



بررسی و تحلیل حقوقی و فقهی تغییر جنسیت در قانون کشور اسلامی ایران

مینا ذوالفقاری^۱، ابودر احمدی^۲

چکیده:

امروزه مسأله تغییر جنسیت از مسائل بسیار مهم و پیچیده ای است که در جوامع مسلمان مطرح می گردد. تغییر جنسیت مسئله ای است که در میان مردم پذیرفته شده است و با آن به طور مناسب برخورد نمی شود. تغییر جنسیت همچون مسائل دیگر که در جامعه اتفاق می افتد، در حال وقوع است ولی پذیرش جنسیت جدید افراد تغییر جنس داده در جامعه ایران بسیار سخت و گاهی ناممکن است. به خاطر همین مسئله برای این افراد در جامعه مشکلات بسیاری ایجاد می گردد و اغلب بعد از مدتی سرخورده می گردند و دست به خودکشی و یا طرد جامعه می زنند. در قوانین جاریه کشور نیز راجع به این مسئله (تغییر جنسیت) موادی ایجاد نشده و رویه خاصی در این مورد ایجاد نگردیده است.

بعد از تغییر جنسیت مسائل بسیاری برای این افراد ایجاد می شود از جمله مسائل مربوط به ازدواج ارث، سرپرستی و... که بایستی بررسی شود و رویه خاصی برای آنها ایجاد گردد.

در ایران اولین قشر یا گروهی که به این مسئله تغییر جنسیت توجه نموده اند فقها بوده اند و امام خمینی (ره) نیز به طور کلی به آن پرداخته است و این خلاء قانونی را از نظر فقهی پر کرده است. مسأله تغییر جنسیت در میان فقهای اهل سنت پذیرفته نشده و اینان با این عمل مخالفند و تنها فقهای شیعه آنرا پذیرفته اند. و مسیحیان کلیسا نیز آنرا رد کرده و از انجام آن ممانعت به عمل می آورند و آنرا عملی حرام می دانند.

واژگان کلیدی:

تغییر جنسیت، بیماری جسمی، حقوق و فقه، افراد دو جنسی

^۱ دانشجوی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد زاهدان

^۲ عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد واحد زاهدان



مفهوم و تعریف تغییر جنسیت:

مراد از تغییر جنسیت قطع آلت تناسلی و ایجاد حفره ای به جای آن نیست تا مرد در امکان نزدیکی شبیه زن شود یا زن تبدیل به مرد شود. زیرا چنین کاری موجب تغییر جنسیت نمی شود بلکه مقصود از تغییر جنسیت، آن است که هویت و جنسیت مرد یا زن را به کلی تغییر دهیم.

دو جنسه بودن به معنای خاص آن، حالتی ویژه و غیرمعمول است که در آن فرد در زمان تولد نشانه های جسمی هر دو جنسیت مرد و زن را به میزانی دارد.^۱

در یک مفهوم کلی تغییر جنسیت دارای یک معنی روشن می باشد و آن عبارت است از تبدیل مرد به زن و یا تبدیل زن به مرد. و یا تبدیل دوجنسی یا افراد خنثی به مرد یا زن.

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 بر دو نوع هستند: الف) اسپرم X ب) اسپرم Y

از این همه تعداد فراوان سلول نر، فقط یک اسپرم شانس برخورد با تخمک زن را دارد. چنانچه اسپرم X با تخمک زن ترکیب شود فرزند به وجود آمده دختر خواهد بود و اگر اسپرم Y با تخمک ترکیب شود، فرزند به وجود آمده پسر خواهد بود ولی مسئله به همین جا ختم نمی شود بیضه و غدد دیگر بدن با ترشحات خود، علایم جنس مذکر را ظاهر می سازند و هر مونهایی در جنس ماده علایم این جنس را ظاهر می گردانند. حال چنانچه این هر مونها کم ترشح شوند یا اصلاً ترشح نشود، چه بسا علامت جنس مخالف در وجود فرد ظاهر شود که به این افراد «دوجنسی»، «خنثی» و یا «هر مافروdit» اطلاق می گردد. بنابراین جنین ایجاد شده یا پسر است یا دختر و یا به دلیل اختلالات «دوجنسی» خواهد بود که در اصطلاح فقه به آن «خنثی» می گویند.

این افراد دارای آلت زنانه و مردانه می باشند و در مواردی نیز افراد خنثی فاقد هر دو آلت می باشند.

این افراد در واقع یا مذکر هستند و یا مونث و جنس سوم محسوب نمی شوند و چنانچه عمل یکی از دو آلت تناسلی (زنانه یا مردانه) در فرد بیشتر باشد. شخص به همان جنس ملحق می شود. در مواردی نیز با انجام آزمایشات، جنسیت غالب فرد را مشخص می کنند.

ولی گاهی کارکرد هر دو آلت تناسلی به صورت تساوی بوده و هیچ کدام بر دیگری غلبه ندارد که از آن در فقه به «خنثای مشکل» تعبیر می شود.

به گفته پزشکان، اغلب دو جنسی ها عقیم هستند و تنها در موارد کمی از آنها صاحب فرزند می شوند.

افراد خواهان تغییر جنسیت

در اینجا بحثی که مطرح می شود این است که چه کسانی خواهان تغییر جنسیت خود هستند؟ در پاسخ باید گفت: افراد خواهان تغییر جنسیت دو دسته می باشند:

الف) گروه اول افرادی هستند که بدو تولد دارای اختلال دو جنسیتی بوده اند (افراد دوجنسه)

ب) گروه دوم افرادی که دارای اختلال هویت جنسیتی هستند (افراد ترانس سکسوال)

* افراد دوجنسه: (Hermaphrodite)

^۱ - ترمینولوژی حقوق، جعفری لنگرودی، انتشارات گنج دانش، ص ۲۵۷

این افراد دارای آلت تناسلی از هر دو جنس (مذکر و مونث) می باشند. از این رو دارای اختلال هویت جنسیتی یا ابهام در جنسیت هستند.^۱

در جراحی تغییر جنسیت، یکی از دو آلت که ضعیف، کوچک و یا غیرمناسب تشخیص داده شود حذف و آلت دیگر تقویت و جایگزین آن می شود. در این حالت بیمار دو جنسی به یکی از جنس های مذکر یا مونث تبدیل می شود. این نوع تغییر جنسیت ها از گذشته تاکنون وجود داشته و اساساً برای آن هیچ مخالفتی وجود ندارد، زیرا بیماری آنان ثابت و محرز است و حتی حقوقدانان سنی و کلیسای مسیحی که با تغییر جنسیت مخالف هستند با تغییر جنسیت این گروه مخالفتی ندارند. در واقع تغییر جنسیت به عنوان معالجه و خروج افراد دوجنسه از بلاتکلیفی جنسی است.

ب) ترانس سکشوال ها (transsexual):

«برخی بیماران روحی خود را متعلق به جنس مخالف می دانند. یعنی امروزه ما با بیمارانی روبرو هستیم که از نظر فیزیکی هیچ گونه اختلال جنسیتی ندارند ولی حاضر به پذیرش جنسیت فعلی خود نیستند»^۲

به عبارت دیگر، این گروه از بیماران روانی مردانی هستند که خود را زن می دانند و یا برعکس زنانی هستند که خود را مرد می پندارند.

این بیماری تقریباً در بیشتر کشورهای جهان مشاهده شده و مخصوص به جغرافیای خاصی نیست. گاه این بیماران به خودکشی دست می زنند که چند مورد از آن در ایران نیز گزارش شده است.

به گفته برخی از روانشناسان برای برخی از بیماران هیچ راه درمانی جز تغییر جنسیت وجود ندارد. تغییر جنسیت در بیماران ترانس سکشوال مورد اختلاف شدید صاحب نظران می باشد و تقریباً همه ی فقیهان سنی و نیز کلیسای مسیحی با این عمل جراحی مخالفند، از نظر آنان، این کار تغییر در خلقت خداوند است.

اما عده زیادی از فقیها شیعه با این کار موافقت و به نظر اینان بیماران ترانس سکشوال می توانند تغییر جنسیت دهند «البته از نظر فقیهان شیعه برای تغییر جنسیت باید حداقل دوشروط وجود داشته باشد.

۱) بیماری ترانس سکشوال واقعی و قطعی باشد؛ بنابراین افرادی که بیماری آنان مشکوک است مجاز به تغییر جنسیت نیستند.
۲) تغییر جنسیت باید به صورت کامل صورت گیرد؛ یعنی مرد بعد از تغییر جنسیت و عمل جراحی کاملاً به زن تبدیل شود و یا زن بعد از تغییر جنسیت کاملاً به مرد تبدیل شود»^۳

همانطور که قبلاً بیان کردیم بیماران ترانس سکشوال با وجود اینکه به ظاهر مربوط به یک جنس زن یا مرد هستند اما از نظر روانی و عاطفی احساس می کنند که به جنس مخالف تعلق دارند. در این حالت، افراد مزبور از طریق روان درمانی با جنسیت اصلی خود سازگار می شوند و یا در صورت تشخیص درمانگران و طی مراحل قانونی و پزشکی، مجوز عمل جراحی تغییر جنسیت به این افراد داده می شود.

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 یا زن کامل که هیچ گونه نقصی نداشته باشند وجود نداشته بلکه غیرممکن 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 تقویت و قوی شود و این عمل در واقع اصلاح جنسیت است نه تغییر جنسیت، چون شخص خنثی یا مرد بوده و یا زن که با عمل جراحی آن، باطن او آشکار گشته است.

به هر حال ما در اینجا از همان تعبیر تغییر جنسیت استفاده می کنیم نه اصلاح جنسیت، زیرا این تعبیر (اصلاح جنسیت) اصطلاحی نامأنوس می باشد و کمی نیز مشکل.

انواع تغییر جنسیت از این قرار است:

^۱ - تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق، حجت الاسلام محمد مهدی کریمی نیاء، ص ۱۴

^۲ - تغییر جنسیت از منظر فقه حقوق، حجت الاسلام محمد مهدی کریمی نیاء، ص ۱۶

^۳ - تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق، همان، ص ۲۳



الف) کسی که فقط یک آلت تناسلی در بدن دارد ولی پوشیده است که در این صورت با عمل جراحی، جنس واقعی فرد مشخص می گردد.

ب) در بدن برخی از افراد هر دو آلت وجود دارد (هم آلت تناسلی مرد و هم آلت تناسلی زن) که در اصطلاح فقه از آن به «خنثی» تعبیر می شود. در این صورت می توان یکی از دو آلت را از بین برد تا آلت دیگر تقویت شود و رشد کند و بدون دغدغه به جنس باقیمانده بپیوندد.

ج) برخی تنها یکی از دو آلت تناسلی را دارند و از زمره مردان یا زنان به شمار می آیند و هیچ گونه نقصی نیز در آلت تناسلی خود ندارند. در این موارد عمل جراحی بدین منظور انجام می شود که شخصی از زمره یکی از دو جنس خارج و به جنس دیگری ملحق شود به گونه ای که هویت و جنسیت او به کلی تغییر کند.

ناگفته نماند که صورت چهارمی هم قابل فرض می باشد و آن کسی است که فاقد هر دو آلت تناسلی است و فقهای شیعه مرحومان شهید اول و شهید ثانی آنرا در بحث فرد خنثی (وارث) مطرح ساخته اند «چون از طریق قرعه یا از طرق شرعیه دیگر، ابتدا جنسیت او را معین ساخته و آنگاه حق الارث او را پرداخت می کنند»^۱ با توجه به آنچه گذشت می توان گفت:

اولاً: خنثی کسی است که یا دارای هر دو آلت تناسلی از (زنانه و مردانه) است و یا فاقد هر دو آلت می باشد. که فقهای شیعه احکام فقهی هر دو را تحت عنوان میراث خنثی مطرح ساخته اند.^۲

در حالیکه بعضی دیگر از فقها خنثی را کسی می دانند که دارای هر دو آلت تناسلی باشند و در کتاب جامع عباسی آمده است. «خنثی کسی است که هم آلت تناسلی مردانه داشته و هم فرج زنانه را»^۳

ثانیاً: بحث تغییر جنسیت بیشتر مربوط به افراد خنثی می باشد. بنابراین افرادی که خلقت آنها کامل بوده و نقصی در بدن آنها وجود ندارد، تغییر و تبدیل جنس آنها به جنس مخالف بسیار نادر است.

سیر تاریخی تغییر جنسیت در ایران:

امام خمینی(ره) اولین فقیه و دانشمند مسلمان است که مسائل فقهی و حقوقی تغییر جنسیت را بیان کرده است به عقیده ایشان تغییر جنسیت، حرام نیست.

توضیح اینکه در سال ۱۳۴۲ هـ.ش امام خمینی (ره) از سوی شاه ایران به ترکیه تبعید شد. ایشان حدود یک سال در شهر بوسای ترکیه ساکن بود و در این مدت یک کتاب فقهی بنام تحریرالوسیله نوشت. او در این کتاب مسائل فقهی و حقوقی تغییر جنسیت را بیان داشته است.

دیدگاه حضرت امام (ره) در این کتاب، مهم ترین منبع فقهی برای تبیین جایگاه حقوقی تغییر جنسیت بعد از انقلاب اسلامی شده است.

امام خمینی(ره) فرموده اند: «تغییر جنسیت مرد به زن یا جنسیت زن به مرد و نیز تغییر جنسیت خنثی و یا دوجنسی به مرد و یا زن حرام نیست»^۴

پس از انقلاب اسلامی ایران، و در سال ۱۳۶۳ هـ.ش فردی به نام فریدون که دچار بیماری شدید ترانس سکسوال بود، نزد اما خمینی رفت و خواهان دریافت مجوز شرعی برای تغییر جنسیت خود شد. امام (ره) در فتوای خود برای این بیماری چنین نوشت: «تغییر جنسیت با تجویز طبیب مورد اعتماد اشکالی ندارد»

بعد از فتوای امام، بتدریج عمل های تغییر جنسیت با مجوزهای قانونی و حقوقی انجام شد.

از سال ۱۳۶۳ تاکنون صدها تغییر جنسیت با مجوز دادگستری و پزشکی قانونی جمهوری اسلامی ایران انجام شده که افرادی پس از تغییر جنسیت، شناسنامه جدید دریافت می کنند و از حمایت های قانونی و شرعی برخوردار می شوند.

همچنین از نظر رهبر معظم جمهوری اسلامی ایران حضرت آیت الله خامنه ای، تغییر جنسیت برای افراد دارای بیماری جسمی (دوجنسه) و روحی و روانی (ترانس سکسوال) مجاز اعلام شده است.

^۱ - شهید ثانی، شرح لعمه الدمشقیه، ج ۸، ص ۲۰۵، کتاب المیراث، فی التوابع

^۲ - همان منبع، ص ۱۹۱-۲۰۵

^۳ - دکتر علیرضا قبض و دکتر علی مهذب، ترجمه کتاب لعمه، ج ۲، ص ۲۲۳، به نقل از جامع عباسی، چاپ سنگی، ص ۲۲۷.

^۴ - تحریرالوسیله، امام خمینی(ره)، ص ۵۵۶، ج ۲

افزون بر این از نظر ده تن از فقیهان مانند حضرت آیت الله سیستانی در عراق، تغییر جنسیت برای بیماران روحی مجاز است. براین اساس یک روبه فقهی و قانونی به وجود آمده است که افراد دارای بیماری جسمی یا روحی زیر نظر پزشکان می توانند تغییر جنسیت داده و از حمایت های قانونی بهره مند شوند.

این در حالی است که تغییر جنسیت از نظر کلیسای مسیحی و نیز فقیهان سنی اهل سنت غیرمجاز اعلام شده است.

اولین تغییر جنسیت در ایران:

«اولین تغییر جنسیت در ایران در سال ۱۳۰۸ هـ.ش اتفاق افتاد که براساس آن پزشکی بنام دکتر خلعتبری پسر هجده ساله ای را با عمل جراحی به یک دختر تبدیل کرد. این مسأله در آن زمان سروصدای زیادی را ایجاد کرد. البته این تغییر جنسیت در مورد یک جوان ترانس سکشوال بود که از نظر جسمی کاملاً مرد بود ولی از نظر روحی و روانی خود را زن می دانست و با اصرار و رضایت فراوان خواهان تغییر جنسیت خود بود. او گفته بود که اگر تغییر جنسیت در او صورت نگیرد، خودکشی خواهد کرد.»^۱

قبل از این تاریخ، تغییر جنسیت فراد دو جنسه کم و بیش وجود داشت ولی تغییر جنسیت یک فردی که از نظر ظاهر سالم بود، چیز عجیب و جدیدی محسوب می شد.

تأثیر تغییر جنسیت بر زندگی فردی و اجتماعی

تغییر جنسیت تأثیر زیادی بر زندگی فردی و اجتماعی شخص می گذارد. اگر تغییر جنسیت بعد از ازدواج انجام گیرد، ازدواج سابق باطل می گردد، چون ازدواج دو مرد و یا دو زن در اسلام حرام و ممنوع است. البته مرد بعد از تغییر جنسیت و تبدیل شدن به یک زن، می تواند با مرد دیگری ازدواج کند و نیز زن هم بعد از تغییر جنسیت و تبدیل شدن به یک مرد، می تواند با زن دیگری ازدواج کند و منعی وجود ندارد. همچنین تغییرات دیگری در زندگی فرد ایجاد می شود به طوری که اگر برادر و یا خواهر تغییر جنسیت دهد و به جنس مخالف درآید، نسبت خانوادگی میان آنها عوض می شود یعنی برادر، خواهر می شود و خواهر برادر و همچنین است در مورد عمو و عمه و خاله و دایی

سرخوردگی جنسی ترانس سکشوال ها در ایران:

مشکلات و مسائل افراد دو جنسه در سالهای اخیر یکی از معضلات جدی در جامعه محسوب می شود. این افراد به علت فشارهای موجود در پیرامون خود برای پیروی از نقش های جنسیتی متعارف اغلب زندگی متفاوتی را می گذرانند، چرا که در جوامعی با فرهنگ بسته مانند ایران، یک فرد بیش از هر چیز ترغیب می شود که خود را از طریق ظاهرش به اجتماع معرفی کند و همچنین رویکردی برای ترانس سکشوالها به دلیل نوع نگاه مردم و جامعه، وضعیت دشواری را رغم می زند. پس از انقلاب اسلامی، به دلیل تقاضای ارزشی حاکم بر جامعه، خواستاران تغییر جنسیت و کسانی که مایل بودند به ظاهر جنس دیگر درآیند در ردیف افراد هم جنسگرا محسوب شده و قانون کیفری در مورد آنها اعمال می شد. اما در سال ۱۳۶۴ با فتوای امام خمینی (ره) تغییر جنسیت با دلایل مستند پزشکی و روان پزشکی جنبه شرعی یافت و افراد متقاضی پس از تایید پزشکی قانونی و حکم دادگاه می توانستند به مراکز ویژه عمل های جراحی مراجعه کرده و تحت عمل تغییر جنسیت قرار گیرند.

تغییر جنسیت از منظر فقهی

در این مبحث تلاش می شود تا مسأله تغییر جنسیت از نظر فقهی مورد بررسی قرار گیرد و نظریات فقها را در این مورد بیان می کنیم.

همانطور که قبلاً بیان گردید تغییر جنسیت آن است که هویت و جنسیت مرد یا زن به کلی تغییر کند مثل اینکه به مرد یا زن دوایی داده شود تا بخورند جنس و هویت او تغییر کند. که چنین چیزی مجرد فرض است. و وقوع خارجی ندارد مگر اینکه معجزه ای رخ دهد.

به فرض که وقوع آن در خارج امکان داشته باشد، بدون اشکال جایز است، زیرا عنوانی به عنوان دیگر تبدیل شده است بدون اینکه مقدمات حرام داشته باشد. و مقتضیات اصل حلیت و اصل برائت جواز آن است. نیز قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم»

^۱ - تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق، حجت الاسلام کریمی نیا، ص ۲۶



بر این نظر این ایراد و اشکال وارد شده که: چنین کاری تغییر در آفرینش الهی است که به موجب این سخن خداوند متعال حرام است: «آنها غیر از خدا، تنها بتهایی را می خوانند که اثری ندارند و یا فقط شیطان سرکش و ویرانگر را می خوانند. خداوند او را از رحمت خویش دور ساخته و شیطان گفته است. از بندگان تو سهم معینی خواهم گرفت و آنها را گمراه می کنم و به آرزوها سرگرم می سازم و به آنها دستور می دهم که اعمال خرافی انجام دهند و گوش چهارپایان را بشکافند و آفرینش الهی را تغییر دهند. آنها که شیطان را به جای خداوند ولی خود برگزینند، زیان آشکاری کرده اند.»^۱ این نظریه مخصوص فقهای سنی می باشد.

در پاسخ به این ایراد فقهای شیعه چنین گفته اند:

اولاً: آیه اطلاق ندارد، زیرا آیه در مقام سرزنش آن چیزی است که مشرکان می خوانند و در صدد بیان دشمنی شیطان و سرکشی او اشاره به اقوال اوست که از سرکشی خود و هواهای مانع فطرت توحیدی و منجر به شرک و نشر بدعت های حرام نشأت گرفته است.

ثانیاً: اگر مطلق تغییر تکوینات حرام باشد، تخصیص اکثر لازم می آید که قبیح است.

بنابراین آیه به شبهات آغاز و انجامش در صدد بیان حرمت تغییرات ناشی از گمراه کردن شیطان است که منجر به امور خلاف فطرت توحیدی از قبیل شرک و بدعت های حرام می شود.

حال سوال این است که آیا تغییر دادن مرد یا زن با عمل جراحی و وصله کردن که اعضای مختص هر کدام تبدیل شود، ملحق به این قسم یعنی تغییر جنسیت با خوردن دارو و مانند آن می شود یا خیر؟

ج) ممکن است از آن جهت که چنین کاری همراه محرمات است. قائل به قول دوم شد یعنی عمل حرام است، زیرا ایجاد نقص در بدن حرام است و امکان اتصال آلت تناسلی جنس مخالف این حرمت، را بر نمی دارد. چون وصله کردن و بخیه زدن، نقص را تقویت می کند و نقص ضرر است و به حکم حدیث «نفی ضرر» وارد کردن ضرر حتی بر بدن خود حرام است.

به علاوه چنین عملی مستلزم نگاه به شرمگاه و لمس آن است که هر دو حرام می باشد. اما باید گفت اگر این عمل جراحی به منظور معالجه باشد، مثل اینکه شخص رغبت ویژه ای به جنس مخالف داشته باشد به گونه ای که در جسم و روح او اختلالاتی به وجود آورد یا اینکه در تغییر دادن، مصلحت لزوم آور مهم تر وجود داشته باشد، در این دو صورت تغییر جنسیت به واسطه عمل جراحی اشکالی ندارد اما جواز صورت اول به خاطر این است که چنین کاری، معالجه است و ضرورت معالجه، کارهای ممنوع را مباح می کند پس حرام نیست.

و جواز صورت دوم به خاطر این است که مصلحت لزوم آور نسبت به حرمت ضرر رساندن به بدن از اهمیت بیشتری برخوردار است و حرمت نگاه و لمس نیز به واسطه ضرورت معالجه و اهمیت مصلحت لزوم آور برداشته می شود. بعلاوه ممکن است معالجه کننده همسر شخص باشد. (البته در صورتی که مجرد قطع عضو تناسلی در مرد یا زن و عوض کردن آن با عضو تناسلی جنس مخالف و بخیه زدن محل آن، شخص را از همسری او خارج نکند و دست کم در صورت شک، زوجیت را استصحاب می کنیم، زیرا وصله کردن نیازمند گذر زمان است تا آن عضو بهبودی یافته و جزء بدن شخص شود. فقها معتقد هستند که در مورد خنثی (چه مشکل یا غیر مشکل) قطع یکی از دو آلت تناسلی او برای تقویت دیگری، تغییر جنسیت نیست، زیرا یکی از دو آلت تناسلی زائد است.

در خنثای غیرمشکل به خاطر روشن بودن زایدگی یکی از دو آلت، قطع آن عضو باعث تغییر جنسیت نمی شود.

در خنثای مشکل عضو ممکن است زاید یا اصلی باشد لذا قطع آن مردد بین تغییر دادن و تغییر ندادن است و این شبهه موضوعیه تغییر است و حکم تغییر بر آن مترتب نمی شود و به فرض که تغییر جنسیت حرام باشد. در خنثی حرام نیست، چون صدق تغییر جنسیت بر آن مسلم نیست.

معالجه خنثی (مشکل یا غیرمشکل) اشکال ندارد، زیرا ضرورت معالجه کارهای ممنوع را مباح می کند. اگرچه مستلزم نگاه و لمس باشد.

از جهت ضرر رساندن نیز حرمتی نیست، زیرا همانطور که گفته شد، این کار برداشتن عضو زائد است نه ایجاد نقص. علاوه بر این در خنثای مشکل، صدق نقص و ضرر مسلم نیست.

^۱ - سوره بقره، آیه ۲۳۶



نخستین همایش ملی علوم اسلامی، حقوق و مدیریت

قم - دانشگاه علمی کاربردی استانداری قم - اردیبهشت ماه ۱۳۹۵

همچنین از مطالب مذکور روشن می شود کسیکه تنها یک آلت دارد ولی پوست و مانند آن، آنرا پوشانیده است، خارج کردن آن از زیرپوست و پرده تغییر جنسیت نیست بلکه ظاهر کردن مرد یا زن بودن فرد است و این اشکالی ندارد، اگرچه همراه با نگاه و لمس باشد، زیرا چنین عملی معالجه است و ضرورت معالجه را مباح می کند. در نتیجه تغییر جنسیت در غیر فرض نادری که در ابتداء ذکر شد، جایز نیست مگر زمانی که برای معالجه باشد و یا در آن مصلحت لزوم آور مهم تر باشد.

دلیل قبول تغییر جنسیت از نظر فقیهان شیعه:

از نظر فقیهان شیعه دلیل شرعی از قرآن کریم و یا روایات اسلامی مبنی بر حرام بودن تغییر جنسیت نداریم. همچنین کسانی که خواهان تغییر جنسیت هستند به بیماری شدید جسمی یا روحی مبتلا شده اند و تغییر جنسیت راهی برای معالجه و درمان اینگونه بیماران است. بنابراین تغییر جنسیت، تغییر در خلقت خدا نمی باشد تا حرام باشد. این عمل جایز و مباح می باشد.

استفتائات مربوط به تغییر جنسیت:

در اینجا استفتائات و نظرات فقیه معاصر حضرت آیت الله مکارم شیرازی را در مورد تغییر جنسیت بیان می کنیم. نظر حضرت آیت الله مکارم شیرازی:

(۱) حکم تغییر چیست: تغییر جنسیت و ظاهر ساختن جنسیت واقعی ذاتاً خلاف شرع نیست ولی باید از مقدمات مشروع استفاده شود یعنی نظر و لمس در آن حرام نباشد مگر اینکه به حد ضرورت برسد.

(۲) تغییر جنسیت در افراد دوجنسی

تغییر جنسیت اگر صوری باشد جایز نیست و اگر واقعی باشد این امر در افراد دوجنسی واقع می شود. به عنوان درمان و ظاهر شدن جنسیت واقعی جایز و گاه واجب است.

(۳) تغییر جنسیت در غیر خنثی:

تغییر جنسیت دو صورت دارد:

الف) گاهی صرفاً ظاهری و صوری است یعنی اثری از آلت جنس مخالف در او نیست فقط یک جراحی صوری در او انجام می گیرد و چیزی شبیه آلت جنس مخالف ظاهر می گردد این کار جایز نیست.

ب) گاهی واقعی است یعنی با جراحی کردن عضو تناسلی مخالف ظاهر می شود. این کار ذاتاً جایز است و محذور شرعی ندارد. مخصوصاً در مواردی که آثار جنس مخالف در او باشد. اما چون این جراحی نیاز به لمس و نظر دارد تنها در موارد ضرورت و برای معالجه مجاز است.

(۴) تغییر جنسیت همزمان زوجین:

اگر زن و شوهر با هم در یک زمان تغییر جنسیت دهند، اگر تغییر حقیقی باشد، زوجیت بلافاصله فسخ می شود و می توانند مجدداً عقد ازدواج در شکل جدید را بخوانند ولی احتیاط آن است که زمان عده بگذرد.

۵- وظایف پزشکان در قبال دوجنسی های کاذب:

دوجنسی های کاذب از لحاظ پزشکی بر دو دسته اند:

دسته اول: دوجنسی های کاذب مونث که از لحاظ کروموزومی مونث ولی ظاهری کاملاً مردانه دارند.

دسته دوم: دو جنسی های کاذب مذکر که وضعیت کروموزومی آنان مذکر ولی دارای ظاهری کاملاً زنانه هستند.

در اینجا چند موضوع مطرح می گردد:

الف) پزشک در دو جنسی های کاذب مونث مجاز نیست که در صورت تمایل فرد و علیرغم ماهیت زنان اقدامی کند که ظاهر مردانه وی حفظ شود.

ب) اگر دو جنسی کاذب مونث که ماهیتش زنانه است با زن سالم ازدواج کرده باشد. پزشک برای انجام تکلیف شرعی خود را اقدام به عمل جراحی برای حفظ ظاهر مردانه او، باید سفارش کند که آنها از هم جدا شوند، زیرا ازدواج آنها باطل است.

ج) اگر دو جنسی کاذب مونث هنوز ازدواج نکرده باشد، با توجه به اینکه اگر ازدواج کند. هر چند ظاهرش بر اثر عمل جراحی باقی می ماند دو زن با هم ازدواج کرده اند، پزشک در انجام عمل جراحی برای ظاهر مردانه، جایز نیست.

د) پزشک مجاز نیست در مورد دو جنسی های کاذب مذکر که علیرغم ظاهر زنانه، از لحاظ ماهیت مرد هستند برای حفظ ظاهر زنانه آنها، عمل جراحی دهد.



نخستین همایش ملی علوم اسلامی، حقوق و مدیریت

قم - دانشگاه علمی کاربردی استانداری قم - اردیبهشت ماه ۱۳۹۵

فقه‌های دیگر معاصر نیز در اصل مطلب با آیت الله مکارم شیرازی مشترک هستند بنابراین از نقل فتاوی ایشان خودداری می‌گردد و خوانندگان را برای مطالعه بیشتر به رساله‌های این فقها ارجاع می‌دهیم. همانند استفتائات مقام معظم رهبری که ایشان نیز تغییر جنسیت را چنانچه صوری نباشد، مجاز دانسته‌اند.

بررسی تغییر جنسیت از نظر حقوقی

در قوانین جاری کشور به موضوع تغییر جنسیت پرداخته نشده است و همانطور که قبلاً هم بیان کردیم تنها امام خمینی (ره) در سال ۱۳۶۳ با صدور فتوایی عمل تغییر جنسیت را مجاز اعلام کرد.

در حال حاضر متقاضیان تغییر جنسیت پس از ثبت درخواست خود در سازمان بهزیستی، به دادگاه فرستاده می‌شوند و توسط پزشکی قانونی مورد بررسی قرار می‌گیرند و در صورتی که نیاز آنها به تغییر جنسیت از سوی پزشکی قانونی تأیید شود، دادگاه بلافاصله اقدام به صدور دستورات لازم برای انجام عمل جراحی را می‌دهد و اقدام به صدور مدارک شناسایی جدید با ذکر جنسیت جدید می‌نماید.

امروزه درخواست تغییر جنسیت در ایران بالا می‌باشد و برخی از متخصصین محدودیت‌های قانونی و اجتماعی را دلیل اصلی آمار بالای تغییر جنسیت در ایران می‌دانند.

همانطور که قبلاً بیان کردیم افراد خواهان تغییر جنسیت در دو گروه جای می‌گیرند:

دسته اول افراد دوجنسه هستند و دسته دوم شامل افراد ترانس سکشوال می‌گردد.

چنانچه بخواهیم به بررسی حالت این دو دسته که مقدار زیادی نیز با هم همپوشانی دارند در حقوق کیفری ایران بپردازیم، با توجه به اینکه بخش عمده‌ای از قوانین مجازات بعد از انقلاب اسلامی برداشتی از فقه امامیه می‌باشد و با در نظر گرفتن اینکه در موارد سکوت و اجمال قانون چنانچه قضیه در فقه اسلامی دارای حکم باشد، قاضی ملزم به رجوع به فقه و صدور حکم است لازم است به بررسی ابعاد قضیه در فقه نیز به فراخور نیاز پرداخته شود.

به نظر می‌رسد موردی که در فقه امامیه تحت عنوان «خنثی» مطرح شده است، بیشتر شبیه حالت دوجنسه به معنای خاص آن (هرموفروادیت) یعنی حالت واضح دوجنسه بودن جسمی فرد است که در این حالت شخص توانمند ویژگی‌های جسمی هر دو جنس را به وضوح دارا می‌باشد. اینگونه به نظر می‌رسد که منظور اصلی فقها از خنثی تحت هیچ عنوان صرف مخالفت حالت روحی شخص با جنسیت کنونی اش نیست بلکه منظور وضعیت جسمی متفاوت فرد است.

در اواسط دهه ۶۰، امام خمینی (ره) طبق فتوای عمل جراحی تغییر جنسیت این افراد را پس از تأیید پزشک قانونی مجاز شمرد. با وجود این عمل، امروزه بسیاری از افراد دوجنسه به دلایل گوناگون امکان جراحی تغییر جنس به جنس دلخواه خود را ندارند و به همان حالت دوجنسی زندگی خود را ادامه می‌دهند، با این حال در هیچ کدام از قوانین کیفری ایران، از جمله قانون مجازات اسلامی، به صورت مستقیم اشاره‌ای به این طیف افراد نشده است، اگر هم بتوان اشاراتی غیرمستقیم نیز یافت چه بسا به دلیل نبود نص صریح و عرف حاکم بر جامعه مورد قبول دادگاه قرار نگیرد و حقوق این دسته از افراد پایمال شود.

واقعیت این است که تعداد این افراد آنقدر کم نیست که بتوان آنها را نادیده گرفت و مخصوصاً با توجه به استعداد بالای بزه دیدگی این گروه و شرایط فیزیکی خاص آنها شایسته است به صورت جدی و با رویکردی حمایتی در قوانین خاص مورد توجه قرار گیرند.

وضعیت افراد دوجنسه در صورت بزهکار بودن

افراد دوجنسه به دلیل وضعیت فیزیولوژیک خاصی که دارند در جایگاهی متفاوت نسبت به سایر افراد قرار می گیرند. به نظر می رسد لازم است به دلیل شرایط ویژه این افراد در صورت بزهکار بودن آنها نیز این وضعیت خاص در نظر گرفته می شود. چرا که این طیف نه تنها از لحاظ جسمی در حالتی متفاوت از مردم عادی قرار دارند و چه بسا به واسطه همین تفاوت جسمی دچار مشکل و بیماری های روانی گوناگون شده و احساس طردشدگی نسبت به جامعه به آنها دست می دهد که این حالت نیز قطعاً در ارتکاب جرایم بی تأثیر نخواهد بود و از طرفی به دلیل شبهه ای که ممکن است در تعیین جنسیت آنها در مجازاتهایی که میزان آنها در مرد یا زن بودن متفاوت است پیش آید. پس لازم است وضعیت این افراد در صورت بزهکار بودن آنها بررسی شود.

حال سوالی که در اینجا مطرح می گردد این است که چنانچه افراد دوجنسه مرتکب جرمی می شوند، آیا می توان با استناد به وضعیت خاص آنها، قائل به تخفیف مجازاتشان شد؟

در پاسخ به این سوال لازم است جرایم را به دو دسته تقسیم بندی کرد:

الف) جرایمی که جنسیت در آنها نقش ندارد:

در این گونه جرایم، قاعده‌تاً نمی توان قائل به تخفیف مجازات نسبت به اینگونه افراد شد، زیرا در این جرایم اصلاً بحث جنسیت مطرح نمی گردد که بخواهیم آنرا لحاظ کنیم یا خیر.

به عنوان مثال چنانچه یک فرد دوجنسه مرتکب جرم اختلاس شود، نمی توان با استناد به دوجنسه بودن او هیچ گونه تخفیفی برایش در نظر گرفت و وی مانند سایر افراد مجازات خواهد شد.

همانطور که بیان گردید، از آنجایی که جنسیت در ارتکاب این جرایم نقشی ندارند، به طریق اولی انواع (مرد- زن) آن نیز در ارتکاب آن نقش ندارد.

ب) جرایمی که جنسیت متهم در ارتکاب آن نقش دارد:

چنانچه افراد دوجنسه مرتکب جرایمی شود که جنسیت متهم در ارتکاب آنها نقش دارد به نظر می رسد در برخی از حالات می توان قائل به تخفیف مجازات اینگونه افراد شد.

برای بررسی بهتر این حالت جرایم حدی و تعزیری را از یکدیگر تفکیک کرده و با بیان چند مصداق به مطالعه این موارد می پردازیم.

۱) جرایم حدی:

در اینجا نقش تغییر جنسیت را در جرایم حدی با دو مثال پی می گیریم:

مثال اول، طبق ماده ۶۳ ق.م.ا «زنا عبارت است از جماع مرد با زنی که بر او ذاتاً حرام است اگر چه در دبر باشد در غیر موارد و طی به شبهه»

طبق این ماده، دخول هر چند در دبر باشد زنا محقق می شود و براساس ماده ۸۸ ق.م.ا حد زنا ی زن با مردی که واجد شرایط احصان نباشد، صد تازیانه است.

از طرفی طبق ماده ۱۰۸ ق.م.ا «لواط و طی انسان مذکر است چه به صورت دخول یا تفخیز» و براساس ماده ۱۰۹ ق.م.ا فاعل و مفعول لواط در صورت بالغ، عاقل و مختار بودن با استناد به ماده ۱۱۱ ق.م.ا کشته خواهد شد.

چنانچه شخص دوجنسه از دبر (پشت) با مردی رابطه برقرار کند و دخول محقق شود. چنانچه شخص دوجنسه ملحق به مرد شود لواط محقق شده و فاعل و مفعول هر دو کشته خواهند شد و چنانچه ملحق به زن باشد، زنا محقق شده و فاعل و مفعول هر دو به صد تازیانه شلاق محکوم می شوند و چنانچه نتوان شخص دوجنسه را به هیچ یک از دو جنسیت مرد یا زن ملحق نمود، می توان با استناد به قاعده ی در (تدرء الحدود با شبهات) حد زنا که حد خفیف تری است را جاری ساخت، چرا که در این مورد به طور اجمال می دانیم که حدی ثابت شده است، زیرا عمل جنسی (دخول) صورت گرفته است و مرتکب هم یا مرد است و یا زن. اما به صورت تفصیلی نمی دانیم که کدام حد را جاری کنیم و با توجه به اینکه اصل در حدود بر تخفیف است،

در این حالت که نمی دانیم شخص مرتکب زنا شده است یا لواط ولی می دانیم که مرتکب یکی از این دو عمل شده است، با فرض ذن بودن او، حد کمتر که حد زنا می باشد را در موردش جاری می کنیم.

مثال دوم: می دانیم چنانچه شخص مرتد فطری شود، براساس فقه، اگر مرد باشد کشته خواهد شد و اگر زن باشد، توبه داده می شود.

حال صورتی را فرض کنید که شخص دوجنسه (خنثی مشکل) مرتد شده است، در این مورد آیا این فرد را مذکر (مرد) بدانیم یا اینکه از جنس مونث (زن) بدانیم؟

در این مورد دو احتمال در فقه مطرح شده است:

احتمال اول اینکه خنثی نیز حکم زن را دارد، زیرا در مذکر بودن او که سبب تسلط بر کشتن او می شود شک وجود دارد. در نتیجه شک در سبب به شک در جنسیت نیز منجر می شود. لذا کشتن او جایز نیست.

احتمال دوم اینکه همان حکم مرد را داشته باشد، زیرا سخن پیامبر(ص) که فرمودند «کسی که دین خود را تغییر داده (کافر شده) را بکشید» از عمومیت برخوردار است و فقط زن از عموم این روایت خارج شده است و بقیه موارد که خنثی نیز از جمله آنهاست مشمول عموم این روایت باقی می ماند، زیرا در مورد خنثی نصی وارد نشده است.

نظر شهید ثانی به این صورت است که احتمال دوم (مبتنی بر اینکه خنثی حکم مرد را دارد) پسندیده است در صورتی که قاده درء وجود نداشته باشد.

پس نتیجه اینکه در حدودی که کیفیت حد بین زن و مرد متفاوت است چنانچه خنثی مشکل مرتکب این جرایم حد می شود و نتوان جنسیت او را معلوم کرد با استناد به قاعده درء، حد خفیف تر را بر او جاری کنیم.

بنابراین اینگونه به نظر می رسد که در باب جرایم حدی، دوجنسه بودن شخص در برخی موارد و با استناد به قواعد فقهی می تواند باعث سقوط حد و یا تبدیل به حد خفیف تر شود.

(۲) جرایم تعزیری:

در مورد جرایم تعزیری که آیا جنسیت متهم در وقوع آن نقش دارد و امکان تخفیف مجازات اینگونه مجرمین امکان دارد به بررسی آن می پردازیم.

بند ۵ ماده ۲۲ ق.م.ا یکی از موارد تخفیف مجازات را وضع خاص متهم یا سابقه او بیان می کند. قاعده در استفاده از این بند در مورد جرایم تعزیری گوناگون «فردی» می باشد یعنی قاضی باید به صورت جداگانه در هر مورد با در نظر گرفتن وضعیت متهم، تصمیم گیری کند که آیا می توان در مورد یک متهم خاص با استناد به این بند (بند ۵ ماده ۲۲ ق.م.ا) قائل به تخفیف مجازات شده یا خیر؟

مسئله را با مثالی پیگیری می کنیم؛ اگر دو نفر به نحو مشارکت مرتکب جرم تعزیری شوند قاضی باید در مورد هر دو متهم به صورت جداگانه این بند را مورد ارزیابی قرار دهد که ممکن است هر کدام از آنها ویژگی خاصی داشته باشند که قاضی بتواند با در نظر گرفتن شخصیت متهم و وضعیت خاص موجود در او مجازات او را تخفیف دهد و چه بسا یکی از متهمان مشمول تخفیف شود و دیگری خیر. با این حالت به نظر می رسد بتوان دوجنسه بودن را ملاکی نوعی برای تخفیف مجازات متهم به حساب آورد و به صرف وجود این حالت در جرایمی که جنسیت در آن از اهمیت برخوردار است، قاضی بتواند قائل به تخفیف مجازات متهم شود.

به عبارت دیگر به نظر می رسد در مورد دو جنسه بودن ملاک بررسی «حالت» است (یعنی حالت دوجنسه بودن) در حالیکه اصل کلی در اعمال تخفیف ماده ۲۲، بررسی شخص متهم است و چنانچه بخواهیم از این ماده برای تخفیف استفاده کنیم باید به کنکاش در شخص متهم بپردازیم و صرف وجود حالتی ویژه نمی تواند بدون نیاز به بررسی آن در متهم خاص باعث تخفیف مجازات او شود.

جدای از بحث تخفیف مجازات اینگونه افراد، موارد متعددی در قانون مجازات اسلامی وجود دارد که عملی خاص برای زنان یا مردان جرم شناخته شده است. به عنوان مثال چنانچه عمل تقبیل بین زن و مرد نامحرم واقع شود، براساس ماده ۶۷۳ ق.م.ا جرم می باشد و مجازات آن تا ۹۹ ضربه شلاق می باشد یا وارد شدن زنان بدون حجاب شرعی در معابر و انظار عمومی که طبق تبصره ماده ۶۳۸ ق.م.ا جرم شناخته شده و مجازات آن حبس از ۱۰ روز تا دو ماه و یا از پنجاه هزار ریال تا پانصد هزار ریال جزای نقدی است.

حال در مورد افراد دوجنسه که جنسیت آنها مشخص نیست، چنین اعمالی را انجام دهند باید به چه صورت اقدام کرد؟ آیا باید آنان را در هر صورت مجرم شناخت و مجازات کرد؟

قطعاً چنین کاری خلاف بین عدالت و انصاف است. راه حلی که در مورد این افراد به نظر می رسد این است که باید دید جامعه و به طور خاص قانون به عنوان متن مورد عمل و قبول جامعه از این افراد بخواهد که به چه صورت رفتار نمایند؟ آیا از آنان انتظار دارد که مانند زنان در معابر حاضر شوند یا چنانچه مثلاً بدون حجاب شرعی یا پوشش خاص به خیابان بیایند مرتکب جرم شده اند؟ متأسفانه چنین چیزی در مورد این افراد در قوانین کیفری ما مشاهده نمی شود. البته شاید بتوان براساس مواد کلی همچون ماده ۶۳۸ ق.م.ا که در ذیل آن چنین آمده است.

«...در صورتی که نفس آن عمل دارای کیفری نمی باشد ولی عفت عمومی را جریحه دار کند فقط به حبس ۰۰۰۰ و یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد» شخص را به مجازات برسانند و این مسئله را به عرف جامعه واگذار مرد که از این افراد چه انتظاری دارد و بر همان اساس عمل شود.

ولی با توجه به متفاوت بودن عرف در مکانهای مختلف و تفاوت در دیدگاه های افراد جامعه نسبت به افراد دوجنسه، چنین رابطه های کلی به هیچ وجه معقول به نظر نمی رسد و ممکن است به بی عدالتی و نتایج خطرناکی منجر شود. لذا دخالت قانونگذار در مورد وضعیت این افراد و توجه به واقعیت وجود آنها، با توجه به تعداد نسبتاً کثیرشان در جامعه به شدت ضروری به نظر می رسد.

وضعیت افراد دوجنسه در صورت بزه دیده بودن آنها

بدیهی است افراد دوجنسه به واسطه وضعیت خاص خود، بیشتر از افراد عادی در معرض جرم و جنایت قرار دارند و درصد اینکه مورد سوء استفاده دیگران در ارتکاب جرایم (مخصوصاً جرایم جنسی) قرار گیرند بسیار بالاتر از سایرین است. به صورتی که امروزه به اذعان صاحب نظران و پژوهشگران، در کشورهای غربی و بعضاً شرقی، سوء استفاده های جنسی و مالی فراوانی از این افراد در شبکه ها و سایت ها مستهجن می شود و با توجه به وضعیت خاص آنها با قراردادن آنها در حالت توأمان فاعل و مفعول جنسی به فروش تصاویر و فیلم های این افراد در سطح وسیعی و یا تبلیغات فراوان دست زده می شود. همین خود این افراد ممکن است ناخواسته به انجام برخی افعال مبادرت ورزند و قانون انجام این کارها را برای آنها جرم بداند در صورتی که قصد ارتکاب جرم را نداشته اند و حتی نمی دانسته اند که عملشان جرم است. با این حال به نظر می رسد در جامعه ایران قبح خاصی نسبت به وارد شدن به حیطه این افراد در افکار عمومی وجود دارد که تا حد زیادی اغراق آمیز و بی دلیل بوده و لازم است با بیمار در نظر گرفتن آنها، به سبب مشکلات جسمی مادرزادی آنها و برخوردی بیمار گونه و نه مجرم گونه با آنها سعی در درمانشان شود. به نظر می رسد با فرهنگ سازی در سطح جامعه توسط رسانه ها و سایر وسائل ارتباط جمعی و بالا بردن سطح افکار عمومی تا حد زیادی بتوان به مشکلات موجود در نحوه برخورد با این افراد فائق آمد و مانع سود استفاده و کشیده شدن آنها به سمت بزه های خواسته یا ناخواسته شد. با این حال و با در نظر گرفتن اینکه امکان سوء استفاده های جنسی از این افراد زیاد است ممکن است کسانی تمایل به برقراری رابطه جنسی ویاسوء استفاده های دیگر جنسی از این افراد را داشته باشند و یا مرتکب چنین عملی شوند.

با توجه به اینکه قبح چنین عملی در عرف جامعه غالباً از انجام عمل مشابه در افراد معمولی و تک جنسی بیشتر است بهتر است که قانونگذار با جرم انگاری چنین اعمالی در مواردی که متن قانونی خاصی وجود ندارد و با در نظر گرفتن مجازات تعزیری سنگین و ویژه ای به عنوان تشدید و تکمیل مجازات در مواردی که متن قانونی برای افراد معمولی وجود دارد به مجازات عاملین چنین جرایمی بپردازد.

تغییر جنسیت و مسائل مربوط به آن

در این بخش سعی می شود تا مسائلی همچون تغییر جنسیت و تأثیر آن بر روی ازدواج، مهریه، ارث، عده، عناوین خانوادگی و ولایت و سرپرستی کودکان مورد بررسی قرار گیرد.

تغییر جنسیت و مسأله بقای ازدواج

در این مورد این سوال مطرح است که چنانچه یکی از زوجین و یا هر دو جنسیت خود را تغییر دهند، ازدواج آنها به چه صورت در می آید؟ آیا ازدواج همچنان به حال خود باقی است یا از یکدیگر جدا می شوند؟ در پاسخ به این سوال و سوالات مشابه باید آنرا به صورتهای مختلف تقسیم کرد حکم هر یک را بررسی کرد.

صورت اول: فقط یکی از زوجین تغییر جنسیت دهند:

اگر چنانچه یکی از زوجین (زن و مرد) تغییر جنسیت دهند، در این حالت ازدواج باطل است، زیرا امکان بقای ازدواج وجود ندارد و ازدواج مرد با مرد و 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، ۱۱۲، ۱۲۲۴ ق.م.ا اشاره کرد.

در ماده ۱۰۶۹ ق.م.ا آمده است «تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه ای 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 کند و در صورتی که شناسنامه حاکی از این اختلاف باشد، می تواند عقد نکاح را جاری کند و آنرا در دفتر رسمی ازدواج به ثبت برساند. البته ممکن است شناسنامه گویای حقیقت نباشد و در واقع عقد نکاح بین دو هم جنس بسته شده باشد این نکاح بی شک باطل است ولی برای ابطال سند نکاح و شناسنامه باید به دادگاه رجوع کرد و دادگاه با ارجاع امر به کارشناسی 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 یک نفر خنثی (دو جنسه) که جنبه مردی یا زنی او غالب است با شخص دیگری از جنس مخالف ازدواج کند ولی به مرور زمان بر 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 یک عمل جراحی تغییر جنسیت در او تحقق یابد و بدین سان اختلاف جنس که هنگام عقد نکاح وجود داشته از میان برود در این صورت آیا زدواجی که صحیحاً واقع شده باطل است یا خیر؟

چون اختلاف جنس هم هنگام عقد و هم در دوران زناشویی باید شرط نکاح دانست به عبارت دیگر اختلاف جنس هم ابتدائاً در ادامه عقد نکاح شرط است. از این رو نکاح با تغییر جنسیت باطل است البته این دادگاه است که باید تغییر جنسیت را براساس نظر کارشناس احراز حکم به بطلان نکاح از تاریخ تحقق تغییر جنسیت کند.

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 بقای ازدواج سابق وجود ندارد، به محض اینکه یکی از زوجین جنس خود را تغییر دهد، مثلاً جنس مرد به زن تبدیل شود در این 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 جدید دارد یعنی ازدواج اول باطل خواهد بود. و زوجین می توانند با اجرای دوباره ی عقد نکاح بین خود، مجدداً به ازدواج هم درآیند با این تفاوت که نقش آنها تغییر خواهد کرد. یعنی مرد به زن و زن به مرد تبدیل می شود و وظایف آن جنس را انجام خواهند داد.

صورت سوم: زوجین هر دو و در زمان واحد تغییر جنسیت می دهند (متقارنین)

در صورتی که زن و شوهر همزمان تغییر جنسیت دهند (یعنی زن بعد از تغییر جنسیت به مرد تبدیل شود و همزمان مرد بعد از تغییر جنسیت به زن تبدیل شود) در اینکه آیا ازدواج سابق پابرجاست یا باطل گردیده است، دو احتمال وجود دارد:

احتمال اول) ازدواج سابق همچنان دارای بقا و دوام می باشد:

حقیقت ازدواج، زوجیت هر یک 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 یک نسبت به دیگری همچنان به حال خودش باقی است. نهایت آنکه وظیفه هر یک متفاوت با سابق است. مرد فعلی (بعد از تغییر جنسیت) قبلاً وظایف یک زن (زوجه) را بر عهده داشت و زن فعلی (بعد از تغییر جنسیت) قبلاً وظایف یک مرد (زوج) را عهده دار بود.

احتمال دوم: ازدواج سابق دوام نداشته و در وضعیت جدید باطل گشته است.

با بیان اینکه در ازدواج علاوه بر نسبت زوجیت بین طرفین، چیز دیگری لازم است و آن اینکه این مرد زوج باشد برای زنی که همسر اوست که در اصطلاح منطق به آن «نسبت غیر متشابه الاطراف گویند یعنی بین دو چیز فقط از یک طرف یک نسبت خاص وجود دارد که از طرف دیگر آن نسبت وجود ندارد. مثلاً رابطه پدری که بین علی و جواد وجود دارد یک جانبه است و آن اینکه علی پدر جواد است همچنین است رابطه پسری که منحصرأ یک جانبه است. در حالیکه رابطه خواهری که بین دو زن وجود دارد و یا رابطه برادری که بین دو مرد وجود دارد دوجانبه است که در منطق به آن «نسبت یا رابطه متشابه الاطراف» می گویند.

با توجه به آنچه بیان شد، رابطه بین زن و شوهر از نوع «غیر متشابه 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 (ره) در تحریرالوسیله ابتداء احتمال دوم را به صورت احتیاط واجب می پذیرند ولی در نهایت احتمال اول را ترجیح می دهند و بیان می کنند که احتیاط واجب آن است که عقد ازدواج تجدید شود و زن فعلی (که قبلاً مرد بوده) با مرد دیگر ازدوا نکند مگر اینکه از همسر سابق خود با طلاق جدا گردد و اگرچه بعید نیست که ازدواج سابق همچنان پابرجا باشد (و این دو بعد از تغییر جنسیت) نیز زن و شوهر هستند.^۱ در حالیکه در نزد بعضی از فقهای معاصر، ازدواج سابق از بین رفته است.

تغییر جنسیت و مسأله مهریه:

«مهر» یا «صداق» مالی است که زن بر اثر ازدواج مالک آن می گردد و مرد ملزم به پرداخت آن می باشد نهاد مهریه 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، براساس ماده ۱۰۸۷ و ۱۰۹۳ ق.م.ز. مستحق مهرالمثل خواهد شد. مسئله ای که در اینجا مطرح می گردد این است که چنانچه زن تغییر جنسیت دهد، آیا مستحق مهریه می باشد یا اینکه با انحلال ازدواج سابق، مهریه منتفی شده و مرد ملزم به پرداخت آن نخواهد بود؟ در این مورد چهار نظریه ابراز گردیده است و برای هر نظریه نیز دلایلی بیان گردیده است. نظریه اول: پرداخت مهریه مطلقاً حرام نیست چه دخول انجام شده یا نشده باشد. چون حقیقت ازدواج این است که مهریه به عنوان ثمن در مقابل «کابین زن» می باشد و تغییر جنسیت موجب انفساخ این معاوضه است. پس ثمن به جای اول خودش بر می گردد و در وضعیت جدید، زوج تعهدی در مقابل پرداخت مهریه نخواهد داشت.

بررسی نظریه: حقیقت ازدواج ناشی از امر اعتیاری ایجاب و قبول است و اینکه طرفین زن و شوهر یکدیگر باشند و مهریه نیز 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 و یا هر دو، در لزوم پرداخت مهریه که قبلاً تعهد شده است هیچ تغییری ایجاد نمی کند. برای این نظریه لایلی نیز به شرح ذیل بیان گردید.

۱) براساس مفاد ماده ۱۰۸۷ ق.م. چنانچه عقدی بدون مهریه خوانده شود، عقد نکاح باطل نیست بلکه زن مستحق اجرت المثل می باشد. حال اگر مهریه به عنوان رکن ازدواج باشد می بایستی عدم ذکر مهریه موجب ابطال عقد گردد. در حالیکه فقها و حقوقدانان قائل به صحت عقد ازدواج هستند.

۲) چنانچه عقد ازدواج با ذکر مهریه خوانده شود ولی مرد از دادن مهریه استنکاف کند، عقد ازدواج باطل نیست ولی مرد گناهکار است و زن از طریق قانونی می تواند زوج را ملزم به پرداخت مهریه کند، زیرا موجب ماده ۱۰۸۲ ق.م. به مجرد عقد، زن مالک مهریه می گردد.

۳) قرآن کریم ازدواج قبل از تعیین مهریه را قبول دارد. «اگر زنان را قبل از آمیزش جنسی یا تعیین مهر، طلاق دهید گناهی بر شما نیست و (در این موقع) آنها را (با هدیه ای مناسب) بهره مند سازید. آنکس که توانایی دارد به اندازه توانی اش و آنکس

^۱ - تحریرالوسیله، پیشین، ص ۵۵۷



که تنگدست است به اندازه خودش هدیه ای شایسته (که مناسب به حال گیرنده و دهنده باشد) بدهد این بر نیکوکاران الزامی است^۱

با توجه به آیه ی شریفه، طلاق قبل از تعیین مهر فرض شده است و معلوم است که طلاق فرع بر وجود نکاح است به عبارت دیگر نکاح محقق شده در حالیکه مهریه تعیین نشده است و چنین نکاحی از سوی حقوقدانان و فقها محکوم به بطلان نشده است.

نظریه دوم: پرداخت کل مهریه مطلقاً لازم است چه دخول واقع شده یا شده باشد:

دلیل این گروه این است که حقیقت مهریه یک امر اعتباری و فرع بر اصل و ذات ازدواج است و زوجه مالک کل مهریه است و می تواند هرگونه تصرف در آن بنماید و مقتضای قاعده استحصال این است که مهریه حتی بعد از بطلان عقد به خاطر تغییر جنسیت به ملکیت زن باقی است.

این نظریه امام خمینی (ره) می باشد که می فرمایند: «اگر زنی با مردی ازدواج کند و بعد از ازدواج، زن تغییر جنسیت دهد، ازدواج از زمان تغییر جنسیت باطل می شود و بر مرد در صورت دخول پرداخت مهریه لازم است. همچنین بنابر قبول اقوی در صورت عدم دخول، پرداخت مهریه لازم است»^۲

نظریه سوم: در صورت دخول پرداخت مهریه لازم است والا (عدم دخول) پرداخت نصف مهریه لازم است.

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

الف) اخبار معتبره: «عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) نقل می کند که از حضرت سوال شد در مورد مردی که با زنی ازدواج کرده و دخول نیز صورت گرفته است، وضعیت او چگونه است؟ امام فرمودند، در صورتی که دخول صورت گرفته باشد. غسل، مهریه و عده واجب می گردد.»^۳

ب) فتوای فقها: امام خمینی (ره) فرموده اند: «به نفس عقد، زن مالک مهریه می گردد و با دخول ملکیت او بر تمام مهریه استقرار پیدا می کند. چنانچه مرد قبل از دخول، زن را طلاق دهد (وزن نیز اگر تمام مهریه را دریافت کرده است) زن نصف کل مهریه را بازپس می دهد.»^۴

ج) قانون مدنی: ماده ی ۱۰۹۲ ق.م: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد زن مستحق نصف مهریه خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف مهریه را قبلاً داده باشد، حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلاً و یا قیمتاً مسترد کند.

با توجه به مطالب ارائه شده، 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 واقع شده باشد یا نشده باشد:

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 هوسمرش با او زندگی کند. وقتی زن به واسطه تغییر جنسیت خود را از زوجیت شوهر خارج می کند یک ضرر مالی بر شوهر وارد ساخته که ضامن آن است. پس اگر مهریه را دریافت کرده باید تمام آنرا به شوهر مسترد گرداند و اگر مهریه را دریافت نکرده، حق دریافت آنرا نخواهد داشت.

انتقاد وارد بر این نظریه: با توجه به گفته فقها و نیز براساس مواد ۱۰۸۲ و ۱۱۸۲ ق.م مقتضای عقد ازدواج این است که زن به مجرد عقد مالک جمیع مهریه می گردد و فرض هم این است که زن با اقدام به تغییر جنسیت خود حقیقتاً مالی را از شوهر تلف نکرده است مثلاً ملکی را تصرف نکرده، و یا باغی را ویران نکرده است بلکه صرفاً تغییری در بدن خود ایجاد کرده، کما اینکه اگر زن از دنیا می رفت مهریه ساقط نمی شد.

تغییر جنسیت و مسأله ارث:

^۱ سنن بقره-طو 232

^۲ تحریرالشعوبی حضرت امام خمینی (ره)، ج ۲، ص ۵۵۹، مسأله ۳

^۳ سنن ابی داود، ج ۱۵، ص ۲۵، باب ۵۵، حدیث ۱

^۴ تحریرالشعوبی، ص ۲۲۹، کتاب النکاح، فصل فی الیهر، مسأله ۱۵



سوالی که در اینجا مطرح است این است که 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؟

به عبارت دیگر، پدر یا مادری که تغییر جنسیت داده است از فرزند خود به چه سهمی ارث می برد؟ یا فرزندی که تغییر جنس داده از فرزند خود به چه نحوی ارث می برد؟ آیا جنسیت فعلی او مورد نظر است یا جنسیت قبل از تغییر؟ این مسأله را در دو حالت می توان بررسی کرد:

الف) ارث بردن فرد تغییر جنس داده از والدین خویش:

در اینجا ملاک جنسیت فعلی فرزند است یعنی اگر یکی از کسان پسر یا دختر تغییر جنس داده بمیرد (مثلاً 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 جنس دهد، دو برابر دختر ارث می برد و بالعکس اگر پسر تغییر جنس دهد و به دختر تبدیل شود سهم دختر را می برد نه پسر را. دلیل آن این است که ظاهر ادله شرعیه اراده نموده اند فردی را که در حین موت مورث مذکر یا مؤنث باشد مثل آیه شریفه ۱۱ سوره ی نساء «للمذکر مثل خط الانثین» سهم میراث پسر به اندازه سهم دو دختر باشد. ق.م در ماده ۹۰۷ می گوید: «... اگر اولاد متعدد باشند و بعضی از آنها پسر و بعضی دیگر دختر، پسر دو برابر دختر ارث می برد».

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

ب) ارث بردن والدین تغییر جنس داده از فرزند خود.

در این جا چند حالت و احتمال قابل تصور می باشد:

احتمال اول: والدین تغییر جنس داده اصلاً از فرزند خود ارث نمی برند و رابطه وراثت به طول کامل قطع می گردد:

این احتمال بعید است، چون تغییر جنسیت از موانع ارث محسوب نمی گردد. قانون مدنی ایران که متخذ از فقه امامیه است به مواردی از موانع ارث اشاره دارد. این موارد عبارتند از:

- ۱) قتل (ماده ۸۸۰ ق.م) ۲) کافر (ماده ۸۸۱ ق.م) ۳) لعان (ماده ۸۸۲ و ۸۸۳) ۴) انکار سبیت (ماده ۸۸۲ و ۸۸۳ ق.م)
- ۵) ولدالزنا (ماده ۸۸۴ ق.م)

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

احتمال دوم، والدین تغییر جنس داده از فرزند خود ارث می برد:

این احتمال دارای دو مبنا و دلیل می باشد:

مبنای اول: ارث بردن به لحاظ زمان تولید مثل

مبنای دوم: ارث بردن به لحاظ خویشاوندی و اولویت

امام خمینی (ره) می فرماید: «لکن اشکال باقی می ماند در ارث پدر، مادر، جد و جده که اگر پدر تغییر جنس دهد، نه پدر فعلی محسوب می شود و نه مادر فعلی و همچنین است اگر مادر تغییر جنسیت داده باشد، مرد فعلی نه مادر است و نه پدر، در این صورت آیا از نظر تولید مثل زمان انعقاد نطفه ارث می برند یا به خاطر خویشاوندی و اولویت یا اینکه اصلاً ارث نمی برد؟

«در این مسئله تردید وجود دارد و بهتر است که بگوییم ارث می برد و ارث آنها 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.»^۱

تغییر جنسیت و مسئله عده:

مسئله ای که در اینجا مطرح می گردد، این است که چنانچه زن تغییر جنسیت دهد ازدواج سابق باطل می گردد و حال آیا بلافاصله بعد از تغییر جنسیت می تواند مجدداً ازدواج کند یا اینکه عده نگه دارد؟

در این مسئله دو نظر وجود دارد:

نظریه اول: تغییر جنسیت همانند مرگ و طلاق است و نیاز به عده دارد، چون نهایت و هدف عده، رعایت حرمت شوهر است.

^۱ تحفه الرجال، ه، ص ۵۲۵.



نخستین همایش ملی علوم اسلامی، حقوق و مدیریت

قم - دانشگاه علمی کاربردی استانداری قم - اردیبهشت ماه ۱۳۹۵

نظریه 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 اینکه زنی تغییر جنسیت دهد و به مرد تبدیل شود لازم نیست عده نگه دارد.

احتمال دوم: با کلام فقهای امامیه و قانون مدنی سازگارتر است.

تغییر جنسیت و مسأله عناوین خانوادگی:

اگر چنانچه برادر و یا خواهر تغییر جنسیت دهد آیا رابطه برادر و خواهر بطور کامل قطع می گردد؟

امام خمینی (ره) در این باره چنین می فرماید: «اگر هر یک از برادر و خواهر تغییر جنسیت دهد و به جنس مخالف درآید،

نسبت آن دو به یکدیگر قطع نمی گردد بلکه برادر، خواهر می شود و خواهر می شود برادر.

و نیز اگر دو برادر تغییر جنسیت دهند (دو برادر، دوخواهر می شوند و خواهر و برادر) و اگر عمویی تغییر جنسیت دهد تبدیل

به عمه می گردد و اگر عمه ای تغییر جنسیت دهد تبدیل به عمومی شود. همچنین با تغییر جنسیت، دایی به خاله و خاله به

دایی تبدیل می گردد»^۱.

عناوین در یک تقسیم بندی به دو دسته می باشند:

(الف) عناوین مشترک (مثل عنوان عمو، دایی، خاله و عنوان فرزندی)

(ب) عناوین مختص

عناوین مختص نیز خود برد و متهم می باشد:

(۱) عنوان پدر و مادر (۲) عنوان پسر، دختر، برادر و خواهر

چنانچه عنوان خانوادگی از عناوین مشترک باشد، تغییر جنسیت فرد، هیچ تغییر در عنوان ایجاد نمی کند مانند عنوان

فرزندی، دایی، عمود، خاله. به این معنا که اگر کسی تغییر جنسیت دهد از عنوان فرزندی خارج نمی شود و او همچنان فرزندی

والدین خود محسوب می شود اگرچه فرزند فعلی پسر است و در حالت قبل از تغییر جنسیت، دختر بوده و یا بالعکس.

همچنین دایی این فرد که تغییر جنس داده، همچنان دایی او محسوب می شود و نیز عنوان عمه و خاله ولی اگر عنوان

خانوادگی از عناوین مختص گروه اول باشد مثل عنوان پدر با مادر بودن، در اینجا سوالی که مطرح می شود این است که اگر

پدر یا مادر تغییر جنسیت دهد، آیا بر پدر عنوان مادر صادق است یا خیر؟ و یا چنانچه مادر تغییر جنسیت دهد آیا عنوان پدر

بر او قابل صدق است؟ در پاسخ 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 پدربزرگ به عنوان مادربزرگ تبدیل نمی شود.

اما اگر عنوان خانوادگی از عناوین مختص قسمت دوم باشد مثل عنوان پسر، دختر، برادر، خواهر، عمو، عمه، دایی و خاله که در

مورد اینها، حالت کنونی ملاک و مبناء است. پس اگر تغییر جنسیت دهد، عنوان تغییر می کند و پسر بعد از تغییر جنسیت

عنوان دختر را پیدا می کند و نیز اگر برادر، عمو یا دایی تغییر جنسیت دهند به خواهر، عمه و خاله تغییر عنوان می دهند و

بالعکس.

تغییر جنسیت و مسئله ولایت و سرپرستی کودکان:

براساس ماده ۱۱۶۹ ق.م «برای نگهداری طفل مادر تا دو سال از تاریخ ولادت و اولویت خواهد داشت. پس از انقضای این مدت،

حضانت با پدر است مگر اینکه نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم، حضانت آنها با مادر خواهد بود.»

سوالی که مطرح می گردد این است که چنانچه مادر یا پدر تغییر جنسیت دهد، حضانت و سرپرستی کودکان چگونه خواهد

بود؟

در پاسخ به این سوال، دو حالت مطرح می گردد؟

(الف) تغییر جنسیت مادر به مرد:

^۱ تحفه المصلو، مجل هجی، ج ۲، ص ۵۲.

در این حالت مادر که تغییر جنس داده بر اولاد صغار ولایت پیدا نمی کند. آن عنوانی که ولایت برای آن ثابت می شود. عنوان آب (پدر) می باشد که از منی او فرزند به وجود آمده است همچنین 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 (ره) می فرماید: «اگر جنس مادر (به مرد) تغییر کند، برای او ولایت بر کودکان ثابت نمی شود بلکه ولایت کودکان بر جد پدری است و اگر جد پدری نداشت بر عهده حاکم شرع می باشد»^۱.

در ماده ۱۱۸۲ ق.م.آ آمده است: «هرگاه طفل هم پدر و هم جد پدری داشته باشد و یکی از آنها محجور یا به عللی ممنوع از تصرف در اموال مولی علیه گردد، ولایت قانونی او ساقط می شود».

همچنین ماده ۱۱۸۱ ق.م. می گوید: «هر یک از پدر و جد پدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند».

۲) تغییر جنسیت پدر به زن:

در این حالت دو نظریه بیان گردیده است:

نظریه اول: «چنانچه جنس مرد به جنس مخالف تغییر نماید ظاهر آن است که ولایتش بر کودکان ساقط می شود»^۲.

برای این نظریه دو دلیل بیان گردیده است:

اول: ولایت بر عنوان «آب» و پدر مترتب است و به این مرد بعد از تغییر جنسیت، صدق «آب» پدر نمی شود.

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 کودکانش ساقط است.

نظریه دوم: چنانچه مرد به جنس مخالف تغییر جنسیت دهد، این شخص همچنان نسبت به فرزندانش ولایت دارد.

برای این نظریه نیز دو دلیل بیان گردید:

اول: 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 مخالف تبدیل شده است. به عبارت دیگر، عنوان ابوت یا پدری بر فرد صادق است که فرزند از منی او ایجاد شده است.

دوم: 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 استحصال 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 استحصال می گردد.

نتیجه گیری:

مسئله تغییر جنسیت از جمله مسائل مهم و جدیدی است که در جوامع امروزی مطرح گردیده است و در گذشته چندان به آن توجه نشده است. در گذشته فقط فقها به این مسئله توجه داشته و سایر گروه ها و دانشمندان و از جمله حقوقدانان به آن توجه چندانی نداشته اند که این عدم توجه باعث گردیده تا در قوانین کشور در مورد این افراد که تغییر جنسیت داده اند مواد قانونی و رویه ای خاص وجود نداشته باشد. یعنی بعد از اینکه افراد دوجنسه تغییر جنسیت داده و به یک جنس مذکر یا مونث تبدیل شده، مسائل مربوط به آنها از قبیل ارث، ازدواج، ولایت و سرپرستی کودکان چه خواهد شد، آیا به حال اول باقی خواهد ماند یا اینکه دچار تغییر و تحول می گردد؟

این مسائل و مسائل مشابه در قوانین کیفری و مدنی کشور مطرح نگردیده و به سکوت برگزار شده است.

همچنین افراد تغییر جنس داده به دلیل نگاه جامعه نسبت به آنها که اغلب زننده و تمسخرآمیز بوده، اغلب دچار سرخوردگی از مردم و جامعه می شوند و مسائل مشکلات بسیاری برای آنان در جامعه ایجاد می گردد به طوری که از اینکه جنسیت خود را تغییر داده اند پشیمان خواهند شد و حتی روابط خود را به طور کلی از جامعه و مردم قطع می کنند. و به افرادی منزوی تبدیل می گردند.

^۱ تحفه الرجال، ج ۱، ص ۵۲۱، ج ۲

^۲ - ج ۲، ص ۵۵۹، مهملو ۲



نخستین همایش ملی علوم اسلامی، حقوق و مدیریت

قم - دانشگاه علمی کاربردی استانداری قم - اردیبهشت ماه ۱۳۹۵

برای حل این مشکلات بایستی قانونگذار کشورها هر چه سریع تر به ایجاد قوانین خاص در مورد این افراد و مسائلی مربوط به آنها بپردازد و با ایجاد رویه ای مشخص معلوم کنند تا از این افراد در سطح جامعه چه انتظاراتی دارد وجه اعمالی را باید در جامعه انجام دهند و از چه اعمالی خودداری کنند تا دچار مشکلات نگردد.

همچنین بایستی با فرهنگ سازی از سوی رسانه های جمعی و سایر مراجع مربوطه نسبت به وضعیت این افراد در جوامع کوشید و بستر مناسب را برای آنها فراهم نمود. ابتداء باید بپذیریم که این یک مشکل و بیماری است و بعد با فرد دارای مشکل همانند بیمار رفتار کنیم تا او نیز به بهبودی دست یابد.

فهرست منابع

- (۱) قرآن کریم
- (۲) جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ بیست و دوم، ۱۳۸۸
- (۳) خوارزمی، محسن، تغییر جنسیت، فقه اهل بیت، شماره ۲۳، پاییز ۱۳۷۹.
- (۴) ریزی، فیروزه و عباسعلی ناصحی، اختلال هویت جنسی، ج ۱، تهران، صدا و قصیده ۱۳۸۳.
- (۵) شهید ثانی، شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۸، کتاب المیراث، فی التوابع
- (۶) فیض علیرضا و دکتر علی مهذب، ترجمه کتاب لعمه، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۶، ج ۱، به نقل از جامع عباسی، چاپ سنگی
- (۷) کریمی نیا، محمدمهدی، تغییر جنسیت در منظر فقه و حقوق، معاونت پژوهشی مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)
- (۸) مطهری، مرتضی، اختلال جنسی در اسلام و جهان غرب، ج ۷، تهران، صدرا، ۱۳۷۲.
- (۹) مهرابی، فریدون، بررسی برخی از ویژگی های تبدیل خواهی جنسی در بیماران ایرانی، در اندیشه و رفتار سال دوم، ش ۳، زمستان ۱۳۷۴
- (۱۰) مومن قمی، سختی درباره ی تغییر جنسیت، فقه اهل بیت، سال دوم، شماره ۷، پاییز ۱۳۷۵
- (۱۱) مومن قمی، محمد، کلمات السدیده فی مسائل جدید، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.



نخستین همایش ملی علوم اسلامی، حقوق و مدیریت

قم - دانشگاه علمی کاربردی استانداری قم - اردیبهشت ماه ۱۳۹۵

(۱۲) موسوی خمینی (ره)، روح الله، تحریرالوسیله، تهران، انتشارات کاظمین، ۱۳۶۲ هـ. ش.