

# بررسی فقهی حقوقی تأثیر تغییر جنسیت زوجین در عقد نکاح

محمد رحمتی<sup>۱</sup>

## چکیده

با پیشرفت دانش پزشکی و جراحی این امکان فراهم شده است که جنسیت افراد از مونث به مذکر و بالعکس تغییر یابد و این امر نه تنها در مورد بیماران چون (دوجنسی‌ها) صورت می‌گیرد، بلکه در مورد افراد سالم نیز قابل انجام است. در این اثر به بررسی احکام و آثاری که تغییر جنسیت در روابط نسبی و سببی افراد، ایجاد می‌کند پرداخته شده است. به‌طور کلی جنسیت فعلی فرد ملاک تعلق تکالیف است. و در صورتی که فرد مذکور سابقاً ازدواج کرده باشد به محض تحقق تغییر، عقد سابق حسب شرایطی یا باطل می‌شود و یا منفسخ. تغییر جنسیت زن به مرد سبب سقوط تمام عده‌ها از او می‌شود و شوهر ملزم به پرداخت کامل مهریه اوست.

## واژگان کلیدی

تغییر جنسیت، دو جنسی، ترنسکشوال، نکاح

---

۱. کارشناس ارشد حقوق، قاضی دادگستری، پژوهشگر مرکز تحقیقات اخلاق و حقوق پزشکی، (نویسنده‌ی

## بررسی فقهی حقوقی تأثیر تغییر جنسیت زوجین در عقد نکاح

پیشرفت علم و تکنولوژی هر روز باعث پیدایش پدیده‌های جدیدی می‌شود، روند رو به رشد این تحولات به نحوی است که هنوز حقوق‌دانان و صاحب‌نظران در فکر ارزیابی و تحلیل حقوقی موضوعی هستند، که علم پزشکی موضوع مستحدثه دیگری را در مقابل آنها قرار می‌دهد یکی از این موضوعات پدیده تغییر جنسیت است.<sup>۱</sup>

پزشکان امروزه در پرتو علم پزشکی، می‌توانند با تغییر علایم و ممیزی جنسی اشخاص، جنسیت آنها را تغییر داده و علایم و نشانه‌های جنس مخالف را در آنها قرار دهند. با توجه به نقشی که تغییر جنسیت در زندگی شخصی افراد ایفا می‌کند چنانچه شخص طبق استانداردهای پزشکی تغییر جنسیت دهد، از حالت پریشانی و افسردگی خارج شده و به حالت آرامش طبیعی بازمی‌گردد، اما در صورتی که علت تغییر جنسیت، صرفاً تمایلات شخصی فرد بدون ضرورت پزشکی باشد، مشکلات جسمانی و روانی وی مضاعف خواهد شد. (اصغری آقمشهدی؛ عبدی، ۱۳۹۰ش، ص ۲)

مقصود از تغییر جنسیت این است که هویت و جنسیت مرد یا زن به کلی تغییر کند (خرازی، ۱۳۸۲ش، ص ۴۳؛ اصغری آقمشهدی؛ عبدی، ۱۳۸۷ش، ص ۲) 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 رویه بوده است و سابقه دارد این است که دو گروه از افراد می‌توانند موضوع تغییر جنسیت قرار گیرند: گروه نخست، کسانی که در فقه خنثی نامیده شده‌اند و به

کسانی اطلاق دارد که دارای علایم جنسی مردانگی و زنانگی با هم می‌باشند. (سرچشمه پور، ۱۳۸۴ش، ص ۶۷)

گروه دوم کسانی هستند که علایم جنسی بدنی آنها با گرایشات و تمایلات جنسی آنها موافق نیست و این دو با هم معارضند؛ این گروه به خنثی روانی مشهور شده‌اند. (اصغری آقمشهدی؛ عبدی، ۱۳۸۷ش، ص ۲) 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 آنها مناسب تشخیص دهد. بنابراین بررسی پدیده تغییر جنسیت نه تنها از دیدگاه علم پزشکی، بلکه به لحاظ فقهی و حقوقی نیز حایز اهمیت است.

#### الف - مفهوم تغییر جنسیت و انواع آن

شاید بتوان گفت: اولین فقیهی که در این زمینه مسایلی را بیان داشته است، حضرت امام خمینی (ره) است که حدود سال ۱۳۴۲ شمسی، احکام تغییر جنسیت را در جلد دوم تحریرالوسیله به رشته تحریر درآورده است. یکی از محققین حوزه علمیه، حجت‌الاسلام کریمی‌نیا (۱۳۷۹ش، ص ۲) در این زمینه می‌نویسد: «تغییر جنسیت از نظر فیزیولوژی تعریف خاصی دارد، زمانی که سلول نر (اسپرم) X با تخمک زن (اُوول) ترکیب می‌گردد، فرزند به وجود آمده در آینده، دختر خواهد بود و اگر اسپرم Y با تخمک زن ترکیب شود، فرزند آینده، پسر خواهد بود. که البته سایر ارگان‌های بدن، بیضه و برخی غدد درون‌ریز، با ترشحات خود، علائم جنس مذکر را ظاهر می‌سازند و هورمون‌هایی نیز در جنس ماده، علائم این جنس را ظاهر می‌گرداند. چنانچه این هورمون‌ها کم ترشح شود یا اصلاً ترشح نشود، چه

بسا علامت جنس مخالف، در وجود فرد ظاهر گردد که به این افراد، «دو جنسی»، «خنثی» اطلاق می‌گردد.»

این افراد دارای آلت مردانه و آلت زنانه هستند، و در مواردی افراد خنثی، فاقد هر دو آلت هستند. این افراد در واقع یا مذکر و یا مونث هستند و جنس سوّم محسوب نمی‌شود. چنانچه عمل یکی از این دو آلت تناسلی، در شخص خنثی بیشتر باشد، فرد به همان جنس ملحق خواهد بود و در مواردی با انجام آزمایشات، جنسیت غالب فرد را مشخص می‌سازند ولی گاهی کارکرد هر دو آلت تناسلی به صورت تساوی بوده و هیچ کدام بر دیگری غلبه ندارد که از آن در لسان فقه به «خنثای مشکل» تعبیر می‌شود. (شهید اول، ۱۳۸۳ش، ص ۲۳۳) به گفته پزشکان، اغلب دو جنسی‌ها عقیم هستند و تنها موارد کمی از آنها صاحب فرزند می‌شوند. برای تبیین ساده‌تر این مسأله باید تفکیک روشنی میان انواع تغییر جنسیت، قایل شویم. به‌طور کلی تغییر جنسیت بر چهار نوع است:

### ۱. تغییر جنسیت در مورد افراد سالم

این افراد از نظر جسمی و روحی مشکلی ندارند و چنانچه بخواهند، تغییر جنسیت دهند، با ممنوعیت آن از سوی جامعه پزشکی مواجه می‌شوند؛ و پزشکان اساساً این عمل را انجام نمی‌دهند، چرا که: ممکن است، به قصد فرار از سربازی یا بعضی مسائل موهوم یا روان‌پریشی، درخواست تغییر جنسیت صورت گیرد، که البته مواردش نادر است. (کریمی‌نیا، ۱۳۸۹ش، ص ۴۵)

### ۲. تغییر جنسیت در مورد افراد خنثی یا دو جنسی

این افراد که علایم هر دو جنس را دارا هستند، در علم پزشکی به «هرمافرودیت»<sup>۲</sup> مشهورند. بیماری دو جنسی یا هرمافرودیسیم نوعی ناهنجاری هورمونی است که در

دوران تکامل جنین در رحم مادر رخ می‌دهد، که می‌تواند تحت تأثیر هورمون‌های مادر یا برخی داروها و مواد شیمیایی مورد استفاده از سوی وی در دوران بارداری ایجاد شود. اختلالات هورمونی جنسی و گاهی تغییرات ژنتیکی و کروموزومی در این اشخاص دیده شده که شدت آنها متفاوت است. (عباسی، آیت‌اللهی، عمرانی، ۱۳۸۲ش، ص ۵۹-۶۰؛ اصغری آقمشهدی؛ عبدی، ۱۳۹۰ش، ص ۴) این نوع تغییر جنسیت از سابق، یعنی از زمان پیدایش جراحی شایع بوده است. با توجه به اینکه در ایران حدود ۳ تا ۵ هزار دوجنسی وجود داشته و این آمار روبه فزونی است، وضع قوانینی خاص در این زمینه بیش از پیش مهم می‌باشد.<sup>۳</sup> در بسیاری از کشورها از جمله بلژیک، ژاپن و ترکیه ضوابطی خاص در این زمینه وجود دارد.<sup>۴</sup> امروزه در پرتو تحولات علم پزشکی در باب پیوند اعضا، متخصصین امر موفق شده‌اند، با اعمال جراحی، این افراد را به یکی از دو جنس مذکر و یا مؤنث ملحق کرده و آنها را از انزوای اجتماعی و محدودیت‌های حقوقی ناشی از آن برهانند.<sup>۵</sup>

امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله در باب امور مستحذئه، اولین مسأله‌ای را که مطرح می‌کنند، بحث جواز یا عدم جواز شرعی تغییر جنسیت است. امام (۱۳۶۴ش، ص ۶۲۷) می‌فرمایند: «ظاهر آن است که تغییر جنسیت مرد به زن و بالعکس حرام نیست. همچنین تغییر جنسیت خنثی به یکی از دو جنس مذکر یا مؤنث نیز حرام نمی‌باشد.» در واقع فتوای امام حول دو محور است: ایشان در مورد افرادی که از نظر ظاهر جسمی سالم هستند و تغییر جنسیت می‌دهند، می‌فرمایند: «تغییر جنسیت آنها حرام نیست» و از جهت دیگر در مورد خنثی و یا دوجنسی‌ها صحبت می‌کنند و تغییر جنسیت آنها راجاز می‌دانند. امام این دو گروه را تفکیک و مسأله جواز را در مورد هر دو گروه بیان کرده است: «الظاهر عدم حرمة تغییر جنس الرجل بالمرأه بالعمل و بالعکس، و کذا لایحرم العمل فی الخنثی لیصیر ملحقاً بأحد الجنسین...».

در هر حال امام با صراحت، تغییر جنسیت خنثی‌ها و افراد سالم را فی حد نفسه جایز و ممکن می‌داند. (کریمی‌نیا، ۱۳۸۹ش، ص ۶۷)

گاهی ممکن است، شخص فاقد هرگونه آلت تناسلی باشد؛ فقهای شیعه مانند مرحوم شهید اول و شهید ثانی، احکام این بیماران را، داخل در بحث افراد خنثی دانسته و تعیین جنسیت آنها را، از طریق «قرعه» و یا طرق شرعیه دیگر لازم می‌دانند. (شهید اول، ۱۳۸۳ش، ص ۲۳۳) بنابراین می‌توان گفت: اولاً خنثی کسی است که یا دارای هر دو آلت تناسلی باشد و یا فاقد هر دو آلت است، که فقهای شیعه احکام فقهی هر دو را، تحت عنوان «میراث الخنثی» مطرح و بررسی کرده‌اند. (کریمی‌نیا، ۱۳۷۹ش، ص ۴)

### ۳. تغییر جنسیت در مورد افراد مبتلا به اختلال هویت جنسی

این افراد از نظر ظاهر و فیزیک بدنی سالم هستند، ولی از نظر روانی خود را متعلق به جنس مخالف می‌دانند، این وضعیت در علم پزشکی ترنس سکسوالیسم<sup>۶</sup> یا اختلال هویت جنسی<sup>۷</sup> گفته می‌شود. ترنس سکسوالیسم نوعی اختلال روانپزشکی است که آناتومی، فیزیولوژی هورمونی و فرمول گروموزومی جنسی فرد با هم هماهنگ بوده و ظاهر جنسی فرد هم، مطابق فرمول ژنتیکی وی می‌باشد، اما از لحاظ روانی جنسیت خود را قبول نداشته و از آن ناراضی است.<sup>۸</sup> لذا مطابق جنسیت و الگوی رفتاری که از آنها انتظار می‌رود، رفتار نکرده، و سعی می‌کنند رفتار جنس مطلوب خود را تقلید کنند، در صورتی که در حالت معمولی، افراد مطابق جنسیت بیولوژیکی خود به هویت جنسی می‌رسند. (کلانتری، کیومرث؛ ابراهیمی، نصیبه، ۱۳۹۰ش، ص ۷۹)

یکی از محققین، دکتر طیرانی (۱۳۸۶ش، ص ۴) در این زمینه می‌نویسد: «علت شایع این بیماری در هورمونی است که در بدن مادر در زمان بارداری تولید

می‌شود. طلاق، فوت یکی از اعضای خانواده و به‌طور کلی حوادث ناگواری که برای زن نگرانی ایجاد می‌کنند، باعث ترشح هورمون و تغییر محیط رحم می‌شوند، که در نتیجه بر روی نحوه رشد مغز جنین تأثیر می‌گذارد. به‌طوری که ترشح زیاد تستوسترون<sup>۴</sup> در دوران بارداری در مغز جنین دختر، هسته اولیه مردانگی و در صورت کاهش آن در جنین پسر، گرایش زنانگی را به‌وجود می‌آورد.»

محوریت بحث نیز، در مورد همین افراد است که گفتگو در مورد آنها، جنجال‌های فراوانی در کشورهای مسلمان و غیرمسلمان، به‌وجود آورده است. براساس یک آمار غیررسمی تاکنون ۵۰۰ نفر در ایران تغییر جنسیت داده‌اند، و هم‌اکنون نیز هر ماه چهار عمل جراحی تغییر جنسیت در ایران روی می‌دهد<sup>۱۰</sup> که یکی از آنها مربوط به بیماران خارج از کشور است، که به دلیل کم‌هزینه بودن این عمل در کشور از اروپا، شرق آسیا و کشورهای عربی به ایران مراجعه می‌کنند. متخصصین علم پزشکی تاکنون توانسته‌اند، گرایشات جنسی روان این بیماران را از طریق هورمون‌درمانی، با ظاهر فیزیکی آنها منطبق سازند و در صورت عدم انطباق، علایم جنسیتی بدن را، از طریق جراحی تغییر و علایم مصنوعی جنسیتی را که روان شخص با آن منطبق است، در بدن فرد قرار دهند. (باریکلو، علی‌رضا، ۱۳۸۳ش، ص ۱۰۷)

#### ۴. تغییر جنسیت به منظور کشف جنسیت

امام خمینی (ره) این نوع تغییر جنسیت را در کتاب «تحریرالوسیله»، مطرح و بررسی نموده‌اند، به این شرح که گاهی اوقات، جنسیت واقعی شخص نهفته است، که علی‌الظاهر زن است، اما جنسیت واقعی شخص، مردانه است و در واقع علامت جنسیت مذکر، درون حفره شکمی مخفی شده است که تغییر جنسیت آنان، به منظور کشف یا آشکار شدن جنسیت است.

## ب - تأثیر تغییر جنسیت زوجین در عقد نکاح

در بررسی حقوقی تأثیر تغییر جنسیت زوجین در عقد نکاح، باید قایل به تفکیک شد، و جداگانه تأثیر آن را در هر یک از نمونه‌های قبل بررسی نمود، لذا به بررسی موضوع در نوع اول، می‌پردازیم: ۱. نوع اول: زمانی که زوجین هم از لحاظ جسمی و هم از لحاظ روحی سالم هستند و بنا بر اختیار و خواست خود انفرادی یا اجتماعی تغییر جنسیت می‌دهند، عقد باطل نمی‌شود (باریکلو، ۱۳۸۳ش، ص ۱۱۲)؛ چون: در زمان انعقاد نکاح، طرفین ظاهراً دارای جنسیت مخالف هم بوده‌اند و با توجه به حجیت ظواهر، دلیلی بر بطلان نکاح وجود ندارد و نکاح در مرحله‌ی انعقاد صحیح واقع گردیده است، ولی در خلال مدت، تغییر جنسیت انجام شده و دو جنس مخالف، همجنس شده‌اند و اقتضا و امکان بقای عقد از میان می‌رود. (مومن، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۱۱۵)

بنا بر ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی،<sup>۱</sup> عقد نکاح یا به فسخ یا به طلاق و یا به بذل مدت در عقد موقت منحل می‌شود. طرق انحلال یک عقد با بطلان آن متفاوت است، یک عقد در ماهیت امر، یا صحیح است یا باطل و یا غیرنافذ. (شهیدی، ۱۳۷۷ش، ص ۸۷) عقدی که باطل است از ابتدا باطل بوده و در آینده نیز خواهد بود، و بطلان، اثر قهقرایی دارد و عقد صحیح، عقدی است که از ابتدا صحیح بوده و باطل نخواهد شد. این عقود به سه سبب منحل می‌شوند: ۱. اقاله (تفاسخ)، ۲. فسخ، ۳. انفساخ (حکم قانون). (شهیدی، ۱۳۷۷ش، ص ۵۴) اقاله یک عقد، توافق و اختیار طرفین، در برهم زدن عقد است و در عقود لازم و عقود که از سوی طرفین جایز می‌باشند، جاریست. لذا از میان عقود لازم صرفاً عقود نکاح، وقف و ضمان اقاله‌پذیر نیستند. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۳۸) فسخ یک عقد نیز، برهم زدن عقد بنا به اراده‌ی یکی از طرفین است (کاتوزیان، ۱۳۷۴ش، ص ۳۵)، فسخ یک عقد با اقاله‌ی آن



دو فرق اساسی دارد: اول اینکه در اقاله دو اراده نقش دارد، ولی در فسخ تنها یک اراده و دیگر اینکه فسخ صرفاً مخصوص عقود لازم است ولی اقاله هم در عقود لازم و هم در عقود جایز، جاری است.

با عنایت به ماده ۱۱۳۱ قانون مذکور<sup>۱۲</sup>، اعمال حق فسخ، فوری است و چنانچه ذی‌حق فوراً پس از اطلاع از موضوع، از حق فسخ خود استفاده نکند، حق مذکور ساقط خواهد شد. بنابراین بر طبق این ماده اگر یکی از زوجین تغییر جنسیت دهد، ولی دیگری بعد از اطلاع از موضوع به سبب ایجاد حق فسخ، عقد نکاح را فسخ نکند، قاعدتاً باید نکاح به حال خود باقی باشد، که عقلاً و شرعاً ناممکن است (ممنوعیت ازدواج دو همجنس با یکدیگر).<sup>۱۳</sup>

امام صادق (ع) در بیان فلسفه حرمت لواط می‌فرمایند: «اگر آمیزش با پسران حلال بود، مردان از زنان بی‌نیاز می‌شدند و این موجب قطع نسل بشر می‌شد و مفاسد زیاد اخلاقی و اجتماعی به بار می‌آورد». (حر عاملی، ۱۴۰۹. ه. ق.، ج ۴، ص ۲۵۲)

بنابراین نمی‌توان گفت: با تغییر جنسیت زوجین (انفرادی یا اجتماعی)، حق فسخی برای دیگری ایجاد می‌شود، ولی به نظر می‌رسد عقد نکاح منفسخ شود. (باریکلو، ۱۳۸۳. ش.، ص ۵) انفساخ یک عقد به صورت قهری و خارج از اراده‌ی طرفین، بنابر حکم قانون در موارد از پیش تعیین شده و در زمان وقوع اتفاق و یا حادثه‌ای خاص، صورت می‌گیرد و چون اساس و مقتضای بقا و استمرار عقد، از میان می‌رود، عقد منحل می‌شود.<sup>۱۴</sup> لذا با توجه به فحوی قانون مدنی در باب انفساخ عقود - مانند عقد اجاره<sup>۱۵</sup> که انتفاء موضوع قرارداد در خلال مدت آن، یکی از موجبات انفساخ عقد محسوب شده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۷. ش.، ص ۳۶) - با تغییر جنسیت یکی از زوجین نیز مقتضای بقا و استمرار عقد نکاح (مخالفت در

جنسیت)، از بین می‌رود و عقد نکاح منفسخ می‌شود. (اصغری آقمشهدی، عبدی، ۱۳۸۷ش، ص ۴)

اگر جنسیت زن و شوهر هر دو تغییر کند و این تغییر، همزمان نباشد، باز هم عقد نکاح، بنا به توضیحات قبل، منفسخ می‌شود، ولی اگر تغییر جنسیت زوجین، همزمان باشد، در بقای نکاح آنان تردید است، هر چند حکم هر کدام از زن و شوهر تغییر می‌کند، بدین معنی که: حکم شوهر بر زوجه پیشین و حکم زوجه بر شوهر پیشین مترتب می‌شود، در بقای عقد نکاح این زن و شوهر (در صورت همزمان بودن تغییر) دو نظر موجود است: یکی قائل بر بقای نکاح است (خمینی، ۱۳۶۴ش، ص ۶۲۷)، با این استدلال که: حقیقت اعتبار نکاح، صرفاً این است که هر کدام از آن دو، همسر دیگری می‌باشد. پس این دو، زن و شوهرند و نکاح به معنای همسری هر یک از این دو برای دیگری، باقی است. لذا هر کدام از زن و شوهر، خصوصیت تکوینی خود را حفظ نموده و احکام خاصی نیز، بر آن مترتب می‌شود. (فتحی، ۱۳۸۶ش، ص ۳۲) بنابراین، اگر جنسیت زن و شوهر، در یک زمان تغییر کند، بقای زوجیت این دو امکان‌پذیر خواهد بود و اگر دلیلی بر رفع این زوجیت وجود نداشته باشد، استصحاب جاری می‌شود و اقتضای استصحاب، بقای زوجیت است. (مومن، ۱۴۱۵ه.ق، ص ۱۱۵)

به نظر برخی دیگر از مؤلفان در توجیه این نظر، حقیقت ازدواج، چیزی غیر از اعتبار زوجیت هر یک نسبت به دیگری، نیست و از آنجا که هر یک از طرفین، ویژگی طبیعی و تکوینی خاصی دارند، بر هر کدام احکام خاصی مترتب می‌شود، از این رو وقتی زوجین هم زمان تغییر جنسیت دهند، چون: بقای زوجیت اعتباری، امری ممکن است و دلیلی بر از بین رفتن آن نیست، مقتضای استصحاب، بقای زوجیت است. (طباطبایی، ۱۴۱۶ه.ق، ص ۱۰۷؛ اصغری آقمشهدی، عبدی، ۱۳۹۰ش، ص ۷)

این مطلب با این اشکال مواجه است: که حقیقت اعتبار نکاح، همسر یکدیگر شدن زن و مرد است. به این معنا که: در ازدواج علاوه بر نسبت زوجیت میان طرفین، مهم این است که، این مرد، شوهر باشد برای زنی که همسر اوست، که در اصطلاح منطق، به آن نسبت اضافه غیرمتشابه الاطراف می‌گویند، یعنی: میان این دو، فقط از یک طرف، نسبت خاص وجود داشته باشد و از طرف دیگر نسبتی باقی نماند، مانند رابطه پدری، که صرفاً یک‌طرفه است برخلاف رابطه برادری، که امری دوطرفه است. لذا رابطه زن و شوهر، که از نوع غیرمتشابه الاطراف است، بعد از تغییر جنسیت، از میان می‌رود و طرفین برای ادامه زندگی و رابطه زناشویی، نیازمند عقد نکاح جدیدی هستند. (مومن، ۱۴۱۵ه.ق.، ص ۱۱۴؛ کریمی‌نیا، ۱۳۷۹ش.، ص ۶)

لذا شرط است که زوج و زوجه به‌گونه‌ای مشخص باشند که هر یک، از دیگری با اسم یا وصف یا اشاره، تمیز داده شود. (کاتوزیان، سال ۱۳۷۷ش.، ص ۸۷)

زیرا: اغراض عقلاً با اختلاف زوجین، مختلف می‌شود. بنابراین لزوم شناسایی زوجین در باب نکاح، مثل دو عوض در سایر عقود می‌باشند، به خلاف باب بیع که غرض به شخص مشتری یا بایع تعلق نمی‌گیرد. به این ترتیب انشا در عقد نکاح، هیچ‌گاه مرد بین زن و مرد قرار نمی‌گیرد تا استصحاب علقه نکاح صحیح باشد؛ بلکه به ویژگی این شخص به عنوان شوهر آن زن و آن شخص به عنوان زن این مرد، تعلق می‌گیرد و این خصوصیت به خاطر تبدیل شدن آن دو نفر، باقی نیست. (صفایی، ۱۳۶۹ش.، ص ۵۷)

بنابراین، حقیقت زوجیت مذکور، با تغییر جنسیت قطعاً از بین می‌رود، زیرا زن و مرد در زوجیت موضوعیت دارند. (مؤمن قمی، ۱۳۸۳ش.، ص ۳۴) همچنین، با توجه به تعهدات متفاوت هر یک از طرفین و موضوعیت داشتن شرایط و ویژگی‌های هر یک برای دیگری، می‌توان گفت: که این تفاوت ذاتی و واقعی بوده و اقتضای

تابعیت عقد، از قصد طرفین و لزوم توافق قصد طرفین درباره نوع عقد و موضوع آن، این می‌باشد؛ که بعد 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 آن را قصد نکرده‌اند. (مومن، ۱۴۱۵ه.ق، ص ۱۱۴؛ باریکلو، ۱۳۸۳ش، ص ۱۱۲) لذا قول نزدیک به صواب، این نظریه است که (در صورت تغییر جنسیت زوجین به‌طور همزمان) نکاح منفسخ می‌شود. هر چند حضرت امام (ره) در تحریر الوسیله، دیدگاه بقای نکاح را برگزیده‌اند، ولی ایشان (۱۳۶۴ش، ص ۶۲۷) در ادامه می‌نویسند: «اگرچه احوط آن است که دوباره ازدواج کنند و زن فعلی با غیر مردی که قبلاً زن او بوده، ازدواج نکند مگر آن که با اجازه هر دو طلاق واقع شود».<sup>۱۶</sup>

**۲. نوع دوم:** در بررسی حقوقی تأثیر تغییر جنسیت زوجین، در عقد نکاح در این فرض که احد از زوجین علایم جنسیتی هر دو جنس را با هم داشته باشد و به تعبیری خنثی باشند، می‌توان گفت: عقد مذکور باطل می‌شود (طباطبایی، ۱۴۶ ه.ق، ص ۵۰)؛ زیرا که: احد از زوجین بر مبنای اماره‌ی غالب بودن علامت جنسیتی یک جنس بر دیگری، اقدام به ازدواج نموده بود، حال با تغییر جنسیت معلوم می‌شود که علایم جنسیتی جنس جدید، در وی غالب‌تر بوده و در زمان وقوع عقد، در تعیین و تشخیص علایم جنسیتی 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 درباره‌ی چنین ماهیتی، موجب بطلان نکاح می‌شود. (شهیدی، ۱۳۷۷ش، ص ۱۰۷؛ باریکلو، ۱۳۸۳ش، ص ۷)

**۳. نوع سوم:** در فرض دیگر که یکی از زوجین، ترنس سکسوال باشد؛ یعنی: از نظر ظاهر و فیزیک بدنی سالم، ولی از نظر روانی، خود را متعلق به جنس

مخالف بداند؛ چون: در بدن این شخص، علایم جنسی یک جنسیت وجود دارد و ظاهر در این است؛ که علایم معرف جنسیت، شخصی هستند؛ لذا عرفاً اشتباهی رخ نداده است و می‌توان گفت: نکاح در زمان انعقاد، صحیح بوده و با تغییر جنسیت، نکاح منفسخ می‌شود.<sup>۱۷</sup> اما این نظر خالی از اشکال نیست، زیرا: تشخیص جنسیت، تنها با علایم جنسی ظاهری صورت نمی‌گیرد؛ بلکه تعداد کروموزوم‌ها، شکل مغز و گرایش‌های جنسی روان او نیز، در تعیین جنسیت مؤثرند.<sup>۱۸</sup> (باریکلو، ۱۳۸۳ش، ص ۷؛ اصغری آقمشهدی، عبدی، ۱۳۸۷ش، ص ۵۴)

لذا مشکل می‌توان نکاح را از ابتدا صحیح تلقی کرد و تغییر جنسیت را، موجب انفساخ آن دانست، بلکه به سبب فقدان شرط اساسی صحت نکاح در زمان انعقاد آن، عقد باطل و کشف از بطلان آن از زمان انعقاد می‌نماید؛ زیرا که: اختلاف واقعی جنسیت طرفین، در نکاح، شرط صحت قرارداد است. (طباطبایی، ۱۴۱۶ه.ق، ص ۵۰؛ صفایی، ۱۳۶۹ش، ص ۳۶؛ باریکلو، ۱۳۸۳ش، ص ۱۱۳) و در نتیجه اگر معلوم شود که این اختلاف وجود ندارد و ازدواج بین دو همجنس منعقد شده، روشن است که عقد از همان ابتدا باطل بوده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۷ش، ص ۴۴) همان‌طور که حضرت امیر (ع) در پرونده‌ی مربوط به نکاح شخصی با پسرعمویش، حکم به جدایی آن دو، از هم نمود و شخص را ملحق به جنس مذکر دانست، در حالی که اگر نکاح نافذ و صحیح می‌بود، موضوع مهر و سایر مسائل حقوقی قابل توجه می‌بود. (حرّ عاملی، ۱۴۲۶ه.ق، ص ۲۸۶) لذا چون این افراد، بعد از ازدواج مبادرت به عمل جراحی نموده‌اند، باید دید این عمل در واقع تغییر جنسیت بوده و یا کشف جنسیت محسوب می‌شود، تحقیقات انجام شده از این اشخاص، نشان می‌دهد؛ که آنها از ابتدای دوران بلوغ، مشکل جنسی داشته و در جنسیت سابق، احساس

آرامش و اطمینان نمی کرده‌اند.<sup>۱۹</sup> لذا این عمل جراحی، به نوعی کشف جنسیت آنها، تلقی می‌گردد، بنابراین نکاح این گروه نیز، باطل است.

۴. نوع چهارم: در فرضی که تغییر جنسیت به منظور کشف جنسیت صورت می‌گیرد، جنسیت واقعی شخص نهفته است و به ظاهر زن است، اما جنسیت واقعی شخص، مردانه است و در واقع، علامت جنس مذکر، درون حفره شکمی مخفی شده است که تغییر جنسیت آنان به منظور تعیین یا آشکار شدن جنسیت است. (باریکلو، ۱۳۸۲ش، ص ۶۵) در این مورد نیز به استناد وجوه پیشین، با توجه به اینکه شرط اساسی در صحت نکاح، اختلاف واقعی جنسیت طرفین می‌باشد، عقد نکاح باطل است؛ چرا که: در زمان نکاح در واقع امر، زوجین هم جنس بوده‌اند و اقتضای موضوع، بطلان عقد است.

## نتیجه

بررسی مسأله تغییر جنسیت، نه تنها از دیدگاه پزشکی، بلکه به لحاظ مباحث حقوقی نیز حایز اهمیت می‌باشد. گرچه این مباحث در گذشته نیز، کم و بیش وجود داشته است، ولی اکنون با پیشرفت تکنولوژی و علم پزشکی، ابعاد گسترده‌تری در فراروی ما گشوده است. لذا در بررسی ابعاد فقهی و حقوقی تغییر جنسیت زوجین و تأثیر آن در عقد نکاح، نتایج زیر قابل بهره‌برداری است:

الف) از نظر علم پزشکی، دو گروه از اشخاص، مجاز به عمل تغییر جنسیت هستند: اول آنهایی که علایم جنسی مردانه و زنانه را با هم دارند و یا اینکه فاقد هر یک از آنها باشند؛ که در فقه «خنثی» نامیده می‌شوند؛ و دوم آنهایی که به لحاظ جسمی مشکلی ندارند ولی گرایشات و تمایلات روانی آنها، متعلق به جنس مخالف است؛ که در علم پزشکی به این حالت، اختلال هویت جنسی (ترنس سکسوال) گفته می‌شود.

ب) چنانچه تنها یکی از زوجین، بارعایت موازین پزشکی، تغییر جنسیت دهد، عقد نکاح باطل می‌شود، با این توجیه که در تعیین و تشخیص علایم جنسیت غالب در زمان نکاح، اشتباه صورت گرفته است و چون: شرط صحت نکاح؛ که همان اختلاف جنسیت بوده، مخدوش بوده است، این اشتباه موجب بطلان نکاح خواهد شد.

ج) چنانچه زوجین هر دو، تغییر جنسیت دهند و این تغییر هم‌زمان نباشد، عقد نکاح منفسخ می‌شود. به این معنا که: اساس و مقتضای بقا و استمرار نکاح، از میان رفته و عقد نکاح، قهراً و خارج از اراده طرفین منحل می‌گردد و چنانچه این تغییر، هم‌زمان باشد، دو نظر موجود است؛ که با توجه به مبانی مطرح شده، به نظر می‌رسد، نظر موجّه این باشد که؛ عقد نکاح منفسخ شود و تداوم زندگی مشترک زوجین، مستلزم عقد جدیدی باشد.

## پی‌نوشت‌ها

- 1- Sex-Reassignment
  - 2- Hermaphroditism
  - 3- see. [http://www.baztab.ir/news\(1386.2.3\)](http://www.baztab.ir/news(1386.2.3))
  - 4- English refrence is avalible :online on, <http://www.trans-action.org>
  - 5- Jakob Skovgaard – Petersen ، sex change in cairo ، Gender and Islamic Law ، <http://www.Umich.edu/~iinet/journal/Vol2no3/Sex-in-cairo.Html>.
  - 6- Transsexualism
  - 7- Gender Identify Disorder.(GID)
  - 8- see. <http://www.pezeshkonline.ir>
- ۹- تستوسترون هورمونی است که تکامل اعضای تناسلی مردانه را کنترل کرده و نیز موجب ظهور ویژگی های مردانه معینی، مانند رشد مو در صورت و بدن، بم شدن صدا و... در زمان بلوغ می‌شود.
- ۱۰- مصاحبه با دکتر محمدمهدی کریمی‌نیا، نشست علمی تغییر جنسیت از نظر فقه شیعه با بررسی دیدگاه فقهای امامیه، حوزه علمیه قم ، مورخ ۸۷/۹/۲۲.
- ۱۱- ماده ۱۱۲۰ ق.م: عقد نکاح به فسخ یا به طلاق و یا به بذل مدت در عقد موقت ، منحل می‌شود.
- ۱۲- ماده ۱۱۳۱ ق.م: خیار فسخ ، فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد ، بعد از اطلاع به علت فسخ ، نکاح را فسخ نکند، خیار او ساقط می‌شود.
- ۱۳- سوره شعراء، آیه ۱۶۵-۱۶۶: «أتأتون الذکران من العالمین، و تذرون ما خلق لکم ربکم من ازواجکم بل انتم قوم عادون» آیا در میان جهانیان شما به سراغ جنس مرد می‌روید و همسرانی را که خدا برای شما آفریده است رها می‌کنید؟! شما قوم تجاوزگری هستید.
- ۱۴- از جمله می‌توان به مواد ۴۸۳ ، ۳۸۷ ، ۹۵۴ و ۵۲۹ از قانون مدنی، اشاره کرد.
- ۱۵- ماده ۴۸۱ ق.م: هرگاه عین مستاجر به واسطه عیب ، از قابلیت انتفاع خارج شد و نتوان رفع عیب نمود اجاره باطل می‌شود.
- ۱۶- استفتاء از آیت ا.. خامنه‌ای (مجموعه فتاوی حضرت آیت الله سیدعلی خامنه ای درباره احکام تغییر جنسیت): اگر زن یا مرد پس از ازدواج تغییر جنسیت دهد حکم ازدواج چگونه است؟ در صورت بطلان آیا مرد باید مهر زن را تماماً بپردازد؟ پاسخ: ازدواج از حال تغییر باطل می‌شود و اگر بعد ازدخول بوده تمام مهر ثابت می‌شود و چنانچه قبل از آن بوده حکم به تنصیف مهر معلوم نیست.
- 17- Lynn Jones, Transsexualism: The current Medico-legal view point, December 1997, <http://www.lynne Jones.org.uk/legal htm>.
- 18- Av.M.Canan Arin, 2009. [www.seeline-project.net/family law](http://www.seeline-project.net/family law).
- 19- see. <http://www.pfc.org.uk/legal/liba-123.htm>



فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- اصغری آقامشهدی، فخرالدین؛ عبدی، یاسر - (۱۳۸۷)، احکام و آثار تغییر جنسیت، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۱۲، شماره ۳
- اصغری آقامشهدی، فخرالدین و عبدی، یاسر - (۱۳۹۰)، وضعیت فقهی حقوقی تغییر جنسیت، نشریه فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره ۲
- باریکلو، علیرضا - (۱۳۸۲)، وضعیت حقوقی تغییر جنسیت، مجله اندیشه‌ها حقوقی، ش ۵
- باریکلو، علیرضا - (۱۳۸۳). آثار حقوقی تغییر جنسیت، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۱، شماره ۲
- حرّ عاملی، محمد بن حسن بن علی - (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه، ج ۴، چاپ اول، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)
- خرازی، سید محسن - (۱۳۷۹)، تغییر جنسیت در حقوق اسلامی، فصلنامه فقه اهل بیت (فارسی)، شماره ۲
- سرچشمه‌پور، زهرا - (۱۳۸۴)، بررسی احکام فقهی و حقوقی تغییر جنسیت، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه فردوسی مشهد
- شهیدی، مهدی - (۱۳۷۷)، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، تهران: نشر حقوق‌دان
- صفایی، سید حسن؛ امامی، اسد... - (۱۳۶۹)، حقوق خانواده، ج ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران
- طیرانی، اعظم - (۱۳۸۶ش)، اختلال هویت جنسی از دیدگاه صاحب‌نظران، روزنامه قدس
- عباسی، فریبا؛ آیت‌اللهی، هاله؛ عمرانی، میرداوود - (۱۳۸۲)، گزارش یک مورد بیمار مبتلا به دوجنسی واقعی، مجله پزشکی قانونی/ارومیه، شماره ۱
- فتحی، نازیلا - (۱۳۵۳ش)، تغییر جنسیت در ایران، مجله بازتاب اندیشه، شماره ۵۳
- فرجی، محمد ناصر - (۱۳۸۱ش)، بررسی فقهی و حقوقی تغییر جنسیت و آثار آن، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران
- کاتوزیان، ناصر - (۱۳۷۷ش)، حقوق خانواده، ج ۱، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار
- کاتوزیان، ناصر - (۱۳۷۴ش)، حقوق مدنی، عقود معین (۱)، ج ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار
- کریمی‌نیا، محمد مهدی - (۱۳۷۹ش)، تغییر جنسیت از نظر فقهی و حقوقی، ماهنامه معرفت، شماره ۳۶
- کریمی‌نیا، محمد مهدی - (۱۳۸۹ش)، تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق، قم: نشر مرکز فقهی ائمه اطهار، چاپ اول
- کلاتری، کیومرث؛ ابراهیمی، نصیبه - (۱۳۹۰ش)، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۴
- مؤمن قمی، محمد - (۱۳۷۵ش)، سخنی درباره تغییر جنسیت، فصلنامه فقه اهل بیت فارسی، شماره ۷

ب) منابع عربی

- انصاری، مرتضی - (۱۴۱۵ق.ه)، مکاسب، ج ۳، بیروت: مؤسسه نشر اسلامی  
خمینی، روح... - (۱۳۶۴ش.ه)، تحریر الوسیله، ج ۲، نجف: مطبعه الآداب  
شهید اول، شمس‌الدین محمد بن مکی بن احمد عاملی نبطی جزینی - (۱۳۸۳ش.ه)، اللمعه الدمشقیه  
(ترجمه حمید مسجدسرایلی)، ج ۲، چاپ اول، تهران: انتشارات خط سوم  
طباطبایی، سید علی - (۱۴۱۶ق.ه)، ریاض المسائل، ج ۱، چاپ ۲، قم: مرسسه نشر اسلامی  
مؤمن، شیخ محمد - (۱۳۷۲ش.ه)، کلمات سدیة فی مسائل جدیدة، چاپ اول، قم: نشر جامعه مدرسین

یادداشت شناسه مؤلف

محمد رحمتی: کارشناس ارشد حقوق، قاضی دادگستری، پژوهشگر مرکز تحقیقات اخلاق و حقوق پزشکی (نویسنده‌ی مسؤول)

نشانی الکترونیکی: rahmati267@gmail.com

تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۰/۹/۲۱

تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۰/۱۱/۲۲