



دانشکده الهیات و معارف اسلامی هدی

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی

# واکاوی حق استیلااد زوجین با استناد به سلطنت انسان بر اعضای بدن

نگارش

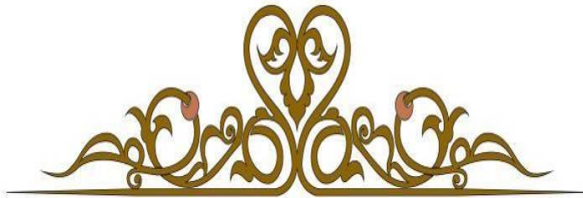
مریم زارع

استاد راهنما

دکتر سید علی علوی قزوینی

بهمن ۱۴۰۰





### تقدیم بہ:

این رہ توشہ و سربایہ ناپخیز را تقدیم می کنم بہ خاتم پیامبران ساحت مقدس سید و نبی بان محمد مصطفی (صلوات اللہ علیہ)

مولای موحدان، امیر المؤمنین علی (علیہ السلام)

پارہ تن پیامبر اسلام سیدہ زنان عالم حضرت زہرا (سلام اللہ علیہا)

و بہ صاحب لوا ای کربلا، حضرت ابوالفضل و ائمہ اطہار از نسل امام حسین (علیہ السلام)

بہ خصوص بہ درگاہ آن نور خدا کہ ہدایت کنندہ اہل ہدایت است. منقشی کہ اصلاح کنندہ ناراستی ہاست و آن جایگاہ امید ی کہ بہ ہم گویندہ اساس ظلم است؛ بہ یوسف زہرا

کہ عشق، پناہ و تمام انگیزہ شدہ است؛

بہ حضرت جنت بن الحسن العسکری روحی و ارواح العالمین لتراب مقدمہ الفداء

محض خاطر نازنین تو ای ولی خیر خواہ و ای صاحب سن، قلم را بہ پستی و بلندی ہای صحیفہ «انصار» و لہدم تا با قدمی ہر چند ناپخیز بہ آستان با صغای تو تقرب جویم اگر چہ یقین

بہ خلوص خویش ندارم اما تو کرم نما و قبول فرما.





### سازگاری:

باجد و پاس فراوان از الطاف میکران الهی، و غنیه خودی دانم که از راهنمایی‌ها و ارشادات استاد گرانقدری که مراد تحصیل یاری نموده‌اند، همین طور از بخاری دلسوزانه، بمر و پدر و مادرم که در سختی‌ها و دشواری‌های زندگی همواره یاری دلسوز و خداکار و پشتیبانی محکم و مطمئن برایم بوده‌اند، تقدیر و تشکر فراوان نموده و موفقت و تعالی روز افزون را از خداوند

منان مسکلت می‌نمایم.



## چکیده

فرزندآوری در نظام خانواده، از چالش‌های جدی زوجین در عصر کنونی است. میان فقهای امامیه درباره این مسئله که فرزندآوری مقتضای ذات عقد نکاح محسوب نمی‌شود، اختلافی نیست و زوجین می‌توانند با تبانی عقد بر پایه استیلا یا عدم استیلا، آن را به یک ضمانت الزام‌آور تبدیل کنند؛ اما مسئله مورد بحث این است که حق استیلا زوجین با استناد به سلطنت انسان نسبت به اعضای بدنش، چه حقوقی است؟ اثبات سلطنت انسان نسبت به اعضای بدن، از مباحثی است که زوج می‌تواند با استناد به آن، حق استیلا را از آن خود بداند و هر نوع دخل و تصرفی در رحمش را منوط به اجازه خود بداند و حتی بدون اذن زوج بتواند این حقوق را اعمال نماید که یکی از این تصرفات، اسقاط نطفه (در فرضی که نطفه به طور اتفاقی منعقد شود) یا انعقاد نطفه است. انعقاد نطفه چه در جهت منفی (عدم تمایل زوج به فرزندآوری) که در این فرض با استناد به حق سلطه بر رحم، حق پیشگیری از فرزندآوری با استفاده از روش‌های مختلف بررسی می‌شود و چه در جهت مثبت (تمایل زوج به فرزندآوری) که در این فرض نیز با استناد به حق مذکور در صورت عزل زوج و عدم تمایل وی به فرزندآوری، حق باروری زوج به وسیله منی زوج بدون اذن وی به میان می‌آید و حتی فراتر از آن، زوج به اثبات مالکیت منافع می‌تواند مالک منافع بدنش از جمله اجاره رحم و نیز اجرتی که در ازای رضاع فرزندش از همسرش دریافت می‌کند، باشد و از این طریق منفعت کسب کند. اثبات حق استیلا برای زوج نیز حقوقی از جمله حق عزل و حق مالکیت منی را به همراه دارد. اثبات این حقوق برای زوجین در مواردی موجب بروز تعارض می‌شود و احتمالاتی نیز برای حل این تعارض و اعمال مساوی حقوق بیان شده است. با اثبات مشروعیت حکم حکومتی و با عنایت به حکم تکلیفی فرزندآوری که در صورت الزام، غایت این الزام وجوب کفایی است؛ در صورت تعارض حقوق مثبته با حکم حکومتی، حکم ثانویه مذکور واجب کفایی است و شخص باید با در نظر گرفتن شرایط خود در جهت اثبات یا نفی فرزندآوری طبق حکم ثانویه در جهت رشد یا کاهش جمعیت اقدام نماید.

**واژگان کلیدی:** استیلا، مقتضای ذات عقد، مالکیت، عزل، حکم حکومتی.

## فهرست مطالب

مقدمه ..... ۱۷

### فصل اول: کلیات و مفاهیم تحقیق

۱-۱. کلیات تحقیق ..... ۲۱

۱-۱-۱. بیان مسئله ..... ۲۱

۱-۱-۲. ضرورت و اهمیت تحقیق ..... ۲۲

۱-۱-۳. سوال‌های تحقیق ..... ۲۲

۱-۱-۳-۱. سوال اصلی ..... ۲۲

۱-۱-۳-۲. سوال‌های فرعی ..... ۲۲

۱-۱-۴. روش تحقیق ..... ۲۳

۱-۱-۵. فرضیه‌های تحقیق ..... ۲۳

۱-۱-۶. پیشینه تحقیق ..... ۲۳

۲-۱. مفاهیم تحقیق ..... ۲۴

۲-۱-۱. مفهوم استیلاد ..... ۲۴

۲-۱-۲. مفهوم عقد ..... ۲۴

۲-۱-۳. مفهوم مالکیت ..... ۲۵

- ۳-۱. تبیین حق استیلا ..... ۲۹
- ۴-۱. استیلا حق زوج یا زوجه ..... ۳۳
- ۱-۴-۱. استیلا به عنوان حق زوج ..... ۳۳
- ۱-۴-۱. تنقیح مناط جواز عزل ..... ۳۳
- ۱-۴-۲. منافات با حق تمکین زن ..... ۳۴
- ۲-۴-۱. استیلا به عنوان حق زوجه ..... ۳۴
- ۳-۴-۱. استیلا به عنوان حقوق زوجین ..... ۳۶
- ۴-۴-۱. نظریه مختار ..... ۳۷
- ۱-۴-۴-۱. شرط استیلا در ضمن عقد ..... ۳۷
- ۲-۴-۴-۱. قاعده لا ضرر ..... ۴۳

## فصل دوم: حق استیلا با استناد به سلطنت نسبت به اعضا و منافع

- ۱-۲. مالکیت و حق سلطه و تصرف ..... ۴۹
- ۱-۱-۲. حقیقت مالکیت و اقسام آن ..... ۴۹
- ۱-۱-۲. مالکیت اصلی و بالذات ..... ۵۰
- ۲-۱-۲. مالکیت‌های تبعی ..... ۵۲
- ۳-۱-۲. مالکیت‌های حمایتی ..... ۵۳
- ۲-۱-۲. اقوال مالکیت انسان بر اعضای خودش ..... ۵۵
- ۱-۲-۲. رابطه مالکیت تکوینی ..... ۵۶
- ۲-۲-۱-۲. رابطه مالکیت ذاتی ..... ۵۷

- ۳-۲-۱-۲. رابطه مالکیت اعتباری (تشریعی)..... ۵۸
- ۴-۲-۱-۲. رابطه مالکیت منفعت..... ۵۹
- ۳-۱-۲. سلطنت و ادله محدودیت یا عدم محدودیت تصرف ..... ۶۰
- ۱-۳-۱-۲. دلایل نامحدود بودن حق تصرف انسان در اعضای بدن خود ..... ۶۰
- ۲-۳-۱-۲. دلایل محدود بودن تصرفات انسان در اعضای بدن خود ..... ۶۱
- ۴-۱-۲. رابطه امانت..... ۶۲
- ۲-۲. سلطنت رحم برای زوج یا زوجه ..... ۶۳
- ۱-۲-۲. سلطنت رحم برای زوج ..... ۶۳
- ۱-۱-۲-۲. آیه ..... ۶۴
- ۲-۱-۲-۲. روایت ..... ۶۵
- ۲-۲-۲. سلطنت رحم برای زوجه ..... ۶۶
- ۱-۲-۲-۲. نقد ادله طرف مقابل ..... ۶۶
- ۲-۲-۲-۲. ادله طرفداران سلطنت رحم برای زوجه ..... ۶۸
- ۳-۲. حقوق مثبت زن ..... ۶۹
- ۱-۳-۲. حقوق مثبت برای زنان شوهردار ..... ۷۰
- ۱-۱-۳-۲. حق جلوگیری زوجه بدون اذن زوج ..... ۷۰
- ۲-۱-۳-۲. حق بارداری زوجه ..... ۷۳
- ۳-۱-۳-۲. جواز سقط در صورت ضرر به زن ..... ۷۶
- ۴-۱-۳-۲. دیه مفضاه ..... ۸۱



|                                                                                   |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------|----|
| ۲-۳-۲. حقوق مثبتة برای زنان غیرباکره فاقد همسر یا شوهردار همراه با رضایت زوج ..۸۲ |    |
| ۱-۲-۳-۲. رحم اجاره‌ای .....                                                       | ۸۳ |
| ۲-۲-۳-۲. رضاع .....                                                               | ۸۷ |
| ۴-۲. حقوق مثبتة مرد .....                                                         | ۹۰ |
| ۱-۴-۲. حق عزل زوج .....                                                           | ۹۰ |
| ۱-۱-۴-۲. شرایط عزل در ازدواج دائم .....                                           | ۹۰ |
| ۲-۱-۴-۲. حکم عزل از دیدگاه علمای امامیه .....                                     | ۹۲ |
| ۳-۱-۴-۲. تعمیم حکم عزل .....                                                      | ۹۵ |
| ۲-۴-۲. حق مالکیت و سلطنت بر نطفه (منی) .....                                      | ۹۶ |
| ۵-۲. احتمالات ارائه شده در حل تعارض بین حقوق زن و مرد .....                       | ۹۶ |
| ۱-۵-۲. احتمال اول .....                                                           | ۹۷ |
| ۲-۵-۲. احتمال دوم .....                                                           | ۹۸ |
| ۳-۵-۲. احتمال سوم .....                                                           | ۹۹ |
| ۴-۵-۲. احتمال چهارم .....                                                         | ۹۹ |

### فصل سوم: تعارض حقوق مثبتة زوجین در فرزندآوری با حکم حکومتی

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| ۱-۳. حکم حکومتی .....                | ۱۰۵ |
| ۱-۱-۳. ملاک‌های حکم حکومتی .....     | ۱۰۷ |
| ۲-۱-۳. قلمرو موضوعی حکم حکومتی ..... | ۱۰۸ |
| ۳-۱-۳. قلمرو زمانی حکم حکومتی .....  | ۱۰۸ |

|                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ۴-۱-۳. قلمرو مکانی حکم حکومتی.....                                                                   | ۱۰۹ |
| ۵-۱-۳. حدود حکم حکومتی.....                                                                          | ۱۱۱ |
| ۶-۱-۳. اختیارات حکومتی و قلمرو آن.....                                                               | ۱۱۲ |
| ۲-۳. حکم تکلیفی فرزندآوری و تعارض حکم مذکور با حکم حکومتی.....                                       | ۱۱۴ |
| ۱-۲-۳. حکم تکلیفی فرزندآوری.....                                                                     | ۱۱۴ |
| ۲-۲-۳. تعارض حکم تکلیفی فرزندآوری با حکم حکومتی و ارائه راهکارهای در جهت سیاست‌های افزایش جمعیت..... | ۱۱۶ |
| ۱-۲-۲-۳. بررسی دلایل افزایش جمعیت.....                                                               | ۱۱۷ |
| ۲-۲-۲-۳. ادله رجحان کثرت اولاد.....                                                                  | ۱۱۸ |
| ۳-۲-۲-۳. ضرورت اقدام برای افزایش جمعیت.....                                                          | ۱۲۶ |
| ۴-۲-۲-۳. پیامدهای منفی پیشگیری مطلق و پیشنهاداتی جهت جلوگیری از پیامدهای مذکور.....                  | ۱۲۷ |
| نتیجه‌گیری.....                                                                                      | ۱۳۱ |
| فهرست منابع.....                                                                                     | ۱۳۵ |

## مقدمه

بررسی‌های به عمل آمده از میزان شناخت زوجین در زمینه حقوق خود در امر استیلا (فرزندآوری)، نشان‌دهنده عدم آشنایی زوج و زوجه نسبت به این موضوع است و این عدم آگاهی، موجب بروز چالش‌های زیادی در زندگی زوجین شده است. از آنجا که در دهه اخیر پدیده فرزندآوری روند کندی را در پیش گرفته است؛ حقوق‌دانان در صدد اصلاح این الگو برآمده و به بررسی حق استیلا از منظر حقوقی در جهت مثبت و رو به افزایش پرداخته‌اند، اما در بررسی فقهی آن به صورت مستقل بحث خاصی صورت نگرفته است. با عنایت به اینکه بحث منوط به شناخت کامل حقوق زوجین نسبت به یکدیگر است، از جمله حقوقی که برای زنان در پرتو اثبات سلطنت‌شان نسبت به اعضای بدن خود به اثبات خواهد رسید و نیز حق مثبت زوج ذیل سلطنت وی نسبت به اعضای بدن خویش، پرداختن به این امر در شرایط کنونی ضروری احساس می‌شود. این رساله بر آن است که افزون بر پاسخگویی به این مهم که استیلا مقتضای ذات عقد نکاح است یا خیر، حقوق زوج و زوجه را با استناد به مالکیت و سلطنت آن‌ها نسبت به اعضای بدن خود برشمارد.

بحث سلطنت انسان نسبت به اعضای بدن خود، بحث چالش‌برانگیزی است و نظرات مختلفی در این باب ارائه شده است. با نقد و بررسی این نظرات و با اختیار کردن نظر مناسب، حقوق زوجین در پرتو سلطنت اثبات شده در مرحله قبل بررسی می‌شود. با اثبات سلطنت زوجه نسبت به اعضای بدنش از جمله رحم که عضو اصلی در انعقاد نطفه است، وی می‌تواند حقوقی را برای خود به اثبات برساند که حتی بدون اذن زوج نیز آن حقوق اعم از حق پیشگیری از بارداری، حق اسقاط نطفه در صورت ضرر به جان مادر، حق انعقاد نطفه و... را اعمال نماید. زوج نیز با اعمال حقوق خود در زمینه سلطنت وی نسبت به نطفه، می‌تواند مدعی حقوقی باشد که این حقوق ممکن است در نقطه‌ای متعارض شوند. بنابراین سعی بر آن است که این نقطه تعارض رفع، و احتمالاتی برای رفع تعارض مذکور ارائه شود.



## ۱-۱. کلیات تحقیق

### ۱-۱-۱. بیان مسئله

بی شک فرزندآوری، یکی از دغدغه‌های بزرگ زوجین در عصر حاضر است. هر یک از زوجین به دلیل ندانستن حقوق خود نسبت به فرزندآوری، با مشکلات زیادی در این امر روبه‌رو هستند که موجب بروز اختلافات و درگیری‌های بسیار و به تبع آن تعداد زیادی از این اختلافات منجر به جدایی زوجین شده است؛ از این‌رو شناخت زوجین نسبت به حقوق یکدیگر در امر استیلا، مانع از پیامدهای سوء آن می‌شود و عامل رهایی زوجین از سردرگمی نسبت به وظایف خود است. در واقع آشنایی با این حقوق، فاصله ما را تا رسیدن به وضعیت مطلوب بهبود می‌بخشد. سلطنت انسان نسبت به اعضای بدن خود، موجب به وجود آمدن حقوقی برای زوجین می‌شود که با اثبات سلطنت انسان بر بدن، از یک سو زوجه بر رحم خویش حق سلطه دارد که محل انعقاد نطفه است و حق جلوگیری از فرزندآوری، حق بارداری، حق اسقاط جنین در برخی موارد، حق اجاره رحم خویش با استناد به این سلطنت، از جمله حقوقی است که در پرتو اثبات حق استیلا، قابل استناد است. از سوی دیگر زوج نیز بر منی خویش که منشأ انعقاد نطفه است، حق سلطه دارد و اثبات حقوق مذکور در زوج نیز منشأ آثاری خواهد بود که از جهت حقوقی قابل استناد خواهد بود. از این‌رو بسیاری از دعاوی زوجین در امر استیلا با اثبات حقوق ناشی از سلطنت زوجین بر بدن خویش در امر فرزندآوری، قابل حل و پاسخ بسیاری از پرسش‌ها خواهد بود. اکنون سؤال این است که حق استیلا زوجین با استناد به سلطنت انسان نسبت به اعضای بدنش چه حقوقی خواهد بود؟ در صورتی که حقوق مذکور به اثبات برسد، اما در نقطه‌ای این حقوق با یکدیگر در تعارض قرار گیرند، چه احتمالاتی برای رفع تعارض وجود دارد؟ پژوهش حاضر در مقام پاسخ به تعارض حکم فرزندآوری و حقوق مثبت به حکم حکومتی برآمده است. حق استیلا را می‌توان از منظر

حقوقی، سیاسی و کنترل جمعیت، تفسیری و فقهی بررسی کرد که در این رساله به بررسی این موضوع از منظر فقهی - پزشکی پرداخته می شود.

### ۱-۲. ضرورت و اهمیت تحقیق

برخی بر این باورند که زوجه هیچ گونه حقی دربار استیلا و فرزندآوری ندارد و این زوج است که در این زمینه تصمیم گیری می کند و زوجه در این فرایند، تنها حافظ نطفه ای است که در رحم وی جایگزین می شود. اما این سؤال مطرح می شود که زوجه همان طور که درباره درآمدهای کسب شده خود چه به صورت اختیاری (از جمله درآمد حاصل از کسب و کار) و چه غیر اختیاری (از جمله سهمی که از طریق ارث یا دیه به وی منتقل می شود) حق سلطنت دارد و کسی بدون اجازه وی حق تعرض به این حقوق را ندارد، آیا در رابطه با استیلا که سهم عمده ای در تکامل جسمی و روحی فرزند دارد، نمی تواند هیچ گونه دخالتی داشته باشد؟ آیا این سلطنت تنها در مواردی که ذکر شد، وجود دارد یا بر بدن خویش از جمله رحم نیز سلطنت دارد که با در اختیار داشتن این سلطنت حقوقی در ضمن آن برای وی به اثبات برسد؟ این حقوق تا به حال از زاویه مالکیت و سلطنت انسان نسبت به اعضای بدنش بررسی نشده است؛ از این رو رساله حاضر بر آن است که با بررسی و اثبات این حقوق برای زوجین، راه را برای تطبیق بیشتر امور زندگی بر شالوده احکام الهی هموار کند و این مسئله، مهم ترین انگیزه و هدف برای پرداختن به این موضوع است.

### ۱-۳. سوال های تحقیق

#### ۱-۳-۱. سوال اصلی

- زوجین با استناد به سلطنت بر اعضای بدن خود در روند فرزندآوری چه حقوقی دارند؟

#### ۱-۳-۲. سوال های فرعی

۱. مبانی استیلا چیست؟ (آیا مقتضای ذات عقد نکاح است یا خیر؟)
۲. زن و مرد با استناد به سلطنت شان نسبت به اعضا و منافع بدن خود چه حقوقی در فرایند فرزندآوری دارند و در صورت تعارض حقوق مذکور حل تعارض به چه صورت است؟
۳. در صورت تعارض حقوق مثبتة زوجین با حکم حکومتی چه راهکاری رائه می شود؟

### ۴-۱-۱. روش تحقیق

پژوهش حاضر بر حسب هدف، از نوع بنیادی و از نظر روش، گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای توصیفی است. پس از تعریف مفاهیم و اصطلاحات و شناخت موضوع استیلا به روش نظری، ماهیت آن مشخص می‌شود. در جمع‌آوری مطالب از کتب مختلف موجود در کتابخانه‌ها و مراکز علمی - پژوهشی بهره‌گیری و از مقالات موجود در این باره استفاده شده است.

### ۵-۱-۱. فرضیه‌های تحقیق

به نظر می‌رسد تفاوت آرای فقها در بحث مالکیت یا سلطنت انسان نسبت به اعضای بدنش، منجر به اختلاف نظر آن‌ها می‌شود، اما گروهی قائلند که در پرتو اثبات مالکیت یا سلطنت، حق استیلا از آن زن است و برخی قائل به عدم مالکیت یا عدم سلطنت و در نتیجه عدم حق استیلا از زن هستند. میان فقهای امامیه در اینکه فرزندآوری جزء ماهیت شرعی و مقتضای ذات عقد نکاح محسوب نمی‌شود، اختلافی نیست؛ اما درباره اقتضای اطلاق آن دیدگاه‌های فقهای متفاوت است. حقوق برشمرده شده برای زوجه همچون حق بارداری، حق جلوگیری از بارداری، جواز سقط در صورت ضرر و نیز اجاره رحم است. قول قوی‌تر در حق عزل که مربوط به زوج است، انتفای این حق به دلیل تنافی آن با حق زن در فرزندآوری است. به نظر می‌رسد وجود دو عنصر شرط و رضایت زوجه و یا فقدان آن‌ها، محور اصلی تحقق جواز یا عدم جواز عزل در ازدواج دائمی است. با اثبات مشروعیت حکم حکومتی و با عنایت به حکم تکلیفی فرزندآوری که در صورت الزام غایت این الزام وجوب کفایی است، شخص باید با در نظر گرفتن شرایط خود در جهت اثبات یا نفی فرزندآوری، طبق حکم ثانویه در جهت رشد یا کاهش جمعیت اقدام نماید.

### ۶-۱-۱. پیشینه تحقیق

بیشتر تحقیق‌ها و پژوهش‌های انجام شده در این زمینه، مربوط به سال‌های اخیر است؛ زیرا این موضوع نه تنها در دوران فقهای متقدم از اهمیتی که در عصر حاضر دارد، برخوردار نبوده است؛ بلکه مبتلی به نیز نبوده و بحث مهمی درباره این موضوع به‌ویژه از زاویه بحث پیش‌رو صورت نگرفته است. بنابراین پیشینه خاصی پیرامون این موضوع وجود ندارد و فقط چندین مقاله مختصر از

جمله مشروعیت الزام به فرزندآوری، بررسی سقط جنین در صورت به خطر افتادن جان مادر و جنین و رحم اجاره‌ای به چاپ رسیده است که رویکرد هیچ‌یک از این مقالات با رویکرد سلطنت زن نسبت به رحمش نیست و نیاز به بررسی بیشتر در این زمینه احساس می‌شود.

## ۲-۱. مفاهیم تحقیق

### ۱-۲-۱. مفهوم استیلا

#### الف) مفهوم لغوی استیلا:

طلب بچه کردن، فرزند خواستن (دهخدا، ۱۳۷۷)، طلب الولد من الامة (جرجانی، ۱۳۷۰).

#### ب) مفهوم اصطلاحی استیلا:

استیلا به معنای باردار کردن و باردار شدن است که در این معنا شامل مرد و زن آزاد و برده می‌شود و احکام آن در باب نکاح آمده است.

استیلا در معنای دوم خود که باردار شدن کنیز از مولاست، بابی از ابواب فقه است و از آن در این باب و نیز باب‌های تجارت، وصیت، طلاق، ارث و قصاص به مناسبت سخن رفته است که بحث ما در این تحقیق، معنای اول است (موسسه دائرةالمعارف الفقه الاسلامی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، ۱۳۸۱، ۵۰۴/۱-۵۰۶).

### ۲-۲-۱. مفهوم عقد

#### الف) مفهوم لغوی مقتضای عقد:

مقتضی: اسم مفعول از ماده قضی و از باب افتعال است. اقتضا در لغت به دو معنای مستوجب بودن و دلالت کردن آمده است؛ (معلوف، ۱۳۸۶، ۶۳۶) بنابراین مقتضای عقد، یعنی آنچه که عقد مستوجب و مستلزم آن است و بر آن دلالت دارد.

#### ب) مفهوم اصطلاحی مقتضای عقد:

در تعریفی آمده است که مقتضای عقد، یعنی آنچه که عقد برای پیدایش آن منعقد می‌شود و می‌توان آن را مقصود اصلی و اساسی از عقد دانست. (امامی، ۱۳۸۱، ۱۸۰/۱)



به طور کلی مقتضای عبارت از آثاری است که عقد، منشأ آن‌هاست و بدون تصریح بر آن‌ها دلالت دارد. از همین‌روست که گفته شده شروط لحاظ‌شده در ضمن یک معامله نباید مخالف مقتضای عقد باشد. به بیان دیگر شرط صحت یک شرط در ضمن عقد، عدم منافات و مخالفت آن با مقتضای عقد است. (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۹/۳؛ حلی، ۱۴۱۴، ۴۸۹/۲؛ جعی‌العاملی، ۱۳۱۶، ۹۱/۱) بعضی شرط صحت یک شرط را شرط مستقلی ندانسته و آن را در ذیل لزوم عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت ذکر کرده‌اند. (خویی، ۱۴۱۷، ۳۰۷/۷) بنابراین مقتضای ذات عقد، عبارت است از اثر عمده و اساسی که به صورت مستقیم و بدون هیچ واسطه‌ای از عقد حاصل شده و در کلیه افراد و مصادیق آن نوع عقد موجود بوده و آنچنان با عقد ملازمه داشته باشد که رفع آن، اسقاط هستی عقد محسوب شود.

## ۱-۲-۳. مفهوم مالکیت

### الف) مفهوم لغوی مالکیت:

مالک بودن، مالکی. (دهخدا، ۱۳۷۷)

۱. مفهوم مالکیت: حقی است که انسان نسبت به شیء دارد و می‌تواند هر گونه تصرفی در آن بکند، به جز آنچه که مورد استثنای قانون است. (معین، ۱۳۸۷)

۲. مفهوم مالکیت در حقوق مدنی: حق استعمال و بهره‌برداری و انتقال یک چیز به هر صورت، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳)

۳. مفهوم عزل: (اصطلاح فقه) بازداشتن آب منی را از زن و نخواستن که فرزند آورد. (صفی پوری شیرازی، ۱۳۹۳) دور کردن آب از زن از بیم بارداری. (جرجانی، ۱۳۷۰)

### ب) مفهوم اصطلاحی حکم حکومتی:

حکم حکومتی در دو معنای مختلف به کار رفته است که عبارتند از:

۱. گاهی مقصود از احکام حکومتی، احکام و قوانینی است که از سوی شارع صادر شده و در قرآن، سنت و سیره عملی معصومین یافت می‌شود و مربوط به اداره جامعه و از شئون حکومت، و وظیفه فقیه در مورد این دسته از احکام، کشف و استنباط و سپس اجرای آن‌هاست؛ مانند حکم به

مشورت در امور و مسائل مختلف از جمله حکومت؛ آنجا که خداوند متعال در قرآن می‌فرماید:

«...وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ». (آل عمران: ۱۵۹)

۲. گاهی مقصود از این عبارت، اختیارات حضرت رسول، ائمه معصومین: و فقها، در امر حکومت و نیز دستورات و مقرراتی است که ایشان به عنوان حاکم و در مقام اجرای احکام شرع و اداره جامعه وضع و صادر کرده‌اند که آن را می‌توان چنین تعریف نمود: «حکم حکومتی، عبارت است از قوانین، مقررات و دستوراتی که حاکم جامعه اسلامی بر اساس مصلحت در حوزه مسائل اجتماعی، به منظور اجرای احکام شرع یا اداره جامعه، به طور مستقیم یا غیر مستقیم صادر یا وضع می‌کند». (صرامی، ۱۳۸۰) بنابراین حاکم جامعه اسلامی حق دارد در امور مختلف جامعه اسلامی (سیاسی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و نظامی) دخالت و تصمیم‌گیری کند. البته احکام و تصمیمات وی تنها هنگامی معتبر است که به «مصلحت جامعه اسلامی» باشد.

یکی از مباحثی که در فقه امامیه و فقه اهل سنت مورد توجه جدی واقع شده است، جایگاه و نقش مصلحت در احکام حکومتی است. مصلحت، منفعتی است که شارع به منظور حفظ دین، نفس، عرض، مال و... برای بندگان خود لحاظ نموده است. از این رو وقتی سخن از مصلحت شخص یا امت به میان می‌آید، مصلحت به معنای «اسم مصدری» آن مقصود است؛ بدین معنا که مصلحت، خیر و صلاحی است که بر فعل مترتب می‌شود و نتیجه ایجاد نظم، اعتدال و رفع نقص است که مفهوم متضاد آن، مفسده است. از منظر دینی، مصلحت به خیر و منفعت دنیایی اختصاص ندارد؛ بلکه امری که منفعت اخروی هم داشته باشد نیز مصلحت نامیده می‌شود؛ هر چند از جهت دنیوی منفعتی نداشته باشد. آیت‌الله جوادی آملی در این رابطه می‌نویسد:

مصلحت در جامعه اسلامی، مصلحتی است که هم مربوط به دنیای مردم باشد و هم مربوط به آخرت‌شان، هم حسنه دنیا باشد و هم حسنه آخرت که خدای سبحان در کتاب خود، شعار جامعه مؤمنان را چنین بیان می‌کند: «وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الْآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ». (بقره: ۲۰۱) چیزی مصلحت واقعی انسان است که هم به سود دنیا و هم به سود آخرت وی باشد. اگر چیزی به سود دنیای انسان باشد، ولی به آخرتش آسیب برساند؛ مصلحت نیست و وحی الهی که از مصالح اخروی انسان مانند منافع دنیوی با خبر است، وی را راهنمایی و ترغیب می‌کند

به چیزی که مصلحت دنیا و آخرت اوست و از چیزی که ضرر و فساد اخروی برای او در پی دارد، نهی می‌کند؛ هر چند به حسب ظاهر مصالح دنیوی وی را در بر داشته باشد. حلال و حرام‌های شرعی و باید و نبایدهای دین، برای تأمین مصالح دنیوی - اخروی انسان است. (جوادی آملی، ۱۳۷۸، ۴۶۶)

مصلحت نه تنها در وضع احکام و قوانین (اعم از شرعی و حکومتی) نقش اصلی را داراست؛ بلکه در اجرای قوانین شرعی ثابت نیز نقش بسزایی دارد؛ چراکه احکام حکومتی در محدوده مصلحت‌سنجی حاکم در حوزه مسائل اجتماعی صادر می‌شوند. بنابراین صدور و تنفیذشان منوط به مصلحت است و در موضوع آن، مصلحت‌اندیشی شرط شده است. همچنین از آنجا که اصل و مبنای جعل حاکمیت برای حاکم جامعه اسلامی - خواه معصوم باشد یا غیر معصوم - از طرف شارع است؛ یعنی از قبیل احکام اولیه است، جعل حکم حکومتی و تشخیص مصلحت توسط حاکم - خواه بدون واسطه و یا با واسطه مثلاً با واسطه قوای تحت اختیار حاکم - مورد تأیید شارع مقدس خواهد بود.

مصلحت به اعتبارات مختلف، تقسیم‌های مختلفی دارد که به اعتباری ثابت و متغیر است. مصلحت ثابت، مصلحتی است که در تمام زمان‌ها، مکان‌ها و اوضاع و احوال ثابت است و تغییر نمی‌پذیرد؛ اما مصلحت متغیر، مصلحتی است که با تغییر زمان و مکان و یا اشخاص تغییر پیدا می‌کند. مبنای مصالح متغیر را باید در نیازهای انسانی که برخی ثابت و برخی متغیرند، جست‌وجو کرد؛ زیرا به تبع آن به مصالح ثابت و متغیر تقسیم می‌شوند و چون برخی مصالح، ثابت و برخی متغیرند؛ احکام نیز که دائرمدار مصالح و مفاسد در متعلق‌شان هستند؛ برخی ثابت و برخی متغیر می‌شوند. البته این تفاوت میان آن‌ها وجود دارد که احکام و قوانین ثابت از جانب خداوند متعال توسط پیامبر اکرم ۹ و امامان معصوم: به صورت قضایای حقیقه (در مقابل قضایای خارجی) ابلاغ و تبیین می‌شوند، اما احکام و قوانین متغیر که در ازای نیازهای متغیر و متناسب با مصالح و مقتضیات زمان هستند؛ از سوی حاکم جامعه اسلامی (معصوم یا غیر معصوم) صادر می‌شوند.

خانواده، یکی از اصلی‌ترین و مؤثرترین نهادهای اجتماعی است و اولین هسته زندگی اجتماعی بشر از خانواده آغاز می‌شود؛ از این‌رو تغییرات ارزشی در حوزه خانواده، در جامعه نیز تأثیرگذار

است. تغییر در عرصه‌های گوناگون جامعه، اعم از فرهنگی، اقتصادی و... نیز در مناسبات خانوادگی تأثیرگذار خواهد بود. یکی از عرصه‌هایی که در این سال‌ها دستخوش تغییر و تحولات بسیاری شده است، فرزندآوری و روند رشد جمعیت است. باروری در جمعیت‌شناسی، مفهوم مهمی قلمداد می‌شود. اهمیت باروری برای جمعیت‌شناسان تا آنجاست که آن را جزء وقایع چهارگانه حیاتی برمی‌شمارند و از آنجا که در افزایش یا کاهش جمعیت به طور مستقیم تأثیرگذار است؛ به عنوان مهم‌ترین عامل حرکت زمانی جمعیت شناخته می‌شود. در شریعت اسلام، انتخاب همسر و پیوند قانونی دو جنس مخالف و رابطه زناشویی میان آنان، شالوده تشکیل خانواده و اساس پیریزی تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر و اعضای خانواده تلقی می‌شود. (روم: ۲۱)

بر این اساس ازدواج، آثاری نیکو و پرارزش به دنبال دارد. یکی از آثار نیکوی ازدواج، برخورداری از نعمت فرزندآوری و تربیت اولاد شایسته است. تولید و تکثیر نسل را نباید کوچک و بی‌اهمیت شمرد؛ زیرا هدف آفرینش جهان، وجود انسان و پرورش و تکامل اوست. تولید و پرورش انسان‌های خداپرست، موحد، نیکوکار و صالح، مطلوب خدای جهان‌آفرین است. از دیدگاه اسلام وجود فرزند صالح، برای پدر و مادر یک عمل صالح شمرده می‌شود و در سعادت دنیا و آخرت آن‌ها مؤثر است. از این‌رو حضرات معصومین؛ تولید و تکثیر نسل را از اهداف ازدواج خوانده‌اند. در حقیقت زوج‌ها از طریق فرزندان خود، رشته پیوند میان اعضای یک نسل را به وجود می‌آورند. شاید بتوان گفت که این امر، از اهداف اساسی ازدواج است.

در عصر حاضر ناتوانی از بارداری و یا محرومیت آگاهانه از فرزندآوری به دلایل متعدد از سوی یکی از زوجین، به یکی از معضلات جدی در خانواده‌های کشورهای در حال توسعه تبدیل شده است. فقدان صراحت قانونی و دیدگاه‌های متعدد فقیهان درباره فرزندآوری و جایگاه آن در قلمرو نکاح، در ذیل مباحث «کراهت عزل بدون شرط و رضایت زن در عقد دائم» و «عیوب مجوز فسخ نکاح» نیز سبب تشدید این چالش شده است. در این فصل به این مسئله پرداخته می‌شود که آیا فرزندآوری جزء ماهیت شرعی عقد ازدواج (جزء ذات عقد) است و یا مقتضای اطلاق آن و مانند مباشرت از حقوق زوجین تلقی می‌شود تا در صورت استنکاف یکی از زوجین از فرزندآوری، مجوزی برای طرح دعوی اجبار طرف مقابل به آن فراهم شود؟ برای مثال آیا برای