

## اسقاط پذیری حق ازدواج سرپرست قانونی با فرزند خوانده

سعید نظری توکلی\* / سمیه نظری\*\*

### چکیده

سرپرستی از کودکان بی سرپرست امری اخلاقی و خدا پسندانه است که موجب می شود این کودکان، کانون گرم خانواده را تجربه کنند اما از آنجا که کودکان بی سرپرست با والدین فرزند پذیر رابطه طبیعی نداشته، و تنها رابطه قانونی دارند، هیچ گونه محرمیتی میان آنان ایجاد نمی شود. از نظر احکام فقهی امکان ازدواج سرپرست با کودکی که سرپرستی او را قبول کرده است، وجود دارد؛ هرچند چنین کاری به واسطه ایجاد تغییر نگاه در افراد به سرپرستی کودکان بی سرپرست، از یک عمل خیرخواهانه به یک عمل سودجویانه و ایجاد آشفتگی در ذهنیت خود کودک و جامعه از تبدیل رابطه پدری - فرزندی به رابطه همسری، خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی جامعه است. در این تحقیق برآنیم تا با بررسی منابع فقهی، امکان استفاده از «اسقاط پذیری حق ازدواج سرپرست قانونی با فرزند خوانده» را به عنوان راهکاری فقهی برای جلوگیری از انجام چنین ازدواجی مورد بررسی قرار دهیم.

هرچند دو دیدگاه درباره «اسقاط ناپذیری» و «اسقاط پذیری» حق ازدواج سرپرست با فرزند خوانده میان فقهای مسلمان وجود دارد اما بررسی مستندات آن، تأیید کننده دیدگاه دوم است؛ زیرا ازدواج همچون حضانت، از یک جهت، حکم شرعی و از جهت دیگر، حق است و به همین خاطر، گرچه جواز ازدواج با فرزند

[sntavakkoli@ut.ac.ir](mailto:sntavakkoli@ut.ac.ir)

\* دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

[somayenazari91@gmail.com](mailto:somayenazari91@gmail.com)

\*\* کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۶/۱۰ - پذیرش نهایی: ۱۳۹۵/۱۱/۲۵

خوانده به عنوان حکم شرعی قابل اسقاط از سوی سرپرست قانونی نیست اما حق سرپرست قانونی برای ازدواج با فرزند خوانده، توسط خود او دست کم برای مدت زمان معین قابل اسقاط خواهد بود.

**کلیدواژه:** حق، اسقاط حق، ازدواج، سرپرست قانونی، فرزند خوانده

## ۱- مقدمه

سرپرستی از کودکان بی سرپرست، امری پسندیده بوده، و در اخلاق اسلامی به شدت به آن توصیه شده است، زیرا کودکان بدین ترتیب، کانونی برای حمایت و رشد پیدا می کنند و می تواند خانواده هایی را که از نعمت فرزند داشتن برخوردار نیستند، فرزند دار کرده، و از مشکلات روانی ناشی از بی فرزندی بکاهد. اما از آنجا که فرزند خوانده، فرزند طبیعی سرپرستان خود نبوده و هیچ رابطه سببی یا نسبی میان آنان وجود ندارد تا از نظر شرعی محرم یکدیگر باشند، با وجود مسکوت ماندن ازدواج سرپرست با فرزند خوانده در قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب ۱۳۵۳/۱۲/۲۹؛ در تبصره ماده ۲۶ قانون «حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست» مصوب ۱۳۹۲/۶/۳۱ که در ۱۳۹۲/۷/۱۰ به تأیید شورای نگهبان نیز رسیده، آمده است: «ازدواج چه در زمان حضانت و چه بعد از آن، بین سرپرست و فرزند خوانده ممنوع است، مگر این که دادگاه صالح پس از اخذ نظر مشورتی سازمان، این امر را به مصلحت فرزند خوانده تشخیص دهد».

هرچند ازدواج سرپرست با فرزند خوانده، از آن جهت که ازدواج با محارم نیست، در نگاه اول و بر اساس مبانی فقهی، امری مشروع است؛ اما برخی بر این باورند که چون با فرزندی که سرپرستی اش به عهده گرفته می شود به لحاظ عاطفی همانند فرزند طبیعی رفتار می شود، رواج فرهنگ ازدواج سرپرست قانونی با فرزند خوانده، فرد و جامعه را با نوعی تشویش عاطفی - روانی روبرو می کند، زیرا جایگاه فرزندی و پدر- مادری وضعیتی سیال و قابل تغییر نبوده، شناخت کودک نسبت به خود و نقش

کنش گران پیرامونش در اولین سال های زندگی ساخته و تثبیت می شود و متزلزل شدن این وضعیت تثبیت شده، پیامد های نامطلوبی در ادامه زندگی فرد باقی خواهد گذاشت. از اینرو، هر چند بسیاری از پیامد های منفی مطرح شده برای ازدواج سرپرست با فرزند خوانده قابل نقد است، اما در این پژوهش بر آن هستیم تا به منظور پرهیز از بهره وری جنسی احتمالی از فرزند خوانده، راهکاری فقهی برای جلوگیری از انجام چنین ازدواج هایی بیابیم. قابل ذکر است که هر چند درباره فرزند خواندگی، کتاب و مقالات فراوانی تا کنون منتشر شده است، اما بیشتر آنها بر طرح مباحث مربوط به فرزند حقیقی بودن یا نبودن فرزند خوانده متمرکز شده، و تاکنون پژوهشی مستقل درباره اسقاط پذیری حق ازدواج از سرپرست انجام نشده است.

## ۲- مفهوم شناسی واژگان

### ۲-۱- فرزند خوانده: در زبان عربی، به فرزند خوانده (پسر خوانده) «دعی»

می گویند، و جمع آن «ادعیاء» به معنای فرزند خواندگان است (دانشنامه حقوق خصوصی/ ۱/ ۱۴۵-۱۴۶). همچنین به «پسری برگزیدن» شخصی که فرزند واقعی فرد نباشد، «تبنی» نیز گفته می شود. تبنی در لغت، مصدر باب تفعّل از ریشه «بنو» به معنای پسر خواندگان، فرزند خواندگی و پسر گزیدن است (همان/ ۱/ ۶۲۶).

«تبنی» در جاهلیت امری رایج بوده، و فرزند خوانده را همچون فرزند واقعی می پنداشتند. از اینرو، همچنان که پدر خوانده نمی توانست با همسر فرزند واقعی خود ازدواج کند با همسر فرزند خوانده خود نیز نباید ازدواج می کرد (تفسیر نمونه/ ۱۷/ ۱۹۶ و ۳۲۶). سنت فرزند خواندگی با ظهور اسلام از میان برداشته شد. قرآن کریم در آیه چهارم سوره احزاب در باره آن می فرماید: «وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ»: خداوند فرزند خوانده های شما را پسر واقعی شما قرار نداده است. این سخنی است که شما به زبان می آورید و خداوند حق می گوید و اوست که به راه (راست) هدایت می کند.

فرزند خواندگی در متون حقوقی چنین تعریف شده است: «پذیرفتن فرزند غیر به فرزندگی را فرزند خواندن گویند و وصف ناشی از آن را فرزند خواندگی خوانند» (وسیط در ترمینولوژی حقوق/۵۳۴)؛ فرزند صلبی، فردی است که از نسل دیگری باشد و رابطه خونی و طبیعی، او و پدر و مادر را به هم پیوند بزند. اما گاهی ممکن است زن و شوهری، کودکی بیگانه را به فرزندگی بپذیرند و قانونگذار، به احترام اراده آنان و حمایت از کودک، او را در حکم فرزند خانواده بشمرد؛ درجه وابستگی فرزندگی که بدینسان پذیرفته شده است با خانواده پذیرنده تابع قانون است؛ در نتیجه، فرزند خوانده، فرزند حکمی است و انتساب او به خانواده، مجازی است (حقوق مدنی خانواده / ۴۴۳).

در قانون مدنی ایران، فرزند خواندگی وجود ندارد، اما قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست، امکان پذیرفتن سرپرستی فرزند را فراهم آورده است (ر.ک: حقوق مدنی خانواده / ۴۴۴)

**۲-۲- سرپرست قانونی:** هر چند در متون حقوقی به «قیم» سرپرست گفته می شود (وسیط در ترمینولوژی حقوق / ۴۰۳)، اما با توجه به مفاد «قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست» مصوب ۱۳۹۲/۶/۳۱، کسی که سرپرستی کودک یا نوجوان بی سرپرست یا بد سرپرست را به عهده می گیرد، سرپرست قانونی او خواهد بود. در واقع، «سرپرستی» عنوانی کنایی از امکان پذیرفتن فرزند در خانواده است (ر.ک: حقوق مدنی خانواده / ۴۴۴)

**۲-۳- حق و حکم:** «حق» از واژه هایی است که کاربرد فراوان دارد. در متون لغوی این معانی برای آن بیان شده است: ضدّ باطل (محاضرات فی فقه الإمامیه - کتاب البیع / ۲۷)، موجود، ثابت، خداوند، امر مقتضی و ضروری، مال و دارایی (فرهنگ مبین / ۶۹۰)، کار قطعی شده (المنجد / ۱/ ۳۰۹).

گسترده‌گی دامنه حق سبب شده است تا بسیاری از فقیهان، حق را به اعتبار موضوع آن، تعریف کنند (دانشنامه حقوق خصوصی / ۸۳۴/۲)، از آن جمله:

برابری حق و سلطنت: «حق، نوعی از سلطنت است که یا متعلق به عین بوده، مانند حق تحجیر، حق رهانه و حق طلبکاران بر ترکه میت؛ و یا متعلق به غیر عین است، مانند سلطنت موجود در حق خیار، و یا سلطنت بر شخص است، مانند حق قصاص و حق حضانت» (یزدی / حاشیه المکاسب / ۱ / ۵۵؛ همچنین ر.ک: نهج الفقاهة / ۱۰)

نابرابری حق و سلطنت: «حق به معنای سلطنت نبوده، و سلطنت از آثار حق است؛ همچنان که آن سلطنت از آثار ملک نیز هست. بنابراین، حق، اعتباری خاص است که آثار خاص خود را دارد (خراسانی / حاشیه المکاسب / ۴؛ همچنین ر.ک: رساله فی تحقیق الحق و الحکم / ۴۴؛ کتاب البیع / ۴۳/۱).

لغت شناسان، حکم را به معنای رأی، امر، حکومت، فرمان و دستور (دانشنامه حقوق خصوصی / ۲ / ۸۵۸)، و قضاوت و داوری (فرهنگ مبین / ۶۹۴) دانسته اند. فقها نیز در تعریف حکم، تعابیر مختلف اما نزدیک به هم ارائه کرده اند. از جمله: «جعل رخصت در انجام فعلی یا ترک آن، یا حکم به ترتب اثر بر فعل یا ترک فعلی» (یزدی، حاشیه المکاسب / ۱ / ۵۵)؛ یا: «جعل تکلیف که متعلق آن، یا فعل انسان است از حیث منع یا اجازه، یا ترتب اثر بر فعل انسان» (بلغة الفقیه / ۱۳/۱).

با این وجود، برخی از فقها، دوگانگی حق و حکم را نادرست دانسته، و معتقدند که هیچ دلیلی برای تقسیم مجعول شرعی یا عقلایی به حق و حکم وجود نداشته، و همه آنها حکم شرعی یا عقلایی هستند که برای مصالح خاص اعتبار شده اند. (مصباح الفقاهه / ۲ / ۵۲).

اگر اسقاط پذیری، نقل پذیری و انتقال پذیری را از جمله ویژگی های برخی از حقوق بر خلاف حکم شرعی بدانیم (ر.ک: بلغة الفقیه / ۱ / ۱۹؛ یزدی / حاشیه المکاسب / ۱ / ۵۵؛ رساله فی تحقیق الحق و الحکم / ۴۵)؛ در این صورت، دور از ذهن نخواهد بود که ضمن باور به دوگانگی حق و حکم، «حق» را پدیده ای مرکب از قدرت آدمی و اختیار وی در اعمال آن قدرت در رابطه انسانی با شخص دیگر، بدانیم (وسیط در ترمینولوژی حقوق / ۲۹۸)

۴-۲- اسقاط پذیری: در اصطلاح حقوقی، «اسقاط» عبارت است از ازاله بالاصاله اثر حقوقی، هرچند مورد آن مجهول باشد (وسيط در ترمینولوژی حقوق /۸۶). در فقه نیز «از اعتبار انداختن حقی را مالی یا غیر مالی» اسقاط می گویند. (دانشنامه حقوق خصوصی /۱/ ۲۷۲). منظور از «اسقاط حق»، گذشت انسان از حقی است که بر عهده دیگری دارد، یا فارغ کردن ذمه فرد یاد شده (فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام /۴۸۱/۱).

### ۳- تبیین فقهی ازدواج با فرزند خوانده

بررسی متون فقهی نشان می دهد که دو دیدگاه درباره اسقاط پذیری حق ازدواج سرپرست با فرزند خوانده وجود دارد:

#### ۱-۳- اسقاط ناپذیری ازدواج

فقهایی که معتقد به عدم جواز اسقاط حق ازدواج سرپرست با فرزند خوانده هستند، دو ادعا دارند:

**یک: حکم بودن ازدواج:** بر این اساس، یک استدلال فقهی به این شکل به وجود می آید: الف) ازدواج، حکم شرعی است، ب) هیچ حکم شرعی قابل اسقاط نیست؛ ج) پس ازدواج سرپرست با فرزند خوانده قابل اسقاط نیست.

ازدواج، حکم شرعی است، زیرا ازدواج کردن عملی است دارای یکی از احکام تکلیفی پنجگانه: وجوب، استحباب، حرمت، کراهت یا اباحه (ر.ک: القواعد و الفوائد / ۱ / ۳۸۰؛ جامع عباسی و تکمیل آن / ۶۰۷؛ الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي / ۴ / ۱۷؛ الإقناع فی حل ألفاظ أبي شجاع / ۲ / ۴۰۰؛ الخلاف / ۴ / ۲۴۵)؛ ازدواج کردن عملی است که انجام آن نیازمند دلیل شرعی است (ر.ک: جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام / ۲۹ / ۱۹؛ غنیة النزوع / ۳۵۰؛ إیصال الطالب إلی المکاسب / ۵ / ۲۴۶)؛ ازدواج کردن از قواعد آمره است (حقوق مدنی (اشخاص و محجورین) / ۴۳)؛ بنابراین، اگر ازدواج کردن حکم شرعی باشد و عدم اسقاط پذیری از ویژگی های حکم شرعی (ر.ک: الفقه، القواعد الفقهية / ۲۰۲؛ رساله فی تحقیق الحق و الحکم / ۴۵؛ شهیدی، «رابطه

انسان با حقوق کلی مدنی و حق اجرای حقوق/۱۴۴ در این صورت، ازدواج سرپرست با فرزند خوانده، حکمی شرعی و غیر قابل اسقاط خواهد بود.

**نقد و بررسی:** به هنگام شکّ در این که یک مجعول شرعی، حق است یا حکم، باید بر اساس قرائن یا نصوصی که در موارد خاص وارد شده، به داوری پردازیم؛ در غیر این صورت، آن را حکم دانسته، آثار حکم را بر آن بار می کنیم (کتاب النکاح/۱۴۳/۶). به عبارت دیگر، در شکّ این که چیزی حق است یا حکم، اصل، حکم بودن آن است (بلغة الفقیه ۱/۱۹)؛ اما حق ازدواج، جزو مصادیقی مانند حق ابوت، حق ولایت برای حاکم و حق بهره وری جنسی از همسر نیست که قطعاً حکم شرعی باشد (یزدی/ حاشیة المکاسب ۱/۵۶)؛ بلکه این مجعول شرعی، همچون حضانت، از یک منظر، حکم (تکلیف) و از منظر دیگر، حق است (امامی/ حقوق مدنی ۵/۱۹۲).

همدوشی حق و تکلیف یک اصل است (ر.ک: مجله فقه اهل بیت علیهم السلام ۱۱۳/۵۲)، زیرا هیچ فعلی نیست مگر این که حکمی در شرع داشته باشد؛ همچنان که از برخی از احکام نیز، حق قابل انتزاع است. برای مثال، از وجوب اطاعت و حرمت مخالفت با پدر، حق ابوت؛ از جواز تصرف در زمین، حق تحجیر؛ از عدم جواز مزاحمت شخصی برای شخص دیگر، حق سبقت؛ از وجوب تمکین زوجه از زوج، حق زوج و از وجوب نفقه زوجه بر زوج، حق زوجه انتزاع می شود (رسائل فی الفقه و الاصول ۳۵۵/۴)؛ از این رو، هرچند ازدواج حکم شرعی است، اما این مسأله مانع از حق بودن آن نیست. شاهد بر این مدعا آن است که ازدواج در برخی از متون فقهی، همزمان به عنوان حکم شرعی و حق مطرح شده است (المبسوط فی فقه الإمامیة ۴/۲۱۴؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام ۳/۲۰؛ الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع ۱۰/۳۵۱؛ التوضیح النافع فی شرح ترددات صاحب الشرائع ۲۵۴؛ رد المختار علی الدر المختار ۴/۳۷۸).

بر این اساس، ازدواج از آن منظر که حق است، می تواند قابل اسقاط باشد؛ هرچند اصل ازدواج، حکمی شرعی، یعنی مستحبّ یا واجب است؛ زیرا ازدواج کردن با یک فرد خاصّ مستحبّ یا واجب نیست؛ پس فرد می تواند حق خود را از ازدواج با

یک فرد خاص یا در زمانی خاص ساقط کند، چرا که «لکلّ ذی حقّ اسقاط حقّه» (مصباح الفقاهه ۱۳۹/۶؛ طاهری / حقوق مدنی ۴۸/۱).

**دو: ازدواج حقی غیر قابل اسقاط:** برخی از فقها ازدواج را حکم ندانسته، و به حق بودن آن باور دارند، اما حقی غیر قابل اسقاط؛ در نتیجه، اسقاط حق ازدواج سرپرست با فرزند خوانده نا مشروع خواهد بود. استدلالی که بر این اساس شکل می گیرد چنین است: الف) ازدواج سرپرست با فرزند خوانده، حق است، ب) حق، غیر قابل اسقاط است، ج) ازدواج سرپرست با فرزند خوانده، غیر قابل اسقاط است.

ازدواج سرپرست با فرزند خوانده، حقی غیر قابل اسقاط است، زیرا این اسقاط حق، موجب تحریم حلال می شود؛ یعنی ازدواجی که انجام آن حلال است، با اسقاط حق ازدواج، انجام آن حرام می شود (ر.ک: استفتاءات (بهجت) / ۴ / ۲۹۲۹؛ وسیله النجاة / ۳ / ۲۱۲) و تحریم حلال نیز آنگونه که در روایت عبدالله بن سنان آمده، امری نا مشروع است (الکافی / ۷ / ۴۳۹؛ تهذیب الأحکام / ۸ / ۲۸۵).

با توجه به همین مطلب است که ماده ۹۵۹ قانون مدنی مقرر می دارد: «هیچ کس نمی تواند به طور کلی، حق تمتّع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند؛ چرا که منظور از «سلب حق تمتّع» آن است که هیچ فردی نمی تواند قابلیت دارا شدن حق را از خود سلب کند (حقوق مدنی (اشخاص و محجورین) / ۴۳)، به گونه ای که بعداً نتواند آن حق را به دست آورد، خواه سلب همه حق باشد، مانند سلب همه حقوق مدنی از خود؛ و خواه سلب قسمتی از آن، همچون حق زوجیت یا حق تملک و مانند آن (امامی / حقوق مدنی / ۴ / ۱۵۷). بر این اساس، کسی نمی تواند حق ازدواج را به طور مطلق یا با زنی معین از خود سلب کرده تا در نتیجه، ازدواج با آن زن باطل باشد (همان / ۲ / ۲۳۶)؛ «هیچ قراردادی نمی تواند آزادی انتخاب همسر را از شخص سلب کند» (قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی / ۵۷۰)، این سلب آزادی چه به موجب قرارداد و چه با عمل حقوقی یک جانبه انجام شود، باطل و فاقد ارزش حقوقی است (حقوق مدنی (اشخاص و محجورین) / ۳۹).



**نقد و بررسی:** منظور از حرام شدن حلال یا حلال شدن حرام، آنگونه که در برخی از روایات آمده است، تغییر حکم شریعت است. تغییر حکم شریعت در مورد محرّمات، عبارت است از حلال دانستن و انجام دادن آنها؛ اما تغییر حکم شریعت در مورد حلال ها، به ترک آنها نبوده، بلکه به از بین بردن آزادی انتخاب افراد در انتخاب آنهاست. از اینرو، نه تنها تعهد به ترک عمل، منافاتی با آزادی در انتخاب ندارد، بلکه الزام آور ندانستن این تعهد، نفی آزادی در انتخاب است، زیرا که لازمه عرفی اختیار، اختیار در تعهد به ترک یا تعهد به فعل است (محب الرحمان، «تعهد به عدم ازدواج مجدد در روایات و فقه امامیه»/۸۰). از اینرو شخص می تواند تعهد کند که با شخص معین نکاح نکند؛ این تعهد در صورتی که مورد آن دارای نفع عقلانی مشروع برای متعهد له باشد از مصادیق تعهد بر ترک فعل به شمار می رود (شهیدی، «رابطه انسان با حقوق کلی مدنی و حق اجرای حقوق»/۱۴۴).

روشن به نظر می رسد که ماده ۹۵۹ قانون مدنی نیز شامل سلب حق ازدواج با فرزند خوانده نمی شود، زیرا سلب حق ازدواج با فرزند خوانده، سلب حق تمتع به طور کلی نیست؛ همچنین موجب سلب قسمتی از حق تمتع نیز نخواهد بود، زیرا مراد قانون از «قسمتی از حقوق»، سلب یک نوع از آن حق است، مانند حق تملک، حق ازدواج یا طلاق و مانند آن، نه سلب بهره مندی از یک حق در پاره ای از موارد؛ به عنوان مثال، کسی نمی تواند حق ازدواج را از خود سلب کند، بدین معنی که حق ازدواج با «هیچ زنی» را نداشته باشد (امامی/ حقوق مدنی/ ۴/ ۱۵۷-۱۵۸؛ طاهری/ حقوق مدنی/ ۱/ ۴۷).

بدین ترتیب، سلب حق ازدواج، دست کم اگر نسبت به فرد معین یا در زمان محدود باشد، صحیح خواهد بود. محقق نائینی این مطلب را چنین توضیح می دهد: «و

بالجمله ممکن الفرق بین الالتزام علی ترک مباح نوعاً أو بعض مصادیقہ و كذلك بین ترکہ دائماً أو فی برهه من الزمان و يكون ذلك توفيقاً بين الأدلة<sup>(۱)</sup> (منیه الطالب/۲/۱۰۵).

### ۲-۳- اسقاط پذیری حق ازدواج

فقهایی که حق ازدواج با فرزند خوانده را قابل اسقاط می دانند، چنین استدلال می کنند: ازدواج سرپرست با فرزند خوانده حق است، و هر حقی قابل اسقاط است؛ در نتیجه، ازدواج سرپرست با فرزند خوانده حق قابل اسقاط است.

**یک، حق بودن ازدواج:** با توجه به تعریف حق، یعنی سلطنت بر انجام یا ترک یک عمل، می توان ازدواج را حق دانست، یعنی سلطنت انسان بر برقراری زناشویی با دیگری. در برخی از متون فقهی نیز به حق بودن ازدواج اشاره شده است (غایه المرام/۳/۲۳۳؛ تذکره الفقهاء/۵۸۶؛ مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام/۹/۲۰۲؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام/۲۳/۲۰۰؛ البناء شرح الهدایة/۵/۳۶ و ۳۳۵؛ امامی/ حقوق مدنی/۲/۲۳۶).

**دو، قابل اسقاط بودن حق ازدواج:** اگر بپذیریم که ازدواج حق است، در این صورت، باید قابل اسقاط هم باشد، زیرا آنگونه که در تفاوت حق و حکم گفته شد، از ویژگی های حق، اسقاط پذیری می باشد (فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام/ ۱/۴۸۱؛ کتاب النکاح/۶/۱۴۳؛ منیه الطالب فی حاشیة المکاسب/۲/۴۲). فقهای امامیه از آن با عنوان قاعده: «لکلّ ذی حقّ اسقاط حقّه» یاد کرده اند (طاهری/ حقوق مدنی/۱/۴۸؛ مصباح الفقاهه/۶/۱۳۹). از اینرو، آن دسته از حقوقی که قابل اسقاط نیستند، مثل حق ابوت (پدر)، ولایت حاکم و حق بهره وری جنسی شوهر از زن، حق به مفهوم اصطلاحی نبوده، و حکم شرعی هستند (منیه الطالب فی حاشیة المکاسب/۲/۱۵۲)؛ تقسیم حق به غیر قابل اسقاط و قابل اسقاط، آنگونه که برخی از فقیهان (ر.ک: بلغة الفقیه/۱/۱۶؛ فقه العقود/۱/۱۳۴؛ فوائداصول/۱/۱۰۷) مدعی آن هستند درست به نظر نمی رسد و بر فرض که بپذیریم حق، به قابل

۱- بر اساس جمع میان دلایل مختلف، می توان بین تعهد به انجام ندادن یک گونه عمل مباح یا انجام ندادن برخی از مصادیق آن عمل مباح تفاوت گذاشت؛ همچنان که می توان بین انجام ندادن یک عمل مباح برای همیشه یا انجام ندادن آن در زمانی خاص تفاوت گذاشت.

اسقاط و غیر قابل اسقاط تقسیم می شود، دست کم می توان ادعا کرد که اصل در حق، اسقاط پذیری است، مگر این که دلیلی بر اسقاط ناپذیری آن وجود داشته باشد (مهدب الأحكام/۱۶/۲۰۵).

بر این اساس، ازدواج سرپرست با فرزند خوانده، حقی قابل اسقاط است، به ویژه که سلب این حق، سلبی جزئی است؛ یعنی بر خلاف منع دائم از ازدواج با همه افراد برای همیشه، سلب حق ازدواج با یک فرد خاص است (تعلیق شریفه علی بحث الخیارات و الشروط/۲۴۳؛ منیة الطالب فی حاشیة المکاسب/۲/۱۰۵). همچنان که مفهوم مخالف ماده ۹۵۹ قانون مدنی نیز بر این مطلب دلالت دارد که سلب یکی از حقوق - مانند حق ازدواج - به صورت جزئی یعنی، موقت یا مشروط، امکان پذیر است (روشن، «ضمانت اجرا و اثر قرارداد در جلوگیری از ازدواج مجدد»/۲۴۰). شاید بتوان با استفاده از یک اصل کلی، حق بودن ازدواج را چنین تبیین کرد: «هرگاه برای رعایت مصلحت یک فرد، امر حق به خود او سپرده شده است، مانند حق تحجیر و حق خیار، این حق در نظر عقلا قابل اسقاط است و هرگاه برای رعایت مصلحت یک فرد، امر حق به فرد دیگری سپرده شده است، این حق در نظر عقلا قابل اسقاط نیست؛ مانند حق ولایت که به جهت مصلحت موکلی علیه جعل شده است، نه مصلحت خود ولی؛ همچنین وصایت که به جهت حفظ مصلحت متوفی است، نه حفظ مصلحت خود وصی» (فقه العقود/۱/۱۳۴-۱۳۸). بدین ترتیب، ازدواج سرپرست با فرزند خوانده، حقی قابل اسقاط است، چرا که ازدواج کردن با دیگری، حقی است برای مصلحت خود فرد ازدواج کننده، که می تواند این حق را از خود سلب کند.

### نتیجه گیری

از مجموع مباحث مطرح شده، نتایج ذیل حاصل می شود:

- ۱- درباره اسقاط پذیری و اسقاط ناپذیری حق ازدواج سرپرست با فرزند خوانده دو دیدگاه وجود دارد.

- ۲- فقهای که معتقد به عدم جواز اسقاط حق ازدواج سرپرست با فرزند خوانده هستند یا ازدواج را حکم می دانند یا حقی غیر قابل اسقاط .
- ۳- ازدواج، همچون حضانت، از یک منظر حکم، و از منظری دیگر حق است. ازدواج با یک فرد معین از آن جهت که حقی برای مکلف است، قابل اسقاط بوده، و مکلف می تواند از این حق خود استفاده نکند؛ هر چند حکم شرعی استحباب ازدواج یا وجوب آن، از آن جهت که امر وضع و رفع احکام شرعی در اختیار شارع است، قابل اسقاط از سوی مکلف نخواهد بود.
- ۴- اسقاط حق ازدواج، از جمله مصادیق تحریم حلال نیست.
- ۵- سلب حق ازدواج سرپرست قانونی با فرزند خوانده، نسبت به این فرد معین و در زمانی محدود، صحیح خواهد بود.

## منابع

- آل عصفور بحرانی، حسین بن محمد، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، ج ۱۰، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
- ابن زهره حلبی، حمزه بن علی، غنیه النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ق.
- ابن عابدین، محمد، ردّ المختار علی الدّر المختار، ج ۴، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۲ق.
- أبو محمد غیتابی حنفی، محمود بن أحمد، البنایه شرح الهدایه، ج ۵، لبنان، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۰ق.
- اصفهانی، سید ابو الحسن، وسیله النجاه، ج ۳، قم، چاپخانه مهر، ۱۳۹۳ق.
- اصفهانی، محمد حسین، رساله فی تحقیق الحق و الحکم، قم، أنوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۲ و ۴ و ۵، تهران، انتشارات اسلامیه، بی تا.
- انصاری، مسعود؛ طاهری، محمد علی، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۱ و ۲، تهران، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴.
- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، بلغه الفقیه، ج ۱، تهران، منشورات مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ق.

۳۱۳ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۹ - شماره ۱۷ - پاییز و زمستان ۹۶

- بندریگی، محمد، المنجد، ج ۱، تهران، انتشارات ایران، ۱۳۷۴.
- بوستانی، قاسم، فرهنگ مبین، بی جا؛ انتشارات فقی، بی تا.
- بهجت، محمد تقی، استفتاءات، ج ۴، قم، دفتر حضرت آیه الله بهجت، ۱۴۲۸ق.
- تبریزی، محمد علی، مصباح الفقاهه، ج ۲، قم، مکتبه الداوری، ۱۳۷۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، وسيط در ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸.
- جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ق.
- جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، ج ۵۲، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، بی تا.
- حائری، سید کاظم، فقه العقود، ج ۱، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ق.
- حکیم، سید محسن، نهج الفقاهه، قم، انتشارات ۲۲ بهمن، بی تا.
- حلّی، حسن بن یوسف (علامه)، تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۳۸۸ق.
- حلّی، جعفر بن حسن (محقق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۳، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- خراسانی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، بی تا.
- خن، مصطفی و دیگران، الفقه المنهجی علی مذهب الإمام الشافعی، ج ۴، دمشق، دار القلم، ۱۴۱۳ق.
- خوئی، سید ابو القاسم، مصباح الفقاهه، ج ۶، بی جا، بی تا.
- روشن، محمد و دیگران، ضمانت اجرا و اثر قرارداد در جلوگیری از ازدواج مجدد، فصلنامه خانواده پژوهی، شماره ۳۸، تابستان ۱۳۹۳، سال دهم، صص ۲۳۵-۲۵۳.
- شهیدی، مهدی، رابطه انسان با حقوق کلی مدنی و حق اجرای حقوق، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۸، پاییز و زمستان ۱۳۶۹، صص ۱۳۱-۱۵۰.
- سبزواری، سید عبدالأعلی، مهذب الأحكام، ج ۱۶، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.
- شربینی، محمد، الإقناع فی حلّ ألفاظ أبي شجاع، ج ۲، بیروت، دار الفکر، بی تا.
- شیرازی، سید محمد، الفقه، القواعد الفقهیه، ج ۵، بیروت، مؤسسه امام رضا علیه السلام، ۱۴۱۳ق.

- \_\_\_\_\_، **إیصال الطالب إلى المكاسب**، ج ۵، تهران، منشورات اعلمی، بی تا.
- صفایی، سید حسین؛ قاسم‌زاده، سید مرتضی، **حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)**، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۱.
- صیمری، مفلح بن حسن، **غایه المرام فی شرح شرائع الإسلام**، ج ۳، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ق.
- طاهری، حبیب الله، **حقوق مدنی**، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ق.
- طوسی، محمد بن حسن (شیخ الطائفه)، **الخلاف**، ج ۸، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
- \_\_\_\_\_، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، ج ۴، تهران، المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریّه، ۱۳۸۷.
- \_\_\_\_\_، **تهذیب الأحکام**، ج ۴، تهران، دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ق.
- عاملی، محمد بن حسین، **جامع عباسی و تکمیل آن**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۹ق.
- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، **مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، ج ۹، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ق.
- عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، **القواعد و الفوائد**، ج ۱، قم، کتابفروشی مفید، بی تا.
- فاضل لنکرانی، محمدجواد، **رسائل فی الفقه و الاصول**، قم، تحقیق و نشر مرکز فقه الاثمه الاطهار، ۱۴۲۸ق.
- فرطوسی حویزی، حسین، **التوضیح النافع فی شرح تردّدات صاحب الشرائع**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ق.
- کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی خانواده**، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰.
- \_\_\_\_\_، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵.
- کاشانی، رضا، **تعلیقہ شریفه علی بحث الخيارات و الشروط**، قم، مکتبه آیه الله المدنی الکاشانی، ۱۴۰۹ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، **الکافی**، ج ۷، قم، دار الحدیث، ۱۴۲۹ق.
- محب الرحمان و دیگران، **تعهد به عدم ازدواج مجدد در روایات و فقه امامیه، مطالعات اسلامی (فقه و اصول)**، شماره ۹۵، زمستان ۱۳۹۲، سال چهل و پنجم، صص ۶۵-۸۶.
- مکارم شیرازی، ناصر، **تفسیر نمونه**، ج ۱۷، تهران، دار الکتب الإسلامیه، ۱۳۷۴.
- \_\_\_\_\_، **کتاب النکاح**، ج ۶، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۴ق.

۳۱۵ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۹ - شماره ۱۷ - پاییز و زمستان ۹۶

- میلانی، سید محمد هادی، محاضرات فی فقه الإمامیه - کتاب البیع، مشهد، مؤسسه چاپ و نشر دانشگاه فردوسی، ۱۳۹۵ق.

- نائینی، محمد حسن، فوائد الاصول، ج ۱، تهران، مؤسسه النصر، بی تا.

- \_\_\_\_\_، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۲، تهران، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ق.

- نجفی، محمد حسن (صاحب جواهر)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۳ و ۲۹، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.

- یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ج ۱، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی