



پایان نامه دوره کارشناسی ارشد (M.A)

رشته: حقوق خانواده

عنوان:

آزادی اراده در ممانعت از باروری

استاد راهنما:

دکتر مهدی منتظر قائم

استاد مشاور:

دکتر سید مرتضی قاسم زاده

استاد داور:

دکتر اسدالله امامی

دانشجو:

محمد جواد باقری

ماه و سال (دفاع پایان نامه):

آذر ماه ۱۳۹۲



آزادی اراده در ممانعت از باروری

تقدیرم به

چشمان مهربان مادر

و

دستان پینه بسته پدر

با تشکر و سپاس از استاد دانشمند و فرزانه‌ام جناب آقای دکتر مهدی منتظر قائم که با زحمات بی‌دریغشان راهنمایی این پایان نامه را بر عهده داشتند؛ استادی که بیش از هر چیز، اخلاق از ایشان آموختم.

با امتنان بی‌کران از مساعدت‌های جناب آقای دکتر سید مرتضی قاسم زاده که زحمت مشاوره این پایان نامه را بر عهده داشتند.

با تشکر ویژه از صبر و حوصله و زحمات بی‌دریغ جناب آقای دکتر اسدالله امامی که داوری این پایان نامه را بر عهده گرفتند.

با قدردانی از زحمات جناب آقای علی باقری مسئول تحصیلات تکمیلی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.

با سپاس فراوان از دوستان گرانمایه‌ام آقایان مسعود کرمی، مهدی رستمی، مجید عزیزی، احد سلیمانی، مصطفی مرادی، رسول شیرینی، محمد دردمند، حسین ولی‌پور و روح الله اکبری که در نگارش این پایان نامه یاریم دادند.

چکیده

یکی از مهم‌ترین مسائلی که در حوزه فرزندآوری در روابط زوجین مطرح است، آزادی اراده افراد در مقوله ممانعت از باروری است. در این تحقیق ابتدا به مسأله مشروعیت ممانعت از باروری از دیدگاه فقه امامیه پرداخته شده است؛ و با رد ادله مخالفان ممانعت از باروری (مانند حرمت عزل و وجوب ديه بر آن، حرمت دخالت در امر خلقت، حرمت اخصاء و حرمت تحریم حلال) و استفاده از دلایل فقهی و حقوقی (مانند اصل اباحه، اصل براءت، قاعده نفی عسر و حرج و قاعده سلطنت) مشروعیت استفاده از روش‌های ممانعت از باروری استنباط شده است. آزادی اراده هر یک از زوجین در برابر هم در مقوله ممانعت از باروری نیز مسأله مهمی است که به نوعی مهجور مانده و به اندازه کافی به آن پرداخته نشده است. در راستای همین بحث نگارنده به رد دیدگاه‌هایی که فرزندآوری را مقتضای ذات عقد نکاح یا مقتضای اطلاق عقد نکاح می‌پندارند پرداخته است و در ادامه چنین نتیجه گرفته است که زوجین می‌توانند با درج شرط فرزندآوری ضمن عقد نکاح یا تبانی بر آن، استیلا را دارای پشتوانه قانونی کرده و به یک الزام ضمانت آور تبدیل کنند؛ و با تکیه بر همین دیدگاه به ارائه راهکارهایی برای حل تزامن حقوق زوجین همت گماشته است. از طرفی صحت درج شرط عدم فرزندآوری در ضمن قرارداد استخدامی با زنان به شرط عدم مخالفت با نظم عمومی و قوانین آمره پذیرفته شده و به تحلیل فرض‌های مختلف آن پرداخته شده است. همچنین به تبیین قرارداد هر یک از زوجین با پزشک برای انجام عمل تعقیم پرداخته شده و چنین نتیجه گرفته شده است که برای انجام عمل تعقیم هر یک از زوجین نیاز به اجازه همسر خواهد بود؛ حتی اگر زوج، طرف قرارداد با پزشک باشد. البته در دو فرض سوء استفاده از حق و وضعیت اضطراری لزوم اخذ اجازه از همسر متفی خواهد بود.

واژگان کلیدی: آزادی اراده، ممانعت از باروری، استیلا، تعقیم، قرارداد با پزشک، مسئولیت مدنی،

سوء استفاده از حق

فهرست

صفحه

عنوان

۱.....مقدمه

۴.....**فصل نخست: مشروعیت ممانعت از باروری**

۵.....**مبحث نخست: آزادی اراده در ممانعت از باروری**

۵.....گفتار نخست: آزادی اراده در اصل فرزند خواهی

۶.....گفتار دوم: آزادی اراده در نحوه ممانعت از باروری

۱۱.....**مبحث دوم: دلایل مخالفان ممانعت از باروری و نقد آنها**

۱۳.....گفتار نخست: نهی از عزل و وجوب ديه بر آن

۱۶.....- نقد و بررسی

۲۷.....گفتار دوم: حرمت دخالت در امر خلقت

۲۸.....- نقد و بررسی

۳۰.....گفتار سوم: مطلوبیت افزایش فرزند

۳۲.....- نقد و بررسی

۳۷.....گفتار چهارم: استیلا، غرض اصلی نکاح

۳۹.....- نقد و بررسی

۴۵.....گفتار پنجم: ادله حرمت اخصاء

۴۵..... - نقد و بررسی

۴۷..... گفتار ششم: حرمت اضرار به نفس

۴۷..... ۱- آیه ۱۹۵ سوره بقره

۴۷..... ۱-۱- نقد و بررسی

۴۷..... ۲- روایت «لاضرر و لاضرار»

۴۸..... ۱-۲- نهی از ایجاد ضرر

۴۸..... ۱-۱-۲- نقد و بررسی

۴۸..... ۲-۲- نفی حکم ضرری

۴۹..... ۱-۲-۲- نقد و بررسی

۵۲..... ۳- دلیل مبتنی بر عقل

۵۲..... ۱-۳- نقد و بررسی

۵۴..... گفتار هفتم: حرمت تحریم حلال

۵۵..... - نقد و بررسی

۵۸..... **مبحث سوم: دلایل موافقان ممانعت از باروری**

۵۸..... گفتار نخست: اصل اباحه

۶۰..... گفتار دوم: اصل برائت

۶۳..... گفتار سوم: قاعده نفی عسر و حرج

۶۹..... گفتار چهارم: قاعده سلطنت

۷۴..... **نتایج فصل نخست**

فصل دوم: حدود آزادی اراده در ممانعت از باروری..... ۷۹

مبحث نخست: شرط فرزندآوری و شرط عدم فرزندآوری..... ۸۰

گفتار نخست: شرط ضمن عقد نکاح یا تبانی بر آن..... ۸۰

۱- دیدگاه‌های مربوط به فرزندآوری..... ۸۱

۱-۲- فرزندآوری مقتضای ذات عقد نکاح است..... ۸۱

۲-۲- فرزندآوری مقتضای اطلاق عقد نکاح است..... ۸۳

۱-۲-۲- فرزندآوری مقتضای اطلاق عقد نکاح است و فقط از حقوق زوجه محسوب می‌شود..... ۸۴

۲-۲-۲- فرزندآوری مقتضای اطلاق عقد نکاح است و فقط از حقوق زوج محسوب می‌شود..... ۸۷

۳-۲-۲- فرزندآوری مقتضای اطلاق عقد نکاح است و از حقوق زوجین محسوب می‌شود..... ۸۹

۳-۲- زوجین می‌توانند با درج شرط فرزندآوری یا تبانی بر آن، استیلا را به یک الزام ضمانت‌آور تبدیل کنند..... ۹۲

۲- ضمانت اجرای شرط فرزندآوری و شرط عدم فرزندآوری..... ۹۶

۱-۲- حق فسخ نکاح (به استناد خيار تخلف شرط فعل)..... ۹۶

۲-۲- مسئولیت مدنی متخلف..... ۱۰۰

۱-۲-۲- خسارت معنوی..... ۱۰۲

۲-۲-۲- خسارت مادی..... ۱۰۴

۳-۲- حق درخواست طلاق عسر و حرجی..... ۱۰۵

گفتار دوم: شرط عدم فرزندآوری ضمن قرارداد استخدامی با زنان..... ۱۰۶

۱- بررسی وضعیت حقوقی شرط..... ۱۰۷

۲- بررسی حقوق زوج..... ۱۱۱

۱۱۲	۱-۲- شرط فرزندآوری ضمن عقد نکاح.....
۱۱۵	۲-۲- عدم شرط فرزندآوری ضمن عقد نکاح.....
۱۱۵	۲-۳- ازدواج مرد با زن شاغل.....
۱۱۸	مبحث دوم: حدود آزادی اراده در عقیم سازی.....
۱۱۸	گفتار نخست: وضعیت حقوقی قرارداد عقیم سازی با پزشک.....
۱۲۳	گفتار دوم: اجازه همسر در قرارداد با پزشک.....
۱۲۷	۱- مبانی لزوم اجازه زوج.....
۱۲۸	۲- موارد سقوط لزوم اجازه همسر.....
۱۲۹	۱-۲- در وضع اضطراری.....
۱۳۲	۲-۲- سوء استفاده از حق.....
۱۳۳	۱-۲-۲- مخالفت همسر با عقیم سازی بدون بیان علت.....
۱۳۳	۲-۲-۲- مخالفت همسر با عقیم سازی به استناد دلایل غیر موجه.....
۱۳۳	۲-۲-۳- سکوت همسر.....
۱۳۴	۳- اعتبار قرارداد بدون اجازه همسر.....
۱۳۸	نتایج فصل دوم.....
۱۴۱	پیشنهادهای.....
۱۴۲	فهرست منابع.....

فهرست علائم اختصاری

ق.م	 قانون مدنی
ق.آ.د.م	 قانون آیین دادرسی مدنی
ق.ک	 قانون کار
ق.م.ا	 قانون مجازات اسلامی
ق.ح.خ	 قانون حمایت خانواده
ق.م.م	 قانون مسئولیت مدنی
ا.ح.ق.ق	 اداره حقوقی قوه قضاییه
ر.ک	 رجوع کنید
ص	 صفحه
چ	 چاپ
ش	 شماره

مقدمه

تبیین موضوع تحقیق:

گذشته از مداخلات غیرمستقیم دولت‌ها در راستای کنترل جمعیت، در موارد زیادی خود افراد به دلایل پزشکی، روانی، فرهنگی، اقتصادی و یا اجتماعی تصمیم به تحدید یا حذف توانایی باروری خویش می‌گیرند. این تصمیم ممکن است به شیوه‌های مختلف انجام شود؛ به عنوان مثال شرط عدم فرزندآوری ضمن عقد نکاح (یا تبانی بر آن) یا بستن قرارداد با پزشک و حتی شرط ضمن قرارداد استخدامی با زنان. در همین راستا به بررسی ادله جواز یا عدم جواز این تصمیم در فقه پرداخته خواهد شد. تأکید اصلی این تحقیق بر روی گستره آزادی اراده در این تصمیم‌گیری است تا با نگاهی به آن، محدودیت‌های موجود بر روی اراده افراد در این زمینه بررسی شود. به عنوان مثال اجازه همسر در مورد عقد قرارداد با پزشک یا در قراردادهای استخدامی زنان. در طول تحقیق در مورد ضمانت اجرای تخلف از شروط مذکور و یا عدم توجه به حقوق همسر و استثنائات پزشکی از منظر فقه و حقوق پرداخته خواهد شد.

ضرورت و اهداف تحقیق:

از آنجایی که در حقوق ایران، در مورد ممانعت از باروری زوجین و تعیین موارد مجاز آن قانونی تدوین نشده است، طبیعتاً در مورد میزان آزادی اراده افراد در صورت تزامم حقوق همسران نیز قانونی وجود ندارد. پس در صورت وقوع اختلاف، مسأله ضمانت اجرا و مسئولیت طرفین مبهم خواهد بود. هدف از انتخاب این موضوع بررسی محدوده و گستره آزادی اراده افراد در سلب باروری خودشان است. و این که با تحلیل شقوق مختلف تصمیم‌گیری افراد و تبعات آن در این زمینه به تبیین وظایف قانونگذار در تصویب قانون جامعی برای نظام‌مند کردن مسائل مطروحه در باب سلب توانایی باروری پرداخته شود.

سؤالات تحقیق:

۱. آیا کلیت ممانعت از باروری امری مشروع است؟
۲. فرزندآوری از چه جایگاهی در حوزه خانواده برخوردار است؟
۳. آزادی اراده هر یک از زوجین در صورت تراحم با حقوق همسر در مقوله ممانعت از باروری چگونه قابل جمع می‌باشد؟

فرضیه‌های تحقیق:

۱. ممانعت از باروری در عقد نکاح امری مشروع می‌باشد.
۲. فرزندآوری نه مقضای ذات عقد نکاح است و نه مقتضای اطلاق آن، بلکه زوجین می‌توانند با درج شرط ضمن عقد با تبانی بر آن فرزندآوری را به یک الزام ضمانت‌آور تبدیل کنند.
۳. اراده افراد در ممانعت از باروری آزاد است مگر در صورتی که در تراحم با حقوق همسر قرار گرفته باشد که منوط به اجازه وی خواهد بود.

پیشینه تحقیق:

در مورد این موضوع به صورت پراکنده مقالات اندکی وجود دارد که به صورت کاملاً اجمالی فقط به مباحث جواز یا عدم جواز ممانعت از باروری پرداخته‌اند. برای نمونه می‌توان به این مقالات اشاره نمود:

۱- محقق داماد، سید مصطفی، *شرط فرزندآوری یا عدم آن*، فصلنامه فقه پزشکی، سال

دوم، شماره ۲، بهار ۱۳۸۹

۲- سیفی، غلامعلی، *آزادی اراده و سلب توانایی باروری*، فصلنامه باروری و ناباروری،

دوره ۱۱، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۹

سعی این تحقیق بر این خواهد بود تا مسأله آزادی اراده در ممانعت از باروری را به صورت کامل و جامع از تمام زوایای فقهی و حقوقی بررسی کند.

قلمرو تحقیق:

قلمرو این تحقیق بیشتر در حوزه فقه امامیه و حقوق مدنی است. همچنین آزادی اراده افراد در مقوله ممانعت از باروری تا قبل از مرحله تشکیل نطفه بررسی خواهد شد؛ و به عنوان مثال به مسأله سقط جنین به عنوان روشی برای ممانعت از استیلاد پرداخته نخواهد شد.

روش تحقیق:

روش انجام این تحقیق توصیفی-تحلیلی و روش جمع آوری مطالب به صورت کتابخانه‌ای خواهد

بود.

فصل نخست:

مشروعیت ممانعت از باروری

در این فصل به بررسی مسأله جواز یا عدم جواز ممانعت از باروری از دیدگاه مخالفان و موافقان، با تشریح دلایل آنها پرداخته خواهد شد. در ابتدا برای روشن شدن موضوع، مقدماتی از روش‌های ممانعت از باروری و شقوق تزام حق زوجین در امر فرزندآوری و ممانعت از آن به منظور روشن شدن کلیات مباحث بعدی آورده خواهد شد. بعد از طرح مسأله در مبحث نخست، در مبحث دوم به تشریح دلایل مخالفان ممانعت از باروری پرداخته خواهد شد؛ همچنین استدلال‌هایی در رد هر کدام نیز آورده خواهد شد. در مبحث سوم نیز به تشریح دلایل موافقان ممانعت از باروری پرداخته خواهد شد.

مبحث نخست: طرح مسأله تزام حق زوجین در ممانعت از باروری

در این مبحث به امکان تزام اراده زوجین در امر ممانعت از باروری پرداخته خواهد شد. تزام حق زوجین در امر باروری یا ممانعت از آن می‌تواند به دو صورت تزام در اصل فرزندخواهی و تزام در نحوه ممانعت از باروری بروز کند.

گفتار نخست: تزام حق زوجین در اصل فرزندخواهی

زمانی که از آزادی اراده افراد در فرزندآوری سخن گفته می‌شود، باید به این نکته توجه داشت که ممکن است اراده زوجین در تزام با یکدیگر قرار گیرد. یکی از اشکال این تقابل اراده‌ها که از طرفی به دلیل آزاد بودن اراده فردی افراد، حقوقی را هم برای آنها ایجاد کرده است، اختلاف در اصل فرزندخواهی است، بدین معنا که یکی از زوجین خواهان فرزندآوری است و دیگری به استناد آزادی اراده خود در این زمینه میلی به این کار ندارد. حال باید مشخص شود که آیا امکان دارد که در چنین شرایطی، اراده یکی از زوجین بر دیگری مقدم شود؟ و آیا ممکن است که بر مبنای ترجیح اراده یکی از زوجین بر دیگری فردی را علی‌رغم میلش مجبور به فرزندآوری کرد؟ اگر چنین است مبنای حقوقی چنین کاری چیست؟ و این

که در صورت تراحم حقوق زوجین در این حالت با مراجعه به مراجع قضایی، دادرس چگونه و بر مبنای کدام یک از منابع فقهی و حقوقی، حکم صادر خواهد کرد؟

پاسخ تمامی این سؤالات بستگی به پاسخ این سؤال دارد که، فرزندآوری در عقد نکاح از چه جایگاهی برخوردار است؟ آیا استیلاذ مقتضای ذات عقد نکاح است؟ یا مقتضای اطلاق عقد نکاح؟ یا این که استیلاذ در گستره هیچیک از این‌ها نیست، بلکه فرزندآوری را باید با توافق بین طرفین الزامی ساخت؟ مورد دیگری که با وقوع آن ممکن است بین حقوق زوجین در اصل فرزندآوری تراحم ایجاد شود، قرارداد استخدای زنان است که ممکن است طی آن با زن شرط شود که تا مدت معینی مانع از بارداری خود شود. در صورت عدم رضایت زوج به این امر ممکن است تراحمی میان حقوق زوجین ایجاد شود. همچنین از دیگر مواردی که ممکن است موجب تراحم حقوق زوجین در اصل فرزندآوری شود، استفاده یکی از زوجین، بدون رضایت طرف دیگر، از روش تعقیم برای جلوگیری از ممانعت از باروری است.

در فصل دوم این تحقیق به تفصیل به نقد و بررسی این مسائل پرداخته و پاسخ این سؤالات آورده خواهد شد.

گفتار دوم: تراحم حقوق زوجین در نحوه ممانعت از باروری

در این‌جا به بررسی حالتی پرداخته خواهد شد که با وجود توافق زوجین در استفاده از روش‌های ممانعت از باروری، در انتخاب نوع روش اختلاف نظر دارند. ابتدا توضیح مختصری در مورد روش‌های ممانعت از باروری برای روشن شدن مطلب آورده می‌شود:

۱. روش استفاده از قرص‌های خوراکی ترکیبی و غیر ترکیبی.

این روش مانع تخمک‌گذاری در هر قاعدگی می‌شود. این روش عوارض خطرناک و جدی نداشته و نمی‌تواند باعث سقط در حاملگی شود. بلافاصله پس از قطع مصرف بازگشت باروری و باردار شدن امکان‌پذیر است.

۲. روش آمپول تزریقی پیشگیری از بارداری.

مرسوم‌ترین نوع آمپول تزریقی برای پیشگیری از بارداری DMPA است که هر سه ماه یکبار تزریق می‌شود. نقش اصلی این روش، پیشگیری از تخمک‌گذاری است. تقریباً هیچ عارضه خطرناکی ندارد.

۳. روش کاشتنی (نورپلنت).

هر کپسول نورپلنت به اندازه چوب کبریت است که زیر پوست و در قسمت بالای بازوی زن کار گذاشته می‌شود. کار گذاشتن و بیرون آوردن کپسول‌های نورپلنت احتیاج به جراحی سرپایی دارد و به وسیله افراد آموزش دیده انجام می‌شود.

۴. روش آی یو دی (IUD)

یک ابزار داخل رحمی کوچک از جنس پلاستیک است که قابلیت ارتجاعی دارد. عمل اصلی آی یو دی جلوگیری از رسیدن اسپرم به تخمک است.

۵. روش استفاده از کاندوم.

تنها روشی است که مانع انتقال بیماری‌های مقاربتی می‌شود.

۶. روش بستن لوله در زنان (توبکتومی).

توبکتومی روشی است که به وسیله یک عمل جراحی ساده و حتی به صورت سرپایی و با بی‌حسی موضعی انجام می‌شود. در این عمل یک برش کوچک بر روی شکم زن ایجاد شده و از طریق این برش

هر دو لولهٔ رحمی بسته یا قطع می‌گردد و چون لوله‌های رحمی باعث انتقال تخمک از تخمدان می‌شوند به این طریق از رسیدن اسپرم به تخمک ممانعت به عمل می‌آید. در ضمن این روش عارضه‌ای ندارد.

۷. روش وازکتومی.

همان‌طور که قبلاً نیز توضیح داده شد وازکتومی معادل اخته کردن نیست و بر روی بیضه، قدرت باروری و صفات ثانویهٔ جنسی تأثیری ندارد. از طریق برش کوچکی بر روی اسکروتوم هر دو لولهٔ انتقال دهنده اسپرم از بیضه پس از قطع شدن، بسته می‌شود. این عمل باعث می‌شود که مایع منی بدون اسپرم شده مانع از بارداری زن گردد. در روش جدید وازکتومی برشی داده نمی‌شود و صرفاً از محل تزریق مادهٔ بی‌حسی، به عنوان یک سوراخ کوچک برای بستن لوله‌های اسپرم استفاده می‌شود. همچنین این روش هیچ عارضهٔ جدی در پی ندارد.^۱

از جمله مواردی که در این زمینه ممکن است میان حقوق زوجین، تزامنی ایجاد شود، اجبار یکی از زوجین به استفاده از روشی خاص است؛ که ممکن است موجب تضییع حقوق طرف دیگر شود. برای روشن شدن موضوع ابتدا باید به این مسأله پرداخته شود که، آیا در مقوله ممانعت از باروری ارادهٔ فردی هر یک از زوجین نیز پشتوانهٔ حقوقی دارد یا این که در این زمینه حتماً باید میان ارادهٔ زوجین توافق حاصل گردد. فقهای گذشته در مورد آزادی ارادهٔ فردی زوجین در مقوله ممانعت از باروری، آنچنان که باید و شاید به بحث نپرداخته‌اند. البته در مورد اختیارات زوج در انجام عمل عزل به عنوان یکی از روش‌های ممانعت از باروری، بدون اجازهٔ زوجه، اکثریت فقها هرچند با صدور حکم کراهت، قائل به جواز شده‌اند. سؤالی که این‌جا پیش می‌آید حدود آزادی ارادهٔ زنان در مقوله ممانعت از باروری است. این که آیا زوج می‌تواند زوجه را مجبور کند تا یکی از روش‌های ممانعت از باروری را بکار گیرد؟ با توجه به فتاویٰ برخی از فقها که متعرض این مسأله شده‌اند، باید گفت که زوج حق ندارد زوجه را در بکارگیری هر یک از روش‌های ممانعت از باروری مجبور کند؛ زیرا در ادله شرعی حقوق زناشویی چنین

۱. محمودیان، حسین، دانش خانواده، صص ۱۶۸ - ۱۹۵