

تأثیر ناباروری یکی از زوجین بر فسخ نکاح و طلاق قضایی در فقه مذاهب اسلامی و قوانین احوال شخصیه کشورهای منتخب اسلامی

سیدمحمد رضوی • استادیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه بیرجند، بیرجند، ایران. (نویسنده مسئول)
razavi1213@birjand.ac.ir
محمدرضا آقایی بجنستان • دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، مجتمع آموزش عالی گناباد، گناباد، ایران.
reza.aghai@gmail.com

چکیده

ناباروری زوج یا زوجه از جمله مسائلی است که می‌تواند میان اصل لزوم نکاح و هدف فرزندآوری تعارض ایجاد کرده و پرسش‌هایی درباره امکان فسخ عقد یا طلاق قضایی برانگیزد. پژوهش پیش‌روی، با هدف تبیین اثر حقوقی ناباروری یکی از زوجین بر حق فسخ نکاح و طلاق قضایی سامان گرفته است و با روش توصیفی تحلیلی و رویکرد تطبیقی، موضوع را در فقه مذاهب اسلامی و قوانین احوال شخصیه ایران، مصر، الجزایر و امارات پی‌گرفته است. مقاله ابتدا مبانی فقهی عیوب موجب فسخ را در فقه امامیه و مذاهب عامه بررسی می‌کند، سپس وضعیت ناباروری را در عقد مطلق و نیز در فرض اشتراط فرزندآوری تحلیل نموده و آنگاه، امکان استناد به عسر و حرج به‌عنوان مبنای طلاق قضایی را مطمح نظر قرار می‌دهد. یافته‌ها نشان داد که در فقه امامیه، ناباروری به‌طور مستقل در شمار عیوب موجب فسخ قرار نگرفته و تنها در صورت اشتراط صریح می‌تواند موجب تحقق خیار تخلف از شرط یا تدلیس شود، و در صورت عسر و حرج می‌تواند منشأ اثر حقوقی و طلاق قضایی باشد؛ در مقابل، در برخی از نظام‌های حقوقی متأثر از فقه اهل سنت، با توسعه قلمرو عیوب یا تأکید بر مقاصد نکاح، امکان انحلال نکاح، با فسخ یا طلاق قضایی، در شرایطی پذیرفته شده است. اختلاف در مبنای تعریف عیب و تلقی از ماهیت نکاح، عامل اصلی تفاوت رویکردها در نظام‌های حقوقی مورد مطالعه بوده است.

واژگان کلیدی: نکاح، طلاق، طلاق قضایی، فسخ نکاح، ناباروری.

مقدمه

نکاح در فقه اسلامی نهادی بنیادین و از عقود لازم محسوب می‌شود که افزون بر ایجاد رابطه مشروع میان زن و مرد، اهدافی چون مَوَدَّت، سکون و استمرار نسل را دنبال می‌کند. هرچند استمتاع مشروع از مقاصد اصلی نکاح به شمار می‌آید، تولید نسل نیز در متون دینی و تحلیل‌های فقهی به‌عنوان یکی از کارکردهای مهم آن شناخته شده است. با این حال، تحقق این هدف همواره در اختیار اراده زوجین نیست و ناباروری یکی از زوجین می‌تواند تعادل میان اصل لزوم عقد و انتظارات ناشی از آن را با چالش مواجه سازد.

در نظام‌های حقوقی مبتنی بر فقه اسلامی، انحلال نکاح یا از طریق طلاق تحقق می‌یابد یا در موارد استثنایی از طریق فسخ یا انفساخ. فسخ نکاح نهادی محدود و مبتنی بر تحقق عیوب خاص است و اصل بر بقای عقد و تفسیر مضیق اسباب انحلال آن است. در فقه امامیه، عیوب مجوز فسخ به موارد خاصی منحصر شده و ناباروری به‌طور مستقل در شمار آن‌ها نیامده است. در مقابل، برخی دیدگاه‌های فقهی در میان مذاهب اهل سنت، با توجه به نقش فرزندآوری در تحقق مقاصد نکاح، قلمرو عیوب را گسترده‌تر تفسیر کرده و در شرایطی ناباروری را منشأ حق فسخ یا تفریق دانسته‌اند. این اختلاف مبنایی در حوزه تقنین نیز بازتاب یافته و قوانین احوال شخصیه برخی کشورهای اسلامی رویکردهای متفاوتی در این زمینه اتخاذ کرده‌اند.

در حقوق ایران نیز ناباروری به‌صراحت در شمار عیوب موجب فسخ قرار نگرفته است؛ با این حال، در دو وضعیت می‌تواند محل بحث قرار گیرد: نخست، در فرض اشتراط فرزندآوری در ضمن عقد که امکان استناد به خیار تخلف از شرط صفت را به استناد ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی، مطرح می‌سازد؛ و دوم، در چارچوب ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی که در صورت تحقق عسر و حرج، طلاق قضایی را پیش‌بینی کرده است. تمایز میان این دو وضعیت و تفکیک دقیق میان فسخ نکاح و طلاق قضایی، در تحلیل دعاوی مرتبط با ناباروری اهمیت اساسی دارد.

اهمیت این مسئله صرفاً نظری نیست؛ زیرا ناباروری می‌تواند آثار روانی، اجتماعی و حقوقی قابل توجهی برای زوجین ایجاد کند و در مواردی منجر به طرح دعاوی انحلال نکاح شود. از این رو، تبیین مبانی فقهی و تحلیل تطبیقی رویکرد نظام‌های حقوقی اسلامی، برای روشن شدن حدود و ثغور حقوق طرفین ضروری است. بر این اساس، پرسش اصلی این پژوهش آن است که ناباروری یکی از زوجین در فقه اسلامی و قوانین احوال شخصیه ایران و برخی کشورهای اسلامی چه آثاری بر حق فسخ نکاح و طلاق قضایی دارد و مبنای اختلاف دیدگاه‌ها در این زمینه چیست؟ پژوهش حاضر می‌کوشد با رویکردی تحلیلی-تطبیقی، ضمن بررسی آرای فقهی مذاهب، بازتاب این اختلاف مبنایی را در قوانین موضوعه تحلیل کند.

۱- پیشینه تحقیق و مرور ادبیات

با توجه به اهمیت نهاد خانواده در نظام‌های حقوقی اسلام و آثار اجتماعی و فردی ناباروری، بررسی مبانی فقهی و انعکاس آن در قوانین موضوعه همواره محل بحث بوده است. در منابع فقهی قدیمی موضوع عیوب نکاح به تفصیل بررسی شده و عمده سخن در این بوده که آیا عیوب مجوز فسخ، قابلیت تعمیم دارد یا انحصاری است. شیخ طوسی در دو کتاب «الخلاف» و «المبسوط» عیوب مجوز فسخ را محدود به موارد منصوص دانسته و عقیم بودن را از مصادیق آن نشمرده است (طوسی، ۱۳۸۷). علامه حلی در «تذکره الفقهاء» نیز بر احصایی بودن عیوب تأکید کرده است (حلی، ۱۴۱۳). صاحب جواهر با تقویت این دیدگاه، توسعه دامنه عیوب را خلاف اصل لزوم عقد دانسته است (نجفی، ۱۴۰۴ و مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۵، ص ۱۲۸). در مقابل، ابن قدامه در «المغنی» با رویکردی مبتنی بر دفع ضرر، امکان توسعه عیوب در برخی شرایط را مطرح کرده است (ابن قدامه، ۱۳۸۸). همچنین در حقوق ایران، نویسندگانی همچون دکتر کاتوزیان (۱۳۹۲)، دکتر صفایی و دکتر امامی (۱۳۹۹) در آثار خود درباره حقوق خانواده، ناباروری را به عنوان یکی از موجبات فسخ پذیرفته و آن را تنها در چارچوب شرط ضمن عقد یا تحقق عسر و حرج قابل بررسی دانسته‌اند. در زمان‌های اخیر

نیز در خصوص تأثیر تکنیک‌های جدید درمان ناباروری در الغای تفریق زوجین تلاش‌هایی در قالب نگارش مقاله صورت گرفته است.

با وجود این تلاش‌های علمی، اغلب پژوهش‌های پیشین یا به بررسی کلی عیوب نکاح پرداخته‌اند یا ناباروری را صرفاً ذیل عنوان عسر و حرج تحلیل کرده‌اند و کمتر پژوهشی به صورت منسجم، تفکیک میان «عقد مطلق» و «فرض اشتراط فرزندآوری» را در کنار تحلیل تطبیقی قوانین ایران و برخی کشورهای اسلامی بررسی کرده است. از این رو، پژوهش حاضر می‌کوشد با تمرکز بر این تمایز و با تحلیل مبانی اختلاف فقهی، چارچوبی منسجم برای ارزیابی آثار ناباروری بر فسخ نکاح و طلاق قضایی ارائه دهد.

۲- مفهوم‌شناسی و مبانی نظری پژوهش

۲-۱ مفهوم ناباروری و تمایز آن از خصاء

ناباروری در اصطلاح پزشکی و حقوقی به ناتوانی زن و شوهر در دستیابی به بارداری پس از یک دوره متعارف از زندگی مشترک و برقراری رابطه زناشویی بدون استفاده از روش‌های پیش‌گیری اطلاق می‌شود. بر اساس برخی تعاریف هرگاه زوجین پس از یک سال نزدیکی مستمر و بدون استفاده از وسایل جلوگیری از بارداری صاحب فرزند نشوند، عنوان ناباروری صدق می‌کند (مرقاتی، ۱۳۸۳: ۱). این وضعیت ممکن است ناشی از ناتوانی مرد، زن یا هر دو باشد و از این جهت، وصفی مشترک و دوطرفه تلقی می‌شود. در منابع اسلامی، ناتوانی در تولید مثل با واژگانی چون «عقیم» و «عاقَر» بیان شده است. واژه «عقیم» در آیه ۵۰ سوره شوری به کار رفته و ناظر به محرومیت از فرزند است. همچنین واژه «عاقَر» در قرآن کریم در وصف همسر حضرت زکریا(ع) استعمال شده است. این کاربردها نشان می‌دهد که اصل ناباروری به عنوان یک وضعیت تکوینی در متون دینی شناخته شده، اما آثار حقوقی آن محل اختلاف است.

تمايز ناباروری از «خصاء» در تحليل فقهی اهميت اساسی دارد. خصاء در فقه اماميه و نیز در ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی ایران از عيوب مجوز فسخ نکاح شمرده شده است. با این حال، درباره مفهوم خصی اختلاف نظر وجود دارد. بسیار محتمل است که خصی نمودن به کلی شهوت را از بین ببرد اما فقیهانی مثل فخرالمحققین خصاء را حالتی می‌داند که مرد قدرت انجام عمل دخول را دارد، ولی قدرت انزال در او وجود ندارد (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۴۰۵). در مقابل، برخی فقها تحقق عیب را منوط به عجز از وطی دانسته و صرف فقدان قدرت انزال را برای تحقق عیب کافی نمی‌دانند (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۳۶۳).

در نقد این دیدگاه اخیر، به روایاتی استناد شده است که در آنها تحقق ایلاج مفروض گرفته شده و با این حال حکم به آثار خاصی از جمله پرداخت مهریه صادر گردیده است (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۱۱؛ صدوق، ۱۴۱۵: ۳۱۳؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۳۲؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۲۷؛ مجلسی، ۱۴۰۴: ۱۶۰). صاحب جواهر نیز با توجه به این روایات، حمل خصاء بر فرض عدم امکان ایلاج را دشوار دانسته است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۲۳). این اختلاف نشان می‌دهد که حتی در مورد خصاء نیز وحدت نظر کامل وجود ندارد. از این رو، ناباروری اعم از خصاء است و نمی‌توان هر مورد ناباروری را ذیل عنوان خصاء قرار داد. در نتیجه، بررسی آثار ناباروری به عنوان وصفی مستقل، ضروری و موجه به نظر می‌رسد.

۲-۲ عيوب مجوز فسخ و مبنای اختلاف

در فقه اماميه، ناباروری در شمار عيوب منصوص قرار نگرفته است. شیخ طوسی تصریح می‌کند: «العقم ليس من العيوب الموجبة للخيار، لأنه لا يمنع الاستمتاع ولا يوجب نفراً مانعاً عن المقصود من النكاح»^۱ (طوسی، المبسوط، ج ۴، ص ۲۵۰). علامه حلی و صاحب جواهر نیز ناباروری را تنها در فرض اشتراط مؤثر می‌دانند (حلی، قواعد الأحكام، ج ۱، ص ۷۱؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۲۳). در مقابل، برخی از فقیهان اهل سنت با استناد به روایت قضیه «ابن سندر» و با تمسک به قاعده «الضرر یزال» و توجه به مقاصد نکاح، ناباروری را عیب مؤثر دانسته‌اند. ابن قدامه می‌نویسد: «وإن كان

^۱ «عقم (ناباروری) از عیوبی که موجب ثبوت خیار می‌شود نیست؛ زیرا مانع استمتاع نمی‌گردد و نفرتی که مانع تحقق مقصود از نکاح باشد ایجاد نمی‌کند»

الرَّجُلُ عَقِيمًا لَا يُلِدُ فَالْمَرْأَةُ بِالْخِيَارِ، لَأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ النِّكَاحِ النُّسْلُ وَدَوَامُ النِّسْبِ^۲» (ابن قدامه، المغنی، ج ۷، ص ۱۸۶). نووی نیز هر عیبی را که مانع مقصود نکاح باشد موجب خیار دانسته است (نووی، المجموع، ج ۱۹، ص ۲۷۱). بدین ترتیب، در فقه امامیه معیار «نص و مانعیت از استمتاع» است، در حالی که در فقه حنفی، معیار «اخلال در مقاصد نکاح و رفع ضرر» است. همین تفاوت مبنایی در قوانین ایران (متأثر از امامیه) و کشورهای چون الجزایر و امارات (متأثر از فقه اهل سنت) منعکس شده است. در ادامه با تفصیل بیشتری این مطلب را پی می گیریم.

مبنای مخالفین حق فسخ در ناباروری یکی از زوجین

مخالفین حق فسخ در صورت ناباروری یکی از زوجین برای نظر خود به دلایلی استناد می کنند. در ادامه به این دلایل اشاره می شود:

اصل در عقد نکاح، لزوم و بقای آن است (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، تحریر المجله؛ ج ۲، قسم ۳، ص ۲۹) و فسخ نهادی استثنایی محسوب می شود. با این حال، وجود برخی عیوب در هر یک از زوجین می تواند برای طرف مقابل حق فسخ ایجاد کند. درباره قلمرو این عیوب، دیدگاه های متفاوتی در فقه اسلامی مطرح شده است.

گروهی از فقها عیوب مجوز فسخ را محدود به موارد منصوص دانسته و توسعه آن را جایز نمی دانند. جمهور حنفیه، مالکیه، شافعیه و حنابله بر این عقیده هستند و می گویند: ناباروری در معاشرت جنسی زن و مرد تأثیری ندارد (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج ۷، ص ۱۸۶ و ۱۴۰۳، ج ۷، ص ۵۷۹ و الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ۳۰، ص ۲۶۸) یعنی نه مانع اصل رابطه می شود و نه مانع کیفیت آن و میزان تمتع جنسی و نیز مقصود از ازدواج، بدون فرزندآوری هم محقق است هرچند فرزند هبه خداوند به انسان (سوره شوری، آیه ۴۹ و ۵۰) و مظهر قدرت خداوند است. این دیدگاه با تأکید بر اصل لزوم عقد نکاح و احتیاط در انحلال آن شکل گرفته است (امام خمینی، ۱۳۹۲: ۴۵۳). بر اساس این مبنا، تنها عیوبی که به صراحت در

^۲ «و اگر مرد عقیم باشد و فرزندی نیاورد، زن حق اختیار (فسخ) دارد؛ زیرا مقصود از نکاح، تولید نسل و تداوم نسب است.»

روایات یا اجماع ذکر شده‌اند، منشأ خیار خواهند بود و قیاس یا توسعه مفهومی پذیرفته نیست. شیخ طوسی تصریح می‌کند که عقیم بودن از عیوب موجب خیار نیست؛ زیرا مانع استمتاع نبوده و مقصود اصلی نکاح را که بهره‌مندی مشروع است منتفی نمی‌سازد (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۵۰). علامه حلی نیز در تذکره الفقهاء عیوب را محدود به موارد منصوص دانسته است (حلی، ۱۴۱۳: ۷۱). صاحب جواهر با تأکید بر اصل لزوم عقد، توسعه دامنه عیوب را خلاف احتیاط دانسته است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۲۳). برخی از فقیهان، برای منشأ خیار، علاوه بر نص و اجماع، قیاس را هم ذکر کرده‌اند و در نهایت نیز در موارد شک در امکان فسخ، اصل را بر عدم امکان فسخ نهاده‌اند (ابن قدامه، ج ۷، ص ۱۸۶).

استدلال دیگری که بر عدم امکان فسخ عقد در صورت عقم می‌توان ارائه کرد اینکه اگر عقیم بودن موجب تحقق خیار فسخ باشد باید یائسه بودن نیز برای کسی که از یائسه بودن مطلع نیست سبب ایجاد حق فسخ باشد در حالی که حق فسخ در فرض یائسه بودن را هیچ کس بیان نکرده و نپذیرفته است.

مبنای موافقین حق فسخ در ناباروری یکی از زوجین

ایجاد حق فسخ با تکیه بر مقاصد شریعت در زمینه نکاح

براساس تعالیم قرآن کریم، افزایش جمعیت موجب افزایش اقتدار خانواده و جامعه بوده (سوره نوح، آیه ۱۲) و نقش بسیار سازنده‌ای در افزایش رفاه فردی و اجتماعی جامعه دارد. واضح است که طریق افزایش جمعیت نیز از مسیر ازدواج و خانواده فراهم می‌گردد. در مقابل گروه نخست، که با تأثیر ناباروری بر فسخ نکاح مخالف بودند، برخی معتقدند هر عیبی که موجب تنفر یکی از زوجین از دیگری گردد، مثل عقیم بودن (المشیق، ۲۰۱۹، ص ۴۲)، یا موجب اختلال در معاشرت یا اخلال در تحقق مقصود نکاح گردد، می‌تواند موجب فسخ باشد؛ زیرا هدف از نکاح ایجاد مودّت و رحمت میان زوجین است و هر امری که این هدف را منتفی سازد، در حکم عیب مؤثر، خواهد بود. این دیدگاه بیشتر با رویکرد مقاصدی در فقه اهل سنت هماهنگ است. از بزرگان اهل سنت، عمر بن الخطاب، حسن بصری، ابن قیم، قاضی شریح، ابن شهاب زهری و ابوالثور بر این عقیده هستند. از حسن بصری نقل شده است که: «إِذَا وَجَدَ الْآخَرَ عَقِيمًا يُخَيَّرُ» (ابن قدامه، ج ۷، ص ۱۸۶). در برخی منابع نیز دلایل نقلی، منشأ حق فسخ زوجه

معرفی شده است. از انس بن مالک نقل شده که عمر بن خطاب مرد عقیمی را به جایی فرستاد. آن مرد با زنی ازدواج کرد عمر به او گفت: آیا به زن گفته‌ای که عقیم هستی؟ آن مرد جواب داد، خیر؛ عمر به او دستور داد برگرد و به زن اعلام کن و او را مخیر گردان (ابن حزم، ۱۴۰۸، ج ۹، ص ۲۰۷).

ابن قدامه در المغنی با طرح مسئله ضرر و اخلال در مقاصد نکاح، در مواردی دیدگاه موسع‌تری ارائه می‌کند (ابن قدامه، ۱۳۸۸: ۱۸۶). نووی نیز در «المجموع» به نقش مقاصد نکاح در تحلیل برخی عیوب اشاره کرده است (نووی، بی‌تا: ۲۷۱). برخی از فقیهان معاصر اهل سنت، به‌ویژه در مذهب حنبلی، با استناد به قاعده «الضرر یزال» و توجه به مقاصد نکاح، و اینکه انجاب یا فرزندآوری یکی از مقاصد نکاح است، امکان توسعه قلمرو عیوب را مطرح کرده‌اند (العثیمین، ۱۴۲۲، ج ۱۲، ص ۳۲۰). از فقیهان معاصر امامیه نیز برخی می‌گویند: مسأله فسخ به عیوب امری تبعیدی محض مانند اذکار صلاۀ و مانند آن نیست بلکه جنبه‌های عرفی و مناسبات عرفیه در آن بسیار مورد ملاحظه قرار گرفته است (زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۲۰، ص ۶۵۵۰) نتیجه‌ی این سخن امکان تعمیم حق فسخ به غیرموارد منصوص است.

ایجاد حق فسخ به استناد خیار تخلف از شرط و خیار تدلیس

برخی دیگر مسأله را در قالب شرط ضمن عقد تحلیل کرده‌اند. به این معنا که اگر سلامت از عیوب یا وصف خاصی در ضمن عقد شرط شده باشد و بعداً خلاف آن کشف شود، خیار تخلف شرط ایجاد می‌شود. حتی برخی در این فرض، عقد را منحل‌شده تلقی کرده‌اند و اختیار مستقل برای فسخ قائل نشده‌اند (مطهری، ۱۳۹۲: ۱۱۸). این تحلیل، قلمرو بحث را از عیوب منصوص به حوزه شروط ضمن عقد گسترش می‌دهد. بنا بر این تحلیل، اختلاف در تعریف «عیب» و معیار شمول آن، زمینه‌ساز اختلاف در شمول ناباروری در شمار عیوب مجوز فسخ شده است.

بر این اساس، اختلاف در شمول ناباروری ناشی از تفاوت در تلقی از ماهیت نکاح است؛ در فقه امامیه، نکاح اساساً عقدی برای استمتاع مشروع تلقی می‌شود و فقدان فرزند به‌تنهایی موجب زوال آن نیست؛ در حالی که در برخی رویکردهای اهل سنت، تولید نسل از مقاصد اساسی نکاح دانسته شده (نووی، بی‌تا: ۲۷۱ و العثیمین، ۱۴۲۲، ج ۱۲، ص ۳۲۰) و فقدان دائمی آن می‌تواند منشأ ضرر و در نتیجه،

مبنای انحلال نکاح باشد. این اختلاف مبنایی، زمینه‌ساز تفاوت در تقنین کشورهای اسلامی شده و در بخش‌های بعدی، بازتاب آن در قوانین موضوعه بررسی خواهد شد.

۳- ناباروری و حق فسخ نکاح

وجود عیب ناباروری در یکی از زوجین تهدید کننده حیات خانواده بوده و گاه مَوَدَّت و الفت بین زوجین را نیز از بین می‌برد. بر این اساس، تأثیر ناباروری را در نکاح مطلق و نیز در فرض وجود شرط استیلا به صورت جداگانه بررسی می‌کنیم.

۳-۱ ناباروری در نکاح مطلق

در نکاحی که بدون اشتراط وصف خاصی منعقد شده است، اصل بر لزوم عقد و محدود بودن اسباب فسخ است. در این فرض، این پرسش مطرح می‌شود که آیا ناباروری یکی از زوجین می‌تواند در شمار عیوب مجوز فسخ قرار گیرد یا خیر؟ بررسی منابع فقهی نشان می‌دهد که در این زمینه سه رویکرد قابل شناسایی است.

نظر اول: عدم شمول ناباروری در عیوب مجوز فسخ.

مشهور فقهای امامیه و جمهور فقیهان اهل سنت عیوب مجوز فسخ را منحصر دانسته و توسعه آن را جایز نمی‌دانند. شیخ طوسی در «المبسوط» تصریح می‌کند که عقیم بودن از موجبات خیار فسخ نیست (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۲۴۹). وی در «الخلاص» نیز عیوب را در چارچوب موارد منصوص بررسی کرده و عقیم بودن را در شمار آن‌ها ذکر نکرده است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۳۵۲). علامه حلی نیز در «تذکره الفقهاء» عیوب نکاح را محدود به موارد منصوص دانسته است (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۵۷۱). صاحب جواهر با تأکید بر اصل لزوم عقد، تصریح می‌کند که عقیم بودن، چون مانع استمتاع نیست، موجب ثبوت خیار نخواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۰، ص ۳۲۳). امام خمینی نیز در «تحریر الوسیله» عیوب نکاح را در چارچوب همان موارد منصوص بیان کرده و از ذکر ناباروری به عنوان عیب مستقل خودداری کرده است (خمینی، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص ۴۵۳). بر این اساس، در فقه امامیه ناباروری در

نکاح مطلق، به دلیل عدم نص و عدم اخلال در امکان استمتاع، موجب حق فسخ شناخته نشده است. جمهور حنفیه، مالکیه، شافعیه، حنابلّه و ظاهریه عقیم بودن را در زمره عیوب مجوز فسخ به شمار نمی‌آورند (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج ۷، ص ۱۸۶ و ۱۴۰۳، ج ۷، ص ۵۷۹ و الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ۳۰، ص ۲۶۸) ابن قدامه می‌گوید: عیوبی به طرف مقابل حق فسخ می‌دهد که مانع زناشویی باشد جب و عنه مستقیماً در رابطه زناشویی تأثیر می‌گذارند و جنون و جذام و برص هم موجب ایجاد تنفر می‌گردند (ابن قدامه، ج ۷، ص ۱۸۴) اما اگر عیبی مانع استمتاع نشود و ترس سرایت آن به طرف مقابل نیز وجود نداشته باشد نباید موجب ایجاد حق فسخ گردد (الهی‌مید، بیتا، ج ۴، ص ۵۳۷). در محافل علمی معاصر نیز علی‌رغم اینکه عقم عیب دانسته شده اما ضمانت اجرای فسخ برای آن پیش بینی نشده و در پاسخ به این سوال که «أنا رجلٌ عقيمٌ، ليس لي أولاد، لكن زوجتي لا تعلم ذلك؛ لأني طلبتُ من الطبيب أن لا يخبرها خوفاً أن تذهب وتتركني، هل ارتكبتُ ذنباً في ذلك؛ لأني كنتُ أعلمُ أنني عقيمٌ قبل زواجي منها، ولم أصرحها؟» بیان شده است: «عليك أن تتوبَ إلى الله، وتستغفره مما حصل منك من كتمانك ما تعتقده في نفسك من العقم؛ لأن ذلك غشٌ لها واستمَحها وطيب خاطرها عسى أن ترضى بالحياة الزوجية معك. وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلّم» (فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، ج ۱۹، ص ۱۳). لازم به ذکر است در فقه امامیه اگر ناباروری در «عقد مطلق دائم» از موجبات فسخ شمرده نشود در «عقد مطلق موقت» نیز از موجبات فسخ نخواهد بود.

نظر دوم: توسعه مفهوم عیب با استناد به رفع ضرر و مقاصد نکاح

در مقابل، برخی فقهای اهل سنت قلمرو عیوب را منحصر در موارد منصوص نمی‌دانند. ابن قدامه در «المغنی» در بحث عیوب نکاح، به مسئله عقیم بودن پرداخته و بیان می‌کند که اگر فقدان قدرت بر تولید نسل موجب ضرر گردد، می‌تواند منشأ خیار باشد (ابن قدامه، ۱۴۱۷ق، ج ۷، ص ۱۸۶). نووی نیز در «المجموع شرح المذهب» به دیدگاه‌هایی اشاره می‌کند که در صورت اثبات ناباروری، برای طرف مقابل حق فسخ قائل شده‌اند، به‌ویژه در فرضی که عقیم بودن دائمی باشد (نووی، بی‌تا، ج ۱۹، ص ۲۷۱). مبنای

این دیدگاه، توجه به مقاصد نکاح و تمسک به قاعده «الضرر یزال» است. در این تحلیل، تولید نسل مقتضای عقد نکاح تلقی می‌شود و محرومیت دائمی از آن می‌تواند مصداق ضرر باشد.

نظر سوم: تفصیل میان ناباروری قطعی و غیرقطعی

در برخی تحلیل‌ها، میان ناباروری قطعی و دائمی با ناباروری احتمالی یا قابل درمان تفصیل داده شده است. بر این اساس، تنها در صورتی که ناباروری به صورت قطعی و غیرقابل درمان احراز شود، امکان استناد به آن برای فسخ مطرح می‌شود؛ در غیر این صورت، اصل لزوم عقد حاکم است (ابن قدامه، ۱۴۱۷ق، ج ۷، ص ۱۸۶). اگرچه این تفصیل در فقه امامیه به عنوان نظر مشهور پذیرفته نشده است، اما در برخی از آراء دادگاههای ایران و در برخی نظام‌های حقوقی متأثر از فقه اهل سنت انعکاس یافته است. در خصوص سایر عیوب نیز برخی فقیهان در موردی که درمان امکان دارد و توجه نیز از درمان امتناع نمی‌کند اصل را بر بقاء نکاح و سقوط حق فسخ دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۴۴۶).

تفصیل دیگری توسط برخی اندیشمندان معاصر اهل سنت بیان شده و آن اینکه خیار فسخ به سبب عقم صرفاً برای زوجه ثابت است، یعنی اگر زوج عقیم باشد زن می‌تواند عقد را فسخ کند و اگر زوجه عقیم باشد زوج نمی‌تواند اقدام به فسخ نماید (زیدان، ۱۴۱۳، ج ۹، ص ۳۹) مشروط به شرایط ذیل: زن از شوهر دیگر یا از همین شوهر قبل از عقیم شدن، فرزند نداشته باشد؛ زیرا زمانی که وصف مادر بودن را پیدا کرده از ناحیه عقم شوهر ضرری متوجه وی نمی‌شود. مرد به دنبال درمان عقم برود و زوال مرض برای او میسر نگردد و احتمال زوال آن نباشد و از زمان رابطه زناشویی چهار سال گذشته باشد و زن خواستار فسخ باشد. علت اینکه خیار فسخ برای شوهر ثابت نیست اینکه اولاً، فسخ بر خلاف اصل است و ثانیاً، زوج می‌تواند با ازدواج بعدی فرزند داشته باشد (همان، ص ۴۰).

۲-۳ ناباروری در فرض شرط استیلا

در صورتی که در ضمن عقد نکاح، فرزندآوری به عنوان شرط مورد توافق قرار گیرد، وضعیت حقوقی ناباروری متفاوت از نکاح مطلق خواهد بود. در این فرض، مسئله نه از باب «عیب منصوص»، بلکه در چارچوب قواعد عمومی شروط ضمن عقد و خیار تخلف شرط بررسی می‌شود.

الف) خیار تخلف شرط:

اگر زوج در زمان انعقاد عقد، فرزندآوری را شرط کند و بعداً معلوم شود زوجه عقیم بوده و امکان فرزندآوری ندارد، درباره ثبوت حق فسخ دیدگاه‌های متفاوتی مطرح شده است. برخی فقها با وجود درج شرط، باز هم جواز فسخ را نپذیرفته‌اند (حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۷۱ و تبریزی، ۱۴۲۷، ص ۳۳۴). برخی نیز در پاسخ به استفتائی در این زمینه، احتیاط در بقا و عدم فسخ را تقویت کرده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵، ج ۱، ص ۳۸۴).

در مقابل، گروهی از فقها این شرط را از مصادیق شرط وصف یا شرط فعل دانسته و تخلف از آن را موجب خیار می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۰، ص ۳۸۳ و سبحانی، بیتا، ج ۲، ص ۱۶۸). سبزواری در «مذهب الأحکام» تصریح می‌کند که اگر وجود وصفی در ضمن عقد شرط شده باشد و بعد خلاف آن کشف گردد، برای مشروط‌له خیار فسخ ثابت است (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ص ۱۴۳). بر اساس این تحلیل، ناباروری در این فرض، نه به اعتبار عیب بودن، بلکه به دلیل تخلف از شرط، منشأ حق فسخ خواهد بود. در این چارچوب، تمایز میان «داعی» و «شرط» اهمیت اساسی دارد. اگر فرزندآوری صرفاً انگیزه ازدواج باشد، بدون آنکه در عقد شرط شده باشد، تخلف از آن موجب خیار نخواهد بود؛ اما اگر به‌صورت صریح یا بنایی در ضمن عقد درج شده باشد، می‌تواند مشمول خیار تخلف شرط گردد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۲۷۶).

اما در وضع حقوقی کنونی ممکن است برای اثبات حق فسخ به خیار تدلیس و تخلف از شرط تمسک شود. بر اساس ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً برآن واقع شده باشد». فرق بین عیب و تدلیس در این است که برای تحقق خیار عیب، صرف تحقق عیب در خارج کافی است اما در تدلیس، صفتی در یکی از طرفین شرط می‌شود و طرف مقابل در خصوص وجود آن فریفته می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۴۵۳). در وضع کنونی می‌توان پذیرفت، یکی از مواردی که علی‌رغم عدم ذکر در متن عقد، خصوصاً برای زوجین جوان،

عقد متبانیاً بر آن منعقد می‌شود، قدرت باروری زوجین است و به همین دلیل بر اساس ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی می‌توان حق فسخ را برای طرفین مقابل پذیرفت. خیار تدلیس نیز زمانی صدق پیدا می‌کند که یکی از طرفین با علم و اطلاع از عدم قدرت باروری در خود، به نحوی رفتار کند که طرف مقابل را در این مورد فریب دهد. این خیار بیشتر در کسانی محتمل است که سابقه ازدواج دارند یا از طرق پزشکی به عدم قدرت باروری در خود علم حاصل کرده‌اند.

(ب) شرط فعل یا شرط نتیجه:

در تحلیل ماهیت شرط استیلا، این پرسش مطرح می‌شود که آیا این شرط از نوع شرط نتیجه است یا شرط فعل؟ برخی تحلیل کرده‌اند که شرط استیلا از نوع شرط فعل مادی است؛ به این معنا که زوجه متعهد می‌شود شرایط متعارف برای فرزندآوری را فراهم کند. بر این اساس، اگر امکان درمان وجود داشته باشد، زوج می‌تواند الزام به اقدام درمانی را مطالبه کند و در صورت امتناع، به خیار تخلف شرط استناد نماید (سبحانی، بی تا، ص ۱۶۸). این تحلیل مبتنی بر آن است که تحقق ولادت در اختیار مستقیم زوجین نیست، بلکه آنچه در توان ایشان است، فراهم آوردن اسباب متعارف است. بنابراین، شرط استیلا حمل بر تعهد به فراهم کردن اسباب می‌شود، نه تضمین قطعی تولد فرزند. در نتیجه، اگر زوجه از اقدام درمانی متعارف امتناع کند، می‌توان آن را تخلف از شرط فعل دانست. در مقابل، اگر شرط به گونه‌ای تفسیر شود که نتیجه (یعنی تحقق ولادت) مورد تعهد قرار گرفته باشد، با توجه به اینکه نتیجه در اختیار مستقیم متعهد نیست، چنین شرطی می‌تواند با اشکال مواجه شود؛ زیرا تعهد به امر غیرمقدور صحیح نیست.

(ج) تحلیل فقهی ادله عدم جواز فسخ:

در منابع فقهی، برای عدم جواز فسخ در صورت عدم تحقق شرط استیلا، دلایلی ذکر شده است؛ نخست، احتمال تجدد قدرت بر فرزندآوری در ادامه زندگی مشترک (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۳۱۶)، به این معنا که ممکن است ناباروری قطعی نباشد و در آینده امکان فرزندآوری فراهم شود.

دوم، عدم احراز قطعی انتساب ناباروری به یکی از زوجین. برخی از فقیهان تصریح می‌کنند که در مواردی ممکن است علت ناباروری مشخص نباشد یا به طرف مقابل منتسب گردد (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۷۱).

با این حال، استناد به نمونه‌های قرآنی مانند جریان حضرت زکریا و حضرت ابراهیم (ع) که در سنین بالا صاحب فرزند شدند، نمی‌تواند مبنای قیاس عمومی قرار گیرد؛ زیرا آن موارد از مصادیق اعجاز الهی بوده و قابل تعمیم به موارد عادی نیست (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۰، ص ۳۸۴). بنابراین در فرض اشتراط فرزندآوری، تحلیل مسأله از قلمرو «عیب منصوص» خارج و در چارچوب «تخلف از شرط» بررسی می‌شود. در اینجا، مبنای اختلاف نه در ماهیت ناباروری، بلکه در تفسیر شرط و حدود تعهد ناشی از آن است. اگر شرط به صورت صریح یا بنایی احراز شود و تخلف آن نیز قطعی باشد، امکان استناد به خيار تخلف شرط قابل دفاع است؛ اما در صورت تردید در تحقق شرط، یا احتمال درمان و تجدد قدرت، اصل لزوم عقد حاکم خواهد بود.

د) اثر شرط استیلا در نکاح موقت

سخن از اثر شرط استیلا در نکاح موقت انحصار به فقه امامیه دارد. در فقه اهل تسنن با توجه به اینکه نکاح موقت را ممنوع می‌دانند بحث از شرط ضمن آن نیز مطرح نخواهد شد. در فقه امامیه نکاح موقت، جز در موارد خاص، احکام نکاح دائم را دارد از جمله احکام فسخ نکاح، در عقد دائم و موقت یکسان است (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۱۴ و حائری، بی‌تا، ج ۴۱، ص ۲۶). بنابراین، در صورتیکه در شرط استیلا در نکاح موقت نیز کشف خلاف شود برای طرف مقابل به استناد خيار تخلف از وصف یا خيار تدلیس (ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی)، حق فسخ به وجود می‌آید.

در وضع حقوقی کنونی نیز قانون مدنی در ماده ۱۱۲۰ می‌گوید: عقد نکاح به فسخ منحل می‌شود و مواد ۱۱۲۱ و ۱۱۲۵ قانون مدنی نیز که بیانگر عیوب مجوز فسخ است بین عقد دائم و موقت فرقی نگذاشته و در ماده ۱۱۵۲ صراحتاً بیان کرده «عده طلاق و فسخ نکاح و بذل مدت و انقضای آن در مورد نکاح منقطع در غیر حامل دو طهر است...» برخی از حقوق‌دانان در این مورد می‌گویند: ممکن

است موقت بودن نکاح منقطع موجب توهم گردد که نتوان آن را فسخ نمود، زیرا با انقضاء مدت، نکاح بخودی خود منحل خواهد گشت و شوهر هم هر زمان می‌تواند بقیه مدت را بذل کند و خود را از زناشوئی برهاند، ولی با توجه بیشتری به آن که مدت نکاح منقطع گاه طولانی می‌باشد و ادامه زناشوئی، زن را دچار زیان غیر قابل جبران می‌نماید و گاه ایجاد عسر و حرج برای زن می‌کند و از طرف دیگر فسخ نکاح آثار مخصوصی را در بردارد که بذل مدت فاقد آن است، ناچار باید بر آن بود موجباتی که در نکاح دائم حق فسخ می‌دهد هرگاه در نکاح منقطع یافت شود بتوان آن را نیز فسخ نمود (امامی، بی‌تا، ج ۵، ص ۱۱۵).

۴- ناباروری و طلاق قضایی در نظم حقوقی کنونی

دومین مطلب در پژوهش حاضر، امکان استفاده از نهاد طلاق قضایی در صورت ناباروری زوج در حقوق ایران و برخی از کشورهای مسلمان است. در حقوق کشورهای مسلمان، تأثیر ناباروری زوجه، به این دلیل که زوج امکان ازدواج مجدد و یا طلاق دارد، کمتر مورد توجه قرار گرفته است.

۴-۱ ایران: تحلیل ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی

در نظام حقوقی ایران، ناباروری به‌طور صریح در شمار موجبات فسخ نکاح یا طلاق ذکر نشده است. با این حال، می‌توان آن را در چارچوب نهاد «عسر و حرج» مورد بررسی قرار داد. بر اساس ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند...»

تبصره این ماده عسر و حرج را چنین تعریف می‌کند: «عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد.» در تبصره، مصادیقی ذکر شده است، از جمله ترک انفاق، سوء رفتار، محکومیت قطعی و... اما اشاره‌ای صریح به ناباروری زوج نشده است. تنها در بند پنجم به «ابتلاء زوج به بیماری صعب‌العلاج»

اشاره شده که ادامه زندگی مشترک را مختل نماید. از این رو، این پرسش مطرح می‌شود که آیا ناباروری را می‌توان ذیل بند پنجم یا عنوان کلی عسر و حرج قرار داد؟

در حقوق ایران، چنانچه ناباروری به‌گونه‌ای باشد که استمرار زندگی را برای زوجه با مشقت شدید همراه سازد و این امر در دادگاه اثبات گردد، امکان استناد به ماده ۱۱۳۰ وجود دارد. با این حال، شمول بند پنجم نسبت به ناباروری محل تردید است؛ زیرا ناباروری لزوماً بیماری صعب‌العلاج محسوب نمی‌شود و ممکن است اساساً بیماری تلقی نشود. از منظر فقهی نیز برخی فقهای معاصر عقیم بودن را موجب طلاق قضایی نمی‌دانند (تبریزی، ۱۴۲۷ق، ص ۳۳۴). بنابراین، در حقوق ایران ناباروری فی‌نفسه موجب طلاق نیست، بلکه در صورت تحقق عسر و حرج و اثبات آن می‌تواند مبنای حکم قرار گیرد.

۲-۴ الجزایر

قانون خانواده الجزایر مصوب ۱۹۸۴ (با اصلاحات بعدی)، رویکردی متفاوت اتخاذ کرده است. مطابق فقره ۲ ماده ۵۳ این قانون: «زوجه می‌تواند در صورت وجود عیوبی که مانع تحقق هدف ازدواج شود، تقاضای طلاق نماید». همچنین در بند ۳ همان ماده، «هر ضرر معتبر شرعی» از موجبات طلاق دانسته شده است.

بر اساس رویه قضایی، دیوان عالی الجزایر در رأی شماره ۲۱۳۵۷۱ مورخ ۱۹۹۹/۰۲/۰۶ ناباروری زوج را، در صورتی که مدت طولانی از ازدواج گذشته باشد، از مصادیق عیوب مؤثر دانسته که به زوجه حق درخواست طلاق می‌دهد. مبنای این رویکرد، تأثیرپذیری قانون الجزایر از فقه حنفی است. در فقه حنفی، معیار عیب، هر امر مانع تحقق مقاصد نکاح است و مقصود نکاح منحصر در استمتاع نیست، بلکه تولید نسل نیز از اهداف آن شمرده می‌شود. از این رو، هر عیبی که مانع مودت و تحقق هدف ازدواج شود، می‌تواند منشأ حق انحلال باشد. البته در این نظام حقوقی، حق درخواست طلاق به سبب عیب فقط برای زوجه پیش‌بینی شده و زوج با توجه به اینکه می‌تواند زوجه را طلاق دهد بی‌نیاز از حق فسخ نکاح است. دیوان عالی این کشور نیز عدم قدرت باروری زوج را در صورتی که بین فاصله ازدواج تا

درخواست طلاق مدتی طولانی گذشته باشد و در آن مدت باروری صورت نگرفته باشد (بدوی، ۲۰۱۶، ۷۰۱) را یکی از موجبات طلاق به شمار آورد.^۳

۳-۴ مصر

قانون احوال شخصیه مصر در اصلاحات سال ۲۰۰۰ در ماده ۹ مقرر می‌دارد: «هرگاه در زوج عیبی وجود داشته باشد که علاج آن ممکن نباشد یا بهبود آن زمان طولانی ببرد و استمرار زندگی با وجود آن عیب برای زوج بدون ضرر ممکن نباشد، زوج می‌تواند تقاضای طلاق کند؛ اعم از آنکه عیب قبل یا بعد از عقد حادث شده باشد». در این ماده، اولاً، عیوب محصور نشده‌اند و معیار، وجود ضرر است و ماده ۳ همان قانون برای تطبیق عیب به ارجح اقوال در فقه حنفی ارجاع داده و شاید بر همین اساس در رویه قضایی مصر، ناباروری به تنهایی عیب موجب طلاق محسوب نمی‌شود و ثانیاً، برای زوج در این ماده حقی پیش بینی نشده است.

دیوان عالی مصر در یکی از آرای خود تصریح کرده است که: فرزنددار نشدن فی نفسه عیب محسوب نمی‌شود و سبب طلاق نیست، مگر آنکه با عیب دیگری همراه شود که استمرار زندگی را موجب ضرر زوج سازد (بدوی، ۲۰۱۶م، ص ۳۰۵). بنابراین، هرچند از نظر قانونی دامنه عیوب گسترده است، اما رویه قضایی مصر ناباروری صرف را کافی نمی‌داند. در یادداشت تفسیری دو ماده ۹ و ۱۱ از قانون شماره ۲۵ سال ۱۹۲۰ نیز بیان شده است: «با استقراء در نصوص شریعت معلوم می‌شود مقصود از ازدواج صرف تناسل نیست و الا ازدواج زن یا نسه نباید صحیح می‌بود. از سوی دیگر فقدان فرزند موجب فقدان سکن و آرامشی که غرض از ازدواج است نیست». به همین دلیل دادگاه‌های مصر فقدان قدرت باروری

۳ - در متن رأی دیوان عالی آمده است: «مِنَ الْمُقَرَّرِ قَانُوناً أَنَّهُ يَجُوزُ لِلزَّوْجَةِ أَنْ تَطْلُبَ التَّطْلِيقَ لِكُلِّ ضَرَرٍ مُعْتَبَرٍ شَرْعاً وَمَتَى تَبَيَّنَ فِي قَضِيَةِ الْحَالِ أَنَّ الْمَعَاشِرَةَ الزَّوْجِيَّةَ كَانَتْ طَوِيلَةً بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ وَأَنَّ الطَّاعِنَ لَمْ يَنْجِبْ أَطْفَالاً طِيلَةَ هَذِهِ الْمُدَّةِ الطَّوِيلَةِ مِمَّا آدَى بِالزَّوْجَةِ إِلَى أَنْ تَطْلُبَ التَّطْلِيقَ؛ لِتَضَرُّرِهَا لِعَدَمِ الْإِنْجَابِ وَ عَلَيْهِ فَإِنَّ قَضَاءَ الْمَوْضُوعِ بِقَضَائِهِمْ بِتَطْلِيقِ الزَّوْجَةِ سَبَبَ الْعَيْبِ الَّذِي يَحُولُ دُونَ تَحْقِيقِ الْهَدَفِ مِنَ الزَّوْاجِ طَبَقُوا الْقَانُونَ تَطْبِيقاً سَلِيماً وَمَتَى كَانَ كَذَلِكَ اسْتَوْجَبَ رَفْضُ الطَّعْنِ (زیدان، ۱۴۱۳، ص ۴۰).

را عیب به حساب نمی‌آورند و دعوای زوجه را رد می‌کنند مگر اینکه با عیب دیگری همراه شود که با وجود آن زوجه نتواند به زندگی ادامه دهد.

۴-۴ امارات متحده عربی

ماده ۱۱۴ قانون احوال شخصیه امارات رویکردی صریح‌تر اتخاذ کرده است. بر اساس این ماده: «اگر ناباروری یکی از زوجین به تأیید پزشکی برسد، مشروط بر اینکه پنج سال از ازدواج گذشته باشد، درمان ممکن نباشد، متقاضی فرزند دیگری نداشته باشد و سن او کمتر از ۴۰ سال باشد، می‌تواند تقاضای طلاق کند.»

این ماده چند شرط مضاعف برای پذیرش دعوا مقرر کرده است: گذشت پنج سال از ازدواج، عدم امکان درمان، نداشتن فرزند دیگر، کمتر بودن سن متقاضی از ۴۰ سال. این مقرره از حیث تعیین سن ۴۰ سال برای هر دو جنس مورد نقد قرار گرفته است؛ زیرا کاهش توان باروری در زنان با افزایش سن قابل توجه است، اما در مردان ورود به سن ۴۰ سال لزوماً ملاک برای سلب حق تلقی نمی‌شود. با این حال، قانون امارات از معدود قوانین اسلامی است که ناباروری را به صراحت و با ضوابط مشخص، موجب درخواست طلاق دانسته است. قانون‌گذار در امارات متحده عربی، یکی از اهداف مهم ازدواج را فرزندآوری دانسته و حرمان یکی از زوجین از فرزند داشتن را ظلم شمرده است. به همین دلیل نیز درخواست طلاق از سوی طرف مقابل را، به طور کلی، به مصلحت جامعه دانسته است.

۴-۵ مبنای فقهی اختلاف امامیه و حنفیه

۵- تحلیل نهایی

۵-۱ تفاوت حق فسخ و حق طلاق در فرض ناباروری

تمایز میان فسخ نکاح و طلاق، از حیث مبنا، آثار و تشریفات، در تحلیل مسئله ناباروری نقش تعیین‌کننده دارد؛ زیرا پذیرش هر یک از این دو نهاد، پیامدهای متفاوتی برای زوجین به همراه دارد.

نخست، از حیث ماهیت و اثر حقوقی، فسخ نکاح انحلال عقد به سبب تحقق خیار است و اثر آن در برخی آثار مالی به وضعیت پیش از عقد بازمی‌گردد. بر اساس تصریح فقها، در فرض فسخ پیش از دخول، زن مستحق تمام مهر نیست (علامه حلی، تحریر الأحکام، ج ۲، ص ۳۳۷). در مقابل، طلاق انحلال عقد صحیح و لازم است و حقوق مالی تا زمان وقوع طلاق برقرار می‌ماند (نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۲۴۵).

دوم، از حیث تشریفات، فسخ مبتنی بر اراده شخصی است و اعمال آن نیازمند اذن حاکم شرع نیست، در حالی که طلاق، به‌ویژه در فرض طلاق قضایی، مستلزم مراجعه به دادگاه و احراز شرایط قانونی از جمله عسر و حرج است (امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۴۵۵).

سوم، از حیث آثار اجتماعی، فسخ غالباً مبتنی بر وجود عیب یا تدلیس است و ممکن است آثار حیثیتی بیشتری برای شخص ایجاد کند، در حالی که طلاق ممکن است مبتنی بر عوامل گسترده‌تری همچون اختلافات رفتاری، اقتصادی یا روانی باشد.

بنابراین، در مسئله ناباروری، تعیین اینکه این وضعیت باید ذیل عنوان «عیب موجب فسخ» تحلیل شود یا در چارچوب «عسر و حرج» و طلاق قضایی، صرفاً اختلاف اصطلاحی نیست، بلکه آثار مالی، قضایی و اجتماعی متفاوتی را در پی دارد.

۲-۵ چالش‌های تقنینی و ملاحظات تحلیلی

تحلیل تطبیقی نشان داد که مهم‌ترین چالش در مواجهه حقوقی با ناباروری، عدم تصریح قانونی و وابستگی شدید موضوع به تفسیر قضایی است. در حقوق ایران، ناباروری به‌صراحت در شمار عیوب یا مصادیق عسر و حرج نیامده و این امر موجب اختلاف رویه احتمالی می‌شود.

از سوی دیگر، پیشرفت‌های علمی در حوزه درمان ناباروری، ماهیت موضوع را پیچیده‌تر ساخته است. اگر ناباروری در بسیاری از موارد قابل درمان باشد، شناسایی آن به‌عنوان عیب دائمی یا منشأ ضرر قطعی با دشواری مواجه می‌شود. این تحول علمی، تحلیل فقهی را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد؛ زیرا بسیاری از استدلال‌های سنتی بر فرض دائمی بودن عقم استوار بوده است. همچنین، نبود معیارهای

روشن برای احراز عسر و حرج ناشی از ناباروری، می‌تواند موجب ناهمگونی در آرای قضایی شود. پرسش اساسی آن است که آیا صرف فقدان فرزند، بدون آثار روانی یا اجتماعی شدید، می‌تواند مشمول عنوان عسر و حرج گردد یا خیر. این ابهام، ضرورت تبیین دقیق‌تر ضوابط اثبات را نشان می‌دهد. از منظر سیاست‌گذاری حقوق خانواده نیز، رویکرد صرفاً انحلال‌محور ممکن است با تحولات اجتماعی و امکانات درمانی معاصر سازگار نباشد. در نتیجه، تحلیل حقوقی ناباروری باید هم‌زمان به سه عنصر توجه کند:

(الف) مبانی فقهی عیوب نکاح

(ب) مفهوم ضرر و عسر و حرج

(ج) تحولات علمی در حوزه درمان ناباروری

نتیجه‌گیری

پژوهش حاضر با تحلیل فقهی و تطبیقی آثار ناباروری یکی از زوجین بر حق فسخ نکاح و طلاق قضایی نشان داد که این مسئله در نظام‌های حقوقی اسلامی، موضوعی صرفاً پزشکی یا اجتماعی نیست، بلکه مسئله‌ای مبانی در تلقی از ماهیت نکاح و حدود لزوم آن است. اختلاف در پاسخ به این پرسش که آیا ناباروری می‌تواند موجب انحلال نکاح شود یا خیر، در واقع بازتاب اختلافی عمیق‌تر درباره این است که «مقصود اصلی نکاح» چیست و کدام عناصر در ساختار آن نقش مقوم دارند.

در چارچوب فقه امامیه، با تأکید بر احصایی بودن عیوب و اصل لزوم عقد، ناباروری به‌عنوان وضعیتی که مانع استمتاع نیست، در شمار اسباب مستقل فسخ قرار نگرفته است. این رویکرد مبتنی بر نگرشی است که نکاح را عقدی لازم با محوریت دوام و استقرار می‌داند و توسعه قلمرو انحلال را خلاف احتیاط در فروپاشی خانواده تلقی می‌کند. در نتیجه، در نکاح مطلق، ناباروری به‌خودی‌خود اثری بر بقاء عقد ندارد. با این حال، همین نظام فقهی در دو چارچوب دیگر امکان تأثیرگذاری ناباروری را می‌پذیرد: نخست در قالب تخلف از شرط استیلا، که در آن مبنای اثرگذاری نه ذات ناباروری، بلکه تخلف از شرط ضمن عقد است؛ و دوم در قالب عسر و حرج، که استمرار رابطه زوجیت را به دلیل مشقت شدید

غیرقابل تحمل می‌سازد. بدین ترتیب، در فقه امامیه ناباروری مطلقاً بی‌اثر نیست، بلکه اثر آن وابسته به نحوه تحلیل حقوقی موضوع است.

در مقابل، در برخی مذاهب اهل سنت و نظام‌های حقوقی متأثر از آن، با توجه به نقش تولید نسل در مقاصد نکاح، قلمرو عیوب به گونه‌ای تفسیر شده است که در شرایطی، ناباروری می‌تواند در شمار موجبات انحلال قرار گیرد. در این رویکرد، اخلال در تحقق هدف نسل‌آوری، به مثابه ورود ضرر تلقی شده و می‌تواند مشروعیت انحلال را توجیه کند. بازتاب این مبنا در برخی قوانین احوال شخصیه نشان می‌دهد که تفاوت‌های تقنینی در این حوزه، تابع تفاوت‌های نظری در فهم ماهیت نکاح است و صرفاً تفاوت‌های اجتماعی یا فرهنگی نمی‌باشد؛ همچنین بررسی تمایز میان فسخ نکاح و طلاق قضایی آشکار ساخت که تعیین قالب حقوقی انحلال، آثار متفاوتی در حوزه حقوق مالی، تشریفات قضایی و پیامدهای اجتماعی دارد. ناباروری اگر در قالب «عیب» تحلیل شود، به انحلال مبتنی بر خیار می‌انجامد؛ اگر در چارچوب «شرط» بررسی گردد، اثر آن تابع قواعد تخلف از وصف، خواهد بود؛ و اگر ذیل «عسر و حرج» قرار گیرد، در ساختار طلاق قضایی قابل طرح است. از این رو، مسئله اصلی نه صرف شناسایی ناباروری، بلکه تعیین جایگاه مفهومی آن در منظومه حقوق خانواده است.

مع الوصف می‌توان گفت که ناباروری در فقه و حقوق اسلامی، مفهومی وابسته به مبناست؛ به گونه‌ای که اثر حقوقی آن تابع تلقی نظام حقوقی از رابطه میان «لزوم عقد»، «مقاصد نکاح» و «حدود عیب مؤثر» است. تبیین دقیق این مبانی، امکان تفکیک روشن میان فسخ، تخلف از شرط و طلاق قضایی را فراهم می‌سازد و از خلط مفاهیم در رسیدگی‌های قضایی جلوگیری می‌کند. بدین ترتیب، پاسخ به مسئله ناباروری نه در توسعه بی‌ضابطه اسباب انحلال و نه در انکار مطلق آثار آن، بلکه در تحلیل مبانی و منسجم جایگاه آن در ساختار نکاح نهفته است.

پیشنهادهای

با توجه به مباحث مطرح شده در این پژوهش و به ویژه اختلاف مبانی در شمول ناباروری بر عیوب مؤثر و نیز آثار آن بر فسخ نکاح و طلاق قضایی، در ادامه چند پیشنهاد کاربردی و تقنینی ارائه می‌شود.

این پیشنهادات ناظر به رفع ابهام‌های موجود در حقوق ایران و تقویت کارآمدی نظام قضایی و تقنینی در مواجهه با این مسئله است:

۱. با توجه به اینکه در حقوق ایران ناباروری به صراحت در شمار موجبات فسخ نکاح یا مصادیق عسر و حرج نیامده است، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار در بازنگری‌های آتی، وضعیت حقوقی ناباروری را به گونه‌ای روشن‌تر تعیین نماید؛ به این معنا که در مواردی که ناباروری قطعی، مستمر و غیرقابل درمان بوده و استمرار زندگی مشترک را با مشقت قابل توجه مواجه می‌سازد، امکان طرح آن به عنوان یکی از مصادیق عسر و حرج در تبصره ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی پیش‌بینی شود. چنین تصریحی می‌تواند از اختلاف برداشت در محاکم خانواده جلوگیری کرده و وحدت رویه را تقویت نماید.

۲. با توجه به اینکه در مقاله روشن شد ناباروری در عقد مطلق، به خودی خود از عیوب منصوص و موجب فسخ محسوب نمی‌شود، اما در فرض اشتراط فرزندآوری یا شرط سلامت از عیوب می‌تواند واجد اثر حقوقی گردد، پیشنهاد می‌شود برای شروط ضمن عقد در این زمینه، ضوابط دقیق‌تری وضع شود؛ به گونه‌ای که نوع شرط، حدود تعهد، آثار تخلف و شیوه احراز آن در متن شروط یا در قالب دستورالعمل‌های حقوقی مشخص گردد تا تمایز میان «داعی» و «شرط» در مقام رسیدگی قضایی روشن‌تر شود.

۳. با توجه به اینکه احراز عسر و حرج ناشی از ناباروری در عمل، نیازمند ارزیابی هم‌زمان ابعاد پزشکی، روانی و اجتماعی است، پیشنهاد می‌شود ضوابط کارشناسی مشخصی برای تشخیص و اثبات این وضعیت تدوین شود؛ از جمله تبیین مفهوم ناباروری، تعیین مدت متعارف بررسی ناباروری، لزوم نظر پزشک متخصص، و احراز آثار روانی و مشقت‌بار استمرار آن بر زوج یا زوجه. این امر می‌تواند از صدور آراء متعارض و مبتنی بر برداشت‌های سلیقه‌ای جلوگیری کند.

۴. از آنجا که ناباروری صرفاً یک مسئله حقوقی نیست و آثار روانی و اجتماعی قابل توجهی بر زوجین و خانواده‌های آنان بر جای می‌گذارد، پیشنهاد می‌شود مراکز مشاوره حقوقی و خانواده با تخصص در مسائل ناباروری ایجاد شود تا پیش از ورود اختلاف به مرحله قضایی، زوجین از آثار حقوقی، فقهی و راه‌های قانونی پیش‌رو آگاه شوند و امکان حل و فصل اختلاف در مرحله‌ای مقدماتی فراهم گردد.

منابع:

قران کریم

قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران

قانون خانواده الجزایر

قانون احوال شخصیه مصر (اصلاحیه ۲۰۰۰)

قانون احوال شخصیه امارات متحده عربی

ابن اثیر، مجدالدین مبارک بن محمد. (بی‌تا). النهایة فی غریب الحدیث و الأثر. بیروت: دار إحياء التراث العربی

ابن قدامه، عبدالله بن احمد. (۱۳۸۸ق). المغنی. قاهره: مکتبة القاهرة، الطبعة الأولى

ابن قدامه، عبدالله بن احمد. (۱۴۰۳). الشرح الكبير علی متن المقنع، دار الكتاب العربی للنشر والتوزیع، بیروت

ابن حزم، أبو محمد، علی بن أحمد، المحلّی بالآثار، دار الفكر - بیروت، ۱۴۰۸.

ابن قیم جوزیه، محمد. (۱۴۱۱ق). إعلام الموقعین عن رب العالمین. بیروت: دار الکتب العلمیة

ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دار صادر

ابوعبید قاسم بن سلام. (۱۹۸۱م). الأموال. بیروت: دارالفکر

امامی، سید حسن (بی‌تا)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیة.

انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ هـ.ق). کتاب النکاح، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

بدوی، عبدالباقی. (۲۰۱۶). التفريق القضائي بین الزوجین بسبب العقم. مجلة الدراسات الاسلامیة،

تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۷ق). صراط النجاة (چاپ اول). قم: دار الصدیقة الشهیدة

حائری سید کاظم، عیوب موجب فسخ در نکاح، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، شماره ۴۱، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام
حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۲ق). تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام

حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم

حلی، فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد (چاپ اول). قم: مؤسسه اسماعیلیان

خمینی، روح الله. (۱۳۷۹ش). تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
خمینی، روح الله. (۱۳۹۲ش). ترجمه تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه چاپ و نشر عروج
روحانی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق علیه السلام (چاپ اول). قم: دار الکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام

زیدان، عبدالکریم. (۱۹۹۳م). المفصل فی أحكام المرأة والبيت المسلم فی الشریعة الاسلامیة (چاپ اول). بیروت: مؤسسه الرسالة

سبحانی، جعفر. (۱۳۷۴ش). نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة الغراء (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام

سبزواری، سید عبدالأعلى. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام (چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار
صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۱۷ هـ ق)، جامع الأحکام، قم: انتشارات حضرت معصومه سلام الله علیها، چاپ چهارم.

صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۵ق). المقنع (چاپ اول). قم: مؤسسه امام هادی علیه السلام
طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ش). المبسوط فی فقه الإمامیة (چاپ سوم). تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة

طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامیة

عبدالمنعم، محمود عبدالرحمن. (بی تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية. قاهره: دار الفضيلة
عثيمين، محمد بن صالح. (۱۴۲۲ق). الشرح الممتع على زاد المستقنع (چاپ اول). ریاض: دار ابن الجوزی
فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۵ق). جامع المسائل (چاپ اول). قم: انتشارات امیر قلم
فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام (چاپ اول). قم: دفتر
انتشارات اسلامی.

الفوزان، صالح بن فوزان. (۱۴۲۳ق). الملخص الفقهي (چاپ اول). ریاض: دار العاصمة
كاشف الغطاء، محمد حسين. (۱۳۵۹ هـ ق). تحرير المجلة (چاپ اول). نجف: المكتبة المرتضوية.
کیخا، مهدی، و سالاری فر، محمد. (بی تا). بررسی تطبیقی موجبات فسخ نکاح در فقه امامیه و حقوق پاکستان.
مجله مطالعات شبه قاره، ۱۱. (۳۷)

کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامية
مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. (۱۴۰۴ق). مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول (چاپ دوم). تهران:
دار الکتب الإسلامية

محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت
عليهم السلام

مرفاتی، طه. (۱۳۸۳ش). بررسی تکنیک های باروری مصنوعی از دیدگاه فقهی و حقوقی (پایان نامه کارشناسی
ارشد). دانشگاه فردوسی مشهد

المشيقح، خالد بن علی (۲۰۱۹ م)، المختصر فی الأنکحة والأطعمة والأیمان والندور، دار رکائز - الكويت
الطبعة الأولى

الموسوعة الفقهية الكويتية (۱۴۲۷)، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الطبعة الثانية، دارالاسلاسل - الكويت
نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث
العربی

نووی، یحیی بن شرف. (بی تا). المجموع شرح المذهب. بیروت: دارالفکر

اللهیمید، سلیمان بن محمد، دروس فقهیه، کتاب الکترونی بترقیم الشاملة

<https://shamela.ws/book/913>