



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 16 Issue: 38

Spring 2025

Article Type: Research Article

Pages: 29-52

A Comparative Study of the Impact of Mistakes on Lineage, Guardianship, and Custody of a Child Resulting From Medical Fertility Treatments in Iranian and French Law

Ghafour Khoeini¹| Faezeh Akhooi²

1. Associate Professor, Department of Private Law, Kharazmi University, Tehran, Iran
(Corresponding Author)

ghkhoeini@khu.ac.ir

2. Ph.D Candidate in Private Law, Kharazmi University, Tehran, Iran

akhoondi.fa@gmail.com

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 sometimes 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 of 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.

Keywords: Medical Fertility, Descent, Guardianship, Mistake, Legal Father, Father by Agreement.

Received: 2024/11/01

Received in revised form: 2025/01/24

Accepted: 2025/02/25

Published: 2025/06/07

DOI: 10.22034/law.2025.64298.3425

Publisher: University of Tabriz

law@tabrizu.ac.ir





مطالعه تطبیقی تأثیر اشتباه بر نسب، ولایت و حضانت طفل ناشی از باروری‌های پزشکی در حقوق ایران و فرانسه

غفور خوئینی^۱ | فائزه آخوندی^۲

ghkhoeini@khu.ac.ir

akhoondi.fa@gmail.com

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی تهران، ایران (نویسنده مسئول)

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی تهران، ایران

چکیده

باروری‌های پزشکی به‌عنوان یکی از فناوری‌های نوین مورد استقبال گسترده زوجین نابارور در دهه‌های اخیر قرار گرفته است. به‌کارگیری این فناوری با چالش‌های متعددی روبه‌رو شده و در مقابل، نظام حقوقی بعضاً پاسخ درخوری ارائه نکرده است. یکی از معضلات جدی، آثار غیرمالی باروری‌های پزشکی شمرده می‌شود که اهم آنها نسب، ولایت و حضانت است. حال اگر در روند درمان ناباروری اشتباهی حادث شود، وضعیت حقوقی آثار غیرمالی باروری‌های پزشکی با چالش‌های جدی‌تری مواجه خواهد شد. بررسی پاسخ حقوقی به ابهامات پیش رو در سایر نظام‌های حقوقی از جمله فرانسه می‌تواند راهگشا باشد. لذا در این نوشتار با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و به شیوه کتابخانه‌ای راهکارهای حقوقی جهت رفع ابهام آثار غیرمالی باروری‌های پزشکی در صورت حدوث اشتباه، بررسی گردید. نسب طفل ناشی از اهدا در نظام حقوقی فرانسه مبتنی بر توافق بوده، با ایران متفاوت است. در ایران نسب طبیعی (بیولوژیکی) ملاک است و در صورت بروز اشتباه، نسب طبیعی تغییرناپذیر است، اما نسب توافقی می‌تواند دستخوش تغییر شود که دیدگاه نسب طبیعی با علم پزشکی و نیز با 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 می‌تواند تداوم یابد و در صورت عدم قبول کودک، قیمومت از سوی سایر نهادهای حمایتی قابل طرح است. حضانت نیز با عنایت به ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین، برعهده زوجین اهداشونده است و همین مهم بر حقوق فرانسه حاکم است. گفتنی است در هنگام بروز اشتباه و در صورت عدم پذیرش طفل از جانب اهداگیرنده، این مهم برعهده نهادهای حمایتی است که در حقوق فرانسه به‌مراتب مراجع حمایتی کودک متعدد و پیشرفته‌تر هستند.

واژگان کلیدی: ابوت توافقی، اشتباه، باروری‌های پزشکی، پدر حکمی، حضانت، نسب، ولایت.

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۳/۱۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۰۷

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۱/۰۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۱۱

DOI: 10.22034/law.2025.64298.3425



law@tabrizu.ac.ir

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

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

وقوع اشتباه در باروری‌های پزشکی محتمل است؛ برای نمونه در اهدای جنین، اگر رویان ناقل بیماری مسری هپاتیت نوع «C» 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 شده، منجر به از بین رفتن و یا بیماری جنین و در نهایت طفل گردد، و یا در لقاح همگن اشتباهی رخ دهد و تبدیل به لقاح ناهمگن شود. در کشور فرانسه اشتباهات باروری پزشکی از حیث درجه اهمیت به سه دسته تقسیم می‌شوند و از منظر جبران خسارات، اهم درجات اشتباه در اولویت هستند^۱. در پژوهش‌های دکترین، وقوع اشتباه در قراردادهای انواع آنها و آثار مالی در باروری‌های پزشکی به صورت مجزا مورد مذاقه قرار گرفته بود؛ درحالی که آثار غیرمالی اشتباه در باروری‌های پزشکی نخستین بار است که مورد توجه قرار می‌گیرد.

در ادامه به بررسی رویکرد حقوقی دو کشور ایران و فرانسه ذیل سه مبحث نسب، ولایت و حضانت در روش‌های باروری پزشکی و 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 منشأ آثار مهم و متعدد دیگری است. گسترش بهره‌برداری از روش‌های درمان ناباروری، موضوع نسب

1. AMP Vigilance _ Fiche Retour D'expérience Sur Les Erreurs D'identification en AMP. Mars 2020.

کودکان متولد این‌گونه روش‌ها را به‌میان آورده و چالش‌های جدی و متعددی را ایجاد کرده است.

لازم به ذکر است در قوانین فرانسه و نیز کشور ما، قانون‌گذار نسب را تعریف نکرده است؛^۲ 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».^۳ همچنین حقوق‌دان دیگری نسب را رابطه شخص با دیگری از طریق ولادت می‌داند؛ خواه به او منتهی شود مانند منتهی شدن پسر به پدر یا به ثالث منتهی شود، مانند دو برادر که به پدر و مادر منتهی می‌شود.^۴ فقها نیز پیرامون نسب تعاریفی را ارائه داده‌اند؛ از جمله 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».^۵

فارغ از خلأ قانونی در حوزه تعریف قانونی نسب، در ادامه، نسب ناشی از باروری‌های 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 مفهوم‌شناسی، «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».^۶ به عبارت دیگر، نسب در لغت مصدر و به معنای قرابت و علاقه و رابطه میان دو شیء است و در زبان فارسی آن را نژاد می‌گویند.

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

۳. حسین صفایی و اسداله امامی، مختصر حقوق خانواده، (تهران: میزان، چ ۲۹، ۱۳۹۰)، ص ۲۸۷.

۴. محمدجعفر جعفری لنگرودی، حقوق خانواده، (تهران: گنج دانش، چ ۴، ۱۳۸۶)، ص ۱۵۹.

۵. سید محمد آل بحر العلوم، بلغه الفقیه شرح و تعلیق: سید محمدتقی آل بحر العلوم، ج ۴، (تهران: مکتبه الصادق، چ ۴، ۱۴۰۳ ق)، ص ۱۷۹.

۶. ابوحبیب سعدی، القاموس الفقهی لغته و اصطلاحاً، (دمشق: دارالفکر، چ ۱، ۱۴۰۸ ق)، ص ۳۵۱.



از نظر فقهی نیز نسب «یک امر طبیعی است و در عرف اجتماعات پیش از ظهور اسلام از تکون یک انسان از ترکیب نطفه دو انسان ذکور و اناث حاصل می‌شده است. مسلم است که پس از ظهور اسلام، این مبنای طبیعی مورد انکار و ردّ شارع مقدس قرار نگرفته و به اصطلاح اصولی، در مورد عنوان نسب، حقیقت شرعیه‌ای 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»^۷ که استثنا است و قابلیت تعمیم نیز ندارد. البته زنا صرفاً موجب محرومیت از ارث‌بری است، ولی نمی‌توان نسب خونی و رابطه بیولوژیکی را به طور کلی انکار کرد. این امر در آرای قضایی از جمله دادنامه قطعی شماره ۱۳۱۰۹۲۰۰۹۰۹۹۷۰۹۳۰ مورخ ۳۰ تیر ۱۳۹۳ صادره از شعبه ۷ دیوان عالی کشور مورد تأکید و تصریح قرار گرفته است^۸ و وفق رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۳ تیر ۱۳۷۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، زانی پدر عرفی طفل ناشی از زنا تلقی شده، در نتیجه کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه برعهده 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) 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»^۹. به عبارت دیگر، در حقوق ایران باید اذعان نمود که الحاق کامل طفل به زن و شوهر متقاضی پذیرفته نشده است.

قانون نحوه اهدای جنین نیز پیرامون نسب ساکت است. به این ترتیب، بنابر اصل اولیه، طفل از لحاظ نسب به دریافت‌کنندگان در روش‌های ناهمگون یا با دخالت شخص ثالث - مگر در رحم جایگزین که محل تأمل است - ملحق نمی‌شود و به اهداکنندگان جنین یا صاحبان هریک از

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

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

۹. همان، ص ۱۳۷.

گامت‌های اهدایی تعلق می‌گیرد.^{۱۰} بی‌شک در درمان ناباروری به روش همگون، در صورتی که گامت‌ها متعلق به زوجین و رحم نیز متعلق به زوجه باشد، در تشخیص نسب با معضل و چالش جدی مواجه نخواهیم شد و نسب کودک کاملاً مشخص است. صرفاً به دلیل وجود نارسایی در یکی از مؤلفه‌ها از جمله رحم، تخمک، اسپرم و یا حتی میتوکندری تخمک^{۱۱}، علم پزشکی به یاری لقاح و انعقاد نطفه زوجین می‌آید که این مسئله غالباً تأثیری در شناسایی نسب نداشته، ابهامی ایجاد نخواهد کرد. فقها نیز این قبیل درمان‌های ناباروری را مجاز دانسته، عقیده دارند: «برحسب مستفاد از ادله شرعی، نطفه مرد به هر نحو در حلیله‌اش قرار گیرد، جایز است و اولاد ملحق به مرد و حلیله اوست و توارث از طرفین ثابت است»^{۱۲}. برخی دیگر نیز گفته‌اند: «تلقیح زوجه به نطفه شوهرش جایز است و حکم طفل متولد از این عمل، بدون هیچ تفاوتی، در حکم سایر اولاد زوجین است»^{۱۳}.

حال اگر در روش‌های باروری پزشکی اشتباه مؤثری حادث شود و قرار بر آن باشد که از گامت‌های زوجین لقاح همگون انجام شود، درحالی که به اشتباه از گامت ثالث استفاده شده و روش باروری از همگون تبدیل به ناهمگون شده است، احراز نسب طفل با چالش روبه‌رو می‌شود. اما به هر ترتیب، رابطه طفل با صاحبان گامت از حیث نسب برقرار، و محرمیت و ممنوعیت ازدواج مسلماً پابرجا است. 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

۱۰. اگر زن به صورت مصنوعی با اسپرم غیر شوهر بارور شود، آن فرزند به شوهر ملحق نمی‌شود؛ چه این کار اشتباهی صورت گیرد یا از روی عمد. لکن چون فرزند زن اوست، با شوهر محرم است (نک: فاضل لنکرانی، محمد، احکام پزشکان و بیماران، (قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، چ ۱، ۱۳۸۶)، ص ۸۶.

۱۱. بخش اعظم ویژگی‌های وراثتی از زنی که هسته تخمک از اوست به طفل منتقل می‌شود؛ لذا زن صاحب هسته تخمک، مادر ژنتیکی و طبیعی طفل محسوب شده، زیرا بنابر مستندات علم پزشکی تخمک فاقد هسته زن اهداکننده، به دلیل ناچیز بودن مواد ژنتیکی نقش چندان در پیدایش کودک ندارد. لذا طفل چه از لحاظ طبیعی و پزشکی به زن صاحب هسته تخمک تعلق دارد که چنین در رحم او قرار می‌گیرد (ملکی، مرضیه؛ رضوان‌طلب، محمدرضا؛ و بهرام تقی‌پور، «بررسی نسب کودکان ناشی از روش انتقال میتوکندری»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۲۳ (۱۳۹۹)، ص ۳۵۳.

۱۲. سید محمدرضا گلپایگانی، مجمع المسائل، (قم: دارالقرآن کریم، چ ۱، بی‌تا)، ص ۱۷۷.

۱۳. سید ابوالقاسم خوئی، مستحدثات المسائل، (نجف: مطبعه الآداب، چ ۱، ۱۹۷۶ م)، ص ۱۹۷.

تخمک است»^{۱۴} یا «فرزندى که از طریق کشت اشتباه اسپرم مرد بیگانه در رحم زن به وجود می‌آید، به مرد صاحب اسپرم و زن صاحب تخمک ملحق می‌شود؛ چون مانند فرزندى 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»^{۱۵}. به این ترتیب، اگر کودک را در حکم و طی بالشبهه بدانیم، نسب برقرار است و تعلق فرزند نیز به معنای برقراری رابطه نسبی میان طفل و صاحبان گامت است. اگر زن به کمک روش‌های باروری پزشکی با اسپرم غیرشوهر بارور شود، آن فرزند به شوهر ملحق نمی‌شود؛ 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، به بیماری مزمن جنین و طفل ناشی از روش‌های همگون و ناهمگون، مانند هیپاتیت و ایدز منجر شود، نظام جبران خسارت می‌تواند بر اساس اصل جبران کامل خسارات نقش مؤثری را ایفا کند، اما آسیبی به نسب و رابطه بیولوژیکی وارد نشود. به عبارتی هر نوع خللی در ماهیت قرارداد و یا بروز اشتباه نمی‌تواند به نسب که ماهیتاً حکم و غیرقابل عدول است، آسیبی وارد نماید؛ حتی اگر از نوع اشتباه مؤثر باشد. روابط بیولوژیکی و خونی فارغ از عیوب اراده و توافق طرفین بوده، نسب از مقوله حکم است و توافق و قرارداد برخلاف آن امکان‌پذیر نیست و به طریق اولی عیوب اراده و یا اشتباه معیوب‌کننده اراده نیز نمی‌تواند 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^{۱۶} به معنای پیوستگی، سلسله، نسل، ذریه، پیاپی بودن و تعاقب مواردی که نتیجه یکدیگرند، آمده است»^{۱۷}. در نظام حقوقی فرانسه نیز

۱۴. محمد فاضل لنگرانی، پیشین، ص ۸۵.

۱۵. ناصر مکارم شیرازی، احکام پزشکی مطابق با فتاوی حضرت آیت‌الله مکارم شیرازی، (قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب، چ ۱، ۱۳۸۷)، ص ۱۰۶.

16. Fillation

۱۷. اسداله امامی، مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۲)، ص ۲۹.

برخی دکترین در راستای رفع ابهام در خصوص نسب، تعاریفی ارائه نموده‌اند؛ یکی از حقوق‌دانان فرانسوی تعریف نسب را «رابطه یک شخص با پدر و مادر یعنی کسانی که مستقیماً سبب ایجاد او شده‌اند»^{۱۸} می‌داند.

نسب به معنای خاص عبارت است 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 در قانون مدنی ایران (ذیل ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی به بعد) مطابقت دارد.

قانون مدنی فرانسه عوامل اثبات نسب را سه مورد بیان کرده است که عبارت‌اند از: گواهی ولادت کودک، اقرارنامه یا استشهادیه مؤید داشتن وضعیت ظاهری^{۱۹}، و حکم دادگاه. ماده ۳-۳۱۱ قانون مدنی فرانسه در این باره مقرر کرده است: نسب از طریق گواهی ولادت کودک، اقرارنامه یا استشهادیه مؤید داشتن وضعیت ظاهری اثبات می‌گردد^{۲۰}؛ به این ترتیب، با اثبات یکی از راه‌های یادشده 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، بنا را بر نسب حکمی یا اعتباری و یا مبتنی بر ارتباط با خانواده‌هایی که طفل با آنها زندگی می‌کند، می‌گذارند^{۲۱}؛ به‌طوری که مقنن در قانون مدنی فرانسه ذیل بند ۱۹ ماده ۳۱۱ به‌صراحت مقرر کرده در مورد باروری پزشکی با دخالت شخص ثالث، هیچ پیوندی بین اهداکننده و کودک نمی‌توان برقرار کرد و به‌عبارتی نسب بیولوژیکی و طبیعی در نظام حقوقی فرانسه منتفی است و نمی‌تواند منشأ حقوق و تکالیف متقابل طفل و اهداکننده یا اهداکنندگان باشد. همچنین

18. Jossierand(L), *Course de Droit Civil Positif Français*, (Paris, T.I. No, 1950), p. 1013.

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

20. 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.

21. 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.

قانون‌گذار مقرر کرده است هیچ دعوی مسئولیتی علیه اهداکننده قابل طرح نیست و به‌طور کلی قابلیت استماع ندارد. به این ترتیب، آثار و تکالیف قانونی ناشی از نسب در مورد اهداکننده در این نظام حقوقی، منتفی به‌نظر می‌رسد. برای نمونه، دادگاه خانواده فرانسه طی رأیی که در پرونده گاوین فورنیس و سیلیا در سال ۲۰۲۳ صادر کرده بود، نسب بیولوژیکی طفل را نفی نمود و اصل را بر نسب حکمی یا اعتباری قرار داد.^{۲۲}

در خصوص نسب مادری، حقوق فرانسه پیرو اصل سنتی و قدیمی حقوق روم است مبنی بر اینکه «مادر همواره معلوم (مسلم) است»^{۲۳}. بنابراین، اصل اینست که «مادر همواره زنی است که طفل را به‌دنیا آورده است و این اصل در کلیه روش‌های باروری طبیعی و مصنوعی، اصل اساسی در برقراری نسب مادری تلقی می‌شود»^{۲۴}. اما با عنایت به ممنوعیت به‌کارگیری روش رحم جایگزین وفق ماده ۱۶ قانون مدنی فرانسه، زن متقاضی از هرگونه جایگاه مادری و نسب قانونی بی‌نصیب خواهد بود، حتی اگر نطفه طفل با استفاده از تخمک وی منعقد شده باشد. وی نمی‌تواند برای برقراری نسب طفل به سود خود اقدام نماید. با این حال، به‌تازگی 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 ۱-۳۴۵ قانون مدنی فرانسه احراز گردد، تجویز نموده است. این تغییر رویه قضایی در پی محکومیت فرانسه از سوی دادگاه اروپایی حقوق بشر و از طریق آرای صادره از دیوان عالی فرانسه در تاریخ ۵ ژوئیه ۲۰۱۷ صورت گرفت.^{۲۵} 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 می‌شود. با این حال، وفق ماده ۳۳۲ قانون مدنی فرانسه، این امر قابل اعتراض است و با اثبات اینکه وی پدر بیولوژیک طفل نیست، می‌توان دعوی نفی نسب اقامه کرده، نسب را باطل نمود.^{۲۶} حکم قانونی یادشده، مبتنی بر مصالح عالیۀ کودک و منافع معنوی و

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

23. Mater Semper Certa Est.

24. Philippe Malaurie & Fulchiron Hugues, *La Famille*, (Paris, Lextenso, 4e éd, 2018), p. 502.

25. 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/>

26. La Paternité Peut Être Contestée en Rapportant la Preuve Que le Mari ou L'auteur de la Reconnaissance N'est Pas le Père.

مادی وی و با توجه به نسب حکمی و اعتباری در نظر گرفته شده است.

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

شایان ذکر است، ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی فرانسه با اصلاحات سال ۲۰۱۶، «عیوب رضا را تنها عامل «بطلان نسبی» عقود می‌داند نه بطلان مطلق؛ یعنی اصل بر این است که اشتباه خللی به استحکام قراردادها وارد نمی‌کند و با حفظ قرارداد، خسارات یا نواقص جبران می‌شود»^{۲۷}. حال اگر اشتباه مؤثری واقع شود، اینکه قائل به بطلان نسبی قراردادهای باروری پزشکی باشیم یا خیر، با تردید روبه‌رو است.

اهداشونده برابر قانون بهداشت عمومی فرانسه قبل از ورود به روند درمان، از خطرهای و حتی اشتباهات احتمالی مطلع می‌شود و سپس رضایت وی برای شروع درمان اخذ می‌گردد. علاوه بر آن، «تمامی ویژگی‌های ژنتیکی و اپی‌ژنتیکی نیز بررسی می‌شود 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 فراهم می‌کند»^{۲۸}. در این بین، هوش مصنوعی در بررسی داده‌های آزمایشگاهی از جنین و اهداشونده و تطبیق ویژگی‌های ژنتیکی و اپی‌ژنتیکی می‌تواند نقش مؤثری 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 مؤثر نسب و ابوت توافقی نیز با چالش جدی روبه‌رو 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، به نظر می‌رسد در صورت تزلزل قرارداد باروری پزشکی، عمومات نسب در نظام حقوقی فرانسه به کار گرفته می‌شود.

27. Pierre Cabrol, Monique Ribeyrol, *Leçons de Droit des Obligations*, (Paris: Ellipses, 2018), p. 89.

28. Euriat, Violaine, *Don de Gamètes et Don D'embryons: État des Lieux Avant L'établissement des Lois*, (Paris: Dans Spirale, 2004), p. 58.

۲. ولایت طفل ناشی از اشتباه در باروری‌های پزشکی

«ولایت به معنای عام، سلطه‌ای است که شخص بر مال و جان دیگری پیدا می‌کند 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 سقیه و مجنونی که حجرشان متصل به زمان صغر است) به جد و جد پدری اعطا کرده است» (ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی)^{۲۹}؛ 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»^{۳۰}. ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی ولی قهری و اشخاص تحت ولایت را مشخص کرده است.

قانون‌گذار ذیل مواد ۱۱۸۰ تا ۱۱۹۴ قانون مدنی در خصوص نهاد ولایت و کارویژه‌های آن، مقرراتی را وضع نموده است. به این ترتیب، سمت ولایت برای پدر و جد پدری که از سوی قانون به آنان اعطا شده است، نیازمند انتصاب و تنفیذ مرجعی نیست و قاضی، دادگاه و یا اشخاص ثالث در ایجاد آن دخالتی ندارند. ولایت قهری در اثر رابطه ابوت ایجاد می‌شود و دارای منشأ اجتماعی و طبیعی و در راستای حفظ مصالح و نظم جامعه است.

به این 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»^{۳۱}. در فقه امامیه اصطلاح ولایت قهری استعمال نشده و قانون

۲۹. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی (خانواده)، (تهران: میزان، ۳، ۱۳۸۲)، ص ۴۰۲.

۳۰. حسین صفایی و همکاران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، (تهران: دانشگاه تهران، ۵، ۱۴۰۱)، ص ۴۱۹.

۳۱. مجید وزیری، حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، (تهران: مؤسسه چاپ و نشر بین‌الملل، ۱، ۱۳۸۴)، ص ۳۶.

مدنی برای اولین بار آن را به کار برده است؛ اما فقها بارها از انواع ولایت از جمله ولایت پدر و جد پدری در کتب فقهی سخن گفته‌اند. هرچند کارویژه‌های ولی قهری در نظام حقوقی ایران، از جمله إذن 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. مقنن در خصوص نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور و آیین‌نامه اجرایی آن پیرامون نهاد ولایت قهری، تعیین تکلیف نکرده است. به عبارتی در قانون ایران، قانون‌گذار 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 از دست رفتن امتیاز ولی نیست؛ بلکه مولی‌علیه را نیز از حمایتی خاص محروم می‌سازد».^{۳۲}

به این ترتیب، بر اساس مبانی فقهی-شرعی، در نظام حقوقی ایران باید این‌گونه استدلال کرد که در اهدای تخمک، ولایت برعهده پدر بیولوژیکی و واقعی طفل است و در رحم جایگزین نیز پدر واقعی و بیولوژیکی او بر طفل طبیعی و واقعی خود ولایت قهری دارد. اما در صورتی که اهدای اسپرم و یا جنین صورت گرفته باشد، «چنین 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».^{۳۳}

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

۳۲. صادق شریعتی‌نسب، فرزند خواندگی، (تهران: دانش، ج ۱، ۱۳۹۰)، ص ۱۷۵.

۳۳. اسداله، امامی، پیشین، ص ۴۰۱.

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 به‌عنوان قیم با وظایف مضاعف ولی قهری قابل دفاع به‌نظر 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 مسئله شود که در این صورت نیز بنابر رابطه معنوی خود با پدر حکمی او را پدر واقعی خویش قلمداد می‌نماید.

به‌علاوه، راه‌حل معقول و منطقی آنست تا زمانی که می‌توان از نهادهای مشابه- مانند قیمومت- استفاده کرد، از تغییر ساختار سایر نهادها (ولایت قهری) خودداری نموده، تا حد امکان باید وظایف حمایتی را برعهده 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 یادشده بوده، به‌نظر صائب است. به این 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 به‌نظر می‌رسد و قابل انتقال نخواهد بود. همچنین در صورتی که ناشی از اشتباه هیئت درمانی در محیط آزمایشگاهی، نوع باروری از همگون به ناهمگون مبدل شود، در صورت احراز اشتباه، رابطه نسبی با مرد بیمار و ولایت قهری نیز به طریق اولی منتفی است و سایر نهادهای حمایتی ازجمله قیمومت در صورت پذیرش طفل از سوی اهداشونده برقرار می‌شود.

۲.۲. ولایت طفل ناشی از اشتباه در باروری‌های پزشکی در فرانسه

در قانون مدنی فرانسه ذیل مواد ۳۷۲ و ۳۷۳^{۳۴} در مورد وظایف و اختیارات مشترک ابویین سخن به‌میان آمده و به نحوی ولی طفل، پدر و مادر- هر دو- هستند و ولایت ابویینی^{۳۵} در آن

34. article 372: Les Père et Mère Exercent en Commun L'autorité Parentale. L'autorité Parentale est Exercée Conjointement Dans le cas Prévu à... 373: Est Privé de L'exercice de L'autorité Parentale le Père ou la Mère Qui Est Hors D'état de Manifester sa Volonté, en Raison de Son Incapacité...

35. Autorite Parentale

نظام حقوقی به رسمیت شناخته شده است. در نظام حقوقی ایران و فرانسه نیز ولیّ نماینده قانونی محجور در امور حقوقی وی است؛ هرچند چنین اختیاری بی‌حدوخصر نیست و باید مصلحت و منافع طفل یا محجور (مولیّ علیه) را مدنظر قرار داد. براساس بند ۱ ماده ۳۷۱ قانون مدنی فرانسه نیز ولایت ابوینی مجموعه‌ای از حقوق و تکالیف با هدف تأمین 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، وی را بر اساس سن و سطح بلوغ و تشخیص در تصمیماتی که مربوط به اوست، سهیم نمایند.^{۳۶}

در حقوق فرانسه در اهدای جنین و سایر روش‌های ناهمگون، ولایت پدر بیولوژیکی ساقط و پدر و مادر حکمی نسبت به طفل ولایت ابوینی دارند. این مهم از بند ۹ ماده ۳۴۲ به بعد قانون مدنی فرانسه قابل استنباط است.^{۳۷} در روش تک‌والدی که بانوان مجرد متقاضی آن هستند، ولایت مختص آنان است. اشتباه غیرمؤثر و یا مؤثر نیز در این بین نمی‌تواند منشأ اثر باشد؛ هرچند مطالبه انواع خسارات امکان‌پذیر است. البته موارد یادشده در شرایطی است که اهداشونده از اشتباه مؤثر چشم‌پوشی نماید و ابوت توافقی برقرار گردد. در صورت عدم پذیرش طفل نیز عملاً ولایت ابوینی منتفی است و نهادهای حمایتی از منظر مادی و معنوی از طفل حمایت می‌کنند.

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 تأثیرگذار باشد و تصمیم‌گیری صحیح در این زمینه نیازمند بهره‌گیری از معیارهای مشخص و کارآمد است. «در فقه اسلامی و قانون

36. L'autorité Parentale est un Ensemble de Droits et de Devoirs Ayant Pour Finalité L'intérêt de L'enfant.

37. 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...



مدنی ایران، این معیار تحت عنوان مصلحت یا غبطه معرفی شده است^{۳۸}. در نظام حقوقی فرانسه- همان‌گونه که شرح آن گذشت- «ولایت ابوینی حضانت را دربر می‌گیرد و مبنای حمایت، تأمین منفعت و مصلحت طفل است^{۳۹}. به این 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 عبارتی دائمی تلقی نمی‌شود.

۱.۳. حضانت طفل ناشی از اشتباه در باروری‌های پزشکی در ایران

در قانون مدنی ایران با اینکه واژه حضانت به کار رفته، اما تعریف مشخصی از آن مانند مفاهیم نسب و ولایت ارائه نشده است. از لحاظ لغوی «حضانت به کسر و فتح حا از حضن به معنی جانب و پهلوی است و حضانت به معنای پروردن است^{۴۰} و در اصطلاح عبارتست از «نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است». پیرامون اینکه حضانت حق است یا تکلیف و حکم، میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد^{۴۱}.

با این حال، به نظر می‌رسد دیدگاهی که حضانت را حق و تکلیف می‌داند از سوی قانون‌گذار ایران پذیرفته شده است. با توجه به مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۷۲ قانون مدنی، حضانت برای ابوین هم حق است و هم تکلیف. «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 هریک از ابوین که حضانت به عهده اوست، الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد، حضانت را به خرج

۳۸. مریم غنی‌زاده بافقی و زهرا غنی‌زاده، «تعیین مؤلفه‌های حضانت در بستر مصالح عالیله کودک»، تحقیقات حقوقی، ش ۲۱، (۱۳۹۷)، ص ۲۹۹.

39. Courbe, P., *Droit de la Famille*. (Paris, Sirey Université, 5e Ed, 2008), p. 475-476.

۴۰. ابراهیم مصطفی و همکاران، المعجم الوسیط، ج ۱، (ترکیه، چ. ۱۰، ۱۳۸۴)، ص ۱۸.

۴۱. حق در اصطلاح فقهی دارای دو معناست: نخست، حق در معنای عام که شامل ملک، حکم و حق به معنای خاص است. 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 مضادیق 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 می‌دانند، مقصودشان از حکم، حکم تکلیفی است و از آن با تعبیر حکم شرعی و خطاب شارع نیز یاد می‌کنند اما در صورتی که ما حکم را به معنای عام آن، اعم از تکلیفی و وضعی، بدانیم روشن است که حق (به‌مانند ملک) از اقسام حکم وضعی بوده، به این اعتبار حکم اعم از حق به معنای خاص- معنای دوم- است. (نک: سید علیرضا فروغی، «بررسی فقهی و حقوقی مفهوم حق و حکم»، فقه و حقوق خصوصی، ش ۱ (۱۳۹۷)، ص ۳).

پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد، به خرج مادر تأمین نماید»^{۴۲}. وفق ماده ۴۱ قانون حمایت از خانواده، توافقات راجع به حضانت طفل که برخلاف مصالح وی صورت گرفته است، لازم‌الاجرا نیست. همچنین برابر ماده ۴۵ قانون معنونه، رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی است. به این ترتیب، با توجه به مواد پیش‌گفته، به‌نظر می‌رسد آنچه در حقوق ایران پذیرفته شده، آن است که حضانت هرچند غیرقابل اسقاط باشد، اما دائمی تلقی نمی‌شود.

با این همه با توجه به آرای دادگاه‌ها و به اقتضای شرایط می‌توان قائل به این مهم شد که حضانت در برخی موارد خاص، ظاهراً حق تلقی می‌شود؛ برای نمونه، در رأی صادره دادنامه قطعی شماره ۹۴۰۹۹۸۰۲۱۶۱۰۰۴۴۶ مورخ ۲۸ آذر ۱۳۹۴، حق حضانت طفل متولد از تخمک ثالث، متعلق به مادر فعلی که او را به دنیا آورده، است.^{۴۳}

همچنین بارها مشاهده شده است که کودک وقتی به سن مقرر می‌رسد، مادر به‌منظور استمرار حضانت خویش اقدام به بذل مهریه می‌نماید و در مقابل، حضانت کودک را طلب می‌کند. پیرامون این مسئله از اداره حقوقی قوه قضاییه استعلام شده که طی شماره ۷/۱۳۴۷ مورخ اول تیر ۱۳۶۱ این‌گونه پاسخ داده شده است: «به موجب ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی حضانت و نگهداری اطفال برای ابویین هم حق است و هم تکلیف و قابل اسقاط یا مصالحه نیست، زیرا حقوقی را که مقنن و شارع برای طفل پیش‌بینی کرده، جنبه‌ی امری برای مکلف دارد و اراده فردی نمی‌تواند چنین حکمی را تغییر دهد. ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی مقرر داشته است هیچ‌یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل بر عهده‌ی آنهاست از نگهداری او امتناع نمایند و ماده ۱۱۷۵ نیز تصریح دارد به این که طفل را نمی‌توان از ابویین یا از پدر و مادری که حضانت با اوست گرفت، مگر در صورت وجود علت قانونی. بنابراین اسقاط تکلیف جایز نیست». به این ترتیب، حضانت، حکم و غیرقابل اسقاط است؛ مگر در صورت وجود علت قانونی. سپس در استعلام دیگری، اداره یادشده پاسخ دیگری می‌دهد که حضانت را قابل اسقاط و تفویض و به‌عبارتی حق می‌داند. با توجه به توضیحات فوق روشن است که در خصوص حق یا حکم بودن حضانت، اختلاف نظر وجود دارد.

۴۲. سید حسین صفایی، پیشین، ص ۴۴۷.

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

با عنایت به موارد مطروحه در صورت حدوث اشتباه مؤثر در نظام حقوقی ایران، در صورتی که اهداگیرنده حضانت طفل را بپذیرد، مسلماً چالش حقوقی به وجود نخواهد آمد. اما در صورتی که اشتباه مؤثر 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 راه‌حل موجود در نظام حقوقی فرانسه و تأسیس 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 ابوینی با عنایت به مفهوم گسترده آن، هم حضانت نسبت به شخص کودک و هم نسبت به اموال وی را دربر می‌گیرد. البته همانند قانون ایران، نهاد حضانت، حاضن دائمی تلقی نمی‌شود و به عبارتی در صورتی که حقوق و اختیارات والدین به عمد یا غیرعمد در جهت منافع کودک اجرا نشود، دستخوش تغییراتی خواهد شد. این تغییر به تناسب 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 تأمین امنیت، سلامت و اخلاق کودک اجرا گردد و در صورت تخطی از چارچوب یادشده در ماده معونه، ولایت ابوینی 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»^{۴۴}.

به این ترتیب، حضانت طفل در نظام حقوقی فرانسه با اندکی تفاوت مانند ایران است؛ هرچند حق و تکلیف والدین است، اما دائمی و حتی مطلق تلقی نمی‌شود و نهاد یادشده مصلحت‌محور است. «در باروری‌های پزشکی، قانون مدنی فرانسه بی‌قید و شرط وظیفه حضانت را برعهده

44. Malaurie Philippe & Fulchiron Hugues, *La Famille*, (Paris: Lextenso, 4e éd, 2018), p. 645.

اهداشوندگان قرار داده است»^{۴۵} و این مهم به صراحت از سوی مقنن ذیل بند ۱۹ ماده ۳۱۱ قانون مدنی فرانسه آمده است و مطلقاً هیچ گونه تکلیف و وظیفه‌ای را از جمله حضانت متوجه اهداکننده نمی‌داند. به این ترتیب، جای هیچ گونه شک و تردیدی در امر معنونه نیست. حال در فرضی که اشتباه مؤثری واقع شود، اثری بر عدم تکلیف و مسئولیت حضانت برعهده اهداکننده نخواهد داشت و وی در قبال طفل مسئولیتی 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 و هیچ گونه استثنایی نیز پیش‌بینی نشده است. آرای متعددی در این خصوص صادره شده است که دلالت بر حضانت اهداگیرندگان دارد و قابل واگذاری در شرایط عادی نیست.^{۴۶}

از طرفی، بنابر وظیفه حضانت که برعهده 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 تأمین مسکن، نظارت و مراقبت و تعلیم و تربیت کودک خود را به عهده دارند. در باروری‌های پزشکی نیز وظایف یادشده عیناً برعهده والدین حکمی و اهداشونده قرار می‌گیرد. این وظایف با بروز اشتباه مؤثر و در فرض عدم قبول طفل از سوی اهداشونده باید برعهده سازمان‌های حمایتی قرار گیرد تا از اطفال ناشی از باروری مصنوعی حمایت‌های مادی و معنوی مؤثری به عمل آید؛ به این ترتیب، تمامی منافع و مصالح طفل باید مورد توجه واقع شود تا هیچ گونه لطمه‌ای به حقوق مسلم وی وارد نگردد.

هدف حمایت از طفل نیز حصول اطمینان در خصوص توجه به نیازهای اساسی کودکان، حمایت از رشد جسمی، عاطفی، فکری و اجتماعی و نیز حفظ سلامت، ایمنی، اخلاق و آموزش آنان با رعایت حقوق کودک است. این موارد شامل اقدامات پیشگیرانه به نفع کودک و والدین او، سازمان‌دهی شناسایی و درمان موقعیت‌های خطرناک یا خطر برای کودک و نیز تصمیمات اداری و قضایی است که برای حمایت از او اتخاذ می‌شود.^{۴۷} این مهم بارها در قوانین مختلف نظام

45. Fenouillet Dominique, *Droit de la Famille*, (Paris: Dalloz, 2008), p. 446.

46. <https://www.courdecassation.fr/>

47. 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.

حقوقی فرانسه مورد تصریح و تأکید قرار گرفته است.

شورای ملی حمایت از کودکان^{۴۸} هم یکی از ارکان مهم در حوزه حقوق کودک است که نظارت بر منافع و مصالح کودکان یکی از مهم‌ترین کارویژه‌های آن است. با عنایت به قانون اقدام اجتماعی و خانواده مصوب ۲۰۱۶، دولت نیز به عنوان عضو نظارتی بعضاً در حضانت و نگهداری و حتی حمایت مالی و مادی نقش برجسته‌ای ایفا می‌کند^{۴۹}. به عبارت دیگر در نظام حقوقی فرانسه سازمان‌های مردم‌نهاد متعددی در کنار سازمان‌های دولتی، همچون آژانس زیست‌پزشکی، جهت حمایت از باروری‌های پزشکی و یاری رساندن به حل معضلات عدیده ناشی از آن، فعالیت می‌نمایند^{۵۰}. به این ترتیب، در صورت وقوع عیوب اراده از جمله اشتباه مؤثر، نهادهای یادشده در راستای حمایت از حقوق اطفال گام برمی‌دارند.

نتیجه

فناوری‌های نوین در دنیای امروز به سرعت در حال پیشرفت و گسترش است و مورد استقبال جوامع قرار گرفته است. یکی از فناوری‌های به‌روز، روش‌های باروری پزشکی است و تمایل زوجین نابارور به روش‌های باروری پزشکی در حال حاضر غیرقابل انکار است. باروری‌های پزشکی بر اساس اولویت مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرند؛ به عبارتی در بدو امر روش‌های همگن یا بدون دخالت عوامل بیگانه مورد استفاده و بهره‌برداری قرار می‌گیرد و در صورتی که منجر به نتیجه نشد، با رضایت زوجین روش‌های ناهمگن یا با دخالت شخص ثالث مورد استفاده پزشک معالج قرار می‌گیرد تا در نهایت منتج به تولد طفل شود.

بدیع بودن روش‌های باروری پزشکی و عدم قانون‌گذاری جامع در این حوزه، مخاطرات حقوقی - قانونی عدیده‌ای را به وجود آورده که یکی از آنها آثار غیرمالی ناشی از باروری‌های پزشکی است و ذیل سه مبحث عمده نسب، ولایت و حضانت قابلیت بررسی دارد. حال در

48. Conseil National de la Protection de L'enfance (CNPE).

49. Code de L'action Sociale et Des Familles

50. <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، جنین‌شناسی و ژنتیک»، نهادی دولتی است و سازمان‌های مردم‌نهاد نیز عضو کمیته یادشده هستند.

Comité National de Suivi du Plan Ministériel "Procréation, Embryologie et Génétique Humaines".

صورت بروز اشتباه از جانب هیئت درمانی یا اهداشونده، سه مؤلفه یادشده با چالش‌ها و ابهامات مضاعفی روبه‌رو می‌شوند. بررسی نسب، ولایت و حضانت در باروری‌های پزشکی در سایر نظام‌های حقوقی به‌ویژه نظام فرانسه که روش‌های لقاح مصنوعی به‌سرعت در حال پیشرفت بوده، قوانین در حال به‌روزرسانی است، ضروری به‌نظر می‌رسد. بهره‌برداری از راه‌حل‌های ارائه‌شده در سایر نظام‌های حقوقی از جمله فرانسه در صورت بروز اشتباه در باروری‌های پزشکی با بومی‌سازی می‌تواند مثمر ثمر باشد.

در نظام حقوقی کشورمان نسب بیولوژیکی و طبیعی ملاک است و از مقوله حکم و غیرقابل تغییر است، اما نسب در کشور فرانسه مبتنی بر توافق و رضایت است و ابوت توافقی حاکم است. لذا در صورت بروز اشتباه و با رضایت اهداشونده برای پذیرش طفل، نسب نیز برقرار است و در صورت عدم پذیرش طفل از سوی اهداشونده و اهداکننده، می‌توان جهت حمایت از طفل از عموماً احراز نسب در فرانسه بهره جست.

ولایت قهری در حقوق ایران حصری است و منحصر به پدر و جد پدری طبیعی بوده، غیرقابل انتقال است. لذا در باروری‌های پزشکی نهادهای جایگزین همچون قیمومت در مورد اهداشونده جایگزین مناسبی است. در نظام حقوقی فرانسه نیز ولایت ابونی حاکم است و در صورت وقوع اشتباه مؤثر و عدم پذیرش طفل از جانب اهداشوندگان، نهادهای حمایتی متعددی عهده‌دار 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، می‌توانند عهده‌دار نگهداری اطفال باشند.

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

شایان ذکر است دامنه اشتباهات مؤثر در باروری‌های پزشکی نباید چنان موسع در نظر گرفته شود که هرآینه قراردادهای باروری پزشکی را که دارای ماهیتی متفاوت با سایر قراردادهای مالی و غیر مالی هستند در معرض انحلال قرار دهد و استفاده از تحولات اخیر قانون مدنی فرانسه که وقوع اشتباه مؤثر را موجب بطلان نسبی قرارداد می‌داند در این زمینه قابل استعمال است. از

سوی دیگر بهره‌برداری از تحولات به‌روز از جمله به‌کارگیری هوش مصنوعی و ذخیره اطلاعات اهداکننده و اهداشونده و ویژگی‌های ژنتیکی، ظاهری و ... در سامانه برخط، زمینه بروز عمده اشتباهات مؤثر را به حداقل ممکن می‌رساند.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

– کتاب‌ها

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). *فرزندخواندگی*، تهران: دانش.
۴. شهیدی، مهدی (۱۳۸۱). *وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی؛ روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق*، تهران: سمت.
۵. صفایی، حسین و امامی، اسداله (۱۳۹۰). *مختصر حقوق خانواده*، تهران: میزان.
۶. صفایی، حسین؛ عراقی، عزت‌اله؛ گرجی، ابوالقاسم؛ امامی، اسداله؛ قاسم‌زاده، سید مرتضی؛ صادقی، محمود؛ برزوئی، عباس؛ حمیدزاده، احمد و آهنی، بتول (۱۴۰۱). *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*، تهران: دانشگاه تهران.
۷. فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۸۶). *احکام پزشکان و بیماران*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام).
۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). *دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده*، تهران: میزان.
۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۷). *احکام پزشکی مطابق با فتاوی حضرت آیت الله مکارم شیرازی*، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب.
۱۰. وزیر، مجید (۱۳۸۴). *حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام*، تهران: مؤسسه چاپ و نشر بین‌الملل.

– مقالات

۱۱. غنی‌زاده بافقی، مریم و غنی‌زاده، زهرا (۱۳۹۷). تعیین مؤلفه‌های حضانت در بستر مصالح عالیه کودک، *تحقیقات حقوقی*، ۲۱ (۸۴)، ۲۹۹-۳۲۴.

Doi: 10.22034/JLR.2018.130190.1161

۱۲. فروغی، سید علیرضا (۱۳۹۷). بررسی فقهی و حقوقی مفهوم حق و حکم. *فقه و حقوق خصوصی*، ۱ (۱)، ۳-۳۶.

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

۱۴. ملکی، مرضیه؛ رضوان طلب، محمدرضا؛ و تقی‌پور، 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) منابع عربی

- کتاب‌ها

۱۵. آل بحر العلوم، سید محمد (۱۴۰۳ ق). *بلغه الفقیه، شرح و تعلیق: سید محمد تقی آل بحر العلوم*، تهران: مکتبه الصادق.

۱۶. سعدی، ابوحیب (۱۴۰۸ ق). *القاموس الفقهی لغه و اصطلاحاً*، دمشق: دارالفکر.

۱۷. مصطفی، ابراهیم؛ نجار، محمدعلی؛ زیات، احمدحسن و عبدالقادر، حامد (۱۳۸۴). *المعجم الوسیط*، تهران: پژوهان.

۱۸. گلپایگانی، سید محمدرضا (بی‌تا). *مجمع المسائل*، قم: دارالقرآن کریم.

۱۹. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۹۷۶ م). *مستحدثات المسائل*، نجف: مطبعه الآداب.

ج) منابع انگلیسی و فرانسوی

- Books

20. AMP Vigilance_Fiche Retour D'expérience Sur Les Erreurs D'identification en AMP. Mars 2020

21. Cabrol, Pierre & Ribeyrol Monique (2018). *Leçons de Droit Des Obligations*, Paris: Ellipses.

22. 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/>

23. Courbe, Patrick (2008). Droit de la famille. Paris: Sirey université.
24. Dominique, Fenouillet (2008). Droit de la Famille, Paris: Dalloz.
25. Josserand, Louis (1950). Course de Droit Civil Positif Français, Paris: Dalloz.
26. Malaurie, Philippe & Fulchiron Hugues (2018). La Famille, Paris: Lextenso.
27. Violaine, Euriat (2004). Don de Gamètes et Don D'embryons: État des Lieux Avant L'établissement des Lois, Paris: Dans Spirale.

- Acts

28. Civil Code
29. Code de L'action Sociale
30. Code de L'action Sociale et des Familles
31. Code de L'action Sociale et des Familles