

## شرط باروری در ضمن عقد نکاح و جایگاه آن در پیشگیری از کاهش نسل<sup>۱</sup>

بهنام قنبرپور\*

### چکیده

با کنترل غیراصولی رشد جمعیت در دهه‌های اخیر، بروز حادثه کاهش نسل و به تبع آن سالمندی عمومی و کمبود نیروهای فعال و جوان در کشور ما دور از انتظار نخواهد بود. هشدار جدی مقام معظم رهبری در مناسبت‌های مختلف گواه بر این سخن است. یکی از راهکارهای پیشگیری از این بحران می‌تواند ترویج و تبیین فرهنگ استفاده از «شرط ضمن عقد» در سند نکاحیه باشد. این مقاله به بررسی ماهیت و مقتضای عقد نکاح و نسبت آن با شرط فرزندآوری در ضمن عقد می‌پردازد.

**کلید واژه‌ها:** شرط ضمن عقد، شرط فرزندآوری، کاهش نسل.

## ۱- طرح مسأله

برخورداری از نعمت فرزند و تربیت اولاد شایسته یکی از آثار بنیادین ازدواج است که از دیرباز کانون توجه طرفین نکاح و خانواده‌ها بوده است؛ اما در دنیای معاصر با ترویج شعار: «دو فرزند کافیه» یا «فرزند کمتر زندگی بهتر» به همراه کنترل و تنظیم غیرکارشناسی رشد جمعیت، زوجین گاهی آگاهانه و به دلایل متعدد یکدیگر را از موهبت چندفرزندی در کانون خانواده محروم نمودند یا به تک‌فرزندی قناعت کرده یا به زندگی بدون وجود فرزند رضایت دادند؛ درحالی که پویایی و نشاط هر جامعه به نیروهای جوان آن بستگی دارد؛ بدون شک با ادامه این روند، در دهه‌های آتی کشور ما با بحران کاهش نسل و به دنبال آن تهدید امنیت و اقتصاد و ... مواجه خواهد شد.

ناگفته نماند پیشگیری از کاهش و اضمحلال نسل مستلزم تمهیداتی است؛ یعنی ابتدا باید شرایط ازدواج و امکانات رفاهی، شغلی و معیشتی جوانان را فراهم نمود و برای اشاعه فرهنگ الهی و ترویج سبک زندگی دینی آنان چاره‌ای اندیشید که پژوهش مستقلی را می‌طلبد؛ مع‌الوصف یکی از راهکارهای جلوگیری از کاهش نسل این است که زوجین آن را در هنگام عقد مطرح نمایند و با استفاده از شرط ضمن عقد آن را به یک الزام ضمانت آور قانونی تبدیل نمایند تا طرف مقابل برابر تعهد خود از این امر مهم استنکاف نرزد؛ زیرا تنها دلیل موجه طرح دادخواست قضایی از جانب زن با مرد از این طریق امکان‌پذیر است. اکنون این پرسش مطرح است که آیا شرط فرزندآوری و تعداد فرزندآوری حاصل از زندگی زناشویی در ضمن عقد نکاح نافذ است یا خیر؟ پاسخ صحیح به این سؤال مستلزم بررسی ماهیت و مقتضای عقد نکاح است.

هدف از این پژوهش، بررسی صحت و اعتبار شرط فرزندآوری در ضمن عقد نکاح است، همچنین محقق می‌کوشد جهت جلوگیری از کاهش نسل به زوجینی که به هر انگیزه‌ای قصد افزایش تعداد فرزند حاصل از عقد نکاح را دارند راه حلی قانونی ارائه دهد.

## ۲- اهمیت فرزندآوری

فرزندآوری از مهمترین آثار و انگیزه‌های ازدواج دایم به شمار می‌آید؛ به گونه ای که می‌توان آن را یکی از عوامل مؤثر در تحکیم بنیان خانواده تلقی نمود؛ از این رو دین اسلام نیز در آیات و روایات فراوان به این امر تأکید و ترغیب نموده است؛ چنانچه قرآن کریم علاوه بر برخی از مسایل فقهی راجع به حمل و وضع حمل و وجوب نفقه به زن پس از طلاق تا هنگام زایمان و رنج‌هایی که مادران طی این مراحل

متحمل می‌شوند به حکمت‌های فرزندآوری اشاراتی نموده است؛ به عنوان مثال پاره‌ای از آیات هدف از تشکیل خانواده را حفظ نوع بشر و تکثیر نسل می‌داند (نحل، ۷۲)؛ برخی آیات دیگر، فرزندآوری را مایه زینت زندگی و یار و مددکار انسان و قرارگرفتن فرزند در کنار مال و اموال را نشانه قدرت و توانمندی قلمداد نموده است (کهف، ۴۶) و در آیات دیگر، خداوند متعال، خودداری از ازدواج و فرزندآوری را به خاطر ترس از فقر و تنگدستی، نکوهش نموده است (انعام، ۱۵۱).

احادیث و روایات فراوانی وجود دارد که در آن به فضیلت تکثیر نسل و داشتن فرزندان بدون در نظر گرفتن موانع دیگر، سفارش و ترغیب شده است به عنوان مثال امام باقر (ع) از قول رسول خدا (ص) فرمود: "با دختر باکره ای که فرزند زیاد می‌آورد ازدواج کنید، اما با زن نازای زیبا ازدواج نکنید؛ زیرا من به فرونی جمعیت شما در روز قیامت بر امت‌ها مباحثات می‌کنم" (حر عاملی، ۱۴۱۲، ۲، ۵۴). در برخی روایات فرزندآوری مایه مباحثات و موجب تسبیح روی زمین معرفی شده است به این تعبیر که فرزند بیاورید تا آنان زمین را با ذکر لا اله الا الله سنگین نمایند (همان، ۲۱، ۳۵۷).

همچنین در روایات دیگر، از فرزند شایسته به عنوان نعمتی از نعمت‌های الهی و گلی از گل‌های بهشتی، جانشین پدر، استغفارگوی آنان در دنیا و موجب رحمت و آمرزش در حیات اخروی یاد شده است (همان).

علاوه بر این، پاره ای از روایات وجود فرزند را موجب توسعه اقتصادی و برکت در منزل می‌دانند (همان، ۲۰، ۴۴) چنانچه امام سجاد در این باره فرمود: "از سعادت مرد این است که فرزندی داشته باشد تا از آنها یاری جوید" (همان، ۲۱، ۳۵۸).

با این توضیح می‌توان گفت که فرزندآوری در متون دینی ما امر پسندیده و مطلوب تلقی شده است؛ از این رو نباید بی‌جهت به سبب ترس از فقر و محدودیت جغرافیایی و کثرت جمعیت و عوامل دیگر این مهم یا محدود کرد، چراکه بی‌توجهی به آن، نادیده گرفتن این دستور نبی اکرم (ص) «تناکحوا و تناسلوا» است (محدث نوری، ۱۴۰۸، ۱۴، ۱۵۴) همچنین با روح توحید و توکل مغایرت دارد و به نوعی سوءظن به خدا تلقی می‌شود و تردید در رازقیت خدا است چنانچه در آیات متعدد صریحاً سخن از روزی رسانی خداوند و گنجایش زمین فراخور تغذیه آفریدگان سخن به میان آمده است: "اگر مردم شهرها ایمان آورند و به تقوا گراییده بودند، قطعاً برکاتی از آسمان و زمین برایشان می‌گشودیم، ولی آنان ما را تکذیب کردند پس به کیفر دستاوردشان گریبان آنان را گرفتیم (اعراف، ۹۶).

پرواضح است با این همه آیات و روایات مؤکد بر فرزندآوری جهت جلوگیری از کاهش نسل باید تدابیر مناسبی اتخاذ نمود؛ خصوصاً در کشور ما که نرخ باروری روز به روز رو به کاهش است ترویج و تسهیل فرهنگ ازدواج و فرزندآوری اجتناب‌ناپذیر می‌باشد، لذا در این راستا یکی از راهکارهای مناسب در صورت فراهم بودن سایر شرایط و مقدمات فرزندآوری ایجاد الزام قانونی با استفاده از شرط عقد است؛ بنابراین برای پی بردن به صحت یا عدم صحت چنین شرطی در ضمن عقد و ارائه نظر منصفانه در این خصوص، نخست باید به تعریف مقتضای ذات عقد و رابطه آن با عقد نکاح بپردازیم.

### ۳- فرزندآوری و نسبت آن با مقتضای عقد نکاح

مقتضی (بالتفتح) اسم مفعول است از مصدر اقتضاء به معنی اثر یا مطلوب می‌باشد. مقتضی (بالکسر) اسم فاعل است به معنی مؤثر (عبدالرحمان، بی‌تا، ۳، ۳۳۳) و هر عامل مؤثری که در صورت عدم مانع بتواند منشأ اثر شود، مقتضی گویند؛ مثلاً آتش مقتضی حرارت است؛ یعنی اثر آتش حرارت است. یا شوری را اثر یا مقتضای نمک طعام گویند و محال است که نمکی شور نباشد؛ یعنی این اثر به عنوان ذات نمک از آن قابل انفکاک نیست.

بنابراین، مقتضای ذات هر عقد، نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفین به قصد حصول آن، عقد را منعقد می‌کنند؛ به عبارت دیگر، مقتضای ذات عقد، چنان به ماهیت عقد وابسته و ملازم با آن است که اگر به وسیله شرط گرفته شود، جوهره عقد نیز از دست می‌رود و در دید عرف یا قانون، موضوعی برای آن باقی نمی‌ماند؛ از این رو، تمام فقهاء و حقوق‌دانان، بطلان شرط خلاف مقتضای عقد را پذیرفته‌اند؛ برای مثال مقتضای عقد بیع، ملکیت است (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ۲، ۲۵۰؛ نایینی، ۱۳۷۳، ۲، ۱۱۲؛ نراقی، ۱۴۱۷، ۱۵۲)؛ لذا اگر کسی خانه خود را بفروشد با این شرط که خریدار مالک آن نشود، چنین شرطی خلاف مقتضای ذات عقد است و باطل می‌باشد.

اما برخی از آثار و لوازم عقد، چنان هستند که اگر عقد به صورت مطلق و بدون قید و شرط واقع شود، آثار مذکور نیز تحقق می‌یابند؛ یعنی اگر عقد، مشروط به شرطی یا مقید به قیدی واقع شود، از حالت اطلاق خارج می‌شود و مقتضی لوازم فوق، نخواهد بود، این دسته از آثار و لوازم عقد را مقتضای اطلاق آن گویند؛ لذا هیچ مانعی ندارد که برخلاف آن شرط شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶، ۲، ۴۱۸)؛ برای مثال: در عقد بیع

اگر راجع به محل تسلیم مبیع، سخنی به میان نیاید، اطلاق عقد، مقتضای تسلیم مبیع در محل انعقاد عقد است (شهید اول، ۱۳۶۸، ۷۱).

از مصادیق اطلاق عقد در نکاح می‌توان به مسأله مهر، نفقه و ارث اشاره کرد؛ مثلاً زوجین می‌توانند نکاح بدون مهر (مفوضه البضع) منعقد کنند؛ لذا عدم ذکر مهر در ضمن عقد، نکاح را باطل نمی‌کند.

### ۳-۱- تشخیص مقتضای ذات عقد

بی‌گمان از هر عقدی، آثاری چند حاصل می‌شود؛ اما یافتن جوهره‌ی عقد از میان آنها به عنوان مقتضای ذات عقد که محور تعهدات طرفین بوده، امری فنی و تخصصی است و نیازمند تدقیق فراوان می‌باشد.

قبلاً اشاره شد که هر عقدی یک اثر به عنوان مقتضای ذات عقد دارد؛ اما آثار بر آمده از اثر عقد را نباید مقتضای ذات عقد پنداشت؛ یعنی اثر عقد، خود به مراتب آثاری نیز دارد؛ که گاهی موجب اشتباه فقیه در تشخیص مقتضای ذات عقد در عقود چون نکاح می‌شود لذا اختلاف آرای فقیهان در این زمینه، ناشی از همین امر است.

به طور کلی معیار تشخیص مقتضای ذات عقد از دیدگاه فقیهان به شرح ذیل است:

۱- برخی از فقهاء، معیار تشخیص مقتضای هر عقد را به طرز فکر خاص مردم هر اجتماع و عرف می‌دانند؛ مثلاً عرف بیعی که در آن ملکیت و انتقال مبیع صورت نگیرد، بیع نمی‌شناسد؛ زیرا سازنده‌ی قالب‌هایی که مردم در درون آن به داد و ستد می‌پردازند، عرف است (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۵۲).

۲- بعضی دیگر، این مبناء را اثری می‌دانند که شارع مقدس یا قانونگذار بر عقد بار کرده است؛ یعنی آثاری را که شارع مقدس برای هر عقدی، من حیث هو، وضع نموده است، جزء مقتضای ذات عقد است و شرط خلاف آن باطل می‌باشد (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۱، ۴).

۳- جمعی از دانشیان فقه، برای تمیز مقتضای ذات عقد به مضمون و موضوع اصلی عقد و اثر مستقیم حاصل از انشاء عقد، روی آوردند؛ یعنی آنچه را که دو طرف معامله به طور صریح، اولاً و بالذات در هنگام عقد به قصد آن به صورت مشترک انشاء می‌کنند، جزء مدلول مطابقی عقد است و مقتضای ذات آن نامیده می‌شود (نابینی، ۱۳۷۳، ۲، ۱۱۲).

۴- گروه دیگری از فقهاء در تمیز مقتضای ذات عقد، به دو ملاک شرع و عرف توأماً متمسک شده‌اند؛ شیخ انصاری بیشتر از دیگران به این عقیده گرایش دارد (شیخ انصاری، ۱۳۷۰، ۳، ۲۸۱).  
به نظر می‌رسد هر یک از مبانی مذکور جدای از دیگری با ایراداتی مواجه است؛ زیرا بسیاری از امور در قراردادها صرفاً ساخته و پرداخته اداره‌ها و تراضی مشترک طرفین می‌باشد و هیچ سابقه‌ای در عرف ندارد؛ علاوه بر آن، اگرچه عقود معینی که امروزه در قوانین آمده دارای ریشه عرفی است؛ ولی حقوق چنان این نهادها را احاطه کرده است که دیگر به دشواری می‌توان عرفی بر آنها نهاد؛ به عبارت دیگر، آفریده‌های عرف در دنیای معاصر ماهیت حقوقی پیدا کرده است و جوهر نسخ هر عقد را جز به یاری قوانین نمی‌توان بازشناخت (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۳، ۱۷۶).

اما در خصوص جعل شارع به عنوان ملاک تشخیص مقتضای ذات عقد نیز اشکال شده است که در بسیاری از موارد در لسان شرع میان آثار لاینفک ذات عقد و سایر آثار و لوازم به صراحت تفکیکی دیده نمی‌شود؛ لذا در تشخیص این که آیا اثر لازمه مطلق عقد است یا لازمه اطلاق عقد همچنان مبهم باقی می‌ماند؛ علاوه بر این هر عقدی فی نفسه با قطع نظر از امضای شارع مقتضیاتی دارد به گونه‌ای که اگر هیچ شریعتی هم وجود نداشت، عقد مذکور این مقتضا را در پی داشت (موسوی خویی، ۱۴۱۲، ۳۰۶).  
در نتیجه می‌توان گفت علاوه بر دو معیار مذکور (عرف و شرع) اراده و خواست مشترک طرفین نیز در تعیین مقتضای ذات عقد نقش اساسی دارد؛ بر همین اساس به منظور تشخیص مقتضیات عقد، مفاد تراضی و انشای طرفین را بایستی مورد توجه قرار داد و هر آنچه را که طرفین به عنوان اساس و پایه‌های اراده‌شان ملحوظ داشته‌اند، مقتضای عقد دانست؛ این قول اخیر که به نظر می‌رسد به واقعیت نزدیکتر باشد مختار مرحوم نایینی است؛ ایشان که بر مبنای ملاک ابزاری اظهار نظر می‌کند، معیار تشخیص مقتضیات عقد را احراز مدلول مطابقی عقد با توجه به اراده مشترک متعاقدين می‌داند که در بررسی این خواست مشترک، باید به داوری عرف متوسل شد: «ان المناط لیس علی ملاحظه الاشخاص بل علی ما هو کذلک نوعاً بحسب ما یقتضیه العرف والعاده» (نایینی، ۱۳۷۳، ۲، ۱۱۳)؛ یعنی مناط و ملاک در تشخیص مقتضای ذات عقد، ملاحظه طرفین عقد با ضابطه شخصی نیست، بلکه مناط، احراز مقصود نوعی متعاملین بر حسب مقتضیات عرف و عادت است.

### ۳-۲- رابطه فرزندآوری با مقتضای ذات عقد نکاح

پیش از این اشاره شد که مقتضای ذات هر عقد اثری است که هدف و مضمون اصلی عقد را تشکیل

می‌دهد همانند ملکیت در عقد بیع به گونه‌ای که سلب آن از عقد بیع موجب بطلان عقد می‌شود؛ با این تفصیل می‌توان گفت که عقد نکاح مثل سایر عقود متعددی دارد که فرزندآوری یکی از آثار و حقوق مترتب بر نکاح است، اما آنچه مقتضای ذات عقد نکاح است و جوهره و مضمون اصلی عقد نکاح را شامل می‌شود زوجیت یا «حلیت بضع» است (عبدالحمید، ۱۴۰۴، ۲)؛ بنابراین فرزندآوری تنها یکی از مجموعه آثار برآمده از عقد نکاح است، اگرچه از اهداف و حکمت بنیادی ازدواج به شمار می‌آید «تناکوحا تناسلوا» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۰، ۵۴)؛ اما حکم نکاح دایر مدار آن نیست: «و الغرض من النکاح غیر منحصر فی الحماة و لاطلب الولد فان کان هواعظم غایاته» (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۴، ۵۳۶)؛ یعنی اهداف و مقاصد متعددی بر نکاح مترتب است که فرزندآوری و استماعات جنسی از بارزترین آثار آن به شمار می‌آید؛ چنانچه امام راحل (ره) در این زمینه فرمودند: اگر زوجه با زوج شرط نماید که اصلاً با او استمتاع نداشته باشد نیز شرط مخالف مقتضای عقد نخواهد بود؛ زیرا بعضی احکام شرعی و غرض‌های عقلایی بر ازدواج لحاظ می‌شود که در صحت عقد نکاح کفایت می‌کند همانند وصلت و داماد شدن با خانواده‌ای که شرعاً یا عرفاً خانواده شریف است یا غرض حاصل شدن محرمیت با خانواده‌ای است یا امور دیگری که غرض‌های عقلایی به آن تعلق می‌گیرد (موسوی خمینی، بی‌تا، ۵، ۱۸۷)؛ علاوه بر این، رخصت ضمنی عزل و جواز ازدواج با مرد عقیم و زن یائسه و خروج صفت عقم از دایره مجوز فسخ نکاح می‌تواند بهترین دلیل بر مدعا باشد. نتیجه این که فرزندآوری در ماهیت و ذات عقد نکاح لحاظ نشده است.

### ۳-۳- رابطه فرزندآوری با مقتضای اطلاق عقد نکاح

همان‌گونه که اشاره شد مقتضای اطلاق عقد آن چیزی است که عقد به حسب اطلاق خود یعنی در صورت عدم شرط و عدم تقیید به اموری مانند وصف و مکان و زمان مقتضی، آن است و امکان تغییر و تعدیل به وسیله شرط ضمن عقد نیز می‌باشد؛ یعنی اگر فرزندآوری مقتضای اطلاق عقد نکاح باشد در صورتی که عقد به صورت مطلق بدون قید شرط منعقد شود، هیچ یک از زوجین حق ندارد دیگری را از داشتن موهبت فرزند محروم کند مگر آن که خلاف آن را در ضمن عقد تصریح کنند. با این وجود، فقهاء درباره مقتضای اطلاق بودن باروری در رابطه با عقد نکاح دیدگاه‌های مختلفی به شرح ذیل ارائه نمودند:

### ۳-۳-۱- فرزندآوری حق زوج

عده‌ای از فقهاء فرزندآوری را از حقوق مسلم زوج نسبت به زوجه می‌دانند، یعنی زن حق ممانعت و جلوگیری از باروری را ندارد. آنان برای اثبات سخن خود به دلایلی هم استناد جستند:

الف- به زوج در مجامعت بازوجه، اجازه عزل ولو به صورت نهی تنزیهی داده شده است: «لاباس بالعزل عن المراه احره ان احب صاحبها و ان کرهت» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۰، ۱۵۱)؛ اما عزل کردن از جانب زوجه جایز نیست؛ زیرا اولاً؛ با وجوب تمکین زوجه از زوج منافات دارد ثانیاً؛ زوجه در خصوص نطفه مرد مانند اجنبی است یعنی حقی در آن ندارد ثالثاً؛ موجب پرداخت دیه را برای زن فراهم می‌کند. (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ۲، ۸۰۹).

ب- عده ای برای این که فرزندآوری را حق زوج تلقی کنند به آیه شریفه: «نساء کم حرث لکم فاتوا حرثکم انی شئتم» (بقره، ۲۳۳) تمسک نمودند، یعنی زنان شما کشتزارهای شما هستند، پس از هر جا و هر گونه که خواهید به کشتزار خود در آید، زن در این آیه به منزله مزرعه برای زوج تلقی شده است که تحت فرمان او قرار دارد و نمی‌تواند بدون اذن شوهر از فرزندآوری جلوگیری کند (مؤمن قمی، بی‌تا، ۵۸).

### نقد استدلال

در پاسخ به این مناقشه می‌توان گفت اگر چه حکم به رخصت ضمنی عزل در روایات شده است؛ اما با عقد نکاح برای زوجه نیز حقی ایجاد می‌شود، یعنی در عرف رایج کنونی هر زنی که ازدواج می‌کند شوق مادری او توقع وجود فرزند حاصل از ازدواج را به همراه دارد این همان شرط ضمنی (بنایی یا عرفی) است که می‌توان به منزله شرط در ضمن عقد تلقی نمود؛ علاوه بر آن، آیه شریفه مذکور هیچ ناظر به معنی مذکور نیست؛ بلکه در مقام بیان ترغیب انسان‌ها به ازدواج و توالد و تناسل است تا نوع بشر در زمین باقی بماند؛ چنانکه برخی از متخصصان دین اسلام به تبعیت از آیات و روایات هدف از نکاح دایم را انشاء صورت انسانی و تکثیر نسل می‌دانند نه صرف اطفای شهوت حیوانی (علامه طباطبایی، ۱۳۶۶، ۲، ۲۱۳؛ علامه حسن‌زاده آملی، ۱۳۸۰، ۴۳۸).

### ۳-۳-۲- فرزندآوری حق زوجه

برخی دیگر از فقیهان عقیده دارند که فرزندآوری مثل حق نفقه و مهر در عقد نکاح فقط به زوجه اختصاص دارد نه زوج. از پیروان این عقیده می‌توان به شهید ثانی اشاره نمود، ایشان و بسیاری از فقهاء



متقدم، حکمت اساسی عقد نکاح را در استیلا و فرزندآوری می‌داند؛ لذا ممانعت از آن را به هر طریقی با مقصود و هدف از نکاح و با غرض شارع، مغایر تلقی می‌کنند (شیخ طوسی، ۱۳۸۸، ۴، ۳۰۴)؛ به عنوان مثال شهید ثانی با بیان این جمله: «ان الحق فيه للمرأة» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۷، ۶۶)، زن را مستحق داشتن فرزند می‌داند و پیشگیری از فرزندآوری را توسط زوج مشمول نهی تحریمی می‌خواند.

### نقد استدلال

در نقد به این دیدگاه می‌توان گفت که فرزندآوری اختصاص به زوجه ندارد؛ زیرا اولاً: همانگونه که پیش از این بیان شد روایات متعددی بر جواز عزل زوج از زوجه وارد شده است ثانیاً: اگر حکم جلوگیری زوج از انعقاد نطفه حرمت باشد، چرا این حکم حرمت با توافق و رضایت زوجه و یا با شرط ضمن عقد از بین می‌رود؟ در حالی که توافق ضمن عقد نمی‌تواند غرض شارع را از بین ببرد و حرمت را به جواز تبدیل کند ثالثاً: به استناد قاعده تسلیط، زوج مالک نطفه خود هست و اصل سلطه انسان بر نفس خود اقتضاء می‌کند که زوج بر خلاف میل زوجه از انعقاد نطفه خود جلوگیری نماید؛ این قاعده اگر چه سلطنت در اموال را در بر می‌گیرد، ولی تسلط انسان بر نفس و حقوق خویش امری است که حسب بنای عقلاء و الغای خصوصیت از باب مناسبت حکم و موضوع ثابت است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶، ۲، ۳۷)؛ به عبارت دیگر، همانگونه که هر انسانی به استناد قاعده تسلیط بر اموال خود تسلط همه جانبه دارد به طریق اولی بر حقوق و منافع و همچنین اعضاء و جوارح خود نیز سلطه دارد؛ از این رو در خصوص فرزندآوری هم می‌توان گفت که زوج حق دارد مطابق قاعده تسلیط به طریقی از انعقاد نطفه خود در رحم زن امتناع ورزد، مگر اینکه شرط ضمن عقد یا شرط ضمنی بنایی و عرفی در میان باشد.

### ۳-۳-۳- فرزندآوری خارج از حق زوجین

از کلام برخی از فقهای معاصر مثل محقق داماد چنین برداشت می‌شود که فرزندآوری نه در مقتضای ذات عقد نکاح لحاظ شده است و نه در مقتضای اطلاق آن؛ به تعبیر دیگر در ذات و اطلاق ازدواج فی نفسه، فرزندآوری و یا عدم آن نهفته نیست، لذا بر پایه این نظر اگر عقد نکاح میان زوجین به طور مطلق و عاری از شرط استیلا منعقد گردد هر یک از زن و مرد حق ممانعت و جلوگیری از فرزندآوری را دارند و در این خصوص، طرح دادخواست قضایی محرومیت از فرزندآوری در دادگاه صالحه مسموع نخواهد بود (محقق داماد، ۱۳۸۹، ۲، ۲).

## نقد استدلال

به نظر می‌رسد استدلال مذکور قابل مناقشه باشد، زیرا اگرچه فرزندآوری در ذات و اطلاق عقد نکاح لحاظ نشده است؛ ولی این بدان معنی نیست که زوجین به راحتی بتوانند یکدیگر را از موهبت داشتن فرزند محروم سازند؛ چرا که فرزندآوری حاصل از عقد نکاح دایم در عرف رایج کنونی به صورت شرط ضمنی عرفی ثابت است، از این رو به استناد شروط ضمنی عرفی و بنایی می‌توان آن را به صورت مقتضای اطلاق عقد نکاح پذیرفت که خلاف آن نیاز به تصریح در ضمن عقد دارد.

### ۳-۳-۴- فرزندآوری حق طرفین

قول به صواب این است که فرزندآوری یک حق طرفینی و دو جانبه در عقد نکاح باشد؛ چنانچه قانون حمایت از خانواده همین دیدگاه را پذیرفته است؛ لذا ماده ۸ بند ۱۳ قانون مذکور مصوب سال ۱۳۵۳ می‌گوید: زن یا شوهر حسب مورد می‌توانند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نمایند و دادگاه در صورت احراز آن موارد، گواهی عدم سازش صادر خواهد کرد که یکی از موارد آن عقیم بودن هر یک از زوجین به تقاضای طرف دیگر است؛ همچنین در صورتی که زوجین از جهت عوارض و خصوصیات جسمی نتوانند از یکدیگر صاحب اولاد شوند از حق انحلال نکاح برخوردارند، علاوه بر این، ماده ۱۶ همین قانون در یکی از بندهای خود جواز اختیار همسر دوم را برای زوج منوط به عقیم بودن زن دانسته است.

این دیدگاه را می‌توان با دو دلیل ذیل نیز تقویت نمود:

الف- استناد به مفاد آیه ۲۳۳ بقره: «لاتتصار والده بولدها ولا مولود له بولده» هیچ مادری نباید به سبب فرزندش زیان ببیند و هیچ پدری نیز نباید به خاطر فرزندش ضرر ببیند؛ امام صادق (ع) در تفسیر این آیه شریفه فرمودند: جایز نیست مرد از آمیزش با همسر خود خودداری کند به این دلیل که از باردار شدن او بیم دارد و در مقابل هم اگر زن خواستار فرزند باشد شوهر حق ندارد او را از داشتن نعمت فرزند محروم کند (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۱، ۴۵۸؛ کلینی، ۱۴۰۷، ۶، ۱۰۳)؛ در نتیجه زن حق بچه دار شدن را دارد و جلوگیری مرد مشروط به رضایت زن است. از سوی دیگر برای شوهر نیز چنین حقی صادق است؛ زیرا حدیث مذکور حق یکسانی را برای هر دو آنان قایل شده است.

ب- همان گونه که پیش از این اشاره شد فرزندآوری حاصل از ازدواج دایم در فرهنگ و عرف جوامع کنونی به عنوان یک شرط ضمنی (عرفی- بنایی) تثبیت شده است؛ زیرا شرط ضمن عقد یا به نحو بیان به

صراحت و تراضی در عقد است یا از طبیعت و عرف و عادت به طور ضمنی استنباط می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۳، ۱۲۱)؛ اگر چه بسیاری از فقهاء در این زمینه اختلاف نظر دارند و معتقدند که شرط باید در ضمن عقد ذکر شود و مقترن با آن باشد تا لازم الوفاء گردد؛ از این رو به مفاد گفتگوهای قبل از عقد کمتر توجه نمودند (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ۳، ۲۸۲)؛ اما در حقوق ایران، قانونگذار برخلاف رویه از نظر غالب فقهاء متقدم پیروی نکرده و با وضع مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ قانون مدنی، شرط ضمنی عرفی و بنایی را نافذ و مشروع دانسته و در صورت تخلف از آن برای مشروط له حق فسخ قایل است؛ اگر چه این گونه شروط در متن عقد نیامده است، ولی در نظر دو طرف به عنوان یک شرط معنوی پذیرفته شده است و قسمتی از مفاد قرار داد را تشکیل می‌دهد «الثابت بالعرف کالثابت بالنص»؛ لذا مطابق قاعده تبعیت عقد از قصد «العقود تابعه للقصود» فرزندآوری در هنگام عقد مورد توجه زوجین قرار می‌گیرد؛ چنانچه معیوب نبودن هیچ یک از ثمن و مثنی و انصراف ثمن به نقد بلد در بیع مورد توجه متعاقدين است.

بر همین اساس در حال حاضر هر کسی که ازدواج می‌کند، علی‌الظاهر فرزندآوری را از شریک زندگی خود انتظار دارد، اکنون اگر با این تباری عرفی عقد، یکی از زوجین بخواهد به استناد قاعده تسلیط و جواز امتناع از انعقاد نطفه جلوگیری به عمل آورد و دیگری را از نعمت داشتن فرزند محروم سازد، بدون شک زندگی شریک خود را با عسر و حرج مواجه می‌سازد و عمل او تخلف از شرط ضمنی عرفی رایج در جامعه تلقی می‌شود، در نتیجه مقتضای اطلاق عقد نکاح فرزندآوری است و خلاف آن باید تصریح شود.

#### ۴- تعهد ضمن عقد

با توضیحات داده شده می‌توان گفت که یکی از راههای پیشگیری از کاهش نسل این است که حکومت اسلامی، قوه قضایه را ملزم سازد تا متصدیان ذی‌ربط یکی از بندهای سند نکاحیه را به شرط ضمن عقد در خصوص فرزندآوری و زمان و دفعات آن اختصاص دهند و زوجین را نسبت به حقوق و تکالیف خود آگاه سازند تا زوجین در صورت تمایل در آن قسمت تعهد نمایند.

با این وجود، اگر کسی اشکال کند که طبق قول برگزیده در این مقاله مبنی بر این که فرزندآوری اطلاق عقد نکاح است و به استناد شرط ضمنی (بنایی و عرفی) برای زوجین ثابت است اکنون چه لزومی دارد که امر مسلمی دوباره با استفاده از شرط ضمن عقد گردد؟ آیا این امر، تحصیل حاصل نخواهد بود؟ در پاسخ می‌توان گفت، وجود چنین شرطی در ضمن عقد نکاح ثمره عملی دارد از جمله این که:

اولاً؛ با شرط ضمن عقد می‌توان روی امر مهمی از آثار مطلوب عقد نکاح که فرزندآوری است تأکید نمود و طرف مقابل را ملزم به این تعهد کرد؛ به عبارت دیگر، زوجین از همان ابتداء با پذیرش مسؤولیت فرزندآوری با شریک خود پیمان می‌بندد و با آگاهی کامل وارد زندگی زناشویی می‌شود و از برخی مشاجرات و اختلافات احتمالی آتی در زمینه فرزندآوری جلوگیری خواهد شد، در غیر این صورت احتمال شانه خالی کردن از تعهد فرزندآوری برای طرفین وجود دارد.

ثانیاً؛ هدف از پژوهش حاضر ارائه راهکاری است که تا از تحدید نسل در کشور جلوگیری به عمل آید؛ لذا اگرچه فرزندآوری مقتضای اطلاق عقد نکاح و یک حق طرفینی و با شرط ضمنی بنایی و یا عرفی برای زوجین ثابت است؛ اما اگر طرفین در هنگام عقد نکاح نسبت به اصل فرزندآوری، زمان باروری و دفعات آن توافق ننمایند چه بسا احتمال سرپیچی از این مهم وجود داشته یا در نهایت با آوردن یک فرزند که مصداق بارز و قدر متیقن فرزندآوری است بسنده خواهد شد؛ به تعبیری دیگر سوء استفاده از حق، صورت خواهد شد و در نهایت این امر، کمکی به جلوگیری از کاهش جمعیت نخواهد کرد، چنانکه در حال حاضر تک فرزندی در خانواده یکی از معضلات کشور ما است و تبعات منفی آن در آینده ای نه چندان دور نمایان خواهد شد.

نتیجه این که اگر زوجین در خصوص تعداد فرزند بیش از یک نفر توافق نمودند در صورت وجود توان و استعداد باروری در هر دو، طرف مقابل نمی‌تواند ممانعت ورزد چون به موجب قواعد شرط هر یک از طرفین می‌تواند طرف دیگر را به مقتضای و مفاد شرط الزام نماید، در این صورت، زمینه طرح دادخواست قضایی مبنی بر الزام فرزندآوری مطابق توافق ضمن عقد در دادگاه صالحه وجود دارد، البته لازم به ذکر است این الزام در صورتی برای مشروط له متصور است که مشروط علیه از روی اختیار از آن سرپیچی کند؛ یعنی آمادگی و استعداد فرزندآوری را دارد؛ اما عمداً از آن امتناع می‌ورزد؛ لذا آنجایی که باروری در حیطه قدرت خدا هست و به هر عللی از اختیار فرد خارج باشد یا باروری برای زوجه ضرر جدی داشته باشد یا در اثر کهولت سن، قادر به فرزندآوری نباشد برای مشروط له حق الزامی وجود ندارد و طرح دادخواست قضایی وی مسموع نخواهد بود.

## ۵- نتیجه‌گیری و پیشنهاد

- ۱- فرزندآوری یکی از آثار نیکوی ازدواج است که آیات و روایات متعددی در فواید و فضیلت آن بیان شده است.
- ۲- فرزندآوری از منظر دین امری مطلوب و مستحب است، اما به لحاظ فقهی در مقتضای ذات عقد نکاح لحاظ نشده است؛ از این‌رو، عقم از جمله عیوب مجوز فسخ نکاح نیست؛ مگر آن که زوجین فرزندآوری را به صورت شرط صفت مقرر نموده باشند یا عقد نکاح را متبانیاً بر آن واقع سازند.
- ۳- در عرف معاصر فرزندآوری حاصل از عقد نکاح به صورت شرط ضمن عرفی یا بنایی ملحوظ است، از این رو فرزندآوری را در حال حاضر می‌توان به نوعی مقتضای اطلاق عقد تلقی نمود که خلاف آن نیاز به تصریح ضمن عقد دارد، یعنی هر شخصی که در شرایط عادی ازدواج دایم می‌کند در صورت وجود زمینه باروری و فرزندآوری داشتن حداقل یک فرزند را از شریک زندگی خود متوقع است.
- ۴- یکی از راهکارهای جلوگیری از کاهش نسل ایجاد تعهد به فرزندآوری با استفاده از شرایط ضمن عقد نکاح است، به این معنی که اصل فرزندآوری و زمان آن و حتی تعداد دفعات فرزندآوری را به وضوح در زمان عقد نکاح مطرح نمایند و با پیش بینی ضمانت اجرایی‌های مناسب طرف مقابل را به انجام مفاد تعهد ملزم نمایند در غیر این صورت زمینه استنکاف از فرزندآوری برای طرفین وجود دارد.
- ۵- پیشنهاد می‌شود: قوه محترم قضایی برای پیشگیری از اضمحلال نسل، دفترهای رسمی ثبت ازدواج را ملزم نماید تا با الحاق بندی در ذیل مباحث مربوط به شرایط ضمن عقد از قباله ازدواج، زوجین را به شرط فرزندآوری و چگونگی آن آگاه کنند تا در صورت تمایل نسبت به اصل فرزندآوری، فاصله زمانی آن و دفعات آن توافق و تعهد نمایند.

## ۶- فهرست منابع

۱. قرآن مجید.
۲. انصاری، مرتضی، {شیخ انصاری}، (۱۳۷۰)، المکاسب، دارالحکمه، قم.
۳. بحرانی، یوسف بن احمد، (۱۴۰۵)، الحدایق الناضره، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
۴. جبعی عاملی، زین الدین، {شهید ثانی}، (۱۳۴۳)، مسالک الافهام، مؤسسه معارف اسلامی، قم.
۵. جبعی عاملی، زین الدین، {شهید ثانی}، (۱۳۷۲)، الروضه البهیة، مکتب الاعلام اسلامی، قم، چاپ هفتم.

۶. حرعاملی، محمد بن حسن، (۱۴۱۲)، وسایل الشیعه، مؤسسه آل‌ال‌بیت (ع)، قم.
۷. حسن زاده آملی، حسن، (۱۳۸۰)، هزار و یک کلمه، مؤسسه بوستان، قم.
۸. حسینی مراغه‌ای، میرعبدالفتاح، (۱۴۱۷)، العناوین الفقهیه، جامعه‌ی مدرسین، قم، چاپ اول.
۹. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، (۱۴۰۹)، عروه الوثقی، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت.
۱۰. طباطبایی، سید محمدحسین، (۱۳۶۶)، تفسیر المیزان، بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی، قم.
۱۱. طبرسی (محدث نوری)، میرزا حسین، (۱۴۰۸)، مستدرک الوسائل، مؤسسه آل‌ال‌بیت، بیروت، چاپ اول.
۱۲. طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن، {شیخ طوسی}، (۱۳۸۸)، المبسوط، انتشارات حیدری، تهران، چاپ دوم.
۱۳. عبدالرحمان، محمود، (بی‌تا)، معجم المصطلحات و الفاظ الفقهیه، دارالفضیله، مصر.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، قانون مدنی، نشر میزان، تهران، چاپ هشتم.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۷)، قواعد عمومی قراردادها، برنا، تهران، چاپ سوم.
۱۶. کلینی، ابوجعفر محمدبن یعقوب، (۱۴۰۷)، الکافی، دارالکتب اسلامی، تهران.
۱۷. مجلسی، محمدباقر، (۱۴۰۳)، بحارالانوار، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
۱۸. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۹)، شرط فرزندآوری و یا عدم آن، فصلنامه فقه پزشکی، دوره دوم،

شماره دوم.

۱۹. محقق کرکی، علی، (۱۴۱۴)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، مؤسسه آل‌ال‌بیت (ع)، قم، چاپ اول.
۲۰. محمدبن مکی، {شهید اول}، (۱۳۶۸)، اللمعه الدمشقیه، انتشارات دارالفکر، قم، چاپ دوم.
۲۱. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۶)، القواعد الفقهیه، مدرسه امیرالمؤمنین امام علی (ع)، قم، چاپ چهارم.
۲۲. موسوی بجنوردی، محمد، (۱۳۸۶)، قواعد فقهیه، انتشارات مجد، تهران، چاپ اول.
۲۳. موسوی خمینی، روح‌الله، (۱۳۹۰)، تحریرالوسیله، دارالکتب العلمیه، قم، چاپ اول.
۲۴. موسوی خمینی، روح‌الله، (بی‌تا)، کتاب البیع، مؤسسه اسماعیلیان، قم.
۲۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۲)، مصباح الفقاهه، دارالهادی، بیروت، چاپ اول.
۲۶. مؤمن قمی، محمد، (بی‌تا)، کلمات سدید، جامع فقه اهل بیت، قم.
۲۷. نایینی، محمدحسین، (۱۳۷۳)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، مکتبه محمدی، تهران.
۲۸. نجفی، محمدحسن، (۱۳۶۶)، جواهرالکلام، دارالکتب الاسلامیه، تهران.
۲۹. نراقی، احمد، (۱۴۱۷)، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، دفتر تبلیغات اسلامی، قم.