

احکام و آثار تغییر جنسیت

فخرالدین اصغری آقمشهدی^{۱*}، یاسر عبدی^۲

۱- استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، مازندران، ایران
۲- کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه مازندران، مازندران، ایران

پذیرش: ۸۷/۹/۴

دریافت: ۸۷/۲/۲

چکیده

تغییر جنسیت یکی از موضوعات مهمی است که نه تنها از دید پزشکی بلکه به لحاظ مباحث حقوقی حایز اهمیت است. اگر چه در گذشته این مباحث کم و بیش وجود داشته ولی اکنون با پیشرفت تکنولوژی و علم پزشکی، ابعاد جدیدتری در فرا روی ما گشوده شده است. از طرفی دیگر در اکثر نظامهای حقوقی و نیز طبق نظر مشهور فقهای معاصر، تغییر جنسیت در صورتی که از لحاظ پزشکی ضروری تشخیص داده شود، مجاز می‌باشد. بنابراین اگر شخصی اقدام به تغییر جنسیت کند، لازم است بررسی شود که این موضوع چه آثار حقوقی در بر دارد. از جمله اینکه پس از ایجاد تغییر جنسیت روابط زوجین نسبت به یکدیگر چگونه خواهد بود؟ آیا ازدواج همچنان به حال خود باقی است یا خود به خود رابطه زوجیت منفسخ خواهد شد؟ موضوع مهر به چه صورتی حل می‌شود، آیا زن مستحق مهر می‌باشد؟ موضوع عده، ارث، ولایت و سرپرستی فرزندان و... چگونه خواهد بود. به طور کلی در قراردادهایی که نوع جنسیت فاقد اثر حقوقی است، تغییر جنسیت نیز فاقد اثر خواهد بود اما در قراردادهایی که نوع جنسیت نقش اساسی داشته باشد، قرارداد از تاریخ تغییر جنسیت باطل می‌شود و بر حقوق مکتسب قبلی اثری نخواهد داشت.

کلید واژه‌ها: تغییر جنسیت، ازدواج، مهر، ارث، ولایت.



۱- مقدمه

مقصود از تغییر جنسیت این است که هویت و جنسیت مرد یا زن به کلی تغییر کند. شاید از اطلاق موضوع مورد بحث این‌گونه به ذهن متبادر شود که تمام انسانهای روی زمین در معرض تغییر جنسیت می‌باشند و هر کس که میل به تغییر جنسیت خود داشته باشد، می‌تواند موضوع عمل تغییر جنسیت قرار گیرد. ولی آنچه تاکنون در علم پزشکی سابقه دارد این است که دو گروه از افراد در معرض و موضوع تغییر جنسیت هستند:

نخست، کسانی که در فقه و حقوق به عنوان خنثا معروف شده‌اند. خنثا به کسی گفته می‌شود که دارای علایم جنسی رجولیت و انائیت یا مردانگی و زنانگی می‌باشند. گروه دوم کسانی هستند که علایم جنسی بدنی آنها با گرایشات و تمایلات جنسی آنها موافق نیست و این دو با هم معارض می‌باشند. این گروه به خنثا روانی مشهور شده‌اند.

بنابراین با توجه به سابقه موضوع در علم پزشکی می‌توان گفت: افرادی در معرض این درمان قرار می‌گیرند که به نوعی از لحاظ جسمی یا روانی و یا هر دو، مشکل جنسی داشته باشند و پزشک متخصص تغییر جنسیت را برای بهبود وضعیت او مناسب تشخیص دهد.

افرادی که خلقت آنها کامل بوده و نقصی در بدن آنها وجود ندارد، تغییر و تبدیل جنس آنها به جنس مخالف بسیار نادر است و به همین دلیل، برخی اصطلاح «اصلاح جنسیت» را پیشنهاد کرده‌اند [۱، ص ۲:۷۷، ص ۳۲]. از لحاظ حقوقی نیز تغییر جنسیت موجب ظهور مسائل جدیدی در این زمینه شده است که در کتب مؤلفان حقوقی این بحث کمتر مورد اشاره قرار گرفته است.

با توجه به نقشی که تغییر جنسیت در زندگی شخصی و خصوصی شخص ایفا می‌کند، اگر شخص برطبق استانداردهای پزشکی تغییر جنسیت دهد، از حالت اضطراب و افسردگی خارج شده و به حالت نشاط و آرامش طبیعی بر می‌گردد ولی در صورتی که به صرف تمایل خود و برخلاف مقررات علم پزشکی تغییر جنسیت دهد، مشکلات جسمانی و روانی او مضاعف می‌شود. بنابراین نقش مهمی که جنسیت در زندگی شخصی و اجتماعی بشر دارد و با عنایت به حقوقی که به هر یک از دو جنسیت مذکر و مؤنث تعلق می‌گیرد، باید موضوع تغییر جنسیت از لحاظ حقوقی مورد بررسی قرار گیرد [۳، ص ۶۴].

عده ای از فقهای شیعه نیز تغییر جنسیت را جایز و حتی برخی از آنها این عمل را برای حفظ حقوق، احکام و آثار آن لازم و واجب دانسته‌اند. در بسیاری از نظامهای حقوقی از جمله

آلمان، انگلستان، آمریکا، کانادا، آفریقای جنوبی، سنگاپور و ژاپن نیز تغییر جنسیت مجاز می‌باشد [۴، ص ۶۲۶؛ ۵، ص ۶۱۱؛ ۶].

در حقوق اسلام، هر چند سابقه تغییر جنسیت به زمان حکومت حضرت علی (ع) بر می‌گردد و در آن زمان حضرت کسی را که با پسر عمویش ازدواج کرده بود، از او جدا و به مردان ملحق کردند [۷، ص ۲۸۶]. در حال حاضر نیز موارد تغییر جنسیت فراوان است و حتی در برخی موارد زنی با داشتن دو فرزند تغییر جنسیت داده است.^۱ با این حال در مورد آثار و پیامدهای حقوقی آن چندان تحقیق نشده است و از لحاظ قانونی نیز قانون خاصی در این

۱. زنی می‌نویسد که تغییر جنسیت داده‌ام. در دوران کودکی حالت خاصی نداشتم جز تمایل به بازی با پسران و یک جور خجالت و شرم از جمع دختران و علاقه به اسباب‌بازیهای پسرانه. در دبستان و دبیرستان هم فردی گوشه‌گیر بودم و علاقه‌ای به معاشرت با دختران هم‌سن و سال خودم نداشتم تا اینکه سالها گذشت و بالاخره در اثر اصرار شدید خانواده‌ام به یکی از خواستگارام جواب مثبت دادم و ازدواج کردم. همسرم فردی تحصیل کرده و نیز بسیار آرام و خونسرد بود، اما احساس من به او چون کوه یخ بود که نه تنها به مرور و در اثر معاشرت آب نمی‌شد بلکه هر روز بر قطر آن اضافه می‌شد. به مرور، تغییرات درونی عجیبی در خود احساس می‌کردم، یک جور مرد بودن و سردرگمی نسبت به درونم و خودم. از لحاظ ظاهری هم در بدنم تغییرات هورمونی عجیبی اتفاق می‌افتاد، خصوصاً پس از زایمان فرزند دوم که دیگر تغییرات محسوس فیزیکی و میل به مرد بودن در من به حد اعلا رسید. در تمام سالهایی که فرزندانم بزرگ و بزرگتر می‌شدند، من و همسرم نیز از هم دور و دورتر می‌شدیم و من نیز در خودم احساس مرد بودن را تجربه می‌کردم. از لحاظ عاطفی و دوست داشتن فرزندانم هر چند نمی‌فهمیدم چگونه دوستشان دارم، به عنوان یک مادر یا یک پدر؛ اما به شدت دوستشان داشتم. همسرم گاهی در جریان مسائل من قرار می‌گرفت و از تغییرات ایجاد شده در من متعجب می‌شد. اما گویی واقعیت را پذیرفته و برای خود نیز چاره‌ای نپنداشیده بود ولی شرمساری و خجالت از خودم به من اجازه نمی‌داد که چیزی بیان کنم. بالاخره فرزندانم بزرگ شدند و آنها که در جریان سردرگمی‌های من بودند، به اصرار پدرم را راضی کردند که مرا به نزد مشاور روانشناس ببرد تا با او مسائل را در میان بگذارم. گویی بیان مسائل من سبب شد شرمساری را کنار بگذارم و بگویم آنچه را که سالها در وجودم ریشه دوانده و هستی مرا دگرگون ساخته بود، از رنج‌هایم، از اینکه نمی‌دانستم چه کسی هستم و از رنجهای بی‌هویتی و سرگردانی‌ام. هیچ کجا جای من نبود نه در مهمانیهای مردانه نه زنانه. به استخر، آرایشگاه و حتی ساحل دریا نمی‌توانستم بروم، هیچ دوستی نداشتم، هیچ کس نبودم و ... پزشک مشاور مرا به پزشک دیگری معرفی کرد و پزشکان دیگر و جلسات مشاوره پزشکان و ... سرانجام با آزمایشات و درمانهای مختلف به این نتیجه رسیدیم که وجه مردانگی در من غالب و روز به روز نیز در حال افزایش است و من بعد از تردیدهای بسیار، سرانجام با اخذ مجوز تصمیم به عمل جراحی گرفتم. به همراه یکی از فرزندانم به کشور دیگری رفته و در آنجا پس از عمل جراحی مرد شدم. متأسفانه هرچند فرزندانم با من همراهی می‌کردند، اما در واقع آنها نیز دچار بلاتکلیفی بودند چون به مرور در زندگی، مادرشان را از دست داده و دارای دو پدر شده بودند. البته رابطه عاطفی بین من و فرزندانم با هر عنوانی همیشه محکم و شدید بود و در واقع تنها سرمایه عاطفی زندگی‌ام یا بهتر بگویم تنها چیزی که مرا به ادامه زندگی وادار می‌کرد، غیر از اجرای امر خدا، علاقه و وابستگی به فرزندانم بود. اما اکنون بعد از گذراندن تمام این سالهای رنج و مرارت و بلاتکلیفی در حالی که در شرف اخذ شناسنامه زکورت با نام و مشخصات مردانه از پزشکی قانونی هستم و همسرم نیز که به هر حال طی این سالها، کجدار و مریض با من و زندگی‌ام ساخته یا نساخته، اکنون با مراجعه به دادگاه تقاضای بطلان عقد نکاح را کرده است. اکنون سؤال من این است که در مقابل چه حقوقی دارم؟ آیا می‌توانم نسبت به دریافت مهریه اقدام کنم؟ و ... [۸].



باره وضع نشده است. با توجه به اینکه در ایران حدود سه تا پنج هزار دوجنسی وجود دارد و احتمال می‌رود که آمار مبتلایان به این ناهنجاری بیشتر باشد، وضع مقرراتی در این خصوص ضروری به نظر می‌رسد [۹]. ولی در بسیاری از کشورها از جمله بلژیک، ژاپن و ترکیه مقررات خاصی در این زمینه وجود دارد [۶؛ ۱۰؛ ۱۱]. بنابراین با توجه به اهمیت موضوع و خلأ قانونی موجود، در این مقاله آثار و پیامدهای حقوقی تغییر جنسیت برطبق قواعد و اصول کلی حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲- اثر تغییر جنسیت بر نکاح

چنانچه یکی از زوجین یا هر دو، تغییر جنسیت دهند، تکلیف نکاح آنها چه خواهد شد؟ آیا نکاح همچنان به حال خود باقی است یا رابطه زوجیت منحل می‌شود؟ دو نظریه در این زمینه مطرح است که به بررسی هر کدام از آنها پرداخته می‌شود:

۲-۱- نظریه انفساخ نکاح

به نظر برخی مؤلفان حقوقی با تغییر جنسیت یکی از طرفین، عقد نکاح منفسخ می‌شود؛ زیرا هم در ابتدا و هم در ادامه، ازدواج باید بین دو غیر هم جنس باشد [۲، ص ۳۶]. توجیه دیگری که می‌توان به استناد آن این نظریه را تقویت کرد، این است که چون در زمان انعقاد نکاح، طرفین به ظاهر جنسیت مخالف هم داشته‌اند، با توجه به حجیت ظواهر، دلیلی بر بطلان نکاح وجود ندارد و نکاح در مرحله انعقاد، صحیح منعقد شده ولی در خلال مدت نکاح - که تغییر جنسیت انجام شده است و دو جنس مخالف، همجنس شده‌اند - اقتضا و امکان بقای عقد از بین می‌رود و در نتیجه عقد منفسخ می‌شود، همان‌گونه که در سایر عقود مستمر مانند اجاره انتفای موضوع قرارداد در خلال مدت آن یکی از موجبات انفساخ عقد محسوب شده است [۱۲، ص ۱۱۲]. به موجب ماده ۴۸۱ ق.م «هر گاه عین مستأجره به واسطه عیب از قابلیت انتفاع خارج شده و نتوان رفع عیب نمود، اجاره باطل می‌شود». ماده ۴۹۶ نیز مقرر می‌کند: «عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل می‌شود...». گرچه قانونگذار در دو ماده مزبور از واژه بطلان استفاده کرده است، ولی چنانکه مؤلفان حقوقی نیز نوشته‌اند منظور از واژه بطلان در این مواد انفساخ اجاره است [۱۳، ص ۳۴۳ و ۳۵۳].

این توجیه در مورد نکاح خنثا بدنی که دارای علایم جنسی مردانه و زنانه است، ضعیف است؛ زیرا وضع خنثا، ظاهر در این است که دارای علایم جنسیتی دو جنس است و بر مبنای اماره غالب بودن علامت جنسیت یک جنس بر دیگری، اقدام به ازدواج کرده است و فقیهان نیز در صورت غلبه یک جنس بر جنس دیگر در افراد خنثا، ازدواج او را جایز دانسته‌اند.^۱ با تغییر جنسیت معلوم می‌شود که علایم جنسیتی جنسیت جدید در خنثا غالبتر بود و در زمان وقوع عقد، در تعیین و تشخیص علایم جنسیت غالب اشتباه شده است که چنین اشتباهی موجب بطلان عقد می‌شود؛ زیرا نقش جنسیت در نکاح چنان اساسی و مهم است که عرفاً می‌توان گفت ماهیت عرفی موضوع قرارداد محسوب می‌شود و اشتباه درباره چنین ماهیتی موجب بطلان قرارداد می‌شود [۱۲، ص ۱۱۳؛ ۱۵، ص ۱۷۸]. در نتیجه، در این مورد نمی‌توان به استناد حجیت ظواهر، تغییر جنسیت را موجب انفساخ نکاح شمرد. بنابراین نظریه انفساخ نکاح قابل پذیرش نمی‌باشد.

در مورد خنثی روانی، گرچه انحلال ازدواج از تاریخ تغییر جنسیت صورت می‌پذیرد ولی نمی‌توان عنوان انفساخ را به آن داد. فسخ و انفساخ در نکاح جنبه استثنا دارد و قابل مقایسه با سایر عقود نیست. در نتیجه باید به موارد منصوص در قانون اکتفا کرد. قانونگذار فسخ نکاح را به علت وجود عیوبی در مرد و زن (مواد ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳) و همچنین در صورت تخلف از شرط صفت (ماده ۱۱۲۸) جایز دانسته که قابل تسری به شرط فعل و نتیجه نیست. از طرف دیگر قانونگذار در هیچ موردی به انفساخ نکاح اشاره نکرده است.

۲-۲- نظریه بطلان نکاح

در بررسی این نظریه صوری متصور می‌باشد که به بررسی هر کدام از آنها پرداخته می‌شود.

۲-۲-۱- تغییر جنسیت یکی از زوجین

در صورتی که فقط یکی از زوجین تغییر جنسیت دهد، ازدواج از زمان تغییر جنسیت باطل است [۴، ص ۶۲۷؛ ۱۶، ص ۹۷؛ ۱۷، ص ۱۱۲]. چون امکان بقای ازدواج وجود ندارد و ازدواج مرد با مرد یا زن با زن مشروع نیست. قانون مدنی ایران نیز به لزوم اختلاف جنس در

۱. جواد تبریزی: خنثایی که مرد بودن یا زن بودنش معلوم است، حکم سایر مردم را دارد [۱۴]. عبدالکریم موسوی اردبیلی: اگر تشخیص داده شد که زن است ولی ظاهری مردانه دارد، حکم مرد پیدا نمی‌کند و نمی‌تواند زن بگیرد و حکم سایر مردم را دارد [۱۴].

ازدواج اشاره دارد که برای نمونه می‌توان به مواد ۱۰۳۵، ۱۰۵۹، ۱۰۶۷، ۱۱۲۲ و ۱۱۲۴ اشاره کرد. در ماده ۱۰۶۷ ق.م آمده است: «تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد، شرط صحت نکاح است».

در عمل، هنگامی که سردفتر بخواهد نکاحی را واقع و ثبت کند، برای احراز اختلاف جنس به شناسنامه طرفین رجوع می‌کند و در صورتی که شناسنامه حاکی از این اختلاف در جنسیت باشد، می‌تواند عقد نکاح را جاری کند و آن را در دفتر رسمی ازدواج به ثبت برساند [۱۸، ص ۳۷]. از آنجا که اختلاف جنس را هم هنگام عقد و هم در دوران زناشویی باید شرط صحت نکاح دانست و به عبارت دیگر اختلاف جنس هم در ابتدا و هم در ادامه شرط است، از این رو نکاح با تغییر جنسیت باطل خواهد شد. البته، این دادگاه است که باید تغییر جنسیت را براساس نظر کارشناس احراز و بطلان نکاح را اعلام کند [۱۸، ص ۳۸]. در واقع، حکم دادگاه در این خصوص جنبه اعلامی دارد و نه انشایی.

شایان ذکر است که برخی مؤلفان حقوقی معتقدند که بطلان نکاح اثر قهقرایی دارد و عقد از ابتدا باطل می‌شود؛ زیرا تغییر جنسیت موجب معلوم شدن نبود شرط اساسی صحت نکاح در زمان انعقاد عقد می‌شود و در نتیجه کشف بطلان از زمان انعقاد عقد نکاح می‌کند؛ چه آنکه اختلاف واقعی جنسیت طرفین عقد نکاح، شرط صحت قرارداد است [۱۲، ص ۱۱۳؛ ۱۹، ص ۵۰]. در نتیجه، اگر معلوم شود که این اختلاف واقعی نیست بلکه ظاهری است، معلوم می‌شود که ازدواج بین دو جنس مخالف منعقد نشده است، بلکه بین دو همجنس منعقد شده که چنین نکاحی عقلاً باطل است [۱۲، ص ۳۶]. همان‌گونه که بر مبنای لزوم شرط اختلاف واقعی جنسیت، برخی معتقدند که خنثای مشکل حق ازدواج و انتخاب همسر را ندارد؛ زیرا جنسیت او معلوم و مشخص نیست [۲۰، ص ۶۶]. بنابراین با توجه به عرف، عقلا و نظر حقوقدانان و دقت در مواد قانونی مربوط به صحت نکاح روشن می‌شود که اختلاف واقعی جنسیت طرفین عقد، شرط صحت نکاح است و اگر این شرط اساسی محقق نشود، عقد به‌طور صحیح منعقد نمی‌شود و در زمان تغییر جنسیت معلوم می‌شود که جنسیت طرفین قرارداد واقعاً اختلاف نداشته و نکاح از زمان انعقاد عقد باطل می‌باشد؛ در نتیجه، بطلان نکاح اثر قهقرایی دارد [۱۲، ص ۱۱۴].

چنان‌که ملاحظه شد، نظریه مذکور در فوق بر این استدلال استوار است که با تغییر جنسیت کشف می‌شود نکاح از ابتدا بین دو همجنس واقع شده است؛ در نتیجه از همان زمان باطل است. اما چنان‌که در مقدمه بیان شد، زن شوهردار حتی با داشتن فرزند نیز ممکن است تغییر جنسیت دهد، آیا می‌توان پذیرفت با تغییر جنسیت کشف می‌شود که زن از ابتدا مرد

بوده است [۸]. آیا مرد می‌تواند در رحم خود فرزندی را پرورش داده و به دنیا آورد؟ در ماده ۶ لایحه تغییر جنسیت بلژیک مصوب ۲۰۰۴ نیز این احتمال مطرح شده است که زن با داشتن فرزند نیز ممکن است تغییر جنسیت دهد. چه آنکه ماده مزبور در تغییر جنسیت زن یا مرد، جلب مشورت همسر یا فرزندان او را ضروری دانسته است [۱۰].

۲-۲-۲- تغییر جنسیت زوجین به صورت غیر همزمان

در این حالت، همانند حالت سابق، ازدواج باطل است چون مجوز شرعی برای ابقای ازدواج سابق وجود ندارد. به محض اینکه یکی از زوجین جنس خود را تغییر دهد، مثلاً جنس مرد به زن تبدیل شود، در حالت جدید هر دو همجنس خواهند شد و ازدواج سابق از بین خواهد رفت. حال اگر زن بعد از مدتی تغییر جنسیت دهد، علقه زوجیت حاصل نمی‌شود بلکه نیاز به اجرای خطبه عقد است [۱، ص ۷۷؛ ۴، ص ۶۲۷].

۳-۲-۲- تغییر جنسیت زوجین به صورت همزمان

در صورتی که زن و شوهر، همزمان جنسیت خود را تغییر دهند، در اینکه آیا ازدواج سابق یا برجاست یا باطل شده است، دو احتمال وجود دارد: احتمال اول این است که ازدواج سابق همچنان دارای دوام و بقا می‌باشد [۴، ص ۶۲۷]. برخی مؤلفان در توجیه نظر مزبور نوشته‌اند: «حقیقت ازدواج، چیزی غیر از اعتبار زوجیت هر یک نسبت به دیگری نیست. اما از آنجا که هر یک از طرفین ویژگی تکوینی و طبیعی خاصی دارند، بر هر کدام احکام خاصی مترتب شده است. از این رو وقتی هر دو همزمان تغییر جنسیت دهند چون بقای زوجیت اعتباری امری ممکن است و دلیلی بر از بین رفتن آن وجود ندارد، مقتضای استصحاب بقای ازدواج آن دو است» [۱۹، ص ۱۰۷]. شایان ذکر است فقیه مزبور که نکاح را باقی می‌داند احتیاط را در این می‌داند که آن دو با هم به‌طور مجدد ازدواج کنند و زوجه فعلی حق ازدواج با دیگری را ندارد مگر اینکه بین او و زوج فعلی طلاق واقع شود [۴، ص ۶۲۷].

احتمال دوم این است که ازدواج سابق دوام نداشته و در وضعیت جدید باطل گشته است؛ زیرا در ازدواج علاوه بر نسبت زوجیت بین طرفین، چیزی دیگری نیز لازم است و آن اینکه، این مرد، شوهر باشد برای زنی که همسر اوست که در اصطلاح منطبق به آن «نسبت و اضافه

غیر متشابهه الاطراف» می‌گویند؛ یعنی بین دو چیز، فقط از یک طرف یک نسبت خاص وجود دارد ولی از طرف دیگر آن نسبت وجود ندارد. به‌طور مثال رابطه «پدری» که بین علی و جواد وجود دارد، یک جانبه است و آن اینکه علی «پدر» جواد است، همچنین است رابطه «پسری» که منحصراً یک جانبه است. در حالی که رابطه «خواهری» که بین دو زن وجود دارد یا رابطه «برادری» که بین دو مرد وجود دارد، دو جانبه است که در منطق به آن «نسبت یا رابطه متشابهه الاطراف» می‌گویند [۱، ص ۷۸]. بنابراین رابطه بین زن و شوهر، از نوع «غیر متشابهه الاطراف» است که این نسبت و رابطه، بعد از تغییر جنسیت زوجین از بین رفته است. بنابراین عقد ازدواج سابق باطل شده و طرفین برای ادامه زندگی با یکدیگر نیاز به عقد ازدواج جدید دارند [۲۱، ص ۱۱۴].

مقتضای قاعده تابعیت عقد از قصد و ماده ۱۹۴ قانون مدنی نیز مبنی بر لزوم توافق و تطابق قصد طرفین درباره نوع عقد و موضوع آن، این است که پس از تغییر جنسیت نکاحی باقی نماند؛ زیرا تحمیل تعهدات زوج بر مرد فعلی و تعهدات زوجه بر زن فعلی امری است که هیچ‌کدام از طرفین آن را قصد نکرده‌اند [۱۲، ص ۱۱۲].

۳- اثر تغییر جنسیت بر مهریه

مهر عبارت از مالی است که به مناسبت عقد نکاح، مرد ملزم به دادن آن به زن می‌شود [۲۰، ص ۱۳۸]. نهاد مهر در حقوق ایران مبتنی بر سنت و مذهب است و نظیر آن را در حقوق غربی نمی‌توان پیدا کرد [۱۸، ص ۱۶۶]. مهر از چنان اهمیتی در نکاح برخوردار است که عدم تعیین آن و حتی شرط سقوط آن موجب سقوط مهر نمی‌شود. به موجب ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی در این موارد طرفین می‌توانند بعد از عقد، مهر را به تراضی معین کنند و اگر قبل از تراضی بر مهر معین بین آنها نزدیکی واقع شود، زوجه مستحق «مهر المثل» خواهد بود. حال چنانچه زن تغییر جنسیت دهد، آیا مستحق مهریه می‌شود یا اینکه با انحلال ازدواج سابق، مهریه منتفی بوده و مرد ملزم به پرداخت آن نخواهد بود؟ در جواب چهار احتمال مطرح و بررسی می‌شوند.

۳-۱- عدم استحقاق مهر

در مورد تأثیر تغییر جنسیت بر مهر یک احتمال این است که پرداخت مهریه چه دخول شده باشد یا نه، مطلقاً لازم نیست. چون حقیقت ازدواج این است که «مهریه» به عنوان عوض در مقابل «کابین زن» یا «بضع» است و تغییر جنسیت موجب انفساخ این معاوضه است پس مهر و عوض به جای اول خودش برمی‌گردد و در وضعیت جدید، زوج تعهدی در مقابل پرداخت مهریه نخواهد داشت [۱، ص ۷۹]. در واقع چنان‌که در سایر عقود با فسخ عقد، عوضین به جای اول خودش برمی‌گردد، در نکاح نیز با انفساخ آن مهر باید به زوج برگردد و چنان‌چه زوج هنوز مهر را نپرداخته باشد، از پرداخت آن بری می‌شود.

در مبحث قبلی بیان شد، تغییر جنسیت موجب انفساخ عقد نکاح نمی‌شود و به فرض که آن پذیرفته شود، توجیه مذکور در فوق برای عدم استحقاق مهر درست نیست. چه آنکه عقد نکاح یک عقد معوض به معنای خاص کلمه نیست؛ یعنی مهر در مقابل بضع و تمکین جنسی زوج نیست تا انفساخ آن ایجاب کند که مهر به مالک آن برگردد بلکه قراردادی مستقل و تبعی در عقد نکاح است و به همین دلیل عدم ذکر آن موجب بطلان نکاح نمی‌شود [۱۶، ص ۱۰۰] (ماده ۱۰۸۷ ق.م.ا). حال آنکه عدم ذکر عوض در عقود معاوضی موجب مجهول شدن عقد و در نتیجه موجب بطلان آن خواهد شد (ماده ۲۱۶ ق.م.ا). بنابراین با تغییر جنسیت یکی از زوجین یا هر دو در لزوم پرداخت مهریه - که قبلاً تعهد شده است - هیچ تغییری ایجاد نمی‌شود.

برخی مؤلفان که تغییر جنسیت را موجب بطلان نکاح از ابتدا می‌دانند، بین صورتی که تغییر جنسیت از سوی زوج باشد یا زوجه قائل به تفصیل شده و در حالت اول، در صورت عدم آمیزش جنسی و در حالت دوم، مطلقاً پرداخت مهر را لازم نمی‌دانند. در حالت اول با بطلان نکاح کشف می‌شود که مهر به دارایی زوجه وارد نشده و دلیلی بر تعلق مهر به زوجه وجود ندارد [۱۲، ص ۱۱۵]. در حالت دوم، وقتی زنی تغییر جنسیت می‌دهد کشف از جنسیت واقعی او می‌شود و ثابت می‌شود که در این فرض، شخص مؤنث در واقع مذکر بوده و ازدواج مذکور بین دو همجنس منعقد شده بود و چون وصلت بین دو همجنس غیرمشروع است، مهری به آن تعلق نمی‌گیرد [۱۲، ص ۱۱۸]. نامبرده در صورت تقاضای تغییر جنسیت از سوی زوج و تحقق آمیزش، زوجه را مستحق مهرالمثل دانسته و در توجیه آن می‌نویسد: «طبق نظریه بطلان نکاح مهر المسمی هیچ وقت به زوجه تملیک نشده است ولی چون با او

آمیزش شده است، به استناد ادله احترام فروج و ماده ۱۰۹۹ قانون مدنی زوج باید مهرالمثل به زوج پرداخت کند» [۱۲، ص ۱۱۵].
در نقد نظریه مزبور می‌توان گفت چنان‌که در مبحث قبلی گذشت، نکاح از زمان تغییر جنسیت باطل می‌شود و اثر قهقرایی ندارد. در نتیجه حق زوج بر مهر که با عقد نکاح ایجاد شده بود، از بین نمی‌رود.

۳-۲- استحقاق تمام مهر

به نظر برخی فقیهان پرداخت کل مهریه، چه دخول شده باشد یا نه، مطلقاً لازم است [۴، ص ۶۲۷؛ ۱۷، ص ۱۱۸]. چنان‌که برخی مؤلفان نوشته‌اند دلیل گروه مذکور می‌تواند این باشد که حقیقت مهریه، یک امر اعتباری و فرع بر اصل و ذات ازدواج است و زوج مالک کل مهریه است و می‌تواند هرگونه تصرفی در آن بنماید و مقتضای قاعده استصحاب این است که مهریه حتی بعد از بطلان عقد به خاطر تغییر جنسیت، به ملکیت زن باقی است و عدم دخول نیز هیچ نقشی در مقدار مهریه ندارد و زن مستحق تمام مهریه می‌باشد؛ زیرا مهریه به مقتضای عقد است و بعد از تغییر جنسیت به مقتضای استصحاب نیز همچنان در ملک زن باقی است و هیچ دلیلی برای الحاق تغییر جنسیت به طلاق در تفصیل دادن بین آمیزش و عدم آن وجود ندارد [۱۶، ص ۱۰۰]. ادله مخصوص طلاق است و شامل فرض تغییر جنسیت نمی‌شود. در نتیجه، تغییر جنسیت در حقوق ثابت‌ه فرد نسبت به قبل مثل مهریه، تأثیری ندارد [۱۷، ص ۱۲۷].

۳-۳- استحقاق تمام مهر در صورت تحقق عمل زناشویی و استحقاق نصف مهر در صورت عدم آن

به نظر برخی در صورت دخول، پرداخت کل مهریه لازم است و الا نصف مهریه لازم است [۱۶، ص ۱۰۳؛ ۲۱، ص ۱۰۹]. دلیل این گروه وجود اخبار معتبره است [۱۶، ص ۱۰۱]. در صحیح ابن سنان از امام صادق (ع) روایت شده است که گفت: «پدرم از آن حضرت درباره مردی پرسید که با زنی ازدواج کرده و این زن هم بر او وارد شده است لکن این مرد با او نزدیکی نکرده تا اینکه او را طلاق داده است. آیا این زن باید عده نگه دارد؟ امام (ع) فرمود هر

گاه با او نزدیکی کند غسل، مهر و عده واجب می‌شوند» [۲۲، ص ۶۵، ج ۱۵]. گرچه در روایت مزبور مورد پرسش عده است، امام (ع) دامنه پاسخ را گسترش می‌دهد و بیان می‌کند که موضوع وجوب هر کدام از مهر، غسل و عده یک چیز است و آن نزدیکی و آمیزش است. گرچه از ظاهر روایت بر می‌آید که واجب بودن اصل مهر به دخول بستگی دارد و لازمه آن این است که اگر جدایی پیش از دخول صورت گیرد، اصل مهر واجب نمی‌شود، اما استنباط مزبور درست نیست. چه آنکه وجوب نصف مهر امری است که در ذهن هر فرد دینداری جای دارد. به ناچار باید مقصود روایات واجب بودن تمام مهر در صورت دخول باشد و نه منتفی شدن اصل مهر [۱۶، صص ۱۰۱ - ۱۰۲].

از قانون مدنی ایران نیز استنباط می‌شود که وجوب کلّ مهریه منوط به دخول است. قانون مدنی در ماده ۱۰۹۲ مقرر می‌کند: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد، زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلاً داده باشد، حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلاً یا قیمتاً استرداد کند». بنابراین چنانچه دخول صورت نگرفته باشد و به واسطه تغییر جنسیت بین زن و شوهر جدایی حاصل شده باشد، پرداخت کل مهریه لازم نخواهد بود بلکه پرداخت نصف مهریه لازم خواهد بود.

مخالفان این نظریه بر این باورند که معیار دخول یا عدم دخول مخصوص طلاق است و چنانچه در احتمال دوم به آن اشاره شد، شامل فرض تغییر جنسیت نمی‌شود. اما پیروان این نظریه در پاسخ به آنها می‌گویند: این ادعا هیچ دلیلی ندارد؛ زیرا ادله در مقام بیان موضوع حکم مهر هستند، بنابراین بهتر است که قائل به تفصیل شویم، به این ترتیب که اگر تغییر جنسیت پس از نزدیکی باشد، تمام مهر واجب است و اگر پیش از نزدیکی باشد، نصف آن و احتیاط آن است که میان دو طرف مصالحه صورت گیرد [۱، ص ۸۰].

به نظر می‌رسد که قائل به تفصیل شدن مورد پذیرش نباشد. چرا که حقیقت مهر یک امر اعتباری و فرع بر اصل و ذات ازدواج است و زوجه مالک کل مهریه است و مقتضای قاعده استصحاب این است که مهریه حتی بعد از بطلان عقد به خاطر تغییر جنسیت، به ملکیت زن باقی است و عدم دخول نیز هیچ نقشی در مقدار مهریه ندارد و زن مستحق تمام مهریه می‌باشد و هیچ دلیلی برای الحاق تغییر جنسیت به طلاق در تفصیل دادن بین آمیزش و عدم آن وجود ندارد؛ زیرا ادله مخصوص طلاق است و شامل فرض تغییر جنسیت نمی‌شود.



۳-۴- عدم استحقاق مهر در صورت تغییر جنسیت زوجه بدون اجازه زوج

در مورد تأثیر تغییر جنسیت بر مهر، احتمال دیگر این است که اگر عمل مزبور از سوی زن و بدون اجازه شوهر باشد، چه دخول شده باشد و چه نشده باشد، مطلقاً چیزی بر شوهر لازم نیست [۱۷، ص ۱۱۸].

دلیل گروه مذکور این است شوهر که اقدام به ازدواج نموده و مهریه را به زوجه می‌پردازد، به این امید و هدف است که همسرش با او زندگی کند [۱، ص ۸۰]. وقتی زن به واسطه تغییر جنسیت، خود را از زوجیت خارج می‌سازد، یک ضرر مالی بر شوهر وارد کرده که ضامن آن است. پس اگر مهریه را دریافت داشته، باید تمام آن را به شوهر مسترد گرداند و اگر دریافت نکرده، حق دریافت آن را ندارد.

این احتمال قابل قبول نیست؛ زیرا با توجه به گفته فقها و نیز براساس ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی، مقتضای عقد ازدواج این است که زن به مجرد عقد، مالک جمیع مهریه می‌شود و فرض هم این است که زن با اقدام به تغییر جنسیت، در حقیقت مالی را از شوهر تلف نکرده است. به‌طور مثال ملکی را تصرف نکرده یا باغی را ویران نساخته بلکه با مجوز شرعی صرفاً تغییری در بدن خود ایجاد کرده است. در نتیجه همان‌طوری که اگر زن از دنیا می‌رفت، مهریه ساقط نمی‌شد، در این فرض نیز مهریه ساقط نمی‌شود.

بنابراین قوی‌ترین وجه، وجه اول است؛ یعنی شوهر به‌طور مطلق باید تمام مهر را بپردازد، چه تغییر جنسیت قبل از دخول انجام شده باشد یا بعد از آن و چه زن از شوهرش اجازه گرفته باشد یا خیر.

۴- اثر تغییر جنسیت بر ارث

فردی که تغییر جنسیت داده است، از والدین خود به چه سهمی ارث می‌برد؟ آیا جنسیت فعلی او ملاک است یا جنسیت قبل از تغییر؟ پدر یا مادری که تغییر جنسیت داده است، از فرزند خویش به چه اندازه‌ای ارث می‌برد؟ آیا جنسیت فعلی او مورد نظر است یا جنسیت قبل از تغییر؟

در مورد ارث‌بردن فرد تغییر جنس داده از والدین خودش، ملاک، جنسیت فرزند در زمان فوت والدین است. اگر یکی از والدین پسر یا دختر تغییر جنس داده بمیرد (مثل پدر یا مادر)،

پسرِ فعلی دو برابر دخترِ فعلی ارث می‌برد و همچنین است در سایر طبقات ارث. پس اگر دختر به جنس پسر، تغییر جنسیت دهد، دو برابر دختر ارث می‌برد و بالعکس. دلیل آن این است که ظاهر ادله شرعیه، مذکر یا مؤنث بودن را در زمان موت مورث معیار قرار داده است. مثل آیه شریفه: «لِلذَّكَرِ مِثْلُ مَثَلِ الْأُنثِيَّيْنَ» (نساء/۱۱). سهم میراث پسر به اندازه سهم دو دختر می‌باشد.

قانون مدنی در ماده ۹۰۷ مقرر می‌کند: «... اگر اولاد متعدد باشند و بعضی از آنها پسر و بعضی دختر، پسر دو برابر دختر می‌برد».

در مورد ارث بردن فرزندان از والدین، اختلافی بین فقها وجود ندارد. تقریباً تمام کسانی که مسأله تغییر جنسیت را مطرح ساخته‌اند، ملاک را جنسیت فعلی در زمان موت مورث مدّ نظر قرار داده‌اند [۱۲، صص ۱۲۶-۱۲۷؛ ۱۶، ص ۱۱۰].

اما در مورد ارث بردن والدین تغییر جنس داده از فرزند خویش، دو نظر مطرح است که به شرح ذیل می‌باشد:

الف- والدین تغییر جنس داده، اصلاً از فرزند خود ارث نمی‌برند و رابطه توارث به‌طور کامل قطع می‌شود [۱، ص ۸۰].

این احتمال بعید است. چون موانع ارث در فقه و قانون مدنی محدود به چهار مانع است که عبارتند از قتل عمد (ماده ۸۸۰ ق.م.)، کفر (ماده ۸۸۱ مکرر ق.م.)، لعان (ماده ۸۸۲ ق.م.) و زنا (ماده ۸۸۴ ق.م.) و به تغییر جنسیت به عنوان یکی از موانع هیچ اشاره‌ای نشده است. بنابراین والدین تغییر جنس داده می‌توانند از فرزند خود ارث ببرند.

ب- والدین از فرزند خود ارث می‌برند. ولی در این رابطه هم دو مبنا وجود دارد:

مبنای اول: ارث بردن به لحاظ زمان انعقاد نطفه

مبنای دوم: ارث بردن به لحاظ خویشاوندی و نزدیکی به میت

این مطلب کاملاً روشن است که نزدیکتر بودن پدر و مادر از لحاظ خویشاوندی به میت با تغییر جنسیت آنان تغییر نمی‌کند. بنابراین دراصل ارث پدر و مادر، حتی پس از تغییر جنسیت، تردیدی نیست؛ زیرا پدر و مادر حاجب کسانی می‌شوند که از لحاظ خویشاوندی با میت در رتبه بعدی قرار دارند [۲۱، ص ۱۱۷].

اما مقدار ارث پدر و مادر را با توجه به این فرض که عنوان سابق، یعنی عنوان پدر یا مادر بر آن دو صدق نمی‌کند، از ظاهر ادله ارث نمی‌توان بهره جست؛ زیرا موضوع مقدار، عناوین پدر یا مادر است و حال آنکه فرض ما بر این است که این عنوان بر آنان صدق نمی‌کند. بنابراین چاره‌ای جز این نیست که گفته شود: مقصود تنها عنوان فعلی نیست، بلکه اعم است تا حکم مقدار ارث، کسی را که از قبل مصداق دو عنوان پدر یا مادر بوده و در حال حاضر به سبب تغییر جنسیت از وی زایل شده است، نیز در برگیرد؛ یعنی اصل استصحاب جاری شود. در نتیجه این سؤال مطرح می‌شود که آیا این دو با توجه به حالتی که میت از آنان متولد شده ارث می‌برند؟ یا به سبب خویشاوندی و نزدیکی به میت؟ [ص ۱۰۷]. این مسأله محل تردید است و مناسبتر آن است که آنها ارث می‌برند و تفاوت این دو در مقدار ارث به لحاظ حالت بسته‌شدن نطفه است و مقتضای اینکه «پدر» وصف کسی است که نطفه از او بوده و «مادر» وصف کسی است که وضع حمل کرده، آن است که ارث آن دو به اندازه یک سوم اختلاف داشته باشد؛ زیرا در این حالت، در صورت نبودن فرزند برای متوفا و عدم حاجب برای مادر، پدر دو سوم و مادر یک سوم ارث می‌برد [ص ۱۷، ۱۲۸]. همچنین طبق نظر برخی فقها احتیاط آن است که هر دو با یکدیگر مصالحه کنند [ص ۶۲۸].

بنابراین با وجود صدق عنوان «پدر» و «مادر» نیازی به استصحاب ارث شخص آن دو، قبل از تغییر جنسیت نیست؛ زیرا اصل عملی وقتی ارزش دارد که دلیل اجتهادی وجود نداشته باشد و با وجود صدق دو عنوان یاد شده، اطلاق ادله ارث شامل آنها می‌شود و استصحاب موضوعیت ندارد چون مجرای اصول، موارد شک است و دراین فرض شک نداریم تا به سراغ استصحاب برویم [ص ۱۷، ۱۲۸].

در نتیجه ارث بردن والدین به لحاظ حالت بسته‌شدن نطفه است و عنوان «پدر» به کسی اطلاق می‌شود که نطفه از آن اوست و این عنوان بعد از تغییر جنسیت نیز تغییر نمی‌کند.

۵- اثر تغییر جنسیت بر عدّه

چنانچه زن تغییر جنسیت دهد، ازدواج سابق باطل می‌شود. حال آیا بلافاصله بعد از تغییر جنسیت می‌تواند ازدواج نماید یا باید عدّه نگه دارد؟ در پاسخ به این سؤال دو احتمال مطرح است:

احتمال اول این است که تغییر جنسیت همانند مرگ و طلاق است و نیاز به عده دارد چون غایت و هدف عده، رعایت حرمت شوهر است [۱، ص ۸۰؛ ۱۶، ص ۱۰۳]. استدلال مزبور در خصوص عده وفات ممکن است درست باشد ولی در خصوص عده طلاق قطعاً منتفی است. چه آنکه حکمت عده در مورد طلاق جلوگیری از اختلاط نسل است [۲۰، ص ۳۰۱] و نه رعایت حرمت شوهر که در بحث ما با توجه به تغییر جنسیت زن احتمال اختلاط نسل منتفی است. احتمال دوم این است که تغییر جنسیت سبب سقوط عده می‌گردد چون حکم عده از احکام مربوط به زنان است و توهم وجود آن برای مردان قابل تصور نیست [۴، ص ۱۲۷]. بنابراین به صرف اینکه زن به مرد تغییر جنسیت پیدا کند از تحت موضوع حکم خارج می‌شود و وجوب نگه‌داشتن عده از عهده وی ساقط می‌شود [۱۶، ص ۱۰۴]. به عبارت دیگر معنا ندارد که با از بین رفتن موضوع، حکم باقی بماند [۱۷، ص ۱۲۰].

ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی که در تعریف عده مقرر می‌دارد: «عده عبارت است از مدتی که تا انقضای آن زنی که عقد نکاح او منحل شده است نمی‌تواند شوهر دیگر اختیار کند» با احتمال دوم سازگار است.

۶- اثر تغییر جنسیت بر ولایت و حضانت کودکان

براساس ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی، برای نگاهداری طفل، مادر تا هفت سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت و براساس ماده ۱۱۸۰ همان قانون، ولایت از آن پدر و جد پدری است. حال چنانچه مادر یا پدر تغییر جنسیت دهد، ولایت و حضانت کودکان چگونه خواهد بود؟ در این فرض دو حالت زیر متصور می‌باشد.

۶-۱- تغییر جنسیت مادر به مرد

در این حالت مادری که تغییر جنسیت داده است، ولایت بر اولاد صغار پیدا نمی‌کند. آن عنوانی که ولایت برای آن ثابت می‌شود، عنوان پدر است که از منی او فرزند به وجود آمده است و عنوان پدر بودن و مادر بودن، از عناوین خاص است که با تغییر جنسیت، این عنوان همچنان باقی است؛ زیرا عنوان «پدر» وصف کسی است که نطفه از او بوده و عنوان «مادر» وصف کسی است که وضع حمل کرده است. کسی که شأن او حامله‌شدن و وضع حمل است، پدر نیست [۱۷، ص ۱۲۵]. چرا که خداوند متعال می‌فرماید: «إن

امّهاتهم إلیّ الّی ولدنهم». مادران آنها تنها کسانی هستند که آنها را به دنیا آورده‌اند (مجادله/۲). بنابراین مادر به محض تغییر جنسیت، پدر نمی‌شود بلکه همچنان عنوان مادر بر او اطلاق می‌گردد.

برخی از فقها نیز در این باره می‌نویسند: «اگر جنس مادر (به مرد) تغییر کند، برای او ولایت بر کودکان ثابت نمی‌شود بلکه ولایت کودکان برای جدّ پدری است و اگر جدّ پدری نداشت، به عهده حاکم شرع است» [۲۱، ص ۱۱۶]. همچنین از مواد ۱۱۸۱، ۱۱۸۲ و ۱۱۸۵ قانون مدنی نیز می‌توان به این نتیجه رسید که ولایت بر عنوان پدر صادق است. برای نمونه ماده ۱۱۸۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: هر یک از پدر و جدّ پدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند.

۶-۲- تغییر جنسیت پدر به زن

در این حالت دو نظر وجود دارد: الف- سقوط ولایت؛ ب- بقای آن. در ذیل به بررسی این دو پرداخته می‌شود:

الف- سقوط ولایت

به نظر برخی فقها چنانچه جنس مرد به جنس مخالف تغییر کند، ظاهر آن است که ولایتش بر کودکان ساقط می‌شود [۴، ص ۶۲۷]. دو دلیل برای این نظر ارائه شده است: دلیل اول: ولایت بر عنوان «اب» یا «پدر» مترتب است و بر این مرد بعد از تغییر جنسیت، عنوان پدر مترتب نیست [۲۱، ص ۱۰۹].

دلیل دوم: ولایت برای پدری ثابت است که باقی بر صفت رجولیت (مرد بودن) باشد و با تغییر جنسیت، این صفت از بین رفته است. بنابراین ولایت او بر کودکان ساقط است. دلیل این دو قید (اب- رجولیت) روایاتی است که در مورد ازدواج پسر نابالغ با دختر نابالغ و نیز وصیت به وصایت مردی در مورد فرزندان و اموالش و موارد دیگر وارد شده است [۱، ص ۸۱].

برای نمونه می‌توان به خبر محمد بن مسلم از امام صادق (ع) اشاره کرد. از امام (ع) در مورد مردی سؤال شد که به مرد دیگر در مورد فرزندان و اموال آنان وصیت کرد و هنگام

وصیت اجازه داد که با آن مال کار کند و سود را بین خود و آنان تقسیم کند. آیا چنین وصیتی نافذ است؟ فرمودند: مانعی ندارد؛ زیرا پدر در حالی که زنده است، در این کار به او اجازه داده است [۲۳، ص ۴۷۸، ج ۱۳]. چنان‌که ملاحظه می‌شود در روایت مزبور، هم به عنوان «مرد» اشاره شده است و هم به عنوان «پدر».

بنابراین وقتی موضوع ولایت، عنوان «اب» یا «جد» در مرد است و با تغییر جنسیت، موضوع از بین رود، ولایت نیز ساقط می‌شود.

ب- بقای ولایت

نظر دیگر این است در صورتی که مرد به جنس مخالف، تغییر جنسیت دهد، این شخص همچنان نسبت به فرزندانش ولایت دارد. چون اولاً بر این مرد که به جنس مخالف تبدیل شده، عنوان «پدر» همچنان صادق است و فرزند او می‌تواند بگوید که این شخص پدر من است که اکنون به جنس مخالف تبدیل شده است. به عبارت دیگر، عنوان اُبوّت یا پدری بر فردی صادق است که فرزند از اسپرم او ایجاد شده است [۲۱، ص ۱۰۹].

برای مثال اگر مرد با همسرش مجامعت کند و سپس مرد برای ابد غایب گردد و فرزندى به وجود آید، شکی نیست که آن مرد، پدر فرزند محسوب می‌شود، در حالی که هیچ نقشی نداشته مگر ادخال منی در رحم مادر بچه و همین مقدار برای صدق عنوان پدر کافی است اگر چه جنسیت او تغییر پیدا کند. ثانیاً، از ادله شرعیه مانند روایات نمی‌توان استظهار کرد که ولایت به حالت «رجولیت» اختصاص دارد بلکه این معنا قابل استظهار است که ولایت برای «پدر» است؛ یعنی آن کسی که در زندگی زناشویی، فرزند از منی او ایجاد شده است. از طرفی بعد از تغییر جنسیت، بقای ولایت به وسیله استصحاب قابل اثبات است و نمی‌توان گفت موضوع تغییر کرده است چون بدیهی است که این شخص همان کسی است که ولایت بر کودکانش برای او ثابت بود و الان استصحاب می‌شود [۸، ص ۸۲].

مسأله حضانت نیز به همین ترتیب خواهد بود؛ یعنی مادر تا هفت سالگی نسبت به حضانت فرزندان خود، اولویت دارد؛ زیرا عنوان «مادر» بعد از تغییر جنسیت همچنان باقی است و تغییر نمی‌کند و بر این زن که به جنس مخالف تبدیل شده، عنوان «مادر» همچنان صادق است.

در بعضی از کشورها ملاک بقا یا سقوط حقوق مذکور، رعایت غبطه و مصلحت طفل است؛ به این معنا که اگر تغییر جنسیت بر کودک آسیب و صدمه جسمی یا روانی وارد نکند، حق باقی است و در غیر این صورت حق ساقط می‌شود [۲۴]. برای نمونه در یک پرونده، دادگاه نیویورک به استناد اظهارات کودک که گفته بود از دیدن پدر تغییر جنسیت داده خود رنج می‌برد، حکم به سقوط حق ولایت، حضانت و ملاقات پدر کرد [۲۵].

در حقوق ایران، فلسفه این حقوق بیشتر حفظ مصلحت کودک است و والدین به این مورد ملزم هستند [۲۰، ص ۱۲۹]. بنابراین اگر تغییر جنسیت اثری سوء نسبت به کودک نداشته باشد و به او آسیبی وارد نکند، دلیلی بر سقوط این حقوق وجود ندارد ولی اگر به کودک صدمه وارد کند، می‌توان به استناد فلسفه وجودی آن، حکم به سقوط حق حضانت یا ولایت دارنده حق کرد؛ همان‌گونه که در ماده ۱۱۸۴ ق.م نیز سلب حق ولایت ولی یا عزل وی پیش‌بینی شده است.

۷- اثر تغییر جنسیت بر حق ازدواج

حق ازدواج از حقوق اساسی هر شخصی محسوب می‌شود و اهمیت آن در سلامت روحی و جسمی انسان غیر قابل انکار است. بنابراین از موضوعات دیگری که در بحث تغییر جنسیت مطرح می‌شود این است که هرگاه ازدواج سابق به موجب تغییر جنسیت باطل گردد، ازدواج مجدد این شخص به چه صورتی خواهد بود؟ آیا از حق ازدواج بهره‌مند می‌شود؟ آیا محدودیتی وجود دارد یا خیر؟ آیا حکم محرمیت همچنان باقی است یا خیر؟ در مورد اشخاصی که تغییر جنسیت داده ولی ازدواج نکرده‌اند، این مسأله به چه صورتی خواهد بود؟

در حقوق برخی کشورها مانند سنگاپور، استرالیا و برخی ایالت‌های آمریکا به حق ازدواج فردی که تغییر جنسیت داده است، تصریح شده است [۶]. حکم محرمیت در غیر زوجین سابق با تغییر جنسیت تغییر نمی‌کند؛ زیرا با وجود باقی‌بودن ملاک انتزاع آن دو - یعنی اشتراک در پدر و مادر - با تغییر جنسیت، عنوان و نسبت شخص تغییر نمی‌کند، مثلاً برادری و خواهری از بین نمی‌رود [۱۷، ص ۱۳۰].

بنابراین تغییر جنسیت برادر و خواهر آنها را از اخوت خارج نمی‌کند و همچنین در عمو، عمه، خاله و دایی در تمام اینها همان‌طور که قبل از تغییر جنسیت ازدواج با آنها حرام بود و

نگاه کردن هریک به دیگری جایز بود، بعد از تغییر جنسیت نیز همان احکام باقی است؛ زیرا ملاک باقی است.

همچنین نسبت به غیر آنها نیز احکام باقی است، به طور مثال همان طوری که ازدواج برادر و خواهر با فرزندان دیگری قبل از تغییر جنسیت حرام می باشد، بعد از تغییر جنسیت نیز ازدواج با آنها حرام است؛ زیرا با تغییر جنسیت از خاله و دایی بودن یا عمو و عمه بودن خارج نمی شوند.

همچنین چنان که ازدواج با دختر خواهر زن و دختر برادر زن، بدون اجازه زن، بر شوهر حرام است، این حکم با تغییر جنسیت دادن خواهر به برادر یا به عکس تغییر نمی کند؛ زیرا دختر آن دو با تغییر جنسیت از عنوان دختر خواهر زن یا دختر برادر زن خارج نمی شوند [۱۷، ص ۱۳۱].

اما در مورد زوجین سابق اینکه ازدواج مجدد آنها با دیگران به چه صورتی خواهد بود و آیا محدودیتی وجود دارد یا خیر، دارای صور مختلفی است که در ذیل بررسی می شود.
اول: هر گاه مادر جنس خود را تغییر دهد و به مرد تبدیل شود، ازدواج او با پسرانش قابل تصور نیست؛ زیرا مرد نمی تواند با مرد ازدواج کند ولی آیا ازدواج او با دخترانش جایز است یا خیر؟

در پاسخ باید گفت، چنین ازدواجی جایز نیست؛ زیرا موضوع حرمت، ازدواج با دختر است و این بعد از تغییر جنسیت دادن مادر و تبدیل شدن به مرد نیز صادق است؛ زیرا دختران اولاد مرد جدید هستند و به ضرورت دین، ازدواج با آنها حرام است.
علاوه بر این عموم آیه «حرمت علیکم أمهاتکم و بناتکم...» (نساء/۲۳) نیز این مورد را فرا می گیرد و می توان برای اثبات حرمت ازدواج به آن استدلال کرد؛ زیرا «بناتکم» در آیه، شامل مرد جدید نیز می شود. در نتیجه ازدواج با آنها بر مرد جدید حرام است.

دوم: هرگاه جنس پدر تغییر کند و به زن تبدیل شود، ازدواج او با پسرانش به ضرورت و تنقیح مناط قطعی حرام است و ذکر نشدن آن در ادله، مانع حرمت آن نیست [۱۷، ص ۱۳۲].
سوم: اگر جنس مادر تغییر کند و به مرد تبدیل شود، پیداست که ازدواج او با حلیله پسرش (همسر پسرش) حرام است؛ زیرا عموم آیه ای که ازدواجهای حرام را بیان می کند او را نیز در برمی گیرد، به این دلیل که ضمیر در آیه «...و حلالل ابنائکم» فردی را که تازه جنسیت مرد پیدا کرده است، نیز شامل می شود. علاوه بر آن اصل استصحاب نیز بر حرام بودن

ازدواج با حلیله پسر حکم می‌کند؛ زیرا دست کم عموم دلیلی که بر حرام بودن حلیله پسر دلالت می‌کند، اجمال دارد و این اجمال به عموم «احل لکم ما وراء ذلکم» نیز جریان پیدا می‌کند. بنابراین دلیل اجتهادی بر جایز بودن ازدواج با حلیله پسر وجود ندارد. پس نوبت به استصحاب می‌رسد و مقتضای آن این است که پس از انشای عقد، نباید به عموم «احل لکم ما وراء ذلکم» ترتیب اثر داد. در نتیجه ازدواج با حلیله پسر حرام است [۱۶، ص ۱۱۴].

۸- نتیجه‌گیری

در اکثر نظامهای حقوقی و نیز طبق نظر مشهور فقها، تغییر جنسیت در صورتی که از لحاظ پزشکی ضرورت تشخیص داده شود، مجاز می‌باشد. متعاقب این امر، یک سری پیامدهای حقوقی بر آن مترتب می‌باشد که به شرح ذیل است:

نکاح از زمان تغییر جنسیت باطل است چون امکان بقای ازدواج وجود ندارد و ازدواج مرد با مرد یا زن با زن از نظر فقه شیعه و قانون مدنی مشروع نیست. البته بطلان نکاح اثر قهریابی نداشته و در حقوق ثابتة فرد نسبت به قبل تأثیری ندارد.

در مورد مهر، شوهر به‌طور مطلق باید تمام آن را بپردازد، چه تغییر جنسیت قبل از دخول انجام شده باشد یا بعد از آن و چه زن از شوهرش اجازه گرفته باشد یا خیر.

در مورد ارث، در صورتی که تغییر جنسیت از سوی فرزندان باشد، میزان ارث براساس جنسیت فعلی می‌باشد ولی در صورتی که تغییر جنسیت از سوی والدین باشد، میزان براساس جنسیت آنها در زمان انعقاد نطفه خواهد بود. به عبارت دیگر عنوان پدر بر کسی اطلاق می‌شود که نطفه از آن اوست و عنوان مادر بر کسی اطلاق می‌شود که وضع حمل می‌کند و این عناوین بعد از تغییر جنسیت نیز تغییر نمی‌کند. پس میزان ارث والدین براساس همان حالت قبل از تغییر جنسیت می‌باشد.

در مورد عدّه از آنجا که حکم عدّه از احکام مربوط به زنان است و توهم وجود آن برای مردان قابل تصور نیست، نیازی به نگه داشتن عدّه نیست و این با کلام فقهای امامیه و قانون مدنی سازگار است.

ولایت فرزندان بعد از تغییر جنسیت همچنان از آن پدر می‌باشد؛ زیرا عنوان پدر بعد از تغییر جنسیت تغییر نمی‌کند و بر این مرد که به جنس مخالف تبدیل شده، عنوان پدر همچنان صادق است. حضانت فرزندان نیز بعد از تغییر جنسیت تا سن هفت سالگی همچنان از آن

مادر می‌باشد؛ زیرا عنوان مادر بعد از تغییر جنسیت تغییر نمی‌کند و بر این زن که به جنس مخالف تبدیل شده، عنوان مادر همچنان صادق است.

حق ازدواج از حقوق اساسی هر شخصی محسوب می‌شود و اهمیت آن در سلامت روحی و جسمی انسان غیرقابل انکار است. بنابراین شخص بعد از تغییر جنسیت نیز می‌تواند از تمامی حقوق مترتب بر جنسیت جدید خود که یکی از آنها حق ازدواج می‌باشد، بهره‌مند شود و با لحاظ رعایت محرمانه با جنسیت مخالف خود ازدواج کند.

۹- منابع

- [۱] کریمی نیا م.م؛ تغییر جنسیت از منظر فقهی و حقوقی؛ معرفت، ش ۳۶، ۱۳۷۹.
- [۲] دینانی ع؛ حقوق خانواده؛ چ ۱، تهران: امید دانش، ۱۳۷۹.
- [۳] باریکلو ع؛ وضعیت تغییر جنسیت؛ اندیشه‌های حقوقی؛ ش ۵، زمستان ۱۳۸۲.
- [۴] موسوی خمینی س.ر؛ تحریر الوسیله؛ ج ۲، قم: اسماعیلیان، بی‌تا.
- [۵] صانعی ی؛ استفتائات قضایی؛ چ ۲، ج ۲، میزان، ۱۳۸۴.
- [6] Susan's Place Transsexualism; Legal aspets of transsexualism: online on <http://wiki.susans.org/>
- [۷] حر عاملی ش.م؛ وسایل الشیعه؛ ج ۲۶، قم، مؤسسه آل‌بیت، ۱۴۱۲ ه. ق.
- [8] safavi_z@yahoo.com (1385/2/30)
- [9] www.baztab.ir/news (1386/2/3)
- [10] EnglishVersion of the Belgian Bill on Transsexualism: online on [www.trans- action.org](http://www.trans-action.org)
- [11] Av.M.Canan Arin, Family Law. [www.seeline-project.net / family law](http://www.seeline-project.net/family-law)
- [۱۲] باریکلو ع؛ آثار حقوقی تغییر جنسیت؛ فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۸، ش ۳، ۱۳۸۳.
- [۱۳] کاتوزیان ن؛ قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی؛ چ ۱۶، میزان، ۱۳۸۶.
- [14] www.gid.org.ir/GID-Fatvaemarje.htm
- [۱۵] شهیدی م؛ تشکیل قراردادها و تعهدات؛ ج ۱، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.



- [۱۶] مؤمن م؛ تغییر جنسیت؛ فقه اهل بیت، س ۲، ش ۷، ۱۳۷۵.
- [۱۷] خرازی م؛ تغییر جنسیت؛ فقه اهل بیت، ش ۲۳، ۱۳۷۹.
- [۱۸] صفایی س.ح.، امامی س.ح.؛ حقوق خانواده؛ ج ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۵.
- [۱۹] طباطبایی س.ع.؛ ریاض المسائل؛ ج ۱۰، چ ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۶ ه.ق.
- [۲۰] کاتوزیان ن؛ حقوق خانواده؛ ج ۱، چ ۳، تهران: شرکت انتشار، ۱۳۷۷.
- [۲۱] مؤمن ش.م.؛ کلمات سدیده فی مسائل جدید؛ قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵ ه.ق.
- [۲۲] حر عاملی م.ح.؛ وسایل الشیعه؛ ج ۱۵، قم: مؤسسه آل بیت، ۱۴۱۲ ه.ق.
- [۲۳] حر عاملی م.ح.؛ وسایل الشیعه؛ ج ۱۳، قم: مؤسسه آل بیت، ۱۴۱۲ ه.ق.
- [24] [www.geocities.com / Wallstreet / Bank / pafaq.htm](http://www.geocities.com/Wallstreet/Bank/pafaq.htm)
- [25] Mary E.; Legal aspect of transsexualism; 1988 J2cp Information Services.