

بسم الله الرحمن الرحيم

پایان نامه حاضر، حاصل پژوهش‌های نگارنده در دوره‌ی کارشناسی ارشد رشته‌ی الهیات- فقه و مبانی حقوق اسلامی است که در شهریور ماه سال ۱۳۹۶ در دانشکده علوم انسانی دانشگاه یاسوج به راهنمایی سرکارخانم دکتر فاطمه قدرتی و مشاوره‌ی جناب آقای دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی از آن دفاع شده است و کلیه‌ی حقوق مادی و معنوی آن متعلق به دانشگاه یاسوج است.



دانشکده ادبیات و علوم انسانی
گروه الهیات - فقه و مبانی حقوق اسلامی

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته‌ی الهیات - گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی

اختیارات زوجین و ضمانت اجرایی آن در بارداری اجباری و ممانعت از بارداری زوجه

استاد راهنما:

دکتر فاطمه قدرتی

استاد مشاور:

دکتر ابوالفضل علیشاهی

دانشجو:

طاہره فلسفی نیا

شهریور ماه ۱۳۹۶



اختیارات زوجین و ضمانت اجرایی آن در بارداری اجباری و ممانعت از بارداری
زوج

به وسیله:

طاهره فلسفی نیا

پایان نامه

ارائه شده به تحصیلات تکمیلی دانشگاه به عنوان بخشی از فعالیت های تحصیلی لازم برای اخذ
درجه ی کارشناسی ارشد

در رشته ی:

الهیات_ فقه و مبانی حقوق اسلامی

در تاریخ ۱۳۹۶/۶/۲۸ توسط هیأت داوران زیر بررسی و با درجه عالی به تصویب نهایی رسید.

۱- استاد راحمه: دکتر فاطمه قنبرتی با مرتبه علمی استادیار

۲- استاد مشاور: دکتر ابوالفضل علیشاهی با مرتبه علمی دانشیار

۳- استاد داور داخل گروه: دکتر عبدالله بهمن بوری با مرتبه علمی استادیار

۴- استاد داور خارج از گروه: دکتر ابوالحسن بختیاری با مرتبه علمی استادیار

۵- نماینده تحصیلات تکمیلی دانشگاه: دکتر آرمان حیدری با مرتبه علمی استادیار

امضا
امضا
امضا
امضا
امضا
مدیر گروه الهیات
دکتر حسین قائمی اصل

شهریور ماه ۱۳۹۶

تقدیم به:

پدر بزرگوار و مادر عزیزم

سپاس از:

ستایش گر آن معلمی هستم که چگونه اندیشیدن را به من آموخت نه اندیشه هارا

حمد و ستایش خداوند را که اگر خواست ذات الهی نبود این پژوهش آغاز نمی شد و به سر انجام نمی رسید، برخورد واجب می دانم که مراتب سپاس و قدر دانی خود را نثار آنانی کنم که از هیچ گونه بذل راهنمایی عالمانه و دقیق خود، در جهت پر بار شدن محتوای این تحقیق دریغ نورزیدند. از استاد راهنما سرکار خانم دکتر فاطمه قدرتی و استاد مشاور جناب آقای دکتر ابوالفضل علیشاهی و اساتید داور جناب آقای دکتر عبدالله بهمن پوری و جناب آقای دکتر ابوالحسن بختیاری کمال تشکر و قدر دانی را دارم.

جا دارد از خانواده‌ی عزیزم سپاس جدی خود را ابراز دارم.

و از خداوند متعال برای کلیه عزیزان سلامتی و سعادت دنیا و رستگاری عقبی را خواستارم

نام خانوادگی: فلسفی نیا	نام: طاهره
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد	رشته و گرایش: الهیات - فقه و مبانی
استاد راهنما: دکتر فاطمه قدرتی	حقوق اسلامی
تاریخ دفاع: ۱۳۹۶/۶/۲۹	

اختیارات زوجین و ضمانت اجرایی آن در بارداری اجباری و ممانعت از بارداری زوجه

چکیده

با توجه به اصل عدم ولایت اشخاص بر دیگری، هیچ کس نمی تواند دیگری را وادار به پذیرش نقش پدری و مادر کند یا با ممانعت از بارداری زوجه تجربه احساس پدری و مادری را از شخص بگیرد بنابراین تبیین فقهی حدود اختیارات زوجین نسبت به یکدیگر در این موضوع حائز اهمیت است و در گام دوم آشنایی با ضمانت های اجرایی زوجین در ممانعت از بارداری و الزام و اجبار به پذیرش بار داری نیز می تواند از جهت تعیین نحوه احقاق حقوق و انجام تکالیف آن ها نسبت به یکدیگر در رابطه با بحث فرزند آوردن ضروری باشد. لذا در این پایان نامه که به روش توصیفی و تحلیلی نگاشته شده این در پی گیری دو بحث پیش گفته ضمن بررسی آراء فقها و تبیین و تحلیل ادله ایشان نهایتا در بخش حدود اختیارات زوجین در ممانعت از بارداری، زوجه را در مواردی که اقدام به ممانعت به حق تمتعات همسر لطمه وارد نکند و دارای ضرر نباشد و ضمن ازدواج حق استیلا در شرط نشده باشد جایز دانسته است هرچند همسر علاقه مند به فرزند آوری باشد و زوج نیز چنانچه عدم فرزندآوری را ضمن نکاح شرط نماید و محرومیت زن از حق مادری موجب عسر و حرج او نباشد می تواند از فرزند آوری ممانعت کند در این شرایط ضمانت اجرایی زوجه در قالب حق سقط، حق عقیم سازی، حق طلاق حرجی قابل بررسی است و حتی در صورتی که اجبار زوجه برای بارداری با سوء رفتار همراه باشد در حق دعوی نشوز زوج و تعزیر حاکم قابل بررسی خواهد بود و همین ترتیب ضمانت های اجرایی زوج در ممانعت از بارداری اشتراط عدم استیلا در نکاح و به دنبال آن اجرای خیار تخلف از شرط و حق عقیم سازی خود قابل بررسی است. در بخش حدود اختیارات زوجین در اجبار به پذیرش بارداری زوجه یا همان نقش پدری و مادری اشاره شد که چنانچه حق استیلا در قالب شرط ضمن عقد در نکاح آمده باشد یا در مواردی که مخالفت زوج موجب محرومیت کامل زن از حق تمتع مادری شده و باعث حرج زن گردد یا مخالفت هر کدام از مصادیق نشوز و سوء معاشرت تلقی گردد زن می تواند بدون رضایت با استفاده از روش های لقاح مصنوعی اقدام به بارداری کند حتی اگر شوهر علاقه مند به عدم بارداری زوج باشد و زوج نیز می تواند بدون در نظر گرفتن خواست زوجه اقدام به باردار نمودن او کند اما در الزام و اجبار زوجه به پذیرش بارداری حق الزام او به شیوه لقاح مصنوعی که روش غیر متعارفی است را ندارد. در رابطه با ضمانت اجرایی زوجین در اجبار و الزام به بارداری نیز چنانچه استیلا در نکاح شرط شده باشد در قالب حق فسخ، حق دادخواست برای الزام فرد از طریق قوای قهری قانون (در شرط فعل)، وکالت زوجه برای طلاق با حق توکیل زوج، حق ازدواج مجدد مرد قابل بررسی است و چنانچه مخالفت زوجه در قالب امتناع از وظایف همسری باشد قطع نفقه او نیز می تواند یک ضمانت اجرایی محسوب شود، امکان تعزیر زوج یا زوجه و پرداخت دیه از جانب آن ها چنانچه چه در عزل و چه در سقط جنین از دیگر ضمانت های اجرایی خواهد بود و جرم انگاری عقیم سازی و سقط جنین در قانون نیز می تواند به عنوان یک ضمانت اجرایی در اجبار به پذیرش بارداری اختیار طرح دعوی علیه دیگری را فراهم نماید.

واژگان کلیدی: بارداری اجباری، ممانعت از بارداری، اختیارات زوج و زوجه، حق تولید مثل (استیلا)

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
فصل اول: کلیات و مفاهیم	
۱-۱- بخش اول: کلیات	۱
۱-۱-۱- بیان مساله	۱
۱-۱-۲- اهداف پژوهش	۳
۱-۱-۳- پرسش ها و فرضیه های پژوهش	۴
۱-۱-۴- تاریخچه علمی پژوهش	۴
۱-۱-۵- روش اجرای پژوهش	۵
۱-۲- بخش دوم: مفاهیم	۶
۱-۲-۱- معنانشناسی «عزل»	۶
۱-۲-۲- معنانشناسی «استیلا»	۶
۱-۲-۳- معنانشناسی «تمکین»	۸
فصل دوم حکم فقهی اقدام به ممانعت از بارداری توسط زوجین	
۱-۲- دیدگاه فقها در عزل توسط زوج	۱۱
۱-۱-۲- حرمت عزل توسط زوج بدون اذن همسر	۱۱
۱-۲-۲- کراهت عزل توسط زوج بدون اذن همسر	۱۴
۱-۳-۲- حلیت و اباحه عزل توسط زوج مطلقا	۱۵
۱-۲-۲- اختیارات زوجه هنگام «اقدام زوج به ممانعت از بارداری بدون رضایت زوجه»	۱۷
۱-۳-۲- دیدگاه فقها در عزل توسط زوجه	۱۸
۱-۳-۲- حرمت عزل توسط زوجه بدون اذن زوج	۱۸
۱-۳-۲- حلیت و جواز عزل با وجود عدم رضایت شوهر	۲۰
۱-۲-۲- اختیارات زوج هنگام «اقدام زوجه به ممانعت از بارداری بدون رضایت زوج»	۲۱
۱-۴-۲- قائلین به جواز و حلیت عمل زن	۲۲
۱-۴-۲- قائلین به حرمت و عدم جواز اقدام زن	۲۲
فصل سوم: حکم فقهی اقدام به بارداری اجباری (اعمال حق استیلا علی رغم میل دیگری)	
۱-۳- دیدگاهها در حکم باروری زوجه بدون رضایت زوج	۲۳
۱-۱-۳- عدم جواز اقدام به بارداری بدون اذن و رضایت شوهر	۲۳
۱-۲-۳- جواز اقدام به باروری توسط زوجه مطلقا (صرف نظر از رضایت شوهر)	۲۴
۱-۲-۳- اختیارات زوج هنگام «اقدام زوجه به بارداری بدون رضایت زوج»	۲۵
۱-۲-۳- قائلین به جواز و حلیت اقدام زن	۲۵
۱-۲-۳- قائلین به حرمت اقدام زن	۲۵
۱-۳- دیدگاهها در حکم اقدام مرد برای باروری زوجه علی رغم رضایت زن	۲۶

۳-۱-۳	جواز اقدام مرد برای بارداری زن بدون رضایت زوجه	۲۶
۳-۲-۳	حرمت اقدام مرد برای بارداری زن بدون رضایت زوجه	۲۸
۳-۴-۳	اختیارات زوجه هنگام «اقدام زوج به بارداری زن بدون رضایت زوجه»	۲۸
۳-۵-۳	دیدگاه های فقهی در جایگاه حق استیلا(امکان اشتراط آن ضمن عقد)	۳۰
۳-۵-۱	حق استیلا(مقتضای اطلاق و حق اختصاصی زوجه	۳۰
۳-۵-۲	حق استیلا(مقتضای اطلاق و حق اختصاصی زوج	۳۱
فصل چهارم: ضمانت های اجرایی در اجبار به بارداری و ممانعت از بارداری		
۴-۱-۱	ضمانت های اجرایی در اجبار به بارداری	۳۲
۴-۱-۱-۱	قطع نفقه	۳۲
۴-۱-۲	امکان تعزیر زوج یا زوجه	۳۳
۴-۱-۳	پرداخت دیه به زوج یا زوجه	۳۳
۴-۱-۴	جرم انگاری سقط جنین در فقه و حقوق موضوعه	۳۷
۴-۱-۵	طلاق حرجی به درخواست زوجه	۳۹
۴-۲-۱	ضمانت های اجرایی در ممانعت از بارداری	۴۱
۴-۲-۱-۱	اشتراط عدم فرزندآوری ضمن عقد	۴۱
۴-۲-۲	طلاق حرجی به درخواست زوجه	۴۲
۴-۲-۳	حق سقط جنین برای زوج یا زوجه	۴۳
نتیجه گیری		۴۸
منابع و مأخذ		۵۱

فصل اول:

کلیات و مفاهیم

۱-۱- بخش اول: کلیات

۱-۱-۱- بیان مساله

فرزندآوری در نظام خانواده از چالش های جدی زوجین در عصر کنونی است؛ امروزه ایجاد محرومیت آگاهانه از فرزندآوری از سوی یکی از زوجین و در نقطه مقابل آن، اجبار و الزام به فرزندآوری علی رغم میل دیگری، از معضلات جدی در خانواده هاست.

فقدان صراحت قانونی در تبیین حدود اختیارات زوجین در این امر و نیز دیدگاههای متفاوت فقیهان درباره فرزندآوری و جایگاه حق استیلا در قلمرو نکاح که ذیل مباحث «کراهت عزل بدون شرط و رضایت زن در عقد دائم» و «عیوب مجوز فسخ نکاح» مطرح می شود، سبب تشدید این چالش شده است (طوسی، ۱۴۰۰: ص ۴۸۲-۴۸۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۱: ج ۵، ص ۱۰۲-۱۰۵؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ج ۲، ص ۲۵۹) به ویژه اینکه در بخشی از موارد روایات مورد استناد از حیث دلالتی با یکدیگر تفاوت دارند؛ برخی روایات جواز عزل توسط مرد را منوط به اشتراط آن ضمن عقد یا جلب رضایت زن پس از عقد می دانند اما برخی دیگر در این زمینه مطلقاً مرد را مختار دانسته اند: در صحیحی محمدبن مسلم از امام باقر(ع) یا امام صادق (ع) نقل شده است: امام (ع) در پاسخ به حکم شرعی عزل منی می فرماید: عزل نسبت به کنیز اشکالی ندارد اما نسبت به زن آزاد، این را نمی پسندم، مگر اینکه به هنگام ازدواج با وی شرط شود (طوسی، ۱۳۹۰: ج ۷، ص ۴۱۷). اما در صحیحی محمدبن مسلم از امام صادق(ع) زمانی که در مورد حکم شرعی عزل پرسش شده است، حضرت فرموده اند: آن (منی) در اختیار مرد است.

و در رابطه با حکم عزل زوجه بدون رضایت زوج، نیز برخی فقها با این مبنا که فرزندآوری از اقتضائات تمکین واجب برای زن محسوب می شود این عمل را اگر از سوی زوجه بدون جلب موافقت زوج انجام گیرد، حرام دانسته اند؛ همچنانکه مرحوم سید یزدی صاحب کتاب عروه الوثقی معتقد است عزل زوجه بدون رضایت زوج حرام است، زیرا منافات با تمکین واجب زوجه دارد، بلکه حتی امکان وجوب دیه نطفه بر او را بیان کرده اند (یزدی، ۱۴۰۹: ج ۲، ص ۶۹۱) و برخی معتقدند با توجه به اینکه روش عزل کردن ممکن است با استمتاع جنسی زوج در تعارض باشد، بنابراین رضایت مرد در

پیشگیری از بارداری از طریق عزل، شرط اباحه آن است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ج ۲۹، ص ۱۱۵). در واقع ایشان ملاک امر را در جلب رضایت زوج محدود به مواردی می‌دانند که ممانعت از بارداری موجب خدشه به حق استمتاع مرد می‌شود. این در حالی است که برخی دیگر از فقها در یک حکم متفاوت با دو حکم قبل، مطلقاً قائل به جواز استعمال وسایل و روش های جلوگیری از بارداری توسط زوجه حتی در صورت عدم رضایت زوج هستند؛ و تنها قیدی که بیان داشته اند این است که در این عمل ضرر کثیری برای طرفین نباشد (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ج ۲، ص ۲۸۴).

لازم به ذکر است که میان فقهای امامیه در اینکه فرزندآوری جزء ماهیت شرعی و مقتضای ذات عقد نکاح محسوب نمیشود، اختلافی نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ج ۷، ص ۲۸۱)؛ لیکن درباره اقتضای اطلاق آن، دیدگاههای فقیهان متفاوت است؛ برخی فرزندآوری را از مقتضایات اطلاق عقد نکاح به شمار آورده اما این حق را تنها به زن اختصاص می‌دهند و مانند حسن مباشرت از حقوق دوطرفه زوجین نمی‌دانند و علت تحریم عزل در نکاح دائم بدون رضایت زن را از باب رعایت همان حق استیلا در زن می‌دانند (شهید ثانی، همان: ۶۵؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴: ج ۱۲، ص ۵۰۴). از نظر برخی دیگر فرزندآوری جزء مقتضای اطلاق عقد نکاح نیست و از همین باب امکان اشتراط آن را از جهت توافق بر وجود یا عدم آن بررسی کرده اند (نجفی، ۱۳۶۶: ج ۳۰، ص ۱۸۷ و ج ۲۹، ص ۱۱۱) و در خصوص ضمانت اجرایی آن نیز امکان حق فسخ از سوی طرفین یا حق طلاق قضایی زن را پیشنهاد و بررسی می‌کنند (سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۲۵، ص ۱۴۳؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۰: ج ۲، ص ۲۸۴؛ بهجت، ۱۳۸۶: ص ۱۶۳).

لازم به ذکر است که اگر فرزندآوری از مقتضیات ذات ماهیت شرعی عقد ازدواج و یا مقتضای اطلاق آن باشد و مانند مباشرت از حقوق زوجین تلقی گردد در صورت استنکاف یکی از زوجین از فرزندآوری، مجوزی برای طرح دعوی اجبار طرف مقابل به آن فراهم می‌گردد و در صورت عدم تمایل یکی از آن ها، حمایت فقهی و قانونی تنها در مواردی خواهد بود که ممانعت از بارداری دارای علل موجه باشد که در محدوده حکومت قواعدی مانند عسر و حرج، لاضرر، قاعده تسلیط و... قابل بحث خواهد بود یا باید در قالب شرط ضمن عقد (شرط عدم فرزند آوری)، در حین عقد نکاح مورد توافق طرفین قرار گرفته باشد.

اما اگر اساساً حق استیلا در جزء مقتضای عقد ازدواج نباشد به دلیل فقدان عنصر الزام آور بودن دعوا، طرح دادخواست محرومیت از فرزندآوری (از جانب زن یا مرد) مسموع نخواهد بود، بنابراین در این حالت صرفاً با بررسی امکان اشتراط یا عدم اشتراط فرزندآوری و نیز ضمانت اجرایی تخلف از آن بنا براینکه فرزند آوری را از نوع شرط صفت بدانیم یا فعل، می‌توان حدود اختیارات زوجین را در خصوص اجبار به بارداری و ممانعت از بارداری زوجه روشن نمود.

لازم به ذکر است که در مواد قانونی به حدود اختیارات زوجین در این دو مبحث پرداخته نشده و فقط عنوان «محرومیت از حق مادری» به صورت محدود و با علل خاص، به عنوان یکی از شروط دوازده‌گانه‌ی پیش بینی شده در سند ازدواج - که از طرف اداره ثبت اسناد چاپ می‌شود-، مورد توجه قرار گرفته و به موجب آن برای زن حق وکالت در طلاق قائل شده است. در این شرط آمده: «در صورتی که پس از گذشت ۵ سال، زوجه از شوهر خود به جهت عقیم بودن یا عوارض جسمی دیگر

صاحب فرزند نشود». ملاحظه می شود که در اندراج شرط مذکور موضوع به صورت طرفینی دیده نشده و تنها در صورت عقیم بودن همسر قابل اجراست و به مواردی همچون عدم توافق بر فرزنددار شدن یا پیشگیری از بارداری با وجود عدم موافقت همسر را شامل نمی شود.

صرف نظر از رویکرد قانونگذار در بررسی دیدگاه های حقوقی در مسئله، همان اختلافات مطرح در نظرات فقهی، در آرای حقوقی نیز وجود دارد؛ برخی معتقدند، هرچند شرط استیلاص صحیح است ولی نیاز به چنین شرطی نیست؛ به عبارتی آن را لازمه ی اطلاق عقد نکاح استیلاص می دانند (امامی، ۱۳۷۷: ج ۴، ص ۳۲۹). بنابراین در صورتی که شرط خلع آن نشده باشد، فرزندآوری از آثار مترتب بر نکاح است و تصریح به چنین شرطی در یک امر، متعارف و مفید تاکید است و اثر جدیدی بر آن مترتب نیست. مگر اینکه شرط شود در صورت عدم باروری، زوجه امکان طلاق داشته باشد و به صراحت جزء موارد وکالت زوجه در امر طلاق از سوی زوج درج شود ولی خود امر استیلاص نیاز به اندراج شرط در نکاح ندارد. برخی دیگر هدف و مقصود از نکاح را، زوجیت و امکان تناسل دانسته به همین دلیل چنین شرطی را خلاف مقتضای ذات عقد می دانند و قائل به بطلان آن هستند (محقق داماد، ۱۳۸۲: ص ۳۲۸، کاتوزیان، همان، ج ۱: ص ۲۵۵ و شهیدی، ۱۳۸۲: ص ۱۱۶). در بین حقوق دانان نظر دیگری هم مطرح شده و آن اینکه شرط عدم ارتباط همسری موجب بطلان عقد نیست و شرط عدم باروری نیز به خصوص در مدت معین خلاف مقتضای ذات نمی باشد (امامی، ۱۳۷۷: ج ۴، ص ۳۷۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ج ۱، ص ۵۲۴؛ آشتیانی، ۱۴۲۵: ص ۳۰۹-۳۱۰).

بنابراین با بررسی جایگاه حق استیلاص در نکاح می توان در رابطه با سوالات و فروعات فقهی و حقوقی بسیاری که در این زمینه مطرح می شود پاسخ مناسب یافت، از جمله اینکه آیا برای زن جایز است تا با خوردن داروهای ضد بارداری، مرد را از داشتن فرزند محروم کند در حالی که مرد به این امر راضی نیست؟ یا برعکس، آیا مرد میتواند بدون رضایت زن، از بارداری زوجه ممانعت به عمل آورد؟ و در این صورت آیا طرف مقابل حق دارد که او را از این اقدام (محرومیت از فرزندآوری) منع نماید؟ و در صورت پاسخ مثبت طریقه منع چگونه خواهد بود؟ همچنین در بحث امکان الزام و اجبار دیگری به پذیرش بارداری در زوجه، هر کدام از زوجین در چه صورت حق الزام و اجبار دارند؟ و «عدم اشتراط فرزندآوری» و «شرط عدم فرزندآوری» در ضمن عقد، چه تاثیری در حدود اختیارات زوجین دارند؟ و در صورت مشروعیت شرط عدم فرزندآوری ضمانت اجرایی آن چه خواهد بود؟

۱-۲- اهداف پژوهش

در این پژوهش بر آن هستیم تا به اهداف زیر دست یابیم:

- ۱- تبیین جایگاه فرزندآوری و حق استیلاص در عقد نکاح
- ۲- تبیین فقهی حقوقی حدود اختیارات هر یک از زوجین در الزام و اجبار دیگری به پذیرش بارداری زوجه
- ۳- تبیین فقهی حقوقی حدود اختیارات هر یک از زوجین در ممانعت از بارداری زوجه علی رغم میل دیگری
- ۴- بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرایی برای اجبار در بارداری یا ممانعت از بارداری در موارد مجاز

۱-۳- پرسش ها و فرضیه های پژوهش

الف) پرسش ها:

- ۱- اگر فرزند آوری از مقتضیات ذات یا اطلاق عقد یا نه اطلاق و نه ذات عقد باشد چه تاثیری در حدود اختیارات زوجین دارد؟
- ۲- حق استیلااد جزء مقتضای ذات عقد است یا مقتضای اطلاق عقد؟ و چرا؟
- ۳- الزام و اجبار هر کدام از زوجین به پذیرش بارداری در زوجه در چه صورت امکان پذیر است؟ و ضمانت اجرایی آن چیست؟
- ۴- در چه صورت هر کدام از زوجین علی رغم میل دیگری می تواند مانع بارداری در زوجه شود؟ و ضمانت اجرایی آن چیست؟

ب) فرضیه ها:

- ۱- اگر جزء مقتضیات ذات باشد با استنکاف یکی از زوجین، الزام به آن از طرف دیگری صحیح و اشتراط عدم فرزندآوری باطل و مبطل است و اگر جزء مقتضای اطلاق باشد استنکاف از آن تنها در صورت اشتراط آن میسر است و در فرض سوم، هم استنکاف و هم الزام منوط به اشتراط ضمن عقد است.
- ۲- به نظر می رسد حق استیلااد و داشتن فرزند نه جزء مقتضای ذات عقد است و نه جزء مقتضای اطلاق عقد و به عبارتی عقد نکاح مقید به استیلااد نیست، زیرا جواز عزل و جواز استعمال داروهای ضد بارداری بدون رضایت طرفین، با پذیرش حق استیلااد به عنوان مقاضای اطلاق ناسازگار است.
- ۳- الزام به فرزندآوری از جانب زن و مرد صرفاً از طریق تبدیل آن به یک ضمانت الزام آور در ضمن عقد یا تبانی عقد بر اساس آن ممکن خواهد بود و در قالب قواعد فقهی و حقوقی تخلف از شرط ضمن عقد قابل پی گیری است.
- ۴- در صورت عدم اشتراط فرزندآوری، حق ممانعت از بارداری با استفاده از داروهای ضدحاملگی، عزل و... برای هر یک از زوجین وجود دارد و طرح دادخواست قضایی الزام به فرزندآوری نیز مسموع نخواهد بود.

۱-۴- تاریخچه علمی پژوهش

در عبارات بیشتر فقیهان متقدم مثل شیخ مفید، شیخ طوسی، محمد بن ادریس حلی و... به این مساله به طور صریح و حتی ضمنی اشاره ای نشده و از میان آنها جوانه های اندیشه فوق را می توان در آرای فقیهان دوره پس از عصر مقلده بویژه علامه حلی جستجو کرد. ایشان در کتاب قواعد الاحکام به امکان شرط فرزندآوری در ضمن عقد نکاح اشاره کرده اند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ج ۳، ص ۷۱). همچنین برخی از فقیهان معاصر نیز امکان اجبار و الزام به بارداری یا محرومیت از حق مادری را در قالب شرط صفت (استیلااد) از جانب یکی از زوجین و به عنوان یکی از مسائل مستحدثه مطرح کرده اند (مدنی تبریزی، ۱۳۷۱: ج ۲، ص ۸۱؛ نجفی، ۱۳۷۳: ج ۲۹، ص ۱۱۱ و ج ۳۰، ص ۱۸۷).

اما عموماً در آثار فقها به حدود اختیارات زوجین در مواردی که یکی از ایشان با وقوع بارداری موافق نیست اشاره نشده است به ویژه آنکه اگر بارداری زوجه موجب عسر و حرج یا ضرر برای یکی از

ایشان باشد، دست یابی به حکم مسئله و نیز ضمانت اجرایی حدود اختیارات زوجین نیاز به بررسی مجدد منابع فقهی و حقوقی خواهد داشت.

الف) مقاله:

- مقاله «وضعیت فقهی حقوقی شروط راجع به فرزندآوری یا عدم فرزندآوری در نکاح» نوشته جواد نیک نژاد چاپ شده در فصلنامه پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال شانزدهم، شماره اول (پیاپی ۱۴)، بهار و تابستان ۱۳۹۴، صص ۱۲۴-۱۰۳

در این مقاله حدود اختیارات زوجین و ضمانت اجرایی آن تبیین نشده و تنها امکان یا عدم امکان اشتراط فرزندآوری بررسی شده است علاوه اینکه در این مقاله نویسنده معتقد است که هر نکاحی به صورت شرط ارتکازی مشروط به استیلا می‌باشد، به عبارت دیگر استیلا نیاز به تصریح در نکاح ندارد، و این نتیجه مخالف با فرضیات طرح پیشنهادی پایان نامه حاضر است.

- مقاله «شرط باروری یا عدم باروری در نکاح» نوشته محمد علی حجازی و فاطمه بداغی چاپ شده در فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده، سال شانزدهم، شماره ۶۴، تابستان ۱۳۹۳.

در این مقاله به جایگاه حق استیلا در نکاح پرداخته نشده و ضمانت اجرایی حق استیلا را تنها در قالب شرط ضمن عقد بررسی کرده و حدود اختیارات زوجین و انواع ضمانت اجرایی قابل فرض برای آن را در هر دو مبحث «بارداری اجباری زوجه» و «ممانعت از بارداری زوجه» مورد بررسی قرار نداده است. همچنین در این مقاله از حیث حقوقی و قانونی موضوع به نحو جامع مورد بررسی قرار نگرفته است.

ب) کتاب:

در این موضوع کتابی که مستقلاً به طرح بحث پرداخته است یافت نشد اما در تعدادی از کتب فقهی در قالب بیان حکم شرعی عزل و جایگاه رضایت زوجه در آن و نیز بررسی امکان اشتراط استیلا در ضمن عقد مختصراً مطالبی آمده است از جمله در کتاب جامع المقاصد در جلد ۱۲، صفحه ۵۰۴ و نیز کتاب جواهر الکلام در جلد ۲۹، صفحه ۱۱۱ و کتاب مسالک الافهام در جلد ۷، صفحه ۶۵ می‌توان به پاره ای از احکام فقهی در موضوعات گفته شده دست یافت.

ج) پایان نامه:

با جستجوی و تتبع انجام شده به نظر می‌رسد تا کنون هیچ پایان نامه ای در این موضوع تدوین نشده است و طرح پیشنهادی فوق برای تدوین پایان نامه در این موضوع، اولین گام در این مسیر خواهد بود. در این پژوهش برآن هستیم ضمن تبیین حکم فقهی و آثار حقوقی «ممانعت از بارداری» یا «الزام به پذیرش بارداری» توسط یکی از زوجین، حدود اختیارات و ضمانت اجرایی آن ها تبیین گردد تا نهایتاً موارد مجاز در هر دو موضوع و حدود آن روشن شده و بتوان پیشنهادهای برای تدوین مواد قانونی جدیدی در این خصوص ارائه کرد.

۱-۵- روش اجرای پژوهش

این تحقیق به روش توصیفی - تحلیلی و با استناد به منابع کتابخانه ای انجام می شود. در این پژوهش با استفاده از کتب فقهی و حقوقی، معاجم و مجلات علمی معتبر بر آن هستیم تا اختیارات طرفین

عقد نکاح را در خصوص ممانعت از بارداری یا بارداری اجباری زوجه مورد واکاوی فقهی - حقوقی قرار دهیم.

۲-۱- بخش دوم: مفاهیم

۱-۲-۱- معنانشناسی «عزل»

الف) مفهوم عزل در لغت

عزل در لغت به معنی «دور کردن چیزی» و «دور شدن از چیزی» است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۸: ج ۱، ص ۵۶۴) و در برخی کتب به معنای «بازداشتن چیزی را از غیر» و «یکسو نمودن و اخراج کردن» و دور کردن و قرار دادن آن در گوشه ای نیز آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ص ۴۴) برخی گفته اند عزل یعنی: «چیزی جدا شده از دیگری، مانند زمانی که وکیل را اخراج می کند و به او می گوید کناره گیری کن» یا به معنای «معزول شدن» آمده که معنای مقابل نصب و تولیت است (فیومی، ۱۴۱۴: ج ۲، ص ۴۰۷) گاهی در برخی کتب لغت در اشاره به معنای لغوی عزل آمده: «عزل یعنی ریختن منی زوج هنگام مجامعت به خارج از رحم» (حسینی زبیدی، ۱۴۱۴: ج ۱۵، ص ۴۸۱).

ب) مفهوم عزل در اصطلاح فقهی

در اصطلاح فقهی عزل عبارت است از اینکه در موقع مقاربت و قبل از انزال منی، زوج آلت خود را از فرج زوجه بیرون بکشد و منی را در خارج از فرج زوجه بریزد (محقق کرکی، ۱۴۱۴: ص ۵۰۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰: ص ۱۷۴) و با توجه به تناسب آن با معنای لغوی برخی گفته اند که معنای عزل در اصطلاح فقهی تفاوتی با معنای لغوی آن ندارد (طلعتی، ۱۳۸۳: ص ۱۹۰). همچنان که در ترمینولوژی فقه به ارائه معنای لغوی آن بسنده شده است: «عزل گاهی نیز به معنای دور کردن چیزی و قرار دادن آن در گوشه ای می باشد.» (مسجد سرائی، ۱۳۹۱: ص ۴۲۳).

بنابراین عزل آن است که مرد پس از دخول خود را کنار کشیده و نطفه را بیرون از رحم زن بریزد (انزال خارج رحم) و هدف از این اقدام جلوگیری از آبستنی زن باشد (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۳۸۶: ص ۵۳۳) بنابراین این کار یکی از شیوه های جلوگیری از بارداری به ویژه در دوران های گذشته بوده است که البته فقها نسبت به کنیز جایز می دانند ولی نسبت به زن آزاد اختلاف کرده اند. ولی با اذن او همه در جواز متفقند و بدون اذن پاره ای حرام و پاره ای مکروه می دانند که در ادامه بحث مبسوط آن خواهد آمد (موسوی خمینی، ۱۴۲۲: ج ۳، ص ۲۸۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۲، ص ۲۷۰۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸: ص ۵۰۶؛ طوسی، ۱۳۸۷: ج ۷، ص ۴۱۷).

۱-۲-۲- معنانشناسی «استیلا»

الف) مفهوم استیلا در لغت

استیلا در باب استفعال در لغت یعنی «فرزند خواستن و طلب فرزند کردن» و در یک معنا یعنی «صفت فرزندآوری» به عبارت دیگر قدرت بارور شدن در زن و بارور کردن در مرد (فیومی، ۱۴۱۴: ج ۲، ص ۶۷۱). برخی آن را تنها در رابطه با زنان معنا کرده اند: استیلا یعنی باردار شدن زن، زنی که تصور

به حامله شدن آن باشد و در ظاهر حامله باشد و از وقت حیضش گذشته باشد (صعیدی، ۱۴۱۰: ص ۱). و در همین راستا واژه ملاقح نیز به زنانی گفته می شود که باردار هستند؛ لام و قاف و الحاء اصل صحیحی است که دلالت بر آبستن شدن زوجه توسط زوج دارد (ابن فارس، ۱۴۰۴: ج ۵، ص ۲۱۶). بنابراین استیلاد اشاره به صفتی است در ذات و فطرت انسانها که معمولاً در اختیار انسان نیست، یعنی اگر کسی فاقد چنین صفتی باشد، نمی تواند چنین صفتی را در خود به وجود آورد و به اراده خداوند متعال است.

ب) مفهوم استیلاد در اصطلاح فقهی

مفهوم استیلاد در کلام فقها تفاوتی با معنای لغوی آن ندارد و به معنای قابلیت احبال و زادآوری است که از جهت معنایی در مقابل نازایی و ناتوایی در فرزند آوری (عقیم بودن) خواهد بود و این معنا برای کنیز و زن آزاد و نیز برای زن و مرد استفاده می شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ج ۷، ص ۶۵). قابلیت هر یک از زوجین در تولید مثل و فرزند آوری است در فقه با عنوان یک «حق» برای طرفین مورد توجه قرار گرفته است و شهید ثانی و صاحب جواهر به این حق اشاره ای مستقیم و مصرح داشته اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ج ۷، ص ۵۶).

در مورد معادل عربی واژه ی تولید مثل و باروری (با جست وجو در متون فقهی امامیه و اهل سنت) می توان ادعا کرد که استیلاد بهترین واژه برای تطبیق است. در واقع استیلاد به معنای احبال (باروری) است (قائمی و معینی فر، ۱۳۹۳: ص ۱۹۹) و باروری به معنای عمل بارور، آبستنی، حمل است و بارور شدن نیز در معانی آبستن شدن، حامله شدن، بار برداشتن، باردار گشتن، بار گرفتن و حمل برداشتن به کار می رود.

اما در باره ی معنای «حق استیلاد» یا «حق باروری» در فقه می توان گفت؛ اشاره به اعتباری است که انسان را مسلط بر تصمیم گیری در باره ی زاد و ولد خود می کند (علیان نژادی، ۱۳۸۶: ص ۶۶). البته نا گفته نماند که قطعاً این تصمیم گیری باید در راستای اوامر الهی بوده و حرامی در آن اتفاق نیفتد و بر انجام واجبی در آن اهمال نشود.

در همیت ارتباط عبارت «استیلاد صناعی» نیز در کلام فقها طرح شده است که مناسب است معنای آن ارائه شود. در اصطلاح پزشکی، استیلاد صناعی فرایندی است که طی آن گامت های زن و مرد (اسپرم و تخمک) با یکدیگر ترکیب می شوند (شریفی، ناظمی و هاشمی، ۱۳۸۵: ص ۱۶۳). تعبیر مرادف آن لقاح مصنوعی: عبارت از آبستن شدن زن به وسیله ابزارهای پزشکی، و تلقیح مصنوعی را عبارت از آبستن شدن زن به وسیله تزریق اسپرماتوزوئید مرد به رحم زن به کمک وسایل پزشکی و آلات مصنوعی، بدون نیاز به نزدیکی و عمل فیزیکی مرد، دانسته اند (علوی قزوینی، ۱۳۸۲: ص ۱۸۱؛ امامی، ۱۳۴۹: ص ۳۵۵-۳۵۶).

بنابراین استیلاد صناعی، عبارت از این است که زن را با وسایل مصنوعی و بدون اینکه نزدیکی صورت گیرد، باردار کنند و به تعبیر دیگر وارد کردن نطفه مرد به رحم زن به وسیله ای غیر از انزال طبیعی در آن و با استفاده از وسایل کمک پزشکی می باشد (فتح الله، ۱۴۱۵: ص ۱۲۵).

در پی گیری واژه تلقیح مصنوعی در تالیفات حقوقی آمده است که در تلقیح مصنوعی ملاک آن است که زن را با وسایل مصنوعی و بدون اینکه نزدیکی صورت گیرد آبستن کنند. هرگاه شوهر نتواند

با زن نزدیکی نموده، از طریق عادی صاحب فرزند شود ولی عقیم نبوده و نطفه اش نیز دارای ماده حیات باشد، ممکن است تلقیح مصنوعی با نطفه شوهر انجام شود و از این طریق طفلی به دنیا بیاید (صفایی و امامی، ۱۳۸۴: ج ۲، ص ۱۵۷ و ۳۱۶).

۱-۲-۳- معنانشناسی «تمکین»

الف) مفهوم تمکین در لغت

تمکین در لغت به معنای «مالک گردانیدن» و «ثابت نمودن» می‌باشد (طریحی، ۱۳۷۵: ج ۶، ذیل واژه نشر). همچنین به معنای «توانا گردانیدن فردی بر چیزی» و مسلط کردن دیگری بر چیزی آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ج ۵، ص ۱۴۷).

در برخی کتب لغت واژه تمکین با نظر به ریشه آن به معنای «جای گرفتن»، «جای دادن»، «پا بر جا کردن و توانا گردانیدن» آمده است (بی‌بیهقی، ۱۳۶۶: ج ۲، ص ۵۸۴).

و نهایتاً برخی از اهل لغت در معنای تمکین گفته اند: «در صورت تقاضای استمتاع زوج، تسلیم شدن زن در برابر خواسته‌ی مرد می‌باشد و زوجه مکلف است که در موقعیت مشروع و جایز کاملاً خویش را تسلیم مرد نماید» (افرام البستانی، ۱۳۷۳: ص ۱۰۳).

ب) مفهوم تمکین در اصطلاح فقهی

تمکین در فقه به اظهار اطاعت زوجه از زوج تعبیر می‌شود. البته در کارهایی که اطاعتش بر زوجه لازم است (فاضل هندی، ۱۴۲۰: ج ۷، ص ۵۱۴). شهید ثانی در تعریف تمکین فرموده‌اند: «و هو ان تخی بینة و بین نفسها قولاً و فعلاً فی کل زمان و مکان یسوغ فیه الاستمتاع» (شهید ثانی، ۱۴۰۳: ج ۲، ص ۱۴۲).

از آیت الله خویی پرسیدند که «زن باید تمکین کند» به چه معناست؟ و ایشان پاسخ دادند که :

«تمکین یعنی زن به وظائف زناشویی خود در برابر شوهر خود عمل کند و خواسته‌های جنسی مشروع او را برآورده سازد و ممانعت ننماید» (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ج ۳، ص ۲۴۹، سؤال ۷۳۸).

بنابراین تمکین در فقه، به معنی امکان دادن زوجه به زوج برای استمتاع جنسی است؛ چنان که بسیاری از فقها در توضیح تمکین کامل گفته اند: تن در دادن و واگذارن نفس به شوهر برای بهره وری جنسی به طوری که مقید به زمان و مکان خاص نباشد و اگر زن تن در دادن به عمل زنا شویی را به زمان و مکان دیگری واگذارد، تمکین حاصل نشده است (طوسی، ۱۳۹۰: ج ۶، ص ۱۱؛ بحرانی، ۱۳۹۲: ج ۲۰، ص ۲۴؛ بهجت فومنی گیلانی، ۱۴۲۸: ص ۱۴۷؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸: ج ۳، ص ۲۴۹، سؤال ۷۳۸). در برخی روایات نسبت به این عمل به عنوان حق شوهر تصریح شده است. همچنانکه از امام صادق نقل شده است که: «زنی خدمت پیغمبر آمد و عرض کرد: ای رسول خدا حق شوهر بر زن چیست؟ فرمود زیاد است. عرض کرد: اندکی را به من بگوئید فرمود... زن باید خود را به بهترین بوهای خوش معطر کند و بهترین لباسش را بپوشد و خود را به بهترین زینتی که دارد بیاراید و هر صبح و شام خود را به شوهرش عرضه دارد» (بحرانی، ۱۳۹۲: ج ۲۰، ص ۱۱۲).

در تطبیق معنای لغوی با معنای اصطلاحی می‌توان گفت در تمکین از آنجا که زن، بین مرد و خودش را خالی می‌کند (یعنی آزاد گذارد و مانعی ایجاد نکند. اعم از آنکه رفع مانع به زبان و سخن

گفتن بوده یا عملاً و فعلاً این طور بنماید). در هر زمانی که استمتاع جایز است، او را بر خود توانا می کند و در کنار خود جای می دهد.

در کلام فقها تمکین از حقوق واجب شوهر بر زن دانسته شده است و در صورت خودداری زن از آن بدون عذر، نفقه او به سبب تحقق نشوز بر شوهر واجب نخواهد بود (بحرانی، ۱۳۹۲: ج ۲۴، ص ۴۶۲-۴۶۰).^۱ البته زن نیز پس از عقد و پیش از دریافت مهر می تواند از تمکین خودداری کند، به شرط آن که مهرش نقد و امتناع، قبل از آمیزش باشد (نجفی، ۱۳۶۶: ج ۳، ص ۱۶۷).^۲ اگرچه برخی آن را نپذیرفته و گفته اند: هر یک از زن و شوهر مکلف به وظیفه خویش است؛ زن به تمکین و مرد به پرداخت مهر و هیچ کدام بر دیگری توقف ندارد و هر کدام به وظیفه خود عمل نکند، مرتکب معصیت شده است (علامه حلی، ۱۳۸۵: ج ۲، ص ۵۹۱-۵۹۲). بنابراین اگرچه مشهور فقها معتقدند که تمکین زوجه موجب سقوط حق حبس وی خواهد بود، در مقابل، بعضی از فقها مانند ابن ادریس یا شیخ طوسی برای تمکین اثری قائل نشده اند.

^۱. البته در فقه، این بحث مطرح است که آیا نفقه زوجه به صرف عقد دائم بر زوج واجب می شود یا منوط به تمکین وی پس از عقد است؟ مشهور، قول دوم است. برخی قول اول را برگزیده و افزوده اند تنها با ظهور نشوز، نفقه از عهده شوهر ساقط می شود؛ بنابراین در فرض عدم تحقق نشوز با عدم تمکین، تأمین نفقه بر شوهر واجب خواهد بود، هر چند - به عللی مانند درخواست نکردن شوهر - تمکین حاصل نشده باشد (حائقی الناصره، ۱۳۹۲: ج ۲۴، ص ۴۶۲-۴۶۰).

^۲. برخی، توانایی شوهر در پرداخت مهر را نیز بر شرایط یاد شده افزوده و گفته اند: اگر شوهر قدرت پرداخت مهر را نداشته باشد، زن حق امتناع از تمکین ندارد (رک: کتاب السرائر، ۱۳۸۵: ج ۲، ص ۵۹۱-۵۹۲).

فصل دوم

حکم فقهی اقدام به ممانعت از بارداری توسط زوجین

در این فصل و فصل سوم بنا داریم تا با استفاده از منابع فقهی و حقوقی «اختیارات هر یک را در ممانعت از بارداری زوجه علی رغم میل دیگری» و نیز «حدود اختیارات هر یک از زوجین در الزام و اجبار دیگری به پذیرش بارداری زوجه» بررسی کنیم. بنابراین بررسی مبانی فقهی این موضوع در چهار حالت قابل طرح و پی گیری است:

صورت اول) مبانی فقهی و حقوقی حدود اختیارات زوجه در الزام به پذیرش بارداری اش توسط زوج

صورت دوم) مبانی فقهی و حقوقی حدود اختیارات زوج در الزام زوجه برای اقدام به بارداری

صورت سوم) مبانی فقهی و حقوقی حدود اختیارات زوج برای ممانعت از بارداری زوجه (علی رغم میل زوجه).

صورت سوم در تناظر با صورت اول قرار دارد یعنی اولاً زوج تا چه حد می تواند مانع بارداری زوجه شود و ثانیاً در این شرایط زوجه که مایل به فرزندآوری است تا چه اندازه می تواند زوج را الزام به پذیرش بارداری اش کند.

صورت چهارم) مبانی فقهی و حقوقی حدود اختیارات زوجه برای ممانعت از بارداری (علی رغم میل زوج).

صورت چهارم نیز در تناظر با صورت دوم قرار دارد یعنی اولاً زوجه تا چه حد می تواند با استفاده از وسائل پیشگیری مانع باروری خودش شود و ثانیاً در این شرایط زوج که مایل به فرزندآوری است تا چه اندازه می تواند او را واردار به اقدام برای بارداری نماید.

بنابراین در مجموع در رابطه با فرزندآوری به دو شکل ممکن است بین زوجین اختلاف نظر پیش آید:

۱- مرد خواهان فرزند است و زن تمایل ندارد. ۲- زن خواهان فرزند باشد و مرد تمایل ندارد.

در این دو اختلاف حدود اختیارات شرعی و قانونی هر یک در متقاعد کردن دیگری جزء مباحث مبهم و چند وجهی بوده که با تتبع در منابع فقهی به نظر می رسد رهیافت های فقهی برای رسیدن به آن منوط به بررسی دو عنوان خواهد بود:

۱- مشروعیت یا عدم مشروعیت عزل توسط زوج و زوجه به عنوان یکی از روش های ممانعت از بارداری و حدود اختیارات زوجین در آن.

۲- جایگاه حق استیلا و فرزندآوری در مقتضای عقد نکاح و اختیارات هر یک از زوجیت برای اعمال حق استیلا.

در این فصل، بخش اول موضوع را که تبیین حکم «جلوگیری از بارداری» توسط زوجین و حدود اختیارات هر یک این حوزه را بررسی خواهیم کرد:

۱-۲- دیدگاه فقها در عزل توسط زوج

پیش تر اشاره شد که در فقه از جلوگیری به عنوان عزل منی یاد می شود که ممکن است توسط مرد یا با ممانعت زن باشد، این روش یکی از قدیمی ترین شیوه های جلوگیری از بارداری عزل بوده، که فقها اغلب در باره حکم فقهی این شیوه پیشگیری از بارداری اظهار نظر کرده اند. بنابراین عزل اشاره به یک مفهوم عام دارد که امروزه به شکل های متنوعی می تواند محقق شود مثل بستن لوله ها یا خوردن قرص های جلوگیری از بارداری یا استفاده از انواع کاندوم ها و... که همگی در راستای ممانعت از بارداری زوج ملحق به عزل خواهد بود. در رابطه با بحث عزل توسط زوج هم در نفس الامر و هم زمانی که زوج رضایت ندارد و علاقه مند به فرزندآوری است، دیدگاه های متفاوتی در فقه بیان شده است که در این جا به مهم ترین این دیدگاه ها اشاره می کنیم.

۱-۱-۲- حرمت عزل توسط زوج بدون اذن همسر

الف) تبیین نظریه و معرفی قائلین

مرحوم محقق حلی در تبیین محل بحث می فرماید اساساً محور اصلی بحث در عزل زوج جایی است که نکاح، نکاح حرّه باشد (زوج آزاد است نه أمه)، عقد هم عقد دائم است (نه منقطع)، در متن عقد هم شرط عزل نشده است، در حین آمیزش هم زن اذن به عزل نمی دهد، در اینجا سوال است که آیا جایز است یا نه؟ و چه جایز باشد چه نباشد، دیه دارد یا ندارد؟ پس ایشان بحث را در دو جهت طرح می فرماید: یک جهت مربوط به حکم تکلیفی که آیا این کار حلال است یا حرام؟ جهت دوم در حکم وضعی است که آیا این دیه دارد یا ندارد؟ اگر دیه داشته باشد، دیه آن همان دیه نطفه است که ده دینار است یا خیر؟ (محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۲، ص ۲۱۴) و در اظهار نظر نسبت به حکم عزل در این شرایط انجام آن را از سوی زوج مادامی که در عقد شرط نشده و زوج اذن نداده است حرام دانسته است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۲، ص ۲۷۰ و ۳۰۶).

بسیاری از فقها همچون شیخ طوسی (طوسی، ۱۴۰۷: ج ۴، ص ۳۵۹) شیخ مفید (مفید، ۱۴۱۰: ص ۵۱۶؛ طوسی، ۱۳۸۷: ج ۴، ص ۲۶۷) فاضل مقداد، بی تا، ج ۳، ص ۲۴؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸: ج ۱ ص ۵۶۸؛ کیدری، بی تا: ج ۱، ص ۲۴۳ و شهید اول، ۱۴۱۰: ج ۱، ص ۴۰۶). قائل به حرمت عزل از جانب زوج شده اند و معتقدند اگر زوج در ازدواج دائم، بدون اجازه همسرش عزل کند، گناه کار است و فعل حرامی مرتکب شده است. مرحوم خوئی در اشاره به این نظریه می فرماید: «برخی از فقها حتی با عزل زوج، دیه ای بر عهده او به نفع زوج حکم کرده اند، اما اغلب ایشان قائل به عدم لزوم دیه شده اند» (موسوی خوئی، ۱۳۵۳: ج ۲، ص ۵۰۸) و صاحب عروه الوثقی بعد از بیان این دیدگاه در اظهار نظر نهایی