

Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 16, Consecutive Number 35, Summer 2024
Issn: 2717-0330

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.

journal of
Studies in Islamic Law & Jurisprudence



An Analysis of the Enforcement of the Non-Childbearing Condition in Permanent Marriage

Vatani. Zahra^{1*} – **Zamanian. Masomeh²**

1: Assistant Professor in the Department of Jurisprudence and Law at the Imam Khomeini and Islamic Revolution Research Institute, Tehran, Iran (correspondence author): vatani@ri-khomeini.ac.ir

2: Master's Graduate, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Al-Zahra Faculty of Theology, Tehran, Iran.

Abstract: In the complex, multifaceted, and critical arena of marriage and family institutions, one influential factor in the quality and longevity of family life is the set of explicit or implicit conditions that spouses include in the marriage contract. By agreeing to these conditions and relying on the commitment of the other party not to breach them, couples enter into a shared life. In today's economic, cultural, and social context, the condition of not having children—whether for a specified period or permanently—and maintaining a two-person family has been incorporated into some marriage contracts and has captured the attention of some young people preparing for marriage. This study, setting aside the reasons why such an idea has arisen among those contemplating marriage and family formation, adopts a descriptive-analytical approach to explore the enforcement of this condition and the rights of the conditional party in cases where the condition is breached by the obligated party. By highlighting the ineffectiveness of general enforcement measures for conditions, this article argues that safeguarding this particular condition within the marriage contract depends on establishing contractual enforcement measures.

Key words: Enforcement, childbearing, breach of condition, marriage, conditional terms in contracts.

- Z. Vatani, M. Zamanian (2024). An Analysis of the Enforcement of the Non-Childbearing Condition in Permanent Marriage, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 16(35), 161-186.
[Doi: 10.22075/feqh.2023.28739.3410](https://doi.org/10.22075/feqh.2023.28739.3410)

فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۶ - شماره ۳۵ - تابستان ۱۴۰۳

صفحات ۱۶۱-۱۸۶ (مقاله پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۱/۰۷/۲۶ - بازننگری ۱۴۰۱/۰۹/۲۸ - پذیرش ۱۴۰۱/۱۰/۱۴

واکاوی ضمانت اجرای شرط عدم باروری در نکاح دائم

زهرا وطنی^۱ / معصومه زمانیان^۲

۱: استادیار گروه فقه و حقوق پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

۲: دانش آموخته کارشناسی ارشد، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات الزهراء، تهران، ایران.

چکیده: در مقوله پراهمیت، پرباتلا و ذوابعاد ازدواج و نهاد خانواده، یکی از مباحثی که در کیفیت و کمیت تداوم خانواده دارای اثر انکارناپذیر است، مسأله شروطی است که طرفین عقد نکاح به صورت صریح یا ضمنی در ضمن عقد مندرج نموده و با قبول آنها و اعتماد به تعهد طرف مقابل به نقض نکردن آنها، وارد زندگی مشترک می‌شوند. در شرایط اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی حاضر، شرط صاحب اولاد نشدن و دو نفره ماندن زندگی برای مدت مشخص یا به صورت دائم، در ضمن برخی عقود ازدواج محقق شده، مندرج گشته و ذهن و لسان بعضی جوانان در شرف ازدواج را اشغال نموده است. این نوشتار صرف نظر از دلایل پیدایش چنین ایده‌ای در ذهن راهیان مسیر ازدواج و تشکیل خانواده، با روش توصیفی - تحلیلی به کنکاش در ضمانت اجرای این شرط و اختیارات مشروطه له در مواجهه با نقض شرط از سوی مشروط علیه پرداخته و با نمایش ناکارآمدی ضمانت اجرای عمومی شروط، تضمین امنیت شرط مزبور در ضمن عقد نکاح را در گرو تعیین ضمانت اجرای قراردادی می‌داند.

کلیدواژه: ضمانت اجرا، فرزندآوری، تخلف از شرط، ازدواج، شرط ضمن عقد.

- وطنی، زهرا؛ زمانیان، معصومه (۱۴۰۳). واکاوی ضمانت اجرای شرط عدم باروری در نکاح دائم. مجله

مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان، شماره ۳۵، صفحات ۱۶۱-۱۸۶.

Doi: 10.22075/feqh.2023.28739.3410

مقدمه

فرزند آوری، زادآوری، باروری و تولید مثل واژگانی با قرابت معنایی و به دقت، هریک به جنبه‌ای اندکی متفاوت از دیگری می‌باشند، که در بسیاری از متون نیز مترادف دانسته می‌شود. فرزندآوری را برخی از فقها، حقوقدانان و صاحب‌نظران، مقتضای عقد نکاح (بحرانی،^۱ ۱۳۶۳: ۵۳۳/۲۴؛ عاملی، ۱۴۱۱: ۴۰۴/۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۶: ۳۲۸)، برخی مقتضای اطلاق عقد نکاح (امامی، ۱۳۶۶: ۳۶۹/۴)، برخی حکمت نکاح (ابن‌فهد حلّی، ۱۴۰۷: ۲۰۹/۳؛ غزالی، ۱۳۷۵: ۵۲-۵۱) یا یکی از حکمت‌های نکاح (نوری همدانی، بی‌تا: ۳۰/۳۳) یا یکی از اغراض شارع از نکاح (نراقی، ۱۴۲۹: ۷۶/۱۶) و برخی یکی از فوائد نکاح (کرکی، ۱۴۱۴: ۳۱۶/۱۲؛ شبیری، ۱۳۸۲: ۱۳۶۲/۴) می‌دانند. عقد نکاح نیز نسبت به شرط فرزندآوری ممکن است مشروط بدان، مشروط به عدم آن به صورت موقت یا دائم و یا مطلق (لابشرط) باشد. تحقیق پیش‌رو فرض دوم، یعنی اشتراط عقد نکاح به عدم فرزندآوری^۲ از سوی هریک از زوجین (در فرض پذیرش قول به صحّت این شرط) را از حیث ضمانت‌اجرا مورد واکاوی قرار می‌دهد. علی‌القاعده آراء علمای گروه اول، یعنی قائلین به مقتضای عقد بودن زادآوری از محتوای این تحقیق خروج تخصّصی دارد. چه این که در فرض ایشان، اساساً چنین شرطی باطل و حتّی مبطل عقد است. به بیان دیگر، پیش از ورود به بحث این توجّه ضروری است که ارباب رأی در ماهیّت و حقّ یا حکم دانستن فرزندآوری اتفاق نظر ندارند و تشخیص حقّ یا حکم و یا حتی دو وجهی بودن این مقوله، مشکل و نیازمند تحقیقی مستقلّ و خارج از گنجایش پژوهش حاضر و البته بسیار مؤثر بر این بحث است؛ به‌همین دلیل، این تحقیق بر مبنای منفعت‌انگاری فرزندآوری با توجه به تعریف منفعت انسان به «صلاحیّت و استعداد و قابلیت نتیجه دهی موجود در جسم انسان» (کاظمی، ۱۴۰۱: ۳۵۴) و اختیار

۱. صاحب حدائق این قول را به شیخ طوسی نسبت داده است، در حالی که شیخ طوسی دلیل قائلین به ممنوعیّت عزل که استیلا را حکمت نکاح می‌دانند، مردود می‌داند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۱۲/۷-۱۱۳).

۲. اصل صحّت چنین شرطی، یکی از عرصه‌های بروز اختلاف صاحب‌نظران، اعم از فقها و حقوقدانان می‌باشد و در این تحقیق، صحّت این شرط مفروض گرفته شده است.

انسان در بهره‌گیری از منافع خویش، با مفروض گرفتن «حق بودن» باروری نگارش شده است. بدیهی است مباحث پیش‌رو در دو فرض دیگر (حکم بودن یا دو وجهی بودن فرزندآوری)، دارای احکام متفاوت و نیازمند نگارشی جدید هستند. همچنین از جنبه مباحث حکم کنترل جمعیت نیز، این تحقیق در فروض جواز کنترل جمعیت (به عنوان نمونه: علایی نوین، ۱۳۹۳: ۱۴۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۴۷۴)؛ واجب کفایی بودن افزایش جمعیت (آهنگران و دیگران، ۱۴۰۱: ۴۷) و نظریه حد تناسب جمعیت (علی، ۱۳۸۴: ۱۲) کارآیی دارد و در قول عدم جواز کنترل جمعیت (به عنوان نمونه: زارعی، ۱۳۸۹: ۳۶/۴؛ درتکیده، ۱۳۹۳: ۱۸)، جایگاهی نخواهد داشت. مراد از حق باروری، «اعتباری است که انسان را مسلط بر تصمیم‌گیری درباره‌ی زاد و ولد خود می‌کند» (قائمی و معینی فر، ۱۳۹۳: ۲۰۹). تحقیق حاضر با هدف اثبات فقدان ضمانت اجرای قانونی برای شرط مورد بحث و لزوم تعیین و توافق بر ضمانت اجرا (ها)ی قراردادی در فرض تمایل زوجین یا یکی از آنها بر درج چنین شرطی در ضمن قرارداد، ابتدا به تنقیح ماهیت این شرط و جایابی آن در مباحث تنويع شروط پرداخته و سپس با ذکر و بررسی ضمانت اجراهای قانونی نوع تشیخیز داده شده برای این شرط، عدم کارآیی آنها در این مصداق خاص و لزوم تعیین و توافق بر ضمانت اجرای قراردادی را نتیجه می‌گیرد و در پایان، از باب مثال، چند نمونه ضمانت اجرای قراردادی پیشنهاد می‌شود.

۱- ماهیت شرط عدم فرزندآوری

ابتدایی‌ترین بحث از شروط ضمن عقد تقسیم بندی آن و در هر مصداق تشخیص این که شرط از کدام قسم است می‌باشد. به تبع بحث از متفرعات اعم از حقوق و تکالیف مشروط‌له و مشروط‌علیه و نیز ضمانت اجرای شرط در گرو همین تشخیص است. منظور از شرط در اینجا «توافق ضمن عقد» (صادقی مقدم، ۱۳۹۱: ۴۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ش ۳۰۴۳) است که تکمیل‌کننده اراده طرفین در آن عقد بوده و به توسعه یا ضیق تعهدات و اختیارات ایشان یا دامنه آثار عقد می‌انجامد و در متون فقهی

با استناد به قاعده «المسلمون عند شروطهم» (موسویجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۴۷/۳)، لازم الوفاء تلقی می‌شود.^۱ در تقسیم‌بندی شروط ضمن عقد به شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل اثباتاً یا نفیاً (موضوع مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م)، علی‌القاعده شرط زوجین بر فرزنددارنشدن را نمی‌توان از مصادیق شرط صفت دانست. بدیهی است تعاریف ارائه شده از شرط نتیجه نیز نمی‌توانند شرط مورد بحث را شامل شده و آن را مصداقی از این قسم قرار دهند. بنابراین شرط عدم فرزندآوری، یعنی تعهد به عدم استفاده از حق فرزند دار شدن را باید از مصادیق شرط فعل، در نوع منفی یا به عبارتی شرط ترک فعل دانست. شرط فعل، شرطی است که به موجب آن، شخص (مشروط‌علیه) تعهد به فعل یا ترک عملی کند (جعفری لنگرودی: ۱۳۸۶: ۳۸۴) که به لحاظ ماهیت، این فعل ممکن است فعل حقوقی (اعم از عقد یا ایقاع) هم‌چون بیع، اجاره، نکاح و یا فعل مادی همچون ساخت بنا، اشتغال، تحصیل، استعمال دخانیات باشد.

فرزندآوری یا عدم آن، علی‌الاصول در زمره افعال حقوقی (مشمول بر عقود و ایقاعات) محسوب نمی‌شود. البته ممکن است یکی از طرفین در ضمن عقد بر دیگری شرط کرده باشد که تا زمان مشخص یا برای همیشه از وسایل پیشگیری از بارداری استفاده کند (یا هر دو بر یکدیگر شرط کرده باشند) که در این صورت چنین شرطی مشخصاً شرط فعل محسوب می‌شود و البته متفاوت از نوع توافق و قرارداد طرفین بر فرزند نیابردن (بچه‌دار نشدن) که موضوع این سطور است، می‌باشد. بنابراین شرط عدم زادآوری در عقد نکاح، از اقسام «شرط ترک فعل مادی» و یا به عبارتی شرط فعل مادی منفی به شمار می‌آید. تذکر این مهم خالی از فایده نیست که برخی صاحب‌نظران با این استدلال که شرط ترک فعل حقوقی به معنای سلب حق است و به محض انعقاد عقد منضم به این شرط، سلب حق اتفاق می‌افتد و دیگر امکان استفاده از آن وجود ندارد و اقدامات منشعب از شائبه بقای این حق به حکم عدم وجود آن، محکوم به بطلان است، شروط ترک فعل حقوقی را بر شرط نتیجه منفی تطبیق می‌نمایند؛ به عنوان نمونه، در

۱. البته لزوم پابندی به شروط در ضمن عقد جایز، مورد اتفاق فقها نیست (طباطبایی، ۱۴۱۹: ۱۲۴/۲).

شرط عدم ازدواج مجدد، صاحبان این رأی با همین استدلال ازدواج دوم را اساساً محکوم به بطلان می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۹۲-۹۰؛ صفائی، ۱۳۸۲: ۳۱۰/۲؛ حکیم، ۱۴۱۰: ۲۹۶/۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۳: ۵۶). شرط عدم استفاده از خیار فسخ (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۶/۵) و شرط عدم عزل و کیل (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۲۲/۱) هم به همین ترتیب منطبق بر شرط نتیجه منفی تصویر شده‌اند. اما قابلیت چنین تطبیقی به هیچ روی در موضوع بحث حاضر، وجود ندارد؛ چه این که در اینجا پذیرش شرط مورد بحث توسط مشروطاً علیه، به معنای سلب حق فرزندآوری از خود نیست که گفته شود به محض انعقاد عقد، این شرط محقق شده است و همانند مسلوب شدن حق فسخ و یا حق ازدواج مجدد به واسطه اشتراط عدم آن در ضمن عقد، حق فرزندآوری از مشروطاً علیه سلب می‌شود؛ به گونه ای که وی با التزام به آن شرط، شرعاً فاقد این حق شده و با توجه به قاعده «الممتنع شرعاً، کالممتنع عقلاً» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳۵/۵؛ نائینی، ۱۴۱۸: ۱۰۳/۲)، اگر مرتکب این فعل شود، فعل او در حکم عدم است (شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۵۰)؛ که در این صورت، همانگونه که در شرط عدم نکاح مجدد زوج، قائلین به شرط نتیجه بودن آن، با این تلقی و استدلال ازدواج دوم را باطل می‌دانند، در اینجا هم باید گفت بچه‌دار شدن باطل و فاقد اثر و در حکم عدم است! در حالی که صاحب فرزند شدن از مصادیق فعل مادی و از امور تکوینی است و اساساً قابلیت اتصاف به صحّت و بطلان یا اعتبار عدم را ندارد و آثارش هم تکویناً با تحققش پدیدار می‌گردد و نمی‌توان برای این موجود شده (ها) اعتبار عدم نمود. در واقع باید گفت این شرط به معنای تعهد استفاده نکردن از حق فرزندآوری و یا به بیان دیگر، با توجه به تعریف این حق به «آزادی در اختیار فرزنددار شدن یا نشدن»، تعهد به اختیار فرزنددار نشدن است که ممکن است به دو صورت مدّت‌دار و یا دائم صورت گیرد. در قسم اول، اشتراط فرزند دار نشدن برای مدتی مشخص، مثلاً پنج سال صورت پذیرفته است و پس از پایان مدت، شرط منقضی می‌گردد. در مدّت شرط شده، طرفین یا مشروطاً علیه موظّف به اقدامات لازم در جهت

پیش‌گیری از بارداری هستند و پس از پایان مدت، این اقدامات بر هیچ‌یک لازم نبوده و فرزند آوردن به توافق هر دو باز می‌گردد. اما در فرضی که شرط بدون مدت ذکر شده و طرفین بر آن متفق بوده باشند، در تمام مدت زندگی زناشویی این شرط، ساری و پایبندی بدان و در نتیجه، اقدام به پیشگیری از باروری به طرق و وسایل متناسب ضروری است. در هر دو فرض، در صورتی که طرفین مجدداً به خلاف شرط نخستین با یکدیگر توافق نمایند (در بازه تعیین شده در فرض اول یا در هر زمانی از طول زندگی زناشویی در فرض دوم) آن شرط اولیه از درجه اعتبار ساقط است. شرط مورد بحث در قالب فرض دوم را برخی از فقها و حقوقدانان به استدلال عدم جواز «تحریم حلال» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۶۷/۷) و ممنوعیت سلب حق کلی (موضوع ماده ۹۵۹ ق.م. باطل می‌دانند (حجازی و بداعی، ۱۳۹۳: ۶۱) اما برخی دیگر (خمینی، ۱۳۷۰: ۳۱۹) قائل به صحّت اشتراط به نحو دائم هستند. مباحث این تحقیق بر مبنای پذیرش صحّت این شرط به قید دائمی بودن صورت پذیرفته است.

نکته دیگری که در مورد این شرط لازم است بدان توجه شود این است که اگر در هنگام اندراج شرط در ضمن عقد و توافق بر مضمون آن، مشروط له و مشروط علیه مشخص باشد و بر مبنای همین تشخیص توافق صورت گیرد، مطابق همان بستر اندراج و توافق عمل خواهد شد. اما اگر اندراج شرط مذکور به صورت توافقی بوده است که از مفاد آن، تشخیص متعهد به شرط و منتفع از شرط معلوم نگردد، ظاهراً این توافق، شرطی به نفع هر یک از طرفین به صورت جداگانه است و هر دو نفر به یک اعتبار مشروط له و به اعتباری دیگر مشروط علیه هستند. بنابراین، هر دو نسبت به انجام مفاد شرط مکلف بوده و باید نسبت به پیشگیری از بارداری و استفاده از وسایل مناسب آن، اقدامات متناسب با انجام شرط را به جا آورند و در صورت متولد شدن فرزندی، هر یک از آن دو که اقدام به بارداری یا باردار نمودن کرده است و یا در استفاده از لوازم مناسب پیشگیری از بارداری کوتاهی نموده و این بارداری ناشی از تقصیر وی بوده است، در جایگاه مشروط علیه قرار می‌گیرد. طرف مقابل نیز مشروط له محسوب شده

و دارای حق اقداماتی که هنگام تخلف مشروطاً علیه از شرط به مشروطاً له اعطا می‌شود، خواهد بود، مگر این که طرفین به تراضی اقدام به اسقاط شرط نموده باشند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۲۵/۳).

۲- ضمانت اجرای شرط ترک فعل

در قانون مدنی ایران، به پیروی از مشهور فقها (ابن ادریس، ۱۳۸۶: ۳۲۶/۲؛ ابن زهره، ۱۳۹۰: ۷۳۸؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۷۱/۶-۷۰؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۴۴)، اساساً ضمانت اجرای شرط فعل، ابتدا اجبار مشروطاً علیه به انجام شرط و به رابطه طولی، در مراحل بعد، انجام شرط با هزینه مشروطاً علیه توسط غیر و سپس پیدایش حق فسخ^۱ برای مشروطاً له است (ماده ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م)؛ هرچند در ماده ۴۹۶ همان قانون، مشروطاً علیه را واجد خیار تخلف از شرط از تاریخ تخلف می‌داند که با مواد و رأی پیش گفته در تعارض است. ناگفته نماند در آثار فقهی در خصوص ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل به غیر از قول مشهور، دو رأی دیگر نیز وجود دارد. یکی صرفاً امکان فسخ عقد (شهید اول، ۱۳۷۳: ۱۲۰-۱۱۹؛ همو، ۱۴۳۴: ۱۴/۳؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۵۱/۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۱۵۱/۲؛ بحرانی، ۱۳۶۳: ۱۹/۶۹) و دیگری که به مقررّه قوانین بسیاری از کشورهای دیگر^۲ نزدیک است، مخیر بودن مشروطاً له در الزام مشروطاً علیه یا فسخ قرارداد - نه با رابطه طولی، بلکه به موازات و در عرض یکدیگر - است (خمینی، ۱۴۲۱: ۳۲۸/۵-۳۲۹؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳۰۳/۳؛ خوئی، ۱۴۲۴: ۴۳/۲؛ همو، بی تا: ۳۷۳/۷؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۲۸/۲).^۴ مطابق این نظریه، مشروطاً له در مواجهه با

۱. این حق فسخ را باید از مصادیق خیار تعدّر تسلیم دانست که در اثر غیر مقدر شدن شرط حاصل شده است.

۲. این حق فسخ، از مصادیق خیار تخلف از شرط است.

۳. به عنوان نمونه در حقوق فرانسه چنین منبایی پذیرفته شده است (انصاری، ۱۳۹۰: ۴۱).

۴. منبای این نظریه روایتی است که صاحب عروه مدعی جبران ضعف سند با عمل اصحاب می‌باشد: «ان بعث رجلا علی شرط فإن أتاک بملک و ألاً فالبیع لک» (در قراردادی که حاوی شرطی است، اگر مشروطاً علیه شرط را انجام داد، فیها وگرنه عنان قرارداد بیع در دست توست (می‌توانی آنرا فسخ کنی یا امضاء کنی) (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۳/۷)؛ برای اطلاعات بیشتر ر.ک: طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹: ۱۲۹؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۹۳/۵).

تخلّف از شرط توسط مشروطٌ علیه، دارای آزادی انتخاب ضمانت اجرای کارآمد خواهد بود و می‌تواند به جای صرف وقت و هزینه برای طی مراحل و الزام متخلّف و استخدام ثالث، از همان ابتدا فسخ را برگزیند.

در خصوص شرط فعل منفی نیز به نظر می‌رسد، نظر قانونگذار، همسانی آن با شرط فعل مثبت در ضمانت اجراست؛ به همین لحاظ، هر دو را در قالب مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ آورده است و در نتیجه ضمانت اجرای شرط فعل منفی را با توجه به این که انجام توسط ثالث به هزینه مشروطٌ علیه در اینجا موضوعیّت نمی‌یابد، به ترتیب، الزام مشروطٌ علیه و فسخ می‌داند. البته به لحاظ ویژگی خاص افعال حقوقی و تأثیر مستقیم التزام به ترک یک فعل حقوقی بر وضعیّت آن، یعنی صحّت یا بطلان یا تزلزل واقعه حقوقی ای که عدم آن در ضمن یک عقد لازم شرط شده است، پژوهشگران در خصوص شرط ترک فعل حقوقی مباحث مستقلی ارائه نموده‌اند؛^۱ که مورد بحث حاضر یعنی شرط عدم فرزندآوری، بالطبع از قسم اخیر نیست؛ چه این که فرزندآوری را نمی‌توان در زمره افعال حقوقی برشمرد؛ و لذا بحث پیرامون این قسم از شروط، خارج از موضوع این مقال خواهد بود.

در مورد شرط ترک فعل مادی که موضوع تعهد مشروطٌ علیه، انجام ندادن عمل بوده است، الزام و اجبار متعهد که در فرض سلسله مراتبی، اولین ضمانت اجرای تخلّف از شرط، و در فرض اختیار در انتخاب ضمانت کارآمد، یکی از ضمانت اجراهاست، نمی‌تواند جنبه ایجابی داشته باشد، بلکه الزام سلبی و اجبار به ترک فعل است که می‌توان آن را معادل نهی دانست. نکته لازم به توجه، تفاوت شرط فعل مثبت و فعل منفی در خصوص مرحله عملی الزام است. به این بیان که شرط مذکور، ممکن است ناظر به ترک فعل دفعی یا استمراری باشد، که در قسم اول، در فرض تخلّف و ارتکاب فعلی که ترکش شرط شده بوده، بالطبع الزام مرتکب سالبه به انتفاء موضوع است و لذا مطابق

۱. به عنوان نمونه: حسینی، ۱۳۸۵، ضمانت اجرای تخلّف از شرط فعل منفی حقوقی، دادرسی، ش ۵۸؛ سعادت مصطفوی، ۱۳۸۳، ضمانت اجرای تخلّف از شرط ترک فعل حقوقی، دین و ارتباطات، ش ۲۴؛ سکوتی نسیمی، ۱۳۹۵، بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلّف از شرط ترک فعل حقوقی، آموزه های فقه مدنی، ش ۱۳.

مقررّه پیش گفته قانون مدنی (ماده ۲۳۷ تا ۲۳۹)، صرفاً حق فسخ ناشی از تخلف شرط برای مشروطاً له باقی می ماند، مگر در مواردی که بتوان آثار آن فعل مادی منهی را از میان برداشت که شاید بتوان به تسامح این عمل را مصداق الزام به ترک دانست. به عنوان نمونه در شرط عدم ساخت و ساز در باغ هبه شده، شاید بتوان تصور نمود که با تخریب ساختمان بنا شده، الزام به ترک محقق شده است؛ که در واقع نوعی تسامح در تعبیر است، زیرا شرط ترک فعل، نهی الزامی از «ارتکاب» بوده که مشروطاً علیه آن را نقض نموده و مرتکب عمل منهی شده است، و آنچه در عالم خارج به وقوع پیوسته، در واقع امکان رفع ندارد؛ برداشتن آثار و عوارض آن واقعه هم، نفی آن رخداد و برداشتن آن رخداد نیست، بلکه تلاش برای رها شدن از آثار نامطلوبی است که مشروطاً له خواهان نبودن آنها بوده است. در واقع، در چنین حالتی مشروطاً له از دادگاه اعاده وضعیت سابق را درخواست می کند. در این فرض اگر عرف، برداشتن آثار را مصداق الزام مشروطاً علیه به پایبندی به شرط بداند، مطابق نظریه اختیار شده قانون مدنی مبتنی بر رابطه طولی ضمانت اجراهای تعریف شده تخلف از شرط فعل، دیگر نوبت به خیار فسخ نمی رسد. اما در نظریه اختیار، مشروطاً له بین درخواست اعاده وضعیت سابق و استفاده از حق فسخ مخیر خواهد بود.

در شروط استمراری نیز هر چند ممکن است بتوان گفت، با مشاهده تخلف مشروطاً علیه اجبار وی به ترک فعل نسبت به از مننه پیش رو ممکن است، اما در خصوص مصداق ارتکاب یافته، علی القاعده اجبار به ترک آن چه سابقاً در عالم خارج محقق شده است، ممتنع و در نتیجه منحصرأ حق فسخ یا همان خیار تخلف از شرط برای مشروطاً له ثابت خواهد بود؛ چنان که در علم اصول فقه هم در بحث از دلالت نهی بر مره یا تکرار، به این دلیل که نهی از فعل، نهی از ماهیت می باشد، و ایجاد هر مصداقی موجب ماهیت است، ارتکاب حتی یک مصداق در خارج، تخلف از نهی محسوب می گردد. بنابراین باید گفت به دقت عقلی، صرف تحقق واقعه تخلف از شرط ترک فعل، موجب حق فسخ

قرارداد برای مشروطاً علیه خواهد بود. اما در برخورد تسامحی، مباحث بخش پیشین در اینجا هم مطرح شده و می‌توان در برخی موارد قائل به امکان الزام شد. در هر دو قسم گفته شده، تنها فرضی که در آن الزام موجه می‌نماید، این است که مشروطاً له پیش از رخداد تخلف، متوجه اقدام مشروطاً علیه به مقدماتی که یقیناً تخلف از شرط فعل را در پی دارد، گردد که علیرغم عدم تصریح قانونگذار به نظر می‌رسد مجوزی برای درخواست مشروطاً له از مرجع قضایی برای الزام مشروطاً علیه به پایبندی به مفاد تعهدش باشد.

نکته دیگری که لازم است بدان توجه شود، این است که آن چه گفته شد مطابق قانون مدنی ایران در منحصر بودن امکان تمسک به ضمانت اجرا، صرفاً به یکی از ضمانت‌اجراهای مشخص شده در قانون (چه در رابطه طولی ضمانت‌اجراها و چه در رابطه‌ی عرضی آنها است) است، در حالی که امروزه در بسیاری از سیستم‌های حقوقی، قابلیت جمع در ضمانت‌اجراها به عنوان یک اصل پذیرفته شده است. در چنین قابلیت، زیان‌دیده می‌تواند راهکارهای جبرانی گوناگون را دسترس خویش داشته باشد و تمسک به یکی از آنها مانعی برای استناد به دیگری و استفاده از آن نخواهد بود (Barnett; Harder, 2014: 350-351; Hsieh, 2017:135) چنان که در بند ۶ ماده ۱۰۶ حقوق بیع مشترک اروپایی^۱ آمده است: «راهکارهای جبرانی که با یکدیگر همگن هستند، قابل جمع خواهند بود» و در بند هشتم ماده ۱۰۲ اصول حقوق قراردادهای اروپایی^۲ گفته شده است: «ضمانت‌اجراها در صورتی که ناهمگن نباشند، قابل جمع هستند. اصولاً متعاقدین، مستحق مطالبه خسارت هستند، حتی اگر ضمانت اجرای دیگری را مطالبه کرده باشند». مطابق این مبنا، مشروطاً علیه همزمان با فسخ، امکان مطالبه خسارت (به عنوان نمونه) را نیز خواهد داشت.

1. Common European Sales Law
2. Principles of European Contract Law

۳- تخلف از شرط فرزندآوری

در سطور پیشین، شرط فرزندآوری، بر شرط ترک فعل مادی انطباق داده شد. پیش از طرح بحث تخلف از شرط، تذکر این نکته لازم است که محقق شدن این شرط، حتی در صورت عزم جدی طرفین در پابندی به آن، هیچگاه یقینی نیست و به بیان دیگر، کاملاً در اختیار طرفین نمی‌باشد. بلکه چه‌بسا علیرغم اقدامات پیشگیرانه، بارداری رخ دهد و در نتیجه شرط مندرج ضمن عقد بدون خواست طرفین مبتلی به تخلف گردد. بنابراین آن چه در این تحقیق به‌عنوان تخلف از شرط عدم فرزندآوری مطرح است، اقدام به نقض شرط یا استنکاف احد طرفین از اقدامات لازم در راستای وفای به التزام خویش و در پی آن، تحقق واقعه بارداری زوجه و تولد طفل است؛ و بارداری ناخواسته به وصف گفته شده، داخل در بحث از ضمانت اجرای تخلف از شرط نیست.

اما در نقض شرط عامدانه، قواعد انسانی و عدل و انصاف مقتضی تعیین ضمانت اجرای مناسب جهت حفظ حقوق فردی که با اعتماد به تعهد طرف مقابل، در رابطه ابوت یا اموت غیرقابل رفع قرار گرفته است می‌باشد (Leitzel, 2014: 90). در وضعیتی مورد بحث، اولاً باید گفت که ضمانت اجراهای مناسب و ترمیم حقوق از دست رفته فرد، اگر به درستی انجام گیرد نه تنها شأن و جایگاه انسانی وی را حفظ می‌کند، بلکه چه‌بسا مانع فروپاشی بنیاد خانواده که در اثر عصبانیت‌های ناشی از بدعهدی یک‌طرف کم احتمال نیست، می‌گردد. ثانیاً، در جانب مقابل نیز ضمانت اجرای ناچیز و کم مؤونه، باعث سنگینی کفه منافع تخلف از شرط نسبت به پابندی به شرط می‌گردد. بنابراین متعهد به شرط که ضمانت اجرای تخلف از شرط را ناچیز یا ایفای آن را سهل دیده، چه‌بسا پرداخت هزینه‌های تخلف از شرط را در مقابل نیل به منافع حاصل از آن برای خویش سودمند دیده و در نتیجه بدان اقدام نماید و حتی با مواجهه با ضمانت اجراهای ناکارآمد، از تکرار تخلف از شرط نیز ابائی نداشته باشد.

۱-۳- ضمانت اجرای قانونی

گفته شد ضمانت اجرای شرط فعل الزام مشروطاً علیه، انجام شخص ثالث به هزینه مشروطاً علیه و اختیار در فسخ، به ترتیب (مطابق قانونی جاری و مشهور آراء فقها) یا به اختیار (مطابق رأی برخی فقها و حقوقدانان) است و ضمانت اجرای شرط ترک فعل، الزام و اختیار فسخ (به بدهت عدم امکان استخدام ثالث برای ترک فعل مشروط) به همان توضیح پیشین است. تخلف از شرط مورد بحث، با تولد نوزاد و یا حتی در مراحل اولیه آن یعنی انعقاد نطفه و تشکیل جنین، محقق می‌گردد و طبیعتاً در هیچ یک از این مراحل، الزام به ترک معنا ندارد. هرچند در سطور سابق گفته شد ممکن است در بسیاری دیگر از افعال مادی، مثل بنای ساختمان، بتوان الزام به ترک را با تخریب بنا صورت داد، اما بر مبنای اصول دینی، اخلاقی و انسانی، در شرط مورد بحث که تخلف از آن پا به عرصه وجود گذاشتن یک انسان را سبب شده است، چنین امری مقدور نیست و حتی ارتکاب به این الزام در زمره جرائم محسوب می‌شود و نمی‌توان به استناد این تخلف از شرط، مجوز سقط جنین برای مشروط‌له صادر نمود (خوئی، ۱۴۲۴: ۲۸۴) و بعد از تولد نوزاد نیز، حرمت خون وی به هیچ عنوان قابل رفع نیست. بنابراین، این بخش از ضمانت اجرای شرط ترک فعل، اساساً در این موضوع قابلیت طرح و بحث ندارد. البته نباید از نظر دور داشت که مطابق رویه قضایی، انجام مقدمات و یا اقدام به افعالی که احتمال قابل توجهی در تحقق تخلف از شرط ایجاد می‌کند، مشروط‌له را واجد حق درخواست الزام مشروطاً علیه از مقام قضایی می‌نماید که طبیعتاً به این جهت که هنوز تخلفی روی نداده است، از موضوع این تحقیق خارج است.

با انتفاء امکان الزام (و انتفاء استخدام ثالث که گفته شد الزام از طریق فعل ثالث به هزینه متعهد نیز قابلیت اجرا ندارد و مصداق نمی‌یابد)، مطابق مبنای مشهور فقها و نیز قانون ایران، فسخ عقد مرحله بعد ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل است. در مورد نکاح، که شارع، قانونگذار و عقلا آن را دارای موقعیت ممتازی نسبت به سایر قراردادها و نیازمند دوام دانسته و اجازه تزلزل در آن را نمی‌دهند، امکان تمسک

به ضمانت اجرای فسخ، به نسبت اجرای همین حکم در سایر قراردادها مؤونه بیشتری می‌طلبد و نیازمند بررسی دقیق است. توجه به ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی که شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح را باطل می‌داند، نیز مؤید این تکلف است. بر همین مبنا، برخی ضمانت اجرای فسخ قرارداد در تخلف از شرط فعل یا حتی شرط صفت (موضوع ماده ۲۳۵ ق.م) را در مورد عقد نکاح غیر قابل اعمال و صرفاً مشروطاً علیه را مستحقّ مطالبه خسارت می‌دانند. حتی بسیاری از کسانی که در تخلف از شرط صفت در عقد نکاح، امکان فسخ را پذیرفته و مشروطاً علیه را دارای حق فسخ می‌دانند، قائل به تفصیل بوده و این امکان را نه برای هر وصف مشروطی و بلکه مختصاً به برخی اوصاف خاص تلقی نموده‌اند (ابن قدامه، ۱۴۰۴: ۷۳/۷؛ بهوتی، ۱۴۱۴: ۶۷۰/۲؛ مقدسی، بی تا: ۵۴۳/۷). در مورد شرط فعل نیز مراجعه به منابع فقهی نشان می‌دهد، مشهور فقهای شیعی و غالب اهل سنت بر عدم امکان فسخ نکاح به سبب تخلف از شرط فعل متفق اند (الجزیری، ۱۴۱۹: ۱۲۲/۴-۱۱۸؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۶۶/۳۰؛ طباطبائی یزدی ۱۴۲۱: ۱۲۹/۲؛ خمینی، ۱۳۷۰: ۳۰۲/۲). به عنوان نمونه، در بحث از شرط عدم ازدواج مجدد زوج، اکثریت قریب به اتفاق کسانی که آن را شرط ترک فعل حقوقی قلمداد می‌نمایند (و نه شرط نتیجه منفی که در سطور پیشین گفته شد)، امکان فسخ نکاح اول توسط زوجی اول در صورت ازدواج مجدد زوج را پذیرفته‌اند (خوئی، ۱۴۱۸: ۱۷۱/۳۳؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸: ۳۱۸/۳؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۱۰۱/۳؛ طباطبائی قمی، ۱۴۲۶: ۱۹۷/۱۰) و این نشان می‌دهد که تخلف از شرط ترک فعل را مفید حق فسخ نمی‌دانند. برخی از ایشان نیز به ویژه در میان معاصرین، همانند امام خمینی (ره) تصریح به این موضع و عدم پیدایش حق فسخ در اثر تخلف از شرط فعل دارند (خمینی، ۱۳۷۰: ۳۰۲/۲). در میان مذاهب اسلامی، تنها فقهای حنبلی هستند که به خلاف مشهور امامیه و عامه، در تخلف از شروط فعل حین ازدواج، قائل به پیدایش حق فسخ هستند (بهوتی، ۲۰۰۹: ۹۱/۵؛ ابن قدامه، ۱۴۰۴: ۹۳/۷). در میان حقوقدانان نیز برخی (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۲۲؛ قراملکی؛ مرتاضی و

امیرپور، ۱۳۸۸: ۱۳۲ قائل به ثبوت حقّ خیار در تخلف از شرط فعل در نکاح) و برخی (صفایی و امامی، ۱۳۷۸: ۶۵/۲) مخالف این امر هستند؛ بنابراین، فرض مسأله در هر دو صورت پیدایش حقّ فسخ یا عدم آن لازم به بررسی است:

۱-۱-۳- فرض جریان خیار تخلف از شرط فعل در نکاح

اگر قول کسانی که تخلف از شرط ترک فعل ضمن عقد نکاح را موجد حق فسخ می‌دانند بپذیریم، در موضوع بحث نیز علی‌القاعده، بعد از تخلف مشروط علیه از شرط و اقدام به فرزندآوری بدون اطلاع دیگری (که می‌تواند در اثر خودداری مشروط علیه از بکارگیری ابزار و لوازم پیشگیری از بارداری بوده و در نتیجه، بدون توجه مشروط له رخ داده باشد) باید برای مشروط له قائل به حقّ فسخ نکاح گردیم. لکن نکته ای که در این وضعیّت باید بدان توجه شود، این است که فسخ نکاح، هیچ اثری در نفی و رفع انتساب فرزند به مشروط له (اعم از مادر یا پدر) نداشته (بحرانی، ۱۳۶۳: ۳۳/۲۵) و نیز در تکلیف ابویین به حضانت و سرپرستی طفل تفاوتی ایجاد نمی‌شود؛ چه این که اولاً، نفی نسب برای هیچ یک از طرفین ممکن نیست و رابطه اُبوت و بنوّت ایجاد شده، قابلیت رفع ندارد؛ و ثانیاً، تکلیف به حضانت^۱ راهی جز امتثال ندارد و نمی‌توان طفل متوکّد شده را به بهانه این که در اثر تخلف از شرط متوکّد شده، از لوای سرپرستی خارج نمود. به عبارت دیگر، طفلی که در اثر تخلف از شرط توسط مشروط علیه متوکّد شده است را نمی‌توان در احکام و حقوق متفاوت از سایر اطفال دانست و برای مشروط له مجوز نفی نسب صادر نمود (کرکی، ۱۴۱۴: ۵۰۵) یا تکلیف وی به حضانت را نفی نمود.

همچنین در صورتی که مشروط له مادر طفل باشد، خروج از رابطه زوجیّت، تغییر قابل ملاحظه ای در وضعیّت وی ایجاد نمی‌کند؛ زیرا وی چه در قید زوجیّت پدر طفل باشد و چه نباشد، نمی‌تواند از وضعیّت مادر بودن خارج شود و این عنوان به صورت دائمی بر وی بار شده است و قابل سلب و نفی نیست. تنها تفاوتی که فسخ می‌تواند در وضعیّت وی ایجاد کند این است که وی به موجب ماده ۱۱۶۸ ق.م («نگاهداری اطفال

۱. ماده ۱۱۶۸ ق.م: «نگاهداری اطفال هم حقّ، هم تکلیف ابویین است.»

هم حق و هم تکلیف ابوبین است» در قید زوجیت، به همراه پدر طفل مکلف به نگاهداری از طفل است، اما خارج از وضعیت زوجیت، قانون تکلیفی نسبت به حضانت طفل برای او مشخص نکرده است و صرفاً او را اولی می‌داند، لذا وی می‌تواند از نگاهداری از طفل خودداری کند یا برای انجام آن مطالبه دستمزد نماید که البته این مطالبه دستمزد برای شیر دادن به طفل در قید زوجیت نیز مقدور بوده است (به عنوان نمونه: شهید ثانی، ۱۳۸۵: ۴۵۴/۵-۴۵۶؛ صفایی و امامی، ۱۳۷۸: ۱۲۰/۲).

بنابراین اساساً غرض از اعطای حق فسخ به مشروط له که به نظر می‌رسد بازگرداندن وضعیت زیان‌دیده به موقعیت پیش از قرارداد باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۳۳/۴) نه تنها در اینجا محقق نمی‌گردد، بلکه چه‌بسا آنها را دچار شرایط حادث‌تری نموده و به علاوه، سرگردانی و محرومیت از خانواده طفل بی‌گناهی را سبب می‌شود. این وضعیت را شاید بتوان دلیلی بر تردید در واجد حق فسخ شدن مشروط علیه در شرط عدم فرزندآوری قلمداد نمود و در پی ضمانت اجراهای دیگر و برجسته سازی آنها رفت.

۲-۱-۳- فرض عدم جریان خیار تخلف از شرط فعل در نکاح

گفته شد که بسیاری از صاحب‌نظران فقه و حقوق، در عقد نکاح، تخلف از شرط فعل را موجب حق فسخ نمی‌دانند. در فرض تسلیم به این قول، با توجه به انتفاء امکان الزام که توضیح داده شد، باید ضمانت اجرای تخلف از شرط را در طرق دیگری جستجو کرد که شاید در نگاه اول، مطالبه بهای شرط و خسارت راهکاری قابل قبول به نظر برسد؛ در حالی که در شرط موضوع بحث حاضر، محاسبه بهای شرط (در فرض قبول و صحیح و قابل مطالبه دانستن آن)^۲ چندان سهل نمی‌نماید و یا باید گفت به تمامه امکان ندارد؛ زیرا مطالبه بهای شرط را باید مختص شروط مالی دانست که به موجب آن پس از الزام و

۱. ماده ۱۱۶۹: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوبین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است.»

۲. امکان و جواز مطالبه بهای شرط مورد اتفاق فقها نیست. از مخالفین می‌توان شیخ انصاری و از موافقین می‌توان صاحب عروه را نام برد (انصاری، ۱۴۱۵: ۸۱/۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۱۷۶/۲).

سریچی مشروطاً علیه، مشروطاً له مستحقّ مطالبه آن جزء از ثمن می‌باشد که در قالب شرط مورد توافق قرار گرفته است (سیمایی صراف، ۱۳۸۷: ۶۳)؛ اما تولد یک طفل، موضوعی انسانی و دارای وجوه متعدد عاطفی و اخلاقی و فاقد امکان تقویم است در زمره شروط مالی نمی‌گنجد. بنابراین صعوبت و چه بسا ممتنع بودن مطالبه بهای شرط، ناکارایی و فاقد فایده و اثر بودن قرار دادن این گزینه در ردیف ضمانت‌اجراهای این شرط را سبب می‌گردد. مطالبه خسارت نیز مستلزم اولاً اثبات ورود خسارت به خواهان و ثانیاً تقویم آن است، در حالی که اثبات ورود خسارت در اثر صاحب فرزند شدن اگر نگوئیم نامقدور است، دستکم به راحتی امکان‌پذیر نیست؛ و تقویم خسارت نیز بسان تقویم بهای شرط تقریباً قریب به ممتنع بوده و در قانون نیز پیش‌بینی خاصی در مورد آن وجود ندارد. زیرا مشروطاً له اگر پدر طفل باشد، اگرچه می‌تواند ضمن انجام تکلیف شرعی و قانونی خود در خصوص حضانت طفل و تأمین هزینه‌های نگاهداری از او، خسارت ناشی از هزینه‌های صورت‌یافته را از طریق مطالبه بهای آنها از متخلف در شرط جبران نماید، اما سایر مواردی که انگیزه وی از مقید نمودن ازدواج خویش به چنین شرطی بوده است را چگونه می‌توان در ستون و مهره‌های چرتکه گنجانده؟

اگر مشروطاً له مادر طفل باشد، در همین مقدار گفته شده نیز با شرایط متفاوتی مواجهیم، زیرا در غیر این وضعیّت و در روال معمول نیز مطابق رأی مشهور، وی حقّ مطالبه دستمزد و حقّ الزحمه برای برخی امور همچون شیر دادن به فرزند خویش را دارد، بنابراین نمی‌توان این مطالبه را، مطالبه خسارت و ضمانتی برای شرطی که علیرغم اندراج ضمن عقد از آن تخلف شده است، دانست. بنابراین، برای جبران زیان‌های وارده به وی، باید محقّ در مطالبه‌ای بیش از هزینه‌های گفته شده دانسته شود. لکن مرجع محاسبه و نحوه محاسبه این خسارت حائز اهمیت فراوان و در عین حال ناگفته در قانون است. این که در چنین پیشامدی که زنی علیرغم میل خویش و حتی مخالفتش با مادر شدن، فرزند دار شده است، میزان خسارات وارده به او در اثر تولد این طفل که مادر خواهانش نبوده و تقویم آن و نحوه محاسبه آن چگونه است، مقوله‌ای پر ابهام و دارای

وجوه و ابعاد متعدد است که به نظر می‌رسد برآورد آن نیازمند کارشناسی‌های دقیق و فنی و چه بسا در هر مصداقی به صورت جداگانه و خود مستلزم صرف وقت و هزینه بسیار می‌باشد و البته روشن است که حتی در فرض نه چندان سهل امکان اثبات خسارت و تقویم آن هم، هرگز جبران خسارت به نحو کامل اتفاق نمی‌افتد.

۲-۳- ضمانت اجرای قراردادی

ضمانت اجرای قراردادی، نوعی ضمانت برای تعهدات اصلی و ضمنی است که طرفین تعهد، در ضمن انعقاد قرارداد، احتمال تخلف متعهد از انجام و پایبندی به تعهد را در نظر گرفته و بر اقداماتی که متعهد له می‌تواند در مواجهه با عدم پایبندی متعهد به تعهد انجام دهد، توافق می‌نمایند. در بحث حاضر که ناکارآیی ضمانت اجرای قانونی روشن شد، طرفین عقد لازم است در حین انعقاد عقد و اندراج شروط ضمن عقد، خود ضمانت‌اجراهایی برای آنها تعریف و مشروط‌علیه را به عاقبت تخلف از شرط متذکر گشته و به روشنی وضعیت خود و قراردادشان پس از وقوع تخلف را مشخص نمایند. با توجه به این که کارآیی ضمانت اجرا زمانی خواهد بود که به اندازه ای برای متخلف هزینه (اعم از مادی و معنوی) در پی داشته باشد که بتواند زاجر و رادع وی از تخلف از شرط باشد، و غیر این صورت تعیین آن، چه قانونی و چه قراردادی لغو و عاری از فایده خواهد بود و اثر چندانی در تأمین امنیت معامله نخواهد داشت، طرفین یا هریک از ایشان باید در تعیین و درج آنها در ضمن عقد، تأثیرگذاری بر متعهد در پایبندی به تعهدش را ملاک تعیین قرار دهند.

همچنین یکی از مواردی که در تعیین ضمانت اجرا ضروری است مورد توجه و لحاظ باشد این است که مواردی که تعریف می‌شود، به هیچ عنوان نباید حقوق اشخاص ثالث از جمله طفل متولد شده را تحت الشعاع قرار داده و موجب خدشه به آن گردد؛ چه این که اساساً هر نوع تعهدی به ضرر ثالث، به بدهت عقلی و وفق فقه و قانون جاری، فاقد اعتبار است.

در مورد بحث، به عنوان نمونه می‌توان قالب های ذیل را برای ضمانت اجرای قراردادی پیشنهاد نمود:^۱

- ۱- تعیین وجه التزام به نفع هر یک از طرفینی که در جایگاه مشروط له قرار می‌گیرد. مثلاً اگر زوجه خواهان این شرط است، وجه التزام را وی بر عهده زوج مقرر می‌دارد و بالعکس؛ و یا حتی ممکن است طرفین در ضمن عقد مقرر دارند در صورت رخصداد و ولادت فرزند و یا حتی بارداری، فردی که این اتفاق ناشی از تقصیر او بوده است، مبلغ مشخصی را به صورت یکجا یا به تناوب زمانی به طرف مقابل پرداخت کند.
- ۲- حق در اختیار گرفتن تصمیم‌گیری برای مسائلی که مشترکاً باید در مورد آنها تصمیم‌گیری شود و یا حق تصمیم‌گیری در مورد آن به طرف مقابل (مشروط علیه) تعلق دارد.

ضمانت اجرایی که زن در جایگاه مشروط له می‌تواند تعیین کند:

- ۱- وکیل در طلاق بودن زن به همراه تنصیف اموال شوهر به علاوه حق حضانت همین طفل و یا سایر فرزندان یا بدون آن.
- ۲- الزام به استخدام پرستار برای نگهداری طفل با هزینه مشروط علیه.
- ۳- لزوم تأمین مخارج اقدامات تأمین یا بازگردانی زیبایی ظاهری زن.
- ۴- حق دریافت خسارت از سوی زن در صورت مخدوش شدن موقعیت شغلی وی یا کاهش درآمدهای وی در اثر فرزندآوری و ... که با توجه به عدم امکان مطالبه خسارت عدم‌النفع در قانون ایران^۲، لازم است چنین بندی در صورت پیش‌بینی، با دقت در جزئیات مورد تصریح و اخذ موافقت زوج قرار گیرد.
- ۵- حق ایجاد محدودیت در روابط خاص زناشویی^۳ برای زن در جایگاه مشروط له به علاوه (یا بدون) سلب حق عدم ازدواج مجدد زوج.

۱. بدیهی است این موارد صرفاً به عنوان نمونه بوده و اساساً تعیین ضمانت اجرای قراردادی در اختیار و اراده طرفین (مشروط به عدم نقض قوانین شرعی، ملی و بین‌المللی) است.

۲. تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آ.د.م.

۳. برخی فقها به جواز اندراج شرط محدودیت در روابط جنسی یا تعیین نوع و مقدار آن و یا اساساً شرط عدم استمتاع جنسی فتوا داده‌اند (به عنوان نمونه ر.ک: بهجت، ۱۳۸۶: سؤال ۴۶۴۳ تا ۴۶۴۵).

ضمانت اجراهایی که مرد در جایگاه مشروطاً له می‌تواند تعیین کند:

۱- حق ازدواج مجدد مرد و یا ابراء از مهرالمسمی.

۲- تأمین تمام هزینه های بارداری و تولد و زندگی طفل، هزینه های درمانی و آموزشی و مجموعاً نگاهداری از او تا سنی که عرفاً تأمین هزینه ها برعهده ابویین است؛ که با توجه به تکلیف پدر به تأمین این هزینه ها در وضعیت عادی، علی القاعده این مورد صرفاً ضمانت اجرای تخلف از شرط توسط مادر طفل خواهد بود که بدین وسیله مکلف می‌گردد هزینه های تأمین شده توسط پدر را به وی پرداخت کند.

۳- حق ایجاد محدودیت در روابط خاص زناشویی (تا حدی که به مخالفت با دستورات شرعی منجر نگردد) و یا حق ممانعت از تحصیل یا اشتغال زن یا سایر فعالیت هایی که قانوناً امکان ایجاد محدودیت در آنها وجود دارد.

موارد یاد شده صرفاً نمونه هایی از مقولاتی است که هر یک از زوجین یا احد از ایشان می‌توانند به تناسب حال خود و با توجه به دلیلشان در خصوص عدم تمایل به فرزندآوری به عنوان ضمانت پایبندی طرف مقابل به شرط عدم فرزندآوری، در ضمن عقد مقرر نمایند.

به نظر می‌رسد با توجه به این که عقد نکاح در زمره ی عقود مالی نمی‌گنجد، کارآیی ضمانت اجرای مالی نیز در آن کمتر است. شاید بتوان گفت اعطای حق محدود کردن روابط زناشویی به ویژه تمکین خاص به زوج در صورت تخلف از شرط توسط زوج، مناسب ترین ضمانت اجرا برای افزایش ضریب اطمینان به پایبندی مشروطاً علیه به شرط می‌باشد. زیرا مستقیماً آنچه را که نیاز طبیعی طرف مقابل و در بسیاری موارد یکی از اهداف اصلی افراد از ازدواج است را نشانه گرفته است.

شرط عدم یا محدودیت در تمکین یا به اصطلاح استمتاع نزد کسانی که توالد و تناسل را هدف تشریح نکاح و استمتاعات جنسی را لازمه آن می‌دانند، مغایر با مقتضای عقد نکاح و در نتیجه، باطل محسوب می‌شود و به تبع آن، تعیین و درج چنین ضمانت

اجرائی نیز امکان ندارد. اما از نظر صاحب‌نظرانی که استمتاع جنسی را از آثار تبعی و فرعی عقد نکاح و در نتیجه، تمکین را مقتضای اطلاق عقد نکاح - و نه مقتضای ذات آن - و در نتیجه چنین شرطی را جایز می‌دانند، این ضمانت اجرا هم جایز بوده و قابلیت درج در ضمن عقد را دارد. مطابق این نظر در صورت عدم درج شرط عدم تمکین یا شرط تعیین کمیّت و کیفیت تمکین، اقتضای اطلاق عقد نکاح، ضرورت تمکین است که در لسان مشهور، زن موظّف به تمکین مطابق خواست زوج در زمان، مقدار و نحوه این عمل مگر به عذری شرعی است. بنا بر مبنای اخیر، همان‌طور که زوجه می‌تواند در ضمن عقد با تعیین کیفیت و کمیّت تمکین، آن را از اطلاق و اناطه به خواست مرد خارج سازد، در مورد بحث نیز می‌تواند در اختیار مرد باقی ماندن آن را منوط به پابندی وی به شرط عدم فرزندآوری نموده و تخلف وی از شرط را منجر به در اختیار زوجه قرار گرفتن تعیین نحوه و زمان تمکین قرارداد نماید؛ چنان که در استفتائی از یک فقیه معاصر چنین پاسخ داده شده است: سؤال: اگر نوع و مقدار تمکین توسط زن شرط شود در چه صورتی لازم‌الاجرا است؟ پاسخ داده شده است: اگر ضمن عقد شرط شود با فرض عقلایی بودن و سفهی نبودن لازم‌الاجراست؛ و در پاسخ به سؤال: زن در ضمن عقد نکاح شرط می‌کند که شوهر هیچگونه استمتاعی از او نبرد؛ آیا این شرط خلاف مقتضای عقد است یا صحیح و نافذ است؟ گفته شده است: در محدوده ای که عقلایی باشد و سفهی نباشد نافذ است.

نتیجه‌گیری

در جمع بندی آنچه گفته شد مشخص است که قانون در ارائه راهکار برای احد زوجینی که در شرایط تخلف همسرش از شرط عدم فرزندآوری قرار گرفته و اکنون به خلاف میل باطنی و خواست خویش، صاحب فرزند و متّصف به وصف «مادر بودن» یا «پدر بودن» گشته است، کارآیی خاصی ندارد و آن چه به عنوان ضمانت اجرای تخلف از شرط پیش‌بینی و مقرر شده است در عمل، به فردی که با خلف وعده طرف مقابل در شرط عدم فرزندآوری مواجه شده و خواسته‌اش که وی با اعتماد به تعهد شریک زندگی

به پابندی بدان، اقدام به این قرارداد و پذیرش عقد نکاح نموده، برآورده نشده است کمک چندانی نمی‌نماید. به بیان دیگر، ضمانت اجراهای قانون فعلی و رویه جاری، نه حقوق از دست رفته مشروطاً له را به نحو مطلوب ترمیم می‌نماید، و نه از قدرت بازدارندگی کافی نسبت به متعهد به شرط برخوردار است. بنابراین بهترین طریق تضمین امنیت برای قرارداد در چنین حالتی، تعریف و معین کردن ضمانت اجرای شرط (شرط) ضمن عقد، در ضمن همان عقد است که با توجه به ماهیت نکاح، شاید بتوان بهترین تضمین برای شرط عدم فرزندآوری را در اختیار مشروطاً علیه (زوجه) قرار دادن حق تعیین نوع و مقدار تمکین دانست. در مورد زوج، با توجه به این که در روال معمول تصمیم‌گیری در خصوص مقدار و نوع تمکین در اختیار اوست، اعطای آن به او تحصیل حاصل است و نمی‌تواند ضمانت اجرا تلقی گردد و علی‌القاعده زوج در وضعیتی که مشروطاً له است، می‌تواند حق ازدواج مجدد یا حق عدم پابندی به دیگر شروط تعیین شده توسط زوجه را به عنوان ضمانت اجرای شرط مورد بحث قرارداد نماید.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۶)، **حاشیه المکاسب**، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- آهنگران، محمدرسول؛ آقایی بجستانی، مریم؛ ورزی، فاطمه (۱۴۰۱)، **بازی‌پژوهشی حکم شرعی کنترل جمعیت**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۷، ۲۹-۵۲.
- ابن ادریس حلی، محمد بن احمد (۱۳۸۶)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ج ۲، چ ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن زهره، حمزه بن علی (۱۳۹۰)، **غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع**، تهران: مجلس شورای اسلامی.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۷ق)، **المهذب البارع فی شرح المختصر النافع**، ج ۳، چ ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن قدامه مقدسی، عبدالرحمن بن محمد (بی‌تا)، **الشرح الكبير علی متن المقنع**، ج ۷، بیروت: دار الکتب العربی.

- ابن قدامه، عبدالله ابن احمد (۱۴۰۴ق)، **المغنی**، ج ۷، قاهره: مکتبه القاهره.
- اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین (۱۴۱۸ق)، **حاشیه کتاب المکاسب**، ج ۵، قم: محقق.
- الجزیری، عبدالرحمن (۱۴۱۹ق)، **الفقه علی المذاهب الاربعه**، ج ۴، بیروت: دار الثقلین.
- امامی، سید حسن (۱۳۶۶)، **حقوق مدنی**، ج ۴، چ ۲۸، تهران: اسلامیه.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ق)، **المکاسب**، ج ۵ و ۶، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- انصاری، مهدی (۱۳۹۰)، **نظریه نقض کارآمد قرارداد از دیدگاه مکتب تحلیل اقتصادی حقوق**، حقوق و علوم سیاسی، ۱، ۳۹-۵۷.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۳)، **الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره**، ج ۱۹ و ۲۴ و ۲۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- بهجت، محمدتقی (۱۳۸۶)، **استفتائات از محضر آیت الله بهجت**، قم: دفتر آیه الله.
- بهوتی، منصور بن یونس (۱۴۱۴ق)، **شرح منتهی الارادات**، ج ۲، بیروت: عالم الکتب.
- بهوتی، منصور بن یونس (۲۰۰۹م)، **کشاف القناع عن متن الاقناع**، ج ۵، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- جعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۳۸۵)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه**، ج ۵، چ ۷، قم: دار التفسیر.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، **ترمینولوژی حقوق**، چ ۱۸، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حجازی، محمدعلی؛ بداعی، فاطمه (۱۳۹۳)، **شرط باروری یا عدم باروری در نکاح، زنان و خانواده**، ۶۴، ۴۷-۷۲.
- حسینی سیستانی، سید علی (۱۴۱۷ق)، **منهاج الصالحین**، ج ۳، قم: دفتر آیه الله.
- حسینی، سید محمدباقر (۱۳۸۵)، **ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل منفی حقوقی**، دادرسی، ۵۸، ۴۳-۴۵.
- حکیم، سید محسن (۱۴۱۰ق)، **منهاج الصالحین (با حاشیه صدر)**، ج ۲، بیروت: دار التعارف.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق)، **تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه**، ج ۲، قم: الامام الصادق (ع).
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۷۰)، **تحریر الوسیله**، ج ۲، قم: دار العلم.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۲۱ق)، **کتاب البیع**، ج ۵، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق)، **موسوعه الامام الخوئی**، ج ۳۳، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۴ق)، **منهاج الصالحین**، ج ۲، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
- درتکیده، سید محمد (۱۳۹۳)، **کنترل ولادت از نگاه قرآن و سنت**، چابهار: اهل قلم بلوچ.
- زارعی، بیژن (۱۳۸۹)، **مبانی جمعیت شناسی اقتصادی و اجتماعی**، ج ۴، ج ۴، تهران: سمت.
- سعادت مصطفوی، سید مصطفی (۱۳۸۳)، **ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی**، دین و ارتباطات، ۲۴، ۱۷۱-۲۰۰.
- سکوتی نسیمی، رضا (۱۳۹۵)، **بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی**، آموزه های فقه مدنی، ۱۳، ۱۲۹-۱۵۶.
- سیمایی صراف، حسین (۱۳۸۷)، **مطالبه بهای شرط، تضمینی برای جبران تخلف از شرط و نقد رویکرد سنتی**، نامه مفید، ۶۷، ۵۱-۷۰.
- شیرازی زنجانی، سید موسی (۱۳۸۲)، **کتاب نکاح**، ج ۴، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۷)، **حقوق مدنی: شروط ضمن عقد**، ج ۲، تهران: مجلد.
- صادقی مقدم، محمد حسن؛ شکوهی زاده، رضا (۱۳۹۱)، **نظریه تبعیت در اعمال حقوقی**، دیدگاه حقوق قضایی، ۵۷، ۴۳-۷۸.
- صفائی، سید حسین (۱۳۸۲)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، ج ۲، تهران: میزان.
- صفائی، سید حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۷۸)، **حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن**، ج ۲، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- طباطبائی قمی، سید تقی (۱۴۲۶ق)، **مبانی منهاج الصالحین**، ج ۱۰، قم: قلم الشرق.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۴ق)، **العروه الوثقی**، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق)، **حاشیه المکاسب**، ج ۲، ج ۴، قم: اسماعیلیان.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج ۲، تهران: المکتبه المرترضیه.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، **تهذیب الاحکام**، ج ۷، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۳۷۳)، **اللمعه الدمشقیه**، قم: دار الفکر.

- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق)، **الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه**، ج ۳، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- علایی نوین، فروزان (۱۳۹۳)، **بازپژوهشی رویکردهای فقهی در مباحث کنترل جمعیت و تنظیم خانواده**، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۳۸، ۱۳۵-۱۵۶.
- علیی، محمدولی (۱۳۸۴)، **تأثیر آموزه‌ها و فتاوی شیعی در رشد و کنترل جمعیت**، فصلنامه ادیان و مذاهب، ۱۲، ۱۴۳-۱۷۴.
- غزالی، محمد بن محمد (۱۳۷۵)، **احیاء علوم الدین**، ترجمه: مویدالدین محمد خوارزمی، تهران: علمی و فرهنگی.
- قائنی، محمد؛ معینی فر، محدثه (۱۳۹۳)، **موجه سازی حق تولید مثل و باروری انسان در قرآن**، مطالعات راهبردی زنان، ۶۶، ۱۹۵-۲۴۷.
- قراملکی، علی؛ مرتضی، احمد؛ امیرپور، حیدر (۱۳۸۸)، **مشروعیت الزام به فرزندآوری**، فقه و حقوق اسلامی، ۱، ۱۲۵-۱۴۰.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت**، تهران: دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۴، ج ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، **فلسفه حقوق**، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاظمی، علی (۱۴۰۱)، **واکاوی مالیت منفعت انسان و کیفیت تسلیم آن در فقه و حقوق ایران**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۷، ۳۳۳-۳۶۰.
- کرکی (محقق)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، ج ۱۲، قم: آل البیت.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۶)، **بررسی فقهی حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۹)، **شرط فرزندآوری یا عدم فرزندآوری**، فقه پزشکی، ۲، ۱۱-۲۴.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق)، **دائرةالمعارف فقه مقارن**، قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب علیه السلام.
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق)، **القواعد الفقهیه**، ج ۳، قم: الهادی.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۷۳)، **شرط ترک ازدواج مجدد در ضمن عقد نکاح**، قضایی و حقوقی دادگستری، ۱۱، ۴۹-۵۶.

- موسوی عاملی، محمدعلی (۱۴۱۱ق)، **نهاية المرام في شرح مختصر شرائع الإسلام**، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نائینی، محمد حسین (۱۴۱۸ق)، **منیه الطالب فی شرح المکاسب**، تقریر: موسی خوانساری نجفی، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، ج ۵ و ۳۰، قم: اسلامیة.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۲۹ق)، **مستند الشیعه فی احکام الشریعه**، ج ۱۶، بیروت: آل البيت.
- نوری همدانی، حسین (بی تا)، **کنترول جمعیت**، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، ۳۳، ۲۴-۵۱.
- وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸ق)، **منهاج الصالحین**، ج ۳، قم: مدرسه امام باقر(ع).
- Barnett Katy and Harder, Sirko (2014), **Remedies in Australian Contract Law**, New York: Cambridge University Press.
- Leitzel, Jim, **Reliance and Contract Breach**, Law and Contemporary Problems, No. 52, pp. 87-105, 1989. Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol52/iss1/6>