

# آثار حقوقی تغییر جنسیت

علی رضا باریکلو

استادیار دانشگاه تهران

تاریخ پذیرش: ۸۲/۵/۲۲

تاریخ دریافت: ۸۲/۸/۱۴

## چکیده

یکی از عوامل مهم که در تمتع یا عدم تمتع شخص از بعضی از حقوق مؤثر است، جنسیت است. بنابراین، اگر شخصی اقدام به تغییر جنسیت کند لازم است بررسی شود که این موضوع چه اثری بر حقوق او خواهد گذاشت.

حقوق چنین شخصی ممکن است، حقوق قراردادی و یا غیر قراردادی باشد. در مورد اثر تغییر جنسیت بر حقوق قراردادی باید دید تغییر جنسیت چه اثری بر قرارداد خواهد گذاشت. برای بررسی اثر تغییر جنسیت بر قرارداد به نقش جنسیت در قرار داد توجه شود؛ اگر نوع جنسیت در انعقاد قرارداد نقش اساسی داشته باشد با تغییر جنسیت کشف می‌شود که قرارداد از ابتدا باطل است، ولی اگر جنسیت نقش شرطی و فرعی ایفا کند، قرارداد باقی و حقوق ناشی از آن نیز محفوظ است و طرف دیگر می‌تواند آن را فسخ کند.

تغییر جنسیت نسبت به حقوق مکتسب غیر قراردادی، که شخص بر مبنای جنسیت سابق کرده، مشروط بر اینکه جنسیت سابق در بقای آن نقش اساسی نداشته باشد، اثری ندارد. علاوه بر این، شخص از حقوق مربوط به جنسیت جدید متمتع است و می‌تواند آن را استیفا کند.

در این مقاله، آثار حقوقی تغییر جنسیت بر طبق قواعد حقوقی ایران و فقه اسلامی مورد بررسی قرار گرفته است.

**کلید واژه‌ها:** قرار داد، نکاح، اثر، حقوقی، حق، تغییر جنسیت

## ۱- مقدمه

پیشرفتهای سریع علم پزشکی در چند دهه اخیر موجب بروز موضوعات و مسائل حقوقی‌ای شده که در گذشته سابقه نداشته است. روند تحولات چنان سریع و شتابان است که هنوز حقوقدانان و صاحب‌نظران، در فکر تحلیل و بررسی حقوقی موضوعی هستند که علم پزشکی، موضوع جدید دیگری را فرا روی آنها قرار می‌دهد. به عنوان مثال پیوند اعضا، تلقیح مصنوعی، اجاره رحم و تغییر جنسیت، هر کدام آثاری حقوقی دارند که بسیاری از جنبه‌های آن هنوز به‌طور کامل روشن نشده است. مثلاً اگر در گذشته حکم می‌شد که افراد خنثی<sup>۱</sup> باید در گوشه‌ای قرار گیرند و نباید از حق ورود به اجتماع مردان یا زنان متمتع گردند، امروز در پرتو پیشرفتهای علم پزشکی، خصوصاً پیوند اعضا، متخصصان موفق شده‌اند این افراد را به یکی از دو جنس مذکر یا مؤنث ملحق کنند و از انزوای اجتماعی و محرومیت از بیشتر حقوق مدنی، که جنسیت و مشخص بودن آن به نوعی در تمتع یا استیفاء آن مؤثر است، نجات دهند. علاوه بر این، متخصصان علم پزشکی تاکنون توانسته‌اند افرادی را که دارای علائم جنسی بدنی یک جنس ولی گرایشهای جنسی جنس مخالف هستند<sup>۲</sup> نیز درمان کنند و گرایشهای جنسی روان آنان را از طریق هورمون درمانی با علائم بدنی منطبق سازند و یا در صورت عدم انطباق، علائم جنسیتی بدن را از طریق جراحی برداشته، علائم مصنوعی جنسیتی را که روان شخص با آن منطبق است در بدن او ایجاد کنند که بعضی از این گروه به خنثی روانی<sup>۳</sup> تعبیر کرده‌اند[۱].

در حقوق اسلام، هر چند سابقه تغییر جنسیت، به زمان حکومت حضرت امیرالمؤمنین (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[۲، صص ۲۸۷-۲۸۶] ولی در فقه اسلامی و حقوق ایران در مورد آثار و پیامدهای حقوقی آن چندان تحقیق نشده است و از لحاظ قانونی نیز قانون خاصی درباره شرایط مشروعیت یا آثار حقوقی آن تصویب نشده است، در حالی که در بسیاری از کشورهای پیشرفته، از جمله ترکیه که در همسایگی ایران قرار دارد در این زمینه مقررات خاصی وضع شده است[۳].

1. heterosexual

2. transsexual

3. psychological hermaphroditism

بنابراین، با توجه، به فقدان نص قانونی و اهمیتی که در جنسیت تمتع از حقوق یا استیفای آن دارد، ضروری است آثار و پیامدهای حقوقی تغییر جنسیت طبق قواعد و اصول عام حقوقی مورد بررسی قرار گیرد. شخص تغییر جنسیت داده، ممکن است قبل از عمل تغییر، قراردادی را که جنسیت در آن مؤثر است منعقد و یا حقوقی را که جنسیت سابق در تمتع یا استیفای آن دخالت داشته، کسب کرده باشد و یا ممکن است قصد انعقاد قراردادی بر مبنای جنسیت جدید یا استیفای حقوقی را به اعتبار آن کند که لازم است تمام این موضوعات با توجه به جنسیت جدید مورد بررسی قرار گیرد.

بنابراین، در این مقاله، آثار تغییر جنسیت بر قراردادهای شخص قبل از تغییر جنسیت، حقوقی که قبل از آن بر مبنای جنسیت پیشین کسب کرده، وضعیت او بعد از تغییر جنسیت و اینکه بر مبنای جنسیت جدید چه حقوقی را می‌تواند استیفای کند بررسی شده است.

## ۲- اثر تغییر جنسیت بر قرارداد

اگر شخصی بعد از انعقاد قراردادی که جنسیت به نوعی در آن مؤثر است، و یا قراردادی که طرف مقابل با لحاظ جنسیت سابق با او منعقد کرده، تغییر جنسیت دهد، باید دید که تغییر جنسیت چه اثری بر قرارداد مذکور خواهد گذاشت: آیا قرارداد با وجود تغییر جنسیت باقی است یا به دلیل انتفای جنسیت مشروط و مورد نظر، عقد منفسخ می‌شود یا کشف می‌گردد که طرف یا طرفین در اشتباه از وضعیت جنسیت همدیگر بوده‌اند و قرارداد به دلیل اشتباه در جنسیت باطل است. این موارد، احتمالاتی است که مورد بررسی قرار می‌گیرد.

به نظر می‌رسد، بر مبنای قواعد و اصول حقوقی، نمی‌توان برای تمام قراردادهای شخص تغییر جنسیت داده حکم واحدی صادر کرد، بلکه با توجه به نقشی که جنسیت در چنین قراردادی از دیدگاه عرف دارد، می‌توان آن را به دو گروه یا نوع تقسیم کرد:

نخست قراردادی که جنسیت شخص، به عنوان شرط وصف یا صفت او در قرارداد لحاظ شده است. دوم قراردادی که از دیدگاه عرف، جنسیت به عنوان یک ماهیت عرفی در آن نقش ایفا کرده است، مانند قرارداد نکاح که نقش جنسیت در این قرارداد، اساسی یا تشکیل‌دهنده ماهیت عرفی موضوع قرارداد است. در نتیجه باید اثر تغییر جنسیت بر هر کدام از این دو نوع قرارداد جداگانه بررسی شود.



## ۱-۲- وصف یا شرط بودن جنسیت

در قرارداد شخص تغییر جنسیت داده، جنسیت سابق او ممکن است به عنوان شرط یا وصف او لحاظ گردد، مانند آنچه در قرارداد استخدام جنسیت مؤنث برای کودکان یا خدمت در بخش زنان بیمارستان و سایر موارد مشاهده می‌شود که عرفاً وجود جنسیت مشروط مطلوب است، ولی به عنوان ماهیت عرفی قرار داد یا وصف اساسی آن، به گونه‌ای که با انتقای جنسیت، موضوع قرارداد منتقی نمی‌شود؛ زیرا در این‌گونه موارد آنچه مقصود اساسی و اولیه است، انجام خدمات موضوع قرارداد است ولی انجام آن توسط جنسیت شرط شده، مطلوب‌تر است. اگر در این موارد شخص متعهد اقدام به تغییر جنسیت کند، چون انجام عمل موضوع قرارداد توسط شخص متعهد ممکن است، قرارداد باطل یا منفسخ نمی‌گردد؛ زیرا همان‌گونه که اثبات شده است [۴، ص ۳۶]. انفساخ قرارداد زمانی موجه است که در دوران یا مدت ضمان معاوضی متعهد، انجام تعهد غیرممکن یا عوض قرارداد تلف گردد، در حالی که در قرارداد مورد بحث، با وجود تغییر جنسیت، انجام عمل و پرداخت دستمزد آن ممکن است و دلیلی بر انفساخ یا بطلان قرارداد وجود ندارد، ولی چون جنسیت طرف به عنوان وصف متعهد یا شرط، در قرارداد لحاظ شده و با تغییر جنسیت، وصف یا شرط مذکور منتقی گردیده، اگر بقای وصف مذکور برای متعهد، له دارای منفعت عقلایی مشروع است، او می‌تواند به استناد خیار تخلف وصف یا شرط، قرارداد را فسخ کند، همان‌گونه که در سایر موارد تخلف وصف یا شرط، صاحب‌نظران [۵، ص ۳۲۰، ۶، ص ۲۹۲] معتقدند: تخلف وصف یا ممتنع شدن شرط، موجب پیدایش حق فسخ برای مشروط، له می‌شود و در مواد ۲۳۵ و ۲۳۹ قانون مدنی نیز این حق متعهد، له لحاظ شده است. ولی اگر وجود وصف جنسیت برای متعهد له دارای منفعت نباشد یا منفعت آن نامشروع باشد، مشروط له حق فسخ قرارداد را نخواهد داشت؛ زیرا فلسفه دادن حق خیار به طرف قرارداد، همان‌طور که اثبات شده است [۷، ص ۷۸] پیشگیری از ورود ضرر آینده است و در این فرض، ضرر مشروعی قابل تصور نیست که شخص با اعمال حق فسخ بخواهد از وقوع آن جلوگیری کند.

بنابراین، اگر در قرارداد سابق شخص تغییر جنسیت داده، جنسیت سابق او عرفاً به عنوان وصف یا شرط لحاظ شود، تغییر جنسیت او اثری بر قرارداد نخواهد داشت، ولی اگر بقای جنسیت سابق برای مشروط له دارای منفعت عقلایی مشروع است، می‌تواند به استناد خیار تخلف وصف یا شرط قرارداد را فسخ کند؛ اما اگر بقای وصف از دیدگاه عقلاً فاقد

منفعت مشروع است، نمی‌تواند قرارداد را فسخ کند و قرارداد با جنسیت جدید متعهد باقی خواهد ماند.

## ۲-۲-۲- اساسی بودن جنسیت

ممکن است در قراردادی، جنسیت طرفین نقش اساسی ایفا کند و نقش آن عرفاً طوری تلقی شود که اگر جنسیت مورد نظر نبود، قرارداد منعقد نمی‌شد، مانند قرارداد نکاح که ضرورتاً در نزد تمام اقوام و ملل و نظامهای حقوقی معاصر، جنسیت طرفین قرارداد، نقش اساسی در صحت آن ایفا می‌کند. بنابراین، لازم به بررسی است که مثلاً اگر طرفین عقد نکاح یا یکی از آنها اقدام به تغییر جنسیت کند، این تغییر، چه اثری بر نکاح خواهد گذاشت. شایان ذکر است که علم پزشکی تاکنون موفق شده خنثی را به یکی از دو جنس مذکر یا مؤنث ملحق سازد و همچنین مخت (شخصی که علائم جنسی بدنی یک جنس ولی تمایلات جنس روانی جنس مخالف را دارا است) تغییر دهد تا علائم جنسیتی بدن او با تمایلات جنسی روانیش منطبق و موافق شود. بنابراین، اگر خنثی یا مخت، بعد از ازدواج، اقدام به تغییر جنسیت خویش کند و خود را به جنسیت مخالف اظهار شده در نکاح، ملحق سازد، باید بررسی کرد که تغییر مذکور چه تأثیری بر نکاح سابق خواهد گذاشت. در مورد تأثیر تغییر جنسیت بر نکاح دو نظریه ابراز شده است که مورد بحث قرار می‌گیرد:

## ۲-۲-۱- نظریه انفساخ نکاح

درباره اثر تغییر جنسیت بر وضعیت حقوقی نکاح، یک نظر این است که با تغییر جنسیت یکی از طرفین عقد، نکاح منفسخ می‌شود، زیرا با وجود تغییر جنسیت، ادامه نکاح ممکن و مشروع نیست [۸، ص ۱۱۵]. علاوه بر این، در عقد نکاح، اختلاف واقعی جنسیت طرفین در تمام مدت نکاح، شرط صحت و بقای عقد است و بنابراین، اگر در خلال مدت عقد شرط مذکور منتفی گردد، عقد منفسخ می‌شود.

با وجود این، در صورت تغییر همزمان جنسیت زوج و زوجه، بعضی [۹، ص ۶۲۷] بقای عقد نکاح را بعید و غیرمنطقی ندانسته و معتقدند: اگر زوجین همزمان تغییر جنسیت دهند بقای قرارداد دور از انتظار نیست، هر چند نزدیکتر به احتیاط این است که آن دو با هم مجدداً ازدواج کنند و زوجه فعلی حق ازدواج با دیگری را ندارد مگر اینکه بین او و زوج فعلی طلاق به اذن هر دو یا به تراضی منعقد گردد.



در توجیه این نظریه اظهار [۸، ص ۱۰۷] شده است: حقیقت نکاح چیزی غیر از اعتبار زوجیت طرفین نسبت به همدیگر نیست، ولی چون هر کدام از طرفین ویژگی تکوینی و طبیعی خاصی دارند، بر هر کدام احکام خاصی مترتب شده است. در نتیجه، وقتی هر دو همزمان تغییر جنسیت دهند، چون بقای زوجیت اعتباری، امری ممکن است و دلیلی بر منتفی شدن آن به وسیله تغییر جنسیت وجود ندارد، مقتضای استصحاب، بقای نکاح آن دو است.

البته در این توجیه می‌توان مناقشه کرد، زیرا عنوان شوهر بودن زوج و همسر بودن زوجه در عقد نکاح و نقش و تعهدی که هر یک انجام می‌دهند، یک نوع عنوان اعتبار صرف و بدون خصوصیت و ویژگی شخص متعهد یا زوج و زوجه نیست که با تغییر جنسیت بتوان اعتبار مذکور را استصحاب کرد، بلکه با توجه به تعهدات متفاوت هر یک از طرفین و موضوعیت داشتن شرایط و ویژگی شخص هریک از طرفین برای طرف دیگر، می‌توان گفت که تفاوت آن دو ذاتی و واقعی است و اقتضای قاعده تابعیت عقد از قصد و ماده ۱۹۴ قانون مدنی، 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 هیچ کدام از طرفین قصد آن را نکرده‌اند. علاوه بر این، همان گونه که اظهار شده است [۸، ص ۱۱۴]: حقیقت نکاح، اعتبار زوجیت صرف نیست، بلکه اعتبار شوهر بودن مرد در زمان انعقاد عقد برای زوجه و همسر بودن زن در زمان انعقاد نکاح برای مرد است که با تغییر جنسیت، مسلم است زوج سابق نمی‌تواند شوهر و زوجه سابق دیگر نمی‌تواند زوجه و همسر باشد و در نتیجه، امکان استصحاب بقای نکاح وجود ندارد.

توجه دیگر که می‌توان به استناد آن این نظریه را تقویت کرد، این است که چون در زمان انعقاد نکاح، طرفین ظاهراً دارای جنسیت مخالف هم بوده‌اند، با توجه به حجیت ظواهر، دلیلی بر بطلان نکاح وجود ندارد و نکاح در مرحله انعقاد، صحیح منعقد گردیده 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، همان گونه که در سایر عقود مستمر، مانند اجاره (ماده مدنی ۴۸۱ قانون مدنی) انتفای موضوع قرارداد در خلال مدت آن یکی از موجبات انفساخ عقد محسوب شده است.

این توجیه در مورد نکاح خنثی ضعیف است؛ زیرا وضع خنثی، ظاهر در این است که دارای علائم جنسیتی دو جنس است و بر مبنای اماره غالب بودن علامت جتسیت یک جنس بر دیگری، اقدام به ازدواج کرده است. با تغییر جنسیت، معلوم می‌شود که علائم جنسیتی

جنسیت جدید در خنثی غالبتر بود و در زمان وقوع عقد، در تعیین و تشخیص علائم جنسیت غالب اشتباه شده است که چنین اشتباهی موجب بطلان عقد می‌گردد؛ 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، همان‌گونه که اظهر [۸۰، ص ۱۷۸] شده، موجب بطلان قرارداد می‌شود. در نتیجه، در این مورد نمی‌توان به استناد حجیت ظواهر، نکاح را از ابتدا نافذ شمرد.

ولی در مورد مخنث یا خنثی راوانی چون در بدن او علائم جنسی یک جنسیت وجود دارد و ظاهر در این است که علائم معرف جنسیت شخص هستند، عرفاً اشتباهی محقق نشده است و می‌توان توجیه کرد که نکاح در زمان انعقاد صحیح منعقد شده است و با تغییر جنسیت منفسخ می‌شود.

اما در این وجه نیز می‌توان مناقشه کرد، زیرا متخصصین تشخیص جنسیت تنها علائم جنسی ظاهری و بدنی را برای تعیین جنسیت کافی نمی‌دانند، بلکه تا سال ۱۹۷۰ علائم ظاهری از قبیل آلت تناسلی و داخلی مانند تخمدان و رحم و کروموزوم شخص و نیز گرایشهای جنسی روان او را مؤثر می‌دانستند، ولی از این تاریخ به بعد، علاوه بر عناصر مذکور، شکل مغز انسان را نیز در تعیین جنسیت او دخیل می‌دانند [۱۱].

بنابراین، با توجه به نظر متخصصین، این وضع نیز تا حدودی نوعی کشف جنسیت محسوب می‌گردد و مشکل می‌توان نکاح را از ابتدا صحیح تلقی کرد و تغییر جنسیت را موجب انفساخ آن شمرد.

## ۲-۲-۲- نظریه کشف بطلان نکاح

نظریه دیگر، در مورد تأثیر تغییر جنسیت بر نکاح، عبارت از این است که تغییر جنسیت موجب معلوم شدن فقدان شرط اساسی صحت نکاح در زمان انعقاد عقد می‌شود و در نتیجه، کشف از بطلان نکاح می‌کند؛ زیرا همان‌گونه که صاحب‌نظران [۱۲، ص ۵۰، ۱۳، ص ۳۶] معتقدند: اختلاف واقعی جنسیت طرفین عقد نکاح، شرط صحت قرارداد است و در نتیجه، اگر معلوم گردد که این اختلاف واقعی نیست، بلکه ظاهری است، معلوم می‌شود که ازدواج بین دو جنس مخالف منعقد نشده، بلکه بین دو همجنس منعقد شده که چنین نکاحی به دلیل روشن عقلی باطل است. همان‌گونه که بر مبنای لزوم این شرط، بعضی [۱۴، ص ۴۴] معتقدند: خنثای مشکل حق ازدواج و انتخاب همسر ندارد چون جنسیت او معلوم و مشخص نیست.

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 صحیحاً منعقد نمی‌گردد. در نتیجه، زمان تغییر جنسیت معلوم می‌شود که جنسیت طرفین قرارداد واقعاً اختلاف نداشته و نکاح باطل است. این نظریه در مورد نکاح خنثی موجه است، زیرا اگر خنثی طبق غالب بودن علائم ظاهری جنسیتی اقدام به ازدواج کند و بعد پزشک متخصص او را به جنس دیگری ملحق سازد، روشن می‌شود که او در تشخیص علائم غالب اشتباه کرده و نکاح او به دلیل اشتباه در تشخیص جنسیت خویش باطل است، همان‌طور که حضرت امیر (ع) [۱] در پرونده مربوط به نکاح شخصی با پسر عمویش، حکم به جدایی آن دو از هم کرد شخص را به مردان ملحق ساخت در حالی که اگر نکاح نافذ بود، حضرت (ع) موضوع مهر و سایر مسائل حقوقی قابل رسیدگی را مورد توجه قرار می‌دادند.

ولی در مورد خنثی روانی یا مخنث، که بعد از ازدواج اقدام به تغییر جنسیت کرده باید دید که این عمل واقعاً تغییر جنسیت است یا این نیز به نوعی کشف جنسیت محسوب می‌گردد؟ آنچه تحقیقات و بررسیهای علمی از اظهارات این افراد نشان می‌دهد، این است که آنها از ابتدای دوران بلوغ مشکل جنسی داشته و در جنسیت سابق احساس آرامش و اطمینان نمی‌کرده‌اند [۱۵]. به همین جهت، دادگاه عالی کانزاس، در مارس ۲۰۰۱، ازدواج جی نوئل گاردینر<sup>۱</sup> را به دلیل اینکه مفهوم جنسیت مؤنث شامل او نمی‌شد، باطل اعلام کرد [۱۶].

بنابراین، تغییر جنسیت این افراد نیز به نوعی کشف جنسیت است و به استناد وجوه پیشین، نکاح این گروه نیز باطل است. در نتیجه، به نظر می‌رسد با توجه به شرط اساسی اختلاف واقعی جنسیت طرفین برای صحت نکاح، این نظریه با قواعد و اصول حقوقی مطابقت است.

### ۳- اثر تغییر جنسیت بر مهر

مهر مالی است که در ضمن نکاح از طرف زوج به زوجه تملیک می‌شود. اهمیت موضوع مهر در این بحث به این خاطر است که از یک طرف مبلغ آن، غالباً بسیار سنگین و زیاد است و از طرف دیگر، زوج این مال را به عنوان زوجیت دائم به زوجه تملیک می‌کند و اگر بداند مدت زوجیت، موقت و کوتاه است، چنین مهر سنگینی را تملیک نمی‌کند، همان‌گونه که در نکاح منقطع مبلغ مهر نسبت به نکاح دائم بسیار ناچیز و اندک است. بنابراین، با توجه به اهمیت موضوع، سؤالی که مطرح می‌شود، این است که آیا با وجود تغییر جنسیت و انفساخ یا بطلان

نکاح، زوج سابق ملزم به پرداخت مهر به زوجه سابق است و یا با انفساخ یا بطلان نکاح تعهد زوج نیز منفسخ یا باطل می‌گردد. در این مورد باید دو فرض تغییر جنسیت زوج و تغییر جنسیت زوجه را جداگانه بررسی کرد.

### ۱-۳- تغییر جنسیت زوج

اگر شخصی که ظاهراً دارای علائم جنسی مذکر بوده، اعم از خنثی یا مخنث، بعد از ازدواج با جنسیت مؤنث، بنابه تشخیص پزشکان که به جنسیت مؤنث بیشتر تعلق دارد اقدام به تغییر جنسیت خود کند، طبق نظریات پیشین، نکاح او منفسخ یا باطل است و زوجه از عقله زوجیت او آزاد می‌گردد، ولی آیا او موظف است تمام مهرالمسمی یا نصف آن را به زوجه سابق پرداخت کند؟ آنچه با قواعد و اصول حقوقی مطابقت بیشتری دارد این است که باید در این مورد نیز دو فرض را جداگانه بررسی کرد:

نخست اینکه چنین شخصی بعد از آمیزش تغییر جنسیت دهد. در این صورت زوجه مستحق دریافت تمام مهر است، ولی بر مبنای نظریه بطلان عقد نکاح، او مستحق دریافت مهرالمثل است و بر مبنای نظریه انفساخ عقد نکاح، مستحق دریافت مهرالمسمی است، زیرا طبق نظریه بطلان نکاح، مهرالمسمی هیچ‌وقت 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 زوجه پرداخت کند و او نیز حق دارد تمام مهرالمثل را از زوج سابق دریافت دارد.

بر مبنای نظریه انفساخ نکاح، چون نکاح تا زمان تغییر جنسیت نافذ است، مهرالمسمی به ملکیت زوجه وارد شده و با آمیزش، تمام آن در ملکیت او مستقر گشته است و انفساخ نکاح نیز موجب خروج مهر از دارایی زوجه نمی‌شود، بنابراین، او حق دارد تمام مهرالمسمی را از زوج سابق مطالبه کند.

دوم اینکه زوج قبل از آمیزش تغییر جنسیت دهد. بر مبنای نظریه بطلان نکاح، زوجه حق دریافت مهر را ندارد، زیرا با بطلان نکاح کشف می‌شود که مهر به دارایی زوجه وارد نشده و دلیلی بر تعلق مهر به زوجه وجود ندارد؛ چون ماده ۱۰۹۹ قانون مدنی و سایر ادله احترام فروج، که دلالت بر لزوم پرداخت مهرالمثل دارد، ناظر بر موردی است که با زوجه آمیزش شده و از این مورد منصرف است. در نتیجه، بر مبنای نظریه بطلان نکاح، زوجه حق دریافت مالی را به عنوان مهر از زوج ندارد.



بر مبنای نظریه انفساخ عقد نکاح در زمان تغییر جنسیت، یک نظر [۹، ص ۶۲۷] این است که او مستحق دریافت تمام مهرالمسمی است. در توجیه این نظر، اظهار [۱۷، ص ۱۰۰] شده است: مهر به عنوان عوض در نکاح نیست که با انفساخ نکاح، آن نیز به زوج برگردد و از دارایی زوجه خارج شود، بلکه مهر به عنوان شرط ضمن عقدی است که در ضمن نکاح بر زوج شرط نتیجه می‌شود که مال معین او از آن زوجه باشد. بنابراین، با وجود انفساخ نکاح، چون زوجه قبلاً مالک مهر شده و دلیلی بر زوال حق مالکیت او اقامه نشده است، حق مالکیت او بر مهر استصحاب می‌گردد.

در این نظر و توجیه آن می‌توان منافشه کرد، زیرا با توجه به ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی و نظریه صاحب‌نظران [۱۴، ص ۳۹، ۱۸، ص ۸۲، ۱۹، ص ۱۱۷] مبنی بر اینکه آمیزش شرط استقرار حق مالکیت زوجه بر تمام مهر است، چون در فرض مورد بحث، آمیزش انجام نشده است، زوجه نمی‌تواند تمام مهر را دریافت کند و در نتیجه، نظریه مذکور با قواعد حقوقی منطبق نیست.

توجیه مذکور نیز مشکل است، زیرا نمی‌توان مهر را شرط ضمن عقد محسوب کرد؛ چون عرف مساعد چنین ماهیتی برای مهر نیست، بلکه مهر عرفاً ماهیت مستقل خاص خود را دارد و عوض یا شرط ضمن عقد محسوب نمی‌شود. علاوه بر این، اگر ماهیت مهر، شرط ضمن عقد محسوب شود، اقتضای قاعده تابعیت شرط از عقد و ماده ۲۴۴ قانون مدنی در این است که با انفساخ عقد، شرط ضمن آن نیز منتفی گردد که در نتیجه آن، زوجه حق دریافت مهر را نخواهد داشت.

بنابراین، ثابت شد که زوجه حق دریافت تمام مهر را ندارد، ولی باید بررسی کرد که آیا می‌تواند نصف آن را مطالبه کند؟

هرچند در این باره بعضی [۱۷، ص ۱۰۰] معتقدند: زوجه می‌تواند نصف مهر را دریافت کند، ولی با توجه به اصول حقوقی و مواد قانونی می‌توان برای این فرض سه احتمال یا وجه مطرح کرد: نخست اینکه انفساخ عقد به وسیله تغییر جنسیت زوج، به منزله طلاق قبل از آمیزش محسوب شود، زیرا تغییر جنسیت ارادی زوج را که موجب انفساخ نکاح گشته است، می‌توان مانند موردی فرض کرد که او زوجه را مطلقه کرده است و در نتیجه، به استناد ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی، اگر طلاق قبل از آمیزش واقع شود، زوجه حق دارد، نصف مهر را از زوج تقاضا کند.

دوم اینکه زوجه حق دریافت نصف مهر را ندارد، ولی طبق ماده ۱۰۹۳ قانون مدنی می‌تواند از زوج مهرالمتعه دریافت دارد، زیرا از یک طرف، انفساخ عبارت از فسخ قهری عقد

به حکم قانون است و نباید آنرا با طلاق قیاس کرد و احکام طلاق را بر آن مترتب ساخت، بلکه اثر آن برگشت قهری وضعیت طرفین به وضع زمان قبل از انعقاد قرارداد است و در نتیجه، تمام مهر به وضعیت قبل از قرارداد که در دارایی زوج بود، برگشت می‌کند. از طرف دیگر، چون زوج اقدام به انعقاد نکاح کرده و زوجه خود را در اختیار او قرار داده است، ادله حرمت فروج و لزوم حمایت از حقوق معنوی زوجه، اقتضا دارد که زوج مهرالمتعه به او پرداخت کند و این وجه اقتضای جمع بین ادله انفساخ عقد و آثار مترتب بر آن و ادله حرمت فروج و حمایت از حقوق معنوی افراد، خصوصاً زوجه، است.

سوم اینکه زوجه حق ندارد نصف مهرالمسمی یا مهرالمتعه را دریافت دارد، زیرا سیاق انفساخ عقد مانند سیاق فسخ آن است و این دو در آثار مشترکند. بنابراین، همان‌گونه که به استناد ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی در صورت فسخ نکاح قبل از آمیزش، زوجه حق دریافت مهر را ندارد، در صورت انفساخ قبل از آمیزش نیز او حق دریافت مهر را ندارد، مگر اینکه زوج تغییر جنسیت داده، قبل از آن، عنین بوده باشد که در این صورت همان گونه که فسخ ناشی از عنین زوجه را مستحق دریافت نصف مهر می‌کند، در تغییر جنسیت عنین نیز زوجه حق دارد نصف مهر را از زوج دریافت کند.

از میان این وجوه، وجه سوم با قواعد و اصول حقوقی منطبق‌تر است، زیرا در وجه اول، انفساخ با طلاق مقایسه شده است و حکم طلاق بر مورد انفساخ مترتب گشته است، در حالی که انفساخ و طلاق دو ماهیت حقوقی مستقل از هم هستند که هر کدام دارای شرایط و آثار خاص و متفاوت با دیگری است. در نتیجه، نمی‌توان با قیاس انفساخ به طلاق، حکم طلاق را بر انفساخ مترتب ساخت.

وجه دوم نیز مخدوش است زیرا علاوه بر آنچه در درجه اول گفته شد، مهرالمتعه زمانی موجه است که اولاً در عقد مهری تعیین نشده باشد و ثانیاً زوج، زوجه را طلاق دهد، در حالی که در موضوع مورد بحث اولاً مهر تعیین شده، و ثالثاً عقد منفسخ شده و زوج، زوجه را طلاق نداده است.

بنابراین، وجه سوم از سایر وجوه بهتر است؛ زیرا انفساخ عقد، همان‌گونه که اظهار [۲۰، ص ۵۰] شده است، نسبت به آینده عقد مؤثر است و در حکم فسخ است. با توجه به این موضوع، می‌توان از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی استفاده کرد که زوجه حق دریافت مهر را ندارد مگر اینکه زوج، قبل از تغییر جنسیت، عنین باشد که در این صورت می‌تواند نصف مهر را دریافت دارد.

### ۳-۲- تغییر جنسیت زوجه

اگر کسی که به عنوان زوجه ازدواج کرده، تغییر جنسیت بدهد، آیا می‌تواند تمام یا نصف مهر را از زوج مطالبه کند یا حق مطالبه مهر را ندارد. یک نظر [۹، ص ۶۲۷] عبارت از این است که او می‌تواند تمام مهر را مطالبه کند. در این نظر مناقشه [۸، ص ۱۰۹] شده است، زیرا زوج به این عنوان اقدام به دادن مهر به زوجه کرده است که او همسر دائم زوج باشد و بنابراین، اگر زوجه بدون رضایت زوج اقدام به تغییر جنسیت خود کند، ضرر مالی بر او وارد کرده است. بنابراین، زوجه سابق و مرد فعلی، ضامن مهر است و اگر آن را دریافت کرده باید به زوج برگرداند و اگر آن را دریافت نکرده است، حق مطالبه ندارد.

نظریه دیگر [۸، ص ۱۰۹] مبتنی بر این است که اگر زوجه بعد از آمیزش تغییر جنسیت داده است، حق دارد تمام مهر را از زوج مطالبه کند ولی اگر قبل از آن تغییر جنسیت داده است، فقط حق مطالبه نصف مهر را دارد.

در این نظر هم می‌توان مناقشه کرد؛ زیرا بر مبنای نظریه بطلان نکاح، اعم از اینکه آمیزش انجام شده یا نشده باشد، روشن است که زوجه حق مطالبه مهر را ندارد، چون حقیقت تغییر جنسیت بر این مبنا کشف جنسیت است. بنابراین، وقتی کسی تغییر جنسیت می‌دهد کشف از جنسیت واقعی او می‌شود و ثابت می‌گردد که در این فرض، شخص مؤنث، در واقع مذکور بوده و ازدواج مذکور بین دو همجنس منعقد شده بوده و چون وصلت بین دو همجنس غیر مشروع است، مهری به آن تعلق نمی‌گیرد.

بر مبنای نظریه انفساخ قرارداد نیز اگر تغییر جنسیت قبل از آمیزش انجام شود، واضح است که زوجه یا مرد فعلی، حق دریافت مهر را ندارد، زیرا حکم این مورد مانند مورد فسخ عقد، قبل از آمیزش، به دلیل عیوب زوجه به وسیله زوج است که به اتفاق و اجماع فقها [۲۱، ص ۴۵] اگر نکاح به علت عیوب زوجه، قبل از آمیزش، فسخ گردد، مهری به او تعلق نمی‌گیرد.

بنابراین، اگر فسخ زوج، قبل از آمیزش، به دلیل عیوب زوجه موجب تعلق مهر به زوجه نشود، به طریق اولی در موضوع مورد بحث که زوجه به دلیل عیب و مشکل جنسی خود اقدام به تغییر جنسیت کرده، مستحق دریافت مهر نیست؛ زیرا در فسخ نکاح، زوج می‌تواند اعمال خیار نکند، ولی در موضوع مورد بحث، زوجه اقدام به تغییر جنسیت کرده و موجب انفساخ قهری نکاح شده است. در نتیجه، با توجه به اتفاق نظر فقها بر عدم استحقاق مهر در موارد فسخ قبل از آمیزش به علت عیوب زوجه، به طریق اولی در این مورد نیز زوجه تغییر جنسیت

داده نمی‌تواند از زوج مطالبه مهر کند. شایسته نیست اشکال شود که وجود عیب و خیار ناشی از آن در عقد نکاح خلاف قاعده است و نباید وضعیت تغییر جنسیت با عیب مقایسه شود زیرا اولاً تغییر جنسیت از لحاظ علم پزشکی به عنوان درمان انجام می‌شود و در نتیجه، چنین وضعی در شخص عرفاً عیب محسوب می‌شود؛ و ثانیاً بررسیها نشان می‌دهد این گونه افراد از ابتدای دوران بلوغ مشکل جنسی داشته‌اند و در نتیجه، به اولویت قطعی می‌توان آثار عیب سنتی را بر این مورد نیز مترتب کرد.

اما اگر تغییر جنسیت بعد از آمیزش انجام شود، با توجه به اینکه از لحاظ علم پزشکی فقط افراد دارای مشکل جنسی با تأیید متخصصین مربوط می‌توانند تغییر جنسیت دهند، چون زندگی در جنسیت مؤنث برای زوج مشکل بوده، اقدام به تغییر جنسیت کرده است. حال اگر بدون اطلاع زوج از این وضع و بدون اذن او تغییر جنسیت داده است، حق مطالبه مهر را ندارد؛ زیرا با اطلاع ندادن وضعیت خود به زوج موجب فریب او شده است. در نتیجه، اگر زوج بخواهد از زوج مطالبه مهر کند، زوج نیز به استناد قاعده غرور، حق مراجعه به او را خواهد داشت و به استناد تهاتر، دو دین طرفین نسبت به یکدیگر ساقط می‌گردد.

اگر تغییر جنسیت با رضایت زوج انجام شود، هر چند قاعده غرور حاکم نمی‌شود و ظاهر این است که زوج از حق مطالبه تمام مهر متمتع است، ولی این ظاهر با سیره عقلا منافات دارد؛ زیرا بر مبنای سیره عقلا جنسیت مؤنث به علت تمکین، مستحق دریافت مهر است، در حالی که در فرض مورد بحث، خواهان مهر در زمان مطالبه، مذکر است. همان‌گونه که در روایت مربوط، حضرت امیرالمؤمنین (ع) با آنکه شخص با پسر عموی خود آمیزش کرده و از این ارتباط فرزند به وجود آمده بود، بدون الزام زوج به پرداخت مهر، زوج را به مردان ملحق کردند. هر چند سند این خبر در بعضی از نقلها اشکال دارد، ولی در نقلهای دیگر سند آن کاملاً صحیح و مورد استناد فقها در تشخیص سهم الارث لختی قرار گرفته است [۲۲، ص ۶۴۶]. حتی بعضی از فقها مانند سید مرتضی و شیخ مفید و ابن ادریس که خبر واحد را حجت نمی‌دانند، به این حدیث استناد کرده‌اند [۸، ص ۱۰۹].

بنابراین، با توجه به این روایت و سیره مسلم عقلا مبنی بر اینکه فقط جنسیت مؤنث مستحق دریافت مهر است، می‌توان نتیجه گرفت که در این فرض زوج سابق و مرد فعلی حق دریافت مهر از زوج سابق را ندارد.



## ۴- هزینه ازدواج

یکی دیگر از پیامدهای حقوقی تغییر جنسیت بررسی ضمان و جبران هزینه‌ای است که طرف دیگر جهت برگزاری مراسم ازدواج متحمل شده است. باید دید آیا شخص تغییر جنسیت داده ضامن چنین هزینه‌ای است یا نسبت به آن مسئولیتی ندارد. هر چند نصوص قانونی و رویه قضایی در مورد هزینه‌های مطلق ازدواج ساکت است و ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی، که به موجب آن نامزدی که از به هم خوردن توافق نامزدی زیان دیده، می‌توانست از طرفی که بدون عذر موجه نامزدی را به هم زده است، خواهان جبران خسارت خود گردد، در اصلاحات قانون مدنی حذف گردید، ولی در مورد هزینه دوران نامزدی یک نظریه [۱۴، ص ۱۶۹] این است که اگر یک طرف، از حق خود سوء استفاده کند، طرف دیگر می‌تواند هزینه‌های خود را از او دریافت دارد. نظریه سوء استفاده از حق هر چند در اصل چهلیم قانون اساسی و سایر مواد قانونی مورد پذیرش قانونگذار قرار گرفته است ولی بر موضوع مورد بحث تطبیق نمی‌کند، زیرا از لحاظ علم پزشکی تغییر جنسیت به عنوان درمان بحران جنسی انجام می‌شود و عرفاً بر درمان درد، سوء استفاده از حق صدق نمی‌کند ولو اینکه شخص مشکل و مریضی خود را از طرف دیگر پنهان کرده یا بدون اذن او جنسیت خود را تغییر دهد. در نتیجه، به استناد نظریه سوء استفاده از حق نمی‌توان حکم به ضمان هزینه ازدواج کرد.

آنچه با اصول حقوقی منطبق تر به نظر می‌رسد این است که اگر مشکل جنسی طرف در زمان انعقاد نکاح وجود داشته و او از آن آگاه بوده ولی طرف دیگر را از وضعیت خود آگاه نکرده، او می‌تواند به استناد قاعده غرور، خسارت و هزینه متعارف مراسم ازدواج را از طرف دیگر که تغییر جنسیت داده، مطالبه کند، مگر اینکه طرف دیگر ثابت کند اگر وضعیت خود را آشکار می‌کرد و طرف از مشکل او مطلع می‌شد، باز هم اقدام به ازدواج با او می‌کرد که در این صورت، ضامن جبران هزینه نیست؛ ولی اگر مشکل جنسی موجب تغییر جنسیت، بعد از ازدواج به وجود آید، مشکل می‌توان او را ضامن هزینه‌های ازدواج طرف دیگر محسوب کرد، زیرا ادله ضمان از این مورد منصرف است.

## ۵- هدایا

نکاح یکی از عقود است که عرفاً مبتنی بر بذل و بخشش طرفین و خانواده آنان نسبت به یکدیگر است و کمتر عقد نکاحی منعقد می‌شود که مقدم و مؤخر بر آن، قرارداد هبه‌ای منعقد

نگردد. بنابراین، لازم به بررسی است که تغییر جنسیت چه تأثیری حقوقی بر وضعیت حقوقی چنین هدیه‌هایی خواهد گذاشت.

همان گونه که اظهار [۸۳، ص ۴۴] شده است، آنچه در عرف جامعه به عنوان هدیه معروف است، در قانون مدنی از آن به هبه تعبیر شده است. طبق ماده ۸۰۳ قانون مدنی، تا زمانی که عین در دارایی متهب باقی است، واهب می‌تواند از عقد هبه رجوع کند و عین موهوبه را به ملکیت خویش برگرداند. علاوه بر این، طبق ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی، هدایای دوران نامزدی، در صورت به هم خوردن آن، قال استرداد است. این حکم را می‌توان به دوران بعد از نامزدی و ازدواج نیز تسری داد.

در نتیجه، اگر عین هدایا موجود باشد، به استناد موارد ۸۰۳ و ۱۰۳۷ قانون مدنی هدیه‌دهنده می‌تواند از آن رجوع کند و مال را به دارایی خود برگرداند. بنابراین، تغییر جنسیت موجب زوال حق مالکیت متهب بر مال موهوبه نمی‌شود، ولی واهب یا هدیه‌دهنده حق رجوع از آن را خواهد داشت و می‌تواند مال را به دارایی خود بازگرداند، البته در صورتی که عین مال تغییر نکرده و در ملکیت متهب باقی باشد.

اگر مال موهوبه تغییر کرده یا فروخته شود، آیا طرف مقابل می‌تواند از آن رجوع کند؟ طبق ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی اگر عین هدایا باقی نباشد و مال از جمله اموالی است که عادتاً نگاهداری می‌شود، هدیه‌دهنده مستحق دریافت قیمت مال مذکور خواهد بود، مگر اینکه ثابت شود مال بدون تقصیر گیرنده تلف شده است؛ ولی طبق ماده ۸۰۳ قانون مدنی اگر عین موهوبه تلف یا فروخته شود یا متعلق حق دیگری قرار گیرد یا در آن تغییر حاصل شود، واهب حق رجوع از عقد هبه را نخواهد داشت.

بنابراین، طبق ماده ۱۰۷۳ قانون مدنی، گیرنده هدیه یا شخص تغییر جنسیت داده ضامن هدایا است، مگر اینکه ثابت کند مال بدون تقصیر او تلف شده است؛ ولی طبق ماده ۸۰۳ او ضامن هدایای تلف شده یا تغییر یافته نیست و باید دید حکم کدامیک از این دو ماده بر موضوع بحث منطبق‌تر است.

آنچه در این رابطه قوی‌تر و منطبق‌تر با قواعد حقوقی به نظر می‌رسد این است که حکم ماده ۸۰۳ برای موضوع مورد بحث مناسب‌تر است؛ زیرا حکم ماده ۱۰۳۷ مربوط به دوران نامزدی است و هدایای این زمان بیشتر ناظر به دوران بعد از ازدواج است و دوران مذکور در دادن هدایا مؤثر است. در نتیجه، اگر نامزدی به هم بخورد و منتهی به دوران مورد نظر، یعنی دوران زناشویی نشود، موجه است که گیرنده هدیه، ضامن هدایایی باشد که عادتاً



نگاهداری می‌شود؛ ولی موضوع مورد بحث که مرتبط با دوران ازدواج است، دیگر هدایای این دوره ناظر بر دوران آینده نیست و گیرنده و متب‌ب می‌تواند هر تصرفی در مال موهوبه انجام دهد. بنابراین، حکم ماده ۸۰۳ قانونی مدنی برای این مورد مناسبتر است و فقط طرفین یا طرف در صورتی می‌تواند از هدایا رجوع و خواهان استرداد آن از طرف دیگر شود که عین مال تغییر نیافته در دارایی متب‌ب باقی باشد.

## ۶- اثر تغییر جنسیت بر حقوق

نوع جنسیت هر شخص، از عواملی است که مؤثر در تمتع و بهره‌مندی او از بعضی حقوق می‌شود. به تعبیر دیگر، مذکر یا مؤنث بودن شخص، موجب تمتع از بعضی از حقوق می‌شود. بنابراین، لازم است بررسی شود که تغییر جنسیت شخص، چه اثری بر حقوق او خواهد گذاشت. حقوقی را که جنسیت شخص در تمتع از آن مؤثر است می‌توان به حق مکتسب و حق غیر مکتسب یا سایر حقوق تقسیم کرد که هر کدام از این دو جداگانه بررسی می‌شود:

### ۶-۱- حق مکتسب

مراد از حق مکتسب، حقی است که در زمان تحقق و ایجاد، طبق قانون صالح و با رعایت تمام شرایط تحقق آن، کاملاً محقق شده است [۲۲، ص ۱۰۷]. بنابراین، منظور از حق مکتسب در این بحث، حقی است که شخص قبل از تغییر جنسیت، به لحاظ جنسیت سابق، طبق قانون به دست آورده است. مثلاً اگر کسی که جنسیت سابق او مذکر بوده، ازدواج کرده و از این ازدواج فرزندی متولد شود، او حق ولایت بر فرزند مذکور خواهد داشت و بالعکس اگر کسی که دارای جنسیت مؤنث ظاهری بوده و ازدواج کرده، دارای فرزند گردد، حق حضانت خواهد داشت. با توجه به اینکه این حقوق به اعتبار جنسیت سابق به او تعلق گرفته است، باید دید که تغییر جنسیت چه تأثیری بر آن خواهد گذاشت.

یکی از صاحب‌نظران [۹، ص ۶۲۷] درباره حق ولایت قهری معتقد است: با تغییر جنسیت، حق ولایت که به اعتبار جنسیت سابق بوده، ساقط می‌گردد در توجیه این نظر اظهار [۸، ص ۱۰۹] شده است: بعد از تغییر جنسیت، مثلاً مذکر به مؤنث، عنوان پدری بر این شخص صدق نمی‌کند، در حالی که حق ولایت از آن پدر است. بنابراین، حق منتفی به انتفای موضوع می‌شود.

ولی این نظر مورد مناقشه واقع شده است؛ زیرا عرفاً همین‌که کسی از نطفه دیگری متولد

شود، ولو بعداً تغییر جنسیت دهد، بر این فرزند و بر او پدر صدق می‌کند و دلیلی بر سقوط حق ولایت وجود ندارد [۸، ص ۲۰۹].

در بعضی از کشورها ملاک بقا یا سقوط حقوق مذکور، رعایت غبطه و مصلحت طفل است؛ 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]. تحقیقات ریچارد گرین<sup>۱</sup> از دانشگاه نیویورک، به مدت دو سال بر روی ۱۶ کودک از کودکانی که پدر یا مادر آنها تغییر جنسیت داده بودند نشان می‌دهد که رفتار این کودکان با سایرین اختلاف فاحشی ندارد، ولی در یک پرونده<sup>۲</sup>، دادگاه 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 نیز همان‌گونه که اظهار [۲۶، ص ۱۲۹] شده است، فلسفه این حقوق، بیشتر حفظ مصلحت کودک است و والدین به این مورد ملزم هستند. بنابراین، اگر تغییر جنسیت اثری سوء نسبت به کودک نداشته باشد و به او آسیب وارد نکند، دلیلی بر سقوط این حقوق وجود ندارد؛ ولی اگر به کودک صدمه وارد سازد می‌توان به استناد فلسفه وجودی آن، حکم به سقوط حق حضانت یا حق ولایت دارنده حق کرد، همان‌گونه که در اصلاحات اخیر در ماده ۲۱۸۴ قانون مدنی سلب حق ولایت ولی یا عزل او پیش بینی شده است.

ممکن است گفته شود که با تغییر جنسیت، موضوع عوض شده و با تغییر موضوع، حکم نیز عوض می‌شود و در نتیجه، حقوق شخص ساقط می‌گردد؛ ولی این احتمال موجه نیست، زیرا حقوق والدین نسبت به فرزند حقوقی نسبی است، یعنی علاوه بر اینکه حق آنان است، تعهد آنان نیز محسوب می‌شود. بنابراین، اقتضای حق کودک و حمایت از او در این است که اگر آنان ضرری نسبت به کودک نداشته باشند، حقوقی مزبور باقی بماند، همان‌گونه که در اصلاحات اخیر قانون مدنی، بقای حق حضانت والدین از هم جدا شده را بر مبنای مصلحت کودک قرار داده‌اند و در نتیجه، حقوق مزبور ساقط نمی‌شود.

## ۲-۶- حق غیر مکتسب

مراد از حق مکتسب، حقی است که شخص در گذشته به اعتبار جنسیت سابق نمی‌توانست از آن متمتع شود یا نمی‌توانست آن را استیفا کند، ولی بعد از تغییر جنسیت به اعتبار جنسیت

1. Richardgreen

2. Daly v. Daly



جدید قصد استیفای آن را می‌کند. مثلاً حق ازدواج با جنس مخالف جنسیت جدید یا تعیین سهم‌الارث یا مقدار دیه به اعتبار آن، از جمله حقوقی است که جنسیت شخص در اعمال یا میزان آن مؤثر است که هر کدام جداگانه بررسی می‌شود.

## ۶-۲-۱- حق ازدواج

حق ازدواج از حقوق اساسی هر شخص محسوب می‌شود و اهمیت آن در سلامت روحی و جسمی انسان قابل انکار نیست. بنابراین، سؤال این است که آیا بعد از تغییر جنسیت، شخص می‌تواند با جنس مخالف جنسیت فعلی خود ازدواج کند.

در حقوق انگلستان در سال ۱۹۷۰ در یک پرونده<sup>۱</sup> یک خانم خنثی با مردی ازدواج کرد و بعد خواستار طلاق خویش از دادگاه شد. قاضی رسیدگی کننده به پرونده، درخواست طلاق را رد و استدلال کرد که او قابل طلاق نیست، زیرا مفهوم مؤنث به فهم هر شخص معمول و متعارف شامل خنثی نمی‌شود. بنابراین، ازدواج صحیحاً منعقد نشده که زوجه قابل طلاق باشد. این پرونده، قضات انگلیسی را در موارد ازدواج شخص تغییر جنسیت داده، در سی سال گذشته راهنمایی کرده است.

در پرونده دیگری، شخصی به نام گودوین<sup>۲</sup> که در ابتدای تولد دارای جنسیت مذکر بود، در سال ۱۹۵۸ اقدام به انجام عمل جراحی تغییر جنسیت کرد، ولی دولت انگلستان، جنسیت جدید او را به رسمیت نشناخت؛ زیرا انگلستان از جمله کشورهای اروپایی است که تغییر جنسیت در آن مجاز است ولی آن را به رسمیت نمی‌شناسد. در سال ۲۰۰۲ این شخص از دولت متبوع خویش به اتهام نقض مواد ۸ و ۱۲ کنوانسیون حقوق بشر اروپایی به دادگاه اروپا شکایت کرد. دولت انگلیس استدلال کرد که کشورهای طرف کنوانسیون، در مورد این موضوع اتفاق نظر ندارند و این موضوع به حقوق داخلی کشورها واگذار شده و در نتیجه، مواد کنوانسیون نقض نشده است؛ ولی دادگاه اروپایی این استدلال را نپذیرفت و حکم به نفع شخص مذکور صادر و استدلال کرد: چون حق ازدواج، از حقوق اساسی و ضروری هر شخص است، تعیین جنسیت در قانون ملی با توجه به آنچه در زمان ولادت ثبت شده است، موجب محرومیت افراد خنثی<sup>۱</sup> یا تغییر جنسیت داده از حق ازدواج می‌شود که این امر، نقض

1. Corbett v. Corbett

2. Goodwin

ماده ۱۲ کنوانسیون محسوب می‌گردد [۲۷]. ولی در بیشتر کشورهای اروپایی و ایالات امریکا تغییر جنسیت قانوناً مجاز است و شخص می‌تواند از تمام حقوق مترتب بر جنسیت جدید که یکی از آنها حق ازدواج است، بهره‌مند گردد [۱۵].

در حقوق ایران نیز با توجه به اینکه اگر در خنثی علائم یک جنسیت بر جنسیت دیگر غالب باشد، احکام جنسیت غالب بر او مترتب است و شخص موظف به پیروی از احکام این اشخاص است، می‌توان نتیجه گرفت که اگر متخصصان تشخیص دهند خنثی، اعم از مشکل و غیر مشکل، ملحق به جنسیت خاصی است، به طریق اولی و از باب ادله حجیت شهادت، می‌توان حکم به الحاق شخص به جنسیت مورد نظر متخصصان کرد و در نتیجه او می‌تواند از حق ازدواج با جنسیت مخالف و سایر حقوق بهره‌مند گردد.

درباره خنثی روانی نیز می‌توان گفت: با توجه به اینکه متخصصین تشخیص جنسیت، عواملی از قبیل علائم جنسی بدنی، گرایشهای جنسی روانی، کروموزوم و شکل مغز را مؤثر در تعیین جنسیت شخص می‌دانند، اگر نظر متخصصین قابل اعتماد براین قرار گیرد که خنثی روانی باید تغییر جنسیت دهد، می‌تواند با جنسیت مخالف ازدواج کند.

موضوع دیگری که قابل بررسی است، حق شخصی است که با این‌گونه اشخاص ازدواج می‌کند. چون در اکثر موارد تغییر جنسیت، شخص از لحاظ اندام جنسی کامل نیست و بعضی از اعضای او مصنوعی است، آیا طرف دیگر قرارداد می‌تواند نکاح را به علت عیب موجود در شخص تغییر جنسیت داده، فسخ کند؟

به نظر می‌رسد که اگر شخص تغییر جنسیت داده، زوج باشد و فاقد آلت تناسلی طبیعی باشد، می‌توان به طریق اولی از ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی برای زوجه استنباط حق فسخ کرد؛ زیرا به استناد ماده مذکور اگر زوج خصی یا مقطوع آلت تناسلی یا عنین باشد، زوجه حق فسخ نکاح را خواهد داشت. بنابراین، اگر زوج فاقد آلت تناسلی طبیعی باشد و زوجه بدون اطلاع از تغییر جنسیت با او ازدواج کند به طریق اولی می‌توان از این ماده برای او استنباط اختیار فسخ نکاح کرد.

اما اگر زوجه تغییر جنسیت داده و فاقد بعضی اندام تناسلی یا زاد و ولدی باشد، می‌توان به طریق اولی از ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی برای زوج استنباط اختیار کرد؛ زیرا در بند یک این ماده، قرن، موجب وجود حق فسخ برای زوج بیان شده است و به طریق اولی در موردی که زوجه فاقد آلت تناسلی طبیعی است، می‌توان از این ماده برای زوجی که قبل از ازدواج جاهل به این وضع بوده، استنباط حق فسخ کرد.



## ۶-۲-۲- حق ارث

یکی دیگر از حقوقی که میزان آن با توجه به جنسیت شخص تعیین می‌شود، سهم‌الارث وارث از مورث است؛ زیرا در حقوق ایران، در اکثر موارد، وارث نکور دو برابر وارث اناث ارث می‌برد. در نتیجه، باید بررسی کرد که سهم‌الارث شخص تغییر جنسیت داده، بر مبنای کدام جنسیت محاسبه می‌گردد.

موجبات ارث به دو نوع سبب و نسب [۲۸، ص ۸] تقسیم می‌شود. بنابراین، چون با تغییر جنسیت، نکاح که از موجبات سببی ارث است، باطل یا منفسخ می‌شود، با انتفای نکاح، زوجین از سهم‌الارث یکدیگر محروم می‌شوند. در نتیجه، اگر موجب ارث سبب باشد، تغییر جنسیت موجب انتفای سبب و محرومیت شخص از ارث می‌شود.

اگر موجبات ارث نسب و خویشاوندی باشد، خویشاوندان نیز به دو گروه، خویشاوندان خط اطراف یا عرضی و خویشاوندان نسبی طولی تقسیم می‌شوند. خویشاوندان طولی نیز به دو گروه، خویشاوندان طولی صعودی و خویشاوندان طولی نزولی تقسیم می‌شوند.

اگر شخص تغییر جنسیت داده، در گروه خویشاوندان طولی صعودی قرار گیرد، تغییر جنسیت اثری بر میزان سهم‌الارث او از مورثش نخواهد گذاشت، زیرا ملاک تعیین ارث این گروه، نسبتی است که در زمان ولادت مورث با او داشته‌اند. بنابراین، اگر کسی در زمان ولادت مورث، عرفاً پدر او محسوب می‌شد، تغییر جنسیت او موجب قطع رابطه پدری او از مورث نمی‌شود یا اگر مادر مورث محسوب می‌شد، تغییر جنسیت موجب زوال این نسبت نمی‌شود. در نتیجه، شخص به اعتبار نسبتی که در زمان ولادت مورث با او داشت، ارث می‌برد و تغییر جنسیت اثری بر این مورد نخواهد گذاشت.

اما اگر شخص تغییر جنسیت داده، در گروه خویشاوندان طولی نزولی یا خویشاوندان خط اطراف یا عرضی قرار گیرد، تغییر جنسیت بر میزان سهم‌الارث او تأثیر خواهد گذاشت و سهم‌الارث او باید به اعتبار جنسیت جدید محاسبه شود؛ زیرا نسبت این اشخاص با میت به اعتبار جنسیت زمان مرگ او تعیین می‌گردد و تبعاً سهم‌الارث او نیز به اعتبار جنسیت جدید محاسبه می‌شود. بنابراین، کسی که از مذکر به مؤنث تغییر جنسیت داده است، اگر در طبقه اول است، عرفاً دختر میت، اگر در طبقه دوم است، خواهر میت و اگر در طبقه سوم است، عمه یا خاله میت محسوب می‌شود و سهم‌الارث جنسیت مؤنث به او تعلق می‌گیرد، زیرا علاوه بر دلایل بیان شده، در این مورد می‌توان گفت شخص مذکور اقدام بر ضرر خود کرده است و باید سهم‌الارث مؤنث به او تعلق گیرد و در این فرض مشکل خاصی وجود ندارد.

ولی اگر تغییر جنسیت از مؤنث به مذکر باشد، ممکن است سایر ورثه به جنسیت و سهم‌الارث شخص اعتراض کنند که او باید به اعتبار جنسیت سابق ارث ببرد. در این مورد نیز به استناد ماده ۹۲۹ قانون مدنی، که غالبیت علائم جنسی یک جنس در خنثی را موجب ارث آن جنسیت تلقی کرده، می‌توان گفت: اگر حداقل دو متخصص قابل اعتماد تأیید کنند که جنسیت این شخص مذکر است و او صحیحاً به جنس مذکر ملحق شده است، به طریق اولی از این ماده می‌توان حکم به مذکر بودن شخص کرد، زیرا غالبیت از یاب ظهور است و تأیید و نظر متخصصین از باب نص است و تقدیم نص بر ظاهر از مسلمات است. همچنین از باب ادله حجیت شاهد می‌توان به جنسیت جدید حکم کرد. بنابراین، سهم‌الارث شخص در این فرض بر طبق جنسیت زمان موت مورث محاسبه می‌شود.

#### ۶-۲-۳- میزان دیه

یکی دیگر از حقوقی که جنسیت در میزان آن اثر دارد، دیه است. در حقوق ایران، میزان دیه اشخاص تا ثلث با هم مساوی است و مازاد بر ثلث، دیه ذکور دو برابر اناث است. در نتیجه باید دید که دیه شخص تغییر جنسیت داده بر مبنای جنسیت چه زمانی محاسبه می‌شود. در این مورد، همان‌طور که در بحث پیشین بررسی شد، میزان دیه شخص بر مبنای جنسیت جدید محاسبه می‌شود، زیرا عرفاً شخص به جنسیتی ملحق است که در زمان مطالبه دیه با تأیید متخصصین خود را به آن ملحق کرده است. بنابراین، ملاک دریافت دیه، جنسیت زمان مطالبه خواهان است و اگر خواهان از زمان وقوع حادثه تا زمان مطالبه دیه با رعایت تمام استانداردهای پزشکی و با تأیید متخصصین تغییر جنسیت دهد، دیه او بر مبنای جنسیت زمان مطالبه محاسبه می‌شود. اگر مصدوم فوت کرده و وارث او خواهان دیه است، دیه بر مبنای جنسیت زمان مرگ میت مصدوم محاسبه می‌شود.

#### ۷- نتیجه گیری

اگر کسی اقدام به تغییر جنسیت خود، طبق موازین معتبر پزشکی و تأیید متخصصین کند، بعضی از حقوق او تحت تأثیر تغییر جنسیت قرار می‌گیرد که باید بین حقوق ناشی از قرارداد و سایر حقوق تفاوت گذاشت. اگر حقوق او ناشی از قرارداد باشد، باید دید جنسیت سابق قرارداد منشأ حق چه نقشی داشته است: اگر جنسیت در آن نقش اساسی داشته است، با تغییر جنسیت، قرارداد مذکور باطل و در نتیجه حقوق ناشی از آن نیز تبعاً منتفی می‌شود،



ولی اگر جنسیت در آن نقش فرعی داشته است، قرارداد، با وجود تغییر جنسیت، باقی است و مشروطاً له اگر نسبت به وجود و ادامه جنسیت سابق نفع عقلانی مشروع داشته باشد، می‌تواند قرارداد را فسخ کند.

حقوق غیر قراردادی، شخص مذکور نیز ممکن است حق مکتسب باشد که تغییر جنسیت اثری بر این حقوق نخواهد داشت، مشروط بر اینکه وجود جنسیت در بقای این حقوق مؤثر نباشد. علاوه بر این، شخص می‌تواند بر طبق جنسیت جدید از سایر حقوق مترتب بر آن متمتع گردد.

## ۸- منابع

- [1] Jakob Skovgaard - petersen, *Sex change in Cairo*, Gender and Islamic Law, <http://www.umich.edu/~iinet/journal/Vol 2 no3/Sex-in-Cairo.html>
- [۲] حر عاملی، شیخ محمد بن الحسن، *وسائل الشیعه*، ج ۲۶، قم، مؤسسه آل البیت، ۱۴۱۲ ه. ق.
- [3] Av. M. Canan Arin, Family Law, <http://www.seeline-project.net/family Law/ Turkey FL. htm>.
- [۴] کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (عقود معین)*، ج ۶، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴.
- [۵] خمینی، روح الله، *کتاب بیع*، ج ۲، چ ۵، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵ ه. ق.
- [۶] امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، چ ۶، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۸.
- [۷] انصاری، مرتضی، *مکاسب*، ج ۲، بیروت، مؤسسه النعمان، ۱۴۱۰ ه. ق.
- [۸] مؤمن، شیخ محمد، *کلمات سدیدة*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵ ه. ق.
- [۹] خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، ج ۲، نجف، مطبعة الآداب، بی تا.
- [۱۰] شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، ج ۱، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
- [11] Lynn Jones, Transsexualism: The Current Medico-legal Viewpoint, December 1997, <http://www.lynnjones.org.uk/legall.htm>.
- [۱۲] طباطبایی، سید علی، *ریاض المسائل*، ج ۱۰، چ ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۶ ه. ق.
- [۱۳] صفایی، سید حسن و امامی، دکتر اسدالله، *حقوق خانواده*، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
- [۱۴] کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، ج ۱، چ ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
- [15] See, [http://www.pfc.Org.uk/legal/liba\\_123.htm](http://www.pfc.Org.uk/legal/liba_123.htm).
- [16] See, <http://www.transgender law.org/cases/karelease/htm>.
- [۱۷] مؤمن، محمد، «تغییر جنسیت»، *فقه اهل بیت*، ش ۷، س ۲، (۱۳۷۵).
- [۱۸] علامه حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الاحکام*، ج ۳، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۹ ه. ق.

- [۱۹] شهید ثانی، زین‌الدین، *الروضه البهیة فی اللمعة الدمشقیة*، ج ۲، چ ۳، مرکز نشر دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۷.
- [۲۰] شهیدی، مهدی، *اصول قراردادها و تعهدات*، ج ۲، تهران، عصر حقوق، ۱۳۷۹.
- [۲۱] انصاری، شیخ مرتضی، *نکاح*، قم، بی‌نا، ۱۳۱۵ ه. ق.
- [۲۲] طباطبائی، سید علی، *ریاض المسائل*، ج ۱۲، چ ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۶ ه. ق.
- [۲۳] الماسی، نجادعلی، *تعارض قوانین*، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۸.
- [24] <http://www.geocities.com/WallStreet/Bank/5200/pafaq.html>.
- [25] Mary Elizabeth, *Legal aspect of transsexualism*, 1988 J2CP Information Services.
- [۲۶] کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، ج ۲، چ ۳، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۲.
- [27] <http://www.walkeronmorris.co.uk/pub/legal/employment/section 53.htm>.
- [۲۸] شهیدی، مهدی، *ارث*، تهران، سمت، ۱۳۷.