

تحلیل نکاح فرزندخوانده با سرپرست بر مبنای اصل حاکمیت اراده

در انگاره اسلام و فرانسه*

- اسماعیل باقریان خوزانی^۱
- محمدهادی مهدوی^۲
- مسعود راعی^۳
- احمد توکلی^۴

چکیده

امکان یا عدم امکان ازدواج با فرزندخوانده، یکی از مسائل چالشی در نظام حقوقی ایران و بسیاری از کشورهاست. بر خلاف سایر کشورهای اسلامی، کشور تونس تحت نفوذ قانون کشور فرانسه، قرابت ناشی از فرزندخواندگی و آثار

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۳/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. دانشجوی دکتری گروه الهیات و معارف اسلامی، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (esmailbagherian@yahoo.com).
۲. استادیار گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (نویسنده مسئول) (h1.hadimahdavi@phu.iaun.ac.ir).
۳. دانشیار گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (masoudraei@yahoo.com).
۴. استادیار گروه الهیات و معارف اسلامی، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (a_tavakoli@phu.iaun.ac.ir).

آن از جمله ممنوعیت نکاح با سرپرست را پذیرفته است. نگارندگان با روش توصیفی - تحلیلی مبتنی بر مناسبات حکم به جواز ازدواج با فرزندخوانده، ضمن نقد و بررسی دیدگاه علمای اسلام و حقوق کشورهای تونس و فرانسه معتقدند فقه اسلامی در این مسئله، متریقی تر از بسیاری نظام‌های حقوقی اندیشیده و مسئله را دائرمدار اراده و اختیار فرزندخوانده و فرزندپذیر مجتمعاً قرار داده و به آزادی اراده ایشان که از بدیهیات حقوق بشر است، احترام گذاشته است؛ حال آنکه نظام‌های حقوقی مذکور، بر خلاف این امر بدیهی قانون‌گذاری نموده‌اند. تحلیل حاضر به مثابه یک نظریه، انگاره مشهور فقیهان را از کمند اشکالات عدیده می‌رهاند و به نوعی قابل طرح به صورت یک کرسی نظریه‌پردازی نیز می‌باشد.

واژگان کلیدی: فرزندخوانده، سرپرست، نکاح، حاکمیت اراده، تونس،

فرانسه.

مقدمه

پس از ظهور اسلام، در ماهیت فرزندخواندگی و آثار آن تغییراتی ایجاد گردید. یکی از این آثار منفی، جواز ازدواج فرزندخوانده با سرپرست بود. فقهای امامیه متقدم و معاصر، قائل به فقدان نسب فرزندخوانده با سرپرست و حرمت تبنی بوده، معتقدند که جمیع آثار فرزندخواندگی به واسطه آیات قرآن نسخ و ملغی شده است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۶۵۷/۲؛ حر عاملی، بی‌تا: ۵۰۶/۲۱؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹: ۱۷۵/۲؛ حسینی سیستانی، ۱۴۲۴: ۲۱۱/۲). فقهای عامه نیز گفته‌اند که نسب بواسطه تبنی ثابت نمی‌شود و آثار شرعی و قانونی بر آن مترتب نمی‌گردد؛ چون توسط اسلام باطل اعلام شده است (سرخسی حنفی، ۱۴۱۴: ۳۹۲/۳۰). از طرفی مطابق با آیه ۲۳ سوره نساء، محارم انسان تنها سه دسته نسبی، رضاعی و سببی هستند و مقصود از ﴿حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ در این آیه، فرزندان صلبی است و چنین قیدی برای اخراج فرزندخوانده از عنوان «أبنائکم» بوده نه فرزندان رضاعی، و مشهور فقیهان شیعه و سنی بر آن اتفاق دارند. بر همین اساس، مشهور فقها با استناد به آیه ۳۷ سوره احزاب که بیانگر ازدواج پیامبر با همسر زید بن حارثه می‌باشد، قائل به جواز ازدواج بین فرزندخوانده و سرپرست شده‌اند. در

مقابل، مخالفان با استناد به قاعده لاجرح، رابطه تربیتی و اصل عدم تجاذب جنسی (محرمیت)، بدین دلیل که چنین ازدواج‌هایی مستلزم فساد و تباهی اجتماع و موجب تنفر از دین می‌شود، از باب احکام ثانوی و حکومتی و برخی با تمسک به بنای عقلا از باب حکم اولی، قائل به عدم جواز ازدواج آن دو شده‌اند. مجلس شورای اسلامی بعد از خلاف شرع دانستن ممنوعیت ازدواج توسط شورای نگهبان، با اصلاح و اضافه نمودن یک تبصره به ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بدسرپرست مصوب سال ۱۳۹۲^۱ اجازه ازدواج با فرزندخوانده را با مصلحت دادگاه تصویب نمود. این نهاد در کشور فرانسه نیز از دیرباز مرسوم بوده است. با توجه به قانون مدنی فرانسه (مواد ۳۴۳-۳۶۷)، فرزندخواندگی نهاد حقوقی جدیدی است که جایگزین رابطه خونی و اصلی فرزند شده که بر اساس آن، فرزندخوانده از تمام حقوق و تکالیف واقعی^۲ یک فرزند مانند نفقه، ارث، حضانت، احترام و آثاری چون ممنوعیت نکاح به جز نسب برخوردار می‌شود. این نهاد که توسط حکم دادگاه ایجاد می‌گردد، شامل فرزندخواندگی ساده و کامل^۳ می‌شود. کشور تونس نیز بر خلاف سایر کشورهای اسلامی تحت نفوذ قانون کشور فرانسه، قرابت ناشی از فرزندخواندگی را پذیرفته و با فرزندخوانده به عنوان یک فرزند مشروع رفتار می‌کند. در مورد پیشینه تحقیق عمدتاً در کتب تفسیر (ذیل آیات: احزاب/۴-۵ و ۳۶-۴۰؛ نساء/۲۳) اشاراتی به این مسئله شده است. برخی حقوق دانان از جمله اسدالله امامی و حسین صفایی در کتاب *مختصر حقوق خانواده* به شرایط فرزندخوانده اشاره کرده‌اند. *فرزندخواندگی در اسلام از حسن عالمی*

۱. «ماده ۲۶- هر گاه سرپرست در صدد ازدواج برآید، باید مشخصات فرد مورد نظر را به دادگاه صالح اعلام نماید. در صورت وقوع ازدواج، سازمان مکلف است گزارش ازدواج را به دادگاه اعلام تا با حصول شرایط این قانون، نسبت به ادامه سرپرستی به صورت مشترک و یا فسخ آن اتخاذ تصمیم نماید. تبصره- ازدواج چه در زمان حضانت و چه بعد از آن، بین سرپرست و فرزندخوانده ممنوع است، مگر اینکه دادگاه صالح پس از اخذ نظر مشورتی سازمان، این امر را به مصلحت فرزندخوانده تشخیص دهد.»

2. article 358: L'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre.

3. article 360: L'adoption simple est permise quel que soit l'âge de l'adopté.

طامه، منبعی دیگر است. نویسنده در این کتاب به بررسی منابع و مبانی فرزندخواندگی می‌پردازد. حکیمه نحعی امرودی نیز در پایان‌نامه‌اش با عنوان *مبانی فقهی و حقوقی فرزندخواندگی با تکیه بر آرای امام خمینی* تلاش نموده تا به بررسی موضوع فرزندخواندگی و ضرورت‌های پذیرش آن از دیدگاه امام خمینی بپردازد. چند پایان‌نامه دیگر نیز با عنوان *بررسی فقهی و حقوقی نسب فرزندخواندگی در اسلام و جهان* (مژگان غلامرضا، دانشگاه پیام نور تهران) و *بررسی تطبیقی فرزندخواندگی در حقوق ایران و هند* (فهیمه عباسی، دانشگاه سیستان و بلوچستان) متفاوت از عنوان مقاله مزبور نگاشته شده‌اند.

در این مقاله، نگارندگان با روش توصیفی - تحلیلی مبتنی بر مناسبات حکم به جواز ازدواج با فرزندخوانده، ضمن نقد و بررسی دیدگاه فقیهان و نگاه حقوق تونس و فرانسه معتقدند که فقه اسلامی در این مسئله، متری تر از بسیاری نظام‌های حقوقی اندیشیده و مسئله را دائرمدار اراده و اختیار فرزندخوانده و فرزندپذیر مجتمعاً قرار داده و به آزادی اراده ایشان که از بدیهات حقوق بشر است، احترام گذاشته است؛ حال آنکه نظام حقوقی تونس و فرانسه خلاف این امر بدیهی قانون‌گذاری نموده‌اند (نوآوری). لذا جهت بیان متری بودن اندیشه نظام فقهی و حقوقی اسلام بر مبنای اصل حاکمیت اراده نسبت به سایر نظام‌های حقوقی، حقوق مدنی فرانسه به عنوان نمونه مورد بررسی قرار گرفته است. ارتباط موضوع مقاله با قانون مدنی فرانسه و تونس در این است که در قانون این کشورها بر خلاف حقوق کشورهای اسلامی، قرابت ناشی از فرزندخواندگی پذیرفته شده و آثار آن از جمله نکاح با سرپرست به دلیل همان قرابت و همچنین به دلیل مخالفت با اخلاق حسنه و نظم عمومی ممنوع اعلام شده است که این موضوع در ادامه مقاله، مورد بررسی قرار گرفته است.

۱. مفاهیم

- ۱- حکم اولیه: حکمی است که بر کردارها با در نظر داشتن عناوین اولیه آن‌ها بار می‌شود؛ مانند وجوب نماز و حرمت نوشیدن شراب (فیض، ۱۳۷۹: ۱۰۷).
- ۲- حکم ثانویه: حکمی است که بر موضوعی، به وصف اکراه، ضرورت و دیگر عنوان‌ها بار می‌شود (کلاتری، ۱۳۷۶: ۲۲۸).

۳- حکم حکومتی: «احکامی است که از اختیارات و ولایت مفوضه الهی به ولی و حاکم اسلامی ناشی می‌شود که در پرتو آن می‌تواند با توجه به مصلحت و مفسده ملزمه‌ای که تشخیص می‌دهد، حکمی را صادر کند و یا تغییر دهد و نیز مقرراتی را وضع نماید... حاکم می‌تواند مسجد یا منزلی را که در مسیر خیابان است، تخریب کند و قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در موقعی که آن قرارداد، مخالف مصالح کشور و اسلام باشد، یک‌جانبه لغو کند و می‌تواند هر امری را عبادی یا غیر عبادی، که جریان آن مخالف مصالح اسلام است، مادامی که چنین است، جلوگیری کند» (موسوی خمینی، ۱۳۶۹: ۱۷۰/۲۰).

۴- وهن دین: یعنی ضعف و سست شدن جایگاه دین و مذهب در نگاه ناظر بیرونی (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۹۲/۴). عنوان وهن یک عنوان ثانوی است و فقها پیرامون برخی از احکام، به وهن دین و یا مذهب استناد می‌کنند و می‌گویند:

«هر کاری که باعث وهن دین و مذهب گردد، حرام است و باید از باب قاعده تقدیم اهمّ از انجام آن اجتناب شود» (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۴: ۳۲۶؛ فاضل موحّدی لنکرانی، ۱۴۲۶: ۱۹۹ و ۴۳۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۶: ۴۰۴).

زیرا خدشه‌دار نشدن و تضعیف نشدن دین و مذهب، مهم‌تر از انجام یک عمل مباح یا تطبیق مستحب و واجبی بر مصداق خاص است. نسبت به حرمت وهن دین و مذهب می‌توان به آیات،^۱ عموم یا اطلاق روایات^۲ (حرّ عاملی، بی‌تا: ۸/۱۲)، دلیل عقل

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا زَاعِمًا وَقُولُوا انظُرْنَا وَاسْمَعُوا وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ» (بقره / ۱۰۴)؛ ای افراد باایمان! [هنگامی که از پیغمبر تقاضای مهلت برای درک آیات قرآن می‌کنید،] نگویید: «راعنا»، بلکه بگویید: «انظرنا» و [آنچه را که به شما دستور داده می‌شود] بشنوید و برای کافران عذابی دردناک است. «وَلَا تُسَبِّحُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ قَبْسُوا اللَّهَ عَدُوًّا بَعِيرٌ عَلِيمٌ كَذَلِكَ زَيْنًا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ» (انعام / ۱۰۸)؛ به [معبود] کسانی که غیر خدا را می‌خوانند، دشنام ندهید، مبدا آنها [نیز] از روی ظلم و جهل، خدا را دشنام دهند! این چنین برای هر امتی عملشان را زینت دادیم، سپس بازگشت آنان به سوی پروردگارشان است؛ پس آنها را از آنچه عمل می‌کردند، آگاه می‌سازد [و پاداش و کیفر می‌دهد].

۲. «كُونُوا لَنَا رِئِيًّا وَلَا تَكُونُوا عَلَيْنَا شَيْئًا، حَبِّبْنَا إِلَى النَّاسِ وَلَا تَبْغُضُونَا إِلَيْهِمْ». این روایت یک قاعده کلی را بیان می‌کند که موجب قبیح نشان دادن دین نباشد، و چون صیغه نهی است، دلالت بر حرمت می‌کند. همچنین امام صادق (علیه السلام) می‌فرماید: «لا يتعرض للتهمة». این روایت نیز بیان می‌کند از اموری که موجب می‌شود دین در موضع تهمت واقع شود، باید اجتناب کرد و ترک این امور واجب است.

(سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵: ۱/۱۵۲) و بنای عقلا استدلال کرد.

۵- حرج: در لغت به معنای ضیق، تنگی گناه و حرام آمده است: «الحرج فی الأصل الضیق ویقع علی الإثم والحرام» (ابن اثیر جزری، بی‌تا: ۱/۳۶۱). همچنین به معنای اجتماع و انبوهی شیء است، به گونه‌ای که موجب حصول تصور ضیق و تنگی میان آن اشیا شود (راغب اصفهانی، بی‌تا: ۱/۲۲۲). منظور از قاعده لاجرح این است که هر تکلیفی که دشوار و مشقت‌زاست، ساقط می‌باشد (محمدی، ۱۳۷۹: ۲۰۰).

۶- اراده (قصد و رضا): به تعبیر بعضی از حقوق‌دانان به پیروی از فقه اسلامی، رضا اشتیاق به ایجاد، و قصد انشاء ایجاد امر متصور است؛ یعنی رضا در اصطلاح، همان میل و گرایش باطنی به انجام عمل است و قصد، ایجاد عمل حقوقی در عالم ذهن (امامی، ۱۳۳۵: ۱/۱۸۰).

در حقوق فرانسه معمولاً قصد و رضا را تحت عنوان اراده مطرح می‌کنند.

۲. محرمیت در انگاره اسلام

۲-۱. از دیدگاه قرآن و علمای اسلامی

مطابق با آیات ۲۲ و ۲۳ سوره نساء^۲ محارم ذاتی انسان عبارت‌اند از: محارم نسبی، رضاعی و سببی. برخی علمای معاصر، از محرمیت عرضی نیز تعبیر کرده‌اند. این دسته، حکمت محرمیت عرضی را استمرار رابطه تربیتی و اصل عدم تجاذب جنسی مدلول آیات ۳۱ و ۶۰ سوره نور و قاعده لاجرح دانسته، می‌گویند:

- «دختر و پسر اجنبی‌ای که همچون فرزند خود بزرگ کرده‌اید که یا نمی‌دانند از فرزندان اصلی شما نیستند و یا می‌دانند، ولی در هر صورت هرگز تجاذب جنسی در این میان نیست، پسرشان مشمول ﴿لَمْ يَظْهَرُوا عَلٰی عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ و ﴿التَّابِعِينَ غَيْرِ اُولٰٓئِکَ﴾»

1. Consentement.

۲. ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ۚ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ (نساء / ۲۲-۲۳).

الْإِزْتِيَةِ مِنَ الرِّجَالِ»^۱ است و دخترشان هم بر حسب آیاتی مانند «وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ»^۲ هر دو در حکم محارم‌اند، که نه برای این پسر و نه برای آن دختر نسبت به زن و مرد خانه و پسران و دختران خانه هرگز جاذبه جنسی وجود ندارد، ولی در محارم اگر جاذبه جنسی باشد، حجاب هم بر آنان واجب می‌شود» (صادقی تهرانی، ۱۳۷۸: ۳۱۶).

- (فرزندخوانده گرچه فرزند اصلی نمی‌باشد، لیکن چون اطلاع دادن و متوجه شدن او به فرزندخوانده بودن، برای او حرج و مشقت ولو روحی دارد، از جهت محرمیت، حکم فرزند اصلی را داشته و همه محارم فرزند اصلی، به او محرم می‌باشند و جزء محارم‌ش از حیث محرمیت محسوب می‌شوند و در محرمیت ذکر شده فرقی بین نسبی مانند دایی و عمه و یا سببی مانند مادرزن و یا مادرشوهر و یا پدرشوهر و غیر آن‌ها نبوده و نیست و اسلام نه تنها دین نفی حرج است، بلکه قبل از آن، دین سهولت است) (صانعی، ۱۳۸۴: ۵۸۸).

۲-۲. مستندات

بیان شد که برخی از فقهای معاصر، حکمت محرمیت فرزندخوانده با سرپرست را استمرار رابطه تربیتی و مسلوب بودن تجاذب جنسی، و برخی مشقت و حرج روحی بر مبنای قاعده لاجرح دانسته‌اند.

۱. «وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ بَعْضُنَ مِنَ أَنْبَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلَا يَضْرِبْنَ بِمُخْمَرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَائِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِزْتِيَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوْ الْطِفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ» (نور / ۳۱):

و به زنان باایمان بگو چشمهای خود را [از نگاه هوس‌آلود] فرو گیرند و دامان خویش را حفظ کنند و زینت خود را جز آن مقدار که نمایان است، آشکار ننمایند و [اطراف] روسری‌های خود را بر سینه خود افکنند [تا گردن و سینه با آن پوشانده شود] و زینت خود را آشکار نسازند، مگر برای شوهرانشان یا پدرانشان یا پدر شوهرانشان یا پسرانشان یا پسران همسرانشان یا برادرانشان یا پسران برادرانشان یا پسران خواهرانشان یا زنان هم‌کیشانشان یا بردگانانشان [کنیزانشان] یا افراد سفیه که تمایلی به زن ندارند یا کودکانی که از امور جنسی مربوط به زنان آگاه نیستند، و هنگام راه رفتن، پاهای خود را به زمین نزنند تا زینت پنهانی‌شان دانسته شود [و صدای خلخال که در پا دارند، به گوش رسد] و همگی به سوی خدا باز گردید ای مؤمنان، تا رستگار شوید.

۲. «وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ وَأَنْ يَسْتَعْفِفْنَ خَيْرٌ لَهُنَّ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» (نور / ۶۰): و زنان از کارافتاده‌ای که امید به ازدواج ندارند، گناهی بر آنان نیست که لباس‌های [روبین] خود را بر زمین بگذارند، به شرط اینکه در برابر مردم خودآرایی نکنند، و اگر خود را بپوشانند، برای آنان بهتر است، و خداوند شنوا و داناست.

۱-۲-۲. رابطه تربیتی و مسلوب بودن تجاذب جنسی

آیات مورد استناد، احکام نگاه کردن، حجاب و شرح وظایف زنان را در این زمینه بیان می‌دارند. طبق این آیات، زنان نمی‌توانند حجاب و زینت خود را آشکار نمایند، مگر در مقابل برخی مردان؛ یکی ﴿أَوِ الْطِفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ و دیگری ﴿غَيْرِ أُولَىٰ الرَّزِيَّةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾ (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۴۳۸/۱۷-۴۴۲). منظور از اُولی، اطفالی هستند که توانایی یا آگاهی از احساس جنسی ندارند. در نتیجه اطفالی که به سن تمیز رسیده‌اند و این تمایل و توانایی در آن‌ها بیدار شده است، زنان باید در برابر آن‌ها رعایت کنند (همان: ۴۵۳/۱۷). منظور از دومی، کسانی هستند که تمایل جنسی و نیاز به همسر ندارند. در بیان منظور از این فراز آیه، در میان مفسران گفتگوست. بعضی آن را به معنای پیرمردانی دانسته‌اند که شهوت جنسی در آن‌ها خاموش شده است. بعضی دیگر آن را به «خصی» و «ختنی» تفسیر کرده‌اند (همان: ۴۵۲/۱۷). همان طور که از مفهوم آیه برداشت می‌شود، بر فرض تمام بودن دلالت، عدم اطلاع یا عدم توانایی و خاموشی جنسی به این معنا نیست که این دسته از مردان همانند محارم‌اند. قدر مسلم این است که پوشیدن سر یا کمی از دست و مانند آن در برابر این گروه واجب نیست. پس اولاً این آیه دلالت بر محرمیت نمی‌کند، ثانیاً قدر مسلم، عدم وجوب حفظ حجاب در برابر این دسته از مردان است و ثالثاً عدم وجوب حفظ حجاب نیز مشروط به عدم اطلاع و یا خاموشی شهوت جنسی است که فراز اخیر فتوای ایشان - ولی در محارم اگر جاذبه جنسی باشد، حجاب بر آنان هم واجب می‌شود- دلالت بر مطلوب دارد.

فراز ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ استثنایی دیگر برای حکم حجاب زنان بیان می‌کند و زنان پیر را به دو شرط، از این حکم مستثنا می‌شمرد؛ نخست آنکه به سن و سالی برسند که معمولاً امیدی به ازدواج ندارند و به تعبیر دیگر جاذبه جنسی را کاملاً از دست داده‌اند. دیگر اینکه در حال برداشتن حجاب، خود را زینت نکنند. در منظور از «قواعد النساء» نیز بین مفسران گفتگوست. در بعضی از روایات اسلامی، تعبیر به «مستة» (زنان سالخورده) شده و در بعضی دیگر، تعبیر «قعود از نکاح» (بازنشستگی از ازدواج) آمده است. اما جمعی از فقها و مفسران، آن را به معنای «پایان دوران قاعدگی و رسیدن به حد نازایی و عدم رغبت کسی به ازدواج با آن‌ها» دانسته‌اند (همان: ۵۴۲/۱۸). به نظر،

دلالت این آیه نیز در اثبات مدلول تمام نیست؛ چرا که جاذبه جنسی اگرچه قبل از بلوغ دختر وجود ندارد، اما در هر صورت، امکان چنین جاذبه‌ای بعد از بلوغ زیاد است، مگر در خصوص همان زنان سالخورده. لذا چنین استدلال ضعیفی نهایتاً به صورت موقت، فقط و جوب حفظ حجاب را برمی‌دارد نه اینکه ایجاد محرمیت کند. از طرفی قرار دادن فرزندخوانده در معنای قواعد، چندان صحیح نمی‌باشد؛ چون فرزندخوانده نه مسته است، نه دوران قاعدگی اش پایان پذیرفته است و اگر از باب تنقیح مناط بوده است، باز هم چنین تنقیحی حجیت ندارد؛ چرا که قطعی نیست.

۲-۲. قاعده لاجرح

برخی نیز قائل به محرمیت فرزندخوانده با سرپرست، با استناد به مشقت و حرج روحی بر مبنای قاعده نفی حرج شده‌اند (صانعی، ۱۳۸۴: ۵۸۸). اما آیا قاعده لاجرح می‌تواند محرمیت جدید میان فرزندخوانده و سرپرست ایجاد نماید؟

فقیهان اسلامی برای اثبات قاعده لاجرح، به دلیل کتاب از جمله آیه ۷۸ سوره حج^۱ و همچنین سنت^۲ استناد کرده‌اند و مشهور معتقدند که اولاً حرج در این قاعده، حرج شخصی است و جنبه امتنانی دارد؛ لذا بر شخصی که انجام عمل برای او حرجی ندارد، خلاف امتنان است. ثانیاً حرج علت حکم است و در جایی که حرج برای شخصی نباشد، علت نفی حکم از آن شخص وجود ندارد تا حکم منتفی گردد. برخی نیز معتقدند که اگرچه حرج در قاعده، شخصی است، ولی در برخی موارد، حرج نوعی است و موجب رفع تکلیف از همه مکلفان می‌گردد؛ مانند خون قروح و جروح که معفو است (موسوی بجنوردی و علایی نوین، ۱۳۸۸: ۲۶۶/۱). دیدگاه فقها در اینکه آیا قاعده لاجرح فقط نسبت به احکام وجوبی جریان دارد یا نسبت به احکام تحریمی نیز جاری

۱. «وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج / ۷۸)؛ در راه خداوند چنان که سزاوار جهاد در راه اوست، جهاد کنید. او شما را برگزیده و در دین هیچ تنگنایی برای شما ننهاد. «لَا يَكْفُرُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِضْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاعْفُ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ» (بقره / ۲۸۶)؛ ... پروردگارا هیچ بار گرانی [تکلیف شاقی] را بر ما قرار مده، همچنان که بر کسانی که پیش از ما بوده‌اند، تحمیل فرمودی....

۲. «بعثت بالحنفية السمحة السهلة» (حرّ عاملی، بی‌تا: ۱۱۶/۸).

است، متفاوت است. برخی با استدلال به عمومیت نفی حرج در آیه معتقدند که لاجرح هم در واجبات جاری است و هم در محرمات، و حرمت فعل حرام را در صورتی که ترک فعل حرام حرجی باشد، برمی دارد. برخی دیگر با اعتقاد به جریان قاعده در هر دو، میان محرمات صغیره و کبیره فرق گذاشته و گفته اند که لاجرح در محرمات کبیره جریان ندارد (همان).

حال با توجه به ادله «لا حرج»، اولاً حرج منفی، حرج شخصی است نه نوعی، یعنی قاعده تنها رافع حرمت از کسی خواهد بود که رعایت محرمیت برای او حرجی باشد نه سایر افراد؛ چه آن شخص فرزندخوانده باشد و چه سرپرست و چه هر دو، و بر فرض شمول نسبت به دیگران، رفع حرمت موقتی است نه دائمی و در تمام زمانها و مکانها. ثانیاً شارع مقدس مسئله محرمیت را از آثار مهم نسب دانسته و «تحریم ابدی به رضاع، مصاهرت، زنا و شبه آن است» (محقق حلی، ۱۳۸۹: ۲۰/۳) که محرمیت غیر از این سه راه، جعلی و خروج از استنباط شرعی است (جمع من المحققین، ۱۴۲۹: ۲۴۶)؛ لذا فرزندخوانده به دلالت ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ﴾، فرزند واقعی محسوب نگردیده، جزء هیچ یک از اسباب تحریم نیز نمی باشد. بنابراین «لا حرج» حکم جایگزینی مثل «محرمیت» جعل نمی کند. ثالثاً استدلال به وجود مفسده به دلیل تألم روحی ناشی از اطلاع یافتن فرزندخوانده در همه موارد صحیح نیست؛ زیرا شارع در برخی امور چون دماء و فروج، اطلاع را واجب می داند (موسوی خویی، بی تا: ۱۵۹/۱-۱۶۰؛ حسینی شاهرودی، بی تا: ۱۲۴/۱؛ مصطفوی، ۱۳۹۰: ۳۶). ممکن است فرزندخوانده مثلاً تصمیم به ازدواج با کسانی بگیرد که جزء محارم حقیقی اش هستند و او آگاه نیست. در این خصوص، از باب اعلام جاهل واجب است. در نتیجه با قاعده لاجرح نمی توان فتوا به محرمیت فرزندخوانده با سرپرست داد.

۳. تحلیل دیدگاه فقها پیرامون نکاح سرپرست با فرزندخوانده

در انگاره اسلام

۱-۳. دیدگاه قائلان به جواز

مشهور علمای شیعه و سنی اعم از مفسران و فقها، قائل به جواز ازدواج سرپرست

با فرزندخوانده شده‌اند.

۱-۱-۳. مبانی و مستندات

این دسته از علما به آیات ۴، ۵، ۳۷ و ۴۰ از سوره احزاب و ۲۳ سوره نساء استدلال نموده‌اند.

۱. ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ... وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾ (احزاب/۴)؛ «خداوند برای هیچ کس دو دل در درونش نیافریده است. فرزندخواندگان شما را پسرانتان قرار ندادیم. حرفی است که به زبان می‌گویید و حقیقت ندارد، و خدا می‌گوید سخن راست را، و او هدایت می‌کند به راه راست». این آیه، زمینه را برای اذهان فراهم می‌آورد که فرزندخوانده، فرزند واقعی انسان نیست و مفاد آیه بیانگر این مطلب است که احکام فرزندان صلبی برای فرزندخوانده قرار داده نشده است (طباطبایی، ۱۳۹۳: ۱۶/۱۴۴). بر اساس صدر آیه نیز جمع بین فرزندخوانده و فرزند واقعی ممکن نیست؛ یعنی امکان ندارد که دو نوع محبت متضاد در فردی جمع شود؛ محبت به عنوان فرزندخوانده با محبت به عنوان فرزند واقعی. بر اساس آیه مورد بحث، فرزند دیگری را فرزند خود خواندن، دو امر متنافی هستند. بنابراین انسان به حکم اینکه یک قلب بیشتر ندارد، باید دارای یک کانون عاطفی و تسلیم در برابر یک قانون باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۷/۱۹۷).

۲. ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَا كُنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ (احزاب/۵)؛ «شما پسرخوانده‌ها را به پدرانشان نسبت دهید که این نزد خدا به عدل و راستی نزدیک‌تر است و اگر پدرانشان را نشناسید، در دین برادران و یاران شما هستند، و در کار ناشایسته‌ای که به خطا کنید، بر شما گناهی نیست، لیکن آن کار زشتی که به عمد و با اراده قلبی می‌کنید، بر آن گناه مؤاخذه می‌شوید، و [اگر از این هم پشیمان شوید و توبه کنید باز] خدا بسیار آمرزنده و مهربان است». در این آیه، «لام در «لآباءهم» لام اختصاص و مخصوص آباءهم می‌باشد؛ یعنی «أدعیاء» منسوب به پدرانشان‌اند و اگر شما پدرانشان را به شخص نمی‌شناسید، آن‌ها را برادران و اولیاء

بخوانید و هرگز به نام غیر، منسوبشان نکنید» (طباطبایی، ۱۳۹۳: ۱۴۴/۱۶؛ طریحی، ۱۴۱۴: ۱۴۴/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۹۸/۱۷). در این آیه با توجه به لام اختصاص، به تصریح بیان شده که با وقوع فرزندخواندگی، هیچ رابطه سببیتی بین فرزندخوانده و فرزندپذیر به وجود نمی‌آید؛ چرا که فرزندخوانده منتسب به پدر خویش است، در نتیجه نسب منتفی و محرمیت که از آثار نسب می‌باشد نیز منتفی است و لذا ازدواج با فرزندخوانده بدون اشکال می‌باشد (انصاری قرطبی، ۱۳۸۴: ۱۱۸/۱۴).

۳. ﴿... فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَا كَهَا لَيْكِي لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا...﴾ (احزاب / ۳۷). این آیه اشاره به ازدواج پیامبر با همسر فرزندخوانده‌اش دارد. قرآن برای رفع هر گونه ابهام، با صراحت تمام، هدف اصلی این ازدواج را که شکستن یک سنت جاهلی در زمینه خودداری از ازدواج با همسر فرزندخوانده است، بیان می‌دارد تا بدین وسیله همه بفهمند که همسر پسرخوانده، محرم انسان نیست و سایر مسلمانان نیز می‌توانند با همسر پسرخوانده‌شان ازدواج کنند. اصولاً سنت‌شکنی و برچیدن آداب و رسوم خرافی و غیر انسانی همواره با سروصدا توأم است. لذا خداوند در پایان آیه برای تثبیت قاطعیت در این گونه مسائل بنیادی می‌فرماید: ﴿وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ قَدَرًا مَقْدُورًا﴾؛ «فرمان خدا همواره روی حساب و برنامه دقیقی است [و باید به مرحله اجرا درآید]». تعبیر ﴿لَيْكِي لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ﴾ علت ازدواج و مصلحت حکم را بیان می‌دارد؛ اینکه مؤمنان در خصوص ازدواج با همسران پسرخوانده‌هایشان، بعد از آنکه بهره خود را گرفتند، بتوانند با آنها ازدواج نمایند و از این جهت در سختی نباشند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۹۸/۱۷؛ طوسی، ۱۴۰۹: ۳۳۱/۸؛ طباطبایی، ۱۳۹۳: ۱۴۴/۱۶: ۳۲۳).

۴. ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ وَلَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾ (احزاب / ۴۰).

نحوه استدلال: این آیه در مقام اعتراض مردم به پیامبر اسلام که «چرا با همسر فرزندخوانده‌ات ازدواج کردی؟» نازل شده و چنین پاسخ می‌دهد: «رسول گرامی پدر هیچ یک از مردان موجود شما نیست تا ازدواجش با همسر یکی از شما، ازدواج با همسر پسرش باشد». خطاب «من رجالکم» نفی تکوینی است نه تشریحی؛ یعنی هیچ یک از مردان شما از صلب وی متولد نشده‌اند. زید بن حارثه نیز یکی از مردان شماست، پس

ازدواج رسول خدا با همسر وی بعد از آنکه طلاق گرفت، ازدواج با همسر پسرش نمی‌باشد. بر اساس این آیه نیز ازدواج با فرزندخوانده جایز است (طباطبایی، ۱۳۹۳: ۱۶/۳۲۳).
 ۵. ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ... حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ (نساء/۲۳). این آیه اشاره به یکی دیگر از محارم ذاتی انسان یعنی «حلائل ابناءکم الذین من اصلا بکم» دارد. منظور از «حلائل ابناءکم»، حلیله فرزندان صلبی است و قید «من اصلا بکم» برای اخراج فرزندخوانده از عنوان «ابنائکم» بوده و نه فرزندان رضاعی (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۳/۳۳۰-۴۲۴؛ فخرالدین رازی، ۱۴۲۱: ۱۰/۲۹).

با توجه به مستندات فوق، مشهور فقهای متقدم و متأخر امامیه به دلیل فقدان نسب و عدم ایجاد رابطه سببی، قائل به عدم محرمیت فرزندخوانده با سرپرست بوده، ازدواج فیما بین را جایز می‌دانند. بر همین اساس، راهکارهایی چون رضاع و عقد در جهت محرم نمودن فرزندخوانده با سرپرست از سوی فقهای اسلامی ارائه شده که مؤید عدم محرمیت و در نتیجه جواز ازدواج با سرپرست از سوی فقها می‌باشد (بهجت، ۱۳۸۶: ۴/۴۰۱؛ تبریزی، ۱۳۹۱: ۱/۳۳۶). برخی از فقهای معاصر که قائل به محرمیت عرضی فرزندخوانده و سرپرست بودند، ازدواج فیما بین را به دلیل اینکه محرمیت عرضی به معنای حقیقی، محرمیت ذاتی ایجاد نمی‌کند، جایز می‌دانند؛ چرا که محرمیت از آثار نسب شرعی است و فرزندخوانده از صلب سرپرست نمی‌باشد. ایشان می‌گویند:
 «و در همین حال نیز ازدواج با آنان جایز است؛ چرا که از محارم ذاتی نسبی یا سببی نیستند، بلکه محرمیت فیما بین عرضی است» (صادقی تهرانی، ۱۳۷۸: ۳۱۶).

دیدگاه علمای عامه: با رجوع به کتب اهل سنت و بررسی اقوال مفسران و فقهای آنان درمی‌یابیم که جملگی با توجه به آیه ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ به عدم محرمیت بین فرزندخوانده و سرپرستش و جواز ازدواج فتوا داده‌اند.

نحوه استدلال: فقهای مذهب شافعی معتقدند که ذکر «اصلا بکم» در آیه ۲۳ سوره نساء، برای خارج کردن حرمت ازدواج پدر با زوجه متبنی می‌باشد و آیه تنها در مقام بیان حرمت ازدواج پدر با زوجه فرزند صلبی است و چنین تحریمی به واسطه خبر سابق و تقدیم منطوق بر مفهوم می‌باشد و حلیله فرزند رضاعی به استناد حدیث نبوی «یحرم من الرضاع ما یحرم من الولادة» داخل در حرمت ازدواج باقی می‌ماند (عمرانی

یمنی، ۱۴۲۱: ۲۴۲/۹-۲۴۳؛ ابن ملقن مصری، ۱۴۲۷: ۱/۹۹؛ بلقینی شافعی، ۱۴۳۳: ۳/۵۷؛ رویانی، ۲۰۰۹: ۱۹۷/۹؛ رملی، ۱۴۰۴: ۶/۲۷۴؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵: ۴/۲۹۱؛ نووی، بی تا: ۵/۴۵۱).

فقه‌های مالکی با تبیین مقصود «حلائل ابناءکم الذین من اصلابکم» به معنای زوجات پسران صلبی که مقصود احتراز جستن از فرزندخوانده است نه فرزند رضاعی، به استناد آیات «أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ» و «لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ» قائل به جواز ازدواج شده‌اند (ابن جلاب بصری، ۱۴۲۸: ۲/۸۱؛ تمیمی صقلی، ۱۴۳۴: ۹/۳۲۹).

فقه‌های حنبلی نیز بدون خلاف می‌گویند: حلیله متبنی مشمول آیه ۲۳ سوره نساء نمی‌باشد وگرنه ذکر آن نیز می‌آمد و یا اگر حلیله به نحو مطلق یا عام ذکر می‌شد، دیگر آوردن قیود «صلب» و «رضاع» بی معنا و بیهوده می‌بود (حجاوی مقدسی، بی تا: ۳/۱۸۱؛ مرداوی سعدی حنبلی، ۱۴۱۹: ۸/۸۶؛ بهوتی، بی تا: ۵۱۹؛ ابواسحاق، ۱۴۲۳: ۷/۵۲؛ بعلی، بی تا: ۳۵۷؛ ابن قدامه مقدسی، ۱۴۱۴: ۳/۲۸؛ عاصمی، ۱۳۹۷: ۶/۲۸۹؛ زرکشی، ۱۴۱۳: ۵/۱۵۲؛ تمیمی، بی تا: ۶۵۳؛ فتوحی حنبلی، ۱۴۱۹: ۴/۸۶). همچنین فقه‌های ظاهری نیز گفته‌اند که ازدواج پدر و جد هر چه بالا رود، با زن ولد هر چه پایین رود، چه ولد پسر و چه ولد دختر، حلال نمی‌باشد و بدون خلاف قائل‌اند که ازدواج پدر و جد با زن پسر، حرام ابدی است (ابن حزم، بی تا: ۵۲۵/۹، ذیل مسئله ۱۸۵۹). زیدیه نیز همچون مذاهب دیگر گفته‌اند که قید «الذین من اصلابکم» تنها برای اخراج متبنی از حکم حرمت نکاح در آیه ۲۳ سوره نساء می‌باشد. این حکم از منظر فقه‌های این مذهب، اجماعی است^۱ (امام احمد، بی تا: ۶/۲۲۹).

۲-۳. دیدگاه قائلان به عدم جواز

۱-۲-۳. حرمت نکاح به لحاظ حکم اولی

۱-۱-۳. تمسک به بنای عقلا

برخی بدین تقریر که موضوع فرزندخواندگی یعنی تربیت طفل در عصر حاضر، غیر

۱. مسألة: «ولا يُعْتَبَرُ فِي حَلِيلَةِ الْأَبِ وَالْإِبْنِ الدَّخُولُ لظَاهِرِ الْآيَةِ، وَحَلِيلَةُ ابْنِ الرِّضَاعِ كَذَلِكَ إِجْمَاعًا إِخْرَاجَ لِلْمُتَّبِعِي فَقَط.»

از موضوع فرزندخواندگی (استفاده از توان جسمی فرزندخوانده) در صدر اسلام و عصر جاهلیت بوده، با تمسک به بنای عقلا، قائل به حرمت ازدواج سرپرست با فرزندخوانده شده‌اند؛ با این توضیح که در عصر حاضر، چنین ازدواجی مخالف با هدف فرزندخواندگی (تربیت) و دارای مفاسد نوعیه و اخلاقاً مورد نکوهش است. لذا عقلاء بما هم عقلاء، چنین ازدواجی را جایز نمی‌دانند (کدیور، ۱۳۹۲).

ایراد: این استدلال صحیح نیست؛ زیرا اولاً، در صدر اسلام و عصر جاهلیت همیشه این گونه نبوده که فرزندخوانده صرفاً به جهت استفاده از نیروی جسمانی مورد توجه و نگهداری بوده باشد. به دلالت آیه ۹ سوره قصص،^۱ علت نگهداری حضرت موسی عَلَيْهِ السَّلَام نداشتن فرزند و نیاز عاطفی ذکر شده است (زمخشری، ۱۴۰۷: ۳/۳۹۴). ثانیاً، به طور مطلق نمی‌توان چنین ازدواجی را قبیح دانست؛ زیرا در مواردی، مصلحت ضروری فرد، بر وقوع چنین ازدواجی حکم می‌کند و بنای عقلاء بما هم عقلاء، قبحی را معتبر می‌داند که ریشه در حکم عقل داشته باشد؛ حال آنکه اختلاف در مشروعیت و ممنوعیت چنین ازدواجی بین عقلا، دلالت بر عدم اتفاق به حکم عقل دارد و لذا نمی‌توان به بنای عقلا تمسک کرد.

۲-۱-۲-۳. به سبب تربیت

برخی دانشمندان با تمسک به آیات قرآن، قائل به حکم اولی حرمت ازدواج سرپرست با فرزند شده‌اند.

۱- تمسک به تعمیم اصل محرمیت سببی و استناد به محرمیت ربیبه‌ها در آیه ۲۳ سوره نساء: الف) تعمیم اصل سببی: در این آیه در خصوص محارمی که ازدواج با آنان منع شده، از یک کلمه واحد (أبنائکم) استفاده شده است و سپس با یک توضیح (الذین من أصلابکم)، بین آن دو فرق گذاشته می‌شود؛ چرا که عرب پسرخوانده را پسر خود می‌دانسته است. از آنجایی که در این آیه، دقت بالایی در بیان امکان ازدواج با همسر فرزند (پسرخوانده) شده است، عدم بیان امکان ازدواج با خود فرزندخوانده، دلالت بر بدیهی بودن عدم جوازش دارد؛ چرا که فرزندخوانده همچنان در آیه، فرزند

۱. ﴿وَقَالَتِ امْرَأَةُ فِرْعَوْنَ قُرَّةُ عَيْنٍ لِي وَلَكِ لَا تَقْتُلُوهُ عَسَىٰ أَنْ يَنْفَعَنَا أَوْ نَتَّخِذَهُ وَلَدًا وَهُمْ لَا يَشْعُرُونَ﴾؛ و [چون] همسر فرعون [احساس کرد که آنان قصد کشتن کودک را دارند، خطاب به فرعون] گفت: او را نکشید [که او] روشنی چشم من و توست. شاید به ما سودی برساند یا او را به فرزندگی بگیریم، ولی آن‌ها نمی‌فهمیدند.

خطاب می‌شود. ب) محرم شدن ربیبه: مشخص است که ازدواج با یک زن هیچ گونه تغییر بیولوژیک در رابطه بین مرد و دختر آن زن ایجاد نمی‌کند. بلکه همان طور که خود این آیه به صراحت بیان کرده است، داخل شدن در یک زندگی مشترک و برقراری رابطه تربیتی بین مرد و دختر همسرش است که دختر را محرم ازدواجی می‌کند تا دختر از داشتن رابطه عاطفی والدین و فرزند، در زندگی جدید مادرش محروم نشود، ضمن اینکه زمینه برای سوءاستفاده‌های جنسی به شدت کاسته شود. در واقع قاعده امضایی محرمیت دخترخوانده (غیر صلبی) به دختر همسر از ازدواج قبلی اش تعمیم یافته است (آل حسین، ۱۳۹۳).

۲- استناد به محرمیت فرزندخوانده با سرپرست از جهت عدم نیاز به حفظ حجاب در آیه ۳۱ نور: از آنجایی که در این آیه، تمایزی بین فرزند حقیقی و فرزند غیر صلبی و یا بین پدر و پدرخوانده گذاشته نشده است، می‌توان نتیجه گرفت که وقتی قرآن می‌گوید دخترانتان محرم‌اند، هم شامل دختر حقیقی می‌شود و هم دخترخوانده. عدم اجرای چنین قاعده‌ای دلالت دارد که دخترخوانده‌ها نیز چون دختران بیولوژیک، محرم ازدواجی هستند و عدم وجود رابطه بیولوژیک بین سرپرست و فرزندخوانده، نمی‌تواند مانع محرمیت شود؛ همچنان که در مواردی قرآن، عدم رابطه بیولوژیک یا پیوند سببی را محرمیت ندانسته، بلکه رابطه تربیتی را عامل محرمیت دانسته است؛ مانند فرزندان همسر از ازدواج قبلی اگر وارد زندگی مشترک شوند، همچنین مادران رضاعی، خواهران رضاعی و در نهایت همسران پیامبر که در همان سوره احزاب بعد از فوت پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ به علت رابطه خاصی که به عنوان حاملان سنت رسول با امت داشته‌اند، محرم ازدواجی قلمداد شده‌اند تا امکان نفوذ و سوءاستفاده از موقعیت آنان فراهم نشود (همان).

پاسخ: اولاً، فرزندخواندگی زید بر اساس رسم غلط جاهلیت بوده نه رابطه تربیتی که به امر الهی نسخ گردیده است. ثانیاً، تعلیل «عدم بیان امکان ازدواج با فرزندخوانده، خود دلالت بر بدیهی بودن عدم مجاز بودن ازدواج دارد» ناتمام است؛ زیرا چگونه ممکن است ازدواج با همسر فرزندخوانده مجاز باشد، اما ازدواج با خود فرزندخوانده مجاز نباشد؟ آن هم فرزندخوانده‌ای که به نص صریح قرآن، از صلب انسان نمی‌باشد! ثالثاً، استناد به علت «محرم شدن ربائب» به علت داخل شدن در یک

زندگی مشترک و برقراری رابطهٔ تربیتی، ناتمام است؛ زیرا طبق مضامین احادیث منقول از ائمه علیهم‌السلام، شرطی که باعث محرمیت ربائب شده، نزدیکی با مادر اوست، نه صرف در کنار بودن، و لذا اگر چنین شرطی تحقق نیابد، حرمتی نیز ایجاد نمی‌شود و در موردی هم که مرد با زن ازدواج کرده و اما دخول صورت نگرفته و زوجیت استمرار دارد، غیر قابل جمع بودن نکاح مادر و دختر همزمان، باعث محرمیت مرد با دختر شده است و قید «حجر» به لحاظ عادت است که غالباً دختر زن با شوهر زن زندگی می‌کند. البته گروه اندکی از اهل تسنن می‌گویند شرط ربائب این است که در خانه شوهر مادر زندگی کنند. علامه حلی در این باره می‌گوید:

«داود گفته ربیبه محرم می‌شود، زمانی که در خانهٔ مرد باشد و کفالتش کند» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲/۶۳۰-۶۳۱).

و در خصوص آیه ۳۱ سوره نور، آن معنایی که از لفظ دختر و پدر متبادر می‌شود، دختر به معنای حقیقی است نه دخترخوانده، آن هم با توجه به آیه ۲۳ سوره نساء که قید «أصلاّبکم» به صراحت بین فرزند حقیقی و مجازی و فرزندخوانده تفکیک قائل شده است.

۲-۲-۳. حرمت نکاح به لحاظ حکم ثانوی به دلیل مصلحت فرد و جامعه و دفع مفسده

بی‌شک احکام الهی دارای مصالح و مفسد نفس‌الامری هستند که علت صدور احکام‌اند. برخی از فقها و حقوق‌دانان اسلامی معاصر به لحاظ حکم اولی، قائل به جواز ازدواج سرپرست با فرزندخوانده هستند، اما با توجه به مفسده‌ای که این نوع ازدواج برای روح و جسم فرزندخوانده دارد و موجب از بین رفتن استحکام خانواده و جامعه و وهن دین می‌شود، در راستای حفظ مصلحت فرد و جامعه و نظم عمومی و حفظ دین، به لحاظ حکم ثانوی قائل به حرمت شده‌اند. برخی در این باره بیان داشته‌اند:

«شرعاً ازدواج باید به مصلحت فرزندخوانده باشد و به اصطلاح فقها، غبطه او رعایت شود و این کار غالباً به مصلحت فرزندخوانده نیست و راه را برای سوءاستفاده پدرخوانده باز می‌کند» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶: ۱۰۰).

همچنین ایشان بیان داشته‌اند:

- «هر گاه فرزندخوانده بالغ و رشید شود و ازدواج با افرادی که اشاره گردید، به مصلحت او باشد و محرم نیز نشده باشند، مانعی ندارد» (استفتاء شماره ۶۲۱۲۶۶، مورخ ۱۳۹۶/۹/۶).

عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند که اگر بین شخص تحت سرپرستی و سرپرستان وی، قائل به حرمت نکاح نباشیم، ممکن است زمینه گسترش مسائل غیر اخلاقی فراهم شود و نهاد فرزندخواندگی از هدف اساسی و انسانی خود (تربیت و آموزش) فاصله گیرد (امامی، ۱۳۷۹: ۵۳). حفظ دین و جلوگیری از وهن احکام (هر عملی که موجب تضعیف و سست نمودن دین در انظار عمومی و ادیان دیگر شود و دین را سبک جلوه دهد، موجب وهن است و باید آن را ترک کرد)، از دیگر مستندات می‌تواند قلمداد شود (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۴: ۳۲۶؛ فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۶: ۱۹۹ و ۴۳۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۶: ۴۰۴). یعنی با توجه به عموم یا اطلاق قاعده مزبور نباید ازدواج مرد با دختری که خودش بزرگ کرده و موجب وهن به اسلام است (چون تنفر روحی و روانی ایجاد می‌کند)، جایز و قانونی اعلام شود.

ایراد: آنچه مبنای حکم ثانویه این دسته قرار گرفته، ضرورت، حفظ مصلحت و دفع مفسده فردی و اجتماعی به لحاظ تغییر در وضعیت فرد و جامعه (ضایعات روحی، روانی) و تقدیم مطلق حفظ مصلحت دین بر غیر آن است. اما به نظر، هر تغییری به نحو مطلق نمی‌تواند معیار مصلحت و مفسده باشد. مصلحت شامل ضرورت‌ها، نیازهای عمومی و خواست‌های تحسینی است و مصلحتی معیار تغییر حکم شرعی اولی جواز به ثانوی قرار می‌گیرد که با درک قطعی و منجز عقل حاصل شده و مانع دیگری مانند مصلحت ضروری به وجود نیامده باشد. چه بسا ضرورت‌هایی که بر مصالح عمومی جامعه مقدم است و در عین حال مفسده‌ای برای جامعه و خانواده ندارد. لذا نمی‌توان آنچه را مخالف مصلحت جامعه است، به لحاظ حکم ثانوی مطلقاً ممنوع دانست؛ مانند ازدواج سرپرست با فرزندخوانده‌ای که خواست قلبی فرزندخوانده باشد. چنین ازدواجی اولاً از مصالح ضروری است که در خصوص جواز آن، نصوص شرعی قطعی وجود دارد. ثانیاً برای همه فرزندخواندگان، ایجاد مفسده (ضایعات اجتماعی، روحی و

روانی) نمی‌نماید و چه بسا ممنوعیت آن دارای مفسده باشد. تقریر «تقدیم مطلق مصلحت حفظ دین بر غیر آن» نیز صحیح نیست؛ زیرا مطلقاً نمی‌توان جواز ازدواجی را که نص شرعی قطعی بر آن وارد شده و ممکن است جزء نیازهای ضروری شخص باشد، به خاطر بدبینی در جامعه حرام دانست. برخی نیز گفته‌اند:

«گرچه ازدواج فرزندخوانده بدون ایجاد اسباب محرمیت، حرمت شرعی ندارد، چون رابطه محرمیت ایجاد نشده است، لکن چون سرپرستان در عرف مردم، در حکم پدر و مادر هستند و رابطه عاطفی به این صورت برقرار شده است، ترک ازدواج شایسته است» (علوی گرگانی، استفتاء شماره ۱۲۳۳۱-۲۶/۹/۱۳۹۶).

۳-۲-۳. ممنوعیت نکاح به لحاظ حکم حکومتی یا مصوبه قانونی جهت حفظ مصالح فرد یا جامعه

شاید بتوان گفت که تبصره ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست، از مصادیق حکم حکومتی است؛ یعنی حاکم اسلامی می‌تواند بر اساس مصلحت زمان و مکان، به منظور اداره جامعه در ابعاد گوناگون، با صدور حکم حکومتی چنین ازدواج‌هایی را در زمان کنونی ممنوع اعلام نماید که موجبات صلاح و فلاح امت اسلامی فراهم آید و اعتبار چنین حکمی با اختصاص تشریح به خداوند: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾ منافات ندارد؛ زیرا حاکم اسلامی با عنایت به اصول کلی و احکام ثابت اسلام و بر اساس مصالح زمان و مکان، احکامی جعل می‌کند که این احکام در طول شریعت هستند و چیزی جز تطبیق احکام کلی شرعی بر موضوعات جزئی و مصادیق در امور حکومتی نمی‌باشند (کلاتری، ۱۳۷۶: ۱۰۹). همان طور که از مفاد ماده مشخص است، حکم اولی، جواز ازدواج سرپرست با فرزندخوانده است، ولی در راستای حفظ مصلحت و دفع مفسده فرزندخوانده و جامعه، چه در زمان حضانت و چه بعد از آن، ممنوع اعلام شده است. اما چون ممکن است در مواردی مصلحت ضروری فرزندخوانده چنین ازدواجی را ایجاب نماید، اجازه آن با دادگاه بعد از تشخیص مصلحت می‌باشد.

ایراد: به نظر، این نظریه نیز که به صورت قانونی تصویب شده، مخدوش است. همان طور که در بررسی حکم ثانویه بیان شد، تغییر در وضعیت فرد و جامعه، معیار مصلحت و مفسده و صدور حکم است؛ به گونه‌ای که این تغییر غالب، باعث از بین رفتن

مصلحت فردی و ایجاد بی‌نظمی و منجر به تبعات سوء اخلاقی در جامعه شود. در مانحن فیه (ازدواج سرپرست با فرزندخوانده) به نظر، تغییر غالبی که بر مبنای آن تغییر، مصلحت ملزماه‌ای ایجاد گردد، به وجود نیامده است؛ زیرا چنین ازدواج‌هایی اگرچه محتمل‌الوقوع‌اند، اما نادر می‌باشند و این ازدواج نادر نمی‌تواند وصف تغییر غالب و سپس مصلحت و دفع مفسده حاصل از آن تغییر را ایجاب کند. ثانیاً، تصویب چنین تبصره‌ای اساساً نتیجه‌ای در بر ندارد و نمی‌تواند مانع وقوع چنین ازدواج‌هایی در جامعه گردد؛ زیرا اگر چنین ازدواجی بدون اجازه قانون‌گذار انجام شود، نمی‌توان آن را به لحاظ حکم وضعی باطل دانست؛ اگرچه منعقدکنندگان چنین ازدواجی به لحاظ مخالفت با حکم تکلیفی، مرتکب عمل حرام شده باشند. به نظر ماده مذکور، مصوبه‌ای قانونی از سوی حکومت جهت حفظ مصالح فرد یا جامعه باشد.

۴. تحلیل دیدگاه حقوق کشورهای تونس و فرانسه پیرامون نکاح

سرپرست با فرزندخوانده

نگارندگان معتقدند که فقه اسلامی در مسئله نکاح، مرتقی‌تر از بسیاری نظام‌های حقوقی اندیشیده و مسئله را دائرمدار اراده و اختیار فرزندخوانده و فرزندپذیر (مجتمعاً) که از بدیهیات حقوق بشر است، قرار داده است و سایر نظام‌های حقوقی مدعی آزادی اراده، خلاف این امر بدیهی قانون‌گذاری نموده‌اند. به همین منظور، برای بیان مرتقی بودن اندیشه نظام فقهی و حقوقی اسلام بر مبنای اصل حاکمیت اراده نسبت به سایر نظام‌های حقوقی، اشاره‌ای به حقوق تونس و مدنی فرانسه می‌شود. در قانون این کشورها بر خلاف حقوق کشورهای اسلامی، قرابت ناشی از فرزندخواندگی پذیرفته شده و آثار آن از جمله نکاح با سرپرست به دلیل همان قرابت و همچنین به دلیل مخالفت با اخلاق حسنه و نظم عمومی ممنوع اعلام شده است که این موضوع در ادامه مقاله، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۴-۱. در قانون ۱۹۵۸ تونس

کشور تونس بر خلاف سایر کشورهای اسلامی، تحت نفوذ قانون کشور فرانسه، قرابت ناشی از فرزندخواندگی را پذیرفته و با فرزندخوانده به عنوان یک فرزند مشروع

رفتار می‌کند. مقررات قانون تونس مستلزم آن است که متقاضی، بزرگسالی از نظر قانونی متأهل، بالغ، دارای حقوق مدنی، اخلاق خوب، ذهن و بدن سالم و قادر به انجام امور فرزندخوانده باشد و فرزندخوانده نیز فرزند خردسال اعم از زن یا مرد باشد و اختلاف سنی بین متقاضی فرزندخواندگی و فرزندخوانده کمتر از ۱۵ سال در روز تصویب حکم فرزندخواندگی نباشد.^۱ در باب ۱۵ قانون ماژالذکر صراحتاً بیان شده که فرزندخوانده دارای همان حقوق و وظایفی است که فرزند نسبی و واقعی دارد و فرزندپذیر نیز در مقابل فرزندخوانده دارای همان حقوقی است که قانون برای والدین قانونی تعیین می‌کند و به آن‌ها تحمیل می‌کند.^۲ بر همین اساس، از آنجایی که در قانون مزبور، فرزندخواندگی صراحتاً در حکم فرزند واقعی و مشروع لحاظ شده و یکی از احکام و آثار طبیعی فرزند مشروع، منع نکاح با اوست، لذا ازدواج فرزندخوانده با فرزندپذیر و برعکس ممنوع می‌باشد (مصری، ۲۰۱۶).

۲-۴. در قانون مدنی فرانسه

در حقوق فرانسه، فرزندخواندگی به علت اینکه از نظر اخلاقی و اجتماعی، هم موجب حمایت از کودکان محروم و بی‌سرپرست می‌باشد و هم موجب حمایت از زوجینی که ناتوان از فرزندآوری هستند، جایگاه والایی دارد و مواد ۳۴۳ تا ۳۶۷ قانون مدنی آن، اشاره به این مبحث، انواع، شرایط فرزندخوانده و فرزندپذیر و همچنین آثار آن دارد. از توجه به آن مواد و توصیف حقوق دانان فرانسوی، دو نوع فرزندخواندگی توسط حکم دادگاه ایجاد می‌شود؛^۱ فرزندخواندگی کامل، یک رابطه حقوقی غیر قابل برگشت^۲ و غیرقابل فسخ جدیدی است که جایگزین رابطه خونی اصلی فرزند می‌شود و فرزندخواندگی شبیه رابطه والدین و فرزند مشروع است و فرزندخوانده از تمام حقوق و تکالیف واقعی^۳

۱. القانون عدد ۲۷ لعام ۱۹۵۸ المؤرخ فی ۴ مارس ۱۹۵۸ المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، فصل ۹-۱۰.

۲. «للمتبنی نفس الحقوق التي للابن الشرعی وعلیه ما علیه من الواجبات وللمتبنی إزاء المتبنی نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعیین وعلیه ما يفرضه من الواجبات علیهما».

3. article 352: Le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine.

4. article 358: L'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre.

یک فرزند مانند نفقه، ارث، حضانت، احترام و آثاری چون ممنوعیت نکاح به جز نسب برخوردار می‌شود (Terré et Fenouillet, 2005: n°813 à 912). مطابق با مواد ۳۴۱ و ۳۴۴ قانون مدنی، این نوع فرزندخواندگی نسبت به اطفال زیر ۱۵ سال صورت می‌گیرد (Solang, 1997: 4-12) و برای کسانی که علقه زوجیت قانونی ندارند، ممنوع است و زوجینی امکان آن را دارند که از تاریخ ازدواج آن‌ها بیش از دو سال گذشته یا هر دو، ۲۸ سال کمتر نداشته باشند.^۱ فرزندخواندگی ساده^۲ نیز یک رابطه حقوقی جدید بین فرزندخوانده و فرزندپذیر است که فرزندخوانده در خانواده مبدأ خود باقی مانده، رابطه‌اش با خانواده اصلی قطع نمی‌شود و تمام حقوق خود در آنجا از جمله حقوق ارثی را حفظ می‌کند^۳ و پدر و مادر به اعمال همه حقوق مربوط به اختیارات والدینی خود نسبت به وی ادامه می‌دهند. شرایط این نوع فرزندخواندگی، همان شرایط مندرج در مواد ۳۴۳، ۳۴۴، ۳۴۵، ۳۴۶، ۳۵۳، ۳۵۳-۱، ۳۵۳-۲، ۳۵۳ و ۳۵۵ قانون مدنی یعنی فرزندخواندگی کامل می‌باشد؛^۴ با این تفاوت که آثار فرزندخواندگی کامل در خصوص تابعیت و برخورداری از نام سرپرست را نخواهد داشت و تنها شکل فرزندخواندگی برای افراد کبیر (بالای ۱۵ سال) است (Colin, 1991: 307; Trahand, 1858: 49) و اگر طفل بیش از ۱۳ سال دارد، رضایت خودش نیز ضروری است،^۵ ضمن آنکه طفل باید به مدت شش ماه در خانه والدین پذیرنده زندگی کرده باشد.^۶

بر اساس آنچه بیان شد، در فرزندخواندگی کامل پس از تحقق این رابطه و ورود

1. article 343: L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans.
2. article 360: L'adoption simple est permise quel que soit l'âge de l'adopté.
3. article 364; L'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires. Les prohibitions au mariage prévues aux articles 161 à 164 du présent code s'appliquent entre l'adopté et sa famille d'origine.
4. article 361: Les dispositions des articles 343 à 344, du dernier alinéa de l'article 345, des articles 346 à 350, 353, 353-1, 353-2, 355 et du dernier alinéa de l'article 357 sont applicables à l'adoption simple.
5. article 360: Si l'adopté est âgé de plus de treize ans, il doit consentir personnellement à l'adoption.
6. Ibid.

فرزند به خانواده جدید، چون رابطه حقوقی جدید، جایگزین رابطه خونی فرزند شده که غیر قابل فسخ و برگشت می‌باشد، فرزندخوانده در حکم فرزند نسبی و قانونی تلقی شده و دارای تمام حقوق و آثار فرزند واقعی و مشروع می‌گردد. لذا نکاح با سرپرست و اقربای نسبی و سببی او ممنوع می‌گردد (Solang, 1997: Article 12) و در خصوص فرزندخوانده ساده نیز با وجود آنکه رابطه وی با خانواده اصلی اش قطع نمی‌شود و با اعضای خانواده قبول‌کننده قرابت پیدا نمی‌کند، ولی مطابق با قانون (ماده ۳۶۶ ناظر به مواد ۱۶۱ تا ۱۶۴ قانون مدنی مزبور ضمن ممنوعیت ازدواج بین فرزندخوانده و خانواده مبدأ)، ازدواج با پدرخوانده یا مادرخوانده و بعضی از بستگان او نیز ممنوع است.^۱ در نتیجه طبق ماده ۳۶۶ همان قانون، ۱- ازدواج فرزندخوانده با فرزندپذیر و فرزندخوانده و فرزندان فرزندخوانده، ۲- بین فرزندخوانده و همسر فرزندپذیر، متقابلاً بین فرزندپذیر و همسر فرزندخوانده، ۳- بین فرزندخواندگان یک فرد، ۴- بین فرزندخوانده و فرزندان فرزندپذیر، ممنوع می‌باشد و این ممنوعیت شامل فرزندخوانده کامل و ساده هر دو با فرزندپذیر می‌شود. البته در صورت وجود علل مهم (وجود مصلحت)، ممنوعیت‌های بندهای ۳ و ۴ ماده ۳۶۶ با اعطای معافیت از سوی رئیس جمهور در خصوص فرزندخوانده ساده برداشته شده و می‌توان با فرزندخوانده ساده ازدواج نمود.

۴-۳. تحلیل ممنوعیت نکاح سرپرست با فرزندخوانده در حقوق تونس

و فرانسه

ممنوعیت نکاح سرپرست با فرزندخوانده در این کشورها، مبتنی بر مصلحت حفظ حقوق فرد و جامعه بر پایه اخلاق حسنه و نظم عمومی می‌باشد؛ یعنی مبتنی بر اصالت مکتب اجتماعی یا استثناء اصل حاکمیت اراده فردی.

اصل حاکمیت اراده: یک اصل مهم فلسفی است که به موجب آن، فلاسفه قرن هیجدهم اراده را مبنای حق و تکلیف می‌دانستند. البته دانشمندان مکتب اجتماعی

1. article 366: Le lien de parenté résultant de l'adoption s'étend aux enfants de l'adopté. Le mariage est prohibé: 1° Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants; 2° Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant; réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté; 3° Entre les enfants adoptifs du même individu; 4° Entre l'adopté et les enfants de l'ado.

مانند دوگی، نقش اراده فردی در ایجاد حق و تکلیف را به کلی نفی و جامعه را منشأ حقوق معرفی کردند (صفایی، ۱۳۹۲: ۴۵/۲). اصل حاکمیت اراده در حقوق غربی می‌گوید که طرفین دارای اهلیت، در انعقاد عقد آزادند و می‌توانند هر نوع تعهدی را که بخواهند، در مقابل یکدیگر قبول نمایند. این آزادی تنها توسط قانون (نظم عمومی یا اخلاق حسنه) مقید خواهد بود. قانون خود برآمده از ارادهٔ افراد در سطحی بالاتر است و اخلاق نیز مقوله‌ای ناشی از ارادهٔ افراد در سطح جامعه و عرف بوده و مقوله‌ای نسبی است. به عبارتی، افراد برای ایجاد تعهد به هر نحوی که خود بخواهند، آزادی مطلق دارند، مگر آنکه قانون فرم خاصی را لازم بشمرد یا موضوع تعهد خلاف قانون باشد (Larombière, 1862: 2). در کتب فرانسه، دو عنصر نظم عمومی و اخلاق حسنه به عنوان مهم‌ترین مقیدات اصل آزادی اراده مطرح می‌شوند. این اصل و نتایج آن در ماده ۱۱۳۴ ق.م. فرانسه نیز تأیید شده است (Bénabent, 1991: n.160; Ghestin, 1993: n.104). بر همین اساس در قانون این کشورها، نکاح سرپرست با فرزندخوانده از مصادیق و مستثنیات اصل حاکمیت اراده و مخالف با اخلاق و نظم عمومی می‌باشد. در اسلام همچون سایر نظام‌ها، در رابطه با حاکمیت اراده و تأثیر آن در قراردادهای سخن به میان آمده است. مفاد قاعده «العقود تابعة للقصود» مبین و مؤید آن است؛ یعنی عقد و تعهد و آثار حقوقی مترتب بر آن، بر اساس اراده افراد شکل می‌گیرد؛ اراده حقیقی (قصد و رضا) و اراده ظاهری (انشایی)؛ یعنی ماهیت عقد یک امر قصدی است و بدون آن قابل تحقق نیست. به عبارت دیگر، قصد جزء ماهیت عقد است و قوام عقد وابسته به قصد (العقود تابعة للقصود).

نتیجه‌گیری و نظریه مختار بر مبنای اصل حاکمیت اراده

۱- فرزندخوانده به دلیل انتفاء نسب با سرپرست: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ﴾، فرزند واقعی محسوب نگردیده، جزء هیچ یک از اسباب تحریم نیز نمی‌باشد. در نتیجه، اصل عدم تجاذب جنسی و رابطه تربیتی، ضایعات روحی و جسمی از باب احکام اولیه (بنای عقلا) یا احکام ثانویه و حکومتی (وهن دین) نیز نمی‌تواند محرمت جدیدی جعل کند؛ زیرا قاعده «لا حرج» تنها رافع حرمت از کسی خواهد بود که رعایت محرمت، برای او حرجی باشد نه سایر افراد؛ چه آن شخص فرزندخوانده باشد و چه

سرپرست و چه هر دو، و پیرو آن، مشهور علمای اسلام قائل به جواز ازدواج شده‌اند.

۲- بر مبنای اصل حاکمیت اراده، فرد در عقد و عدم عقد قرارداد مخیر است و نمی‌توان او را مجبور به بستن قرارداد کرد، مگر در خصوص قوانین مرتبط با نظم عمومی به استثنای مسائل مربوط به خانواده (قواعد مربوط به ازدواج، طلاق، نسب و ارث). این آزادی در اصطلاح حقوقی، آزادی قراردادی نامیده می‌شود که پس از انعقاد قرارداد، اراده متعاقدين باید محترم شمرده شود و مقامات عمومی حق تغییر و تجدیدنظر در آثار قرارداد و تعهدات طرفین را ندارند (صفایی، ۱۳۹۲: ۴۵/۲).

۳- هر گاه یکی از طرفین یا هر دو فاقد اراده حقوقی بوده (قصد و رضا)، یا اراده یکی به دلیل اکراه - فشار مادی و معنوی نامشروع - معیوب باشد، حمایت از سلامت و آزادی اراده افراد ایجاب می‌کند که عقد یا قرارداد مزبور در جهت ضمانت اجرایی، باطل یا غیر نافذ اعلام گردد (همان: ۸۶/۲).

۴- ازدواج با کودک در فقه و حقوق اسلامی در هر سنی مجاز است، منتها ازدواج دختر کمتر از ۱۳ سال و پسر کمتر از ۱۵ سال و نابالغ، به اذن ولی به شرط مصلحت با تشخیص دادگاه صالح می‌باشد (ماده ۱۰۴۱ ق.م.م.).

در مانحن‌فیه، نگارندگان مسئله را دائرمدار آزادی اراده و اختیار فرزندخوانده و فرزندپذیر مجتمعاً که از بدیهیات حقوق بشر است، قرار داده‌اند و اساساً جایگاهی برای صدور احکام ثانویه بر مبنای حرج و همچنین وهن دین و نهایتاً تصویب و اعمال تبصره ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست بر مبنای حکم حکومتی در راستای توجیه اشکالات عدیده مخالفان جواز، قائل نیستند. می‌دانیم که برای انعقاد هر عقدی از جمله نکاح، اهلیت و اراده طرفین (قصد و رضا) شرط صحت آن است. ایجاب از طرف زن و قبول از طرف مرد واقع می‌شود. حال فرزندخوانده، یا دارای اهلیت است یا فاقد آن؛ اگر فاقد اهلیت است، به اذن ولی یا حاکم در جایی که طفل ولی قهری ندارد، اگر مفسده‌ای بر ازدواجش بار نگردد و مصلحت نیز به تشخیص حاکم (دادگاه) ثابت شود، چنین ازدواجی صحیح و جایز است، چه با سرپرست و چه با غیر، و استثنا و منع سرپرست از چنین ازدواجی، نیاز به نص شرعی دارد؛ حال آنکه نه تنها چنین نصی وجود ندارد، بلکه نص بر جواز وارد شده است و قائل شدن به عدم رعایت مصلحت و

وجود مفسده به استناد قاعده لاجرح نوعی و وهن دین و عدم پذیرش نزد عرف، بلاوجه است. بنابراین تبصره ماده ۲۶ قانون فوق، که بین ازدواج در زمان حضانت و بعد از آن فرقی قائل نشده، به دلیل مخالفت با اصل حاکمیت اراده و اینکه تصویب آن نتیجه‌ای در بر ندارد، -چرا که در صورت وقوع چنین ازدواجی نمی‌توان آن را باطل اعلام کرد، مخدوش است. ایراد دیگر اینکه تبصره مذکور با محوریت سرپرست تقریر شده است (اگر سرپرست در صدد ازدواج برآید...)، مشخص است که چنین تقریری نزد عرف ناپسند و غیر اخلاقی جلوه می‌نماید و شاید همین تعبیر، موجب تفر و حتی وهن در انظار ناظر بیرونی (ایراد مخالفان جواز) شده باشد. اگر ازدواج در زمان حضانت بر محوریت فرزندخوانده هم تنظیم می‌گردید، یعنی گفته می‌شد: «اگر فرزندخوانده در صدد ازدواج برآید...»، باز هم امکان آن نبود؛ چرا که فرزندخوانده در سن حضانت قبل از بلوغ دارای اهلیت نمی‌باشد که بخواهد در صدد ازدواج با سرپرست برآید. نهایت امر چون فرزندخوانده قبل از بلوغ و ۱۳ سالگی، اهلیت شرعی و قانونی ندارد، مشمول ماده ۱۰۴۱ ق.م. بوده، نیازی به بیان مجدد در ماده ۲۶ حمایت از کودکان بی سرپرست نبوده است. فرض دیگر اینکه اگر فرزندخوانده دارای اهلیت باشد، یا اراده یعنی قصد و رضایت به ازدواج با سرپرست دارد یا چنین اراده‌ای ندارد. در هر دو حالت باید قائل به اصل حاکمیت اراده و آزادی شد. اگر اراده و تراضی به وقوع نکاح نداشته باشد، نه تنها چنین نکاحی به دلیل فقدان قصد یا رضا واقع نمی‌گردد، اساساً جایگاهی برای صدور حکم ثانویه و حکومتی قابل تصور نیست؛ چرا که اراده در چنین ازدواج‌هایی مفقود است و اگر به اجبار یا اکراه وادار به انعقاد چنین عقدی شود، چنین ازدواجی به دلیل فقدان قصد و یا عیب اراده (عدم رضا)، باطل یا حداقل غیر نافذ خواهد بود. اما اگر فرزندخوانده اراده و رضایت به وقوع چنین ازدواجی با سرپرست خویش داشته باشد، آیا می‌توان گفت که چنین ازدواجی به دلیل مخالفت با اخلاق و مذموم بودن نزد عرف و خلاف نظم عمومی جایز نیست؟ پاسخ منفی است. بر طبق اصل حاکمیت اراده و احترام به آزادی، مقتضی (مصلحت ضروری) موجود و مانع (وجود مفسده غالب) مفقود است و مذموم بودن چنین ازدواجی به لحاظ اخلاقی نزد عرف و تمسک به قاعده لاجرح، قابلیت مانع شدن را ندارد؛ چرا که حرج و مشقت در افراد، شخصی است و در چنین شخصی،

سالبه به انتفای موضوع است؛ زیرا حرج علت حکم است و علت حکم در اینجا منتفی است و حرج نوعی و غالب نیز قابل تصور نمی‌باشد. از طرفی همان طور که بیان شد، قواعد مربوط به نسب قابلیت نقض ندارند. لذا اراده افراد نمی‌تواند کسی را که نسبتی با دیگری ندارد، فرزند قانونی قلمداد کند و بر همین مبنا، قائل به حرمت یا عدم جواز نکاح با وی گردد. این توافق خلاف نظم عمومی دارای مفاصد بسیار در باب اخلاط انساب و مسائل ارثی بوده و باطل است و آنچه در حقوق فرانسه و تونس قانونی شده و فرزندخوانده را به لحاظ نسبی همانند فرزند واقعی بر مبنای اخلاق حسنه و مصلحت جامعه می‌دانند، از قضا خلاف نظم عمومی است. افزون بر اینکه اسلام دین آسانی است و جواز یک عمل دلالت بر لزوم یا رجحان انجام آن عمل در دین ندارد؛ مانند قصاص نفس و تعدد زوجات، که دین اسلام تأکید یا اصراری بر قصاص نکرده، بلکه عفو از قصاص و رعایت عدالت در تعدد زوجات را نیز مدنظر قرار داده است. جواز ازدواج با فرزندخوانده نیز از جمله این احکام است. چنین ازدواجی شاید در زمان حضانت، نه به مصلحت فرزندخوانده باشد و نه مطلوب و پسندیده و مورد تأکید شارع، اما در جایی که فرزندخوانده در صدد ازدواج با سرپرست برآید و سرپرست نیز قبول نماید، اصل جواز چنین ازدواجی بر مبنای اراده فرزندخوانده و اعلام پذیرش سرپرست، مورد تأیید اسلام بوده است و این جواز نه تنها خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی نیست، بلکه از رواج و گسترش مفسده‌های احتمالی چون آسیب‌های روحی و اجبار برای ایجاد یک رابطه و خشونت جنسی بین فرزندخوانده و سرپرست جلوگیری می‌کند. این همان تحلیل جدیدی است که بر مبنای اصل حاکمیت اراده تا کنون ارائه نشده است و به خوبی، مشهور فقیهان را از کمند اشکالات عدیده پیش گفته می‌رهاند. در ادامه، توصیه می‌شود که تبصره ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بدسرپرست - که با محوریت سرپرست تقریر شده (اگر سرپرست در صدد ازدواج برآید...) و چنین تقریری نزد عرف ناپسند و غیر اخلاقی جلوه می‌نماید و شاید همین تعبیر، موجب تنفر و حتی وهن در انظار ناظر بیرونی (ایراد مخالفان جواز) شده باشد - بر مبنای همان اصل حاکمیت اراده با محوریت فرزندخوانده تنظیم شود؛ یعنی گفته شود: «اگر فرزندخوانده در صدد ازدواج برآید...» و الحق که اسلام دین اکمل به معنای واقعی کلمه است.

کتاب شناسی

۱. آل حسین، احمد، «حرمت ازدواج با فرزندخوانده، رویکردی قرآنی»، ۱۳۹۳ ش.، قابل دستیابی در وبگاه <<http://quranicwisdom.wordpress.com>>.
۲. ابن اثیر جزری، مجدالدین ابوالسعادات مبارک بن ابی‌الکرم محمد بن محمد بن عبدالکریم بن عبدالواحد شیبانی موصلی، *النهاية فی غریب الحدیث والاثر*، قم، اسماعیلیان، بی‌تا.
۳. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴. ابن جلاب بصری، ابوالقاسم عبیدالله بن حسین بن حسن، *التفریع فی فقه الامام مالک بن انس*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۸ ق.
۵. ابن قدامه مقدسی، ابومحمد موفق‌الدین عبدالله، *الکافی فی فقه الامام احمد بن حنبل*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۴ ق.
۶. ابن ملقن مصری، سراج‌الدین ابوحفص عمر بن علی بن احمد شافعی، *التذکره فی الفقه الشافعی*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۷ ق.
۷. انصاری قرطبی، ابوعبدالله محمد بن احمد بن ابی‌بکر، *الجامع لاحکام القرآن*، تحقیق احمد بردونی و ابراهیم اطفیش، قاهره، دار الکتب المصریه، ۱۳۸۴ ق.
۸. بلقینی شافعی، سراج‌الدین ابوحفص عمر بن رسلان، *التدریب فی الفقه الشافعی*، تحقیق ابویعقوب نشأت بن کمال مصری، ریاض، دار القبلتین، ۱۴۱۳ ق.
۹. تبریزی، جواد بن علی، *استفتائات جدید*، قم، دفتر معظم له، ۱۳۹۱ ش.
۱۰. تمیمی، محمد بن عبدالوهاب بن سلیمان، *مختصر الانصاف والشرح الکبیر*، تحقیق عبدالعزیز بن زید رومی و دیگران، بی‌جا، بی‌تا.
۱۱. تمیمی صقلی، ابوبکر محمد بن عبدالله بن یونس، *الجامع لمسائل المدونة*، تحقیق مجموعه باحثین فی رسائل دکتورا، معهد البحوث العلمیه و احیاء التراث الاسلامی، ۱۴۳۴ ق.
۱۲. جمع من المحققین، *موسوعة احکام الاطفال وادلتها*، ترتیب و تنظیم قدرت‌الله انصاری، قم، مرکز فقه انمه اطهار علیهم‌السلام، ۱۴۲۹ ق.
۱۳. حجاوی مقدسی، موسی بن احمد، *الاقناع فی فقه الامام احمد بن حنبل*، تحقیق عبداللطیف محمد موسی، بیروت، دار المعرفه، بی‌تا.
۱۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، بی‌جا، بی‌تا، بی‌تا.
۱۵. حسینی خامنه‌ای، سیدعلی بن سیدجواد، *اجوبه الاستفتاءات*، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۴ ق.
۱۶. حسینی سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، قم، مطبعة سرور، ۱۴۲۴ ق.
۱۷. حسینی شاهرودی، سیدعلی، *محاضرات فی الفقه الجعفری*، تقریر بحث مکاسب محرمه سیدابوالقاسم موسوی خویی، قم، مؤسسه دائره معارف الفقه الاسلامی، بی‌تا.
۱۸. خطیب شربینی، شمس‌الدین محمد بن محمد، *معنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
۱۹. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، تهران، دفتر نشر کتاب، بی‌تا.
۲۰. رملی، شمس‌الدین محمد بن ابی‌العباس احمد بن حمزه بن شهاب‌الدین، *نهاية المحتاج الی شرح المنهاج فی الفقه علی مذهب الامام الشافعی*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۰۴ ق.

۲۱. رویانی، ابوالمحاسن عبدالواحد بن اسماعیل، بحر المذهب، تحقیق طارق فتحی السید، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۲۰۰۹ م.
۲۲. زرکشی، شمس‌الدین محمد بن عبدالله، شرح الزرکشی، ریاض، دار العبیکان، ۱۴۱۳ ق.
۲۳. زمخشری، جلال‌الله محمود بن عمر، الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل و عیون الاقوایل فی وجوه التأویل، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۷ ق.
۲۴. سرخسی حنفی، شمس‌الائمه ابوبکر محمد بن احمد بن ابی سهل، المبسوط، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۱۴ ق.
۲۵. سیفی مازندرانی، علی اکبر، مبانی الفقه‌الفعال فی القواعد الفقهیه الاساسیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.
۲۶. صادقی تهرانی، محمد، رساله توضیح المسائل نوین، تهران، امید فردا، ۱۳۷۸ ش.
۲۷. صانعی، یوسف، استفتائات قضایی، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۲۸. صفایی، حسین، حقوق خانواده، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۲۹. طباطبائی، سیدمحمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۳۹۳ ق.
۳۰. طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرین، قم، مؤسسه البعته، ۱۴۱۴ ق.
۳۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، التبیان فی تفسیر القرآن، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۳۲. علامه حلّی، جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل‌البیته، ۱۴۱۴ ق.
۳۳. عمران‌ی منی، ابوالحسین یحیی، البیان فی مذهب الامام الشافعی، تحقیق قاسم محمد نوری، جده، دار المنهاج، ۱۴۲۱ ق.
۳۴. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، جامع المسائل، قم، امیر، ۱۳۸۳ ش.
۳۵. فتوحی حنبلی، ابن نجار، منتهی الارادات، تحقیق عبدالله بن عبدالمحسن ترکی، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۱۹ ق.
۳۶. فخرالدین رازی، ابوعبدالله محمد بن عمر تمیمی بکری شافعی، التفسیر الکبیر؛ مفاتیح الغیب، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۰ ق.
۳۷. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، تحقیق و تصحیح مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۱۰ ق.
۳۸. فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۹ ش.
۳۹. کدیور، محسن، «مجموعه گفتگوهای وی با سایت جرس»، ۱۳۹۲ ش.، قابل دستیابی در وبگاه <<http://www.rahesabz.net/story>>.
۴۰. کلاتری، علی اکبر، «فقه و مصلحت نظام»، مجله فقه، قم، پایگاه اطلاع‌رسانی حوزه، شماره‌های ۱۱-۱۲، بهار و تابستان ۱۳۷۶ ش.
۴۱. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن هذلی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، نجف اشرف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۹ ق.
۴۲. محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، چاپ چهارم، تهران، دادگستر، ۱۳۷۹ ش.
۴۳. مرداوی سعدی حنبلی، علاء‌الدین ابوالحسن علی بن سلیمان بن احمد، الانصاف فی معرفه الراجح من الخلاف علی مذهب الامام احمد بن حنبل، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۹ ق.

۴۴. مصری، محمد ولید، *الوجیز فی شرح القانون الدولي الخاص*، چاپ سوم، عمان، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ۲۰۱۶ م.
۴۵. مصطفوی، سید محمد کاظم، *التواعد، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.*
۴۶. مکارم شیرازی، ناصر، *تفسیر نمونه*، قم، مدرسه امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۳۷۴ ش.
۴۷. همو، *حیله های شرعی*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۳۸۶ ش.
۴۸. همو، *مناسک جامع حج*، تحقیق و تصحیح ابوالقاسم علیان نژاد دامغانی، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۶ ق.
۴۹. موسوی بجنوردی، سید محمد، و فروزان علایی نوین، «بررسی وضعیت فرزندخواندگی بعد از انقلاب اسلامی»، *نشریه متین*، تهران، پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، شماره ۴۲، ۱۳۸۸ ش.
۵۰. موسوی خمینی، سید روح الله، *صحیفه نور*، تهران، سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، ۱۳۶۹ ش.
۵۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، قم، مکتبه الداوری، بی تا.
۵۲. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، *مجمع المسائل*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۹ ق.
۵۳. نووی، ابوزکریا محیی الدین یحیی بن شرف، *روضه الطالبین و عمدة المفتین*، تحقیق عادل احمد عبدال موجود، بیروت، دار الکتب العلمیه، بی تا.
54. Bénabent, Alain, *Droit civil: les obligations*, Montchrestien, 1991.
55. Colin, A., *Droit Civil*, en encyclopédie juridique, Dalloz, Paris, 1991.
56. Léobon, *Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III & IV, livre III du Code Napoléon*, Art. 1101 à 1386, T: 1, Bruxelles, Durand, 1862.
57. Solang, B. R., *Encyclopédie juridique*, tom 1, Adaptions (Article 12), Dalloz, Paris, 1997.
58. Terré, François et Dominique Fenouillet, *Droit civil – Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7ème éd, Paris, 2005.