

وضعیت فقهی - حقوقی شروط راجع به فرزندآوری یا عدم فرزندآوری در نکاح

جواد نیک‌نژاد*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۱/۲۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۴/۰۸

چکیده

یکی از مسائل چالش‌برانگیز برای زوجین جوان در عصر کنونی، که گاهی منجر به بروز اختلافات عمیقی فی مابین آنها می‌گردد، موضوع داشتن یا نداشتن فرزند می‌باشد. سؤالی که از نظر حقوقی قابل طرح می‌باشد این است که آیا فرزندآوری از آثار نکاح است، به گونه‌ای که هر نکاحی این اثر را به دنبال دارد یا اینکه نکاح به خودی خود چنین اثری را ندارد، مگر اینکه شرط استیلاء در ضمن نکاح درج شده باشد. در این خصوص دو نظریه وجود دارد؛ ۱. فرزندآوری از آثار نکاح بوده و اگر زوجین قصد باروری ندارند، باید عدم استیلاء را در ضمن نکاح به‌طور صریح یا ضمنی شرط کنند. ۲. نکاح به خودی خود اثری در خصوص فرزندآوری ندارد، مگر اینکه طرفین شرط استیلاء را در ضمن عقد صریحاً یا ضمناً بکنجاند. مقاله حاضر با رویکرد فقهی حقوقی در صدد اثبات این نظریه است که اگرچه عقد نکاح به خودی خود اثری در خصوص فرزندآوری ندارد، ولی هر نکاحی به‌صورت شرط ارتكازی مشروط به استیلاء می‌باشد، به عبارت دیگر استیلاء نیاز به تصریح در نکاح ندارد، بلکه عرفاً در ارتكاز طرفین عقد نکاح استیلاء شرط می‌باشد، مگر اینکه صریحاً یا ضمناً شرط عدم استیلاء شده باشد.

واژگان کلیدی

استیلاء، عزل، شرط ضمنی، شرط صفت، شرط ارتكازی

مقدمه

یکی از اهداف مهم ازدواج و تشکیل خانواده بچه‌دار شدن می‌باشد، که مسائل مهمی را با خود به دنبال دارد. در قرآن مجید در خصوص بچه‌دار شدن یا نشدن نفیاً یا اثباتاً حکمی بیان نشده است ولی در روایات به این مهم اشاره گردیده است، در حدیثی از پیامبر (ص) آمده است: «با زنان باکره زایا ازدواج کنید و با زنان زیباروی عقیم وصلت نکنید؛ چرا که من به شما امت در روز رستاخیز مباحثات می‌کنم» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰، ص ۵۴). در حدیثی دیگر از پیامبر (ص) آمده است: «ازدواج کنید تا نسلتان افزایش یابد، چرا که من به شما امت حتی سقط شده‌هایتان در روز رستاخیز مباحثات می‌کنم» (نمازی، ۱۴۱۹، ص ۳۴۰)؛ بنابراین یکی از مهم‌ترین اهداف نکاح، به هم رسیدن دو جنس مخالف و به وجود آمدن نسل و فرزند است. ولی علی‌رغم اهمیت مسئله، در جامعه امروزی درصد بالایی از زنان علاقه‌ای به بچه‌دار شدن ندارند؛ که این خود ممکن است معلول دلایل متعددی باشد، از جمله تحصیل، اشتغال، ترس از دادن زیبایی و... در این موارد، چنانچه موضوع عدم باروری مورد توافق زوجین باشد مشکلی را ایجاد نمی‌کند؛ ولی در صورت بروز اختلاف مشکلات متعددی را به بار می‌آورد. در برخی از موارد، در مورد مسئله بارداری یا عدم بارداری زوجین در موقع عقد نکاح با توافق هم استیلا یا عدم استیلا را شرط می‌کنند، ولی در اغلب ازدواج‌ها از درج چنین شرطی خودداری می‌کنند و یا حتی بعضاً یکی از زوجین در مذاکرات مقدماتی و یا در مجلس عقد طرف مقابل را از منویات خودآگاه نمی‌کند، در این صورت سؤالی که پاسخ آن از اهمیت بسیاری برخوردار می‌باشد این است که آیا فرزندآوری جز آثار نکاح است یا اینکه بر مطلق نکاح بدون شرط استیلا، اثری در خصوص فرزندآوری مترتب نیست، به گونه‌ای که اگر در نکاح استیلا شرط نشده باشد، الزام هر یک از زوجین برای فرزندآوری امکان‌پذیر نیست. از نظر حقوقی هیچ حقوقدانی متعرض موضوع نگردیده است. در فقه، اگرچه فقیهان امامیه مستقیماً راجع به این موضوع که آیا استیلا از آثار نکاح است یا خیر وارد بحث نشده‌اند ولی با بررسی مسئله عزل که ارتباط مستقیمی با موضوع فوق دارد متعرض بحث شده‌اند. ۱. عده‌ای از فقیهان امامیه قائل به حرمت عزل بدون رضایت زن می‌باشند؛ ۲. عده‌ای دیگر

از فقیهان امامیه به کراهت عزل بدون اذن زن قائل می‌باشند. به نظر می‌رسد که فقیهانی که قائل به حرمت هستند استیلا را جزء آثار نکاح می‌دانند و چنانچه زوجین قصد بچه‌دار شدن ندارند، باید عدم استیلا را شرط کنند ولی فقیهانی که قائل به کراهت هستند، آن را جزء آثار نکاح نمی‌دانند. چنانچه زوجین قصد باروری دارند باید استیلا را شرط کنند ولی همان‌گونه که در عرف هم وجود دارد معمولاً زوجین در موقع عقد و یا در مذاکرات مقدماتی در خصوص این موضوع صحبتی به عمل نمی‌آورند، آن هم به دلیل بدهاقت موضوع و به این خاطر که عرفاً در ارتکاز طرفین شرط استیلا موجود می‌باشد، و چنانچه زوجین قصد دارند بر خلاف شرط ارتکازی موجود قید بچه‌دار شدن را بزنند، باید عدم استیلا را در ضمن عقد شرط نمایند. مقاله حاضر در صدد اثبات نظریه اخیر می‌باشد که اگر چه بر مطلق نکاح اثری در خصوص استیلا بار نمی‌شود، ولی شرط استیلا به‌طور ارتکازی در ذهن زوجین موجود است، لذا چنانچه زوجین قصد دارند بچه‌دار نشوند، باید عدم استیلا را در نکاح شرط نمایند.

۱. باروری به‌عنوان جزئی از آثار نکاح

در کتب فقهی راجع به موضوع مذکور به‌طور مستقیم بحثی صورت نگرفته است. ولی یکی از مسائلی که از دیرباز در فقه مطرح بوده و فقیهان پیرامون آن سخن گفته‌اند، مسئله جواز یا عدم جواز عزل منی در هنگام مقاربت است. این مسئله با موضوع فوق پیوندی عمیق و وثیق دارد. عزل منی در اصطلاح فقهی عبارت است از اینکه در موقع مقاربت و قبل از انزال زوج آلت خود را از فرج زوجه بیرون بکشد و منی را در خارج از فرج زوجه بریزد (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ص ۵۰۳). پاره‌ای از فقیهان امامیه عزل را بدون اجازه زوجه جایز نمی‌دانند. شش فقیه بزرگ در هفت کتاب فقهی به حرمت عزل بدون اجازه زوجه فتوا داده‌اند (شیخ مفید، ۱۴۱۰، ص ۵۱۶؛ کیدری، بی‌تا، ص ۴۳۱؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸، ص ۳۱۴؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۲۶۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۳۵۹ و فاضل مقداد، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۴). شیخ طوسی در کتاب خلاف ادعای اجماع هم کرده است و در خصوص عزل نوشته است: «عزل نمودن از زن آزاد تنها با رضایت وی جایز است؛ بنابراین چنانچه زوج بدون رضایت وی اقدام به عزل نماید، گناه نموده

و باید ده دینار دیه بپردازد» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۳۵۹). طبق اندیشه حرام بودن عزل، که نظریه غیر مشهور است، عزل جایز نیست؛ بنابراین، فرزندآوری از آثار و لوازم نکاح است.

ادله حرمت عزل

۱. در روایتی از پیامبر(ص) آمده است: «زوج نمی‌تواند از زوجه آزاد عزل کند مگر اینکه از زوجه اجازه داشته باشد» (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۱۶، ص ۷۵).
۲. عزل دیه دارد، پس حرام است: این دلیل از دو جزء تشکیل شده است؛ الف. اثبات دیه برای عزل: برای اثبات جزء اول برخی به روایت دیات ظریف بن ناصح از امیرالمؤمنین(ع) تمسک جسته‌اند: «افتی علیه السلام فی منی الرجل یفزع عن عرسه فیعزل عنها الماء و لم یرد ذلک نصف خمس المائه عشره دنانیر» (محدث نوری، ج ۱۸، ص ۳۶۳)؛ ب. ملازمه بین دیه و تحریم: ابن ادریس قائل به ثبوت ملازمه بین ثبوت دیه و تحریم می‌باشد؛ زیرا در رد ثبوت دیه به مکروه بودن عزل در نظر خود تمسک کرده است (ابن ادریس، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۴۱۹)؛ این امر از مسالک هم استفاده می‌گردد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ج ۱۵، ص ۴۸۴). صاحب مدارک نیز در نهاییه المرام از فتوای محقق حلی به ثبوت دیه با اینکه قائل به جواز عزل است، در شگفت شده است که نشان از ثبوت ملازمه در نزد صاحب مدارک دارد (موسوی عاملی، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۶۰). از حدائق (بحرانی، ۱۴۱۱، ج ۲۳، ص ۸۹) و جواهر (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۴۳، ص ۳۷۶) نیز این ملازمه استفاده می‌گردد، پس بر طبق نظر این فقها اثبات دیه دلیل تحریم می‌باشد.
۳. حکمت نکاح، استیلاست و چون عزل نمودن با این حکمت در تناقض است و باعث تضییع نسل می‌شود (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۹، ص ۱۱۱)، جایز نخواهد بود.
۴. منافات داشتن عزل با غرض شارع از تشریح نکاح (انصاری، ۱۴۱۱، ص ۷۱)؛ زیرا هدف از نکاح استیلاست که در روایتی از پیامبر(ص) آمده است: «ازدواج کنید تا نسل شما فزونی گیرد که من با فزونی جمعیت شما حتی به فرزندان سقط شده در قیامت به دیگر امت‌ها مباحات می‌کنم» (مجلسی، ۱۹۸۳، ج ۱۷، ص ۲۵۹). ضمناً عزل کردن با تکثیر نسل هم منافات دارد، در نتیجه جایز نیست.

۵. عزل باعث آزار و اذیت زوجه می‌شود (انصاری، ۱۴۱۱، ص ۷۱)؛ زیرا انزال در رحم به نوعی برای زوجه التذاذ است (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۷، ص ۲۷۰).
۶. روایت یعقوب جعفری: «عزل در شش دسته از زنان بلا اشکال است؛ زنی که یقین داریم بچه‌دار نمی‌شود، زن مسن، زن سلیطه و پرخاشگر، زن بد زبان و ناهل و زنی که به بچه‌اش شیر نمی‌دهد و بنده» (شیخ صدوق، ۱۳۴۰، ج ۳، ص ۲۸۱). برخی از فقیهان از مفهوم این روایت بر تحریم عزل استدلال کرده‌اند.
۷. در روایتی از پیامبر: «عزل کردن و ریختن نطفه در خارج رحم و هدر دادن نطفه به منزله زنده به گور کردن مخفی است» (حکیم، ۱۴۰۴، ص ۷۱).
۸. ظهور برخی از عیوب پس از ازدواج مانند قرن در زن که غالباً مانع بارداری می‌شود و عنن و خصا در مرد که به ناتوانی در بارور کردن می‌انجامد، با احراز شرایطی که فقیهان ذکر کرده‌اند، به طرفین نکاح حق فسخ آن را می‌دهد (بحرانی، ۱۴۱۱، ج ۲۴، صص ۳۳۵-۳۶۹). هر چند این عیوب مستقیماً راجع به باروری نیست و بیشتر به مقدمات آن برمی‌گردد؛ اما در برخی از احادیث ناباروری یکی از حکمت‌های جواز فسخ عقد در این عیوب شمرده شده است؛ مثلاً در روایتی که از امام صادق (ع) نقل شده، درباره عیب قرن و جواز فسخ ازدواج بدان دلیل، گفته شده است: «این زن بارور نمی‌شود» (کلینی، ۱۴۰۱، ج ۵، ص ۴۰۹).
- بنابراین، طبق این نظر فرزندآوری از آثار نکاح محسوب شده و نیازی به شرط استیلا در نکاح نیست. ولی سؤالی که در این خصوص قابلیت طرح را دارد این است که وضعیت فقهی حقوقی شرط عدم استیلا چیست؟ ذیلاً وضعیت حقوقی شرط مذکور را بررسی می‌نماییم.

۱-۱. مقتضای ذات نکاح و شرط عدم بارداری

مقتضای ذات نکاح ایجاد رابطه زوجیت است، بنابراین شرط خلاف مقتضای نکاح این است که در نکاح شرط شود که رابطه زوجیت بین زن و مرد ایجاد نشود که در این صورت هم شرط باطل است و هم عقد نکاح (بند ۱ ماده ۲۳۳ قانون مدنی).

در اینکه شرط عدم باروری، شرطی خلاف مقتضای عقد نمی‌باشد، مشهور بین فقها و حقوقدانان می‌باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۲۸۱). یکی از دلایلی که برای اثبات این امر قابل ذکر می‌باشد، این است که یکی از شرایط مقتضای ذات این است که آن اثر در همه نوع آن عمومیت داشته باشد؛ درحالی‌که ازدواج با افرادی که بچه‌دار نمی‌شوند (عقیم) صحیح است. لذا اگر بارداری و باروری جز مقتضای ذات نکاح بود، نکاح با افراد عقیم باطل بود. ضمناً هر عقدی فقط یک مقتضا دارد و نه بیشتر؛ بنابراین وقتی شرط عدم استیلااد شرطی خلاف مقتضای ذات عقد محسوب نمی‌شود، لذا لازم‌الوفا بوده و مشروط‌علیه ملزم به آن می‌باشد.

۲-۱. مقتضای اطلاق نکاح و شرط عدم بارداری

مقتضای اطلاق نکاح عبارت است از اینکه هرگاه عقد نکاح به‌طور مطلق و بدون تقید به پاره‌ای از امور واقع شود اموری را اقتضا می‌کند؛ مثلاً نکاحی که قید مسکن در آن نشده باشد اقتضا می‌کند که حق تعیین مسکن با مرد باشد. شرطی که مخالف این امور باشد مبطل عقد و مشمول ماده ۲۳۳ قانون مدنی نیست و اگر این‌گونه شرط مشروع باشد، باطل هم به شمار نمی‌آید؛ مثلاً اگر در نکاح شرط شود که اختیار تعیین مسکن با زن باشد این شرط صحیح است (ماده ۱۱۱۴ ق. م) (صفایی، ۱۳۷۸، ص ۶۱). در خصوص باروری اگر ما باروری را جز آثار نکاح تلقی کنیم، با توجه به اینکه قطعاً از مقتضای ذات نکاح محسوب نمی‌شود، جز مقتضای اطلاق نکاح بوده و شرط عدم استیلااد هم شرطی بر خلاف مقتضای اطلاق نکاح بوده که هم شرط و هم عقد صحیح خواهد بود. منتهی، در این صورت سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا استیلااد از حقوق زوج است یا زوجه یا اینکه استیلااد از حقوق مشترک زوجین محسوب می‌شود، در ذیل هر یک از موارد مذکور را بررسی می‌نماییم.

۱-۲-۱. استیلااد به‌عنوان حقوق زوج

فرزندآوری از مقتضای اطلاق عقد نکاح محسوب می‌شود، ولی این حق برای زوج است؛ بنابراین اگر زوج از زوجه تقاضای بچه کند، زن حق ممانعت را ندارد؛ و در

صورت خودداری زوج می‌تواند الزام زوجه را از دادگاه بخواهد. ولی چنانچه فرزندآوری برای زوجه ضرری داشته باشد می‌تواند از بچه‌دار شدن امتناع کند. بهترین دلیل برای اثبات اینکه استیلااد حق زوج است این است که مشهور فقها در باب عزل می‌گویند عزل زوج جایز است و قول اقوی بر این است که عزل زوج بدون اذن زوجه دیه ندارد حتی اگر قائل به حرمت عزل باشیم (یزدی، ۱۴۲۸، ج ۵، ص ۵۰۶). ولی در خصوص زن موضوع را مفروغ عنه گرفتند و در خصوص آن صحبت نکردند، و به نظر می‌رسد که از نظر فقها استیلااد جزء حقوق زوج بوده و زوجه در آن حقی ندارد تا اینکه مسئله عزل زوجه را مطرح کنند. ولی معدودی از فقها متعرض موضوع عزل زوجه شدند و گفته‌اند که عزل زوجه جایز نیست (یزدی، ۱۴۲۸، ج ۵، ص ۵۰۶). در عروة این‌گونه آمده است: «عزل توسط زن به معنی منع کردن مرد از انزال (ریختن منی در فرج) در فرج زن می‌باشد که ظاهر حرمت این کار بدون رضای زوج می‌باشد و عزل مذکور با تمکین زوجه منافات دارد بلکه ممکن است بر زن در این صورت پرداخت دیه نطفه به مرد واجب شود» (یزدی، ۱۴۲۸، ج ۵، ص ۵۰۶) عزل زوجه یا به این معنی است که بعد از اینکه منی را مرد در فرج زن قرار داد، زن به یک نحوی آن را خالی کند، یا اینکه زن نگذارد که مرد منی خودش را در رحم او قرار دهد، که در اینجا به همین معنای دوم معنا کرده‌اند. عزل زوجه بدون رضایت شوهر حرام است (خویی، بی‌تا، ص ۱۱۷)؛ چرا صاحب عروة می‌فرماید: چون با تمکین منافات دارد (یزدی، ۱۴۲۸، ج ۵، ص ۵۰۶). این عزل زوجه با این تمکین واجب منافات دارد (کیم، ۱۴۰۴، ص ۷۱) از این عبارت به خوبی استفاده می‌شود که حق استیلااد یک حق شرعی برای مرد است؛ بنابراین اینکه زوجه حق ندارد بدون رضایت زوج عزل کند، بهترین دلیل است بر اینکه حق استیلااد یک حق مربوط به مرد است. صاحب عروة در ادامه می‌فرمایند اگر زن عزل کرد ممکن است بگوییم دیه نطفه بر او واجب است (حکیم، ۱۴۰۴، ص ۷۱). صاحب جواهر نیز عزل زوجه را بدون رضایت زوج جایز نمی‌داند، بلکه از نظر ایشان حرام بوده و زوجه باید به زوج دیه نطفه بپردازد (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۹، ص ۱۱۵). ولی برخی دیگر از فقها عزل از سوی زوجه را بدون اذن زوج مکروه دانسته و دیه ندارد ولی اگر عزل را حرام بدانیم در این صورت زوجه باید به زوج دیه

بپردازد (شهید ثانی، ۱۳۸۲، ج ۵، صص ۱۰۳-۱۰۴) از ظاهر عبارت برخی از فقیهان استنباط می‌شود که از نظر آن‌ها استیلااد فقط حق زوج است (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۷۱). در کتاب ایشان آمده است که مرد می‌تواند شرط استیلااد را به صورت شرط صفت در ضمن عقد درج کند. ولی این حق را برای زن قائل نیستند.

۱-۲-۲. استیلااد به عنوان حقوق زوجه

فرزندآوری از مقتضای اطلاق عقد نکاح به شمار می‌آید؛ اما این حق فقط به زن اختصاص دارد و مانند مباشرت از حقوق دو طرفه زوجین نیست (قراء ملکی، ۱۳۸۸، ص ۱۳۱) نتیجه این نظریه آن است که مرد نمی‌تواند بدون جلب رضایت و اذن همسرش به انحاء مختلف از بارداری جلوگیری کند؛ ولی زن چنین حقی را دارد که از بارداری ممانعت کند و شوهر خود را از نعمت فرزند محروم سازد. معنای دیگر این سخن این است که زن می‌تواند در مقام استیفای این حق خود، شوهرش را به فرزندطلبی و عدم ممانعت در برابر فرزندآوری وی ملزم سازد و در مجموع حق تصمیم‌گیری در برابر فرزند داشتن، ویژه زن است (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۱۴). شهید ثانی علت تحریم عزل را استیلااد دانسته و فرزندآوری را حق زن قرار داده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۶۵). محقق کرکی علت ممنوعیت عزل در نکاح دائم را تضييع حق زن از فرزندآوری می‌داند (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۵۰۴). فاضل هندی عزل بدون رضا و شرط زن را سبب تضييع حقوق زن در حوزه فرزندآوری می‌داند (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۷، ص ۲۷۰). به نظر می‌رسد فقیهانی که عزل زوج را بدون اذن زوجه مکروه می‌دانند و برای زن دیه نطفه می‌شناسند، استیلااد را از حقوق زوجه می‌دانند (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۱۴). اگر بگوییم استیلااد حق برای زن است، به نظر می‌رسد با توجه به اینکه عزل صرف نظر از مسئله استیلااد با مسئله التذاذ زوج و تمکین زوجه از وی بر می‌گردد و در خصوص استیلااد نفیاً و اثباتاً مطلبی را بیان نمی‌کند، می‌توان قائل شد که چنانچه جلوگیری از بارداری به شیوه‌ای غیر از عزل انجام شود در این صورت مشکلی برای مسئله تمکین زوجه مطرح نمی‌شود.

۱-۲-۳. استیلااد به عنوان حقوق زوجین

عزل غیر از مسئله استیلااد (فرزندخواهی) خود یک مسئله مربوط به التذاذ هم است، بنابراین اگر به تمتع مرد صدمه بزند، جایز نیست زن عزل کند چون در آن صورت مصداق نشوز می‌شود. استیلااد مسئله دیگری غیر از عزل است گرچه به هم ارتباط دارند و حق این است که حق هر دو طرف است که بچه داشته باشند پس بدون اجازه و توافق هر دو، جایز نیست که استیلااد را کنار زده و انتخاب عزل کنند پس عزل دو جهت دارد یکی لذت و دومی استیلااد. دومی باید توافقی باشد، اولی در زن جایز نیست اگر به تمتع مرد صدمه بزند و در مرد بهتر است عزل نکند. حالا چرا در تمتع بین زن و مرد فرق است شاید به خاطر این است که برای مرد، بدون لذت جماع تصور نمی‌شود؛ بنابراین به نظر می‌رسد اگر ثابت شد که استیلااد از مقتضای اطلاق نکاح محسوب می‌شود، باید بگوییم که استیلااد از حقوق زوجین بوده؛ زیرا وقتی استیلااد جزء مقتضای اطلاق عقد محسوب می‌گردد دلیلی ندارد که الزام به انجام شرط فقط به یک طرف محسوب گردد (قراء ملکی، ۱۳۸۸، ص ۱۳۲). ضمناً از جمع نظرات فقیهانی که عزل از سوی زوج را بدون رضایت زوجه مستلزم ثبوت دیه برای زوجه، و عزل از سوی زوجه را بدون رضایت زوج مستلزم ثبوت دیه برای زوج می‌دانند، استنباط نمود که استیلااد از حقوق مشترک زوجین می‌باشد. به نظر می‌رسد که از نظر فقیهانی که شرط استیلااد را به صورت شرط صفت از سوی زوج و زوجه صحیح می‌دانند، استیلااد از حقوق مشترک زوجین است (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۳۰، ص ۳۸۴).

۲- باروری خارج از آثار نکاح

طبق این نظر، باروری جزء آثار نکاح نیست و برای انسان جایز است که به طور کلی از داشتن فرزند خودداری کند. دلیل بر عدم وجوب آن، روایاتی است که درباره روا بودن «عزل» وارد شده است (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۹، ص ۱۱۲)؛ در این برداشت، تفاوتی نمی‌کند که عزل مشروط به رضایت زن آزاد باشد، و یا اینکه شوهر در آغاز ازدواج آن را با زن شرط کند. چنان‌که در صحیح محمد بن مسلم از امام باقر و یا امام صادق (ع) نقل شده که از او درباره عزل پرسیدند، امام (ع) فرمود: «عزل نسبت به کنیز اشکال ندارد؛ اما نسبت

به زن آزاد، من این کار را ناپسند می‌دانم مگر آنکه به هنگام ازدواج با وی شرط شود» (محدث نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۴، ص ۱۰۶). در صحیحه دیگر از ابوجعفر (ع) نظیر این حدیث نقل شده که او در سخنان خود فرمود: «مگر اینکه زن راضی شود و یا اینکه این امر در هنگام ازدواج با وی شرط گردد». دلیل دیگر بر عدم وجوب فرزندان شدن، روایاتی است که عزل را به گونه‌ای مطلق روا می‌دانند، یعنی حتی اگر زن رضایت ندهد و در هنگام ازدواج هم، مرد با وی شرط نکند. در صحیحه محمد بن مسلم چنین آمده است: از ابوعبدالله (ع) درباره عزل پرسیدم. امام (ع) فرمود: «آن منی به اختیار مرد است، هر جا که بخواهد می‌تواند آن را صرف کند» (محدث نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۴، ص ۱۰۵). در موثقه عبدالرحمان بن ابی‌عبدالله است که: از امام صادق (ع) درباره عزل پرسیدم؟ امام فرمود: «آن به اختیار مرد است» (محدث نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۴، ص ۱۰۵). در موثقه محمد بن مسلم از ابوجعفر (ع) آمده که فرموده: «عزل اشکال ندارد، اگر شوهر به این کار گرایش بورزد، بی میلی زن، تاثیری نخواهد داشت» (محدث نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۴، ص ۱۰۵). این روایات دلیل قطعی است که کراهت در صحیحه نخست با روا بودن فعل همساز است. همچنین به قرینه همین روایات، هر روایت دیگری که ظهور در حرمت داشته باشد، بر کراهت حمل خواهد شد. نتیجه آنکه هر دو گروه روایات، یک سخن را می‌رسانند: عزل در کنیز، همواره روا می‌باشد و در زن آزاد در صورتی که وی رضایت دهد و یا در آغاز ازدواج با وی شرط شده باشد رواست. مقتضای این دو گروه از روایات، آن است که عزل جایز است حتی اگر به محروم شدن زن و شوهر از داشتن فرزند بینجامد؛ زیرا اگر بچه آوردن برای آن دو واجب می‌بود، باید برای روا بودن عزل در روایات قیدی آورده می‌شد، مطلق آمدن جواز عزل، دلیل روشنی است بر این که بچه آوردن واجب نیست (مؤمن، ۱۳۷۵، ص ۶۲). ضمناً عده‌ای از فقهاء امامیه شرط استیلا را به صورت شرط صفت پذیرفته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۷۱). از این نظر استنباط می‌شود که فرزندآوری جزء آثار نکاح محسوب نمی‌شود؛ زیرا اگر فرزندآوری جزء آثار نکاح محسوب می‌شد، اشتراط آن در ضمن عقد باید یک شرط تأکیدی به شمار آید، نه شرط صفت، حال آنکه فقهای مذکور شرط استیلا را در قالب شرط صفت پذیرفته‌اند (قراء ملکی، ۱۳۸۸، ص ۱۳۵). دلیل دیگری که بیانگر این است که فرزندآوری از آثار نکاح

نمی‌باشد، شرط عدم نزدیکی در نکاح است، در اینکه آیا این شرط صحیح است یا خیر بین فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد، در فقه در خصوص صحت شرط عدم نزدیکی، اختلاف نظر وجود دارد ولی قول مشهور فقهای امامیه صحت شرط و عقد در نکاح دائم و منقطع می‌باشد (شیخ طوسی، بی‌تا، ص ۷۴، صفایی، ۱۳۷۸، ص ۶۴) بنا بر نظر این دسته از فقها شرط عدم نزدیکی شرط صحیحی است، بنابراین به طریق اولی فرزندآوری که لازمه نزدیکی می‌باشد از آثار نکاح نیست. حقوقدانان هم به اتفاق نزدیکی را مقتضای ذات نکاح نمی‌دانند و شرط عدم نزدیکی را صحیح می‌دانند (صفایی، ۱۳۷۸، ص ۶۴؛ جعفرپور، ۱۳۹۰، ص ۳۹).

نظر مشهور فقهای امامیه هم این است که عزل در نکاح دائم بدون اذن زوجه جایز و مکروه است (سبزواری، بی‌تا ص ۱۵۴، سلار دیلمی، ۱۴۱۴، ص ۱۵۳، ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۲۲۳). طرفداران نظریه مکروه بودن عزل بدون رضایت زن ادله‌ای را که پیروان نظریه حرام بودن عزل مطرح نموده‌اند به شرح ذیل به ترتیب رد می‌نمایند:

۱. روایت مذکور از سوی عامه نقل شده است، لذا فاقد حجیت می‌باشد (نراقی،

۱۴۱۵، ج ۱۶، ص ۷۶).

۲. این روایت در مورد افزاع وارد شده است و اگر الغاء خصوصیت بکنیم قیاس است و تعدی از مورد روایت بدون قرینه و دلیل جایز نیست؛ به عبارت دیگر استناد به حدیث مذکور در غیر مانحن فیه قیاس مع الفارق است (طباطبایی، ۱۴۱۱، ج ۱۱، ص ۷۹)؛ زیرا بین زوج و اجنبی تفاوت می‌باشد (حکیم، ۱۴۰۴، ص ۷۱) ثانیاً روایات متعددی که دلالت بر جواز دارد از جمله «آن منی به اختیار مرد است، هر جا که بخواهد می‌تواند آن را صرف کند» یا «اگر بخواهد عزل می‌کند و اگر بخواهد عزل نمی‌کند» این روایات مانع از اثبات دیه است زیرا اگر دیه داشته باشد باید حکم به جواز ندهد و همین که روایات جواز را مطرح کرد ظهور در عدم دیه دارد و با توجه به این همه روایات جواز، معنی ندارد بگوییم باید دیه هم بدهد، پس اقوی این است که بگوییم دیه واجب نیست، اصل عزل به صورت اختیاری برای زوج جایز است و اگر شرط کند یا حین جماع استیذان کند کراهت هم ندارد. ضمناً در صورتی که قائل به ثبوت دیه در صورت عزل بدون اذن زوجه باشیم، ملازمه‌ای بین ثبوت دیه و حرمت

عزل وجود ندارد، همچنان که برخی از فقها این ملازمه را انکار کرده‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۵۲۰) و دلیل انکارشان این است که دیه ممکن است عقوبتی یا جبرانی باشد، بنابراین ثبوت دیه اعم از دیه عقوبتی است و نمی‌توان با اعم، برای اثبات اخص استدلال کرد، پس ملازمه‌ای بین ثبوت دیه در عزل و تحریم آن در کار نیست. ضمناً اصل بر براءت است، خصوصاً بنا بر قول کراهت، برای اینکه فعل سائغ (جایز) متضمن ضمان نیست، بنابراین عزل بدون اذن و شرط زن مستلزم دیه برای زن نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۶۵). ضمناً عده‌ای از فقها عدم وجوب دیه را اقوی دانسته‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۱، ج ۱۱، ص ۷۹).

۳. این تحلیل که حکمت نکاح استیلاست و عزل با این حکمت منافات دارد، مردود است زیرا نکاح تنها به غرض استیلاست صورت نمی‌گیرد و تنها ثمره و فایده آن بقای نسل نیست، بلکه ثمرات زیادی بر آن مترتب است. چه بسا افرادی برای آن که به فحشا و منکر دچار نشوند، اقدام به نکاح می‌نمایند. بنابراین حکمت نکاح تنها ایجاد و بقای نسل نیست تا عزل به استناد مخالفت با حکمت مزبور حرام شمرده شود. حکمت نکاح منحصر در استیلاست، بلکه یکی از فوائد نکاح حفظ نسل است و فائده مهم دیگر نکاح جلوگیری از فحشا با تأمین نیازهای جنسی انسان‌هاست (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ص ۱۳۶۲). برخی از فقها هم گفته‌اند هیچ نصی وجود ندارد که بیانگر این باشد که حکمت نکاح استیلاست، ضمن اینکه این دلیل اخص از مدعاست برای اینکه این حکمت در زن یائسه و عقیم جریان ندارد (طباطبایی، ۱۴۱۱، ج ۱۱، ص ۷۹ و نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۶، ص ۷۶). برخی دیگر از فقها گفته‌اند: «تضییع نسل دلیلی بر حرمت عزل نمی‌شود، کما اینکه ترک تزویج و ترک نزدیکی جایز است (حکیم، ۱۴۰۴، ص ۷۱).

۴. اصل اقدام به نکاح وجوب ندارد، بلکه دارای حکم استحباب است بنابراین حتی اگر تنها هدف و غرض نکاح را بقاء و تکثیر نسل بدانیم، اصل نکاح الزامی و واجب نیست تا ایجاد نسل هم الزام و وجوب داشته باشد، بنابراین دلیل مذکور را نمی‌توان پذیرفت و بطلان آن واضح و روشن است.

۵. از نظر پزشکی و روان‌شناسی اثبات شده است که زن بدون عزل منی در رحم هم به اوج لذت جنسی می‌رسد، لذا دلیل مذکور قابل قبول نمی‌باشد. ضمناً حقی که

زوجه بر زوج دارد، اصل وطی است و آن هم هر چهار ماه یک بار واجب است؛ اما انزال در رحم را کسی نگفته است حق زوجه باشد.

۶. روایت مذکور هم ضعف سند دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۶۵) و هم ضعف دلالت (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۶، ص ۷۶). مفهوم روایت جعفری حجت نیست (حکیم، ۱۴۰۴، ص ۷۱)؛ زیرا مفهوم عدد و وصف حجت نیست.

۷. روایت مذکور از عامه است و نزد فقهای شیعه اعتبار ندارد. لذا فاقد حجیت می باشد (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۶، ص ۷۶). حدیث جدامه از نظر سند ضعیف و فاقد اعتبار است. نه تنها هیچ یک از راویان شیعه آن را نقل نکرده و در کتب فقهی خود بدان استدلال ننموده و آن را ضعیف شمرده اند بلکه برخی از علمای اهل سنت نیز نظر به ضعف حدیث فتوا دادن بر طبق آن را جایز ندانسته اند (عسقلانی، ۱۴۰۵، ج ۹، ص ۳۰۸). ضمناً روایت مذکور دلالتی بر تحریم ندارد (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۵۰۴)؛ زیرا روایات متعددی بر جواز و اباحه عزل وجود دارد که بیانگر این است که این حدیث در مقام تنزیل است و بر حکمی بالاتر از کراهت دلالت ندارد (خلجی، ۱۳۷۸، ص ۱۰۹). علاوه بر این روایت دیگری را علمای شیعه و سنی نقل کرده اند که در ضمن آن حکم به جواز عزل، این پندار که عزل نوعی زنده به گور کردن فرزند است، مردود اعلام شده است. متن حدیث چنین است: «عبید فرزند رفاعه از پدرش نقل می کند که در بین تعدادی از اصحاب پیامبر (ص)، علی (ع) و عمر و زبیر و سعد نزد یکدیگر نشسته بودند و صحبت از عزل به میان آمد. آنها گفتند عزل اشکالی ندارد. مردی گفت: گروهی می پندارند که عزل نوع کوچکی از زنده به گور کردن پنهان است. حضرت علی (ع) فرمود: زنده به گور کردن فرزند محقق نمی شود مگر اینکه مراحل هفتگانه بارداری سپری شود و سپس این مراحل را از قول قرآن مجید بر شمرند که عبارت از: عبور از مرحله گل خالص و سپس تبدیل شدن به نطفه، بعد از آن به علقه و آنگاه مضغه و سپس آن تکه گوشت به استخوان تبدیل شود، بعد از آن، بر این استخوان گوشت روییده شود. پس از آن آفرینش دیگری (با دمیدن روح در بدن) ایجاد می گردد که در این مرحله اگر کسی این بیچه را بکشد، مصداق مووده تحقق می یابد. در اینجا

عمر خطاب به حضرت علی(ع) گفت: راست گفتم، خداوند مدت بقای تو را طولانی فرماید» (قمی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۶۳۲).

۸. استدلال به دلیل مذکور کامل نیست؛ زیرا در صورت قبول این استدلال باید در صورت اثبات عقیم بودن هر یک از زن و مرد، حق فسخ برای طرف مقابل ایجاد شود، درحالی که هیچ فقهی قائل به حق فسخ در صورت عقیم بودن یکی از زوجین نمی باشد (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۳۰، ص ۳۴۲ و امام خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۲۹۳).

علاوه بر رد دلایلی که طرفداران نظریه حرمت بیان کرده اند دلایل دیگری بر جواز عزل بدون رضایت زوجه وجود دارد از جمله اینکه اصل بر اباحه است، طبق این اصل وقتی شک کنیم عزل زوج بدون شرط ضمن عقد و یا اجازه حین جماع جایز است یا خیر؟ اصل بر جواز و اباحه است (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۵۰۳ و ابن فهد، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۲۰۸).

۲-۱. شرط استیلااد به صورت شرط صفت

شرط صفت در نکاح عبارت است از اینکه وجود وصف خاصی در یکی از زوجین شرط شود؛ مثلاً شرط شده باشد که زن باکره باشد، یا اینکه زوجه قابلیت باروری را داشته باشند (استیلااد). مراد از شرط استیلااد این است که این زن فردی باشد که از وی فرزندی به دنیا بیاید، و مراد از عقیم این است که این زن بچه دار نمی شود، فرق ندارد دلیل بچه دار نشدن چه باشد، چه اینکه این زن ذاتاً حامله نمی شود یا اینکه زن عیبی دارد که حامله نمی شود. در صحت چنین شرطی شکی نیست. شرط مذکور می تواند به موجب ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی به صورت صریح یا ضمنی در نکاح درج شود. مستفاد از این ماده قانونی این است که طرفین عقد ازدواج می توانند هر صفتی را که جنبه عقلایی داشته باشد در عقد نکاح شرط نمایند؛ اعم از اینکه وصف مزبور مربوط به وجود نوعی صفت کمال یا فقدان عیب و نقص و خواه ناظر به جنبه های جسمی و روحی طرف یا امور عارضی و خارجی باشد و بعد از عقد خلاف آن معلوم شود طرف دیگر به استناد تخلف از شرط صفت می تواند عقد نکاح را فسخ نماید (مهرپور، ۱۳۸۴، ص ۱۱۷). در کتب فقهی هم آمده است که هر گاه مرد یا زن استیلااد را در عقد نکاح

برای دیگری شرط کند و بعد نازایی اش آشکار شود، شرط کننده می تواند عقد را فسخ کند، هر چند برخی با این استدلال که با امکان و احتمال بچه دار شدن در آینده، نمی توان به نازایی علم پیدا کرد، فسخ عقد را جایز ندانسته اند. علامه در قواعد می گوید اگر مرد به زن گفت به شرطی با تو ازدواج می کنم که بچه دار شوی، ولی بعد زن بچه دار نشود، مرد حق فسخ ندارد: زیرا: ۱- امکان دارد بعداً بچه دار شود، اگرچه در سن پیری بچه دار شود. ۲- علم به بچه دار نشدن خیلی طول می کشد و باید سال ها بگذرد. ۳- امکان دارد دلیل بچه دار نشدن زن، خود مرد باشد (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۳۰، ص ۳۸۳). صاحب جواهر در توضیح عبارت محقق شرط استیلا را در صورتی یک الزام ضمانت آور می داند (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۳۰، ص ۳۸۳) که استیلا به عنوان شرط صفت در ضمن عقد از اوصاف اختیاری انسان باشد نه فعلی که در ید قدرت خدا و خارج از اختیار اوست (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۳۱۵)؛ و همچنین فرقی نمی کند که مرد شرط استیلا کند یا زن شرط استیلا را مطرح کند (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۳۰، ص ۳۸۴). به نظر می رسد با توجه به پیشرفت علم پزشکی و حصول اطمینان از عدم باروری زوج یا زوجه، استدلال صاحب جواهر در جامعه امروز قابل پذیرش نیست و در صورتی که در عقد نکاحی استیلا به صورت شرط صفت درج شود و بعداً نازایی زوج یا زوجه اثبات شود، به موجب ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی مشروطه حق فسخ نکاح را خواهد داشت.

۲-۲. شرط استیلا به صورت شرط فعل

در بحث باروری با توجه به اینکه قائل شدیم، نکاح اثری در خصوص باروری و فرزندآوری ندارد، مقتضی است که زوجین در صورت تمایل به بارداری، آن را در ضمن نکاح شرط کنند. درج شرط استیلا به صورت شرط فعل به سه صورت ممکن است، انجام شود.

الف. طرفین در ضمن عقد نکاح به صورت لفظی استیلا را قید می کنند؛ به عبارت دیگر طرفین به طور صریح شرط استیلا را در ضمن نکاح می گنجانند. در این صورت

هر یک از زوجین مکلف به باروری می‌باشند و در صورت استنکاف طرف مقابل می‌تواند الزام وی را به فرزندآوری از دادگاه بخواهد.

ب. طرفین در ضمن نکاح استیلا را به نحو بنایی شرط می‌کنند (قراء ملکی، ۱۳۸۸، ص ۱۳۵)، مانند اینکه زوجین قبل از اجرای صیغه عقد راجع به فرزنددار شدن توافق کنند، سپس ایجاب و قبول بدون ذکر شرط، با بنای بر آن شرط واقع گردد که شرط مذکور به عنوان شرط بنایی یا تبانی معتبر تلقی می‌گردد (ماده ۱۱۲۸ ق.م).

ج. طرفین در ضمن عقد نکاح استیلا را به طور ارتکازی شرط می‌کنند، به نظر می‌رسد در عقد نکاح یکی از شرایط ضمنی ارتکازی و عقلایی بین زوجین در نوع عرف‌های جوامع بشری آن است که ازدواج منجر به ثمر دهی و تولید فرزند بشود، به این دلیل که اگر یکی از طرفین قبل از ازدواج از عقیم بودن یا عدم امکان بارور کردن زن یا مرد باخبر شود، امکان سرگرفتن چنین ازدواجی منتفی می‌شود. همچنین به نظر می‌رسد علت کراهت عزل و ثبوت دیه از سوی زوج، به خاطر تخلف از شرط ضمنی ارتکازی در خصوص استیلا باشد، یا اینکه در صورت عزل زن هم، چنانچه قائل به ثبوت دیه باشیم، به نظر می‌رسد، به خاطر تخلف زن از شرط ارتکازی مذکور می‌باشد. و در واقع دیه مذکور نه اینکه جنبه مجازات داشته باشد، بلکه به عنوان ضمانت اجرای تخلف از شرط و نوعی غرامت محسوب می‌شود.

از نظر حقوقی هیچ مقرره قانونی وجود ندارد که راجع به فرزندآوری صحبت کرده باشد، هیچ حقوقدانی هم در کتاب‌های حقوق خانواده در بحث آثار نکاح (مالی و غیرمالی) متعرض بحث فرزندآوری نشده که این خود بیانگر این امر می‌باشد که از نظر حقوقدانان مذکور استیلا از آثار نکاح محسوب نمی‌شود (صفایی، ۱۳۷۸، ص ۱۳۵-۲۰۳)؛ ضمناً در هیچ جای قانون به مسئله ناباروری و نازایی اشاره نشده است (صفار، ۱۳۹۰، ص ۱۶۷). فقط در قانون حمایت خانواده یکی از مواردی که مرد می‌تواند از دادگاه تقاضای ازدواج مجدد نماید، اثبات عقیم بودن زن می‌باشد، به نظر می‌رسد، مبنای مقرره مذکور شرط ارتکازی فی مابین زوجین می‌باشد، که عرفاً در ارتکاز آن‌ها در موقع ازدواج فرزنددار شدن موجود می‌باشد، ضمناً یکی از شروط عقدنامه نکاح در این مورد به ظاهر حقی را به زن اعطا می‌کند. شرط دهم: «در صورتی که پس از گذشت ۵ سال

زوجه از شوهر خود به جهت عقیم بودن یا عوارض جسمی دیگر زوج صاحب فرزند نشود. به زن نیز حق طلاق داده می‌شود؛ بنابراین در صورتی که ثابت شود که در ظرف پنج سالی که زوجین ازدواج کرده‌اند، به علت عقیم بودن مرد بچه دار نمی‌شوند، زن وکیل با حق توکیل مرد خواهد بود که خود را مطلقه کند. به نظر می‌رسد شرط مذکور هم در راستای همان شرط ارتکازی می‌باشد که در قالب ضمانت اجرای تخلف از آن پیش‌بینی و با اعطای وکالت معلق به صورت شرط نتیجه برای زوجه در ضمن هر عقد نکاحی درج می‌شود. با توجه به اینکه استیلا در عرفاً در ارتکاز زوجین می‌باشد، چنانچه زوجین نمی‌خواهند بچه‌دار شوند لازم است که شرط عدم استیلا صریحاً یا متبانیاً در عقد نکاح قید شود. ولی در صورتی که زوجین شرط عدم استیلا را در ضمن نکاح ننگنجانند، و یکی از آنها از انجام شرط امتناع کند (از بچه‌دار شدن خودداری کند، مثلاً زوجه بر خلاف میل زوج از قرص ضد بارداری استفاده کند یا اینکه زوج بدون رضایت زوجه عزل کند و...) طرف مقابل می‌تواند الزام وی را از دادگاه بخواهد. ولی چنانچه معلوم شود که یکی از زوجین قادر به باروری نیست، به عبارت دیگر عقیم باشد، سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا طرف مقابل حق فسخ نکاح را دارد. با بررسی فقهی مسئله در می‌یابیم که تقریباً نه هیچ فقیهی و نه هیچ حقوقدانی بیماری عقیم را از موارد فسخ نکاح ندانسته است (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۳۰، ص ۳۴۲؛ امام، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۲۹۳؛ محقق داماد، ۱۳۸۶، ص ۳۵۵ و صفار، ۱۳۹۰، ص ۱۶۷). از نظر قانونی هم خیار فسخ به علت تخلف از شرط فعل ویژه قراردادهای مالی است و در نکاح نظر به اینکه بقاء و تثبیت خانواده مورد نظر بوده و موارد فسخ محدود است و قانون این مورد را پیش‌بینی نکرده است نمی‌توان خیار فسخ برای مشروطه قائل شد (صفایی، ۱۳۷۸، ص ۶۵ و محقق داماد، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۱۷۲) و ضمانت اجرای این امر، اجازه ازدواج مجدد برای مرد و تحقق وکالت برای زن تا اینکه بتواند خودش را مطلقه نماید (در صورتی که پنج سال از تاریخ ازدواج آنها گذشته باشد).

۲-۳. شرط عدم استیلا به صورت شرط فعل

با توجه به اینکه استیلا از آثار نکاح محسوب نمی‌شود، و جزء شروط ارتکازی می‌باشد، لذا شرط عدم استیلا به معنی اسقاط آن شرط ارتکازی می‌باشد. لذا چون بر نکاح اثری در خصوص فرزندآوری مترتب نمی‌باشد، شرط عدم استیلا نه شرطی بر خلاف مقتضای ذات عقد و نه شرطی بر خلاف مقتضای اطلاق عقد می‌باشد، و در صحت آن تردیدی وجود ندارد و عموم قاعده «المؤمنون عند شروطهم»، شامل این شرط بوده و هر یک از طرفین ملزم به رعایت آن می‌باشند، برخی از نویسندگان بدون آنکه ماهیت شرط عدم استیلا را بررسی کنند به صحت آن نظر داده‌اند (میرشمسی، ۱۳۸۷، ص ۱۷۲). سؤالی که در خصوص شرط عدم استیلا ممکن است مطرح شود این است که مشروطه و مشروطعلیه شرط مذکور چه کسی است؛ به عبارت دیگر، اگر در نکاحی عدم استیلا شرط شده باشد، کدام یک از زوجین باید نسبت به رعایت وسایل و ابزار پیشگیری از بارداری اقدام نماید. به نظر می‌رسد اگر نزد زوجین در موقع توافق بر شرط مذکور مشخص باشد که مشروطه و مشروطعلیه کیست، بر طبق توافق آن‌ها مشخص می‌شود که مشروطه و مشروطعلیه کیست، ولی اگر این امر از مفاد توافق آن‌ها روشن نباشد به نظر می‌رسد که شرط به سود هر دو طرف باشد و هر دو نفر به یک اعتبار مشروطه و به اعتبار دیگر مشروطعلیه بوده و در این صورت هر دوی آن‌ها من باب قاعده تساوی باید نسبت به وسایل پیشگیری از بارداری اقدام نمایند، در غیر این صورت اگر قائل به این باشیم که یکی از آن‌ها مکلف به این کار است و دیگری تکلیفی ندارد، در این صورت ترجیح بلا مرجح پیش می‌آید که صحیح نیست. ضمناً اگر شرط به نفع هر دو باشد، در صورت اسقاط شرط توسط یکی از آن‌ها، مفاد شرط به نفع طرف دیگر وجود دارد و شخص اسقاط‌کننده ملتزم به مفاد آن و به‌کارگیری وسایل پیشگیری از بارداری می‌باشد؛ زیرا اگر شرط به سود هر دو طرف باشد، سقوط آن تنها به تراضی امکان دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۲۲۵). از طرف دیگر ممکن است این سؤال مطرح شود که چنانچه مشروطعلیه از اجرای مفاد شرط خودداری نموده و باردار شود، ضمانت اجرای تخلف از شرط عدم استیلا چیست؟ در پاسخ برخی از حقوقدانان، برای مشروطه خیار تخلف از شرط قائل شده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۲؛ قراملکی،

۱۳۸۸، ص ۱۳۲) درحالی که ضمانت اجرای شرط فعل در نکاح همان گونه که برخی از حقوقدانان گفته‌اند ایجاد حق فسخ نمی‌باشد (صفایی، ۱۳۷۸، ص ۶۵).

جمع بندی

با بررسی فقهی و حقوقی مسئله به نظر می‌رسد، اگر چه فرزندآوری از اهداف مهم تشکیل خانواده محسوب می‌شود، ولی نه در قرآن و نه در فقه و نه در قانون مدنی جزء آثار نکاح محسوب نمی‌شود؛ در نکاح موقت موضوع مورد اتفاق فقهای امامیه می‌باشد، ولی در نکاح دائم موضوع اختلافی است، عده‌ای از فقها استیلااد را از آثار نکاح می‌دانند ولی آن را جزء مقتضای ذات نکاح نمی‌دانند بلکه آن را جزء مقتضای اطلاق نکاح می‌دانند و شرط عدم استیلااد را هم شرطی بر خلاف مقتضای اطلاق نکاح می‌دانند، که در این صورت هم شرط صحیح است و هم عقد. در این صورت اینکه آیا استیلااد از حقوق زوج است یا زوجه یا از حقوق مشترک زوجین محسوب می‌شود، بین فقها اختلاف است؛ نظر مشهور فقهای امامیه بر این است که عزل بدون رضای زوجه مکروه می‌باشد، لذا استیلااد از آثار نکاح دائم نمی‌باشد، و چنانچه طرفین تمایل به بچه‌دار شدن دارند، باید استیلااد را شرط کنند، ولی با توجه به اینکه عرفاً در ارتکاز طرفین عقد نکاح دائم استیلااد شرط می‌باشد، نیازی به ذکر این شرط چه به‌طور صریح و چه به‌طور تبانی نمی‌باشد، و در صورت استنکاف یکی از زوجین از بارداری، طرف دیگر می‌تواند الزام وی را از دادگاه بخواهد. ولی چنانچه طرفین بخواهند از این شرط ارتکازی صرف‌نظر کنند، باید عدم استیلااد را شرط کنند، در صحت شرط عدم استیلااد تردیدی وجود ندارد و عموم قاعده المؤمنون عند شروطهم شامل آن می‌شود، لذا لازم‌الوفاست و در صورت استنکاف یکی از طرفین از به‌کارگیری وسایل پیشگیری از بارداری طرف دیگر می‌تواند الزام وی را از دادگاه بخواهد. ولی در صورتی که شرط عدم استیلااد شده باشد، مشروطه می‌تواند از آن صرف‌نظر کند، همچنین در صورتی که شرط عدم استیلااد شده باشد، و اتفاقاً و یا اختیاراً بچه‌دار شوند، مجوزی برای انکار فرزند نمی‌باشد و طفل متولد ملحق به والدین بوده و از نسب مشروع برخوردار می‌باشد. ولی مشروطه حق فسخ نکاح را ندارد.

کتابنامه

- ابن‌ادریس حلی، ابی جعفر محمد بن منصور بن احمد (۱۳۸۶)، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۵.
- ابن‌بابویه، محمد بن علی شیخ صدوق (۱۴۰۱)، *من لا یحضره الفقیه*، ج ۳، بیروت: چ حسن موسوی.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵ق)، *کتاب النکاح*، تصحیح لجنه التحقیق، قم: انتشارات باقری، چ ۱.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۱۱)، *حدائق الناظره فی احکام الطاهره*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- بیهقی نیشابوری کیدری، محمد بن حسین (بی‌تا)، *اصباح الشیعه مصباح الشریعه*، تحقیق شیخ ابراهیم بهادری، انتشارات مؤسسه امام صادق (ع).
- جبعی العاملی، زین‌الدین (شهید ثانی) (۱۳۸۲)، *روضه البیبه فی شرح اللمعه الدمشقیه* (شرح لمعه)، ج ۵، قم: انتشارات دار التفسیر، چ ۳.
- همو (شهید ثانی) (۱۴۱۳)، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، ج ۷ و ۱۵، قم: انتشارات مؤسسه المعارف الاسلامیه، چ ۱.
- جعفریور، جمشید، ذوالفقاری، سهیل (۱۳۹۰)، «وابستگی اقتضای ذات نکاح به رابطه زناشویی»، *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ش ۴، ص ۲۵-۴۶.
- حر عاملی، شیخ محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، *وسائل الشیعه*، ج ۱۴، ۱۵ و ۲۰، قم: مؤسسه آل‌البيت لاحیاء التراث.
- حکیم، سید محسن (۱۴۰۴)، *مستمسک عروه*، ج ۱۴، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چ ۴.
- حلی، ابن‌فهد (۱۴۰۷ق)، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، تحقیق مجتبی عراقی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ ۱.
- حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر (المحقق الحلی) (۱۴۰۹ق)، *شرايع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، ج ۲، تهران: انتشارات استقلال، چ ۲.
- حلی، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله (فاضل مقداد) (بی‌تا)، *تنقیح رائق لمختصر الشرائع*، ج ۳، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی) (۱۴۱۳ق)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. همو (۱۴۱۳ق)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، تحقیق لجنه التحقیق فی مؤسسه النشر الاسلامی، ج ۱۶، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ج ۲.

خلجی، حسن رضا (زمستان ۱۳۷۸ و بهار ۱۳۷۹)، «نگرشی فقهی بر روش‌های تنظیم خانواده»، پژوهشنامه متین، ش ۵-۶، صص ۱۰۱-۱۳۰.

سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن (بی‌تا)، کفایه الاحکام، اصفهان: انتشارات مدرسه صدر مهدوی. سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز (۱۴۱۴ق)، المراسم العلویه، تحقیق سید محسن حسینی امینی، قم: انتشارات مجمع جهانی اهل بیت (ع).

شبیبری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق)، کتاب نکاح، ج ۴، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز، ج ۱. صفار، محمدجواد (۱۳۹۰)، درس‌هایی از حقوق خانواده، تهران: انتشارات جنگل، ج ۲. صفایی، سید حسین (۱۳۷۸)، حقوق خانواده، ۲ جلدی، ج ۲، چ ۷، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

طباطبایی، علی بن محمدعلی (۱۴۱۲ق)، ریاض المسائل، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ج ۱. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۸ق)، عروة الوثقی، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ج ۳.

طوسی، ابی جعفر (ابن حمزه) (۱۴۰۸ق)، الوسيله الی نیل الفضیله، تحقیق شیخ محمد الحسون، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ج ۱.

طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، تصحیح محمدتقی کشفی، ج ۴، تهران: مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ج ۳.

همو (۱۴۰۷ق)، الخلاف، تحقیق علی خراسانی و دیگران، ج ۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی. عاملی کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).

فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)، کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام، ج ۷، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

فخرالمحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، تحقیق حسین موسوی کرمانی و علی پناه، قم: انتشارات اسماعیلیان، ج ۱.

- قاضی ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر (۱۴۰۶ق)، المهدب، ج ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- قراء ملکی، علی مظهر؛ مرتاضی، احمد و امیرپور، حیدر (۱۳۸۸)، «مشروعیت الزام به فرزندآوری در فقه امامیه»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، ش ۱، پاییز و زمستان، صص ۱۲۵-۱۴۰.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ۵ جلدی، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چ ۲.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۶)، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چ ۱۶.
- همو (بهار ۱۳۸۹)، «شرط فرزندآوری یا عدم فرزندآوری»، فقه پزشکی، ش ۲، صص ۱۱-۲۴.
- موسوی خمینی، امام سید روح الله (۱۳۸۵)، تحریر الوسیله، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چ ۲.
- موسوی عاملی، محمد بن علی (صاحب المدارک) (۱۴۱۱)، نهایه المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام، تحقیق مجتبی عراقی، ج ۱، قم: انتشارات النشر الاسلامی، چ ۱.
- مؤمن، محمد (۱۳۷۵)، «سخنی درباره تنظیم خانواده»، فقه اهل بیت (ع)، ش ۸، صص ۶۱-۸۴.
- مهرپور، حسین (۱۳۸۴)، مباحثی از حقوق زن، چ ۲، تهران: انتشارات اطلاعات.
- میرشمسی، فاطمه (تابستان ۱۳۸۷)، «شروط ضمن عقد نکاح، بررسی و مقارنه مواردی از آن در فقه امامیه و اهل سنت»، پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، ش ۱، صص ۱۶۱-۱۸۹.
- نجفی، شیخ محمدحسن (صاحب جواهر) (۱۳۶۷)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۹-۳۰، تهران: المکتبه الاسلامیه، چ ۳.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵ق)، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، ج ۱۶، مشهد: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- یوسفی، زین الدین ابی علی الحسن بن ابی طالب بن ابی المجد (فاضل آبی) (بی تا)، کشف الرموز، قم: مؤسسه النشر الاسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.