

## مطالعه تطبیقی تاثیر اشتباه بر نسب، ولایت و حضانت طفل ناشی از باروری های پزشکی در حقوق ایران و فرانسه

### چکیده:

باروری های پزشکی به عنوان یکی از فناوری های نوین مورد استقبال گسترده زوجین نابارور در دهه های اخیر قرار گرفته است. در حالیکه به کارگیری این فناوری نوین با چالش های متعددی روبرو گردیده که بعضاً نظام حقوقی پاسخ درخوری را ارائه ننموده است. یکی از معضلات جدی، آثار غیرمالی باروری های پزشکی است که اهم آنها نسب، ولایت و حضانت است.

حال اگر در روند درمان ناباروری، اشتباهی حادث شود، وضعیت حقوقی آثار غیرمالی باروری های پزشکی با چالش های جدی تری مواجه خواهد شد. بررسی پاسخ حقوقی به ابهامات پیشرو در سایر نظام های حقوقی از جمله فرانسه می تواند راهگشا باشد. لذا با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و به شیوه کتابخانه ای راهکارهای حقوقی جهت رفع ابهام آثار غیرمالی باروری های پزشکی در صورت حدوث اشتباه، بررسی گردید. نسب طفل ناشی از اهدا در نظام حقوقی فرانسه مبتنی بر توافق است و با ایران متفاوت است و نسب طبیعی (بیولوژیکی) در ایران ملاک است و در صورت بروز اشتباه، نسب طبیعی لاتغیر است اما نسب توافقی می تواند دستخوش تغییر شود که دیدگاه نسب طبیعی با علم پزشکی و ماهیت نسب همخوانی مضاعفی دارد. ولایت قهری در ایران مختص پدر و جد پدری است و در صورتی که پدر طبیعی ناشناس باشد ولایت قهری نیز منتفی است و نهادهای جایگزین مانند قیمومت مطرح است؛ اما در فرانسه نظام ابوت توافقی پدر و مادر اهداگیرنده، حاکم است که در صورت بروز اشتباه ابوت توافقی می تواند تداوم یابد و در صورت عدم قبول طفل، قیمومت توسط سایر نهادهای حمایتی قابل طرح است. حضانت نیز با عنایت به ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین، برعهده زوجین اهداشونده است و همین مهم در حقوق فرانسه حاکم است و در صورت بروز اشتباه در صورت عدم پذیرش طفل از جانب اهداگیرنده، این مهم برعهده نهادهای حمایتی است که در حقوق فرانسه به مراتب مراجع حمایتی طفل متعدد و پیشرفته تر هستند.

**واژگان کلیدی:** باروری های پزشکی، نسب، ولایت، حضانت، اشتباه، پدر حکمی، ابوت توافقی.

## A comparative study of the wrong effect on parentage, guardianship and custody of a child caused by medical fertility in Iranian and French laws

### Abstract:

Medical fertility as one of the new technologies has been widely welcomed by infertile couples in recent decades. While the application of this new technology has faced many challenges, which sometimes the legal system has not provided an adequate answer. One of the serious problems is the non-financial effects of medical fertility treatments, the most important of which are lineage, guardianship, and guardianship.

Now, if a mistake happens in the process of infertility treatment, the legal status of the non-financial effects of medical fertility will face more serious challenges. Examining the legal response to the leading ambiguities in other legal systems, including France, can be a way forward. Therefore, using the descriptive-analytical method and the library method, legal solutions to resolve the ambiguity of the non-financial effects of medical fertility in case of occurrence Error. The parentage of a child resulting from a donation in the French legal system is based on agreement and is different from Iran, and the natural (biological) parentage is the criterion in Iran, and in case of a mistake, the natural parentage is unchangeable, but the agreed parentage can undergo changes, which the point of view Natural lineage has a double match with medical science and the nature of lineage. Forced guardianship in Iran is reserved for fathers and grandfathers, and if the natural father is unknown, forced guardianship is also ruled out, and alternative institutions such as guardianship are considered; However, in France, the consensual abbot system of the donor parents is the rule, which can be continued in the event of a mistake, the consensual abbot can continue, and in case the child is not accepted, guardianship can be proposed by other support institutions. According to Article 3 of the law on the method of embryo donation, the custody is the responsibility of the donor couple, and the same is the rule in French law, and in the event of a mistake in the case of the donor's refusal to accept the child, this is the responsibility of the support institutions, which in French law are far more protective authorities. Children are numerous and more advanced.

**Key words:** medical fertility, descent, guardianship, mistake, legal Father, father by agreement.

## مقدمه:

از عمده‌ترین آثار غیرمالی اشتباه در باروری‌های پزشکی، مبحث نسب (اصلیت)، ولایت (قهری) و حضانت (نگهداری و پرورش طفل) است. موارد مزبور به قدر کفایت در باروری‌های پزشکی چالش‌برانگیز است. حال اگر اشتباهی در روند درمان نیز حادث شود، بر ابهامات و چالش‌های حقوقی باروری‌های پزشکی از منظر سه مبحث معنونه می‌افزایند. در صورت وقوع اشتباه علاوه بر حقوق طرفین عقد، حقوق جنین و نهایتاً طفل نیز تحت تاثیر قرار می‌گیرد و به نحوی حقوق مادی و معنوی آنها را تحت تاثیر قرار می‌دهد که برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است. برای یافتن راه‌حل مطلوب و بومی‌سازی آنها، مطالعه تطبیقی مادامیکه با نظام حقوقی ما سازگاری داشته باشد ضروری به نظر می‌رسد. لذا موارد سه گانه معنونه در حقوق فرانسه نیز مورد مذاقه قرار خواهند گرفت تا بتوان بهترین رویکرد حقوقی را برگزید.

وقوع اشتباهات در باروری‌های پزشکی متحمل است؛ به عنوان نمونه در اهدای جنین، رویان ناقل بیماری مسری هپاتیت نوع سی و یا ایذر باشد و هنگام زایمان به اهداشونده منتقل شود یا در صورت اشتباه پزشک در محیط آزمایشگاهی باکتری یا ویروسی به جنین منتقل شود و منجر به از بین رفتن و یا بیماری جنین و نهایتاً طفل گردد و یا در لقاح همگن اشتباهی رخ دهد و تبدیل به لقاح ناهمگن شود. در کشور فرانسه اشتباهات باروری پزشکی به سه دسته از حیث درجه اهمیت تقسیم می‌شوند و از منظر جبران خسارات درجات اهم اشتباهات، در اولویت هستند.<sup>۱</sup> در پژوهش‌های دکترین وقوع اشتباه در قراردادهای انواع آنها و آثار غیرمالی در باروری‌های پزشکی به صورت مجزا مورد مذاقه قرار گرفته بود؛ در حالیکه آثار غیرمالی اشتباه در باروری‌های پزشکی نخستین بار است که مورد بررسی قرار می‌گیرد.

در ادامه به بررسی رویکرد حقوقی دو کشور ایران و فرانسه ذیل سه مبحث نسب، ولایت و حضانت در روش‌های باروری پزشکی در صورت بروز اشتباه می‌پردازیم.

## ۱- نسب طفل ناشی از اشتباه در باروری‌های پزشکی

یکی از چالش‌های اصلی در حوزه باروری‌های مصنوعی، احراز نسب طفل است که منشا آثار مهم و متعدد دیگری است. گسترش بهره‌برداری از روش‌های درمان ناباروری، موضوع نسب کودکان متولد از این روش‌ها را به میان آورده و چالش‌های جدی و متعددی را ایجاد نموده است.

لازم به ذکر است در قوانین کشورمان و همچنین فرانسه، مقنن نسب را تعریف نموده است.<sup>۲</sup> به همین دلیل در جهت رفع ابهام برخی از حقوقدانان تعاریفی برای نسب ارائه داده‌اند. بعضی نسب را اینگونه تعریف نموده‌اند: "رابطه خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالثی باشند و به تعبیر دیگر، نسب علاقه‌ای است بین دو نفر که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالثی حادث شود".<sup>۳</sup> همچنین حقوقدان دیگر نسب را رابطه شخص با دیگری از طریق ولادت می‌داند، خواه به

<sup>۱</sup>. AMP Vigilance \_ Fiche retour d'expérience sur les erreurs d'identification en AMP.mars2020

<sup>۲</sup>. سید محمدتقی علوی و مرتضی عزیزی، «بررسی حقوق غیرمالی کودک آزمایشگاهی»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۵ (۱۳۹۱)، ۱۶۳.

<sup>۳</sup>. حسین صفایی و اسد... امامی، مختصر حقوق خانواده، (تهران: میزان، چ ۲۹، ۱۳۹۰)، ص ۲۸۷.

او منتهی شود مانند منتهی شدن پسر به پدر یا به ثالث منتهی شود، مانند دو برادر که به پدر و مادر منتهی می‌شود<sup>۴</sup>. همچنین فقها نیز پیرامون نسب تعاریفی را ارائه نموده‌اند. ازجمله اینکه "نسب عبارت از اتصال دو نفر با ولادت شرعی است یا منتهی شدن یکی از آنها به دیگری، هرچند با واسطه‌های متعدد و یا انتهای هر دوی ایشان به ثالث با صدق قرابت عرفی"<sup>۵</sup>.

فارغ از خلاء قانونی در حوزه تعریف قانونی نسب، در ادامه نسب ناشی از باروری های پزشکی در صورت بروز اشتباه در کشور ایران و فرانسه مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

## ۱-۱- وضعیت نسب طفل ناشی از باروری پزشکی در ایران در صورت حدوث اشتباه

در باب مفهوم شناسی، "در فرهنگ لغت فارسی از نسب به معنای اصل، نژاد، گوهر، نسب خویشاوندی، قرابت، زن، همسر یاد شده است و از منظر فقهی به معنی نسبت دادن است و وقتی که از کسی درباره نسب پرسند می‌گوید کسی که وابسته دیگری است"<sup>۶</sup>. به عبارت دیگر نسب در لغت مصدر و به معنای قرابت و علاقه و رابطه میان دو شی است و در زبان فارسی آن را نژاد می‌گویند.

از نظر فقهی نیز نسب، "یک امر طبیعی است و در عرف اجتماعات پیش از ظهور اسلام از تکیه یک انسان از ترکیب نطفه دو انسان ذکور و اناث حاصل می‌شده است. آنچه مسلم است، اینست که «پس از ظهور اسلام، این مبنای طبیعی مورد انکار و رد شارع مقدس قرار نگرفته و به اصطلاح اصولی، در مورد عنوان نسب، حقیقت شرعی‌ای وجود ندارد؛ بلکه در فقه نیز نسب به همین معنای عرفی اطلاق می‌گردد. منتها در یک مورد، نسب طبیعی مورد شناسایی حقوقی اسلام قرار نگرفته و آن مورد مربوط به زنا است"<sup>۷</sup> که استثنا است و قابلیت تعمیم نیز ندارد. البته زنا صرفاً موجب محرومیت از ارث بری است و نمی‌توان نسب خونی و رابطه بیولوژیکی را به طور کلی انکار نمود. این امر در آرای قضایی از جمله دادنامه قطعی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۹۲۰۰۱۳۱ مورخ ۱۳۹۳/۴/۳۰ صادره از شعبه ۷ دیوان عالی کشور مورد تاکید و تصریح قرار گرفته است<sup>۸</sup> و وفق رای وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ هیات عمومی دیوان عالی کشور زانی پدر عرفی طفل ناشی از زنا تلقی و نتیجتاً کلیه تکالیف مربوط به پدر ازجمله اخذ شناسنامه بر عهده وی می‌باشد و حسب ماده ۸۸۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آن‌ها منتفی است.

در انواع باروری‌های پزشکی، حکم اولیه در لقاح مصنوعی (همه انواع آن) نیز آنست که طفل متولد از باروری‌های پزشکی، ملحق به صاحبان نطفه خواهد بود؛ زیرا "از یک طرف نسب طبیعی با انعقاد نطفه محقق می‌شود و از طرف دیگر، برای پیدایش نسب مشروع، قانونگذار خصوصیت دیگری را نظیر انجام رابطه جنسی بین مرد و زن لازم ندانسته است"<sup>۹</sup>. به عبارت دیگر در حقوق ایران باید اذعان نمود که الحاق کامل طفل به زن و شوهر متقاضی پذیرفته نشده است.

<sup>۴</sup> . محمدجعفر جعفری لنگرودی، حقوق خانواده، (تهران: گنج دانش، ۴، ۱۳۸۶)، ص ۱۵۹.

<sup>۵</sup> . سید محمد آل بحر العلوم، بلغه الفقیه شرح و تعلیق: سید محمد تقی آل بحر العلوم، ج ۴، (تهران: مکتبه الصادق، ۴، ۱۴۰۳ هـ ق.)، ص ۱۷۹.

<sup>۶</sup> . ابوحیب سعدی، القاموس الفقهی لغة و اصطلاحاً، (دمشق: دارالفکر، ج ۱، ۱۴۰۸ هـ ق.)، ص ۳۵۱.

<sup>۷</sup> . مهدی شهیدی، وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، (تهران: سمت، ۱، ۱۳۸۱)، ص ۱۳۶.

<sup>۸</sup> . <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/26713>.

<sup>۹</sup> . همان، ص ۱۳۷.

قانون نحوه اهدای جنین، نیز پیرامون نسب ساکت است. بدین ترتیب بنابر اصل اولیه طفل از لحاظ نسب به دریافت کنندگان در روش های ناهمگون یا با دخالت شخص ثالث - مگر در رحم جایگزین که محل تامل است- ملحق نمی شود و به اهداکنندگان جنین یا صاحبان هر یک از گامت های اهدایی ملحق می شود.<sup>۱۰</sup> بی شک در درمان ناباروری به روش همگون، در صورتیکه گامت ها متعلق به زوجین و رحم نیز متعلق به زوجه باشد، در تشخیص نسب با معضل و چالش جدی مواجه نخواهیم شد و نسب طفل کاملاً مشخص است. صرفاً به دلیل وجود نارسایی در یکی از مولفه های فوق از جمله رحم، تخمک، اسپرم و یا حتی میتوکندری تخمک،<sup>۱۱</sup> علم پزشکی به یاری لقاح و انعقاد نطفه زوجین می آید که این مساله غالباً تأثیری در شناسایی نسب نخواهد داشت و ابهامی ایجاد نخواهد کرد. فقها نیز این قبیل درمان های ناباروری را مجاز دانسته اند و عقیده دارند: « برحسب مستفاد از ادله شرعی، نطفه مرد به هر نحو در حلیله اش قرار گیرد، جایز است و اولاد ملحق به مرد و حلیله اوست و توارث از طرفین ثابت است». برخی دیگر نیز گفته اند: «تلقیح زوجه به نطفه شوهرش جایز است و حکم طفل متولد از این عمل، بدون هیچ تفاوتی، در حکم سایر اولاد زوجین است».

حال اگر در روش های باروری پزشکی اشتباه موثری حادث شود و قرار بر آن بوده که از گامت های زوجین لقاح همگون انجام شود، درحالیکه به اشتباه از گامت ثالث استفاده گردیده و روش باروری از همگون تبدیل به ناهمگون شده است، احراز نسب طفل با چالش روبرو می شود. اما به هر ترتیب رابطه طفل با صاحبان گامت از حیث نسب برقرار است و محرمیت و ممنوعیت ازدواج مسلماً پابرجاست. به عبارت دیگر "ترکیب اسپرم با تخمک زن بیگانه در بیرون رحم و پرورش آن در رحم مصنوعی - بنابر نظر برخی فقها - جایز نیست و لکن در صورت تحقق - در صورت وقوع اشتباه یا غیر آن - فرزند متعلق به مرد صاحب اسپرم و زن صاحب تخمک است" یا "فرزندی که از طریق کشت اشتباه اسپرم مرد بیگانه در رحم زن به وجود می آید، به مرد صاحب اسپرم و زن صاحب تخمک ملحق می شود؛ چون مانند فرزندی است که از طریق آمیزش اشتباهی مرد با غیر همسرش به وجود آمده باشد- ولی اگر از طریق کشت عمدی اسپرم مرد بیگانه در رحم زن بیگانه به وجود آمده باشد، گرچه حرام است اما عنوان ولد الزنا را ندارد".<sup>۱۲</sup> بدین ترتیب اگر طفل را نیز در حکم وطی بالشبهه بدانیم، نسب برقرار است و تعلق فرزند نیز به معنای برقراری رابطه نسبی میان طفل و صاحبان گامت است. اگر زن به کمک روش های باروری پزشکی با اسپرم غیرشوهر بارور شود، آن فرزند به شوهر ملحق نمی شود؛ چه در حین روند درمان اشتباهی صورت گیرد یا عمداً انتقال گامت و لقاح ناهمگون صورت گیرد؛ لکن چون فرزند زن اوست، رابطه محرمیت میان طفل و شوهر وی برقرار است.

از سوی دیگر اگر اشتباهات در محیط آزمایشگاهی و ناشی از تشخیص اشتباه گروه درمانی منجر به بیماری مزمن جنین و طفل ناشی از روش های همگون و ناهمگون، مانند هیپاتیت و ایدز شود، نظام جبران خسارت می تواند بر اساس اصل جبران کامل خسارات نقش موثری را ایفا نماید، اما آسیبی به نسب و رابطه بیولوژیکی وارد نمی گردد. به عبارتی هر نوع خللی در ماهیت قرارداد و یا بروز اشتباه نمی

<sup>۱۰</sup> . اگر زن به صورت مصنوعی با اسپرم غیر شوهر بارور شود، آن فرزند به شوهر ملحق نمی شود، چه این کار اشتباهی صورت گیرد یا از روی عمد. لکن چون فرزند زن اوست، با شوهر محرم

است: محمدفاضل لنکرانی، محمد، احکام پزشکی و بیمارانی، (قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ج ۱، ۱۳۸۶)، ص ۸۶.

<sup>۱۱</sup> . بخش اعظم ویژگی های وراثتی از زنی که هسته تخمک از اوست به طفل منتقل می شود؛ لذا زن صاحب هسته تخمک، مادر ژنتیکی و طبیعی طفل محسوب شده زیرا بنابر مستندات علم پزشکی تخمک فاقد هسته زن اهدا کننده، به دلیل ناچیز بودن مواد ژنتیکی نقش چندانی در پیدایش کودک ندارد. لذا طفل چه از لحاظ طبیعی و پزشکی به زن صاحب هسته تخمک تعلق دارد که جنین در رحم او قرار می گیرد: مرضیه ملکی، محمدرضا رضوان طلب و بهرام تقی پور، «بررسی نسب کودکان ناشی از روش انتقال میتوکندری»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۳۳ (۱۳۹۹)، ص ۳۵۳.

<sup>۱۲</sup> . گلپایگانی، سید محمدرضا، مجمع المسائل، (قم: دار القرآن کریم، ج ۱، بی تا)، ص ۱۷۷.

<sup>۱۳</sup> . خوئی، سید ابوالقاسم، مستحدثات المسائل، (نجف: مطبعة الآداب، ج ۱، ۱۹۷۶م)، ص ۱۹۷.

<sup>۱۴</sup> . محمدفاضل، لنکرانی، پیشین، ص ۸۵.

<sup>۱۵</sup> . ناصر مکارم شیرازی، احکام پزشکی مطابق با فتاوی حضرت آیت الله مکارم شیرازی، (قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب، ج ۱، ۱۳۸۷)، ص ۱۰۶.

تواند به نسب که ماهیتاً حکم و غیرقابل عدول است، آسیبی وارد نماید؛ حتی اگر از نوع اشتباه موثر باشد. روابط بیولوژیکی و خونی فارغ از عیوب اراده و توافق طرفین است و نسب از مقوله حکم است و توافق و قرارداد برخلاف آن امکان پذیر نیست و به طریق اولی عیوب اراده و یا اشتباه معیوب کننده اراده نیز نمی تواند به نسب و آثار حکمی ناشی از آن خللی وارد نماید؛ زیرا نسب تابع قرارداد و اراده و قصد طرفین نیست.

## ۲-۱- وضعیت نسب طفل ناشی از باروری پزشکی در فرانسه در صورت بروز اشتباه

"نسب در زبان فرانسه معادل کلمه فیلیاسیون به معنای پیوستگی، سلسله، نسل، ذریه، پیاپی بودن و تعاقب مواردی که نتیجه یکدیگرند، آمده است.<sup>۱۷</sup> در نظام حقوقی فرانسه نیز برخی دکترین در راستای رفع ابهام در خصوص نسب، تعاریفی ارائه نموده اند؛ یکی از حقوقدانان فرانسوی "رابطه یک شخص با پدر و مادر یعنی کسانی که مستقیماً سبب ایجاد او شده اند"<sup>۱۸</sup> را تعریف نسب می داند.

نسب به معنای خاص عبارتست از علاقه و رابطه خونی و حقوقی موجود میان دو نفر که در اثر تولد یکی از صلب و بطن دیگری به وجود آمده است و این تعریف با مفهوم نسب در حقوق فرانسه و نسب در قانون مدنی ایران ( ذیل ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی به بعد) مطابقت دارد.

قانون مدنی فرانسه عوامل اثبات نسب را سه مورد بیان کرده که عبارتند از: گواهی ولادت کودک، اقرارنامه یا استشهادیه ی موید داشتن وضعیت ظاهری<sup>۱۹</sup> و همچنین حکم محکمه. ماده ی ۳-۳۱۱ قانون مدنی فرانسه در این باره مقرر کرده است: نسب از طریق گواهی ولادت کودک، اقرارنامه یا استشهادیه ی موید داشتن وضعیت ظاهری اثبات می گردد. بدین ترتیب با اثبات یکی از طرق مزبور، رابطه نسبی برقرار است.

نظام حقوق فرانسه، در مورد نسب برخی از کودکان ناشی از درمان ناباروری (مثل اهدای جنین و گامت)، امکان ادعای نسب مبتنی بر ارتباط بیولوژیک یا طبیعی را منتفی دانسته و بنا را بر نسب حکمی یا اعتباری و یا مبتنی بر ارتباط با خانواده هایی که طفل با آنها زندگی می کند، می گذارند؛<sup>۲۰</sup> به طوری که مقنن در قانون مدنی فرانسه ذیل بند ۱۹ ماده ۳۱۱ صراحتاً مقرر کرده در مورد باروری پزشکی با دخالت شخص ثالث، هیچ پیوندی بین اهداکننده و کودک نمی توان برقرار کرد و به عبارتی نسب بیولوژیکی و طبیعی در نظام حقوقی فرانسه منتفی است و نمی تواند منشا حقوق و تکالیف متقابل طفل و اهداکننده یا اهداکنندگان باشد. همچنین مقنن مقرر کرده است هیچ دعوی مسئولیتی علیه اهداکننده قابل طرح نیست و به طور کلی قابلیت استماع ندارد. بدین ترتیب آثار و تکالیف قانونی ناشی از نسب در مورد اهداکننده در این نظام حقوقی، منتفی به نظر می رسد. به عنوان نمونه دادگاه خانواده فرانسه طی رایبی که در پرونده گاوین

<sup>۱۷</sup> . fillation . 1

<sup>۱۸</sup> . اسد اله امامی، مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۲)، ص ۲۹.

<sup>۱۹</sup> Josseland (L), *course de droit civil positif français*, (Paris, T.I. No, 1950), p. 1013.

<sup>۲۰</sup> . ذیل ماده ۳۱۱ - ۱ قانون مدنی فرانسه، مقنن وضعیت ظاهری را چنین تبیین نموده که قرائن و اماراتی است که دلالت بر رابطه ی والدین و فرزندی میان دو شخص باشد. مثل حضور فرزند از کودکی در یک خانواده، انجام اعمالی از قبیل تعلیم و تربیت، مراقبت و تامین مسکن از سوی والدین نسبت به فرزند و غیره.

<sup>۲</sup> . La filiation se prouve par l'acte de naissance de l'enfant, par l'acte de reconnaissance ou par l'acte de notoriété constatant la possession d'état...

Article 310- 1: La filiation est légalement établie, dans les conditions prévues au chapitre II du présent titre, par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété ainsi que.

<sup>۲</sup> . Article 311-19 code civil: En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation.

فورنيس و سيليا در سال ۲۰۲۳ ميلادی صادر نموده بود، نسب بيولوژیکی طفل را نفی نمود و اصل را بر نسب حکمی يا اعتباری قرار داد.<sup>۲۲</sup>

درخصوص نسب مادری، حقوق فرانسه پيرو اصل سنتی و قديمی حقوق روم، مبنی بر «مادر همواره معلوم (مسلم) است»<sup>۲۳</sup> می باشد. بنابر اين اصل، «مادر همواره زنی است که طفل را به دنيا آورده است و اين اصل در کلیه روش های باروری طبیعی و مصنوعی، اصل اساسی در برقراری نسب مادری تلقی می شود»<sup>۲۴</sup>. اما با عنايت به ممنوعيت به کارگیری روش رحم جایگزین وفق ماده ۱۶ قانون مدنی فرانسه، زن متقاضی از هرگونه جایگاه مادری و نسب قانونی بی نصیب خواهد بود، حتی اگر نطفه طفل با استفاده از تخمک وی منعقد شده باشد. وی نمی تواند برای برقراری نسب طفل به سود خود اقدام نماید. با این حال به تازگی رویه قضایی فرانسه بنابر تغییر دیدگاه برقراری نسب مادری طفل نسبت به مادر حکمی را از طریق فرزندخواندگی ساده یا کامل، مشروط به آنکه به مصلحت طفل باشد و شرایط قانونی مقرر در ماده ۳۴۵-۱ قانون مدنی فرانسه احراز گردد، تجویز نموده است. این تغییر رویه قضایی در پی محکومیت فرانسه از سوی دادگاه اروپایی حقوق بشر و توسط آرای صادره از دیوان عالی فرانسه در تاریخ ۵ ژوئیه ۲۰۱۷ صورت گرفت. <sup>۲۵</sup> در خصوص نسب پدری طفل نیز، اگر نسب مادری زن حامل برقرار شود و وی در عقد ازدواج مرد دیگری باشد، نسب پدری نسبت به او برابر اماره پدر بودن برقرار می شود. با این حال، وفق ماده ۳۳۲ قانون مدنی فرانسه، این امر قابل اعتراض است و با اثبات اینکه وی پدر بیولوژیک طفل نیست، می توان دعوی نفی نسب اقامه کرده و نسب را باطل نمود. <sup>۲۶</sup> حکم قانونی مزبور، مبتنی بر مصالح عالیّه کودک و منافع معنوی و مادی وی و با توجه به نسب حکمی و اعتباری، درنظر گرفته شده است.

در خصوص وقوع اشتباه موثر نیز مقنن در نظام حقوقی فرانسه عملاً یک نوع قرارداد را ذیل ماده ۱۶ قانون مدنی و قانون بهداشت عمومی باطل اعلام نموده است و سایر مصادیق باروری های پزشکی نیز معتبر تلقی شده است.

لازم به ذکر است ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی فرانسه با اصلاحات سال ۲۰۱۶،<sup>۲۷</sup> «عیوب رضا را تنها عامل «بطلان نسبی» عقود می داند نه بطلان مطلق؛ یعنی اصل بر این است که اشتباه خللی به استحکام قراردادهای وارد نمی کند و با حفظ قرارداد، خسارات یا نواقص جبران می شود»<sup>۲۸</sup>. حال اگر اشتباه موثری واقع شود، اینکه قائل به بطلان نسبی قراردادهای باروری پزشکی باشیم یا خیر، با تردید روبروست.

اهداشونده وفق قانون بهداشت عمومی فرانسه قبل از ورود به روند درمان از خطرات و حتی اشتباهات احتمالی مطلع می شود و بعد رضایت وی برای شروع درمان اخذ می گردد. علاوه بر آن «تمامی ویژگی های ژنتیکی و اپی ژنتیکی نیز بررسی می شود تا میزان خطا و اشتباه به حداقل ممکن برسد. به عنوان نمونه ۱۴ برگ مشخصات مورفولوژیکی اصلی زن و مرد اهداشونده (قومیت، رنگ پوست، چشم، مو، گروه خونی و...) امکان انتخاب اهداکننده متناسب با مشخصات زوجین و اجتناب از معرفی جنینی که چندان انطباقی ندارد را

<sup>2</sup> . <https://www.village-justice.com/articles/refus-acces-aux-origines-enfants-nes-par-pma-est-pas-contre-contraindre-article-cedh,47624.html>.

<sup>3</sup> . Mater Semper Certa Est.

<sup>2</sup> . Philippe Malaurie & Fulchiron Hugues, *La famille*, (paris, Lextenso, 4e éd, 2018), p. 502.

<sup>2</sup> . Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 5 juillet 2017, 16-69011650025, Publié au bulletin: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000035145977/>

<sup>2</sup> . La paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père.

<sup>2</sup> . Pierre cabrol, Monique Ribeyrol, *Leçons de Droit des obligations*, (Paris: Ellipses, 2018), p. 89.

فراهم می‌کند.<sup>۲۸</sup> در این بین هوش مصنوعی در بررسی داده‌های آزمایشگاهی از جنین و اهداشونده و تطبیق ویژگی‌های ژنتیکی و اپی‌ژنتیکی می‌تواند نقش موثری را در جلوگیری از بروز اشتباهات احتمالی ایفا نماید.

مبتنی بر قاعده حاکم در فرانسه، نسب مبتنی بر توافق و اراده طرفین است و با اعلان رضایت به اهداشونده منتقل می‌شود. با این حال در صورت بروز اشتباه موثر نسب و ابوت توافقی نیز با چالش جدی روبرو می‌گردد و مبتنی بر ظاهر ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی فرانسه، بطلان نسبی قرارداد مطرح می‌شود. با این حال با عنایت به مواد ۱۶ قانون مدنی و قانون بهداشت عمومی و اخلاق زیستی فرانسه به‌نظر می‌رسد در صورت تزلزل قرارداد باروری پزشکی، عمومات نسب در نظام حقوقی فرانسه به‌کارگرفته می‌شود.

## ۲- ولایت طفل ناشی از اشتباه در باروری‌های پزشکی

"ولایت به معنای عام، سلطه‌ای است که شخص بر مال و جان دیگری پیدامی‌کند و شامل ولایت پدر، جد پدری، پیامبر(ص) و حاکم نیز می‌شود. ولی در روابط خانوادگی عبارت از اقتداری است که مقنن به منظور اداره امور مالی و گاه تربیت کودک" (یا سفیه و مجنونی که حجرشان متصل به زمان صغر است) به جد و جدپدری اعطا کرده است(ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی).<sup>۲۹</sup> لذا یکی از نهادهای حمایتی از طفل ناشی از اهدا و یا با دخالت ثالث، ولایت و سایر نهادهای مشابه در نظام‌های حقوقی دیگر از جمله فرانسه است. در ادامه به بررسی ولایت بر طفل ناشی از اهدا در صورت بروز اشتباه در ایران و فرانسه می‌پردازیم.

### ۱-۲- ولایت طفل ناشی از اشتباه در باروری‌های پزشکی در ایران

ولایت قهری مانند نسب در قانون مدنی ایران تعریف نشده است. اما "با توجه به مواد ۱۱۸۰ به بعد قانون مدنی، ولایت قهری به معنای قدرت و اختیار قانونی است که به فردی جهت اداره امور مالی و غیرمالی صغار و سایر محجورینی که حجر آنها متصل به صغر است تا زمان رفع حجر، محول شده است و در واقع، نوعی تکلیف اجباری است".<sup>۳۰</sup> ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی ولی قهری و اشخاص تحت ولایت را مشخص نموده است.

مقنن ذیل مواد ۱۱۸۰ الی ۱۱۹۴ قانون مدنی در خصوص نهاد ولایت و کارویژه‌های آن مقرراتی را وضع نموده است. بدین ترتیب سمت ولایت برای پدر و جدپدری که از طرف قانون به آنان اعطا گردیده است، نیازمند انتصاب و تنفیذ مرجعی نیست و قاضی، محکمه و یا اشخاص ثالث در ایجاد آن دخالتی ندارند. ولایت قهری در اثر رابطه ابوت ایجاد می‌شود و دارای منشا اجتماعی و طبیعی و در راستای حفظ مصالح و نظم جامعه است.

بدین ترتیب "ولایت قهری ناظر به اداره اموال کودک است و در ضمن امور غیرمالی مانند مواظبت، تربیت و هدایت او در امور معنوی مانند تحصیل و کوشش در فراگرفتن صنعت و حرفه و اجازه تزویج را نیز دربرمی‌گیرد".<sup>۳۱</sup> در فقه امامیه اصطلاح ولایت قهری استعمال نگردیده است و قانون مدنی برای اولین بار آن را به کاربرده است؛ اما فقها به کرات از انواع ولایت از جمله ولایت پدر و جد پدری در

<sup>۲۸</sup> Euriat, Violaine, *Don de gamètes et don d'embryons : état des lieux avant l'établissement des lois*, (Paris : Dans Spirale, 2004), p.58.

<sup>۲۹</sup> ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی(خانواده)، (تهران: میزان، چ ۳، ۱۳۸۲)، ص ۴۰۲.

<sup>۳۰</sup> حسین صفایی و دیگران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، (تهران: دانشگاه تهران، چ ۵، ۱۴۰۱)، ص ۴۱۹.

<sup>۳۱</sup> مجید وزیری، حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، (تهران: موسسه چاپ و نشر بین الملل، چ ۱، ۱۳۸۴)، ص ۳۶.

کتاب فقهی سخن گفته‌اند. هرچند کارویژه‌های ولی قهری در نظام حقوقی ایران از جمله اذن در ازدواج با سایر نظام‌های حقوقی از جمله فرانسه متفاوت است؛ با این حال تمامی کشورها به نحوی وجود ولی و نهاد سرپرستی را پذیرفته‌اند.

در باروری‌های پزشکی ناهمگون، یکی از ابهاماتی که مطرح می‌شود آنست که ولایت طفل برعهده چه کسی است. در قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور و آیین‌نامه اجرایی آن پیرامون نهاد ولایت قهری، مقنن در این خصوص تعیین تکلیف ننموده است. به عبارتی در قانون ایران، مقنن فقط از وظایف و تکالیف زوجین گیرنده جنین «از لحاظ نگهداری، تربیت، نفقه و احترام» سخن گفته و آنها را نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر دانسته است. بنابراین قانون ایران، در مورد ولایت قهری سکوت اختیار کرده است.

نکته حائز اهمیت دیگر آنست که ولایت قهری علاوه بر اعطای اقتداری خاص به پدر و جد پدری، جنبه حمایتی برای مولی‌علیه فراهم می‌آورد و در نتیجه «اسقاط ولایت صرفاً به منزله ازدست‌رفتن امتیاز ولی نیست؛ بلکه مولی‌علیه را نیز از حمایتی خاص محروم می‌سازد»<sup>۳۲</sup> (شریعتی نسب، ۱۳۹۰: ۱۷۵).

بدین ترتیب بر اساس مبانی فقهی-شرعی، در نظام حقوقی ایران باید اینگونه استدلال نمود که در اهدای تخمک، ولایت بر عهده پدر بیولوژیکی و واقعی طفل است و در رحم‌جایگزین نیز پدر واقعی و بیولوژیکی او ولایت قهری را بر طفل طبیعی و واقعی خود دارد. اما در صورتیکه اهدای اسپرم و یا جنین صورت گرفته باشد، «جنین فرزندی از نظر بیولوژیکی فرزند واقعی شوهر نیست و ممکن است، پدر واقعی وی یعنی صاحب اسپرم در قید حیات ولی ناشناس باشد. در این زمینه تعهدی یا حقی نیز برای وی قابل تصور نیست و به نظر می‌رسد در این قبیل موارد ولایت قهری او هرچند به صورت موقت ساقط می‌شود. می‌توان زوج این خانواده (اهداشونده) را پدر کودک قلمداد کرد و به ظاهر قضیه اکتفا نمود»<sup>۳۳</sup>.

با این حال به نظر می‌رسد ولی قهری به دلیل مصالح طفل و وظایف و اختیاراتی که برعهده دارد، به صورت محدود و مشخص تعیین شده است و نمی‌توان سمت ولایت قهری را به سایر افراد تعمیم داد. بنابراین در این قبیل موارد که پدر یا جد پدری طفل ناشناس است و زوج نیز پدر واقعی طفل محسوب نمی‌شود و خود نیز به این امر آگاه است، تعیین زوج به عنوان قیم با وظایف مضاعف ولی قهری قابل دفاع به نظر می‌رسد؛ یعنی می‌توان از سایر نهادها در راستای حفظ مصالح کودک یاری جست و وظایف مضاعفی علاوه بر قیمومت برای اهداشونده در نظر گرفت که لطمه‌ای به مصلحت و منافع طفل نیز وارد نیاید. کودک به پدر ظاهری خویش "قیم" خطاب نمی‌نماید، مگر آنکه در سنین بزرگسالی متوجه این مساله شود که در این صورت نیز بنابر رابطه معنوی خود با پدر حکمی او را پدر واقعی خویش قلمداد می‌نماید.

بعلاوه راه حل معقول و منطقی آنست تا زمانی که می‌توان از نهادهای مشابه- مانند قیمومت- استفاده نمود، از تغییر ساختار سایر نهادها (ولایت قهری) خودداری نموده و تا حد امکان وظایف حمایتی را بر عهده قیم نهاد. این دیدگاه منطبق با رویکرد کارکردگرا نسبت به سمت ولایت است و موارد سقوط ولایت قهری ذیل ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی مبتنی بر رویکرد مزبور بوده و به نظر صائب است. بدین ترتیب هرچند سمت ولایت قهری برای پدر و جد پدری حصری است، اما دائمی نیست و امکان اسقاط آن نیز وجود دارد. به عبارت دیگر نهاد ولایت، مصلحت‌محور است. حال اگر اشتباهی رخ دهد، قاعده کلی معنونه تغییر محسوسی نخواهد کرد. به عبارت دیگر در باروری‌های- پزشکی ناشی از اهدای جنین یا اسپرم ولایت قهری منتفی به نظر می‌رسد و قابل انتقال نیز نمی‌باشد. همچنین در صورتیکه ناشی از اشتباه

۳۲. صادق شریعتی نسب، فرزند خواندگی، (تهران: دانش، چ ۱، ۱۳۹۰)، ص ۱۷۵.

۳۳. اسداله، امامی، پیشین، ص ۴۰۱.

هیات‌درمانی در محیط آزمایشگاهی، نوع باروری از همگون به ناهمگون مبدل‌شود، در صورت احراز اشتباه رابطه نسبی با مرد بیمار و ولایت‌قهری نیز به‌طریق اولی منتفی‌است و سایر نهادهای حمایتی از جمله قیمومت در صورت پذیرش طفل توسط اهداشونده برقرار می‌گردد.

## ۲-۲- ولایت طفل ناشی از اشتباه در باروری‌های پزشکی در فرانسه

در قانون مدنی فرانسه ذیل مواد ۳۷۲ و ۳۷۳<sup>۴</sup> در مورد وظایف و اختیارات مشترک ابوبین سخن به‌میان‌آمده است و به‌نحوی ولی طفل پدر و مادر هر دو هستند و ولایت ابوبینی<sup>۵</sup> در آن نظام حقوقی به رسمیت شناخته شده است. در نظام حقوقی ایران و فرانسه نیز ولی، نماینده قانونی محجور در امور حقوقی وی می‌باشد؛ هرچند چنین اختیاری بی‌حدوحصر نیست و بایستی مصلحت و منافع طفل یا محجور(مولی‌علیه) مدنظر قرار داد. براساس بند ۱ ماده ۳۷۱ قانون مدنی فرانسه نیز ولایت ابوبینی مجموعه‌ای از حقوق و تکالیف با هدف تامین مصالح کودک است که قانون آن را به منظور حمایت از امنیت، سلامت و اخلاق کودک و تضمین آموزش و پرورش و فراهم نمودن زمینه رشد و پیشرفت وی به پدر و مادر اختصاص داده است و تا زمان بلوغ یا رفع حجر کودک ادامه می‌یابد. پدر و مادر باید از شخص و اموال کودک محافظت نموده و وی را براساس سن و سطح بلوغ و تشخیص در تصمیماتی که مربوط به اوست، سهیم نمایند.<sup>۳۶</sup>

در حقوق فرانسه در اهدای جنین و سایر روش‌های ناهمگون ولایت پدر بیولوژیکی ساقط و پدر و مادر حکمی نسبت به طفل ولایت ابوبینی دارند. این مهم از بند ۹ ماده ۳۴۲ به بعد قانون مدنی فرانسه قابل استنباط است.<sup>۳۷</sup> در روش تک‌والدی که بانوان مجرد متقاضی آن هستند، ولایت مختص وی است. اشتباه غیرموثر و یا موثر نیز در این بین نمی‌تواند منشا اثر باشد؛ هر چند مطالبه انواع خسارات امکان‌پذیر است. البته موارد مزبور در شرایطی است که اهداشونده از اشتباه موثر چشم‌پوشی نماید و ابوت توافقی برقرار گردد. در صورت عدم پذیرش طفل نیز عملاً ولایت ابوبینی منتفی است و نهادهای حمایتی از منظر مادی و معنوی از طفل حمایت می‌نمایند.

## ۳- حضانت طفل ناشی از اشتباه در باروری‌های پزشکی

یکی از مقوله‌های اساسی در روش‌های باروری با دخالت ثالث، حضانت طفل است. در صورت بروز اشتباه وضعیت حضانت طفل با ابهامات متعددی مواجه است. لذا در ادامه به بررسی حضانت طفل ناشی از باروری‌های پزشکی در صورت بروز اشتباه در ایران و فرانسه می‌پردازیم.

پیش از پرداختن به مقوله حضانت، لازم به ذکر است برداشت نظام‌های حقوقی از مفاهیم کودک و کودکی ممکن است بر نحوه حمایت از آنها تاثیرگذار باشد و تصمیم‌گیری صحیح در این زمینه نیازمند بهره‌گیری از معیارهای مشخص و کارآمد است. "در فقه

<sup>۳</sup> . article 372: Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale. L'autorité parentale est exercée conjointement dans le cas prévu à...

373 :E s t p r i v é d e l ' e x e r c i c e d e l ' a u t o r i t é p a r e n t a l e l e p è r e o u l a m è r e q u i e s t h o r s d ' é t a t d e m a n i f e s t e r s a v o l o n t é e n r a i s o n d e s o n i n c a p a c i t é...

<sup>۳</sup> . autorite parentale

<sup>۳</sup> . L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

<sup>۳</sup> . article 342- 9: En cas d'assistance médicale à la procréation nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant...

اسلامی و قانون مدنی ایران، این معیار تحت عنوان مصلحت یا غبطه معرفی شده است.<sup>۳۸</sup> در نظام حقوقی فرانسه همانگونه که شرح آن گذشت "ولایت ابوینی حضانت را دربرمی گیرد و مینا حمایت، تامین منفعت و مصلحت طفل است".<sup>۳۹</sup> بدین ترتیب قاعده کلی اینست که والدین تا جایی حضانت را برعهده دارند که شئون قانونی را رعایت نمایند و در صورت تخطی از الزامات قانونی و رفاه و منافع طفل، حضانت نیز منتفی خواهد بود و به عبارت دائمی تلقی نمی گردد.

### ۱-۳- حضانت طفل ناشی از اشتباه در باروری های پزشکی در ایران

در قانون مدنی ایران با اینکه واژه حضانت به کار رفته، اما تعریف مشخصی مانند مفاهیم نسب و ولایت ارائه نگردیده است. از لحاظ لغوی "حضانت به کسر و فتح حا از حضن به معنی جانب و پهلو است و حضانت به معنای پروردن است"<sup>۴۰</sup> و در اصطلاح عبارتست از "نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است" (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۱۶). پیرامون اینکه حضانت حق است یا تکلیف و حکم، میان فقهای امامیه اختلاف است.<sup>۴۱</sup> با این حال به نظر می رسد دیدگاهی که حضانت را حق و تکلیف می داند توسط قانونگذار ایران پذیرفته شده است. با توجه به مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۷۲ قانون مدنی حضانت برای ابوین هم حق و هم تکلیف است. "در صورت امتناع یکی از ابوین، حاکم باید به تقاضای دیگری و یا تقاضای قیم یا یکی از اقربا یا به تقاضای دادستان، نگهداری طفل را به هر یک از ابوین که حضانت به عهده اوست، الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا موثر نباشد، حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد، به خرج مادر تامین نماید".<sup>۴۲</sup> همچنین وفق ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده توافقات راجع به حضانت طفل که برخلاف مصالح وی صورت گرفته است، لازم الاجرا نیست. همچنین وفق ماده ۴۵ قانون معنونه رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات محاکم و مقامات اجرایی الزامی است. بدین ترتیب با توجه به مواد فوق، به نظر می رسد آنچه در حقوق ایران پذیرفته شده است، آنست که حضانت هر چند غیر قابل اسقاط است؛ اما دائمی تلقی نمی گردد. باین حال با توجه به آرای محاکم و به اقتضای شرایط می توان قائل به این مهم شد که حضانت در برخی موارد خاص، ظاهراً حق تلقی می گردد. به عنوان نمونه در رای صادره دادنامه قطعی ۴۴۶/۱۰۲۱۶۱۰۰۹۴۰۹۸۸۰ مورخ ۲۸/۹/۱۳۹۴ حق حضانت طفل متولد از تخمک ثالث، متعلق به مادر فعلی که او را به دنیا آورده، است.<sup>۴۳</sup>

<sup>۳۸</sup>. مریم غنی زاده بافقی و زهرا غنی زاده، «تعیین مؤلفه های حضانت در بستر مصالح عالیله کودک»، تحقیقات حقوقی، ش ۲۱، (۱۳۹۷)، ص ۲۹۹.

<sup>۳۹</sup>. Courbe, P., *Droit de la famille*. (Paris, Sirey université, 5e Ed, 2008), p. 475-46.

<sup>۴۰</sup>. ابراهیم مصطفی و دیگران، المعجم الوسیط، ج ۱، (ترکیه، ج ۱، ۱۳۸۴)، ص ۱۸.

<sup>۴۱</sup>. حق در اصطلاح فقهی دارای دو معناست: نخست، حق در معنای عام که شامل ملک، حکم و حق به معنای خاص می باشد. شاهد این مدعا مواردی نظیر حق ابوت، حق وصایت، حق حضانت و نظایر آن است که گرچه در لسان اخبار و کلمات فقها از آن به حق تعبیر شده لکن همه از مصادیق حکم است. دوم، حق به معنای خاص که در مقابل ملک و حکم است. لذا توجه فقهایی که حق را در مقابل ملک و حکم می دانند مقصودشان از حکم، حکم تکلیفی است و از آن با تعبیر حکم شرعی و خطاب شارع نیز یاد می کنند اما در صورتی که ما حکم را به معنای عام آن، اعم از تکلیفی و وضعی، بدانیم روشن است که حق (به مانند ملک) از اقسام حکم وضعی بوده و به این اعتبار حکم اعم از حق به معنای خاص - معنای دوم - است. (سید علیرضا فروغی، «بررسی فقهی و حقوقی مفهوم حق و حکم»، فقه و حقوق خصوصی، ش ۱ (۱۳۹۷)، ص ۳).

<sup>۴۲</sup>. سید حسین صفایی، پیشین، ص ۴۴۷.

<sup>۴۳</sup>. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/28669>.

همچنین به کرات مشاهده شده است که کودک وقتی به سن مقرر می‌رسد، مادر به منظور استمرار حضانت خویش اقدام به بذل مهریه می‌نماید و در مقابل حضانت کودک را طلب می‌کند. پیرامون این مساله از اداره حقوقی قوه قضائیه استعلام شده که طی شماره ۷/۱۳۴۷ مورخ ۱۳۶۱/۴/۱ پاسخ داده شده است « به موجب ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی حضانت و نگهداری اطفال برای ابوين هم حق است و هم تکلیف و قابل اسقاط یا مصالحه نیست، زیرا حقوقی را که مقنن و شارع برای طفل پیش بینی کرده، جنبه ی امری برای مکلف دارد و اراده فردی نمی تواند چنین حکمی را تغییر دهد ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی مقرر داشته است هیچ یک از ابوين حق ندارند در مدتی که حضانت طفل بر عهده ی آن هاست از نگه داری او امتناع نمایند و ماده ۱۱۷۵ نیز تصریح دارد به این که طفل را نمی توان از ابوين یا از پدر و مادری که حضانت با اوست گرفت، مگر در صورت وجود علت قانونی. بنابراین اسقاط تکلیف جایز نیست.» بدین- ترتیب حضانت، حکم و غیرقابل اسقاط است، مگر در صورت وجود علت قانونی. سپس در استعلام دیگری، اداره مزبور پاسخ دیگری می‌دهد که حضانت را قابل اسقاط و تفویض و به عبارتی حق می‌داند. بدین ترتیب با توجه به توضیحات فوق روشن است که بین حق و یا حکم بودن حضانت اختلاف نظر وجود دارد.

با عنایت به موارد مطروحه در صورت حدوث اشتباه موثر در نظام حقوقی ایران، در صورتی که اهداگیرنده حضانت طفل را بپذیرد که مسلماً چالش حقوقی به وجود نخواهد آمد. اما در صورتیکه اشتباه موثر به نحوی باشد که اهداشوندگان از پذیرش و حضانت طفل سرباز زنند، به نظر می‌رسد بایستی از ظرفیت بهزیستی در این حوزه یاری جست. هرچند بهره‌گیری از راه حل موجود در نظام حقوقی فرانسه و تاسیس سازمان مختص کودکان به نام سازمان حمایت از کودکان که به صورت متمرکز و با کارویژه خاص کودکان به حمایت از حقوق ایشان می‌پردازد، به نظر مطلوب‌تر است.

## ۲-۳- حضانت طفل ناشی از اشتباه در باروری‌های پزشکی در فرانسه

در نظام حقوقی فرانسه ولایت ابوينی با عنایت به مفهوم گسترده آن هم حضانت نسبت به شخص کودک و هم نسبت به اموال وی را در بر می‌گیرد. البته همانند قانون ایران، نهاد حضانت و حاضن دائمی تلقی نمی‌گردند و به عبارتی در صورتیکه حقوق و اختیارات والدین به عمد یا غیرعمد در جهت منافع کودک اجرا نشود، دستخوش تغییراتی خواهد شد. این تغییر بنا بر شدت خطر و آسیبی که کودک را تهدید می‌کند در حقوق فرانسه متفاوت خواهد بود. براساس ماده ۳۷۱ قانون مدنی فرانسه اختیارات والدین باید با رعایت مصالح کودک و با هدف حمایت و تامین امنیت، سلامت و اخلاق کودک اجرا گردد. و در صورت تخطی از چهارچوب مزبور در ماده معنونه، ولایت ابوينی و به تبعیت از آن حضانت هم با محدودیت مواجه خواهد شد. "اصولاً مداخله دولت فرانسه در زمینه اجرای وظایف والدینی به دو طریق صورت می‌گیرد: کمک به والدینی که دچار چالش شده‌اند و دستگیری از ایشان یا نظارت بر عملکرد والدینی که از حقوق و اختیارات خود سوء استفاده یا در آن کوتاهی کرده‌اند و محدود کردن این اختیارات یا حتی سلب کامل آن"<sup>۴۴</sup>

بدین ترتیب حضانت طفل در نظام حقوقی فرانسه با اندکی تفاوت مانند ایران است. هر چند حق و تکلیف والدین است اما دائمی و حتی مطلق تلقی نمی‌شود و نهاد مزبور مصلحت‌محور است. "در باروری‌های پزشکی، قانون مدنی فرانسه بلاقید و شرط وظیفه حضانت را بر عهده اهداشوندگان قرار داده است"<sup>۴۵</sup> و این مهم ذیل بند ۱۹ ماده ۳۱۱ قانون مدنی فرانسه به صراحت توسط مقنن مورد تصریح قرار گرفته است و مطلقاً هیچ گونه تکلیف و وظیفه ای را از جمله حضانت متوجه اهداکننده نمی‌داند. بدین ترتیب جای هیچ گونه شک و تردیدی در امر معنونه نیست. حال در فرضی که اشتباه موثری واقع شود، اثری بر عدم تکلیف و مسئولیت حضانت بر عهده اهداکننده

<sup>۴۴</sup> . Malaurie Philippe & Fulchiron Hugues, *La famille*, (paris: Lextenso, 4e éd, 2018), p.645.

<sup>۴۵</sup> . Fenouillet Dominique, *Drôit de la famille*, (Paris: Dalloz, 2008), p.446.

نخواهد داشت و وی مسئولیتی در قبال طفل ندارد. مضافاً اینکه در نظام حقوقی فرانسه با عنایت به ذیل بند ۶ ماده ۲۱۴۱ قانون اخلاق زیستی اصل محرمانه بودن هویت اهداکننده به رسمیت شناخته شده است و هیچ گونه استثنایی نیز پیش بینی نگردیده است. آرای متعددی در این خصوص صادره گردیده است که دلالت بر حضانت اهداگیرندگان دارد که قابل واگذاری در شرایط عادی نیست.<sup>۴۶</sup>

از طرفی بنابر وظیفه حضانت که بر عهده والدین است، آنها بر اساس ماده ۱-۳۷۱ ق.م. فرانسه و در راستای حفاظت از امنیت، سلامت، اخلاق و نیز برای تضمین تعلیم و تربیت و فراهم ساختن زمینه رشد و پیشرفت طفل، سه وظیفه عمده نگهداری و تامین مسکن، نظارت و مراقبت و تعلیم و تربیت کودک خود را به عهده دارند. در باروری های پزشکی نیز وظایف مزبور عیناً بر عهده والدین حکمی و اهداشونده قرار می گیرد. وظایف مزبور با بروز اشتباه موثر و در فرض عدم قبول طفل توسط اهداشونده بر عهده سازمان های حمایتی بایستی قرار گیرد تا حمایت های مادی و معنوی موثری را از اطفال ناشی از باروری مصنوعی نمایند. بدین ترتیب تمامی منافع و مصالح طفل باید مورد توجه واقع شود و هیچ گونه لطمه ای به حقوق مسلم ایشان وارد نگردد.

هدف حمایت از طفل نیز، حصول اطمینان در خصوص توجه به نیازهای اساسی کودکان، حمایت از رشد جسمی، عاطفی، فکری و اجتماعی آنها و حفظ سلامت، ایمنی، اخلاق و آموزش آنها با رعایت حقوق کودک است. این موارد شامل اقدامات پیشگیرانه به نفع کودک و والدین او، سازماندهی شناسایی و درمان موقعیت های خطرناک یا خطر برای کودک و همچنین تصمیمات اداری و قضایی است که برای حمایت از او اتخاذ می شود.<sup>۴۷</sup> این مهم به کرات در قوانین مختلف نظام حقوقی فرانسه مورد تصریح و تاکید قرار گرفته است.

شورای ملی حمایت از کودکان<sup>۴۸</sup> یکی از ارکان مهم در حوزه حقوق کودک است که نظارت بر منافع و مصالح کودکان یکی از مهم ترین کارویژه های آنست. با عنایت به قانون اقدام اجتماعی و خانواده مصوب ۲۰۱۶ میلادی دولت نیز به عنوان عضو نظارتی، بعضاً در حضانت و نگهداری و حتی حمایت مالی و مادی نقش برجسته ای را ایفا می نماید.<sup>۴۹</sup> به عبارت دیگر در نظام حقوقی فرانسه سازمان های مردم نهاد متعددی، در کنار سازمان های دولتی همچون آژانس زیست پزشکی جهت حمایت از باروری های پزشکی و یاری رساندن جهت حل معضلات عدیده ناشی از آن، فعالیت می نمایند. بدین ترتیب در صورت وقوع عیوب اراده از جمله اشتباه موثر نهادهای مزبور در راستای حمایت از حقوق اطفال گام برمی دارند.

## نتیجه گیری:

<sup>4</sup> .<https://www.courdecassation.fr/>

<sup>4</sup> . L'article L. 112-3 du code de l'action sociale et des familles est ainsi rédigé : « Art. L. 112-3. – La protection de l'enfance vise à garantir la prise en compte des besoins fondamentaux de l'enfant, à soutenir son développement physique, affectif, intellectuel et social et à préserver sa santé, sa sécurité, sa moralité et son éducation, dans le respect de ses droits.

<sup>4</sup> . Conseil national de la protection de l'enfance (CNPE).

<sup>4</sup> .code de l'action sociale et des familles

<sup>5</sup> . <https://donsdegametes-solidaires.fr/nos-actions/>

« Dons de gamètes solidaires » est une association à but non lucratif loi 1901 fondée en juillet 2019.

کمیته ملی نظارت بر طرح وزارت "تولید انسانی، جنین شناسی و ژنتیک" که نهادی دولتی است و سازمان های مردم نهاد نیز عضو کمیته مزبور هستند.  
comité national de suivi du plan ministériel « Procréation, Embryologie et Génétique humaines »

فناوری های نوین در دنیای امروز به سرعت در حال پیشرفت و گسترش هستند و مورد استقبال جوامع قرار گرفته است. یکی از فناوری های به روز، روش های باروری پزشکی است و تمایل زوجین نابارور به روش های باروری پزشکی در حال حاضر غیر قابل انکار است . باروری های پزشکی بر اساس اولویت مورد بهره برداری قرار می گیرند؛ به عبارتی در بدو امر روش های همگن یا بدون دخالت عوامل بیگانه مورد استفاده و بهره برداری قرار می گیرد و در صورتی که منجر به نتیجه نشد، با رضایت زوجین روش های ناهمگن یا با دخالت شخص ثالث مورد استفاده پزشک معالج قرار می گیرد تا نهایتاً منتج به تولد طفل شود.

بدیع بودن روش های باروری پزشکی و عدم قانونگذاری جامع در این حوزه مخاطرات حقوقی- قانونی عدیده ای را به وجود آورده است که یکی از آنها آثار غیرمالی ناشی از باروری های پزشکی است و ذیل سه مبحث عمده نسب، ولایت و حضانت قابل بررسی می باشد. حال در صورت بروز اشتباه از جانب هیات درمانی یا اهداشونده سه مولفه مزبور با چالش ها و ابهامات مضاعفی روبرو می شوند. بررسی نسب، ولایت و حضانت در باروری های پزشکی در سایر نظام های حقوقی به ویژه نظام فرانسه که روش های لقاح مصنوعی به سرعت در حال پیشرفت بوده و قوانین در حال به روز رسانی است ضروری به نظر می رسد. بهره برداری از راه حل های ارائه شده در سایر نظام های حقوقی از جمله فرانسه در صورت بروز اشتباه در باروری های پزشکی با بومی سازی می تواند مثمر ثمر باشد.

در نظام حقوقی کشورمان نسب بیولوژیکی و طبیعی ملاک است و از مقوله حکم و غیر قابل تغییر است، اما نسب در کشور فرانسه مبتنی بر توافق و رضایت است و ابوت توافقی حاکم است. لذا در صورت بروز اشتباه در صورت رضایت اهداشونده به پذیرش طفل نسب نیز برقرار است و در صورت عدم پذیرش طفل توسط اهداشونده و اهداکننده، می توان جهت حمایت از طفل از عمومات احراز نسب در فرانسه بهره جست.

ولایت قهری در حقوق ایران حصری است و منحصر در پدر و جدپدری طبیعی است و قابل انتقال نیست. لذا در باروری های پزشکی نهادهای جایگزین همچون قیمومت در مورد اهداشونده جایگزین مناسبی است. در نظام حقوقی فرانسه نیز ولایت ابوینی حاکم است و در صورت وقوع اشتباه موثر و عدم پذیرش طفل توسط اهداشوندگان، نهادهای حمایتی متعددی عهده دار نگهداری و حمایت از طفل هستند. در ایران نیز در صورت ناشناس بودن اهداکننده و عدم پذیرش طفل از جانب وی، نهادهای حمایتی همچون بهزیستی می توانند عهده دار نگهداری اطفال باشند.

حضانت ذیل ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین برعهده زوجین اهداشونده است و در نظام حقوقی فرانسه نیز بر عهده پدر و مادر حکمی است. لذا در صورت بروز اشتباه موثر و عدم پذیرش طفل، نهادهای حمایتی همچون بهزیستی به حمایت مادی و معنوی از کودکان می پردازد.

لازم ذکر است دامنه اشتباهات موثر در باروری های پزشکی نباید چنان موسع در نظر گرفته شود که هر آینه قراردادهای باروری پزشکی که دارای ماهیتی متفاوت از سایر قراردادهای مالی و غیر مالی است را در معرض انحلال قرار دهد و استفاده از تحولات اخیر قانون مدنی فرانسه که وقوع اشتباه موثر را موجب بطلان نسبی قرارداد می داند در این زمینه قابل استعمال است. از سوی دیگر بهره برداری از تحولات به روز از جمله به کارگیری هوش مصنوعی و ذخیره اطلاعات اهداکننده و اهداشونده و ویژگی های ژنتیکی، ظاهری و ... در سامانه برخط، زمینه بروز عمده اشتباهات موثر را به حداقل ممکن می رساند.

## منابع و ماخذ:

الف) فارسی:

- کتاب ها

۱. امامی، اسداله (۱۳۹۲). *مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه*، تهران: میزان.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). *حقوق خانواده*، تهران: گنج دانش.
۳. شریعتی نسب، صادق (۱۳۹۰). *فرزند خواندگی*، تهران: دانش.
۴. شهیدی، مهدی (۱۳۸۱). *وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی روش های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق*، تهران: سمت.
۵. صفایی، حسین و امامی، اسدا... (۱۳۹۰). *مختصر حقوق خانواده*، تهران: میزان.
۶. صفایی، حسین، عراقی، عزت ا...، گرجی، ابوالقاسم، امامی، اسدا...، قاسم زاده، سید مرتضی، صادقی، محمود، برزوئی، عباس، حمیدزاده، احمد و آهنی، بتول (۱۴۰۱). *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*، تهران: دانشگاه تهران.
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). *دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده*، تهران: میزان.
۸. لنکرانی، محمد فاضل (۱۳۸۶). *احکام پزشکان و بیماران*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام).
۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۷). *احکام پزشکی مطابق با فتاوی حضرت آیت الله مکارم شیرازی*، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب.
۱۰. وزیری، مجید (۱۳۸۴). *حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام*، تهران: موسسه چاپ و نشر بین الملل.

مقالات:

۱. غنی زاده بافقی، مریم و غنی زاده، زهرا (۱۳۹۷). تعیین مؤلفه های حضانت در بستر مصالح عالیه کودک، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ۲۱ (۸۴)، ۳۲۴-۲۹۹. DOI: 10.22034/JLR.2018.130190.1161
۲. فروغی، سید علیرضا (۱۳۹۷). بررسی فقهی و حقوقی مفهوم حق و حکم. *دو فصلنامه فقه و حقوق خصوصی*، ۱ (۱)، ۳-۳۶.

۳. علوی، سید محمدتقی و عزیزی، مرتضی (۱۳۹۱). بررسی حقوق غیرمالی کودک آزمایشگاهی. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۳(۵)، ۱۵۹-۱۹۳.

۴. ملکی، مرضیه، رضوان طلب، محمدرضا و تقی پور، بهرام (۱۳۹۹). بررسی نسب کودکان ناشی از روش انتقال میتوکندری، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۱۲(۲۳)، ۳۳۳-۳۶۰. DOI: 10.22075/FEQH.2019.18890.2216

(ب) عربی:

۱. آل بحر العلوم، سید محمد (۱۴۰۳ ه.ق.). *بلغه الفقیه، شرح و تعلیق: سید محمد تقی آل بحر العلوم*، تهران: مکتبه الصادق.
۲. سعدی، ابوحیب (۱۴۰۸ ه.ق.). *القاموس الفقهی لغّه و اصطلاحاً، دمشق: دارالفکر*.
۳. مصطفی، ابراهیم، نجار، محمدعلی، زیات، احمد حسن و عبدالقار، حامد (۱۳۸۴). *المعجم الوسیط*، تهران: پژوهان.
۴. گلپایگانی، سید محمدرضا (بی تا). *مجمع المسائل*، قم: دارالقرآن کریم.
۵. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۹۷۶ م.). *مستحدثات المسائل*، نجف: مطبعه الآداب.

(ج) لاتین:

-books:

1. AMP Vigilance \_ Fiche retour d'expérience sur les erreurs d'identification en AMP.mars2020
2. cabrol, Pierre& Ribeyrol Monique(2018). *Leçons de Droit des obligations*,Paris: Ellipses.
3. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 5 juillet 2017, 16-16.901 16-50.025, Publié au bulletin: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000035145977/>
4. Courbe, Patrick(2008).*Droit de la famille*.Paris:Sirey université.
5. Dominique,Fenouillet(2008).*Droit de la famille*,Paris: Dalloz.
6. Josserand,Louis(1950), *course de droit civil positif franÇais*, paris:Dalloz.
7. Malaurie, Philippe & Fulchiron Hugues(2018).*La famille*,paris:Lextenso.
8. Violaine, Euriat(2004). *Don de gamètes et don d'embryons : état des lieux avant l'établissement des lois*,paris: Dans Spirale.

-Acts:

1. civil code
2. code de l'action sociale
3. Code de l'action sociale et des familles
4. code de l'action sociale et des familles