

No reproduction condition of permanent wedlock in Iran and imam jurisprudence

*Mohammad Roshan

** Esmail Siavashpour

Not knowing permanent wedlock requirement and the following insert of some of the conditions completely, the subject to the evidence of the necessity of fulfillment to no reproduction condition of permanent wedlock. At first, the meaning of wedlock, its aspects and influences have been focused to review the inaccuracy or accuracy of no reproduction condition in permanent wedlock and the result has been achieved is that wedlock in terms of Sharia, is the truth of marriage, although in terms of word, it means mating and considering the mentioned influences and blessing about marriage, wedlock can't be one-dimensional and can't just be ruled for quenching lust and to give birth to someone. In the following, with the help of juridical foundation, law and judicial procedure, the result has been achieved is that this condition is not unlike wedlock requirement, illegitimate and foreclosure totally because the purpose and ultimacy of marriage is to reach different affairs and giving birth is not just the exclusive purpose of marriage but is the influence of marriage. In addition, law hasn't prohibited such condition and aforementioned condition is not unlike good behavior and public discipline but is the exact respect for free will of human beings in the frame of public discipline.

Keywords: foreclosure, no reproduction condition, effuse, permanent wedlock, the nature of permanent wedlock requirement

* Associate Professor of Shahid Beheshti University

m-roshan@sbu.ac.ir

**Private law PHD candidate of Shiraz university (Corresponding Author)

شرط عدم توالد در نکاح دائم در حقوق ایران و فقه امامیه

تاریخ

محمدروشن*

دریافت: ۱۳۹۷/۰۸/۱۴

تاریخ

اسماعیل سیاوش پور**

پذیرش: ۱۳۹۷/۱۱/۱۱

چکیده

عدم شناخت کامل مقتضای عقد نکاح دائم و به دنبال آن درج بعضی از شروط، گاهی منجر به اختلاف نظر در مورد صحت این شروط می‌شود. برای بررسی صحت یا بطلان شرط عدم توالد در نکاح دائم در ابتدا با پرداختن به معنای نکاح و آثار آن این نتیجه حاصل شده که اگرچه از نظر لغت، نکاح به معنای وطی اما در اصطلاح شرع حقیقت در عقد است و با توجه به آثار متعدد ذکر شده برای ازدواج، نکاح نمی‌تواند امر تک بعدی بوده و تنها برای اطفاء شهوت و یا توالد وضع شده باشد. در ادامه با تمسک به مبانی فقهی، قانون و رویه قضایی نتیجه حاصل شد که این شرط نه خلاف مقتضای ذات عقد و نه نامشروع و نه سلب حق به صورت کلی است زیرا هدف ازدواج نیل به امور گوناگونی است و توالد از آثار ازدواج است نه تنها هدف منحصر به فرد ازدواج. به علاوه قانون چنین شرطی را منع نکرده است و شرط مزبور نه تنها مخالف با اخلاق حسنه و نظم عمومی نمی‌باشد بلکه عین احترام به اراده آزاد انسان‌ها در چهارچوب نظم عمومی می‌باشد.

واژگان کلیدی

سلب حق، شرط عدم توالد، عزل، نکاح دائم، مقتضای ذات عقد

مقدمه

با عنایت به ارائه آمارهای غیررسمی مبنی بر افزایش ازدواج با شرط ضمنی و بنیایی عدم توالد و بارداری در میان افراد مسن، افراد عقیم و ناتوان جنسی، بیماران نخاعی و حتی ازدواج باهدف کسب تابعیت از یک طرف و عدم پژوهش و بررسی جامع و کامل در مورد این موضوع که بسیار هم محل اختلاف میان فقها و حقوقدانان می‌باشد از طرف دیگر، به نظر می‌رسد که بررسی صحت یا عدم صحت شرط عدم توالد و بارداری در نکاح دائم خصوصاً با عنایت به رویکردها و نیاز جامعه و جدید بودن، لازم و ضروری به نظر می‌رسد. به عبارت دیگر در باب مساله تکالیف مالی و غیرمالی زوجین کتب و مقالات بسیاری به رشته تحریر درآمده است. اما موضوع توالد که نقش مهم و تأثیرگذاری در نهاد خانواده ایفا می‌کند، کمتر مورد دقت و کنکاش حقوقی قرار گرفته، و همین مسکوت ماندن و عدم رسیدگی جامع سبب بروز ابهام و اجمال در قوانین موضوعه شده است. از طرفی در خود ادله فقهی نیز، با وجود غنای مطالب، دیدگاه‌های متفاوت و گاه متعارضی وجود دارد، که ضرورت بررسی، تقسیم‌بندی و جمع‌بندی آن‌ها بر کسی پنهان نیست، با این وجود کنکاش دقیقی در این امر صورت نگرفته است.

موضوع شرط عدم توالد در نکاح دائم با مقتضای ذات عقد نکاح در ارتباط است. اعتبار و ارزش نهاد خانواده و ازدواج نسبت به سایر عقود سبب شده است که بررسی مقتضای ذات عقد نکاح دائم از ظرافت و اهمیت بیشتری برخوردار باشد. از یک‌طرف که دستیابی به مقتضای عقد نکاح برخلاف دیگر عقود آسان نیست زیرا در نکاح نه تنها دو انسان بلکه انسان‌های دیگر و در نتیجه جامعه مورد توجه است لذا معیارهای ارائه شده مثل معیار عرفی، قانونی، مختلط و ... به‌تنهایی برای دستیابی به مقتضای عقد نکاح کافی نیست، بلکه برای دستیابی به مقتضای عقد نکاح، بایستی به ترتیب از اخلاق، ایمان، اعتقادات مذهبی، قانون، عرف و قصد مشترک طرفین یاری جست و از طرف دیگر عدم شناخت نسبتاً کامل مقتضای عقد نکاح و به دنبال آن درج بعضی از شروط، گاهی منجر به اختلاف نظر در مورد صحت یا بطلان این شروط می‌شود. یکی

از این شروط، شرط عدم توالد و تناسل می‌باشد که به نظر برخی خلاف مقتضای ذات عقد نکاح دائم و مبطل عقد می‌باشد. به نظر برخی دیگر این شرط از مصادیق شروط نامشروع در فقه و باطل است و به عقیده برخی دیگر این شرط صحیح و مشروع می‌باشد و داخل در قلمرو شرط نامشروع نیست و مشمول ادله لزوم وفای به شرط قرار دارد و برخلاف مقتضای ذات عقد نکاح نیست زیرا مقتضای عقد نکاح چیزی غیر از توالد و تناسل می‌باشد.

پذیرش هریک از نظریات فوق اثرات متفاوتی بر فرد و جامعه خواهد داشت لذا به دنبال رفع اختلاف و رسیدن به نظر درست و شناخت مقتضای ذات عقد نکاح، چنین موضوعی را انتخاب کرده تا به این نتیجه برسیم که معیار تشخیص مقتضای ذات عقد نکاح چیست؟ آیا شرط عدم توالد و تناسل خلاف مقتضای ذات عقد نکاح است یا خیر؟ در این راستا جهت تبیین هرچه بهتر موضوع، ضمن تعریف نکاح و عناصر، اهداف و آثار آن به بررسی انواع شروط ضمن عقد نکاح پرداخته ایم و در ادامه نظر مشهور فقهای امامیه و اهل سنت آورده می‌شود. و با تمسک به مبانی فقهی و حقوقی شیعه که برگرفته از قرآن و سنت اهل بیت است، به بررسی صحت یا عدم صحت شرط عدم باروری و توالد می‌پردازیم تا در این خصوص به یک جمع‌بندی صحیح و کامل رسیده باشیم.

۱ - مفاهیم و مبانی

پیش از پرداختن به مسائل تحلیلی در خصوص موضوع، آشنایی با موضوعات و مسائل کلی، از جمله آشنایی با مفاهیم، تعاریف و مبانی عنوان نوشتار ضروری به نظر می‌رسد چراکه، اولاً خواننده را با اصطلاحات تخصصی به‌کاررفته در متن آگاه می‌کند. ثانیاً منظور محقق از واژگان به‌کاررفته در متن را در معانی بیان شده آشکار می‌کند که این امر به لحاظ منطقی، جهت جامع‌الاطراف بودن و مانع‌الاجتار بودن هر تحقیقی لازم است

۱-۱- معنای لغوی و اصطلاحی نکاح

مداقه در تعریف لفظ نکاح روشن می‌سازد که آیا این لفظ در منابع فقه امامیه و حقوق ایران، که مشتمل بر آیات قران و روایات وارده است، تنها بر امر نزدیکی و آمیزش و توالد دلالت دارد، یا مقصود از آن مطلق عقد نکاح است؟ به عبارت دیگر لازم است حقیقت واژه نکاح در متون فقهی و حقوقی روشن شود زیرا این منابع مبنای وضع قوانین بوده و شناخت دقیق حقیقت و مجاز در آنها، تأثیر مستقیمی بر فهم احکام و استخراج قوانین دارد.

۱-۱-۱- معنای لغوی و اصطلاحی نکاح از منظر فقها

مداقه در تعریف لفظ نکاح روشن می‌سازد که آیا این لفظ در منابع فقه امامیه و حقوق ایران، که مشتمل بر آیات قران و روایات وارده است، تنها بر امر نزدیکی و آمیزش و توالد دلالت دارد، یا مقصود از آن مطلق عقد نکاح است؟ به عبارت دیگر لازم است حقیقت واژه نکاح در متون فقهی و حقوقی روشن شود زیرا این منابع مبنای وضع قوانین بوده و شناخت دقیق حقیقت و مجاز در آنها، تأثیر مستقیمی بر فهم احکام و استخراج قوانین دارد.

۱-۱-۱- معنای لغوی و اصطلاحی نکاح از منظر فقها

این موضوع بین فقها محل اختلاف است که در هنگام اجرای صیغه عقد وقتی زن می‌گوید «انکحتک» منظورش چیست؟ آیا منظورش این است که خود را به عقد ازدواج تو در آوردم؟ یا مراد مباح کردن عمل زناشویی است؟ ثمره دیگر این اختلاف تعیین مقتضای ذات عقد نکاح است که اگر لفظ نکاح حقیقت در عقد داشته باشد نه وطی، دیگر شرط عدم توالد مخالف مقتضای ذات عقد نکاح نیست زیرا مقدمه^۱ی لازم برای توالد، وطی می‌باشد در حالیکه منظور از نکاح، عقد ازدواج است و نکاح به معنای وطی و توالد نمی‌باشد.

از آنجا که فهم دقیق معانی الفاظ، در استنباط احکام فقهی و حقوقی نقش مهم و کلیدی

دارد، باید به‌طور قطع مشخص نمود، که حقیقت در معنای کلمه نکاح عقد است یا واقعه. چرا که انتخاب هریک از این معانی، سبب تفاسیر مختلف از آیات و روایات گشته و نتیجه‌گیری نهایی را مشکل می‌سازد. بنابراین لازم می‌آید که تا با یک بررسی جامع، روشن نماییم، لفظ نکاح در آیات و روایات دقیقاً به چه معنی است. به‌طور کلی، آنچه از بیانات فقهای عظام برمی‌آید این است که این کلمه در لغت به معنای واقعه است می‌باشد و صاحب جواهر می‌فرماید: «اهل لغت بر معنای وطی اجماع دارند.» (النجفی، بی تا: ۴) اما در شرع این مسأله برعکس است، بدین معنا که لفظ نکاح را در آیات و روایات و بیانات فقها، در هر دو معنای عقد و واقعه استعمال شده است، اما استعمال در معنای عقد بسیار بیشتر از استعمال در معنای وطی می‌بوده، و موارد نادری که در معنای واقعه به‌کاررفته، به‌واسطه وجود قرائن کاملاً مشهود است. (شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۷: ۷)

فلذا اصل در آیات و روایات وارده، معنای عقد است، مگر آنکه قرینه‌ای دال بر معنای وطی ارائه گردد. (علامه حلی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۲) به‌طور مثال در آیه شریفه: «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ»^۱، به فرموده فقهای چون شهید ثانی، تنکح به معنای عقد است اما به خاطر وجود قرائن خارجی به دست می‌آوریم که در باب محلل علاوه بر عقد، واقعه نیز لازم است. اما در سایر موارد، نکاح در قرآن کریم به معنای عقد وارد شده است. (شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۷: ۷)

بنابراین باید گفت که در فقه مشهور این است که از نظر لغت، نکاح به معنای وطی و در اصطلاح شرع در فقه امامیه نظر مشهور این است که این لفظ حقیقت در عقد است.

۲-۱-۱- تعریف نکاح از منظر حقوقدانان

علی‌رغم اینکه مواد ۱۰۲۴ تا ۱۱۳۲ قانون مدنی ایران در مورد نکاح بحث می‌کند ولی از نکاح تعریفی ننموده است. گرچه ممکن است تصور شود بداهت امر مقنن را از تعریف بی‌نیاز کرده است ولی شاید متنوع بودن آثار و نتایج نکاح و روشن نبودن ارکان و عناصر اصلی آن مقنن را از تعریف این تأسیس حقوقی مهم منصرف کرده است

بعضی از اساتید حقوق در تعریف نکاح گفته‌اند: «نکاح عبارت است از رابطه حقوقی که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آن‌ها حق می‌دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند» (امامی، ۱۳۷۰: ۲۶۸) ایرادی که به این تعریف می‌توان گرفت آن است که تمتع جنسی جزء ماهیت نکاح نیست و بدون آن نیز نکاح می‌تواند تحقق پیدا کند؛ لذا نباید آن را در تعریف نکاح آورد.

البته تمتع جنسی و به دنبال آن تولد و تناسل از مهم‌ترین اغراض نکاح است و شاید مهم‌ترین هدفی است که اشخاص را به عقد نکاح وامی‌دارد ولی اغراض دیگری مانند ایجاد انس و الفت و مودت بین زوجین، همکاری در زندگی و... نیز در نکاح وجود دارد و در عین حال هیچ‌یک از این اغراض جزء ماهیت نکاح نیست و بدون هریک از آن‌ها تحقق نکاح ممکن است. (صفایی و امامی، ۱۳۹۳: ۲۳)

بنابر تعریف فوق از نکاح موارد ذیل را نباید عقد نکاح دانست در حالی که عقد نکاح می‌باشد: ۱- نکاح زن و مرد پیر به قصد محرم شدن و همکاری در زندگی مشترک که در عرف مسلمانان هست. ۲- نکاح پسر جوان با زن هشتادساله عجزوزه که به منظور کسب تابعیت یا اغراض دیگری صورت می‌گیرد. ۳- نکاح با صغیره به قصد محرم شدن که اکثر فقها امامیه آن را درست می‌دانند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۳)

بنابراین در اصطلاح حقوقی می‌توان نکاح را چنین تعریف کرد: «نکاح قراردادی است که به موجب آن زن و مرد در زندگی با یکدیگر شریک و متحد شده، خانواده‌ای تشکیل می‌دهند» ممکن است گفته شود این تعریف جامع نیست، زیرا شامل نکاح منقطع که از اقسام نکاح است نمی‌گردد ولی می‌توان گفت در نکاح منقطع نیز نوعی تشکیل خانواده مورد نظر است و شرکت در زندگی و اتحاد زن و مرد به نحوی تحقق می‌یابد، اگرچه خانواده‌ای که بدین‌سان تشکیل می‌شود به استحکام و ارزش خانواده ناشی از نکاح دائم نیست و تعاون و همبستگی خانوادگی در نکاح دائم به مراتب بیشتر است. (صفایی و امامی، ۱۳۹۳: ۲۳)

۲-۱- ابعاد و آثار ازدواج

هر حکم شرعی مبتنی بر اهداف و حکمت‌های خاصی است، به طوری که از آیات و روایات اسلامی استفاده می‌شود ازدواج فرآیند یک میثاق الهی و انسانی بین زن و مرد با پذیرش شرایط و آثار خاص خود می‌باشد که بر اساس آن خانواده در راستای تکامل فردی و اجتماعی قرار می‌گیرد. که به طور کلی می‌توان آثار فردی و اجتماعی زیر را برای آن متصور بود: از یک طرف تکامل روحی انسان، محبت خواهی و آرامش خواهی، ارضای غریزه جنسی، سلامت جسم و جان تکامل رفتاری و... مصادیقی از آثار فردی ازدواج می‌باشد و از طرف دیگر بقای نسل، افزایش قدرت جامعه، نقش تربیتی خانواده، افزایش رونق اقتصادی جامعه، حفظ سنت های دینی و اجتماعی، کاهش بزهکاری و... مصادیقی از آثار اجتماعی ازدواج می‌باشد.

بنابراین، نمی‌توان زناشویی را تنها کنشی ساده و با مقصود یگانه دانست. بلکه عملی پیچیده و باهدف‌های متعدد است، که این هدف‌ها مجموعاً یک کلیت واحد را به وجود می‌آورند. (ساروخانی، ۱۳۷۰: ۲۳) دیدگاه تک گرایانه در امر ازدواج قابل تائید نیست، اعم از آنکه، هدف تمتع جنسی یا توالد یا اغراض دیگر تلقی شود. بلکه ازدواج و نکاح در شریعت اسلامی، مجموعه و سیستم تکاملی است که اهداف گوناگون والایی را دنبال می‌کند و تمامی آن‌ها مهم بوده و نبود هریک از آنان، سیستم صعودی را دچار نقص می‌کند. هدف ازدواج در اسلام به مراتب، بالاتر و مقدس‌تر از آن است که تنها در حد کام‌جویی جنسی و تولید نسل باشد، زیرا اگر چنین بود هیچ فرقی میان ازدواج انسان و جفت‌گیری حیوانات نبود و ازدواج مشمول این همه قوانین آسمانی و رهبری پیامبران علیهم‌السلام و راهنمایان قرار نمی‌گرفت. پس باید در آن اهداف مهم دیگری نیز وجود داشته باشد از جمله: تکامل روحی انسان، بقا و طهارت نسل، مودت و صفا و از همه بالاتر، انجام وظیفه الهی. پیمان ازدواج پیمانی مقدس و الهی است. بدین‌سان، جز در سایه احکام الهی نمی‌توان آن را فسخ کرد. ازدواج امری اساسی و مهم است، باید در جامعه رشد و توسعه یابد تا افراد در سایه پای بندی بدان از بسیاری انحرافات و پیش آمدهای ناگوار مصون بمانند.

۲- رابطه شرط عدم توالد و مقتضای ذات عقد نکاح

صحت و بطلان شرط فعل بستگی به وجود شرایط عمومی صحت شرط دارد یعنی اگر شرط خلاف کتاب و سنت باشد باطل است و اگر شرط خلاف مقتضای ذات عقد باشد مبطل عقد می‌باشد. مثلاً اگر در نکاح شرط شود که رابطه زوجیت بین زن و مرد پدید نیاید، و زن یا شوهر هیچ کدام از وظایف زوجیت را ایفا نکنند، چنین شرطی از نظر مباینیت با ذات عقد، هم باطل و هم موجب بطلان عقد است. در حقیقت با این شرط معلوم می‌شود که قصد جدی به ازدواج در میان نبوده است و از این رو ازدواج نمی‌تواند درست باشد. عموم فقها پذیرفته‌اند که مقتضای ذات عقد آن قدر به ماهیت عقد نزدیک است که با حذف آن ماهیت عقد از بین می‌رود. یعنی ماهیت عقد و مقتضای آن لازم و ملزوم یکدیگرند، و انتفای هریک موجب انتفای دیگری است. (النجفی، بی تا، ج ۲۳: ۲۲۰) زیرا هم آن گونه که تضاد در امور حقیقیه ممکن نیست، در امور اعتباری و انتزاعی هم ناممکن است. پس نفوذ خلاف مقتضای عقد، با نفوذ مقتضای عقد در یک زمان ممکن نیست، فلذا محال است که انسان در یک آن، هم زوج باشد هم نباشد.

هم آن گونه که در مباحث پیشین بیان کردیم، ازدواج یک امر جامع و متشکل از اهداف گوناگون تکاملی بود، که هرکدام از این غایات در مرتبه و منزلت خاصی قرار داشتند. اما در مجموع یک کلیت واحد را به وجود می‌آوردند، که همان صعود الی الله و تکامل وجودی زن و مرد در پناه مساعی و مشارکت یکدیگر بود. بنابراین نمی‌توانستیم مقتضای نکاح را یکی از آن موارد برشمریم.

شرط عدم توالد و تناسل هم یکی از این شرط فعل‌ها می‌باشد که صحت و بطلان آن میان فقها محل اختلاف می‌باشد. مشهور فقها امامیه با توجه به روایاتی که در این خصوص وارد شده است، به نفوذ شرط عقیده دارند و گفته‌اند زن می‌تواند در عقد نکاح شرط کند که بچه‌دار نشود و هم چنین شرط کند که شوهر با او نزدیکی نکند. (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۳۲۹ / النجفی، بی تا، ج ۳۱: ۵۹ / بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۸: ۶۵) همچنین برخی از حقوقدانان نیز این شرط را خلاف مقتضای عقد نمی‌دانند، و

قائل به صحت آن شده‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۱۹۳)

جمعی از فقها، قول به عدم مشروعیت شرط را اختیار کرده، و قائل به فساد آن شده‌اند، اما عقد را صحیح دانسته‌اند. (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۳: ۲۰۷ / شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵: ۳۶۲) برخی نیز در قول به لزوم چنین شرطی اشکال نموده و به بطلان شرط و عقد معتقد شده‌اند. (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۳۸ / طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۲: ۲۶) اما اتخاذ حکم نهایی نیازمند، بررسی مبسوط و تحلیلی این آرا و ادله ایشان در فقه امامیه و حقوق ایران است.

تمام حقوقدانان بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد را پذیرفته‌اند. آنچه که در این میان محل اختلاف است، معیار و ملاک تمیز مقتضای ذات و اطلاق عقد از یکدیگر است. به عبارت دیگر اینکه عقد برای چه چیزی به وجود آمده که آیا این شرط، باهدف تشکیل عقد مغایرت دارد یا خیر، دشوار است و این سؤال مطرح است که ملاک تعیین هدف عقد چیست و چه کسی آن را مشخص می‌کند؟ در این باره سه نظر وجود دارد:

۲-۱- ملاک تشخیص مقتضای ذات عقد

۲-۱-۱- جعل شارع

دسته‌ای از فقها به منظور تشخیص مقتضای ذات عقد، جعل شارع را ملاک قرار داده‌اند، و آثاری را که شارع مقدس برای هر عقدی، من حیث هو، وضع نموده است، جزو مقتضای ذات عقد دانسته و اشتراط خلاف آن را باطل شمرده‌اند. (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۱۵۲) بر اساس این نظر، برای تمیز مقتضای عقد بایستی به قانون مراجعه کرد، و آثاری را که قانون‌گذار برای هر عقد خاص وضع نموده است، بررسی کرده و جزو مقتضای عقد دانست. بنابراین ملاک قانون است و هر اثری که در قانون برای عقد ذکر شده است مقتضای ذات عقد می‌باشد.

این نظر از جهت این که منبع تمامی الزامات جعل شارع و قانون‌گذار است به‌طور کلی

قابل توجه است. به عبارت دیگر مقررات مربوط به عقود و قراردادها و آثار و لوازم آنها ولو این که اصل آزادی قراردادها مورد پذیرش باشد، در نهایت ناشی از قانون است و این مقنن است که حاکمیت اراده طرفین را در تشکیل قراردادها، محترم شمرده است. مقنن مولود ترازی مشترک طرفین را لازم الوفا می‌داند. بنابراین هم چنان که قدرت الزام همه چیز ناشی از قانون و جعل شارع است، مقتضای هر عقدی نیز نهایتاً ریشه در قانون دارد. حال آیا به صرف مراجعه به قانون، می‌توان مقتضای عقد را تمیز داد؟

در این ملاک با دو اشکال عمده مواجه‌ایم:

شارع در میان آثار و احکام عقود، بین آثاری که لازمه ماهیت عقد و جدایی ناپذیری از آن است و سایر آثار و لوازم، تفکیک صریح قائل نشده است، بلکه از مجموع احکام مقنن می‌توان آثار و لوازم مربوط به یک عقد را به دست آورد. برای مثال، لوازم عقد بیع از مجموع احکام شارع، بدین شرح استفاده می‌شود: حصول تملیک و تملک عوضین، امکان جمیع تصرفات قانونی در عوضین برای متعاقدین، حصول خیارات حیوان و مجلس و...، حال این^۳ که تشخیص این که این آثار، مطلق عقد است یا عقد مطلق، و به عبارت دیگر آیا این آثار قابلیت انفکاک از عقد را به واسطه شرط دارند یا خیر؟ محتاج بررسی در احکام و قوانین و تشخیص امکان تغییر آنها، به واسطه شرط و نظایر آن (امری یا تکمیلی بودن قانون) است؛ بنابراین رجوع به قانون باعث تمیز مقتضیات عقد نیست و اشکال در چگونگی تشخیص این مقتضیات باقی است. فقهای معتقد به این نظر نیز غالباً این اشکال را دریافته و در صدد پاسخگویی آن برآمده‌اند. صاحب مفتاح الکرامه بعد از بیان «جعل شارع» به عنوان ضابطه تشخیص شرط منافی مقتضای عقد می‌نویسد: «اشکال این نظر در صورتی که عدم انتفاع از مبیع برای مدت زمان معین یا اسقاط خیار مجلس و حیوان و نظایر آن که متفق الصحه می‌باشند، شرط شود، پدیدار می‌گردد زیرا مقتضای عقد این است که مشتری در هر زمانی، حق تصرف در مبیع را به نحو مطلق دارد.» (حسینی العاملی، ۱۳۲۳، ج ۴: ۷۳۰)

خود قانون حاکمیت اراده را تا آنجا که خلاف صریح قانون نباشد را پذیرفته است و

اجازه داده است که در موارد غیرآمرانه برخلاف قانون توافق کنیم. ۲. بنابراین با پذیرش اصل حاکمیت اراده، عنان عقود و قراردادهای و آثار و احکام آنها به اراده مشترک متعاقدين واگذار شده است. بنا به این نظر، قانون به طور مستقیم دخالتی در بیان لوازم و آثار قراردادهای خصوصی ندارد بلکه به عنوان یک هادی و ناظر، موانع اساسی انعقاد قرارداد را شمرده و شرایط اساسی صحت آن را طرح می‌کند. در چنین صورتی رجوع به احکام قانونی به منظور تشخیص مقتضیات عقد، بی‌فایده است و راهگشا نمی‌باشد. حتی، بر فرض این که اصل حاکمیت اراده پذیرفته نشود، از استقراء در قوانین به خوبی برمی‌آید که در زمینه‌ی قراردادهای، اثر تراضی به اراده مشترک واگذار شده است. قانون در حکم غلطنامه این نهاد قراردادی است: احکام را بر مبنای خواست مشترک طرفین انشاء می‌کند و گاه خود نیز بر آن حکمی می‌افزاید یا مانعی بر سر راه نفوذ اراده می‌نهد تا عقد را با مصالح اجتماعی همگام سازد. بنابراین رجوع به قانون، برای تمیز «مقتضای عقد» بدان می‌ماند که به جای اصل کتاب توصیه می‌شود که به غلطنامه آن رجوع کنند. (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۷۸)

۲-۱-۲- ملاک عرفی

عده‌ای از فقهای امامیه، به منظور شناسایی مقتضای عقد به «عرف» روی آورده‌اند. این دسته از فقها اصرار بر جدایی مقتضیات عرفی و شرعی عقد دارند، و علی‌رغم این که برای عقد قائل به یک سلسله آثار و لوازم شرعی‌اند، شرط خلاف لوازم مذکور را، داخل در شرط خلاف کتاب و سنت دانسته، و بطلان چنین شروطی را به لحاظ مخالفت آن با مقتضای عقد انکار کرده‌اند. به نظر این فقها، تنها شروطی مصداق شرط خلاف مقتضای عقدند، که برخلاف مقتضیات عرفی عقد باشد. بنابراین اساس مراد از مقتضای ذات عقد را، اصطلاحاً، آثار و لوازمی می‌دانند که عرفاً عقد مقتضی آن است. (نجفی خوانساری، بی تا، ج ۲: ۱۱۲)

بر اساس این نظر ملاک تشخیص مقتضای عقد، عرف است؛ زیرا عقد در بستر عرف شکل می‌گیرد نه در بستر شرع و قانون مثلاً احکام معاملات احکام امضایی می‌باشند نه تأسیسی و اختراع قانون‌گذار و شارع نبوده است و از ابتدای خلقت بشر دادوستد و بیع

بوده و شارع آن را تأیید کرده است. فلذا عقود زاییده عرف هستند و باید از بستر و علت پیدایش آن که عرف است سؤال شود که چرا این عقود پدید آمده‌اند و هدف اساسی هر عقد کدام است.

هرچند عرف برای تمیز خواست مشترک طرفین، که مؤثر در تشخیص مقتضای عقد است، مفید و لازم می‌باشد اما به تنهایی معیار کافی برای تمیز مقتضای عقد به شمار نمی‌رود و ایرادت زیر وارد است:

عرف اقتدار و اعتبار سابق را از دست داده است. در قدیم عرف کارساز بود اما در روزگار ما اقتدار سابق را ندارد و قانون نقش اصلی را ایفاء می‌کند و هر جا که عرف و قانون تعارض داشته باشد، قانون مقدم و تعیین کننده است. قانون در عرف دخل و تصرف می‌کند و اراده‌ی ما را محدود می‌کند و ما مجبور به تبعیت از قانون هستیم. همچنین در انتقاد از ملاک عرفی، گفته شده است: «عقود معینی که امروزه در قوانین آمده بی گمان دارای ریشه عرفی است، ولی حقوق چنان این نهاد را احاطه کرده است که دیگر به دشواری می‌توان نام عرفی بر آن‌ها نهاد. آفریده‌های عرف امروز ماهیت حقوقی پیدا کرده است و جوهر نسخ هر عقد را جز به یاری قوانین نمی‌توان شناخت.» (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۷۶) همچنین تشخیص ملاک عرفی دشوار است زیرا هرکس برداشت متفاوتی از عقد دارد مثلاً در عقد نکاح این سؤال مطرح است که عقد نکاح برای چه به وجود آمده است؟ آیا شرط عدم نزدیکی در عقد نکاحی که صرفاً برای محرم شدن یا کسب تابعیت منعقد می‌شود، درست است یا خلاف مقتضای عقد و باطل می‌باشد؟ از طرف دیگر عرف دائماً در حال تغییر است و با تحولات اجتماعی، محلی و منطقه‌ای نیز تغییر می‌کند. ضمناً تشخیص آن با چه کسی است؟

۳-۱-۲- شرع و عرف

جمعی از فقها در تمیز مقتضیات عقد، توأماً به ملاک شرع و عرف متمسک شده‌اند. شیخ انصاری که یکی از معتقدین به این نظر است، می‌فرماید: «منافات شرط با مقتضای عقد، اگر عرفاً واضح باشد، مانند اشتراط عدم انتقال عوضین به متعاقدين در

بیع، یا عدم انتقال مال به ذمه ضامن در عقد ضمان، در این صورت انشاء عقد عرفی ممکن نیست، والا مرجع احراز منافات، نصوص و اجماعاتی است که در شرع مقدس بر صحت اشترای یا عدم آن وارد شده است، و در صورت فقد نص یا اجماع، ناگزیر بایستی به دلیلی که مقتضی اثر مباحث عنه است رجوع نمود. اگر دلیل مذکور، از حیث اطلاق یا عمومش با دلیل وجوب وفای به شرط معارضه نماید (یعنی اگر بر ثبوت آن اثر بر عقد، ولو با اشترای خلاف، دلالت داشته باشد)، در این صورت بایستی شرط را به لحاظ مخالفت با کتاب و سنت باطل دانست، اما اگر ثبوت اثر مذکور بر عقد به نحوی باشد که منافات با تغییر حکمش به واسطه اشترای نداشته باشد، در این صورت باید قائل به صحت شرط شد...» (شیخ انصاری، ۱۴۲۰، ج ۳: ۳۳) همان‌طور که ملاحظه می‌شود بر اساس این نظر، معیار تمیز مقتضای ذات و اطلاق عقد، درجه اول عرف است. در صورتی که، احراز این که اثر مورد نظر از لوازم مطلق عقد است یا عقد مطلق، با ملاک عرفی نباشد، بایستی، به ادله ثبوت آن اثر بر عقد در شرع و قانون مراجعه کرد و با توجه به آن ادله، اگر اثر مذکور قابلیت تغییر به واسطه شرط را داشته باشد، قائل به صحت شرط شد و الا به جهت مخالفت با کتاب و سنت، شرط را باطل دانست. ایرادی که به این عقیده به نظر می‌رسد و برخی از حاشیه نویسان بر مکاسب نیز متعرض آن شده‌اند، اختلاط بحث شروط مخالف کتاب و سنت و خلاف مقتضای عقد است: بدین توضیح که غالب آثار و لوازمی که از ناحیه قانون‌گذار بر قراردادهای وضع گردیده است، مقتضای شرعی یا قانونی عقودند و اشترای برخلاف این مقتضیات، رافع ماهیت عرفی عقود نیست؛ به همین اعتبار معتقدین به این نظر نیز چنین شرطی را صرفاً به لحاظ مخالفت با کتاب و سنت باطل دانسته‌اند و هیچ‌گاه علت بطلان را مخالفت با مقتضای عقد ذکر نکرده‌اند. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۱۱۲)

از سوی دیگر، با توجه به نقش قصد مشترک و تراضی متعاقدين در ایجاد لوازم و آثار عقود، اکتفا به عرف یا قانون در تمیز مقتضیات قراردادهای و عدم توجه به مضمون عقد و آثار مستقیم انشاء، باعث اشتباه و گمراهی در تشخیص مقتضیات عقود می‌شود.

۴-۱-۲- تراضی طرفین

عده‌ای از محققان، با توجه به اشکالات مطروحه در خصوص معیارهای پیشین، به ویژه عدم توجه به عامل مهم «قصد مشترک» متعاقدين در انعقاد قرارداد، مفاد تراضی و مضمون عقد را نیز در شناسایی مقتضیات عقد، در نظر گرفته‌اند. مرحوم نائینی پس از ذکر این که بحث در شرط خلاف مقتضای عقد، مختص به آثار و مقتضیاتی است که بر حسب عرف و عادت بر عقد مترتب می‌شود، در مقام بیان ملاک تشخیص مقتضیات ذات و اطلاق عقد می‌فرماید: «منشآت عقد به دودسته‌اند: گاه متعاقدين اولاً و بالذات امری را انشاء می‌کنند، و عقد به دلالت مطابقی بر آن اثر دلالت دارد، مثل تملیک اعیان در بیع و تملیک منافع در اجاره، و گاه تبعاً و ضمناً اثری را انشاء می‌نماید، به نحوی که دلالت عقد بر آن اثر به نحو دلالت التزامی است، مثل اینکه ثمن می‌بایست از نقود متداول در شهر باشد، یا مبیع صحیح و بی عیب باشد، حال چنانچه شرط، آثار نوع اول را نفی نماید، شرط منافی مقتضای ذات عقد است، اما اگر مرجع اشتراط نفی التزامات ضمنی و تبعی باشد، که عقد عرفاً متضمن آن‌هاست شرط صحیح بوده و در واقع خلاف مقتضیات اطلاق عقد است.» (النجفی الخوانساری، بی تا، ج ۲: ۱۱۲)

بر اساس این نظر به منظور تشخیص مقتضیات عقد، مفاد تراضی و انشای طرفین را باید مدنظر داشت، و آنچه را که متعاقدين صریحاً و اولاً و بالذات اراده کرده‌اند، مقتضای ذات عقد پنداشت؛ مثلاً اگر هدف از عقد نکاح کسب تابعیت یا ایجاد محرمیت بوده است می‌بایست در ضمن عقد به آن تصریح کرده باشند. بنابراین برای یافتن مقتضای ذات عقد باید دید مدلول الفاظی که با هم توافق کرده‌اند چیست.

پرسشی که در این میان مطرح می‌شود، این است که در تشخیص مفاد تراضی دو طرف، بایستی معیار شخصی را در نظر داشت، یا آنچه را که متعاقدين نوعاً و عرفاً و با صراحت انشاء می‌کنند جزو مقتضیات عقد دانست؟

به نظر می‌رسد که مرحوم نائینی، علی‌رغم برداشت برخی از اساتید حقوق (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۸۰) ملاک عرفی و نوعی را در شناسایی منشآت عقده مدنظر داشته‌اند؟

چرا که اولاً در ابتدای سخن صریحاً به تخصیص بحث به آثار مترتبه بر منشآت عقدیه به حسب عرف و عادات اشاره کرده‌اند، و ثانیاً در بیان مقتضیات اطلاق عقد به التزامات ضمنی و تبعی که عقد به حسب عرف و عادت متضمن آن‌هاست، تصریح نموده‌اند.

ایرادی که وارد است که ممکن است در ضمن عقد به چیزهایی تصریح کنند که مقتضای ذات عقد نمی‌باشد مثلاً در بیع به فوری بودن تحویل ثمن اشاره شود. همچنین ممکن است در ضمن عقد به چیزهایی که مقتضای ذات عقد می‌باشد تصریح نشود مثلاً در عقد بیع نمی‌گویند که من فلان کالا را از شما خریداری می‌کنم تا مالک آن شوم.

۵-۱-۲ - نظر مختار

ما در همه‌ی موارد نمی‌توانیم یک ملاک بدهیم و باید مورد به مورد ملاک بدهیم و مقتضای ذات هر عقدی باید جداگانه بررسی شود. و از طرف دیگر با توجه به این‌که قوانین، نهاد ارادی قرارداد را چنان احاطه کرده است که دیگر آنچه را عقد می‌نامیم، آمیزه‌ای از احکام و خواست‌های خصوصی است، و بنیان همه احکام و آثار، نهادی است که دو طرف ساخته‌اند و لوازم قانونی نیز عنصری از این ماهیت است، لذا موضوع اصلی مورد توافق را باید از مجموع بزرگان دو طرف، و لوازم قانونی و عرفی خواست مشترک به دست آورد. (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۸۱)

۲-۲ - رابطه شرط عدم توالد و مقتضای ذات عقد نکاح از منظر فقها

در مورد شرط عدم توالد و تناسل، میان فقها چهار دیدگاه حاکم است، که به شرح ذیل می‌باشند:

۲-۲-۱ جواز عقد و شرط است به‌طور مطلق (نظر مشهور)

مستندات قول اول که قول مشهور فقهاست، اطلاقات «المؤمنون عند شروطهم» و عموم وفای به عهد است. (الحر العاملی، بی تا، ج ۱۵: ۳۰ / النجفی، بی تا، ج ۳۱: ۹۸) اما

مهم‌ترین دلیل ایشان، روایات وارده در این باب می‌باشد:

۱) خبر سماعه: سماعه از امام جعفر صادق علیه‌السلام نقل می‌کند که سؤال کردم: «مردی از زنی تقاضای ازدواج می‌کند، زن می‌گوید با تو ازدواج می‌کنم به این شرط که هر بهره و تمتعی از لمس و نظر که بخواهی روا باشد و هر آنچه مردان از همسران خود می‌طلبند بر تو نیز جایز باشد، مگر دخول کامل، چرا که من از رسوایی می‌ترسم». آیا این شرط درست است؟ امام فرمودند: مرد حق استمتاع از آن زن را ندارد مگر آنچه برای او شرط شده است.» ۳ (الحر العاملی، بی تا، ج ۱۵: ۴۵)

۲) خبر اسحاق بن عمار: اسحاق بن عمار از امام صادق علیه‌السلام سؤال می‌کند که مردی با کنیز آزاد شده‌ای ازدواج کرد به شرطی که بکارت زن حفظ شود، اما زن بعداً به او اجازه همبستری داد. امام فرمودند: اگر زن اجازه داده است پس همبستری اشکالی ندارد. ۴ (الحر العاملی، بی تا، ج ۱۵: ۴۵)

۳) خبر عمار بن مروان: این حدیث دقیقاً همانند خبر سماعه است تنها با این تفاوت که به‌طور خاص در باب نکاح منقطع وارد گردیده است. (الحر العاملی، بی تا، ج ۱۵: ۴۹)

۲-۲-۲- این شرط تنها در عقد منقطع صحیح است، و در عقد دائم هم شرط باطل است و هم مبطل عقد

استدلال قول دوم که این شرط را تنها مختص نکاح موقت شمرده و در نکاح دائم آن را باطل و مبطل می‌داند، (الطوسی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۶۴ / علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۷: ۲۴۵ / فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۳: ۲۰۷ و ۲۰۸) عبارت است از اینکه مقصود اصلی نکاح دائم همان توالد و تناسل می‌باشد که این امر هم متوقف بر دخول می‌باشد. بنابراین اشتراط عدم توالد و عدم دخول با مقتضای ذات عقد منافات دارد. اما در نکاح موقت این‌گونه نیست چرا که مقصود اصلی از متعه، تمتع و تلهذذ و کاستن شهوت است نه توالد و تناسل، و این بهره‌برداری جنسی هم بدون دخول و توالد هم حاصل است. بنابراین شرط عدم توالد و دخول منافاتی با مقتضای ذات عقد نکاح موقت ندارد.

بنابراین شیخ طوسی در مبسوط و گروهی دیگر از متقدمین و متأخرین از جمله علامه و فخرالدین گفته‌اند که این شرط ویژه عقد منقطع است و در عقد دائم خلاف مقتضای عقد و خلاف کتاب و سنت است. آن‌ها گفته‌اند که مقصود اصلی از نکاح دائم، توالد و تناسل است و شرط عدم نزدیکی و توالد، خلاف مقصود ازدواج و خلاف کلام خداست و علت جواز این شرط در عقد منقطع، روایت عمار بن مروان است که جواز این شرط را به صراحت بیان کرده است. و اطلاق خبر سماعه نیز به واسطه قرینه «خوف الفضيحه» منصرف به عقد منقطع می‌شود و حتی اگر قائل به اطلاق خبر سماعه نیز باشیم، مقتضی جمع بین روایات حمل مطلق بر مقید است.

در پاسخ باید گفت که اولاً ادله روایی وارده در این باب نص بوده، و از لحاظ سندی مخدوش نمی‌باشند، بر این اساس مرحوم صاحب جواهر این شرط را جایز و ادعای شیخ و سایر پیروان ایشان را بی‌دلیل، و آن را اجتهاد در مقابل نص دانسته‌اند. (النجفی، بی تا، ج ۳۱: ۹۹ و ۱۰۰)

همچنین شهید ثانی در مسالک الافهام، دو روایتی را که صحت این شرط از آن استفاده می‌شود، مطلق دانسته و گفته است، اطلاق این دو روایت شامل عقد دائم و منقطع می‌شود، علاوه بر آن عموم ادله وفای به شرط و ادله جواز وطی به اذن زوجه، شامل هر دو مورد شده، و ادله ای که شیخ و دیگران آورده‌اند و این شرط را تنها در نکاح موقت صحیح دانسته‌اند، تحکم است و دلیل محکمی ندارد، زیرا مقاصد ازدواج منحصر به تمتعات جنسی و توالد و تناسل نیست و اساساً برای صحت عقد، رعایت مقاصد و لحاظ غایات عقد اعتباری ندارد، و تنها قصد برخی از آن‌ها کفایت می‌کند. (شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۸: ۲۴۸) همچنین باید توجه داشت که ذات هر دو عقد، نکاح است. پس جایز است هدفی که در یکی مطلوب است، در دیگری هم اتخاذ شود، و از این رو هیچ فرقی بین عقد دائم و منقطع نیست، بلکه غالباً غرض اصلی از عقد منقطع، کامجویی از وطی است، پس چگونه است که شرط عدم تمتع از نزدیکی در نکاح موقت صحیح باشد؟ از سوی دیگر اگر وطی و توالد مقتضی ذات عقد نکاح است، نکاح کسانی که معذور از وطی و توالد هستند چه مرد و چه زن نباید جایز باشد

درحالی که این امر معلوم الفساد است. (نجفی، بی تا، ج ۳۱: ۱۰۰) بنابراین حکمت‌های مذکور عرفاً مقتضی عقد نکاح نبوده، و صلاحیت تقييد اطلاقا ت مذکور را ندارد. (الحسينی الشيرازی، ۱۴۰۹: ج ۶۷: ۷۶) از طرفی ادله روایی (به‌خصوص خبر سماعه) در باب شرط عدم وطی مطلق بوده، و شامل عقد دائم و منقطع، هر دو می‌شود، و تنافی میان خبر سماعه و خبر عمار بن مروان وجود ندارد، که نیازی به جمع روایتین بوده، و حمل مطلق بر مقید را بطلید. زیرا دو حکم در اثبات و نفی یکسان بوده، فلذا منافاتی بین مطلق و مقید بودنشان نیست تا محتاج تصرف در یکی از دو دلیل باشیم.

از سویی عبارت «خوف الفضيحه»، صلاحیت قرینه بودن برای صرف عقد موقت را ندارد، چرا که این مسأله برای زنی که مایل نیست آثار بارداری برایش ظاهر شود در عقد دائم هم جاری می‌شود، پس مسأله انصراف اطلاق خبر سماعه به عقد موقت هم منتفی است. (الحسينی الشيرازی، ۱۴۰۹: ج ۶۷: ۷۶)

۳-۲-۲- شرط در هر دو عقد دائم و موقت باطل است، اما مبطل نبوده و در هر دو حالت عقد صحیح است.

قول سوم که منسوب به ابن ادریس است، در هر دو عقد شرط را باطل شمرده، ولی مبطل نکاح نمی‌داند. ایشان علت فساد شرط را تنافی با مقتضی عقد دانسته، اما عقد را به اعتبار اصالة الصحة و عدم بطلان عقد با شروط فاسد، صحیح عنوان می‌کنند. (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲: ۵۸۹)

۴-۲-۲- شرط و عقد هر دو در عقد موقت صحیح بوده ولی در دائم تنها شرط باطل بوده ولی عقد صحیح است.

قول چهارم، در عقد دائم مانند قول ابن ادریس بوده اما در عقد موقت هر دو عقد و شرط را صحیح می‌داند. چرا که مقصد اصلی نکاح موقت را تلذذ دانسته، که بدون وطی و توالد میسر است. درحالی که در نکاح دائم، هدف توالد و تناسل است. (نقل در شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۸: ۲۴۹)

به هر حال، نامشروع دانستن این شرط به هر دلیلی در تعارض با نص روایات وارده می‌باشد. حال اگر یکی از طرفین بر پیمان باقی نمانده، و خلاف شرط عمل کرد، زانی نبوده ولد ملحق به پدر خواهد بود. بنابراین شرط عدم نزدیکی و توالد و تناسل از طرف زن صحیح است، اما زن می‌تواند بعد از عقد از شرط صرف نظر کرده و اجازه هم بستری و توالد را بدهد. (نجفی، بی تا، ج ۳۱: ۹۹ و ۱۰۰)

۲-۳-۲- رابطه شرط عدم توالد و مقتضای ذات عقد نکاح از منظر حقوق دانان

در میان حقوق دانان سه دیدگاه نسبت به این مسأله وجود دارد:

۲-۳-۱- شرط عدم نزدیکی و عدم توالد صحیح بوده و نکاح بر اساس این شرط درست می‌باشد: حقوق دانان قائل به صحت عقد، به پیروی از قول مشهور فقهای امامیه می‌گویند این شرط نه خلاف مقتضای عقد است و نه نامشروع، زیرا نکاح دارای هدف‌های مختلفی است و توالد و تناسل تنها هدف آن و مقتضای ذات نکاح نیست تا در صورت شرط عدم توالد و تناسل، نکاح نتواند تحقق پیدا کند. به علاوه قانون چنین شرطی را منع نکرده است و شرط مزبور برخلاف نظم عمومی هم نیست و اصل صحت شرط است. بنابراین، شرط عدم نزدیکی و عدم توالد و تناسل صحیح و نافذ است. لیکن کسی که شرط به نفع اوست، می‌تواند بعد از عقد از شرط صرف نظر کرده، اجازه نزدیکی و توالد بدهد، زیرا برابر مشروط له می‌تواند حق حاصل از شرط فعل را ساقط کند. (ماده ۲۴۵ قانون مدنی) (صفایی و امامی، ۱۳۹۰: ۶۴)

برخی از ایشان قائل‌اند: «این امر از جمله حقوقی است که مربوط به زوجین می‌باشد، و آنان می‌توانند هرگونه بخواهند در آن توافق نمایند. شرط مزبور برخلاف مقتضای عقد نکاح و قوانین آمره نمی‌باشد. در این صورت زن پس از عقد می‌تواند به زوج اجازه نزدیکی و توالد بدهد، زیرا شرط ایجاد حق برای زن می‌کند، و مشروط له می‌تواند از آن صرفه نظر بنماید.» (امامی، ۱۳۷۰: ۴۴۱)

۲-۳-۲- شرط عدم نزدیکی و عدم توالد نامشروع بوده، و بنابراین باطل است، اما مبطل عقد نبوده، و با وجود فساد شرط، عقد به صحت خود باقی است: عده ۳ از

حقوقدانان، این شرط را به طور مسلم، خلاف قوانین آمره و باطل می‌دانند، البته در ادامه مباحثاتشان، احتمال خلاف مقتضای عقد بودن را هم به هیچ وجه بعید ندانسته‌اند. زیرا از این دیدگاه هدف و مقصود از نکاح، زوجیت و تناسل است. بنابراین شرط خلاف آن، خلاف مقتضای عقد خواهد بود، و اگر فرضاً هم خلاف مقتضا و مبطل اصل نکاح نباشد، قطعاً خلاف قانون آمره و باطل می‌باشد. (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۲۳۸)

۳-۳-۲- این شرط خلاف مقتضای ذات عقد است، بنابراین هم باطل بوده و هم از اساس مبطل عقد است: عده‌ای این شرط را خلاف مقتضای ذات عقد نکاح دانسته، و آن را باطل و مبطل عقد می‌دانند. ایشان با ذکر مثال زیر به تنقیح مسأله می‌پردازند. «زنی که مایل است به تابعیت ایران درآید و با موانعی روبروست، به مرد ایرانی شوهر می‌کند، چون می‌داند که در قانون مدنی با این تمهید می‌توان ایرانی شد. (بند ۶ ماده ۹۷۶ قانون مدنی). در نکاح شرط عدم توالد می‌کند و همچنین شرط می‌شود که شوهر حق ندارد با او رابطه جنسی داشته باشد و، یا با او سکونت کند و اختیار تعیین محل سکونای زن با خود اوست و می‌تواند همچنان به شغل خود که میهمان‌داری هواپیما است ادامه دهد. در این مثال نیز پیوند زناشویی توسط شرط نفی نمی‌شود، ولی شرط آن‌چنان آن را بیهوده و بی‌محتوا می‌سازد که باید گفت، شرط با مقتضای عقد مخالف است. در این فرض، شرط به ظاهر با مفاد عقد تعارض ندارد، ولی چون همه آثار آن را از بین می‌برد، و مضمون مورد توافق را بیهوده و خالی از محتوا می‌کند، تعارضی معنوی بین شرط و عقد حاصل می‌کند.» (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۱۸۴) ایشان قائل‌اند که هدف اصلی نکاح تشکیل خانواده است. قانون‌گذار بدین وسیله می‌خواهد چاره چوبی برای روابط جنسی زن و مرد فراهم کند، و هوس را با وظیفه درآمیزد و کانونی برای رشد جسمی و عاطفی فرزندان ناشی از این رابطه به وجود آورد. پس اگر زن و مرد اتحادی تشکیل دهند که در آن رابطه جنسی تحریم شده باشد، رابطه آنان با سازمان حقوقی و عرفی نکاح شباهت ندارد. بنابراین این شرط نه تنها با قوانین امری مربوط به روابط زن و شوهر مخالف است، با مفهوم عرفی زناشویی نیز تعارض دارد. به بیان دیگر، عرف، زن و مردی که نزدیکی بین خود را بدون مانع مشروع ممنوع ساخته‌اند، زن و شوهر نمی‌شناسد. (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۲۵۴)

از طرفی در برابر قول مشهور فقها مبنی بر صحت شرط، می‌گویند: «در آن نظام، اعتقاد به اعتبار شرط عدم نزدیکی و توالد، دشواری زننده‌ای در روابط زن و شوهر ایجاد نمی‌کرد. زیرا شوهر می‌توانست زن دیگر بگیرد، و هرگاه بخواهد همسر ناخوشایند را طلاق دهد. ولی در نظام کنونی که شوهر از این اختیار محروم گشته است، یا اوضاع زمانه چنین امکانی را در اختیار او قرار نمی‌دهد، آیا می‌توان، به استناد شرطی که نزدیکی بین زن و شوهر را منع کرده است، او را از آثار حقوقی این وضع محروم ساخت؟». (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۲۵۲) همچنین ایشان توافق درباره عدم نزدیکی و توالد را تابع اراده زوجین ندانسته، و قائل‌اند که نکاح آثار و لوازمی دارد که باید از دسترسی خودخواهی‌ها به دور ماند، و هرکس آن را می‌پذیرد به این آثار و لوازم پای بند شود. علاوه بر این، نفوذ این شرط را با تکالیفی که قانون برای همسران مقرر کرده است منافی می‌دانند. (مواد ۱۱۰۳ و ۱۰۸ قانون مدنی). (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۲۵۱)

اما در رد نظر سوم باید گفت اولاً بر اساس مبانی ارائه‌شده، مقتضای ذات ازدواج تنها یک امر بسیط مانند برقراری رابطه جنسی و تولیدمثل نیست، که در نتیجه آن شرط عدم نزدیکی و عدم توالد، خلاف مقتضا و مبطل عقد باشد. شرط عدم وجود رابطه به معنی تحریم این رابطه نیست، چرا که بر مبنای شریعت، پس از ایجاد علقه زوجیت، تمتعات جنسی برای زوجین مباح می‌گردد. بنابراین، اگر شرطی بگوید که این روابط پس ازدواج جایز نباشد، خلاف کتاب و سنت بوده و باطل است. اما بحث ما این است که مشروط له اصل جواز مسأله پس از نکاح را قبول دارد، اما به صورت شرط فعل از طرف مقابل می‌خواهد که حق خود را استیفا نکند.

ثانیاً اگر مقتضای ذات نکاح برقراری رابطه جنسی و توالد است، پس تحقق اصل نکاح، در پی تحقق مقتضای آن خواهد بود. بنابراین اگر به هر دلیلی، فوت، پیری، بیماری و... رابطه جنسی و توالد و تناسل صورت نگیرد، چه افراد قبل از نکاح بدانند که قادر به این عمل نیستند، چه ندانند، باید در اصل صحت نکاح حداقل تشکیک نمود.

ثالثاً نفوذ این شرط با تکالیفی که قانون برای همسران مقرر کرده است منافاتی ندارد و با بررسی روابط شخصی 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 متوجه می‌شویم که توالد و باروری جزء حقوق وظایف هیچ‌یک از زوجین نمی‌باشد و تکالیف مقرر به معنای باروری و مواقعه نیست لذا شرط عدم توالد در نکاح نه تنها نامشروع و خلاف مقتضای ذات عقد نکاح نمی‌باشد بلکه توالد و باروری جزء حقوق وظایف هیچ‌یک از زوجین نیست و این شرط مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی بوده و خلاف مقتضای ذات عقد نمی‌باشد.

رابعاً ادله روایی مؤید صحت این شرط، نص بوده، و سایر دلایل در مقابل آن‌ها ضعیف می‌نمود. بنابراین می‌توان به تبع فتوای مشهور فقها، شرط عدم نزدیکی و توالد را شرط صحیحی دانست. گرچه این‌گونه اشتراط مصادیق چندانی نداشته و بیشتر باهدف محرمیت، جلوگیری از حق فسخ نکاح و طلاق برای کسانی که توانایی نزدیکی و یا توالد را ندارند، صورت می‌گیرد ولی به‌هرحال عقد نکاح صحیح بوده و نمی‌توان این شرط را مبطل دانست.

۳- شرط عدم توالد و سلب حق

سلب حق از موضوعات مهمی است که در مباحث فقهی و حقوقی و موضوعات گوناگون مورد توجه قرار گرفته است. اگرچه در مباحث فقهی و حقوقی فصل مستقلی را از سلب حق نمی‌بینیم اما جای پای این بحث در بسیاری از مباحث مشاهده می‌شود و این امر نه تنها به‌واسطه ضرورت نظری و علمی است که به دلیل ضرورت عملی و اجتماعی نیز هست که وجود داشته و دارد. به‌هرحال، سروکار حقوق با انسان است و هر جا که انسانی هست، حق وجود دارد و هر جا که حقی هست، این پرسش نیز مطرح است که جای سلب حق در آن، کجا است؟ از مجموعه نظرات فقهی و حقوقی چنین به‌دست می‌آید که غالب فقها و حقوق‌دانان قابلیت اسقاط را از آثار حق می‌دانند.

برای عنوان سلب حق در فقه می‌توان معادل تحریم حلال را در نظر گرفت. به عبارت دیگر، عنوان تحریم حلال در فقه مساوی است با سلب حق کلی در حقوق؛ یعنی دو لفظ که یک معنا را می‌رساند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۲۳) منظور از تحریم حلال،

رفع حکم حلّیت است که برای موضوع کلی ثابت شده است؛ یعنی از بین بردن حکم اباحه و ممنوع کردن عمل مجاز. نتیجه این که سلب حقوق از دیدگاه فقهی در جایی امکان‌پذیر است که به معنای تحریم کردن حلال نباشد. مثلاً حق مالکیت از امور حلال است، از این رو اگر شخصی حق مالکیت را از خود سلب کند به این معنا که؛ دیگر حق مالک شدن را نداشته باشد و اگر مالکیتی برایش حاصل شد، در حکم حرام باشد، این سلب حق از مصادیق تحریم حلال محسوب شده و ممنوع است. البته تفاوت است بین تحریم فعل حلال به این معنا که حکم اولیه‌ی اباحه را از بین ببرد و ایجاد تعهد (متعهد شدن) در انجام ندادن یکی از مصادیق جزئی حق. در حالت اول، تحریم فعل حلال موجب حرمت نمی‌شود ولی در حالت دوم تعهد داده شده سبب ممنوعیت انجام فعل می‌شود و متعهد باید به آن عمل کند. از این رو، اگرچه حکم اباحه مانند سایر احکام شرعی و قانونی برای موضوعات کلی ثابت است و نمی‌توان این موضوعات کلی را در قالب عقد صلح یا تعهد حذف کرد اما این احکام را نباید در مصادیق جزئی موضوع ثابت دانست و تعهد و صلح بر آنها را نباید تحریم حلال دانست. (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۰۹ و ۲۱۰)

این موضوع در قانون مدنی در ماده ۹۵۹ تبلور نموده است و در این خصوص بیان می‌دارد که: «هیچ کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند» ماده ۹۵۹ قانون مدنی به دو حق اشاره دارد: حق تمتع - به معنای حق دارا شدن حق - و حق استیفا - به معنای توانایی قانونی شخص بر اعمال حق - و آن هم با قید «به‌طور کلی». این ماده به صراحت سلب هر یک از حقوق تمتع و استیفا را در حالت کلی منع کرده است و برای این گونه سلب‌ها اعتباری قائل نشده است. (صفایی و قاسم زاده: ۱۳۸۷: ۳۵) اما قانون‌گذار سلب حق تمتع و اجرا را در موارد جزئی پذیرفته است و نظریه صاحب‌نظران علم حقوق و پاره‌ای 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 به‌طور جزئی لازمه آزادی حقوقی فرد می‌باشد. زیرا سلب حق از موضوع معین در خارج، خود از حقوق مدنی به‌شمار می‌آید که به انسان عطا شده است». (امامی، ۱۳۷۰: ۱۵۷) مثلاً شخص می‌تواند حق خریدن فلان خانه را از خود

سلب کند.

در خصوص شرط عدم توالد ضمن عقد نکاح باید گفت که سلب حق به طور جزئی و محدود به دوران نکاح می باشد زیرا امکان طلاق و فسخ نکاح وجود دارد.. اما در خصوص ضمانت اجرای شرط عدم توالد به عنوان یکی از مصادیق سلب حق به طور جزئی باید گفت که خیار فسخ و بطلان به علت تخلف از شرط فعل ویژه قراردادهای مالی است و در نکاح، نظر به اینکه بقاء و تثبیت خانواده مورد نظر بوده و موارد فسخ محدود است و قانون این مورد را پیش بینی نکرده است، نمی توان خیار فسخ نکاح برای مشروط له قائل شد و می توان به او حق داد که در صورتی که زبانی از جهت تخلف از شرط، به او وارد شده باشد، جبران آن را از مشروط علیه بخواهد. همچنین اگر حین عقد و در قباله نکاح شرط نمایند که بچه دار نشوند و سلب حق توالد به صورت جزئی صورت گرفته باشد و ضمانت اجرای تخلف از آن را حق وکالت زوجه در طلاق قرار داده باشند، در صورت تخلف زوج از شرط ضمن عقد، به استناد ماده ۱۱۱۹ زن حق طلاق خواهد داشت.

۴- بررسی جایگاه حق استیلااد برای زوجین

۴-۱- تمسک به قانون

اگر چه توالد و تناسل از آثار نکاح می باشد اما این که موضوع توالد حق یا تکلیف زوجین یا یکی از آنها می باشد محل سوال است که برای پاسخگویی به آن باید به قانون متوسل شد اما با بررسی حقوق و تکالیف زوجین در قانون، متوجه سکوت قانونگذار در این موضوع می شویم که در این خصوص نظرات فقها در مورد حق یا تکلیف بودن توالد برای زوجین راهگشا خواهد بود که در ادامه بیان خواهد شد.

۴-۱-۱- حقوق و تکالیف زوجین

همین که نکاح به درستی واقع شد، حقوق و تکالیفی برای زن و شوهر ایجاد می شود که حقوقدانان از آن به آثار نکاح تعبیر می کنند. ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی در این باره می گوید:

«همین که نکاح به‌طور صحت واقع شد روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود» با بررسی این حقوق و تکالیف زن و شوهر که قانون‌گذار صریحاً و البته به‌صورت حصری بدان اشاره کرده است می‌توان به این نتیجه رسید که توالد و تناسل از حقوق و تکالیف هیچ‌یک از زوجین نمی‌باشد لذا می‌توان عدم توالد و تناسل را در عقد نکاح شرط کرد.

آثار حقوقی نکاح شامل دو بخش است: بخشی از این آثار دارای جنبه مالی است و بخشی دیگر از حقوق و تکالیف غیرمالی تشکیل شده است روابط مالی زوجین شامل استقلال مالی زن شوهردار، نفقه زن و مهر می‌شود که ارتباطی با موضوع ما ندارد و بررسی روابط شخصی (غیرمالی) زوجین ما را در رسیدن به جواب مناسب و صحیح به سؤال مطرح شده در این پژوهش کمک بیشتری می‌کند لذا با دقت و جزئیات بیشتری روابط شخصی زن و شوهر را بررسی خواهیم کرد:

در روابط شخصی زن و شوهر می‌توان نخست از تکالیف مشترک زوجین و سپس پاره‌ای تکالیف اختصاصی آن‌ها تحت عنوان ریاست شوهر بر خانواده سخن گفت. تکالیف مشترک زوجین به شرح ذیل است:

حسن معاشرت: ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی در این زمینه می‌گوید: «زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند» حسن معاشرت یا خوش رفتاری زن و شوهر مربوط به عرف و عادت و رسوم اجتماعی است و مقتضای آن برحسب زمان و مکان تغییر خواهد کرد. به‌طور کلی می‌توان گفت حسن معاشرت ایجاب می‌کند که زن و شوهر با خوش‌روئی و مسالمت و صمیمیت باهم زندگی کنند و از مجادله و ناسزاگویی و اهانت به یکدیگر بپرهیزند.

معاضدت: ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی در این زمینه می‌گوید: «زوجین باید در تشییع مبنای خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند» معاضدت یعنی همکاری در زندگی و اشتراک مساعی زن و شوهر در تأمین سعادت و رفاه خانواده. معاضدت زوجین به یکدیگر نیز مفهوم عرفی است و حدود آن با توجه به عرف و عادت و

مقتضیات زمان و مکان تعیین می‌شود.

۲-۱-۴- ریاست شوهر بر خانواده

در حقوق ایران مانند حقوق بسیاری از کشورها، ریاست خانواده به عهده مرد است. ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی که مبتنی بر آیه ۳۴ از سوره نساء و فقه اسلامی است در این زمینه می‌گوید: «در روابط زوجین ریاست خانواده از خصائص شوهر است.» در توجیه این قاعده گفته‌اند: هر اجتماعی را باید رئیسی باشد که کارها را هماهنگ کند و در صورت بروز اختلاف، نظر او قاطع باشد. خانواده از این قاعده نمی‌تواند مستثنی باشد. اصولاً زن و شوهر باید باصفا و صمیمیت و توافق یکدیگر امور خانواده را اداره کنند. لیکن اگر درباره مسائل خانوادگی بین آنان اختلاف نظر و سلیقه پدید آید، نظر مرد به‌عنوان رئیس خانواده مقدم خواهد بود و زن باید نظر شوهر را بپذیرد.

ریاست خانواده، که از خصائص شوهر است، در حقوق ما دارای آثار و نتایجی به شرح ذیل می‌باشد:

بر اساس ماده ۱۰۰۵ ق.م.ا.م.ت. همان اقامتگاه زن اصولاً همان اقامتگاه شوهر است.

بر اساس مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۹۹ ق.م.ا.م.ت. ریاست خانواده ایجاب می‌کند که ولایت قهری نسبت به اطفال از آن پدر بوده و هم او هزینه اداره خانواده را به عهده داشته باشد.

بر اساس ماده ۱۱۱۴ ق.م.ا.م.ت. اختیار تعیین مسکن اصولاً با اوست و زن باید از او تمکین کند مگر اینکه اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد.

بر اساس ماده ۱۱۱۷ ق.م.ا.م.ت. شوهر می‌تواند زن را از اشتغال به شغلی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن است بازدارد.

تمکین زن چه در معنای خاص و چه در معنای عام از وظایف زن می‌باشد. تمکین به معنی خاص آن است که زن نزدیکی جنسی با شوهر را به‌طور متعارف بپذیرد و جز در مواردی که مانع موجهی داشته باشد از برقراری رابطه جنسی با او سرباز نزند. البته این

وظیفه ویژه زن نیست و شوهر هم مکلف است در حدود متعارف رابطه جنسی با زن داشته باشد و در غیر این صورت برخلاف وظیفه حسن معاشرت رفتار کرده است. بنابراین وظیفه برقراری رابطه جنسی از تکالیف مشترک به حساب می‌آید. (شریعتمداری، ۱۳۹۰: ۸۳) اما تمکین به معنای عام آن است که زن وظایف خود را نسبت به شوهر انجام دهد و از او در حدود قانون و عرف اطاعت کند و ریاست شوهر را در خانواده بپذیرد. پس اگر شوهر توقعات نامشروع یا نامتعارفی از زن داشته باشد، زن مکلف به اطاعت از او نیست. مثلاً اگر شوهر، زن را از ادای فرائض مذهبی بازدارد، یا از زن بخواهد که اموالش را به او انتقال دهد، زن می‌تواند از اطاعت شوهر سرباز زند.

مقام ریاست خانواده برای مرد و وظیفه تمکین برای زن ایجاب می‌کند که هرگاه در امور خانواده و تربیت اولاد و معاشرت‌ها و اعمال زن اختلاف نظری بین زن و مرد وجود داشته باشد، زن از شوهر پیروی کند، مگر اینکه مجوز قانونی برای عدم اطاعت از شوهر وجود داشته باشد. حال اگر زن تمکین نکند و ناشزه باشد، شوهر می‌تواند به دادگاه مراجعه کرده، الزام زن را به تمکین بخواهد، به علاوه او نمی‌تواند از شوهر مطالبه نفقه کند. (مستفاد از مواد ۱۱۰۸ و ۱۱۲۷ قانون مدنی) از طرف دیگر عدم ایفاء وظایف زناشویی از جانب شوهر نیز دارای ضمانت اجرای حقوقی است و زن می‌تواند با مراجعه به دادگاه الزام شوهر را به انجام وظیفه درخواست نماید. به علاوه نشوز شوهر سوء معاشرت به شمار می‌آید و اگر از مصادیق عسر و حرج باشد، زن می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق کند. (صفایی و امامی، ۱۳۹۳: ۱۳۱)

همان‌طور که ملاحظه شد در قانون مدنی ما اثر صریح و منصوصی به ریاست خانواده منسوب نشده است اما دکتترین و رویه قضایی کشور، آثار متعددی را از جهت قابل توافق برخلاف بودن یا نبودن و مانند آن بر ریاست شوهر مترتب ساخته‌اند و آثار احصاء شده در فقه، برای قوامیت شوهر بر زوجه، با آثار شماره شده در حقوق خانواده ایران برای ریاست شوهر، همپوشانی زیادی دارد که در هیچ کدام از توالد و تناسل حرفی به میان نیامده است. (دادمرزی، ۱۳۹۳: ۳۵۸)

بنابراین با بررسی روابط شخصی وظایف و حقوق زن و شوهر در قانون و عرف ملاحظه کردیم که توالد و باروری جزء حقوق وظایف هیچ‌یک از زوجین نمی‌باشد لذا شرط عدم توالد در نکاح نه‌تنها نامشروع و خلاف مقتضای ذات عقد نکاح نمی‌باشد بلکه توالد و باروری جزء حقوق وظایف هیچ‌یک از زوجین نیست و این شرط مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی بوده و خلاف مقتضای ذات عقد نمی‌باشد. و یا اگر قایل به سکوت قانونگذار در این موضوع باشیم باید به فتاوی معتبر فقهی رجوع کرد که از جنبه حق استیلا برای زوجین یا یکی از آنها و این‌که آیا استفاده از روش‌های پیشگیری از بارداری منوط به رضایت زن یا شوهر یا هر دو است، نظرات فقهی ذیل وجود دارد:

الف) فرزندآوری، تنها حق پدر است، زیرا اوست که فرزند آوردن یا فرزند نیاوردن را اختیار می‌کند و نیز اختیار امور فرزندان مانند: نفقه، تأدیب و تأمین امور زندگی به دست اوست و به همین دلیل سرباززدن وی از فرزندآوری مباح است لذا جلوگیری از بارداری از جانب مرد صحیح است و نیازی به قبول زن نیست اما جلوگیری از بارداری از جانب زن نیاز به قبول و جلب رضایت مرد دارد. (خمینی، ۱۳۸۵: ۹۶) دلیل این مطلب آن است که در این باره نص یا قیاس بر منصوصی وارد نشده که از این عمل نهی کند؛ پس عزل و مانند آن مباح است و انجام دادن آن جز مخالفت با امر افضل نیست. البته در اینجا برخی جلب چنین رضایتی را احتیاط مستحبی می‌دانند؛ اما معتقدند در صورتی که به دلیل بارداری، ضرر جانی یا حرج شدید بر زن وارد شود، رعایت چنین امری از ناحیه زن اصلاً لازم نیست (صدر، ۱۴۱۹: ۳۷)

ب) توالد حق هیچ‌یک از زوجین نمی‌باشد بنابراین برای عدم توالد و پیشگیری از بارداری نه رضایت شوهر لازم است و نه رضایت زن. (صانعی، ۱۳۷۷: ۷۱ و ۷۳ / سیستانی، ۱۴۱۶: ۷۸)

ج) از برخی فتاوا چنین برمی‌آید که فرزنددار شدن حق زن و شوهر است و برای عدم توالد جلب رضایت طرفین لازم است. عدم توالد و پیشگیری از بارداری را در صورتی مباح می‌دانند که زن نسبت بدان اذن داده باشد. به نظر آن‌ها انزال در رحم زن صورت

می‌گیرد پس هردو نسبت به فرزند حق دارند. لذا شرط عدم توالد از جانب هریک از زوجین نیاز به قبولی و جلب رضایت طرف دیگر دارد. (ایازی، ۱۳۷۳: ۱۸۵ به نقل از منتظری)

به‌هرحال در صورت پذیرش هریک از فتاوی فوق پذیرش شرط عدم توالد که با رضایت طرفین می‌باشد صحیح و نافذ است همچنین هر فرد ذی‌حقی می‌تواند حق خود را اسقاط کند

۲-۴- تمسک به مبانی فقهی

۱-۲-۴- فقهای متقدم

بررسی در اقوال فقها نشان می‌دهد که ایشان در مورد شرط عدم توالد بحثی نکرده‌اند، اگرچه موضوع عزل زوج از زوجه و بالعکس را مورد مذاقه قرار داده و به بحث و بررسی آن پرداخته‌اند. بنابراین بحثی که راجع به شرط عدم توالد در منابع فقهی مرتبط است و مطرح می‌شود، بحث عزل است. بدین شرح است که اگر ضمن عقد نکاح عزل منی شرط شده باشد، با کمی مسامحه می‌توان گفت که شرط عدم توالد و تناسل محکوم به صحت می‌باشد زیرا نتیجه و اثر عزل، عدم توالد و تناسل است که از منظر فقها که در ادامه بررسی خواهیم کرد، با وجود شرط، جایز شمرده شده است. (روشن، ۱۳۹۳: ۲۲۸)

عزل در لغت به دو معنای «بازداشتن» و «کنار گذاشتن» آمده است. در مورد آمیزش جنسی، معنای بازداشتن اراده شده است و آن است که مرد به هنگام انزال منی، خود را کنار کشیده و آن را در خارج از رحم زن بریزد. ۶. در اصلاح فقهی، همین معنا اراده می‌شود و تفاوتی با معنای لغوی آن ندارد. (فیومی، ۱۴۰۵: ۴۰۷)

مسئله کلی که در این مورد مطرح می‌شود آن است که در صورتی که تأمین نیازهای جنسی، یکی از مقاصد و اغراض اصلی نکاح محسوب شود، آیا طرفین عقد نکاح (زن و شوهر)، به هنگام آمیزش جنسی می‌توانند به عمل عزل که در واقع نوعی ناقص

گذشتن آمیزش است مبادرت ورزند؟ به بیان دیگر، آیا طرفین، مخصوصاً شوهر نسبت به انجام آمیزش جنسی و مبادرت به عزل حق ویژه‌ای دارد به صورتی که هر وقت خواست بدان اقدام کند یا آن‌که انجام این عمل منوط به رضایت طرف مقابل و یا اشتراط با وی است؟ در واقع آیا نوعی حق هم برای طرف مقابل قائل می‌شویم؟ این مسئله در عقد نکاح دائم چه حکمی دارد؟

مجموعه این مسائل، موجب بحث‌های مختلفی درباره عزل در منابع فقهی شیعه شده است. در یک جمع‌بندی کلی، در آرای فقه شیعه، در این مسئله چند مورد اتفافی و یک مورد اختلافی وجود دارد:

مواردی که این عمل به اتفاق فقهای شیعه جایز است عبارت‌اند از:

- ۱- زن آزاده‌ای که موقت ازدواج کرده است.
- ۲- زن آزاده‌ای که دائم ازدواج کرده و رضایت به این امر داده است.
- ۳- زن آزاده به نکاح دائم، در صورتی که شوهر وی هنگام عقد با وی شرط کرده باشد.
- ۴- در موارد اضطرار مانند آن‌که حاملگی برای زن ضرر داشته باشد.. (النجفی، بی تا، ج ۲۹: ۱۱ / طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۱۹ / طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۲۶۶)

آنچه در بحث عزل در منابع فقهی شیعه، مورد اختلاف واقع شده، جایی است که مرد زن آزاده را به عقد دائم درآورده است و بخواهد بدون رضایت و یا بدون اشتراط با وی به هنگام عقد، به این عمل مبادرت نماید. در این مورد هم مشهور قائل به جواز عزل با کراهت آن می‌باشد. ادله‌ای که مشهور فقها بر مدعای خود، یعنی جواز عزل اقامه نموده‌اند، روایات و سایر دلایلی است که در این باره وارد شده است که عبارت‌اند از:

الف) روایات

چندین روایت صحیح عزل را به اختیار مرد گذاشته و جایز دانسته است:

محمد بن مسلم می‌گوید که از امام صادق علیه‌السلام درباره عزل پرسیدم، امام علیه‌السلام فرمودند: امر آن به دست مرد است هرگونه بخواهد آن را اعمال می‌کند. ۷ (حرعاملی، ۱۴۱۶، ج ۲۰: ۱۴۹)

امام صادق علیه‌السلام فرمودند: امام سجاد علیه‌السلام اشکالی در عزل نمی‌دیدند درحالی که این آیه را تلاوت می‌فرمودند: «و یاد از آنگاه که پروردگار تو از پشت بنی آدم فرزندانشان را بیرون آورد» پس هر چیزی را که خداوند از او پیمان گرفت، بیرون می‌آید هرچند بر صخره سخت قرار گرفته باشد. (حرعاملی، ۱۴۱۶، ج ۲۰: ۱۴۹) اشاره به این موضوع دارد که اگر قضا و قدر الهی بر حیات و تولد طفلی باشد، به دنیا خواهد آمد و عزل موجب برهم زدن نظم خلقت نمی‌شود.

امام باقر علیه‌السلام در پاسخ به این سؤال که آیا مرد می‌تواند از زن آزاده خود عزل نماید فرمودند: امر آن به دست مرد است اگر بخواهد عزل می‌کند و اگر بخواهد عزل نمی‌کند. ۹ (حرعاملی، ۱۴۱۶، ج ۲۰: ۱۵۰)

در نقل دیگری آن حضرت می‌فرمایند: اشکالی در عزل نمودن زن آزاده- هرچند زن نسبت به آن کار کراهت داشته باشد- نیست اگر شوهر وی بدان تمایل داشته باشد، و در این مورد برای زن چیزی نیست و حقی وجود ندارد. ۱۰ (حرعاملی، ۱۴۱۶، ج ۲۰: ۱۵۰)

اطلاق روایات مذکور نشان می‌دهد که اختیار این امر، به دست مرد است و هرگونه بخواهد عمل می‌کند. مشهور نیز با توجه به همین روایات، به جواز عزل حتی نسبت به زن آزاده‌ای که به عقد نکاح دائم درآمده است، حکم نموده‌اند. گویا در این جهت، حق عزل در اختیار مرد است. مخصوصاً با توجه به دو روایت صحیح و موثق محمد بن مسلم که از امام باقر علیه‌السلام در خصوص زن آزاده سؤال می‌شود. در روایت اخیر

تصریح شده که هرچند زن نسبت به این کار کراهت داشته باشد، اشکال ندارد و گویا برای زن در این مورد حقی نیست (لیس لها من الامر شیء)

در صحیح محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام، در صورت عدم رضایت زن یا عدم اشتراط با وی در حین عقد، از این عمل تعبیر به کراهت شده است: اما کنیز پس اشکالی نیست و اما زن آزاده پس نمی‌پسندم که این کار صورت گیرد؛ مگر اینکه با وی هنگام ازدواج شرط نماید. وی همین مضمون را در حدیث دیگر از امام باقر علیه السلام نقل کرده، جز آنکه عبارت «الا ان تراضی او یشرط ذلک علیها حین یتزوجها» در ذیل آن آمده است. (حرعاملی، ۱۴۱۶، ج ۲۰: ۱۵۱)

با آن که در هر دو حدیث، تعبیر به کراهت شده است و کراهت در روایات، ممکن است اعم از معنای حرمت و کراهت اصطلاحی را افاده کند، مشهور با توجه به روایاتی که صراحت در جواز عزل دارند، این اخبار را برکراهت اصطلاحی حمل کرده‌اند. (طوسی، ۱۴۰۰، ج ۲: ص ۳۵۴ / سلار، ۱۴۰۴: ۱۵۴ / ابن براج، ۱۴۰۶: ۳۲۳ / محقق کرکی، ۱۴۱۱: ۵۰۳) 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 صورتی که زن کراهت داشته باشد جایز دانسته، مکروه نیز نمی‌دانند. (طباطبایی، ۱۴۱۰: ۱۹)

(ب) تمسک به اصالت اباحه

طبق این دلیل، اصل در اشیاء اباحه است، مادام که بر حرمت آن دلیلی اقامه نشود. محقق کرکی در جامع المقاصد این دلیل را مطرح نموده و بر طبق آن می‌گوید که عزل نیز محکوم به اباحه است تا دلیلی بر حرمت آن ارائه شود. (محقق کرکی، ۱۴۱۱، ج ۱۲: ۳۰۵)

(ج) عدم لزوم انزال

دلیل دیگر بر جواز عزل آن است که حق زن به هنگام زناشویی و آمیزش، تنها دخول

است. اما انزال مرد لزومی ندارد. شاهد به این مطلب آن است که اگر زمانی زن درباره شوهر خود ادعا کند که وی قدرت بر آمیزش ندارد، یعنی عین است، در صورتی که مرد فقط قادر به انجام آمیزش شود 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 لزومی به انزال در داخل رحم نیست. (شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۷: ۶۴)

از مجموع ادله یادشده مشهور چنین نتیجه گرفته‌اند که مرد می‌تواند به هنگام آمیزش جنسی - حتی در صورت عدم رضایت زوجه - عزل نماید و اطلاق این سخن، مقتضی آن است که حتی در تمام طول عمر زن، مرد می‌تواند این کار را بدون رضایت زن انجام دهد؛ هر چند در صورت عدم رضایت یا عدم اشتراط با وی عزل کراهت دارد.

۲-۲-۴- فقهای متأخر (استفتاء در مورد شرط عدم توالد و ناتوانی در باروری)

در جواب استفتاء که از مراجع و علما صورت گرفته که «آیا می‌توان در نکاح دائم شرط عدم توالد کرد؟ آیا توالد مقتضای ذات عقد نکاح دائم می‌باشد؟ اگر توالد مقتضای ذات عقد نکاح دائم می‌باشد پس چرا عنوان نکاح به ازدواج فرد ناتوان در باروری هم اطلاق می‌شود؟» اکثریت مراجع معظم تفلید و علما فتوا به صحت چنین شرطی داده‌اند و بیان داشته‌اند که در هر حال شرط مذکور اشکال ندارد و مخالف مقتضای عقد نکاح نیست و نکاح با شخصی که قدرت باروری و توالد را ندارد صحیح دانسته‌اند. ۱۱ (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۲: ۵۱-۵۴)

۳-۴- تمسک به رویه قضایی

رأی دادگاه بدوی و دیوان عالی کشور مبنی بر 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 لذا این عیب مجوز فسخ نکاح نمی‌باشد (بازگیر، ۱۳۷۸: ۳۵۶ و ۳۵۷)

از رأی دیوان عالی کشور می‌توان نتیجه گرفت که توالد مقتضای ذات نکاح نیست و

می‌توان شرط عدم توالد در نکاح دائم کرد زیرا نکاح با شخص فاقد رحم که قدرت باروری و توالد را ندارد صحیح می‌داند و به طرف مقابل حق فسخ نکاح را نمی‌دهد پس توالد جزء مقتضای ذات نکاح نمی‌باشد بنابراین می‌توان شرط عدم توالد در نکاح کرد و چنین شرطی صحیح است.

نتیجه‌گیری

با توجه به سکوت قانون مدنی در خصوص شرط عدم توالد، حسب صراحت اصل ۱۸۷ قانون اساسی، باید بر اساس قول مشهور فقهای امامیه عمل نمود. مشهور فقها با توجه به روایاتی که در این خصوص وارد شده است، به نفوذ شرط عدم توالد عقیده دارند و نکاح را با استناد به آیات مربوط به عقد تعریف کرده‌اند و آن را به استیلا مقید ساخته‌اند. در آیات و غالب روایات مربوط به نکاح سخنی از الزام به فرزندآوری در ازدواج به میان نیامده است حال آنکه، اگر استیلا جزء ماهیت شرعی نکاح بود، شارع حکیم آن را صریح یا در قالب قید و شرط در احکام مربوط به نکاح بیان می‌کرد. و معتقدند روایت نبوی تناکحوا تناسلوا ظهور در وجوب ندارد زیرا بنا بر تصریح همه فقیهان، ازدواج در نفس الامر مستحب موکد است و اینکه فرزندآوری و افزایش نسل مسلمان از اهداف و حکمت بنیادی عقد نکاح است نباید با ماهیت شرعی آن اشتباه یا خلط گردد. بنابراین ازدواج یک امر جامع و متشکل از اهداف متعدد است، که به‌طور قطع توالد و تناسل یکی از مهم‌ترین آنهاست اما مقتضای ذات عقد نکاح نبوده و شرط خلاف آن صحیح است. به عبارت دیگر توالد از آثار ازدواج است نه تنها هدف منحصر به فرد ازدواج.

در همین خصوص تعداد زیادی از حقوقدانان نیز این شرط را خلاف مقتضای عقد و قانون ندانسته و قائل به صحت آن شده‌اند چون از یک طرف قانون‌گذار توالد را جزء وظایف هیچ‌یک از زوجین نمی‌داند و از طرف دیگر شرط عدم توالد هم ضمن عقد نکاح مصداق ماده ۹۵۹ قانون مدنی و سلب حق به‌طور کلی نمی‌باشد بلکه سلب حق به‌طور جزئی و محدود به دوران نکاح می‌باشد زیرا امکان طلاق و فسخ نکاح وجود دارد.

همچنین شرط عدم توالد با نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایرت ندارد. در این خصوص باید توجه داشت که موضوع شرط عدم توالد بستگی تام به وضعیت هر دوره زمانی و اوضاع هر منطقه دارد. بنابراین اگر زمانی جمعیت جامعه اسلامی به حدی کم باشد که موجب سیطره دشمنان اسلام بر آنان شود، می‌توان گفت: در چنین وضعیتی، افزودن نسل مسلمان و فرزند آوری واجب است و شرط عدم توالد خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است اما اگر زمانی همین کثرت افراد موجب ضعف و تباهی مسلمانان شود و کارشناسان مورد اطمینان تشخیص دهند که افزایش نسل موجب اموری از قبیل: فقر، فساد، بیکاری و بیماری و... می‌شود، تردیدی نیست که این حکم با توجه به تغییر وضعیت جدید، تغییر خواهد کرد و می‌توان گفت: کنترل جمعیت جایز بلکه لازم است. نتیجه آن که اظهار نظر کلی برای تمام کشورها و در تمام زمان‌ها نسبت به شرط عدم توالد و پیشگیری از رشد جمعیت درست نیست. به عبارت دیگر پیش‌گیری از این کار، یک حکم مطلق نیست که همه زمان‌ها و مکان‌ها را دربرگیرد. ولی در حالت کلی نه تنها مخالف با اخلاق حسنه و نظم عمومی نمی‌باشد بلکه عین احترام به اراده آزاد انسان‌ها در چارچوب نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌باشد.

یادداشت‌ها

- ۱ - اگر مرد برای بار سوم زن را طلاق داد، روا نیست آن زن و شوهر بار دیگر رجوع کنند، مگر آنکه زن با شوهر دوم (محلل) نزدیکی نموده و سپس طلاق بگیرد. (بقره ۲۳۰)
- ۲ - ماده ۱۰ قانون مدنی: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آنرا منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.
- ۳ - «عن ابی عبدالله علیه السلام قال: قلت له: جاء رجل الی امرأه فسألها ان تزوجه نفسها، فقالت: ازوجک نفسی علی أن تلتمس منی ماشئت من نظر و التماس، و تنال منی ماینال الرجل من اهله، الا انک تذخل فرجک فی فرجی و تلذذ بما شئت فأنی اخاف الفضيحه؟ قال علیه السلام: لیس له منها الا ما اشترطت.
- ۴ - عنه علیه السلام قال: قلت له: رجل تزویج بجاریه عاتق علی ان لا یفتضها ثم اذنت له بعد ذلک؟ قال علیه السلام: اذا اذنت فلا بأس»
- ۵ - «عن الصادق علیه السلام، فی رجل جاء رجل الی امرأه فسألها ان تزوجه نفسها متعه، فقالت: ازوجک نفسی علی أن تلتمس منی ماشئت من نظر و التماس، و تنال منی ماینال الرجل من اهله، الا انک تذخل فرجک فی فرجی و تلذذ بما شئت فأنی اخاف الفضيحه؟ قال علیه السلام: لیس له منها الا ما اشترطت.»
- ۶ - عزلت الشی عن غیره عزلاً من باب حزب: نحیته عنه ومنه... و عزل المجامع اذا قارب الانزال فنزع و امنی خارج الفرج
- ۷ - ذلک الی الرجل یصرفه حیث شاء .
- ۸ - کان علی بن الحسین لایری بالعزل بأساً، یقرأ هذه الآیه: « و إذ أخذ ربک کمن بنی آدم من ظهورهم ذریتهم» (اعراف/۱۷۲) فکل شیء أخذ الله منه الميثاق فهو خارج و ان کان علی صخره صماء .
- ۹ - ذاک الیه، ان شاء عزل، و ان شاء لم یعزل.
- ۱۰ - لا بأس بالعزل عن المرأه ان احب صاحبها و ان کرهت و لیس لها من الأمر شیء .
- ۱۱ - برای مطالعه بیشتر به کتاب مجموعه آرای فقهی در امور حقوقی اثر معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه و همچنین بخش استفتائات سایت مراجع معظم تقلید مراجعه شود.

کتاب‌نامه

منابع فارسی

- ۱) قرآن کریم
- ۲) امامی، سید حسن (۱۳۷۰ه.ش)، *حقوق مدنی*، جلد چهارم، چاپ ششم، تهران: کتاب‌فروشی اسلامیة
- ۳) ایازی، محمدعلی (۱۳۷۳ه.ش)، *اسلام و تنظیم خانواده*، چاپ اول، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی
- ۴) بازگیر، یدالله (۱۳۸۹ ه.ش)، *قانون مدنی در آینه آراء دیوان عالی کشور (حقوق خانواده)*، جلد اول، چاپ اول، تهران: انتشارات فردوسی
- ۵) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷ه.ش)، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، چاپ دوم، تهران: کتاب‌خانه گنج دانش
- ۶) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۸ه.ش)، *حقوق خانواده*، چاپ اول، تهران: گنج دانش
- ۷) حسینی، سید احمد (۱۳۷۵ه.ش)، *حکم فقهی کنترل موالید*، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام خمینی، ج ۱۱ (مسائل مستحدثه، ش ۲)
- ۸) روشن، محمد (۱۳۹۳ه.ش)، *حقوق خانواده*، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل
- ۹) ساروخانی، باقر (۱۳۷۰ه.ش)، *مقدمه ای بر جامعه شناسی خانواده*، تهران: سروش
- ۱۰) شریعتمداری، محمودرضا (۱۳۹۰ه.ش)، *حقوق زوجین*، چاپ سوم، تهران: آوای نو
- ۱۱) شهیدی، مهدی (۱۳۸۵ه.ش)، *مجموعه مقالات حقوقی*، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد
- ۱۲) صانعی، یوسف (۱۳۷۷ه.ش)، *استفتائات پزشکی*، چاپ اول، قم: میثم تمار
- ۱۳) صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۹۳ه.ش)، *مختصر حقوق خانواده*، چاپ سی و نهم، تهران: نشر میزان

- (۱۴) صفایی، سید حسین؛ قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۷.ه.ش) ، *حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)*، چاپ چهاردهم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)
- (۱۵) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰.ه.ش) ، *حقوق مدنی (خانواده)*، چاپ سوم، تهران: نشر دادگستر
- (۱۶) کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۸.ه.ش) ، *حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، جلد سوم ، تهران: انتشارات به نشر
- (۱۷) محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۴.ه.ش)، *بررسی فقهی حقوق خانواده*، چاپ یازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی
- (۱۸) معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه (۱۳۸۲.ه.ش) ، *مجموعه آرای فقهی در امور حقوقی*، جلد سوم، قم

منابع عربی

- (۱۹) ابن براج، القاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶.ه.ق)، *المهذب*، جلد دوم، قم: موسسه النشر الاسلامی
- (۲۰) تسخیری، محمد علی (۱۴۰۹.ه.ق) ، *رأی فی تنظیم العائله و تحديد النسل*، مجله مجمع الفقه الاسلامی، ش ۵، جزء ۱
- (۲۱) الجبعلی العاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی بن احمد (۱۴۲۵.ه.ق)، *مسالك الانهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، قم: موسسه معارف الاسلامیه
- (۲۲) الحر العاملی، محمد بن الحسن (بی تا) ، *وسائل الشیعه الی تحصیل المسائل الشریعه*، تحقیق عبدالرحیم الربانی الشیرازی، بیروت: دار احیاء التراث العربی
- (۲۳) الحسینی الشیرازی، سید محمد (۱۴۰۹.ه.ق) ، *الفقه*، چاپ دوم، بیروت: دارالعلوم
- (۲۴) حکیم، سید محسن (۱۳۹۱.ه.ق)، *مستمک العروه الوثقی* ، جلد ۱۳، چاپ چهارم، نجف اشرف

- ۲۵) الحلّی (علامه حلّی)، جمال الدین ابی منصورالحسن بن یوسف بن المطهرالاسدی(۱۴۲۱ه.ق) ، *تحریر الاحکام الشریعه علی مذهب الامامیه*، جلد دوم، قم:موسسه الامام الصادق
- ۲۶) الحلّی(فخرالمحققین)،محمد بن حسن بن یوسف اسدی(۱۳۸۷ه.ق)، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، جلد سوم، قم: موسسه اسماعیلیان
- ۲۷) الحلّی(محقق حلّی)، نجم الدین ابوالقاسم جعفر بن حسن بن یحیی(۱۴۰۸ه.ق)، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام* ، محقق: عبدالحسین محمدعلی بقال، جلد دوم، قم: موسسه اسماعیلیان
- ۲۸) الحلّی، محمد ابن ادريس(۱۴۱۰ق) ، *السرائر*، جلد دوم ، چاپ دوم، قم، موسسه النشر الاسلامی
- ۲۹) خمینی، روح الله(۱۳۸۵)، *تحریر الوسیله*، جلد دوم، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
- ۳۰) سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز(۱۴۰۴ه.ق) ، *المراسم فی فقه الامامی*، محقق محمود بستانی، چاپ اول، قم: منشورات الحرمین
- ۳۱) سیستانی، علی(۱۴۱۶ ق)، *المستحدثات من المسائل الشرعیه*، چاپ دوم، لندن:موسسه امام علی
- ۳۲) شیرازی سید محمد (۱۴۰۷ه.ق)، *الفقه*، جلد ۶۲ چاپ دوم، بیروت: دارالفکر
- ۳۳) صدر، سید محمد(۱۴۱۹ق) ، *فقه الموضوعات الحدیثه*، بیروت، دارالاضواء
- ۳۴) طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم(۱۴۱۰ه.ق)، *العروه الوثقی (کتاب النکاح)* ، چاپ دوم، بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات
- ۳۵) طباطبایی(صاحب ریاض)، سید علی بن محمد بن ابی معاذ(۱۴۱۸ه.ق) ، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، جلد ۱۲، قم: موسسه آل بیت

- ۳۶) طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷.ق)، *مبسوط فی فقه الامامیه*، محقق: سید محمد تقی کشفی، جلد چهارم، چاپ سوم، تهران، المكتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه
- ۳۷) طوسی، محمد بن الحسن (۱۴۰۰.ق)، *النهایه و نکتها*، جلد دوم، چاپ دوم، بیروت: دارالکتاب العربی
- ۳۸) فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۸.ق)، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، جلد سوم، قم: کتابخانه حضرت آیه الله مرعشی نجفی
- ۳۹) محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۱.ق)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، جلد ۱۲، چاپ اول، بیروت: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث
- ۴۰) مغنیه، محمد جواد (۱۴۲۰.ق)، *فقه الامام جعفر الصادق*، ج ۵، قم: انتشارات انصاریان
- ۴۱) موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۰۲.ق)، *مهذب الاحکام*، ج ۲۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی
- ۴۲) مومن قمی، محمد (۱۴۱۵.ق)، *کلمات سدیده فی مسائل جدیده*، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی
- ۴۳) النجفی، محمد حسن (بی تا)، *جواهر الکلام*، تحقیق محمود القوجانی، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی
- ۴۴) نوری طبرسی، حسین بن محمد تقی (۱۴۱۱.ق)، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، جلد ۱۴، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث