

سلامی

۱۴۳۷.۷



دانشکده حقوق و علوم سیاسی

موضوع:

فرزندخواندگی

نگارش:

صادق شریعتی نسب

استاد راهنما:

آقای دکتر حسن جعفری تبار

استاد مشاور:

آقای دکتر محسن ایزانلو

۲۳۸۹ / ۷ / ۲۵

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق خصوصی

مهر ماه ۱۳۸۸
فصل هفتم

مهر ماه ۱۳۸۸

۱۴۳۷۰۷



جمهوری اسلامی ایران
دانشگاه تهران

شماره _____
تاریخ _____
پیوست _____

اداره کل تحصیلات تکمیلی

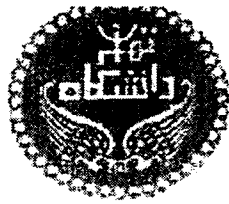
باسمه تعالی

تعهد نامه اصالت اثر

اینجانب ^{شیرین} ~~صاحب~~ متعهد می شوم که مطالب مندرج در این پایان نامه / رساله حاصل کار پژوهشی اینجانب است و به دستاوردهای پژوهشی دیگران که در این پژوهش از آنها استفاده شده است ، مطابق مقررات ارجاع و در فهرست منابع و مأخذ ذکر گردیده است. این پایان نامه / رساله قبلاً برای احراز هیچ مدرک هم سطح یا بالاتر ارائه نشده است . در صورت اثبات تخلف (در هر زمان) مدرک تحصیلی صادر شده توسط دانشگاه از اعتبار ساقط خواهد شد .
کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به پردیس / دانشکده / مرکز دانشگاه تهران می باشد .

نام و نام خانوادگی دانشجو ^{شیرین} ~~صاحب~~
امضاء
sh

آدرس : خیابان انقلاب اول خیابان فجر رازی - پلاک ۵ کد پستی : ۱۳۰۴۵/۵۶۸
فاکس : ۶۴۹۷۳۱۴



دانشکده حقوق و علوم سیاسی
گروه آموزشی حقوق خصوصی و اسلامی
گواهی دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد

هیات داوران پایان نامه کارشناسی ارشد: صادق شریعتی نسب

گرایش:

در رشته : حقوق خصوصی

با عنوان : فرزند خواندگی

را در تاریخ : ۱۳۸۸/۷/۲۹

به عدد	به حروف
۱۸۱	هجده و یک

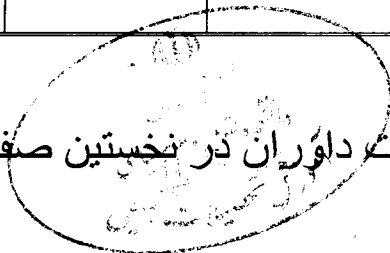
با نمره نهایی :

ارزیابی نمود.

با درجه

ردیف	مشخصات هیات داوران	نام و نام خانوادگی	مرتبۀ دانشگاهی	دانشگاه یا موسسه	امضاء
۱	استاد راهنما استاد راهنمای دوم (حسب مورد):	دکتر حسن جعفری تبار	استادیار	دانشکده حقوق و علوم سیاسی	
۲	استاد مشاور	دکتر محسن ایزانلو	استادیار	دانشکده حقوق و علوم سیاسی	
۳	استاد داور (یا استاد مشاور دوم)	دکتر محسن صفری	استادیار	دانشکده حقوق و علوم سیاسی	
۴	استاد داور (خارجی)				
۵	نماینده کمیته تحصیلات تکمیلی گروه آموزشی:	دکتر مجید غمامی	استادیار	دانشکده حقوق و علوم سیاسی	

تذکر : این برگه پس از تکمیل هیات داوران در نخستین صفحه پایان نامه درج می گردد.



تقدیم بہ

مادر مہربان

و روح پدر

و خواہر عزیزہ

تقدیر و تشکر

با سپاس از جناب آقای دکتر مسن جعفری تبار که عاشقانه و علاقمندانه

راهنمایی مسیر را متقبل شدند؛

جناب آقای دکتر مسن ایزانلو که عالمانه بسیاری از نقایص را متذکر

گردیده و با فضل خود بر شایستگی اثر افزودند.

چکیده

حسب مبنا و کارکرد اجتماعی که برای فرزندخواندگی برگزیده شود، درعالم حقوق نیز مختصات ویژه‌ای بر آن حاکم خواهد گشت: قالب حقوقی، شرایط تحقق و آثار آن، تحت تأثیر قرار گرفته و تابعی از مفهوم برگزیده خواهند بود؛ اگر در فرزندخواندگی کهن، فرزندان ابزاری در دست بزرگسالان و وسیله تأمین نیازهای آنان هستند، در فرزندخواندگی نوین، کودکان به طور مستقیم کانون توجه قرار می‌گیرند و بدون واسطه، هدف هستند و اگر قطع و انکار رابطه فرزندخوانده با خانواده اصلی، در برهه‌ای از زمان با مفهوم این نهاد عجین بود، در مفهوم جدید، پذیرش واقعیت و احترام به آن، اصل، و کتمان حقیقت نه ضروری و نه قابل توجیه است. این تغییر کارکرد، فرزندخواندگی را از نوعی عمل حقوقی تملیکی که موضوع خود را پسران بالغ قرار می‌دهد، به یک سیستم حمایتی عمومی با نظارت دولت بدل می‌کند که به حقوق و منافع کودکان، نگاه ویژه‌ای دارد. آنچه که شارع مقدس درخصوص فرزندخواندگی (تبنی) ابراز داشته نیز، لاجرم نسبت به مفهوم متداول آن در برهه زمانی - مکانی خاص بوده است. بنابر همین واقعیت، احکام و موضع‌گیری‌ها را باید رمزگشایی نمود. لذا در ترسیم شرایط تحقق فرزندخواندگی و تحدید حدود آثار آن، همواره باید روح مقررات شرعی را به عنوان رهنمون و خطمشی مدنظر قرار داد که تحت چند اصل کلی قابل شماره است:

- ۱- فرزندخواندگی نباید - به طور مستقیم یا غیر مستقیم - روح انسانی و ارزش معنوی حاکم بر روابط بشری را پایمال کرده و یا آن را به بازی بگیرد.
- ۲- فرزندخواندگی نباید در هیچ سطحی رابطه شخص با خانواده حقیقی‌اش را قطع کرده یا واقعیتی را کتمان و حقیقتی را پنهان نماید.
- ۳- گسترش رابطه فرزندخوانده در خانواده‌ای جدید، با رعایت قواعد فوق، نه تنها با هیچ مانعی مواجه نیست، بلکه اصل بر جواز و اباحه آن است.

بر همین اساس، در حکم فرزند دانستن فرزندخوانده و در حکم پدر و مادر دانستن پذیرندگان، می‌تواند خود به خود سبب تسری پاره‌ای از آثار خانواده حقیقی بر خانواده ناشی از فرزندخواندگی (خانواده حکمی) باشد و شرایطی که در یک خانواده متعارف و طبیعی مورد انتظار است را باید به‌عنوان مبنا، بر متقاضیان فرزندخواندگی تحمیل نمود.

واژگان کلیدی: فرزندخوانده، فرزندخواندگی، فرزندخواندگی کهن، فرزندخواندگی نوین، والدین،

پذیرندگان، مبانی اجتماعی، منافع کودک، رابطه نسبی، خانواده حقیقی، خانواده حکمی.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	مقدمه.....
بخش نخست: مفهوم و مبانی	
۵	گفتار اول: تعریف.....
۷	گفتار دوم: مبانی اجتماعی.....
۷	طرح بحث.....
۷	مبحث اول: فرزند خواندگی کهن.....
۱۴	مبحث دوم: فرزند خواندگی نوین.....
۱۷	مبحث سوم: جهت گیری در فرزند خواندگی نوین.....
۱۹	گفتار سوم: تئوری زیربنای فرزند خواندگی.....
۱۹	تئوری زیربنای فرزند خواندگی: حکومت یا فرض حقوقی.....
۲۴	گفتار چهارم: مبانی شرعی.....
۲۴	مبحث اول: مشروعیت فرزند خواندگی در اسلام.....
۲۴	طرح بحث.....
۲۴	۱- نظریهٔ نسخ فرزند خواندگی.....
۲۷	۲- نقد و تحلیل.....
۳۴	۳- ارائهٔ نظر.....
۳۸	۴- نتیجه.....
۴۰	مبحث دوم: مشروعیت نهاد اهداء جنین و رحم جایگزین.....

بخش دوم: تحقق فرزند خواندگی

۴۵	گفتار اول: قالب حقوقی.....
۴۵	مبحث اول: تحول تاریخی.....
۴۸	مبحث دوم: موضع حقوق داخلی.....
۴۸	طرح بحث.....
۴۹	۱- صورت تحقق سرپرستی.....
۵۱	۲- صورت انحلال سرپرستی.....
۵۵	گفتار دوم: شرایط فرزند خواندگی.....
۵۵	طرح بحث.....
۵۶	مبحث اول: شرایط پذیرندگان.....
۵۶	۱- وضعیت تأهل.....
۵۸	۲- شرایط زمانی.....

۵۸	۱-۲- شرط سنی
۶۰	۲-۲- مدت زمان میان نکاح تا تقاضا
۶۲	۳- اهلیت
۶۴	۴- نداشتن فرزند
۶۷	۵- تمکن مالی
۷۲	۶- سلامت جسمی و اخلاقی
۷۴	مبحث دوم: شرایط شخص قابل پذیرش
۷۴	۱- شرط سنی
۷۶	۲- بدون سرپرست بودن
۷۸	مبحث سوم: محدودیت های پذیرش
۷۸	۱- لزوم وجود اشتراک دینی، قومی، نژادی، فرهنگی میان متقاضیان و کودک مورد پذیرش
۷۸	۱-۱- تحلیل نظری
۸۰	۲-۱- موضع حقوق داخلی
۸۲	۲- محدودیت تعداد کودکان قابل پذیرش

بخش سوم: آثار فرزندخواندگی

۸۶	گفتار اول: دامنه آثار
۸۶	طرح بحث
۸۷	مبحث اول: آثار مالی
۸۷	۱- نفقه
۸۷	۱-۱- تحلیل نظری
۸۷	۱-۱-۱- در رابطه کودک با پذیرندگان
۸۹	۱-۱-۲- در رابطه کودک و والدین
۹۲	۱-۱-۳- در رابطه غیر مستقیم ناشی از فرزندخواندگی
۹۳	۲-۱- موضع حقوق داخلی
۹۸	۲- توارث
۹۸	طرح بحث
۱۰۱	۱- تحلیل نظری
۱۰۱	۱-۱- گزینش رویکرد
۱۰۲	۱-۱-۱- آمرانه و غیر قابل تغییر بودن قواعد ارث
۱۰۳	۱-۱-۲- ممنوعیت ارث مضاعف
۱۰۷	۱-۱-۳- محدوده اثر
۱۰۸	۲- موضع حقوق داخلی
۱۱۵	مبحث دوم: آثار غیر مالی
۱۱۵	۱- ولایت
۱۱۵	۱-۱- تحلیل نظری
۱۱۸	۲-۱- موضع حقوق داخلی

۱۲۲ ۲- حضانت
۱۲۲ ۲-۱- طرح بحث
۱۲۳ ۲-۲- موضع حقوق داخلی
۱۲۸ ۳- تسری نام خانوادگی
۱۲۸ ۳-۱- تحلیل نظری
۱۳۳ ۳-۲- موضع حقوق داخلی
۱۳۶ ۴- محرمیت
۱۳۶ طرح بحث
۱۳۷ ۱- تحلیل نظری
۱۳۷ ۱-۱- گزینش رویکرد
۱۳۸ ۱-۲- بررسی و تحلیل حرمت نکاح در موارد مشابه
۱۴۵ ۱-۳-۱- تعیین محدوده اثر
۱۴۵ ۱-۳-۱- رابطه فرزند خوانده با اعضای خانواده طبیعی
۱۴۶ ۱-۳-۲- رابطه فرزند خوانده با اعضای خانواده حکمی (پذیرنده)
۱۴۹ ۲- موضع حقوق داخلی
۱۵۳ گفتار دوم: خاتمه آثار
۱۵۳ مبحث اول: تحلیل نظری
۱۵۵ مبحث دوم: موضع حقوق داخلی
۱۵۹ نتیجه
۱۶۱ کتابنامه

مقدمه

مسیر زندگی طبیعی آدمی، همیشه هموار و بر وفق مراد نیست؛ ناملایمی‌های روزگار بخشی جدایی ناپذیر از آن را تشکیل می‌دهد و انسان را گریز از واقعیات تلخ آن نبوده و نیست. با این حال، بشر هیچ‌گاه سر سازگاری و گرنش در برابر ناخواسته‌ها نداشته و ذات عصیان‌گر خویش را ابزار می‌سازد تا اگر چه دگرگونی واقعیت را امکانی نباشد، دست کم عطش خیال‌گامیابی‌اش را اندکی فرو نشاند؛ از عالم اعتبار و فرض کمک می‌گیرد و آنچه را روزگار از او دریغ کرده، در پس پرده اعتبار جستجو می‌کند.

فرزندخواندگی از نتایج کهن این تلاش‌ها در کارنامه زندگی انسان است که در هر عصر، وسیله به دست فراموشی سپردن امری از امور دست‌نیافتده و جبران نقیصه‌ای تحقق یافته بوده است.

هرگاه سخن پیرامون ریشه و مختصات و نیز کارکرد چنین ابداعات بشری به میان می‌آید، ناگزیر از فهم فضای زمانی و مکانی و به تبع آن، اندیشه‌های حاکم بر آنها، به عنوان راهنمای اصلی نهاد تأسیس یافته خواهیم بود؛ نام ثابت و مشترک در طول تاریخ، امری فریبنده است که از حقیقت بویی بیش نبرده و جز کور سوئی، راهگشای تاریکی مسیر نیست.

آنچه که سابقه مطالعه حقوقی فرزندخواندگی را در ایران به تبع منابع فقهی تشکیل می‌دهد، توصیف و تحلیلی متعلق نه به عصر حاضر، که به ذهنیت دیروز آدمی است و بیشتر به مطالعه تاریخی ناقصی از این نهاد می‌ماند؛ گویی زمان در برهه‌ای از تاریخ متوقف شده و اهداف و کارکردها را همواره باید از همان زاویه نگاه کرد. نتیجه این برخورد، احساس فراغت از طرح موضوع و تحصیل این نتیجه بوده که فرزندخواندگی منسوخ و نامشروع است. لذا اگر هم بنا باشد بحثی مطرح گردد، باید پیرامون نهادی باشد که «قانونگذار» در عالم اعتبار تأسیس نموده و بنابراین مطالعات حقوقی محدود است به «قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست، مصوب ۱۳۵۳». فضای عمومی حاکم بر این قانون، به علت هراس از اتهام به نقض مقررات شرعی، حاوی نوعی اجمال و ابهام‌گویی است به نحوی که در

طی ۱۷ ماده، بدون پرداختن به مسائلی چون محرّمیت، و با تصریح به عدم برقراری توارث، به کار خود پایان می‌دهد و جز یک مورد، آن هم در خصوص ایرانیان غیر شیعه، نامی از «فرزندخواندگی» نمی‌برد. با این حال، چنین رویکردی پاسخگوی ذهن تعلیل‌گر جامعه امروز نیست؛ اینکه چرا و به چه فلسفه‌ای ساختاری دارای مزایای اجتماعی فراوان باید نامشروع باشد، در حیطة عمل حتی قانونگذار را وامی‌دارد تا تحت لوای استفاده از نام‌ها و واژگان ظاهر سازی شده، مضامین و اهداف دیگری را جستجو کند.

هدف این نوشته، بررسی فرزندخواندگی ورای یک دوره مشخص و شرایط زمانی و مکانی خاص است؛ این نهاد را مانند هر پدیده اجتماعی دیگری نیازمند فهم و سپس تحلیل می‌داند و از ظواهر به سمت مبانی حرکت می‌کند. در این راستا اگرچه توصیف فرزندخواندگی در گذر زمان لازمه پژوهش و امری اجتناب‌ناپذیر است، اما درنهایت هر توصیفی به منظور ارائه تحلیل واقع‌بینانه و بیان راهکاری شایسته به کارگرفته می‌شود تا نتیجه آن در حقوق نمود پیدا کند و هم در تفسیر قوانین موجود، هم در سیاست قانونگذاری، حائز اثر باشد. در این زمینه، هم به مطالعه تطبیقی حقوق کشورهای دیگر پرداخته شده تا بتوان از تجربیات و راهکارهای آنها استفاده کرد، هم به فضای اجتماعی، فرهنگی و تاریخی بومی توجه شده تا امری ناسازگار و بیگانه با حقوق خودی ارائه نشود و در تمامی این مسیر، سرمشق‌های منقح شرعی مدام رهنمون قرار داده شده است. لازم به ذکر است در تاریخ ۱۳۸۷/۱۲/۴، لایحه‌ای تحت عنوان «حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست»، مصوب ۱۳۸۷/۱۱/۱۳ هیأت وزیران، تقدیم مجلس شورای اسلامی گردیده که در حال طی تشریفات قانونی می‌باشد. لذا در هر زمان که از موضع حقوق داخلی پیرامون موضوعی سخن رفته، مفاد لایحه مذکور نیز بیان و با قانون فعلی مقایسه گردیده و درنهایت مورد نقد و ارزیابی واقع شده است تا سیر تمایل قانونگذاری داخلی نیز ترسیم و تبیین شود.

آنچه که پرسش اصلی و سؤال مبنایی پژوهش حاضر را تشکیل می‌دهد، با توجه به رویکرد کارکردگرای آن، چگونگی و حدود آثار ناشی از فرزندخواندگی است که در تمامی روابط ناشی از ابوت

و بنوت، یعنی: توارث، محرمیت، تسری نام‌خانوادگی، الزام به انفاق، ولایت و حضانت قابل بحث است. با این حال، پرسش مقدم و نخستین را مبنای مشروعیت این نهاد تشکیل می‌دهد که در واقع محمل اجلاس آثار است؛ بی‌تردید مادامی که به مسئله مشروعیت فرزندخواندگی پاسخی درخور داده نشود و ابهامات مطرح درخصوص آن برطرف نگردد، پرداختن به آثار، امری لغو و بی‌فایده است. لذا پس از طرح مبانی اجتماعی فرزندخواندگی و تحلیل مبنای مشروعیت آن، شرایط تحقق و شکل‌گیری نهاد را مطرح می‌سازیم تا در نهایت محدوده آثار آن مورد بررسی قرار گیرد.

بخش نخست: مفهوم و مبانی

گفتار اول: تعریف

فرزند خواندگی، از حیث لغوی از «فرزندخواندن» گرفته شده و به این معنی است که شخصی، بیگانه‌ای را که با وی نسبت فرزندی ندارد، فرزند خود بخواند.^۱ معادل انگلیسی این واژه «Adoption» و معادل عربی آن «دعی» است. «Adoption» از واژه «Adopt» گرفته شده که به معنای قبول کردن، پذیرفتن، مربوط ساختن، نام گذاردن و... آمده است.^۲ همچنین واژه «دعی» از «دعو، دعی» آمده که به معنای صدا زدن، خواندن، دعوت کردن، نامیدن و... می باشد.^۳ در زبان عربی واژه «تبنی» را نیز معادل فرزند خواندگی آورده اند. اما باید دانست که تبنی از «ابن» اتخاذ شده و معنای دقیق آن «پسر گرفتن» است و با پیشینه تاریخی این نهاد در میان اعراب کاملاً تناسب دارد.^۴

اما در اصطلاح، فرزندخواندگی یک نهاد حقوقی است که به واسطه آن رابطه خاصی میان زن و مردی، یا احد از آنان^۵ از یک سو، و فرزندی که شرعاً یا طبعاً (از نظر ژنتیکی) متعلق به آنها نمی باشد، از سوی دیگر ایجاد می گردد.^۶ در این رابطه، زن و مرد به عنوان مادر و پدر، و کودک به عنوان

1- «خواندگی: قبول کردن کودکی را به جای فرزند...» (علی اکبر دهخدا، لغت نامه دهخدا، جلد هفتم، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم، دوره جدید، تهران، ۱۳۷۷، ص. ۱۰۰۴۲).

2- عباس آریانپور کاشانی با همکاری منوچهر آریانپور، فرهنگ دانشگاهی آریانپور، جلد اول، انتشارات امیر کبیر، تهران، چاپ ۲۹، ۱۳۸۴.

3- آذرتاش آذرنوش، فرهنگ معاصر عربی-فارسی، نشر نی، تهران، چاپ هشتم، ۱۳۸۶، ص ۱۹۷.

4- زیرا دختران هیچ گاه مطلوب و مورد توجه نبوده اند و پذیرفتن فرزند دیگری، منحصر به پسران بود. همچنین لازم به ذکر است که «دعی» نیز همیشه به معنای پسر خوانده ترجمه می گردد. در این زمینه رک. حسین بن علی ابوالفتوح رازی، روض الجنان و روح الجنان فی تفسیرالقرآن، جلد ۱۵، بنیاد پژوهشهای اسلامی آستان قدس رضوی مشهد، ۱۴۰۸ ق، ص ۳۴۴: «ادعیاء جمع دعی باشد، فعیل به معنی مفعول، یعنی مدعوّند به پسری شما.»

5- صرف نظر از فرزندخواندگی افراد مجرد، ممکن است فقط یکی از زوجین فرزند دیگری را به فرزندخواندگی بپذیرد.

6- در حقوق پاره‌ای کشورها، پذیرفتن فرزند طبیعی، توسط والدین طبیعی امکان پذیر است.

7- برای دیدن تعریفی مشابه، رک. اسد الله امامی، وضع حقوقی فرزند خواندگی در ایران، فقه و حقوق تطبیقی، سمت، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۷۱.

فرزند آنان است.^۱ از این رو زن و مرد را «مادرخوانده»^۲ و «پدرخوانده»^۳ و شخص پذیرفته شده را «فرزندخوانده»^۴ می نامند.

ادعا شده است که فرزندخواندگی ترجمه غلطی از "Adoption" است که در اصل باید «فرزندخوانی» ترجمه می شده^۵ با این استدلال که «...بیانگر عمل کسی است که کودکی را به فرزند خود می خواند...» و اینکه «...فرزندخواندگی ناظر بر حالت حقوقی شخص فرزندخوانده است...». منتها در مقام نقد این ادعا باید دانست که اولاً؛ این نام گذاری (فرزندخوانی) بر حسب شکل و قالب حقوقی نهاد است (که در اینجا به ایقاع تعبیر شده) و وابسته به این است که ابتدائاً در خصوص آن تعیین تکلیف گردد. ثانیاً؛ این استدلال در صورتی تمام است که اصطلاح «پدرخواندگی»، «مادرخواندگی»، «خواهرخواندگی» و... نیز در عالم حقوق مورد وضع قرار گرفته باشند، در حالیکه اینگونه نیست و این خود نشان می دهد که فرزندخواندگی، اصطلاحی است که برای نام گذاری بر کل نهاد وضع گردیده و وضعیت حقوقی تمام اطراف ذیربط، در آن مورد بحث قرار می گیرد. ثالثاً؛ همین نویسنده در جای دیگر بیان می دارد: «پذیرفته شده، فرزندخوانده و پذیرنده، فرزند خواه و هر یک از فرزندخواهان در نسبت با فرزندخوانده، بر حسب مورد، پدرخوانده یا مادرخوانده، نامیده می شود.» در صورتی که «خواه» و «خواهان» از مصدر «خواستن» گرفته شده و این در حالی است که اگر نام نهاد فرزندخوانی باشد، می بایست به هریک از پذیرندگان «فرزندخوان» و به مجموع آنان «فرزندخوانان» اطلاق می شد و این خود نارسایی اصطلاح فرزندخوانی در بیان معنی را می رساند.

- 1- ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، خانواده، جلد دوم، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ ششم، ۱۳۶۳، ش ۵۳۳، ص ۳۸۱؛ حسن جعفری تبار، قاضیان چون شاعران، گفتاری در: فرض حقوقی و ارزش آن همچون دلیلی بر اثبات دعوا، مجله حقوق تطبیقی، مؤسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، شماره ۲ (دوره جدید)، ۱۳۸۵، صص ۱۷۴ تا ۱۷۶.
- 2 - علی اکبر دهخدا، همان منبع، جلد ۱۳، ص. ۱۹۹۲۹: «مادرخوانده: زنی که کسی او را به مادری قبول کند.»
- 3 - همان، جلد چهارم، ص. ۵۴۳۵: «پدرخوانده: که به پدری برداشته باشد. که کسی را به پسری پذیرفته باشد.»
- 4 - همان، جلد ۱۱، ص. ۱۷۰۶۹: «فرزندخوانده: آنکه دیگری او را به فرزند پذیرد.»
- 5- مصطفی واحدی، حقوق خانواده در سوئد، گنج دانش، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۹۳، پانویس ۱.

گفتار دوم: مبانی اجتماعی

طرح بحث

همانگونه که جامعه مدام در حال تغییر و تحول است، معنا و مفهوم و یا کارکرد نهادهای اجتماعی هم در گذر زمان دستخوش تغییر و تحول می‌گردد. در هر عصر اندیشه‌های کلان حاکم بر ذهنیت افراد یک جامعه، سمت و سوی خاصی به اهداف و کارکرد ساختارهای تولید شده‌ی آن می‌دهد. این نظریه‌های کلان اجتماعی را پارادایم^۱ می‌نامند. از آنجا که پارادایم‌ها (= اصول کلی حقوق) ثابت نبوده و در حال دگرگونی‌اند^۲، بررسی این نهادهای اجتماعی - حقوقی نیز جدای از بررسی اندیشه‌ی حاکم بر آنها در هر عصر، بی‌معنا می‌نماید. لذا جهت یافتن ذهنیتی صحیح از مفهوم و کارکرد فرزندخواندگی، باید آن را از لحاظ تاریخی ریشه‌یابی و کنکاش نمود.

مبحث اول: فرزند خواندگی کهن

فرزندخواندگی در مفهوم کهن آن را می‌توان ابزاری برای جبران کردن نقصان و خلاء سایر نهادها و ساختارهای اجتماعی - اعتقادی تعبیر نمود؛ گاهی با صبغه‌ی مذهبی، گاهی اقتصادی، گاهی نظامی و حتی گاهی اشرافی‌گری. در حقیقت فرزندخواندگی، مستقیماً مطلوب و مورد توجه نبوده، بلکه حربه‌ای ساخته و پرداخته‌ی جامعه بوده که رسالت آن جامعه‌ی عمل پوشاندن به خواست و میل افرادی است

1- حسن جعفری تبار، درآمدی بر تاریخ نگاری علم حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره شصت، تابستان ۱۳۸۲، ص. ۸۷: «نظریه‌های کلان حقوقی نیز بر دو قسم - اند: مکاتب حقوقی و اصول حقوقی. مکاتب حقوقی نظام‌هایی‌اند که هدفمندانه از سر عمد و اختیار انتخاب شده - اند... لیکن مقصود از اصول کلی حقوق، پارادایم‌های حقوقی است؛ اصولی که کاملاً غافلانه و ایدئولوژی‌وار بر ذهنیت حقوقدانان یک عصر سیطره یافته‌اند.»

2 - همان، ص. ۸۸: «اصول کلی حقوق اگرچه جاودانه به نظر می‌رسند لیکن به واقع لایتغیر نیستند و همچون پارادایم‌های کوهن دگرگونه می‌شوند. بردگی، اصل کلی حقوق سنتی بود اما حریت اصل کلی حقوق جدید.»

که برای فراموشی ناکامی‌های عالم واقعیت، به عالم مجاز و اعتبار پناه آورده بودند؛ به خواست و میلی که وجود یک فرزند، به طور غیرمستقیم، تنها راه برآورده ساختن آن بود.

فرزندخواندگی کهن، بر مبنای خانواده‌ی «پدرشاهی»^۱ که در واقع سیستم اداره‌ی خانواده بود^۲، استوار گردیده است. در این سیستم، قدرت مطلق از آن رئیس خانواده است و فرزندان اصولاً دارای شخصیت نیستند^۳؛ نسبت به آنها فقط تصمیم‌گیری می‌شود و ملاک اتخاذ تصمیم هم صلاحدید شخصی است^۴. همین نگرش بر مختصات فرزندخواندگی نیز حاکم است:

در حقوق روم قدیم، جهت حفظ بنیان خانواده، پس از فوت رئیس خانواده، این مقام به پسر وی انتقال می‌یافت و اگر پسری وجود نداشت، با توجه به اینکه دختران پس از ازدواج قهراً می‌بایست آداب و آیین خانواده‌ی شوهر را رعایت می‌کردند و آیین خانواده‌ی اصلی را ترک می‌گفتند، تنها راه این بود

^۱ - Patriarch.

2 - رک. آلبرماله، تاریخ آلبرماله، ترجمه عبدالحسین هژیر، جلد اول، سمیر، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۳، ص. ۱۰۸: «...تا دیر زمانی اقتدار و توانایی پدر از خصایص ممتازه زندگانی خانوادگی بود. این قدرت مخصوصاً از عقاید مذهبی ناشی می‌شد: پدر را پیشوای مذهبی خانواده می‌دانستند بنابراین اوامر وی مقدس و اختیارش نامحدود بود...» و نیز:

John Anthony Crook, Law And Life of Rome: 90 B.C.to A.D. 212, Part 212, Cornell University Press, 1967, p.112.

3- علی اکبر صبحی، سیری در جامعه شناسی ایران، کتابفروشی دهخدا، تهران، ۱۳۴۹، ص. ۱۹۸ و ۱۹۹: «در زمان ساسانیان... فرزندان مانند زنان محکوم پدر بودند. پدر تنها مغز متفکر خانواده محسوب می‌شد و اوامر وی در هر موردی نافذ و قطعی بود... در حقیقت فرزند جزو دارایی خانواده محسوب می‌شد و پدر می‌توانست فرزندان را مانند اشیاء متعلق به خود مورد استفاده قرار دهد. از این رو هرگاه شخصی فرزند دیگری را به قتل می‌رساند فرزندش را به عنوان پاداش متقابل می‌کشند و این رسم در همهٔ جامعه‌های پدر سالاری قدیم از آن جمله بین النهرین برقرار بود.» و برای دیدن این ویژگی در ایران پس از اسلام نگاه کنید به همان، ص. ۲۰۳: «بستگی فرزندان به خانواده به حدی است که گاه فرزندان به جای پدران سیاست می‌شدند، فردوسی بر آن است که هرکسی انتقام پدر و یا اجداد خود را بگیرد اگرچه چند نسل بر گشتن آنان گذشته باشد.»

4- همان: «پدر خانواده آنقدر قدرت داشت که می‌توانست فرزندان را بکشد یا به عنوان برده بفروشد یا از خود براند.» و آلبرماله، همان منبع، ص. ۱۰۸: «پدر می‌توانست پرورش اولاد خود را نپذیرد، آنها را سر راه بگذارد یا بفروشد، بروفق دلخواه خویش آنها را به مزاجت مجبور کند. پدر در خانواده حاکم مطلق بود هرگاه زن یا فرزندش مرتکب جنایتی می‌شدند می‌توانست آنها را محکوم به اعدام نماید...»؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، کاتبخانه گنج دانش، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۸، ش. ۳۹۵۹، ص. ۱۰۶۱: «زنده به گور کردن دختران، ناشی از نفوذ رسم پدرسالاری در اعراب جاهلی بوده است.»

که پسر خوانده‌ای اتخاذ گردد^۱. هدف اصلی فرزندخواندگی، نجات یک خانواده از انقراض بود و در چنین وضعیتی، سخنی از رفاه و آسایش کودکان در میان نبود کما اینکه اشخاص پذیرفته شده، اغلب اشخاص بالغ بودند^۲.

در ایران باستان، در حقوق ساسانی، مطابق دین زردشت، فرزندخواندگی رنگ و بنوی مذهبی داشت. گویی داشتن فرزند موهبتی بود که محرومیت از آن نه تنها در دنیا، که در آخرت هم گریبان‌گیر می‌شد^۳. از طرفی فرزندخوانده وظیفه اداره دارایی خانوادگی متوفی را به عهده داشت^۴. در حقوق زردشت، طرق مختلفی برای تعیین و انتخاب فرزندخوانده وجود داشت از جمله اینکه دختر یا زن بیوه‌ی متوفی و یا حتی زن بیگانه‌ای را تحت شرایط خاصی تزویج می‌کردند تا پسر ارشد متولد از این نکاح، فرزندخوانده متوفی محسوب گردد^۵.

در میان اعراب پیش از اسلام، تبنی رونق زیادی داشت؛ از یک سو زندگی قبیله‌ای آنان نیازمند فعالیت بدنی بود و از طرف دیگر بقاء در مقابل خطر حملات و غارت سایر قبایل نیاز به تقویت نیروی نظامی داشت، و به علاوه تعداد فرزندان پسر بیشتر سبب احترام و شوکت خانواده در وهله اول و قبیله

1 - آلبر ماله، همان منبع، ص. ۱۱۲. همچنین رک. اسد الله امامی، وضع حقوقی فرزند خواندگی در ایران، مجله فقه و حقوق تطبیقی، سمت، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص. ۴۰۴ و ۴۰۵: «یعنی بزرگترین مصیبت برای خانواده‌ای زمانی پیش می‌آمد که رئیس خانواده بدون پسر یا اخلاف و اعقاب فوت و کسی از او برای حفظ اماکن مقدسه باقی نمی‌ماند که با فرزندخواندگی و تعیین فرزندخوانده این نقص خانواده جبران می‌گردید».

2 - Ibid, P. 111: "...the characteristic remedy for a family in danger of dying out was adoption, and that that was the primary purpose of the institution. It had nothing to do with the welfare of children, and those adopted were often adults."

3 - اسدالله امامی، نسب در حقوق ایران و فرانسه، پایان نامه تحصیلی دوره دکتری حقوق رشته قضایی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، اردیبهشت ۱۳۴۹، ص. ۳۹۷ و ۳۹۸: «زردشتیان معتقد بودند که فرزند عنوان پل صراط را دارد و کسی 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 آموزش و عبور از پل مزبور فرزند بدلی برای خود انتخاب می‌کردند» و حسین امین، تاریخ حقوق ایران، جلد اول، انتشارات دایرةالمعارف ایران شناسی، تهران، ۱۳۸۲، ص. ۱۳۳: «در آیین مزدیسنی معتقدند که مرد وزن بدون فرزند در دنیای آخرت خیلی ناراحت خواهند بود. پس به هر صورت بایستی کودکی را به فرزندی بپذیرند تا در دنیای دیگر یار و مددکار آنان باشد».

4 - حسن جعفری تبار، همم شهریاری، همم موبدی (گفتاری در حقوق مذهبی ایران در دوره ساسانی)، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره هفتاد، زمستان ۱۳۸۴، صص. ۶۱ تا ۶۳.

5 - جهت ملاحظه این اقسام، رک. حسن جعفری تبار، صص. ۶۲ و ۶۳ و نیز اسدالله امامی، همان منبع، ص. ۳۹۸ و ۳۹۹.