

# نقش اختلاف جنس متعاقدين در وقوع نکاح از دیدگاه حقوق داخلی و غربی

تاریخ دریافت: ۹۵/۱۰/۲۵

تاریخ تأیید: ۹۶/۳/۱۵

سید مهدی دادمرزی

هیئت علمی دانشکده حقوق دانشگاه قم - dadmarzism@yahoo.com

## چکیده

در نوشتار پیش رو نخست موضع نظام حقوقی ایران را به گونه‌ای مستدل و با توجه به ریشه اصلی آن، یعنی فقه امامیه درباره نقش عامل اختلاف جنس متعاقدين در وقوع نکاح گزارش کرده‌ایم. سپس با عنایت به تازه‌ترین دستاوردهای حقوقی کشورهای غربی و اشاره به اسناد بین‌المللی، به یک بررسی مقایسه‌ای در این باره پرداخته‌ایم. در این راستا چرخش تدریجی پاره‌ای از نظام‌های حقوقی غربی درباره این موضوع، دلایل آن و میزان انطباق آنچه در این باره واقعیت دارد، با آنچه تبلیغ می‌شود را رصد کرده و در نهایت به این نتیجه رسیده‌ایم که در فقه اسلام، نظام حقوقی ایران و بیشتر کشورهای جهان و حتی چند سند مهم بین‌المللی - همسو با پایبندی نظری و عملی عموم مردم دنیا - ضرورت عامل اختلاف جنس در دو طرف نکاح، امری مسلم دانسته می‌شود که در اوضاع کنونی دنیا، تصریح به آن در قانون مدنی ما لازم به نظر می‌رسد.

## واژگان کلیدی

نکاح، ازدواج، اختلاف جنس، حقوق غرب، قانون مدنی، هم‌جنس‌گرایی.

## مقدمه

تغییرات اجتماعی وقتی در بستر نظام حقوقی یک کشور و مواد قانونی آن تبلور می‌یابد، می‌تواند در متن زندگی روزانه مردم آن کشور، نمودی تضمین‌شده و پایدار داشته باشد. به نظر می‌رسد دنیای مدرن، دنیای به چالش کشیده شدن بسیاری از مفاهیم و گزاره‌هایی است که نظام‌های حقوقی را به چرخش‌های حقوقی وادار کرده است؛ ولی اینکه این چالش‌ها تا چه اندازه علمی و بر پایه داده‌های پژوهشی است یا آنکه محصول تقلیدی

کور کورانه و بزرگ‌نمایی شده با ابزار رسانه و بر پایه نوعی عوام‌فریبی مدرن است، جای درنگ بسیار دارد. ادعای دور شدن و حتی کنار گذاشته شدن مفهوم سنتی نکاح و خانواده برآمده از آن و بی‌نیازی ازدواج در جوامع مدرن از عامل اختلاف جنس در طرفین عقد نکاح، از این گونه مفاهیم و گزاره‌هاست. رسالت اصلی نوشتار پیش رو بررسی موضع نظام حقوقی ایران با عنایت به ریشه اصلی آن، یعنی فقه امامیه نسبت به نقش عامل یادشده در وقوع نکاح با عنایت به تازه‌ترین دستاورد کشورهای به اصطلاح مدرن غربی در این باره است. در همین راستا کوشیده‌ایم با رصد چرخش نظام‌های حقوقی غربی درباره این موضوع، میان واقعیت ثبوتی مسئله با آنچه اثباتاً راجع به آن تبلیغ و ترویج می‌شود، به داوری بنشینیم. نظر به قالب نشریه حاضر و قابلیت بررسی موضوع مقاله از نگاه میان‌رشته‌ای و با وجود عنوان حقوقی مقاله، تلاش کرده‌ایم سیاق نوشته از سبک نوشتار حقوقی خالص فاصله بگیرد.

همچنین لازم است توجه داشته باشیم که بحث «تغییر جنسیت» به‌طور کلی از موضوع مقاله حاضر خارج است. پیش‌فرض اصلی مباحث فقهی - حقوقی در خصوص تغییر جنسیت، بطلان نکاح دو هم‌جنس است که بررسی آن، موضوع مقاله پیش روست. مراد از جنس در عنوان و محتوای این نوشته، همان مذکر و مؤنث بودن (نر و مادگی: Sex) است؛ نه آنچه به اوصاف ثانویه (Gender) مربوط است. مقصود از تغایر جنس نیز مذکر و مؤنث بودن دو طرف نکاح است که ازدواج هر یک از مؤنث و مذکر با خنثی یا میان‌خنثی با هم وجود ندارد. مراد از حقوق داخلی نیز اعم از حقوق موضوعه کشور و مأخذ اصلی آن، یعنی فقه امامیه است. توجه داشته باشیم که واژگان «زوجین» و «همسران» همانند واژه «جفت‌ها» بر خلاف واژگان «زن و شوهر» از تعیین جنسی تهی‌اند و می‌توان آنها را به هر یک از زن و مرد در ازدواج منطبق دانست؛ از این رو در ازدواج دو هم‌جنس نیز می‌توان آنها را به کار برد. در این میان دو واژه زن و شوهر موقعیتی متفاوت دارند؛ به گونه‌ای که اطلاق زن و شوهر فقط در ازدواج میان دو ناهم‌جنس صادق است و هرگز دو طرف هم‌جنس در نکاح، زن و شوهر خوانده نمی‌شوند؛ اگرچه همسر یا زوج شناخته شوند. در زبان لاتین نیز واژگان «spouses» و «couples» در قیاس با «wife and husband» چنین جایگاهی دارند. به نظر می‌رسد بتوان واژه‌های زن و شوهر را واژگانی که معجزه‌وار به قالب سنتی نکاح وفادار مانده‌اند، در نظر گرفت که به همین دلیل خشم برخی کشورهای

غربی را نیز برانگیخته‌اند.<sup>۱</sup>

## ۱. تغایر جنس طرفین نکاح در حقوق موضوعه ایران

بی‌گمان عرف عام جامعه ما در مواجهه با عقد موجد زوجیت، یعنی نکاح، زوجیت مورد نظر را از دو هم‌جنس منصرف می‌داند. این ظهور عرفی در مواجهه با مواد قانون مدنی قطعاً محکم است. با این وصف، قانون مدنی ما در مقررات مربوط به نکاح با آنکه واژه‌های غیرجنسیتی مانند «طرفین» (م. ۱۰۸۰ ق.م) یا «زوجین» (م. ۱۱۲۶ ق.م) به کار برده، در مواد بی‌شمار، از واژگانی در تمام محورهای مربوط به نکاح - از وقوع و آثار گرفته تا انحلال نکاح و ارث - بهره گرفته است که به‌خودی‌خود یا به قرینه مقابله، در جنس مذکر یا مؤنث تعیین دارد. پاره‌ای از این موارد به قرار ذیل است:

زن و شوهر: عدم ارث زن و شوهر بعد از لعان (م. ۸۸۲ ق.م)، ارث زن از شوهر (م. ۹۰۰ ق.م)، مطلقه کردن شوهر زن خود را (م. ۹۴۳ ق.م)، تابعیت زن شوهرمرده (م. ۹۸۶ ق.م)، حق حبس زن (م. ۱۰۸۵ ق.م)، مکلف بودن زن و شوهر به حسن معاشرت (م. ۱۱۰۳ ق.م)؛

زن و مرد: عقد کردن زن توسط مرد (م. ۹۴۵ ق.م)، عیوب موجب فسخ نکاح برای زن و مرد (م. ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳ ق.م)؛

زوج و زوجه: ارث بردن زوج و زوجه از یکدیگر (م. ۹۴۶ ق.م)؛

مسلمه و غیرمسلم: عدم جواز نکاح مسلمه با غیرمسلم (م. ۱۰۵۹ ق.م)؛

مرد، همسر: تقاضای طلاق همسر توسط مرد (م. ۱۱۳۳ ق.م).

با عنایت به ضرورت تغایر جنس طرفین عقد نکاح منعکس در مواد یادشده ملاحظه

۱. به نقل از روزنامه انگلیسی دیلی میل، واژگان «زن و شوهر» به خاطر اصلاحات انجام شده در راستای حمایت از ازدواج هم‌جنس‌گرایان، از اسناد رسمی کشور بریتانیا حذف خواهد شد. بنا بر این گزارش، دستورالعمل‌های راهنمای مربوط به مالیات و منافع و اسناد مهاجرت باید به گونه‌ای بازنویسی شوند که دیگر پیش‌فرض اینکه یک زوج عبارت است از یک زن و یک مرد، در آنها رعایت نشود ... بیشتر هم در پاسپورت‌های انگلیسی و آمریکایی به جای نام پدر (father) و مادر (mother) از والد ۱ (parent 1) و والد ۲ (parent 2) استفاده شده بود (ر.ک:

[http://www.telegraph.co.uk/women/sex/9147460/Husband-and-wife-to-be-\(removed-from-official-documents.html](http://www.telegraph.co.uk/women/sex/9147460/Husband-and-wife-to-be-(removed-from-official-documents.html)

۲. ماده ۱۰۸۰ قانون مدنی.

می‌کنیم قانون مدنی در ذیل فصل معنون به «شرایط صحت نکاح» در نخستین ماده، یعنی ماده ۱۰۶۲ که به ضرورت وجود ایجاب و قبول برای انشای عقد نکاح تأکید می‌کند، بلافاصله در ماده ۱۰۶۳ با عنایت به تغایر جنس طرفین عقد نکاح مقرر می‌دارد: «ایجاب و قبول ممکن است از طرف خود مرد و زن صادر شود یا از طرف اشخاصی که قانوناً حق عقد دارند؛ چنان که در ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی در مقام بیان یکی دیگر از شرایط صحت نکاح با استفاده از همین رویکرد آمده است: «تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ‌یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد، شرط صحت نکاح است». همچنین استدلال شده است که ازدواج میان دو هم‌جنس بر خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است؛ از این رو طبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی<sup>۱</sup> باطل است و دادرس نمی‌تواند به آن ترتیب اثر دهد (صفایی، ۱۳۷۴، ص ۴۴).

با اوصاف یادشده اگر ملاحظه می‌شود که در قانون مدنی ایران ماده‌ای که به صراحت، تغایر جنسی طرفین عقد ازدواج را شرط وقوع یک نکاح صحیح معرفی کند، وجود ندارد، دلیل آن بی‌گمان، وضوح و بداهت مطلب از نگاه قانون‌گذار بوده است. نویسندگان و استادان حقوق مدنی نیز از گذشته تاکنون با آنکه به نوعی به سکوت قانون‌گذار مدنی در این باره اعتراف دارند، تردیدی در بطلان نکاح دو هم‌جنس روا نداشته‌اند (شهیدی، ۱۳۳۴، ص ۵۲/امامی، ۱۳۶۳، ج ۴، ص ۲۶۸/جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۳/کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۲۰/صفایی، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۶/محقق داماد، ۱۳۶۵، ص ۲۲). برای اساس ذوق ناراست و بسیار معوجی نیاز است تا با وجود این همه نصوص قانونی، باز هم به استناد عدم حجیت مفهوم لقب و عدم احصای تغایر جنسیتی به عنوان یکی از شرایط وقوع نکاح گفته شود: «بطلان نکاح میان ناهم‌جنسان از نظر قانون مدنی، محمل قانونی ندارد». بنابراین از لحاظ حقوقی حتی در مواردی که به تصور وجود تغایر جنسی دو طرف، میان ایشان ازدواج شرعی و رسمی صورت می‌گیرد؛ ولی بعدها کشف خلاف می‌شود، بی‌گمان ازدواج پیشین باطل است و مجوزی برای بقای آن وجود ندارد و آن دو، خودبه‌خود از

۱. ماده ۹۷۵: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد...».

یکدیگر جدا می‌شوند. همچنین عامل «اختلاف جنس» - هم در هنگام عقد و هم در دوران زناشویی - شرط صحت نکاح است؛ از این رو ازدواج با «تغییر جنسیت» - با فرض وقوع خارجی آن - باطل خواهد شد. البته دادگاه باید تغییر جنسیت را بر اساس نظر کارشناسان، احراز کند و به بطلان نکاح از تاریخ تحقق تغییر جنسیت حکم دهد. در عمل نیز هنگامی که سردفتر بخواهد نکاحی را واقع و ثبت کند، برای احراز اختلاف جنس به شناسنامه طرفین رجوع می‌کند و در صورتی که شناسنامه بیانگر این اختلاف باشد، می‌تواند عقد نکاح را جاری و آن را در دفتر رسمی ازدواج ثبت کند. ممکن است شناسنامه گویای حقیقت نباشد و در واقع عقد نکاح میان دو هم‌جنس بسته شده باشد. این نکاح بی‌گمان باطل است؛ ولی برای ابطال سند نکاح و شناسنامه باید به دادگاه رجوع کرد و دادگاه با ارجاع امر به کارشناس (پزشک) - اگر تشخیص دهد که طرفین هم‌جنس‌اند - به بطلان نکاح و ابطال سند آن و اصلاح شناسنامه حکم می‌کند (صفایی، ۱۳۷۴، ص ۴۴-۴۶).

در پایان بحث حقوق داخلی باید خاطر نشان کنیم با آنکه قانون مدنی ایران - هم‌سو با تمام نظام‌های حقوقی دنیا و فقه اسلامی - در دید حداقلی، نکاح را عقد می‌داند و عقد، امری اعتباری است؛ اما نباید از این تحلیل نتیجه گرفت که چون «اعتبار» کم‌مؤنه است و اختیاردار مطلق آن شخص اعتبارکننده است؛ از این رو همان‌گونه که می‌توان میان دو ناهم‌جنس، اعتبار زوجیت کرد، می‌توان میان دو هم‌جنس نیز چنین اعتباری داشت؛ زیرا ایجاد مصادیق امر اعتباری به دست اعتبارکننده است؛ اما مؤثر شناخته شدن امر اعتباری، به آن بستگی دارد که این مصداق از اعتبار، در راستای ایجاد همان مصداقی باشد که مقام صلاحیت‌دار، کبرا و قالب کلی آن را جعل کرده است. با این بیان روشن می‌شود که چون در حقوق داخلی - به شرحی که گذشت - اعتبار زوجیت میان دو هم‌جنس، تأثیر شناخته‌شده ندارد، ایجاد زوجیت توسط خود هم‌جنسان، در واقع ایجاد ماهیتی اعتباری، ولی بی‌تأثیر است. بر اساس اصول فلسفی نظام‌های حقوقی پوزیتیویستی - به شرحی که خواهد آمد - مقامی که می‌تواند قالب کلی و مؤثر را برای نکاح میان هم‌جنسان جعل کند، مراکز تقنینی بشری هستند و هرگاه چنین کنند، افراد نیز می‌توانند در رابطه میان خود، مصادیق آن اعتبار کلی را ایجاد کنند.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup>. از آنجاکه مبنای فلسفی این نظام‌ها آن است که جاعل چنین قالبی لازم نیست مولویت حقیقی و برین داشته باشد،

## ۲. تغایر جنس طرفین نکاح در نگاه فقها

یکی از مسائل مهم و بدیهی در فقه - همانند حقوق داخلی - «لزوم اختلاف جنس طرفین عقد نکاح» است و ازدواج مرد با مرد یا زن با زن مشروع نیست (مؤمن، ۱۴۱۵ق، ص ۱۰/ همو، ۱۳۷۵، ص ۹۷/ خرازی، ۱۴۲۰ق، ص ۲۴۷/ همو، ۱۳۷۹، ص ۱۱۲/ صدر، ۱۹۹۶م، ج ۱۳۸، ص ۶). بداهت مطلب به اندازه‌ای است که فقها در «کتاب النکاح» تأکید و تصریح بر آن را ضروری ندانسته‌اند؛ باین حال - به مناسبت ذکر احکام مربوط به شخص خنثی از جمله ازدواج او - به ضرورت اختلاف جنس طرفین عقد نکاح تصریح کرده‌اند. از دیدگاه فقهی، خنثی به «خنثای مشکل» و «خنثای غیرمشکل» تقسیم می‌شود. خنثای مشکل بر خلاف خنثای غیرمشکل، انسانی است که مرد یا زن بودن او به صورت قاطع مشخص نیست؛ بدون ورود در ماهیت خنثای مشکل و معیارهای ارائه شده در فقه برای تشخیص خنثی از غیر خنثی (محسنی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۲۲۷) توجه داریم که موضوع سخن، خنثای مشکل است که هیچ‌یک از راه‌های معرفی شده برای تشخیص جنس غالب وی کارگر نیفتاده است. پیش فرض فقهی مهم دیگر آن است که اصل اولی در روابط جنسی میان دو انسان، حرمت وطی است که مصداق بارز و خارج شده از این اصل، نکاح میان مذکر و مؤنث است و تمام مصادیق خارج از این مورد؛ مانند نکاح مؤنث یا مذکر با خنثی یا نکاح خنثای با یکدیگر، داخل در حکم اولی حرمت باقی می‌مانند. از این رو روابط جنسی خارج



اگر در ادامه مقاله ملاحظه می‌شود که در این کشورها قوانینی برای به رسمیت شناخته شدن ازدواج میان هم‌جنسان تصویب شده یا بنای آن وجود دارد، به آسانی می‌توان اذعان کرد چنین رویکرد و بنایی با مبنای یادشده کاملاً هماهنگ است. اینجاست که اگر از دیدگاه فلسفه حقوق اسلامی بخواهیم نقدی داشته باشیم، این نقد باید متوجه مبنا باشد، نه بنا؛ به این بیان که به لحاظ عقلی اثبات کنیم که جز مولای حقیقی که خداوند است - آن هم به اعتبار خالقیتی که بر ابنای بشر دارد - هیچ مرجع دیگری به خودی خود مجاز به چنین جعلی نیست؛ چرا که رتبه تمامی آحاد بشر نسبت به یکدیگر یکسان است و از نظر عقلی هیچ مقام بشری نمی‌تواند دیگران را که با او هم‌رتبه‌اند، به پذیرش قالب جعلی خود وادار کند. در چنین الگویی جعل اعتبار جاعلیت به دست بشر برای مرجع تقنینی نیز به لحاظ عقلی به تسلسل می‌انجامد.

از چارچوب نکاح یا ملک یمین<sup>۱</sup> می‌تواند موضوع حدود شرعی زنا، لواط و مساحقه واقع شود و مجرد وجود و عدم وجود نکاح، از شناخت و حرمت اعمال جنسی یادشده و مجازات آن نمی‌کاهد؛ همان‌گونه که در نکاح با زن شوهردار یا معتده نیز وجود نکاح - حتی با وجود جهل طرفین به حکم و موضوع - نه تنها در بطلان ازدواج‌های یادشده تأثیر ندارد؛ بلکه تحت شرایطی، مانع ترتب آثار وضعی چون حرمت ابدی نیز نمی‌شود (م. ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ ق.م). وجود روایاتی که در کنار بسنده کردن مردان به مردان و زنان به زنان، از تزویج زنان با زنان و نکاح رجال با یکدیگر در شمار نکاح با بهایم، به عنوان نشانه‌هایی نکوهیده از دوره آخرالزمان نام می‌برد، تأیید دیگری بر بی‌تأثیری نکاح در زدودن قبح ازدواج هم‌جنسان است (کلینی، ۴۲۹ ق، ج ۱۵، ص ۱۰۵-۱۱۸). تنها مخالف صاحب‌نامی که از پاره‌ای سخنان وی، صحت نکاح با خنثای مشکل نقل شده، جناب شیخ طوسی است که عموم فقها یا با آن مخالفت کرده یا به توجیه و حمل آن به وجه صحیح پرداخته‌اند (محسنی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱، ص ۲۲۷/ نجفی، ج ۳۹، ص ۲۹۴-۲۹۵).

ابن‌براج معتقد است چنانچه خنثایی با مرد یا زنی ازدواج کند، صحت نکاح به مشخص شدن مرد یا زن بودن خنثی بستگی دارد و اگر پیش از روشن شدن مراتب، یکی از طرفین چنین نکاحی بمیرد، میان طرفین توارث برقرار نمی‌شود (ابن‌براج، ۱۴۰۶ ق، ج ۲، ص ۱۷۲). صاحب کشف‌اللثام نیز بر صحت گفتار وی تأکید دارد (فاضل هندی، ۱۴۱۶ ق، ج ۹، ص ۵۰۶). از دید صاحب غایة‌المرام عنوان زوج و زوجه متوقف بر عقد صحیح است و تزویج خنثای مشکل با مرد یا زن دیگر نیز باطل است؛ چون زن بودن یا مرد بودن او مشخص نیست (صیمری، ۱۴۲۰ ق، ج ۴، ص ۱۹۸). صاحب جواهر، قول وجیه فقهی را عدم جواز نکاح خنثای مشکل معرفی می‌کند (نجفی، بی‌تا، ج ۳۳، ص ۱۲۱). محقق ثانی با

۱. در خصوص رابطه جنسی مالک با ملک یمینی که خنثی است، تصریحی در فقه ملاحظه نگردید؛ اگرچه به جهت فقدان موضوعیت در شرایط فعلی، بحث از آن فاقد ثمره عملی است. باین حال به نظر می‌رسد صرف برخورداری حق مالکانه صاحب ملک یمین نیز مجوز خروج از اصل اولی یادشده نباشد و تصرف جنسی وی را در ملک یمینی که خنثی است، مباح نسازد؛ همان‌طور که مالکیت شخص نسبت به یک شیء، موجب جواز استمتاع جنسی از آن نمی‌شود و عنوان استمنای محرم همچنان بر آن نیز صادق است. البته روایتی وجود دارد که قطع نظر از سند آن، به‌طور ضمنی چنین رابطه‌ای با جاریه در آن به سکوت برگزار شده است (صدوق، ۱۴۱۳ ق، ج ۴، ص ۳۲۷-۳۲۸).

صراحت بیشتری اظهار می‌دارد: نکاح بین مرد و خنثی باطل است؛ چون ممکن است خنثی مرد باشد؛ همچنین نکاح زن و خنثی منعقد نمی‌شود؛ زیرا امکان دارد او زن باشد. دلیل این احکام، آن است که صحت نکاح مشروط بر انشای آن میان مذکر و مؤنث است و چون مذکر بودن یا مؤنث بودن خنثی مسلم نیست، پس شرط صحت عقد، مفقود است و در نتیجه مشروط که عقد است، تحقق نمی‌یابد (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۲۳۳).  
فقها و مراجع معاصر نیز همسو با همین دیدگاه، نکاح خنثای مشکل با مذکر یا مؤنث را - اگرچه در فرض حاجت - باطل معرفی کرده‌اند (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۰۵-۱۰۶ / مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۲۲۱).

### ۳. تغایر جنس طرفین نکاح در حقوق کشورهای غربی

در قانون مدنی فرانسه ازدواج تعریف نشده است؛ ولی ماده ۱۴۴ قانون مدنی فرانسه، اصلاحی آوریل ۲۰۰۶ میلادی، با تصریح به اینکه ذکور و اناث تا رسیدن به هجده سال تمام نمی‌توانند به انعقاد نکاح مبادرت کنند، به‌طور ضمنی به دخالت تغایر جنسی طرفین نکاح در تشکیل عقد نکاح اشاره دارد

(code civil at: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode>) در برخی متون قانونی کشور آمریکا این تعاریف از ازدواج به چشم می‌خورد: اتحاد برخوردار از ضمانت اجرا میان یک زن و یک مرد (Lapidus, 2009, p.242)؛ رابطه‌ای شخصی ناشی از قراردادی مدنی میان یک زن و یک مرد (Crouch, 2003, p.17). در سنت حقوقی آنگلو آمریکن (Anglo-American Legal Tradition) که برآمده از آموزه‌های مذهبی مسیحیت است، ازدواج چنین تعریف شده است: «اتحاد ارادی یک زن و یک مرد برای زندگی به نحو متمایز از سایر افراد»<sup>۱</sup>.

از دقت در تعریف‌های یادشده می‌توان به نقش عامل تغایر جنسی در رابطه ازدواجی پی برد؛ به طوری که تا سال ۲۰۰۹ میلادی نیز در ۴۳ ایالت از مجموع ۵۰ ایالت آمریکا - به موجب قوانین عادی و اصلاحیه‌های قانون اساسی - ازدواج دو هم‌جنس ممنوع بوده است

۱. اتحاد یادشده میان سیاهان و سفیدپوستان آمریکایی تا نیمه دوم قرن نوزدهم به عنوان ازدواجی قانونی امکان‌پذیر نبود و در سال ۱۹۶۷ میلادی بود که دیوان عالی کشور آمریکا ازدواج میان‌نژادی (Interracial marriage) را در تمام پنجاه ایالت کشور قانونی اعلام کرد (See: Nancy levit, 2006, p.164).



(Blair and other, 2009, p.234). در گذشته نه چندان دور نیز در حقوق فرانسه، نکاح با جنس موافق از موارد بطلان مطلق برای نکاح در نظر گرفته می‌شد که البته وقوع خارجی آن محل تردید بود؛ چراکه به موجب رأی شانزدهم آوریل ۱۹۰۳ دیوان کشور فرانسه، نقص، ضعف یا کامل بودن اعضای تناسلی یکی از همسران (مانند خواجگان) موجب بطلان نکاح به علت ازدواج با جنس موافق نیست و در مورد مصداق جنس مخالف کافی است از لحاظ ساختمان خارجی، زن و مرد با هم اختلاف و این اختلاف داشته باشند نیز بر مردم عادی قابل شناسایی باشد. در قانون مدنی سوئیس نیز مزاجت با جنس موافق، واجد هیچ‌گونه اثر حقوقی دانسته نمی‌شد (شهیدی، ۱۳۳۴، ص ۳۶-۳۷).

بااین حال در حقوق خانواده امروز غرب - به‌ویژه در پانزده سال اخیر - ضرورت وجود این عامل در تشکیل ماهیت ازدواج به چالش کشیده شده و طیفی از تلاش‌های نظری و عملی را برای به رسمیت شناخته شدن روابط میان هم‌جنسان در قالب‌های شبه‌ازدواجی تا ازدواج شکل داده است. در واقع به صورتی گام‌به‌گام، نخست از رابطه‌های خارج از ازدواج میان زن و مرد بزه‌زدایی شد، سپس هم‌جنس‌بازی از ذیل عناوین مجرمانه خارج شد و آن‌گاه نوبت به رسمیت یافتن ازدواج هم‌جنسان رسید. کشور دانمارک در سال ۱۹۸۹ میلادی «رابطه شراکت جنسی میان هم‌جنس‌بازان» (Same-sex partner relationship) را قانونی کرد. در سال ۱۹۹۳ میلادی نروژ، در سال ۱۹۹۴ میلادی سوئد و گرینلند و در سال ۱۹۹۵ میلادی ایسلند از مدل دانمارک پیروی کردند. در کشورهای یادشده (اروپای شمالی)، شراکت‌های جنسی ثبت‌شده میان هم‌جنسان از بیشتر مزایای ازدواج همچون حق توارث، حمایت‌های دوجانبه، منافع بیمه‌ای و مانند آن برخوردار بوده‌اند. در فرانسه نیز تا پیش از پذیرش رسمی ازدواج هم‌جنسان در ماه می سال ۲۰۱۳ میلادی، قراردادی مبتنی بر رژیم «پیمان همبستگی مدنی» (Civil solidarity pacts) پیش روی همسران هم‌جنس و ناهم‌جنس قرار داده شده بود (Estin and other, 2007, p.33). از دیگر الگوهای غیرازدواجی میان هم‌جنسان در فرانسه، هم‌خوابگی هم‌جنسان (Same-sex cohabitants) بوده است که در این قالب، دو شریک از یکدیگر ارث نمی‌برند؛ ولی در فرض درگذشت یکی، دیگری می‌تواند در منزل شریک متوفایش زندگی کند (Ibid, p.33). در انگلستان تا پیش از سال ۲۰۱۴ میلادی و قانونی شدن قالب ازدواج هم‌جنس‌بازان در این کشور، این همسران می‌توانستند بر اساس قانون شراکت مدنی، رابطه خود را ثبت کنند.

نخستین کشوری که در سال ۲۰۰۱ میلادی رابطه میان دو هم‌جنس را به عنوان «ازدواج» (Marriage between homosexual / Gay marriage / Same sex marriage) و متمایز از دیگر قالب‌های مشروعیت‌بخش به روابط هم‌جنسان به رسمیت شناخت، هلند بود. بلژیک در سال ۲۰۰۳، اسپانیا و کانادا در سال ۲۰۰۵، آفریقای جنوبی در سال ۲۰۰۶، نروژ و سوئد در سال ۲۰۰۹، پرتغال و ایسلند و آرژانتین در سال ۲۰۱۰، دانمارک در سال ۲۰۱۲، اروگوئه و نیوزلند برزیل و فرانسه در سال ۲۰۱۳، بریتانیا در سال ۲۰۱۴، لوکزامبورگ و آمریکا و ایرلند در سال ۲۰۱۵، کلمبیا در سال ۲۰۱۶ و فنلاند در سال ۲۰۱۷ میلادی، کشورهای اندک که تا اوایل سال ۱۳۹۲ خورشیدی ازدواج میان دو هم‌جنس را سرتاسر قلمروشان قانونی اعلام کرده‌اند

(<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/06/26/same-sex-marriage>).

در این میان آخرین کشور (تا زمان نهایی شدن مقاله پیش رو) کشور آلمان است که در آغاز تابستان سال جاری (۱۳۹۶ش / ۲۰۱۷م)، نمایندگان مجلس آن با ۳۹۳ رأی مثبت در برابر ۲۲۶ رأی منفی و ۴ رأی ممتنع، قانونی شدن ازدواج هم‌جنس‌گرایان را تصویب کردند «ازدواج هم‌جنس‌گرایان قانونی شد» در:

۹ ژوئن ۲۰۱۷ <http://www.bbc.com/persian/world-40454934>.

در این میان کشور ایالات متحده آمریکا از معدود کشورهای غربی بود که تا سال ۲۰۰۶ میلادی در آن قوانین مشروعیت‌بخش به روابط هم‌جنسان در قالب ازدواج و مانند آن یا ناهم‌جنسان در غیر قالب ازدواج وجود نداشت (دادمرزی، ۱۳۹۲، ۸۳-۸۵)؛ به طوری که تا سال ۲۰۰۷ میلادی ایالت ماساچوست تنها ایالتی بود که به همسران هم‌جنس‌باز (Same-sex couples) اجازه می‌داد با هم ازدواج کنند؛ اما چند ایالت نیز گونه‌هایی از شراکت خانگی (Domestic partnership) یا اتحاد مدنی (Civil union) را میان هم‌جنس‌بازان به صورت ثبت‌شده پذیرفته بودند (Estin, 2007, p.33). همین تغییر رویکرد به ماهیت نکاح در آمریکا و رشد زوج‌های هم‌جنس و ناهم‌جنس ازدواج‌نکرده (married same-sex and opposite-sex couples) در این کشور - اگرچه به شدت اروپا هم نباشد - نسبت به پیش از ۱۹۷۰ میلادی از تغییر چشمگیری حکایت دارد (Waggoner and Alexander, 1997, p.79). یکی از دلایل کندی نسبی این رویکرد در آمریکا این است که بر اساس قوانین عادی یا اساسی در چهل ایالت از مجموع پنجاه ایالت در آمریکا، به روشنی، ازدواج با طرفیت یک

زن و یک مرد تعریف می‌شد و ازدواج هم‌جنس‌بازان که در قلمروهای قضایی دیگر انجام شده، پذیرفته نبوده است (Lapidus, 2009, p.243). با این حال سرانجام در سال ۲۰۱۵ میلادی دیوان عالی ایالات متحده (Supreme court) - با پنج رأی موافق در برابر چهار رأی مخالف - ازدواج هم‌جنس‌گرایان را تأیید کرد و از این پس این افراد می‌توانند در هر کجای آمریکا با یکدیگر ازدواج کنند

(<https://www.supremecourt.gov/search.aspx?Search=same+sex+marriage&type=Site>).

بررسی تفصیلی سیر تصویب این قوانین در کشورهای فرانسه، انگلستان، آمریکا و آلمان که معرف دو نظام بزرگ حقوقی و تأثیرگذار رومی-ژرمنی و کامن‌لا در جهان‌اند، در چهار سال منتهی به سال جاری (۲۰۱۷م.) بیانگر جدی بودن مخالفان قانونی کردن ازدواج میان هم‌جنسان و حذف عامل تغایر جنسی ازدواج در مراجع تقنینی کشورهای یادشده است.

با وجود تأثیر مراکز تقنینی در کشورهای غربی در رسمیت دادن به قالب ازدواجی میان هم‌جنسان و نیز علی‌رغم برتری جنسی یکی از دو هم‌جنس بر دیگری در این ازدواج‌ها همچنان دو طرف چنین رابطه‌ای زن و شوهر (Wife and husband) شناخته نمی‌شوند؛ اگرچه اطلاق واژه «جفت» (couples) یا «همسران» (Spouses) در مورد آنها به گونه‌ای برابر کاربرد دارد (Estin, 2007, p.30-33).

گفتنی است که با وجود موج به‌ظاهر فزاینده قانونی کردن ازدواج میان هم‌جنسان در شماری از کشورها، شاهد تلاش و بلکه شانتاژی گسترده در بزرگ‌نمایی این چرخش حقوقی هستیم؛ زیرا همچنان شبه‌اجماعی جهانی در میان نزدیک به دو‌سوم کشور جهان با بیش از شش میلیارد جمعیت، همسو با تمام ادیان ابراهیمی (Abrahamic religions) بر دخالت عامل اختلاف جنس در ماهیت نکاح تأکید دارد و جز در پانزده سال اخیر، این اجماع از سوی هیچ کشوری شکسته نشده بود و در حال حاضر (۱۳۹۶ش) نیز با وجود مبناتراشی‌های حقوق بشری و مانند آن، تنها همان چند کشور یادشده این اجماع را شکسته‌اند. این کشورها نیز هیچ‌کدام در قاره آسیا قرار ندارند و در قاره آفریقا نیز تنها مورد نقض، آفریقای جنوبی است. چند کشور باقی‌مانده نیز به قاره آمریکا و اروپا به‌ویژه اروپای شمالی اختصاص دارند؛ البته همان‌گونه که از توضیحات فوق نیز آشکار است، رویکرد بزه‌زدایی از هم‌جنس‌بازی تا پذیرش قالب‌های قانونی غیرازدواجی میان هم‌جنسان

و ناهم‌جنسان به پیش‌قراولی کشورهای اروپایی، نسبت به قانونی اعلام کردن ازدواج هم‌جنسان در میان کشورهای غربی رواج بیشتری دارد؛ اگرچه همچنان تمایل غالب در میان ملت‌های دنیا - همسو با تمام ادیان ابراهیمی -<sup>۱</sup> بر خلاف رویکرد یادشده است؛ به‌طوری‌که واتیکان در ۳۱ ژولای ۲۰۰۳ میلادی حتی حمایت از اتحادهای هم‌جنسان - تا چه رسد به ازدواج آنان - را غیراخلاقی معرفی کرد

۱. در یهودیت علی‌رغم تلاش‌های صهیونیسم جهانی برای تحریف دین یهود و کتب و منابع آن جهت مشروعیت بخشیدن به هم‌جنس‌گرایی و لزبیسیم، به موجب نص صریح تورات، هم‌جنس‌گرایی حرام است؛ به‌طورمثال در تورات، فصل ۱۸/۲۲ آمده است: «آن‌چنان‌که با زنان هم‌بستر می‌شوید، با مردان نشوید که موجب بیزاری خداست» و در فصل ۲۰/۱۳ تصریح می‌شود: «هر دوی آنها (هم‌جنس‌گرایان زن و مرد) باید بمیرند و خونشان برگردن خودشان است». در تورات میشنه در خصوص ممنوعیت هم‌جنس‌گرایی آمده است: «هم‌خوابگی زنان با زنان ممنوع است. این فعل مردمان سرزمین مصر بود که شما را به ترک آن هشدار می‌دهیم. آنها چه می‌کردند؟ مردان با مردان و زنان با زنان ازدواج می‌کردند. آنان از درگاه خدا رانده شدند». پروتستان‌ها و کاتولیک‌ها به عنوان نماد بارز مسیحیت، بزرگ‌ترین مخالفان هم‌جنس‌گرایان بوده و هستند؛ چنان‌که پاپ ژان پل دوم بارها و بارها ازدواج هم‌جنس‌گرایان را مطرود دانسته و پاپ بندیکت شانزدهم نیز در سیاست‌های جدید واتیکان بر این موضع تأکید نموده است.

در متون مذهبی و انجیل نیز نمونه‌های فراوانی وجود دارد که هم‌جنس‌گرایی را حرام و گناهی بزرگ تلقی می‌نماید؛ به‌عنوان‌مثال در سفر پیدایش انجیل، به داستان حضرت لوط و شهر سدوم اشاره شده است که خداوند به واسطه این گناه بزرگ، سرزمینشان را ویران نموده است. حضرت مسیح نیز در گفتاری به یکی از حواریون اظهار می‌دارد که: «هم‌بستری مردان با مردان و زنان با زنان ممنوع و موجب غضب خداوند است». همچنین در فصل رومن آمده است که: «خداوند آنها را بخشید تا رفتارشان را عوض کنند؛ زیرا زنان با زنان در می‌آمیزند و مردان به طرز شرم‌آوری به مردان گرایش داشتند و بر سرشان آمد آنچه که بر اساس خطایشان بود».

البته در دهه‌های اخیر که معنویت و دین در اروپا و آمریکا کم‌رنگ گردیده، تئوری‌پردازان سکولار و برخی از مفسران متون دینی، به تحریف معنایی انجیل و ارائه تفسیرهای جدیدی دست زده‌اند تا بتوانند از طریق مذهب به تطهیر هم‌جنس‌گرایی پرداخته و زمینه را برای پذیرش عمومی فراهم نمایند؛ به‌عنوان‌مثال یکی از اساتید دانشگاه ملی سوئد در کتاب خود تحت عنوان گناه سدوم اظهار می‌دارد: «بر اساس منابع متعدد انجیلی می‌توان اثبات کرد که گناه اصلی آنان (ساکنان شهر سدوم) غفلت از یتیمان و بیوگان بوده است؛ نه هم‌جنس‌گرایی مردان و زنان».

در قرآن و کلیه متون اسلامی (شیعه و سنی) هم‌جنس‌گرایی فعل حرام و مستحق مجازات است. در قرآن کریم داستان حضرت لوط به عنوان نمونه‌ای از غضب الهی بر گناهکاران و هم‌جنس‌گرایان مطرح شده است. در متون روایی، وطی زن با زن دیگر (هم‌بستری آنان) «سحق» یا «مساحقه» نامیده می‌شود که جرم بوده و مجازات آن حد است. در جوامع اسلامی، هم‌جنس‌گرایی به‌هیچ‌عنوان مجاز و رایج نیست (رک: فرهمند، ۱۳۸۴).

([http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_c\\_on\\_cfaith\\_doc\\_20030731\\_homosexual-unions\\_en.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_c_on_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_en.html)).

همچنین در همین سال‌های اخیر در انگلستان، زمانی که دیوید کامرون (نخست‌وزیر وقت انگلیس) برای باز شدن راه ازدواج هم‌جنس‌گرایان انگلیسی در حقوق مدنی این کشور کوشید، خشم کلیسای انگلیس برانگیخته شد و ائتلاف حاکم بر این کشور را به فهم نادرست از قوانین ازدواج متهم کرد

(<http://www.dailymail.co.uk/news/article-3400431/Church-England-leaders-condemn-sex-marriage-despite-100-senior-Anglicans-criticising-discrimination-against-lesbian-gay-Christians.html>).

به نظر می‌رسد مانور رسانه‌ای بر سر ناهنجاری‌های جنسی اصحاب کلیسای کاتولیک به‌ویژه دربارهٔ کودکان با هدف شکستن سد واتیکان در برابر رسمیت دادن به هم‌جنس‌بازی و ازدواج هم‌جنسان صورت می‌گیرد.

بزرگ‌نمایی و قلب رسانه‌ای این واقعیت، زمانی روشن‌تر می‌شود که ملاحظه کنیم در همین چند کشور انگشت‌شمار نیز الگوهای نوین ازدواج که گروه‌های هم‌جنس‌باز با حمایت قانون‌گذاران مطرح می‌کنند در عمل، اقبال عمومی را به همراه ندارد؛ به گونه‌ای که گفته می‌شود گروه‌های هم‌جنس‌باز در مجموع یک تا چهار درصد جمعیت این جوامع‌اند (گاردنر، ۱۳۸۶، ص ۲۴۷)؛ تا چه رسد به هم‌جنس‌بازانی که بخواهند رابطهٔ خود را در قالب ازدواج ثبت کنند. در کشور هلند که نظام حقوقی آن پیش‌قراول حذف عامل تغییر جنس در ازدواج است، تنها در شش ماههٔ نخست تصویب این قانون، ۱۹۰۰ ازدواج هم‌جنسان (۵۵ درصد میان مردان و ۴۵ درصد میان زنان) ثبت شد که ۳۶ درصد کل ازدواج‌های آن کشور بود (Blair, 2009, p.222).

اینکه چرا چنین خیزشی در دو دههٔ اخیر برای کنار نهادن عامل تغییر جنس در نکاح رخ داده، نیازمند توجه به طیفی از دلایل فلسفی تا اقتصادی است؛ برای نمونه در کشور کانادا با تکیه بر بند ۱ مادهٔ ۱۵ «منشور حقوق و آزادی‌ها»ی این کشور، مبنی بر امکان برابر همهٔ افراد برای بهره‌مندی از منافع مقرر در قانون جدا از هر گونه تبعیض از جمله تبعیض جنسی چنین نتیجه‌گیری شده که انحصار نکاح به رابطهٔ همسران ناهم‌جنس، تجاوز به این بند از منشور یادشده است (Estin, 2007, p.31). استدلال یادشده دچار این ایراد است که تا وقتی در قانون، معنایی جدید برای ازدواج در نظر گرفته نشده و تعریف نکاح از آنچه نوع مردم برداشت می‌کنند، فاصله نگرفته است، ممنوعیت ازدواج ناهم‌جنسان، محروم

کردن ایشان از منافع قانون به شمار نمی آید؛ به بیان فنی تر، عدم شمول حکم قانون نسبت به موردی که داخل در موضوع قانون نیست، کاملاً منطقی است و تبعیض به شمار نمی آید. شاید برای برطرف کردن همین ایراد اساسی بوده است که کشور کانادا به استناد یازده دلیل عمدتاً حقوق بشری در مقام بازتعریف ازدواج برآمد و با تصویب قانونی در سال ۲۰۰۵ میلادی، ازدواج برای مقاصد مدنی را به «اتحاد قانونی دو شخص، متمایز از همه دیگران» تعریف کرد (Ibid, p.32). با توسعه قانونی در مفهوم نکاح، دیگر بحث ما با حقوق غربی بحثی مبنایی خواهد شد؛ بدین معنا که باید از صلاحیت مقام اعتبارکننده یا همان جاعل که حق تشریح دارد، سخن به میان آورد؛ به گونه ای که وفق مبنای انسان خدایی تمدن امروز غرب، این انسان است که مطابق تشخیص و خواست خود قانون را وضع می کند؛ درحالی که وفق اصول فلسفه حقوق و فقه اسلامی، صلاحیت انحصاری در این عرصه با آفریدگار حکیم است و مجرد مؤثر بودن اعتبار، اگرچه ممکن است در یک چارچوب اومانیستی باعث خروج اصل اعتبار از لغویت شود؛ ولی موجب مشروعیت مقام اعتبارکننده نیست. البته عنایت به روند جاری در طبیعت یا همان روح آفرینش و مهجور بودن رویکرد نوین غرب در باور و عمل اکثریت مردم امروز جهان و خلط تزوج با تمتع از جمله مَنبِهاتی است که می تواند بیانگر حرکت ناموجه پاره ای از نظام های حقوقی در حذف عامل تغایر جنسی از مفهوم ازدواج در دنیای معاصر باشد.

شاتناژ علمی - فرهنگی یادشده چنان پر قدرت است که به گفته خود غربی ها اگر در کشورهای غربی درباره هم جنس بازان [و اینکه ازدواج میان ایشان مردود است یا از اجتماع آنها خانواده تشکیل نمی شود] چیزی منفی بگویید، نابردبار خواهید بود؛ اما اگر در این باره سخن مثبتی بگویید، شما را بی طرف به شمار می آورند. تأیید نکردن، نابردباری قلمداد می شود؛ درحالی که تأیید، بی طرفی است! (گاردنر، ۱۳۸۶، ص ۶۴).

به نظر می رسد یکی دیگر از دلایل ریشه ای در پیش گرفتن این رویکرد در غرب، نفس نظام سرمایه داری در غرب است که در آن، خانواده به صورت ساختاری تعریف نشده؛ بلکه نفی اساس خانواده در ذات نظام سرمایه داری نهفته است (صدوق، در: <http://www.rajaneews.com/detail.asp?id=110510>). در واقع چون خانواده نهادی ارزش گراست و می کوشد ارزش هایی چون قناعت را میان اعضا حاکم کند، با ارزش های نظام سرمایه داری ناهمسوست (حق شناس، ۱۳۸۸، ص ۶۲). شاید در پی

سلطه همین نظام بر سازمان‌های تأثیرگذار بین‌المللی است که با کمال تعجب مشاهده می‌شود در سازمان ملل، هیچ‌گاه منشور حقوق خانواده یا والدین وجود نداشته است؛ ولی برای زن و کودک به صورتی جداشده از خانواده - نه به صورت یک کل - اسنادی وجود دارد (گاردنر، ۱۳۸۶، ص ۳۵۵).

بازتاب باور دینی و عمومی مبنی بر تغایر جنسی دو طرف نکاح در قوانین کشورها نیز مانع بزرگی بر سر راه رسمیت یافتن رابطه ازدواجی افراد هم‌جنس و نهادینه شدن آن است؛ از این رو تلاش می‌شود با همان بزرگ‌نمایی رسانه‌ای، اعتقاد به ازدواج به عنوان نهادی اجتماعی (Social institution) و دارای اساس قانونی قراردادی (Legal contract) که در قوانین موضوعه این کشورها به چشم می‌خورد، تا حد یک شیوه زندگی شخصی (Personal lifestyle) فرو کاسته شود. یعنی سبکی از مصاحبت که آزادانه می‌توان آن را اختیار نمود یا کنار گذاشت یا بسته به سلاقی گوناگون، به اشکال آن تنوع بخشید و بدین- ترتیب راه را بر تغییر قوانین گشود (دادمرزی، ۱۳۹۲، ص ۹۷).

#### ۴. تغایر جنس زوجین در چند سند بین‌المللی

بند ۱ ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸) (Universal Declaration of Human Rights) بدون آنکه ازدواج را نیازمند تعریف بداند، اذعان می‌دارد: «هر زن و مرد دارای اهلیتی حق دارند با هم ازدواج نمایند...»؛ همچنین بند ۲ ماده ۲۳ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (ICESCR) صراحت دارد بر اینکه «حق نکاح و تشکیل خانواده برای زنان و مردان، از زمانی که به سن ازدواج می‌رسند، به رسمیت شناخته می‌شود...»؛ ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (Covenant on Civil and Political Rights «ICCPR») نیز بر همین سیاق تنظیم شده است.

از این مواد به روشنی می‌توان لزوم تغایر جنسی را در ازدواج برداشت کرد و ذوق بسیار نامستقیم حقوقی ممکن است بگوید مواد یادشده صراحت دارد که ازدواج، شامل نکاح میان زنان و مردان با یکدیگر نیز می‌شود؛ نه خصوص زن با مرد (Blair, 2009, p.116). نظریه تفسیری شماره ۱۹ کمیته حقوق بشر نیز از این استدلال حمایت می‌کند و می‌گوید: «به کاربرد عبارت منجّز و معین «مردان و زنان» به جای عبارت‌های کلی همچون «تمامی افراد بشر»، «هرکس» یا «تمام اشخاص»، بدین معناست که بند ۲ ماده ۲۳ میثاق، حق ازدواج را صرفاً برای افراد متعلق به دو جنس مختلف به رسمیت شناخته است. با عنایت به این

نکات گفته می‌شود: «علی‌رغم گرایش فعالین کشورهای غربی به گنجاندن حق ازدواج و تشکیل خانواده برای هم‌جنس‌گراها، این رفتار انحرافی و ویرانگر تاکنون حتی در نظام حقوق بشری سازمان ملل متحد از پشتوانه حقوقی قابل توجهی برخوردار نشده است...» (امور تحقیق و پژوهش کمیسیون حقوق بشر اسلامی ایران، ۱۳۸۸، ص ۲۱۴). با این حال تصریح می‌شود که در اسناد پیشگام حقوق بشری مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸م) کنوانسیون سازمان ملل راجع به رضایت در ازدواج (۱۹۶۲م) (United Nations Convention on Consent to Marriage) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶م)، کنوانسیون محو همه‌گونه اشکال تبعیض علیه زنان (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women "CEDAW") و اصول بین‌المللی تعارض قوانین (International conflict-of-laws principles) به دو موضوع جدید و بحث‌برانگیز در محافل عمومی و دانشگاهی، یعنی «تعدد زوجات» (Polygamous marriage) و «ازدواج هم‌جنسان» توجه مستقیمی نشده است (Estin, 2016, p.394-395).

به نظر می‌رسد در اسناد یادشده همان بداهت تغایر جنس زوجین در شکل‌گیری ازدواج که در قانون مدنی کشور خود ما نیز وجود دارد، به اندازه‌ای بوده که ضرورتی برای تصریح اکید به این عامل به عنوان شرط صحت نکاح احساس نمی‌شده است؛ به گونه‌ای که با تغییر ذائقه برنامه‌ریزی شده و بسیار سریعی که در چند سال اخیر در این باره رخ داده یا در شرف وقوع است، تلاش می‌شود مسئله‌ای که زمانی نزد قانون‌گذاران به پیروی از باور عمومی مردمان روشن می‌نمود، اکنون به صورت امری مناقشه‌پذیر جلوه کند. این روند به گونه‌ای هدایت شده که پس از حکم دادگاه حقوق بشر اروپایی در سال ۲۰۱۵ میلادی و مطابق ماده ۸ کنوانسیون حقوق بشر اروپایی (European Convention on Human Rights)، کوتاهی قوانین پاره‌ای از این کشورها در شناسایی روابط زوجین هم‌جنس، در تضاد با حق احترام به زندگی خصوصی و خانوادگی قلمداد می‌شود (Ibid, p.500). البته پذیرش تحول مفهوم خانواده از نهادی ارزشی و ازدواج‌محور - آن‌گونه که در حقوق کشور ما و بسیاری از کشورهای دیگر وجود دارد - به یک سبک خصوصی برای زندگی، پیش‌فرض چنین حکمی است؛ به بیان دیگر اهمیت دادن به ذائقه و تمایلات مدیریت‌شده اشخاص و ملزم کردن قانون‌گذار به شناسایی چنین تمایلاتی - بدون داشتن دغدغه ارزش‌های برین و پیشینی - اصلی‌ترین دست‌مایه برای سرتاسری کردن چنین باوری است.



سکوی جهش این کشورها برای رسیدن به چنین هدفی پس از بزهدیایی از روابط خارج از ازدواج میان ناهم‌جنسان و هم‌جنسان، تسری احکام ازدواج میان دو ناهم‌جنس به گونه‌های هم‌زیستی غیرازدواجی میان هم‌جنسان است. در این راستا مشاهده می‌شود به‌تازگی (سال ۲۰۱۶م) هجده کشور اروپایی توافق کرده‌اند تا یک سازوکار همکاری پیشرفته میان این کشورها در ارتباط با نتایج مالی حاصل از همباشی‌های ثبت‌شده اعمال شود (ibid).

### نتیجه‌گیری و پیشنهاد

۱. ضرورت عامل اختلاف جنس دو طرف نکاح در فقه اسلامی و حقوق موضوعه کشور، امری بدیهی قلمداد می‌شود که درعین حال می‌توان دلایلی نیز برای تثبیت آن اقامه کرد. بااین حال واقع‌بینی و مصونیت‌بخشی در قبال جریان‌های دوران مدرن از یک سو و ضرورت پایبندی به بنیان‌های حقوق بومی از سوی دیگر اقتضا دارد در متن قانون مدنی ما به‌روشنی به لزوم تغایر جنسی دو طرف عقد نکاح و بطلان نکاح میان هم‌جنسان تأکید شود. در این راستا پیشنهاد می‌شود با آوردن ماده‌ای در تعریف نکاح در آغاز فصل اول از کتاب هفتم قانون مدنی که کمبود تعریف نشدن این تأسیس را در قانون مدنی نیز پر می‌کند، ضرورت یادشده را در متن آن درج کرد. سپس ضمن تبصره‌ای در ذیل آن، بر بطلان نکاح غیر هم‌جنسان تأکید کرد.

۲. در کمتر از دو دهه اخیر حدود بیست کشور اغلب غربی با گذر از مرحله بزهدیایی از رابطه خارج از ازدواج میان ناهم‌جنسان و نیز هم‌جنس‌بازی، ازدواج میان هم‌جنسان را در قوانین و مقررات خود به رسمیت شناخته‌اند. تجربه یادشده این پیام مهم را با خود دارد که خاکریز اول این تحول نفسانی، شکستن انحصار تلذذ جنسی میان زن و مرد به چارچوب ازدواج و ترویج گونه‌های رفاقت‌های حرام میان دختر و پسر است.

۳. قوانین یادشده از اقبال عمومی در جوامع برخوردار نیست؛ بلکه مردم این کشورها - همسو با نظر و عمل اکثریت قاطع مردم دنیا، بیشتر نظام‌های تقنینی در حدود دو بیست کشور جهان و برداشت مبتنی بر فطرت ادیان ابراهیمی - بر ضرورت اختلاف جنس میان دو طرف نکاح تمایل دارند و عملاً نیز به آن وفادارند.

۴. امروزه با وجود بدیهی انگاشته شدن لزوم تغایر جنس طرفین عقد نکاح در اسناد مهم بین‌المللی و حقوق بشری و در مواردی اشاره به این ضرورت در اسناد یادشده - همانند

ترتیبی که در حقوق داخلی خود مشاهده می‌کنیم - در سطح بین‌المللی شاهد جریانی هستیم که در راستای رسیدن به اهداف عمدتاً اقتصادی با بهره‌برداری از شانتاژ رسانه‌ای در صدد القای این تصویر جعلی به مردم جهان است که دوران منحصر بودن نکاح به ناهم‌جنسان سپری شده است تا با کامیابی در تغییر ذائقه مدیریت شده مردمان بتواند در سطحی فراتر از اروپا، نظام‌های حقوقی و تقنینی دنیا را به تقلیدی شبه‌تحمیلی برای به رسمیت شناختن ازدواج هم‌جنسان وادار کند. این روند که با بزه‌زدایی از روابط مبتنی بر رضایت و خارج از ازدواج هم‌جنسان و ناهم‌جنسان آغاز شد، اکنون در قالب پیمان‌های منطقه‌ای با شناسایی قانونی همباشی‌های غیرازدواجی میان هم‌جنسان، در پی آن است تا زمینه مناسب را برای پیروی فزاینده قانون‌گذاران در به رسمیت شناختن ازدواج میان هم‌جنسان فراهم کند.

۵. تبیین عالمانه نادرستی تحلیل‌های علمی‌نما در رابطه با حذف عامل تغایر جنسی در نکاح و افشای مستند عوامل و نهادهای حامی این جریان و به‌تصویر کشیدن دلایل آشکار و پنهان این رویکرد و در یک کلام نقد جریان قوی حمایت از حقوق خودخوانده هم‌جنس‌گرایان با محوریت یهودیان صهیونیست می‌تواند جامعه اسلامی ما را در برابر این خیزش برنامه‌ریزی‌شده پاسداری کند.

## فهرست منابع

۱. «ازدواج هم جنس گرایان در آلمان قانونی شد» در: ۹ ژوئن ۲۰۱۷ / <http://www.bbc.com/Persian/world-40454934>
۲. اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن حسن؛ کشف اللثام والایبهام عن قواعد الاحکام؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۳. امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۴، چ ۲، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳.
۴. امور تحقیق و پژوهش کمیسیون حقوق بشر اسلامی ایران؛ بولتن خبری: تحولات جدید حقوق زنان و کودکان در گستره جهانی؛ تهران: بهار، ۱۳۸۸.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ حقوق خانواده؛ تهران: کتابخانه گنج دانش، چ: دوم، ۱۳۷۶.
۶. حق شناس، سید جعفر؛ آسیب شناسی خانواده (مجموعه مقالات)، تهران: مرکز امور زنان و خانواده نهاد ریاست جمهوری، ۱۳۸۸.
۷. خرازی، سید محسن؛ «تغییر الجنسیة»؛ فقه اهل البيت (عربی)، سال ۴، ش ۱۳، ۱۴۲۰ق.
۸. \_\_\_\_\_؛ «تغییر جنسیت»؛ فقه اهل بیت (عربی) (فارسی)، سال ۶، ش ۲۳، ۱۳۷۹.
۹. دادمرزی، سید مهدی؛ ریاست خانواده در روابط زوجین؛ تهران: بنیاد میزان، ۱۳۹۲.
۱۰. شهیدی، جواد؛ «آثار حقوقی بطلان نکاح»؛ کانون وکلا، دوره اول، ش ۴۳، مرداد و شهریور ۱۳۳۴.
۱۱. مکارم شیرازی، ناصر؛ الفتاوی العجیده؛ چ ۲، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۷ق.
۱۲. صدر، سید محمد؛ ماوراء الفقه؛ ج ۶، بیروت: دارالاضواء، ۱۹۹۶م.
۱۳. صدوق، محمد بن علی بن بابویه؛ من لایحضره الفقیه؛ چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق.
۱۴. صفایی، سید حسین و اسدالله امامی؛ حقوق خانواده؛ چ ۴، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.
۱۵. صیمری، مفلح بن حسن؛ غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام؛ بیروت: دارالهادی، ۱۴۲۰ق.
۱۶. طرابلسی، ابن براج؛ المهذب؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه

- علمیه قم، ۱۴۰۶ق.
۱۷. محسنی، محمد آصف؛ فقه و مسائل طیه؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۴۲۴ق.
۱۸. عاملی کرکی، علی بن حسین؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ ج ۲، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۴۱۴ق.
۱۹. کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ قم: دارالحديث للطباعة والنشر، ۱۴۲۹ق.
۲۰. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی خانواده؛ ج ۱، تهران: شرکت انتشارات، ۱۳۷۱.
۲۱. گاردنر، ویلیام؛ جنگ علیه خانواده؛ مترجم: معصومه محمدی؛ قم: دفتر مطالعات و تحقیقات زنان، ۱۳۸۶.
۲۲. گفت و گو با حجت الاسلام صدوق؛ «چرا سرمایه داری با خانواده مخالف است»؛ در: ۲۳ آذر ۱۳۹۰. <http://www.rajanews.com/detail.asp?id=110510>
۲۳. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا؛ ارشاد السائل (گلپایگانی)؛ ط ۲، بیروت: دارالصفوه، ۱۴۱۳ق.
۲۴. محقق داماد، سید مصطفی؛ بررسی فقهی حقوق خانواده؛ تهران: نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۵.
۲۵. فرهمند مریم؛ «فمینیسم و لزینیسم»؛ مطالعات راهبردی زنان، ش ۲۸، ۱۳۸۴.
۲۶. مؤمن، محمد؛ «سخنی درباره تغییر جنسیت»؛ فقه اهل بیت علیهم السلام، فارسی، سال ۲، ش ۷، ۱۳۷۵.
۲۷. مؤمن، محمد؛ کلمات سدیده فی مسائل جدیدیه؛ قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
۲۸. نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ط ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، [بی تا].

29. «Code civil» at:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

30. Ann Laquer Estin; «Global Issues in Family Law»; USA: Thomson west, 2007.

31. Ann Laquer Estin; «Marriage and Divorce Conflicts in International Perspective»; Paper prepared for a symposium on International Conflict of Laws and the Third Restatement, organized by the Duke Journal of Comparative and

International Law on Fourth and fifth November, 2016.

32. D. Marianne Blair and Others; «Family law in the World Community.USA»; California Academic press,2009.

33. D.Marianne Blair; «Family law in the world community»; USA: California academic press,2009.

34. <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/06/26/same-sex-marriage>

35. Lenora M.Lapidus; «The Rights of Women»; USA :New York University Press, 2009.

36. Lenora M.Lapidus; «The Rights of Women»; USA: New York University Press, 2009.

37. Nancy levit; «Feminist legal theory»; USA:New York university press,2006.

38.<https://www.supremecourt.gov/search.aspx?Search=same+sex+marriage&type=Site>

40.[http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_20030731\\_homosexual-unions\\_en.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_en.html)

41. <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3400431/Church-England-leaders-condemn-sex-marriage-despite-100-senior-Anglicans-criticising-discrimination-against-lesbian-gay-Christians.html>