

واکاوی شرط عدم استیلا در نکاح از جهت مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه (مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان و آمریکا)*

- علی جعفری^۱
- فاطمه شعبانی^۲

چکیده

در حقوق ما، آزادی و حاکمیت اراده علاوه بر قانون، توسط نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز محدود می‌گردد. 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. از جمله شروطی که زوجین تحت تأثیر شرایط اجتماعی اقتصادی کنونی، مایل به گنجاندن آن ضمن عقد نکاح هستند تا پابندی طرف مقابل به این شرط را به الزامی دارای ضمانت اجرا تبدیل کنند، شرط عدم استیلا می‌باشد، که از چالش‌های جدی پیرامون آن، بحث مغایرت یا عدم مغایرتش با نظم عمومی و اخلاق حسنه است. در پژوهش پیش رو با

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۰۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۰۵.

۱. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم - ایران (alijafari@ut.ac.ir).
۲. کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم - ایران (نویسنده مسئول) (fatemeeshabani75@gmail.com).

تمسک به روش توصیفی تحلیلی در صدد پاسخگویی به این پرسش برآمدیم که وضعیت شرط عدم استیلا در نکاح از جهت صحت یا بطلان به دلیل مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه چه می‌باشد؟ در نهایت دریافتیم که نظر به نسبت مفاهیم نظم عمومی و اخلاق حسنه، وضعیت شرط عدم استیلا از جهت صحت یا بطلان نیز امری متغیر و نسبی جلوه گر می‌شود و مغایرت یا عدم مغایرت آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه، بستگی تام به وضعیت هر دوره زمانی و اوضاع هر منطقه دارد. ولی می‌توان چنین گفت که این شرط در شرایط عادی جامعه، مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه نمی‌باشد. در متون قانونی کشورهای انگلستان و آمریکا نیز فرزندآوری از حقوق مثبت زوجین در قبال یکدیگر شمرده شده و عدم آن، مخالفتی با نظم عمومی این دو کشور ندارد.

واژگان کلیدی: شرط عدم استیلا، نظم عمومی، اخلاق حسنه، نکاح، باطل.

مقدمه

در میان عقود، عقد نکاح همواره به سبب برخورداری از جنبه عبادی و اهمیت به سزای آن در بقاء و استمرار نسل آدمی، امتیازات ویژه‌ای داشته است. در قرآن و احادیث اسلامی نیز گزاره‌های فراوانی در خصوص تشویق به تکثیر نسل وجود دارد. ولی در جامعه امروزی به دلیل تغییرات عمیق فرهنگی و تحول در شیوه زندگی، تمایل به داشتن فرزند نسبت به گذشته کاهش یافته و شاهد آن، وجود فزاینده خانواده‌های تک‌فرزند یا بدون فرزند است. اهمیت این امر برای زوجین تا بدانجاست که برخی برای اطمینان از عدم وقوع آن مایل اند این امر را ضمن عقد نکاح شرط کنند تا پابندی طرف مقابل نسبت به آن را دارای پشتوانه قانونی گردانند. مطابق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی نیز به طرفین عقد ازدواج چنین حقی داده شده که هر شرطی را که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر شرط نمایند و با توجه به ادله وفای به شرط نظیر ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (مائده/ ۱) و «المؤمنون عند شروطهم»، این شروط لازم‌الاتباع خواهند بود. اما نکته اساسی در این رابطه آن است که وضع شرط در ضمن عقد به صورت صحیح و مطابق با معیارهای شرعی و حقوقی باشد. با عنایت به ماده ۱۰ قانون مدنی نیز که به

اصل آزادی قراردادهای اشاره دارد، طرفین یک قرارداد مجازند در روابط خصوصی خود، قراردادهایی را منعقد کرده و در ضمن آن تعهداتی را به نفع یا به ضرر یکدیگر درج نمایند؛ ولی آنچه ضرورت دارد این است که این تعهدات در محدوده قانون و به عبارت دیگر مشروع باشند. هرچند که مباحث حقوق قراردادهای و شروط ضمن آن‌ها به طور مستقیم یا غیر مستقیم با اصل حاکمیت اراده ارتباط دارند، اما با محدودیتی مهم نظیر نظم عمومی و اخلاق حسنه روبه‌رو هستند که گستره آن‌ها را در مواردی که مغایر با این دو مفهوم تشخیص داده شوند، محدود می‌گرداند. بنابراین آزادی اراده زوجین در درج تعهدات و شروط ضمن عقد نکاح نیز در جهت مصالحی نظیر منفعت و مصلحت جامعه تحدید می‌گردد و این تحدید که به دلیل مخالفت آن تعهدات با نظم عمومی و اخلاق حسنه اعمال می‌شود، به گونه‌ای است که به بطلان و عدم اعتبار تعهد مغایر می‌انجامد.

از جمله نهادهایی که مورد توجه خاص نظم عمومی قرار دارد، خانواده می‌باشد؛ چرا که به عنوان مهم‌ترین نهاد هر کشور، سستی و ازهم‌گسیختگی آن، سستی نظم عمومی را در پی دارد و از سوی دیگر، نتیجه تحولات اجتماعی، بیش از همه نهادها در نهاد خانواده مشاهده می‌شود. نظر به اهمیت به سزای نهاد خانواده در تشکیل جامعه بشری، بقاء نوع انسانی و استمرار نسل آدمی، حساسیت نظم عمومی نسبت به این نهاد و محدوده آزادی قراردادی زوجین در درج شروط ضمن آن دوچندان می‌گردد؛ چرا که میزان جمعیت ملت‌ها همواره به عنوان یکی از عوامل اقتدار، صلابت و حاکمیت سیاسی اجتماعی آنان محسوب می‌شود و امر استیلاد علاوه بر جنبه فردی و حاکمیت اراده زوجین در این حیطة، دارای جنبه اجتماعی نیز هست و چه بسا جنبه اخیر از اهمیت و حساسیت‌های بیشتری برخوردار است.

آنچه نگارندگان را به پژوهش در این زمینه وا داشت نیز اهمیت ویژه همین مسئله می‌باشد؛ به ویژه که در مجموع، بی‌میلی نزدیک به نیمی از خانواده‌های ایرانی به فرزندآوری، ایران را در آینده نزدیک به دوره سالمندی عمومی و بحران پیری نزدیک خواهد کرد که پیامدهای سیاسی نظامی و اجتماعی ناگواری در جامعه بر جای خواهد گذاشت و یقیناً مفهوم نظم عمومی، چنین وضعیتی را برنمی‌تابد.

هرچند پژوهش‌هایی پیرامون مفاهیم نظم عمومی و اخلاق حسنه صورت گرفته و حقوق‌دانان کوشیده‌اند ماهیت این دو را در حوزه‌های گوناگون حقوق خصوصی، عمومی و بین‌الملل روشن‌تر سازند - از جمله مقاله «نظم عمومی در رویکرد حقوقی، فقهی و جامعه‌شناختی» (الماسی، علیزاده و کریم‌پور، ۱۳۹۵) -، پژوهش‌های موفقی نظیر مقاله «ماهیت حقوقی فرزندآوری و آثار اشتراط و عدم اشتراط آن ضمن عقد نکاح (مطالعه تطبیقی)» (رحیمی و صادقی، ۱۳۹۷) نیز صورت گرفته که چنان که از نام آن نیز هویداست، تا حدی به اشتراط عدم فرزندآوری هم پرداخته است؛ لکن بررسی تفصیلی اشتراط عدم استیلا به لحاظ مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه، حوزه‌ای است که چندان به آن پرداخته نشده است، با وجود اینکه بررسی این شرط از جهت مذکور بسیار حائز اهمیت می‌باشد؛ چرا که وقتی سخن از نهاد خانواده در میان باشد، نظم عمومی و اخلاق حسنه، با توجه به اهمیت ویژه این نهاد در جامعه، اندکی متفاوت عمل می‌کنند که بیانگر نیاز به بررسی دقیق‌تر این مسئله می‌باشد؛ به ویژه که خانواده تنها نهاد تولید نسل و بقاء نوع انسانی یک جامعه است و مسائل مربوط به جمعیت و سیاست‌های پیرامون آن به طور مستقیم بر نظم عمومی جامعه اثرگذارند. لازم به ذکر است که در خصوص جواز یا عدم جواز اشتراط عدم استیلا در فقه و حقوق ایران به طور مستقیم سخنی به میان نیامده و موضوع مورد بحث ما به صورت مستقل و ارتباط میان این شرط به طور خاص با نظم عمومی و اخلاق حسنه، در هیچ یک از پژوهش‌های پیرامون نظم عمومی مورد بررسی قرار نگرفته است. لذا با توجه به پیشینه پژوهشی و وجه تمایز پژوهش حاضر با دیگر مقالات در این زمینه، نظیر «شرط فرزندآوری و یا عدم آن» (محقق داماد، ۱۳۸۹) و «شرط باروری یا عدم باروری در نکاح» (حجازی و بدایعی، ۱۳۹۳)، که به بررسی ماهیت فرزندآوری و چیستی ارتباط آن با عقد نکاح به عنوان مقتضای ذات یا اطلاق این عقد پرداخته و ادله خود را در جهت اثبات مدعا ارائه کرده‌اند و محوریت بحث ایشان عمدتاً پیرامون ماهیت اشتراط استیلا به عنوان حق زوج، زوجه و یا زوجین، و یا مسائل مرتبط با آن، همچون بیان احکام اقسام روش‌های پیشگیری از بارداری بوده است، توجه ما نگارندگان پژوهش حاضر، معطوف به بررسی وضعیت شرط «عدم استیلا» به طور خاص است و با بیان و تحلیل مطالب مرتبط، در صدد

بررسی و اعلام وضعیت شرط عدم استیلا در نکاح از جهت مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه برآمده‌ایم تا در نهایت روشن سازیم که آیا چنین شرطی به دلیل مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه باطل و بلااثر بوده یا مخالفتی با این دو مقوله ندارد؟ و چنانچه وجوه و شرایط خاصی برای مخالفت آن با نظم عمومی متصور است، شمول وجوه و شرایط مذکور به چه صورت می‌باشد؟

بر این اساس، نخست به تحلیل مفاهیم و جایگاه نظم عمومی و اخلاق حسنه در ساختار حقوقی ایران پرداخته می‌شود و کارکرد و نوع تفاوت این دو مفهوم از یکدیگر مورد بررسی قرار می‌گیرد. سپس از آنجا که مفهوم نظم عمومی، مفهومی نسبی و متأثر از مؤلفه‌های گوناگون است، به تحلیل این وجه و تأثیر مستقیم آن بر وضعیت صحت و بطلان شرط عدم استیلا در نکاح می‌پردازیم. در نهایت با ارزیابی ماهیت نسبی نظم عمومی و جلوه‌گری آن به تناسب اوضاع و احوال جامعه، وضعیت اشتراط عدم استیلا در شرایط گوناگون اجتماعی روشن می‌گردد. نظر به ارتباط تنگاتنگ نظم عمومی و اخلاق حسنه با قواعد فقهی نظیر حفظ نظام، لاضرر و نفی سبیل، نوع ارتباط آن‌ها با نظم عمومی و تأثیرشان در پاسخگویی به پرسش پژوهش نیز بیان خواهد شد. در نهایت، موضوع مورد بحث در حقوق دو کشور انگلستان و آمریکا نیز به طور اجمالی بررسی می‌گردد. لازم به ذکر است که این پژوهش از روش توصیفی - تحلیلی بهره برده و جمع‌آوری و فیش‌برداری مطالب با استفاده از کتب، مقالات و نشریات فارسی و عربی موجود در کتابخانه‌های حقیقی و مجازی معتبر صورت گرفته 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 می‌باشد. نتایج پژوهش کاربردی و تصمیم‌گرا می‌باشد.

۱. مفهوم استیلا

در لغت، استیلا به معنای طلب فرزند آمده است (عبدالناصر، ۱۳۹۸: ۲۱۴/۸). این کلمه به معنای توانایی و استعداد باروری هم به کار می‌رود (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۶۵/۳). در اصطلاح فقهی، استیلا یا امّ ولد اصطلاحی است درباره کنیزی که از مالک خود باردار شود (علامه حلی، بی‌تا: ۹۵/۲؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۴: ۲۴۸/۱).

در فقه، فقها معمولاً از اصطلاح «استیلا» برای بیان مفهوم «فرزندآوری» و «تولید مثل» استفاده می‌کنند (شبیری زنجانی، ۱۳۸۲-۱۳۸۳: ۴/۱۳۵۰ و ۱۳۶۰؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۳/۳۱۵). در پژوهش پیش رو نیز استیلا در معنای اخیر به کار برده شده است و مقصود از شرط عدم استیلا نیز تعهد بر عدم اقدام به بارداری است که نوعی شرط فعل سلبی (منفی)^۱ ضمن عقد نکاح می‌باشد؛ 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».

اکنون باید دید که آیا چنین شرطی به مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌انجامد؟

۲. نظم عمومی و اخلاق حسنه، تحدیدگر آزادی اراده

در حقوق ما، آزادی و حاکمیت اراده علاوه بر قانون، توسط نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز محدود می‌گردد. ماده ۹۷۵ قانون مدنی مقرر می‌نماید:

«محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و قراردادهای خصوصی را که بر خلاف 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 منخل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد، در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست».^۲

۱. مطابق ماده ۲۳۴ قانون مدنی: «شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی، بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود». به قرینه «اثباتاً یا نفیاً» مذکور در ماده 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.

۲. در ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ مقرر گردیده بود: «عقود و قراردادهایی که منخل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه است، در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست».

بنابراین در حقوق ما، نظم عمومی در کنار قانون، منبع مستقلی برای محدود نمودن آزادی قراردادی است. 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.

صحبت از نظم عمومی، مجال مفصلی را می‌طلبد و در این مختصر نمی‌گنجد. از طرفی هنوز در ماهیت آن اتفاق نظر وجود ندارد؛ به طوری که این اصطلاح در قوانین موضوعه بسیاری از کشورها از جمله ایران تعریف نشده و حقوق دانان بسته به گرایش و تخصص خود در تلاش برای ارائه تعریف صحیح، هر کدام به راهی رفته‌اند. لذا برای تبیین مفهوم آن، به ذکر برخی تعاریف که دیدگاه جامع‌تری نسبت به این مفهوم داشته‌اند، اکتفا می‌کنیم:

۱-۲. نظم عمومی

برخی حقوق دانان، نظم عمومی را در حقوق داخلی این گونه تعریف کرده‌اند:

«در حقوق داخلی (عمومی یا خصوصی) مجموعه تأسیسات 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: ۳۶۵۳/۵).

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 گردیده است و کسی نمی‌تواند بر خلاف آن توافق نماید» (عمید زنجانی، ۱۳۸۹: ۷۲۰/۲).

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

استاد کاتوزیان نیز هدف از وضع قوانین مربوط به نظم عمومی را حفظ منافع عمومی

دانسته و معتقد است که تجاوز به آن، نظم‌ی را که لازمهٔ حسن جریان امور اداری یا سیاسی و اقتصادی یا حفظ خانواده است، بر هم می‌زند (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۵۲/۳).

در رابطه با نظم عمومی همچنین گفته شده است:

«مفهوم نظم عمومی در هر کشور، وابسته به نظام حقوقی خاص همان کشور است. بنابراین حداقل الزامات یک نظام حقوقی و حفظ تمامیت دولت، به نظم عمومی بستگی دارد؛ زیرا نظم عمومی در واقع زیرساخت مصالح عمومی جامعه است» (الماسی، ۱۳۸۲: ۱۸۶؛ جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۶: ۶۶۷-۶۶۸).

بنابراین می‌توان گفت که قواعد واجد نظم عمومی به آن دسته از قواعدی اطلاق می‌شود که نقض آن، موجب اختلال در حفظ مصالح عالیه مردم و انتظام صحیح کشور می‌گردد و اشخاص نمی‌توانند با اتکا به آزادی و حاکمیت ارادهٔ خود و با توافق یکدیگر، علیه آن عمل نمایند.

شایان ذکر است که قواعد نظم عمومی به رغم اینکه عموماً در قوانین کشوری مندرج است، اما لزوماً لباس قانون بر تن ندارد. در این باره گفته شده است: «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 منبث از مجموعه نظام حقوقی کشور که در مادهٔ ۳ قانون آیین دادرسی مدنی^۱ نیز مورد تأکید قرار گرفته است، استناد کند.

۱. مادهٔ ۳ قانون آیین دادرسی مدنی: «قضات دادگاه‌ها موظف‌اند 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 قضیهٔ 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 دعوی و صدور حکم امتناع ورزند؛ و الاً مستکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد».

۲-۲. اخلاق حسنه

در تعریف اخلاق حسنه آمده است:

«اخلاق حسنه آداب پسندیده‌ای است که افراد در معاشرت‌های خود با یکدیگر به کار می‌بندند تا اولاً، شأن و منزلت انسانی را محترم بدارند و ثانیاً، بین آن‌ها محبت و مودت ایجاد شود» (هاشمی، ۱۳۸۴: ۱۸۹/۱).

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. هر گاه حسنه بودن به گونه‌ای 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 به عنوان یکی از منابع نظم عمومی یاد می‌شود و گاه آن را از عناصر نظم عمومی و از موانع نفوذ قراردادها قرار می‌دهند.

۳-۲. ارتباط نظم عمومی و اخلاق حسنه

در زمینه ارتباط نظم عمومی و اخلاق حسنه، دو نظریه به چشم می‌خورد: نخست «نظریه انفکاک» که نظم عمومی را مربوط به قوانین موضوعه می‌داند و اخلاق حسنه را مربوط به قواعد خارج از متون حقوقی. دومین نظریه، «نظریه اتصال» که اعتقاد دارد اخلاق حسنه جزئی از نظم عمومی است و رابطه آن‌ها عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی هر قاعده‌ای که مربوط به اخلاق حسنه باشد، جزء نظم عمومی است، اما هر قاعده راجع به نظم عمومی، الزاماً جزء مصادیق اخلاق حسنه قرار ندارد (احمدی و استانی، ۱۳۴۱: ۱۲۵).

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 این گونه قوانین قرار گرفته‌اند باید در شمار قواعد مربوط به نظم عمومی آورد؛ ولی گروه دیگر که ضمانت اجرای آن تنها وجدان عمومی است، به عنوان 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 هیچ یک از قواعد اخلاقی تعارض نداشته باشد. بنابراین هر کدام 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 بر هم می‌زند و از همین رو هیچ‌گاه حقوق نمی‌تواند به امور غیر اخلاقی 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 دادرسی اجازه می‌دهد برای اخلاقی کردن قراردادها، پا را از متون حقوقی فراتر نهد؛ وگرنه اخلاق حسنه با نظم عمومی چنان ارتباطی دارد که نمی‌توان این دو را در برابر هم مستقل شمرد.

چنان که گذشت، در حقوق ما نظم عمومی در کنار قانون، منبعی مستقل برای محدود نمودن آزادی قراردادی است و ضرورتی ندارد که تمام قواعد و الزامات آن به شکل قانون آمده درآمده باشد. شرط نیز همانند عقد است و در حقوق ما، قرارداد یا شروط قراردادی مخالف با روح قوانین و مقررات حاکم بر کشور و عرف و عادت و الزامات که مورد تقنین واقع نشده، ولی مصالح و منافع اجتماعی اقتصادی جامعه به عنوان نظم عمومی و اخلاق حسنه اقتضا نموده‌اند، به استناد ماده ۹۷۵ قانون مدنی و مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه، باطل اعلام می‌شوند؛ همان گونه که اگر تحقق امری در راستای ایجاد و تقویت نظم عمومی ضروری به نظر برسد، حکم الزامی به خود می‌گیرد.

۴-۲. نسبیّت نظم عمومی

نقطه مشترکی که در تعریف‌های مختلف از نظم عمومی وجود دارد، «مصلحت و منفعت عمومی» است که عنصر ثابت در این مفهوم است. «مصلحت» 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 و دیگر آن موضوع مغایر با نظم عمومی جامعه شمرده نشود.

برخی نویسندگان، 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 موضوعات واحد و یکسان می‌توانند در کشورهای گوناگون، مشمول قواعد متفاوت و متعارض نظم عمومی قرار 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 زمانی دیگر چنین نیست (الماسی، علیزاده و کریم‌پور، ۱۳۹۵: ۸-۹).

از سوی دیگر، از دیگر منابع مهم نظم عمومی، اخلاق حسنه و احساسات عمومی‌اند که اخلاق حسنه نیز ماهیتی ترکیبی و نسبی دارد؛ چرا که 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 سرعتی بیشتر، همگام با تحولات سیاسی اقتصادی و رویدادهای اجتماعی تغییر می‌کنند (همان: ۹). بنابراین همان‌گونه که مفاهیم مصلحت و منفعت جمعی و اخلاق حسنه مفاهیمی نسبی‌اند، نظم عمومی نیز به تبع آن‌ها و با توجه به شرایط زمان و مکان تغییر می‌یابد.

بر این اساس می‌توان گفت که بررسی مغایرت یا عدم مغایرت شرط عدم استیلاد 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.

۲-۴-۱. 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 بر هم نزند 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. هرچند در این خصوص به طور مستقل در متون فقهی و حقوقی ایران، سخنی به میان نیامده است، لکن با بررسی آراء و مباحث فقهی و حقوقی مرتبط، نتیجه مذکور حاصل می‌گردد و 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. چنان که گذشت، 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؛ ولی استیلا از سوی حقوق‌دانان در مقتضای ذات عقد نکاح لحاظ نشده تا شرط خلاف آن، باطل و مبطل نکاح تلقی گردد. برخی حقوق‌دانان حتی در اینکه این امر مقتضای اطلاق نکاح نیز باشد، تردید کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱۷ به بعد). یعنی از دیدگاه ایشان، استیلا دارای چنان رابطه‌ای با نهاد اجتماعی خانواده نیست که عدم تحقق آن منجر به صدمه به ارکان اصلی عقد نکاح گشته و غرض اصلی شارع از جعل این عقد را معطل گرداند. علاوه بر آن، مشهور فقهای امامیه قائل به جواز عزل (انزال نطفه خارج از رحم زن) می‌باشند (نراقی، ۱۴۲۹: ۷۵/۱۶؛ جبعی عاملی، ۱۴۲۵: ۶۴/۷) و می‌توان گفت از آنجا که اگر ضمن عقد نکاح، عزل میان زوجین شرط شده باشد، این شرط از نظر فقها جایز و نافذ است، به قیاس اولویت می‌توان گفت که شرط عدم استیلا نیز از نظر ایشان محکوم به صحت می‌باشد؛ زیرا نتیجه و اثر عزل، عدم توالد و تناسل است که از منظر فقهای متقدم در صورت رضایت زوجه و شرط کردن با وی، جایز شمرده شده است. تناسب حکم و موضوع نیز ایجاب

می‌کند که مصادیق دیگر جلوگیری از انعقاد نطفه مانند قرص‌های ضد بارداری، وسایل پیشگیری و... حکمی مشابه عزل داشته باشند.

تصریح فقها به اینکه زن می‌تواند حتی بدون اجازه شوهر، چنانچه به حقوق زناشویی لطمه وارد نشود و برای خود او ضرر بسیار نداشته باشد، وسایل پیشگیری از بارداری موقت را به کار گیرد و مرد نباید او را مجبور به فرزندآوری کند (موسوی گلپایگانی، ۱۳۶۴: ۱۷۳/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲۸۴/۲؛ همو، ۱۴۱۲: ۱۲۱/۱) نیز مؤید آن است که استیلا از دیدگاه فقها دارای حکم الزامی نمی‌باشد. از ادله جواز پیشگیری نیز می‌توان به اصل اباحه و قاعده سلطنت اشاره کرد؛ چرا که اصل بر مباح بودن چنین عملی است. اصالت اباحه قاعده‌ای مشهور میان اصولیان 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، به دلیل منع‌کننده‌ای دست پیدا نکند. در چنین مسئله‌ای فقیه به مقتضای اصول عملیه مراجعه می‌کند که یا استصحاب اباحه‌ای است که قبل از شرع بوده است یا اصاله البرائة شرعی یا عقلی.

معنای دوم، اثبات اباحه واقعی با بعضی از عمومات قرآنی و روایاتی که دلالت دارند بر اینکه همه چیز مباح است، مگر عناوینی که حرمت شرعی‌شان با ادله دیگر اثبات شده باشد، مثل خمر. بنابراین هر گاه 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، الزامات قانونی است، والا عدم الزامات قانونی احتیاجی به نص ندارد. پس اصل در اشیاء قبل از ورود شرع اباحه است؛ زیرا هیچ گونه دلیلی دلالت ندارد که این عمل ضرر دنیوی دارد و برای اثبات ضرر اخروی نیز باید دلیل شرعی اقامه گردد، در حالی که فرض ما بر این است که فاقد دلیل شرعی هستیم؛ چون اگر در واقع عقابی در کار بود، لازم بود که خداوند به ما اعلام فرماید، در نتیجه، هم ضرر دنیوی و هم ضرر اخروی منتفی است و بنابراین اباحه حاکم است و منعی برای پیشگیری وجود ندارد.

همچنین به استناد قاعده سلطنت، زوج مالک نطفه و زوجه مالک رحم خویش می‌باشد و اصل سلطه انسان بر نفس خود اقتضا می‌کند که اختیار انعقاد نطفه یا عدم آن

به دست همسران باشد. این قاعده اگرچه سلطنت در اموال را در بر می‌گیرد،^۱ ولی تسلط انسان بر نفس و حقوق خویش، امری است که حسب بنای عقلا و الغای خصوصیت از باب مناسبت حکم و موضوع، ثابت است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶: ۳۷). بنابراین انسان به طریق اولی بر حقوق و منافع و همچنین اعضا و جوارح خود سلطه دارد. از این رو می‌توان گفت که مطابق قاعده تسلیط، زوج این حق را دارد که به طریقی از انعقاد نطفه خویش در رحم زن امتناع ورزد. برای زوجه نیز چنین حقی ثابت است، مگر اینکه شرط ضمن عقد یا تبانی بر عدم آن صورت گرفته باشد (قنبرپور، ۱۳۹۴: ۸۳).

علاوه بر آنچه ذکر کردیم، فقها متفق القول، قائل به جواز شرط عدم وطی و تمتع جنسی در هر دو نکاح دائم و موقت می‌باشند (طوسی، ۱۴۰۰: ۴۷۴؛ جبعی عاملی، ۱۴۲۵: ۲۴۸-۲۴۷/۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۹: ۳۸/۲؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۸۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۶: ۴۳۹/۲). بر این اساس می‌توان چنین گفت که شرط عدم استیلا نیز به قیاس اولویت، چنین وضعیتی دارد؛ چرا که اگر شرط عدم استیلا خلاف قانون و مقتضای ذات عقد نکاح بود، منطقی به نظر نمی‌رسید که شرط عدم نزدیکی از باب ملازمه با استیلا و از آنجا که با انتفای وطی، استیلا نیز متفنی خواهد بود. از نظر فقها جایز باشد. چنانچه استیلا در عقد نکاح، دارای ضرورت و مقتضای این عقد بود، نزدیکی نیز از باب وجوب مقدمه واجب باید مورد الزام واقع می‌شد؛ نه اینکه حکم به جواز شرط عدم آن به طور مطلق داده شود. در حالی که وقوع وطی و نزدیکی راه عمده تحقق استیلا است. آنچه تا حدودی مؤید این استدلال است، اصطلاحات به کاررفته در متن روایات مستند این نظر و عباراتی است که فقها در بیان مطلب استفاده کرده‌اند؛ در متن روایات و عبارات اکثر فقها از اصطلاح «اقتضاض» (اقتضاض) استفاده شده است (طوسی، ۱۴۰۰: ۴۷۴؛ جبعی عاملی، ۱۴۲۵: ۲۴۷/۸؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۸۱). این اصطلاح به معنای «ازاله بکارت کردن» است. از این رو وقتی شرط عدم ازاله بکارت از نظر این فقها صحیح است، در واقع به طور ضمنی شرط عدم استیلا هم شده است؛ زیرا حتی در صورتی که امکان فرزندآوری بدون نزدیکی طبیعی هم وجود داشته باشد، با وضع حمل بکارت

۱. «الناس مسلطون علی اموالهم».

زن زائل می‌گردد. ممکن است گفته شود که 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، شاید اصلاً نیازی به حامله شدن زن هم نباشد! ولی به هر حال باید توجه داشت که مقنن معمولاً برای موارد غالب قاعده وضع می‌کند و نمی‌توان با موارد استثنایی قاعده را بر هم زد.

لذا به وضوح روشن می‌گردد که در فقه امامیه که حقوق ایران مبتنی بر آن می‌باشد و از آن تبعیت نموده است، اشتراط عدم استیلا مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی که مبنای اصل آزادی و حاکمیت اراده اشخاص است، قرار می‌گیرد و هیچ‌گونه مخالفتی با روح قوانین و اصول کلی حقوقی منبث از مجموعه نظام حقوقی کشور ندارد تا خلاف نظم عمومی که قواعد آمره یکی از مهم‌ترین منابع آن می‌باشد، پنداشته شود. صحت نکاح اشخاص عقیم، ناتوانان جنسی و سالمندان در فقه و حقوق ایران، در حالی که فاقد قابلیت باروری هستند نیز مؤید نتیجه حاصل شده، یعنی عدم مخالفت شرط عدم استیلا با نظم عمومی و اخلاق حسنه جامعه در شرایط عادی می‌باشد.

شایان ذکر است که شرط مخالف عرف نیز در صورتی که آن عرف مسلم و مرتبط با نظم عمومی بوده و نتیجه توافق خلاف آن با اخلاق حسنه مخالفت کند، نیز جایز نمی‌باشد. به عبارت دیگر فقط در مواردی که قانون جهت کارگشایی، امر را به عرف احاله نموده و عرف حسب مورد جنبه تکمیلی دارد، افراد مجازند بر خلاف آن اشتراط نمایند (احسانگر، ۱۳۹۲: ۴۱). در خصوص 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 کنند 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» می‌باشد. 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 و پذیرش آن توسط قانون، اختیار تصمیم‌گیری در این مورد به زوجین واگذار شده و استیلا از حقوق ایشان می‌باشد که در چهارچوب قانون، توانایی اشتراط عدم فعلیت و استیفای فعلی آن را دارا هستند و عرف

نیز بنا 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.

با عنایت به آنچه تا کنون ذکر شد، استیلا از حقوق زوجین در نکاح می‌باشد که بر اساس اراده صاحب حق و با رعایت ماده ۹۵۹ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند»، قابلیت محدود شدن و توافق دارد؛ چرا که توافق صاحب حق در این خصوص و محدود نمودن حق استیلا خود، تضادی با مصالح عمومی و به تبع آن نظم عمومی ندارد؛ بلکه شاید بتوان گفت توافق اراده زوجین در چنین مواردی و تلاش برای تنظیم زندگی زناشویی خویش از طریق شروط ضمن عقد، با مصالح عمومی جامعه سازگارتر است. همچنین آنچه در ماده ۹۵۹ قانون مدنی به چشم می‌خورد، قید «به طور کلی» است که با توجه به این قید به نظر می‌رسد قانون‌گذار، سلب حق تمتع و اجرا را در موارد جزئی پذیرفته است. در خصوص شرط عدم استیلا در نکاح نیز این امر، سلب حق به طور جزئی و محدود به دوران نکاح می‌باشد؛ چرا که امکان طلاق و فسخ نکاح وجود دارد. نظریه صاحب نظران 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 به طور جزئی، لازمه آزادی حقوقی فرد می‌باشد.

چنان که ملاحظه شد، در شرایط عادی جامعه، اشتراط عدم استیلا ضمن عقد نکاح، منافاتی با نظم عمومی و اخلاق حسنه ندارد؛ بلکه از آنجا که گامی در جهت تنظیم زندگی زناشویی و جلوگیری از بروز اختلافات بعدی میان زوجین می‌باشد، با نظم عمومی و اخلاق حسنه سازگاری بیشتری دارد.

۲-۴-۲. در شرایط خاص جامعه

در فرض مذکور وضعیت متفاوت است. چنان که گفتیم، استیلا علاوه بر جنبه فردی آن در روابط زوجین، دارای جنبه اجتماعی نیز هست و چه بسا این بعد از آن حائز اهمیت بیشتری است. بر این اساس، هرچند استیلا در شرایط عادی جامعه دارای الزام شرعی و قانونی نمی‌باشد، تحت شرایطی خاص، افزودن نسل و فرزندآوری در

جامعه ضرورت می‌یابد. لذا اظهار نظر کلی برای تمام کشورها و در تمام زمان‌ها نسبت به صحت یا بطلان شرط عدم استیلا صحیح نیست. به عبارت دیگر، حکم به عدم منافات شرط عدم استیلا با نظم عمومی و اخلاق حسنه، یک حکم مطلق نیست که همه زمان‌ها و مکان‌ها را در بر گیرد. لذا اگر شرایط کشور به گونه‌ای است که جمعیت جامعه اسلامی به حدی کاهش یافته که بیم سیطره دشمنان اسلام بر آنان می‌رود و جامعه در اثر کاهش شدید جمعیت، دچار مشکلات جدی اجتماعی اقتصادی، کمبود نیروی کار و نیروی نظامی شده و سالمندی عمومی، جامعه را تهدید می‌کند، مصلحت عمومی اقتضای استیلا و فرزندآوری دارد و می‌توان گفت که در چنین موقعیتی، افزودن نسل مسلمانان و فرزندآوری ضرورت یافته و یقیناً شرط عدم استیلا در چنین شرایطی 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 و... 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 ضمن عقد نکاح جایز بوده و نه تنها مغایرتی با نظم عمومی ندارد که در جهت تقویت آن نیز می‌باشد.

در چنین شرایطی، حفظ نظم عمومی و اخلاق حسنه از مبانی مداخله دولت در نهاد خانواده است؛ چرا که نابسامانی در این نهاد، تهدید بزرگی برای تمام جامعه و حسن جریان لازم امور مربوط به اداره کشور می‌باشد. لذا دولت در شرایط کاهش شدید جمعیت مداخله می‌کند و با سیاست‌های جمعیتی برای دستیابی به یک جمعیت مطلوب و متعادل، خانواده‌ها را حسب شرایط به استیلا ترغیب یا در این خصوص قانون‌گذاری کرده و از عدم استیلا منع می‌کند و با قوانین بازدارنده از این کاهش شدید جمعیت جلوگیری یا آن را جبران می‌نماید؛ قوانینی همچون عدم جواز خرید و فروش ابزار پیشگیری، مگر در صورت ارائه گواهی دال بر وجود خطر جدی برای زن در صورت باروری یا گواهی دال بر داشتن حداقل سه فرزند یا قوانینی از این قبیل. در حقوق ایران می‌توان چنین گفت که نظم عمومی در نظام حقوقی این کشور،

برگرفته از مفهوم فقهی حفظ نظام اسلامی و مصالح آن است. دو قاعده فقهی نفی سبیل و لاضرر نیز ارتباط تنگاتنگی با مفهوم نظم عمومی در جامعه اسلامی داشته و به نظر می‌رسد مبنای آن قرار گرفته‌اند. در ادامه، این قواعد و ارتباط آن‌ها با نظم عمومی به اجمال روشن می‌گردد.

۱-۲-۴-۲. حفظ نظام

از آنجا که حفظ حکومت اسلامی، موجودیت و کیان مسلمین واجب است، از صدر اسلام تا کنون رهبران و اندیشوران اسلامی به ممنوعیت آنچه موجب اختلال نظام می‌شود، حکم داده‌اند و در مقابل، حفظ نظام را واجب شمرده‌اند. طبق مقتضای قاعده وجوب مقدمه واجب، مقدمات آن نیز از هر نوع و سنخی که باشند، واجب خواهند بود. بدیهی است که استیلاد و تکثیر نسل از مقدمات واضح حفظ نظام می‌باشد، بنابراین کثرت استیلاد که در آموزه‌های اسلام امری ممدوح و مستحب است، در شرایط کاهش جمعیت و تضعیف نظام، از باب مقدمه واجب لازم می‌شود و این اقتضای قاعده «عدم اختلال نظام» یا «ضرورت حفظ نظام» است؛ چرا که حفظ مملکت اسلامی و ملت ممکن نمی‌شود، مگر به واسطه حفظ نسل بشر از اضمحلال و تکثیر آن (جعفریان، ۱۴۲۸: ۱۹۹/۱). شایان ذکر است که این قاعده صرفاً به نظام حکومتی اشاره ندارد؛ بلکه نظر آن بیشتر به عدم اختلال نظام عام اجتماعی است که نظام سیاسی و حکومتی را هم شامل می‌شود.

۲-۲-۴-۲. لاضرر

بنا بر قاعده «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام»، حکم ضرری در شرع اسلام منتفی است و با وقوع عنوان ضرر، حکم اولی مرتفع و حکم دیگری جایگزین آن می‌شود. به نظر می‌رسد که این قاعده علاوه بر ضرر شخصی، ضرر نوعی را هم شامل می‌شود؛ چرا که در احکام اولیه اسلام به طور کلی این اصل -یعنی عدم زیان عامه و تقدم مصالح جمعی بر مصالح افراد- رعایت شده و شارع مقدس نیز در روابط اجتماعی مردم هر گونه اقدام زیانبار را امضا نکرده است.

ضرر عمومی را در سال‌های گذشته جمعیت ایران و آثار سوء سیاسی، اقتصادی و

اجتماعی کاهش جمعیت می‌توان یافت. از این رو بر مبنای قاعده لاضرر در چنین شرایطی، همگان باید ملزم به استیلا شوند تا جامعه از این وضعیت نجات یابد.

۴-۲-۳. نفی سبیل

تعداد جمعیت ملت‌ها به عنوان یکی از عوامل اقتدار و حاکمیت سیاسی آنان محسوب می‌شود. بنابراین اگر تعداد جمعیت مسلمانان در یک سرزمین اسلامی نسبت به سایر ادیان موجود، رفته رفته کاهش یابد و یا جمعیت کفار بر مسلمانان غالب گردد، تغییر حکومت اسلامی امری حتمی و مسلم است (حاجی‌هادی و قاسمی مقدم، ۱۳۹۳: ۱۷۱). بر این اساس، بر حکومت‌های اسلامی و مسلمانان واجب است که اهداف و برنامه‌های خود را در راستای حفظ نظام اسلامی و جلوگیری از سلطه کفار بر مسلمانان قرار دهند. پس در شرایطی که مسلمانان در اقلیت قرار گرفته و شمار دشمنان و کفار پیش بگیرد، استیلا و تکثیر نسل امری واجب خواهد بود.

چنان که ملاحظه شد، قواعد مذکور در بردارنده معنایی غیر از آنچه که نظم عمومی و لزوم حفظ آن در شرایط خاص جامعه بر آن دلالت می‌کند، نمی‌باشد 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 که بر اساس قواعد فوق و در راستای حفظ نظم عمومی و حسن جریان لازم امور گوناگون جامعه، اگر شرایط جمعیتی کشور به نحوی باشد که جواز شرط عدم استیلا منجر به اختلال نظام یا برتری مخالفان اسلام از حیث تعداد شود و به سالمندی عمومی جامعه که ضررهای فراوان اقتصادی نظامی و اجتماعی را در پی دارد، منجر گردد، اشتراط عدم استیلا در ضمن عقد نکاح یقیناً خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه تلقی می‌گردد و از این رهگذر باطل و بلا اثر خواهد بود.

از این رو، هر نوع رفتاری که در روند نظم عمومی با گستره و عناصر تعریف شده، اختلال ایجاد نماید، از دیدگاه آموزه‌های اسلام نیز ممنوع و حرام قلمداد می‌شود. نتیجه آنکه اظهار نظر کلی برای تمام کشورها و در تمامی زمان‌ها نسبت به صحت و جواز شرط عدم استیلا درست نیست و حکم این امر، یک حکم مطلق نیست که همه

زمان‌ها و مکان‌ها را در بر گیرد. ولی در حالت کلی و در شرایط عادی جامعه نه تنها مخالف با اخلاق حسنه و نظم عمومی نبوده، بلکه عین احترام به اراده آزاد انسان‌ها در چهارچوب نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌باشد.

۳. مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان و آمریکا

۳-۱. نظم عمومی^۱ در حقوق این کشورها

لغت‌نامه ویستر^۲ واژه order را «ترتیبی منظم و معین، شرایط مطلوب ناشی از انطباق و تبعیت از قانون» و واژه public را «مربوط بودن یا متعلق بودن به مردم، مربوط به یک ملت، کشور یا جامعه» و متضاد «شخصی» تعریف می‌کند. بنابراین ممکن است نظم عمومی مترادف با منفعت عمومی در نظر گرفته شود (Gualtieri, 1952: 159). یکی از حقوق‌دانان آمریکایی به نام هلی^۳ با انتقاد از تلاش حقوق‌دانان اروپایی به ویژه فرانسوی برای ارائه تعاریف مختلف از نظم عمومی، معتقد است که اصولاً نظم عمومی آن قدر مبهم و متغیر است که تقریباً تعریف آن غیر ممکن است و نمی‌توان برای آن، ارکان و عناصر لازم را برشمرد. از این رو لازم است که هر موضوع را در زمان مورد نظر و با نگاه به اوضاع و احوال همان قضیه مورد تجزیه و تحلیل قرار داد (ساکت، ۱۳۷۱: ۴۵۴-۴۵۵).

در حقوق انگلیس، از نظم عمومی ذیل بحث قراردادهای نامشروع یا عدم مشروعیت سخن به میان می‌رود و برخی، قراردادهای خلاف نظم عمومی را قراردادهایی می‌دانند که حقوق، آن‌ها را مضر منافع جامعه یا اخلاق حسنه می‌دانند (Chandler & Brown, 2011: 118-119).

در حقوق این کشور، اولین اثری که نامشروع بودن قرارداد دارد این است که اجرای آن را ناممکن می‌سازد. منظور از ناممکن شدن اجرای قرارداد، عدم استماع دعوی اجرای مفاد قرارداد است (Treitel, 1991: 392). همچنین در حقوق این کشور، قاعده‌ای

1. Public order.
2. Webster.
3. Healy.

وجود دارد که مقرر می‌دارد:

«دادگاه‌ها به هیچ وجه در صدد کمک کردن به اجرای قراردادی که غیر قانونی یا مخالف نظم عمومی است، برنخواهند آمد» (Ibid.: 393).

چنان که ملاحظه می‌گردد، در حقوق داخلی این کشورها نیز جهت استناد به نظم عمومی، برای مقابله و بی‌اثر کردن اراده خصوصی در برابر نفع عمومی است و نظم عمومی مفهومی نسبی است که به تناسب زمان، مکان و شرایط تغییر می‌کند.

۲-۳. ماهیت استیلاد در حقوق کشورهای انگلستان و آمریکا

در متون حقوقی کشورهای انگلستان و آمریکا با اصطلاحاتی از قبیل “right to procreate” (Post, 2004: 4/2276; Herring, 2017: 419) “parenthood right” (Boivin & Pennings, 2004: 784; Maclean, 2004: 782) به این موضوع پرداخته شده است.

در رابطه با ماهیت استیلاد و حق بودن یا نبودن آن، در حقوق انگلستان اختلاف نظر وجود دارد. برخی آن را یک حق می‌دانند (Boivin & Pennings, 2004: 784; Herring, 2017: 419) و برخی دیگر آن را یک حق به شمار نمی‌آورند (Maclean, 2004: 782).

در میان قائلان به حق بودن استیلاد، برخی معتقدند که استیلاد یک «حق منفی» است و «حق مثبت» به شمار نمی‌آید^۱ (Boivin & Pennings, 2004: 784; Herring, 2017: 419). اما در مقابل برخی معتقدند که فرزندآوری یک «حق مثبت» است و دولت موظف است به افرادی که می‌خواهند صاحب فرزند شوند، ولی به دلایلی مانند بیماری نمی‌توانند به‌طور طبیعی صاحب فرزند شوند، از طریق تأمین و تسهیل روش‌های کمک‌باروری مساعدت نماید (Herring, 2010: 71-72; Herring, 2011: 172).

۱. «حق مثبت» یا «حق ادعا» در واقع، همان حق به معنای اخص است؛ مانند طلبی که الف از ب دارد. در اینجا الف نسبت به ب یک «حق مثبت» دارد و الف می‌تواند این حق را از ب مطالبه کند و ب نیز موظف است آن را بپردازد. در مقابل، «حق منفی» یا «حق آزادی» حق به معنای ضعیف‌تر است؛ مانند حق آزادی بیان. در اینجا الف دارای حق آزادی بیان است و دیگران فقط موظف‌اند به این حق احترام بگذارند و مانع وی در جهت تحقق حشش نشوند، ولی تکلیفی به انجام کاری ندارند (قاری سیدفاطمی، ۱۳۹۰: ۶۲؛ راسخ و خداپرست، ۱۳۸۶: ۲۵۰).

در حقوق آمریکا نیز به نظر می‌رسد حق استیلاد و فرزندآوری به صورت ضمنی در قانون اساسی این کشور مورد اشاره قرار گرفته است. اما در رابطه با اینکه آیا این حق یک حق مثبت است و هر شخص می‌تواند برای رسیدن به آن، کمک‌هایی را که لازم دارد، از جامعه (دولت) مطالبه کند، صراحتی وجود ندارد (Post, 2004: 4/2276).

در حقوق انگلیس، یک اصل اساسی وجود دارد که در کتب حقوق خانواده این کشور به اصل «استقلال»^۱ تعبیر می‌شود؛ به این معنا که: هر انسان باید قادر باشد تصمیم بگیرد که چگونه می‌خواهد زندگی کند، مادامی که این شیوه زندگی او به دیگران صدمه نزند (Herring, 2017: 25). این اصل وقتی به موضوع استیلاد و باروری می‌رسد، اصل «استقلال باروری»^۲ نامیده می‌شود؛ به این معنا که: اشخاص خودشان شخصاً باید تصمیم بگیرند که صاحب فرزند بشوند یا خیر (Id., 2010: 71-72; Id., 2011: 172). طبق همین مبنا، اشخاص در حقوق این کشور می‌توانند بدون رضایت و اجازه همسر یا شریک زندگی خود از وسایل و روش‌های جلوگیری از بارداری^۳ استفاده نمایند و همچنین با توجه به مجاز بودن عقیم‌سازی^۴، حتی بدون رضایت و اجازه همسر و یا شریک زندگی، خود را عقیم کنند (Engender Health, 2002: 104). بر این اساس، مطابق با حقوق این کشور، فرزندآوری جزء تعهدات زوجین در عقد نکاح و سایر تأسیسات مشابه آن نیست؛ لذا کسانی هم که قائل اند فرزندآوری یک حق مثبت است، صرفاً در مقابل دولت، آن را یک حق مثبت به شمار می‌آورند؛ چرا که زوجین در قبال یکدیگر چنین تعهدی ندارند (Herring, 2010: 71-72; Id., 2011: 172).

چنین وضعیتی در حقوق انگلستان باعث شده که برخی نویسندگان به این موضوع معترض شوند؛ چرا که استیلاد از اموری است که به زن واگذار شده است و او تصمیم‌گیرنده اصلی برای بارداری و عدم بارداری است. به عبارت دیگر، در صورتی که مردی بخواهد صاحب فرزند شود، ولی همسر وی تمایل نداشته باشد، امکان

-
1. Autonomy.
 2. Reproductive Autonomy.
 3. Contraception.
 4. Sterilization.

فرزندآوری برای او وجود ندارد؛ چرا که زن بدون رضایت مرد، هم می‌تواند از بارداری جلوگیری کند و هم می‌تواند خود را عقیم نماید.

در انگلیس، دعاوی متعددی از طرف مردان علیه همسر و یا شریک زندگی‌شان جهت جلوگیری از سقط جنین توسط زن مطرح شده است که همگی رد شده‌اند (Mohindra, 2008: 175).

در حقوق آمریکا، وضعیت تقریباً مشابه حقوق انگلستان است؛ اما بر خلاف مقررات انگلستان که طبق قانون سقط جنین مصوب ۱۹۶۷ و اصلاحات بعدی آن، سقط جنین به صرف تقاضای زن و بدون دلایل پزشکی ممنوع است (Carr, 2015: 114)، بر اساس قوانین آمریکا، سقط جنین در ماه‌های اولیه بارداری به صرف درخواست زن و بدون هیچ گونه دلیلی و بدون لزوم اخذ رضایت زوج انجام می‌شود (Ibid., 118; McCulley, 1998: 3).

در آمریکا بر اساس رأی دیوان عالی فدرال این کشور در پرونده «رو علیه وید» در سال ۱۹۷۳ میلادی، سقط جنین به درخواست زن و بدون لزوم دخالت دیگران (همسر و دولت) قانونی شد (Carr, 2015: 118; McCulley, 1998: 3). از این رو در دعاوی دیگری که از طرف مردان علیه همسر و یا شریک زندگی‌شان به منظور ممانعت از سقط جنین توسط زن و یا به منظور الزام زن به سقط جنین و یا رها شدن مرد از مسئولیت پدری در قبال فرزند ناخواسته طرح شده است، همگی رد شده‌اند؛ برای مثال در دعاوی «دوبی علیه ولس»، «دوبی یک جوان ۲۵ ساله در میشیگان آمریکا بود که ادعا می‌کرد به شریک زندگی‌اش به صراحت گفته که نمی‌خواهد صاحب فرزند شود و شریک زندگی‌اش هم گفته بود که به دلایل پزشکی نمی‌تواند حامله شود، اما حامله شده بود. از این رو تقاضای دوبی این بود که از مسئولیت پدری در قبال فرزند ناخواسته‌اش رها شود؛ با این استدلال که وقتی زن می‌تواند انتخاب کند که سقط جنین نماید، چرا من نباید چنین انتخابی داشته باشم؟ اما دادگاه تجدیدنظر درخواست فوق را رد کرد؛ با این استدلال که درخواست دوبی که مدعی است حق مرد برای سلب مسئولیت پدر بودن، مشابه حق زن برای سقط جنین است، متکی به یک قیاس غلط است (Dubay v. Wells, 2007).

نتیجه‌گیری

با عنایت به ماده ۱۰ قانون مدنی که به اصل آزادی قراردادهای اشاره دارد، طرفین یک قرارداد مجازند در روابط خصوصی خود قراردادهایی را منعقد کرده و در ضمن آن تعهداتی را به نفع یا ضرر یکدیگر درج نمایند. آنچه ضرورت دارد این است که تعهدات باید در محدوده قانون و به عبارت دیگر مشروع باشند. در حقوق ما بر مبنای ماده ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، آزادی و حاکمیت اراده علاوه بر قانون، توسط نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز محدود می‌گردد و 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. از چالش‌های جدی راجع به شرط عدم استیلا در عقد نکاح نیز بحث مغایرت یا عدم مغایرت آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه است. با توجه به نسبی و تغییرپذیری مفاهیم مصلحت و منفعت جمع، اخلاق حسنه و احساسات عمومی به فراخور شرایط مکان و زمان، مفهوم نظم عمومی نیز ماهیتی نسبی می‌یابد. 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 بر هم نرزد 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. این مسئله به طور مستقیم و مستقل در متون فقهی و حقوقی مطرح نگردیده است، ولی با بررسی روح حاکم بر نظم حقوقی ما به ویژه مقررات مربوط به حقوق خانواده به نظر می‌رسد استیلا یک حق است که بر اساس اراده صاحب حق و با رعایت ماده ۹۵۹ قانون مدنی، قابلیت محدود شدن و توافق دارد؛ چرا که

استیلا در مقتضای ذات عقد نکاح لحاظ نشده، تا اشتراط عدم آن به دلیل مخالفت با مقتضای ذات عقد نکاح، باطل و مبطل عقد بوده و از طریق لطمه به ارزشمندترین نهاد جامعه، خلاف نظم عمومی تلقی گردد. مشهور فقهای متقدم امامیه قائل به جواز عزل - که نتیجه و اثر آن، عدم توالد و تناسل است- در صورت رضایت و اشتراط با زوجه می‌باشند و تناسب حکم و موضوع ایجاب می‌کند که مصادیق دیگر جلوگیری از انعقاد نطفه مانند قرص‌های ضد بارداری، وسایل پیشگیری و... حکمی مشابه عزل داشته باشند. تصریح فقها به اینکه زن می‌تواند حتی بدون اجازه شوهر، چنانچه به حقوق زناشویی لطمه وارد نشود و برای خود او ضرر بسیار نداشته باشد، وسایل پیشگیری از بارداری موقت را به کار گیرد و مرد نباید او را مجبور به فرزندآوری کند نیز دال بر عدم وجود الزام نسبت به استیلا در فقه و حقوق ایران و عدم مخالفت این شرط با نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌باشد. از دلایل جواز پیشگیری نیز می‌توان به اصل اباحه و قاعده سلطنت اشاره کرد. اعتبار شرط عدم وطی و تمتع جنسی از دیدگاه فقها و حقوق‌دانان، مؤید دیگری بر مطلب است؛ چرا که اگر شرط عدم استیلا خلاف قانون و مقتضای ذات عقد نکاح بود، منطقی به نظر نمی‌رسید که شرط عدم نزدیکی - از آنجا که وقوع نزدیکی راه عمده تحقق استیلا است و با انتفای وطی، استیلا نیز منتفی خواهد بود- از نظر فقها جایز باشد. آنچه تا حدودی مؤید این استدلال است، اصطلاحات به کاررفته در متن روایات و عبارات اکثر فقهاست که در آنها از اصطلاح «اقتضاض» (اقتضاض) استفاده شده است. این اصطلاح به معنای «ازاله بکارت کردن» است. وقتی شرط عدم ازاله بکارت از نظر این فقها صحیح است، در واقع به طور ضمنی، شرط عدم استیلا هم شده است؛ چرا که حتی در صورتی که امکان فرزندآوری بدون نزدیکی طبیعی هم وجود داشته باشد، با وضع حمل، بکارت زن زائل می‌گردد. ممکن است گفته شود که 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، شاید اصلاً نیازی به حامله شدن زن هم نباشد! ولی به هر حال باید توجه داشت که مقنن معمولاً برای موارد غالب قاعده وضع می‌کند و نمی‌توان با موارد استثنایی قاعده را بر هم زد. صحت نکاح اشخاص عقیم، ناتوانان جنسی و سالمندان در فقه و حقوق ایران، در حالی که فاقد قابلیت

باروری هستند نیز نتیجه حاصل شده، یعنی عدم مخالفت شرط عدم استیلا با روح قوانین و اصول کلی حقوقی منبعث از مجموعه نظام حقوقی کشور و نظم عمومی و اخلاق حسنه در شرایط عادی را تأیید می‌کند. در نتیجه، توافق صاحبان حق در این خصوص و محدود نمودن حق استیلا خویش، در شرایط عادی تضادی با مصالح عمومی و به تبع آن، نظم عمومی که قواعد آمره یکی از مهم‌ترین منابع آن می‌باشد، ندارد؛ 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. لکن استیلا علاوه بر جنبه فردی آن در روابط زوجین، دارای جنبه اجتماعی نیز هست و چه بسا این بُعد از آن حائز اهمیت بیشتری است. بر این اساس، هرچند استیلا در شرایط عادی جامعه دارای الزام شرعی و قانونی نبوده و تصمیم‌گیری در خصوص آن در حیطه اختیارات زوجین می‌باشد، تحت شرایطی خاص، افزودن نسل و فرزندآوری در جامعه ضرورت می‌یابد. لذا اظهار نظر کلی برای تمام کشورها و در تمام زمان‌ها نسبت به صحت یا بطلان شرط عدم استیلا صحیح نیست. به عبارت دیگر، حکم به عدم منافات شرط عدم استیلا با نظم عمومی و اخلاق حسنه، یک حکم مطلق نیست که همه زمان‌ها و مکان‌ها را در بر گیرد و اگر شرایط کشور به گونه‌ای است که جمعیت جامعه اسلامی به حدی کاهش یافته که بیم سیطره دشمنان اسلام می‌رود و جامعه در اثر کاهش شدید جمعیت، دچار مشکلات جدی اجتماعی اقتصادی، کمبود نیروی کار و نیروی نظامی شده و سالمندی عمومی جامعه را تهدید می‌کند، مصلحت و منفعت عمومی، اقتضای فرزندآوری دارد و می‌توان گفت که در چنین موقعیتی، افزودن نسل مسلمانان و فرزندآوری ضرورت یافته و یقیناً شرط عدم استیلا در چنین شرایطی، 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 و... 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.

با رویکردی فقهی به نظم عمومی نیز می‌توان چنین نتیجه گرفت که نظم عمومی در نظام حقوقی این کشور برگرفته از مفهوم فقهی حفظ نظام اسلامی و مصالح آن است. دو قاعده نفی سبیل و لاضرر نیز ارتباط تنگاتنگی با مفهوم نظم عمومی در جامعه اسلامی داشته و دربردارنده معنایی غیر از آنچه که نظم عمومی بر آن دلالت می‌کند، نمی‌باشند. از این رو، هر نوع رفتاری که در روند نظم عمومی با گستره و عناصر تعریف شده اخلال ایجاد نماید، از دیدگاه آموزه‌های اسلام نیز ممنوع و حرام قلمداد می‌شود.

مفهوم نظم عمومی و ماهیت استیلا در حقوق انگلستان و آمریکا نیز تقریباً از وضعیت یکسانی برخوردار است و در متون قانونی که از منابع اصلی نظم عمومی در این کشورها می‌باشد نیز استیلا از حقوق مثبت زوجین در قبال یکدیگر شمرده نشده و منعی برای عدم استیلا یا اشتراط آن ضمن عقد ازدواج مطرح نگردیده است. همچنین زوجین مجاز به استفاده از لوازم پیشگیری از بارداری یا عقیم‌سازی و حتی سقط جنین بدون رضایت طرف مقابل هستند؛ لذا عدم استیلا مخالفتی با نظم عمومی این دو کشور ندارد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

کتاب‌شناسی

۱. قرآن کریم.
۲. احسانگر، نورا، «بررسی فقهی و حقوقی شروط باطل و تأثیر آن در عقود»، راه وکالت، دوفصلنامه کانون وکلای دادگستری گیلان، سال پنجم، شماره ۱۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۲ ش.
۳. احمدی واستانی، عبدالغنی، نظم عمومی در حقوق خصوصی، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۴۱ ش.
۴. الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۸ ش.
۵. همو، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۶. الماسی، نجادعلی، عبدالرضا علیزاده، و صالح کریم‌پور، «نظم عمومی در رویکرد حقوقی، فقهی و جامعه‌شناختی»، فصلنامه پژوهش‌های فقهی، سال دوازدهم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۵ ش.
۷. انصاری، محمدعلی، الموسوعة الفقهية الميسرة، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۸. ایرانشاهی، علیرضا، «بررسی معیار "نظم عمومی" در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال بیست و هشتم، شماره ۴۴، بهار و تابستان ۱۳۹۰ ش.
۹. جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، چاپ سوم، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۲۵ ق.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۱۱. همو، مسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۱۲. جعفریان، رسول، رسائل حجابیه؛ شصت سال تلاش علمی در برابر بدعت کشف حجاب، قم، دلیل ما، ۱۴۲۸ ق.
۱۳. جمعی از نویسندگان، دایرةالمعارف حقوق عمومی؛ با نمایی سه‌زبانه (عربی، فرانسه و انگلیسی)، به اهتمام سیدمحمد مهدی غمامی، تهران، دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۶ ش.
۱۴. چلبی، فائقه، مرتضی قاسم‌آبادی، و کمال آقاپور، «تحلیلی بر جایگاه نظم عمومی در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه قضاوت، سال هفدهم، شماره ۹۱، پاییز ۱۳۹۶ ش.
۱۵. حاجی‌هادی، منیره، و حسن قاسمی مقدم، «چرایی و چگونگی مداخله حاکمیت و حکومت در تنظیم جمعیت»، فصلنامه حکومت اسلامی، سال نوزدهم، شماره ۱ (پیاپی ۷۱)، بهار ۱۳۹۳ ش.
۱۶. حجازی، محمدعلی، و فاطمه بداغی، «شرط باروری یا عدم باروری در نکاح»، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان، سال شانزدهم، شماره ۶۴، تابستان ۱۳۹۳ ش.
۱۷. راسخ، محمد، و امیرحسین خداپرست، «حق بر شناختن پدر و مادر بیولوژیک»، فصلنامه باروری و ناباروری، سال هشتم، شماره ۳ (پیاپی ۳۲)، پاییز ۱۳۸۶ ش.
۱۸. رحیمی، حبیب‌اله، و محمدجواد صادقی، «ماهیت حقوقی فرزندآوری و آثار اشتراط و عدم اشتراط آن ضمن عقد نکاح (مطالعه تطبیقی)»، فصلنامه خانواده‌پژوهی، سال چهاردهم، شماره ۵۶، زمستان ۱۳۹۷ ش.
۱۹. ساکت، محمدحسین، حقوق‌شناسی؛ دیباچه‌ای بر دانش حقوق، مشهد، ترجمه، ۱۳۷۱ ش.
۲۰. شبیری زنجانی، سیدموسی، کتاب نکاح، درس خارج فقه معظم‌له بر مبنای کتاب العروة الوثقی از سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی، قم، رای‌پرداز، ۱۳۸۲-۱۳۸۳ ش.
۲۱. شیخ انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب النکاح، قم، المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری الثنویة الثانية لمیلاد الشیخ الاعظم الانصاری، ۱۴۱۵ ق.

۲۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى*، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۲۳. عبدالناصر، جمال، *موسوعة الفقه الاسلامی*، قاهره، جمهوری مصر العربیة، وزارة الاوقاف، المجلس الاعلی للثئون الاسلامیه، ۱۳۹۸ ش.
۲۴. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، مشهد، مؤسسه آل‌البتی، بی تا.
۲۵. عمید زنجانی، عباسعلی، *دانشنامه فقه سیاسی (مشمول پرواژگان فقهی و حقوقی عمومی)*، تدوین و تنظیم ابراهیم موسی زاده، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۹ ش.
۲۶. قاری سیدفاطمی، محمد، *حقوق بشر در جهان معاصر؛ دفتریکم؛ درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع*، چاپ سوم، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۰ ش.
۲۷. قنبرپور، بهنام، «شرط باروری در ضمن عقد نکاح و جایگاه آن در پیشگیری از کاهش نسل»، *فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، سال دوازدهم، شماره ۳ (پیاپی ۴۰)، تابستان ۱۳۹۴ ش.
۲۸. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳ ش.
۲۹. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البتی، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *قواعد الاحکام فی مسائل الحلال و الحرام*، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق.
۳۱. محقق داماد، سیدمصطفی، «شرط فرزندآوری و یا عدم آن»، *فصلنامه فقه پزشکی*، سال دوم، شماره ۲، بهار ۱۳۸۹ ش.
۳۲. مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیة*، چاپ چهارم، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب، ۱۴۱۶ ق.
۳۳. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۶ ش.
۳۴. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۳۵. همو، منیة السائل، بیروت، دار المجتبی، ۱۴۱۲ ق.
۳۶. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *مجمع المسائل*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۳۶۴ ش.
۳۷. نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعة فی احکام الشریعة*، قم، مؤسسه آل‌البتی، ۱۴۲۹ ق.
۳۸. هاشمی، سیدمحمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، چاپ ششم، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۳۹. هاشمی شاهرودی، سیدمحمد، *المعجم الفقهی لکتب الشیخ الطوسی*، قم، مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل‌البتی، ۱۴۲۴ ق.
۴۰. یوسف‌وند، محسن، و سیدحسن عابدیان کلخوران، «جایگاه حقوقی نظم عمومی در معارف اسلامی و اسناد بین‌المللی»، *اندیشه‌های حقوق عمومی*، سال پنجم، شماره ۱ (پیاپی ۸)، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ ش.
41. Boivin, Jacky & Guido Pennings, "Parenthood Should be Regarded as a Right," *Ethic and Law*, 2004.
42. Carr, Claudia, *Beginning Medical Law*, Devon, Routledge, 2015.
43. Chandler, Adrian & Ian Brown, *Law of Contract; Questions and Answers*, 7th Ed., New York, Oxford University Press, Inc, 2011.

44. Dubay v. Wells (Case Law), 2007, Retrieved from: <<https://www.opn.ca6.uscourts.gov/opinions.pdf/07a0442p-06.pdf>>.
45. Engender Health, "Contraceptive Sterilization: Global Issues and Trend," 2002, Retrieved from: <https://www.engenderhealth.org/wp-content/uploads/imports/files/pubs/family-planning/factbook_chapter_4.pdf>.
46. Gualtieri, Rosa B., "The Legal Concept of Public Order," *Revue Juridique Themis*, Vol. 2(3), 1952.
47. Herring, Jonathan, *Family Law*, 8th Ed., Slovakia, Person, 2017.
48. Id., *Medical Law and Ethics*, 2nd Ed., England, Person, 2010.
49. Id., *Medical Law and Ethics*, New York, Oxford University Press, 2011.
50. Maclean, M., "Parenthood Should not be Regarded as a Right," *Ethics and Law*, 2004.
51. McCulley, Melanie G., "The Male Abortion: The Putative Father's Right to Terminate His Interests In and Obligations to the Unborn Child," *Journal of Law and Policy*, Vol. 7(1), 1998.
52. Mohindra, Raj, *Medical Law Handbook*, New York, Radcliffe Publishing, 2008.
53. Post, Stephen G. (Ed.), *Encyclopedia of Bioethics*, 3rd Ed., Vol. 4, New York, Thomson, 2004.
54. Treitel, Guenter Heinz, *Law of Contract*, 8th Ed., London, Sweet & Maxwell, 1991.

