

بسم الله الرحمن الرحيم



دانشکده علوم انسانی

گروه علمی حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A)

رشته حقوق گرایش حقوق خصوصی

عنوان پایان نامه:

آثار تغییر جنسیت در روابط مالی زوجین و والدین با فرزندان

استاد راهنما:

دکتر مهرزاد ابدالی

استاد مشاور:

دکتر اصغر محمودی

نگارش :

سمیه آقاعلی خانی

اردیبهشت ۱۳۹۱

با احترام ،تقدیم به تمامی شهدای وطنم از ابتدای تاریخ ایران زمین و روح ملکوتی برادر
فرهیخته ام دانشجوی شهید « مرتضی آقاعلی خانی » که همواره حضورش را در سرتاسر زندگی
همچون معلمی احساس کرده ام .

به مصداق «من لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق» بسی شایسته است از اساتید فرهیخته و فرزانه جناب آقایان دکتر مهرزاد ابدالی و دکتر اصغر محمودی که با کرامتی چون خورشید، سرزمین دل را روشنی بخشیدند و گلشن سرای علم و دانش را با راهنمایی های کار ساز و سازنده بارور ساختند؛ تقدیر و تشکر نمایم و همچنین از پدر، مادر و همسر عزیزم و همه فرشتگانی که بال های محبت خود را گسترانیدند و با تحمل دشواری ها، سبب شدند تا در کمال آسودگی خیال و فراغت بال، شوق آموختن در من زنده بماند صمیمانه سپاسگزار نمایم و این نیست جز جلوه ای از لطف و رحمت پرودگاری که از ادای شکر حتی یک نعمت او ناتوانم.

مقدمه	۱
فصل اول : مفاهیم و حدود واژه شناسی	۷
مبحث اول : مفهوم جنس و جنسیت	۸
طرح بحث	۸
گفتار اول : تعریف جنس	۸
گفتار دوم : ملاک های تعیین جنس از نظر پزشکی و روانشناسی	۹
بند اول: جنس ژنتیکی	۹
بند دوم: جنس هورمونال	۹
بند سوم: جنس ظاهری	۹
بند چهارم: جنس روانشناسانه	۹
گفتار سوم: مفهوم جنسیت	۱۰
گفتار چهارم : هویت	۱۰
بند اول: هویت جنسی	۱۱
بند دوم: تمایل (میل) جنسی	۱۱
بند سوم: نقش جنسی	۱۲
گفتار پنجم: اختلال هویت جنسی	۱۲
بند اول: انواع اختلالات مرتبط با جنسیت	۱۴
الف) هرمافرو دیسم (دوجنسی) (کاذب مذکر (مردان زن نما)	۱۴
ب) هرمافرو دیسم (دوجنسی) (کاذب مؤنث (زنان مرد نما)	۱۴
ج) هرمافرو دیسم (دوجنسی) (واقعی)	۱۴
بند دوم: اختلالات تشخیص هویت جنسی	۱۵
الف) ترانسکسوال ها (خنثای روانی)	۱۵
ب) هموسکسوال ها (همجنس گرایان)	۱۶
ج) مبدل پوش ها	۱۷
مبحث دوم: مفهوم تغییر جنسیت	۱۸
طرح بحث	۱۸
گفتار اول: تغییر جنسیت در اصطلاح پزشکی	۱۸
گفتار دوم: تغییر جنسیت در اصطلاح فقهی	۱۹
گفتار سوم: معنای حقیقی تغییر جنسیت	۱۹
گفتار چهارم: مراد از اصطلاح تغییر جنسیت در عنوان پایان نامه	۲۰

فصل دوم : امکان و چگونگی تغییر جنسیت	۲۲
مبحث اول: موضوع تغییر جنسیت	۲۳
طرح بحث	۲۳
گفتار اول: افراد در معرض تغییر جنسیت	۲۳
بند اول: افراد دوجنسه (خنثی یا هرمافرودیت ها)	۲۳
بند دوم: تراجنسیتی ها (مخنثین یا ترانسکسوال ها)	۲۴
گفتار دوم: فرآیند تغییر جنسیت	۲۴
مبحث دوم: گونه های تغییر جنسیت	۲۶
طرح بحث	۲۶
گفتار اول: تغییر جنسیت در اشخاص	۲۶
بند اول: تغییر جنسیت در تراجنسیتی ها (ترانس ها یا TS ها)	۲۶
بند دوم: تغییر یا تعیین جنسیت در دو جنسی ها (خنثی ها)	۲۷
بند سوم: تغییر جنسیت به منظور کشف جنسیت	۲۷
بند چهارم: تغییر جنسیت در افراد ممسوح	۲۸
بند پنجم: تعیین یا تغییر جنسیت بدون غلبه هیچ یک از صفات و خصوصیات زنانه یا مردانه	۲۸
بند ششم: تغییر جنسیت در افراد سالم	۲۸
گفتار دوم: تغییر جنسیت در حیوانات و گیاهان	۲۸
گفتار سوم: روش های تغییر جنسیت	۲۹
بند اول: روان درمانی	۳۰
بند دوم: هورمون درمانی	۳۰
الف) درمان هورمونی جهت تبدیل مرد به زن	۳۲
ب) درمان هورمونی جهت تبدیل زن به مرد	۳۲
بند سوم: عمل جراحی (تولد دوباره)	۳۳
فصل سوم: وضعیت فقهی و حقوقی تغییر جنسیت	۳۶
مبحث اول: پیشینه تغییر جنسیت	۳۷
طرح بحث	۳۷
گفتار اول: وضعیت تغییر جنسیت در گذشته	۳۷
گفتار دوم: پیشینه تغییر جنسیت در فقه و حقوق کشورهای اسلامی	۳۸
بند اول: تغییر جنسیت در لسان فقهای شیعه	۴۲
بند دوم: اولین تغییر جنسیت در ایران	۴۳
گفتار سوم: پیشینه تغییر جنسیت در سایر ادیان الهی و حقوق غرب	۴۳
بند اول: مبانی تجویز و تحریم ترانسکسوالیسم در حقوق غرب	۴۳

بند دوم: اولین تغییر جنسیت در انگلستان.....	۴۴
بند سوم: اولین تغییر جنسیت در امریکا.....	۴۵
مبحث دوم: تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق	۴۵
طرح بحث.....	۴۵
گفتار اول: وضعیت حقوقی تغییر جنسیت	۴۵
گفتار دوم: وضعیت فقهی تغییر جنسیت	۴۷
بند اول: نظریه ممنوعیت تغییر جنسیت.....	۴۷
بند دوم: نظریه مشروعیت مطلق تغییر جنسیت.....	۵۰
بند سوم: نظریه مشروعیت مشروط تغییر جنسیت.....	۵۲
گفتار سوم: حکم وضعی تغییر جنسیت	۵۴
گفتار چهارم: شرایط تغییر جنسیت	۵۴
گفتار پنجم: تقسیم بندی کشورها از نظر وجود یا عدم وجود قوانین مصوب پیرامون تغییر جنسیت	۵۵
بند اول: رویه دیوان اروپایی حقوق بشر.....	۵۶
الف) خلاصه ای از پرونده.....	۵۷
ب) ادعای خواهان.....	۵۸
بند دوم: شرایط تغییر جنسیت در ایران.....	۶۱
گفتار ششم: وضعیت شناسایی جنسیت جدید	۶۴
بند اول: صدور شناسنامه جدید پس از تغییر جنسیت.....	۶۶
بند دوم: مرجع شناسایی.....	۶۸
بند سوم: آثار تصحیح شناسنامه.....	۶۹
فصل چهارم: آثار تغییر جنسیت در روابط مالی زوجین	۷۰
مبحث اول: اثر تغییر جنسیت بر حق	۷۱
طرح بحث.....	۷۱
گفتار اول: اثر تغییر جنسیت بر حقوق قراردادی	۷۳
بند اول: وصف یا شرط بودن جنسیت در قرارداد.....	۷۳
بند دوم: اساسی بودن جنسیت در قرارداد.....	۷۴
گفتار دوم: تغییر جنسیت و پیوند زناشویی	۷۴
گفتار سوم: تغییر جنسیت و اجازه اشخاص ثالث	۷۶
بند اول: تغییر جنسیت زوجه و لزوم کسب اجازه و رضایت زوج.....	۷۶
بند دوم: تغییر جنسیت زوج و لزوم کسب رضایت زوجه.....	۷۸
گفتار چهارم: اقسام تغییر جنسیت زوجین	۸۰
گفتار پنجم: اثر تغییر جنسیت بر علقه نکاح (دائم و منقطع)	۸۱
بند اول: نظریه انفساخ نکاح.....	۸۲

۸۴	بند دوم: نظریه بطلان نکاح.....
۸۴	الف) تغییر جنسیت یکی از زوجین.....
۸۵	ب) تغییر جنسیت زوجین به صورت غیر همزمان.....
۸۶	ج) تغییر جنسیت زوجین به صورت همزمان.....
۸۸	بند سوم: نظریه کشف بطلان نکاح.....
۹۰	گفتار ششم: تغییر جنسیت و حق ازدواج.....
۹۲	گفتار هفتم: وضعیت حقوقی ازدواج با افراد تغییر جنسیت یافته.....
۹۲	بند اول: وضعیتی که زوج تغییر جنسیت داده باشد.....
۹۳	بند دوم: وضعیتی که زوج تغییر جنسیت داده باشد.....
۹۳	گفتار هشتم: تغییر جنسیت و ازدواج با اطرافیان.....
۹۵	مبحث دوم: حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر.....
۹۵	طرح بحث.....
۹۶	گفتار اول: تکالیف و حقوق غیرمالی (شخصی).....
۹۶	بند اول: تکالیف مشترک زوجین.....
۹۸	بند دوم: ریاست شوهر بر خانواده.....
۹۸	گفتار دوم: تکالیف و حقوق مالی.....
۹۹	گفتار سوم: اثر تغییر جنسیت بر تکالیف و حقوق غیرمالی (شخصی).....
۱۰۰	گفتار چهارم: حقوق و تکالیف مالی زوجین پس از تغییر جنسیت.....
۱۰۰	گفتار پنجم: تغییر جنسیت و مساله مهر.....
۱۰۰	بند اول: تغییر جنسیت و مساله مهریه در نکاح دائم.....
۱۰۱	الف) اثر تغییر جنسیت بر مهر المسمی.....
۱۰۲	۱- نظریه عدم استحقاق مهر.....
۱۰۳	۲- نظریه استحقاق تمام مهر.....
۱۰۴	۳- نظریه استحقاق تمام مهر در صورت نزدیکی و عدم استحقاق مهر در صورت عدم آن.....
۱۰۷	۴- نظریه مبتنی بر اجازه زوج.....
۱۰۷	ب) اثر تغییر جنسیت بر مهر المثل.....
۱۱۰	ج) اثر تغییر جنسیت بر مهر الممتعه.....
۱۱۲	بند دوم: تغییر جنسیت و مساله مهریه در نکاح منقطع.....
۱۱۷	گفتار ششم: تغییر جنسیت و مساله نفقه (تامین هزینه).....
۱۱۸	بند اول: تغییر جنسیت و سقوط نفقه در نکاح دائم.....
۱۱۹	بند دوم: تغییر جنسیت و مساله نفقه در نکاح منقطع.....
۱۲۰	گفتار هفتم: تغییر جنسیت و مساله عده.....
۱۲۱	بند اول: تغییر جنسیت و مساله عده.....

بند دوم: تغییر جنسیت زوج و مساله عده.....	۱۲۲
بند سوم: تغییر جنسیت زوجه در زمان عده.....	۱۲۳
گفتار هشتم: اثر تغییر جنسیت بر هزینه ازدواج.....	۱۲۴
گفتار نهم: اثر تغییر جنسیت بر هدایای دوران نامزدی.....	۱۲۶
گفتار دهم: اثر تغییر جنسیت بر اجرت المثل کارهای زوجه.....	۱۲۹
گفتار یازدهم: اثر تغییر جنسیت برنحله یا بخشش اجباری.....	۱۳۳
گفتار دوازدهم: اثر تغییر جنسیت بر مقرری ماهانه.....	۱۳۵
گفتار سیزدهم: اثر تغییر جنسیت بر شروط ضمن عقد (تنصیف دارایی).....	۱۳۸
گفتار چهاردهم: اثر تغییر جنسیت بر جهیزیه و اموال مختص زوجه.....	۱۴۱
گفتار پانزدهم: تغییر جنسیت و حق ارث.....	۱۴۳
بند اول: شرایط توارث زوجین.....	۱۴۴
الف) دائم بودن نکاح.....	۱۴۴
ب) وجود زوجیت هنگام فوت همسر (دوام نکاح).....	۱۴۴
بند دوم: استثنائات توارث زوجین و اثر تغییر جنسیت بر آن.....	۱۴۵
الف) فرض نسبی بطلان نکاح در واپسین بیماری.....	۱۴۵
ب) توارث زوجین در صورت فوت یکی از ایشان در عده رجعی.....	۱۴۶
ج) طلاق در مرض متصل به فوت و فرض بقای زوجیت.....	۱۴۸
فصل پنجم: حقوق و تکالیف مالی والدین و فرزندان پس از تغییر جنسیت.....	۱۵۰
مبحث اول: تغییر جنسیت والدین.....	۱۵۱
طرح بحث.....	۱۵۱
گفتار اول: تغییر جنسیت پدر یا مادر و مساله عناوین نسبی آنان.....	۱۵۱
گفتار دوم: حقوق و تکالیف والدین نسبت به فرزندان.....	۱۵۳
بند اول: حقوق و تکالیف مالی.....	۱۵۴
بند دوم: حقوق و تکالیف غیر مالی.....	۱۵۵
گفتار سوم: اثر تغییر جنسیت والدین بر حقوق و تکالیف مالی آنان نسبت به فرزندان.....	۱۵۷
بند اول: تغییر جنسیت والدین و مساله نفقه فرزندان.....	۱۵۷
الف-) تغییر جنسیت پدر و مساله نفقه فرزندان.....	۱۵۷
ب-) تغییر جنسیت مادر و مساله نفقه فرزندان.....	۱۵۹
۱- تغییر جنسیت مادر با وجود پدر یا جد پدری.....	۱۵۹
۲- تغییر جنسیت مادر با نبود پدر و جد پدری یا عدم تمکن مالی آنان.....	۱۶۰
بند دوم: تغییر جنسیت والدین و مساله ارث از فرزندان.....	۱۶۱
الف) قطع رابطه توارث.....	۱۶۲
ب) ابقاء رابطه توارث.....	۱۶۳

۱- ارث بردن به لحاظ قرابت و خویشاوندی.....	۱۶۴
۲- ارث بردن به لحاظ زمان انعقاد نطفه.....	۱۶۴
ج) ابقاء رابطه توارث با تغییر میزان سهم الارث.....	۱۶۵
بند سوم: تغییر جنسیت والدین و مسأله ولایت بر فرزندان (اداره اموال کودکان).....	۱۶۶
الف) تغییر جنسیت پدر و مسأله ولایت بر فرزندان.....	۱۶۶
۱- سقوط ولایت.....	۱۶۷
۲- بقای ولایت.....	۱۶۸
ب) تغییر جنسیت مادر و مسأله ولایت.....	۱۶۸
گفتار چهارم: اثر تغییر جنسیت والدین بر روابط غیر مالی آنان نسبت به فرزندان.....	۱۶۹
بند اول: تغییر جنسیت والدین و مسأله حضانت فرزند.....	۱۶۹
الف) تغییر جنسیت مادر و مسأله حضانت فرزند.....	۱۷۰
ب) تغییر جنسیت پدر و مسأله حضانت فرزند.....	۱۷۰
بند دوم: تغییر جنسیت والدین و سایر حقوق غیرمالی فرزند(تربیت، حق ملاقات، تغذیه با شیر مادر).....	۱۷۱
مبحث دوم: تغییر جنسیت فرزند.....	۱۷۳
طرح بحث.....	۱۷۳
گفتار اول: اثر تغییر جنسیت بر حق ارث فرد تغییر جنس داده از والدین خویش.....	۱۷۴
بند اول: تغییر جنسیت فرزند قبل از فوت یکی از والدین.....	۱۷۴
بند دوم: تغییر جنسیت بعد از فوت والدین.....	۱۷۶
گفتار دوم: اثر تغییر جنسیت فرزند بر نفقه والدین.....	۱۷۶
گفتار سوم: تکلیف والدین به پرداخت نفقه فرزند تغییر جنسیت داده.....	۱۷۷
گفتار چهارم: تغییر جنسیت اقارب طبقه دوم و سوم.....	۱۷۸
نتیجه گیری.....	۱۸۰
منابع.....	۱۸۶

چکیده

تغییر جنسیت در مفهوم عام دو دسته از اشخاص را در بر می گیرد: دسته نخست که در کتب فقهی از آنان تحت عنوان « خنثی » نام برده می شود، بیمارانی هستند که علائم جنسی هر دو جنس مونث و مذکر را دارا بوده و با عمل جراحی، جنسیت نهفته آنان ظاهر می گردد. بر همین اساس به نظر برخی از علمای فقهی و حقوقی عبارت تبدیل جنس یا اصلاح جنسیت در خصوص آنان دقیق تر می باشد و فقهای اسلامی اعم از شیعه و سنی ضمن پذیرش آن مباحث مربوط به آن را در کتب فقهی خصوصاً در بحث میراث مطرح نموده اند. دسته دوم اشخاصی هستند که علیرغم سلامت جسمی از نظر روحی و روانی خود را متعلق به جنس مخالف می دانند و تغییر جنسیت دسته اخیر موجب اختلاف نظر میان فقهای شیعه و اهل تسنن گردیده به نحوی که فقهای اهل سنت آن را حرام تلقی نموده و بالتبع هیچ گونه آثاری را نیز بر آن مترتب ندانسته اند ولیکن اکثر فقهای شیعه ضمن پذیرش این گونه تغییر جنسیت، آثاری را برای آن در نظر گرفته اند و همین موضوع زمینه ساز پرسش های فراوان فقهی و حقوقی خصوصاً در بهره مندی از حقوقی که جنسیت در تمتع یا عدم تمتع از آن موثر می باشد گردیده است. در تحقیق حاضر سعی بر آن شده تا تأثیر تغییر جنسیت بر مباحث مربوط به حقوق خانواده (مسأله بقا یا عدم بقای عقد نکاح، حقوق و تکالیف مالی زوجین پس از تغییر جنسیت و همچنین حقوق و تکالیف مالی والدین نسبت به فرزندان و بالعکس) با تکیه بر قواعد حقوقی و نظریات علمای فقه شیعه مورد بررسی قرار گیرد.

کلید واژه ها: جنس، جنسیت، ترانسکسوال، هرمافرودیت، تغییر جنسیت، روابط مالی

مقدمه

طرح مساله

انسان بر اساس عادت و آنچه در پیرامون او می گذرد دو حالت و وضعیت را در برخورد با افراد اخذ می نماید، یعنی هم خود و هم دیگران را یا مؤنث یا مذکر می پندارد و حالت سومی را تصور نمی نماید. البته، در این بین افرادی یافت می شوند که به علل مختلف فردی و اجتماعی از جمله پرورش نادرست توسط اطرافیان علی الخصوص والدین و نتیجتاً همانندسازی با جنس مخالف، از همان سنین کودکی به وضعیتی دچار می شوند که بر اثر درون افکنی رفتار جنس مخالف دیگر از جنس فیزیولوژی و به دنبال آن از افکار و رفتار جنس خود راضی نبوده و بر اثر تنفر از خود، دست به دامن روانپزشکان و یا پزشکی قانونی شده و خواستار تغییر جنسیت می گردد. پیشرفت های دانش تجربی و پزشکی، امکان و بستر تغییر جنسیت را فراهم آورده و به دلیل رویکرد و اقدام افراد زیادی از زنان و مردان در چهارسوی عالم به فرایند تغییر جنسیت اندک اندک این موضوع به صورت یکی از موضوعات مهم و پرچالش درآمده است.

چنان که به دلیل گستره عوامل، رویکرد، گونه ها، آثار فقهی، حقوقی، برآیندهای روحی و روانی، اخلاقی و فرهنگی تغییر جنسیت، این پدیده از مسائل میان رشته ای سه دانش اخلاق، پزشکی، فقه و حقوق به شمار می رود و از همین روی محور گفت و گوی دانشیان این سه حوزه قرار گرفته و در هر دانشی موافقان و مخالفان و پرسش هایی را برتافته است.

در تحقیق حاضر بر آنیم تا مسأله تغییر جنسیت را مورد کاوش فقهی و حقوقی قرار دهیم؛ چرا که چنین به نظر می آید که در میان رشته های یاد شده بیشترین بار مسئولیت بر عهده دانش فقه (فقه القرآن) و حقوق است؛ زیرا از یک سو تغییر جنسیت از مسائل نوپدید و نیازمند استنباط و نظریه پردازی با پرسش های بنیادین در خصوص جواز، ممنوعیت و احکام عبادی و تکلیفی آن بوده تا پاسخی درخور آن ها برگرفته از فقه و آموزه های قرآنی به لحاظ جاودانگی، فرانگری نسبت به زمان و مکان ارائه دهد، از سوی دیگر در صورت تحقق تغییر جنسیت خواه به صورت مشروع خواه نامشروع چه آثار و احکامی در حقوق و تکالیف فرد ایجاد خواهد گردید که ضروری است استنادات حقوقی مساله با تکیه بر قوانین موضوعه ایران خصوصاً «قانون مدنی» مورد تحلیل قرار گیرد، البته عمده مطالب مورد بحث در باب «حقوق خانواده» مسألهء بقا یا عدم بقای ازدواج، مساله مهریه،

نفقه، ارث، ولایت و سرپرستی کودکان و... پس از تغییر جنسیت یکی از زوجین، والدین یا فرزندان خواهد بود.

ضرورت و جایگاه موضوع تغییر جنسیت

امروزه در همه کشورها افراد دگر جنس خواه (ترانس سکسوال ها) و دوجنسی یا خنثی (هرمافروdit) درصدی از جمعیت را به خود اختصاص داده اند که در میان این دو گروه از افراد، دسته دوم یعنی افراد هرمافروdit (خنثی) چندان پدیده نوظهوری محسوب نمی شود، چرا که از گذشته تاکنون همواره افرادی به عنوان خنثی (دوجنسه) در جوامع بشری می زیسته اند و در روایات دینی و فقه اسلامی پیرامون وضعیت فقهی این گونه افراد تحت عنوان «خنثی» سخن گفته شده است ولیکن آن چه موضوع تغییر جنسیت را از اهمیت ویژه ای برخوردار ساخته، مساله تغییر جنسیت در مورد افراد سالم از نظر جسمی (خنثای روانی) می باشد که در سایه پیشرفت علم و تکنولوژی و توسعه دانش پزشکی امری ممکن گردیده است. متأسفانه علیرغم این که در دهه های اخیر، هزاران عمل تغییر جنسیت به وقوع پیوسته است ولیکن در کشور ما آن چنان که باید و شاید به مسائل حقوقی این افراد پرداخته نشده و این سهل انگاری به نوبه خود باعث ایجاد مشکلات متعدد اجتماعی، فرهنگی و شرعی برای این افراد و جامعه گردیده است. البته فقهای شیعه و سنی در خصوص مشروعیت یا عدم مشروعیت آن اظهارنظر نموده و مراجع تقلید معاصر (شیعه) در رساله جدید خویش موسوم به «رساله استفتائات» هر یک درباره تغییر جنسیت اظهارنظر نموده اند ولیکن این کافی نبوده و شایسته است که فقها و حقوقدانان و دست اندرکاران مسائل اجتماعی و فرهنگی با شناخت صحیح و دقیق موضوع در جهت شفاف سازی مسائل فرعی و چگونگی عملکرد افراد در رابطه با مسائل مربوط به جنسیت و با در نظر گرفتن نیازها و خواسته هایی که ضرورتاً طبیعت به آن ها تحمیل نموده اهتمام فوق العاده ای داشته و چارچوب حقوقی و فقهی پدیده مذکور و سایر پدیده های جدید پزشکی را روشن ساخته و با وضع قوانین مناسب در جهت بهبود وضعیت فردی و اجتماعی این افراد بکوشند.

هدف تحقیق

در این پایان نامه نگارنده بر آن است که با طرح یکی از مسائل مستحدثه فقهی و حقوقی که از دغدغه های نوین اجتماعی نیز محسوب می گردد، احکام راجع به مشروعیت و عدم مشروعیت فقهی و حقوقی این موضوع و احکام و آثار و توابع تغییر جنسیت در امور مدنی به لحاظ ارتباط

نزدیکی که تغییر جنسیت با مباحث حقوق خانواده مطرح نموده با تکیه به دیدگاه اسلام خصوصاً امامیه و اصول حقوقی و با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری که مقرر شده: اگر مراجع قضایی با مسائلی مواجه شدند که تعیین تکلیف درباره آن نبود یا قانون سکوت کرده یا در ماده قانونی مزبور اجمال، ابهام یا تعارض وجود داشت، قضات محترم به منابع فقهی و یا سایر منابع معتبر اسلامی مراجعه نمایند، احقاق حقوق این اشخاص میسر گردد، لذا در این نوشتار نیز، سعی بر آن خواهد بود تا در بعد حقوقی فروع مختلف و متعدد مربوط به امور مالی زوجین نسبت به یکدیگر و والدین نسبت به فرزندان و بالعکس که پس از تغییر جنسیت حاصل می گردد مورد توجه و مذاقه قرار گیرد تا در هر فرع علاوه بر دستیابی به نظرات برگزیده حقوقی، نظر قانونگذار نیز تا آنجا که میسر است روشن گردد. امید است تدوین چنین اثری بتواند با غنی نمودن ادبیات حقوقی در این مساله، در زدودن تحیرات فقهی و حقوقی مربوط به روابط مالی این بیماران با همسر و والدینشان مفید و موثر باشد.

سوالات تحقیق

- ۱- براساس مستندات فقهی و حقوقی وضعیت تغییر جنسیت چگونه است؟
- ۲- پس از انجام تغییر جنسیت روابط زوجین نسبت به یکدیگر چگونه خواهد بود؟
- ۳- در صورت انحلال ازدواج (اعم از دائم و موقت) آیا تغییر جنسیت هر یک از زوجین یا هر دوی آنها بر روابط مالی بین آن دو نیز تاثیر خواهد گذاشت؟
- ۴- احکام و تکالیف مالی والدین پس از انجام تغییر جنسیت نسبت به فرزندان و بالعکس چگونه خواهد بود؟

فرضیه های تحقیق

الف: فرضیه های اصلی

- ۱- چنانچه یکی از زوجین یا هر دو تغییر جنسیت دهند ازدواج (اعم از دائم یا موقت) باطل می شود.
- ۲- تغییر جنسیت هر یک از زوجین بر روابط مالی آنها نیز در برخی موارد تاثیر می گذارد.
- ۳- با تغییر جنسیت والدین احکام و تکالیف مالی بین آنها و فرزندان تغییر نمی کند.
- ۴- تغییر جنسیت فرزند آثار مالی متفاوتی را در روابط او و والدینش در بحث ارث ایجاد می نماید.

ب: فرضیه های فرعی :

ا- پرداخت کل مهریه در صورت دخول و در غیر این صورت نصف آن در ازدواج دائم بر شوهر واجب است.

ب- با تغییر جنسیت ، ازدواج (اعم از دائم و موقت) باطل می گردد ؛ بنابراین مباحث مربوط به تنصیف دارایی و پرداخت اجرت المثل که از حقوق زوجه در صورت وقوع طلاق است موضوعیت نمی یابد.

ت- در ازدواج موقت در صورتی که زن بدون اجازه شوهر تغییر جنسیت دهد به مقدار زمان تخلف باید مهر را برگرداند و در صورت اجازه ضامن نیست.

ث- در صورتی که در مدت عده زن تغییر جنسیت دهد عده ساقط و نفقه ای نیز به زن تعلق نمی گیرد .

ج- چنانچه جنس مرد به جنس زن تغییر یابد ولایت او بر فرزندان باقی و نفقه اولاد بر عهده او خواهد بود.

ح- فرزندی که تغییر جنسیت داده، ملاک در مقدار ارث ، جنسیت فعلی او می باشد.

خ- والدینی که تغییر جنسیت داده اند از فرزندان خود به میزان تعیین شده ارث می برند. (یک سوم مادر و دو سوم پدر در صورت عدم وجود فرزند)

پیشینه تحقیق

پیشینه تحقیق را می توان به صورتهای ذیل تصور نمود :

الف) پیشینه موضوع در آثار فقهای متقدم

ب) پیشینه موضوع در آثار فقهای متأخر (معاصر)

ج) پیشینه موضوع در حقوق موضوعه

الف- قبل از امکان انجام عمل های تغییر و تعیین جنسیت مسائل فقهی مربوط به افراد دچار اختلالات جنسیتی تنها از بعد فیزیکی با عنوان «خثی» در ابواب مختلف فقهی به خصوص کتاب «ارث» مورد بررسی قرار می گرفت . به عبارت دیگر ، در کتب فقهی فقهای متقدم ، در میان آثار مالی ، صرفاً مساله ارث مورد توجه قرار گرفته است.

ب- در میان فقهای معاصر اولین فقهی که در این زمینه مسایلی را بیان داشته است ، بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران حضرت امام خمینی (ره) است که حدود سال ۱۳۴۲ شمسی احکام تغییر جنسیت را در جلد دوم تحریرالوسیله به رشته تحریر درآورده است و با تبدیل شدن این مسأله به عنوان یک مسأله اجتماعی ، نظر فقهای دیگر را نیز به خود جلب نموده به گونه ای که فقهای معاصر در خلال مباحث فقهی ، آثاری نیز در این باره به رشته تحریر درآورده اند .

ج- متأسفانه در حقوق جهانی (حتی کنوانسیونهای بین المللی) و حقوق موضوعه کشور ما قوانین خاصی برای این اشخاص وجود ندارد و در حال حاضر صرفاً برخی کشورها (نظیر آلمان و ترکیه) در این خصوص مقررات مصوب دارند که شرایطی را برای تغییر جنسیت وضع نموده اند.

کاربرد تحقیق

با عنایت به اینکه برابر اخبار در کشور ما تاکنون بیش از ۵۰۰ نفر تغییر جنسیت داده اند ولیکن متأسفانه هنوز هیچ پایگاه یا ارگانی برای مشاوره و پاسخگویی نیازهای حقوقی این گونه افراد وجود ندارد و تعداد زیادی از این افراد از جامعه طرد و حتی در برخی از موارد خانواده هایشان نیز آنها را با عنوان فرزند قبول نمی نمایند و از آنجایی که پس از تغییر جنسیت برای افراد یاد شده مسائل مهمی در بعد حقوقی ، خصوصاً مسائل مربوط به حقوق خانواده مطرح می گردد که به لحاظ خلأ قانونی موجود ، این گونه افراد قادر به تعیین تکلیف خود در این موارد نمی باشند و نیاز شدیدی به تدوین قوانین خاص در خصوص مسائل حقوقی (جزایی ، مدنی و خانوادگی) احساس می گردد که علاوه بر لزوم تدوین قوانین خاص ، در عرض آن پردازش اندیشه های فقهی و حقوقی راجع به احکام و آثار شرعی و حقوقی این تغییرات ضروری بوده و این اندیشه ها کمک شایانی به تعیین تکالیف مدنی ، فقهی و جزایی این افراد نموده ، که این امر جز به مدد قلم فقها ، حقوقدانان و محققان میسر نخواهد بود.

روش تحقیق

تحقیق مزبور تحقیقی است بنیادی - نظری و روش کار برای تهیه آن به صورت کتابخانه ای و با مراجعه به کتابخانه های معتبر و استفاده از مقاله ها و مجلات ، سیستم های اطلاع رسانی اینترنتی، دستورالعمل ها و بخشنامه های سازمان های دولتی مرتبط ، مطبوعات و سایر منابع موجود می باشد.

روش و ابزار گردآوری اطلاعات

با مراجعه به کتابخانه های گوناگون و سایت های معتبر و دسترسی به منابع اولیه، مطالب آن در گام اول فیش برداری شده است که با اتمام کار فیش برداری، فیش های جمع آوری شده در قالب فصول و بخشهای مختلف مرتب گردیده و به یاری خداوند متعال و در سایه اساتید راهنما و مشاور مباحث آن تدوین خواهد شد.

ساختار تحقیق

فصل اول: مفاهیم و حدود واژه شناسی

فصل دوم: امکان و چگونگی تغییر جنسیت

فصل سوم: وضعیت فقهی و حقوقی تغییر جنسیت

فصل چهارم: اثر تغییر جنسیت بر روابط مالی زوجین

فصل پنجم: اثر تغییر جنسیت بر روابط مالی والدین و فرزندان و بالعکس

فصل اول

مفاهیم و حدود واژه شناسی

مبحث اول: مفهوم جنس و جنسیت

طرح بحث

جنس و جنسیت از واژه هایی هستند که به ویژه در مباحث عمومی مردان یا زنان بسیار از آن ها استفاده می شود. قرابت لفظی این دو در زبان فارسی ، موجب شده است که در گفت و گوهای عمومی ، به اشتباه به جای یکدیگر به کار روند. این در حالی است که این دو واژه ، نزد کارشناسان ، معانی کاملاً متفاوتی داشته و بالتبع آثار متمایزی را نیز دارا می باشند. در مباحث ذیل با بیان مفهوم هر یک از این دو واژه، وجه تمایز آنان نیز مشخص و نتیجتاً اختلافات مربوط به جنس و جنسیت و این که کدام دسته از آنان منجر به تغییر جنسیت می شود روشن خواهد گردید.

گفتار اول: تعریف جنس^۱

جنس در فرهنگ لغت^۲ جنس را به معنای تذکیر و تأنیث (نری و مادگی) معنا کرده اند که به اقسام زیر تقسیم می شود :

الف) جنس مذکر The masculine gender

ب) جنس مونث The feminine gender

ج) جنس مشترک The common gender

همچنین جنس در فرهنگ لغت عربی^۳ اینگونه تعریف شده است : « الجنس جمعه اجناس ، ماهیه تعم انواعاً متعددة كالحيوانیه فی الانسان و الفرس . كل ضرب من الشی ء ، فالابل مثلاً جنس من البهائم » جنس که جمع آن اجناس است عبارت از ماهیتی است که انواع متعددی را شامل می شود، مثلاً حیوانیت به عنوان یک جنس ، شامل انسان و اسب می شود . نیز جنس عبارت است از: هر نوعی از یک شی ء . پس شتر ، مثلاً جنسی از حیوانات است . در فرهنگ لغت فارسی نیز همین معنا برای جنس بیان گردیده است.^۴

۱- Gender.

۲- منوچهر آریان پور کاشانی ، ۱۳۸۷، فرهنگ همراه انگلیسی به فارسی ، ص ۳۱۲ .

۳- لوئیس معلوف ، ۱۳۶۷، المنجد فی اللغة ، ص ۱۰۵ .

۴- حسن عمید ، فرهنگ فارسی عمید، ۱۳۷۷، ص ۴۷۲ .

گفتار دوم: ملاکهای تعیین جنس از نظر پزشکی و روانشناسی

با توجه به عدم ارائه تعریفی از مرد و زن در قانون مدنی، می توان ملاک ها و معیارهایی که پزشکان و روان شناسان برای تعیین جنس آدمی برشمرده اند را در خصوص انواع جنس بیان نمود^۱:

بند اول: جنس ژنتیکی

این ملاک در تعیین جنس، به صورت وجود دو کروموزوم X در نزد زنان و یک کروموزوم X و یک کروموزوم Y نزد مردان می باشد که به طور موازی در هسته یاخته های زایای آنها جای گرفته اند. با این حساب، شخصی که دو کروموزوم مشابه X در یاخته های وی یافت شد، مؤنث و کسی که در این نوع از یاخته های بدنش کروموزوم های ناهمگون X و Y داشت، مذکر می باشد. علی الظاهر پزشکان با نمونه برداری از بزاق دهان می توانند این نوع جنس را تشخیص دهند.

بند دوم: جنس هورمونال

ملاک در این نوع جنس، نوع هورمونی است که از غده های مربوطه در بدن وی مترشح می شود. این هورمون ها که نوع آن در زن و مرد متفاوت است و مولد صفات ثانویه جنسی هستند، تعیین کننده جنس آدمی می باشند.

بند سوم: جنس ظاهری

ملاک بعدی در تعیین نوع جنس، ظاهر و بدن انسان است. در این نوع جنس که جنس آناتومیک نیز نامیده می شود، اعضای ظاهری بدن ملاک قرار می گیرد و به اصطلاح صفات اولیه جنسی با ایجاد ارگان های جنسی زنانه در نزد زنان و ارگان های جنسی مردانه در نزد مردان محقق می شود.

بند چهارم: جنس روانشناسانه

بالاخره جنس چهارمی هم اخیراً مورد توجه قرار گرفته است که جنس روانشناسانه نامیده می شود. بدین معنی که شخص جدای از همه ملاک های برشمرده شده فوق، روحاً خود را متعلق به جنس خاصی بداند؛ مثلاً اگر خود را مرد بیندارد، ویژگی ها و خصوصیات مردانه از خود بروز دهد و با صفات و ویژگی های روانی مختص مردان، خود را از زنان ممتاز می سازد.

^۱ - عبدالرسول دیانی، آبان ۱۳۸۰، «اصلاح جنسیت»، بولتن تولید مثل و نازایی پژوهشکده ابن سینا، شماره ۳۸، ص ۳.

گفتار سوم: مفهوم جنسیت^۱

همان گونه که بیان گردید ، جنس ، اشاره به تقسیم زیست شناختی مذکر و مؤنث دارد و لیکن جنسیت که در فرهنگ لغت^۲ به معنای حالت و ماهیت جنس تعریف شده است ، توجه را به تفاوت‌های ایجاد شده از نظر اجتماعی بین زن و مرد جلب می کند .

جنسیت شامل رفتارها ، نقش های اجتماعی و اندیشه های اجتماعی است که فرهنگ حاکم بر هر جامعه به عهده دو جنس زن و مرد می گذارد . در واقع مفهوم جنسیت اشاره به تفاوت بیولوژیک زن با مرد دارد ، بلکه به زن در رابطه با مرد و شیوه ای که روابط این دو نفر از نظر اجتماعی ساخته است می نگرد .

گفتار چهارم: هویت^۳

در فرهنگ معین^۴ هویت به معنای آنچه که موجب شناسایی شخص باشد ، یعنی آنچه باعث تمایز یک فرد از دیگری باشد و در کتب روانشناسی هویت به معنای مجموعه ای از ویژگیها و شناسه ها و الگوهای رفتاری اکتسابی که قوم ، ملت و تمدنی را از دیگر اقوام ، ملل و تمدنها متمایز می سازد^۵ معنا گردیده است.

حقیقت این است که هویت واقعی افراد چیزی برتر از جنسیت شان می باشد . هویت واقعی به جنسیت بیولوژیکی یا گرایش جنسی بستگی ندارد . در طبیعت ، جنس زن و مرد در اثر تکامل و دگردیسی شکل گرفته اند . به این دلیل که تقسیم عناصر ژنتیکی به دو قسمت ، مؤثرترین راه برای انتقال و رسیدن به آینده بوده است . با این تفسیر هویت واقعی هر شخص چیزی فراتر از شمایل و هویت موقت و زودگذر او می باشد .

همراه با رشد و تکامل جنسیت بیولوژیکی ، پدیده های مختلف دیگری در روند شکل گیری زندگی جنسی فرد موثر می باشد که عبارتند از : هویت جنسی ، نقش جنسی و سوگیری یا رفتار جنسی.

^۱-Sex

۲- حسن عمید ، پیشین .

^۳-Identity.

۴- محمد معین ، ۱۳۸۰ ، فرهنگ فارسی ، ص ۵۲۲۸ ، ج ۴ .

۵ - کاپلان هارولد ، سادوک بنیامین ، ۱۳۷۶ ، خلاصه روانپزشکی ، ص ۱۱۳ .

بند اول: هویت جنسی^۱

"هویت جنسی" حالتی روانشناختی است که بازتاب احساس درونی شخص از مرد یا زن بودن خویش است. به عبارت دیگر به احساس زنانگی یا مردانگی هر فرد از خودش، هویت جنسی گفته می شود. «اعتقاد درونی شخص به این مسأله که او فردی است مذکر، مونث، دوسوگرا یا خنثی»^۲

هویت جنسی بر یک رشته نگرشها، الگوهای رفتاری و سایر صفاتی که معمولاً با مردانگی مربوطند و توسط فرهنگ خاص افراد تعیین می شود متکی است. بنابراین، کسی که از نظر هویت جنسی سالم است با اطمینان می تواند بگوید «من یک مرد هستم» یا «من یک زن هستم»^۳. به عبارت دیگر، هویت جنسی عبارتست از: درک و تجربه درونی فرد از جنس خود.^۴

به منظور شکل گیری مناسب هویت جنسی باید به رفتار والدین، بازی کودکان، لباس پوشیدن و رفتارهای آنها اشاره نمود؛ پسرها از پدر خود الگو می پذیرند و مادر الگوی دختر است. نوجوانان در دوره نوجوانی، معمولاً هویت جنسی خود را با استفاده از کسب اطلاعات از دوستان کامل می کنند و والدین و مربیان در این زمینه نقش چندانی ندارند. معلمین نیز معمولاً زمانی که از یک نوجوان رفتار نامناسب جنسی مشاهده کنند، فقط گوشزدهای تربیتی می کنند که جنبه تنبیهی دارد و اغلب آموزش های مناسب و مفیدی ارائه نمی شود. چنانچه هویت جنسی و شکل گیری آن به صورت هنجار ادامه پیدا نکند، نوجوان دچار انحرافات جنسی می شود و از نظر اخلاق جنسی، رفتار مناسبی ندارد و دچار کارهای خلاف قانون می شود.

بند دوم: تمایل (میل) جنسی^۵

تمایل جنسی عبارت است از: تیپ های مختلف افراد، اعضای بدن و موقعیت هایی که موضوعات وانگیختگی جنسی افراد می باشد.^۶

^۱ - گودرزی، فرامرز، ۱۳۷۷ پزشکی قانونی، ج ۲، ص ۱۲۱۸.

^۲ - Gender identity.

^۳ - کاپلان هارولد، سادوک بنیامین، پیشین، ص ۳۸۱.

^۴ - <http://simple.wikipedia.org/wiki/Transsexualism>.

^۵ - sexual drive.

^۶ - دیوید ال روزنهای، مارتین ای سلیگمن، ۱۳۷۹، آسیب شناسی روانی، ج ۲، ص ۱۸۰.

در این مورد وقتی که تمایل جنسی آن چنان آشفته است که به توانایی روابط جنسی محبت آمیز بین دو انسان ، آسیب می رساند آن را نابهنجاری جنسی می نامند.^۱

بسیاری از تعالیم اسلام در راستای تربیت منضبط جنسی انسان است و به انسان ها توصیه می کند که میل جنسی خود را از طریق صحیح به کارگیرد و به وسیله مشروع ، خود را ارضا کند . بر این اساس، از انسان خواسته شده که خود را از گرداب گناه زنا ، لواط و منکرات دیگر حفظ نماید .

بند سوم: نقش جنسی^۲

این لایه ابراز علنی هویت جنسی است ؛ یعنی آنچه فرد می گوید یا انجام می دهد برای اینکه نشان دهد او مرد یا زن است .^۳ نقش جنسی الگوی رفتار بیرونی است که منعکس کننده احساس درونی و اعلام جنسیتی است که فرد به آن تعلق دارد؛ یعنی انتقال تصویر مرد بودن در مقابل زن بودن به دیگران . از همین رو ، در شرایط طبیعی هویت جنسی و نقش جنسی هماهنگی دارند . یعنی اگر زنی احساس زن بودن می کند با رفتارش این احساس را به دنیای بیرونی انتقال می دهد . همچنین مردی که خود را به عنوان یک مرد قبول دارد ، مردانه عمل کرده و با گفتار و رفتارش مرد بودن خود را ابراز می کند .

گفتار پنجم: اختلال هویت جنسی^۴

اختلال هویت جنسی ، تمایل قوی و مستمر بیمار برای قرار گرفتن در نقش و وضعیت مقابل است که اصرار بر تعلق به جنس مقابل در این اختلال همراه با نارضایتی شدید از جنسیت بیولوژیکی می باشد.^۵

زندگی هر انسان از عمل لقاح اسپرم (از پدر) و اول یا تخمک (از مادر) با یکدیگر شروع می شود و در حدود سه ماه پس از آن ، جنسیت فیزیولوژیک فرد شکل می گیرد و بعد از شکل

^۱ - هارولد و همکاران ، پیشین ، ص ۱۹۶.

۲- Gender role

^۳ - دیوید ال روزنهان ، مارتین ای سلیگمن ، پیشین .

۴-Gender identity disorder

۵- آریا حجاری و همکاران ، «بررسی میزان تطابق نقش و هویت جنسی ۱۲ بیمار ترنس سکسوال با جنسیت جدیدشان پس از عمل جراحی تغییر جنسیت » ، زمستان ۸۷ ، مجله علمی دانشگاه علوم پزشکی کردستان ، دوره سیزدهم ، ص ۷۸.

گیری جنسیت ، فرد به دنیا می آید.^۱ پدر و مادر پس از مشاهده وضعیت فیزیولوژیکی کودک ، جنسیت او را به همگان اعلام می دارند، اعلام جنسیت به اطرافیان سبب آفریده شدن انتظاراتی مطابق با جنسیت از کودک می شود و کودک هم مطابق با همان انتظارات و نوع جنسیتی که تعریف شده رفتار می نمایند، اما در این بین ما شاهد کودکانی هستیم که هیچ گاه مطابق با جنسیتشان رفتار نمی کنند . به عبارت بهتر ، این افراد از جنسیت فیزیولوژیک خود ناراضی بوده و دچار اختلال هویت جنسی می باشند.

افرادی که به اختلال هویت جنسی مبتلا هستند ، آن گروه از بیمارانی که در شناخت هویت خود دچار اختلال شده اند . مشکل این بیماران به هیچ وجه داشتن یا نداشتن رابطه جنسی نیست . آنها در ذهن و روانشان خود را از جنسیتی دیگر می بینند و می گویند که زنان یا مردانی هستند که به اشتباه در قالب مرد یا زن متولد شده اند . آنان عاشق هویت نهان خود هستند در عین حال هیچ علاقه ای به گذشته خود ندارند. مایلند فراموش کنند که نام بدو تولدشان چه بوده و هیچ گاه به آلبوم عکسی رجوع نمی کنند . آنها دختر یا پسری را که در عکس می بینند ، نمی شناسند و خود را با او بیگانه می دانند . بدن این بیماران از نظر فیزیکی دچار هیچ نقصی نیست و شاید به همین جهت ، ممکن است در دوران بیماری تجربه های تلخی از جمله رفتن به سربازی ، تحصیل در کنار هم کلاسی های دختر یا پسر ، ازدواج با جنس مخالف و حتی بارداری و زایمان را از سر گذرانده باشند . این بیماران، از زمانی که پی به بیماری خود می برند یا ناآگاهانه علائم بیماری را در خود کشف می کنند، مورد تمسخر و طعنه قرار می گیرند ، زیرا رفتار آنان رفتار جنس مخالف است و گروه هم جنسان این رفتارها را بر نمی تابند .

به عبارت دیگر ، اختلال هویت جنسی شدیدترین درجه اختلال جسمی می باشد ؛ زیرا از نظر جسمی بین جسم و فکر تناقض و مغایرت وجود دارد و اختلال هویت جنسی ، وضعیتی است که فرد میل وافر به گذراندن تمام اوقات حیات خود در نقش مخالف را دارد ، یا به عبارتی ، مردانی هستند که روح و روان زنانه در جسم مردانه دارند و زنانی که روح و روان مردانه در جسم زنانه دارند .

۱- محمد مهدی کریمی نیا، ۱۳۸۹، تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق، ص ۶۳.

بند اول: انواع اختلالات مرتبط با جنسیت

برخی از اختلالات مرتبط با جنسیت اختلالاتی است که در دوران تکامل جنین در رحم مادر به وجود می‌آیند که ممکن است تحت تأثیر هورمون‌های مادر و یا بعضی از داروها و مواد شیمیایی مورد استفاده مادر در دوران بارداری به وجود آید که تغییرات هورمونی، جنسی و همچنین گاهی تغییرات ژنتیک و کروموزومی در این نوع بیماران وجود دارد که شدت تغییرات متفاوت است و از نظر پزشکی به شرح ذیل طبقه‌بندی می‌شوند^۱:

الف - هرمافرودیسیم (دوجنسی) کاذب مذکر (مردان زن‌زما): در انگلیسی به دوجنسی‌ها هرمافرودیت^۲ گفته می‌شود. این دسته از بیماران از نظر ژنی مرد هستند و اعضای داخلی این افراد مردانه است؛ یعنی آن‌ها که این اشخاص، مردانی هستند که دارای جنس ژنتیک مذکر (XY) بوده و دارای بیضه هستند، اما اعضای خارجی آن‌ها به صورت طبیعی مذکر نبوده بلکه اعضای بیرونی آن‌ها زنانه و بادرجات مختلف ابهام است. ممکن است نهان بیضگی یکطرفه یا اغلب دوطرفه نیز وجود داشته باشد. وضع هورمونی معمولاً مردانه بوده ولی به علت کمی نسج بیضه تغییراتی در آن دیده می‌شود.

ب- هرمافرودیسیم (دوجنسی) کاذب مونث (زنان مردزما): در این نوع بیماری، بیمار از نظر ژنی و کروموزومی مونث است. اما ظاهر مردانه دارد. میزان مردانه شدن ممکن است خفیف بوده و یا در موارد شدید به صورت آلت مردانه همراه با پیشابراه آلتی واسکروتوم به هم پیوسته دارای رافه تظاهر کند. به عبارت دیگر اعضای داخلی این افراد زنانه است؛ یعنی آن‌ها که، این افراد زنانه هستند که دارای جنس ژنتیک مونث (XX) و نیز اعضای داخلی زنانه (تخمدان) هستند ولی دستگاه تناسلی خارجی آن‌ها، نمای زنانه طبیعی را ندارد و اعضای خارجی مردانه یا مبهم دارند.

ج - هرمافرودیسیم (دوجنسی) واقعی: بیماران هرمافرودیت (دوجنسی واقعی)، هم دارای بافت تخمدان و هم بافت بیضه بوده و هر دو آنها ممکن است فعال باشند. طرز قرار گرفتن گنادها در مبتلایان به صور مختلف گزارش شده است به طوری که ممکن است تخمدان‌ها در یک طرف و بیضه‌ها در طرف دیگر باشد، اما در اغلب بیماران، مخلوطی از بافت بیضه و تخمدان به صورت

۱- پیشین، ص ۱۱۷.

۲- Hermaphrodit.

autotestis در یک طرف و یا در هر دو طرف مشاهده شده است . در هر حال وجود بیضه و تخمدان در فرد مبتلا به هرمافرودیسیم حقیقی ، جنسیت بینابینی را مطرح می کند .

منظور فقهای اسلامی از « خشتی »^۱ فقط گروه سوم (هرمافرودیسیم واقعی) را شامل می شود ؛ یعنی گروهی که در بدن آنها علائم جنسیتی هر دو جنس مذکر و مونث وجود دارد و گروه اول و دوم را از شمول تعریف خشتی خارج می دانند . به عبارت دیگر هرمافرودیت به تمام حالاتی اطلاق می شود که در آن پدیده های عضوی غیرطبیعی ناشی از اختلال عمل تمایز یافتن دوجنسی وجود داشته باشد. در تشخیص افتراقی این ها چند حالت دیگر هم لازم به گفتن است که بیشتر جنبه روانپزشکی دارد :

بند دوم: اختلالات تشخیص هویت جنسی :

الف) ترانسکسوال ها^۲ (خشتی روانی)

« Transsexual » که از دو بخش Transs و sexual تشکیل شده است ، از اصطلاحات جدید پزشکی است که تاکنون هیچ معادل رسمی از سوی « فرهنگستان زبان فارسی » برای آن ابداع نشده است ولیکن برخی آن را معادل واژه « ناراضیان جنسی » یا « روان دگر جنسی » می دانند و به نظر می رسد ، به لحاظ این که واژه « ترا » دقیقاً معنای « انتقال و یا حالتی معلق در بین دو وضعیت » می باشد ، واژه « تراجنسیتی »^۳ برای Transsexual از لحاظ لفظی یا شیوایی معنا مناسب تر باشد. اصولاً پیشوند « ترانس » در زبان فرانسه که البته به نوبه خود ریشه در زبان لاتین دارد به معنای تغییر و عبور از یک مرحله به مرحله دیگر به همراه اصلاح می باشد . از این رو می توان ترانسکسوالیسم را چنین تعریف نمود :

«تعارض جنس روانشناسانه و یا جنس رفتاری با جنس ظاهری که معمولاً جنس ظاهری نیز به نوبه خود نتیجه جنس کروموزومیک و هورمونال می باشد».^۴

۱-Sex less.

۲-Transsexual.

۳- محمد مهدی کریمی نیا ، پیشین ، ص ۷۴.

۴- عبدالرسول دیانی ، پیشین.

با این تعریف، ترانسکسوالیسم و به اعتبار موضوع آن، شخص ترانسکوال، کسی است که جنس روانی وی با سایر ملاک های فوق الذکر؛ یعنی جنس کروموزومیک، هورمونال و آناتومیک او در تعارض است. ترانسکسوالیسم که شیوع آن در مردان ۱ در ۳۰۰۰۰ و در زنان ۱ در ۱۰۰۰۰۰ نفر است^۱، اختلالی نومیدکننده است که فرد را به مرز درماندگی می کشاند، چنین شخصی خود را قربانی یک اشتباه نابخشدونی طبیعت یا والدین تلقی می کند؛ زیرا، از نظر او در حالی که جنس روانی وی اقتضای مرد بودن داشته، جنس ظاهری وی در شکل زن متجلی شده از این رو فرد، در تلاش می افتد که چاره ای برای معالجه این نقص و یا برطرف ساختن این عدم انطباق بیابد.^۲

به عبارت دقیق تر، این دسته از بیماران، شامل افرادی می شوند که از لحاظ جسمی و بدنی دارای علائم یکی از دو جنس مذکر یا مونث می باشند ولی، از لحاظ روانی تمایلات جنسی جنسیت مزبور را ندارند، بلکه تمایلات جنسی جنس مخالف را دارا می باشند یا ممکن است علائم بدنی جنسیتی را به طور ناقص داشته باشند. مانند موردی که شخصی دارای علائم جنسیتی زنانه بود ولی در سن بلوغ عادت ماهانه نمی دید با مراجعه به پزشک ثابت شد که او رحم ندارد.^۳ در واقع تفاوت این بیماری با بیماری دوجنسی (هرمافرودیت) در این است که بیماران دوجنسی دارای اختلال ظاهری در اندام تناسلی و اندامهای داخلی جنسی و سیستم هورمونی جنسی می باشند و معمولاً نمای ظاهری از اندام هر دو جنس را دارند، در حالی که بیماران تراجنسیتی (ترانسکسوالیسم) از نظر جسمی کاملاً سالم، ولی از نظر روحی با مشکل فراوان روبرو هستند.

ب) هموسکسوال ها^۴ یا همجنس گرایان

همجنس گرایی یکی از گرایش های جنسی است که ویژگی آن تمایل زیبایی شناختی، عشق رومانتیک و تمایل جنسی فردی است که تنها متوجه جنس همگون با خود او است.^۵ همجنس گرایی همراه با دو گرایش دگرجنس گرایی و دوجنس گرایی، سه گرایش اصلی جنسی را تشکیل می دهند. به فردی که به جنس دیگر گرایش داشته باشد دگرجنس گرا و به افرادی که هم به جنس دیگر و هم به افراد همجنس با خود تمایل دارند، دوجنس گرا می گویند.

۱- آریا حجازی و همکاران، پیشین، ص ۷۹.

۲- همان.

۳- علی رضا باریکلو، زمستان ۱۳۸۲، «وضعیت تغییر جنسیت»، اندیشه های حقوقی، شماره پنجم، ص ۷۶.

۴-Homosexual.

۵- <http://fa.wikipedia.org/wiki>.

براساس اتفاق نظر علوم رفتارشناسی و جامعه‌شناسی و متخصصان سلامت و سلامت روانی، همجنس‌گرایی فی‌نفسه نمونه‌ای معمولی و مثبت از اختلاف در گرایش‌های جنسی انسان است. به عبارت دیگر، همجنس‌گرایی اصلاً ربطی به نارضایتی جنسی ندارد، مردان و زنان همجنس‌گرا معمولاً از جنسیت آن‌ا تومیک خود کاملاً راضی هستند و هویت جنسی آن‌ها با آن سازگار است، آن‌ها صرفاً به افرادی با جنسیت آناتومیک خود جذب می‌شوند.^۱ البته افراد همجنس‌گرا از افراد همجنس باز نیز باید تفکیک کرد؛ چرا که دسته‌ی اخیر، هیچ‌گونه مشکلی نداشته و صرفاً از روی هوی و هوس مبادرت به برقراری رابطه‌ی جنسی با فرد هم‌جنس خود نموده و جامعه را به سوی فساد و ابتذال می‌کشاند.

ادیان توحیدی همچون یهودیت، اسلام و مسیحیت با همجنس‌گرایی مخالفت کرده‌اند. رابطه‌ی جنسی همجنسان در اسلام از گناهان کبیره است. این عمل از جانب پیامبر اسلام (ص) و تمامی امامان شیعه نهی شده و از عواقب اخروی آن به شدت یاد شده است و مجازات‌های دنیوی سنگینی نیز برای لواط و دیگر کنش‌های همجنس‌خواهانه در نظر گرفته شده است. در فقه شیعه و قوانین ایران؛ لواط (ماده ۱۰۸ و ۱۱۱ قانون مجازات اسلامی)، کیفر اعدام دارد، تفخیذ (ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی) و قراردادن آلت تناسلی بین دو کپل مجازات حدی ۱۰۰ ضربه تازیانه و در بار سوم یا چهارم اعدام، بوسیدن پسران از روی شهوت و خوابیدن عریان دو مرد یا دو زن در زیر پوشش مشترک، بدون وجود ضرورت، مجازات تعزیری دارد. (ماده ۱۳۴ و ۱۲۳ قانون مجازات اسلامی) مساحقه به معنی رابطه جنسی میان دو زن نیز مستحق مجازات حدی یکصد ضربه شلاق و در نوبت چهارم مستوجب اعدام است. (مواد ۱۳۱ و ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی)

ج) مبدل پوش‌ها^۲

علاوه بر گروه‌های فوق، گروهی معروف به «مبدل پوش‌ها» در جامعه هستند که بدون نارضایتی از جنسیت خود، علاقه مفراطی به پوشیدن لباس‌های جنس مخالف دارند^۳ به عبارت دیگر، با وجود سلامت جسمی، روانی و جنسی، صرفاً نوع پوشش ظاهر جنس مخالف را ترجیح می‌دهند. به عنوان نمونه مردهایی که با نحوه آرایش زنانه و موی بلند در جامعه ظاهر می‌شوند و یا زن‌هایی که

^۱-<http://simple.wikipedia.Org/wiki/Transsexualism..>

^۲-Cross Dresser.

^۳- کاوه قبادی، ۱۳۸۸، «با مرزنشینان جنسیت یا ترانسکسوال‌ها»، پی‌نوشت‌ها، فصلنامه اخلاق، شماره ۱۵، ر.ک

<http://www.rasekhoon.net/article/show-۸۳۸۱۴.aspx>

با پوشش و سبک موی مردانه در مجالس و مهمانی ها شرکت می کنند که البته « مبدل پوشها » اغلب اهداف متفاوتی دارند ، یا می خواهند با نوع پوشش خود وابستگی شان را به خرده فرهنگ خاصی مشخص کنند یا این که دوست دارند با سایرین متفاوت باشند و از این طریق خود را مطرح کنند و نباید آنها را با افراد « T.S » (ترانسکسوال) اشتباه نمود ؛ چون دسته اخیر دارای اختلال هویت جنسی می باشند و به نوعی از جنسیت خود گریزان می باشند . البته در ادبیات روایی و فقهی ترانسکسوالها و مبدل پوشها نیز جزء مخنثین محسوب گردیده اند ؛ یعنی به طور دقیق ، مخنثین هم شامل ترانس سکسوالها و هم بدل پوشها می شوند.^۱

مبحث دوم: مفهوم تغییر جنسیت^۲

طرح بحث

واژه تغییر جنسیت از دو کلمه « تغییر » و « جنسیت » تشکیل شده است که ابتدا توضیح مختصری در خصوص معنای لغوی هر یک از این دو کلمه ارائه می گردد :

تغییر در زبان فارسی به معنای چیزی را به حالت و شکل دیگری درآوردن . از حالی به حالی برگردانیدن . دیگرگون ساختن و دیگرگونی^۳ به کار می رود . همچنین در مورد معنای واژه «تغییر» گفته شده است : غیرالشی : حولهٌ وُ بدلّه به غیره^۴ ، جعله غیرماکان^۵ تغییر شی یعنی تحویل و تبدیل آن به یک شیء دیگر ، یا آن که آن شیء را به غیر آن چه هست تبدیل نماید.

حالت و کیفیت جنس ، رجولیت یا انوثیت افراد را در زبان فارسی جنسیت می گویند .^۶

گفتار اول: تغییر جنسیت در اصطلاح پزشکی

به نظر می رسد واژه «تغییر جنسیت » در اصطلاح پزشکی با معنای لغوی آن و آن چه در میان مردم شایع است تفاوت چندانی نداشته باشد و منظور از آن ، تبدیل یا اصلاح آلت تناسلی است به گونه ای که جنس زن به مرد و یا برعکس تبدیل گردد و نیز ، تبدیل خنثی و یا دو جنس

^۱ - همان.

^۲ - Sex change.

^۳ - علی اکبر دهخدا ، ۱۳۷۳ ، لغت نامه ، ج ۵ ، ص ۶۸۳۶.

^۴ - لوئیس معلوف ، پیشین ، ص ۵۶۳.

^۵ - محمدحسین معین ، ۱۳۸۰ ، لغت نامه ، ج ۱ ص ۱۲۴۶ و علی اکبر دهخدا ، پیشین ، ص ۷۸۷۶.

(هرمافرودیت) به یکی از دو جنس مرد یا زن، به معنای تغییر جنسیت است. به عبارت دیگر، تغییر جنسیت در اصطلاح پزشکان با تغییر ژنها متفاوت است و همراه با «عمل جراحی آلت تناسلی» است که این امر هم در تغییر جنسیت افراد خنثی و دو جنسی صادق است و هم در تغییر جنسیت اشخاص تراجنسیتی (خنثای روانی) جریان دارد، به گونه‌ای که در این افراد تنها با «عمل جراحی آلت تناسلی» تغییر جنسیت حاصل می‌شود.^۱

گفتار دوم: تغییر جنسیت در اصطلاح فقهی

فقهایی که درباره تغییر جنسیت سخن گفته اند، معمولاً درباره معنای فقهی آن سخنی بیان نداشته اند و در حقیقت منظور آن بزرگواران از این لفظ همان معنای لغوی و عرفی تغییر جنسیت بوده است یعنی تبدیل مرد به زن یا تبدیل زن به مرد.^۲ برخی از فقیهان، در تعریف واژه فوق، تنها به تبدیل مرد به زن^۳ بسنده کرده اند و از تبدیل زن به مرد سخنی به میان نیاورده اند. البته این نوع اخیر نیز مورد نظر آنان بوده است، هر چند بدان تصریح نکرده اند. عده دیگری از فقیهان، تغییر جنسیت را شامل تبدیل مرد به زن و برعکس می‌دانند و درباره تغییر جنسیت فرد خنثی به مرد یا زن اظهار نظر نکرده اند.^۴

به نظر می‌رسد واژه «تغییر جنسیت» در مفهوم اعم و گسترده آن، شامل تبدیل خنثی به مرد یا خنثی به زن نیز می‌شود. بنابراین تعریف فقهی بیان شده از سوی فقیهان بزرگوار، جامع افراد نیست.

گفتار سوم: معنای حقیقی تغییر جنسیت

مقصود از تغییر جنسیت این است که هویت و جنسیت مرد یا زن به کلی تغییر کند به عبارت دیگر تغییر جنسیت عبارت است از: «تبدیل یا تغییر جنسیت یک فرد از مذکر به مونث یا از مونث به مذکر یا از خنثی به مذکر یا از خنثی به مونث یا از مذکر به خنثی یا از مونث به خنثی»

^۱ - محمد مهدی کریمی نیا، پیشین، صص ۴۴-۴۳.

^۲ - محمد صدر، ۱۴۱۷ق، ماوراء الفقه، ج ۶، ص ۱۳۳.

^۳ - یوسف مدنی تبریزی، ۱۴۱۶ق، المسائل المستحدثة، ج ۱، ص ۴۳.

^۴ - محمد مهدی کریمی نیا، پیشین، ص ۴۷.

البته دو مورد اخیر یعنی « تبدیل مذکر به خنثی یا تبدیل مونث به خنثی » کم تر اتفاق می افتد و هیچ انگیزه عقلایی برای انجام این نوع تغییر جنسیت وجود ندارد.^۱

در تعریفی دیگر ، تغییر جنسیت عبارتست از : پروسه ای که از زندگی کردن در جنس مقابل (از یک تا پنج سال) شروع شده و با استفاده از هورمون (به مدت یک سال) جهت ایجاد علائم جنس مقابل ادامه می یابد و سرانجام با عمل جراحی ، جهت حذف آلات تناسلی فعلی و ایجاد آلت تناسلی جنسی که بیمار باید بدان ملحق شود پایان می یابد .البته اعمالی نظیر درمان لیزری موهای زاید و...و همچنین مراقبت های بعد از عمل جراحی نیز به نوعی جزئی از این پروسه محسوب می شود.^۲

شاید اطلاق موضوع مورد بحث ، این گونه به ذهن متبادر شود که تمام انسانهای روی زمین در معرض تغییر جنسیت می باشند و هر کس که میل به تغییر جنسیت خود داشته باشد می تواند موضوع عمل تغییر جنسیت قرار گیرد .^۳ و حال آنکه به نظر می رسد که تغییر جنسیت به معنای دقیق کلمه فرضی بیش نیست به طوری که کارشناسان پزشکی گفته اند ، تغییر جنسیت در افرادی که زن یا مرد کامل هستند و ابهام در آنها مشاهده نمی شود به هیچ وجه امکانپذیر نمی باشد و تنها افرادی مورد عمل جراحی قرار می گیرند که نوعی اختلال و دوگانگی در فیزیولوژی و روان آنها وجود دارد و با عمل جراحی فیزیکی بدن آنها با روانشان منطبق می شود . بنابراین ، با توجه به سابقه موضوع در علم پزشکی می توان گفت : افرادی در معرض این درمان قرار می گیرند که به نوعی از لحاظ جسمی یا روانی و یا هر دو ، مشکل جسمی داشته باشند و پزشک متخصص ، تغییر جنسیت را برای بهبود وضعیت او مناسب تشخیص دهد . لذا این موضوع نباید با تعیین جنسیت که در مورد افراد دو جنسی (خنثی) که ابهام و اختلال جسمی از نوع ژنتیکی و کروموزومی و نشانه های دیگر از این قبیل دارند یکسان تصور شود .

گفتار چهارم: مراد از اصطلاح «تغییر جنسیت» در عنوان پایان نامه

مراد از اصطلاح تغییر جنسیت در عنوان پایان نامه نیز به معنای تغییر و تحول یافتن هویت جنسی از یک جنس به جنس دیگر است که در بخشهای بعدی به انواع آن نیز اشاره خواهد شد . البته بنابر

۱ - سید محمد صدر ، ۱۴۴۲، منهج الصالحین ، ج ۳ ، ص ۶۴۲.

۲ - دیوید ال روزنهان، مارتین ای سلیگمن ،پیشین ،صص ۱۸۶-۱۸۷.

۳ - فخرالدین اصغری آقمشهدی ، یاسرعبدی ، پاییز ۱۳۸۷، «احکام و آثار تغییر جنسیت»، فصلنامه مدرس علوم انسانی ، شماره سه ، ص ۲.

آثاری که در این زمینه انتشار یافته بر می آید این اصطلاح عام است و در مواردی از باب اغلبیت ، ابهامات جنسی را که به واسطه جراحی ، تعیین جنسیت می کنند نیز تغییر جنسیت محسوب کرده اند و حال آنکه 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^۱ (تعیین) جنسیت » را برای دسته نخست و « تغییر جنسیت » را برای دسته اخیر پیشنهاد می نمایند که هر یک موجب ظهور مسائل جدیدی گردیده و از نظر مقبولیت در نزد شیعه و اهل سنت متفاوت می باشند .

۱- محمد مومن قمی ، ۱۴۱۵ق، کلمات سدیدیه فی مسائل جدیدیه ، ص ۱۰۷.

فصل دوم

امکان و چگونگی تغییر جنسیت

مبحث اول: موضوع تغییر جنسیت

طرح بحث

شاید از اطلاق موضوع مورد بحث این گونه به ذهن متبادر شود که تمام انسان های روی زمین در معرض تغییر جنسیت می باشند و هر کسی که میل به تغییر جنسیت خود داشته باشد ، می تواند موضوع عمل تغییر جنسیت قرار گیرد ، همان گونه که بعضی از صاحب نظران موضوع را به طور مطلق فرض و بحث کرده اند ولی آنچه تاکنون در علم پزشکی سابقه دارد این است که دو گروه از افراد در معرض و موضوع تغییر جنسیت هستند .

گفتار اول: افراد در معرض تغییر جنسیت

شاید از اصطلاح تغییر جنسیت چنین به ذهن متبادر شود که کلیه اشخاص در معرض تغییر جنسیت هستند و حال آن که هر شخصی به صرف تمایلات شخصی و از روی هوی و هوس نمی تواند مبادرت به عمل جراحی تغییر جنسیت نماید به گفته پزشکان دو دسته از افراد هستند که در معرض تغییر جنسیت می باشند:

بند اول : افراد دوجنسه (خنثی یا هرمافرودیتها) : این افراد دارای آلت تناسلی از هر دو جنس هستند . از این رو ، دارای اختلال هویت جنسی یا ابهام در جنسیت هستند . در واقع دوجنسی بودن (هرمافرودیسم) وضعیت بسیار نادری است که در آن دستگاههای تناسلی (اندام تناسلی) نه مشخصاً مردانه و نه مشخصاً زنانه هستند . نوعی مکتب فکری وجود دارد که این را با نارضایتی جنسیتی (ترانسکسوالیسم) مرتبط می داند اما می توان آن را یک حالت بسیار شدیدتر دانست که منجر به شکل گیری یک بدن شدیداً دو جنسی (نر و ماده) می شود و نه یک عدم تطابق (سازگاری) میان بدن و روان که از ویژگیهای نارضایتی جنسیتی است.^۱ در جراحی تغییر جنسیت یکی از دو آلت تناسلی که ضعیف ، کوچک و یا غیر مناسب تشخیص داده شود حذف و آلت دیگر تقویت و جایگزین می شود . در این حالت ، بیمار دو جنسی به یکی از دو جنس مذکر یا مونث تبدیل می شود^۲ . این نوع تغییر جنسیت ها از گذشته تاکنون وجود داشته و اساساً برای آن هیچ مخالفتی وجود ندارد ؛ چون بیماری آنان محرز و ثابت است و حتی فقها و حقوقدانان سنی و کلیسای مسیحی که با

^۱-<http://simple.wikipedia.org/wiki/Transsexualism>.

^۲- همان.

تغییر جنسیت مخالف هستند، با تغییر جنسیت این گروه مخالفتی ندارند و در واقع تغییر جنسیت به عنوان معالجه و خروج دو جنسی ها از بلا تکلیفی جنسی است و هیچ منعی در کتب فقهی (اعم از شیعه و سنی) در خصوص آن وارد نشده است و به نظر فقها این موضوع تغییر جنسیت نبوده بلکه از باب کشف از واقع می باشد^۱. نکته حائز اهمیت این است که می توان از روایات یا احکامی که فقهاء^۲ برای افراد خنثی در متونشان بکار برده اند در بحث تغییر جنسیت استفاده کرد. فقهای شیعه بعد از امام خمینی (ره) نیز عموماً عمل های جراحی که در جهت آشکار سازی جنسیت واقعی فرد صورت می گیرد را حرام ندانسته اند و جواز چنین جراحی هایی را از نظر فقهی صادر نموده اند. همچنین علمای اهل سنت و مجامع فقهی ایشان نیز برخلاف تغییر جنسیت در افراد خنثای روانی که آن را حرام می دانند، تصحیح جنسیت را جایز می دانند.

بند دوم: تراجنسیتی ها (مختثن یا ترانسکسوال ها): برخی بیماران، مبتلا به اختلال هویت جنسی بوده و این بیماران روحی و روانی از نظر فیزیولوژیکی هیچ گونه اختلال جنسیتی ندارند، ولی حاضر به پذیرش جنسیت فعلی خود نیستند. به عبارت دیگر، این گروه بیماران روانی مردانی هستند که خود را زن می دانند و یا زنانی هستند که خود را مرد می پندارند. این بیماری تقریباً در بیشتر کشورهای دنیا مشاهده شده و مخصوص جغرافیای خاصی نیست. به گفته برخی روانشناسان، برای برخی از این بیماران هیچ راه درمانی جز تغییر جنسیت وجود ندارد. این دسته از افراد در متون اسلامی به مختثن (خنثای روانی) مشهورند و تقریباً همه فقیهان سنی^۳ و نیز کلیسای مسیحی با تغییر جنسیت این افراد به لحاظ تغییر در خلقت الهی مخالفند که در مباحث آتی دلائل آنها به تفصیل بیان خواهد شد.

گفتار دوم: فرآیند تغییر جنسیت

پروژه تغییر جنسیت تنها بخشی از بهداشت و درمان کشور است که غیر خصوصی و تحت نظارت مستقیم دولت انجام می شود و نهادی به نام پزشکی قانونی مجری اصلی پروژه تغییر جنسیت است و بیشتر مراحل هم زیر نظر متخصصان پزشکی قانونی انجام می شود. در سازمان پزشکی قانونی کمیسیونی وجود دارد به نام «کمیسیون تغییر جنسیت» و افراد دو جنسه و ترانسکسوال باید به این

۱- محمد مومن قمی، پیشین.

۲- شهید ثانی، ۱۳۸۷، شرح اللمعة الدمشقیة، (ترجمه اسدالله لطفی)، کتاب المیراث، ص ۶۳۰.

۳- احمد محمدکنعان، ۱۴۲۰ق، الموسوعة الطیبه الفقهیة، ص ۲۸۵.

کمیسیون مراجعه کنند تا بعد از طی مراحل و آزمایشهای مختلف مجوز تغییر جنسیت به آنها داده شود. اعضا کمیسیون تغییر جنسیت شامل:

- دو نفر پزشک متخصص عمومی

- یک نفر پزشک متخصص جراحی عمومی

- یک نفر اورولوژی و بیماریهای تناسلی

- یک نفر متخصص زنان و زایمان

- دو نفر روانشناس

- نماینده وزارت بهداشتی کل کشور

- نماینده سازمان نظام وظیفه عمومی برای درمان

- یک نفر پزشک جراحی زیبایی و پلاستیک

- یک نفر پزشک غدد

- دو نفر فقیه و خبره در شرع اسلام

شخص مراجعه کننده در مرحله اول بعد از معاینه توسط پزشکان متخصص و انجام آزمایشهای متعدد و تایید دو جنسه بودن، به روانشناسان معرفی و مورد روانکاوی دقیق قرار می گیرد و در صورت تمایل خود فرد، در این مرحله مجوز تغییر جنسیت صادر می شود.

اما پروسه تغییر جنسیت در داخل کشور بسیار پر خرج، دشوار و دردناک است و چندین مرحله جراحی داخلی و زیبایی را شامل می شود و بعد از اتمام این مرحله به مدت طولانی این افراد باید تحت نظر پزشکان روانشناس برای آمادگی و پذیرفتن جنسیت و هویت جدیدشان قرار داشته باشند. تصور کنید یک نفر که چندسال مرد بوده و یک دفعه زن شده چقدر می تواند در زندگیش ناهنجاری بوجود آید. از آشنا شدن با لباسهای زنانه و تحمل کردن آنها تا رفتارهای اجتماعی و لطافت و ظرافت های زنانه و آرایش و تغییر آلت تناسلی و همین طور دل مشغولی های زنانه و حتی در مرحله آخر آماده شدن برای ازدواج که مشکل ترین بخش زندگی این افراد همین است و اغلب این

افراد ترجیح می دهند با یک فرد دو جنسه دیگر که مانند آنان تغییر جنسیت داده ازدواج کنند تا با یک فرد عادی . برای نمونه وقتی کسی ۲۵ تا ۳۰ سال مرد بوده و به یکباره زن شده و قرار است ازدواج کند چطور می تواند خود را قانع نماید که یک مرد با او همخواب شود و یک احساس ناخوشایند اغلب گریبان این افراد را می گیرد و خیلی از آنها هرگز زندگی عادی پیدا نمی کنند .^۱

مبحث دوم: گونه های تغییر جنسیت

طرح بحث

به لحاظ این که تغییر جنسیت در مفهوم عامتر و وسیع تر علاوه بر تغییر جنسیت در اشخاص، شامل تغییر جنسیت در حیوانات و گیاهان نیز می گردد و به جهت این که ، برخی از موجودات زنده در قلمرو حیوانات و گیاهان در هنگام بالغ شدن توانایی تغییر جنسیت را نیز دارا می گردند لذا در مباحث ذیل علاوه بر بیان انواع تغییر و تعیین جنسیت در انسان ها که براساس حالات متفاوت ظاهر و ویژگیهای روانی این بیماران صورت گرفته است ، تغییر جنسیت در گیاهان و حیوانات نیز بیان خواهد گردید.

گفتار اول: تغییر جنسیت در اشخاص

تغییر جنسیت در انسان ها دارای انواع مختلفی می باشد که متخصصان از برخی از آن ها با عنوان تعیین یا تصحیح جنسیت نام برده و برخی را تغییر جنسیت می دانند:

بند اول : تغییر جنسیت در تراجنسیتی ها (ترانس ها یا « TS ها ») : تغییر جنسیت شخصی که از لحاظ جسمی و بدنی دارای علائم یکی از دو جنس مذکر یا مونث است و وضعیت ظاهری جسمی و جنسی ، ارگانهای داخلی جنسی و سیستم هورمونی و کروموزومی او کاملاً در سلامت به سر می برد ولی فرد از نظر ذهنی و روحی منکر صحت نوع جنسیت خود می باشد و تمایلات جنسی جنسیت مزبور را ندارد بلکه تمایلات جنسی جنس مخالف را دارا می باشد . به عبارتی

۱- منصور، سلیمی فر ، ۱۳۸۶، تغییر جنسیت و حکم فقهی آن ، پایان نامه کارشناسی ارشد در رشته فقه شافعی ، دانشکده الهیات و معارف

اسلامی ، دانشگاه تهران ، ص ۵۲.

باعث آزار شدید روحی و در نهایت تصمیم قطعی به تغییر جنسیت در خود خواهد داشت. از این مورد در فقه به « خنثی روانی »^۱ تعبیر می شود که در این حالت عمل جراحی بدین منظور انجام می شود که شخص از زمره یکی از دو جنس (مذکر یا مونث) خارج و به جنس دیگری ملحق شود به گونه ای که هویت و جنسیت او به کلی تغییر کند. بحث مطرح در خصوص جواز یا عدم جواز تغییر جنسیت مربوط به همین حالت می باشد. یعنی سؤال این است که این افراد که انسانهایی با حالت جسمی و روانی غیر منطبق هستند در سایه پیشرفت علم و تکنولوژی می توانند حالت بدنی خود را با تغییر جنسیت، با روان خود منطبق ساخته و به نوعی آزادی عمل در زندگی دست یابند. البته عمل جراحی تغییر جنسیت در خصوص این افراد به تنهایی کافی نبوده و لزوم روان درمانی و مشاوره های اجتماعی، برای درمان قطعی این بیماران، همواره احساس می شود.

بند دوم: تغییر یا تعیین جنسیت در دو جنسی ها (خنثی ها): یعنی انسان هایی با حالات جسمی دو گانه که این بیماران دارای اختلال ظاهری در اندام تناسلی و اندام های داخلی جنسی و سیستم هورمونی جنسی می باشند و معمولاً ظاهری از اندام هر دو جنس را دارند که در جراحی تغییر جنسیت، یکی از دو آلت تناسلی کوچک، ضعیف و غیر مناسب تشخیص و با عمل جراحی تعیین جنسیت و حذف یکی از آلات تناسلی مردانه یا زنانه خود را به یکی از دو گروه مذکر یا مونث ملحق می نماید.^۲ برخی این جراحی را به عنوان تبدیل یا تصحیح جنسیت تعبیر می نمایند نه تغییر جنسیت و به دلیل اینکه، تغییر جنسیت در این دسته از بیماران به منزله معالجه و خروج شخص خنثی از بلا تکلیفی جنسی است حتی فقیهان و حقوقدانان اهل سنت که با تغییر جنسیت مخالف هستند با تغییر جنسیت این گروه مخالفتی ندارند.

بند سوم: تغییر جنسیت به منظور کشف جنسیت: تغییر یا تعیین جنسیت فردی که فقط یک آلت تناسلی دارد ولی آن آلت مذکر یا تأنیث توسط پرده ای پوشیده شده است و با عمل جراحی پرده برداشته می شود تا صورت واقعی آلت آشکار و مشخص می گردد. اگر والدین این گونه افراد، به فرزندان خود و خلق و خوی آنان توجه کنند به راحتی می توانند به نقص آنان پی برده و قبل از

۱- سیدحسن هاشمی، «فضل الله و تغییر جنسیت از منظر قرآن»، فصلنامه پژوهش های قرآنی، ر.ک

http://www.quran-p.com/index.php?option=com_k2&view=item&id=619

۲- جیمز دبلیو کالات، ۱۳۷۴، روانشناسی فیزیولوژیک، ص ۵۶۴.

وقوع عواقب وخیم ، مانند خودکشی یا فرار یا مبتلا شدن به بیماران روانی ، با مراجعه به مقامات قضایی به رفع مشکل آنان پردازند.^۱

بند چهارم: تغییر جنسیت در افراد ممسوح : در زبان فقه منظور از ممسوح شخصی است که نه آلت مردانه داشته باشد و نه آلت زنانه.^۲ این گروه نیز با عمل جراحی به یکی از دو جنس مذکر یا مونث نزدیک یا تبدیل می شوند .

بند پنجم: تغییر یا تعیین جنسیت بدون غلبه هیچکدام از صفات و خصوصیات زنانه یا مردانه : اشخاصی که کاملاً متساوی الطرفین هستند . فقهای شیعه مثل شهید اول و شهید ثانی آن را در بحث فرد خنثی (ارث) مطرح ساخته اند چون از طریق « قرعه » یا از طریق شرعیه دیگر ابتدا جنسیت او را معین ساخته تا آن گاه حق الارث او را پرداخت می کنند .^۳ از این مورد در فقه به «خنثی مشکل»^۴ تعبیر شده است .

بند ششم: تغییر جنسیت در افراد سالم : تغییر جنسیت از جنسی به جنس دیگر در حالیکه فرد مذکور کاملاً در جنس اول دارای خصوصیات ویژه آن جنس می باشد و فقط از روی هوی و هوس و ماجراجویی بدون هیچ علت پزشکی یا روانی توجیه کننده اقدام به این کار می کند و اغلب موارد هم تغییر مرد به زن می باشد .

گفتار دوم: تغییر جنسیت در حیوانات و گیاهان

تغییر جنسیت در حیوانات نیز اتفاق می افتد . گاه این تغییر به دست بشر روی می دهد و گاه حیوانات به دلیل عوامل طبیعی ، تغییر جنسیت می دهند؛ به طور مثال ماهی هامور معمولی از خانواده هامورماهیان (سرانیده) جزو ماهیان پروتوژینوس می باشد . این گونه یکی از مهمترین گونه های ماهیان خلیج فارس است که در آن ، تغییر جنسیت از جنس ماده به نر رخ میدهد . این گونه

^۱ - فرامرز گودرزی ، پیشین ، ص ۶۱۲ .

^۲ - عبدالکریم بی آزار شیرازی ، ۱۳۶۵ ، رساله نوین ، ج ۳ ، ص ۲۷۷ .

^۳ - شهید ثانی ، پیشین ، ص ۶۳۳ .

^۴ - سیدمحمد صدر ، پیشین ، ص ۱۳۵ .

از ماهی ها هر مافرو دیت پروتوژینوس هستند که از نظر مسیر تغییر جنسیت جزو ماهیان *monadric* بوده و ابتدا ماده و سپس به جنس نر تبدیل می شوند.^۱

البته حالت فوق که به طور طبیعی و بر اساس خلقت این دسته از حیوانات بوده خارج از مباحث فقهی است و لیکن آن چه به دست بشر اتفاق می افتد و از گذشته تاکنون معمول بوده است ، خصا یا اخته کردن حیوانات حلال گوشت بوده است . هدف از این کار ، بهبود و افزایش حیوانات حلال گوشت، مانند گوسفند است .^۲

تغییر جنسیت در گیاهان نیز قابل تصور است^۳ و منظور از آن تبدیل یک گیاه یا درخت نر به گیاه یا درخت ماده و برعکس می باشد . هر چند که تا به حال شنیده نشده است که گیاهان به طور طبیعی تغییر جنسیت داده باشند ولی می توان فرض کرد که انسان ها با استفاده از پیشرفت های علمی ، تغییراتی در گیاهان به وجود آورده و گیاه ماده را به نر و یا برعکس تبدیل کنند . آن چه در عمل بیش تر اتفاق می افتد ، تغییرات ژنتیکی گیاهان و یا پیوند میان گیاهان و درختان است که اساساً این امر خارج از بحث تغییر جنسیت است .

گفتار سوم: روش های تغییر جنسیت

تشخیص اختلال هویت جنسی ، فقط در کار و تخصص روانپزشکان است که باید این اشخاص را از اختلالات جنسی دیگر تفکیک و تاریخچه زندگی وی را به خوبی بررسی کنند . هم چنین تمام سعی خود را بر این داشته باشند که فرد مزبور ، بدن و جنس خود را قبول کند و از این واژگونی هویت جنسی رهایی یابد و این مشاوره های روان درمان گونه بیشتر برای بیمارانی به کار می رود که در تشخیص جنسیت خود با مشکل روبرو بوده ، نسبت به هر دو جنس کشش داشته باشند و یا احیاناً به تغییر جنسیت علاقمند باشند.

اگر بیمار در طی جلسات مشاوره به جنسی که موافق ظاهر اوست گرایش پیدا کرد ، مسأله حل است و بیمار درمان شده و کار روان درمانی با موفقیت پایان یافته است . در غیر این صورت ،

^۱ - فاطمه عباسی، شهربانو عریان، عباس متین فر، تغییر جنسیت ماهی هامور معمولی *Epinephelus Coioides* در خلیج فارس، مجله زیست شناسی ایران، ج ۲۰، ش ۱، بهار ۸۶، ص ۱۲۱.

^۲ - محمد مهدی کریمی نیا ، ۱۳۸۹، تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق ، ص ۶۰.

^۳ - سید حسن هاشمی ، پیشین .

محتوای جلسات مشاوره عوض می شود و روان درمان می کوشد در خلال مشاوره های بعدی او را برای انجام عمل تغییر جنسیت آماده کند.^۱ گرچه این عمل یک جراحی منطقی نیست و عمل منطقی ترانس سکسوال، عملی است که تغییراتی در مرکز جنس و جنسیت که در مغز این افراد وجود دارد صورت گیرد تا هویت واژگون شده آنان را به شکل مطلوب و هماهنگ با جسمشان درآورد، اما به دلیل این که چنین اقدامی فعلاً میسر نیست به ناچار از جراح درخواست می شود بدن شخص مذکور را تا آن حدی که ممکن است، از راه جراحی تغییر جنسیت و هورمون درمانی با هویتی که او از خود دارد هماهنگ سازد. همانطور که مطرح گردید، در حال حاضر در علم پزشکی سه روش برای تغییر جنسیت وجود دارد که در ذیل به اختصار مورد بررسی قرار می گیرد:

بند اول: روان درمانی

بیماری ترانجنسیتی (ناراضیان جنسی) یک بیماری روحی و روانی است و شخص دچار عدم تطابق جنسی می باشد. اعتقاد او به جنسیت خویش، برخلاف ظاهر جسمی او است. بنابراین، در وهله اول، بایستی معالجات روان درمانی انجام پذیرد. هدف از این معالجه، پذیرش جنسیت ظاهری از سوی شخص بیمار است. به اعتقاد برخی از روان شناسان، این نوع بیماری، از پیچیده ترین بیماری های روحی محسوب می شود. از این رو درصد موفقیت این نوع معالجات نسبت به بیماران اختلال هویت جنسی، بسیار کم است. بنابراین روش های دیگر مورد توجه قرار می گیرد.^۲

بند دوم: هورمون درمانی

اولین مرحله درمان، تشخیص صحیح و قطعی می باشد؛ چون با درمان هورمونال و جراحی، سیر را بایستی برگشت ناپذیر در نظر گرفت. تشخیص معمولاً توسط خود فرد صورت می گیرد و اغلب با تأیید دوستان و خانواده همراه است و لازم است این نارضایتی جنسیتی به طور مداوم و حداقل برای و سال استمرار داشته باشد.^۳ در طی فاز تشخیص توسط روانپزشک، دو مقوله بایستی بررسی گردد:

^۱ - ر.ک « تلاش انجمن دو جنسی های آمریکا، بهمن ۱۳۸۲، روزنامه شرق، (ترجمه نازنین غروی)، ص ۴.

^۲ - محمدمهدی کریمی نیا، پیشین، ص ۹۵.

^۳ - Transsexualism for Urologists, European Urology Today, available at http://www.uroweb.org/fileadmin/user_upload/eau_eut/eut/۲۰۰۶.

۱- تشخیص صحت شدت بیماری نارضایتی جنسیتی

۲- دادن اطلاعات درباره پروسه درمان شامل امکان و محدودیت های درمان هورمونی و جراحی^۱

حتی با وجود نشانه های قطعی و مشخص برای تشخیص این بیماری ، ولی باز اعمال تشخیص قطعی این بیماری برای روانشناس و روانپزشک مشکل می باشد و لازم است این تشخیص توسط دو متخصص ارشد و مجرب تأیید گردد .

غالباً افرادی موضوع این درمان قرار می گیرند که علائم جنسی بدنی آنها با گرایشات جنسی روانیشان هماهنگ و همسو نباشد در این روش ، پزشکان با تقویت هورمون جنسیتی که علائم آن در بدن شخص ظاهر است تلاش می کنند که بین بدن و روان او توافق و هماهنگی ایجاد نمایند.^۲

زمانی که درمان هورمونی آغاز می گردد و حتی قبل از شروع آن ، لازم است فرد زندگی با مشخصات جنس مخالف را به طور واقعی و عملی تست کند بدین صورت که برای زمان طولانی و تمام وقت ، بایستی مطابق میل جنسی و جنسیت جدید خود لباس بپوشد و نام جدید خود را انتخاب کند . قبل از انجام عمل جراحی غیر قابل بازگشت ، لازم است این فرم زندگی جدید برای حداقل یک سال تمام وقت ادامه یابد و سپس تصمیم قطعی به جراحی گرفته شود . در درمان هورمونی^۲ هدف دنبال می گردد:^۳

۱- چهار محور هیپوتالاموس ، هیپوفیز به غدد جنسی که منجر به کاهش ترشح هورمون تستوسترون یا استرادیول می گردد و در نتیجه علائم جنسی ثانویه که مربوط به جنسیت اولیه و اصلی فرد است در حد امکان کاهش یابد . به هر حال از بین رفتن کامل علائم جنسی اصلی فرد با درمان هورمونی به تنهایی امکانپذیر نیست .

۲- ایجاد علائم جنسی مشخصه جنس جدید مورد نظر

۱- مجید حقیقت ، «تغییر جنسیت (قسمت دوم)» ، وب سایت اختصاصی ر.ک www.drhaghighat.ir

۲- علیرضا کاهانی ، ۱۳۸۱، اختلال هویت جنسی ، دگر جنسیت جوها ، ص ۶۳.

۳- مجید حقیقت، پیشین .

الف) درمان هورمونی جهت تبدیل مرد به زن :

چندین گروه دارو جهت مهار آندروژن (هورمون جنسی مردانه) و یا عمل آن وجود دارد و با مهار عملکرد آندروژنها، باعث کاهش بافت عضلانی و مردانه می گردد. استروژن، ماده اصلی برای ایجاد علائم زنانه در بیماران مرد است که تمایل به زن شدن دارند. درمان با استروژن موجب ایجاد سینه زنانه و تغییر تجمع بافت چربی به فرم زنانه یعنی تجمع چربی در باسن و ران، نرمی پوست، کاهش موی بدن و کاهش یا توقف ریزش موی مردانه، کاهش باروری و کاهش نعوظ آلت خواهد شد. حداکثر تغییر در علائم جنسی با ۲ سال درمان ایجاد می گردد و پس از آن تغییر بیشتری با درمان هورمونی صورت نمی گیرد^۱.

درمان هورمونی با استروژن و یا آنتی آندروژن باعث تغییر کیفیت صورت به فرم زنانه در مردان نمی گردد و جهت آن ممکن است ارجاع به مراکز اختصاصی گفتار درمانی لازم باشد. گرچه نیاز قطعی درمان پروژسترون مشخص نشده است ولی در برخی از بیماران دیده شده که درمان با پروژسترون، تمایلات جنس زنانه و رشد سینه ها را بهتر می کند.^۲

ب) درمان هورمونی جهت تبدیل جنسیت زن به مرد :

هدف از درمان هورمونی در بیماران نارضایتی جنسیتی زن به مرد ایجاد علائم مردانه شامل فرم بدن مردانه و قطع خونریزی قاعدگی و ایجاد مشکل رویش موی مردانه (شامل فرم موی سر به فرم طاسی مردانه و رویش موی صورت و بدن) است. دکتر کاپلان بر درمان هورمونی تأکید بیشتری دارد وی معتقد است که، به جای جراحی می توان هورمون درمانی کرد. مردهای بیولوژیک از استروژن و زن های بیولوژیک از تستسترون استفاده می کنند.^۳

با درمان آندروژنی تغییرات زیر به صورت پایدار ایجاد می گردد :

۱- تغییر در طنین صوت به فرم مردانه پس از ۱۰-۶ هفته درمان

۲- بزرگ شدن لکتیوریس البته در افراد مختلف به میزانی متفاوت

۱- همان.

۲- همان.

۳- کاپلان هارولد، سادوک بنیامین، پیشین، ج ۲، ص ۳۹.

۳- کوچک شدن پستانها در حد ملایم

۴- افزایش تمایلات جنسی

۵- ایجاد آکنه

۶- افزایش موی صورت و بدن

۷- طاسی سر به فرم مردانه

گاهی با این درمان خونریزی قاعدگی قطع نمی گردد و احتیاج به اضافه کردن داروهای پروژسترونی می باشد.^۱

بند سوم: عمل جراحی (تولدی دوباره)

ناراضایتی جنسیتی در طول زندگی فرد مبتلا به این اختلال ، خود به خود تغییر نمی کند . روان درمانی های مرسوم به ندرت توانسته اند آن را وارونه کنند. با این حال ، امروز ناراضییان جنسیتی می توانند امیدوار باشند ، عمل های جراحی تغییر جنسیت که اکنون « تعیین جنسی دوباره » نام دارد به این افراد امکان آن را می دهد تا ویژگی های جنسی دلخواه را به دست آورند.^۲ نوآوری در روشهای جراحی ، همراه با پیشرفت در درمان های هورمونی در یک فضای فرهنگی – اجتماعی که اجرای آنها را مجاز می سازد این امکان را پدید آورده است که بسیاری از تغییر جنسیت گراها با امیدی هر چه بیشتر ، آرزوی خود را مبنی بر داشتن عضو و الحاق به جنس دیگر دنبال کنند .

ایجاد فضای باز در جامعه و از میان رفتن محدودیت ها ، تعداد بیشتری از دختران و پسران ایرانی را به سمت تغییر جنسیت آگاهانه ، سوق داده است . بنابر آنچه در جراید معتبر آمده است کشور ایران به صورت کشور پیشگام در عمل جراحی برای تغییر جنسیت در آمده است به گونه ای که برخی کارشناسان تهران را به عنوان پایتخت تغییر جنسیت نامیده اند^۳ که در هر هفته یک عمل جراحی تغییر جنسیت در آن صورت می گیرد .

^۱ -مجید حقیقت، پیشین.

^۲ - دیوید ال روزنهام ، مارتین ای سلیگمن ، پیشین ، ص. ۱۸۵

^۳ - محمد مهدی کریمی نیا ، تغییر جنسیت از نظر فقهی ، رک. ۱۳۸۸/۶/۲۳ -۲. <http://mowjahkam.blogfa.com/post-۲.aspx>

بازسازی جنسی به وسیله عمل جراحی، عملی است که در آن آلت تناسلی موجود در فرد تغییر جنسیت گرا برداشته شده و به جای آن آلت تناسلی جنس مخالف بازسازی می شود. به عبارت دیگر، پس از گذشت مراحل درمان هورمونی و تست رفتاری در بیماران نارضایتی جنسی تصمیم به اقدام جراحی جهت تغییر دائمی جنسیت گرفته می شود. نکته ای که در این بین از اهمیت نسبتاً بالایی برخوردار می باشد تشخیص دقیق اختلال هویت جنسی است؛ چرا که تأسف و اندوه و احساس پشیمانی پس از عمل جراحی هیچ سودی برای فرد بیمار نخواهد داشت؛ زیرا عمل جراحی تغییر جنسیت راهی بی بازگشت است. در یک بررسی موردی، خانمی چهل ساله، مطلقه و دارای دو فرزند، که برای تغییر جنسیت شش عمل جراحی را پشت سر نهاده، پس از یک ماه زندگی در قالب نقش مردانه مجدداً خواستار جراحی جهت بازگشت به وضعیت نخستین و ازدواج با همسر قبلی و به عهده گرفتن سرپرستی فرزندانش گردیده است.^۱

ضمناً، باید توجه داشت که این عمل جراحی از نظر زیست شناختی یک مرد یا یک زن را تبدیل به جنس مخالف نمی کند. روشهای متعدد جراحی جهت تبدیل جنسیت مرد به زن وجود دارد. در تغییرات جنسی مرد - به - زن، ترکیبی از درمان هورمونی برای بزرگ کردن سینه ها، تجزیه الکتریکی^۲، برای برطرف کردن موی صورت و جراحی تبدیل کردن آلت مردی به مهبل وجود دارد؛ چون برای ترتیب دادن مهبل از پوست آلت مردی استفاده می شود، آمیزش جنسی - در صورتی که جراحی موفقیت آمیز بوده باشد - لذت بخش است. در عمل های جراحی تعیین جنسی دوباره زن - به - مرد، جراحی بسیار پیچیده تر است. این کار به جراحی های متعدد نیاز دارد که طی چند سال انجام می گیرد. ابتدا درمان هورمونی، قاعدگی را متوقف می سازد، صدا را بم تر می کند و موجب رشد موی صورت و بدن می شود. بعداً برای برداشتن سینه ها، تخمدان ها و به ندرت، ساختن آلت مردی، اقدامات جراحی صورت می گیرد. چنین آلتی به حالت نعوظ در نمی آید و برای آمیزش جنسی باید از عضو مصنوعی استفاده شود.

در خصوص تغییر جنسی دوباره مرد - به - زن نیز، باید اضافه کرد چنین افرادی باید فرزند اختیار کنند، زیرا هیچ گونه جراحی نمی تواند اندام های تولید مثل درونی را پیوند بزند.^۳ در آخر

^۱ - آریا حجازی و همکاران، پیشین، ص ۸۰.

^۲ - Electrolysis.

^۳ - دیوید ال روزنهان و مارتین ای سلیگمن، پیشین، صص ۱۸۶-۱۸۷.

ذکر این نکته حائز اهمیت است که ، عمل جراحی تغییر جنسیت ، به تنهایی کافی نبوده و لزوم روان درمانی و مشاوره های اجتماعی ، برای درمان قطعی این بیماران ، همواره احساس می شود .

فصل سوم

وضعیت فقهی و حقوقی تغییر جنسیت

مبحث اول: پیشینه تغییر جنسیت

طرح بحث

در امکان تغییر جنسیت در مورد افراد دو جنسی (خثی) یا آنچه که به عنوان هرمافرودیت معروف می باشد از طریق عمل جراحی، از گذشته تا کنون امری رایج و معمولی به شمار می رفته است و آنچه که به عنوان فصل جدید و رویکرد نو در علم پزشکی و حتی حقوق مطرح می شود، مسأله تغییر جنسیت در مورد افرادی است که از نظر جسمی و ظاهری سالم هستند ولی از نظر روحی و روانی خود را متعلق به جنس مخالف می دانند. به عبارت دیگر، پدیده نوظهور تغییر جنسیت مردانی است که خود را زن می دانند و یا زنانی است که علیرغم صحت جسمانی از نظر روانی خود را مرد می پندارند.

با توجه به اطلاعات به دست آمده، تاریخچه تغییر جنسیت در مورد اینگونه افراد را می توان در سه بخش مورد بررسی قرار داد:

- وضعیت تغییر جنسیت در گذشته

- وضعیت تغییر جنسیت در فقه و حقوق کشورهای اسلامی

- وضعیت تغییر جنسیت در سایر ادیان الهی و حقوق غرب

گفتار اول: وضعیت تغییر جنسیت در گذشته

پیشینه این موضوع به قدمت پیشینه نسل انسانی است و تمامی ادیان آسمانی با این پدیده مواجه بوده اند. برای ترانسکسوالیسم، هم در اشخاص واقعی و هم اساطیری، شواهد و نمونه های فراوانی طی هزاران سال در فرهنگ یونان باستان، هند و مسلمان ارائه شده است.

یونگ در پاسخ به ایوب می نویسد: حتی در ایام قبل از تاریخ هم این عقیده وجود داشت که موجود ازلی هم نر است و هم ماده، این نیروی ازلی که در اصل به قول کیمیاگران اندروژن یعنی دو جنسی بود به نیروی مخالف مذکر و مونث تقسیم می شود.^۱

^۱ - منصور سلیمی فر، پیشین، ص ۴۷.

در فلسفه افلاطون هم، انسان نخستین در جهان مثل هرمافرودیت بود یعنی هم نر و هم ماده و سپس در این جهان به دو موجود نیمه کامل نر و ماده تقسیم شد و این جاست که تا ابد هر نیمه به دنبال نیمه دیگر است. اصنام یا بت های عرب نیز (لات، عزی و منا) مذکر و مونث بودند^۱. در قرآن کریم هم اشاراتی است که اعراب «الله» را دارای جنسیت می پنداشتند و مثلاً خزاعه و کنانه، ملائکه را بنات الله می خواندند. به طور کلی دختران را به خداوند و پسران را به خود نسبت می دادند^۲.

آیا سهم خدا دختران است و سهم شما پسران (که فرشتگان را دختران خدا می نامید)^۳. مظاهر تبدیل این توحید به ثنویت یا وحدت، به کثرت در معارف بشری به صدها نام آمده است: شوا و شاکتی، یانگ ویین، مهری و مهرانه (مش و مشیانه، نخستین نر و ماده اسطوره ایرانی آفرینش)، در همه موارد و مثالها که گذشت نکته آرزوی بازگشت به اصل و رسیدن به وحدت است^۴.

گفتار دوم: پیشینه تغییر جنسیت در فقه و حقوق کشورهای اسلامی

تغییر جنسیت یکی از مسائل جدیدی است که به صراحت در روایات فقهی نیامده است و به نظر می رسد علیرغم این که قدمت موضوع به گفته برخی روانپزشکان و متخصصان به قدمت پیدایش نسل انسانی است ولیکن در حقوق کشورهای اسلامی موضوع به شکل امروزی آن از حقوق غرب وارد شده است و سابقه موضوع در صدر اسلام، در زمان حکومت پیامبر اسلام (ص)، بدین نحو بوده که در آن زمان، پیامبر فردی به نام هیت را که ظاهری مردانه ولی گفتار و رفتاری زنانه داشت به نقیح منطقه ای خارج از مدینه، تبعید نمود. سپس این فرد در زمان عثمان در دوران کهنسالی اجازه یافت تا فقط در روزهای جمعه به شهر بر گردد^۵.

البته در روایات، بحث ختنی ها مطرح شده و از صدر اسلام یا بعد از آن دوره، افرادی را ختنی می نامیدند که امروزه دو جنسی یا هرمافرودیت نام گرفته اند. اما در مورد ترانسکسوال ها به صراحت چیزی در روایات نداریم. البته بعضی ها^۶ می گویند که آیه ۱۱۹ سوره نسا به گونه ای به

^۱ - همان.

^۲ - سوره اسراء آیه ۴۰.

^۳ - سوره الطور آیه ۳۹.

^۴ - سیروس شمسیا، ۱۳۸۳، داستان یک روح، ص ۴۸.

^۵ - محمدبن احمد القرطبی، ۱۹۵۲م، الجامع الاحکام القرآن، ج ۱۲، ص ۲۳۱.

^۶ - احمد محمد کنعان، پیشین.

بحث تغییر جنسیت مربوط می شود. در آن آیه خداوند به مردم جاهلیت اشاره می کند که خلقت خدا را تغییر می دادند و خدا آنها را مذمت می کند که چرا این کار را می کنید. فقهای اهل سنت هم به این آیه استناد می کنند که به واسطه این آیه، تغییر جنسیت را حرام می دانند. در زمان جاهلیت رسم بود که اگر یک شتر یا گاو پنج بار بچه به دنیا می آورد می گفتند که این شتر مقدس است و کسی نباید سوار آن شده یا از گوشتش استفاده کند و برای نشان کردن او، گوش حیوان را می بریدند یا چشم حیوان را در می آوردند برای این که به دیگران بگویند که این حیوان در راه بت ها وقف شده است.^۱ مفسرین در ذیل این آیه می گویند که این آیه ناظر به عمل این مردم بوده که در کار خلقت خدا دست می بردند. چون خداوند این گونه حیوان ها را برای سواری و استفاده گوشت و دیگر منافع آن خلق کرده، چرا خلقت خدا را تغییر می دهید و حلال خدا را به حرام تبدیل می کنید؟ این آیه قرآن، ارتباطی به بحث تغییر جنسیت ندارد و اساساً این آیه شریفه ناظر به بحث تغییر جنسیت نیست و آن چه در آیه شریفه از آن سخن رفته و موضوع قرار گرفته انسان نیست، بلکه آفرینش خداست. چرا که، اگر آیه شریفه را چنان که این عالمان و مفسران گفته اند دلیل بر تحریم تغییر بدانیم، باید دلیل حرمت هر گونه تغییر در همه مخلوقات الهی بدانیم و در آن فرض، باید تمامی درختان، گیاهان، زمین، کوهها و جوی ها و دیگر پدیدارها را به حال خود وانهم و حال آن که بیشتر علما تغییرات در این پدیدارها و نیز تغییرات زیبایی در انسان ها و سایر تغییرات از این دست را جایز شمرده اند.^۲

در حقوق کشورهای اسلامی نیز، هر چند موضوع به شکل امروزی آن از حقوق غرب وارده شده است ولی سابقه موضوع به صدر اسلام، زمان حکومت حضرت امیر (ع) بر می گردد. شیخ صدوق در من لایحضره الفقیه، در باب میراث خنثی از کتاب فرائض به سند صحیح خود از عاصم بن حمید از محمد بن قیس از ابوجعفر (ع) نقل کرده است:^۳ « شریح قاضی در حالی که در مجلس قضاوت حضور داشت. ناگهان زنی وارد مجلس شد و گفت: ای قاضی! میان من و دشمنم قضاوت کن. شریح به آن زن گفت: دشمنت کیست؟ زن گفت: تو هستی. شریح گفت: راهش دهید. او را راه دادند و او وارد مجلس شد. سپس قاضی به او گفت شکایت چیست؟ گفت: من هم آنچه را مردان دارند دارم و هم آنچه را زنان دارند. شریح گفت: امیرمومنان (ع) براساس مجرای ادرار قضاوت

۱- محمد مهدی کریمی نیا، ۱۳۸۹، تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق، ص ۲۲۰.

۲- سید حسن هاشمی، پیشین.

۳- محمد مومن قمی، ۱۳۷۵، «سخنی درباره تغییر جنسیت»، مجله فقه اهل بیت، شماره هفتم، ص ۹۳.

می کند . وی گفت : من از هر دو مجرا ادرار می کنم و از هردو با هم قطع می شود . شریح گفت : به خداوند سوگند ، من چیزی شگفت انگیزتر از این نشنیدم . زن گفت : شگفت انگیزتر از این هم هست . شریح گفت : آن چیست ؟ گفت : شوهرم با من آمیزش کرد و من از او بچه آوردم و نیز من با کنیزم آمیزش کردم و او از من بچه آورد . شریح (باشنیدن این خبر) در حالی که به شدت شگفت زده بود ، دست بر دست زد و به خدمت امیرمومنان رسید و قضیه را برای ایشان بازگو نمود، آن گاه امیرمومنان به او فرمود : شوهرت کیست ؟ گفت : فلانی . امام کسی را به دنبال او فرستاد و او را فراخواند و فرمود : آیا این زن را می شناسی ؟ او گفت : بله ، او همسر من است . آن گاه از وی ، درباره آنچه زن گفته بود پرسید . مرد گفت : قضیه همین طور است . امیرمومنان (ع) به وی فرمود : تو شجاع تر از کسی هستی که بر شیر سوار می شود ؛ زیرا با این وضعیت به وی نزدیک می شود . آن گاه امیر مومنان (ع) فرمود: ای قنبر ! این زن را به همراه یک زن (دیگر) به داخل خانه ای ببر تا دنده های او را بشمارد . شوهر زن گفت : ای امیرمومنان ! من نه مردی را نسبت به وی امین می دانم و نه زنی را. امیرمومنان فرمود : دینار خواجه (که از صالحان کوفه و مورد اعتماد بود) را نزد من بیاورید . آن گاه فرمود : ای دینار ! به همراه این زن ، وارد خانه ای شو و او را برهنه کن و به وی دستور بده که لنگی بر خود ببندد و دنده های او را بشمار . دینار این کار را انجام داد و شمار دنده های او در سمت راست هفده و در سمت چپ هجده تا بود از این روی ، امیرمومنان (ع) لباس ، کلاه و کفش مردانه بر تن او کرد و ردایی بر شانه او انداخت و او را جزء مردان به حساب آورد . شوهر زن گفت : یا امیرمومنان ! او دختر عمویم است و از من بچه دارد و در این حال ، شما او را جزء مردان به شمار می آورید ؟ حضرت فرمود : من درباره او حکم خدا را صادر کردم ؛ زیرا خدای تعالی حوا را از پهلوی چپ آدم آفرید (از این روی) شمار دنده های مردان ناقص و دنده های زنان کامل است .

و اما ، پرونده ای که در عصر حاضر در حقوق اسلام بسیار پرسروصدا بود ، پرونده سید عبدالله در حقوق مصر است.^۱ در سال ۱۹۸۲ سید عبدالله که یک جوان ۱۹ ساله دانشجوی پزشکی دانشگاه الازهر مصر بود . با سلوا جرجیس لیب ، روان پزشک ، تماس گرفت و اظهار نمود : او از افسردگی شدید و ناامیدی در رنج است . روانپزشک او را معاینه نمود و متوجه شد که او از بحران جنسیتی در رنج و عذاب است و یا به تعبیر دیگر ، او ختثای روانی (الختثی النفسیه)^۲ است . مدت سه سال او

^۱ - علیرضا باریکلو، پیشین، صص ۶۹-۶۶.

را هورمون درمانی جنسیت مردانه کرد تا شاید بتواند با تقویت گرایش مردانگی او ، روان او را با جسمش از بعد جنسی هماهنگ نماید ، ولی موفق نشد ؛ زیرا پزشکان معتقدند این مرض تا قبل از سن بلوغ با هورمون درمانی ، درمان آن ممکن است ولی بعد از رسیدن به بلوغ ممکن نیست . در نتیجه ، جرجیس از درمان هورمونی او منصرف شد و او را جهت عمل جراحی تغییر جنسیت به جبرئیل ، پزشک جراح ، معرفی نمود . پزشک جراح برای حصول اطمینان بیشتر، مریض را به روان پزشک دیگری به نام هانی نجیب ، معرفی کرد و نجیب نیز به همان نتیجه ای رسید که روان پزشک قبلی رسیده بود و عمل جراحی تغییر جنسیت از مذکر به مونث را تنها راه درمان مریض پیشنهاد نمود . جراح مدت یک سال مریض را هورمون درمانی جنسیت زنانه نمود و لباس زنانه بر او پوشاند تا رفتار روانی و اجتماعی او را آزمایش نماید . مریض این دوره را با موفقیت گذراند و مشکل خاصی به وجود نیامد .

در اول ژانویه ۱۹۸۸ سید عبدالله فرم درخواست تغییر جنسیت را امضاء نمود و از جراح ، انجام عمل جراحی تغییر جنسیت از مذکر به مونث را درخواست نمود . جراح با عمل جراحی، ممیز و علائم جنسیت مذکر را از او برداشت و برای او مجرای مصنوعی خروج ادرار و ممیز مصنوعی زنانه درست کرد و عمل جراحی با موفقیت انجام شد و او برای قدردانی از زحمات روانپزشک اول ، نام « سالی » را برای خود انتخاب نمود.

سالی با مراجعه به دانشگاه ، رئیس دانشکده از پذیرش او و اجازه دادن به وی جهت شرکت در امتحانات خودداری نمود از طرف دیگر ، سازمان ثبت احوال مصر نیز از شناسایی او به عنوان یک جنس مونث و تغییر شناسنامه او خودداری کرد . رفتار تحریک آمیز «سالی» و مصاحبه های او با مطبوعات و عکس العمل الازهر به آن حساسیت خاصی در مطبوعات و افکار عمومی مصر نسبت به این قضیه ایجاد نمود . با متهم شدن پزشک جراح به ارتکاب جرم در این پرونده توسط دانشگاه الازهر ، نماینده سندیکای پزشکی نیز وارد شد و با سه پزشک دیگر منتخب سندیکا ، با ارسال نامه ای به محضر مفتی مصر خواهان فتوی در مورد خنثای روانی شد و سؤال نمود که آیا از دیدگاه شرع مقدس اسلام خنثای روانی قابل قبول است . مفتی مصر ، ضمن طفره رفتن از دادن پاسخ صریح و مستقیم سؤال ، فتوی داد : اگر پزشک متخصص قابل اعتماد، تنها راه درمان مریض را عمل جراحی بداند چنین عملی مجاز و مشروع است . این فتوی ، علاوه بر این که پاسخ سؤال سندیکا را نداد ، مشکل دیگری ایجاد نمود ؛ زیرا هرکدام از طرفین پرونده ، فتوی را به نفع خود تفسیر نموده و حق را به جانب خود می دادند . در ۱۲ ژوئن ۱۹۸۸ الازهر پرونده را به دادگاه فرستاد و به استناد ماده

۲۴۰ قانون مجازات مصر، خواهان مجازات جراح به اتهام وارد کردن ناتوانی دائم در مریض و ارتکاب خطای فاحش پزشکی شد. دادستان مصر با مشورت پزشکان متخصص شروع به تحقیق نمود و به این نتیجه رسید که: از دیدگاه متخصصین «سالی» از لحاظ بدنی یک مرد و از لحاظ روانی یک زن بوده است و پزشک جراح هیچ نوع خطایی را مرتکب نشده است. سندیکای پزشکی ضمن رد این نتیجه، اقدام به لغو عضویت پزشک جراح از آن سندیکا و جریمه پزشک بیهوش کننده نمود. در اکتبر ۱۹۸۹ «سالی» موفق به اصلاح شناسنامه و شناسایی جنسیت خود به دولت مصر شد. اخبار و گزارشات روزنامه ها، نشان می دهد که پرونده های دیگری در مصر در این زمینه وجود داشته ولی این پرونده چون با موضع گیری الازهر مواجه شد، مشهور و تاریخی شد.

بند اول: تغییر جنسیت در لسان فقهای شیعه

تغییر جنسیت در لسان فقهای متقدم دیده نمی شود، هر چند فقهاء معترض مسائلی شده اند که از آن جمله کسی است که نه آلت مردانه و نه آلت زنانه دارد (من لیس له آله الرجال و النساء) ولی حکم اینکه کسی با اراده خود در حالی که زن است، تبدیل به مرد بشود و یا بالعکس دیده نمی شود. در بین فقهای متاخر برخلاف بسیاری از فقها که عمدتاً یا این عمل را ممنوع نموده و یا مشروط به شرائطی نموده اند، امام خمینی برای اولین بار در سال ۱۳۴۲ شمسی احکام تغییر جنسیت را در جلد دوم تحریر الوسیله مطرح کرد و در سال ۱۳۶۴ با کسب تکلیفی شخصی به نام فریدون، با تغییر جنسیت وی موافقت نمود و وی تغییر جنسیت داده و به زن تبدیل شد و با نام مریم خاتون ملک آرا شناخته شد و فتوای امام خمینی (ره) در پاسخ به استفتاء ایشان بدین شرح می باشد:

بسمه تعالی

تغییر جنسیت با تجویز طبیب مورد اعتماد اشکال شرعی ندارد. انشاء الله تعالی در امان بوده باشید و کسانی که شما ذکر کرده اید امید است مراعات حال شما را بکنند.^۱

این مجوز قانونی که با پشتوانه فتوای بزرگ ترین مرجع شیعه در کشورهای اسلامی با مذهب تشیع صادر گردیده بود، در حالی که جهان ادیان معرفی می گشت که کلیسای مسیحیت آن را غیر مجاز و فقهای اهل سنت نیز آن را عملی غیر مشروع و تغییر در خلقت خدا قلمداد می نمودند و در طول این سال ها علاوه بر این که در این موضوع یک رویه فقهی و قانونی به وجود آمد، بر اثر

^۱ - محمد مهدی کریمی نیا، پیشین، ص ۴۲.

آن ، افراد بیمار جسمی یا روحی می توانستند زیر نظر پزشکان تغییر جنسیت بدهند و وضعیت آنها تا حدودی برای مجریان قانون روشن گردید و از صف همجنس بازان خارج گردیدند.

بند دوم: اولین تغییر جنسیت در ایران

اولین تغییر جنسیت در ایران در سال ۱۹۳۰ میلادی (۱۳۰۲ شمسی) اتفاق افتاد که براساس آن پزشکی به نام دکتر خلعتبری پسر هجده ساله ای را با عمل جراحی به یک دختر تبدیل کرد.^۱ این مسأله در آن زمان سرو صدای زیادی ایجاد کرد. البته ، این تغییر جنسیت در مورد جوانی ترانسکسوال بود که از نظر جسمی کاملاً مرد بود ولی از نظر روحی و روانی خود را زن میدانست و با اصرار و رضایت فراوان خواهان تغییر جنسیت بود . قبل از این تاریخ ، تغییر جنسیت دو جنسی کم و بیش وجود داشت ولی تغییر جنسیت یک فردی که از نظر ظاهر سالم بود چیز عجیب و جدیدی محسوب می شد .

گفتار سوم: پیشنهاد تغییر جنسیت در سایر ادیان الهی و حقوق غرب

در کتب مقدس در مورد تغییر جنسیت بحثی نیامده اما کشیشان و کلیسا آن را حرام دانسته و این عمل را تغییر در خلقت خداوند تلقی می نمایند.^۲ به هر حال در کشورهای غربی ، تغییر جنسیت از لحاظ پزشکی امری مسلم است . تجویز ترانسکسوالیسم در رویه قضایی اکثر کشورهای اروپایی وارد شده است . البته با اختلافات کم و بیش در نحوه پذیرش و یا آثار ناشی از آن ، ولی تقریباً همه متفق القولند که باید حداقل در موردی که جنبه درمانی داشته باشد ، مورد پذیرش واقع شود . در کشورهای لیبرال تر پذیرش آن را به چنین شرطی نیز مقید ننموده اند . امروزه تمام کشورهای عضو اتحادیه اروپایی غیر از سه کشور و پنجاه ایالت از پنجاه و دو ایالت آمریکا تغییر جنسیت را قانونی اعلام نموده و در مورد آن مقررات خاصی اعم از قانونی و قضایی وضع کرده اند .^۳

بند اول: مبانی تجویز و تحریم ترانسکسوالیسم در حقوق غرب

- در تحریم ترانسکسوالیسم عمده استدلال وارده این است که ، فرد نمی تواند حالت و وضعیت خود را بنا به اختیار خود تغییر دهد . اراده الهی و میراث بشری که بر تعداد معینی از افراد مرد و زن

^۱ - همان - ص ۵۰ .

^۲ - رمضانزاده ، فاطمه ، ۸۴/۳/۳۰ ، «تغییر جنسیت راهی بی بازگشت» ، نشریه اعتماد.

در جنس بشر قرار داده شده است ، را نمی توان تغییر داد . به عبارت دیگر تغییر حالت و وضعیت فرد به دست خود فرد سپرده نشده است ^۱.

- در تجویز این امر که عمدتاً لیبرال ها پشتیبان آن هستند ، جنس روانی بر جنس ظاهری برتری داده شده است . این دسته می گویند در اختیار نبودن وضعیت افراد در دست آنها ، لازمه اش تغییرناپذیر بودن جنس آنها نیست بلکه ، احترام به زندگی خصوصی افراد اقتضا می کند که این میل روانی آنها محترم شناخته شده و جنس ظاهری بر جنس روانی منطبق گردد . در این ارتباط دادگاه اروپائی حقوق بشر اصولاً با تجویز این پدیده کشورهای عضو را محکوم به پذیرش و ترتیب اثر دادن به آثار آن مثل انتخاب اسم منطبق بر جنس نموده است ^۲.

بند دوم: اولین تغییر جنسیت در انگلستان

اولین عمل تغییر جنسیت در فاصله سال های ۱۹۴۲ تا ۱۹۴۸ م . در انگلستان انجام شد ، که طی آن شخصی به نام «لورا دیلون» دختر یک اشراف زاده ایرلندی ، توسط پزشکی به نام «مکلندو» به مرد تغییر جنسیت داد و نام خویش را به «مایکل دیلون» تغییر داد . ^۳ از سال ۱۹۵۰ تا ۱۹۶۰ م . افراد بیشتری برای تغییر جنسیت به پزشکان و جراحان مراجعه کردند . تلاش های زیادی از سوی بیماران، خانواده ها و افراد دیگر برای به رسمیت شناختن بیماری تراجنسیتی و کسب شناسنامه جدید انجام شد که با مخالفت دولت انگلیس روبرو شد ، ولی در نهایت ، در سال ۲۰۰۲ م. دولت انگلستان اعلام کرد که مشاوره هایی را به منظور به تصویب رساندن « قانون بازشناسی جنسیت » در دست انجام دارد ، که این قانون در سال ۲۰۰۴ م. به تصویب رسید و از سال ۲۰۰۵ م. تراجنسیتی های انگلیس توانستند تقاضای شناسنامه جدید کنند . حدود ۵۰۰۰ نفر از این بیماران در انگلستان زندگی می کنند ^۴.

۱- علیرضا باریکلو ، پیشین، ص ۶۵.

۲- حقوق اخلاق پزشکی (بیواتیک) و اصلاح جنسیت ر.ک <http://hvm.ir/print.asp?id=۴۱۸۰>

۳- همان .

۴- محمد مهدی کریمی نیا ، پیشین ، ص ۵۳.

بند سوم: اولین تغییر جنسیت در آمریکا

در سال ۱۹۵۲م، اولین تغییر جنسیت در آمریکا اتفاق افتاد^۱ و روزنامه نیویورک تایمز با درج یک تیتیر جذاب (Ex-cl londe Beauty) تغییر جنسیت او را به عنوان یک موضوع اجتماعی مطرح و توجه افکار عمومی را به آن جلب نمود. در این تاریخ، اولین عمل جراحی تغییر جنسیت صورت گرفته است. کم کم با شیوع و گسترش این عمل در جامعه و رواج تشخیص های متفاوت از طرف پزشکان، متخصصان برای تبادل تجربه و جلوگیری از تفرق نظر و نیز ایجاد وحدت رویه پزشکی در هر سال اقدام به تشکیل سمپازیوم بین المللی می نمایند که اولین آن در سال ۱۹۹۶ در شهر لندن برگزار شد و هر سال مقررات نمونه و توصیه هایی را به پزشکان جهت رعایت مراقبت های ویژه قبل و بعد از عمل ارائه می نماید.^۲

مبحث دوم: تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق

طرح بحث

موضوع تغییر جنسیت به عنوان یکی از موضوعات نوپیدا در دنیای امروز، علاوه بر تحولاتی که در دنیای پزشکی و روانپزشکی ایجاد نموده، در دنیای فقه و حقوق نیز انبوهی از پرسش ها، دیدگاهها و نظریات را مطرح نموده که در مباحث ذیل علاوه بر بیان وضعیت حقوقی تغییر جنسیت در نظام حقوقی کشورمان، دیدگاههای فقهای اسلام که هر یک نیز از پشتوانه ای از اصول و قواعد برخوردار می باشند به تفصیل بیان خواهد گردید.

گفتار اول: وضعیت حقوقی تغییر جنسیت

مراد از وضع حقوقی تغییر جنسیت این است که، با توجه به سکوت قانونگذار و فقدان نص قانونی در حقوق ایران، آیا تغییر جنسیت بر مبنای اصول و قواعد حقوقی امری مجاز و مشروع است یا امری نامشروع و ممنوع است؟ در خصوص عمل تغییر جنسیت تنها ماده ای که می توان از آن

^۱ - همان.

^۲ - علیرضا باریکلو، پیشین، ص ۶۵.

استمداد جست ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۹/۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام می باشد که بند ۲ آن مقرر داشته است :

« هر نوع عمل جراحی و طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آن ها و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام شود در موارد فوری اخذ رضایت ضروری نخواهد بود.»

شق دوم ماده مرقوم در مقام بیان این مطلب بوده که تا وقتی اعمال طبی و جراحی با شرایط و مراعات نکات علمی و فنی لازم صورت گیرد اصولاً جرم نخواهد بود .

اداره حقوقی نیز در پاسخ مرکز پزشکی قانونی در ارتباط با موضوع استعلام چنین پاسخ داده است:

بسمه تعالی

به اداره کل پزشکی قانونی

بازگشت به استعلام شماره ۷۳۸۹ ر ۱۳۶۶/۹/۱۷-۱۰۴ که برای اظهار نظر به این اداره ارجاع شده است ، نظریه مشورتی اداره حقوقی به شرح زیر اعلام می شود :

مسأله مطروح دارای دو صورت است :

صورت اول آن که ، فردی از نظر پزشکی مرد است . در حالی که دارای آلت تناسلی زنان است یا بالعکس،

در این صورت ، با انجام جراحی ، تغییر جنسیت حاصل نمی شود . بلکه با عمل جراحی ، جنسیت شخص ظاهر می شود و این امر از نظر حقوقی بلاشکال است . از نظر شرعی هم طبق فتوای حضرت امام خمینی مدظله العالی ، در تحریر الوسیله جلد ۲ صفحه ۶۲۷ مسأله ۲ و مسأله ۱۰ بلاشکال است و بعد از عمل ، تمام احکام جنسی که ظاهر شده بر آن مترتب می گردد .

صورت دوم آن است که فردی شخصاً مرد یا زن است و دارای آلت تناسلی جنس خود می باشد، تصمیم به تغییر جنسیت بگیرد و پزشکان امکان آن را تأیید نمایند . این امر نیز در قوانین منع نشده است ، لیکن چون آثار حقوقی فراوانی دارد باید گفت : در صورت تغییر جنسیت این امر تأثیری در حقوق ثابته ندارد و آن را جز در مواردی از قبیل بطلان ازدواج و حلیت و حرمت تغییر نمی دهد .

مثلاً؛ اگر زنی بعد از عمل جراحی مرد شود، گرچه ازدواج او از زمان تغییر جنسیت، باطل می‌گردد اما مهر او ساقط نمی‌شود، و یا اگر مردی بعد از عمل جراحی، زن شود، کماکان باید مهر زوجه اش را بپردازد هر چند ازدواج او از تاریخ تغییر جنسیت باطل است. هم چنین اگر مادری پس از عمل جراحی تبدیل به مرد شود، ولایتی بر فرزنداناش نخواهد داشت. فتوای حضرت امام خمینی مدظله در مسایل ۱ و ۳ و ۶ و ۷ از مسایل تغییر جنسیت، در تحریر الوسيله جلد ۲ صفحات ۶۲۶ و ۶۲۷ و ۶۲۸ در این مورد نیز بر جواز عمل جراحی و عدم تأثیر آن در حقوق مالی و ولایتی تحقق یافته از قبل، دلالت دارد.

«رئیس اداره حقوقی دادگستری جمهوری اسلامی ایران»^۱

گفتار دوم: وضعیت فقهی تغییر جنسیت

مشروعیت یا ممنوعیت تغییر جنسیت در افراد تراجنسیتی؛ یعنی کسانی که از نظر ظاهر سالم بوده ولی از نظر روحی خود را متعلق به جنس مخالف می‌دانند، در قوانین مدون مورد بررسی واقع نشده و کاملاً مسکوت مانده، ولی با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، می‌توان با مراجعه به منابع معتبر فقهی موضوع را مورد بررسی قرار داد و حکم قضیه را بدست آورد. آیا تغییر جنسیت این عده، جایز است یا خیر؟ این مسأله، محرکه آرا و انظار است و بیشترین مباحث تغییر جنسیت در اطراف این مسأله است. درباره مشروعیت تغییر جنسیت نظریه کسانی که موضوع را مورد بحث قرار داده اند، متفاوت است که در مجموع می‌توان نظریات را به سه گروه، ممنوعیت مطلق، مشروعیت مطلق و مشروعیت مشروط تقسیم نمود، که عمده دلایل این نظریات بررسی می‌شود.

الف (نظریه ممنوعیت تغییر جنسیت)

همه صاحب‌نظران اهل سنت، اعم از فقیهان و حقوقدانان به حرمت تغییر جنسیت در افراد تراجنسیتی (ترانس سکسوال) معتقد شده اند و البته عده کمی از فقیهان شیعه از جمله آیت الله میرزا جواد تبریزی، آیت الله سید عبدالاعلی سبزواری، آیت الله شیخ هادی نجفی و عبدالکریم بی‌آزار شیرازی^۲، به حرمت تغییر جنسیت معتقد شده اند.

^۱- فرامرز گودرزی، پیشین، صص ۱۳۶۸-۱۳۶۷.

^۲- محمد مهدی کریمی نیا، پیشین، صص ۲۱۷-۲۱۶.

نخستین و مهم ترین دلیل مخالفان تغییر جنسیت این است که تغییر جنسیت موجب « تغییر خلقت» یا «تغییر خلق الله» است و قرآن کریم در سوره نسا آیه ۱۱۹ آن را به عنوان یکی از کارهای شیطانی یاد می کند. مجمع فقه اسلامی مستقر در مکه مکرمه نیز در فتوایی که درباره تغییر جنسیت در تاریخ ۱۳ رجب ۱۴۰۹ (۱۹ فوریه ۱۹۸۹ م) صادر کرد تغییر جنسیت را به دلیل فوق امر حرام و مستحق مجازات دانسته است.^۱

البته دیدگاه مفسرین شیعه در آیه تغییر خلق الله این است که بهترین معنا و صحیح ترین آن این است که «تغییر خلق الله» به معنای تغییر دین الله است. بنابراین هرگاه اشیا و مخلوقات از مسیر خلقت خویش خارج شوند و به گونه تشریح و بدعت گذاری اموری جعل گردد (تحلیل حرام و تحریم حلال) این امر تغییر خلقت الهی بوده و مذموم و حرام است.

دلیل دیگر برخی از مخالفین تغییر جنسیت این است که، تغییر جنسیت مستلزم مجاز بودن برداشت و از بین بردن اعضایی است که از بدن شخص موضوع تغییر جنسیت برداشته می شود تا اعضای مصنوعی جنسیت مخالف در جای آن گذاشته شود، در حالیکه، حرمت و ممنوعیت از بین بردن اعضاء بدن از ضروریات است و کسی نمی تواند با از بین بردن عضوی از بدن خود به خویش، یا با از بین بردن اعضاء بدن دیگری، به او صدمه وارد کند. در نتیجه تغییر جنسیت عملی نامشروع است.^۲

البته، در این دلیل می توان چنین ایراد گرفت که، اگر این عمل جراحی به منظور معالجه باشد مثل این که شخص رغبت ویژه ای به جنس مخالف داشته باشد، به گونه ای که، در جسم و روح او اختلالاتی به وجود آورد یا این که در تغییر دادن، مصلحت لزوم آور دیگر و مهم تر وجود داشته باشد، قاعده مجاز بودن ممنوعات در موارد اضطرار و ناچاری، حاکم بر این دلیل می شود. در نتیجه، برداشت یا از بین بردن عضوی از بدن در موارد ناچاری امری مشروع است و به استناد این دلیل نمی توان تغییر جنسیت را ممنوع داشت.

دلیل دیگر ممنوعیت تغییر جنسیت، غیر ممکن و غیرمقدور بودن آن است؛ زیرا خداوند انسان را مذکر و مونث آفریده است و هیچ قدرتی نمی تواند مذکری را به مونث یا بالعکس تغییر دهد.

^۱ - همان.

^۲ - سید یوسف مدنی تبریزی، ۱۴۱۳، المسائل المستحدثة، ص ۴۹.

نتیجه مثلاً اگر با عمل جراحی تغییر جنسیت علائم جنسیتی مردی برداشته شود و با تزریق دارو موی صورتش ازاله و یا پستان او بزرگ شود این شخص در واقع تبدیل به مونث نشده است .

البته دلیل فوق نیز قابل مناقشه است و به استناد آن نمی توان تغییر جنسیت را مطلقاً غیر مشروع دانست ؛ زیرا در علم پزشکی نیز اعتقاد بر این نیست که تمام افراد قابل تغییر جنسیت نیستند بلکه افرادی که به نوعی ختنی می باشند ، موضوع تغییر جنسیت می باشند . بنابراین ، غیر مقدور بودن تغییر جنسیت ، شامل تمام افراد نمی شود ، بلکه فقط شامل افرادی می شود که گرایش جنسی روانی آنها با علائم جنسی بدنشان هماهنگ و همسو است که اکثر انسانها در این گروه می باشند و این گروه خارج از موضوع می باشند ، بنابراین مراجعه به متخصص جهت تشخیص جنسیت اصلی و از بین بردن علائم جنسیت غیر اصلی در ختنای بدنی و ختنای روانی نه تنها امری ممنوع نمی تواند باشد بلکه امری شایسته و پسندیده است .

دلیل دیگر ممنوعیت تغییر جنسیت ، مخالفت با فطرت الهی است .^۱ از نظر عده ای وجود مذکر و مونث در میان موجودات زنده امری لازم برای ازدواج و تکثیر نسل بشر است و خداوند متعال مذکر و مونث را آفریده که هر یک دیگری را تکمیل کنند و هر یک وظیفه خاص خویش را انجام دهند از این رو قانونگذار الهی تغییر جنسیت را حرام کرده چون با فطرت الهی مخالفت دارد .

در ارتباط با استدلال فوق آنچه مهم به نظر می رسد این است که بر فرض که بپذیریم که یکی از امور فطری انسان ها ازدواج و تکثیر نسل است اما تغییر جنسیت موجب تغییر فطرت الهی نیست و انسان از انسانیت خویش خارج نمی شود . نهایت این که ، یکی از صفات انسان که عبارت از مرد بودن یا زن بودن است تغییر کرده است و موجودی که قبلاً به عنوان مرد بود در وضعیت جدید به عنوان زن انجام وظیفه می کند .

دلیل برخی از مخالفین تغییر جنسیت نیز عدم مشروعیت تغییر جنسیت و مخالفت آن با مصالح عمومی است . به همین جهت ، اشخاص نمی توانند برخلاف آن با یکدیگر توافق کنند . چنان که به وسیله قرارداد نمی توان تابعیت یا جنسیت کسی را تغییر داد .^۲

^۱ - محمد مهدی ، کریمی نیا ، پیشین، صص ۲۴۱-۲۴۲ .

^۲ - ناصر کاتوزیان ، ۱۳۷۲، قواعد عمومی قراردادها ، ج ۱، ص ۱۷۵.

این دلیل نیز، در صورتی دلالت بر عدم مشروعیت تغییر جنسیت می کند که تغییر جنسیت بدون ضابطه و قانون باشد، و حال آن که در بیشتر کشورها صدور مجوز تغییر جنسیت مشروط به مقررات خاصی است و تنها عده بسیار کمی که تغییر جنسیت به عنوان یک راه درمان برای آنان تلقی می شود، مجوز تغییر جنسیت را دریافت می کنند.

بنابراین، همان طور که بیان گردید، به نظر می رسد، دلایل فوق هیچ یک نمی توانند به طور مطلق، مثبت غیر مشروع بودن تغییر جنسیت باشند.

ب) نظریه مشروعیت مطلق تغییر جنسیت

امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله به عنوان اولین مسأله در باب تغییر جنسیت چنین گفته اند: «ظاهر آن است که تغییر جنسیت مرد به زن و زن به مرد و ملحق کردن خثی به جنس زن یا مرد با عمل جراحی حرام نیست»^۱

فقها از اطلاق عبارت امام (ره) به مشروعیت مطلق استناد نموده و تغییر جنسیت را به طور مطلق مجاز دانسته اند.^۲ که عمده دلایل آنان مورد بررسی قرار می گیرد:

دلیل اول: جواز تغییر جنسیت به دلیل اصل اباحه^۳ و عدم وجود دلیل بر حرمت آن^۴

این عده از فقهای اسلامی معتقدند که، برای حرمت تغییر جنسیت دلیل قاطع و روشنی وجود ندارد و ادله ای که مخالفین تغییر جنسیت بیان کرده اند غیر قابل قبول بوده و اثبات کننده منع نیست و چون، اصل جواز تصرفات است مگر این که دلیلی بر ممنوعیت وجود داشته باشد و دلیلی نیز، بر حرمت آن در شریعت وجود ندارد پس چنین عملی ظاهراً مشروع است.

نکته ای که در خصوص دلیل فوق و در تمسک به اصل اباحه می بایست بیان نمود این است که، هر چند از طرف قانونگذار دلیل خاصی بر عدم جواز و ممنوعیت تغییر جنسیت وارد نشده است ولی چون، عمل تغییر جنسیت از یک طرف به پزشک و از طرف دیگر به بیمار مربوط است نهایت

^۱ - سیدروح الله موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۲۲.

^۲ - آیت الله خامنه ای، ۱۳۸۹، رساله اجوبه الاستفتائات، ص ۲۸۲، سید محسن خرازی، ۱۳۷۹، تغییر الجنس، مجله فقه اهل البیت (ع)، شماره ۲۳، ص ۲۴۱.

^۳ - سید محسن خرازی، همان.

^۴ - حسین علی منتظری، ۱۴۱۷، دراسات فی المکاسب المحرمه، ج ۲، ص ۵۱۷.

چیزی که از اصل فوق به دست می آید این است که ، اصل عمل تغییر جنسیت برای بیمار مجاز است ، ولی چون پزشک متخصص آن را انجام می دهد آیا اقدام پزشک برای عمل جراحی نیز براساس اصل فوق مجاز خواهد بود ؟ اگر کسی قصد تغییر جنسیت خود را داشته باشد باید با پزشک متخصص قرارداد درمان منعقد کند و به نظر می رسد ، که عمل پزشک از قبیل « اجاره اشخاص » است و در باب اجاره اشخاص و شرط فعل که از اعمال حقوقی محسوب می گردد و موضوع آن انجام فعل است ، یکی از شرایط موضوع اجاره ، مشروع بودن منفعت است و طبق نظر صاحب نظران حقوقی منفعتی که در اثر اجاره به مستأجر منتقل می شود باید مشروع باشد . پس اگر شخصی به استخدام دیگری درآید که به فرمان او به دیگران آسیب رساند ، این قرارداد درست نیست! بنابراین ، اگر شخصی که تن به تغییر جنسیت می دهد مشکل بدنی یا روانی قابل توجهی نداشته و بدون ضرورت اقدام به تغییر جنسیت خود نماید ، چون این عمل ، دارای منفعت مشروع قابل توجهی نیست لذا اقدام پزشک ، غیر مشروع خواهد بود .

دلیل دو : جواز تغییر جنسیت به استناد قاعده تسلیط^۱ : « الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم » می باشد . براساس این قاعده ، انسان می تواند در حدود عقلایی در مال و یا جان خویش تصرف داشته باشد ، این قاعده دلالت برسلطه انسان بر خود دارد ولیکن نمی توان به استناد این قاعده تغییر جنسیت را به طور مطلق مشروع دانست زیرا سلطه انسان بر خود باید به گونه ای باشد که از دیدگاه عقل متعارف و معقول باشد و در خصوص موضوع نیز ، تغییر جنسیت شخصی که تمایلات جنسی روانی او مطابق با علائم جنسیتی بدنی او است از دیدگاه عقل، تصرفی نامعقول و نامتعارف است و نتیجه آن که ، استناد به قاعده تسلیط ، مقید به تصرفات مفید و یا حداقل فاقد مفساد اجتماعی یا شخصی بوده و تنها بیماران دو جنسی یا ترانس هایی که دارای مشکل شدید جسمی یا روحی هستند، می توانند به تغییر جنسیت اقدام ورزند ، که لازمه آن نیز ، وجود درک درستی از موضوع تغییر جنسیت و بیماران جسمی روحی می باشد .

دلیل سوم : جواز تغییر جنسیت براساس قاعده اضطرار^۲ : اضطرار عبارت از وضعیتی است که انسان برای رهایی از ضرورت و تنگنایی که ایجاد شده است فعلی را برخلاف تمایل خود و تحت

^۱ - سید محسن خرازی ، پیشین .

^۲ - همان .

تأثیر آن شرایط انجام می دهد یا از ارتکاب عملی خودداری می کند^۱. بر اساس آیات و روایات، هر گاه مکلف به واسطه قرار گرفتن در شرایط خاصی، ناچار به انجام فعلی گردد که در حالت عادی ممنوع و حرام است، مواخذه و عقاب نمی شود. بلکه فعل ممنوع، مباح و جایز می گردد، لذا به لحاظ این که، کسانی که به عمل جراحی تغییر جنسیت اقدام می نمایند، در بیشتر موارد گرفتار اختلالات هویت جنسی و ناراحتی و افسردگی شدید هستند که حتی اگر به حرمت تغییر جنسیت در شرایط عادی معتقد باشیم، به دلیل وضعیت اضطراری آنان، می توانند متخصصان اقدام به عمل جراحی تغییر جنسیت نمایند.

البته نکته ای که می توان در خصوص استناد به قاعده اضطرار جهت مشروعیت تغییر جنسیت بیان نمود این است که طبق این قاعده تغییر جنسیت در محدوده اضطرار به عنوان حکم ثانوی اثبات می گردد و نه به عنوان حکم اولی. مضافاً این که بر این قاعده نیز به عنوان استناد جهت مشروعیت مطلق تغییر جنسیت ایراداتی وارد می باشد که در مباحث آتی بیان خواهد گردید.

دلیل چهارم: جواز تغییر جنسیت با استناد به حدیث رفع^۲: امام صادق (ع) به نقل از پیامبر اکرم (ص) می فرماید: « نه چیز از امت من برداشته شده است: اشتباه، فراموشی..... آن چه نمی دانند.....»^۳ براساس حدیث رفع، چنان چه فردی عملی را از روی جهل انجام داده باشد (ملا یعلمون) از نظر شرعی مؤاخذه نخواهد شد. از آن جایی که مفروض این است که، برای حرمت تغییر جنسیت دلیلی وجود ندارد، بنابراین، عمل جراحی تغییر جنسیت بدون اشکال خواهد بود. البته استناد به حدیث رفع یا همان اصل برائت، در صورتی که دلائل مخالفین تغییر جنسیت را جهت تغییر جنسیت مکفی ندانیم مورد قبول خواهد بود.

ج) نظریه مشروعیت مشروط تغییر جنسیت

نظریه دیگری که در مورد وضعیت تغییر جنسیت ابراز شده است، مشروعیت مشروط است؛ زیرا مشروعیت هر عملی، همان گونه که در ماده ۲۱۵ قانون مدنی نیز به آن تصریح شده است، منوط

۱- محمد مهدی کریمی نیا، پیشین، ص ۲۱۰.

۲- احمد مطهری، ۱۴۰۳ق، مستند تحریر الوسیله (المسائل المستحدثة) ص ۱۹۰ «لعدم الدلیل علی الحرمة و مقتضی حدیث الرفع جوازہ ظاهراً».

۳- شیخ صدوق، ۱۳۶۲، الخصال، ج ۲-۱، ص ۴۸۵.

به وجود منفعت مشروع عقلایی است. در نتیجه، تغییر جنسیت در صورتی مشروع است که خواهان دارای مشکل جنسی باشد و پزشک متخصص، تغییر جنسیت را برای رفع مشکل او مفید تشخیص دهد. در اکثر نظام های حقوقی این نظریه پذیرفته شده است و کشورهایی که تغییر جنسیت را مشروع اعلام نموده اند، مشروعیت آن را منوط به وجود شرایطی کرده اند. شاید ادعا شود که اگر مشروعیت تغییر جنسیت، مشروط به شرایطی شود، مشروعیت آن از وضوحات و مسلمات است، زیرا به استناد قاعده «الضرورات تبیح المحظورات» و حدیث رفع، هر عمل ممنوع و غیر قانونی، در شرایط اضطرار، مباح و قانونی می شود. ولی این ادعا ناشی از عدم درک درست و صحیح موضوع و شرایط تغییر جنسیت است؛ زیرا اولاً قاعده مزبور در مواردی جاری است که منع قانونی وجود داشته باشد و شخص در شرایط اضطرار قرار گیرد، بعد این قاعده از او رفع حرمت یا ممنوعیت می نماید ولی بعد از خروج از شرایط اضطرار، ادله حرمت دوباره حاکم می شود. در حالی که نسبت به افراد واجد شرایط تغییر جنسیت بر مبنای نظریه مشروعیت مشروط به وجود شرایط خاص، اصلاً ممنوعیت و حرمتی وجود ندارد که قاعده مزبور آن را رفع نماید. به همین جهت نیز مفتی مصر معتقد به وجوب تغییر جنسیت نسبت به افراد خنثای فیزیکی یا بدنی شد.^۱ در صورتی که، قاعده اباحه شدن ممنوعات در شرایط اضطرار برای مضطر اباحه یا اختیار می آورد و نمی توان از این قاعده استفاده وجوب یا لزوم نمود. ثانیاً؛ موضوع مورد بحث فراتر از شرایط اضطراری است؛ زیرا ممکن است شخصی با وجود داشتن شرایط تغییر جنسیت در حالت اضطرار قرار نگیرد. به همین جهت در توصیه ها و مقررات نمونه تغییر جنسیت، آن نه به عنوان یک راه درمان بلکه به عنوان یک حق توصیه شده است. بنابراین، مشروعیت تغییر جنسیت مشروط به وجود شرایطی در متقاضی است نه از باب ادله حالت اضطرار، بلکه از لحاظ علم پزشکی این شرایط لازم است تا برای پزشک، موضوع معالجه فراهم شود و از لحاظ علم حقوق نیز این شرایط لازم است تا مورد حمایت قانون قرار گیرد. در نتیجه، این نظریه با واقعیت های علم پزشکی منطبق تر است.^۲

علاوه بر این، از نظر فقهی نیز اصل اباحه در اینجا مشروعیت تغییر جنسیت را تأیید می کند و اشکالی که در مشروعیت مطلق به این اصل وارد بود در اینجا وارد نخواهد شد. مضافاً این که علاوه بر حقوقدانان، جامعه پزشکی نیز در صورت وجود شرایط در متقاضی تغییر جنسیت و تأیید آن

^۱ - علیرضا باریکلو، پیشین، ص ۷۵.

^۲ - همان.

توسط متخصصان و روانشناسان ، مشروعیت تغییر جنسیت را در خصوص بیماران که موضوع
معالجه تغییر جنسیت قرار می گیرند پذیرفته اند .

گفتار سوم: حکم وضعی تغییر جنسیت

تغییر جنسیت ، خواه به صورت مشروع و خواه نامشروع ، آثار و احکامی را در حوزه احکام وضعی و عبادی (تکلیفی) به جا می گذارد. این که تغییر جنسیت چه تاثیری برعقله نکاح فرد تغییر جنسیت داده خواهد داشت ؟ قضیه ارث و میراث فرد تغییر جنسیت داده ، اعم از این که از جنسیت زن به مرد تغییر یابد و بالعکس چگونه خواهد بود؟ مسأله ولایت و حضانت کودکان تحت سرپرستی این گروه از افراد به چه وضعیتی تبدیل می گردد؟ شهادت و قضاوت این افراد درست است یا نادرست؟ همگی مباحثی است که نقش غیر قابل انکار جنسیت در قوانین ما را نمایان می سازد، لذا می بایست با استناد به اصول فقهی و قوانین موضوعه خصوصاً با تکیه بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری که مقرر شده ، اگر مراجع قضایی با مسائلی مواجه شدند که تعیین تکلیف درباره آن نبود یا قانون سکوت کرده یا در ماده قانونی مزبور اجمال ، ابهام یا تعارض وجود داشت ، قضات محترم به منابع فقهی و یا سایر منابع معتبر اسلامی مراجعه نمایند ، و با تکیه بر قواعد و اصول فقهی و حقوقی احقاق حقوق این اشخاص را میسر سازند.

گفتار چهارم: شرایط تغییر جنسیت

با توجه به نقشی که تغییر جنسیت در زندگی شخصی و خصوصی شخص ایفا می کند ، از اهمیت بالایی برخوردار است ؛ زیرا از یک سو ، چنانچه شخص برخلاف مقررات علم پزشکی و صرفاً براساس تمایل خود تغییر جنسیت دهد ، مشکلات جسمانی و روانی او مضاعف می شود و از سوی دیگر ، در صورتی که اشتباهاً تشخیص داده شود ، عواقب وخیم روانی و جسمی را در پی خواهد داشت . چرا که ، برخی متخصصان سلامت روان بر این باورند که ، معمولاً بعضی از متقاضیان انجام تغییر جنسیت در طولانی مدت پس از انجام عمل جراحی دچار مشکلاتی نظیر افکار و تمایلات خود کشی ، عدم کارکرد اجتماعی از دست دادن کار و حمایت های خانوادگی ، نگرش منفی به شرکت در جلسات درمانی و روانی و مقاومت پایدار نسبت به تغییر جنسیت می شوند و حتی برخی نیز پس از انجام عمل جراحی و سپری شدن مدت زمان اندکی از آن تغییر عقیده داده و خواهان

برگشت از وضعیت جنسی اولیه خود بوده اند.^۱ لذا با توجه به اهمیت موضوع، در بیشتر کشورها شرایط خاصی برای تغییر جنسیت وضع شده است.

گفتار پنجم: تقسیم بندی کشورها از نظر وجود یا عدم وجود قوانین مصوب پیرامون تغییر جنسیت

به طور کل کشورها را از لحاظ داشتن یا نداشتن مقررات نسبت به این موضوع می توان به سه گروه تقسیم نمود:

۱- کشورهایی مانند آلمان و ترکیه که در این خصوص مقررات مصوب دارند و شرایطی را برای تغییر جنسیت وضع نموده اند.

۲- کشورهایی که از لحاظ قانونی مقررات مصوبی ندارند ولی رویه قضایی مانند انگلستان و فرانسه، یا نمایندگی اداری مانند استرالیا شرایطی را وضع نموده اند و تحت این شرایط تغییر جنسیت انجام می شود.

۳- کشورهایی مانند آلبانی که تغییر جنسیت را نامشروع می دانند.^۲

مقررات کشورهایی که دارای شرایط مصوب هستند تا حدودی به هم نزدیک است، چون بیشتر آن ها از علم پزشکی اقتباس شده است. به عنوان مثال، در ماده ۴۰ قانون مدنی جدید ترکیه که از اول ژانویه سال ۲۰۰۲ به اجرا در آمده است و شرایط سخت تری را نسبت به قانون سابق وضع نموده و شرایط زیر را برای تغییر جنسیت ضروری دانسته است:

۱- متقاضی باید حداقل دارای ۱۸ سال باشد.

۲- متقاضی باید در زمان درخواست مجرد باشد.

۳- باید ثابت شود که خواهان، دارای تمایلات جنسی جنس مخالف از زمان طولانی و زیادی بوده است و او به تعبیر دیگر دارای ماهیت جنسی خنثی یا هر دو جنس است.

^۱ - محمد خدایاری فرد، یاسمن عابدینی، گزارش موردی از خانواده درمانی شناختی - رفتاری اختلال هویت جنسی، رک سایت اطلاع رسانی دکتر محمد خدایاری فرد (<http://psyedu.ut.acstaff/khodayarifard/articale.htm>)

^۲ - علیرضا باریکلو، پیشین، ص ۷۵.

۴- لازم است اثبات شود که تغییر جنسیت برای سلامتی روانی و جسمانی او کاملاً مفید است.

۵- باید ثابت گردد که متقاضی از مدت زمان طولانی عقیم است و با جنسیت فعلی امکان زاد و ولد و تولید مثل برای وی میسر نیست .

شروط داشتن تمایلات جنسی جنسیت مورد تقاضا ، بهبود وضع مریض با تغییر جنسیت و عقیم بودن او باید طبق نظریه پزشک متخصص برای جراح اثبات گردد .^۱

شرط اول ، در قوانین بیشتر کشورها وجود دارد ، زیرا اولاً؛ بعد از سن بلوغ و رشد است که گرایشات جنسی روانی و جسمی شخص کاملاً مشخص می گردد و امکان اشتباه در تشخیص آن کمتر است . ثانیاً ؛ افراد خود تصمیم به تغییر جنسیت بگیرند و سرپرست و ولی قهری برای آنان اقدام به تغییر جنسیت ننماید و به همین جهت ، در بعضی از کشورها نماینده محجورین به طور صریح از تغییر دادن جنسیت مولی علیه منع شده است .

شرط دوم ، یعنی مجرد بودن متقاضی نیز ، به دلیل اهمیتی است که قانونگذاران به نکاح و بقاء آن می دهند. به همین جهت ، این شرط نیز لازم تلقی شده است . هر چند در مقررات بعضی دیگر از کشورها این شرط ضروری است ، ولی در مقررات نمونه و استاندارد آگوست ۱۹۹۳^۲، این شرط لازم تلقی نشده است و متقاضی لازم نیست که اگر مایل است از همسر خود طلاق بگیرد . ولی بر پزشک جراح و معالج شرط شده است که برائت از همسر مریض را نیز تحصیل نماید .

احراز شرط سوم نیز ، در مقررات نمونه بر عهده پزشک معالج گذاشته شده و مقرر شده است پزشک جراح فقط می تواند جنسیت اشخاصی را تغییر دهد که اولاً؛ به طور معقول و معمول متقاعد گردد که تغییر جنسیت وضعیت روانی مریض را بدتر نمی کند، ثانیاً ؛ مریض به مدت یک سال تحت هورمون درمانی تغییر جنسیت قرار گرفته باشد .

بند اول: رویه دیوان اروپایی حقوق بشر

کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی های اساسی ، شامل هیچ مقرره خاصی در رابطه با افرادی که مبادرت به اصلاح جنسیت می نمایند ، نمی باشد . از این رو ، نمی توان انتظار

^۱ - همان.

^۲ - همان.

داشت ، کنوانسیون به مسائل پیرامون چنین عملی و به عبارت بهتر ، پیامدهای حقوقی چنین علمی پرداخته باشد . اما با این وجود ، برخی از مقررات مندرج در کنوانسیون این قابلیت را دارند تا به عنوان اصول حقوقی عام در رابطه با افراد تغییر جنسیت داده ، اعمال شوند .

دیوان اروپایی حقوق بشر ، در سال ۲۰۰۲ ، رأیی را علیه انگلستان در خصوص اصلاح جنسیت و موضوعات پیرامون آن صادر کرد^۱ که در ذیل ، ضمن بیان خلاصه ای از پرونده مزبور ، به دنبال آن دفاعیات طرفین و رأی نهایی دیوان می توان آن را به عنوان رویه دیوان مورد رسیدگی و ارزیابی قرار داد .

الف - خلاصه ای از پرونده

خواهان ، خانم کریستین گودوی یک شهروند بریتانیایی است و در سال ۱۹۳۷ به عنوان یک شخص با جنسیت مذکر متولد شده است . وی ، از همان دوران کودکی ، به پوشش های زنانه گرایش داشت . تا اینکه در اواسط سال ۱۹۶۰ تشخیص داد یک ترانسکسوال است . در سال ۱۹۸۵ درمان خویش را که شامل مشاوره های منظم روانشناسی ، هورمون تراپی و مواردی همچون آموزش صدا بود ، آغاز کرد . در اکتبر ۱۹۸۶ تحت عمل جراحی قرار گرفت تا تارهای صوتی اش نازک شود . در آگوست ۱۹۸۷ او در لیست انتظار افرادی قرار گرفت که خواهان عمل جراحی تغییر جنسیت بودند . بالاخره در سال ۱۹۹۰ در بیمارستان تحت عمل جراحی تغییر جنسیت قرار گرفت و در حالی که صاحب چهار فرزند بود از همسرش طلاق گرفت ولی همچنان به ابراز محبت و حمایت از کودکانش ادامه داد .

خواهان ادعای نقض مواد ۸ ، ۱۲ ، ۱۳ ، ۱۴ کنوانسیون را نسبت به وضعیت ترانسکسوال ها در انگلستان دارد. به ویژه ، رفتار دولت در حوزه اشتغال ، تأمین اجتماعی ، مستمری بازنشستگی و ازدواج .

او ادعا دارد : بین سال های ۱۹۹۰ تا ۱۹۹۲ توسط همکاران خود در محیط کار مورد آزار جنسی قرار گرفته است . از این رو ، تلاش کرده تا پرونده آزار جنسی را در دادگاه صنعتی پیگیری کند ، اما به دلیل این که از لحاظ قانونی ، او یک مرد به شمار می آمده ، در این امر ناموفق بوده است . وی

^۱ - حمید رضایی چرخلو ، پیامدهای حقوقی اصلاح جنسیت در نظام حقوقی ایران و رویه دیوان اروپایی حقوق بشر ، وبلاگ اختصاصی [Hamid 65 reza.persianblog.ir](http://Hamid65reza.persianblog.ir) ، ۸۹/۱۰/۱۶

متعاقباً از کار خود به دلیل مسائل بهداشتی اخراج شد ، اما خود او عقیده دارد ، دلیل واقعی اخراج او این بوده که او یک ترانسکسوال است .

خواهان در سال ۱۹۹۶ کار دیگری را با یک کارفرمای جدید آغاز کرد و از همین رو ، نیازمند ارائه شماره بیمه قبلی‌اش بود . خواهان مدعی است کارفرمای جدید هویت او را پیگیری کرده و بدین ترتیب وی مشکلات تازه‌ای را در محیط کار تجربه می‌کند . برای نمونه ، همکاران او صحبت با او را قطع کرده‌اند و اعتقاد دارد هرکسی پشت سر او صحبت می‌کند .

همچنین آژانس مستمری اداره تأمین اجتماعی اعتقاد داشت ، خواهان مشمول مستمری (بازنشستگی) در سن ۶۰ سالگی نمی‌شود - سنی که برای استحقاق مستمری زن در انگلستان مقرر شده است - در آوریل ۱۹۹۷ ، اداره تأمین اجتماعی اظهار داشت : خواهان برای این که استحقاق دریافت مستمری را داشته باشد ، باید تا تاریخ رسیدن به سن ۶۵ سالگی یعنی سنی که برای استحقاق مستمری مردان لازم است ، به کار خود ادامه دهد .

ب - ادعای خواهان

نخست - ادعای نقض ماده ۸ کنوانسیون

خواهان ، مدعی نقض ماده ۸ کنوانسیون است . مطابق بند ۱ ماده مزبور : « هرکس حق دارد که حرمت زندگی خصوصی ... وی حفظ شود » . همچنین بند ۲ ماده فوق بیان می‌دارد : « دو مرجع عمومی ، هیچ مداخله‌ای نباید در اعمال این حق کند ، مگر آن چه طبق قانون باشد و در جامعه دموکراتیک به جهت مصالح امنیت ملی ، سلامت عمومی یا رفاه اقتصادی کشور ، حفظ نظم و پیشگیری از جرایم ، حمایت از بهداشت یا اخلاقیات ، یا حمایت از حقوق و آزادی‌های دیگران لازم باشد ».

خواهان ادعا دارد ، علی‌رغم اختاریه دادگاه برای تجدیدنظر و نیاز به اصلاح قانونی ، دولت هنوز هیچ اقدام سازنده‌ای برای رنج و دردی که خواهان و دیگر ترانسکسوال‌ها متحمل می‌شوند ، برنداشته است . وی معتقد است ، عدم به رسمیت شناختن قانونی تغییر جنسیت ، دلیل بسیاری از تبعیض‌ها و رفتارهای تحقیرآمیز در زندگی خصوصی روزمره او بوده است به ویژه ، از سال ۱۹۹۰ تا ۱۹۹۲ که او در محیط کار مود تجاوز قرار گرفته ، از حمایت مناسبی در قبال تبعیض برخوردار نبوده است .

او اظهار می دارد، در خصوص پرداخت مستمری بازنشستگی، رفتار ناعادلانه ای نسبت به او وجود داشته و آنها خواهان را برای اعمال قانونی به عنوان یک زن به رسمیت نمی شناسند.

دولت معتقد است، عدم شناسایی هویت جنسی جدید خواهان برای اعمال قانونی در انگلستان، مشمول نقض ماده ۸ کنوانسیون نمی باشد. البته، دولت می پذیرد که امتناع از اعطای رسمیت قانونی در خصوص هویت جنسی جدید ترانسکسوال ها، ممکن است نقض قسمتی از ماده ۸ کنوانسیون باشد، به ویژه در جایی که ترانسکسوال ها متحمل ضرر واقعی و رفتار تحقیر آمیز روزانه بوده اند. اما آن ها مواجهه خواهان با هر زیان عملی را انکار می کنند، به عنوان مثال، اعتقاد دارند، خواهان قادر بوده تا اسناد شناسایی مهم، که نشان دهنده نام و هویت جنسی او بوده مانند گذرنامه و پروانه رانندگی را اخذ کند.

در رابطه با امکان اخذ مستمری بازنشستگی در سن ۶۰ سالگی، با توجه به حفظ وضعیت قانونی خواهان به عنوان یک مرد، دولت اظهار می دارد که بین مرد و زن نسبت به سن استحقاق مستمری تفاوت وجود دارد و این مطابق با قانون اتحادیه اروپاست.

نسبت به ادعای خواهان مبنی بر تجاوز جنسی در محیط کار، دولت اظهار می دارد: خواهان می تواند تحت قوانین کیفری علیه آزار جنسی موضوع را پیگیری کند.

دوم - ادعای نقض ماده ۱۲ کنوانسیون

خواهان، هم چنین ادعای نقض ماده ۱۲ کنوانسیون را دارد. مطابق با ماده مزبور: « مردان و زنانی که به سن ازدواج می رسند، حق ازدواج و تشکیل خانواده را طبق قوانین ملی حاکم بر اعمال این حق دارند ».

خواهان اظهار می دارد: اگرچه او در حال حاضر، از یک رابطه جسمانی کامل با یک مرد لذت می برد، اما او و شریک جنسی اش می توانند با یکدیگر ازدواج کنند؛ زیرا قانون با او هم چون یک مرد رفتار می کند.

دیوان اروپایی نیز اظهار می دارد: دیدگاهی که در حقوق داخلی وجود دارد مبنی بر این که، معیار بیولوژیک برای تعیین جنسیت جهت ازدواج پذیرفتنی است، نمی تواند محدودیت ویا ممنوعیتی نسبت به حق ترانسکسوال ها بر ازدواج ایجاد کند و به حقوق ذاتی آن ها آسیب برساند.

سوم - ادعای نقض ماده ۱۴ کنوانسیون

خواهان ، هم چنین مدعی نقض ماده ۱۴ کنوانسیون است . ماده ۱۴ بیان می دارد : « تمتع از حقوق مقرر در این کنوانسیون باید بدون تبعیض از هر جهت از قبیل جنس ، نژاد ، رنگ ، زبان ، مذهب ، عقیده سیاسی یا عقیده دیگر ، اصلیت ملی یا اجتماعی ، تعلق به اقلیت ملی ، ثروت ، تولد یا وضعیت دیگری تأمین شود». خواهان مدعی است ، عدم شناسایی قانونی تغییر جنسیت او، دلیل بسیاری از تبعیض های تجربه شده و زیان های اوست به ویژه ، او به این واقعیت اشاره می کند که نمی توانسته تا سن ۶۵ سالگی ادعای دریافت مستمری بازنشستگی داشته باشد . دیوان در این خصوص اعتقاد دارد ، موضوع عدم شناسایی قانونی یک بار به موجب ماده ۸ بررسی شده و به نقض مقرر مزبور پی برده شده است . بنابراین ، موضوع جداگانه ای رخ نداده است تا تحت ماده ۱۴ به صورت جداگانه بررسی شود .

چهارم - نقض ماده ۱۳ کنوانسیون

خواهان ، مدعی نقض ماده ۱۳ کنوانسیون است . طبق ماده ۱۳ کنوانسیون : « هر کس که حقوق و آزادی های شناخته شده اش به موجب این کنوانسیون نقض شود ، باید وسیله احقاق حق موثر وی نزد مرجع ملی فراهم شود ، هر چند که نقض حقوق را اشخاصی انجام داده باشند که به اعتبار شغل رسمی عمل کرده باشند » .

خواهان ، مدعی است که وسیله احقاق حق موثر و قابل دسترس در حمایت از موضوعاتی که مورد شکایت اوست ، وجود نداشته است .

اما دولت اظهار می دارد : ادعای نقض ماده ۱۳ کنوانسیون مستدل نیست . از ۲ اکتبر سال ۲۰۰۰ ، یعنی زمانی که قانون حقوق بشر مصوب سال ۱۹۹۸ به اجرا درآمد ، حقوق کنوانسیون، می تواند متکی بر دادگاه های داخلی باشد و خواهان نیز ، در حال حاضر وسیله احقاق حق را در دادگاه های داخلی در قبال نقض حقوق کنوانسیون را دارا می باشد .

پنجم - جبران خسارت

ماده ۴۱ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی های اساسی مقرر می دارد : « در صورتی که دیوان نقض کنوانسیون یا پروتکل های آن را اعلام کند و حقوق داخلی کشور متعاقد

مربوطه صرفاً جبران خسارت جزئی را مجاز بداند ، دیوان می تواند در صورت لزوم برای متضرر تامین خساراتی منصفانه را تعیین کند .

براین اساس ، خواهان در مجموع مدعی خسارت مالی به میزان ۳۸۲۰۰ پوند بود . او هم چنین، به دلیل اضطراب و نگرانی و رفتار تحقیر آمیزی که متحمل شده بود ، مدعی خسارت معنوی به میزان ۴۰۰۰۰ پوند بود . خواهان هم چنین ، مدعی هزینه ها و مخارج قانونی به میزان ۱۷۰۰۰ پوند برای هزینه وکلا و ۵۵۰۲۴ پوند نیز از ادعای خواهان است که در مجموع ، ادعاهای او در این قسمت به ۴۴۳۷۲ پوند می رسد .

اما دولت عقیده دارد ، مبلغ مورد ادعای خواهان در مقایسه با سایر پرونده هایی که در رابطه با انگلستان مطرح بوده ، بیش از حد است .

در پایان ، دادگاه مبادرت به صدور رأی می کند که خلاصه ای از رأی مزبور در ذیل می آید :

- ۱- به اتفاق آرا اعلام می دارد : نقض ماده ۸ وجود دارد .
- ۲- به اتفاق آرا اعلام می دارد : نقض ماده ۱۲ وجود دارد .
- ۳- به اتفاق آرا اعلام می دارد : موضوع جداگانه ای که تحت ماده ۱۴ بررسی شود ، وجود ندارد .
- ۴- به اتفاق آرا اعلام می دارد که ، نقض ماده ۱۳ وجود ندارد .
- ۵- به اتفاق آرا اعلام می دارد که ، دولت انگلستان د رعرض ۳ ماه ، ۳۹۰۰ یورو برای هزینه ها و مخارج قانونی خواهان به وی پرداخت خواهد کرد . البته ، مبلغ مزبور می بایست در تاریخ واریز تبدیل به پوند انگلیس شود .

نهایت این که ، به نظر می رسد پدیده تغییر جنسیت در بسیاری از کشورهای غربی نیز از خلأ قانونگذاری رنج می برد و رویه دیوان اروپایی حقوق بشر به دلیل جایگاه ممتازی که دیوان در مقام عمل از آن برخوردار است به لحاظ حقوقی الگوی مناسب و درخوری به نظر می رسد .

بند دوم: شرایط تغییر جنسیت در ایران

در خصوص شرایط تغییر جنسیت در ایران می توان چنین بیان نمود که ، اگرچه در دسته بندی کشورها در خصوص وجود یا عدم وجود قوانین مصوب پیرامون تغییر جنسیت ، کشور ایران در

زمره کشورهای قرار می گیرد که ، قوانین مصوبی را در خصوص تغییر جنسیت و شرایط آن دارا نمی باشد ، اما از رویه قضایی موجود در خصوص سیر مراحل قانونی صدور گواهی تغییر جنسیت و هم چنین فتاوی فقها (خصوصاً امام خمینی (ره)) و روایات مطرح در خصوص تغییر جنسیت ، چنین استنباط می گردد که ، برای انجام تغییر جنسیت در حقوق کنونی ایران و فقه شیعه ، از میان شروط سنگینی که به عنوان مثال در ماده ۴۰ قانون مدنی جدید ترکیه وضع گردیده است ، اثبات وجود تمایلات جنسی جنس مخالف از زمان طولانی و دارا بودن ماهیت جنسی خثی یا هر دو جنس (شرط سوم) و دیگری تشخیص پزشکان متخصص مبنی بر وجود ضرورت و مفید بودن

انجام عمل تغییر جنسیت برای سلامت روانی و جسمانی فرد (شرط دوم) ، ضروری می باشد و لیکن ، در خصوص عدم لزوم اثبات وجود شرط های اول ، دوم و پنجم ماده ۴۰ قانون مدنی ترکیه در حقوق کنونی ایران جهت انجام تغییر جنسیت ، باید چنین عنوان نمود که ، در زمینه دارا بودن حداقل سن ۱۸ سال برای متقاضی ، هر چند رسیدن متقاضی به سن بلوغ و رشد عرفی در ضابطه مند نمودن این موضوع و جلوگیری از انجام اعمال تغییر جنسیت عجولانه که چه بسا در آینده منجر به بروز مشکلات جسمی و روانی عدیده ای برای فرد بیمار می گردد مفید خواهد بود و لیکن چه بسا تعیین سن ۱۸ سال و ضروری دانستن آن به منظور تغییر جنسیت ، منجر به تأخیر افتادن جراحی و در بیشتر مواقع ورود ضرر و زیان است که زندگی جنسی بیمار را تحت الشعاع قرار می دهد و چه بسا ، با تشخیص زود هنگام بیماری و معالجه قرار دادن آن ها ، بتوان فرد را از بحران دو گانگی شخصیت و واژگونی هویت جنسی که با فرارسیدن بلوغ به نهایت خود می رسد جلوگیری نماید .

مضافاً این که ، در خصوص این موضوع که نماینده محجورین به طور صریح از تغییر جنسیت دادن مولی علیه منع شده است ، باید گفت : با توجه به این که سرپرست و ولی قهری ، در حقوق موضوعه ایران و فقه شیعی جایگاه خاصی دارد و در همه موارد ، اداره امور زندگی مولی علیه به او محول شده است و تصرفات ولی در اموال او و همسر گزیدن وی در صورتی که با رعایت غبطه و مصلحت باشد قانونی و نافذ است ، می توان اجازه ولی قهری و اقدام وی را در مواردی که بنا بر تشخیص پزشک ، کودک دچار ابهامات جنسی است و تأخیر در معالجه او باعث ورود ضرر و زیان به او می شود برای انجام تغییر یا تعیین جنسیت کاملاً منطبق با اصول اولیه فقهی و حقوقی دانست . البته ، نظر مخالفی نیز در حقوق موضوعه در این خصوص وجود دارد که ، در امور غیر مالی اصل

عدم اختیار ولی قهری را به رسمیت شناخته و تنها ، در موردی نمایندگی ولی قهری در امور غیر مالی را پذیرفته که قانون به او اجازه داده باشد .^۱

در مورد عدم لزوم رعایت شرط دوم ماده ۴۰ قانون مدنی ترکیه در مقررات حقوقی ایران ، باید گفت: هر چند لزوم شرط مجرد بودن متقاضی در زمان درخواست تغییر جنسیت به دلیل اهمیتی است که قانونگذار به نکاح و بقاء آن می دهد و لیکن ، آن چه که از رویه قضایی ایران و هم چنین کلام فقهای شیعه و روایات موجود در خصوص تغییر جنسیت استنباط می شود ، عدم لزوم رعایت چنین شرطی است . خصوصاً این که ، آن چه با بررسی از روایات (مسأله زنی که با وجود داشتن شوهر و فرزند طبق حکم حضرت علی (ع) به مردان ملحق گردید) و کلام فقها در این خصوص مطرح می گردد ، فروع کثیری است که در فرض متاهل بودن متقاضی تغییر جنسیت و حتی با فرض وجود فرزند برای وی بیان گردیده است ، مسائلی نظیر: تغییر جنسیت و مسأله نکاح ، مهریه ، حضانت و ولایت بر فرزندان ، مسأله ارث والدین یا فرزند تغییر جنسیت داده و ... که همگی این مسائل دال بر عدم لزوم شرط مذکور جهت تغییر جنسیت می باشد و در خصوص عدم لزوم اثبات شرط پنجم ماده فوق ، مبنی بر لزوم عقیم بودن متقاضی برای مدت زمان طولانی نیز ، می توان به دلایل فوق به استناد کلام فقها و روایات اسلامی که در خصوص عدم لزوم مجرد بودن متقاضی بیان گردید استناد جست. بنابراین ، در پایان ، آن چه را که می توان به عنوان شرایط تغییر جنسیت در حقوق ایران با استناد به قواعد و اصول حقوق ایران و نیز رویه قضایی در صدور گواهی تغییر جنسیت و فتاوی فقهای شیعه ، خصوصاً امام (ره) ، در خصوص مشروع بودن عمل تغییر جنسیت و مسائل شرعی پیرامون آن بیان نمود این است که ، علیرغم عدم وجود شرایط قانونی مصوب در صدور گواهی تغییر جنسیت ، اساسی ترین شرط لازم جهت تغییر جنسیت ، تشخیص صحیح موضوع توسط پزشکان معتمد و ضروری بودن انجام عمل جراحی تغییر جنسیت برای متقاضی به منظور اعاده سلامت روانی و جسمانی به وی می باشد و نمی توان بدون وجود مرض و امید به بهبودی وضع روانی ، کسی را مورد چنین عملی قرار داد .

^۱ - ناصر کاتوزیان ، ۱۳۸۱ ، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی ، ص ۷۲۶ .

گفتار ششم: وضعیت شناسایی جنسیت جدید

یکی از موضوعاتی که پس از انجام تغییر جنسیت از اهمیت بالایی برخوردار است، موضوع شناسایی جنسیت جدید است. همان گونه که در ماجرای تغییر جنسیت سید عبدالله، جوان ۱۹ ساله مصری، مطرح گردید، پس از انجام موفقیت آمیز عمل جراحی و تغییر جنسیت وی از مذکر به مونث و انتخاب نام «سالی»، سازمان ثبت احوال مصر، در ابتدا از شناسایی او به عنوان یک جنس مونث و تغییر شناسنامه او خودداری نمود. بنابراین، باتوجه به نقشی که شناسنامه در معرفی هویت

هر شخص دارد، این سؤال مطرح می شود که آیا افراد تغییر جنس داده حق دارند خواهان اصلاح شناسنامه خود شوند تا نام و جنسیت جدید آن ها در آن منعکس گردد؟

در تمام دنیا سندی در بدو ولادت صادر می شود که هویت حقوقی و جنسی شخص در آن ثبت می گردد، که در ایران به آن سند ثبت کلی وقایع (سند سجلی) و به رونوشت آن شناسنامه گفته می شود. سؤالی که در این خصوص حقوقدانان مطرح می نمایند، این است که ماهیت شناسنامه چیست؟ در ماده ۳۶ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ اصلاحیه ۱۳۶۳ مجلس شورای اسلامی^۱ چنین مقرر گردیده است که: «شناسنامه از روی دفاتر ثبت کلی وقایع صادر و دارای مشخصات و اطلاعات زیر می باشد: ۱.... ۲.... ۳.... ۴.... ۵. نام و نام خانوادگی و جنس دارنده آن» و همچنین تبصره ۱ ماده ۲۰ قانون مذکور بیان می دارد: «انتخاب نام هایی که موجب هتک حیثیت مقدسات اسلامی می گردد و هم چنین انتخاب عناوین و القاب و نام های زننده و مستهجن و نامتناسب با جنس ممنوع است». به علاوه این که بند ۴ ماده ۳ قانون مذکور^۲ نیز اسامی مغایر با جنس را قابل تغییر دانسته است. آن چه از مواد فوق و دیگر مواد قانون ثبت احوال استنباط می گردد این است که، شناسنامه معرف هویت حقوقی اشخاص است. برخلاف استدلال ارائه شده در برخی کشورها از جمله انگلستان^۳ که علیرغم قانونی تلقی نمودن تغییر جنسیت توسط رویه قضایی و آراء دادگاه ها، حق اصلاح شناسنامه یا تعویض آن به افراد تغییر جنسیت داده اعطا نشده و استدلال شده است: صدور شناسنامه ثبت واقعه تاریخی است که در تاریخ معینی این واقعه رخ داده است. بنابراین، در روز ثبت و صدور سند اشتباهی رخ نداده است تا با اصلاح سند اشتباه مذکور اصلاح شود. در نتیجه، چون صدور

۱- فرح ناز پروین، ۱۳۸۸، قانون ثبت احوال، انتشارات مجد، ص ۳۳.

۲- پیشین، ص ۱۲.

۳- علیرضا باریکلو، پیشین، ص ۸۰.

شناسنامه، ثبت ولادت شخص است که در روز صدور کاملاً مطابق با واقع است و شکی در صحت آن وجود ندارد نمی توان با تغییر یا اصلاح سند، واقعه را مخدوش نمود.

بنا بر آنچه گفته می شود، تحت قوانین فعلی انگلیس، در خصوص افراد ترانسکسوال نوعی برزخ قانونی وجود دارد؛ چرا که امروزه انگلیس و ایرلند تنها کشورها در اتحادیه اروپا هستند که این حق اساسی را برای شهروندان ترانسکسوال خود نمی پذیرند، عدم پذیرشی که عواقب گسترده ای را برای این شهروند به همراه دارد؛ چرا که گواهینامه تولد (شناسنامه) اصلی ترین سند شناسایی در انگلیس است و یک ترانسکسوال درمان شده ممکن است، مجبور شود به طور مثال، تاریخچه زندگی خود را برای کارفرمای آینده خود آشکار نماید که همین موضوع ممکن است باعث ایجاد تبعیض گردد. بنابراین یک زن ترانسکسوال مستمری بازنشستگی خود را تا ۶۵ سالگی و دریافت نخواهد کرد بلکه، تا ۶۰ سالگی همانند یک مرد در راستای اهداف مالیاتی با او رفتار خواهد شد. این مشکل و سایر نابهنجاریها، همگی می توانند به سادگی باعث آشکار شدن سوابق و تاریخچه زندگی فرد شوند. البته این مشکل و اعتراض افراد ترانسکسوال که معتقدند، گواهینامه تولد بیشتر به صورت یک مدرک شناسایی مورد استفاده قرار می گیرد تا صرفاً یک پرونده ثبت سوابق و تاریخچه، از طریق روش اتخاذ شده از سوی برخی ایالات در امریکا مورد حل و بررسی قرار گرفته است؛ چرا که در آنجا، یک گواهینامه جدید با نام و جنس جدید صادر می شود اما گواهینامه اصلی، مهر شده و به صورت فایلی نگهداری می شود، نگهداری آن به صورتی انجام می شود که صرفاً بر اساس دستور دادگاه دسترسی به آن امکانپذیر می گردد.^۱

بنابراین، آن چه که ابتدا می بایست مورد بررسی واقع گردد، ماهیت حقوقی شناسنامه است، که آیا این ثبت یک واقعه تاریخی است یا معرف و بیانگر هویت حقوقی شخص در جامعه بشری است. همان طور که از مواد قانون ثبت احوال ایران و سیره عقلا و عرف در مورد شناسنامه استفاده می شود این است که، شناسنامه امروزه به عنوان سند هویت شخص در جامعه است. بنابراین، هرگونه مغایرتی که مبین ظاهر شخص و مندرجات شناسنامه باشد (که از جمله مندرجات شناسنامه مستفاد از بند ۵ ماده ۳۶ قانون ثبت احوال، نام و نام خانوادگی و جنس دارنده آن می باشد)، شخص در تمتع یا استیفاء از بعضی از حقوق خود با مشکل مواجه می شود. به طور مثال، چنان چه کسی از جنسیت مذکر تغییر جنسیت داده و مونث شده باشد، در صورت عدم امکان اصلاح شناسنامه،

^۱ <http://simple.wikipedia.org/wiki/Transsexualism>.

عرف، شناسنامه وی را معرف هویت او تلقی نمی نماید. فلذا ظاهر عبارت ماده ۱ قانون ثبت احوال که در آن مقرر شده است: «وظایف سازمان ثبت احوال کشور به قرار ذیل است^۱: (الف) ثبت ولادت و صدور شناسنامه) موید این است که، شناسنامه معرف هویت حقوقی شخص است؛ زیرا در این ماده ثبت ولادت در کنار صدور شناسنامه دو وظیفه سازمان ثبت احوال کشور شمرده شده است و آن دو از یکدیگر متمایز شده است.

علاوه بر این، فوایدی از قبیل: اثبات وضعیت شخص، تامین دلیل و شناسایی وضعیت و احوال شخصیه افراد که بعضی از حقوقدانان^۲ بر وجود شناسنامه مترتب کرده اند، مؤید این است که شناسنامه، ثبت یک واقعه تاریخی صرف نیست. همان گونه که بعضی دیگر^۳ شناسنامه را به برگی تعریف کرده اند که احوال شخصیه هر فرد در آن درج شده است.

در نتیجه، از مجموع مواد قانونی و سیره عقلا و نظریه حقوقدانان استنباط می شود که، شناسنامه معرف هویت حقوقی شخص است نه یک واقعه تاریخی صرف، و به لحاظ این که جنسیت بخشی از هویت اشخاص می باشد بالتبع شخصی که جنسیتش تغییر یافته، تغییر نام و جنسیت در شناسنامه وی نیز امری بدیهی است.

بند اول: صدور شناسنامه جدید پس از تغییر جنسیت

مجموعه اوصافی که وضع شخص را در خانواده و جامعه معین می کند و از شخصیت او جدا شدنی نیست، در اصطلاح «احوال شخصیه» می نامند: مانند نکاح، طلاق، سن، حجر، لایت قهری، قیمومت، جنس و امثال این ها،^۴ لذا ثبت تغییر جنسیت در شناسنامه فرد (به عنوان بخشی از احوال شخصیه) قسمت مهمی از اقدامات انجام شده برای هدایت شخص به سمت پذیرش وی در جامعه و نهادهای اجتماعی به عنوان فردی از جنس مقابل است که در صورت عدم انجام آن، ممکن است فرد از نظر قانونی در وضعیت قبل از جراحی باقی بماند. لذا تراجنسیتی ها (ترانسکسوال ها) همانند دیگر افراد جامعه، دارای شناسنامه هستند و چنان چه تغییر جنسیت آن ها با مجوز قانونی و از طریق پزشکی قانونی و دادگستری صورت گرفته باشد، می توانند پس از انجام عمل تغییر

^۱- فرح ناز پروین، پیشین، ص ۱۰.

^۲- سیدحسین صفایی و مرتضی قاسم زاده، ۱۳۷۴، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، صص ۱۰۵-۱۰۴.

^۳- سید حسن امامی، ۱۳۸۶، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۲۲۵.

^۴- ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۷، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظم حقوقی ایران، ص ۲۲۲.

جنسیت و اخذ حکم قضایی مبنی بر تغییر نام و جنسیت در سند سجلی و شناسنامه، از اداره ثبت احوال محل صدور سند سجلی خویش شناسنامه جدید متناسب با نام و جنسیت جدیدشان به دست آورند. در شناسنامه جدید این افراد به منظور جلوگیری از مشکلات احتمالی که در اجتماع برای این قبیل اشخاص پیش خواهد آمد، تغییر جنسیت آن‌ها و حتی جزئیات تغییر نام، این که از چه نامی به چه نامی تغییر کرده است ثبت نمی شود و در سند سجلی و شناسنامه توضیحی به این شرح درج می گردد:^۱

« به موجب دادنامه شماره.... مورخ.... شعبه.... دادگاه.... جنسیت صاحب سند از آقا/خانم به خانم/آقا تغییر یافته است. » (توضیح مندرج در سند سجلی)

« این شناسنامه به موجب حکم دادگاه صادر شده است » (توضیح مندرج در صفحه توضیحات شناسنامه)

و در خصوص تغییر نام « نام صاحب سند به استناد حکم دادگاه به.... تغییر یافت »

ضمناً به استناد بخشنامه اداره کل امور حقوقی سازمان ثبت احوال^۲، در صورت تغییر جنسیت والدین، در اسناد سجلی فرزندان با توجه به مشکلات روحی و روانی که ممکن است برای چنین فرزندانی به وجود آید، در صورت درخواست ذینفع مراتب تغییر جنسیت صرفاً در سند اجرا می شود و شناسنامه فرزند با همان نام والدین باقی خواهد ماند. به طور مثال پس از تغییر جنسیت پدر و تغییر نام از «علیرضا» به «المیرا» در سند سجلی فرزندان توضیح مربوط به تغییر جنسیت پدر و متعاقباً تغییر نام درج، ولیکن در شناسنامه فرزند توضیحی داده نخواهد شد و نام پدر همچنان علیرضا باقی خواهد ماند.

همچنین، پس از اجرای دادنامه (تغییر نام و جنسیت) در اسناد زوجینی که تغییر جنسیت داده اند تحولات مربوط به ازدواج در شناسنامه صادره درج نخواهد شد.

^۱ - دستورالعمل یکسان سازی درج توضیح شماره ۳۱/ش/ع-۸۵/۵/۲۹ شورای عالی ثبت احوال کشور.

^۲ - بخشنامه شماره ۸۸/۹/۱۰-۲/۱۱/۱۰۹۸۲۲ اداره کل امور حقوقی سازمان ثبت احوال کشور.

بند دوم: مرجع شناسایی

موضوع مهم دیگری که در این باره قابل بحث است، مرجع شناسایی جنسیت و نام جدید است؛ زیرا از یک طرف به استناد اصل صد و پنجاه نهم قانون اساسی، دادگستری مرجع عام تظلمات و شکایات است. از طرف دیگر، طبق ماده ۳ قانون ثبت احوال، در مقر اداره ثبت احوال، هیأتی به نام هیأت حل اختلاف، مرکب از رئیس اداره و مسئول بایگانی یا معاونین آنها و یک کارمند مطلع امور ثبتی به انتخاب رئیس اداره، تشکیل می شود. طبق بند ۴ ماده ۳ قانون ثبت احوال^۱، یکی از وظایف این هیأت، ابطال سند مکرر و یا موهوم و تصحیح اشتباه در ثبت جنس صاحب سند می باشد. بنابراین، در اختلافات ثبتی دو مرجع رسیدگی وجود دارد و باید دید که شخص تغییر جنسیت داده باید به کدام از این دو مرجع مراجعه نماید. گفته می شود چون دادگستری مرجع عام رسیدگی به تظلمات و خواسته ها است و هیأت حل اختلاف مرجع رسیدگی به اشتباهات کارمندان ثبت احوال در ثبت وقایع و یا نقل تحولات می باشد و در خصوص افراد تغییر جنسیت داده به لحاظ این که اولاً؛ صلاحیت هیأت مذکور نسبت به تمام موارد اختلافات ثبت احوال مسلم نیست و مورد متیقن صلاحیت هیأت مذکور برابر ماده ۳ قانون ثبت احوال، در رسیدگی به اشتباهات کارمندان سازمان ثبت احوال است و مازاد بر مورد یقینی، مشکوک و مورد تردید است و در موارد شک، اصل عدم صلاحیت رسیدگی است ثانیاً؛ در خصوص موضوع نیز، هیچ گونه اشتباهی از سوی ثبت احوال صورت نپذیرفته و وقوع اشتباه مأمور محرز نمی باشد، لذا می بایست موضوع را از صلاحیت هیأت مذکور خارج و در اجرای اصل ۱۵۹ قانون اساسی^۲ و ماده ۹۹۵ قانون مدنی در صلاحیت مرجع قضایی دانست. به عبارت دیگر، ادعای تغییر جنسیت و حقوق مترتب بر آن، یک موضوع کاملاً حقوقی و قضایی است که باید، مقام صالح قضایی درباره آن اظهار نظر نماید و دارای ماهیت اداری صرف نیست که مقام اداری (هیأت حل اختلاف ثبت احوال)، درباره آن اظهار نظر نماید. مضافاً این که، رای وحدت رویه شماره ۵۰۴ دیوان عالی کشور نیز این نظریه را تأیید نموده است. بنابراین^۳، در صورتی که شخصی مطابق استانداردهای پزشکی جنسیت خویش را تغییر دهد

^۱ - فرح ناز پروین، پیشین، ص ۱۲.

^۲ - مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است ...

^۳ - درخواست تغییر نام صاحب سند سجلی از حیث جنس (ذکور به اناث یا بالعکس) از مسائلی است که واجد آثار حقوقی می باشد و از شمول بند ۴ ماده ۳ قانونی ثبت احوال خارج و رسیدگی به آن در صلاحیت محاکم عمومی دادگستری است « دیوان کشور، رای وحدت رویه قضایی، ش ۵۰۴ مورخ ۱۳۶۶/۰۲/۱۰، ردیف ۸۳/۶۴، آراء وحدت رویه قضایی سال ۶۴-۶۶، ص ۸۳

حق دارد، تقاضای اصلاح شناسنامه خود را از مرجع قضایی نماید تا جنسیت و نام جدید او در آن درج گردد، و پس از اخذ حکم قضایی، می تواند با مراجعه به اداره ثبت احوال، درخواست تعویض شناسنامه و صدور شناسنامه جدید برابر با مفاد دادنامه را نماید.

بند سوم: آثار تصحیح شناسنامه

شناسنامه به عنوان سندی که معرف هویت اشخاص بوده و وقایع حیاتی چهارگانه (ولادت، مرگ، ازدواج و طلاق)، به عنوان مهمترین رویدادهای زندگی هر شخص، در آن ثبت و ضبط می شود، لذا به جهت اهمیتی که این سند هویتی از نظر قانونگذار دارا می باشد، هر نوع تحریف یا ایراد خدشه در مندرجات آن و یا هر نوع اظهارکذبی در ثبت وقایع آن توسط اشخاص، از ضمانت اجرای کیفری برخوردار بوده و با فرد متخلف برابر قانون مجازات اسلامی (مبحث جعل و تزویر مواد ۵۲۳ به بعد) و قانون تخلفات، جرائم و مجازاتهای مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه^۱ برخورد می گردد. لذا قانونگذار، به منظور ایجاد رویه واحد و نظم و هماهنگی در ثبت احوال شخصیه، تصحیح اشتباهات ثبتی را صرفاً در صلاحیت هیات حل اختلاف مستقر در ادارات ثبت احوال و یا حسب مورد محاکم قضایی قرار داده است. حال سوالی که پیش روی ما می باشد این است که، پس از اصلاح شناسنامه فردی که تغییر جنسیت داده است از حیث نام و جنسیت، چه آثاری بر مدارک مکسبه متعلق به آن مترتب می شود؟ به نظر می رسد، به لحاظ این که شناسنامه مبنای صدور کلیه اسناد و مدارک متعلق به اشخاص می باشد، در این فرض نیز فرد تغییر جنسیت داده می تواند با ارائه شناسنامه اصلاحی (بر اساس مندرجات صفحه توضیحات شناسنامه) تمام مدارک و اسناد خویش (از قبیل مدرک تحصیلی، گواهینامه، کارت شناسایی ملی و...) را تصحیح نموده و به آنها اعتبار بخشد.

^۱ - ماده ۱۰ قانون قانون تخلفات، جرائم و مجازاتهای مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه، مصوب سال ۱۳۷۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام، انتشارات سازمان ثبت احوال کشور.

فصل چهارم

آثار تغییر جنسیت در روابط مالی زوجین

مبحث اول: اثر تغییر جنسیت بر حق

طرح بحث

حقوقدانان برای حق تقسیمات گوناگونی را مطرح نموده اند نظیر تقسیم حق به لحاظ منشاء آن ، تقسیم حق به اعتبار ارزش مالی ، تقسیم حق به اهم و مهم، تقسیم حق از جهت قابلیت اسقاط و انتفاع ، تقسیم حق به اعتبار مدت ، زمان ، موضوع و... در میان تقسیمات موجود آن چه در این مبحث مورد توجه می باشد حقوقی است که جنسیت شخص در تمتع یا عدم تمتع از آن موثر می باشد به عبارت دیگر ، 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 . حقوقی را که جنسیت شخص در تمتع از آن موثر است می توان به حق مکتسب^۱ و حق غیر مکتسب یا سایر حقوق تقسیم کرد که هر یک به صورت جداگانه بررسی شود .

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^۲. 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 مونث ظاهری بوده و ازدواج کرده ، دارای فرزند گردد ، حق حضانت خواهد داشت . با توجه به این که این حقوق به اعتبار جنسیت سابق به او تعلق گرفته است ، باید دید که تغییر جنسیت چه تأثیری بر آن خواهد گذاشت .

امام خمینی (ره) درباره حق ولایت قهری پدر معتقد است :

او تغییر جنس الرجل الى المخالف فالظاهر سقوط ولایته علی صغاره^۳.

^۱ - البته برخی از صاحب نظران حقوقی وصف مکتسب را برای حق ناصحیح دانسته اند ؛ چرا که همین که حق به وجود می آید مکتسب است.

رک ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۷، مقدمه علم حقوق ، ص ۲۳۷.

^۲ - نجاد علی الماسی ، ۱۳۸۹، تعارض قوانین ، ص ۱۰۷.

^۳ - سید روح الله موسوی خمینی ، پیشین ، ص ۵۵۹.

« هر گاه جنس مرد به زن تغییر کند ، ظاهر آن است که ولایت وی بر کودکانش ساقط می شود.»

در توجیه این نظر اظهار شده است : ولایت اگرچه از امور واضح فقه است و تعداد زیادی از روایات بر آن دلالت دارد ، ولی « ولایت » دائر مدار صدق « ابوت » (پدر بودن) است . با تغییر جنسیت پدر و تبدیل وی به زن ، عنوان ابوت از وی زایل می شود . بنابراین ، ولایت او بر کودکانش نیز ساقط می گردد.^۱

ولی این نظر مورد مناقشه قرار گرفته است ؛ زیرا عرفاً همین که کسی از نطفه دیگری متولد شود ، ولو بعداً تغییر جنسیت دهد ، بر این فرزند و بر او پدر صدق می کند و دلیلی بر سقوط حق ولایت وجود ندارد .^۲

ممکن است ، گفته شود که با تغییر جنسیت ، موضوع عوض شده و با تغییر موضوع ، حکم نیز عوض می شود و در نتیجه ، حقوق شخص ساقط می گردد ، ولی این احتمال موجه نیست؛ زیرا حقوق والدین نسبت به فرزند حقوقی نسبی است ؛ یعنی علاوه بر این که حق آنان است ، تعهد آنان نیز محسوب می شود. بنابراین ، اقتضای حق کودک و حمایت از او ، در این است که اگر آنان ضرری نسبت به کودک نداشته باشند، حقوق مزبور باقی بماند ، همان گونه که در اصلاحات اخیر قانون مدنی ، بقای حق حضانت والدین از هم جدا شده را بر مبنای مصلحت کودک قرار داده اند و در نتیجه ، حقوق مزبور ساقط نمی شود .^۳

حق غیر مکتسب نیز عبارت از حقی است که شخص تا قبل از تغییر جنسیت نمی توانست از آن متمتع شود یا نمی توانست آن را استیفا کند ، ولی بعد از تغییر جنسیت ، به اعتبار جنسیت جدید ، قصد استیفای آن را می کند ؛ به طور مثال حق ازدواج با جنس مخالف جنسیت جدید، تعیین سهم الارث یا مقدار دیه به اعتبار جنسیت جدید (زنی که با تغییر جنسیت به مرد تبدیل شده و براساس جنسیت جدید خواستار سهم الارث برابر فرزندان ذکور می باشد) ، به عبارت دیگر ، حقوقی که جنسیت جدید شخص پس از انجام عمل تغییر جنسیت در اعمال یا میزان آن مؤثر است که در مباحث آتی هر یک به طور جداگانه بررسی خواهد شد .

^۱- احمد مطهری ، ۱۴۰۸ق، مستند تحریر الوسیله ، صص ۲۰۱-۲۰۰.

^۲- شیخ محمد مومن ، ۱۴۱۵، کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة، ص ۱۱۵.

^۳- علی رضا باریکلو ، آثار حقوقی تغییر جنسیت ، پیشین، ص ۱۲۳.

گفتار اول: اثر تغییر جنسیت بر حقوق قراردادی

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 استیفا از 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.

به نظر می رسد، بر مبنای قواعد و اصول حقوقی نمی توان 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، می توان آن را به دو گروه 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 نقشی ایفا کرده است؛ مانند قرارداد نکاح که نقش جنسیت در این قرارداد، اساسی یا تشکیل دهنده ماهیت عرفی موضوع قرارداد است. در نتیجه، باید اثر تغییر بر هر کدام از این دو نوع قرارداد جداگانه بررسی شود.

بند اول: وصف یا شرط بودن جنسیت در قرارداد

در قرارداد شخص تغییر جنسیت داده، جنسیت سابق او ممکن است به عنوان شرط یا وصف او لحاظ گردد، مانند آن چه در قرارداد استخدام جنسیت مونث برای کودکان یا خدمت در بخش زنان بیمارستان و سایر موارد مشاهده می شود که عرفاً وجود جنسیت مشروط مطلوب است ولی، به عنوان ماهیت عرفی قرارداد یا وصف اساسی آن، به گونه ای که با انتفای جنسیت، موضوع قرارداد منتفی شود نمی باشد؛^۱ زیرا در این گونه موارد، آن چه مقصود اساسی و اولیه است، انجام خدمات موضوع قرارداد است ولی، انجام آن توسط جنسیت شرط شده، مطلوب تر است. اگر در این موارد، شخص متعهد اقدام به تغییر جنسیت کند؛ چون انجام عمل موضوع قرارداد توسط شخص متعهد

^۱ - علی رضا باریکلو، پیشین، ص ۱۱۰.

ممکن است ، قرارداد باطل یا منفسخ نمی‌گردد. زیرا همان گونه که اثبات شده است ،^۱ انفساخ قرارداد زمانی موجه است که در دوران یا مدت ضمان معاوضی متعهد ، انجام تعهد غیر ممکن 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 منتفی گردیده ، اگر بقای وصف مذکور برای متعهدله دارای منفعت عقلایی مشروع است ، او می تواند به استناد خیار تخلف وصف یا شرط ، قرارداد را فسخ کند ، همان طور که در موارد ۲۳۵ و ۲۳۹ قانون مدنی این حق متعهد له لحاظ شده است . ولی اگر بقای وصف از دیدگاه عقد ، فاقد منفعت مشروع باشد نمی توان قرارداد را فسخ کرد و قرارداد با جنسیت جدید متعهد باقی خواهد ماند.

بند دوم: اساسی بودن جنسیت در قرارداد

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 نمی شد ؛ مانند قرارداد نکاح که ضرورتاً در نزد تمام اقوام و ملل و نظام های حقوقی معاصر ، جنسیت طرفین قرارداد ، نقش اساسی در صحت آن ایفا می کند . 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 بنابراین اگر فرد خنثی یا مخنث ، 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 با توجه به نقشی که جنسیت در وقوع عقد نکاح دارد^۲ تغییر مذکور چه تأثیری بر نکاح سابق خواهد گذاشت . در مورد تأثیر تغییر جنسیت بر نکاح نظریات متفاوتی ابراز شده که در مطالب آتی مورد بحث قرار می گیرد.

گفتار دوم: تغییر جنسیت و پیوند زناشویی

برخی حقوق دانان در تعریف نکاح به « لزوم اختلاف دو جنس » اشاره کرده اند که از جمله می توان به تعاریف ذیل اشاره نمود :

^۱ - ناصر کاتوزیان ، ۱۳۷۴ ، حقوق مدنی (عقود معین ۱) ، ص ۳۶ .

^۲ - ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی .

- نکاح قراردادی است که به موجب آن زن و مردی در زندگی با یکدیگر شریک و متحد شده، خانواده ای تشکیل می دهند.^۱

- نکاح عبارت از رابطه حقوقی است که به وسیله عقد بین مرد و زن حاصل می گردد و به آن ها حق می دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند.^۲

لزوم اختلاف جنس در ازدواج ، در قانون مدنی در مواد ۱۰۳۵ ، ۱۰۵۹ ، ۱۱۲۲ ، ۱۰۶۷ ، ۱۱۲۴ مورد اشاره واقع شده و در ماده ۱۰۶۷ قانون مذکور ، موضوع اختلاف جنس بدین نحو مطرح شده است که: « تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد، شرط صحت نکاح است»

بنابراین ، آن چه از مفهوم مواد قانون مدنی استنباط می گردد ، این است که زوجیت رابطه ای است که تنها میان « مرد و زن » واقع می شود و ازدواج مرد با مرد و زن با زن از نظر فقهی و حقوقی مشروع نیست .

یکی از گناهان کبیره که حد شرعی نیز به دنبال دارد لواط یا هم جنس بازی مرد با مرد (ماده ۱۱۰ قانون مجازات اسلامی) و نیز مساحقه یا هم جنس بازی زن با زن (ماده ۱۲۹ قانون مجازات اسلامی) است . حتی ، در مواردی که ازدواج شرعی و رسمی صورت گرفته و بعداً کشف خلاف شود ، ازدواج سابق باطل بوده و مجوزی برای بقای آن وجود ندارد و آن دو خود به خود از یکدیگر جدا می شوند . بنابراین ، نظر به این که ازدواج از جمله قراردادهایی است که همانگونه که در مطالب قبل اشاره گردید ، جنسیت طرفین در آن نقش اساسی در صحت ایفا می کند ، لذا در خصوص بقای پیوند زناشویی (اعم از دائم یا منقطع) بعد از تغییر جنسیت زوج یا زوجه و یا هر دو به صورت همزمان یا غیر همزمان چند سؤال مطرح می شود از جمله این که تغییر جنسیت یکی از طرفین چه تأثیری بر نکاح آن ها خواهد داشت ؟ آیا شخص پس از اصلاح جنسیت از حق ازدواج برخوردار خواهد بود یا خیر ؟

۱- سیدحسین صفائی ، اسدالله امامی ، ۱۳۷۹، مختصر حقوق خانواده ، ص ۲۱.

۲- سید حسن امامی ، ۱۳۷۷، حقوق مدنی ، ج ۴ ، ص ۳۲۷.

گفتار سوم: تغییر جنسیت و اجازه اشخاص ثالث

اجازه اشخاص ثالث را در دو فرض تغییر جنسیت هر یک از زوجین و لزوم کسب اجازه طرف دیگر و هم چنین تغییر جنسیت محجورین و لزوم کسب اجازه نماینده قانونی و ولی قهری می توان بررسی نمود.

در خصوص تغییر جنسیت محجورین دو دیدگاه را می توان بیان نمود : طبق دیدگاه اول با عنایت به این که سرپرست و ولی قهری در حقوق موضوعه ایران و فقه شیعی جایگاه خاصی دارد و در همه موارد اداره امور زندگی مولی علیه به او محول شده است و تصرفات ولی در اموال او ، همسر گزیدن وی در صورتی که با رعایت غبطه و مصلحت باشد قانونی و نافذ است ، می توان اجازه ولی قهری و اقدام وی را در مواردی که بنابر تشخیص پزشک ، کودک دچار ابهامات جنسی است و تأخیر در معالجه او ، باعث ورود ضرر و زیان به او می شود ، برای انجام تغییر یا تعیین جنسیت کاملاً منطبق با اصول اولیه فقهی و حقوقی دانست . دیدگاه دیگر که تا حدودی به شرط ماده ۴۰ قانون مدنی ترکیه (مبنی بر لزوم رسیدن به سن ۱۸ سال) نیز نزدیک می باشد ، این است که در حقوق موضوعه در امور غیر مالی ، اصل عدم اختیار ولی قهری به رسمیت شناخته شده و تنها ، در موردی نمایندگی ولی قهری در امور غیر مالی را می توان پذیرفت که قانون چنین اجازه ای را به وی داده باشد ، و حال آن که در خصوص تغییر جنسیت مولی علیه چنین اختیاری با خلأ قانونی مواجه می باشد ، لذا موضوع تغییر جنسیت ، امری که می بایست فرد پس از رسیدن به سن قانونی خود در خصوص آن تصمیم بگیرد و در خصوص لزوم کسب اجازه و رضایت زوج و زوجه نیز می توان در قالب تراحم حقوق و نقش اذن در اقدام به تغییر جنسیت هر یک را به شرح ذیل بیان نمود:

بند اول: تغییر جنسیت زوجه و لزوم کسب اجازه و رضایت زوج

یکی از مسائلی که می تواند در رابطه با تغییر جنسیت زوجه مورد سؤال قرار گیرد این است که ، آیا زوجه در صورتی که تصمیم بگیرد تغییر جنسیت دهد نیازمند کسب رضایت زوج نیز می باشد یا خیر ؟

می توان این سؤال را ، در قالب تراحم حقوق زوجین و نقش اذن در اقدام به تغییر جنسیت مورد بررسی قرار داد . هرگاه طبق مبانی ارائه شده تغییر جنسیت را جایز بدانیم ، برای هر یک از زوجین دو حالت متصور است :

۱- انجام عمل تغییر جنسیت بنابر وجود شرایط خاصی، بر او واجب و ضروری است.

۲- عدم انجام عمل تغییر جنسیت، ضرر چندانی بر فرد متقاضی وارد نکند و زیستن در جنسیت فعلی برای او متعسر نباشد. در مورد صورت اول باید گفت بی شک در این صورت هیچ نیازی به جلب رضایت شوهر نمی باشد و حکم وجوب ثانویه بر ادله احکام اولیه که رعایت حقوق همسر باشد حاکم است. پس هرگاه زوجه دارای چنین شرایطی باشد می تواند حتی با وجود مخالفت شوهر اقدام به تغییر جنسیت نماید.

اما در صورت دوم، به نظر می رسد در این گونه موارد برای جلوگیری از ورود ضرر به طرف مقابل و رعایت حقوق او کسب رضایت شوهر واجب باشد و در صورتی که زوجه بدون کسب رضایت زوج اقدام به تغییر جنسیت نماید مرتکب فعل حرام شده است؛ زیرا دست زدن به چنین کاری بدون اجازه شوهر، اگر مزاحم حق شوهر از قبیل لذت بردن از او و مانند آن باشد، خروج از اطاعت شوهر و دخول در عنوان «نشوز» است و نشوز به استناد آیه «وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ...»^۱ «آن دسته از زنان را که از سرکشی و مخالفتشان بیم دارید پند و اندرز دهید.....» حرام می باشد

چند دسته از روایات نیز بر این حکم دلالت می کند. در کافی روایت شده است: جمعی از اصحاب ما از احمد بن خالد از جامورانی از ابن حمزه از ابوالمغرا از ابوبصیر از امام صادق (ع) نقل کرده اند: زنی محضر رسول خدا (ص) رسید و عرض کرد: شوهر بر زن خود چه حقی دارد؟ فرمود: حاجت او را برآورد هر چند بر پالان شتر باشد و بدون اجازه از او چیزی به کسی ندهد. اگر چنین کند، گناه کرده است و شوهرش اجر می برد. هیچ شبی را در حالی که شوهرش غضبناک است به صبح نیاورد. عرض کرد: ای رسول خدا، هر چند ظالم باشد؟ فرمود: بله، عرض کرد: قسم به خدایی که تو را به حق مبعوث کرد، هرگز ازدواج نخواهم کرد^۲.

معلوم است که تغییر جنسیت اگر مزاحم حق شوهر باشد، با قول پیامبر (ص) منافات دارد. بنابراین، اگر شوهر، زن را به سوی خویش بخواند، حرام است که خود را از او منع کند و در حال دعوت شوهر برای لذت بردن، اقدام به تغییر جنسیت، نشوز و حرام است؛ زیرا زن با این کار

^۱ - نساء، آیه ۳۴.

^۲ - محمد بن یعقوب کلینی، ۱۴۱۳ق، الفروع من الکافی، ج ۶، ص ۱۰۶.

خودش را از او منع می کند. شاید، از همین قبیل باشد شیردادن زن به کسی که با شیردادن به او بر شوهرش حرام می شود. البته موارد مذکور در صورتی است که دعوت شوهر برای لذت بردن فعلیت داشته باشد، اما اگر دعوت برای لذت بردن، فعلیت نداشته باشد، آیا اقدام به تغییر جنسیت حرام است یا خیر، چند وجه وجود دارد:^۱

وجه نخست: ظاهراً در صورتی که دعوت فعلیت نداشته باشد فعل حرام بر اقدام زن اطلاق نمی یابد، مگر این که این گونه توجیه کنیم که در معرض دعوت بودن کافی است که منع شوهر با تغییر جنسیت بر زن حرام است، نظیر خروج از منزل بدون اجازه شوهر، زیرا با خروج، اگر شوهر اراده استمتاع نماید، برایش ممکن نیست. در حالی که حق شوهر است که هر وقت اراده کند بتواند از همسر خود لذت ببرد.

وجه دوم: وقتی خروج از منزل بدون اجازه شوهر حرام است به طریق اولی، خروج از جنسیت بدون اجازه او حرام است، اگر چه او را برای استمتاع دعوت نکرده باشد.

وجه سوم: اقدام به تغییر جنسیت موجب ضایع کردن حقوق شوهر می شود و تضییع حقوق، ظلم و حرام است.

باتوجه به آن چه در آیه شریفه واحادیثی از قبیل روایت فوق آمده است، هرگاه زن به هر شکلی غیر از مواقعی که مانع شرعی وجود داشته باشد خود را از شوهر منع کند مرتکب نشوز که امری حرام است شده و منع کردن اعم از این است که با توانایی تمکین از آن سر باز زند یا این که مانع را به هر نحو ایجاد کند؛ مثلاً با اقدام به تغییر جنسیت بدون اذن شوهر مانع از تمتعات وی گردد. با این بیان هرگاه زن با شروع به تغییر جنسیت مانع از تمتعات شوهر گردد ناشزه محسوب و به استناد ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی مستحق نفقه نخواهد بود.

بند دوم: تغییر جنسیت زوج و لزوم کسب رضایت زوجه

در مورد اقدام زوج به تغییر جنسیت بدون کسب رضایت همسر نیز ظاهر آن است که اقدام شوهر به تغییر جنسیت نیز در وقتی که منافات با حق زن داشته باشد، جایز نیست؛ مثل این که در شبی که بیتوته با زن بر مرد واجب است، اقدام به تغییر جنسیت کند، لذا به خاطر تنافی عمل زوج با حقوق

^۱ - سید محسن خزاری، پیشین، ص ۲۴۴.

شرعی و قانونی زوجه و دیگر حقوقی که با تحقق عقد به وجود می آیند فعل زوج از مصادیق بارز تضييع حقوق بوده و در نتیجه ظلم و حرام است. بنابر سخن یکی از فقهای معاصر، می توانیم با این توجیه که تغییر جنسیت و طلاق شبیه یکدیگرند و همان طور که در طلاق نیاز به اذن زوجه نیست در تغییر جنسیت هم قائل به عدم احتیاج به کسب رضایت گردیم.^۱ ولیکن، همانطور که خود ایشان نیز پذیرفته اند قول مذکور بسیار قابل تأمل است.

مفاد ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی نیز دلالت بر حصول حقوق و تکالیف طرفینی زوجین دارد و همان طور که حق ریاست را در خانواده به زوج داده و زوجه را مکلف به اطاعت و تبعیت از او نموده است، متقابلاً حقوقی را برای زوجه قرارداده و زوج را مکلف به رعایت آن ها نموده است؛ مانند حق نفقه و هم خوابگی بنابرین، همانطور که بعضی از حقوقدانان ذکر کرده اند، نشوز صفتی است که اختصاص به زن ندارد بلکه مرد نیز می تواند به واسطه خودداری از انجام وظایفی که مکلف به ادای آن است ناشز گردد.^۲

از این رو باید گفت: از آن جایی که انجام تغییر جنسیت مرد بدون رضایت همسر موجب تضييع حقوق زن می گردد، مرد در این حالت ناشز محسوب شده و زن حق مراجعه به دادگاه دارد.

نتیجه این که، برای زن و مرد، تغییر جنسیت اگر مزاحم با حق دیگری یا ضایع کننده آن باشد، جایز نیست و تنها راه جواز کسب رضایت همسر است.

اشکال: البته اشکالی که در بحث نشوز وجود دارد این است که آیا تغییر جنسیت می تواند مصداق نشوز باشد یا خیر؟ به عبارت دیگر، پس از این که زوجه تغییر جنسیت داد و تبدیل به مرد شد آیا رفتار وی همچنان می تواند مصداق نشوز باشد یا به علت این که با عمل تغییر جنسیت از عنوان زوجه خارج شده است دیگر نمی توان رفتار وی را نشوز تلقی کرد؟ نشوز موضوع ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی براساس همان ادله ای که مطرح گردید نشوز زوجه در مقابل زوج است^۳ و مبتنی بر دو عنوان زن بودن و زوجه بودن است. تغییر جنسیت، زوجه را از عنوان زوجیت خارج می کند و بدیهی است برای زوج نسبت به چنین شخصی دیگر حقی باقی نمانده است تا نشوز صدق کند. او دیگر زن نیست تا بگوییم زوج نسبت به او حق تمتع دارد، برخلاف موضوع روزه استحبابی، زیرا

۱- پیشین، ص ۲۴۵.

۲- سید مصطفی محقق داماد، ۱۳۸۱، بررسی فقهی حقوق خانواده، ص ۳۰۶.

۳- پیشین، ص ۲۹۷.

زوجه در حالت روزه استحباب هنوز زن است و مرد نسبت به او می توانسته متمتع گردد که زوجه با روزه گرفتن او را از این حق محروم نموده است. بنابراین، قیاس موضوع به این صورت (که اقدام زوجه در تغییر جنسیت به طریق اولی نیازمند کسب رضایت شوهر خواهد بود) قیاس باطل است نه اولویت؛ زیرا با وجود علقه زوجیت کسب رضایت از زوج لازم است در حالیکه تغییر جنسیت موضوع را از بین می برد و با از بین رفتن موضوع، حکم کسب رضایت دیگر محلی از اعراب ندارد.

گفتار چهارم: اقسام تغییر جنسیت زوجین

پیش از این که اثر تغییر جنسیت بر علقه نکاح اعم از دائم یا موقت و بقا یا عدم بقای ازدواج پس از تغییر جنسیت زوجین مورد بحث و بررسی قرار گیرد، بهتر آن است که ابتدا به طور خلاصه حالات «تغییر جنسیت زوجین» مطرح گردد:

۱- تغییر جنسیت یکی از زوجین

الف) تغییر جنسیت مرد به زن

ب) تغییر جنسیت زن به مرد

۲- تغییر جنسیت زوجین به صورت غیر همزمان

۳- تغییر جنسیت زوجین به صورت همزمان^۱

پس از ازدواج مرد و زن، به هر دلیلی ممکن است یکی از زوجین به تغییر جنسیت روی آورد. بررسی این نوع تغییر جنسیت نیز، دارای انواع و حالات گوناگونی است. به عبارت دیگر، گاه تنها زن تغییر جنسیت می دهد و در مواردی ممکن است هر دو به تغییر جنسیت روی آورند.

البته این که زن و شوهر هر دو، تن به تغییر جنسیت دهند، بسیار نادر است و تا به حال چنین تغییر جنسیتی گزارش نشده است، علاوه بر این در مواردی زوجین «همزمان» به تغییر جنسیت روی می آورند و در مواردی ممکن است این عمل در یک فاصله زمانی و «غیر همزمان» صورت پذیرد؛ برای مثال ممکن است در سال اول، مرد تغییر جنسیت دهد و با فرض بقای پیوند زناشویی در سال بعد، زن تغییر جنسیت داده و به مرد تبدیل شود.

^۱ - محمد مهدی کریمی نیا، پیشین، ص ۲۶۳.

گفتار پنجم: اثر تغییر جنسیت بر علقه نکاح (دائم و منقطع)

عقد نکاح ، به موجب قانون مدنی به دو شکل می تواند صورت گیرد : الف) نکاح دائم
ب) نکاح منقطع^۱ .

هرچند قانونگذار به صراحت نکاح دائم را تعریف نکرده ، ولی با توجه به ماده ۱۰۷۵ قانون مدنی که درمورد نکاح منقطع است ، تعریف نکاح دائم روشن می گردد و اگرچه نکاح دائم و منقطع در آثار متعددی با یکدیگر تفاوت دارند ، ولی تمایز ماهوی و تفاوت اصلی میان آن دو این است که در نکاح منقطع زن و مرد تصمیم می گیرند به طور موقت با هم ازدواج کنند و پس از پایان مدت اگر مایل به ادامه آن بودند تجدید ، وگرنه با انقضای مدت از هم جدا خواهند شد . در حالی که مقتضای طبع نکاح دائم ، دوام و همیشگی آن است^۲ .

نکاح دائم و منقطع ، در اکثر احکام و آثار با یکدیگر مشترکند به جز آثار و احکامی چند از نظر مهر ، نفقه ، ارث و شرایط که در مواد قانون مدنی به آن ها اشاره گردیده و در مباحث آتی ، آثار تغییر جنسیت در خصوص هر یک از آثار این دو نوع نکاح مورد بحث قرار خواهد گرفت .

بنابر آن چه در مباحث قبل ، مستنبط از مواد قانون مدنی در خصوص لزوم وجود اختلاف جنس زوجین به عنوان یکی از شرایط صحت نکاح مطرح گردید ، این است که وجود اختلاف جنس زوجین شرطی است که در خصوص صحت واقعه نکاح به طور اعم (دائم و موقت) لازم بوده و می بایست صرفنظر از نوع واقعه نکاح هم ابتدائاً و هم در ادامه ، به عنوان یک شرط مستمر وجود داشته باشد . حال سؤالی که پس از انجام عمل جراحی تغییر جنسیت هر یک از زوجین صرفنظر از نوع واقعه نکاح مطرح می گردد ، اثر تغییر جنسیت بر وضعیت حقوقی نکاح (دائم یا موقت) می باشد . به عبارت دیگر ، چنان چه در هر یک از حالات تغییر جنسیت که در مبحث پیشین مطرح گردید زوج ، زوجه یا زوجین (همزمان یا غیر همزمان) تغییر جنسیت دهند تکلیف نکاح آن ها چه خواهد شد ؟ در خصوص بقا یا عدم بقاء نکاح پس از تغییر جنسیت ، سه نظریه وجود دارد که ذیلاً هر یک به طور جداگانه مطرح و مورد بررسی قرار خواهد گرفت .

^۱ - سید مصطفی محقق داماد ، پیشین ، ص ۲۱۱ .

^۲ - همان .

بند اول: نظریه انفساخ نکاح

همان طور که در مطالب پیشین بیان گردید، غالب فقیهان و صاحب نظران اهل سنت با تغییر جنسیت مخالفند و تنها تغییر جنسیت در افراد خنثی یا دو جنسی ها را مجاز می دانند^۱ و در خصوص نکاح شخصی که تغییر جنسیت داده است، فقهای اهل سنت بر این باورند که شخصی که تغییر جنسیت داده است اهلیت ازدواج و عقد را ندارد؛ چون نه مونث کامل است و نه مذکر کامل. ازدواج امری است که جنسیت و نوع در آن امری ضروری و قطعی است، افرادی که تغییر جنسیت داده اند قادر به انجام عمل زناشویی نیستند. در نتیجه ازدواج آن ها صحیح نیست و تغییر جنسیت ازدواج را باطل می کند، مگر این که خلاف این ثابت شود که در این مورد باید از پزشکان ثقه کمک گرفت.

در میان مؤلفان حقوقی و فقهای شیعه نیز در خصوص تأثیر تغییر جنسیت بر نکاح، برخی^۲ بر این باورند که با تغییر جنسیت یکی از زوجین نکاح منفسخ می شود زیرا در عقد نکاح، همان طور که در مبحث قبل مطرح گردید، اختلاف واقعی جنسیت هم در ابتدا و هم در ادامه ازدواج، باید بین دو غیر هم جنس باشد. بنابراین اگر در خلال مدت عقد، شرط مذکور منتفی گردد، عقد منفسخ می شود.

توجیه دیگری که به استناد آن، از نظر مذکور دفاع می نمایند، این است که چون عقد نکاح از عقود مستمر بوده و لازمه بقای عقد این است که شرایط صحت عقد باید در ابتدا و ادامه عقد وجود داشته باشد و به لحاظ این که در زمان انعقاد نکاح، طرفین، به ظاهر جنسیت مخالف هم داشته اند، با توجه به حجیت ظواهر، دلیلی بر بطلان وجود ندارد و نکاح در مرحله انعقاد، صحیح منعقد شده ولی به لحاظ این که در خلال مدت نکاح - که تغییر جنسیت انجام شده است و دو جنس مخالف، هم جنس شده اند - اقتضا و امکان بقای عقد از بین رفته است و در نتیجه عقد منفسخ می شود. علیرغم این که تغییر جنسیت و تأثیر آن در عقد ازدواج در قانون مدنی به سکوت واگذار گردیده و لیکن با قیاس عقد نکاح با سایر عقود مستمر همچون، عقد اجاره، انتفای موضوع قرارداد در خلال مدت آن یکی از موجبات انفساخ عقد محسوب می گردد.^۳ به موجب ماده ۴۸۱ قانون مدنی «هرگاه عین مستأجره به واسطه عیب از قابلیت انتفاع خارج شده و نتوان رفع عیب نمود، اجاره

^۱ - احمد محمد کنعان، ۱۴۲۰، الموسوعة الفقهية، ص ۲۸۵.

^۲ - عبدالرسول دیانی، ۱۳۷۹، حقوق خانواده، ص ۵۲، شیخ محمد مومن قمی، ۱۴۱۵، کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة، ص ۱۱۱.

^۳ - فخرالدین اصغری آقمشهدی و همکار، پیشین، ص ۴.

باطل می شود» ، ماده ۴۹۶ نیز مقرر می کند : « عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل می شود ...» بنابراین ، آنچه که از مواد مذکور و مواد دیگری که در خصوص مزارعه و غیره مقرر شده استفاده می شود ، این است که در صورتی که عین مستأجره از ابتدا قابل انتفاع بوده و در اثناء مدت از قابلیت افتاده باشد ، از آن به بعد اجاره منفسخ می شود.^۱ لذا هر چند قانونگذار در دو ماده مزبور از واژه بطلان استفاده کرده است ، ولی چنان که مؤلفان حقوقی^۲ نیز نوشته اند منظور از واژه بطلان در این مواد انفساخ اجاره است .

البته توجه فوق در خصوص انفساخ ازدواج خنثی بدنی و خنثی روانی متفاوت می باشد ؛ چرا که وضع خنثای بدنی ظاهر در این است که دارای علائم جنسی دو جنس است و بر مبنای اماره غالب بودن علامت جنسیت یک جنس بر دیگری ، اقدام به ازدواج نموده و فقیهان نیز در صورت غلبه یک جنس بر جنس دیگر در افراد خنثی ازدواج او را جایز دانسته اند و لیکن به لحاظ این که نقش جنسیت در نکاح چنان اساسی و مهم است که عرفاً می توان گفت : ماهیت عرفی موضوع قرارداد محسوب می شود و اشتباه در چنین ماهیتی موجب بطلان قرار داد می شود . ماده ۲۰۰ قانون مدنی « اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد » با این که از ظاهر ماده بر می آید که ضمانت اجرای اشتباه در خود موضوع معامله « عدم نفوذ » عقد است ، از نظر منطقی بطلان عقد ترجیح دارد به ویژه در مواردی که اشتباه صورت نوعی و متعلق خارجی قصد است .^۳ در نتیجه در این مورد نمی توان با استناد به حجیت ظواهر ، تغییر جنسیت را موجب انفساخ نکاح دانست . بلکه به لحاظ اشتباه در ماهیت موضوع قرارداد ، تغییر جنسیت هر یک از زوجین موجب بطلان نکاح می گردد .

در مورد خنثای روانی (ترانسکسوال ها) نمی توان انحلال ازدواج از تاریخ تغییر جنسیت را به لحاظ انفساخ نکاح دانست ؛ چون در بدن او علائم جنسی یک جنسیت وجود دارد و عرفاً اشتباهی محقق نشده است و نکاح در زمان انعقاد صحیح منعقد شده است و به لحاظ این که اولاً؛ موارد فسخ نکاح در قانون مدنی تصریح گردیده (ماده ۱۱۲۲، ۱۱۲۳، ۱۱۲۸) ثانیاً؛ عقد نکاح قابل مقایسه با

۱- ناصر کاتوزیان ، ۱۳۸۱، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی ، ص ۳۵۳.

۲- همان .

۳- ناصر کاتوزیان ، ۱۳۷۲، قواعد عمومی قراردادها ، ج ۱ ، ش ۲۴۵ به بعد.

سایر عقود (اجاره ، مزارعه و ...) نیست . ثالثاً ؛ در قانون مدنی نیز در هیچ موردی به انفساخ نکاح اشاره نگردیده است ، لذا مشکل می توان تغییر جنسیت را موجب انفساخ نکاح دانست .

بند دوم: نظریه بطلان نکاح

در بررسی این نظریه صوری متصور است که شامل هر یک از حالات تغییر جنسیت مطرح شده در مباحث پیشین می گردد که هر یک از آن ها به صورت جداگانه مورد بررسی قرار می گیرد :

الف) تغییر جنسیت یکی از زوجین

تغییر جنسیت یکی از زوجین به صورت دو فرض تغییر جنسیت مرد به زن و بالعکس مورد بررسی قرار می گیرد :

تغییر جنسیت زن به مرد

در صورتی که پس از ازدواج مرد و زن ، یکی از زوجین تغییر جنسیت دهد ؛ به طور مثال زن تغییر جنسیت دهد و به مرد تبدیل شود ، موضوع ازدواج ؛ یعنی عنوان « زن و شوهر » از بین رفته و از زمان تغییر جنسیت ازدواج باطل است ^۱ چون امکان بقای ازدواج وجود ندارد و ازدواج مرد با مرد مشروع نیست ^۲ و بطلان ازدواج به دلیل عدم وجود یکی از شرایط صحت آن ؛ یعنی لزوم اختلاف جنس که در قانون مدنی نیز در ماده ۱۰۶۷ مورد اشاره قرار گرفته ، امر قهری خواهد بود .

تغییر جنسیت مرد به زن

این مورد نیز ، همچون حالت قبل خواهد بود ؛ یعنی هرگاه پس از ازدواج ، مرد تغییر جنسیت دهد و به زن تبدیل شود چنان چه این از طریق انجام عمل جراحی کامل باشد در وضعیت جدید، زندگی زوجین سابق به زندگی « دو زن » تبدیل خواهد شد و موضوع ازدواج یعنی « مرد و زن » تغییر کرده و موضوع جدید ، یعنی « مرد و مرد » به وجود می آید و به لحاظ فقدان شرط لزوم اختلاف در جنسیت ، بطلان ازدواج امری بدیهی خواهد بود .

^۱ - سیدروح الله موسوی خمینی ، پیشین ، ص ۵۵۹ .

^۲ - محمد مومن قمی ، پیشین ، ص ۹۷ .

در عمل، هنگامی که سردفتر بخواهد نکاحی را واقع و ثبت کند، برای احراز اختلاف جنس به شناسنامه طرفین رجوع می کند و آن را در دفتر رسمی ازدواج به ثبت می رساند.^۱ از آن جا 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.^۲ در واقع، حکم دادگاه در این خصوص جنبه اعلامی دارد و نه انشایی.

بنابراین، طبق نظریه بطلان نکاح با انجام عمل تغییر جنسیت، موضوع عقد (یعنی مرد بودن یا زن بودن حسب مورد) از بین می رود نه خود عقد. لذا هیچ موردی برای فسخ و انفساخ نیست بلکه بقای نکاح از لحظه تغییر جنسیت غیر ممکن می گردد.

ب) تغییر جنسیت زوجین به صورت غیر همزمان

بطلان نکاح پس از تغییر جنسیت یکی از زوجین به استناد قواعد فقهی و مواد قانونی که در مبحث پیشین مطرح گردید امری قهری می باشد. گاه زوجین هر دو، یکی پس از دیگری و به صورت غیر همزمان مبادرت به انجام عمل جراحی تغییر جنسیت می نمایند؛ به طور مثال به فاصله زمانی یک سال یا دو سال زن و شوهر تغییر جنسیت می دهند؛ مثلاً جنس مرد به زن تبدیل می گردد و پس از مدتی زن نیز تغییر جنسیت داده و به مرد تبدیل می شود. حال سؤال این است که وضعیت ازدواج این دسته چگونه خواهد بود؟ آیا همچون حالت قبل ازدواج باطل است؟ یا با تغییر جنسیت مجدد علقه زوجیت حاصل شده و نیاز به عقد جدید نمی باشد؟ پاسخی که در این فرض، صرفنظر از این که کدامیک از زوجین ابتدا تغییر جنسیت دهد (زن یا مرد) باید مطرح کرد این است که، همچون حالت سابق به لحاظ این که به محض وقوع اولین تغییر جنسیت از طرف یکی از آن ها، شرط تغایر در جنسیت از بین می رود، زوجیت هم بالتبع منحل می گردد. بنابراین، چنانچه جنس مرد به زن تبدیل گردد در حالت جدید هر دو هم جنس خواهند شد و ازدواج سابق از بین خواهد رفت. حال اگر بعد از او، زوجه با تغییر جنسیت تبدیل به مرد شود علقه زوجیت حاصل نمی شود و اگر زوجین سابق دوباره بخواهند علقه زوجیت برقرار کنند بایستی خطبه عقد جدیدی بین آن ها جاری گردد.

^۱ - سید حسین صفایی، اسدالله امامی، پیشین، ص ۳۷.

^۲ - پیشین، ص ۳۸.

امام خمینی در این باره می گوید :

لوتغیرالزوجان جنسها الی المخالف فصار الرجل إمراًه و بالعکس ، فإن کان التغیر غیر متقارن فالحکم کما مر (البطلان)^۱

«اگر زن و شوهر جنسیت خود را به جنس مخالف تبدیل کنند ، به گونه ای که شوهر به زن تبدیل شود و زن به مرد تبدیل گردد ، چنان چه تغییر آن دو به صورت غیر متقارن (غیر همزمان) باشد، حکم آن مانند مورد قبل (بطلان) است.»

ج) تغییر جنسیت زوجین به صورت همزمان

بنابراین چه در مبحث پیشین مطرح گردید ، چنان چه جنسیت زن و شوهر تغییر کند و این تغییر غیرهمزمان باشد ، عقد نکاح این دو باطل می شود اعم از این که تغییر جنسیت هر یک نسبت به دیگری با فاصله زمانی اندک باشد یا نسبتاً زیاد . ولیکن چنان چه زن و شوهر ، همزمان جنسیت خود را تغییر دهند (متقارنین) در این که آیا ازدواج سابق پابرجاست یا باطل شده است ، دو نظر یا احتمال وجود دارد :

نخست آن که ، ازدواج سابق همچنان پابرجاست و نیازی به عقد جدید نیست . توضیح این که حقیقت نکاح ایجاد پیوند زناشویی میان زن و مرد (زوجیت هر یک نسبت به دیگری) است و در این فرض نیز یک زن وجود دارد و یک مرد ، و لزوم وجود تغایر در جنسیت به عنوان یکی از شروط صحت نکاح حفظ شده است و از این جهت خللی به عقد وارد نشده است . تنها ، حالت و چگونگی رابطه زوج و زوجه ، در قبل و پس از عمل جراحی تغییر کرده است . بنابراین ، زوج فعلی، قبلاً زوجه بوده ، و زوجه فعلی ، قبلاً زوج بوده که در این وضعیت جدید ، حقیقت ازدواج یعنی زوجیت هر یک نسبت به دیگری ، هم چنان به حال خودش باقی است . نهایت آن که، وظیفه هر یک با وضعیت سابق متفاوت است (مرد فعلی قبلاً نقش زوجه و بالتبع وظایف زن را (نظیر اطاعت) به عهده داشت و زن فعلی قبلاً نقش زوج و بالتبع وظایف یک مرد (نظیر پرداخت نفقه) را به عهده داشت .)

^۱ - سیدروح الله موسوی خمینی ، پیشین.

استاد بزرگوار ما امام خمینی (ره) بعید نمی داند که ازدواج آن دو باقی باشد ، اگر چه 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 .^۱

شاید ، دلیل مطلب فوق این باشد ، حقیقت نکاح ایجاد پیوند زوجیت بین مرد و زن است و این پیوند قطعاً بین آن دو نفر حادث شده است . آن گاه در فرضی که جنس دو زوج همزمان تغییر کند، در از بین رفتن رابطه زوجیت شک می کنیم و از آن جا که یکی از آن دو ، زن است بقای رابطه زوجیت که حدوثش بین آن دو معلوم می باشد ممکن است لذا در پیوند زوجیت استصحاب جاری می شود . به عبارت دیگر، بین زن و مرد زوجیت حادث شده است و بعد از تغییر جنسیت در بقای آن شک می کنیم و آن را استصحاب می کنیم .^۲

دومین فرض یا احتمالی که در این خصوص وجود دارد این است که ، ازدواج سابق دوام نداشته و در وضعیت جدید باطل گشته و طرفین برای ادامه زندگی با یکدیگر نیاز به عقد ازدواج جدید دارند.^۳ چرا که حقیقت اعتبار نکاح ، همسر یکدیگر شدن زن و مرد است و عنوان شوهر بودن زوج و همسر بودن زوجه در عقد نکاح و نقش تعهدی که هر یک انجام می دهند یک نوع عنوان اعتباری صرف و بدون خصوصیت و ویژگی شخص متعهد یا زوج و زوجه نیست که باتغییر جنسیت بتوان اعتبار مذکور را استصحاب کرد. بلکه، با توجه به تعهدات متفاوت هر یک از طرفین و موضوعیت داشتن شرایط و ویژگی شخص هر یک از طرفین برای طرف دیگر ، می توان گفت : تفاوت آن دو ذاتی و واقعی است و اقتضای قاعده تبعیت عقد از قصد (العقود تابعه للقصد) و ماده ۱۹۴ قانون مدنی ، مبنی بر لزوم توافق و تطابق قصد طرفین درباره نوع 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 نکرده اند . از سوی دیگر پوشیده نیست که زوجیت اگرچه امری اضافی است ، اما مثل اخوت ، متشابه الاطراف نیست مانند رابطه « خواهری » که بین دو زن وجود دارد یا « برادری » که بین دو مرد وجود دارد، بلکه مثل ابوت و نبوت از اضافات غیر متشابه الاطراف است ؛ یعنی بین دو طرف فقط از یک طرف نسبت خاص وجود دارد که از طرف

۱- سید روح الله موسوی خمینی ، پیشین ، ص ۵۶۵.

۲- سید محسن خرازی ، پیشین، ص ۲۴۸.

۳- محمد مومن قمی ، پیشین ، ص ۱۱۴.

دیگر آن نسبت وجود ندارد؛ مثلاً رابطه « پدری » که بین علی و جواد وجود دارد یک جانبه است و آن این که علی « پدر » جواد است.^۱ لذا شرط است که علاوه بر نسبت زوجیت بین طرفین، زوج و زوجه به گونه ای مشخص باشند که هر یک از دیگری، با اسم یا وصف موجب تشخیص یا اشاره، تمیز داده شود (به طور مثال این مرد، زوج است برای زنی که همسر است و همینطور در خصوص زن زیرا اغراض عقلاً با اختلاف زوجین، مختلف می شود و در پاسخ به صاحب نظرانی که اعتقاد به استحصال نکاح سابق پس از تغییر جنسیت مقارن زوجین دارند، این اشکال را می توان مطرح نمود که زوجین در باب نکاح، مثل دو عوض در سایر عقود می باشند، برخلاف عقد بیع که در آن غرض به خصوص مشتری یا بایع تعلق نمی گیرد، بلکه، انشا در عقد نکاح به خصوص شخص (A) به عنوان شوهر آن زن و شخص (B) به عنوان زن این مرد تعلق دارد و این خصوصیت به خاطر تبدیل شدن آن دو نفر (به جنس مخالف) باقی نیست.

نتیجه، نظریه نزدیک به صواب در خصوص تغییر جنسیت مقارن زوجین این نظر است که نکاح باطل می شود و امکان استحصال نکاح سابق وجود ندارد، هر چند امام راحل (قدس سره) دیدگاه باقی ماندن نکاح را در تحریر الوسیله برگزیده اند.

بند سوم: نظریه کشف بطلان نکاح

نظر دیگری که در خصوص تأثیر تغییر جنسیت بر نکاح وجود دارد، عبارت از این است که، تغییر جنسیت موجب معلوم شدن فقدان شرط صحت نکاح در زمان انعقاد عقد می شود و در نتیجه کشف از بطلان نکاح می نماید. به عبارت دیگر، بطلان نکاح اثر قهقرایی دارد و عقد از ابتدا باطل می شود؛ زیرا همان گونه که صاحب نظران^۲ معتقدند اختلاف واقعی جنسیت طرفین عقد نکاح، شرط صحت قرارداد است و در نتیجه اگر معلوم شود که این اختلاف واقعی نیست، بلکه ظاهری است، معلوم می شود که ازدواج بین دو جنس مخالف منعقد نشده بلکه بین دو هم جنس منعقد شده که چنین نکاحی عقلاً باطل است. همان گونه که بر مبنای لزوم وجود شرط اختلاف واقعی جنسیت، برخی معتقدند که ختنای مشکل حق ازدواج و انتخاب همسر ندارد؛ زیرا جنسیت او معلوم و

^۱ - حمید رضایی چرخلو، پیشین.

^۲ - فخرالدین اصغری آفم شهدی و همکار، پیشین، ص ۶.

مشخص نیست.^۱ بنابراین، باتوجه به عرف عقلا و نظر حقوقدانان و دقت در مواد قانونی مربوط به صحت نکاح (مواد ۱۱۲۴، ۱۱۲۳، ۱۱۲۲، ۱۰۶۷، ۱۰۵۹، ۱۰۳۵) روشن می شود که اختلاف واقعی جنسیت طرفین عقد شرط صحت نکاح است و اگر این شرط اساسی محقق نشود، عقد به طور صحیح منعقد نمی شود و در زمان تغییر جنسیت معلوم می شود که جنسیت طرفین قرارداد واقعاً اختلاف نداشته و نکاح از زمان انعقاد عقد باطل می باشد. (کشف بطلان نکاح)

این نظریه در خصوص نکاح خنثی (خنثای بدنی) 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 می شود که او در تشخیص علائم غالب اشتباه کرده و نکاح او به دلیل اشتباه در تشخیص جنسیت خویش باطل است. همان طور که حضرت امیر (ع) در پرونده مربوط به نکاح شخصی با پسر عمویش، حکم به جدایی آن دو از هم کرد و 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 می دادند.

ولی در مورد خنثی روانی (مخنث) که بعد از ازدواج اقدام به تغییر جنسیت کرده، باید دید که این عمل واقعاً تغییر جنسیت است؛ چرا که اگر در خصوص این دسته از اشخاص با تکیه بر نظریه کشف بطلان نکاح قائل به این باشیم که نکاح از ابتدا بین دو همجنس واقع شده است؛ در نتیجه از همان زمان باطل است. تصور این که زن شوهر دار، حتی با داشتن فرزند نیز ممکن است تغییر جنسیت دهد مشکل خواهد بود و این که آیا می توان پذیرفت با تغییر جنسیت کشف می شود که زن از ابتدا مرد بوده است و یا این که آیا مرد می تواند 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 آن که ماده مزبور در تغییر جنسیت زن یا مرد، جلب مشورت همسر یا فرزندان او را ضروری دانسته است.^۲ بنابراین، پذیرفتن نظریه مذکور در خصوص مخنث برخلاف خنثی (خنثای بدنی) چندان صحیح نخواهد بود؛ چرا که در خصوص

^۱ - ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۷، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۶۶.

^۲ - English Version of the Belgium Bill on Transsexualism : available on www.transaction.org

خشتای روانی نمی توان گفت کشفی صورت پذیرفته است و این افراد از همان ابتدا و قبل از عمل هم ملحق به جنس جدید بوده است بلکه بعد از اصلاح و منطبق شدن دستگاه تناسلی با روحیه او جنسیت جدید را می توان به او نسبت داد و بعد از عمل ، می توان عنوان جدید برای او معین کرد نه قبل از عمل .

گفتار ششم: تغییر جنسیت و حق ازدواج

موضوع دیگری که در خصوص اصلاح جنسیت و مسائل پیرامون ازدواج چنین اشخاصی وجود دارد، حق ازدواج پس از تغییر جنسیت است . حق بر ازدواج از جمله حقوق اولیه و اساسی است که هر شخصی از آن بهره مند و برخوردار می باشد . بنابراین ، از موضوعاتی که در بحث تغییر جنسیت مطرح می شود این است که آیا اشخاصی که مبادرت به تغییر جنسیت می کنند نیز ، از چنین حقی پس از برخورداری از جنسیت جدید (و با جنس مخالف) برخوردار خواهند بود ؟ به عبارت دیگر، هرگاه ازدواج سابق به موجب تغییر جنسیت باطل گردد ، ازدواج مجدد این شخص به چه صورتی خواهد بود ؟ آیا بعد از تغییر جنسیت ، شخص می تواند با جنس مخالف جنسیت فعلی خود ازدواج کند ؟ آیا از حق ازدواج بهره مند می گردد ؟ آیا محدودیتی وجود دارد؟ آیا حکم حرمت همچنان باقی است ؟

در حقوق برخی کشورها مانند سنگاپور ، استرالیا و برخی ایالت‌های آمریکا به حق ازدواج فردی که تغییر جنسیت داده تصریح شده است .^۱

در حقوق انگلستان در سال ۱۹۷۰ در یک پرونده^۲ یک خانم منشی با مردی ازدواج کرد و بعد خواستار طلاق خویش از دادگاه شد . قاضی رسیدگی کننده پرونده ، درخواست طلاق را رد و استدلال کرد که او قابل طلاق نیست ؛ زیرا مفهوم مونث به فهم هر شخص معمول و متعارف شامل خنثی نمی شود . 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 .^۳

^۱ - susan's transsexualism ; legal asperpts of transsexualism : available at: <http://wiki.susans.org/index.php/Transsexualism>.

^۲ -corrbbett v . corrbbett .

^۳ - علی رضا باریکلو، پیشین، ص ۱۲۴ .

در پرونده دیگری، شخصی به نام گودوین^۱ 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 نمی شناسد. 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 و اگذار 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 یا تغییر جنسیت داده از حق ازدواج می شود که این امر، نقض ماده ۱۲ کنوانسیون محسوب می گردد. ولی در بیشتر کشورهای اروپایی و ایالات امریکا، تغییر جنسیت قانوناً مجاز است و شخص می تواند از تمام حقوق مترتب بر جنسیت جدید که یکی از آنها حق ازدواج است بهره مند گردد.^۲

در حقوق ایران نیز، با توجه به این که 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 می توان چنین استنباط کرد که اگر متخصصان تشخیص دهند خنثی، ملحق به جنسیت خاصی است به طریق اولی و از باب ادله حجیت شهادت، می توان حکم به الحاق شخص به جنسیت مورد نظر متخصصان کرد و در نتیجه، او می تواند از حق ازدواج با جنسیت مخالف و سایر حقوق بهره مند گردد. البته در خصوص حق ازدواج پس از تغییر جنسیت (اعم از خنثی بدنی و روانی) قانون خاصی در حقوق ایران وجود نداشته و به نظر می رسد، رویه خاصی نیز در این خصوص موجود نمی باشد ولیکن در خصوص خنثی روانی نیز می توان گفت: با توجه به این که متخصصین تشخیص جنسیت، عواملی از قبیل علائم جنسی بدنی، گرایش های جنسی روانی، کروموزوم و شکل مغز را موثر در تعیین جنسیت شخص می دانند، اگر اولاً؛ نظر متخصصین قابل اعتماد بر این قرار گیرد که خنثی روانی باید تغییر جنسیت دهد، ثانیاً؛ با توجه به مواد ۹۵۸ و ۹۵۹ قانون مدنی مبنی بر تمتع اشخاص از کلیه حقوق مدنی و عدم امکان سلب حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از

۱-Godvin .

۲- علی رضا باریکلو، پیشین

حقوق مدنی، ثالثاً؛ اصل نوزدهم و بیستم قانون اساسی و همچنین عدم وجود منع قانونی و شرعی مبنی بر حرمت ازدواج اشخاص تغییر جنسیت داده، میتوان بیان نمود که به استناد اصل اباحه، فرد تغییر جنسیت داده می تواند با جنسیت مخالف خویش ازدواج نماید.

گفتار هفتم: وضعیت حقوقی ازدواج با افراد تغییر جنسیت یافته

با پذیرفتن حق ازدواج برای اشخاصی که تغییر جنسیت داده اند، در هر دو حالت مرد به زن و زن به مرد، حال موضوع مهم دیگری که مرتبط با این حق قابل بررسی می باشد، در خصوص افرادی است که با این گونه اشخاص ازدواج می نمایند. به عبارت دیگر، همان طور که در فصول گذشته در خصوص سیر مراحل درمانی و جراحی این گونه اشخاص مطرح گردید، مسأله عدم امکان تغییر کامل اندام جنسی و بعضاً مصنوعی بودن این اعضا در تغییر جنسیت می باشد. حال سؤالی که مطرح می گردد این است که، آیا طرف دیگر قرارداد می تواند نکاح را به علت عیب موجود در شخص تغییر جنسیت داده، فسخ کند: که در مباحث ذیل به تفکیک حالتی که زوج تغییر جنسیت داده و به زن تبدیل شده و حالت عکس آن؛ یعنی زوجه تغییر جنسیت داده و مرد شده است مورد بررسی قرار می گیرد.

بند اول: وضعیتی که زوج تغییر جنسیت داده باشد

اگر شخص تغییر جنسیت داده، زوج باشد و فاقد آلت تناسلی طبیعی باشد، می توان به طریق اولی از ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی برای زوجه استنباط حق فسخ کرد. عیوب مختص به مرد، عمدتاً عیوبی هستند که مانع از انجام وظیفه زناشویی می گردند. در بین این عیوب، خصاء، جب (مقطوع بودن آلت تناسلی) و عنن، در ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی مدنظر قانون گذار قرار گرفته اند.^۱ موضوع دیگری که می توان از ماده ۱۱۲۶ قانون مدنی استنباط نمود، لزوم عدم آگاهی زوجین از وجود عیب در طرف دیگر می باشد. بنابراین، به استناد مادتين فوق برای زوجه، در خصوص زوجی که به علت عمل جراحی تغییر جنسیت فاقد آلت تناسلی طبیعی می باشد و او نیز بدون اطلاع از تغییر جنسیت با او ازدواج نموده می توان خيار فسخ نکاح قائل شد.

^۱ - جهانگیر منصور، مجموعه قوانین با آخرین اصلاحات، قانون مدنی، ماده ۱۱۲۲ اصلاحی مصوب ۷۰/۸/۱۴.

^۲ - عبدالرسول دیانی، پیشین، ص ۲۱۲.

بند دوم: وضعیتی که زوجه تغییر جنسیت داده باشد

اگر زوجه تغییر جنسیت داده و فاقد بعضی اندام تناسلی یا زاد و ولد می تواند به طریق اولی از ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی (عیوب زن) و ماده ۱۱۲۶ (لزوم جهل به عیب) برای زوج استنباط اختیار کرد؛ زیرا در بند یک ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی، قرن موجب وجود حق فسخ برای زوج بیان شده است و به طریق اولی، در موردی که زوجه فاقد آلت تناسلی طبیعی است، می تواند از این ماده برای زوجی که قبل از ازدواج جاهل به این وضع بود، استنباط حق فسخ کرد.

البته، در خصوص موردی که در زوج و یا زوجه صفت دو جنسی ظاهر گردد، وفق نظر شیخ طوسی در مبسوط، می توان قائل به حق فسخ شد مشروط به این که، امکان نزدیکی وجود نداشته باشد.^۱ ولی نظر مشهور فقها این است که چنین موردی موجب حق فسخ نمی گردد. البته، اگر شخص کاملاً به جنس مخالف تبدیل شود یا ختنی مشکل (دو جنسی) شود، وفق نظر شیخ انصاری، ازدواج او منفسخ می گردد.^۲

گفتار هشتم: تغییر جنسیت و ازدواج با اطرافیان

موضوع دیگری که پس از تغییر جنسیت مطرح می گردد این است که آیا حکم محرمیت همچنان باقی است و وضعیت ازدواج فرد تغییر جنسیت داده با اطرافیان (محارم اعم از نسبی و سببی) چگونه خواهد بود؟

واقعیت این است که حکم محرمیت در غیر پدر و مادر، با تغییر جنسیت تغییر نمی کند؛ زیرا با وجود باقی بودن ملاک انتزاع آن دو، یعنی اشتراک در پدر و مادر بدون واسطه یا با واسطه با تغییر جنسیت، عنوان و نسبت شخص تغییر نمی کند (مثلاً برادری و خواهری از بین نمی رود) بنابراین، تغییر جنسیت برادر و خواهر، آن ها را از اخوت خارج نمی کند و همچنین در عمو و عمه و خاله و دایی، در تمام این ها همان طور که قبل از تغییر جنسیت ازدواج با آنها حرام بود و نگاه کردن هریک به دیگری جایز بود، بعد از تغییر جنسیت از خاله و دایی یا عمو و عمه بودن، خارج نمی شوند.

^۱ - محمدحسن نجفی، ۱۴۰۱ق، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۰، ص ۱۱۷.

^۲ - عبدالرسول دینانی، پیشین، ص ۲۱۸.

همچنین ازدواج با دختر خواهر زن و دختر برادر زن ، بدون اجازه زن ، بر شوهر حرام است و 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 .^۱ در خصوص ازدواج برادر و خواهر با فرزندان دیگری نیز همان طوری که قبل از تغییر جنسیت حرام بوده بعد از تغییر جنسیت نیز ازدواج با آن ها حرام است ؛ زیرا با تغییر جنسیت از خاله و دایی بودن یا عمو و عمه بودن خارج نمی شوند .^۲

اما در مورد زوجین سابق ، این که ازدواج مجدد آن ها با دیگران به چه صورتی خواهد بود و آیا محدودیتی وجود دارد یا خیر ، دارای صور مختلفی است :

اول : هرگاه 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 آن ها حرام است .

علاوه بر این عموم آیه « حرمت علیکم أمهاتکم و بناتکم ... »^۳ 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 آن ها بر مرد جدید حرام است .

دوم : هرگاه جنس پدر تغییر کند و به زن تبدیل شود ، ازدواج او با پسرانش به ضرورت و تنقیح مناطق قطعی حرام است و ذکر نشدن آیه در ادله ، مانع حرمت آن نیست .^۴

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 ازدواج های حرام را بیان می کند ، او را نیز در بر می گیرد ، به این دلیل که ضمیر در آیه « ... و حلائل ابنائکم » فردی را که تازه جنسیت مرد پیدا

^۱ - سیدمحسن خرازی ، پیشین، ص ۲۶۶.

^۲ - فخرالدین اصغری آقمشهدی و همکار ، پیشین ، ص ۱۹.

^۳ - سوره نساء ، آیه ۲۳.

^۴ - سیدمحسن خرازی ، پیشین، ص ۲۶۶ .

کرده است ، نیز شامل می شود . علاوه بر آن ، اصل استصحاب نیز بر حرام بودن ازدواج با حلیله پسر حکم می کند ؛ زیرا دست کم عموم دلیلی که بر حرام بودن حلیله پسر دلالت می کند اجمال دارد و این اجمال به عموم « احل لکم ماوراء ذلکم » نیز جریان پیدا می کند . بنابراین دلیل اجتهادی بر جایز بودن ازدواج با حلیله پسر وجود ندارد . پس نوبت به استصحاب می رسد و مقتضای آن این است که پس از انشای عقد ، نباید به عموم « احل لکم ماوراء ذلکم » ترتیب اثر داد . در نتیجه ازدواج با حلیله پسر حرام است .^۱

در خصوص تغییر جنسیت حلیله پسر و تبدیل شدن به مرد و ازدواج او با مادرشوهر پیشین نیز برخی به دلایل فوق تمسک بسته و آن را حرام می دانند و برخی از صاحب نظران نیز به لحاظ عدم وجود دلیلی بر حرام بودن آن و عموم آیه « و احل لکم ماوراء ذلکم » بر جایز بودن ازدواج آن دو نظر داده اند .^۲

مبحث دوم: حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر

طرح بحث

عقد ازدواج نیز به مانند سایر عقود موجد حقوق و تکالیفی است که بر عهده طرفین آن قرار می گیرد. این تکالیف و حقوق در دو جنبه مالی و غیر مالی خلاصه می گردند. حقوقدانان در تعریف این حقوق چنین گفته اند : حق غیر مالی امتیازی است که هدف آن رفع نیازمندی های عاطفی و اخلاقی انسان است.^۳ حق مالی نیز امتیازی است که حقوق هر کشور ، به منظور تأمین نیازهای مادی اشخاص به آن ها می دهد. به اجمال هر کجا که تکلیف ، متضمن مبلغی باشد، چنین وظیفه ای بر عهده مرد است و هر جا که پای تمکین و اطاعت در میان باشد ، بر عهده زن گذاشته شده است . این حقوق و تکالیف به مجرد انعقاد عقد ازدواج - در صورتی که به طور صحیح واقع شده باشد - بر عهده زوجین قرار می گیرد (۱۱۰۲ قانون مدنی) . لذا به نظر می رسد ، مقصود از روابط زوجیت صرفاً مسائل جنسی نبوده و روابط زوجیت مطلق و دارای معنایی گسترده است و همه روابط شخصی (غیر مالی) و مالی زوجین را در بر می گیرد و تخصیص آن به مسائل جنسی با معنای لغوی و

^۱ - محمد مومن قمی ، پیشین ، ص ۱۱۲ .

^۲ - همان .

^۳ - ناصر کاتوزیان ، ۱۳۷۷، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران ، ص ۲۵۶ .

عرفی این کلمات وفق نمی دهد ، لذا تکالیف و حقوق زوجین بر دو نوعند ، تکالیف غیر مالی و تکالیف مالی که در مباحث ذیل هر یک به طور جداگانه مورد بررسی قرار گرفته و اثر تغییر جنسیت هر یک از زوجین بر تکالیف و حقوق مذکور بیان می گردد.

گفتار اول: تکالیف و حقوق غیر مالی (شخصی)

تکالیف غیر مالی که بر عهده زوجین قرار داده شده به شرح ذیل می باشد :

بند اول: تکالیف مشترک زوجین

الف) حسن معاشرت

معاشرت (بضم میم و فتح شین) به معنای باهم زندگی کردن ، با یکدیگر دوستی و آمیزش داشتن است.^۱ در بین تکالیف غیر مالی که قانونگذار بر عهده زوجین قرار داده ، تکلیف به حسن معاشرت با همدیگر است. این تکلیف وفق ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی بر عهده زن و شوهر قرار گرفته، ولی دقیقاً مصادیق آن بیان نشده و معلوم نیست مثلاً چه کاری سوء معاشرت محسوب می گردد ، البته اهمیت حسن معاشرت تا آن جایی است که خداوند متعال در آیه ۱۹ سوره نساء می فرماید : «با همسرانتان با اخلاق نیکو معاشرت نمایید». و به نظر می رسد هر امری که احترام و محبت را در این رابطه خدشه دار کند و یا از نظر عرف ناپسند تلقی گردد ، سوء معاشرت است. لذا برای تعیین مصادیق آن باید به عرف مراجعه کرد. چه بسا تکلیف به سکونت در زیر سقف واحد می تواند یکی از مصادیق بارز حسن معاشرت باشد. ضمانت اجرای این تکلیف ، آن است که زن در صورت سوء معاشرت ناشزه محسوب می شود و نفقه او ساقط خواهد شد و نیز ، شوهر می تواند الزام وی را از دادگاه بخواهد . اگر شوهر سوء معاشرت داشته باشد زن می تواند اجبار وی را از دادگاه بخواهد و اگر ادامه زندگی به دلیل عدم حسن معاشرت شوهر به حد عسر و حرج زن رسیده باشد وی می تواند با استناد به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی تقاضای طلاق کند.

ب) معاضدت

دیگر تکلیف غیر مالی بر عهده زوجین ، تکلیف معاضدت و همکاری است . هدف اصلی ازدواج ، همکاری در زندگی و اشتراک مساعی زن و شوهر در تامین سعادت و رفاه خانواده است. در این

^۱ - حسن عمید، پیشین، ص ۱۱۰۰.

راستا وفاداری زن و شوهر از لوازم تشیید مبانی خانواده شمرده شده است.^۱ در این رابطه ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی دو مصداق از مصادیق معاضدت را بیان نموده و می گوید: «زوجین باید در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد به یکدیگر معاضدت نمایند.»

«تشیید»؛ یعنی استحکام بخشیدن و محکم نمودن و «معاضدت» از باب مفاعله به معنای از بازوی همدیگر در خدمت به یکدیگر، بهره بردن است.

یکی دیگر از اهداف ازدواج، بقاء نسل و آماده کردن مردان و زنان آینده سرزمین است. پس تربیت اولاد، امر مهمی است که معاضدت زوجین را می طلبد و روابط گرم و حسنه در خانواده از ملزومات آن است. اعتقاد بر آن است که، در صورت عدم معاضدت هریک از زوجین طرف دیگر می تواند به دادگاه مراجعه و الزام وی را بخواهد.

اما برخی چون محقق داماد، این ماده را فاقد ضمانت اجرایی و آن را صرفاً یک دستور اخلاقی می داند؛ زیرا انجام خدمات منزل و مدیریت خانه و حتی تربیت اولاد از وظایف شرعی زن محسوب نمی شود.^۲

ج) تکلیف به وفاداری

تکلیف به وفاداری نسبت به همدیگر نیز از وظایف زوجین است؛ بدین معنی که زن و شوهر از برقراری رابطه نامشروع با دیگران بپرهیزند. البته، اختیار همسر دیگر، با رعایت مقررات، منافاتی با وظیفه وفاداری، به مفهومی که در اینجا مورد نظر است، ندارد. اگر چه این تکلیف، صریحاً در قانون مدنی ذکر نشده، لیکن عرف و عادت مسلم و مقررات مربوط حاکی از وجود آن در حقوق ایران است. مضافاً این که باید گفت تکلیف به وفاداری به معنای عدم ارتکاب عمل نامشروع، بر عهده هر دوی زوجین قرار داده شده است.

^۱ - ناصر کاتوزیان، حقوق خانواده، پیشین، ش ۱۳۰.

^۲ - سید مصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۲۸۶.

بند دوم : ریاست شوهر بر خانواده

از ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی مطلب فوق را در می یابیم . ماده ۱۱۰۵ : «در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص شوهر است». باید گفت که در حقوق کشورهای بسیاری، همانند حقوق ایران ، ریاست خانواده بر عهده مرد نهاده شده است.

در حقوق ایران ، این ماده بر مبنای فقهی آیه ۳۴ سوره نساء است : « الرجال قوامون علی النساء» در تحلیل این آیه ، مرد به عنوان ستون خانواده معرفی می شود که همان نقش قائم و نگهدارنده را دارد.

ریاست خانواده از امور مربوط به نظم عمومی است و شوهر نمی تواند به اختیار یا ضمن یک قرارداد خصوصی از آن بگذرد . از آثار ریاست شوهر حق تعیین مسکن است (ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی) علاوه بر آن ، شوهر می تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیت خود یا زن باشد ، منع کند . (ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی)

از دیگر آثار ریاست مرد بر خانواده ، تکلیف تمکین برای زن است . تمکین به دو معنای عام و خاص است . تمکین به معنای عام آن است که زن ریاست مرد بر خانواده را بپذیرد و در حدود عرف و قانون کلام شوهر را اطاعت کند . تمکین به معنای خاص آن است که زن نزدیکی جنسی با شوهر را به طور متعارف بپذیرد و جزموردی که مانع موجهی داشته باشد از برقراری رابطه جنسی با او سرباز نزند.

گفتار دوم: تکالیف و حقوق مالی

ازدواج تنها یک قرارداد غیر مالی و اخلاقی نیست ، بلکه دارای برخی جنبه های مالی نیز می باشد. از جنبه های مالی ازدواج می توان مهر و نفقه و ارث را نام برد . در حقوق ما به تبعیت از فقه امامیه ، زوجین از نظر مالی استقلال کامل دارند . در مقابل ، در حقوق برخی از کشورها؛ مثل آمریکا و بعضاً فرانسه ، بعد از عقد بین زوجین یک نحوه شرکت مدنی^۱ به وجود می آید. در ماده ۱۱۱۸ قانون مدنی ما تصریح شده که « هر کدام از زوجین مستقلاً می توانند در دارایی خود هر گونه

^۱ - عبدالرسول دیانی ، پیشین، ص ۱۶۸.

تصرفی را که می خواهند بکنند». به هر حال ، در این وضعیت استقلال مالی هر کدام از زوجین ، بایستی تکلیف هزینه های امرار معاش خانواده و فرزندان را معین نمود.

در بین تکالیف مالی ، نخستین تکلیف وظیفه پرداخت مهر است که بر عهده زوج به مجرد عقد ازدواج قرار می گیرد .معمولاً مهر به صورت یک مبلغ معین می باشد که در هنگام عقد بر ذمه زوج واقع می شود.در این بین دومین و مهمترین تکلیف مالی که قانون بر عهده مرد گذاشته،تکلیف پرداخت نفقه می باشد که به صورت مستمر بر عهده مرد است. البته در قوانین و مقررات موضوعه و کتب حقوقی در صورت انحلال نکاح به ویژه در اثر طلاق ، حقوقی برای زوجه تصور گردیده که از جمله می توان به اجرت المثل ، نحله اجباری ، مقرری ماهانه و تنصیف دارایی نام برد که به لحاظ این که روابط مالی زوجین تا آن جایی که هر کجا تکلیف متضمن پرداخت مبلغی (مالی) باشد ادامه می یابد ، لذا بر آنیم که با تحلیل و تفسیر هدف قانونگذار از تشریع حقوق مذکور ، امکان استیفا یا عدم استیفای آن را در صورت انحلال نکاح در اثر تغییر جنسیت را با استعانت از اصول فقهی و حقوقی مورد بحث قرار دهیم .ضمناً مواردی نظیراسترداد جهیزیه و هدایای نامزدی نیز که از موضوعات مطروح در فرض انحلال نکاح می باشد نیز ، به اختصار مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

گفتار سوم: اثر تغییر جنسیت بر تکالیف و حقوق غیر مالی (شخصی)

همانطور که در مباحث فوق مطرح گردید ، هدف اصلی ازدواج ، همکاری در زندگی و اشتراک مساعی زن و شوهر در تامین سعادت و رفاه خانواده است که در این راستا ، حسن معاشرت، معاضدت و وفاداری زن و شوهر از لوازم تشیید مبانی خانواده شمرده شده است و بر همین اساس ، قانونگذار نیز علاوه بر تعیین حقوق و تکالیف زوجین در قانون مدنی (اعم از مالی و غیرمالی) ضمانت اجرای تخلف از آن را نیز مشخص نموده است و در فرض تغییر جنسیت هر یک از زوجین، از آن جایی که رابطه زوجیت به دلایلی که در مباحث قبل مطرح گردید منحل می شود ، لذا به طریق اولی حقوق و تکالیف غیرمالی زوجین نیز که به منظور تحکیم اساس و بنیان خانواده می باشد نیز سالبه به انتفاء موضوع بوده و از زمان انحلال پیوند زناشویی از عهده آنان ساقط و فاقد محمل قانونی می گردد .

گفتار چهارم: حقوق و تکالیف مالی زوجین پس از تغییر جنسیت

ازدواج تنها یک قرارداد غیر مالی و اخلاقی نیست بلکه دارای برخی جنبه های مالی نیز می باشد . در حقوق ما به تبعیت از فقه امامیه ، زوجین از نظر مالی ، استقلال کامل دارند . در مقابل در حقوق برخی از کشورها مثل آمریکا و بعضاً فرانسه بعد از عقد بین زوجین یک نحوه شرکت مدنی به وجود می آید . در ماده ۱۱۱۸ ق.م تصریح شده که « هر کدام از زوجین مستقلاً می توانند در دارایی خود هر گونه تصرفی را که می خواهند ، بکنند » در بین تکالیف مالی ، نخستین تکلیف ، وظیفه پرداخت مهر است که بر عهده زوج به مجرد عقد ازدواج قرار می گیرد . دومین و مهم ترین تکلیف مالی که قانون برعهده مرد نهاده ، تکلیف پرداخت نفقه می باشد که به صورت مستمر برعهده مرد است . سوم موضوع حق ارث از همسر متوفی ، همینطور جهیز زن ، چهارم ، حق الزحمه کارهایی که در منزل شوهر به امر او انجام داده و بعد آن مواردی همچون : هزینه ازدواج ، هدایا ، تنصیف دارایی می باشد که آن چه در مباحث آتی مورد بحث و بررسی قرار می گیرد وضعیت این حقوق و تکالیف پس از تغییر جنسیت زوج یا زوجه (حسب مورد) و بالتبع انحلال نکاح می باشد .

گفتار پنجم: تغییر جنسیت و مسأله مهر

عقد نکاح چه به صورت دائم یا منقطع نمی تواند خالی از مهر باشد ، لذا از جمله حقوق مالی که پس از تغییر جنسیت زوج یا زوجه مطرح می گردد مسأله مهریه می باشد ولیکن ، حسب این که نوع ازدواج دائم یا منقطع باشد ، صاحب نظران حقوقی در تاثیر تغییر جنسیت بر مهریه ای که تعیین شده قائل به تفکیک گردیده اند که در مباحث ذیل سعی بر آن خواهد شد که هر یک از فروع آن، با تفکیک نوع مهر (مهرالمسمی، مهرالمثل و مهرالمتعه) بیان گردد.

بند اول: تغییر جنسیت و مسأله مهریه در نکاح دائم

مهر یا صداق که به فارسی کابین گفته شده است مالی است که زن بر اثر ازدواج مالک آن می گردد و مرد ملزم به دادن آن به زن می شود^۱ . نهاد مهر در حقوق ایران مبتنی بر سنت و مذهب است و نظیر آن را در حقوق غربی نمی توان یافت . مهر که از جانب مرد به زن داده می شود ، می تواند کمبود سهم الارث زن را در حقوق ما تا حدودی جبران نماید . به علاوه ، مهر در عرف نشانه ارج و

^۱ - علی اکبر دهخدا ، پیشین ، ج ۱۳ ، ص ۱۹۳۳۵.

احترامی است که مرد برای زن قائل است و برخلاف آن چه بعضی از غربیان تصور کرده اند بهای فروش زن نیست؛ زیرا اولاً؛ هیچ کس نمی تواند خود یا دیگری را در مقابل مالی بفروشد به عبارتی انسان هیچ گاه موضوع حق واقع نمی شود بلکه همیشه طرف حق است. ثانیاً؛ در خرید و فروش، قیمت باید هنگام معامله معین و معلوم باشد و گرنه قرارداد باطل است، لیکن در نکاح دائم، تعیین مهر شرط صحت قرارداد نیست و ممکن است نکاح بدون تعیین مهر واقع گردد. در این صورت، زن پس از نزدیکی مستحق مهر المثل خواهد بود.^۱ عقد ازدواج چه به صورت دائم و چه منقطع، نمی تواند خالی از مهر باشد و فقط ممکن است نوع آن تفاوت کند. فرق ازدواج موقت و دائم در مهر این است که، عدم ذکر مهر یا شرط عدم وجود آن در ازدواج دائم، موجب بطلان عقد نمی شود. حال آنکه در ازدواج موقت موجب بطلان آن می گردد. در قانون مدنی سه نوع مهر پیش بینی شده که هر یک از آنها می تواند منشأ آثار حقوقی باشد: ۱- مهر المسمی ۲- مهر المثل ۳- مهر الممتعه

حال چنان چه، به سبب تغییر جنسیت (زوج یا زوجه) نکاح باطل شود آیا پرداخت تمام مهر (صرف نظر از نوع آن) به طور مطلق بر زوج پیشین واجب است یا به طور مطلق بر عهده او چیزی نیست؟ یا در صورتی که تغییر جنسیت، پس از آمیزش انجام شده باشد، تمام مهریه و اگر پیش از آمیزش انجام شده باشد، نصف مهریه بر او واجب است؟ و یا در صورتی که تغییر جنسیت، از سوی زوجه و بدون رضایت زوج صورت گرفته باشد، چیزی بر عهده او نخواهد بود؟ در این مورد، چند فرض متصور است که در مباحث ذیل به تفکیک هر یک از فروع مطرح شده مورد بررسی قرار می گیرد.

الف) اثر تغییر جنسیت بر مهر المسمی

زن و شوهر می توانند در باب مقدار و نوع مهر با هم توافق کنند؛ یعنی در کنار عقد نکاح، قرارداد دیگری نسبت به چگونگی اجرای الزام مرد به دادن مهر منعقد سازند. این قرارداد تبعی، تابع قواعد عمومی سایر معاملات است و موضوع آن تنها جنبه مالی دارد؛ زیرا بدین وسیله مرد مالی را از بابت الزام قانونی خود به زن تملیک می کند. بنابراین، موضوع این عقد (مهر المسمی) اگر عین معین است باید در زمان عقد موجود باشد، باید مالیت داشته و قابل نقل و انتقال باشد (ماده ۱۰۷۸ قانون

^۱ - سیدحسین صفائی، اسدالله امامی، پیشین، ص ۱۴۸.

مدنی) و بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آنها بشود معلوم و معین گردد (ماده ۱۰۷۹ قانون مدنی). مرد باید، قدرت بر تسلیم مهر را داشته و مالک آن باشد (ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی)

مهر المسمی، ممکن است عین معین باشد (مانند خانه معین) یا کلی (مانند مقداری پول و چند خروار گندم) و نیز می توان حق مالی یا منفعت یا انجام کار معین را مهر زن قرارداد . برای مثال ، ممکن است آموختن علم یا صنعت یا ساختن خانه ای از طرف مرد به عنوان « مهر المسمی » معین شود .^۱

سؤالی که پس از تغییر جنسیت یکی از زن و شوهر مطرح می شود این است که ، وضعیت پرداخت مهر که از پیش تعیین شده (مهر المسمی) توسط زوج پیشین چگونه خواهد بود ؟

در پاسخ به این سؤال چهار احتمال توسط فقهای اسلامی و صاحب نظران حقوق مطرح گردیده است که هر یک به طور جداگانه مورد بررسی قرار می گیرد .

۱- نظریه 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 نکاح ، معاوضه بین بضع زن و مهر است و از آن جا که تغییر جنسیت موجب می شود که خود به خود عقد ازدواج فسخ شود ، به ناچار هر عوضی به جای اول بر می گردد ، لذا تمام مهر ملک شوهر می شود و به مقتضای آن ، زن با تغییر جنسیت مالک هیچ مقداری از مهر نمی شود.^۲ در واقع ، چنان که در سایر عقود با فسخ عقد ، عوضین به جای اول خودش بر می گردد ، در نکاح نیز با انفساخ آن ، مهر باید به زوج برگردد و چنان چه زوج هنوز مهر را نپرداخته باشد ، از پرداخت آن بری می شود .

اشکالی که بر نظر فوق وارد می باشد این است که ، همان طور که قبلاً بیان شد ، تغییر جنسیت موجب انفساخ عقد نکاح نمی شود و به فرض آن که (انفساخ نکاح) پذیرفته شود ، توجیه فوق برای عدم استحقاق مهر درست نیست ، چه آن که حقیقت نکاح ، معاوضه چیزی با مهر نیست و عقد نکاح یک عقد معوض به معنای خاص کلمه نیست تا فسخ آن ایجاب کند که مهر به مالکش برگردد ؛

^۱ - ناصر کاتوزیان ، پیشین ، ص ۱۴۰ .

^۲ - سیدمحسن خرازی ، پیشین ، ص ۲۵۲ .

زیرا این مطلب در صورتی قابل قبول است که در خارج ، انشاء فسخ واقع شده باشد مانند فسخ با
خیار یا رجوع در طلاق لذا مهر خود قراردادی مستقل و تبعی در عقد نکاح است که عدم ذکر آن
موجب بطلان نکاح نمی شود. حال آن که عدم ذکر عوض در عقود معاوضی موجب مجهول شدن
عقد و در نتیجه بطلان آن خواهد شد . (ماده ۲۱۶ ق.م. بنابرین ، با تغییر جنسیت یکی از زوجین یا
هر دو در لزوم پرداخت مهریه که قبلاً تعهد شده است ، هیچ تغییر ایجاد نمی شود . برخی از مؤلفان^۱
که تغییر جنسیت را موجب بطلان نکاح از ابتدا می دانند ، 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 نمی دانند . در حالت اول با بطلان نکاح کشف می شود که مهر به
دارایی زوجه وارد نشده و دلیلی بر تعلق مهر به زوجه وجود ندارد . در حالت دوم ، وقتی زنی
تغییر جنسیت می دهد کشف از جنسیت واقعی او می شود و ثابت می شود که در این فرض ،
شخص مونث در واقع مذکر بوده و ازدواج مذکور بین دو همجنس منعقد شده بود و چون وصلت
بین دو هم جنس منعقد شده بود و چون وصلت بین دو همجنس ، غیر مشروع است ، مهری به آن
تعلق نمی گیرد . مگر در صورتی که ، تقاضای تغییر جنسیت از سوی زوج بوده و نزدیکی صورت
پذیرفته باشد که در این صورت زوجه را مستحق مهر المثل دانسته و در توجیه آن چنین بیان
می نماید که « طبق نظریه بطلان نکاح مهرالمسمی 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 مهر المثل به
زوجه پرداخت کند .»^۲ ، در نقد نظریه مزبور چنین می توان گفت که نکاح از زمان تغییر جنسیت
باطل می شود و اثر قهقرایی ندارد .^۳ در نتیجه حق زوجه بر مهر حق مکتسبی است که با عقد نکاح
ایجاد شده و مقتضای قاعده استحباب نیز ایجاب می کند که این مالکیت حتی پس از باطل شدن
عقد ، به سبب تغییر جنسیت از بین نرود.

۲- نظریه استحقاق تمام مهر

به نظر برخی فقیهان^۴ مهر اعتبار کردن چیزی است برای زوجه ،افزون بر زوجیت . بنابراین ، مهر از
قبیل شرط ضمن عقد است و هر گاه با این شرط ، بسته شود و شارع و نیز عقلاء آن را امضاء کنند،

^۱ - محمد مومن قمی، پیشین، ص ۱۱۴، سید محسن خرازی، پیشین، ص ۲۵۲.

^۲ - علی رضا باریکلو، پیشین، ص ۱۱۵.

^۳ - فخرالدین اصغری آقمشهری و همکار، پیشین، ص ۱۰.

^۴ - محمد مومن قمی، پیشین، ص ۱۱۲.

اقتضای آن این است که زوجه مالک مهر می شود و قاعده استصحاب ایجاب می کند که این مالکیت، حتی پس از باطل شدن عقد نکاح به سبب تغییر جنسیت، بدون تفاوت میان تمام و بعض مهر، مالکیت تمام مهر برای زن باقی می ماند و پرداخت کل مهریه، چه دخول شده باشد یا نه، مطلقاً لازم است. امام راحل (قدس سره) در تحریر الوسیله این دیدگاه را قوی ترین دانسته است.^۱

شاهد این دلیل نیز روایاتی است که نمای حاصل بین عقد و طلاق را از آن زن می داند؛ مانند موثقه عبید بن زراره که می گوید: به امام صادق (ع) عرض کردم: مردی با زنی ازدواج کرد و مهر او را صد گوسفند قرار داد و سپس گوسفندان را به سوی او فرستاد و قبل از نزدیکی او را طلاق داد، در حالی که گوسفندان زاد و ولد کرده بودند، این بچه گوسفندها برای چه کسی است؟ امام (ع) فرمود: اگر گوسفندان، نزد مرد، حامله بوده اند، باید نصف گوسفندان و نصف بچه های آن ها برگردانده شوند و اگر آن زمان حامله نبوده اند، نصف گوسفندان برگردانده می شوند اما هیچ کدام از بچه ها برگردانده نمی شوند.^۲

در حدیث فوق، ظاهر لفظ «رجوع» مالکیت زن به مجرد عقد است و وقتی به مجرد عقد مالک مهر شده، هر گاه بعد از تغییر جنسیت شک کنیم آیا مالکیت او بر مهر باقی مانده یا خیر، مقتضای قاعده استصحاب این است که مهریه حتی بعد از بطلان عقد به خاطر تغییر جنسیت، به مالکیت زن باقی است و عدم دخول نیز هیچ نقشی در مقدار مهریه ندارد و زن مستحق تمام مهریه می باشد؛ زیرا مهریه به مقتضای عقد است و بعد از تغییر جنسیت به مقتضای استصحاب نیز همچنان در ملک زن باقی است و هیچ دلیلی بر الحاق تغییر جنسیت به طلاق در تفصیل دادن بین آمیزش و عدم آن وجود ندارد.^۳ ادله مخصوص طلاق است و شامل فرض تغییر جنسیت نمی شود.

۳- نظریه استحقاق تمام مهر در صورت نزدیکی و عدم استحقاق مهر در صورت عدم آن

نظر دیگر مبتنی بر این است که اگر زوجه بعد از آمیزش تغییر جنسیت داده است حق دارد تمام مهر را از زوج مطالبه کند و اگر قبل از آن تغییر جنسیت داده است، فقط حق مطالبه نصف مهر را دارد.^۴

۱- سید روح الله موسوی خمینی، پیشین، ص ۵۵۹. غلامحسین خدادادی، احکام پزشکان و بیماران، فتاوی آیت الله محمدفاضل لنکرانی، صص ۳۵۳-۳۵۲.

۲- سید محسن خرازی، پیشین، ص ۲۴۹.

۳- همان.

۴- محمد مومن قمی، پیشین، ص ۱۱۰.

برای واجب نبودن تمام مهر در صورتی که تغییر جنسیت پیش از آمیزش صورت گیرد، به روایات مستفیض و معتبری استدلال شده که واجب بودن مهر را به آمیزش وابسته می دانند. در صحیح عبدالله بن سنان، از ابو عبدالله (ع) روایت شده که گفت: «در حالی که من حضور داشتم، 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 و به وی دست نیافته، تا این که او را طلاق داده است. آیا این زن باید عده نگه دارد؟ امام فرمود: هرگاه با او نزدیکی کند غسل، مهر و عده واجب می شوند.^۱

ملاحظه می شود که با وجود آن که مورد پرسش عده و عامل آن است. امام (ع) دامنه پاسخ را گسترش می دهد و بیان می نماید که موضوع وجوب هر کدام از مهر و غسل و عده یک چیز است و آن نزدیکی و آمیزش است و هم چنین روایت دیگری که در این زمینه وارد شده است. امام (ع)، آشکارا بیان فرموده است: آن چه سبب واجب شدن تمام مهر می شود عبارت است از نزدیکی، هرگاه دخول صورت نگیرد، تمام مهر واجب نخواهد بود. براین اساس، وقتی بر اثر تغییر جنسیت یکی از زن و شوهر، پیش از نزدیکی میان آن دو جدایی افتد، تمام مهر بر شوهر واجب نمی شود.^۲

از قانون مدنی ایران نیز استنباط می گردد که وجوب پرداخت کل مهریه منوط به دخول است. قانون مدنی در ماده ۱۰۹۲ مقرر می دارد: «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.»^۳

^۱ - محمد بن حسن حر عاملی، ۱۹۸۳م، وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۶۵.

^۲ - محمد مومن قمی، پیشین، ص ۱۱۲.

^۳ - جهانگیر منصور، پیشین، ص ۳۰۵.

با توجه به آن چه گذشت ، چنان چه 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 .

طرفداران این نظریه معتقدند ، از ظاهر این روایات بر می آید که واجب بودن اصل مهر ، بر دخول بستگی دارد و لازمه آن این است که اگر جدایی پیش از دخول صورت گیرد اصل مهر واجب نباشد و حال آن که وجوب نصف مهر ، امری است که در ذهن هر فرد دینداری جای دارد . به ناچار ، باید مقصود روایات واجب بودن تمام مهر باشد و در صورت وقوع جدایی پیش از نزدیکی ، این روایات بر منتفی شدن اصل مهر دلالت ندارد . بنابراین ، نسبت به نصف مهر ، برابر قواعد عمل می شود،^۱ باقی ماندن وجوب نصف مهر بر عهده شوهر و باقی ماندن مالکیت زن بر آن .

مخالفان این نظریه بر این باورند که، روایات یاد شده به خصوص مورد طلاق انصراف دارند و شامل فرض تغییر جنسیت نمی شوند؛ و لیکن پیروان این نظریه در پاسخ می گویند: این ادعا ، هیچ دلیلی ندارد ؛ زیرا روایات در مقام بیان موضوع حکم مهر هستند. بنابراین، بهتر است قائل به تفصیل شده و اگر تغییر جنسیت پس از نزدیکی باشد ، تمام مهر واجب و اگر پیش از نزدیکی باشد نصف آن و احتیاط آن است که میان دو طرف مصالحه صورت گیرد .^۲ نتیجه این که، دلیل فوق نیز خالی از اشکال نیست، چرا که، اگر تغییر جنسیت بعد از آمیزش باشد مطلب فوق بحثی ندارد؛ زیرا مستنبط از ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی، با عقد، مهریه ملک زن می شود و می تواند آن را از شوهر مطالبه کند و با آمیزش ، تمام آن در ملک زن استقرار پیدا می کند و هیچ سببی برای انتفای آن وجود ندارد، بلکه اگر آمیزش هم نکرده باشد، مطلب از این قرار است؛ زیرا همان طور که بیان گردید، حقیقت مهر اعتباری و فرع بر اصل و ذات ازدواج است و بعد از تغییر جنسیت به مقتضای قاعده استصحاب همچنان در ملک زن باقی است و هیچ دلیلی برای الحاق تغییر جنسیت به طلاق در تفصیل دادن بین دخول و تمام مهر و عدم دخول و نصف مهر ، وجود ندارد؛ زیرا ادله مخصوص طلاق است و شامل فرض تغییر جنسیت نمی شود .

۱ - محمد مهدی کریمی نیا، مهر و آبان ۱۳۷۹، تغییر جنسیت از منظر فقهی و حقوقی، مجله معرفت، ش ۳۶، ص ۸۰ .

۲ - محمد مؤمن قمی، پیشین، ص ۱۱۴. محمد ابراهیم جناتی، ۱۳۸۲، رساله توضیح المسائل (استفتائات)، ج ۲، ص ۲۵۵.

۴- نظریه مبتنی بر اجازه زوج

اگر عمل تغییر جنسیت از سوی زوجه بدون اطلاع و اذن زوج صورت گیرد چه دخول شده باشد چه نشده باشد، مطلقاً هیچ چیز بر شوهر لازم نیست؛^۱ زیرا زوجه با اطلاع ندادن وضعیت خود به زوج موجب فریب او شده است. در نتیجه، اگر زوجه بخواهد از زوج مطالبه مهر کند، زوج نیز به استناد قاعده غرور، حق مراجعه به او را خواهد داشت و به استناد تهاوتر، دو دین طرفین نسبت به یکدیگر ساقط می گردد. دلیل دیگر، شوهر که اقدام به ازدواج نموده و مهریه را با تحقق عقد نکاح به زوجه می پردازد به این امید و هدف است که همسرش با او زندگی کند، وقتی زن به واسطه تغییر جنسیت، خود را از زوجیت خارج می سازد بر شوهر خود ضرر مالی وارد کرده و ضامن است.^۲ بنابراین اگر قبل از تغییر جنسیت مهر را دریافت کرده باید برگرداند و اگر دریافت نکرده، گرفتن آن جایز نیست.

چنان که مطرح شد، به استناد ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی «به مجرد عقد زن مالک مهر می شود...» و حتی برای احقاق حق خود می تواند به طرق قانونی، مانند رجوع به دادگاه و صدور اجرائیه ثبتی، متوسل گردد بنابراین، زن با تغییر جنسیت خویش، در واقع مالی را از شوهر خویش تلف نموده تا در قبال آن ضمانتی بر عهده او باشد و صرفاً با اقدام وی به تغییر جنسیت، زوجیت باطل گردیده و زوجیت نیز مال نیست تا زن آن را تلف کرده باشد. در واقع، با اقدام زن، موضوع عقد دچار اختلال شده نه خود عقد، لذا مالکیت زن نسبت به مهر همچنان باقی است.

نتیجه: بسیاری از فقها و حقوقدانان بر این باورند که از بین نظریات و فروعی که در خصوص اثر تغییر جنسیت بر مهریه (مهر المسمی) مطرح گردید وجه دوم قوی ترین است؛ یعنی زوج به طور مطلق باید تمام مهر را بپردازد و این موضوع ارتباطی به بحث دخول یا اجازه از شوهر ندارد. همچنین امام راحل (ره) نیز این نظر را قوی ترین دیدگاه دانسته است.

ب) اثر تغییر جنسیت بر مهر المثل

با توجه به این که نمی توان عقد دائم را بدون مهر برگزار نمود، اگر به دلیلی امکان مهر المسمی در عقد نباشد مهر المثل جایگزین آن می گردد. مهر المثل، در زبان حقوقی به مهری گفته می شود که

^۱ - یوسف صانعی، ۱۳۸۳، مجمع المسائل (استفتائات)، ج ۱، ص ۶۵.

^۲ - محمد مؤمن قمی، پیشین، ص ۱۱۴.

مقدار آن با رعایت حال زن از حیث شرافت خانوادگی و سایر صفات و وضعیت او نسبت به امثال و اقران و اقارب و هم چنین معمول محل و غیره در نظر گرفته شود». (ماده ۱۰۹۱ قانون مدنی)^۱

در فقه امامیه ، گروهی از فقها برآنند که مهر المثل نباید از مهر سنت تجاوز کند ولی در قانون مدنی این نظر پذیرفته نشده و محدودیتی در تعیین مهرالمثل نیست . در صورت بروز اختلاف، دادگاه میزان مهرالمثل را با توجه به عوامل مختلفی که در آن مؤثر است تعیین خواهد کرد.^۲

به نظر می رسد، به دلیل تفاوت در شأن مهرالمثل زوجه منقطعه با مهر المثل زوجه دائم احکام متفاوتی برای تعیین باشند و میزان مهرالمثل در عقد منقطع مثل مهرالمثل در عقد دائم نباشد.^۳

مواردی که به موجب قانون مدنی زن باید مهرالمثل بگیرد بدین ترتیب می توان خلاصه کرد:^۴

۱- در صورتی که ضمن عقد سخنی از مهر گفته نشود یا عدم استحقاق زن در گرفتن مهر شرط شده باشد ، پس از وقوع نزدیکی زن استحقاق مهرالمثل را دارد (ماده ۱۰۸۷ ق . م)

۲- در صورتی که تراضی طرفین در باب مهرالمسمی به جهتی باطل باشد و برای مهر نتوان مثل یا قیمتی معین کرد، مانند موردی که مهر المسمی مجهول باشد یا مالیت نداشته باشد (ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی) یا به علت اشتباه و سوء تفاهم در مقاد پیشنهادها تراضی محقق نشود، در این صورت نیز زن مهرالمثل می گیرد منتهی، چنان که گفته شد ، استحقاق گرفتن این مهرالمثل منوط به وقوع نزدیکی نیست .

۳- در موردی که نکاح باطل است ، ولی زن از فساد آن اطلاع ندارد ، و در اثر جهل به حکم یا موضوع عقد ، آن را درست می پنداشته است . در این حالت ، اگر نزدیکی واقع شده باشد ، زن استحقاق گرفتن مهر المثل را دارد. (م ۱۰۹۹ قانون مدنی) حال، سؤالی که در خصوص بحث تغییر جنسیت مطرح می گردد این است که، چنان چه به لحاظ هر یک از موارد فوق، زوجه مستحق مهر المثل گردد، تغییر جنسیت هر یک از زوجین چه اثری بر مهرالمثل خواهد گذاشت ؟ آیا استحقاق زوجه و یا تکلیف زوج نسبت به پرداخت مهرالمثل هم چنان باقی است ؟ یا این که در

^۱ - ناصر کاتوزیان ، پیشین ، ص ۱۴۹.

^۲ - سیدحسین صفائی ، اسدالله امامی ، پیشین ، ص ۱۶۴.

^۳ - عبدالرسول دیانی ، پیشین ، ص ۱۸۰.

^۴ - ناصر کاتوزیان ، پیشین ، ص ۱۵۰.

صورت وجود هر یک از موارد فوق، با انجام عمل تغییر جنسیت، زوجه (زنی که اکنون مرد است) مستحق چیزی نخواهد بود ؟

براساس آن چه مطرح گردید چنین استنباط می شود که، وقوع نزدیکی موجب استقرار مهرالمثل در خصوص زوجه مفوضه البضع (زنی که در عقد نکاح دائم وی، ذکری از مهر نشده ، یا عدم مهر، ضمن عقد نکاح شرط شده باشد) می گردد. بنابراین، در فرض تغییر جنسیت هر یک از زوجین، به نظر می رسد به استناد مباحث و دلائلی که در خصوص لزوم پرداخت مهرالمسمی پس از تغییر جنسیت هر یک از زوجین به استناد روایات و ادله قانونی مطرح گردید در خصوص مهرالمثل نیز مصداق می یابد. همان طور که قبلاً در روایت عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) در روابط زوجین در صورتی که نزدیکی صورت گرفته باشد «غسل» ، « مهریه » و « عده » واجب می گردد. البته درخصوص بند ۲ از موارد استحقاق مهرالمثل به زن که فوقاً به آن اشاره گردید می توان چنین بیان نمود که ممکن است از اطلاق ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی چنین تصور شود که در صورت بطلان مهر، حتی قبل از نزدیکی، زن مستحق مهرالمثل است. لیکن از آن که بنابر قول فقهای امامیه نزدیکی شرط استحقاق مهرالمثل است، می توان گفت همین راه حل مورد نظر قانونگذار بوده است^۱ و در فرض تغییر جنسیت نیز می توان به استناد دلایل فوق پرداخت مهرالمثل را در صورت وقوع نزدیکی واجب دانست.

هر چند از ظاهر روایت لزوم پرداخت مهر (صرفنظر از نوع آن) ، پس از وقوع نزدیکی مطرح گردیده و لیکن به استناد ادله احترام فروج و به دلیل این که حقیقت نکاح ، معاوضه چیزی با مهر نیست تا فسخ آن ایجاب کند که مهر به مالکش برگردد، مضافاً این که باطل شدن نکاح به سبب تغییر جنسیت به معنای فسخ آن نیست . زیرا، فسخ در صورتی در خور پذیرش است که از قبیل فسخ به سبب خیار و یا رجوع در طلاق باشد که در فرض تغییر جنسیت چنین نیست و باطل بودن نکاح بر اثر نبود امکان بقای اعتبار زوجیت است. بنابراین، چنان چه بعد از وقوع عقد نکاح دائم و قبل از تغییر جنسیت هر یک از زوجین، رابطه زناشویی بین آن ها برقرار گردیده باشد مهرالمثل بر ذمه زوج باقی و زن مستحق دریافت آن خواهد بود .

^۱ - سیدحسین صفایی، اسدالله امامی، پیشین ، ص ۱۶۴.

البته برخی از مؤلفان حقوقی^۱ که تغییر جنسیت را موجب بطلان نکاح از ابتدا می دانند بین صورتی که تغییر جنسیت از جانب زوج باشد یا زوجه قائل به تفصیل شده و در صورت تقاضای تغییر جنسیت از سوی زوج و تحقق آمیزش، زوجه را مستحق مهرالمثل دانسته اند و در توجیه آن نیز چنین بیان داشته اند که طبق نظریه بطلان نکاح، مهرالمسمی هیچ وقت به زوجه تملیک نشده است ولی چون با او آمیزش شده به استناد ادله احترام فروج و ماده ۱۰۹۹ قانون مدنی باید مهرالمثل را به زوجه پرداخت نماید. که همین نظر، صرفنظر از ایراداتی که به آن وارد شده و در مبحث اثر تغییر جنسیت بر مهرالمسمی به آن ها اشاره گردید، می تواند موید نظریه استحقاق زوجه نسبت به مهرالمثل باشد. مضافاً این که، با وقوع نزدیکی زن استحقاق مهرالمثل را پیدا کرده و موجبی برای سقوط حق او نیست و اصل، بقاء حق است. لذا در این حکم تفاوتی نمی کند که علت انحلال نکاح، طلاق یا فسخ یا فوت یا موارد دیگر نظیر تغییر جنسیت باشد. بنابراین، زن می تواند حتی بعد از انحلال نکاح حق خود را مطالبه کند و چنان چه قبل از مطالبه آن فوت نماید این حق به ورثه او انتقال می یابد که در خصوص موضوع بقاء حق زن نسبت به مهرالمثل در صورت وقوع نزدیکی قبل از تغییر جنسیت، علیرغم وجود خلأ قانونی، برخلاف موارد طلاق (ماده ۱۰۹۳ قانون مدنی) و فسخ (ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی)، به استناد قواعد عمومی نمی توان هیچ گونه تردیدی را مطرح نمود.

ج) اثر تغییر جنسیت بر مهرالمتعّه

متعّه به ضمّ میم در لغت به معنای آن چه که از آن تمتع و برخوردار می شود^۲، شکار و خوراکی که از آن برخوردار می یابند^۳، متعه زنان را از آن جهت متعه گویند که آن مورد انتفاع است تا مدتی معلوم، طبق ماده ۱۰۹۴ قانون مدنی: «برای تعیین مهرالمتعّه حال مرد از حیث غنا و فقر ملاحظه می شود» با توجه به مفاد ماده فوق «مهرالمتعّه» مهری است که در فرض وقوع طلاق قبل از تعیین مهر و قبل از نزدیکی به عهده مرد قرار می گیرد و اختصاص به جدایی از طریق طلاق دارد و چنانچه جدایی از طریق فوت یا فسخ انجام گیرد چنین مهری بر ذمه زوج نخواهد بود. به عبارت دیگر، مهر المتعه در موردی مصداق پیدا می کند که مهر در عقد دائم ذکر نشده باشد و شوهر قبل از نزدیکی و

^۱ - علیرضا باریکلو، پیشین، ص ۱۱۵.

^۲ - علی اکبر دهخدا، پیشین، ج ۲، ص ۱۷۸۲۲.

^۳ - جبران مسعود، ۱۳۷۲، فرهنگ الفبایی الرائد (عربی به فارسی)، ص ۱۵۳۷.

تعیین مهر زن خود را طلاق دهد. بدیهی است الزام بدان مخصوص عقد دائم است نه عقد منقطع^۱. هم چنین در صورت فوت شوهر قبل از تعیین مهر و قبل از نزدیکی، زن مستحق چیزی نیست. در حقوق بعضی از کشورهای عرب، مهرالمتعه را در معنایی معادل نحله اجباری گرفته اند^۲ که توضیح آن در مطالب آتی مطرح خواهد شد.

برخلاف مهر المثل، برای تعیین مهر المتعه، وفق ماده ۱۰۹۴ (قانون مدنی) «حال مرد از حیث غنا و فقر ملاحظه می شود». پرداخت مهرالمتعه از ناحیه زوج به نظر فقهای امامیه الزامی است، ولی به نظر علمای عامه امری مستحب است^۳، مستند از کتاب خدا به آیه شریفه زیر تمسک شده:

«لا جناح علیکم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن او تقرضوا لهن فريضه و متعوهن علی الموسع قدره و علی المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً علی المحسنین»^۴

«بزهی نیست بر شما اگر زنان را قبل از نزدیکی و قبل از قراردادن مهریه، طلاق دهید و متعه دهید آنان را با متاعی نیک، بر شخص متمکن به اندازه خویش و بر مستمند به اندازه خویش، این امر وظیفه ای است بر نیکوکاران».

بنابراین، مهرالمتعه و مهرالمثل در موردی معین می شود که یا در عقد ذکری از مهر نشده باشد یا تراضی طرفین در باب مهرالمسمی باطل اعلام شود، و از این حیث باهم شباهت دارند، ولی میان آن ها سه تفاوت اساسی وجود دارد:

۱- در تعیین مقدار مهر المثل صفات و حال زن ملاک است، ولی مهرالمتعه به تناسب دارایی مرد معین می شود.

۲- مهرالمثل به طور معمول در صورتی داده می شود که بین زن و مرد نزدیکی واقع شده باشد، ولی مهرالمتعه اختصاص به نکاحی دارد که پیش از نزدیکی به طلاق منتهی گردد.

^۱ - ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۷۶.

^۲ - عبدالرسول دیانی، پیشین، ص ۱۸۱.

^۳ - محمدحسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ۱۴۰۱ق، ج ۳۱، ص ۵۱. المامقانی، شیخ عبدالله، مناهج المتقین فی فقه ائمه

الحق و الیقین، ۱۹۳۲م، ص ۳۶۴.

^۴ - سوره بقره، آیه ۲۳۶.

۳- استحقاق زن در گرفتن مهرالمثل بعد از نزدیکی ایجاد می شود ، خواه زوجیت ادامه یابد ، یا در اثر طلاق یا فوت یا فسخ نکاح منحل شود ، ولی مهر الممتعه در صورتی به زن داده می شود که پیش از نزدیکی مرد زن خود را طلاق دهد ، پس ، اگر در اثر فوت یکی از زوجین یا خیار فسخ یا درخواست طلاق از طرف زن نکاح از بین برود ، زن حق مطالبه مهرالمتمعه ندارد.

حال با توجه به تفاوت هایی که در خصوص مهرالمثل و مهرالمتمعه مطرح گردید می توان اثر تغییر جنسیت بر این نوع را به نحو روشنی بیان نمود . همان طور که در مطالب فوق مشاهده گردید وجه اصلی تمایز تعلق مهرالمثل و مهرالمتمعه به زوجه وقوع یا عدم وقوع نزدیکی در حالتی است که یا در عقد ذکری از مهر نشده باشد یا تراضی طرفین در باب مهرالمسمی باطل اعلام شود. به لحاظ تفاوت میان انحلال نکاح به وسیله طلاق با حالت جدایی به وسیله فوت در مورد مفوضه البضع ، که در صورت اخیر چیزی بر عهده زوج نیست و در حالت قبلی مهرالمتمعه به عهده زوج می باشد می توان گفت که در صورت تغییر جنسیت هر یک از زوجین نیز چیزی بر عهده زوج نیست . به عبارت دیگر در صورتی که میان زوجین رابطه نزدیکی واقع نگردیده و زوجه نیز مفوضه البضع باشد و هریک از آنان با انجام عمل تغییر جنسیت به جنس مخالف (زن یا مرد حسب مورد) تبدیل شوند به دلیل روایتی که در این خصوص از امام صادق (ع) که حلبی از آن حضرت نقل کرده متضمن این مضمون است که در صورت فوت زوجه مفوضه البضع حق مطالبه مهرالمتمعه ندارد .^۱ هم چنین به این دلیل که اولاً ؛ لزوم پرداخت مهرالمتمعه مسئله ای خلاف اصل است ، ثانیاً ؛ قرآن مجید نیز تنها در صورت وقوع طلاق آن را متذکر شده و نامی از جدایی با مرگ یا موارد دیگر به میان نیاورده ثالثاً ؛ قانون مدنی هم به پیروی از فقه امامیه در ماده ۱۰۸۸ در صورت مرگ ، مهرالمتمعه را نفی نموده و در ماده ۱۰۹۳ فقط در مورد طلاق مهرالمتمعه را مقرر داشته است . لذا می توان چنین استنباط نمود که تغییر جنسیت موجب سقوط مهرالمتمعه گردیده و در صورت عدم وقوع نزدیکی و انجام عمل تغییر جنسیت چیزی بر عهده زوج نخواهد بود .

بند دوم: تغییر جنسیت و مسأله مهریه در نکاح منقطع

جواز نکاح منقطع یکی از مختصات و ویژگیهای فقه جعفری است و سایر مکاتب فقهی اسلامی آن را مجاز نمی دانند . فقهای امامیه برای دلیل جواز نکاح منقطع علاوه بر روایات متواتره^۲ از

۱ - محمدبن حسن حرعاملی، پیشین، باب ۵۸ از ابواب مهور، صص ۷۸ و ۷۹ .

۲ - محمدبن حسن الحرعاملی، پیشین، ابواب المتمعه، ج ۱۴ ، ص ۱۵۰

رسول الله (ص) از طرق عامه و خاصه و ائمه اطهار (ع) و اجماع و سیره عملی از قرآن مجید نیز به صراحت استفاده نموده‌اند: «فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن فريضة»^۱ زنانی را که برای استمتاع انتخاب می‌کنید اجور آنان را بپردازید».

برخلاف ازدواج دائم، مهر در عقد منقطع حالت رکنیت دارد به این معنا که اگر به هر دلیل باطل باشد (مثل این که قابل تملک نبوده یا مجهول باشد)، یا تعیین نگردد موجب بطلان عقد می‌گردد (ماده ۱۰۹۵ قانون مدنی). دلیل سرایت بطلان مهر به عقد در عقد موقت، این است که در این نوع عقد، جنبه معاوضی آن بیشتر مدنظر قانونگذار بوده است. به هر حال اگر مرد قبل از نزدیکی، مدت را ببخشد، نصف مهر را باید بپردازد ولی استقرار کل مهر بر عهده زوج، مشروط به تمکین زوجه در طول مدت می‌باشد. لذا اگر زوجه مثلاً نسبت به نصف مدت ناشزه شود، زوج می‌تواند نصف مهر را به وی ندهد.^۲ برخی از علما معتقد شده‌اند در صورتی که الزام به تمکین زوجه مقدور نباشد، به نسبت زمان نشوز از مهر وی کسر گذاشته می‌شود.^۳ اگر قبل از نزدیکی معلوم گردد که عقد باطل بوده است، زن مستحق چیزی نیست.

آن چه در مطالب پیشین بیان گردید نسبت به ازدواج دائم، تمام است اما نسبت به ازدواج موقت مطلب متفاوت است. به عبارت دیگر سؤالی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که هرگاه زنی که به واسطه عقد منقطع به زوجیت درآمده در خلال مدت عقد اقدام به تغییر جنسیت کند آیا مستحق تمام مهریه است یا خیر؟

در مورد پرسش فوق می‌توان دو نظر داد:

نظر نخست: ظاهراً ازدواج موقت به مقتضای اخبار مستفیض، از معاوضات است. به عبارت دیگر برخلاف نکاح دائم در نکاح منقطع مهر عوض بضع قرار می‌گیرد و حقیقت نکاح منقطع چیزی جز معاوضه بضع در برابر مهر نیست.

۱ - سوره نساء، آیه ۲۴.

۲ - سیدروح الله موسوی الخمینی، پیشین، ص ۲۵۸.

۳ - عبدالرسول دیانی، پیشین، ص ۱۴۹.

مانند این روایات :

الف (روایت عبید بن زراره از پدرش : به امام صادق (ع) عرض کردم : آیا ازدواج موقت تا چهار زن جایز است ؟ فرموده « تزوج منهن الفافاتهن مستاجرات »^۱ با هزار زن ازدواج کن زیرا آن ها مستأجر شما هستند .

ب) روایت محمد بن مسلم از امام باقر (ع) ، در مورد ازدواج موقت : « لیست من الاربع لانها لاتطلق و لاترث (ولا تورث) و انماهی مستاجره » ، ازدواج موقت منحصر به چهار زن نیست زیرا آن ها طلاق داده نمی شوند و ارث نمی برند (و از آن ها نیز ارث نمی برند .) همچنین زنی مستأجر است.

ج (روایت عیاشی از عبدالسلام :

به امام صادق (ع) عرض کردم : نظر شما در مورد ازدواج موقت چیست ؟ فرمود : همان فرمایش خداوند : « فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن فیضه الی اجل مسمى و لاجناح علیکم فیما تراضیتم به من بعد الفریضه »^۲ ، زنانی را که متعه می کنید واجب است مهر آن ها را بپردازید و گناهی بر شما نیست در آن چه بعد از تعیین مهر ، با یکدیگر توافق کرده اید (بعداً می توانید با توافق ، آن را کم یا زیاد کنید .) عرض کردم : فدایت شوم ، آیا ازدواج موقت نیز تا چهار زن است ؟ فرمود : تا چهار تا نیست ، همانا ازدواج موقت اجاره است .

مبانی فقهی روایات و نصوص واصله این است که نکاح منقطع هر چند از مصادیق اجاره نیست و از جهاتی با اجاره متفاوت است ولی از جهاتی هم مشابهت هایی با اجاره دارد لذا مهر در آن به منزله عوض در اجاره است بنابراین از شرایط صحت محسوب می شود .

مؤید آن این است که به نظر مشهور اگر معلوم شود که مهر ملک غیر شوهر بوده ، عقد صحیح نیست، زیرا مهر عوض بضع است و باید عوض از ملک کسی که عوض در ملک او داخل شده ، خارج شود .

همچنین مؤید آن ، ادله ای است که دلالت می کند بر این که شوهر می تواند در صورتی که زن وفا نکرد از مهر او کم کند مانند صحیحہ عمر بن حنظله :

^۱ - سید محسن خرازی ، پیشین ، ص ۲۵۴ .

^۲ - همان .

به امام صادق (ع) عرض کردم: برای مدت یک ماه با زنی ازدواج کردم و مقداری از مهر را به او ندادم (آیا این کار جایز است؟) فرمود: بله، به مقداری که خلف وعده کرده، از مهر او بردار، اگر نصف ماه بوده نصف مهر را بردار و اگر یک سوم بوده یک سوم را.^۱

قانون مدنی ایران نیز در ماده ۱۰۹۵ با پیروی از قول مشهور فقهای امامیه مقرر داشته است: در نکاح منقطع عدم ذکر مهر در عقد موجب بطلان نکاح می شود.^۲

در واقع همان طور که در مطالب فوق نیز بیان گردید یکی از تمایزهای اصلی نکاح دائم و موقت این است که در نکاح دائم، مهر رکن اصلی نیست و هرگاه در عقد ذکر نشود و یا شرط عدم مهر شود عقد باطل نیست^۳ ولی در نکاح منقطع مهر از ارکان اصلی عقد محسوب می شود لذا چنانچه در عقد منقطع مهر ذکر نشود نکاح باطل است.^۴ از سوی دیگر روایاتی وجود دارد مبنی بر این که هرگاه زن در نکاح منقطع وفا نکند و در تمام مدت معین خود را در اختیار شوهر قرار ندهد شوهر می تواند از مهر او به میزان مدتی که تخلف ورزیده کم کند.

بسیاری از فقها نیز بنابر گفته صاحب جواهر، در نکاح منقطع مرگ زن در اثناء مدت عقد قبل از وقوع نزدیکی را موجب تنصیف مهر دانسته اند و مرگ پس از نزدیکی را موجب سقوط میزانی از مهر به نسبت کل مدت عقد^۵ می دانند. حقوقدانان نیز به تبعیت از فقهای امامیه قائلند که هرگاه زوجه در عقد منقطع بعد از نزدیکی تمکین نکند زوج می تواند نسبت به مدت باقیمانده از مهر او کم کند.^۶

با توجه به آن چه گفته شد، چنین نتیجه می شود که، طبق این نظر هرگاه زنی که به عقد موقت به زوجیت مردی درآمده است در خلال مدت عقد، تغییر جنسیت دهد، از آن جایی که با عمل خود مانع از تمتع شوهر شده است در حالیکه شوهر، عوض تمتع را پرداخته یا بر ذمه گرفته است، عمل زن تخلف از مدت بوده و بر اوست که به مقدار زمانی که تخلف ورزیده مالی که از شوهر گرفته به

^۱ - محمدبن یعقوب کلینی، ۱۴۱۳، الفروع من الکافی، ج ۵، ص ۴۶۱.

^۲ - غلامرضا حجتی اشرفی، پیشین، ص ۳۴۳.

^۳ - به موجب ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی «اگر در نکاح دائم مهر ذکر نشده یا عدم مهر شرط شده باشد نکاح صحیح است...».

^۴ - به موجب ماده ۱۰۹۵ قانون مدنی در نکاح منقطع عدم مهر در عقد موجب بطلان است.

^۵ - محمد حسن نجفی اصفهانی، ۱۴۰۱ق، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۰، ص ۱۶۹.

^۶ - سید مصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۲۲۰.

او باز دهد و اگر عوض دریافت نکرده شوهر می تواند مدت باقیمانده را محاسبه کرده و به مقدار زمان تخلف، از کل مهر کسر نماید. البته اگر با اجازه شوهر تغییر جنسیت داده باشد ضامن نیست، زیرا در این صورت خود شوهر بر آن اقدام کرده است و شاید اجازه دادن او، به ابراء و بخشیدن مدت برگردد. و در این جهت، فرقی بین دخول و عدم آن نیست، چنان که صحیحه عمر بن حنظله بر آن دلالت می کند.

نظر دوم: در نکاح منقطع، هرگاه زوجه تغییر جنسیت دهد خواه قبل از نزدیکی، خواه بعد از آن، زوج ملزم به پرداخت کل مهر است. همان طور که در بررسی نظریه اول این فرع بیان شد که در نکاح دائم پرداخت کل مهر به صورت مطلق بر شوهر واجب است و طبق فتوای مشهور فقهای امامیه، در نکاح دائم فوت یکی از زوجین قبل از نزدیکی، موجب استقرار تمام مهر می گردد و از طرفی هم، تغییر جنسیت زن قبل از نزدیکی را نیز ملحق به فوت دانستیم، حال می گوئیم، همان گونه که ماده ۱۰۹۶ قانون مدنی تصریح کرده در نکاح منقطع فوت زن در اثناء مدت موجب سقوط مهریه نمی شود و هم چنین اگر شوهر تا آخر مدت با او نزدیکی نکند. ظاهراً از جهت استقرار مهر بر عهده شوهر به موجب فوت میان نکاح دائم و منقطع فرقی نیست.

از طرفی روایاتی هم که دلالت بر اجاره بودن نکاح منقطع می کنند، نمی تواند مبنای حکم قرار گیرد؛ زیرا با توجه به جنبه روحانی نکاح نمی توان آن را از مصادیق واقعی اجاره که از عقود معاوضی است محسوب کرد و کلیه ضوابط اجاره را در آن جاری کرد.^۱

بنابراین، باتوجه به ادله ای که در نظریه اول نکاح دائم (وجوب پرداخت کل مهریه مطلقاً) ذکر کردیم، تغییر جنسیت زن در نکاح منقطع نیز مثل نکاح دائم تصرف در موضوع عقد است و از جهت حکمی، همانند مرگ و ارتداد می باشد. پس زوجه سابق در نکاح منقطع طبق این ضابطه، پس از تغییر جنسیت استحقاق اخذ تمام مهریه را دارد هر چند مدت باقیمانده بسیار قابل توجه باشد.

و در آخر: به نظر می رسد از آن جایی که ظاهر نکاح منقطع معاوضی بودن آن است و دلایل محکمی از روایات و اقوال فقها نیز این ادعا را تأیید می کنند، نظر اول؛ یعنی کاستن مقداری از مهریه به نسبت مدت تخلف زوجه از ایفاء وظایف زناشویی که به واسطه تغییر جنسیت وی ایجاد شده با موازین حقوقی و فقهی تطابق بیشتری دارد.

^۱ - سید مصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۲۶۸.

گفتار ششم: تغییر جنسیت و مسأله نفقه (تأمین هزینه)

نفقه از ریشه نفق به معنای صرف کردن^۱ است. نفقه زن یا نفقه اولاد را از آن جهت نفقه نامیده اند که آن چه مرد برای همسر و فرزندانش خرج می کند به شکلی از مال وی خارج شده و صرف زندگی زن و فرزندان می شود.

از دیدگاه فقهای امامیه نفقه زوجه به معنای غذا، لباس، مایحتاج روزمره عمومی و مسکن می باشد. در ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی هم در این خصوص آمده است: «نفقه عبارت است از مسکن والبسه و غذا و اثاث البیت که به طور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد و خادم در صورت عادت داشتن زن به داشتن خادم یا احتیاج او به واسطه مرض یا نقصان اعضاء».

از آن جا که این ماده به گونه ای است که به نظر می رسد نفقه محصور در موارد ذکر شده باشد قانونگذار برای رفع ابهام، این ماده را در تاریخ ۱۳۸۱/۹/۴ به صورت ذیل اصلاح نمود:^۲

«نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت داشتن عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض».

براساس اصلاحیه فوق، بدون شک باید گفت: نفقه شامل تمام نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زوجه است و حتی مواردی هم که در ماده فوق ذکر شده به عنوان نمونه است. بر همین اساس هزینه های درمان بیماری زوجه چنانچه متعارف باشد جزء نفقه قرار خواهد گرفت مشروط بر این که به عسر و حرج زوج منتهی نشود. قاعدتاً نفقه برای ایام زوجیت است ولیکن مستنبط از مواد قانون مدنی در دو مورد بعد از انحلال نکاح هم به زن نفقه تعلق می گیرد:

۱- در ایام عدّه طلاق رجعی که شوهر در ایام عدّه حق رجوع به همسر مطلقه خود دارد (ماده ۱۱۰۹ و ۱۱۴۸ قانون مدنی)

۲- در ایام عدّه فسخ نکاح یا ایام عدّه طلاق بائن در صورتی که زن حامله باشد، مستحق دریافت نفقه است (ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی)

^۱ - محمد جعفر جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ترمینولوژی حقوق، ص ۷۱۸.

^۲ - جهانگیر منصور، پیشین، ص ۳۰۶.

همان طور که در مطالب پیشین مطرح گردید، هرگاه زوج یا زوجه تغییر جنسیت دهد و این تغییر جنسیت، واقعی باشد، طبیعی است که ازدواج سابق باطل می شود. به عبارت دیگر، علیرغم عدم ذکر تغییر جنسیت زوجین به عنوان یکی از موارد انحلال نکاح، ولیکن عملاً با تغییر جنسیت ازدواج سابق منحل می گردد و بالتبع، موضوع نفقه نیز که از احکام زوجیت و نکاح است تحت تأثیر این موضوع قرار خواهد گرفت. حال سؤالی که در این خصوص مطرح می گردد این است که پس از تغییر جنسیت یکی از زوجین و بالتبع بطلان نکاح دائم سابق، مسأله « وجوب نفقه » یا « سقوط نفقه » چگونه خواهد بود؟ در فرض تغییر جنسیت مرد (زوج) به زن و یا زن (زوجه) به مرد، آیا حکم مسأله تغییری خواهد کرد؟ هرگاه در عقد موقت، یکی از زوجین تغییر جنسیت دهد این مسأله چه تأثیری در نفقه زوجه خواهد داشت؟

بند اول: تغییر جنسیت و سقوط نفقه در نکاح دائم

مستنبط از مواد قانون مدنی^۱ شرط وجوب نفقه دو چیز است:

۱- دائم بودن نکاح

۲- تمکین زوجه

ممکن است این پرسش مطرح شود که پس از تغییر جنسیت و در وضعیت جدید، درباره وجوب یا عدم وجوب نفقه شک و تردید داریم، از آن جایی که قبل از تغییر، پرداخت نفقه واجب بوده بنابراین، پس از تغییر نیز، استصحاب وجوب نفقه جاری می گردد بنابراین در فرضی که پس از ازدواج دائم، مرد تغییر جنسیت دهد و به زن تبدیل گردد علیرغم بطلان ازدواج سابق، هم چنان موظف به پرداخت نفقه به زوجه سابق خویش می باشد. و یا در فرض تغییر جنسیت زن به مرد نیز، ازدواج سابق باطل و پرداخت نفقه به عنوان یک حکم شرعی همچنان به دلیل فوق، برعهده زوج باقی خواهد ماند. پاسخ فوق با این اشکال اساسی مواجه خواهد بود که از شرایط اساسی استصحاب « بقای موضوع » است. در این جا یقین داریم که موضوع « مرد و زن » عوض شده و در وضعیت

^۱ - ماده ۱۱۰۶ و ۱۱۰۸ قانون مدنی.

جدید ، شاهد وجود « دو مرد » یا « دو زن » هستیم، بنابراین، حکم نیز عوض شده است و مجالی برای استصحاب وجوب نفقه و سایر احکام زوجیت وجود ندارد.^۱

بنابراین ، تغییر جنسیت هر یک از زوج یا زوجه موجب بطلان ازدواج سابق و بالتبع سقوط نفقه در نکاح دائم خواهد بود .

بند دوم: تغییر جنسیت و مسأله نفقه در نکاح منقطع

چنان چه گذشت شرط وجوب نفقه دو چیز است : دائم بودن عقد ، تمکین کامل زوجه

براین مسأله اجماع محقق است^۲ و هیچ گونه قول مخالفی وجود ندارد و کما اینکه در ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی نیز این موضوع مورد تصریح قرار گرفته است : « در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد ، مگر این که شرط شده یا آن که عقد مبنی بر آن جاری شده باشد .»

بنابراین، چنان چه در عقد موقت یکی از زوجین تغییر جنسیت دهد ، در مسأله نفقه ، تغییری به وجود نمی آید ؛ چرا که پرداخت نفقه از ابتدا بر زوج واجب نبوده و پس از تغییر جنسیت نیز همین گونه خواهد بود . ولیکن، چنان چه در ضمن عقد نفقه شرط شده و یا قبل از عقد براین امر توافق شده باشد ، و عقد نیز بر این مبنی جاری شود ، به لحاظ این که چنین شرطی صحیح و لازم الوفاء است، لذا اعطای نفقه همانند عقد دائم واجب خواهد بود . سؤالی که در این حالت مطرح می گردد ، این است که اگر یکی از زوجین تغییر جنسیت دهد ، چه تأثیری بر نفقه خواهد گذاشت ؟ طبیعی است که به دلیل تغییر جنسیت عقد موقت ، فاقد موضوع شده و باطل خواهد بود . بنابراین، با بطلان عقد، وجوب اعطای نفقه نیز که به لحاظ اشتراط برعهده زوج قرار گرفته ، از بین خواهد رفت؛ زیرا « نفقه » به عنوان « شرط » و « عقد موقت » به عنوان « مشروط » است . هرگاه مشروط منتفی گردد به دلیل این که شرط ضمن آن موجود تبعی است^۳ و وجود آن متفرع بر وجود مشروط است شرط آن نیز از بین خواهد رفت .

۱ - سید محمد صدر ، ۱۴۱۳ق، ماوراء الفقه ، ج ۶، ص ۱۳۸ و ۱۴۵.

۲ - محمدحسن نجفی اصفهانی، پیشین ، ج ۳۱، ص ۳۰۳.

۳ - سید حسن امامی ، حقوق مدنی ، ج ۱، ص ۲۷۶.

گفتار هفتم: تغییر جنسیت و مسأله عدّه

عدّه به کسر عین و فتح دال مشدّد، اسم مصدر اعتداد و گرفته شده از ریشه عدد است.^۱ در اصطلاح فقهی عبارت است از مدتی که زن آزاد پس از جدایی از شوهر یا کسی که اشتبهاً با او نزدیکی کرده در حالت انتظار است. حال فرق نمی کند علت جدایی طلاق باشد یا فسخ نکاح یا موت یا بذل مدت و یا انقضای آن.^۲ یکی از آثار انحلال نکاح این است که زن عدّه نگه دارد به موجب ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی: «عدّه عبارت است از مدتی است که تا انقضای آن، زنی که عقد نکاح او منحل شده است نمی تواند شوهر دیگر اختیار کند.»

مقررات عدّه در حقوق ایران از فقه امامیه گرفته شده است. ولی باید یادآور شد که نهاد حقوقی عدّه منحصر به فقه اسلامی و حقوق کشورهای مسلمان نیست بلکه در حقوق کشورهای غربی، از جمله فرانسه، نیز با اختلافاتی دیده می شود.^۳

با توجه به این که عدّه از آثار انحلال نکاح می باشد، نه نزدیکی جنسی بین زن و مرد، به همین جهت، نزدیکی ناشی از زنا عدّه ندارد هر چند زن حامله باشد، وطی به شبهه عدّه دارد خواه زن شوهر داشته باشد یا نه و خواه شبهه طرفینی باشد یا صرفاً از طرف وطی کننده باشد.^۴

هم چنین از این که گفته شد عدّه از آثار انحلال نکاح می باشد به این اعتبار عدّه به چهار قسم تقسیم می شود: عدّه طلاق، عدّه فسخ نکاح، عدّه وفات و عدّه بذل و انقضای مدت در عقد موقت.^۵

یکی از بحث های مطرح در موضوع تغییر جنسیت یکی از زوجین، مسأله لزوم یا عدم لزوم عدّه پس از تغییر جنسیت یکی از آن دو است. به عبارت دیگر پاسخ به این پرسش که آیا پس از تغییر جنسیت و بطلان نکاح سابق، عدّه (مانند: عدّه طلاق یا عدّه فسخ) لازم است یا خیر؟

^۱ - سیدمصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۴۴۷.

^۲ - همان.

^۳ - سید حسین صفایی، اسداله امامی، پیشین، ص ۱۰۶.

^۴ - سیدروح الله موسوی خمینی، پیشین، ص ۳۴۴.

^۵ - اسدالله لطفی، ۱۳۸۸، حقوق خانواده، ج ۲، ص ۱۷۳.

بند اول: تغییر جنسیت زوجه و مسأله عده

چنان چه زن تغییر جنسیت دهد ، ازدواج سابق باطل می شود . حال آیا بلافاصله بعد از تغییر جنسیت می تواند ازدواج نماید یا باید عده نگه دارد ؟

توضیح بیشتر این که ، اگر زوجین به دلیل طلاق یا فسخ یا انفساخ نکاح از یکدیگر جدا شوند، از دو حالت خارج نیست : یا این که قبلاً میان آن دو آمیزش وجود داشته یا نه ، در صورت اول ، زوجه لازم است پس از جدایی به مدت سه طهر یا سه ماه ، از ازدواج مجدد خودداری کند و پس از اتمام مدت عده ، مجاز به ازدواج مجدد است ، اما چنان چه قبل از جدایی میان آن دو مباشرتی نبوده و آن گاه به دلیل طلاق یا فسخ از یکدیگر جدا شوند ، زن می تواند بلافاصله با مرد دیگری ازدواج مجدد نماید و سپری کردن دوران عده ، لزومی ندارد . البته « عده وفات » در هر حال لازم است ، چه میان آن دو مباشرتی صورت گرفته باشد یا نه.^۱

با این توضیح ، این پرسش مطرح است چنان چه میان زوجین که قبلاً آمیزش صورت گرفته، زوجه تغییر جنسیت دهد، آیا نگه داشتن عده (مانند : عده طلاق یا عده فسخ) لازم است یا وی پس از تغییر جنسیت می تواند با جنس مخالف ازدواج کند ؟

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 .^۲

استدلال مزبور در خصوص عده وفات ممکن است درست باشد ولی در خصوص عده طلاق قطعاً منتفی است، چه آن که حکمت عده در مورد طلاق جلوگیری از اختلاط نسل است^۳ 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 می گردد . چون، حکم عده مانند احکام دیگر همچون حیض و نفاس از احکام مربوط به زنان است و وجوب این عناوین از نظر حدوث و

۱ - محمد مهدی کریمی نیا ، پیشین ، ص ۳۱۰ .

۲ - محمد مومن قمی ، سخنی درباره تغییر جنسیت ، پیشین ، ص ۱۰۳ .

۳ - ناصر کاتوزیان ، پیشین ، ص ۳۰۱ .

بقا دائر مدار وجود « زن » است، پس وقتی « زن » به مرد تغییر جنسیت دهد از « زن بودن » خارج می گردد و با از بین رفتن موضوع ، حکم نیز منتفی می گردد، چنان چه سایر احکام نیز با منتفی شدن موضوعشان، باقی نمی مانند مانند حرمت نگاه کردن به او و وجوب پوشش بر او.

آیت الله سید محمد صدر می گوید : تردیدی نیست که زوجه پس از تغییر جنسیت ، مشمول « احکام مردان » می گردد و « احکام زنان » از وی برداشته می شود .^۱

نتیجه این که، تعریفی که در ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی در خصوص عده مطرح گردیده « عده عبارت است از مدتی که تا انقضای آن زنی که عقد نکاح او منحل شده است، نمی تواند شوهر دیگر اختیار کند » با احتمال دوم سازگارتر می باشد .

بند دوم: تغییر جنسیت زوج و مسأله عده

اگر شوهر ، تغییر جنسیت دهد و به زن تبدیل شود، طبیعی است که ازدواج سابق وی منحل می گردد، ولی وی به عنوان « زن » ، آیا موظف به نگه داشتن عده است یا خیر ؟

این مسأله ، یعنی تبدیل مرد به زن ، تنها مورد توجه یک تن از فقیهان شیعه قرار گرفته است .

آیت الله سید محمد صدر معتقد است، نگه داشتن عده لازم نیست . وی می گوید :

« هرگاه مرد (شوهر) به زن تبدیل شود، ازدواجش باطل می شود و نگه داشتن عده بر او واجب نیست »^۲

و هم چنین می گوید :

« هنگامی که پس از تغییر جنسیت شوهر (تبدیل وی به زن) ازدواج منتفی گشت ، عده بر وی واجب نیست ؛ چون به طور قطع ، وی « زوجه مدخول بها » نبوده است . پس وی این حق را دارد فوراً (و بدون نگه داشتن عده) با هر مردی که می خواهد ازدواج کند . »^۳

۱ - سید محمد صدر ، پیشین ، ص ۱۴۴.

۲ - سید محمد صدر ، ۱۴۲۷، منهج الصالحین ، ج ۳ ، ص ۶۴۴ ، مسأله ۳۷۰۶.

۳ - همان.

دلیل مطلب آن است که، هرگاه میان زوجین مباشرت صورت گرفته باشد، نگه داشتن عده واجب می گردد، و فرض این است که شوهر به زن تبدیل گشته و وی (زن) پس از تغییر جنسیت، هنوز مباشرتی نداشته تا عده بر وی واجب باشد از این رو، وی می تواند فوراً با جنس مخالف ازدواج کند.

پرسش دیگری که پس از تغییر جنسیت زوج و بالتبع انحلال نکاح سابق مطرح می گردد این است که در این فرض آیا بر زوجه لازم است عده نگه دارد یا خیر؟ بی شک پاسخ مثبت است، چون همان طور که در مباحث پیشین مطرح گردید از جمله حکمت عده، جلوگیری از اختلاط نسل است و چون فرض این است که زوجه قبلاً با زوج (سابق) مباشرت داشته و اکنون به دلیل تغییر جنسیت شوهرش، از وی جدا شده است طبیعی است وی برای ازدواج مجدد باید عده نگه دارد.

بند سوم: تغییر جنسیت زوجه در زمان عده

هرگاه زن در دوران عده باشد، مانند: عده طلاق یا عده فسخ یا عده وفات، و در این هنگام تغییر جنسیت دهد، آیا لازم است ازدواج مجدد وی، پس از اتمام عده باشد، یا وی می تواند فوراً ازدواج کند؟

اگر جنس زن در زمان عده تغییر کند، استاد بزرگوار ما امام خمینی (ره) معتقد است عده او ساقط می شود حتی اگر در عده وفات باشد.^۱

دلیل این که عده در این هنگام ساقط است، واضح است؛ زیرا عده بر زنان واجب است و با تغییر موضوع، خروج از حکم نیز امری بدیهی خواهد بود. به عبارت دیگر، با تغییر جنسیت زن، احکام خاص زنان نیز از وی ساقط می گردد و احکام مردان بر وی جاری می شود، لذا تکمیل دوران عده نیز سالبه به انتفاء موضوع خواهد بود.

ولی، پرسشی که با توجه به فتوای امام (ره) در خصوص موضوع مطرح می گردد این است که چرا امام خمینی (ره) فرمود: « حتی عده الوفاه » یعنی حتی عده وفات نیز مانند بقیه عده ها ساقط است؟ به عبارت دیگر تأکید این امر و آوردن واژه « حتی » به چه منظور بوده است؟ رمز نهفته در عده وفات که از واژه « حتی » [در عبارت تحریر] استفاده می شود آن است که، هدف از واجب

^۱ - سیدروح الله موسوی خمینی، پیشین، ص ۵۵۹.

بودن عده وفات، نگهداری احترام شوهر یا همان « حِداد » به معنی ترک زینت به منظور احترام میت می باشد. بر این اساس، احتمال می رود که پس از تغییر جنسیت نیز، نگهداشتن عده واجب باشد. در هر صورت، دلیل بر ساقط شدن وجوب نگهداشتن عده، به طور مطلق [= حتی عده وفات] آن است که حکم عده بدون تردید از احکامی است که اختصاص به زنان دارد و احتمال ثبوت آن بر مردان وجود ندارد. بنابراین، به صرف این که زن به مرد تغییر جنسیت پیدا کند، از تحت موضوع حکم خارج می شود و وجوب نگهداشتن عده از عهده وی ساقط می گردد، همان گونه که امام (ره)، بیان کرده است.^۱

علاوه بر امام (ره)، برخی دیگر از فقهای معاصر نیز تغییر جنسیت زن در زمان عده حتی عده وفات را موجب سقوط عده می دانند که از جمله می توان از آیت الله محمد ابراهیم جنائی^۲ و آیت الله سید محسن خرازی^۳ نام برد.

گفتار هشتم: اثر تغییر جنسیت بر هزینه ازدواج

نامزدی یا وعده ازدواج، قراردادی است که بین دو نفر، به منظور ازدواج در آینده بسته می شود. بنابراین نامزدی، همان طور که در حقوق سوئیس^۴ گفته اند، یک قرارداد است، ولی قراردادی جایز که طرفین می توانند آن را فسخ کنند. ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی در این باره می گوید: « وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی کند، اگر چه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده پرداخته شده باشد. بنابراین، هریک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده می تواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده و یا از جهت صرف امتناع از وصلت، مطالبه خسارتی نماید.»

بنابراین، هیچ یک از نامزدها نمی تواند از طریق قضایی نامزد دیگر را مجبور به ازدواج نماید و صرف خودداری از ازدواج مجوز مطالبه خسارت نیست. با وجود این، اگر یکی از نامزدها در به هم زدن نامزدی مقصر باشد، نامزد دیگر می تواند با رعایت حدود مقرر در قانون مطالبه خسارت کند.

^۱ - محمد مومن قمی، پیشین، ص ۱۰۴.

^۲ - محمد ابراهیم جنائی، پیشین، ص ۲۵۶.

^۳ - سید محسن خرازی، پیشین، ص ۲۵۵.

^۴ - سید حسین صفایی، اسدالله امامی، پیشین، ص ۳۴.

ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی که در اصلاحات سال ۱۳۶۱ حذف شده چنین مقرر داشته بود^۱: «اگر یکی از نامزدها وصلت منظور را بدون علت موجهی برهم زند، در حالی که طرف مقابل یا ابوبین او یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج مغرور شده و مخارجی کرده باشند، طرفی که وصلت را بهم زده است باید از عهده خسارت وارده برآید ولی خسارات مزبور فقط مربوط به مخارج متعارفه خواهد بود.»

با این که زیان های ناشی از برهم زدن ناموجه نامزدی، بر طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی (ماده ۳۳۱ قانون مدنی و ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی)، قابل مطالبه است. در واقع برهم زدن نامزدی بدون علت موجه یک نوع سوء استفاده از حق و تقصیر است که موجب ضمان و مسئولیت مدنی خواهد بود. از جمله، از آخر ماده ۱۰۳۵ نیز می توان استنباط کرد که مطالبه خسارت در این گونه موارد ممکن است.

سؤالی که در ارتباط با موضوع تغییر جنسیت هر یک از زوجین مطرح می گردد این است که، آیا شخص تغییر جنسیت داده که به واسطه تغییر جنسیت وی وعده ازدواج (نامزدی) به هم خورده ضامن چنین هزینه ای است یا نسبت به آن مسئولیتی ندارد؟

در پاسخ به پرسش فوق باید گفت: یکی از پیامدهای حقوقی تغییر جنسیت، بررسی ضمان و جبران هزینه ای است که طرف دیگر جهت برگزاری مراسم ازدواج متحمل شده است. هرچند، همان طور که در مباحث پیشین مطرح گردید، با حذف ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی، نصوص قانونی و رویه قضایی در مورد هزینه های مطلق ازدواج ساکت است و لیکن در واقع، برهم زدن نامزدی بدون علت موجه یک نوع سوء استفاده از حق و تقصیر است، که به موجب نظریه تقصیر یا مسئولیت شخصی، موجب ضمان و مسئولیت مدنی خواهد بود و طرف دیگر می تواند، هزینه های خود را از او دریافت دارد البته به داوری عرف در این خصوص باید توجه نمود در نتیجه، اگر خارج از حدود متعارف، در برگزاری مراسم جشن هزینه شده باشد قابل مطالبه نیست. مضافاً این که طبق یک نظریه^۲ هرگاه در اثر به هم خوردن نامزدی بدون علت موجه به حیثیت و آبروی نامزد دیگر لطمه قابل توجهی وارد شود با توجه به ملاک اصل ۱۷۱ قانون اساسی و قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۲۹ (مواد ۱، ۲، ۸، ۹ و ۱۰) که جبران خسارت معنوی را به صراحت شناخته است، می توان به نامزد زیان دیده

۱- همان.

۲- سید حسین صفایی، اسدالله امامی، پیشین، ص ۳۵.

حق داد که، علاوه بر مطالبه خسارت مادی جبران زیان های معنوی را نیز بخواهد، ولیکن آن چه در خصوص تغییر جنسیت هریک از زوجین، قابل توجه و بحث است این است که، نظریه سوء استفاده از حق هر چند در اصل چهلیم قانون اساسی و سایر موارد قانونی مورد پذیرش قانونگذار قرار گرفته است ولی بر موضوع مورد بحث تطبیق نمی کند؛ زیرا از لحاظ علم پزشکی تغییر جنسیت به عنوان درمان بحران جنسی انجام می شود و عرفاً بر درمان درد، سوء استفاده از حق صدق نمی کند ولو این که 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 نمی توان حکم به ضمان هزینه ازدواج کرد.

آن چه با اصول حقوقی منطبق تر به نظر می رسد این است که، 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 می تواند به استناد قاعده غرور^۱، خسارت و هزینه متعارف مراسم ازدواج را از طرف دیگر که تغییر جنسیت داده، مطالبه کند، مگر این که طرف دیگر ثابت کند، اگر وضعیت خود را آشکار می کرد و طرف از مشکل او مطلع می شد، بازهم اقدام به ازدواج با او می کرد که در این صورت، ضامن جبران هزینه نیست؛ ولی اگر مشکل جنسی موجب تغییر جنسیت، بعد از ازدواج به وجود می آید، مشکل می توان او را ضامن هزینه های ازدواج طرف دیگر محسوب کرد، زیرا ادله ضمانی از این مورد منصرف است.

گفتار نهم: اثر تغییر جنسیت بر هدایای دوران نامزدی

گذشته از هزینه هایی که نامزدان یا خویشاوندان آن ها در دوره نامزدی می کنند، ممکن است هدایایی به وسیله هریک از نامزدها به طرف دیگر یا خویشان او داده شده باشد.

هدیه برحسب عرف و عادت و طبق تعریفی که علمای حقوق از آن کرده اند یک نوع هبه است.^۲ هبه طبق ماده ۷۹۵ قانون مدنی، عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کسی دیگر تملیک می کند. بنابراین، دریافت کننده هدیه مالک آن می شود و می تواند در آن تصرفات مالکانه نماید. نکاح نیز یکی از عقود است که، عرفاً مبتنی بر بذل و بخشش طرفین و خانواده آنان نسبت

^۱ - علیرضا باریکلو، پیشین، ص ۱۲۰.

^۲ - سیدحسین صفایی، اسدالله امامی، پیشین، ص ۳۷.

به یکدیگر است و کمتر عقد نکاحی منعقد می شود که مقدم و مؤخر بر آن ، قرارداد هبه ای منعقد نگردد .

در ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی آمده است : «هر یک از نامزدها می توانند در صورت به هم خوردن وصلت منظور هدایائی را که به طرف دیگر یا ابوین او برای وصلت منظور داده است مطالبه کند . اگر عین هدایا موجود نباشد مستحق قیمت هدایائی خواهد بود که عادتاً نگه داشته می شود ، مگر این که آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد.» ماده مذکور ناظر به هدایای دوران نامزدی است . درباره هدایای پیش از آن رابطه حقوقی دو طرف تابع قواعد مربوط به هبه اموال است .

در این که اگر هدایای نامزدی از مصادیق هبه است، پس چرا پس از تلف قابل استرداد است ؟ باید گفت : هدایایی که عادتاً قابل نگهداری است مقید بخشیده می شود و همراه با شرط ضمنی انحلال هبه در صورت برهم خوردن وصلت است (مانند حلقه نامزدی) تلف همراه با تقصیر این گونه هدایا ضمان آور است .^۱

حال موضوعی که لازم به بررسی است این است که تغییر جنسیت چه تأثیری بر وضعیت حقوقی چنین هدایایی خواهد گذاشت ؟ به عبارت دیگر در صورت تغییر جنسیت هریک از زوجین در دوران نامزدی و برهم خوردن آن، هدایای مذکور تا چه اندازه قابل استرداد خواهد بود ؟ هم چنین در دوران بعد از نامزدی و ازدواج، در صورت تغییر جنسیت هر یک از زوجین وضعیت هدایا چگونه خواهد بود ؟

همان طور که اظهار شد آن چه 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 متهد باقی است ، واهب می تواند 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، قابل استرداد است. این حکم را می توان به دوران بعد از نامزدی و ازدواج نیز تسری داد .

بنابراین، به استناد مادتين فوق ، تغییر جنسیت موجب زوال حق مالکیت متهد بر مال موهوبه نمی شود ، ولی واهب یا هدیه دهنده حق رجوع از آن را خواهد داشت و می تواند مال را به دارایی خود بازگرداند ، البته در صورتی که عین مال تغییر نکرده و در ملکیت متهد باقی باشد.

^۱ - ناصر کاتوزیان، ۱۳۸۱، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی ، ص ۶۴۵.

حال، اگر مال موهوبه تغییر کرده یا فروخته شود، آیا طرف مقابل می تواند از آن رجوع کند؟ در این صورت دو فرض را می توان در نظر گرفت: یا هدیه از چیزهایی بوده که عادتاً نگاه داشته نمی شود، یعنی از اشیاء مصرف شدنی بوده، مانند شیرینی، صابون، عطر و یا از چیزهایی است که بر حسب عادت نگاه داشته می شود، مثل ساعت و پارچه. در مورد اول، دهنده هدیه حق مطالبه قیمت نخواهد داشت. ولی در مورد دوم، مستحق بهای هدیه خواهد بود. مگر در موردی که هدیه بدون تقصیر گیرنده تلف شده باشد. از آن جا که، اصل عدم تقصیر گیرنده است، اثبات تقصیر بر عهده هدیه دهنده است. وانگهی، چون گیرنده هدیه مالک آن به شمار می آید و تصرفات او مالکانه بوده است، اثبات و احراز تقصیر او در تلف مال دشوار است. به هر حال، تقصیر شامل تعدی و تفریط است (ماده ۹۵۳ قانون مدنی) و برای تشخیص آن باید به عرف رجوع کرد. به نظر می رسد که، دهنده هدیه مستحق قیمت زمان مطالبه است نه بهای زمان دادن هدیه یا به هم خوردن نامزدی؛ زیرا در زمان مطالبه است که گیرنده تکلیف به پس دادن عین یا قیمت هدیه پیدا می کند و قبل از مطالبه، از آن جا که مالک هدیه بوده، مسئولیتی نداشته است.^۱

بنابراین، طبق ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی، گیرنده هدیه یا شخص تغییر جنسیت داده ضامن هدایا است، مگر این که 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 منطبق تر است.

آن چه در این رابطه، قوی تر و منطبق تر با قواعد حقوقی به نظر می رسد این است که با عنایت به تصریح موجود در ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی حکم ماده مربوط به دوران نامزدی است و حکم ماده ۸۰۳ ناظر به دوران بعد از ازدواج است. در نتیجه، اگر نامزدی به هم بخورد و منتهی به دوران مورد نظر یعنی دوران زناشویی نشود، موجه است که به استناد ماده ۱۰۳۷ گیرنده هدیه، ضامن هدایایی باشد که تماماً نگاهداری می شود ولی هدایای دوران ازدواج ناظر به دوران آینده نیست و گیرنده و متهب می تواند هر تصرفی در مال موهوبه انجام دهد. بنابراین، به استناد اطلاق، ماده ۸۰۳ برای این مورد مناسب تر است و فقط، طرفین یا طرف در صورتی می تواند از هدایا رجوع و خواهان استرداد آن از طرف دیگر شود که عین مال تغییر نیافته در دارایی متهب باقی باشد، چرا که، تغییر عین موهوبه باعث سقوط حق رجوع و اهب می شود هر چند مستند به فعل و تصرف متهب نباشد. و در آخر، به

^۱ - سید حسین صفایی، اسدالله امامی، پیشین، پاورقی ص ۳۷.

نظر می رسد حکم ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی را در خصوص عکس ها هم بتوان قابل تسری دانست. چرا که عکس هم نوعی هدیه محسوب و مشمول مقررات مربوط به استرداد هدایا است و اگر عکس تلف شده باشد، در صورتی که عکس مزبور عرفاً ارزش مالی داشته و تلف ناشی از تقصیر دریافت کننده باشد بهای آن قابل مطالبه است و در خصوص نامه هایی که دو طرف در دوران نامزدی برای یکدیگر فرستاده اند نظریات متفاوتی وجود دارد:

بدین نحو که برخی از حقوقدانان^۱ بر این باورند که نامه را نمی توان عرفاً جزء هدایا به شمار آورد و بر حسب عرف کسی که نامه ای دریافت می کند مالک آن محسوب می شود و از نظر حقوقی، اصولاً نمی توان او را مجبور به پس دادن نامه کرد، هر چند که وظیفه اخلاقی شخص اقتضا می کند که آن را به نویسنده بازگرداند. البته، در صورت سوء استفاده یکی از نامزدها از نامه هایی که دریافت نموده و از این راه زیانی به نویسنده نامه وارد آورد طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی مسئول و مکلف به جبران خسارت است. البته طبق نظر دسته دیگری از حقوقدانان^۲ نامه هایی که دو طرف در دوران نامزدی برای یکدیگر فرستاده اند، در صورت بقاء قابل استرداد است ولی از بابت تلف آن ها نمی توان مطالبه خسارت کرد.

گفتار دهم: اثر تغییر جنسیت بر اجرت المثل کارهای زوجه

اجرت المثل، قانونی است عام که می تواند در هر معامله ای وجود داشته باشد. ولی زمانی قابل پرداخت است که به استناد ماده ۳۳۶ قانون مدنی شروط زیر وجود داشته باشد:

الف- شخص بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید.

ب- شخص در قبال انجام کار خود، قصد مزد گرفتن داشته باشد.

ج- عمل شخص از نوع اعمالی باشد که شأن پرداخت مزد را داشته باشد.

با وجود شروط فوق، شخص در برابر انجام کار می تواند دستمزد خود را از کسی که منفعت عمل متعلق به اوست مطالبه کند و در صورت نبود این شروط، اجرت المثل محقق نمی شود.

به موجب تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام: «پس از طلاق، در صورت درخواست زوجه مبنی بر مطالبه حق الزحمه

^۱ - پیشین، ص ۳۹.

^۲ - ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۷، حقوق خانواده، ج ۱، ش ۲۹.

کارهایی که شرعاً به عهده وی نبوده است، دادگاه بدو از طریق تصالح نسبت به تأمین خواسته زوجه اقدام می نماید و در صورت عدم امکان تصالح، چنان چه ضمن عقد یا عقد خارج لازم، در خصوص امور مالی شرطی شده باشد طبق آن عمل می شود، در غیر این صورت، هرگاه بنا به درخواست زوجه نباشد و نیز تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نباشد به ترتیب زیر عمل می شود...»^۱. قید (پس از طلاق) که در شروع تبصره مذکور آمده است به موجب ماده واحده قانون تفسیر تبصره های ۳ و ۶ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۳/۶/۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام به «پس از احراز عدم امکان سازش توسط دادگاه» اصلاح شده است.

ماده واحده مزبور در مقام تأمین حقوق مالی زوجه برآمده و برای وی استحقاق اجرت المثل کارهایی را که در منزل شوهر، انجام داده پیش بینی نموده است.

استحقاق زن نسبت به اجرت المثل با شرایط مقرر آن در قانون کاملاً با موازین فقهی انطباق دارد و مطابق آن، زن می تواند برای کارهای غیر واجبی که در منزل زوج و به دستور ایشان انجام می دهد مثل شیر دادن کودک، نظافت منزل، پختن غذا و... مطالبه اجرت نماید، زیرا وظیفه اصلی و واجب او، تمکین در قبال زوج به ویژه در امور جنسی است که اصطلاحاً تمکین خاص نامیده می شود.

بند الف تبصره ۶ ماده واحده مزبور مقرر می دارد: «چنان چه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می نماید.»^۲

مبنای این ماده استیفاء از عمل غیر است که قابل پاداش و اجر بوده و منتفع آن باید اجرت المثل عمل را بپردازد، حکم مندرج در این ماده از مصادیق ماده ۳۳۶ قانون مدنی بوده که مقرر داشته است: «هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد، عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود، مگر این که معلوم

^۱ - غلامرضا حجتی اشرفی، ۱۳۷۷، مجموعه کامل قوانین و مقررات حقوقی، ص ۸۲۹.

^۲ - همان.

شود که قصد تبرع داشته است.» طبق تبصره ماده ۳۳۶ مصوب ۱۳۸۵ مجلس شورای اسلامی که مقرر داشته است: «چنان چه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت المثل باشد به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد برای دادگاه نیز ثابت شود. دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می نماید.»

اکنون با بودن تبصره مذکور، حتی در صورت سوء معاشرت زن یا سوء اخلاق وی و تقاضای طلاق توسط مرد به همین دلائل، زوجه هم چنان حق گرفتن اجرت المثل کارهای خود در منزل زوج را دارد و حتی در صورت وجود شرط ضمن عقد تنصیف دارایی نیز، مطالبه اجرت المثل امکان دارد یعنی، زن هم می تواند مطالبه اجرت المثل نماید و هم، چنان چه شرایط این شرط فراهم باشد، می تواند مطالبه نصف دارایی شوهر را نیز نماید.^۱

حال با توجه به مطالبه فوق در خصوص مطالبه اجرت المثل از جانب زوجه سؤالی که مطرح می گردد این است که در صورت انحلال ازدواج به لحاظ تغییر جنسیت هر یک از زوجین آیا زوجه هم چنان استحقاق اجرت المثل کارهایی را که در منزل زوج انجام داده است را دارا خواهد بود یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا پرداخت اجرت المثل کارهای انجام شده در منزل شوهر اختصاص به طلاق دارد و یا در صورت برهم خوردن پیوند زناشویی در اثر تغییر جنسیت نیز امکان مطالبه اجرت المثل برای زوجه باقی است؟

همان طور که در مطالب پیشین مورد اشاره قرار گرفت، اجرت المثل مقرر در ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام، ناظر به زمان طلاق زوجین است. این ماده واحده مقرر می دارد که: در هنگام طلاق، زن می تواند حق الزحمه کارهایی را که در منزل شوهر انجام داده و از نظر شرعی هم تکلیف به آن نداشته است دریافت کند.

در قانون فوق اشاره ای نشده است بر این که، آیا زنی که در اثر تغییر جنسیت از شوهرش جدا شده و پیوند زناشویی آن ها به هم خورده نیز استحقاق اجرت المثل را خواهد داشت یا خیر؟ هر چند مطابق تبصره ۶ ماده واحده در صورت انحلال ازدواج به لحاظ تغییر جنسیت هر یک از زوجین، زن مستحق اجرت المثل نیست و به استناد قانون فوق مطالبه این حق منوط به وقوع طلاق و بی تقصیری زن است ولیکن به نظر می رسد با افزودن تبصره به ماده ۳۳۶ قانون مدنی در سال ۱۳۸۵ به صراحت

^۱ - عبدالرسول دیانی، پیشین، ص ۲۸۲.

زن مستحق اجرت المثل مذکور دانسته شده است و با قانونی شدن این استحقاق وفق تبصره فوق، دیگر نمی توان گفت حکم مندرج در تبصره ۶ ماده واحد قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام، حکم عام موجود در ماده ۳۳۶ را تخصیص زده است و مطالبه این حق منوط به وقوع طلاق و بی تقصیری زن است. بنابراین، اکنون با توجه اطلاق تبصره ماده ۳۳۶ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۵ مجلس شورای اسلامی که مقرر داشته است: « چنان چه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت المثل باشد به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می نماید.» می توان، درخواست اجرت المثل را صرفاً منوط به وقوع طلاق ندانسته و در فرض انحلال نکاح به لحاظ تغییر جنسیت نیز زوجه را مستحق اجرت المثل کارهای انجام شده در منزل شوهر دانست. همچنان که، برخی از حقوقدانان حتی در فرض فوت شوهر نیز آن را به صورت بدهی بر ذمه میت (شوهر) می دانند، چرا که آن چه موضوع بحث است بهره مندی زوج از نیروی کار زوجه در ایام زناشویی است. لذا نظر به اینکه کار نیز نوعی مال است و خدمات و کار انسان نیز دارای ارزش مالی و قابل مبادله با پول است و استیفاء از کار دیگری نیز مستحق اجرت المثل می باشد، البته به موجب تبصره فوق اولاً؛ زوجه باید فعالیت خارج از وظایف زوجیت در منزل زوج انجام داده باشد مثل شستشوی لباس، شیردادن فرزند مگر در صورت ضرورت^۱ و ... ثانیاً؛ فعالیت انجام شده باید به دستور زوج انجام شده باشد، یعنی زوج از همسرش خواسته باشد تا نسبت به اموری که جزء وظایف او نیست اقدام نماید و الا اگر بدون درخواست زوج به چنین اموری پرداخته باشد مستحق دریافت اجرت المثل نیست. ثالثاً؛ زوجه فعالیتهای مزبور را با عدم قصد تبرع انجام داده باشد.

در خصوص احراز قصد عدم تبرع سؤالی که مطرح می شود این است که آیا قصد تبرع زن باید ثابت شود؟ یا قصد عدم تبرع؟ در پاسخ به این سؤال باید مدعی و منکر را شناسایی کرد و به علاوه باید دید مطابق قانون وظیفه چه کسی است که بایستی دلیل بر ادعای خود بیاورد. طبق یک تعریف مدعی کسی است که قولش خلاف اصل باشد و بنا به تعریف دیگری کسی است که سخن وی خلاف ظاهر باشد. طبق تعریف اول زوج مدعی محسوب می شود؛ زیرا اصل بر عدم تبرع است و طبق تعریف دوم زوجه مدعی است؛ زیرا قرائن ظاهری و ظاهر امر نشان می دهد که زن در خانه

^۱ - ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی.

شوهر تبرعاً کار می کند و قصد دریافت اجرت ندارد . در مقام تعارض اصل عدم تبرع و ظاهر تبرع که نوعی اماره محسوب می شود ، اماره مقدم داشته می شود، بنابراین در این جا نیز زن مدعی است و باید ثابت کند که کارهایی که در منزل شوهر انجام داده است قصد تبرع نداشته است.^۱

گفتار یازدهم: اثر تغییر جنسیت بر نحله یا بخشش اجباری

نحله به کسر نون ، سکون حاء و فتح لام به معنی بخشش و عطیه و یا به معنی بدهی و دین می باشد. راغب در کتاب مفردات گفته است به عقیده من این کلمه از ریشه نَحَلَ به معنی زنبور عسل آمده است ؛ زیرا بخشش و عطیه شباهتی به کار زنبوران عسل در دادن عسل دارد.^۲

در آیه ۴ سوره نساء در خصوص مهر زنان آمده است « و آتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نَحْلَهُ... » قرآن کریم در این آیه لفظ نحله را در کنار صدقات به کار برده و در مجموع از آن به پرداخت مهر زنان با طیب خاطر و رضایت تعبیر گردیده است . قانونگذار در ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام، برای تعیین حق الزحمه کارهایی که شرعاً به عهده زوجه نمی باشد دو فرض را در نظر گرفته ، در یک حالت زوجه را مستحق اجرت المثل و در حالت دیگر مستحق نحله دانسته است . مطابق بند ب تبصره ۶ ماده واحده مذکور ، «در غیر مورد بند « الف » (مورد اجرت المثل کارهایی که زوجه در منزل شوهر انجام داده) با توجه به سنوات زندگی مشترک و نوع کارهایی که زوجه در خانه شوهر انجام داده و وسع مالی زوج ، دادگاه مبلغی را از باب بخشش (نحله) برای زوجه تعیین می نماید».^۳

نحله، به معنا و مفهومی که در بند ب تبصره ۶ ماده واحده آمده است که بخشش اجباری از اموال زوج به زوجه است مبنای فقهی روشنی ندارد و به نظر می رسد از حقوق فرانسه الهام گرفته شده است . در خصوص مبنای حقوقی الزام به پرداخت نحله اجباری حقوقدانان نظر واحدی ندارند ، برخی از باب عدم سوء استفاده از حق (همان طوری که در ماده ۵۲ قانون احوال شخصیه الجزایر

۱ - اسداله لطفی ، پیشین ، صص ۱۹۹-۱۹۸.

۲ - همان.

۳ - غلامرضا حجتی اشرفی ، پیشین ، ص ۸۲۹.

تصریح شده است) و تمسک به اصل ۴۰ قانون اساسی معتقد شده اند اعمال حق طلاق توسط مرد نباید مستلزم اضرار به زوجه باشد .^۱

بعضی گفته اند : قاضی می تواند قدرت تعدیل کننده خود را در امر تعدیل آثار اسف بار ناشی از انحلال ازدواج نیز به کار بگیرد . عده ای^۲ به قواعد عمومی قراردادها و یا قواعد عمومی مربوط به مسئولیت مدنی تمسک نموده اند و تنظیم روابط مالی زوجین بعد از ازدواج را نیز تابع آن قواعد دانسته و گفته اند : در صورتی که مرد بدون دلیل موجّه ، زن خود را طلاق دهد باید او را ملزم به جبران خسارات وارده نمود ، گروهی دیگر بر این باورند که، پرداخت خسارت به زن مفاد یک حکم استثنایی است و تابع قواعد عمومی حقوقی نیست بلکه بیشتر، الزامات اجتماعی و مصالح سیاسی مشوق قانونگذار در تدوین این قوانین بوده است .

بنا به مراتب فوق، اعمال بند (ب) در صورت عدم وجود شرط مالی ضمن عقد و عدم امکان اعمال بند (الف) تبصره ۶ مرقوم میسر خواهد بود، که در چنین مواردی با لحاظ عملکرد زوجه در منزل زوج و فعالیت‌های انجام شده و میزان تمکن مالی و دارائی زوج و با توجه به سنوات زندگی مشترک ، دادگاه مبلغی را از باب بخشش (نحله) برای زوجه تعیین می نماید و همان گونه که قبلاً اشاره شد، در چنین وضعیتی اجرای صیغه طلاق موکول به تأدیه اجرت المثل یا نحله نیز می باشد مگر این که زوجه به نحو دیگری به حقوق مالی خود رضایت دهد.

حال، سؤالی که در فرض تغییر جنسیت زوجین در ارتباط با موضوع نحله (بخشش اجباری) مطرح می گردد این است که، آیا الزام به پرداخت نحله توسط دادگاه را در صورت انحلال نکاح در اثر تغییر جنسیت نیز می توان تصور نمود یا این که حکم نحله ، حکم استثنائی و مختص به وقوع طلاق به درخواست زوج می باشد ؟

صدر تبصره ۶ ماده واحده اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب سال ۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام، زمان مطالبه اجرت المثل یا نحله توسط زوجه را پس از طلاق دانسته است و طبق بند ب تبصره فوق شرایط تعلق نحله بدین قرار است : اول این که شرط تعلق نحله مثل تعلق اجرت المثل مشروط به تقاضای مرد برای طلاق است و نیز تقاضای مرد ، نباید ناشی از تخلف زن از

^۱ - ناصر کاتوزیان ، پیشین ، ص ۲۴۷.

^۲ - اسدالله لطفی ، پیشین ، ص ۲۰۲.

وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی باشد. دوم این که نحله در طول اجرت المثل است؛ یعنی اگر به هر دلیل امکان تعیین اجرت المثل نباشد (مثل این که زن قصد تبرع داشته) نوبت به نحله می‌رسد و نسبت به تعیین نحله اقدام می‌شود.

همان طور که مطرح گردید، زمان مطالبه اجرت المثل یا نحله توسط زوجه به استناد تبصره ۶ ماده واحده مذکور پس از طلاق و یا بهتر بگوییم به موجب ماده واحده قانون تفسیر تبصره های ۳ و ۶ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۳/۶/۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام به «پس از احراز عدم امکان سازش توسط دادگاه» تعیین گردیده است.

نظر به این که با انجام عمل تغییر جنسیت هر یک از زوجین، به لحاظ از بین رفتن شرط اختلاف جنس به عنوان یکی از شروط صحت ازدواج، پیوند زناشویی منحل می‌گردد و این موضوع، نیازی به صدور گواهی عدم امکان سازش توسط دادگاه نمی‌باشد، لذا علیرغم امکان مطالبه اجرت المثل در فرض تغییر جنسیت که هر چند به استناد تبصره ۶ ماده واحده فوق به لحاظ تصریح مطالبه آن در صورت وقوع طلاق، قابل پیگیری نبود ولیکن به دلیل اطلاق ماده ۳۳۶ قانون مدنی برای زوجه مطالبه اجرت المثل کارهایی که در منزل زوج انجام داده با تحقق شروط یاد شده امکانپذیر می‌باشد، ولیکن در خصوص موضوع نحله به دلیل این که اولاً: حکم بند ب تبصره ۶ ماده واحده حکم استثنایی بوده و فقط عنایتی است که قانونگذار نسبت به رعایت حقوق زن و جلوگیری از ظلم وارد بر او پس از طلاق (پس از احراز عدم امکان سازش توسط دادگاه) پیش بینی نموده است، لذا قابل تسری به فرض انحلال نکاح در صورت تغییر جنسیت هر یک از زوجین نبوده و منصرف از آن می‌باشد. ثانیاً؛ به دلیل حاکمیت اصل عدم نمی‌توان حکم بند ب تبصره ۶ را به غیر از مورد طلاق، آن هم در صورت تحقق شرایط مذکور در این بند تسری بخشید و در صورت انحلال ازدواج در اثر تغییر جنسیت و عدم امکان تعیین و مطالبه اجرت المثل، همچون طلاق نسبت به تعیین نحله اقدام نمود.

گفتار دوازدهم: اثر تغییر جنسیت بر مقرری ماهانه

یکی از نهادهای جدید مربوط به طلاق که در حقوق سنتی ما سابقه نداشته است، مقرری ماهانه مذکور در ماده ۱۱ قانون حمایت خانواده، مصوب سال ۱۳۵۳ است، که به نظر می‌رسد قانونگذار آن

را از بند اول ماده ۳۰۱ قانون مدنی پیشین فرانسه اقتباس کرده^۱ و آن را با اندک تغییری در قانون حمایت خانواده گنجانده است.

ماده ۱۱ در این زمینه می گوید: «دادگاه می تواند به تقاضای هر یک از طرفین و مدت زناشویی به پرداخت مقرری ماهانه متناسبی در حق طرف دیگر محکوم نماید، مشروط به این که عدم بضاعت متقاضی و استطاعت طرف دیگر محرز باشد.»

پرداخت مقرری مذکور در صورت ازدواج مجدد محکوم له، یا ایجاد درآمد کافی برای او، یا کاهش درآمد، یا عسرت محکوم علیه، یا فوت محکوم له، به حکم همان دادگاه حسب مورد تقلیل یافته، یا قطع خواهد شد. در موردی که گواهی عدم امکان سازش به جهات مندرج در بندهای پنجم و ششم ماده ۸ صادره شده باشد، مقرری ماهانه با شرایط مذکور به مریض یا مجنون نیز تعلق خواهد گرفت، مشروط به این که مرض یا جنون بعد از عقد ازدواج حادث شده باشد، و در صورت اعاده سلامت به حکم دادگاه قطع خواهد شد.^۲

چنان که از این ماده برمی آید، دادگاه هنگامی حکم به پرداخت مقرری ماهانه خواهد داد که شرایط زیر وجود داشته باشند:

۱- گواهی عدم امکان سازش به درخواست یکی از زوجین صادر گردیده باشد. پس در مورد طلاق با توافق زوجین حکم به پرداخت مقرری نخواهد شد.

۲- صدور گواهی عدم امکان سازش مستند به سوء رفتار و تصور طرف دیگر باشد، یا مرض صعب العلاج، یا جنون همسر طبق بندهای پنجم و ششم ماده ۸ قانون یادشده، مشروط به این که مرض یا جنون بعد از عقد حادث شده باشد.

۳- طرفی که طلاق به درخواست او واقع شده، یا طرف دیگر، یا نماینده قانونی او، در مورد مرض صعب العلاج و جنون، باید از دادگاه تقاضای تعیین مقرری ماهانه کند.

^۱ - سید مهدی جلالی، ۱۳۸۹، حقوق خانواده (۱)، ص ۱۵۲.

^۲ - غلامرضا حجتی اشرفی، پیشین، صص ۸۱۶-۸۱۷.

۴- عدم بضاعت متقاضی و استطاعت طرف دیگر محرز باشد. پس مقرری مذکور مانند نفقه اقارب (خویشان نسبی) است که شرط آن فقر یک طرف و استطاعت طرف دیگر است.^۱

ماده مذکور، کماکان به قوت خود باقی است و توسط هیچ قانونی نسخ صریح یا ضمنی نشده است. اما معلوم نیست، چرا این ماده قانونی محجور شده و در دادگاه ها به آن عمل نمی شود. مقرری ماهانه را از نظر ماهیت حقوقی چون هم برخی از شرایط نفقه و هم برخی شرایط جبران خسارت را دارد، باید برای آن یک ماهیت خاص که شامل هر دوی آن ها باشد، در نظر گرفت؛ زیرا نه می توان آن را نفقه دانست و نه جبران خسارت. البته برخی از صاحب نظران حقوقی^۲ آن را نوعی نفقه دانسته اند، نفقه ای که نه تابع احکام نفقه زوجه است و نه مشمول مقررات نفقه اقارب.

موضوعی که در خصوص بحث مقرری ماهانه در فرض تغییر جنسیت هر یک از زوجین قابل بررسی است این ست که، قانونگذار صدور حکم به پرداخت مقرری ماهانه را از جانب یکی از طرفین (زن یا شوهر) در حق طرف دیگر را با رعایت شرایطی به منظور حمایت مالی از طرفی که در اثر انحلال ازدواج دچار سختی و تنگی معیشت گردیده است در نظر گرفته است. حال آیا می توان این نهاد جدید را در صورت انحلال ازدواج در اثر تغییر جنسیت نیز قابل تسری دانست و یا این که نهاد مذکور مختص انحلال ازدواج دائم در اثر طلاق بوده و در سایر موارد قابل اجرا نمی باشد؟

همان طور که از ماده ۱۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ استنباط می گردد، مقرری ماهانه یکی از مفاهیم و نهادهای حقوقی جدیدی است که مربوط به طلاق بوده و مبنای آن نیز، این است که چون طلاق برای همسر بی بضاعت به ویژه زن، مشکلات مالی ایجاد می نماید و چه بسا او را دچار سختی و تنگی معیشت می کند، لذا قانونگذار در نوع طلاق، آن را قابل مطالبه دانسته و این حق به زن اختصاص نداشته و مرد هم می تواند با شرایط مقرر پرداخت آن را از زن بخواهد هر چند عملاً استفاده شوهر از آن نادر خواهد بود، لذا همان گونه که در مباحث قبل مطرح گردید، به لحاظ این که از یک سو، ماهیت حقوقی این نهاد که از حقوق فرانسه اقتباس شده با هیچ یک از حقوقی که در فقه در روابط مالی زوجین در نظر گرفته شده (مهر، نفقه، ارث) سازگار نمی باشد و از سوی

^۱ - سید حسین صفایی، اسدالله امامی، پیشین، ص ۲۵۶.

^۲ - پیشین، ص ۲۵۸.

دیگر، قانونگذار نیز پرداخت آن را مقید به قیود و شروطی دانسته که از جمله آن « صدور گواهی عدم امکان سازش به درخواست یکی از زوجین » می باشد، که به استناد این عبارت، دادگاه ضمن صدور گواهی عدم امکان سازش یا پس از آن در صورت درخواست یکی از طرفین، حکم به پرداخت آن می نماید، لذا نهاد مذکور مختص انحلال نکاح دائم در اثر هر نوع طلاق به استثناء طلاق با توافق زوجین می باشد. (چرا که در طلاق توافقی درخواست طلاق از سوی زوجین بوده و با تصریح قانونگذار مبنی بر این که گواهی عدم امکان سازش به درخواست یکی از زوجین باشد سازگار نخواهد بود.) فلذا با وجود تصریح قانون، نظر معارض با آن، اجتهاد در برابر نص است فلذا امکان تفسیر و تسری آن به سایر حالات انحلال نکاح که از جمله آن انحلال نکاح در اثر تغییر جنسیت هر یک از زوجین می باشد میسر نخواهد بود .

گفتار سیزدهم: اثر تغییر جنسیت بر شروط ضمن عقد (تنصیف دارایی)

عقد نکاح، به عنوان یکی از عقود معین با شرایط مشروح در جلد دوم قانون مدنی که مواد ۱۰۳۴ تا ۱۱۳۲ را در بر می گیرد، مورد توجه مقنن بوده و به تبیین و تشریح نحوه و وقوع و احکام آن و هم چنین حقوق و تکالیف طرفین عقد (زوجین) پرداخته است . در عقد نکاح نیز، مانند سایر عقود معین، طرفین عقد می توانند شرایط و اوصافی که مبطل عقد نباشد تبیین و بر آن توافق نمایند و پس از توافق طبق قواعد فقهی و حقوقی ملزم به رعایت و اجرای آن هستند . یکی از شروطی که از دو دهه گذشته به صورت پیش نوشته در همه اسناد ازدواج به چشم می خورد ، شرط تملیک تا نصف دارایی که شوهر در دوران زناشویی با همسر خود به دست آورده، به صورت بلاعوض به همسر خود در صورت طلاق می باشد . این شرط ، شرط فعل است و عمل موضوع تعهد ، عمل حقوقی است و از اقسام شروط صحیح مذکور در ماده ۲۳۴ ق.م محسوب است که برای تعدیل حق انحلال یک جانبه عقد نکاح به دست مرد قرار داده شده است . مفاد شرط این است : « ضمن عقد ازدواج زوج شرط نمود هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه ، تقاضای طلاق ، ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار او نبوده ، زوج موظف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده ، یا معادل آن را ، طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل نماید .» از شرط مذکور، مشخص می گردد که برای تنصیف دارایی شروط ذیل باید محقق گردد :

۱- شرط باید توسط زوجین مورد قبول و امضا قرار گیرد .

۲- طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد .

۳- تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار او نباشد .

فلسفه جعل این شرط، تمهیدی است که قانونگذار برای تأمین حقوق زن و حمایت از وی اندیشیده است .

شاید، این تصور وجود داشته که حقوق زن در قالب مهریه ، نفقه و نهایتاً ارث ، قابل تأمین نیست و بدین صورت بدون گرفتن حق طلاق از مرد ، قانونگذار در مقام تأمین حقوق مادی زوجه برآمده است که معمولاً متضرر اصلی از انحلال عقد نکاح است .

البته، در خصوص مشروعیت این شرط، اشکالات گوناگونی مطرح گردیده ، بدین نحو که یکی از اشکالاتی که بیان گردیده این است که ، این شرط حداکثر تکلیف شوهر را مشخص می کند ، بدون این که حداقل آن معلوم باشد و تعیین میزان اموالی که تکلیف شوهر یا حقوق زن به آن تعلق گرفته از وظایف دادگاه است. از آن جا که ضابطه دقیقی در این جا وجود ندارد، ممکن است دادگاه در تعیین میزان حقوق زن ، جنبه حمایتی امر را چنانکه باید تأمین نکند یا تحت تأثیر عواملی مبلغ و میزان اندکی موضوع حکم قرار گیرد. و یا اشکال دیگر مجهول بودن موضوع حکم است ^۱ .

به نظر می رسد، بتوان گفت: اصولاً چنین شرطی مجهول نیست ؛ زیرا زمان اجرای شرط ، زمانی است که، مرد از دادگاه درخواست طلاق می نماید که در این زمان نیز، میزان دارایی های زوج قابل تعیین است و دادگاه نیز قبل از طلاق، میزان سهم زن را از این دارایی ها مشخص می کند . در فقه امامیه مسأله اختلافی است، ولی به نظر می رسد که، قول مشهور فقهای امامیه در مورد شروط ضمن عقد نکاح با نظر دوم موافق است ^۲ لذا فرض مشروعیت این شرط بر عدم مشروعیت آن ارجح می باشد . بنابراین چنین شرطی نه خلاف قانون و شرع است و نه به نظم عمومی و اخلاق حسنه لطمه می زند و نه شرطی است که موجب جهل به عوضین شود بلکه گاهی نیز از وقوع طلاقیهای ناشی از تصمیمات آنی و بی پایه جلوگیری می نماید. ^۳

با توجه به آن چه بیان شد و موضوع مورد بحث (تغییر جنسیت زوجین)، سؤالی که مطرح می گردد این است که، آیا زوجین می توانند این شرط را بدون تقیید دیگری و به صورت مطلق

۱ - سید حسین صفایی ، اسدالله امامی، پیشین، ص ۶۷.

۲ - همان.

۳ - پیشین، ص ۶۸.

اعمال نمایند و تقسیم تا نصف دارایی شوهر را در هر صورت از وجوه انحلال عقد نکاح (به ویژه تغییر جنسیت) لازم گردانند ؟

براساس ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی، طرفین عقد ازدواج به شرایط ضمن عقد که خود قراردادده اند مقید هستند و این شرایط تابع نحوه انشای مفاد مندرج آن شروط است . ملاک عمده برای صحت شرط در ضمن عقد نکاح این است که، با مقتضای این عقد در تعارض نباشد یعنی اگر شرطی مخالف مقتضای عقد نکاح نباشد و در زمره شروط مبطل مخصوص عقد نکاح هم نباشد، درج آن در ضمن عقد اشکالی ندارد . شایان ذکر است، شروط مبطل شروطی است که مخالف مقتضای عقد ازدواج باشد . مقتضای عقد ازدواج ، همان هدف بلاواسطه ای است که بنا به حکم عقل و یا تصریح شرع از چنین عقدی انتظار می رود . نوعاً سه هدف از ازدواج وجود دارد ^۱ : « عشق که صرفاً در عشق افلاطونی خلاصه نمی شود بلکه نمود فیزیکی و شهوانی نیز دارد ، همزیستی و بعضاً تحقق انتظارات هر کدام از زوجین که بیشتر جنبه شخصی دارد . شرط خلاف دو هدف اول، به دلیل نوعی بودن خلاف مقتضای ذات عقد محسوب می شود ، اما انتظارات هر کدام از زوجین از طرف دیگر مثل تولید مثل ، اهداف اقتصادی و امثال آن ها از اهداف نوعی ازدواج نیستند ، بنابراین شرط خلاف آن ها ممکن است .» شروط صحیح مختلفی را می توان در ضمن عقد آورد و در خصوص شرط تنصیف دارایی که به صورت چایی در اسناد ازدواج آمده است در زمره قواعد آمره نمی تواند باشد ؛ زیرا الزام و التزام به این شروط، ناشی از اراده مشترک زوجین است نه بنا به حکم قواعد امری مربوط به عقد ازدواج، بنابراین نکته ای که باید مورد توجه قرار گیرد ، این است که امکان تغییر این شرایط موجود است و طرفین می توانند این امور را تعدیل کنند. مثلاً؛ امکان این که شرط دوم حذف گردد یا شرط سوم نیز مورد تغییر قرار بگیرد نباشد . بنابراین، طرفین می توانند تا جایی که خلاف قانون و اخلاق حسنه نباشد نسبت به تغییر مندرجات این شرط و تعدیل آن توافق نمایند به نوعی که، حقوق بیشتری با شرایط آسان تر برای زوجه در نظر گرفته شود . زوجین می توانند در ضمن عقد نکاح شرطی را بدین نحو بگنجانند که « در ضمن عقد ازدواج زوجه شرط نمود که، در صورتی که عقد نکاح به هر دلیلی منحل گردد زوج موظف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده ، یا معادل آن را، طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل نماید.» به علت این که

^۱ - عبدالرسول دیانی، ۱۳۷۹ ، حقوق خانواده ، ص ۱۳۷.

شرط، یک نهاد قراردادی است، در صورتی که توسط زوج مورد قبول قرار گرفته باشد قابل اجرا خواهد بود در غیر این صورت، حقی برای زوجه ایجاد نمی گردد .

بنابراین، در صورتی که زوجین در ضمن عقد نکاح شرط تنصیف دارایی را به صورت مطلق گنجانیده و آن را منحصر به انحلال نکاح در اثر طلاق و یا عدم تخلف زن از وظایف زناشویی یا سوء اخلاق زوجه ننموده باشند، در صورت تغییر جنسیت هر یک از زوجین، شرط تملیک مجانی تا نصف دارایی زوج طبق نظر دادگاه امکان پذیر خواهد بود . البته، بر زن نیز می توان شرط نمود که در صورت انحلال رابطه زناشویی ، نصف دارایی را که در دوره ازدواج به دست آورده ، به مرد بدهد.

گفتار چهاردهم: اثر تغییر جنسیت بر جهیزیه و اموال مختص زوجه

یکی از حقوق مسلم زوجه، جهیزیه ای است که طبق رسوم ، زوجه از منزل پدر به خانه شوهر می آورد و در بسیاری از خانواده های ایرانی دادن جهیزیه به دوشیزگان مرسوم و متعادل است. از نظر حقوقی، هیچ یک از خانواده های ایرانی الزام قضایی به دادن جهیزیه به دختران خویش ندارند مگر این که :

۱- دادن جهیزیه در ضمن عقد نکاح یا حتی خارج از آن شرط شده باشد .

۲- در صورت وجود عرف مسلم و قطعی به گونه ای که در ضمن عقد به نوعی عرف مزبور مورد پذیرش قرار گرفته باشد .

در صورتی که شرط دادن جهیزیه پایه و مبنای عقد ازدواج معرفی شده باشد ، بین حقوقدانان دو دیدگاه متفاوت وجود دارد :

الف) شرط مزبور باطل ولی عقد صحیح است .

ب) شرط مزبور صحیح و در صورت عدم اقدام متعهد در این زمینه برای طرف مقابل یعنی « مرد » حق فسخ وجود خواهد داشت .

براساس این دیدگاه به استناد ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی حق فسخ دارای توجیه حقوقی و قانونی است و در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی چنین آمده است : « هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده ، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود ، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد . »

البته ، به نظر می رسد دیدگاه اول به حقیقت نزدیکتر است ؛ چرا که این شرط، با توجه به شخصی بودن عقد ازدواج ، پایه عقد مزبور قرار می گیرد ، خلاف مقتضای ذات عقد بوده و باطل است. ولی در عقد نکاح به دلیل وجود ملاک و فلسفه ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی، شرط مزبور مبطل عقد نیست مگر این که به نحوی باشد که سبب تعلیق در عقد نکاح باشد که در آن صورت شرط و عقد هر دو باطل است .

از نظر حقوقی، زن دارای استقلال مالی کامل است و آوردن جهیزیه هیچ حقی برای شوهر از نظر مالکیت ایجاد نمی کند و شوهر فقط می تواند به طور متعارف این اموال را استعمال کند و در صورت تعدی و تفریط ضامن است . لذا، هر وقت زن جهیزیه خود را مطالبه کند (چه در زمان زوجیت و چه در زمان انحلال نکاح) می تواند از زوج این وسایل را پس بگیرد و زوج حق مخالفت ندارد و در صورت استرداد جهیزیه در زمان زوجیت ، زوج مکلف است عین این وسایل را ، متناسب با شأن زوجه به عنوان نفقه برای او فراهم کند . این موضوع هم ، بستگی به هیچ چیز ندارد و زن حتی در زمانی که با همسرش بدون وجود هیچ گونه اختلافی زندگی می کند هم، می تواند از همسرش جهیزیه خود را مطالبه کند و هم چنین این حق در صورت انحلال رابطه زوجیت به هر دلیل اعم از طلاق ، فسخ و یا حتی تغییر جنسیت هر یک از زوجین هم چنان برای وی (زوجه) باقی خواهد بود .

مشکلی که معمولاً در خصوص استرداد جهیزینه بروز می کند ، مسئله اثبات موارد مشتمل بر جهیزیه است که برای پرهیز از این مشکل معمولاً در هنگام عروسی چند راه حل قابل تصور است :

الف) گرفتن رونوشت عادی از اقلام جهیزیه به طور دقیق و تفصیل شامل تعیین نوع ، مدل ، قیمت و سایر مشخصات جنس مورد نظر ؛

ب) تأیید موضوع تحویل اموال توسط یکی از دفاتر اسناد رسمی ؛

ممکن است، پس از ازدواج و در زمان استرداد جهیزیه بین زن و شوهر بر سر مالکیت اموال موجود اختلاف حاصل شود، چرا که با مخلوط شدن اموال زن و شوهر ، تمییز و تفکیک آن ها دارای دشواری های خاص خود می باشد . درمورد املاک و اموال ثبتي و نیز اموالی که دارای یک مدرک کتبی گواهی شده توسط چندین گواه است دادرسان محاکم با مشکل چندان زیادی روبرو نیستند، ولی در مورد اموال منقول و اثاثی که فاقد سند رسمی یا هرگونه سند عادی است ، باید به استناد

ظواهر و امارات حکم داد . بدیهی است، در صورتی که بین زوجین در تعلق مال به خصوصی اختلاف شود ، اماره ید ملاک قرار گرفته و اموال تحت تصرف زوج به زوج و اموال در تصرف زوجه ملک اختصاصی زوجه تلقی می گردد ؛ زیرا تصرف وفق ماده ۳۵ قانون مدنی اماره مالکیت است ، مگر این که خلافش ثابت شود . اموالی نیز که بر حسب طبیعت مال یا حکم عرف، مخصوص زوج است (مثل ماشین اصلاح مردانه) به زوج و آن چه بر حسب عرف یا طبیعت مال مخصوص زوجه است (مثل وسایل آرایشی) و زیور آلات زنانه به زوجه مسترد می گردد مگر این که خلاف آن ثابت شود .^۱ اما در مورد اموالی که دلیل خاصی بر تعلق به یکی از زوجین نیست و مورد استفاده هر دو قرار می گیرد ، آن ها را باید ملک مشترک زوجین بدانیم ؛ زیرا قانون مدنی در خصوص تقسیم این اموال حکمی ندارد . این امر، مانع از این نمی شود که قاضی ، سایر امارات را مدنظر قرار دهد .

گفتار پانزدهم: تغییر جنسیت و حق ارث

زوجین با یکدیگر خویشاوندی سببی دارند که نتیجه عقدنکاح است . هر یک از زوجین در نکاح دائم در صورت فوت دیگری ، از متوفی ارث می برد . ماده ۹۴۰ قانون مدنی مقرر می دارد : « زوجین که زوجیت آن ها دائمی بوده و ممنوع از ارث نباشند ، از یکدیگر ارث می برند . »

برای توارث زوجین از هم ، اجتماع شرایطی لازم است . این شرایط عبارت است از: دائم بودن نکاح و وجود رابطه زوجیت هنگام فوت همسر .

بنابراین، با جمع بودن دو شرط فوق ، مقتضی توارث به سبب ، فراهم می آید و این مقتضی ، اگر به مانعی برخورد ، سبب انتقال بخشی از ترکه به همسر می شود . وقوع نزدیکی میان زن و شوهر از شروط عمومی توارث به سبب نیست .

حال، آن چه با توجه به مباحث فوق در فرض تغییر جنسیت هر یک از زوجین مطرح می گردد این است که، آیا انحلال نکاح به طور مطلق خواه در اثر فسخ یا طلاق و یا تغییر جنسیت ، سبب توارث میان زن و شوهر را در تاریخ تحقق از بین می برد ؟ دیگر این که در صورت تحقق هر یک از استثنای وارد بر شرایط توارث زوجین ، برای زوجه ای که تغییر جنسیت داده است آیا امکان ارث بردن از زوج وجود دارد یا خیر ؟

^۱ - محمد جعفر لنگرودی، ۱۳۷۶ ، حقوق اموال ، ص ۱۵۵.

بند اول: شرایط توارث زوجین

صرف وجود رابطه زوجیت، موجب توارث زن و شوهر نخواهد شد بلکه، برای ارث بردن ایشان شرایط دیگر نیز لازم است که عبارتند از :

الف (دائم بودن نکاح

ماده ۹۴۰ قانون مدنی، ارث را بین زوجینی که نکاح ایشان دائم باشد برقرار دانسته است . بنابراین زن و شوهری که نکاح ایشان موقتی است ، از یکدیگر ارث نمی برند . ارث نبردن طرفین نکاح منقطع نظر اقوی و مشهور فقهای امامیه است که مورد متابعت قانون مدنی ایران نیز قرار گرفته است. استدلال مشهور فقها در این نظر ؛ مبتنی بر شماری از روایات و اصل عدم وراثت ایشان است .^۱

زوجین نکاح منقطع می توانند ضمن عقد نکاح، وصیت هر یک را به سود دیگری تا ثلث مال ، به طور نافذ شرط کنند ، ولی شرط توارث را نمی توان محمول بر شرط وصیت کرد ؛ زیرا عنوان توارث با عنوان تملک به وسیله وصیت ، از جهت مفهوم و آثار حقوقی متفاوت است ؛ مگر این که ، دلایلی باشد که ثابت کند مقصود طرفین نکاح موقت از شرط توارث ، تملک هر یک از ایشان به وسیله وصیت دیگری بوده است .

در ارث بردن زوجین در نکاح دائم، تفاوتی بین این که پس از نکاح دخول واقع شده یا نشده باشد ، وجود ندارد ؛ زیرا موجب ارث زوجین ، عقد نکاح دائمی است که بین ایشان منعقد شده است و امر دیگری در این حکم دخالت ندارد .

ب) وجود زوجیت هنگام فوت همسر (دوام نکاح)

زوجین در صورتی از یکدیگر ارث می برند که هنگام فوت هر یک از ایشان ، نکاح باقی باشد و در صورت وقوع طلاق پیش از فوت هر یک از دو همسر ، همسر باقیمانده از متوفی ارث نخواهد برد ؛ زیرا طبق ماده ۸۶۴ و ۹۴۰ قانون مدنی، هر یک از زوجین نکاح دائم از دیگری ارث می برد و هرگاه پیش از فوت یکی از زوجین ، بین ایشان طلاق واقع گردد ، به آن دیگری که باقی می ماند ، زوج یا زوجه اطلاق نمی شود .

با عنایت به مفهوم دو شرط فوق، در رابطه با تغییر جنسیت چنین باید گفت که: با فرض دائمی بودن نکاح، چون با تغییر جنسیت هر یک از زوجین ، نکاح که از موجبات سببی ارث است ، باطل

^۱ - مهدی شهیدی، ۱۳۷۴، ارث ، ص ۱۵۶.

(یا به نظر عده ای منفسخ) می شود ، با انتفای نکاح به لحاظ انتفای شرط دوم ، زوجین از سهم الارث یکدیگر محروم می شوند . در نتیجه ، اگر یکی از موجبات ارث سبب باشد ، تغییر جنسیت موجب انتفای سبب و محرومیت شخص از ارث می شود .

البته شرایط توارث زوجین در قانون با استثنائاتی مواجه گردیده است که ذیلاً به آن ها خواهیم پرداخت .

بند دوم: استثنائات توارث زوجین و اثر تغییر جنسیت بر آن

الف) فرض نسبی بطلان نکاح در واپسین بیماری

نکاح در دوران بیماری بیگمان کاری مشروع است ، جز این که احتمال دارد، انگیزه اصلی شوهر افزودن همسر خود بر شمار وارثان باشد . این است که ، برای رفع شبهه ، قانونگذار همخوابگی با زن را نشان اراده جدی بر نکاح قرار داده است ؛ بدین تعبیر که ، آمیزش با زن دلیل نیاز شوهر به داشتن همسر و نداشتن انگیزه اضرار به وارثان است ، ولی مرگ شوهر و همخوابه نشدن با همسر که در آخرین بیماری اختیار شده است این فرض را به وجود می آورد که نکاح صورتی برای تحقق بخشیدن به جهت نامشروع متوفی است. پس برای جلوگیری از آن هدف و بر پایه گریز از مظنه ورود ضرر ، چنین نکاحی در ارث بی اثر شناخته شده است .^۱

ماده ۹۴۵ قانون مدنی در این زمینه می گوید :

« اگر مردی در حال مرض زنی را عقد کند و در همان مرض، قبل از دخول بمیرد ، زن از او ارث نمی برد ، لیکن اگر بعد از دخول یا بعد از صحت یافتن از آن مرض بمیرد ، زن از او ارث می برد.»

به عقیده برخی از فقها، با استناد به ظاهر پاره ای از روایات نظیر روایت زراه از امام باقر یا امام صادق (ع) « لیس للمریض ان مطلق و له ان تزوج فان هو تزوج و دخل بها فهو جائز و ان لم یدخل بها حتی مات فی مرضه فنکاحه باطل و لا مهر لها و لامیراث »^۲ علت ارث نبردن زوجه در

^۱ - ناصر کاتوزیان ، ۱۳۷۶، دوره مقدماتی حقوق مدنی ، ارث ، ص ۱۹۸.

^۲ - مهدی شهیدی ، پیشین ، پاورقی ص ۱۵۷.

مورد مذکور، بطلان نکاح واقع در حال بیماری متصل به فوت شوهر است. ولی این توجیه مورد قبول مشهور نیست و به نظر برخی از حقوقدانان نکاح مذکور مشروع و نافذ است ولی در ارث اثر ندارد^۱ و یا این که برای زن در برابر سایر وارثان قابلیت استناد ندارد.

علی ایحال، به استناد نص صریح ماده ۹۴۵ قانون مدنی که مستند آن روایات متعدد فقهی است که فوقاً به یکی از آنان اشاره گردید نکاح در حال مرض موجب فوت زوج سبب محرومیت زوجه مطلقاً (خواه قبل از وقوع نکاح تغییر جنسیت داده باشد یا خیر) از ارث زوج خواهد بود که حکم مزبور که با نظر مشهور فقها انطباق دارد حکمی استثنایی و مخالف با قاعده است؛ زیرا مقتضای قاعده، توارث زوجین نکاح دائم است هر چند نکاح در حال بیماری زوج واقع شده و زوج پیش از دخول فوت کند و به لحاظ همین استثنائی بودن و خلاف قاعده بودن حکم مذکور، نکاح در زمان بیماری شوهر، موجب محرومیت او از ارث زن نمی شود بنابراین، اگر نکاح در زمان بیماری زوجه واقع شود و او پیش از دخول بر اثر همان بیماری فوت کند، زوج از او ارث خواهد بود هر چند زوج پس از فوت زوجه مبادرت به تغییر جنسیت نماید یا قبل از ازدواج با او، تغییر جنسیت داده و به مرد تبدیل شده باشد.

ب) توارث زوجین در صورت فوت یکی از ایشان در عده رجعی

ماده ۹۴۳ قانون مدنی مقرر می داد: «اگر شوهر، زن خود را به طلاق رجعی مطلقه کند، هر یک از آن ها که قبل از انقضای عده بمیرد دیگری از او ارث می برد؛ لکن اگر فوت یکی از آن ها بعد از انقضای عده بوده و یا طلاق بائن باشد، از یکدیگر ارث نمی برند.»

مطابق ماده مذکور اگر هر یک از زوجین در ایام عده طلاق رجعی فوت کند، دیگری از او ارث می برد؛ زیرا در ایام عده رجعی، رابطه زوجیت بین ایشان کاملاً قطع نشده است و به همین علت طبق ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی، زوج در ایام عده رجعی موظف به دادن نفقه زوجه است و مطابق ماده ۱۱۴۸، شوهر می تواند در ایام عده رجعی، به زوجه مطلقه رجوع کند که در این صورت رابطه زوجیت بین ایشان دوباره برقرار خواهد شد.

اگر هر یک از زوجین سابق پس از انقضای مدت عده فوت کند، یا فوت یکی از ایشان پس از طلاق بائن باشد، مانند طلاق یائسه یا طلاق واقع پیش از نزدیکی (ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی) هیچ یک

^۱ - ناصر کاتوزیان، پیشین.

از ایشان از دیگری ارث نمی برد ؛ زیرا در این موارد ، رابطه زوجیت بین آن ها به طور کامل قطع و موجب ارث منتفی شده است .

با توجه به مباحث مطروح ، تغییر جنسیت در ایام عده طلاق رجعی را در چند حالت می توان تصور نمود :

الف) زوجه در ایام عده طلاق رجعی و قبل از فوت زوج تغییر جنسیت دهد .

ب) زوجه پس از فوت زوج تغییر جنسیت دهد .

ج) زوج در ایام عده تغییر جنسیت داده و پس از آن فوت نماید .

در خصوص حالت اول باید گفت: اگر جنس زن در ایام عده او تغییر کند ، استاد بزرگوار ما امام خمینی معتقد است که عده او ساقط می شود حتی اگر عده وفات باشد^۱ لذا تغییر جنسیت زوجه در ایام عده طلاق رجعی موجب سقوط عده می گردد ، زیرا عده بر زنان واجب است و در صورتی که زن تغییر جنسیت دهد از موضوع حکم خارج می شود و معنا ندارد که با از بین رفتن موضوع ، حکم باقی باشد. چنان که سایر احکام نیز با منتفی شدن موضوعشان ، باقی نمی مانند . بنابراین ، ارث زوجه در صورت فوت زوج در ایام عده رجعی که خود استثنایی بر شرط وجود زوجیت هنگام فوت همسر است نیز به لحاظ منتفی شدن موضوع (تبدیل جنسیت زوجه به مرد) از بین می رود .

و اما حالت دوم ، فوت زوج در ایام عده رجعی و متعاقباً تغییر جنسیت زوجه ، به نظر علمای حقوق^۲ در عده رجعی چون زن در حکم زوجه است ، در صورت فوت شوهر در ایام عده ، زن باید از زمان فوت عده وفات نگه دارد لذا در صورت فوت زوج در ایام عده رجعی ، زوجه ای که در هنگام فوت زوج تغییر جنسیت نداده با فرض بقای زوجیت در ایام عده طلاق رجعی به استناد ماده مذکور از شوهر خود ارث می برد و حکم توارث بین آنان باقی است ولیکن با فوت زوج ، زوجه باید از زمان فوت عده وفات نگه دارد و چنانچه در ایام عده وفات تغییر جنسیت دهد به استناد نظر فقها^۳ و علمای حقوق عده او ساقط می گردد .

۱- سیدروح الله موسوی خمینی ، پیشین ، ص ۵۶۴ .

۲- سید حسین صفایی ، اسدالله امامی ، همان ، ص ۱۰۸ .

۳- سیدروح الله موسوی خمینی ، پیشین .

حالت سوم ، هرگاه زوج در ایام عده رجعی تغییر جنسیت دهد و پس از آن فوت نماید ، همان طور که درمباحث مربوط به تغییر جنسیت در ایام عده مطرح گردید، هرگاه زوج تغییر جنسیت دهد عده بر زن (زوجه) لازم است. به نظر می رسد لزوم نگه داشتن عده بر زوجه ای که در عده طلاق رجعی بوده است دیگر به لحاظ امکان رجوع زوج نمی باشد، چرا که با تغییر جنسیت زوج در ایام عده، رجوع برای همیشه از میان خواهد رفت و علت لزوم نگه داشتن عده برای زوجه در این وضعیت به این دلیل است که چون فرض این است که زوجه قبلاً با زوج مباشرت داشته است و اکنون به دلیل تغییر جنسیت شوهرش رابطه زوجیت بین آنان کاملاً قطع شده است، لذا طبیعی است که وی برای ازدواج مجدد باید عده نگاه دارد و به دلیل این که زوجه دیگر در عده طلاق رجعی نمی باشد و فرض بقاء زوجیت در این دوران بی معنا بوده و رابطه زوجیت بین آن ها از میان رفته، لذا در صورت فوت زوج در این دوران به لحاظ از بین رفتن موجب ارث (رابطه زوجیت) امکان توارث وجود نداشته و زوجه از ماترک زوج (که با تغییر جنسیت به زن تبدیل شده) ارث نخواهد برد .

ج) طلاق در مرض متصل به فوت و فرض بقای زوجیت

در ماده ۹۴۴ قانون مدنی آمده است : « اگر شوهر در حال مرض، زن خود را طلاق دهد و ظرف یک سال از تاریخ طلاق به همان مرض بمیرد ، زوجه از او ارث می برد ، اگر چه طلاق بائن باشد، مشروط بر این که زن شوهر نکرده باشد .»

این حکم به ظاهر خلاف قاعده و استثنا است ، زیرا اثر طلاق بائن و همچنین طلاق رجعی پس از پایان عده، بیگمان انحلال نکاح است و زنی که در زمان فوت مرد در زوجیت او نیست، نباید از او ارث ببرد وانگهی ، شوهر کردن زن پس از پایان عده، نباید اثری در ارث او از شوهر داشته باشد .

حال فرضی که در ارتباط با استثناء فوق و تغییر جنسیت مطرح می گردد این است که، چنانچه شوهر در حال مرض زن خود را طلاق دهد و زوجه پس از طلاق از زوج بدون ازدواج مجدد مبادرت به انجام عمل جراحی تغییر جنسیت نماید و زوج نیز ظرف یک سال از تاریخ طلاق به همان مرض بمیرد زوجه ای که در حال حاضر تبدیل به مرد شده است از زوج به استناد ماده فوق ارث خواهد برد یا خیر؟ به عبارت دیگر تغییر جنسیت زوجه تاثیری در توارث وی در ظرف یک سال پس از طلاق خواهد داشت ؟ پاسخی که می توان به پرسش فوق داد این است که با عنایت به این که حکم مندرج در ماده فوق اشاره خلاف قاعده و استثناست لذا نباید تفسیر آن از حد نص ، تجاوز

نماید و چون نص ماده مذکور قطع رابطه توارث بین زوجینی که متارکه نموده اند را صرفاً مشروط به (در قید حیات بودن زوجه) عدم ازدواج مجدد زوجه نموده و لا غیر. لذا در فرض تغییر جنسیت زوجه در صورتی که پس از تغییر جنسیت ازدواج مجددی ننموده باشد امکان توارث علیرغم انحلال وجود داشته و همچنان در جرگه وراث خواهد بود.

البته پاسخ فوق با این اشکال مواجه است که، آن چه در متن ماده در خصوص امکان توارث زوجه مطرح گردیده این است که «اگر شوهر در حال مرض زن خود را طلاق دهد، زوجه از او ارث می برد مشروط بر این که زن هنوز شوهر نکرده باشد» همان طور که از متن ماده به روشنی مشخص می باشد این است که، زن (زوجه سابق) تا یکسال پس از وقوع طلاق ازدواج ننموده باشد و حال آن که با تغییر جنسیت زوجه و تبدیل شدن وی به «مرد» عنوان زن دیگر بر وی صدق ننموده و از آن جایی هدف از وضع استثناء فوق حمایت از زوجه ای است که به واسطه طلاق متضرر و از سهم الارث خویش محروم گردیده و در خصوص موارد خلاف قاعده و استثناء می بایست به نص اکتفا نمود، لذا در فرض مذکور می توان چنین بیان نمود که: به لحاظ اولاً: عدم صدق عرفی واژه زن به زوجه ای که در حال حاضر از طریق عمل جراحی تغییر جنسیت به مرد تبدیل گردیده ثانیاً: استثنایی بودن مفاد ماده ۹۴۴ قانون مدنی ثالثاً: اضرار به حقوق سایر وراث به جهت گسترش دایره شمول وارث به زوجه مطلقه ای که در حال حاضر عنوان زن و به طریق اولی زوجه مطلقه بر وی صدق نمی یابد، لذا امکان اعمال استثناء فوق در خصوص توارث زوجه تغییر جنسیت یافته میسر نمی باشد و لو این که ازدواج مجددی نداشته باشد.

فصل پنجم

حقوق و تکالیف مالی والدین و فرزندان پس از تغییر جنسیت

مبحث اول: تغییر جنسیت والدین

طرح بحث

درباره تغییر جنسیت زوجین سخن گفتیم و خلاصه آن این بود که، هرگاه یکی از زوجین تغییر جنسیت دهد، ازدواج آن دو باطل و رابطه زوجیت منحل می گردد و از این رو، آثار ازدواج نیز از بین می رود به عبارت دیگر، در فصل گذشته روابط مالی آن دو نسبت به یکدیگر پس از تغییر جنسیت مورد بررسی قرار گرفت. آن چه در این مبحث مورد ملاحظه و تحلیل قرار خواهد گرفت روابط آن دو (زوج و زوجه) نسبت به فرد ثالث (فرزند) پس از تغییر جنسیت می باشد.

آثار نسب (مشروع) متعدد است که برخی در حقوق مدنی بررسی می شود مانند: ارث، نفقه، حضانت و ولایت قهری و بعضی در آیین دادرسی مدنی، مانند عدم قبول شهادت بعضی از خویشان نسبی طرفین دعوی، آن چه در این فصل بررسی می شود آثاری است که در حقوق مدنی مطرح می گردد و انگهی همه آثار مزبور نیست بلکه آثاری است که از جنبه مالی برخوردار می باشد؛ مانند نفقه و ارث (البته تا حدی به آثار غیر مالی نیز خواهیم پرداخت نظیر ولایت و حضانت کودکان) ولیکن آن چه بیشتر مدنظر است این است که تغییر جنسیت والدین و فرزندان چه تأثیری در نفقه فرزندان دارد؟ و یا این که فردی که تغییر جنسیت داده، از والدین خود به چه سهمی ارث می برد؟ و نیز پدر یا مادری که تغییر جنسیت داده است از فرزند خود به چه اندازه ای ارث می برد؟

در خصوص روابطی که از جنبه مالی برخوردار نبوده ولیکن بین والدین و فرزندان برقرار می باشد نظیر مسأله عناوین خانوادگی، حضانت، تربیت، تغذیه کودک و ... نیز موضوع بدین صورت مطرح می گردد که به عنوان مثال هرگاه پدر یا مادر تغییر جنسیت دهند این مسأله چه تأثیری بر حضانت و سرپرستی کودکان خواهد گذاشت؟

گفتار اول: تغییر جنسیت پدر یا مادر و عناوین نسبی آنان

پرسش اساسی این مبحث این است که اگر پدر تغییر جنسیت دهد، آیا عنوان «مادر» را پیدا می کند؟ و چنان چه مادر تغییر جنسیت دهد آیا عنوان «پدر» را پیدا می کند؟

«عناوین نسبی» یا «عناوین خانوادگی»، نظیر: برادر، خواهر، عمو، عمه، دایی، خاله، پدر و

مادر را به طور کلی می توان به دو قسم تقسیم نمود :

۱- عناوینی مشترک مثل عنوان فرزندی

۲- عناوین مختص (الف) از قبیل عنوان پدر و مادر ب (از قبیل عنوان پسر ، دختر ، برادر و خواهر ، عمو ، عمه ، خاله و دایی . چنان چه عنوان خانوادگی از عناوین مشترک باشد ، تغییر جنسیت فرد ، هیچ تغییری در آن عنوان ایجاد نمی کند: مانند عنوان فرزندی ، به این معنا که اگر کسی تغییر جنسیت دهد از عنوان فرزندی خارج نمی شود؛ زیرا تغییر جنسیت قرابت نسبی را از بین نمی برد، بنابراین او هم چنان فرزند والدین خود محسوب می شود اگر چه فرزند فعلی پسر است و در حالت قبل از تغییر جنسیت ، دختر بوده است یا بالعکس .

اگر عنوان خانوادگی از عناوین مختص (قسم ب) باشد؛ مثل عنوان پسر ، دختر ، برادر ، خواهر ، عمو ، عمه ، خاله و دایی که در مورد این ها ، حالت کنونی ملاک و مبناست . پس اگر تغییر جنسیت دهد ، عنوان دختر را پیدا می کند و نیز اگر « برادر » ، « عمو » و « دایی » تغییر جنسیت دهد به « خواهر » ، « عمه » و « خاله » تبدیل عنوان می شود .

حال چنان چه عنوان خانوادگی از عناوین مختص (قسم الف) مثل عنوان پدر بودن یا مادر بودن باشد ، واژگونی نسبت که در مورد « خواهر » ، « برادر » ، « عمو و عمه » و « خاله و دایی » بیان شد، در مورد « پدر و مادر » جاری نمی شود . به عبارت دیگر ، هرگاه پدر تغییر جنسیت دهد به « مادر » تبدیل نمی شود و نیز هرگاه مادر تغییر جنسیت دهد، به عنوان « پدر » شناخته نمی شود و بر این ادعا می توان چند دلیل بیان نمود :

دلیل اول : عرفی بودن عناوین نسبی

«عناوین نسبی» علاوه بر این که دارای آثار شرعی و حقوقی هستند ، از یک نظر ، عرفی نیز هستند . پس باید ملاحظه نمود که، آیا این عناوین عرفاً قابل صدق است یا نه ؟ اگر پدر تغییر جنسیت دهد و به زن تبدیل شود آیا عرفاً « مادر » محسوب می شود یا نه ؟ و بالعکس پاسخ منفی است؛ زیرا هرگاه افراد جامعه با چنین فردی مواجه شوند خواهند گفت : این « پدری » است که تغییر جنسیت داده و در حال حاضر زن است (نه مادر) ؛ یا خواهند گفت : این « مادری » است که تغییر جنسیت داده و در حال حاضر مرد است (نه پدر) و این در حالی است که در تغییر

جنسیت در «خواهر و برادر»، «عمو و عمه»، «دایی و خاله»، این صدق عرفی مشاهده می شود، بنابراین اگر هر یک از برادر و خواهر به جنس مخالف تبدیل شوند، نسبت بین آن دو پایان نمی پذیرد، بلکه نسبت آن ها برعکس می شود، یعنی برادر، خواهر و خواهر، برادر می شود به عبارت دیگر صدق عنوان عرفی «برادر» به خواهری که با تغییر جنسیت به مرد تبدیل شده است قابل پذیرش می باشد. برخی فقیهان شیعه به دلیل «عرف» به عنوان دلیلی برای اثبات عناوین خانوادگی اشاره کرده اند.^۱

دلیل دوم: صدق عنوان پدر و مادر براساس زمان انعقاد نطفه^۲

معیار صدق عنوان «پدر» از نظر شرعی این است که فرزند از نطفه (اسپرم) او به وجود آمده باشد و این با تغییر جنسیت تغییر نمی کند؛ زیرا بعد از تغییر جنسیت هم این شخص، همان است و لذا عنوان پدر در حال حاضر نیز، حقیقتاً بر او صدق می کند. به عبارت دیگر، در صدق عنوان «پدر و مادر» نمی توان حالت کنونی (وضعیت پس از تغییر جنسیت) را مدنظر قرار داد، برخلاف عنوان برادر، خواهر، عمو و ... که در صدق عناوین آنان وضعیت کنونی ملاحظه می شود. پس «پدر» کسی است که در زمان انعقاد نطفه، فرزند از اسپرم او به وجود آمده است و «مادر» کسی است که فرزند از تخمک او به وجود آمده است و این وضعیت با تغییر جنسیت، عوض نمی شود. البته آن چه در خصوص «پدر و مادر» بیان شد در مورد «پدر بزرگ و مادر بزرگ» نیز جاری و صادق است و دلیل این امر نیز همان است که در مورد «پدر و مادر» بیان شد.

گفتار دوم: حقوق و تکالیف والدین نسبت به فرزندان

کودک به اراده خود به دنیا نمی آید. زن و مردی که بوجود آورنده وی هستند پس از تولد طفل دارای سمت پدر و مادر می شوند و قانونگذار برای آنان یکسری حقوق و تکالیفی را مقرر کرده است. در میان این حقوق و تکالیف برخی مادی و برخی، معنوی (غیر مادی) محسوب می گردند و برخی نیز ممکن است مخلوطی از این دو باشند که قانونگذار در قانون مدنی در مواد ۱۱۶۸ تا ۱۱۷۹ به بیان آن ها پرداخته است.

^۱ - سید محسن خرازی، پیشین، ص ۲۵۸.

^۲ - محمد مؤمن قمی، ۱۴۱۵ق، کلمات سدیده فی مسائل جدیده، ص ۱۱۶.

بند اول: حقوق و تکالیف مالی

همان طور که بیان گردید برخی از حقوق و تکالیف فیما بین والدین و فرزندان از جنبه مادی برخوردار بوده که با بررسی از مواد قانون مدنی می توان از حق نفقه، اداره اموال کودکان و حق ارث نام برد:

- **حق نفقه:** ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی، نفقه اولاد را بر عهده پدر و بعد از آن جد پدری و مادر قرار داده است؛ زیرا در نفقه اقارب افراد در خط عمودی ملزم به انفاق یکدیگرند. با توجه به مواد قانونی فوق، اولاد واجب النفقه ممکن است صغیر یا کبیر، سالم یا معلول، عاقل یا مجنون باشد که موارد فوق شرط استحقاق نفقه نیست بلکه اولاد در صورت فقر و عجز از کسب و کار در هر صورت واجب النفقه محسوب می شود، ضمانت اجرای ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی ماده ۱۲۰۵ قانون مدنی است که از اموال مستنکف می توان نفقه را مطالبه نمود. اشکالی که در بحث نفقه اولاد وجود دارد این است که طفل نسبت به نفقه دوران گذشته خود حق مطالبه ندارد ولی در واقع حق کودک نادیده گرفته می شود.

- **حق اداره اموال کودکان:** یکی از وظایف مهم والدین طبق ماده ۱۲۱۷ قانون مدنی اداره اموال طفل است که البته کلمه ولی قهری آورده شده است و همچنین طبق ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی ولی قهری طفل باید رعایت مصلحت صغیر و کودک را تحت هر شرایطی بنماید. اداره اموال باید به نحو احسن و مطلوب انجام شود، البته تشخیص و معیار سنجش در این ماده مشکل می باشد؛ وانگهی ضمانت اجرای معاملات انجام شده توسط وی که به ضرر صغیر بوده مشخص نگردیده است و از طرف دیگر، ممکن است ولی قهری در پنهان و به دور از چشم دیگران اقدام به ضرر رساندن به اموال صغیر نماید. قانون مدنی در مقابل ضررهای وارده به اموال کودکان ساکت است، ولی اکثر حقوقدانان عقیده دارند چنین معاملاتی باطل و عده ای دیگر آن را غیرنافذ و معتقدند هنگامی که طفل کبیر گردید می تواند آن را تنفیذ نماید.

نکته مهم در مورد ضررهایی است که به طور پنهانی به اموال کودکان وارد می شود و هیچ کس نمی تواند از حقوق آنان دفاع نماید و قانون تصمیمی اتخاذ ننموده است، همانطور که از کودکان باید حمایت نمود اموال آنان نیز محترم و باید مورد حمایت قرار گیرند تا اطفال بعد از رسیدن به سن رشد بتوانند به نحو مطلوب از آن استفاده نمایند.

- حق ارث: یکی دیگر از حقوق فرزندان بر پدر و مادر حق ارث است که با فطرت و طبیعت مطابقت دارد. در دین اسلام نیز این حکم جریان یافته و سهم وارثان در کلام الهی مقرر گردیده است: «یوصیکم الله فی اولادکم للذکر مثل حظ الانثیین»^۱. «خداوند درباره فرزندانان به شما سفارش می کند که سهم (میراث) پسر به اندازه سهم دو دختر می باشد...». در ماده ۸۶۱ قانون مدنی موجب ارث دو امرنسب و سبب عنوان گردیده است. برابر ماده ۸۶۷ قانون مدنی ارث به موت حقیقی یا موت فرضی مورث تحقق می یابد. بنابراین در فرض فوت والدین و یا فوت فرزند موجب ارث محقق و اولاد و والدین که در تقسیم بندی طبقات ارث در دسته اول واقع گردیده اند حسب مورد به شرط عدم وجود موانع ارث (نظیر: قتل^۲، کفر^۳، لعان^۴، زنا^۵) از دیگری ارث می برند.

بند دوم: حقوق و تکالیف غیر مالی

بسیاری از حقوق کودکان، در ذیل حقوق معنوی جای دارند به عنوان مثال؛ ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی در باب «حضانة» طفل که جنبه معنوی آن غلبه دارد و ماده ۱۱۷۸ قانون درباره «تربیت» که یکی از وظایف والدین محسوب و جزء حقوق معنوی به شمار خواهد آمد وضع گردیده است که در مباحث ذیل ضمن بیان تعریف هر یک از دو وظیفه فوق، اثر تغییر جنسیت والدین بر حقوق مذکور بیان می گردد.

- حق حضانة: حضانة در لغت یعنی در زیر بال گرفتن، در دامن خود پروراندن^۶ و در اصطلاح عبارت است از: نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است.

ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی نگهداری طفل را حق و تکلیف والدین قرار داده است. همانطور که می دانیم حق به طور جزئی قابل اعراض است ولی به صورت کلی خیر و از طرف دیگر، قانون گذار در قبال اعطای سمت پدر و مادر برای آنها تکالیفی را مقرر نموده که آنان نمی توانند از آن امتناع نمایند.

^۱ - سوره نساء، آیه ۱۱.

^۲ - ماده ۸۸۰، قانون مدنی.

^۳ - ماده ۸۸۲، قانون مدنی.

^۴ - ماده ۸۸۲، قانون مدنی.

^۵ - ماده ۸۸۴، قانون مدنی.

^۶ - حسن عمید، پیشین، ص ۵۲۵.

حضانت، آمیزه‌ای از حق و تکلیف است و در برابر اعمال تصدی حضانت به والدین، قانون آنها را مشمول تکالیف مخصوص دانسته‌اند بنابراین، حضانت بیشتر یک مسئولیت است نه امتیاز.

ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی اصلاحی سال ۱۳۸۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام^۱ اولویت حضانت را تا سن هفت سالگی برای مادر در نظر گرفته است که در آن بیشتر احساسات مادرانه و احتیاج بیشتر طفل در دوران کودکی به مادر را مورد توجه قرار داده است. در مواد بعدی در صورت جنون، فوت و سلب صلاحیت، حضانت طفل به پدر و دیگران منتقل می‌شود.

- **حق تربیت:** تربیت در لغت به معنی پروراندن و پروراندن و در اصطلاح حقوقی به معنای پرورش روحی و اخلاقی (معنوی) اطفال استعمال شده است^۲. به عبارت دیگر تربیت طفل عبارت است از: آموختن طفل به آداب اجتماعی و اخلاق متناسب با محیط خانوادگی او و کوشش در فرا گرفتن طفل به علم و صنعت و به عبارت دیگر اینکه فرد بتواند وسیله خوشبختی و سعادت خود و هموعانش را به بار آورد. البته تربیت شامل پرورش قوای جسمانی، روحی و اخلاقی نیز می‌گردد. حدود تربیت در ماده ۱۱۷۸ قانون مدنی دارای ابهام است و ابوبین در حدود توانایی خود مکلف هستند. نکته ای که قابل ذکر است این که حدود توانایی و اندازه تربیت قابل ارزیابی دقیق نیست و یک امر نسبی می‌باشد.

- **حق ملاقات:** کودکان حق دارند که در طول زندگی از حضور والدین خود استفاده و لذت ببرند و نمی‌توان آن را از کودک سلب نمود مگر به حکم قانون (ماده ۱۱۷۵ قانون مدنی)، از طرفی جدایی والدین باعث متزلزل شدن حقوق کودکان می‌شود. ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی در مورد حق ملاقات طفل با والدین خود که در صورت مواردی همچون طلاق و عدم صلاحیت برای حضانت و غیره به وجود می‌آید مصلحت و رعایت غبطه طفل را در نظر گرفته است. قانون‌گذار سعی نموده است که حداقل شرایط را در این‌گونه مواقع به وجود بیاورد که کودک با والدین ملاقات داشته باشد؛ زیرا در این بین، بیشترین کسانی که با ضرر روحی، تربیتی و جسمی مواجه می‌شوند کودکان و اطفال هستند.

- **حق تغذیه با شیر مادر:** البته تغذیه کودک در ذیل مبحث نفقه قابل بررسی است ولی در طول دوران شیرخوارگی تغذیه با شیر مادر موضوعیت دارد و دارای اهمیت خاصی است.

^۱ - جهانگیر منصور، پیشین، ص ۳۱۷.

^۲ - سید حسین صفایی، اسداله امامی، پیشین، ص ۳۶۳.

در مورد ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی، می‌توان گفت دارای یک مبنای فقهی است که در حال حاضر مناسب به نظر نمی‌رسد؛ زیرا در جوامع امروزی نباید طفل را از بهترین نعمت خداوندی (شیر مادر) که کامل‌ترین غذا برای او محسوب می‌شود، محروم نمود؛ زیرا تغذیه با شیر مادر در رشد جسمانی و آینده کودک نقش به‌سزایی دارد. حال آیا انصاف است که مادر مختار باشد که به فرزند شیر بدهد یا خیر؟ زیرا حتی در صورت امکان تغذیه با موارد غذایی دیگر، هیچ‌کدام از آنها جایگزین شیر مادر نمی‌شوند، به دلیل این که شیر مادر کاملترین منبع محسوب می‌شود.

گفتار سوم: اثر تغییر جنسیت والدین بر حقوق و تکالیف مالی آنان نسبت به فرزندان

صرفنظر از تغییراتی که در حوزه حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر پس از تغییر جنسیت ایجاد می‌گردد، با تغییر جنسیت والدین، حقوق و تکالیفی که فرزند در خانواده دارا می‌باشد نیز، در برخی موارد تحت تاثیر قرار گرفته و همین امر منجر گردیده که صاحب‌نظران و اندیشمندان حوزه فقه و حقوق نظریات متفاوتی را بیان نمایند که در مباحث ذیل به بیان آن خواهیم پرداخت :

بند اول: تغییر جنسیت والدین و مسأله نفقه فرزندان

در فصل گذشته، درباره « نفقه زوجه » مطالبی مطرح گردید و این که با تغییر جنسیت هر یک از زوجین، ازدواج آن دو باطل و بالتبع الزام به انفاق زوج نیز که از آثار ازدواج است از بین می‌رود. حال پرسشی که در خصوص تغییر جنسیت والدین نسبت به فرزندان مطرح می‌گردد این است که هرگاه پدر یا مادر تغییر جنسیت دهند، این امر چه تأثیری در نفقه فرزندان دارد. به عبارت بهتر، آیا پدر یا مادر پس از تغییر جنسیت، هم چنان موظف به پرداخت نفقه فرزندان خویش هستند، یا وجوب نفقه ساقط می‌گردد؟

الف- تغییر جنسیت پدر و مسأله نفقه فرزندان

ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی درباره نفقه اولاد می‌گوید: « نفقه اولاد بر عهده پدر است ... ». حال چنان چه پدر تغییر جنسیت داده و به زن تبدیل شود، آیا زن فعلی هم چنان موظف به پرداخت نفقه فرزندان خویش هست یا خیر؟

در این خصوص چند احتمال قابل بررسی است :

احتمال اول : تغییر جنسیت پدر به زن ، باعث سقوط تمام تکالیفی است که برای جنسیت سابق وضع شده است به عبارت دیگر تغییر جنسیت پدر موجب سقوط وی از عنوان پدر بودن گردیده و در نتیجه الزام به نفقه نیز که به استناد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی در وهله اول برعهده پدر قرار گرفته به طور کلی از بین می‌رود. در توضیح این احتمال می توان گفت : وجوب نفقه از تکالیف « پدر » است و « پدر » کسی است که دارای صفت « رجولیت » (مردی) باشد و هرگاه پدر تغییر جنسیت دهد و به زن تبدیل شود از صفت « رجولیت » خارج می شود . بنابراین ، هرگاه صفت رجولیت وجود نداشت و یا به هر علتی ، از جمله با تغییر جنسیت از بین رفت ، الزام به انفاق نیز ساقط می شود . آیت الله سید محمد صدر می گوید :

پس از تغییر جنسیت پدر، صفت پدری زایل می شود و به دنبال آن ولایت و وجوب نفقه ساقط می گردد. چون این احکام برای پدر است و عرفاً این شخص پدر محسوب نمی شود ، بلکه حقیقتاً نیز پدر محسوب نمی شود و اگر چه قبلاً (قبل از تغییر جنسیت) این گونه بود .^۱

احتمال دوم : تغییر جنسیت پدر و تبدیل وی به زن ، تأثیری در وجوب نفقه فرزندان ندارد و او هم چنان موظف به پرداخت نفقه فرزندان خویش است . دلیل احتمال فوق آن است که تغییر جنسیت پدر ، وی را از « پدر بودن » خارج نمی سازد . به عبارت دیگر ، یکی از دلایل این امر همان گونه که در مطلب پیشین عنوان گردیده « صدق عرفی »^۲ است . علاوه بر این به اعتقاد فقیهان شیعه^۳ « پدر » کسی است که از نطفه وی فرزند به وجود آمده باشد و این امر، با تغییر جنسیت پدر از بین نمی رود.

احتمال سوم : با تغییر جنسیت پدر و تبدیل شدن به زن ، وی به « مادر » تبدیل می شود . براساس فقه اسلامی و ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی : « نفقه اولاد بر عهده پدر است ، ... در صورت نبودن پدر و اجداد و یا عدم قدرت آن ها ، نفقه بر عهده مادر است ...» براساس این فرض، پدر پس از تغییر جنسیت به مادر تبدیل شده است .^۴ از این رو ، در وضعیت جدید ، وی به عنوان مادر ، موظف

^۱ - سید محمد صدر ، ۱۴۱۳ ، ماوراء الفقه ، ج ۶ ، ص ۱۳۸ .

^۲ - سید محسن خرازی ، پیشین ، ص ۲۵۸ .

^۳ - سیدروح اله موسوی خمینی ، پیشین ، ص ۵۵۹ .

^۴ - محمد مهدی کریمی نیا ، پیشین ، ص ۳۳ .

به تأمین مخارج فرزند خواهد بود. البته لازمه فرض فوق دو مادری بودن فرزند است: یکی مادر اصلی که او را به دنیا آورده و دوم پدر که با تغییر جنسیت عنوان مادر را پیدا نموده و این امر مستلزم این است که الزام به پرداخت نفقه فرزندان میان آن دو تقسیم می شود.

نتیجه این که، با توجه به دلائل و قرائن بیان شده در خصوص احتمال دوم، به نظر می رسد این احتمال از سایر احتمال ها قوی تر بوده و پس از تغییر جنسیت پدر، به لحاظ این که هم چنان عرف وی را پدر می داند (پدری که تغییر جنسیت داده و به زن تبدیل شده است) لذا الزام به انفاق فرزندان نیز هم چنان بر عهده وی بوده و دلیلی بر رفع این تکلیف از عهده وی وجود نخواهد داشت.

ب- تغییر جنسیت مادر و مسأله نفقه فرزندان

با عنایت به ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی که برای خویشاوندان ملزم به انفاق ترتیب تقدم و تأخر معین نموده است، الزام به انفاق فرزند توسط مادر در صورتی است که، با وجود پدر یا جد پدری به لحاظ عدم تمکن مالی آنان و توان مالی مادر، مادر ملزم به انفاق فرزند خویش است و یا در صورتی که پدر یا جد پدری در قید حیات نبوده و مادر توان مالی داشته باشد، که در این صورت نیز، مادر موظف به پرداخت مخارج فرزندان است. حال سؤالی که در بحث تغییر جنسیت مطرح می گردد این است که، تغییر جنسیت مادر چه تأثیری در نفقه فرزندان خواهد گذاشت؟ به عبارت دیگر آیا مادر در این حالت، هم چنان موظف به پرداخت نفقه است یا وجوب نفقه پس از تغییر جنسیت وی ساقط می شود؟

در پاسخ به این پرسش می توان دو حالت را فرض نمود:

۱- تغییر جنسیت مادر با وجود پدر یا جد پدری

ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی، در وهله اول تأمین مخارج فرزندان را به عهده پدر نهاده است و پس از فوت پدر یا عدم توان مالی او به عهده اجداد پدری با رعایت الاقرب فالاقرب گذارده است. بنابراین، در صورتی که پدر یا جد پدری و یا هر دو وجود داشته و حداقل یکی از آن ها دارای قدرت مالی باشند، به لحاظ رعایت تقدم نوبت به مادر نرسیده و در نتیجه در چنین وضعیتی تغییر جنسیت وی نیز تأثیری در نفقه فرزندان نخواهد داشت. چرا که، حتی در فرض عدم تغییر جنسیت مادر نیز،

وظیفه ای در خصوص پرداخت مخارج فرزندان با لحاظ شرایط فوق، بر عهده وی نبوده است؛ بنابراین، حتی با فرض صدق عرفی عنوان مادر (به زنی که تغییر جنسیت داده و به مرد تبدیل شده است) براساس زمان انعقاد نطفه که در مباحث پیشین به تفصیل در خصوص آن مطالبی بیان گردید، باز مادر ملزم به انفاق نیست.

۲- تغییر جنسیت مادر با نبود پدر و جد پدری یا عدم تمکن مالی آنان

برابر ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی، چنان چه پدر یا جد پدری وجود نداشته باشند و یا علیرغم در قید حیات بودن، فاقد توان مالی باشند ولیکن مادر از تمکن مالی برخوردار باشد. تأمین نفقه فرزندان بر عهده مادر می باشد، حال چنان چه در این شرایط مادر تغییر جنسیت دهد، در خصوص الزام یا عدم الزام مادر به انفاق فرزندان چند فرض را می توان در نظر گرفت:

فرض نخست: ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی «مادر» را ملزم به پرداخت نفقه فرزندان نموده است و در فرض تغییر جنسیت مادر، صفت «انوثیت» (زن بودن) از وی زایل گردیده بنابراین، به لحاظ متفقی شدن موضوع (مادر بودن) در نتیجه حکم نیز (الزام به انفاق) ساقط می گردد.

فرض دوم: به دلیل اولاً؛ «صدق عرفی» عنوان «مادر» به زنی که تغییر جنسیت داده و به مرد تبدیل شده ثانیاً؛ از نظر شرعی همان طور که در مباحث قبل عنوان گردید، مادر کسی است که فرزند از تخمک وی به وجود آمده و در رحم وی پرورش یافته و مادر او را زاییده باشد بنابراین، صفت مادر هم چنان برای این شخص قابل صدق و اطلاق بوده و وی، هم چنان موظف به پرداخت نفقه فرزندان خویش است.

فرض آخر این که: مادر پس از تغییر جنسیت به پدر تبدیل شده و این امر مستلزم آن است که وظیفه اعطای نفقه میان آن دو (پدر اصلی و مادری که پس از تغییر جنسیت به عنوان پدر را پیدا کرده است) تقسیم می گردد.

البته، براساس آن چه بیان گردید، فرض دوم با اصول و قواعد سازگارتر بوده و از دیگر فروض قوی تر می باشد.

بند دوم: تغییر جنسیت والدین و مسأله ارث از فرزندان

یکی دیگر از حقوقی که در فقه اسلامی و حقوق کشور ما میزان آن با توجه به جنسیت شخص تعیین می شود و به عبارت دیگر، جنسیت، خصوصاً در تعیین میزان آن نقش بسیار اساسی ایفا می نماید، سهم الارث وراث از مورث است. چنان که خداوند متعال نیز می فرماید: «لِلرَّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا»^۱

« برای مردان، از آنچه پدر و مادر و خویشاوندان از خود بر جای می گذارند، سهمی است و برای زنان نیز از آن چه پدر و مادر و خویشاوندان می گذارند، سهمی، خواه آن مال کم باشد یا زیاد. این سهمی تعیین شد و پرداختنی است.» و یا:

« یوصیکم الله فی اولادکم للذکر مثل حظ الانثیین »^۲

« خداوند درباره فرزندان به شماره سفارش می کند که سهم (میراث) پسر، به اندازه سهم دو دختر باشد.»

موجبات ارث به دو نوع سبب و نسب تقسیم می شود. همان طور که در فصل گذشته در خصوص توارث زوجین از یکدیگر بیان شد چون با تغییر جنسیت، نکاح که از موجبات سببی ارث است باطل یا منفسخ می شود، با انتفای نکاح، زوجین از سهم الارث یکدیگر محروم می شوند. در نتیجه، اگر موجب ارث سبب باشد، تغییر جنسیت موجب انتفای سبب و محرومیت شخص از ارث می شود.

اگر موجبات ارث نسب و خویشاوندی باشد، خویشاوندان نیز به دو گروه تقسیم می شوند: خویشاوندان خط اطراف یا عرضی و خویشاوندان نسبی طولی، خویشاوندان طولی نیز به دو گروه، خویشاوندان طولی صعودی و خویشاوندان طولی نزولی. اگر شخص تغییر جنسیت داده، در گروه خویشاوندان طولی صعودی قرار گیرد، تغییر جنسیت اثری بر میزان سهم الارث او از مورثش نخواهد گذاشت، اما اگر شخص تغییر جنسیت داده، در گروه خویشاوندان طولی نزولی یا

^۱ - نساء، آیه ۷.

^۲ - همان، آیه ۱۱.

خویشاوندان خط اطراف یا عرضی قرار گیرد ، تغییر جنسیت بر میزان سهم الارث او تأثیر خواهد گذاشت و سهم الارث او باید به اعتبار جنسیت جدید محاسبه شود .

لذا، با توجه به مطالبی که فوقاً به آن اشاره گردید در خصوص اثر تغییر جنسیت والدین بر مساله ارث از فرزندان چند پرسش را می توان مطرح کرد و آن این که :

هرگاه یکی از والدین تغییر جنسیت دهد و فرزند وی فوت نماید، آیا والدین تغییر جنسیت داده که در هنگام فوت فرزند در قید حیات باشند از فرزند خویش ارث می برند ؟ و در صورت وجود رابطه توارث ، چه میزان سهم الارث دریافت می کند ؟ به عنوان مثال اگر پدر تغییر جنسیت دهد و به زن تبدیل شود ، زن فعلی چه میزان سهم الارث می برد ، آیا براساس جنسیت فعلی ارث می برد یا براساس جنسیت سابق ؟ نیز هرگاه مادر تغییر جنسیت دهد و به مرد تبدیل گردد ، مرد فعلی چه مقدار سهم الارث از فرزند (متوفی) دریافت می کند ؟

در مورد ارث بردن والدین تغییر جنس داده از فرزند خویش، سه احتمال^۱ مطرح است که به شرح ذیل می باشد :

الف - والدین تغییر جنس داده به دلیل قطع رابطه توارث به طور کامل ، اصلاً از فرزند خود ارث نمی برند.

ب- والدین تغییر جنس داده از فرزند خود ارث می بردند ولی در این رابطه دو مبنا وجود دارد :

مبنای اول : ارث بردن به دلیل قرابت و خویشاوندی

مبنای دوم : ارث بردن به لحاظ زمان انعقاد نطفه

ج - رابطه توارث قطع نمی شود ولی میزان سهم الارث آنان تغییر می کند .

الف) قطع رابطه توارث

طبق این نظر اگر کسی در زمان ولادت مورث ، عرفاً پدر او محسوب می شد ، تغییر جنسیت او موجب قطع رابطه پدری او از مورث می شود یا اگر مادر مورث محسوب می شد این تغییر جنسیت

^۱ - سیدروح الله موسوی خمینی، پیشین .

موجب زوال این نسبت می شود، در نتیجه موجب ارث که همان رابطه نسبی والدین و فرزند باشد، منتفی و همین امر موجب قطع رابطه توارث می گردد .

در توجیه این احتمال می توان گفت : پس از مرگ فرزند ، برای این که پدر و مادر از فرزند خویش ارث ببرند ، لازم است عنوان «آب» و «اُم» در حین وفات فرزند باقی باشد ، حال آن که این عنوان ها تغییر کرده است . به عبارت دیگر پس از تغییر جنسیت پدر ، زن فعلی ، نه پدر محسوب می شود و نه مادر . نیز پس از تغییر جنسیت مادر ، مرد فعلی ، نه پدر محسوب می شود و نه مادر . بنابراین ، در حین فوت فرزند ، عنوان « آب یا اُم » وجود ندارد ، تا براساس صدق این عنوان بتواند از فرزند ارث ببرد .

احتمال فوق بعید و غیر قابل قبول است و هیچ کس به آن معتقد نشده است و تنها به عنوان یک « احتمال » مورد بررسی قرار گرفته است . چرا که حتی در صورت وجود تردید در صدق عنوان « پدر و مادر » بر فرد تغییر جنسیت داده، می توان بین عنوان « والدین » و عنوان « پدر و مادر » فرق گذاشت ، زیرا بعد از تغییر جنسیت عنوان « والدین » بر آن دو صادق است ، اگر چه صدق عنوان « پدر و مادر » را نپذیریم ^۱ . لذا نمی توان گفت : رابطه توارث به دلیل تغییر جنسیت بین آنان و فرزند قطع شده باشد . دلیل دوم این که موانع ارث در فقه و قانون مدنی محدود به چهار مانع است که عبارتند از: قتل عمد ^۲ ، کفر ^۳ ، لعان ^۴ و زنا^۵ و به تغییر جنسیت به عنوان یکی از موانع هیچ اشاره ای نشده است . بنابراین، والدین تغییر جنس داده نمی توانند از فرزند خود ارث ببرند .

ب) ابقاء رابطه توارث

این احتمال که در مقایسه با احتمال اول قوی نیز هست این است که، پدر یا مادری که تغییر جنسیت داده اند از فرزند (فوت شده) ارث می برند . امام خمینی (ره) و بقیه فقهای اسلامی اصل وجود ارث را پذیرفته اند که دو مبنا را در این خصوص می توان بیان نمود :

^۱ - محسن خرازی ، پیشین ، ص ۲۶۲.

^۲ - جهانگیر منصور ، پیشین ، ماده ۸۸۰، ص ۲۵۹.

^۳ - همان ، ماده ۸۸۱ مکرر.

^۴ - همان ، ماده ۸۸۲ .

^۵ - همان ، ماده ۸۸۴، ص ۲۶۰.

۱- ارث بردن به لحاظ قرابت و خویشاوندی

این مطلب کاملاً روشن است که نزدیکتر بودن پدر و مادر از لحاظ خویشاوندی به میت با تغییر جنسیت آنان تغییر نمی کند. بنابراین، در اصل ارث پدر و مادر، حتی پس از تغییر جنسیت، تردیدی نیست؛ زیرا پدر و مادر حاجب کسانی می شوند که از لحاظ خویشاوندی با میت در رتبه بعدی قرار دارند و برای اثبات این امر آیات^۱ و روایات معتبری وجود دارد که از جمله روایات معتبری که در این خصوص نقل گردیده که نشان می دهد میراث میت، تنها از آن نزدیک ترین خویشاوند اوست، در موثقه زراره^۲ آمده که گفت: از ابو عبدالله (ع) شنیدم که می فرمود: « برای هر چیزی از آن چه پدر و مادر و نیز خویشاوندان نزدیک بر جای گذاشته اند اولیای در تصرف قرار دادیم. » زراره گفت: مقصود آن حضرت، خویشاوندی میراث برند و نه اولیای نعمت؛ زیرا اولی ترین آنان نسبت به میت، نزدیک ترین آنان به اوست، از رحمی که میت نیز از همان رحم است.

ظاهر این روایت نشان می دهد که، میزان اولویتی که موجب می شود تا شخص وارث باشد، نزدیک تر بودن او، از لحاظ خویشاوندی به میت است.

۲- ارث بردن به لحاظ زمان انعقاد نطفه

اولویت والدینی که حتی پس از تغییر جنسیت نیز از فرزند (متوفی) ارث می برند، ناشی از آن است که این دو، منشأ ولادت بوده اند و از نظر حدوث در تولد شخص، مدخلیت داشته اند. مضافاً این که، همان طور که در مباحث قبل مطرح گردید، می توان بین عنوان « والدین » و « پدر و مادر » فرق گذاشت، و حتی در صورت عدم پذیرش صدق عنوان « پدر و مادر »، عنوان « والدین » بعد از تغییر جنسیت نیز بر آن دو صادق می باشد؛ زیرا، در صدق عنوان والدین ریختن نطفه در رحم زن (توسط مرد) و وضع حمل (توسط زن) کفایت می کند و موضوع ارث، طبق نص آیه کریمه^۳، عنوان « والدین » است.

۱- سوره نساء، آیه ۷.

۲- محمد مومن قمی، پیشین، ص ۱۰۷.

۳- سوره نساء، آیه ۱۱.

پرسشی که ممکن است در این جا مطرح شود این است که، در وضعیت جدید ، یعنی پس از تغییر جنسیت درباره صدق عنوان « پدر و مادر » شک داریم . بنابراین ، می توان با استصحاب عنوان پدر و مادر ، به بقای عنوان « پدر و مادر » حکم کرد و در این حالت ، ارث آنان نیز ثابت می گردد ؛ یا این که گفته شود : پس از تغییر جنسیت پدر یا مادر ، به دلیل شک در ثبوت ارث ، حالت سابقه ، یعنی ثبوت ارث قبل از تغییر جنسیت را استصحاب می کنیم .

در پاسخ باید گفت : پس از تغییر جنسیت ، عنوان « پدر و مادر » هم چنان صادق است و با وجود صدق عنوان « پدر و مادر » ، نیازی به استصحاب ارث آن دو نیست ؛ زیرا، اصل عملی وقتی ارزش دارد که دلیل اجتهادی وجود نداشته باشد^۱ و با وجود صدق دو عنوان یاد شده ، اطلاق شامل آن ها می شود و استصحاب موضوعیت ندارد ؛ چون مجرای اصول ، موارد شک است و در این فرض شک نداریم تا سراغ استصحاب رویم^۲.

ج) ابقاء رابطه توارث با تغییر میزان سهم الارث

براساس این ملاک ، زن فعلی (پدر تغییر جنس داده) یک سوم و مرد فعلی (مادر تغییر جنس داده) دو سوم ارث می برد . گویا مرد فعلی ، پدر است و زن فعلی ، مادر . به عبارت دیگر طبق این نظر رابطه توارث بین والدین تغییر جنس داده و فرزندان برقرار می باشد و لیکن سهم الارث آن تغییر می نماید .

این احتمال ضعیف بوده و هیچ دلیلی در تأیید آن وجود ندارد ؛ چون نمی توان گفت : مادر پس از تغییر جنسیت ، به عنوان « پدر » شناخته می شود . نیز پدر پس از تغییر جنسیت ، به عنوان « مادر » شناخته نمی شود . به عبارت دیگر همان طور که قبلاً نیز بحث گردید ، تفاوت پدر و مادر در مقدار ارث ، به لحاظ بسته شدن زمان انعقاد نطفه است . پس برای پدر که فرزند از اسپرم او به وجود آمده (۲/۳) و برای مادر که فرزند از تخمک او حاصل شده ، (۱/۳) ارث وجود دارد ؛ اگر چه امام خمینی (ره) معتقد است : احتیاط (مستحب) آن است که آن دو با یکدیگر مصالحه کنند^۳ . به نظر می رسد، « مصالح بین آن دو لازم نیست؛ زیرا، بعد از تغییر جنسیت نیز عنوان « پدر » و « مادر » صدق می کند؛ زیرا در صدق آن دو ، حدوث مبدأ کفایت می کند و مقتضای صدق این عنوان آن است که هر کدام

۱ - الاصل دلیلٌ حیث لا دلیل له .

۲ - محسن خرازی ، پیشین ، ص ۲۶۲.

۳ - سیدروح الله موسوی خمینی ، پیشین، ص ۵۶۰.

به مقداری که تعیین شده است ارث ببرند، یعنی در صورت نبود فرزند، دو سوم در پدر و یک سوم در مادر.

بند سوم: تغییر جنسیت والدین و مسأله ولایت بر فرزندان (اداره اموال کودکان)

پرسش اساسی که در این مبحث قابل بررسی است این است که هرگاه پدر یا مادر تغییر جنسیت دهند، این مسأله چه تأثیری در ولایت و سرپرستی کودکان دارد؟

پاسخ به پرسش فوق، با تفکیک مسأله ولایت و حضانت کودکان، با بیان آثار حقوقی تغییر جنسیت هر یک از والدین بر این دو موضوع میسر خواهد بود که در مطالب ذیل به آن پرداخته می شود:

الف) تغییر جنسیت پدر و مسأله ولایت بر فرزندان

براساس ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی، ولایت از آن پدر و جد پدری است. یکی از آثار نسب مشروع، ولایت قهری می باشد. « ولایت » در لغت به معنی حکومت کردن، تسلط پیدا کردن، دوست داشتن، یاری دادن و تصرف کردن آمده است. « قهری » در لغت به معنی جبری و اضطراری است.^۱ در اصطلاح حقوق مدنی، ولایت قدرت و اختیاری است که برابر قانون، به یک شخص ذیصلاح برای اداره امور محجور واگذار شده است. این ولایت دارای اقسامی است: ممکن است به حکم مستقیم قانون به شخصی داده شده یا به موجب وصایت و اگذار گردیده و یا به حکم مستقیم قانون برقرار شده باشد. ولایتی که به حکم مستقیم قانون واگذار شده باشد اصطلاحاً ولایت قهری نامیده می شود که احکام آن در قانون مدنی^۲ بیان گردیده است. در فقه امامیه، اصطلاح ولایت قهری به کار نرفته، معهذا فقها از انواع ولایت پدر و جد پدری، ولایت وصی و ولایت حاکم به تفصیل سخن گفته اند و گاهی تصریح کرده اند که ولایت پدر و جد پدری « ولایت اجباری »^۳ است.

ولایت قهری به مفهومی که گفته شد در همه کشورها وجود دارد، اگر چه در تعیین اشخاصی که عهده دار این سمت هستند و چگونگی اعمال آن و نیز درباره محجورینی که تحت ولایت قهری قرار دارند، قوانین یکسان نیستند.

۱ - علی اکبر دهخدا، پیشین، ج ۱۴، ص ۱۵۷۱.

۲ - قانون مدنی، مواد ۱۱۸۰ تا ۱۱۹۴.

۳ - سید حسین صفایی، اسدالله امامی، پیشین، ص ۳۷۱.

با توجه به آن چه گفته شد این پرسش مطرح می گردد که تغییر جنسیت پدر چه تأثیری در مسأله ولایت خواهد داشت ؟ و هرگاه مادر تغییر جنسیت دهد و به مرد تبدیل شود ، در صورت نبود پدر یا جد پدری ، آیا بر کودکان ولایت پیدا می کند یا خیر ؟

در صورت تغییر جنسیت پدر در خصوص مسأله ولایت وی بر فرزندان دو نظر وجود دارد :

۱- سقوط ولایت

هرگاه جنس پدر تغییر کند و زن شود، به نظر برخی فقها از جمله استاد بزرگوار امام خمینی (ره)^۱ ولایت او بر فرزندان نابالغش ساقط می شود . دلیل برای این نظر مبتنی بر دو ادعا می باشد :

اول این که : با توجه به این که ولایت بر عنوان « پدر » مترتب است ، پس از تغییر جنسیت ، این عنوان بر او صدق نمی کند .

دوم : ولایت بر پدری اختصاص دارد که باقی بر صفت رجولیت (مرد بودن) باشد و با تغییر جنسیت ، این صفت از بین رفته، بنابراین ولایت او نیز بر فرزندان نابالغش ساقط است .

ادعای نخست : در پاسخ به ادعای اول می توان گفت : به صرف تشکیل شدن نطفه از (اسپرم) شخص ، عنوان پدری بر او صدق می کند؛ زیرا وقتی مرد با زنش همبستر شود و برای همیشه از او ناپدید شود ، سپس بچه ای متولد گردد ، تردیدی نیست که آن مرد ، پدر این بچه است ، با این که هیچ دخالتی در تربیت او نداشته مگر ادخال منی در رحم مادر بچه و همین مقدار دخالت ، برای صدق عنوان پدر («اب») کافی است ، اگرچه تغییر جنسیت دهد .^۲ زیرا اگر فرزند این زن بگوید : پدر من همین زن است ، جز این که وی (پیش از این مرد بوده و اکنون) زن شده ، سخن او درست خواهد بود و هیچ کس نمی تواند آن را انکار کند .

ادعای دوم : دلیل های ثبوت ولایت پدر از کسانی که حالت زن شدن برای آنان عارضی باشد ، انصراف ندارند و این دلیل ها ، حتی در حالت تغییر جنسیت نیز ، شامل حال آنان می شوند و همین ادعا قوی تر است. به عبارت دیگر، از ادله شرعیه نمی توان استظهار نمود که ولایت به حالت « رجولیت » اختصاص دارد ، بلکه این مطلب روشن است که ولایت برای « پدر » است؛ یعنی آن

^۱ - « لو تغير جنس الرجل الى المخالف فالظاهر سقوط ولايته على صغاره »، سيدروح الله موسوی خمینی ، پیشین.

^۲ - محمد مومن قمی ، پیشین ، صص ۱۰۵-۱۰۴.

کسی که در زندگی زناشویی، فرزند از منی او ایجاد شده است. لذا پدری که بعد از تغییر جنسیت، زن شده است، همان کسی است که در پیش، ولایت او بر فرزندانش ثابت شده بود. بنابراین، بقای ولایت به وسیله استصحاب قابل اثبات است؛ زیرا اگر کسی ادعا کند که اختصاص ولایت به حالت مردانگی اختصاص دارد در پاسخ باید گفت: وقتی پدر به زن تغییر جنسیت دهد، دلیل ها بر ثبوت ولایت او دلالت ندارد، لکن بر سقوط ولایت او نیز دلالت ندارند. بنابراین، پس از تغییر جنسیت، می توان بقای ولایت را به برکت استصحاب ثابت کرد.^۱

البته عده ای از فقها نیز با استصحاب ولایت به دلیل تغییر موضوع، مخالف هستند.^۲

۲- بقای ولایت

نظر دیگر این است، در صورتی که پدر به جنس مخالف تغییر جنسیت دهد، این شخص همچنان نسبت به فرزندانش ولایت دارد و دلایل اثبات این نظر همان دلایلی است که در مبحث قبل در ادعای معتقدان به سقوط ولایت پدر پس از تغییر جنسیت بیان گردید

ب) تغییر جنسیت مادر و مسأله ولایت

آن چه در این فرض قابل بررسی است این است که، هرگاه مادر تغییر جنس داده و به مرد تبدیل شود، در صورت نبود پدر یا جد پدری، آیا مرد فعلی بر کودکان ولایت پیدا می کند یا خیر؟

در پاسخ باید گفت: هرگاه مادر تغییر جنسیت دهد، هیچ گاه بر کودکانش ولایت پیدا نمی کند بلکه با نبود پدر و جد پدری ولایت کودکان به عهده حاکم شرع خواهد بود.^۳

در اثبات نظر فوق چنین می توان گفت که: اولاً؛ آن چه از ادله ولایت ثابت می گردد ولایت برای عنوان «پدر» است و مادر صرفاً با تغییر جنسیت «پدر» نمی شود، زیرا همان طور که بیان گردید، پدر کسی است که بچه از منی او به وجود آمده است و کسی که شأن او حامله شدن و وضع حمل است پدر نیست. ثانیاً؛ ممکن است بعد از تغییر جنسیت نیز، عنوان «مادر» بر او صدق کند؛ زیرا اوست که فرزند را حامله بوده و با صدق عنوان «مادر» بر او، عنوان «پدر» صدق نخواهد کرد،

۱- محمد مومن قمی، همان.

۲- محسن خرازی، پیشین، ص ۲۵۹.

۳- سید روح الله موسوی خمینی، پیشین.

بلکه عرفاً گفته می شود : این شخص همان مادری است که مرد شده است (نه این که پدر شده است) و در تأیید این نظر می توان گفت : ما علم داریم که عنوان « پدر » با تغییر جنسیت مادر حادث نشده است و لاقلاً در این امر شک داریم . در حالت شک می توان حالت سابقه را استصحاب کرد و حالت سابقه (یقین سابق) در فرض ما « نبود عنوان پدری » است. پس در حال حاضر عنوان پدری ثابت نیست و با انتفای عنوان پدری ، عنوان ولایت نیز منتفی است .

نتیجه : بعد از تغییر جنسیت مادر و تبدیل شدن به مرد ، ولایت ثابت نمی شود .

گفتار چهارم : اثر تغییر جنسیت والدین بر روابط غیر مالی آنان نسبت به فرزندان

در مباحث پیشین، انواع حقوق و تکالیف غیر مالی والدین نسبت به فرزندان بیان گردید. آن چه در این گفتار مد نظر می باشد، آثاری است که تغییر جنسیت والدین (فرضاً تغییر جنسیت پدر و تبدیل شدن آن به زن و یا تغییر جنسیت مادر و تبدیل شدن آن به مرد) در حقوق و تکالیف غیر مالی آنان (نظیر : حضانت و سرپرستی کودک، تربیت ، حق ملاقات و شیر دادن به طفل) نسبت به فرزندان ایجاد خواهد نمود که ذیلاً، اثر تغییر جنسیت پدر و مادر بر هر یک از حقوق و تکالیف مذکور با تکیه بر نظر حقوقدانان و فقها مطرح خواهد گردید.

بند اول: تغییر جنسیت والدین و مسأله حضانت فرزندان

همانطور که بیان گردید بعضی از فقهای امامیه در تعریف حضانت چنین گفته اند : « حضانت عبارتست از: ولایت و سلطنت بر تربیت و متعلقات آن از قبیل: نگاهداری کودک ، گذاردن او در بستر ، سرمه کشیدن ، پاکیزه کردن ، شستن جامه های او و مانند آن ». ^۱ حضانت دارای جنبه جسمی و روحی ، مادی و معنوی است و اختصاص به پرورش جسمی ندارد . قانون مدنی در ماده ۱۱۶۸ حضانت را هم حق و هم تکلیف ابویین دانسته بنابراین، قابل اسقاط و انتقال نمی باشد. نکته دیگر که قابل اهمیت می باشد این است که، حضانت در درجه اول حق و تکلیف طبیعی و قانونی پدر و مادر است و این تکلیف تا زمانی که طفل به سن بلوغ نرسیده باقی است و مادر تا هفت سالگی ^۲ نسبت به حضانت فرزندان خود ، اولویت دارد ؛ چون کودک در این سن نیاز بیش تری به مادر دارد . حال

^۱ - سید حسین صفایی ، اسدالله امامی ، پیشین ، ص ۳۴۳ .

^۲ - قانون مدنی ، ماده ۱۱۶۹ اصلاحی مصوب ۱۳۸۱/۵/۶ مجلس شورای اسلامی که در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۸ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است .

در بحث تغییر جنسیت این پرسش مطرح است که هرگاه مادر در مدتی که حق حضانت کودک به او محول شده است، تغییر جنسیت دهد و مرد شود، آیا همچنان اهلیت حضانت فرزند خویش را داراست یا خیر؟ و نیز اگر پدر در مدتی که حضانت فرزند به عهده اوست تغییر جنسیت دهد نیز آیا این حق از وی ساقط می گردد یا نه؟

الف) تغییر جنسیت مادر و مسأله حضانت فرزند

چنان چه، مادر در مدتی که حضانت فرزند به عهده اوست تغییر جنسیت دهد و به « مرد » تبدیل شود، به لحاظ این که عنوان « مادر » بعد از تغییر جنسیت هم چنان باقی است؛ زیرا عنوان « پدر و مادر » از عناوین خاص بوده که با تغییر جنسیت عوض نمی شود و هم چنین به جهت صدق عرفی عنوان « مادر » به زنی که پس از تغییر جنسیت به مرد تبدیل شده است به گونه ای که اگر عرف از فرزند چنین شخصی بپرسد این شخص کیست؟ خواهد گفت این مادر من است که با تغییر جنس به مرد تبدیل شده است، مضافاً این که از نظر شرعی نیز، مادر کسی است که فرزند از تخمک او به وجود آمده، در شکم وی رشد کرده و از او متولد گردیده است، لذا با توجه به تمامی این دلایل می توان گفت: تغییر جنسیت مادر، تأثیری در حق حضانت وی بر فرزندان خردسالش ندارد. به عبارت دیگر، آن چه با تغییر جنسیت مادر تغییر یافته صفت انوئیت (زن بودن) می باشد که به « رجولیت » (مرد بودن) تبدیل گشته است و لیکن عنوان « مادری » از وی زایل نشده است. البته با توجه به این که در حقوق ایران، فلسفه این حق بیشتر حفظ مصلحت کودک است و والدین به این امر ملزم هستند که این مهم را می توان از مفهوم ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی در خصوص سقوط حق حضانت مادر در صورت جنون و یا ازدواج، استنباط نمود، می توان چنین نتیجه گرفت که، چنانچه به تشخیص دادگاه صالح، مادر پس از تغییر جنسیت فاقد صلاحیت لازم برای نگهداری و حضانت کودک باشد، این حق از او سلب می شود و به پدر کودک که واجد صلاحیت باشد واگذار می گردد.

ب) تغییر جنسیت پدر و مسأله حضانت فرزند

هرگاه پدری که حضانت فرزند به عهده اوست تغییر جنسیت دهد و به زن تبدیل شود، این موضوع

چه تأثیری در امر حضانت و نگه داری فرزند خواهد داشت ؟ در پاسخ به سؤال فوق چنین می توان پاسخ داد که همان طور که در مبحث تغییر جنسیت مادر و مسأله حضانت فرزند بیان گردید با تغییر جنسیت عنوان « پدر » تغییر نمی کند بلکه صرفاً صفت رجولیت (مرد بودن) از وی زایل و تبدیل به انوئیت (زن بودن) می گردد . و از نظر شرعی نیز پدر کسی است که فرزند از نطفه (اسپرم) وی به وجود آمده که با تغییر جنسیت هر چند صفت رجولیت زایل می گردد و لیکن عنوان پدر تغییر نمی یابد ؛ چون حضانت کودک به پدر از آن جهت که پدر است واگذار گردیده است که با تغییر جنسیت عوض نمی شود .

البته فرض دیگری را نیز می توان در نظر گرفت و آن این است که، اگر تغییر جنسیت پدر اثر سوئی نسبت به فرزند داشته باشد و به او آسیب برساند به لحاظ این که فلسفه وجودی حقوق از قبیل حضانت و ولایت، حمایت از فرزند (از جنبه معنوی و مادی) می باشد ، در صورت تشخیص توسط دادگاه می توان حکم به سقوط آن کرد، خصوصاً اگر پدر که با تغییر جنسیت به زن تبدیل شده ، درصد ازدواج با مرد دیگری باشد که در این صورت می توان به استناد مفهوم ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی که می گوید : « اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست مبتلا به جنون باشد یا به دیگری شوهر کند، حق حضانت با پدر خواهد بود »، حکم به سقوط حق حضانت وی می شود و با تشخیص دادگاه ، مادر کودک یا شخص صالح دیگر ، حضانت و نگه داری کودک را به عهده خواهد گرفت .

بند دوم : تغییر جنسیت والدین و سایر حقوق غیر مالی فرزند (تربیت ، حق ملاقات ، تغذیه با شیر مادر)

اثر تغییر جنسیت والدین بر روابط غیر مالی آنان نسبت به فرزندان را می توان به تفکیک هر یک از حقوق مذکور به شرح ذیل بررسی نمود:

- تربیت : تربیت طفل مراحل مختلفی دارد که، پس از ولادت نوزاد شروع خواهد شد. در مراحل اولیه زندگی و در سنین پایین ، تنها پدر و مادر هستند که تربیت طفل را بر عهده دارند و در مراحل بعدی دولت، سازمان ها و ارگان های عمومی و دولتی نیز در این امر مهم مداخله دارند و ابوبن را یاری می نمایند . همان طور که در ماده ۱۱۷۸ قانون مدنی اشاره شده است ابوبن مکلفند در حدود توانایی به تربیت اطفال همت گمارند . صرفنظر از ابهامی که در خصوص حدود تربیت در ماده فوق مطرح می باشد، ولیکن نکته قابل توجه، الزامی است که قانونگذار برای والدین نسبت به فرزندان در خصوص

تربیت آنان ایجاد نمود و همان گونه که در مباحث قبل مطرح گردید تغییر جنسیت والدین، آنان را از عنوان والدین خارج نمی نماید و در صدق عنوان « پدر و مادر » نمی توان حالت کنونی (وضعیت پس از تغییر جنسیت) را مدنظر قرار داد. به عبارت دیگر، در فرض تغییر جنسیت پدر، افراد جامعه در مواجهه با چنین شخصی خواهند گفت: این پدری است که تغییر جنسیت داده و در حال حاضر زن است (نه مادر) لذا با بقا عنوان والدین در خصوص چنین اشخاصی، تکالیفی نیز که به موجب قانون بر عهده آنان گذاشته شده نیز ساقط نشده و به قوت خویش باقی خواهد بود.

- حق ملاقات: طبق ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی « در صورتی که به علت طلاق یا به هر جهت دیگر، ابوین طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند، هر یک از ابوین که طفل تحت حضانت او نمی باشد، حق ملاقات طفل خود را دارد. تعیین زمان و مکان ملاقات و سایر جزئیات مربوط به آن، در صورت اختلاف بین ابوین با محکمه است».

از عبارت صدر ماده مبنی بر این که « در صورتی که به علت طلاق یا به هر جهت دیگر، ابوین طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند...» چنین استنباط می گردد که قانونگذار از در نظر گرفتن حق ملاقات طفل برای هر یک از والدین که طفل تحت حضانت او نمی باشد، حق فطری ابوین و طفل و همچنین صدمات روحی و معنوی فراوانی که در صورت عدم ملاقات به والدین و طفل وارد می آید را ملاک قرار داده، لذا به جهت اهمیت موضوع، در نظر گرفتن حق ملاقات را صرفاً مختص به وقوع طلاق ندانسته و با به کار بردن عبارت عام و مطلق « به هر جهت دیگر » آن را به کلیه فروض جدایی والدین و عدم سکونت آنان در منزل مشترک قابل تسری دانسته است. بنابراین، در فرض تغییر جنسیت والدین نیز به لحاظ انحلال واقعه نکاح و بالتبع عدم سکونت در یک منزل مشترک، می توان برای هر یک از والدین که فرزند تحت حضانت وی نمی باشد حق ملاقات فرزند را در نظر گرفت و صرف تغییر جنسیت هر یک از آنان نمی تواند مانع اعمال این حق گردد. البته در این فرض نیز تعیین زمان و مکان ملاقات در صورت اختلاف بین ابوین با دادگاه صالح خواهد بود.

- تغذیه با شیر مادر: در فقه امامیه رضاع یا شیردادن مادر به طفل جزو حضانت نیست و امری مستحب است نه واجب.^۱ بر همین اساس قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه امامیه، همین نظر را پذیرفته و در ماده ۱۱۷۶ مقرر داشته « مادر مجبور نیست که به طفل خود شیر بدهد، مگر در صورتی که، تغذیه طفل به غیر

^۱ - سیدحسین صفایی، اسدالله امامی، پیشین، ص ۳۴۴.

شیر مادر ممکن نباشد.» صرفنظر از این که ماده مذکور تا چه حد با نظر کارشناسان تغذیه و بهداشت کودک مبنی بر اهمیت شیر مادر و لزوم ارتزاق طفل از شیر مادر سازگار می باشد، ولیکن در فرض تغییر جنسیت مادر به لحاظ تغییرات فیزیولوژیک و جسمی که با انجام عمل جراحی تغییر جنسیت در تبدیل جنسیتی مادر ایجاد می گردد که با حذف برخی از اندامها صورت می پذیرد، لذا حتی در صورت تمایل مادری که در حال حاضر با انجام عمل جراحی تغییر جنسیت به مرد تبدیل گردیده، عملاً امکان شیردادن غیرممکن و منتفی گردیده و بر همین اساس امکان هر گونه بحثی در خصوص الزام یا عدم الزام میسر نخواهد بود.

البته در فرض تغییر جنسیت پدر و تبدیل شدن به زن نیز انجام این امر مستلزم انجام عمل پیوند رحم و بالتبع توانایی باروری می باشد که در حال حاضر به جهت عدم موفقیت پزشکان در عمل پیوند رحم، مباحث مربوط به آن چندان موضوعیت نمی یابد .

مبحث دوم : تغییر جنسیت فرزندان

طرح بحث

تغییر جنسیت در هر دوره از زندگی اشخاصی که از اختلال هویت جنسی در رنج می باشند قابل تصور است، خواه در دوران قبل از ازدواج ، خواه پس از آن . در خصوص آثار تغییر جنسیت در روابط مالی زوجین و والدین نسبت به فرزندان در مباحث پیشین مطالبی عنوان گردید. آن چه در فرض تغییر جنسیت فرزند اعم از دختر یا پسر مطرح می گردد، پاسخ به این پرسش اساسی است که تغییر جنسیت فرزند (فرضاً دختری که با عمل جراحی تغییر جنسیت تبدیل به پسر شده و یا پسری که به دختر تبدیل گردیده) چه تاثیری بر حقوق و تکالیف وی نسبت به والدین و دیگر اعضای خانواده (خواهر و برادران) به جای خواهد گذاشت؟ فرضاً فردی که تغییر جنسیت داده از والدین خویش به چه سهمی ارث می برد و یا تغییر جنسیت وی چه تاثیری در خصوص تکلیف وی به پرداخت نفقه والدین و یا الزام به انفاق والدین نسبت به وی خواهد داشت؟

قبل از پرداختن به مباحث فوق ، نکته ای که در خصوص حقوق غیر مالی والدین نسبت به فرزند باید بیان نمود این است که، با توجه به این نکته که تغییر جنسیت فرزند وی را از عنوان فرزندی خارج نمی نماید، لذا حقوق و تکالیفی که از جنبه معنوی و غیرمالی برخوردار می باشد همچنان بر عهده وی باقی خواهد بود؛ چرا که مهمترین رابطه ای که بین انسانی با انسان دیگر تحقق می یابد رابطه تکوینی

فرزند است با پدر و مادر و این که اصل وجود فرزند، وابسته به آنهاست. تأثیری که پدر و مادر در پیدایش فرزند دارند، فرزند به هیچ وجه درباره آنها نمی تواند داشته باشد. در قرآن کریم آیات زیادی داریم که فرزند نسبت به پدر و مادر باید احسان کند و از اینجا روشن است که حق پدر و مادر بر فرزند تا چه حد است به طوری که در سایر افراد جامعه نسبت به یکدیگر نمی توان برای آن مشابهی یافت. بنابراین، حقوق معنوی و غیر مالی والدین نظیر رعایت ادب و احترام^۱، احسان^۲ و... پس از تغییر جنسیت تغییری نیافته و از عهده فرزند ساقط نمی گردد. لذا در مباحث آتی صرفاً حقوق و تکالیف مالی فرزند تغییر جنسیت داده نسبت به والدین و همچنین والدین نسبت به فرزند تغییر جنسیت داده مطرح می گردد.

گفتار اول: اثر تغییر جنسیت بر حق ارث فرد تغییر جنس داده از والدین خویش

همان گونه در مباحث قبل بیان گردید، « عناوین نسبی » به دو قسم عناوین مشترک و عناوین مختص تقسیم می گردید و عناوین مختص نیز خود به دو وجه تقسیم می گردید (الف) نظیر عنوان پدر و مادر ب (از قبیل عنوان پسر، دختر، برادر و خواهر و ... در خصوص دسته اخیر، تغییر جنسیت موجب تغییر عنوان آنان گردیده، در نتیجه حالت کنونی او ملاک و مبنای آثار حقوقی قرار می گیرد. بنابراین، اگر شخصی پسر داشته باشد و قبل از مرگ پدرش تغییر جنسیت دهد و یا بعد از مرگ یکی از والدین و قبل از تقسیم ترکه، تغییر جنسیت صورت گیرد، میزان ارث فرزند تغییر جنس داده متفاوت خواهد بود که در مباحث ذیل هر دو حالت مورد بررسی قرار می گیرد.

بند اول: تغییر جنسیت فرزند قبل از فوت یکی از والدین

هرگاه فردی، جنسیت خویش را تغییر دهد، و آن گاه یکی از والدین وی فوت کند، آیا براساس جنسیت فعلی ارث می برد یا براساس جنسیت سابق؟ به طور مثال، اگر پسری به دختر تبدیل شود آیا سهم الارث وی به اندازه پسر است یا به اندازه دختر؟

در مطالب قبل بیان گردید که خویشاوندان به دو گروه خویشاوندان خط اطراف یا عرضی و خویشاوندان نسبی طولی تقسیم می شوند و هم چنین بیان شد که اگر شخص تغییر جنسیت داده، در گروه خویشاوندان طولی صعودی قرار گیرد، تغییر جنسیت اثری بر میزان سهم الارث او از

^۱ - «فلا تقل لهما اف ولا تنهرهما»، سوره اسراء، آیه ۲۳.

^۲ - «قل ما انفقتم من خیر فلولوالدین و الاقرین»، سوره بقره، آیه ۲۱۵.

مورثش نخواهد گذاشت، اما اگر شخص تغییر جنس داده، در گروه خویشاوندان طولی نزولی یا خویشاوندان خط اطراف یا عرضی قرار گیرد، تغییر جنسیت بر میزان سهم الارث او تأثیر خواهد گذاشت و سهم الارث او باید به اعتبار جنسیت جدید محاسبه شود؛ زیرا نسبت این اشخاص با میت به اعتبار جنسیت زمان مرگ او تعیین می گردد و تبعاً سهم الارث او نیز به اعتبار جنسیت جدید محاسبه می شود. بنابراین، اگر یکی از والدین پسر یا دختر تغییر جنس داده بمیرد (مثل پدر یا مادر) پسر فعلی دو برابر دختر فعلی ارث می برد و هم چنین است در سایر طبقات ارث (نظیر خواهر میت که در طبقه سوم قرار می گیرد اگر تغییر جنسیت دهد، عمه یا خاله میت محسوب می شود و سهم الارث جنسیت مونث به او تعلق می گیرد).

دلیل آن نیز این است که اولاً؛ ظاهر ادله شرعیه، مذکر یا مونث بودن را در زمان موت مورث معیار قرار داده است. مثل آیه شریفه «یوصیکم الله فی اولادکم للذکر مثلُ خطِّ الانثیین»^۱. سهم میراث پسر به اندازه سهم دو دختر می باشد. ثانیاً؛ قانون مدنی ایران در ماده ۹۰۷ می گوید: «.... اگر اولاد متعدد باشند و بعضی از آن ها پسر و بعضی دختر، پسر دو برابر دختر می برد». ثالثاً؛ در مورد تغییر جنسیت پسر به دختر قبل از فوت والدین می توان گفت: شخص مذکور اقدام بر ضرر خود کرده است و به دلیل ادله شرعیه و اطلاق ماده قانونی فوق، باید سهم الارث مونث به او تعلق گیرد و در این فرض اختلافی بین فقها وجود ندارد و تقریباً تمام کسانی که مسأله تغییر جنسیت را مطرح ساخته اند، ملاک را جنسیت فعلی^۲ در زمان موت مورث مدنظر قرار داده اند.

البته، نکته ای که در خصوص تغییر جنسیت از مونث به مذکر حائز اهمیت می باشد این است که، ممکن است سایر ورثه به جنسیت و سهم الارث شخص تغییر جنسیت داده اعتراض نمایند که او باید به اعتبار جنسیت سابق ارث ببرد. همان طور که دکتر یاسر جمال رئیس بخش جراحی و استاد دانشکده پزشکی در دانشگاه ملک عبدالعزیز جده عربستان ضمن رد انجام عمل تغییر جنسیت به لحاظ مشکل روحی بدون وجود مشکل جسمی عنوان نموده انگیزه مالی و طلب سهم بیشتری از ارث از جمله دلایل برای انجام عمل تغییر جنسیت است.^۳ در این مورد نیز به استناد ماده ۹۳۹ قانون مدنی، که غالبیت علائم جنسی یک جنس در ختنی را موجب ارث آن جنسیت تلقی کرده، می توان گفت: اگر حداقل دو متخصص قابل اعتماد تأکید کنند که جنسیت شخص مذکر است و او صحیحاً

^۱ - سوره نساء، آیه ۱۱.

^۲ - محمد مومن قمی، پیشین، ص ۱۰۶.

^۳ - <http://www.asriran.com/fa/news/141679> (۸۹/۷/۲۹).

به جنس مذکر ملحق شده است، به طریق اولی از این ماده می توان حکم به مذکر بودن شخص کرد ، زیرا غالبیت از باب ظهور است و تأیید و نظر متخصصین از باب نص است و تقدیم نص بر ظاهر از مسلمات است . هم چنین از ادله حجیت شاهد می توان به جنسیت جدید حکم کرد . بنابراین، سهم الارث شخص در این فرض بر طبق جنسیت زمان موت مورث محاسبه می شود.^۱

بند دوم: تغییر جنسیت بعد از فوت والدین

پرسشی که در این حالت مطرح می شود این است که، چنان چه فرزند بعد از فوت پدر یا مادر تغییر جنسیت دهد، پرداخت سهم الارث او به چه صورت خواهد بود ؟ آیا هم چون مانند حالت قبل ، با تغییر جنسیت میزان سهم الارث فرزند نیز تغییر نموده و جنسیت جدید ملاک قرار می گیرد و یا این که تغییر جنسیت بعد از فوت پدر یا مادر هیچ گونه تغییری در سهم الارث فرزند ایجاد ننموده و براساس جنسیت سابق سهم الارث دریافت می نماید ؟

در خصوص این فرض در بین کتب فقهای اسلامی نظری به چشم نمی خورد و لیکن به نظرمی رسد در این حالت باید جنسیت زمان موت مورث ملاک و مبنا باشد . دلیل این امر نیز واضح است؛ زیرا این فرد که پس از فوت پدر یا مادر تغییر جنسیت داده است حقی برای وی ثابت شده که تغییر جنسیت بعدی تأثیری در این مسأله ندارد . بنابراین، اگر دختر پس از فوت پدرش تغییر جنسیت دهد و به پسر تبدیل شود این موضوع تأثیری در میزان سهم الارث وی نداشته و هرگز به اندازه پسران ارث نخواهد برد و ملاک در توارث وی جنسیت زمان فوت مورث می باشد .

گفتار دوم: اثر تغییر جنسیت فرزند بر نفقه والدین

برابر ماده ۱۱۹۶ قانون مدنی « در روابط بین اقارب ، فقط اقارب نسبی در خط عمودی اعم از صعودی یا نزولی ملزم به انفاق یکدیگرند .» اقارب نسبی در خط عمودی یا خط مستقیم خویشانی را گویند که بعضی از بعض دیگر به دنیا آمده اند ، اعم از این که واسطه ای در قرابت آن ها وجود داشته باشد (مانند جد و نوه) یا قرابت بدون واسطه باشد (مانند پدر و فرزند یا مادر و فرزند) قرابت خط عمودی (مستقیم) صعودی یا نزولی است . بنابراین، قرابت فرزند با پدر صعودی و عکس آن نزولی است .

^۱ - علیرضا باریکلو ، پیشین ، ص ۱۲۷.

نفقة اقارب (مانند پدر و مادر) عبارت است از : مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت به قدر رفع حاجت با در نظر گرفتن درجه استطاعت منفق.^۱ نفقه ابوبن با رعایت الاقرب فالاقرب به عهده اولاد و اولاد اولاد است (ماده ۱۲۰۰ قانون مدنی) کسی مستحق نفقه است که ندار بوده و نتواند به وسیله اشتغال به شغلی، وسایل معیشت خود را فراهم نماید (ماده ۱۱۹۷ قانون مدنی) . کسی ملزم به انفاق است که متمکن از دادن نفقه باشد ، یعنی بتواند نفقه بدهد بدون این که از این حیث در وضع معیشت خود دچار مضیقه گردد. برای تشخیص تمکن باید کلیه تعهدات و وضع زندگانی شخصی او در جامعه در نظر گرفته شود (ماده ۱۱۹۸ قانون مدنی). با توجه به مطالب فوق ، اکنون این پرسش مطرح است که چنان چه فرزند ، اعم از دختر یا پسر تغییر جنسیت دهد ، چه تأثیری بر نفقه والدین آنان دارد ؟

از نظر فقه اسلامی و مواد قانون مدنی ایران، هرگاه پدر یا مادر از نظر مالی ناتوان باشند بر فرزندان وی (صرف نظر از جنسیت آنان) که دارای توان مالی هستند ، واجب است مخارج پدر و مادر خویش را تأمین نمایند . بنابراین، در فرض تغییر جنسیت فرزند نیز چون تغییر جنسیت وی را از عنوان « فرزند بودن » خارج نمی سازد، لذا تغییر جنسیت فرزند (صرف نظر از دختر یا پسر) هیچ تأثیری در این حکم شرعی نداشته و در هر حال ، پسر یا دختر با وجود توان مالی پس از تغییر جنسیت نیز ملزم به پرداخت نفقه والدین خویش که از نظر قدرت مالی ناتوان باشند خواهند بود .

گفتار سوم : تکلیف والدین به پرداخت نفقه فرزند تغییر جنسیت داده

ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی درباره نفقه اولاد بیان می دارد: « نفقه اولاد بر عهده پدر است؛ پس از فوت یا عدم قدرت او به انفاق ، به عهده اجداد پدری است ، با رعایت الاقرب فالاقرب، در صورت نبود پدر و اجداد پدری و یا عدم قدرت آنها، نفقه بر عهده مادر است... ». همان طور که در خصوص تقسیم بندی « عناوین نسبی یا عناوین خانوادگی » مطرح گردید ، عنوان فرزند در تقسیم بندی مذکور در زمره عناوین مشترک محسوب می گردید . همچنین بیان گردید که، چنانچه عنوان نسبی در گروه عناوین مشترک باشد تغییر جنسیت هیچ تغییری در آن عنوان ایجاد نمی نماید . مانند؛ عنوان فرزندی ، به این معنا که اگر کسی (دختر یا پسر) تغییر جنسیت دهد از عنوان فرزندی خارج نشده و قرابت نسبی از بین نمی رود . بنابراین ، شخص همچنان فرزند والدین خویش محسوب می شود، اگر چه

^۱ - جهانگیر منصور، پیشین.

فرزند فعلی پسر است و در حالت قبل از تغییر جنسیت دختر بوده یا بالعکس و از آن جا که، یکی از آثار نسب مشروع الزام به انفاق فرزند می باشد و عبارت قانون در ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی نیز عام و مطلق می باشد، لذا اولاد واجب النفقه ممکن است صغیر یا کبیر، سالم یا معلول، عاقل یا مجنون باشند و موارد مذکور هیچ یک شرط استحقاق نفقه نیست، بلکه در صورت فقر یا عجز از کسب و کار، فرزند در هر صورت واجب النفقه محسوب و صرف نظر از جنس، سن و... والدین مکلف به انفاق می باشند. بنابراین، تغییر جنسیت فرزند نیز موجب رفع تکلیف والدین به انفاق نبوده و در صورت حصول شرایط (فقر و عجز از کسب و کار) والدین مکلف به پرداخت نفقه فرزند (اعم از دختر یا پسر) تغییر جنسیت داده خواهند بود.

گفتار چهارم: تغییر جنسیت اقارب طبقه دوم و سوم

در تقسیم ارث میان خویشاوندان نسبی قواعدی حکومت دارد که در مباحث پیشین در خصوص آن مطالبی بیان شد و خلاصه بحث بدین صورت بود که:

۱- وارثان به سه طبقه تقسیم می شوند (طبقه اول: پدر و مادر اولاد و اولاد اولاد، طبقه دوم: اجداد و برادر و خواهر و اولاد آن ها، طبقه سوم: اعمام و عمات و احوال و خالات و اولاد آن ها (ماده ۸۶۲ قانون مدنی) و در تقسیم ارث هر طبقه مقدم بر طبقه های پس از آن است (ماده ۸۶۳ قانون مدنی). ترتیب طبقه ها نیز بر مبنای نزدیکی خویشاوندی است.

۲- در درون طبقه ها نیز خویشاوندی که درجه نزدیکتر دارد مانع از ارث درجه دورتر است: به عنوان مثال تا خواهر و برادر وجود دارد فرزندان آنان ارث نمی برند. (الاقرب فالاقرب)

حال پرسشی که در خصوص موضوع تغییر جنسیت اقارب طبقه دوم و سوم مطرح می گردد این است که در صورت تغییر جنسیت آنان، آیا هم چنان از میت ارث می برند؟ و در صورت برقراری رابطه توارث کدام جنسیت ملاک و مبنای قرار می گیرد جنسیت قبل از تغییر یا پس از آن؟

در خصوص این طبقه از خویشاوندان نسبی نیز، می بایست مطلب را همچون مبحث قبل در زمینه تغییر جنسیت فرزند، به تغییر جنسیت قبل از فوت مورث و بعد از فوت مورث تقسیم کرد. بنابراین، اگر افرادی مانند: برادر، خواهر، عمو، عمه، دایی و خاله و دیگر اقارب و خویشاوندان که در طبقه دوم و سوم ارث، قبل از فوت مورث تغییر جنسیت دهند، جنسیت فعلی آنان ملاک تعلق

سهم الارث آنان می باشد و در صورت تغییر جنسیت بعد از فوت مورث، جنسیت زمان موت ملاک بوده و پرداخت سهم الارث براساس جنسیت سابق خواهد بود .

نتیجه گیری

عمل جراحی تغییر جنسیت در افراد تراجنسیتی به لحاظ این که یک عمل جراحی پزشکی صرف همچون عمل قلب، چشم، مغز و... نمی باشد، بلکه به معنای پروسه ای است که طی آن شخص که از لحاظ جسمی در سلامت به سر می برد، (حتی با وجود داشتن همسر و فرزند) به لحاظ اختلال در هویت جنسی و تعلق روحی به جنس مخالف با انجام اعمال پزشکی روان درمانی، هورمون درمانی و نهایتاً عمل جراحی از جنسیت فعلی خویش خارج و وارد جنسیت مخالف می گردد، که همین امر منجر به بروز آراء و نظریات متفاوتی بین علمای اهل سنت و تشیع گردیده، به گونه ای که از لحاظ نظری، سه نظر مشروعیت مطلق، ممنوعیت مطلق (مطابق نظر علمای اهل تسنن) و مشروعیت مشروط مطرح گردیده است. اکثر فقهای شیعه با بیان این نکته که تغییر جنسیت فی حد نفسه حرام نیست و همان گونه که در خنثی اگر متخصصان قابل اعتماد تشخیص دهند که شخص مذکور تابع یکی از دو جنسیت است، به طریق اولی باید حکم الحاق او به جنسیتی باشد که مورد نظر متخصص است در مورد خنثای روانی نیز، هرچند پدیده جدید و تازه ای است، ولی با استناد به سیره عقلا، مبنی بر لزوم درمان درد تا حد امکان و احادیث مربوط، می توان نتیجه گرفت که تغییر جنسیت این گروه نیز به تشخیص پزشک متخصص قابل اعتماد، مشروع و مجاز می باشد. اما تغییر جنسیت افراد عادی که هیچ گونه مشکل جنسیتی ندارند و صرفاً از روی هوی و هوس خواستار تغییر جنسیت می باشند غیر قانونی و نامشروع است. مضافاً این که در صورتی که شخص مطابق استانداردهای پزشکی، پزشک متخصصی او را تغییر جنسیت دهد، حق دارد تقاضای شناسایی جنسیت جدید و بالتبع اصلاح شناسنامه خود را از دادگاه های دادگستری نماید تا جنسیت و نام جدید او در آن درج و بالتبع کلیه مدارک مکتسبه وی محفوظ بماند. با پذیرش تغییر جنسیت از دیدگاه فقهای شیعه آثاری نیز بر آن خصوصاً در حوزه مباحث حقوق خانواده در خصوص حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر و والدین نسبت به فرزندان و بالعکس مترتب می گردد که می توان بر اهم آن به شرح ذیل اشاره نمود :

- در خصوص وضعیت ازدواج پس از تغییر جنسیت از جانب صاحب نظران حقوقی و فقهای شیعه نظریات متفاوتی مبنی بر انفساخ نکاح، کشف بطلان نکاح و بطلان نکاح مطرح گردیده که به نظر می رسد به لحاظ این که « اختلاف در جنس » شرطی است که در خصوص صحت واقعه نکاح اعم از دائم و موقت لازم بوده و می بایست صرف نظر از نوع واقعه نکاح هم ابتدائاً و هم در ادامه به عنوان یک شرط وجود داشته باشد و چون پس از تغییر جنسیت، موضوع ازدواج «مرد و زن»

تغییر می کند و به صورت «دو زن» یا «دو مرد» تبدیل می گردد، لذا ازدواج سابق باطل و در این صورت تفاوتی نمی کند که تغییر جنسیت آن دو به صورت همزمان باشد یا غیر همزمان. با انحلال نکاح عده نیز مطلقاً ساقط می شود و در سقوط عده فرقی بین انواع عده (طلاق، فسخ یا عده وفات) وجود ندارد؛ چرا که عده از احکام مخصوص زنان است و با تغییر جنسیت و از بین رفتن موضوع، حکم نیز منتفی می گردد.

- با انحلال نکاح حقوق و تکالیف مالی و غیر مالی (شخصی) زوجین نیز تحت تاثیر قرار می گیرد بدین شرح که:

الف- در حوزه حقوق و تکالیف غیر مالی آنان نسبت به یکدیگر نظر به این که هدف اصلی ازدواج همکاری در زندگی و تشریک مساعی زن و شوهر در تامین ساعات و رفاه خانواده است که در این راستا حسن معاشرت، معاضدت، وفاداری و ریاست شوهر از لوازم تشدید مبانی خانواده شمرده شده است و از آن جایی که با تغییر جنسیت رابطه زوجیت منحل می گردد، لذا حقوق و تکالیف مذکور نیز به لحاظ از بین رفتن موضوع از عهده آنان ساقط و فاقد محمل قانونی می گردد.

ب- حقوق و تکالیف مالی که در فقه امامیه و به تبع آن در قانون مدنی برای زوجین در نظر گرفته شده است عبارتست از: مهر، نفقه و ارث که البته حقوق و تکالیف دیگری نظیر اجرت المثل، تنصیف دارایی، نحله، مقرری ماهانه و... در قوانین دیگر نظیر قانون حمایت خانواده و ماده واحده اصلاح مقررات مربوط به طلاق عنوان گردیده که وضعیت آنان نیز به لحاظ انحلال نکاح در اثر تغییر جنسیت هر یک از زوجین، متغیر خواهد بود:

- **نفقه:** مستنبط از مواد قانون مدنی شرط وجوب نفقه دو چیز است: ۱- دائم بودن نکاح ۲- تمکین زوجه، به دلیل این که پس از تغییر جنسیت یکی از زوجین، شرط اول وجوب پرداخت نفقه منتفی می گردد، لذا به تبع آن نفقه نیز از بین خواهد رفت. البته در خصوص اشتراط نفقه در عقد موقت نیز به جهت این که با تغییر جنسیت، عقد موقت فاقد موضوع شده و باطل می گردد لذا با بطلان عقد، شرط ضمن آن نیز از بین خواهد رفت.

- **مهر:** با تقسیم مهر در عقد نکاح دائم به مهرالمسمی، مهرالمثل و مهرالمتعه اثر تغییر جنسیت بر هر یک بدین نحو می باشد که: در مورد تاثیر تغییر جنسیت بر مهرالمسمی چهار دیدگاه وجود دارد (نظریه عدم استحقاق مهر، نظریه استحقاق تمام مهر، نظریه استحقاق تمام مهر در صورت دخول و عدم استحقاق مهر در صورت عدم آن، نظریه مبتنی بر اجازه زوج) و در بین نظریات مذکور دیدگاهی که از طرفداران بیشتری برخوردار است، این است که، نظریه استحقاق تمام مهر به نظر

قوی تر می رسد؛ یعنی زوج باید به طور مطلق تمام مهر را بپردازد و این موضوع ارتباطی به بحث دخول یا اجازه شوهر ندارد؛ چرا که حقیقت مهر اعتباری و فرع بر اصل و ذات ازدواج است و بعد از تغییر جنسیت به مقتضای قاعده استصحاب همچنان در ملک زن باقی است و هیچ دلیلی برای الحاق تغییر جنسیت به طلاق در تفصیل دادن بین دخول و تمام مهر و عدم دخول و نصف مهر، وجود ندارد؛ زیرا ادله مخصوص طلاق است و شامل فرض تغییر جنسیت نمی شود.

مهرالمثل نیز به لحاظ این که پس از وقوع نزدیکی در خصوص زوجه مفوضه البضع موضوعیت می یابد لذا پرداخت آن پس از وقوع نزدیکی مصداق می یابد. پرداخت مهرالمتعه نیز به لحاظ این که قانونگذار آن را در ماده ۱۰۹۳ قانون مدنی منحصر به مورد طلاق دانسته لذا منصرف از انحلال نکاح در اثر موارد دیگر (نظیر فسخ یا تغییر جنسیت) بوده و موضوعیت نمی یابد. در خصوص عقد موقت نیز به جهت این که مهریه از ارکان عقد موقت می باشد، لذا در صورت تغییر جنسیت زوج، می بایست تمام مهریه را پرداخت نماید، همچون فرض بذل مدت از جانب وی و در صورتی که زوجه بدون اجازه زوج تغییر جنسیت دهد به مقدار زمان تخلف از مهریه وی کاسته می شود.

- ارث: به دلیل این که از جمله شرایط توارث زوجین، وجود زوجیت هنگام فوت همسر (دوام نکاح) می باشد که با تغییر جنسیت، نکاح دائم که از موجبات سببی ارث است باطل می گردد، لذا با انتفای نکاح، زوجین از سهم الارث یکدیگر محروم می شوند. البته در نکاح منقطع نیز به دلیل عدم برقراری توارث بین زوجین لذا تغییر جنسیت هر یک نیز تاثیری در این موضوع نخواهد داشت.

- هزینه ازدواج (دوران نامزدی): نامزدی یا وعده ازدواج، قراردادی است که بین دو نفر، به منظور ازدواج در آینده بسته می شود. بنابراین، هیچ یک از نامزدها نمی تواند از طریق قضایی نامزد دیگر را مجبور به ازدواج نماید و صرف خودداری از ازدواج مجوز مطالبه خسارت نیست با وجود این، اگر یکی از نامزدها در به هم زدن نامزدی مقصر باشد، نامزد دیگر می تواند با رعایت حدود مقرر در قانون مطالبه خسارت کند.

سؤالی که در ارتباط با موضوع تغییر جنسیت هر یک از زوجین مطرح می گردد این است که، آیا شخص تغییر جنسیت داده که به واسطه تغییر جنسیت وی وعده ازدواج (نامزدی) به هم خورده ضامن چنین هزینه ای است یا نسبت به آن مسئولیتی ندارد؟ با عنایت به این که بر تغییر جنسیت در صورتی که به تشخیص پزشک متخصص به عنوان درمان بحران جنسی انجام پذیرد، عرفاً سوء استفاده از حق صدق نمی کند، لذا نمی توان چنین هزینه ای را به عنوان خسارت از وی مطالبه نمود. البته در فرضی که شخص، طرف دیگر را از مشکل جنسی خود در زمان انعقاد نکاح آگاه

نموده باشد، در این صورت طرف دیگر می تواند به استناد قاعده غرور ، خسارت هزینه متعارف ازدواج را مطالبه نماید.

- **هدایای دوران نامزدی:** به استناد ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی هدایای دوران نامزدی در صورت به هم خوردن قابل استرداد است، لذا در فرض بر هم خوردن نامزدی به لحاظ تغییر جنسیت یکی از زوجین نیز در خصوص هدایایی که عادتاً قابل نگهداری است همین قاعده قابل تسری است و هدایای دوران بعد از ازدواج نیز برابر ماده ۸۰۳ قانون مدنی در صورت عدم تغییر مال موهوبه قابل استرداد می باشد.

- **اجرت المثل کارهای زوجه :** به لحاظ انصراف ماده واحده اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۷۱/۸/۲۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام به استحقاق اجرت المثل به کارهای زوجه در هنگام وقوع طلاق و بی تقصیری زن ، لذا مطالبه اجرت المثل کارهای زوجه در فرض انحلال نکاح در اثر تغییر جنسیت ، طبق تبصره ماده ۳۳۶ قانون مدنی (مصوب ۱۳۸۵ مجلس شورای اسلامی) میسر خواهد بود مشروط بر این که، اولاً؛ زوجه فعالیت خارج از وظایف زوجیت در منزل زوج انجام داده باشد ثانیاً؛ فعالیت انجام شده به دستور زوج باشد ثالثاً؛ زوجه فعالیتهای مزبور را با عدم قصد تبرع انجام داده باشد که عدم قصد تبرع نیز می بایست به وسیله زوجه ثابت گردد.

- **نحله (بخشش اجباری) :** به لحاظ این که تبصره ۶ ماده واحده اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام ، زمان مطالبه نحله توسط زوجه را پس از طلاق دانسته و این حکم نیز استثنایی بوده لذا بنا به حاکمیت اصل عدم، نمی توان آن را در سایر فروض انحلال نکاح نظیر تغییر جنسیت قابل تسری دانست.

- **مسأله مقرری ماهانه:** مقرری ماهانه نیز نهاد حقوقی جدیدی است که برابر عبارت ماده ۱۱ قانون حمایت خانواده ، مختص انحلال نکاح دائم در اثر وقوع طلاق (به استثناء طلاق توافقی) می باشد که به لحاظ تصریح قانون نمی توان آن را به سایر موارد انحلال نکاح از جمله انحلال در اثر تغییر جنسیت تسری بخشید. مضافاً این که با منسوخ شدن قوانین مغایر شرع ، به لحاظ این که مقرری مذکور جایگاه شرعی ندارد به نظر می رسد موضوعیت آن نیز در حال حاضر از بین رفته و نمی توان به آن استناد جست.

- **تنصیف دارایی (شروط ضمن عقد نکاح) :** در صورتی که زوجین در ضمن عقد نکاح شرط تنصیف دارایی را به صورت مطلق گنجانده و آن را منحصر به انحلال نکاح در اثر طلاق و دیگر قیود

نموده باشند، در صورت تغییر جنسیت زوجه شرط تملیک مجانی تا نصف دارایی زوج با نظر دادگاه امکان پذیر خواهد بود.

- **جهیزیه:** باتوجه به پذیرش اصل استقلال مالی کامل زن ، لذا هم در زمان زوجیت و هم در صورت انحلال آن (به هر دلیل) حق استرداد آن برای زوجه باقی است.

در تغییر جنسیت والدین و فرزند نیز ؛

- تغییر جنسیت تغییری در عنوان پدر و مادر و فرزند ایجاد نمی کند ، به عبارتی تغییر جنسیت مادر وی را به پدر تبدیل نمی کند و در خصوص پدر و فرزند نیز وضع بر همین منوال است و صرفاً عنوان دختر و پسر بودن تغییر می نماید.

- تغییر جنسیت والدین و فرزندان تاثیری در حقوق و تکالیف غیر مالی آنان نسبت به یکدیگر (از قبیل : حضانت، حق تربیت و ملاقات، احسان و...) ایجاد نمی نماید و در خصوص تغذیه با شیر مادر در صورت تغییر جنسیت مادر به لحاظ تغییر جسمی و فیزیکی عملاً امکان آن از بین می رود .

- به لحاظ این که تغییر جنسیت والدین آنان را از عنوان پدر و مادر بودن خارج نمی نماید ، لذا تغییر جنسیت والدین تاثیری در حقوق و تکالیف مالی آنان نسبت به فرزندان از قبیل : نفقه ، ارث و ولایت ایجاد نمی نماید. در تغییر جنسیت فرزند نیز وی همچنان مکلف به انفاق به والدین در صورت نیاز بوده و والدین وی (همچون حالت قبل از تغییر جنسیت و بدون تغییر در میزان سهم الارث) از او ارث می برند و وی نیز از والدین خویش ارث می برد ، با این تفاوت که در صورتی که تغییر جنسیت قبل از فوت والدین باشد، سهم الارث وی از آنان بر حسب این که تغییر جنسیت از دختر به پسر باشد یا بالعکس ، متفاوت خواهد بود ولیکن تغییر جنسیت فرزند پس از مرگ والدین به لحاظ این که جنسیت آن ، حین الفوت پدر یا مادر ملاک می باشد لذا تاثیری در میزان سهم الارث وی نخواهد گذاشت.

- تغییر جنسیت اقارب طبقه دوم و سوم نیز همچون تغییر جنسیت فرزند بوده و ملاک در سهم الارث آنان جنسیت حین الفوت مورث می باشد.

در پایان با عنایت به مواد ۹۵۶ و ۹۵۸ قانون مدنی مبنی بر این که هر انسان متمتع از حقوق مدنی خواهد بود و اهلیت برای دارا بودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می شود و نظر به اینکه ترانسکسوال ها ، انسان های زنده بیماری هستند که نه تنها باید حقوق

شهروندی و کرامت انسانی آنها در پرتو اصول ۱۹ و ۲۰ قانون اساسی محفوظ بماند، بلکه به خاطر بیماری شان جامعه نیز باید دست مدد و یاری خویش را به سویشان دراز نماید لذا شایسته است که فقها و حقوقدانان و دست اندرکاران مسائل اجتماعی و فرهنگی با شناخت صحیح و دقیق موضوع در جهت شفاف سازی مسائل فرعی و چگونگی عملکرد افراد در رابطه با مسائل مربوط به جنسیت و با در نظر گرفتن نیازها و خواسته هایی که ضرورتاً طبیعت به آن ها تحمیل نموده اهتمام فوق العاده ای داشته و چارچوب حقوقی و فقهی پدیده مذکور و سایر پدیده های جدید پزشکی را روشن ساخته و با وضع قوانین مناسب در جهت بهبود وضعیت فردی و اجتماعی این افراد بکوشند.

منابع و مآخذ

الف) کتب

کتب فارسی

- ۱- آریان پورکاشانی ، منوچهر، ۱۳۸۷، فرهنگ همراه انگلیسی-فارسی، تهران، نشر الکترونیکی و اطلاع رسانی جهان رایانه .
- ۲- الماسی ، نجادعلی ، ۱۳۸۹، تعارض قوانین، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
- ۳- امامی، سید حسن، ۱۳۷۸، حقوق مدنی ، تهران، انتشارات اسلامیه ، جلد اول.
- ۴- امامی، سید حسن، ۱۳۸۶، حقوق مدنی ، تهران، انتشارات اسلامیه ، جلد پنجم .
- ۵- امامی، سید حسن، ۱۳۷۷، حقوق مدنی ، تهران، انتشارات اسلامیه ، جلد چهارم.
- ۶- بهروزی ، ابوذر ، ۱۳۸۸ ، قانون مجازات اسلامی ، تهران، انتشارات نوآور .
- ۷- بی آزار شیرازی ، عبدالکریم ، ۱۳۶۵، رساله نوین ، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی .
- ۸- پروین، فرح ناز ، ۱۳۸۹، قانون ثبت احوال ، تهران ، انتشارات مجد.
- ۹- جعفری لنگرودی ، محمدجعفر ، ۱۳۷۷، ترمینولوژی حقوق ، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۱۰- جعفری لنگرودی ، محمدجعفر ، ۱۳۷۶، حقوق اموال، تهران، انتشارات گنج دانش .
- ۱۱- جلالی ، مهدی ، ۱۳۸۹، حقوق خانواده ، تهران، انتشارات خرسندی .
- ۱۲- جناتی ، محمدابراهیم ، ۱۳۸۲، رساله توضیح المسائل (استفتاءات) ، قم ، انتشارات انصاریان .
- ۱۳- حجتی اشرفی ، غلامرضا، ۱۳۶۴، مجموعه کامل قوانین و مقررات حقوقی ، تهران، انتشارات گنج دانش .
- ۱۴- خامنه ای، سید علی ، ۱۳۸۹، رساله اجوبه الاستفتائات ، تهران، انتشارات پیام عدالت.
- ۱۵- خدادادی ، غلامحسین ، ۱۳۸۵، احکام پزشکان و بیماران ، فتاوی آیت الله محمد فاضل لنکرانی ، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع) .
- ۱۶- دبلیو کالات ، جیمز ، ۱۳۷۴، روانشناسی فیزیولوژیک (مترجم اسماعیل بیابانگرد ، احمد غضنفری ، احمد علی پور) تهران ، انتشارات دانشگاه شاهد .
- ۱۷- دهخدا ، علی اکبر ، ۱۳۷۷، لغت نامه ، تهران ، انتشارات دانشگاه تهران ، جلد پنجم .
- ۱۸- دیانی ، عبدالرسول ، ۱۳۷۹، حقوق خانواده (ازدواج و انحلال آن)، تهران، انتشارات امید دانش

- ۱۹- روزنهان ، دیوید ال ، سلیگمن ، مارتین ، ۱۳۷۹، روانشناسی نابهنجاری - آسیب شناسی روانی ، (مترجم ، یحیی سید محمدی)، تهران، انتشارات نشر ارسباران ، جلد دوم .
- ۲۰- سازمان ثبت احوال کشور ، اداره کل امور حقوقی ، بخشنامه شماره ۱۳۸۸/۹/۱۰-۲/۱۱/۱۰۹۸۲۲
- ۲۱- شمیسا، سیروس ، ۱۳۸۳ ، داستان یک روح ، تهران، نشر فردوس .
- ۲۲- شورای عالی ثبت احوال کشور ، ۱۳۸۵، دستورالعمل یکسان سازی درج توضیح ، شماره ۳۱/ش.ع.
- ۲۳- شهیدی ، مهدی ، ۱۳۷۴، ارث ، تهران، انتشارات سمت.
- ۲۴- صانعی ، یوسف ، ۱۳۸۳، مجمع المسائل (استفتاءات) ، قم ، انتشارات سایه ، جلد اول.
- ۲۵- صفایی، سیدحسین، امامی ، اسدالله، ۱۳۷۲، حقوق خانواده ، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، جلد اول.
- ۲۶- صفایی ، سید حسین ، امامی ، اسدالله ، ۱۳۷۹، مختصر حقوق خانواده ، تهران، نشر دادگستر.
- ۲۷- صفایی ، سید حسین ، قاسم زاده ، مرتضی ، ۱۳۷۴، حقوق مدنی اشخاص و محجورین ، تهران، انتشارات سمت .
- ۲۸- عمید ، حسن ، ۱۳۷۷ ، فرهنگ فارسی عمید ، تهران، مؤسسه انتشارات امیر کبیر .
- ۲۹- قانون تخلفات ، جرائم و مجازاتهای مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه ، مصوب ۱۳۷۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام ، تهران، انتشارات سازمان ثبت احوال کشور.
- ۳۰- کاتوزیان ، ناصر ، ۱۳۷۶، دوره مقدماتی حقوق مدنی ، ارث ، تهران، انتشارات خرسندی.
- ۳۱- کاتوزیان ، ناصر ، ۱۳۷۷، حقوق خانواده ، تهران، شرکت سهامی انتشار ، جلد اول.
- ۳۲- کاتوزیان ، ناصر ، حقوق مدنی (عقود معین ۱) ، ۱۳۷۴، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ۳۳- کاتوزیان ، ناصر ، ۱۳۷۲، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها) ، تهران، انتشارات مدرس ، جلد اول.
- ۳۴- کاتوزیان ، ناصر ، ۱۳۸۱، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی ، تهران، نشر میزان .
- ۳۵- کاتوزیان ، ناصر ، ۱۳۷۷، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظم حقوقی ایران ، تهران، شرکت سهامی انتشار .
- ۳۶- کاهانی ، علیرضا ، ۱۳۸۱، اختلال هویت جنسی ، دگرجنسیت جوها ، تهران ، انتشارات تیمورزاده و طیب .

- ۳۷- کریمی نیا ، محمد مهدی ، ۱۳۸۹، تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق ، قم ، انتشارات مرکز فقهی ائمه اطهار (ع) .
- ۳۸- کمالان ، سید مهدی ، ۱۳۸۸، مجموعه آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور در امور حقوقی ، تهران، انتشارات کمالان .
- ۳۹- گودرزی ، فرامرز ، ۱۳۷۷، پزشکی قانونی ، تهران ، انتشارات انیشتن .
- ۴۰- لطفی ، اسدالله ، ۱۳۸۸، حقوق خانواده ، تهران، انتشارات خرسندی ، جلد دوم.
- ۴۱- محقق داماد ، مصطفی ، ۱۳۸۱، بررسی فقهی حقوق خانواده ، تهران، مرکز نشر علوم انسانی
- ۴۲- مدنی تبریزی، سید یوسف، ۱۴۱۳ق، المسائل المستحدثة، قم، نشر اسماعیلیان.
- ۴۳- معین ، محمد ، ۱۳۸۰، فرهنگ فارسی ، تهران ، انتشارات امیرکبیر .
- ۴۴- منتظری ، حسین علی ، ۱۳۸۳، رساله استفتائات ، قم، نشر سایه ، جلد دوم.
- ۴۵- منصور، جهانگیر ، ۱۳۸۷، مجموعه قوانین با آخرین اصلاحات (قانون مدنی)، تهران، نشر دیدار .
- ۴۶- هارولد ، کاپلان ، سادوک ، بنیامین ، گرپ ، جک، ۱۳۷۶، خلاصه روانپزشکی (مترجم نصرت الله پورافکاری) ، تهران، انتشارات شهر آب، جلد دوم.

کتب عربی

- ۱- الجبعی العاملی (شهید ثانی) ، زین الدین بن علی ، ۱۳۷۹ق ، الروضة البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه ، دارالکتاب العربی ، (به کوشش اسدالله لطفی) ، تهران ، انتشارات مجد
- ۲ - الحر العاملی ، محمد بن الحسن ، ۱۹۸۳م ، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه ، بیروت ، داراحیاء التراث العربی ، جلدهای چهارده و پانزده .
- ۳- صدر ، سید محمد ، ۱۴۱۳ق، ماوراء الفقه ، بیروت ، دارالاضواء .
- ۴- صدر ، سید محمد ، ۱۴۲۷ق، منهج الصالحین ، بیروت ، دارالاضواء .
- ۵- الصدوق ، محمد بن علی بن الحسین بابویه ، ۱۳۶۲ش ، الخصال ، (ترجمه احمد فهری زنجانی) ، تهران ، انتشارات علمیه اسلامی .
- ۶- القرآن الکریم ، ۱۳۸۵، (ترجمه و توضیح حسین انصاریان) ، قم، دارالعرفان .
- ۷- القرطبی ، محمد بن احمد ، ۱۹۶۷م ، جامع الاحکام القرآن ، قاهره ، دارالکتاب العربی.
- ۸- الکلینی ، محمد بن یعقوب ، ۱۴۱۳ق ، الفروع من الکافی (تصحیح علی اکبر غفاری) ، بیروت ، دارالاضواء ، جلد پنجم.
- ۹- کنعان ، احمد محمد ، ۱۴۲۰ق، الموسوعه الطبیّه الفقهیّه ، بیروت ، دارالنفاس.

- ۱۰- المامقانی ، عبدالله ، ۱۹۳۲م، مناهج المتقين فى فقه ائمه الحق و اليقين ، قم ، مؤسسه آل البيت عليهم السلام ، دارالاحياء التراث .
- ۱۱- مسعود ، جبران ، ۱۳۷۲ش ، فرهنگ الفبائى الرائد (عربى به فارسى) ، (مترجم رضا انزابى نژاد) ، مشهد ، انتشارات موسسه چاپ و انتشار آستان قدس رضوى .
- ۱۲- مطهرى ، احمد ، ۱۴۰۳ق، مستند تحريرالوسيله (المسائل المستحدثه) ، قم ، انتشارات خيام
- ۱۳- معلوف ، لوئيس ، ۱۳۶۷ش، المنجد فى اللغة، قم ، نشر اسماعيليان .
- ۱۴- منتظرى ، حسين على ، ۱۴۱۷ق ، دراسات فى المكاسب المحرمه ، قم ، مكتبه منتظرى ، جلد دوم
- ۱۵- موسوى خمينى ، سيدروح الله ، ۱۴۲۱ق ، تحريرالوسيله ، قم ، موسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى ، جلد دوم .
- ۱۶- مومن قمى ، محمد، ۱۴۱۵ق، كلمات سديده فى مسائل جديده ، قم ، موسسه النشر الاسلامى
- ۱۷- نجفى ، محمد حسن ، ۱۴۰۱ق، جواهرالكلام فى شرح شرايع الاسلام ، تهران، مكتبه الاسلاميه ، جلدهاى سى و سى و يك .
- ۱۸- هيئتمى ، على بن ابى بكر ، ۱۹۸۲م ، مجمع الزوائد و منبع الفوائد ، بيروت، دارالكتاب العربى، جلد چهارم .

ب) مقالات:

مقالات فارسى

- ۱- اصغرى آقمشهدى ، فخرالدين ، عبدى ، ياسر ، پاييز ۱۳۸۷، احكام و آثار تغيير جنسيت ، فصلنامه مدرس علوم انسانى ، دوره دوازدهم ، شماره سه .
- ۲- باريكلو ، عليرضا ، پاييز ۱۳۸۳، آثار حقوقى تغيير جنسيت ، فصلنامه مدرس علوم انسانى ، دوره هشتم ، شماره سه .
- ۳- باريكلو ، عليرضا ، زمستان ۱۳۸۲، وضعيت تغيير جنسيت ، مجله اندیشه هاى حقوقى ، سال اول ، شماره پنجم .
- ۴- تلاش انجمن دوجنسى هاى امريكا ، بهمن ۱۳۸۲، روزنامه شرق ، مترجم نازنين غروى .

۵- حجازی ، آریا، عدالتی شاطری ، زهره، مصطفوی ، سعیده سادات ، حسینی، زهرا سادات ، رزاقیان ، منیره ، مقدم ، مرضیه ، زمستان ۱۳۸۷ ، بررسی میزان تطابق نقش و هویت جنسی ۱۲ بیمار ترنس سکسوال با جنسیت جدیدشان پس از عمل جراحی تغییر جنسیت ،مجله علمی دانشگاه علوم پزشکی کردستان ، دوره سیزدهم .

۶- حقوق اخلاق پزشکی (بیواتیک) و اصلاح جنسیت، <http://hvm.ir/print.asp?id=۴۱۸۰>

۷- خرازی ، سید محسن ، ۱۳۷۹، تغییر الجنسیه ، فقه اهل البيت (ع) ، سال ششم ، شماره بیست و سه .

۸- دیانی ، عبدالرسول ، آبان ۱۳۸۰، اصلاح جنسیت ، بولتن تولید مثل و نازایی پژوهشکده ابن سینا ، سال چهارم، شماره سی و هشت.

۹- رضایی چرخلو ، حمید ، پیامدهای حقوقی اصلاح جنسیت در نظام حقوقی ایران و رویه دیوان اروپایی حقوق بشر ، وبلاگ اختصاصی (Hamid۶۵ reza,pesion blog.ir) ۸۹/۱۰/۱۶

۱۰- رمضان زاده، فاطمه، «تغییر جنسیت راهی بی بازگشت» ، نشریه اعتماد، ۱۳۸۴/۳/۳۰

۱۱- سلیمی فر ، منصور ، شهریور ۱۳۸۶، تغییر جنسیت و حکم فقهی آن ، پایان نامه کارشناسی ارشد در رشته فقه شافعی ،تهران، دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران

۱۲- عباسی ، فاطمه ، عریان ، شهربانو ، متین فر ، عباس ، بهار ۱۳۸۶، تغییر جنسیت ماهی هامور معمولی Epinephelus Coioides در خلیج فارس ، مجله زیست شناسی ایران ، جلد بیستم ، شماره یک .

۱۳- قبادی ، کاوه ، بهار ۱۳۸۸ ، با مرزنشینان جنسیت یا ترانسکسوال ها ، فصلنامه اخلاق ، شماره پانزدهم .

۱۴- کریمی نیا ، محمدمهدی ، ۱۳۷۹، تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق ، ماهنامه معرفت ، شماره سی و شش .

۱۵- مؤمن قمی ، محمد ، پاییز ۱۳۷۵، سخنی درباره تغییر جنسیت ، مجله فقه اهل بیت (فارسی) ، شماره هفتم .

۱۶- هاشمی، سیدحسن، « فضل الله و تغییر جنسیت از منظر قرآن » ، فصلنامه پژوهش های

قرآنی (http://www.quran-p.com/index.php?option=com_k۲&view=item&id=۴۱۹)

مقالات انگلیسی:

۱-<http://simple.wikipedia.org/wiki/Transsexualism>

۲- Susan's transsexualism ; legal asperts of transsexualism , available at: <http://wiki.susans.org/index.php/Transsexualism>.

۳-Textbook of psychiatry,JuanJ.Lopez,M.Gender New Oxford.۲۰۰۰

۴-Transsexualism for Urologists, European urology Today , available at :
http://www.uroweb.org/fileadmin/user_upload/eau_eut/۲۰۰۶/eut.

۵-English Version of the Belgium Bill on Transsexucualism , available at:
www.transaction.org

ج)سایت های اینترنتی

۱-www.asriran.com

۲- wikipedia.org

۳-www.quran-p.com

۴-www.rasekhon.net

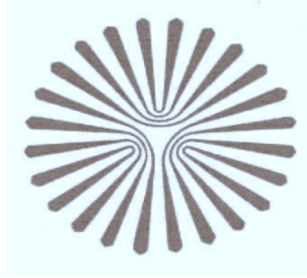
۵-www.drhaghighat.ir

۶-www.transaction.org

ABSTRACT

Sex change generally includes two categories. First applies to those individuals referred to as neuters in jurisprudence books. These are patients with sexual particulars of the both genders and a surgical operation can reveal their hidden sex and because of this jurists and legal scientists apply the term sex correction for this. Islamic jurists find this acceptable and presented some jurisprudential debates on this issue in their books. The second category applies to individuals who are physically healthy though they mentally feel they belong to the opposite sex. This latter is controversial issue for Shiite and Sunni jurists. Sunni jurists believe that sex change is religiously unlawful and hence they do not argue about the effects, though Shiite jurists accept it as lawful and argue about its effects and this has raised so many legal and jurisprudential questions as to legal rights to which a sex is or is not entitled. This research is an attempt to explore the effects of sex change on family rights(perpetuity or nullification of marriage contract, financial tasks and rights of the couple after sex change, financial and nonfinancial rights and tasks of parents before their children and vice versa) based on legal rules and according to opinions of Shiite jurists.

Key words: Gender, Sex, Transsexual, Hermaphrodit, Sex chang, Financial Interrelation.



Payame Noor University

FACULTY OF ARTS
Department of private law

Title

**THE IMPACT OF THE SEX CHANGING ON THE FINANCIAL
INTERRELATION OF THE COUPLES AND PARENTS WITH
THEIR CHILD**

**Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of
M.A. in PRIVATE LAW**

Supervisor:
Dr.Mehrzaad Abdali

Advisor:
Dr.Asghar Mahmudi

By:
Somayeh aghaalikhani

April ۲۰۱۲