

واکاوی جواز تعیین شرط عدم استیلا در نکاح

علی جعفری^۱، فاطمه شعبانی^۲*

چکیده

در شرایط اجتماعی-اقتصادی کنونی یکی از مسائل چالش برانگیز برای زوجین که گاهی منجر به بروز اختلافاتی عمیق مابین آنها می‌شود، مسئله داشتن یا نداشتن فرزند و قید شروط پیرامون آن در عقد نکاح است. بیان تعاریف متعدد و متفاوت از نکاح، فقد اجماع و اتفاق نظر نسبت به مقتضای این عقد و سفارش‌های مکرر شارع به استیلا و تکثیر نسل در نصوص دینی موجب شده است تا عده‌ای استیلا را علت اصلی و هدف غایی شارع از جعل نکاح دانند و در نتیجه، اشتراط عدم آن را ضمن عقد نکاح، خلاف مقتضای ذات عقد تلقی کنند. در پژوهش حاضر به روش توصیفی-تحلیلی به این پرسش پاسخ داده شده است که وضعیت شرط عدم استیلا در نکاح از جهت صحت یا باطل و مبطل عقد بودن به دلیل مخالفت با مقتضای عقد نکاح چیست. پس از بررسی دیدگاه‌ها و ادله موجود و براساس قول مشهور فقهای متقدم امامیه به جواز عزل و اعتبار شرط عدم وطی و تصریح فقها به اینکه زن می‌تواند حتی بدون اجازه شوهر، در صورتی که به حقوق زناشویی لطمه وارد نشود و برای خود او نیز ضرر بسیار نداشته باشد، وسایل پیشگیری از بارداری موقت را به کار بندد. صحت نکاح افراد عقیم و سالمند و زنان یائسه که توانایی باروری ندارند، روشن می‌کند که شرط عدم استیلا شرطی خلاف مقتضای ذات عقد نکاح نیست و استیلا تنها یکی از آثار نکاح است، نه هدف منحصر به فرد آن.

کلیدواژه‌ها

شرط باطل و مبطل عقد، شرط عدم استیلا، عدم وطی، عزل، مقتضای ذات، نکاح

۱. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران ali.jafari@ut.ac.ir

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران (نویسنده

Fatemeeshabani75@gmail.com

مسئول)

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۱/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۷/۱۴

مقدمه

در نصوص اسلامی گزاره‌های فراوانی درخصوص ارزشمندی استیلا و تشویق به تکثیرنسل وجود دارد، اما در جامعه امروزی به دلیل تغییرات عمیق فرهنگی و تحول در شیوه زندگی، تمایل به فرزندآوری نسبت به گذشته کاهش یافته است تا آنجا که زوجین برای اطمینان از عدم وقوع آن، مایل‌اند این امر را ضمن عقد نکاح شرط کنند تا پابندی طرف مقابل نسبت به آن را دارای پشتوانه قانونی کنند. مطابق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی نیز طرفین عقد ازدواج مجازند هر شرطی را که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر لحاظ کنند. نکته اساسی در این رابطه آن است که وضع شرط در ضمن عقد به صورت صحیح و مطابق با معیارهای شرعی و حقوقی باشد؛ ازجمله این شرایط که در ماده ۲۳۳ قانون مدنی و ذیل عنوان شروط باطل و مفسد عقد به آن اشاره شده، این است که شرط موردنظر نباید خلاف مقتضای ذات عقد باشد. براین اساس هر اثری مقتضای ذات عقد نکاح شناخته شود، ناگزیر شرط خلاف آن به بطلان عقد نکاح نیز می‌انجامد و در نتیجه فروپاشی هسته اصلی خانواده را به عنوان مهم‌ترین کانون جامعه به همراه دارد.

مسئله اصلی درباره موضوع مورد بحث، وجود تعاریف متعدد و متفاوت از نکاح، فقد اجماع و اتفاق نظر نسبت به مقتضای این عقد و سفارش‌های مکرر شارع به استیلا و اهمیت تکثیرنسل در نصوص دینی است که موجب شده برخی استیلا را علت اصلی و هدف غایی شارع از جعل نکاح پندارند و در نتیجه، اشتراط عدم آن را ضمن عقد نکاح، خلاف مقتضای ذات عقد تلقی کنند. در مقاله «بررسی تطبیقی حکم فرزندآوری در فقه عامه و امامیه با رویکردی بر مقاصد شریعت» اثر لیلا ثمنی و دیگران، برداشت لزوم و وجوب از آیات و روایات باب استیلا، نزدیک‌تر به واقع دانسته می‌شود. لازم به ذکر است موضوع مورد بحث به طور مستقل در کتب فقهی - حقوقی و سخنان فقهای متقدم مطرح نبوده و تنها ضمن برخی فروعات چون «کراهت عزل بدون شرط و اذن زوجه در نکاح دائم» به آن پرداخته شده است. برخی بزرگان فقه و حقوق نیز استیلا را مهم‌ترین کارکرد و هدف شارع از جعل نکاح دانسته‌اند و همین نکته در کنار وجود آیات و روایات متعدد در سفارش به استیلا عده‌ای را بر آن داشته است تا استیلا را مقتضای ذات عقد نکاح تصور کنند، ولی در پژوهشی از

وضعیت اشتراط عدم استیلا و تنافی یا عدم تنافی آن با مقتضای ذات عقد نکاح به طور مستقل سخنی به میان نیامده است. با توجه به پیشینه پژوهشی و وجه تمایز پژوهش حاضر با مقالاتی نظیر «شرط فرزندآوری و یا عدم آن» اثر محقق داماد که محوریت بحث، بررسی ابعاد اشتراط فرزندآوری و ماهیت استیلا به عنوان حق زوج، زوجه یا زوجین بوده است، توجه نگارندگان مقاله حاضر معطوف به بررسی جواز تعیین شرط عدم استیلا به طور خاص است. پرسش اصلی پژوهش این است که وضعیت صحت یا باطل مبطل بودن شرط عدم استیلا به دلیل مخالفت با مقتضای ذات عقد نکاح چیست. از آنجاکه پاسخ‌گویی به این پرسش تا حد زیادی در گرو بررسی مقتضای ذات عقد نکاح است، با تمسک به روش توصیفی - تحلیلی، نظریات مختلف درباره مقتضای ذات عقد نکاح و نیز شرط عدم استیلا و ارتباط آن با مقتضای ذات عقد نکاح بررسی و ارزیابی شده است. سپس ادله و مستندات موجود درباره مخالفت یا عدم مخالفت شرط مذکور با مقتضای ذات نکاح و استدلال نویسندگان بر مبنای آنها جهت پاسخ‌گویی به پرسش اصلی پژوهش به طور منسجم و طبقه‌بندی شده آمده است.

مفهوم‌شناسی مصطلحات

۱. استیلا

در لغت، استیلا به معنی طلب فرزند آمده است (عبدالناصر، ۱۴۲۸ هـ ج ۱، ص ۲۱۴). این کلمه به معنای توانایی و استعداد باروری هم به کار می‌رود (انصاری، محمدعلی، ۱۴۱۵ هـ ج ۳، ص ۱۶۵). استیلا یا ام ولد اصطلاحی فقهی است درباره کنیزی که از مالک خود باردار شود (حلی، بی تا الف، ص ۹۵؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۴ هـ ص ۲۸۴). فقها معمولاً این اصطلاح را برای بیان مفهوم فرزندآوری و تولیدمثل به کار می‌برند (شبییری زنجانی، ۱۳۷۸-۱۳۷۷، ج ۴، ص ۱۳۵۰، ۱۳۶۰؛ محقق کرکی، ۱۴۲۹ هـ ج ۱۳، ص ۳۱۵).

۲. عزل

عزل در لغت به معنای «تنحیه» و «اماله» آمده است (ابن فارس، ۱۴۰۴ هـ ج ۴، ص ۲۰۷) و مراد از

آن کنار گذاشتن و بازداشتن است و از نظر اصطلاحی در فقه به این معنا است که مرد به هنگام انزال منی، خود را کنار بکشد و آن را در خارج از رحم زن بریزد تا وی باردار نشود (عاملی جبعی، ۱۴۲۵هـ ج ۷، ص ۶۴؛ ابن منظور، ۱۴۱۴هـ ج ۱۱، ص ۴۴۱؛ فیومی، ۱۴۱۴هـ ج ۲، ص ۴۰۸-۴۰۷).

۳. وطی

وطی در لغت به معنای جماع کردن است (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱۵، ص ۲۳۲۱). در اصطلاح فقه نیز وطی به همین معنا به کار برده می‌شود و مراد از آن دخول و آمیزش جنسی است (شهید اول، ۱۳۷۳، ج ۳، ص ۱۶۸).

شرط عدم استیلا و مقتضای ذات عقد نکاح

مقصود از شرط عدم استیلا، تعهد بر عدم اقدام به بارداری است که نوعی شرط فعل سلبی (منفی)^۱ ضمن عقد نکاح است. به این صورت که گفته شود: به شرطی با تو ازدواج می‌کنم که از بارداری و فرزند آوردن خودداری کنی، مثلاً با یکی از راه‌های پیشگیری مانع تولید فرزند شوی.

مقتضای ذات عقد عبارت است از امری که عقد بدون آن محقق نمی‌شود؛ به طوری که با انتفاء آن، عقد لغتاً، عرفاً و یا شرعاً منتفی می‌شود (نراقی، ۱۳۷۵، ص ۱۵۱). عقد فاقد مقتضای ذات، مجرد از مدلول خود، و از اساس لغو و باطل است (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱هـ ج ۲، ص ۴۷۱). بر این اساس ایجاد اختلال در ارکان عقد دلیل عمده قائلان به باطل و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای ذات عقد است؛ چراکه شرط خلاف مقتضای ذات، موجب تناقض می‌شود و ماهیت عملی را که طرفین به ظاهر انجام داده‌اند، دگرگون می‌سازد و آن را به ماهیت دیگری تبدیل می‌کند و از مفاد آن نیز چنین برمی‌آید که طرفین قصد انجام دادن هیچ عمل

۱. مطابق ماده ۲۳۴ قانون مدنی شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود. به قرینه «اثباتاً یا نفیاً» مذکور در ماده ۲۲۷ قانون مدنی شرط فعل اعم است از شرط انجام عمل (ایجابی - مثبت) و شرط ترک عمل (سلبی - منفی) و متعلق شرط فعل نیز ممکن است عمل حقوقی یا مادی باشد.

حقوقی را نداشته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۲۹۴)؛ ولی چنانچه شرط مخالف با مقتضای اطلاق عقد باشد، مبطل عقد و مشمول ماده ۲۳۳ قانون مدنی نیست و از همه مهم‌تر اگر چنین شرطی مشروع باشد، باطل نیز نیست (امامی، صفایی، ۱۳۹۵، ص ۶۱-۶۲).

تفاوت عمده این دو مقتضا صرفاً از لحاظ صحت یا فساد اشتراط خلاف است. به این صورت که اگر شرطی خلاف مقتضای ذات عقد باشد، باطل و مفسد عقد است، ولی در صورتی که با مقتضیات اطلاق عقد منافات داشته باشد، صحیح و لازم‌الاتباع است (علامه، ۱۳۷۵، ص ۱۵۲-۱۵۳).

از آنجاکه هرگونه اظهارنظر راجع به شروط ضمن عقد نکاح، از جمله شرط عدم استیلا، به عنوان فرع منوط به شناخت مقتضای ذات نکاح به عنوان اصل است، کانون توجه را باید متمرکز بر یافتن پاسخ این پرسش کرد که اثر و مقتضای ذات نکاح چیست؟ آیا استیلا از آثار نکاح است و شرط عدم آن مخالف مقتضای ذات نکاح تلقی می‌شود یا بر مطلق نکاح بدون شرط استیلا، اثری در خصوص فرزندآوری مترتب نیست و شرط خلاف آن لازم‌الاتباع است؟ یافتن پاسخ این پرسش ما را در بیان جواز یا عدم جواز تعیین شرط عدم استیلا در نکاح رهنمون می‌کند.

با دقت در آراء فقها و حقوق‌دانان، در خصوص مقتضای ذات عقد نکاح می‌توان گفت: اکثریت حقوق‌دانان استیلا و حتی تمتع جنسی زوجین از یکدیگر را در تعاریف خود از نکاح وارد نکرده‌اند و تنها به ایجاد علقه زوجیت به عنوان ماهیت نکاح اشاره کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۲۹۴؛ امامی، ۱۳۸۴، ص ۳۶۹؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ هـ ج ۲، ص ۵۵۶؛ امامی و صفایی، ۱۳۹۵، ص ۳۶-۳۷).

بسیاری از فقیهان امامیه نیز علقه زوجیت را مقتضای ذات، اثر بدون واسطه و حقیقت عقد نکاح دانسته‌اند که با طلاق، زائل می‌شود (عمانی، ۱۴۱۳ هـ ص ۴۸۳؛ حجت کوه‌کمره‌ای، ۱۴۰۹ هـ ص ۱۰۳؛ ایروانی، ۱۴۰۶ هـ ج ۲، ص ۶۴؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۵ هـ ص ۵۵۶). این گروه معتقدند سایر آثار نکاح مانند حلیت و طی، وجوب نفقه و توارث در پی ایجاد علقه زوجیت حاصل می‌شوند (خوانساری، ۱۴۰۵ هـ ص ۱۵۶؛ کلانتر، ۱۴۱۰ هـ ج ۱۰، ص ۲۰۱؛ تجلیل تبریزی، ۱۴۲۱ هـ ص ۲۰؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵، ص ۵۷۴).

منظور از علقه زوجیت ارتباط و پیوندی است که به‌طور مستقیم پس از انعقاد عقد نکاح

بین زن و مرد به وجود می‌آید. بی‌گمان تحقق رابطه زوجیت، مقدم بر وطی و تولیدمثل و تشکیل خانواده است؛ زیرا تازمانی که در نتیجه عقدی صحیح و نافذ بین طرفین رابطه زوجیت برقرار نشود، اباحه استمتاع جنسی و به دنبال آن تشکیل خانواده نیز به وجود نمی‌آید. این امر از ظاهر مواد ۱۰۳۵ و ۱۱۰۲ قانون مدنی نیز استنباط می‌شود؛^۱ به همین دلیل، علقه زوجیت اثر اصلی و مقتضای ذات هر دو قسم نکاح است؛ زیرا فقهای امامیه و همچنین اهل سنت، در تعریف مقتضای ذات عقد گفته‌اند که مقتضای ذات هر عقدی نخستین اثر یا اثر اصلی و جدانشدنی آن عقد است (محقق داماد، ۱۴۰۶ هـ ج ۲، ص ۷۲؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵ هـ ج ۴، ص ۳۷۷).

همچنین با مراجعه به عرف که خود یکی از معیارهای تشخیص مقتضای ذات عقود است مشاهده می‌شود که عموم مردم پس از انعقاد عقد و تحقق ایجاب و قبول از سوی زوجین، فارغ از وقوع وطی یا تشکیل خانواده، طرفین عقد را زن و شوهر می‌دانند که این تعبیر، همان علقه زوجیت است و این‌گونه نیست که بلافاصله عمل وطی یا تشکیل خانواده صورت گیرد، بلکه عموماً زوجین پس از گذشت چند ماه و حتی چند سال، زندگی مشترک خود را آغاز می‌کنند، اما با وجود این از نظر عرف و شرع، همسر یکدیگرند (محققان نژاد، محمدی، و پورلطف‌اله، ۱۳۹۷، ص ۱۱۸).^۲ براین اساس علقه زوجیت است که اثر جدانشدنی و مقتضای ذات نکاح است و وطی و تشکیل خانواده و فرزندآوری تنها آثار دیگری هستند که عقد نکاح می‌تواند به دنبال داشته باشد؛ بنابراین چنانکه روشن شد استیلا و فرزندآوری در مقتضای ذات عقد نکاح لحاظ نشده است و ملازمه‌ای نیز با تحقق علقه زوجیت ندارد تا شرط خلاف آن در تنافی با مقتضای ذات نکاح قرار گیرد. می‌توان چنین گفت که ماهیت

۱. ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی: «همین که نکاح به‌طور صحت واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین، موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود». ماده ۱۰۳۵ نیز بیان می‌دارد: «وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند اگرچه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده پرداخته شده باشد؛ بنابراین هر یک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده می‌تواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی‌تواند به هیچ‌وجه او را مجبور به ازدواج کرده و یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبه خسارتی نماید».

اصلی نکاح، ایجاد رابطه زوجیت است، از این رو شرطی باطل و مبطل عقد خواهد بود که این موضوع را نفی کند، ولی شرط عدم استیلا در چنین وضعیتی ندارد. استیلا از آثار دیگر نکاح است که اختیار عدم استیفای آن از طریق شرط ضمن عقد به زوجین داده می‌شود و قابلیت اسقاط و سلب جزئی آن در نکاح از مفاد آن است.

شرط عدم استیلا و اعتبار شرط عدم وطی

فقها در خصوص اینکه آیا وطی و نزدیکی جزء مقتضای ذات نکاح است یا خیر، با یکدیگر اختلاف نظر دارند. برخی از فقهای امامیه و حقوق دانان، حق تمتع جنسی یا وطی را مقتضای ذات عقد نکاح می‌دانند و بر این باورند که عقد نکاح، بالذات وجود رابطه جنسی میان زن و مرد را پدید می‌آورد و نکاحی که در آن رابطه جنسی نفی شود یا محدود به زمان یا مکان خاصی شود خالی از موضوع می‌شود (سیوری حلی، ۱۴۰۴ هـ.ج، ۳، ص ۲۳۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۵، ص ۱۹۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۲۴۵)، مشهور فقهای امامیه با توجه به روایاتی که در این خصوص وارد شده، به جواز عقد و شرط عدم نزدیکی، به طور مطلق عقیده دارند؛ یعنی این شرط را در هر دو عقد دائم و منقطع صحیح می‌شمارند و عقد را نیز صحیح می‌دانند (طوسی، ۱۴۰۰ هـ.ج، ص ۴۷۴؛ عاملی جبعی، ۱۴۲۵ هـ.ج، ص ۲۴۷-۲۴۸؛ انصاری، مرتضی، ۱۴۱۵ هـ.ج، ص ۲۸۱؛ خمینی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۴۳۹). شهرت این امر در فقه تا حدی است که ادعای عدم وجود اختلاف شده است (ایروانی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۳۰۸).

حقوق دانان قائل به صحت عقد و شرط، به پیروی از قول مشهور فقهای امامیه معتقدند این شرط نه خلاف مقتضای عقد است و نه نامشروع؛ زیرا نکاح دارای اهداف مختلفی است و نزدیکی و رفع نیاز جنسی تنها هدف آن و مقتضای ذات نکاح نیست تا در صورت عدم آن، نکاح محقق نشود. به علاوه قانون نیز چنین شرطی را منع نکرده و برخلاف نظم عمومی نیز نیست. اصل نیز بر صحت شرط است؛ اما کسی که شرط به نفع او شده است می‌تواند بعد از عقد از شرط صرف نظر کند و اجازه نزدیکی بدهد (امامی، ۱۳۸۴، ص ۲۷۷)؛ زیرا برابر با قاعده کلی، مشروطه می‌تواند حق حاصل از شرط فعل را ساقط کند (مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ قانون

مدنی^۱. مستندات این قول، اطلاقاتی چون «المؤمنون عند شروطهم» و عموم وفای به عهد است(عاملی جبعی، ۱۴۲۵هـ ج ۱، ص ۲۴۷/۲۴۸)؛ اما مهم‌ترین دلیل ایشان روایاتی است که در این مورد آمده است:

الف) خبر سماعه: سماعه از امام جعفر صادق(ع) سؤال کرد اگر زنی با مردی که از او تقاضای ازدواج کرده است، شرط کند که هر بهره و تمتعی که مرد از همسرش می‌طلبد بر او نیز جایز باشد مگر دخول کامل، آیا این شرط درست است؟ امام فرمود: مرد حق کامیابی از آن زن را ندارد، مگر آنچه برای او شرط کرده است(عاملی جبعی، ۱۴۲۵هـ ج ۱، ص ۲۴۷).

ب) خبر اسحاق بن عمار: اسحاق بن عمار از امام صادق(ع) پرسید: اگر مردی با کنیز آزادشده‌ای، به شرط حفظ بکارت زن ازدواج کند، ولی بعداً پس از اجازه نزدیکی، وطی انجام شود، حکمش چیست؟ امام فرمود: هم‌بستری با چنین زنی در صورت اجازه وی اشکال ندارد و چنین شرطی جایز است(عاملی جبعی، ۱۴۲۵هـ ج ۱، ص ۲۴۷).

از این روایات می‌توان چنین نتیجه گرفت که با توجه به جواز و صحت شرط عدم نزدیکی از دیدگاه فقها و حقوق‌دانان در عقد نکاح، شرط عدم استیلا نیز به قیاس اولویت چنین وضعیتی دارد؛ چراکه اگر شرط عدم استیلا خلاف قانون و مقتضای ذات عقد نکاح بود، منطقی به نظر نمی‌رسید که شرط عدم نزدیکی - از باب تقدم و ملازمه با استیلا و از آنجاکه با انتفاء وطی، استیلا نیز محقق نخواهد شد - از نظر فقها جایز باشد. چنانچه استیلا در عقد نکاح، دارای ضرورت و مقتضای این عقد بود، نزدیکی نیز از باب وجوب مقدمه واجب، باید مورد الزام واقع می‌شد نه اینکه حکم به صحت و جواز شرط عدم آن به‌طور مطلق داده شود. آنچه تا حدودی مؤید این استدلال است اصطلاحات به‌کاررفته در متن روایات مستند این نظر و عباراتی است که فقها در بیان مطلب استفاده کرده‌اند؛ با این توضیح که: در متن روایات و عبارات اکثر فقها از اصطلاح اقتضاض(اقتضاض) استفاده

۱. ماده ۲۴۴ ق.م: «طرف معامله که شرط به نفع او شده می‌تواند از عمل به آن شرط صرف‌نظر کند. در این صورت مثل آن است که این شرط در معامله قید نشده باشد، لیکن شرط نتیجه قابل اسقاط نیست»؛ ماده ۲۴۵ ق.م: «اسقاط حق حاصل از شرط ممکن است به لفظ باشد یا به فعل یعنی عملی که دلالت بر اسقاط شرط نماید».

شده است (طوسی، ۱۴۰۰ هـ ص ۴۷۴؛ عاملی جبعی، ۱۴۲۵ هـ ج ۸، ص ۲۴۷؛ انصاری، مرتضی، ۱۴۱۵ هـ ص ۲۸۱) این اصطلاح به معنای ازاله بکارت کردن است؛ از این رو وقتی شرط عدم ازاله بکارت از نظر این فقها صحیح است در واقع به طور ضمنی شرط عدم استیلا هم شده است. چراکه حتی در صورتی که امکان فرزندآوری بدون نزدیکی طبیعی هم وجود داشته باشد با وضع حمل بکارت زن زائل می‌شود. ممکن است گفته شود زایمان طبیعی تنها راه وضع حمل نیست و امکان زایمان با عمل جراحی نیز وجود دارد و یا اینکه با توجه به روش‌های جدید باروری مصنوعی اصلاً ممکن است نیازی به حامله شدن زن هم نباشد! ولی در هر صورت باید توجه داشت که مقنن معمولاً برای موارد غالب قاعده وضع می‌کند و نمی‌توان با موارد استثنایی قاعده را برهم زد؛ اما چنانچه به پیروی از قول دیگر فقها نزدیکی از مقتضای ذات نکاح دانسته شود، در این صورت باید به این پرسش پاسخ داد که آیا استیلا نیز مقتضای ذات نکاح است یا ملازمه‌ای با تحقق آن دارد؟ جالب است بدانیم برخی از فقها که شرط عدم نزدیکی را جایز نمی‌دانند، استدلال خود را بر این پایه استوار کرده‌اند که شرط عدم نزدیکی به این دلیل باطل است که مخالف با مقتضای ذات عقد نکاح است و یکی از مهم‌ترین اقتضائات نکاح، استیلا است که مستلزم نزدیکی است (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۳۲۸؛ محقق کرکی، ۱۴۲۹ هـ ج ۱۳، ص ۳۹۳)؛ از این رو برخلاف آنچه برخی ادعا کرده‌اند (قراملکی، مرتاضی و امیرپور، ۱۳۸۸، ص ۱۳۰) که همه فقهای امامیه در اینکه فرزندآوری از مقتضای ذات نکاح به شمار نمی‌آید اتفاق نظر دارند، برخی از فقها معتقدند که استیلا مقتضای ذات این عقد است و علی‌القاعده شرط خلاف آن باطل و مبطل عقد است.

در مقام جمع‌بندی دیدگاه‌های بیان شده باید گفت به نظر می‌رسد نه وطی و نه استیلا مقتضای ذات عقد نکاح دائم نیستند؛ از این رو شرط خلاف آنها نیز باطل و مبطل عقد نیست. از دلایلی که برای اثبات این امر می‌توان استفاده کرد، این است که یکی از شرایط مقتضای ذات این است که آن اثر در همه نوع آن، عمومیت داشته باشد؛ در حالی که ازدواج با افرادی که بچه‌دار نمی‌شوند، همچون افراد عقیم و سالمندان و زنان یائسه صحیح است؛ بنابراین اگر باروری مقتضای ذات نکاح بود نکاح چنین افرادی باطل بود. این مسئله در دیدگاه برخی از فقها و قانون مدنی، حتی از موجبات فسخ نیز دانسته نشده است. در قانون مدنی آمده

است: «هرگاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده است، خیار فسخ خواهد داشت» (ماده ۲۳۵)؛ به طریق اولی بطلان نیز محلی از اعراب نخواهد داشت. ضمناً هر عقدی تنها یک مقتضای دارد و نه بیشتر؛ براین اساس وقتی عدم استیلا در شرطی خلاف مقتضای ذات محسوب نمی‌شود لازم الاتباع است و مشروط‌علیه ملزم به آن است. رأی دادگاه بدوی و دیوان عالی کشور مبنی بر اینکه فقدان رحم از جمله عیوبی نیست که موجب فسخ نکاح مصرح در ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی است نیز مؤید همین مطلب است (۲/۳ - ۷۴ - ۵۴۸۹ / ۳۳).

در این خصوص دادگاه با توجه به محتویات پرونده، ختم رسیدگی را اعلام، و به شرح دادنامه شماره ۱۴۴ - ۷۳ / ۶ / ۳۱ مبنی بر رد دعوی خواهان به علت نبود این عیب در زمره عیوب مجوز فسخ نکاح، حکم مقتضی صادر می‌کند. پس از ابلاغ دادنامه به زوجین، آقای الف دادخواست تجدیدنظرخواهی از دادنامه را تقدیم دادگاه می‌کند که پرونده به دیوان عالی کشور ارسال می‌شود و به شعبه ۳۳ ارجاع می‌شود. هیئت شعبه با بررسی پرونده و قرائت گزارش عضو ممیز و اوراق پرونده مشاوره، ختم رسیدگی را اعلام می‌کند و به شرح آتی مبادرت به صدور رأی می‌کند: «با توجه به محتویات پرونده و نظر به اینکه عیوبی که در زن موجب فسخ نکاح است، در ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی احصاء شده است و فقدان رحم یکی از موارد در ماده فوق‌الذکر نبوده است و شرط ضمن عقدی هم واقع نشده است، بنابراین، این عیب مجوز فسخ نکاح نیست. اعتراض نیز با هیچ‌یک از شقوق مندرج در ماده ۶ قانون تجدیدنظر مصوب سال ۷۲ انطباق ندارد و رد می‌شود و پرونده با ابرام دادنامه شماره فوق عودت داده می‌شود» (بازگیر، ۱۳۷۸، ص ۳۵۶-۳۵۷).

با توجه به مواد مبحث عیوب نکاح، چنین استنباط می‌شود که قانون‌گذار حاکمیت اراده را در مورد رابطه جنسی پذیرفته است؛ در ماده ۱۱۲۶ قانون مدنی آمده است: «هر یک از زوجین که قبل از عقد، عالم به امراض مذکوره در طرف دیگر بوده، بعد از عقد حق فسخ نخواهد داشت». از مفهوم این ماده می‌توان حدود حاکمیت اراده را نسبت به رابطه جنسی در زمان عقد استنباط کرد؛ زیرا به زوجین اجازه می‌دهد نکاحی منعقد کنند که علم دارند در آن امکان برقراری رابطه جنسی به دلیل وجود یکی از عیوب مذکور در مواد ۱۱۲۲ و

۱۱۲۳ وجود ندارد و در صورت انعقاد آن، ملزم به آثار عقد هستند و دیگر حق فسخ عقد را به دلیل عدم توانایی طرف مقابل به برقراری رابطه جنسی ندارند. بدیهی است اگر تمتع جنسی مقتضای ذات نکاح بود، امکان تحقق نکاح با وجود یکی از عیوب مذکور، به دلیل عدم تحقق مقتضا وجود نداشت. همچنین اگر رابطه زناشویی مقتضای ذات نکاح بود، احراز این عیوب که جملگی نیز مانع دائمی برقراری رابطه جنسی هستند، باید سبب انفساخ و بطلان عقد می‌شد نه اعطاء حق فسخ؛ زیرا با حدوث یکی از این عیوب امکان تحقق ذات نکاح وجود نخواهد داشت و چنانچه مانعی دائمی برای تحقق مقتضای ذات فراهم شود عقد منفسخ می‌شود (عباسی، ۱۳۹۱، ص ۲۲۵-۲۲۶).

ممکن است گفته شود نکاح شخص عقیم به این دلیل که وی توان جنسی و درک لذت را دارد، از این جهت باطل نیست. باید گفت اینکه هدف نکاح استیلا و تولیدمثل باشد یا برقراری رابطه جنسی، دو مقوله متفاوت است. اگر مقتضای ذات نکاح تمتع باشد، مثال نقض آن صحت نکاح ناتوان جنسی و اگر گاهی دورتر از آن و استیلا باشد، دلیل رد آن، صحت نکاح شخص عقیم است. بنابراین هرکدام از این موارد جایگاه خاص خود را دارند و تداخل حوزه‌های رخ نمی‌دهد (جعفرپور، نوالفقاری، ۱۳۹۰، ص ۳۷)؛ بنابراین شرط عدم استیلا در نکاح شرطی صحیح است، چراکه در قانون و عرف برای آن حکم الزامی‌ای تجویز نشده است و تنها یکی از آثار متعدد عقد نکاح است که آن رابطه نزدیک و انفکاک‌ناپذیر را با ماهیت نکاح ندارد. عبارات برخی از فقها مانند شبیری زنجانی نیز مؤید این نظر است. ایشان حکمت نکاح را منحصر در استیلا نمی‌داند و معتقد است تنها یکی از فوائد نکاح حفظ نسل است و فائده مهم دیگر نکاح جلوگیری از فحشا با تأمین نیازهای جنسی انسان‌ها است (شبیری زنجانی، ۱۳۷۷-۱۳۷۸، ج ۴، ص ۱۳۶۲)؛ نوری همدانی نیز چنین بیان می‌دارد: «ما قبول نداریم حکمت نکاح فقط استیلا باشد، نکاح برای ایجاد علاقه بین مرد و زن است و حکمتش منحصر به استیلا نیست» (نوری همدانی، ۱۳۸۲، ص ۳۰)؛ بنابراین شرط خلاف آن، شرط خلاف مقتضای ذات عقد نکاح نیست. همچنین باید گفت اغراض شارع از نکاح منحصر به استیلا نیست (نراقی، ۱۴۲۹ هـ ج ۱۶، ص ۷۶) و حکمت‌های دیگری نیز در کلام بزرگان، برای نکاح متصور است. این امر را می‌توان از نگاهی به آیه ۲۱ سوره روم نیز دریافت که بیان

می‌دارد: از نشانه‌های (لطف) او آن است که برای شما از جنس خودتان همسرانی آفرید تا در کنار آنان آرامش یابید و باهم انس بگیرید و میان شما رأفت و مهربانی برقرار فرمود. امام رضا(ع) نیز در جایی ضمن تبیین فلسفه ازدواج و تشویق به آن می‌فرماید: «اگر درباره ازدواج و وصلت، آیه‌ای روشن و سنتی پیروی‌شده و اخبار فراوان نبود، باز هم (آثاری چون) نیکی‌کردن به خویشاوند، نزدیک ساختن افراد دور(به یکدیگر)، الفت بخشیدن میان دل‌ها، درهم تنیدن حقوق، افزودن بر جمعیت و اندوختن فرزند برای(رویاری با) سختی‌های روزگار و پیامدهای زمانه، کافی بود که خردمند دانا به این کار رغبت کند و انسان رهیافته دوراندیش برای انجام آن بشتابد» (کلینی، ۱۴۲۹هـ ج ۱۰، ص ۷۰۰). همچنین در روایتی از امام صادق(ع) در بیان حکمت‌های نکاح، استیلا و تکثیر نسل تنها یکی از اهداف و دلایل رغبت به نکاح بیان شده است و حضرت آرامش روانی و برآورده شدن نیاز جنسی را نیز در کنار استیلا برشمرده است/حرا عاملی، ۱۴۰۹هـ ج ۲۰، ص ۳۵۰-۳۵۱). برخی از حقوق‌دانان نیز نه تنها استیلا را مقتضای ذات عقد نکاح ندانسته‌اند، بلکه حتی در اینکه این امر مقتضای اطلاق نکاح نیز باشد، تردید کرده‌اند(محقق داماد، ۱۳۸۹، ص ۱۷ به بعد). از نظر ایشان باروری همچون علقه زوجیت نیست که ذات و جوهره عقد نکاح باشد؛ در نتیجه نادیده‌گرفتن آن در زندگی زناشویی موجب بطلان عقد نکاح نمی‌شود(قنبرپور، ۱۳۹۴، ص ۲۲۰)؛ بنابراین رابطه استیلا و نکاح از نوعی نیست که با انتفاء استیلا، غرض شارع از جعل نکاح معطل بماند، بلکه استیلا از حقوق زوجین در نکاح است که قابلیت اسقاط و سلب جزئی آن در نکاح از مفاد آن است. این حق را براساس اراده صاحبان حق و با رعایت ماده ۹۵۹ قانون مدنی می‌توان محدود کرد و بر سر آن توافق کرد؛ چراکه باتوجه به قید «به‌طورکلی» در ماده ۹۵۹ قانون مدنی، به نظر می‌رسد قانون‌گذار سلب حق تمتع و اجرا را در موارد جزئی پذیرفته است. درخصوص شرط عدم استیلا در نکاح نیز این امر، سلب حق به‌طور جزئی و محدود به دوران نکاح است؛ چراکه امکان طلاق و فسخ نکاح وجود دارد. نظریه صاحب‌نظران علم حقوق و پاره‌ای از مواد قانونی از جمله مواد ۴۴۸ و ۶۷۹ و ۸۲۲ نیز مؤید این مطلب است و عقیده بر این است که قدرت سلب حق به‌طور جزئی لازمه آزادی حقوقی فرد است، بلکه حتی شاید بتوان گفت توافق اراده زوجین و تلاش برای تنظیم زندگی

زناشویی خویش از طریق شروط ضمن عقد، با منافع و مصالح عمومی جامعه و در نهایت مقررات آمره سازگارتر است.

بنا بر تمام موارد گفته شده و نیز نظر اکثریت فقها و حقوق دانان پیرامون ماهیت نکاح و قابلیت انفکاک استیلا از مقتضای ذات عقد و قابلیت تغییر آن با درج شرط خلاف، دلیلی برای قائل شدن به بطلان شرط عدم استیلا وجود ندارد.

شرط عدم استیلا و تمسک به مبانی فقهی فقهای متقدم

در کلام هیچیک از فقها و حقوق دانان در خصوص استیلا و شروط پیرامون آن به طور مستقل سخنی به میان نیامده است و فقیهان امامیه تنها با بررسی مسئله جواز یا عدم جواز عزل منی در هنگام مقاربت که ارتباط مستقیمی با موضوع استیلا دارد، متعرض بحث شده‌اند.

میان فقهای امامیه درباره جواز عزل، اختلاف نظر وجود دارد و این اختلاف در خصوص عزل از زن آزاده‌ای است که به عقد دائم مرد درآمده است، آن هم بدون رضایت وی و بدون شرط کردن در زمان عقد. در این مورد دو نظر کلی وجود دارد: ۱. بنا به نظر مشهور، عزل و کراهت آن به دلیل عدم رضایت زوجه و اشتراط با وی جائز است (عاملی جبعی، ۱۴۲۵هـ ج ۷، ص ۶۴؛ ابن‌ادریس، ۱۳۱۶، ج ۲، ص ۶۰۷؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۹، ص ۱۱۴؛ نراقی، ۱۴۲۹هـ ج ۱۶، ص ۱۷۵). ۲. شیخ طوسی در خلاف و مبسوط، شیخ مفید در مقنعه و ابن‌حمزه در وسیله به آن فتوا داده‌اند، حرمت عزل در این صورت است (عاملی جبعی، ۱۴۲۵هـ ج ۷، ص ۶۵؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۹، ص ۱۱۱).

به نظر می‌رسد طبق دیدگاه فقیهانی که قائل به جواز و کراهت عزل هستند استیلا جزء آثار نکاح نیست و برای انسان جایز است به‌طور کلی از داشتن فرزند خودداری کند. این گروه برای اثبات دیدگاه خود به دلایل فراوانی تمسک جسته‌اند:

۱. روایات

چندین روایت صحیح، عزل را به اختیار مرد گذاشته و جایز دانسته است؛ از جمله: ۱. روایت محمد بن مسلم که در آن از امام صادق (ع) درباره عزل سؤال کرده و امام فرموده است:

«امر آن به دست مرد است، هرگونه که بخواهد آن را اعمال می‌کند» (کلینی، ۱۴۲۹ هـ ج ۱، ص ۱۵۴).

۲. در روایتی دیگر امام صادق (ع) فرمود: امام سجاده (ع) اشکالی در عزل نمی‌دید در حالی که این آیه را تلاوت می‌فرمود: «و به یاد آر هنگامی که خدای تو از پشت فرزندان آدم، ذریه آنها را برگرفت/ اعراف، ۱۷۲) پس هر چیزی که خداوند از او پیمان گرفت، بیرون می‌آید، هرچند بر صخره سخت قرار گرفته باشد/ کلینی، ۱۴۲۹ هـ ج ۱، ص ۱۵۵). بنا بر این روایت اگر قضا و قدر الهی بر حیات و تولد طفلی باشد به دنیا خواهد آمد و عزل موجب برهم‌زدن نظم خلقت نمی‌شود.

۳. امام باقر (ع) در پاسخ به این سؤال که آیا مرد می‌تواند از زن آزاده خود عزل کند، فرمود: امر آن به دست مرد است. اگر بخواهد عزل می‌کند و اگر بخواهد عزل نمی‌کند/ تحف، ۱۴۲۸ هـ ج ۱، ص ۵۴۰).

۴. محمدبن مسلم از ابی‌جعفر (ع) نقل می‌کند که ایشان فرمود: اشکالی در عزل کردن زن آزاده نیست، هرچند زن نسبت به آن کراهت داشته باشد و شوهر وی بدان تمایل داشته باشد و در این مورد برای زن چیزی نیست (حقی ندارد) (کلینی، ۱۴۲۹ هـ ج ۱، ص ۱۵۴).
اطلاق روایات فوق نشان می‌دهد که اختیار این امر، به دست مرد است و هرگونه که بخواهد عمل می‌کند. مشهور فقها نیز با توجه به همین روایات، به جواز عزل نسبت به زن آزاده‌ای که به عقد دائم درآمده است، قائل‌اند. گویا در این جهت، حق عزل در اختیار مرد است، مخصوصاً در دو روایت صحیح و موثق محمدبن مسلم از امام باقر (ع) که در آنها تصریح شده است که هرچند زن نسبت به این کار کراهت داشته باشد، اشکال ندارد و گویا برای زن در این مورد حقی نیست.

۵. در روایت صحیح محمدبن مسلم از امام باقر (ع) یا امام صادق (ع) نیز عزل نسبت به کنیز بلا اشکال بیان شده ولی در مورد زن آزاده در صورت عدم رضایت او و عدم اشتراط با وی در حین عقد، از این عمل تعبیر به کراهت شده است/ حلی، بی تا ب، ج ۲، ص ۵۷۶: تحف، ۱۴۲۸ هـ ج ۱، ص ۵۴۰).

با آنکه در حدیث، تعبیر به کراهت شده است و کراهت در روایات ممکن است اعم از معنای حرمت باشد و کراهت اصطلاحی را افاده کند، اکثر فقها با توجه به روایاتی که

صراحت در جواز عزل دارند، این اخبار را بر کراهت اصطلاحی حمل کرده‌اند/بن‌براج، ۱۴۰۶ هـ ج ۲، ص ۲۲۳؛ محقق حلّی، ۱۴۰۰ هـ ج ۲، ص ۳۵۴؛ محقق کرکی، ۱۴۲۹ هـ ج ۱۲، ص ۵۰۳؛ عاملی جبعی، ۱۴۲۵ هـ ج ۷، ص ۶۵؛ بنابراین مبادرت به عزل، با عدم رضایت زن یا عدم اشتراط با وی در حین عقد مکروه است. برخی حتی عزل را با توجه به روایت موثق محمد بن مسلم که عزل را حتی در صورت کراهت زن جایز دانسته، مکروه نیز نمی‌دانند/طباطبایی یزدی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۰۹.

۲. عدم وجوب وطی پیش از ۴ ماه

اصل وطی و آمیزش جنسی پیش از چهار ماه بر مرد واجب نیست؛ بنابراین عزل نیز به طریق اولی اشکال ندارد/نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۹، ص ۱۱۲). البته به نظر می‌رسد این دلیل خدشه‌پذیر است؛ زیرا اگر بحث از عزل به‌طور کلی است، دلیل مزبور تنها مربوط به کمتر از چهار ماه می‌شود و از چهار ماه به بعد، این دلیل رافع کراهت یا حرمت عزل نیست.

۳. تمسک به اصالت اباحه

طبق این دلیل اصل در اشیا اباحه است؛ مادام‌که بر حرمت آن دلیلی اقامه نشود. محقق کرکی در جامع المقاصد این دلیل را مطرح می‌کند و طبق آن می‌گوید عزل نیز محکوم به اباحه است تا زمانی که دلیلی بر حرمت آن آورده شود/محقق کرکی، ۱۴۲۹ هـ ج ۱۲، ص ۵۰۳).

۴. عدم لزوم انزال

حق زن در آمیزش تنها دخول است و انزال مرد لزومی ندارد. شاهد بر این مطلب آن است که اگر زمانی زن درباره شوهر خود ادعا کند که قدرت آمیزش ندارد، در صورتی که مرد فقط قادر به دخول باشد زن دیگر حقی ندارد و نمی‌تواند عقد نکاح را به واسطه این عیب فسخ کند. از اینجا معلوم می‌شود که حق زن تنها در دخول است و اگرچه انزال داخل رحم صورت نگیرد/عاملی جبعی، ۱۴۲۵ هـ ج ۷، ص ۶۴).

از مجموعه ادله‌ای که ذکر شد، مشهور فقها چنین نتیجه گرفته‌اند که مرد می‌تواند هنگام دخول حتی در صورت عدم رضایت زوجه عزل کند و اطلاق این سخن، مقتضی آن است

که حتی در تمام طول عمر زن، مرد می‌تواند این کار را بدون رضایت وی انجام دهد؛ هرچند در صورت عدم رضایت زن یا عدم اشتراط با وی عزل مکروه است و در صورت رضایت زن کراهت نیز نخواهد داشت. به‌هرحال روایات نقل‌شده، دلیل قطعی این امر است که کراهت در صحیحۀ محمد بن مسلم با روابودن فعل سازگار است و همچنین به قرینۀ روایات قول به جواز، هر روایت دیگری که ظهور در حرمت داشته باشد، بر کراهت حمل خواهد شد و نهی آنها نهی تنزیهی و اخلاقی به شمار می‌آید، خصوصاً که روایات دال بر جواز، مطابق با قول مشهور به جواز عزل و اصاله الحلیه هستند؛ بنابراین در کنار روایات حرمت، ترجیح با جواز است، اما وجود روایاتی که دلالت بر کراهت می‌کند باعث می‌شود حکم عزل را در موردی که زوجه رضایت ندارد جواز همراه با کراهت بیان داریم. مقتضای این گروه از روایات آن است که عزل جایز است حتی اگر به محروم‌شدن زوجین از داشتن فرزند بینجامد، زیرا اگر استیلا بر آن دو واجب بود باید برای روابودن عزل در روایات، قیدی آورده می‌شد؛ بنابراین مطلق آمدن جواز عزل، دلیل روشنی است بر این‌که استیلا واجب نیست (مؤمن قمی، ۱۳۷۵، ص ۶۵).

در نهایت می‌توان از اذن شارع نسبت به صحت شرط عزل وحدت ملاک گرفت و آن را به شرط عدم استیلا تسری داد؛ زیرا نتیجه و اثر عزل، عدم توالد و تناسل است که از منظر فقهای متقدم در صورت رضایت زوجه و شرط‌کردن با وی، جایز شمرده شده است. پس به قیاس اولویت می‌توان گفت شرط عدم استیلا نیز از نظر ایشان محکوم به صحت است، هرچند در گذشته عزل تنها راه جلوگیری بوده است، تناسب حکم و موضوع ایجاب می‌کند که مصادیق دیگر جلوگیری از انعقاد نطفه، مانند قرص و کاندوم، حکمی مشابه عزل داشته باشند. در نکاح موقت به طریق اولی شرط عدم استیلا پذیرفته است؛ زیرا اجماع فقها به روایاتی استناد کرده‌اند که عزل را جایز شمرده است، حتی در صورتی‌که آن ضمن عقد شرط نشده باشد.

فقها تصریح می‌کنند که زن می‌تواند حتی بدون اجازه شوهر، در صورتی‌که به حقوق زناشویی لطمه وارد نشود و برای خود او نیز ضرر بسیار نداشته باشد، از وسایل پیشگیری از بارداری موقت استفاده کند و مرد نباید او را به فرزندآوری مجبور

کند(گلابگانی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص ۱۷۳؛ خویی، ۱۴۱۰هـ ج ۲، ص ۲۸۴؛ همو، ۱۴۱۲هـ ج ۱، ص ۱۲۱). این امر نشان می‌دهد که ایشان شرط عدم استیلا را میان زوجین، شرطی صحیح و نافذ می‌دانند و از نظر ایشان استیلا حقی است که به زوجین تعلق دارد و اسقاط‌پذیری و سلب جزئی آن در نکاح از مفاد آن است. از ادله جواز پیشگیری نیز می‌توان به اصل اباحه اشاره کرد؛ زیرا اصل بر مباح بودن چنین عملی است. اصالت اباحه قاعده‌ای مشهور میان اصولیان در شبهات حکمیه است که فقیه آن را به یکی از این دو معنا به کار می‌برد: **معنای نخست** اثبات اباحه ظاهری در سطح اصلی عملی در موارد شک و جایی که فقیه پس از جست‌وجو، به دلیل منع‌کننده‌ای دست نیابد. در چنین مسئله‌ای فقیه به مقتضای اصول عملیه مراجعه می‌کند که یا استصحاب اباحه‌ای است که پیش از شرع بوده است یا اصاله البرائه شرعی یا عقلی؛ **معنای دوم** اثبات اباحه واقعی با بعضی از عمومات قرآنی و روایاتی که دلالت دارند همه چیز مباح است مگر عناوینی که حرمت شرعی‌شان با ادله دیگر اثبات شده باشد؛ مثل خمر. بنابراین در صورت تردید در حلال یا حرام بودن امری، بنا بر اصل اباحه، حکم به عدم حرمت آن امر می‌شود؛ زیرا آنچه نیازمند نص است الزامات قانونی است، والا عدم الزامات قانونی احتیاجی به نص ندارد. پس اصل در اشیا پیش از ورود شرح اباحه است؛ زیرا هیچ‌گونه دلیلی دلالت ندارد که این عمل ضرر دنیوی دارد و برای اثبات ضرر اخروی نیز باید دلیل شرعی اقامه شود، درحالی‌که فرض بر این است که دلیل شرعی وجود ندارد، زیرا اگر در واقع عقابی در کار بود، لازم بود خداوند اعلام می‌فرمود؛ در نتیجه هم ضرر دنیوی و هم ضرر اخروی منتفی است؛ بنابراین اباحه حاکم است و منعی برای پیشگیری وجود ندارد.

یافته‌های پژوهش

مطابق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی، این حق به طرفین عقد ازدواج داده شده است که هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند و با توجه به ادله وفای به شرط نظیر: «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» این شروط لازم‌الاتباع خواهند بود؛ اما نکته اساسی در این رابطه آن است که وضع شرط در ضمن

عقد به صورت صحیح و مطابق با معیارهای شرعی و حقوقی باشد. از جمله این موارد که در ماده ۲۳۳ قانون مدنی ذیل «شروط باطل و موجب بطلان عقد» به آن اشاره شده این است که شرط مورد نظر نباید خلاف مقتضای عقد باشد. بر این اساس چنانچه شرطی در ضمن عقد نکاح درج شود که با مقتضای ذات این عقد و غرض اصلی شارع از جعل آن در تنافی باشد، به دلیل صدمه به ارکان اصلی عقد، نه تنها خود محکوم به بطلان خواهد بود، بلکه این بطلان به عقد نیز سرایت خواهد کرد. میان فقها و حقوق دانان در تشخیص آنچه مقتضای ذات عقد نکاح است اختلاف نظر وجود دارد، ولی در نهایت اکثریت ایشان تحقق علقه زوجیت را به عنوان مقتضای ذات عقد مزبور می پذیرند؛ چراکه بی گمان تحقق رابطه زوجیت مقدم بر وطی، تولیدمثل و تشکیل خانواده است و تا زمانی که در نتیجه عقدی صحیح و نافذ بین طرفین رابطه زوجیت برقرار نشود، اباحه استمتاع جنسی و به دنبال آن تشکیل خانواده نیز به وجود نمی آید. این امر از ظاهر مواد ۱۰۳۵ و ۱۱۰۲ قانون مدنی نیز استنباط می شود؛ بنابراین اثر و مقتضای ذات نکاح و آنچه عقد نکاح در پی به وجود آمدن آن است، علقه زوجیت است که بلافاصله پس از اجرای صیغه عقد نکاح محقق می شود و سایر آثار همچون استیلا، مترتب بر این اثر هستند. بر این اساس شرطی خلاف مقتضای ذات عقد نکاح خواهد بود که تحقق علقه زوجیت را نفی کند، ولی شرط عدم استیلا چنین وضعیتی ندارد و دارای چنان رابطه نزدیکی با مقتضای ذات نیست که اشتراط خلاف آن باطل و مبطل عقد نکاح باشد. از دلایلی که برای اثبات این امر استفاده می شود، این است که یکی از شرایط مقتضای ذات این است که آن اثر در همه نوع آن عمومیت داشته باشد؛ در حالی که ازدواج با افرادی که بچه دار نمی شوند، همچون افراد عقیم و سالمند و زنان یائسه، صحیح است. بنابراین اگر عدم باروری در تنافی با مقتضای ذات نکاح بود، نکاح چنین افرادی باطل بود. ضمناً هر عقدی تنها یک مقتضا دارد و نه بیشتر؛ به همین دلیل وقتی عدم استیلا شرطی خلاف مقتضای ذات محسوب نمی شود لازم الاتباع است و مشروط علیه ملزم به آن است. همچنین اغراض شارع از نکاح منحصر در استیلا نیست و چنانکه گذشت حکمت های دیگری نیز در کلام بزرگان، برای نکاح متصور است؛ بنابراین در صورت عدم تحقق آن غرض شارع از جعل نکاح معطل نمی ماند.

قول مشهور نیز جواز عقد و شرط عدم نزدیکی به طور مطلق است و فقهای امامیه با توجه به روایاتی که در این خصوص وارد شده است، به نفوذ شرط مذکور در هردو عقد دائم و منقطع و صحت عقد عقیده دارند. ظاهراً این گروه باید به طریق اولی، شرط عدم استیلا را نیز - از آن جهت که نزدیکی، مقدمه و لازمه امر فرزندآوری است و با انتفاء آن، استیلا نیز منتفی می‌شود - صحیح بدانند؛ اصطلاحات به کاررفته در متن روایات مستند این نظر و عباراتی که فقها در بیان مطلب استفاده کرده‌اند نیز تا حدودی مؤید این استدلال است؛ چراکه در آنها از اصطلاح «افتضاض» (اقتضاض) استفاده شده است. این اصطلاح به معنای «ازاله بکارت کردن» است؛ از این رو وقتی شرط عدم ازاله بکارت از نظر این فقها صحیح است، در واقع به طور ضمنی شرط عدم استیلا هم شده است؛ چراکه حتی در صورتی که امکان فرزندآوری بدون نزدیکی طبیعی هم وجود داشته باشد با وضع حمل بکارت زن زائل می‌شود. ممکن است گفته شود زایمان طبیعی تنها راه وضع حمل نیست و امکان زایمان با عمل جراحی نیز وجود دارد و یا با توجه به روش‌های جدید باروری مصنوعی شاید اصلاً نیازی به حامله شدن زن هم نباشد؛ ولی در هر صورت باید توجه داشت که مقنن معمولاً برای موارد غالب قاعده وضع می‌کند و نمی‌توان با موارد استثنایی قاعده را برهم زد. همچنین می‌توان از اذن شارع نسبت به صحت شرط عزل وحدت ملاک گرفت و آن را به شرط عدم استیلا تسری داد؛ زیرا نتیجه و اثر عزل، عدم استیلا است که طبق قول مشهور فقهای متقدم در صورت رضایت زوجه یا شرط کردن با وی، جایز شمرده شده است. پس به قیاس اولویت می‌توان گفت شرط عدم استیلا نیز از نظر ایشان محکوم به صحت است. همچنین تناسب حکم و موضوع ایجاب می‌کند که مصادیق دیگر جلوگیری از انعقاد نطفه، مانند قرص و کاندوم، حکمی مشابه عزل داشته باشند.

تصریح فقها به جواز استفاده زوجه از وسایل پیشگیری موقت، حتی بدون اجازه شوهر - در صورتی که به حقوق زناشویی لطمه وارد نشود و برای خود او ضرر بسیار نداشته باشد - و اینکه مرد نباید او را به فرزندآوری مجبور کند نیز مؤید آنچه گذشت، است. از دلایل جواز پیشگیری نیز می‌توان به اصل اباحه اشاره کرد. بنابراین استیلا از حقوق زوجین است که اسقاط‌پذیری و سلب جزئی آن در نکاح از مفاد آن است و این حق براساس

اراده صاحبان حق و با رعایت ماده ۹۵۹ قانون مدنی قابلیت محدود شدن و توافق دارد؛ چراکه مطابق این ماده، سلب حق تمتع و اجرا در موارد جزئی پذیرفته شده است و شرط عدم استیلا نیز سلب حق به طور جزئی و محدود به دوران نکاح است، چراکه امکان طلاق و فسخ نکاح وجود دارد؛ بنابراین این شرط مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است.

جواز اشتراط عدم استیلا برخلاف تصور عده‌ای زمینه را برای تباهی و قطع نسل مهیا نمی‌کند، چراکه شارع حکیم احکام ثانویه را نیز برای این خلل تدارک دیده است و وجود قواعدی چون «ضرورت حفظ نظام» و «نفی سبیل» که در مواقع کاهش جمعیت و بیم اختلال نظام و سیطره دشمنان، همگان را به استیلا ملزم می‌کند از این قبیل تدابیر هستند. از آثار بین صحت این شرط نیز می‌توان به کاهش فساد اجتماعی و روابط نامشروعی اشاره کرد که معلول عدم ازدواج به دلیل بی‌رغبتی نسبت به پذیرش آثاری چون توالد و تناسل‌اند.

منابع

قرآن کریم

ابن‌براج، عبدالعزیز (۱۴۰۶هـ). *المهذب*. قم: مؤسسه النشر الاسلامیه.

ابن‌منظور، محمدبن‌مکرم (۱۴۱۴هـ). *لسان‌العرب*. بیروت: دار الفکر للطباعه و النشر، الطبعة الثالثة.

ابن‌ادریس، ابوجعفر محمد (۱۳۸۶). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ پنجم.

ابن‌فارس، احمد (۱۴۰۴هـ). *معجم مقاییس اللغة*. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.

امامی، اسدالله؛ صفایی، سیدحسین (۱۳۹۵). *مختصر حقوق خانواده*. تهران: میزان، چاپ چهل‌وسوم.

امامی، سیدحسین (۱۳۸۴). *حقوق مدنی*. تهران: اسلامیه، چاپ هجدهم.

انصاری، محمدعلی (۱۴۱۵هـ). *الموسوعه الفقهیة المیسره*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۵هـ). *کتاب النکاح*. قم: المؤتمر العالمی بمناسبه الذکری المئویه الثانيه لمیلاد الشیخ الانصاری.

- ایروانی، باقر (۱۳۹۱). *دروس تمهیدیہ فی الفقہ الاستدلالی علی المذہب الجعفری*. قم: مرکز نشر ہاجر وابستہ بہ مرکز مدیریت حوزہ‌ہای علمیہ خواہران.
- ایروانی، علی (۱۴۰۶ھ). *حاشیہ المکاسب*. تہران: وزارت فرہنگ و ارشاد اسلامی.
- بازگیر، یداللہ (۱۳۷۸). *قانون مدنی در آئینہ آراء دیوان عالی کشور (حقوق خانوادہ)*. تہران: فردوسی.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۳). *الحدائق الناضرہ فی احکام العترہ الطاہرہ*. قم: مؤسسہ النشر الاسلامی التابعہ لجماعہ المدرسین.
- تجلیل تبریزی، ابوطالب (۱۴۲۱ھ). *التعلیقہ الاستدلالیہ علی تحریر الوسیلہ*. تہران: مؤسسہ تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- جعفرپور، جمشید؛ ذوالفقاری، سہیل (۱۳۹۰). وابستگی اقتضای ذات نکاح بہ رابطہ زناشویی. *مطالعات فقہ و حقوق اسلامی*، ۲(۴)، ص ۲۵-۴۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۵). *حقوق خانوادہ*. تہران: چاپخانہ صدری.
- حجت کوه کمرہ‌ای، سید محمد بن علی (۱۴۰۹ھ). *کتاب البیع*. قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ھ). *وسائل الشیعہ الی تحصیل مسائل الشریعہ*. قم: مؤسسہ آل البیت.
- حسینی شیرازی، سید صادق (۱۴۲۵ھ). *التعلیقات علی شرائع الاسلام*. تہران: استقلال.
- حلی، حسن بن یوسف (بی تا الف). *تحریر الاحکام الشرعیہ علی مذہب الامامیہ*. قم: مؤسسہ آل البیت لاحیاء التراث.
- _____ (بی تا ب). *تذکرہ الفقہا*. تہران: المکتبہ المرتضویہ.
- خطیب شربینی، محمد بن احمد (۱۴۱۵ھ). *مغنی المحتاج الی معرفہ معانی الفاظ المنہاج*. بیروت: دارالفکر العلمیہ.
- خمینی، روح اللہ (۱۳۸۶). *تحریر الوسیلہ*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ھ). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*. قم: اسماعیلیان.
- خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ھ). *منہاج الصالحین*. قم: مدینہ العلم. چاپ بیست و ہشتم.

_____ (۱۴۱۲هـ). منیه السائل. بیروت: دار المجتبی.

دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷). لغت نامه دهخدا. تهران: دانشگاه تهران.

دهقان نژاد، رضا؛ محمدی، سید سجاد و پور لطف اله، حسن (۱۳۹۷). بازپژوهی مقتضای ذات

عقد نکاح از منظر فقه فریقین و حقوق مدنی ایران. فقه و اصول، ۲۵ (۹۴)، ص ۱۰۱-۱۲۶.

سیوری حلی، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴هـ). التنقیح الرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

شبییری زنجانی، موسی (۱۳۷۷-۱۳۷۸). کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.

شهید اول، محمد بن مکی (۱۳۷۳). عناوین الاحکام: ترجمه و شرح متن لمعه (محمد جواد ذهنی

تهرانی، محقق). بی جا: وجدانی.

شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (۱۳۷۵). هدایه الطالب الی اسرار المکاسب. تبریز: چاپخانه

اطلاعات.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (بی تا). العروه الوثقی. بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات،

چاپ دوم.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰هـ). نهاییه. لبنان: دارالکتب العربی، چاپ دوم.

محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۰هـ). النهایه و نکتها. بیروت: دارالکتب العربی، چاپ دوم.

عاملی جُبعی، زین الدین (۱۴۲۵هـ). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام. قم: نشر و تحقیق

مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ سوم.

عباسی، مجید (۱۳۹۱). وضعیت شروط ناظر بر روابط جنسی زوجین. خانواده پژوهشی،

۸ (۳۰)، ص ۲۱۳-۲۳۴.

عبدالناصر، جمال (۱۴۲۸هـ). موسوعه الفقه الاسلامی. قاهره: وزاره الاوقاف و المجلس

الاعلی للشنون الاسلامیه.

علامه، سید مهدی (۱۳۷۵). شروط باطل و تاثیر آن در عقود. اصفهان: مانی.

عمانی، حسن بن حلی (۱۴۱۳هـ). حیاة ابن ابی عقیل و فقهه. قم: مرکز فقهی معجم.

فیومی، احمد بن محمد (۱۴۱۴هـ). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی. قم: مؤسسه

دارالحجره، چاپ دوم.

- تحف، محمد منذر (۱۴۲۸هـ). *النصوص الاقتصادية من القرآن و السنة*. تهران: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلاميه.
- قراملکی، علی؛ مرتاضی، احمد و امیرپور، حیدر (۱۳۸۸). *مشروعیت الزام به فرزندآوری در فقه امامیه. دو فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ۴۲ (۱)، ص ۱۲۵-۱۴۰.
- قنبرپور، بهنام (۱۳۹۴). *شرط باروری در ضمن عقد نکاح و جایگاه آن در پیشگیری از کاهش نسل. پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، ۱۱ (۴۰)، ص ۷۵-۸۸.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). *حقوق خانواده*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- _____ (۱۳۹۳). *اعمال حقوقی (قرارداد - ایقاع)*. تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوازدهم.
- کلانتر، سیدمحمد (۱۴۱۰هـ). *محشی کتاب المکاسب*. قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالکتاب، چاپ سوم.
- کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۲۹هـ). *الکافی*. قم: دار الحدیث.
- گلپایگانی، محمدرضا (۱۳۶۴). *مجمع المسائل*. قم: دار القرآن الکریم.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۴). *بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم.
- _____ (۱۴۰۶هـ). *قواعد فقه*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم.
- _____ (۱۳۸۹). *شرط فرزندآوری و عدم آن. فقه پزشکی*، ۲ (۲)، ص ۱۱-۲۴.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۲۹هـ). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. بیروت: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، چاپ دوم.
- موسوی بجنوردی، محمد (۱۴۰۱هـ). *قواعد فقهیه*. تهران: مؤسسه عروج، چاپ سوم.
- مؤمن قمی، محمد (۱۳۷۵). *سخنی در تنظیم خانواده*. فقه اهل بیت، شماره ۸، ص ۶۱-۸۴.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام* (محمود قوچانی، محقق). بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم.
- نراقی، احمدبن محمد مهدی (۱۳۷۵). *عوائد الایام فی بیان قوائد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم.

_____ (۱۴۲۹هـ). مستند الشیعه فی احکام الشریعه. بیروت: مؤسسه آل‌البیت للاحیاء

التراث.

نوری همدانی، حسین (۱۳۸۲). کنترل جمعیت. فقه اهل بیت، ۹ (۳۳)، ص ۲۴-۵۱.

هاشمی شاهرودی، محمود (۱۴۲۴هـ). المعجم الفقہی لکتب الشیخ الطوسی. بی‌جا: دائره

المعارف الفقه الاسلامی.