

کتابخانه اطلاعات علمی



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد بندر انزلی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A) در رشته حقوق

گرایش حقوق خصوصی

عنوان

شناسایی حق حضانت کودکان نامشروع در قوانین ایران و

کنوانسیون های بین المللی

استاد راهنما:

دکتر محمدرضا داداشی نیاکی

نگارنده

محمد کاظمی مقدم

تابستان ۱۳۹۵

سپاسگزاری

پروردگار مهربان را که به من توفیق داد در راه کسب علم قدم بردارم. او که با توکل به قدرت لایزالش تحمل مشقت های راه پرفراز و نشیب زندگی آسان می گردد.

و با امید به وجود آگنده از مهرش وجود خود را سرشار از مودت و عطوفت ساخته تا بتوان با تاباندن پرتوی از آن به دل بندگان خدا طلوع نور امید را در دل آنها نظاره گر شد. از درگاه آن هستی بخش بی ادعا خواهانم توفیق خدمت به خلق خود را عنایت فرماید.

و از استاد ارجمند جناب آقای دکتر داداشی نیکی که زحمت راهنمایی این پایان نامه را تقبل فرمودند و دلسوزانه در طی این راه مرا راهنمایی کردند و با دلگرمی ها و ارشادات خود مرا یاری نمودند.

تقديم به:

آنانی که همواره خدا را می بینند

و در اعتلای علم و دانش

برای کمال واقعی بشری اندیشند.

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چکیده.....	۱
مقدمه.....	۲
الف: بیان مسئله.....	۳
ب: اهمیت و ضرورت تحقیق.....	۶
ج: اهداف تحقیق.....	۸
د: سوالات تحقیق.....	۹
هـ: فرضیه تحقیق.....	۹
و: پیشینه پژوهش.....	۹
ز: روش تحقیق.....	۱۳
ح: جنبه نوآوری پژوهش.....	۱۳
ط) ساختار تحقیق پژوهش.....	۱۴
فصل اول: کلیات	۱۵
۱-۱- مفهوم کودک مشروع در فقه و حقوق ایران.....	۱۶
۱-۲- تعریف کودک نامشروع.....	۱۶
۱-۳- جایگاه فقهی اطفال نامشروع.....	۲۰
۱-۴- جایگاه حقوقی اطفال نامشروع.....	۲۲
۱-۴-۱- در قانون مدنی.....	۲۲
۱-۴-۲- از منظر نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه.....	۲۲
۱-۴-۳- از منظر رای وحدت رویه شماره ۶۱۷ - ۷۶/۴/۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور.....	۲۳
۱-۵- حضانت کودک.....	۲۵
۱-۵-۱- تعریف لغوی.....	۲۵
۱-۵-۲- تعریف اصطلاحی حضانت در حقوق ایران.....	۲۵
۱-۵-۳- تعریف حضانت در اسناد بین المللی.....	۲۹
۱-۶- ماهیت حضانت (حق یا تکلیف بودن حضانت):.....	۳۰

۳۰	۱-۶-۱- بررسی ماهیت فقهی حضانت.....
۳۳	۱-۶-۲- بررسی ماهیت حقوقی حضانت.....
۳۵	۷-۱- تصریح به جنبه حقی و تکلیفی حضانت در قانون حمایت خانواده.....
۳۶	۱-۸- حق یا تکلیف بودن حضانت از دیدگاه کنوانسیون حقوق کودک.....
۳۸	۱-۹- نسب.....
۳۸	۱-۹-۱- تعریف لغوی.....
۳۸	۱-۹-۲- نسب از دیدگاه فقها و حقوقدانان.....
۴۰	۱-۹-۳- پیدایش نسب.....
۴۱	۱-۹-۴- شرایط تحقق نسب.....
۴۲	فصل دوم: طفل نامشروع در فقه و حقوق ایران.....
۴۳	۲-۱- اقسام نسب.....
۴۳	۲-۱-۱- نسب مشروع.....
۴۵	۲-۱-۲- نسب نامشروع.....
۴۷	۲-۲- دلایل نسب.....
۴۷	۲-۲-۱- سند ولادت (شناسنامه).....
۴۷	۲-۲-۲- شهادت شهود.....
۴۸	۲-۲-۳- اقرار.....
۴۸	۲-۳- حضانت کودک نامشروع.....
۴۸	۲-۳-۱- حضانت کودک نامشروع در فقه امامیه.....
۵۰	۲-۳-۲- حضانت کودک نامشروع در حقوق ایران.....
۵۵	۲-۴- ولایت کودک نامشروع.....
۵۶	۲-۵- اخذ شناسنامه کودک نامشروع.....
۵۷	۲-۶- نفقه کودک نامشروع.....
۶۰	۲-۷- ثبت ولادت کودک نامشروع.....
۶۰	۲-۸- حکم ارث بردن فرزند نامشروع.....
۶۲	۲-۹- استفاده کودک نامشروع از نام خانوادگی پدر طبیعی.....
۶۴	۲-۱۰- ازدواج اطفال نامشروع.....
۶۷	۲-۱۱- مسئولیت مدنی کودک نامشروع.....

۶۹	فصل سوم: حقوق کودکان نامشروع در کنوانسیونهای بین المللی
۷۰	۳-۱- بررسی حضانت کودک نامشروع در اعلامیه جهانی حقوق بشر و اسناد بین المللی
۷۱	۳-۲- حضانت کودک در کنوانسیون حقوق کودک
۷۱	۳-۲-۱- ماده ۲ کنوانسیون (حقوق مساوی کودکان)
۷۲	۳-۲-۲- ماده ۱۸ (وظایف دولتها)
۷۳	۳-۲-۴- ماده ۲۴ (حق برخورداری از بهداشت و تسهیلات)
۷۴	۳-۲-۵- ماده ۲۶ (حق امنیت اجتماعی)
۷۵	۳-۳- تفاوتهای حقوق کودک در کنوانسیونهای بین المللی با فقه و حقوق ایران
۷۶	۳-۳-۱- اولین تفاوت، سن بلوغ
۷۶	۳-۳-۲- دومین تفاوت، حق شهادت
۷۷	۳-۳-۳- سومین تفاوت، فرزند خواندگی
۷۷	۳-۳-۴- چهارمین تفاوت، حق ارث
۷۸	۳-۴- شباهتهای حقوق کودک در کنوانسیونهای بین المللی با فقه و حقوق ایران
۸۴	۳-۵- نتیجه گیری
۸۷	فهرست منابع

چکیده

حضانت یعنی نگهداری و تربیت افراد، حضانت از زمان تولد آغاز می شود و تا زمان بلوغ و رشد کودک ادامه می یابد با این تفاوت که حضانت در پسرها و دخترها تا هفت سالگی تحت شرایطی حق مادران است. کنوانسیون در تمامی مواد خود فرقی بین کودک مشروع و کودک نامشروع قائل نشده است و حقوقی برابر یکدیگر برای آنها قرار داده است لذا بر آن شدیم تا ببینیم یک کودک نامشروع در حقوق ایران از چه حقوقی برخوردار است؟ آیا به مانند یک کودک مشروع از تمامی حق بهره مند می شوند؟ بنا بر مبنای مشروع زانی و زانیه حق حضانت و ولایت بر کودک ناشی از زنا ندارند چون پدر و مادر او محسوب نمی شوند. حق ولایت پدر و جد پدری و همچنین حق حضانت پدر و مادر چنانکه از مواد مربوط استنباط می شود از آثار نسب قانونی است و بین پدر و مادر طبیعی طفل متولد از آنان رابطه قانونی موجود نیست و طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی شود بنابراین پدر و مادر طبیعی بر طفل طبیعی خود ندارند، ولی چون طفل احتیاج به نگهداری دارد و این امر از واجبات کفایی می باشد پدر و مادر که سبب ایجاد طفل مزبور شده اند در نگهداری از او، اولی از دیگران می باشند. و اگر بپذیریم که نسب با زنا نیز ثابت می شود ولایت در اینجا بعهد پدر و مادر یعنی زانی و زانیه می شود. نتیجه کودک ناشی از زنا حضانت او تا هفت سالگی حق مادر است. و بعد از آن بعهد پدر خواهد بود در تمام مواد کنوانسیون حقوق زمانی که صحبت از کودک می شود تفاوتی بین کودک مشروع و نامشروع مشخص نمی شود و فرقی بین این دو کودک قائل نشدند و تمام حقوق کودک مشروع را به کودک نامشروع داده اند و هیچگونه تبعیضی از لحاظ تولد و یا سایر احوال شخصیه والدین حتی حضانت برای کودکان نشمرده اند.

واژگان کلیدی : حضانت، کودک نامشروع، حقوق ایران، کنوانسیون کودک

مقدمه

بحث و بررسی در خصوص اطفال نامشروع از جمله مباحثی است که از دیرزمان در نظام های مختلف حقوقی مورد نظر اندیشمندان بوده است. در ابتدا اهمیتی بر آن قائل نبوده، و اطفال نامشروع از حمایت های حقوقی برخوردار نمی شده و دیدگاه جامعه به آنان که نتیجه نادانی و گناه افراد دیگر است به چشم دیگری می نگریستند و این رویه از آنان در آینده افرادی سرخورده، شرور و مخل امنیت جامعه می ساخت. بر این اساس جوامع غربی بر آن شدند که با استفاده از تجربیات سایر نظام های حقوقی به خصوص حقوق اسلام، نگاهی رسمی به حقوق این گروه از جوامع بشری داشته باشند، که اعلامیه های جهانی حقوق کودک را می توان دلیلی بر این ادعا دانست. از سویی دیگر دین مبین اسلام با توجه به وحی و کلام الهی و استنباط فقهای آن چه در مذهب شیعه و چه در مذهب اهل سنت، گام های اساسی و مطلوبی در راستای حفظ حقوق کودکان نامشروع برداشته است. در این میان اسلام با نفس عمل یعنی زنا مخالفت نموده، و ضمن بیان دیدگاههای خود در خصوص این فعل حرام، زانی و زانیه را مورد مجازات شدید قرار داده است و بدین جهت، حاصل این عمل زشت (طفل نامشروع) را به رسمیت نشناخته و موانعی را در جهت آسودگی خاطر زانی و زانیه قرار داده تا بدین وسیله آنان به جهت وقوع چنین اتفاقی از اصل عمل خویش نادم و از انجام آن خودداری نمایند. در این میان فقهای اهل تسنن و فقهای امامیه، در بسیاری از موارد با یکدیگر هم نظر بوده و این اتفاق نظر توانسته اثرات مثبتی را در نوع نگاه جامعه اسلامی به این عمل بوجود آورد. لذا از آنجایی که تحقیق حاضر اهتمام بر آن دارد که حق حضانت کودکان نامشروع را در قوانین ایران و کنوانسیون های بین المللی و حقوق موضوعه مورد بحث و بررسی قرار دهد امیدوار است که این پژوهش گامی هر چند کوچک در راستای معرفی پویایی و گستردگی تفکر فقهای اسلامی اعم از شیعه و سنی در ایران در

قبال نظام های حقوقی غربی باشند که همواره ادعای بشر دوستی آنان، صرفاً به الفاظ و شعار ختم شده است.

الف: بیان مسئله

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 بین‌المللی، 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 بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، تدابیر خاصی در حمایت و مساعدت به نفع کلیه اطفال غیر ممیز و ممیز بودن هیچ‌گونه تبعیض ناشی از نسب یا عوامل دیگر باید اتخاذ گردد و اطفال غیر ممیز باید در مقابل استثمار اقتصادی و اجتماعی حمایت شوند. رعایت اصل ممنوعیت اعمال تبعیض در حق کودکان، در کنوانسیون حقوق کودک نیز در 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 هیچ‌گونه تبعیضی از جهت نژاد، رنگ، مذهب، زبان، عقاید سیاسی، ملیت جایگاه قومی و

اجتماعی و اقتصادی، عدم توانایی، تولد و یا سایر احوال شخصیه 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.

قانونگذار در ماده ۱۱۶۷ بیان میدارد که طفل ناشی از زنا ملحق به زانی نمی شود. به موجب قانون حضانت کودکان هم حق و هم تکلیف والدین است بنابراین والدین نمی توانند این حق فطری و طبیعی خود را اسقاط یا به دیگری منتقل کنند. و نیز حق ندارند در ازای قبول آن مطالبه اجرت کنند. پس از اصلاح ماده ۱۱۶۹ در سال ۱۳۸۲ سن حضانت، پسر و دختر تا ۷ سالگی برای مادر افزایش یافت در حالی که پیش از این اولاً بین پسر و دختر در سن حضانت مادر تفاوت وجود داشت و میزان آن نیز کمتر بود. در خصوص حضانت کودک نامشروع، اکثر فقهای امامیه معتقد به عدم الحاق کودک نامشروع به زانی و زانیه هستند و جز حرمت نکاح هیچ رابطه ای بین کودک خارج از نکاح و پدر و مادر عرفی او قائل نیستند. اما بعضی از فقها در این باره بیان کرده اند که نگهداری از زنازاده واجب کفایی است و باید بیت المال هزینه او را فراهم کند.

در هر جامعه خانواده اساسی ترین رکن آن محسوب می شود و حفظ این بنیان حیاتی، بر مبنای قوانین، اصول، عرف و اخلاق، مسئله ای است که باید بسیار به آن توجه کرد. وجود روابط قانونی و در چارچوب معین، در خانواده ها، از مهمترین شاخصه های این مهم به شمار می رود. در این میان کودکان اهمیت به سزایی دارند؛ چرا که کودکان امروز پدر و مادران فردا هستند. در واقع آینده هر جامعه ای را کودکان آن رقم می زنند. در جامعه ما، با توجه به اینکه وجود روابط آزاد بین زن و مرد، امری است خلاف اخلاق و قانون و در نتیجه کودکان ناشی از این روابط نیز، از نظر جامعه مطرود هستند و به لحاظ حقوقی نیز با مشکلاتی

مواجه می‌شوند. می‌توان عمده مشکلات کودکان نامشروع را به لحاظ حقوقی عواملی همچون نسب کودکان نامشروع، در حکم اسلام بودن، توارث، محرومیت و ازدواج، حضانت و ولایت و نفقه و اطاعت نام برد. در بحث نسب از آنجایی که امری است که به واسطه آن اعتقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد بوجود می‌آید از این امر، رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد موجود می‌گردد (امامی، ۱۳۷۴: ج ۲، ۱۶۰) به لحاظ قانونی نسب عبارت از خویشاوندی طفل به پدر و مادری که در حین انعقاد نطفه بین آنان نکاح صحیح (اعم از دائم یا منقطع) موجود بوده است (همان منبع) در فقه اسلام نیز نسب کودک صرفاً با رعایت موازین دینی که همان نکاح می‌باشد قابل پذیرش است و در پاره ای موارد همچون نسب ناشی از شبهه که نزدیکی است که شخص استحقاق آن را ندارد با عدم علم، به تحریم آن مورد بررسی قرار می‌گیرد و در فقه عامه برخلاف امامیه، فرزند ناشی از شبهه را هنگامی به شخص اشتباه کننده ملحق می‌کند که؛ شخص به نسب اقرار کند و صرف وقوع نزدیکی برای الحاق طفل به اشتباه کننده کافی نیست در قانون مدنی مواد ۱۱۶۴ تا ۱۱۶۶ راجع به نسب ناشی از شبهه بحث شده، که خلاصه‌ی کلام این است که؛ قانون مدنی نسب ناشی از شبهه را در حکم نسب مشروع قرار داده است و آثار و احکام نسب مشروع را بر آن بار می‌کند. (صفائی، ۱۳۸۱: ج ۵: ۱۱۲) از دیگر موارد مهم در بحث حمایت حقوقی از اطفال نامشروع باید به موضوع ارث اشاره نمود زیرا ماده ۸۸۴ ق. م اشعار می‌دارد: ولد الزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمی‌برد لیکن اگر حرمت رابطه 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. (امامی، ۱۳۷۴: ج ۲، ۱۹۲) در فقه نیز این موضوع بدینگونه بیان شده است ولد الزنا از زانی و زانیه ارث نمی‌برند و آنها نیز از ولد الزنا ارث نمی‌برند؛ همچنین اقارب پدر و مادر از این کودک و او از آنها ارث نمی‌برد. در این حکم فرقی میان مبنای وجود ندارد؛ البته نفی توارث ولد الزنا و زانی اجماعی است و مخالفی در این حکم حتی از عامه

نیز وجود ندارد (نجفی، محمد حسن، ۱۳۶۷، ق، ج ۴: ۴۶۵)

ب: اهمیت و ضرورت تحقیق

بحث و بررسی در خصوص کودکان نامشروع همواره مورد دقت اندیشمندان بوده است، زیرا نبود حمایت های معنوی و قانونی از این گروه، می تواند به عنوان یک عامل ذخیره سازی شده در آینده بر علیه جامعه استفاده گردد به گونه ای که کودکان نامشروعی که ماحصل برخی روابط غیر اخلاقی و خارج از عرف و دایره اخلاقیات یک زن و مرد می باشند در صورت عدم حمایت از سوی یکی از آنها، توانایی های بالقوه ای در سوق یافتن به انواع بزهکاریهای در آنان هویدا می گردد (بازگیر، ۱۳۷۸، ج ۲، ۴۵)

یکی از چالش های اساسی که امروزه کشور ما و بسیاری از کشورهای اسلامی با کنوانسیون های بین المللی خصوصاً کنوانسیون حقوق کودک دارند به رویکردهای متفاوت این نظام ها نسبت به مسئله ی حقوق اطفال بر می گردد از این رو گفتمان بین دو نظام حقوقی در این زمینه نتایجی را در بر خواهد داشت که تعارض ها و تفاوت های موجود را کاهش دهد و یا حداقل باب مفاهمه را باز نماید اهمیت مسئله از بعد داخلی و قانون گذاری را نیز می توان بر این نقطه افزود.

در حقوق ایران، قانون مدنی به پیروی از دستور اسلام و به منظور استحکام نظام خانواده در ماده ۱۱۶۷ مقرر می دارد « طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی شود اما باید توجه کرد زن و مردی که به سبب روابط نامشروع باعث تولد کودکی می شوند، نباید بتوانند با استناد به این مسئله از تکالیفی که در برابر کودک خود دارند، شانه خالی کنند بعضی از حقوق دانان عقیده داشتند که مفهوم عدم الحاق در ماده فوق الذکر نشانگر این است که قانون نسبت طبیعی کودک نامشروع را نادیده می گیرد و چنین کودکی عضو خانواده محسوب نمی شود و آثار قانونی نسب مانند ولایت، حضانت، نفقه، نام خانوادگی و ارث بر آن مترتب نمی گردد.

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، ج: ۲، ۳۲۶)

برخی دیگر از حقوق دانان معتقد بودند که انفاق به کسی که محتاج است، واجب کفایی است و زن و مردی که سبب ایجاد کودک شده انداز 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: ۱۳۷۴، ج: ۱۹۳، ۲) بعضی دیگر از حقوق دانان نیز ضمن نقد نظریه تسبیب و مسئولیت مدنی، نظریه تعهد طبیعی را پیشنهاد کرده‌اند.

(کاتوزیان: ۱۳۷۹، ج: ۵، ۲۳۹) همچنین بر اساس ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است یعنی واگذاری یا اسقاط حق حضانت از سوی پدر و مادر صحیح نیست زیرا حضانت از جمله تکالیف است. 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 بر آنند که حضانت حق فردی محض و ساده است و از این رو قابل اسقاط و انتقال هست و می‌توان آن را عوض در طلاق حلع قرارداد و نمی‌توان دارنده حق را به حضانت ملزم، کرد مگر اینکه نگاهداری کودک به وسیله شخص دیگری ممکن نباشد. (گرگی، ۱۳۸۵: ۸۳) 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 حلع قرار دهد و مادری که عهده دار حضانت است نمی‌تواند مطالبه اجرت کند. (جبعی عاملی، شهید ثانی ۱۹۹۴ م: ج: ۵، 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: ج ۲، ۳۳۴)

در نام حقوقی انگلستان اگر والدین کودکی به صورت نامشروع به دنیا آمده است، بعداً ازدواج کند کودک مذکور مشروع و حلال زاده می گردد. به موجب قانون مشروعیت مصوب ۱۹۲۶، هر شخص نامشروع با ازدواج والدینش مشروع می گردد 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 می دارد: اینکه هر کدام از والدین برای شخص ثالثی در زمان تولد طفل ازدواج کرده اند مانع مشروعیت نخواهد بود و اثر حقوقی آنست که با کودک مشروعیت یافته تقریباً در همه زمینه ها به گونه ای رفتار می شود که گویا مشروع و قانونی بوده است. در صورتی که والدین بدون وصیت نامه 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 گرفت.

ج: اهداف تحقیق

هدف از این تحقیق بررسی و تبیین حق حضانت کودکان نامشروع در حقوق ایران و اینکه آیا تفاوتی بین حق حضانت کودکان نامشروع در حقوق ایران با دیگر کنوانسیونهای بین المللی وجود دارد یا نه مورد بررسی قرار می گیرد

د: سوالات تحقیق

آیا بر اساس مبانی حضانت، کودکان نامشروع تحت حضانت قرار می گیرند؟

تفاوت رویکرد کنوانسیون های بین المللی در مورد حضانت کودکان نامشروع با حقوق ایران در

چیست؟

ه: فرضیه تحقیق:

حضانت و نگهداری اطفال نامشروع هم حق و هم تکلیف ابوبین است و به نظر می رسد بر اساس مبانی حضانت نباید فرقی بین کودکان نامشروع و مشروع باشد.

به نظر می رسد تفاوتی از جمله در سن کودک، وجوب نفقه در مورد حضانت کودکان نامشروع بین حقوق ایران و کنوانسیون های بین المللی حقوق کودک وجود دارد.

و: پیشینه پژوهش

جعفرپور، جمشید (۱۳۸۴) پژوهشی تحت عنوان حقوق کودکان نامشروع در کنوانسیون حقوق کودک و قوانین اسلامی با رویکردی به دیدگاه فقهی امام خمینی (ره) پرداخت. وی بیان نمود در کنوانسیون حقوق کودک سرپرست مشخصی برای کودکان نامشروع تعیین نشده ولی بر اساس نظر صحیح امام خمینی (ره)، پدیر طبیعی سرپرست وی بوده و مسئول امور او می باشد.

بیگدلی، (۱۳۸۲) به پژوهشی تحت عنوان حقوق خانوادگی کودکان خارج از نکاح با مطالعه تطبیقی پرداختند و بیان کردند که کودکان خارج از نکاح کودکانی هستند که بدون وجود علقه زوجیت میان پدر و مادر و در اثر ارتکاب عمل زنا متولد می شوند. مطابق دیدگاه حقوقی، نسب این کودکان، نامشروع و غیر قانونی است و قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران هم در ماده ۱۱۶۷ به پیروی از فقهای امامیه، طفل متولد از زنا را ملحق به زانی نمی داند. مفهوم عدم الحاق آن است که قانون، نسب طبیعی کودک نامشروع را نادیده می گیرد و آثار قانونی نسب مانند ولایت قهری، حضانت، نفقه و ارث را بر آن مترتب نمی کند. نتیجه اینکه که حقوق و تکالیفی که قانون برای اولاد در نظر گرفته است، به کودکان مشروع اختصاص می یابد.

بندرچی، (۱۳۸۳) به پژوهشی تحت عنوان حقوق کودک، شورای حقوق بشر و منع خشونت علیه کودکان پرداخت. پژوهش وی سه هدف را دنبال کرد: نخست انعکاس توجه روز افزون بین المللی نسبت به موضوع کودکان به صورت تصویب اسناد و ایجاد سازوکارهای بین المللی که تا مدتها به آن عنایتی درخور صورت نمی گرفت. دوم، بررسی نگرانی فزاینده بین المللی نسبت به موضوع خشونت علیه کودکان و به خصوص کودکان خیابانی که رد برخی از شکورها به معضلی تبدیل گشته که با هیچ تدبیر داخلی تاکنون بدرستی فروکش نکرده است و بالاخره بررسی نظرات متخصصان و چاره اندیشان که با توجه به ریشه های این مشکل نظیر سست شدن بنیان خانوادگی، افت های اجتماعی مانند اعتیاد و نیز درگیرهای مسلحانه داخلی و منطقه ای چگونه می توان احتمالاً شرایط بهتری را برای کودکان خیابانی فراهم آورد.

پوررنگ نیا (۱۳۸۲)، پژوهشی تحت عنوان تبعیض علیه کودکان، تأملی در مفهوم، تلاشی برای تعریف از رهگذر مطالعه تطبیقی اسناد بین المللی حقوق بشر پرداخت. وی بیان کرد که به رغم آنکه اصطلاح «تبعیض» به طور عام و «تبعیض» علیه کودکان به طور خاص بسیار پر کاربرد هستند. این دو نه در اعلامیه

جهانی حقوق بشر تعریف شده اند، نه در میثاقین و نه در بیان نامه حقوق کودک، اما این به معنای فقدان تعریفی، هر چند اجمالی از این اصطلاح در اسناد بین المللی حقوق بشر نیست. در اسناد متعددی که برای مقابله با تبعیض در قلمروها و موضوعات خاص تدوین شده اند، تعاریفی برای اصطلاح تبعیض، البته از همان منظر ارائه شده است. از مقایسه و انتزاع قدر جامع این تعاریف مجزا و سپس الغای خصوصیت های آن تعاریف، می توان به تعریفی کلی - که بشود ادعا کرد مقبول نظام بین الملل حقوق بشر است - دست یافت.

حائری (۱۳۸۳) موضوع پایان نامه کارشناسی ارشد خود را با بررسی فقهی و حقوقی کودکان نامشروع انتخاب نموده است به این نتیجه دست یافته که از دیدگاه شرع مقدس اسلام و قانون ایران کودکان نامشروع. کودکانی می باشند که در نتیجه روابط جنسی ممنوع بین زن و مرد نامحرم به وجود می آیند که عوامل فراوانی در تشدید یا تقلیل آمار این کودکان در جوامع بشری تأثیر دارد که از میان آنها می توان به عوامل اجتماعی، اقتصادی و حوادثی مانند جنگ و قحطی و همچنین عوامل روانی اشاره نمود. از نظر حقوقی نسب عبارتند از رابطه خونی، طبیعی، اعتباری و قراردادی بین دو نفر تلقی می شود که چنین رابطه ایی به رغم عده ای از فقها بین کودک نامشروع و پدر خود برقرار می باشد. و از دیدگاه فرعی اثبات نسب به طرق متنوعی می باشد که در سیستم ادله اثبات دعوی می توان به اقرار به فرزند بودن کودک نامشروع و شهادت شهود و آزمایش خون و سایر اماراتی که اقناع وجدانی قاضی را فراهم می نماید اشاره نمود. درباره حقوق مدنی و کیفری اینگونه افراد قابل ذکر است که جز در مواردی محدود این افراد از تمامی حقوق مربوط به افرادی که با نسب شرعی و قانونی به وجود آمده اند برخوردار می باشند و این موارد محدود را می توان در توارث، قضاوت، شهادت و امام جماعت بودن این افراد خلاصه کرد که در مقابل سایر حقوق بسیار ناچیز است. دلیل این محرومیت به علت جایگاه خاص این امور می باشند که جایگاه شان در مواردی

مثل قضاوت جایگاه ائمه معصومین می باشد و لازم است که افرادی متصدی این امور شوند که از نطفه پاک به وجود آمده باشند چون این افراد از اقتضای بیشتری در ارتکاب به شقاوت دارند به همین علت شرع مقدس این محرومیت ها را درباره آنها تأمل شده است

هاشمیان، (۱۳۷۹) موضوع پایان نامه کارشناسی ارشد خود را به بررسی وضع حقوق اطفال نامشروع و خارج از نکاح در حقوق ایران و اسلام اختصاص داده است او اظهار میدارد هدف از این پایان نامه، بررسی وضع حقوق اطفال نامشروع و خارج از نکاح در حقوق ایران و اسلام است. یافته های تحقیق نشان می دهد، از دیدگاه شرع مقدس اسلام و قانون ایران، اطفال نامشروع، اطفالی هستند که در نتیجه روابط جنسی ممنوع بین زن و مرد نامحرم به وجود می آیند که عوامل فراوانی در تشدید یا تقلیل آمار این اطفال دخیل هستند که از میان آنها می توان به عوامل اجتماعی، اقتصادی و حوادثی مانند جنگ و قحطی و همچنین عوامل روانی اشاره نمود. از نظر حقوقی، نسب رابطه خونی، طبیعی، اعتباری و قراردادی بین دوفرد تلقی می شود که چنین رابطه ای به زعم عده ای از فقها بین طفل نامشروع و پدر خود برقرار می باشد و اینگونه اطفال جز در مورد ارث ملحق به تمامی حقوق وی می باشند. در مقابل، اکثر فقهاء منکر چنین رابطه ای بین این دو گردیده اند و در نتیجه اثبات نسب را در این افراد موضوعاً منتفی می دانند.

ابوطالبی، (۱۳۸۵) موضوع پایان نامه خود را به حقوق اطفال نامشروع در فقه و حقوق اختصاص داده است او عنوان می دارد هدف پژوهش دیدگاه شرح مقدس اسلام نسبت به حقوق اطفال نامشروع در فقه و حقوق است. از دیدگاه شرع مقدس اسلام و قانون اطفال نامشروع اطفالی می باشند که در نتیجه روابط جنسی ممنوع بین زن و مرد نامحرم به وجود می آیند. از نظر حقوقی نسبت رابطه خونی، طبیعی، اعتباری و قراردادی بین دو فرد تلقی می شود که چنین رابطه ای به زعم عده ای از فقیهان بین طفل نامشروع و پدر خود برقرار می باشد و اینگونه اطفال جز در مورد ارث ملحق به تمامی حقوق وی می باشند. در مقابل اکثر

فقیهان منکر چنین رابطه ای بین این دو گردیده اند و در نتیجه اثبات نسبت در این افراد را موضوعاً منتفی می دانند. از دیدگاه عرفی، اثبات نسب به طرق متنوعی می باشد که در سیستم ادله اثبات دعوی می توان به اقرار به فرزند بودن طفل نامشروع و شهادت شهود و آزمایش خود و سایر اماراتی که اقناع وجدانی قاضی را فراهم می نماید اشاره نمود. درباره حقوق مدنی و کیفری جز در موارد معدودی این افراد از تمامی حقوق مربوط به افرادی که با نسبت شرعی و قانونی به وجود آمده اند برخوردار می باشند و این موارد معدود را می توان در تورات، قضاوت، شهادت و امام جماعت بودن این افراد خلاصه کرد که در مقابل سایر حقوق بسیار ناچیز است و دلیل این محرومیت ها به دلیل جایگاه خاص این امور می باشند.

ز: روش تحقیق

روش تحقیق توصیفی - تحلیلی با استفاده از ابزار کتابخانه ای خواهد بود. منابع گردآوری اطلاعات در این تحقیق استفاده از منابع کتابخانه ای، پایان نامه ها و اسناد مرتبط با موضوع تحقیق است.

ح: جنبه نوآوری پژوهش

جنبه نوآوری و جدید بودن اثبات حضانت برای ابویین در مورد طفل نامشروع و حمایت های اجتماعی تحقیق می باشد.

با آن که کلیه اصول کنوانسیون مهم می باشند ولی ۴ اصل زیر به عنوان ۴ اصل کلیدی و جدید، می توان از منظر نوآوری پژوهش از آن نام برد.

- ۱- عدم تبعیض، ۲- رعایت منافع عالی کودک، ۳- بقا و رشد، ۴- مشارکت