

نگاهی انتقادی به ازدواج سرپرست با فرزندخوانده در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۶/۲۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۲۴

امیر بارانی بیرانوند^۱*

عبدالله مختاری^۲

زکویه فلاح^۳

DOI:10.30497/FLJ.2022.241820.1716

چکیده

فرزندخواندگی یک رابطه حقوقی است که منجر به پذیرفته شدن طفلی به عنوان فرزند، از جانب زن یا مردی می‌گردد؛ بدون آنکه پذیرندگان کودک، پدر و مادر واقعی و خونی کودک باشند. از مهم‌ترین تکالیف حکومت‌ها در قبال کودکان محروم از نعمت خانواده و همچنین کودکان و نوجوانان بدسرپرست، فراهم نمودن شرایطی است که کودکان بی‌سرپرست یا بدسرپرست هم بتوانند نظیر دیگر کودکان و نوجوانان، در سایه برخورداری از خانواده از حمایت و مراقبت‌های ویژه بهره‌مند شوند. کودکان بی‌سرپرست با سرپرستان خود رابطه‌ای طبیعی نداشته، فقط رابطه قانونی دارند؛ به همین جهت، هیچ‌گونه محرمیتی بین آنان ایجاد نمی‌گردد و این موضوع یکی از معضلات فرزندخواندگی است. از این رو، فقها تلاش نموده‌اند که محرمیت را از راه‌های شرعی، نظیر مصاهره و رضاع، حل نمایند؛ اما در عمل، در موارد بسیاری مشکل کماکان باقی می‌ماند و به دلیل همین عدم محرمیت و قرابت، مقنن ازدواج سرپرست با فرزندخوانده را تجویز نموده است. این جستار با روش توصیفی - تحلیلی درصدد آن است که حسب ادله جواز چنین نکاحی را به چالش بکشد؛ چرا که چنین ازدواجی با توجه به فلسفه و هدف اصلی مقنن در راستای حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست، اخلاق حسنه، نظم عمومی، عدم تأمین نیازهای معنوی کودک و نوجوان، مخالفت با مقاصد شرع و حفظ حریم و حرمت خانواده و ... جایز نیست؛ کما اینکه کنوانسیون‌های بین‌المللی نیز چنین نکاحی را مقبول ندانسته‌اند.

کلیدواژه‌ها

فرزندخواندگی، سرپرست، نکاح، محرمیت، ازدواج با فرزندخوانده، فرزندپذیر.

۱. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی. دانشگاه شهید مطهری^(د). تهران. ایران.

a.barani1990@gmail.com

۲. دکتری فقه و حقوق جزا دانشگاه شهید مطهری^(د). تهران. ایران. abdullahmokhtari123@yahoo.com

۳. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی. واحد تهران شمال. تهران. ایران.

z70.fallah@yahoo.com

مقدمه

فرزندخواندگی نهاد قانونی است که به موجب آن رابطه خاصی بین فرزندخوانده و سرپرست به وجود می‌آید. این امر در طول تاریخ حقوق، سابقه نسبتاً طولانی دارد و در ادوار سابق با اهداف گوناگون مطمح نظر قرار گرفته است. دامنه مباحث فرزندخواندگی بسیار وسیع است؛ ولی نکته‌ای که لازم است مورد تحلیل قرار بگیرد، درمورد ازدواج سرپرست با فرزندخوانده است. مجلس شورای اسلامی «لایحه حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست» را تصویب و برای اظهار نظر فقها به شورای نگهبان ارسال کرد؛ اما شورای نگهبان چند ماده از لایحه مذکور از جمله تبصره ماده ۲۶ را خلاف شرع اعلام نمود. مجلس شورای اسلامی ایرادات شورای نگهبان را وارد دانست و اصلاحیه مذکور در سال ۱۳۹۲، تبدیل به قانون شد. در تبصره ماده ۲۶ این قانون، به مسئله ازدواج سرپرست با فرزندخوانده اشاره شده است؛ حسب این قانون، ازدواج بین اطفال و کسانی که طبق قانون، سرپرستی طفل به‌عنوان فرزندخوانده به آنان سپرده شده، جایز و ممکن است. تبصره مذکور پیش از تصویب بسیار مورد نقد و نظر قرار گرفت، ولی نهایتاً به تأیید مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان رسید و تبدیل به قانون شد.

درمورد موضوع این جستار، سابقاً پژوهش‌هایی صورت پذیرفته است که بعضاً رویکرد منتقدانه نداشته و درصدد تأیید این قانون بوده‌اند؛ ولی این جستار با نگاهی نو به تحلیل این قانون می‌پردازد و تا جای ممکن، ایرادات شرعی و تقنینی و همچنین مضرات اجرای آن را مورد تحلیل و بررسی قرار می‌دهد؛ چرا که جواز چنین نکاحی علاوه بر ایرادات شرعی و قانونی، آسیب‌های روانشناختی نظیر در هم ریختن مفهوم خانواده، در هم ریختن هویت کودک و بسیاری مسائل عدیده دیگر نیز به وجود می‌آورد که این موارد همگی نگرش این جستار را ایجاب نمود.

مفهوم‌شناسی مصطلحات

۱. فرزندخواندگی

ترکیب فرزندخواندگی از حیث لغت مأخوذ از عبارت «فرزند خواندن» است و به این معنی

است که شخصی، بیگانه‌ای را که با وی نسبت خونی و فرزندی ندارد، فرزند خود بخواند (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۷، ص ۱۰۴۲). در انگلیسی به آن «Adoption» گفته می‌شود. «Adoption» از واژه «Adopt» گرفته شده که به معنای قبول کردن، پذیرفتن، مربوط ساختن، نام گذاردن و ... آمده است. در زبان عربی نیز واژه «دعی» از «دعو، دعی» آمده که به معنای صدا زدن، خواندن، دعوت کردن، نامیدن و ... است (آذرتاش، ۱۳۸۶، ص ۱۹۷). اعراب از واژه دعی برای فرزندخوانده استفاده می‌کردند. ابن منظور درباره «دعی» و مصدر آن چنین می‌نویسد: «الدَّعْوَةُ بِالْكَسْرِ ادْعَاءُ الْوَالِدِ الدَّعِيَّ غَيْرَ أَبِيهِ» (ابن منظور، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۴، ص ۲۱۶): طفل فرزندخوانده را به غیر پدرش منسوب گردانید. در زبان عربی، لفظ «تبنی» را نیز معادل فرزندخواندگی آورده‌اند که مترادف «دعی» است (قلعجی و قینی، ۱۴۰۸ هـ، ص ۱۲۱)؛ اما باید دانست که «تبنی» از واژه «ابن» اتخاذ شده و معنای دقیق آن پسر گرفتن است و با پیشینه تاریخی این نهاد در میان اعراب کاملاً تناسب دارد. در زمان جاهلیت، دختران هیچ‌گاه مطلوب و مورد توجه نبوده‌اند و پذیرفتن فرزند دیگری منحصر به پسران بود. همچنین لازم به ذکر است که دعی نیز همیشه به معنای پسرخوانده ترجمه می‌گردد.

از حیث حقوقی تعاریف متفاوتی از فرزندخواندگی ارائه شده است. عده‌ای معتقدند که «فرزندخواندگی یا تبنی آن است که شخص یا اشخاصی، دیگری را که فرزند طبیعی او نمی‌باشد، به فرزندی خود بپذیرد. فرزندخواندگی در صورتی که به رسمیت شناخته شده باشد، نوعی قرابت ایجاد می‌کند؛ قرابتی که صرفاً حقوقی است نه طبیعی. به عبارت دیگر، با قبول فرزندخواندگی، قانون یک رابطه مصنوعی پدر - فرزندی یا مادر - فرزندی بین دو نفر ایجاد می‌کند» (صفایی و امامی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۲۳). دیگری بیان داشته است: «فرزند واقعی از دیدگاه حقوق به کسی گفته می‌شود که از نسل دیگری نباشد و رابطه خونی و طبیعی بین او با پدر و مادر وجود داشته باشد؛ لیکن در موردی امکان دارد که زن و شوهری به دلایلی فرزند غیر را به فرزندی بپذیرند. در این ارتباط در بعضی کشورها، قانون‌گذار چنین کودکی را در حکم فرزند این خانواده به شمار می‌آورد و آثاری برای این رابطه حقوقی به رسمیت می‌شناسد.

این فرزند تحت عنوان فرزندخوانده یا فرزندِ ظاهری نامیده می‌شود و انتساب وی به خانواده مجازی است» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۴۴۴).

برخی دیگر معتقدند: «فرزندخواندگی یک نهاد حقوقی است که به واسطه آن، رابطه خاصی میان زن و مرد یا احدی از آنان از یک سو و فرزندی که شرعاً یا طبعاً (از نظر ژنتیکی) متعلق به آنها نیست، از سوی دیگر ایجاد می‌گردد. در این رابطه، زن و مرد در حکم پدر و مادر طفل اند و کودک، فرزند آنان محسوب می‌شود. از این رو، زن و مرد را «مادرخوانده» و «پدرخوانده» و شخص پذیرفته شده را «فرزندخوانده» می‌نامند. یادآور می‌گردد که فرزندخوانده نسبت خود را با والدین واقعی از دست نمی‌دهد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۱۰۶۲). از حیث قواعد منطقی، بر تمام تعاریف فوق ایراد عدم جامعیت و مانعیت وارد است؛ چرا که تمام انواع و انحای فرآیند فرزندپذیری را شامل نمی‌شود. با توجه به تعاریف ذکر شده، می‌توان فرزندخواندگی را بدین سان تعریف نمود: «فرزندخواندگی یک رابطه و فرآیند حقوقی است که منجر به پذیرفته شدن کودکی به عنوان فرزند از جانب زن یا مردی می‌گردد؛ بدون آنکه پذیرندگان کودک، پدر و مادر واقعی و خونی کودک باشند». فضل این تعریف نسبت به تعاریف فوق جامعیت آن از حیث شمول انواع فرزندخواندگی و مانعیت از ورود دیگر موارد و اغیار به حیطة فرزندخواندگی است؛ چرا که ارکان موجود در فرآیند فرزندخواندگی تماماً در تعریف مندرج گردیده است.

۲. مفهوم کودک

کودک در لغت به چند معنی آمده است؛ کوچک، طفل و بچه خواه پسر باشد یا دختر؛ فرزندی که به حد بلوغ نرسیده است، پسر یا دختر؛ در معنی جوان نیز استعمال شده است (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۴۰، ص ۳۶۰). از نظر فقهی، کودک به کسی گفته می‌شود که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۱۲). در قرآن کریم و روایات و متون فقهی، کلماتی همچون طفل، صبی و صغیر معادل کلمه کودک می‌باشد که به معنی لغوی هر یک از آنها اشاره می‌شود.

الف. طفل: کلمه طفل در لغت عرب به کودک نابالغ، نوزاد، فرزند نابالغ و فرزند تا وقتی کوچک است، معنی شده است (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۳۳، ص ۳۷۵).

ب. صبی: کودکی است که به احتلام نرسیده است؛ صبی هرگاه مقابل صبیبه قرار نگیرد، معنای عام دارد و شامل پسر و دختر می‌شود (راغب اصفهانی، ۱۴۰۵ ق، ص ۳۱۰).

ج. صغیر: در لغت به معنی خرد، کوچک، کم سن و مقابل کبیر می‌باشد و جمع آن صغار است (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ ق، ج ۷، ص ۹۴).

د. ولد هم در روایات، مترادف کودک و طفل به کار رفته است و نظیر آنچه از پیامبر (ص) حدیث آمده که *«مِنْ حَقِّ الْوَالِدِ عَلَى الْوَالِدَيْنِ يُحَسِّنُ اسْمَهُ وَيُحَسِّنُ آدَبَهُ»* «حق فرزند بر پدر آن است که برای او نام نیکو انتخاب کند و او را به نیکی ادب نماید» (محدث نوری، ۱۴۰۸ ق، ج ۱۵، ص ۱۲۸).

بنابراین در ادبیات فقهی، واژه‌های کودک، طفل، صبی، صغیر و ولد با هم مترادف هستند. ضمناً تعبیر دیگری هم در فقه آمده است: اطفال مراهق و غیرمراهق؛ مراهق، کودک نزدیک به بلوغ را گویند که در شرف بلوغ است، چه دختر و چه پسر. اما کودکی را که هنوز در ابتدای دوره تمییز باشد و تا زمان بلوغ فاصله داشته باشد و علائم بلوغ در او ظاهر نشده، غیرمراهق گویند. به هر روی، طفل یا صغیر به کسی گفته می‌شود که از نظر سن به نمو جسمی و روحی لازم برای زندگی اجتماعی نرسیده است. صغیر ممکن است غیرممیز باشد. صغیر غیرممیز شخص نابالغی است که دارای قوه درک و تمییز نیست، زشت را از زیبا و سود را از زیان تشخیص نمی‌دهد و نمی‌تواند اراده حقوقی (انشایی) داشته باشد؛ لیکن صغیر ممیز صغیری است که دارای قوه ادراک و تمییز نسبی است، با اینکه به سن بلوغ نرسیده، زشت را از زیبا و سود را از زیان باز می‌شناسد و می‌تواند اراده حقوقی داشته باشد. انسان در سال‌های اول زندگی فاقد درک و تمییز است. به تدریج به موازات رشد اعضای بدن، قوه عقلانی او نیز تکامل می‌یابد و به مرحله‌ای می‌رسد که سود و زیان، زشت و زیبا را از همدیگر تمییز می‌دهد. این مرحله که زمان آن در کودکان مختلف، متفاوت است، مرحله یا سن تمییز نامیده می‌شود. صغیر قبل

از رسیدن به این مرحله، صغیر غیرممیز نامیده می‌شود و تمامی اعمال حقوقی مستقل او باطل و بلااثر است؛ زیرا فاقد اراده حقوقی (انشایی) می‌باشد (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۵، ص ۵۸). آنچه بیان شد، تقریری از عبارات فقها در رابطه با بحث کودکان بود.

در اصطلاح حقوقی، کودک به کسی گفته می‌شود که به نمو جسمی و روحی لازم برای زندگی اجتماعی نرسیده باشد (نقیبی، ۱۳۸۷، ص ۱۴). قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۹، کودک و نوجوان بی سرپرست و بدسرپرست را کسی می‌داند که به سن بلوغ نرسیده باشد؛ لذا در صورتی که دختر تا سن ۹ سال و پسر تا سن ۱۵ سال دارای شرایط مقرر در ماده ۸ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بدسرپرست باشد، مستحق سرپرستی موضوع این قانون خواهد شد. اما در مورد دختران بین ۹ تا ۱۶ سال و پسران بین ۱۵ تا ۱۶ سال، باید عدم رشد آنها از جانب دادگاه صالح احراز شود. کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹ در ماده یک، کودک را بدین‌سان تعریف نموده است: «از نظر پیمان‌نامه حاضر، منظور از کودک هر انسان دارای کمتر از ۱۸ سال سن است، مگر اینکه طبق قانون قابل اجرا در مورد کودک، سن بلوغ کمتر تعیین شده باشد».

۱. امکان ازدواج با فرزندخوانده در فقه امامیه

همان‌طور که گفته شد، نقطه تمرکز این جستار، تبصره ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست است؛ ولی قبل از بیان مباحث حقوقی، لازم است که اساساً امکان این نوع ازدواج تحلیل گردد و بررسی شود که آیا براساس قواعد و ضوابط فقه، می‌توان فتوا به چنین ازدواج داد یا خیر. ابتدا نظریه قائلان به امکان این نوع نکاح را بررسی می‌کنیم و در قسمت بعد، ادله فقهی دایر مدار عدم جواز این نکاح مورد دقت نظر قرار می‌گیرد و ادله فقهی‌ای که بر عدم تجویز این نوع نکاح وجود دارد، اقامه می‌شود و بعد از آن، موضع حقوق ایران و حقوق تطبیقی و انتقادات وارده براساس موازین حقوقی، مورد بحث و دقت نظر قرار خواهد گرفت.

۱-۱. نظریه پذیرش امکان ازدواج با فرزندخوانده

موافقان جواز ازدواج با فرزندخوانده برای صدور فتوای به جواز، به دلایل شرعی و فقهی نظیر

ماجرای زید بن حارثه و آیاتی از قرآن که در این رابطه نازل گردیده است و آیاتی که به دلالت التزامی می‌توان جواز نکاح را از آن نتیجه گرفت، اشاره می‌کنند:

۱-۱-۱. کتاب (آیات قرآن)

موافقان ازدواج با فرزندخوانده برای تأیید این دیدگاه به سه طایفه از آیات تمسک جسته‌اند:

- آیاتی که مستقیماً در رابطه با موضوع فرزندخوانده در سوره احزاب نازل شده است و حسب این آیات، آنان معتقدند فرزندخوانده فرزند حقیقی نمی‌باشد؛
- آیاتی که در آن محارم در ازدواج با هم به‌طور احصایی بیان شده‌اند؛
- آیاتی که به‌طور کلی دلالت بر این دارد که تحریم حلال‌ها و مباحات (از جمله ازدواج با فرزندخوانده) ممنوع است.

ذیلاً ادله قائلین به جواز مورد مذاقه قرار خواهد گرفت.

- آیات صریح: نخست آیه ۴ احزاب که بیان می‌دارد: «و پسرخواندگانتان را پسران [واقعی]

شما قرار نداده است؛ این گفتار شما به زبان شماست ولی خدا حقیقت را می‌گوید و او [است که] به راه راست هدایت می‌کند». مرحوم علامه طباطبایی در تفسیر این آیه می‌فرماید: «کلمه ادعیا جمع دعی، به معنای پسرخوانده است. در جاهلیت این عمل دعاء و تبنی در بینشان دایر و معمول بوده است. همچنین در بین امت‌های مترقی آن روز، مانند روم و فارس، وقتی کودکی را پسر خود می‌خواندند، احکام فرزند صلبی را در حق او اجرا می‌کردند؛ یعنی اگر دختر بود ازدواج با او را حرام می‌دانستند و چون پدرخوانده می‌مرد، به او نیز مانند سایر فرزندان ارث می‌دادند و همچنین سایر احکام پدر و فرزندی را درباره او اجرا می‌کردند. اسلام این عمل را نیز لغو کرد» (طباطبایی، ۱۳۶۳، ج ۳۲، ص ۱۳۲). بنابراین مفاد آیه این است که خدای تعالی آن کسانی را که شما آنها را فرزند خود خوانده‌اید، فرزندان شما قرار نداده تا احکام فرزندان صلبی در حق آنان نیز جاری باشد (همان).

دوم آیه ۳۷ احزاب که بیان می‌دارد: «آنگاه که به کسی که خدا بر او نعمت ارزانی داشته بود

و تو [نیز] به او نعمت داده بودی، می‌گفتی همسرت را پیش خود نگاه دار و از خدا پروا بدار و

آنچه را که خدا آشکارکننده آن بود، در دل خود نهان می‌کردی و از مردم می‌ترسیدی، با آنکه خدا سزاوارتر بود که از او بترسی، پس چون زید از آن [زن] کام بر گرفت [و او را ترک گفت]، وی را به نکاح تو درآوردیم تا [در آینده] درمورد ازدواج مؤمنان با زنان پسرخواندگانشان، چون آنان را طلاق گفتند، گناهی نباشد و فرمان خدا صورت اجرا پذیرد». علامه در تفسیر آیه مرقوم نموده که «این آیات یعنی آیه **وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ ...** درباره داستان ازدواج رسول خدا با همسر زید است؛ همان زیدی که رسول خدا او را به‌عنوان فرزند خود پذیرفته بود و بعید نیست که آیه اولی هم که می‌فرماید: **وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ ...** از باب مقدمه برای آیات بعد باشد». در ابتدای این آیه، خداوند اشاره به ماجرای زید می‌کند. هنگامی که برای طلاق همسرش نزد پیامبر آمده بود، پیامبر با اینکه می‌دانست بر حسب تقدیر الهی باید با همسر مطلقه زید ازدواج کند، از ترس سرزنش مردم درمورد ازدواج با همسر پسرخوانده‌اش، زید را به ادامه زندگی با همسرش نصیحت کرد؛ درحالی که خداوند به پیامبر (ص) فرمود ترس از خدا شایسته‌تر از ترس از مردم است و این خود دلیلی است بر اینکه خداوند بر پیغمبر واجب نموده که با همسر زید که پسرخوانده ایشان بود، ازدواج نماید تا از این طریق، به همه بفهماند که فرزندخوانده، فرزند انسان نیست و می‌توان با او ازدواج نمود.

درنهایت، آیه ۲۳ نساء: «[نکاح اینان] بر شما حرام شده است و زنان پسرانتان که از پشت خودتان هستند؛ خواه پسران بی‌فاصله (مستقیم) باشند یا باواسطه (غیرمستقیم)». مثلاً اگر نوه انسان ازدواج کند، زن او نیز بر پدربزرگش محرم است و ازدواج پدربزرگ با وی حرام ابدی است؛ یعنی حرمت ویژه زمان زوجیت نیست؛ چرا که بر اثر زوجیت، زن هر کس بر دیگری حرام است. قید «من اصلا بکم» برای اخراج زن‌های پسرخوانده‌هاست نه پسران رضاعی؛ زیرا فرزند صلبی در برابر فرزند رضاعی نیست تا این قید برای خروج او باشد. در نتیجه ازدواج با همسر پسر رضاعی حرام نباشد، بلکه این قید برای اخراج ادعیا و تبنی شده‌ها یعنی فرزندخوانده‌هاست؛ چون فرزندخوانده فرزند شمرده نمی‌شود: «**وَمَا جَعَلْ أَدْعِيَانَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ**» و احکام او را ندارد. بنابراین ازدواج با زن پسرخوانده بعد از طلاق حرام نیست؛ چنان‌که پیامبر (ص) با زن پسرخوانده خود

ازدواج کرد (جوادی آملی، ۱۳۹۲، ج ۱۸، ص ۲۵۸). در این جا نیز، به دلالت التزامی درمی یابیم که ازدواج با زن مطلقهٔ پسرخوانده حرام نیست و جایز است، ولی آیه، تأییدی برای امکان و جواز ازدواج با فرزندخوانده نمی باشد.

- آیات غیر صریح (حرمت با خویشان نزدیک): در آیات ۲۲ و ۲۳ سورهٔ نساء دربارهٔ حرمت ازدواج با محارم و کسانی که نمی توان با آنها ازدواج کرد، سخن به میان آمده است. این دو آیه عبارت است از:

• و با زنانی که پدرانتان به ازدواج خود درآورده اند، نکاح نکنید، مگر آنچه پیش تر رخ داده است؛ چرا که آن زشتکاری و [مایه] دشمنی و بدراهی بوده است.

• [نکاح اینان] بر شما حرام شده است: مادرانتان و دخترانتان و خواهرانتان و عمه هایتان و خاله هایتان و دختران برادر و دختران خواهر و مادرهایتان که به شما شیر داده اند و خواهران رضاعی شما و مادران زنانتان و دختران همسرانتان که [آن دختران] در دامان شما پرورش یافته اند و با آن همسران هم بستر شده اید، پس اگر با آنها هم بستر نشده اید، بر شما گناهی نیست [که با دخترانشان ازدواج کنید] و زنان پسرانتان که از پشت خودتان هستند و جمع دو خواهر با همدیگر مگر آنچه در گذشته رخ داده باشد که خداوند آمرزندهٔ مهربان است.

با توجه به آیه، باید گفت که به طور کلی سه گروه از افراد نمی توانند با یکدیگر ازدواج کنند: ۱. محارم نسبی؛ ۲. محارم سببی؛ ۳. محارم رضاعی. از آنجا که فرزندخوانده جزء هیچ کدام از این سه گروه قرار ندارد، پس محرم از لحاظ ازدواج به حساب نمی آید؛ بنابراین ازدواج سرپرست با او منعی ندارد (میرداماد و جواهری، ۱۳۹۶، ص ۱۸۹).

۱-۱-۲. سنت

در عربستان قبل از اسلام، فرزندخواندگی وجود داشت و همان طور که گفته شد، اعراب فرزندخوانده را «دعی» می نامیدند. «پیغمبر اسلام قبل از بعثت دارای پسرخوانده ای به نام زید بود، پیامبر زینب، دختر عمهٔ خود را که مادرش از قبیلهٔ قریش و پدرش از قبیلهٔ معروف اسدی بود، برای زید فرزندخواندهٔ خود خواستگاری کرد. زید بن شراحیل کلبی از قبیلهٔ بنی عبدود به

روایتی برده و اسیری بود که شخصی به نام حکیم بن خرام از بازار عکاظ خرید و در مکه به خدیجه همسر پیغمبر فروخت و خدیجه زید را به همسر خود بخشیده بود که بعد از مدتی، این غلام آزاد شد و پیغمبر او را به فرزندخواندگی پذیرفت» (جوادی آملی، ۱۳۹۲، ج ۱۸، ص ۲۵۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۶۱). پیامبر از زینب برای فرزندخوانده خویش زید، خواستگاری کرد و بعد از مدتی زینب به همسری زید درآمد. ولی این وصلت ادامه پیدا نکرد و زید زینب را طلاق داد. بعد از وقوع طلاق و انقضای مدت عده، «پیغمبر بنابر مصالحی تصمیم گرفت زینب را به ازدواج خود درآورد (ظفری و خدایی، ۱۳۹۴، ص ۸۳). بدین منظور، زید را برای این خواستگاری مأمور کرد. بعد از وقوع ازدواج بین پیغمبر و زینب، که در نظر اعراب نوعی خرق عادت بود، این عمل مورد اعتراض شدید مردم، خصوصاً دشمنان پیغمبر، گردید و بر او خرده گرفتند که چرا پیغمبر برخلاف رسم عرب با عروس خود ازدواج کرده است، ولی ما را از آن نهی می‌کند. پیغمبر در برابر اعتراضات شدید مردم و در دفاع از عمل خود فرمودند: من پسری ندارم تا عروس داشته باشم و چون زید فرزند صلبی من نیست، خرق عادت نشده است و در نتیجه با عروس خود ازدواج نکرده‌ام؛ چرا که فرزندخوانده فرزند نیست» (امامی، ۱۳۴۹، ص ۲۸۸).

قائلین به جواز نکاح معتقدند که در نظام حقوقی اسلام فرزندخوانده از حد شمول خویشاوندی واقعی و قرابت نسبی و رضاعی خارج است و آثاری از این جهت بر آن مترتب نیست. طبق ادله فوق، فرزندخوانده فرزند محسوب نمی‌شود. لذا هیچ‌گونه آثار حقوقی ناشی از رابطه فرزندى نظیر توارث، حضانت و ولایت بر فرزندخواندگی مترتب نمی‌گردد. به همین جهت و با توجه به ماجرای زید بن حارثه و ازدواج پیامبر^(ص) با همسر سابق وی و آیاتی از سوره احزاب، افتا به صحت و جواز این نوع ازدواج می‌دهند.

۲-۱. نظریه عدم امکان ازدواج با فرزندخوانده

در این قسمت، ادله فقهی که می‌توان برای عدم جواز این نوع نکاح بدان تمسک جست، مورد تحلیل قرار خواهد گرفت؛ چرا که بنابر نظر این جستار، ادله‌ای که ذیلاً بیان می‌گردد، از

ادله قائلین به جواز نکاح سرپرست با فرزندخوانده قوی‌تر است و موجب تخصیص دلایل فوق، لااقل در مبحث نکاح است.

۱-۲-۱-۲-۱ عدم وجود مصلحت در ازدواج فرزندخوانده با سرپرست

در مورد ساختار صرفی، به تبع معنی لغوی مصلحت، چندین احتمال وجود دارد: اول اینکه یا مؤنث اسم مکان است به معنای محل و مکان صلاح یا مؤنث مصدر میمی است به معنای صلاح دیدن و حسن داشتن و همین‌طور در یک معنا، مفرد مصلح می‌باشد (تقوی، ۱۳۷۸، ص ۱۳). برخی مصلحت را به معنای صلاح که همان معنای اسم مصدری است، می‌دانند (ابن منظور، ۱۴۱۴ ق، ص ۳۸۴). برخی دیگر نیز گفته‌اند: «جمع آن مصلح است و عبارت است از اعمالی که انسان را به نفع خود یا قومش می‌رساند. وقتی گفته می‌شود: او از اهل مفاسد است نه مصلح، یعنی او از اصحاب اعمالی است که به فساد می‌رساند نه به صلاح (معلوف، ۱۹۸۶، م، ص ۴۳۲).

در قرآن کریم، اشتقاق‌های مختلفی از ریشه «ص - ل - ح» استعمال شده است؛ ولی واژه «مصلحت» مشاهده نمی‌شود. قرآن کریم واژگان «ظَلَمَ» (معلوف، ۱۹۸۶، م، ص ۴۳۲) و «فَسَدَ» (شعراء، ۱۴۲؛ نحل، ۲۲) را متضاد «صَلَحَ» به کار می‌برد. مصلحت در لسان فقها و اصولیون با عبارات مختلفی تعریف شده است. غزالی در المستصفی می‌نویسد: «مصلحت عبارت است از جلب منفعت و دفع مضره» (غزالی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۲۸۶) و در توضیح آن می‌گوید: «مراد ما از جلب منفعت و دفع مضره، جلب منفعت و دفع مضرة دنیوی و حفظ مقاصد بشری و مخلوقات نیست؛ بلکه منظور ما حفظ مقاصد شرع است که اهم آنها در شش مورد خلاصه می‌شود: حفظ دین، جان، نفس، مال، عقل و نسل. سپس می‌افزاید: «برخی دیگر عرض را نیز به موارد فوق اضافه می‌کنند. پس هر چیزی که متضمن این اصول پنج‌گانه شود، مصلحت است و هر چیزی که موجب فوت این اصول گردد، مفسده و دفع آن مصلحت می‌باشد» (همان‌جا). میرزای قمی در قوانین الاصول مصلحت را «دفع ضرر یا جلب نفع چه در امور دنیایی و چه در امور دینی» تعریف نموده است. برخی از معاصران هم بیان نموده‌اند که «مصلحت در

اصطلاح علمای شریعت عبارت است از منفعتی که شارع مقدس آن را برای حفظ دین و نفوس و عقول بندگان مورد توجه قرار داده است» (بوطی، ۱۴۰۶، ق، ص ۲۱۸). علی‌رغم تشتت عبارات و الفاظ، مشاهده می‌شود که همه فقها در متفاهم از مصلحت اتحاد دارند؛ یعنی همه آنها از مصلحت یک چیز را فهمیده‌اند و آن عبارت است از جلب منفعت و دفع ضرر، ولی هر یک کارکردی خاص از آن در ذهن داشته‌اند (مرعشی، ۱۳۹۸، ص ۷۶). از حیث مصادیق مصلحت نیز، باید اذعان داشت که موارد به‌کارگیری منضبط و قاعده‌مند مصلحت در فقه شیعه را در چهار عنوان و مبحث می‌توان دید: الف. مصالح پنج‌گانه؛ ب. قاعده تقدیم اهم بر مهم؛ ج. ولایت؛ د. حفظ نظام.

لازم است تا وجود یا عدم وجود عنصر مصلحت در ازدواج با فرزندخوانده در هریک از این مصادیق مصلحت مورد بحث قرار بگیرد.

- مصالح پنج‌گانه: از نظر بسیاری از فقیهان و اصولیون، کلیات مصالح معتبر نزد شارع در پنج مرتبه حفظ دین، حفظ نفس، حفظ عقل، حفظ نسل و حفظ مال خلاصه می‌شود که از آنها مصالح پنج‌گانه تعبیر می‌شود. این اصول پنج‌گانه از نظر اهمیت در یک سطح قرار نمی‌گیرند؛ بلکه مراتبی دارند. عده‌ای درباره ترتیب این مصالح معتقدند که در صورت تعارض بین دین و نفس، تقدم حفظ دین بر نفس و تعارض بین نفس و عقل، تقدم حفظ نفس بر عقل و تعارض بین نسل و عقل، تقدم حفظ عقل بر نسل و تعارض حفظ مال و نسل، تقدم حفظ نسل می‌باشد و چنین ترتیبی را اجماعی دانسته‌اند (البوطی، ۱۴۰۶، ق، ص ۲۱۸).

در موضوع ازدواج با فرزندخوانده، از میان تعارضی که بین مصالح پنج‌گانه رخ می‌دهد، با تعارض عقل و نسل روبرو هستیم. از یک طرف این ازدواج از لحاظ روحی و روانی برای فرزندخوانده، نوعاً و به احتمال زیاد، آسیب‌هایی به‌همراه دارد. این مشکلات روحی بیشتر به‌خاطر تعارضات عاطفی و احساسی می‌باشد که فرزندخوانده نسبت به یک فرد واحد (سرپرست) تجربه می‌کند؛ زمانی او را به دید پدر یا مادر می‌نگریسته و اکنون به دید همسر آینده و با احساسی متفاوت از قبل، باید او را بپذیرد و مشکلات و آسیب‌های دیگری که به احتمال زیاد از این ازدواج ناشی می‌شود به عللی

همچون اختلاف فاحش سنی بین سرپرست و فرزندخوانده، تعارضات و تنش‌های روحی و احساسی که در طرفین به‌خصوص فرزندخوانده شکل می‌گیرد، هم‌کفو نبودن و دید منفی عرف به این نوع ازدواج و به‌تبع آن، برخوردهای نامناسب افراد جامعه به این عمل که همه اینها خود منشأ مشکلات و آسیب‌های روحی و روانی و به‌تبع آن، آسیب‌های جسمانی به طرفین این ازدواج به‌خصوص فرزندخوانده (که به‌علت از دست دادن حامی خود که اکنون نقشی تازه در زندگی او بر عهده گرفته، از موضع حمایتی و قدرتی ضعیف‌تری در جامعه برخوردار است) می‌شود و در نتیجه فرزندی که احتمالاً از این ازدواج ناموفق حاصل می‌شوند، نسلی مفید و سالم از لحاظ روحی و عاطفی نخواهند بود؛ زیرا در خانواده‌ای که بین زن و شوهر احساس آرامش، امنیت و رابطه سالم عاطفی و روحی وجود ندارد، فرزندان این خانواده نیز ناخواسته دچار آسیب و لطمه می‌شوند و این خود زمینه‌ساز مشکلات آتی برای خانواده و جامعه‌ای که در آن به سر می‌برند، می‌باشد.

ممکن است اشکالی مطرح شود و آن اینکه چرا در تعارض عقل و نسل، عقل باید مقدم شود؛ در پاسخ می‌توان این‌گونه استدلال نمود: از آموزه‌های دینی به دست می‌آید که قبل و پیش از اهتمام شارع مقدس به تکثیر اولاد و افزایش نفوس، اهتمام شارع به تربیت و اصلاح درونی و صحت و سلامت جسمی آنهاست. مؤید این مطلب آن است که نکاح امری مستحب است؛ ولی رعایت سلامت روح و جسم از واجبات به شمار می‌رود که حداقل آن، سلامت عقل است و فلسفه و هدف خلقت انسان نیز بر آن استوار است. نتیجه اینکه شارع مقدس به حفظ سلامت عقل و جسم و جان و پرورش نسل‌های مفید اهتمام دارد. پس قبل و پیش از اهتمام شارع مقدس به تکثیر اولاد و افزایش نفوس، اهتمام شارع به تربیت و اصلاح درونی و صحت و سلامت جسمی آنهاست.

در جواز ازدواج با فرزندخوانده، این تقدم نادیده گرفته شده و در نتیجه این نوع ازدواج ممکن است بیشتر لطمه و آسیب برای طرفین آن و در نهایت جامعه داشته باشد. بنابراین در صورتی که ازدواج با فرزندخوانده را برای حفظ نسل و سلامت روحی و روانی طرفین آن، در مقام حفظ عقل به حساب آوریم، به این نتیجه می‌رسیم که در تعارض بین این دو، حفظ عقل مقدم است و در نتیجه

حفظ سلامت روحی و روانی فرزندخوانده و حتی سرپرست او و اعضای دیگر خانواده می تواند توجیهی برای عدم جواز این نوع ازدواج باشد.

- قاعده اهم و مهم: بنا بر قول مشهور در بین متکلمین و اصولیون امامیه، احکام الهی دایر مدار مصالح و مفاسدند؛ بدین معنی که اگر شارع فعلی را واجب دانست، قطعاً به دلیل مصلحتی بوده و اگر فعلی را حرام دانست، لزوماً انجام آن سبب مفسده‌ای بوده است. در این رابطه، برخی از متأخرین بیان داشته‌اند: مناط بودن مصالح و مفاسد برای احکام امری ضروری می باشد که انکارش امری محال است» (نایینی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۱۸۰). به همین جهت، فقها مصالح و مفاسد را در فتاوی خویش مطمح نظر قرار می دهند. تبصره مورد بحث بیان داشته: در صورتی که دادگاه این ازدواج را به مصلحت فرزندخوانده ببیند، اجازه آن را صادر می کند». حال مسئله این است که آیا مصالح جواز این نکاح از مفاسد آن بیشتر است؟ پاسخ به این سؤال قبل از آنکه یک فرع فقهی باشد، یک مسئله روان‌شناختی است و با توجه به اینکه رجوع به خبره در فقه پذیرفته شده و فقها در مسائل تخصصی به متخصص رجوع می کنند (خوبی، ۱۴۱۸ ق، ص ۶۴) و حتی برخی آن را قاعده دانسته‌اند (مصطفوی، ۱۴۲۱ ق، ص ۱۳۴)، لازم بود که در این بحث نیز، نظر کارشناسان حیطة خانواده و روان‌شناسان اخذ می شد؛ چرا که بی تردید آرامش و امنیتی که فرد در محیط خانواده احساس می کند، با هیچ جای دیگر قابل قیاس نمی باشد و فرزندی که در آغوش خانواده‌ای بزرگ شده است و سرپرستان با او رابطه پدری و مادری داشته‌اند و سایر اعضای خانواده و حتی جامعه نیز اینان را چون یک خانواده می انگاشته‌اند، اکنون ازدواجشان با یکدیگر سبب سلب آرامش و تأثیرات بسیار بد روحی در فرزندخوانده می گردد (عرب خابوری، ۱۳۹۳، ص ۷۶). اگر صورت مسئله واکاوی شود و به مفاسد فردی و اجتماعی این جواز اشاره شود، چه بسا پاسخ فقیهان نیز متفاوت گردد؛ اگر در صدور احکام شرعی به مصالح و مفاسد، به نحو مقتضی توجه نشود، خروجی فتوا کارآمد نیست.

فتاوی مبتنی بر جواز ازدواج با فرزندخوانده، هر چند منطبق با ظاهر متن متون فقهی است، به نظر می رسد با روح و محتوا و سایر قواعد فقهی ناسازگار است. به دیگر بیان، با توجه به اینکه طبق نظر

متخصصان علوم مختلفی همچون روان‌شناسی، روان‌کاوی، جامعه‌شناسی و ...، این ازدواج دارای عواقب زیان‌باری نظیر خودکشی شخص و به خطر افتادن بنیان خانواده، هم برای فرزندخوانده و هم برای خانواده‌هایی که این فرزندان را می‌پذیرند، می‌باشد و لطمه و آسیب جدی‌تر به نهاد فرزندخواندگی وارد می‌شود، نمی‌توان فتوای به جواز را مصداق مصلحت دانست. به عبارت فنی‌تر، در مورد این مسئله خاص، با تراحم مصالح با مفاسد روبرویم و از آنجا که مفسده این نوع ازدواج و نتایج زیان‌بار حاصل از آن نوعاً بیش از مصلحت آن است و مصلحتی که در دفع و جلوگیری از به وجود آمدن این آسیب‌های روحی و روانی به نهاد خانواده و جامعه و نهاد فرزندخواندگی وجود دارد، به مراتب بیشتر از منافع آن است، بنابراین طبق قاعده تقدیم اهم بر مهم، با تقدیم حکم عدم جواز این نوع ازدواج، به مصلحت بیشتر و والاتری دست پیدا می‌کنیم.

- ولایت: به طور کلی در فقه، ولایت به دو نوع منقسم می‌شود: الف. ولایت بر محجوران، مانند صغیر و سفیه و مجنون که ولی آنها به ترتیب پدر و جد پدری و در مرحله بعد وصی و در مرحله بعد حاکم است (دیانی، ۱۳۸۷، ص ۸۷). این قسم از ولایت از مانحن‌فیه خروج موضوعی دارد؛ ب. ولایت فقیه بر مردم؛ یعنی سرپرستی و زمامداری و امامت بر امت که در این قسمت به ولی، حاکم و والی نیز می‌گویند. در این نوع ولایت، ولی مسلمین تحت عنوان ولایت فقیه به نحو موجب کلیه، بر تمام شئون زندگی مسلمین ولایت دارد. در هر دو قسم از ولایت، ضابطه ولایت ولی و حاکم، «مصلحت» مولی علیه می‌باشد (بارانی بیرانوند و مختاری، ۱۳۹۸، ص ۳۴)؛ همان‌طور که امام خمینی فرموده‌اند: «اصل اولی در هر ولایتی این است که مقید به مصلحت باشد» (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۵۲۶).

در مورد ازدواج سرپرست با کودکی که به فرزندخواندگی قبول نموده است، قسم دوم ولایت «ولایت و رهبری در اسلام و اختیارات حاکم اسلامی در صدور احکام حکومتی» قابل بحث و طرح است. یکی از مواردی که رهبر جامعه اسلامی می‌تواند حکم حکومتی صادر کند، مواردی است که اصل حکم و حدود آن تعیین شده است، ولی در برهه‌ای از زمان، اجرای آن سبب تضعیف نظام یا به ضرر جامعه است. اینجا مصلحت فعل که حکم شرعی می‌باشد، با

مصلحت نظام یا جامعه که اهم است، تراحم می‌یابد و مصلحت نظام و جامعه اسلامی که اهم است، مقدم خواهد شد (قدیر و ساریخانی، ۱۳۹۰، ص ۸۰) و حاکم به تعطیلی موقت آن حکم شرعی یا قانونی حکم می‌نماید. منع و عدم جواز ازدواج با فرزندخوانده را می‌توان به این مبنای فقهی بررسی کرد؛ زیرا اگرچه ظاهراً در شرع مقدس اسلام، مخالفتی با این نوع ازدواج صراحتاً صورت نگرفته است، با در نظر گرفتن حفظ مصالح اهم در جامعه و روابط افراد خانواده و برای جلوگیری از بروز مفسده‌های احتمالی ناشی از این نوع ازدواج‌ها، که از نظر متخصصان علوم مختلف انسانی در این نوع ازدواج خیلی دور از ذهن نیز نمی‌باشد، می‌توان با صدور حکم حکومتی براساس این مصلحت‌اندیشی، حکم به منع این ازدواج را صادر نمود.

– حفظ نظام: واژه «نظام» در فقه، سابقه دیرینه دارد. تتبع در عبارات فقها ما را به این نتیجه

می‌رساند که واژه «نظام» به صورت کلی در فقه اسلامی در سه معنا به کار رفته است:

- نظام به معنی سیستم کلان: "نظام اسلام، نظام سیاسی، حکومت؛" (ن. ک. گلپایگانی موسوی، ۱۴۱۲ ق، ص ۱۸۰؛ احمدی و استانی، ۱۳۴۱، ص ۲۲۴)؛
- نظام به معنی خرده‌سیستم: "نظام الجهاد، نظام الاقتصاد" (ن. ک. انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۱، ص ۱۲)؛
- نظام به معنی نظم عمومی: برخی در این رابطه گفته‌اند: «واژه نظام در فقه به صورت مطلق و بدون قید به معنای نظم عمومی است و هنگامی که لغت اخلال به آن اضافه می‌گردد، مقصود اختلال النظام یا اخلال در نظم عمومی است» (مدنیان و همکاران، ۱۳۹۰، ص ۳۵).

نظام به طور مطلق یا با پیشنود و پسوندهایی نظیر «حفظ نظام» (گلپایگانی موسوی، ۱۴۱۲ ق، ج ۱، ص ۱۵)، «اختلال نظام» (حسینی میلانی، ۱۴۰۱ ق، ص ۲۵۰)، «نظام المعاش و العباد» (کاشف الغطاء، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۳۴۳) و ... در فقه به معنی «نظم عمومی» به کار رفته است؛ در تأیید این ادعا، اولاً می‌توان به ماده ۶ آ. د. م. مصوب ۱۳۱۸ استناد نمود که مقنن برای واژه نظم عمومی از واژه نظام عمومی استفاده نمود و ثانیاً مستنبط از بررسی مصادیق نظام در فقه این

مطلب است که خصایص آن نظیر ارتباط با مصالح جامعه (کاتوزیان، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۵۹)، پیروی همگانی، محدودکننده آزادی افراد (کاتوزیان، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۶۲) و ... با خصایص نظم حقوقی در علم حقوق کاملاً تطابق و هم‌پوشانی دارد.

با توجه به آنچه گفته شد، یکی از قالب‌های حفظ مصلحت در فقه شیعه، حفظ نظام حکومت اسلامی از آسیب و خدشه توسط دشمنان داخلی و خارجی می‌باشد. امروز آسیب‌هایی که ممکن است از سوی اجانب به نظام حکومت اسلامی وارد آید، مثل گذشته صرفاً در قالب جنگ سرد نیست. اشکال جدیدی از این آسیب‌ها شامل تحریم‌های مختلف اقتصادی و سیاسی و قطع روابط سیاسی و دیپلماتیک با کشور ما از سوی جامعه بین‌الملل می‌باشد که گاه آسیب و صدمات وارد شده از این تحریم‌ها در بلندمدت بیش از جنگ‌های رودرروست.

کشورها با پذیرفتن کنوانسیون‌ها و عهدنامه‌های مختلف در زمینه‌های حقوقی، اجتماعی، اخلاقی و ... در جامعه بین‌المللی، به‌نحوی خود را متعهد به قبول مفاد این اسناد بین‌المللی نموده‌اند و از طرفی نیز، زیر ذره‌بین نظارت نهادهای مختلف حقوق بین‌الملل، که در راستای اجرای صحیح این اسناد فعالیت دارند، قرار می‌گیرند که هر کدام دارای اهرم‌ها و ضمانت‌اجراهای خاص خود در برابر کشورها برای اجرای صحیح مفاد این کنوانسیون‌ها و عهدنامه‌ها هستند. یکی از این کنوانسیون‌ها کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹ مجمع عمومی سازمان ملل است که ایران نیز آن را پذیرفته و به آن پیوسته است. کنوانسیون حقوق کودک به‌عنوان مهم‌ترین سند بین‌المللی الزام‌آور در زمینه حقوق کودکان قلمداد می‌گردد. الحاق دولت‌ها به کنوانسیون برای آنها مسئولیت بین‌المللی ایجاد می‌کند. اگر دولتی به تعهدات خود در قبال کنوانسیون عمل نکند، متهم به نقض حقوق بشر شده است و سازمان ملل در قبال آن دولت، سازوکارهایی در قالب ضمانت‌اجرای این تخلف از جمله مداخله بشردوستانه، تحریم و ... به کار می‌گیرد. بنابراین دولت‌ها برای اثبات عمل به مسئولیت اخلاقی و جلب توجه افکار عمومی و نیز برائت از اتهام نقض حقوق بشر، تلاش می‌کنند تا در حد توان به وظایف و تعهدات خود عمل و تا حدودی تأمین و حمایت از حقوق کودک را تضمین کنند.

کنوانسیون حقوق کودک دارای چهار اصل زیربنایی و اساسی می‌باشد که دولت‌های عضو نمی‌توانند در قوانین داخلی‌شان برخلاف این اصول کلی و اساسی، شرط و قانونی در زمینه حقوق کودک مقرر کنند. یکی از این اصول زیربنایی که در ماده ۳ کنوانسیون به آن اشاره شده، حفظ عالی‌ترین منفعت کودک در همه زمینه‌های اجرایی، تقنینی و اداری است؛ یعنی در هر اقدامی از جمله قانون‌گذاری، باید منافع کودک در اولویت بوده و قوانین داخلی با مفاد کنوانسیون در این زمینه انطباق داشته باشد؛ یعنی هنگام تدوین قوانین، در کشورهای عضو کنوانسیون ابتدا باید منافع کودک مدنظر گرفته شود. قانون‌گذار نیز صرف نظر از مبانی شرعی، در وضع یک قانون باید به عرف و احوال اجتماعی و اخلاقی حاکم بر موضوع فرزندخوانده در جامعه و حتی سطح جهانی نیز توجه نماید. تصریح قانون‌گذار ایران به امکان ازدواج فرزندخوانده با سرپرست خود، باعث آسیب و لطمه به نهاد فرزندخواندگی و در نهایت به خود فرزندخوانده می‌شود و در تعارض آشکار با ماده ۳ کنوانسیون، که دول عضو را متعهد به حفظ عالی‌ترین منفعت کودک در قوانین خود نموده است، می‌باشد و از طرف دیگر، باعث مخدوش شدن چهره اسلام و به تبع آن، نظام جمهوری اسلامی ایران در جامعه بین‌الملل می‌گردد و با اصل «حفظ نظام» در هر سه معنای مستعمل در فقه مغایر می‌باشد؛ زیرا علاوه بر مخدوش شدن چهره اسلام در جامعه جهانی، از لحاظ داخلی نیز ممکن است نظم عمومی را مورد خدشه قرار دهد.

۱-۲-۲. منع ازدواج با فرزندخوانده به دلیل قاعده لاضرر

حدوث ضرر در بحث حکم جواز نکاح سرپرست و فرزندخوانده می‌تواند مجرای برای استناد به قاعده لاضرر در حکم قضیه باشد؛ زیرا زمانی به عنوان پدر یا مادر و اکنون به عنوان همسر باید با او رابطه عاطفی و احساسی برقرار نماید؛ همچنین هم‌کفو نبودن دو طرف و اختلاف فاحش سنی بینشان، همگی زمینه‌ساز شکست و ناکامی در این ازدواج را برای طرفین فراهم می‌نماید و در این میان، فرزندخوانده ممکن است هم تکیه‌گاه خانوادگی خود را در جامعه از دست دهد و هم از طرف دیگر، در زندگی زناشویی با شکست روبرو شود و در نتیجه با آسیب‌هایی صدچندان بیش از زمانی

که در بهزیستی بدون خانواده می‌زیست، روبرو شود. بنابر آنچه گفته شد، اولی آن است که حکم به عدم جواز این نوع ازدواج داده شود تا از وقوع ضررهای غیرقابل جبرانی نظیر سست شدن بنیان و تحکیم نهاد خانواده، عدم رغبت خانواده‌ها به مقوله سرپرستی، مشکلات روحی و عاطفی که برای فرزندخوانده به وجود خواهد آمد و ...، جلوگیری شود (عرب خابوری، ۱۳۹۳، ص ۵۸).

ممکن است اشکال شود که این قاعده در موارد تعارض با حکم واقعی کارآمد نیست، لیکن در پاسخ باید گفت که در فرض تعارض لاضرر با احکام اولیه، حتی اگر حکم ضرری قوی‌ترین دلیل را داشته باشد، قابل عمل نیست؛ زیرا قاعده لاضرر بر آن حاکم است و با وجود ضرری بودن، منتفی است. بنابراین قاعده لاضرر اجرا می‌شود و مانع اجرای ادله آن حکم می‌گردد. در این رابطه گفته شده است: «قاعده لاضرر عبارت از نفی احکام ضرریه است و قهراً بر ادله اولیه حکومت دارد؛ به این معنی که ادله اولیه اطلاق و عموم دارند و شامل همه احکام، اعم از ضرری و غیرضرری می‌شوند. قاعده لاضرر احکامی را که ضرری هستند، از اطلاق و عموم ادله خارج می‌کند و اطلاقات را تقیید می‌کند و عمومات را تخصیص می‌زند به غیر حال ضرر» (بجنوردی، ۱۴۰۱ ق، ج ۱، ص ۲۶۳).

۱-۲-۳. عرف

در مورد موضوع ازدواج با فرزندخوانده، هر چند در شریعت اسلام، فرزندخوانده با پدرخوانده و مادرخوانده نامحرم می‌باشد و ازدواج بین آنها از نظر شرعی جایز است، این جواز همانند بسیاری از احکام مجاز، هیچ‌گاه مورد توصیه شرع واقع نشده است. توجه به عرف و اوضاع متغیر جامعه و ارزش‌های حاکم بر یک اجتماع در جریان احکامی که از سوی خداوند، ضرورت یا رجحانی بر انجام یا ترک آنها نرسیده است، اهمیت بسیاری دارد و آنچه مسلم است این است که ازدواج با فرزندخوانده در عرف امروز، امری قبیح و ناشایست شناخته شده است (عرب خابوری، ۱۳۹۳، ص ۵۸). البته ذکر این نکته لازم است که در فرض تعارض عرف با قانون تکمیلی و تفسیری، عرف بر قانون ترجیح داده می‌شود، ولی در مورد قوانین امری، قانون بر عرف مقدم است. در قوانین «امری»، جهات و مبانی قانون به اندازه‌ای در نظر قانون‌گذار مهم است که به اشخاص

اجازه نمی‌دهد تا برخلاف آن با هم تراضی کنند؛ ولی قوانین «تکمیلی» در صورتی الزام‌آورند که برخلافشان تراضی صورت نگرفته باشد.

۱-۲-۴. قیاس

در تعریف قیاس گفته شده: حکم بر معلومی، همانند حکمی که برای معلوم دیگر ثابت است، به واسطه اشتراک آن دو در علت حکم» (مظفر، ۱۳۶۸، ص ۱۸۱). مسئله قیاس جز در موارد منصوص العلة نزد امامیه پذیرفته نیست. گرچه نمی‌توان به‌عنوان یک دلیل مستقل آن را محسوب کرد، لیکن می‌تواند یک مؤید باشد. با مذاقه در فلسفه و مبانی روایات و احکام مختلف و آموزه‌های دینی که در شریعت اسلام در رابطه با محارم وجود دارد، از باب قیاس می‌توان به حکم تحریم یا حداقل کراهت شدید ازدواج با فرزندخوانده پی برد. چرا که فلسفه تحریم ازدواج با خویشاوندان این است که شارع مقدس نهاد خانواده را محیطی متعالی و اخلاقی قلمداد نموده و با تحریم نکاح محارم، شارع در صدد بوده تا اعضای خانواده به یکدیگر نگاه جنسی نداشته باشند. اگر یک نظم حقوقی پذیرفت که خانواده‌ای متربک از پدرخوانده، مادرخوانده و فرزندخوانده شکل بگیرد، دیگر نمی‌توانید این روح اساسی خانواده را نادیده بگیرید و روشن است که تجویز این ازدواج با فرزندخوانده این روح معنوی، انسانی و عاطفی را متزلزل می‌کند. همچنین این امر در واکاوی دیگر نصوص دینی نیز مشهود است. مواضعی وجود دارد که شارع در مواردی که نوعی رابطه خاص انسانی و عاطفی میان دو جنس مخالف به وجود آمده است، نکاح را منع کرده یا توصیه نکرده است؛ مثلاً ازدواج مرد با ریبیه، یعنی دختر همسری که از شوهر دیگر دختر دارد، حرام شده یا حرمت ازدواج با زنی که قابله شخص بوده است (عاملی، ۱۴۰۹ ق، ج ۲۰، ص ۵۰۰) یا حتی محرمیتی که در اثر رضاع به وجود می‌آید.

۲. بررسی موضع نظام حقوقی ایران در مورد ازدواج با فرزندخوانده

بر اساس فقه اسلامی و به تبع آن قانون مدنی ایران، فرزندخواندگی مورد قبول واقع نشده است و به‌جز در مورد اقلیت‌های مذهبی، آن را به رسمیت نمی‌شناسد؛ ولی با تصویب قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست مصوب ۱۳۵۳، تا حدی نقیصه قانون مدنی در مورد فرزندخواندگی رفع گردید (غمامی، ۱۳۸۳، ص ۱۹) و مقنن در سال ۱۳۹۲ با تصویب قانون حمایت از کودکان

بی‌سرپرست و بدسرپرست، درصدد اصلاح مقررات این تأسیس حقوقی بود که بدان خواهیم پرداخت.

۱-۲. لایحه حمایت از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲

لایحه حمایت از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست در تاریخ ۱۳۸۸/۷/۲۱ تأیید و تقدیم شورا شد. در این لایحه، ماده ۲۷ درابتدا به این شکل بود: «ماده ۲۷: هرگاه سرپرست درصدد 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 کند تا با حصول شرایط این قانون، نسبت به ادامه سرپرستی به صورت مشترک یا فسخ آن اتخاذ تصمیم نماید. تبصره: ازدواج چه در زمان حضانت و چه بعد از آن، فی‌مابین سرپرست و طفل ممنوع است».

مجمع مشورتی حقوقی شورای نگهبان در مورد ماده، این گونه مرقوم نمود که «ممنوعیت ازدواج به نظر در مغایرت با اصل ۱۰ و ذیل بند ۱ اصل ۴۳ قانون اساسی خواهد بود. همچنین متن ماده ۲۷ به همراه تبصره آن، به نظر در مغایرت با ذیل اصل ۹ قانون اساسی است که مقرر می‌دارد: «... هیچ فرد یا گروه یا مقامی حق ندارد ... آزادی‌های مشروع را، هرچند با وضع قوانین و مقررات، سلب کند».

مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان نیز این گونه نظر داد: «الزام سرپرست به اعلام ازدواج به دادگاه خلاف شرع می‌باشد و تنها می‌تواند جلوی ادامه سرپرستی وی را بگیرند». در مقابل نظر اکثر اعضا این بود که الزام مذکور در مقام رعایت مصالح فرزند بوده و جعل چنین قانونی مانند سایر الزامات قانونیه مانعی ندارد». پس از بررسی اولیه در مرحله نخست، این قانون خلاف شرع دانسته شد و دیگر بار لایحه راهی مجلس شد. نظریه شورا در مورد این ماده و تبصره به این شکل قابل جمع‌بندی است:

- دیدگاه مغایرت: اطلاق ممنوعیت ازدواج سرپرست و طفل در تبصره ماده ۲۷، مغایر با موازین شرع است؛ زیرا ممکن است ازدواج طفل با سرپرست در جهت مصلحت وی باشد؛ ضمن آنکه پس از آنکه کودک به سن بلوغ و رشد می‌رسد، حضانت سرپرست ساقط می‌شود

و شخص در مورد ازدواج خود اختیار تصمیم‌گیری دارد. از این رو، ممنوعیت ازدواج سرپرست و کودک پس از اتمام حضانت دارای اشکال است.

– دیدگاه عدم مغایرت: الزام سرپرست در اعلام مشخصات کسی که قصد ازدواج با او را دارد به دادگاه، در جهت رعایت مصالح کودک تحت سرپرستی است؛ فلذا ماده ۲۷ مغایر موازین شرع نمی‌باشد و دیگر اینکه حکم به ممنوعیت ازدواج سرپرست و طفل در تبصره ماده ۲۷، به منظور جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی افراد در این خصوص است. بنابراین تبصره مزبور از این جهت فاقد اشکال است.

سرانجام لایحه حمایت از کودکان «بی سرپرست و بدسرپرست» با ماده فوق تحت عنوان ماده ۲۶ به صورت زیر در سال ۱۳۹۲ تصویب شد که بررسی خواهد شد.

۲-۲. ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بدسرپرست ۱۳۹۲

در حقوق ایران، در حال حاضر در رابطه با ازدواج سرپرست با فرزندخوانده، تبصره ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست ابراز حکم نموده است و این ازدواج را در فرض وجود مصلحت صحیح و قانونی می‌داند. گرچه مفاد این تبصره که مقرر می‌دارد: «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» مورد انتقاد است، ولی چندین مزیت هم دارد: اول اینکه تکلیف موضوع ازدواج سرپرست با فرزندخوانده خود را مشخص و این موضوع را از حالت ابهام خارج نموده است؛ زیرا در گذشته اگر سرپرستی قصد بر این داشت که با فرزندخوانده خود ازدواج کند، تکلیفی نداشت از دادگاه حکم جواز برای این ازدواج بگیرد. بنابراین امکان سوءاستفاده و تحقق ازدواج‌هایی که به ضرر فرزندخوانده صورت گیرد، بسیار بالا بود؛ از طرف دیگر، اینکه دادگاه صالح که در حال حاضر همان دادگاه خانواده می‌باشد، برای صدور جواز ازدواج سرپرست با فرزندخوانده باید نظر مشورتی سازمان بهزیستی را نیز بگیرد. بنابراین قاضی بهتر و صحیح‌تر در این باره می‌تواند تصمیم‌گیری نماید. ولی با توجه به ادله‌ای که در قسمت عدم تجویز این نوع

نکاح گفته شد، به نظر می‌رسد معایب بسیار دیگر نیز داشته باشد؛ با این توضیح که فلسفه و هدف از تدوین قوانین در مورد اطفال و نوجوانان، حفظ مصالح عالیّه آنها اعم از مادی و معنوی می‌باشد و قانون‌گذار نیز صرف نظر از مبانی شرعی، در وضع یک قانون باید به عرف و احوال اجتماعی و اخلاقی حاکم بر موضوع فرزندخوانده در جامعه و حتی سطح جهانی نیز توجه نماید؛ این تصریح قانون‌گذار به امکان ازدواج فرزندخوانده با سرپرست خود، باعث آسیب و لطمه به نهاد فرزندخواندگی و درنهایت به خود فرزندخوانده می‌شود. این تبصره با روح قوانین مربوط به فرزندخواندگی، که بخشیدن عطوفت پدری و مادری به طفل بی‌سرپرست است، به شدت در تعارض است.

دیگر اینکه مقنن در این تبصره تشخیص مصلحت را به عهده دادگاه واگذار کرده است، در صورتی که وظیفه قاضی تشخیص حق از ناحق در حوزه تخصص و دانش خود می‌باشد و در زمینه‌هایی که این تشخیص نیاز به تخصص و دانش خاص خود را دارد، باید از متخصصان آگاه امر در این موارد مشورت و راهنمایی گرفت تا تصمیمی صحیح اتخاذ و درنهایت رأی عادلانه و سنجیده صادر نماید. بنابراین بهتر بود قانون‌گذار این مورد را مد نظر قرار می‌داد و در قانون لحاظ می‌نمود؛ زیرا تشخیص مصلحت در این موارد، امری ساده و بدیهی نیست و نیازمند بررسی‌های مختلف در مورد ابعاد و آثار روحی، روانی، اخلاقی و اجتماعی متأثر از این ازدواج می‌باشد. این وظیفه نیز تنها از عهده مشاوران و کارشناسان مجرب رشته‌های روان‌شناسی، روان‌کاوی، اخلاقی و علوم اجتماعی و خانواده برمی‌آید.

اشکال دیگری که می‌توان به این تبصره وارد نمود، این است که فقط به مصلحت فرزندخوانده اشاره نموده است؛ در صورتی که ازدواج عقد و قراردادی است که بین زن و مرد بسته می‌شود و آثار و نتایج آن گریبان‌گیر هر دو طرف این عقد خواهد شد. بنابراین هرگونه آسیبی که از این نوع ازدواج برآید، تنها فرزندخوانده را هدف قرار نمی‌دهد؛ فرزندخوانده یک طرف این آسیب احتمالی می‌باشد و طرف دیگر، سرپرستی است که با او ازدواج نموده؛ زمانی به‌عنوان پدر یا مادر برای فرزندخوانده آغوش گشوده و اکنون احساس دیگری نسبت به او پیدا کرده است. طرف

دیگر این آسیب، خانواده‌ای است که فرزندخوانده در محیط آن رشد و نمو یافته که ممکن است شامل برادر و خواهر ناتنی یا حتی همسر سابق فرد سرپرست نیز باشد؛ زمانی فرزندخوانده به امید حمایت مادی و معنوی به این خانواده وارد شده بود، ولی اکنون در نقطه مقابل آنها قرار گرفته است و تنها سرپناه و کانون حمایت خود را در جامعه ازدست‌رفته می‌بیند. شاید طرف دیگر فرزندان باشند که از این ازدواج حاصل می‌شوند و در صورت بدفرجامی این پیوند بین زن و مرد، قربانی این ازدواج نسنجیده می‌شوند و در نهایت آسیب‌هایی به جامعه، ناشی از شکست در این ازدواج وارد می‌آید و از طرف دیگر، دیدگاه منفی‌ای نسبت به پدیده فرزندخواندگی در سطح جامعه به وجود می‌آید که این خود باعث نپذیرفتن کودکان بی‌سرپرست توسط خانواده‌های دیگر شده، در نتیجه تحمیل هزینه‌های مادی و معنوی گزافی برای دولت و جامعه را به‌همراه خواهد داشت (عرب خابوری، ۱۳۹۳، ص ۱۲۳). علاوه بر موارد گفته‌شده، ذیلاً انتقاد حقوقی دیگری که بر این تبصره وارد است، در مبحث ذیل بیان می‌گردد.

۲-۳. نقد موضع حقوقی ایران در مورد ازدواج با فرزندخوانده

۲-۳-۱. مخالفت با ماده ۱ قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست

تبصره ماده ۲۶ با ماده ۱ همین قانون، یعنی قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست که هدف از سرپرستی را تأمین نیازهای مادی، معنوی و همچنین حمایت از این دست کودکان می‌داند، در تعارض است؛ چرا که به‌موجب تبصره مورد بحث، نگاه عاطفی سرپرست به این فرزندخوانده به نگاه جنسی تبدیل می‌گردد و امنیت و هویت و منافع این کودکان و نوجوانان را به‌نوعی خدشه‌دار می‌کند؛ به عبارت دیگر، این تبصره به‌صورت مستقیم، سبب عدم تأمین منافع معنوی کودک می‌شود.

۲-۳-۲. مخالف با اصول قانون اساسی

- **مخالفت با اصل ۱۰ قانون اساسی:** اصل مذکور مقرر می‌دارد: «از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است و قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد...»، حسب این اصل حفظ بنیان و استواری روابط خانوادگی به‌قدری

دارای اهمیت و ارزش است که به‌عنوان یک اصل اساسی در جامعه مطرح شده و همه افراد جامعه باید به این اصل و هدف احترام گذارند و از آن تبعیت نمایند؛ اما قانونی کردن ازدواج سرپرست با فرزندخوانده در مسیری متضاد با این اصل قانون اساسی قرار خواهد گرفت و به نظر می‌رسد عملی شدن آن باعث فروپاشی و انحطاط خانواده می‌گردد.

• **مخالفت با بند ۲ اصل ۲۱ قانون اساسی:** براساس مفاد این اصل، «وظیفه دولت حفاظت از کودکان بی‌سرپرست می‌باشد»؛ بنابراین قانون‌گذار قوانین را باید در جهت حفاظت و حمایت از این قشر کودکان تصویب نماید نه در جهت مخالف با منافع آنها؛ اما قانونی کردن این ازدواج مخالف صریح حفاظت از این کودکان است و تبعات روحی و روانی بسیاری را برای آنان به دنبال خواهد داشت. شایسته است قانون‌گذار قانونی را که مخالف با قانون اساسی است، تدوین و تصویب ننماید (ظفری و خدایی، ۱۳۹۴، ص ۹).

۳. موضع کنوانسیون‌ها در مورد ازدواج با فرزندخوانده

۳-۱. کنوانسیون حقوق کودک

کنوانسیون حقوق کودک سازمان ملل دولت‌ها را موظف نموده است تا به ارزش و شرافت وجودی افراد، مخصوصاً کودکان احترام بگذارند و در این راستا، با اعمال سیاست‌های افتراقی نسبت به آن تلاش نمایند. ماده ۲۰ کنوانسیون مقرر داشته است که دولت‌ها در تقنین قوانین باید «نفع محض» اطفال را در نظر داشته باشند. در همین راستا، ماده ۲۱ این کنوانسیون دولت‌ها را موظف به پذیرفتن نهاد فرزندخواندگی نموده است. ماده ۲۱ کنوانسیون حقوق کودک در بندهای «ب»، «ج» و «د»، به فرزندخواندگی خارجیان اشاره نموده است و بر تضمین حقوق این گروه از کودکان تأکید دارد: ماده یادشده مقرر می‌دارد: «کودک خارجی قبول‌شده برای فرزندخواندگی باید از همان شرایط برابر فرزندخواندگی ملی (کشور مقصد) بهره‌مند شود». در مورد امکان یا عدم امکان نکاح سرپرست با فرزندخوانده در این کنوانسیون نص صریحی بیان نشده است، ولی با توجه به بند «الف» ماده ۱۹ کنوانسیون حقوق کودک که مقرر می‌دارد: «حکومت‌ها با تکیه بر تمام امکانات قانونی، اداری، اجتماعی و آموزشی، کودک را در مقابل هر شکل از رفتار سهل‌انگارانه با آنها، سوءاستفاده جنسی و تجاوز جسمی یا روانی حمایت

می‌کنند»، می‌توان این‌گونه استنباط نمود که این کنوانسیون در این بند به حمایت از کودک در برابر سوءاستفاده جنسی پرداخته است و نکاح سرپرست با فرزندخوانده زمینه سوءاستفاده جنسی پنهانی و تجاوز روانی به کودک را فراهم می‌کند. در واقع روح حاکم بر این کنوانسیون به صورت کلی مخالف جواز این چنین ازدواجی می‌باشد.

در مورد این استدلال ممکن است اشکال شود: بین طفل یا همان فرزندخوانده با شخصی که الان بزرگ شده و دیگر کودک به شمار نمی‌آید تا موضوع تجاوز جنسی به کودک مطرح شود، تفکیکی صورت نگرفته است؛ چرا که شخص بالغ دیگر خود قائل به تشخیص مصلحت خویش است و نهادهای نظارتی نیز در این زمینه کنار او هستند و او آزادانه و با اراده اقدام به نکاح می‌نماید. در پاسخ باید گفت: سن ازدواج کودکان در ایران با معیارهای جهانی متفاوت است و طبق نظر فقها، دختران بعد از سن تکلیف می‌توانند ازدواج کنند؛ به همین جهت، ممکن است دختری در ایران در سن ۱۴ سالگی ازدواج کند، ولی طبق موازین بین‌المللی کودک قلمداد شود؛ لیکن امکان سوءاستفاده کماکان وجود دارد.

۲-۳. موضع کنوانسیون «حمایت از کودکان و همکاری در زمینه فرزندخواندگی بین‌المللی»

کنوانسیون ۲۹ مه ۱۹۹۳، در مورد «حمایت از کودکان و همکاری در زمینه فرزندخواندگی بین‌المللی»، که توسط کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی در لاهه تصویب و در ۵ مه ۱۹۹۵ لازم الاجرا شد، راهکار بزرگی محسوب می‌گردد که موانع بسیاری از سوءاستفاده‌ها را در این زمینه از بین برده و تأمین اهداف فرزندخواندگی بین‌المللی را فراهم نموده است و نهایتاً «اخلاقی نمودن فرزندخواندگی را باعث گردیده است؛ طبق این کنوانسیون دولت‌ها موظف می‌باشند تا با تعاملی جدی، مخصوصاً در مورد ارتباط بین قضات و دستگاه‌های اداری کشورهای مبدأ و مقصد به اهداف این کنوانسیون جامه عمل بپوشانند» (بارانی بیرانوند، ۱۳۹۹، ص ۱۴). این کنوانسیون در بند ۲ ماده ۲ مقرر می‌دارد: «این کنوانسیون صرفاً فرزندخواندگی‌هایی را پوشش می‌دهد که منجر به رابطه پدر - فرزندی دائمی شود». در واقع حسب این بند، دامنه شمول کنوانسیون صرفاً مواردی است که فرزند مانند فرزند واقعی پدرخوانده یا مادرخوانده تلقی شود

و در ماده ۸ بیان می‌دارد: «مراجع مرکزی باید به صورت مستقیم یا از طریق مراجع عمومی، کلیه تدابیر مقتضی را به منظور پیشگیری از سوءاستفاده‌های مالی یا سایر سوءاستفاده‌ها در ارتباط با فرزندخواندگی اتخاذ نمایند و نیز از کلیه رفتارهای مغایر با این کنوانسیون ممانعت به عمل بیاورند» که به دلالت التزامی می‌توان دریافت که این کنوانسیون این گونه نکاحی را نمی‌پذیرد؛ چرا که این نحوه ازدواج نوعی سوءاستفاده تلقی می‌شود.

همان‌طور که گفته آمد، در حقوق بین‌الملل، کنوانسیون‌های دیگری چون کنوانسیون ۱۹۲۴ ژنو در مورد حقوق کودک، بیانیه مجمع عمومی سازمان ملل در ۲۰ نوامبر ۱۹۵۹ در خصوص کودکان فرزندخوانده، ماده ۲۳ و ۲۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به این مهم پرداخته‌اند، ولی هیچ‌یک به صورت صریح، ماده‌ای در مورد ازدواج سرپرست با فرزندخوانده ابراز ننموده‌اند؛ اما می‌توان گفت که از روح حاکم بر این اسناد و جنبه حمایتی همه‌جانبه از کودک اعم از جسمی و روحی، به دست می‌آید که این نوع ازدواج با روح حاکم بر این دست اسناد و فلسفه تقنینی آن‌ها در تضاد است؛ مخصوصاً در کشور ایران که سن ازدواج در آن کم است و دختر در سنی که در اکثر کشورها کودک تلقی می‌شود، می‌تواند ازدواج کند.

یافته‌های پژوهش

در رابطه با ازدواج فرزندخوانده با سرپرست دو نظریه جواز و عدم جواز وجود داشت؛ در ارزیابی دو گروه از دلایل، نتایج ذیل به دست می‌آید:

• حکم به جواز مطابق رأی اشهر در فقه است، ولی نمی‌توان صرفاً به استناد خلاف رأی مشهور فقها بودن، پیشنهاد منع ازدواج با فرزندخوانده را خلاف شرع و غیرقابل استماع و مردود شمرد.

• پیش از تصویب هر قانون، باید به وجود عنصر مصلحت در آن اطمینان حاصل نمود؛ زیرا عنصر مصلحت‌اندیشی یکی از مبانی و اصول اصلی تشریح است و لازم بود مقنن تشخیص وجود یا عدم وجود مصلحت در این نوع ازدواج را بررسی می‌نمود، نه اینکه تشخیص این

مصلحت را به قاضی محول کند (تبصره ماده ۲۶). اگر مقنن اصول و مبانی مصلحت‌اندیشی را در تصویب این قانون به کار می‌گرفت، به عدم تطابق مانحن‌فیه با این اصول و مبانی پی می‌برد.

• موافقان جواز برای توجیه صحت نظر خود در این رابطه، به اهرم قوی نظر فقهی و شرعی که فرزندخوانده را فرزند واقعی قلمداد نمی‌کند، اشاره می‌کنند؛ ولی در هیچ‌کدام از آموزه‌های دینی، تأییدی بر این کار صورت نگرفته است؛ گرچه این نوع ازدواج به دلیل نداشتن رابطه نسبی و سببی و رضاعی فرزندخوانده با سرپرست از جهت فقهی صحیح باشد، اما با توجه به روح شریعت و حکمت‌هایی که در خود ازدواج وجود دارد، این نکاح امری مکروه است؛ اگر هم تجویز شده، در موارد نادری بوده که مصلحتی در آن است و قانون‌گذار نباید موارد شد و ندر را به‌عنوان قانون تصویب نماید. به عبارت دیگر، گرچه این نکاح از حیث فقهی جایز است، با در نظر گرفتن مصالح عالی، که در صورت وقوع این ازدواج احتمال تضییع آن وجود دارد و همچنین آسیب این نوع ازدواج، که مورد تأیید متخصصان و مشاوران روان‌شناسی و روان‌کاوی و امور خانواده می‌باشد، می‌توان از طریق ابزار حکم حکومتی یا به‌کارگیری ابزار و قواعدی همچون «عسر و حرج»، «لاضرر» و «أهم ومهم»، رأی عدم جواز این نوع ازدواج را صادر نمود. از سوی دیگر، در صورت جواز این نوع ازدواج، دلایلی همچون مخالفت عرف و اخلاق حسنه با این قانون، آن را به قانونی متروک و بی‌ثمر مبدل می‌سازد که فقط راه امکان سوءاستفاده را می‌گشاید و در نتیجه به فرزندخوانده و نهاد فرزندخواندگی و هدف والایی که این نهاد برای آن به وجود آمده است، آسیب وارد می‌نماید.

• به نظر می‌رسد ادله عدم امکان ازدواج قوی‌تر باشد؛ زیرا قسمت اول تبصره ماده ۲۶ نیز چنین ازدواجی را ممنوع دانسته و قسمت دوم ماده که می‌گوید: «مگر به مصلحت فرزندخوانده باشد»، موارد استثنایی و نادر را گفته است؛ فلذا بایستی دامنه موارد مصلحت را نیز محدودتر کند. پس مقنن لازم است موارد مصلحت را موردی و حصری بیان کند تا بتوان حداقل امکان دامنه چنین ازدواجی را محدود کنیم.

منابع

— ابن منظور، محمد بن مكرم (۱۴۱۴ ق). *لسان العرب*. بیروت: دارالفکر.

- احمدی و استانی، عبدالغنی (۱۳۴۱). نظم عمومی در حقوق خصوصی. تهران: انتشارات روزنامه رسمی، چاپ اول.
- آذرنوش، آذرتاش (۱۳۸۶). فرهنگ معاصر عربی به فارسی. تهران: نشر نی، چاپ هشتم.
- البوطی، محمدسعید رمضان (۱۴۰۶ ق). ضوابط المصلحه فی الشریعه الاسلامیه. مصر: مؤسسه الرساله، چاپ پنجم.
- امامی، اسدالله (۱۳۴۹). مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه. تهران: چاپخانه موسوی.
- انصاری، محمدعلی (۱۴۱۵ ق). الموسوعه الفقهیه. قم: مجمع فکر الاسلامی.
- بارانی بیراوند، امیر (۱۳۹۹). ترجمه کنوانسیون فرزندخواندگی بین‌کشوری لاهه مصوب ۱۹۹۳. تهران: چتر دانش، چاپ اول.
- _____ و مختاری، عبدالله (۱۳۹۸). کشف الاحتجاج عن مبانی تکمله المناهج. تهران: نشر مجد، چاپ اول.
- بجنوردی، سید محمد بن حسن موسوی (۱۴۰۱ ق). تهران: قواعد فقهیه. مؤسسه عروج.
- تقوی، سید محمدناصر (۱۳۷۸). حکومت و مصلحت. تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ اول.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). مسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: چاپ احمدی، چاپ دوم.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۲). تفسیر قرآن کریم. قم: تسنیم، مرکز نشر اسراء، چاپ چهارم.
- حسینی میلانی، علی (۱۴۰۱ ق). کتاب القضا. قم: بی‌نا.
- خوبی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ ق). التنبیح فی شرح العروه الوثقی (تقریر به قلم علی غروی). قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷). لغت‌نامه دهخدا. تهران: دانشگاه تهران، چاپ دوم.
- دینانی، عبدالرسول (۱۳۸۷). حقوق خانواده، ازدواج و انحلال آن. تهران: نشر میزان.
- راغب اصفهانی، ابوالقاسم (۱۴۰۵ ق). المفردات فی غریب القرآن. قم: مؤسسه دار الهمجره.
- صفایی، حسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۴). حقوق خانواده قرابت و نسب و آثار آن. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ پنجم.
- طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۶۳). تفسیر المیزان. ترجمه سید محمدباقر موسوی همدانی. تهران: انتشارات محمدی، چاپ سوم.
- ظفری، مژده و خدایی، مهدی (۱۳۹۴). «بررسی فقهی و حقوقی ازدواج سرپرست با فرزندخوانده». مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، ۸(۱۵)، ص ۷۷-۹۸.
- عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
- عرب خابوری، سمانه (۱۳۹۳). ازدواج با فرزندخوانده. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علوم قضایی.
- غزالی، محمد (۱۳۶۸). المستصفی فی علم الاصول. عربستان: دار الذخائر.

- غمامی، محمدمهدی (۱۳۸۳). «فرزندخواندگی در خانواده رومی - ژرمنی با بررسی تطبیقی در حقوق آلمان و فرانسه». *مجله کانون (ماهنامه حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران)*، شماره ۵۵، ص ۱۱۹ - ۱۳۶.
- قدیر، محسن و ساریخانی، عادل (۱۳۹۰). «احکام حکومتی و مصلحت در فقه شیعه». *فصلنامه شیعه‌شناسی*، ۹(۳۵)، ص ۷۳-۹۰.
- قلعجی، محمد رواس و قنبری، حامد صادق (۱۴۰۸ ق). *معجم لغه الفقهاء*. بیروت: دار النفائس للطباعة و النشر و التوزیع.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). *حقوق مدنی خانواده*. دوره مقدماتی. تهران: نشر میزان، چاپ هفتم.
- _____ (۱۳۸۴). *دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ خانواده*. تهران: نشر میزان.
- _____ (بی تا). *حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*. تهران: مجد، چاپ سوم.
- گلبایگانی موسوی، سید محمدرضا (۱۴۱۲ ق). *ارشاد السائل*. بیروت: دار الصفوه، چاپ دوم.
- محدث نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ ق). *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*. بیروت: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- مدنیان، غلامرضا؛ رحمت‌اللهی، حسین و خالقی دامغانی، احمد (۱۳۹۰). «امکان یا امتناع تبیین مفهوم نظم عمومی در حقوق». *نشریه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، ۱۵(۷۳)، ص ۱۳۳-۱۵۲.
- مرعشی، سید محمدحسن (۱۳۹۸). *دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام*. تهران: نشر میزان.
- مصطفوی، سید محمدکاظم (۱۴۲۱ ق). *القواعد*. قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ چهارم.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۳۸). *اصول الفقه*. قم: جماعه المدرسين فی الحوزه العلمیه.
- معلوف، لويس (۱۹۸۶ م). *المنجد فی اللغة و الاعلام*. بیروت: دار المشرق، چاپ بیست و یکم.
- موسوی خمینی، روح‌الله (بی تا). *تحریر الوسیله*. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- میرداماد، سید علی و جواهری، سید علی (۱۳۹۶). «بررسی مشروعیت ازدواج با فرزندخوانده با نگاه به آیات قرآن». *مجله معرفت*، ۲۶(۲۳۳)، ص ۱۳ - ۲۵.
- نایینی، محمدحسین (۱۴۱۰ ق). *اجود التقريرات*. قم: مؤسسه مطبوعات دینی.
- نجفی (کاشف‌الغطا)، علی بن محمدرضا بن هادی (۱۳۸۱). *النور الساطع فی الفقه النافع*. نجف اشرف: مطبعه الآداب.
- تقی‌بی، ابوالقاسم (۱۳۸۷). «نظریات آغاز و انجام کودکی در حقوق اسلامی». *پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی*، ۱(۱)، ص ۱۹۱ - ۲۰۷.
- واسطی زبیدی، سید محمدمرتضی (۱۴۱۴ ق). *تاج العروس من جواهر القاموس*. بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع.