



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، سال سوم، شماره چهارم، زمستان ۱۴۰۰

### تحلیل انتقادی صحت شرط عدم فرزندآوری و تأثیر اقتصادی آن در نکاح

هانیه صلاحی<sup>۱</sup>، منصور امیرزاده جیرکلی<sup>۲</sup>، رضا عباس پور<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری گروه آموزشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تربت حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت حیدریه، ایران.

۲. استادیار گروه آموزشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تربت حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت حیدریه، ایران.

۳. استادیار گروه آموزشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

#### چکیده

**زمینه و هدف:** شرط عدم فرزندآوری به‌عنوان واقعه حقوقی، از جمله شروط متصور ضمن عقد نکاح است. «تحلیل صحت شرط عدم فرزندآوری در عقد نکاح» تبیین حکم شرط عدم فرزندآوری در نکاح دائم و موقت.

**مواد و روش‌ها:** این تحقیق از نوع نظری بوده روش تحقیق به صورت توصیفی تحلیلی است و روش جمع‌آوری اطلاعات بصورت کتابخانه‌ای است و با مراجعه به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است.

**ملاحظات اخلاقی:** در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

**یافته‌ها:** شرط عدم فرزندآوری ممکن است در قالب شرط ترک فعل منعقد گردد. نسبت به صحت یا بطلان شرط مزبور با توجه به احترام به اراده طرفین و اقسام نکاح و همچنین سلب حقوق (کلی و جزئی - حق استمتاع، حق مادری) و مصالح فرد و جامعه و اقتضائات زمان بین فقهاء اختلاف است.

**نتیجه:** شرط عدم فرزندآوری در ضمن عقد نکاح موقت مورد پذیرش فقها و حقوقدانان است. این شرط در نکاح دائم، به صورت جزئی و محدود به زمان، بلا اشکال می‌باشد اما به صورت دائمی، باطل و از دیدگاه برخی از فقها و حقوقدانان، مبطل عقد هم است. یکی از دلایل بچه‌دارنشدن زوجین، نگرانی از مسایل و مشکلات اقتصادی، است.

#### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۲۳۹-۲۲۷

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۴/۰۹

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰/۰۶/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۱۸

تاریخ انتشار: ۱۴۰۰/۱۱/۰۴

#### واژگان کلیدی:

شرط، ضمن نکاح، سلب حق

#### نویسنده مسوول:

منصور امیرزاده جیرکلی

آدرس پستی:

ایران، تربت حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تربت حیدریه، گروه آموزشی فقه و مبانی حقوق اسلامی.

تلفن:

۰۹۱۵۵۳۱۵۳۰۴

کد ارکید:

0000-0002-2433-4043

پست الکترونیک:

amirzadehj@yahoo.com

## ۱. مقدمه

فرهنگی، و نگرانی از مسایل اقتصادی، موجب کاهش رغبت نسل جوان به ازدواج مشروع و در نتیجه فرزندآوری شده است.

روشن است که در کشوری با رشد مناسب جمعیت، به جهت وجود تقاضا در داخل آن کشور همیشه بازار اقتصادی و مصرفی وجود دارد که می‌تواند زمینه‌ای برای رشد صنایع و در نتیجه رشد اقتصادی آن کشور گردد؛ در واقع وقتی تقاضا وجود داشته باشد به تبع آن امکان تولید، عرضه، رشد اقتصادی و تولید ثروت به وجود می‌آید.

علاوه بر این فرزندآوری و نیروی جمعیت در هر کشوری مساوی با شکل‌گیری نیروی کار گسترده‌تر در آن جامعه است و پیامد آن صنعتی پویاتر است که قادر خواهد بود بازار مصرفی داخلی و حتی خارجی را هدف قرار دهد و با تولید بالا، توسعه و پیشرفت را برای کشور به ارمغان آورد؛ به عنوان نمونه، جمعیت پویا در چین و برخی از کشورها باعث شده است که قدرت اقتصادی این کشورها روزافزون شود و این کشور بازارهای دنیا را یکی پس از دیگری به تسخیر خود درآورد. لذا پرداختن به این مسئله حاکی از اهمیت و ضرورت آن است. با توجه به اهمیت موضوع هدف ما عبارتند از؛ آشنایی با مفاهیم شرط در نکاح. تبیین شرط عدم فرزندآوری ضمن عقد نکاح، و تبیین صحت یا بطلان درج شرط عدم فرزندآوری با توجه به احترام به آزادی اراده طرفین و مصالح فرد و جامعه و اقتضائات زمان. سوال مطرح درج شرط عدم فرزندآوری در ضمن عقد نکاح توسط زوجین چه حکمی دارد؟ فرضیه این است که فقها با توجه به

امروزه طرح مسائل مهم زندگی مشترک توسط زوجین در قالب شروط (صفت، فعل، نتیجه) ضمن عقد نکاح بر کسی پوشیده نیست و شارع مقدس و قوانین موضوعه نیز تحت شرایطی (مبنی بر عدم مخالفت با شرع و اخلاق حسنه و نظم عمومی) بر این امر با توجه به احترام به اراده آزاد طرفین بر آن صحه گذاشته و تأیید نموده‌اند.

شرط عدم فرزندآوری از جمله شروط متصور ضمن عقد نکاح است که ممکن است به صورت «شرط صفت» ضمن عقد آمده باشد، مانند آنجا که توافق یا تصور اولیه در نکاح، بر نابارور بودن طرف مقابل بوده است. و شرط عدم فرزندآوری به صورت «شرط فعل» و به معنای درخواست ترک فعل از مشروط‌علیه باشد. از طرفی تصور شرط عدم فرزندآوری به صورت شرط صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چراکه شرط نتیجه، اشتراط تحقق اثر یک «عمل حقوقی» در ضمن عقد است درحالی‌که فرزندآوری، واقعه حقوقی است که نمی‌تواند در قالب شرط ضمن عقد نکاح آورده شود.

درج شروط ضمن عقد گرچه منوط به اراده طرفین است ولی نباید مخالف با مصالح فرد و جامعه باشد. دین اسلام به صراحت به مقوله نکاح مشروع و فرزندآوری و تربیت صحیح و توارث توجه نموده است. امروزه استمرار و استقرار نظام و حاکمیت اسلام منوط به توالد و تناسل و فرزندآوری صحیح است.

تأثیر فرهنگ بیگانه از طریق رسانه‌های جمعی و فضای مجازی و مشکلات اقتصادی- اجتماعی-

حق استمتاع، حق مادری) و مصالح فرد و جامعه و اقتضائات زمان بین فقهاء اختلاف است.

## ۵. بحث

### ۵-۱. شرط عدم فرزندآوری

شرط در لغت به معنی الزام چیزی و التزام به چیزی بیان شده است چنان که گفته شده: «شَرَطُ: وقع فی أمر عظیم: شرط چیزی است که وقوع امر بزرگی متوقف بر آن است» (سعدی، ۱۴۰۸، ۱۹۲۹) همچنین گفته شده: «الشَّرْطُ: کلّ حکم معلوم متعلق بامر یقع بوقوعه، و ذلک الأمر کالعلامة له» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۴۵۰). در فقه نیز معنی شرط، تعهد، و الزام و التزام است چنان که در بیع و مانند آن. الزام یعنی کسی را متعهد کنند به چیزی و التزام یعنی آن کس آن تعهد را بپذیرد «الإلزام و الالتزام إمّا مطلقاً، أو فی البیع...» (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۱، ۱۳۱). لذا حاکی از مطلق تعهد است و فرقی نمی‌کند که فرد خود را مستقلاً ملزم به پذیرش تعهد نماید یا این که در ضمن عقد لازمی این تعهد را پذیرا گردد که در این صورت به موجب لزوم عقد ملزم به ایفای تعهد می‌شود.

شرط عدم فرزندآوری عبارت است از این که؛ زوجین ضمن عقد نکاح متعهد شوند که از توالد فرزند برخوردار نباشند و زندگی مشترک را با توجه به این شرط ادامه دهند، نه این که از داشتن فرزند برخوردار نباشند؛ چرا می‌توانند در عین شرط ضمن عقد نکاح مبنی عدم توالد، از داشتن فرزند خوانده محروم نباشند. برخی از محققین معتقدند شرط ماهیت مستقل ندارد و وابسته به عقد است و افزون

اقتضائات زمان درج شرط عدم فرزندآوری ضمن عقد نکاح نمی‌پذیرند. در مورد پیشنهاد تحقیق مواردی وجود دارد از جمله مقاله (روشن و جهان تیغی، ۱۳۹۷) مبنی بر «وضعیت فقهی و حقوقی شرط عدم توالد و تناسل ضمن عقد نکاح» ضمن بیان یکی از آثار عقد نکاح مبنی بر توالد و تناسل، چنین نتیجه گرفته‌اند که استثناء بر حدیث «المومنون عند شروطهم» شرط عدم اباحه و عدم استحباب توالد است که با توجه به عبارت «لشرط لیس بمشرع» مخالف مبانی فقهی است و صحیح نمی‌باشد اما نکاح به‌طور اعم و شرط عدم فرزندآوری به‌صورت مطلق و محدود مورد نظر محققان نبوده.

### ۲. مواد و روش‌ها

این تحقیق از نوع نظری بوده روش تحقیق به‌صورت توصیفی تحلیلی است و روش جمع‌آوری اطلاعات به‌صورت کتابخانه‌ای است و با مراجعه به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است.

### ۳. ملاحظات اخلاقی

در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

### ۴. یافته‌ها

شرط عدم فرزندآوری ممکن است در قالب شرط ترک فعل منعقد گردد. نسبت به صحت یا بطلان شرط مزبور با توجه به احترام به اراده طرفین و اقسام نکاح و همچنین سلب حقوق (کلی و جزئی) -

اما در یک تقسیم‌بندی کلی، شرط به دو دسته، شرط صحیح و شرط باطل (فاسد) منقسم می‌شوند. گرچه شرط نامشروع از شروط باطل است اما موجب بطلان عقد نمی‌شود (شهیدی، ۱۳۹۱، ۱۰۱). ضمن این‌که قانون مدنی شرط را در انواع فعل، صفت و نتیجه بیان نموده است.

## ۵-۲. نکاح

نکاح، مصدر نکح ینکح به معنی وطی و همبستری (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۱۴، ۲۷۹؛ جوهری، ۱۴۰۷، ۱، ۴۱۳) یا «... و هو البضاع. النکاح یكون العقد دون الوطء. یقال نکحتُ: تزوجتُ: ... و آن عبارت است از بضاع و عقد نکاح منعقد می‌شود بدون این‌که منجر به نزدیکی شود و گفته شده نکحتُ: یعنی تزویج نمودم تو را» (ابن فارس زکریا، ۱۴۰۴، ۵، ۴۷۵) و «النکاح: البلوغ، و «... بلغوا النکاح...» (نساء/۶) آی الحلم» و نکحت: المرأة: المرأة: تزوجها (سعدی، ۱۴۰۸، ۳۶۰). در خصوص اینکه نکاح، حقیقت در وطی است یا حقیقت در عقد؛ یا اینکه مشترک لفظی بین عقد و وطی می‌باشد بین فقهاء اختلاف است چنان‌که برخی معتقدند با توجه به این‌که لفظ نکاح در کلام الله، اغلب در قالب عقد استعمال شده است قائل بر این هستند که در اصطلاح شرعی در عقد شایع است (محقق ثانی، بی‌تا، ۷، ۱۲). برخی هم قائل بر این هستند که «...فلیس (النکاح) حیث لا النقل و التسلیط علی البضع و اثبات السلطنه علیه: نکاح چیزی نیست جز نقل و تسلیط زوج بر بضع و اثبات سلطنت و قدرت بر آن (بضع)» عده‌ای دیگر نکاح را به دلیل این‌که تمام علائم و

بر شرایطی که خود برای صحت و اعتبار حقوقی دارد از جهت وابستگی به عقد مشروط نیز وجود و عدم شرایط صحت و اعتبار عقد در شروط تأثیر ندارد. اما در صورتی که عقد مشروط یکی از شرایط صحت خود را دارا نباشد عقد باطل است و شرط به تبع آن باطل خواهد بود (شهیدی، ۱۳۹۱، ۱۰۱). همچنین محققین در چهارچوب الزام و التزام نسبت به تعهدات فرعی ضمن عقد شروط را به سه دسته تقسیم کرده‌اند. ۱- شروطی که در خود عقد صراحتاً یا ضمناً گنجانده شده است. ۲- شروطی که قبل از عقد مورد توجه طرفین بوده و عقد مبتنی بر آن‌ها منعقد شده است. ۳- شروطی که در عقد گنجانده نشده و عقد مبتنی بر آن‌ها نیست بلکه مجرد تعهد و التزام یک طرف در مقابل دیگری است. دسته اول در اصطلاح برخی از فقهاء مانند (انصاری، ۱۴۱۵، ۲۸۲؛ نائینی، ۱۳۷۳، ۲، ۱۲۳) به شرط ضمن عقد معروف است «یلتزم به فی متن العقد...» و دسته دوم یعنی شروط بنایی نیز به همین دسته ملحق شده و فقهای مذکور این دو دسته را بر اساس روایت معروف «المؤمنون عند شروطهم» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۱۸، ۱۶) و دیگر ادله فقهی معتبر الزام‌آور می‌دانند. اما اعتبار و الزام‌آوری شروط دسته سوم که شروط ابتدایی نامیده شده‌اند شدیداً مورد انکار و تردید برخی از فقهای امامیه (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۱، ۵۳) واقع شده است. از دیدگاه فقهای امامیه هر شرطی که در ضمن عقد نیامده و یا عقد مبتنی بر آن نباشد و به طور کلی شروط و تعهدات مستقل، شروط ابتدایی تلقی می‌شوند.

نشانه‌های شناخت حقیقت از مجاز را دارا می‌باشد حقیقت در عقد و مجاز در وطی دانسته‌اند (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷، ۳، ۶۴). چنان‌که دیدیم در بین اقوال اهل لغت و فقهاء در استعمال اصل نکاح مبنی بر این‌که نکاح را حقیقت در وطی و هم‌بستری بیان کرده‌اند طبق نظر این گروه و مقتضای کلام ایشان؛ درج شرط عدم فرزندآوری به دلیل مخالفت با مقتضای ذات عقد، صحیح نخواهد بود و اگر قائل به دیدگاه دوم و مقتضای کلام ایشان باشیم که نکاح، حقیقت در عقد است شرط عدم فرزندآوری، مخالف مقتضای ذات نکاح نبوده و درج این شرط در نکاح، صحیح خواهد بود.

### ۵-۳. عوامل شرط عدم فرزندآوری

#### ۵-۳-۱. عزل

اولین عامل در شرط عدم فرزندآوری عزل است. عزل ریختن منی در خارج از رحم زن توسط شوهر است. فقهاء عزل در متعه را «جایز» دانسته‌اند. «يجوز العزل للمتمتع و لا يقف على اذنها» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲، ۲۷۰ و ۳۰۶). «يجوز العزل من دون اذنها في المنقطع» (امام خمینی، ۱۳۹۰، ۲، ۲۹۱) و در این قول اجماع دارند از اجماع فقهاء مبنی بر جواز عزل و نتیجه عزل که عدم فرزندآوری است می‌توان نتیجه گرفت که حاصل عزل در متعه وجود تراضی است و شرط عدم فرزندآوری در متعه، جایز است.

اما مسئله عزل در نکاح دائم اختلافی است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ۶۰). چنان‌که برخی از فقهای معاصر به‌طور مطلق قائل به عدم جواز (امام

خمینی، ۱۳۹۰، ۲، ۲۹۱) و برخی از متقدمین عدم جواز را مقید به عدم شرط در مورد زوجه آزاد دانسته‌اند (شهید اول، ۱۴۱۰، ۱۶۰) و «العزل من الحره لایجوز الا برضاها فمتی عزل بغیره رضاها اثم» (طوسی، ۱۴۰۷، ۴، ۳۹۵) به‌نظر می‌رسد دیدگاه آخر مبنی بر حرمت عزل، خارج از ما نحن فیه است؛ چراکه در آن سخن از عزل بدون تراضی است ولی بحث ما در توافق زوجین برای عدم فرزندآوری است. عزل از زوجه آزاد مادامی‌که شرط نشده باشد حرام و طبق نظر برخی مکروه است و قول دوم اشبه به ادله می‌باشد. «العزل عن الحره اذا لم يشترط في العقد و لم تأذن قيل: هو محرم و قيل هو مکروه و هو اشبه» (کلینی، ۱۳۶۷، ۵، ۵۰۴). این نظر نیز خارج از بحث است؛ چراکه باز هم توافق زوجین در آن مطرح نیست.

مشهور، فقهای امامیه (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۷، ۶۴؛ طوسی، ۱۴۰۰، ۷، ۸۲؛ ابن براج، ۱۴۰۶، ۲، ۲۲۳؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ۲، ۶۰۷؛ یزدی، ۱۴۱۷، ۵، ۴۹۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲۱۴) قول به «کراهت» را پذیرفته‌اند. طبق این نظر شرط عدم فرزندآوری که نتیجه عزل است شرط باطلی نخواهد بود. اما با مذاقه در مباحث مربوط به عزل، سخن از عزل برای همیشه و تمام طول زندگی نبوده؛ چراکه با فلسفه و آثار نکاح دائم که تشکیل خانواده و تناسل و تولید نسل است همخوانی ندارد؛ از دیگر سو حکم به کراهت عزل از زوجه در شرایطی بوده که چند همسری رواج داشته و نتیجه عزل، بی‌فرزند ماندن زوج به‌طور مطلق نبوده است؛ لکن امروزه که تک همسری، به‌صورت قاعده‌ای

عرف پسند جلوه نموده و متداول گشته، عزل برای همیشه با تسلط و بهره‌وری جنسی زوجین و اثر تشکیل خانواده در نکاح دائم منافات خواهد داشت. ضمن این‌که در فقه امامیه شروط تحریم حلال جزء شروط باطل محسوب شده است.

از بعد حقوقی نیز شارحین قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه امامیه و ماده ۹۵۹ توافق بر شرط عدم فرزندآوری را از مصادیق کلی سلب حق دانسته‌اند و اظهار داشته‌اند که با توجه به مفهوم مخالف ماده مزبور سلب جزئی حق اجرای قسمتی از حقوق مدنی جایز است (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۴، ۳۰). بنابراین توالد حقی کلی است و تنها سلب حق اجرای آن به صورت جزئی (مثلاً برای مدت محدود) می‌تواند حکم جواز بگیرد.

### ۵-۳-۲. استمتاع جنسی

از دیگر عوامل و شرایط فرزندآوری استمتاع جنسی است. استمتاع به معنای لذت بردن جنسی از راه مشروع، یا نامشروع از طریق آمیزش، بوسیدن، نگاه کردن، لمس نمودن و به معنای منفعت بردن و لذت بردن از چیزی می‌باشد (مصطفوی، ۱۳۶۸، ۱۱، ۱۴). استمتاع بر دو قسم حلال و حرام می‌باشد که استمتاع حلال شامل واجب، مستحب، و مکروه است و استمتاع حرام که شامل حرمت ذاتی و عرضی می‌شود. فارغ از تقسیمات استمتاع باید دانست که استمتاع از جمله حقوق شوهر بر زن است که در صورت تعارض آن با دیگر تکالیف، حق استمتاع مقدم می‌شود.

فقهاء نسبت به شرط عدم تمتع جنسی در نکاح موقت، با اختلاف نظر کمتری مواجه هستیم؛ چراکه غرض از نکاح موقت توالد و تناسل نیست و بهره‌وری جنسی به غیر وطی نیز حاصل می‌شود. فلذا اشتراط عدم وطی، مخالف مقتضای ذات عقد نکاح موقت نیست (محقق ثانی، بی‌تا، ۱۳، ۳۹۲) اما در خصوص شرط عدم تمتع جنسی در نکاح دائم برخی گفته‌اند که «مبیح وطی، عقد است در صورتی که شرط عدم مقاربت شود شرط، مانع می‌شود که عقد، اثر خود را بگذارد. با رضایت زن، مانع از بین می‌رود. با برطرف شدن مانع، مقتضای اثر خود را خواهد گذاشت و مقاربت، مباح خواهد شد. این نشان می‌دهد که با عقد، اباحه مقاربت وجود داشته و اذن، فقط مانع را برطرف می‌کند» در عین این‌که برخی از معاصرین شرط مزبور را صحیح دانسته‌اند (امام خمینی، ۱۳۹۰، ۲، ۳۰۳).

این عده معتقدند که نه تنها شرط مزبور مخالف نصوص شرعی نیست بلکه منافی با مقتضای عقد نکاح نیست؛ زیرا غرض نکاح، منحصر به جماع نمی‌شود و این شرط، تنها باعث می‌شود عقد نتواند اثر خود را بگذارد (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۴، ۵۳۴).

در مقابل برخی معتقدند زوجین نمی‌توانند شرط کنند نکاح دائم منجر به تمکین خاص نشود؛ چون مقتضای عقد دائم، داشتن خانواده و تولید نسل است و این شرط، برخلاف مقتضا و آثار عقد و باطل و مبطل عقد خواهد بود (طوسی، ۱۳۸۷، ۴، ۳۰۳ و ۳۰۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ۳، ۱۲۷؛ بجنوردی، ۱۳۷۷، ۴، ۲۱۶) این گروه مقتضای عقد را تسلط مرد بر زن در استمتاع می‌دانند و علت بطلان شرط

همچنین در مورد استفاده از دستگاه جلوگیری از بارداری اظهار می‌دارند: «در صورتی که موجب عقیم‌سازی شود مجاز نیست همچنان که جلوگیری دائمی از تولید نسل» حتی در مورد زن بارداری که مبتلا به جنون است در صورتی که بتوان پیش‌بینی نمود بیماری نامبرده پیش‌رونده است با توجه به امکان انتقال بیماری‌های روانی به جنین و همچنین عدم امکان مراقبت بیمار از فرزند نیز سقط جنین را جائز ندانسته‌اند (امام خمینی، ۲۸۴ و ۲۸۹ و ۲۸۱).

بنابراین اصل، مطلوبیت تکثیر نسل و فرزندآوری است. پس شرط عدم فرزندآوری نمی‌تواند بصورت دائم و مستمر مورد توافق واقع گردد؛ درج این شرط ضمن نکاح دائم تنها به صورت موقت و زمان محدود، صحیح خواهد بود.

#### ۴-۳-۵. تحریم حلال و سلب حق بطور کلی

برخی از فقهاء با ایجاد تمایز بین حق و حکم قائل بر این هستند که همه اقسام حق، قابل اسقاط بوده و حکم، مجعول شرعی است که رابطه و سلطه‌ای در پی ندارد (خوانساری، ۱۴۱۸، ۱، ۱۰۶) طبق قانون، هیچ‌کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق استحقاق یا اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب نماید (ماده ۹۵۹ ق.م. فلذا بر این اساس حق، قابل اسقاط است (محقق داماد، ۱۳۸۹، ۱، ۱۸ و ۱۹)، اما سلب حق به‌طور کلی، جایز نیست (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۴، ۳۰). گفته شده که سلب حق در فقه نه به صورت کلی یا جزئی بودن بلکه با عنوان «تحریم حلال» به منظور رفع اصل حکم اباحه انشاء

مزبور را عدم مشروعیت آن بیان کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۱۱۷).

از دیدگاه شارع مقدس و همچنین عرف، از آثار مهم نکاح دائم و تشکیل خانواده، تمتع جنسی و به‌دنبال آن فرزندآوری است؛ نه رفع امیال جنسی؛ چراکه برطرف نمودن غریزه جنسی با نکاح موقت نیز حاصل می‌شود. در عصر حاضر که جلوه تک‌همسری مورد پذیرش عرف واقع شده حذف تمتعات جنسی از نکاح دائم با مفهوم عرفی آن، سازگار نیست. فلذا چنان‌چه شرط عدم فرزندآوری به‌گونه‌ای مطرح شود که زندگی مشترک هیچ‌گاه به تولید نسل و فرزندآوری منجر نشود شرط، باطل و حتی مبطل عقد خواهد بود.

#### ۵-۳-۳. وازکتومی

بستن لوله‌های منی بر در مردان «وازکتومی» و لوله‌های منی بر در زنان «توبکتومی» که موجب عقیم‌سازی دائمی می‌شود دارای اشکال و در پاسخ به استفتایی مبنی بر؛ «جواز شرعی برای بستن لوله‌ها جهت کنترل موالید و جلوگیری از رشد غیرمترعارف جمعیت، که عنوان ثانوی داشته و با از بین رفتن ضرورت قابل لغو است یا خیر»، بیان داشته: «در صورتی که ضرورت فردی یا اجتماعی طبق تشخیص متخصصان مورد اعتماد، اقتضا کند مانعی ندارد در غیر این صورت جایز نیست» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ۲، ۶۱۳).

بستن لوله‌های رحم برای جلوگیری از حامله شدن چه صورتی دارد «اگر موجب نازایی دائمی نشود اشکال ندارد» (امام خمینی، ۱۳۷۲، ۳، ۲۸۲).

طرفین یا یکی از ایشان را از یک حق طبیعی بطور کلی و برای همیشه محروم می‌سازد.

#### ۵-۴-۱. شرط عدم فرزندآوری به مدت موقت

برداشت اولیه از شرط عدم فرزندآوری در نکاح، شرط عدم تمکین به معنای خاص نیست. گاهی زوجین به دلایلی شرایط و توانایی نگهداری از فرزند را برای مدتی ندارند و ضمن عقد نکاح توافق می‌کنند تا مدتی از اقدام به فرزندآوری جلوگیری نمایند. این شرط به استناد «اصل صحت» و «وجوب وفای به عهد» شرطی صحیح محسوب می‌شود. در ماده ۹۵۹ ق.م.، حق تمتع از مصادیق حکم شرعی است (محقق داماد، ۱۳۸۹، ۲۷۱) حق تمتع و حق استیفاء، حق مدنی قابل انتقال و اسقاط نیست بلکه حکم قانونی و از جوائز شرعی است. مفهوم مخالف ماده ۹۵۹ ق.م. دلالت بر جواز سلب جزئی حق دارد (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۴، ۳۰). مثلاً زوجین می‌توانند برای مدت پنج سال در مورد شرط عدم فرزندآوری توافق کنند. البته درج این شرط حتی به صورت محدود نیز، نباید فرصت فرزندآوری را از زوجین بگیرد؛ چراکه ممکن است حق فرزندآوری را برای همیشه از دست بدهند. نهایت این که فرزندآوری حق مدنی نیست که قابل اسقاط باشد بلکه حق تمتع از حق مدنی و جواز شرعی است و قابل سلب و اسقاط نیست بلکه تنها محدود به سلب اجرای حق به صورت جزئی است.

شده برای موضوع کلی ثابت، بیان شده است (شهیدی، ۱۳۷۵، ۱۸۳). در حق و حکم، زمام اختیار در فعل و ترک به دست مکلف است که وی در عمل به فعل جایز مختار است و می‌تواند فعل جایز را انجام دهد یا ندهد لکن زمام وجود حکم، اختیاری و به دست مکلف نیست؛ بدین معنی که نمی‌تواند آن را از خود سلب نماید و فی‌المثل اباحه مباحات را از بین ببرد (گرچی، ۱۳۶۴، ۷). بنابراین اباحه و جواز فرزندآوری بعد از نکاح را نمی‌توان با توافق، برای همیشه از خود سلب نمود؛ زیرا در این صورت در شمار مصادیق تحریم حلال قرار خواهد گرفت.

#### ۵-۴. صور مختلف شرط عدم فرزندآوری

هدف از نکاح موقت، فی‌الواقع داشتن خانواده و فرزند نیست. طرح شرط عدم فرزندآوری در نکاح موقت از باب تأکید و از مصادیق سلب جزئی حق است که بلاشکال به نظر می‌رسد؛ بنابراین در نکاح موقت، درج شرط عدم فرزندآوری، خلاف شرع و قانون نیست؛ مگر این که مدت نکاح موقت به قدری طولانی باشد که در عرف مانند نکاح دائم محسوب شود. به عنوان مثال حکم نکاح موقت نود و نه ساله، صحیح است و حکم عقد دائم را ندارد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ۱، ۴۰۹) شرط عدم فرزندآوری از مصادیق سلب حق به طور کلی و تحریم حلال و بلکه باطل خواهد بود در عین این که در نکاح دائم، شرط مزبور در صورتی که برای همیشه در زندگی مشترک شرط شود، صحیح نخواهد بود؛ چراکه

**۵-۴-۲. شرط عدم فرزندآوری دائمی**

اگر کسی بگوید من حق خرید یا فروش یا اجاره کردن را از خود سلب می‌کنم باطل است؛ ولی اگر بگوید من تعهد می‌کنم از جواز شرعی خود در مورد تمتع استفاده نکنم معنای سلب حق مدنی ندارد و صحیح به نظر می‌رسد. تعهد عدم استفاده از جواز شرعی به‌طور مطلق و کلی و در اصطلاح، شرط تحریم حلال، باطل است (محقق داماد، ۱۳۸۹، ۲۷۱). بنابراین فرزندآوری به‌طور کلی قابل سلب نیست؛ چرا که فرزندآوری یعنی مشروعیت صاحب فرزند شدن؛ و اگر به این صورت مطرح شود که زوجین به صورت دائم و برای همیشه صاحب فرزند نشوند و حلالی را بر خود حرام سازند، قطعاً از مصادیق سلب حق به‌طور کلی و تحریم حلال باطل بوده و قابلیت اجرایی نخواهد داشت. پس در نکاح دائم، چون مقتضای عقد، داشتن خانواده و تولید نسل است این شرط، برخلاف مقتضا و آثار عقد و در نتیجه، باطل و مبطل عقد نکاح خواهد بود (بجنوردی، ۱۳۷۷، ۴، ۲۱۶).

**۵-۵. ضمانت اجرای تخلف از شرط**

در خصوص ضمانت اجرای تخلف از شرط مزبور باید گفت که؛ گرچه طبق قاعده شرط و دیدگاه فقهاء وفای به شرط ضمن عقد لازم است، اما طبق ضابطه کلی و مصالح فرد و جامعه، وفای به شرط در صورتی لازم می‌آید که شرط صحیح باشد و الا لغو خواهد بود. لذا همچنان که بررسی نمودیم، شرط عدم فرزندآوری طبق ضوابط کلی صحیح نیست و فاقد ضمانت اجرا می‌باشد. در صورتی هم که متمایل به

صحت شرط مذکور باشیم مدت آن محدود خواهد بود که موثر در مقام نیست.

**۶. نتیجه**

امروزه طرح مسائل مهم زندگی مشترک توسط زوجین در قالب شروط ضمن عقد نکاح امری متداول است که این امر با احترام به آزادی اراده افراد البته تحت شرایطی مورد تأیید نصوص شرعی و قوانین موضوعه نیز می‌باشد. باید توجه داشت که از نتایج اقتصادی فرزندآوری، تقاضای بیشتر، تحریک بیشتر و رشد و توسعه اقتصادی بیشتر است. نیروی جوان و فرزندآوری بیشتر در هر کشور یعنی نیروی کار بیشتر که تأثیر مستقیم بر اقتصاد آن جامعه دارد. یکی از دلایل کاهش رغبت نسل جوان به ازدواج مشروع و همچنین بچه‌دارنشدن زوجین، نگرانی از مسایل و مشکلات اقتصادی، است.

فرزندآوری واقعه حقوقی می‌باشد. شرط عدم فرزندآوری از جمله شروط متصور ضمن عقد نکاح است که ممکن است به‌صورت شرط ترک فعل ضمن عقد مزبور درج گردد. درج شروط ضمن عقد گرچه منوط به اراده طرفین است اما نباید مخالف مصالح فرد و جامعه باشد. فقها قائل به صحت چنین شرطی به‌طور دائم نمی‌باشند. با این حال با توجه به عرف رایج در جامعه شرط عدم فرزندآوری در نکاح موقت مطلقاً صحیح ولی در نکاح دائم، منوط به‌مدت محدود و معین است. استفاده از روش‌های دائمی عقیم‌سازی به‌منظور عدم فرزندآوری از مصادیق سلب حق به‌طور کلی و

تحریم حلال می‌باشد. ضمن این که فرزندآوری علاوه بر این که از آثار حق تمتع جنسی و غیر قابل اسقاط است مورد حمایت مقنن نیز می‌باشد. گرچه در بازه زمانی خاصی با توجه به اقتضات زمان، استثنائی بر اصل مطلوبیت تکثیر نسل و فرزندآوری مطرح شد، اما با تغییر اقتضات زمانی، جامعه محل اجرای سیاست کنترل جمعیت نیست.

#### **۷. سهم نویسندگان**

کلیه نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

#### **۸. تضاد منافع**

در این پژوهش هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

## منابع

- قرآن مجید
- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰.
- ابن برّاج، عبدالعزیز، المهذب، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۶.
- ابن فارس زکریّا، احمد، معجم مقائیس اللغه، چاپ اول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴.
- امام خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، چاپ سوم، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۹۰.
- امام خمینی، سید روح الله، استفتاءات، چاپ اول، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۲.
- امام خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، چاپ اول، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۲۱.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، المکاسب، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵.
- بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیّه، چاپ اول، قم، نشر الهدی، ۱۳۷۷.
- بحرانی، یوسف، حدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره. چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغه و صحاح العربیّه، چاپ چهارم، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۴۰۷.
- حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، چاپ اول، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۹.
- خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۸.
- راغب اصفهانی، محمد، المفردات فی غریب القرآن، چاپ اول، دمشق، دار القلم، ۱۴۱۲.
- روشن، محمد، جهان تیغی، مجتبی، «آموزه‌های حقوقی گواه»، شماره یکم، ۱۳۹۷.
- سعدی، ابوجیب، قاموس الفقهی لغه و اصطلاحا، چاپ دوم، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۸.
- شهید اول (عاملی)، محمد بن مکی، اللمعه الدمشقیّه فی فقه الامامیه، چاپ اول، بیروت، الدار الإسلامیّه، ۱۴۱۰.
- شهید ثانی، زید بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، چاپ اول، قم، موسسه المعارف الإسلامیّه، ۱۴۱۳.
- شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، چاپ سوم، تهران، مجد، ۱۳۹۱.
- شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات حقوقی (حقوق مدنی، حقوق بازرگانی، حقوق کیفری)، چاپ اول، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۵.

- صفایی، سید حسین، قاسم‌زاده، سید مرتضی، اشخاص و محجورین، چاپ دوازدهم، تهران، سمت، ۱۳۸۴.
- طوسی، محمد بن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۰۰.
- طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المكتبه المرتضویه، ۱۳۸۷.
- طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷.
- فاضل لنکرانی، محمد، جامع المسائل، چاپ یازدهم، قم، نشر امیر، ۱۳۸۳.
- فخرالمحققین حلی، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، چاپ اول، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷.
- کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریر المجله، چاپ اول، نجف، المكتبه المرتضویه، ۱۳۵۹.
- گرجی، ابوالقاسم، «حق و حکم و فرق میان آن‌ها»، مجله مطالعات حقوقی و قضایی، شماره اول، ۱۳۶۴.
- محقق ثانی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، بی تا.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸.
- محقق داماد، سید مصطفی، «شرط فرزندآوری و یا عدم آن»، مجله فقه پزشکی، شماره دوم، ۱۳۸۹.
- محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.
- مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، چاپ اول، تهران، وزارت فرهنگ، ۱۳۶۸.
- مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح، چاپ اول، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۴.
- مکارم شیرازی، ناصر، استفتائات جدید، چاپ دوم، قم، مؤسسه علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۷.
- نائینی، محمد حسین، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، چاپ اول، تهران، المكتبه المحمدیه، ۱۳۷۳.
- یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی، چاپ اول، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷.



## Critical analysis of the validity of the condition of not having children and its economic effect on marriage

Haniyeh Salahi<sup>1</sup>, Mansour Amirzadeh Jirkoli<sup>2\*</sup>, Reza Abbaspour<sup>3</sup>

1. PhD Student in the Educational Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Torbat Heydariyeh Branch, Islamic Azad University, Torbat Heydariyeh, Iran.
2. Assistant Professor of Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law Educational Department, Torbat Heydariyeh Branch, Islamic Azad University, Torbat Heydariyeh, Iran.
3. Assistant Professor of Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law Education Department, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

**Article Type:** Original Research

**Pages:** 227-239

**Article history:**

**Received:** 30 Jun 2021

**Edition:** 2 Sep 2021

**Accepted:** 9 Nov 2021

**Published online:** 24 Jan 2022

### Keywords:

Condition, During Marriage, Deprivation of Rights

### Corresponding Author:

Mansour Amirzadeh Jirkoli

### Address:

Department of Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law Educational Department, Torbat Heydariyeh Branch, Islamic Azad University, Torbat Heydariyeh, Iran.

### Orchid Code:

0000-0002-2433-4043

### Tel:

09155315304

### Email:

amirzadehj@yahoo.com

### ABSTRACT

**Context and purpose:** The condition of not having children as a legal event is one of the imaginary conditions included in the marriage contract, the analysis of the validity of the condition of not having children in the marriage contract, the explanation of the ruling of the condition of not having children in permanent and temporary marriage.

**Materials and methods:** This research is of a theoretical type, the research method is descriptive and analytical, and the method of collecting information is library-based, and it was done by referring to documents, books and articles.

**Ethical considerations:** In all stages of writing the present research, while respecting the originality of the texts, honesty and trustworthiness have been observed.

**Findings:** The condition of not having children may be concluded in the form of the condition of giving up the verb. Regarding the validity or invalidity of the aforementioned condition, considering the respect of the will of the parties and the types of marriage, as well as the deprivation of rights (general and partial - the right to enjoyment, the right of mother) and the interests of the individual and society, and the requirements of the time, there is a difference between the jurists.

**Result:** The condition of not having children in a temporary marriage contract is accepted by jurists and jurists, but in a permanent marriage, this condition is partial and limited to a time without problems, and in a permanent form, it is a void condition, and from the point of view of some jurists and jurists, the contract is also invalid.

### Cite this article as:

Salahi H, Amirzadeh Jirkoli M, Abbaspour R. Critical analysis of the validity of the condition of not having children and its economic effect on marriage. *Economic Jurisprudence Studies* 2022-2023; *Review on New Researches of Jurisprudence and Law*.