

## شرط باروری یا عدم باروری در نکاح

دکتر محمد علی حجازی\*

دکتر فاطمه بداغی\*\*

### چکیده

یکی از آثار نکاح، تشکیل خانواده و داشتن اولاد است. بی تردید، فرزنددار شدن از طبیعی‌ترین و کهن‌ترین دلایل عقد ازدواج است، اما امروزه تأخیر در فرزندآوری یا تعطیل زوددرس فرزنددار شدن به یکی از معضلات خانوادگی و اجتماعی تبدیل شده است. احتراز از اختلافات بین زوجین و در نظر گرفتن مصالح کشورهای اسلامی در موضوع اشاره شده نیازمند بررسی‌های دقیق‌تری است. این مقاله، اهمیت و جایگاه فرزندآوری یا عدم آن را در روابط خصوصی زوجین بررسی و موارد جواز و عدم جواز شرط فرزندآوری یا شرط عدم فرزندآوری و اطلاق عقد نکاح از حیث اندراج شرط مذکور و حقوق هر یک از طرفین در صورت عقیم بودن همسر یا عدم توافق بر فرزنددار شدن و پیشگیری از بارداری در صورت عدم موافقت همسر را تبیین کرده است. بررسی اهمیت فرزندآوری در سرنوشت جامعه‌ی مسلمین و ضرورت حمایت دولت و خانواده‌ها از این کارکرد خانواده نیاز به تحلیل ابعاد اقتصادی و جامعه‌شناختی و سیاسی موضوع خواهد داشت که از حوزه‌ی این مقاله خارج است.

### واژگان کلیدی

باروری، ناباروری، شرط استیلاء، شرط ضمن عقد.

---

\*- استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد جنوب تهران

\*\*- دکترای حقوق خصوصی و مدرس دانشگاه Fa-bodaghi@yahoo.com

### مقدمه

یکی از کارکردهای خانواده، بقای نسل، حفظ جمعیت و نوع انسانی در بلاد و کشورهای متنوع است.

باروری علاوه بر تأثیر در تنظیم جمعیت، در بقا و تحکیم خانواده، تقویت روابط عاطفی و پیوستگی خانوادگی و فامیلی و در نهایت احساس خوشبختی و ارضای شوق و میل به بقا و جاودانگی تأثیرگذار است.

فرزندآوری در برخی از جوامع اهمیت اغراق‌آمیزی دارد. در بسیاری از کشورها ازدواج زمانی رسمیت می‌یابد که فرزند یا فرزندان متولد شوند، پس در صورتی که زمان معینی از ازدواج یک زوج بگذرد و فرزندی به دنیا نیاید هر یک از طرفین حق دارند بدون فسخ قرارداد با فرد دیگری قرارداد ازدواج ببندد که به این طلاق ارتجالی می‌گویند (ساروخانی، ۱۳۷۶: ۶۸). هر چند در حال حاضر این وضعیت مشاهده نمی‌شود، ولی در دوران معاصر نیز خانواده وقتی شکل واقعی خود را پیدا می‌کند که غیر از زن و شوهر فرزند یا فرزندان در کنار آنها و با ایشان زندگی می‌کند.

تأثیر فرزندآوری در روابط زوجین به حدی است که نوعاً زوجینی که قادر به باروری و داشتن فرزند نیستند از رنج بسیار عمیق و کمبودی دائمی احساس نارضایتی می‌کنند؛ لذا اهمیت تولید مثل در خانواده و سرنوشت اجتماعی جوامع ایجاب می‌کند قدرت باروری، عدم باروری موقت و حفظ سلامت باروری مراقبت و پایش شود.

## شرط باروری یا عدم باروری در نکاح

این تحقیق فرزندآوری در روابط خصوصی زوجین در صورتی که در زمان عقد نکاح درباره‌ی آن توافق صریح یا ضمنی شده باشد یا اینکه هیچ شرطی در زمان عقد وجود نداشته باشد را بررسی کرده است. به عبارت دیگر، محقق در این تحقیق در پی دستیابی به این موضوع است که شرط استیلا، شرط صحیح و گاه ضروری در ضمن عقد نکاح است و شرط عدم استیلا نیز با شرایطی به طور محدود و موقت در نکاح دائم صحیح است و در غیر این صورت با توافق طرفین و بدون ارتکاب روش‌های عقیم‌سازی دائمی مجاز است.

سؤالاتی که در این تحقیق به آن پاسخ داده شده است عبارت‌اند از:

- ۱- آیا درج شرط استیلا یا شرط عدم استیلا در ضمن عقد نکاح از نظر فقه و حقوق اسلامی و در قوانین ایران صحیح است یا خیر؟
- ۲- ضمانت اجرای تخلف از این شرط چیست؟
- ۳- در صورتی که عقد نکاح مطلق باشد حق باروری همسران چه حکمی دارد؟

هدف این تحقیق شناخت حدود حقوق و تعهدات طرفین در امر باروری و فرزندآوری و عنایت به تعرض به این منفعت انسان سالم است. در این مقاله از بررسی کتابخانه‌ای، نقد و تحلیل آراء و رویه‌ی قضایی و پرونده‌هایی قضایی و پزشکی و مقالات مرتبط با حوزه‌های حقوق و پزشکی قانونی و فقهی استفاده شده است.

هر چند در گذشته موضوع شروط ضمن عقد نکاح به طور کلی و جزئی در مطالعات متعددی بررسی شده است، ولی درباره‌ی شرط عدم استیلااد چندان مطالعه‌ی جدی وجود ندارد. بیشتر دختران و خانواده‌های آنها به منظور ایجاد حق طلاق برای زوجه از شرط استیلااد به صورت شرط باروری زوج پس از ازدواج استقبال کرده و این شرط هم اکنون نیز عرف بوده و استفاده می‌شود.

در این میان، برخی گزارش‌ها نشان می‌دهد که در دوران هدف‌گذاری تحدید جمعیت، روش‌های عقیم‌سازی دائمی ترویج یافته است. در حالی که بدون تردید عقیم‌سازی دائمی در مبانی فقهی - حقوقی ما پذیرفته نیست، بنابراین باید مشکل را در ضمانت اجرایی نامناسب یعنی مجازات جرم مذکور جست‌وجو کرد.

این مقاله بعد از تعاریف و کلیات شرط باروری و عدم آن از منظر روابط خصوصی زوجین و اطلاق عقد نکاح، شرط یا عدم شرط فرزندآوری را بررسی کرده است. بدان امید که گامی هرچند کوچک در روشن‌گری روابط حقوقی خصوصی و عمومی در موضوع بحث شده، برداشته شود.

### تعریف مفاهیم

مفاهیم به کار رفته در این مقاله به شرح زیر است:

**الف - باروری<sup>۱</sup>:** قابلیت فرزندآوری و باردار شدن؛ معادل این واژه در عربی برای زنان «حبل» یعنی بارور شدن و برای مردان «حبال» یعنی بارور

---

1- Fertility

شرط باروری یا عدم باروری در نکاح

کردن استعمال می‌شود.

**ب - ناباروری<sup>۱</sup>:** ناباروری عبارت است از ناتوانی یک زوج در بارداری شدن پس از یک سال از امکان برقراری رابطه‌ی جنسی بدون جلوگیری از بارداری (عباسی شوازی و همکاران، ۱۳۸۵: ۱۴۸-۱۳۹). در عربی به آن «عقم» و به زن و مرد نابارور «امراه عقیم» و «رجل عقیم» گفته می‌شود.

**ج - وازکتومی<sup>۲</sup>:** وازکتومی به بستن لوله‌های منی (اسپرم‌بر) در مردان گفته می‌شود که یک روش جلوگیری از فرزندآوری دائمی است. عمل بازگرداندن وازکتومی، وازواوستومی<sup>۳</sup> نام دارد که نیاز به بیهوشی عمومی یا بی‌حسی نخاعی دارد و حدود ۲ تا ۳ ساعت طول می‌کشد و جراحی دقیق و حساب شده‌ای است.

**د- توبکتومی<sup>۴</sup>:** بستن لوله‌های رحمی در زنان است. در این عمل طی بیهوشی عمومی یا بی‌حسی موضعی لوله‌های رحمی زن بسته می‌شود تا از رسیدن اسپرم و تخمک به یکدیگر و تشکیل سلول تخم جلوگیری شود. عمل توبکتومی از وازکتومی مشکل‌تر است. توبکتومی هم یک روش جلوگیری از حاملگی دائمی محسوب می‌شود (علی محمدزاده، ۱۳۹۳).

---

1- In Fertility

2- Vasectomy

3- Vasovasostomy

4- Tubectomy

## ۱- شرط استیلا در ضمن عقد نکاح

یکی از کارکردهای طبیعی تشکیل خانواده فرزندآوری است. هر چند که «زوجیت» مقتضای ذات نکاح و فرزندآوری یکی از آثار و نتایج آن است، ولی به دلایل متعددی اهمیت حقوقی بسیاری دارد؛ از جمله اینکه مشروعیت فرزندآوری ناشی از رابطه‌ی زوجیت قانونی است و فرزند متولد از رابطه‌ی نامشروع والدین طبیعی نامشروع است. بر این اساس ارث فرزندان از والدین قانونی برقرار می‌شود و نسب نامشروع موجب ایجاد رابطه‌ی وراثت نمی‌شود.

حال سؤال این است که آیا زن و مرد قبل از انعقاد نکاح باید قصد خود را مبنی بر فرزندآوری یا عدم آن با یکدیگر شرط کنند یا در صورت تعیین تکلیف نکردن، احکام قانونی تکلیف آن را معلوم کرده است؟ به عبارت دیگر، بر فرض اینکه زوج یا زوجه با قصد باروری و فرزندآوری با دیگری ازدواج می‌کند لازم است قصد خود را آشکارا به اطلاع طرف دیگر رسانده و عقد مبنی بر آن واقع شود یا خیر؟ و اگر شرط مذکور در حین عقد واقع شد در صورت عدم باروری چه ضمانت اجرایی وجود دارد؟

از سوی دیگر، اگر قصد زن یا مردی از عقد نکاح تنها داشتن رابطه‌ی زناشویی است و قصد باروری و داشتن فرزند از این رابطه را ندارد باید قصد خود را بر طرف دیگر روشن کند و آیا چنین شرطی صحیح است یا خیر؟ و اگر چنین شرطی صحیح است در صورت عدم ایفای شرط و باروری زوجه در اثر رابطه‌ی مذکور چه ضمانت اجرایی برای مشروطه‌له وجود دارد؟

شرط باروری یا عدم باروری در نکاح

برای بررسی نظریه‌ها و پاسخ‌هایی که به پرسش‌های مذکور داده شده است، لازم است هر یک جداگانه بررسی شود.

### ۱-۱- عدم صحت یا صحت شرط استیلا و ضمانت اجرای آن

برخی از علماء و فقهای حقوق مدنی معتقدند شرط استیلا صحیح نیست، زیرا امکان کشف قطعی ناباروری وجود ندارد. برخی دیگر معتقدند چنین شرطی صحیح است و در صورت عقیم بودن زوج یا زوجه برای طرف مقابل حق طلاق ایجاد می‌شود. البته اگر درباره‌ی زایا بودن یکی از طرفین فریب در کار باشد خیار تدلیس و امکان فسخ نکاح به سبب تدلیس یا فریب در نکاح و ضمانت اجرای کیفی آن حادث می‌شود. به نمونه‌هایی از آراء فقهاء اشاره می‌شود:

صاحب جامع المقاصد ضمن تصریح به شرط استیلا در نکاح از قول صاحب قواعد الاحکام آورده است: «لو شرط الاستیلا فخرجت عقیما فلا فسخ؛ لامکان تجدد شرطه فی الشیخوخة و عدم العلم بالعقم من دونه و جواز استنادة الیه»؛ «اگر کسی شرط فرزندآوری کرد و پس از نکاح معلوم شد عقیم است، حق فسخ ندارد، زیرا امکان تجدید فرزند حتی در دوران پیری وجود دارد و امکان علم به عقیم بودن نیست و ممکن است کسی که فرزنددار نشده به آن استناد کند». با این توضیح که، اگر مردی در نکاح شرط کند که زن فرزند آورد، - یعنی زوجه بتواند باردار شود و فرزند بزاید به این معنی که عقیم نباشد - پس اگر مدت زمان بسیاری گذشت و با نبود مانع دیگر فرزندی نیآورد، به این سبب حق فسخ برای شوهر ثابت نمی‌شود چون خیار با منتفی

شدن شرط ثابت می‌شود. منتفی شدن شرط استیلااد هم به موجب نصّ و هم به سبب اجماع باطل است، زیرا اولاً امکان فرزندآوری در دوران پیری وجود دارد - چنانچه در قصه‌ی ابراهیم و زکریا (علیهم‌السلام) آمده است و ثانیاً امکان علم به نازایی و عقیم بودن نیز وجود ندارد و چه بسا سبب ناباروری مرد باشد. ثالثاً عدم بارداری زوجه لزوماً دلیل بر عقیم بودن او نیست (یعنی زوجه می‌تواند مدعی شود که سبب عدم بارداری، او نیست زیرا علم قطعی در این باره وجود ندارد) و اینها دلایل سه گانه‌ی مصنف است به عدم ثبوت حق فسخ برای زوجه (عاملی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴: ج ۱۳، ص ۳۱۷).

بر فرض شرط استیلااد در نکاح بدیهی است که طرفین نمی‌توانند بدون رضایت یکدیگر به جلوگیری از بارداری زوجه اقدام کنند. بر این اساس از آیت الله محمدتقی بهجت سؤال شده است: «آیا زن بدون اجازه‌ی شوهر می‌تواند با قرص و... از حاملگی جلوگیری نماید؟» ایشان پاسخ داده‌اند: «اگر نکاح مشروط به استیلااد بوده است، نمی‌تواند» (بهجت، ۱۴۲۶: ج ۴، ص ۵۶۶).

درباره‌ی امکان فسخ نکاح در صورت عقیم بودن زن، از قول آیت الله مکارم شیرازی چنین آورده شده است: «اگر در ضمن عقد نکاح شرط استیلااد شده و زن عقیم باشد آیا شرط خیار ثابت است؟»

صاحب جوهر می‌فرماید: «خیار شرط ثابت است ولی از قواعد علامه نقل شده که نمی‌توان به این خیار عمل کرد چون عقیم بودن معلوم نمی‌شود...». بنا بر این مسئله، عقیم بودن از عیوب نیست، چون اگر از عیوب بود بدون اینکه شرط شود موجب فسخ بود. مرحوم آقای سبزواری در



شرط باروری یا عدم باروری در نکاح

مذهب الاحکام می فرماید: «اجماع قائم است که عقیم بودن از عیوب نیست». در حالی که کسی متعرض این مسئله نشده است، پس چگونه اجماعی است؟ شاید علتش این است که عیوب محصور است. ادله‌ی اینکه عقیم بودن از عیوب نیست عبارت‌اند از: ۱- اصالة اللزوم ۲- روایات عیوب (حامدی و مکارم، ۱۴۲۴: ج ۵، ص ۱۲۸).

از حضرت امام خمینی (رحمته) سؤال شد: «دختری را عقد نمودم بعداً معلوم شد جراحی رحم کرده و عقیم است، آیا چنین زنی حق مهریه دارد؟ نفقه‌ی او چگونه است؟ نفقه‌ی او در عده‌ی طلاق چگونه است؟» در پاسخ فرمودند: «باید مهریه‌ی او را پردازد، اگر از شما تمکین ندارد نفقه واجب نیست و اختیار طلاق با شماست» (خمینی، ۱۴۲۲: ج ۳، ص ۸۵). به عبارت دیگر، نازایی موجب حق فسخ برای زوج نیست، بلکه مرد می‌تواند از حق طلاق استفاده کند.

همچنین خانمی سؤال کرده: «اگر زوجه طی عقد شرط کند اگر زوج عقیم باشد یا ترک خانواده کند یا محکومیت به ۵ سال زندان پیدا کند یا زوجه‌ی دیگری اختیار کند زوجه وکیل بلاعزل از طرف زوج باشد که خود را مطلقه کند آیا چنین شرط و اشتراطی صحیح است و آیا وکالت بلاعزل صحت دارد؟»

حضرت امام (رحمته) پاسخ دادند: «شرط وکالت در طلاق برای زن منع ندارد و با اشتراط مذکور با رجوع زوج وکالت از بین نمی‌رود» (همان: ج ۳، ص ۱۰۶).

از سؤال‌ها و پاسخ‌های فوق فهمیده می‌شود «شرط فرزندآوری» و تعیین ضمانت اجرای امکان طلاق به ویژه در موردی که مشروطه‌له زوجه باشد، منفعت عقلایی داشته و جایز است.

بند ۱۰ از شرط دوم عقدنامه‌های چاپ شده‌ی فعلی ناظر به شرط فرزندآوری زوج است، یعنی یکی از مواردی که زوجه می‌تواند به دادگاه مراجعه و ضمن استناد به وکالت خود از جانب زوج و قبول بذل خود را مطلقه کند این است که: «در صورتی که پس از گذشت ۵ سال زوجه از شوهر خود به جهت عقیم بودن و یا سایر عوارض جسمی دیگر زوج، صاحب فرزند نشود» (صفایی و امامی، ۱۳۸۲: ص ۶۷).

شعب دیوان، در پرونده‌های متعددی به استناد شرط استیلا، اجازه‌ی طلاق برای زوجه را صادر کرده‌اند، از جمله:

در یک مورد دادگاه با توجه به توافق ثانوی طرفین در دادگاه و اعطای وکالت بلاعزل از طرف زوج به زوجه در مطلقه نمودن خود در صورت حامله نشدن تا مدت ۹ ماه و عدم باروری زوجه به استناد شرط دهم عقدنامه و توافق طرفین در دادگاه زوجه را مطلقه کرده است (بازگیر، ۱۳۷۸: ۳۰۸).

در مورد دیگر، به استناد همین بند عقدنامه و اقرار زوج به جراحی بیضه در نزد دادگاه و گزارش پزشکی قانونی مبنی بر قادر نبودن زوج به انجام آزمایش اسپرموگرافی و گذشت بیش از ۵ سال از زندگی مشترک و فقدان فرزند رأی به امکان طلاق زوجه داده است (همان: ۳۰۹).

## شرط باروری یا عدم باروری در نکاح

در عین حال، برخی از حقوق‌دانان به حق فسخ معتقدند، با این توضیح که اگر باروری زوجین در ضمن عقد نکاح، شرط ضمنی شده و عقد مبنی بر آن واقع شده باشد و سپس معلوم شود که یکی از زوجین قبلاً عقیم بوده است، حق فسخ به استناد تخلف از شرط صفت ایجاد می‌شود. یعنی اگر دختری به خاطر تشکیل خانواده و آوردن فرزند به مرد جوانی شوهر می‌کند، طرفین درباره‌ی عقیم نبودن مرد سخنی نمی‌گویند ولی عقد را بر مبنای وجود این شوهر می‌بندد و مرد از عقیم بودن خود مطلع بوده و آن را پنهان می‌کند پس از ازدواج معلوم شود که مرد عقیم می‌باشد و پزشک نیز از بهبود او قطع امید کند، زن حق فسخ نکاح را دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۹۱ و ۲۹۲). رأی دیگری از یکی از شعب دیوانعالی کشور (شعبه ۷) صادر شده که تصریح کرده است: «عقیم بودن زوج اگر شرط ضمن عقد نباشد از موجبات طلاق نیست». بر این اساس در پرونده‌ای که عقدنامه مشتمل بر پنج بند است و عقیم بودن زوج جزء آن پنج بند نیست و همچنین با فرض وجود شرط ضمن عقد، تفهیم این شرط به زوجین الزامی بوده و وقوع عقد مبنی بر آن شرایط تحقیق به عمل بیاید که چنین نشده است؛ رأی صادره را بلا دلیل دانسته و نقض کرده است (بازگیر، ۱۳۷۶: ص ۴۴).

### ۱-۲- عدم ضرورت شرط استیلا

برخی از نویسندگان و فقها معتقدند، هر چند چنین شرطی صحیح است ولی نیاز به چنین شرطی صحیح نیست، یعنی هر چند لازمه‌ی اقتضای ذات عقد نکاح ایجاد رابطه‌ی زوجیت است ولی لازمه‌ی اقتضای اطلاق عقد

نکاح استیلاست<sup>۱</sup> (امامی، ۱۳۶۶: ج ۴، ص ۳۶۹).

بنابراین در صورتی که شرط خلاف آن نشده باشد «فرزندآوری» از آثار مترتب بر نکاح است و تصریح به چنین شرطی درج یک امر متعارف و بدیهی و مفید تأکید 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 استیلا نیاز به اندراج شرط در نکاح ندارد. به نمونه‌هایی از آراء اشاره می‌شود:

«از جمله وجوهی که برای تقریب حرمت عزل گفته شده آن است که چون عزل با حکمت نکاح که استیلا و بقای نسل است منافات دارد، باید آن را حرام شمرد. این تحلیل مردود شمرده می‌شود، زیرا نکاح تنها به غرض استیلا صورت نمی‌گیرد... چه بسا افرادی که به قصد دوری از فحشاء و منکرات اقدام به نکاح می‌کنند» (شیری زنجانی، ۱۴۱۹: ج ۴، صص ۱۳۵۰ و ۱۳۵۷).

بنا بر نظر اول در قول مذکور، هدف نکاح استیلاست و لذا عزل زوج بدون رضایت زوجه مجاز نیست و در این نگاه طبیعی است که حتی اگر شرط استیلا نشود مقتضای عقد نکاح استیلاست، البته قائل آن عبارات خود نظریه‌ای را که آورده است، نقد نموده و بیان کرده غرض از نکاح ممکن است ایجاد رابطه‌ی زناشویی باشد و قصد توالد و تناسل وجود نداشته باشد.

۱- اقتضای ذات: تعهدی که مستقیماً ناشی از انعقاد عقد است. اقتضای اطلاق: هرگاه عقد بدون قید و شرط واقع شود مقتضیات دیگری دارد.

## شرط باروری یا عدم باروری در نکاح

بنابراین نکاح لزوماً به قصد تناسل نیست و لذا مقتضای ذات نکاح استیلاذ نیست، بلکه استیلاذ مقتضای اطلاق عقد است.

برخی دیگر معتقدند شرط عدم نزدیکی ضمن عقد نکاح باطل است، زیرا هدف و مقصود از نکاح زوجیت و امکان تناسل است، به همین دلیل چون شرط خلاف مقتضای ذات عقد می‌شود باطل است (محقق داماد، ۱۳۸۲: ۳۲۸؛ کاتوزیان، همان: ج ۱، ص ۲۵۵؛ شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۱۶). در بین حقوق‌دانان نظر دیگری هم هست که شرط عدم نزدیکی موجب بطلان عقد نیست (امامی، همان: ج ۴، ص ۳۷۷؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳: ج ۱، ص ۵۲۴ و آشتیانی، ۱۴۲۵: ۳۰۹ و ۳۱۰)؛ ولی شرط عدم باروری به خصوص در مدت معین خلاف مقتضای ذات نیست.

درباره‌ی صحت یا عدم صحت درج شرط عدم نزدیکی ضمن عقد نکاح اقوال مختلفی وجود دارد؛ برخی قائل به صحت شرط عدم نزدیکی ضمن عقد نکاح یا ضمن عقد لازم مستقل دیگر هستند، به این دلیل که این شرط از عقد نکاح مستقل است و به آن آسیبی نمی‌رساند و از حقوق زوجین است؛ لذا می‌توانند آن شرط را بگذارند (نراقی، ۱۴۲۲: ج ۱، ص ۳۰۲).

## ۲- شرط عدم استیلاذ ضمن عقد نکاح

درباره‌ی اندراج شرط عدم استیلاذ ضمن عقد نکاح نظریات مختلفی وجود دارد که به برخی از آنها اشاره می‌شود:

---

۱- برخی فقها چنین شرطی را باطل و مبطل عقد می‌دانند (برای دیدن اقوال ایشان رک. خوانساری، ۱۳۷۳: ج ۲، ص ۱۴۴ و برای صحت شرط انصاری، ۱۴۱۱: ج ۳، ص ۱۳).

## ۲-۱- صحت شرط عدم استیلا

عدم استیلا، شرط عقلایی است و منافی دارد که ذکر آن در عقد منعی ندارد، زیرا خلاف شرع یا خلاف قانون نیست و به اقتضای اصل آزادی قراردادها طرفین می‌توانند هرگونه شرطی که خلاف قوانین آمره و شریعت نباشد ضمن عقد نکاح درج کنند. البته چنین شرطی موجب عدم مشروعیت طفل متولد از چنین نکاحی نخواهد بود و اماره‌ی فراش حاکم است، حتی ممکن است نقض چنین شرطی تعیین ضمانت اجرای معینی مثل اخذ خسارت از طرف دیگر یا ایجاد حق طلاق را به دنبال داشته باشد، ولی مانع مشروعیت طفل و مانع حقوق قانونی او نخواهد بود.

برخی از آراء و نظریه‌های فقها در این موضوع به این شرح است: «زن می‌تواند در ضمن عقد ازدواج شرط کند که به طور موقت یا دائم از بارداری جلوگیری کند به شرط اینکه مرد هم این شرط را بپذیرد. در این صورت باید به آن پای‌بند باشد» (موسوی الخمینی، ص ۳۱۹، ۸م).

«شرط عدم حبل و الاحبال یعنی اینکه یکی از زوجین بر دیگری در ضمن عقد نکاح شرط کند که مانع بارور شدن یا بارور کردن به سبب عزل یا غیر آن باشد. اینکه زوج بر زوجه شرط کند این امر جایز است و به این وسیله حق زن برای باروری از بین می‌رود و بعد از آن حق مطالبه‌ی باروری ندارد و این فرض قدر متیقن از موارد جواز عزل نطفه از زوجه‌ی آزاد است» (هاشمی شاهرودی و همکاران، ۱۴۲۳: ج ۶، صص ۲۰ و ۲۱).

شرط باروری یا عدم باروری در نکاح

«اما اینکه زوجه بر زوج شرط عدم باروری کند- به وسیله عزل یا غیر آن از روش‌های منع بارداری مجاز- ظاهراً چنین شرطی نیز صحیح است، زیرا صحت شروط مطلق است. چنانچه برخی از فقهاء تصریح کرده‌اند. اینکه گفته شده غرض در عقد دائم فرزندآوری و داشتن فرزند است و این شرط با آن قصد منافات دارد مردود است، زیرا نصّ صریح جواز شرط عزل وارده شده است و مسلم است که غرض نکاح منحصر به توالد نیست بلکه یکی از علل نکاح است. بنابراین این شرط با شروط و اقتضائات عقود منافات دارد ولی با اغراض آن منافات ندارد. حتی ممکن است گفته شود آنچه وارد شده درباره‌ی زوج است بر زوجه که شرط نموده است نه برعکس، مگر اینکه گفته شود خصوصیتی در این امر وجود ندارد که زوجه طالب و راغب به عدم عزل است و در اینجا گفته می‌شود که رضایت او در تجویز عزل هرگاه حره (زن آزاد) باشد ضرورت دارد» (همان، ص ۲۱).

## ۲-۲- شرط عدم استیلا در نکاح دائم و موقت

بنا بر این نظر ممکن است در نکاح موقت که هدف از آن تشکیل خانواده نیست، «عدم باروری» و آوردن فرزند منع شود چون عدم باروری موقت خلاف شرع و قانون نیست؛ اما شرط عدم استیلا در نکاح دائم که قصد طرفین تشکیل خانواده و فرزنددار شدن است صحیح نیست زیرا طرفین یا یکی از ایشان را از یک «حق طبیعی» به طور کلی ممنوع می‌کند. بنابراین حقوق دانان به استناد ماده‌ی ۹۵۹ قانون مدنی<sup>۱</sup> و فقها به استناد «تحریم حلال»

۱- سلب حق به طور کلی ممنوع است.

- که با چنین شرطی ملازمه دارد - با آن مخالفت می‌کنند.

دو روایت درباره‌ی مبنای این نظریه وجود دارد:

- «عنه و عن سعد بن اسماعیل عن ابیه، قال: سألت الرضا (ع) عن رجل تزوج امرأة بشرط ان لا يتوارثا و ان لا يستطلب فیها ولدا، قال لا احب» (حرعاملی: ج ۷، صص ۵۱ و ۵۲)؛ «از امام رضا درباره‌ی مردی که زنی را تزویج نموده است به این شرط که ارث از یکدیگر نبرند و از او فرزندی نخواهد سؤال شد امام (ع) فرمود: دوست ندارم».

- روایتی نزدیک به همین مضمون از امام صادق (ع) نقل شده است: «محمد بن الحسن باسناده، عن محمد بن علی بن محبوب و عن احمد بن محمد عن محمد بن سنان بن سماعة بن مهران عن ابی عبدالله قال: قلت له: رجل جاء الی امرأة فسالها ان تزوجه نفسها فقالت ازوجک نفسی علی ان تلتمس منی ماشئت من نظر و التماس و ینال منی ما ینال الرجل من اهله الا انک لاتدخل فرجک فی فرجی و تلذذ بما شئت فانی اخاف الفضيحة قال: لالیس له منها الا ما اشترط» (همان، ج ۷، ص ۴۵ (کتاب النکاح باب ۳۶ حدیث ۲) به نقل از تهذیب، ج ۷، ابواب المتعة؛ مفهوم روایت به اختصار این است که سماعة از امام صادق (ع) نقل می‌کند: «از امام پرسیدند مردی از زنی درخواست ازدواج کرد و زن گفت ازدواج را قبول می‌کند به شرط اینکه رابطه‌ی زناشویی نداشته باشد و امام (ع) فرمود برای این مرد درباره‌ی آن زن چیزی بیش از آنچه توافق کرده‌اند نیست». گفته شده مراد از این سؤال مربوط به وضعیت دختر عقد کرده‌ای است که به خانهای شوهر نرفته و باکره است و ممکن است راضی به



شرط باروری یا عدم باروری در نکاح

معاشرت نباشد و رابطی جنسی را موجب فصاحت بدانند. برخی نیز احتمال داده‌اند عبارت «شئت فانی اخاف الفضيحة» مربوط به عقد متعه است (زنجانى، ۱۴۱۹: ج ۲۳، صص ۷۳۱۸ و ۷۳۱۹).

در مقام جمع بین دو روایت یا باید قائل شد که روایت اخیر تنها ناظر بر کیفیت استمتاع است و به شرط عدم استیلا در مربوط نمی‌شود یا باید قائل شد به اینکه نوع این عقد موقت بوده است که منع استمتاع یا نحوه‌ی آن در آن قابل اشتراط است؛ لذا شرط عدم استیلا در نکاح دائم صحیح نیست، ولی در نکاح موقت همان طور که نفی استمتاع ممکن است، عدم استیلا در هم مجاز است (زنجانى، همان).

### ۳- ممانعت از فرزندآوری در صورت اطلاق عقد نکاح

آنچه متقدمین درباره‌ی حق باروری زوجین بحث نموده‌اند مربوط به این است که زوج نطفه را عزل کند، سؤال این است که آیا زوج بدون رضایت زن می‌تواند عزل کند؟ در پاسخ به این سؤال برخی از فقها معتقدند که عزل بدون رضایت زوجه‌ی آزاد (حرّه نه کنیز) مجاز نیست؛ چنانچه شیخ طوسی می‌گوید: «العزل من الحرّة لا يجوز الا برضاها فمتى عزل بغير رضاها اثم» (طوسی، ۱۴۰۷: ج ۴، ص ۳۵۹؛ عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۰: ۱۷۹). برخی نیز معتقدند عزل بدون رضایت زوجه‌ی آزاد کراهت دارد. مستند این گروه روایاتی است که بر عدم جواز عزل وارد شده است. محقق حلی می‌گوید: «العزل عن الحرّة اذا لم يشترط في العقد و لم تأذن قيل: هو محرم و قيل هو مکروه و هو اشبه» (کلینی، ۱۴۰۷: ج ۵، ص ۵۰۴)؛ «درباره‌ی عزل از زوجه آزاد

مادامی که در عقد شرط نشده و او اذن نداده است، گفته شده حرام است و برخی نیز گفتند مکروه است، قول کراهت اشبه به ادله است». همچنین گفته است «يجوز العزل للمتمتع ولا يقف على اذنها» (حلی، ۱۴۰۸: ج ۲، صص ۲۷۰ و ۳۰۶)؛ «عزل از زوجه‌ی متعه جایز است، هر چند راضی نباشد».

- «فی صحیحة محمد بن مسلم عن احدهما (عینک) انه سئل عن العزل. فقال: اما الامة فلا باس و اما الحرة فانی اکره ذلك الا ان يشترط عليها حين يتزوجها» (طباطبائی بروجردی، ۱۴۲۹: ج ۲۰، ص ۲۹۳)؛ «از امام صادق یا امام باقر - (علیهما السلام) - درباره‌ی عزل پرسیدند، فرمود: اما با کنیز اشکال ندارد ولی نسبت به زن آزاد این کار را نمی‌پسندم مگر هنگام ازدواج با او شرط شود».

از روایت دیگری در صحیح‌ه استفاده جواز عزل می‌شود: «قال سألت ابا عبد الله عن العزل: فقال ذلك الى الرجل يعرفه حيث نساء» (کلینی، ۱۴۰۷: ج ۵، ص ۵۰۴)؛ «اختیار آن به دست مرد است. هر طور بخواهد می‌تواند عمل کند». مشهور فقها در جمع بین روایات قائل به کراهت عزل هستند و حتی اگر عزل را حرام بدانیم در صورت رضایت زن جایز است (جزایری: ۹ و ۱۰). همین سؤال در مورد زنان هم مطرح است که «آیا زن می‌تواند از بچه‌دار شدن موقتی جلوگیری کند در حالی که شوهر رضایت ندارد؟» برخی از فقها بین زن و مرد قائل به تفصیل شده‌اند: حضرت امام خمینی (رحمته الله) در این باره معتقد است: «جلوگیری بدون رضایت شوهر برای زن جایز نیست، ولی اگر مرد جلوگیری کند مانع ندارد گرچه زن رضایت نداشته باشد (یعنی) عزل مکروه است» (موسوی الخمینی، همان، ج ۳، ص ۲۸۳، م ۷).

## شرط باروری یا عدم باروری در نکاح

همچنین از ایشان سؤال شده است: «اگر زنان برای جلوگیری از بارداری ناخواسته و سقط جنین‌هایی که خطر مرگ دارد با رضایت شوهر از مواد و وسایلی مانند قرص (آی. یو.دی) یا ابزار داخل رحمی همچون کلاهک، دیافراگم، کرم و ژله و آمپول که عمل همگی آنها در نهایت ممانعت از ملاقات و انعقاد (نطفه می‌باشد) استفاده می‌کنند و مردان با رضایت همسران از کاندوم (پوشش پلاستیکی) و روش عزل بهره می‌گیرند، مستدعی است حکم شرعی موارد مذکور را مرقوم فرمائید؟»؛ ایشان پاسخ دادند: «امور مذکوره در صورتی که مستلزم ضرر یا فساد عضو نشود با رضایت شوهر مانع ندارد» (همان، ص ۲۸۲، م ۵).

همچنین سؤال شده است: «گذاشتن دستگاه جلوگیری از بارداری برای زنان جایز است یا خیر؟»؛ ایشان فرمودند: «اگر به وسیله‌ی کسی که جایز نیست لمس یا نظر به عورت او کند گذاشته می‌شود و مستلزم لمس و نظر حرام است، حرام است و در غیر این صورت مانع ندارد مگر اینکه موجب عقیم شدن یا نقص عضو باشد» (همان، ص ۲۸۴، م ۱۱ و ص ۲۹۰، م ۳۰). در این موضوع در پاسخ به سؤال دیگر بر لزوم رضایت شوهر تأکید شده است (همان، ص ۲۹۰، م ۲۸).

در عین حال، پیشگیری موقت از بارداری را در صورت ورود ضرر و خطر بارداری برای زوجه (حتی بدون رضایت زوجه) مجاز می‌شمارند؛ برای مثال حضرت امام (علیه السلام) می‌فرمایند: «دستگاه درون رحمی اگر فقط از انعقاد نطفه جلوگیری کند استفاده از آن جایز است، ولی اگر این دستگاه نطفه بسته شده را

سقط نموده و دفع می‌کند استفاده از آن جایز نیست، مگر در مواردی که آبستن شدن برای سلامت زن ضرر داشته باشد» (همان، ص ۳۱۹، م ۹).

نکته‌ی مهم این است که استفاده از وسایل پیشگیری موقت برای زوجین در صورتی جایز است که منجر به ورود زیان و عقیم شدن دائمی یا آسیب به بدن نباشد. اگر چنین امری حادث شود فرقی نمی‌کند که هر دو نیز رضایت داشته باشند، جایز نیست. همچنین این امر نباید همراه با مقدمات حرام همراه باشد.

از امام (رحمته) سؤال می‌شود، «راه‌های شرعی جلوگیری از حاملگی را بیان فرمائید»، ایشان پاسخ می‌دهند: «جلوگیری از حمل در صورتی که موجب عقیم شدن یا نقص عضو و فساد عضو نباشد، اشکال ندارد» (همان، ج ۳، ص ۲۸۲، م ۶).

از آیت الله بهجت درباره‌ی روش‌های جلوگیری از بارداری استعلام شد، ایشان نیز فرمودند: «جلوگیری موقت اگر مستلزم لمس یا نظر حرام نباشد جایز است» (بهجت، ۱۴۲۶: ص ۷۰، م ۴۸۱۷).

در مجموع، امتناع مرد از باروری در مواردی که زوجه کنیز باشد یا راضی باشد یا شرط ضمن عقد کرده باشد مجاز است، ولی اگر زن رضایت نداشته باشد و شرط ضمن عقد هم نکرده باشد، بنا بر برخی اقوال حرام و بنا بر برخی اقوال مکروه است. در مورد امتناع زوجه از باروری مانند اینکه قرص یا دارویی مصرف کند یا آمپولی تزریق کند که از انعقاد نطفه ممانعت کند یا عملی انجام دهد که مانع انزال در زن و لقاح با نطفه‌ی مرد

## شرط باروری یا عدم باروری در نکاح

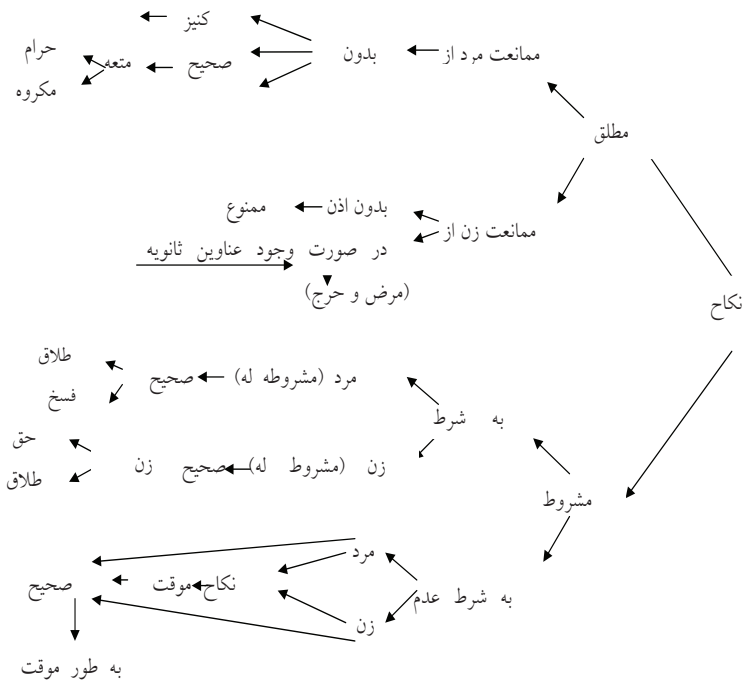
شود با رضایت شوهر مجاز است. همچنین است اگر ضمن عقد شرط کرده باشد یا اینکه به سبب یکی از عناوین ثانویه از مرض یا حرج و مانند آن از فرزند آوردن امتناع کند. اما اقدام به عملی که موجب عقیم شدن یا ممانعت دائمی از بارداری شود، بدون اینکه بیماری یا اضطراری وجود داشته باشد حرام است، زیرا مصداق جنایت وارد کردن یا نقص بر نفس است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳: ج ۶، صص ۲۲ و ۲۳).

بنابر مطالب ذکر شده، نکاح یا مشروط به شرط فرزندآوری یا عدم فرزندآوری است یا بدون شرط فرزندآوری یا عدم فرزندآوری است. در حالت نخست، یعنی اگر نکاح مشروط به شرط فرزندآوری یا عدم فرزندآوری باشد، نیز دو حالت پیش می‌آید؛ یا مرد مشروطه است یا زن مشروطه است. اگر مرد مشروطه له باشد پس از آن معلوم شود زن عقیم است، مرد حق طلاق وی را دارد مگر در صورتی که زن عیب خود را دانسته و پنهان کرده باشد که در این صورت حق فسخ پیدا می‌شود و اگر زن مشروطه باشد و پس از ازدواج معلوم شود که مرد عقیم است، در صورتی که شرط ضمن عقد شده باشد، زن حق طلاق دارد یا اینکه به حکم حاکم مطلقه می‌شود. چنانچه مرد تدلیس کرده باشد، زن حق فسخ پیدا می‌کند. شرط عدم فرزندآوری در نکاح موقت به طور مطلق صحیح و در نکاح دائم نیز به طور موقت صحیح است.

در حالت دوم، یعنی اگر نکاح بدون شرط فرزندآوری یا عدم فرزندآوری باشد، ممانعت مرد از باروری بدون اذن زن تنها در صورتی که زن کنیز یا

فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده

عقد موقت باشد صحیح است، ولی اگر زن آزاد باشد برخی فقها قائل به حرمت و برخی قائل به کراهت‌اند. اما زن نمی‌تواند بدون موافقت شوهر از فرزندآوری ممانعت کند مگر اینکه به سبب حرج و مرض پیش‌گیری موقتی نماید.



## نتیجه گیری

۱- شرط فرزندآوری شرطی تأکیدی و صحیح است، زیرا اقتضای اطلاق عقد نکاح به ویژه نکاح دائم «باروری» و «فرزنددار شدن» است. درج چنین شرطی صحیح و از باب تأکید است و از باب ایجاد حق طلاق برای زوجه با اخذ وکالت از زوج منفعت عقلانی دارد، ولی اگر از جانب زوج شرط استیلا نشده باشد مخلاً به حق طلاق یا حق فسخ نخواهد بود.

۲- شرط عدم فرزندآوری در نکاح موقت صحیح است چنانکه شرط عدم استمتاع نیز در آن مجاز است، ولی تأثیری در الحاق طفل به والدین و حقوق قانونی وی ندارد.

۳- شرط عدم فرزندآوری در نکاح دائم به شرایط متعدد محدود و مقید است؛

• اگر عدم باروری (با قید دائم) باشد یعنی با روش‌های دائمی و منجر به عقیم‌سازی باشد خلاف شرع است و به این جهت شرط باطل است.

• شرط عدم باروری در نکاح دائم صحیح نیست مگر اینکه محدود به داشتن تعدادی فرزند یا مقید به چند ماه یا چند سال باشد.

• اگر بارور نشدن ناشی از عزل زوج یا به کارگیری وسایل پیشگیری از سوی زوجه بدون ضرورت عقلایی و شرعی و رضایت طرف باشد مجاز نیست مگر با وجود ضرر و آسیب به بدن مادر یا جنین.

• اگر عدم باروری - هرچند موقت - مستلزم آسیب تدریجی به سلامت بدن، یا مستلزم روش حرام و یا مقدمات غیرمجاز مثل نگاه یا لمس بدن

نامحرم باشد، مجاز نیست و رضایت طرفین نیز در این امر تأثیری در مسئولیت ایشان در برابر نفس و خداوند ندارد. در این صورت شرط مذکور - هر چند موقت یا مقید - نیز نمی‌تواند درج شود.

• شرط عقیم ساختن یا عدم باروری دائمی زوجین موجب «تحریم حلال» است. امر حلال و مباح بلکه مستحب در این مسئله فرزندآوری است. شرط عدم فرزندآوری دائمی در نکاح دائم که منجر به ابطال حق فرزندآوری است، نوعی اسقاط کلی حق تلقی می‌شود و لذا مغایر قانون به نظر می‌رسد.



## منابع

- ◀ امامی، سید حسن ۱۳۳۶. حقوق مدنی، تهران، اسلامیه.
- ◀ انصاری، مرتضی ۱۴۱۱. کتاب المکاسب، قم، منشورات دارالذخائر.
- ◀ آشتیانی، میرزا محمد ۱۴۲۵ه.ق. رسائل تسع کتاب النکاح، قم، ظهیر.
- ◀ بازگیر، یداله ۱۳۷۶. علل نقض آراء محاکم در موضوعات احوال شخصیه و مدنی در دیوان عالی کشور، تهران، ققنوس.
- ◀ \_\_\_\_\_ ۱۳۷۸. قانون مدنی در آئینه آراء دیوانعالی کشور، حقوق خانواده، تهران، فردوسی.
- ◀ بهجت، محمد تقی ۱۴۲۶. استفتائات، دفتر معظم له.
- ◀ جزایری، سید محسن. «کنترل جمعیت و عقیم‌سازی»، فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)، قم، دایرة المعارف فقه الاسلامی.
- ◀ حامدی، محمدرضا و مسعود مکارم ۱۴۲۴. تقریرات کتاب النکاح مکارم شیرازی، قم، مدرسه امام علی (علیه‌السلام).
- ◀ حرعاملی، محمد بن حسن. وسایل الشیعه، تهران، مکتبه الاسلامیه.
- ◀ حسینی غروی خوانساری نائینی، میرزا محمد ۱۳۷۳. منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، المکتبه المحمديه.
- ◀ حلی (محقق)، محمد بن حسن ۱۴۰۸. شرایع الاسلام، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- ◀ ساروخانی، باقر ۱۳۷۶. مقدمه‌ای بر جامعه‌شناسی خانواده، تهران، سروش.
- ◀ شبیری زنجانی، سید موسی ۱۴۱۹. کتاب نکاح، مؤسسه رأی‌پردازان.
- ◀ شورای عالی انقلاب فرهنگی ۱۳۹۲. جنگ جمعیتی ستیز صهیونیست‌ها علیه اقلیت‌ها.
- ◀ شهیدی، مهدی ۱۳۸۷. شروط ضمن عقد، تهران، مجد.
- ◀ شیرازی، سید صادق و قدرت الله انصاری ۱۴۲۹. موسوعه احکام الاطفال و ادلتها، قم.
- ◀ صفایی، سید حسین و اسداله امامی ۱۳۸۲. حقوق خانواده، میزان.
- ◀ طباطبائی بروجردی، حسین ۱۴۲۹. جامع الاحادیث، تهران، فرهنگ سبز.

فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده

- ◀ طوسی، محمدبن حسن ۱۴۰۷. الخلاف، قم، حوزه علمیه قم.
- ◀ عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی ۱۴۱۰. اللمعه الدمشقیة، بیروت.
- ◀ عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی ۱۴۱۳. مسالك الافهام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- ◀ عاملی (محقق ثانی)، علی بن الحسین ۱۴۱۴. جامع المقاصد فی شرح القواعد الاحکام، قم، مؤسسه آل‌ال‌بیت.
- ◀ عباسی شوازی، محمد جلال، بی‌بی رازقی نصرآبادی، مجید بهجتی، زهره اردکانی و محمد مهدی آخوندی. «دیدگاه زنان نابارور در مورد اهداء گامت در یک مطالعه موردی تهران»، باروری و ناباروری، (تابستان ۸۵).
- ◀ علی محمدزاده، خلیل ۱۳۹۳. سلامت باروری، چالش‌ها و راهبردهای مدیریتی، تهران، روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده.
- ◀ کاتوزیان، ناصر ۱۳۸۵. حقوق مدنی (خانواده)، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ◀ کلینی، محمدبن یعقوب ۱۴۰۷. الکافی، دارالکتب الاسلامیه.
- ◀ محقق داماد، مصطفی ۱۳۸۲. حقوق خانواده، مرکز نشر علوم اسلامی.
- ◀ موسوی خمینی، سید روح‌الله ۱۴۲۲. استفتائات، قم، حوزه علمیه قم.
- ◀ \_\_\_\_\_ سید روح‌الله. تحریرالوسیله، قم، دارالعلم.
- ◀ نراقی، احمدبن محمد ۱۴۲۲. رسائل و مسائل، قم.
- ◀ هاشمی شاهرودی، محمود و همکاران ۱۴۲۳. موسوعه فقه الاسلامی طبق‌المذهب اهل‌البیت علیهم‌السلام، قم، به نقل از القاموس المحيط ج ۴ ص ۲۱۵ و المعجم الوسیط.