

ضمانت اجرای حق مادرشدن

لیلا ثمنی*

چکیده

زنان با توجه به نوع خلقت جسمی و روحی، نیاز به مادرشدن دارند. در صورت فرزندخواهی زن، تنها راه مشروع، نکاح و تنها راه تحقق آن توافق با زوج است. اگر زوج به هر دلیلی با فرزندخواهی زوجه مخالفت کند، تنها راهکار و حمایت قضایی از زنی که برای فرزندخواهی به دادگاه مراجعه کرده است، صدور گواهی عدم امکان سازش، آن هم به شرط اثبات عسر و حرج ناشی از خودداری از فرزندآوری است. تحلیل و بررسی آراء قضات، قوانین ایران و دکترین حقوقی حاکی است که علی‌رغم تصریح نکردن به وجود این حق برای زوجه، روح حاکم بر قوانین ایران، حق مادری زوجه برای زنانی که به عقد دائم درآمده‌اند را به رسمیت شناخته است و لذا الزام به عدم ممانعت از مادرشدن زوجه در بعضی موارد و با وجود شرایطی، مانند مخالفت بدون عذر یا غیرموجه شوهر، با تمسک به راهکارهایی مثل الزام به جلب موافقت زوجه در ممانعت از فرزندآوری، جایز نبودن عزل دائم و جایز نبودن عقیم‌سازی، اعمال‌کردنی است. از طرفی، با توجه به امکان مادرشدن زوجه با درمان و با استفاده از روش‌هایی همچون جایگزینی تلقیح مصنوعی و مشارکت ثالث در شرایط خاص یا در موارد اضطرار می‌توان برای تحکیم مبانی خانواده و راهکار جایگزین طلاق، از راهکار قانونی الزام زوج به موافقت با بعضی از این روش‌ها - که با مبانی اسلامی سازگاری دارند - حمایت کرد.

واژگان کلیدی

حق مادرشدن، ضمانت اجرا، زوجه‌ی دائم، قانون ایران، رویه‌ی قضایی.

*. عضو هیئت علمی دانشگاه الزهراء (ع.ا.س) (l.samani@alzahra.ac.ir).

تاریخ دریافت: ۹۶/۹/۲۳ تاریخ پذیرش: ۹۶/۱۱/۲۱

۱- مقدمه و بیان مسئله

یکی از علل امروزی طلاق در دادگاه‌های خانواده توافق‌ناداشتن زوجین در امر فرزندآوری است. متأسفانه با رشد خودمحوری و منفعت‌طلبی در جوامع امروزی، بیشتر افراد از ازدواج امتناع می‌ورزند و یا پس از ازدواج از فرزندآوری خودداری می‌کنند. صرف‌نظر از اینکه دلیل مخالفت یکی از زوجین با فرزندآوری، موجه یا غیرموجه و مشروع یا نامشروع (به معنای فقدان وجهت شرعی) باشد، عوامل متعددی وجود دارد که به نبود تفاهم در فرزندآوری دامن می‌زند. گسترش غیرطبیعی عوامل ناباروری در میان مردان و زنان (حسینی مجرد، ۱۳۹۴: ۸۵)، فزونی موارد سقط ناخواسته، بیماری‌های منتهی به سقط جنین، امکان جایگزینی تلقیح مصنوعی و اجاره‌ی رحم برای حل ناباروری برخی از عواملی است که امکان بروز اختلافات را مضاعف می‌کند.

در قانون ایران ریاست خانواده با زوج است، ولایت و مسئولیت تربیت و تأمین معاش و نفقه‌ی فرزندان نیز بر عهده‌ی زوج است. از طرفی تنها راه طبیعی و مشروع برای فرزندآوری، نکاح و تنها راه فرزندآوری به شیوه‌ی طبیعی انتقال اسپرم به بدن زوجه است، در نتیجه مادرشدن منحصر به جلب موافقت و خواست زوج است. در این صورت اگر زوجه با مخالفت زوج مواجه شود، تنها راه قانونی موجود، چشم‌پوشی از شوهر، اثبات عسرو حرج ناشی از موافقت‌نکردن شوهر با فرزندآوری، اقدام به طلاق با بذل مهریه و تن‌دادن به ازدواجی دیگر است (ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی). درحالی‌که باید توجه داشت، زوجه‌ای که متمایل به فرزندآوری است، قصد دارد در کنار همسر خود زندگی کند و برای استحکام خانواده و رفع نیاز و پاسخ صحیح به حس مادری خود فرزنددار شود؛ لذا حاضر نخواهد بود به خاطر فرزند از همسر خود جدا شود، بلکه ترجیح می‌دهد تا سازوکار قانونی برای جلب موافقت زوج بیابد و تا حد امکان زندگی خود را حفظ کند.

نیاز انکارناپذیر زوجه به فرزندآوری در مواجهه با مخالفت زوج از طرفی و انحصاریافتن رفع آن نیاز به ازهم‌پاشیده شدن کانون خانواده، این امر را ضروری می‌کند تا به راهکارهای مشروع دیگر اندیشید. در واقع لازم است به جای آسان‌کردن انحلال نکاح برای حمایت از زوجه، با تأکید بر مسئولیت‌های دولت برای رفع منشأ ضرر و حرج کوشش و از این راه برای طلاق‌زدایی اقدام مؤثری شود (هدایت‌نیا، ۱۳۹۴: ۷۸-۵۱)؛ لذا به‌نظر می‌رسد با مراجعه به نصوص معتبر روایی و فقهی، شناسایی راه‌حل‌های اجرایی امکان‌پذیر است که در نهایت با تحلیل و پرورش حقوقی آنها می‌توان قوانینی متناسب وضع کرد تا ضمن حمایت از کانون خانواده مشکل، با کمترین مؤونه‌ای حل شود. حق مادرشدن به معنای توانایی، امتیاز، تسلط و قدرت تصمیم‌گیری بر فرزندآوری است (ثمنی، ۱۳۹۰: ۳۲-۲۴) در جست‌وجوی پیشینه‌ی موضوع، نه از لحاظ فقهی و نه از لحاظ حقوقی،

پژوهشی که به‌طور مستقل به حق مادرشدن پرداخته باشد، به‌دست نیامد. البته تحقیقات فقهی نسبت به اینکه فرزندآوری مقتضای اطلاق عقد نکاح بوده (ثمنی، مهریزی، فتاحی، ۱۳۹۶: ۷۹۳-۷۶۷) و مقاصد شریعت نیز اقتضا می‌کند تا در ازدواج دائم، اصل بر فرزندآوری باشد (ثمنی، فتاحی و شاکری، ۱۳۹۷: ۲۰۰-۱۸۱) در کنار ادله‌ای که جواز عزل را به رضایت زوجه منوط می‌داند (ثمنی، ۱۳۹۰: ۱۴۷-۱۴۵) دلالت بر اثبات حق مادرشدن زوجه دائم مبتنی بر دلایل و مبانی فقهی دارد، اما در این پژوهش منصرف از ادله‌ی فقهی و با نظر به قوانین نظام جمهوری اسلامی به بحث از حق مادرشدن و ضمانت اجرای آن پرداخته‌شده است. با مراجعه به متون حقوقی و بررسی آراء قضات، به‌نظر می‌رسد حق مادرشدن پذیرفته شده و چه‌بسا در مواردی مفروغ‌عنه تلقی شده است (نوری همدانی، ۱۳۸۲: ۳۳؛ حکمت‌نیا، ۱۳۹۰: ۲۶۵). در ادامه پس از بیان مصادیق قانونی ناظر به حق مادرشدن، مسائل پیرامون آن بررسی می‌شود.

۲- قوانین ناظر بر حق مادرشدن

در نظام حقوق خانواده در اسلام، نقش‌پذیری متفاوت زنان و مردان و شناسایی نقش‌های همسری، پدری و مادری از جمله ضروریات بنیان خانواده است و بر آن تأکید شده است. البته در چارچوب قوانین و مقررات خانواده، اهتمام جدی برای حمایت از حقوق همه جانبه‌ی افراد به‌خصوص زنان وجود دارد تا از نقض حقوق مادی و معنوی ایشان پیشگیری به عمل آید (حسینی اکبرنژاد و حسینی اکبرنژاد، ۱۳۹۶: ۱۵۲). قانون ایران در مورد وجود حق مادرشدن برای زوجه مبهم است. این ابهام ناشی از نبود تصریح ماده‌ی قانونی در موضوع حق مادرشدن زوجه است که در مقابل روح حاکم بر قوانین ایران و دیدگاه حقوقدان‌هایی قرار گرفته است که به‌طور ضمنی این حق را به رسمیت شناخته‌اند. باید توجه داشت که حق مادری غیر از حق مادرشدن است و البته نسبت به حق مادری و لوازم آن مانند شیردهی تحقیقات زیادی انجام شده (رضوانی مفرد، ۱۳۹۵: ۳۳۶-۳۱۹) و گاهی نیز در این دو مورد خلط شده است.

در جست‌وجوی قوانین مبین حق مادرشدن زوجه موارد ذیل یافت می‌شود:

۲-۱- قانون حمایت از حقوق و مسئولیت‌های زنان در عرصه‌های داخلی و بین‌المللی

در فصل دوم قانون حمایت از حقوق و مسئولیت‌های زنان در عرصه‌های داخلی و بین‌المللی (مصوب ۱۳۸۵/۱۱/۱۵ مجلس شورای اسلامی)^۱، حقوق و مسئولیت‌های زنان در تشکیل و تداوم

۱. این قانون در جلسه‌ی علنی مجلس به تاریخ ۸۵/۱۱/۱۵ مورد تصویب و تأیید شورای نگهبان قرار گرفته است.

خانواده بیان شده است و یکی از این حقوق را «حق باروری، بارداری، تنظیم و کنترل آن و بهره‌مندی از آموزش‌ها و امکانات مناسب در این زمینه» دانسته است.

مطابق این قانون، دولت موظف شده است در راستای تحقق اصول بیستم و بیست‌ویکم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و سند چشم‌انداز بیست‌ساله جمهوری اسلامی ایران، زمینه‌های تبیین و تحقق عملی حقوق و مسئولیت‌های زنان در عرصه‌های داخلی و بین‌المللی را فراهم کند. با نظر به این ماده، از دولت انتظار می‌رود، ضمن به‌رسمیت شناختن حق باروری زنان، اسباب تحقق عملی این حق را نیز فراهم کند.

اشاره‌ی صریح این قانون به حق باروری زنان که معادل حق مادرشدن آنهاست، تکالیفی را به عهده‌ی شوهر و دولت گذاشته است و قضات را به رعایت آن در بررسی پرونده‌های مرتبط ملزم می‌کند. با این حال به‌نظر می‌رسد، این قانون شناسایی نشده و گاهی در رویه‌ی قضایی ایران نیز مغفول یا متروک شده مانده است.

۲-۲- قانون حمایت خانواده

در قانون حمایت خانواده ممکن نبودن مادرشدن برای زوجه، یکی از عوامل ایجاد عسروخرج شمرده شده است؛ لذا به استناد بند ۱۳ ماده ۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، عقیم‌بودن هریک از زوجین و وجود عوارض یا خصوصیات جسمی که مانع فرزندآوری باشد، از عوامل موجهه برای تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش برای اجرای طلاق است.

درواقع مبنای این قانون وجود ارتباط مؤثر میان سلب حق مادرشدن زن و ایجاد عسروخرج برای زن است، به نحوی که به‌نظر می‌رسد قانون با پیش‌فرض وجود حق مادرشدن برای زن تدوین شده است.^۱

۲-۳- قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲

ماده‌ی ۵ قانون حمایت از کودکان در مقام معرفی شرایط افرادی است که می‌توانند سرپرستی کودکان و نوجوانان مشمول قانون حمایت را از سازمان درخواست کنند. طبق بند ج این ماده، دختران و زنان بدون شوهر، که حداقل سی‌سال سن داشته باشند، حق قبول سرپرستی دارند.

۱. هرچند که با تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ قانون سال ۵۳ نسخ و ملغی‌الاثراً شده، ولی محقق صرف اثبات وجود سابقه در موضوع حق مادرشدن در قوانین ایران، این مطلب را بیان کرده است.

به نظر می‌رسد دلیل اینکه به دختران و زنان تنها حق سرپرستی داده شده ولی به پسران و مردان داده نشده است، نیاز و توانایی خاص زنان در سرپرستی از کودکان و نوجوانان است که به نحوی دلالت بر نیاز به مادر شدن و حق مادر شدن زنان دارد.

۲-۴- بند دهم شروط ضمن عقد سند نکاحیه

شروط وکالت زوجه در طلاق از سال ۱۳۶۱ تا کنون در قباله‌های نکاح به صورت چاپی قید می‌شود.

باعنایت به شروط ضمن عقد مندرج در سند نکاحیه، نیز می‌توان به توجه قانون به حق مادر شدن زوجه دست یافت. طبق بند ۱۰ شروط ضمن عقد نکاحیه، در صورت عقیم‌بودن زوج، بعد از ۵ سال، زوجه حق وکالت در طلاق می‌یابد و می‌تواند خود را مطلقه کند. در این گونه موارد، دادگاه با ارجاع امر به پزشکی قانونی پس از احراز عقیم‌بودن زوج و یا عوارض جسمی دیگر که مانع بچه‌دار شدن مرد است، حکم طلاق را صادر می‌کند. در تبیین علت این حکم، به ضرورت ارضای حس مادری اشاره می‌شود. مادر شدن از عمیق‌ترین کشش‌هایی است که در نهاد یک زن وجود دارد و این خصوصیت لازمه‌ی بقای نوع بشر است. بر این اساس، زوجه‌ای که به ارضای این نیاز اصرار دارد و ممکن است از ازدواج فعلی صاحب اولاد نشود، می‌تواند وکالت در طلاق در صورت عقیم‌بودن زوج را در عقد شرط کند.

بعضی ملاک این قانون را ارضای حس مادری می‌دانند؛ لذا در سایر موارد، نیز تنقیح مناط می‌کنند؛ یعنی در هر مورد که شوهر با بی‌اعتنایی به شوق مادری زن مانع بچه‌دار شدن زوجه شود، زن می‌تواند خود را با وکالت از شوهر طلاق دهد؛ البته مشروط به اینکه راضی کردن شوهر و الزام او به باردار کردن زن، مقدور نشود (فهرستی، ۱۳۸۷: ۱۲۸).

از جمع‌بندی موارد مذکور می‌توان نتیجه گرفت که نباید نسبت به مشروعیت حق مادر شدن زنان، انکار یا حتی ابهامی وجود داشته باشد؛ لذا بررسی رویه‌های قضایی نیز ضروری به نظر می‌رسد تا جایگاه حق مادر شدن در میان آراء قضات به دست آید.

۳- جایگاه حق مادر شدن در رویه‌ی قضایی ایران

آراء صادر شده در محاکم خانواده درباره‌ی به رسمیت شناختن حق مادر شدن زوجه حاکی است که قضات رویکردهای متفاوتی در این موضوع دارند. زیرا گاهی زوجه به دلیل ناباروری زوج و امکان باروری از طریق درمان، به هر دلیلی با شرکت نکردن او در درمان باروری مواجه شده و تقاضای طلاق دارد. معلوم نیست بند ده سند نکاحیه به شرط اثبات عسرو حرج ناشی از مادر نشدن،

اجرای می‌شود، یا در هر صورت به دلیل وجود حق مادری و تزییع آن به دلیل عقامت زوج مقرر شده است. اهمیت رفع ابهام در موضوع از این جهت است که در مواردی ممکن است حق مادری با کمک باروری مصنوعی استیفاشده باشد ولی عقیم‌بودن زوج همچنان باقی باشد. در این راستا به نمونه‌هایی از آراء دادگاه‌ها در مورد حکم به عدم امکان سازش ناشی از عقیم‌بودن زوج اشاره می‌شود:

الف- در رأی شماره‌ی ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۱۷۵۶ به تاریخ ۹۳/۱۰/۲۳ در شعبه‌ی ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران آمده است: «صرف عقیم‌بودن زوج مثبت عسروخرج زوجه و منجر به صدور حکم بر طلاق به درخواست وی نیست، مگر اینکه پنج سال از ازدواج گذشته باشد». این رأی به این معناست که گذشت پنج سال از تاریخ نکاح، موضوعیت داشته و حتی در صورت اثبات عقیم‌بودن و عسروخرج ناشی از فرزندداشتن تا قبل از پنج سال نمی‌توان حکم طلاق صادر کرد. حال آنکه اگر حق باروری زوجه به رسمیت شناخته شده بود، صرف اثبات عقیم‌بودن زوج، برای اثبات عسروخرج و حکم به طلاق کافی بود و نیاز به گذر پنج سال نبود!

ممکن است گفته شود رعایت این زمان پنج سال مزایایی مثل صرف نظر کردن از مادرشدن و جلوگیری از طلاق داشته باشد، اما باید توجه داشت که زنان سن باروری دارند و ممکن است فرصت مادرشدن با گذشت پنج سال به‌طور کلی منتفی و زن از این جهت ضرر جبران‌ناپذیری متحمل شود؛ ضمن اینکه تکلیف به صبر با علم به عقیم‌بودن شوهر تکلیف بمالایطاق و بسیار مشکل است. چطور می‌توان کسی را که نیاز به مادرشدن دارد و از همسر فعلی خود در این موضوع ناامید است و به همین علت درخواست طلاق داده است را صرف موضوعیت‌داشتن پنج سال در سند نکاحیه، معطل نگه داشت؟!

ب- در رأی شماره‌ی ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۲۰۱۱۱۳ به تاریخ ۹۳/۱۰/۱۷ از شعبه‌ی ۱۲ دیوان عالی کشور آمده است: «منظور از شرط عدم باروری زوج تا ۵ سال از تاریخ ازدواج؛ عدم باروری به روش طبیعی است و چنانچه زوج امکان باروری به روش‌های پیشرفته‌ی علمی را داشته باشد که مستلزم رضایت زوجه است، شرط وکالت در طلاق برای زوجه محقق شده است». رأی قاضی به این امر اشاره دارد که ملاک برای صدور حکم طلاق، ممکن‌نبودن فرزندآوری به‌طور کلی نیست، بلکه ملاک ناباروری به روش طبیعی است. بنابراین، حتی اگر امکان مادرشدن زوجه با کمک روش‌های مصنوعی وجود داشته باشد، باز هم صدور حکم طلاق جایز است.^۱

۱. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۹۰۱۶۱ به تاریخ ۹۲/۴/۱۲ صادره از شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور نیز شبیه همین رأی است: «عقیم‌بودن و ناباروری طبیعی زوج از مصادیق عسروخرج موجب حق طلاق زوجه محسوب می‌شود و صرف احتمال درمان

در توضیح این رأی آمده است: «در صورتی که اقدام از طریق روش‌های پیشرفته مستلزم موافقت زوجه است و مخالفت زوجه نیز به صراحت منعکس شده است مبنی بر اینکه زوجه با توجه به اعتقاداتی که از لحاظ مذهبی و فقهی دارد، دیگر قادر به انجام عمل‌های دیگر نمی‌باشد، مانند اهدای گامت (اسپرم)... بنا به مراتب به نظر می‌رسد مکلف کردن زوجه با این عمل تکلیف مالا یطاق است؛ لذا...»

در این رأی، قاضی پرونده صرف امکان مادرشدن زوجه را ملاک ندانسته و معتقد است مادرشدن زوجه باید از طریق طبیعی باشد و چنانچه امکان باروری طبیعی مهیا نشود و استعانت از طرق مصنوعی نیاز بود، جلب رضایت زن ضروری است، زیرا زن موظف نیست به هر روشی ولو غیرطبیعی مادر شود و حق دارد شیوه مادرشدن خود را انتخاب کند. پس این رأی علاوه بر پذیرش حق مادرشدن زنان، حق انتخاب شیوه آن را نیز برای زنان پذیرفته است.

ج- در رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۷۵۰ به تاریخ ۹۲/۱۲/۲۱ صادره از شعبه ۸ دیوان عالی کشور آمده است: «شرط بند ۱۰ عقدنامه ازدواج (تحقق وکالت در طلاق برای زوجه در صورت فرزنددارنشدن ظرف ۵ سال از تاریخ عقد) پس از گذشت ۵ سال از ازدواج و فرزنددارنشدن زوج محقق می‌شود و معالجه بعدی زوج موجب اسقاط حق ایجاد شده برای زوجه نخواهد بود». بنابراین، رأی پس از ایجاد حق طلاق پس از گذشت پنج سال از نکاح و اثبات عسر و حرج ناشی از عقیم‌بودن شوهر، این حق از بین نخواهد رفت؛ حتی اگر موجب آن از بین برود؛ یعنی باروری زن چه با روش طبیعی و چه با روش مصنوعی و با دخالت ثالث محقق شود، فرقی نمی‌کند.

گویا این شرط فارغ از حق مادرشدن زوجه و عسر و حرج ناشی از فرزنددارنشدن وی واقع شده است. چرا که اگر مبنای این شرط ضمن عقد، عقیم‌بودن و عسر و حرج ناشی از ناباروری باشد، در صورت درمان عقیم‌بودن و خروج از عسر و حرج، زمینه‌ی تحقق شرط برطرف می‌شود و نباید حکم به طلاق داد، مگر اینکه در این مورد خاص به تشخیص دادگاه عسر و حرج از جهت دیگری مانند بی‌حرمتی و ... محقق شده است.

د- در رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۲۰۰۸۰۴ به تاریخ ۹۲/۸/۱۵ صادره از شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور آمده است: «چنانچه زوجه به روش طبیعی باردار نشود، اما با اهدای تخمک امکان بارداری وی باشد، عقیم محسوب نمی‌شود و امکان فسخ نکاح وجود ندارد».

ناباروری با روش‌های درمانی نوین نافی حق طلاق زوجه نیست، زیرا موضوعات شرعی منصرف به عنوان طبیعی آنان است.»

اگرچه این رأی درباره‌ی عقیم‌بودن زوجه است، اما جالب است که حتی در صورت اهدای تخمک از بیگانه باز هم زن عقیم محسوب نشده و امکان فسخ نکاح وجود ندارد. این در حالی است که در رأی شماره‌ی دو نسبت به زوج با وجود درمان عقیمی باز هم حکم طلاق صادر می‌شود. گویا اگر آراء را به موارد و شرایط خاص ناظر ندانیم، می‌توان گفت دادگاه‌ها نیز به دنبال حمایت از حقوق زنان می‌باشند.

سؤالی که در نتیجه‌ی ملاحظه‌ی این آراء قضایی در تقابل با بند ۱۰ سند نکاحیه به وجود می‌آید، این است که آیا این شرط ناظر به وجود حق مادرشدن زن است یا اینکه به خیار فسخ به جهت عیب عقم نظر دارد؟ یا اینکه مدعی است که فرزنددارنشدن زوج از مصادیق عسرورجح زوجه بوده و از این جهت وکالت در طلاق ایجاد می‌شود؟ در پاسخ گفته شده است که بند دهم از شرط وکالت در طلاق، درباره‌ی ارضای حس مادری است که از عمیق‌ترین کشش‌هایی است که در نهاد یک زن وجود دارد و این میل طبیعی راز بقای نوع بشر و از ارکان سرنوشت اوست؛ از این رو، در برخی موارد نمی‌توان از آن منصرف شد. براین اساس کاتوزیان بر تأیید حق باروری و حمایت قانونی از آن صحه گذاشته است و می‌گوید: «اگر قانون‌گذار ناامیدی از بچه‌دارشدن را از موجبات به‌کارگیری حق وکالت در طلاق بشمارد در واقع به یکی از عالی‌ترین عواطف انسانی احترام گذارده است.» (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ج ۱، ص ۴۱۶)

از مجموع آراء قضایی در دسترس می‌توان نتیجه گرفت که حق باروری زنان به شایستگی شناخته و اجرایی نمی‌شود. قضات به تحقق شروط ضمن عقد و بررسی عسرورجح نظر داشته و فارغ از مشروعیت حق باروری رأی داده‌اند؛ لذا حق مادرشدن در رویه‌ی قضایی جایگاهی ندارد. اگر هر یک از زوجین بخواهد بدون رضایت همسر، از فرزندآوری تمرد و سرپیچی کند، با استفاده از تعهد ضمن عقد نکاح می‌توان عمل مستنکف از باروری را غیرقانونی جلوه داد و با ایجاد نوعی ضمانت اجرایی، متخلف از تعهد را به فرزندآوری ملزم کرد؛ از این رو، یکی از راهکارها در اثبات حق باروری، اصلاح دفترچه‌های سند نکاحیه و اضافه کردن شرط ضمن عقد فرزندآوری و زمان و دفعات آن به عنوان یکی از بندهای این سند است. همچنین ضروری است متصدیان ذی‌ربط زوجین را نسبت به حقوق و تکالیف خود آگاه کنند تا زوجین در صورت تمایل نسبت به آن بند متعهد شوند (قنبرپور، ۱۳۹۴: ۲۳۳ و ۲۳۴).

۴- ممانعت شوهر از مادرشدن زوجه

با نظر به مشروعیت قانونی حق مادرشدن و نبود ضمانت اجرا در قانون و نزد قضات این سؤال مهم مطرح می‌شود که هر چند عقیم بودن زوج، ضمانت اجرایی برای حق باروری زنان است، ولی اگر زوج عقیم نباشد، اما با باروری زن مخالفت کند، راهکار قانونی برای احقاق حق باروری زن چیست؟ آیا ضمانت اجرایی برای استیفای حق مادرشدن وجود دارد؟ در مواردی که شوهر برای مخالفت با باروری زوجه عذر موجهی داشته باشد، خارج از موضوع است؛ مسئله وقتی است که شوهر بدون عذر موجه و بدون دلیل معتبر، با وجود برخورداری از سلامت باروری، از فرزندآوری استنکاف می‌کند و به این امر راضی نمی‌شود و به روش‌های مختلف از بارور کردن زن جلوگیری می‌کند. آیا در این موارد ممکن است بتوان برای رفع نیاز زن و احقاق حق باروری وی، شوهر را به ممانعت نکردن از فرزندآوری الزام کرد؟

دکتر کاتوزیان معتقد است در چنین مواردی لازم است، قبل از طلاق -که به عنوان آخرین راه حل به کار می‌رود- زوج را به باردار کردن زوجه ملزم کرد (کاتوزیان، همان). اگرچه اصل فرزندآوری خارج از اختیار هریک از زوجین بوده و تحت اختیار خداوند است، ولی زوجین در جلوگیری طبیعی از فرزندآوری اختیار دارند. از این رو چه بسیار زوجینی که خواهان فرزندآوری هستند، ولی به دلایلی خارج از اختیار آنها فرزندآوری محقق نمی‌شود؛ لذا الزام به فرزندآوری امری غیرمنطقی و امر به غیر مقدر تلقی شده و قبیح است. پس نمی‌توان شوهر را به بارور کردن زوجه که خارج از قدرت اوست، ملزم کرد، اما می‌توان وی را به رفع موانع اختیاری و طبیعی بر سر راه باروری، ملزم کرد. د نتیجه به نظر می‌رسد منظور دکتر کاتوزیان از الزام به باردار کردن زوجه نیز همان الزام به جلوگیری نکردن از باروری زوجه است.

درباره‌ی الزام شوهر به ممانعت نکردن از باروری زن، بعضی قائل به مشروع نبودن آن هستند. در واقع با توجه به اینکه فرزندآوری را مقتضای عقد نکاح نمی‌دانند (چه مقتضای ذات و چه مقتضای اطلاق)، قائل به مشروع نبودن الزام به فرزندآوری شده و معتقدند فقط در صورت شرط کردن ضمن عقد، امکان الزام به عمل طبق شرط و در نتیجه الزام به فرزندآوری وجود دارد (مظهر قراملکی، ۱۳۸۸: ۱۴۰-۱۲۵). سؤالی که پاسخ به آن به مسئله‌ی تحقیق کمک می‌کند، این است که اگر بر مبنای مذکور، فرزندآوری ضمن عقد شرط شود و مشروط علیه در راه تحقق شرط مانع ایجاد کند، نحوه‌ی الزام او به فرزندآوری چگونه خواهد بود؟ حتی کسانی که فرزندآوری را مقتضای اطلاق عقد نکاح دائم می‌دانند (نقیبی و طباطبایی‌صدر، ۱۳۹۴: ۱۶۸-۱۴۷؛ ثمنی، مهریزی و فتاحی ۱۳۹۶: ۷۹۳-۷۶۷) نیز لازم است روشن کنند که چگونه بر این مبنا، می‌توان شوهر مستنکف را به بارور کردن زوجه

الزام کرد؟ زیرا بحث از ضمانت اجرای این حق، با بحث از ضمانت اجرای شرط ضمن عقد یکی خواهد شد و در هر دو باید طریقی غیر از طلاق برای احقاق حق مادرشدن زوجه اندیشید. راهی که الزام زوج را مشروع و ممکن کند.

۵- مصادیق ممکن برای الزام زوج به موافقت با مادرشدن زوجه

اصل در فرزندآوری این است که زوجین به توافق برسند، زیرا وجود مسئولیت‌ها و عوارض ناشی از تولد فرزند اقتضا می‌کند تا تصمیم‌گیری درباره‌ی جلوگیری از فرزندآوری به زوجین واگذار شود. با تولد فرزند، زوج دارای یک‌سری مسئولیت‌های مادی اعم از مالی و غیرمالی و مسئولیت‌های معنوی می‌شود و زوجه عوارض جسمی، روحی و فیزیکی جدیدی متحمل می‌شود که بسیاری از این تکالیف تا آخر عمر و حتی پس از مرگ با پدر و مادر باقی می‌مانند. اما اگر زوجین به توافق نرسیدند و شوهر به دلایل ناموجهی با مادرشدن زن مخالفت کرد، چه راه‌های مشروعی برای الزام زوج به موافقت وی وجود دارد؟

از طرفی باید توجه داشت که الزام به رضایت زوج نسبت به فرزندآوری، با در نظر گرفتن ضرورت حفظ کارکردهای خانواده از قبیل مایه‌ی مودت و رحمت‌بودن زوجین برای یکدیگر بوده و در ضمن به گونه‌ای باشد که با ایجاد و حفظ زمینه‌ی مساعد برای رشد و تربیت نیکوی فرزند متناسب بوده تا دستیابی به هدف را میسر سازد.

برای بررسی مشروعیت الزام زوج به رضایت نسبت به فرزندآوری در صورت فرزندخواهی زوجه، با توجه به گذر از زمانی که تنها راه جلوگیری، عزل زوج بود و با توجه به پیشرفت علم و کشف راه‌های جدید، هم برای جلوگیری از فرزندآوری و هم برای درمان ناباروری، دامنه‌ی الزاماتی که ممکن است بتوان اعمال کرد وسعت یافته است و با توجه به اینکه موضوعات و زمینه‌های اختلاف میان زوجین در امر فرزندآوری متفاوت است، نوع الزام نیز ممکن است متفاوت باشد. برای مثال گاهی مخالفت زوج با مادرشدن زوجه، از طریق عزل دائمی یا عقیم‌کردن است؛ گاهی به نحو مشارکت‌نکردن در درمان ناباروری خود یا زوجه است و گاهی از طریق مخالفت با باروری مصنوعی یا دخالت شخص سوم است؛ در نتیجه باید ضمن شناسایی مصادیق ممکن برای الزام زوج، مشروعیت هریک از آن مصادیق بررسی شود.

۵-۱- الزام به عدم جلوگیری دائم و عدم عقیم‌سازی

چنانچه زوج بیماری ناباروری اعم از دائم (عقیم‌بودن) یا موقت نداشته باشد ولی با اصل فرزندآوری مخالف بوده و بدین سبب از فرزندآوری جلوگیری کند؛ منشأ اختلاف زوجین در امر

فرزندآوری، جلوگیری زوج بدون رضایت زوجه است. جلوگیری ممکن است با ایجاد مانع طبیعی از طریق عزل یا استفاده از وسایل پیشگیری یا به کمک جراحی مانند وازکتومی و غیره باشد. موضوع بررسی شده میان فقها در این باره لزوم یا عدم لزوم کسب اجازه است؛ یعنی زوج در عزل، وازکتومی و غیره رضایت زن را جلب کند. درباره این موضوع از فقها استفتاء نیز شده است. عده‌ای عزل بدون رضایت زوجه را مکروه دانسته‌اند (صافی، ۱۴۱۶: ج ۲، ص ۲۳۹؛ خامنه‌ای، ۱۳۹۲: ۳۹۸ و ۷۶۴) و بعضی بنا بر احتیاط حکم به حرمت آن داده‌اند، (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۰: ج ۵، ص ۴۹۹؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۱۹۷) اما بحث از جواز الزام به جلوگیری نکردن غیر از بحث کسب اجازه و جلب رضایت از طرف مقابل برای جلوگیری توسط هریک از زوجین است. درواقع مسئله از دو جهت بررسی می‌شود؛ یکی از جهت اینکه هریک برای جلوگیری باید رضایت دیگری را جلب کرده باشد؛ دیگر از جهت اینکه اگر یک طرف بدون علم یا رضایت طرف مقابل به جلوگیری اقدام کند، طرف بتواند او را به جلوگیری نکردن ملزم کند؛ لذا علاوه بر اظهار نظر در لزوم کسب رضایت طرف مقابل که دیدگاه فقها پیرامون آن متفاوت است، سؤال این است که آیا الزام به جلوگیری نکردن مشروعیت دارد؟ در پاسخ به سراغ ادله معتبر فقهی اعم از کتاب، سنت، عرف، عقل و سیره عقلا می‌رویم و مشروعیت الزام شوهر به رضایت از فرزندآوری بررسی شود:

۱۷

الف- قدر متیقن این است که اگر جلوگیری دائم زوج به تعطیلی کلی فرزندآوری منجر شود، زوجه‌ی دائمی متضرر می‌شود لذا رضایت او در جواز ادامه‌دادن شوهر بر جلوگیری از فرزندآوری، شرط است و از همین باب نیز الزام به جلوگیری نکردن مشروعیت می‌یابد. یعنی با نظر به اینکه بر انتفای دائمی فرزندآوری ضرر معتناهی بر زوجه مترتب می‌شود، لذا از باب ادله‌ی نفی ضرر، که حاکم بر دیگر ادله است، حق الزام ممتنع به رفع مانع یا عامل ضرر مشروعیت می‌یابد (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۷۷).

ب- از طرفی هرگاه زوجه نیاز به فرزند داشته باشد و زوج این نیاز را نادیده بگیرد و برخلاف نارضایتی او از فرزندآوری ممانعت کند، با دستورات صریح قرآن مبنی بر عاشروهن بالمعروف (نساء، ۹)، هن لباس لکم و اتم لباس لهن (بقره، ۱۸۶) و جعل بینکم مودة و رحمة (روم، ۲۱) مخالفت کرده است؛ که علاوه بر حکم تکلیفی حرمت، استنکاف از احقاق حق طرف مقابل موجب تحقق نشوز می‌شود و ضمانت اجرای خود را دارد (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲: ۱۸-۱۵؛ توجهی، ۱۳۹۸: ۲۵۲-۲۱۹؛ شاکری گلپایگانی، ۱۳۹۳: ۲۰۵-۱۵۹).

ج- لازمه‌ی روایات زیادی در مجازنبودن عزل بدون رضایت زوجه؛ در کنار بعضی روایات دیگر که در موارد خاصی عزل را جایز دانسته‌اند (حرعاملی، ۱۴۰۳: ج ۱۴، ص ۱۰۷؛ مغربی، ۱۳۸۵:

ج ۲، ص ۲۱۲)، نشان از این دارد که عزل، به تعبیر عام تر جلوگیری، به خصوص اگر دائمی و همیشگی باشد، علاوه بر اینکه برخلاف طبیعت است، منوط به رضایت زن است و حق زن در جواز جلوگیری توسط شوهر منشأ اثر دانسته شده است؛ لذا در صورت ناراضی بودن زن، شوهر حق جلوگیری دائمی ندارد، مگر در بعضی موارد خاص مثل اینکه زن مجوس باشد. در نتیجه الزام به جلوگیری نکردن مانند الزام به جلوگیری کردن ولو در مواردی اندک، جایز و مشروع است. د- فرزندآوری مقتضای اطلاق عقد نکاح است. لذا اگر کسی نخواهد بچه دار شود باید این امر را ضمن نکاح شرط کند و یا پس از نکاح همسر خود را به آن راضی کند؛ در غیر این صورت نمی تواند از مادر شدن زن، ممانعت کند (خلجی، ۱۳۷۸: ۱۳۰-۱۰۱).

ه- در عمل مواردی در قانون ایران پیش بینی شده که زوجین را به ممانعت از فرزندآوری ملزم می کند. طبق این مواد جلوگیری از فرزندآوری لازم است و در این باره حق فرزندآوری، به لحاظ قانونی سلب می شود. پس می توان تنقیح مناط کرد از اینکه وقتی می توان در مواردی زوجین را به جلوگیری ملزم کرد، به طریق اولی می توان در مواردی زوجین را به جلوگیری نکردن نیز ملزم کرد، زیرا وقتی بتوان به جلوگیری کردن - که برخلاف طبیعت است - الزام کرد به طریق اولی می توان به جلوگیری نکردن - که موافق طبیعت بشری است - نیز الزام کرد. به دو مورد نمونه اشاره می شود:

- بر اساس تبصره‌ی ماده‌ی ۲۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ چنانچه زوجین بیماری خطرناکی داشته باشند که به خسارت به جنین منجر شود، لازم است به وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی معرفی شوند و آنها مکلف‌اند که مانع تولید نسل این زوجین شوند.

- تبصره‌ی ماده‌ی ۷ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۳: در مورد بیماری خطرناک که منجر به خسارت جنین باشد، باید علاوه بر مراقبت و نظارت به شرح فوق، نسبت به جلوگیری از بچه‌دار شدن، پیشگیری مؤثری را تحت نظارت مراکز یادشده و پزشک متخصص انجام و نتیجه را به مراکز مزبور ارائه دهند. در صورت تأیید مراکز فوق مبنی بر انجام اقدامات فوق، دفتر رسمی ازدواج نسبت به ثبت ازدواج اقدام می کند.

به نظر می رسد، با استناد به ادله از کتاب، سنت، عقل و سیره‌ی عقلا و با نظر به روح حاکم بر قوانین و ارتکاز عرفی جامعه، الزام به جلوگیری نکردن دائم و عقیم‌سازی، مشروعیت دارد. به خصوص که توافق نداشتن زن و شوهر درباره‌ی بچه‌دار شدن و ممانعت دائمی شوهر از تولد فرزند از نظر نتیجه مانند عقیم‌بودن مرد است و باید ضمانت اجرا داشته باشد، زیرا بی‌اعتنایی به شوق مادری زن، نوعی سوءرفتار از جانب مرد است و زن می تواند در چنین حالتی به دادگاه اعلام نشوز کند؛

منتها تصمیم به طلاق همیشه باید آخرین تصمیم در نظر گرفته شود و فقط در صورتی مجاز است که راضی کردن شوهر و حتی الزام او به رفع مانع از باردار شدن زن مؤثر نیفتد.

۵-۲- الزام به موافقت یا مشارکت در درمان یا استفاده از روش‌های تلقیح مصنوعی

جلوگیری از فرزندآوری اعم از جلوگیری از بارداری است؛ به این معنا که جلوگیری از فرزندآوری، شامل جلوگیری از باروری به نحو طبیعی و مصنوعی و نیز فرزنددار شدن با کمک ابزار و افراد دیگر است. برای نمونه ممکن است کسی از باروری خود یا همسرش ممانعت نکند، اما برای درمان ناباروری خود به پزشک مراجعه نکند. در این موارد نیز فرد به نوعی از فرزندآوری جلوگیری کرده است، اما در اصطلاحات رایج عرفی، به چنین عملی جلوگیری از بارداری اطلاق نمی‌شود و واژه‌ی مناسب و معادل آن جلوگیری از فرزندآوری است.

گاهی شوهر بیماری یا عیبی دارد که مانع فرزندآوری می‌شود. در این فرض، حالت‌های مختلفی وجود دارد که شامل نیاز به درمان، موافقت با درمان و مشارکت در درمان است؛ با این حال شوهر استنکاف کرده و مقدمات فرزندآوری، را مهیا نمی‌کند؛ بدین معنا که گاهی شوهر است، ولی حاضر به پذیرش بیماری خود یا حاضر به درمان خود نیست. گاهی نیز شوهر بیمار نیست، ولی در مرحله‌ای که درمان مشکل ناباروری به موافقت وی بستگی دارد، حاضر به همراهی در درمان زن یا پرداخت هزینه برای درمان بیماری زن نیست. آیا در این موارد و مانند آنها، الزام فرد مستنکف جایز است؟

پاسخ به این سؤال کمی دشوارتر از موردی است که فرد بدون رضایت طرف مقابل از فرزندآوری جلوگیری می‌کند، زیرا در آن مورد، هم روایات متعددی وجود داشت و هم حکم فقهای که رضایت زوجه را در جلوگیری شرط می‌دانستند راه‌گشا بود؛ ضمن اینکه طبق تفصیل عده‌ای، در بعضی صور برای جواز الزام شکی باقی نمی‌ماند. در فرض قبل، ایجاد مانع به صراحت منافی حق طرف مقابل بود که با کمک ادله، الزام به نبود ایجاد مانع امکان‌پذیر بود و مؤونه‌ی شرعی هم وجود داشت، اما در این موارد، الزام به ترک نیست بلکه الزام به فعل است. بر مبنای پذیرش حق مادر شدن زوجه، قدر متیقن این است که کسی حق ایجاد مانع برای استیفای حق طرف مقابل را ندارد و لذا ممتنع، به رفع مانع ملزم می‌شود. از آنجا که در این فرض، طرف ممتنع از شرکت در درمان خود یا طرف مقابل خودداری می‌کند، باید بررسی شود که آیا می‌توان دیگری را برای استیفای حق خود به انجام کار یا پرداخت هزینه الزام کرد؟

ذکر این نکته لازم است که درمان مناسب برای باروری نسبت به نوع مشکل زوجین متغیر است، زیرا گاهی اسپرم مرد ضعیف است و نمی‌تواند در تخمک زن اثر بگذارد و آن را بارور کند؛ لذا لازم است اسپرم تقویت شود و سپس به رحم زن تزریق شود؛ گاهی برعکس، تخمک زن ضعیف است و نیاز به تقویت و تزریق مجدد دارد؛ گاهی مکان استقرار اسپرم در محل وجود ندارد که لازم است، به‌طور مصنوعی اسپرم جاگذاری شود؛ گاهی اسپرم و تخمک سالم‌اند، اما امکان بارور شدن طبیعی ندارند و لازم است به کمک پزشک در یکدیگر اثر بگذارند؛ گاهی نیز ماهیچه‌ی دهانه‌ی رحم زن شل است و برای نگه‌داشتن نطفه باید پزشک مایع سفت‌کننده تزریق کند و در نهایت گاهی خود رحم توان پرورش نطفه را ندارد و به رحم مصنوعی نیاز است.

بدیهی است، کسی را که تکلیفی به عهده ندارد و یا شرطی را اعم از ضمنی و تصریحی نپذیرفته است، نمی‌توان به فعلی ملزم کرد تا حق دیگری اجرا شود، اما در نکاح دائم که زن حق باروری دارد، قضیه متفاوت است، زیرا با بیانی که گذشت، زوجین به‌طور ضمنی و بنایی، حق فرزندآوری یکدیگر را پذیرفته‌اند و در نتیجه، ممکن است الزاماتی مطرح باشد. هرچند که نتوان آنها را به درمان ناباروری خود یا همراهی در درمان ناباروری طرف مقابل ملزم کرد. بنابراین، مسئله در دو حالت بررسی می‌شود:

الف- زوجه بیمار و خواهان فرزند است، ولی شوهر با فرزندآوری مخالف است. در این حالت فرض الزام به این شکل است که زوج به فرزندخواهی و همراهی برای درمان زوجه ملزم شود. ب- زوج بیمار است و فرزند هم نمی‌خواهد، اما زوجه خواهان فرزند است. در این حالت می‌بایست زوج به درمان و فرزندخواهی ملزم شود.

چنان‌که مشاهده می‌شود، در هر دو حالت، دو الزام وجود دارد؛ یکی الزام به قبول فرزندآوری و دیگری الزام به درمان. الزام به قبول فرزندآوری که موافق اصل لزوم فرزندآوری و لازمه‌ی اطلاق نکاح است، به‌خصوص پس از اینکه بلاوجه بودن دلایل مخالفت شوهر ثابت شده باشد؛ لذا اعمال این الزام مانعی ندارد. در این حالت با تحقق الزام، انجام فعلی علیه مستنکف محقق نمی‌شود، بلکه فقط مخالفت او بی‌اثر شده و نارضایتی وی موضوعیت خود را از دست می‌دهد.

در الزام به درمان، چنانچه زوج بیمار باشد، مجبور به درمان خود می‌شود و اگر زوجه بیمار باشد، از آنجا که هزینه‌ی درمان و اذن خروج برای درمان بر عهده‌ی زوج است، به پرداخت هزینه‌ی درمان و همراهی با زوجه برای معالجه ملزم می‌شود.

در جامعه‌ی کنونی، چنین مصادیقی زیاد مشاهده می‌شود، زیرا در مواردی که زن بیمار باشد، عواملی همچون حس مادری، ترس از ازدواج مجدد، دخالت ثالث و طلاق در بیشتر مواقع موجب

جلب رضایت زوجه می‌شود، اما در مواردی که زوج با درمان خود یا تأمین هزینه‌های درمان زوجه مخالفت می‌کند، چه ضمانت اجرایی وجود دارد تا زوج را به احقاق حق زوجه ملزم کند؟ در بیشتر این موارد، زوجه به ناچار از فرزندآوری منصرف می‌شود و بدون توجه به فرزندآوری و با حس محرومیت از مادرشدن به زندگی خود ادامه می‌دهد. البته درصد کمی نیز طلاق می‌گیرند و فرصت مادرشدن خود را حفظ می‌کنند.

در حالتی که زن برای درمان خود نیاز به صرف هزینه دارد و زوج به هر دلیلی آن را پرداخت نمی‌کند، آیا می‌توان از باب نفقه، زوج را به پرداخت هزینه‌ی درمان الزام کرد؟ یا به حسب اینکه بیماری قبل از ازدواج بوده یا بعد از ازدواج حادث شده است تا مسئولیت هزینه‌ی درمان با پدر یا همسر باشد قائل به تفصیل شد. سؤال دیگر این است که آیا ناباروری بیماری است که پرداخت هزینه‌ی درمان آن جزء نفقه‌ی زن محسوب شود و یا جزء نفقه محسوب نمی‌شود و فقط می‌توان با توجه به اصل لزوم فرزندآوری، حاکم شرع یا دولت را از طریق صندوق‌های مختلف حمایتی به پرداخت هزینه‌های درمان ناباروری ملزم کرد؟ گفتنی است، آمار بسیاری حاکی از آن است که در حال حاضر، شاکله‌ی بسیاری از خانواده‌ها به علت ناتوانی تأمین هزینه‌ی درمان در حال تلاشی است و یا اینکه حس ناکامی و محرومیت از پدر یا مادرشدن، همواره، زوجین را با مسائل و مشکلات روحی-روانی مواجه می‌کند که در نهایت به کاهش امنیت اجتماعی منجر می‌شود.

در حالت الزام زوج به درمان، شاید بتوان با توجه به لزوم کسب رضایت زن در عزل و جلوگیری از فرزندآوری تنقیح مناط نمود و گفت از آنجا که زوجه حق فرزندآوری دارد و شارع برای تضمین آن عزل زوج را به رضایت زوجه منوط کرده است، چنانچه زوج بیمار باشد نیز همچنان حق زوجه باقی است و دلیلی برای از بین رفتن حق وی وجود ندارد. از طرفی، استیفای حق غیرممکن نشده است تا گفته شود در صورت عسروخرج و یا ضرورت، زوجه به طلاق اقدام کند، بلکه لازمه‌ی احقاق حق زوجه این است که یا باید زوج به درمان اقدام کند و یا اینکه حاضر به اعمال راه‌های جایگزین مثل باروری مصنوعی شود.

نکته‌ی مهم اینکه زوجه‌ای که همسرش از درمان معالجه‌پذیر چشم‌پوشی کرده و حاضر به درمان نیست -چه با دلیل موجه مانند ناتوانی در پرداخت هزینه‌ی درمان و چه با دلیل غیر موجه مثل بی‌اطلاعی دیگران به معیوب‌بودن مرد- در چه شرایطی و چگونه می‌تواند او را به درمان ملزم کند؟ در پاسخ به این سوال به نظر می‌رسد، قدر متیقن این است که با اجماع شرایطی الزام مشروع باشد و با توجه به مذاق شریعت در موارد مشابه، الزام با مراجعه به حاکم مقدر می‌شود:

الف- در صورتی که ضرورت فرزندآوری ثابت شود؛

ب- عذر زوج بر شرکت نکردن در درمان، غیر موجه تشخیص داده شود؛
ج- در صورتی که درمان مؤونه‌ی کمی داشته باشد.
بنابراین در سه حالت فوق، قول به جواز الزام زوج به درمان مشکل به نظر می‌رسد.

۵-۳- جلب موافقت برای مشارکت شخص ثالث

در مواردی ممکن است، فارغ از توافق یا اختلاف زوجین نسبت به اصل فرزندآوری، مانعی مانند بیماری یکی یا هر دوی زوجین بر سر راه باروری وجود داشته باشد، به گونه‌ای که امکان درمان هم نباشد. در این موارد -که بحث از ظهور عقیم‌بودن است- تنها راه فرزندآوری، تمسک به راه‌های بدون درمان و از طرق مصنوعی و با دخالت فرد ثالث است. حال یا این فرزند فقط با یکی از زوجین نسبت خونی پیدا می‌کند و یا اینکه به هیچ‌کدام از زوجین تعلق و وابستگی خونی ندارد. در این صورت باید بررسی شود که آیا الزام زوج به امثال چنین تلقیح مصنوعی و پذیرش مسائل پیرامونی آن مشروع است؟

تفاوت این مسئله با مسئله‌ی قبلی در این است که موضوع در الزام به درمان یا مشارکت در درمان، درمان بیماری است و نتیجه‌ی آن نیز تولد فرزندی است که به زوجین تعلق دارد، اما در فرزندآوری با دخالت شخص ثالث، زوجین با مسائل متعددی همچون پرداخت هزینه‌های گزاف، شرکت در آزمایش‌های متعدد، صرف وقت زیاد، تحمل فشار روحی و استرس ناشی از نگرانی شکست در باروری، نگرانی از حرمت یا حلیت تلقیح مصنوعی و مقدمات آن، روبه‌رو می‌شوند. مهم‌تر از همه‌ی اینها، قطع ارتباط خونی میان فرزند و یکی از والدین یا هر دوی آنها و اثرات و عوارض ناشی از قبول اسپرم و تخمک یا رحم از شخص ثالث در تشکیل نطفه و مشکلات عدیده‌ی ناشی از آن، مسائلی است که باید، در این باره به آنها توجه داشت.

از طرفی دخالت ثالث مشکلات خاصی نیز به همراه دارد. برخی مشکلات دخالت شخص ثالث به قرار زیر است: (خمینی، بی‌تا: ۲۴۴۷ و ۲۴۴۸؛ خوبی، ۱۳۸۳: ۲۴۴۹ و ۲۴۵۰).

الف- الحاق فرزند به صاحب تخمک و اسپرم و بارشیدن بعضی احکام مثل ارث‌بری فرزند از صاحب تخمک و اسپرم و برعکس (خمینی، ۱۳۸۶: ج ۲، ص ۵۶۰؛ خوبی، ۱۳۸۳: ۲۶؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ج ۲، ص ۱۷۵)؛

ب- امکان ایجاد مزاحمت‌ها یا اقدامات قانونی برای گرفتن فرزند توسط ثالث معلوم (برای مثال ممکن است فرد ثالث با عنوان پدر یا مادر به هر دلیلی، مثل کسب اطلاع از فرزند، دلتنگی و احساس مسئولیت و انصراف از سپردن حضانت اقدامات قانونی کند)؛

ج- اخاذی و ایجاد مزاحمت، مثلاً برای گرفتن هزینه‌ی اهدای اسپرم یا تخمک توسط ثالث معلوم؛
 د- نگرانی از مطلع شدن فرزند به عقیم بودن پدر یا مادر ادعایی؛
 ه- اطمینان نداشتن به صحت و سلامت نطفه در صورت مجهول‌الهویه بودن ثالث؛
 و- احتمال بروز بحران هویت و یا اختلاط نسب در صورت مجهول‌الهویه بودن ثالث؛
 ز- در صورت گمنامی شخص ثالث، معین نبودن شخص مسئول در تربیت، ولایت و حضانت فرزند و گاهی فرار از مسئولیت‌پذیری اهداکننده و خانواده‌ی پذیرنده؛
 ح- معین نبودن فرزند بزرگ‌تر برای وجوب ادای نماز قضای والدین و هر جا که حکم تکلیفی وجود دارد؛

ط- وجود قاعده‌ی فراش در مورد زن و تداخل آن با باروری از اسپرم ثالث و غیره.
 به‌رغم وجود مشکلات مذکور، نیاز به فرزندآوری و علاقه به داشتن فرزند همه‌ی سختی‌ها را برای زوجین تحمل‌پذیر می‌کند و شاهد این مدعا، مراجعات بسیار زیاد افراد برای اهدای اسپرم و تخمک از طرفی و استفاده از روش‌های مصنوعی باروری از طرف دیگر در مؤسسات و مراکز پزشکی ناباروری است.

علمای عظام حکم شرعی استفاده از روش‌های مختلف باروری مصنوعی را تحت مسائل مستحدثه بررسی کرده‌اند؛ ایشان معتقدند، در همه‌ی موارد فرزندآوری با اثبات عقیم بودن فرد و لزوم دخالت ثالث، چون رفع مشکل از مصادیق درمان بیماری نیست، گذشته از حکم شرعی جایز بودن یا جایز نبودن تلقیح اسپرم و تخمک بیگانه، ایراد فقها در این وجه، استلزام حرام است، یعنی ممکن است این کار مستلزم مقدمات حرام باشد. مثل نظر اجنبی به اجنبیه، یا مثل لمس حرام و یا کیفیت استحصال اسپرم مرد مانند استمناء کردن. مطابق فتوای فقها چنانچه عمل لقاح مستلزم مقدمات حرام نباشد، این امر اشکالی ندارد، ولی بعضی از فقها، استلزام را در صورتی که ضرورت و یا حرج در بین نباشد. مثلاً زن و شوهری که به خاطر بچه‌دار نشدن اختلاف و مرافعه‌ی شدید پیدا کرده‌اند، یا اینکه زن به خاطر این مسئله به حد جنون رسیده است. اگر چنین حالتی برای زن و شوهر یا هر کدام ایجاد شد، مقدمه (لمس یا نگاه حرام) که به واسطه‌ی حکم اولیه حرام بود، در صورت اضطرار، ضرورت و حرج در حکم ثانوی (مثل اکل میته که در حال اضطرار اشکال ندارد) است. برخی همچون آیات عظام امام خمینی (ره)، گلپایگانی، مکارم شیرازی، فاضل لنکرانی و صافی گلپایگانی این مورد را حرام می‌دانند و فرموده‌اند: «گرفتن اسپرم از مرد اجنبی و تلقیح آن با تخمک زن جایز نیست». اما برخی مراجع مانند مقام معظم رهبری چنین لقاحی را جایز شمرده‌اند».

گذشته از حکم فقهی مصادیق دخالت ثالث در باروری زوجین و با فرض قبول مشروعیت آن، مسئله این است که آیا الزام زوج به موافقت با فرزندآوری به کمک ثالث جایز است؟ یعنی بر فرض نیاز به فرزند از طرف زوجه و مخالفت زوج در حالتی که تنها راه فرزندآوری دخالت ثالث است، الزام زوج امکان‌پذیر است؟

عقیم‌بودن یکی از زوجین که امری قهری و غیرارادی است، دخالت شخص ثالث در فرزندآوری را موجب می‌شود. این امر از یک سو سبب سقوط سمت پدری یا مادری یکی از زوجین و در نتیجه حدوث مسئولیت‌ها و بروز عواقب متعدد خواهد شد و از طرف دیگر سبب برقراری رابطه‌ی سببی زوجین عقیم با فرزند خواهد بود؛ لذا قول به جواز الزام به مشارکت فرد مخالف، اعم از اینکه سالم یا عقیم باشد، بسیار مشکل است و نیاز به ادله و پشتوانه‌ی محکمی دارد. برای مثال اگر مخالف، زوج بوده و عقیم باشد، آن‌گاه زوجه با چه دلیلی می‌تواند زوج را به استفاده از اسپرم ثالث راضی کند؟ یا اگر زوج، مخالف و سالم باشد و زوجه‌ی عقیم خواهان فرزندآوری باشد، آیا زوجه می‌تواند زوج را به تلقیح اسپرم خود با تخمک زن دیگری مجبور کند تا هم در کنار زوج زندگی کند و هم طعم مادری را بچشد؟ در غیر این صورت یا باید طلاق بگیرد و از زندگی با شوهرش منصرف شود و یا به نحو دیگری، مثل قبول ازدواج مجدد شوهر، او را به فرزندآوری راضی کند. جواز الزام در این موارد به مؤونه‌های بیشتری نیاز دارد.

در برخی موارد دخالت شخص ثالث بسیار ضروری می‌شود، برای مثال به تازگی، برای پیشگیری از تولد نوزادان معلول یا افزایش شانس فرزنددار شدن برای والدینی که به دلیل برخی مشکلات ژنتیکی قادر به داشتن فرزند سالم نیستند؛ راهکارهایی کشف شده است که در آن نطفه‌ی نوزاد با دخالت سه‌والد تشکیل می‌شود؛ یعنی علاوه بر دخالت اسپرم و تخمک زوجین، از فرد ثالث هم کمک گرفته می‌شود تا ایرادات ژنتیکی زوجین جبران شود. همچنین این روش برای خانم‌هایی که در سنین بالا از دواج می‌کنند و مایل به داشتن فرزند هستند، استفاده می‌شود (صارمی) که شاید الزام به موافقت با شرکت ثالث را جایز نموده و تا حد ضرورت پیش ببرد.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

الزام به فرزندآوری در موارد خارج از اختیار زوجین، غیرمقدور است؛ اما الزام به جلوگیری نکردن از فرزندآوری چه به صورت فعل یا ترک فعل مبانی شرعی، عرفی و عقلی مقبولی دارد. ضمن اینکه از لحاظ عملی و فیزیکی نیز امکان اجرایی شدن و در قانون نیز سابقه‌ی همانند دارد. اثبات جایز نبودن جلوگیری دائم یا عقیم‌کردن توسط شوهر با دلایل متقن شرعی، بر لزوم جلب

موافقت زوجه در جلوگیری از باروری دلالت دارد. این الزام به عنوان ضمانت اجرای حق باروری زوجه می‌تواند، راه‌حلی بسیار مناسب برای حل مشکل عدم تفاهم در فرزندآوری و جایگزین طلاق باشد. از طرفی امکان مادرشدن زوجه با کمک درمان یا مشارکت در درمان توسط شوهر و یا موافقت با استفاده از روش‌هایی همچون تلقیح مصنوعی برای احقاق حق باروری زنان، به ایجاد الزام علیه زوج به پرداخت هزینه‌ی درمان یا شرکت در درمان منجر می‌شود. مشروعیت این نحو الزام در صورتی که منوط به تحقق اضطرار ناشی از ناباروری برای زوجه بوده و یا درمان به سهولت و بدون سختی امکان‌پذیر باشد و یا هزینه‌ی درمان در وسع زوج باشد، بررسی می‌شود و شاید نتوان به راحتی به مشروعیت الزام شوهر در این موارد حکم داد؛ لذا در این موارد برای استیفای حق باروری زوجه علیه شوهر نمی‌توان ضمانت اجرای محکمی یافت؛ اگرچه ممکن است بتوان در راستای اصول قانون اساسی برای حمایت از حقوق زنان، هزینه‌های درمان و بسته‌های حمایتی از زوجین نابارور را بر دولت تحمیل کرد.

نتیجه اینکه از کنار هم قراردادن روایات دال بر منع عزل بدون رضایت زوجه، اقتضای اطلاق عقد بر لزوم فرزندآوری، تحمیل ضرر بر زوجه در صورت ممانعت زوج از فرزندآوری به دلالت نصوص فقهی، عرف و حکم عقلا، نیاز جسمی و روحی زن به فرزندآوری، روح حاکم بر قوانین ایران بر پذیرش نیاز به مادرشدن و حق فرزندآوری این امر استنباط می‌شود که برای حمایت از کانون خانواده بهتر است الزام به جلوگیری نکردن از فرزندآوری را مقدم بر طلاق دانست و برای عملیاتی کردن این حکم شرعی اقدامات مؤثر انجام شود و به بهانه‌ی ممکن نبودن اجرایی کردن، نادیده گرفته نشود. چرا که به تنقیح مناط از دعوای الزام به تمکین و قوانین دال بر امکان الزام به جلوگیری از باروری -در مواردی که ذکر شد- قابلیت اجرایی شدن را نیز دارد.

منابع

- ◀ قرآن کریم.
- ◀ قانون حمایت از حقوق و مسئولیت‌های زنان در عرصه‌های داخلی و بین‌المللی.
- ◀ قانون حمایت از خانواده.
- ◀ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست.
- ◀ قانون مدنی.
- ◀ انصاری، مرتضی (شیخ انصاری)، ۱۴۱۵ ق. کتاب النکاح، قم: باقری.
- ◀ تبریزی، میرزا جواد، ۱۴۱۶ ق. صراط النجاة، قم: سلمان فارسی.
- ◀ توجهی، عبدالعلی. «لزوم جرم‌انگاری نشوز زوج»، مطالعات راهبردی زنان، ش ۴۸، (تابستان ۱۳۸۹).
- ◀ ثمنی، لیلا، سید محسن فتاحی و طوبی شاکری گلپایگانی. «بررسی تطبیقی حکم فرزندآوری در فقه عامه و امامیه با رویکردی بر مقاصد شریعت»، پژوهشنامه مذاهب اسلامی، دوره پنجم، ش ۹، (تابستان ۹۷).
- ◀ ثمنی، لیلا، مهدی مهریزی و سید محسن فتاحی. «فرزندآوری مقتضای اطلاق عقد نکاح»، پژوهشهای فقهی، دوره سوم، ش ۴، (زمستان ۱۳۹۶).
- ◀ ثمنی، لیلا، ۱۳۹۰. حقوق غیرمالی زوجین از دیدگاه مذاهب خمس. تهران: شورای فرهنگی اجتماعی زنان.
- ◀ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۸. الفارق، تهران: گنج دانش.
- ◀ حرعاملی، محمدبن حسن، ۱۴۰۳ ق. وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، تصحیح عبدالرحیم ربانی شیرازی، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ◀ حسینی اکبرنژاد، هاله و حوریه حسینی اکبرنژاد. «نگاهی بر رویه‌ی نهادهای بین‌المللی در هنجارسازی و توسعه مفاهیم حوزه‌ی زنان»، مطالعات راهبردی زنان، دوره نوزدهم، ش ۷۶، (تابستان ۹۶).
- ◀ حسینی مجرد، اکرم، ۱۳۹۴. جمعیت ایران افزایش یا کاهش، تهران: شورای عالی انقلاب فرهنگی.
- ◀ حکمت‌نیا، محمود، ۱۳۹۰. حقوق زن و خانواده، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ◀ خامنه‌ای، سیدعلی، ۱۳۹۲. اجوبه الاستفتائات، تهران: انقلاب اسلامی.
- ◀ خلجی، حسن‌رضا. «نگرشی فقهی بر روش‌های تنظیم خانواده»، پژوهشنامه متین، ش ۵ و ۶ (۱۳۷۸ و ۱۳۷۹).
- ◀ خمینی، سید روح‌الله. توضیح المسائل، قم: اسلامی، بی‌تا.
- ◀ _____ ۱۳۶۸. تحریر الوسیله، قم: دارالعلم.
- ◀ خوبی، سیدابوالقاسم، ۱۳۷۱. مستحبات المسائل، بی‌جا، بی‌تا.
- ◀ _____ ۱۳۸۳. توضیح المسائل، مشهد: رستگار.

- ◀ رضوانی مفرد، احمد و شهرام زر نشان. «حمایت از حق مادری در نظام تامین اجتماعی»، مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۶، ش ۲، (تابستان ۱۳۹۵).
- ◀ شاکری گلپایگانی، طوبی. «بررسی فقهی-حقوقی گستره‌ی نشوز زوجین و شیوه‌ی مواجهه با آن»، مطالعات راهبردی زنان، ش ۶۴، (تابستان ۱۳۹۳).
- ◀ صارمی، ابوطالب. پایگاه تحلیلی خبری خانواده و زنان، خبر: ۸۱۲۲.
- ◀ صافی، لطف‌الله، ۱۴۱۶ ق. هدایة‌العباد، قم: دارالقران الکریم.
- ◀ طباطبائی یزدی، محمدکاظم، ۱۴۲۰ ق. عروة‌الوثقی، قم: نشر اسلامی.
- ◀ عکبری بغدادی، ابی عبدالله محمدبن محمدبن نعمان (شیخ مفید)، ۴۱۰ ق. المقتنعه، قم: نشر اسلامی.
- ◀ فهرستی، زهرا و مریم چاوشی‌ها. «شروط مندرج در سند ازدواج-بررسی و تحلیل»، بانوان شیعه، سال پنجم، ش ۱۷، (پاییز ۱۳۸۷).
- ◀ قائنی، محمد و محدثه معینی فر. «موجه‌سازی حق تولید مثل و باروری انسان در قرآن»، مطالعات راهبردی زنان، ش ۱۷، (زمستان ۱۳۹۳).
- ◀ قزوینی، أبو‌عبدالله محمدبن یزید (ابن ماجه)، ۱۳۷۲ ق. سنن ابن ماجه، تحقیق محمد فؤاد عبدالباقی، قاهره: دار إحياء الكتب العربية.
- ◀ قنبرپور، بهنام. «پژوهشی بر قلمرو اختیار حکومت اسلامی و تدابیر آن در جلوگیری از کاهش نسل»، مطالعات راهبردی زنان، سال ۱۷، ش ۶۸، (تابستان ۹۴).
- ◀ کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۲. حقوق مدنی خانواده، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- ◀ مظهرقراملکی، علی. «مشروعیت الزام به فرزندآوری در فقه امامیه»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره ۴۲، ش ۱، (زمستان ۱۳۸۸).
- ◀ مغربی، ابوحنیفه، نعمان بن محمد تمیمی، ۱۳۸۵ ق. دعائم الاسلام، قم: موسسه آل البيت (علیهم السلام).
- ◀ موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، ۱۴۱۳ ق. مجمع المسائل، قم: دارالقران الکریم.
- ◀ نقیبی، سیدابوالقاسم و سیدمحمدعلی صدر طباطبائی. «جایگاه توالد و تناسل در حقوق و اخلاق اسلامی»، اخلاق زیستی، سال پنجم، ش ۱۷، (پاییز ۱۳۹۴).
- ◀ نوری همدانی، حسین. «کنترل جمعیت»، فقه اهل بیت، ش ۳۳، (بهار ۱۳۸۲).
- ◀ هدایت‌نیا، فرج‌الله. «تسهیل طلاق یا طلاق‌زدایی در حقوق خانواده ایران»، حقوق اسلامی، ش ۴۷، (زمستان ۱۳۹۴).
- ◀ ———. «نشوز زوج در فقه و حقوق خانواده جمهوری اسلامی ایران»، حقوق اسلامی، سال دهم، ش ۳۷، (۱۳۹۲).