

Journal iranian political sociology

Vol. 4, No. 2, summer 2021

The extent of the couple's will to refuse to have children in Iranian jurisprudence and law

<https://doi.org/10.30510/psi.2022.28.180.1640>

Abstract

Marriage, as a legal institution, is a source of comfort for both men and women, and one of its important results is childbearing and reproduction. The child is one of the divine gifts, the adornment of parents and their pride, and Islamic teachings and religions have a lot of emphasis on having children. Certainly, having a child is a natural right of both men and women, and none of them, except in cases of necessity, can deprive him of this divine blessing without the consent of another. However, one of the most important practical situations in the family is the exercise of the will of one of the spouses in preventing pregnancy and childbearing, which may appear during the marriage and as a condition of refusing to have children. This article uses a descriptive-analytical method to examine the scope of one couple's will to prevent having children during marital life and also to examine the validity or invalidity of the condition of not having a child during marriage. This research is based on the necessity of the consent of the husband or wife against the will of the other party and also the invalidity of the condition of permanent refusal without excuse of childbearing and the validity of the conditional contract.

گستره اراده زوجین در امتناع از فرزندآوری در فقه و حقوق ایران

حاتم سلطانی^۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۲۰

یوسف مولائی* (نویسنده مسئول)^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۶/۲

رضا قیاسی^۳

چکیده

ازدواج به عنوان یک نهاد حقوقی، مایه الفت و آرامش زن و مرد است و از نتایج مهم آن فرزندآوری و تولیدمثل است. فرزند از عطایای الهی، زینت پدر و مادر و مایه فخر آنان است و تعالیم و ادیان اسلامی، به داشتن اولاد بسیار تاکید شده است. مسلماً داشتن فرزند حق طبیعی هر کدام از زن و مرد بوده و هیچ یک از آنها به استثنای حالت ضرورت، نمی‌تواند بدون جلب رضایت دیگری، او را از این نعمت الهی محروم سازد. با این وجود از موقعیت‌های عملی حائز اهمیت در خانواده، اعمال اراده یکی از زوجین در جلوگیری از بارداری و فرزندآوری است که ممکن است در ضمن عقد ازدواج و در قالب شرط امتناع از داشتن فرزند ظاهر شود. این نوشتار با روش توصیفی-تحلیلی به دنبال بررسی دامنه اراده یکی از زوجین در ممانعت از داشتن فرزند، در خلال زندگی زناشویی و نیز بررسی صحت یا عدم صحت شرط نداشتن فرزند ضمن عقد نکاح است. گمانه این پژوهش بر لزوم وجود رضایت زوج یا زوجه در مقابل اراده طرف دیگر و نیز بطلان شرط امتناع دائمی فاقد عذر از فرزندآوری و صحت عقد مشروط به آن، مبتنی است.

کلمات کلیدی: نکاح، زوجین، فرزندآوری، اراده، فقه اسلامی، قانون مدنی.

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران.

hatam.soltani@gmail.com

^۲ استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران.

y.molaei@gmail.com

^۳ استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران

rghiyasi49@gmail.com

ازدواج یک سنت فطری و نهاد اجتماعی است که هدف از آن الفت و آرامش زن و مرد و ادامه نسل بشر به شیوه مشروع و جلوگیری از آمیختگی نسل و حفظ کیان و اصالت خانواده می باشد. مصلحت فرد و اجتماع ایجاب می کند که زن و مرد پیمان زناشویی ببندند و خانواده تشکیل دهند (طالبی حبشی، ۱۳۹۰: ۲۴-۲۳). از حقوق دانان، نکاح عقدی است که به موجب آن مرد و زن لاقلاً بر نفی محرومیت جنسی یا علاوه بر نفی آن محرومیت به منظور تشکیل خانواده و زندگی مشترک خانوادگی قانوناً با هم متحد می شوند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۷۲۱). از جمله کارکردهای مهم نهاد خانواده، تولید مثل است. فرزند آوری از جمله دستورها و سفارش های دین اسلام می باشد، به طوری که پیامبر اکرم (ص) فرمودند: "ازدواج کنید و در ازدیاد نسل بکوشید که من در روز قیامت به کثرت اتم مباحات می کنم." (محدث نوری، ۱۴۰۸ ق: ۱۴۹) نگاهی به برخی از آیات قرآن آشکار می سازد که کثرت فرزند، نعمت الهی و جزء امداد خداوند نسبت به پدر و مادر است همان طور که برخی آیات قرآن به تولید و بقای نسل بعنوان هدف اصلی ازدواج اشاره دارند. در تعالیم سازنده اسلام، داشتن فرزندان متعدد مورد تشویق قرار گرفته است و بعنوان پاسخی به مهم ترین انگیزه انسان ها در ازدواج و تشکیل خانواده، علاقه و نیاز به استمرار نسل آمده است.^۱ به هر حال فرزنددوستی و خانواده دوستی جزو امیال فطری و طبیعی است (مهوش کهریزی و همکاران، ۱۳۹۳: ۲۱) و با عنوانینی چون میوه دل، نور دیده، مایه خوش بختی^۲ به رکبیت آنها در خانواده تأکید شده است (عاملی، ۱۳۹۱ ق: ۲۸۴). در سایر تعالیم ادیان آسمانی نیز فرزندآوری مورد توجه قرار گرفته است و امتناع از داشتن آن عملی نگوئیده به شمار می آید برای مثال به اعتقاد کاتولیک ها اولین هدف ازدواج تولید و پرورش فرزندان است به نحوی که کلیسای کاتولیک امکان استعمال هر نوع وسایل پیشگیری از حاملگی را رد می کند و همواره در برابر کنترل جمعیت مقاومت کرده و با هر نوع حرکتی که منجر به محدود کردن خانواده برای بچه دار شدن باشد، مخالفت می ورزیدند (طاهری، ۱۳۸۱: ۷) و تا آن جایی که کلیسا ازدواج را به نیت تولید نسل جایز می شمارد (مطهری، ۱۳۶۹: ۶۲۸). با ذکر این مقدمه می توان گفت آنچه در این رابطه درخور تأمل و بررسی است، امکان خودداری از داشتن فرزند از سوی یکی از زوجین یا هر دو آنان است و مسأله بدین شکل قابل طرح است که امتناع از فرزندآوری در قوانین ایران و در آموزه

^۱ - به نظر می رسد ریشه این امر را بتوان در علاقه همیشگی بشر به بقا و حب ذات جستجو نمود.

^۲ - همچنین در آیات متعددی از قرآن به اصل وجود فرزند به مثابه نعمت الهی (سوره نحل، ۷۲)، متاع دنیا (سوره آل عمران، ۱۴)، وسیله امتحان (سوره انفال، ۲۸)، یاری رساننده به پدر و مادر (سوره اسراء، ۶)، اشاره شده و حتی داشتن فرزند صالح به عنوان آرزوی پیامبران الهی (آل عمران، ۳۸) و سبب بشارت خداوند (سوره هود، ۷۱ و سوره حجر، ۵۱-۵۳)، مورد تصریح قرار گرفته است (برای مطالعه بیشتر بنگرید به عیسی زاده، ۱۳۹۰: ۱۰۵).

های اسلامی، چه مبنا و جایگاهی دارد؟ محدوده اراده امتناع کننده یا امتناع کنندگان تا کجاست؟ پژوهش های سابق به صورت مفصل نقش، جایگاه، اهمیت فرزند و همچنین امتناع از داشتن آن را از منظر فقهی - حقوقی مورد بررسی قرار داده‌اند. از نوآوری های پژوهش حاضر، بررسی دامنه و گستره اراده هر کدام از زوجین در خودداری از داشتن فرزند است که علی رغم تبیین متون قانونی و فقهی، تحلیل رویه قضایی و تشریح مواضع اتخاذ شده توسط شورای نگهبان به مثابه یکی از مراجع مهم در سیستم حقوقی ایران را در بر گرفته است. پژوهش حاضر با روشی توصیفی - تحلیلی در پنج محور و به شرح مباحث آتی به دنبال کشف و ارائه پاسخ متقن به سؤال‌های مطروحه فوق الذکر می باشد.

۱- جایگاه فرزند و سابقه امتناع از داشتن آن

فرزندآوری به معنای گرایش به داشتن فرزند و عملیاتی نمودن این تمایل در عالم خارج (خلیج، ۱۳۹۵: ۱۳). قرآن کریم می فرماید: "نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَاَتُوا حَرْثَكُمْ اَنۡی سِئْتُمْ." (بقره، ۲، ۲۳۳) صاحب تفسیر تسنیم، در تفسیر این آیه می نویسد "زنان برای بقای نوع و تکثیر نسل بشر، کشتزار مردانند. این آیه در مقام بیان مسئله زناشویی برای بقای نوع انسان، مرد را مانند کشاورز بذرافشان و زن را چون کشتزاری می داند که نطفه مرد در رحم او رشد می کند و زن با تولید فرزند باعث بقای نسل آدمی است. برای تأکید بر اهمیت حفظ نسل که هدف اصیل عمل زناشویی می باشد، واژه "حرث" در آیه تکرار شده است. هدف از آمیزش جنسی که می‌تواند هر زمان و به هر شیوه و در هر جایی باشد، تنها لذایذ جنسی نیست؛ بلکه لذت جنسی مُزدی نقد برای تحمل زحمات طاقت فرسای تولید فرزند و پرورش اوست. خداوند برای تشویق به هدفمند کردن آمیزش جنسی می فرماید که از رهگذر مباشرت با زنانان فرزندان شایسته ای برای آخرت خود بفرستید، که نشان از اهمیت تولید مثل می‌باشد (جوادی آملی، ۱۳۸۶: ۱۸۶) لذا طرفین در رابطه زناشویی در تصمیم گیری به داشتن فرزند، دارای اراده بوده و نقش مهمی را بر عهده دارند (بی نا، حق کنترل تولید مثل: ۱). کثرت نسل از دیدگاه اسلام پسندیده است و ریشه در ابعاد معنوی و فرا مادی حیات آدمی دارد و فرزندآوری و حق استیلااد موهبتی از ناحیه حق تعالی به شمار می‌رود به طوری که در نمای کلی، تمتع از آن متوجه تمام افراد بشر است.

در قانون مدنی ایران مقرر و ماده‌ی خاصی راجع به فرزندآوری نیامده است. پس از انقلاب اسلامی سال ۱۳۵۷، اگرچه رویکرد تشویقی در قبال فرزندآوری توسط حاکمیت برای دوره‌ی زمانی در پیش گرفته شد، اما با گذشت چند سال و به دنبال بالا رفتن آمار جمعیت به شکل فزاینده‌ای، برنامه‌های کنترل و تنظیم خانواده در دستور کار قرار گرفت. اما از آنجایی که طبق اصل چهارم قانون

اساسی ایران، تمامی قوانین و مقررات بایستی در مسیر انطباق با احکام شرع انور قرار گیرند، هرگز ممنوعیت مطلق در قبال فرزندآوری و بقای نسل در نظام حقوقی ایران مورد تبیین قرار نگرفت. البته قانون‌گذار در برخی از موارد و آن هم بعد از انعقاد نطفه، طبق شرایط خاصی، امکان سقط جنین را برای مادر به رسمیت شناختف اما این موضوع به هیچ عنوان جنبه تکلیفی نداشته و همچنین مصرح قانون و بعد از بازه مربوط به انعقاد نطفه قابل اجرا بود. به هر حال، این روند تا تصویب قانون حمایت خانواده سال ۱۳۹۱ ادامه پیدا کرد تا این که با تصویب این قانون و خلال ماده ۲۳ و تبصره ذیل آن برای نخستین بار، ممنوعیت فرزندآوری ناسالم به نحوی کلی و شاید مبهم (به لحاظ عدم تبیین صریح دامنه شمول آن) آن هم برای مرحله قبل از انعقاد نطفه طبق شکل خاصی معمول شد. با توجه به چالش موضوع کاهش جمعیت در ایران، مصوبه راهبرد ها و اقدامات ملی مربوط به جلوگیری از کاهش نرخ باروری و ارتقای آن متناسب با آموزه های اسلامی و اقتضائات راهبردی کشور در تاریخ ۱۳۹۱/۳/۲، به تصویب شورای عالی انقلاب فرهنگی رسید. مصوبه مزبور با نگاهی مثبت به فرزندآوری سعی کرده است تا با ارائه مشوقاتی که مورد تبیین و حتی عملیاتی شدن قرار خواهد داد، خانواده ها را به فرزندآوری بیشتر تشویق کند. به طوری که و بر حسب بند ۹ ماده ۳ این قانون، یکی از مواردی که باید مورد توجه مسئولان و سیاست گذاران مربوطه قرار گیرد، «تدوین و تصویب برنامه های هوشمند برای ارتقاء باروری» می باشد. مدتی بعد قانون‌گذار با تصویب قانون اصلاح قوانین تنظیم جمعیت و خانواده در سال ۱۳۹۲، به صراحت به جایگاه فرزندداری در نظام حقوقی پرداخته است. (خلج، ۱۳۹۵: ۲۹-۳۰) البته ماده یک طرح افزایش نرخ باروری و پیشگیری از کاهش رشد جمعیت که مجلس در سال ۱۳۹۲ به منظور لغو قانون مصوب سال ۱۳۷۲ (که مستند اعمال سیاست-های کنترل جمعیت و تحدید بود) و در راستای افزایش نرخ باروری مقرر می داشت؛ «کلیه اعمال جراحی که به منظور پیشگیری دائمی از بارداری انجام می شود به استثنای موارد مرتبط با تهدید سلامت جسمی، ممنوع است»، لذا این مقرر در تاریخ ۲۰ اسفند ۱۳۹۶ در راستای تامین نظر شورای نگهبان حذف شد، زیرا در استدلال شورای نگهبان، محدود کردن اعمال جراحی به منظور پیشگیری دائمی از بارداری انجام می شود به استثنای موارد مرتبط با تهدید سلامت جسمی؛ بدون دلیل و معیار و منع اعمال این حق با اصل ۲۰ قانون اساسی که برخورداری همه افراد ملت از حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را تضمین می کند، مغایرت دارد (محمدی، ۱۳۹۴: ۳ و ۴) که حاکی از تاکید قانون‌گذار ایرانی بر شناسایی حق فرزندآوری یا عدم آن برای خانواده ها و به رسمیت شناختن تاثیر میل و اراده آنها در این خصوص به عنوان مصداقی از حقوق مدنی آنها است.

۲- تحلیل فقهی اراده گرایی در امتناع از داشتن فرزند

بدون شک بارداری اجباری یکی از مصادیق شناخته شده خشونت خانگی علیه زنان می‌باشد و در بسیاری از نظام‌های حقوقی، بارداری اجباری، جرم انگاری شده و از زنان در مقابل اجبار به تن دادن به بارداری توسط همسرانشان حمایت حقوقی به عمل آمده است. تصمیم به داشتن فرزند نیازمند توافق و رضایت هر دو طرف می‌باشد با این وجود در فقه امامیه، باردار شدن هرگز به عنوان یکی از تکالیف زن در برابر شوهر مطرح نشده است. لذا هیچ مردی حق ندارد از همسرش بخواهد که برای او بچه بیاورد. فقها بر این امر اجماع دارند که زن حق دارد در ازای نگهداری از فرزند از شوهرش تقاضای اجرت و حق‌الزحمه نماید، که این امر بر این نکته تأکید دارد که عقد ازدواج در ذات و در آثار خود هیچ تکلیفی برای زن در قبول بارداری و تبعات آن ایجاد نمی‌نماید (بی‌نا، ۱۳۹۲: ۱).

بر اساس تعالیم اسلامی پسندیده نیست هیچ مسلمانی با اختیار خود، بدون فرزند و ذریه بماند. تا جایی که یکی از مصادیق حسن معاشرت زوجین، فرزندآوری و تلاش در تربیت فرزندان صالح می‌باشد و ممانعت از داشتن فرزند توسط هر یک از آنها، موجب نقض حقوق دیگری می‌شود. برای جلوگیری از داشتن فرزند روش‌های متعددی چون مصرف دارو، سقط جنین، بستن لوله رحم و عزل وجود دارد؛ در مورد هر یک از این روش‌ها، صرف نظر از آثار و تبعات پزشکی آن، مباحث دیگری قابل طرح است که در ادامه موضع فقهای اسلامی در زمینه امتناع فرزندآوری بررسی می‌شود. در مورد روش مصرف دارو که بیشتر به صورت خوردن یا تزریق عضلانی صورت می‌پذیرد، از بارداری و انعقاد نطفه جلوگیری می‌شود. فقها کاربرد این روش را مشروط به عدم ایراد ضرر و رضایت همسر کرده‌اند. (احمد سالم حسن، ۱۴۲۹: ۷۰ و موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۸: ۴۲۶ الی ۴۴۹)، مورد دیگر، بستن لوله رحم است که گاهی به صورت موقت و از طریق گذاشتن مانع داخل رحم انجام می‌شود و گاهی هم به صورت دائمی و از طریق عمل وازکتومی و توبکتومی صورت می‌گیرد. با ملاک قراردادن مبنای عدم ضرر و رضایت همسر که در روش اول بدان اشاره شد، برخی از فقها معتقدند که اگر عمل بستن لوله باعث عقیم شدن دائمی شود، حرام است مگر در صورت وجود شرایطی (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹ هـ ق: ۶۷). از جمله، به جلوگیری از کثرت جمعیت با یک غرض عقلایی مشروط به عدم وجود ضرر قابل ملاحظه، اشاره کرده‌اند (خامنه‌ای، ۱۳۸۳: ۲۷۷). سقط جنین نیز رهبردهای دیگر در جلوگیری از داشتن فرزند است. اکثر فقهای امامیه اظهار کرده‌اند که بعد از قرار گرفتن نطفه در محل خود، سقط جنین در تمام مراتب جنین (نطفه، علقه، مضغه)، استخوان بندی شده باشد، تمام بدن

تکمیل شده باشد، روح داخل شده باشد یا نشده باشد، حرام است و تنها مقدار دیه هر کدام با یکدیگر فرق دارد (عظیم زاده اردبیلی، ۱۳۹۱: ۱۹) در فقه عامه نیز هر چند طیف نظر مالکیه، اگر رحم، منی را گرفت جایز نیست به آن تعرض شود اما متأخرین حنفیه در مورد سقط جنین قبل از چهارماهگی حتی بدون اذن زوج، معتقد به مباح بودن آن می‌باشند (زحیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۹: ۶۶۰۰). راهکار چهارم که یکی از قدیمی‌ترین روش‌هایی است که افراد آن را شناخته و بکار برده اند و حتی از احکام قبل از اسلام می‌باشد، عزل است به طوری که در مورد پیشینه آن بحث‌های زیادی وجود دارد. عزل به معنای خارج کردن منی خارج از قبل، حین عمل جماع است که از نظر پزشکی موجب کسالت اعصاب برای مرد و مورد زن موجب پیدایش مرضی در رحم به نام فیبرم و گاهی سرطان رحم می‌شود (خلجی، ۱۳۷۹: ۱۷). اکثر علمای عامه در حکم عزل معتقد به مکروه بودن آن می‌باشند. این گروه به احادیث پیامبر (ص) استدلال می‌کنند که دلالت بر جواز عزل دارد؛ از جمله آن، روایت مشهور از قول جابر می‌باشد که ما در دوران پیامبر خدا (ص) عزل می‌کردیم، خبر این کار به پیامبر اسلام (ص) رسید ولی پیامبر ما را از این عمل نهی نفرمودند. (مسلم نیشابوری، ۱۹۸۱، ج ۱: ۶۶۷). فقهای امامیه اتفاق نظر دارند در بعضی از موارد مثل امه (کنیز)، عقد منقطع و در خصوص حره دائمی با رضایتش، حکم به جواز عزل داده‌اند (شهیدثانی، ۱۴۱۱، ج ۵: ۱۰۲ - ۱۰۵).

آنچه در اینجا محل بحث می‌باشد این است که آیا زوج می‌تواند عمل عزل را در خصوص زوجه آزادی که بدان عمل رضایت ندارد، انجام دهد؟ فقها بر اینکه عزل مشروط به رضایت زوجه است، اتفاق نظر دارند؛ مقاربت با انزال باعث تولید مثل است و زن نیز در فرزندآوری دارای حق می‌باشد و با عزل فرزند می‌میرد پس با مرگ فرزند حق زن ساقط می‌شود ولی اگر عزل با اجازه زوجه باشد کراهت ندارد. چون راضی به زوال حق خود شده است (محقق حلی، ۱۳۸۹، ج ۲: ۲۷۰). البته در این مورد میان پیروان مذاهب عامه اختلاف وجود دارد به این صورت که علمای شافعی معتقدند که عزل با اجازه زوجه جایز است و اگر بدان رضایت ندهد، دو م وجود دارد که وجه برتری دارد، عدم تحریم است. فقهای حنفیه، مالکیه و حنابله نیز اعتقاد دارند عزل بدون رضایت زوجه حرام است زیرا از پیامبر (ص) روایت شده است که از عزل حره نهی می‌کرد جز با اجازه‌اش (ابن ماجه، بی تا، ج ۱: ۶۲۰)؛ بر طبق نظر ظاهریه از فرق عامه در مخالفت با رأی جمهور فقها با این استناد که از جذامه بنت وهب خواهر عکاشه حدیثی طولانی در صحیح مسلم روایت می‌کند که در مورد عزل از پیامبر سوال شد که حضرت فرمودند که حکم آن زنده به گور کردن مخفیانه است (نیشابوری، ۱۹۸۱، ج ۱۰: ۱۷)،

علاوه بر اینکه از صحابه روایت است که نافع از ابن عمر روایت کرده که ابن عمر عزل نمی‌کرد و علی (ع) هم عزل را مکروه می‌شمرد و عمر و عثمان هم منکر آن بودند (اندلسی، بی تا، ج ۱۰: ۷۱) پیشگیری را مطلقاً حرام می‌دانند. در نتیجه قول ارجح در فقه عامه، قول رضایت زوجه در عزل است، البته چنانچه عزل با تشخیص متخصصین، موجب ضرر وی اعم ضرر جسمی و روانی به زوجه یا زوج یا یا هردو شود، پیشگیری حرام است چه آنکه زوجه راضی باشد یا راضی نباشد. (احمد سالم حسن، پیشین: ۷۳).

بر دیدگاه فقهای امامیه؛ به نظر شیخ طوسی عزل نمودن از زن آزاد جایز نیست مگر اینکه زن بدان راضی باشد لذا اگر مردی بدون جلب رضایت همسرش عزل نماید، باید ده دینار به عنوان دیه به زن خویش بپردازد. دلیلی که بر ممنوعیت عزل بدون رضایت زن بیان شده، بیانگر وجوب دیه در صورت ارتکاب چنین عملی می‌باشد (طوسی، ۱۴۰۷ هـ ق: ۳۵۹) شهید اول نیز ضمن حکم به عدم جواز عزل از زن آزاد بدون اینکه در زمان عقد شرط آن شده باشد، اظهار می‌دارد اگر مرد در این صورت عزل نماید، باید ده دینار به عنوان دیه همسر خود بپردازد (شهید اول، ۱۴۱۱ هـ ق: ۱۶۰) با این حال محقق حلی حکم به وجوب دیه بر مرد در صورت عزل از همسر خود بدون رضایت او را نمی‌پذیرد (محقق حلی، ۱۳۸۹ هـ ق: ۲۷۰) چنان که ابن ادریس نیز لا این حکم به دلیل نادر بودن آن می‌باشد و معتقد به برائت ذمه از اشتغال چنین تکلیفی است (حلی، ۱۴۱۱ هـ ق: ۶۰۷) محمد بن مسلم از یکی از معصومین نقل می‌کند که از آن حضرت درباره حکم عزل سؤال شد که فرمودند: "عزل از کنیز مانعی ندارد اما عزل از زن آزاد را من نمی‌پسندم مگر اینکه در زمان ازدواج با زن شرط شده باشد." (خلجی، ۱۳۷۹: ۱۱-۱۰). به اعتقاد صاحب جواهر، حرمت عزل بدون رضایت زوجه را مردود می‌باشد و در صورت عدم رضایت زن به این کار، حکم به کراهت داده است (نجفی، ۱۳۶۵ هـ ق: ۱۱۳). بنابراین می‌توان گفت یکی از مهمترین دستورات اسلام در ارتباط با زندگی زناشویی، مدیریت آن بر اساس تفاهم مشترک است. در مورد فرزندآوری باید یادآور شد که جلوگیری مرد از بچه دار شدن زنی که با او عقد دائم بسته است، مکروه و بر طبق دیدگاه برخی صاحب‌نظران و فقهای دینی حرام است (نجفی، ۱۳۶۵ هـ ق: ۱۱۲). مبنای این فتوی، روایتی از پیامبر (ص) است که هرگونه جلوگیری مرد از بچه‌دار شدن زن را مشروط به اجازه همسرش می‌داند (محدث نوری، پیشین: ۲۳۳). سؤال دیگری که در این زمینه به ذهن خطور می‌کند این است که آیا اگر زوجه بخواهد از داشتن فرزند امتناع کند و زوج به این عمل راضی نباشد، حکم شرعی آن چگونه است؟ در پاسخ به این سؤال باید اذعان داشت اگر زن کاری انجام دهد که مانع انزال مرد در رحم شود و به اصطلاح عزل نماید، در صورت عدم رضایت زوج با این کار، اکثر فقها حکم به حرمت آن داده‌اند؛ زیرا در این حالت زوجه، مرد را از مهم-

ترین حقوق خود، بدون جلب رضایت صاحب حق، محروم کرده است. زیرا از مهمترین حقوق مرد بر زن، فراهم کردن زمینه تمتع کامل جنسی است و از آنجا که مرد بدون انزال و افراغ منی در رحم به این حد از تمتع نمی‌رسد بنابراین اگر زن بدون رضایت شوهر مانع انزال او شود، کار حرامی انجام داده؛ زیرا یکی از مهمترین حقوق شوهر خود را بدون رضایت و توافق زیر پا گذاشته است همچنین اگر پیشگیری زن از بارداری به گونه‌ای انجام شود که باعث تضییع تمام یا بخشی از کامیابی جنسی مرد شود، عملی حرام و ممنوع است اما اگر پیشگیری زن از بارداری به این صورت باشد که بعد از انزال منی در رحم کاری کند که نطفه منعقد نشود، مثلاً از دارو استفاده نماید، این عمل هیچ مانعی ندارد هر چند شوهر هم به این کار راضی نباشد (خلجی، ۱۳۷۹: ۱۷-۱۸). صاحب جواهر در این خصوص اعتقاد دارد اگر زن بعد از انزال و افراغ منی در رحم کاری کند که نطفه منعقد نشود، هر چند شوهر هم به این کار راضی نباشد، این عمل زن مانعی ندارد (نجفی، ۱۳۶۵ هـ ق: ۱۱۵). بر طبق دیدگاه آیت الله خوئی "برای زن جایز است از وسایلی که از بارداری جلوگیری می‌نمایند، استفاده کند مشروط به آنکه که ضرر زیادی در استفاده از آنها نباشد هر چند شوهر به این کار راضی نباشد. (خوئی، ۱۳۵۳ هـ ق: ۲۸۴) آیت الله گلپایگانی در فرضی که زن بدون اجازه شوهر برای جلوگیری از بارداری، از قرص ضد بارداری استفاده کند با توجه به موقتی بودن آن و اینکه این امر و موجب عقیم شدن نیز نمی‌شود، معتقد به عدم اذن شوهر در این حالت می‌باشد. (گلپایگانی، ۱۴۰۳ هـ ق: ۱۸۹).

۳- مشروعیت نکاح مشروط

باید گفت طرح مشروط کردن نکاح صرفاً برای تطبیق خانواده با مقتضیات نظام نوین زندگی و کاهش تعارضات خانوادگی و اعطای قدرت تصمیم‌گیری به همسر در روابط زناشویی مطرح شده است زیرا بقای خانواده برای سلامت جامعه بسیار مهم و حیاتی می‌باشد، اما در تحولات زندگی نوین، زنان آن نوع از زندگی خانوادگی را قبول دارند که دارای قدرت تصمیم‌گیری برابر با مردان بوده و شخصیت انسانی‌شان را در قدرت عملکرد برابر با مردان در خانواده می‌دانند، از این رو جدال‌ها و بگو مگوها و در نهایت جدایی و طلاق، متلاشی شدن کانون خانواده را توسعه داد. راه‌حل اخلاقی هم نتیجه مثبت ندارد و به نظر می‌رسد که امکان حل مشکل از طریق قانون وجود دارد و منطقی‌ترین راه‌حل حقوقی که با قواعد شرعی و اصول ایمانی منطبق باشد، مشروط کردن عقد نکاح است، به طوری که در برخورداری از قدرت تصمیم‌گیری و اقدام برابر با شوهر کارآیی داشته باشد. اگر عقد ازدواج به صورت مطلق منعقد شود زن باید از شوهرش تمکین کامل نماید و حق شوهر نسبت به هر

حق دیگری و به هر کس دیگری مقدم است مگر حق بالفعل و مضیق خداوند متعال. و اگر به صورت مشروط و مقید منعقد شود، التزام زن نسبت به تمکین، بر اساس شرط و قید است و شوهر جز بر اساس عقد مشروط، حاکمیتی بر همسر ندارد. به نحوی که شرط سلطنت شوهر بر همسر را محدود کرده، آزادی عمل و قدرت تصمیم‌گیری بیشتر به همسر می‌دهد و جایگاه سازنده، مفید، مؤثر و اساسی زن در جامعه را با حفظ خانواده ارتقاء می‌بخشد. (مؤمنی و دیگران، ۱۳۸۸: ۴۴۵)

بر اساس ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی، توافق زوجین بر شروط ضمن عقد نکاح چنانچه مخالف با مقتضای عقد نکاح نباشد، مجاز است. مانند شروط ضمن عقد نکاح که در عقدنامه‌های رسمی بیان شده است. در اصطلاح حقوقی؛ مفهوم شرط، تعهدی است که ضمن تعهد دیگر درج شود و در اثر این امر، رابطه میان آن دو تعهد ایجاد می‌شود که شرط، صورت تعهد تبعی به خود می‌گیرد و مورد یا جزء مورد معامله اصلی می‌شود (امامی، ۱۳۸۱: ۲۷۲). البته تحقق شرط به‌عنوان یک الزام و التزام بسته به درج آن در ضمن عقد می‌باشد؛ زیرا هدف از اشتراط بر امری، توافق بر آن صورتی ملزم است تا حصول آن قطعی‌اللزوم باشد، بر این اساس شرط تبانی واجب‌الوفا نیست. به‌عبارت‌دیگر شرط خارج از عقد هیچ‌گونه اثری ندارد برای آنکه وجود آن نسبت به عقد معدوم است و تنها شرطی که در متن عقد بر آن توافق شود آن هم در صورت دارا بودن شرایط صحت، و واجب‌الاداء می‌باشد؛ بنابراین در صورت سرپیچی مکلف، می‌توان وی را مجبور کرد. رابطه شرط با عقد رابطه فرع با اصل است و شرط التزامی است در التزام دیگر به‌نحوی که عقد منبع اصلی تعهد و مقصود اساسی توافق است. به همین اساس شرط با عقد ارتباطی بر پایه تبعیت فرع از اصل پیدا می‌کند لذا بر اساس این تابعیت در صورت بطلان عقد، شرط نیز باطل می‌شود، در نتیجه بطلان شرط تنها در شرایط خاصی موجب بطلان عقد است و آن زمانی است که میان التزام شرطی و التزام عقدی تناقض بوجود آید بدین صورت که حصول شرط؛ ناقض عقد و تحقق عقد نافی شرط باشد و به‌عبارت‌دیگر؛ شرط با مقتضای عقد مخالفت داشته باشد، پس اگر چه شرط امری تبعی و مقصود اصلی عقد نیست؛ اما اگر به ارکان اساسی عقد خللی وارد شود فساد آن موجب بطلان عقد خواهد بود. شرط ضمن عقد امری با مقبولیت شرعی است که قانون‌گذار باید در تأمین و تضمین حقوق طرفین نقش مهمی را ایفا نماید. (علامه، ۱۳۸۷: ۲۴۶) ماده ۲۳۴ قانون مدنی شرط را به سه صورت بیان نموده است. الف- شرط صفت؛ راجع به کیفیت یا کمیت موضوع عقد است، مثلاً داشتن مدرک تحصیلی برای زوج در عقد نکاح؛ ب- شرط نتیجه که تحقق امری در خارج شرط شود مثل اینکه زوجه شرط نماید، اگر زوج نفقه نپردازد، حق حضانت زوج بر فرزندان، به وی منتقل شود و حالت سوم شرط فعل که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از طرفین یا بر شخص خارجی شرط شود. مثل اینکه در نکاح شرط کنند که اگر شوهر زن

دیگری برگزیند یا زن خود را طلاق دهد، مبلغی به او پرداخته شود، یا بر شوهر شرط شود که زن خود را در شهر معینی سکنی گزیند یا از شهر معین خارج نکند (ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی). شروطی که زن و مرد می‌توانند در عقد نکاح لحاظ کنند باید یا برای ایجاد حق باشد که با عقد به وجود نمی‌آید، مثلاً از مقتضای عقد نکاح این نیست که کار خانه به عهده زن است و زن ملزم است که کارهای خانه را انجام دهد ولی مرد می‌تواند در ضمن عقد نکاح، شرط کند که انجام کار خانه به عهده زن باشد و زن مخیر است در زمان عقد آن شرط را پذیرفته و یا رد نماید، اگر شرط را پذیرفت انجام خدمات خانه بر زن لازم است و اگر امتناع کند مرد می‌تواند او را مجبور به انجام امورات خانه نماید (بنی هاشمی خمینی، ۱۳۷۷: ۴۰۷) یا آن که زنی پس از ازدواج قصد دارد تحصیل کند و تحصیل علم برای وی هزینه‌هایی در بر دارد، پرداخت هزینه تحصیلی وی بر عهده شوهر نمی‌باشد و در فقه و قانون مدنی پرداخت هزینه تحصیلی زنان بر عهده شوهر گذاشته نشده است (ماده ۱۱۰۷ ق.م). ولی زن در هنگام مشقت و ناتوانی می‌تواند پرداخت هزینه تحصیلی خودش را از شوهر بخواهد و آن را ضمن عقد نکاح شرط نمایند در نتیجه شوهر با پذیرفتن آن، ملزم به پرداخت آن می‌شود (مؤمنی و دیگران، ۱۳۸۸: ۴۳۴) یا اینکه شرط برای توسعه یا محدود کردن حقوقی است که با عقد نکاح به وجود می‌آید، اعم از آنکه آن حقوق ناشی از مقتضای عقد نکاح باشد یا آنکه ناشی از حکم شرعی و قوانین امری باشد. مثلاً تأمین مسکن زوجه از نظر شرعی و قانونی بر عهده شوهر می‌باشد، اما اختیار تعیین جایگاه مسکن با شوهر است اعم از اینکه که در شهر باشد یا روستا، در زادگاه همسر باشد یا در نقطه‌ای دیگر. ولی همسر می‌تواند با شرطی، جای مسکن را تعیین کند و بر شوهر لازم است آن را رعایت کند (امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ هـ ق: ۳۰۳) فقهای امامیه قریب به اتفاق در صحت و جواز شرط ضمن عقد نکاح فتوا داده‌اند. (نجفی، ۱۳۶۵ هـ ق: ۲۵) در صورتی که شرط حرام و یا مغایر با عقد ازدواج نباشد، باید به آن وفاء کرد. فقها در این زمینه به فرمایش حضرت علی (ع) استناد می‌کنند که می‌فرمایند: "اگر کسی شرطی را از جانب همسرش می‌پذیرد، پس باید به آن وفا نماید، زیرا که مسلمین بر شرط‌هایی که می‌پذیرند، پایبندند." در فقه امامیه شرط فاسد، موجب بطلان عقد نکاح نیست مگر اینکه خلاف مقتضای ذات عقد باشد که در آن صورت شرط فاسد عقد را نیز باطل خواهد کرد مثل اینکه شرط شود با نکاح، زوجیت حاصل نشود. (محقق داماد، پیشین، ص ۳۲۶) جواز شرط ضمن عقد نکاح در فقه عامه هم وارد شده است: از جمله در کتاب فقه الاسلامی و ادلته آمده است که: "اگر شرط صحیح و طبق مقتضای عقد باشد و منافی احکام شرع نباشد، رعایت آن واجب است. (زحیلی، ۱۴۲۷، ج ۹: ۶۵۴۰) مانند شروطی که برای زن مصلحت دارد و با حقوق و مسئولیت‌های مشروع ازدواج یا حق شخص ثالثی منافات نداشته باشد و یا یکی از مقتضیات نکاح را شرط نمایند، این شروط لازم الوفا

می‌باشند؛ مانند اینکه شرط شود مرد با زن به صورت شایسته معاشرت کند، اما اگر شروطی که باطل هستند و لازم الوفا نیستند و باعث بطلان عقد می‌شوند مانند شروطی که ازدواج را مقید به اموری نمایند که خلاف شرع باشد یا شریعت در آن خصوص ساکت باشد؛ مانند اینکه نفقه بر عهده زن باشد یا مرد، یا حق ازدواج مجدد نداشته باشد (زحیلی، ۱۳۸۸: ۹۷ و ۹۸) جمهور فقهای عامه معتقدند؛ در صورتی که شروط ضمن نکاح، باطل باشند عقد نکاح به صحت خویش باقی می‌ماند. (جزیری، ۱۴۱۹، جلد ۴: ۸۵-۸۸) بر طبق دیدگاه فقهای شافعی شروط باطل در صورتی که مخل به مقصود اصلی نکاح باشند، باطل و مبطل نکاح خواهند بود. (زحیلی، ۱۴۲۷، ج ۹: ۶۵۴۴) بنابراین باید گفت از میان مذاهب عامه، فقط حنابله معتقدند که شرط ضمن عقد نکاح با وصف صحت، ضمان آور و در صورت تخلف از شرط، زن حق فسخ نکاح دارد اما حنفیه و شافعیه و مالکیه شرط ضمن عقد نکاح را الزام آور نمی‌دانند و چنین حقی برای زوجه قایل نیستند (مغنیه، ۱۳۸۶: ۲۲۴ و ۲۴۹) از منظر قانون مدنی؛ شروط ضمن عقد دو نوع می‌باشند؛ باطل و صحیح. شروط باطل نیز به شروط مفسد عقد و شروطی که تأثیری در عقد ندارد، تقسیم می‌شوند. مطابق مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی، شرایط صحت شروط ضمن عقد عبارت است از: "مقدور بودن انجام شرط، داشتن نفع و فایده عقلایی، مشروع بودن و اینکه شرط خلاف مقتضای عقد نباشد، همچنین شرط موجب جهل به عوضین نگردد."

۸- مقتضای ذاتی و اطلاق عقد نکاح

مقتضای عقد، هدفی است که عقد بر اساس آن قرار گرفته و بدون آن ماهیت عقد از بین می‌رود. (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۲۴۴) مقتضای ذات عقد، اثری است که ماهیت عقد آن را ایجاد می‌کند و ذات عقد به وجود آورنده آن است. هدف ماده ۲۳۳ قانون مدنی؛ بیان حکم شرطی است که با مقتضای ذات عقد منافات دارد. یعنی از یک طرف ذات عقد انشاء شود و از طرف دیگر با درج شرط، مانعی در راه تحقق اثر ذاتی عقد ایجاد شود که نتیجه این وضعیت عدم تحقق عقد است. اما مقتضای اطلاق عقد اثری است که از ماهیت عقد ناشی نمی‌شود و چون با ذات عقد منافات دارد، می‌توان با درج شرط خلاف، از تولید و بروز اثر آن جلوگیری نمود. به عبارتی مقتضای اطلاق عقد، اثری از آثار عقد است که هرگاه در عقد ذکر نشود، عقد موجب حصول آن اثر باشد، مثلاً هرگاه در عقد بیع، محل تسلیم مبیع تعیین نشده باشد، به موجب چنین عقدی، مبیع باید در محل وقوع عقد تحویل داده شود (شهیدی، ۱۳۸۱: ۸۶) شرط خلاف مقتضای عقد آن است که شرط با ذات و ماهیت عقد در تضاد و تعارض باشد، مثل اینکه در عقد نکاح عدم معاشرت زناشویی به‌عنوان شرط درج شود. این شرط به این سبب خلاف مقتضای عقد نکاح است که یکی از اهداف اساسی عقد نکاح که ارضای غریزه جنسی می‌باشد به‌صورت مشروع و حفظ عفت است و آن بدون معاشرت و نزدیکی امکان‌پذیر نیست.

باید یادآور شد آنچه باطل و مبطل عقل به شمار می‌رود شرط خلاف مقتضای ذات است نه شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد. عقد نکاح هرگاه به طور مطلق و بدون تقید به پاره‌ای امور واقع شود، اموری را اقتضا می‌کند. مثلاً نکاحی که قید مسکن در آن نشده باشد، اقتضا می‌کند که حق تعیین مسکن با مرد باشد و اگر در نکاح شرط شود که اختیار تعیین مسکن با زن باشد، این شرط صحیح است (صفایی و امامی، ۱۳۸۶: ۶۲-۶۱). در خصوص نفس مقتضای ذاتی عقد نکاح میان صاحب‌نظران اختلاف نظر وجود دارد. مطابق یک نظر مقتضای ذات عقد نکاح، ایجاد رابطه جنسی است، پس شرط بر ممنوعیت چنین رابطه‌ای باعث باطل بودن عقد می‌شود و مطابق نظری دیگر مقتضای نکاح، محرم و حلال شدن است نه لزوم داشتن رابطه جنسی (پیرعباسی، ۱۳۸۴: ۳۸) و یا اینکه گفته شده است که هدف از نکاح زوجیت و تولید نسل است "تَنَاقُحُوا تَنَاسَلُوا"؛ پس لازمه زوجیت نزدیکی است و هدف از نکاح نزدیکی مشروع است، بنابراین شرط خلاف آن نمودن، خلاف مقتضای عقد می‌باشد و اگر به فرض، خلاف مقتضا هم نباشد، مسلماً خلاف قانون آمره و باطل است (محقق داماد، پیشین: ۳۲۸). فقهای عامه نیز در تعریف نکاح معتقدند که نکاح در اصطلاح شرع، عقدی است که متضمن اباحه استمتاع هر یک از زوجین از دیگری است (غزالی، ۱۴۱۸، جلد ۲: ۳). یا اینکه عقدی است که مفید حلال شدن رابطه زن و مرد و همکاری دو طرف می‌شود و حقوق و تکالیف هریک را معین می‌کند. (ابوزهره، ۱۳۶۹ ق: ۱۹).

۵- وضعیت حقوقی شرط امتناع از فرزندآوری در عقد نکاح

آشکار است غریزه پدری و مادری، در سایه وجود فرزند، رشد و تکامل می‌یابد و احساسات، مهر، شفقت و عاطفه انسانی؛ که انسانیت افراد بدون این فضایل به کمال نمی‌رسد؛ از این طریق، رشد و نمو و پرورش می‌یابد. در نظام حقوقی کشور ما، ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی بیان می‌کند "طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند؛ مانند اینکه شرط شود هرگاه شوهر، زن دیگری بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا علیه حیات زن سوء قصد کند و رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود، وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد." (قانون مدنی، ماده ۱۱۱۹) حال سوال اساسی این است که آیا زوجین می‌توانند شرط عدم فرزندآوری را در ضمن عقد نکاح بگذارند و آیا با وجود چنین شرطی، عقد نکاح همچنان صحیح است؟ همان طور که می‌دانیم یکی از اهداف اساسی ازدواج؛ تداوم نسل بشری است که شریعت اسلام بسیار بر آن تاکید کرده و به همین دلیل است که پیامبر اکرم (ص) به

مردها سفارش کرده تا با زنان با محبت و بچه‌ها ازدواج کنید؛ چون من در میان امت‌ها به کثرت شما افتخار می‌کنم. بر همین اساس جلوگیری و پیشگیری از بارداری همیشگی یعنی جلوگیری دائمی از فرزندآوری، شرعاً جایز نیست. شرط امتناع از داشتن فرزند هر چند از شروطی است که مخالف مقتضای اطلاق عقد ازدواج می‌باشند اما اخلاقی در مقصود اصلی عقد ازدواج، یعنی مقاربت ایجاد نمی‌کند بنابراین شرط صحیح نیست با این وجود عقد نکاح صحیح می‌باشد. در این حالت مهریه به دنبال فساد شدن شرط، فاسد می‌شود چرا که رضایت به مهریه معلق بر شرط بوده و چون شرط فاسد شده پس بر مهریه هم رضایتی وجود ندارد و مهریه هم باطل می‌باشد (الخن و البغا و الشربجی، ۱۳۸۸: ۹۳) لذا عقد با وجود فساد شرط و شرط فاسد، صحیح است. بنابراین زن و مرد می‌توانند با همدیگر ازدواج کنند و ازدواج آنها صحیح است، اما وفای به این شرط واجب نیست و حتی نباید برای همیشه به آن عمل شود، یعنی نباید آن زوج برای همیشه خود را از داشتن فرزند محروم نمایند، اما می‌توانند برای مدت موقتی در دوران زوجیت، از فرزندآوری پیشگیری کرده و ایرادی در این زمینه موجود ندارد. زنی که چنین مردی به خواستگاری او می‌آید، منخیر است که یا با وی ازدواج نکند و او را رد نماید و یا آنکه با او ازدواج کند؛ اما نباید برای همیشه پیشگیری کند، چرا که نکاح آنها صحیح است اما آن شرط پذیرفتنی نیست و نباید به این شرط وفا نمود (بی‌نا، ۱۳۹۰: ۱). مهم‌ترین ماده در اسقاط این حق، ماده ۹۵۹ می‌باشد که مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.» عقیده بر این است که «قدرت به سلب حق به‌طور جزئی لازمه آزادی حقوقی فرد می‌باشد. زیرا سلب حق از موضوع معین در خارج، خود از حقوق مدنی به‌شمار می‌آید که به انسان داده شده است. (امامی، ۱۳۶۶، ج ۴: ۱۰۸) دیدگاه دیگر در این باره بیان می‌دارد؛ «حق و حکم هر دو نتیجه قانون است اما در برخی موارد مصلحتی که در وضع قانون مورد نظر بوده آنچنان مهم است که اراده اشخاص، در برابر آن ارزش ندارد. این قانون را «امری» و موقعیتی را که به‌وجود آورده است «حکم» می‌گویند. گاهی هم هدف اصلی قانون‌گذار حفظ منافع خصوصی افراد یا تکمیل اراده وی و رعایت عدالت در قراردادهای است. در اینجا نیز مصلحت عمومی مطمح نظر است اما نه به اندازه‌ای که حاکمیت اراده را از بین ببرد. پس قانون، تکمیلی است و موقعیت ناشی از آن نیز حق نامیده می‌شود». (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۱۶۳) لذا قابلیت سلب را باید از ویژگی‌های حق بدانیم و در جایی که در حق بودن مصادیقی از مصادیق مورد نظر تردید نباشد، در قابلیت اسقاط آن نیز نباید تردید کرد و اختلاف نظر بین بعضی فقها و حقوق‌دانان در غیرقابل سلب بودن برخی از حقوق، در واقع ریشه در حق یا حکم بودن دارد، (شعبانی، ۱۳۹۷: ۱-۸) اشتراط شرط عدم فرزندآوری بصورت دائم و در نکاح دائم که قصد طرفین تشکیل خانواده و

فرزنددار شدن است طرفین یا یکی از ایشان را از یک حق طبیعی به طور کلی ممنوع می‌کند؛ بنابراین حقوقدانان به استناد به ماده‌ی ۹۵۹ قانون مدنی و فقها به استناد به تحریم حلال که با چنین شرطی ملازمه دارد با آن مخالفت می‌کنند. (اکبری وحسنخانی، ۱۳۹۷: ۷۳) به هر صورت داشتن فرزندان متعدد را می‌توان منوط به رضایت و توافق زوجین دانست که هیچ یک نمی‌تواند آن را بر دیگری تحمیل کند مگر اینکه در ضمن عقد ازدواج شرط شده باشد اما داشتن یک فرزند حقی است که اطلاق عقد و بنای عقلا بدان معطوف است و می‌توان گفت اگر کسی نخواهد اصلاً بچه دار شود، باید این امر را در ضمن عقد نکاح شرط کند یا پس از ازدواج همسر خود را به آن راضی نماید و گرنه نمی‌تواند از تولد فرزند جلوگیری کرده و حق همسر خویش را نادیده بگیرد (خلجی، ۱۳۷۹: ۲۳). در راستای تایید این نظر، شورای نگهبان در اظهار نظری؛ هرچند مختار بودن زوجین در انجام عمل جراحی منتهی به پیشگیری دائمی از بارداری را از حقوق مدنی افراد و منطبق با اصل ۲۰ قانون اساسی می‌داند، اما انجام آن را با وصف مذکور- پیشگیری دائمی- منوط به وجود غرض عقلایی و مشروط به رعایت سلامت جسمانی با معیار قانونی نموده است. (محمدی، ۱۳۹۴: ۳ و ۴). البته قانون مدنی برای شروط ضمن عقد نکاح که به صورت شرط فعل لحاظ شده، ضمانت اجرائی مشخصی تعیین نکرده است. در واقع مشخص نیست که در صورت تخلف از شرط، چه نتیجه حقوقی ایجاد خواهد شد؟ بنظر می‌رسد در جایی که الزام مشروط علیه ممکن باشد می‌توان مشروط‌علیه را به اتخاذ اقداماتی ملزم کرد که نتیجه آن عدم فرزندآوری است مانند اجبار به استفاده از داروی خاص یا انجام عمل جراحی، اما اگر زوجه باردار شده باشد آیا شرط عدم باروری مجوزی برای سقط جنین می‌تواند باشد و موجب می‌شود که فعل مورد نظر الزام به انجام بشود یا خیر؟ قطعاً سقط جنین شرایط قانونی خاصی دارد که این شرط از موارد آن به حساب نخواهد آمد (اکبری و حسنخانی، ۱۳۹۷: ۸۵) اما جایی که امکان الزام مقدور نباشد باید گفت قانون مدنی نیز به پیروی از فقه، عوامل انحلال نکاح را محدود به طلاق، فسخ، انقضاء مدت و یا بذل و مانند آن نموده است و در این مورد؛ حق فسخ به موجب خیار حاصله از تخلف انجام تعهد در شریعت منظور نشده است. بنابراین نمی‌توان نکاح را به سایر معاملات قیاس کرد، و به استنباط از مواد ۲۳۷ و ۲۳۹ قانون مدنی چنین نظری داد. (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۳۲۹) لذا مشروط له فقط می‌تواند از طرف دیگر تقاضای خسارت کند و حق فسخ نکاح نخواهد داشت (صفایی و امامی، ۱۳۸۶: ۶۵) البته با توجه به محدود بودن موارد انحلال نکاح به صور منصوص قانونی و عدم امکان فسخ در فرض ممانعت زوج از فرزندآوری، می‌توان گفت در صورتی که مشروط له زوجه باشد؛ تخلف از انجام شرط می‌تواند از موجبات ایجاد حق طلاق برای زوجه با تلقی حالت مذکور به عنوان مصداقی از عسر و حرج، باشد.

برآمد

ازدواج هسته اول ایجاد خانواده و آن نیز به نوبه خود واحدی در سنگ بنای جامعه انسانی است. نوع پایه گذاری و میزان اندیشه و تدبیر در آن در میزان پیشرفت یا انحطاط سقوط یا صعود جامعه تأثیر دارد. ازدواج از نظر اسلام پیمانی مقدس است، پیمانی که برقراری آن براساس مقررات آداب و رسوم، تشریفات و قوانین خاصی است. یکی از کارکردهای مهم نهاد خانواده، کارکرد تولید مثل و یا باز تولید نسل بشر است. داشتن فرزند، از نیازهای طبیعی افراد است وجود فرزند برای ادامه بقای افراد لازم است. گرچه در آموزه‌های اسلامی، نگاه دید مثبتی به تولید مثل وجود دارد و داشتن اولاد و فرزندان مورد ترغیب قرار گرفته است بنابراین جلوگیری از انعقاد نطفه به هر شکلی انجام شود، مانع شرعی ندارد مگر در صورت ایراد ضرر و خسارت که در آن صورت جایز نیست. یکی از موقعیت‌های در خور تأمل در حوزه مسائل خانواده، جلوگیری یکی از زوجین از داشتن فرزند است که گاهی ممکن است در قالب شرط نداشتن فرزند در ضمن عقد نکاح مطرح شود. چنانچه زوجه از داشتن فرزند امتناع نماید، مرد می‌تواند از دادگاه تقاضای الزام وی را به انجام شرط (الزام به تمکین) بنماید. از منظر آموزه‌های حقوق بشری مربوط به زنان، جلوگیری از بچه دار شدن توسط زوج، می‌تواند مصداقی از عوامل طبیعی عسر حرج تلقی گردد بدین صورت که مرد، به صورت غیرمنطقی مانع از بچه دار شدن زن می‌گردد. مضافاً طرح مشروط کردن نکاح صرفاً برای تطبیق خانواده با مقتضیات نظام نوین زندگی و کاهش تعارضات و جدال‌های خانوادگی و اعطای قدرت تصمیم‌گیری به همسر در روابط زناشویی مطرح شده؛ زیرا بقای خانواده برای سلامت جامعه بسیار لازم است. شرط امتناع از داشتن فرزند هر چند از شروطی است که مخالف مقتضای اطلاق عقد ازدواج می‌باشند اما ایرادی در مقصود اصلی عقد ازدواج، یعنی مقاربت ایجاد نمی‌کند بنابراین شرط صحیح نیست با این وجود عقد نکاح صحیح می‌باشد. منع دائمی باید دارای غرض عقلایی باشد و فاقد ضرر و گرنه محدود کردن دائمی از جهت فرزندآوری، خلاف حقوق مدنی و انسانی افراد است، لکن منع موقت مجاز می‌باشد و ایرادی ندارد..

منابع

الف) کتاب ها

- ۱- امامی، سید حسن، ۱۳۶۶، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، جلد ۴، چاپ ۳
- ۲- _____، _____، ۱۳۸۱، حقوق مدنی، انتشارات اسلامیة، جلد اول، چاپ ۲۲
- ۳- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۸، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ بیست و یکم
- ۴- الخن، مصطفی، البغا، مصطفی و الشربجی، علی، ۱۳۸۸، فقه منهجی، ترجمه حسامی، عزیز و پارسا، فرزاد، چ دوم نشرکردستان
- ۵- زحیلی، وهبه، ۱۳۸۸، ترجمه عبدالعزیز سلیمی، فقه خانواده در جهان معاصر، چاپ سوم، نشر احسان
- ۶- صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله، ۱۳۸۶، مختصر حقوق خانواده، تهران، نشر میزان، چ چهاردهم
- ۷- علامه، سید مهدی. ۱۳۸۷، شروط باطل و تأثیر آن در عقود، بنیاد حقوقی میزان، چاپ دوم
- ۸- عیسی زاده، عیسی، ۱۳۹۰، خانواده قرآنی، قم، انتشارات بوستان کتاب، چاپ اول
- ۹- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۶۴، مقدمه علم حقوق، نشر اقبال، چاپ ششم
- ۱۰- _____، _____، ۱۳۷۱، حقوق خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۱، چاپ سوم
- ۱۱- محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۶، بررسی فقهی حقوق خانواده؛ نکاح و انحلال آن، نشر علوم اسلامی، چ ۱۶
- ۱۲- مطهری، مرتضی، ۱۳۶۹، نظام حقوق زن در اسلام، انتشارات صدرا، چاپ چهاردهم
- ۱۳- مغنیه، محمد جواد، ۱۳۸۶، فقه تطبیقی مذاهب پنج گانه، ترجمه پورجوادی، کاظم، تهران، سازمان انتشارات جهاد دانشگاهی
- ۱۴- مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۹ ق، احکام پزشکی، قم، نشر مدرسه امام علی بن ابی طالب، چ اول
- ۱۵- _____، _____، ۱۴۲۲، استفتائات، قم، حوزه علمیه قم
- ۱۶- مؤمنی، عابدین و دیگران، ۱۳۸۸، فقه و حقوق تطبیقی، تهران، انتشارات سمت، چاپ ۲
- ۱۷- جوادی آملی، عبد الله، ۱۳۸۶، تفسیر تسنیم، قم، انتشارات اسراء، ج ۱۱

- ۱۸- شهیدی، مهدی، ۱۳۸۵، مجموعه مقالات حقوقی، انتشارات مجد، چاپ اول
- ۱۹- ابوزهره، محمد، ۱۳۶۹ ق، الاحوال شخصیه، چاپ دوم، بی جا
- ۲۰- احمد سالم حسن، عایشه، ۱۴۲۹ ق، الاحکام المتصله بالحمل فی الفقه الاسلامی، بیروت
مجد، الموسسه جامعیه للدراسات و للنشر و توزیع
- ۲۱- اندلسی، ابن حزم، (بی تا)، المحلی، قاهره، مکتبه دارالتراث، ج ۱۰
- ۲۲- بنی هاشمی خمینی، محمد حسن، ۱۳۷۷، توضیح المسائل مراجع، قم، انتشارات اسلامی،
چاپ دوم
- ۲۳- جزیری، عبدالرحمن. ۱۴۱۹ ق، الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت، دارالثقلین، جلد چهارم،
چاپ الاول
- ۲۴- حسینی روحانی قمی، سید صادق، (بی تا)، المسائل المستحدثه، بی جا
- ۲۵- حلی، جعفر بن حسن، ۱۳۸۹ ق، شرایع الاسلام، تهران، انتشارات اعلمی، جلد دوم
- ۲۶- حلی، محمد بن ادریس، ۱۴۱۱ ق، السرائر، قم، مؤسسه نشر اسلامی، جلد ۲
- ۲۷- خویی، سید ابوالقاسم، ۱۳۵۳ ق، منهاج الصالحین، تهران، انتشارات لطفی، ج ۲
- ۲۸- زحیلی، وهبه، ۱۴۲۷ ق، الفقه الاسلامی و أدلته، نشر احسان، جلد چهارم و نهم
- ۲۹- شوکانی، محمد بن علی بن محمد، ۱۹۸۵ م، السیل الجرار، دارالکتب العلمیه، بیروت، ج ۲
- ۳۰- طوسی، محمد بن حسن، ۱۴۰۷ ق، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۴، چ اول
- ۳۱- عاملی جبعی، زین الدین بن علی احمد (شهید ثانی)، ۱۴۱۰ ق، مسالک الافهام الی تنقیح
شرائع الاسلام، قم، انتشارات موسسه المعارف الاسلامیه
- ۳۲- _____، _____، ۱۴۱۱ ق، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، بیروت، انتشارات
دارالعالم الاسلامی، جلد ۵
- ۳۳- عاملی، حر، ۱۳۹۱ ق، وسائل الشیعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۲۱
- ۳۴- عاملی، محمد بن جمال الدین مکی؛ شهید اول، ۱۴۱۱ ق، قم، منشورات دارالفکر، اللمعه
الدمشقیه،
- ۳۵- غزالی، محمد بن محمد، ۱۴۱۸، الوجیز فی فقه الامام شافعی، جلد ۲، چاپ اول، دارالارقم،
بیروت
- ۳۶- گلپایگانی، سیدمحمد رضا، ۱۴۰۳ ق، مجمع المسائل، قم، چاپخانه عالمیه، ج ۲
- ۳۷- ماجه قزوینی، ابو عبدالله محمد بن یزید، (بدون طبع و لاسنه)، سنن ابن ماجه، ج ۱ و ۲،
قاهره، دارالبيان للتراث

۳۸- محدث نوری، حسین، ۱۴۰۸ ق، مستدرک الوسائل، قم، مؤسسه آل بیت لاحیاء التراث

العربی، ج ۱۴، چ اول

۳۹- موسوی خمینی، سید روح الله، ۱۴۲۱ ق، البیع، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی،

ج اول

۴۰- _____، _____، ۱۳۹۰، تحریرالوسیله، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی

۴۱- نجفی، شیخ محمد حسن، ۱۳۶۵ ق، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران، مکتبه

الاسلامیه، ج ۲۹

۴۲- نیشابوری، مسلم بن حجاج، ۱۹۸۱ م، صحیح مسلم، قاهره، دارالفکر، ج ۱۷

۴۳- هاشمی شاهرودی و همکاران، ۱۴۲۳ ق، موسوعه فقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البیت، قم،

ج ۶

ب) مقالات

۴۴- اکبری، فریبا و حسنخانی، ۱۳۹۷، راضیه، اعتبار و آثار شرط منع فرزندآوری در نکاح،

فصلنامه تحقیقات حقوقی معاهده، سال دوم شماره ۱

۴۵- طاهری، حبیب الله، ۱۳۸۱، تحدید نسل از دیدگاه فقه و حقوق اسلامی، نشریه مجتمع

آموزش عالی قم، ش ۱۲

۴۶- عظیم زاده اردبیلی، فائزه خدایی، انسیه، ۱۳۹۱، فرهنگ کنترل موالید در نگاه فقهی و

اجتماعی، نشریه فقه و حقوق خانواده؛ ندای صادق، دوره ۱۷، ش ۵۷

۴۷- مهوش کهریزی و همکاران، ۱۳۹۳، چالش های اخلاقی فمینیسم در فرزندآوری از دیدگاه

اسلام و راهکارهای آن، فصلنامه علمی پژوهشی پژوهشنامه اخلاق، شماره ۲۴

۴۸- خلجی، حسن رضا، ۱۳۷۹، تأثیر رضایت زن و شوهر در حکم فقهی تنظیم خانواده، نشریه

مطالعات اسلامی، ش ۵۰-۴۹

ج) اسناد

۴۹- خلجی، طاهره، ۱۳۹۵، امکان وضع قوانین محدود کننده در فرزندآوری، پایاننامه دوره

کارشناسی ارشد، دانشگاه علوم قضایی

۵۰- طالبی حبشی، جواد، ۱۳۹۰، نکاح با اهل کتاب در حقوق ایران و اسلام، پایان نامه کارشناسی

ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز به راهنمایی دکتر مرتضی حاجی پور

۵۱- محمدی، شهرام، ۱۳۹۴، نظرات استدلالی شورای نگهبان، طرح افزایش باروری و پیشگیری از کاهش رشد جمعیتی کشور، پژوهشکده شورای نگهبان، گروه تدوین نظرات و مبانی آراء شورای نگهبان

(دوب سایت

۵۲- موسوی خمینی، سید روح الله، ۱۳۹۲، استفتائات، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، جلد ۸، قابل مشاهده بر روی پرتال <http://www.imam-khomeini.ir>

۵۳- شعبانی، رضا، ۱۳۹۷، سلب حق در فقه و حقوق، قابل مشاهده بر پرتال کانون سردفتران و دفتریاران، <https://www.notary.ir>

۵۴- بی نا، "پاسخگویی به سؤالات دینی"، (۱۳۹۰)، قابل مشاهده بر روی سایت مرکز ملی پاسخگویی به سؤالات دینی به نشانی: <http://www.askdin.com>

۵۵- بی نا، (۱۳۷۹)، "محو کلیه اشکال تبعیض علیه زنان از منظر فقیهان"، نشریه ی مبلغان، ش ۱۰، قابل مشاهده بر روی سایت پایگاه اطلاع رسانی حوزه به نشانی:

<http://www.hawzah.net>

۵۶- بی نا، (۱۳۹۲)، "خشونت خانگی و حقوق"، قابل مشاهده بر روی سایت حقوقی خانه امن به نشانی: <http://www.khanehamn.org/>

۵۷- بی نا، (بی تا)، "حق کنترل تولید مثل"، قابل مشاهده بروی سایت مطالعات زنان به نشانی:

<http://womenstudies.ir>

۵۸- خامنه ای، سید علی اکبر، (بی تا)، "استفتائات"، قابل مشاهده بر روی سایت دانشگاه علوم پزشکی و خدمات درمانی زابل، به نشانی <http://www.zbmu.ac.ir>