

تغییر جنسیت از منظر فقهی و حقوق

محمد مهدی کریمی نیا

اشاره

امروزه بررسی مسأله «تغییر جنسیت» نه تنها از دید پزشکی، بلکه به لحاظ مباحث حقوقی حائز اهمیت است. اگرچه در گذشته این مباحث کم و بیش وجود داشته، ولی اکنون با پیشرفت تکنولوژی و علم پزشکی، ابعاد جدیدتری در فراروی ما گشوده شده است و در نتیجه آن، ده ها موضوع جدید ایجاد شده، که نیاز است در فقه و حقوق، برای آن ها جواب هایی بیان گردد.

عده ای از فقهای شیعه، «تغییر جنسیت» را از جمله مسائل مستحدثه و جدید شمرده اند و در این راه کوشش هایی انجام داده اند. شاید بتوان گفت اولین فقیهی که در این زمینه مسایلی را بیان داشته است، بنیان گذار جمهوری اسلامی ایران، حضرت امام خمینی(ع) است که حدود سال ۱۳۴۲ شمسی، احکام تغییر جنسیت را در جلد دوم تحریرالوسیله به رشته تحریر درآورده است.

آیا «تغییر جنسیت» در مورد افراد سالم امکان دارد؟ تغییر جنسیت چه ارتباطی با افراد خنثی دارد؟ پس از ایجاد تغییر جنسیت، روابط زوجین نسبت با یکدیگر چگونه خواهد بود؟ آیا ازدواج همچنان به حال خود باقی است یا خود به خود زن و شوهر از یکدیگر جدا می شوند؟ وضعیت زوجین که یکی از آن ها، یا هر دو تغییر جنسیت داده اند، نسبت به فرزندان چگونه خواهد بود؟ موضوع مهریه، ارث، ولایت و سرپرستی کودکان...

«تغییر جنسیت»، زمینه ساز مسائل و مباحث جدیدی در حقوق و فقه است که در این نوشتار به طور خلاصه بدان توجه شده است. امید است که صاحب نظران، طلاب و دانشجویان با نقد و بررسی، به رشد و بالندگی مبحث تغییر جنسیت، که در نوع خود از مسائل جدید محسوب می شود، کمک نمایند.

۱- تغییر جنسیت از نظر فیزیولوژی

سلول نر (اسپرم) به تعداد زیادی در منی وجود دارد که ۶۰ تا ۱۲۰ میلیون و گاهی تا ۴۰۰ میلیون از آن، در یک سانتی متر مکعب منی وجود دارد. این اسپرم ها دو نوعند: اسپرم X و اسپرم Y؛ از این همه تعداد فراوان سلول نر، فقط یک اسپرم شانسی برخورد با تخمک زن یا «اوول» را داراست. چنانچه اسپرم X با تخمک زن ترکیب گردد، فرزند به وجود آمده، دختر خواهد بود و اگر اسپرم Y با تخمک زن ترکیب شود، فرزند، پسر خواهد بود. ولی مسأله به همین جا ختم نمی شود، بیضه و غدد دیگر بدن، با ترشحات خود، علائم جنس مذکر را ظاهر می سازند و هورمون هایی در جنس ماده، علائم این جنس را ظاهر می گرداند. چنانچه این هورمون ها کم ترشح شود یا اصلاً ترشح نشود، چه بسا علامت جنس مخالف، در وجود فرد ظاهر گردد که به این افراد، «دو جنسی»، «خنثی» و یا «هرمافرودیت» اطلاق می گردد.

بنابراین، جنین ایجاد شده، یا پسر است یا دختر و یا به دلیل اختلالات، «دو جنسی» خواهد بود که در اصطلاح فقه، به آن «خنثی» می گویند. این افراد دارای آلت مردانه و آلت زنانه هستند، و در مواردی افراد خنثی، فاقد هر دو آلت هستند. این افراد در واقع یا مذکر و یا مؤنث هستند و جنس سوم محسوب نمی شود. چنانچه عمل یکی از این دو آلت تناسلی، در شخص خنثی بیش تر باشد، فرد به همان جنس ملحق خواهد بود و در مواردی با انجام آزمایشات، جنسیت غالب فرد را مشخص می سازند ولی گاهی کارکرد هر دو آلت تناسلی به صورت تساوی بوده و هیچ کدام بر دیگری غلبه ندارد که از آن در لسان فقه به «خنثای مشکل» تعبیر می شود.

به گفته پزشکان، اغلب دو جنسی ها عقیم هستند و تنها موارد کمی از آن ها صاحب فرزند می شوند که یک فرد منحصر به فرد و استثنایی آن، در منابع فقهی و روایی، این گونه ذکر شده است:

«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 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: امیرالمؤمنین (در این گونه موارد) بر اساس مجرای ادرار قضاوت می کند. وی گفت: من با هر دو مجرا ادرار می کنم و از هر دو 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 کرده، از او بچه آوردم، و من نیز با کنیزم آمیزش کردم و او هم از من بچه آورد! شریح در حالی که به شدت شگفت زده شده بود، دست بر دست زد، آن گاه امیرمؤمنان (آمد و شریح گفت: ای امیرمؤمنان! بر من چیزی وارد شده که شگفت آورتر از آن را نشنیدم؛ سپس داستان آن زن را حکایت کرد. آن گاه امیرمؤمنان (در این باره از زن پرسید؛ او در پاسخ گفت: قضیه از همین قرار است. امیرمؤمنان (به او فرمود: شوهرت کیست؟ گفت: فلانی؛ امام کسی را به دنبال او فرستاد و او را فراخواند و فرمود: آیا او را می شناسی؟ گفت: بله، او همسر من است. آن گاه از وی، درباره آنچه آن زن گفته بود، پرسید. مرد گفت: قضیه همین طور است. امیرمؤمنان (به وی فرمود: «تو شجاع تر از کسی هستی که بر شیر سوار می شود؛ زیرا با این وضعیت به وی نزدیک می شوی!!».

آن گاه امیرمؤمنان 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 امیرمؤمنان! من نه مردی را نسبت به وی امین می دانم و نه زنی را. امیرمؤمنان (فرمود: دینار خواجه (که از صالحان کوفه و مورد اعتماد بود) را نزد من بیاورید.

آن حضرت 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 بشمارد. دینار این کار را انجام داد، که دنده های او هفده تا بود، نه تا در سمت راست و هشت تا در سمت چپ؛ از این رو، امیرمؤمنان (لباس، کلاه و کفش مردانه بر تن او کرد و ردایی بر شانه او انداخت و او را جزو مردان به حساب آورد.

شوهر گفت: یا امیرمؤمنان! او دختر عمویم است و از من بچه دارد، در این حال، شما او را جزو مردان به حساب می آورید؟! حضرت فرمود: من درباره او حکم خدا را صادر کردم؛ زیرا خدای تعالی «حوا» را از پهلوی چپ «آدم» آفرید و (از این رو) شمار دنده های مردان ناقص و دنده های زنان کامل است»^۱.

علامه مجلسی (در ذیل حدیث می گوید: «این روایت در نزد علمای اهل سنت مشهود و در کتاب های ایشان ثبت است. از این روی، شیخ مفید و ابن ادریس از علمای شیعه، علی رغم این که به خبر واحد عمل نمی کنند، به این روایت، که در نزد آنان به عنوان خبر واحد شناخته شده است، عمل کرده اند. علامه حلی (سند روایت را صحیح دانسته و گفته است: کسانی که این روایت را ضعیف دانسته اند، به سند آن توجه نداشته اند»^۲.

یکی از فقهای معاصر می گوید: «از این روایت به دست می آید که یک شخص در تولید مثل، می تواند هم نقش مرد و هم نقش زن را ایفا نماید و من مضمون این روایت را با عده ای از پزشکان در میان گذاشتم، آن ها گفتند: در تاریخ پزشکی، چنین چیزی دیده نشده است»^۳.

۲- انواع تغییر جنسیت

به نظر می رسد که تعبیر «اصلاح جنسیت» بهتر از تعبیر «تغییر جنسیت» باشد؛ چون به اعتقاد بعضی از پزشکان، تغییر جنسیت در مورد مرد کامل و زن کامل، که هیچ گونه نقصی نداشته باشد، وجود نداشته و بلکه غیر ممکن است. تنها کاری که عملیات جراحی در این خصوص انجام می دهد این است که در مورد فرد خنثی که دارای دو آلت است، یکی را حذف می نماید تا دیگری قوی شود و این عمل، در واقع اصلاح جنسیت است و نه تغییر جنسیت؛ چون شخص خنثی یا مرد بوده یا زن، که با عمل جراحی آن باطن آشکار گشته است؛ شاید اصطلاح «تعیین جنسیت» به جای «تغییر جنسیت» نیز مناسب باشد.

انواع اصلاح یا تغییر جنسیت از این قرار است: ۱. کسی که فقط یک آلت تناسلی در بدن دارد ولی پوشیده است که با عمل جراحی، جنس واقعی روشن می گردد. ۲. کسی که هر دو آلت تناسلی مردانه و زنانه را

داراست، که یکی را با عمل جراحی حذف می نمایند^۳. کسی که فقط يك آلت تناسلی دارد؛ پامرداست و یا زن، در حالی که خلقت او کامل بوده و هیچ نقصی در او نیست.

ناگفته نماند که صورت چهارمی هم فرض می شود و آن کسی است که فاقد هر دو آلت تناسلی است و فقهای شیعه، مثل مرحوم شهید اول و مرحوم شهید ثانی، آن را در بحث فرد خنثی (وارث) مطرح ساخته اند، چون از طریق «قرعه» یا از طرق شرعی دیگر، ابتدا جنسیت او را معین ساخته، آن گاه حق الارث او را پرداخت می کنند.^۵

با توجه به آنچه گذشت می توان گفت: اولاً، «خنثی» کسی است که یا دارای هر دو آلت تناسلی می باشد، و یا فاقد هر دو آلت است که فقهای شیعه، احکام فقهی هر دو را تحت عنوان «میراث الخنثی» مطرح ساخته اند؛^۶ در حالی که بعضی دیگر از فقها، خنثی را کسی می دانند که دارای هر دو آلت تناسلی باشد. در کتاب جامع عباسی آمده است: «خنثی کسی است که هم آلت مرد داشته و هم فرج زن»؛^۷ و ثانیاً، بحث تغییر جنسیت بیش تر مربوط به افراد خنثی می باشد. بنابراین، افرادی که خلقت آن ها کامل بوده و نقصی در بدن آن ها وجود ندارد، تغییر و تبدیل جنس آن ها، به جنس مخالف بسیار نادر است، البته در بعضی از کشورهای پیشرفته مثل انگلستان با عمل جراحی توانسته اند، رحم يك زن را در درون شکم يك مرد تعبیه کنند و با دارو و تزریق آمپول های خاص، مرد تبدیل به زن شده و همانند يك مادر انجام وظیفه می نماید!!

۳- تغییر جنسیت و مسأله بقای ازدواج

چنانچه یکی از زوجین یا هر دو، جنسیت خود را تغییر دهند، ازدواج آن ها به چه صورت درمی آید؟ آیا ازدواج همچنان به حال خود باقی است یا این دو از یکدیگر جدا می شوند؟

در این جا، صورت هایی متصور است، که حکم هر يك بررسی می شود:

صورت اول: این که فقط یکی از زوجین تغییر جنسیت دهد؛ در این حالت، ازدواج باطل است چون امکان بقای ازدواج وجود ندارد و ازدواج مرد با مرد یا زن با زن از نظر فقه شیعه و قانون مدنی مشروع نیست. قانون مدنی ایران، به لزوم اختلاف جنس، در ازدواج اشاره دارد که برای نمونه می توان از مواد ۱۰۳۵، ۱۰۵۹، ۱۰۶۷، ۱۱۲۲ و ۱۱۲۴ یاد نمود. در ماده ۱۰۶۹ ق. م آمده است: «تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ يك از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد، شرط صحت نکاح است».

در عمل، هنگامی که سر دفتر بخواهد نکاحی را واقع و ثبت کند، برای احراز اختلاف جنس به شناسنامه طرفین رجوع می کند و در صورتی که شناسنامه حاکی از این اختلاف باشد می تواند عقد نکاح را جاری کند و آن را در دفتر رسمی ازدواج به ثبت برساند. البته ممکن است شناسنامه گویای حقیقت نبوده و در واقع، عقد نکاح بین دو هم جنس بسته شده باشد. این نکاح بی شك باطل است ولی برای ابطال سند نکاح و شناسنامه باید به دادگاه رجوع کرد و دادگاه با ارجاع امر به کارشناس (پزشک)، اگر تشخیص دهد که طرفین هم جنس هستند حکم به بطلان نکاح و ابطال سند آن و اصلاح شناسنامه می نماید. می توان فرض کرد که يك نفر خنثی (دو جنسی) که جنبه مردی یا زنی او غالب است یا شخص دیگری از جنس مخالف ازدواج کند ولی به مرور زمان در اثر تحولاتی که در وضع جسمی او روی داده آثار تغییر جنسیت، بر فرض که امکان داشته باشد، در او آشکار شود و بالاخره با يك عمل جراحی، تغییر جنسیت تحقق یابد و بدین سان اختلاف جنس که هنگام عقد نکاح وجود داشته از میان برود. در این صورت آیا ازدواجی که صحیحاً بسته شده باطل می شود یا نه؟ چون اختلاف جنس را هم هنگام عقد و هم در دوران زناشویی باید شرط نکاح دانست و به عبارت دیگر، اختلاف جنس هم ابتدائاً 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 بر اساس نظر کارشناس احراز و حکم به بطلان نکاح از تاریخ تحقق تغییر جنسیت کند.^۸

صورت دوم: زوجین هر دو غیر همزمان تغییر جنسیت می دهند (غیر متقارنین): در این حالت، همانند حالت سابق، ازدواج باطل است چون مجوز شرعی برای ابقای ازدواج سابق وجود ندارد. به محض این که یکی از زوجین جنس خود را تغییر دهد، مثلاً جنس مرد به زن تبدیل گردد، در حالت جدید هر دو هم جنس خواهند شد

و ازدواج سابق از بین خواهد رفت. حال اگر زن نیز بعد از مدتی تغییر جنسیت دهد، علقه زوجیت حاصل نمی شود بلکه نیاز به اجرای خطبه عقد است.

صورت سوم: زوجین هر دو، و در زمان واحد تغییر جنسیت می دهند (متقارین): در صورتی که زن و شوهر، همزمان جنسیت خود را تغییر دهند، در این که آیا ازدواج سابق پابرجاست یا باطل شده است، دو احتمال وجود دارد: احتمال اول: این که ازدواج سابق همچنان دارای دوام و بقا می باشد. توضیح این که، حقیقت ازدواج، زوجیت هر يك نسبت به دیگری است و نه بیش تر. در این صورت، تنها حالت و چگونگی آن در قبل و بعد 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 يك نسبت به دیگری همچنان به حال خودش باقی است. نهایت آن که، وظیفه هر يك متفاوت با سابق است. مرد فعلی (بعد از تغییر جنسیت)، قبلاً وظایف يك زن (زوجه) را به عهده داشت و زن فعلی (بعد از تغییر جنسیت)، قبلاً وظایف يك مرد (زوج) را عهده دار بود. احتمال دوم: این که ازدواج سابق دوام نداشته، و در وضعیت جدید باطل گشته است؛ با این بیان که در ازدواج علاوه بر نسبت زوجیت بین طرفین، چیزی دیگری نیز لازم است و آن این که، این مرد، زوج باشد برای زنی که همسر اوست که در اصطلاح منطق به آن «نسبت و اضافه غیر متشابهة الاطراف» می گویند یعنی بین دو چیز، فقط از يك طرف يك نسبت خاص وجود دارد که از طرف دیگر آن نسبت وجود ندارد. مثلاً رابطه «پدری» که بین علی و جواد وجود دارد يك جانبه است و آن این که علی «پدر» جواد است؛ همچنین است رابطه «پسری» که منحصرأً يك جانبه است. در حالی که رابطه «خواهری» که بین دو زن وجود دارد یا رابطه «برادری» که بین دو مرد وجود دارد، دو جانبه است که در منطق به آن «نسبت یا رابطه متشابهة الاطراف» می گویند. با توجه به آنچه گذشت، رابطه بین زن و شوهر، از نوع «غیر متشابهة الاطراف» است که این نسبت و رابطه، بعد از تغییر جنسیت زوجین، از بین رفته است. بنابراین، عقد ازدواج سابق، باطل گشته و طرفین برای ادامه زندگی با یکدیگر نیاز به عقد ازدواج جدید دارند.

امام خمینی () - در تحریر الوسیله - ابتدا احتمال دوم را به صورت احتیاط واجب می پذیرند ولی در نهایت، احتمال اول را ترجیح می دهند. وی می گوید: «احتیاط واجب آن است که عقد ازدواج تجدید گردد و زن فعلی (که قبلاً مرد بوده) با مرد دیگر ازدواج نکند مگر این که از همسر سابق خود با طلاق جداگردد و اگرچه بعید نیست که ازدواج سابق همچنان پابرجا باشد (و این دو پس از تغییر جنسیت نیز، زن و شوهر هستند)؛ ۹ در حالی که در نزد بعضی از فقهای معاصر، ازدواج سابق از بین رفته است. ۱۰»

۵- تغییر جنسیت و مسأله مهریه

«مهر» یا «صداق» مالی است که زن بر اثر ازدواج مالك آن می گردد و مرد ملزم به پرداخت آن است. نهاد مهر در حقوق ایران، مبتنی بر سنت و مذهب است و نظیر آن را در حقوق غربی نمی توان یافت. حتی اگر در عقد ازدواج بین زوجین، مهر تعیین نشده باشد، بر اساس ماده ۱۰۸۷ و ۱۰۹۳ قانون مدنی، زن مستحق «مهر المثل» خواهد بود.

حال چنانچه، زن تغییر جنسیت دهد، آیا مستحق مهریه می باشد یا این که با انحلال ازدواج سابق، مهریه منتفی بوده و مرد ملزم به پرداخت آن نخواهد بود؟ در جواب، چهار احتمال یا نظریه را مطرح، و آن ها را به اختصار مورد بررسی قرار می دهیم:

نظریه اول: پرداخت مهریه مطلقاً لازم نیست، چه دخول شده باشد یا نه. چون حقیقت ازدواج این است که «مهریه» به عنوان ثمن در مقابل «کابین زن» یا «بضع» است و تغییر جنسیت موجب انفساخ این معاوضه است پس ثمن به جای اول خودش برمی گردد و در وضعیت جدید، زوج تعهدی در مقابل پرداخت مهریه نخواهد داشت.

بررسی نظریه اول: حقیقت ازدواج ناشی از امر اعتباری ایجاب و قبول است و این که طرفین، زن و شوهر یکدیگر باشند؛ و «مهریه» به منزله هدیه ای است که مرد به زن می دهد و در اصل و ذات عقد دخالتی ندارد. بنابراین، پس از تغییر جنسیت یکی از زوجین یا هر دو، در لزوم پرداخت مهریه که قبلاً تعهد شده است، هیچ تغییری ایجاد نمی کند.

مؤید اول: بر اساس مفاد ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی چنانچه عقدی بدون مهریه خوانده شود، عقد نکاح باطل نیست بلکه ارجاع به مهرالمثل داده می شود. حال آن که اگر مهریه به عنوان رکن ازدواج باشد، می بایستی عدم ذکر مهریه موجب بطلان عقد گردد. در حالی که فقها و حقوق دانان قائل به صحت ازدواج هستند.

مؤید دوم: چنانچه عقد ازدواج با ذکر مهریه خوانده شود ولی مرد از دادن مهریه استنکاف نماید، عقد ازدواج باطل نیست ولی مرد گناهکار است و زن از طریق قانونی می تواند زوج را ملزم به پرداخت مهریه نماید چه این که بر اساس ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی، به مجرد عقد، زن مالک مهریه می گردد.

مؤید سوم: قرآن کریم، ازدواج قبل از تعیین مهریه را قبول دارد [اگر زنان را قبل از آمیزش جنسی یا تعیین مهر، (به عللی) طلاق دهید، گناهی بر شما نیست. (و در این موقع،) آن ها را (با هدیه ای مناسب،) بهره مند سازید. آن کس که توانایی دارد، به اندازه توانایش، و آن کس که تنگدست است، به اندازه خودش، هدیه شایسته (که مناسب حال دهنده و گیرنده باشد) بدهد. و این بر نیکوکاران الزامی است. ۱۱]

با توجه به آیه شریفه، طلاق قبل از تعیین مهریه، فرض شده است و معلوم است که طلاق فرع بر وجود نکاح است. به عبارت دیگر، نکاح محقق شده در حالی که مهریه تعیین نشده است و چنین نکاحی از سوی حقوق دانان و فقها، حکم به بطلان نشده است.

نظریه دوم: پرداخت کل مهریه لازم است مطلقاً، چه دخول شده باشد یا نه؛ دلیل این گروه می تواند این باشد که حقیقت مهریه، همان طور که در بررسی نظریه اول گفته آمد، يك امر اعتباری و فرع بر اصل و ذات ازدواج است و زوجه مالک کل مهریه است و می تواند هرگونه تصرف در آن نماید و مقتضای قاعده استصحاب این است که مهریه حتی بعد از بطلان عقد به خاطر تغییر جنسیت، به ملکیت زن باقی است.

این نظریه، مختار امام خمینی () است. وی می گوید: «اگر زنی با مردی ازدواج کند و بعد از ازدواج جنسیت زن تغییر کند، ازدواج از زمان تغییر جنسیت باطل می شود، و بر مرد، در صورت دخول، پرداخت مهریه لازم است و همچنین بنابر قول افوی در صورت عدم دخول، پرداخت مهریه لازم است.» ۱۲

نظریه سوم: در صورت دخول، پرداخت کل مهریه لازم است و الا نصف مهریه لازم است.

دلیل این گروه، وجود اخبار معتبره، فتوای فقهای اسلام و نیز قانون مدنی ایران است که در تمام این موارد، وجوب کل مهریه را منوط به دخول می داند.

عبدالله بن سنان از امام صادق () نقل می کند که از حضرت سؤال شد در مورد مردی که با زنی ازدواج کرده و دخول نیز صورت گرفته است وضعیت او چگونه خواهد بود؟ حضرت فرمود: در صورتی که دخول صورت گرفته باشد «غسل»، «مهریه» و «عده» واجب می گردد. ۱۳

امام خمینی () می گوید: «به نفس عقد، زن مالک مهریه می گردد و با دخول، ملکیت تمام مهریه استقرار پیدا می کند. چنان که مرد قبل از دخول، طلاق دهد، (و زن نیز اگر تمام مهریه را دریافت کرده است) زن نصف کل مهریه را بازپس می دهد...» ۱۴

قانون مدنی در ماده ۱۰۹۲ می گوید: 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.

با توجه به آنچه گذشت، چنانچه دخول صورت نگرفته باشد و به واسطه تغییر جنسیت بین زن و شوهر جدایی حاصل شده باشد، پرداخت کل مهریه لازم نخواهد بود.

نظریه چهارم: چنانچه تغییر جنسیت از سوی زن و بدون اجازه شوهر باشد، هیچ چیز بر شوهر لازم نیست مطلقاً، چه دخول شده باشد و چه نه.

دلیل این گروه این است که شوهر که اقدام به ازدواج نموده و مهریه را به زوجه می پردازد، به این امید و هدف است که همسرش با او زندگی نماید. وقتی زن به واسطه تغییر جنسیت، خود را از زوجیت خارج می سازد، يك ضرر مالی بر شوهر وارد ساخته که ضامن آن است. پس اگر مهریه را دریافت داشته، باید تمام آن را به شوهر مسترد گرداند؛ و اگر دریافت نکرده، حق دریافت آن را ندارد.

بررسی نظریه چهارم: با توجه به گفته فقها و نیز بر اساس ماده ۱۰۸۲ و ۱۱۸۲ قانون مدنی، مقتضای عقد ازدواج این است که زن به مجرد عقد، مالك جميع مهریه می گردد و فرض هم این است که زن با اقدام به تغییر جنسیت، حقیقتاً مالی را از شوهر تلف ننموده است. مثلاً ملکی را تصرف نکرده یا باغی را ویران نساخته، بلکه صرفاً تغییری در بدن خود ایجاد نموده است، کما این که اگر زن از دنیا می رفت، مهریه ساقط نمی شد.

۵- تغییر جنسیت و مسأله ارث

فردی که تغییر جنسیت داده، از والدین خود به چه سهمی ارث می برد آیا جنسیت فعلی او ملاک است یا جنسیت قبل از تغییر؟ نیز پدر و مادری که تغییر جنس داده است، از فرزند خویش به چه اندازه ای ارث می برد، آیا جنسیت فعلی او مورد نظر است یا جنسیت قبل از تغییر؟

این مسأله در دو حالت بررسی می شود: الف. ارث بردن فرد تغییر جنس داده از والدین خودش ب. ارث بردن والدین تغییر جنس داده از فرزند خویش.

حالت الف) در این حالت، ملاک، جنسیت فعلی فرزند است. اگر یکی از کسان پسر یا دختر تغییر جنس داده بمیرد (مثل پدر یا مادر)، پسر فعلی دو برابر دختر فعلی ارث می برد و همچنین است در سایر طبقات ارث؛ پس اگر دختر به جنس پسر، تغییر جنسیت دهد، دو برابر دختر ارث می برد و بالعکس.

دلیل آن این است که ظاهر ادله شرعیه، اراده نموده اند فردی را که درحین موت مورث، مذکریاموث باشد. مثل آیه شریفه: «لِلذَكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثَى» سهم میراث پسر، به اندازه سهم دودختر باشد. ۱۵

قانون مدنی در ماده ۹۰۷ می گوید: «... اگر اولاد متعدد باشند و بعضی از آن ها پسر و بعضی دختر، پسر دو برابر دختر می برد».

در مورد ارث بردن فرزند از والدین اختلاف بین فقها وجود ندارد. تقریباً تمام کسانی که مسأله تغییر جنسیت را مطرح ساخته اند، ملاک را جنسیت فعلی در زمان موت مورث مد نظر قرار داده اند.

حالت ب) در این حالت، احتمالاتی مطرح است:

احتمال ۱: والدین تغییر جنس داده، اصلاً از فرزند خود ارث نمی برند و رابطه ارثیت به طور کامل قطع می گردد.

این احتمال بعید است. چون تغییر جنسیت از موانع ارث محسوب نمی شود. قانون مدنی ایران که متخذ از فقه امامیه است، به مواردی از موانع ارث اشاره دارد. در ماده ۸۸۰ می گوید: «قتل از موانع ارث است...»؛ در ماده ۸۸۱ می گوید: «کافر از مسلم ارث نمی برد...»؛ و در ماده ۸۸۲ و ۸۸۳ به مانع بودن «لعان» و «انکار سببیت» اشاره دارد؛ و در ماده ۸۸۴ به ولدالزنا اشاره دارد.

بنابراین، نه در فقه امامیه و نه در قانون مدنی به مانع بودن تغییر جنسیت اشاره ندارد و والدین تغییر جنس داده می توانند از فرزند خود ارث ببرند.

احتمال ۲: احتمال دوم این است که ارث می برند. ولی در این احتمال هم دو مبنا وجود دارد: مبنا اول: ارث بردن به لحاظ زمان تولید مثل. مبنا دوم: ارث بردن به لحاظ خویشاوندی و اولویت.

امام خمینی (ع) می فرماید: «لکن اشکال باقی می ماند در ارث پدر، مادر، جد و جدّه؛ که اگر پدر تغییر جنسیت دهد نه پدر فعلی محسوب می شود و نه مادر فعلی، و هم چنین است اگر مادر تغییر جنس داده باشد، مرد فعلی نه مادر است و نه پدر. در این صورت آیا از نظر تولید مثل حال انعقاد نطفه ارث می برند یا به خاطر

خویشاوندی و اولویت، یا این که ارث نمی برند (سه احتمال)؟ در این مسأله تردید وجود دارد و بهتر این است که بگوییم ارث می برند و ارث آن ها به لحاظ انعقاد نطفه است. بنابراین، برای پدر در حال انعقاد نطفه ۳۲ و برای مادر ۳۱ می باشد و احتیاط مستحب این است که با هم مصالحه نمایند.» ۱۶

۶- تغییر جنسیت و مسأله عده

چنانچه زن تغییر جنسیت دهد ازدواج سابق باطل می گردد. حال آیا بلافاصله بعد از تغییر جنسیت، می تواند ازدواج نماید یا باید عده نگه دارد؟ احتمال اول: تغییر جنسیت همانند مرگ و طلاق است و نیاز به عده دارد؛ چون غایت و هدف عده، رعایت حرمت شوهر است. احتمال دوم: تغییر جنسیت سبب سقوط عده می گردد؛ چون حکم عده، از احکام مربوط به زنان است و توهم وجود آن برای مردان وجود ندارد. قانون مدنی در ماده ۱۱۵۰ در تعریف عده می گوید: «عده عبارت است از مدتی که تا انقضای آن زنی که عقد نکاح او منحل شده است نمی تواند شوهر دیگر اختیار کند»؛ پس به مجرد این که زنی با تغییر جنسیت، به جنس مرد تبدیل گردد لازم نیست عده نگه دارد. احتمال دوم، با کلام فقهای امامیه و قانون اساسی سازگار است.

۷- تغییر جنسیت و مسأله عناوین خانوادگی

آیا اگر برادر و خواهر تغییر جنسیت دهند، رابطه برادر و خواهر به طور کامل قطع می گردد یا نه؟

امام خمینی (ع) در این باره می گوید: «اگر هر يك از برادر و خواهر تغییر جنسیت دهد و به جنس مخالف درآید، نسبت آن دو به یکدیگر قطع نمی شود، بلکه برادر، خواهر می شود و خواهر، برادر؛ و نیز اگر دو برادر با دو خواهر تغییر جنسیت دهند (دو برادر، دو خواهر می شوند و دو خواهر، دو برادر می شوند)، و اگر عمویی تغییر جنسیت دهد، تبدیل به «عمه» و اگر عمه ای تغییر جنسیت دهد تبدیل به «عمو» می شود؛ همچنین با تغییر جنسیت، دایی به «خاله» و خاله به «دایی» تبدیل می گردند.» ۱۷

توضیح بیش تر آن که عناوین دو قسم است: ۱. عناوین مشترك مثل عنوان عمو، دایی، خاله و عنوان فرزندی. ۲. عناوین مختص. الف. از قبیل عنوان پدر و مادر است. ب. از قبیل عنوان پسر، دختر، برادر و خواهر است.

چنانچه عنوان خانوادگی، از عناوین مشترك باشد، تغییر جنسیت فرد، هیچ تغییری در آن عنوان ایجاد نمی کند. مانند عنوان فرزندی، دایی، عمو و خاله، به این معنا که اگر کسی تغییر جنسیت دهد از عنوان فرزندی خارج نمی شود و او همچنان فرزند والدین خود محسوب می شود اگرچه فرزند فعلی پسر است و در حالت قبل از تغییر جنسیت، دختر بوده است یا بالعکس. نیز دایی این فرد که تغییر جنس داده، همچنان دایی او محسوب می شود و همچنین است عنوان عمو و خاله.

اگر عنوان خانوادگی از عناوین مختص (قسم الف) باشد مثل عنوان پدر بودن یا مادر بودن؛ سؤالی که مطرح است این است که اگر پدر یا مادر تغییر جنس دهند آیا بر «پدر»، عنوان «مادر» صادق است یا نه و نیز چنانچه «مادر» تغییر جنسیت دهد آیا عنوان «پدر» بر او قابل صدق است؟

در جواب باید گفت: از آنجایی که عنوان پدری و مادری به لحاظ انعقاد نطفه است پس با تغییر جنسیت، این عنوان همچنان باقی است و عنوان پدر به عنوان مادر تبدیل نمی شود و بالعکس. همین مطلب در مورد «جد» و «جده» هم جریان دارد که با تغییر جنسیت، عنوان پدر بزرگ به عنوان مادر بزرگ تبدیل نمی گردد و بالعکس.

اگر عنوان خانوادگی از عناوین مختص (قسم ب) باشد، مثل عنوان پسر، دختر، برادر، خواهر، عمو، عمه، دایی و خاله که در مورد این ها، حالت کنونی ملاک و مبنا است. 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.

۸- تغییر جنسیت و مسأله ولایت و سرپرستی کودکان

بر اساس ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی، «برای نگاهداری طفل، مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت. پس از انقضا این مدت حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم، حضانت آن ها با مادر خواهد بود».

حال چنانچه مادر یا پدر تغییر جنسیت دهد، حضانت و سرپرستی کودکان چگونه خواهد بود؟

حالت اول: تغییر جنسیت مادر به مرد؛ در این حالت ولایت بر اولاد صغار پیدا نمی کند. آن عنوانی که ولایت برای آن ثابت می گردد عنوان آب (پدر) است که از منی او، فرزند به وجود آمده است و همان طور که در گفتار قبل بیان گردید، عنوان پدر بودن و مادر بودن، از عناوین خاص است که با تغییر جنسیت، این عنوان همچنان باقی است. بنابراین، مادر به محض تغییر جنسیت، پدر نمی گردد بلکه همچنان عنوان مادر بر او اطلاق می گردد.

امام خمینی (م) می گوید: «لو تغییر جنس المرأة لا یثبت لها الولاية علی الصغار، فولایتهم للجدللأب و مع فقهه للحاکم». یعنی: اگر جنس مادر (به مرد) تغییر کند، برای او ولایت بر کودکان ثابت نمی شود. بلکه ولایت کودکان برای جد پدری است و اگر جد پدری نداشته باشد حاکم شرع است.» ۱۸

ماده ۱۱۸۱ قانون مدنی می گوید: «هر يك از پدر و جد پدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند»؛ و ماده ۱۱۸۲ قانون مدنی می گوید: «هر گاه طفل هم پدر و هم جد پدری داشته باشد و یکی از آن ها محجور یا به علتی ممنوع از تصرف در اموال مولی علیه گردد، ولایت قانونی او ساقط می شود»؛ و در ماده ۱۱۸۵ قانون مدنی می خوانیم: «هر گاه ولی قهری طفل محجور شود مدعی العموم مکلف است مطابق مقررات راجعه به تعیین قیم، قیمی برای طفل معین کند».

حالت دوم: تغییر جنسیت پدر به زن؛ در این حالت دو نظریه وجود دارد:

نظریه اول: «چنانچه جنس مرد به جنس مخالف تغییر نماید، ظاهر آن است که ولایتش بر کودکان ساقط می گردد» ۱۹

دو دلیل برای نظریه فوق می توان بیان داشت: دلیل اول: ولایت بر عنوان «آب» مترتب است و به این مرد بعد از تغییر جنسیت، صدق «آب» یا پدر نمی شود. دلیل دوم: ولایت برای پدری ثابت است که باقی بر صفت رجولیت باشد و با تغییر جنسیت، این صفت از بین رفته است بنابراین، ولایت او بر کودکان ساقط است.

نظریه دوم: چنانچه مرد به جنس مخالف، تغییر جنس دهد، این شخص همچنان نسبت به فرزندان ولایت دارد. چون اولاً، بر این مرد که به جنس مخالف تبدیل شده، عنوان «پدر» همچنان صادق است و فرزند او می تواند بگوید که این شخص پدر من است که اکنون به جنس مخالف تبدیل شده است. به عبارت دیگر، عنوان آبوت یا پدری بر فردی صادق است که فرزند از منی او ایجاد شده است. برای مثال اگر مرد با همسرش مجامعت نماید و سپس مرد برای ابد غایب گردد و فرزند او به وجود آید شکی نیست که آن مرد، پدر فرزند محسوب می شود در حالی که هیچ نقشی نداشته مگر ادخال منی در رحم مادر بچه، و همین مقدار برای صدق عنوان آب کافی است اگر چه جنسیت او تغییر یابد.

و ثانیاً از ادله شرعیه مانند روایات نمی توان استظهار نمود که ولایت به حالت «رجولیت» اختصاص دارد بلکه این معنا قابل استظهار است که ولایت برای «پدر» است؛ یعنی آن کسی که در زندگی زناشویی، فرزند از منی او ایجاد شده است. بعد از تغییر جنسیت، بقای ولایت به وسیله استصحاب قابل اثبات است و نمی توان گفت موضوع تغییر کرده است چون بدیهی است که این شخص همان کسی است که ولایت بر کودکانش، برای او ثابت بود و الان استصحاب می گردد.

پی نوشت ها

۱- وسائل الشیعه، المكتبة الاسلامیة، ج ۱۷، ص ۵۷۶، حدیث ۵ و نیز تهذیب الاحکام، دارالکتب الاسلامیة، ج ۹، ص ۳۵۴، حدیث ۵.

۲- مجله فقه اهل البيت، شماره ۷، به نقل از روضة المتقين، ج ۱۱، ص ۳۶۴.

۳- محمد مؤمن، کلمات سديدة فى مسائل جديدة، (قم، مؤسسة النشر الاسلامى، ۱۴۱۵)، ص ۱۰۷.

۴- همان، ص ۱۰۷؛ دکتر صفایى در مورد تغییر جنسیت می گوید: «ولى به نظر می رسد که تغییر جنسیت به معنی 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 آن ها مشاهده نمی شود به هیچ وجه امکان پذیر نمی باشد و فقط در مورد افراد دو جنسی (هرمافرودیت) که ابهام و اختلال جنسی از نوع ژنتیکی و کروموزومی و نشانه های دیگر از این قبیل دارند، تعیین جنسیت با آزمایش های پزشکی و بررسی های علمی ممکن است؛ یعنی با این گونه آزمایش ها و بررسی ها معلوم می شود که مرد یا زن معرفی شده، از جنس دیگر بوده است. [ر. ک. دکتر صفایى و دکتر امامى، حقوق خانواده، (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۴)، ج ۱، ص ۴۵]

۵- شهید ثانی، شرح اللمعة الدمشقية، ج ۸، ص ۲۰۵، کتاب الميراث، فى التوابع.

۶- همان منبع، ج ۸، ص ۱۹۱ - ۲۰۵.

۷- دکتر على رضا فيض و دکتر على مهذب، ترجمه كتاب لمعه، (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۶۶) ج ۲، ص ۲۲۳، به نقل از جامع عباسى، چاپ سنگى، ص ۲۲۷.

۸- حقوق خانواده، پیشین، ص ۴۴ و ۴۵.

۹- امام خمینی (رحمه الله)، تحرير الوسيلة، (تهران، انتشارات کاظمینی، ۱۳۶۶ هـ. ش)، ج ۲، ص ۵۵۹، مسأله ۴: «الأحوط تجديد النكاح و عدم زواج المرأة الفعلية بغير الرجل كان زوجته إلا بالطلاق باذنهما و إن لا يعبد بقاء نكاحهما».

۱۰- محمد مؤمن، پیشین، ص ۱۱۰؛ «فالأقرب عدم بقاء النكاح و ان استقرب سيّدنا الاستاذ الامام الراحل قدّس سره فى تحرير الوسيلة بقائه، و الله العالم».

۱۱- بقره: ۲۳۶.

۱۲- تحرير الوسيلة، پیشین، ج ۲، ص ۵۵۹، مسأله ۳.

۱۳- وسایل الشیعة، ج ۱۵، ص ۶۵، باب ۵۴، حدیث ۱.

۱۴- تحرير الوسيلة، پیشین، ص ۲۶۹، كتاب النكاح، فصل فى المهر، مسأله ۱۵.

۱۵- نساء: ۱۱.

۱۶- تحرير الوسيلة، پیشین، ص ۵۶۴.

۱۷- همان، ج ۲، ص ۵۶۰.

۱۸- کلمات سديدة فى مسائل جديدة، پیشین ص ۱۱۶.

۱۹- تحرير الوسيلة، پیشین، ص ۵۵۹، مسأله ۶.