

زواج الطفل المتبنى من وليه: دراسة مقارنة لقانون الإيراني وقوانين بعض الدول المبتنية على الفقه الحنفي

أعظم خوش صورت موفق*

[تاريخ الاستلام ١٤٠١/٠٢/١٨ تاريخ القبول ١٤٠١/٠٤/٢١ هـ ق]

ملخص القول

في القانون الإيراني، تم أخذ إمكانية الزواج من الطفل المتبنى من وليه مع ملاحظة المصلحة بلا مانع. هذا القانون في أكثر الدول الإسلامية التي قانونها تابع لفقه الحنفي، كالجزائر والإمارات وليبيا وسوريا وقطر، ينبثق من عدم تحديد المنع الفقهي في حواجز الزواج، وفي بعض الدول الأخرى مثل تونس يوجد تقسيم في القانون بين المواطنين المسلمين وغير المسلمين مما يدل على اهتمام المشرع بالمشاكل التي يسببها الزواج من الطفل المتبنى. بالنظر إلى الحواجز القانونية لهذه المادة في الدول الإسلامية وضرورة الالتزام بتطبيق القوانين مع أحكام الفقهية في هذه الدول، لا بد من الإجابة على هذا السؤال في ضوء عدم الكفاءة القانونية للقانون المذكور، ما هي الاستراتيجية التي يقترحها المشرع في الدول الإسلامية مع الالتزام بالفقه لحل هذه العقبة؟ هذا القانون في إيران مثير للتفكير بسبب التباين مع النظام العام للمجتمع والأخلاق الحميدة من ناحية، وعدم الوضوح مفهوم "المصلحة" وتشويه النظام التعليمي للطفل المتبنى من ناحية أخرى. ومن جهة أخرى، فإن علامة مثل كراهة الزواج من القابلة أو التفكير في فلسفة الرضاعة ستأثر بإيجاد تناقض ذهني وفقهي للمشرع في مجال إعادة النظر في القانون المذكور كحكم الحكومي. وكذا في الدول الأخرى ذات القوانين المبتنية على الفقه الحنفي هناك مجال لتحليل القانون من خلال مراعاة المصالح المرسله والإستحسان وإمكانية إعمالهما في تزوير القوانين.

كلمات مفتاحية: التبني، الولي، الطفل المتبنى، الحنفية، المصلحة.

* الأستاذ المساعد في قسم الدراسات المرأة، جامعة الأديان والمذاهب، قم، إيران.

ازدواج فرزندخوانده با سرپرست: بررسی مقایسه‌ای قانون ایران و برخی کشورهای دارای قانون مبتنی بر فقه حنفیه

اعظم خوش صورت موفق *

[تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۱۸؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۲۱]

چکیده

در قانون ایران، امکان ازدواج فرزندخوانده با سرپرست با وجود مصلحت بلامانع لحاظ شد. این قانون در اغلب کشورهای اسلامی دارای قانون مبتنی بر فقه حنفیه، مانند الجزایر، امارات، لیبی، سوریه و قطر، ناشی از تعریف‌نشدن ممنوعیت فقهی در موانع نکاح است و در برخی دیگر از کشورها، مانند تونس، دارای تفکیک قانونی برای شهروندان مسلمان و غیرمسلمان است که نشانه اعتنای قانون‌گذار به مشکلات ناشی از ازدواج با فرزندخوانده است. با توجه به موانع حقوقی این ماده در کشورهای اسلامی و لزوم رعایت تطبیق قوانین بر فقه در این کشورها، پاسخ به این پرسش ضروری است که: با عنایت به ناکارآمدی‌های حقوقی قانون مذکور، قانون‌گذار کشورهای اسلامی در ضمن التزام به فقه، چه راهبردی را برای برون‌رفت از این معضل پیشنهاد می‌کند؟ این قانون در ایران به سبب مغایرت با نظم عمومی جامعه و اخلاق حسنه و نیز فقدان وضوح در مفهوم «مصلحت» و مخدوش‌شدن نظام تربیتی فرزندخوانده محل تأمل است. از سویی، امارتی مانند کراهت ازدواج با قابله یا تأمل در فلسفه ایجاد رضاع، در ایجاد پارادایم ذهنی و فقهی برای قانون‌گذار در جهت بازنگری در قانون مذکور به نحو حکم حکومتی مؤثر خواهد بود. در سایر کشورهای دارای قانون مبتنی بر فقه حنفی نیز با عنایت به مصالح مرسله و استحسان و امکان جریان آنها در جعل قوانین، قابلیت واکاوی قانون وجود دارد.

کلیدواژه‌ها: تبّتی، سرپرست، فرزندخوانده، حنفیه، مصلحت.

مقدمه

با توجه به اینکه تشکیل خانواده از مراحل بسیار حساس زندگی انسان‌ها به شمار می‌رود، آیین اسلام و همچنین قانون‌گذاران کشورهای اسلامی (اعم از شیعه و سنی)، توجه ویژه به مؤلفه‌ها و جزئیات آن داشته‌اند. یکی از جزئیات جنجالی آن، ازدواج سرپرست و قیم با فرزندخوانده است. از سویی، فرزندخواندگی از نظر اسلام جزء مستحبات و انتخاب‌های شایسته فرد مسلمان برای سرپرستی فرد بی‌سرپرست و با ملاحظه صلاح دید فرزند یتیم است و از سوی دیگر، حفظ کیان خانواده با ورود کودکان بی‌سرپرست به خانواده‌ها و ظهور مسائل نوپدید، از قبیل ازدواج با فرزندخوانده، از جمله دغدغه‌ها و رسالت‌های شرع و قانون اسلامی است؛ از این رو برای حل این تعارض لازم است قوانین اسلامی مبتنی بر شرع مقدس با نگاه مقایسه‌ای و از منظر کشورهای مختلف اسلامی با مبانی مختلف فقه به دقت بررسی شود.

با ورود فرزندخوانده به خانواده‌هایی که غالباً به دلیل نداشتن فرزند، اقدام به فرزندخواندگی می‌کنند، استقرار و حیات دوباره به کالبد خانواده جریان می‌یابد؛ اما برخی از ضوابط و قوانین ممکن است موجبات نقض غرض شارع مقدس و نیز قانون‌گذار اسلامی را فراهم آورد که رسالت این نوشتار بررسی یکی از این قوانین است که در سال ۱۳۹۲ قانون‌گذار در تبصره ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست مقرر داشت:^۱ «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». تبصره این ماده با توجه به اینکه در مواقعی اجازه ازدواج سرپرست با کودک را داده، نگرانی‌هایی را برای کارشناسان و دغدغه‌مندان مسائل خانواده به وجود آورده، به نحوی که ایشان معتقدند این تبصره موجبات نقض غرض قانون‌گذاران را فراهم آورده است؛ چراکه قانون‌گذار قطعاً به دنبال تحکیم مبانی خانواده بوده، اما با این تبصره نه تنها حمایت از کودک اغلب محل مناقشه است، بلکه اصل خانواده میزبان کودک نیز دچار مشکلات انکارناپذیری می‌شود. نوشتار پیش رو در صدد شناسایی موانع و مشکلات تبصره مذکور با رویکرد فقهی حقوقی و با عنایت به روح حاکم بر دین خواهد بود. از

سویی، این مسئله در حقوق ایران متخذ از مبانی فقه امامیه است که در این نوشتار با نگاه مقایسه‌ای به فقه حنفی و قوانین کشورهای که متخذ از این فرقه هستند به‌دقت بررسی خواهد شد.

۱. مفهوم‌شناسی

۱.۱. واژه «تَبَنَّى»

الف. در لغت؛ «تَبَنَّى» از دیرباز در تاریخ بشر وجود داشته و نزدیک به عصر معصوم (ع) و حتی در زمان رسالت حضرت محمد (ص) از مسائلی بوده که در جامعه آن زمان درباره‌اش مفاهمه و گفت‌وگو می‌شده است؛ اما به جهت مفهومی، چنانچه خواهد آمد، از رسوم جاهلی محسوب شده و معنایی خاص‌تر از فرزندخواندگی به زبان فارسی دارد. لذا به‌کاربردن واژه «تَبَنَّى» به جای فرزندخواندگی، شاید محل تأمل باشد. «تَبَنَّى» در اصطلاح به معنای آن است که فرزند دیگری را به جای فرزند خود بدانی و آثار فرزندی را بر او بار کنی، چنانچه در تعریف آن آمده است: «التبني تفعل من البنوة و هو اتخاذ الشخص ولد غيره ابنا لنفسه ... فکان يأخذ الرجل ابن غيره و يتخذ ابنا لنفسه كالابن النسبی و یرتب علیه جمیع آثار البنوة من التوارث والمحرمية لزوجته والمحرمية لأولاده و سائر أرحامه و یسمونه دعیاً» (مشکینی، بی‌تا: ۱۲۶). به نوعی «تَبَنَّى» توسعه در مفهوم فرزندداری است^۲ (اسماعیل بن عباد، ۱۴۱۴: ۴۰۹/۱۰)، چراکه در عمل فرزندی که از فرد به وجود نیامده است، فرزند تلقی می‌شود که این توسعه در معنا است. یوسف القرضاوی نیز در همین مضمون آورده است: «و هو ان يضم الرجل طفلا الى نفسه مع علمه انه ولد غيره و مع هذا يلحقه بنسبه و یثبت له کل احکام البنوة و آثارها» (قرضاوی، ۱۹۸۰: ۲۱۸، به نقل از: التَّبَنَّى فی مقاصد الشریعة الاسلامیة والقانون الجزائری: ۳۸/۲) و نیز از ابوحنیفه آمده است: «انه تَبَنَّى ای اتخذ ابنا» (التَّبَنَّى فی مقاصد الشریعة الاسلامیة والقانون الجزائری: ۳۷/۲). قرآن نیز ذیل سه آیه «قَالُوا اتَّخَذَ اللَّهُ وَلَدًا سُبْحَانَهُ هُوَ الْغَنِيُّ» (یونس: ۶۸)، «وَمَا يَنْبَغِي لِلرَّحْمَنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَدًا» (مریم: ۹۲) و «وَيَنْذِرُ الَّذِينَ قَالُوا اتَّخَذَ اللَّهُ وَلَدًا» (کهف: ۴) منظور از اتخاذ ولد را همان تَبَنَّى دانسته است (مصطفوی، ۱۴۰۲: ۲۰۰/۳).

ب. در قرآن (بر اساس تفاسیر شیعی و اهل سنت)؛ در طول تاریخ، بشر به فرزندخواندگی اعتنا داشته است. از این رو در قرآن شواهدی دال بر این مدعا وجود دارد. در عصر جاهلیت معمول بود که بعضی از کودکان را به عنوان فرزند خود انتخاب می‌کردند و آنها را پسر خود می‌خواندند. به دنبال این نام‌گذاری تمام حقوقی را که پسر از پدر داشت، برای او قائل می‌شدند. اسلام، این مقررات غیرمنطقی و خرافاتی را به شدت نفی کرد و فرمود: «وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ؛ خداوند فرزندخوانده‌های شما را فرزند حقیقی شما قرار نداده است» (احزاب: ۴). حتی، چنان‌که خواهیم دید، پیامبر (ص) برای مطرودخواندن این سنت غلط، همسر پسرخوانده‌اش زید بن حارثه را بعد از آنکه از زید طلاق گرفت به ازدواج خود درآورد. سپس قرآن برای تأکید بیشتر و روشن کردن خط صحیح و منطقی اسلام چنین می‌افزاید: «ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ؛ آنها را به نام پدرانشان بخوانید که این کار نزد خدا عادلانه‌تر است» (احزاب: ۵)؛ (مکارم شیرازی و دیگران، ۱۳۷۴: ۱۹/۱۷).

تفاسیر اهل سنت نیز بر وجود سنت تَبَنّی در جاهلیت، به نحوی که فرزندخوانده تمامی احکام فرزند نسبی را دارا است، تصریح داشته و بر بطلان آن به دستور اسلام تأکید می‌ورزند (مراغی، بی تا: ۱۲۷/۲۱). قرآن می‌فرماید: «وَقَالَ الَّذِي اشْتَرَاهُ مِنْ مِصْرَ لِمِثْرَانِهِ أَكْرِمِي مَثْوَاهُ عَسَىٰ أَنْ يَنْفَعَنَا أَوْ نَتَّخِذَهُ وَلَدًا؛ کسی که یوسف را در مصر خرید، به همسرش سفارش او را کرد و گفت: مقام این غلام را گرامی دار و به چشم بردگان به او نگاه نکن، چراکه ما امیدواریم بهره فراوانی از این کودک در آینده ببریم و یا او را به عنوان فرزند برای خود انتخاب کنیم» (مکارم شیرازی و دیگران، ۱۳۷۴: ۳۵۸/۹). این آیه نشان می‌دهد که قطفیر عقیم بود و فرزند نداشت و قصد کرد یوسف را به فرزندگی بگیرد (زمخشری، ۱۴۰۷: ۴۵۴/۲؛ مغنیه، ۱۴۲۴: ۲۹۸/۴). جمله «عَسَىٰ أَنْ يَنْفَعَنَا أَوْ نَتَّخِذَهُ وَلَدًا» در دو آیه قرآن به کار رفته است: یکی درباره حضرت موسی (ع) و دیگری عزیز مصر (قرائتی، ۱۳۸۳: ۱۷۷/۴). در آیه ۹ سوره قصص، که از فرزندخواندگی حضرت موسی (ع) سخن به میان می‌آید، بسیاری از تفاسیر شیعی (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۱۳/۱۶؛ مکارم شیرازی و دیگران، ۱۳۷۴: ۲۶/۱۶) و سنی به قصد همسر فرعون برای تَبَنّی اشاره دارند و معتقدند فرعون فرزند پسری نداشت. لذا او را به فرزندخواندگی پذیرفت (زمخشری، ۱۴۰۷: ۳۹۵/۳؛ مراغی، بی تا: ۳۹/۲۰).

۱.۲. فرزندخواندگی

گرچه ممکن است واژه «تَبَنّی» و «فرزندخواندگی» مترادف به نظر آیند، اما چنانچه گذشت «تَبَنّی» در زمان جاهلیت منصرف به شکل خاصی از فرزندخواندگی است که فرزندخوانده، به منزله فرزند صلبی و با تمام احکام و ضوابط او است، اما فرزندخواندگی در زبان فارسی طبق نظر مفسران حقوقی، نوعی عمل حقوقی است که موجب پیدایش رابطه فرزندى صوری بین دو شخص می‌شود؛ یکی را «فرزندخواه» و دیگری را «فرزندخوانده»، و رابطه مزبور را «فرزندخواندگی» خوانند. این عمل، حقوقی را که فرزندخوانده در خانواده واقعی‌اش دارد، سلب نمی‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۴۹۷) و نیز او را، همانند فرزند حقیقی خانواده فرزندپذیر، محق نمی‌کند. فرزندخواندگی در قانون به معنای رابطه حقوقی خارج از سه رابطه تعریف شده در فقه و قانون است؛ بنابراین، اگر از طریق رضاع یا نسب (ارتباط رحمی) یا سبب حاصل شود از شمول این مفهوم خارج است. با توجه به قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲ می‌توان قرابت ناشی از سرپرستی را، که نوعی فرزندخواندگی است، به آن افزود. قرابت ناشی از سرپرستی یا فرزندخواندگی رابطه‌ای است که به حکم مستقیم قانون ایجاد می‌شود (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ۲۹۴). به هر حال، فرزندخوانده در حقوق ایران، در واقع فرزند حکمی است و انتسابش به خانواده، مجازی است. لذا ممکن است در نتیجه بروز حوادثی، مانند فوت پدر و مادر حکمی، ارتباط ایجادشده بر هم بخورد و کودک در حکم فرزند خانواده دیگر درآید، در حالی که هیچ حادثه‌ای فرزند مشروع را بیگانه نمی‌کند و پیوند طبیعی او و پدر و مادرش گسستنی نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۸۱).

۲. ازدواج با فرزندخوانده در حقوق (مبتنی بر فقه امامیه و اهل سنت)

۱.۲. در ایران

در قانون مدنی ایران به فرزندخواندگی پرداخته نشده، ولی در ایران باستان، به‌ویژه در حقوق ساسانیان، فرزندخواندگی و پذیرفتن فرزندخوانده به دلایل متعدد مرسوم بوده است. مثلاً زرتشتیان معتقد بودند فرزند عنوان پل صراط را دارد و کسی که فرزند

ازدواج فرزندخوانده با سرپرست: بررسی مقایسه‌ای قانون ایران و برخی کشورهای دارای قانون مبتنی بر فقه حنفیه / ۷۹

نداشته باشد قادر نیست در روز قیامت از پل صراط بگذرد، لذا کسانی که صاحب فرزند نبودند برای رفع این نقیصه و طلب آمرزش و عبور از پل مزبور، فرزند بدلی برای خود انتخاب می‌کردند. گاهی هم به علت علاقه شدید به داشتن فرزند یا به منظور کمک به اطفال بی‌سرپرست، فرزندخوانده می‌پذیرفتند (امامی، ۱۳۹۲: ۴۴۶). برای نخستین بار قانون‌گذار، در سال ۱۳۵۳ در قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست به این نهاد پرداخت، ولی واژه «فرزندخواندگی» در این قانون نیست و به جای آن از واژه «سرپرستی» نام برده شده است. در حال حاضر، این قانون به موجب «قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست، مصوب ۱۳۹۲» نسخ شده است. قانون جدید به اموری همچون شرایط درخواست‌کنندگان سرپرستی، تکالیف سرپرست، دادگاه صالح و ... پرداخته است.

قانون سال ۱۳۵۳ درباره ازدواج با فرزندخوانده ساکت مانده و به این ازدواج اشاره‌ای نکرده بود؛ چراکه فرزندخوانده در عداد هیچ یک از محارم سببی، نسبی و رضاعی نبود و آیاتی از سوره احزاب هم مستقیماً به این موضوع پرداخته بود. اگرچه حرمت ازدواج بین فرزندخوانده و والدین فرزندپذیر شرعاً وجود نداشت ولی قبح آن در میان عامه مردم از لحاظ اخلاقی و انسانی کافی بود که چنین ازدواج‌هایی رخ ندهد یا در مواقع استثنایی به شکل نادری اتفاق بیفتد (غدیری و اسماعیلی، ۱۳۹۶: ۲۹۵). یکی از موضوعات بحث‌برانگیز قانون جدید، تبصره ماده ۲۶ این قانون درباره ازدواج فرزندخوانده با سرپرست است. هرچند در ابتدای تبصره ماده گفته شده که ازدواج، چه در زمان حضانت و چه بعد از آن، بین سرپرست و فرزندخوانده ممنوع است، ولی در ادامه می‌گوید: «مگر اینکه دادگاه صالح پس از اخذ نظر مشورتی از سازمان، این امر را به مصلحت فرزندخوانده تشخیص دهد».

۲.۲. حقوق سایر کشورهای دارای قانون مبتنی بر فقه حنفیه

در الجزایر، ذیل ماده ۲۵ قانون الاسرة این کشور، موانع نکاح احصا شده است (قانون الاسرة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، فصل الثانی، موانع الزواج، ماده ۲۵) اما نامی از «تَبَنّی» به میان نیامده است؛ این یعنی منعی از سوی قانون‌گذار راجع به نکاح فرزندخوانده و سرپرست نیست. اساساً در این کشور اصل تَبَنّی محل تأمل است و موضع قانون‌گذار

نپذیرفتن آن، ولو در بحث نسب است؛ لذا در ادامه قانون الاسرة، ذیل بحث نسب در ماده ۴۶، درباره تَبْنی اظهارنظر می‌کند و صراحتاً می‌گوید: «یمنع التَّبْنی شرعاً و قانوناً» (همان، فصل الخامس، ماده ۴۶). به نظر می‌رسد این تصریح قانون‌گذار، ما را از ارجاع به فقه و موضع فقیه در این موضوع بی‌نیاز کند.

در قانون مدنی امارات نیز در قسمت بیان مصادیق حرمت نکاح در ماده ۴۲، محارم نسبی و سببی و ... را نام می‌برد، در حالی که فرزندخوانده طبعی جزء مصادیق آن نیست. در باب حضانت، که از ماده ۱۴۲ آغاز می‌شود، نیز به مصادیق حضانت پرداخته است که در آن از ممنوعیت نکاح بین حاضنه و محضون سخن نگفته است.

تونس یکی از کشورهایی است که دین رسمی آن اسلام است، اما قانون‌گذار، برخلاف سایر قوانین که مبتنی بر مبانی اسلام است، بر اساس قانون کشورهای غربی از قبیل فرانسه،^۳ تَبْنی را جایز دانسته و قوانین را بر همین اساس وضع کرده است، که در قانون شماره ۲۷ سال ۱۹۵۸ در دو فصل به آن تصریح شده و مفادش به شرح زیر است:

- تفاوت سن بین فرزندپذیر و فرزندخوانده در زمان صدور حکم کمتر از ۱۵ سال نباشد.
 - فرزندخوانده خردسال باشد، اعم از آنکه دختر یا پسر باشد.
 - اگر خواهان فرزندخواندگی فقط یکی از زوجین باشد، قانون‌گذار موافقت دیگری را لازم است جلب کند (موافقت هر دو لازم است).
 - قانون‌گذار تونس همچنین به شهروند تونس اجازه داده است یک کودک خردسال خارجی را به فرزندپذیری بپذیرد.
 - و تشریفات صدور حکم فرزندخواندگی در این قانون چنین است:
 - لزوم رضایت همسر متقاضی
 - حضور طرفین در زمانی که متقاضی فرزندخواندگی هستند.
 - دادن درخواست به قاضی صالح برای پذیرش فرزندخواندگی
 - ضرورت انجام دادن تحقیقات برای تحقق مصلحت کودک
- آثار مترتب بر تَبْنی در قانون تونس چنین است:

ازدواج فرزندخوانده با سرپرست: بررسی مقایسه‌ای قانون ایران و برخی کشورهای دارای قانون مبتنی بر فقه حنفیه / ۸۱

- پذیرنده، نام فرزندخوانده را به همراه خواهد داشت.
 - با او مانند پسر مشروع رفتار خواهد شد و به او حقوق و وظایفی همانند پسر واقعی داده می‌شود.
 - موانع ازدواج با اقارب وجود خواهد داشت. از این رو ازدواج او با خانواده‌ای که فرزندخوانده آن می‌شود، جایز نیست.
- تَبَنّی در مصر به عنوان یکی از کشورهای مسلمان‌نشین محل اعتنا است. نکته در خور تأمل در این کشور تفکیک قانون تَبَنّی برای مسلمانان و غیرمسلمانان است که قانون‌گذار، تَبَنّی را برای مسلمانان مصری در قانون احوال شخصیه مصر حرام می‌داند؛ از این رو نفقه، ارث، حضانت، ازدواج و بقیه آثار بر فرزندخوانده بار نمی‌شود (قدری پاشا، ۱۴۲۷: ماده ۳۵۳).
- علاوه بر ماده قانون اساسی ۱۹۷۱، پس از اصلاحیه‌ای که در ۲۲ مه ۱۹۸۰ صورت گرفت، که بر اساس آن اسلام دین دولت است، زبان عربی زبان رسمی آن، و اصول حقوق اسلامی منبع اصلی آن است، ماده ۴۰ قانون کودک مصر تصریح می‌کند که کودک حق دارد او را به والدین قانونی‌اش نسبت دهد. این قانون هر قانونی را که به فرزندخواندگی مسلمانان اجازه دهد یا اجرایش را بپذیرد، باطل می‌کند؛ چراکه شریعت اسلام مانند منبع قانون‌گذاری مصر تَبَنّی را حرام می‌داند. اما قانون برای غیرمسلمانان، مانند یهود و مسیح، تَبَنّی را با وجود شرایط ذیل اجازه می‌دهد (ماده ۴۶۲ سال ۱۹۵۵):
- طرفین تَبَنّی از یک آیین (هر دو مسیحی یا نصارا) باشند.
 - وجود مرجع قضایی واحد و منظم برای طرفین فرزندخواندگی در زمان صدور این قانون.
 - نظم عمومی در مصر با قانون شریعت دو طرف فرزندخواندگی در تضاد نباشد.
- در لیبی، سوریه و قطر هیچ ماده قانونی‌ای درباره تَبَنّی وجود ندارد اما در احوال شخصیه سوریه در ماده ۳۴، ۳۵ و ۳۶ مصادیق حرمت نکاح را بیان می‌کند، ولی از فرزندخوانده سخنی به میان نمی‌آورد. همچنین، در قانون مدنی قطر، مواد ۲۰ تا ۲۵، در مقام بیان مصادیق حرمت نکاح است که مانند قوانین ایران مبتنی بر فقه اسلامی است.

از این رو نامی از فرزندخوانده به عنوان مانعی برای حرمت نکاح برده نشده است؛ لذا تَبَنّی پذیرفته نبوده و به حرمت نکاح با سرپرست تصریح نشده است.

۳. بررسی موانع حقوقی ازدواج فرزندخوانده با سرپرست

۳.۱. در حقوق ایران

بررسی قانون ازدواج با فرزندخوانده در ایران مبتنی بر مبانی فقهی و اسلامی با مذاقه در برخی امور از باب تحلیل زوایای موضوع و نیز فهم روح حاکم بر قوانین به شرح زیر دست‌یافتنی است:

الف. لزوم تأمل در عنصر «مصلحت» مندرج در قانون

چنانچه گذشت، در تبصره ماده ۲۶ مقرر شد که ازدواج در صورت وجود مصلحت برای فرزندخوانده بلامانع است.

ضرورت اعتباربخشی به مصلحت نوعی به جای مصلحت فردی؛ فرض
قانون‌گذار در مسئله وجود مصلحت ازدواج، برای برخی فرزندخوانده‌ها است. از این رو در تبصره فوق، آن را پیش‌بینی کرده است؛ اما باید توجه داشت که لازمه عنایت به این مصلحت، ذبح مصلحت عام‌تر و بزرگ‌تری است که ممکن است با این تبصره مصلحت تعداد معدود و نادری از فرزندخوانده‌ها تأمین شود و نوعاً چنین ازدواجی به مصلحت خانواده و نیز خود فرزندخوانده نباشد؛ چراکه با وجود نگرانی از چنین رخدادی استقبال از پذیرش چنین فرزندی کاهش می‌یابد و در برآیندی کلی مانعی بر سر راه فرزندخواندگی ایجاد خواهد شد. در این صورت بسیاری از افرادی که مستعد فرزندخوانده‌شدن و داشتن آینده روشن هستند این فرصت را از دست خواهند داد.

شناوری مفهوم «مصلحت»؛ لغت‌دانان «مصلحت» را ضد «مفسده» معنا کرده‌اند،
چنانچه آمده است: «الصَّلاح: ضدُّ الفساد» (ابن‌منظور، ۱۴۱۴: ۵۱۶/۲)، حال آنکه روشن نیست معیار تشخیص مصلحت چیست. می‌توان گفت واژه «مصلحت» نمی‌تواند ضابطه مناسبی برای این ماده قانونی باشد. نکته در خور تأملی که در تفسیر لغت‌دانان از واژه «مصلحت» وجود دارد، این است که آنچه در معنای این واژه آمده، صرف‌الوجود فقدان

ازدواج فرزندخوانده با سرپرست: بررسی مقایسه‌ای قانون ایران و برخی کشورهای دارای قانون مبتنی بر فقه حنفیه / ۸۳

مفسده و خیر است، بدون اینکه مقدار خیر و صلاح مشخص شده باشد (علی‌دوست، ۱۳۸۸: ۸۴). اما آیا صرف نبود «مفسده» مجوز اطلاق «مصلحت» است و بین «مصلحت» و «مفسده» واسطه‌ای وجود ندارد یا «مصلحت» و سایر مشتقات این مفهوم امور وجودی است و به صرف نبود «مفسده» اطلاق‌شدنی نیست؟ برخی بدون هیچ توضیح و دلیلی «اصلاح» و «افساد» را نقیض یکدیگر دانسته‌اند که با فقدان یکی، دیگری وجود دارد؛ اما «صلاح» و «فساد» را ضد یکدیگر فرض کرده‌اند (مصطفوی، ۱۳۸۶: ۶/۲۶۵-۲۶۶)^۴ و در مقابل گفته شده:

با توجه به ارتکاز و تبادر ذهن که در این گونه مسائل مهم‌ترین سند و مرجع است، مصلحت و مفسده همچنین اصلاح و افساد ضد یکدیگر بوده، ارتفاع هر دو نیز در یک مورد قابل تصور است و «مصلحت و اصلاح» به صرف نبود مفسده و افساد نیست؛ بنابراین می‌توان اموری و افعالی فرض کرد که نه مصداق مصلحت باشد و نه مفسده، نه اصلاح باشد و نه افساد (علی‌دوست، ۱۳۸۸: ۸۵-۸۶).

در نتیجه مفهوم «مصلحت» را نمی‌توان با تعریفی که جامع افراد و مانع اغیار باشد، تفسیر کرد و شاید بتوان گفت تفسیر یا تبیین واژه کمکی به رفع ابهام آن نمی‌کند (همان: ۸۶؛ منصورنژاد، ۱۳۸۸: ۶). این شناوری مفهوم تا بدانجا است که اندیشمند معاصر غربی،^۵ در مقاله‌ای در باب «مصلحت عمومی» پس از تأمل در واژه «مصلحت» می‌گوید به نظر من تمام تعاریفی که از «مصلحت» مطرح شوند، یا نامربوط‌اند یا تحویل‌پذیرند. بنابراین، تنها تعبیری که از این واژه می‌توان داشت این است که: مصالح شما چیست‌اند یا کدام‌اند؟ از سویی، وی معتقد است هر سیاست، قانون، رسم و عادت در صورتی به مصلحت کسی است که بر امکانات او برای تحصیل هر آنچه بخواهد تحصیل کند، بیفزاید. در واقع، این اندیشمند غربی با تعریف اخیر، تعریفی از «مصلحت فلانی» پیش می‌نهد نه «مصلحت علی‌الاطلاق» (کوبین، ۱۳۷۱: ۲۲۶-۲۲۷). بنابراین، در مقام عمل، کارکرد اجرایی خود را از دست داده و قید قابلیت اجرایی ندارد. از سویی، قانون‌گذار مرجع تشخیص مصلحت را دادگاه پس از اخذ نظر مشورتی سازمان قرار داده، بدون

اینکه ضابطه مشخصی برای تشخیص مصلحت در دادگاه قرار داده باشد که خود این می‌تواند باعث شکل‌گیری رویه‌های قضایی متفاوتی شود. برخی معتقدند تحقق مصلحت در عالم واقع اگرچه محال نیست، اما به‌ندرت اتفاق می‌افتد؛ بنابراین، قید مصلحت، برگ برنده‌ای است برای محقق‌نشدن چنین ازدواجی؛ اما لازم است به تبعات روانی، مانند نگرانی، بدبینی و سوءتفاهمات در خانواده، عنایت داشت.

خلاف مصالح و منافع فرزندخوانده؛ مصلحت کودک که در تبصره ماده ۲۶ آمده
 است از سیاست‌های قانون‌گذار و شارع مقدس اسلام بوده است؛ از این‌رو در ماده ۴۵ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ آمده است: «رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی است». این دغدغه فراتر از مرزهای ایران در ماده ۲۱ کنوانسیون حقوق کودک نیز دیده می‌شود؛ چنانچه مقرر شده است: «کشورهایی که سیستم فرزندخواندگی را به رسمیت می‌شناسند و مجاز می‌دانند، باید منافع عالی کودک را در اولویت قرار دهند». این در حالی است که با عنایت به آثار منفی رابطه محتمل همسری برای فرزندخوانده، اثبات وجود مصلحت ازدواج برای فرزندخوانده اگر محال نباشد، بسیار دشوار است! مواضع نامشخص و گاه متعارض روابط فیما بین فرزندخوانده و سرپرست از کمترین این آسیب‌ها است؛ مواضعی مانند مطلوبیت عفت دختر نزد پدر و تعارض آن با مطلوبیت عرضگی زوجه برای همسرش.

مخدوش‌شدن کارکرد تربیتی برای فرزندخوانده در خانواده فرزندپذیر که از مهم‌ترین ادله برای اثبات مغایرت ماده مذکور با مصلحت کودک است؛ چراکه هر نهادی، کارکردی دارد که تحقق آن کارکردها، جزء اهداف نهاد است و نهاد مزبور به منظور وصول به آن کارکردها تشکیل می‌شود. خانواده نیز کارکردهایی دارد. یکی از کارکردهای خانواده، کارکرد تربیتی است. خانواده نخستین نهادی است که کودک، خود را در آن می‌یابد و هنجارهای اخلاقی و اجتماعی را می‌آموزد و باور می‌کند. قرآن در بیان اهمیت تعلیم و تربیت، لفظ «یزکیهم» به معنای پاکیزه‌گردانیدن را مشتمل بر دو مفهوم «پرورش» و «تربیت» دانسته و هدف از رسالت پیامبر (ص) را تعلیم و تربیت خوانده است. تأثیر تربیت و پرورش صحیح و مطلوب فرزند در رشد و بالندگی جامعه،

ازدواج فرزندخوانده با سرپرست: بررسی مقایسه‌ای قانون ایران و برخی کشورهای دارای قانون مبتنی بر فقه حنفیه / ۸۵

بدیهی است (اسدی، ۱۳۹۰: ۵۰). قانون ازدواج با فرزندخوانده این کارکرد تربیتی خانواده را به دلیل ارتباط محتمل همسری برای سرپرست مخدوش می‌کند، چراکه اساساً وقتی نقش‌ها دگرگون می‌شوند و نقش پدری به نقش همسری تبدیل می‌شود کارکرد تربیتی پدرانه را نباید انتظار داشت.

تبصره مذکور خلاف فلسفه وجودی نهاد فرزندخواندگی است؛ دومین دلیل در اثبات مغایرت قانون با مصلحت فرزندخوانده آن است که فلسفه وجودی نهاد فرزندخواندگی برای کودکانی که به سرپرستی گرفته می‌شوند این است که دارای خانواده‌ای شده و از مواهب خانواده بهره‌مند شوند و برای سرپرستانی که فرزند ندارند این است که دارای فرزندی شوند که احساس کنند فرزند خودشان است و به این طریق بتوانند خلأی را که در خصوص فقدان فرزند دارند پر کنند. حال وقتی قانون‌گذار ازدواج بین فرزندخوانده و سرپرست را مجاز بداند فلسفه وجودی این نهاد در معرض پرسش قرار خواهد گرفت؛ زیرا، همان‌گونه که گفته شد، فرزندخوانده باید احساس کند خانواده‌ای مانند خانواده خود دارد، ولی وقتی از نظر قانونی ازدواج او با سرپرست مجاز باشد دیگر ممکن است این احساس به وجود نیاید، همین‌طور برای سرپرست. این فرزندخواندگی نه تنها آرامشی به خانواده اعطا نمی‌کند بلکه چه‌بسا مشکلات خانواده را هم بیشتر کند؛ زیرا ممکن است اگر کودک پسر باشد، مرد از ارتباط عاطفی همسرش با کودک دچار سوءتفاهم شود و همچنین اگر کودک دختر باشد این احساس برای زن به وجود بیاید.

همچنین، اگر بین فرزندخوانده و سرپرستان قائل به حرمت در نکاح نباشیم، ممکن است زمینه گسترش وسوسه‌های غیراخلاقی و مقاربت جنسی و هوس‌بازی فراهم شود و نهاد فرزندخواندگی از هدف اساسی و انسانی‌اش فاصله بگیرد و محل مقدس و معبد تربیت و آموزش اطفال بی‌سرپرست به مکان سوءاستفاده جنسی تبدیل شود. همان‌گونه که اشاره شد، از نظر اخلاقی و نظم اجتماعی هم پذیرفته نیست که پدرخوانده یا مادرخوانده با کسی ازدواج کند که در شناسنامه‌اش فرزند او معرفی شده است و اگر این حرمت شکسته شود، به فرض که ازدواج صورت نگیرد، فساد پنهانی خطرناکی شیوع خواهد یافت که اساس جامعه را متزلزل خواهد کرد (امامی، ۱۳۹۲: ۴۹۷).

ب. مخالفت با اخلاق حسنه و نظم عمومی جامعه^۶

اخلاق حسنه عبارت است از قواعدی که در زمان و مکان معین، اکثریت اجتماع، رعایت آن را لازم می‌شمرند یا عمل به آنها نیکو تلقی می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۲۰). با عنایت به جریحه‌دار شدن احساسات عمومی جامعه در ازدواج با فرزندخوانده و نیز مقبولیت اکثریتی تداوم نگاه والدینی به فرزندخوانده به نظر می‌رسد قانون‌گذار می‌تواند در این موضوع به مغایرت با اخلاق حسنه استناد کند. از سویی اگرچه اراده آزاد طرفین در معاملات و قراردادها و حکومت آن، محل نظر و تحت حمایت قانون‌گذار است اما مادامی که چنین اراده‌ای نظم عمومی جامعه را مخدوش کند، از کلیت خود خارج می‌شود و قانون‌گذار به رعایت امنیت روانی جامعه و نظم آن اهتمام خواهد داشت. امروزه داشتن رابطه والدینی در ارتباط با فرزندخوانده هنجار به شمار می‌آید و از بین رفتن نگاه مادرانه و پدرانه مصداق ناهنجاری است. از طرفی، طبق اصل آزادی قراردادها معمولاً آثار عقد را طرفین آن معین می‌کنند و التزاماتی که از عقود به وجود می‌آید خواسته خودشان است. در تعیین این خواسته در مرحله نخست به مفاد عقد و عبارت‌هایی که در آن به کار رفته است توجه می‌شود و در مرحله دوم سکوتشان در برابر لوازم عرفی و قانونی عقد به منزله توافق ضمنی درباره اجرای همان احکام به شمار می‌رود، اما در نکاح این اصل از آغاز قانون‌گذاری نو در اخلاق و قواعد مذهبی وارونه بوده است؛ چنانچه زوجین در ایجاد رابطه زناشویی آزادی کامل دارند، اما ناگزیر از پذیرش آثار عقد، چنان‌که حقوق معین کرده است، هستند. مثلاً زن و شوهر نمی‌توانند در نکاح شرط کنند که زن و شوهر از حسن معاشرت و معاضدت معاف باشند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۳۰). از این‌رو چون فرزندخواندگی نیز از مسائل مهم حوزه خانواده محسوب می‌شود، پس آثار آن را قانون‌گذار در نظر داشته و لازم است اگر طرفین با اراده آزاد تصمیم به ازدواج گرفتند، قانون‌گذار به جهت مغایرت با نظم عمومی جامعه و به هدف تأمین امنیت خانواده ورود کند و عدول از نگاه والدینی را مانند معافیت از حسن معاشرت نپذیرد.

ج. تأمل در روح حاکم بر قوانین از طریق سایر ادله

در برخی قوانین اسلام گرچه نهی از شارع مقدس راجع به ازدواج با آنان نرسیده و در زمره موانع نکاح نیستند اما از باب حفظ حرمت بر نهی در مراتب پایین‌تر (کراهت) رسیده است؛ چنانچه درباره ازدواج با قابله علی‌رغم آنکه در زمره هیچ یک از سه دسته نسب، سبب و رضاع نیستند، اما از سوی شارع برحذر داشته شده است. بسیاری از فقها در استفتائاتشان بر این مطلب تأکید داشته (بهجت، فاضل لنکرانی، زنجانی و گرگانی) و گفته‌اند: «مکروه است ازدواج مرد با قابله خودش و دختر او و در مرتبه اشد است این کراهت» (مجلسی، ۱۴۱۰: ۳۵/۱۰۴).^۷ همچنین، راجع به دختر که با اولاد قابله تزویج کند، چراکه قابله در فقه به منزله مادر است. اگرچه همه احکام راجع به مادر را ندارد اما به منزله مادر است؛ همان‌طور که یکی از احکام روشن این است که فرد نمی‌تواند با مادر خود ازدواج کند، با قابله‌ای که به منزله مادر او است نیز نمی‌تواند ازدواج کند.

از این‌رو به نظر می‌رسد مذاق شارع مقدس محترم‌دانستن فردی است که جامعه او را به دلایلی صاحب تکریم می‌داند. بنابراین، اگر قابله‌ای علاوه بر مشایعت در به دنیا آوردن کودکی، او را تربیت نیز کرده باشد و نقشی در بزرگ‌شدن کودک دارد، میزان کراهت را شدیدتر می‌داند که بر لزوم توجه به چنین اماراتی می‌افزاید.

یکی دیگر از این امارات توجه به چرایی محرمیت در مرضعه و رضیعه است. یکی از شرایط تحقق رضاع، نوشیدن شیر به صورت مستقیم از مادر است. به این معنا که اگر مادری شیر را بدوشد و به فرزند دهد ایجاد محرمیت نمی‌کند. از این‌رو به نظر می‌رسد آنچه ایجاد محرمیت می‌کند، صرف شیررساندن به کودک نیست، بلکه در آغوش مادر بودن نیز موضوعیت دارد. چنانچه برخی معتقدند عرب جاهلی با ملاحظه اینکه فرزندی در آغوش مادرش باشد، آن مادر را محترم می‌شمرد و برای مرضعه حرمت مادری قائل می‌شد. از این‌رو اسلام آیین مذکور را نه‌تنها مطرود ندانست، بلکه تکریم کرد. با عنایت به امارات فوق، آیا مادرخوانده که شأنت تربیت و نقش مادر را رسماً پذیرفته است از شمول نکته‌بینی پروردگار عالم خارج است؟! به نظر می‌رسد در پاسخ به این پرسش لازم است تأمل کرد، اما بازبینی در ازدواج با فرزند به طریق حکم اولیه با عنایت به تصریح نصوص میسر نیست. لذا با توجه به آنکه ساحت گفت‌وگو

تبصره ماده قانونی است نه بستر فقه، می‌توان با عنایت به آنچه گذشت به نحو حکم حکومتی و با عنایت به ضروریات جامعه اسلامی که برخی از آنها در رسالت این نوشتار بود، تجدیدنظر کرد؛ کما اینکه این سیره در قانون‌گذاری بی‌سابقه نبوده است.^۸

۳.۲. در حقوق سایر کشورها بر مبنای فقه اهل سنت

الف. تمسک به استحسان

بر اساس تعریف علمای اهل سنت، هر آنچه مجتهد اهل سنت با خرد خود آن را نیکو می‌شمرد و درستی‌اش را فهم می‌کند استحسان است (غزالی، ۱۳۲۴: ۲۷۴/۱)؛ یا استحسان عمل به رأی غالب است در جایی که شرع، موضوع حکمش را مشخص نکرده و تشخیص آن را به عرف واگذار کرده است (سرخسی، ۱۳۷۲: ۲۰۰/۲). ابوحنیفه در عمل به استحسان و اعتقاد به آن پیشوا بوده است؛ از این‌رو در کشورهای مبتنی بر فقه حنفیه با توجه به ادله‌ای که در ذیل نقد قوانین ایران مطرح شد، از جمله مخدوش شدن فضای تربیتی و امنیت خانواده و نظم عمومی جامعه، تمسک به قاعده استحسان امکان‌پذیر است؛ چراکه آنچه از ادله در نقد قانون موجود مطرح شد مغایرت قانون مذکور با عرف بود و در واقع از این مغایرت می‌توان در جهت اثبات مدعای این نوشتار بهره برد.

از سویی درباره جریان قاعده استحسان در قوانین و به عبارت دیگر تغییر قانون بر اساس قاعده استحسان، برخی معتقدند نه تنها منعی در این خصوص وجود ندارد، بلکه بین حقوق‌دانان معمول و متداول است. از این‌رو رعایت مصلحت، اصلی عقلانی است که قانون‌گذار نمی‌تواند آن را نادیده بگیرد، گرچه در هیچ سند مکتوبی بدین صراحت که حقوق مبتنی بر رعایت مفاسد و مصالح است، به آن اشاره نشده اما ممکن است از باب مسلم‌بودن و بدیهی‌بودن باشد که قانون‌گذار قطعاً در حین تصویب مقررات قانونی این اصل را رعایت می‌کند. بنا بر آنچه گفته شد، باید پذیرفت که به‌کاربردن استحسان در حقوق عرفی منعی ندارد اما باید اعمال آن را به کسانی اجازه داد که به مبانی کلی حقوقی، علل و مصالح احکام و عوامل و اسبابی که وضع قانونی را باعث شده‌اند، کاملاً واقف و مطلع و مسلط باشند (نک: محمدی، ۱۳۵۱: ۹۳-۹۴).

ب. تمسک به مصالح مرسله

مصالح مرسله مصالحی است که عقل آنها را بر اساس اصول و قواعد کلی شرعی برای حفظ مقاصد شرع لازم می‌بیند و هیچ نص خاصی بر اعتبار آن وجود ندارد (فیض، ۱۳۹۵: ۲۳۹). غرض در مصالح مرسله حفظ نفس و مال و جان افراد است و در مانحن فیه، یعنی مصلحت فرزندخوانده در ازدواج با سرپرست، گرچه نصی بر ممنوعیت از سوی شارع مقدس نرسیده ولی موضوع از جنس حفاظت از نفس فرزندخوانده است و به نظر می‌رسد امکان تمسک به مصالح مرسله وجود دارد. به نظر می‌رسد اینکه برخی کشورهای دارای فقه حنفی دچار دوگانگی قانون‌گذاری شده و گاه علی‌رغم اسلامی‌بودنشان رویه کشورهای غربی را اتخاذ می‌کنند و ممنوعیت ازدواج با فرزندخوانده مطرح می‌شود و گاه در احوال شخصیه مسلمانان همان کشور دارای قانون مبتنی بر فقه، جواز چنین ازدواجی مطرح می‌شود، حاکی از آن است که قانون‌گذار با عنایت به مشکلات و معضلات اجتماعی و نیز بر اساس فهم عقل در موضوعی که محدودیتی مانند ابتناء به حکم اولیه برای خود فرض نمی‌کند به «ممنوعیت ازدواج» حکم می‌کند و در مواضع دیگر به «جواز ازدواج»؛ در حالی که علی‌رغم وفاداری او به حکم اولیه در فقه، امکان بازنگری در قوانین وجود دارد.

نتیجه

در حال حاضر، یکی از نگرانی‌های جوامع مسلمان، موضوع ازدواج با فرزندخوانده است که قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست ایران در تبصره ماده ۲۶ در صورت وجود مصلحت برای فرزندخوانده، امکان ازدواج فرزندخوانده با سرپرست را مقرر کرده و بدین شکل به جواز آن تصریح کرده است. گرچه در نگاه بدوی با عنایت به تصریح فقه شیعه و اهل سنت فرزندخواندگی به معنای تَبَنّی مطرود است و به عبارت دیگر فرزندخوانده فرزند اصلی محسوب نشده، از این رو احکام رحم بر او جاری نمی‌شود و امکان ازدواج به جهت شرعی با او وجود دارد، اما با عنایت به دلایل ذیل، قانون‌گذار در مقام تقنین می‌تواند در تبصره مذکور به نحو حکم حکومتی بازبینی کند:

• لزوم تأمل در عنصر مصلحت (ضرورت اعتباربخشی به مصلحت نوعی به جای مصلحت فردی، شناوری مفهوم مصلحت و خلاف مصالح و منافع کودک به جهت مخدوش شدن کارکرد تربیتی برای فرزندخوانده و اینکه تبصره مذکور خلاف فلسفه وجودی نهاد فرزندخواندگی است).

• مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه

• تأمل در روح حاکم بر قوانین از طریق سایر ادله (نهی ازدواج با قابله و فلسفه وجودی علت ایجاد محرمیت در رضاع)

در کشورهایی که مبتنی بر فقه حنفیه، رویه واحدی در قانون راجع به این موضوع وجود نداشت، این خود حاکی از آن بود که علی‌رغم تعهد کشورهای مسلمان‌نشین به قوانین اسلامی و احکام اولیه، موضوع ازدواج با فرزندخوانده به معضلی اجتماعی تبدیل شده و از این‌رو قانون‌گذار را به تبعیت از قوانین کشورهای غربی وادار کرده است. بنابراین، با عنایت به ادله‌ای که در نقد قانون ایران مطرح شد و اینکه این ادله فقط برای ایران موضوعیت نداشت و برای سایر کشورهای اسلامی هم موضوعیت دارد، می‌توان پیشنهاد «صریح قانون در ممنوعیت چنین ازدواجی» را مطرح کرد. نکته مهم آنکه تمسک به مصالح مرسله و استحسان که در شیوه‌های فقاهتی حنفیه مقبول است نیز می‌تواند در این زمینه یاریگر باشد.

پی‌نوشت‌ها

۱. ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست مقرر کرده است: «هرگاه 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».

۲. النَّبِيُّ: نُشْرُ الْبَوَانِي.

۳. مواد ۳۴۳ تا ۳۶۷ قانون مدنی صادرشده مورخ ۱۹۶۸/۱۲/۲۳ که شرایطی از قبیل حداقل ۳۵ سال سن برای متقاضی فرزندخوانده، موافقت ولی قانونی فرزندخوانده، ضرورت رضایت زوج، تفاوت سنی ۱۵ سال، وجود مصلحت، و بلوغ طالب تبنی بیان شده است.

ازدواج فرزندخوانده با سرپرست: بررسی مقایسه‌ای قانون ایران و برخی کشورهای دارای قانون مبتنی بر فقه حنفیه / ۹۱

۴. «ضدین» دو امر وجودی هستند که امکان جمع نداشته باشند اما امکان رفعشان وجود داشته باشد، مانند سیاه و سفید؛ و «نقیضین» در واقع تقابل بین امری عدمی و امری وجودی است که با هم نه قابل جمع‌اند نه قابل رفع، مانند وجود و عدم.

۵. بریان باری.

۶. نظم عمومی عبارت است از: مجموعه سازمان‌های حقوقی و قواعد مربوط به حسن جریان امور راجع به اداره یک کشور یا راجع به حفظ امنیت و اخلاق در روابط بین افراد، به طوری که افراد نتوانند از طریق قراردادهای خصوصی از آن تجاوز کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۷۱۷).

۷. «خَلَّادٌ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شَيْمٍ، قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ قَابِلَتَهُ؟ قَالَ: لَا، وَ لَا أَبْنَتَهَا» (جمعی از علما، بی تا: ۳۱۴).

۸. مثلاً قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ اشاره‌ای به جرم‌انگاری ازدواج بدون ثبت نکرد و فقهای شورای نگهبان در نظریه شماره ۱۴۸۸ به تاریخ ۱۳۶۳/۵/۹ مجازات متعاقدين و عاقد را در عقد ازدواج غیررسمی در ماده یک قانون ازدواج و ماده ۱۷ قانون حمایت از خانواده، خلاف شرع اعلام کردند. این نظر در حالی مطرح شد که ماده یک قانون ازدواج، با هدف منظم و مضبوط کردن ازدواج و کاهش اختلافات مربوط به وقوع ازدواج، ثبت را الزامی دانسته بود. همچنین، در این قانون، تخلف از این الزام، بطلان نکاح را در پی نداشت. مشکلات ناشی از این نظریه موجب شد مقنن در سال ۱۳۷۵ در قانون مجازات اسلامی مجدداً به جرم‌انگاری نکاح بدون ثبت توجه کند (اسدی، ۱۳۹۰: ۱۴۰). امروزه ماده ۴۹ قانون حمایت از خانواده، مصوب ۱۳۹۱، به موضوع ثبت نکاح و مجازات ثبت نکردن آن پرداخته است. به دلیل اینکه ثبت نکردن ازدواج می‌تواند سبب بروز مشکلات و مفاسدی باشد و با توجه به گسترش جامعه برای بروز مشکلات بعدی باید این ثبت الزامی باشد.

منابع

- قرآن کریم (۱۳۸۰). ترجمه: ناصر مکارم شیرازی، تهران: دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴). *لسان العرب*، بیروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة.
- اسدی، لیلا سادات (۱۳۹۰). *حقوق کیفری خانواده*، تهران: کارور، چاپ نخست.
- اسماعیل بن عباد (۱۴۱۴). *المحیط فی اللغة*، بیروت: عالم الكتاب، الطبعة الاولى.
- امامی، اسدالله (۱۳۹۲). *مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه*، تهران: میزان، چاپ اول.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۳). *ترمینولوژی حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ چهاردهم.
- جمعی از علما (بی تا). *الاصول الستة عشر (ط-دارالحدیث)*، قم: دار الشبستری للمطبوعات، چاپ اول.
- زمنشیری، محمود (۱۴۰۷). *الكشاف عن حقائق غوامض التنزیل*، بیروت: دار الكتاب العربی، الطبعة الثالثة.
- سرخسی، محمد (۱۳۷۲). *اصول السرخسی*، تحقیق و تصحیح: ابوالوفاء افغانی، حیدرآباد دکن: بی نا.
- صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۹۵). *مختصر حقوق خانواده*، تهران: میزان، چاپ چهل و ششم.
- طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۷۴). *ترجمه تفسیر المیزان*، ترجمه: سید محمدباقر موسوی همدانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ پنجم.
- علی دوست، ابوالقاسم (۱۳۸۸). *فقه و مصلحت*، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول.
- غدیری، ماهرو؛ اسماعیلی، مهران (۱۳۹۶). «ازدواج با فرزندخوانده از منظر اصول قانون اساسی ایران»، در: *خانواده پژوهی*، ش ۵۰، ص ۲۹۳-۳۱۸.
- غزالی، ابوحامد محمد (۱۳۲۴). *المستصفی من علم الأصول*، بی جا: بی نا.
- فیض، علی رضا (۱۳۹۵). *مبانی فقه و اصول*، تهران: دانشگاه تهران، چاپ بیست و چهارم.
- قانون الاسرة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، در: <https://www.joradp.dz/trv/afam.pdf>
- قدری پاشا، محمد (۱۴۲۷). *الاحکام الشرعية فی احوال الشخصية*، شرح: محمد زید الایانی، قاهره: دار السلام، الطبعة الاولى.

ازدواج فرزندانده با سرپرست: بررسی مقایسه‌ای قانون ایران و برخی کشورهای دارای قانون مبتنی بر فقه حنفیه / ۹۳

- قرائتی، محسن (۱۳۸۳). *تفسیر نور*، تهران: مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن، چاپ یازدهم.
- قرضاوی، یوسف (۱۹۸۰). *الحلال والحرام فی الاسلام*، قسطنطنیه: دار البعث، الطبعة الثالث عشر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). *خانواده*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم.
- کویین، آتونی (۱۳۷۱). *فلسفه سیاسی*، ترجمه: مرتضی اسعدی، تهران: انتشارات بین‌المللی هدی.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی (۱۴۱۰). *بحار الأنوار*، بیروت: مؤسسة الطبع والنشر.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۵۱). «قاعده استحسان»، در: *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۱۲، ص ۸۵-۹۶.
- مراغی، احمد بن مصطفی (بی‌تا). *تفسیر المراغی*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، الطبعة الاولى.
- مشکینی، میرزا علی (بی‌تا). *المصطلحات الفقهی*، بی‌جا: بی‌نا.
- مصطفوی، حسن (۱۴۰۲). *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران: مرکز الکتاب للترجمة والنشر، الطبعة الاولى.
- مصطفوی، سید محمدکاظم (۱۳۸۶). *القواعد*، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ هفتم.
- مغنیه، محمد جواد (۱۴۲۴). *تفسیر الکاشف*، تهران: دار الکتب الإسلامیة، الطبعة الاولى.
- مکارم شیرازی، ناصر؛ و دیگران (۱۳۷۴). *تفسیر نمونه*، تهران: دار الکتب الإسلامیة، چاپ اول.
- منصورنژاد، محمد (۱۳۸۸). *بررسی تطبیقی مفهوم مصلحت از دیدگاه اندیشمندان غربی و اسلامی*، ج ۳۳، تهران: جوان پویا، چاپ اول.