

حقوق خانوادگی کودکان خارج از نکاح با مطالعه تطبیقی^۱

فائزه عظیم‌زاده اردبیلی^۲

فائزه طوقانی پور^۳

چکیده

کودکان خارج از نکاح کودکانی هستند که بدون وجود علقه زوجیت میان پدر و مادر و در اثر ارتکاب عمل زنا متولد می‌شوند. مطابق دیدگاه حقوقی، نسب این کودکان، نامشروع و غیرقانونی است و قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران هم در ماده ۱۱۶۷ به پیروی از فقهای امامیه، طفل متولد از زنا را ملحق به زانی نمی‌داند. مفهوم عدم الحاق آن است که قانون، نسب طبیعی کودک نامشروع را نادیده می‌گیرد و آثار قانونی نسب مانند ولایت قهری، حضانت، نفقه و ارث را بر آن مترتب نمی‌کند. نتیجه آن که حقوق و تکالیفی که قانون برای اولاد در نظر گرفته است، به کودکان مشروع اختصاص می‌یابد. حال پرسش اساسی این است که کودکان نامشروع چه جایگاه قانونی در نظام حقوقی ما دارند و حقوق مالی و غیرمالی این کودکان برعهده چه کسانی است؟ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ به استناد نظر برخی فقهای معاصر در جهت حمایت از کودکان خارج از نکاح و مشخص نمودن وضعیت حقوقی این کودکان، عدم الحاق زنازاده به زانی را، به مورد ارث منحصر کرد و کلیه تکالیف مربوط به پدر را برعهده پدر عرفی قرارداد. این مقاله حقوق خانوادگی کودکان خارج از نکاح را با مطالعه تطبیقی مورد بررسی قرار می‌دهد و راهکارهای حقوقی مناسب نظیر وصیت تملیکی و یا صلح اموال را جهت جبران محرومیت از حق ارث کودکان نامشروع پیشنهاد می‌نماید.

واژگان کلیدی

کودک، نامشروع، حقوق مالی، حقوق غیرمالی

۱- تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۰/۵/۲۶؛ پذیرش مقاله: ۱۳۹۰/۱۱/۲۲

۲- استادیار دانشگاه امام صادق ۷

۳- دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خانواده دانشگاه امام صادق ۷

مقدمه

کودکان اشخاصی مستقل از والدین هستند که حقوق انسانی آنها همواره مورد تأکید است. بر همین اساس، دین مبین اسلام از همان آغاز کودکی، وظایف و تکالیفی را در خصوص کودکان بر عهده والدین گذاشته است.

در عرصه بین المللی، به موجب مقدمه اعلامیه جهانی حقوق بشر، شناسایی حیثیت ذاتی کلیه اعضای خانواده بشری و حقوق یکسان و انتقال ناپذیر آنان، اساس آزادی و عدالت و صلح را در جهان تشکیل می‌دهد. مطابق بند ۲ ماده ۲۵ همین اعلامیه، کودکان، چه بر اثر ازدواج به دنیا آمده باشند و چه بدون ازدواج، حق دارند از حمایت اجتماعی برخوردار گردند. طبق بند ۳ ماده ۱۰ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، تدابیر خاصی در حمایت و مساعدت به نفع کلیه اطفال غیرممیز و ممیز بدون هیچ گونه تبعیض ناشی از نسب یا عوامل دیگر باید اتخاذ گردد و اطفال غیرممیز باید در مقابل استثمار اقتصادی و اجتماعی حمایت شوند. رعایت اصل ممنوعیت اعمال تبعیض در حق کودکان، در کنوانسیون حقوق کودک نیز مورد تأکید قرار گرفته و تصریح شده است که حقوق مطرح در این کنوانسیون برای تمام کودکان - اعم از مشروع و نامشروع - در نظر گرفته شده است و نباید در اعطای این حقوق تفاوتی میان کودکان گذاشته شود. ماده دو کنوانسیون مقرر می‌دارد: «کشورهای طرف کنوانسیون حقوقی را که در این کنوانسیون در نظر گرفته شده، برای تمام کودکانی که در حوزه قضایی آنها زندگی می‌کنند، بدون هیچ گونه تبعیضی از جهت نژاد، رنگ، مذهب، زبان، عقاید سیاسی، ملیت، جایگاه قومی و اجتماعی و اقتصادی، عدم توانایی، تولد و یا سایر احوال شخصی والدین یا قیم قانونی محترم شمرده، تضمین خواهند نمود». بنا بر قید «تولد» که در این ماده آمده، کنوانسیون میان کودکان مشروع و نامشروع از لحاظ برخورداری از حقوق کودکان که در این کنوانسیون آمده است، تفاوتی قائل نیست و کودک را به طور مطلق، در نظر دارد.

حقیقت آن است که زن و مردی که در اثر رابطه خارج از نکاح باعث ولادت کودکی می‌شوند حق ندارند با مستمسک قرار دادن این مسأله که کودک به آنها ملحق نمی‌شود، از زیر بار مسؤلیت نگهداری و تأمین حقوق مالی و غیرمالی کودک شان خالی نمایند؛

بلکه باید در برابر کودکان خارج از نکاح، تکالیف متعددی بر آنان تحمیل شود. در پی ضرورت این امر، مقاله حاضر نخست، حقوق کودکان خارج از نکاح را در دو بخش مالی و غیرمالی در نظام حقوقی ایران و اسلام بررسی می‌کند و سپس حقوق یاد شده را در نظام حقوقی انگلستان، ایتالیا و فرانسه یادآور شده، به مقایسه آن‌ها می‌پردازد و سرانجام پیشنهادهایی جهت رفع محرومیت قانونی از کودکان نامشروع ارائه می‌دهد.

حقوق خانوادگی کودک خارج نکاح در نظام حقوقی اسلام و ایران

در حقوق ایران، قانون مدنی به پیروی از دستور اسلام و به منظور استحکام نظام خانواده در ماده ۱۱۶۷ مقرر می‌دارد: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود». اما باید توجه کرد که زن و مردی که به سبب روابط نامشروع باعث تولد کودکی می‌شوند، نباید بتوانند با استناد به این مسأله از تکالیفی که در برابر کودک خود دارند، شانه خالی کنند. بعضی از حقوق‌دانان عقیده داشتند که مفهوم عدم الحاق در ماده فوق‌الذکر نشان‌گر این است که قانون نسب طبیعی کودک نامشروع را نادیده می‌گیرد و چنین کودکی عضو خانواده محسوب نمی‌شود و آثار قانونی نسب مانند ولایت، حضانت، نفقه، نام خانوادگی و ارث بر آن مترتب نمی‌گردد. بنابراین تفسیر، تکالیف قانونی که در برابر اولاد داشتند مخصوص کودکان مشروع بود و کودکان خارج از نکاح که نسب آن‌ها به رسمیت شناخته نمی‌شد، فاقد حقوق مربوط بودند (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۳۲۶). برخی دیگر از حقوق‌دانان معتقد بودند که انفاق به کسی که محتاج است، واجب کفایی است و زن و مردی که سبب ایجاد کودک شده‌اند، از دیگران نسبت به آن کودک اولی می‌باشند و از باب تسبیب و مسئولیت مدنی می‌توان پدر و مادر را به دادن نفقه کودک و نگاهداری او ملزم نمود (امامی، ۱۳۷۸، ج ۵، ص ۱۹۳). بعضی دیگر از حقوق‌دانان نیز ضمن نقد نظریه تسبیب و مسئولیت مدنی، نظریه تعهد طبیعی را پیشنهاد کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۳۲۹).

هیأت عمومی دیوان عالی کشور برای پایان دادن به آرای متفاوت، در رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ به استناد نظر برخی فقهای معاصر در جهت حمایت از کودکان خارج نکاح و مشخص نمودن وضعیت حقوقی این کودکان، عدم الحاق زن‌زاده

به زانی را به ارث منحصر کرد و کلیه تکالیف مربوط به پدر را برعهده پدر عرفی قرارداد.^۱

بر اساس این رأی، اگرچه پدر کودک خارج از نکاح، پدر قانونی او نمی‌باشد، اما پدر عرفی و طبیعی اوست و تمام تکالیفی که پدر در مقابل فرزند دارد (غیرارث) بر عهده او می‌باشد. لذا هر یک از حقوق و تکالیف مالی و غیر مالی کودکان خارج از نکاح مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- حقوق مالی کودک خارج از نکاح

الف - نفقه

ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه در خصوص نفقه اولاد مقرر می‌دارد: «نفقه اولاد بر عهده پدر است. پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به انفاق، به عهده اجداد پدری است با رعایت الاقرب فالاقرب. در صورت نبودن پدر و اجداد و یا عدم قدرت آنها نفقه بر عهده مادر است و هر گاه مادر هم زنده و یا قادر به انفاق نباشد با رعایت الاقرب فالاقرب به عهده اجداد و جدات مادری و پدری واجب‌النفقة است و اگر چند نفر از اجداد و جدات مزبور از حیث درجه اقربیت مساوی باشند، نفقه را باید به حصه مساوی تأدیه کنند». این ماده ناظر بر نسب مشروع و قانونی است و قانونگذار نسب نامشروع را به رسمیت نمی‌شناسد.

۱- «به موجب بند الف ماده یک قانون ثبت احوال مصوب سال ۱۳۵۵ یکی از وظایف سازمان ثبت احوال، ثبت ولادت و صدور شناسنامه است و مقنن در این مورد بین اطفال متولد از رابطه مشروع و نامشروع تفاوتی قائل نشده است. تبصره ماده ۱۶ و ۱۷ قانون مذکور در مواردی که ازدواج پدر و مادر به ثبت نرسیده باشد و اتفاق در اعلام ولادت و صدور شناسنامه نباشد یا ابوین طفل نامعلوم باشد، تعیین تکلیف کرده است؛ لیکن در مواردی که طفل ناشی از زنا باشد و زانی اقدام به اخذ شناسنامه ننماید، با استفاده از عموماً و اطلاق ماده یاد شده و مسأله ۳ و مسأله ۴۷ از موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی (ره)، زانی پدر عرفی طفل تلقی می‌شود و در نتیجه کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه برعهده وی می‌باشد و حسب ماده ۸۸۴ ق.م. صرفاً موضوع توارث بین آنها منتفی است، لذا رأی شعبه سیام دیوان عالی کشور که با این نظر مطابقت دارد، به نظر اکثریت اعضاء هیأت عمومی دیوان عالی کشور موجه و منطبق با موازین شرعی و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی به استناد ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضایی مصوب تیرماه سال ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.»

در بحث نفقه، فقها^۱ قرابت نسبی میان منفق و منفق‌علیه را یکی از اسباب تحقق نفقه می‌دانند و ولد زنا را به زانی و زانیه ملحق نمی‌دانند؛ بنابراین قرابتی میان کودک نامشروع و پدر و مادر طبیعی وی وجود ندارد. اما فقهای معاصر پرداخت نفقه این‌گونه کودکان را تکلیف پدر عرفی او می‌دانند، زیرا نسب یک حقیقت شرعی نیست، بلکه یک حقیقت عرفی است که قانونگذار بر آن، آثار شرعی بار کرده است. چنان‌که امام خمینی در مسأله‌ای پیرامون نفقه ولد زنا فرمود که نفقه او برعهده پدر است و در مسأله دیگری فرمود: متولد از زنا در نفقه و حضانت حکم سایر اولاد را دارد (کریمی، ۱۳۶۵، ص ۱۴۹؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۰ هـ ج ۲، ص ۲۶۹)؛ آیت الله گلپایگانی نیز معتقد است که نفقه ولد الزنا مانند نفقه حلال زاده است (موسوی گلپایگانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۷۷)؛ آیت الله مکارم شیرازی نیز نفقه فرزند نامشروع را بر پدر واجب می‌داند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۵، ص ۲۳۶).

با توجه به فتاوی فقها، می‌توان گفت که در فقه امامیه، پدر کودک نامشروع ملزم به تأدیه نفقه او می‌باشد و در صورت عدم پرداخت نفقه می‌توان او را ملزم به دادن نفقه کرد و اگر به پدر دسترسی نباشد یا ولی قادر به پرداخت نفقه نباشد، این تکلیف برعهده مادر است. اگر مادر هم قادر به پرداخت نفقه نباشد، حاکم باید نفقه او را بپردازد.

برای تحلیل مسأله نفقه کودک خارج نکاح در حقوق، باید مواردی را که کودک با یکی از ابویین نسبت مشروع دارد، با مواردی که از هر دو طرف نامشروع است، تفکیک نمود. ماده ۱۱۶۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «طفل متولد از نزدیکی به شبهه فقط ملحق به طرفی می‌شود که در اشتباه بوده است...». بنابراین در مواردی که یکی از ابویین در شبهه بوده یا این‌که مادر مورد تجاوز به عنف واقع گردیده و یا اکراهی صورت پذیرفته است، نسب کودک از یک طرف مشروع است و مطابق ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی نفقه برعهده طرف مزبور می‌باشد. قانون مدنی در ماده فوق ابتدا نفقه را برعهده پدر و اجداد پدری قرار داده است؛ بنابراین در فرضی که کودک از طرف مادر نامشروع اما از طرف پدر مشروع باشد، در مورد تأدیه نفقه مشکلی وجود ندارد و با وجود پدر قانونی، نفقه بر

۱- از جمله صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۱ هـ ج ۲۹، ص ۲۵۰)؛ محقق حلی (حلی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۷۶) و شهیدثانی (جبعی عاملی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۲۰).

عهده پدر و سپس جد پدری است و نامشروع بودن نسبت مادری در این مورد تأثیری نخواهد داشت، اما در مواردی که نسب کودک به دلیل شبهه یا اکراه از طرف مادر مشروع، اما از طرف پدر نامشروع باشد، مثلاً مردی با فریفتن یا تهدید و زور با زنی ارتباط غیرقانونی برقرار کند، می توان وفق ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی او را به پرداخت نفقه کودک محکوم نمود. ماده فوق‌الذکر مقرر می‌دارد: «دختری که در اثر حیله یا تهدید یا سوءاستفاده از زیردست بودن حاضر به همخوابگی نامشروع شده می‌تواند از مرتکب علاوه بر زیان مادی مطالبه زیان معنوی هم کند». در حقیقت هزینه و نفقه کودکی که ناخواسته و با اجبار در اثر تقصیر پدر متولد شده است، از نمونه ضرر مادی و معنوی به مادر است. برخی از حقوق‌دانان در این زمینه نظر داده‌اند که اگر کودک از طرف پدر متولد از زنا و از طرف مادر متولد از شبهه باشد، پدر از باب تسبیب ملزم به پرداخت هزینه وضع حمل و ایام نقاهت مادر می‌باشد (مامی، ۱۳۷۸، ج ۵، ص ۱۹۳). گروه دیگری از حقوق‌دانان این پیشنهاد را تکمیل نموده‌اند که هر گاه مردی برای ایجاد رابطه نامشروعی که منتهی به ولادت فرزند طبیعی شده است، به عمد یا در اثر بی‌مبالاتی مرتکب تقصیر شود، مثلاً دختری را به وعده ازدواج بفریبد و یا با تهدید و سوءاستفاده ناروا از نفوذ خود حاضر به همخوابگی سازد، در زمره خساراتی که به دختر فریب خورده می‌پردازد، ممکن است به هزینه زایمان و نگهداری از ثمره رابطه نامشروع به عنوان زیان ناشی از تقصیر خود و بر مبنای مواد ۱ و ۹ قانون مسئولیت مدنی محکوم شود (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۲۳۸). در این مورد، مسأله‌ای در متون فقهی بیان شده است که اگر زنی در اثر حیله و تهدید حاضر به همخوابگی با کسی شود، علاوه بر این که حد از او ساقط می‌شود، می‌تواند ۴۰۰۰ درهم از مرد زانی به عنوان خسارت مطالبه نماید (حسینی نژاد، ۱۳۷۰، ص ۱۴۷).

در مواردی که نسب کودک نسبت به هر دو طرف نامشروع باشد، مطابق ماده ۱۱۶۷ ق.م. کودک منتسب به هیچ یک از پدر و مادر نمی‌باشد و به تبع آن، حق مطالبه نفقه به عنوان نفقه اقارب و به استناد ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی ندارد. اما چون کودک محتاج به انفاق و سرپرستی است، حقوق‌دانان هر کدام به طرق مختلفی به این مسأله پرداخته‌اند.

یکی از استادان حقوق در این مورد می‌نویسد: «می‌توان بر آن بود که انفاق کسی که محتاج است، واجب کفایی است و عقل و وجدان اجتماعی بر متمکنان لازم می‌داند که از محتاج نگه‌داری و به او انفاق کنند و پدر و مادر طبیعی که سبب ایجاد کودک بوده‌اند، از دیگران نسبت به آن کودک اولی می‌باشند، بنابراین به نظر می‌رسد بی‌مناسبت نیست که پدر و مادر از باب تسبیب، ملزم به انفاق طفل دانسته می‌شوند» (امامی، ۱۳۷۸، ج ۵، ص ۱۹۳). اما یکی دیگر از حقوق‌دانان حق کودک طبیعی بر پدر و مادر خویش را در زمره حقوق طبیعی برشمارد و می‌گوید: «آنچه انکار ناپذیر به نظر می‌رسد، این است که پدر و مادر طفل طبیعی از نظر اخلاقی در برابر ثمره گناه خود مسؤولیت دارند، دینی که وجدان عمومی و اخلاق می‌شناسد، ولی قانون حق رجوع به مدیون را به طلبکار نداده است و برطبق قواعد عمومی تعهدات، اجرای تعهد به وفای دین طبیعی، آن را به دین حقوقی تبدیل می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۳۳۸).

ب- ارث

سبب و نسب^۱ از موجبات ارث می‌باشند. اصل نسب از نطفه زوجین است؛ عرفاً صاحب نطفه را پدر می‌گویند و زوجه او را که صاحب تخمک است، مادر می‌نامند. برای ارث بردن از شخصی باید نسب شرعی و قانونی باشد و نفی نسب نشده باشد. اکثر فقهای امامیه^۲ معتقدند که فرزند حاصل از زنا از ابویین خود ارث نمی‌برد.

همین‌طور اگر ولد زنا فوت شود و فاقد اولاد مشروع و زوج یا زوجه باشد، ماترک او به پدر و مادر تعلق نمی‌گیرد، بلکه ماترک او متعلق به امام است. محقق حلی در این باره می‌گوید: «ولد زنا دارای نسب نیست و از زانی و کسی که او را زاییده است و از انساب او ارث نمی‌برد و آن‌ها نیز از او ارث نمی‌برند و میراثش به اولادش می‌رسد و در صورت فقد

۱- سبب عبارت است از ارتباط شخص با دیگری از جهت زوجیت شرعی یا ضامن جریره شدن یا امام و مانند این‌ها (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۶، ص ۲۶۶). نسب در اصطلاح حقوقی عبارت است از رابطه خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالثی هستند (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۲۷۶).

۲- فقهای نظیر شیخ طوسی، شهید اول، احمد نراقی و آیت الله خویی نیز معتقدند که فرزند حاصل از زنا از ابویین خود ارث نمی‌برد (قلبه‌ای خویی، ۱۳۸۷، ص ۱۳۶).

اولاد مال امام است» (حلی، بی‌تا، ج ۴، ص ۴۴). امام خمینی (ره) هم یکی از موانع ارث را تولد از زنا ذکر کرده و می‌فرماید: «اگر طفل از طرف ابویین ناشی از زنا باشد، بین او و پدر و مادر و همچنین بین او و سایر منتسبان به آنها توارث وجود ندارد...» (موسوی خمینی، ۱۳۹۰ هـ، ج ۲، ص ۳۶۹).

قول مشهور فقهای امامیه، عدم توارث میان کودک خارج از نکاح و پدر و مادرش است و برای عدم توارث به روایاتی^۱ که در این زمینه وجود دارد و همچنین اجماع فقهای امامیه استناد می‌نمایند. در خصوص ارث بردن کودک خارج از نکاح از مادر، عده‌ای از فقها قائل به توارث بین آنها می‌باشند. شهید ثانی می‌نویسد که افرادی مانند شیخ صدوق و ابن جنید این عقیده را بیان کرده‌اند (جبعی عاملی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۱۲) و «ابن جنید و ابوالصلاح گفته‌اند که مادر زنزاده از او ارث می‌برد به استناد روایت اسحاق بن عمار از امام صادق ۷ که حضرت علی ۷ فرموده است: زنزاده و فرزند زن لعان شده از مادر و برادران مادری او یا خویشان مادری از او ارث می‌برند (حرعاملی، بی‌تا، ص ۵۶۹: حرم‌پناهی، ۱۳۷۶، ش ۱۰، ص ۱۶۴)^۲. او به استناد روایت یونس که گفته است میراث زنزاده به خویشان مادری می‌رسد مانند ارث فرزند زن لعان شده؛ اما روایت نخست با این‌که سندش ضعیف است، نادر است و شیخ طوسی آن را تأویل کرده است که این ناشی از اشتباه راوی است در این‌که حکم فرزند زن لعان شده مانند حکم زنزاده باشد، بعید است و روایت دوم مقطوع است و شاید از گفتار و عقیده خود یونس باشد (محمدی، ۱۳۶۹، ص ۱۶۳). اکثر فقهای عامه معتقدند که کودک نامشروع در ارث مانند ولد ملاحنه است و بین او و پدرش توارث وجود ندارد، اما بین مادر و فرزندش توارث برقرار می‌باشد (مغنیه، ۱۳۷۲، ص ۵۲۹-۵۳۰).

توجه به این نکته ضروری است که مسأله توارث میان کودک خارج از نکاح و فرزندان و همچنین همسرش وجود دارد؛ وی از آنها و همچنین آنها از وی ارث

۱- قال رسول الله (ص): «الولد للفراس والعاهر الحجر ولا یورث ولد الزنا...» ۲- قال الصادق ۷: «الولد لغیه لا یورث» ۳- عن الصادق ۷ مسأله: «ان مات ولد زنا و له مال من یرثه؟ قال: الامام» (حرعاملی، ۱۴۱۲ هـ، ج ۱، احادیث ۱-۳، محمدی، ۱۳۶۹، ص ۱۶۳).
۲- به نقل از: حرعاملی، بی‌تا، ص ۵۶۹.

می‌برند و دلیل توارث بین او و اولاد مشروع و همسرش، عموم ادله ارث از کتاب و سنت و وجود نداشتن مانع از این جهت است (نوالمجید، ۱۳۲۹، ج ۲، ص ۴۱۰). قانون مدنی ایران در ماده ۸۸۴ مقرر می‌دارد: «ولد زنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمی‌برد، اما اگر حرمت رابطه‌ای که طفل ثمره آن است نسبت به یکی از ابویین ثابت و نسبت به دیگری به واسطه اکراه یا شبهه زنا نباشد طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث می‌برد و بالعکس». در رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ نیز به طور صریح، توارث میان کودک نامشروع و پدر و مادر و اقوام آنها منتفی دانسته شده است. حقوق‌دانان برای توجیه این محرومیت دلایلی را ذکر می‌کنند؛ از جمله این‌که برابری حقوق کودکان خارج از نکاح با کودکان ناشی از ازدواج به منزله انکار ضرورت تشکیل خانواده می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۳۲۷). ملازمه با نفی نکاح دارد. این امر منجر به افزایش رابطه آزاد میان زن و مرد و در نتیجه افزایش فرزندان نامشروع خواهد شد و از حقوق فرزندان دیگر که ناشی از نکاح و روابط قانونی هستند، به ویژه از سهم‌الارث آنان خواهد کاست (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۳۲۶). همچنین عقیده دارند که اگر بناست حقوقی نیز به این فرزندان داده شود، نباید مساوی حقوقی باشد که قانون برای کودکان مشروع شناخته است.

اما واقع آن است که عدم توجه به این کودکان یا تحقیر آنان سبب بروز مخاطرات فراوانی برای جامعه می‌شود؛ لذا حقوق‌دانان و جامعه‌شناسان سعی دارند که تفاوت این کودکان را با کودکان دارای نسب مشروع کمتر کنند و به طرق مختلف از این کودکان حمایت لازم را به عمل آورند؛ زیرا معتقدند نسب و تبعیض براساس آن را باید دو مقوله جدا از هم تصور نمود.

گروهی از حقوق‌دانان پیشنهاد نموده‌اند که از طریق وصیت تملیکی یا از طریق صلح اموال از طرف پدر به این کودکان، مسائل و مشکلات مالی و مادی کودکان خارج نکاح را می‌توان حل نمود، ولی راهی برای اجبار پدر به انتقال مال یا بخشیدن آن به فرزند از طریق توسل به مراجع قضایی به نظر نمی‌رسد (گرچی، ۱۳۸۵، ص ۴۲۰).

حقوق غیرمالی کودک خارج از نکاح

الف - حضانت

قانون مدنی حضانت را تعریف نکرده است، اما برخی از فقهای امامیه در تعریف آن گفته‌اند: «حضانت عبارتست از ولایت و سلطنت بر تربیت و متعلقات آن از قبیل نگاهداری کودک، گذاردن در بستر و...» (جبعی عاملی، ۱۴۱۳ هـ.ج، ص ۵۸۱).

در مورد این‌که حضانت حق محض است یا با تکلیف آمیخته است، در میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. فقهای امامیه در این زمینه سه نظر ارائه داده‌اند: بعضی برآنند که حضانت حق فردی محض و ساده است و از این رو قابل اسقاط و انتقال می‌باشد و می‌توان آن را عوض در طلاق خلع قرار داد و نمی‌توان دارنده حق را به حضانت ملزم کرد، مگر این‌که نگاهداری کودک به وسیله شخص دیگری ممکن نباشد (گرجی، ۱۳۸۴، ص ۴۴۱). مطابق این نظریه، مادر می‌تواند در ازای حضانت مطالبه اجرت کند؛ زیرا این کار تکلیفی برای او به شمار نمی‌آید. دسته‌ای دیگر معتقدند که حضانت هم حق و هم تکلیف است؛ بنابراین دارنده حضانت نمی‌تواند آن را اسقاط کند، یا منتقل کند، یا عوض در طلاق خلع قرار دهد و مادری که عهده‌دار حضانت است نمی‌تواند مطالبه اجرت کند (جبعی عاملی، ۱۳۸۰، ص ۳۴۵). نظر سوم این است که باید بین پدر و مادر در مورد حضانت تفاوت گذاشت، بدین معنی که اگر مادر از نگاهداری کودک امتناع کند، حضانت به پدر واگذار می‌شود و اگر هر دو از آن خودداری نمایند، پدر به آن مجبور می‌گردد. پس حضانت برای مادر حق و برای پدر هم حق و هم تکلیف است (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۳۳۴). در فقه عامه نیز نظرات متفاوت است، در فقه شافعی و حنفی مادر حق دارد از حقوق خود در این زمینه صرف نظر کند و اگر از انجام حضانت امتناع کند، نمی‌توان او را مجبور و ملزم به آن کرد. البته در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد و ظاهر نصوص دلالت دارد که حضانت همانند شیر دادن مادر به کودک است و هر وقت مادر مایل باشد، می‌تواند آن را ساقط کند، یا می‌تواند عوض طلاق خلع قرار دهد. اما حنفی‌ها در این زمینه اختلاف نظر دارند؛ گروهی از آنان بر این اعتقادند که حضانت حقی برای طفل است که مادر نمی‌تواند آن را عوض طلاق خلع قرار دهد یا حق خود را اسقاط و یا

مصالحه کند (مغنیه، ۱۹۶۴م، ص ۲۸۲ و ۲۸۳ و ۲۸۳؛ گرجی، ۱۳۸۵، ص ۴۴۷).^۱

قانون مدنی ایران به پیروی از نظریه دوم فقهای امامیه که نقل شد، در مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۷۲ حضانت کودکان را حق و تکلیف ابویین دانسته است. بر این اساس پدر و مادر نمی‌توانند آن را اسقاط یا به دیگری منتقل کنند. بلکه باید وظیفه خود را انجام دهند. در ازای آن نمی‌توانند مطالبه اجرت نمایند. اشخاص عهده‌دار حضانت در حقوق ایران پدر و مادر می‌باشند. قانون مدنی ایران نیز تا قبل از سال ۱۳۸۲ به پیروی از رأی مشهور امامیه، سن حضانت پسر را تا ۲ سال و دختر را تا ۷ سال برای مادر تعیین نموده بود، اما با اصلاح ماده ۱۱۶۹ در سال ۱۳۸۲ سن حضانت، هر دو تا ۷ سالگی با اولویت برای مادر تغییر کرد: «برای حضانت و نگاهداری طفل، مادر تا سن ۷ سالگی اولویت دارد و پس از آن در صورت حدوث اختلاف با رعایت مصلحت کودک به تشخیص و تأیید دادگاه می‌باشد».

در خصوص حضانت کودک نامشروع، اکثر فقهای امامیه معتقد به عدم الحاق کودک نامشروع به زانی و زانیه می‌باشند و جز حرمت نکاح هیچ رابطه‌ای بین کودک خارج از نکاح و پدر و مادر عرفی او قائل نیستند. اما بعضی از فقها در این باره بیان کرده‌اند که نگهداری از زنزاده واجب کفایی می‌باشد و باید بیت‌المال هزینه او را فراهم نماید (موسوی گلپایگانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۷۷). در واجب کفایی اگر کسی اقدام به انجام کند، از دیگران تکلیف ساقط می‌شود؛ در این مورد هم اگر ابویین عرفی کودک اقدام به حضانت از او نمایند، این واجب از دیگران ساقط خواهد شد.

امام خمینی در پاسخ به سؤالی درباره نفقه متولدالزنا و حفظ و نگهداری او به وسیله زانی، متولد از زنا را در نفقه و حضانت در حکم سایر اولاد دانسته است (کریمی، ۱۳۶۵، ص ۴۷).

امروزه فقهای معاصر شیعه معتقد به وجوب نفقه و حضانت توسط زانی می‌باشند که این امر به مصلحت کودک است و به‌علاوه از مسؤولیت دولت نیز کاسته می‌شود. فقهای عامه معتقدند که رابطه نسب میان کودک خارج نکاح و مادرش برقرار می‌باشد و حقوق و

۱- به نقل از: مغنیه، ۱۹۶۴م، ص ۲۸۲-۲۸۳.

تکالیفی که در نسب مشروع وجود دارد، در رابطه بین آنها نیز جاری است و تکلیف به نگهداری و حضانت کودک تنها به عهده مادر می‌باشد (مغنیه، ۱۳۷۲، ص ۲۷۶) و حضانت کودک بعد از مادر برعهده جد مادری و پس از آن برعهده جده پدری و سپس خواهر تنی و خواهر مادری و خواهر پدری است تا به عمه و خاله برسد و در صورتی که از اقربا زنی نباشد، نوبت به اقوام ذکوری می‌رسد که به ترتیب ارث، تکلیف حضانت دارند (بدران، ۱۹۶۱م، ص ۲۲۳).

به هرحال هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ کلیه تکالیفی را که پدر در مقابل فرزند دارد جز مسأله ارث، در مورد طفل ناشی از زنا نیز برعهده پدر قرار داده است. در نتیجه با توجه به رأی وحدت رویه و بر اساس ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی به بعد، حضانت و نگهداری کودکان نامشروع، حق و تکلیف ابویین طبیعی است و والدین باید از کودک مراقبت نموده، در حدود توانایی به تربیت وی برحسب مقتضی اقدام کنند و این که رأی وحدت رویه تمام تکالیف فرزند ناشی از زنا را برعهده پدر طبیعی قرار داده است، به این معنا نیست که مادر طبیعی هیچ‌گونه تکلیفی در حضانت کودک ندارد. به نظر می‌رسد حکم پدر در رأی وحدت رویه از باب غلبه آمده است.

ب- ولایت

در اصطلاح حقوقی، ولایت در دو معنی عام (سلطه‌ای است که شخص بر جان و مال دیگری پیدا می‌کند و شامل ولایت پدر و جد پدری و پیامبر و حاکم می‌شود) و معنی خاص (در رابطه خانوادگی مربوط به کودک یا سفیه و مجنونی که حجرشان متصل به زمان صغر است) به کار برده می‌شود (امامی، ۱۳۷۱، ص ۲۱۳). بنا به نظر اکثر فقهای امامیه و عامه، ولایت از آثار حقوقی نسب مشروع می‌باشد و به دلیل آن که کودک خارج از نکاح از نظر شرعی نسبتی با ابویین خود ندارد، از این رو پدر و جد پدری ولایتی بر این‌گونه کودکان ندارند. آیت الله فاضل لنکرانی در پاسخ به استفتایی که از ایشان به عمل آمده، به طور صریح، ولایت زانی را از ولد زنا نفی نکرده و فرموده است که ظاهراً ولایت و سرپرستی ولدزنا با پدر عرفی است، البته در صورتی که

پسر باشد تا ۲ سال و اگر دختر باشد تا ۷ سال حضانت او با مادر است (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۴۷۹). ولایت بر کودک و نظارت بر مصالح او در فقه به ترتیب اولویت برعهده افراد زیر است که در صورت نبودن یکی، ولایت به دیگری منتقل می‌گردد: ۱- پدر و جد پدری؛ ۲- وصی پدر یا جد پدری؛ ۳- حاکم شرع؛ ۴- مؤمنان عادل (موسوی گلپایگانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۲).

بنابراین، اگر ولایت پدر نباشد، ولایت کودک نامشروع برعهده امام خواهد بود. در این زمینه مرحوم آیت الله گلپایگانی معتقد است که اگر کودکی فاقد پدر یا جد پدری باشد، ولی شرعی او مجتهد جامع الشرایط یا کسی است که مجتهد او را قیم قرار داده باشد (موسوی گلپایگانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۵۰). اکثر فقهای امامیه معتقد به عدم ولایت مادر و جد مادری هستند (طباطبایی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲، ص ۱۶۴)، اما تعداد کمی از جمله ابن جنید معتقد به ولایت مادر و جد مادری می‌باشند (محقق داماد، ۱۳۸۵، ص ۵۷).

قانون مدنی نیز در ماده ۱۱۸۱ مقرر می‌دارد: «هریک از پدر و جدپدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند» اما پدر و جد پدری بر کودک خارج نکاح ولایت ندارند؛ زیرا حق ولایت مخصوص کودک قانونی و نسب مشروع است و فردی که از راه خارج از نکاح، صاحب اولاد شود ولایتی بر او، و حق اداره اموال او را ندارد.

با توجه به رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ در خصوص ولایت کودک خارج نکاح، گروهی از حقوق‌دانان بر این عقیده‌اند که تردیدی وجود ندارد که چنین کودکی تحت ولایت قهری قرار دارد و ولایت، حق یا امتیازی نیست که خاص فرزندان مشروع باشد (گرجی، ۱۳۸۴، ص ۴۲۰). به نظر می‌رسد رأی وحدت رویه کلیه تکالیف کودک خارج از نکاح را بر عهده پدر عرفی گذارده است؛ اما در واقع ولایت نوعی حق سلطه و قدرت بر دیگری است که دادن این حق به کسی نیازمند قانون است و قانون چنین حقی را به پدر عرفی اعطا نکرده است. بنابراین، کودکان خارج نکاح، فاقد ولی خاص هستند و مطابق ماده ۱۲۱۸ قانون مدنی باید برای آنان نصب قیم نمود.

ج- رعایت موانع نکاح

موانع نکاح اموری است که با وجود آنها امکان نکاح میان زن و مرد وجود ندارد و

محارم کسانی هستند که ازدواج با آنان حرام است و در متون فقهی و حقوق ایران شامل سه گروه می‌باشند: محارم نسبی، سببی و رضاعی که ازدواج با آنان در آیه شریفه «حرمت علیکم امهاتکم و بناتکم و اخواتکم و عماتکم و خالاتکم...» (نساء، ۲۳) نهی گردیده است. آنچه مسلم است، حلیت زن و مرد بر یکدیگر، در این مورد وجود ندارد و برای ادامه ارتباط شرعی و قانونی، نیاز به انجام عقد نکاح است؛ برخی از فقیهان^۱، با استناد به نامشروع بودن آمیزش، کلیه آثار نکاح صحیح را از این نکاح برمی‌دارند و در نتیجه، نکاح مرد را با مادر زن و نکاح زن را با پدر مرد جایز می‌دانند (مروری، ۱۴۱۰هـ ج ۱۸، ص ۷۲). اما بیش‌تر فقیهان^۲، علی‌رغم نامشروع بودن خویشاوندی، اثر حرمت نکاح هر یک از زن و مرد را با پدر و مادر و فرزندان طرف دیگر، همچنان باقی و ثابت می‌دانند (همان، ص ۹۱).

بنابراین در مورد ممنوعیت ازدواج با محارم مشهور، فقهای امامیه معتقدند که کودکان خارج نکاح نمی‌توانند با اشخاص نامبرده در آیه فوق ازدواج کنند و استدلال نموده‌اند از آن جا که کودک خارج نکاح از نطفه زانی خلق شده است و از نظر لغوی و زیستی، ولد نامیده می‌شود، نمی‌توانند با محارم خویش ازدواج نمایند (حلی، ۱۳۲۷، ج ۲، ص ۵۰۷؛ مروری، ۱۴۱۰هـ ج ۱۹، ص ۴۷۱؛ نجفی، بی‌تا، ج ۲۹، ص ۲۵۶) و علامه حلی بر این تحریم ادعای اجماع کرده است (حلی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۱۴).

امام خمینی (ره) در این مسأله فرمود است: احکامی که بر نسب ثابت در شرع از توارث و غیره مترتب می‌باشد، اگرچه اختصاص به اولی دارد، اما ظاهراً بلکه قطعاً موضوع حرمت ازدواج اعم از آن است پس سبب غیرشرعی را هم می‌گیرد. پس اگر با زنی زنا کند و پسر و دختر از او متولد شود، ازدواج نمودن بین آن‌ها حرام است و همچنین بین هر یک از آن‌ها و بین اولاد زانی و زانیه که با ازدواج صحیح یا به زنا با زن دیگری پیدا شده‌اند و همچنین زن زانیه و مادرش و مادر مرد زانی و خواهر آن‌ها بر

۱- از طرفداران نظریه اول (عدم حرمت نکاح) سید مرتضی علم‌الهدی، ابن ادریس و علامه حلی می‌باشند (مروری، ۱۴۱۰هـ ج ۱۸، ص ۷۲؛ همان، ج ۱۹، ص ۳۶۹؛ همان، ج ۲۸، ص ۴۴۷).

۲- از جمله این فقیهان می‌توان به ابوصلاح حلبی، شیخ طوسی، ابن زهره، محقق حلی اشاره نمود (همان، ص ۹۱ و ۹۸، ص ۲۷۰؛ همان، ج ۱۹، ص ۴۸۱؛ دانش پژوه، ۱۳۸۲، ص ۵۷).

مرد حرام می‌شوند و زن بر مرد زانی و پدرش و اجداد و برادرها و عموهایش حرام می‌شود (جعفرپور، ۱۳۸۴، ص ۹۷).^۱

فقه‌های اهل سنت درباره رعایت موانع نکاح در مورد کودکان نامشروع اختلاف نظر دارند. شافعی معتقد است که مرد می‌تواند با دختر، خواهر، دخترپسر، دختردختر، دختربرادر و خواهر حاصل از زنا ازدواج کند؛ زیرا او بیگانه است و شرعاً به وی منتسب نمی‌شود (مغنیه، ۱۳۷۲، ص ۳۲۶).^۲ اما فقه‌های مذاهب حنفیه، حنابله و مالکی بر این نظرند که فردی که از طریق زنا متولد شده باشد، بر پدرش حرام است و نمی‌تواند با وی ازدواج کند، زیرا در حقیقت آن مخلوق، مولود اوست و جزئی از مرد محسوب می‌شود و به منزله دختر وی از نکاح است و به طور عموم، نص موجود شامل وی خواهد شد و از جهت عرف و لغت دختر مرد به حساب می‌آید و احکام تابع اسماء است و چنانچه مشمول برخی از احکام نشود، این امر موجب انتفاء دختر بودن وی نمی‌شود و خللی در انتساب دختر به پدرش وارد نمی‌شود (شیخ الاسلامی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۵۰).

از آن‌جا که کودک متولد از رابطه آزاد جنسی و خارج نکاح، رابطه خونی و طبیعی با والدین خویش دارد، قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه، در مورد منع نکاح، تفاوتی بین نسب مشروع و نامشروع قائل نشده و در ماده ۱۰۴۵ مقرر داشته است: «نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است اگرچه قرابت حاصل از شبه و زنا باشد: ۱- نکاح با پدر و اجداد یا مادر و جدات هر قدر که بالا رود؛ ۲- نکاح با اولاد هر قدر که پایین رود؛ ۳- نکاح با برادر و خواهر و اولاد آن‌ها هر قدر که پایین رود؛ ۴- نکاح با عمات و خالات خود و عمات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات».

ممکن است به نظر برسد که در حکم حرمت نکاح و عدم توارث میان والدین و کودک نامشروع، ناهماهنگی و تعارض وجود دارد و چرا قانون مدنی با وجود این‌که ولد ناشی از زنا را ملحق به زانی نمی‌داند و برای او حق توارث قائل نیست، در مورد موانع نکاح، وی را مانند فرزند مشروع دانسته و او را مشمول این موانع کرده است؟ در پاسخ گفته

۱- به نقل از: موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۲۵۲.

۲- به نقل از: ابن‌قدامه، بی‌تا، ج ۷، ص ۵۷۸.

شده است که احکام در شرع یا قانون بر دو قسم است: ۱- احکامی که مبتنی بر رابطه خونی و طبیعی است مانند حرمت نکاح با محارم و در این حکم فرقی نمی‌کند که نسب صحیح باشد یا فاسد، زیرا در نسب فاسد نیز رابطه خونی و طبیعی وجود دارد؛ ۲- احکامی که مبتنی بر نسب و رابطه شرعی است. نتیجه آن‌که ولد زنا شرعاً و قانوناً ولد نیست، اما به اعتبار طبیعی و خونی ولد محسوب می‌شود و به عبارت دیگر، بعضی از احکام بر ولد طبیعی و خونی مترتب می‌شود مانند حرمت ازدواج، و بعضی دیگر بر ولد شرعی و قانونی مترتب می‌گردد، مانند توارث. بنابراین، به دلیل آن‌که ولد زنا شرعی و قانونی نیست؛ ارث نمی‌برد و چون ولد خونی و طبیعی است، حرمت ازدواج بر آن ثابت می‌گردد. اما حقیقت آن است که این پاسخ در مقام ثبوت و تصور قابل توجیه است، ولی در مرحله اثبات مشکل است؛ زیرا اگر ادله احکام را در نظر بگیریم و آیات شریفه ارث^۱ و محرمات نسبی را مطالعه نماییم روشن می‌شود که ولد در همه آیات به یک مفهوم است و تفکیک میان آن‌ها دلیل ندارد و نتیجه آن است که مراد از ولد در آیه تحریم نکاح و آیه ارث همان معنی لغوی، عرفی و طبیعی است و نهایتاً در آیه ارث به وسیله نص خاص، ارث از کودک حاصل از زنا منع شده است (قبله/ای خوبی، ۱۳۸۷، ص ۱۴۷-۱۴۸).

حقوق خانوادگی کودک خارج نکاح در نظام حقوقی انگلستان

در نظام حقوقی انگلستان، اگر والدین کودکی که به صورت نامشروع به دنیا آمده است، بعداً ازدواج کنند، کودک مذکور مشروع و حلال زاده می‌گردد. به موجب قانون مشروعیت مصوب ۱۹۲۶، هر شخص نامشروع با ازدواج والدینش مشروع می‌گردد مشروط بر این‌که در تاریخ ازدواج، شخص نامشروع زنده باشد و پدر مقیم انگلستان و ولز باشد. علاوه بر آن، قانون مشروعیت مصوب ۱۹۵۹ مقرر می‌دارد: این‌که هر کدام از والدین با شخص ثالثی در زمان تولد طفل ازدواج کرده‌اند، مانع مشروعیت نخواهد بود و اثر حقوقی آن است که با کودک مشروعیت یافته تقریباً در همه زمینه‌ها به گونه‌ای رفتار می‌شود که گویا مشروع و قانونی بوده است. در صورتی که والدین بدون وصیت نامه

۱- نساء، ۱۱

فوت کنند، کودک مشروعیت یافته، اموال آنان را به ارث خواهد برد و علاوه بر آن، او هم چون یک کودک قانونی همان حقوق نفقه از والدین را خواهد داشت.

کودکی که در خلال دوران زناشویی به دنیا آید، علی‌الظاهر مشروع است. همین‌طور کودکی که در خلال مدت معمول پس از انحلال نکاح به واسطه فوت شوهر یا طلاق، به دنیا آمده باشد، فرض می‌شود که مشروع است و یک کودک فقط در صورتی نامشروع خواهد بود که مادر با پدر ازدواج نکند، اما اگر مادر پس از تولد کودک با پدر ازدواج کند، کودک مذکور می‌تواند کسب مشروعیت نماید. اگر مادر با شخص دیگری (غیر از پدر) ازدواج کند، مادر و شوهر ممکن است در این صورت مشترکاً فرزند نامشروع مادر را به فرزند خواندگی قبول کنند، که در این صورت شوهر وی ملزم به نگهداری کودک مذکور است و می‌تواند ادعای حضانت او را به عنوان «کودک خانواده» نماید.

حقوق مالی

در مواردی که هریک از والدین یک کودک نامشروع بدون این‌که وصیت‌نامه‌ای در خصوص اموال غیرمنقول یا منقول داشته باشند، فوت نمایند، فرزند نامشروع از همان حقوق توارثی برخوردار می‌شود که اگر مشروع به دنیا آمده بود، دارا می‌شد. علاوه بر آن، در مواردی که یک کودک نامشروع بدون وصیت‌نامه بمیرد، هر کدام از والدین او می‌توانند، از اموال کودک که در صورتی که او مشروع به دنیا می‌آمد، مستحق آن بودند، هرگونه انتفاعی را ببرند (قانون اصلاح حقوق خانواده مصوب ۱۹۶۹، ماده ۱۴).

به موجب ماده ۱۵ قانون فوق، در کلیه مقررات مالی نظیر بیع، هبه و... پس از ۳۱ دسامبر ۱۹۶۹، اشاره به کودکان و سایر خویشاوندان، شامل اشاره به کودکان نامشروع و اشخاص ذی‌ربط نیز می‌باشد، مگر این‌که قصد مخالف احراز شود. به همین ترتیب ماده ۱۶ مقرر می‌دارد که از ژانویه ۱۹۷۰، در مواردی که موصی به فرزند خود یا سایرین هبه‌ای کند، اشاره مذکور، شامل تمامی فرزندان نامشروع موصی نیز خواهد شد (پدفیله، ۱۳۸۷، ص ۹۷-۹۸).

حضانت و انفاق

یک کودک نامشروع تحت حضانت مادرش است و مادر ملزم به انفاق او تا شانزده سالگی است و پدر اسمی کودک جز زمانی که یک قرار تعیین نسب به وسیله یک محکمه صالح علیه او صادر شود، هیچ تعهد حقوقی برای تأمین کودک ندارد. اگر چنین قراری صادر شود، پدر مذکور مسئول انفاق کودک تا شانزده سالگی است؛ هر چند که اگر کودک نیاز به آموزش و تعلیم بیشتری داشته باشد، مدت مذکور ممکن است به بیش از شانزده سال نیز تعمیم یابد.

بنابراین نظام حقوقی انگلستان با اصلاحاتی راه را برای برابر ساختن وضعیت حقوقی کودک مشروع و نامشروع پیموده است.

حقوق خانوادگی کودک خارج نکاح در نظام حقوقی ایتالیا

نظام حقوقی ایتالیا حقوق خانوادگی یکسانی را برای کودکان خارج از نکاح و کودکان مشروع و قانونی در نظر گرفته است چنان‌که اصل ۳۰ قانون اساسی ایتالیا مقرر می‌دارد: «حضانت و آموزش و تربیت فرزندان، وظیفه و حق والدین است؛ ولو آن‌که فرزندان به صورت غیرقانونی و نامشروع متولد شده باشند. در صورت عدم صلاحیت والدین برای حضانت اطفال، قانون مشخص خواهد کرد که این وظایف چگونه باید انجام پذیرد. قانون تمامی حمایت‌های قانونی و اخلاقی را برای متولدان غیرقانونی و نامشروع برابر با حقوق فرزندان مشروع خانواده به رسمیت می‌شناسد. حدود و نحوه تعیین هویت والدین را قانون مقرر می‌کند».

بنابراین، در نظام حقوقی ایتالیا کودکان نامشروع در برخورداری از حقوق هیچ‌گونه تفاوتی با سایر کودکان ندارند در حالی‌که در نظام حقوقی ایران چنین کودکانی از ارث محروم می‌باشند.

حقوق خانوادگی کودک خارج نکاح در نظام حقوقی فرانسه

در حقوق فرانسه اگرچه کودکان خارج از نکاح نسب قانونی ندارند، اما رابطه خونی و

واقعی آن‌ها با والدین انکارناپذیر است و از حدود یک قرن پیش تاکنون، در زمینه حمایت از کودکان خارج نکاح تحولات لازم به وجود آمده و تلاش شده است به تدریج از اختلاف موجود میان کودکان خارج نکاح و کودکان قانونی کاسته شود (گرچی، ۱۳۸۵، ص ۴۰۸).

در نظام حقوقی فرانسه، با اصلاحات جدیدی که در مقررات مربوط به حقوق خانواده در قانون مدنی به عمل آمده، از تفاوت میان کودکان نامشروع و مشروع کاسته شده است و برابر ماده ۳۳۴ جدید قانون مدنی فرانسه، اطفال خارج از نکاح در رابطه با والدین خود به طور کلی دارای همان حقوق و تکالیفی هستند که فرزندان مشروع دارا می‌باشند.

امروزه موضوع کودکان خارج نکاح از مرزهای سیاسی کشورها خارج شده و جنبه جهانی پیدا کرده است. در دوازدهم سپتامبر ۱۹۶۲ پیمانی میان کشورهای آلمان، اتریش، بلژیک، فرانسه، یونان، ایتالیا، هلند، سوئیس، ترکیه و اعضای کمیسیون بین‌المللی احوال شخصیه به منظور هماهنگ کردن مقررات مربوط به اثبات و استقرار نسب کودکان خارج نکاح به امضا رسید و تحولات جدیدی در جهت حمایت از این کودکان و حفظ حقوق آن‌ها شکل گرفت (Dabin, 1965, P.7).

یافته‌های پژوهش

تا قبل از سال ۱۳۷۶ که هیأت عمومی دیوان عالی کشور به موجب رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ کلیه تکالیف مربوط به کودکان متولد از زنا را برعهده زانی و پدر عرفی کودک قرار داد، چنین کودکانی در رابطه با والدین خود، دارای هیچ حقوقی شناخته نمی‌شدند و تنها برخی از حقوق‌دانان با استفاده از نظریه تسبیب و مسؤولیت مدنی تلاش می‌کردند نفقه و حضانت این کودکان را برعهده پدر و مادر طبیعی قرار دهند. اما حقیقت آن است که اگرچه به دلیل احترام به حریم خانواده و حمایت از ارزش‌های اسلامی، روابط آزاد و نامشروع میان زن و مرد نهی و ممنوع گردیده است، اما در حقوق ایران و بسیاری از جوامع و اسناد بین‌المللی، کودکان خارج نکاح، فرزندان والدین محسوب می‌شوند و بر همین مبنا، قانون‌گذار و شارع، ازدواج کودک خارج نکاح و والدین و سایر اقارب نسبی را همانند فرزند قانونی و شرعی حرام و ممنوع اعلام نموده است، زیرا از

جهت زیستی، اخلاقی و ژنتیکی تفاوتی میان کودکان نامشروع و مشروع وجود ندارد و رویه قضایی ایران نیز تصمیم قانونی خود را بر همین مبنا استوار نموده است و اعلام می‌دارد که کلیه تکالیف خانوادگی (جز توارث) برعهده والدین چنین کودکی می‌باشد. با این وجود مطابق ماده ۸۸۴ قانون مدنی و همچنین رأی وحدت رویه مذکور، کودکان نامشروع از والدین خود ارث نمی‌برند و در نتیجه بار گناه دیگران را باید کودک نامشروع به دوش کشد و او باید مجازات جرمی را تحمل نماید که دیگران مسبب آن بوده‌اند. کنوانسیون حقوق کودک نیز میان کودکان مشروع و نامشروع از لحاظ برخورداری از حقوقی که در این کنوانسیون برای کودکان در نظر گرفته شده است، تفاوتی قائل نیست و تصریح می‌کند که کودک به طور مطلق، مورد نظر می‌باشد. از سوی دیگر، اصل کلی تساوی و عدم تبعیض در احترام به اشخاصی که خارج از روابط زناشویی متولد می‌شوند، در قوانین کشورهای انگلستان، ایتالیا و فرانسه مورد تصویب واقع شده و تلاش گردیده است این کودکان حقوقی متساوی با کودکان مشروع پیدا کنند. بر والدین کودکان خارج از نکاح نیز لازم است در برابر کودکان خویش تکالیف متعددی را برعهده بگیرند. بنابراین در راستای حمایت از حقوق کودکان نامشروع در قوانین داخلی و در جهت رعایت اصل عدم تبعیض میان کودکان پیشنهاد می‌شود همان‌گونه که رأی وحدت رویه، تکالیفی را برعهده پدر عرفی قرار داده است، رویه قضایی نیز برای جبران محرومیت این کودکان از ارث تدابیری بیندیشد یا از طریق وصیت تملیکی یا صلح اموال از طرف پدر به این کودکان، مسائل و مشکلات مالی و مادی آن‌ها را حل نماید.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

منابع و مأخذ

- ✓ قرآن کریم
- ✓ اراکی، محمدرضا، *جامع المسائل*، قم، مهر، ۱۳۷۵، چاپ اول
- ✓ امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیه، ۱۳۷۸، چاپ سیزدهم
- ✓ بدران، ابوالعینین بدران، *الاحوال الشخصیه*، بیروت، دارالتألیف، ۱۹۶۱م، چاپ اول
- ✓ پدیلد، کالین فرانک، *Law made simple* ترجمه اسماعیل صغیری، تهران، میزان، ۱۳۸۷، چاپ اول
- ✓ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، ابن سینا، ۱۳۴۶، چاپ دوم
- ✓ جبعی عاملی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام إلى تنقيح شرایع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳هـ چاپ اول
- ✓ ——— *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة* (شرح لمعه)، چاپ سنگی عبدالرحیم، بی تا
- ✓ ——— *مباحث حقوقی شرح لمعه*، شارح: اسدالله لطفی، تهران، مجد، ۱۳۸۰، چاپ اول
- ✓ جعفرپور، جمشید، «*حقوق کودکان نامشروع در کنوانسیون حقوق کودک و قوانین اسلامی با رویکردی به دیدگاه فقهی امام خمینی(ره)*»، پژوهشنامه متین، شماره ۲۸ و ۲۹، ۱۳۸۴
- ✓ حرعاملی، محمدبن حسن، *وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل البیت، ۱۴۱۲هـ چاپ اول
- ✓ حرم پناهی، محسن، «*تلقیح مصنوعی*»، مجله فقه اهل بیت، شماره ۱۰، ۱۳۷۶
- ✓ حسینی نژاد، حسین علی، *مسئولیت مدنی*، تهران، جهاد دانشگاهی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۰، چاپ اول

- ✓ حلی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء*، مکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ سنگی، بی تا، چاپ اول
- ✓ دانش پژوه، مصطفی، «*تابعیت طفل طبیعی در نظام حقوقی ایران*»، مجله حوزه و دانشگاه، شماره ۳۶، ۱۳۸۲
- ✓ ذوالمجدین، زین العابدین، *ترجمه و شرح تبصره علامه*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۲۹، چاپ اول
- ✓ شیخ الاسلامی، سید اسعد، *احوال شخصیه در مذاهب چهارگانه اهل سنت*، تهران، نشر دانشگاهی، ۱۳۷۰، چاپ اول
- ✓ صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی، *مختصر حقوق خانواده*، تهران، میزان، ۱۳۸۵، چاپ یازدهم
- ✓ طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *عروه الوثقی*، تهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه، ۱۴۰۹هـ، چاپ اول
- ✓ فاضل لنکرانی، محمد، *جامع المسائل الاستفتائات*، قم، امیرعلم، ۱۳۷۵، چاپ اول
- ✓ قبله ای خویی، خلیل، *مسائل مستحدثه*، تهران، سمت، ۱۳۸۷، چاپ اول
- ✓ کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۵، چاپ چهارم
- ✓ _____، *حقوق مدنی (خانواده)*، تهران، میزان، ۱۳۸۲، چاپ سوم
- ✓ کریمی، حسین، *موازن قضایی از دیدگاه امام خمینی*، قم، انتشارات شکوری، ۱۳۶۵، چاپ اول
- ✓ گرجی، ابوالقاسم، *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، چاپ اول
- ✓ محقق داماد، مصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده*، تهران، علوم اسلامی، ۱۳۸۵، چاپ سیزدهم
- ✓ حلی، جعفر بن الحسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، تهران، استقلال، ۱۳۶۷، چاپ هشتم
- ✓ محمدی، ابوالحسن، *ارث (ترجمه شرایع الاسلام و مسالک الافهام)*، تهران، نشر

- دانشگاهی، ۱۳۶۹، چاپ اول
- ✓ مروارید، علی اصغر، *سلسله الینابیع الفقهیه*، بیروت، مؤسسه فقه الشیعہ، ۱۴۱۰هـ چاپ اول
- ✓ موسوی خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، نجف، الاداب، ۱۳۹۰ هـ چاپ دوم
- ✓ مغنیه، محمدجواد، *فقه تطبیقی: مذاهب پنجگانه جعفری - حنفی - مالکی - شافعی - حنبلی*، ترجمه کاظم پورجوادی، ماجد، ۱۳۷۲، چاپ چهارم
- ✓ *الفقه علی مذاهب الخمسه*، بیروت، ۱۹۶۴م، چاپ اول
- ✓ مکارم شیرازی، ناصر، *مجموعه استفتانات جدید*، قم، مدرسه علی بن ابی طالب 7، ۱۳۷۵، چاپ اول
- ✓ موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، نجف، النعمان، بی تا، چاپ اول
- ✓ موسوی گلپایگانی، محمدرضا، *مجمع المسائل*، قم، دارالقرآن الکریم، بی تا، چاپ اول
- ✓ نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران، مکتب اسلامی، ۱۴۰۱هـ چاپ اول

اسناد و قوانین

- ✓ اعلامیه جهانی حقوق بشر
- ✓ روزنامه رسمی کشور شماره ۱۵۹۳-۱۰/۶/۱۳۷۶
- ✓ قانون اساسی کشور ایتالیا
- ✓ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران
- ✓ قانون مسئولیت مدنی
- ✓ کنوانسیون حقوق کودک
- ✓ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی
- ✓ Dabin (J), *Le Statut juridique de l'enfant naturel*, travaux de la premiere etude juridique, Vol.1, 1965