



دانشگاه قم

دانشکده حقوق

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی

عنوان:

از دواج سرپرست با فرزندخوانده در فقه و حقوق موضوعه

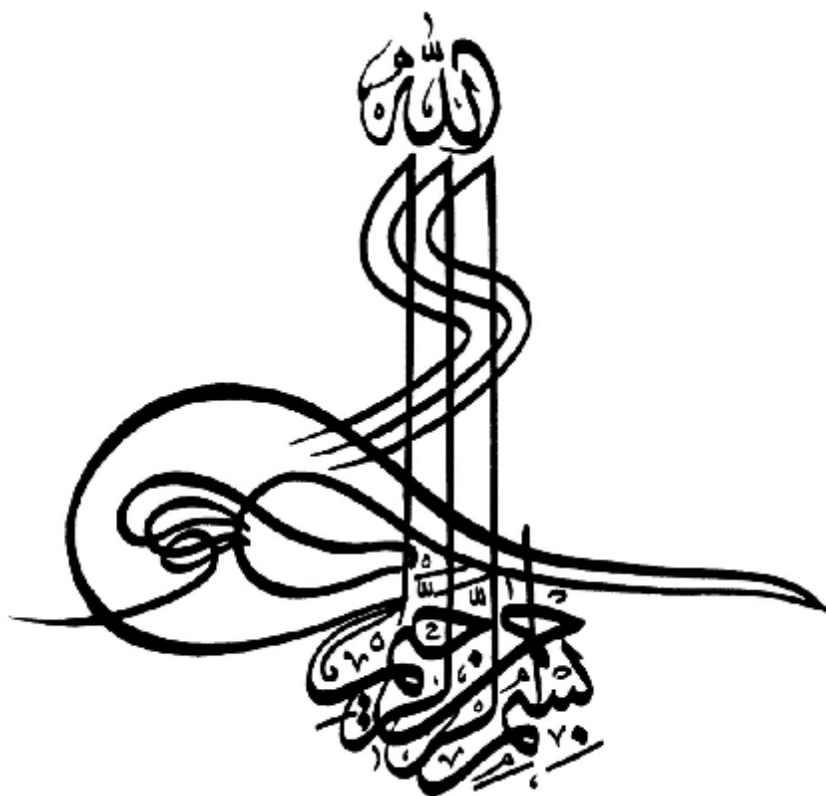
استاد راهنما:

دکتر سیدمهدی دادمرزی

نگارنده:

محمدحسین استا

بهار ۱۳۹۴



تقدیر به:

تقدیر به یگانه منجی عالم بشریت حضرت مهدی (عج)

و

تقدیر به بی بی حضرت فاطمه معصومه (س)

و

همچنین به پدر و مادر گرامیم که همیشه پشتیبان و محکم برای اینجانب

بوده‌اند

تقدیر و تشکر:

حمد و سپاس خدای را که توفیق کسب دانش و معرفت را به ما عطا فرمود. در اینجا بر خود لازم می‌دانم که از کلیه اساتید بزرگوار، به ویژه اساتید دوره کارشناسی ارشد که در طول سالیان گذشته مرا در تحصیل و کسب علم یاری نموده‌اند تقدیر و تشکر نمایم.

از استاد گرامی و بزرگوار جناب آقای **دکتر سید مهدی دادمرزی** که راهنمایی اینجانب را در انجام تحقیق، پژوهش و نگارش این پایان‌نامه تقبل نموده‌اند نهایت تشکر و سپاس گذاری را دارم.

فهرست علائم و اختصارات

صفحه	ص
جلد	ج
چاپ	چ
شماره	ش
سازمان بهزیستی کشور	سازمان

چکیده:

فرزند خواندگی نهادی حقوقی، اخلاقی و اجتماعی است که به واسطه آن، رابطه‌ی خاص حقوقی بین کودک بی‌سرپرست یا بدسرپرست و زن و شوهر یا زن فاقد شوهر و اولاد، تحت شرایط و ضوابط خاصی به وجود می‌آید. در بعضی از کشورها که فرزند خواندگی کامل وجود دارد، فرزند خوانده‌ها در ردیف فرزند واقعی از تمامی حقوق و مزایای فرزندگی از جمله حقوق ارثیه برخوردارند. در این نوشتارمسأله ازدواج سرپرست با فرزندخوانده‌اش در فقه و حقوق موضوعه ایران مورد بررسی قرار گرفته، که در همین راستا نگاهی گذرا به حقوق موضوعه کشورهای عمدتاً غربی از هر دو خانواده رومی-ژرمنی و کامن‌لا نیز داشته است. پس از تصویب قانون «حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست» مصوب ۱۳۹۲، موضوع ازدواج سرپرست با فرزندخوانده به یکی از موضوعات پربحث به ویژه در فضای رسانه‌ای و مجازی تبدیل شد. از آن جا که بر اساس آیات، روایات و فتاوی فقها، نهاد فرزندخواندگی کامل در اسلام مورد پذیرش قرار ننگرفته است، در حقوق ایران نیز نهادی به عنوان فرزندخواندگی به این مفهوم که فرزندخوانده از هر حیث در حکم فرزند واقعی باشد وجود ندارد و فرزندخواندگی در حقوق ایران بر خلاف حقوق برخی کشورها نمی‌تواند سبب ایجاد هیچ‌گونه جدایی و انفصالی در هیچ سطحی میان فرزندخوانده و خانواده اصلی وی گردد. از این رو بر اساس ادله اولیه، دلیلی بر حرمت نکاح بین شخص تحت سرپرستی با سرپرستان وی وجود ندارد. با این حال تصریح بر جواز ازدواج سرپرست با فرزند خوانده در قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست مصوب سال ۱۳۹۲ کاملاً غیر ضروری به نظر می‌رسد؛ چرا که با وجود عدم ابتلا و نیز حساسیت‌زا بودن مسأله در سطح داخلی و خارجی و با عنایت به ملاک کراهت ازدواج قابل و مریه با فرزندگی که به دنیا آورده به عنوان امری مطرح در فقه و روایات ما، قانون گذار به راحتی می‌توانست نسبت به این مسأله همانند قانون منسوخ سال ۱۳۵۳ سکوت اختیار کند؛ بی‌آن که خلایی جدی در این باره به وجود آید. با این حال مقررات احوال شخصیه اقلیت‌های دینی به رسمیت شناخته شده در قانون اساسی در مورد موضوع مورد بحث متفاوت می‌باشد؛ به طوری که آیین‌نامه احوال شخصیه زرتشتیان ایران مصوب سال ۱۳۸۶ و مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب سال ۱۳۸۷، نه تنها ازدواج سرپرست با فرزندخوانده‌اش را منع کرده بلکه ازدواج فرزندان صلبی سرپرست با فرزندخوانده را نیز ممنوع دانسته است و فرزندخواندگان را به مثابه فرزند حقیقی سرپرستان می‌داند.

واژگان کلیدی: سرپرستی، فرزندخواندگی، ازدواج، فقه، حقوق موضوعه، کودک.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱.....	مقدمه:
۱.....	الف: بیان مسأله تحقیق.....
۵.....	ب: سؤالات تحقیق.....
۶.....	ج: سابقه و پیشینه تحقیق.....
۶.....	د: ضرورت انجام تحقیق.....
۷.....	هـ: فرضیه‌های تحقیق.....
۷.....	و: هدف‌ها و کاربردهای مورد انتظار از انجام تحقیق.....
۷.....	ز: روش تحقیق.....
۷.....	ح: ساختار تحقیق.....

فصل اول:

کلیات (تعاریف، سابقه، فوائد، معایب و ماهیت)

۱۰.....	مبحث اول: تعاریف.....
۱۰.....	گفتار اول: تعاریف اصلی.....
۱۰.....	الف: فرزندخواندگی.....
۱۲.....	ب: فرزند خواننده.....
۱۳.....	ج: پدر خوانده.....
۱۳.....	د: مادر خوانده.....
۱۳.....	گفتار دوم: تعاریف فرعی.....
۱۳.....	الف: سرپرست.....
۱۶.....	ب: نکاح.....
۱۷.....	مبحث دوم: تاریخچه فرزندخواندگی و تکفل کودکان بی سرپرست.....
۱۸.....	گفتار اول: پیش از اسلام.....

- الف: روم باستان ۱۸
- ب: ایران باستان ۱۸
- ج: بابل ۱۹
- د: شبه جزیره عربستان ۲۱
- هـ: عهد انبیاء الهی ۲۱
- گفتار دوم: تکفل کودکان بی سرپرست در اسلام ۲۳
- گفتار سوم: مسأله نسخ فرزندخواندگی در اسلام ۲۷
- الف: دیدگاه نسخ فرزندخواندگی ۲۸
- ب: دیدگاه عدم نسخ فرزندخواندگی ۳۰
- مبحث سوم: فوائد و معایب فرزندخواندگی ۳۵
- گفتار اول: فوائد فرزندخواندگی ۳۵
- الف: حمایت از کودک و نوجوان ۳۵
- ب: حمایت از خانواده فرزندپذیر ۳۷
- ج: حمایت از جامعه ۳۸
- گفتار دوم: معایب فرزندخواندگی ۳۸
- الف: عدم نیاز به تشکیل خانواده ۳۹
- ب: سودجویی ۳۹
- ج: درگیری و نزاع ۴۰
- د: انقراض نسل ۴۰
- هـ: مسائل سیاسی ۴۱
- و: ترویج قاچاق کودکان ۴۱
۱. خرید و فروش کودکان ۴۲
۲. خدعه و فریب ۴۳
۳. ربودن کودک ۴۳
- مبحث چهارم: ماهیت فرزندخواندگی ۴۴
- گفتار اول: عقد دانستن فرزندخواندگی ۴۵
- گفتار دوم: عمل حقوقی نبودن فرزندخواندگی ۴۷

فصل دوم: وقوع فرزندخواندگی و آثار آن

- مبحث اول: وقوع فرزندخواندگی ۵۰
- گفتار اول: شرایط وقوع فرزندخواندگی در حقوق ایران ۵۰
- الف: شرایط پذیرندگان ۵۱
- ۱- تأهل ۵۱
- ۲- شرط سنی ۵۳
- ۳- رعایت فاصله میان نکاح تا تقاضا ۵۴
- ۴- اهلیت ۵۶
- ۵- وجود فرزند ۵۸
- ۶- تمکن مالی ۶۰
- ۷- سلامت جسمی و اخلاقی ۶۳
- ۸- تابعیت ایرانی ۶۵
- ۹- مسلمان بودن یا نبودن ۶۶
- ب: شرایط شخص مورد پذیرش ۶۷
- ۱- شرط سنی ۶۷
- ۲- بدون سرپرست بودن ۶۸
- ج: محدودیت‌های پذیرش (شرایط مشترک) ۶۸
- ۱- لزوم وجود اشتراک دینی، قومی، نژادی، فرهنگی میان متقاضیان و فرد مورد پذیرش ۶۹
- ۲- محدودیت تعداد افراد مورد پذیرش ۷۲
- گفتار دوم: وقوع فرزندخواندگی در فقه اسلام ۷۴
- الف: شرایط شخص مورد پذیرش ۷۴
- ب: شرایط پذیرندگان ۷۶
- مبحث دوم: آثار فرزندخواندگی ۷۶
- گفتار اول: آثار فرزندخواندگی در حقوق ایران ۷۷

الف: انفاق.....	۷۷
ب: توارث.....	۸۰
ج: حضانت.....	۸۴
د: انتقال و ثبت نام خانوادگی سرپرست.....	۸۶
هـ: برخورداری از تسهیلات خاص.....	۸۹
۱. مزایای حمایتی (حق اولاد، بیمه و مرخصی).....	۸۹
۲. امکان خروج فرزندخوانده از کشور.....	۹۰
۳. اداره اموال فرزندخوانده توسط سرپرست.....	۹۰
و: ممنوعیت نکاح.....	۹۱
گفتار دوم: آثار فرزندخواندگی در قرآن.....	۹۲
الف: آیات ناهیه از انتساب فرزندان به غیر پدرانشان:.....	۹۲
ب: آیات حاکی از عدم توارث میان فرزندخوانده‌ها و سرپرستان:.....	۹۳
ج: آیات نافی محرمیت در اثر فرزندخواندگی:.....	۹۵
گفتار سوم: ختم آثار فرزندخواندگی.....	۹۷
الف: قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست سال ۵۳.....	۹۷
ب: قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست سال ۹۲.....	۹۷

فصل سوم:

چالش‌های ازدواج سرپرست با فرزندخوانده

مبحث اول: دیدگاه ممنوعیت ازدواج با فرزند خوانده.....	۱۰۳
گفتار اول: ادله فقهی.....	۱۰۳
الف: قرآن.....	۱۰۳
۱- جزء محارم قلمداد شدن فرزندخوانده نسبت به سرپرست در آیه ۲۳ سوره نساء:.....	۱۰۴
۲- آیاتی که فرزندخوانده را محکوم به حفظ حجاب در خانه نمی‌کند:.....	۱۱۰
۳- آیاتی که بر حفظ هویت فرزندخوانده تأکید دارد:.....	۱۱۱
ب: فتاوی.....	۱۱۳

- گفتار دوم: ادله حقوقی ۱۱۳
- الف: مغایرت با هدف تأسیس این نهاد و قوانین مرتبط ۱۱۳
- ب: مغایرت با کنوانسیون‌های مربوط به حقوق کودک ۱۱۴
- گفتار سوم: ادله فراحقوقی ۱۱۷
- الف: عرفی نبودن ۱۱۸
- ب: وهن اسلام ۱۱۸
- ج: تفاوت سنی زیاد ۱۱۹
- د: سوءاستفاده جنسی و کاهش فرزندپروری ۱۲۱
- ه: مغایرت با اخلاق و نظم عمومی ۱۲۳
- ز: عدم سازگاری با روح شریعت ۱۲۷
- مبحث دوم: دیدگاه جواز ازدواج سرپرست با فرزندخوانده ۱۲۸
- گفتار اول: ادله فقهی ۱۲۸
- الف) قرآن ۱۲۹
۱. آیه ۴ سوره احزاب ۱۲۹
۲. آیه ۵ سوره احزاب: ۱۳۰
۳. آیه ۳۷ سوره احزاب: ۱۳۲
۴. آیه ۴۰ سوره احزاب: ۱۳۴
۵. آیه ۲۳ سوره نساء: ۱۳۵
- ب) روایات ۱۴۰
- ۱- روایت اول: ۱۴۰
- ۲- روایت دوم: ۱۴۱
- ۳- روایت سوم: ۱۴۱
- ج) فتاوی ۱۴۱
- گفتار دوم: دلیل حقوقی (عدم اطلاق خویشاوند بر فرزندخوانده) ۱۴۶
- الف: خویشاوندی نسبی (ماده ۱۰۴۵) ۱۴۷
- ب: خویشاوندان رضاعی (۱۰۴۶) ۱۴۷
- ج: خویشاوندی سببی (۱۰۴۷) ۱۴۷
- گفتار سوم: ادله فراحقوقی ۱۴۸

الف: اصل اباحه یا حلیت:.....	۱۴۹
ب: پیشگیری از سوءاستفاده‌ها:.....	۱۴۹
ج: ولایت حاکم شرع:.....	۱۴۹
گفتار چهارم: بررسی امکان تغییر حکم اولیه با توجه به شرایط زمانی.....	۱۵۰
مبحث سوم: موضع حقوق ایران نسبت به ازدواج سرپرست با فرزند خوانده.....	۱۵۳
گفتار اول: موضع قانون حمایت از کودکان بی سرپرست مصوب ۱۳۵۳.....	۱۵۴
گفتار دوم: موضع قانون حمایت از کودکان ونوجوانان بی سرپرست وبدسرپرست مصوب ۱۳۹۲.....	۱۵۵
گفتار سوم: موضع مقررات اقلیت‌های دینی.....	۱۵۶
نتیجه گیری.....	۱۵۹
فهرست منابع.....	۱۶۲
الف: کتب.....	۱۶۲
ب: مقالات و پایان نامه.....	۱۷۰
ج: منابع انگلیسی.....	۱۷۲
د: منابع اینترنتی، نرم افزارها و خبرگذاری ها.....	۱۷۲
ضمائم:.....	۱۷۴

مقدمه:

الف: بیان مسأله تحقیق

مسیر زندگی طبیعی آدمی، همیشه هموار و بر وفق مراد نیست؛ ناملایمات روزگار بخش جدایی ناپذیری از آن را تشکیل می‌دهد و انسان را گریزی از واقعیات تلخ آن نبوده و نیست. با این حال بشر هیچ‌گاه سر سازگاری و کرنش را در برابر ناخواسته‌ها نداشته و ذات عصیانگر خویش را ابراز می‌سازد تا اگر چه دگرگونی واقعیت را امکانی نباشد، دست کم عطش خیال کامیابی‌اش را اندکی فرونشاند؛ از عالم اعتبار و فرض کمک می‌گیرد و آنچه را روزگار از او دریغ کرده، در پس پرده اعتبار جستجو می‌کند.

فرزندخواندگی از نتایج کهن این تلاش‌ها در کارنامه زندگی انسان است که در هر عصر، وسیله به دست فراموشی سپردن امری از امور دست نیافته و جبران نقیصه‌ای تحقق یافته بوده است. در سیستم‌های حقوقی، دو نوع فرزند خواندگی وجود دارد: فرزند خواندگی ساده و فرزند خواندگی کامل.

در فرزندخواندگی کامل که در کشورهای نظیر انگلیس، دانمارک، اسپانیا، سوئد، نروژ، سوئیس و... پذیرفته شده است، فرزندخواندگی موجب قطع کامل ارتباط فرزند خوانده با خانواده واقعی خود می‌شود. در این نوع از فرزند خواندگی، کودک دارای تمام حقوق و تکالیف فرزند واقعی شده و با یافتن والدین و نسب جدید، ارتباطش به طور کامل با نسب و والدین واقعی‌اش قطع می‌شود.

در فرزند خواندگی ساده که در کشورهای نظیر آلمان و فرانسه^۱ پذیرفته شده است، علقه‌های فرزندخوانده با والدین واقعی‌اش تا حدودی باقی است. این نوع فرزندخواندگی قابل فسخ بوده و مقررات آن در کشورهای مختلف از حیث میزان پیوندهای ایجاد شده بین فرزند خوانده و فرزندپذیر متفاوت است.^۲

در بین ایرانیان علی‌رغم نبود مقررات و ضوابط قانونی در زمینه فرزند خواندگی، از قدیم الایام، نگهداری و سرپرستی و تربیت اطفال بی‌سرپرست به عنوان اقدام به امر خیر و عمل خدایسندانه، مورد توجه بوده است. خانواده‌ها در این زمینه بی‌تفاوت نبوده و عملاً از اطفال بی‌سرپرست مراقبت و سرپرستی می‌کردند. اما برای حمایت از این گونه اطفال، ضابطه قانونی وجود نداشت و در نتیجه حقوق و تکالیف افراد خیر و نیکوکار مشخص نبود و هیچ گونه وسیله قانونی برای کنترل این امر مهم اجتماعی تا قبل از سال ۱۳۵۳ به وجود نیامده بود. اگر خانواده‌هایی که اطفال بی‌سرپرست را نگهداری می‌کردند، مثلاً آنها را از منزل خود بیرون می‌کردند، این اخراج مسئولیتی به وجود نمی‌آورد چون چه بسا این افراد از نگاه خود و جامعه کار خیر و اخلاقی انجام داده بودند و تا همین جای کار آنها را مورد لطف و محبت خود قرار داده بودند و کاری بود شایسته و از نگاه مردم و جامعه مورد سرزنش واقع نمی‌شدند و در نتیجه‌ی این کار، کودکان در جامعه سرگردان می‌شدند که غالباً هم به راه‌های فساد کشیده می‌شدند. به عبارتی ساده‌تر برای کودکان بی‌سرپرستی که گاهی در عمل به هر دلیل جذب خانواده‌هایی می‌شدند، به طور قانونی، حقوقی مورد شناسایی قرار نگرفته بود.

-
۱. در این کشورها فرزندخواندگی کامل نیز به رسمیت شناخته شده است. غمامی، فرزند خواندگی در حقوق رومی - ژرمنی با بررسی تطبیقی در حقوق آلمان و فرانسه، ص ۱۲۳.
 ۲. در تمام کشورها تعریف واحدی از فرزندخواندگی کامل و ساده وجود ندارد. از این رو، گاه تعاریفی که از این دو نوع فرزند خواندگی ارائه می‌شود، تا حدودی متفاوت از تعاریف دیگر است. برای اطلاع بیشتر از تعاریف این دو نوع فرزندخواندگی ر. ک: امامی، وضع حقوقی فرزندخواندگی در ایران، ص ۲۵؛ صادقی مقدم و شرعی نسب، مطالعه تطبیقی انفاق در فرزندخواندگی در حقوق ایران و فرانسه، ص ۱۴۱-۱۴۳؛ غمامی، فرزندخواندگی در حقوق رومی - ژرمنی با بررسی تطبیقی در حقوق آلمان و فرانسه، ص ۱۲۳.

تحولات اجتماعی، دگرگونی‌های ناشی از انقلاب صنعتی و علمی، خطرات و ضایعات حاصل از پیشرفت صنعتی و حوادث طبیعی و غیرطبیعی سبب افزایش کودکان سرراهی و یا بی‌سرپرست شد و بر اهمیت حمایت از این گونه اطفال افزود.

با وجود موانع و مشکلات، سرانجام در اسفندماه ۱۳۵۳ «قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست» در هفده ماده به تصویب رسید که نوعی فرزندخواندگی را با شرایطی پذیرفته بود. در این قانون ضوابطی در زمینه خصوصیات و شرایط زن و مردی که مایل به پذیرش طفل بی‌سرپرست در خانواده خود هستند، خصوصیات و شرایط طفل تحت سرپرستی، نحوه واگذاری طفل، مرجع صالح واگذاری طفل به خانواده‌های متقاضی، آثار حقوقی این نهاد و روابط متقابل کودکان با زن و شوهر سرپرست پیش‌بینی شده بود اما نگفته بود که آیا ازدواج بین سرپرست و فرزندخوانده، ممنوع است یا نه؟

بعد از انقلاب و در سال ۱۳۹۱ مجلس شورای اسلامی لایحه‌ای را که از طرف سازمان بهزیستی کشور تهیه شده بود پس از طرح در کمیسیون اجتماعی مجلس شورای اسلامی، تحت عنوان «لایحه حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست» تصویب کرد و برای اظهار نظر از جهت مغایرت با اصول قانون اساسی و موازین اسلامی به شورای نگهبان فرستاد.

تبصره ماده ۲۷ این لایحه‌ی مصوبه مجلس به این سؤال که ازدواج بین سرپرست و فرزند خوانده ممنوع است یا نه؟ پاسخی داده بود به این عبارت، «ازدواج چه در زمان حضانت و چه بعد از آن فی ما بین سرپرست و طفل ممنوع می‌باشد.»

شورای نگهبان در مقام بررسی مصوبه‌ی یاد شده آن را خلاف شرع دانست و در نامه‌ای خطاب به مجلس شورای اسلامی نظر خود را به این شرح اعلام کرد:

«اطلاق ممنوعیت مذکور در تبصره ماده ۲۷ نسبت به موردی که پس از رسیدن طفل به سن بلوغ و رشد، ازدواج به مصلحت وی باشد، خلاف موازین شرع است»

مجلس شورای اسلامی هم برای جلب نظر شورای نگهبان و تعیین تکلیف این لایحه که از سال ۸۷ مطرح شده بود، نظر شورای نگهبان را پذیرفت و تبصره ماده ۲۷ را در قالب تبصره ماده ۲۶ به این شرح اصلاح کرد:

«تبصره- 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.» (مراد از سازمان در قانون مصوب ۱۳۹۲، سازمان بهزیستی کشور می‌باشد). سرانجام اصلاحیه مذکور در جلسه مورخ ۹۲/۷/۱۰ شورای نگهبان مورد بررسی قرار گرفت و مغایر با موازین شرع و قانون اساسی شناخته نشد. و در نهایت تحت عنوان قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست وارد متون قانونی کشورمان شد. «در مجموع به نظر می‌رسد که نهاد سرپرستی در ایران بسیار شبیه به فرزندخواندگی ساده در حقوق فرانسه باشد.^۱»

لازم به ذکر است که شکی نیست که مقررات شبیه به ماده واحده قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲ جزء قانون داخلی ایران محسوب می‌شود که رجوع به قوانین احوال شخصیه اقلیت‌ها را وظیفه قاضی قرار داده است؛ چون آنها نیز جزئی از مردم این سرزمین محسوب می‌شوند؛ پس هم قانون، قانون داخلی است و هم متداعین، اتباع ایرانند و توجهی برای خارجی قلمداد کردن مقررات احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه باقی نمی‌ماند، مگر اینکه چنین تحلیل شود که در هر کشور، یک قانون ملی وجود دارد که وظیفه قاضی نیز تسلط بر آن است؛ اگر در کنار قانون ملی، قوانین فرعی دیگری وجود داشته باشد وظیفه قاضی است که بر آنها هم احاطه داشته باشد، بنابراین اثبات قوانین فرعی وظیفه متداعین خواهد بود؛ اگرچه برخورد محاکم ایران در اعمال مقررات احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه، عملاً به صورت اعمال قانون خارجی است.^۲ که دلیل چنین امری به نظر می‌رسد که به جهت سبک کردن

۱. منوچهر توسل نایینی، فرزندخواندگی «مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و فرانسه»، ماهنامه دادرسی، شماره ۹۱، سال شانزدهم، (۱۳۹۱): ۱.

۲. عزیزاله فهیمی، ارث تطبیقی: مقایسه مقررات ارث در حقوق مدنی و اقلیت‌های دینی ایران (زرتشتی-کلیمی - مسیحی)، چاپ اول، (تهران: نشر خرسندی، ۱۳۹۱)، ص ۲۴۸.

کار قاضی ایرانی می باشد؛ چرا که در این صورت وظیفه استناد، اثبات و تفسیر مقررات فوق الذکر بر دوش متداعیین خواهد بود؛ اگرچه این بدان معنا نیست که حتما متداعیین باید به مقررات مورد نظر استناد کنند. اما از آنجا که اقلیت های زرتشتی، مسیحی و یهودی طوایف اصیل ایرانی هستند به نظر نگارنده، قانون آنها قانون خارجی تلقی نمی گردد. بر این اساس لازم دیده ایم که در کنار مقررات مصوب مربوط به مسلمانان مقررات پذیرفته شده آنها را هم به صورت تطبیقی بیان نماییم خصوصا که مبحث فرزندخواندگی در میان آنان رواج بیشتری دارد.

در این پژوهش بر آن هستیم تا به بررسی تطبیقی نهاد ازدواج سرپرست با فرزند خوانده در حقوق موضوعه ایران و فقه پردازیم، اگرچه در این مسیر نگاهی گذرا به حقوق کشورهای عمدتاً غربی را نیز علی رغم خارج بودن از موضوع پژوهش، صرفاً جهت آشنایی با مقررات آن کشورها در زمینه چنین ازدواجی را داریم که در ضمائم مطالب آن آورده شده است. این امر در منابع فقه (کتاب و سنت) مطرح و در فقه مورد توجه فقهای بزرگ واقع و بعضاً مورد نهی تنزیهی (کراهت) قرار گرفته است. با این وجود در قوانین موضوعه و مشخصاً قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست مصوب ۳۱ شهریور ماه ۱۳۹۲ مجلس شورای اسلامی با شرایطی مورد پذیرش واقع شده است. این موضوع ابهامات و سؤالات زیادی را در بین نویسندگان مطرح کرده است مثلاً این که آیا سرپرست با فرزند خوانده محرم است و اجازه شرعی برای ازدواج با او وجود دارد؟ یا مصلحت طفل اجازه این ازدواج را می دهد؟ آیا این موضوع می تواند مورد پذیرش عرف قرار بگیرد؟ و این که موجب سوءاستفاده از نهاد فرزند خواندگی نمی شود؟ چنین تحقیقی می تواند علاوه بر رفع ابهاماتی که وجود دارد، نقطه شروعی در پذیرش عرفی مسأله (که در حال حاضر از نظر عرفی دارای وجهه قابل پذیرش نمی باشد) باشد.

ب: سؤالات تحقیق

سؤالات پژوهش ما که حاوی یک سؤال اصلی و چند سؤال فرعیست عبارتست از:

سؤال اصلی: فقه اسلام و حقوق موضوعه ایران در مورد ازدواج سرپرست با فرزندخوانده چه موضعی دارند؟

سؤالات فرعی: ۱- آیا از حیث موازین شرعی، فرزندخوانده مانند فرزند واقعی است تا امکان ازدواج فرزندخوانده با فرزندپذیر وجود نداشته باشد؟ آیا اصولاً در اسلام نهاد فرزندخواندگی به رسمیت شناخته شده است؟ ۲- در صورتی که بپذیریم اسلام فرزندخوانده را فرزند واقعی ندانسته و آثاری مانند نسب، محرمیت، ارث... را بر نهاد فرزندخواندگی مترتب نداند، آیا شرایط زمانی و مکانی حاضر می‌تواند تغییردهنده این حکم شرعی باشد؟

ج: سابقه و پیشینه تحقیق

تا کنون هیچ گونه کتاب یا پایان نامه‌ای که به طور خاص به مسأله‌ی ازدواج سرپرست با فرزند خوانده پرداخته باشد به رشته تحریر در نیامده است. اگر چه در کتب حقوق خانواده البته در برخی از آنها، به نحو کاملاً مختصر و موجز به اصل موضوع فرزندخواندگی و شرایط تحقق و آثار آن پرداخته شده است اما اساساً به بحث ازدواج فی مابین سرپرست و فرزند خوانده توجه نشده است. اما در مورد موضوع حاضر، مقالات متعددی نگاشته شده، که هر یک از دیدگاه‌های مختلف قرآنی، اخلاقی و فلسفی به قضیه توجه کرده است. این مقالات مورد استفاده نویسنده قرار گرفته و نام آنها در فهرست منابع آورده شده است.

د: ضرورت انجام تحقیق

با توجه به عدم وجود تحقیقی که به صورت جامع و کامل به این مسأله پرداخته باشد تصویب قانون جدید حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست در سال ۱۳۹۲ و به تبع آن تازگی چنین مسأله‌ای در حقوق ایران، انجام چنین تحقیقی مفید فایده خواهد بود و منجر به رفع ابهامات فقهی و حقوقی پیش آمده خواهد شد.

ه: فرضیه‌های تحقیق

با وجود ممنوع نبودن چنین ازدواجی از نقطه نظر فقهی، می‌توان گفت چنین ازدواجی مباح است اما از مواردی که در فقه از ازدواج بین سرپرست و فرزند خوانده نهی شده است، می‌توان استفاده کرد که چنین ازدواجی مکروه است ولی در عین حال امکان جعل قیودی خاص در چارچوب فقه حکومتی فراتر از قیود پیش بینی شده در قانون جدید برای چنین ازدواجی وجود دارد و حتی ممکن است بتوان به استناد و تمسک به احکام ثانوی حکم به حرمت و ممنوعیت چنین نکاحی را داد. حذف ماده و مسکوت ماندن موضوع نیز می‌تواند از بروز حساسیت‌های داخلی و بین‌المللی بکاهد بی‌آن که محاکم را در عمل با مشکلی جدی مواجه سازد.

و: هدف‌ها و کاربردهای مورد انتظار از انجام تحقیق

چنین تحقیقی می‌تواند علاوه بر رفع وحل ابهاماتی که وجود دارد، چالش‌ها و معضلات آن را گوشزد نموده و راه را برای اصلاح قانون جدید هموار نماید.

ز: روش تحقیق

در این تحقیق سعی شده است که به صورت کتابخانه‌ای به گردآوری مطالب پرداخته شود و روش تحقیق نیز بر اساس رویکردی تطبیقی و به صورت توصیفی تحلیلی بوده است.

ح: ساختار تحقیق

این نگاشته در سه فصل تنظیم یافته است که فصل اول شامل کلیات و به طور خصوص شامل تعاریف، تاریخچه و فایده و مضرات فرزند خواندگی می‌شود به علاوه در ضمن همین فصل، ماهیت فرزندخواندگی نیز مورد بررسی قرار داده شده است. در فصل دوم آن نیز پس از مقایسه قانون جدید و قانون سابق حمایت از کودکان بی‌سرپرست از حیث شرایط تحقق در حقوق ایران در ادامه شرایط تحقق چنین نهادی را در فقه هم مورد بررسی قرار گرفته است. و سپس آثار چنین نهادی را به ترتیب در حقوق ایران و در فقه با محوریت قرآن مورد تجزیه و تحلیل قرار داده است. و در نهایت فصل سوم خود را اختصاص داده است به بررسی چالش‌های حقوقی و فراحقوقی پیش روی ازدواج سرپرست با فرزندخوانده خود و در همین راستا در ادامه مطالب به بیان دیدگاه موافقین و مخالفین چنین ازدواجی نیز پرداخته شده و مبحث آخر همین فصل را هم به بررسی موضوع حقوق ایران و به طور خصوص تبصره ماده ۲۶ قانون جدید و مقررات احوال شخصیه اقلیت

های دینی به رسمیت شناخته شده در قانون اساسی و نیز موضع فقه اسلام نسبت به چنین ازدواجی پرداخته و در لابلای مباحث نیز پیشنهادهایی برای برون رفت از برخی دغدغه‌های به وجود آمده، ارائه شده است.