

بررسی فقهی حقوقی در خصوص تغییر جنسیت با رویکردی بر نظر حضرت امام خمینی (س)

سید محمد موسوی بجنوردی^۱

چکیده: یکی از مسائلی که جامعه امروز با آن مواجه است مسأله تغییر جنسیت و احکام مربوط به آن است. در مورد اینکه آیا تغییر جنسیت امری مجاز شمرده می‌شود یا خیر اقوال متعددی وجود دارد که در مجموع می‌توان آنها را به سه قول تقسیم کرد: مشروعیت مطلق، ممنوعیت مطلق، مشروعیت مشروط. در این مقاله در مورد این سه قول و ادله اظهار شده از سوی هر یک از گروهها، همچنین به نظر امام خمینی و قوانین موجود در کشورهای دیگر و ایران در این رابطه پرداخته شده است. در پایان نیز آثار و احکام فقهی و حقوقی مترتب بر تغییر جنسیت بیان شده است.

کلیدواژه‌ها: مشروعیت مطلق، ممنوعیت مطلق، مشروعیت مشروط، حریت، تسلیط.

مقدمه

با توجه به سکوت قانونگذار و فقدان نص در قرآن کریم و روایات، آیا تغییر جنسیت بر مبنای اصول و قواعد فقهی و حقوقی، امری مجاز و مشروع است یا امری نامشروع و ممنوع می‌باشد؟ درباره مشروعیت یا ممنوع بودن تغییر جنسیت نظریات متفاوتی اظهار شده است که در مجموع می‌توان این آرا و اقوال را به سه دسته تقسیم کرد: (۱) مشروعیت مطلق؛ (۲) ممنوعیت مطلق؛ (۳) مشروعیت مشروط. عمده دلایل و نظریات اظهار شده از سوی این سه گروه در این نوشتار مورد بررسی و مذاقه قرار خواهد گرفت.

۱. استاد و مدیر گروه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی (تریت معلم).

e-mail: mossavi@ri-khomeini.com

این مقاله در تاریخ ۱۳۸۶/۱/۱۴ دریافت و در تاریخ ۱۳۸۶/۱/۳۰ مورد تأیید قرار گرفت.

نظریه مشروعیت مطلق تغییر جنسیت

سیدنا الاستاذ حضرت امام خمینی (س) در کتاب *تحریر الوسیله* در اولین مسأله در باب تغییر جنسیت چنین فرموده‌اند: «ظاهر آن است که تغییر جنس مرد به زن به سبب عمل و برعکس آن، حرام نیست» (امام خمینی ۱۳۸۵ ج ۲: ۶۶۴). می‌توان از اطلاق فرمایش حضرت امام خمینی (س) مشروعیت مطلق این فعل را استنباط کرد. ایشان تغییر جنسیت را به طور مطلق مجاز دانسته‌اند، لذا با توجه به این فتوا می‌توان دلایلی را مطرح کرد.

۱. اصل حلیت

مطابق اصل حلیت هر کاری حلال است مگر آنکه دلیل صریحی از قرآن و روایات در برابر آن وجود داشته باشد. «کل شیء هو لک حلال حتی تعرف أنه حرامٌ بعینه» (حر عاملی ج ۱۲: ۶۰). مثلاً اعمالی چون همجنس‌بازی، لواط و زنا حرام است؛ زیرا دلیل ما بر حرمت این افعال وجود نص صریح قرآن کریم در مورد آنها می‌باشد (شعر: ۱۶۶ - ۱۶۵؛ اسراء: ۳۲). ولیکن در مورد حرمت تغییر جنسیت چون نص صریح و روایتی نداریم لذا بنا بر اصل حلیت چنین عملی ظاهراً مشروع است. به تعبیر دیگر، قاعده أصالة الحل در شبهات حکمیة و موضوعیة جاری می‌شود و این قاعده فی الحقیقه حکم واقعی است؛ زیرا فردی که اقدام به عمل جراحی تغییر جنسیت نموده، قبل از عمل، جزء یکی از دو جنس (مرد یا زن) بوده و حکم یکی از این دو را داشته است اما پس از انجام عمل جراحی، عنوان قبلی بر او صدق نکرده و موجب تبدیل موضوع می‌شود. در نتیجه بدون آنکه مشکلی پیش آید ادلة احکام عنوان قبلی از او برداشته می‌شود و عنوان جدید بر او صدق نموده و ادلة احکام این عنوان او را دربرمی‌گیرد. بدین معنی که هیچ بازدارنده‌ای وجود ندارد که فردی را از دایره یکی از این دو عنوان خارج و در دایره عنوان دیگر داخل کند، بلکه دلیل عنوان جدید او را دربرمی‌گیرد و بعد از انجام عمل جراحی، حکم عنوان جدید بر او بار می‌شود.

۲. قاعده فقهی تسلیط

دلیل دیگری که می‌توان برای مشروعیت مطلق تغییر جنسیت به آن استناد کرد، قاعده «الناس مسلطون علی أنفسهم» می‌باشد. چون این قاعده در سیاق قاعده سلطه مردم بر مالشان است، در نتیجه همانگونه که مردم حق دارند در مالشان هرگونه تصرفی بکنند، می‌توانند در بدن خود نیز هر

نوع تصرف حلّالی را که بخواهند، انجام دهند. به استناد این قاعده یکی از تصرفات مجاز در بدن، تغییر جنسیت است.

۳. عدم تغییر در خلقت الهی

تغییر جنسیت برخلاف اعتقاد عده‌ای که می‌گویند این عمل تغییر در خلقت خداوند سبحان است، اینگونه نیست زیرا اگر بنا باشد تغییر جنسیت به خاطر تغییر در خلقت خداوند سبحان، حرام باشد پس لازم می‌آید که همه کارهای روزمره ما حرام باشد چون زندگی روزمره ما با تغییر و تبدیلهای فراوانی همراه است. مثلاً، برای تهیه نان، گندم تبدیل به آرد و آرد تبدیل به خمیر و در نهایت خمیر در اثر حرارت تبدیل به نان می‌شود یا اینکه تبدیل چوب به ذغال و بالاخره همه موارد استحاله که عبارت است از تبدل صورت نوعیه به صورت نوعیه دیگر که یکی از مطهرات است. لذا اگر ایجاد اینگونه تغییرات در خلقتهای خداوند سبحان حرام باشد، همه کارهای روزمره انسانها حرام و اشتباه خواهد بود. در نهایت اینکه با تغییر جنسیت، انسانیت انسان تغییر نمی‌کند و نهایت چیزی که اتفاق می‌افتد تغییر در صفت است و هیچ‌گاه انسان به جماد یا حیوان و سنگ تبدیل نمی‌شود بلکه انسان همان انسان باقی می‌ماند. متنها در این عنوان جدید تکالیف و وظایف وصفی‌اش تغییر می‌یابند. به تعبیر دیگر، «شئیه الشیء» بصورتی لامبادته هویت انسان به نفس ناطقه است و مرد یا زن بودن از عوارض بدن است و هیچ‌گونه ارتباطی به نفس ناطقه ندارد. خداوند سبحان می‌فرماید: «لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ» (تین: ۴) یعنی انسان (زن و مرد) را از عالی‌ترین سرشت خلق کردیم که همان نفس ناطقه است که مجرد است و مسأله انوشت و ذکورت از عوارض حیوانیت انسان است و به قول ملای رومی:

ای برادر تو همان اندیشه‌ای ما بقی تو استخوان و ریشه‌ای

لذا به همین دلیل است که اکثر فقهای این گروه به طرفداران نظریه مشروعیت مشروط می‌پیوندند، ولی چنانچه بیان شد حضرت امام خمینی^(س) به مشروعیت مطلق — كما هو الحق — اعتقاد دارند.

نظریه ممنوعیت مطلق تغییر جنسیت

گروهی از فقهای عظام تغییر جنسیت را امری نامشروع دانسته و ضمن حرام شمردن آن قائل به عدم جواز آن شده‌اند که به ذکر ادله ایشان می‌پردازیم:

۱. حرمت از بین بردن اعضای بدن

اساساً از بین بردن اعضای بدن، جزء اعمال حرام و ممنوع به شمار می‌رود. بدین معنی که کسی نمی‌تواند به عضوی از بدن خود یا دیگری صدمه وارد کند یا آن را از بین ببرد. لذا اگر تغییر جنسیت را مجاز بدانیم مستلزم این خواهد بود که برداشتن و از بین بردن اعضای مثل آلت تناسلی را از بدن شخصی که موضوع تغییر جنسیت قرار گرفته جایز بدانیم، در حالی که - همان‌طور که در ابتدا گفتیم - از بین بردن اعضای بدن حرام است. در نتیجه، تغییر جنسیت عملی نامشروع است. این گروه به قاعده «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» استناد می‌کنند و طبق این قاعده وارد کردن نقص و ضرر، حتی بر بدن خود، حرام است. لکن تحقیق آن است که لسان قاعده «لاضرر نفی هرگونه حکم ضرری در اسلام است. بدین معنی که در شریعت اسلام هیچ‌گونه حکم ضرری تشریح نشده است. مضافاً اینکه لسان قاعده «لاضرر شیء» نیست بلکه برداشتن هر حکم ضرری است و تفصیل آن در قواعد فقهیه مذکور است.

۲. غیر مجاز بودن تغییر در خلقت الهی

دلیل دیگر ممنوعیت تغییر جنسیت، غیر مجاز بودن آن است؛ زیرا خداوند سبحان انسان را مذکر و مؤنث آفریده است و هیچ قدرتی نباید مذکری را به مؤنث یا بالعکس تغییر دهد. این گروه برای اثبات عقیده خود به آیات قرآن استناد کرده‌اند که می‌فرماید:

لَعَنَهُ اللَّهُ وَقَالَ لَأَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا وَلَأُعَظِّمَنَّهُمْ وَلَأَمْنِيَنَّهُمْ
وَلَأَأْمُرُهُمْ فَلْيَتَّبِعُنَّ أَذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَأَأْمُرُهُمْ فَلْيَغْيِرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ
وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا (نساء: ۱۱۹، ۱۱۸).

خداوند آن (شیطان) را از درگاه رحمت خود دور کرده (زیرا به مجادله با خدا برخاست) و گفت من از بندگان تو قسمتی را زیر بار طاعت خود خواهم کشید و سخت گمراهشان کنم و به آرزوهای باطل و دور و دراز در افکنم و به آنها دستور دهم تا گوش حیوانات بپرند (تا علامت

باشد که این حیوان نصیب بتهاست) و امر کنم تا خلقت خدا را تغییر دهند، (ای بندگان بدانید) هر کس شیطان را دوست گیرد و نه خدا را، سخت زیان کرده، زبانی که آشکار است.

۳. مخالفت با مصالح عمومی

همان گونه که بعضی معتقدند، تغییر جنسیت با مصالح عمومی مخالف است زیرا:

قواعدی که وضع مدنی شخص را در جامعه تعیین می‌کند، تنها به خاطر حفظ منافع او وضع نشده است، بلکه هدف مهم اینگونه قواعد تأمین مصالح عمومی است. به همین جهت اشخاص نمی‌توانند برخلاف آنها با یکدیگر توافق کنند چنانکه به وسیله قرارداد نمی‌توان تابعیت یا جنسیت کسی را تغییر داد (کاتوزیان ۱۳۷۲ ج ۱: ۱۷۵).

۴. عدم منفعت عقلایی مشروع و قابل اعتنا

تغییر جنسیت یک عمل است که پزشک متخصص آن را انجام می‌دهد و باید از انجام فعل پزشک و جواز و عدم ممنوعیت آن اطمینان حاصل کرد. لذا در قانون و فقه می‌بینیم که صاحب نظران در باب اجاره شخص و نیز شرط فعل که از اعمال حقوقی بارز و مشهود است و موضوع آن انجام فعل است، اظهار نظر نموده‌اند که عمل مورد اجاره یا مشروط باید دارای منفعت عقلایی مشروع و قابل اعتنا باشد. در مورد عمل پزشک نیز باید این موارد رعایت گردد. بنابراین اگر شخصی بدون مشکل بدنی یا روانی قابل توجه، اقدام به تغییر جنسیت خود نماید، چون این عمل نه تنها دارای منفعت مشروع قابل توجه عقلایی نیست بلکه شخص را گرفتار بحران روحی و روانی می‌کند، لذا انجام آن نامشروع تلقی می‌گردد (انصاری ۱۴۱۰ ج ۳: ۵۵، حلی ۱۴۱۱ ج ۳: ۱۸۶).

۵. استناد به قاعده «الناس مسلطون علی انفسهم»

بعضی اساتید عظام ما از قاعده «الناس مسلطون علی انفسهم» به طریق دیگری استفاده کرده و ممنوعیت تغییر جنسیت را از آن نتیجه گرفته‌اند. آنان معتقدند: قاعده تسلیط بدان معنی است که انسان می‌تواند تصرفی نماید که از دیدگاه عقلا متعارف و معقول باشد. در نتیجه، قاعده سلطه بر نفس نیز در همین سیاق و حدود قرار می‌گیرد و اشخاص فقط می‌توانند تصرفی در بدن و نفس خود داشته باشند که عقلایی است، و حال آنکه تغییر جنسیت کسی که تمایلات روانی او مطابق با

علائم بدنی اوست، از دیدگاه عقلا، تصرفی نامعقول و نامتعارف است. لذا به استناد این دلیل نمی‌توان تغییر جنسیت را به طور مطلق مشروع و مجاز دانست، زیرا به استناد اصول و قواعد مسلم حقوقی و سیره عقلا تصرفات لغو و زاید یا دارای مفاسد اجتماعی یا شخصی، مشروع و مورد حمایت قانون نیست (خوبی ج ۲: ۱۰۲).

نظریه مشروعیت مشروط تغییر جنسیت

نظریه دیگری، که در مورد تغییر جنسیت ابراز شده است، مشروعیت مشروط آن است، زیرا مشروعیت هر عملی، همان‌گونه که در ماده ۲۱۵ قانون مدنی نیز به آن تصریح شده است، منوط به وجود منفعت مشروع عقلایی است. در نتیجه، تغییر جنسیت در صورتی مشروع است که فرد متقاضی دارای مشکل جنسی باشد و پزشک متخصص تغییر جنسیت را برای رفع مشکل او مفید تشخیص دهد. در اکثر نظام‌های حقوقی این نظریه پذیرفته شده است و کشورهایی که تغییر جنسیت را مشروع اعلام نموده‌اند، مشروعیت آن را به وجود شرایطی منوط کرده‌اند. لذا در مورد افراد سالم به عدم مشروعیت تغییر جنسیت معتقد می‌باشند. علاوه بر حقوقدانان، جامعه پزشکی نیز از طرفداران این نظریه به شمار می‌روند. به عبارت دیگر، در مواردی که تمایز جنس فرد طبیعی بوده ولی با هویت او از نظر هورمونی یا روانی مغایر باشد، تغییر جنسیت فرد به آنچه خود او بدان مایل است یا متخصصان و روان‌شناسان تشخیص می‌دهند. بدون اشکال است. البته مشروعیت تغییر جنسیت از لحاظ علم پزشکی مشروط به وجود شرایطی در متقاضی است تا پزشک بتواند او را موضوع معالجه تغییر جنسیت قرار دهد و از لحاظ علم حقوق نیز مشروط به وجود شرایطی در متقاضی است تا مورد حمایت قانونی قرار گیرد.

بعضی از فقهای معاصر این نظریه را برگزیده‌اند و اتفاق نظر دارند که نگاه کردن به شرمگاه غیر شوهر و همسر انسان و نیز نگاه کردن به بدن مرد یا زن نامحرم و لمس کردن آن حرام است و برابر دلایلی موجود، از دیدگاه شرع، جز در موارد اضطراری جایز نیست. لذا انجام عمل جراحی تغییر جنسیت توسط جراح در صورتی حرام نمی‌باشد که: این عمل بر روی کودک غیر ممیز انجام شود (در صورتی که به سود کودک و با اجازه ولی او باشد) یا اینکه ضرورت درمان به گونه‌ای باشد که قبح عمل نگاه و لمس آلت توسط پزشک را از میان بردارد. به عبارت دیگر،

ضرورت معالجه آنقدر باشد که محرمات را مباح کند. لذا اکثر فقهای این گروه تغییر جنسیت را به وجود ضرورت معالجه مشروط می‌دانند.

وضعیت کشورهای جهان از نظر تصویب قوانین

به طور کلی کشورها را از لحاظ داشتن یا نداشتن مقررات نسبت به این موضوع می‌توان به سه گروه تقسیم کرد:

۱- کشورهایی مانند آلمان و ترکیه، که در این رابطه مقررات مصوب دارند و شرایطی را برای تغییر جنسیت وضع نموده‌اند.

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 و تحت این شرایط تغییر جنسیت انجام می‌شود.

۳- کشورهایی مانند آلبانی آن را نامشروع می‌دانند.

مقررات کشورهای که دارای شرایط مصوب هستند تا حدودی به هم نزدیک است چون بیشتر آنها از علم پزشکی اقتباس شده است. به عنوان مثال ماده ۴۰ قانون مدنی جدید ترکیه که از اول ژانویه سال ۲۰۰۲ میلادی به اجرا درآمده است، شرایط سخت‌تری 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.

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 (باریکلو

۱۳۸۲: ۷۹).

سه شرط اخیر باید توسط پزشک متخصص برای جراح اثبات گردد (باریکلو ۱۳۸۲: ۷۹).

ایران نیز همانند بعضی از کشورهای دیگر برای تغییر جنسیت قوانین مصوب دارد. در حقوق ایران، برای این امر، رسیدن متقاضی به سن بلوغ و رشد عرفی و وجود ماهیت دو جنسی، اعم از فیزیکی و بدنی یا روانی - جسمی و عدم اضرائی بودن آن برای مریض یا بهتر شدن وضع روانی مریض، ضروری است (باریکلو ۱۳۸۲: ۸۰).

وضعیت شناسایی جنسیت جدید

موضوع دیگری که بررسی آن دارای اهمیت است، شناسایی جنسیت جدید است. در تمام دنیا، سندی در بدو ولادت، صادر می‌شود که هویت حقوقی و جنسی شخص در آن ثبت می‌گردد. در ایران به این سند شناسنامه می‌گویند. بنابراین، با توجه به نقشی که شناسنامه در معرفی هویت شخص دارد، این سؤال مطرح می‌شود که آیا افراد تغییر جنسیت داده، حق دارند خواهان اصلاح شناسنامه خود شوند تا نام و جنسیت جدید در آن منعکس گردد؟

در پادشاهی انگلیس، با وجودی که رویه قضایی و آراء دادگاهها، تغییر جنسیت را قانونی دانسته است، حق اصلاح شناسنامه یا تعویض آن به افراد تغییر جنسیت داده، إعطا 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 شناسنامه، ثبت ولادت شخص است که در روز صدور، کاملاً مطابق با واقع است و شکی در صحت آن وجود ندارد، نمی‌توان با تغییر یا اصلاح سند، واقعه را مخدوش نمود (باریکلو ۱۳۸۲: ۸۱).

در مقابل نظریه قبل گفته شده که از مجموع مواد قانونی و سیره عقلا و نظریه حقوقدانان، استفاده می‌شود که «شناسنامه» معرف یک واقعه تاریخی صرف نیست بلکه معرف هویت حقوقی شخص است، و چون نام جنسیت شخص یکی از عناصر و نشانه‌های مهم هویت وی می‌باشد. شخصی که با تغییر جنسیت، نام و جنسیت او نیز عوض شده است باید شناسنامه‌ای داشته باشد که

هویت جدید او را معرفی کند. بنابراین باید مقامات عمومی اقداماتی نمایند تا شناسنامه او را مطابق با جنسیت جدید اصلاح نمایند (باریکلو ۱۳۸۲: ۸۲-۸۱).

آثار و احکام فقهی و حقوقی مترتب بر تغییر جنسیت

در تعلیمات اسلامی که در جهت رساندن انسانها به کمال و سعادت دنیوی و اخروی پیش‌بینی شده است می‌بینیم که برای همه افراد بشر از بدو ورودشان به سن تکلیف از سوی شارع مقدس وظایفی برشمرده شده است که باید طبق جنسیت خود آنها را انجام دهند و همین انجام تکالیف است که سعادت یا شقاوت اخروی آنان را رقم می‌زند.

از نظر فیزیولوژی یا روحی - روانی ممکن است افرادی وجود داشته باشند که نه می‌توان آنان را در زمره مردان قرار داد و نه در زمره زنان. در علم پزشکی کوشش شده است که فرد را به موقع به سوی جنس واقعی خود هدایت نماید تا فرد بتواند به وظایف شرعی خود عمل نماید. یکی از عواملی که موجب شناسایی یا تعیین جنسیت واقعی افراد دچار اختلالات جنسی (هرمافرودیت‌ها) می‌شود، تغییر جنسیت آنان است که توسط پزشک و جراح متخصص انجام می‌پذیرد. آنچه در این بخش بدان پرداخته می‌شود تکلیف شرعی و احوال شخصیه افراد بعد از انجام عمل تغییر جنسیت می‌باشد.

لازم است برای روشن شدن بحث از «احوال شخصیه» تعریفی ارائه شود. در مورد «احوال شخصیه» در کتب حقوقی تعریف روشنی نیامده است؛ ولیکن در عمل، مصادیق و نمونه‌های برای آن (ماده پنجم پروتکل عهدنامه مودت و اقامت و تجارت ایران و یونان مصوب ۱۳۱۰/۱۲/۱۰) برشمرده‌اند که عبارت است از: ازدواج، وضع اموال زن و شوهر، طلاق و افتراق، جهیزیه و مهر، ابوت، نسبت، فرزند خواندگی، اهلیت رشد، قیمومت، ولایت، حجر، ارث و وصیت، تصفیه ترکه (جعفری لنگرودی ۱۳۸۰ ج ۱: ۱۹۴-۱۹۳).

قوانین احوال شخصیه دو گونه است:

(الف) شامل اکثر سکنه کشور و تبعه آن است.

(ب) شامل اقلیتهای مذهبی یهود، مسیحیت و دین زرتشت است که اسلام آنها را به رسمیت شناخته است.

آنچه در علم فقه مسلم است این است که مرد و هر فردی را که به وضوح بتوان به او ملحق نمود یا زن و هر فردی را که به وضوح بتوان به او ملحق نمود دارای تکالیف روشنی هستند که در نص قرآن کریم و روایات بدان اشاره شده است و در جایی که هیچ راهی برای تشخیص مرد یا زن بودن فرد وجود نداشته باشد، تکلیف احتیاط برای او معین شده است. یعنی باید از هر چیزی که اجتناب از آن بر مرد و زن به طور خصوصی واجب است، اجتناب نماید. اما در مورد افرادی که موفق به انجام تغییر یا تعیین جنسیت می گردند، ملاک، ماهیت فعلی آنان خواهد بود. یعنی اگر قبلاً مرد بوده و تغییر جنسیت داده و به زن تبدیل شده، احکام و تکالیف زن بر او واجب است و اگر زن بوده و با عمل تغییر جنسیت مرد شده، احکام و تکالیف شرعی که بر مردان واجب است بر او واجب می شود.

بنابراین، هرگاه مرد تغییر جنسیت دهد و به زن تبدیل شود، او دیگر زن است و آنچه انجام آن بر زنان واجب است بر او نیز واجب می باشد و هر آنچه مورد اجتناب زنان است شامل او نیز می شود. مثلاً، رعایت حجاب در نماز و در مقابل مرد بیگانه بر او واجب می شود. هرگاه عادت ماهانه بر او عارض شود، احکام حیض و استحاضه نیز شامل او می شود و احکام مختص به مردان از او زایل می گردد. زیرا موضوع احکام مردان، مرد است و این فرد اکنون مرد نیست، و چون اکنون تحت عنوان زن است، احکامی که بر زنان وضع شده بر او حمل می شود. همین طور است اگر زن تغییر جنسیت دهد و به مرد تبدیل شود و در این مورد نیز شکی نیست که احکام مردان شامل حال او می شود و احکام زنان از او منتفی می گردد. لذا نگاه به مردان بیگانه بر او به عنوان یک مرد جایز است. به تعبیر دیگر، جعل احکام به نحو قضیه حقیقه است و هر آنچه در ملاک و موضوع دخالت دارد قانونگذار آن را جزء موضوع قرار می دهد و حکم را روی موضوع مقدرالوجود تشریح می کند. بدین معنی هرگاه موضوع در خارج پدید آید حکم نیز فعلیت می یابد.

تغییر جنسیت و مسأله نکاح

مسأله تغییر جنسیت از مباحث و مسائل جدید و مستحدثه‌ای است که بررسی مسائل آن از جنبه‌های مختلفی مانند علم پزشکی و حقوق حائز اهمیت می باشد. فقهای شیعه کوششهای فراوانی انجام داده‌اند تا احکام و مسائل «تغییر جنسیت» را روشن و آشکار سازند.

یکی از موضوعاتی که تغییر جنسیت آثار و تبعات فراوانی در آن می‌گذارد و به دنبال آن مباحث و مسائل جدیدی در فقه و حقوق ایجاد می‌کند، مسأله نکاح و ازدواج است.

چنانچه یکی از زوجین یا هر دوی آنان جنسیت خود را تغییر دهند، ازدواجشان به چه صورت خواهد بود؟ آیا ازدواج آنان همچنان به حال خود باقی است یا باطل شده و باید صیغه طلاق بین آنها جاری گردد؟

در اینجا چند صورت متصور است که به ذکر آنها می‌پردازیم: الف) تغییر جنسیت یکی از زوجین؛ ب) تغییر جنسیت زوجین.

در مورد اول، یعنی تغییر جنسیت یکی از زوجین فقهای عظام از جمله امام خمینی (س) بر این مطلب اتفاق نظر دارند که: «اگر [مردی] زنی را تزویج کند پس جنس زن تغییر پیدا کند و مرد شود، از وقت تغییر، تزویج باطل می‌شود» (امام خمینی ۱۳۸۵ ج ۲: ۶۶۳)، زیرا بعد از تبدیل شدن زن به مرد، ممکن نیست که زوجیت باقی باشد چرا که ازدواج مرد با مرد یا زن با مائثل خود، مشروع نیست. بنابراین ازدواج به خاطر باقی نبودن موضوعش، باطل و منحل می‌گردد.

حقوقدانان نیز با توجه به قانون مدنی ایران، به لزوم اختلاف جنس در ازدواج اتفاق دارند. از جمله مواد قانونی در این خصوص می‌توان به مواد ۱۱۲۴، ۱۱۲۲، ۱۰۶۷، ۱۰۵۹، ۱۰۳۵ اشاره کرد.

برای مثال، در ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی آمده است: «تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد، شرط صحت نکاح است.» (کاتوزیان ۱۳۸۴: ۶۶۲)

در مورد دوم، یعنی تغییر جنسیت زوجین، در صورتی که این تغییر همزمان نباشد یعنی غیر متقارن باشد، حکم این گروه به گروه قبل ملحق می‌شود. یعنی به محض تغییر جنسیت توسط یکی از زوجین پیوند زناشویی بین زن و مرد باطل و منحل می‌گردد. به طور مثال، اگر زن اقدام به تغییر جنسیت کند، ازدواج باطل می‌گردد و حال اگر مرد بعد از زن اقدام به تغییر جنسیت کند همچنان ازدواج بر بطلان خود باقی است. زیرا در هنگام تغییر جنسیت زن به مرد، شوهرش با او همچنان خواهد شد. لذا پیوند و علقه زناشویی بین دو همجنس صورت نمی‌پذیرد و اگر مرد بعد از همسرش اقدام به تغییر جنسیت نماید و بخواهد به زوجیت با همسر سابقش پردازد محتاج دلیل یا عقد جدید خواهد بود (امام خمینی ۱۳۸۵ ج ۲: ۶۶۴-۶۶۳).

تغییر جنسیت و مسأله مهریه در ازدواج دائم

«مهر» یا «صداق» مالی است که زن بر اثر ازدواج مالک آن می‌گردد و مرد ملزم به پرداخت آن است. تعیین مهر در حقوق ایران مبتنی بر سنت و مذهب است که نظیر آن را در حقوق غربی نمی‌توان یافت. لذا بر همین اساس است که در قوانین حقوقی ایران که برگرفته از فقه پویای اسلامی می‌باشد حتی اگر در عقد ازدواج دائم، مهر تعیین نشده باشد، زن (بر اساس ماده ۱۰۸۷ و ۱۰۹۳) مستحق «مهرالمثل» خواهد بود. حال در زمانی که زن تغییر جنسیت دهد این بحث مطرح می‌شود که آیا مستحق مهریه می‌باشد یا اینکه با انحلال ازدواج سابق، مهریه منتفی شده و مرد ملزم به پرداخت آن نخواهد بود؟ آیا اگر تغییر جنسیت پس از آمیزش انجام شده باشد باید تمام مهر را پرداخت نمود یا اینکه اگر پیش از آمیزش انجام شده باشد، نصف مهریه بر او واجب است؟ آیا اگر تغییر جنسیت از سوی زوجه و بدون رضایت زوج صورت گرفته باشد، چیزی بر عهده او نخواهد بود؟

در این مورد چند نظر متصور است:

۱) نظریه عدم لزوم پرداخت مهریه مطلقاً: استدلال معتقدین به این نظریه این می‌باشد که چون حقیقت ازدواج این است که «مهریه» به عنوان «عوض» در مقابل «بضع» است و لذا تغییر جنسیت موجب انفساخ این معاوضه است، پس عوض به جای اول خودش برمی‌گردد و در وضعیت جدید، زوج تعهدی در مقابل پرداخت مهریه نخواهد داشت و اگر پیش از تغییر جنسیت زنش، مهریه را به او پرداخت کرده باشد، مهریه یا عوض آن به زوج برگردانده می‌شود.

در نقد این مطلب گفته شده که حقیقت و قوام نکاح در بین خردمندان، تنها به ایجاب و قبول طرفین است و مهریه به منزله هدیه‌ای است که مرد آن را به همسرش اهدا می‌کند و قانونگذار اسلام آن را افزون بر ارکان نکاح، واجب کرده است، هر چند که نکاح دائم بدون مهر را نیز صحیح می‌داند. شاهد این مطلب آیه‌ای از قرآن کریم می‌باشد.

لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَ
 تَمَّوْهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَ عَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرَهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى
 الْمُحْسِنِينَ (بقره: ۲۳۶).

۱. منظور از «مطلقاً» یعنی اینکه چه دخول شده باشد و چه نشده باشد.

«اگر زنانی را که با آنان نزدیکی نکرده‌اید و مهری بر ایشان مقرر نداشته‌اید، طلاق گوئید، گناهی نکرده‌اید. ولی آنها را به چیزی درخور، بهره‌مند سازید، توانگر به قدر توان خود و درویش به قدر توان خود. این کاری است شایسته نیکوکاران».

(۲) نظریه لزوم پرداخت کل مهریه مطلقاً: حضرت امام خمینی (س) در کتاب *تحریر الوسیله* این دیدگاه را قویتر دانسته و می‌گوید:

«اگر [مردی] زنی را تزویج کند پس جنس زن تغییر پیدا کند... از وقت تغییر تزویج باطل می‌شود. و اگر قبل از تغییر، به او دخول کرده باشد تمام مهر بر او واجب است. و آیا با عدم دخول، نصف مهر یا تمام آن بر مرد واجب است؟ در آن اشکال است و اشبه تمام مهر است (امام خمینی ۱۳۸۵ ج ۲: ۶۶۳).

به نظر بعضی دلیل معتقدین به این نظریه این می‌باشد که «مهر» اعتبار کردن چیزی افزون بر زوجیت برای زوجه است. بنابراین، مهریه از قبیل شرط ضمن عقد نکاح است و هرگاه عقد با این شرط بسته شود و قانونگذار آن را امضا کند بر اساس قاعده «المؤمنون عند شروطهم» اقتضای آن این است که زوجه، مالک مهر می‌شود.

در نقد این نظریه گفته شده اولاً در استصحاب، وحدت قضیتین جزء ارکان استصحاب است که در مانحن فیه تبدل موضوع شده است. ثانیاً، با توجه به روایات مستفیض و معتبری که واجب بودن مهر را به آمیزش وابسته می‌دانند، لذا لفظ «مطلقاً» در پرداخت مهریه در صورت تغییر جنسیت زن صادق نمی‌باشد.

از جمله روایات مطرح شده، روایت عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) می‌باشد که:

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 اینکه او را طلاق داده است. وضعیت او چگونه خواهد بود؟ حضرت فرمود: هرگاه با او نزدیکی کند، غسل، مهر و عده واجب می‌شود. (حر عاملی ج ۱۵: ۶۵)

در این روایت می‌بینیم که امام صادق^(ع) نزدیکی را سبب واجب شدن تمام مهر می‌داند. لذا درمی‌یابیم هرگاه دخول صورت نگیرد، تمام مهر واجب نخواهد بود. بر این اساس، وقتی تغییر جنسیت یکی از زن و شوهر، پیش از نزدیکی میان آن دو باشد، تمام مهر بر شوهر واجب نمی‌شود. نظریه تفصیلی پیرامون دخول و عدم دخول زوجه این است که اگر تغییر جنسیت بعد از نزدیکی و دخول باشد، تمام مهر واجب است و اگر پیش از نزدیکی باشد، نصف آن و احتیاط آن است که میان دو طرف مصالحه صورت گیرد.

در نقد نظریه قبل با توجه به روایت مطرح شده دریافتیم که امام صادق^(ع) پرداخت کل مهر را سنوب به نزدیکی و دخول دانستند. لذا وجود اخبار معتبره و فتوای فقهای عظام و قانون مدنی ایران این مطلب را مستحکم می‌کند. سیدنا الاستاذ حضرت امام خمینی^(س) می‌فرماید:

زن با خود عقد، صداق را مالک می‌شود و ملکیت تمام آن با دخول استقرار پیدا می‌کند، پس اگر قبل از دخول او را طلاق دهد نصف آن به شوهر برمی‌گردد و برای زن نصف آن باقی می‌ماند (امام خمینی ۱۳۸۵ ج ۲: ۳۲۰).

قانونی مدنی در ماده ۱۰۹۲ می‌گوید:

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.

تغییر جنسیت و مسأله عده

همانطور که بیان شد هرگاه زنی تغییر جنسیت دهد، از زمان تغییر جنسیت، ازدواج سابق او باطل و منحل می‌گردد. حال مسأله این است که آیا پس از تغییر جنسیت و بطلان ازدواج سابق، بلافاصله می‌تواند ازدواج نماید یا اینکه باید عده نگه دارد؟

در ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی در تعریف عده آمده است:

عده عبارت است از مدتی که تا انقضای آن زنی که عقد نکاح او منحل شده است نمی‌تواند شوهر دیگر اختیار کند.

حضرت امام خمینی^(س) در کتاب *تحریر الوسیله* می‌فرماید: «اگر جنس زن در زمان عده‌اش تغییر یابد عده - حتی عده وفات - ساقط می‌شود» (امام خمینی ۱۳۸۵ ج ۲: ۶۶۴).

می‌توان گفت دلیل بر ساقط شدن وجوب نگهداشتن عده، به طور مطلق (حتی عده وفات) آن است که حکم عده، بدون تردید از احکامی است که به زنان اختصاص دارد و احتمال ثبوت آن بر مردان وجود ندارد. بنابراین، به صرف اینکه زن به مرد تغییر جنسیت دهد از موضوع حکم خارج می‌شود و وجوب نگهداشتن عده از باب سالبه به انتفاء موضوع، از عهده وی ساقط می‌گردد. این همان است که سیدنا الاستاذ حضرت امام خمینی (س) بیان نموده است.

والحمد لله رب العالمین

منابع:

- قرآن کریم.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۸۵) ترجمه تحریر الوسیله، چاپ اول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س) (مؤسسه چاپ و نشر عروج).
- انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۰ ق.). مکاسب، بیروت: مؤسسه النعمان.
- باریکلو، علیرضا. (۱۳۸۲) «وضعیت تغییر جنسیت»، نشریه اندیشه‌های حقوقی، سال اول، شماره پنجم.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۰) ترمینولوژی حقوق، چاپ یازدهم، تهران: گنج دانش.
- حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعه، المكتبة الاسلامیه.
- حلی، محمد بن ادریس. (۱۴۱۱ ق.). سؤالات، چاپ دوم، قم: مؤسسه نشر الاسلامی.
- خوبی، سید ابوالقاسم. مصباح الفقاهه، گردآوری محمد علی توحیدی، قم: مؤسسه انصاریان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۲) حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، تهران: انتشارات مدرس.
- _____ (۱۳۸۴) قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان.

پرتال جامع علوم انسانی



پروفیسر شہباز گل شاہ علموں انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علموں انسانی