

مقدمه

۱- امروزه قانونگذار کمتر کشوری است که برای جمع دستاوردهای علوم زیستی و پزشکی با ارزش‌های اخلاقی، مذهبی و اجتماعی در مقام وضع قواعد مناسب حقوقی بر نیامده باشد. قانونگذار ایران نیز مانند دیگر قانونگذاران جهان ضمن توجه به روش‌های نوین ارائه شده از سوی دانش زیست‌شناسی و فنون آن در مورد باروری خارج از رحم، و ورود مباحث این علم در حوزه‌های مذهبی و حقوقی کشور، اقدام به تصویب قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور نموده است. مطابق این قانون، به مراکز تخصصی ناباروری اجازه داده شده است که با رعایت ضوابط شرعی نسبت به انتقال جنین‌های حاصله از تلقیح خارج از رحم زوج‌های قانونی (IVF) پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنان نابارور اقدام نمایند.

۲- روش مزبور تنها طریق باروری زوجین نابارور نبوده و بهره‌مندی از رحم زن دیگر نیز توانسته است به‌عنوان یک راه حل مناسب جهت حمل و پرورش جنین متعلق به زن و شوهرهای نابارور مورد توجه قرار گیرد. اگر چه از مدتها پیش ماهیت توافق مربوط به استفاده از رحم مادر جایگزین و احکام شرعی و آثار حقوقی این ترازی در محافل علمی ایران مورد گفتگو قرار گرفته و عالمان دینی و اندیشمندان حقوق موضوعه اقدام به ارائه نقطه نظرات خود نموده‌اند (۳-۱)، ولی تاکنون از طرف مقنن، قانون خاصی در این زمینه به تصویب نرسیده است.

۳- مادر جانشین یا جانشینی در بارداری^۱ از حیث وجود یا عدم وجود ارتباط ژنتیکی جنین با مادر حامل و والدین حکمی یا متقاضی به چند صورت تقسیم شده است (۴).

اول- در یک حالت از بارداری، تخمک مادر جانشین با اسپرم مردی که همسر وی نازاست از طریق لقاح،

بارور گردیده و آنگاه در رحم مادر جایگزین قرار داده می‌شود. در این قسم، پدر حکمی و مادر حامل دارای ارتباط کامل ژنتیکی با بچه هستند و زوجهٔ مرد صاحب اسپرم، «مادر متقاضی» محسوب و فاقد هر گونه ارتباط ژنتیکی با جنین می‌باشد.

دوم- در این روش، تخمک اهدایی زن ثالثی با اسپرم پدر حکمی بارور و در رحم مادر جایگزین قرارداده می‌شود. در این قسم از باروری، فقط پدر حکمی دارای ارتباط ژنتیکی با جنین است.

سوم- در یکی دیگر از صور جانشینی در بارداری، جنین حاصل از لقاح اسپرم و تخمک زوج ناشناخته در محیط آزمایشگاه، بر مبنای توافق صورت گرفته بین والدین متقاضی و مادر جانشین به رحم این فرد منتقل می‌گردد. در این روش، نه مادر جانشین و نه زوج نابارور هیچکدام ارتباط ژنتیکی با جنین ندارند.

چهارم- بالاخره در این حالت، جنین حاصل از اسپرم و تخمک زوج قانونی در رحم مادر جانشین قرارداده می‌شود. چنین حمله با پدر و مادر حکمی دارای ارتباط ژنتیکی است ولی مادر جانشین ارتباط ژنتیکی با وی ندارد (۵).

۴- روش‌های مذکور در صور اول و دوم، قطع نظر از آنکه بدون ایجاد رابطه زوجیت میان زن صاحب تخمک و مرد متقاضی مورد پذیرش همه اندیشمندان دینی و سایر علمای حقوق قرار نگرفته^۲ (۷-۱۰۶)، در عمل نیز کاربرد زیادی پیدا نکرده و جانشینی در بارداری عمدتاً به دو روش آخر محدود گشته است (۴).

توافق مربوط به جانشینی در بارداری، در تمامی اشکال خود، مخلوق اراده مشترک زوج نابارور متقاضی از

۲- جالب است بدانیم که در حقوق فرانسه نیز که رویه قضایی در جهت رد پذیرش تاسیس مادر جانشینی موضع قاطعی اتخاذ کرده بود تا منجر به تصویب ماده ۷-۱۶ قانون مدنی این کشور در ۲۹ ژوئیه ۱۹۹۴ مبنی بر اعلام بطلان قراردادهای مرتبط با «حاملگی به حساب دیگری» گردد، عمده مخالفتها متوجه استفاده از تخمک مادر جایگزین و یا مادر ثالث در انعقاد توافقات مادر جانشینی بوده است.

1- Maternité de substitution-maternité pour autrui

یکسو و اراده مادر جایگزین از سوی دیگر است. تلاقی اراده‌های همین دو طرف به تنهایی و بدون دخالت اراده شخص دیگری مثل شوهر و یا ولی مادر جایگزین منجر به پیدایش و اعتبار قرارداد مادر جانشین می‌شود. بنابراین، مطابق قواعد عمومی حاکم بر قراردادها و براساس «اصل نسبی بودن عقود» آثار قرارداد مادر جانشین باید محدود به طرفین ایجادکننده قرارداد یعنی زوجه نابارور و مادر جانشین پذیر باشد. اصل نسبیت آثار قرارداد از نتایج حاکمیت اراده، استقلال شخص در جامعه و عدم پذیرش سلطه فرد بر دیگری است (۸-۱۱). از منظر حقوقی هر شخصی که در انعقاد قرارداد دخالت نداشته و قائم مقام قانونی (وارث) یا قائم مقام قراردادی (منتقل الیه) هیچ یک از طرفین ایجادکننده قرارداد نباشد، نسبت به عقد محقق شده، ثالث تلقی و مستقیماً متأثر از آثار قرارداد انعقادی نخواهد بود.

ماده ۲۳۱ قانون مدنی مثل ماده ۱۱۶۵ قانون مدنی فرانسه، آثار قرارداد را به طرفین ایجاد کننده آن محدود ساخته است: «معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها موثر است ...» با آنکه، برخلاف قاعده، اجازه داده شده است که با اراده دو طرف عقد، اثر قرارداد بعضاً به سود شخص یا اشخاص ثالث تسری پیدا نماید (ذیل ماده ۱۹۶ قانون مدنی) (۱۷-۱۲)؛ ولی تحمیل هر نوع تعهد به زیان دیگری از سوی متعاقدين، جز در موارد بسیار استثنایی ممکن نیست (۱۸، ۱۹). البته، تعهد به ضرر ثالث که ایجاد آن در عقد منع گردیده، محدودیت و یا زیانی است که به‌طور مستقیم از تصمیم دو طرف قرارداد برای شخص دیگری که هیچ نقشی در انعقاد عمل حقوقی نداشته است، به‌وجود می‌آید و گرنه بازتاب آثار و نتایج غیرمستقیم قرارداد در اجتماع و پذیرش تأسیس

بناشده متعاقدين از سوی همگان اجتناب‌ناپذیر می‌نماید (اصل قابلیت استناد عقد)^۱ (۲۰، ۲۱).

۵- ماهیت قرارداد مادر جانشین به گونه‌ای است که آثار و تبعات آن دامنگیر عده زیادی می‌گردد. درست است که به‌وجود آورندگان این عقد، به‌طور مستقیم پیدایش تعهدی را به زیان ثالث در قلمرو تراضی خود قرار نمی‌دهند؛ ولی چون مورد تعهد از دو جهت (حمل و رحم) مربوط به شخصیت انسانی است؛ لذا اجرای تعهد ایجاد شده در قرارداد ممکن است به حقوق حمل و حامیان قانونی او و یا مرتبطین با زن صاحب رحم آسیبی برساند. از یک سو، حمایت از حمل به عنوان یک موجود انسانی اقتضا دارد که بلافاصله پس از تشکیل قرارداد، الزاماتی برای مراکز درمانی و بیمارستانی، موسسات خدمات بیمه‌ای و حتی اداره سرپرستی دادگستری و امین حمل ایجاد گردد و از سوی دیگر، مرتبطین نسبی و یا سببی زن صاحب رحم، ناچار می‌شوند که به علت انعقاد قرارداد مادر جانشین برخی صدمات روحی ناشی از فرهنگ اجتماعی را بپذیرا شوند و بعضی دیگر از خویشاوندان مجبور می‌شوند که الزامات و تعهداتی را بر عهده بگیرند و یا از پاره‌ای حقوق قانونی خویش محروم گردند.

آثار و نتایج غیرمستقیم قرارداد جایگزینی در بارداری، اگر در مورد برخی اشخاص حقیقی و یا حقوقی، ملازمه منطقی با جنبه اجتماعی عقد دارد، ولی در پاره‌ای موارد، آثار قرارداد فوق چنان مغایرت با حقوق مسلم ثالث پیدا کرده و یا تعهد و زیانی را برای او ایجاد می‌کند که نظام حقوقی بی‌توجهی به آنرا بر نمی‌تابد. بنابراین، باید میان دو گروه از اشخاص متضرر از قرارداد مادر جانشین تفاوت قایل شد. گروهی از اشخاص ثالث به‌طور طبیعی و در اثر زندگی اجتماعی و یا قرابت دور و نزدیک با جنین مورد حمل و یا مادر جنین‌پذیر، متأثر از قرارداد می‌شوند؛ یعنی صدمه

1- Opposability of Contract

است. حقوق مورد تعرض احتمالی شوهر مادر جانشین بر اثر تشکیل قرارداد فوق را باید احصاء (گفتار اول) و آنگاه راه دخالت شوهر مذکور را در قرارداد همسر وی با زوج نابارور مشخص ساخت (گفتار دوم).

گفتار اول - حقوق مورد حمایت شوهر: تمکین در مقابل شوهر و پذیرش محدودیت شغلی، دو تکلیف قانونی مهمی است که طبق موازین فقهی و مقررات حقوق موضوعه، پس از ازدواج، به زن تحمیل می‌گردد.

الف- تمکین زوجه

اطلاع از مفهوم تمکین زوجه در مقابل شوهر، بروز تعارض میان حاملگی ناشی از جانشینی در بارداری و وظیفه تمکین مادر جایگزین را نشان می‌دهد.

اول- مفهوم تمکین

۱- ایجاد و دوام صفا و صمیمیت در زندگی زناشویی، بدون تردید، مستلزم همکاری برابر و صادقانه هر دو عضو اصلی سازمان خانواده یعنی زن و شوهر است. قانونگذار قانون مدنی در دو ماده ۱۱۰۳ و ۱۱۰۴، "حسن معاشرت" و "معاضدت در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد" را به صورت دو تکلیف مشترک و اولیه زوجین مورد حکم قرار داده است. ولیکن در مورد تصمیم‌گیری دو نفر برای اداره خانواده، ممکن است اختلاف سلیقه بروز کرده و آرامش خانواده را بر هم زند. لذا، به منظور جلوگیری از تلاشی پیمان مقدس خانواده و قطع اختلاف نظر، بدون مراجعه به ثالث و یا احیاناً دادگاه، قانونگذار به تبعیت از فقه اسلام (۲۲، ۲۳) و عرف حاکم، همانند حقوق بسیاری دیگر از کشورها (۲۲، ۲۴-۳۲) در ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی «ریاست خانواده» را، به عنوان یک قاعده امری، از خصایص شوهر دانسته است.

۲- از نتایج اعطای ریاست خانواده به شوهر پیدایش وظیفه‌ای برای زوجه در مقابل او به عنوان "تمکین" است.

در عرف حقوقی ما، تمکین در دو معنی به کار می‌رود:

روحي یا مالی دیده و یا تعهدات و تکالیف غیرمستقیمی را پیدا می‌کنند. اما دسته‌ای دیگر از این اشخاص، اگر چه مستقیماً و با اراده‌های دو طرف عقد متعهد و ملتزم نمی‌گردند ولی آثار غیرمستقیم قرارداد به نحوی حاد و روشن به حقوق آنها آسیب می‌رساند و تشخیص مرز بین اثر مستقیم و غیرمستقیم عقد را نیز مشکل می‌نماید.

مطابق قواعد عمومی قراردادها، نمی‌توان جایگاهی را برای اشخاص ثالث گروه اول در انعقاد قرارداد باز نمود، ولی عدم اقدام به ایجاد زمینه‌های مناسب حقوقی جهت دخالت اشخاص گروه دوم در تشکیل عقد، نظام اجتماعی و حقوق فردی را مختل می‌سازد.

۶- بارزترین افرادی که در اثر انعقاد قرارداد مادر جانشین، الزامات و یا محرومیت‌های ناخواسته‌ای به آنها تحمیل می‌شود، عبارتند از: شوهر، فرزند صغیر و احیاناً ولی قهری مادر جانشین و خود حمل مورد قرارداد.

بیشتر از همه، شوهر مادر جانشین است که از انعقاد عقد توسط همسر وی و زوج نابارور متضرر می‌گردد؛ لذا جا دارد ابتدا حقوق قانونی وی شناسایی و طرق قانونی دخالت او در قرارداد مطالعه شود (مبحث اول) و سپس حقوق مورد حمایت فرزند صغیر و ولی قهری مادر جانشین و نحوه شرکت آنها در قرارداد بررسی گردد (مبحث دوم).

مبحث اول

حقوق مورد حمایت شوهر مادر جانشین و دخالت وی در قرارداد: مادر جانشین لزوماً یک زن بیوه و یا فاقد شوهر نمی‌باشد (۲). ممکن است به دلایل خاصی از قبیل خویشاوندی، لذت مادری ناشی از حاملگی، حس انسان دوستی و یا نیاز مالی، زن شوهرداری حاضر به انعقاد قرارداد مادر جانشین با زن و شوهر نابارور متقاضی فرزند شود. در این صورت، حقوق قانونی شوهر مادر جانشین در خانواده به قوت خود باقی

تمکین خاص و تمکین عام.

علمای حقوق مدنی به پیروی از سوابق فقهی و ملاحظه انظار دانشمندان حقوق اسلامی، تمکین خاص را به پذیرش خواسته جنسی شوهر و تن دادن به این خواسته بدون تقیید به زمان و مکان خاص تعریف کرده‌اند (۲۵). تمکین خاص وقتی تحقق می‌یابد که کامل باشد، یعنی تسلیم زن مقید و منوط به پیدایش امری و یا حضور در مکان خاصی نباشد (۲۶). زوجه فقط وقتی از تکلیف فوق معاف است که دارای عذر شرعی مثل حیض، نفاس، روزه واجب یا در حال احرام باشد و یا به علت بیماری‌های خاص خود یا شوهرش، از نظر پزشکی نزدیکی با شوهر به طور حتم برای وی زیانبار شناخته شود. البته، لزوم تمکین خاص بدین معنی نیست که احساس و عواطف زن نادیده انگاشته شود و در برقراری رابطه زناشویی تمایلات او اصلاً مورد توجه قرار نگیرد. بنابراین، تحدید معافیت زن از اجابت درخواست شوهر منحصر به وجود معاذیر شرعی و پزشکی فوق نبوده و وجود قوه قاهره و برخی پیشامدهای ناگوار مخرب روح را هم می‌توان در محدوده زمانی خاص از موارد معذوریت موجه زن برای تمکین دانست.

۳- تمکین عام به معنای اطاعت زن از شوهر در حدود قانون و متعارف برای حفظ مصالح خانواده است (۳۳، ۳۴) زوجه با پذیرش ریاست شوهر بر خانواده باید از تمرد در مقابل در خواستها و توقعات معقول او در اداره خانواده و تربیت اولاد و نیز دست یازیدن به اموری که مطابق میل شوهر نیست و منجر به بروز اختلاف و کشمکش می‌گردد، خودداری ورزد. مصادیق اطاعت زن از شوهر تابع قانون، شرع، عرف و عادت و رسوم اخلاقی و اجتماعی است. عمده‌ترین این مصادیق در نظام حقوقی حقوق خانواده ما بر مبنای احکام شرعی؛ وفاداری، عدم خروج زن از منزل شوهر بدون اجازه او (جز در موارد ضروری)، بردباری در خانواده،

اظهار علاقه به شوهر، پذیرش مدیریت وی، قناعت در مخارج، خودآرایی در منزل و حفظ اسرار خانوادگی بر شمرده شده است (۳۵).

۱۰- عدم تمکین زوجه در مقابل شوهر را نشوز و زن را در چنین حالتی ناشزه می‌نامند. ضمانت اجرای نشوز زن مطابق ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی سقوط حق نفقه اوست. به موجب این ماده «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود». این ماده مستقیماً از فقه اسلام اقتباس یافته است (۳۶، ۳۷)، مطابق نظر اندیشمندان حقوق اسلامی نشوز مسقط نفقه، منحصر به عدم تمکین خاص نمی‌باشد و چنانچه زن از اطاعت شوهر خود سرپیچی نماید و یا مطابق صلاحدید وی در اداره خانواده، تثبیت زندگی مشترک و تربیت فرزندان رفتار نکند و خودکامگی پیشه سازد نیز ناشزه محسوب شده و حقی برای مطالبه نفقه نخواهد داشت. بنابراین عدم تمکین به‌طور مطلق، خواه مربوط به تمکین خاص باشد و یا تمکین عام، موجب زوال حق زن برای دریافت هزینه زندگی در مدت نشوز می‌گردد (۳۸). به علاوه، تداوم نشوز زن ممکن است موجب اعطای مجوز ازدواج و انتخاب همسر دوم برای مرد از سوی دادگاه باشد.

آیا حاملگی مادر جانشین موانعی در راه تمکین او بوجود خواهد آورد؟

دوم- اختلال در تمکین مادر جانشین

۱۱- از توجه به مفهوم حقوقی تمکین چنین بر می‌آید که مادر جانشین نمی‌تواند در دوران حاملگی در مقام ایفای کامل وظایف زناشویی بر آید.

انجام تکلیف تمکین خاص که زن را به پذیرش درخواست‌های جنسی شوهرش ملزم می‌کند، بدون تردید در مراحل از دوران بارداری سخت یا ناممکن خواهد بود. محرومیت شوهر از تمتع جنسی در فرضی که حاملگی همسر وی برای فرزند خود زوجین باشد، طبیعی و مبتنی بر خواست مشترک زن و شوهر تلقی

قلمرو قانونی محدودیت در انتخاب شغل، حاملگی برای دیگری یا مادر جایگزین را نیز فرا می‌گیرد.

اول - قلمرو محدودیت زن شوهردار در اشتغال

۱۲- مطابق ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی: «شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند». قانونگذار به موجب این ماده، حفظ مصالح خانوادگی و رعایت حیثیت زن و شوهر را مبنای اختیار شوهر برای جلوگیری از اشتغال زن در حرفه یا صنعت خاص قرارداد است.

تشخیص اموری که مغایر مصالح خانوادگی و یا حیثیت زن و شوهر باشد، ملاک ثابتی ندارد و به داوری عرف احاله‌گرفته است^۱ (۴۱-۳۹). خصوصیات فردی و اجتماعی زن و شوهر، در کنار آداب و رسوم و سنن اخلاقی و فرهنگی خاص حاکم بر هر خانواده، مفهوم مصالح خانوادگی و حیثیت و شئون زوجین را از خانواده‌ای به خانواده دیگر متفاوت می‌سازد. هدف مقنن از وضع ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی جلوگیری از اشتغال زن در اموری است که او را از انجام صحیح وظایف همسری و مادری بازدارد. بنابراین منظور از شغل مغایر با مصالح خانوادگی و حیثیت اجتماعی زن و شوهر، مشاغل پست و احياناً نامشروع نیست. بلکه، هر شغل آبرومندانه و حتی مقدسی هم که برای زن گرفتاری‌های غیرمتعارف پیش آورد و او را از اداره منزل و تربیت فرزندان باز دارد، در قلمرو ممنوعیت قانونی است. اگرچه تشخیص این امور در اختیار شوهر قرارداده نشده است و مطابق ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۲۳ بهمن ۱۳۵۳، ادعای مرد باید در دادگاه رسیدگی و مورد اثبات و تایید قرار گیرد، ولی

می‌شود. ولیکن، تحمیل محرومیت فوق بر شوهر در فرضی که همسر او فرزندی را برای دیگری حمل می‌کند و در ایجاد این وضعیت زن به تنهایی نقش آفرین بوده است، به سهولت قابل توجیه نخواهد بود.

قلمرو تمکین عام نیز که زن را به اطاعت از شوهر در خانواده واداشته و او را ملزم به پرهیز از خودرأیی می‌کند، با پیشامد حاملگی به‌طور محسوس محدود می‌گردد. نه تنها مادر جانشین، حداقل در مراحل از دوران بارداری از عهده انجام تمام تکالیفی که عرفاً در داخل خانواده بر دوش اوست برنخواهد آمد، بلکه ناچار خواهد بود به منظور انجام معاینات پزشکی و مراقبت‌های بهداشتی و روانی از منزل مشترک به تنهایی خارج شود و چه بسا هزینه‌های مالی خاصی نیز در این راه صرف نماید. تداوم این رفتارها، که اقتضای طبیعی حاملگی است ولو آنکه زن از روی خودسری آنها را انجام ندهد، به‌طور قطع، نظم محیط خانواده و آرامش زندگی شوهر را در هم خواهد ریخت. در این شرایط، چاره‌ای جز دخالت دادن شوهر در توافقی که منشاء ایجاد وضعیت خاص در خانواده و زندگی زناشویی گردیده است، باقی نمی‌ماند. شرکت شوهر در قرارداد مادر جانشین، در واقع محرومیت او از تمکین خاص و عام همسرش را به خواست خود وی منتسب می‌کند.

با مشخص شدن چارچوب اختیار قانونی شوهر در ایجاد محدودیت برای اشتغال همسر او، آشکار خواهد شد که مناسبترین راه حل برای تامین آزادی زن در پذیرش حمل جنین به حساب دیگری، دخالت دادن اراده شوهر وی در تشکیل قرارداد مادر جانشین است.

ب- پذیرش محدودیت شغلی

در نظام حقوق مدنی ما، زن پس از ازدواج مجاز به انتخاب آزادانه هر شغلی نیست و شوهر اختیار دارد همسر خود را به قبول محدودیت در این زمینه وا دارد.

۱- رای مورخ ۱۳۷۳/۶/۲۹ شعبه ۳۳ دیوانعالی کشور؛ رای مورخ ۱۳۷۰/۶/۱۹ شعبه ۳۰ دیوانعالی کشور؛ شعبه ۳۳ دیوانعالی کشور طی دادنامه مورخ ۱۳۷۱/۵/۵ خود ضمن نقض حکم معترض عنه اشتغال زوجه مرد معترض را به شغل آموزگاری به علت عدم رضایت زوج منافی مصالح خانوادگی شناخته است.

موضع محاکم در مجموع متمایل به پذیرش نسبتاً آسان تقاضای شوهر در منع اشتغال همسر اوست (۴۱).

۱۳- چارچوب اعمال ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی محدود به حرفه و شغلی نیست که زن پس از ازدواج انتخاب می‌کند و شامل اشتغال قبل از ازدواج او نیز می‌گردد. رضایت اولیه شوهر به همسرش مبنی بر ادامه شغل خود، چیزی از اختیار همیشگی وی در مدت زندگی زناشویی در این خصوص نمی‌کاهد. در واقع، منع زن از تصدی هرگونه شغل و حرفه در خارج از منزل، علاوه بر آنکه حق شوهر است در زمره مسایل مربوط به نظم عمومی نیز قرار دارد^۱ (۴۳). حتی، در فرضی که ادامه کار قبلی زن و یا حق اشتغال او به حرفه دیگر ضمن عقد نکاح شرط شود، نظر به بطلان این التزام داده شده است^۲ (۴۷-۴۴).

اینگونه سخت‌گیرها به اشتغال زن بعد از ازدواج، به مبانی فقهی موضوع و حق منع شوهر از هرگونه شغل و حرفه (ولو شغل غیرمنافی با مصالح خانوادگی) زوجه در خارج از محیط خانواده بر می‌گردد (۴۷). در چنین فضایی اقدام زن در پذیرش مادر جایگزینی مغایرت خود را با مصالح خانوادگی و حیثیت اجتماعی زوجین نشان می‌دهد.

دوم - شمول قلمرو محدودیت اشتغال زن شوهر دار به پذیرش مادر جایگزینی

۱۴- ممکن است گفته شود که مادر جانشینی شغل به حساب نمی‌آید تا مشمول حق منع، مقرر در ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی برای شوهر جهت جلوگیری از فعالیت خارج از منزل همسر وی گردد. اما، تعمق در مبانی و

ملاک‌هایی که منجر به پذیرفتن حق مزبور برای شوهر شده است، تردیدی باقی نمی‌گذارد که اقدام زن به انعقاد قرارداد مادر جانشین با زوج نابارور می‌تواند امری مغایر با مصالح خانواده یا منافی با حیثیت اجتماعی زن و شوهر تلقی شود. زیرا هدف اصلی قانونگذار از اعطای اختیار به شوهر در ممانعت از شغل همسر این بوده است که با تصمیم این فرد جلوی هر اتفاقی که خلل در بنیان سازمان خانواده ایجاد کند، گرفته شود و شور و اشتیاق به تداوم زندگی مشترک و تربیت اولاد پا بر جا بماند. طبیعی است تن دادن یک زن به پذیرش چنین متعلق به دیگران و حمل آن به مدت نه ماه، چنانچه مطابق با میل شوهر نباشد، آرامش و صمیمیت خانواده را بر هم خواهد زد. وانگهی آثار و تبعات مادر جانشینی، محدود به دوره حمل جنین نیست و برخی از عوارض آن اصولاً از نظر پزشکی به سال‌های بعد از حاملگی نیز کشانده می‌شود. در چنین شرایطی چگونه می‌توان از شوهر زن خودرأی انتظار داشت که حق مداخله در کار او را نداشته باشد؟! خروج از منزل جهت انجام معاینات پزشکی و درمانی، تحمل مسایل زایمان، تحمیل هزینه‌های احتمالی به خانواده، محروم ساختن شوهر از استمتاع در مرحله‌ای از دوران حاملگی، عدم سرپرستی کامل فرزندان و بالاخره پیدایش برخی صدمات ناشی از بارداری و آسیب دیدن زیبایی خود زن و ... مجموعه عواملی هستند که شوهر را مجاز به منع همسر خود از پذیرش مادر جانشینی می‌نماید.

از ملاک موجود در ماده ۱۲۳۳ قانون مدنی نیز که قبول سمت قیمومت را برای زن بدون رضایت شوهر منع کرده است این نکته به خوبی فهمیده می‌شود. به موجب ماده ۱۲۳۳ قانون مدنی: «زن نمی‌تواند بدون رضایت شوهر سمت قیمومت را قبول کند». اگر پذیرفتن قیمومت محجور مستلزم اشتغالات متعدد زن و سلب فرصت از وی برای رسیدگی به امور خانواده است، تن

۱- کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی در تاریخ ۱۳۶۳/۳/۲۳ نظر مشورتی مخالف داده است.

۲- برخی از مولفان براساس قاعده «المومنون عند شروطهم» شرط مربوط به حق اشتغال زن را در ضمن عقد نکاح معتبر و غیر قابل عدول دانسته‌اند.

۳- معاونت حقوقی و امور مجلس وزارت دادگستری در نظریه شماره ۱۸/۱۷۴۴ مورخ ۱۳۷۵/۱۱/۲۰ از همین عقیده پیروی کرده است.

و آثار آن به یکی از مسائل خانواده مربوط گردد، قطعاً در وضعیت حقوقی عضو ساکت موثر خواهد بود. لذا، نمی‌توان در مورد اداره این کانون طبیعی از حکومت قواعد اخلاقی دوری گزید و بلکه باید از موازین اخلاقی استمداد جست و آنها را در قالب روشها و تئوری‌های حقوقی جهت شریک ساختن شوهر در انعقاد قرارداد مادر جانشین همسر او ارائه نمود.

۱۶- قواعد حقوقی به دو طریق زمینه دخالت شوهر مادر جانشین را در تشکیل قرارداد مادر جایگزینی فراهم می‌سازد.

اول- اعطای اذن یا اجازه

زن شوهرداری که تمایل دارد در قبال دریافت اجرت یا به‌طور رایگان استدعای زوج ناباروری را در خصوص حمل و پرورش جنین متعلق به آنها مورد اجابت قرارداد، می‌تواند قبل از تشکیل قرارداد، اذن همسر خویش را تحصیل و سپس اقدام به اعلام اراده قطعی نماید. اعطای اذن شوهر صورت خاصی ندارد و می‌تواند به هر طریقی ابراز گردد؛ بیان شفاهی، اشاره، کتابت، ارسال پیام الکترونیکی و حتی پیامک تلفنی، همه این روشها در صورت اثبات معتبر بوده و شوهر می‌تواند رضایت خود را نسبت به قرارداد، در حال تشکیل بدین طریق اعلام دارد. موافقت شوهر با همسر خود جهت ورود در قرارداد مادر جایگزینی ممکن است در قبال شراکت او در اجرت دریافتی زوج یا غیر آن باشد. نکته مهمی که در اینجا باید بدان توجه داشت آن است که زوج می‌تواند مادامیکه جنین به داخل رحم همسر او انتقال نیافته از اذن خود رجوع نماید. عدول از اذن اعطایی حق شوهر است و نمی‌توان آزادی وی را سلب کرد، اما چنانچه این انصراف بعد از انتقال جنین به رحم زوج اتفاق بیفتد عملاً اثری ندارد و قرارداد منعقد به عنوان یک عقد لازم به حیات خود ادامه خواهد داد و زن نیز تخلفی مرتکب نشده است.

دادن به قرارداد مادر جانشینی هم ملازمه با ظهور گرفتاری‌هایی دارد که انجام وظایف زناشویی او خدشه‌دار می‌شود. بنابراین فقط در صورتی این مشکلات برای شوهر قابل تحمل خواهد بود که خود او در قرارداد منعقد وارد شود.

گفتار دوم - دخالت شوهر در قرارداد

بررسی نحوه ورود و دخالت شوهر مادر جانشین به عنوان فرد ثالث در قراردادی که طرفین آن محدود به همسر او و زوج نابارور است و همچنین ملاحظه ضمانت اجرای حقوقی ممانعت از دخالت مزبور، بیانگر آن است که قواعد عمومی قراردادها نمی‌تواند در عقدی که اثر آن مستقیماً مربوط به انسانها می‌شود انعطاف‌ناپذیر بماند و با قواعد اخلاقی در نیامیزد.

الف - نحوه دخالت شوهر در قرارداد

۱۵- خانواده در نظام حقوقی ما اگر چه یک نهاد یا سازمان خاص تلقی می‌شود ولی قطعاً فاقد شخصیت حقوقی مستقل از شخصیت اعضای آن است. بنابراین، یک طرف قرارداد مادر جانشینی را نمی‌تواند خانواده و طرف دیگر آن را زوج نابارور متقاضی فرزند تشکیل دهد و از سوی دیگر، منعی بر استقلال اراده مادر جانشین در انعقاد هرگونه قرارداد مشروع با دیگران نیز وجود ندارد تا اراده شوهر او لازم باشد. پس به لحاظ حقوقی باید راهی جستجو کرد که دخالت شوهر در قرارداد معتبر همسر او توجیه شود.

خانواده اگرچه واجد شخصیت حقوقی نیست ولی تقدس و ویژگی ارتباط اعضای آن با یکدیگر در تمام نظام‌های اجتماعی و حقوقی جهان مورد اعتراف قرار گرفته است^۱ (۵۰-۴۸).

هر تصمیم که هر کدام از اعضای این اجتماع کوچک به‌ویژه اعضای اصلی آن، یعنی زن یا شوهر اتخاذ کند

۱- اصول دهم و بیست و یکم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران خانواده را واحد بنیادی جامعه اسلامی معرفی و دولت را موظف کرده است برای حفظ قداست و کيان این مأمن طبیعی اقدامات خاصی را انجام دهد.

در صورتی هم که شوهر حق انصراف از اذن اعطایی خود را ضمن اشتراط در عقد لازمی به وجه ملزومی از خود سلب نموده باشد، باز خواهد توانست قبل از شروع مرحله انتقال جنین به داخل رحم همسرش، از اذن خویش عدول نماید. زیرا، سلب حق رجوع از اذن به روش درج آن در ضمن عقد لازم که در مادتين ۱۲۰ و ۶۵۱ قانون مدنی مورد تصریح قرار گرفته است، مختص عقود مالی بوده و نمی‌توان حکم فوق را به حق شوهر در قرارداد مادر جایگزینی که یک عقد غیر مالی و مرتبط با نظم عمومی است تسری داد.

۱۷- اعلام رضایت شوهر نسبت به قرارداد منعقدہ توسط همسر او، ممکن است به صورت اجازه باشد، یعنی پس از انعقاد عقد صورت پذیرد. اجازه نیز مانند اذن اعلامی قالب خاصی ندارد و به هر شکل و لفظی که صادر شود، رضایت شوهر را نسبت به عمل حقوقی تشکیل شده نشان خواهد داد. حق شوهر به عدول از اجازه خود فقط تا قبل از انتقال جنین به رحم همسر او محفوظ است. با این توضیح که هرگاه اجازه پس از انعقاد قرارداد مادر جانشینی و قبل از شروع به اقدامات پزشکی مربوط به انتقال جنین داده شود، قابل رجوع خواهد بود. ولی چنانچه پس از توافق قطعی طرفین قرارداد و انتقال جنین به داخل رحم صادر گردد، راه عدولی بر آن متصور نیست. اسقاط حق رجوع از اجازه صادره حتی اگر به وجه ملزومی و ضمن اشتراط در عقد لازمی صورت گرفته باشد، تا مرحله قبل از انتقال جنین به رحم مادر جانشین قابل ترتیب اثر نیست و همانند اذن اعطایی از سوی شوهر قابل رجوع می‌باشد.

دوم- اشتراط اذن یا اجازه ضمن عقد

۱۸- احتمال دارد که اذن یا اجازه شوهر ضمن عقد نکاح او با همسرش یا ضمن عقد لازم دیگر شرط شود و به موجب آن زوج اختیار داشته باشد که به‌عنوان مادر جایگزین، جنین متعلق به زوج نابارور معلوم یا حتی نامعلومی را قبول و آنرا مورد حمل قرار دهد. در

این صورت نیز، بر خلاف آنچه بعضی از صاحب‌نظران در خصوص اذن یا اجازه شوهر در مورد شغل و حرفه زن گفته‌اند (رک همین مقاله شماره ۱۰)، اذن یا اجازه اعطایی قابل عدول است، مگر آنکه بر مبنای رضایت شوهر عمل انتقال جنین به داخل رحم صورت گرفته باشد. نظریه غیر قابل رجوع بودن اذن یا اجازه صادره از شوهر در ضمن عقد لازم چنانچه محمول بر صحت نیز باشد، فقط اشتغال زن شوهردار را به شغل و حرفه خاص در بر می‌گیرد و مادر جانشینی و حمل جنین برای دیگری مشمول آن نخواهد بود. آثار و تبعات مادر جایگزینی چنان با مسائل اساسی خانواده و استحکام آن در هم آمیخته است که تردیدی در آمره بودن احکام آن باقی نمی‌گذارد. بنابراین، نمی‌توان با این روش، شوهر را به نحوی متعهد ساخت که قادر به قطع تعهد خود نباشد.

ولیکن باید توجه داشت که قرارداد مادر جانشینی در هر حال قراردادی است که بین مادر جانشین و زوج متقاضی منعقد می‌گردد و عدم صدور اذن یا اجازه شوهر مادر جانشین یا عدول از آن موجب عدم نفوذ یا بطلان عقد ایجاد شده نخواهد بود^۱ (۵۱)، جز آنکه عدم توجه به موضع شوهر و نادیده انگاشتن حق دخالت او در قرارداد، براساس قواعد اخلاقی، منجر به پیدایش برخی ضمانت اجرای‌های حقوقی به سود مرد می‌گردد.

ب- ضمانت اجرای عدم دخالت شوهر در قرارداد

۱۹- دیدیم که نهاد خانواده در حقوق ما دارای شخصیت حقوقی نیست و طرفین قرارداد مادر جانشین را، زن پذیرنده جنین و زوجین نابارور متقاضی فرزند تشکیل می‌دهند و اراده شوهر مادر جانشین از لحاظ حقوقی نقشی در انعقاد قرارداد ایفا نمی‌کند. نتیجه این واقعیت آن است که با عدم رضایت شوهر، قرارداد

۱- مطابق عقیده این مولف در صورت عدم تنفیذ قرارداد از سوی شوهر مادر جانشین بطلان قرارداد کشف و خود مادر جانشین مکلف به پرداخت خسارت به والدین حکمی می‌باشد.

شوهر او می‌باشد. دادرس دادگاه سرپیچی زن در مقابل درخواست مشروع شوهر و آثار این عدم اطاعت را در محیط خانواده ملاحظه کرده و تقریباً به آسانی جهت صدور گواهی عدم امکان سازش و تجویز طلاق قناعت وجدان پیدا می‌کند. زیرا، با بروز کشمکش و اختلاف میان زن و شوهر و احراز عدم علاقه شوهر به زوجه که منشاء آن نافرمانی زن در مقابل شوهر می‌باشد، اصرار بر ادامه حیات عقدی که به‌طور طبیعی مرده است، بی‌فایده و شاید زیانبار باشد (۵۲).

سوم- مطالبه خسارت

۲۱- سرپیچی زن از اطاعت شوهر و دخالت مستقل او در قراردادی که آثار آن دامنگیر خانواده و زندگی مشترک زناشویی می‌گردد، قطعاً احساسات زوج را جریحه‌دار کرده و صدمات روحی غیر قابل انکاری را به وی وارد می‌سازد. با توجه به فرهنگ و آداب و رسوم اجتماعی حاکم بر جامعه ایرانی، به‌طور کلی هر زنی که بر خلاف میل شوهر خویش مبادرت به انعقاد قرارداد مادر جانشینی با زوج متقاضی فرزند کند و خود را برای دیگری بارور نماید، به عواطف و احساسات زوج خود آسیب‌زده است. اگرچه، میزان تأثر افراد با توجه به خصوصیات فردی و اجتماعی ناشی از نوع تربیت و سنت‌های مورد احترام آنها متفاوت است ولی هیچ مردی را نمی‌توان سراغ گرفت که از حمله شدن همسرش برای دیگری برخلاف میل او، آزرده خاطر نگردد و آلام روحی نبیند.

در نظام حقوقی ما مانند سایر نظام‌های حقوقی جهان، ضرر وارده می‌تواند مادی یا معنوی باشد و مسبب زیان وارده به دیگری، در هر حال مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود خواهد بود. براساس ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹/۲/۷ پاسخگویی زن غیرمطیع برای جبران خسارت معنوی وارده، که به حیثیت شوهر خود آسیب رسانده محل گفتگو نیست و

متشکله باطل نمی‌گردد. با این حال نباید چنین پنداشت که زن مادر جانشین فقط به دلیل اقتضای قواعد اخلاقی و احترام به کیان خانواده به دنبال کسب رضایت شوهر خود می‌باشد. اعتبار حقوقی قرارداد، نافی سایر حقوق قانونی شوهر در مقابل همسر خود رأی او نیست و شوهر در چنین وضعی علاوه بر عدم تکلیف به پرداخت نفقه، حق درخواست گواهی عدم امکان سازش و طلاق زوجه و امکان مطالبه خسارت معنوی و حقوقی را دارد و می‌تواند آنها را اعمال نماید.

اول- عدم پرداخت نفقه

ترتیب اثر ندادن به موضع شوهر و انعقاد قرارداد مادر جانشین بر خلاف میل وی، زوجه را در حالت نشوز قرار می‌دهد. با توجه به معنای گسترده‌ای که برای تمکین عام زن در مقابل شوهر در سوابق حقوقی و فقهی ما منظور شده است (۲۳). به‌طور قطع اقدام زوجه به انعقاد قرارداد مادر جایگزینی با دیگران و بی‌توجه ماندن به مخالفت شوهر، از مصادیق عدم اطاعت وی از شوهر و در نتیجه عدم تمکین زوجه محسوب می‌شود و موجب سقوط حق نفقه ایشان خواهد بود (ماده ۱۱۰۸ ق.م.ا).

دوم - تقاضای طلاق

۲۰- مطابق متن اصلاحی ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی^۱، باید درخواست طلاق مرد تقدیم دادگاه گردد و از طریق رسیدگی در مرجع قضایی موجه بودن تقاضای ارائه شده احراز شود. به موجب قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام، اجازه طلاق پس از ثبوت عدم امکان سازش میان زوجین توسط دادگاه صادر می‌گردد. بدون تردید، یکی از مواردی که می‌تواند عدم تفاهم میان زن و شوهر را ایجاد و یا آن را تشدید کند، پذیرش مادر جانشینی از سوی زوجه برخلاف رضایت

۱- اصلاحیه مورخ ۱۳۸۱/۹/۱۰ منتشره در روزنامه رسمی شماره ۱۶۸۳۴ مورخ ۱۳۸۱/۹/۲۰.

صغار و حضانت از آنها را با رعایت شرایط قانونی بر عهده خواهد گرفت (مواد ۱۱۸۱، ۱۱۶۸، ۱۱۶۹، ۱۱۷۲، ۱۱۸۰ قانون مدنی)^۲. اما ممکن است، فرزند صغیر مادر جانشین فاقد پدر یا جد پدری بوده و قیمومت با مادر یا دیگری باشد. این فرض در صورتی پیش می‌آید که زن بیوه‌ای که دارای فرزند صغیر است، اقدام به انعقاد قرارداد مادر جانشینی نماید، اعم از اینکه زن فوق مجدداً شوهر کرده یا نکرده باشد.

در این حالت که صغیر فاقد ولی قهری و وصی منصوب از ناحیه آنهاست، باید مواظب بود تا با انعقاد قرارداد مادر جانشینی از سوی مادر آنها، حقوق او مورد تضییع قرار نگیرد. نحوه تضییع حقوق صغیر چند ساله مادر جانشین با کیفیت تضییع حقوق طفل شیرخواره او یکسان نیست.

اول- تعرض به حقوق صغیر چند ساله

۲۳- مطابق بند ۱ ماده ۱۲۱۸ قانون مدنی برای صغیر فاقد ولی خاص، نصب قیم می‌گردد و پس از تعیین قیم مواظبت شخص مولی علیه و نمایندگی قانونی در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی او با قیم می‌باشد (ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی). بنابراین در صورت هر گونه تجاوز به حقوق مالی صغیر، قیم منصوب پاسخگو بوده و باید برای دوره قیمومت خود به مرجع قضایی حساب پس بدهد. با انتخاب قیم برای صغیر و نظارت دادستانی بر اعمال او تا حدود زیادی حفظ حقوق مالی مولی علیه تضمین می‌گردد و با تن دادن مادر صغیر به قرارداد مادر جانشینی اموال وی کمتر در معرض خطر قرار می‌گیرد.

اما در خصوص سرپرستی صغیر، چون حضانت و نگهداری او همچنان با مادر است، احتمال دارد گرفتاری‌های ناشی از انعقاد قرارداد مادر جانشینی فرصت رسیدگی کامل به صغیر را از مادر او سلب

زیان وارده باید به طریقی تدارک شود^۱ (۵۳).

مطمئن‌ترین راه حل برای گرفتن بهانه از شوهر در مورد اعمال حقوق سه‌گانه مورد بحث، تلاش زوجه برای جلب رضایت زوج حین انعقاد قرارداد مادر جانشین است. همانطور که لزوم این تلاش در مورد تحصیل موافقت سایر اشخاص مرتبط با قرارداد فوق نیز ضروری به نظر می‌رسد.

مبحث دوم

حقوق مورد حمایت فرزند صغیر و ولی قهری مادر جانشین و دخالت آنها در قرارداد

برای فرزند یا فرزندان صغیر و ولی قهری زنی که مبادرت به تشکیل قرارداد مادر جانشینی می‌نماید، در حالات مختلف، حقوقی متصور است. باید حقوق این دو گروه به عنوان اشخاص ثالث نسبت به قرارداد منعقدہ بررسی (گفتار اول) و زمینه‌های قانونی دخالت آنها در تشکیل قرارداد مزبور مورد بحث قرار گیرد (گفتار دوم).

گفتار اول - حقوق مورد حمایت صغیر و ولی قهری

حقوق متصور برای فرزند صغیر مادر جانشین با حقوق مربوط به ولی قهری این زن، کاملاً متفاوت است. پیش‌بینی حقوق در مورد صغیر بیشتر جهت حمایت از خود صغیر صورت می‌گیرد درحالی‌که شناسایی حقوق برای ولی قهری عمدتاً به منظور پشتیبانی از مولی علیه‌است.

الف- حقوق مورد حمایت صغیر

۲۲- در فرضی که فرزند یا فرزندان صغیر مادر جانشین دارای پدر باشند، خواه این پدر شوهر مادر جانشین و خواه غیر او باشد، قانوناً ولایت قهری حق و تکلیف پدر بوده و قانوناً این شخص اداره امور

۱- اصل یکصد و هفتاد و یک قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز با اعلام امکان صدور حکم به جبران خسارت معنوی در مورد عملکرد اشتباه قاضی دادگاه تردیدهای موجود در قابلیت مطالبه خسارت فوق را از بین برده است.

۲- البته در نظام حقوقی ما جد پدری و پدر در عرض هم توأمان بر طفل صغیر ولایت دارند.

می‌افتد و باید به طریق ممکن از تجاوز به حقوق طفل فوق جلوگیری نمود.

۲۵- خود جنین مورد حمل توسط مادر جانشین نیز انسان بوده و از حقوق قانونی اشخاص برخوردار است. احتمال دارد در اثر فوت یا بی‌توجهی پدر و مادر حکمی یا مادر جانشین حیات حمل یا حقوق مالی او به خطر افتد. در این فرض، جنین مورد حمل نسبت به قرارداد منعقد شده بین مادر جایگزین و زوج متقاضی فرزند، شخص ثالث محسوب می‌گردد. نظام اجتماعی برای حفظ سلامتی، حقوق مالی و مدنی چنین موجودی نمی‌تواند بی‌تفاوت باقی بماند و باید از طریق اتخاذ راه‌حلهای مناسب قانونی در مقام دفاع از وی بر آید. زیرا عدم ولادت موجب محرومیت از حقوق مدنی نبوده و براساس ماده ۹۵۷ قانون مدنی حمل به شرط زنده متولد شدن از برخی حقوق مدنی مثل ارث، وقف و وصیت برخوردار می‌گردد.

ب- حقوق مورد حمایت ولی قهری

۲۶- شوهر داشتن یا سابقه ازدواج برای زنی که تمایل به پذیرش مادر جانشینی دارد، شرط نیست و قانوناً منعی جهت انعقاد قرارداد مادر جانشین با رشیده باکره وجود ندارد. لذا این سوال به ذهن متبادر می‌شود که هرگاه دختر دوشیزه‌ای به هر انگیزه‌ای در مقام انعقاد قرارداد مادر جایگزینی با زوج نابارور متقاضی فرزند برآید، آیا صحت قرارداد وی مانند نکاح دختر باکره موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست یا نه؟ مطابق ماده ۱۰۴۳ اصلاحی قانون مدنی، پدر و جد پدری در ازدواج دختر باکره بالغه حق اعمال ولایت و صدور اجازه را دارند و فقط در صورت مضایقه این افراد از دادن رضایت، بدون علت موجه، دادگاه درخواست دختر متقاضی ازدواج را بررسی و در صورت صلاحدید اجازه لازم را صادر می‌نماید. حکم مقرر در این ماده مبتنی بر نظر گروهی از فقهای امامیه است که اعتقاد به تشریک یعنی مشترک بودن ولایت میان خود

نماید. در چنین حالتی مطابق ماده ۱۱۷۳ اصلاحی قانون مدنی، دادگاه می‌تواند به تقاضای اقربای صغیر یا قیم او یا به درخواست ریاست حوزه قضایی تصمیم لازم جهت حضانت و تربیت صغیر را اتخاذ کند.

دوم- تعرض به حقوق طفل شیر خواره

۲۴- به موجب آیه ۲۳۲ از سوره بقره مدت شیرخوارگی اطفال دو سال قمری تعیین گردیده است.^۱ با این حال، مطابق نظر مشهور فقهای امامیه شیردادن مادر به طفل خود یک تکلیف قلمداد نشده است (۵۶-۵۴، ۵۱)، مطابق این نظر شیر دادن به نوزاد حق مادر است نه تکلیف او. صدر ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی در تبعیت از عقیده فوق اعلام می‌دارد: «مادر مجبور نیست که به طفل خود شیر بدهد...»

با توجه به حکم قانونی مزبور، ناتوانی مادر جانشین در شیردادن طفل خود که ممکن است به دنبال بارداری وی عارض گردد، تعارضی با حقوق فرزند شیرخواره او پیدا نمی‌کند. زیرا، وقتی شیردادن به طفل از سوی مادر حق باشد نه تکلیف، امتناع از اعمال حق به هر دلیل جایز بوده و اسقاط اختیاری حق به حساب می‌آید. در صورت پیشامد چنین وضعی سرپرست قانونی طفل باید امکان تغذیه مولی علیه خود را به طریق دیگر فراهم نماید.

اما ممکن است تغذیه طفل به غیر از شیر مادر ممکن نباشد، در این صورت مادر مکلف به شیردادن به فرزند خویش می‌باشد. حتی فقهای که قائل به عدم وجود تکلیف برای زن در خصوص شیردادن به طفل هستند، در این مورد برای حفظ سلامتی بچه شیردادن مادر را الزامی دانسته‌اند. ذیل ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی با انعکاس استثنای فوق مقرر می‌دارد: «...مگر در صورتی که تغذیه طفل به غیر شیر مادر ممکن نباشد».

لذا در این حالت خاص حق مسلم طفل شیرخوار با اقدام مادر او به انعقاد قرارداد مادر جانشینی به مخاطره

۱- والوالدات یرضعن اولادهن حولین کاملین لمن أراد أن یتّم الرضاعة

مادران‌جانشین، در فرضی که امکان تغذیه او به طریق دیگر متعسر یا ناممکن می‌باشد. البته چنانچه سرپرست قانونی طفل شیرخوار قبل از انتقال جنین به رحم مادر صغیر از تشکیل قرارداد مادران‌جانشینی مطلع گردد خواهد توانست به منظور جلوگیری از ورود آسیب به بچه با مراجعه به دادگاه و اثبات مسلم بودن صدمه، انتقال جنین به رحم مادر را به عهده تأخیر بیندازد. با این حال، امکان مطالبه خسارت وارده به صغیر از مادران‌جانشین که با اقدام خود آن را به وجود آورده، همیشه محفوظ است.

۲۸- در خصوص جنین مورد حمل نیز در فرضی که به علت فوت پدر و مادر حکمی او یا بی‌توجهی آنها و یا مادر حامل، حقوق وی در معرض خطر و تضییع قرار گیرد، بی‌تفاوتی روا نیست. در این شرایط که جنین بدون سرپرست رها شده باید از او به عنوان انسانی که دارای حقوق حمایت است حمایت نمود و نگذاشت که طرفین قرارداد با او به صورت یک شیء رفتار نمایند. مقررات مواد ۱۰۳ به بعد قانون امور حسبی در این مورد قابل اعتنا و اجرا بنظر می‌رسد. به موجب این مقررات برای حفظ حقوق جنین از طرف دادگاه امین معین می‌گردد و مادامیکه امین فوق تعیین نشده نظارت بر حقوق جنین بر عهده دادستانی خواهد بود.

ب- دخالت ولی قهری در قرارداد

۲۹- ممکن است با توسل به ملاک موجود در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی چنین تصور کرد که پدر و یا جد پدری دختر دوشیزه‌ای که در مقام انعقاد قرارداد مادران‌جانشینی برآمده است، باید اجازه این عمل را به او بدهند و گرنه عقد منعقد محکوم به بطلان خواهد بود. اما این برداشت مبتنی بر صواب نیست، زیرا صرف‌نظر از اختلاف عمیق فقها (۶۹-۶۴) در خصوص شرط بودن اجازه ولی قهری در ازدواج رشیده باکره و مخالفت آشکار جمعی از اندیشمندان حقوق اسلامی با این نظر (۷۰)، اساساً اصل بر عدم ولایت فرد بر دیگری است،

دختر باکره و ولی او دارند^۱ (۷۰، ۵۹-۵۷). بدین تعبیر که هر یک از ولی قهری یا دختر می‌توانند به تنهایی اقدام به انعقاد عقد نکاح نمایند ولی نفوذ آن موکول به اجازه دیگری است (۶۳-۶۰). از آنجا که قبول مادران‌جانشینی برای دختر باکره آثاری شبیه آثار ازدواج دارد، بنابراین باید امکان تعمیم یا عدم امکان تعمیم حکم فوق در مورد قرارداد مادران‌جایگزینی نیز مورد بررسی و دقت نظر قرار گیرد.

گفتار دوم - دخالت صغیر و ولی قهری در قرارداد

دخالت صغیر در قرارداد، اگر لازم باشد، قطعاً توسط دیگری انجام می‌پذیرد ولی دخالت ولی قهری در قرارداد توسط خود اوصورت می‌گیرد.

الف- نحوه دخالت صغیر در قرارداد

۲۷- چنانچه فرزند صغیر مادران‌جانشین فاقد ولی خاص (ولی قهری و وصی منصوب از طرف آنها) باشد، سرپرست قانونی او اعم از قیم یا اداره سرپرستی (قبل از مرحله نصب قیم) مطابق مقررات مدنی (مواد ۱۲۱۸ به بعد) و قانون امور حسبی (مواد ۴۸ به بعد) مسئول اداره امور صغیر می‌باشند. البته همانطور که پیشتر گفته شد قرارداد مادران‌جانشینی بین زوج متقاضی فرزند و مادران‌جانشین منعقد می‌گردد و سرپرست صغیر حق دخالت در قرارداد را ندارد و لزومی برای ضم اراده او به اراده مادران‌جایگزین وجود ندارد.

بنابراین منظور از مسئولیت قیم یا هر سرپرست قانونی صغیر در این خصوص به اعمال نوعی نظارت و در صورت لزوم اقدام قانونی جهت استیفای حقوق تضییع شده مولی علیه محدود می‌گردد. مخالفت سرپرست قانونی فرزند یا فرزندان صغیر مادران‌جانشین خدشه‌ای به اعتبار قرارداد منعقد او وارد نمی‌سازد. حتی در مورد از بین رفتن حق شیرخوردن طفل شیرخواره

۱- دو نظر دیگر نیز میان فقهای امامیه در این خصوص شهرت دارد: برخی بقای ولایت پدر و جد پدری را در مورد دختر باکره حتی پس از رشد او نیز استصحاب کرده‌اند اما گروهی دیگر به بقای ولایت پدر و جد پدری پس از رسیدن دختر به سن رشد اعتقاد ندارند.

بعضی از این اشخاص اعم از حقیقی یا حقوقی به علت وقوع قرارداد مادر جانشین در معرض تعهدات و تکالیفی قرار می‌گیرند که می‌توان وضعیت پیش آمده در مورد آنها را، در هر حال، معلول جنبه‌های اجتماعی قرارداد و لازمه منطقی زندگی جمعی توصیف کرد. ولی عده‌ای دیگر به علت ارتباط تنگاتنگ خود با یکی از دو شخصیت انسانی مطرح در قرارداد، مادر جانشین یا حمل، به گونه‌ای از آثار قرارداد متضرر می‌شوند که گویی طرفین عقد بر خلاف اصول حقوقی توانسته‌اند تعهدی را مستقیماً به ضرر آنها بوجود آورند.

در مورد این اشخاص که شامل شوهر و فرزند صغیر مادر جانشین و احياناً خود جنین مورد حمل یا ولی قهری مادر جانشین می‌گردد، لازم است با جمع قواعد اخلاقی و حقوقی و استمداد از اصول و نظریه‌های شناخته شده این دو علم زمینه دخالت آنها را در تشکیل قرارداد فراهم سازیم. حفظ قداست و کیان خانواده از یک سو و عدم تناسب ضمانت اجراهای نامالیم حقوقی از سوی دیگر اقتضا دارد که تحصیل رضایت شوهر مادر جانشین برای انعقاد قرارداد مادر جانشین الزامی شناخته شود. در مورد حذف دخالت احتمالی ولی قهری مادر جانشین در انعقاد قرارداد، حداقل سنی (مثلاً ۲۵ سالگی) برای امکان پذیرش مادر جانشینی منظور شود و بالاخره در رابطه با حفظ حقوق فرزند صغیر مادر جانشین و خود جنین مورد حمل چارچوب نظارت مراجع دولتی و سرپرست قانونی این اشخاص به روشنی ترسیم گردد. مجموعه اقدامات فوق وضع قانون ویژه‌ای را طلب می‌نماید که در آن احکام و آثار قرارداد مادر جانشین به عنوان یک قرارداد خاص^۲ مطرح و راه حل عمومی قاطعی ارائه شود.

کما اینکه در خصوص ازدواج دختر باکره حتی قائلین به لزوم اجازه پدر و یا جد پدری این اختیار را به سایر سرپرستان قانونی دختر دوشیزه از قبیل قیم نیز تسری نداده‌اند. علیهذا، لازم شمردن اجازه ولی قهری دختر دوشیزه برای ازدواج او حکمی کاملاً استثنایی بوده و قابلیت اجرا در مورد مادر جانشینی دختر فوق را ندارد. ۳۰- با این حال، رعایت مصلحت و آینده دختر دوشیزه و حتی بیوه و غیر دوشیزه‌ای که در سنین نسبتاً پایین قرارداد، اقتضا می‌نماید که تصمیم قطعی به آسانی در اختیار وی قرار نگیرد و با اعمال نظارت بر اقدام او در این خصوص از آثار زیانبار فرهنگی و اجتماعی قرارداد مادر جانشینی نوجوانان جلوگیری گردد.

البته لازم است قانونگذار سن خاصی مثلاً ۲۵ سالگی را در این مورد مدنظر قرارداده تا نیل به آن سن هیچ زنی را مجاز به انعقاد قرارداد مادر جانشینی ننماید، مگر در شرایطی که از طریق رسیدگی در دادگاه مصلحت وی امر فوق را ایجاب کند. با توجه به وضعیت خاص قرارداد مادر جانشینی و آثار و تبعات مختلف فرهنگی و پزشکی آن، در بسیاری از نظام‌های حقوقی حداقل و حداکثر سنی را برای انعقاد قرارداد مادر جانشینی پیش‌بینی کرده‌اند^۱ (۲).

نتیجه

قرارداد مادر جانشین به‌عنوان یک عمل حقوقی دو جانبه، مخلوق اراده دو طرف آن یعنی پدر و مادر حکمی و مادر جانشین می‌باشد و بدین جهت براساس قواعد عمومی قراردادهای، آثار آن اصولاً باید محدود به خود متعاقدين گردد. ولیکن ماهیت خاص قرارداد مزبور موجب بروز پاره‌ای آثار و نتایجی می‌شود که دامن اشخاص ثالث غیر مرتبط با عقد منعقد را نیز فرا می‌گیرد.

۲- ماهیت این قرارداد هنوز محل اختلاف می‌باشد، بعضی تلاش کرده‌اند آنرا، اجاره شخص، مخلوطی از اجاره شخص و ودیعه یا جعاله قلمداد نمایند در حالیکه مادر جانشینی قرارداد ویژه‌ای است که احکام و آثار خود را دارد.

۱- در بسیاری از کشورها حداقل سن برای انعقاد قرارداد مادر جانشینی ۱۸ و ۲۱ سالگی تعیین گردیده است.

منابع

- ۱- روحانی علی آبادی محمد، نوغانی فاطمه. احکام پزشکی. تهران، موسسه فرهنگی انتشاراتی تیمورزاده، ۱۳۷۶، صفحات: ۷۸-۸۹.
- ۲- نایب‌زاده عباس. بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی. تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۰، صفحه: ۹۳ به بعد.
- ۳- شهیدی مهدی. وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی. مجموعه مقالات حقوقی، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۵، صفحه: ۱۸۴.
- ۴- عزیززاده مهدی. وضعیت فقهی و حقوقی استفاده از رحم جایگزین، مجله الهیات و حقوق، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۹، ۱۳۸۵، صفحه: ۱۸۰ به بعد.
- ۵- آخوندی محمد مهدی، صادقی محمد رضا. ضرورت بکارگیری تکنیک‌های باروری کمکی در تولید مثل انسان. مجموعه مقالات روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق. سمت و پژوهشکده ابن‌سینا، تهران، ۱۳۸۰، صفحات: ۳۵-۱۸.
- 6- C. App. de PAU, Recueil Dalloz sirey. 1991;p:380.
- 7- J.C.P. 1990, II. 21526, note. A. SERIAUX; Civ, 1, 13 déc. 1989;B.I, n° 387.
- ۸- شهیدی مهدی. حقوق مدنی- جلد سوم، آثار قراردادهای و تعهدات، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۲، شماره ۱۶۲، صفحه: ۲۹۴.
- ۹- کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادهای، جلد سوم، آثار قرارداد. تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۸، شماره ۶۱۰، صفحه: ۲۷۳.
- 10- Flour J, et J.-L. AUBERT; Les obligations, L'acte juridique, Paris, Armand colin, 1994, n°431 et suiv., p. 317 et suiv.
- 11- Starck B, ROLANDS H, et L. BOYER, obligations, contrat, 5ème éd. Paris, litec, 1995, n°1004;p:422.
- ۱۲- جعفری لنگرودی محمد جعفر. مبسوط در ترمینولوژی، جلد ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸، شماره ۴۸۶۹.
- ۱۳- جعفری لنگرودی محمد جعفر. الفارق (دائرة المعارف عمومی حقوق)، جلد ۳، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، شماره ۴۰، صفحه: ۱۲۹.
- ۱۴- شهیدی مهدی. حقوق مدنی- جلد سوم، آثار قراردادهای و تعهدات، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۲، شماره ۱۶۳ به بعد. صفحه: ۲۹۵.
- ۱۵- کاتوزیان ناصر. حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، جلد سوم، آثار قرارداد. تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۸، شماره ۶۴۲، صفحه: ۳۶۳.
- 16- Flour J, et J.-L. AUBERT, op. cit. n° 475 et suiv. p. 354.
- 17- Malaurie Ph, et L. AYNES, Droit civil, les obligations, 3ème éd. Paris, cujas, 1992, n°669, p.362.
- ۱۸- جعفری لنگرودی محمد جعفر. مبسوط در ترمینولوژی، جلد ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸، شماره ۴۸۶۴.
- ۱۹- شهیدی مهدی. حقوق مدنی- جلد سوم، آثار قراردادهای و تعهدات، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۲، شماره ۱۷۲، صفحه: ۳۰۳.
- ۲۰- کاتوزیان ناصر. قواعد عمومی قراردادهای، جلد سوم، آثار قرارداد. تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۸، شماره ۶۲۶ به بعد. صفحات: ۳۱۲-۳۲۲.
- 21- Malaurie Ph, et L. AYNES, op. cit. n° 653, p. 350.
- ۲۲- محقق محمد باقر. حقوق مدنی زوجین در زمان زناشویی دائم از دیدگاه قرآن. تهران، بنیاد قرآن، ۱۳۶۰، صفحه: ۱۰۰ به بعد.
- ۲۳- محقق داماد سید مصطفی. بررسی فقهی حقوق خانواده. چاپ هفتم و تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۹، صفحات: ۲۹۷-۲۸۸.
- ۲۴- صفایی سید حسین، امامی اسدالله. مختصر حقوق خانواده. چاپ نهم، نشر میزان، ۱۳۸۴، شماره ۱۲۳، صفحه: ۱۱۹.
- ۲۵- صفایی سید حسین، قاسم‌زاده عباس، عراقی سید عزت‌الله، صادقی محمود، امامی اسدالله، برزوئی عادل و همکاران. بررسی تطبیقی حقوق خانواده، زیر نظر دکتر ابوالقاسم گرجی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، شماره ۱۵۴، صفحات: ۱۹۶-۱۹۷.
- ۲۶- کاتوزیان ناصر. حقوق مدنی (خانواده). جلد اول، چاپ دوم، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۸، شماره ۱۳۳، صفحات: ۲۲۷-۲۲۹.
- ۲۷- محقق محمد باقر. حقوق مدنی زوجین در زمان زناشویی دائم از دیدگاه قرآن. تهران، بنیاد قرآن، ۱۳۶۰، صفحه: ۱۲۸.
- ۲۸- مهدوی ابراهیم، پیمان مقدس، بیتا، بیجا، صفحه: ۳۵ به بعد.
- ۲۹- بحرانی شیخ یوسف. حقائق الناضره فی احکام العترة الطاهرة. جلد ۲۵، بیروت، ۱۴۰۵ هـ.ق. صفحه: ۱۰۳.

- ۳۰- عبدالحمید محمد محیی الدین. الاحوال الشخصیه فی الشریعہ الاسلامیہ. بیروت، دارالکتاب العربی، ۱۴۰۴ هـ.ق. - ۱۹۸۴ م، شماره ۹۰ به بعد، صفحات: ۱۹۰-۱۸۶.
 - ۳۱- الموسوی الخمینی الحاج سید روح الله. تحریر الوسیله. الجزء الثاني، قم، ۱۳۶۳، صفحه: ۲۸۰ به بعد.
 - ۳۲- نجفی شیخ محمد حسن (صاحب جواهر). جواهر الکلام. جلد ۳۱، چاپ بیروت، ۱۳۸۱، صفحه: ۳۰۷.
 - ۳۳- جعفری لنگرودی محمد جعفر. حقوق خانواده. تهران، گنج دانش، ۱۳۶۸، شماره ۲۰۸، صفحه: ۱۷۴.
 - ۳۴- صفایی سید حسین، قاسم‌زاده عباس، عراقی سید عزت الله، صادقی محمود، امامی اسدالله، برزوئی عادل و همکاران. بررسی تطبیقی حقوق خانواده. زیر نظر دکتر ابوالقاسم گرگی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، شماره ۱۵۶، صفحه: ۱۹۹.
 - ۳۵- انصاریان حسین. نظام خانواده در اسلام. چاپ یازدهم، تهران، انتشارات ام ایبها، ۱۳۷۸، صفحات: ۳۸۳-۳۸۲.
 - ۳۶- الجیلانی القمی. المحقق الفقیه المیرزا ابی القاسم بن الحسن (میرزای قمی). جامع الشتات. جلد چهارم، به اهتمام مرتضی رضوی، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۷۵، سوال شماره ۲۰۷، صفحه: ۳۵۹ به بعد.
 - ۳۷- الطباطبائی آیه الله، المحقق السید علی. ریاض المسائل. الجزء الثاني، قم، موسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۴ هـ.ق، صفحه: ۱۴۹ به بعد.
 - ۳۸- طاهری حبیب الله. حقوق مدنی (۵). جلد سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۵، صفحه: ۲۰۳.
 - ۳۹- امامی سید حسن. حقوق مدنی. جلد چهارم، چاپ هفتم، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۱، صفحه: ۴۵۰.
 - ۴۰- صفایی سید حسین، قاسم‌زاده عباس، عراقی سید عزت الله، صادقی محمود، امامی اسدالله، برزوئی عادل و همکاران. بررسی تطبیقی حقوق خانواده. زیر نظر دکتر ابوالقاسم گرگی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، شماره ۱۴۹، صفحه: ۱۹۰.
 - ۴۱- کاتوزیان ناصر. حقوق مدنی (خانواده). جلد اول، چاپ دوم، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۸، شماره ۱۳۵، صفحه: ۲۳۳.
 - ۴۲- بازگیر یدالله. قانون مدنی در آئینه آرای دیوانعالی کشور (حقوق خانواده). جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۷۸، صفحات: ۲۷۷-۲۷۲.
 - ۴۳- کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی (خانواده). جلد اول، چاپ دوم، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۸، شماره ۱۳۶، صفحه: ۲۳۵.
 - ۴۴- صفایی سید حسین، قاسم‌زاده عباس، عراقی سید عزت الله، صادقی محمود، امامی اسدالله، برزوئی عادل و همکاران. بررسی تطبیقی حقوق خانواده. زیر نظر دکتر ابوالقاسم گرگی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، شماره ۱۵۰، صفحه: ۱۹۳.
 - ۴۵- طاهری حبیب الله. حقوق مدنی (۵). جلد سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۵، صفحات: ۲۱۶-۲۱۵.
 - ۴۶- فضل الله سید محمد حسین. زن در حقوق اسلام. ترجمه عبدالهادی فقهی زاده، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۸، صفحه: ۶۲.
 - ۴۷- محقق داماد سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، چاپ هفتم و تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۹، صفحه: ۳۱۶.
 - ۴۸- کاتوزیان ناصر. مجموعه مقالات. گامی به سوی عدالت، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۸، صفحات: ۵۲-۴۷.
 - ۴۹- مطهری مرتضی. نظام حقوق زن در اسلام. چاپ هشتم، تهران، انتشارات صدرا، ۱۳۵۷، صفحه: ۱۳ به بعد.
- 50- Cornu G, Droit civil, La famille, 8ème éd., Paris, Montchrestien. 2000;p:7.
- ۵۱- نایب‌زاده عباس. بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی. تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۰، صفحه: ۲۴۹. (برای نظر مخالف این منبع قابل استفاده است)
 - ۵۲- مطهری مرتضی. نظام حقوق زن در اسلام. چاپ هشتم، تهران، انتشارات صدرا، ۱۳۵۷، صفحه: ۲۸۲.
 - ۵۳- کاتوزیان ناصر. حقوق مدنی (ضمان قهری-مسئولیت مدنی). چاپ اول، تهران، کتابفروشی دهخدا، ۱۳۶۲، شماره ۸۰، صفحه: ۱۴۹. (در خصوص امکان جبران ضرر معنوی در نظام حقوقی ما این منبع قابل استفاده است)
 - ۵۴- حلی محقق. شرایع الاسلام. کتاب نکاح، صفحه: ۱۷۵.
 - ۵۵- نجفی شیخ محمد حسن. جواهر کلام. جلد ۳۱، صفحه: ۲۷۲، به نقل از صفایی، قاسم‌زاده عباس، عراقی سید عزت الله، صادقی محمود، امامی اسدالله، برزوئی عادل و همکاران. شماره ۳۳۷، صفحه: ۴۴۵.
 - ۵۶- طاهری حبیب الله. حقوق مدنی (۵). جلد سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۵، صفحه: ۳۲۹.
 - ۵۷- بحرانی شیخ یوسف. الحقائق الناضره فی احکام العتره الطاهره. بیروت، ۱۴۰۵ هـ.ق.، ۱۹۸۵ م، جلد ۲۳، صفحه: ۲۱۱.
 - ۵۸- الجیلانی القمی المیرزا ابی القاسم. جامع الشتات. جلد ۴، صفحه: ۵۶۶.

- ۵۹- الطباطبائی آیه الله، المحقق السید علی. ریاض المسائل. الجزء الثاني، قم، موسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۴ هـ.ق، جلد ۲، صفحه: ۷۸.
- ۶۰- جعفری لنگرودی محمد جعفر. حقوق خانواده. تهران، گنج دانش، ۱۳۶۸، شماره ۲۰۸، صفحه: ۲۴.
- ۶۱- صفایی سید حسین، قاسم‌زاده عباس، عراقی سید عزت الله، صادقی محمود، امامی اسد...، برزوئی عادل و همکاران. بررسی تطبیقی حقوق خانواده. زیر نظر دکتر ابوالقاسم گرجی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، شماره‌های ۸۴-۹۱، صفحات: ۹۶-۱۱۰.
- ۶۲- طاهری حبیب الله. حقوق مدنی (۵). جلد سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۵، صفحه: ۵۸.
- ۶۳- محقق داماد سید مصطفی. بررسی فقهی حقوق خانواده. چاپ هفتم و تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۹، صفحه: ۵۱ به بعد.
- ۶۴- شهید ثانی. مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام. جلد ۷.
- موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ هـ.ق. صفحات: ۱۲۳-۱۲۱.
- ۶۵- خمینی آیه الله سید روح الله. تحریر الوسیله. جلد ۲، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۳۶۳، صفحه: ۲۲۷.
- ۶۶- طباطبائی سید محمد کاظم. العروه الوثقی. جلد ۲، چاپ سوم، تهران، المکتبه العلمیه الاسلامیه، ۱۳۶۳، صفحه: ۳۱۶.
- ۶۷- مطهری مرتضی. نظام حقوق زن در اسلام. چاپ هشتم، تهران، انتشارات صدرا، ۱۳۵۷، صفحه: ۵۹.
- ۶۸- مغنیه محمد جواد. الفقه علی المذاهب الخمسه. چاپ هفتم، قانون الثاني، ۱۴۰۲ هـ. ق.، صفحه: ۳۲۲. (برای مطالعه تطبیقی در مذهب عامه این منبع قابل استفاد است)
- ۶۹- ابن قدامه موفق الدین. المغنی. جلد ۷، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۰۳ هـ. ق.، صفحه: ۳۴۶.
- ۷۰- الجیلانی القمی المحقق الفقیه. جامع الشتات. جلد ۴، صفحات: ۳۷۱-۳۷۰.