



## آثار حقوقی نسب و ولایت قهری طفل حاصل از رحم جایگزین (در رویکرد حقوق سلامت کشورهای ایران و فرانسه)

فربیا آزاده رنجبر

دانش‌آموخته کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی و مدرس دانشگاه آزاد اسلامی واحد هشتگرد (نویسنده مسئول)

Fariba\_ranjbar@yahoo.com

### چکیده

**زمینه و هدف:** اجاره رحم و انتقال جنین به وجود آمده از ترکیب اسپرم و تخمک، مسأله تازه علمی بوده که از جهات مختلف بالاخص از جهت حقوقی قابل تأمل و بررسی می‌باشد. تلقیح یا لقاح مصنوعی امروزه در سطح جهان به عنوان یک پدیده علمی در مورد حیوانات و انسان مطرح شده که در مورد نسل انسان مسائل حقوقی جدیدی را به دنبال دارد و مشکلاتی به وجود می‌آورد. آنچه که در این پژوهش مورد بررسی قرار گرفت، این بود که اولاً استفاده از رحم جایگزین به چه نحوی است. ثانیاً احکام حقوقی نسب و ولایت قهری طفل حاصل از این نوع بارداری در حقوق ایران و فرانسه چگونه است.

**روش تحقیق:** روش تحقیق در این پژوهش به صورت توصیفی و تحلیلی می‌باشد.

**یافته‌ها:** در خصوص استفاده از رحم جایگزین می‌توان گفت قراردادی است که به موجب آن، یک زن (مادر جانشین) در مقابل یک زوج ازدواج کرده موافقت می‌کند که جنینی را برای آنها حمل کرده، بچه را به دنیا آورد و او را به مجرد تولد به آن زوج تسلیم نماید و آن‌ها بچه را مثل فرزند خودشان بزرگ کنند. در خصوص وضعیت نسب در حقوق ایران آنچه یافت شد این بود که نسب مادری طفل ناشی از رحم جایگزین به مادر صاحب تخمک برمی‌گردد و در خصوص انتساب نسب پدری از آنجا که تنها مانع الحاق طفل به صاحب نطفه از جهت توارث وقوع عمل زنا می‌باشد که در این مورد صادق نیست، این طفل به صاحب اسپرم ملحق می‌شود.

**نتیجه:** ولی قهری در حقوق ایران، پدر حکمی محسوب می‌شود. در خصوص وضعیت نسب در حقوق فرانسه آنچه حاصل شد این بوده که نسب مادری هم به مادر بیولوژیکی و هم زنی که قصد خود در پذیرش مسئولیت اجتماعی ناشی از مادر بودن را اعلام نموده است، برمی‌گردد و در نسب پدری به اینکه کدام یک از زن‌ها به عنوان مادر شناخته شوند بستگی دارد. همچنین ولایت قهری در حقوق فرانسه به زن و مردی که به عنوان مادر و پدر طفل شناخته می‌شوند تعلق می‌گیرد.

**کلید واژه‌ها:** تلقیح مصنوعی، رحم جایگزین، ولایت قهری، رابطه نسبی، حقوق ایران و فرانسه



## مقدمه

تلقیح مصنوعی یا باروری زن از طریق غیرمعمول، شکل های مختلفی از قبیل «تلقیح اسپرم به داخل رحم (IUI)<sup>۱</sup>»، «لقاح خارج رحمی (IVF)<sup>۲</sup>»، «تلقیح نطفه به داخل لوله رحم (G IFT)<sup>۳</sup>»، «انتقال نطفه بارور شده به داخل رحم (ZIFT)<sup>۴</sup>»، «تزریق اسپرم به داخل تخمک (ICSI)<sup>۵</sup>» و در نهایت لقاح خارج رحمی و باروری جایگزین می باشد (حمدالهی و روشن، ۱۳۸۸: ۱۶ تا ۱۸).

در مجموع می توان گفت تلقیح مصنوعی بدین مفهوم است که: «اسپرم مردی در رحم یک زن بدون مقاربت جنسی به وسیله ابزار مصنوعی پزشکی و با هدف بارور کردن تخمک زن و تکوین جنین، داخل می شود». همچنین لقاح مصنوعی به مفهوم بارور شدن زن است بدون مواجهه جنسی و نزدیکی کردن با مردی. انتقال جنین به رحم غیر نیز به این معنا است که اسپرم و تخمک در خارج از رحم به کمک ابزار پزشکی ترکیب و به رحم صاحب تخمک یا زنی غیر از صاحب تخمک انتقال داده شود تا در رحم این زن، جنین که اغلب متعلق به زن و مردی بیگانه است طبق توافق، با اجرت یا بی اجرت، رشد کند و پس از وضع حمل، کودک به صاحبان جنین تحویل گردد (گرچی و همکاران، ۱۳۹۲: ۴۳۴).

اهمیت موضوع بدین سبب است که با پیشرفت علم و تکنولوژی و همچنین تمایل به بقاء نسل و در نهایت به کار بردن دانش های جدید برای تولد اطفال از روش های غیر معمول باید دید احکام حقوقی فرزندان حاصل شده از این روش ها به چه نحوی بوده و از چه حقوقی برخوردار می باشند. تلقیح مصنوعی، برای نخستین بار در سال ۱۷۶۵ میلادی، به منظور اصلاح نژاد و تکثیر نسل حیوانات به وسیله یک دانشمند آلمانی به نام جاکوبین بر روی ماهی ها انجام شد و متعاقب آن، برای تولید مثل انسان نیز آزمایش شد و در برخی کشورها مانند آمریکا معمول شد. با پیشرفت علم و استفاده از تکنیک های برتر، نخستین نوزاد آزمایشگاهی به نام لوییز براون در سال ۱۹۷۸ میلادی در لندن با تلاش دکتر استپتو و همکارانش به دنیا آمد.

پس از آن، در سال ۱۹۸۸ میلادی یعنی یک سال پس از این موفقیت در کشور انگلستان، ۹۵۶ کودک از طریق باروری خارج رحمی متولد شدند. همچنین در ایالت متحده آمریکا، این عمل بیش از چهار هزار بار انجام شده که ۸۷۴۱ مورد، وضع حمل شده و ۵۱۰۳ مورد آن از طریق ناباروری خارج رحمی (اجاره رحم) بوده است (حاجی عزیزی و قفقازی الاصل، ۱۳۹۴: ۶۳). در ایران در سال ۱۳۶۷ مرکز درمان ناباروری در دانشگاه علوم پزشکی یزد با همکاری مرکز (ART) دانشگاه (USHCL) آلمان، برای اولین بار راه اندازی شد و پس از آن مؤسسات درمانی - تحقیقاتی متعدد در مراکز دولتی و خصوصی راه اندازی شد (حمدالهی و روشن، ۱۳۸۸: ۱۵).

## ۱- روش تحقیق

این ارزیابی یک مطالعه توصیفی - تحلیلی بوده که بر اساس مطالعه کتابخانه ای با گردآوری اطلاعات از طریق مراجعه به کتب، مقالات، پایان نامه ها، رساله ها و بررسی نمونه ها و قوانین موجود با فیش برداری از آن ها صورت گرفته است. همچنین اینکه نگارنده به گزارش و تبیین مطالب گفته شده بسنده ننموده، بلکه تلاش نمود تا با تعمیق در مطالب دیدگاه خویش را نیز بیان نماید.

<sup>۱</sup>.Intera Uterine Insemination

<sup>۲</sup>.In vitro Fertilization

<sup>۳</sup>.Gamete Intrafallopian tube Transfer

<sup>۴</sup>.Zygote Intrafallopian tube Transfer

<sup>۵</sup>.Intracytoplasmic Sperm Injection



## ۲- استفاده از رحم جایگزین در حقوق ایران

تمایل به بقای نسل، هرچند یک نیاز غیرجسمانی است، ولی از آنجا که تحقق چنین امری وابسته به وجود اسپرم و تخمکی است که با داشتن قابلیت باروری، در فرایند لقاح، سلول تخم را تشکیل داده، زمینه تقسیمات سلولی را در آن فراهم می‌آورند، لذا طبیعی است که اگر هریک از زن و مرد یا هر دوی آن‌ها از چنین سلامتی برخوردار نباشند، تولید انسانی با ویژگی‌های خود را نخواهند داشت. هرچند در آن‌ها تمایل روحی-روانی برای این امر همچنان باقی است. تاحدی که دست نیافتن به این خواسته، موجبات گسست خانواده را به دنبال خواهد داشت. (حمدالهی و روشن، ۱۳۸۸: ۱۱) یکی از راه‌های صاحب فرزند شدن زوجین نابارور «رحم جایگزین» می‌باشد. در لقاح خارج رحمی در مواقعی که زنی برای به ثمر رساندن زوج دیگر بارور می‌شود، اطلاق رحم جایگزین به کار می‌رود.

تعریفی که برای عبارت «استفاده از رحم جایگزین» می‌توان به‌کاربرد عبارت است از: «قراردادی که به موجب آن، یک زن (مادر جانشین) در مقابل یک زوج ازدواج کرده، موافقت می‌کند که جنینی را برای آنها حمل کرده، بچه را به دنیا آورد و او را به مجرد تولد به آن زوج تسلیم نماید و آن‌ها بچه را مثل فرزند خودشان بزرگ کنند.» (حمدالهی و روشن، ۱۳۸۸: ۳۰)

حال احکام حقوقی فرزند متولد شده از این روش (تنها احکام حقوقی نسب و ولایت قهری) را با توجه به حقوق ایران تبیین می‌نماییم. لازم به ذکر است که در این مقاله تنها فرزند ناشی از تلقیح تخمک و اسپرم زن و شوهر قانونی و انتقال آن به رحم زن دیگر مورد تبیین قرار می‌گیرد.

## ۳- وضعیت نسب طفل

مهم‌ترین مسئله در خصوص این نوع از کودکان بحث نسب این افراد می‌باشد که کدام یک از دو زن (صاحب تخمک و صاحب رحم) مادر واقعی طفل بوده و پدر قانونی این نوزاد کیست؟ عنوان نسب، از مفاهیمی است که به رابطه طبیعی بین دو انسان (فرزند و پدر و مادر) مربوط می‌شوند. نسب بر اساس تعاریف رایج در لسان فقها و حقوقدانان عبارت است از: «هرگونه رابطهٔ خونی میان دو نفر که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالث تحقق می‌یابد. نسب از نظر لغت مصدر و به معنی قرابت و علاقه و رابطه بین دوستی است و در زبان فارسی آن را نژاد می‌گویند.» (حمدالهی و روشن، ۱۳۸۸: ۱۶)

از نظر حقوقی با آنکه باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی ایران (عنوان مواد ۱۱۵۸-۱۱۶۷) به احکام مربوط به «نسب» می‌باشد، ولی تعریف صریحی از ماهیت نسب به چشم نمی‌خورد. تعریفی که دکتر سیدحسن امامی، در خصوص «نسب» ذکر کرده است عبارت است از اینک: «نسب به معنی قرابت و خویشاوندی است و امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید. از این امر رابطه طبیعی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد موجود می‌گردد.» (امامی، ۱۳۷۴: ۱۵۱)

همچنین دکتر سیدحسین صفایی در مورد نسب چنین ذکر کرده‌اند که: «نسب عبارت است از رابطهٔ خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالث باشند، که در این معنی مترادف با «قرابت نسبی» است که، یک رابطه طبیعی و خونی بین خویشاوندان نسبی خط مستقیم یا خط اطراف است.» (صفایی و امامی، ۱۳۷۴: ۳۹)

هیچ یک از تعاریفی که از عبارت «نسب» بیان شده است، حقیقت و ماهیت نسب را بیان ننموده که آیا نسب رابطهٔ اعتباری و قراردادی است یا رابطه‌ای تکوینی و واقعی؟ با توجه به عدم تعریف از سوی قانونگذار می‌توان اینطور گفت که در خصوص «نسب» از عرف پیروی می‌شود. حال سوال این است که عرف چه چیزی را منشأ اعتبار نسبی می‌داند که در این خصوص دو نسب (مادری) و (پدیری) مطرح می‌باشد:



#### ۴- نسب مادری

آنچه که مطرح است، این است که کدام یک از دو زن صاحب رحم و صاحب تخمک مادر قانونی طفل بوده است؟ که در این خصوص ۳ نظریه به شرح ذیل مطرح می‌باشد:

#### ۴-۱. ولادت، ملاک انتساب طفل به مادر است

این دسته از فقها در اثبات نظریه خود، چنین بیان می‌کنند: «اساساً در زمان نزول آیات و صدور روایات، مردم به اطلاعات جدید پزشکی که کودک، حاصل لقاح اسپرم و تخمک است آگاهی نداشتند و رحم زن را ظرف رشد جنین می‌پنداشتند و با وجود این، زن صاحب رحم را مادر می‌دانستند، که این امر بیانگر این است که مبنای داوری آن‌ها زاییدن بود؛ یعنی زن که کودک را زایمان می‌کرد، او را مادر می‌دانستند و قانونگذار اسلام نیز این عرف را تحت شرایطی امضاء کرد.» (محقق داماد، ۱۳۷۵: ۲) به عبارت دیگر موضوعاتی که درلسان شرع گفته شده، منزل بر متفاهم عرفی است و در هر موردی اگر نظر شارع مقدس برخلاف آن باشد تصریح به آن می‌کند و در این مورد که صاحب تخمک مادر است صراحتی در بین نیست و از آیه «إِنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ» (سوره مجادله، آیه ۲) استفاده می‌شود که تمام موضوع، پرورش در رحم است. (مرقاتی، ۱۳۸۴: ۲۴۲)

از میان فقها صاحب الجواهر(ره) معیار لحوق و عدم لحوق فرزند را به زن، ولادت یا عدم ولادت دانسته است؛ چنان که صاحب جواهر در قضیه موقعة مرد با همسرش و مسامحه او با کنیز و حمل برداشتن کنیز می‌گوید: بچه قطعاً به همسر مرد ملحق نمی‌شود، زیرا از او متولد نشده است. (نجفی، ۴۱ م: ۳۹۸)

مرحوم آیت الله العظمی اراکی، صاحب رحم را مادر تلقی می‌کند و چنین استدلال می‌کند: «نطفه زن صاحب تخمک معدّ بوده برای زن صاحب رحم که این دومی جزء اخیر علت تامه به دنیا آمدن بچه بوده است. پس اولاد ملحق به دومی یعنی زن صاحب رحم می‌شود.» (اراکی، ۱۳۷۵: ۵۹۸)

با توجه به مناسبات واقعی که از نظر علم پزشکی بین جنین منجر به طفل با زن صاحب رحم برقرار است که به رحم نقش بسیار فراتر از یک ظرف و تغذیه تنها برای جنین تعریف می‌کند، نیز نمی‌توان از تعلق و وابستگی طفل به کسی که ماه‌ها در درون رحم او همچون جزئی از پیکر او رشد کرده و شکل گرفته صرف نظر کرد. (حمداهی و روشن، ۱۳۸۸: ۱۶۹) این دسته دلیل عدم قابلیت زیست‌پذیری جنین در خارج از رحم را مطرح کرده و این چنین توجیه می‌کنند که تخمک بارور شده در ظرف مخصوص کشت تا زمانی که به رحم منتقل نشود قابلیت زیست‌پذیری را کسب نمی‌کند و هنوز موجود انسانی نیست. نقدی که می‌توان به این گروه گرفت این است که از نظر زیست‌شناسی کودک رابطه خونی با صاحبان اسپرم و تخمک دارد و فرزند طبیعی آنها می‌باشد و همین رابطه خونی باعث ایجاد قرابت نسبی می‌گردد و ملاک اصلی الحاق نسب به والدین پیدایش او از نطفه ایشان است و قانونگذار نیز خصوصیت خاص نظیر نزدیکی را برای الحاق فرزند لازم ندانسته است. البته زن صاحب رحم که در حد پرورش‌دهنده جنین حاصله از اسپرم و تخمک زن و شوهری قانونی بوده و نسبتی با طفل از نظر نسب ندارد، اما مادر رضاعی او محسوب و میان آن‌ها حرمت نکاح برقرار بوده و طفل نسبت به او محرم می‌باشد.

#### ۴-۲. دارنده دو عامل ولادت و تکون با هم مادر است

این گروه می‌گویند برای پیدایش هر فرزند دو عامل تأثیرگذار است: یکی؛ پیدایش فرزند از تخمک و دیگری؛ حمل فرزند و ولادت وی از مادر. لذا دارنده این دو عامل با هم مادر است. پس زمانی که تخمک از زنی باشد که مسئولیت حمل را به عهده نمی‌گیرد و حامل جنین، زن دیگری است دو عامل انتساب فرزند به مادر در هر یک از صاحب تخمک و صاحب رحم وجود نداشته و هیچ کدام مادر محسوب نمی‌شوند. (ابو زید، ۱۹۸۷ م: ۴۳۶)



عده دیگر از طرفداران این نظریه معتقد هستند که هم صاحب تخمک و هم صاحب رحم، هر دو مادر مشروع تلقی می‌شوند و این گونه دلیل می‌آورند که از نظر عقلی، فرزند، تنها نتیجه تخمک و صفات به ارث برده شده از زن نیست؛ بلکه فرزند و به طور کلی انسان، نتیجه تعاملش با محیط اطراف است که این دو نقش مهم زن در نکوت کودک غیرقابل انفکاک است و نباید آن را با مادر رضاعی و زنی که وظیفه تربیت کودک را برعهده دارد، مقایسه کرد و نقش صاحب رحم را به اندازه پرورش دهنده کاهش داد. رحمی که از نظر پزشکی نقشی بسیار فراتر از یک ظرف و تغذیه تنها برای جنین دارد، به طوری که اختلال در هر یک از آن دو، تولید مثل را غیرممکن می‌سازد، بنابراین نقش صاحب تخمک و صاحب رحم یک امر تکوینی است که می‌تواند در انتساب کودک به هردو، نقش عمده‌ای را ایفا نماید. امروزه از نظر پزشکی این امکان فراهم است که هسته تخمک از ماده سیتوپلاسم اطراف هسته در تخمک جدا شود و هسته تخمک زن دیگری جایگزین گردد و هردو زن از نظر بیولوژیک با هم مشترک شوند. حال سوال این است آنانی که فقط صاحب تخمک را مادر می‌شناسند، درباره این تخمک که از دو زن استحصال شده چه موضعی خواهند داشت؟ قطعاً هر دو زن را در تکون جنین مؤثر خواهند دانست و به هر دو نقش مادری را خواهند داد؛ بنابراین، در فرض مسأله که تخمک از آن یک زن و رحم متعلق به زن دیگری استف می‌توان گفت هر دو مادر طبیعی کودکند؛ از بین فقهای معاصر آیت‌الله اردبیلی (دام ظلّه) نظریه دو مادری را برگزیده‌اند. بدین ترتیب طفل در یک زمان دارای دو رابطه مادری می‌شود که چون هر دو رابطه «اعتباری» هستند، از لحاظ حقوقی وجود هر دو در یک زمان ممکن می‌باشد. (حمدالهی و روشن، ۱۳۸۸: ۱۷۱) این گروه مبنای انتساب کودک به زن را عرف می‌دانند و بر این عقیده عرف هر دو زن را مادر طفل می‌شناسد. نقدی که به این گروه می‌شود این است که آنچه که عرف می‌گوید، طفل ملحق به صاحبان اسپرم و تخمک است و صاحب رحم تنها حمل و ظرف رشد و پرورش جنین محسوب می‌شود. اگر بعد از ترکیب اسپرم و تخمک زوجین، نطفه را در دستگاه قرار دهند هیچ‌گاه عرف نمی‌گوید دستگاه، مادر قانونی طفل است بنابراین چنین قیاسی صحیح نیست.

#### ۴-۳. تکون، ملاک انتساب طفل به مادر است

برخی از فقها صاحب تخمک را مادر طفل می‌دانند و به معنای لغوی کلمه «ام» استناد می‌کنند؛ چرا که «ام» در لغت به معنای «اصل کلّ شی و عماد هم» است و سبب اطلاق آن به زنی که کودک را به دنیا می‌آورد، این است که اصل جنین از اوست. در نظر این گروه، ملاک مادر بودن از دیدگاه عرف، همانند ملاک پدر بودن است و از آنجا که نخستین مرحله آفرینش کودک از آب مادر است، در این مورد صاحب تخمک به عنوان «مادر» در نظر گرفته می‌شود؛ چرا که در نخستین مرحله آفرینش و ایجاد و پیدایش جنین سهم دارد. پس از این مرحله، تغذیه، پرورش و رشد جسمانی و روحی جنین هیچ نقشی، جز استمرار و بقا و رشد وی ندارد، همان طور که پس از تولد، تغذیه کودک از طریق شیردادن است و چنین زنی مادر حقیقی کودک تلقی نمی‌شود و ثانیاً صفات وراثتی کودک فقط از زنی منتقل می‌شود که تخمک از اوست. چرا که، تخمک این زن (زن جانشین) در پیدایش کودک دخالتی نداشته است، صرف تکامل یافتن و گذراندن مراحل رشد در رحم نیز سبب تحقق نسب نیست. (حمدالهی و روشن، ۱۳۸۸: ۱۷۲) از نظر دانش پزشکی به اثبات رسیده که منشأ پیدایش و سلول سازنده جنین از ناحیه مادر، تخمک زن است و در این تردیدی نیست. همچنین از نظر پزشکی اثبات شده که رحم نقش‌هایی دارد؛ نظیر آماده سازی رحم برای پذیرش جنین و منزل رشد تهاجمی آن، کنترل و مهار سیستم دفاعی موجود در رحم تا جنین دفع نگردد، تبادل پیام‌ها در زمان لانه‌گزینی جنین و در نتیجه تمایز و نمو سلول‌های تمایز نیافته جنین و تشکیل جفت برای مبادلات غذایی، تنفسی و مواد دفعی جنین با مادر، لذا از انتساب بچه، چه از لحاظ طبیعی و ژنتیکی و چه از لحاظ اخلاقی و عرف و عادت به صاحب اسپرم و تخمک، نمی‌توان چشم پوشید. (حمدالهی و روشن، ۱۳۸۸: ۱۷۴)



## ۵- نسب پدری

صاحب اسپرم از لحاظ ژنتیکی و طبیعی با کودک اشتراک خونی دارد و از این لحاظ تفاوتی ندارد که جنین در رحم زوجه‌اش پرورش یافته باشد یا در رحم بیگانه یا در لوله آزمایش. بنابراین نوزاد تکامل یافته در رحم اجاره‌ای بدون تردید فرزند صاحب اسپرم است و هیچ منع قانونی و شرعی جهت الحاق طفل به این مرد وجود ندارد. با این ترتیب حقوق و تکالیف پدر و فرزند بین آنها وجود دارد. البته در حقوق ایران حکم صریحی در این زمینه وجود ندارد؛ ولی نظر به اینکه تنها مانع الحاق طفل به صاحب نطفه آن هم تنها از جهت توارث، وقوع عمل زنا است که در این مورد صادق نیست و باتوجه به مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۷ ق.م این کودک به صاحب اسپرم ملحق می‌شود و فرزند قانونی و شرعی او محسوب می‌گردد. (گرگی و همکاران، ۱۳۹۲: ۴۴۰)

### ۵-۱. وضعیت ولایت قهری طفل

ولایت قهری یکی از آثار نسب مشروع می‌باشد. «ولایت» در لغت؛ به معنای حکومت کردن، تسلط پیدا کردن و دوست داشتن و یاری کردن آمده است و «قهری» در لغت به معنای جبری و اضطراری است. (دهخدا، ۱۳۱۰: ۱۵۵) و در لسان فقهای امامیه بیشتر به معنای سلطنت داشتن بر مال و جان دیگری تعبیر شده است. (دربندی، ۱۳۰۷ هـ.ق: ۱۵۴)

در اصطلاح حقوقی، ولایت عبارت است از: سلطه و اقتداری که قانون به جهتی از جهات به کسی می‌دهد که امور مربوط به غیر را انجام می‌دهد و کسی که این سمت را دارد، «ولی» نامیده می‌شود، این ولایت ممکن است به حکم مستقیم قانون به شخص داده شود که این نوع ولایت همان ولایت قهری است. بنابراین ولی قهری، شخصی است که به حکم قانون تعیین می‌شود و سمت خود را مستقیماً از قانون می‌گیرد و ولایت او وظیفه خانوادگی و اجتماعی و به تعبیر دیگر، اجباری است و به همین جهت آن را قهری گفته‌اند و برخی فقها آن را ولایت اجباری و ذاتی هم نامیده‌اند. بنابراین نهاد ولایت قهری یک نهاد حقوقی است که از طبیعت بشر و مقتضیات زندگی خانوادگی و اجتماعی سرچشمه می‌گیرد و از این لحاظ در همه کشورها پذیرفته شده است، اگر چه در تعیین اشخاصی که عهده‌دار این قسمت هستند و چگونگی اعمال آن و نیز درباره محجورینی که تحت ولایت قهری هستند، قوانین یکسانی وجود ندارد. قانون مدنی ایران نیز در مواد ۱۱۸۰ تا ۱۱۹۴ به این موضوع پرداخته است؛ چرا که جنینی که دارای حیات مستقلی نمی‌باشد و از نظر جسمانی به مرحله‌ای نرسیده است که تولد یابد و قدرت ندارد که سود و زیان خویش را تشخیص دهد، به ناچار محتاج به سرپرستی و مواظبت دیگران می‌باشد که پر واضح است که اقرباء و نزدیکان نسبی جنین نسبت به حمایت و مراقبت از جان، مال و حقوق جنین در اولویت خواهند بود؛ چرا که مهر و محبت آن‌ها به جنین علی‌القاعده بیش از دیگران خواهد بود. در دین مبین اسلام و لسان فقهای اسلامی، ولایت قهری ولایتی است که از شئون و علاقه بین پدر و فرزند است و خداوند فرزند را، تحت ولایت و سرپرستی پدر و جد پدری که دارای شرایط ولایت باشند قرار داده است و دیگر نیازی به انتصاب یا تنفیذ دیگری نیست و در عین حال که چنین حقی، منحصر شده است به پدر و جد پدری، در پی آن تکلیفی نیز بر دوش آن‌ها قرار داده شده است که آن‌ها نمی‌توانند از دخالت در امور مربوط به حقوق و اموال و تربیت و نگهداری فرزند خودداری کنند و به همین خاطر به پدر و جد پدری ولی قهری گفته می‌شود و از این حیث برای فرزند خصوصیتی وجود ندارد و جنین را نیز شامل می‌شود. در فقه امامیه و به تبع آن قانون مدنی برای مادر ولایت قهری در نظر گرفته نشده و این نهاد فقط منحصر به پدر و جد پدری خواهد بود. برخی حقوقدانان این نظر را با سنت پدرسالاری در ایران توجیه کرده و گفته‌اند: «در خانواده پدرسالاری که از قرن‌ها پیش در ایران وجود داشته است، پدر و جد پدری، بزرگ خانواده و دارای اختیارات گسترده نسبت به اعضای آن بوده‌اند و از این رو در نظام قدیم و سنتی ما ولایت قهری را به آنان اختصاص داده و هیچ شخص دیگری حتی مادر را ولی قهری نشناخته‌اند.» اگر در چنین خانواده‌ای، مادر عنوان ولی قهری نداشته باشد، قابل درک است لیکن در عصر جدید با سست شدن بنیاد نظام پدرسالاری و رواج روز افزون خانواده هسته‌ای، نظم قانونی ایران اشکالاتی را پدید می‌آورد. امروزه جد پدری با نوه خود در یک خانه و زیر یک سقف زندگی نمی‌کند و به



اندازه پدر یا مادر به سرنوشت او علاقه‌مند نیست تا بتواند با پدر در اداره امور محجور برابری کند یا بعد از پدر، ولایت منحصرأ به او تعلق داشته باشد. وانگهی با بالا رفتن سطح دانش و رشد فکری بانوان، چه بسا بعد از پدر، مصلحت طفل در آن است که سرپرستی و اداره امور شخصی و مالی به مادر واگذار گردد، نه جد پدری، به ویژه آنکه مادر دلسوزتر و فداکارتر از هر شخص دیگری نسبت به فرزند خویش است. با توجه به نکات فوق، قانونگذار با تصویب ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۵۳، علاوه بر اینکه جد پدری را از لحاظ ولایت بعد از پدر قرار داد و برابری او را با پدر لغو نمود، به مادر نیز سمت ولایت اعطا نمود و او را در ردیف جد پدری قرار داد. طبق ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده، در صورت ثبوت حجر یا خیانت یا عدم قدرت و لیاقت پدر «به تقاضای دادستان و تصویب دادگاه شهرستان حق ولایت به جد پدری یا مادر تعلق می‌گیرد». برخی از صاحب‌نظران با عنایت به تصویب ماده واحده مورخ ۵۸/۷/۱۵ توسط شورای انقلاب که مقرر می‌دارد: «قواعد و مقررات قانون مدنی راجع به ولایت و قیمومت در مورد صغار به قوت خود باقی است و مقررات مغایر با آن ملغی می‌گردند». برآورد که ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده نسخ ضمنی گردیده و در نتیجه مادر از نظر قانون مدنی دارای ولایت بر فرزند صغیر خود نمی‌باشد. (درودیان: ۱۲۱ و ۱۲۲) نکته قابل بحث این است که آیا ولایت جد پدری، امروزه نیز مانند گذشته ولایت قهری است یا نوعی دیگر از ولایت که قانون حمایت خانواده تأسیس کرده است؟ نظیر این بحث در مورد مادر نیز مطرح است. برخی از حقوقدانان ولایت جد پدری و مادر را ولایت قهری ندانسته‌اند، بدین استدلال که ولایت آنها منوط به تقاضای دادستان و تصویب دادگاه است. در صورتی که ولایت قهری، ولایتی است که به حکم مستقیم قانون و بدون دخالت یک مقام رسمی به کسی تفویض شده باشد، ولی قبول این نظر از جهاتی دشوار است؛ زیرا:

۱. این نظر با ظاهر و روح حمایت خانواده سازگار نیست؛ زیرا قانون مذکور ظاهراً همان ولایتی را که برای پدر شناخته؛ بعد از پدر در درجه دوم، برای مادر یا جد پدری قائل شده و وظایف و اختیارات جد پدری یا مادر در صورتی که ولی شناخته شوند، بنابر آنچه از قانون حمایت خانواده برمی‌آید، اصولاً همان وظایف و اختیارات پدر است، پس ولایتی که به جد پدری یا مادر تعلق می‌گیرد، باید از نوع ولایت پدر؛ یعنی همان ولایت قهری باشد. هدف قانونگذار در واقع، این بوده که برای مادر و جد پدری ولایتی هم مانند ولایت پدر قائل شود، نه نوع دیگری از ولایت. بنابراین تصمیم دادگاه در مورد ولایت مادر همانند ولایت جد پدری جنبه اعلامی خواهد داشت نه تأسیسی؛ یعنی این سمت به حکم دادگاه به یکی از جد پدری و مادر اعطا شده و تصویب دادگاه فقط از لحاظ احراز صلاحیت برای اداره امور محجور است و حکم دادگاه در این مورد یک حکم اعلامی خواهد بود نه تأسیسی. به تعبیر دیگر، از آنجا که قانون یکی از جد پدری و مادر را به طور نامعین بعد از پدر ولی قهری شناخته است، دادگاه به تقاضای دادستان باید بعد از رسیدگی به صلاحیت جد پدری و مادر، سمت ولایت را برای یکی از آنان تنفیذ نماید و در صورتی که دادگاه صلاحیت جد پدری را تأیید و سمت ولایت قهری را برای او تنفیذ نماید. این حکم نسبت به گذشته نیز تأثیر خواهد داشت و بدین سان اعمالی که جد پدری پس از فوت یا حجر پدر و قبل از صدور حکم دادگاه به نمایندگی از محجور انجام داده است نافذ تلقی خواهد شد.

۲. از آنجا که داشتن حق و تکلیف ولایت با اعمال آن متفاوت است و دارا شدن حق یک مرحله از وجود آن و اعمال و اجرای حق، مرحله دیگر است. پس هرگاه دادگاه فی‌المثل جد پدری را شایسته‌تر و مناسب‌تر تشخیص داده، اعمال ولایت را به او واگذار نماید، بدون اینکه عدم صلاحیت مادر را اعلام کرده باشد، می‌توان چنین برداشت کرد، مادر نیز دارای سمت ولایت است، ولی حق اعمال آن را ندارد و از این رو ولایت او بالقوه است نه بالفعل.

۳. ضمّ امین که در ماده ۱۵ برای موردی که عدم صلاحیت جد پدری و مادر احراز شود پیش‌بینی گردیده، حاکی از آن است که قانون‌گذار جدید به همان ولایت قهری مذکور در قانون نظر داشته است؛ زیرا ضمّ امین در قانون مدنی در مورد ولایت قهری مقرر شده است. به طور کلی، اگر ولایت مادر و جد پدری را از مصادیق ولایت قهری بدانیم به ناچار باید اعمالی را که به نمایندگی از صغیر قبل از صدور حکم دادگاه در مورد ولایت او انجام داده است، نافذ تلقی نماییم و این، ثمره مهمی است که از



نظریه فوق می‌توان به دست آورد. از آنجا که در حالت جانشینی در بارداری، پدرحکمی به عنوان پدر قانونی طفل محسوب می‌شود، بنابراین پدر حکمی در صورتی که در قید حیات بوده و اهلیت و شایستگی و توانایی اداره امور صغیر را داشته باشد، ولی قهری منحصر به شمار می‌آید و پدر ایشان یا زن صاحب تخمک که به عنوان مادر قانونی شناخته شده، در صورت ثبوت حجر یا خیانت یا عدم قدرت و لیاقت پدر حکمی در اداره امور صغیر، یا فوت پدر حکمی، به تقاضای دادستان و تصویب دادگاه شهرستان، حق ولایت به هریک از جد پدری یا مادر تعلق می‌گیرد. (حمدالهی و روشن، ۱۳۸۸: ۲۷۶-۲۸۲)

#### ۶- استفاده از رحم جایگزین در حقوق فرانسه

در فرانسه، قبل از سال ۱۹۹۴ در خصوص تولیدمثل برای دیگری قانون خاصی وجود نداشت، لذا این روش با اقبال فراوانی که در دهه ۱۹۸۰ وجود داشت، بحث‌های زیادی را برانگیخت به طوری که باعث پیدایش اختلاف نظرهای شدیدی شد. موافقان با استناد به حق طبیعی زوجین به داشتن فرزند از آن دفاع می‌کردند؛ مخالفان نیز با این استدلال که کودک شیء نیست که موضوع حق واقع شود، با آن مخالفت می‌ورزیدند، اینان تولید مثل خارج از روابط جنسی را دارای پیامدهای خطرناکی از لحاظ نقض حرمت انسانی می‌دانستند؛ چرا که این روش معامله انسان را رواج می‌دهد که با شخصیت و کرامت آدمی منافات دارد؛ به علاوه با این استدلال که نوع دوستی و خیرخواهی مادر جانشین، همیشه مسلم نیست؛ و برخی از زوج‌های متقاضی از روی هوا و هوس یا برای اجتناب از رنج بارداری به این شیوه اقدام می‌کنند، آن را قابل قبول ندانسته و عقیده خود را به اصل غیرقابل تصرف و غیرقابل معامله بودن جسم انسان مستدل می‌نمودند.

برخی از مؤلفان راه حل میانه‌ای را پیشنهاد می‌کردند مبنی بر اینکه اینگونه قراردادها باطل شناخته شود ولی مادر جانشین مخیر گردد که طفل به دنیا آورده را نگاه دارد یا آن را به زوجین متقاضی تحویل دهد. (صفایی، ۱۳۸۳: ۷۴) سرانجام دیوان تمیز فرانسه در سال ۱۹۹۱ بعد از حکم به انحلال انجمن‌هایی که نقش واسطه را در این زمینه ایفا می‌کردند، به درخواست دادستان کل، مسأله را مورد رسیدگی قرار داده و این قراردادها را با این استدلال که مغایر اصل غیرقابل معامله بودن بدن انسان و اصل غیرقابل تصرف بودن وضعیت اشخاص است، باطل اعلام کرد. رأی دیوان تمیز فرانسه بدین صورت است:

«قراردادی که به موجب آن یک زن، هرچند به رایگان، تعهد می‌کند که طفلی را آبستن شود و به محض تولد او را به شخص دیگری واگذار کند» باطل است، این گونه قرارداد (هم خلاف اصل غیرقابل تصرف بودن جسم انسان که مربوط به نظم عمومی است و هم مغایر اصل غیرقابل تصرف بودن وضعیت اشخاص است). (صفایی، ۱۳۸۳: ص ۷۴)

قانونگذار فرانسه در این خصوص در سال ۱۹۹۴ راه حل رویه‌ی قضایی را تأیید کرد و با عبارت گسترده‌ای که در تبصره ۷ از ماده ۱۶ قانون مدنی در بخش ۲ این قانون با عنوان «احترام به اعضای بدن انسان» واقع می‌باشد، قراردادهای مادر جانشین را باطل اعلام نمود. (Art. 16-7 C.civ) براساس این تبصره، هرگونه قرارداد در خصوص «تولید مثل یا حاملگی برای کس دیگری» چه معوض باشد، چه غیرمعوض، ممنوع می‌باشد. نکته قابل ذکر اینکه ضمانت اجرای قاعده شدید است: از آنجا که قاعده مزبور مربوط به نظم عمومی است و به منافع جامعه ارتباط دارد، ضمانت اجرای آن بطلان مطلق است که هرذینفع تامدت ۳۰ سال (مدت مرور زمان) و نیز دادستان می‌توانند به آن استناد کنند و قرارداد قابل تنفیذ نیست. به علاوه هر شخصی که با وساطت و میانجیگری بین یک زوج و یک زن، پیشنهاد ارائه خدمت به عنوان مادر جانشین را به زن بنماید، براساس قانون مجازات مرتکب جرم شده که مجازات آن حداکثر صد هزار فرانک جزای نقدی یا یک سال حبس می‌باشد. (- Art. 227, 12 C.pen)





## ۷- وضعیت نسب طفل

وضعیت نسب در حقوق فرانسه در دو حالت ذیل قابل بررسی می‌باشد:

### ۷-۱. نسب مادری

تولید مثل برای دیگری برابر ماده ۷-۱۶ ق.م فرانسه (Art. 16-7 C.civ) به صراحت منع شده است. اغلب حقوقدانان بر این عقیده‌اند که ق.م فرانسه دو معیار «حقایق بیولوژیکی» و «عدالت اجتماعی» را به عنوان اساس تصمیم‌گیری در حقوق خانواده مورد تأکید قرار داده است. (Bell, Boyron & Whittaker, 1988: 27) بنابراین در مورد نسب مادری طفل در حالت جانشینی در بارداری، می‌توان چنین استنباط نمود که مادر حکمی که هم مادر بیولوژیکی و هم زنی است که قصد خود را در پذیرش مسئولیت اجتماعی ناشی از مادر بودن اعلام نموده است، مادر قانونی طفل محسوب شود هر چند احتساب زن صاحب تخمک به عنوان مادر قانونی طفل به لحاظ ممنوع بودن قرارداد استفاده از رحم جایگزین در این کشور احتمال بیشتری دارد.

### ۷-۲. نسب پدری

قاعده فراش که در حقوق خارجی به «امره ابوت» موسوم است، از اصل معروف حقوق روم به نام «Pater is est, quem nuptiae demonstrant» (پدر، شوهر است تا خلاف آن ثابت گردد) اقتباس شده است. امروزه در حقوق اکثر کشورهای جهان امره ابوت پذیرفته شده است. طبق قاعده مزبور «پدر طفل، شوهر زنی است که طفل از او متولد گردیده‌است، مگر آن که خلاف آن ثابت گردد». (امامی، ۱۳۹۲: ۴۱) در حقوق فرانسه نیز برابر امره مندرج در ماده ۳۱۲ ق.م فرانسه (Art. 312 C.civ.)، طفلی که نطفه‌اش در زمان زوجیت منعقد گردد و یا در زمان زوجیت متولد شود، مشروع است و به شوهر ملحق می‌گردد؛ لکن این فرض قانونی بنابر شرایطی قابل انکار است. در حقوق فرانسه، حقوقدانان فرانسوی عقیده بر این دارند که امره فراش ناظر به دو امره است:

الف- امره زندگی مشترک؛ اینکه شوهر از نظر جنسی با زن خود در دوران قانونی حمل، هم مسکن باشد.

ب- امره توالد تناسل؛ اینکه این سکنای مشترک سبب انعقاد نطفه و آبستن شدن زن بوده است.

بدین ترتیب، در حقوق فرانسه، امره ابوت مبتنی بر امره «زندگی مشترک» و «تولیدمثل» می‌باشد و برای جریان امره فراش از موضوع نزدیکی زوجین گفتگویی نشده؛ بلکه در زمینه زندگی و سکنای مشترک زوجین بحث به میان آمده است، به این نحو که با اثبات و احراز عدم امکان زندگی مشترک زن و شوهر و هم مسکن نبودن آنها در دوره قانونی حمل، فراش در مورد دعوی انکار از اعتبار ساقط می‌گردد. (امامی، ۱۳۹۲: ۴۷) برخی از حقوقدانان خارجی امره ابوت را از آثار نکاح صحیح برشمرده و وجود رابطه زوجیت را برای اجرای امره فراش لازم می‌دانند. بنابراین با تعبیر اینان امره فراش در حالت استفاده از رحم جایگزین به واسطه عدم وجود رابطه زوجیت بین پدر حکمی و مادر جانشین، قابل اجرا نیست و طبق این امره، طفل به شوهر مادر جانشین ملحق می‌گردد. در حالت جانشینی در بارداری، اگر از نظر حقوق فرانسه زن صاحب تخمک، مادر قانونی طفل باشد، نظر به وجود رابطه زوجیت بین وی و پدر بیولوژیکی طفل، بچه براساس تأسیس نکاح، مشروع خواهد بود؛ ولی اگر از نظر حقوق فرانسه زن صاحب رحم، مادر قانونی طفل محسوب می‌شود، نظر به عدم وجود رابطه زوجیت بین پدر بیولوژیکی و مادر طفل، نمی‌توان از طریق تأسیس نکاح، مشروعیت طفل را نتیجه گرفت. با این حال شاید بتوان حالت استفاده از رحم جایگزین را مشمول ماده ۳۳۳ ق.م دانست و طفل متولد از رحم جایگزین را با وجود آنکه خارج از رابطه زوجیت به دنیا آمده‌است، با حکم دادگاه مشروع اعلام نمود. در حقوق فرانسه براساس ماده ۳۳۱ ق.م (Art. 331C. civ.) ازدواج بعدی زن و مرد، بچه مولود رابطه نامشروع آنها را مشروع می‌سازد. اما درجایی که این ازدواج ممکن نیست، برابر ماده ۳۳۳ ق.م (Art. 333C.)



(civ.) بچه با حکم دادگاه مشروع می‌شود؛ طریقه مشروع گردانیدن بچه به وسیله حکم دادگاه، مورد انتقاد حقوقدانان فرانسه قرار گرفته است؛ چرا که رابطه بین مشروعیت طفل و تأسیس ازدواج را که به طور سنتی وجود داشته است، نادیده می‌گیرد. همچنین قانون با این عمل، روابط آزاد جنسی را با روابط مشروع زن و شوهر شبیه به هم نموده و به تبع آن باعث کاهش ارزش ازدواج در جامعه می‌گردد. (Bell, Boyron & Whittaker, 1988:269) البته رویه قضایی دادگاه‌های فرانسه اینگونه است که از این اختیار در جایی استفاده می‌شود که بر اساس وضعیت‌های پیش آمده به لحاظ وجود موانع خارجی مثل مرگ یا ازدواج یکی یا هر دو طرف، امکان ازدواج آن زن و مرد وجود نداشته باشد. (نایب‌زاده، ۱۳۸۰: ۳۱۶) در وضعیت نسب پدری طفل متولد از رحم جایگزین با توجه به «وضعیت تجرد یا تأهل مادر جانشین» می‌توان گفت: از آنجا که در حقوق فرانسه نسب پدری مبتنی بر رابطه بیولوژیکی است، (Bell, Boyron & Whittaker, 1988: 270) بنابراین در صورتی که مادر جانشین، شوهر نداشته باشد، پدر حکمی، پدر طفل محسوب می‌شود، اما در صورتی که مادر جانشین شوهر داشته باشد با توجه به اینکه اماره ابوت در ماده ۳۱۲ق.م فرانسه (Art. 312C. civ.) قابل انکار است؛ بنابراین در حالت استفاده از رحم جایگزین، پدر حکمی می‌تواند با اثبات رابطه بیولوژیکی خود با طفل، خلاف این اماره را ثابت نموده و طفل را به خود منتسب کند. درمقابل نیز شوهر مادر جانشین می‌تواند انتساب طفل را به خود منتفی سازد. (حمدالهی و روشن، ۱۳۸۸: ۲۳۱-۲۳۵)

#### ۸- وضعیت ولایت قهری طفل

در حقوق فرانسه اصطلاحی که نزدیک به ولایت قهری است اصطلاح (autorite parentale = ولایت ابوینی) است که به موجب قانون مصوب ۴ ژوئیه ۱۹۷۰ جایگزین اصطلاح قدیمی (Puissance paternelle = قدرت پدری) شده است. با به کاربردن اصطلاح اول به جای اصطلاح دوم قانونگذار فرانسه خواسته است اعلام کند که :  
 اولاً: رابطه بین ابوین و اطفال دیگر یک رابطه ناشی از تسلط و قدرت شخصی آنان نیست و به تعبیر دیگر، اختیارات ابوین مخصوصاً پدر نسبت به اطفال در شمار حقوق و امتیازات فردی و مطلق نیست بلکه ولایتی است که برای حمایت از طفل به آنان واگذار شده است و در واقع مجموعه‌ای از حقوق و تکالیف است. در قدیم رابطه پدر و فرزند را یک حق و قدرت مطلق به شخص تلقی می‌کردند، هر چند که مفسران قانون و حقوقدانان فرانسوی آن را تعدیل کرده بودند.  
 ثانیاً: این ولایت برخلاف گذشته اختصاص به پدر ندارد و مشترکاً برای پدر و مادر شناخته شده و آنان از این لحاظ برابری دارند. قبل از قانون ۱۹۷۰ ولایت و قدرت مذکور اساساً به پدر تعلق داشت و اگر هم مادر را بالقوه دارای این سمت می‌دانستند، حق اعمال آن را به شوهر به عنوان رئیس خانواده اختصاص می‌دادند. به موجب قانون ۱۹۷۰ که بعضی از مواد قانونی فرانسه را اصلاح کرده است، هرگاه پدر و مادر مشروع زنده باشند و رابطه نکاح آنان منحل نشده و هر دو صلاحیت اعمال حقوق و تکالیف خود را داشته باشند، «ولایت ابوینی» به هر دو تعلق خواهد داشت و منحصر به پدر و مادر خواهد شد. البته اجداد و جدات (اعم از پدری و مادری) نیز دارای پاره‌ای امتیازات نسبت به طفل، حتی در زمان حیات پدر و مادر، هستند. چنانکه می‌توانند با او مکاتبه کنند یا او را ملاقات نمایند و نمی‌توان آنان را جز با حکم دادگاه و دلایل موجه از این حق محروم کرد (ماده ۳۷۱-۴ بند قانون مدنی) همچنین اجداد می‌توانند از طرف صغیر حتی در زمان حیات پدر و مادر قبول هبه کنند. معهداً اختیارات اجداد در زمان حیات و در صورت اهلیت و شایستگی ابوین استثنائی است و اجداد و جدات دارای ولایت ابوینی (autorite parentale) نیستند و اصولاً نمی‌توانند در کار پدر و مادر مداخله کنند. ولایت ابوینی مشترکاً به وسیله پدر و مادر اعمال می‌شود و این اصل در قانون ۱۹۷۰ دو بار (در مواد ۲۱۳ و ۳۷۲ اصلاحی) اعلام شده است. البته در صورت بروز اختلاف بین پدر و مادر هر یک از آنان می‌توانند به قاضی قیمومت (juge des tuteurs) برای حل اختلاف رجوع کند.



در موارد استثنائی مخصوصاً در مورد ازدواج به رضایت یکی از ابویین کافی است و وحدت نظر و توافق آنان لازم نمی‌باشد. آنچه گفتیم در زمینه امور غیرمالی بود. اما در زمینه اداره اموال صغیر، با اینکه اصولاً پدر و مادر باید مشترکاً اقدام کنند و در این زمینه هم باید برابر باشند، قانونگذار فرانسه برای تسهیل کار و تسریع در اداره امور صغیر از این تساوی تا حدی عدول کرده و مقرر داشته‌است که اداره قانونی اموال (administration lecale) به وسیله پدر و با همکاری مادر انجام خواهد شد (ماده ۳۸۳ قانون مدنی فرانسه). همکاری مادر در اعمال ناقله (actes de disposition) یعنی اعمال مهمی که قییم فقط با اجازه شورای خانواده می‌تواند انجام دهد (مانند فروش غیرمنقول و اوراق بهادار، صلح، رهن و اجاره به مدت زائد بر ۹ سال) لازم است و همکاری بدین معنی است که پدر بدون موافقت مادر نمی‌تواند این اعمال را به نمایندگی از محجور انجام دهد. اما در اعمال اداری (actes d'administration) یعنی اعمال کم اهمیتی که قییم به تنهایی و بدون اجازه مقام دیگر می‌تواند انجام دهد (مانند فروش اشیاء منقول مورد استفاده در زندگی عادی، اجاره به مدت ۹ سال یا کمتر و اقامه دعوی مالی) پدر می‌تواند مستقلاً اقدام کند و نیازی به همکاری و موافقت مادر ندارد. هرگاه یکی از ابویین توانایی یا لیاقت اعمال ولایت را نداشته باشد، اعمال ولایت به موجب حکم دادگاه به دیگری واگذار می‌گردد. (م ۳۷۳ ق.م.)

هرگاه طلاق یا تفریق جسمانی بین زوجین واقع شود، اعمال ولایت به طرفی محول می‌شود که دارای حق حضانت است. البته طرف دیگر حق ملاقات با طفل را خواهد داشت. (ماده ۳۰۲ به بعد و ماده ۲-۳۷۳)

در صورت فوت یکی از ابویین، اعمال ولایت به آنکه زنده است تعلق خواهد یافت (ماده ۱-۳۷۳) با این تفاوت که اداره اموال محجور تحت نظارت دادگاه قرار خواهد گرفت. هرگاه پدر و مادر هر دو فوت کنند ولایت ابویینی اصولاً ساقط می‌شود (ماده ۴-۳۷۳). معهداً بعضی از آثار آن برای اجداد و جدات (پدری و مادری) باقی می‌ماند. اینان علاوه بر حق ملاقات و مکاتبه با طفل حق موافقت با ازدواج صغیر را خواهند داشت. (ماده ۱۵۰ بند ۱).

در قانون فرانسه عزل یا انزال پدر و مادر از سمت ولایت و از دست دادن حقوق ناشی از ولایت جزئاً یا کلاً به طور موقت یا دائم در موارد خاصی پیش بینی شده است و قانون فرانسه در این زمینه دارای تفصیلی بیشتر از قوانین کشورهای اسلامی است. به طور کلی در حقوق فرانسه، در موارد حجر، یا عدم لیاقت یا ناتوانی یا محکومیت به بعضی از جرائم یا تفویض حقوق به دیگری، ولایت ساقط خواهد شد. علاوه بر ولایت ابویینی که ویژه پدر و مادر است در حقوق فرانسه یک نهاد حقوقی به نام ولایت قانونی (tutelle legale) وجود دارد که مخصوص اجداد و جدات است. هرگاه پدر یا مادر بعد از مرگ دیگری برای سرپرستی طفل، وصی معین نکرده باشد، ولایت بر محجور به حکم قانون به جد یا جداه‌ای که از لحاظ درجه قرابت به طفل نزدیکتر است واگذار می‌گردد و چون ولایت ناشی از حکم مستقیم قانون است لذا آن را ولایت قانونی نامیده‌اند.

در صورتی که چند نفر جد و جدّه در درجه مساوی داشته باشند، شورای خانواده می‌تواند ولایت را به یکی از آنان محول کند یا وظایف ولایت را تقسیم و نگاهداری طفل را به یکی از آنان و اداره اموال او را به دیگری واگذار نماید. به هر حال اختیارات جد، در صورتی که ولی قانونی شناخته شود، محدودتر از اختیارات پدر و مادر است و همانند اختیاراتی است که به وصی (tuteur testamentaire) و قییم منتخب شورای خانواده (tuteur datif) واگذار شده است. این اشخاص زیر نظر شورای خانواده و قاضی قیمومت انجام وظیفه می‌نمایند. به طور کلی رژیم (tutelle) که به موجب قانون مصوب ۱۹۶۴ اصلاحات مهمی در آن انجام شده است شامل ولایت قانونی جد و جدّه نیز می‌باشد. (صفایی، dadgostari-es.eadl.ir)



### نتیجه گیری

در آخر این نتیجه حاصل شد که در جوامع امروزی با پیشرفت علوم مختلف بالاخص علم پزشکی روش‌ها و راه‌کارهایی به وجود می‌آیند که طبیعتاً عاری از مشکل نیست که بخش اعظمی از این مشکلات را مشکلات حقوقی شامل می‌شوند. در پژوهش حاضر تلاش بر این بود که با مطالعه تطبیقی قوانین ایران و فرانسه این مشکلات و راه‌حل‌های آن‌ها مورد بررسی قرار گیرد. در خصوص جواز یا عدم جواز انتقال جنین به رحم زن بیگانه در قانون مدنی ایران یا سایر قوانین، حکم صریحی وجود ندارد اما از آنجا که در برابر ضوابط عقلی و اصول حقوقی اگر امری را قانون منع نکرده باشد، مباح است از آنجا که کلیه اعمال و اقدامات انسان‌ها در صورتی که با اخلاق حسنه و نظم عمومی مخالفت نداشته باشد و در قانون نیز به ممنوعیت آن تصریح نشده باشد، جایز است. در خصوص جواز یا عدم جواز انتقال جنین به رحم بیگانه در حقوق فرانسه یافت شد که، تولید مثل برای دیگری برابر ماده ۷-۱۶ ق.م فرانسه به صراحت منع شده است، یعنی اگر چنین عقدی بین زوجین و زن صاحب رحم منعقد گردد مشمول بطلان عقد شده و هیچ اثری نخواهد داشت و هیچ حق و تکلیفی برای طرفین عقد ایجاد نخواهد کرد. برخی از مؤلفان راه حلی مبنی بر اینکه اینگونه قراردادهای باطل شناخته شود ولی مادر جانشین منخبر گردد که طفل به دنیا آورده را نگاه دارد یا آن را به زوجین متقاضی تحویل دهد، ارائه نمودند. در خصوص استفاده از رحم جایگزین اینطور گفته می‌شود که: قراردادی است که به موجب آن، یک زن (مادر جانشین) در مقابل یک زوج ازدواج کرده موافقت می‌کند که جنینی را برای آنها حمل کرده، بچه را به دنیا آورد و او را به مجرد تولد به آن زوج تسلیم نماید و آن‌ها بچه را مثل فرزند خودشان بزرگ کنند. بررسی وضعیت نسب در حقوق ایران این نتیجه را در پی داشت که نسب مادری طفل ناشی از رحم جایگزین به مادر صاحب تخمک برمی‌گردد یعنی ملاک برای انتساب نسب مادری، تکون می‌باشد و نسب پدری از آنجا که حکم صریحی در این زمینه وجود نداشت؛ ولی نظر به اینکه تنها مانع الحاق طفل به صاحب نطفه آن هم از جهت توارث، وقوع عمل زنا است که در این مورد صادق نیست و با توجه به مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۷ ق.م این کودک به صاحب اسپرم ملحق شده و فرزند مشروع و قانونی وی تلقی می‌گردد. در خصوص وضعیت نسب در حقوق فرانسه، در مورد نسب مادری طفل در حالت جانشینی دربارداری، آنچه استنباط گردید آن بود که، مادر حکمی که هم مادریولوژیکی و هم زنی است که قصد خود را در پذیرش مسئولیت اجتماعی ناشی از مادر بودن اعلام نموده است، مادر قانونی طفل محسوب می‌گردد و در نصب پدری همه چیز به این که کدام یک از زن‌ها مادر شناخته شوند بستگی دارد و حتی در مواردی احتمال این که شوهرزنی که صاحب رحم جانشین است به عنوان پدر شناخته شود. در نهایت در خصوص ولایت قهری در حقوق ایران در حالت جانشینی در بارداری، پدر حکمی به عنوان پدر قانونی طفل محسوب شده فلذا پدر حکمی در صورتی که در قید حیات بوده و اهلیت و شایستگی و توانایی اداره امور صغیر را داشته باشد، ولی قهری منحصر به شمار می‌آید و پدر ایشان یا زن صاحب تخمک که به عنوان مادر قانونی شناخته شده، در صورت ثبوت حجر یا خیانت یا عدم قدرت و لیاقت پدر حکمی در اداره امور صغیر، یا فوت پدر حکمی، به تقاضای دادستان و تصویب دادگاه شهرستان، حق ولایت به هریک از جد پدری یا مادر تعلق می‌گیرد. در حقوق فرانسه نیز ولایت قهری به زن و مردی که به عنوان مادر و پدر طفل شناخته شده‌اند تعلق گرفته و تنها مختص به مرد نیست و مشترک زن و مرد است که خودش به تنهایی مشمول قوانین مشخصی است.

لازم به ذکر است که آنچه سبب تمایز پژوهش حاضر با دیگر پژوهش‌ها گردید بررسی تطبیقی حقوق ایران با حقوق فرانسه در خصوص احکام نسب و ولایت قهری و قیاس این دو با یکدیگر بود که در برخی موارد مشابه و در برخی موارد دیگر متمایز از یکدیگر بودند.



## منابع

۱. اراکی، آیت‌الله العظمی (۱۳۷۵)، *رساله‌های عملیه/ استفتائات*، مرکزی: انجمن علمی، فرهنگی و هنری استان مرکزی.
۲. امامی، اسدی (۱۳۹۲)، *مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه*، تهران: انتشارات میزان.
۳. امامی، سیدحسین (۱۳۷۴)، *حقوق مدنی*، جلد پنجم، چاپ دهم، تهران: انتشارات اسلامی.
۴. ابو زید، بکرین عبدالله (۱۹۸۷)، *طرق الانجاب فی الطب الحدیث و حکمها الشرعی*، جلد ۱، جده: مجله مجمع الفقه الاسلامی.
۵. حاجی عزیزی، بیژن و قفقازی الاصل، شهرزاد (۱۳۹۴)، *مطالعه تطبیقی وضعیت نسب طفل متولد از رحم جایگزین در حقوق ایران و آمریکا، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، ۱۴ (۱۳).
۶. حمدالهی، عاصف و روشن، محمد (۱۳۸۸)، *بررسی تطبیقی فقهی و حقوقی قرارداد استفاده از رحم جایگزین*، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
۷. دربندی، آقا بن عابد (۱۲۸۵ هـ.ق)، *خزائن الاحکام*، چاپ سنگی، قم: بی‌نا.
۸. درودیان، حسنعلی، *جزوه تقریرات حقوق مدنی ۱*.
۹. دهخدا، علی اکبر، *لغت‌نامه*.
۱۰. صفایی، سید حسین (۱۳۸۳)، *تولید مثل مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق فرانسه و ایران، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ۶۴.
۱۱. صفایی، سید حسین، ولایت قهری در حقوق ایران و حقوق تطبیقی، *سایت اینترنتی dadgostari-es.eadl.ir*
۱۲. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله (۱۳۷۴)، *حقوق خانواده*، جلد دوم، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشکده.
۱۳. گرجی، ابوالقاسم و همکاران (۱۳۹۲)، *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*، چاپ سوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۴. لطفی، اسدالله و سعادت، صالح (۱۳۹۰)، *احکام حقوقی طفل حاصل از رحم جایگزین، مجله علمی پژوهشی حقوق خصوصی*، ۸ (۲).
۱۵. محقق داماد، مصطفی (۱۳۷۵)، *میز گرد مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین، بولتن تولید مثل و نازایی، پژوهشکده بیولوژی و بیوتکنولوژی و نازایی جهاددانشگاهی*، ۵.
۱۶. مرقاتی، سیدطه (۱۳۸۴)، *حقوق کودک در اهدای گامت، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری (مجموعه مقالات)*، تهران، *پژوهشکده ی ابن سینا*.
۱۷. نایب زاده، عباس (۱۳۸۰)، *بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی «مادرجانشین» اهدای تخمک یا جنین*، تهران: مجد.
۱۸. نجفی، محمدحسن (۱۹۸۱ م)، *جواهرالکلام*، جلد ۴۱، چاپ هفتم، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
19. Bell, John, Boyron, Sophie & Whittaker, Simon (1988), "Principles of French", op.cit.
20. Code Civil, Dalloz, 2001.



## Legal Effects of Parentage & Forced Guardianship of a Child Resulting from a Surrogate Womb (In the Approach of Health Law in Iran & France)

**Fariba AzadehRanjbar**

M.A in Private Law Department, Shahid Beheshti University & Islamic Azad University Lecturer,  
Hashtgerd Branch (Corresponding Author)  
Fariba\_ranjbar@yahoo.com

### Abstract

**Background & Purpose:** Renting a uterus and transferring an embryo created from the combination of sperm and egg is a new scientific issue that can be considered and investigated from different aspects, especially from a legal point of view. Insemination or artificial insemination has been proposed worldwide as a scientific phenomenon regarding animals and humans, which leads to new legal issues and creates problems for the human race. What was investigated in this research was how to use a surrogate first. Secondly, what are the legal rulings of parentage and forced guardianship of the child resulting from this type of pregnancy in Iranian and French laws?

**Research Method:** The research method in this study is descriptive and analytical.

**Findings:** Regarding the use of a surrogate, it can be said that it is a contract whereby a woman (surrogate mother) agrees to a married couple to carry an embryo for them, give birth to the child and give it to them as soon as it is born. The couple should submit and they will raise the child as their own child. Regarding the status of lineage in Iranian law, what was found was that the maternal lineage of a child resulting from a surrogate womb goes back to the mother of the ovum, and regarding the attribution of paternal lineage, since the only obstacle to the attachment of the child to the owner of the sperm is the inheritance of the act of adultery, which in this The case is not true, this child joins the owner of the sperm.

**Result:** In Iranian law, a coercive clause is considered a legal father. Regarding the status of lineage in French law, what was achieved is that the maternal lineage goes back to both the biological mother and the woman who has declared her intention to accept the social responsibility of being a mother, and in the paternal lineage it depends on which of the women as It depends on the mother to be known. Also, compulsory guardianship in French law is granted to a man and a woman who are known as the mother and father of the child.

**Keywords:** Artificial Insemination, Surrogate Womb, Coercive Guardianship, Relative Relationship, Iranian and French Law