

تبیین نظریه عقد بودن فرزندخواندگی و آثار آن با تأکید بر قانون جدید

فاطمه رجائی*، حسین مرتضوی**

چکیده

فرزندخواندگی نهادی است با سابقه‌ای دیرینه که پیش از اسلام در ایران نیز وجود داشته و بعد از ظهور اسلام با تغییراتی توسط قرآن و سنت امضاء شده است. از آنجایی که احکام، آثار و ضمانت اجرای قوانین فرزندخواندگی بر اساس ماهیت آن معلوم می‌گردد، بحث ماهیت فرزندخواندگی جایگاه مهمی در نهادهای حقوقی دارد. اعمال و اجرای بسیاری از قوانین حقوقی منوط به وضعیت حقوقی فرزندخواندگی است. درباره‌ی ماهیت فرزندخواندگی نظرات متعددی اظهار شده، برخی آن را ایقاع دانسته و برخی صرف یک رابطه‌ی حقوقی به حکم دادگاه می‌دانند. اگر فرزندخواندگی تعهد اخلاقی، امانت و عقد یا نهاد دیگری باشد، احکام و آثار آن نیز متفاوت خواهد بود. لذا این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی و شیوه کتابخانه‌ای به این مبحث پرداخته است. با توجه به پیشینه تاریخی و ادله‌ای مانند سیره عقلا، عدم ولایت بر دیگری و... که در مقاله به صورت تفصیلی بیان شده، این نتیجه به دست می‌آید که فرزندخواندگی یک عقد است و نه ایقاع یا صرف حکم دادگاه و... چرا که نیازمند اراده‌ای دوطرفه است. مفسران قرآن نیز این نهاد را عقد تلقی نموده‌اند. فرزندخواندگی عقدی تشریفاتی، مبتنی بر مصلحت فرزندخوانده و لازم‌الاجراست و طبق قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست حقوق و تکالیفی را برای طرفین ایجاد می‌کند. از جمله وظایفی که برای سرپرست مقرر شده تأمین مالی آینده، پرداخت هزینه‌های زندگی، تربیت و نگهداری از فرزندخوانده است و فرزندخوانده نیز ملزم به رعایت احترام و اطاعت از سرپرست خود است.

واژگان کلیدی

فرزندخواندگی، فرزندخوانده، ایقاع، عقد

*. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه حکیم سبزواری، سبزوار، خراسان رضوی، ایران (نویسنده مسئول)

(f.rajaei@hsu.ac.ir)

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده الهیات، دانشگاه حکیم سبزواری، سبزوار، خراسان رضوی، ایران

(mortazavihossein25@gmail.com)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۰۹

۱- مقدمه و بیان مسئله

برخی از خانواده‌ها از وجود فرزند به علل گوناگونی محروم هستند. با مطالعه در سابقه تاریخی جوامع گوناگون راه‌حل مشترکی بین این جوامع برای از بین بردن این محرومیت دیده می‌شود. راه‌حل آن نهادی به نام فرزندخواندگی است که سابقه‌ی دیرینه‌ای در ایران، اسلام و جهان دارد. فرزندخواندگی در هر زمان و مکانی بین جوامع آثار حقوقی و اجتماعی متفاوتی داشته است؛ برای مثال در ایران باستان فرزندخواندگی توأم با اعتقادات مذهبی بوده است. در عربستان پیش از اسلام نیز فرزندخواندگی رایج بوده و این فرزندان از تمام حقوق و امتیازات فرزند واقعی برخوردار بودند. پس از ظهور اسلام نیز فرزندخواندگی از جمله نهادهایی بود که توسط اسلام امضاء شد، چنانکه رسول خدا (ص) نیز فرزندخوانده‌ای به نام زید داشت که بنا به تصریح خود رسول خدا (ص) مانند فرزند واقعی وارث ایشان بود (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ۱۱، ۱۹۱؛ طباطبایی، ۱۳۴۴، ۱۶، ۴۸۶؛ عالمی طامه، ۱۳۹۱: ۸۳). زید حدود سیزده سال قبل از بعثت فرزندخوانده‌ی رسول خدا (ص) شد و تا سال پنجم هجری آثار نسب واقعی بر این رابطه وارد بود اما با نزول آیات ۴، ۵ و ۳۷ سوره‌ی احزاب، موضع اسلام در برابر این نهاد روشن گردید و برخی آثار آن تغییر کرد. آیاتی که البته در تفسیر آن اختلافاتی وجود دارد و برخی معتقد به نفی کامل فرزندخواندگی توسط قرآن هستند؛ اما آنچه به نظر می‌رسد صحیح و مبتنی بر دلایل کافی باشد، این است که اسلام اصل فرزندخواندگی را تأیید و فقط بعضی آثار آن، مانند وراثت را محدود یا منتفی نموده است (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ۳۰۴). در ایران معاصر نیز تا سال ۱۳۵۳ مقررات مشخصی در مورد فرزندخواندگی وجود نداشت، شاید علت این امر همان اختلاف فقها در باب تداوم یا نسخ نهاد مذکور بود، اما بالاخره در اثر احساس نیاز جامعه به تبیین فرزندخواندگی و ابعاد حقوقی آن، مجلس شورای ملی در ۲۹ اسفندماه این سال اقدام به تصویب اولین قانون فرزندخواندگی در ایران نمود. این قانون مشتمل بر هفده ماده است. هدف اصلی مقنن در این قانون الحاق نهاد فرزندخواندگی به سیستم حقوقی ایران و جانشینی آن به جای ارتباط نسبی است؛ اما در ماهیت حقوقی رابطه ایجادشده بین والدین فرزند پذیر و کودک بین حقوقدانان اختلاف نظر است، برخی آن را تفویض و واگذاری به عنوان امین موقت یا قیمومیت و تحت نظارت دادستان دانسته که کودکان بی سرپرست با نظارت و پیشنهاد دادستان به افرادی که شایسته نگهداری این اطفال هستند سپرده می‌شوند (صفایی و امامی ۱۳۹۵: ۲۷۸) و برخی نیز معتقدند که فرزندخواندگی عقد است و آثار آن را دارد (عالمی طامه، ۱۳۹۱: ۷۲) برخی دیگر معتقدند فرزندخواندگی عقدی است که یک طرف آن خانواده‌ی فرزندپذیر است و طرف دیگر آن دادگاه به ولایت از فرزندخوانده و تشریفات خاص خودش را دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۲،

۴۹۷) و بعضی نیز توافق بین خانواده فرزندپذیر و دادگاه را ایقاع دانسته‌اند و معتقدند که حکم دادگاه در این مورد تأسیسی بوده و موقعیت جدیدی به وجود می‌آورد که احکام ویژه خودش را دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۴). با تصویب قانون سرپرستی جدید در سال ۹۲ مقنن ابعاد جدیدی از این نهاد را بیان نمود و قائل به تفصیل بیشتری در مورد قواعد فرزندخواندگی شد برای مثال سن فرد تحت سرپرستی را به ۱۶ سال افزایش داد، نقش سازمان بهزیستی را مهم‌تر از گذشته نمود و در تشریفات ایجاد فرزندخواندگی دخالت داد، ابعاد مالی این نهاد را ذکر نموده و زنان مجرد را نیز مشمول شرایط سرپرستی قرارداد، اما بازهم به بیان ماهیت فرزندخواندگی نپرداخت و این نقص که در قانون ۵۳ هم به چشم می‌خورد در این قانون نیز وجود دارد. لذا این پژوهش به دنبال پاسخ به این پرسش است که ماهیت فرزندخواندگی از نظر حقوقی چگونه ارزیابی می‌شود؟ شرایط تحقق نهاد فرزندخواندگی در قانون سرپرستی مصوب ۹۲ چه مواردی هستند؟

با توجه به صراحت قانون‌گذار در ماده‌ی نخست قانون مصوب ۵۳ که به توافق زن و شوهر برای فرزند پذیری اشاره می‌کند این نهاد را باید عمل حقوقی بدانیم و نه واقعه‌ی حقوقی و این نظر با دیگر مواد قانونی نیز مطابق و همراه است، از طرفی با نگاهی به جایگاه ایقاعات در فقه و قانون درمی‌یابیم که ایقاعات در شریعت اسلام محدود و محصور هستند و نمی‌توان شروطی ضمن آن‌ها ایجاد کرد و تنها عقد است که می‌تواند مبین ماهیت فرزندخواندگی باشد، با تلقی فرزندخواندگی به عنوان عقد، می‌توان مسائلی مانند نفقه تربیت کودک و... را به عنوان شرط ضمن عقد تبیین نمود و در مسئله‌ی ارث نیز بحث ضمان جریره می‌تواند به عنوان شرط ضمن عقد پاره‌ای از کمبودها را حل کند. همچنین تلقی فرزندخواندگی به عنوان عقد می‌تواند بسیاری از ابهامات دیگر درباره‌ی این نهاد را در قواعد عمومی قرارداده‌ها پاسخگو باشد.

۲- پیشینه پژوهش

از آنجایی که پژوهش مستقل و جامعی که فرزندخواندگی را به جهت ماهیت و آثار آن بررسی کند کمتر وجود دارد و از سوی دیگر با تغییر قانون در سال ۱۳۹۲ اکثریت قریب به اتفاق پژوهش‌ها درباره تفاوت‌های قانون جدید و قدیم سرپرستی است بدون اینکه ماهیت فرزندخواندگی تعیین شود، پژوهش در ابعاد این مسئله جایگاه مهمی دارد. پژوهش‌هایی که در این زمینه وجود دارد دو دسته است.

دسته اول پژوهش‌هایی است که تا قبل از تصویب قانون جدید در سال ۱۳۹۲ انجام شده است، مانند برخی مقالات و کتاب «فرزندخواندگی در اسلام» عالمی طامه؛ پایان‌نامه‌ی «تحولات تقنینی مربوط به فرزندخواندگی» حدیثه جوهری فر؛ پایان‌نامه‌ی «بررسی فقهی حقوقی فرزندخواندگی در حقوق ایران» ملایی (۱۳۹۰) و پایان‌نامه‌ی «مبانی فقهی و حقوقی نسب فرزندخواندگی در اسلام و جهان» مژگان غلامرضا (۱۳۸۹)؛ این موارد چون در زمان قانون سابق انجام شده، نیازمند بررسی مجدد عقد فرزندخواندگی در پرتو قانون جدید است.

دسته دوم پژوهش‌هایی است که بعد از تصویب قانون جدید نگارش شده است مانند کتاب‌های «فرزندخواندگی در قانون ایران» ابراهیم صنوبر و «فرزندخواندگی مبانی فقهی و حقوقی و آثار آن» حسین محمدی؛ همچنین مقالاتی نظیر «بررسی فرزندخواندگی در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران» امین خنجری علی‌آبادی، یعقوب سیفی علمی؛ «وضعیت حقوقی فرزندخواندگی در حقوق ایران، مقررات بین‌المللی و تعارض قوانین» بهشید ارفع نیا و هادی جرفی؛ «بررسی تحولات مثبت در قوانین فرزندخواندگی» سیده النازوی نژاد، وحید معین؛ «نقد و بررسی قانون حمایت از کودکان و نوجوان بی‌سرپرست و بد سرپرست مصوب ۱۳۹۲» از محمدرضا معین فرد، حمید سلیمیان ریزی، محمدرحیمی، که در این مقالات نیز فرزندخواندگی در قانون ۱۳۹۲ مورد بررسی قرار گرفته اما ماهیت آن تبیین نشده و صرفاً به تفسیر مواد قانونی اکتفا شده است.

پایان‌نامه‌هایی نیز در این موضوع انجام شده است مانند پایان‌نامه «تحلیل کاستی‌ها و نوآوری‌های قانون جدید فرزندخواندگی مصوب ۱۳۹۲» میری سرجوبی (۱۳۹۶) که علیرغم پرداختن به مقررات قانون جدید و بیان شرایط فرزندخواندگی، اما متأسفانه ماهیت این نهاد مورد بررسی قرار نگرفته و فقط به این حد اکتفا شده است که فرزندخواندگی رابطه‌ای حکمی و مصنوعی است که به موجب آن فرزندخوانده از حقوقی برخوردار می‌شود. پایان‌نامه «بررسی مسئله فرزندخواندگی در فقه و حقوق موضوعه ایران» تألیف رستم پور (۱۳۹۲) که در این پایان‌نامه ماهیت فرزندخواندگی تبیین نشده و آثار آن بیان نمی‌شود، بلکه به بررسی شرایط فرزندخواندگی می‌پردازد. پایان‌نامه «ماهیت، احکام و آثار فرزندخواندگی در فقه امامیه» ملانوری شمسی (۱۳۹۵) که فقط مباحث فقهی را مطرح می‌کند و وارد مباحث حقوقی نمی‌شود.

از این رو، با توجه به اینکه قانون سال ۱۳۵۳ در سال ۱۳۹۲ نسخ شده و عملاً شرایط نهاد سرپرستی را دچار دگرگونی‌هایی کرده، احتیاج به پژوهش جدید است. پژوهش‌های مذکور بیشتر به بیان مصادیق و تفسیر مواد قانونی فرزندخواندگی پرداخته و لذا نوآوری این پژوهش را می‌توان تبیین ماهیت فرزندآوری به عنوان عقد و بیان احکام و آثار دانست.

۳- مفهوم شناسی فرزندخواندگی

لفظ فرزندخواندگی در لغت به معنای این است که فردی شخص دیگری را که با وی نسبت واقعی فرزندی را ندارد به عنوان فرزند خود بگیرد و فرزند خود بخواند^۱ (دهخدا، ۱۳۸۵: ۷، ۱۰۴۲). در زبان عربی واژه‌ی دیگری به نام «تبنی» وجود دارد که برخی آن را مترادف فرزندخواندگی دانسته‌اند. ولی با دقت مشخص می‌گردد که این واژه از لفظ «ابن» گرفته شده به معنای «پسر گرفتن» است. البته با توجه به دیدگاهی که اعراب در گذشته نسبت به پسر - که باعث قوت نظامی آنها بوده است - داشتند می‌توان نتیجه گرفت که فرزند دختر خیلی کمتر به فرزندخواندگی گرفته می‌شده است. در اصطلاح حقوقی فرزندخواندگی یک نهاد است که به موجب آن رابطه‌ی حقوقی خاصی بین والدین فرزندپذیر و یا یکی از آنها، با فرزندخوانده ایجاد می‌گردد (امامی، ۱۳۷۸: ۷۱). سازمان بهزیستی نیز فرزندخواندگی را این چنین تعریف می‌کند: «فرزندخواندگی عبارت است واگذاری سرپرستی کودکان بدون ولی شناخته شده تحت سرپرستی سازمان بهزیستی به خانواده‌های متقاضی که واجد شرایط قانون جاری حمایت از کودکان بی سرپرست باشند» (رزاقی، ۱۳۸۵: ۲).

۴- نظرات مطرح شده در باب ماهیت فرزندخواندگی

نظراتی که در باب ماهیت فرزندخواندگی مطرح شده است به شرح ذیل است.

۴-۱- نظریه ولایت، امانت و قیمومت

برخی ماهیت نهاد فرزندخواندگی را که در قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب ۱۳۵۳ به نام سرپرستی نامیده می‌شد را ولایت، امانت یا قیمومت دانسته‌اند؛ اما به نظر می‌رسد انجام سرپرستی ذیل این قانون دارای شرایط ولایت یا وظایف امین و قیم نیست. نهاد فرزندخواندگی تفاوت اساسی با نهاد ولایت، قیم بودن یا امانت‌دار بودن دارد؛ زیرا انجام سرپرستی در تعریف و دایره ولی و قیم بودن جایی ندارد. از سوی دیگر اشخاصی که کودک را به سرپرستی گرفته‌اند شامل تعریف امین هم نمی‌شوند که وظیفه آنها را در دایره امانت قرار دهیم (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۴۰۵). پذیرنده فرزند امین جامعه و نماینده حاکم نیست که به این عنوان در تربیت و نگهداری کودک نقش داشته باشد. همچنین اراده در نهاد ولایت، امانت و قیمومت جایگاهی ندارد ولی سرپرستی و فرزندخواندگی کاملاً مرتبط به اراده افراد است.

۱. در زبان انگلیسی مترادف این کلمه Adoption که از کلمه Adopt به معنای قبول کردن، پذیرفتن، نام گذاری و مربوط ساختن آمده است (آریانپور، ۱۳۸۴: ۲۹۸) و در زبان عربی مترادف دعی از دعا، دعوا گرفته شده است به معنای خواندن، صدا زدن، نامیدن و دعوت کردن است (آذرنوش، ۱۳۸۶: ۱۹۷).

۴-۲- نظریه واگذاری قانونی

برخی ماهیت فرزندخواندگی را یک نوع واگذاری قانونی یا تفویض قانونی واگذاری به عنوان امین موقت یا قیمومت و تحت نظارت دادستان می‌دانند که کودکان بی‌سرپرست با نظارت و پیشنهاد دادستان به افرادی که شایسته نگهداری این اطفال هستند سپرده می‌شوند و فرزندخواندگی را اثر حقوقی رأی دادگاه می‌دانند و قطع آن نیز احتیاج به رأی دادگاه دارد و حق و تکالیفی را که در زمره نسب وجود دارد هیچ‌گاه شامل این افراد نمی‌دانند (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ۲۷۸). به نظر می‌رسد برگشت این نظریه نیز به نظریه اول است و دارای همان اشکالات است لذا قابل‌پذیرش نیست؛ زیرا نهاد فرزندخواندگی بر اساس اراده افراد است.

۴-۳- نظریه ایقاع بودن

برخی ماهیت فرزندخواندگی را ایقاع دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۴۰۵). بر حسب این دیدگاه، ایقاع نهاد حقوقی است که با یک اراده واقع شده و نیاز به توافق نداشته و با امور قهری و طبیعی متفاوت است. لذا در اینجا فقط نیاز به اراده پذیرنده کودک دارد و با صدور حکم دادگاه مبنی بر سرپرستی، ایقاع ایجاد شده و دارای احکام و آثار آن است. این نظریه نیز دارای اشکالاتی است؛ اگر فرزندخواندگی را ایقاع بدانیم باعث می‌شود قانون (حمایت از کودکان بی‌سرپرست) یا دادگاه بدون رضایت و توافق زوجین، به صورت یک جانبه و به شکل ایقاع آنان را مجبور به سرپرستی کودک کند؛ درحالی‌که چنین چیزی امکان ندارد. رضایت و توافق زوجین بر پذیرش کودک با درخواست از سازمان‌های ذی‌ربط مانند دادگاه و بهزیستی و قبول فرزند دلیلی بر عقد بودن و نه ایقاع بودن رابطه فرزندخواندگی است. همچنین به علت وجود محدودیت‌های زیاد برای ایقاعات در فقه، اولاً نمی‌توان شروطی را برای پذیرنده قرار داد، زیرا در فقه شروط ضمن ایقاع یا شروط خارج لازم ایقاع نداریم؛ ثانیاً ایقاع نهاد حقوقی است که تحمل تعهدات بسیار را ندارد. لذا نیروی الزام‌آوری در آن وجود نخواهد داشت و این ممکن است باعث ضرر به کودک شود.

۴-۴- نظریه عقد بودن

برخی ماهیت فرزندخواندگی را نوعی عقد - قرارداد - و ازجمله اعمال حقوقی می‌دانند که با اراده افراد ایجاد می‌شود. این عمل به علت پذیرش طفل از سوی افراد باعث ایجاد رابطه‌ی والد و طفل صوری می‌شود. در بعضی موارد آن را عقد تشریفاتی دانسته که باید دادگاه آن را پذیرفته و ثبت نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ۲، ۴۹۷). فقها با استناد به نصوص شرعی و کتب لغت و مراجعه به عرف، مفهوم اصطلاحی عقد را بررسی کرده و تعریف‌های متفاوتی ارائه کرده‌اند. به طور کلی

می‌توان از مجموع تعاریف عقود در ابواب مختلف فقه نتیجه گرفت که «عقد قراردادی است که تحقق آن احتیاج به دو طرف (ایجاب و قبول) دارد و دارای اثری است که شارع بر آن مترتب کرده است» (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۲، ۴۲۵؛ شهید ثانی ۱۳۹۸، ۳، ۲۲۱). در اصطلاح حقوقی عقد دارای دو معنی مصدری و محصولی یا اسم مفعولی است. از جهت دیگر، دو معنای عام و خاص (عقود معین و غیر معین) نیز می‌توان برای آن در نظر گرفت. در ماده ۱۸۳ قانون مدنی معنای مصدری عقد در نظر گرفته شده است. در مواد ۱۸۴ تا ۱۸۶ قانون مدنی می‌توان معنای اسم مفعولی عقد را دریافت چنانکه عقد به معنای نتیجه همکاری و اراده دو یا چند نفر درباره مسئله‌ای است. به منظور تبیین بهتر عقد در برابر ایقاع ابتدا به بررسی جهات تفاوت عقد و ایقاع می‌پردازیم.

الف- عقد یک عمل حقوقی دو یا چندجانبه است که با تراضی و قصد انشای طرف‌ها به وجود می‌آید اما ایقاع یک عمل حقوقی یک‌طرفه است که برای تحقق آن وجود یک اراده کافی است. از طرفی باید دانست که نمی‌توان عقد را متشکل از دو ایقاع دانست زیرا در عقد دو اراده مستقل موجود است در حالی که در ایقاع این‌گونه نیست.

ب- شرط تحقق عقد وجود ایجاب و قبول است که دارای اثر می‌شود. لذا ایجاب به تنهایی اثر مورد نظر بر عقد را به وجود نمی‌آورد و باید قبول ضمیمه آن شود، درحالی که ایقاع نیازمند قبول نیست. نیازمند بودن یک عمل حقوقی به قبول یا عدم نیاز آن ضابطه‌ای است که فقهای امامیه و حقوقدانان در تمییز عقد و ایقاع به کار برده‌اند.

در فرزندخواندگی طبق شرع اسلام و قوانین موضوعه ایران با پذیرش فرزند از سوی فرزند پذیر، نسب حقیقی ایجاد نمی‌گردد بلکه یک رابطه‌ی حکمی و عنوانی ایجاد می‌شود (رحیمی، ۱۳۸۸: ۸۰). طرفین ایجادکننده این ارتباط از یک‌سو زوج یا فرد فرزند پذیر و از سوی دیگر ولی خاص و با فقدان ولی خاص و یا نداشتن شرایط سرپرستی، ولی عام او یعنی حاکم شرع و در صورت عدم دسترسی عدول مؤمنین خواهند بود. با توجه به تعریف عقد می‌توان درباره فرزندخواندگی گفت شخصی که نگهداری فرزند را بر عهده گرفته است نسبت به مواردی متعهد شده است. از سوی دیگر طرف مقابل نیز موارد مورد نظرش را ضمن آن شرط می‌کند. پس در اینجا هم دو اراده قابل تصور است. لذا نتیجه مورد نظر با یک اراده به تنهایی به وجود نمی‌آید و نیاز به قبول طرف و اراده دیگر دارد درحالی که همان‌طور که ذکر شد عمل حقوقی ایقاع احتیاج به قبول ندارد. احتیاج به قبول یا عدم آن عامل تمییز عقد با ایقاع است. از طرفی ایجاد نهاد حقوقی مذکور با تراضی و قصد انشا دو طرف به وجود می‌آید. به نظر می‌رسد دو اراده مستقل و جداگانه که با ایجاب و قبول در عالم اعتبار ایجاد می‌شود برای به وجود آوردن فرزندخواندگی لازم است. لذا

ماهیت سرپرستی، ماهیت عقدی است و نه ایقاعی چراکه ایقاع یک عمل یک‌طرفه بوده و قوام آن به یک‌طرف است برخلاف رابطه فرزندخواندگی که یک نسبت و رابطه‌ی حکمی بین دو طرف ایجاد می‌کند آن‌هم با شرایط خاص خود.

۵- ادله عقد بودن

در این بخش به بررسی ادله عقد بودن فرزندخواندگی پرداخته می‌شود.

۵-۱- سیره‌ی عرف و عقلا

در علم اصول فقه سیره‌ای حجت است که در مرئی و مسمع شارع بوده و ردع نشده باشد (مظفر، ۱۳۸۰: ۵۱۵). نهاد فرزندخواندگی نیز در طول تاریخ بین ملت‌ها رواج داشته است. در اسلام نیز تا سال پنجم هجری یعنی زمان ازدواج پیامبر با زینب بنت جحش با تمامی آثارش باقی بوده است. بعد از آن نیز به روش‌های گوناگونی موجود بوده است. چنانکه می‌توان گفت فرزندخواندگی در اسلام به طور کامل پذیرفته شده است (دروزه، ۱۳۸۳، ۷، ۳۵۱) و سپس بعضی آثار آن مانند نسب، ارث و محرمیت نفی شده است. همان‌گونه که گفته شد حجیت سیره عقلا منوط به امضای شارع و عدم ردع وی است. سیره عقلا فرزندخواندگی را به صورت نوعی معامله و معاهده پذیرفته است. چنانکه بسیاری از مفسران به عقد بودن فرزندخواندگی تصریح کرده‌اند (جصاص، ۱۴۰۵، ۳، ۲؛ دروزه، ۱۳۸۳، ۷، ۳۵۱؛ زمخشری، ۱۴۰۷، ۱، ۵۵؛ رازی فخرالدین، ۱۴۲۰، ۹، ۵۰۹، ۱۶۵، ۶۹). تمام اموری که جزو ضرورت‌های زندگی اجتماعی هستند بر اساس سیره عقلا پذیرفته شده است؛ مانند بیع، اجاره، رهن، صلح، نکاح و... ضرورت نیاز به فرزند و ادامه نسل خانواده و سرپرستی کودکان بی‌سرپرست، نهاد فرزندخواندگی را نیز به امری ضروری و حیاتی در زندگی انسان مبدل نموده است. چنانکه در عرف نیز مرسوم بوده است. به عبارت دیگر همان‌طور که نیاز انسان‌ها به نقل و انتقال عین و منفعت و ازدواج منجر به شکل‌گیری بیع و نکاح شد نیاز انسان‌ها به فرزند باعث شد نهاد فرزندخواندگی در طول تاریخ در میان تمام ملت‌ها از روم و ایران باستان تا مسلمانان بعد از اسلام تأسیس گردد، عقلای هر قومی آنان را وادار کردند که این نهاد را متناسب با آیین خود ایجاد کنند (دروزه، ۱۳۸۳، ۷، ۳۵۴). در اسلام نیز این سیره پذیرفته شده است. آنچه از سیره‌ی گذشتگان می‌توان دریافت این است که فرزندخواندگی در موارد متعدد و آیین‌های مختلف به صورت توافقی دو جانبه با آثار حقوقی و تشریفات خاص خود تحقق پیدا کرده و در قالب عقد رایج بوده است. در حالی که این سیره در مرئی و مسمع شارع بوده است و آن را ردع نکرده است.

۵-۲- وجود دو اراده

طبق اصل حاکمیت اراده، طرفین یک قرارداد در تعیین شرایط و آثار قرارداد دارای اختیار هستند؛ بنابراین وجود اراده و حاکمیت آن مبنای مهم عقود است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱، ۱۴۶ و ۱۴۷؛ صفایی، ۱۳۸۴: ۵۰-۵۸). رضایی، الزام آور بودن و نسبی بودن عقود نتایج وجود اراده و آزادی آن، در قراردادهای است. فرزندخواندگی عمل حقوقی است که با درخواست و اراده دو طرف ایجاد می شود؛ لذا نتایج آن از اراده ایشان تبعیت می کند. از این رو می توان درباره فرزندخواندگی چنین گفت: اراده ای که برای به وجود آمدن نتیجه خاصی اعلان و اعلام شده است و قانون و عرف نیز اثر دلخواه را بر آن ترتیب داده و لذا قانون گذار آثار مورد نظر را بر آن مترتب می کند. تولد فرزند در عالم واقع و تکوین با خواست و اقدام والدین است و نیازی به اراده دیگری نیست درحالی که برای فرزندخواندگی غیر از تصمیم زوجین متقاضی، احتیاج به قبول شخص دیگری است چون اقدام آنان نیازمند قبول است. چه شخص فرزندخوانده بالغ باشد که با اذن و اراده ی خویش، طرف این رابطه قرار می گیرد و چه فرد نابالغی باشد که تحت ولایت ولی خاص یا عام است چراکه هیچ کودکی نمی تواند از نظر شرعی ولی نداشته باشد؛ در شرع پدر و جد پدری به عنوان ولی خاص و در صورت نبود آنان حاکم شرع به عنوان ولی عام قرار داده شده است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۸۱). در هر صورت، برای ایجاد رابطه فرزندخواندگی به اراده و توافق دو طرف؛ درخواستی از یک طرف و پذیرش درخواست و قبول آن از طرف دیگر نیاز است. بنا بر همین مسئله، نمی توان نهاد فرزندخواندگی را ایقاع دانست که دارای یک طرف بوده و تحقق اثر آن مترتب بر یک اراده است، بلکه احتیاج به دو اراده دارد. از سوی دیگر پذیرش این مطلب که فرزندخواندگی به صرف قانون یا ایجاد یک حکم قضایی ایجاد شود اشتباه است زیرا چنانکه در بابی از فقه با عنوان «لقیظ» ذکر شده است اگر شخصی طفل رها شده را بدون اذن و اجازه حاکم به عنوان فرزند خود بپذیرد از نظر شرعی فرزندخواندگی ایجاد نشده است بلکه صرفاً احکام نگهداری نسبت به او جاری می شود (شهید ثانی، ۱۳۹۸، ۷، ۶۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۹، ۳، ۲۲۵). این فرض شبیه این مورد می شود که فردی بدون اجازه، طفل دارای پدر و مادر را نگهداری کند در حالی که فقط اراده وی کافی نیست و قطعاً نیاز به ابراز اراده ولی او با اذن داریم. از این رو فقها (نجفی، ۱۴۰۴، ق، ۲۷، ۳۳۴؛ شهید ثانی، ۱۳۹۸، ۷، ۹۷) گفته اند که اگر کسی کودک درمانده ای را پیدا کند موظف به نگهداری و مراقبت از اوست اما اگر کودک اموالی دارد، فردی که او را یافته است باید با اجازه حاکم شرع آن را صرف نگهداری او کند و یا

اگر به منظور محرمیت بخواهد عقدی منعقد نماید بازهم اجازه حاکم شرع به عنوان ولی او لازم است در غیر این صورت نکاح فضولی است. نگهداری کودک در مانده بدون اجازه حاکم نمی‌تواند مصداق سرپرستی و فرزندخواندگی باشد حتی اگر به قصد احسان صورت بگیرد.

۵-۳- عدم ولایت فردی بر دیگری

بر اساس دلایل گوناگون مانند فطرت (منتظری، ۱۴۰۹، ۱، ۲۷)، اصالت عدم نفوذ تصرفات (مراغی، ۱۴۱۷، ۲، ۵۵۶؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳، ۳، ۲۱۴)، استصحاب (سروش محلاتی، ۱۳۸۳) و عقل (سیفی، بی‌تا: ۱۶) در تمامی مواردی که احتمال ثبوت ولایت در آن‌ها وجود دارد اصل بر عدم ولایت است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۲؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳، ۳، ۲۱۴) حقوقدانان نیز در مباحث مختلف حقوقی مانند اختیار و اراده در امور مالی و غیر مالی به این اصل اشاره کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۳، ۲۱۱؛ امامی، ۱۳۷۶، ۲، ۲۰-۲۱)؛ لذا هر گاه دلیلی وجود داشت، به اندازه مدلول آن دلیل، از اصل اولی عدم ولایت خارج شده و ولایت اثبات می‌شود مانند مواردی که شارع به فرد یا افرادی در موردی خاص ولایت داده است مانند ولایت قهری پدر و جد پدری بر صغیر و مجنون یا اولیای دم بر قاتل یا اولیای میت و... یا مواردی و افرادی که فاقد ولی خاص بوده و نیازمند ولی هستند که در مقابل ولایت خاص، ولایت عام نامیده می‌شود مانند ولایت پیامبر، امام، حاکم شرع و عدول مؤمنین (شریعتی، ۱۳۹۳: ۱۲). به دلیل این اصل، کسی نمی‌تواند فرد دیگری را بدون رضایت خود یا ولی او به فرزندپذیری بپذیرد. لذا نگهداری کودک رها شده به قصد احسان و انگیزه‌ی فرزندخواندگی کفایت نمی‌کند و فرزندخواندگی در این حالت به عنوان ایقاع، صحیح نیست. اینکه کودکی را سر راه بگذارند و به دلیل صغر سن متمکن از دفاع از خود و برآوردن نیازهایش نباشد و فردی با نیت فرزندخواندگی او را بگیرد و نگهداری کند نمی‌تواند دلیلی بر ایقاعی بودن این رابطه باشد چرا که کودک رها شده مالی نیست که از آن اعراض شده و مالک آن را رها کرده باشد و با برداشتن او مالکیت ایجاد شود و یا به واسطه‌ی نگهداری ولایتش به فرد یابنده واگذار شده باشد، بلکه این کودک نفس محترمی است که حفظ او واجب شرعی کفایی بوده و امانتی است که باید نگهداری و حفاظت گردد؛ بنابراین این اقدام یعنی برداشتن کودک رها شده یک وظیفه‌ی شرعی است که به هر انگیزه چه فرزندپذیری چه غیر آن باشد ایقاعی بودن فرزندخواندگی را ثابت نمی‌کند و اصولاً نگهداری و حضانت کودک تحت عنوان التقاط و نظام فقهی لقیط ارتباطی به فرزندخواندگی ندارد چرا که فرزندخواندگی مسئولیتی قراردادی است که باید با اذن حاکم شرع در صورت نبود ولی خاص صورت گیرد.

۶- آثار عقد فرزندخواندگی

رابطه قراردادی مبتنی بر قانون عقد فرزندخواندگی موجب ایجاد آثاری اعم از حقوق و تکالیف برای فرزندخوانده و فرزندپذیر می‌شود که در قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست مورد توجه و تأکید قرار گرفته است.

۶-۱- فرزندخوانده

بدیهی است سرپرستی که به نوعی جایگزین والدین واقعی فرزندخوانده می‌شود و قرار است جای خالی آن‌ها را پر کند مسئولیتی مشابه والدین و بسیار گسترده و مؤثر دارد و الزاماتی مانند والدین واقعی بر عهده می‌گیرد که به آن‌ها اشاره می‌کنیم.

۶-۱-۱- حضانت و نگهداری

سرپرستی کودک و نوجوان با خود مفهوم نگهداری و حضانت را نیز شامل می‌شود و به عبارتی این واژه مفهومی است که با نگهداری و مراقبت آمیخته است و حتی اگر قانون‌گذار اشاره‌ی مستقیمی به تکلیف نگهداری و مراقبت همانند مراقبت والدین واقعی نسبت به فرزندشان هم نمی‌کرد بازهم تکلیف نگهداری از جمله وظایفی بود که عنوان سرپرستی اقتضای آن را داشت. ماده ۱۷ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست، مصوب ۱۳۹۲، بیان داشته است که وظایف فرزندخوانده از جهت تکریم، نفقه، تربیت و نگهداری همانند وظایف پدر و مادر نسبت به فرزند خود است. در قانون مذکور از واژه حضانت استفاده نشده بلکه واژه «نگهداری» به جای آن آمده است. در ماده ۴ قانون حمایت از خانواده نیز از واژه حضانت استفاده شده در حالی که از نگهداری سخنی گفته نشده است؛ اما قانون مدنی در باب دوم از کتاب هشتم، مبحث اولاد را با عنوان نگهداری و تربیت اطفال نام‌گذاری نموده است و در ادامه نیز در مواد مختلفی از این باب واژه حضانت و نگهداری را درهم آمیخته است. برای مثال در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، نگهداری طفل را حق و تکلیف ابوبین او می‌داند و این چیزی جز مفهوم حضانت نیست و در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی نیز که در سال ۱۳۸۲ توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام، اصلاح نگهداری و حضانت در یک معناست و اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در نظرات مختلفی از جمله نظریه‌ی شماره ۷/۳۹۴۵ در تاریخ ۱۳۷۵/۷/۶، همسانی و مترادف بودن این دو واژه را تأیید کرده است. با توجه به این توضیحات می‌توان دریافت که مفهوم حضانت و نگهداری یک معنا دارد و آنچه در قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست آمده، همان مفهوم حضانت است که در قانون حمایت از خانواده و مدنی مورد تأکید قرار گرفته در باب معنای حضانت نیز

پیش‌تر توضیح داده‌شده و به همین عبارت اکتفا می‌شود که حضانت در اصطلاح آن اقتداری است که قانون به‌منظور نگهداری و تربیت اطفال به والدین آن‌ها (و فرزند پذیر) اعطا می‌کند و آمیزه‌ای از حق و تکلیف است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۶۶۶).

۶-۱-۲- تربیت

وظیفه‌ی قیم، وصی والدین و سرپرست طفل و نوجوان آن است که در تمام جنبه‌های انسانی او را پرورش دهند و برای مراحل مختلف زندگی‌اش آماده نمایند. تربیت کودک و نوجوان برای شکوفایی معنوی و روحی او در جهت ساختن آینده‌ای روشن است و ازجمله الزامات نگهداری و حضانت است اما نظر به اهمیت آن در ماده ۱۷ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست به صورت مستقل نام برده شده و مورد تأکید قرار گرفته است و در قانون مدنی نیز در کنار حضانت در باب دوم از کتاب هشتم در مبحث اولاد و تحت عنوان نگهداری و تربیت اطفال ذکر شده است و هرگونه احتمال اخلاف و آسیب به جنبه‌ی تربیت اطفال را به موجب ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی سبب احتمالی سلب حق حضانت به شمار آورده است. در ماده ۱۱۷۸ قانون مدنی نیز مسئله‌ی تربیت را تا حد امکان توانایی والدین مقرر نموده و اعلام می‌کند که ابوین طفل مکلف هستند در حد توانایی خود به تربیت اطفال خویش برحسب اقتضا عمل کنند و نباید آن‌ها را مهمل بگذارند. در همین راستا ماده ۱۷ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست تکلیف سرپرست را در تربیت طفل و نوجوان تحت سرپرستی همانند تکلیف والدین واقعی تلقی نموده است.

۶-۱-۳- اخذ سند سجلی برای فرزندخوانده

در ماده ۱۴ حمایت از کودکان بی‌سرپرست مصوب ۱۳۵۳ مقرر شده بود پس از صدور حکم قطعی فرزندخواندگی توسط دادگاه، اداره ثبت احوال باید مشخصات کودک را در اسناد سجلی والدین درج کند و از سوی دیگر برای کودک نیز شناسنامه جدید با نام والدین جدید صادر شود. این مقرر در قانون سال ۱۳۹۲ نیز به همین صورت تأیید شد که بعد از صدور حکم قطعی فرزندخواندگی توسط دادگاه، حکم به اداره ثبت احوال و اداره بهزیستی ابلاغ شود. با این توضیح که در صفحه توضیحات شناسنامه، مفاد حکم فرزندخواندگی و مشخصات پدر و مادر واقعی فرزندخوانده در صورت معلوم بودن ذکر شود. البته در دو مقرره‌ی بالا وظیفه‌ای صراحتاً برای سرپرست در جهت اخذ سند سجلی ذکر نشده اما به موجب ماده ۱۶ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵/۴/۱۶ ثبت ولادت و صدور برگه که ازجمله مهم‌ترین وظایف این سازمان است با اعلام و

امضای افراد ذیل صورت می‌پذیرد و تکلیف آنان است: «۱. پدر و جد پدری، ۲. مادر در صورت غیبت پدر و در اولین موقعی که قادر به انجام این وظیفه باشد، ۳. مادر یا جد پدری که از طرف دادگاه به سمت ولایت طفل انتخاب شده باشد، ۴. ولی یا قیم یا امین، ۵. اشخاصی که به موجب قانون عهده‌دار نگهداری از طفل هستند، ۶. صاحب واقعه که سن او از ۱۸ سال تمام به بالا باشد». طبق بند ۵ ماده مذکور از جمله اشخاصی که مکلف به اخذ سند سجلی و در شمار افرادی است که به موجب قانون عهده‌دار نگهداری از طفل هستند، فرد سرپرست است و با توجه به این مسئله که گرفتن شناسنامه و داشتن شناسنامه‌ی جدید از حقوق طفل تحت سرپرستی محسوب می‌شود، انجام این تکلیف بر عهده سرپرست یا سرپرستان است و از طرفی دیگر هم اینکه بنا به ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی ماده (۲۲) قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست مصوب ۱۳۹۴/۴/۱۴ هیئت وزیران اداره ثبت‌احوال تکلیف دارد که نام هر یک از سرپرست منحصر یا سرپرستان را در سند سجلی کودک و هویت او را در شناسنامه سرپرستان درج کند و انجام این تکلیف فقط با مراجعه سرپرستان به اداره ثبت‌احوال ممکن خواهد بود؛ لذا می‌توان گفت که سرپرستان مکلف هستند که مقرره‌ی قانونی در باب صدور شناسنامه‌ی جدید را از اداره ثبت‌احوال پی‌گیری نمایند و در همین راستا است که ماده ۲ آیین‌نامه اجرای ماده ۲۲ قانون حمایت از کودکان مصوب ۱۳۹۴/۴/۲۱ مقرر می‌دارد: «اداره ثبت‌احوال مکلف است پس از ابلاغ حکم قطعی سرپرستی توسط دادگاه با اعلام و حضور زوجین سرپرست یا سرپرست منحصر نسبت به اجرای حکم و صدور شناسنامه برای کودک یا نوجوان تحت سرپرستی اقدام نمایند». شناسنامه‌ی طفل و فرد سرپرست از جهت روشن کردن هویت واقعی فرزندخوانده و اثبات اصل مسئله سرپرستی و فرزندخواندگی نقش اساسی دارد و این دو موضوع باید در اسناد سجلی کودک قید گردند که البته با انتقاد برخی افراد هم ممکن است مواجه شود که در وضعیت و جایگاه فرزندخوانده در جامعه تأثیرگذار است؛ اما با توجه به آنچه در مباحث پیشین گذشت فرزندخواندگی و سرپرستی به معنای وجود و یا به رسمیت شناختن نسب واقعی و رابطه ناشی از نسب نیست و صرفاً یک رابطه حقوقی ایجاد می‌کند که ناشی از قرارداد فرزندخواندگی و حکم قضایی است و به همین دلیل وجود رابطه محرمیت و حرمت نکاح و نیز ارث منتفی است و در صورتی که این موضوع در سند سجلی تذکر داده نشود ممکن است در گذر زمان موضوع سرپرستی به فراموشی سپرده شود و تصور قرابت نسبی واقعی منشأ اختلاف و بروز دعاوی گردد و به همین دلیل قانون‌گذار اداره ثبت‌احوال را مکلف به درج مفاد حکم سرپرستی در ستون توضیحات نموده و با دقت مناسبی درج متن حکم را مقرر نکرده است، چرا که نه امکان‌پذیر است و نه لازم. آنچه مبنای حق و تکلیف

طرفین در عقد فرزندخواندگی و سرپرستی است ناشی از حکم سرپرستی است و به همین دلیل این مبنا باید در سند سجلی سرپرست یا زوجین سرپرست نیز قید گردد تا هم مانع تصور رابطه نسبی واقعی بین آنان گردد و هم اینکه سرپرست کودک و نوجوان تحت سرپرستی هم‌زمان از امتیازات ناشی از سرپرستی برخوردار گردند. این موضوع در ماده ۷ آئین‌نامه اجرایی ماده ۲۲ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست به این شرح مورد تأکید قرار گرفته است که مفاد حکم سرپرستی توسط اداره ثبت‌احوال در سند سجلی زوجین سرپرست یا سرپرست منحصر کودک یا نوجوان تحت سرپرستی قید گردد. لازم به ذکر است که در صورت فسخ حکم سرپرستی و یا زمانی که فرزندخوانده به سن ۱۸ سالگی برسد امکان صدور شناسنامه جدید با مشخصات جدید وجود دارد و بعد از فسخ نیز در صورت تعیین سرپرست جدید تغییر در شناسنامه و صدور شناسنامه جدید الزامی است، به همین دلیل ماده ۹ آئین‌نامه اجرایی ماده ۲۲ قانون مقرر می‌نماید حکم قطعی فسخ سرپرستی از سوی دادگاه به اداره ثبت‌احوال و بهزیستی ابلاغ می‌شود. اداره ثبت‌احوال باید حکم فسخ سرپرستی را در اسناد سجلی سرپرستان و افراد تحت سرپرستی اعمال و شناسنامه برای کودک و نوجوان با مشخصات والدین واقعی و در غیر این صورت با نام کوچک والدین فرضی و نام خانوادگی بلامعارض صادر نماید.

۲۲

۲-۶- تکالیف سرپرست در امور مالی

یکی از اهداف مهم نهاد سرپرستی و فرزندخواندگی حمایت‌های مالی از فرزندخوانده و تأمین آینده‌ی اوست. پشتوانه‌ای که در پرتو آن رشد جسمی و روحی و تربیت و تعالی فرزندخوانده تحقق پیدا کند و در همین راستا قانون‌گذار در قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست، مصوب ۱۳۹۲، تأمین مالی کودک و نوجوان تحت سرپرستی را هم در زمان حال و هم در آینده‌ی او پیش‌بینی و مورد توجه قرار داده است.

۲-۶-۱- تملیک مال به فرزندخوانده

چنانکه اشاره شد از جمله اهداف قانون‌گذار تأمین مالی فرزندخوانده است و به همین دلیل یکی از شرایط لازم برای صدور حکم، تمکن مالی درخواست‌کننده عنوان شده است. بدیهی است که با وجود تمکن مالی یکی از زوجین متقاضی، آینده فرزندخوانده تأمین می‌شود و نباید در این امر سخت‌گیری نمود و تمکن یکی از زوجین را کافی دانست (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ص ۲۸۰). جالب توجه آن‌که نگاه قانون‌گذار در قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب ۱۳۵۳، فقط به آینده و پس از مرگ فرزندخواندگان بوده است لذا مقرر کرده بود درخواست‌کنندگان سرپرستی

برای پس از مرگ خود باید بتوانند تا زمان بلوغ هزینه‌های نگهداری، تربیت و تحصیل کودک را با کیفیتی اطمینان بخش تأمین کنند؛ مثلاً وجوه یا اموال دیگری را به فرزندخوانده هبه یا صلح کنند یا تضمین بدهند و یا اینکه به نفع کودک وصیت کنند و در صورت فوت طفل پیش از سرپرستان خود اموال مذکور از طرف دولت به زوجین سرپرست تملیک خواهد شد (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ۲۸۰) خوشبختانه قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ نه تنها به وضعیت پس از فوت سرپرستان نظر داشته بلکه نیازهای مالی فرزندخوانده در زمان حیات سرپرست را نیز مورد توجه قرار داده است و درخواست‌کننده را ملزم نموده که در همان ابتدا بخشی از اموال یا حقوق خود را به کودک یا نوجوان تحت سرپرستی تملیک کنند. طبق ماده ۱۴ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست صدور حکم منوط به تملیک اموال است و در ادامه نیز قانون‌گذار با در نظر گرفتن واقعیت‌ها به درستی درک نموده است که الزام متقاضی به تملیک اموال می‌تواند به مانعی بزرگ بر سر ایجاد فرزندخواندگی تبدیل گردد، چرا که ممکن است خانواده‌ای شرایط مناسب برای نگهداری فرزندخوانده را داشته باشد؛ اما تمکن مالی آنان به حدی نباشد که اموالی را به او انتقال دهد و دیگر احتمالاتی که مقنن آن‌ها را پیش‌بینی نموده و به دادگاه این اختیار را داده است که در صورت اقتضاء با در نظر گرفتن مصلحت از اجرای این شرایط صرف‌نظر کند. در ماده ۱۴ قانون اخیرالذکر قانون‌گذار مقرر نموده است که تشخیص نوع و میزان مال یا حقوق مزبور با دادگاه است این مقرر نیز از یک جهت به درستی وضع شده و آن این است که اگر حد و مرز مشخصی برای تملیک اموال وجود داشت چه بسا باگذشت زمان و تغییر شرایط اقتصادی خاصیت خود را از دست می‌داد. بنابراین تشخیص نوع مال و میزان آن را به دادگاه سپرده‌اند و تنها قید مهم رعایت مصلحت و غبطه کودکان است که بر اساس ماده ۴۵ قانون حمایت از خانواده، مصوب ۱۳۹۱، الزامی است.

نکته‌ای که لازم به ذکر است این که در تبصره ۵ ماده قانون سرپرستی مصوب ۱۳۵۳، چنین مقرر شده بود که پس از فوت کودک تحت سرپرستی پیش از فوت سرپرستان، اموالی که به او واگذار شده بود در مالکیت قهری ورثه قرار نخواهد گرفت و دولت آن‌ها را به سرپرستان تملیک خواهد کرد؛ اما این مقرر در قانون جدید مورد غفلت قرار گرفته و بیان نشده است. در چنین شرایطی می‌توان گفت همان‌طور که قانون اجازه داده در صورت رعایت مصلحت از اصل شرط تملیک اموال چشم‌پوشی شود، به‌طریق اولی نیز می‌تواند مشروط به این شرط باشد که در صورت فوت فرزندخوانده پیش از سرپرستان اموال به سرپرستان بازگردد؛ به عبارت دیگر تملیک مشروط به عدم انتقال به ارث باشد یا هر شرطی که نظر سرپرستان را تأمین نماید مانند تملیک مشروط

به حق انتفاع سرپرستان. از طرفی تملیک می‌تواند همراه حق استرداد در صورت قطع رابطه سرپرستی باشد که به نظر می‌رسد مخالف با مقررات قانون جدید سرپرستی نیست.

۶-۲-۲- سرپرستی با تعهد به تملیک در آینده

چنانکه پیش‌تر ذکر شد قانون‌گذار به‌درستی درک نموده است که تملیک مال به فرزندخوانده ممکن است تبدیل به مانعی شود که از ایجاد نهاد سرپرستی جلوگیری می‌کند. بنابراین پس از الزام به تملیک چنین مقرر شده است که در برخی از موارد به تشخیص دادگاه، می‌توان از سرپرست تعهد کتبی گرفت که در آینده بعضی از اموال یا حقوقش را به تملیک فرزندخوانده درآورد؛ لذا پس از قبول وی حکم سرپرستی صادر می‌شود. البته گفتنی است که حسب تبصره ماده ۱۴، چنانکه اشاره شد دادگاه در صورت تشخیص خود و رعایت مصلحت طفل از شرط تعهد به تملیک نیز می‌تواند صرف‌نظر نماید چراکه در شرایط موجود در مورد فرزندخوانده آنچه بیش از هر چیز مهم است حمایت مادی و معنوی او در این سنین است.

۶-۲-۳- تکلیف سرپرست در پرداخت نفقه

رسیدگی و تأمین معاش کودک و نوجوان تحت سرپرستی و هزینه‌هایی از قبیل هزینه تحصیلات و تربیت و نیازهای ابتدائی او از جمله دغدغه‌های مهم و مورد تأکید قانون‌گذار در عقد فرزندخواندگی است. قانون مدنی در موارد ۱۱۹۶ تا ۱۱۹۹ به موضوع نفقه اولاد پرداخته و در قانون حمایت از خانواده، مصوب ۱۳۹۱، نیز در موارد متعددی به مسئله‌ی نفقه‌ی اقارب از جمله کودکان اختصاص داده شده و در ماده ۱۵ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست، مصوب ۱۳۹۲، نیز متقاضی نسبت به تأمین کلیه هزینه‌های تربیت، نگهداری و تحصیل افراد تحت سرپرستی مکلف شده است. تأمین هزینه‌ها تا پس از مرگ سرپرست منحصر یا سرپرستان و انتخاب سرپرست جدید برای کودک باقی است. لذا قانون‌گذار به این علت سرپرستان را مکلف به بیمه عمر، نزدیکی از شرکت‌های بیمه نسبت کودک و نوجوان تحت سرپرستی کرده است. در ماده ۱۷ قانون مذکور نیز با اعلام برابری حقوق کودک و نوجوان تحت حکم سرپرستی از جهت تأمین هزینه‌ها با حقوق فرزندان واقعی چنین مقرر شده است که تکالیف سرپرست از جهت تربیت، نگهداری و باقی هزینه‌ها با رعایت تبصره‌ی ماده ۱۵ و احترام، مانند وظایف پدر و مادر واقعی است. هرچند به‌موجب تبصره ماده ۱۵ در صورتی که دادگاه تشخیص دهد صدور حکم سرپرستی بدون اجرای مفاد این ماده به مصلحت فرزندخوانده است نسبت به صدور حکم اقدام می‌نماید؛ بنابراین تأمین هزینه‌های لازم برای نفقه کودک و نوجوان از تکالیف اولیه و مهم

سرپرستان است اما چنانچه اجرای این وظیفه در تعارض با مصلحت مهم‌تر کودک فرزندخوانده باشد قانون‌گذار این اختیار را به دادگاه داده است که مصلحت فرزندخوانده را مقدم داشته و بدون اخذ تعهد مبنی بر پرداخت هزینه‌ها، اقدام به صدور حکم سرپرستی نماید. البته این امر به معنی رفع تکلیف وظیفه‌ی مهم سرپرست، یعنی تأمین هزینه‌ها، نیست چراکه استثناء ذیل ماده ۱۵ قانون مذکور صرفاً در خصوص گرفتن تعهد به تأمین هزینه‌ها است که می‌تواند توسط دادگاه مورد چشم‌پوشی قرار گیرد و نادیده گرفته شود ولی وظیفه‌ی پرداخت نفقه که در ماده ۱۷ قانون ذکر گردیده با هیچ استثنائی مواجه نیست و سرپرست مکلف است در مدت سرپرستی، مانند والدین واقعی، نسبت به تأمین هزینه‌های کودک یا نوجوان تحت سرپرستی خود اهتمام ورزد.

۶-۳- تکالیف فرزندخوانده و حقوق سرپرست

چنانکه از عنوان قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست نیز پیداست، هدف اصلی این قانون حمایت از کودکان و نوجوانان و تأمین آینده‌ی آنان است و در راستای نیل به همین مقصود نیز تکالیف مهم و عمده‌ای را متوجه سرپرست نموده است؛ اما در کنار این تکالیف سرپرست که حقوق کودک یا نوجوان تحت سرپرستی شمرده می‌شود، تکالیفی نیز برای کودک و نوجوان مذکور مقرر نموده است که بیشتر توصیه‌های اخلاقی بوده و امتیازی را نیز برای سرپرست در نظر گرفته که ناشی از تصریح خود قانون است و نه تکلیف فرد تحت سرپرستی.

۶-۳-۱- تکلیف کودک و نوجوان در برابر سرپرست

در خصوص وظایف قانونی کودک و نوجوان تحت سرپرستی قانون‌گذار در ماده ۱۷ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست، مصوب ۱۳۹۲، نیز به این نکته اشاره نموده است که کودک یا نوجوان مکلف به رعایت شأن و احترام نسبت به سرپرست است. ظاهراً این ماده ناظر به توصیه‌ی اخلاقی است مانند آنچه در ماده ۱۱۷۷ قانون مدنی گفته شده است: «طفل باید مطیع ابوی خود بوده و در هر سنی که باشد به آنان احترام بگذارد». اگر چه در قانون مربوط به کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست حرفی از تکلیف به اطاعت زده نشده اما بدیهی است که اطاعت از لوازم رعایت احترام سرپرست است و مبنای مقنن در این قانون نیز ایجاد نهادی مشابه رابطه والدین واقعی با فرزند است و می‌توان از روح قانون مسئله‌ی تبعیت را نیز استنباط نمود. در خصوص ضمانت اجرای این ماده در قانون سخنی گفته نشده اما چنانچه عدم رعایت احترام و تبعیت از سرپرست تا حدی باشد که از مصادیق سوء رفتار کودک تلقی گردد حسب بند ب ماده ۲۵ قانون اخیرالذکر ممکن است از موجبات فسخ حکم سرپرستی به تقاضای سرپرست باشد.

۶-۳-۲- حق سرپرست در برخورداری از حق اولاد و مرخصی

همان‌طور که اشاره شد بنای اصلی قانون‌گذار بر این است که رابطه‌ی فرزندخوانده و فرزند پذیران هرچه بیشتر شبیه والدین و فرزندان واقعی باشد؛ در همین راستا مزایای ناشی از تولد فرزند را برای سرپرست نیز منظور داشته از جمله این مزایا، مزایای حق اولاد و همچنین مزایای دوره مراقبت برای کودک زیر سه سال معادل مرخصی دوره زایمان است. در مورد مرخصی دوره زایمان برای مادر فرزند پذیر باید گفت این مرخصی مقارن با آغاز سرپرستی شروع می‌شود اما این دوره بر اساس دوره مرخصی زایمان موضوع ماده ۷۶ قانون کار تعیین‌شده یعنی معادل سه ماه و مرخصی شش‌ماهه زایمان زنان شاغل برای افرادی است که حقیقتاً زایمان کرده باشند.

۶-۳-۳- مقایسه قانون قدیم و جدید فرزندخواندگی

نیازهای اجتماعی و ضرورت حمایت از کودکان بی‌سرپرست که در اثر افزایش جمعیت و تبعات ناشی از آن در حال گسترده‌تر شدن بود و از طرفی درخواست افرادی که از نعمت حضور فرزند در کانون خانواده‌ی خویش بهره‌مند نبودند قانون‌گذار را به تصویب قانونی در سال ۱۳۵۳ با عنوان حمایت از کودکان بی‌سرپرست واداشت؛ این قانون نخستین اقدام قانون‌گذار در جهت تبیین قواعد حاکم بر نهاد سرپرستی و فرزندخواندگی بود و ضرورت‌هایی چون سخت‌گیری‌های ناشی از روال اداری سازمان بهزیستی و دشواری طی کردن روند دادرسی و از طرف دیگر نگاه متفاوت قانون‌گذار بعد از انقلاب اسلامی ایران، نهاد قانون‌گذاری را به تصویب قانون جدیدی واداشت که عنوانش را حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست نام نهاده بود، عنوانی که دو تغییر عمده را نشان می‌داد یکی توسعه‌ی دامنه‌ی شمول قانون از صرف کودکان به کودکان و نوجوانان و دوم مورد حمایت قراردادن کودکان و نوجوانانی که بد سرپرست بودند. از دیگر تفاوت‌های قانون جدید و قدیم می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

۱. علاوه بر زن و شوهر فاقد فرزند که در قانون سابق به‌عنوان متقاضی نام‌برده شده‌اند، در ماده ۵ قانون جدید زوجین دارای فرزند و نیز زنان و دختران مجرد هم به‌عنوان افرادی که می‌توانند تقاضای سرپرستی نمایند مطرح‌شده‌اند که از جهت توسعه امکان سرپرستی برای افراد متقاضی سودمند و مفید به فایده است.

۲. نگاه متفاوت قانون‌گذار بعد از انقلاب اسلامی نیز سبب شده قانون‌گذار در رویکردی جدید مسئله‌ی سرپرستی را از شئون ولایت‌فقیه دانسته و آن را با اذن رهبری از باب ولایت عامه قابل تحقق بداند، امری که در قانون سال ۱۳۵۳ سابقه نداشت.

۳. در مقام ذکر شرایط لازم برای درخواست سرپرستی نیز قانون‌گذار شرایط جدیدی مانند اشتراک در دین را اضافه نموده که در قانون قبلی وجود نداشت.

۴. در قانون سرپرستی مصوب ۱۳۵۳، علاوه بر بهزیستی انجمن ملی حمایت از کودکان و مؤسسات نگهداری از کودکان و نوجوانان در امر سرپرستی دارای وجه نقش‌آفرینی بودند که متأسفانه در قانون جدید ذکری از آن به میان نیامده است.

۵. در قانون سابق در سال ۱۳۵۳ دغدغه اصلی قانون‌گذار تأمین معیشت کودک تحت سرپرستی بوده اما در قانون مصوب ۱۳۹۲ علاوه بر تأمین معیشت او تأمین آتیه‌ی کودک و نوجوان نیز مورد توجه قرار گرفته و دستور به تملیک اموال توسط متقاضی سرپرستی داده شده است، گر چه این موضوع می‌تواند به تشخیص مقام قضایی در دادگاه و در صورت مصلحت فرزندخوانده مبدل به تعهد به تملیک شود به طور کلی از آن صرف‌نظر گردد.

۶. در قانون مصوب ۱۳۵۳ این مسئله به‌درستی پیش‌بینی شده بود که چنانچه کودک و نوجوان قبل از سرپرست خود فوت نمایند اموالی که به‌حکم قانون سرپرستی به هر نحوی به آن‌ها تملیک شده است توسط دولت به سرپرست مجدداً تملیک خواهد شد و از این طریق قانون‌گذار نگرانی و دغدغه‌ی مهمی را پاسخ گفته و حل کرده بود و باعث می‌شد سرپرستان با رغبت بیشتری اموال خود را به کودک تحت سرپرستی تملیک نمایند اما مقنن در سال ۱۳۹۲ و در قانون جدید سرپرستی در اقدامی تعجب‌برانگیز این مقرر را مفید را مورد غفلت قرار داده و از آن حرفی به میان نیاورده است گرچه برای این امر راه‌حلهایی ارائه شده اما عدم ذکر آن‌ها در قانون یک عقب‌گرد محسوب می‌شود.

۷. در قانون مصوب ۱۳۵۳ سرپرست مانند کسی که سمت قیمومت را دارد به عنوان کسی که حق اداره امور مالی و غیرمالی کودک را داشت می‌توانست از کودک در مراجع قضائی و قانونی نمایندگی کند اما قانون جدید این حق را از اول سلب کرده است که احتمالاً به دلیل دغدغه‌های شرعی قانون‌گذار بوده است اما این تغییر رویه مشکلات عدیده‌ای را در امور مربوط به سرپرستی ایجاد می‌کند که ممکن است حمایت‌های لازم برای کودک و نوجوان را با موانعی روبه‌رو نماید به‌ویژه مواردی که ولی یا وصی وظایف خود را انجام ندهد.

مجموعه‌ی این تغییرات در مواردی پیشرفت و در مواردی نیز مقررات نیازمند اصلاح را نشان می‌دهد که اگر مقنن بخواهد در جهت ترویج فرزندخواندگی گام بردارد باید موانع پیش روی متقاضیان را برداشته و شرایط را تسهیل نماید و البته به ابهامات موجود در قانون جدید نیز پاسخ دهد.

نتیجه‌گیری

بررسی دقیق فرزندخواندگی ما را به این نظریه رهنمون می‌سازد که این نهاد می‌تواند عقد باشد؛ از این رو که نیازمند اراده‌ای دو طرفه است و شرایط ضمنی آن نیز در عقد توان ظهور و بروز می‌یابند، چراکه در غیر این صورت باید شروط ابتدائی باشند که در فقه امامیه باطل است. این عقد، بنا به سابقه‌اش در اسلام و بیان احکام آن، عقدی معین و بر اساس دلایل متعدد، لازم است. همچنین به دلیل لزوم رعایت تشریفات قانونی، عقدی تشریفاتی محسوب می‌گردد؛ تشریفاتی مانند لزوم طرح تقاضای فرزندخواندگی در سازمان بهزیستی و سپری شدن مدت زمان حکم آزمایشی فرزندخواندگی. با اثبات ماهیت فرزندخواندگی به عنوان یک عقد، آثاری نیز بر این نگرش مترتب است و در پرتو این نگاه طرفین عقد باید شرایطی داشته باشند، شرایطی مانند اهلیت که در قلمرو قواعد عمومی قراردادها ذکر شده و شرایطی که خاص این عقد است و در قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲، ذکر شده است؛ شرایطی مانند داشتن حداقل سی سال سن، تمکن مالی، نداشتن اعتیاد، صلاحیت اخلاقی، سلامت جسمی، اشتراک در دین و... برای سرپرستان و متقاضیان امر فرزندخواندگی و شرایطی مانند حداکثر سن ۱۶ سال و عدم وجود ولی قانونی یا عدم صلاحیت و یا عدم امکان شناخت او برای کودک و نوجوان نیازمند سرپرست. در عقد فرزندخواندگی برای طرفین عقد تکالیفی نیز متصور است که حقوق طرف دیگر محسوب می‌گردند از جمله تکالیفی که قانون برای فرزند پذیران مقرر نموده تملیک یا تعهد به تملیک مال برای فرزندخوانده و پرداخت نفقه‌ی اوست و گرفتن اسناد سجلی منطبق بر رابطه‌ی فرزندخواندگی و تلاش در جهت تربیت و تعالی روحی فرزندخوانده و در مقابل نیز فرزندخوانده متعهد به رعایت احترام و فرمان‌های پدرخوانده و مادرخوانده همچون والدین واقعی خود است.

منابع

- ◀ امامی، اسدالله (۱۳۷۸). وضع حقوقی فرزندخواندگی در ایران. علوم انسانی، پژوهش‌های فلسفی کلامی. ۱ (۲) ۳۳-۲۳. doi: 10.22091/PFK.1999.464.
- ◀ امامی، حسن (۱۳۷۶). حقوق مدنی، تهران: کتاب‌فروشی اسلامیه.
- ◀ آذرتاش آذرنوش (۱۳۸۶). فرهنگ معاصر عربی - فارسی، تهران: نشر نی.
- ◀ آریان‌پور کاشانی، منوچهر (۱۳۸۴). فرهنگ همراه پیشرو آریان‌پور فارسی - انگلیسی، تهران: جهان رایانه.
- ◀ بحر العلوم، سید محمد، (۱۴۰۳). بلغة الفقیه، چاپ چهارم، تهران: منشورات مکتبه الصادق.
- ◀ بحرانی، آل عصفور، و یوسف بن احمد (۱۴۰۵). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ جصاص، احمد بن علی (۱۴۰۵). احکام القرآن، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ◀ جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۵). مقدمه عمومی علم حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- ◀ جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- ◀ دروزه، محمد عزت (۱۳۸۳). التفسیر/الحديث، قاهره: دار احیاءالکتب العربیه.
- ◀ دهخدا، علی اکبر (۱۳۸۵). لغت‌نامه دهخدا، تهران: دانشکده ادبیات و علوم انسانی.
- ◀ رازی، فخرالدین ابوعبدالله محمد بن عمر (۱۴۲۰). مفاتیح الغیب، بیروت: دار احیاءالتراث العربی.
- ◀ رحیمی، مرتضی (۱۳۸۸). قرآن کریم و حقوق فرزندان در نهاد خانواده: فرزندخواندگی در آینه قرآن. فصلنامه قرآنی کوثر، ۳۳، ۷۲-۸۴.
- ◀ رزاقی، رضا (۱۳۸۵). چکیده‌ای درباره‌ی فرزندپذیری (فرزندخواندگی)، انتشارات اداره کل روابط عمومی سازمان بهزیستی کشور، چاپ اول تهران: سازمان بهزیستی کشور اداره کل روابط عمومی.
- ◀ زمخشری، محمود (۱۴۰۷). الکشاف، بیروت: دارالکتاب العربی.
- ◀ سروش محلاتی، محمد (۱۳۸۳). اصل عدم ولایت، علوم سیاسی، ۷ (۲۵)، ۷۲-۶۳.
- ◀ سیفی مازندرانی، علی اکبر (بی تا) دلیل تحریر الوسيلة - ولایة الفقیه، [بی جا].
- ◀ شریعتی، روح‌الله (۱۳۹۳). قاعده عدم ولایت و حقوق مردم، علوم سیاسی، ۱۷ (۶۸)، ۲۶-۷.
- ◀ شهید ثانی زین‌الدین بن علی عاملی (۱۳۹۸). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، تحقیق: السید محمد کلانتر بیروت: دارالعالم الاسلامی.
- ◀ صفایی، سید حسین (۱۳۸۴). قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران: نشر میزان.
- ◀ صفایی، سید حسین، و امامی، اسدالله (۱۳۹۵). مختصر حقوق خانواده. تهران: نشر میزان.
- ◀ طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۴۴). تفسیر المیزان، ترجمه سید محمد خامنه، قم: دارالعلم.
- ◀ عالمی طامه حسن (۱۳۹۱). فرزندخواندگی در اسلام، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

- ◀ کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵). حقوق مدنی خانواده، تهران: شرکت سهامی انتشارات.
- ◀ کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). عقود معین، تهران: کتابخانه گنج دانش ج ۳.
- ◀ کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). قواعد عمومی قراردادها، ج ۱ چ ۷ تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ◀ محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۹ ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران: انتشارات استقلال.
- ◀ مراغی، سید میر عبد الفتاح (۱۴۱۷). العناوین الفقهیه، چاپ اول، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ مظفر، محمدرضا (۱۳۸۰). اصول الفقه، تحقیقی عباسعلی زارعی سبزواری، قم: بوستان کتاب.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴). تفسیر نمونه، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ اول.
- ◀ منتظری، حسینعلی (۱۴۰۹). دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامیة، چاپ دوم، قم: نشر تفکر.
- ◀ نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

