

قانون حاکم بر فرزند خواندگی از نظر مقررات داخلی و حقوق بین الملل خصوصی ایران

مقدمه

پذیرش کودک کان بی سرپرست و یتیمان به فرزندى ، خواه به منظور کمک به آنان و خواه در جهت رفع نیازهای معنوی پدران و مادرانی که به هر دلیل فاقد فرزند هستند ، از دیر باز در جوامع بشری معمول و مرسوم بوده است . از این رو ، پذیرفتن فردی که فرزند واقعی و طبیعی زوجین محسوب نمی گردد ، تحت عنوان فرزند خواندگی در جوامع گوناگون از سابقه ای طولانی برخوردار است و در زمان ها و نظام های مختلف حقوقی ، شرایط و آثار متفاوتی دارد .

با توجه به دیدگاههای مختلف و شیوههای متفاوت با موضوع ، پذیرش فرزند خوانده در یک خانواده به ایجاد روابط حقوقی منجر می شود که به ویژه در صورتی که فرزند خوانده و فرزند پذیر تبعه یک یا دو کشور بیگانه باشند ، و یا دارای مذهب متفاوتی باشند مشکلات عدیده ای حاصل می گردد که بر این مبنا ، در مقاله حاضر ، فرزند خواندگی از دیدگاه تعارض قوانین حاکم از نظر مقررات داخلی و حقوق بین الملل خصوصی ایران نسبت به موضوع ، مورد بررسی قرار می گیرد .

بحث و بررسی موضوع مذکور می تواند از جنبه های عملی و نظری سودمند باشد . از

لحاظ عملی به دلیل این که از یک طرف سیر تحولات اقتصادی و اجتماعی ، رشد صنعت

توریسم و تجارت بین الملل موجب گسترش مراودات بین المللی گردیده است و از طرف

دیگر ، میلیونها افغانی ، عراقی و اتباع سایر کشورها در میهن عزیز ما ایران ، به عنوان

مهاجر و پناهنده حضور دارند .

موارد مذکور ضرورت عملی تدوین مقررات جامع و منسجم و نوینی در مورد مسائل

مربوط به بیگانگان (از جمله موضوع مذکور) را ، آشکارتر می سازد . از جنبه نظری نیز

موضوع حائز اهمیت است زیرا حقوق موضوعه ایران در مورد قانون حاکم بر فرزند

خواندگی اتباع خارجه قطع نظر از برخی کلیات ، ساکت است ، و موضوع مذکور در کتب

و مقالات حقوقی کمتر مورد بررسی قرار گرفته و در موارد نادری نیز که برخی از

حقوقدانان بدان پرداخته اند ، نظریات متفاوتی ارائه داده اند . بدین لحاظ و به منظور تعیین

قانون حاکم بر فرزند خواندگی از نظر مقررات داخلی و حقوق بین الملل خصوصی ایران

، مقاله حاضر در بخش های چهار گانه زیرین ، به بررسی موضوع پرداخته است :

بخش اول مشتمل بر کلیات می باشد که ضمن ارائه تعریفی از فرزند خواندگی در حقوق

ایران و ذکر سابقه تاریخی آن ، به بیان فرزند خواندگی و اسلام ، و نیز فرزند خواندگی و

حقوق داخلی ایران ، به نحو اختصار پرداخته شده است . در بخش دوم موضوع قانون حاکم بر فرزند خواندگی در حقوق ایران مورد بررسی قرار گرفته و ضمن ارائه دیدگاه های مطرح شده در خصوص مورد ، نظر نگارنده نیز بیان شده است . بخش سوم به قانون حاکم بر فرزند خواندگی در حقوق برخی کشورها اختصاص یافته است و در آن دو نظام حقوقی مهم جهان ، یعنی نظام حقوق نوشته و نظام حقوق کامن لو مورد مطالعه قرار گرفته است . نظام های مذکور در موضوع احوال شخصیه اتباع خارجه ، از دو سیستم متفاوت ، یکی از سیستم تابعیت و دیگری از سیستم اقامتگاه پیروی می کنند و با بررسی نظامهای مذکور و نظام های حقوقی برخی کشورهای دیگر ، نقاط قوت و ضعف نظریات ارائه شده ، مشخص تر می شود . در بخش چهارم ، فرزند خواندگی در مورد ایرانیان غیر شیعه که انعکاسی از تعارض قوانین در حقوق داخلی بوده و به تعبیری بیانگر نظام حقوق بین الملل خصوصی اسلام می باشد ، مورد توجه قرار گرفته است . در پایان نیز به جمع بندی و نتیجه گیری از مباحث مطروحه و ارائه خلاصه دیدگاه ها و پیشنهادها پرداخته ایم .

○ بخش اول - کلیات

الف - تعریف و سابقه تاریخی :

همان گونه که در مقدمه متذکر شدیم ، پذیرش اطفال به فرزندى در سیستم های حقوق کشورهاى مختلف جهان به شیوه های متفاوتى انعکاس یافته و در ارتباط با آن تعاریف گوناگونى ارائه شده است و از جمله ، برحى اساتید محترم حقوق مدنى ایران ، فرزند خواندگى را به شرح زیر تعریف نموده اند :

« فرزند خواندگى یا تبنى آن است که کس دیگرى را که فرزند طبیعى او نیست به فرزندى بپذیرد . فرزند خواندگى در صورتى که به رسمیت شناخته شده باشد ، نوعى قرابت ایجاد مى کند ، قرابتى که صرفاً حقوقى است نه طبیعى ، به عبارت دیگر با قبول فرزند خواندگى ، قانون یک رابطه مصنوعى پدر - فرزندى یا مادر - فرزندى بین دو نفر ایجاد مى کند .» (۱)

در ایران باستان به ویژه در زمان ساسانیان فرزند خواندگى مورد پذیرش و مرسوم بوده است . خصوصاً با توجه به نقشى که دین زرتشت در آن ایام داشته و اعتقاداتى که زرتشتیان در مورد فرزند خواندگى و پلگندارى دارند و فرزند خوانده را در حکم فرزند حقیقى دانسته و آثار رابطه پدر و فرزندى را بر آن حاکم مى دانند ، نهاد فرزند خواندگى دارای جایگاه ویژه اى بوده است . (۲) چنانکه در این باره گفته شده است : « زرتشتیان معتقد بودند که فرزند عنوان پل صراط را دارد و کسى که فرزند نداشته باشد قادر نیست

در روز قیامت از پل صراط بگذرد. لذا کسانی که صاحب فرزند نبودند برای رفع این

نقیصه و طلب آمرزش و عبور از پل مزبور، فرزند بدلی برای خود انتخاب می کردند.» (۳)

در عربستان قبل از اسلام نیز نهاد فرزند خواندگی نیز پذیرفته شده بود و برای آن مقرراتی

قائل بودند. (۱)

ب - فرزند خواندگی و اسلام:

در اسلام، با نزول آیه ۴ سوره احزاب و قضیه زید بن حارثه، این موضوع که فرزند خوانده

در حکم فرزند واقعی باشد اساساً نفی گردید.

نفی فرزند خواندگی در اسلام به داستان زید بن حارثه مربوط می شود، زید بین حارثه بن

شراحیل کلبی از قبیله بنی عبدود بوده که پیغمبر (ص) پیش از بعثت او را از جمله اسیران

جاهلیت در بازار عکاظ خرید و آزاد ساخته و به پسری خود برگزیده و در اسلام میان او

و حمزه بن عبدالمطلب مؤاخات قرار داده بود. پیغمبر (ص) زینب دختر حش را برای

زید خواستگاری و عقد نمود. پس از مدتی که زینب در خانه زید بود، با زید اختلاف

پیدا کرد و زید او را طلاق گفت و پیغمبر (ص) او را به زنی گرفت. این کار که بر خلاف

عادت و عرف عرب بود گفتگوهایی به میان آورده، جهودان و منافقان طعنه زدند و گفتند محمد ما را نهی می کند از اینکه زن پسری را به زنی بگیریم ولی او با زن پسر ازدواج نمود، چون این سخنان به میان آمد، آیه ۴ از سوره احزاب نزول یافت که ... و

ما جعل ادعیائکم ابناء کم ذلکم قولکم بافوا حکم واللہ یقول الحق و یهدی السبیل (۴)
ادعوهم لابائهم هو اوسط عند اللہ فان لم تعلموا فاخوانکم فی الدین وموالیکم ...

خداوند پسرخواندگان را پسران شما قرار نداده، این قولی است که به زبان می گویند نه امری باشد کاشف از حقیقت، لیکن خداوند حقیقت می گوید و راه را می نمایاند،

پسرخواندگان را به نام پدرانشان بخوانید، اگر پدر ایشان را بدانید، و گرنه برادران دینی شما و موالی شما می باشند. (۲)

بنا بر این در اسلام نهاد فرزند خواندگی وجود ندارد، به این معنی که فرزند خواننده مانند

فرزند واقعی از آثار پدر و فرزند بر خوردار نبوده، و آثار حقوقی از قبیل توارث و غیره

فیما بین آنها نمی باشد. البته در تعالیم اسلام مسأله رسیدگی به ایتام و کودکان بدون

سرپرست به شدت مورد توجه قرار گرفته و مورد عنایت خاص می باشد به نحوی که در

بخش های مختلف تعالیم اسلامی و نیز سیره عملی ائمه علیهم السلام و تاریخ اسلام،

توجه و اهتمام نسبت به این موضوع بسیار مشاهده می شود. (۱)

ج - فرزند خواندگی و حقوق داخلی ایران :

با توجه به مقررات حقوق اسلام ، در حقوق ایران نهادی به عنوان فرزند خواندگی بدین مفهوم که فرزند خوانده از هر حیث در حکم فرزند واقعی باشد و از آثار رابطه بنوت بهره مند شود ، وجود ندارد ، ولی با توجه به این که نوع دوستی و کمک به نیازمندان از عناصر اصلی فرهنگ ایرانی و تعالیم اسلامی می باشد و نظر به تأکیداتی که در اسلام در مورد ضرورت رسیدگی به ایتام و اطفال بی سرپرست مطرح گردیده است ، مقررات مدونی به منظور سرپرستی اطفال بی سرپرست وضع گردیده و اجرا می شود که بعضاً از آن به فرزند خواندگی ناقص تعبیر شده است . این مقررات در قانون اساسی و قوانین عادی انعکاس یافته است .

به موجب بند دوم از اصل بیست و یکم ، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ، دولت موظف به حمایت از مادران و کودکان بی سرپرست گردیده و قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب ۱۳۵۳ ، نیز به منظور تأمین منافع مادی و معنوی آنان ، شرایط خاصی را برای خانواده هایی که می خواهند سرپرستی اطفال بدون سرپرست را به عهده بگیرند وضع نموده است . ماده ۱۱ قانون مذکور ، وظایف و تکالیف سرپرست و طفل

تحت سرپرستی او را از لحاظ نگاهداری و تربیت و نفقه و احترام ، با حقوق و تکالیف
اولاد و پدر و مادر برابر نهاده است .

بنا بر بند ۱ ماده ۱۶ قانون مذکور نیز ، در صورتی که سوء رفتار یا عدم اهلیت و شایستگی
هر یک از زوجین سرپرست برای نگاهداری و تربیت طفل تحت سرپرستی محرز باشد ،
به تقاضای دادستان ، سمت سرپرستی قابل فسخ می باشد . ماده ۱۴ قانون مذکور مقرر می
دارد : « مفاد حکم قطعی سرپرستی به اداره ثبت احوال ابلاغ و در اسناد سجلی زوجین
سرپرست و طفل درج ، و شناسنامه جدیدی برای طفل فقط با مشخصات زوجین سرپرست
و نام خانوادگی زوج صادر خواهد شد . »

همچنین به موجب ماده واحده مصوب ۶۲/۸/۱ = قانون تأمین زنان و کودکان بی سرپرست
= ، دولت نسبت به تضمین بیمه و رفاه زنان و کودکان بی سرپرست مکلف گردیده است .

صدور حکم قطعی سرپرستی و حتی صدور شناسنامه جدید برای طفل با مشخصات
زوجین سرپرست و نام خانوادگی زوج ، موجب قطع رابطه خویشاوندی طفل با پدر و مادر
واقعی وی نخواهد شد ، بلکه ، بند ۳ از ماده ۱۶ قانون مذکور ، امکان فسخ سرپرستی در
اثر توافق با پدر و مادر واقعی طفل را مطرح نموده است . بنا بر این حکم سرپرستی به هیچ

وجه آثار قرابت کودک با ابوین و بستگان واقعی وی را زایل نمی سازد و تمام آثار قانونی قرابت واقعی از قبیل منع ازدواج با اقارب نسبی و رضاعی و ارث بردن فرزند از ابوین واقعی و اقارب و متقابلا ارث بردن نامبردگان از فرزند ، همچنان باقی خواهد بود و بدین جهت است که یکی از صاحب نظران علم حقوق درباره موضوع مذکور ، چنین ابراز عقیده نموده اند :

« حکم سرپرستی باعث می شود که اقتدار پدر و مادر حقیقی در باب نگاهداری و تربیت فرزند به سرپرست منتقل شود لیکن سایر آثار قرابت به جای خود می ماند بنا بر این :

۱ - فرزند خوانده نمی تواند با خویشان نسبی و رضاعی خویش [در حدود ممنوعیت های قانونی] نکاح کند و حکم سرپرستی هیچ تغییری در منع قانونگزاری نمی دهد .

۲ - فرزند خوانده از اقوام [واقعی] خود ارث می برد و ترکه او نیز ، با رعایت قواعد ارث ، به آنان می رسد ، لیکن هرگاه عین اموالی که زوج سرپرست به فرزند خوانده بخشیده اند موجود باشد ، به خودشان باز می گردد و جزء ترکه به وارث منتقل نمی شود .

۳- احکام مربوط به الزام انفاق در روابط بین فرزند خوانده و پدر و مادر و اجداد واقعی

اجراء می شود. منتها زمانی که کودک به سرپرستی نیاز دارد، زوجین سرپرست در

اجرای این تکلیف مقدم بر آنان هستند.» (۱)

O بخش دوم - قانون حاکم بر فرزند خواندگی در حقوق ایران

به منظور سهولت در طرح مسائل و یافتن راه حل درست موضوعات مطروحه، روابط

حقوقی افراد با توجه به تجانس آنها در دسته های مختلف تقسیم بندی گردیده که به آنها

دسته های ارتباط می گویند.

مانند اموال شخصیه، اموال و قرار دادها، که برای هر کدام قانون خاصی از دیدگاه حقوق

بین الملل خصوصی تعیین شده است.

در پاسخ به این پرسش که فرزند خواندگی در کدامیک از دسته های ارتباط قرار دارد؟

باید گفت ، فرزند خواندگی و سرپرستی اطفال بی سرپرست ، در دسته احوال شخصیه قرار می گیرد ، در این خصوص نظر مخالفی ، ملاحظه نشده است ، دلیل این امر آن است که :

اولاً ، قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲ ، فرزند خواندگی را در ردیف سایر امور مربوط به احوال شخصیه قرار داده است .

ثانیاً ، در ماده ۱۳ قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست قانونگذار چنین تصریح نموده است :

« مقررات قانون احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در مورد فرزند خواندگی به اعتبار خود باقی است . »

ثالثاً ، در بعضی عهدنامه های منعقدہ بین ایران و سایر دولتها از جمله عهدنامه مودت و اقامت و تجارت ایران و یونان مصوب ۱۳۱۰ = قانون اجازه مبادله عهدنامه مودت و قرارداد اقامت و تجارت و بحریمایی منعقدہ بین دولتین ایران و یونان = و قرار داد اقامت بین دولتین ایران و سوئیس مصوب ۱۳۱۳ = قانون اجازه مبادله عهدنامه مودت و قرارداد اقامت

و قرار وجه الضمانه قضایی منعقدہ بین دولتین ایران و سوئیس = ، فرزند خواندگی در
زمرهٔ مصادیق احوال شخصیه درج گردیده است . مضافاً اینکه ، در مقررات بسیاری از
کشورها

(۲) نیز فرزند خواندگی را از مصادیق احوال شخصیه دانسته اند

در مورد قانون حاکم بر فرزند خواندگی در خصوص بیگانگان مقیم ایران ، در مقررات
مدون ایران حکم صریحی ملاحظه نشده است ؛ البته مسأله در مورد ایرانیان غیر شیعه ،
تصریح گردیده چنانکه ، بند ۳ از ماده قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر
شیعه در محاکم مصوب دهم مرداد ۱۳۱۲ مقرر می دارد :

« در مسائل مربوط به فرزند خواندگی ، عادت و قواعد مسلمہ متداوله در مذہبی کہ پدر
خوانده یا مادر خوانده پیرو آن است اجراء شود . »

واضح است کہ موضوع در خصوص ایرانیان غیر شیعه بیان گردیده ، ولی در مورد
بیگانگانی کہ در ایران با مسأله فرزند خواندگی مواجه هستند قانون از این حیث ساکت
می باشد و موضوع کمتر مورد بحث و بررسی قرار گرفته است . با وجود این بحث مختصر

، موضوع مذکور در بین اساتید محترم و صاحب نظران علم حقوق با اختلاف نظر مواجه شده و نظریات متفاوتی در این باره بیان شده است .

یکی از اساتید در خصوص مورد معتقدند :

« زن و شوهری می توانند تقاضای سرپرستی کودک را بکنند که مقیم ایران باشند ، تابعیت آنان در قبول تقاضا از طرف دادگاه نقشی ندارد . پس . زن و شوهر خارجی نیز می توانند در ایران کودکی را به فرزندی پذیرند و روابط آنان با کودک پذیرفته شده ، تابع قوانین ایران است . بدین ترتیب ، قانونگذار درباره فرزند خواندگی از قاعده شخصی بودن قوانین حاکم بر احوال شخصیه (مواد ۷۶۰ قانون مدنی) عدول کرده و آن را تابع قانون اقامتگاه قرار داده است . » (۱)

ولی یکی دیگر از اساتید ، به طور خیلی خلاصه موضوع را تابع قانون متبوع پدر خوانده دانسته ، به شرح زیر ابراز عقیده نموده اند :

« در مورد فرزند خواندگی صرفاً این توضیح داده می شود که در حقوق ایران تأسیس قانونی فرزند خواندگی جز در مورد اتباع خارجه (چنانچه قانون متبوع پدر خوانده این

تأسیس را شناخته باشد) و یا متدینان به سایر ادیان رسمی غیر اسلامی (به موجب قانون ۱۳۱۲) پذیرفته نشده است و مثلاً، طفلی که به موجب مقررات مربوط به تعیین سرپرست قانونی، به وسیله دادگاه تحت سرپرستی شخصی قرار می گیرد از سرپرست مذکور ارث نمی برد ولیکن فرزند خوانده متوفای خارجی ممکن است با رعایت قانون ملی متوفی، ارث نیز ببرد زیرا فرزند خواندگی جزء احوال شخصیه و تابع قانون متبوع پدر خوانده است. (۱)

یکی از محققین پس از بحث نسبتاً مفصلی در خصوص موضوع بدین نحو اظهار عقیده کرده اند:

« بنا بر این با قبول اینکه فرزند خواندگی از مصادیق و موضوعات مربوط به احوال شخصیه است، مستنداً به ماده ۷۰۶ قانون مدنی قانون متبوع شخصی که فرزند خواندگی او مورد بحث و رسیدگی است به عنوان قانون حاکم و صالح و مختار و مورد قبول می باشد. (۲)

ملاحظه می شود که عقاید و نظریات مختلفی در خصوص مورد اظهار شده است و هر کدام از عقاید مذکور که ملاک عمل قرار گیرد، آثار متفاوتی نسبت به رابطه فرزند خواندگی و یا سرپرستی ایجاد خواهد نمود. (۳) در باره هر یک از نظرات مذکور به

دلایل خاصی ممکن است استناد شود. مثلاً ممکن است برای اثبات نظریه حاکم بودن قانون ایران در خصوص مورد، بدین گونه استدلال شود: ماده واحده فقط شامل ایرانیان غیر شیعه بوده و شامل بیگانگان مقیم ایران نمی باشد و ماده ۵ قانون مدنی در این خصوص اطلاق داشته و کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخله و خارجه را مطیع قوانین ایران میدانند مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد. و با توجه به این که سایر موارد، از جمله مواد ۹۶۴ و ۹۶۵ استثنا بر اصل بوده و در موارد استثنا باید به قدر متیقن اکتفاء نمود و با توجه به این که در خصوص مورد با سکوت قانون مواجه می باشیم، باید قانون ایران را ملاک بدانیم. (۱)

ولی استدلال فوق با این ایراد مواجه می باشد که قانون ایران، اساساً فرزند خواندگی را به رسمیت نشناخته و بر آن آثار حقوقی از قبیل ارث را مترتب نمی داند، و در صورت پذیرش نظریه فوق فرزند خوانده ای که در کشور متبوع خود و پدر خوانده و مادر خوانده اش، به طور صحیح به چنین حقی دست یافته است اگر در ایران بخواهد از آثار حقوقی فرزند خواندگی از قبیل ارث یا الزام به انفاق بهره مند گردد، ممکن است با عدم اعتبار وعدم صحت چنین نهاد حقوقی در سیستم حقوقی ایران مواجه گردد و این بر خلاف عدالت و اصل اعتبار حقوق مکتسبه خواهد بود.

همچنین ممکن است به منظور اثبات نظریه حاکم بودن قانون پدر خوانده یا مادر خوانده نسبت به موضوع، استدلال شود که، مطابق ماده ۱۱ قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست، وظایف و تکالیف سرپرست و طفل تحت سرپرستی او از لحاظ نگاهداری و تربیت و نفقه و احترام، نظیر حقوق و تکالیف اولاد و پدر و مادر است، و با توجه به ماده ۹۶۴ قانون مدنی که روابط ابویین و اولاد را تابع قانون دولت متبوع پدر دانسته است و نیز با استفاده از قرینه مربوط به ایرانیان غیر شیعه که عادات و قواعد مسلمة متداوله را در مذهبی که پدر خوانده یا مادر خوانده پیرو آن است حاکم بر فرزند خواندگی آنان می داند، موضوع را در مورد اتباع خارجه نیز تابع قانون دولت متبوع پدر خوانده یا مادر خوانده بدانیم.

براین استدلال نیز این اشکال وارد می باشد که، در حقوق ایران اساساً نهاد فرزند خواندگی به رسمیت شناخته نشده و به پیروی از فقه اسلام، فرزند خوانده به هیچ وجه در حکم فرزند واقعی نبوده و رابطه پدر و فرزند و آثار آن از قبیل ارث و غیره برقرار نمی گردد (مگر الزاماتی که قانونگذار در مورد سرپرستی کودکان بدون سرپرست پیش بینی نموده است)، بنا بر این نمی توان قانون دولت متبوع پدر و مادر خوانده را نسبت به موضوع حاکم دانست.

همچنین ممکن است در جهت اثبات عقیده حاکم بودن قانون دولت متبوع مولی علیه ، استدلال شود که : سرپرستی کودکان بدون سرپرست در حقوق ایران با نهاد قیمومت قابل قیاس بوده و سرپرستی و قیمومت هر دو با حکم مقام قضایی می باشد و نظارت مقامات قضایی در هر دو مورد وجود دارد و هم سرپرستی هم قیمومت قابل فسخ هستند . بنابر این همانگونه که در قیمومت ، بنا به رعایت مصالح مولی علیه ، قانون دولت متبوع مولی علیه حاکم می باشد ، در سرپرستی و فرزند خواندگی نیز قانون دولت متبوع کودک تحت سرپرستی یا فرزند خوانده ، باید نسبت به موضوع حاکم باشد .

ولی بر خلاف استدلال فوق ، با دقت در ماهیت مسأله سرپرستی کودکان بدون سرپرست ، ملاحظه می شود که سرپرستی مذکور ، اگر چه شباهتهای بسیاری به قیمومت دارد ، ولی اساساً نهاد مستقلی بوده و حتی مرجع رسیدگی آن نیز ، قبل از تصویب و اجرای قانون دادگاه های عمومی و انقلاب ، مختلف و متفاوت بوده است ، زیرا رویه قضایی کشور در خصوص نصب قیم ، دادگاه مدنی خاص را صالح می داند ولی در مورد سرپرستی کودکان بدون سرپرست ، صلاحیت از آن دادگاههای عمومی می باشد . در این خصوص هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی شماره ۲۲ که در جلسه ۱۳۶۰/۴/۶ صادر نموده است مقرر می دارد :

« عبارت نصب قیم در بند ۳ از ماده ۳ لایحه قانون مدنی خاص ناظر به مواردی است که مطابق قوانین مدنی و امور حسبی دادگاهها موظفند برای صغار نصب قیم نمایند و عبارت مذکور به هیچ وجه شامل موضوع سرپرستی مذکور در قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب اسفند ماه ۵۳ که از حیث نحوه سرپرستی و شرایط به کلی با مفهوم قیمومت و مختصات آن متفاوت است نمی باشد ، علیهذا نظر شعبه نهم دیوان عالی کشور که مشعر به صلاحیت دادگاه عمومی است ، موجه و منطبق با موازین قانونی تشخیص و تأیید می شود این رأی مطابق قانون و حدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸ در موارد مشابه لازم الاجرا است . » (۱)

اکنون که نظریات مختلف در خصوص مورد تا حدودی بررسی گردید و با توجه به مباحث مطروحه و مقررات حقوق موضوعه ایران ، آنچه به نظر نگارنده می رسد این است که : چون فرزند خواندگی در فقه اسلام و حقوق ایران به رسمیت شناخته نشده است و قانونگذار ایران نهاد مستقلی را به عنوان سرپرستی کودکان بدون سرپرست تأسیس نموده ، و آن را نسبت به هر زن و شوهر مقیم ایران که متقاضی سرپرستی باشند قابل اجرا دانسته است ، بنا بر این باید قانون ماهوی ایران را حاکم بر ایجاد رابطه مذکور بدانیم . ولی در پاسخ به ایراد احتمالی که : چنانچه فرزند خواندگی در خارجه صحیحاً ایجاد شده و در ایران به اثری از آثار آن استناد شود ، اگر قانون ایران را حاکم بر موضوع بدانیم باید از

شناسایی رابطه مذکور خودداری نموده و حکم به بی حقی فرزند خوانده بدهیم که این موضوع ، خلاف عدالت و انصاف ، واصل اعتبار حقوقه مکتسبه می باشد . گفتنی است که در مورد مذکور باید به تفکیک بین مرحله ایجاد حق با مرحله اثر گذاری حق توجه نمود ، یعنی چنانچه در مرحله ایجاد حق و شروع رابطه مذکور باسیم و مثلاً افراد خارجی که فرضاً دارای تابعیتهای مختلف می باشند بخواهند در ایران فرزندی را تحت سرپرستی بگیرند ، با مرحله اثر گذاری حق و این که افرادی بخواهند از رابطه فرزند خواندگی که صحیحاً در خارجه به وجود آمده است ، در ایران استفاده نموده و به اثری از آثار آن استناد نمایند ، تفاوت وجود دارد :

در مرحله اول یعنی در مرحله ایجاد حق ، هر گاه افرادی بخواهند در ایران ، فرزندی را تحت سرپرستی داشته باشند با توجه به ماده ۱ قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست که مقرر می دارد : « هر زن و شوهر مقیم ایران می توانند با توافق یکدیگر طفلی را با تصویب دادگاه و طبق مقررات این قانون سرپرستی نمایند » ؛ جمله « زن و شوهر مقیم ایران » ؛ اعم از اتباع ایران و خارجه بوده و نیز اعم از این است که زوجین و کودکی که تحت سرپرستی قرار می گیرد دارای تابعیت واحد یا مختلف باشند ، و نیز برای همین قانون زوجین متقاضی سرپرستی باید دارای شرایط مذکور در ماده ۳ قانون فوق بوده و احراز شرایط نیز با دادگاه ایران است . و همچنین به استناد مواد ۷ و ۸ قانون مذکور به نظر می

رسد که قانون حاکم در مرحله ایجاد حق، قانون ایران خواهد بود و در این مورد، قوانین عمومی ایران از قبیل مقررات قانون مدنی و قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست بر موضوع حکومت دارد و در همین رابطه ماده ۲ قانون مذکور تأکید نموده است که: «این سرپرستی به منظور تأمین منافع مادی و معنوی طفل برقرار می گردد ولی در هر حال از موجبات ارث نخواهد بود»؛ و تأکید در مورد این که سرپرستی مذکور «در هر حال از موجبات ارث نخواهد بود»؛ دلیل بر این امر است که قانونگذار در این مرحله صرفاً مقررات ایران را حاکم بر موضوع می داند.

اما در مرحله دوم، یعنی در مرحله اثر گذاری حق و در مواردی که رابطه فرزند خواندگی در خارجه صحیحاً ایجاد شده و مثلاً فرزند خوانده بخواهد در ایران از پدر خوانده اش مطالبه نفقه نماید یا در مورد ارث مسأله ای داشته باشد با توجه به این که فرزندخواندگی از مسائل مربوط به احوال شخصیه است، و با توجه به ماده ۷ قانون مدنی، در صورت وحدت تابعیت آنان، موضوع تابع قانون دولت متبوع آنان خواهد بود. و با توجه به این که قانون ایران، نهاد فرزند خواندگی را علیرغم این که در حقوق داخلی به رسمیت شناخته ولی نسبت به ایرانیان غیر شیعه با صراحت معتبر دانسته است، پذیرش فرزند خواندگی که در خارج بوجود آمده است نه تنها با نظم عمومی ایران منافاتی نخواهد

داشت ، بلکه ضمن ملحوظ داشتن عدالت و انصاف ، حقوق مکتسبه افراد هم رعایت شده است ..

آنچه باقی می ماند ، این است که در صورت اختلاف تابعیت فرزند خوانده با پدر یا مادر خوانده ، کدام قانون حاکم بر موضوع خواهد بود؟

اگر چه قانون ایران در خصوص مورد مذکور ساکت است و حقوقدانانی که به موضوع پرداخته اند نیز دارای اختلاف نظر می باشند ، ولیکن با توجه به آن که منظور اصلی از این

گونه مقررات ، رعایت غبطه و مصلحت مولی علیه و فرزند خوانده می باشد و موضوع تأمین منافع مادی و معنوی طفل در ماده ۲ قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مورد

تأکید واقع شده است . و از طرفی ماده ۲۰ کنوانسیون حقوق کودک که دولت جمهوری اسلامی ایران طی ماده واحده قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به

کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۳۷۲/۱۲/۱ مجلس شورای اسلامی ، به آن پیوسته است مقرر می دارد :

« کشورهایی که سیستم فرزند خواندگی را به رسمیت می شناسند و مجاز می دانند باید منافع عالیه کودک را در اولویت قرار دهند ... »

بنا بر این با توجه به مراتب مذکور، به نظر می رسد که در این خصوص، باید قانون دولت متبوع فرزند خوانده و کودک تحت سرپرستی را ملاک عمل قرار داده زیرا با مقررات موضوع حقوق ایران مبانی فقهی هماهنگی بیشتری داشته و به اهداف قانونگذار از ایجاد نهاد سرپرستی کودکان بدون سرپرست و رعایت مصلحت و غبطه کودکان تحت سرپرستی و فرزند خواندگان، نزدیک تر می باشد.

سؤالی که در اینجا مطرح می شود این است که آیا اقدام به پذیرش فرزند خوانده از طرف اتباع خارجه در قلمرو سرزمین ایران مخالف نظم عمومی ایران تلقی می شود یا نه؟ با توجه به این که در ماده واحده مربوط به احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه، فرزند خواندگی آنان در حدود قانون مزبور به رسمیت شناخته شده است و در فقه اسلام نیز احوال شخصیه غیر مسلمین طبق عقاید دینی آنها می باشد، همچنین از آنجا که نظم عمومیدر حقوق بین الملل خصوصی دایره شمول محدودتری نسبت به حقوق داخلی دارد، لذا به نظر می رسد که اصولاً اقدام به پذیرش فرزند خوانده از طرف اتباع خارجه مخالف نظم عمومی ایران نباشد.

○ بخش سوم - قانون حاکم بر فرزند خواندگی در حقوق برخی کشورها

(مطالعه تطبیقی)

درباره انتخاب قانون حاکم بر فرزند خواندگی در کشورهای مخالف ، مقررات متفاوتی وجود دارد . در مقررات برخی کشورها ، بین مرحله ایجاد نهاد فرزند خواندگی ، و مرحله استفاده از آثار فرزند خواندگی قائل به تفکیک شده اند . در مقررات مصر و کویت در مسائل مربوط به صحت فرزند خواندگی قانون دولت متبوع پدرخوانده و فرزندخوانده هر دو ملاک می باشد ولی در مسائل مربوط به آثار فرزند خواندگی ، قانون دولت متبوع

فرزند خوانده را حاکم بر موضوع می دانند .(۱)

در حقوق فرانسه قوانین مربوط به فرزند خواندگی ، علی رغم وضع قوانینی در سوم ژانویه ۱۹۷۲ در ارتباط با نسب ، بدون تغییر باقی ماند و دیوان عالی کشور فرانسه ، بعد از مدتها تردید ، در رأی مربوط به پرونده ای موسوم به (Torlet، 2) سیستمی را مجاز دانسته است که به موجب آن ، فرزند خواندگی تابع قانون ملی متقاضی یا متقاضیان فرزند خواندگی است ، لیکن شرایط مربوط به رضایت فرزند خوانده ، تابع قانون ملی فرزند

خوانده است .(۳)

در حقوق بین الملل خصوصی سوئیس ، چنانچه فرزند خوانده یا زوجین مقیم سوئیس باشند، صلاحیت برای اعطای فرزند خواندگی به عهده مراجع قضایی و اداری خواهد بود و در صورتی که فرزند خوانده یا زوجین پذیرنده مقیم سوئیس نباشند اما یکی از آنان تبعه آن کشور باشد ، صلاحیت برای پذیرش به عهده مراجع قضایی یا اداری کشور متبوع است ، البته در صورتی که اعطای فرزند خواندگی در محل اقامتشان غیر ممکن یا تقریباً غیر عملی باشد . ضمناً در حقوق کشور مذکور برای اعتراض به فرزند خواندگی ، همان محاکمی صالح هستند که برای اعلام یا نفی روابط والدین و اولاد دارای صلاحیت بوده اند . (۴)

در حقوق انگلیس در صورت صدور حکم فرزند خواندگی ، تمام حقوق ، تکالیف ، تعهدات و اقتدار والدین در زمینه حضانت ، نفقه ، تعلیم و تربیت به پدرخوانده واگذار می گردد ، گویی که این فرزند ، از روابط زناشویی پدرخوانده و مادر خوانده ، تولد یافته است . (۵)

در سال ۱۹۶۴ میلادی کنفرانس لاهه در مورد حقوق بین الملل خصوصی کنوانسیون در خصوص فرزند خواندگی تدوین کرد که در سال ۱۹۶۵ به امضا رسید. این کنوانسیون به

مسائلی چون صلاحیت قضایی ، انتخاب قانون حاکم و به رسمیت شناختن فرزند خواندگیهای خارجی مربوط بوده است .

در حقوق انگلیس قانون فرزند خواندگی ۱۹۶۸ بدین منظور تصویب گردید که مقررات این کنوانسیون را ، به مورد اجرا بگذارد ، معذالک قواعد صلاحیتی که به موجب بند ۲۴ قانون راجع به کودکان در سال ۱۹۷۵ وضع شد ، جانشین مقررات صلاحیتی قانون ۱۹۶۸ که تا آن زمان اجرا می شد ، گردید. اما کنوانسیون فوق الذکر در جولای ۱۹۷۸ در مورد قبول مجلس قرار گرفته و در حال حاضر مقررات اصلاح شده کنوانسیون و ماده ۲۴ قانون ۱۹۷۵ و باقیمانده مقررات قانون ۱۹۶۸ درباره فرزند خواندگی اجرا می شود .

قانون قابل اعمال نسبت به فرزند خواندگی ، امتزاجی از قانون انگلیس و قانون متبوع متقاضی و کودک می باشد ، اگر کودک تبعه کشور پادشاهی انگلیس نباشد ، در این حالت قانون کشوری که به کنوانسیون ملحق گردیده و کودک تابعیت آن را دارد باید نسبت به موضوع اعمال گردد . اگر فرزند خواندگی به موجب قانون کشور متبوع متقاضی ممنوع باشد و این ممنوعیت تحت شرایط مقرر در کنوانسیون به دولت انگلیس اطلاع داده شده باشد ، دادگاه انگلیس باید از صدور دستور فرزند خواندگی ، امتناع ورزد . (۱)

چنانچه متقاضی مقیم انگلستان باشد و کودک در خارج از انگلستان اقامت داشته باشد ، در چنین موردی دادگاه برای بررسی شرایط اصلی، از قبیل سن طرفین و رضایت خویشاوندان ، قانون خارجی اقامتگاه کودک را که در بسیاری از موارد با مقررات قانون انگلیس در این زمینه ها تفاوت دارد ، ملاک عمل قرار می دهد . با وجود این ، طرز نگارش قوانین انگلیس در این زمینه ، به نحوی نیست که عدم رعایت قانون اقامتگاه کودک توسط دادگاه انگلیسی ، موجبات بطلان دستور فرزند خواندگی صادره از ناحیه این دادگاه را فراهم آورد ، بلکه حتی اگر دادگاه اعمال قانون خارجی را به نفع کودک نداند ، باید منحصراً به قانون مقرردادگاه (قانون انگلیس) رجوع نماید . (۲)

البته در حقوق انگلیس ، در موردی که هدف نهایی از تحصیل حکم فرزند خواندگی ، تحصیل تابعیت انگلیس بوده است ، دادگاه بر اساس رعایت نظم عمومی انگلیس از صدور حکم فرزند خواندگی ، امتناع نموده است . (۱)

در کنوانسیون حقوق کودک نیز مسأله اختلاف سیستم های حقوقی کشورهای مختلف در مورد فرزند خواندگی ، مدنظر بوده است به ویژه این که در نظام حقوقی اسلام ، فرزند خواندگی به معنی این که فرزند خوانده دارای کلیه حقوق فرزند طبیعی باشد ، شناخته نشده است ، به همین دلیل ماده ۲۰ کنوانسیون مذکور مقرر می دارد :

ماده ۲۰: ۱- کودک نباید به طور موقت یا دائم از محیط خانواده و از منافع خویش محروم باشد و باید از طرف دولت تحت مراقبت و مورد مساعدت قرار گیرد.

۲- کشورهای طرف کنوانسیون باید طبق قوانین ملی خود مراقبت های جایگزین دیگری را برای این گونه کودکان تضمین نمایند.

۳- این گونه مراقبت ها شامل موارد زیادی می شود از جمله تعیین سرپرست کفالت در قوانین اسلامی، فرزند خواندگی و یا در صورت لزوم (اعزام کودک به مؤسسات مناسب مراقبت از کودکان به هنگام بررسی راه حل ها به استمرار در تربیت کودک، قومیت، مذهب، فرهنگ و زبان کودک باید توجه خاص شود).

ماده ۲۱: کشورهایی که سیستم فرزند خواندگی را به رسمیت می شناسند و مجاز می دانند، باید منافع عالی کودک را در اولویت قرار دهند و...» (۲)

بخش چهارم - فرزند خواندگی در مورد ایرانیان غیر شیعه در مورد ایرانیان غیر شیعه به موجب بند ۳ قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم مصوب

۱۳۱۲، در مسائل مربوط به فرزند خواندگی، عادات و قواعد مسلمه متداول در مذهبی که پدر خوانده یا مادر خوانده پیرو آن است، رعایت می شود. ولی در این مورد باید گفت که در حقوق اسلام فرزند خواندگی در مورد مسلمانان به دلیل صراحت آیه ۴ سوره احزاب که قبلاً بیان گردید، به رسمیت شناخته نشده است. زیرا به موجب آیه مذکور فرزند خوانده به هیچ وجه حکم فرزند واقعی را ندارد، (۱) بنابراین، در مورد مسلمانان غیر شیعه اعمال و اجرای بند مذکور موضوعاً منتفی می باشد.

ولی در مورد اقلیت های دینی غیر مسلمان، بعضاً مقرراتی در مورد فرزند خواندگی وجود دارد که با توجه به قانون مذکور و سایر مقررات جاری کشور، در این مورد لازم است عادات و قواعد مسلمه متداوله در مذهبی که پدر خوانده یا مادر خوانده پیرو آن است، ملاک عمل قرار گیرد. بدیهی است مراجع قضایی و اداری در مورد فرزند خواندگی ایرانیان غیر شیعه با توجه به نص صریح قانون مذکور، باید برابر مقررات مذهب پدر خوانده یا مادر خوانده عمل نمایند. مشروط بر اینکه اولاً اقلیت دینی مورد بحث یکی از اقلیت های سه گانه مسیحی، یهودی و زرتشتی باشد که به موجب اصل سیزدهم قانون اساسی به رسمیت شناخته شده اند. ثانیاً عادات و قواعد مورد استناد، مسلم و متداول بوده و از جمله رسوم و عادات مردد و یا منسوخ و متروک در اقلیت دینی مربوط نباشد. ثالثاً مخالف نظم عمومی ایران تلقی نشود.

O نتیجه

همانگونه که در حقوق ایران و حقوق کشورهای مورد مطالعه، ملاحظه گردید و در کنوانسیون حقوق کودک نیز مورد تأکید قرار گرفته است، تلاش حقوقدانان، قضات و قانونگذاران در کشورهای مختلف، در جهت رعایت هر چه بیشتر مصالح و منافع عالیه کودکان می باشد، و این رعایت مصالح عالیه کودک، علاوه بر جنبه های اقتصادی و اجتماعی، شامل رعایت جنبه های عاطفی و روانی موضوع نیز می شود و این مسأله از جمله به صورت صدور شناسنامه و اوراق و اسناد سجلی و مدارک هویت طفل به نام خانواده جدید متجلی می گردد. بدیهی است که وقتی این تلاشها با میراث فرهنگی و دینی و سنت های جوامع مختلف تلفیق و هماهنگ می شود، آثار بعضاً متفاوتی را در مقررات کشورهای مختلف بوجود می آورد.

در حقوق کشورهای مورد مطالعه، قانونگذارو یا رویه قضایی، قانون حاکم بر موضوع فرزند خواندگی اتباع خارجه را در صورتهای وحدت تابعیت و یا اختلاف تابعیت پدرخوانده و فرزند خوانده، تعیین نموده است، در حالیکه در حقوق ایران نص قانونی و یا رویه قضایی در خصوص مورد وجود ندارد، اگر چه اساتید و حقوقدانان تلاشهای

ارزشمندی در جهت رفع ابهام و ارائه راه حل منطبق با مجموعه نظام حقوق ایران و نیازهای جامعه ارائه نموده اند، ولی با توجه به اختلاف دیدگاههای ارائه شده در خصوص قانون حاکم بر فرزند خواندگی در حقوق ایران، نگارنده ضمن طرح دیدگاههای مختلف و بیان خلاصه ای از دلایل آنها، دیدگاه خود را مبتنی بر تفصیل و تفکیک دو مرحله ایجاد حق و مرحله اثرگذاری حق می باشد، بیان نموده است و بطور خلاصه اینکه: در مرحله ایجاد حق، در هر حال اعم از وحدت و یا اختلاف تابعیت پدر خوانده (یا مادر خوانده) با فرزند خوانده یا طفلی که تحت سرپرستی قرار می گیرد، قانون ایران حاکم بر موضوع خواهد بود و در این مرحله، قانونگذار به موجب ماده ۱ قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب ۱۳۵۳، از اصل کلی حاکمیت قانون ملی نسبت به احوال شخصیه بیگانگان (ماده ۷ قانون مدنی)، عدول نموده و آن را تابع قانون ایران قرار داده است، ولی در مرحله اثرگذاری حق و در موردی که رابطه فرزند خواندگی صحیحاً در خارج از ایران به وجود آمده و در ایران به اثری از آثار آن استناد شده باشد، در صورت وحدت تابعیت، قانون ملی طرفین و در صورت اختلاف تابعیت قانون ملی فرزند خوانده و یا طفل تحت سرپرستی، حاکم بر موضوع می باشد و با توجه به این که نهاد فرزند خواندگی در مورد ایرانیان غیر شیعه پذیرفته شده است، پذیرش آثار فرزند خواندگی اتباع خارجه در ایران، (در صورتی که مرحله ایجاد آن در خارج از کشور و طبق قانون صلاحیتدار در محل ایجاد حق، به طور صحیح انجام شده باشد)،

برخوردی با نظم عمومی و اخلاق حسنه نخواهد داشت نظریه فوق مبتنی بر تفکیک بین مرحله ایجاد و مرحله اثر گذاری حق ، براساس مقررات و قوانین جاری کشور می باشد، ولی چنانچه در مقررات جاری و قانون مدنی تجدید نظر واصلاحاتی صورت پذیرد ، پیشنهاد می شود که :

اولاً قانون حاکم بر فرزند خواندگی اتباع خارجه ، اعم از این که در مرحله ایجاد حق یا در مرحله اثر گذاری آن باشد ونیز در حالت‌های مختلف وحدت ویا اختلاف تابعیت طرفهای مسأله، صراحتاً تعیین شود .

ثانیاً، اگر چه حقوق ایران و فقه اسلام ، فرزند خواندگی را بدین مفهوم که فرزند خوانده همچون فرزند واقعی تلقی شود ، پذیرفته اند ، ولی نظر به این که فرزند خواندگی در مورد ایرانیان غیر شیعه صراحتاً بر طبق ماده واحده مربوط به احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه پذیرفته شده است و از طرفی در حقوق اسلام هم ، احوال شخصیه غیر مسلمین طبق عقاید مذهبی آنان می باشد ، وبا توجه به مقررات حقوق ایران وماده ۷ قانون مدنی که احوال شخصیه بیگانگان را تابع قانون ملی آنان می داند، پیشنهاد می شود که در ماهیت امر وحتى در مرحله ایجاد حق ،مسأله فرزند خواندگی برای اتباع خارجه ، طبق قانون ملی آنها پذیرفته شود ، ودر صورت اختلاف تابعیت با توجه به ضرورت رعایت غبطه و

مصلحت فرزند خوانده ، و نظر به مقررات کنوانسیون حقوق کودک که جمهوری اسلامی ایران به موجب قانون مصوب ۱۳۷۲ بدان ملحق شده است ، و ضرورت وجود انسجام و هماهنگی در مقررات کشور ، در این مورد پیشنهاد می شود که قانون ملی فرزند خوانده حاکم بر موضوع شناخته شود .

نظر به این که حقوق بین الملل خصوصی در ایران ، رشته نسبتاً جدیدی است و مباحث مختلف و فروع متفاوت موضوعات حقوق بین الملل خصوصی ، از جمله این مبحث ، کمتر مطرح رسیدگی قرار گرفته است ، موضوع جای بحث و بررسی بیشتری دارد و نگارنده با بضاعت اندک علمی خود ، دیدگاهی را مطرح و در خصوص آن اظهار نظر و استدلال نموده است که خالی از نقص نبوده و نیازمند نقد و تذکرات مشفقانه اساتید محترم و صاحب نظران می باشد .