

بررسی مشروعیت شرط عدم استیلا در نکاح بر مبنای ماده ۲۳۲ قانون مدنی

فاطمه شعبانی* دکتر علی جعفری**

چکیده

از جمله شروطی که زوجین تحت تأثیر شرایط اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی کنونی مایل به گنجاندن آن ضمن عقد نکاح هستند، شرط عدم استیلا است. از چالش‌های جدی پیرامون این شرط بحث مشروعیت آن از منظر قانون است. پژوهش حاضر با تمسک به روش توصیفی-تحلیلی درصدد پاسخ‌گویی به این پرسش برآمدیم که: مفهوم شرط نامشروع مورد نظر قانون‌گذار در متن ماده ۲۳۲ قانون مدنی چیست و شرط عدم استیلا مشمول آن قرار می‌گیرد یا خیر؟ پس از بررسی مفهوم شرط نامشروع از دیدگاه حقوق دانان، دریافتیم شرط مذکور مشمول هیچ‌یک از این موارد نبوده و از نظر قانون مدنی شرطی مشروع است. ضمانت اجرای شرط مذکور نیز حسب مورد، مطالبه خسارت، پرداخت وجه التزام و یا به استناد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی، حق طلاق زوجه خواهد بود.

واژگان کلیدی: شرط عدم استیلا، قانون مدنی، قواعد امری، مشروعیت، نکاح.

* دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران. (نویسنده مسئول)
Fatemeeshabani75@gmail.com

** دکتر علی جعفری، استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران.
alijafari@ut.ac.ir

سرآغاز

در میان عقود، عقد نکاح همواره به سبب اهمیت به‌سزای آن در تشکیل نهاد خانواده به‌عنوان مهم‌ترین نهاد فرهنگی اجتماعی هر جامعه و تداوم نسل بشر، امتیازهای ویژه‌ای داشته و از سنت‌های مهم اجتماعی در تمدن انسانی است که بقا نوع انسانی و استمرار نسل آدمی به واسطه آن محقق می‌شود. در آموزه‌های اسلامی سفارش‌های مؤکدی به داشتن فرزند و تکثیر اولاد شده است و گزاره‌های فراوانی در خصوص ارزشمندی استیلا و تشویق به تکثیر نسل وجود دارد. ولی در جامعه امروزی به دلیل تغییرهای عمیق فرهنگی و تحول در شیوه زندگی، تمایل به داشتن فرزند نسبت به گذشته کاهش یافته و شاهد آن وجود فرایندها خانواده‌های تک‌فرزند یا بدون فرزند است، زیرا امروزه زوجین علی‌رغم اهمیت فرزندآوری و ارزش بسیار آن در آموزه‌های دینی، اعتقاد دارند این امر مانع آزادی ایشان و رشد و پیشرفت فردی هر یک خواهد بود. پرهزینه بودن فرزندآوری، سخت شدن رفاه و عدم توانایی برای تربیت شایسته‌ی فرزند در شرایط اجتماعی اقتصادی کنونی نیز از جمله عوامل بازدارنده‌ای است که اشتیاق به فرزنددار شدن را از آنان گرفته است و برخی 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 به طرفین عقد ازدواج این حق داده شده که هر شرطی را که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بگنجانند و با توجه به ادله وفای به شرط نظیر «اوفوا بالعقود» (مأثده، ۱) و «المؤمنون عند شروطهم» پابندی به این شروط واجب و لازم خواهد بود؛ اما نکته‌ی اساسی و قابل توجه در این رابطه آن است که وضع شرط در ضمن عقد به صورت صحیح و مطابق با ملاک‌های شرعی و قانونی باشد. از جمله این موارد که در بند سوم ماده ۲۳۲ قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته، لزوم نامشروع نبودن شرط است. مطابق ماده فوق، چنانچه شرط مورد نظر طرفین، شرطی نامشروع تلقی شود، محکوم به بطلان است و قانون‌گذار، مشروط‌علیه این‌گونه شروط را ملزم به ایفای آن نمی‌کند.

بر این اساس در پژوهش حاضر درصدد بررسی این مقوله برآمدیم که منظور قانون‌گذار از «شرط نامشروع» قیدشده در ماده ۲۳۲ قانون مدنی چیست؟ آیا شرط عدم استیلا، از دیدگاه حقوق‌دانان مشمول شروط نامشروع مورد نظر قانون مدنی بوده و در نتیجه نامشروع و باطل تلقی می‌شود یا خیر؟ در فرض صحت و مشروعیت این شرط، ضمانت اجرای آن چیست؟

نظر به اهمیت شرعی، اجتماعی و فرهنگی مسئله استیلا در میان خانواده‌های مسلمان و به دلیل تغییر نگرش زوجین نسبت به فرزندآوری در عصر کنونی به دلایل متعدد، این موضوع به یکی از جدی‌ترین چالش‌های ایشان تبدیل شده و برخی از زوجین عقد را متبایناً بر عدم استیلا منعقد کرده یا مایل‌اند که با اشتراط آن ضمن عقد ازدواج، آن را به الزامی ضمانت‌آور تبدیل کنند. همچنین با عنایت به ارائه آمارهای غیررسمی مبنی بر افزایش ازدواج با شرط ضمنی و بنایی عدم استیلا در میان افراد مسن، عقیم و ناتوان جنسی، بیماران نخاعی و عدم پژوهش و بررسی جامع و کامل در مورد این موضوع، به نظر می‌رسد که بررسی صحت یا عدم صحت این شرط در نکاح خصوصاً با عنایت به رویکردهای فرهنگی و نیاز جامعه و جدید بودن، لازم و ضروری به نظر می‌رسد، به‌ویژه که موضوع استیلا و شروط راجع به آن با توجه به نقش مهم و تأثیرگذاری که در نهاد خانواده ایفا می‌کند بسیار مغفول واقع شده است. بر این اساس در پژوهش پیش رو بر آنیم تا به‌طور مستقل و منسجم ابعاد این مسئله را بررسی و ادله مشروعیت یا عدم مشروعیت شرط مذکور را از دیدگاه حقوق‌دانان بیان کنیم.

چالش اصلی پیرامون این موضوع، وجود تعاریف متعدد و متفاوت از نکاح، نبود اتفاق نظر نسبت به مقتضای این عقد و سفارش‌های مکرر شارع به استیلا و تأکید بر اهمیت تکثیر نسل در نصوص دینی است که موجب شده برخی استیلا را هدف غایی شارع از جعل نکاح پندارند و در نتیجه، اشتراط عدم آن را ضمن عقد نکاح، خلاف مقتضای ذات عقد و نامشروع تلقی کنند؛ از جمله در مقاله «بررسی تطبیقی حکم فرزندآوری در فقه عامه و امامیه با رویکردی بر مقاصد شریعت» اثر لیلا ثمنی، فتاحی و شاکری (۱۳۹۷)، استفاده لزوم از آیات و روایات باب استیلا، نزدیک‌تر به واقع دانسته

می‌شود.

در این خصوص، مقالات دیگری نظیر «شرط فرزندآوری و یا عدم آن» اثر محقق داماد (۱۳۸۹) و «وضعیت فقهی حقوقی شروط راجع به فرزندآوری یا عدم فرزندآوری در نکاح» اثر نیک نژاد (۱۳۹۴) نوشته شده است که صرفاً به بررسی ماهیت «فرزندآوری» و ارتباط آن با عقد نکاح به‌عنوان مقتضای ذات، اطلاق یا شرط ارتکازی عقد نکاح پرداخته‌اند. محوریت بحث ایشان عمدتاً پیرامون بررسی ماهیت اشتراط استیلا به‌عنوان حق مشترک زوجین یا حق اختصاصی یکی از ایشان بوده است. مقالاتی نیز نظیر «وجوب فرزندآوری از دریچه فقه» (۱۳۹۷ الف) و «حکم ثانوی فرزنددار شدن» (۱۳۹۷ ب) توسط موسوی نوشته شده‌اند که مقاله اول به بررسی حق یا حکم بودن استیلا و بیان نظریات و ادله‌ی فقهای متقدم و معاصر در خصوص جواز یا عدم جواز پیشگیری از بارداری پرداخته است، سپس ادله قابل طرح برای اثبات وجوب فرزندآوری مطرح و مورد نقد قرار گرفته‌اند ولی در نهایت نویسنده ادعای وجوب استیلا را مشکل می‌داند و امکان الزام یکی از زوجین توسط دیگری به فرزندآوری را از دریچه وجوب فرزندآوری را امری «سخت» بیان می‌کند و این یعنی نویسنده نیز با ادله و شواهد موجود نتوانسته به قطعیت، عدم مشروعیت اشتراط عدم استیلا را برداشت کند.

در مقاله دیگر ایشان با عنوان «حکم ثانوی فرزنددار شدن» به بررسی ماهیت شرط فرزنددار شدن به‌عنوان شرط فعل، صفت یا شرط نتیجه پرداخته شده است و در ادامه حکم ثانوی این شرط در فروض مختلف بررسی شده که در مقاله حاضر نیز بخش مختصری به آن اختصاص یافته است، لکن نظر به اینکه کوشیده‌ایم نگاه حقوقی به مسئله مشروعیت داشته باشیم، حکم ثانوی ذیل مبحث نظم عمومی و اخلاق حسنه مطرح شده است، زیرا طبق آنچه خواهد آمد، نمی‌توان ادعا کرد حکم اولیه استیلا حکم الزامی و وجوب است ولی در خصوص حکم ثانوی آن شرایط متفاوت است و چنانچه عدم استیلا در شرایط خاص جامعه مورد اشتراط قرار گیرد به نحوی که در تنافی با مصلحت نظام یا قواعدی چون قاعده لاضرر تشخیص داده شود، عمل به آن

جایز نیست. لازم به ذکر است که قواعد فوق دربردارنده معنایی غیر از آنچه نظم عمومی و لزوم حفظ آن بر آن دلالت می‌کند نیست و فقیهان می‌توانند احکامی چون لزوم مراعات مصلحت عمومی و محدود شدن حقوق خصوصی را از این قواعد استنباط کنند. لذا در رویکرد فقهی حقوقی به نظم عمومی می‌توان گفت هر نوع رفتاری که در روند نظم عمومی با گستره و عناصر تعریف شده، اخلاف ایجاد کند، از دیدگاه آموزه‌های اسلام نیز ممنوع و حرام قلمداد می‌شود. این نگاه، خود می‌تواند یکی از نوآوری‌های این مقاله باشد. لذا توجه نگارندگان مقاله حاضر معطوف به بیان وضعیت مشروعیت شرط «عدم استیلا» (و نه استیلا) به‌طور خاص است و نظر به تفاوت مفهوم «مشروعیت» نزد فقها و حقوق‌دانان، ابتدا مفهوم و ضابطه مشروعیت بر مبنای ماده ۲۳۲ قانون مدنی که موضوع بحث است بیان می‌شود و سپس با ارائه ادله، به تبیین وضعیت صحت یا بطلان شرط عدم استیلا به دلیل مخالفت با آنچه قانون و حقوق‌دانان برای مشروعیت یک شرط لازم می‌دانند پرداخته می‌شود. نوآوری مقاله حاضر مضاف بر دیدگاهی متفاوت در بررسی شرط عدم استیلا، در بررسی و تطبیق شرط مذکور با تمامی مؤلفه‌های لازم جهت مشروعیت حقوقی است. در پایان، ضمانت اجرای این شرط در قانون نیز مورد بحث قرار خواهد گرفت.

شایان ذکر است که پژوهش پیش‌رو از روش توصیفی-تحلیلی بهره برده و نویسنده با استفاده از کتب، مقالات و نشریات فارسی و عربی موجود در کتابخانه‌های حقیقی و مجازی معتبر به جمع‌آوری مطالب و فیش‌برداری پرداخته است. تجزیه و تحلیل اطلاعات در این تحقیق با روشی عقلانی و بررسی مفاهیم و اسناد و متون فقهی و حقوقی و تحلیل استنباطی آن‌ها است. نتایج پژوهش نیز کاربردی و تصمیم‌گرا است.

۱. مفهوم استیلا

در ابتدا و برای آشنایی بیشتر با موضوع مورد بحث، مفهوم استیلا در لغت و در اصطلاح فقه بیان می‌شود.

۱-۱. مفهوم استیلا در لغت

استیلا در لغت به معنای طلب بچه کردن، فرزند خواستن و نزدیکی با کنیز به منظور بچه‌دار شدن آمده است. در لغت‌نامه دهخدا بیان می‌دارد: استیلا در لغت مطلقاً به معنی طلب فرزند و شرعاً قرار دادن کنیزی است به نام مادر کودک (ام ولد) (دهخدا، ۱۳۷۲، ج ۲: ۱۸۷۰).

۱-۲. مفهوم استیلا در اصطلاح فقه

استیلا یا ام ولد اصطلاحی فقهی است درباره کنیزی که از مالک خود باردار شود (حلی، بی‌تا، ج ۲: ۹۵؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۴: ۲۸۴). این کلمه به معنای توانایی و استعداد باروری هم به کار می‌رود.^۱

در فقه، فقها معمولاً از اصطلاح «استیلا» برای بیان مفهوم «فرزندآوری» و «تولیدمثل» استفاده می‌کنند (شیرازی، ۱۳۸۲-۱۳۸۳، ج ۴: ۱۳۵۰ و ۱۳۶۰؛ العاملی الکرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۳۱۵).

در پژوهش پیش‌رو نیز استیلا در معنای اخیر به کار برده شده و مقصود از شرط عدم استیلا نیز تعهد بر عدم اقدام به بارداری است که نوعی شرط فعل سلبی (منفی)^۲ در 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».

۲. مفهوم شرط نامشروع موضوع ماده ۲۳۲ قانون مدنی

بعضی از حقوق‌دانان معتقدند که منظور قانون‌گذار از بند سوم ماده ۲۳۲ قانون مدنی

۱. «استیلا لغه: مصدر استولد، يقال: استولد الرجل المراه، ای احبها. فالاستیلا هو الاحبال... یاتی الاستیلا فی کلمات الفقها بمعنین: اول بمعنی قابلیه الاحبال، فیکون مقابلاً للعقم... الثانی: بمعنی الاحبال فعلاً...» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۱۶۵)

۲. 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 ۲۳۷ 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.

شرط خلاف قانون است و بیان می‌دارند: شرط خلاف قانون در صورت امری بودن قوانین باطل است (کاتوزیان، بی‌تا، ج ۳: ۲۷)، زیرا مقصود قانون‌گذار در مورد قوانین تکمیلی و تفسیری، تعبیر اراده اشخاص و کامل ساختن قراردادهای ناقص است و در نتیجه شرط کردن خلاف آن‌ها زیانی به این هدف نمی‌رساند.

اما از اطلاق این بند از ماده ۲۳۲ و در مباحث مطرح شده توسط حقوق‌دانان در باب شرط نامشروع، در مجموع به نظر می‌رسد که لسان حقوقی شرطی را نامشروع گوید که علاوه بر قوانین امری، با نظم عمومی، اخلاق حسنه و عرف (در مواقعی که نقش تعیین‌کننده دارد و قانون امر را به عرف محول کرده است) و شرع به معنی اخص کلمه، یعنی کتاب و سنت نیز منافات داشته باشد و به همین دلیل برخی از آنان ماده ۲۳۲ قانون مدنی را صرفاً حمایت از قانون در قراردادهای خصوصی نمی‌دانند بلکه از مفهوم نامشروع چنین استنباط کرده‌اند که هدف قانون‌گذار علاوه بر تثبیت جایگاه قانون، تأمین اخلاقی بودن شروط نیز هست و در واقع منظور قانون‌گذار در ماده مذکور از بیان شرط نامشروع فقط قوانین موضوعه نیست؛ بلکه به‌طور قاطع باید اذعان داشت که شرط ضمن عقد نباید با شرع به معنی اخص، یعنی کتاب و سنت مخالفت داشته باشد (اسدی‌نیا، ۱۳۹۶: ۴۹). البته مرزی میان شرع و قانون وجود ندارد اما باید دانست که «نامشروع» مفهومی عام‌تر و دامنه‌ای وسیع‌تر از قانون دارد.

ذکر این نکته ضروری است که مقصود از شرط نامشروع این نیست که ارتکاب آن فعل یا ترک آن، جرم باشد، بلکه منظور، اعم از جرم و هر عمل بدون مجوز قانونی است که در مقابل روح قانون، عملی نکوهیده باشد.

در ادامه به چند نکته که در این باره مفید به نظر می‌رسد اشاره می‌شود:

- غالب قواعد مربوط به نظم عمومی ناشی از قوانین امری است، ولی گاه اتفاق می‌افتد که قراردادی با هیچ یک از مواد قانونی منافات ندارد و با این وجود به دلیل مخالفت با اخلاق حسنه و جریحه‌دار کردن احساسات مردم، با نظم عمومی برخورد پیدا می‌کند و به همین دلیل برخی حقوق‌دانان همچون کاتوزیان، ماده ۲۳۲ قانون مدنی را صرفاً حمایت از قانون در قراردادهای خصوصی نمی‌دانند بلکه از مفهوم نامشروع

چنین استنباط کرده‌اند که هدف قانون‌گذار علاوه بر تثبیت جایگاه قانون، تأمین اخلاقی بودن شروط و جلوگیری از نفوذ شرط خلاف اخلاق حسنه و مصالح عمومی نیز هست (کاتوزیان، بی تا: ۲۷).

- نکته مهم دیگر این‌که نامشروع بودن جهت شرط برای بطلان آن کافی است، زیرا نه تنها این امر از اطلاق ماده ۲۳۲ به خوبی برمی‌آید، منطقی هم نیست که قانون، مشروعیت جهت را در قراردادهای اصلی منع کند و در عقود تبعی مباح شمارد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۰۴ و ۳۰۵).

- امری که نامشروع باشد در عالم حقوق غیرمقدور تلقی می‌شود، چنان‌که گفته‌اند: «الممنوع شرعاً کالممتنع عقلاً» و همان‌گونه که اشاره شد این‌گونه شروط تحت حمایت قانون‌گذار نیستند و آنچه را که قانون پشتیبانی نمی‌کند نمی‌توان نام حق را بر آن نهاد، ضمن این‌که علم و جهل متعاقدين نیز در این رهگذر بی‌اثر است (امامی، ۱۳۶۸: ۲۷۵). لذا با توجه به ملاک ماده ۲۴۰ قانون مدنی، مشروطه می‌تواند عقد را فسخ کند (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۳۲۲).

- همچنین در این مقوله، شرط نامشروع اعم از فعل و ترک فعل است؛ مانند این‌که ضمن عقد، شرط شود یکی از متعاقدين، شخص محترمی را به قتل برساند و یا این‌که از دادن نفقه همسر دائمی خود با وجود همه شرایط امتناع ورزد (امامی، ۱۳۶۸: ۲۷۵). قانون‌گذار در مورد این‌که شرط نامشروع در قالب کدام یک از اقسام شرط (شرط صفت، فعل و نتیجه) می‌تواند تحقق یابد ساکت است و به‌طور مطلق در ماده ۲۳۲ آن را باطل اعلام کرده است.

در رابطه با شروط فاسدی که مفسد عقد نیستند - از جمله شرط نامشروع - ذکر این نکته ضروری به نظر می‌رسد که در عقد نکاح، برای مشروطه حق فسخ نیست؛ اگرچه مشروطه جاهل به فساد شرط باشد، زیرا موارد فسخ نکاح در قانون معین بوده و جز در آن موارد، اجازه فسخ نکاح داده نشده است و در این موارد تنها شرط محکوم به بطلان است. ولی اگر از شرط فاسد، زیانی وارد شود، زیان‌دیده از جهت تسبیب، حق مراجعه به مسبب را دارد (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۳۲۶).

۳. شرط عدم استیلا و مخالفت با قوانین امری

شرط خلاف قانون در صورتی باطل است که امری بودن آن مسلم باشد و در مواردی که هدف قانون، تکمیل قرارداد و تفسیر اراده طرفین است، مقرر کردن شرطی برخلاف آن‌ها زیانی به این هدف نمی‌رساند، زیرا همواره این‌گونه نیست که مقنن در مقام وضع قوانین امری و الزامی باشد، بلکه گاهی در صدد بیان اراده مفروض متعاملین است و گاهی نیز ممکن است قوانینی را وضع کند که اجرای آن را برای جامعه مفیدتر می‌داند که البته رعایت این‌گونه مقررات نیز الزامی است اما با این تفاوت که طرفین حق دارند برخلاف آن‌ها تراضی کنند؛ اما اگر توافقی خلاف آن قوانین بین متعاقدین حاصل نشده باشد، ملزم به رعایت آن هستند. در حالی که قوانین امری بدون چون و چرا مطلقاً الزام‌آور هستند و افراد به هیچ وجه حق سرپیچی از آن‌ها را ندارند.

گفتیم که از دیدگاه حقوق، لزوم مشروع بودن شرط به معنی عدم مخالفت با قوانین آمره آمده است، زیرا قواعد آمره برای حفظ نظم جامعه وضع شده‌اند و همواره مصلحت عمومی را مدنظر قرار می‌دهند (کاتوزیان، ۱۳۶۷: ۹۹) و طبیعتاً اراده افراد در تغییر و تبدیل آن‌ها بلااثر است. تفاوتی نیز نخواهد داشت که این امر از طریق تعهد اصلی باشد و یا از ناحیه تعهد فرعی و تبعی؛ به عبارت دیگر، شرط نامشروع شرطی است که برخلاف حکم قانونی باشد.

در خصوص ماهیت استیلا و وضعیت صحت یا بطلان شرط عدم آن ضمن عقد نکاح در قوانین آمره سخنی به میان نیامده است ولی با بررسی‌های انجام شده مشخص می‌شود که شرط عدم استیلا خلاف قوانین امری نیست، زیرا نفوذ این شرط با تکالیفی که قانون برای همسران مقرر داشته منافاتی ندارد و با بررسی روابط شخصی و وظایف و حقوق زن و شوهر در قانون از قبیل حسن معاشرت مقرر در ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی یا انجام وظایف زوجیت مقرر در ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی، معاضدت در ماده ۱۱۰۴ و یا وفاداری که هر چند صریحاً ذکر نشده ولی عرف و عادت مسلم و مقررات جزایی حاکی از وجود آن در حقوق ایران است، متوجه می‌شویم که استیلا جزء حقوق و وظایف هیچ یک از زوجین نیست و تکالیف مقرر به معنای باروری و مواقعه نیست.

بنابراین شرط عدم استیلااد مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی^۱ است. همچنین اکثریت حقوق دانان استیلااد و حتی تمتع جنسی زوجین از یکدیگر را در تعاریف خود از نکاح وارد نکرده‌اند تا بگوییم از دیدگاه ایشان شرط خلاف استیلااد خلاف قواعد امری تلقی می‌شود. بلکه برخی حتی در این‌که استیلااد مقتضای اطلاق نکاح باشد هم تردید کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱۷-۲۲). این حقوق دانان تنها به ایجاد علقه زوجیت به‌عنوان ماهیت نکاح اشاره کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۲۹۴؛ امامی، ۱۳۸۴: ۳۶۹؛ محقق داماد، ۱۴۰۶: ج ۲، ۵۵۶؛ امامی و صفایی، ۱۳۹۵: ۳۶ و ۳۷)، زیرا تحقق رابطه زوجیت مقدم بر آثاری چون وطی، تولید مثل و تشکیل خانواده است و تا زمانی که در نتیجه عقدی صحیح و نافذ بین طرفین رابطه زوجیت برقرار نشود، اباحه استمتاع جنسی، تولید مثل و به دنبال آن تشکیل خانواده نیز به وجود نمی‌آید. این امر از ظاهر مواد ۱۰۳۵^۲ و ماده ۱۱۰۲^۳ قانون مدنی قابل استنباط است و این نکته خود دلیل است بر اینکه 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 جدا نشدنی آن عقد است (محقق داماد، ۱۴۰۶: ج ۲، ۷۲؛ خطیب الشربینی، ۱۴۱۵: ج ۴، 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 چندین ماه و حتی سال، زندگی مشترک خود را آغاز می‌کنند؛ اما با این وجود از نظر عرف و شرع، همسر یکدیگرند (دهقان‌نژاد، محمدی و پورلطف‌اله، ۱۳۹۷: ۱۱۸). بنابراین اثر جدانشدنی

۱. ماده ۱۰ قانون مدنی: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است».

۲. ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی: «وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند...».

۳. ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی: «همین‌که نکاح به‌طور صحت واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین، موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود».

نکاح و آنچه این عقد در پی به وجود آمدن آن است، علقه زوجیت است که بلافاصله بعد از اجرای صیغه عقد نکاح به وجود می‌آید و سایر آثار، چون وطی و فرزندآوری مترتب بر این اثر است (عباسی، ۱۳۹۱: ۲۲۳).

لذا چنان‌که روشن شد استیلا در فرزندآوری در مقتضای ذات عقد نکاح لحاظ نشده و ملازمه‌ای نیز با تحقق علقه زوجیت ندارد تا شرط خلاف آن در تنافی با مقتضای ذات نکاح قرار گیرد. در نهایت می‌توان چنین گفت که ماهیت 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 چنین وضعیتی ندارد. بلکه استیلا از آثار دیگر نکاح است که اختیار عدم استیفای آن از طریق شرط ضمن عقد به زوجین داده شده و قابلیت اسقاط و سلب جزئی آن در نکاح از مفاد آن است.

علاوه بر آن، مشهور فقهای امامیه با توجه به روایاتی که در این خصوص وارد شده، به جواز عقد و شرط عدم نزدیکی، به‌طور مطلق عقیده دارند؛ یعنی این شرط را در هر دو عقد دائم و منقطع صحیح دانسته و عقد را نیز صحیح می‌دانند (طوسی، ۱۴۰۰: ۴۷۴؛ حلی، ۱۴۰۹: ج ۲، ۳۸؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۸۱؛ خمینی، ۱۳۸۶: ج ۲، ۴۳۹؛ جبعی عاملی، ۱۴۲۵: ج ۸: ۲۴۷ و ۲۴۸). شهرت این دیدگاه در فقه تا حدی است که ادعای عدم وجود اختلاف شده است (ایروانی، ۱۳۹۱: ۳۰۸). حقوق‌دانان 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 نتواند تحقق یابد. به‌علاوه 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 صرف‌نظر کرده و اجازه نزدیکی بدهد (امامی، ۱۳۸۴: ۳۷۷)، زیرا برابر با قاعده کلی، مشروطه می‌تواند حق حاصل از شرط فعل را ساقط کند (مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ قانون

مدنی).^۱

از مطلب فوق می‌توان چنین نتیجه گرفت که با توجه به جواز و صحت شرط عدم نزدیکی از دیدگاه فقها و حقوق‌دانان در عقد نکاح، شرط عدم استیلااد نیز به قیاس اولویت چنین وضعیتی دارد، زیرا اگر شرط عدم استیلااد خلاف قواعد آمره یا مقتضای ذات نکاح بود، منطقی به نظر نمی‌رسید که شرط عدم نزدیکی -از باب تقدم و ملازمه با استیلااد و از آنجا که با انتفاع وطی، استیلااد نیز منتفی خواهد بود- از نظر فقها جایز باشد. چنانچه استیلااد 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 به کار رفته 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 «افتضاض» (اقتضاض) استفاده شده است (طوسی، ۱۴۰۰: ۴۷۴؛ جبعی عاملی، ۱۴۲۵: ج ۸، ۲۴۷؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۸۱). این اصطلاح به معنای «ازالۀ بکارت کردن» است. از این رو وقتی شرط عدم ازاله بکارت از نظر این فقها صحیح است در واقع به‌طور ضمنی شرط عدم استیلااد هم شده است، زیرا 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 نیازی به حامله شدن زن هم ممکن است نباشد! ولی علی‌ای حال باید توجه داشت که مقنن معمولاً برای موارد غالب قاعده وضع می‌کند و نمی‌توان با موارد استثنایی قاعده را برهم زد.

علاوه بر آن قول مشهور فقهای امامیه به جواز عزل (انزال نطفه خارج از رحم زن)

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».

(نراقی، ۱۴۲۹، ج ۱۶: ۷۵؛ جبعی عاملی، ۱۴۲۵، ج ۷: ۶۴) که تنها در صورت عدم رضایت یا اشتراط با زن قائل به کراهت آن هستند نیز حکمی تنزیهی بوده و دلالتی بر نامشروع بودن شرط خلاف استیلا ندارد، زیرا نتیجه و اثر عزل، عدم توالد و تناسل است که از نظر فقهای متقدم در صورت رضایت زوجه و شرط کردن با وی، جایز شمرده شده است و به قیاس اولویت می‌توان گفت که شرط عدم استیلا نیز از نظر ایشان شرطی صحیح است و 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 و غیره، حکمی مشابه عزل داشته باشند. دلیل عمده قائلان به جواز، روایات متعددی هستند که به‌طور مطلق بر جواز عزل دلالت دارند^۱ و همین مطلق بودن روایات جواز عزل نیز دلیل بر عدم وجوب عینی استیلا است، زیرا در غیر این صورت باید در این روایات، قیدی می‌آمد. همچنین به قرینه 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. لذا 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.

صحت نکاح افراد عقیم نیز مؤید این نکته است که استیلا از مقوم‌های نکاح و الزامات آن نیست و اشتراط خلاف آن نیز مخالفی با قوانین آمره ندارد. این مسئله در قانون مدنی، حتی از موجبات فسخ دانسته نشده (در قانون مدنی تنها در صورتی که

۱. محمدبن مسلم می‌گوید از امام صادق علیه‌السلام درباره عزل پرسیدم. امام فرمودند: «ذاک الی الرجل یصرفه حیث شاء»؛ امر آن به دست مرد است هر گونه که بخواهد آن را اعمال می‌کند (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۱۱: ۱۵۴)؛ امام باقر علیه‌السلام در پاسخ به این سوال که آیا مرد می‌تواند از زن آزاده ی خود عزل نماید فرمودند: «ذاک الیه، ان شاء عزل و ان شاء لم یعزل»؛ امر آن به دست مرد است اگر بخواهد عزل می‌کند و اگر بخواهد عزل نمی‌کند (قحف، ۱۴۲۸: ۱۵۴۰)؛ در نقل دیگری محمدبن مسلم از ابی جعفر علیه‌السلام می‌گوید که ایشان فرمودند: «لابأس بالعزل عن الامراه العزہ ان احب صاحبها و ان کرهت لیس لها من الامر شیء»؛ اشکالی در عزل کردن زن آزاده - هر چند زن نسبت به آن کراهت داشته باشد- نیست، اگر شوهر وی بدان تمایل داشته باشد و در این مورد برای زن چیزی نیست (حقی ندارد) (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۱۱، ۱۵۴).

استیلااد به عنوان شرط صفت، ذکر شده باشد، ایجاد حق فسخ برای مشروطه می‌کند [ماده ۲۳۵]^۱ به طریق اولی بطلان نیز محلی از اعراب نخواهد داشت. جواز نکاح پیرمرد و پیرزن نیز از نیز مؤید دیگری بر این مطلب است که استیلااد و فرزندآوری نمی‌تواند مقوم نکاح باشد.

به نظر می‌رسد از نظر حقوق دانان تنها محلی که در صحت شرط عدم استیلااد تردید شده، به جهت مخالفت آن با ماده ۹۵۹ قانون مدنی است: بر اساس ماده ۹۵۹ قانون مدنی هیچ‌کس نمی‌تواند حق تمتع یا اجرای قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند. عدم استیلااد که شرط فعل سلبی است برای مدت محدود همان‌گونه که برخی پذیرفته‌اند (تبریزی، ۱۳۸۵، ج ۲: ۳۲۲؛ صانعی، ۱۳۸۷: ۹۲) خالی از ایراد و اشکال است. ضمن اینکه اصل صحت و همچنین لزوم و وجوب وفای به عهد نیز آن را تأیید می‌کند. مفهوم مخالف ماده ۹۵۹ قانون مدنی نیز که سلب جزئی حق اجرای قسمتی از حقوق مدنی را جایز می‌داند (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۲: ۳۵) مؤید این امر است؛ اما سلب این حق در نکاح دائم و به‌طور کل جایز نیست و سلب حق استیلااد یک شخص به این صورت که به‌طور دائم و برای همیشه صاحب فرزند نشود. قطعاً از مصادیق سلب حق به‌طور کل است، از این‌رو این شرط در نکاح دائم چنانچه ممنوع‌کننده استیلااد و نه محدودکننده آن باشد، شرطی است باطل و قابلیت اجرا ندارد.

۳-۱. بررسی این اشکال و پاسخ به آن

آنچه در ماده ۹۵۹ قانون مدنی به چشم می‌خورد، قید «به‌طور کلی» است که با توجه به این قید به نظر می‌رسد قانون‌گذار، سلب حق تمتع و اجرا را در موارد جزئی پذیرفته است و عقیده بر این است که: «سلب حق به‌طور جزئی طبق ماده ۹۵۹ صحیح است، زیرا برخلاف شخصیت نیست. احترام به شخصیت انسان ایجاب می‌کند که در اعمال حقوقی خود تا حدی آزادی داشته باشد» (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۲: ۳۵).

۱. ماده ۲۳۵ ق. م: «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».

البته در مقابل، این نظریه نیز وجود دارد که برای قید «به طور کلی» در ماده ۹۵۹ قانون مدنی نباید با اطمینان قائل به مفهوم باشیم و بر اساس این مفهوم سلب حق به طور جزئی را همیشه جایز بدانیم (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۰۸). اگرچه در بررسی این نظریه نیز به نظر می آید آنچه مورد تردید واقع شده، مصادیق حق است یعنی مواردی را که قائلین به نظریه اول، از مصادیق حق دانسته اند، بنابراین قائل به سلب جزئی آن اند ولی در نظریه اخیر در حق بودن آن تردید شده است؛ اما همه این نظرات در مواردی که موضوع مورد نظر از مصادیق حق شناخته شده است، در امکان سلب جزئی آن تردید نکرده اند. بر این اساس وقتی شخصی حقی را طبق مقررات و به صورت جزئی از خویش سلب کرد، در واقع به نوعی خود را متعهد کرده و باید وفادار به عهدش باشد، زیرا وفای به عهد، علاوه بر ضمانت اجراهای قانونی (از جمله مواد ۲۱۹ و ۲۲۱ قانون مدنی) از ضمانت اجرای شرعی نیز برخوردار است. شرع مقدس نیز وفای به عهد را از سجایای برجسته انسانی دانسته است که از جمله آیات قرآنی «اوفوا بالعقود» (مائده، ۱) و «اوفوا بالعهد ان العهد کان مسئولا» (اسراء، ۳۴) و نیز حدیث نبوی «المومنون عند شروطهم» بیان گر جایگاه و لزوم وفای به عهد است.

در خصوص شرط عدم استیلا در نکاح باید گفت این امر سلب حق به طور جزئی و محدود به دوران نکاح است، زیرا امکان طلاق و فسخ نکاح وجود دارد. نظریه صاحب نظران علم حقوق و پاره ای از مواد قانونی از جمله مواد ۴۴۸، ۶۷۹ و ۸۲۲ نیز مؤید این مطلب است و عقیده بر این است که قدرت به سلب حق به طور جزئی لازمه آزادی حقوقی فرد است. بنابراین هر چند مادر شدن حق زوجه است اما می تواند تعهد بدهد که از این حق استفاده نمی کند و ضمن عقد نکاح شرط کند که مادر نمی شود و این شرط فعلی صحیح است، زیرا در شرط فعل کسی که ملتزم به فعل یا ترک فعلی می شود، ملتزم به فعل و ترک فعلی است که در حیطه اختیارهای اوست. علاوه بر آن در رابطه با مرد باید گفت که وی نیز به طور کلی از حق استیلا محروم نخواهد شد، زیرا با تعدد زوجات می تواند این حق را استیفا کند و در صورتی که زن اذن به تعدد زوجات ندهد و یا عدم ازدواج مجدد را ضمن عقد نکاح شرط کرده باشد، مرد حق

طلاق خواهد داشت. بنابراین حق استیلااد برای مرد به‌طور همیشگی از وی سلب نخواهد شد. ذکر این نکته نیز خالی از وجه به نظر نمی‌رسد که اشتراط عدم استیلااد در یک برهه زمانی خاص که به‌عنوان مثال وقوع استیلااد مانعی برای زوجین یا یکی از ایشان در امر اشتغال باشد یا آمادگی روحی و مالی پرورش کودک وجود نداشته باشد، منطقی و پسندیده به نظر می‌رسد ولی چنانچه مدت این شرط به‌گونه‌ای باشد که عملاً امکان باروری برای زن منتفی شود، مثلاً زمان قید شده تا زمان یائسگی زوجه را در برگیرد به نحوی که پس از آن دیگر توانایی باروری نداشته باشد، در این صورت می‌توان گفت این شرط مصداق سلب حق به‌طور کل است و در تنافی با ماده ۹۵۹ قرار می‌گیرد.

۴. شرط عدم استیلااد و مخالفت با کتاب و سنت

ضابطه مخالفت با کتاب و سنت این است که اگر شرط، با آنچه شارع ثابت کرده است، نافی باشد یا با آنچه شارع آن را نفی کرده است، موافق باشد، چنین شرطی با کتاب مخالفت دارد؛ بنابراین اگر شرط کنند ارتکاب حرامی و یا ترک واجبی را، مسلماً چنین شرطی مخالف کتاب و سنت است و چون ملتزم را به انجام امر غیر مشروع مکلف می‌کند فاسد است و نتیجه فساد چنین شرطی، عدم الزام مشروط‌علیه به انجام آن است؛ اما اگر ترک فعلی را شرط کند که واجب نبوده یا انجام فعلی را که حرام نباشد (فرقی نمی‌کند که مباح باشد یا مکروه یا مستحب) چنین شرطی با کتاب و سنت مخالفتی ندارد (احسانگر، ۱۳۹۲: ۳۹)، زیرا در مورد احکام غیر الزامیه، بدون اشتراط هم این موارد را می‌توان انجام داد و یا ترک کرد، زیرا خود شارع این اجازه را داده است و هرگاه فعل یا ترک امور مذکور در عقد شرط شود وفای به آن شرط بر مشروع علیه واجب می‌شود (اسدی‌نیان، ۱۳۹۶: ۴۷).

مطابق آیات و روایات موجود، در دین مبین اسلام، فرزند داشتن و باقی گذاشتن نسل بر هر مسلمان امری راجح و مطلوب است و هر چه انسان بر تعداد فرزندان بیفزاید، رضایت خدا و پیامبر را تأمین کرده است؛ بنابراین نمی‌توان گفت مسئله استیلااد

از موضوعات منطقه الفراغ محمدباقر صدر است (صدر، ۱۳۷۵: ۳۷۹) و شارع راجع به آن سکوت کرده است؛ اما این آیات و روایات در بیان حکم الزامی و وجوب استیلا صریح نیستند و حکایت از فضیلت و استحباب استیلا دارند، زیرا اغراض شارع از نکاح منحصر در استیلا نیست (نراقی، ۱۴۲۹، ج ۶: ۷۶) و این امر را می‌توان از نگاهی به آیه ۲۱ سوره روم^۱، روایتی از امام رضا علیه‌السلام در تبیین فلسفه ازدواج^۲ و نیز روایتی از امام صادق علیه‌السلام در بیان حکمت‌های نکاح^۳ که در آن‌ها استیلا و تکثیر نسل تنها یکی از اهداف و دلایل رغبت به نکاح بیان شده دریافت. بنابراین رابطه استیلا و نکاح از نوعی نیست که با انتفاء استیلا، غرض شارع از جعل نکاح معطل بماند. همچنین با عنایت به جواز و صحت نکاح زنان عقیم و پیرزنان، از نظر فقهای امامیه درحالی‌که فاقد قابلیت باروری‌اند، روشن می‌شود اگرچه فقها در باب همسرگزینی به صفت (ولوده)^۴ و زایا بودن زن توجه بسیاری داشته‌اند، اما آن را در زمره احکام استحبابی اختیار زوجه بیان کرده‌اند نه وجوب (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۲۰).

علاوه بر آن هیچ‌یک از آیات و روایات، تصریحی به حکم اولی وجوب استیلا

۱. «و من آیاته ان خلق لکم من انفسکم ازواجا لتسکنوا الیها و جعل بینکم موده و رحمه ان فی ذلک لآیات لقوم یتفکرون».

۲. امام رضا علیه‌السلام در جایی ضمن تبیین فلسفه ازدواج و تشویق به آن می‌فرماید:

«ولو لم یکن فی المناکحه و المصاهره آیه محکمه و لا سنه متبعه و لا اثر مستفیض لکان فیما جعل الله من بر القریب و تقریب البعید و تالیف القلوب و تشبیک الحقوق و تکثیر العدد و توفیر الولد لنواب الدهر و حوادث الامور ما یرغب فی دونه العاقل اللیب و یسارع الیه الموفق المصیب و یحرص علیه الادیب الاریب»؛ اگر درباره ازدواج و وصلت، آیه‌ای روشن (از قرآن) و سنتی پیروی شده (از پیامبر) و اخبار فراوان نبود، باز هم (آثار و برکاتی چون) نیکی کردن به خویشاوند، نزدیک ساختن افراد دور (به یکدیگر)، الفت بخشیدن میان دل‌ها، درهم تنیدن حقوق، افزودن بر جمعیت و اندوختن فرزند برای (روبارویی با) سختی‌های روزگار و پیامدهای زمانه، کافی بود که خردمند دانا به این کار رغبت کند و انسان رهیافته دوراندیش برای آن بشتابد؛ (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۱۰: ۷۰۰).

۳. «و خلق للرجال النساء لیأنسوا ویسکنوا الیهن ویکن موضع شهواتهم و امهات اولادهم»؛ همان‌گونه که مشاهده می‌شود، حضرت آرامش روانی و برآورده شدن نیاز جنسی را در کنار استیلا برشمرده است؛ (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰: ۳۵۰ و ۳۵۱).

۴. جابر بن عبدالله می‌گوید: «نزد نبی اکرم بودیم که آن حضرت فرمودند: ان خیر نسانکم الولود الودود العقیفه العزیزه فی اهلها الذلیله مع بعلها...»؛ همانا بهترین زنان شما زنان زاینده‌ی بچه آوراند که دوست‌داشتنی، پاک‌دامن، عزیز در نزد خانواده خویش و در برابر شوهر فروتن باشند...؛ (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰: ۲۹ و ۲۸)؛ همچنین از رسول اکرم روایت شده: «تزوجوا بکرا ولودا و لاتزوجوا حسنه جمیله عاقره فانی اباهی بکم الامم یوم القیامه»؛ با زنان بکر و زایا ازدواج کنید و با زنان زیباروی نازا ازدواج نکنید که من در روز قیامت به (زیادی) امت شما فخر می‌کنم؛ (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰: ۵۴).

ندارند و روایت نبوی (تناکحوا تکثروا...) ^۱ نیز ظهوری در وجوب ازدواج از باب مقدمه برای تحقق استیلا دارد و به تعبیر محقق داماد (۱۳۸۹: ۱۳) بنا بر تصریح همه فقیهان، ازدواج در نفس الامر مستحب موکده است و استیلا و افزایش نسل مسلمانان از اهداف و حکمت بنیادی عقد نکاح است (غزالی طوسی، ۱۳۷۱: ۳۰۲) و نباید با ماهیت شرعی آن اشتباه یا خلط شود.

چنان‌که گذشت مشهور فقهای امامیه نیز قائل به جواز عزل (انزال نطفه خارج از رحم زن) می‌باشند و دلیل اصلی ایشان روایات متعددی است که به‌طور مطلق بر جواز عزل دلالت دارند ^۲ و همین مطلق بودن روایات جواز عزل دلیل بر عدم وجوب استیلا است، زیرا در غیر این صورت باید در آن روایات، قیدی می‌آمد.

تصریح فقها به این‌که زن می‌تواند حتی بدون اجازه شوهر، در صورتی‌که به حقوق زناشویی لطمه وارد نشود و برای خود او ضرر بسیار نداشته باشد وسایل پیشگیری از بارداری موقت را به کار بندد و مرد نباید او را به فرزندآوری مجبور کند (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۲۸۴؛ خویی، ۱۴۱۲، ج ۱: ۱۲۱؛ گلپایگانی، ۱۳۶۴، ج ۲: ۱۷۳) نیز بیانگر آن است که استیلا نه از نظر فقهای متقدم و نه طبق دیدگاه فقهای متأخر، دارای حکم الزامی نیست. از ادله جواز پیشگیری و ممانعت از باروری می‌توان به اصل اباحه و برائت و نیز قاعده سلطنت اشاره کرد، زیرا حکمی برای روشن شدن تکلیف در مورد ممانعت از باروری وجود ندارد و در حرمت یا اباحه آن شک وجود دارد. لذا با استناد به اصل برائت

۱. «تناکحوا تکثروا فانی اباهی بکم الامم یوم القیامه ولو بالسقط»؛ ازدواج کنید و (با فرزندآوری) زیاد شوید که من به خاطر (فرونی) شما در قیامت، بر (دیگر) امت‌ها مباحثات می‌کنم، حتی به وسیله فرزندان سقط شده شما؛ (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۱۰۰: ۲۲۰).

۲. محمدبن مسلم می‌گوید از امام صادق علیه‌السلام درباره عزل پرسیدم. امام فرمودند: «ذاک الی الرجل یصرفه حیث شاء»؛ امر آن به دست مرد است هر گونه که بخواهد آن را اعمال می‌کند؛ (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۱۱: ۱۵۴)؛ امام باقر علیه‌السلام در پاسخ به این سوال که آیا مرد می‌تواند از زن آزاده‌ی خود عزل نماید فرمودند: «ذاک الیه، ان شاء عزل و ان شاء لم یعزل»؛ امر آن به دست مرد است اگر بخواهد عزل می‌کند و اگر بخواهد عزل نمی‌کند؛ (قحف، ۱۴۲۸، ج ۱: ۵۴۰)؛ در نقل دیگری محمدبن مسلم از ابی جعفر علیه‌السلام می‌گوید که ایشان فرمودند: «لأبأس بالعزل عن الامراه الحرة ان احب صاحبها و ان کرهت لیس لها من الامر شیء»؛ اشکالی در عزل کردن زن آزاده - هر چند زن نسبت به آن کراهت داشته باشد- نیست، اگر شوهر وی بدان تمایل داشته باشد و در این مورد برای زن چیزی نیست (حقی ندارد)؛ (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۱۱: ۱۵۴).

می‌توان گفت حرمتی در این فعل نبوده و جایز و مباح است، زیرا در شرع به جز ادعای حرمت عزل، دلیلی مبنی بر حرمت این فعل نیست و چنان‌که گذشت دریافتیم که حکم عزل، حرمت نیست. همچنین اصل بر مباح بودن چنین عملی است. اصالت اباحه قاعده‌ای مشهور میان اصولیون در شبهات حکمیه است که فقیه به یکی از این دو معنا آن را به کار می‌گیرد: معنای اول اثبات اباحه ظاهری در سطح یک اصل عملی در موارد شک و جایی که فقیه بعد از جست‌وجو کردن، به دلیل منع‌کننده‌ای دست پیدا نکند. در چنین مسئله‌ای فقیه به مقتضای اصول عملیه مراجعه می‌کند که یا استصحاب اباحه ایست که قبل از شرع بوده است یا اصاله البرائه شرعی یا عقلی و معنای دوم اثبات اباحه واقعی با بعضی از عموماً قرآنی و روایاتی که دلالت دارند همه چیز مباح است مگر عناوینی که حرمت شرعی‌شان با ادله دیگر اثبات شده باشد، مثل خمر؛ بنابراین هرگاه در حلال یا حرام بودن امری تردید کنیم، اصل اباحه جاری کرده و حکم به عدم حرمت آن امر می‌کنیم، زیرا آنچه نیازمند نص است الزام‌های قانونی است و آلا عدم الزام‌های قانونی احتیاجی به نص ندارد. شایان ذکر است که برخی فقها نیز در مقام تجویز عزل به‌عنوان یکی از روش‌های پیشگیری از بارداری به اصل اباحه اشاره کرده و آن را مستند نظر خود قرار داده‌اند (جبعی‌عاملی، ۱۴۲۵: ج ۷، ۶۴؛ العاملی‌الکرکی، ۱۴۱۴: ج ۱۲، ۵۰۳). پس با استفاده از وحدت ملاک می‌توان از اصل اباحه به‌عنوان دلیلی بر مجاز بودن تمامی روش‌های ممانعت از باروری نام برد.

قاعده سلطنت قاعده‌ای است برگرفته از روایت پیامبر (ص): «مردم نسبت به اموال خود حق هرگونه دخل و تصرفی را دارند» (اصفهانی مجلسی، ۱۴۱۰: ج ۲، ۲۷۲). برخی فقها از این قاعده و مبانی آن سلطنت افراد بر نفسشان را نیز استنباط کرده‌اند که در این استنباط توجه به آیه ۶ سوره احزاب (پیامبر نسبت به نفس‌های مؤمنان از خودشان سزاوارتر است)^۱ نیز مؤثر بوده است و از آنجا که این استنباط را از بدیهیات عقلی می‌دانند در کتب فقهی خود از این قاعده چنین یاد می‌کنند: «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۲۳۸؛ مومن قمی، ۱۴۱۵: ۱۶۵؛ موسوی خلخالی، ۱۴۲۷:

۱. «النبي اولی بالمؤمنین من انفسهم»

۴۲۳؛ حسینی شیرازی، ۱۴۱۳: ۱۳۵).

در این خصوص همچنین گفته شده: «در سلطنت انسان بر نفس خود هیچ اشکالی وجود ندارد. بلکه سلطنت بر نفس امری است عقلایی که مقدم بر سلطنت بر مال است» (خمینی، ۱۴۲۱: ۵۰). «ولایت و سرپرستی انسان بر نفس خودش و اینکه اختیار امور خودش را خود بر عهده دارد یک امر عقلایی است. همانا قاعده «الناس مسلطون علی انفسهم» قاعده‌ای عقلایی است مثل سلطنت انسان بر اموالش و این قاعده را شارع ردع نکرده است». (مومن قمی، ۱۴۱۵: ۱۶۳)

به نظر می‌رسد دو دلیل عمده باعث شده که فقها قاعده سلطنت را به قلمرو نفس نیز تسری دهند: یکی استفاده از قاعده اولویت است، زیرا ارزش و احترام نفس انسان به مراتب بالاتر و مهم‌تر از اموال اوست و دیگری نیز توجه به عقل سلیم بر امکان تسری قاعده به نفس انسان است. بر این اساس انسان می‌تواند از انعقاد نطفه‌ی خود جلوگیری کند، زیرا مالک رحم و نطفه خود است.

از طرفی مقتضای اصل عملی نیز عدم وجوب استیلا است. با این توضیح که مقتضای اصل عملی به هنگام شک در وجوب استیلا بر یکی از همسران، واجب نبودن است، زیرا بی‌گمان در آغاز ازدواج بر همسران واجب نیست که فوراً صاحب فرزند شوند و هر زمان پس از آن شک شود که آیا چنین وجوبی آمده یا نه، مقتضای استصحاب واجب نبودن استیلا و فرزندآوری است. اگر به هر دلیل استصحاب جاری نشود، شک در وجوب زائد است و اصل براءت جاری می‌شود (موسوی، ۱۳۹۷: ۱۲۷)، زیرا هرچند روشن شد که در اسلام حکمی (وجوب) برای استیلا تعیین نشده است. با این وجود اگر تردید شود در اینکه استیلا نفیاً یا اثباتاً مورد حکم قرار گرفته یا حکمی در شرع نداشته (شبهه حکمیه وجوبیه) اینجا می‌توان با جاری ساختن براءت، حکم وجوب استیلا را بی‌اعتبار ساخت.

همچنین گفتیم که فقها متفق‌القول، قائل به جواز شرط عدم وطی و تمتع جنسی می‌باشند، درحالی‌که اگر ظهور آیات و روایات نزد ایشان در وجوب استیلا بود، قول به صحت شرط عدم نزدیکی از باب این‌که وطی لازمه و مقدمه استیلا است و با انتفاء

نزدیکی استیلا نیز منتفی خواهد شد، منطقی نمی‌کرد.

بنابراین صحیح است اگر گفته شود کثرت جمعیت، مطلوب اولی شارع است ولی شارع بنا بر مصلحت جمع آن را واجب اعلام نکرده است، زیرا انسان موجودی است اجتماعی و شرایط اجتماع و زمان و مکان در این مسئله بسیار دخالت دارد. لذا مصلحت جامعه باید در تصمیم‌گیری برای استیلا لحاظ شود و شاید شارع نیز به همین دلیل آزادی اراده افراد در امر استیلا را پذیرفته و نمی‌پسندد که طرفین صرفاً به دلیل الزام شرعی اقدام به فرزندآوری کنند، در حالی که شاید آمادگی روحی و جسمی پذیرش مسئولیت‌های ناشی از آن را نداشته باشند و شرایط جامعه نیز برای پذیرش پرورش کودک مهیا نباشد. بر این اساس شارع نمی‌پسندد که این امر مقدس در نهایت منجر به تباهی زندگی و آینده فرزند و حتی شکست در عقد نکاح زوجین شود و بنای عقلا و هر عقل سلیمی نیز چنین استدلالی را پذیرش خواهد کرد.

بنابراین آیات و روایات راجع به استیلا حکایت از فضیلت و استحباب استیلا در کتاب و سنت دارند نه حکم الزامی و وجوب تا اشتراط عدم آن، فعلی برخلاف کتاب و سنت تلقی شده و نامشروع باشد بلکه از احکام غیر الزامیه است که می‌توان فعل یا ترک آن را مورد اشتراط قرار داد.

۵. شرط عدم استیلا و مخالفت با عرف

عرف در اصطلاح، روش مستمر قومی در گفتار یا رفتار است. لازم نیست همه افراد یک قوم آن را داشته باشند تا عرف محقق شود بلکه کافی است که اغلب آنان، دارای روش مزبور باشند و عرف به همین مقدار محقق می‌شود. با وجود قانون عام یا خاص، عرف حجت نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۴۴۷). عرف نیز از حقوق مایه می‌گیرد و به صورت یک قاعده از حمایت آحاد جامعه برخوردار است. با این حال قدرت عرف هیچ‌گاه با قانون برابر نیست و دادرس نیز وقتی می‌تواند به آن استناد کند که قانون مجاز شناخته باشد.

به هر حال شرط مخالف عرف در صورتی که آن عرف مسلم و مرتبط با نظم عمومی

نبوده و نتیجه توافق خلاف آن با اخلاق حسنه مخالفت نکنند، جایز است. به عبارت دیگر در مواردی که قانون جهت کارگشایی، امر را به عرف احاله کرده و عرف حسب مورد، جنبه تکمیلی دارد، افراد می‌توانند برخلاف آن اشتراط کنند (احسانگر، ۱۳۹۲: ۴۱).

در رابطه با شرط عدم استیلا نیز به نظر می‌رسد حاکمیت عرف به همین صورت باشد، زیرا هرچند به لحاظ دیدگاه عرفی وقتی دو نفر با یکدیگر ازدواج کرده و علقه زوجیت بین آن‌ها حاصل شود، استیلا نیز از نتایج نکاح ایشان خواهد بود ولی به نظر می‌رسد که اظهار نظر عرف در صورت عدم تحقق این امر، فقط در حد (ناپسند و نامتعارف دانستن عدم استیلا) است. به عبارت دیگر می‌توان گفت این امر از مواردی نیست که قانون آن را به عرف محول کرده باشد و با توجه به اصل حاکمیت اراده و قاعده سلطنت زوجین بر اعضای خود، اختیار تصمیم‌گیری در این مورد به زوجین واگذار شده و استیلا از حقوق ایشان است که در چهارچوب قانون، توانایی اشتراط عدم فعلیت و استیفای فعلی آن را دارا هستند و عرف نیز بنا را بر مداخله دقیق در این گونه امور نداشته و به شناسایی حلیت اکتفا کرده و باقی مسائل را مربوط به نحوه تنظیم زندگی زناشویی از سوی طرفین آن می‌داند.

۶. شرط عدم استیلا و مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه

در حقوق ما آزادی و حاکمیت اراده علاوه بر قانون توسط نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز محدود می‌شود. ماده ۹۷۵ قانون مدنی مقرر می‌کند: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد». ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز در تأیید و تکمیل ماده ۹۷۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه که

مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست.^۱ قراردادهای مغایر نظم عمومی باطل و بلااثر هستند. شرط نیز در این مورد همانند عقد است و حکم عدم قابلیت اجرای قراردادهای مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه به شروط مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز قابل تسری است. این دو مفهوم در قانون‌های موضوعه بسیاری از کشورها از جمله ایران تعریف نشده‌اند و حقوق‌دانان بسته به گرایش و تخصص خود، در تلاش برای دستیابی به مفهوم آن‌ها و ارائه تعریف صحیح، هرکدام به راهی رفته‌اند. از آنجا که بحث ما در گرو شناخت این دو مفهوم است، به ذکر برخی تعاریف که دیدگاه جامع‌تری نسبت به این مفاهیم داشته‌اند، اکتفا می‌کنیم.

۱-۶. نظم عمومی

برخی حقوق‌دانان، نظم عمومی را در حقوق داخلی این‌گونه تعریف کرده‌اند: در حقوق داخلی (عمومی یا خصوصی) مجموعه تأسیس‌های حقوقی و قوانین وابسته به حسن جریان لازم امور مربوط به اداره کشور و یا راجع به صیانت امنیت و اخلاق در روابط آحاد ناس [است] که اراده افراد جامعه در خلاف جهت آن‌ها بلااثر باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۵: ۳۶۵۳).

بر این اساس هر موضوعی که در مسیر حسن اجرای اداری، امنیتی و اخلاقی، اخلال ایجاد کند، نقض نظم عمومی به حساب می‌آید. همچنین در تعریف نظم عمومی گفته‌اند: نظم عمومی مجموعه به‌هم‌پیوسته تأسیسات عرفی و اخلاقی و قوانینی است که به‌منظور حسن جریان امور عمومی و تأمین و رعایت روابط عادلانه افراد جامعه مقرر شده است و کسی نمی‌تواند برخلاف آن توافق کند (عمید زنجانی، ۱۳۸۹، ج ۲: ۷۲۰).

این تعریف به لحاظ اشاره به مؤلفه‌های نظم عمومی و بیان رابطه نظم عمومی با امری بودن، کامل‌تر به نظر می‌رسد. از آنجا که حقوق‌دانان در امری بودن عناصر نظم عمومی اتفاق نظر دارند (الماسی، ۱۳۶۸: ۵۱) می‌توان آمره بودن را از ویژگی‌های اصلی

۱. در ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ مقرر گردیده بود: عقود و قراردادهایی که محل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه است در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست.

نظم عمومی در قوانین داخلی برشمرد.

کاتوزیان نیز هدف از وضع قوانین مربوط به نظم عمومی را حفظ منافع عمومی دانسته و معتقد است تجاوز به آن، نظم را که لازمه حسن جریان امور اداری یا سیاسی و اقتصادی یا حفظ خانواده است، برهم می‌زند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳: ۵۲). وی همچنین معتقد است طبیعت نظم عمومی به گونه‌ای است که همه افراد باید آن را محترم شمرده و تجاوز به آن غیرممکن باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۲).

بنابراین می‌توان گفت که قواعد واجد نظم عمومی به آن دسته از قواعدی اطلاق می‌شود که با نظم اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، امنیتی و اداری جامعه ارتباط وثیق دارد و نقض آن موجب اختلال در حفظ مصالح عالیه مردم و انتظام صحیح کشور می‌شود و اشخاص نمی‌توانند با اتکا به آزادی و حاکمیت اراده خود و با توافق یکدیگر، علیه آن عمل کنند.

شایان ذکر است که قواعد نظم عمومی به‌رغم این‌که عموماً در قوانین کشوری مندرج است اما لزوماً لباس قانون بر تن ندارد. در این باره گفته شده: قوانین راجع به نظم عمومی اخص از قوانین الزامی است یعنی نقض هر قانون الزامی، عنوان مخالفت با نظم عمومی را ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۷۱۷). همچنین مقصود از این‌که نظم عمومی باید ناشی از قانون باشد، این نیست که فقط در فرضی می‌توان به نظم عمومی برای بی‌اعتباری عقد یا شرط ضمن آن استناد کرد که این نظم صراحتاً در قانون مورد تأیید قرار گرفته باشد. دادگاه می‌تواند برای اعلام بی‌اعتباری آنچه خلاف نظم عمومی تلقی کرده است علاوه بر منطوق و مفهوم قانون، به روح قوانین و اصول کلی حقوقی منبعث از مجموعه نظام حقوقی کشور که در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی^۱ نیز مورد تأکید قرار گرفته است استناد کند.

۱. ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی: «قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند والا مستتکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد».

۲-۶. اخلاق حسنه

در تعریف اخلاق حسنه آمده است: اخلاق حسنه آداب پسندیده‌ای است که افراد در معاشرت‌های خود با یکدیگر به کار می‌بندند تا نخست، شأن و منزلت انسانی را محترم بدانند و دوم، بین آن‌ها محبت و مودت ایجاد شود (هاشمی، ۱۳۸۴، ج ۱: ۱۸۹). در تعریف اخلاق حسنه توجه به این نکته ضروری است که نقض مطلق آداب پسندیده، مخالفت با نظم عمومی محسوب نمی‌شود، بلکه میزان حسنه بودن آن، تعیین‌کننده است. هرگاه حسنه بودن به‌گونه‌ای باشد که جزء قواعد آمره قرار گیرد، می‌توان آن را مشخصه اخلاق حسنه مورد بحث تلقی کرد (یوسف‌وند و عابدیان کلخوران، ۱۳۹۴: ۹۷).

به لحاظ حقوقی نیز اخلاق حسنه، نه عادت و رسوم یک جامعه است و نه صرف قواعد اخلاقی، بلکه قواعد اخلاقی موجود هستند که شالوده قوانین و مبنای قواعد حقوقی قرار گرفته‌اند (ساکت، ۱۳۷۱: ۴۵۸) و عدم رعایت آن‌ها وجدان عمومی جامعه را اخلاقاً جریحه‌دار می‌سازد.

در ادبیات حقوقی، گاه از اخلاق حسنه به‌عنوان یکی از منابع نظم عمومی یاد می‌شود و گاه آن را از عناصر نظم عمومی و از موانع نفوذ قراردادهای قرار می‌دهند.

۳-۶. ارتباط نظم عمومی و اخلاق حسنه

به نظر می‌رسد با توجه به تعاریف ارائه‌شده از نظم عمومی و اخلاق حسنه، گروهی از قواعد اخلاقی را که در متون قواعد امری آمده یا مبنای این‌گونه قوانین قرار گرفته‌اند باید در شمار قواعد مربوط به نظم عمومی آورد، ولی گروه دیگر که ضمانت اجرای آن تنها وجدان عمومی است به‌عنوان ویژه «اخلاق حسنه» مورد استناد قرار می‌گیرد. از سوی دیگر مبنای قواعد حقوق تنها اخلاق نیست و گاه ضرورت‌های اقتصادی و سیاسی اصولی را به وجود می‌آورد که اخلاق در آن باره حکمی ندارد. پس ممکن است امری که خلاف نظم عمومی است با هیچ‌یک از قواعد اخلاقی تعارض نداشته باشد. به این ترتیب به وضوح روشن می‌شود که اخلاق حسنه با نظم عمومی ارتباطی تنگاتنگ و دوسویه دارد و هرکدام از عناوین مذکور قلمرو ویژه‌ای دارد که در

عین ارتباط و نفوذ در یکدیگر باید جداگانه مورد بررسی قرار گیرد. با وجود این، اموری که خلاف اخلاق حسنه است نظم عمومی را نیز برهم می‌زند و از همین رو است که هیچ‌گاه حقوق نمی‌تواند به امور غیراخلاقی بی‌اعتنا بماند (چلبی، قاسم‌آبادی و آقاپور، ۱۳۹۶: ۹۹)؛ بنابراین نسبت میان این دو مفهوم عموم و خصوص مطلق است؛ به این معنا که هر آنچه مغایر اخلاق حسنه است مغایر نظم عمومی است اما عکس آن صادق نیست. افزودن اخلاق حسنه بر موانع نفوذ یک قرارداد یا شروط ضمن آن این اثر مهم را دارد که به دادرس اجازه می‌دهد برای اخلاقی کردن قراردادها پا را از متون حقوقی فراتر نهد و گرنه اخلاق حسنه با نظم عمومی چنان ارتباطی دارد که نمی‌توان این دو را در برابر هم مستقل شمرد.

۴-۶. نسبت نظم عمومی

نقطه مشترکی که در تعریف‌های مختلف نظم عمومی وجود دارد، این است که (مصالح و منافع عمومی) عنصر ثابت در این مفهوم است. «مصحلت» امری نسبی و متغیر است که نظم عمومی نیز به تبع آن مفهومی نسبی و متغیر می‌شود. ارزش‌ها و هنجارهای موجود در جوامع مختلف نیز همواره ثابت و دائمی نیستند، بلکه در طول زمان‌های مختلف دستخوش تغییر می‌شوند. لذا ممکن است موضوعی که امروزه مخالف با نظم عمومی کشور است، در سال‌های آتی دستخوش تحولات زمان قرار گرفته و جای خود را به ارزش‌های اساسی دیگر بدهد که دیگر آن موضوع مغایر با نظم عمومی جامعه نباشد؛ بنابراین به اعتبار چگونگی نهادهای حقوقی هر جامعه و در هر زمان، مصادیق نظم عمومی تغییر می‌یابد، زیرا نهادهای حقوقی تابع کیفیات و اوضاع و احوال اجتماعی هستند و چون اوضاع و احوال و عوامل اجتماعی همیشه متغیرند، نهادهای مذکور نیز پایه‌پای تغییرهای حاصل شده دچار دگرگونی می‌شوند.

برخی نویسندگان نیز نظم عمومی را قواعدی مربوط به اصول تمدن و نظام خاص هر کشور دانسته‌اند که با نظم عمومی کشور دیگر متفاوت است و برخی دیگر آن را بارزترین نماد فرهنگ هر جامعه تلقی کرده‌اند (ایرانشاهی، ۱۳۹۰: ۷۶). لذا موضوع‌های

واحد و یکسان می‌توانند در کشورهای گوناگون مشمول قواعد متفاوت و متعارض نظم عمومی قرا گیرند. به همین علت است که گفته می‌شود مسئله‌ای در یک کشور یا در زمانی از مصادیق نظم عمومی است در حالی که در کشور یا در زمان دیگر چنین نیست (الماسی، علیزاده و کریم‌پور، ۱۳۹۵: ۸ و ۹).

از سوی دیگر، از دیگر منابع مهم نظم عمومی، اخلاق حسنه و احساسات عمومی‌اند که اخلاق حسنه نیز ماهیتی ترکیبی و نسبی دارد، زیرا از اجزاء مختلفی تشکیل شده و از نظر مکانی منعکس‌کننده عادات، اخلاقیات، رسوم و مذهب ویژه هر جامعه بوده و در بستر زمان تغییر می‌کند. لذا می‌توان چنین گفت که اخلاق حسنه به آرامی و احساسات عمومی با سرعت بیشتری، همگام با تحولات سیاسی اقتصادی و رویدادهای اجتماعی تغییر می‌کنند (الماسی، علیزاده و کریم‌پور، ۱۳۹۵: ۹). بنابراین همان‌گونه که مفاهیم مصلحت و منفعت جمع و اخلاق حسنه مفاهیمی متغیر و نسبی‌اند، نظم عمومی نیز به تبع آن‌ها با توجه به شرایط زمان و مکان تغییر می‌یابد.

بر این اساس می‌توان گفت بررسی مغایرت یا عدم مغایرت شرط عدم استیلا با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز بستگی تام به وضعیت هر دوره زمانی و اوضاع هر منطقه دارد. پس تنها راه چاره تحلیل ارتباط استیلا با نظم عمومی است:

۱-۴-۶. در شرایط عادی جامعه

در فرض عادی بودن شرایط جامعه و در صورتی که آزادی اراده زوجین در تصمیم‌گیری راجع به عدم استیلا و اشتراط عدم آن ضمن عقد نکاح، حسن جریان امور خانواده را برهم نزند و حفظ خانواده را با مشکل مواجه نسازد، شرط عدم استیلا را می‌توان شرطی صحیح دانست و به مشروعیت و عدم مخالفت آن با نظم عمومی و منافع جامعه اذعان داشت. هر امری که خلاف مقتضای ذات یک نهاد اجتماعی عمل کند و موجب بی‌نظمی و اختلال در آن شود با نظم عمومی برخورد می‌کند و اصول حاکم بر آن جامعه لزوم حفظ این نظم را ایجاب خواهد کرد. با بررسی روح حاکم بر نظم حقوقی ما - به ویژه مقررات مربوط به حقوق خانواده - به نظر می‌رسد که استیلا

یک حق است که به زوجین تعلق دارد و قابلیت اسقاط و سلب جزئی آن در نکاح از مفاد آن است، زیرا چنان‌که گفتیم استیلا در مقتضای ذات عقد نکاح نیز لحاظ نشده و هیچ‌گونه حکم الزامی و وجوب متوجه آن نیست. پس از حقوق زوجین در نکاح است که بر اساس اراده صاحب حق و با رعایت ماده ۹۵۹ قانون مدنی قابلیت محدود شدن و توافق دارد، زیرا توافق صاحب حق در این خصوص و محدود کردن حق استیلا خود، در شرایط عادی هیچ‌گونه تضادی با منافع و مصالح عمومی و به تبع آن نظم عمومی ندارد بلکه حتی شاید بتوان گفت توافق اراده زوجین در چنین مواردی و تلاش برای تنظیم زندگی زناشویی خویش از طریق شروط ضمن عقد، با منافع و مصالح عمومی جامعه سازگارتر است.

پس اشتراط خلاف استیلا مخالفتی با روح قوانین و اصول کلی حقوقی منبعث از مجموعه نظام حقوقی کشور ندارد تا خلاف نظم عمومی که قواعد آمره یکی از مهم‌ترین منابع آن است پنداشته شود و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی که مبنای اصل آزادی و حاکمیت اراده اشخاص است، قرار می‌گیرد.

چنان‌که ملاحظه شد در شرایط عادی جامعه نه‌تنها اشتراط عدم استیلا ضمن عقد نکاح، در تنافی با نظم عمومی و اخلاق حسنه نخواهد بود بلکه از آنجا که گامی در جهت تنظیم زندگی زناشویی و جلوگیری از بروز اختلافات بعدی میان زوجین است با نظم عمومی و اخلاق حسنه سازگاری بیشتری دارد.

۲-۴-۶. در شرایط خاص جامعه

ولی در این فرض وضعیت متفاوت است. اگر شرایط کشور به‌گونه‌ای است که جمعیت جامعه اسلامی به حدی کم شده که بیم سیطره دشمنان اسلام بر آنان می‌رود و مصلحت و منفعت عموم، اقتضای استیلا و فرزندآوری داشته باشد می‌توان گفت در چنین موقعیتی، افزودن نسل مسلمانان و فرزندآوری ضرورت یافته و واجب خواهد بود و یقیناً شرط عدم استیلا شرطی خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه تشخیص داده می‌شود. همچنین اگر زمانی همین کثرت افراد، موجب ضعف و تباهی مسلمانان شود و

کارشناسان مورد اطمینان تشخیص دهند که افزایش نسل موجب اموری چون فقر، فساد، بیکاری یا سایر آسیب‌ها می‌شود؛ تردیدی نیست که حکم، با توجه به تغییر وضعیت جدید تغییر خواهد کرد و کنترل جمعیت، جایز بلکه لازم است. در چنین شرایطی اشتراط عدم استیلا در ضمن عقد نکاح جایز بوده و نه تنها مغایرتی با نظم عمومی ندارد که در جهت تقویت آن نیز است.

در شرایط فوق، نظم عمومی از مبنای مداخله دولت در نهاد خانواده است، زیرا نابسامانی در این نهاد، تهدید بزرگی برای تمام جامعه و حسن جریان لازم امور مربوط به اداره کشور است. لذا دولت در چنین شرایطی مداخله می‌کند و با برنامه‌ریزی صحیح و سیاست‌های جمعیتی برای دستیابی به یک جمعیت مطلوب و متعادل، خانواده‌ها را حسب شرایط به استیلا ترغیب یا از آن منع می‌کند.

۷. ضمانت اجرای شرط عدم استیلا

در خصوص شرط عدم استیلا، اگر نزد زوجین در هنگام توافق بر شرط مذکور، مشخص شد که مشروطه و مشروط‌علیه کیست، بر طبق توافق آن‌ها این امر مشخص می‌شود ولی اگر از مفاد توافق آن‌ها این امر 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 من‌باب قاعده تساوی باید نسبت به استفاده از وسایل پیشگیری از بارداری اقدام کنند. 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 بلامرجه پیش می‌آید که صحیح نیست.

علاوه بر آن 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 به کارگیری ابزار پیشگیری از بارداری است، زیرا اگر شرط به سود هر دو طرف باشد، سقوط آن تنها به تراضی امکان دارد (کاتوزیان، بی‌تا: ۳۹).

شایان ذکر است که هرچند توجه به خواست طرف مقابل و پایبندی به تعهدها،

امری است مقدس و لازم، اما اگر یکی از طرفین شرط عدم استیلا در عمل به تعهد خود کوتاهی و سهل‌انگاری کند، مجوز نفی ولد و سقط جنین از جانب مشروطه نخواهد بود (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۲۲)، همچنین درج این شرط، موجب عدم مشروعیت طفل متولد از این نکاح نخواهد بود و اماره فراش حاکم بوده و مانعی برای حقوق قانونی وی نیز نخواهد بود.

پیرامون ضمانت اجرای شرط عدم استیلا، برخی از حقوق‌دانان برای مشروطه خیار تخلف از شرط قائل شده‌اند (قراملکی، مرتاضی و امیرپور، ۱۳۸۸: ۱۳۲)، در حالی که ضمانت اجرای شرط فعل در عقد نکاح، همان‌گونه که برخی حقوق‌دانان گفته‌اند، ایجاد حق فسخ نیست (صفایی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۶۵)، زیرا خیار فسخ در این مورد تنها ویژه قراردادهای مالی است و در نکاح، نظر به اینکه بقاء و تثبیت خانواده مورد نظر بوده و موارد فسخ محدود و احصا شده است، قانون این موارد را پیش‌بینی نکرده، بنابراین نمی‌توان خیار فسخ نکاح، برای مشروطه قائل شد. به نظر می‌رسد تنها ضمانت اجرای تخلف از این شرط مطالبه خسارت است؛ چه مشروطه این شرط زوج باشد یا زوجه یا هر دو؛ البته امکان مطالبه خسارت نیز در صورتی است که این اتفاق ناشی از تقصیر طرف دیگر باشد و تخلف، عرفاً مستند به فعل مشروط‌علیه باشد، در غیر این صورت امکان مطالبه خسارت وجود ندارد. همچنین روشن است که زوجین می‌توانند برای تخلف از انجام شرط، وجه التزام تعیین کنند. علاوه بر آن اگر زوجین، ضمانت اجرای تخلف از شرط را حق وکالت زوجه در طلاق قرار داده باشند، در صورت تخلف زوج از شرط ضمن عقد، به استناد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی^۱، زن حق طلاق خواهد داشت. در هر حال ضمانت اجرای تخلف از این شرط، نامشروع شدن فرزند یا بی‌مسئولیتی مشروطه در قبال حضانت، نفقه و غیره - حسب مورد - نیست.

۱. ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند، مثل اینکه شرط شود هر گاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آن‌ها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهائی خود را مطلقه سازد».

فرجام سخن

مطابق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی را که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بگنجانند و با توجه به ادله وفای به شرط نظیر «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» پایبندی به این شروط، واجب و لازم خواهد بود. نکته اساسی در این رابطه آن است که وضع شرط در ضمن عقد به صورت صحیح و مطابق با ملاک‌های شرعی و قانونی باشد. از جمله این موارد که در بند سوم ماده ۲۳۲ قانون مدنی به آن اشاره شده این است که شرط مورد نظر طرفین نباید نامشروع باشد. بر اساس این ماده چنانچه شرطی نامشروع باشد باطل است و قانون مشروط‌علیه این‌گونه شروط را ملزم به ایفای آن نمی‌کند. از اطلاق این بند از ماده ۲۳۲ و در مباحث مطرح شده توسط حقوق‌دانان در باب شرط نامشروع، در مجموع به نظر می‌رسد که لسان حقوقی شرطی را نامشروع گوید که علاوه بر قوانین امری، با نظم عمومی، اخلاق حسنه و عرف (در مواقعی که نقش تعیین‌کننده دارد و قانون امر را به عرف محول کرده است) و شرع به معنی اخص کلمه، یعنی کتاب و سنت نیز منافات داشته باشد. به نظر می‌رسد شرط عدم استیلا با هیچ‌یک از موارد فوق در تنافی نبوده و مشمول بند سوم ماده ۲۳۲ نیست، زیرا نفوذ این شرط با تکالیفی که قانون برای همسران مقرر داشته منافاتی ندارد و با بررسی روابط شخصی و وظایف و حقوق زن و شوهر در قانون متوجه می‌شویم که استیلا جزء وظایف و حقوق هیچ‌یک از زوجین نیست و تکالیف مقرر به معنای باروری و مواقعه نیستند. علاوه بر آن استیلا در مقتضای ذات عقد نکاح لحاظ نشده تا شرط خلاف آن خلاف مقتضای ذات عقد و قواعد امری تلقی شود؛ برخی حقوق‌دانان حتی در این‌که استیلا در مقتضای اطلاق نکاح باشد هم تردید کرده‌اند. قول مشهور فقهای امامیه به جواز عزل (انزال نطفه خارج از رحم زن) و صحت شرط عدم نزدیکی از دیدگاه فقها و حقوق‌دانان نیز مؤید مطلب فوق‌اند، زیرا اگر شرط عدم استیلا خلاف قوانین امری بود منطقی به نظر نمی‌رسید که شرط عدم نزدیکی - از باب ملازمه با استیلا و از آنجا که با انتفاء وطی استیلا نیز منتفی است - از نظر ایشان جایز باشد؛ همچنین نتیجه و اثر

عزل، عدم توالد و تناسل است که از نظر فقهای متقدم در صورت رضایت زوجه و شرط کردن با وی، جایز شمرده شده است و به قیاس اولویت می‌توان گفت که شرط عدم استیلا نیز از نظر ایشان شرطی صحیح است. صحت نکاح افراد عقیم و پیرمردان و پیرزنان درحالی که فاقد قابلیت باروری هستند نیز دلالت بر عدم مخالفت شرط عدم استیلا با قواعد آمره دارد. مفهوم مخالف ماده ۹۵۹ قانون مدنی که سلب جزئی حق اجرای قسمتی از حقوق مدنی را جایز می‌داند مؤید دیگری بر مدعاست و استیلا، سلب حق به‌طور جزئی و محدود به دوران نکاح است، زیرا امکان طلاق و فسخ نکاح وجود دارد و عقیده بر این است که قدرت به سلب حق به‌طور جزئی لازمه آزادی حقوقی فرد است.

آیات و روایات کتاب و سنت نیز در بیان حکم الزامی و وجوب استیلا صریح نیستند و حکایت از فضیلت و استحباب استیلا دارند، زیرا اغراض شارع از جعل نکاح منحصر در استیلا نیست تا با انتفاء آن، غرض شارع معطل بماند و نیز با عنایت به جواز و صحت نکاح زنان عقیم و پیرزنان روشن می‌شود اگرچه فقها در باب همسرگزینی به صفت ولوده و زایا بودن زن توجه بسیاری داشته‌اند، اما آن را در زمره احکام استحبابی اختیار زوجه بیان کرده‌اند نه وجوب. روایت نبوی (تناکحوا تکثروا...) نیز ظهوری در وجوب ازدواج از باب مقدمه برای تحقق استیلا ندارد و بنا بر تصریح همه فقیهان، ازدواج در نفس الامر مستحب موکده است و استیلا و افزایش نسل مسلمانان از اهداف و حکمت بنیادی عقد نکاح است و نباید با ماهیت شرعی آن اشتباه یا خلط شود. روایات متعددی نیز وجود دارد که به‌طور مطلق بر جواز عزل دلالت دارند و مطلق بودن این روایات، دلیل بر عدم وجوب استیلا است، زیرا در غیر این صورت باید در آن روایات، قیدی می‌آمد. تصریح فقها به این که زن می‌تواند حتی بدون اجازه شوهر، در صورتی که به حقوق زناشویی لطمه وارد نشود و برای خود او ضرر بسیار نداشته باشد وسایل پیشگیری از بارداری موقت را به کار بندد و مرد نباید او را به فرزندآوری مجبور کند نیز بیانگر آن است که استیلا نه از نظر فقهای متقدم و نه طبق دیدگاه فقهای متأخر، دارای حکم الزامی نیست؛ از ادله جواز پیشگیری می‌توان به اصل

اباحه و قاعده سلطنت اشاره کرد. مقتضای اصل عملی نیز عدم وجوب استیلا است. عرف نیز بنا را بر مداخله دقیق در این گونه امور نداشته و به شناسایی حلیت اکتفا کرده و باقی مسائل را مربوط به نحوه تنظیم زندگی زناشویی از سوی طرفین آن می‌داند. درباره مخالفت این شرط با نظم عمومی نیز باید گفت که نظر به نسبت مفاهیم نظم عمومی و اخلاق حسنه، وضعیت شرط عدم استیلا نیز امری متغیر و نسبی جلوه‌گر می‌شود؛ لذا حکم به مغایرت یا عدم مغایرت شرط عدم استیلا با نظم عمومی و اخلاق حسنه، یک حکم مطلق نیست که همه زمان‌ها و مکان‌ها را در بر بگیرد. این مسئله بستگی تام به وضعیت هر دوره زمانی و اوضاع هر منطقه دارد و به تناسب شرایط خاص جامعه وضعیت متفاوتی خواهد داشت. بر این اساس تنها راه چاره، تحلیل ارتباط استیلا با نظم عمومی است: در شرایط عادی جامعه در صورتی که دخالت اراده اشخاص در فرزندآوری و اشتراط عدم آن ضمن عقد نکاح، حسن جریان امور خانواده را برهم نزده و حفظ خانواده را با مشکل مواجه نسازد، شرط عدم استیلا را می‌توان شرطی صحیح دانست و به عدم مخالفت آن با نظم عمومی و منافع جامعه اذعان داشت؛ بلکه شاید بتوان گفت توافق اراده زوجین در چنین مواردی و تلاش برای تنظیم زندگی زناشویی خود از طریق شروط ضمن عقد، با منافع و مصالح عمومی جامعه سازگارتر است. ولی اگر زمانی جمعیت جامعه به حدی کم باشد که موجب سیطره دشمنان بر آنان شود، یا به دلیل سالمندی عمومی جامعه در نتیجه عدم توالد و تناسل، جامعه درگیر مشکلات فراوان اقتصادی، اجتماعی و نظامی شود می‌توان گفت در چنین وضعیتی، افزودن نسل مسلمانان و فرزندآوری ضرورت خواهد یافت و شرط عدم استیلا یقیناً خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه تشخیص داده خواهد شد. همچنین اگر زمانی همین کثرت افراد، موجب ضعف و تباهی جامعه شود و کارشناسان مورد اطمینان تشخیص دهند که افزایش نسل موجب اموری چون فقر، فساد، بیکاری و غیره می‌شود؛ تردیدی نیست که این حکم با توجه به تغییر وضعیت جدید تغییر خواهد کرد و کنترل جمعیت، جایز بلکه لازم است. چه بسا در این هنگام تشویق و ترغیب به عدم استیلا با نظم عمومی سازگاری بیشتری دارد. ضمانت اجرای تخلف از شرط عدم

استیلا در نکاح نیز مطالبه خسارت است، البته امکان مطالبه خسارت نیز در صورتی است که این اتفاق ناشی از تقصیر طرف دیگر باشد و تخلف، عرفاً مستند به فعل مشروط‌علیه باشد، در غیر این صورت امکان مطالبه خسارت وجود ندارد. همچنین روشن است که زوجین می‌توانند برای تخلف از انجام شرط، وجه التزام تعیین کنند. علاوه بر آن اگر زوجین، ضمانت اجرای تخلف از شرط را حق وکالت زوجه در طلاق قرار داده باشند، در صورت تخلف زوج از شرط ضمن عقد، به استناد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی زن حق طلاق خواهد داشت. در هر حال ضمانت اجرای تخلف از این شرط، نامشروع شدن فرزند یا بی‌مسئولیتی مشروط‌له در قبال حضانت، نفقه و غیره - حسب مورد - نیست. سقط جنین نیز با توجه به حرمت و مجرمانه بودن عمل، ممکن نیست.

منابع

الف. فارسی

- احسانگر، نورا (۱۳۹۲) «بررسی فقهی و حقوقی شروط باطل و تأثیر آن در عقود»، راه وکالت، سال پنجم، شماره ۱۰، صص ۵۱-۲۹.
- اسدی‌نیان، معصومه (۱۳۹۶) «شرط نامشروع از نگاه علما و قانون»، مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، دوره ۳، شماره ۳/۱، صص ۵۳-۴۲.
- امامی، اسدالله؛ صفایی، سیدحسین (۱۳۹۵) مختصر حقوق خانواده، چاپ ۴۳، تهران: میزان.
- امامی، سیدحسن (۱۳۶۸) حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ ۷، تهران: اسلامیه.
- امامی، سیدحسن (۱۳۸۴) حقوق مدنی، جلد ۴، چاپ ۱۸، تهران: اسلامیه.
- ایرانشاهی، علیرضا (۱۳۹۰) «بررسی معیار نظم عمومی در نظارت قضایی بر رأی داوری»، مجله حقوقی بین‌الملل، دوره ۲۸، شماره ۴۴، صص ۷۳-۱۱۴.
- تبریزی، جواد (۱۳۸۵) استفتانات جدید، جلد ۲، چاپ ۱، قم: سرور.
- ثمنی، لیلا؛ فتاحی، سیدمحسن؛ شاکری، طوبی (۱۳۹۷) «بررسی تطبیقی حکم

- فرزندآوری در فقه عامه و امامیه با رویکردی بر مقاصد شریعت»، پژوهشنامه مذاهب اسلامی، دوره ۵، شماره ۹، صص ۲۰۰-۱۸۱.
- جعفرپور، جمشید؛ ذوالفقاری، سهیل (۱۳۹۰) «وابستگی اقتضای ذات نکاح به رابطه زناشویی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۲، شماره ۴، صص ۶۶-۲۵.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱) *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، جلد ۵، چاپ ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸) *ترمینولوژی حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش
- جعفریان، رسول (۱۴۲۸) *رسائل حجابیه*، جلد ۲، قم: دلیل ما.
- چلبی، فائقه؛ قاسم‌آبادی، مرتضی و آفاپور، کمال (۱۳۹۶) «تحلیلی بر جایگاه نظم عمومی در نظام حقوقی ایران»، قضاوت، دوره ۱۷، شماره ۹۱، صص ۸۹-۱۲۰.
- دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۲) *لغت‌نامه دهخدا*، جلد ۲، چاپ اول از دوره جدید، تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران (با همکاری انتشارات روزبه).
- دهقان نژاد، رضا؛ محمدی، سید سجاد و پورلطف‌اله، حسن (۱۳۹۷) «بازپژوهی مقتضای ذات عقد نکاح از منظر فقه فریقین و حقوق مدنی ایران»، فقه، دوره ۲۵، شماره ۹۴، صص ۱۰۱-۱۲۶.
- ساکت، محمدحسین (۱۳۷۱) *حقوق‌شناسی؛ دیباچه‌ای بر دانش حقوق*، مشهد: ترجمه. شبیری زنجانی، موسی (۱۳۸۲-۸۳) *کتاب نکاح*، جلد ۴، قم: موسسه پژوهشی رای پرداز.
- شریف الرضی، محمدبن حسین (بی‌تا) *ترجمه و شرح نهج البلاغه*، ترجمه و تصحیح: فیض الاسلام اصفهانی، علی نقی، تهران: موسسه چاپ و نشر تالیفات فیض الاسلام.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۵) *مجموعه مقالات حقوقی*، چاپ اول، تهران: مجد.
- صانعی، یوسف (۱۳۸۷) *استفتائات پزشکی*، چاپ ۱۲، قم: میثم تمار.
- صفایی، حسین؛ قاسم زاده، مرتضی (۱۳۹۲) *اشخاص و محجورین*، چاپ ۱۹، تهران:

سمت.

صفایی، سیدحسین (۱۳۷۸) **حقوق خانواده**، جلد ۲، چاپ ۷، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

عباسی، مجید (۱۳۹۱) «وضعیت شروط ناظر بر روابط جنسی زوجین»، **خانواده پژوهشی**، دوره ۸، شماره ۳۰، صص ۲۳۴-۲۱۳.

عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۹) **دانشنامه فقه سیاسی: مشتمل بر واژگان فقهی و حقوقی عمومی**، تدوین و تنظیم: ابراهیم موسی‌زاده، جلد ۲، تهران: دانشگاه تهران.

غزالی طوسی، ابوحامد محمد (۱۳۷۱) **کیمیای سعادت**، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.

قراملکی، علی‌مظهر؛ مرتاضی، احمد و امیرپور، حیدر (۱۳۸۸) «مشروعیت الزام به فرزندآوری در فقه امامیه»، **فقه و مبانی حقوق اسلامی**، دوره ۴۲، شماره ۱، صص ۱۲۵-۱۴۰.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۷) **مقدمه علم حقوق**، چاپ ۹، بی‌جا: بهنشر.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳) **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۳، چاپ ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴) **حقوق مدنی** ۳، چاپ ۱۰، تهران: سهامی انتشار و بهمن برنا.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷) **فلسفه حقوق**، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳) **اعمال حقوقی (قرارداد - ایقاع)**، چاپ ۱۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (بی‌تا) **خلاصه ای جامع از کتاب قواعد عمومی قراردادها**، گردآور: امین قاسم پور، ج ۳ (آثار قرارداد)، [جزوه]

الماسی، نجادعلی (۱۳۶۸) **تعارض قوانین**، چاپ ۱، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.

الماسی، نجادعلی؛ علیزاده، عبدالرضا و کریم‌پور، صالح (۱۳۹۵) «نظم عمومی در

- رویگرد حقوقی، فقهی و جامعه‌شناختی»، پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۲، شماره ۱، صص ۳۶-۱.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۴) بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)، چاپ ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۹) «شرط فرزندآوری و عدم آن»، فقه پزشکی، دوره ۲، شماره ۲، صص ۲۴-۱۱.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶) قواعد فقه، چاپ ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- معینی فر، محدثه (۱۳۹۸) «نگرشی نو بر مفهوم شرط نامشروع و اثر آن بر صحت عقد از دیدگاه مذاهب خمس و حقوق ایران»، مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، دوره ۱۳، شماره ۴۰، صص ۳۰-۵.
- موسوی، سیدحسن (۱۳۹۷، الف) «وجوب فرزندآوری از دریچه فقه»، تا اجتهاد، دوره ۲، شماره ۳، صص ۱۳۲-۱۰۱.
- موسوی، سیدحسن (۱۳۹۷، ب) «حکم ثانوی فرزنددار شدن»، تا اجتهاد، دوره ۲، شماره ۴، صص ۱۳۸-۱۱۷.
- نیک‌نژاد، جواد (۱۳۹۴) «وضعیت فقهی-حقوقی شروط راجع به فرزندآوری یا عدم فرزندآوری در نکاح»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۱۶، شماره ۱ (پیاپی ۴۱)، صص ۱۲۴-۱۰۳.
- هاشمی، سیدمحمد (۱۳۸۴) حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد ۱، چاپ ۶، تهران: میزان.
- یوسف‌وند، محسن؛ عابدیان‌کلخوران، سیدحسن (۱۳۹۴) «جایگاه حقوقی نظم عمومی در معارف اسلامی و اسناد بین‌الملل»، اندیشه‌های حقوق عمومی، سال پنجم، شماره ۱ (پیاپی ۸)، صص ۸۷-۱۰۶.

ب. عربی

اصفهانی مجلسی، محمدباقر (۱۴۱۰) بحار الانوار، جلد ۲، چاپ ۱، بیروت: موسسه

الطبع والنشر.

العاملی الکرکی (محقق کرکی)، علی بن الحسین (۱۴۱۴) جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۱۲ و ۱۳، چاپ ۲، قم: موسسه آل البيت لاحیا التراث.

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

انصاری، شیخ محمد علی (۱۴۱۵) الموسوعه الفقهيہ الميسره، جلد ۳، قم: مجمع الفکر الاسلامی.

ایروانی، باقر (۱۳۹۱) دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، جلد ۲، چاپ ۱، قم: مرکز نشر هاجر وابسته به مرکز مدیریت حوزه های علمیه خواهران.

جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۲۵) مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۸ و ۷، چاپ ۳، قم: نشر و تحقیق موسسه المعارف الاسلامیه.

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹) وسائل الشیعہ الی تحصیل مسائل الشریعہ، جلد ۲۰، قم: موسسه آل البيت.

حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۱۳) الفقه (القواعد الفقیه)، چاپ ۱، بیروت: موسسه امام رضا (ع).

حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۹) قواعد الاحکام فی المسائل الحلال و الحرام، تهران: استقلال.

حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف (بی تا) تحریر الاحکام الشرعیه، جلد ۲، مشهد: موسسه آل البيت.

خطیب الشربینی، محمد بن احمد (۱۴۱۵) مغنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج، بیروت: دار الفکر العلمیه.

خمینی، روح الله (۱۳۸۶) تحریر الوسیله، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

خمینی، روح الله (۱۴۲۱) کتاب البیع، جلد ۵، چاپ ۱، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار

امام خمینی.

خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۰) **منهاج الصالحین**، چاپ ۲۸، قم: مدینه العلم.

خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۲) **منیه السائل**، بیروت: دارالمجتبی.

صدر، سیدمحمدباقر (۱۳۷۵) **اقتصادنا**، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.

طوسی، ابوجعفر (۱۴۰۰) **نهایه**، چاپ ۲، لبنان: دارالکتب العربی.

قحف، محمد منذر (۱۴۲۸) **النصوص الاقتصادية من القرآن و السنه**، نویسنده:

محمدرضا مبلغی، زیر نظر محمدلی تسخیری، جلد ۱، تهران: المجمع العالمی

للتقريب بين المذاهب الاسلاميه.

کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹) **الکافی (فروع)**، جلد ۱۰ و ۱۱، چاپ ۱، قم:

دارالحديث.

گلپایگانی، محمدرضا (۱۳۶۴) **مجمع المسائل**، قم: دارالقرآن الکریم.

مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳) **بحار الانوار**، جلد ۱۰۰، چاپ ۲، بیروت: داراحیاء التراث

العربی.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵) **انوار الفقاهه (کتاب النکاح)**، چاپ ۱، قم: مدرسه امام

علی (ع).

موسوی خلخالی، سیدمحمد مهدی (۱۴۲۷) **فقه الشیعه (کتاب الاجاره)**، چاپ ۱،

تهران: مرکز فرهنگی انتشارات منیر.

مومن قمی، محمد (۱۴۱۵) **کلمات سدیده فی مسائل جدیده**، چاپ ۱، قم: دفتر

انتشارات اسلامی.

نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۲۹) **مستند الشیعه فی احکام الشریعه**، جلد ۱۶، قم:

موسسه آل البيت لاحیاء التراث.

هاشمی شاهرودی، محمود (۱۴۲۴) **المعجم الفقهی لکتب الشیخ الطوسی**، جلد ۱، قم:

موسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی.