره عقلاست. اعضای بدن انسان با ماهیت مادی، منقول و غیرمالی موضوع مالکیت هستند؛ این حق دائمی است و در زمان حیات شخص در صورتی که موجب اضرار به نفس باشد و در زمان پس از مرگ در صورتی که نجات جان مسلمان دیگری به آن بستگی نداشته باشد غیرقابل انتقال و واگذاری به غیر است. بنابراین متعلق به خود شخص است و فقط در موارد محدود و با شرایط ویژه به عنوان حکم ثانوی قابل انتقال به غیر است."
 3. بدای و حجازی (1393) در مقاله ی شرط باروری یا عدم باروری در نکاح، ص ۴۵-۷۲، در قسمتی مطرح می کند "شرط فرزندآوری در نکاح شرطی صحیح و تأکیدی است. شرط عدم فرزندآوری در نکاح موقت صحیح و در نکاح دائم به شرایط متعدد محدود و مقید است."
 4. رحیمی و صادقی (1397) در مقاله ی ماهیت حقوقی فرزندآوری و آثار اشتراط و عدم اشتراط آن ضمن عقد نکاح می گوید: "اظهار نظر درباره ی اینکه فرزندآوری یک حق است یا حکم اندکی دشوار است... فرزندآوری مقتضای ذات عقد نکاح دائم نیست."
 5. ثمینی (1398) در پژوهشی با عنوان ضمانت اجرای حق مادر شدن: "الزام به فرزندآوری در موارد خارج از اختیار زوجین غیر مقدور است، اما الزام به جلوگیری نکردن مبانی شرعی، عقلی و عرفی دارد."
- در پژوهش های فوق الذکر به بخشی از زوایای پایان نامه ی پیش رو اشاره شده است؛ اما در هیچ کدام از آنها حق فرزندآوری زن، با استناد به دلایل سلطنت بر اعضا و جوارح و شرط ضمن عقد نکاح و نیز قاعده ی لا ضرر، به صورت کامل و جامع مورد بررسی قرار نگرفته است.

اهداف تحقیق

این پایان نامه می کوشد تا ضمن بیان جایگاه دین مبین اسلام در مورد حقوق زن در خانواده، حق فرزندآوری زوجه را با استناد به قاعده سلطنت در ما هو مشروع، یا مقید کردن عقد نکاح به استیلا یا عدم آن به عنوان شرط ضمن عقد و همچنین با استناد به قاعده اصلی و مهم لاضرر در صورتی که محتمل باشد، ضرر اعم از روحی و جسمی بر زوجه، بررسی کرده و در آخر آثار مترتب بر حقوق مثبت را عنوان کند.

سؤالات تحقیق

- ۱- میزان حقوق و دخالت زن در زمینه ی استیلا، با توجه به اینکه سهم اساسی و عمده ای در سیر تکوینی و تکامل روحی و جسمی و تربیتی فرزند دارد، چه اندازه است؟
- ۲- حق استیلا برای زنان غیر باکره با توجه به سلطه بر بدن چگونه توجیه و تفسیر میشود؟

فرضیات تحقیق

- ۱- زوجه با قرارداد شرط ضمن عقد نکاح و نیز قاعده سلطنت و همچنین قاعده لا ضرر تا حدود زیادی صاحب حق فرزندآوری خواهد بود.
- ۲- این دسته از حقوق در فرض نداشتن شوهر برای زنان غیر باکره اثبات پذیر است و در فرض وجود شوهر، مشروط به رضایت زوج، اثبات می شود.

فصل اول

کلیات و مفهوم شناسی

1-1- مفهوم شناسی اصطلاحات

1-1-1- حق

حق واژه ای است که معنای اولیه آن درست و راست می باشد و همچنین کلمه حق در لغت به صورت اسم مصدر، صفت و مصدر استفاده می شود برای بیان معنی آن، آن را در مقابل باطل نیز قرار میدهند. (خویی، 1418 ق)

گاهی به عنوان نصیب و بهره از چیزی، یقین و عدالت، اموال و مایملک استفاده میشود و نیز یکی از نامهای مقدس خداوند است. (سبحانی، 1415 ق)

اما کلمه حق در اصطلاح فقهای امامیه با سه نظریه تعبیر شده است :

الف) امری اعتباری ب) سلطنت ج) ملکیت یا مرتبه ضعفی از ملک یا ملکیت نارسیده یا غیر ناضجه. گفتنی است که باید میان دو مفهوم حق بودن و حق داشتن تمایز قائل شویم. حق بودن در مقابل باطل و غلط قرار می گیرد و همیشه در زمینه های فکری مخصوصاً افکار اخلاقی و سیاسی مورد استفاده قرار می گیرد. در نتیجه وقتی گفته می شود موضوعی حق است به این معناست که صحیح و صادق، راست و حقیقت است. (شهیدی، 1393).

اما حق در معنای دوم (حق داشتن) در مقابل تکلیف قرار می گیرد. این مفهوم در اثر تلاش های نظری و عملی، آزادی خواهی و برابری خواهی در عصر جدید و مدرن به وجود آمده است. در این معنا حق داشتن صرف یک عمل اخلاقی و صحیح نیست و افراد در برابر این نوع مفهوم حتی اگر رفتارشان خلاف اخلاق باشد در مقام اجرای آن تا زمانی که به حقوق دیگران تجاوز نکنند دارای ضمانت اجرا و حمایت سیاسی و قضایی هم خواهند بود. (قاری سید فاطمی، 1390).

آنچه امروزه از مفهوم حق در مفاهیم حقوقی از آن بیشتر استفاده می شود مفهوم حق داشتن است. (عاملی کرکی، 1414 ق).

خود حق داشتن هم در روابط و جایگاه های مختلف معانی متفاوتی دارد. بهترین تفکیک را هوفیلد انجام داده است؛ از دیدگاه او این واژه بیانگر چهار رابطه حقوقی است و در چهار قلمرو مورد استفاده قرار می گیرد:

- 1) حق ادعا (حق مطالبه) حق به معنای مضیق آن است؛ مثل حق طلبکار در مقابل بدهکار.
- 2) حق آزادی (حق امتیاز)
- 3) حق (اختیار)
- 4) حق مصونیت یعنی صاحب حق در برابر اعمال دیگران را مورد حمایت قرار می گیرد. (طوسی، 1387 ق).

از دیدگاهی دیگر حق به دو دسته حقوق مثبت و حقوق منفی تقسیم می شود.

حقوق مثبت: مجوز هایی برای انجام کارها یا حقوقی است که باید به آنها پرداخته شود مثل حق رفاه.

حقوق منفی: مجوز هایی برای عدم انجام کارها یا حق تنها ماندن است. (کاتوزیان، 1390).

آزادی خواهان که این حق منفی را به عنوان حق عدم مداخله از قبیل حق در برابر تعرض تصور می کنند اغلب به این تمایز استناد می کنند. نکته این است که نباید حقوق مثبت و منفی را با حقوق فعال (یعنی همان امتیازات و اختیارات) و حقوق منفعل (یعنی ادعاها و مصونیت ها) اشتباه گرفت. (منتظری، 1409 ق)

در نهایت می توان گفت حقوق، اصول مستحکم قانونی، اخلاقی یا اجتماعی، آزادی و یا بطور کلی استحقاق داشتن است؛ یعنی اینکه حقوق، بر طبق قوانین، کنوانسیون های اجتماعی یا نظریه های اخلاقی، قوانین اصلی هنجاری درمورد آنچه که برای افراد مجاز می باشد یا به آنان بدهکار است، هستند. حقوق در رشته های مختلفی مثل اخلاق و قانون، به خصوص نظریه های دین شناسی و عدالت اهمیت ویژه ای دارد. (نراقی، ، 1415 ق)

حقوق غالباً برای هر حکومت و جامعه ایی عنصر اساسی محسوب می شود، چراکه آنها به عنوان عمودهای مستحکم فرهنگ و جوامع در نظر گرفته می شوند و تاریخچه ی درگیری ها و منازعات اجتماعی جوامع را می توان در تاریخ هر قانون و حق و توسعه آن جستجو کرد. طبق دائرةالمعارف فلسفه استنفورد، «حقوق ساختار دولت ها، محتوای قوانین و شکل اخلاقی را همانگونه که در حال حاضر درک می شود، می سازد» (هاشمی شاهرودی، 1387).

2-1-1- استیلاد

استیلاد در لغت به معنای طلب فرزند آمده است. این کلمه به معنای توانایی و استعداد باروری هم به کار می رود. استیلاد معانی مختلفی دارد و در فقه و در اصطلاح فقها معنی مستقل و مفصلی دارد که آن را باید در قسمت ام ولد، یعنی همان باردار شدن کنیز از مولایش، جستجو کرد که از آنجایی که این مبحث با ما نحن فیه متفاوت می باشد از پرداختن به آن خودداری می کنیم.

با جستجو در معانی متعدد و لغتنامه های گوناگون، از بررسی متون فقه امامیه و اهل سنت می توان به این نتیجه رسید که بهترین معنی برای استیلاد تولید مثل و باروری است و بهترین معادل فارسی برای این واژه عربی طلب فرزند و فرزند آوری است. اگر بگوییم استیلاد در معنای باروری است، در این مورد هیچ تفاوتی میان ام ولد یا زن آزاد وجود ندارد. در اصطلاح فقهای امامیه استیلاد در دو معنا به کار رفته است: (۱) قابلیت باروری که در مقابل عقم به کار میرود. باید دانست این معنی برای مرد و زن چه کنیز باشد و چه آزاد قابل استفاده است.

(۲) باروری و زایش، که در این معنا فعلی است که تنها برای کنیز استفاده می شود که همانطور که گفته شد از گسترش و بسط این بحث خودداری می گردد. (محقق کرکی، 1414 ق)

حضرت امام خمینی (ره) در تعریف حق استیلاد نظر جداگانه و مطلب مستقلی ندارند اما با مطالعه سایر آراء حضرت در قسمت روش های کمک باروری، استفاده از روش های جلوگیری از بارداری و سقط جنین چنین برداشت می شود که ایشان استیلاد را در زمره حقوق می دانند نه احکام. چه اینکه در مبحث انواع بارداری ها در آینده، حکم به جواز یا اباحه داده اند. در نتیجه می توان گفت که افراد در استفاده کردن از روشهای کمک باروری یا جلوگیری از باروری کاملاً آزاد و مختارند و هیچ الزامی در این زمینه وجود ندارد. (فروغی، 1391).

با توجه به دو تعریف گذشته از حق و استیلاد و ترکیب عبارات گفته شده می توان چنین گفت که حق استیلاد یک اعتبار است که به انسان فرصت تصمیم گیری درباره زاد و ولد خود می دهد. البته در همین جا و قبل از ورود کامل به بحث باید یادآور شد که برخلاف نظریه لیبرالیسم ذی حق در استفاده از حقوق خود نباید دچار سوء استفاده شود و در این مورد این تصمیم گیری درباب زاد و ولد نباید به گونه ای باشد که در آن حرامی اتفاق بیفتد و یا در انجام امور واجب افراد کوتاهی صورت گیرد و در هر حال باید در زمره و در جهت اوامر الهی باشد. (عاملی، 1383).

3-1-1- قاعده سلطنت

قاعده سلطنت که نام دیگر آن قاعده تسلیط است، از قواعد مهم فقهی می‌باشد. در بسیاری از کتب فقها برای استناد در موارد مختلف مورد استفاده قرار گرفته است. مبنای شرعی این قاعده حدیث نبوی الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم، می‌باشد هرچند این حدیث از نظر سند حدیث مرسل است ولی شهرت روایی و فتوایی آن، نیز از آن جایی که فقها در کتاب خود به دفعات مکرر به آن استناد جسته‌اند و از طرفی مضمون این قاعده که از طریق دلیل بنای عقلا قابل اثبات است ضعف سند آن را جبران کرده و آن را قابل استناد قرار داده است. (طوسی، 1400ق).

در تعریف آن فقها نظرات گوناگونی دارند برخی از ایشان سلطنت را صرف تسلط و تصرف دانسته‌اند (کاشف الغطاء، بی تا، صفحه ۱۸۶) بعضی دیگر از ایشان در بیان معنی سلطنت آن را با دو واژه قاهریت و تسلط بیان نموده‌اند (آل کاشف الغطاء، بی تا، ص ۱۲۹) مرحوم نایینی مفهوم سلطنت و حق داشتن بر چیزی را یکی دانسته و در حقیقت آن را مرتبه‌ی ضعیف‌تر از مالکیت میدانند. (نایینی، بی تا، ج ۱، ص ۹۳) از طرف دیگر در جای دیگری مرحوم نایینی سلطنت را اقتدار و قدرت میدانند (نایینی، بی تا، ج ۲، ص ۲۷) حضرت آیت‌الله خمینی سلطنت را با ملک و حق متضاد دانستند و به نظر ایشان سلطنت امری اعتباری عقلایی مستقل است (خمینی، بی تا، ص ۴۴-۴۵) در جمع بندی مطالب فوق می‌توانیم بگوییم سلطنت یا به معنای حقیقی است یا به معنای اعتباری. در مفهوم حقیقی‌اش به معنی قهر و قدرت می‌باشد و طبیعتاً در معنای اعتباری نیز باید مفهومی شبیه به معنای حقیقی‌اش داشته باشد. در نتیجه مسلط دانستن مردم بر اموالشان و قدرت برای انواع تصرف را می‌توان معنای سلطنت دانست. در بهترین شرایط معنای آن چیزی غیر از معنای حق و ملکیت است، چرا که در خیلی از موارد ملکیت وجود دارد ولی سلطنتی در کار نیست مانند صغیر که بر مالش تسلطی ندارند اما مالک آن هست. در بعضی موارد هم سلطنت وجود دارد ولی ملکیت نیست مانند ولی که بر اموال صغیر سلطنت و ولایت دارد ولی مالک آنها نیست. در نتیجه سلطنت غیر از ملکیت و حق است. اینکه می‌گوییم غیر از حق است دلیلی دیگری نیز دارد که در بسیاری از جملات نمی‌توان واژه حق را با واژه سلطنت جایگزین کرد، مانند این که می‌گوییم فلانی حق دیگران را ادا کرد اما نمی‌توانیم این تعبیر را در مورد سلطنت استعمال کنیم. (صفایی، ۱۳۹۳).

مفاد قاعده سلطنت آن است که بر اساس این قاعده مردم بر اموال خود مسلط باشند به گونه‌ای که هر گونه تصرفی در مال خود بتوانند انجام دهند و هیچکس اجازه نداشته باشد که مردم را از تصرف در مالشان محدود کند. آنچه که باعث اهمیت بیشتر این قاعده می‌شود این است که در شبهات حکمیه می‌توان به آن تمسک جست. ادله‌ی این قاعده یکی حدیث سلطنت است که از مشهورترین ادله قاعده است آنجا که پیامبر اکرم فرموده است: "الناس مسلطون علی اموالهم" (ابن ابی جمهور، ۱۳۶۲، ج ۱، ص ۲۲۲) در مورد ضعف سند و جبران آن مطالبی عنوان شد دلیل دیگری که می‌توان گفت محکم‌ترین دلیل این قاعده به شمار می‌رود بنا و سیره عقلا است بدین معنا که شخص می‌تواند در تمام اموالش هرگونه اعمال حق را داشته باشد و این از نظر جمعیت عقلا حق مسلم و پذیرفته شده برای افراد است. مطمئناً چنین سیره‌ای در زمان معصومین هم جاری بوده و قطعاً منعی از جانب شارع در این زمینه عنوان نگردیده است. مطلبی که در این پایان‌نامه با آن مواجه هستیم آن است که آیا این قاعده برای سلطنت بر نفس و اعضا هم جاری می‌گردد یا خیر که در ادامه به بررسی آن می‌پردازیم.