

ممنوعیت رابطه جنسی بین محارم «اصل بنیادین حقوق خانواده»*

Annik BATTEUR

استاد دانشکده حقوق شهر کان (فرانسه)

مترجم: سید امید ساعدی**

اول - سکوت حقوق

(رابطه جنسی بین محارم و نقش نمادین حقوق)

الف - پیوند زناشویی بین محارم: ممنوعیتی بدیهی

ب - نسب ناشی از رابطه جنسی بین محارم: امری محرمانه

دوم - بی‌اعتنایی حقوق

(رابطه جنسی بین محارم و نقش ناکام حقوق در پیشگیری از آن)

الف - عوارض پنهان

ب - خطرات ایجاد شده

*. فصلنامه حقوق مدنی دالوز، شماره ۴، پاییز ۲۰۰۰، پاریس (RTD civ. (4) oct – déc 2000).

** . دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه سوربن، پاریس.

برخی از اصول کلی حقوق، طی قرون متمادی به حقوق خانواده این امکان را دادند که بتواند مبانی ریشه‌ای خود را استوار سازد. ممنوعیت رابطه جنسی بین محارم رکن رکن حقوق خانواده است. مطالعه و بررسی این موضوع، علی‌رغم اهمیت آن متأسفانه تاکنون نتوانسته است توجه حقوقدانان را به خود جلب نماید. در بررسی موانع نکاح، به خوبی می‌توان نقش نمادین حقوق را مورد ارزیابی قرار داد. از رهگذر تحلیل قواعد حاکم بر نسب ناشی از رابطه جنسی بین محارم و مقررات کیفری مربوطه، با جنبه دیگری از حقوق خانواده آشنا می‌شویم و آن عبارت از این است که هر مورد عمل زناشویی واقع شده بین محارم باید در هر حال مکتوم و مخفی بماند. مع‌ذلک، واضح نبودن ارزش‌هایی که مبانی ممنوعیت رابطه جنسی بین محارم را تشکیل می‌دهند و نیز ضرورت در پس پرده نگهداشتن اموری که موجب ایجاد حساسیت بیش از حد در نظم عمومی است، بعضاً علم حقوق را به بی‌اعتنایی و نادیده گرفتن ممنوعیت رابطه جنسی بین محارم سوق می‌دهد. احکام فرزندخواندگی بسیاری توسط محاکم صادر می‌گردد و نطفه بسیاری از اطفال در نهایت بی‌توجهی به خطرات و عواقب زیان بار آن منعقد می‌شود. هوشیاری و بیداری نسبت به چالش‌های مربوط به ممنوعیت اساسی رابطه جنسی بین محارم، می‌تواند موجبات اهتمام و مشارکت حقوقدانان، در تعریف مجدد و بازشناسی نقش و جایگاه والدین را فراهم سازد.

۱- خانواده محل پرورش و شکل‌گیری هویت انسان چه از لحاظ ذهنی-روانی، جنسی و چه به لحاظ اجتماعی است. در مسائل خانوادگی، قانون نقش آموزنده و پیش‌گیری‌کننده ایفا می‌کند. وظیفه قانون این است که با ترسیم مرز بین آنچه که «خوب» و آنچه که «بد» است بگوید که

چه چیزی مجاز و چه چیزی ممنوع است. قانون در عین حال که، انجام برخی رفتارها را ترغیب می‌کند، ما را از انجام دادن برخی رفتارهای دیگر برحذر می‌دارد. اگرچه، به طور کلی دکترین معاصر، کارکردهای آموزشی و پرورشی قانون را زیر سؤال برده، معذک هیچ‌گاه، نقش آمره و دستوری قانون مورد انکار واقع نشده است. علی‌رغم وجود برخی ظواهر، قانون، بالاخص در حیطه روابط زناشویی و قرابت کماکان نقش مهم و تعیین‌کننده‌ای ایفا می‌کند.^۱

از این روست که، پرداختن به موضوع تابوئی عالمگیر و جهان‌شمول چون رابطه بین محارم که یقیناً رکن اساسی جامعه بشری است، انسان را به وجد می‌آورد. طبیعی است که ممنوعیت رابطه جنسی بین محارم را نمی‌توان در هیچ متن قانونی تصریح کرد؛ در واقع اعلام صریح ممنوعیت هرگونه رابطه جنسی بین خویشاوندان نزدیک (محارم) امر مضحک و خنده‌داری است که قانونگذار نمی‌تواند و نباید مرتکب آن شود. با وجود این، قانونگذار می‌توانست نهایتاً، چنین روابطی را مجرمانه تلقی و برای ارتکاب آنها مجازات کیفری پیش‌بینی نماید، که این نیز گزینه مورد انتخاب جامعه ما (فرانسه) نبوده است. صرفاً در بررسی موانع نکاح و مقررات مربوط به نسب ناشی از روابط جنسی بین محارم است که می‌توان چنین روابطی را در عرصه حقوقی مورد بحث و بررسی قرار داد.

۲- در حالی که مردم‌شناسان، جامعه‌شناسان، روانکاوان و بسیاری از

1. Carbonnier, Droit civil, Introduction, PUF, 25e éd. p.44 et s. ; Ph. Malaurie, la famille, 6e éd. Cujas. no 20 et 21. Sur les rapports entre le droit et la morale, V. notamment Ph. Jestaz, Pouvoir juridique et pouvoir moral, RTD civ. 1991.626 et s.

دیگر متخصصین علوم اجتماعی مجذوب و شیفته مطالعه و بررسی این تابوی جهانی (ممنوعیت رابطه جنسی با محارم) هستند، حقوقدانان نقش بسیار ناچیزی برای آن قائلند. تألیفات حقوقی آنها راجع به ممنوعیت رابطه جنسی بین محارم بسیار نادر است.^۲ حرمت ازدواج با محارم و یا وضعیت حقوقی اطفال متولد از روابط جنسی بین خویشاوندان نزدیک (محارم)، موضوعات چندان جالبی به شمار نمی آیند، تقریباً گویی قواعد اخلاقی که زیربنای قواعد حقوقی حاکم بر این موضوعات هستند آنچنان بدیهی و گویا هستند که دیگر نیازی به علم حقوق نداشته و می توان نقش حقوقدانان را به مدیریت شعبه ثبت و ضبط وقایع تقلیل داد، برای این که خیلی مورد انتقاد قرار نگیریم، شاید بتوان این ادعا را مطرح کرد که در واقع، علم حقوق با تعیین و به رسمیت شناختن دیگر سیستم های آمره و دستوری حاکم بر چنین موضوعاتی، نه تنها از خود رفع مسئولیت نکرده، بلکه مسئولیت به رسمیت شناختن کامل قواعد اخلاقی را در این زمینه تقبل کرده است. اما این تحلیل نیز خیلی زود محدودیت ها و نارسایی های خود را نشان می دهد.

چرا که بزرگ کردن و توجیه خموشی قواعد حقوقی، یا حتی عرفی، آن هم در خصوص موضوعی به حساسیت و پیچیدگی ممنوعیت رابطه جنسی بین محارم، در واقع نوعی فریبکاری است. حقیقت را هرچند که تلخ باشد، باید گفت: هاله ای از سکوت سنگین یا دست کم، بی تفاوتی کامل قانونگذار، ممنوعیت قانونی رابطه جنسی بین محارم را احاطه کرده است.

2. D. Mayer, La pudeur du droit face à l'inceste, D. 1988, Chron. 213; Breton, L'enfant incestueux, in Mélanges Ancel, 1973, p.309 et s.

بالاخره چند سال پیش، نویسنده‌ای به نام مایر در کتاب خود به نام «عفت حقوق در برابر رابطه جنسی بین محارم»^۳ توانست به این موضوع بپردازد. بی‌گمان، چنین تصور می‌شده است که ربط دادن اخلاقیات به قوانین کار بیهوده‌ای است. در حالی که ما معتقدیم که ربط ندادن اخلاقیات به حقوق در این موضوع خاص نه به خاطر بیهوده بودن آن بلکه به خاطر تابو بودن آن بوده است. یعنی چون اساساً رابطه جنسی بین محارم، موضوع تابویی تلقی می‌شود لذا از ایجاد ارتباط و سازگاری بین اخلاقیات و قوانین در مانحن فیه صرف‌نظر شده است.

۳- از قرن‌ها پیش تاکنون، قاعده ممنوعیت ازدواج بین خویشاوندان نزدیک (محارم) و نیز قاعده ممنوعیت اثبات نسب ناشی از عمل زناشویی بین محارم، ارکان ثابت حقوق خانواده فرانسه را تشکیل می‌دهند، قانون و جامعه، اختیار و اقتدار فرد، درخصوص امور خاص خانوادگی را ولو این که در بطن محفل خانواده باشد محدود می‌کند. علم حقوق در برابر خطراتی که نوع بشر را تهدید می‌کند یک وظیفه نمادین به عهده دارد. این نقش نمادین حقوق نباید از نظر پنهان بماند ولو این که از طرف دست‌اندرکاران اصلی آن یعنی حقوق‌دانان نادیده گرفته شده باشد. برخلاف تصور همگان، تابوی «رابطه جنسی بین محارم» در هیچ متن قانونی ذکر نشده است.^۴ حتی خود واژه "inceste" به معنای عمل جنسی بین محارم نیز در قانون نیامده است. اهمیت مطالعه و تحلیل سکوت حقوق در برابر زناشویی بین محارم به مراتب بیشتر از این است که نقش نمادین آن را به عنوان یک امر ثابت

3. D. Mayer, op. cit. p. 213.

4. J. Carbonnier, La famille, l'enfant, le couple, 20^e éd. p. 422 et s.

در حقوق خانواده مد نظر قرار دهیم. با وجود این، همین نقش نمادین و سمبلیک حقوق نیز در برخی موارد خاص، به طور حیلۀ گرانه‌ای از نظر پنهان می‌شود. بدیهی است که وجود چند مورد حاشیه‌ای و فرعی به مخدوش بودن و زیر سؤال بردن رکن اصلی و اولیه در حقوق فرانسه که همان ممنوعیت رابطه جنسی با محارم است، منتهی نخواهد شد. لکن، به نظر ما این پدیده از لحاظ اصولی آن قدر اهمیت دارد که به خود زحمت بررسی و شناخت این مهم را بدهیم که، علم حقوق با چه موانع و ملاحظات روبروست که از ایفاء نقش خود در ساخت و پرداخت موازین قانونی ناظر بر این ممنوعیت بنیادین خودداری می‌ورزد. به این ترتیب، قانون در برابر خطرات و زیان‌های ناشی از رابطه جنسی بین محارم، نه تنها سکوت می‌کند (اول)، بلکه اساساً اعتنایی به این موضوع ندارد (دوم).

اول - سکوت حقوق

(رابطه جنسی بین محارم و نقش نمادین حقوق)

۴- قانون وظیفه حفاظت از گونه بشر را به عهده دارد. باید از این حیث، آمرانه تعیین تکلیف نماید. بررسی متون قانونی ناظر بر موانع نکاح نشان می‌دهد که قانون نقش سمبولیک خود را عملاً با اعلام ممنوعیت برخی پیوندهای زناشویی ایفاء می‌کند. همان‌طور که استاد کورنو (Cornu) می‌نویسد «این ممنوعیت‌ها ارشادی نیستند بلکه شمشیری هستند».^۵ قاعده این بازی اجتماعی از قبل تعیین شده است و آن این است که به برخی موارد از روابط جنسی نمی‌توان مشروعیت قانونی بخشید. البته می‌توان،

5. G. Cornu, Droit de la famille, Montchrestien, Précis Domat, 5e éd. no 181.

قانونگذار را از این جهت که موضوع را به اجمال مطرح کرده است مورد سرزنش و انتقاد قرار داد. معذک، فقدان دقت فنی و عدم صراحت در متون قانونی مربوط نباید ما را از توجه به این مهم غافل نماید که هر آنچه که در امر ازدواج ممنوع می‌شود، دارای ارزش نشانه‌ای بوده و در حکم قرینه محسوب می‌شود.

هرگاه مسأله برخورد با ممنوعیت نقض شده دایر بر ارتکاب روابط جنسی بین خویشاوندان نزدیک مطرح می‌شود، عکس‌العمل قانون کمتر واضح و روشن است. هدف و خواست قانونگذار را باید در ماوراء تعیین مجازات برای ارتکاب یک عمل مجرمانه، جستجو کرد. از بررسی مقررات و قواعد حاکم بر نسب ناشی از زنا با محارم و نحوه برخورد حقوق جزا در این موارد، چنین بر می‌آید که قانونگذار البته با تأیید ضمنی دکترین، هدف ناگفته‌ای را دنبال می‌کند. باید از افشای اموری که موجب جریحه دار کردن عواطف و احساسات عمومی مردم می‌شود جلوگیری کرد. روابط جنسی که بین خویشاوندان نزدیک (محارم) انجام می‌شود، باید هم چنان در خفاء بمانند. چنین وصلت‌هایی باید در ظلمت شب باقی بمانند. البته این امر صرفاً به خاطر حیا و عفت قانونگذار نیست بلکه به ترس و بزدلی او نیز برمی‌گردد، چرا که به عقیده ما، قانون می‌خواهد پنهان کردن عملی را که اخلاقاً سزاوار سرزنش است بر جامعه تحمیل نماید.

به این ترتیب، مطالعه و بررسی نقش نمادین حقوق، ما را به طرح اهداف مورد نظر حقوق رهنمون می‌سازد. هدف اول، همان هدف ناگفته‌ای است که توسط قانون علناً اعلام نشده است و آن عبارت است از ممنوع کردن ازدواج بین محارم (الف)، چیزی که عملاً به قانون این امکان را

می دهد که نقش پیش گیرانه خود را ایفاء نماید، و هدف دوم که تا حدودی نیز خدعه آمیز است عبارت است از تحمیل حفظ محرمانه رابطه جنسی واقع شده بین محارم (ب).

الف - پیوند زناشویی بین محارم: ممنوعیتی بدیهی

۵- از نامشروع بودن رابطه جنسی بین محارم، نه در قانون مدنی و نه در قانون جزای جدید فرانسه ذکر به میان نیامده است. لکن، حقوق مدنی ضمن بدیهی تلقی کردن آن، صرفاً به ذکر برخی وصلت های ممنوع اکتفا نموده است.^۶ نتیجه منطقی و طبیعی تحریم رابطه جنسی بین محارم این است که باید شریک جنسی خاص خود را در خارج از چارچوب خانواده جستجو کرد. ممنوعیت رابطه جنسی بین محارم، به طور تلویحی به دو مطلب مهم اشاره دارد. نخست این که، برخی اشخاص، از نگاه یکدیگر و برای یکدیگر، مقدس محسوب می شوند، دیگر این که این اشخاص باید مادر، خواهر یا دختر خود را به دیگری هدیه کنند، چرا که نمی توانند آنها را برای خود بخواهند. اینجاست که در می یابیم که تحریم زناشویی بین محارم در واقع، مصداق اعلای هبه و بخشش است.^۷

6. Sur la notion d'évidence: B. Petit, L'évidence, RTD civ. 1986.485.

7. Ph. Jestaz, La parenté, Revue de droit de McGill, vol.41, 1996.387 et s. "Les anthropologies prétendent qu'imposée pour des raisons économiques, la prohibition de l'inceste a entraîné par voie de conséquence la toute première notion de parenté: en clair, c'est parce qu'on m'interdit d'épouser ma soeur que celle-ci devient sacrée à mes yeux. A quoi les moralistes répliquent avec indignation qu'il s'agit là d'un raisonnement à l'envers: c'est parce que ma soeur est sacrée que je ne dois pas l'épouser! Vaste débat ... Ce qui tendrait à rendre raison aux anthropologues, c'est que la prohibition est plus ou moins étendue selon les sociétés..."

چه هدیه‌ای بالاتر از این که امکان ازدواج و زناشویی با مادر، خواهر یا دختر خود را به دیگری اعطاء کنیم.^۸ البته، قانونگذار تمایلی به صدور دستور صریح و قاطع دائر بر همسریابی در خارج از خانواده را ندارد. از نظر حقوق مدنی، این موضوع صرفاً به عنوان یک امر ممنوع مطرح می‌شود و طبیعتاً از این حیث که از مقوله «منع و ممنوعیت است آن را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهد. سیاق قانونگذار در مواد ۱۶۱ به بعد قانون مدنی نیز، آشکارا وجود چنین نگرشی را نشان می‌دهد: «ازدواج قدغن است ...».

در حقوق کلیسایی، تحریم‌ها و ممنوعیت‌های بسیار گسترده‌ای بین خویشاوندان نسبی و سببی وجود داشت.^۹ تدریجاً، در حقوق مدنی این ممنوعیت‌ها بسیار محدود شدند. قطعاً می‌توان این امر را، به عنوان نشانی از تمایلات و خواسته‌های اساسی جامعه در برخورد با مسائل خانوادگی دانست. بدین معنا که افزایش قدرت اراده فردی، نمی‌تواند نتیجه دیگری جز حمایت از حق ازدواج آزادانه با شخص مورد دلخواه خود داشته باشد. حقوق الزاماً، کلیه صور ازدواج‌های هسته‌ای و درون گروهی را ممنوع اعلام نمی‌کند، چرا که از قدیم الایام، ازدواج بین هم خون‌ها یا خویشاوندان نزدیک به عنوان تدبیری برای حفظ انسجام و یکپارچگی خاندان و جلوگیری از تجزیه و تقسیم املاک آنها وجود داشته است.^{۱۰}

8. Au plan sociologique, l'étude fondamentale est celle de Claude Levy - Strauss, Les structures élémentaires de la parenté, 1948: "l'obligation de donner la femme, mère, soeur ou fille à autrui".

9. A. Seriaux, Droit canonique, PUF, p. 577 et s. ; A. Esméin, Le mariage en droit canonique, 2e éd. 1929-35, p. 335.

10. J. Carbonnier, La famille, 20e éd. préc. p. 432; V. également A. Bénabent, La liberté individuelle et le mariage, RTD civ. 1973.442; R. Maurice, Les effets de la parenté et de

عقود قانون مدنی، به یکباره کلیه ممنوعیت‌های موجود در حقوق قدیم را که تا در درجه ششم خویشاوندی گسترش یافته بود به کنار نهاد. در آن زمان، هم و غم کلیسا این بود که ازدواج را به عنوان یک نهاد اخلاقی، به مردم معرفی کند. از این روست که در حدود قرن هشتم میلادی، کلیسا سیستم قرابت ژرمنی را که به طور محسوس و قابل ملاحظه‌ای ممنوعیت‌های زناشویی بین خویشاوندان را توسعه می‌داد، برمی‌گزیند. در این سیستم حتی قرابت معنوی ناشی از غسل تعمید از موانع نکاح به شمار می‌رفت. یعنی صرف انجام مراسم تعمید، حسب مورد بین غسل دهنده و غسل شونده رابطه پدرخواندگی و فرزندخواندگی یا مادرخواندگی و فرزندخواندگی بوجود می‌آورد. اما در مورد قرابت سببی، تحریم زناشویی آن هم تا درجه ششم، از این ایده نشأت می‌گرفت که زوج و زوجه با پیوند خود در واقع، یک کالبد و پیکر واحد را تشکیل می‌دهند و به همین دلیل، هریک از آنها قرابت و خویشاوندی نسبی خود را به سبب ازدواج، به همسرش منتقل می‌کند. از این رو، هیچ مردی نمی‌توانست با زنی ازدواج کند که آن زن قبلاً همسر یکی از خویشاوندان او بوده است. کما این که نمی‌توانست حتی با زنی ازدواج کند که قبلاً همسر یکی از خویشاوندان زن اولش بوده است.^{۱۱} از سال ۱۸۰۴ تاکنون، صرفاً چهار قانون به تصویب رسیده است که نوانسته‌اند با نگاهی باز و آزادمنشانه به نوعی در مسأله حرمت و ممنوعیت

l'alliance en ligne collatérale, RTD civ. 1971, no 11 et s.

11. P. Ourliac et J. de Malafosse, Histoire du droit privé, t.III. Le droit familial, PUF, Thénis, p.186 et s; Marty et Raynaud, t. 1, 2e vol. Les personnes, 2e éd. 1967, no 89; R. Savatier, Cours de droit civil, t. 1. 1912, no 759.

رابطه جنسی محارم، تحول ایجاد نمایند.^{۱۲} البته باید خاطر نشان کرد که اصل ممنوعیت زناشویی بین محارم، کلیه تغییرات و اصلاحات انجام شده در قانون مدنی طی سال‌های گذشته را پشت سر گذاشته و جان سالم بدر برده است، لذا کماکان، ازدواج در محفل کوچک خانواده ممنوع بوده و خواهد بود. یک مرد هرگز نتوانسته و نخواهد توانست با مادر، مادر بزرگ یا خواهر خود ازدواج کند. کما این که در خط مستقیم نزولی نیز نمی‌تواند با دختر و یا با نوه دختری خود ازدواج کند. یک زن نیز نمی‌تواند با پدر، پدر بزرگ، پسر، نوه یا برادر خود ازدواج کند. همانطور که خواهیم دید علی‌رغم این که یک مرد می‌تواند در قرابت نسبی در خط اطراف، با نوه خواهر خود ازدواج کند ولی در خط مستقیم، هیچ‌گونه استثناء و محدودیتی از حیث تعداد درجات وجود نداشته و ازدواج بین خویشاوندان در خط مستقیم، مطلقاً ممنوع است.

قانون مصوب ۱۵ نوامبر ۱۹۹۹ راجع به قرارداد مدنی زندگی مشترک، عیناً به همان شیوه‌ای که در نکاح مطرح است،^{۱۳} عقد قرارداد

12. La loi du 16 avril 1832 (prévoyant la possibilité de dispense pour épouser un ex-beau-frère ou une ex-belle-sœur); la loi du 1er juillet 1914 (permettant le libre mariage entre ex-alliés dans le cas où l'union créant l'alliance a été dissoute par décès), la loi du 10 mars 1938 (prévoyant la possibilité de dispense) et enfin la loi du 11 juillet 1975 autorisant le mariage entre beaux – frères et belles-sœurs.

13. Sur le PACS: J-J. Lemouland, Présentation de la loi no 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, D. 1999. Chron.483; Th. Revet, RTD civ. 2000. 173 et s.; Horssérie Dr.fam. déc.1999; Le Pacte civil de solidarité: de la théorie à la pratique, Droit et patrimoine, no 81, avr. 2000; H. Lecuyer, Le PACS (désormais) sous toutes ses coutures, Dr. fam. Janv. 2000; R. Cabrillac, Les réformes du droit de la famille et le PACS, Dr. fam. Juin 2000; B. Beigner, M. Combret et A.Fouquet, Pacte civil de solidarité: formule de convention, Dr. fam. avr. 2000, N. Molfessis, la réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil

مدنی زندگی مشترک بین محارم را ممنوع اعلام کرده است. بند ۲ ماده ۵۱۵ قانون مدنی اصلاحی چنین مقرر می‌دارد: «عقد قرارداد مدنی زندگی مشترک بین اقارب در خط مستقیم، صعودی یا نزولی، و نیز اقارب در خط اطراف تا درجه سوم، باطل است». بنابراین، نمی‌توان با توسل به قرارداد مدنی زندگی مشترک، به طور غیرمستقیم ممنوعیت موجود در عقد نکاح را زیر پا گذاشت و از این قرارداد به عنوان وسیله‌ای جهت رسیدن به امر ممنوع در نکاح استفاده کرد.^{۱۴}

۷- میزان اقتدار و قاطعیت یک قانون از خلال استثنای وارده بر آن مشخص می‌شود. در موضوع محل بحث ما یعنی دایره تنگ روابط خانوادگی، هیچ‌گونه امکان استثنایی که بتواند از اقتدار و اعتبار ممنوعیت رابطه جنسی بین خویشاوندان نزدیک (محارم) بکاهد وجود ندارد. این ممنوعیت در واقع، حکم بلا استثنایی است که هیچ خدشه و خللی بر آن وارد نمی‌شود. حتی در موارد خاصی که قانونگذار ناگزیر از اظهار نظر و بیان حکم مسأله خاصی بوده است، باز هم می‌بینیم که در این موارد نیز به گونه‌ای کاملاً نمادین و رمز آمیز، ضمن تعیین تکلیف در آن مورد خاص

constitutionnel, JCP 2000, éd. G. 1.210; C.Alleume, Solidarité contre solidarité (étude comparative des avantages respectifs du mariage et du PACS au regard du droit du crédit), D. 2000. Chron. 450.

14. Les projets antérieurs, notamment le contrat d'union civile, n'imposait pas d'empêchement. La proposition de loi no 3315 prévoyait qu'il ne pouvait y avoir de contrat d'union sociale entre ascendant et descendant en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au deuxième degré inclus (art. 5) Les prohibitions à union n'étaient donc pas calquées sur le mariage puisqu'elles se limitaient au deuxième degré. Le projet de pacte d'intérêt commun proposé par le GIP Droit et Justice supprimait cette interdiction, tout rapprochement avec le mariage sur ce point étant supprimé. V. ces textes in hors série Dr.fam déc. 1999. 66-67.



از قبول و به رسمیت شناختن یک استثناء بر اصل ممنوعیت زناشویی بین محارم خودداری ورزیده است. چنانکه، حسب ماده ۳۴۲-۷ قانون مدنی (قانون اصلاحی مورخ ۴ ژانویه ۱۹۷۲): «نفس صدور حکم بر محکومیت به پرداخت سوبسید و کمک هزینه زندگی (نفقه)، سبب ممنوعیت نکاح است بین محکوم علیه و محکوم له و در صورت مقتضی، بین هریک از آنها و والدین یا همسر دیگری، و از این حیث، چنان محکومیتی از جهات ممنوعیت نکاح، به شرح مقرر در مواد ۱۶۱ الی ۱۶۴ قانون مدنی، به شمار می آید». یعنی صدور چنین حکمی، علی رغم این که، کاشف از این است که رابطه جنسی نامشروعی بین محارم واقع شده و دقیقاً به همین علت است که طرفین چنین رابطه ای ممکن است مسؤولیت پرداخت نفقه دیگری برعهده آنها قرار گیرد، مع ذلک، قانونگذار، به نحو کاملاً رمز آمیز و شگفت انگیزی، از قبول و به رسمیت شناختن چنین مورد و چنان حکمی به عنوان استثنایی بر اصل ممنوعیت و حرمت زناشویی بین محارم، خودداری می ورزد. هدف قانونگذار این است که تحت هر شرایطی از قبول و پذیرش استثناء بر اصل ممنوعیت امتناع ورزد تا از این طریق بتواند کماکان قاعده حرمت و ممنوعیت رابطه جنسی بین محارم را مقتدر نگه دارد. ماده فوق‌الاشاره، متن قانونی فوق‌العاده ای است، چرا که اولاً، صدور حکم بر محکومیت به پرداخت سوبسید یا نفقه در مانحن فیه، برخلاف رویه معمول، مستلزم و منوط به اثبات قرابت نسبی نیست، بلکه صرف اثبات وقوع روابط جنسی کفایت می کند. ثانیاً، محکومیت به پرداخت نفقه مزبور در اسناد ثبت احوال شخصیه آنها درج و ثبت نمی شود.^{۱۵} نتیجه عملی آن این است

15. Sur l'action à fin de subsides Fr. Terré et D. Fenouillet, Droit civil, les personnes, la famille.

که مأمور ثبت احوال هیچ وسیله‌ای در اختیار ندارد که بتواند بررسی کند که آیا زن و مردی که می‌خواهند با هم ازدواج کنند، قبلاً چنین حکمی در مورد آنها یا یکی از اقارب نزدیک آنها صادر شده که بتواند مآلاً به لحاظ ممنوعیت زناشویی بین محارم، از ثبت قانونی ازدواج آنها امتناع نماید. تنها راه ممکن برای جلوگیری از وقوع و ثبت چنین ازدواجی همانا، مداخله احتمالی خویشاوندان نزدیک آنها است که می‌توانند قانوناً طی مدتی که مراتب ازدواج قریب‌الوقوع نامزدها آگهی می‌شود به وجود رابطه محرمیت بین آنها استناد و اعتراض کنند و یا نهایتاً تقاضای اعلام بطلان ازدواج به ثبت رسیده آنها را بنمایند. بدین ترتیب، می‌بینیم که قانون، مفهوم ممنوعیت زناشویی بین محارم را عملاً در یک مورد مشخص و محدود مطرح می‌کند که فقط خویشاوندی است که می‌تواند از تحقق چنین امر ممنوعی جلوگیری نماید، آن هم به شرط صدور حکم قضایی قبلی به شرحی که گذشت، که البته حتی در این مورد محدود نیز قانونگذار ترتیب خاصی مقرر نکرده است که الزاماً اصل ممنوعیت نکاح بین محارم مراعات گردد. تنها چیزی که برای قانونگذار مبهم است این است که تحت هیچ شرایطی، انجام رابطه زناشویی بین محارم، قانونی و مجاز تلقی نگردد. ویژگی نمادین و سمبولیک قانون در اینجا به اوج خود رسیده است.

لازم به یادآوری است که تأکید افراطی قانون بر نقش کاملاً سمبولیک خود را، عیناً به همان شکل در مسائل مربوط به فرزندخواندگی

مطلق ملاحظه خواهیم کرد. چنانکه ماده ۳۵۶ قانون مدنی صریحاً اعلام می‌دارد که: «کسی که به فرزندی قبول شده است، دیگر هیچ ارتباط و تعلقی با خانوادهٔ خونی خود ندارد، مگر در مورد ممنوعیت‌های نکاح، به شرح مقرر در مواد ۱۶۱ الی ۱۶۴ قانون مدنی». نتیجتاً در حکم صادره دائر بر فرزندخواندگی، که البته در دفاتر ثبت احوال نیز به ثبت می‌رسد، هیچ‌گونه اشاره و ارجاعی به شناسنامه و سند ولادت اصلی و اولیه فرزندخوانده که از این پس کان لم یکن تلقی می‌شود، نشده و نباید بشود.^{۱۶} بنابراین، اگر بعدها، فرزندخواندهٔ مزبور، بخواهد با یکی از والدین خونی و حقیقی خود ازدواج کند، غیرممکن است که مأمور ثبت احوال بتواند به وجود رابطهٔ محرمیت بین آنها پی ببرد، همچون مسألهٔ مربوط به صدور حکم بر محکومیت به پرداخت سوبسید و نفقه، در اینجا نیز، حقوق صرف‌نظر از آثار و احکام عملی آن به اعلام ممنوعیت اکتفا می‌کند.

۸- چنانچه نقش و وظیفه حقوق این است که برخی وصلت‌ها را ممنوع اعلام نماید، باید به این سؤال نیز پاسخ دهد که چرا مبنای ریشهٔ موانع نکاح، همانطوری که پُرتالیس نیز معتقد بود، به «گرایش‌ها و نقطه نظرات سیاسی» بر نمی‌گردد.^{۱۷} صرفاً در پرتو درک مبانی ریشه‌ای این

16. V. sur ce point: M. – L. Rassat, Du droit des pupilles de l'Etat à la connaissances de leurs origins, in Mélanges Hébaud, 1981, p.683 qui parle de faux en écriture publique.

17. Portalis (Discours préliminaire p. 25): "le mariage doit être prohibé entre tous les ascendants et descendants en ligne directe; nous n'avons pas besoin de donner les raisons, elles ont frappé tous les législateurs. Des mœurs, et que les mœurs seraient menacées par tous les préliminaires d'amour, de désir et de seduction, qui precedent et préparent le mariage. Quand les prohibitions sont étendues à des dogmes plus éloignés. ce ne peut être que par des vues politiques": adde frère Thery et Christian Biet. Portalis ou l'esprit des siècles, in La famille, la

ممنوعیت است که می‌توان تعیین کرد که در چه مواردی باید ازدواج حرام و ممنوع باشد. پاسخ روشن حقوقدانان به این موضوع همانی است که در فرازهای قبلی به آن اشاره شد، یعنی موارد ممنوعیت از دید حقوقدانان همان ممنوعیتی است که در دایره تنگ خانواده اعمال می‌شود و از این روست که ازدواج با پدر، مادر، پسر، دختر، برادر و خواهر که جملگی قرابت خونی با هم دارند را ممنوع می‌دانند.

در ماوراء این محفل کوچک خانوادگی، برخلاف آنچه که تصور می‌شود، می‌بینیم که موانع نکاح مطلقاً به طور واضح و روشن مورد بررسی قرار نگرفته‌اند. معمولاً از توجه به این نکته غافلیم که ممنوعیت زناشویی در چارچوب اعضاء خانواده علت صرفاً تربیتی و یا صرفاً سرشتی و ذاتی ندارد، بلکه در واقع «اقدامی است که در پرتو آن از طبیعت به ترتیب رهنمون می‌شویم».^{۱۸} ضرورتها و ملاحظات مهمی وجود دارد که ما را به ممنوع کردن ازدواج البته به دلایل و جهات متفاوتی از ممنوعیت ازدواج بین اعضاء یک خانواده، سوق می‌دهد. مع‌ذلک، ابهامات و استثنائات فراوانی در این خصوص وجود دارد که از اقتدار و اعتبار اصل ممنوعیت ازدواج با محارم می‌کاهد. بدون این که بخواهیم اصل ممنوعیت را در کلیت آن زیر سؤال ببریم، مواردی از مهم‌ترین و چشم‌گیرترین ابهامات قانونی موجود را ذکر می‌کنیم. حسب ماده ۱۶۱ قانون مدنی، وصلت بین اقارب سببی در یک خط ممنوع است. طبق ماده ۱۶۴ همان قانون، مانع زناشویی بین اقارب سببی، با فوت شخصی که به واسطه او قرابت سببی مذکور ایجاد

loi et l'Etat, de la révolution du code civil, CRIV – CNRS, 1989, p. 104 et s.

18. Claude Lévi – Strauss, La Structure élémentaire de la parenté, plon, 1982, préc. note 8.

شده است، از بین رفته و می‌توانند وصلت نمایند؛ در عوض اگر قرابت سببی یاد شده به واسطه طلاق زایل شود، ممنوعیت زناشویی بین اقارب سببی سابق کماکان به قوت خود باقی خواهد بود. «قانونگذار در حدود مقدرات خود با امکان ارتکاب چنین زنای شرم‌آوری به مبارزه برخاسته و اجازه نمی‌دهد که با ایقاع طلاق بتوان با محرم سببی سابق خود ازدواج کرد و یا امیدی به این داشته باشد که بتواند به گونه‌ای به غائله قانونی آن خاتمه دهد».^{۱۹} اما قانون رابطه سببی را تعریف نمی‌کند. البته هیچ‌شکی نیست که رابطه خویشاوندی سببی که در برابر رابطه خویشاوندی نسبی قرار دارد، رابطه قرابتی است که از ازدواج ناشی می‌شود.^{۲۰} این قرابت سببی هم در خط مستقیم قابل تصور است - فرض مذکور در ماده ۱۶۱ قانون مدنی - و هم در خط اطراف. در خط مستقیم، قرابت سببی بین هریک از زوجین و والدین دیگری برقرار می‌شود. اما آیا بین هریک از زوجین و فرزندان زوج دیگر که از همسر سابق و ازدواج قبلی او حاصل شده‌اند قرابت سببی وجود ندارد؟ بسیار جای تعجب و شگفتی است که قانون آن را با صراحت مورد تأیید قرار نمی‌دهد. این که حرمت ازدواج بین فرزند حاصل از «اولین بستر زناشویی» و حسب مورد ناپدری یا نامادریش رسماً و صریحاً در قانون مدنی مصوب ۱۸۰۴ ذکر نشده است خیلی موجب تعجب نیست، چرا که در آن هنگام مسأله خانواده‌های موسوم به بازسازی شده - یا خانواده‌های دست دوم - یک پدیده کاملاً فرعی و حاشیه‌ای بوده است. اما در عصر حاضر علی‌رغم این که تحول و دگرگونی ساختار خانوادگی به پیچیدگی

19. Ph. Jestaz, article préc. p.396.

20. A. Bénabent, La famille, 9e éd. Litec, no 9; Malauric, préc. no 33; G. Cornu, préc. no 10.

نظام خانوادگی منجر شده است،^{۲۱} کماکان در مسأله ممنوعیت با ابهام و سکوت قوانین روبرو هستیم. بازسازی خانواده‌های موسوم به طلاق یا دست دوم امروزه بیش از پیش شده‌اند. معذک، طرح‌های مطرح و در دست اقدام کنونی، التفات چندانی به این موضوع ندارند، کما این که کمیسیون Dekeuwer – Defossez با وجود این که مسأله «خانواده‌های ثانوی» را مد نظر قرار داد، نهایتاً به این نتیجه رسید که در شرایط و وضعیت فعلی، تدوین و پیش‌بینی قواعد و مقررات ویژه ناپدری یا نامادری‌ها محل مناسبی ندارد. آیا اتخاذ چنین موضعی، به طور تلویحی متضمن این است که ممنوعیت زناشویی بین چنین اقربائی از بدیهیات است؟^{۲۲}

۹- اخیراً F. Héritier به اهمیت ممنوعیت رابطه جنسی بین محارم از نوع دوم اشاره کرده است.^{۲۳} تقریباً در کلیه جوامع انسانی، ممنوع است که یک مادر و دختر و یا، دو خواهر بتوانند با یک مرد رابطه زناشویی داشته باشند. فلسفه این که ازدواج عروس با مردی که سابقاً پدر شوهر او بوده است حرام و ممنوع اعلام می‌شود این است که در چنان فرضی پدر و پسر در یک جسم و کالبد واحد شریک خواهند شد. کما این که دو خواهر نیز

21. V. le no special, Petites affiches, L'enfant, sa première et ses secondes familles, oct. 1997. notamment le rapport de synthèse J. Hauser. p.39 et s.; H. Fulchiron, Autorité parentale et familles recomposées, in Mélanges Huet – weiller, PUF, 1994, p. 141 et s.

22. Rapport de la commission Renover le droit de la famille, Proposition pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps. Doc. Fr. 1999; la question la plus discutée à l'heure actuelle est celle d'une éventuelle obligation alimentaire de l'ex – beau parent après la rupture de la famille recomposée.

23. F. Héritier, Les deux soeurs et leur mère éd. O. Jacob, 1994. Si une mère et une fille ont le même amant, chacune d'elle entre en contact avec l'intimité de la chair, des substances de l'autre, ce qui, pour F. Héritier constitue une fusion incestueuse de second type.

نباید بتوانند یکی پس از دیگری با یک مرد واحد ازدواج کنند، زیرا در این صورت یک رابطه دوگانه با ماهیت واحد و یکسان بوجود می آید. مورد مربوط به دو خواهر و مادرشان ممنوعیتی است که از زمان «هیتیه‌های» باستان وجود دارد. ممنوعیت مزبور از قدیم الایام در قانون مدنی وجود داشت. اما ظاهراً چنین ممنوعیتی، حساسیت خود را از نظر قانونگذار از دست داده است. زیرا درخصوص مورد اول یعنی فرض مربوط به دو خواهر، هرگاه شخصی که به واسطه او رابطه قرابت سبب ایجاد شده بود فوت نماید، خواهر دیگر می‌تواند استثنائاً با شوهر سابق خواهر خود ازدواج نماید.^{۲۴} با ابقاء و استمرار ممنوعیت ازدواج - حالت دو خواهر - در فرضی که رابطه زوجیت بین خواهر و شوهر سابق او به طلاق منتهی شده باشد، قانونگذار می‌خواهد چنین القاء نماید که تنها چیزی که از نظر او اهمیت دارد این است که سلامت و آرامش خانواده‌ها حفظ و از گسیختگی و در هم پاشیدن آنها جلوگیری شود. در حالی که می‌دانیم ننگ و نکبتی که این نوع ازدواج‌ها (ازدواج‌های دوم) را احاطه کرده است مبانی بسیار پیچیده‌تری از این توجیهات دارد.

به همین دلیل است که احتمالاً از ناپدید شدن کامل ممنوعیت‌های ناظر بر ازدواج بین خویشاوندان در خط اطراف، دچار حیرت و تعجب می‌شویم. از تاریخ تصویب قانون مورخ ۱۱ ژوئیه ۱۹۷۵ به بعد، حسب مورد ازدواج با خواهر یا برادر همسر یا شوهر سابق مجاز اعلام شده است.

24. La loi du 16 avril 1832 a d'abord ouvert des possibilités de dispense; ce n'est que récemment, lors de la réforme du divorce par la loi du 11 juillet 1975 que le mariage a été autorisé sans aucune limitation.

بدین ترتیب، دو خواهر خواهند توانست به طور متوالی با یک مرد واحد وصلت نمایند، کما این که دو برادر نیز خواهند توانست با یک زن واحد (زنی که سابقاً همسر برادرش بوده است) وصلت نمایند. عقب نشینی حقوق در برابر این شکل از ازدواج با محارم، نه تنها اقدامی است در جهت نقض یک تابوی تقریباً جهان شمول که از زمان نیاکان و اجداد تا کنون وجود داشته است، بلکه موجبات ابهام و پیچیدگی مسأله را چند برابر می کند. مراد از دو واژه "Beau - frère" و "Belle - soeur" که در متن قانون اخیر^{۲۵} ذکر آمده، به ترتیب عبارت است از برادر شوهر و زن برادر. معذک، این واژه ها می تواند شامل شوهر خواهر شوهر و یا خود خواهر شوهر یک زن نیز بشود.^{۲۵} همین امر موجب می شود که نهایتاً در مورد این که چه چیزی مجاز است و چه چیزی مجاز نیست دیگر چیز زیادی ندانیم و یا لااقل ندانیم که چه چیزی قبلاً حرام بوده که دیگر امروزه حلال است.

۱۰- پرسش های بسیاری بدون پاسخ می مانند. مثلاً، آیا زنی که حق ازدواج با همسر مادرش را ندارد، می تواند با شوهر عمه یا شوهر خاله خود ازدواج کند؟ آیا یک زن جوان می تواند پس از فوت شوهرش با داماد مسن تر شوهر متوفای خود (دختر حاصل از ازدواج قبلی متوفی) که همسر او نیز فوت نموده است، ازدواج نماید؟ یعنی شوهر و نا دختر بمیرند و نامادری و داماد بخواهند با هم وصلت نمایند؟! ... با کمی تخیل می توان

25. "Autrement dit, si le mari a une soeur elle - même mariée, ce mari de la soeur est le beaufrère d'Ego féminine et cette soeur sa belle - soeur. Or après veuvage ou divorce, Ego féminine peut -elle épouser le beau - frère? La dispense étend - elle les notions de beau - frère et de bellesoeur aux allies de consanguins d'alliés?" F. Héritier. Les deux soeurs et leur mère, préc. p. 121. qui donne d'autres exemples d'ambiguïtés.

فروض شبهه انگیز را چندین برابر نمود، که البته همه این فروض، با توجه به تفاوت‌های سنی، تقدم و تأخر سن تولید مثل در زنان و مردان و نیز تفاوت سنی ممکن و متداول بین زوجین، عملاً تحقق نمی‌یابند و مثلاً موضوع بررسی علم حقوق قرار نمی‌گیرند. هنگام اعمال ماده جدید ۵۱۲-۲ قانون مدنی راجع به ممنوعیت انعقاد «قرارداد مدنی زندگی مشترک» بین خویشاوندان در خط مستقیم، مجدداً با مشکلاتی از این قبیل روبرو خواهیم شد.

آیا نباید بر فقدان صراحت قانون تأسف خورد؟ شاید بتوان با عطف توجه به رسالت قانون خود را راضی و قانع کرد؛ رسالت و نقشی که به موجب آن قانون باید کلی و انتزاعی بوده و از ورود به جزئیات مربوط به اجرا و اعمال قانون پرهیزد. لکن، مضاف بر این که، هرگونه ممنوعیت در این حوزه خطیر که محدود کننده یکی از آزادی‌های اساسی و بنیادین انسان است، باید به صراحت بیان شود و در معرض تشخیص و ارزیابی قضات قرار گیرد، بلکه همان‌گونه که بعداً ملاحظه خواهیم نمود، ارزش و اعتبار نمادین قانون در ما نحن فیه، به خودی خود ضرورت دقت نظر و صراحت لهجه قانونگذار را توجیه می‌کند.

هنگامی که قانونگذار قواعد و احکامی کلی را وضع و اعلام می‌کند آن هم بدون این که خیلی دغدغه تعیین حدود امر ممنوع را داشته باشد، شاید بتوان برای حل و فصل مشکلات مربوط، به مفهوم «اخلاق حسنه» یا «نظم عمومی» توسل جست.^{۲۶} اگرچه در حقوق تعهدات، به اندازه کافی،

26. J. Hauser, Rép. Civ. Dalloz, vo Bonnes mœurs; "cette notion constitue un recours aux règles non écrites de la morale sociale pour suppléer à l'insuffisance des règles juridiques et permettre

مفاهیم لازم برای حل و فصل این گونه مسائل در اختیار داریم ولی از لحاظ ماهوی این ابهام و عدم صراحت موجود در قوانین، بسیار معنی دار بوده و خود در مقام بیان این مهم است که قانونگذار بدین وسیله تردید و عدم آگاهی خود در مورد مبنا و ریشه ممنوعیت ازدواج بین محارم را پنهان می کند.

پرواضح است که اراده قانونگذار دایره بر اجتناب از خطرات و مضرات مربوط به هم خون بودن، تا آنجا که به ماده ۱۶۱ قانون مدنی و مسائل جنسی بین خویشاوندان نسبی در خط مستقیم مربوط می شود، پایه اصلی و مهم مقررات فعلی را تشکیل می دهد. اما از آنجا که بعد، قوه بینایی و درک قانونگذار از جهات و دلایل این تحریم ها به تدریج رو به زوال نهاده است. در این خصوص، مورد فرزندخواندگی عادی را به عنوان آخرین نمونه ذکر می کنیم: طبق ماده ۳۶۶ قانون مدنی، ازدواج بین پدرخوانده و همسر، حسب مورد، پدرخوانده و اولاد او ممنوع است. ازدواج بین فرزندخوانده و همسر، حسب مورد، پدرخوانده یا مادرخوانده ممنوع است. لکن در این فرض اخیر یک امکان استثنایی وجود دارد. مضاف بر این، دو فرض دیگر وجود دارد که در آنها ممنوعیت فوق‌الاشاره اثری ندارد: ازدواج بین فرزندخواندگان یک شخص منعی ندارد. ازدواج فرزندخوانده با دیگر فرزندان حقیقی و خونی پدرخوانده یا مادرخوانده نیز مانعی ندارد. یعنی یک فرزندخوانده می تواند قانوناً هم با برادر یا خواهر خود که آنها نیز توسط پدرخوانده یا مادرخوانده او به فرزندی قبول شده اند

aux tribunaux jugeant en équité de refuser effet aux engagements relatifs à des actes vraiment répréhensibles".

ازدواج کند و هم با برادر یا خواهر ناتنی خود یعنی با فرزندان حقیقی و خونی پدرخوانده یا مادرخوانده خود ازدواج کند. همچنین، می‌تواند پس از فوت پدرخوانده با همسر او ازدواج کند.

پذیرش وجود استثناء و امکان معافیت از ممنوعیت مقرر، کلیه داده‌ها را دگرگون می‌کند. چرا این گونه روابط که به طور جدی سلامت و آرامش خانواده‌ها را مختل می‌کنند، به عنوان تابو در نظر گرفته نمی‌شوند؟ ممنوعیت رابطه جنسی بین محارم صرفاً مبتنی بر مسائل و داده‌های بیولوژیکی نیست. این وظیفه حقوقدانان است که در پرتو همکاری سایر متخصصین و اهل فن، مبانی آن را استخراج و تبیین نمایند. کاملاً معلوم است که قبول استثناء و امکان معافیت از اصل ممنوعیت رابطه جنسی بین خویشاوندان نزدیک، یک راه حل ناجور و نامناسبی است. قانونگذار می‌خواهد کلیه این ازدواج‌ها را منع کند ولی آنگاه که مسأله سرنوشت یک طفل مطرح است، جرأت نمی‌کند پا را فراتر بگذارد (همه می‌دانند که هدف و جهت مهمی که در این متون قانونی، مد نظر قانونگذار قرار گرفته، در واقع این امر مهم است که زن محرمی حامله شده یا زایمان کرده است). ۱۱- به طور کلی، امکان معافیت در مسائل مربوط به ممنوعیت ازدواج،

امر تعجب‌آوری است، چرا که این ایده را القاء می‌کند که استفاده از راه‌های علاج موقتی و ناکارآمد امری است شدنی. ازدواجی که علی‌الاصول ممنوع است، با دادن «چراغ سبز» توسط رئیس دولت مجاز خواهد شد. چگونه است که فردی به تنهایی، ولو این که در رأس دولت باشد، می‌تواند لکه ننگی را که جامعه بر چنین وصلتی می‌نهد بزدايد؟ Ph. Jestaz راجع به ازدواج‌های بین عمه و برادرزاده، خاله و خواهرزاده، دایی و خواهرزاده،

عمو و برادرزاده دقت و تأمل جالبی به عمل آورده است. اینجاست که متوجه می‌شود که هرگز به ازدواج‌هایی از این قبیل برخورد نکرده و حتی با برنامه و نیت انجام چنین ازدواج‌هایی روبرو نشده است. انجام این ازدواج‌ها از نظر قانونی منعی ندارد مع‌ذلک در فرانسه بسیار نادر بوده و حتی در جامعه به‌عنوان یک کار ناپسند تلقی می‌شوند. در همین باره می‌نویسد «شاید از نظر جامعه‌شناسان امری ساختگی تلقی شود ولی به هر حال به نظر می‌رسد که در این موارد نوعی حرمت و تحریم عرفی وجود دارد که حتی می‌توانند با لغو احتمالی ممنوعیت قانونی آنها، کماکان به حیات خود ادامه دهند».^{۲۷}

این که دایره ممنوعیت ازدواج بین اقربا، از نظر جامعه گسترده‌تر از ممنوعیت‌های مقرر در متون باشد، به خودی خود خیلی تعجب‌برانگیز نیست. اساساً، ممنوعیت ازدواج با محارم، قاعده اخلاقی‌الاصل و تقریباً جهان‌شمولی است که منتظر این نبوده است تا علم حقوق با تصویب قانون آن را بوجود آورد. این قاعده دارای ابعاد بسیار پیچیده‌ای است. یک قلم زدن ساده برای پاک کردن و زدودن چیزی که طی نسل‌ها ممنوع و حرام بوده است، کفایت نمی‌کند ... ، تشبیه کردن این قاعده به عرف و عادت، - در معنای فنی آن - کار آسانی نیست (در چنین فرضی، با یک عرف خلاف قانون - *Contra legem* - و مسأله لغو یک قانون امری روبرو خواهیم بود ...). در عوض، بدیهی است که قانونی که پاره‌ای رفتارها را تجویز می‌کند - مثلاً ازدواج‌هایی را که قدیم، مطلقاً ممنوع بوده‌اند از این پس بتوان انجام داد - ابداً نمی‌تواند عنایت خاصی جهت مساعدت در انجام

27. Ph. Jestaz, article préc. p. 396.

چنین ازدواج‌هایی داشته باشد و اینجاست که وزن و اقتدار عرف می‌تواند و خواهد توانست مادام که اخلاقیات دچار تحول نشده‌اند، قرن‌ها به قوت خود باقی بماند. وضعیت فعلی در هر حال، از منظر نقش سمبولیک و نمادین حقوق رضایت‌بخش نیست. به نیت تقویت و حمایت از آزادی زناشویی، دروازه را باز می‌گذارد، دروازه‌ای که هیچ‌کس از ترس این که مبدا تمام خانه به کلی ویران شود، جرأت نمی‌کند به دستگیره آن دست بزند ... مبانی وراثتی و فیزیولوژیک ممنوعیت ازدواج بین خویشاوندان نزدیک، به طور کامل توسط حقوق لحاظ گردیده است و البته نقش نمادین و سمبولیک قانونی نیز به همین جا خاتمه می‌یابد، چراکه برای علم حقوق مبنای دیگری برای توصیه ممنوعیت ازدواج بین محارم تعریف نشده است. با وجود این، مردم شناسان از مدت‌ها پیش، دلایل ممنوعیت ازدواج با خویشاوندان رضاعی و والدین معنوی را مورد بررسی قرار داده‌اند. «عمدتاً به خاطر دلایل اخلاقی و روانشناسانه است که حفظ اصل ممنوعیت ازدواج بین محارم، مهم می‌نماید. اگرچه دلایلی از نوع فیزیولوژیک، یا وراثتی نیز با مهر اعتبار علمی توانسته‌اند مطرح و مد نظر قرار گیرند».^{۲۸}

۱۲- با تعمق در مسأله، به خوبی در می‌یابیم که وجود حالات مشابه و نزدیک به هم، معافیت‌ها و خلاصه کلیه وضعیت‌هایی که در آنها قانونگذار به وضوح مرز بین مشروع و نامشروع را ترسیم نکرده است امری اتفاقی و تصادفی نیست. در این موارد، عدم تصریح به حرمت و ممنوعیت روابط زناشویی توسط قانونگذار موجب می‌شود که جنبه اخلاقی بودن این

28. M.-P. Maurin, L'accès au mariage dans les législations européennes, th. Aix 1997, dactyl. 255.

ممنوعیت‌ها خیلی مطرح نگردد، زیرا اگر تصریح کند که چنان روابطی نامشروع و ممنوع هستند، در واقع، به منزله اعتراف به نقش بنیادی اخلاق در ممنوع دانستن چنین روابطی است، در نتیجه موضوع را به اجمال برگزار می‌کند تا به طور غیرمستقیم، از علنی شدن نقش پایه‌ای و کلیدی اخلاق در این مسائل جلوگیری شود. ممنوعیت ازدواج بین خویشاوندان نزدیک از نظر یک حقوقدان توجیه و مبنای عقلایی چندانی ندارد، ولی با این وجود قاطعیت موجود در قوانین و مقررات مربوطه، اراده جدی قانونگذار را در الزام به رعایت اصل ممنوعیت ارتکاب این گونه روابط جنسی شرم‌آور، به خوبی نشان می‌دهد.

بنابراین، امری تصادفی نیست اگر می‌بینیم که قانونگذار در مقررات مربوط به قرارداد مدنی زندگی مشترک، هیچ گونه امکان معافیت و استثنایی در نظر نگرفته است.

همانطور که قبلاً مطرح کردیم، طبق ماده ۵۱۲-۲ قانون مدنی، انعقاد قرارداد مدنی زندگی مشترک بین اقربای نسبی در خط عمودی صعودی و نزولی، بین خویشاوندان سببی در خط مستقیم و بین خویشاوندان نسبی در خط اطراف تا درجه سوم، باطل و کان لم یکن تلقی خواهد شد. ماده قانونی یاد شده، امکان معافیت و استثناء را مطرح نمی‌کند. واضح‌تر بگوییم، آنجا که سرنوشت و آتیه یک کودک مطرح است، وصلت بین دایی و خواهرزاده، عمو و برادرزاده، خاله و خواهرزاده و عمه و برادرزاده از مقوله ممکنات و شدنی‌ها است. اما عقد قرارداد زندگی مشترک بین عمو و پسر برادر، دایی و پسر خواهر، عمه و دختر برادر و خاله و دختر خواهر، به لحاظ این که مسأله سرنوشت و عاقبت یک کودک اساساً مطرح نمی‌شود و

موضوعاً چنین امری منتفی است، لذا مسائل و مشکلات مطروحه در این مدار اخیرالذکر با آنچه که فوقاً گذشت متفاوت است. سعه صدر و مدارای اجتماعی نسبت به زوج‌های هم‌جنس، نمی‌بایست آنقدر از آن سوء استفاده شود که به مشروعیت دادن به چنین زوج‌های همجنس‌گرایی منتهی شود. همانطور که Th. Revet آن را به طور کامل تحلیل کرده، قرارداد مدنی زندگی مشترک در واقع یک ازدواج است. به عبارت دیگر، همان عمل جماع و آمیزش (copula carnis) است که به خودی خود مقتضی اعمال مجدد موانع نکاح در آن است.^{۲۹} کما این که از لحاظ خط تئوریک نیز امکان طرح مجدد استفاده از معافیت‌ها و استثنایها را با خود به همراه می‌آورد! ولی مسأله دقیقاً همین است که به هیچ وجه امکان ندارد به دو هم‌جنس‌باز خویشاوند که قرابت نسبی آنها در حیطه محارم قرار می‌گیرد، اجازه داد که به رئیس جمهور مراجعه و از او درخواست تجنیز عقد قرارداد مدنی زندگی مشترک بنمایند. پذیرفتن چنین امکانی نه تنها از عقل سلیم بدور است، بلکه موجب استهزاء قانونگذار خواهد بود. خصوصاً که چنین اقدامی نقض صریح اصل ممنوعیت وصلت بین محارم خواهد بود.

چرا هیچ یک از مفسرین به این مسائل اشاره نکرده‌اند؟ برای این که آنها نیز همان سیاست اتخاذ شده توسط حقوقدانان را به کار برده‌اند. هرگاه مسأله یک منع بنیادی و ریشه‌ای مطرح می‌شود، سیاست سکوت یا بی‌تفاوتی را در پیش می‌گیرند. چنانکه در فرازهای آتی خواهد آمد، به مجرد این که مسأله رابطه جنسی بین محارم مطرح می‌شود، قانون روز، همان سکوت و خاموشی است و لب به بیان حقایق تلخ نمی‌گشاید.

29. Th. Revet, RTD civ. 2000, 176.

ب - نسب ناشی از رابطه جنسی بین محارم: امری محرمانه

۱۳- هرگونه رابطه جنسی بین محارم از طرف جامعه محکوم و مردود تلقی می‌شود. در عین حال، توجه اذهان و افکار عمومی را به خود جلب می‌کند. از آنجا که منافعی عفت عمومی است، رسوایی به بار می‌آورد و چون آزار دهنده نیز هست، باعث برانگیختگی کلام می‌شود. حقوق‌دانان در این معرکه سکوت اختیار می‌کنند. از روی احتیاط کاری باشد یا طفره‌روی؟ چه به قانون مدنی روی آوریم و چه به قانون جزا، در هر حال اراده‌ای قاطع هرچند ناگفته وجود دارد که راز عمل جنسی ارتكابی بین محارم باید در پستوی خانه نهان و پنهان بماند.

سرنوشت طفل حاصل از رابطه جنسی بین محارم، بخوبی نشان می‌دهد که تا چه حد امر قانون دایر بر سکوت است. حتی در غیرقابل تحمل‌ترین موارد، ممکن است حق ازدواج به والدین طفل یسار شده اعطا شود. رئیس دولت می‌تواند با استفاده از اقتدار ملوکانه خود، اجازه عقد نکاح بین محارم را صادر نماید.^{۳۰} بدین ترتیب، طفل متولد از همخوابگی بین دو محرم، مشروعیت قانونی یافته و کلیه امور، به صورتی که گویی ابداً رابطه جنسی بین محارم واقع نشده به خوبی و خوشی به پایان می‌رسد. اگر والدین نتوانسته یا نخواسته بودند باهم ازدواج کنند، به هر حال، طفل متولد از همخوابگی آنان، نسبتش به هر دوی پدر و مادر ثابت و به رسمیت شناخته می‌شود. طفل یاد شده، فرزند طبیعی خواهد بود در کنار هزاران

30. Nous n'avons pas obtenu de renseignements officiels sur le nombre de dispenses accordées annuellement; les services officiels mettant en avant une contrainte liée à la confidentialité des affaires.

کودک طبیعی دیگر.^{۳۱}

قانونگذار از زاویه دیگری نیز به فریاد طفل حاصل از رابطه جنسی بین محارم خواهد رسید و گشایشی در امور او ایجاد می‌کند. در موردی که ازدواجی بین خویشاوندان نزدیک، به جهتی از جهات باطل اعلام می‌شود، آن هم در حالی که طفلی از چنین وصلتی حاصل شده باشد، حکم مقرر در ماده ۲۰۲ قانونی مدنی اجازه می‌دهد که طفل نامشروع متولد از چنان رابطه‌ای به عنوان طفل قانونی و مشروع شناخته شود. همان‌طور که قبلاً اشاره کردیم، «این مشروعیت در واقع به نوعی این اثر را دارد که زناشویی بین دو محرم را به تاریکی بر می‌گرداند؛ طبق ماده ۲۰۲ قانون مدنی، حقیقت ما وقع تحت لوای ازدواج باطل، به طور کامل مستتر و پنهان می‌شود».^{۳۲} در واقع، جای تعجب است که ماده ۲۰۲ قانون مدنی که ناظر بر ازدواج‌های باطل است، بتواند بدون هیچ حکم خاص دیگری بر زناشویی بین محارم نیز اعمال شود. حتی در مبحث مربوط به ازدواج‌هایی که بنا به دلایل قانونی باطل اعلام می‌شوند، هیچ استثناء و حکم خاصی در مورد هم‌خوابگی بین محارم آن هم در ننگین‌ترین شکل آن، مطرح نشده است و طفل حاصل از هم‌خوابگی بین دو محرم که در نهایت سوء نیت و ناپساک‌ی مرتکب چنین عمل ننگینی شده‌اند، کماکان مشروع و قانونی تلقی خواهد شد.

31. C. Colombet, J.Foyer, D. Huet – Weiller, C. lasbrusse – Riou, la filiation légitime et naturelle. Etude de la loi du 3 Janvier 1972 et de son interprétation, Dalloz, 1977, p.12 et s. ; A. Breton, article V.A Breton article préc. P. 320.

32. D. Mayer, article préc. p. 213, V. également A.Breton, article préc. p. 313. sur la situation antérieure à la réforme de 1972, V. notamment planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français 2e éd. t. 2 par Rouast, 1952, no 355.

۱۴- اندر باب حساس‌ترین موارد و یا به تعبیر استاد Carbonnier، خانه سیاه مواد ۱۶۱ و ۱۶۲ قانون مدنی، قانونگذار بدون استثناء و بدون هرگونه اغماض، می‌خواهد از برملا شدن طبیعی و ماهیت نامشروع نسب طفل حاصل از همخوابگی بین دو محرم جلوگیری کند. طبق متون قانونی مربوطه، اثبات رسمی نامشروع بودن نسب طفل، در مواردی که طفل مزبور حاصل از همخوابگی بین خواهر و برادر و یا بین والدین و فرزندان آنها باشد، همواره ممنوع بوده است و کلام قانونگذار در این خصوص عاری از ابهام بود. در ماده ۳۳۵ سابق قانون مدنی مقرر شده بود که به رسمیت شناختن قانونی نسب «طفل متولد از مبادله جنسی بین محارم» ممنوع است. در اصلاحاتی که به موجب قانون مصوب ۳ ژانویه ۱۹۷۲ به عمل آمد، قانونگذار عبارات محبوب‌تری را برای بیان مقصود خود بکار برد، چرا که امروزه عباراتی چون مبادله و معامله جنسی بین محارم و اموری از این قبیل مبتذل و مستهجن تلقی می‌شوند. در ماده ۱۰-۳۳۴ قانون مدنی، طی یک جمله بلند بالا، مقرر شده است که از این پس «در صورت وجود یکی از موانع نکاح بین پدر و مادر یک فرزند طبیعی، دایر بر وجود قرابت نسبی بین آنها، به شرح مقرر در مواد ۱۶۱ و ۱۶۲ فوق‌الاشاره، در صورتی که نسبت طفل به یکی از والدین ثابت شده باشد، اثبات نسبت طفل به والد دیگر ممنوع است».^{۳۳} نیت خیر بیش از حد قانونگذار از یک طرف و تعارف و رودربایستی او در بیان برخی واقعیت‌ها موجب شده است که

33. Breton, article préc. p. 319, V. également Massip, Morin et Aubert, la réforme de la filiation, no 51. qui font état non seulement des raisons sociales, mais aussi des conséquences absurdes que l'établissement des deux filiations entraînerait au plan successoral.

برخی وضعیت‌ها و حالات خاص، مشمول حکم قانون نشوند. از همین روست که حرمت ازدواج به واسطه وجود قرابت ناشی از فرزندخواندگی، داخل در محدوده اجرایی ماده ۱۰-۳۳۴ قانون مدنی نمی‌شود. بنابراین، قانوناً منعی بر اثبات نسبت طفل حاصل از همخوابگی بین پدرخوانده و یا مادرخوانده و فرزندخوانده آنها وجود ندارد. این یکی از آثار نامطلوب و غیرمنتظره اصلاحاتی است که در سال ۱۹۷۲ انجام شده است.

۱۵- از ماده ۱۰-۳۳۴ قانون مدنی چنین استنباط می‌شود که قانوناً نسب طفل حاصل از عمل زناشویی بین محارم فقط نسبت به یکی از والدینش قابل اثبات است.^{۳۴} بنابراین، هنگامی که اولین رابطه نسبی بین طفل و یکی از والدینش اثبات شد، صرف همین امر برای همیشه، اثبات نسب طفل به والد دیگر را منتفی می‌سازد.

هدف قانونگذار کاملاً روشن و واضح است. برای این که معلوم نشود که طفل مزبور ثمره رابطه جنسی بین دو محرم است، سرنوشت او چنین رقم می‌خورد که به طور رسمی و قانونی فقط یک والد قانونی و مشروع داشته باشد (حسب مورد یا پدر و یا مادر). درخصوص پدر یا مادری که نسب طفل قانوناً به اثبات نرسیده است، طفل یاد شده اگرچه از لحاظ بیولوژیکی فرزند اوست، مع‌ذلک از لحاظ قانونی، حسب مورد برادر، خواهر، برادرزاده، خواهرزاده یا نوّه او محسوب خواهد شد.

با این وجود، حق اقامه دعوی مطالبه نفقه، حسب مورد، علیه پدر یا

34. L'enfant incestueux est le seul actuellement dont la filiation ne peut être établie officiellement depuis que la loi du 3 janvier 1972 a supprimé l'interdiction d'établir la filiation adultérine.

مادری که نسب طفل به او قانوناً به اثبات نرسیده است، برای طفل مزبور محفوظ است (بند ۳ از ماده ۳۴۲ قانون مدنی). از لحاظ نظری، ایرادی به سیستم فوق وارد نیست، چرا که صدور حکم به پرداخت نفقه، مستلزم اثبات وجود رابطه نسبی مشروع بین محکوم علیه و محکوم له نیست، بلکه صرف وجود رابطه خویشاوندی کفایت می کند، ولی باید اذعان کرد که این توجیه نیز خالی از اشکال نیست، زیرا در هر حال، رابطه جنسی واقع شده بین دو محرم، لااقل در جریان رسیدگی به دعوی، برملا خواهد شد.^{۳۵} در این مورد خاص، ضرورت تأمین نیازهای ضروری و اولیه طفل یاد شده برای ادامه زندگی، بر ضرورت حفظ محرمانه چنان رابطه ای غلبه می کند. البته، ناگفته نماند که به رسمیت شناختن حق نفقه برای طفل مذکور به کیفیتی که ذکر شد، امتیاز اجتناب ناپذیری بود که قانون واگذار کرده، تا بدین وسیله بتواند کماکان از اثبات نسب طفل به والد دیگر ممانعت به عمل آورد. «ظاهراً فلسفه ممنوعیت اثبات نسب در این موارد، حمایت از اخلاق عمومی و طفل حاصل از چنین رابطه ای است، اما هم زمان با این ممنوعیت، حق اقامه دعوی نفقه، به طفل مذکور داده می شود، دعوایی که در جریان رسیدگی به آن الزاماً وقوع عمل نامشروع زناشویی بین دو محرم، برملا می شود. با هر تعبیری بخواهیم آن را بیان کنیم، عملاً اعطاء چنین حقی به طفل، با هدف مخفی نگه داشتن نسب حقیقی و مآلاً پنهان کردن هم خوابگی نامشروع بین دو محرم، آن هم با مبنا قرار دادن

35. On peut se demander dans quelle mesure le juge, ne Pourrait pas, en tant que de raison, user de la faculté ouverte par l'article 342 - 3 de faire recouvrer d'indemnité par un tiers afin que nul ne découvre qui en est le débiteur.

همان رابطه نامشروع برای صدور حکم به محکومیت فردی به پرداخت نفقه، می‌تواند مصداق یک عوام فریبی تمام عیار باشد.^{۳۶}

اضافه می‌نماید که مسأله بر ملا شدن این راز پنهان فقط در یک فرض مطرح می‌شود، آن هم، موردی است که مادر، طفل مذکور را بدواً و قبل از پدر طفل، به عنوان فرزند مشروع و قانونی خود به رسمیت بشناسد. در غیر این صورت، یعنی اگر مرد (پدر) قبل از مادر، طفل مزبور را به عنوان فرزند خود قبول و به رسمیت بشناسد، دفتر سرنوشت طفل یاد شده برای همیشه رقم خورده و بسته خواهد شد. زیرا در چنین فرضی، امکان مطالبه نفقه از زن (مادر طفل) موضوعاً منتفی است. از این روست که راز نهان همچنان پنهان خواهد ماند.

تنها موردی که در آن، اثبات نسب، قانوناً ممنوع شده، همین موردی است که با طفل متولد از هم خوابگی بین محارم مربوط می‌شود و شرح آن گذشت. غالباً این تبعیض، به عنوان یک تبعیض مشروع در نظر گرفته می‌شود. به طور کلی، هرگاه انگیزه و هدف اعمال تبعیض یک امر مشروع باشد، تبعیض مزبور معتبر و صحیح تلقی می‌شود.^{۳۷} معمولاً به هنگام بیان تبعیضات قانونی و مجاز، خیلی دقت کرده و مواظب هستیم تا مبدا به تبعیض‌هایی که در حق اطفال متولد از هم خوابگی بین محارم اعمال می‌شود، اشاره‌ای نکنیم. یقیناً، محال بودن داشتن پدر یا مادر به صورت رسمی و قانونی برای این گروه از کودکان، نوعی نابرابری است میان آنها

36. Fr. Terré et D. Fenouillet, Droit civil, Les personnes, La famille, les incapacités, 6e éd. no 687.

37. Fr. Terré et D. Fenouillet, préc. no 48 et s.

و سایر کودکان. این رفتار نابرابر تقریباً برای هیچ کس امر عجیب و تکان دهنده‌ای نیست و حتی با سکوت سنگین قانون، این نابرابری دوچندان می‌شود. همگان بخوبی پذیرفته‌اند که گفتن حقیقت در این موارد خاص، کار شایسته‌ای نیست. نسب یک کودک، نباید قانوناً متعرض این امر شود که پدربزرگش، همزمان پدر یا مثلاً دایی یا عموی اوست، و یا این که مادرش همزمان مادربزرگش و یا مثلاً عمه یا خاله اوست. تا آنجا که ما اطلاع داریم، تاکنون فقط A. Breton این وضعیت را مورد انتقاد و بررسی قرار داده است.^{۳۸}

۱۶- چندین سال است، بخشی از دکتربزرگان، برای کودکانی که یا توسط دیگران به فرزندی قبول شده‌اند و یا نطفه آنها به وسیله روش‌های درمانی تلقیح شده، خواستار به رسمیت شناختن حق شناسایی اصل و نسب شده است.^{۳۹} این درخواست دکتربزرگان نیز، به هیچ وجه عنایتی به کودکان

38. A. Briton, L'enfant incestueux, in *Mélanges Anciale*, p. 320. "S'il existe un fait si déplaisant ou même si abominable qu'il soit, on ne le fait pas disparaître en le niant". Rappr. A. Bénabent, La famille, préc. no 477 qui estime que l'interdiction d'établir le double lien de filiation est une "règle archaïque qui est très probablement contraire à la Convention européenne des droits de l'homme", Contra, J. Hauser et D. Huet – Weiller, *Traité de droit civil, La famille*, 2e éd. LGJ, no 694 qui se demandent si la solution d'interdiction d'établir les deux liens de filiation ne pourrait pas se trouver dans l'adoption simple, mais avec le risque de se voir opposer un détournement de l'institution de l'adoption dans le but de faire échec à une loi impérative. Ce serait effectivement le cas. Il n'y a pas de demi-mesure en matière d'inceste: une fois le mal fait il n'est pas réparable, sauf éventuellement sous forme financière (infra no 21).

39. Cette question, autrefois peu soulevée, est aujourd'hui régulièrement évoquée, spécialement depuis que la loi du 8 janvier 1993 a introduit dans le code civil le droit à accouchement sous X. Sur cette question, on consultera entre autres: Claire Neyrinck, *Savoir d'où l'on vient: la réponse du droit*, in *L'enfant a-t-il droit à son histoire*, ERES, 1999; S. Mirabail, *les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation: discordance et anachronisme*, D. 2000,

متولد از هم خوابگی بین محارم ندارد. وصلت قاجاق و نامشروع بین محارم باید محرمانه بماند و هیچ کس علاقه و یا جرأت ندارد که حتی آرزو یا خواسته انجام تغییراتی در وضعیت و سرنوشت طفل حاصل از هم خوابگی بین محارم را مطرح کند. البته واقعیت این است که حتی خود ذی نفع های اصلی قضیه نیز خواهان چنین تغییرات و اصلاحاتی نیستند. برای پیوند زناشویی بین محارم، جار نمی زنند.^{۴۰} همانطوری که F. Dekeuwer Defossez به آن اشاره کرده است، اساساً احتمال این که زوج های محرم که مرتکب چنین امر نامشروعی شده اند، بخواهند بنحوی از انحاء از طرف جامعه به رسمیت شناخته شوند، خیلی ضعیف است.^{۴۱} اما بدیهی است که نباید پابندی و التزام حقوقدانان را به اجباری بودن حفظ اسرار مربوط به تمامی روابط جنسی واقع شده بین محارم از یاد برد. البته این نمی تواند صرفاً به عنوان نشانی از یک دکترین محافظه کار تلقی شود، زیرا در عین حال بیانگر یکی از ارکان و بنیان های اساسی حقوق خانواده نیز هست. طفل متولد از هم خوابگی بین محارم نباید رسماً و تحت همین عنوان به رسمیت شناخته شود. به نظر ما، به جرأت می توان گفت که زیر پا نهادن اصل برابری بین

Chron. 146; Geneviève Delais de Perceval et p. Verdier, *Enfant de personne*, éd. O. Jacob, 1999; B. Trillat, *L'accouchement anonyme: de l'opprobre à la consécration*, in *Mélanges Huet - Weiller*, 1994, p. 513; I. Laurent-Merle, *La connaissance de ses origines depuis la loi du 5 juillet 1996*, D. 1998. Chron. 373; M-F. Nicolas - Maguin, *L'enfant et les sortilèges: réflexion à propos du sort que réserve les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines*, D. 1995. Chron. 75; H. Gaumont - Prat, *Le droit à la vérité est - il un droit à la connaissance de ses origines?* *Rew. dr. Fam.* Oct. 1999.

40. Carbonnier, *Droit de la famille*, préc. p. 44, *infra*.

41. A. Dekeuwer - Defossez, *A propos du pluralisme des couples et des familles*, *Petites affiches*, 28 avr. 1999. 35.

اطفال متولد از هم‌خوابگی بین محارم و سایر کودکان (به شرحی که گذشت) نه تنها از نظر حقوقدانان امر عجیب و تکان دهنده‌ای تلقی نشده است،^{۴۲} بلکه با تمسک به حفظ مصلحت جامعه یا مصلحت خود طفل، محرومیت و ممنوعیت او از حق شناسایی اصل و نسبش را امری ضروری و اجتناب ناپذیر می‌دانند.

۱۷- خصومت با رابطه جنسی بین محارم، به صورت آرام و بی سر و صدا، با امتناع از به رسمیت شناختن نتایج و آثار حقوقی آنچه که اتفاق افتاده است خود را نشان می‌دهد. این نوع برخورد که از ویژگی‌های خاص حقوق مدنی است، در این مورد خاص، به حقوق جزا نیز سرایت کرده است. مطالعات و بررسی‌های انجام شده توسط D. Mayer در سال ۱۹۸۸ راجع به مسأله هم‌خوابگی بین محارم از دیدگاه حقوق جزا،^{۴۳} کماکان معرف حقوق جزای امروز فرانسه می‌باشد، زیرا چه قبل و چه بعد از اصلاحات، فقط برخی صور هم‌خوابگی بین محارم قابل مجازات بوده، آن هم نه به طور غیرمستقیم.

عمل هم‌خوابگی بین محارم، یا در سایر عناوین مجرمانه ادغام شده و یا بعضاً، به طور کامل در خارج از حیطه امور ممنوعه قانونی واقع شده

42. H. Gaumont – Prat, article préc. p.11 relève que si la revendication du droit à connaissance des origines mobilise médias et doctrine dans les domaines de l'accouchement sous X, l'abandon dans le secret, l'adoption plénière et les P.M.A., Paradoxalement aucune demande ni porte sur le statut de l'enfant incestueux qui demeure inchangé et tenu à l'écart de la quête de l'identité biologique. Le rapport de la commission Dekeuwer – Defossez, qui a abordé la question de l'accouchement sous X et du droit à la connaissance des origines (rapport de la commission Renover le droit de la famille, Doc. fr. 1999, p. 65) est resté muet sur la question.

43. Mayer, chron. Préc. D. 1988. 213, V. également M-L Rassat, Inceste et droit pénal, JCP 1974. 12614.

است.^{۴۴} مثلاً در جرم تجاوز به عنف، اگر مجنی علیه از اقربای نسبی (در خط مستقیم صعودی) زنی باشد، وجود این قرابت و محرمیت به عنوان یکی از عوامل مشدده مجازات در نظر گرفته می شود (ماده ۴-۲۴-۲۲۲ قانون جزا). در مورد جرایم مربوط به تعرضهای جنسی غیر از تجاوز به عنف (ماده ۲-۲۸-۲۲۲) در صورتی که مجنی علیه بیش از ۱۵ سال داشته باشد، و ماده ۲-۳۰-۲۲۲ همان قانون در صورتی که مجنی علیه صغیر (کمتر از ۱۵ سال باشد) و جرایم مربوط به آسیب های جنسی نیز (ماده ۲۶-۲۲۷ قانون جزا) وجود رابطه نسبی فوق‌الاشاره بین جانی و مجنی علیه موجب تشدید مجازات مجرم خواهد بود. در برخی موارد، اگرچه از عنوان رابطه جنسی نامشروع با محارم استفاده نشده است، معذک به دلیل نقض همین ممنوعیت اساسی رابطه جنسی بین محارم، جرم‌انگاری عملی انجام شده و مجازات آن ظاهراً به خاطر وجود همین رابطه محرمیت بین جانی و مجنی علیه است. چنانکه می‌دانیم، اصولاً روابط جنسی نامشروع (علی‌رغم نامشروع بودن آنها) فاقد عنوان مجرمانه هستند مگر در مورد زنا به عنف و تجاوز جنسی بدون انجام دخول، لکن مستنداً به ماده ۲۷-۲۲۷ قانون جزا، در صورتی که مجنی علیه، صغیر بالای ۱۵ سال بوده و از اقربای نسبی (در خط مستقیم نزولی) جانی باشد، اخیرالذکر برابر ماده مذکور مجازات خواهد شد، یعنی ارتکاب رابطه جنسی نامشروع، غیر از زنا و تجاوز جنسی بدون دخول، با وجود این که اصولاً جرم تلقی نمی‌شود، استثنائاً در این مورد خاص به خاطر وجود رابطه خویشاوندی بین آنها، قابل مجازات خواهد بود. البته، گستره ماده قانونی اخیرالذکر، به صرف روابط جنسی نامشروع (به شرح فوق) بین محارم (در

44. En ce sens, J. Pradel et M. Danti – Juan Droit pénal spécial, éd. Cujas, Paris 1995, no 681.

خط صعودی یا نزولی) محدود نمی‌شود، زیرا هرگونه عمل خلاف عفت بین خویشاوند نسبی (در خط مستقیم صعودی) و مجنی‌علیه صغیر را نیز قابل مجازات می‌داند. علاوه بر این، صرفاً ناظر بر خویشاوندان نسبی فوق‌الاشاره نیست، بلکه کلیه اشخاصی را که به نحوی ولایت و اقتدار قانونی بر صغار دارند نیز در بر می‌گیرد. علمای حقوق جزا، این جرم انگاری را چنین توجیه می‌کنند که با اعمال مجازات فوق، هم آزادی جنسی صغار کاملاً محفوظ می‌ماند و هم فراموش کردن اساسی‌ترین تکالیف تربیتی و آموزشی تنبیه می‌شود.^{۴۵}

از بررسی متون قانونی مربوط چنین استنباط می‌شود که زنای با محارم (در معنای اعم آن) هیچ‌گاه تحت عنوان خاص و مستقل در حقوق جزا مطرح نشده و همواره در کنار سایر مصادیق سوء استفاده از ولایت و اقتدار قانونی مورد بررسی قرار گرفته است. چندسالی است که قربانیان روابط جنسی نامشروع بین محارم، ضمن خروج از توطئه سکوت، شجاعانه از نکبت‌های خانوادگی صحبت می‌کنند. شکایات و تعقیب کیفری صور مختلف زنای با محارم - البته نه تحت این عناوین - رو به ازدیاد است. مع‌ذلک، معدود مؤلفینی که به این موضوع پرداخته‌اند، معتقدند که جرم انگاری و تنبیه کیفری روابط جنسی بین محارم، بیش از آنچه که در قوانین و مقررات فعلی پیش‌بینی شده است، کار خیلی مطلوبی نیست. ارجح این است که به جای حساس شدن روی خود عمل زنای با محارم، با علل و

45. M-L. Rassat, Droit pénal spécial, 2e éd. Précis Dallwz, 1999 no 490; V. pour des difficultés de qualification lorsque les actes sont commis par une belle - mère sur son beau-fils: Crim.21 oct. 1999, D. 1999.75, note Y. Mayaud.

اسباب ارتکاب آن مقابله شود.^{۴۶} با توجه به این که، از این پس مقررات ناظر بر مرور زمان، مانعی در راه اقامه دیر هنگام دعوی توسط بزه دیده کیبیری که در دوران کودکی قربانی زنای بین محارم بوده، ایجاد نمی کنند، لذا روند صدور محکومیت های کیفری رو به فزونی است. از این رو، به نظر می رسد که زمان آن فرا رسیده است که بیش از پیش به این محکومیت های کیفری بپردازیم. در واقع، پس از مدت های مدیدی که تصور می شد قانونگذار بالاخره در این مورد خاص، به مجنی علیه صغیری که در ایام کودکی قربانی زنای با محارم بوده عنایت ویژه پیدا کرده است، می بینیم که قوانین اصلاحی بعدی، اساساً از طرح موضوع زنای با محارم (در مورد صغار) به طور خاص و تحت همین عنوان عاجزند. قانونگذار، با اصلاح قانون مورخ ۱۰ ژانویه ۱۹۸۹ که به موجب آن، تاریخ شروع مرور زمان برای طرح شکایت مربوطه به زنای با محارم را استثنائاً و به عنوان یک عنایت ویژه، روز رسیدن صغیر به سن قانونی تعیین کرده بود و نه روز وقوع جرم، عملاً از بذل توجه خاص به این قربانیان منصرف شده است. زیرا از تاریخ تصویب قانون مورخ ۱۷ ژوئیه ۱۹۹۸ به بعد، موکول کردن شروع مرور زمان به رسیدن به سن قانونی، مختص زنای با محارم نیست و به کلیه مواردی که یک صغیر، مجنی علیه هرگونه عمل جنسی واقع شده باشد، اعم از این که جانی از محارم او باشد یا نه، تسری داده شده است. بدین ترتیب، حقوق جزا سیاست یکسان نگری در حمایت

46. Mayer, article préc. Contra, J. Pradel et Danti-juan, préc. qui observent que la solution actuelle présente le double inconvénient d'une répression incomplète (rien n'est prévu par les collatéraux et alliés) et surtout inadaptée.

از صغار را در پیش گرفته است.^{۴۷}

ممنوعیت زنای با محارم در حقوق جزا، با ممنوعیت زناشویی بین محارم در حقوق مدنی کاملاً انطباق ندارد. در این خصوص باید به این مهم اشاره نمود که، دایره ممنوعیت‌های حقوق جزا به مراتب موسع‌تر از ممنوعیت‌های مطرح در حقوق مدنی است. زیرا علاوه بر معیار و ملاک خویشاوندی (نسبی در خط مستقیم)، صرف اعمال ولایت و اقتدار قانونی یا عملی بر بزه‌دیده صغیر از حیث کیفری و تشدید مجازات، در حکم قرابت نسبی تلقی می‌شود. بنابراین، شخص «ناپدری» در خانواده‌های به اصطلاح بازسازی شده که حسب مورد بر فرزندان صغیر همسر خود اقتدار قانونی یا عملی دارد، به راحتی قابل تعقیب و مجازات خواهد بود. در حالی که در حقوق مدنی، مسأله به این سادگی نیست. خصوصاً در موردی که «ناپدری» بدون داشتن هرگونه علقه زوجیت قانونی، عملاً با مادر مجنی‌علیه زندگی می‌کند و طبیعتاً نوعی ولایت و اقتدار عملی بر فرزندان شریک زندگی خود اعمال می‌کند. بدیهی است در چنین فرضی، هیچ‌گونه قرابت سببی بین به اصطلاح ناپدری و صغار وجود ندارد. در واقع، حقوق مدنی ابدأ «شبه قرابت» حاصل از روابط جنسی خارج از ازدواج قانونی (نکاح) را به رسمیت نمی‌شناسد، ولو این که این روابط در قالب قرارداد به اصطلاح «زناشویی غیررسمی» بوجود آمده باشد. بنابراین، مردی که قبلاً با زنی قرارداد زناشویی غیررسمی (Concubinage) منعقد کرده و مدتی با او زندگی کرده است می‌تواند پس از جدایی از این زن، آزادانه با دختر او که

47. La loi du 17 juin 1998 a étendu la mesure à tous les auteurs de l'infraction. Sur la nécessité pour le droit pénal de "s'interroger" Carbonnier, La famille, préc. p. 432.

حاصل زناشویی دیگری بوده، ازدواج کند. کما این که می تواند در چارچوب قرارداد مدنی زندگی مشترک با او وصلت نماید.^{۴۸}

مطرح کردن این مسائل، قبل از هرچیز، تأکیدی است بر یکی از تکان دهنده ترین خلأهای قانونی موجود. همان طور که خواهیم دید، متأسفانه این تنها مورد کوتاه نگری قانونگذار نیست.

دوم - بی اعتنایی حقوق

(رابطه جنسی بین محارم و نقش ناکام حقوق در پیش گیری از آن)

۱۸- باتوجه به این که حقوقدانان، الزاماً برای برخورد با تابوی رابطه جنسی بین محارم به عنوان سنگ زیرین و حکم بنیادین زندگی اجتماعی آموزش ندیده اند، لذا بعضاً آنطور که باید و شاید به نقش و کارکرد آن اهمیت نمی دهند. چنانکه بعضاً علی رغم ممنوعیت آن، خواستار اعطاء حق فرزندخواندگی بین خود اعضاء یک خانواده می شوند. قضات همیشه به توالی فاسد برخی درخواست ها واقف نیستند. (الف) از آن مهم تر این که، قانونگذار جرأت کرده برخی وضعیت ها را به حال خود رها کرده یا وضعیت هایی را بوجود می آورد که ممکن است در درازمدت به تحقق روابط جنسی بین محارم منجر شود. (ب) این مسائل ما را به تأمل در مشکلات مربوط به شناخت پیچیدگی های روابط زناشویی بین محارم و نیز عاقبت حقوق اصل ممنوعیت این روابط، فرا می خواند.

48. La loi du 15 novembre 1999 ayant, avant toute chose, voulu offrir un statut aux homosexuels, il est logique que la question n'ait jamais été abordée au stade des travaux préparatoires. En oubliant, sous cet angle, que le PACS pouvait concerner des hétérosexuels, on a perdue une belle occasion de prendre en considération l'Interdit de l'inceste.

الف - عوارض پنهان

۱۹- پدر بزرگی می‌خواهد نوۀ دختری‌اش را به طور مطلق و قطعی به فرزندخواندگی خود قبول کند به نحوی که کلیۀ علائق، قرابت و ارتباط فرزندخوانده با خانواده اصلی و اولیۀ‌اش قانوناً ساقط شود (این نوع فرزندخواندگی در مقابل فرزندخواندگی عادی یا ساده قرار دارد که به موجب آن علقه و ارتباط فرزندخوانده با خانواده اصلی و اولیۀ‌اش به طور کامل قطع نمی‌شود). علی‌ایحال، دادگاه تجدید نظر شهر بردو (فرانسه)^{۴۹} در ۲۱ ژانویه ۱۹۹۸ به موجب یک رأی کاملاً موجه، ضمن اشاره به عواقب نامطلوب فرزندخواندگی مورد درخواست و استناد به اموری چون ایجاد اختلال در علائم و نشانه‌های بیولوژیکی و نسب‌نامه‌ای (شجره‌نامه)، تضعیف نقش و رسالت مادری، استفاده خواهان (پدر بزرگ) از نهاد فرزندخواندگی به عنوان مانعی در راه پدر بیولوژیکی و واقعی طفل جهت اثبات نسب و از بین رفتن رابطه نسبی طفل به مادرش نهایتاً از پذیرش درخواست مطروحه خودداری می‌نماید. چه اتفاقی می‌افتاد اگر دادگاه خواسته فوق را بر حق تشخیص می‌داد و حکم به قبول آن صادر می‌کرد؟ در چنین فرضی، طفل مذکور به عنوان پسرخوانده پدر بزرگش و برادرخوانده ناتنی دختر این پدر بزرگ یعنی مادر سابق خود شناخته می‌شود و بدین ترتیب خانواده اصلی و

49. Bordeaux, 21 janv. 1988, D. 1988. 454, note J. Hauser; favorable à l'adoption, par la grand-mère, d'un enfant dont le père a assassiné la mère: Besançon, 1er févr. 1994, JCP. 1995. IV. 564; RTD civ. 1995.344, obs. J. Hauser; pour l'adoption de l'enfant par sa tante: Paris, 10 nov. 1995, D. 1997. Somm. 278, obs. F. Vauville; par ses grands-parents: Toulouse, 30 nov. 1989, Juris-Data no 048921; adde: J.CI Notariat. Adoption simple, no 35 par CI. Neirinck et réf. Citées; comp. Dans les sens du refus: Paris, 8 Juin 1979, JCP 1980, II 19297, note A-M. Founie; Caen 20 nov. 1997, RTD civ. 1999.828, obs. J. Hauser.

واقعی کودک تغییر شکل می‌یافت. نتیجتاً، در صورت فوت پدر بزرگ، نوه سابق و پسر خوانده فعلی، همزمان با مادر سابق خود (خواهر ناتنی فعلی) به عنوان ورثه متوفی، آن هم از یک طبقه، شناخته شده و از این حیث به عنوان برادر خوانده، عملاً رقیب مادر سابق خود می‌شد. می‌توان چنین تصور کرد که چیزی که بدین ترتیب به کودک فوق تقدیم می‌شود، در واقع نزاع و مشاجره است با مادر خود برای تصاحب یک «مکان» نزد پدری واحد هم برای خودش و هم برای مادرش (با توجه به این که متوفی بیشتر از یک فرزند نداشته است، لذا تصاحب مکان این فرزند موجب نزاع خواهد بود).

روانکاو برجسته Pierre Legendre خاطر نشان می‌کند که در این ماجرا با توجه به این که مادر طفل مزبور از قبل شناخته شده است، با قبول خواسته فرزندخواندگی عملاً پدر بزرگش جایگاه پدرش را اشغال خواهد کرد و نتیجه این می‌شود که قانوناً به طفل یسار شده والدینی خویشاوند، مرکب از مادرش و پدر مادرش عرضه خواهیم کرد. «در آن صورت، با قبول درخواست فرزندخواندگی مطروحه، عملاً اجزا و قطعات لازم برای ساخت یک «ازدواج قانونی بین محارم» مونتاژ می‌شد، به گونه‌ای که حتی فرزندخواندگی عادی و ساده نیز - البته خوشبختانه دادگاه از پذیرش آن نیز خودداری ورزید - که در واقع نسخه ملایم و معمولی فرزندخواندگی مطلق و قطعی است، می‌توانست همان آثار و عواقب نامطلوب را ببار آورد».^{۵۰} اگرچه نحوه بیان مطلب توسط روانکاو فوق‌الاشاره کمی تند و افراطی به نظر می‌رسد، مع‌ذلک در اصل موضوع و ماهیت امر هیچ خدشه‌ای

50. P. Legendre, *Filiation - Fondement généalogique de la psychanalyse*, Fayard, 1990 p. 163; comp. Du même auteur: *Revisiter les fondations du droit civil*, RTD civ. 1991. 639.

بر آن وارد نیست (حقوقدان نمی تواند آثار و نتایج حاصل از اعمال قواعد حقوقی توسط قضات را به عنوان مونتاز حقوقی قلمداد نماید). مع ذلک اظهارنظر فوق کاملاً تصدیق می شود زیرا در هر حال، هرگونه فرزندخواندگی بین خویشاوندان تنی می تواند به طور بالقوه در مسأله تعیین هویت کودک ایجاد اختلال نماید.

متأسفانه قضات همیشه به نیت درونی کسانی که خواهان به فرزندگی قبول کردن یکی از اعضاء خانواده خود هستند، اشراف و آگاهی ندارند و از این رو بعضاً این خواسته ها را با عهد و مرحمت دکترین اجابت نموده و برحق می شناسند. چنانکه، درخواست زنی دایر بر اعلام فرزندخواندگی برادرش که پس از فوت مادرشان توسط او بزرگ شده بود، در ۱۰ فوریه ۱۹۹۸^{۵۱} با آغوش باز و رضایت خاطر، توسط دادگاه تجدیدنظر پاریس پذیرفته شد.

در این که، خواهر یاد شده فداکاری کرده و جوانی خود را وقف ایفاء نقش آموزگاری و تعلیم و تربیت برادر خود کرده هیچ شکی نیست، که البته نمی بایست ایفاء چنین نقشی به گردن او می افتاد، لکن این ملاحظات در مقایسه با آثار و تبعات فرزندخواندگی مزبور چه ارزشی دارند؟ چگونه ممکن است که متوجه نشد که در پس چنین درخواستی، عملاً خیال واهی دختر در به جای مادر نشستن را تحقق می بخشیم؟ به نظر می رسد که دیگر نمی توان همچون برخی دکترین های موجود، خود را به

51. Paris, 10 févr. 1998, JCP 1998 II. 1030, note crit. C. Philippe; Dr. fam. 1998, no 83, note Murat; RTD civ. 1998.358, obs J. Hauser; rapr. dans le même sens, Lyon, 18 oct. 1983. RTD civ. 1984.303, obs Rubellin – Devichi. V. également, pour l'adoption entre neveu et nièce: Aix-en-Provence, 5 déc. 1984, JCP 1986. ii. 20651, note. F. Boulanger.

تحلیل ساده آثار حقوقی چنین فرزندخواندگی‌هایی بویژه از نگاه حقوق مالیه محدود کرد. چاره‌ای نیست جز این که حقوقدانان دست از سطحی‌نگری برداشته و به آنچه که در پس پرده چنین درخواست‌های فرزندخواندگی می‌گذرد بپردازند. باید به این مهم توجه داشت که فرزندخواندگی، اعم از ساده یا مطلق، قبل از هر چیز عبارت است از ایجاد رابطه خویشاوندی بین دو فرد که با یکدیگر بیگانه‌اند، به نظر می‌رسد که غیر از مشکل خاص قبول فرزند حقیقی و بیولوژیکی خود به فرزند (نه فرزندخواندگی) که آثار و مسائل آن کاملاً دیگرگونه است^{۵۴} و نیز مسأله به فرزند قبول کردن فرزند همسر (نا فرزند) باید فرزندخواندگی در روابط خانوادگی را برای همیشه ممنوع کرد. دختری که قانوناً نمی‌تواند با پدر خود ازدواج کند، نباید بتواند برادر خودش را به فرزند قبول کند، زیرا با این کار، عملاً از فرزندخواندگی به عنوان یک «شبه ازدواج» با پدرش استفاده می‌کند.

۲۰- مؤلفینی که در به زیر سؤال بردن ولو دادن موارد تقلب نسبت

52. Sur la question V.J. Hauser, RTD civ. 1998.893; J. Hauser et D. Huet-Weiller, Traité de droit civil, La famille, t. 1, 2e éd. no 945; l'adoption de son propre enfant spécialement de son enfant adultérin est autorisée (V. par ex. Versailles, 31 janv. 1983, D. 1984. IR. 317, obs. D. Huet-Weiller). Elle pose des problèmes spécifiques, notamment au regard successoral puisqu'elle conduit à écarter les limitations de droit des enfants adultérins qui ne manquera pas d'intervenir du fait de l'arrêt Massureau, ce type d'adoption disparaîtra. Cour EDH 1er févr. 2000, D. 2000. 322, note J. Thierry; S. Hocquet - Berl, La condition juridique de l'enfant naturel après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, Petites affiches, 10 mai 2000. 11 et s; B. de Lamy L'enfant adultérin et le droit au respect de ses biens: la Cour européenne des droits de l'homme condamne la France, Dr. Fam. Févr. 2000.20; ph. Stoffel - Munck, L'enfant qui sort de l'ombre. L'adultérin à la lumière des droits de l'homme Droit et patrimoine, mai 2000. 56.

به قانون و خصوصاً استفاده از لطایف الحیل در مسأله فرزندخواندگی، خیلی دقت نظر دارند،^{۵۳} می‌توانند به جای این که بعضاً انجام چنین اعمالی را تأیید کنند، با نقد پیوسته احکام صادره در چنین حالاتی، به توسعه و تکامل رویه قضایی کمک کنند.

مادام که اصلاحات اجتناب ناپذیر قانونی راجع به مسأله فرزندخواندگی انجام نشده است، تعیین حدود و ثغور مسأله به عهده قوه قضاییه خواهد بود. انجام این کار برای قوه قضاییه خیلی ساده و آسان است. کلیه محاکم در رسیدگی به موضوع فرزندخواندگی از اختیارات استثنایی برخوردارند و از این رو می‌توانند در صورتی که تقاضا را مغایر با مصالح و منافع کودک تشخیص دهند، که الزاماً هم مغایر است،^{۵۴} مردود اعلام نمایند.

باید از این که رسماً و با حمایت جامعه در نسب نامه‌های خانوادگی ایجاد اختلال شود، ممانعت به عمل آورد.

بیشترین حساسیت‌ها و دقت نظرها به همین مسأله «شبه ازدواج» بین خویشاوندان برمی‌گردد، که اگرچه نادرند، ولی دارای اعتبار سمبولیک و نمادین زیادی هستند. منع مطلق فرزندخواندگی بین خویشاوندان نزدیک در واقع حفظ کارکرد واقعی و حقیقی خویشاوند نیست. قانون نمی‌تواند با ایجاد اختلال در علائم و نشانه‌های موجود در نسب نامه و سلسله دودمان

53. F. Boulanger, Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille? JCP 1993.1.3665; J. Rubellin - Devichi, Réflexions pour d'indispensables réformes en matière "d'adoption pervertie".

54. Selon l'article 353 du code civil, l'adoption est prononcée si elle est "conforme à l'intérêt de l'enfant". Sur ce texte. V. par ex. Benabent, ouvr. Préc. no 579.

یک کودک، خیالات موهوم برخی اعضاء یک خانواده را به امور مباح و مجاز تبدیل کند. قضات باید از بوجود آوردن موجبات نفی قاعده امری و لازم‌الاتباع ممنوعیت زناشویی بین محارم اجتناب ورزند.

۲۱- علی‌رغم همه مطالب گفته شده فوق، دنیای قضاوت و امور قضایی در حال تغییر و تحول است، و به نظر می‌رسد که برخی قضات حداکثر توان خود را به کار گرفته و به افراد اصلی ذی نفع یادآوری نمایند که چه چیزی مجاز است و چه چیزی مجاز نیست. البته جا دارد از تلاش برخی قضات در به مجازات رسانیدن آنهایی که بی‌اعتنا به موازین ریسک ارتکاب زنا با محارم را بوجود می‌آورند، ستایش و قدردانی نمود. چنانکه در این مورد می‌توان به خصوص به حکم شایسته‌ای از دادگاه جنایی که در ۲۵ مارس ۱۹۹۸ صادر شده است اشاره کرد.^{۵۵}

ماجرا از این قرار است که از مدت‌ها پیش، حضانت و سرپرستی یک پسر صغیر تا رسیدن به سن قانونی، طبق تصمیم قاضی دادگاه اطفال به یک مرکز اجتماعی - تربیتی سپرده شده بود. در تصمیم دادگاه، حق ملاقات و اقامت صغیر در منزل مادر پیش‌بینی شده بود. در جریان این ملاقات‌ها، نامبرده به خواهر ناتنی خود تجاوز جنسی می‌کند و به علت ارتکاب این جرم توسط دادگاه جنایی فوق‌الاشاره به مجازات محکوم می‌شود. مضاف بر آن، دادگاه مادر صغیر (محکوم‌علیه) را برابر مقررات حقوق مدنی به سبب ارتکاب عمل نامشروع انجام شده توسط پسرش، مسؤول شناخته و مستنداً به بند ۳ ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی با این استدلال که

55. Crim. 25 mars 1998, Petites affiches, 5 oct. 1998, note F. Alt - Maes; JCP 1998 II. 10162, note, Huyette; RTD civ. 1998. 919, obs. Jourdain.

حق ولایت و اقتدار مادر بر فرزندش با توجه به حق ملاقات و حضور منظم صغیر در منزل وی کماکان اعمال می‌شده و جرم ارتكابی زمانی روی داده است که محکوم علیه تحت مسؤولیت و سرپرستی مادرش بوده است، مشارالیه را محکوم می‌نماید. حکم صادره از این حیث جالب توجه است که اولاً، تفسیر و استنباط خاص دادگاه از بند ۳ ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی دایر بر ابقاء تکلیف و مسؤولیت مادر نسبت به اقدامات فرزندش در حالی که قبلاً توسط دادگاه به یک مرکز ویژه سرپرستی سپرده شده است، در آن زمان، محور اصلی مباحثات و مناقشات گسترده دکتترین و رویه قضایی نشده بود و ثانیاً، تفسیر مفهوم «حضانت و نگهداری» مطابق با آنچه که در منطوق ماده مزبور آمده است، می‌توانست به استنتاج راه حلی کاملاً مغایر با آنچه در حکم دادگاه آمده است بیانجامد.^{۵۶}

اعمال قواعد مسؤولیت مدنی در این گونه موارد کار بسیار حساس و ظریفی است. به طور طبیعی، نقش حقوق جزا مجازات مجرم است. ترمیم لطمات وارده به مجنی علیه وسیله حضور و شرکت او در محاکمه کیفری تضمین می‌گردد. «فارغ از غریزه انتقام جویی که به طور خیلی قوی حضور دارد، اساساً متوسل شدن مجنی علیه به محاکمه کیفری به او این امکان را می‌دهد که مواجهه مشقت بار و دردناکی به جانی تحمیل کند».^{۵۷} صدور حکم دادگاه به محکومیت مدنی مادر، در واقع غرامتی است که برای

56. La doctrine est abondante sur la question, V. notamment K.bülher, La responsabilité civile du fait du mineur, th. Caen, 1998, dactyl. ; F. Alt-Maes, La garde, fondement de la responsabilité du fait des mineurs? Petites affiches, 27 juin 2000.18 ; A-M. Leroyer L'enfant confié à un tiers: de l'autorité parentale à l'autorité familiale, RTD civ. 1998.587 ; Carbonnier, ouvrage préc. p. 88, no 52.

57. Y. Lambert – Faivre, L'éthique de la responsabilité, RTD civ. 1998. 20 et s.

مجنی‌علیها صرفاً یک اثر مالی دارد و لاغیر، در حالی که برای این دختر مسأله این است که مادرش به سبب این که با کوتاهی و سهل انگاری خود موجبات ارتکاب زنای با محارم را فراهم کرده است به مجازات برسد. مسؤولیت مدنی چیزی جز جبران نیست در حالی که باید شر و پلیدی را با برخورد با آن و عکس‌العمل نشان دادن ترمیم کرد، جبران مالی مافات، کافی نیست.

نقش پیش‌گیری‌کننده قانون در برخورد با زنای با محارم می‌تواند جایگاه مهم و عمده‌ای را به خود اختصاص دهد. البته در حال حاضر، این جایگاه بسیار محقر و ناچیز است. متأسفانه آنجا که خود قانونگذار در برابر وسوسه به فراموشی سپردن این قانون بنیادین تاب مقاومت ندارد، مشکل می‌توان به خاطر این مسأله قضات را مورد عتاب و ملامت قرار داد.

ب - خطرات ایجاد شده

۲۲- اگر سهل انگاری قسوه قضاییه در مقابل درخواست‌های فرزندخواندگی بین اعضاء یک خانواده موجب آزردهی خاطر است، به نظر می‌رسد که سهل انگاری قانونگذار، در جریان آخرین اصلاحات در مورد حقوق خانواده موجب نگرانی بیشتری است، چراکه بدون آشنایی و شناخت صحیح ابعاد ساختاری و اجتماعی اداری ممنوعیت زناشویی بین محارم، اصول حقوقی بسیاری ساخته شده و نیز اجازه‌های فراوانی صادر شده است. قبل از هرچیز و بدون فوت وقت به مسأله «زایمان مجهول‌الهویه» می‌پردازیم. با توجه به پایین بودن ریسک یا درجه خطر مربوط به وجود رابطه خونی بین والدین کودک مجهول‌الهویه، قانونگذار در این برآورد به

خود اجازه تقبل خطر مزبور را داده است و نتیجتاً می‌توان تنها در خصوص اصول محض حقوقی مربوطه ایرادی وارد نمود. ماده ۳۴۱-۱ قانون مدنی به یک مادر اجازه می‌دهد که بتواند در جریان زایمان خود، بخواهد که موضوع پذیرش او در بیمارستان یا زایشگاه و نیز هویت او، به عنوان یک امر سری و محرمانه محفوظ بماند، به نحوی که بتواند عملاً به صورت گمنام زایمان نماید،^{۵۸} بدین ترتیب رویه عملی مربوط به شرایط و نحوه انجام تشریفات اداری و قانونی زایمان که از قدیم‌الایام در قانون بهداشت و سلامت عمومی پیش‌بینی شده بود برای همیشه به خاک سپرده شد. نظر به این که در چنین فرضی، نسب بیولوژیکی (خونی) طفل ناشناخته می‌ماند، طبعاً دیگر محمل و موجبی برای طرح موانع نکاح با بستگان حقیقی و خونی طفل باقی نمی‌ماند. در نتیجه، طفل مذکور در بزرگسالی می‌تواند عملاً با پدر یا مادر بیولوژیکی خود ازدواج نماید.

در دکترین غالباً این سؤال مطرح می‌شود که آیا صرف وجود قرابت واقعی و حقیقی می‌تواند از موانع نکاح محسوب شود یا خیر. از نظر روانکاوان پاسخ این سؤال مثبت است و جای هیچ اشکالی در آن نیست. اما برای حقوقدانان که به منطق حقوق پایبندند، دادن پاسخ مثبت محل اشکال و شبهه است، زیرا در همان ابتدای امر، مسأله فقدان رابطه نسبی حقوقی بین دو شخص، ساز و کار موانع نکاح را از کار می‌اندازد. نظر به نبود هرگونه رویه قضایی در این موضوع خاص، چاره‌ای جز تحلیل کاملاً تئوریک آن

58. Cl. Neyrinck, L'accouchement sous X, le fait et le droit, JCP 1996. I. 3922; b. Trillat, L'accouchement anonyme: de l'opprobre à la consécration, in Mélanges Huet - Weiller, LGDJ, 1995, p.513. Granet - Lambrecht, L'établissement judiciaire de la filiation depuis la loi no 93-22 du 8 Janvier 1993, D. 1994. Chron.21, spéc. P. 24.

نداریم. در «زایمان مجهول‌الهویه» به لحاظ این که هیچکس رسماً پدر واقعی طفل متولد از چنین زایمانی را نمی‌شناسد، لذا مسأله نسبت طفل با مشکل و پیچیدگی خاصی روبرو می‌شود، به نحوی که ممکن است حتی خود افراد ذی‌نفع و درگیر در ماجرا، نسبت به این که قانون ممنوعیت زناشویی بین محارم را نقض می‌کنند آگاه نباشند، طفلی که از یک زایمان محرمانه و پنهانی به دنیا آمده است، ممکن است همچون ادیپ، در جهل کامل به حقیقت امر، با پدر یا مادر خونی و بیولوژیکی خود روابط جنسی داشته و یا حتی با او ازدواج نماید. تعداد بسیار کم زنانی که به صورت گمنام و مجهول‌الهویه زایمان می‌کنند و نیز نادر بودن ازدواج‌هایی که در آن زوجین تفاوت سنی فاحش دارند، به ما این امکان را می‌دهد که ریسک تحقق زناشویی بین این محارم را تقریباً صفر بدانیم. مع‌ذلک از لحاظ اصولی، همین مقدار ریسک پذیری قانونگذار قابل انتقاد است.

۲۳- اما انفعال و تسامح قانونگذار در حوزه تولید مثل به کمک روش‌های پزشکی از همه موارد مهم‌تر و مسأله سازتر است، زیرا دیگر اینجا مسأله صرفاً تئوریک نیست.

خاطرنشان می‌کنیم که مکانیسم مورد نظر قانونگذار در واقع «امحاء» منشأ و ریشه‌های بیولوژیکی است.^{۵۹}

در مورد اهداء سلول‌های جنسی، تعیین هویت اهداء کننده، از همان ابتدا، طبق قانون الزامی است. اما پس از اهداء، کلیه امور به گونه‌ای سازمان یافته‌اند که دیگر هویت شخص اهداء کننده قابل شناسایی نباشد (ماده

59. V. en outre Cl. Neyrinck, Le droit de la filiation et la P.M.A. (procréation médicalement assistée), Petites affiches, déc. 1994, no 149; F. Terré et D. Fenouillet, ouvrage préc. no 988.

۶-۶۷۳ L. از قانون بهداشت و سلامت عمومی و ماده ۸-۱۶ از قانون مدنی).
 محرمانه شدن شیوه وجود آوردن فرزند - که البته قبل از تصویب قوانین
 مورخ ۲۹ ژوئیه ۱۹۹۴ نیز در عمل محرمانه بود - ممکن است به ایجاد
 مصادیقی از زناشویی بین محارم منجر شود. چنانکه ممکن است زنی با
 استفاده از اسپرم یکی از اعضاء خانواده شوهر یا همسر آینده‌اش و یا حتی
 یکی از اقربای نسبی خویش (برادر یا عمو) تلقیح مصنوعی گردیده و
 حامله شود. بدیهی است که انتخاب اهداء کننده اسپرم با زن مزبور نیست.
 اما هیچ بعید نیست که یکی از بستگان نزدیک وی این سلول‌های جنسی را
 اهداء کرده باشد و به طور کاملاً اتفاقی به چنین تلقیحی منجر شود. امکان
 این که بعدها، طفل متولد از چنین تلقیحی با پسر یا دختر اهداء کننده
 سلول‌های جنسی، یعنی با فردی که از لحاظ ژنتیکی برادر یا خواهر ناتنی او
 محسوب می‌شود ازدواج کند منتفی است. کما این که ممکن است در فرض
 «اهداء جنین» با خواهر یا برادر ناتنی خود ازدواج نماید، طبق ماده ۴-۶۷۳
 L. از قانون بهداشت و سلامت عمومی، استفاده از سلول‌های جنسی یک
 اهداء کننده واحد، نباید به تولد بیش از پنج طفل منجر شود. البته این متن
 قانونی در سال ۱۹۹۴ به تصویب رسیده است و قبل از آن، هیچ محدودیتی
 نسبت به تعداد تلقیح‌های انجام شده از سلول‌های تناسلی اهداء کننده واحد
 وجود نداشت. از آن تاریخ به بعد، مراکز مطالعه و نگهداری اسپرم که دچار
 کمبود اهداء کننده بودند، با تفسیر لفظی عدد پنج، مذکور در ماده قانونی
 یاد شده دایر بر این که «تولد» پنج طفل مد نظر قانون بوده است، استفاده از
 سلول‌های تناسلی را به پنج «اقدام موفق» حمل نمودند. به عبارت دیگر،
 باتوجه به کمبود اهداء اسپرم، هنگامی که یک مرد می‌پذیرد که از اسپرم

خود اهداء نماید، به کرات به او مراجعه می‌شود. در واقع تا رسیدن به عدد (پنج «تولد») به طور مکرر به او مراجعه می‌شود. این پنج طفلی که در یک مقطع زمانی خاص، در یک شهر و از نطفه یک مرد واحد بوجود می‌آیند، ممکن است روزی با یکدیگر آشنا شوند ... در بزرگسالی با یکدیگر یا با اعضاء خانواده سازنده خود و یا حتی با خود شخص سازنده ازدواج کنند ...

۲۴- حتی با تفسیر موسع ممنوعیت‌ها در امر ازدواج و پذیرفتن این که موانع نکاح بین محارم می‌تواند از یک خویشاوندی حقیقی (و نه الزاماً حقوقی) بوجود آیند، بازهم نمی‌توان مانع تحقق چنین وصلت محرمی شد، چرا که طرف‌های ذی‌نفع کلیه راه‌های دسترسی به اطلاعات مربوط به واقعیت نسب بیولوژیکی خود را به روی خود بسته می‌بینند. پزشکانی که از این روش‌های درمانی برای تولید مثل استفاده می‌کنند، اذعان دارند به این که این خطر جدی و واقعی است. آنها بهتر از هر کس دیگری می‌دانند که اطفال متولد از ازدواج‌های هم‌خون، ممکن است دچار اختلالات فیزیولوژیکی بسیاری شوند. در اینجا نیز می‌توان از توطئه سکوت سخن راند. آیا مراکز مطالعه و نگهداری اسپرم تا این حد از کمبود اهداء کننده رنج می‌برند که پزشکان ترجیح می‌دهند ریسک وقوع این گونه پیوندهای بین محارم را بپذیرند، بدون این که قانونگذار خم به ابرو آورد؟ آیا می‌توان برای ارضاء تمایلات یک نسل، ضرر و غرری به نسل بعدی تحمیل کرد؟ وضعیت قانونی موجود راجع به طفل متولد از تلقیح مصنوعی که ابداً دغدغه خطرات و عواقب احتمالی پیوند زناشویی بین آن محارم را ندارد، به هیچ وجه قابل قبول نیست. به منظور به حداقل رسانیدن مشکل، پزشکان سعی

می کنند از استفاده از سلول های تناسلی برای گیرنده ای که ساکن شهر محل اقامت اهداء کننده باشد خودداری کنند و یا حتی متفاوت بودن اصالت اجتماعی اهداء کننده و گیرنده سلول تناسلی را در نظر گیرند (مثلاً یک زوج کشاورز که از شهر مانش آمده اند از سلول های تناسلی یک وکیل دادگستری از شهر کان برخوردار خواهند شد. از لحاظ آماری احتمال این که در آینده فرزندان این وکیل دادگستری به وصال فرزندان زوج کشاورز یاد شده برسند خیلی ضعیف است). این رویه عملی که از برخی جهات تبعیض آمیز است رویه ای است کاملاً غیر رسمی.

در این زمینه می توان پا را فراتر نهاد و جریان و جابجا کردن سلول های تناسلی را بین مراکز مربوطه، اجباری اعلام کرد. به این ترتیب، اگر مرکز مطالعه و نگهداری اسپرم شهر لیون، به طور مرتب سلول های تناسلی اهداء شده در لیون را با مرکز مطالعه و نگهداری اسپرم شهر مارسلی یا کان معاوضه نماید، عواقب زیانبار احتمالی آن به مراتب کمتر از آن خواهد بود که دو کودک لیونی که هر دو از طریق تلقیح مصنوعی بوجود آمده و یک سازنده مشترک داشته اند بخواهند با هم ازدواج کنند. این سیستم احتمال گزینش و تبعیض در آن کمتر است ولی ممکن است با خصومت و رقابت ناسالم بین مراکز نگهداری از اسپرم روبرو شود.

اساساً اعتدال و آرامش خانواده ها مقتضی انجام اقدامات خیلی دقیق و ظریف تری است. به عقیده ما مجموع قوانین و مقررات مربوط به «باروری به روش های درمانی» را باید به یکباره مورد بازنگری قرار داد. برای احتراز از وقوع هرگونه زناشویی احتمالی بین محارم، باید اصلی را که به موجب آن نسب بیولوژیک اولیه زایل می شود، از میان برداشت. ذی نفع های اصلی

باید بدانند که بین خود و سازنده خود هستند. اقدامات فنی مربوط به این باروری‌ها باید به گونه‌ای اعمال شوند که به حریم زندگی خصوصی زوج گیرنده سلول تناسلی لطمه‌ای وارد نشود.^{۶۰}

به هر حال باید منطقی بود، وقتی که یک «پدر محتمل» به صرف این که روابط جنسی نامشروع با یکی از محارم خود داشته و طفلی به دنیا آمده و احتمال دارد که این طفل واقعاً فرزند بیولوژیکی او باشد (کما این که احتمال دارد طفل مزبور حاصل هم‌خوابی مادرش با کسی دیگری غیر از «پدر محتمل» باشد) نمی‌تواند قانوناً با طفل مزبور وصلت نماید، چرا که «احتمالاً پدر» طفل می‌باشد (فرض مربوط به دعوی نفقه علیه پدر محتمل، که قبلاً شرح آن رفت)، به طریق اولی یک «پدر مسلم و قطعی» که اطفالی مستقیماً از سلول‌های تناسلی او بوجود آمده‌اند نباید بتواند با آنها وصلت نماید. حفظ «هسته سخت» تحریم‌ها و ممنوعیت‌های نکاح نباید با هیچ استثنایی روبرو شود.

شاید بتوان گفت که کلیه نکات و ملاحظات فوق‌الذکر عملاً موضوعیتی ندارند، اما نباید فراموش کرد که «باروری به کمک روش‌های درمانی» مسائل و مشکلات جدیدی مطرح می‌کند. به مطالبی که در فرازهایی قبلی ذکر شده است برگردیم. مردی سلول‌های تناسلی خود را اهداء می‌کند، به وسیله این سلول‌ها، نطفه دو جنین تلقیح می‌شوند، اطفالی که به این ترتیب به دنیا آمده‌اند بعدها در جهل کامل به فرایند تلقیح نطفه

60. Un système qui respecterait le droit à l'intimité de la vie privée du couple bénéficiaire et le contrôle indispensable en cas de mariage pouvait être mis au point, à condition de consigner des fichiers accessibles aux seules personnes directement concernées (donneurs, receveurs et leurs descendants, et les officiers d'état civil).

خود ممکن است با هم دیگر آشنا شده، ازدواج کنند و از این ازدواج صاحب فرزندی شوند. طفل حاصل از ازدواج مذکور به رغم این که قانوناً نتیجه زناشویی بین محارم نیست، مع ذلک نطفه او از پدر و مادری منعقد شده است که آنها هر دو دارای یک پدر واحد هستند. آیا ازدواج بین این پدر و مادر را باید مصداق زناشویی بین محارم دانست یا خیر؟ آیا فرزند آنها، ولد نامشروع حاصل از زناشویی بین محارم محسوب می شود؟^{۶۱} آنچه که عیان است چه حاجت به بیان است، قبلاً هم اشاره کردیم که زن و مردی که به شرح فوق از سلول های تناسلی یک سازنده واحد بوجود آمده اند عملاً اصل ممنوعیت زناشویی بین محارم را زیر پا گذاشته اند. البته شاید روزی برسد که متخصصین علوم اجتماعی بتوانند خلاف این مطلب را به اثبات برسانند. تا آن زمان و انجام تحقیقات ناکرده این متخصصین که شاید مستلزم این باشد که چندین نسل از اطفال متولد از روش های علمی تلقیح مصنوعی به دنیا بیایند، نباید دست روی دست گذاشت و هیچ کاری نکرد، باید حتماً دست بکار شد. در هر حال، طفل متولد از والدینی که از یک اهداء کننده واحد سلول تناسلی بوجود آمده اند، همواره در معرض خطرات و عواقب ناشی از هم خونی والدین (خویشاوندی صلبی) خواهد بود. با وجود این که مراکز مطالعه و نگهداری از اسپرم عملاً سیاست پیشگیری از چنین عواقبی را دنبال می کنند، این وظیفه قانونگذار است که در نهایت شفافیت و روشنی به این اقدامات مشروعیت قانونی ببخشد.

۲۵- اکنون زمان نتیجه گیری از این مطالعه و تحقیق است. حقوق در

61. Etymologiquement, l'inceste est lié à l'existence d'une union charnelle: lat. incestus adj. In castus non chaste, incestum subst. Souillure: C. Cornu, Vocabulaire juridique. PUF.

مسائل خانوادگی می‌تواند و باید بر تکیه‌گاه‌های قوی تکیه نماید. تحریم زناشویی بین محارم از اصول بنیادین حقوق خانواده است. داشتن یک حقوق منفعل و انعطاف پذیر قابل قبول نیست. ممنوعیت زناشویی بین محارم باید در تمامیت آثار و لوازم آن اجرا گردد. قانون نباید با سرپوش گذاردن بر روابط جنسی بین محارم، خود را در معرض انتقاد و سرزنش قرار دهد.^{۶۲} برای اجتناب از این خدشه، باید همگان از حق شناختن اصل و نسب خود برخوردار باشند تا بدین وسیله، هیچکس به خاطر داشتن روابط جنسی با یکی از خویشاوندان نزدیک خود، آن هم بدون این که هیچ گونه اطلاعی در این خصوص داشته باشد، در وضعیت ادیبی گرفتار نشود. اینجاست که مسأله حق طفل متولد از روابط جنسی بین محارم دایر بر شناسایی اصل و نسب مطرح می‌شود. اگر بپذیریم که در حال حاضر اعتبار و اهمیت ممنوعیت زناشویی بین محارم تحت الشعاع اصل محرمانه نگهداشتن روابط جنسی واقع شده بین محارم قرار گرفته، متوجه خواهیم شد که باید یک انتخاب تعیین کننده انجام بدهیم، یا باید از این اصل محرمانه نگه داشتن روابط جنسی واقع شده بین محارم صرف نظر کرد و گفتن ناگفتنی را پذیرفت و یا این هنجار اجتماعی را کماکان حفظ کرد و قبول کرد که برای همیشه خط قرمز غیرقابل عبوری در اعمال حق شناخت اصل و نسب وجود خواهد داشت، چرا که گفتن برخی حقایق غیرقابل تحمل است. در این رهگذر، اساطیر سرچشمه اصلی پند و اندرزند. فراموش نکنیم که رنج و

62. En étudiant la réforme opérée par la loi du 3 janvier 1972, M. Breton a également démontré les effets négatifs du nouvel article 334-10 qui peut conduire à des mariages entre frères et sœurs utérins. Breton, article préc. P. 321.

عذاب اُدیپ هنگامی که فهمید همسرش Jocaste در واقع مادرش هم بوده، به حدی بود که چشمان خود را از حدقه درآورد. «اُدیپ تمام قصر را در جستجوی همسری که مادرش هم بود، زیر پا گذاشت. او را در اتاقش یافت. هنگامی که به حقیقت پی برده بود، خودکشی کرده بود. اُدیپ نیز ایستاده در کنار پیکر بیجان او دستش را به سوی خود برگرداند ولی نه برای پایان دادن به عمرش. او روشنایی را با تاریکی مبادله کرد. چشمان خود را از حدقه درآورد. به دنیای تاریک نابینایی پناه برد. دنیایی که زندگی کردن در آن بهتر از این بود که با چشمانی پر از شرم به آن جهان باستانی بنگرد، دنیایی که تا آن زمان بسیار نورانی بود».^{۶۳}

برای حقوقدانان برملا کردن اسرار دیگران به هر قیمت ممکن آن هم در حالی که اصحاب اصلی راز تمایلی به افشاء آن ندارند، هیچ فایده‌ای نخواهد داشت. «نادیده گرفتن اسرار خصوصی یک شخص در واقع به منزله تجاوز به مقام و شرافت اوست».^{۶۴}

یکی از مسائل اصلی‌ای که قانونگذار باید به فوریت به آن بپردازد مسأله اعمال ممنوعیت زناشویی بین محارم در قراردادهای زناشویی غیررسمی است که به Concubinage موسوم است. این که امروزه یک زن جوان بتواند با شوهر غیررسمی مادرش (Concubin) که همگان او را می‌شناسند ازدواج کند و یا یک مرد با همسر غیررسمی پدرش (Concubine) ازدواج کند باور نکردنی است. این در واقع نفی ارزش

63. E. Hamilton, Introduction à la mythologie, Marabout, p. 323.

64. Ph. Malaurie, Le secret: une petite anthologie littéraire, in Mélanges Mouly, Litec, 1999, p. 404 et s. spéc. no 12.

سمبولیک ممنوعیت زناشویی بین محارم است. حسن و امتیازی که قانونگذاری راجع به قرارداد مدنی زندگی مشترک که در واقع یک مدل جدید از زناشویی را بوجود آورد این است که قانونگذار می‌بایست از این که اشخاص محرم بتوانند با عقد چنین قراردادی از رسمیت اجتماعی برخوردار شوند جلوگیری به عمل می‌آورد. ناگفته نماند که حتی خود این محارم نیز احتمالاً انتظار تصویب چنان قانون و چنان مشروعیتی را نداشتند.

باید پا را فراتر از اینها گذاشت و لااقل قانون و قاعده‌ای وضع کرد که به موجب آن رابطه خویشاوندی ایجاد شده در قراردادهای زناشویی غیررسمی (concubinage) یا قرارداد مدنی زندگی مشترک (PACS) از موانع نکاح به شمار آیند. قرابت و خویشاوندی دیگر چیزی نیست که منحصرأ از آثار عقد نکاح باشد. امروزه ملاک رابطه نسبی است، صرف‌نظر از این که از چه قانون و قراردادی ناشی شده باشد.^{۶۵} ارجاع و احاله موانع زناشویی به عقد نکاح در واقع قاعده‌ای است که طی قرن‌ها به همین صورت توجیه و اعمال می‌شده است، چرا که رسماً و قانوناً شکل و مدل دیگری از زندگی مشترک بین زوجین وجود نداشته است. اکنون باید تحول ساختارهای خانوادگی را سنجید و جرأت کرد مسائل و مشکلات مربوط به ممنوعیت وصلت بین محارم را متناسب با مدل‌های جدید زندگی

65. V. Spéc. F. Deleuwer – Defossez, Modèles et normes en droit contemporain de la famille, in Mélanges Mouly p.281 et s. ; A propos du pluralisme des couples et des familles, Petites affiches, no spécial, Demain la famille, 28 avr. 1999, 29 et s. : si le code civil voyait dans le mariage l'acte fondateur de la famille, la filiation (légitime) étant sa conséquence, c'est désormais la filiation qui va prendre la première place.

مشترک بین زوجین مطرح و مورد بررسی قرار داد. باید توجه داشت که گرچه تحقق زناشویی بین محارم دائر بر مدار بیولوژیکی است، ولی الزاماً تحت این عنوان شناسایی نمی‌شود.

p. Legendre می‌نویسد که «حقوق نیز همچون روانکاوی، البته هر کدام با طرز بیان خاص خود بر اظهار، ابراز و بیان مافی‌الضمیر انسان - حیوان ناطق - از واقعیات بیرونی زندگی بنا نهاده شده‌اند».^{۶۶} به عبارت دیگر، طبیعت آینه‌وار حقوق در انعکاس آنچه که در جامعه وجود دارد، تأثیر قابل ملاحظه و چشمگیری بر ساختار روانی ما می‌گذارد. حقوق‌دانان باید به گونه‌ای آموزش ببینند که بتوانند طبیعت تولید مثل انسانی را درک نمایند. آنها باید دست از بی تفاوت بودن برداشته و نقش و کارکرد حقوق را در ساختار روانی جامعه درک نمایند. اساتید حقوق می‌توانند در عین تواضع و فروتنی، با تأکید بر اهمیت ممنوعیت زناشویی بین محارم به عنوان ابتدایی‌ترین اصل هر زندگی اجتماعی، با اعلام کم و کاستی‌های قانونگذاری و گوشه‌گیری‌های رویه قضایی و نیز با تأکید بر اعتبار و ارزش سمبولیک و دهها ساله قانون در این موضوع خاص، سهم خود را در آموزش و تربیت نسل‌های جوان ادا نمایند. بررسی حقوقی مسأله زناشویی بین محارم و تشریح و تبیین مبانی آن می‌تواند از زناشویی‌های بین محارم که به طور سنتی مستور نگه داشته می‌شوند، پرده برداشته و زمینه یک تفکر عمیق‌تر در ویژگی‌های خاص کارکردهای خویشاوندی را فراهم سازد.

66. P. Legendre, ouvrage préc. p. 193.