

## آزادی اراده و سلب توانایی باروری

غلامعلی سیفی

- دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

## چکیده

تمایل به تولیدمثل از غرایز طبیعی هر موجود زنده‌ای است. شوق داشتن فرزند، نزد آدمیان کمال بیشتری یافته است؛ زیرا که انسان احساس بقای نسل و تداوم شخصیت بعد از فوت را در این روش می‌بیند. با این حال، در مواردی توانایی طبیعی فرد جهت باروری به طور موقت و یا دائم سلب می‌شود. قطع نظر از مداخلات غیرمستقیم دولت‌ها در این زمینه که در راستای کنترل جمعیت و از طریق اتخاذ تدابیر خاص صورت می‌پذیرد، در موارد زیادی خود افراد به دلایل پزشکی، روانی، فرهنگی، اقتصادی و یا اجتماعی در مقام تحدید و یا حذف توانایی باروری خویش برمی‌آیند. کاهش و یا نابودی توانایی تولید مثل از روی اراده افراد که می‌تواند در قالب تراضی حقوقی و از طریق انعقاد قرارداد با پزشک و یا احیاناً در چارچوب شرط ضمن عقد (مثلاً ضمن نکاح یا قرارداد استخدامی) و یا در محدوده یک قرارداد بی نام بین زوجین انجام پذیرد، این سؤال را به ذهن متبادر می‌سازد که آیا انسان براساس مقررات موضوعه و موازین فقهی مختار به اسقاط و یا سلب این توانایی خدادادی از خویشتن می‌باشد یا آنکه آزادی در این زمینه قابل کنترل و نظارت از طریق اعمال قوانین و نظریه‌ها و قواعد حقوقی است؟ بالاخره چگونه می‌توان میان ضرورت کنترل جمعیت و آزادی فرد در داشتن فرزند را جمع کرد، به طوریکه اساس آزادی انسان صدمه نیند؟

آنچه مسلم است اینکه هیچکس نمی‌تواند مطابق مقررات قانونی آزادی خود را به طور کلی جهت برخورداری از توان باروری سلب نماید؛ ولی امکان سلب این توانایی طبیعی به طور جزئی ممکن است. با این حال روشن ساختن و تمایز مفهوم سلب ارادی توانایی باروری به طور کلی و جزئی از یکدیگر با ملاک قرار دادن سن و مدت زمان سلب توانایی فوق ضرورت دارد. البته تعیین مرز این مفهوم همیشه به آسانی ممکن نمی‌باشد.

\* مسئول مکاتبه: غلامعلی

سیفی، دانشکده حقوق،  
دانشگاه شهید بهشتی، تهران،  
ایران

رایا نامه:

A\_seifi@sbu.ac.ir

دریافت: ۸۹/۴/۲۹

پذیرش: ۸۹/۸/۱۲

**کلید واژگان:** باروری، تحریم حلال، سلب آزادی، سلب جزئی حق طبیعی، سلب کلی حق طبیعی، کنترل جمعیت.

نحوه استناد به این مقاله: سیفی غلامعلی. آزادی اراده و سلب توانایی باروری. فصلنامه باروری و ناباروری: سال ۱۱ (۱۳۸۹)، شماره ۴، صفحات: ۲۹۵-۳۰۳.

## زمینه و هدف

بشری به طور آشکار نقش مصلحان اجتماعی زمان در این خصوص به چشم می‌خورد که ابنای بشر را به استفاده صحیح از گریزه و توانایی طبیعی جهت تکثیر جمعیت و داشتن فرزند و تربیت پسندیده او تشویق نموده و ولد صالح

توانایی ذاتی بر خلق موجودی همسان، علی‌الاصول در مورد انسان از حقوق طبیعی و غیرقابل تعرض او به شمار می‌رود که خالق هستی، بخش قابل توجهی از زیبایی و شگفتی کاینات را در آن نهاده است. در تاریخ تمامی جوامع

را موجب تسکین خاطر و مایه نشاط و حیات خانواده و اجتماع دانسته‌اند.

بنابراین، تمایل انسان برای بی‌بهره‌گی از نعمت فرزند برمدار طبیعت او قابل توجیه نیست و هر آدمی ذاتاً در جستجوی داشتن فرزندی است که به او دل‌بستگی داشته و خود را در وی دریابد و بدین ترتیب تداوم نسل و حیات قوام پذیرد؛ ولیکن، تدبیر و تعقل انسانی، وی را از دیگر موجودات زنده ممتاز می‌سازد. اگر سایر موجودات صرفاً براساس غریزه و یا شهوت مبادرت به ایجاد هم‌نوع خود در طبیعت می‌نمایند، آدمی اندیشمند، دلسوز و مسئول است و بدین جهت در مقام تحدید توانایی طبیعی خود در این رابطه برمی‌آید. او به خوبی بر مشکلات کثرت اولاد آگاه است و می‌داند که ازدیاد غیرمتعارف تعداد فرزندان، وی را از اداره مناسب خانواده و تربیت شایسته فرزندان زیاد باز می‌دارد.

تعدیل جمعیت جهان و کنترل زاد و ولد بدون تردید از طریق اعمال این اندیشه بر نهاد خانواده میسر می‌شود. بدین‌سان امروز کشورهای پرجمعیت تلاش‌های گسترده‌ای را به منظور مهار کردن افزایش جمعیت شروع کرده و با توسل به اقدامات مختلف اعم از به کارگیری امتیازات منفی و یا مشوق‌های ویژه خانواده‌ها و زوجین جوان را متقاعد به تحدید اولاد می‌نمایند. اگرچه این فکر در کشورهای با نرخ رشد متعادل جمعیت به علت عدم نیاز و در کشورهای اسلامی و از جمله ایران به جهت اندیشه‌های مذهبی حاکم کمتر دنبال می‌شود، ولی رشد و ارتقای فرهنگ آسایش و بروز پیچیدگی‌های زندگی نوین شهری مردم این سرزمینها را نیز وادار به پذیرش محدودیت در تعداد فرزندان به عنوان یک اقدام ارزشمند نموده است. حال، در این فضای فکری زنان و مردان زیادی درصدد برمی‌آیند که با میل و رغبت خویش از تولد فرزند در خانواده جلوگیری نمایند.

اقدامات زوجین جهت جلوگیری از بارداری گاه مقطعی و موقتی است و با استفاده از روش‌های معمول در زندگی زناشویی از قبیل استفاده از قرص‌های ضد بارداری و غیره صورت می‌پذیرد. سودمندی این روشها در پیشبرد اهداف تنظیم خانواده به عنوان یک آرمان خانوادگی و جلوگیری از تزیاد غیرکنترل شده جمعیت کشور به عنوان شرکت در

تحقق یک هدف ملی قابل انکار نیست. در این موارد که نه آزادی افراد سلب شده و نه توانایی طبیعی باروری از میان رفته است، مقررات قانونی و اصول حقوقی حکم به مشروعیت و جواز عمل می‌دهد. اما در برخی موارد، خواست خود زوجین فراتر می‌رود و آنها در مقام قطع توانایی طبیعی خود بر باروری برای مدتی مستمر و یا به طور دائمی برمی‌آیند. ممکن است این اقدام با تراضی زوج و زوجه و در قالب یک قرارداد پزشکی روی یکی از آنها عملی شود و یا بدون توافق زن و شوهر یکی از آنها مبادرت به انجام عمل مزبور از طریق انعقاد قرارداد پزشکی برآید. حتی ممکن است در ضمن عقد نکاح و یا قرارداد استخدامی معین، عدم باروری و تعهد به از میان بردن توانایی تولد برای مدتی خاص و یا همیشگی شرط شود. در این قبیل موارد مشروعیت قرارداد به علت مغایرت مفاد آن با آزادی و حریت اشخاص محل تأمل قرار می‌گیرد. زیرا به موجب ماده ۹۶۰ قانون مدنی که از بند دوم ماده ۲۷ قانون مدنی کشور سوئیس اقتباس یافته است (۱)، «هیچکس نمی‌تواند از خود سلب حریت کند و یا در حدودی که مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه باشد از استفاده از حریت خود صرف‌نظر نماید». مفاد این ماده که تحت عنوان «تحریم حلال» در سوابق حقوق اسلامی نیز مطرح گردیده است (۲)، در قلمرو حقوق غیر مالی با شدت و وسعت بیشتری قابلیت اجرا دارد (۳). ماده ۴۹ قانون مدنی مصر در این مورد با صراحت اعلام می‌دارد: «هیچکس نمی‌تواند از خود سلب حریت کند».

با این وصف، چنانچه سلب توانایی باروری مغایر با آزادی طبیعی انسان باشد، قانوناً اراده فرد قادر بر حذف و از میان بردن این توانایی نیست؛ یعنی چنانچه قرارداد یا شرطی در این خصوص ایجاد شده باشد، قابل ترتیب اثر نبوده و کأن لم یکن تلقی می‌شود. بنابراین خروج متعهد یا مشروط علیه از رابطه ظاهراً قراردادی یا التزام شرطی میسر بوده و نقض عهدهی صورت نمی‌گیرد. ولیکن چنین برداشت کلی مبالغه‌آمیز به نظر می‌رسد و عملاً راه را برای ایجاد محدودیت تعداد فرزندان در خانواده از روی اراده آزاد زوجین می‌بندد. بنابراین لازم است بین سلب آزادی به طور جزئی و سلب آزادی به طور کلی تفکیک قایل شده و در

طور جزئی مطابق قسمت اول ماده ۹۶۰ قانون مدنی علی القاعده ممکن و معتبر است؛ ولیکن به طور استثناء هرگاه سلب آزادی (برخورداری از حق آزادی در امری) ولو به طور جزئی و یا تعهد به عدم استفاده از آزادی و عدول ارادی از اجرای آن به امری ارتباط پیدا کند که پذیرش آن بر خلاف موازین اخلاق حسنه و یا مقررات آمره باشد، در این صورت جایز نخواهد بود (۴).

مقایسه مادتين ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی بیانگر آن است که قانونگذار علی الظاهر در قلمرو آزادی‌های غیر مرتبط با حقوق مدنی مثل آزادی رفت و آمد، آزادی شغل، آزادی اندیشه و بیان و از جمله آزادی داشتن فرزند سختگیری بیشتری از خود نشان داده و مصلحت فرد را در عدم امکان صرفنظر کردن ارادی از استفاده از آزادی (حتی به طور جزئی) در پاره‌ای از موارد دانسته است. موضع سختگیرانه قانونگذار اگر در مورد آزادی‌های اساسی و حقوق بشری انسان که در بسیاری از موارد با حقوق مربوط به شخصیت او همراه می‌شود (۵)، قابل پذیرش باشد، به نظر نمی‌رسد که این اندیشه قابل تعمیم به مورد سلب آزادی در قلمرو باروری باشد. زیرا عرفاً صرفنظر کردن از استفاده از توانایی باروری به طور جزئی شخصیت انسان را از وی نگرفته و او را به صورت مسلوب الاراده و شبه برده در نمی‌آورد.

بنابراین در حیطه توانایی باروری تنها موردی که ممنوعیت آن قابل مناقشه نیست، سلب توانایی باروری به طور کلی می‌باشد (۶). سلب حق برخورداری از این توانایی طبیعی و یا صرفنظر کردن از اجرای عملی آن به روش‌های مختلف صورت می‌پذیرد.

**ب- روشهای حقوقی متداول جهت سلب حق بهره مندی و یا اجرای توانایی باروری:** تصور سلب توانایی باروری از طریق اقدام یکجانبه مادی ممکن، ولی از راه عمل حقوقی یک طرفه (ایقاع) و با اراده انشایی یک فرد بدون ورود او در یک تراضی دو جانبه (قرارداد) مشکل است (۱). در واقع اشخاص به منظور ازاله دائم و یا موقت توانایی باروری خود از طریق انعقاد قرارداد اقدام می‌نمایند. این قراردادها صور مختلفی دارد. گاه زوجین هر دو به اتفاق تصمیم به جلوگیری از

مورد اول تردید را در توانایی اراده فردی بر سلب قدرت باروری از میان دور نماییم.

با توجه به توضیحات فوق سزاوار است که ابتدا مفهوم، روشها و مصادیق سلب آزادی به طور جزئی و سلب آزادی به طور کلی در قضیه "صرفنظر کردن ارادی افراد از توانایی باروری خود" مشخص گردد (گفتار اول) و سپس اعتبار و آثار تراضی تحقق یافته در مورد هر کدام از صور فوق مورد بررسی قرار گیرد (گفتار دوم).

#### گفتار اول

**مفهوم، روشها و مصادیق سلب آزادی به طور جزئی و کلی در مورد عدول ارادی از توانایی باروری:** قبل از آنکه مصادیق صور مهم سلب آزادی و توصیف این مصادیق به جزئی یا کلی بودن سلب (ج) و روش‌های قراردادی متداول در این رابطه مورد بررسی قرار گیرد (ب)، لازم است به طور مختصر مفهوم سلب آزادی به طور جزئی و کلی و موارد مغایرت عدول از آزادی با قانون و اخلاق حسنه مشخص شود (الف).

**الف- سلب آزادی به طور جزئی و کلی و امکان مغایرت عدول از آزادی با مقررات قانونی و اخلاق حسنه:** بر خلاف ماده ۹۵۹ قانون مدنی که مفهوم مخالف آن سلب توانایی تمتع<sup>۱</sup> و توانایی اجرا<sup>۲</sup> را در قلمرو برخورداری و تصرف در حقوق مدنی به طور جزئی تجویز و اعلام می‌نماید: «هیچکس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند»، ماده ۹۶۰ قانون مدنی در فراز اول ممنوعیت سلب حریت را اعلام می‌نماید و در فراز دوم بر عدم جواز عدول از استفاده از حریت در فرضی که مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه باشد تأکید می‌کند. با این حال به نظر علمای حقوق بین دو ماده ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی وحدت ملاک و مبنا وجود دارد و آنچه در ماده ۹۶۰ قانون مدنی ممنوع اعلام شده است، سلب آزادی به طور کلی می‌باشد و گرنه سلب آزادی به طور جزئی لازمه فعالیت آزادانه فرد انسانی است (۱). بنابراین، سلب آزادی به

1- Capacity of possession  
2- Capacity of practice

پیدایش فرزند و یا فرزند جدید در خانواده می‌گیرند و برای عملی ساختن منظور خود یکی از آنها با انعقاد قراردادی با پزشک ذیصلاح در مقام عقیم ساختن خود برای مدتی و یا همیشه بر می‌آید. گاه در ضمن عقد نکاح و یا متأخر بر زمان انعقاد عقد طرفین ازدواج به صورت شرط توافق می‌نمایند که یکی از دو طرف از آوردن فرزند پیشگیری نماید. در این مورد نیز جهت عملی ساختن التزام ایجاد شده بر مبنای شرط، طرف متعهد (مشروط علیه) ناچار از مراجعه نزد پزشک خواهد بود تا با انعقاد قرارداد پزشکی زمینه باروری را برای مدتی و یا برای همیشه حسب توافق پیشین با شریک زندگی بخشکاند.

بالاخره ممکن است از میان بردن توانایی باروری و یا عدم استفاده از این توانایی بر اثر گنجاندن، شرط ضمن قرارداد استخدامی باشد. این اتفاق بیشتر در رابطه با استخدام دختران و بانوان قابل تحقق است. سازمان و یا شرکتی ضمن تحصیل امضای داوطلب استخدام در فرم قرارداد می‌تواند تعهدی را به عدم ازدواج یا بچه‌دار نشدن طرف عقد در مدت معینی به او تحمیل و در واقع وی را به پذیرش شروط از پیش درج شده در قرارداد و ادار سازد (قرارداد الحاقی).

وجه مشترک تمامی صور قراردادی فوق پیدایش التزام بر عهده شخص و ایجاد محدودیت مطلق و یا ناقص بر اراده آزاد در راه داشتن اولاد است. باید دید در چه مواردی توانایی باروری به طور جزئی و محدود و در چه مواردی به طور کلی و نامحدود سلب می‌گردد و ملاک و معیار تشخیص این دو حالت از یکدیگر چیست؟

**ج- صور و مصادیق سلب توانایی باروری به طور جزئی و کلی:** کلی در علم منطق مفهومی را گویند که قلمرو آن افراد متعدد را فراگیرد و جزئی در مقابل آن، مفهومی است که صادق بر مورد واحد باشد (۷). متابعت محض از این تعریف منطقی منجر به پیدایش نتیجه‌ای خواهد بود که وسعت سلب توانایی باروری به طور کلی را بسیار گسترده و بر عکس دامنه سلب توانایی باروری به طور جزئی را کاملاً محدود سازد، زیرا فقط حذف توانایی باروری در مورد یک فرزند می‌تواند جزئی محسوب شود و سلب توانایی و یا تعهد به

عدم بکارگیری این توانایی در مورد بیش از یک فرزند کلی تلقی خواهد شد. این برداشت لغوی و تجریدی در علم حقوق کاربردی ندارد، واقعیات بیرونی در علم حقوق مورد توجه جدی بوده و در این علم راه‌حل‌های میانه و عادلانه‌ای جستجو می‌شود که پاسخگوی تمایلات، نیازها و اقدامات عملی مردم در اجتماع باشد. اصل دفاع از آزادی اراده فردی و عدم تجویز انسان که با میل خود نتواند خود را محدود و در چارچوبی محصور نماید، هر چقدر عالی و در راستای تکریم و ارج نهادن به شخصیت والای انسانی باشد، اگر زیاده و به صورت مفرط مورد استناد قرار گیرد، تبدیل به اصل ضد ارزش شده و آزادی را از انسان سلب می‌نماید.

بنابراین، بهتر است در این مورد با روی آوردن به ملاکها و معیارهای معقول و موجه حقوقی قلمرو سلب توانایی باروری به طور جزئی و کلی را از یکدیگر باز شناسیم.

ظاهراً مصداق و متعلق مورد سلب در حذف و نابودی توانایی باروری از یک سو و طول مدت سلب توانایی مزبور از سوی دیگر می‌تواند دو ملاک قابل اتکا برای تمیز سلب توانایی باروری به طور کلی و جزئی منظور شوند. بدین توضیح که هرگاه مصداق مورد سلب واحد و طول زمان سلب محدود باشد، سلب توانایی به طور جزئی و محدود محسوب گردد و هرگاه مصادیق مورد سلب متعدد و مدت زمان سلب محدود و یا نامحدود باشد سلب توانایی به طور کلی به شمار آید. ولی این ملاک اگر در حوزه سلب حق تمتع و یا حق اجرای حقوق مدنی (ماده ۹۵۹ قانون مدنی) پاسخ درست می‌دهد در بحث حاضر کارساز نیست؛ زیرا در تمامی مواردی که متقاضی استفاده از روش‌های جلوگیری از باروری مبادرت به انعقاد قرارداد پزشکی می‌نماید و یا در ضمن عقد نکاح و یا قرارداد خاص دیگری متعهد به عدم باروری می‌گردد، مصداق مورد سلب برای توالد فرزند واحد و معین در نظر نبوده و هر فرزند را به طور کلی شامل می‌شود.

در خصوص معیار دیگر یعنی طول مدت ناتوانی باروری نیز، وضع به همین منوال است، یعنی این ملاک هم در رابطه با موضوع مورد بحث نمی‌تواند راهگشا باشد؛ زیرا در اغلب موارد کسی که اقدام به حذف توانایی باروری خود می‌کند،

شود. حداقل سن شخص اقدام کننده در این خصوص در مورد افراد دارای فرزند ۲۵ یا ۳۰ سالگی اعلام گردید؛ ولی در مورد افراد فاقد فرزند باید به طور طبیعی این سن را افزایش داد تا چنانچه شخص در طول زمان به داشتن اولاد متمایل شد، راه برای او مسدود نباشد و روان او آسیب نبیند. پیش‌بینی سن خاص در این حالت باید با ملاحظات منافع فردی و مصالح اجتماعی صورت بگیرد، به نوعی که نه جامعه از توالد فرزندان ناسالم از والدین سنین بالا زیان ببیند و نه کرامت و شخصیت فردی اشخاص مخدوش گردد. مثلاً اگر در علم پزشکی و یا علوم زیستی ثابت شده باشد که احتمال ابتلای متولدین از پدر و مادر بالای ۴۵ سال سن به بیماری و یا کم بودن بهره هوشی آنها وجود دارد می‌تواند در بالاتر از این سنین افراد را مجاز به از بین بردن ارادی توانایی باروری آنها دانست. در این فرض ضرورت‌های زندگی اجتماعی و مصالح فردی اقتضا می‌نماید که از اجرای قاعده ممنوعیت سلب توانایی باروری به طور کلی عدول نموده و حکم مصلحت آمیزی را جایگزین آن کنیم. اگرچه در این خصوص برخی از علمای حقوق اسلامی موضعی سختگیرانه داشته و اجازه عقیم شدن فرد را به خواست خود او نمی‌دهند ولی بعضی دیگر با مراعات مصالح کلی جامعه و خانواده تحت شرایطی به ویژه در مورد احتمال بروز خطر جسمی و یا روحی برای مادر و یا تولد فرزند ناسالم این اقدام را مباح و مجاز می‌شمارند (۸).

۳- کوتاه بودن مدت سلب توانایی باروری و یا مدت تعهد به عدم استفاده از این توانایی معیار قابل توجه دیگری است که می‌تواند با استناد به آن سلب توانایی باروری را سلب به طور کلی به حساب نیاوریم. فقهای اسلام عمدتاً توقیت در عقیم شدن را با فرض امکان برگشت پذیری<sup>۴</sup> توانایی از موارد مجاز در چارچوب آزادی ارادی افراد دانسته و آنرا صریحاً مباح و ممکن دانسته‌اند (۱۰، ۸). ولیکن، در این مورد نباید این نکته را فراموش کرد که طولانی و یا کوتاه بودن مدت زمان سلب توانایی با توجه به وضعیت فردی و خصوصاً سن و سلامت شخص متقاضی حسب داور عرف

تمامی طول مدت آینده زندگی خود را در نظر می‌گیرد و حتی اگر او هم بخواهد که عقیم شدن موقت عارض وی گردد، عملاً از نظر پزشکی هم عقیم سازی مردان<sup>۱</sup> و هم عقیم سازی زنان<sup>۲</sup> وجود داشته و اصولاً جز در موارد استثنایی منجر به نابودی کامل توان باروری شخص<sup>۳</sup> می‌گردد.

به نظر می‌رسد جهت دادن پاسخ صحیح حقوقی به قضیه و مشخص کردن موارد مجاز سلب توانایی باروری از موارد ممنوع، سه عامل باید مورد توجه واقع شود؛ داشتن فرزند یا فرزندان در تاریخ تقاضا، سن متقاضی استفاده از روش ناباروری، برگشت پذیری یا برگشت ناپذیری توان باروری پس از اقدام پزشکی.

۱- اجازه حذف دائم توانایی طبیعی برای باروری باید در مورد کسانی داده شود که دارای فرزند هستند. اگرچه داشتن فرزند واحد نیز ممکن است غریزه و حس فرزند دوستی آدمی را تا حدودی ارضا نماید؛ ولی چون با ازاله همیشگی توان باروری دیگر امکان بازگشت به وضع پیشین وجود ندارد و ممکن است شخص متقاضی در طول زمان نظر خود را تغییر و در صدد داشتن فرزند دیگر از تن و جسم خویشتن باشد، لذا بهتر است داشتن دو فرزند غیر همجنس و یا سه فرزند (بدون توجه به جنس) شرط پذیرش درخواست متقاضی قرار گیرد و پزشک اقدام کننده مکلف به رعایت این شرط باشد (۸). رعایت بهداشت روانی و مصلحت فردی اقتضا دارد داشتن سن خاص مثلاً حداقل ۲۵ سال برای زنان و ۳۰ سال برای مردان نیز مورد توجه باشد. در این فرض و با اجتماع دو شرط فوق علیرغم سلب آزادی بچه‌داری به‌طور دائم شخصیت فرد از لحاظ حقوقی لطمه جبران ناپذیر نمی‌بیند و مقام انسانی او تنزل نمی‌یابد تا سلب توانایی باروری به متابعت محض از علم منطق سلب آزادی به طور کلی در نظر آید (۹).

۲- سن متقاضی استفاده از روش‌های جلوگیری دائم از باروری هم می‌تواند یکی دیگر از عوامل موثر در توصیف سلب توانایی باروری به سلب به طور کلی و یا جزئی منظور

- 1- Vasectomy
- 2- Tubectomy
- 3- Total Sterility

4- Reversibility

تعیین می‌گردد و به نسبت اوضاع و احوال فردی طول دوره عقیم شدن طولانی و یا کوتاه مدت محسوب شود. مثلاً در مورد زنی که در آستانه یائسگی است و یا مردی که در دوره کهولت به سر می‌برد ممکن است تعهد به عدم استفاده از توانایی باروری و یا سلب این توانایی برای مدت یک سال یا چند ماه طولانی یا نامحدود به حساب آید ولی در مورد افراد جوان قطعاً داوری عرف به گونه دیگر خواهد بود.

اعتبار قراردادهای فوق بسته به اینکه با تراضی زوجین و یا به تقاضای یکی از آنها صورت بگیرد متفاوت بوده و آثار ناشی از قرارداد صحیح و باطل نیز یکسان نیست.

#### گفتار دوم

*اعتبار و آثار تراضی بر سلب توانایی باروری:* از آنچه تا کنون گفته شد معلوم گردید که تعهد به عدم استفاده از آزادی باروری در فرض مغایرت با مقررات آمره و موازین اخلاق حسنه، فاقد اعتبار بوده و قابلیت استناد ندارد و در تمامی مواردی که سلب توانایی باروری عرفاً سلب آزادی به طور کلی تلقی شود، با اراده آزاد فردی نمی‌توان از موهبت بچه‌داری محروم شد. با این حال اعتبار تراضی احتمالی بین زوجین به صورت یک قرارداد بی نام و یا به صورت شرط ضمن عقد نکاح و نیز قرارداد پزشکی منعقد شده بین زن و شوهر و پزشک اقدام کننده در برخی فروض نیاز به بررسی بیشتر دارد. آثار حقوقی مترتب بر قرارداد منعقد در فرض اعتبار نیز از قبیل امکان انحلال توافق و حقوق و تکالیف پیدا شده برای طرفین پس از آن می‌تواند محل گفتگو باشد. از این رو، مطالعه اعتبار تراضی بر سلب توانایی باروری و آثار این تراضی دو موضوع قابل بررسی در این زمینه را تشکیل می‌دهد.

*الف- اعتبار تراضی بر سلب توانایی باروری:* کمتر اتفاق می‌افتد که در کشور ما فردی غیر متأهل و مجرد، چه مرد و چه زن، در صدد حذف موقت و یا دائمی توانایی باروری خود برآید. علی‌الاصول، تمایل به جلوگیری از داشتن فرزند در مورد خانواده‌ها و زن و شوهرها بروز می‌نماید. بدیهی است قبل از آنکه یکی از این دو از طریق انعقاد قرارداد پزشکی تن به عقیم نمودن موقت و یا دائمی خود بدهد، ابتدا باید توافقی میان زوجین وجود داشته باشد. این توافق ممکن

است ضمن عقد نکاح به صورت شرط گنجانده شده باشد، در این حالت، مشروط علیه یعنی کسی که تعهد به عقیم ساختن خود نموده مکلف است مطابق مدلول و مفاد شرط به تعهد خود عمل نماید. نباید چنین شرطی را خلاف مقتضای ذات عقد نکاح دانسته و آنرا به استناد بند ۱ ماده ۲۳۳ قانون مدنی باطل و مبطل عقد دانست. زیرا مقتضاهای ذات عقد نکاح مطابق نظر مشهور فقهای اسلام (۱۱) و علمای حقوق موضوعه پیدایش زوجیت است (۱۲). پیدایش اولاد از رابطه زوجیت از مقتضای‌های با واسطه عقد نکاح است و بنابراین توافق بر ایجاد مانع بر سر راه تحقق این مقتضا حداکثر شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد و نه شرط خلاف مقتضای ذات عقد خواهد بود.

از طرفی شرط مزبور نه از شروط غیر مقدور و غیر قابل انجام عرفی است که به موجب بند ۱ ماده ۲۳۲ قانون مدنی باطل تلقی شود و نه فاقد فایده و منفعت عقلایی محسوب می‌گردد که بر اساس بند ۲ ماده مرقوم بی اعتبار به حساب آید. لاقول در جهان امروز، ترتب فایده بر کنترل اولاد در داخل خانواده و یا اجتماع محل بحث نیست. علمای معاصر اسلامی علیرغم تأکید بر لزوم ازدیاد نسل به عنوان مطلوب شارع مقدس، در وضعیت فعلی و با وجود مشکلات فراوان فرهنگی، اقتصادی و بهداشتی تا حاکمیت مدیریت توانا بر سرزمین‌های اسلامی، در جواز کنترل جمعیت و کاهش تعداد فرزندان خانواده تردیدی به خود راه نداده‌اند (۱۰).

تراضی زوجین بر کاهش تعداد اولاد و عقیم نمودن یکی از آنها اگر در قالب شرط ضمن عقد در نیامده و به صورت یک قرارداد بی نام نیز ایجاد شده باشد، باز مطابق اصل حاکمیت اراده و در چارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی دارای اعتبار است و برای طرفین ایجاد التزام می‌کند. هرگاه در ضمن قرارداد منعقد و یا شرط گنجانده شده در عقد نکاح طرفی از زوجین معلوم شده باشد که خود را ناتوان بر باروری نماید، در این صورت فرد تعیین شده اعم از شوهر یا زن باید تعهد ایجاد شده را اجرا کند. اما هرگاه تصمیم واحد در خانواده اتخاذ ولی فرد مراجعه کننده به پزشک معلوم نشده باشد، علی‌القاعده نمی‌توان در اجرای تعهد، زن یا مرد را مقدم بر دیگری دانست (۱۰).

به این ترتیب، آزادی زن یا شوهر جهت نگهداری تخمک یا اسپرم خود به طریق علمی و دارا شدن فرزند در آینده و زمان دلخواه نمی‌تواند محل مناقشه باشد. زیرا گاه بر اثر برخی دخالت‌های پزشکی در راستای مداوای بیمار اعم از انجام جراحی‌های ضروری و یا استفاده از برخی داروها یا روش‌های درمانی، فردی که تحت درمان قرار می‌گیرد، توانایی خویش را برای باروری در آینده از دست می‌دهد. در این موارد شخص بیمار خواهد توانست از طریق نگهداری تخمک یا اسپرم خود در مراکز مرتبط، امیدوار به داشتن فرزند در آینده شده و با بهره‌مندی از این فرصت و نعمت دردهای خود را تسکین دهد. بدیهی است که زن شوهردار در اعمال این حق طبیعی نیازمند تحصیل رضایت شوهر خود نیست و اعتقاد خلاف، مغایر با حریت و آزادی انسانی زن می‌باشد. شوهر شاید بتواند از تلقیح نطفه خویش با تخمک منجمد شده زوج مخالف به عمل آورد ولی قادر به جلوگیری از لقاح تخمک منجمد شده همسرش با نطفه مرد دیگر بعد از وقوع احتمالی طلاق یا فوت خود نمی‌باشد. احترام به شخصیت و آزادی زن اقتضاء دارد که وی بتواند از جسم خویش فرزندی داشته باشد و اصول پذیرفته شده حقوق هیچ رادع و مانعی را در این راه نمی‌پذیرد.

**ب- آثار تراضی بر سلب توانایی باروری:** در تمامی فروضی که توافق بر سلب توانایی باروری صحیح شناخته می‌شود، پس از تشکیل عقد بر عهده طرفین تراضی تعهداتی ایجاد می‌شود. زن یا شوهری که در مقابل طرف خود ملتزم به انجام اقدامات پزشکی خاص به منظور حذف دائم یا موقت توانایی باروری شده است، باید به تعهدات ناشی از قرارداد پای بند باشد. با این حال وضعیت خاص قرارداد و ارتباط آن با حریت و حقوق مربوط به شخصیت ایجاب می‌نماید که امکان صرفنظر کردن و رجوع از رابطه قراردادی تا قبل از شروع اقدامات پزشکی برای طرف متعهد ممکن باشد و از لحاظ حقوقی نتوان به آسانی و بر اساس مقررات حاکم در قلمرو معاملات فرد متعهد را وادار به انجام عمل مورد نظر نمود. در این صورت، برای طرف مقابل (متعهدله) حقوقی ایجاد می‌شود.

نباید تصور نمود که امکان عدول از اجرای مفاد تراضی به

ولیکن، به نظر برخی از علما در انجام این تکلیف، زوج بر زوجه مقدم شناخته شده است (۸۱۰)، علت این ترجیح روشن نیست و به نظر می‌رسد در این خصوص باید از قاعده قرعه بهره جست و به قید قرعه یکی از زوجین را به انجام تعهد ایجاد شده وادار ساخت (القرعه لکل امر مشکل).

ولیکن، در همه موارد زن و شوهر جهت جلوگیری از توالد فرزند به توافق نمی‌رسند، یکی متمایل به داشتن اولاد بیشتر است و دیگری رغبت به ازدیاد فرزند ندارد. در این صورت، علمای حقوق اسلامی براساس اعتقاد دیرینه خود به ریاست داشتن شوهر بر خانواده (تجلی یافته در ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی ایران) قرارداد مستقل شوهر خانواده را با پزشک جهت حذف توانایی موقت باروری صحیح دانسته؛ ولی در مورد قرارداد زوجه رضایت شوهر را لازم شمرده‌اند. البته در این فرض نباید طرفین قرارداد پزشکی را پزشک از یک سو و خانواده متشکل از اعضای اصلی آن یعنی زن و شوهر از سوی دیگر دانست. در نظام حقوقی ما سازمان خانواده فاقد شخصیت حقوقی است. بنابراین قرار داد پزشکی مبنی بر حذف توانایی باروری، توسط خود زن و با اراده مستقل خود او با پزشک معالج منعقد می‌گردد.

حتی اعتقاد به عدم نفوذ (غیر نافذ بودن) قرارداد مستقل زوجه با پزشک نیز فاقد مبنای مسلم حقوقی است؛ زیرا زن محجور نبوده و تحت قیومیت شوهر به سر نمی‌برد و شخصاً قادر به اداره امور مربوط به خود است. آری، به صرف تعرض به حقوق شوهر نمی‌توان جهت حفظ حقوق این شخص قرارداد زن را غیر نافذ تلقی و صحت آنرا موکول به تنفیذ و رضایت شوهر کرد. غیر نافذ شناختن معامله به قصد فرار از دین در راستای حفظ حقوق ثالث (ماده ۲۱۸ قانون مدنی و ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷/۸/۱۰) حکمی است استثنایی و قابلیت تسری به قرارداد مستقل پزشکی زوجه با پزشک را ندارد.

اگرچه استقلال شوهر در بستن قرارداد پزشکی بدون توجه به نظر همسر پذیرفته شده است؛ ولی به طور طبیعی جهت حفظ کیان خانواده و تشییع میانی آن که ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی هم بدان تأکید می‌نماید، انعقاد این قبیل قراردادها باید اصولاً با تفاهم و تراضی زوجین صورت پذیرد.

منزله شناختن حق فسخ برای شخص غیر پای بند به توافق است. حفظ کرامت و شخصیت انسانی اگر چه اقتضای حفظ آزادی فرد تا آخرین لحظه ممکن را دارد ولی این امر به معنای عدم پیدایش تعهد و التزام برای او نیست. بنابراین، برای حفظ حقوق متعهدله باید بتوان با پیش بینی ضمانت اجرای مناسبی موارد تخلف، را به حداقل ممکن کاهش داد. قطع نظر از امکان مطالبه خسارت از طرف متخلف، حقوق دیگری نیز برای ذینفع در قلمرو حقوق خانواده از قبیل حق در خواست طلاق به علت عسر و حرج و عدم امکان سازش و یا سقوط نفقه (در فرض تخلف زن) قابل شناسایی و تصور است.

ضمانت اجرای مورد بحث در مورد عدم اطاعت زوجه از شوهر و اقدام مستقل برای انعقاد قرارداد پزشکی نیز قابل پذیرش است. هر چند که اعتبار قرارداد مستقل فوق به دلیل کافی بودن اراده انشایی زوجه اقبال دفاع است ولی معافیت زوجه متمدن در نظام حقوق خانواده از جبران خسارات و صدمات مادی و معنوی وارده به زوج به آسانی مقبولیت نمی‌یابد. وانگهی ناشزه خواندن چنین زوجه‌ای به علت نافرمانی از شوهر و احتمال سقوط نفقه او حتی تسهیل در پذیرش درخواست طلاق از سوی زوج نیز دور از ذهن نیست.

همین حکم در مورد شوهر بی‌توجه به نظام خانواده که بدون جلب نظر همسر خود مبادرت به انعقاد قرارداد مستقل پزشکی جهت ناباروری خود بنماید، قابل اجراست. یعنی اگر نتوان اعتبار قرارداد مستقل شوهر را با پزشک مبنی بر حذف توانایی باروری محل تردید قرارداد، راه مطالبه خسارت برای زنی که آرزوی داشتن فرزند را شوهرش از وی سلب کرده باز است و به علاوه چنین زنی قادر خواهد بود به آسانی عسر و حرج ناشی از عملکرد خودخواهانه شوهرش را نزد مرجع قضایی اثبات و موفق به تحصیل حکم طلاق بر اساس مقررات قانون مدنی گردد.

اما قرارداد پزشکی منعقد به پزشک اقدام کننده از

لزوم برخوردار است، یعنی برخلاف طرف او پزشک نمی‌تواند جز در موارد خاص و ناممکن بودن فعل مورد نظر، رابطه قراردادی را قطع و از انجام عمل مورد تراضی سرباز زند. روشن است که طرف قرارداد در صورت عدم پذیرش اقدامات موجد ناتوانی باروری بر جسم خود، علیرغم امضا و انعقاد عقد با پزشک، باید خسارات متعارف وارده به او را به علت نقض تعهد قراردادی جبران نماید. این خسارات می‌تواند شامل هزینه‌های تهیه تجهیزات احتمالی و اتلاف وقت پزشک و یا از دست دادن درآمد مسلمی از جانب او باشد.

### نتیجه‌گیری

جمع میان مصلحت فردی دایر بر حفظ آزادی و تکریم شخصیت و مصالح ملی و خانوادگی اقتضا دارد که راه حلی میانه در قلمرو کنترل مولید انتخاب شود. بدین ترتیب، نه می‌توان انسان را به طور کلی آزاد گذاشت و به او اجازه داد که با تصور خود تعلق<sup>۱</sup> موازین اخلاقی را زیر پا نهاده و خویشتن را از داشتن هرگونه فرزندی محروم نماید و نه می‌توان تمایل شخصی انسان را در خصوص جلوگیری از باروری‌های مکرر و مشکل‌زا نادیده انگاشت.

بر قانونگذار است که با تصویب قانون جامع و روشنی با تفکیک موارد میان خانواده‌های دارای فرزند و خانواده‌های بدون فرزند و پیش‌بینی سن خاص برای هر کدام از این موارد شرایط از میان بردن توانایی باروری را مشخص سازد و پزشکان ذیربط را مکلف به متابعت از قواعد آمره در این خصوص سازد. به علاوه سزاوار خواهد بود که در قانون مدون پیشنهادی سازمان خانواده به شرحی که در قانون اساسی جمهوری اسلامی هم آمده است به عنوان یک نهاد ویژه و مقدس مورد امعان نظر قرار گیرد که در آن برای مسایل مرتبط با خانواده تصمیم‌گیری مشترک الزامی شناخته شود و به ویژه مدیریت شوهر بر خانواده به معنای تفوق او بر زن و خانواده تعبیر نگردد.

1- Self appertenance



## References

1. Safaee SH, QasemZadeh SM. [Civil Law, Persons and incapables]. 14th ed. Tehran: SAMT; 2008. p. 38. Persian.
2. Naraaqi A. [Awaed ol Ayyam]. 1st ed. Qom: Basi-rati; 1996. p. 48. Arabic.
3. Qaravi e Esfahaani MH. [Commentary on Almaka-sib]. 1st ed. Vol 2. Qom: Majma' ol zakhaer al islamieh; 1928. p. 149. Arabic.
4. Naeeni MH. [Moniyatottaleb]. 1st ed. Vol 2. Qom: Nashr Islami Inst; 1997. p. 105. Arabic.
5. Malaurie PH, Aynes L. [Civil Law, The persons and incapables]. 3rd ed. Paris: Defrenois; 2007. p. 115-42. French.
6. Mazeaud HL. [Lessons for Civil Law]. 6th ed. Vol. 1. Paris: Montchrestien; 1981. p. 624-712. French.
7. Ja'fari Langroudi MJ. [Full version of legal termin-ology]. 1st ed. Tehran: Ganje Danesh; 2009. p. 583. Persian.
8. Saneei Y. [Answers to judicial questions in civil law]. 1st ed. Vol. 2. Tehran: Mizan; 2006. p. 509-10. Persian.
9. Jafari Tabar H, editor. [Bar Manhadj adl]. 1st ed. [Citizenship and Citizen binding]. Tehran: Tehran University; 2009. p. 527. Persian.
10. Ruhani M, Noghani F. [Medical sentences]. 1st ed. Tehran: Teymoorzadeh; 1997. p. 93-101. Persian.
11. Tohidi MA. [Mesbah ol Feqaheh (Statement on Khaarij lessons of Ayatollah Khoyi)]. 1st ed. Vol. 7. Qom: Darolhadi; 1990. p. 305. Arabic.
12. Karimi A. [A new approach to the clause against the basic content of contract]. In: Jafari Tabar H, editor. [Bar Manhadj adl]. Tehran: Tehran Univer-sity; 2009. p. 343-52. Persian.