

A Comparative Legal Study of the Marriage with an Adopted Child in Iran, UK and Germany

Mahrou Ghadiri*

Assistant Professor, Family Research Institute, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Ghazaleh Faridzadeh

Assistant Professor, Faculty of Philology and Cultural Sciences, Department of Near Eastern Studies, University of Vienna, Austria

(Email: Ghazaleh.faridzadeh@univie.ac.at)

(Received: 2020/04/24, Accepted: 2020/09/14)

Abstract

Adoption is a legal institution by which a child with no family is placed under the care and support of a family. In this regard, the adopters (or the single adopter) carry all responsibilities of the natural parents towards the child, and a parent-child-relationship will be created between them. Freedom of marriage is one of the fundamental principles of human rights. Nevertheless, today, the prohibition of consanguineous marriage is also a universal principle. In some societies, religions and various legal systems, there are, in respect of different kinship hierarchies, prohibited kinship degrees with whom a matrimonial relationship is forbidden. The “Law on the Protection of Children without a Guardian or with an Unworthy Guardian”, which was passed 2013, prohibits marriage between adopters adoptees during the custody period and thereafter, but allows it if the competent court finds out that the best interest of the child so requires. In the absence of an Islamic legal prohibition, there have been cases of marriage with an adoptee. This kind of marriage is now, at least, dependent on court’s permission based on the best interests of the child. On the other hand, it is forbidden for adopters to marry the adoptee in England and Germany, two countries whose laws are going to be analyzed in this study. In this regard, this article seeks to explain the legal status of three countries, i.e. Iran, England, and Germany, with a focus on the principle of the best interest of the child and the freedom of marriage. Although the conditional ban on marriage in Iran's legal system and its prohibition in two other countries indicate a common concern of the Iranian legislature with the above mentioned countries, it seems that the principle of freedom of marriage continues to be of particular importance and, therefore, has its impact on this ban.

Keywords

The best interest of the child, freedom of marriage, forbidden marriage, marriage with the adoptee, child abuse.

* Corresponding Author, Email: M_ghadiri@sbu.ac.ir

مطالعات حقوق تطبیقی
دوره ۱۱، شماره ۲
پاییز و زمستان ۱۳۹۹
صفحات ۶۵۹ تا ۶۸۵ (علمی - پژوهشی)

مطالعه تطبیقی قوانین ایران، انگلستان و آلمان درباره ازدواج با فرزندخوانده^۱

ماهر و غدیری*

استادیار پژوهشکده خانواده دانشگاه شهید بهشتی

غزاله فریدزاده

دکترای حقوق عمومی، دستیار پژوهشی دانشکده فیلولوژی و مطالعات فرهنگی دانشگاه وین، اتریش

(Email: Ghazaleh.faridzadeh@univie.ac.at)

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۲/۰۵، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۶/۲۴)

چکیده

فرزندخواندگی نهادی حقوقی است که به موجب آن یک کودک محروم از خانواده، تحت سرپرستی و حمایت‌های یک خانواده قرار می‌گیرد و به این ترتیب، والدین فرزندپذیر کلیه مسئولیت‌های والدین طبیعی نسبت به فرزند را عهده‌دار می‌شوند و رابطه والد فرزند بین این افراد شکل می‌گیرد. اصل آزادی نکاح نیز یکی از اصول مسلم حقوق بشری است. امروزه اصل ممنوعیت ازدواج با محارم یک اصل جهانی است. در جوامع، ادیان و نظام‌های حقوقی مختلف و در سلسله روابط خویشاوندی و خانوادگی طبقاتی وجود دارند که ایجاد پیوند زناشویی بین آنان ممنوع است. در ایران با تصویب قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بدسرپرست و بی‌سرپرست مصوب ۱۳۹۲ش و ممنوع کردن ازدواج با فرزندخوانده در زمان حضانت و پس از آن، چنین ازدواجی به تشخیص مصلحت فرزندخوانده از سوی دادگاه صالح مشروط شد، به این دلیل که با عدم ممنوعیت شرعی و سکوت قانون، مواردی از ازدواج با فرزندخوانده وجود داشته است که لااقل با این مقرر انجام چنین ازدواج‌هایی موکول به اجازه دادگاه مبتنی بر مصلحت فرزندخوانده خواهد شد و به این ترتیب، از فرزندخوانده در برابر آسیب‌های احتمالی حمایت می‌شود. این درحالی است که ازدواج با فرزندخوانده در دو کشور دیگر مورد مطالعه، یعنی انگلیس و آلمان، ممنوع است که با مطالعه قوانین آن، وضعیت نظام حقوقی این سه کشور با محوریت اصل مصالح عالیة کودک و اصل آزادی نکاح تبیین خواهد شد. اگرچه ممنوعیت مشروط این ازدواج در نظام حقوقی ایران و ممنوعیت آن در دو کشور دیگر نشان از دغدغه مشترک قانون‌گذار ایران با کشورهای پیش‌گفته دارد، لیکن ظاهراً اصل آزادی نکاح همچنان دارای اهمیت ویژه‌ای بوده و این ممنوعیت را تحت‌الشعاع قرار داده است.

واژگان کلیدی

ازدواج با فرزندخوانده، ازدواج‌های ممنوعه، اصل آزادی نکاح، حقوق خانواده تطبیقی، کودک‌آزاری، مصالح عالیة کودک.

۱. بخشی از این مقاله برگرفته از طرح پژوهشی نویسنده مسئول در دانشگاه شهید بهشتی است.

مقدمه

امروزه در بیشتر کشورهای جهان فرزندخواندگی به عنوان یک نهاد حقوقی شناخته می‌شود که در اثر آن بین شخص فرزندپذیر و کودکی که وی می‌خواهد به فرزندی بگیرد، یک نوع رابطه حقوقی فرزند-والدینی بدون توجه به نسب بیولوژیک آنها برقرار می‌شود. به این معنی نهاد فرزندخواندگی با سرپرستی کودک تفاوت پیدا می‌کند، چراکه در سرپرستی، رابطه والدینی بین سرپرست و کودک برقرار نمی‌شود و رابطه حقوقی خود کودک با خویشاوندان خونی‌اش همچنان برقرار می‌ماند.

در ایران اما مفهوم فرزندخواندگی و سرپرستی کودک کمابیش به یکدیگر نزدیک شده‌اند. اولین بار در «قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست» مصوب ۲۹ اسفند ۱۳۵۳ امکان واگذاری سرپرستی کودکان بی‌سرپرست به خانواده‌های فاقد فرزند پیش‌بینی شد. این قانون تا سال ۱۳۹۲ اعتبار داشت و سپس قانون «حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست» در مهر ۱۳۹۲ ابلاغ و جایگزین قانون قبلی شد.

یکی از نکات بحث‌برانگیز قانون اخیر طرح امکان ازدواج فرزندخوانده با سرپرست خود بود (تبصره ماده ۲۶). بر اساس این تبصره، ازدواج سرپرست و فرزندخوانده با اجازه دادگاه و چنانچه به مصلحت طفل تشخیص داده شود، مجاز شناخته شده است. این تبصره تاکنون واکنش‌های متعددی به همراه داشته است. بسیاری از فقها، روان‌شناسان، جامعه‌شناسان و حقوق‌دانان در برابر آن اعلام موضع کرده و نسبت به پیامدها و آسیب‌های اجتماعی و روانی آن هشدار داده‌اند. منع ازدواج فرزندپذیر و فرزندخوانده در بسیاری از کشورها به رسمیت شناخته شده است. مقاله حاضر در کنار بررسی حقوق ایران، نگاهی گذرا به قوانین دو کشور انگلستان و آلمان در خصوص شرایط ازدواج فرزندخوانده و سرپرست خود می‌اندازد، تا به این وسیله امکان مقایسه و تحلیل مسئله در ابعاد گوناگون برای خوانندگان ایرانی فراهم گردد. از میان نظام‌های حقوقی متنوعی که می‌توانستند موضوع مقایسه واقع شوند، نظام حقوقی دو کشور انگلستان و آلمان به‌طور موردی انتخاب شده‌اند: انگلستان به علت برخورداری از نظام حقوقی کامن‌لا و ضمناً به‌عنوان کشوری که با تأخیر بسیار زیاد نسبت به سایر کشورهای اروپایی نهاد فرزندخواندگی را به رسمیت شناخته، و آلمان نیز به علت منحصر به فرد بودن نظام حقوقی‌اش، ناشناخته بودن آن برای بسیاری از خوانندگان ایرانی و نیز به علت پیشینه تاریخی و بسیار طولانی خود در برخورداری از نهاد فرزندخواندگی، برای بررسی تطبیقی ما مناسب به نظر می‌رسد.

در بخش اول مقاله به کلیاتی درباره فرزندخواندگی، ازدواج و سابقه فرزندخواندگی در نظام بین‌المللی، و در بخش دوم به بررسی تطبیقی قوانین ایران، انگلیس و آلمان پرداخته خواهد شد. تفاوت در حداقل سن ازدواج در این کشورها و همین‌طور قانونی بودن تعدد زوجات در

ایران و ممنوعیت آن در آلمان و انگلیس، به علاوه عدم جرم‌انگاری ازدواج با فرزندخوانده در هر سه کشور با وجود ممنوعیت نسبی آن در ایران و ممنوعیت مطلق آن در دو کشور دیگر مورد مطالعه، از موارد قابل توجه و تأثیرگذار در مطالعه این موضوع در سه کشور است.

۱. اصل آزادی نکاح و الزامات فرزندخواندگی

۱.۱. اصل آزادی ازدواج و تشکیل خانواده

نهاد ازدواج یکی از قدیمی‌ترین نهادها در اجتماعات مختلف بشری است؛ هرچند که قانونمند کردن آن امری است متأخر و به قدمت خود این نهاد نمی‌رسد. امروزه برای قانونمندسازی این نهاد، دولت‌ها با لحاظ شرایط و موانعی، محدودیت‌هایی را بر آن بار می‌کنند. در قانون این کشورها به اموری که وجودشان برای درستی عقد ضرورت دارد و کیفیاتی که وجودشان مانع از وقوع عقد است یا نبودن آنان شرط درستی عقد شمرده می‌شود، اشاره شده است و این‌ها از مواردی هستند که طرفین نمی‌توانند برخلاف آن‌ها توافق کنند.

اهلیت طرفین ازدواج به لحاظ قابلیت جسمی و بلوغ علاوه بر قصد و رضا و اعلام اراده که دو مورد اخیر ارتباط قابل تأملی با حداقل سن ازدواج دارند، از جمله شرایط ازدواج است و از موانع نکاح می‌توان به وجود درجه‌ای از قرابت سببی و نسبی، متأهل بودن یکی از زوجین، تفاوت در مذهب یا تابعیت زوجین و هم‌جنس بودن طرفین عقد ازدواج اشاره کرد که این شرایط و موانع می‌تواند در کشورهای مختلف متفاوت باشد.

حق ازدواج و تشکیل خانواده در اعلامیه جهانی حقوق بشر (ماده ۱۶)، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (ماده ۲۳)، و ماده ۱۲ عهدنامه حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین (ECHR) آمده و در قوانین اساسی بسیاری از کشورها به آن اشاره شده و در ماده ۱۶ عهدنامه رفع تمامی اشکال تبعیض علیه زنان نیز به برابری جنسیتی در اجرای این حق پرداخته شده است.

بررسی مقرره‌های موجود در اسناد حقوق بشری در خصوص حق ازدواج با اینکه می‌تواند مهر تأییدی بر برخی از این شرایط باشد و حتی در مواردی دولت‌ها مکلف‌اند این شرایط را مقرر کنند، اما گاهی این شرایط و موانع به‌وضوح مغایر اصل عمومی منع تبعیض و اصل آزادی ازدواج هستند.

زمانی که پیش‌نویس میثاق حقوق مدنی و سیاسی در دست تهیه بود، این موانع عملاً در قوانین بسیاری از کشورها وجود داشت؛ به‌طوری که دور از تصور بود که کشورهای عضو با تصویب میثاق به الغای کامل این محدودیت‌ها و ممنوعیت‌ها تمایل داشته باشند. به‌علاوه

چندین هیئت نمایندگی در کمیته سوم مجمع عمومی به‌وضوح خاطر نشان ساختند که آنان موافق ملی عموماً به رسمیت شناخته‌شده ازدواج را مطابق با ماده (۲) ۲۳ میثاق می‌دانند (Nowak, 2005: 529). این ماده به اتفاق آرا تصویب شد، بدون اینکه این تفسیر مورد بحث و تردید قرار گیرد و این واقعیت که هیچ دولت عضوی در هنگام تصویب میثاق، حق شرط را اعمال نکرد و فقط بلژیک اعلامیه تفسیری صادر نمود (Nowak, 2005: 529)، تأکیدی است بر چنین تفسیری. اما به هر ترتیب، باید توجه داشت که اصول عامی چون آزادی و منع تبعیض، خود می‌تواند معیار و محکی مجزا برای بررسی مشروعیت این محدودیت‌ها باشد.

۱.۲. فرزندخواندگی

افراد عموماً با انگیزه‌های مختلفی به داشتن فرزند تمایل دارند که گاه بنابه دلایلی مثل نازایی و مجرد این امکان به‌طور طبیعی برای آنان فراهم نمی‌شود. در مقابل، پدر یا مادر یا والدینی نیز هستند که بنابه دلایلی ارادی یا خارج از اراده خود قادر به نگهداری فرزندشان نیستند، این افراد گاه به دلیل ناتوانی در انجام تکالیف و مسئولیت‌های خود از جمله، نگهداری، فراهم نمودن غذا و لباس و سرپناه، مراقبت‌های بهداشتی و امکانات آموزشی، از حقوق خود شامل حق تصمیم‌گیری در خصوص آموزش، مراقبت، مذهب، انتقال ارزش‌ها به کودک و حضانت نسبت به فرزندشان اعراض می‌کنند و گاه به دلایلی این حقوق و مسئولیت‌های آنان به‌طور غیرارادی و حتی برخلاف میل آنان موقتاً به حالت تعلیق درآمده یا سلب می‌شود (از جمله محکومیت کیفری پدر یا مادر یا والدین یا فوت آنان، سوءرفتار با کودک، غفلت یا سوءاستفاده از او). عموماً اتفاق نظر وجود دارد که بهترین محیط برای کودک، محیط خانواده است و کودک در همین فضا ارزش‌ها را یاد می‌گیرد، اجتماعی می‌شود، عشق و محبت را تجربه می‌کند، نیازهایش برآورده می‌شود، مورد حمایت قرار می‌گیرد و مسئولیت‌پذیری را برای زندگی فردی و اجتماعی آتی خود می‌آموزد.

نگهداری کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست در مکان‌های عمومی نظیر پرورشگاه‌ها و تأمین خوراک و لباس و محل خواب برای آن‌ها تنها بخشی از نیازهای آنان را مرتفع می‌کند. در مواردی این کودکان در این مراکز با مسائلی نظیر کمبود مراقبت‌های بهداشتی، توهین، کتک‌زدن و مجبور شدن به سکوت، گرسنگی، غفلت و نادیده گرفته شدن، بی‌مهری، بی‌لباسی و مشکلات تکلم به دلیل نداشتن تعامل لازم با دیگران مواجه می‌شوند. تحقیقات نشان می‌دهد که مراقبت‌های مؤسسات به علت کیفیت پایین، به رشد و پرورش جسمی و روانی مناسب کودک منجر نمی‌شود و عواقب منفی درازمدتی به‌ویژه برای کودکان زیر سه سال و همین‌طور زیر پنج سال برجای می‌گذارد (CRC, GC.no: 7, 2005:36 (b)).

در اینجا مصالح عالیۀ کودک اقتضا می‌کند که با شرایطی مناسب به خانواده‌ای سپرده شود که در آن تکالیف و مسئولیت‌های والدینی نسبت به وی به‌نحو مطلوب انجام پذیرد. نهاد فرزندخواندگی پاسخی به نیاز این دو گروه از افراد است؛ با این تفاوت که امروزه هدف اصلی از آن، بیشتر پاسخ‌گویی به نیاز کودکانی است که از وجود والدین خود به هر طریق محروم‌اند. در واقع، مصالح عالیۀ کودک در رأس ملاحظات دیگر قرار می‌گیرد (روشن و غدیری، ۱۳۹۲: ۸۷) و خانواده یا افراد بدون فرزند نیازشان از قبیل پاسخ‌گویی به نیاز یک کودک مرتفع می‌شود. در خصوص فرزندخواندگی مواردی از قبیل شرایط کودک و شخص یا خانواده متقاضی فرزندخواندگی، وجود علقۀ زوجیت و عدم تجویز آن برای افراد مجرد یا همجنس‌گرا، فرزند داشتن متقاضیان، محدودیت‌های سنی، صلاحیت‌های اخلاقی، نداشتن پیشینه کیفری، تمکن مالی، عدم اعتیاد و ابتلا به برخی بیماری‌ها و محدودیت‌های مذهبی و در نهایت نحوه واگذاری و مرجع صالح برای واگذاری از مواردی است که به‌نظر می‌رسد اگر به‌منظور تأمین مصالح عالیۀ کودک باشد تا حدود زیادی توجیه‌پذیر است، چراکه نباید حل مشکل افراد بدون فرزند، به قیمت تضییع حقوق یک کودک باشد.

سخت‌گیری در واگذاری سرپرستی کودکان به خانواده‌ها و ایجاد امکان داشتن فرزندخوانده حتی برای افراد مجرد (بند «ج» ماده ۵ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست ۱۳۹۲ش)، حکایت از مسئولیتی دارد که جامعه در مقابل این کودکان احساس می‌کند. آثار این نهاد از جمله تسری نام خانوادگی، نفقه، سرپرستی، حرمت نکاح، اداره اموال و نمایندگی قانونی، وصایت، ارث، وضعیت فرزندخوانده پس از فوت والدین، رابطه فرزندخوانده با خانواده اصلی و قطع رابطه فرزندخواندگی از مسائل مهم فرزندخواندگی هستند که در برخی کشورها مشابه حقوق و تکالیف بین فرزند و پدر و مادر واقعی اوست و در برخی دیگر تابع احکام خاصی است. بنابر گزارش سازمان ملل متحد در سال ۲۰۰۹م، در کشورهای اسلامی در قاره آفریقا، الجزایر، جیبوتی، مصر، لیبی، موریتانی و مراکش، و در آسیا، افغانستان، بحرین، عراق، اردن، کویت، مالدیو، عمان، پاکستان، قطر، عربستان سعودی، سوریه، یمن و امارات متحده عربی، فرزندخواندگی به رسمیت شناخته نشده است (UN Report, 2009:16). بر اساس همین گزارش، در کشورهای نظیر ترکیه، روسیه، آلبانی و توگو، فرزندخواندگی کامل (full adoption) که در آن فرزندخوانده به‌مثابه فرزند طبیعی بوده، کلیۀ حقوق و تکالیف والدینی برای او برقرار می‌شود، پذیرفته شده است و در کشورهای نظیر آرژانتین، فرانسه، بولیوی و رواندا، فرزندخواندگی ساده (simple adoption) که در آن رابطه بین خانواده اصلی و فرزندپذیر ادامه می‌یابد و تغییری در نام خانوادگی وارث ایجاد نمی‌شود، پذیرفته شده است (UN Report, 2009: 26).

۲. ازدواج با فرزندخوانده در حقوق ایران

۱.۲. پیشینه فرزندخواندگی در قانون ایران

فرزندخواندگی عملی حقوقی است که به موجب آن یک کودک به پدر، مادر یا والدینی که والدین طبیعی او نیستند سپرده می‌شود. البته در نظام‌های حقوقی دنیا شرایط و آثار آن متفاوت است، چنان‌که در برخی نظام‌ها، هیچ تفاوت حقوقی بین والدین طبیعی و پدر یا مادر خوانده کودک وجود ندارد؛ به این معنا که به لحاظ حقوق و تکالیف و محرمیت و ارث، با فرزندخوانده مانند فرزند طبیعی رفتار می‌شود، اما در برخی نظام‌ها، از جمله ایران، پذیرش فرزندی که فرزند طبیعی شخص نیست، تنها قرابت حقوقی ایجاد می‌کند و نمی‌تواند آثاری طبیعی به لحاظ محرمیت و توارث برقرار کند. به عبارت دیگر، این نهاد موجب رابطه ابویینی صوری است (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۶: ۴۹۷) و فرزندخوانده فرزند حکمی است و انتساب او به خانواده جدید، مجازی است و قابلیت اختتام دارد؛ برخلاف فرزند طبیعی که پیوند طبیعی او با والدینش گسستنی نیست و به باور برخی حقوق‌دانان نباید رابطه کودک و خانواده فرزندپذیر را قرابت شمرد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۴۴۴).

قانون‌گذار ایران پس از چند دهه سکوت در قانون مدنی، در ۱۳۵۳ش با اقتباس از حقوق کشورهای اروپایی قانونی را با نام قانون «حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست» به تصویب رساند و هرگز تأسیس نهاد فرزندخواندگی را که در نظام غربی متداول بود مجاز نشناخت (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸: ۱۰۱-۶۷). به موجب این قانون، فرزندخوانده فرزند حکمی و انتساب او به خانواده، مجازی است و تنها از پاره‌ای جهات در حکم فرزند طبیعی است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۸۴-۳۸۱). تا قبل از تصویب این قانون، فرزندخواندگی عموماً از دو طریق وصایت یا از سوی اقوام و اقربای طفل به صورت غیررسمی صورت می‌گرفت.

این نهاد در اغلب کشورهای اسلامی نیز به کلی پذیرفته شده نیست (ISS/IRC, fact sheet) 2007: no.51) و این در حالی است که در جامعه عرب قبل از اسلام این سنت رایج بود و تفاوتی بین فرزند طبیعی و فرزند خوانده وجود نداشت، چنان‌که از همدیگر ارث می‌بردند. پس از ظهور اسلام نیز سال‌ها این سنت ادامه داشت تا نزول آیات مربوط به قضیه زید بن حارثه فرزندخوانده حضرت محمد و ازدواج وی با همسر سابق پسرخوانده‌اش که مسلمانان آن را لغو نهاد فرزندخواندگی^۱ و به این معنا تلقی کردند که با یک اعلان، حقیقت عوض نمی‌گردد و غریبه خویشاوند خونی نمی‌شود.^۲

۱. زید بن حارثه از بردگان حضرت خدیجه بود که خدیجه وی را پس از ازدواج به حضرت محمد هدیه کرد. حضرت ایشان را به فرزندخواندگی گرفت و دختردایی خود زینب را به عقد وی درآورد. وقتی زید می‌خواست همسرش را طلاق دهد، حضرت او را منع کردند، اما او همسر خود را طلاق داد. زمانی که پیغمبر خواستند با زینب ازدواج کنند، عرب که فرزندخوانده را به مثابه فرزند طبیعی تلقی می‌کرد، حضرت را ملامت نمودند که در پاسخ آن‌ها آیات چهارم و پنجم سوره احزاب نازل شد به این مضمون که فرزندخواندگان را به نام پدرشان بخوانید و اگر پدرشان معلوم نباشد، برادر دینی شما هستند.

۲. برای اطلاع بیشتر از دلایل ممنوعیت فرزندخواندگی در کشورهای اسلامی، نک:

حدود ۴۰ سال پس از تصویب اولین قانون برای حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست، در سال ۱۳۹۲ش در راستای تحقق اصول ۱۰ و ۲۱ قانون اساسی و نیز برای رفع خلأهای موجود در قانون ۱۳۵۳ش، قانون گذار به تصویب قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست با ۳۷ ماده و ۱۷ تبصره پرداخت و آئین نامه اجرایی آن نیز در سال ۱۳۹۴ش به تصویب هیئت وزیران رسید. در این قانون ۷۵ بار به کلمه سرپرستی اشاره و تنها دو بار به اصطلاح فرزندخوانده (در تبصره ماده ۲۶) و یک بار به فرزندخواندگی (در ماده ۳۵) اشاره شده است. پیش بینی تضمین های مالی متنوع تر از قانون قبل، امکان به فرزندخواندگی گرفتن کودکان و نوجوانان تا سن ۱۶ سالگی با شرایطی، امکان به فرزندخواندگی گرفتن دختران از سوی خانم های بدون همسر بالای ۳۰ سال، درج مفاد حکم سرپرستی در شناسنامه فرزندخوانده برای حفظ هویت او و امکان گرفتن شناسنامه به نام والدین واقعی وی در سن ۱۸ سالگی، رعایت اشتراکات دینی برای کودکان مسلمان و امکان عدول از آن برای واگذاری کودک غیرمسلمان به والدین مسلمان، و طرح موضوع ممنوعیت ازدواج با فرزندخوانده، از جمله نکات قابل بحث در این قانون است.

در زمان تصویب این قانون، مخالفت هایی با برخی مواد به ویژه درباره درج مفاد حکم سرپرستی در شناسنامه فرزندخوانده، امکان فرزندپذیری برای خانم های بالای ۳۰ سال بدون همسر و نیز ازدواج با فرزندخوانده که در قانون سال ۱۳۵۳ش مسکوت مانده بود، در قانون جدید عنوان شد، و نظر به عدم ممنوعیت شرعی و امکان ازدواج با فرزندخوانده، تبصره ماده ۲۶ برای حمایت از آن آورده شد که البته به نظر می رسد موانع زیادی برای عدم تحقق این حمایت وجود دارد.

۲.۲. ازدواج های ممنوعه در قوانین ایران^۱

امروزه اصل ممنوعیت ازدواج با محارم یک اصل جهانی است (Wadlington 1963: 483)^۲. در جوامع، ادیان و نظام های حقوقی مختلف و در سلسله روابط خویشاوندی و خانوادگی، طبقاتی وجود

Ghaffar, Atika; "Adoption in Islam"; Available in: www.every muslim.com, 13/4/2012

۱. برگرفته از مقاله نویسنده اول با عنوان «ازدواج با فرزندخوانده از منظر قانون اساسی ایران» در شماره ۵۰ فصلنامه خانواده پژوهی.

۲. البته نویسنده در مقاله خود در سال ۱۹۶۳م بیان داشته که این اصل تقریباً در بین دولت های متمدن غربی جهانی است و همان طور که گفته شد در زمان تدوین میثاق حقوق مدنی و سیاسی نیز با وجود تأکید بر اصل آزادی نکاح، کشورها عموماً این مانع را پذیرفته اند؛ لیکن به لحاظ درجات و شرایط ممنوعیت و ضمانت اجرا تفاوت هایی بین کشورها وجود دارد.

دارند که ایجاد پیوند زناشویی بین آنان ممنوع است. برخی از این محرمیت‌ها از قرابت نسبی تا درجه‌ای خاص ناشی می‌شوند؛ برای مثال، در احکام اسلامی^۱ پیوند زناشویی با پدر و مادر و اجداد و خواهر و برادر و فرزندان آنان و همین‌طور با دایی، خاله، عمه و عمو حرمت ابدی دارد^۲.

خطر بروز بیماری‌های نهفته در فرزندان در این‌گونه ازدواج‌ها، اهمیت روابط جنسی در استحکام پیوند زناشویی و عدم جاذبه، کشش و تمایل جنسی لازم بین محارم و نیز لزوم گسترش ارتباطات اجتماعی از طریق ازدواج با غیرمحارم از علل عمده این ممنوعیت است. در کنار آن، رواج دیدگاه جنسی میان بستگان نزدیک را می‌توان عامل مخربی برای حفظ تقدس نهاد خانواده و مناسبات خانوادگی و انسجام آن تلقی کرد.

همین عامل اخیر سبب شده است درجه‌ای از خویشاوندی سببی نیز از دیگر موانع نکاح تلقی شود. در اسلام ازدواج با والدین همسر و اجداد وی و زن پدر یا شوهر مادر و والدین، اجداد، فرزندان و نوه‌های آنان حرمت دارد که در ماده ۱۰۴۷ قانون مدنی نیز به آن اشاره شده است و جمع بین زن و برخی اقوام او که از محارم نسبی (خواهر زن، خواهرزاده یا برادرزاده زن) محسوب نمی‌شوند نیز تابع شرایطی است که در مواد ۱۰۴۸ و ۱۰۴۹ قانون مدنی به آن پرداخته شده است.

قرابت ناشی از شیرخوارگی یا مانع رضاعی از موانع دیگر نکاح بین مادر رضاعی، والدین، اجداد و خواهر و برادر و شوهر او با فرزند رضاعی است^۳. فلسفه تحریم محارم رضاعی این است که کودک بر اثر پرورش گوشت و استخوانش با شیر شخص معین، به فرزندان او شباهت پیدا می‌کند؛ مثلاً زنی که کودکی را به اندازه‌های شیر می‌دهد که بدن او با آن شیر نمو مخصوصی می‌کند، یک نوع شباهت در میان آن کودک و سایر فرزندان آن زن پیدا می‌شود و درحقیقت هر کدام جزئی از بدن آن مادر محسوب می‌گردند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۳۲۸-۳۲۷).

پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر با پیشرفت علم پزشکی بتوان از اختلالات ژنتیکی و بروز بیماری‌های نهفته و غالب جلوگیری و همچنین اثبات کرد که جاذبه جنسی لازم برای حفظ خانواده در این صورت نیز وجود دارد و با گسترش ارتباطات اجتماعی، ازدواج با غیرمحارم دیگر اهمیت خود را به این جهت از دست داده است، آیا می‌توان چنین محدودیتی بر حق ازدواج را غیرمنطقی و خلاف حقوق بشر دانست؟ به نظر می‌رسد حداقل در ممنوعیت نکاح با محارم سببی، دلایلی فراتر از دلایل زیستی وجود دارد که به راحتی نمی‌توان از تحدید موارد ممنوعیت نکاح سخن گفت و صدالبته توسعه این محدودیت‌ها نیز به دلیل لزوم

۱. ر.ک. سوره نساء، آیه ۲۳.

۲. ر.ک. ماده ۱۰۴۵ ق.م.

۳. ر.ک. ماده ۱۰۴۶ ق.م.

اصل آزادی در نکاح باید با توجیهات معقول، منطقی و اصل ضرورت و با توجه به فلسفه، هدف و مبنای این محدودیت‌ها و بُعد اخلاقی آن باشد.

۳.۲. ازدواج با فرزندخوانده در ایران

سن ازدواج یکی از مواردی است که قانون‌گذار هر کشوری برای حمایت از فرد باید در آن ورود کند و حداقل آن را به موجب قانون مشخص سازد (غدیری ۱۳۹۵: ۱۲۰). با توجه به اینکه از یک سو در نظام حقوقی ایران پس از رسیدن به بلوغ تنها با شرایطی درنهایت تا سن ۱۶ سالگی می‌توان فردی را به فرزندخواندگی پذیرفت (ماده ۹ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست سال ۱۳۹۲ش) و از سوی دیگر تعدد زوجات نیز به شکل مشروط در نظام حقوقی ایران پذیرفته شده است (ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ش)، پرداختن به این دو موضوع در اینجا اهمیت ویژه‌ای دارد.

به موجب ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، نکاح دختر کمتر از ۱۳ سال و پسر کمتر از ۱۵ سال تمام شمسی منوط به إذن ولی و احراز مصلحت از سوی دادگاه صالح است. به این ترتیب، حداقل سن ازدواج در نظام حقوقی ایران مشخص نشده و طبق آمار رسمی ارائه شده از سازمان ثبت احوال هر ساله ثبت رسمی ازدواج زیر این سنین به‌ویژه دخترچپه‌ها با مجوز دادگاه صورت می‌گیرد. این در حالی است که ازدواج دائم و موقت شرعی قبل از ثبت رسمی چنین ازدواج‌هایی هم مرسوم است. این موضوع در کنار امکان تعدد زوجات مستلزم وجود حمایت ویژه از کودکان فرزندخوانده و به‌ویژه دخترچپه‌ها است.

قانون‌گذار ایران با علم به آسیب‌زا بودن این موضوع و با انگیزه حمایت از کودک و ایجاد روندی برای حفظ حقوق فرزندخوانده با علم به نبود مانع شرعی بنابر تفاسیر موجود در مورد آیات مربوط به موضوع فرزندخوانده در قرآن، تدبیری کرد که حاصل آن تبصره ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب سال ۱۳۹۲ش بود که برخلاف قانون سال ۱۳۵۳ش که موضوع ازدواج با فرزندخوانده را مسکوت گذاشته بود، مقرر می‌دارد: «ازدواج چه در زمان حضانت و چه بعد از آن بین سرپرست و فرزندخوانده ممنوع است، مگر اینکه دادگاه صالح پس از أخذ نظر مشورتی سازمان، این امر را به مصلحت فرزندخوانده تشخیص دهد».

علی‌رغم وجود چنین مقرره‌ای که به هدف حمایت از کودک در این قانون گنجانده شده است، دغدغه‌هایی نیز در این خصوص وجود دارد که قابل توجه است. «شکستن قبح انسانی و عرفی ازدواج با کسی که به‌عنوان فرزند وارد خانواده شده بدون توجه به رابطه مقدس مادر یا پدر- فرزند، از بین رفتن قداست خانواده با رواج نگاه جنسی در آن، ایجاد زمینه گناه، سوءظن بین زوجین و سوءمعاشرت بین آنان، آسیب‌های شدید روحی و روانی برای همسری که فرزند

خود را رقیب خود تلقی می‌کند، حتی اگر واقعیت نداشته باشد؛ تحت خشونت‌های جسمی، روحی و روانی قرار گرفتن کودک، آزار جنسی کودک و غفلت و بی‌توجهی نسبت به او، رقابت و جدال و نزاع در خانواده برای تصاحب یک موقعیت جدید و نهایتاً فروپاشی خانواده‌ای که بنا بود حضور یک کودک به دوام و بقای آن منجر شود. امکان بیشتر فسخ سرپرستی، اقبال کمتر کودکان دختر برای پذیرش سرپرستی آنان، استقبال کمتر از کودکان بزرگ‌تر برای فرزندپذیری، هرچند قانونگذار تا ۱۶ سالگی با شرایطی امکان آن را پیش‌بینی کرده است؛ دیر هنگام بودن حمایت از فرزندخوانده با طرح موضوع ازدواج او در دادگاه برای تشخیص مصلحت وی به‌ویژه این‌که امکان ازدواج موقت با وی و در خفا وجود دارد؛ اراده آزاد فرزندخوانده می‌تواند تحت‌الشعاع تسلط والد برای ازدواج قرار گیرد؛ ملاک تشخیص مصلحت در دادگاه به‌ویژه بعد از پایان سرپرستی و در سنین بزرگسالی چه خواهد بود و آیا می‌توان اصولاً ازدواج کسی که سن بلوغ را رد کرده و به سن اهلیت قانونی رسیده را چه دختر و چه پسر موکول به نظر کارشناسی سازمان بهزیستی و تشخیص مصلحت توسط دادگاه کرد؟ آیا فاصله سنی بین پدرخوانده و فرزندخوانده و موقعیت مسلط او نسبت به فرزند برای ازدواج، خود نمی‌تواند خلاف مصلحت دختر باشد؟ اگر ازدواج دائمی بین آنان بدون حکم دادگاه انجام شود ضمانت اجرای آن چیست؟» (غدیری و اسماعیلی، ۱۳۹۶: ۳۱۰).

این دغدغه‌ها نشان می‌دهد که در سیاق نظام حقوقی ایران با توجه به نبود حداقل سن ازدواج و همین‌طور امکان تعدد زوجات، این سطح از حمایت از فرزندخوانده به‌ویژه در سنین کودکی کافی به‌نظر نمی‌رسد و مصالح عالیۀ کودک که باید در رأس سایر مصالح قرار گیرد تأمین نخواهد شد.

در اینجا لازم است به موارد دیگری از حرمت شرعی در ازدواج اشاره شود. بر اساس تصریح آیه ۲۲ از سوره نساء، نکاح بین پسر شوهر با نامادری خود حرمت دارد و بر اساس آیه ۲۳ همین سوره، با دختری که نزد ناپدری پرورش یافته از زنی که با وی نزدیکی صورت گرفته نمی‌توان ازدواج کرد. «آنچه مسلم است در این آیه شریفه، پرورش دختر در دامن شوهر او تنها شرط حرمت نکاح نیست و این امر صراحتاً منوط به وقوع نزدیکی میان زن و مرد شده، اما نباید این واقعیت را نادیده گرفت که به هر حال نیمی از علت حرمت، در حجر مرد بودن است که در فرزندخواندگی هم وجود دارد» (شریعتی‌نسب، ۱۳۹۳: ۱۱۰). شاید با توجه به تبعات بسیار منفی ازدواج با فرزندخوانده در سیاق نظام حقوقی ایران که ازدواج با کودکان و تعدد زوجات را مجاز می‌داند، بتوان با امعان نظر به چنین مواردی از باب حکم ثانویه به موضوع ورود و به نحو مقتضی آن را حل کرد.

موضوع قابل توجه دیگر این است که به‌موجب این تبصره «ازدواج در زمان حضانت و پس از

آن بین سرپرست و فرزندخوانده ممنوع است». چگونه می‌شود بعد از رسیدن به سن قانونی و سنین بزرگسالی، همچنان بتوان مشاورهٔ بهزیستی و تشخیص مصلحت از سوی دادگاه را برای ازدواج دو بزرگسال لازم دانست؟ به همین دلیل به نظر می‌رسد با توجه به اینکه طبق قانون ایران پایان سن حضانت، سن بلوغ است، منظور قانون‌گذار از «پس از سن حضانت» درنهایت می‌تواند ممنوعیت از سن بلوغ تا سن قانونی یعنی ۱۸ سالگی را شامل شود و پس از آن برای ورود بهزیستی و دادگاه برای تشخیص مصلحت یک فرد بزرگسال محملی وجود نخواهد داشت که این موضوع نیز جای تأمل دارد؛ هرچند که با اصل آزادی نکاح انطباق دارد.

در بخش بعدی این پژوهش به میزان حمایتی که از فرزندخوانده در نظام حقوقی دو کشور انگلیس و آلمان در سیاق قوانین و مقررات آن کشورها شده است پرداخته خواهد شد.

۳. ازدواج با فرزندخوانده در حقوق انگلستان

۳.۱. تاریخچهٔ قوانین مربوط به فرزندخواندگی در انگلستان

در انگلستان نخستین قانونی که به موضوع فرزندخواندگی پرداخت قانون کودکان مصوب ۱۹۲۶م (Children Act, 1926) بود. تا قبل از آن، فرزندخواندگی چندان در آنجا مرسوم نبود، چراکه اکثر کودکان ره‌اشده کودکان خارج از ازدواج بودند و کسی به نگهداری از این کودکان که حاصل گناه بودند و برچسب عدم مشروعیت داشتند، تمایلی نداشت (Herring, 2013: 144). بعد از جنگ جهانی اول و مواجه شدن اروپا با سیل کودکان یتیم حاصل از ازدواج، فرزندخواندگی مورد توجه واقع شد. اگرچه فرزندخوانده به‌مثابهٔ فرزند واقعی بود، ولی تا تصویب قانون کودک سال ۱۹۴۹م (Children Act, 1949)، فرزندخوانده نمی‌توانست از والدین فرزندپذیر ارث ببرد. پس از آن قانون سال ۱۹۲۶م اصلاح، و کلیهٔ مقررات مربوط به فرزندخواندگی در قانون سال ۱۹۵۸م تجمیع شد (Lowe & Douglas, 2014: 683). با تصویب قانون فرزندخواندگی سال ۱۹۷۶م تغییراتی جزئی به‌ویژه دربارهٔ آژانس‌های فرزندخواندگی ایجاد گردید (Lowe & Douglas, 2014: 693).

فصل چهارم قانون کودکان ۱۹۸۹م (Children Act, 1989) دو مرحله را برای خارج کردن یک کودک از حضانت والدین پیش‌بینی نمود: اطمینان از اینکه کودک تحت مخاطره است، و دادگاه اصل رفاه کودک را در تصمیم‌گیری دربارهٔ وضعیت او مد نظر قرار دهد. به‌موجب مادهٔ ۸ عهدنامهٔ اروپایی حقوق بشر در خصوص احترام به زندگی خانوادگی آمده است، اصل تناسب و قانونی بودن باید رعایت شود (Douglas, 2016: 35). در قانون فرزندخواندگی سال ۲۰۰۲م (Adoption of Children Act, 2002 (ACA), section 1 (4) (a)) که ناسخ قانون ۱۹۷۶م بود،

فهرست مفصل تری از موارد بررسی شده ارائه و تصریح شد که رفاه کودک در سراسر زندگی «ملاحظه اصلی» (Paramount consideration) در این روند است و به این منظور فهرستی از موارد را برای مدنظر قرار دادن دادگاه و آژانس‌های فرزندخواندگی اعلام می‌کند که از جمله آن‌ها، توجه به احساسات و تمایلات کودک با توجه به سن و میزان درک او، نیازهای خاص جسمی و روحی، ویژگی‌های کودک به لحاظ سن، جنس و سوابق او و تأثیر جدا کردن وی از خانواده اصلی‌اش، آسیب‌هایی که دیده یا امکان دارد ببیند، است. این تست به روشنی کودک محور است و خانواده اصلی کودک را به خانواده فرزندپذیر ترجیح نمی‌دهد (Lowe & Douglas, 2014: 694).

در سال ۲۰۱۴م نیز بخش اول قانون کودکان و خانواده (Children and Family Act, 2014 (CFA)) با هدف افزایش پذیرش فرزندخوانده و به خصوص کودکان با نیازهای ویژه، مثل کودکان در سنین بالاتر، دارای خواهر و برادر، معلول یا با آسیب‌های شدید، مقرراتی را در این باره دربر دارد (Herring, 2013: 146).

برخلاف برخی نظام‌ها که فرزندخواندگی در سنین بزرگسالی را می‌پذیرد، در انگلیس سن کودک باید کمتر از ۱۸ سال بوده، مجرد باشد (هرگز ازدواج نکرده و در زندگی مشترک مدنی نیز وارد نشده باشد). متقاضیان اعم از مجرد یا زوج ازدواج کرده یا بدون ازدواج، هم‌جنس یا غیرهم‌جنس (مشروط بر اینکه در یک رابطه بلندمدت باشند) باید حداقل یکی از آنان ۲۱ سال داشته باشد و هیچ حداکثر سنی برای آنان وجود ندارد (The Adoption and Children Act (Lowe & Douglas, 2014: 705) - guide to the Act, 2002؛ هرچند برای رفاه کودک در نظر گرفته می‌شود). رضایت والدین طبیعی برای فرزندخواندگی فرزندشان لازم است مگر مجهول‌المکان باشند، به دلایلی از جمله معلولیت ذهنی قابلیت دادن رضایت نداشته باشند و کودک در مخاطره باشد (Herring, 2013: 650). فرزندخوانده به‌مثابه فرزند طبیعی است و از کلیه حقوق او در فرزندخواندگی کامل (Full adoption) برخوردار است. در مجموع اگرچه فرزندخواندگی به شکل غیررسمی و قبل از قانون ۱۹۲۶م فرزندخواندگی، بیشتر با رویکرد حل مسئله مادران و تنها برای خلاص شدن از سرزنش‌ها و فرزند خارج از ازدواج و همین‌طور مشکل زوجین بدون فرزند بوده است، امروزه این نهاد با رویکرد حمایت از کودک و مصالح وی شکل می‌گیرد. چراکه با وجود فناوری‌های درمان ناباروری برای زوجین نابارور و همین‌طور برداشته شدن برجسب از مادران تنها، که عامل مهمی در رها کردن فرزندشان بود، شرایط تغییر کرده است (Herring, 2013: 635). در سال‌های اخیر در انگلیس، نیمی از فرزندخواندگی‌ها از سوی ناپدری صورت می‌گیرد که به این ترتیب ناپدری از منظر قانون، پدر کودک تلقی می‌شود (Herring, 2013: 635).

۲.۳. درجات ممنوعه ازدواج به لحاظ قرابت

در هر کشوری مواعی برای ازدواج به عنوان استثنای بر اصل آزادی ازدواج وجود دارد که نظام بین‌المللی حقوق بشر نیز با شرایطی آن را به رسمیت شناخته است. اگرچه در این پژوهش تمرکز بر موضوع ازدواج با فرزندخوانده است، ولی برای درک بهتر مقررۀ هر کشوری در این خصوص باید آن را در سیاق کلی قوانین آن کشور مطالعه نمود؛ لذا نخست به شرح برخی قوانین مرتبط و سپس به بحث فرزندخوانده پرداخته خواهد شد.

در قانون انگلیس، از عوامل باطل‌کننده ازدواج، ازدواج زیر سن ۱۶ سال^۱، بی‌توجهی به الزامات و تشریفات شکلی ازدواج، تأهل قانونی یک یا هر دو طرف، مشخص نبودن جنسیت طرف و درجات ممنوعه ازدواج به لحاظ قرابت است که همان ارتباط خویشاوندی نسبی (blood relation/ consanguinity) و خویشاوندی سببی یا به واسطه ازدواج (by marriage/ affinity) است. در خویشاوندی نسبی ممنوعیت ازدواج بین والدین و فرزندان، پدربزرگ یا مادربزرگ و نوه‌ها، خواهر و برادر، عمه یا عمو، دایی یا خاله، برادرزاده یا خواهرزاده وجود دارد، ولی بین فرزندان دسته‌آخر وجود ندارد (Herring, 2013: 44). در خویشاوندی سببی این سیستم، ازدواج نامادری یا ناپدری با فرزند همسر و ازدواج با والدین همسر به‌طور مشروط پذیرفته شده است:

ازدواج با فرزند همسر سابق^۲ تنها در صورتی جایز است که هر دو طرف ۲۱ سال یا بیشتر داشته باشند و عضو جوان‌تر که اغلب فرزند همسر است و در سن زیر ۱۸ سال، کودک این خانواده نبوده باشد؛ به این معنا که اگر ناپدری یا نامادری نقش پدری یا مادری را برای فرزند همسرش داشته باشد، این دو نمی‌توانند هرگز با هم ازدواج کنند (Herring, 2013: 44). نتیجه اینکه اگر فرزند همسر تا سن ۱۸ سالگی با مادر یا پدر و ناپدری یا نامادری خود به کیفیتی زندگی نکرده باشد که ناپدری یا نامادری برای وی نقش والدینی ایفا کرده باشند یا ازدواج بین مادر یا پدر و ناپدری یا نامادری وی بعد از سن ۱۸ سالگی وی باشد، در صورت انحلال ازدواج اول و اینکه سن هر دو بالای ۲۱ سال باشد، این ازدواج امکان‌پذیر است. البته در صورتی که ناپدری از ازدواج اول خود دارای فرزند باشد و از ازدواج فعلی خود نیز صاحب فرزند شود، چنین تجویزی موجب سردرگمی نسبت به قرابت‌ها خواهد شد؛ چراکه فرزندان ازدواج قبلی

۱. در فاصله سن ۱۶ تا ۱۸ سال نوجوان می‌تواند با در دست داشتن رضایت والدین اقدام به ازدواج کند. وی می‌تواند در صورت عدم رضایت والدین، از دادگاه تقاضای مجوز نماید. البته ازدواج بدون این رضایت هم معتبر است و فقط به لحاظ صوری این امکان را ایجاد می‌کند که دفاتر ازدواج چنین ازدواج‌های بدون رضایت را ثبت نکنند.

۲. در نظام حقوقی انگلیس تعدد زوج و زوجات ممنوع و مستوجب کیفر است و این از موارد ابطال ازدواج یا ازدواج‌های بعدی است؛ حتی اگر همسر اول در خلال زندگی مشترک دیگر زوج خود فوت کند.

(ازدواج ناپدیری با مادر همسر فعلی) با فرزندان ازدواج فعلی (ناپدیری با دختر همسر سابق) هم‌زمان می‌توانند علاوه بر دایی و خاله، خواهر و برادر یکدیگر نیز باشند و به‌علاوه فرزندان ناپدیری سابق و شوهر فعلی، خواهرزن و برادرزن وی نیز محسوب می‌شوند.^۱

شایان ذکر است که در حقوق انگلیس، مسئولیت‌های والدینی معادل حضانت است و طبق این تعریف در بخش (۱) ۳ قانون کودکان ۱۹۸۹م: «کلیه حقوق، تکالیف، صلاحیت‌ها، مسئولیت‌ها و اقتداراتی است که والد کودک به‌موجب قانون در مورد کودک و اموالش دارد»، والدین به‌طور خودکار چنین مسئولیتی را نسبت به کودک خود دارند (Douglas, 2016: 31).

به‌موجب قانون، ازدواج با پدر یا مادر همسر سابق نیز به‌طور مشروط امکان‌پذیر بود: بعد از فوت همسر هر دو طرف، مشروط بر اینکه هر دو بیش از ۲۱ سال داشتند، امکان ازدواج عروس با پدرشوهر و داماد با مادرزن وجود داشت، ولی این امکان با طلاق دو طرف از همسرانشان ایجاد نمی‌شد. هدف از چنین مقرره‌ای عدم تشویق به رقابت جنسی بین والدین و فرزندان، حمایت از کودکان در برابر سردرگمی نسبت به اینکه چه کسی مادر یا پدر و یا مادر بزرگ یا پدر بزرگ آنان و همین‌طور سایر قرابت‌های خونی مرتبط است که این دو می‌تواند امنیت روانی خانواده را برهم زند (Herring, 2013: 44). البته نظر به اینکه بعد از فوت همسران دو طرف چنین مجوزی داده شده است، همچنان نتیجه آن عدم امنیت روانی حداقل در مورد نسبت خویشاوندی خواهد بود. از آنجا که بر اساس متوسط عمر طبیعی افراد معمولاً امکان اینکه هر دو طرف همسرشان را در اثر فوت از دست بدهند بسیار نازل است، به‌نظر می‌رسد قانون‌گذار انگلیس با تسامح برخورد کرده باشد؛ هر چند این مقرره احتمال تبانی برای قتل همسر به عنوان حذف مانع را منتفی نمی‌کند. این قانون بر اساس رأی دادگاه اروپایی حقوق بشر^۲ در سال ۲۰۰۷م که ممنوعیت ازدواج پدرشوهر با عروس سابق و مادرزن با داماد سابق را خلاف ماده ۱۲ عهدنامه اروپایی حقوق بشر مبنی بر حق ازدواج و تشکیل خانواده^۳ تشخیص داد، آن را معقول و منطقی ندانست و این ممنوعیت برداشته شد.

۳.۳. ازدواج با فرزندخوانده

فرزندخواندگی معمولاً ارتباط بین کودک با خانواده طبیعی وی را خاتمه می‌دهد، ولی تأثیری

۱. به‌موجب احکام اسلامی، همان‌طور که در مباحث پیشین بیان شد، در مورد ازدواج با ربیبه، شرط عدم نزدیکی با مادر وی در کنار بزرگ نشدن در نزد ناپدیری ذکر شده که نتیجه آن نداشتن فرزند و عدم سردرگمی در موضوع قرابت است. در مورد ازدواج با نامادری نیز که حرمت مطلق است.

2. The case of B and L v United Kingdom (Application No.36536/02) the European Court of Human Rights.

3. "Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right".

بر ممنوعیت ازدواج به واسطه قرابت نسبی بین آنان ندارد. در انگلیس، قانون ازدواج مصوب ۱۹۴۹م نسبت به موضوع ازدواج با فرزندخوانده ساکت بود، ولی قانون فرزندخواندگی سال ۱۹۵۰م به صراحت ازدواج بین والدین فرزندپذیر و فرزندخوانده را ممنوع کرده است؛ گرچه برخی موضوع ممنوعیت ازدواج با خواهرخوانده یا برادرخوانده را نیز مطرح کردند (Walter & Washington 1963: 488). ازدواج فرزندخوانده و والدین فرزندپذیر نیز در قانون انگلیس جزء قرابت‌های ممنوعه به لحاظ نکاح است، ولی این ممنوعیت فقط شامل فرزند با پدرخوانده یا مادرخوانده می‌شود و سایر خویشان را دربر نمی‌گیرد.

ظاهراً از آنجا که فرزندخوانده زیر سن ۱۸ سال وارد خانواده فرزندپذیر می‌شود و والدین نقش‌ها و مسئولیت‌های والدینی^۱ را نسبت به او ایفا می‌کنند، همانند مورد ازدواج با فرزند همسر به شکل مشروط پذیرفته نشده و ممنوعیت این نوع ازدواج مطلق است. با این ممنوعیت، رقابت بین فرزندخوانده با والد هم‌جنس خود برای کسب جایگاه وی نزد والد غیرهم‌جنس که می‌تواند امنیت خانواده را مختل کند و منجر به فروپاشی آن بشود، منتفی خواهد شد؛ یعنی همان دغدغه‌ای که مبنای مشروط کردن ازدواج با پدر یا مادر همسر در این نظام بوده است.

به موجب قانون زندگی مشترک مدنی مصوب ۲۰۰۴م انگلیس، فرزندخوانده و والدین فرزندپذیر نمی‌توانند زندگی مشترک مدنی نیز باهم داشته باشند. البته این ممنوعیت بر روابط خواهر و برادر و سایر خویشاوندان فرزندپذیر با فرزندخوانده وجود ندارد (Herring, 2013: 45). اما در صورت نقض این مقرر بر اساس قانون جرایم جنسی مصوب سال ۲۰۰۳م، آنان مشمول مجازات زنا با محارم قرار نخواهند گرفت (Lowe & Douglas, 2014: 726)؛ چراکه در نظام حقوقی این کشور، دایره ازدواج ممنوعه بین افراد گسترده‌تر از ضمانت کیفری روابط جنسی بین آنان است. بنابراین اگر فرزندخوانده وارد رابطه هم‌خانگی یا هم‌بالینی با پدرخوانده یا مادرخوانده‌اش شود، عملاً هیچ‌گونه ضمانت کیفری برای آن پیش‌بینی نشده است.

۴. ازدواج با فرزندخوانده در حقوق آلمان

۴.۱. سابقه تاریخی قاعده منع ازدواج با فرزندخوانده

نهاد حقوقی فرزندخواندگی از طریق حقوق روم باستان وارد آلمان شده است و لذا سابقه‌ای بسیار طولانی دارد. برخلاف انگلستان که فرزندخواندگی در آن به علت تأثیرات کمتر حقوق رومی تا پیش از قرن نوزدهم میلادی ناشناخته بود (Paulitz, 1997: 17).

1. The concept of parental responsibility is defined in section 3 of the CA 1989 as "all the rights, duties, powers, responsibilities, and authority that by law a parent of a child has in relation to the child and his property".

فرزندخواندگی در روم باستان بسیار رواج داشته است (Paulitz, 1997: 17). منع ازدواج با فرزندخوانده نیز در حقوق رومی قاعده‌ای شناخته شده بود؛ این منع تنها شامل ازدواج والدین فرزندپذیر با فرزندخوانده نمی‌شد، بلکه ازدواج سایر کودکان درون خانواده (خواهرخوانده و برادرخوانده) با فرزندخوانده را نیز دربر می‌گرفت (Meincke, 2016: 51).

مقامات کلیسا نیز به تبعیت از حقوق رومی همین قاعده را در قانون کلیسایی خود به رسمیت شناختند. مطابق ماده ۱۱۰ قانون کلیسای کاتولیک «کودکانی که طبق قانون مدنی (دنیوی) به فرزندی پذیرفته شده‌اند، در حکم فرزندان کسانی هستند که آن‌ها را به فرزندخواندگی قبول کرده‌اند»^۱؛ بر همین اساس، ماده ۱۰۹۴ قانون کلیسایی مقرر می‌دارد: «نکاح میان اشخاصی که از طریق فرزندخواندگی در خط مستقیم و یا در خط اطراف طبقه دوم با یکدیگر قرابت پیدا کرده‌اند فاقد اعتبار است»^۲.

منع ازدواج با فرزندخوانده در قانون دول پروس (قانون عمومی ایالتی برای دول پروس مصوب ۱۷۹۴م) نیز به چشم می‌خورد. این قانون به‌عنوان نخستین مجموعه مدون دول پروس - که شامل کلیه قوانین مدنی، جزایی و بخشی از قوانین حقوق عمومی بود - در دفتر دوم، ماده ۱۳ خود مقرر داشت: «میان اشخاصی که یکی از آن‌ها دیگری را به فرزندی پذیرفته است، تا زمانی که [قرارداد] فرزندخواندگی قانوناً لغو نشده باشد، نکاح معتبری برقرار نخواهد شد».

در نهایت، مفاد همین قاعده در ماده ۱۳۱۱ قانون مدنی آلمان مصوب ۱۹۰۰م منعکس شد. البته این قانون، مانند قانون دول پروس، در ابتدا در خصوص ازدواج خواهرخوانده‌ها و برادرخوانده‌ها سکوت کرده بود، اما با تغییرات و اصلاحات بعدی این منع نیز به سایر موانع نکاح افزوده شد که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

۲.۴. تحولات در مفهوم و شرایط نهاد فرزندخواندگی

قانون مدنی آلمان از زمان تصویب خود (۱۹۰۰م) تاکنون تغییرات و تحولات بسیاری در خصوص نهاد فرزندخواندگی و آثار حقوقی آن داشته است. فرزندخواندگی در گذشته با اهدافی کاملاً متفاوت از امروز اجرا می‌شد. مهم‌ترین این اهداف در وهله نخست داشتن یک وارث و یاری‌دهنده در سال‌های از کارافتادگی و سالخوردگی والدین بود (Reinhardt, 2016: 4). شاید به

1. Codex Iuris Canonici, Can. 110: Filii, qui ad normam legis civilis adoptati sint, habentur ut filii eius vel eorum qui eos adoptaverint. http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/latin/documents/cic_liberI_la.html (Accessed 01.07.2019).

2. Codex Iuris Canonici, Can. 1094: Matrimonium inter se valide contrahere nequeunt qui cognatione legali ex adoptione orta, in linea recta aut in secundo gradu lineae collateralis, coniuncti sunt. http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/latin/documents/cic_liberI_la.html (Accessed 01.07.2019).

3. Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (PrALR).

همین دلیل است که قبولی بزرگسالان به فرزندى بیشتر از پذیرفتن اطفال صغیر رواج داشته است، لذا در ابتدا حداقل سن شخص فرزندپذیر ۵۰ سال مقرر شده بود.^۱ در مورد فرزندخواندگی صغار نیز در بیشتر موارد کمک و رسیدگی به کودکان بی‌بضاعت و بی‌خانمان در پرورشگاه‌ها و یتیم‌خانه‌ها و نیز قبول سرپرستی آن‌ها مد نظر بوده است، بدون آنکه لزوماً این اطفال به درون خانواده فرد فرزندپذیر منتقل شوند و یا رابطه خویشاوندی با او برقرار کنند (Schubert, 1997: 952). سایر شرایط فرزندخواندگی عبارت بود از: والدین پذیرنده باید خود فاقد فرزند می‌بودند؛ فرزندخواندگی از طریق «عقد قرارداد» ایجاد می‌شد، به این معنی که دادگاه اطفال بدون بررسی ماهوی و تنها در موردی که فرزندخوانده صغیر بود، وظیفه صدور حکم تنفیذی داشت؛ قرابت نسبی میان کودک و خانواده طبیعی‌اش محفوظ می‌ماند و خویشاوندی حقوقی میان او و خانواده فرزندپذیر ایجاد نمی‌شد؛ لذا خانواده پذیرنده از فرزندخوانده خود ارث نمی‌بردند، بلکه تنها فرزندخوانده می‌توانست از والدین پذیرنده ارث ببرد که این امر نیز طبق قرارداد قابل تغییر بود (Neukirchen, 2005: 107).

به این ترتیب، می‌توان گفت که نهاد فرزندخواندگی در آن زمان بیشتر به صورت ناقص و ضعیف (schwache Adoption) اجرا می‌شد. با این حال از نیمه دوم قرن بیستم و در جریان اصلاحات قوانین خانواده در سال‌های ۱۹۶۱ و ۱۹۷۴ تغییراتی اساسی در خصوص نهاد فرزندخواندگی و شرایط آن صورت گرفت. اما عمده‌ترین تحولات در سال ۱۹۷۶م به چشم می‌خورد که در پی آن فرزندخواندگی کامل (Volladoption)، با هدف رعایت مصلحت کودک و با محوریت حقوق اطفال آسیب‌پذیر قابلیت اجرا پیدا کرد. در پی همین اصلاحات بود که آلمان در سال ۱۹۸۱م به معاهده اروپایی فرزندخواندگی کودکان (۱۹۶۷م) پیوست؛ هرچند که تقریباً تمامی مفاد معاهده پیش‌تر در قانون سال ۱۹۷۶م گنجانده شده بود (Neukirchen, 2005: 134). با این حال در پی پیوستن به این کنوانسیون، تغییراتی جزئی در شرایط حق بر نام و کسب تابعیت برای فرزندخوانده در اصلاحات سال‌های بعد این قانون دیده می‌شود.

۳.۴. مفهوم و آثار حقوقی فرزندخواندگی در قوانین کنونی آلمان

فرزندخواندگی در ادبیات حقوقی کنونی آلمان به معنای «برقراری حقوقی یک رابطه فرزند-والدینی میان شخص یا اشخاص فرزندپذیر و کودک» است، «بدون توجه به نسب طبیعی آن‌ها» (Ihlfeldt, 2014: 3). مقایسه ماده ۱۷۴۱ سابق قانون مدنی آلمان و نسخه کنونی‌اش تغییر پارادایم و میزان تحولات مفهومی نهاد فرزندخواندگی را بیش از هر چیز مشخص می‌کند.

۱. این شرط در ۱۹۶۱م تغییر کرد و حداقل سن پذیرنده به ۳۵ سال کاهش یافت.

ماده ۱۷۴۱ سابق مقرر داشت: «شخصی که فرزندی ندارد می‌تواند به واسطه قراردادی شخص دیگری را به فرزندی بپذیرد»، اما این ماده اکنون به این صورت اصلاح شده است: «پذیرفتن کودکی به فرزندی تنها در صورتی مجاز است که این امر در راستای مصلحت کودک باشد و انتظار برود که میان اشخاص فرزندپذیر و کودک یک رابطه فرزند-والدینی برقرار شود». در واقع از نظر قانون‌گذار کنونی آلمان انگیزه و دلیل اصلی فرزندخواندگی، مصلحت کودک است و مصلحت کودک نیز به‌طور مشخص به این معناست که پذیرفتن او به فرزندی باید محیط خانوادگی امنی را برای او به ارمغان آورد و شرایط زندگی را برای وی به نحو محسوسی ارتقا بخشد (Botthof, 2014: 4). شرط دیگر فرزندخواندگی، علاوه بر مصلحت طفل، برقراری یک رابطه فرزند-والدینی است. منظور از آن رابطه‌ای است که منطبق با متوسط رابطه والدین طبیعی با فرزندان خود باشد (Botthof, 2014: 4). در واقع، مفهوم مصلحت طفل در پرتو این شرط نیز قابل تفسیر است: مصلحت طفل از الگوی ارتباط معمول والدین طبیعی با فرزندان خود پیروی می‌کند و لذا مصلحت او متضمن بهره‌مندی از محیط خانوادگی و پرورش یافتن در خانواده‌ای کامل و سالم است. بر این اساس می‌توان گفت که هدف اصلی این است که کودکان نیازمند مانند دیگر رفیع نیاز زوج‌های بی‌فرزند نیست تا ازدواج آن‌ها مستحکم و یا زندگی‌شان بامعنا شود و یا برای بعد از فوت خود وارثی داشته باشند، بلکه هدف اصلی این است که کودکان نیازمند مانند سایر کودکان دارای خانواده‌ای شوند که بتوانند در محیط امن آن رشد و پرورش یابند.

البته نباید نادیده گرفت که چنین تغییر پارادایمی خود در بستر تاریخی مشخصی صورت گرفته است. بحران سیاسی-اجتماعی حاصل از فجایع جنگ جهانی دوم از محرک‌های اصلی چنین تغییراتی بود. این جنگ کودکان بی‌خانمان و نیازمند بسیاری را روانه پرورشگاه‌ها کرد. تحقیقات و پژوهش‌های دولت در سال ۱۹۷۲م نشان داد که اقامت طولانی‌مدت در پرورشگاه‌ها می‌تواند آسیب‌ها و اختلال‌های روانی و اجتماعی جبران‌ناپذیری برای آن‌ها به همراه داشته باشد (سندرم بیمارستان‌زدگی، Deprivationssyndrom). از طرف دیگر نگهداری کودکان در این پرورشگاه‌ها برای دولت و دستگاه‌های عمومی بسیار پرهزینه بود (Schwab & Zenz, 1982: 15). تلاش برای رفع این معضل اجتماعی و سیاسی منتهی به اصلاحاتی بنیادین و گسترده در مفهوم و شرایط فرزندخواندگی در سال ۱۹۷۶م شد (Reinhardt, 2016: 7). بنابراین می‌توان گفت که فرزندخواندگی در آلمان کنونی بیش از هر چیز یک ابزار حمایتی در جهت رعایت مصلحت و ارتقای شرایط زندگی کودکان است. کلیه قوانین و مقررات مربوط به فرزندخواندگی نیز باید در پرتو همین اصل، تفسیر و اعمال شوند. بر همین اساس، قوانین کنونی آلمان تأکید

بیشتری بر فرزندخواندگی کامل اطفال صغیر دارند.^۱ بند ۱ ماده ۱۷۵۴ مقرر می‌دارد: «چنانچه زوجی کودکی را به فرزندی بپذیرد و یا یکی از زوجین کودک همسرش را به فرزندی بپذیرد، آن کودک از حیث وضعیت حقوقی در حکم کودک مشترک آن‌ها خواهد بود». همچنین مطابق بند ۱ ماده ۱۷۵۵ «با پذیرفتن کودک به فرزندخواندگی رابطه خویشاوندی او و فرزندانش با بستگان سابقش و نیز حقوق و وظایف حاصل از این رابطه خاتمه می‌یابد...». به این ترتیب به حکم دادگاه سرپرستی (Vormundschaftsgericht; Betreuungsgericht) - و نه مانند سابق با عقد قرارداد - کودکان فرزندخوانده به صورت کامل و در کلیه زمینه‌های حقوقی جایگاه کودکان حاصل از نکاح را کسب می‌کنند. بنابراین، فرزندخوانده نه تنها با والدین قانونی خود، بلکه با کلیه بستگان آن‌ها نیز رابطه خویشاوندی پیدا می‌کند. در حقیقت، خویشاوندی حاصل از فرزندخواندگی از نظر حقوقی با خویشاوندی خونی تفاوتی ندارد. این امر بر قوانین مربوط به ارث نیز تأثیر می‌گذارد، لذا در ارث نیز میان فرزندان بیولوژیک و فرزندخواندگان تمایزی دیده نمی‌شود. البته طبق بند ۲ ماده ۱۷۷۰ قانون مدنی آلمان، چنانچه فرزندخوانده کودک نبوده، بلکه بزرگسال باشد (دارای ۱۸ سال تمام)، آثار حقوقی فرزندخواندگی بر خویشاوندان و بستگان فرزندپذیر سرایت نخواهد کرد، مگر آنکه دادگاه به درخواست فرزندخوانده و فرزندپذیر و مطابق با ماده ۱۷۷۲ قانون مدنی آلمان مقرر نماید که آثار فرزندخواندگی فرد بزرگسال تابع آثار فرزندخواندگی کودکان خواهد بود.

قاعده منع ازدواج با فرزندخوانده نیز باید در همین راستا و در پرتو مصلحت طفل و نیز وضعیت حقوقی یکسان او با کودکان طبیعی مد نظر قرار گیرد. با اینکه این قاعده سابقه‌ای طولانی در حقوق آلمان دارد، اما در قرن بیستم، به‌ویژه در پی اصلاحات سال ۱۹۷۶م، دستخوش تغییراتی شده است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

۴.۴. قاعده منع ازدواج با فرزندخوانده در قوانین کنونی آلمان و آثار آن

قانون مدنی آلمان اکنون تنها سه مانع از میان موانع مختلفی را که در گذشته مطرح بوده است^۲ به رسمیت می‌شناسد:

۱. هرچند همچنان فرزندخواندگی بزرگسالان را نیز به رسمیت می‌شناسد (ماده ۱۷۶۷ ق.م. آلمان).
۲. قانون مدنی آلمان در گذشته موانع متعدد دیگری را به رسمیت می‌شناخت که بیشتر آن‌ها در پی اصلاحات سال ۱۹۷۶ و ۱۹۹۸م مرتفع شد، از جمله منع نکاح در زمان عده زنان مطلقه و یا بیوه (مدت عده در صورت فسخ نکاح یا طلاق، ۱۰ ماه، و در صورت فوت همسر یک سال بود)؛ منع نکاح با خویشاوندان سببی در خط مستقیم؛ منع نکاح میان افرادی که مرتکب زنا محصنه شده‌اند؛ و نیز منع نکاح میان افرادی که یکی از آن‌ها با یکی از والدین، اعقاب و یا یکی از فرزندان دیگری پیش‌تر رابطه جنسی داشته است.

- منع نکاح در صورت وجود نکاح یا اتحاد مدنی با شخص دیگری (ماده ۱۳۰۶ ق.م. آلمان)؛
 - منع نکاح میان خویشاوندان در خط مستقیم و نیز میان خواهران و برادران تنی و ناتنی. این منع شامل بستگان سابق که رابطه خویشاوندی آن‌ها به علت فرزندخواندگی خاتمه یافته است نیز می‌شود (ماده ۱۳۰۷ ق.م. آلمان)؛
 - منع نکاح میان افرادی که رابطه خویشاوندی آن‌ها (مذکور در ماده ۱۳۰۷) از طریق فرزندخواندگی برقرار شده است؛ مگر آنکه رابطه فرزندخواندگی قانوناً و به حکم دادگاه پایان یافته باشد. چنانچه قرابت در خط اطراف باشد (خواهرخوانده‌ها و برادرخوانده‌ها)، دادگاه خانواده می‌تواند به تقاضای آن‌ها استثنایی بر این منع قائل شود؛ مگر آنکه به دلایل مهمی چنین نکاحی به مصلحت نباشد (ماده ۱۳۰۸ ق.م. آلمان).
- به این ترتیب، ازدواج فرزندخوانده با بستگان خود- چه بستگان سابق که دیگر رابطه حقوقی با آن‌ها ندارد و چه بستگانی که بعداً با او به علت فرزندخواندگی قرابت قانونی پیدا کرده‌اند- در خط مستقیم (مادر، پدر و اجداد) و در خط اطراف (خواهر و برادر) منع شده است. هرچند با ختم رابطه فرزندخواندگی این ممنوعیت نیز برداشته می‌شود، اما باید توجه داشت که پایان دادن به رابطه فرزندخواندگی ابداً راحت نیست و شرایط و دلایل ویژه‌ای برای آن مقرر شده است. پایان آن فقط زمانی امکان‌پذیر است که فرزندخوانده به سن بزرگسالی رسیده باشد و او و والدین فرزندپذیر (رضایت هر دو طرف شرط است)، با استناد به دلایل مهم، هم‌زمان تقاضای خاتمه آن را داشته باشند؛ مگر آنکه فرزندخواندگی از ابتدا با صحت کامل برقرار نشده باشد که در این صورت نیز قانون شرایط خاصی را برای پایان دادن به آن در نظر گرفته است (مواد ۱۷۶۰ و ۱۷۷۱ ق.م. آلمان).
- با این حال باید توجه داشت که هریک از موانع پیش‌گفته دارای آثار حقوقی و بعضاً ضمانت اجرای کیفری متفاوتی هستند. قاعده کلی در مورد موانع نکاح این است که در صورت وجود آن‌ها، مأمور ثبت از اجرای صیغه نکاح و ثبت آن خودداری می‌کند (ماده ۱۳۱۰ ق.م. آلمان). اما چنانچه علی‌رغم وجود موانع یادشده به هر دلیلی عقد نکاح جاری و ثبت شد، قانون‌گذار آلمان آن را تا زمان انحلال (یا فسخ) از سوی دادگاه معتبر می‌داند (ماده ۱۳۱۴ ق.م. آلمان). با این حال آثار انحلال آن بسته به شرایط و میزان آگاهی و یا عمد هریک از طرفین نکاح متفاوت خواهد بود (ماده ۱۳۱۵ ق.م. آلمان). جدای از این آثار حقوقی، قانون‌گذار کیفری نیز برای موارد اول و دوم مجازات تعیین کرده است: طبق ماده ۱۷۲ قانون جزای آلمان برای ازدواج دوگانه تا حداکثر سه سال حبس در نظر گرفته شده است. ازدواج با بستگان یادشده در ماده ۱۳۰۷ قانون مدنی نیز مطابق ماده ۱۷۳ قانون جزای آلمان زنا با محارم محسوب شده، قابل مجازات است (حداکثر سه سال حبس). بنابراین ازدواج یا رابطه جنسی میان فرزندخوانده و

بستگان طبیعی‌اش زنا با محارم بوده، مشمول مجازات ماده ۱۷۳ قانون جزای آلمان خواهد شد. ازدواج فرزندخوانده با خویشاوندان قانونی‌اش (مانع سوم)، اما نه تنها فاقد ضمانت اجرای کیفری است، بلکه به نظر می‌رسد - علی‌رغم منع صریح قانون‌گذار - ضمانت اجرای مدنی قابل توجهی نیز متوجه آن نمی‌شود. برای درک این مسئله، نخست نگاهی می‌اندازیم به افرادی که طبق ماده ۱۳۰۸ از ازدواج با یکدیگر منع شده‌اند:

بر اساس ماده ۱۳۰۸ مواع ازدواج با فرزندخوانده‌ای که قبل از بزرگسالی به فرزند پذیرفته شده باشد، تابع ماده ۱۳۰۷ (مانع دوم) است؛ به این معنی که ازدواج فرزندخوانده با اقارب قانونی‌اش هم در خط مستقیم (مانند ازدواج پدرخوانده با دخترخوانده‌اش) و هم در خط اطراف (مانند ازدواج خواهرخوانده و برادرخوانده) منع شده است. در خصوص مورد اخیر تفاوتی میان فرزندان خونی و سایر فرزندخواندگان وجود ندارد (Rixecker & Rebmann, 2015: §1308).

چنانچه فرزندخوانده در بزرگسالی به فرزند پذیرفته شده، و دادگاه آثار فرزندخواندگی کودکان را بر او حمل نکرده باشد (بند ۲ ماده ۱۷۷۰)، منع ازدواج علاوه بر فرزندخوانده شامل حال فرزندان و نوادگان او نیز می‌شود؛ صرف نظر از اینکه آن‌ها پیش از رابطه فرزندخواندگی متولد شده باشند یا پس از آن، اما این منع شامل بستگان فرزندپذیر نمی‌شود. لذا برای مثال مانعی برای ازدواج فرزندخوانده با یکی از فرزندان و یا با پدر شخص فرزندپذیر وجود ندارد.

قانون‌گذار مدنی آلمان در ماده ۱۷۶۶ مقرر می‌دارد: «در صورتی که فرد فرزندپذیر با فرزندخوانده و یا یکی از اعقاب او، برخلاف مقررات مربوط به نکاح ازدواج کند، رابطه حقوقی‌ای که میان آن‌ها در اثر پذیرش فرزندخواندگی به وجود آمده بود، ملغی می‌شود. مواد ۱۷۶۴ و ۱۷۶۵ اجرا نخواهند شد». مسلماً از نظر قانون‌گذار آلمان نیز رابطه فرزند - والدینی و رابطه زناشویی در تضاد با یکدیگر هستند. با این حال، چنانچه علی‌رغم منع قانونی، نکاحی میان فرزندخوانده و فرزندپذیر صورت گیرد، قانون‌گذار در انتخاب میان انحلال نکاح و یا انحلال فرزندخواندگی، ترجیح را بر بقای نکاح لاحق دانسته تا فرزندخواندگی سابق.

در مورد دایره شمول ماده ۱۷۶۶ باید گفت که این ماده تنها از نکاح میان «فرد فرزندپذیر با فرزندخوانده و یا یکی از اعقاب او» صحبت می‌کند، در حالی که ممنوعیت یادشده در ماده ۱۳۰۸ فراتر رفته، به طور کلی شامل منع نکاح فرزندخوانده با کلیه اقارب قانونی‌اش می‌شود، چه در خط مستقیم (مانند ازدواج پدر پدرخوانده با دخترخوانده فرزندش) و چه در خط اطراف (مانند ازدواج خواهرخوانده و برادرخوانده). شق اول را قانون‌گذار جز در مورد ازدواج شخص فرزندپذیر و فرزندخوانده (ماده ۱۷۶۶) مسکوت گذاشته است، اما در مورد ازدواج با اقارب در خط اطراف، همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، بند دوم ماده ۱۳۰۸ استثنا قائل شده است، به این معنی که دادگاه خانواده می‌تواند با تقاضای طرفین ممنوعیت نکاح را در این مورد بردارد.

در مورد آثار ماده ۱۷۶۶ باید گفت که ذیل این ماده آمده است: «مواد ۱۷۶۴ و ۱۷۶۵ مجری نخواهند بود». در این مواد آثار انحلال فرزندخواندگی به طور کلی بیان شده است، اما به صراحت قانون، این آثار شامل انحلال فرزندخواندگی در اثر ازدواج فرزندخوانده و فرزندپذیر نمی‌شود. لذا با نگاه به مفهوم مخالف مواد ۱۷۶۴ و ۱۷۶۵ می‌توان در مورد آثار ماده ۱۷۶۶ به نکات زیر اشاره کرد:

نخست، آثار انحلال فرزندخواندگی طبق ۱۷۶۶ عطف به ماسبق می‌شود، برخلاف سایر حالات انحلال که تنها متوجه آینده است (بند ۱ ماده ۱۷۶۴).

دوم، آثار ماده ۱۷۶۶ تنها متوجه فرزندخوانده و فرزندپذیر و اقارب اوست، لذا با ازدواج فرزندخوانده و فرزندپذیر هیچ تغییری در ارتباط حقوقی میان فرزندخوانده و خویشاوندان خونی‌اش که پیش‌تر در اثر فرزندخواندگی از بین رفته بود، ایجاد نخواهد شد؛ برخلاف سایر موارد انحلال (بند ۳ ماده ۱۷۶۴).

سوم، سایر روابط خویشاوندی ایجادشده در اثر فرزندخواندگی و حقوق و تکالیف ناشی از آن به قوت خود باقی است (برخلاف سایر شقوق انحلال، بند ۲ ماده ۱۷۶۴).

چهارم، فرزندخوانده همچنان حق برخورداری از نام خانوادگی فرد فرزندپذیر را خواهد داشت (برخلاف سایر شقوق انحلال، ماده ۱۷۶۵).

نتیجه

در مجموع با مطالعه قوانین و مقررات این سه کشور درباره ازدواج با فرزندخوانده نتایج زیر به دست آمده است:

- در نظام حقوقی ایران فرزندخوانده به‌مثابه فرزند طبیعی به‌ویژه به‌لحاظ محرمیت، ازدواج و ارث محسوب نمی‌شود و قانونگذار نیز به تبعیت از شرع، به‌جز در مورد ازدواج با فرزندخوانده، در قانون مربوطه بارها از اصطلاح سرپرست و سرپرستی استفاده کرده است. حداقل سن ازدواج وجود ندارد و تعدد زوجات هم به رسمیت شناخته شده است. به‌علاوه فرزندخواندگی برای کودکان بی‌سرپرست و با شرایط خاصی برای کودکان بدسرپرست به رسمیت شناخته شده است و فرزندخواندگی بزرگسالان جایگاهی در قانون ندارد. در قانون جدید مصوب سال ۱۳۹۲ش با وجود مخالفت‌هایی که با ممنوعیت ازدواج با فرزندخوانده به دلیل مغایرت با شرع وجود داشت، سرانجام، ممنوعیت مشروط آن مورد استقبال قرار گرفت که بر اساس آن، ازدواج با فرزندخوانده در دوران حضانت و پس از آن ممنوع است؛ مگر دادگاه آن را به مصلحت فرزندخوانده تشخیص دهد. بنابراین، این ممنوعیت مشروط فقط در رابطه والدین و فرزندان است و

سایر اعضای خانواده را شامل نمی‌شود. نظر به نبود حداقل سن ازدواج در ایران، امکان ازدواج موقت و تعدد زوجات، و عدم جرم‌انگاری نقض این مقرره، همچنان دغدغه جدی برای حفظ مصالح عالیۀ کودک (زیر ۱۸ سال) و استحکام خانواده فرزندپذیر وجود دارد؛ هرچند که در ظاهر گرایش به سمت اصل آزادی نکاح است.

▪ در نظام حقوقی انگلیس، فرزندخوانده به مثابه فرزند طبیعی، از کلیۀ حقوق برخوردار است؛ حداقل سن ازدواج تعیین شده و ازدواج با کودکان ممنوع و مستوجب مجازات است و تعدد زوجات جایگاهی در نظام حقوقی ندارد؛ فرزندخواندگی کودکان بدسرپرست نیز رایج است و فرزندخواندگی افراد بزرگسال محمل قانونی ندارد. به موجب قانون، مصالح عالیۀ کودک دغدغه اصلی بوده، ازدواج و ورود به اتحاد مدنی با فرزندخوانده ممنوع، ولی جرم‌انگاری نشده است و این ممنوعیت در مورد سایر خویشاوندان از جمله خواهر و برادر نیز وجود ندارد. به نظر می‌رسد که اهمیت رابطه دوسویۀ والد- فرزند و انجام مسئولیت‌های والدینی و در مجموع مصلحت فرزندخوانده مستلزم چنین ممنوعیتی بوده، ولی اگر این ازدواج در عمل اتفاق بیفتد ضمانت کیفری برای آن پیش‌بینی نشده است. البته اگر ارتباط جنسی در زیر سن قانونی با فرزندخوانده صورت بگیرد، مشمول مجازات ارتباط جنسی با کودک خواهد بود، ولی در سنین بزرگسالی ظاهراً قانون‌گذار با توجه به اراده آزاد طرفین، گرایش به اصل آزادی نکاح داشته است.

▪ نظام حقوقی آلمان قوانین سخت‌گیرانه‌تری نسبت به دو کشور ایران و انگلستان دارد. فرزندخواندگی در آلمان کنونی بیش از هر چیز یک ابزار حمایتی در جهت رعایت مصلحت و ارتقای شرایط زندگی کودکان است. منع ازدواج فرزندپذیر و فرزندخوانده نیز در همین راستا قابل تبیین است. حداقل سن ازدواج ۱۸ سال تمام، و تعدد زوجات نیز ممنوع است. در آلمان، برخلاف انگلستان، علاوه بر فرزندخواندگی کودکان، فرزندخواندگی بزرگسالان نیز به رسمیت شناخته شده است. فرزندخواندگی بزرگسالان در مواردی می‌تواند در حکم فرزندخواندگی کودکان باشد (ماده ۱۷۷۲) و یا متفاوت از آن (مواد ۱۷۶۸ تا ۱۷۷۱). منع ازدواج با فرزندخوانده شامل هر دو نوع فرزندخواندگی می‌شود. به طور کلی ازدواج با فرزندخوانده هم در خط مستقیم (مانند ازدواج پدرخوانده با دخترخوانده‌اش) و هم در خط اطراف (مانند ازدواج خواهرخوانده و برادرخوانده) ممنوع بوده، قابل ثبت نیست؛ هرچند از منع ازدواج با خواهرخوانده یا برادرخوانده می‌توان با حکم دادگاه معافیت دریافت کرد. اگر در اثر خطای مأمور دولت، ازدواج با فرزندخوانده‌ای که به سن قانونی رسیده است، جاری و ثبت شود، قانون‌گذار آلمانی با

فرض اراده کامل و بی نقص دو بزرگسال، ازدواج را نافذ دانسته، پیوند فرزندخواندگی را ملغی اعلام می‌کند.

▪ در پایان باید به این نکته نیز اشاره کرد که طبق آمار پژوهشگران، کودکان فرزندخوانده به‌طور قابل توجهی نسبت به سایر کودکان در معرض آسیب‌های روحی و روانی بیشتری قرار دارند و نیز در سنین جوانی بیشتر از دیگران به دلایل غیرطبیعی، مانند خودکشی، فوت می‌کنند (Vinnerljung, Ribe 2001). روان‌شناسان برای این پدیده توضیحات متعددی ارائه داده‌اند، اما وجه مشترک تمامی تحقیقات انجام‌شده بر نقش غیرقابل انکار والدین فرزندپذیر در جلوگیری از بروز این آسیب‌ها و یا بهبود بخشیدن و ترمیم زخم‌های کودکان پذیرفته‌شده، تأکید دارد (Vinnerljung, Ribe 2001). در اغلب موارد، صرف حضور فرزندپذیران به‌عنوان «والدین»، حس اطمینان، اعتماد، توجه، آسایش، امنیت و فراغت از ترس را در کودکان تقویت کرده، مانع از بروز آسیب‌های یادشده می‌شود. از این رو، ازدواج فرزندپذیر با فرزندخوانده زیر سن ۱۸ سال می‌تواند به معنای محروم کردن مجدد او از داشتن والدین باشد؛ آسیبی که شاید دیگر قابل ترمیم نباشد.

▪ در مجموع به نظر می‌رسد با تلاش‌هایی که اکنون برای ممنوعیت ازدواج کودکان در ایران در حال انجام است، اگر ازدواج زیر سن ۱۸ سال ممنوع شود، دغدغه کمتری راجع به مصلحت کودک وجود خواهد داشت و اگر در سنین بزرگسالی چنین ازدواجی اتفاق بیفتد، مانند کشور آلمان، با فرض اراده کامل و بی نقص بزرگسال و با توجه به اصل آزادی ازدواج، پذیرفته خواهد شد؛ درحالی که هم‌اکنون علی‌رغم ممنوعیت این ازدواج، مگر با احراز مصلحت از سوی دادگاه، به دلیل امکان ازدواج با کودکان و همین‌طور تعدد زوجات، همچنان دغدغه‌های جدی درباره آسیب به کودک و خانواده وجود دارد.

منابع و مأخذ

۱. فارسی

الف) کتاب‌ها

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۴۶)، ترمینولوژی حقوق، تهران: ابن‌سینا.
۲. شریعتی‌نسب، صادق (۱۳۹۰)، فرزندخواندگی، تهران: شهر دانش.
۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، حقوق مدنی خانواده، ج ۲ (اولاد)، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، دوره مقدماتی حقوق مدنی: خانواده، تهران: میزان.
۵. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴)، تفسیر نمونه، ج ۳، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۶. موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۸)، «بررسی وضعیت فرزندخواندگی بعد از انقلاب اسلامی»، مجموعه مقالات فقهی-حقوقی و اجتماعی، ج ۹، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

ب) مقالات

۷. روشن، محمد و غدیری، ماهرو (۱۳۹۲)، «فرزندخواندگی و حق بر خانواده در پرتو مصالح عالیله کودک»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه ش ۱۳.
۸. غدیری، ماهرو (۱۳۹۵)، «سن و رضایت به ازدواج از منظر نظام بین‌المللی حقوق بشر»، فصلنامه خانواده‌پژوهی، ش ۴۵.
۹. غدیری، ماهرو و، اسماعیلی، مهرا (۱۳۹۶)، «ازدواج با فرزندخوانده از منظر قانون اساسی ایران»، فصلنامه خانواده‌پژوهی، ش ۵۰.

ج) قوانین

۱۰. قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست ۱۳۵۳
۱۱. قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست ۱۳۹۲
۱۲. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲
۱۳. قانون مدنی

۲. خارجی

A) Books

14. Botthof, Andreas (2014), Perspektiven der Minderjährigenadoption (Vol. 316). Tübingen: Mohr Siebeck.
15. Douglas, Gillian (2016), "The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Family Law in England and Wales", in: European Family Law, by Jens M. Scherpe (ed), Vol: II, UK: Edward Elgar Publishing.
16. Ihlefeldt, Alexander (2014), Adoptio imitatur naturam? Die Adoption im Wandel der Zeit (Vol. 966). München: GRIN Verlag.
17. Lowe, Nigel and Douglas, Gillian (2014), Bromley's Family Law; Eleventh Edition, Oxford University Press.
18. Meincke, Jens Peter (2016), Römisches Privatrecht (Vol. 4716). Stuttgart: UTB.

19. Neukirchen, Christoph (2005), Die rechtshistorische Entwicklung der Adoption. Bern: Peter Lang.
20. Nowak, Manfred (2007), UN Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary, 2nd Revised Edition, Oxford University Press.
21. Paulitz, Harald (1997), Offene Adoption: ein Plädoyer, Freiburg: Lambertus.
22. Reinhardt, Jörg (2016), Reformbedarfe im Recht der Minderjährigenadoption und der Adoptionsvermittlung: eine Übersicht unter Einbeziehung der Regelungen ausgewählter europäischer Staaten. Düren: Shaker Verlag.
23. Säcker, Franz Jürgen, & Rebmann, Kurt, (Eds), (2015). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München: CH Beck.
24. Schubert, Werner (1997), Motive zu dem Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: 4: Familienrecht (Nachdr. d. Ausg. Berlin und Leipzig, Guttentag 1888. ed., 100 Jahre Bürgerliches Gesetzbuch : Bürgerliches Recht 4) Goldbach: Keip.
25. Schwab, Dieter, Zenz, Gisela, & Deutsche Juristentag (1982), Soll die Rechtsstellung der Pflegekinder unter besonderer Berücksichtigung des Familien-, Sozial- und Jugendrechts neu geregelt werden? Gutachten [A] für den 54. Deutschen Juristentag. München: CH Beck.
26. Stewart, James, Floyd, Edward, Dziobon, Rebecca (2017), Family law in UK (England and Wales): overview, Pennington Manches LLP, available at: [thomsonreuters.com/4/1/2018](https://www.thomsonreuters.com/4/1/2018)

B) Articles

27. Vinnerljung, Bo, and Martin Ribe (2001), "Mortality after care among young adult foster children in Sweden". *International Journal of Social Welfare* 10(3), 164-173.
28. Wadlington, Walter J (1963), "The Adopted Child and Intra-Family Marriage Prohibition", *Virginia Law Review*, Vol. 49, No. 3, pp. 478-491. Available in: <https://www.jstor.org/stable/1071116>

C) Laws & Documents

29. Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (PrALR), 1794
30. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), 1896-2020.
31. Codex Iuris Canonici, 1582-1917.
32. Codex Iuris Canonici, 1983.
33. "Declaration of the Rights of the Child", Adopted by General Assembly resolution 1386 (XIV) of 20 November 1959
34. "Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with special reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally", Adopted by General Assembly resolution 41/85 of 3 December 1986.
35. The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental

Freedoms.

36. General Comment No. 7: Implementing Child Rights in Early Childhood, 2006.
37. ISS/IRC, fact sheet no.51, Dec 2007. Available in: www.iss.ssi.org.
38. Strafgesetzbuch (StGB), 1871-2020.
39. UK Adoption of Children Act, 2002 (ACA)
40. UK Children Act 1926.
41. UK Children Act 1949.
42. UK Children Act 1989.
43. UK Children and Family Act, 2014 (CFA)
44. UN Covenant on Civil and Political Rights, 1966.
45. UN Convention on the Elimination of all Forms of discrimination Against Women, 1979.
46. UN Convention on the Rights of the Child, 1989.
47. UN Doc A/Res 45/112 1990, Para 14&17.

D) Electronic Recourses

48. Codex Iuris Canonici, http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/latin/documents/cic_liberI_la.html (Accessed 01.07.2019)
49. Ghaffar, Atika (2012). Adoption in Islam, Available in: www.everymuslim.com, 13/4/2012
50. The case of B and L v United Kingdom (Application No.36536/02) the European Court of Human Rights. Available in: <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2005/584.html>, 2/2/2019
51. UN: Department of Economic and Social Affairs of Secretariate (2009) Child Adoption: Trends and Policies, Available in: <https://www.un.org/en/development/desa/population/.../pdf/policy/child-adoption.pdf>.