مجله علمی پژوهش در حقوق، فقه، فلسفه و الهیات ، شماره ۲۰ ، تابستان ۱۳۹۹جلد۱، ص ۳۶-۲۵
http://www.jrse.ir

بررسی تطبیقی شرط فرزند آوری ضمن عقد نکاح از منظر فقه امامیه و مذاهب چهارگانه

مجله علمی پژوهش در حقوق، فقه، فلسفه و الهیات (سال ششم)
شماره ۲۰ / تابستان ۱۳۹۹ / ص ۳۶-۲۵

حمید کلوندی[۱]
[۱]کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات کرمانشاه

نویسنده مسئول:
حمید کلوندی

چکیده

خانواده به عنوان اصلی‌ترین و مهم‌ترین رکن جامعه، پیوسته مورد توجه شرع و قانون بوده است؛ یکی از آثار و حکمت‌های عقد نکاح فرزندآوری است که به عنوان مهم‌ترین مولفه‌ی جمعیت از چالش‌های جدی زوجین در عصر کنونی تلقی می‌گردد. موضوع شرط فرزندآوری میان زوجین نه در قانون به صراحت مطرح شده و نه در متون فقهی در مورد آن بحث و بررسی انجام گرفته است و به علاوه در خصوص آن بطور قطعی تصمیمی اتخاذ نشده است با این حال دیدگاه‌های متفاوت فقیهان درباره‌ی فرزندآوری و جایگاه آن در عقد نکاح در ذیل مباحث «کراهت عزل بدون شرط و رضایت زن در عقد دائم» و «عیوب مجوز فسخ نکاح» به طور پراکنده مطرح گردیده است اما در اینکه فرزندآوری جزو مقتضای ذات عقد نکاح محسوب نمی شود هیچ اختلاف نظری میان فقیهان وجود ندارد اما در رابطه با اقتضای اطلاق آن، دیدگاه‌های متفاوت میان فقیهان وجود دارد برخی این حق را فقط به زن اختصاص داده اند و برخی هم این حق را فقط به مرد اختصاص داده اند و برخی دیگرهم این حق را هم از آن مرد و هم از آن زن دانسته اند و نظر دیگر در این خصوص این است فرزندآوری جزو اقتضای اطلاق عقد نکاح نمی باشد و می توان آن را ضمن عقد نکاح به صورت تبانی به یک الزام ضمانت آور تبدیل گردد و با توجه به تحلیل و بررسی دلایل ارائه شده در نهایت دیدگاه چهارم را اثبات کرده و آن را به عنوان ماده ی مصرح در حقوق موضوعه پیش‌بینی می‌کند و راههایی را برای افزایش فرزندآوری بیان می‌دارد.

کلید واژه: عزل، شرط، فرزندآوری، نکاح، طلاق

مقدمه

نهاد خانواده یکی از اصیل‌ترین و قدیمی‌ترین نهادهایی است که اجتماع بشری آن را تجربه کرده، بقای نوع بشر، ترقی یا عدم پیشرفت جوامع، زیرساخت‌های تربیتی و .... حاصل تشکیل نظام خانواده است و برخورداری از نعمت فرزندآوری ازآثار و حکمت‌های این امر است و یکی از مباحث بحث برانگیز در عرصه حقوق خانواده می‌باشد که آیا زن یا مرد حق الزام دیگری را برای بچه‌دار شدن دارند یا خیر؟ همچنین ناتوانی از بارداری و یا محرومیت آگاهانه از فرزندآوری به دلایل متعدد از سوی یکی از زوجین از معضلات جدی در خانواده‌های کنونی در کشورهای در حال توسعه است. با توجه به اینکه تبیین جایگاه فقهی فرزندآوری در خانواده از دیدگاه مذاهب پنج گانه تا حدودی مغفول مانده لذا پرداختن به این مقوله می تواند پاسخگوی بخشی از دغدغه های خانوادگی و اجتماعی باشد.

فرزندآوری درقلمرو تاریخ

تردیدی نیست که برخورداری از فرزند صالح و شایسته که طبعاً درنتیجه ی دوراندیشی، تربیت صحیح و صبوری والدین امکان پذیر می‌گردد، نعمت ارزشمندی است که همواره باید قدردان آن بود. حقیقت این است که در قانون الهی، «فرزند» از والاترین و ارزشمندترین جایگاه برخوردار است و فرزندآوری از خطیرترین مسئولیت‌ها و رسالت‌هاست، چراکه کودکان در نظام اسلامی، از همان روزهای آغازین حیات، صاحب حقوق مسلمی در ابعاد زیستی و روانی هستند که توجه به آن، از وظایف و مسئولیت‌های مهم والدین است .

اهمیت فرزند داشتن تا آنجاست که در بعضی مناطق اروپایی قرون وسطی، مرد مجاز بود توانایی فرزندزایی همسر آینده‌اش را با باردار کردن او پیش از ازدواج امتحان کند اگر زن باردار می‌شد ازدواج سر می‌گرفت اما اگر چنین نتیجه‌ای حاصل نمی‌شد زن غیر متاهل باقی می‌ماند. در یونان باستان ازدواج برای فرزندآوری برای جوانان واجب بوده است چرا که براساس اعتقاد آنان می‌بایست، اخلاف برای پیشینیان خود به اتشکده‌ی خانوادگی طعام وشراب می‌فرستادند تا اجداشان خدایی باقی بماند و چون منظور از ازدواج، بقای نسل خانواده بوسیله‌ی فرزندان ذکور بود طلاق دادن زنان عقیم یا زنانی که پسر نمی‌آورند مانعی نداشت .

فرزند برای زرتشتیان ایران باستان، عنوان «پل صراط» را دارا بود نداشتن فرزند به عقیده ی آنان موجب دشواری آمرزش و ناتوانی او در گذشتن از پل صراط است. از این رو زرتشتیانی که فرزنددار نمی‌شدند برای خود فرزند خوانده برمی‌گزیدند .

فرزندآوری در ایران باستان امری ارجمند بوده و سرپیچی از این امر گناهی نابخشودنی، از این رو سقط جنین در ایران باستان از گناهان بزرگ به شمار رفته، معتقد بودند که این کار، نحس است و بدفرجامی برای خانواده را به دنبال دارد در کشت‌های مختلف اوستا بارها از زنانی که داروهای چون بنگ و غیره می‌خورند و فرزند خویش را نابود کنند شکوه ها رفته و به ایشان اعلام خطر کردنند که با این کار خود از فرمان اهورا مزدا سر پیچیده‌اند و دودمان خود را تباه کرده و یار دیوان اهریمنان گشته‌اند.

شواهد باستان شناسی و متن کتیبه های سومری نشان از تک همسری بودن اکثریت مطلق جامعه دارد و نشانه‌های چند همسری فقط در کاخ‌های پادشاهان دیده می‌شود. مرد به سختی می‌توانست زن دوم اختیار کند و معمولا اگر زن رسمی صاحب بچه نمی‌شد، مرد می‌توانست در این صورت زن دومی اختیار کند که البته از حقوق برابر با زن اول برخوردار شود در اینجا متن بند ۱۴۴ قانون حمورابی را که معتقدند از قوانین سومری گرفته شده درباره ی ازدواج دوم می‌آوریم: «اگر مردی با زن نازایی ازدواج کند و آن زن نازا دختر برده‌ای به شوهرش بدهد و آنها صاحب پسری بشوند و بعد آن مرد تصمیم بگیرد زن دیگری صیغه کند، آنها (زن قبلی) نباید موافقت کنند و آن مرد نمی‌تواند زنی را صیغه کند اگر مردی با زن نازایی ازدواج کند و او پسری برای آن مرد نیاورد و آن مرد تصمیم بگیرد که زنی را صیغه کند، می‌تواند آن مرد زنی را به صیغه‌ی خود درآورد مرد می‌تواند زن صیغه را به خانه بیاورد ولی آن زن با زن اول برابر نخواهند بود» .

در مجموع در عقاید مردم یونان، روم، هند، ایران ومصر باستان ازدواج به قصد فرزندآوری از واجبات مذهبی و ملی بوده است .

فرزندارشدن و مادری، در عرف طبقات متوسط و طی انقلاب صنعتی نیز به عنوان جزئی از ایدئولوژی جدید خانوادگی و زنانگی خانواده‌های اروپایی تکوین یافت که تا اواخر قرن نوزدهم میلادی وظیفه اصلی زن را زائیدن و مراقبت از فرزندان می‌دانستند .

در فرهنگ اسلامی «فرزند» هرگز یک عامل اقتصادی و عنصر قدرت نظامی نیست و نیز ابزار سرگرمی وتفریح، عروسک دست‌آموز، وسیله‌ای برای فرونشاندن خشم و مایه تکاثر و تفاخر والدین به شمار نمی‌آید. در جهان بینی الهی، فرزند به مثابه امانت هدیه گونه و هدیه ای امانت گونه‌ای است که از لطف و کرم خداوندی به والدین «هبه» می‌شود. در واقع «هبه» آمیزه ای از هدیه و امانت است؛ به بیان دیگر فرزند، هدیه و امانتی است چون گل، که زینت خانه است و نگهداری و پرورش آن، پدران و مادران شایسته و امین را می‌طلبد و فرزندآوری در تفکراسلامی متضمن دعا و نیایش، برنامه‌ریزی و برخورداری از اندیشه کمال طلبی و تربیتی است. به همین دلیل، همواره بندگان ناب خدا با ایمان به این امر، در اندیشه تربیت و پرورش فرزندانی صالح و با کمال هستند؛ فرزندانی که وجودشان روشنی بخش‌حیات دنیوی و اخروی آنان است .

ابراهیم (علیه السلام) فرزند نداشت از این بابت اندوهگین بودو به خاطر فرزندارشدن به حمد کامل حق برخاست، چرا که فرزنددارشدن به راستی اقتضای حمد می‌کند، حمدی که با زبان و قلب و اعضا و جوارح تحقق پیدا می‌کند «الْحَمْدُ للَّهِ الَّذِی وَهَبَ لِی عَلَی‌الْکِبَرِ إِسْمَاعِیلَ وَإِسْحَاقَ إِنَّ رَبِّی لَسَمِیعُ الدُّعَاءِ: سپاس خدایی را که با وجود پیری و سن زیاد، اسماعیل و اسحاق را به من بخشید، بیگمان پروردگار من دعا را می‌شنود» از آیه‌ی شریف استفاده می‌شود که آنقدر فرزند جایگاه مهمی در زندگی دارد که ابراهیم به وقت پیری و قطع امید از داشتن فرزند ازخداوند درخواست فرزندکرد و دعایش مستجاب شد. زکریا (علیه السلام) به هنگام پیری در محراب عبادت از خداوند درخواست فرزندکرد :« فَهَبْ لِی مِن لَّدُنکَ وَلِیّاً یَرِثُنِی وَیَرِثُ مِنْ آلِ یَعْقُوبَ: پس از جانب خویش جانشینی به من ببخش که از من وآل یعقوب ارث ببرد » .

چقدر نعمت وجود فرزند از منظر اسلام، با ارزش است که در قرآن مجید آمده «وَاللَّهُ جَعَلَ لَکُم مِّنْ أَنفُسِکُمْ أَزْوَاجاً وَ جَعَلَ لَکُم مِّنْ أَزْوَاجِکُم بَنِینَ وَ حَفَدَةً وَ رَزَقَکُم مِّنَ الطَّیِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ: خداوند از جنس خودتان همسرانی برای شما ساخت و از همسرانتان پسران و نوادگانی به شما داد و چیزهای پاکیزه‌ای به شما عطاکرد» وفرزند،ابزاری برای پیشبرد اهداف شریعت است چنانچه مادر حضرت مریم به هنگام بارداری و در مناجات خداوند متعال می‌فرماید:«إِذْ قَالَتِ امْرَأَةُ عِمْرَانَ رَبِّ إِنِّی نَذَرْتُ لَکَ مَا فِی بَطْنِی مُحَرَّراً فَتَقَبَّلْ مِنِّی إِنَّکَ أَنْتَ السَّمِیعُ الْعَلِیمُ» هنگامی که همسر عمران گفت: پروردگارا من آنچه را در شکم دارم خالصانه نذر تو کردم پس از من بپذیر که تو شنوا ودانایی. بنابراین افزایش فرزندآوری در اسلام بسیار مطلوب است و بر اساس شریعت اسلامی زیادی جمعیت صرفاً ابزاری برای تامین قدرت سیاسی و اقتصادی جامعه و یا منافع مادی والدین نیست بلکه ریشه در ارزش و جایگاه آن در مکتب اسلام دارد.

حق فرزند آوری

تحدید موالید؛ سابقه کهن در تاریخ زندگی بشر دارد. به حکایت تاریخ، علیرغم سوابقی که در زمینه تلاش ملل متمدن قدیم برای پیشگیری از بارداری بر جایی مانده، سیاست‌ها و تدابیر جمعیتی، غالباً معطوف به ازدیاد جمعیت بوده است لیکن موافقان افزایش جمعیت بر این باورند که امکانات طبیعت و کرهٔ زمین برای تغذیه و تأمین معیشت زندگی افراد بشر نامحدود و وسیع است و به اصطلاح آنکه دندان دهد نان دهد بنابراین، نباید از افزایش زاد و ولد و عدم کنترل تنظیم خانواده بیم داشت. به طور کلی اکثر ادیان بویژه ادیان الهی موافق افزایش نفوس بوده و تکثیر اولاد را تشویق کرده و جلوگیری از آن را غالباً نهی نموده اند. اعتقاد به بی حد و حصر بودن مواهب و نعم الهی و احترام به مخلوق پروردگار مبدأ و منشأ این نظریه است.

بدون شک نصوص اسلامی، افزایش جمعیت را تشویق کرده و آن را مهمترین هدف در راستای ازدواج می‌داند. چنانکه خداوند می‌فرماید: برای شما از خودتان همسرانی و از همسرانتان برای شماپسران و نوادگانی قرار دادهایم، باشد که از چیزی پاکیزه شما را روزی داد ، همچنین پیامبراکرم (صلی آله علیه و سلم) می‌فرمایند: « ازدواج کنید، چون من به وسیله نسل و افزایش جمعیت شما بر ملتهای دیگر مباهات می‌کنم، در نتیجه قابل توجیه نیست خودداری از تکثیر نسل، و بهانه‌های واهی مانند مشکلات اقتصادی و تربیتی و نابهنجاری‌های اخلاقی و روانی در این ارتباط، علمی و منطبق با واقع نیست گناه برنامه‌ریزی‌ها و سیاست‌های غلط در اداره صحیح و گسترده جامعه و نیز ستم مستکبران و مستبدان در تقسیم ناعادلانه ثروت‌های عمومی را نباید به گردن ازدیاد نسل گذاشت این احتمال دور از ذهن نیست که این شعارها از سوی استعمار گران برای تقلیل و کاستن نسل فرزندان اسلام است و این در حالی است که امروزه از سیاست‌های اعمال شده در جوامع پیشرفته، در راستای جلوگیری از فرزنددار شدن، شدیدا از سوی خود آنان انتقاد می‌شود چه اینکه، سیاست‌های غلط به مشکل جمعیت و عدم تناسب آن انجامیده است تا جایی که امروزه جوامع پیشرفته مجبور به پذیرش مهاجران فراوان و تشویق گسترده به ازدیاد نسل شده‌اند.

لازمه‌ی تحقق افزایش جمعیت ، تدبیر شایسته و درست و برگرفته از متن شریعت اسلامی است، نه برخورد انفعالی در برابر فرضیه‌ها و انگاره‌های نظریه پردازان علم زده و بیگانه . در نتیجه کنترل جمعیت را قطعِ نسل و دخالت در خلقت خداوند می باشد وقتی خداوند انسان را در بهترین شکل وبا زیباترین اوصاف خلق کرده و به او نیروها، استعدادها و قابلیتهای متعددی مجهز کرده تا بدین وسیله شایستگی، خلاقیت و ابتکار خود را در روی زمین با عمران وآبادانی ثابت کند.

سخن از جایگاه فرزندآوری در قلمرو خانواده و از اینکه از ماهیت شرعی (مقتضای ذات) نکاح یا مقتضایی اطلاق آن به حساب می‌آید یا خارج از آن‌ها است، در آثار فقیهان به صراحت بحث نشده است در آثار فقهای معاصر و در کتب احکام پزشکی و احکام خانواده ایشان نیز تنها از جلوگیری از بارداری و لزوم یا عدم لزوم جلب رضایت طرفین نکاح بر این امر، که بیشتر با دید جواز یا عدم جواز تنظیم خانواده به مساله نگاه می‌شود، بحث شده است و نسبت به جایگاه فرزندآوری بر قلمرو نکاح و اینکه آیا فرزنددار شدن حق زن است یا حق مرد یا حق هردو یا هیچکدام صراحت تام ندارد.

بنابراین، به منظور گره‌گشایی از این مساله به ناچار باید لابه لای آثار فقیهان را جستجو کرد وبا ملاک‌های ارایه شده با توضیحات قبلی تطبیق داد در اینکه فرزندآوری از مقتضای ذات عقد ازدواج به حساب نمی‌آید، همه فقهای مذاهب اسلامی اتفاق نظر دارند برای اثبات این مدعا دلایل زیر قابل استناد است:

۱-با استناد به آیات قرآنی، ظهور واژه نکاح در آیه‌های مربوطه (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً) و(فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ) و (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذلِكُمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ) ،نشان می‌دهد که فقها واژه ینکح رابه عقد تعریف نموده‌اند و برای مصون ماندن از اعطای تحویلی نگری، آن را به فرزندآوری مقید نکرده‌اند برخی از حقوق‌دانان در تعریف نکاح گفته‌اند: «نکاح رابطه‌ای است حقوقی _ عاطفی که به وسیله ی عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد وبه آنها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند و مظهر بارز این رابطه، حق تمتع جنسی است» ، که نکاح دراصطلاح قانون، وسیله‌ی حق استمتاع و مباشرت هر یک از زوجین از دیگری تعریف شده است.

۲-در آیات و روایات مربوط به نکاح (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) و (وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ) چنانچه فرزندآوری جزء ماهیت شرعی نکاح بودشارع حکیم آن را به صراحت یا در قالب قید و شرط در احکام مربوط به نکاح بیان می‌نمود ولی سخنی از فرزندآوری درنکاح به میان نیامده است.

۳-روایات نبوی «تناکحوا تناسلوا فانی اباهی بکم الامم یوم القیامه ولو بالسقط» ظهور در وجوب ندارد زیرا بنابر تصریح همه فقیهان، ازدواج در نفس الامر مستحب می‌باشد و اینکه فرزندآوری و افزایش نسل مسلمان از آثار و حکمت‌های بنیادی عقد نکاح است نباید با ماهیت شرعی آن اشتباه گردد.

نظرات فقها در باب حق فرزندآوری

از اینکه فرزندآوری جزو ماهیت شرعی عقد نکاح نیست درمیان فقیهان امامیه و اهل سنت از شهرت فتوایی برخوردار است.نکته‌ای که باید بدان توجه داشت این است که اگر فرزندآوری جزو مقتضای ذات عقد نکاح باشد شرط خلاف آن در قالب شرط عزل یا رضایت زن، شرط خلاف مقتضی ذات عقد بوده و شرط باطل و مبطل قلمداد خواهد شد. با توجه به دلایل فوق این نکته روشن می گردد که شرط عدم فرزندآوری از سوی زوجین در ضمن عقد به دلیل قابلیت انفکاک فرزندآوری از ماهیت شرعی عقد و قابلیت تغییر آن با شرط مخالف، صحیح بوده و پایبندی به آن از سوی مشروط علیه، به سبب عدم تعارض با مقتضای ذات، واجب است در رابطه با اینکه فرزندآوری جزو اقتضای اطلاق عقد نکاح است یا نه؟ چهار دیدگاه میان فقیهان وجود دارد:

الف- نظریه اول

فرزندآوری از مقتضای اطلاق عقد نکاح به‌شمار آمده اما این فقط حق زن است

فرزندآوری جزو مقتضای اطلاق عقد نکاح به شمار آمده اما این حق همچون حق نفقه فقط به زن اختصاص دارد و برخلاف مباشرت، از حقوق دو طرفه زوجین نیست.

نتیجه این نظریه، آن است که مرد نمی تواند بدون جلب رضایت و اذن همسرش به انحناء مختلف از بارداری جلوگیری کند ولی زن چنین حقی را دارد که از بارداری ممانعت کند و شوهر خود را از نعمت فرزند محروم سازد. معنای دیگر این سخن این است که زن می‌تواند در مقام استیفای این حق خود، شوهرش را به فرزند طلبی و عدم ممانعت در برابر فرزندآوری وی ملزم سازد و در مجموع، حق تصمیم‌گیری درباره فرزند داشتن ویژه زن است.

البته در آثار فقیهان چنین دیدگاهی به صراحت بیان نشده ولی در روایت صحیح بخاری آمده است: «يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ عَطَاءٍ عَنْ جَابِرٍ قَالَ: كُنَّا نَعْزِلُ عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ سَلَّمَ حَدَّثَنَا عَلِيٌّ بْنُ عَبْدِاللَّهِ حَدَّثَنَا سُفْيَانُ قَالَ عَمْرٌو أَخْبَرَنِي عَطَاءٌ سَمِعَ جَابِرا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ كُنَّا نَعْزِلُ وَالْقُرْآنُ يَنْزِلُ وَعَنْ عَمْرٍو عَنْ عَطَاءٍ عَنْ جَابِرٍ قَالَ كُنَّا نَعْزِلُ عَلَى عَهْدِالنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ سَلَّمَ وَالْقُرْآنُ يَنْزِلُ» در این حدیث، جابر در زمینه عزل نقل می کند: «ما در زمان پیامبر خدا و در دورانی که قرآن نازل می‌شد، عزل می‌کردیم» همان‌گونه که می‌دانیم در دوران پیش از اسلام و نیز در عصر بعثت پیامبر اسلام (صلی آله علیه و سلم) مردم در زمینه مسائل مختلف زندگی (از قبیل: عبادات، معاملات و سیاسات) آداب و رسوم خاصی داشتند.

برخورد اسلام با این آداب و رسوم متفاوت بوده است؛یعنی هر کدام را که با دستیابی به کمال انسان منافاتی نداشته به صورت صریح یا ضمنی تایید فرموده، و هر کدام را که با احکام مترقی اسلام ناسازگار بوده مورد مخالفت قرار داده است.

منظور جابر در روایت مذکور این است که اگر عزل با حکم خداوند متعال مخالف بود (چون مسلمانان در عصر نزول قرآن این عمل را انجام می‌دادند و باب وحی بسته نبود) می بایست قرآن به صورت صریح یا غیر صریح از آن نهی می‌فرمود یا شخص پیامبر اکرم (صلی آله علیه و سلم) با توجه به وحی الهی و فرمان خداوند متعال مسلمانان را از این کار منع می فرمود، ولی از آنجا که نه قرآن در این زمینه نهی دارد و نه پیامبر(صلی آله و علیه وسلم) از آن نهی فرموده، پی می‌بریم که عزل با قوانین شرع مقدس اسلام مخالفتی ندارد.

در حدیث دیگری ابوزبیر می‌گوید: کنا نعزل علی عهد رسول الله (صلی آله علیه و سلم) فبلغ ذلک رسول الله(صلی آله علیه و سلم) فلم ینهنا. « ما در دوران پیامبر خدا (صلی آله علیه و سلم) عزل می‌کردیم، خبر این کار به پیامبر اسلام (صلی آله علیه و سلم) رسید ولی حضرت ما را از این عمل منع و نهی نفرمودند» .

۱-دیدگاه اهل سنت

نظر فقهای اهل سنت در مورد عزل به شرح ذیل است:

۱-فقه حنفیه

درعبات گفته شده از فقهای حنفی «الْعَزْلُ لَيْسَ بِمَكْرُوهٍ بِرِضَا امْرَأَتِهِ الْحُرَّةِ» آنها عزل را جایز می‌دانند ولی از آنجا که معتقدند یکی از حقوق زن داشتن فرزند است مبادرت به انجام این کار را بدون رضایت زن، عملی مکروه تنزیهی برمی شمارند و مرد با اجازه همسرش حق عزل دارد. از این میان، آنان که حکم به حرمت داده‌اند به استحقاق زن نسبت به فرزندآوری و نیز ضرر دیدن زن از عزل (به سبب سلب لذت انزال از وی) استدلال کرده ا ند .

۲-فقه مالکیه

مالک بن انس ضمن نقل احادیثی که دلالت بر جواز عزل می‌کند، حکم به کراهت تنزیهی عزل را می‌دهد ومی‌گوید: « مرد با اجازه همسرش حق عزل دارد» و مبادرت به انجام این کار را بدون رضایت زوجه را عملی مکروه می‌دانند . از میان افرادی هم حکم به حرمت عزل داده‌اند، معتقدندکه فرزندآوری حق زن می‌باشد و به سبب سلب زن از لذت انزال و نیز ضرر زدن به او، حکم به حرمت داده‌اند .

۳-فقه حنبلیه

فقهای حنبلی هم رای به کراهت تنزیهی عزل داده‌اند و از میان فقهای حنبلی نیز عده‌ای حکم به حرمت عزل داده اند و ابن قدامه که حنبلی است سبب آن را تقلیل نسل و قطع لذت از زن می‌داند برخی دیگر از حنابله نیز علت آن را استحقاق هر دو زوج نسبت به استمتاع دانسته‌اند .همچنان که در مذهب حنبلی نیز تصریح شده است که حتی اگر کسی بدون ضرورت هم عزل کند کار حرامی مرتکب نشده است

۴.-فقه شافعیه

فقهای شافعی نیز، ضمن تاکید بر اینکه وقتی در روایات معتبر از پیامبر خدا (ص) درباره حکم عزل سؤال شده حضرت از آن نهی نفرموده‌اند، حکم به جواز آن می‌نماید .

امام محمد غزالی فی نفسه با عمل عزل مخالفتی نکرده است و انگیزه فرد را برای این کار در نوع حکم شرعی که بر آن مترتب می‌شود، دخالت داده و در این مورد می‌گوید نیتهایی که باعث عزل باشد پنج است:

اول: در کنیزکان و آن نگاهداشت ملک باشد تا به سبب بارداری و استحقاق آزادی، مالکیت زایل نشود و قصد استبقای ملک به ترک آزاد کردن و دفع سببهای آن منهی نیست.

دوم: استبقای خوبی زن و فربهی اهل تا بدان ممتع باشد و استبقای زندگانی او از بیم درد زه [درد زایمان] و این نیز منهی نیست.

سوم: ترس از افزایش هزینه‌ها به سبب فرزندان و احتراز از آنچه محتاج شود به رنج کسب تحمل کردن و در مداخل بر شارع شدن [به راههای بد افتادن] و این نیز منهی نیست. چه اندکی خرج معین دین است. آری کمال و فضیلت در توکل است و واثق بودن به ضمان الهی، چنان که در کلام مجید می‌فرماید: «و ما من دابۀ فی الارض الا علی الله رزقها»، لاجرم در آن از اوج کمال دور ماندن است و به حضیض نقصان راضی بودن و ترک افضل گفتن، ولیکن از عاقبت کار اندیشیدن و مال نگاه داشتن و ذخیره کردن، با آنچه مناقض توکل است، نمی‌گوییم که منهی است.

چهارم: ترس از زادن دختران، بدانچه اعتقاد کند که در تزویج ایشان تحمل عار است، چنان که عادت عرب بوده است در کشتن دختران. و این نیتی فاسد است. اگر به سبب آن اصل نکاح یا اصل مباشرت بگذارد، بر آن نیت بزهکار بود، نه به ترک نکاح و مباشرت; پس در عزل همچنین باشد و فساد در اعتقاد اوست که در سنت پیغمبر(ص) عیب می‌دانند و او در مثابت زنی باشد که نکاح بگذارد از ننگ آنکه شوی فوق او باشد و به مرد تشبه نماید، پس کراهیت به ترک نکاح باز نگردد.

پنجم: آنکه زن امتناع نماید به سبب تعزز و مبالغت در نظافت که از درد زه و نفاس و شیر دادن است و این عادت زنان خوارج بوده است که ایشان در استعمال آب مبالغت نمودندی تا به حدی که نمازهای ایام حیض قضا کردندی و در آبدست جای جز برهنه نرفتندی و این بدعت است مخالفت سنت و فاسد است .

۲- دیدگاه فقه امامیه

شهید ثانی در این باره میگوید: «... و یظهر من الاخبار من النهی کراهه و تحریما احکمه الاستیلاد و ان الحق فیهی للمراه و لهاذا جاز مع الشرط فیضول النهی بالاذن و ان لم یشرط » ایشان علت نهی از عزل را فرزندآوری دانسته و آن را تنها حق زن قرار داده است. زیرا با تقدیم لفظ «الحق» بر لفظ «المراء» حصر حق فرزندآوری بر زن را اعلام کرده اند زیرا اگر این حق را برای زوج نیز قائل بودند می‌بایست عبارت خود را بدین نحو می‌آوردند« و ان للمراء فیه حقا» یعنی زن نیز (در کنار مرد) نسبت به فرزندآوری حق دارد.

یا به تعبیر محقق ثانی ممنوعیت عزل در نکاح دائم را دلیل تضعییع حق زن از (انزال) است، ایشان در بحث فروعات عزل پس از طرح این سوال که «هل هذا المنع لحق المراه او لحکمه الاستیلاد؟»قول قوی‌تر را در ممنوعیت عزل، تنافی آن با حق زن نسبت به انزال و لذت حاصل از آن می داند عبارت ایشان چنین است« یلوح من روایه محمد بن مسلم الثانیه، الاول لانهی نفی الکراهیه اذا شرط علیها ذلک عند التزویج، و یلوح من قول النبی صلی الله عیله و آله .. «العزل هو الواد الخفی» الثانی و الاول اقوی، و به صرح جمع من الاصحاب» .

در حقیقت وجود دو عنصر شرط و رضایت زن و یا فقدان آنها محور اصلی تحقق جواز و یا عدم جواز عزل در ازدواج دائمی است. دلیل بر عدم جواز عزل در صورت فقدان دو عنصر مذکور، تضعییع حق زن در فرزندآوری است که در پی حق ایشان نسبت به انزال است به عبارتی، فرزندآوری از مقتضای اطلاق عقد نکاح است به گونه‌ای که قابلیت انفکاک از ماهیت عقد و امکان تغییر به واسطه رضایت و شرط خلاف آن از جانب زن را دارد بدون آنکه به صحت عقد خدشه‌ای وارد آید. اما این حق فقط به زن تعلق یافته و مانند مباشرت از حقوق دو طرفه زوجین نمی‌باشد.

این دیدگاه از نظر کسانی که برای مرد در صورت عزل بدون رضایت و شرط زن مسولیت مدنی-در قالب پرداخت ۱۰ دینار به عنوان دیه- قائلند تشدید می‌یابد . طرفداران این نظریه برای اثبات صحت مدعای خویش به نهی از عزل بدون رضایت و شرط زوجه استناد می‌کند که یا به تنهایی موجب تضعییع حق زن نسبت به انزال می‌باشد و یا با فرض شارع و حکمت نکاح یعنی فرزندآوری در تعارض قرار می‌گیرد .

تحلیل نظریه اول

به نظر می‌رسد دلایل ارائه شده از سوی صاحبان این نظریه نیز خالی از اشکال نبوده و به دلایل ذیل، استدلالشان قابل مناقشه است.

الف: بین فقهای اهل سنت وفقهای امامیه در باب عزل و عدم انزال دو قول حرمت و کراهت بودن شرط و اذن زوجه وجود دارد. مستند قائلین به حرمت ، چنانچه ابن حزم ظاهری در این باره می‌گوید: عزل عملی مباح قبل از اسلام و در اوایل ظهور اسلام بوده است، اما به دلیل روایتی که جذامه از پیامبر خدا (صلی آله علیه و سلم) نقل نموده که عزل یک نوع فرزندکشی پنهانی می باشد این کار مطلقاً حرام شده و حرمت آن تا به امروز هم باقی است و بعد از این هم باقی خواهد ماند و هر کس ادعا دارد که این حرمت برداشته شده باید برهان و دلیل ارائه کند. مطابق آنچه روایت شده ابن عمر می‌گوید اگر بدانم کسی از فرزندانم عزل می نماید او را عقوبت می‌کنم و می‌دانیم که عقوبت بر کار حلال جایز نیست (پس عزل کار حلالی نمی‌باشد که ابن عمر گفته به سبب آن فرزندانم را عقوبت می کنم) همچنین نقل شده که عمر بن خطاب (رض) و عثمان بن عفان (رض) جواز عزل را انکار می‌نمودند و حضرت عمر (رض) به خاطر آنکه برخی فرزندانش عزل نموده بودند آنها را کتک زد .

علاوه بر روایت منقول دال بر کراهت عزل بودن شرط و اذن زوجه، روایت نبوی« عن عائشهٔ عن جدامهٔ بنت وهب اخت عکاشهٔ قالت: حضرت رسول الله (صلی آله علیه و سلم) فی اناس فسالوه عن العزل. فقال رسول الله (صلی آله علیه و سلم): ذلک الواد الخفی» ، «عایشه نقل می کند که جدامه دختر وهب به او گفته: به حضور پیامبر خدا (صلی اله علیه و سلم) در بین گروهی از مردم شرفیاب شدم، پس آن مردم از پیامبر اسلام (صلی آله علیه و سلم) درباره حکم عزل سؤال کردند، پیامبر(صلی آله علیه و سلم) فرمود: عزل زنده به گور کردن فرزند به طور پنهانی است».

در این حدیث از عزل به عنوان زنده به کور کردن فرزند یاد شده که یکی از زشت‌ترین سنت‌های دوران جاهلیت بوده است. انچه که از حضرت عمر(رض) نقل شده است ، فقیهان با عدم توجه به این روایت، آنرا مستمسک خود قرار داده در نتیجه، حکمت تشریع نکاح را فرزندآوری و عزل را منافی با حصول این حکمت دانسته‌اند و با در کنار هم قرار دادن این روایت با روایات دال بر کراهت عزل بدون شرط و اذن زوجه به این نتیجه نهایی رسیده‌اند که فرزندآوری، حکمت نکاح و حق انحصاری زوجه است واکثراً با توجه به این روایت، حمل بر کراهت کرده اند نه حرمت .

مشهور فقیهان با تمسک به روایات عزل دال برجواز بدون کراهت و نیز روایات دال بر جواز همراه با کراهت و در نتیجه رای به کراهت عزل، انزال و عدم عزل را حق زن قلمدادکرده و عزل را مخالف اصول این حق دانسته و هیچ رابطه‌ای بین کراهت عزل با حق فرزندآوری برای زن نمی شناسند. نکته قابل توجه اینکه، خود شهید ثانی که حکمت این امر را استحقاق زن نسبت به فرزند داشتن می‌دانند عقیم بودن مرد یا زن را که مانعی دراز مدت در برابر تحقق این حکمت مد نظر از نکاح است، مجوز فسخ و انحلال نکاح اعتبار نکرده‌اند.

روایت و در پی آن، استدلال به مخالفت عزل با حکمت فرزندآوری، کنار می‌رفت و جز روایات دال بر کراهت عزل بدون شرط و اذن زوجه، مدرکی برای استناد باقی نمی‌ماند که این دسته از روایات نیز با توجه به جواز عزل به شرط و اذن زوجه، دال بر این است که عزل و عدم انزال با حق زن نسبت به انزال و لذت حاصل از آن برای او مخالفت دارد نه چیزی بیشتر از آن و می‌دانیم که رعایت لذت زن بر مرد نیز واجب نیست ضمن اینکه، صرف تعبیر از عزل به (الواد الخفی) زنده به گور کردن پنهانی فرزند هیچ رابطه و ملازمه‌ای با اثبات حق فرزندآوری برای زن ندارد.

اشکال عمده این استدلال‌های فقیهان، چه آنان که سبب کراهت یا حرمت عزل بدون اذن و شرط زوجه را حکمت فرزندآوری و حق زن نسبت به فرزنددار شدن می‌داند و چه آنان که سبب آن را حق زن نسبت به انزال و سلب لذت حاصل از آن، از او می‌داند، این است که همگی جز صرف یک احتمال و حکمت تراشی برای احکام، بیش نیستند و نمی‌توانند مستمسک استدلال برای حکم واقع گردند.

ب- علاوه بر آن رضایت یا شرط زن در عزل نمی‌تواند غرض شارع را از بین ببرد روایت صحیح مسلم آمده: «سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ الْعَزْلِ فَقَالَ مَا مِنْكُ لَّالْمَاءِ يَكُونُ الْوَلَدُ وَ إِذَا أَرَادَ اللَّهُ خَلْقَ شَيْءٍ لَمْ يَمْنَعْهُ شَيْءٌ » و چنین شرطی از عزل صحیح نخواهد بود پس همین که با اذن و رضای زن عزل جایز می‌گردد خود دلیل روشنی است بر اینکه عزل، مخالفتی با غرض شارع از فرزندآوری ندارد.

مقتضای این دو گروه روایات آن است که عزل جایز است حتی اگر به محروم شدن زن و شوهر از داشتن فرزند بیانجامد زیرا اگر بچه آوردن برای آن دو واجب می‌بود، باید برای روا بودن عزل در روایات قیدی آورده می‌شد حال اینکه، مطلق آمدن جواز عزل، دلیل روشنی است بر اینکه بچه آوردن واجب نیست به عبارت دیگر، کراهت عزل بدون رضایت و شرط زن خود دلیلی است بر جواز آن فعل و عدم وجوب رعایت لذت زن از جانب مرد نه اینکه علتی باشد برای محصور گردانیدن حق فرزندآوری برای زن و نیز، کراهت عزل موجب تضییع حق زن نیست نه در حوزه‌ی فرزندآوری و نه از جهت لذت. روایت محمد بن مسلم از امام باقر که فرمودند: « لا باس بالعزل عن المرء الحر ان احب صاحبها و ان کرهت لیس لها من الامر شیئ» . صراحت تام بر عدم استحقاق زن نسبت به انزال و در پی آن، فرزندآوری دارد شاهد دیگر بر عدم استحقاق حقوقی زن نسبت به انزال این است که این دسته از عیوب مقاربتی مجوز فسخ نکاح که اختلافی نبوده و مورد توافق همه فقیهان باشد و عقیم بودن زن یا مرد را،که مانعی دراز مدت در برابر فرزندآوری است، به دلایل مختلفی، مجوز فسخ و انحلال عقد نکاح قلمداد نکرده اند .فلسفه‌ای جز ممانعت از مقاربت ندارد و این بدین معناست که زن فقط نسبت به نزدیکی حق دارد نهایت سخنی که می‌توان پذیرفت این است که کراهت عزل بخاطر مخالفت با حق زن استنه فرزندآوری.

ب- نظریه دوم

فرزندآوری ازمقتضای اطلاق عقد نکاح به‌شمار آمده اما این فقط حقمرد است

نتیجه این نظریه، این است که زن نمی‌تواند بدون جلب رضایت و اذن شوهرش به نحوه های مختلف از بارداری جلوگیری کند ولی مرد چنین حقی را دارد که از بارداری ممانعت کند و همسر خود را از نعمت فرزند محروم سازد معنای دیگر این سخن این است که مرد می‌تواند در مقام استیفای این حق خود، همسرش را به فرزندآوری و عدم ممانعت در برابر فرزندطلبی وی ملزم سازد و در کل، حق تصمیم‌گیری درباره فرزند داشتن یا نداشتن، ویژه مرد است.

۱-طرفداران این نظریه به آیه ۲۲۳ سوره بقره استناد جسته‌اند که می فرماید: « نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ وَ قَدِّمُوا لِأَنْفُسِكُمْ وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ اعْلَمُوا أَنَّكُمْ مُلَاقُوهُ وَ بَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ؛ زنان شما کشتزار شمایند پس هرگاه که خواهید با آنان مباشرت کنید و چیز نیکی پیش فرستید و خدا ترس باشید...».

این استدلال که خداوند متعال در این آیه زنان را حرث و مزارع مردان قلمداد می‌کند و مفهوم عرفی این گفتار این است که حق زرع و حرث به اختیار زوج بوده و تحت فرمان اوست و از طرف دیگر نیز همه می‌دانند آنچه مرد حرث و کشت می‌کند منشاء تولد کودک است و خداوند متعال این حق را به مرد داده است و هیچ کس نه همسر و نه دیگران حق ممانعت آن‌را ندارند. البته این پس از آن است که پیش از این عدم استحقاق زن نسبت به فرزندآوری را با استناد به جواز ضمنی امتناع زوج از باردار کردن همسرش(در قالب حکم تکلیفی کراهت)- هر چند برخلاف رضایت او باشد- در بحث مقتضای ادله عزل ثابت کردیم و اطلاق این جواز ،تمامی دوران زندگی مشترک زوجین را تا آخر عمر ایشان در بر می‌گیرد .

۲-این گروه برای اثبات نظریه خود بدان استناد می‌کنند احادیثی هستند که به نحو ضمنی، وتنها در قالب حکم تکلیفی کراهت و نهی تنزیهی، بر جواز عزل منی و عدم انزال در رحم زوجه دلالت دارد. همچون این روایت که محمد بن مسلم از امام باقر نقل می‌کند که آن حضرت فرمود: «لاباس بالعزل عن المراء الحره،ان احب صاحبها و ان کرهت، لیس لها من الامر شی» یعنی هیچ اشکالی ندارد که مرد منی خود را به هنگام مباشرت، عزل کند چه همسرش بدین امر راضی باشد و چه راضی نباشد چرا که همسرش هیچ حقی نسبت به این امر ندارد .

تحلیل نظریه دوم

اشکال دلیل اول به روشنی پیداست اول اینکه، استدلال به این آیه برای اثبات این که در هنگام جماع عزل (یعنی بیرون ریختن نطفه) جایز است با اینکه آیه‌ی شریفه هیچ نظری به این جهت ندارد، تا اطلاقش شامل آن شود، یکی از تفسیرهای عجب و غریب بیان شده است .

دوم اینکه: بدیهی است که هر کشت و زرع لزوماً به ثمر نمی‌نشیند چه بسا کشتی که به دست صاحب مزرعه (که در این آیه زن است) از رشد و نمو آن جلوگیری به عمل آید.

جواب استدلال دوم نیز این است که نهایت دلالتی که این روایت و نظایر آن دارد این است که هر گاه زوجه از لحاظ سلامت رحم خویش آماده بارداری باشد و یا زوجه خود مباشرت کند، در این حالت حق انزال منی و در پی آن، فرزنددار شدن به اختیار و تصمیم زوجه خواهد بود. ولی این که زوجه نیز نمی‌تواند، کاری کند که برای مدت کوتاه یا طولانی از باردار شدن خود جلوگیری کند روایت مذکور هیچ دلالتی بر این امر ندارد بنابراین، زوجه نیز می‌تواند به واسطه استعمال قرص و دارو و ... از بسته شدن نطفه جلوگیری به عمل آورد و حتی این نحو از ممانعت، بر زن حرام نیست .

در بین فقهای معاصر نیز عده ای این نظریه را که فرزندآوری حق انحصاری مرد است برگزیده اند، آیت الله جعفر سبحانی در این باره می‌فرماید: « جایز نیست زن بدون اجازه شوهرش از قرص ضد حاملگی استفاده نماید و یا به روش‌های دیگر از حامله شدن جلوگیری کند ولی مرد می‌تواند با خوردن دارو، یا استفاده از آمپول یا مانند آن، موقتاً از انعقاد نطفه جلوگیری کند» .

این دسته از فقهای معاصر، با حکم به جواز عزل یا هر نحو جلوگیری از بارداری برای مرد و عدم جواز این امر نسبت به زن تلویحاً، حق فرزندآوری و تصمیم درباره‌ی آن را منحصر به زوج ساخته‌اند.

در روش عزل چون استمتاع جنسی همسر و به خصوص مرد به صورت کامل تحقق نمی‌یابد بنابراین رضایت مرد به استفاده از این روش شرط حکم به اباحه آن است.

ج- نظریه سوم

فرزندآوری از مقتضای اطلاق عقد نکاح به شمار آمده و این حق هم به زن و هم به مرد، هردو اختصاص دارد و مانند مباشرت از حقوق دو طرفه زوجین است.

پس بدون اجازه و توافق هر دو، جایز نیست که فرزندآوری را کنار زده و جلوگیری از بارداری را انتخاب کنند بلکه بایستی به توافق برسند ویا اینکه هر یک از ایشان، به اقتضای حق بودن این امر فرزندآوری برای او، طبیعتاً می‌تواند در مقام استیفای این حق خود، طرف مقابل را به فرزندآوری و فرزند داشتن ملزم سازد اما در عمل، به سبب تعارض این دو حق با یکدیگر اگر یک طرف راضی نبود نمی‌شود او را مجبور کرد. این دیدگاه نیز به این صراحت در متون فقهی و حقوقی نیامده است بلکه برخی برای اثبات این مدعای خود به سه دلیل استناد کرده‌اند:

۱:از تبیین مقصود از آیه ۲۳۳ سوره بقره که می‌فرماید: «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَن تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَ إِنْ أَرَدْتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَ اتَّقُوا اللّهَ وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ » نه بایستی مادر در مورد فرزند خود به زیان افتد و نه پدر وارد شده است استناد می‌کند، لذا خداوند متعال با نازل کردن این آیه (لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ) زن و مرد را از اینکه به همدیگر زیان وارد کنند نهی فرمودند و اینکه امتناع از فرزندآوری مشروط به رضایت زوجه می‌باشد .

۲:دلیل دیگر برخی از افراد این گروه نیز قاعده تسلیط است.

« قاعده تسلیط: این قاعده نیز اگر ماخوذ از روایت باشد فقط سلطنت بر اموال را در بر می‌گیرد » و نسبت به سلطنت انسان بر وجود خودش آیه و روایتی وارد نشده است ولی سلطنت انسان بر خود نیز امری است که مفاد آن بر حسب بناء عقلاء ثابت می‌گردد .

ضمن اینکه از آیه «النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَن تَفْعَلُوا إِلَى أَوْلِيَائِكُم مَّعْرُوفاً كَانَ ذلِكَ فِي الْكِتَابِ مَسْطُوراً » نیز استفاده می‌شود .

کاشف الغطاء در این زمینه می‌نویسد: « اصل این است که هیچ کس بعد از خداوند بر دیگری سلطه‌ای ندارد زیرا همگی در بندگی مساوی‌اند و هیچ یک از بندگان بر دیگری تسلطی ندارد بلکه به طور کلی کسی که صاحب یک چیز نیست بدون اجازه صاحب آن چیز سلطه‌ای ندارد پس اگر به واسطه نبوت، علم، ارتباط نسب، انجام عقد یا ایقاعی یا تصرف اولیه یا ارث و مانند آن سلطه و تسلطی به شخصی داده شود او بر دیگری تسلط پیدا می‌کند ولا (اگر دلیلی نباشد) هیچ سلطه‌ای ندارد» .

اصل تساوی و برابری انسان‌ها اقتضا می‌کند که هیچ کس بر دیگری تسلط نداشته، اختیار و اراده فردی و سلطنت او بر وجود خویش محفوظ باشد فقه نیز در صورتی که دلیلی بر ایجاد نوعی، «حق تصرف» برای شخصی وجود نداشته باشد اصل را بر عدم سلطه او گذاشته، هیچ گونه حقی را برای او به رسمیت نمی‌شناسند.

۳:دلیل سوم این گروه اصالت برائت از وجوب حق دیگری بر خود است.

پس از آنکه دلیل نقلی و نیز اماره ظنی مبنی بر حق فرزندآوری و الزام آن یافت نشود نوبت به اصل عملی می‌رسد و اصل جاری در این بحث نیز «اصل برائت» خواهد بود.

تحلیل نظریه سوم:

نسبت به دلیل اول باید گفت به روشنی پیداست که نه آیه و نه روایت مربوطه بر بیش از حق مباشرت برای طرفین دلالت ندارد.

از استناد به این قاعده و اثبات سلطه افراد بر جان خود و عدم سلطه دیگری نسبت به آن، جز اینکه زن و مرد نمی‌توانند همدیگر را بر فرزندآوری ملزم سازند یا از جلوگیری همدیگر از بارداری مانع شوند، چیز دیگری برداشت نمی‌شود. پس بر عکس، این قاعده نظریه چهارم را که معتقد است: « فرزندآوری حق هیچ یک از زوجین نیست» ، ثابت می‌کند چراکه اگر فرزندآوری- همانند حق مباشرت- حق هردوی ایشان می‌بود، می‌بایست مطالبه این حق از طرف یکی، در صورت امتناع دیگری از بارداری، به نحو ملزم ساختن او – که عبارت دیگری از «داشتن سلطه بر دیگران» است- ممکن می‌بود حال آنکه در مقدمه گفتیم که پیامد این نظریه این است که بدون اجازه و توافق هر دو، جایز نیست که فرزندآوری را کنار زده و جلوگیری از بارداری را انتخاب کنند. بلکه بایستی به توافق برسند درحالی که مطابق این قاعده، هیچ یک از زوجین حتی حق الزام دیگری به فرزندداشتن را هم ندارد.

در مورد دلیل سوم نیز باید توجه داشت که رجوع به اصول عملیه، پس از یاس و ناامیدی از دست یابی به ادله اجتهادی است و همان طور که پیش از این گذشت، با وجود ادله نقلی، در قالب روایات دال بر استحباب – و عدم وجوب- فرزند آوری و نیز روایات دال بر جواز جلوگیری از بارداری با راهکار طبیعی عزل در قالب حکم تکلیفی کراهت- بدون هیچگونه مسئولیت مدنی- نوبت به اصول عملیه نمی‌رسد.

د- نظریه چهارم

فرزندآوری از ماهیت شرعی و مقتضای اطلاق عقد نکاح نیست اما هر یک از زوجه می‌توانند با شرط آن در ضمن عقد و با تبانی عقد بر پایه آن فرزندآوری در قلمرو خانواده را به یک الزام ضمانت‌آور و دارای پشتوانه قانونی تبدیل کنند در غیر اینصورت جلوگیری از بارداری و ممانعت از توالد از طرف هر کدام از زوجین که باشد نیازی به اجازه و جلب رضایت دیگری ندارد.

باتوجه به آنچه گفته شد فقیهان به این مساله فرزندآوری به طور صریح و ضمنی اشاره نشده است از میان آنها می‌توان در فقیهان دوره‌ی پس از عصر مقلده به ویژه محقق حلی جستجو کرد، تعبیر ایشان در مورد امکان شرط فرزندآوری در ضمن عقد چنین است: «لو شرط الاستیلاد فخرجت عقیما فلا فسخ» هر چند علامه حلی شرط فرزند آوری را در عقد ازدواج را به مرد منحصر نموده و در صورت عقیم بودن زن برای مرد حق فسخ قایل نیست اما حاشیه نویسان بر کتاب وی مشروط له بودن زن را نیز پذیرفته و دلایل وی را در این زمینه عدم جواز فسخ نکاح از جانب مرد به سبب امکان تجدد قدرت بارداری را خالی از اشکال ندانسته‌اند. صاحب جواهر در توضیح عبارت علامه، شرط فرزندآوری را در صورتی یک الزام ضمانت آوری می‌داند که به عنوان شرط صفت در ضمن عقد از اوصاف اختیاری انسان باشد نه فعلی فقط در ید قدرت خدا و خارج از اختیار او باشد یعنی اگر فرزندآوری را شرط کند صحیح نیست چرا که این از جمله افعال الهی است که ممکن است پس از نکاح حاصل گردد و دست هیچکدام از طرفین نکاح نیست ولی اگر فرزندآوری به معنای عدم عقم، را به عنوان یک صفت رد زن در ضمن عقد شرط کرده باشد صحیح است چرا که عقم از صفات معیوب خود زن هست و شرط صفت قلمداد می‌شود صاحب جواهر دلیل محقق در مورد عدم امکان فسخ نکاح از جانب مرد در صورت عقیم بودن زن را رد کرده و برای زن نیز حق شرط فرزندآوری قایل شده است عبارت ایشان اینچنین است: « ..... و کذا حکمه اشتراطها علیه الاستیلاد» مرحوم سبزواری نیز شرط فرزندآوری در ضمن عقد را پذیرفته و اثبات عقیم بودن زن به واسطه متخصص را مجوز خیار فسخ برای مرد دانسته است .

برخی از فقیهان معاصر نیز شرط فرزندآوری در ضمن عقد را در قالب شرط صفت از جانب یکی از زوجین بیشتر تحت عنوان مسایل مستحدثه، به صراحت بیان کرده و برای مشروط له در صورت تخلف مشروط علیه از انجام تعهد حق خیار تخلف از وصف قائلند .

با دقت و تامل در عبارات طرفداران این نظریه روشن می‌گردد که:

۱:شرط فرزندآوری در ضمن عقد از جانب هر یک از زوجین صحیح است و پایبندی به آن لازم.

۲:شرط فرزندآوری باید در قالب شرط صفت و به عنوان فعل اختیاری انسان باشد.

۳:امکان یا عدم امکان فسخ در صورت عقیم بودن مشروط علیه خدشه‌ای در اصل بحث وارد نمی‌سازد بنابراین به نظر می‌رسد در صورت عدم اشتراط فرزندآوری در ضمن عقد نکاح با تبانی عقد بر اساس آن از جانب زوجین یا یکی از آنها، حق ممانعت از بارداری با استفاده از داروهای ضد حاملگی، عزل و ... برای هر یک از زن و مرد وجود دارد و این امر حتی اگر از طرف زن صورت پذیرفته باشد، صرفاً کراهت دارد و طرح دادخواست قضایی الزام به فرزند آوری نیز مسموع نخواهدبود. اگر غیر از این بود اولاً استعمال داروهای ضد بارداری برای زن و ثانیاً حکم عزل بدون رضایت و اذن زن، در قالب رخصت ضمنی، جایز نمی‌بود زیرا مشهور فقیهان قائل به نهی تنزیهی (کراهت) عزل بدون رضایت و شرط زن هستند و نهی تنزیهی صرفاً بر یک حکم تکلیفی دلالت دارد که در ضمن آن رخصت ضمنی نیز وجود دارد از طرفی نیز فقیهان هیچ نوع حکم وضعی از قبیل دادن « حق طلاق برا ی زن به دلیل محروم ساختن از نعمت فرزند آوری از جانب مرد» و یا « الزام مرد به فرزند آوری» را برای طرفین قائل نشده‌اند. این دو جواز مذکور، نشان می‌دهد که بر فرض اینکه فقیهان فرزندآوری را به مقتضای عقد پذیرفته باشند در عمل، برای زن و مرد حق ممانعت از بارداری را داده‌اند و در حقیقت میان حکم به رخصت ضمنی عزل در قالب حکم تکلیفی و استعمال داروهای ضد بارداری بدون رضایت طرفین و اینکه فرزندآوری از مقتضای اطلاق عقد است تعارض وجود دارد و شاید به همین دلیل است که هیچ فقیهی به صراحت و حتی ضمنی، فرزندآوری را جزء مقتضای اطلاق عقد بیان نکرده است.

۴:فتاواری برخی از فقهای معاصر مبنی بر جواز جلوگیری از بارداری هم از طرف زن و هم از طرف مرد بدون جلب رضایت یکدیگر، نیز دال بر اختیار این نظریه اخیر است عبارت آیت ا... سیستانی در این مورد چنین است: «جایز است زن از داروهای پیشگیری از حاملگی ، به شرط آنکه به او زیان مهمی نزند، استفاده کند. چه شوهر راضی باشد و چه نباشد جایز است که زن از دستگاه پیشگیری از حاملگی و مانند آن اگر ضرر مهمی به او نزند استفاده کند». جایز است که زن به عمل جراحی تن بدهد که دیگر هرگز نتواند فرزندی آورد در صورتی که موجب زیان حدی به او بر اثر قطع عضوی چون تخمدان نگردد حکم این مساله تماماً در باره مرد نیز جاری است .

نتیجه‌گیری

بنابر آنچه گذشت، روشن می‌گردد که علاوه بر اینکه بیشتر فقیهان نکاح را به فرزندآوری مقید ننموده‌اند، آیات و روایات مربوط به نکاح نیز در الزام فرزند آوری ظهور ندارد و همچنین اینکه فرزند آوری جزو ماهیت شرعی عقد نکاح نیست در میان فقیهان از شهرت فتوایی برخوردار است و از طرفی نیز ثابت گردید که لسان احادیث دال بر جواز عزل، ظهور دارند که زن استحقاق انزال ندارد و انحصار حق فرزند آوری به زوجه، به سبب منافات عزل با غرض شارع، مخدوش است زیرا غرض شارع فقط در فرزندآوری محصور نیست به علاوه ، حکم قطعی عزل از نظر بیشتر فقیهان کراهت است نه حرمت و رضایت یا شرط زن در عزل، نمی‌تواند غرض شارع را از میان بردارد. اگر فرزندآوری جز مقتضای اطلاق عقد به حساب می‌آمد نه حکم به رخصت ضمنی عزل بدون رضایت و شرط زن، صحیح بود و نه حکم به جواز استعمال داروهای ضد بارداری از جانب زن بدون رضایت شوهر افزون بر آن، اگر فرزند آوری جزو مقتضای اطلاق عقد اعتبار می‌گردد اشتراط آن در ضمن عقد باید یک شرط تاکیدی به شمار آید نه شرط صفت حال آنکه فقیهان شرط فرزندآوری را در قالب شرط صفت پذیرفته‌اند.

به نظر می‌رسد با توجه به دلایل ارائه شده در ضعف استدلال‌های قائلین به نظریه اول و دوم و سوم، ترجیح دیدگاه چهارم یعنی « شرط فرزندآوری از جانب زن و مرد تنها از طریق تبدیل آن به یک ضمانت الزام آور در ضمن عقد یا تبانی عقد بر اساس آن خالی از قوت نیست علاوه بر دلایل پیشین بر مدعا مویدات ذیل نیز برتری این دیدگاه را تقویت می‌نماید».

۱:فقدان صراحت و عدم ظهور روایات مربوط به ازدواج در فرزندآوری

این اخبار بر استحباب و مرغوبیت فرزندآوری در ازدواج دلالت می‌کنند حال آنکه اگر فرزندآوری جزو مقتضای عقد نکاح به شمار می‌آمد می‌بایست لسان روایات در وجوب فرزند آوری ظهور داشته باشد، که چنین ظهوری مشاهده نمی‌گردد.

۲:استحباب اختیار زن ولود به عنوان همسر در ازدواج

گرچه فقیهان در باب همسر گزینی به صفت ولوده بودن زن توجه داشته‌اند اما آن را در زمره احکام استحبابی اختیار زوجه بیان کرده‌اند نه وجوب .

۳:خروج صفت عقیم بودن از زیر مجموعه عیوب مجوز فسخ نکاح

بر طبق اجماع فقیهان ناتوانی یکی از زوجین در امر فرزندآوری، از عیوب مجوز فسخ نکاح به شمار نمی‌آید و عیوبی که ماندگاری و استمرار عقد نکاح را با تزلزل مواجه می‌سازد به موارد معین غیر از عقیم محصور گردیده است . مگر آنکه طرفین، عقیم نبودن را به عنوان یک صفت در ضمن عقد شرط کرده باشند که در این صورت مطابقت واقعیت با شرط برای عدم تحقق خیار تخلف از وصف، لازم است و واجب .

۴:عدم امکان آمیزش به عنوان حکمت عیوب مجوز فسخ نکاح

بیشتر فقیهان امامیه از جمله شیخ طوسی و محقق کرکی و صاحب جواهر و ...حکمت عیوب مجوز فسخ نکاح را در منافات آن با استمتاع و تمکین بالمعنی الاخص، به عنوان حق دو طرفه زوجین بیان کرده اند نه عدم قدرت در فرزندآوری.

۵:دلالت «اوفوا بالعقود» و «المومنون عند شروطهم» بر صحت شرط فرزندآوری یا عدم آن از جانب طرفین در ضمن عقد و یا تبانی عقد براساس آن. طبق عموم آیه و حدیث شریف، شرط فرزندآوری و یا عدم آن در ضمن عقد، صحیح بوده و پایبندی طرفین به آن لازم است و تخلف از آن مستلزم ثبوت حق خیار تخلف از وصف برای مشروط له می باشد خواه زن باشد یا مرد بر پایه‌ی این نظریه، اگر عقد نکاح میان زوجین بطور مطلق و عاری از شرط فرزندآوری منعقد گردد هریک از زن ومرد حق ممانعت و جلوگیری از فرزندآوری را دارد ودر این خصوص طرح دادخواست قضایی محرومیت از آن از سوی دادگاه مسموع نخواهد بود.

منابع و ماخذ

قرآن کریم
۱. اندلسی، علی بن حزم، المحلی بالاثار، ج۱۰، تحقیق عبدالغفار سلیمان البنداری، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۸ق.
۲. انصاری، مرتضی، المکاسب،ج ۱و ۳ و۶، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۹ق.
۳. ----------، کتاب النکاح، قم، مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۲۹ ق.
۴. ابن قدامه المقدسی، عبدالله بن احمد، المغنی ویلیه الشرح الکبیر، ج۴ و۷ و۸، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۰۳ق.
۵. ابن قیم جوزیه، شمس الدین ابو عبدالله، اعلام الموقعین عن رب العالمین، ج۳، بیروت، دارالتراث العربی، بی تا.
۶. ابن ماجه، الحافظ ابی عبدالله محمد بن یزید القزوینی، سنن ابن ماجه، ج۱، بی جا، دار احیاء التراث العربیه، بی تا.
۷. ابن مفلح الحنبلی، ابو اسحاق ابراهیم بن محمد، المبدع شرح المقنع، ج ۴و۱۴، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ق.
۸. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، ج ۷و ۹و ۱۴، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ ق.
۹. ابن نجیم مصری، زین الدین ابراهیم بن محمد، البحر الرائق، ج ۳ ، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ق.
۱۰. ابوداوود، سلیمان بن اشعث، سنن ابی داوود، ج ۲و ۴، بیروت، دار ا بن حزم، ۱۴۱۸ق.
۱۱. اطفیش، محمد بن یوسف، شرح النیل و شفاع العلیل، ج ۶ ، جده، مکتبه الارشد، ۱۴۰۵ ق.
۱۲. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۱ ، تهران، اسلامیه، ۱۳۷۸ ش.
۱۳. بجنوردی، محمد حسن، القوائد الفقهیه، ج ۲ و ۳، تحقیق مهریزی، قم، دلیل ما، ۱۴۲۸ق.
۱۴. البخاری، محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری، ج ۳ ، بیروت، دارالفکر، ۱۴۲۴ق.
۱۵. براتسون، یان، درآمدی بر جامعه، ترجمه حسین بهروان، مشهد، انتشارات آستان قدس رضوی، ۱۳۷۴ش.
۱۶. برگ، پیتر، تاریخ و نظریه اجتماعی، ترجمه غلامرضا جمشیدیها، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۱ش.
۱۷. بهجت، محمد تقی، احکام بانوان (مسائل جدید)، قم، انتشارات موسسه ی مشهور، بی تا.
۱۸. صانعی، یوسف، احکام پزشکی، قم، نشر میثم تمار، ۱۳۷۷ش.
۱۹. البهوتی، منصور بن ادریس، کشاف القناع عن متن القناع، ج ۲ و۵، بیروت، دار الفکر، ۱۴۲۰ ق.
۲۰. البیضاوی، ناصر الدین عبدالله بن عمر، الوصول الی علم الاصول، بیروت، دار ابن حزم، ۱۴۲۹ ق.
۲۱. پاملا ایوت وکلروالاس، مقدمه ی بر جامعه شناسی (نگرش فیمینستی)، ترجمه مریم خراسانی و حمید احمدی، تهران، نشر دنیای مادر، ۱۳۸۱ش.
۲۲. الجزایری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الأربعه و مذهب اهل البیت، ج ۴، بیروت، دار الثقلین. بی تا.
۲۳. جبعی عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، مسالک الافهام، ج ۷، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۲۴. الجصاص، ابوبکر احمد بن علی الرازی، احکام القرآن، ج ۳ ، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵ق.
۲۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمولوژی حقوق، ج۳، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸ ش.
۲۶. ---------- ،تاثیر اراده در حقوق مدنی، تهران ، گنج دانش، ۱۳۸۷ش.
۲۷. الجوهری، اسماعیل بن حماد، معجم الصحاح، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۲۹ ق.
۲۸. الحبیب بن طاهر، الفقه المالکی و ادلته، ج ۳ ، بیروت، مؤسسه المعارف، ۱۴۲۶ق.
۲۹. حر عاملی، شیخ حسن، هدایه الامه الی احکام الائمه، ج ۷، تحقیق قم الحدیث فی مجمع البحوث الاسلامیه، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۲ق.
۳۰. ----------، وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج۲و ۱۴و۲۰، قم، تصحیح لجنه التحقیق فی موسسه آل البیت لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ق.
۳۱. حسینی زبیدی، محمدمرتضی، تاج العروس، ج ۴ و ۸، بیروت، لبنان، دارالحیاءالتراث العربی، ۱۴۰۰ق.
۳۲. حسینی، حاتم، درآمدی بر جمعیت شناسی اقتصادی، اجتماعی و تنظیم خانواده، همدان، انتشارات دانشگاه ابو علی سینا، ۱۳۸۱ش.