



تأثیر تغییر جنسیت پیش از عقد نکاح در ایجاد خیار فسخ و نقش معالجه خنثی پس از عقد نکاح

پرویز باقری^۱، عبدالجبار زرگوش نسب^۲

چکیده

تحقیق حاضر با هدف بررسی تأثیر تغییر جنسیت فرد تراجنسیتی قبل از عقد نکاح در ایجاد خیار فسخ و نقش معالجه فرد خنثی جنسی پس از عقد نکاح بر اسقاط حق خیار فسخ به شیوه تحلیلی- اسنادی انجام شد. با بررسی انجام شده مشخص شد موضوع پژوهش حاضر در مطالعات و پژوهش‌های پیشین بررسی نشده است. یافته‌های پژوهش نشان داد که تغییر جنسیت پیش از عقد نکاح و بی‌اطلاعی طرف مقابل از آن هنگام عقد، نوعی تدلیس و پنهان کردن عیب است که موجب ایجاد حق خیار فسخ نکاح می‌شود؛ زیرا اقدام به ازدواج نوعاً مطلق نیست، بلکه مقید به شرط ضمنی سلامت از عیب است که با تخلف از آن شرط، طرف مقابل حق فسخ عقد را دارد. همچنین سلامت زوجین از نقص و عیب، مقتضای شرط ارتکازی در عقد نکاح است که در صورت تخلف از آن، حق خیار فسخ برای طرف دیگر ایجاد می‌شود. فرد خنثی با درمان بعد از عقد نکاح و تغییر به تک جنسی، حق فسخ مبنای حقوقی خود را از دست می‌دهد و به استناد عیب سابق نمی‌توان نکاح را فسخ کرد.

واژگان کلیدی: خیار فسخ، عقد نکاح، تغییر جنسیت افراد تراجنسیتی، شرط

ضمنی عقد نکاح، معالجه فرد خنثی جنسی.

نوع مقاله: پژوهشی تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۲۸ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۶/۲۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۱۰
۱. دانشیار گروه حقوق، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران. (نویسنده مسئول)

Email: p.bagheri@ilam.ac.ir

۲. دانشیار گروه فقه و حقوق، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران.

Email: A.zargooshnasab@ilam.ac.ir



The Effect of Gender Change before Marriage on Creating the Right to Terminate and the Role of Gender-Neutrality after Marriage

Parviz Bagheri ¹, Abd al-Jabar Zargoushnasab ²

This analytical-documentary research tried to investigate the effect of the gender change of a transsexual before marriage on creating the right to terminate and the role of gender-neutrality after marriage in the waiver of the right to terminate marriage. After reviewing the previous studies, no research that examined the subject of this study was found. The results indicated that the gender change before marriage and the other party's ignorance of it at the time of marriage is a way of hiding a defect, so that it creates the right to terminate marriage; because the act of marriage is not usually absolute and it depends on the implied condition of having no defects. So by violating that condition, the other party has the right to terminate marriage. Moreover, the condition of having no defects is important for each couple, and by violating that condition, the other party has the right to terminate marriage. A sexually neutral person loses the right to terminate his/her legal basis by the treatment after marriage and changing to monogamy, and it is not possible to terminate marriage based on previous defects.

Keywords: right to terminate, marriage, gender change of transsexuals, implied condition of marriage.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

Paper Type: Research

Data Received: 2022 / 07 / 19 **Data Revised:** 2022/ 09 / 18 **Data Accepted:** 2022/ 10 / 02

1. Associate Professor, Department of Law, University of Ilam, Ilam, Iran. (Corresponding Author)

Email: p.bagheri@ilam.ac.ir

2. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Law, University of Ilam, Ilam, Iran.

Email: a.zargooshnasab@ilam.ac.i

۱. مقدمه

در گذشته تغییر جنسیت به دلیل عدم پیشرفت علم پزشکی امکان نداشت. به همین دلیل تغییر جنسیت در نصوص و روایات با عنوان یکی از موجبات فسخ عقد نکاح ذکر نشده است. با پیشرفت علم پزشکی در عصر کنونی، تغییر جنسیت به صورت یک مسئله درآمد و امور گوناگونی بر آن مترتب است. براین اساس، پژوهش حاضر به شیوه تحلیلی- اسنادی این مسئله را بررسی نموده و با توجه به اینکه این موضوع در پژوهش‌ها و مطالعات پیشین نقد و بررسی نشده است، بررسی و استخراج احکام آن اهمیت بسزایی دارد و ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است. برخی از فقها همانند امام خمینی رحمته‌الله‌علیه و آیت‌الله خامنه‌ای (حفظه‌الله) به جواز تغییر جنسیت تراجنسیتی^۱ و تبدیل فرد خنثی جنسی^۲ به تک جنسی فتوا داده‌اند (ر.ک. موسوی خمینی، ۱۳۹۶/۲، ۶۶۸؛ خامنه‌ای، ۱۳۸۰، ۷۰). درباره امکان فسخ عقد نکاح به واسطه خیار عیب، خیار تدلیس و خیار تخلف از شرط صفت، میان فقها اختلافی دیده نمی‌شود (ر.ک. انصاری، ۱۴۳۴ه.ق. ۲۷۲/۵-۲۷۲؛ جبعی عاملی، ۱۳۹۶ه.ق. ۳-۵۰۶-۴۵۲). از نظر شهید ثانی: «اگر صاحب خیار عیب نسبت به داشتن خیار فسخ و یا فوری بودن آن بی اطلاع باشد این جهل محسوب می‌شود و در نتیجه پس از اطلاع یافتن می‌تواند فوراً عقد را فسخ کند، و اگر کسی اصل خیار یا فوری بودن آن را فراموش کند نیز همین حکم را دارد» (جبعی عاملی، ۱۳۹۶ه.ق. ۵-۳۹۲). ایشان معتقد به خیار فسخ در صورت تدلیس است و اظهار داشته که منظور از تدلیس آن است که شخص با علم و آگاهی از عیبی که خارج از خلقت اصلی است، سکوت کند و یا صفت کمالی را در زن ادعا کند که در او نیست... و درباره تخلف از شرط اظهار داشته است که اگر مرد بر زن شرط کند که دختر زن آزاد باشد و سپس معلوم شود که دختر کنیز است، شوهر حق فسخ نکاح را دارد؛ چون شرط چنین اقتضا می‌کند (ر.ک. جبعی عاملی، ۱۳۹۶ه.ق. ۵-۳۹۶-۳۹۸). به نظر امام خمینی رحمته‌الله‌علیه: «با توصیف زن نزد زوج برای تزویج به اینکه سالم است، تدلیس محقق می‌شود. به طوری که توصیف او سبب مغرور شدن و فریب خوردن او شود و ظاهر آن است که با سکوت از عیب هم با علم به آن و مخفی بودن آن از زوج، و اعتقاد شوهر به اینکه عیب ندارد، تحقق پیدا می‌کند» (موسوی خمینی، ۱۳۹۶/۲، ۳۱۵). امام خمینی رحمته‌الله‌علیه درباره مطلق نقص و تخلف از شرط وصف نیز قائل به ایجاد حق خیار فسخ شده است:

1. Transsexual (TS)
2. Neuteral

همان طوری که تدلیس در عیوبی که موجب خیار فسخ است، تحقق می‌گیرد مانند دیوانگی و کوری و غیر اینها، همچنین در مطلق نقصها مانند یک چشم بودن و مانند آن به مخفی نمودن آن تحقق پیدا می‌کند. همچنین در صفات کمال مانند شرف و حسب و نسب و جمال و بکارت و غیر اینها، به اینکه اینها را توصیف کند با اینکه فاقد آنها می‌باشد. و اولی اثر ندارد، یعنی تدلیس در عیوبی که موجب خیار است، مگر اینکه زوج به مهر بر تدلیس کننده رجوع کند، و اما خیار فقط به خاطر خود وجود عیب است. و اما دومی و آن تدلیس در بقیه انواع نقص و در صفت کمال است، پس آن موجب خیار فسخ است در صورتی که نداشتن نقص یا وجود صفت کمال در عقد به طور اشتراط ذکر شده باشند و توصیف زن را به آن در عقد ملحق به آن است، اگرچه به صورت و عبارت شرط کردن نباشد. (موسوی خمینی، ۱۳۹۶، ۲/۳۱۷-۳۱۸)

نقش هر کدام از این سه خیار در فسخ عقد نکاح باتوجه به شرط ضمنی و شرط ارتکازی سلامت، مورد بررسی قرار می‌گیرند. پژوهش‌هایی که تاکنون منتشر شده است درباره تغییر جنسیت بعد از ازدواج و احکام فقهی مترتب بر آن بوده است. درحالی‌که پژوهش حاضر تأثیر تغییر جنسیت قبل از عقد نکاح بر فسخ آن را مورد بررسی و کنکاش قرار داده است. همچنین کاوشی درباره نقش معالجه خنثی پس از عقد نکاح بر اسقاط حق فسخ انجام شده است. بنابراین، نوشتار حاضر بحثی نو و جدید است و از این منظر با مقالات و پژوهش‌هایی که تاکنون تدوین شده است متفاوت می‌باشد. براین اساس، مسئله و سؤالات زیر بررسی شد:

- تغییر جنسیت افراد تراجنسیتی یا ترانس پیش از عقد نکاح چه نقشی در ایجاد خیار

فسخ عقد دارد؟

- آیا معالجه خنثی پس از عقد نکاح موجب اسقاط حق خیار فسخ می‌شود یا نه؟ چرا؟

۲. چهارچوب نظری پژوهش

براساس جستجو و مطالعاتی که درباره تأثیر تغییر جنسیت پیش از عقد نکاح در ایجاد خیار فسخ عقد انجام شد، مقاله و پژوهشی در این مورد به دست نیامد. همچنین مقاله‌ایی در مورد بررسی تأثیر تغییر خنثی به تک جنسی پیش از عقد نکاح بر ایجاد خیار فسخ یافت نشد و درباره نقش معالجه خنثی بعد از عقد نکاح در اسقاط حق خیار فسخ، نیز مقاله و

پژوهشی به دست نیامد. مقالات و پژوهش‌هایی که درباره تغییر جنسیت و معالجه خنثی وجود دارد، احکام گوناگون خنثی و تغییر جنسیت پس از عقد نکاح و جواز یا عدم جواز تغییر جنسیت را بررسی کرده‌اند. درباره تأثیر تغییر جنسیت پیش از عقد نکاح بر فسخ آن بعد از ازدواج، هیچ پژوهشی تاکنون انجام نشده است و فقط پژوهش‌های زیادی درباره مشروعیت تغییر جنسیت و آثار فقهی و حقوقی در صورتی که تغییر جنسیت بعد از عقد نکاح صورت گیرد، انجام شده است (ر.ک.، خانه‌کشی، ۱۳۹۹؛ احمدی، طباطبایی عینکی و عابدیان کلخوران، ۱۳۹۹؛ صانعی و فصیح‌زاده، ۱۳۹۱).

هویت جنسی حالتی روان‌شناختی است که بازتاب احساس درونی شخص از مرد یا زن بودن خویش است. هویت جنسی بر یک رشته نگرش‌ها، الگوهای رفتاری و سایر صفاتی که با مردانگی و زنانگی مربوطند و توسط فرهنگ تعیین می‌شود، متکی است. امروزه افرادی با عنوان خنثای روانی یا تراجنسیتی شناخته می‌شوند که از نظر ظاهر فیزیکی، مرد یا زن هستند، ولی از نظر روحی - روانی نسبت به جنسیت خود یا حالت خنثی دارند یا احساس تعلق به جنس مخالف دارند. این افراد دچار اختلال هویت جنسی^۱ است (کریمی، ۱۳۶۴). در این مورد، اصطلاح تنقیص جنسیت مطرح است. در نقص جنسیت فرد از نظر روانی و غریزی، نه از نظر جسمی، دچار مشکل است؛ زیرا در این حالت فرد دارای اندام‌های جنسی سالمی است، ولی نمی‌توانند جنسیت خود را بپذیرد.

افراد خنثی به افراد دوجنسی که دارنده آلت تناسلی مرد و زن به طور همزمان هستند، گفته می‌شود که با درمان و عمل جراحی به تک جنسی اصلاح می‌شوند. اصلاح فرد خنثی به تک جنسی به حکم عقل جایز و مباح است و فعلی عقلایی است؛ زیرا نوعی معالجه و درمان است. خنثی دو قسم است: مشکل و غیرمشکل؛ خنثایی که در پرتو علائم تعیین شده در شرع و یا - بنا بر قول برخی - قراین و مرجحات دیگر، به یکی از دو جنس مرد یا زن ملحق می‌گردد، خنثای غیرمشکل و محکوم به احکام همان جنس است و خنثایی که دارای علائم و قراین چینی نیست، خنثای مشکل خواهد بود (خونی، ۱۴۱۰ هـ.ق، ۲۱۱/۱). امام خمینی رحمته الله علیه درباره خنثی می‌فرماید: «اگر به یکی از مرجحات منصوص و غیرمنصوص، تعیین اینکه او مرد است یا زن، ممکن باشد، او خنثای غیر مشکل است و بر طبق مرجحات عمل

می‌شود و اگر ممکن نباشد او خنثای مشکل است» (موسوی خمینی، ۱۳۹۶، ۲/۴۲۸).

منظور از تغییر جنسیت، اصلاح دوجنسی‌ها (یعنی، افراد خنثی) به تک جنسی نیست بلکه تنقیص جنسیت در کسانی است که از نظر جسمی اندام‌های جنسی سالمی دارند، اما نمی‌توانند جنسیت خود را قبول کنند. به عبارت دیگر هویت جنسی این افراد با اندام‌ها و ظاهر جنسی که دارند، همخوان نیست. درباره تغییر جنسیت، دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد؛ برخی به تصور آنکه چنین اقدامی منجر به وقوع فعل حرام خواهد شد و یا دخالت در آفرینش الهی است، با آن مخالفند و برخی به‌هنگام ضرورت و اضطرار با آن موافق می‌باشند. در پژوهش حاضر که به روش تحلیلی- اسنادی انجام شد، نظریه جواز مبنی بر اینکه تغییر جنسیت به‌گونه مطلق، جایز است، بررسی شده است.

افراد تراجنسیتی و افراد خنثی نیاز به درمان و معالجه دارند و شرع مقدس به وجوب معالجه و درمان دستور داده است، در این زمینه آمده است: «قیل یا رسول الله ﷺ: أنتداوی؟ فقال: نعم تداووا، فان الله تبارک و تعالی لم ينزل داء الا و قد أنزل له دواء» (حمیری، ۱۴۱۳ه.ق). رسول خدا ﷺ در این روایت به معالجه بیماری به صیغه امر، به فرد بیمار امر کرده است که به علاج بیماری خود بپردازد. در علم اصول فقه ثابت شده است که صیغه امر ظهور در وجوب دارد (ر.ک. مظفر، ۱۳۹۶ه.ق، ۱/۱۱۲-۱۱۴). اگر علاج عیب ممکن باشد چنانچه پزشک حتی آن را با عمل جراحی درمان کند، زوج حق فسخ ندارد؛ چون با معالجه، مانع بهره بردن جنسی از بین می‌رود (ر.ک. جعی عاملی، ۱۳۹۶ه.ق، ۵/۳۸۰-۳۹۰). بنابر اینکه این افراد دارای نقص می‌باشند، درمان آنان با تغییر جنسیت است. می‌توان گفت که علاوه بر حکم شرع، عقل نیز به جواز تغییر جنسیت حکم می‌کند، بلکه امری عقلایی است؛ زیرا از باب معالجه و درمان مریضی است.

۲-۱. دلایل و نظرات مشروعیت تغییر جنسیت از منظر فقه

بیشتر فقهای امامیه به جواز تغییر جنسیت قائل می‌باشند. از جمله این فقها می‌توان به امام خمین رحمته الله علیه اشاره کرد. ایشان می‌فرماید:

ظاهراً تغییر دادن جنس مرد به زن و جنس زن به مرد از طریق عمل جراحی اشکال ندارد و همچنین عمل جراحی بر روی کسی که خنثی است تا سرانجام یا مرد شود یا زن، حرام نیست. [سؤالی که پیش می‌آید این است که آیا این عمل جراحی

واجب است اگر زنی در خود تمایلاتی از سنخ تمایلات مرد و یا برخی از آثار مردانگی ببیند، یا مردی در خودش تمایلات جنس مخالف یا بعضی از آثار آن را مشاهده کند؟ به حسب ظاهر، عدم وجود آن است هرگاه شخص حقیقتاً از یک جنس بوده و امکان تغییر جنسیت او به جنس مخالف وجود داشته باشد. (موسوی خمینی، ۱۳۹۶/۲، ۶۲۶)

در مورد تغییر جنسیت از آیت الله خاмене‌ای (حفظه الله) نیز سؤال پرسیده شده است که سؤال و پاسخ آن عبارتند از:

سوال) در مورد تغییر جنسیت با توجه به اینکه از نظر طبی این عمل (در غیر خنثی) به تعبیر اطباء، تنقیص جنسیت محسوب می‌شود، بعضاً با مواردی اطباء مواجه‌اند که شخص از نظر ظواهر بدن بدون هیچ شبهه‌ای یا مرد است یا زن، ولی دارای تمایلات احساسات و عواطف جنس مخالف است. بسیاری از این افراد می‌گویند اگر این تغییر صورت نگیرد انتحار (خودکشی) خواهیم کرد (و تا به حال بارها این مسئله پیش آمده) و با توجه به اینکه آمارهای عملی نشان می‌دهد اینگونه افراد ۶ الی ۱۶ ماه بعد از وضعیت جدید پشیمان خواهند شد، آیا اطبا در اینگونه موارد که با تهدید مواجه‌اند، می‌توانند از باب اینکه حفظ نفس مقدم‌تر از حفظ عضو است، این عمل را انجام دهند؟ و یا اصولاً این عمل برای خود شخص حرام است یا جائز؟

پاسخ: تغییر جنسیت برای شخص و به درخواست شخص اشکال ندارد، حتی اگر جلوگیری از اقدام بر انتحار متوقف بر آن نباشد و یا اصلاً خطر انتحاری در بین نباشد. (خاмене‌ای، ۱۳۸۰)

۱-۱-۲. قاعده «الضرورات تبيح المحظورات» در جواز تغییر جنسیت

طبق این قاعده، ضرورت و اضطرار، هر امر ممنوعی را جایز می‌گرداند. افراد تراجنسیتی دچار نوعی اختلال در هویت جنسی هستند و نیاز به کمک دارند. درمان آنان فقط از طریق عمل جراحی نیست و اقدام به تغییر جنسیت آخرین راه چاره است.

۲-۱-۲. قاعده نفی عسر و حرج در جواز تغییر جنسیت

آیه ۲۸۵ سوره بقره، آیه ۷۸ سوره حج، روایات، اجماع و بنای عقلا بر اعتبار قاعده نفی عسر و حرج دلالت دارد. (ر.ک.، بجنوردی، ۱۳۸۴/۱، ۲۷۵-۲۷۳) اگر افراد تراجنسیتی مجاز به تغییر جنسیت نباشند و ملزم به بقا در جنسیت فعلی باشند در عسر و حرج می‌افتند که طبق این قاعده منتفی است.

۲-۱-۳. قاعده تسلیط در جواز تغییر جنسیت

این قاعده مستفاد از «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم» بوده و یک قاعده عقلایی است. مستفاد از این قاعده هر فردی بر اموال و جسمش تسلط دارد و می‌تواند هرگونه تصرفی نماید، مگر آن تصرفاتی که با دلایل دیگری که این قاعده را تخصیص زده‌اند ممنوع است. از جمله تصرفاتی که مشمول این قاعده می‌شود و دلیلی خاص بر حرمت آن وارد نشده، تغییر و تنقیص جنسیت است. براساس همین قاعده به جواز خرید و فروش اعضای بدن که از جمله تصرفات در جسم است، فتوا داده شده است. یکی از فقها می‌گوید: «گرچه این قاعده در سیاق قاعده سلطه مردم بر مالشان است، اما بعضی برای صحت فروش اعضای بدن نیز به آن استناد کرده‌اند» (مؤمن، ۱۴۱۵ هـ.ق).

۲-۱-۴. اصل اباحه در جواز تغییر جنسیت

این اصل مورد قبول همه فقهاست. (ر.ک. حکیم، ۱۹۷۹/۹۷۹) باتوجه به اینکه نص صریحی بر حرمت تغییر جنسیت نداریم، اصل اباحه، مشروعیت چنین عملی را اقتضا می‌کند. براساس اصل حلیت هر کاری حلال است مگر آنکه دلیل صریحی از قرآن و روایات در برابر آن وجود داشته باشد.

۲-۱-۵. قاعده «دفع المفسدة اولی من جلب المنفعة»

براساس این قاعده هرگاه مفسده‌ای با مصلحتی تعارض پیدا کند، دفع مفسده مقدم خواهد بود؛ وقتی که هنگام تعارض دفع مفسده با جلب مصلحت، دفع مفسده مقدم است، به طریق اولی اگر فقط دفع مفسده در میان باشد بدون اینکه با جلب منفعتی تعارض پیدا کند، دفع مفسده مجاز است. بنابراین، چون افراد تراجنسیتی دچار اختلال هویت جنسی‌اند و درمان آنها متوقف بر عمل جراحی و تغییر جنسیت است و در عدم تغییر، مفسده‌هایی اعم از روحی، روانی، بدنی و اخلاقی وجود دارد، طبق قاعده مذکور تغییر جنسیت جایز است.

۲-۱-۶. عدم محدودیت جواز به ضرورت

اینکه تغییر جنسیت، کشف و تنقیص جنسیت است؛ افراد تراجنسیتی که درصدد کسب ویژگی‌های ظاهری و فیزیکی جنسی دلخواه خود و رهایی از ویژگی‌های جنسی فعلی

هستند، در واقع در پی آشکار نمودن و کشف خصوصیات جنسی باطنی خود می‌باشند و در این معنی دیده نمی‌شود. بیشتر فقهای که قایل به جوازند، تغییر جنسیتی را که منجر به کشف حقیقت زن و مرد شود، مجاز دانسته‌اند. بنابراین، چنین عملی تغییر نیست بلکه تنقیص جنسیت و کشف حقیقت آن می‌باشد.

به نظر می‌رسد جواز تغییر جنسیت، منحصر به فرض ضرورت و نیز فرض احساس تمایلات جنس مخالف در خود نمی‌شود و زن یا مرد حتی اگر در خود، تمایلات جنس مخالف احساس نکند و دچار اختلال هویت جنسی هم نشود و بخواهد اقدام به تغییر جنسیت نماید و به فرض، چنین تغییری از نظر پزشکی هم ممکن باشد، چنانکه از ظاهر کلام برخی فقها (ر.ک. موسوی خمینی، ۱۳۹۶، ۲/۶۲۶؛ خامنه‌ای، ۱۳۸۰) نیز به دست می‌آید از نظر شرعی اشکالی ندارد؛ زیرا هیچ دلیلی از سوی شارع مقدس بر حرمت چنین اقدامی در دست نیست و اصل اباحه هم بر مشروعیت آن دلالت دارد. به عبارت دیگر، بهترین دلیل بر جواز تغییر جنسیت، عدم دلیل بر حرمت آن است. تنها ایرادی که ممکن است گرفته شود، لمس و یا نظر به عورت نامحرم است که این هم نمی‌تواند مانع شود؛ چون در آن صورت می‌شود فرضی را مطرح کرد که علم پزشکی و مهندسی پزشکی به قدری پیشرفت کرده است که بدون نیاز به دیدن یا لمس شخص، پزشکان بتوانند با استفاده از تکنولوژی خاصی اقدام به تغییر جنسیت فرد نمایند. بنابراین، برخلاف نظر فقهای که قائل به جواز تغییر جنسیت در صورت نیاز و اضطرار هستند، اگر اقدام به تغییر جنسیت برای فرد ضرر و زیان جسمی یا روحی نداشته باشد حتی در شرایط عادی و معمولی نیز این عمل جایز است؛ زیرا بنابر فرض، نه مفسده‌ای در پی دارد و نه تغییر در هویت و ماهیت انسان رخ می‌دهد و فقط تغییر وصف اتفاق می‌افتد.

۲-۲. دلایل تغییر جنسیت پیش از عقد نکاح در ایجاد خیار فسخ

آیا تغییر جنسیت پیش از عقد نکاح و اقدام به ازدواج بدون اطلاع طرف دیگر از این موضوع، موجب ایجاد حق خیار فسخ عقد نکاح می‌شود؟

۲-۱. شرط ضمنی

شرط ضمنی از مدلولات عرفی لفظ است، خواه متعاقدین آن را قصد کنند یا قصد نکنند.

(نائینی، بی تا، ۱۳۴/۲) در صورتی که صفت خاصی در عقد آشکارا شرط نشده، ولی از قراین و اوضاع و احوال بر می آید که آن صفت، منظور طرفین بوده و وارد قلمرو قرارداد شده است و بعد از عقد معلوم شود که طرف فاقد آن صفت بوده است، طرف دیگر حق فسخ نکاح را خواهد داشت (ر.ک. صفایی و امامی، ۱۳۷۷). شرط ضمنی در عقد نکاح مقتضی سلامت از نقص و عیب است، هرچند با کمک قرائن و احوال باشد و هرگاه سلامت منتفی شود، خیار فسخ ثابت می شود. اگر مرد بداند زنی که دارد با او ازدواج می کند، پیش تر مرد بوده و تغییر جنسیت داده است، اقدام وی مطلق نیست، بلکه عقد، مقید به شرط ضمنی نهفته در آن، منعقد می شود؛ یعنی بر شرط ضمنی سلامت زن از عیب و عدم تدلیس و پنهان کاری بوده است. سلامت زوجین از عیوب و نقص یک شرط ارتکازی است (شاکری گلپایگانی، ۱۴۰۰ ش). برعکس آن نیز صحیح است؛ یعنی اگر زنی می دانست مردی که قصد دارد با او ازدواج کند پیشتر زن بوده و تغییر جنسیت داده است، با او ازدواج نمی کرد.

شرط ضمنی نهفته در عقد نکاح در فرض تخلف مشروط علیه از مفاد تعهد، به استناد نهی شارع از عدم وفای به شرط، می تواند عقد را فسخ و بی اثر نماید. (ر.ک. جبعی عاملی، ۱۳۹۶ هـ.ق. ۵۰۴/۳) بنابراین، پس از متوجه شدن طرف دیگر، عقد برای وی به سبب تخلف از شرط ضمنی حق خیار فسخ ایجاد می کند. به نظر مرحوم خوئی از جمله شروط لازم الوفاء این است که در ضمن عقد صریح باشد یا به طور ضمنی باشد، چنانکه قرینه ای وجود داشته باشد براینکه عقد مبنی بر آن شرط بوده و مقید به آن، یا اینکه پیش از عقد ذکر شده یا به خاطر فهم عرفی باشد (ر.ک. خوئی، ۱۴۱۰ هـ.ق. ۴۲/۲). همچنین مرحوم خوانساری شرط ضمنی را از اقسام شرط صریح دانسته است (ر.ک. خوانساری، ۱۴۰۵ هـ.ق. ۱۵۶/۳).

منظور از عیب در این مقاله نفس تغییر جنسیت نیست، بلکه منظور از عیب و نقص تفاوتی است بین فرد سالم و فردی که تغییر جنسیت داده است؛ زیرا با عمل جراحی، آلت تناسلی هرگز همانند خلقت اصلی نمی شود علاوه بر اینکه احتمال بارداری فردی که تغییر جنسیت داده است بسیار نادر است. همچنین اگر فرد به زن تغییر جنسیت داده است فاقد بکارت می باشد که یک وصف ضمنی و ارتکازی سلامت و سالم بودن در عقد نکاح است. در این مورد هیچ تفاوتی بین انواع افراد و اقسام تغییر جنسیت و بین تراجنسیتی و فرد

۱. چنان که در آیات (اوفوا بالعقود و امؤمنون عند شروطهم) امر به وفا به شرط شده است.

خنثی نیست. بنابراین، تغییر جنسیت فرد یک عیب است و موجب خیار فسخ می شود، اما اینکه چرا در متون اسلامی جزء عیوب منصوص فسخ ذکر نشده است، به این دلیل است که در گذشته چنین مسئله‌ای مطرح و قابل تصور نبوده. در حال، وجود عیب سبب ایجاد حق خیار فسخ می شود (ر.ک. جعی عاملی، ۱۳۹۶ ه.ق، ۳۹۲/۵).

۲-۲-۲. شرط ارتکازی

ارتکاز در لغت یعنی، چیزی که ثابت و مستقر باشد (مصطفوی، ۱۴۱۶ ه.ق، ۲۱۳/۴) و در اصطلاح یعنی، اندیشه ثابتی که در ذهن نفوذ و رسوخ پیدا نموده است به طوری که دست برداشتن از آن دشوار باشد، حتی اگر دلیلی بر خلاف آن حاصل شود (سیستانی، ۱۴۱۴ ه.ق). شرط ارتکازی عبارتند از: شرطی که در اذهان طرفین قرارداد رسوخ و نفوذ پیدا کرده باشد و منشأ پیدایش آن برای طرفین مشخص نباشد، هرچند طرفین قرارداد نسبت به آن توجه فعلی نداشته باشند، اما به گونه‌ای لازمه عقد و دارای اعتبار است به طوری که حتی بدون تصریح، قرارداد در بردارنده آن است (اسماعیلی و توکلی کیا، ۱۳۹۰). این شرط در عقود مثل عقد نکاح و در خيارات مانند خیار عیب و تدلیس به کار می رود و از مهمترین ادله لزوم وفا به آن سیره عقلاء و حدیث «المؤمنون عند شروطهم» (حرعاملی، ۱۴۰۱ ه.ق، ۴۹/۱۵) است. شرط ضمنی به دلیل وجود در ارتکاز طرفین، در حیطه مدلول التزامی عقد قرار می گیرد و لازم الوفاء است.

سلامت مورد عقد (م عقود علیه)، شرط ارتکازی عقد است، در نتیجه اگر معقود علیه معیوب باشد، خیار عیب ایجاد می شود (شبیری، ۱۴۱۹ ه.ق، ۴۲۴۹/۱۲؛ خونی، ۱۴۱۸ ه.ق، ۱۱۳/۳۰). حق فسخ در صورت غش، شرط ارتکازی است (خونی، ۱۴۱۶ ه.ق، ۲۱۱/۳). حق فسخ نکاح در صورت پرداختن نفقه (ماده ۱۱۱۳ ق.م) شرط ارتکازی عقد نکاح است (سیستانی، ۱۴۱۴ ه.ق)، کارکردن متعارف زن در منزل شوهر از شروط ارتکازی عقد نکاح است (تبریزی، ۱۳۷۸)، عدم لزوم مباشرت در دوران عقد، شرط ارتکازی عقد نکاح است (شبیری، ۱۴۱۹ ه.ق، ۱۴۵۴/۵). بنابراین، در صورتی که عقد نکاح مطلق باشد شرط ارتکازی اقتضای سلامت زوجین از عیب و نقص دارد؛ زیرا قید سلامت به صورت شرط ارتکازی در عقد نکاح وجود دارد، مگر اینکه طرفین شرط عدم سلامت کرده باشند یا اینکه از عدم سلامت اطلاع داشته باشند.

۲-۲-۳. خیار عیب

در مواد ۱۱۲۱، ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳ قانون مدنی، عیوب فسخ عقد نکاح بیان شده است. فقها نیز به طور مفصل و باصراحت، آن عیوب و موجبات فسخ عقد را بررسی و بیان کرده‌اند (ر.ک.، طوسی، ۱۳۸۷ ه.ق، ۲۴۹/۴؛ ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶ ه.ق، ۲۳۱/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ ه.ق، ۲۶۲/۲-۲۶۶). با توجه به فلسفه ایجاد حق خیار فسخ به سبب عیوب و تدلیس، امکان گسترش آن به تغییر جنسیت به عنوان یکی از موجبات فسخ وجود دارد؛ زیرا وجود نقص و عیب در یکی از زوجین با اهداف ازدواج از جمله استحکام رابطه، مودت و محبت منافات دارد. هرچند تغییر جنسیت افراد تراجنسیتی و تغییر افراد خنثی به تک جنسی ضمن عیوب منصوص فسخ عقد نکاح ذکر نشده است، ولی به دلیل اشتراک ملاک، می‌توان فسخ نکاح در عیوب منصوص به عیب تغییر جنسیت را تعمیم داد.

عیب یعنی، هر چیزی که زیادت‌تر یا کمتر از خلقت اولیه باشد. خلقت اولیه بیشتر افراد یک نوع است که خلقت مذکور در ذات و صفت بیشتر افراد آن نوع شرط است و عیب، زیادت‌تر یا کمتر از خلقت اصلی است و فرق نمی‌کند عین باشد مانند وجود یک انگشت بیشتر یا کمتر، یا صفت باشد. در صورت وجود عیب خیار فسخ عقد ایجاد می‌شود که همان خیار عیب است. افرادی که تغییر جنسیت داده‌اند نسبت به افرادی که از خلقت اصلی برخوردارند نقص و عیب دارند؛ زیرا حداقل احتمال عدم بارداری فردی که تغییر جنسیت داده است، وجود دارد. علاوه بر اینکه بعد از تغییر جنسیت، شکل آلت تناسلی به حالت خلقت اصلی بر نمی‌گردد؛ در حالی که شرط ضمنی در عقد نکاح این است که زوجین سالم باشند. بنابراین، تغییر جنسیت از مصادیق عیب است.

۲-۲-۴. خیار اشتراط یا خیار تخلف شرط

خیار اشتراط در موردی است که یکی از طرفین عقد چیزی را ضمن عقد شرط کنند و از طرف مقابل به نفع شرط‌کننده، عمل نشود. (جبعی عاملی، ۱۳۹۶ ه.ق، ۵۰۴/۳) اگر مشروط علیه به شرط عمل نکند تنها فایده‌اش این است که مشروط‌له در فسخ عقد مخیر می‌شود و می‌تواند آن را فسخ کند (مکی عاملی، ۱۹۷۹). در ماده ۲۳۵ ق.م آمده است: «هرگاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست، کسی که شرط به نفع او

شده است خیار فسخ خواهد داشت». تغییر جنسیت قبل از عقد نکاح، تخلف از شرط سلامت است هرچند این شرط ضمنی باشد و هرگاه شرط ضمنی منتفی شود، خیار فسخ ثابت می‌شود. به استناد ادله و جوب وفا به عقد و شرط، شرط لازم‌الوفاء خواهد بود، به طوری که تخلف از آن ازسوی مشروط‌علیه، موجب ثبوت حق فسخ برای مشروط‌له می‌شود. یکی از فقها شرط ضمنی را از اقسام شرط صریح می‌داند: «از اقسام شرط آن است که در ضمن عقد، صریح باشد یا ضمنی، چنانکه قرینه اقامه شود بر اینکه عقد، مبنی بر آن شرط بوده و مقید به آن، به خاطر ذکر شرط پیش از عقد و تبانی بر آن» (خوئی، ۱۴۱۰ ه.ق، ۴۲/۲).

آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ؛ به عقود وفا و التزام داشته باشید» (مائده: ۱) بر لزوم وفای به عقد، همان طوری که مورد توافق طرفین بوده است، دلالت دارد. از ادله مشروعیت شرط، مثل روایت «المسلمون عند شروطهم» (حرعاملی، ۱۴۰۱ ه.ق، ۴۹/۱۵) نیز، لزوم وفای به شروط از جمله شرط ضمنی برداشت می‌شود. براساس ماده ۲۲۵ ق.م: «متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد، بدون تصریح هم منصرف آن باشد، به منزله ذکر در عقد است» فقها با فراهم بودن ارکان شرط ضمنی، به عدم لزوم تصریح آنها یا حتی اشاره به آن فتوا داده‌اند و تخلف از آن را موجب ثبوت خیار دانسته‌اند (خوئی، ۱۳۷۷ ه.ق، ۲۹۱/۶؛ انصاری، ۱۴۳۴ ه.ق، ۲۷۱/۵). اگر بعد از عقد برخلاف امر مشروط - هرچند شرط ضمنی باشد - معلوم شد طرف دیگر می‌تواند عقد را فسخ کند، به نظر شهید اول و ثانی هرگاه خلاف شرط ثابت شد حق خیار فسخ برای طرف مقابل تحقق پیدا می‌کند: «اگر شوهر شرط کرده باشد که زن باکره باشد و سپس معلوم شود که باکره نبوده است، در این صورت شوهر به مقتضای شرطی که کرده است، می‌تواند عقد نکاح را فسخ کند» (جبعی عاملی، ۱۳۹۶ ه.ق، ۳۹۹/۵). افرادی که تغییر جنسیت داده‌اند خواه افراد تراجنسیتی باشند یا خنثی در مقایسه با افراد سالم از نظر خلقت اصلی دارای نقص و عیب می‌باشند، بلکه نقص و عیبی که در اینهاست بزرگتر از عیب فقدان بکارت است؛ زیرا علاوه بر عیب پنهانی تغییر، فقدان بکارت نیز در آن نهفته است.

۲-۵. قاعده لاضرر

قاعده و حدیث «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ» (حرعاملی، ۱۴۰۱ ه.ق، ۳۴۲/۱۷؛ بجنوردی، ۱۳۸۴/۱، ۲۱۱) به کسی که بدون اطلاع از تغییر جنسیت طرف مقابل با وی ازدواج کند، ضرر و آسیب روحی و

روانی وارد می‌شود و به حکم قاعده فوق ضرر و زیان نفی شده است باید راه جبران آن وجود داشته باشد. به نظر می‌رسد تنها راه جبران آن، خیار فسخ است. بعید است خواستگاری که در ابتدا از تغییر جنسیت طرف مقابل مطلع شود، به ازدواج با وی رضایت دهد.

۲-۲-۶. خیار تدلیس

تدلیس بر وزن تفعیل و از ماده «دلس» مشتق است و دلس در لغت به معنای تاریکی است و گویا تدلیس‌کننده امری را تاریک، مبهم و پوشیده می‌کند تا آن را غیرواقعی و بهتر از آنچه که هست، وانمود کند. (ر.ک.، ازهری، بی‌تا، ۳۶۲/۱۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ه.ق.، ۳۸۷/۴) اگر زوج صفتی مثل باکره بودن را شرط کند و یا خیال کند که صفت موجود است، سپس خلاف آن معلوم شود، در این صورت مخیر است عقد را فسخ کند (ر.ک.، جبعی عاملی، ۱۳۹۶ه.ق.، ۵۰۰/۳). برای تحقق خیار تدلیس دو شرط اساسی لازم است: انجام گرفتن کار فریبنده و فریب خوردن طرف عقد (امامی، ۱۳۶۸/۱، ۵۱۴) و ابراز نکردن عیب مخفی مانند اینکه مرد یا زن از تغییر جنسیت یا خنثی بودن خود به طرف مقابل چیزی نگوید. در صورتی تدلیس صادق است که باتوجه به اصل سلامت، آن عیب از نظر عقلا در افراد سالم وجود نداشته باشد.

از جمله ادله خیار تدلیس روایاتی درباره نکاح و تدلیس است که دلالت بر رجوع مغرور به شخص فریب‌دهنده (غار) دارد. (ر.ک.، کلینی، ۱۴۰۷ه.ق.، ۴۰۴/۵-۴۱۰) همچنین ماده ۱۱۲۸ ق.م. مقرر می‌دارد: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد [نکاح] معلوم شود که طرف مذکور آن وصف را نداشته، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد به صراحت بیان شده یا عقد مبتنی بر آن واقع شده باشد».

بی‌اطلاعی زوج یا زوجه از تغییر جنسیت شریک زندگی قبل از نکاح، تدلیس است و برای طرف مقابل، خیار تدلیس ایجاد می‌شود که می‌تواند عقد را فسخ کند. تفاوت ندارد که تدلیس‌کننده یکی از زوجین باشد یا کسی دیگر مثل ولی. منظور از تدلیس آن است که شخص با علم و آگاهی از عیبی که خارج از خلقت اصلی است، سکوت کند و یا ادعای صفت کمالی را داشته باشد که در او نیست (جبعی عاملی، ۱۳۹۶ه.ق.، ۳۹۵/۵-۳۹۶). امام خمینی رحمته‌الله علیه در این مورد می‌فرماید:

همان طوری که تدلیس در عیوبی که موجب خیار فسخ است، تحقق می‌گردد

مانند دیوانگی و کوری و غیر اینها، همچنین در مطلق نقصها مانند یک چشم بودن و مانند آن و به مخفی نمودن آن تحقق پیدا می‌کند. همچنین در صفات کمال مانند شرف و حسب و نسب و جمال و بکارت و غیر اینها، به اینکه اینها را توصیف کند با اینکه فاقد آنها می‌باشد. و اولی اثر ندارد؛ یعنی تدلیس در عیوبی که موجب خیار است، مگر اینکه زوج به مهر بر تدلیس کننده رجوع کند. و اما خیار فقط به خاطر خود وجود عیب است. و اما دومی و آن تدلیس در بقیه انواع نقص و در صفت کمال است، پس آن موجب خیار فسخ است در صورتی که نداشتن نقص یا وجود صفت کمال در عقد به طور اشتراط ذکر شده باشند و توصیف زن را به آن در عقد ملحق به آن است اگرچه به صورت و عبارت شرط کردن نباشد، کما اینکه اگر بگوید: «زوجتک هذه الباکرة او غیر الثیبة» بلکه ظاهر آن است که اگر آن را به صفت کمال یا نداشتن نقص قبل از عقد در وقت خواستگاری و گفتگو، توصیف نماید، سپس ازدواج را براساس آنچه که ذکر شده واقع سازد به منزله شرط کردن می‌باشد، پس موجب خیار است و اگر بعد از عقد و بعد از دخول، روشن شود و فسخ را اختیار نماید و مهر را پرداخت کند، به مدلس (تدلیس کننده) رجوع می‌کند. (موسوی خمینی، ۱۳۹۶، ۲/۳۱۸)

۲-۲-۷. غش و مخفی‌کاری

تغییر جنسیت و خبر ندادن به طرف دیگر، نوعی غش و فریب‌کاری است که از آن نهی شده است. روایاتی از معصومین علیهم‌السلام نیز در این باره نقل شده است: «من غشنا لیس منا؛ هرکس مسلمانان را فریب دهد، از آنان نیست» (شوکانی، ۲۰۱۲، ۶/۲۸۵) و باید جبران کند که با خیار فسخ جبران می‌شود.

۲-۲-۸. منافات تغییر جنسیت با مقاصد و اهداف ازدواج

برخی از مقاصد نکاح عبارتند از: سکون و آرامش، ارضای نیازهای جنسی و ایجاد نسل. تغییر خنثی به تک جنسی و تغییر جنسیت با مقاصد ازدواج منافات دارد؛ زیرا احتمال بارداری و فرزندآوری کسی که تغییر جنسیت داده، بعید است. بنابراین، حتی اگر خیار فسخ فرض نباشد، ادامه زندگی برای زوجین دشوار خواهد بود؛ زیرا زندگیشان بر بدگمانی، خیانت و غش استوار خواهد بود. تنفر و بدگمانی جایگزین مودت، آرامش، انس، الفت و صمیمیت می‌شود. درحالی‌که خداوند متعال می‌فرماید: «از آیات و نشانه‌های خداوند این است که برای شما از جنس خودتان همسرانی آفرید تا به واسطه آنها آرامش یابید و میان شما دوستی و

محبت قرار داد، همانا در این امر نشانه‌هایی است برای گروهی که تفکر کنند» (روم: ۲۱). این آیه به بعد اختیاری روابط اشاره دارد که علاوه بر آرام بخش بودن زندگی خانوادگی، زن و شوهر نیز باید در کنار هم زندگی و سعی کنند روز به روز محبتشان به یکدیگر بیشتر شود (مصباح یزدی، ۱۳۷۸). عوامل بسیاری برای تحقق و رسیدن به سکون و آرامش جسمی، روحی و معنوی وجود دارد که از جمله آن نکاح و تشکیل خانواده است. آنگاه که فرد با انس گرفتن با همسر علاوه بر ایجاد بستری برای تحقق سایر مقاصد، آرامش را تجربه می‌کند یکی مهمترین مقاصد نکاح محقق شده است؛ زیرا هنگامی که فرد در آرامش باشد، روح لطیف‌تر و فرمان‌بردارتری در مقابل خداوند خواهد داشت. همچنین از جمله مقاصد ازدواج، پیوند میان زوجین است که مستلزم ارتباط و مهرورزی میان ایشان می‌باشد تا سبب خویشاوندی، مودت و مهرورزی میان آن دو شود. برای تأمین استحکام نهاد خانواده، سکونت مشترک کافی نیست بلکه زوجین باید از اعمالی که سبب نفرت و کینه یا غم و اندوه در دیگری است، پرهیزند (ر.ک. طباطبایی، ۱۳۹۳ ه.ق. ۱۶/۲۵۰). بی‌تردید پنهان‌کاری و مخفی کردن تغییر جنسیت از همسر، سبب کینه‌توزی و تنفر می‌شود که با اهداف و مقاصد ازدواج تناقض و منافات دارد که تنها راه حل آن، خیار فسخ است.

از دیگر مقاصد ازدواج، تولد و تولید نسل است که در صورت تغییر جنسیت یکی از زوجین این هدف محقق نمی‌شود. تولید نسل یکی از مهمترین مقاصد ازدواج است که با وجود این منافات ضرری به طرف مقابل وارد می‌شود که با وجود خیار قابل جبران است. از دیگر مقاصد اصلی نکاح، تأمین و رفع نیازهای جنسی است که در صورت تغییر جنسیت یکی از زوجین، رفع این نیاز فطری نیز ممکن است با مشکل مواجه شود.

۲-۳. دلایل عدم ایجاد خیار در اثر تغییر جنسیت و تغییر خنثی قبل از عقد نکاح

عقد نکاح به دلیل آیه «اوفوا بالعقود» (مائده: ۱) و قول پیامبر ﷺ که فرمود: «المؤمنون عند شروطهم» (حرعاملی، ۱۴۰۱ ه.ق. ۳۰/۱۵) فسخ نمی‌شود. آیه فوق بر لزوم و وفا به عقد دلالت دارد، همچنین حدیث فوق دلالت بر التزام دارد. بنابراین، مانع از تأثیر تغییر جنسیت و تغییر خنثی پیش از عقد در ایجاد خیار فسخ می‌شود. همچنین با توجه به اینکه اصل اولیه در عقود، لزوم آنهاست؛ حق فسخ در هر عقد، استثناء و خلاف قاعده و اصل است. در این باره

نیز فرض بر این است که عقدی صحیح منعقد شده است، بنابراین بایستی لازم‌الوفاء باشد و امکان فسخ آن مخالف این قاعده و اصل است.

در نقد دلایل فوق می‌توان گفت که دو استدلال فوق اشکال دارد؛ زیرا استناد به اصل وفاء و لزوم در عقود که به طور طبیعی و با رعایت تمام ضوابط عمومی قراردادها منعقد شده است، نه عقدی که اراده که اصلی‌ترین عنصر تحقق آن است در آن وجود نداشته است، یعنی اراده واقعی طرفین عقد در آن لحاظ نشده است؛ زیرا اگر طرف مقابل می‌دانست کسی که دارد با او ازدواج می‌کند تغییر جنسیت داده یا خنثی بوده است، با او ازدواج نمی‌کرد. علاوه بر آن، اصل عملی است و در صورتی دلیل به حساب می‌آید که دلیل اجتهادی وجود نداشته باشد (الاصل دلیل حیث لادلیل)، در حالی که در این مسئله ادله وجود دارد. از دیگر ادله عدم ایجاد خیار در اثر تغییر جنسیت و تغییر خنثی می‌توان اطلاق ادله صحت عقد نکاح را نام برد که شامل عقد در موارد تغییر جنسیت و تغییر خنثی می‌شود. در نقید این دلیل نیز می‌توان گفت که اطلاق ادله، شامل عقدی می‌شود که تمام شرایط صحت را داشته باشد، ولی مسئله مورد بحث، فاقد شرایط صحت است مثل فقدان اراده و مشمول اطلاقات نمی‌باشد، دستکم در آن شک می‌شود و این برای عدم شمول کفایت می‌کند.

۲-۴. نقش خنثی بودن جنسی در فسخ نکاح و تأثیر معالجه پس از عقد نکاح در اسقاط حق خیار فسخ

به نظر شیخ طوسی اگر پس از عقد نکاح معلوم شود که شوهر خنثی بوده است، زن حق فسخ نکاح را دارد و عکس آن هم چنین است. در المبسوط آمده است: «اگر زنی با خنثایی ازدواج کند و علم داشته باشد، خیار فسخ ندارد و اگر نمی‌دانست و از روی جهل باشد، داری خیار فسخ است» (طوسی، ۱۳۸۷ هـ.ق، ۴/۲۶۶). در الروضة البهیة نیز عبارت فوق آمده که ازدواج با خنثی جنسی در صورت جهل موجب فسخ عقد نکاح می‌شود (ر.ک.، جعی عاملی، ۱۳۹۶ هـ.ق، ۵/۳۸۷). فقهای که قائل به خیار فسخ شده‌اند دلیل وجود خیار را (برای زوج در صورتی که معلوم شود زوجه، خنثی بوده و به انوثیت او حکم شده باشد و دلیل وجود خیار برای زوج در صورتی که معلوم شود زوج، خنثی بوده و به ذکوریت او حکم شده باشد) آن می‌دانند که علامت‌های دلالت‌کننده بر ذکوریت و انوثیت ظنی است (نه قطعی) که نفرت، ننگ و سرزنش را از طرف مقابل از بین

نمی‌برند و این نفرت و سرزنش، ضرر و زیانی است که به حکم قاعده «لاضرر ولاضرار» نفی شده است (ر.ک.، جعی عاملی، ۱۳۹۶ه.ق، ۵/۳۸۷). یعنی، نشانه‌های مرد بودن یا زن بودن خنثی از نظر عرف مردم نمی‌تواند ذکوریت یا انوئیت او را اثبات کند، چون ظنی است و از این روست که در جامعه او را خنثی می‌نامند و این عیبی است که موجب تنفر همسر می‌شود.

۲-۵. نقش و تأثیر معالجه خنثی جنسی بعد از عقد نکاح در اسقاط حق خیار فسخ

اگر فرد خنثی جنسی پس از عقد نکاح به معالجه اقدام کند، آیا معالجه ایشان و تغییر به تک جنسی موجب اسقاط حق خیار فسخ می‌شود؟ امکان معالجه عیوب و بیماری‌های زوجین که در گذشته سبب فسخ عقد نکاح می‌شد با پیشرفت علم پزشکی میسر شده است. باتوجه به فلسفه ایجاد حق فسخ به سبب عیب، امکان گسترش عیوب فسخ به عیوبی مثل تغییر جنسیت و بیماری‌های غیرمنصوص وجود دارد؛ چون وجود عیب و بیماری در یکی از زوجین با مقاصد و اهداف ازدواج از قبیل تناسل و ترسیخ مودت و محبت منافات دارد، و موجب خیار برای طرف دیگر خواهد شد؛ زیرا عقد براساس سلامت از عیوب انجام شده است و وقتی سلامت منتفی شود، خیار ثابت می‌گردد. امام صادق علیه السلام در پاسخ به عیب سؤال شده، فرمود: «هذه لا تحبل ولا یقدر زوجها علی مجامعتها یردها علی اهلها» (طوسی، ۱۳۸۶ه.ق، ۷/۴۲۶).

برخی از علل مجوز فسخ نکاح عبارتند از: حامله نشدن زن، دچار سختی شدن مقاربت و نزدیکی و هرگونه بیماری که مانع مقاربت شود خواه در مرد یا زن باشد. باتوجه به ملاک و مناط حکم تصریح شده در عیوب و موانع مقاربت و زناشویی، از عبارات فوق معلوم می‌شود که هر امری که موجب ایجاد اختلال در معاشرت و اهداف نکاح شود، سبب ایجاد حق فسخ نکاح می‌شود، ولی امروزه با پیشرفت علم پزشکی اکثر عیوب و بیماری‌هایی که موجب فسخ می‌شوند از جمله خنثی بودن فرد قابل علاج است. بنابراین، مجوزی برای فسخ نکاح در ابتدا وجود ندارد مگر بعد از اینکه فرصتی که برای درمان داده می‌شود، سپری شود، و علاج و بهبودی تحقق نیابد که در این صورت فسخ جایز خواهد بود.

کاتوزیان اشاره دارد به اینکه اگر با عمل جراحی یا درمان‌های دیگر این عیوب از بین برود، حق فسخ مبنای حقوقی خود را از دست می‌دهد و به استناد عیب سابق نمی‌توان

نکاح را فسخ کرد و به نظر می‌رسد که اگر در اثر پیشرفت علم پزشکی، عیبی درمان پذیر شود، مرد حق فسخ نکاح را ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵). شیخ انصاری فلسفه و حکمت عیوب مجوز فسخ را ایجاد ضرر و زیان برای طرف مقابل دانسته است (ر.ک.، انصاری، ۱۴۳۴ ه.ق.). امام خمینی رحمته الله علیه نیز با وجود عیب و در صورت جهل طرف مقابل به بقای خیار فسخ قائل است (موسوی خمینی، ۱۳۹۶، ۲/۳۱۵). بنابر فوری بودن فسخ با وجود عیب نیز فرصت برای معالجه و تغییر از خنثی به تک جنسی وجود دارد، اما اینکه فقط عین فرصت یک ساله برای معالجه دارد، دلیل آن این است که در عصر نص، عین قابل معالجه بوده است، ولی خنثی و فرد تراجنسیتی قابل معالجه و درمان در گذشته نبوده‌اند و درست نیست گفته شود فقط عین فرصت معالجه دارد. علاوه بر آن، همه فقها قائل به فوری بودن فسخ با وجود عیب نمی‌باشند. برای مثال محمد صدر که در مسئله ۱۴۷۱ گفته است: «اظهار این است که حق فسخ فوری نیست، پس با تأخیر ساقط نمی‌شود» (صدر، ۱۴۲۷ ه.ق.).

بنابر نظریه وجوب معالجه این سؤال مطرح است که آیا برای معالجه باید مدت تعیین کرد؟ در پاسخ باید گفت که مدت معالجه باید محدود شود که ضرری بر طرف مقابل وارد نشود، هرچند در روایات به مرد عین برای معالجه یک سال مهلت داده شده است (ر.ک.، حرعاملی، ۱۴۰۱ ه.ق، ۱۴/۶۱۲-۶۱۰). هرچند حق فسخ منوط به عدم معالجه در یک سال است، ولی یک سال نمی‌تواند ملاک باشد؛ زیرا محدود کردن آن به یک سال در روایات، اماره یا قید تعبدی به حساب نمی‌آید (ر.ک.، سبحانی، بی تا، ۲/۱۲۰). بلکه باید در تعیین مدت درمان به عرف مراجعه کرد (ر.ک.، کرکی، ۱۴۱۴ ه.ق، ۱۳/۱۴۵)؛ زیرا هدف و ملاک، تحقق معالجه عیب است که در تمام عیوب از جمله عیب خنثی بودن فرد مشترک است و واجب نیست معالجه همه عیوب را به یک سال محدود کرد؛ زیرا روشن است که درمان عیبی با عیبی دیگر متفاوت است و باید تعیین مدت درمان به پزشکان متخصص موکول شود. البته در صورتی که مدت درمان خیلی طولانی باشد به طوری که طرف مقابل متضرر و در عسرو حرج واقع شود، بر وی واجب نیست صبر کند و می‌تواند عقد نکاح را فسخ کند. بنابراین، نباید قائل به تعمیم شد و لازم است نظر پزشک متخصص را ملاک قرار داد. لازم است در موارد فسخ عقد نکاح به سبب خنثی بودن و عدم فسخ به سبب معالجه و ادامه زندگی و صیانت خانواده، مصلحت‌ها و مفسده‌های دوطرف مسئله را در نظر گرفت.

ممکن است گفته شود که اصل استصحاب خیار فسخ پس از عقد و قبل از معالجه جاری می‌شود؛ بدین معنی که خیار فسخ قبل از معالجه یقین است و پس از معالجه در آن شک شده است؛ استصحاب خیار را جاری می‌شود. در نقد این موضوع باید گفت که استصحاب، اصل عملی است و در صورتی دلیل شمرده می‌شود که دلیل اجتهادی وجود نداشته باشد (الاصل دلیل حیث لادلیل) در حالی که در این مسئله ادله وجود دارد. باید گفت که با معالجه و برطرف کردن نقص و عیب خنثی بودن فرد - پس از عقد - که علت ایجاد خیار فسخ عقد بوده است، معلول که حق فسخ است نیز منتفی می‌شود؛ زیرا با انتفای علت، معلول نیز منتفی می‌شود.

۳. بحث و نتیجه‌گیری

با بررسی مطالب در موضوع پژوهش این نتیجه حاصل شد که تغییر جنسیت پیش از عقد نکاح، در صورتی که ازدواج بدون اطلاع طرف دیگر انجام گیرد، موجب خیار فسخ عقد نکاح می‌شود؛ زیرا تغییر جنسیت به نظر عرف، نقص و عیب و نوعی تدلیس است. شرط ضمنی نهفته در عقد نکاح، سلامت زوجین از نقص و عیب است و طرفی که تغییر جنسیت داده، از شرط ضمنی و ارتکازی تخلف کرده است که با تخلف از شرط ضمنی و ارتکازی، خیار فسخ ایجاد می‌شود. اقدام به ازدواج مطلق نیست، بلکه مقید به شرط ضمنی عدم تدلیس و سلامت از عیب است که با تخلف از آن شرط، طرف مقابل حق فسخ عقد را خواهد داشت. همچنین شرط ارتکازی در عقد نکاح اقتضای سلامت زوجین از عیب و نقص دارد و در صورت تخلف از آن حق خیار فسخ برای طرف دیگر ایجاد می‌شود. علاوه بر آن، تغییر جنسیت، موجب ناسازگاری زوجین و انزجار طرف مقابل می‌شود و با انس و الفت و مودت مورد نظر اسلام که از مقاصد و اهداف ازدواج است، تناقض و منافات دارد. همچنین، تولید نسل که از مقاصد اصلی ازدواج است درباره شخصی که تغییر جنسیت داده‌است یا خنثی بوده و به تک جنسی تغییر کرده، بعید به نظر می‌رسد. بنابراین، هر عیبی در زوجین که موجب اخلال در زندگی زناشویی و تنفر شود، موجب ثبوت خیار فسخ عقد نکاح می‌شود. سلامت زوجین یکی از آثار شرط ارتکازی در خیار عیب، خیار تدلیس و حق فسخ در عقد

نکاح قابل تبیین است. بنابراین، سلامت زوجین از نقص و عیب مبتنی بر شرط ارتکازی در مفاد عقد است و براساس این شرط مورد توجیه قرار می‌گیرد. عدم سلامت یکی از زوجین (مثل تغییر جنسیت) موجب انزجار و عار می‌شود، نفرت و انزجار ضرر و زیانی است که به حکم قاعده «لاضرر و لااضرار» نفی شده است و باید آن ضرر و زیان جبران شود که با خیار فسخ جبران می‌شود. باید شرط ارتکازی عقد نکاح در مواردی که اشاره به شرط ضمنی و یا در مواردی که موکول به عرف و بنای عقلا نموده است، به دست آید؛ زیرا شرط ارتکازی نوعی شرط ضمنی است. بنابراین، در موارد قانونی که اشاره به شرط ضمنی شده است، مثل مواد ۲۲۵، ۳۸۲، ۳۴۴، ۴۵۴ و ۵۲۱ ق.م. به خاطر تخلف از مقتضای شرط ارتکازی که سلامت زوجین است، حق خیار فسخ برای طرف مقابل ایجاد می‌شود.

درباره تأثیر معالجه خنثی پس از عقد در اسقاط حق فسخ باید گفت که اگر با عمل جراحی یا درمان‌های دیگر، فرد خنثی جنسی به تک جنسی تغییر کند، حق فسخ مبنای حقوقی خود را از دست می‌دهد و به استناد عیب سابق (خنثی بودن) نمی‌توان نکاح را فسخ کرد و به نظر می‌رسد که اگر در اثر پیشرفت علم پزشکی، عیبی درمان‌پذیر شود، حق فسخ نکاح از بین می‌رود.

فهرست منابع

- * قرآن کریم (۱۳۹۱). مترجم: بهرام پور، ابوالفضل. قم: آوای قرآن.
۱. ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز (۱۴۰۶ ه.ق). المذهب. قم: المکتب الاسلامی لجماعة المدرسين.
 ۲. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ ه.ق). لسان العرب. بیروت: دارالفکر.
 ۳. احمدی، سید محمد مهدی، طباطبایی عینکی، سید مهدی، و عابدیان کلخوران، سید حسن (۱۳۹۹). تحلیل انتقادی حکم جواز تغییر جنسیت در ترانس سکسوال‌ها. نشریه فقه، ۲ (۲۷)، ۱۷۹-۲۰۵.
 ۴. ازهری، محمد بن احمد (بی تا). تهذیب اللغة. قاهره: چاپ و انتشار احمد عبدالعلیم بردونی.
 ۵. اسماعیلی، محسن، و توکلی کیا، امید (۱۳۹۰). شرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران. پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۲ (۲)، ۱۵۱-۱۶۷.
 ۶. امامی، حسن (۱۳۶۸). حقوق مدنی. تهران: نشر میزان.
 ۷. انصاری، مرتضی (۱۴۳۴ ه.ق). المکاسب. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
 ۸. بجنوردی، محمد حسن (۱۳۸۴). اقواعد الفقهیه. محقق: مهریزی، مهدی، و درایتی، محمد حسن. قم: دلیل ما.
 ۹. تبریزی، میرزا جواد (۱۳۷۸). استفتاءات جدید. قم: انتشارات سرور.
 ۱۰. جعبی عاملی، زین الدین بن علی (۱۳۹۶ ه.ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. محقق و مصحح: کلانتر، سید محمد. قم: انتشارات و چاپخانه علمیه.
 ۱۱. حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۱ ه.ق). وسائل الشیعه. مصحح ربانی شیرازی، عبدالرحیم. تهران: المکتبۃ الاسلامیة.
 ۱۲. حکیم، محمد تقی (۱۹۷۹). الاصول العامه للفقہ المقارن. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
 ۱۳. حمیری، عبدالله بن جعفر (۱۴۱۳ ه.ق). قرب الاسناد. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
 ۱۴. خامنه‌ای، سید علی (۱۳۸۰). رساله اجوبه الاستفتائات. تهران: نشر الهادی.

۱۵. خانه‌کشی، حامد (۱۳۹۹). تبیین و بررسی مهربه و نفقه پس از تغییر جنسیت زوجین. نشریه رهیافت‌های نوین در مطالعات اسلامی، (۲)، ۶۱-۷۷.
۱۶. خوانساری، احمد (۱۴۰۵ ه.ق). جامع المدارک. تهران: مکتبه الصدوق.
۱۷. خوئی، سیدابوالقاسم (۱۳۷۷ ه.ق). مصباح الفقاهة. قم: مکتبه الداوری.
۱۸. خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۰ ه.ق). منهاج الصالحین. قم: مدینه العلم.
۱۹. خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۶ ه.ق). صراط النجاة. قم: مکتب نشر المنتخب.
۲۰. خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ ه.ق). موسوعة الامام الخوئی. قم: مؤسسة احیاء آثار الامام الخوئی.
۲۱. سبحانی تبریزی، جعفر (بی تا). نظام النکاح فی الشرع. قم: مدرسه امام صادق علیه السلام.
۲۲. سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۴ ه.ق). قاعده لاضرر ولاضرار. قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی.
۲۳. شاکری گلپایگانی، طوبی، بهرامی، لیلا (۱۴۰۰ ش). بازخوانی حقوق جنسی زوجه از منظر اصول کلان اخلاقی و حقوقی. پژوهشنامه اسلامی زنان و خانواده، (۴)، ۸۵-۱۰۷.
۲۴. شبیری، سیدموسی (۱۴۱۹ ه.ق). کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رابرداز.
۲۵. شوکانی، محمدبنعلی (۲۰۱۲). نیل الاوطار، السعودية: نشر رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء.
۲۶. صانعی، سعید، و فصیحی زاده، علیرضا (۱۳۹۱). تغییر جنسیت و آثار فقهی- حقوقی آن بر روابط زوجین. نشریه فقه و حقوق خانواده، (۱۷)، ۱-۲۷.
۲۷. صدر، محمد (۱۴۲۷ ه.ق). منهاج الصالحین. قم: مؤسسة احیاء الکتب الاسلامیه.
۲۸. صفایی، سیدحسین، و امامی، اسدالله (۱۳۷۷). حقوق خانواده. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۹. طباطبایی، محمدحسین (۱۳۹۳ ه.ق). تفسیر المیزان. بیروت: دار احیاء التراث.
۳۰. طوسی، محمدبن الحسن (۱۳۸۶ ه.ق). تهذیب الاحکام. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳۱. طوسی، محمدبن الحسن (۱۳۸۷ ه.ق). المبسوط فی فقه الامامیه. طهران: المکتبه المرتضویه.
۳۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق خانواده. تهران: شرکت سهامی انتشارات.
۳۳. کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۷ ه.ق). الکافی. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳۴. کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ ه.ق). جامع المقاصد. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۵. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ه.ق). شرائع الإسلام. قم: مؤسسة اسماعیلیان.
۳۶. مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۷۸). اخلاق در قرآن. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی علیه السلام.
۳۷. مصطفوی، حسن (۱۴۱۶ ه.ق). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: مؤسسه انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۳۸. مظفر، محمدرضا (۱۳۹۶ ه.ق). اصول الفقه. النجف: مطبعة نعمان.
۳۹. مکی عاملی، محمد (۱۹۷۹). القواعد والفوائد. محقق: حکیم، سیدعبدالهادی. قم: منشورات مکتبه المفید.
۴۰. موسوی خمینی، روحالله (۱۳۹۶). تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۴۱. مؤمن، محمد (۱۴۱۵ ه.ق). کلمات سدیدیه فی مسائل جدیدیه. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۴۲. نائینی، میرزا حسین (بی تا). منیه الطالب فی شرح المکاسب. تهران: چاپخانه صبوری.