

Effects of Sex change after marriage in Iranian Law and Imamia Jurisprudence.

*Mohammad Roshan

**Alireza Torabi Ziyaratgahi)

In recent decades the achievements of medical science the opportunity to people with disorders of sexual and even healthy people are able to change the gender that permit or not to permit this practice and, most importantly, it works associated with the legal issues very important new recent years. In Iranian law about sex and its consequences there is no specific regulation and must according to Article 167 of the constitution must be female 3 Code of Civil Procedure ruling on this issue referring to extract the sources of Islamic law. From the perspective of jurisprudence based on principles such as the presumption of innocence, add etc so to say, do a sex change permissible and impermissible and has no contraindications . Bzlan sex marriage is the most important Effects of sex change, the nullity of marriage, the husband of dowry and in case of non-penetrative intercourse should be half the dowry to pay wife by transgender husband still will be required to pay alimony but wife don't need to keep missing. Also, Male guardianship over his children will not but Custody continue to comply before the change of gender for each of the couples stationed there for inheritance, by transgender, Winning couple will not inherit from each other. In the case of transgender children, he inherits from his parents on their new gender but in the case of transgender each parent, the child will inherit them under their Previous gender.

Keywords: Sex change, Marriage, Dowry, Province, Inherited

*Faculty Member of Shahid Beheshti University

m-roshan@sbu.ac.ir

**Master of Private Law (Corresponding Author)

a.torabi@csdiran.com

آثار تغییر جنسیت پس از عقد نکاح در حقوق ایران و فقه امامیه

محمد روشن*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۷/۱۲

علیرضا ترابی زیارتگاهی**

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۰/۲۸

چکیده

در چند دهه اخیر دستاوردهای علم پزشکی این امکان را فراهم آورده است که اشخاص مبتلا به نارسایی‌های جنسی و حتی افراد سالم بتوانند اقدام به تغییر جنسیت نمایند که بررسی آثار مترتب بر آن از مسائل حقوقی بسیار بااهمیت و جدید سال‌های اخیر است. در حقوق ایران در خصوص تغییر جنسیت و آثار آن مقرر خاصی وجود نداشته و باید به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، حکم این موضوع را با مراجعه به منابع معتبر فقهی استخراج نمود.

از مهم‌ترین آثار تغییر جنسیت بطلان عقد نکاح است. با بطلان عقد نکاح، زوج باید در صورت دخول کل مهریه و در صورت عدم دخول نیمی از مهریه را به زوج بپردازد. با انجام تغییر جنسیت زوج همچنان ملزم به پرداخت نفقه خواهد بود، اما تکلیف نگهداشتن عده توسط زوج ساقط خواهد شد. همچنین مرد دیگر بر فرزندان خود ولایت نخواهد داشت؛ اما حضانت همچنان مطابق زمان پیش از تغییر جنسیت برای هریک از زوجین مستقر و برقرار است. در خصوص ارث نیز، با انجام تغییر جنسیت، زوجین از یکدیگر ارث نخواهند برد؛ در صورت تغییر جنسیت فرزند، وی بر اساس جنسیت جدید خود از والدین خویش ارث می‌برد، اما در صورت تغییر جنسیت هریک از والدین، ایشان مطابق جنسیت سابق خود از فرزند خویش ارث خواهند برد.

واژگان کلیدی

تغییر جنسیت، عقد نکاح، مهر، ولایت، ارث.

مقدمه

در چند دهه اخیر پیشرفت علم پزشکی آن چنان شتابان شده است که هرروز حقوقدانان را با موضوعات و مسائل حقوقی و فقهی جدیدی روبرو می‌کند، یکی از مهم‌ترین مصادیق این مسائل نوظهور و بدیع، بحث تغییر جنسیت است که مراد از آن دگرگونی جنسیت شخص و هویت مرد یا زن به طور کلی می‌باشد. تغییر جنسیت موضوعی است که ابتدا در غرب شاهد طرح و رواج آن بودیم و در سال‌های اخیر در ایران و کشورهای عربی نیز رواج یافته است. موضوعی که فارغ از مشروعیت یا عدم مشروعیت و جواز آن، هم‌اکنون به کرات در ایران و کشورهای همسایه در حال اتفاق است، به طوری که بر اساس یک گزارش ایران پس از تایلدن بالاترین آمار تغییر جنسیت را به خود اختصاص داده است. (www.asriran.com) به نقل از فارس نیوز ۲۵ مهر ۱۳۸۷)

امکان تحقق تغییر جنسیت با اتکا به یافته‌های علم پزشکی، بیش از هر حوزه دیگری، حوزه علم حقوق و فقه را با رسالت و مأموریتی مهم مواجه می‌سازد؛ چراکه جنسیت یکی از مهم‌ترین موضوعاتی است که هر شخص از ابتدای خلقت تا پایان زندگی خود با آن مواجه است و بسیاری از احکام وضعی و تکلیفی در فقه و حقوق، بر اساس جنسیت هر فرد طرح ریزی شده و در واقع قائم به جنسیت شخص است. حال اما با محقق شدن امکان تغییر جنسیت توسط هر شخص، این دو حوزه می‌بایست در خصوص آثار انجام این عمل بر تمامی احکامی که در ارتباط مستقیم با جنسیت شخص است حکم دهند. بسیاری از کشورها نظیر ترکیه و آلمان، اقدام به وضع مقررات مخصوصی در زمینه تغییر جنسیت و آثار آن نموده‌اند، اما در ایران هیچ‌گونه قانون خاصی در این باره وجود ندارد؛ صرفاً در بند ۱۸ ماده ۴ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۹۱ به این موضوع اشاره شده که رسیدگی به دعاوی تغییر جنسیت در صلاحیت دادگاه خانواده است اما در خصوص نفس تغییر جنسیت و آثار مترتب بر آن صحبتی به میان نیامده است؛ در واقع قانونگذار در مورد این مقوله سکوت نموده است. از آنجایی که هسته تشکیل دهنده حقوق ایران در حقیقت فقه امامیه می‌باشد هیچ مسأله‌ای را نمی‌توان بدون توجه به فقه بررسی و تحلیل نمود. این موضوع در اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی نیز مورد تأکید

قرار گرفته است. پرواضح است که حتی اگر مفاد قانونی مذکور نیز وجود نداشت، موضوع تغییر جنسیت و آثار آن را باید پیش از آن که حقوقی قلمداد نمود، فقهی دانست.

کاملاً مشخص است که انجام تغییر جنسیت پس از عقد نکاح، موضوعات بیشتری را تحت تأثیر قرار می دهد چراکه تنها در ارتباط با شخص تغییر جنسیت داده نبوده و بر حقوق افراد دیگر، از جمله همسر و فرزندان نیز تأثیرگذار است. دلیل این امر این است که عقد نکاح مهم ترین عقدی است که نوع جنسیت طرفین در آن نقش محوری داشته و بر پایه آن استوار است، به همین خاطر با انجام تغییر جنسیت، این عقد دست خوش تغییر خواهد گردید.

با توجه به مطالب بیان شده، در این تحقیق بر آن هستیم تا فارغ از بررسی جواز یا عدم جواز تغییر جنسیت و پذیرش این امر به عنوان یک اصل موضوعه با تکیه بر موازین فقهی و حقوقی ابتدا اثر تغییر جنسیت را بر عقد نکاح بیان نمائیم و در ادامه تأثیر آن را بر سایر موضوعات مرتبط با عقد نکاح شامل مهریه، نفقه، عده، ولایت، حضانت و هم چنین موضوع ارث، مورد تحلیل و بررسی قرار دهیم.

۱. اثر تغییر جنسیت بر عقد نکاح

حقوقدانان در تعریف نکاح به «لزوم اختلاف دو جنس» اشاره کرده اند که از جمله آن ها می توان به این تعریف اشاره نمود: «نکاح قراردادی است که به موجب آن زن و مردی در زندگی با یکدیگر شریک و متحد شده، خانواده ای تشکیل می دهند.» (صفائی و امامی، ۱۳۷۹، ص ۲۱)

اصل لزوم اختلاف جنس در ازدواج، در مواد ۱۰۳۵، ۱۰۵۹، ۱۱۲۲، ۱۰۶۷، ۱۱۲۴ قانون مدنی مورد اشاره واقع شده و در ماده ۱۰۶۷ قانون مذکور، موضوع اختلاف جنس بدین نحو مطرح شده است که: «تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد، شرط صحت نکاح است.» بنابراین آنچه از مفهوم مواد قانون مدنی استنباط می گردد، این است که زوجیت رابطه ای است که تنها میان «مرد و زن» واقع می شود و ازدواج مرد با مرد و زن با زن از نظر فقهی و حقوقی مشروع و جایز نمی باشد.

با توجه به توضیحات فوق پرواضح است که با انجام تغییر جنسیت توسط یکی از زوجین، در واقع به دلیل از بین رفتن لزوم اختلاف جنس، عقد نکاح به طور قطع و یقین منحل می‌گردد؛ اما در خصوص نحوه این انحلال دو نظریه متفاوت مطرح است که در ادامه به بیان و بررسی هر یک از آنها می‌پردازیم:

۱-۱. انفساخ نکاح

عده‌ای از حقوقدانان و برخی از فقهای امامیه (دیانی، ۱۳۷۹، ص ۵۲؛ مؤمن قمی، ۱۴۱۵، ص ۱۱۱) در خصوص سرنوشت عقد نکاح پس از انجام تغییر جنسیت معتقدند که عقد نکاح با این اتفاق منفسخ می‌شود. در حقیقت این دسته از حقوقدانان بر این باورند که اختلاف جنسیت بین زن و شوهر در عقد نکاح، یکی از شروط اساسی برای صحت وقوع نکاح و ادامه حیات آن می‌باشد که می‌بایست هم در ابتدا و هم در ادامه آن به صورت مستمر وجود داشته باشد. به همین دلیل اگر در خلال مدت عقد نکاح این شرط منتفی گردد، عقد نکاح نیز به صورت خودکار منفسخ می‌گردد.

استدلال دیگر قائلین به انفساخ نکاح، این است که چون عقد نکاح از عقود مستمر بوده و لازمه بقای عقد این است که شرایط صحت عقد باید هم در ابتدا و هم در ادامه عقد وجود داشته باشد و به لحاظ این که در زمان انعقاد نکاح، طرفین به ظاهر جنسیت مخالف هم داشته‌اند، با توجه به حجیت ظواهر دلیلی بر بطلان وجود ندارد و نکاح در مرحله انعقاد، صحیح منعقد شده، ولی به لحاظ این که در خلال مدت نکاح که تغییر جنسیت انجام شده است و در واقع دو جنس مخالف، همجنس شده اند اقتضا و امکان بقای عقد از بین رفته است و در نتیجه عقد منفسخ می‌شود. این دسته از حقوقدانان با مقایسه عقد نکاح با عقد اجاره که یکی از عقود مستمر محسوب می‌شود معتقدند عقد نکاح نیز همانند عقد اجاره با منتفی شدن موضوع قرارداد که در حقیقت تمتع جنسی به واسطه اختلاف جنس می‌باشد، منفسخ می‌گردد. (دیانی، ۱۳۷۹، ص ۵۲؛ مؤمن قمی، ۱۴۱۵، ص ۱۱۱) قانونگذار در خصوص عقد اجاره در ماده ۴۸۱ قانون مدنی این گونه مقرر می‌دارد: «هرگاه عین مستأجره به واسطه عیب از قابلیت انتفاع خارج شده و نتوان رفع عیب نمود، اجاره باطل می‌شود.» در ماده ۴۹۶ نیز این گونه بیان می‌دارد: «عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل می‌شود...»

آنچه از مواد مذکور و سایر موادی که در خصوص مزارعه و غیره مقرر شده، قابل استنباط به نظر می‌رسد این است که در صورتی که عین مستأجره از ابتدا قابل انتفاع بوده و در اثنای مدت، از قابلیت افتاده باشد، از آن به بعد اجاره منفسخ می‌شود. لذا هر چند قانونگذار در دو ماده مزبور، از واژه بطلان استفاده کرده است، ولی چنان‌که مؤلفان حقوقی نیز نوشته‌اند، منظور از واژه بطلان در این مواد انفساخ اجاره است. (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۳۵۳)

مهم‌ترین ایراد و مسأله‌ای که در خصوص دیدگاه فوق مطرح می‌شود این است که در مواردی که شخص دوجنسی یا خنثی پس از ازدواج اقدام به تغییر جنسیت می‌نماید آیا می‌توان با استناد به دلیل فوق قائل به انفساخ نکاح گردید؟ به نظر می‌رسد با توجه به اینکه در حقیقت، در زمان انعقاد عقد نکاح، در شناسایی جنسیت شخص به نوعی اشتباه رخ داده است، این مورد باید در ذیل مبحث اشتباه در موضوع قرارداد بررسی شود. از آنجایی که جنسیت شخص در نکاح آن قدر اساسی و مهم محسوب می‌شود که می‌توان گفت ماهیت عرفی موضوع قرارداد محسوب می‌گردد، باید گفت چنین اشتباهی از موارد بطلان قرارداد می‌باشد (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۷۲) و عقد نکاح باطل می‌گردد و نه منفسخ.

علاوه بر ایراد فوق در خصوص نقد کلی دیگری که به نظریه مذکور وارد است، باید گفت، با توجه به این که در هیچ جای قانون مدنی به انفساخ نکاح اشاره نگردیده است و موارد فسخ نکاح نیز به صورت مشخص در مواد ۱۱۲۲، ۱۱۲۳ و ۱۱۲۸ احصا شده است و همچنین از سوی دیگر مقایسه عقد نکاح با سایر عقود نظیر اجاره، مزارعه و... نیز چندان از نظر حقوقی صحیح نمی‌باشد، باید گفت قائل شدن به انفساخ نکاح پس از انجام تغییر جنسیت، به شدت قابل تأمل است.

۲-۱. نظریه بطلان نکاح

با توجه به این که تغییر جنسیت از نظر عقلی در دو حالت کلی تغییر جنسیت یکی از زوجین یا تغییر جنسیت هر دو زوج قابل تصور خواهد بود، در ادامه در خصوص هریک از این فروض به صورت جداگانه بحث و بررسی می‌نماییم.

۱-۲-۱. تغییر جنسیت یکی از زوجین

در صورتی که یکی از زوجین اقدام به تغییر جنسیت نماید، قطعاً یکی از دو حالت ذیل امکان تحقق خواهد داشت:

الف- تغییر جنسیت زوجه به مرد.

ب- تغییر جنسیت زوج به زن.

در ادامه هریک از دو حالت فوق را بررسی خواهیم نمود:

الف- تغییر جنسیت زوجه به مرد

در صورتی که پس از ازدواج، زوجه تغییر جنسیت داده و به مرد تبدیل شود موضوع ازدواج، یعنی عنوان «زن و شوهر» از بین رفته و از زمان تغییر جنسیت ازدواج باطل است؛ چراکه اولاً؛ امکان بقای ازدواج وجود ندارد و ازدواج مرد با مرد مشروع نیست. ثانیاً؛ بطلان ازدواج به دلیل عدم وجود یکی از شرایط صحت آن، یعنی لزوم اختلاف جنس که در ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی نیز به آن اشاره شده، امری قهری و مسلم است.

ب- تغییر جنسیت زوج به زن

این مورد نیز همچون حالت قبل است؛ یعنی هرگاه پس از ازدواج مرد تغییر جنسیت دهد و به زن تبدیل شود، با توجه به این که موضوع ازدواج یعنی «مرد و زن» تغییر کرده و موضوع جدید، یعنی «زن و زن» به وجود می آید، به لحاظ فقدان شرط لزوم اختلاف در جنسیت، بطلان ازدواج بدیهی خواهد بود.

در عمل، هنگامی که سردفتر بخواهد نکاحی را ثبت کند، برای احراز اختلاف جنس، به شناسنامه طرفین رجوع می کند و آن را در دفتر رسمی ازدواج به ثبت می رساند. از آنجاکه اختلاف جنس را هم هنگام عقد و هم در دوران زناشویی، باید شرط صحت نکاح دانست و به عبارت دیگر، اختلاف جنس هم در ابتدا و هم در ادامه شرط است. از این رو نکاح با تغییر جنسیت باطل خواهد شد؛ البته این دادگاه است که باید تغییر جنسیت را بر اساس نظر کارشناسان احراز و بطلان نکاح را اعلام کند. (صفائی و امامی، ۱۳۷۹، صص ۳۷-۳۸) در حقیقت، حکم دادگاه در این خصوص جنبه اعلامی دارد و نه انشایی.

استدلال دیگری که در تأیید دیدگاه فوق از سوی برخی حقوقدانان مطرح شده، این است که ازدواج هم جنس، ضمن حرمت، برخلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی است؛ لذا طبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی باطل است و در نتیجه اعم از آن که بدو هم جنسی وجود داشته یا بعداً به دلایلی از قبیل تغییر جنسیت، محقق شود ازدواج باطل خواهد شد. (روشن، ۱۳۹۱، ص ۴۵۷)

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

۲-۱. تغییر جنسیت هر دو زوج

در صورتی که هر دو زوج اقدام به تغییر جنسیت نمایند نیز قطعاً مطابق فرض کلی پیشین، یکی از دو حالت ذیل امکان تحقق خواهد داشت:

الف- تغییر جنسیت زوجین به صورت غیر هم‌زمان؛

ب- تغییر جنسیت زوجین به صورت هم‌زمان؛

در ادامه به بررسی هریک از دو حالت فوق به صورت جداگانه می پردازیم:

الف- تغییر جنسیت زوجین به صورت غیر هم‌زمان

ممکن است هر یک از زوجین بافاصله زمانی مثلاً یک یا دو سال، اقدام به تغییر جنسیت نمایند؛ برای مثال فرض کنیم ابتدا زوجه تغییر جنسیت داده و به مرد تبدیل شود و بعد از سپری شدن مدتی، زوج اقدام به تغییر جنسیت نموده و تبدیل به زن شود؛ حال سؤال این است که وضعیت ازدواج این دسته از اشخاص چگونه خواهد بود؟ آیا همچون حالت قبل، ازدواج باطل است یا اینکه با تغییر جنسیت مجدد علقه زوجیت حاصل شده و نیاز به عقد جدید نمی باشد؟

در پاسخ به این سؤال باید گفت، با توجه به اینکه به محض وقوع تغییر جنسیت از سوی یکی از زوجین، شرط تعایر جنسیت از بین رفته و نکاح باطل می گردد، پس از وقوع تغییر جنسیت دوم، تفاوتی در اصل موضوع ایجاد نشده و نکاح نمی تواند به حالت قبل از بطلان بازگردد. در حقیقت فرقی نمی کند که تغییر جنسیت دوم، بافاصله

زمانی کوتاه اتفاق بیفتد یا اینکه مدت زمان مدیدی بعد از تغییر جنسیت اول، یکی دیگر از زوجین اقدام به تغییر جنسیت بنماید، در هر دو حالت نکاح باطل گردیده و برای ایجاد علقه زوجیت می‌بایست مجدداً خطبه عقد بین ایشان جاری شود. در تحریرالوسیله نیز در این باره این‌گونه نگاشته شده است:

«اگر زن و شوهر جنسیت خود را به جنس مخالف تبدیل کنند، به گونه‌ای که شوهر به زن تبدیل شود و زن به مرد تبدیل گردد، چنانچه تغییر آن دو به صورت غیرمقتارن (غیر هم‌زمان) باشد، حکم آن مانند مورد قبل (بطلان) است.»^۱ (خمینی، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۵۵۹)

ب- تغییر جنسیت زوجین به صورت هم‌زمان

در خصوص این فرض دو دیدگاه و احتمال وجود دارد:

احتمال نخست این است که ازدواج سابق همچنان پابرجاست و نیازی به عقد جدیدی نمی‌باشد؛ زیرا هدف از نکاح، ایجاد پیوند زناشویی میان زن و مرد (زوجیت هر یک نسبت به دیگری) است و در این فرض نیز یک زن وجود دارد و یک مرد، پس در واقع می‌توان گفت که لزوم وجود تغایر در جنسیت به عنوان یکی از شروط صحت نکاح حفظ شده است و از این جهت خللی به عقد وارد نیامده و تنها حالت و چگونگی رابطه زوج و زوجه، پیش و پس از عمل جراحی تغییر کرده است. بنابراین، زوج فعلی در حقیقت قبلاً زوجه بوده، و زوجه فعلی نیز قبلاً زوج بوده که در این وضعیت جدید، حقیقت ازدواج یعنی زوجیت هر یک نسبت به دیگری، همچنان به حال خودش باقی بوده و تغییری نیافته است؛ در واقع باید گفت صرفاً در این مورد وظیفه هر یک با وضعیت سابق دگرگون شده است به این صورت که مرد فعلی قبلاً نقش زوجه و بالتبع وظایف زن را (نظیر اطاعت) بر عهده داشت و زن فعلی نیز قبلاً نقش زوج و بالتبع وظایف یک مرد (نظیر پرداخت نفقه) را بر عهده داشت.

بعضی از فقها در خصوص فرض مذکور معتقدند که، ازدواج زن و شوهر باقی است، اگرچه احوط آن است که دوباره ازدواج کنند و زن فعلی با غیر مردی که قبلاً زن او بوده ازدواج نکند مگر آن که با اجازه هر دو طلاق واقع شود. (خمینی، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۵۵۹)

برخی نیز به طور مطلق قائل به بقای عقد نکاح و عدم بطلان آن می‌باشند. (مؤمن قمی، ۱۴۱۵، ص ۱۱۰)

در خصوص دلیل حکم فوق می‌توان گفت، حقیقت نکاح ایجاد پیوند زوجیت بین مرد و زن است و این پیوند قطعاً بین آن زوجین حادث شده است. آن‌گاه در فرضی که زن و شوهر به صورت هم‌زمان، اقدام به تغییر جنسیت می‌نمایند، موضوع از بین رفتن یا باقی ماندن عقد نکاح موردشک و تردید واقع می‌شود؛ لذا با توجه به اینکه قبل از ایجاد تغییر جنسیت به وجود عقد نکاح یقین داشتیم، بر اساس مفاد اصل استصحاب می‌توان بقای زوجیت را استصحاب نمود.

دیدگاه و احتمال دومی که در این خصوص وجود دارد، بطلان نکاح است. در حقیقت بر طبق این احتمال همانند فرضی که زوجین به صورت غیر هم‌زمان اقدام به تغییر جنسیت می‌نمایند، در صورتی که به طور هم‌زمان نیز تغییر جنسیت دهند، نکاحشان باطل خواهد بود؛ چراکه مطابق استدلال بیان شده، دلیل حکم بطلان، ارتباطی به زمان تغییر جنسیت نداشته و فرقی ندارد که تغییر جنسیت زوجین به صورت هم‌زمان اتفاق افتاده باشد یا غیر هم‌زمان و یا اینکه فاصله‌اش زیاد باشد یا کم. دلیل بطلان نکاح این است که، حقیقت اعتبار نکاح، همسر یکدیگر شدن زن و مرد است و عنوان شوهر بودن زوج و همسر بودن زوجه در عقد نکاح و وظایف و تعهداتی که هر یک انجام می‌دهند یک عنوان اعتباری صرف و بدون توجه به شخصیت زوج و زوجه نیست که با تغییر جنسیت بتوان اعتبار مذکور را استصحاب کرد، بلکه با توجه به وظایف و تعهدات متفاوت هر یک از طرفین و موضوعیت داشتن شرایط و ویژگی هر یک از طرفین برای طرف دیگر، باید گفت تفاوت آن دو ذاتی و واقعی است. در حقیقت باید گفت در این فرض استناد به قاعده استصحاب دارای یک ایراد اساسی است و آن این است که در استصحاب ازدواج سابق، بر اساس ارتکاز عرفی، می‌بایست صفت رجولیت مرد و انوئیت زن در تمام طول مدت عقد نکاح، باقی باشد درحالی که با انجام تغییر جنسیت، این موضوع از بین می‌رود و درواقع یکی از ارکان استصحاب یعنی بقای موضوع موجود نمی‌باشد؛ لذا تمسک به اصل استصحاب را دچار مشکل می‌نماید. از سوی دیگر اقتضای قاعده تبعیت قصد از عقد (العقود تابعه للقصود) و ماده ۱۹۴ قانون مدنی، مبنی بر لزوم توافق طرفین درباره نوع و موضوع عقد این است که پس از تغییر

جنسیت نکاح باقی نماند؛ زیرا تحمیل تعهدات و وظایف زوج بر مرد فعلی و تعهدات و وظایف زوجه بر زن فعلی، امری است که هیچ کدام از طرفین آن را قصد نکرده‌اند. در مجموع به نظر می‌رسد نظریه نزدیک به صواب در خصوص تغییر جنسیت هم زمان زوجین این نظر است که نکاح باطل می‌شود و امکان استحصای نکاح سابق وجود ندارد.

۲. اثر تغییر جنسیت و مهریه

مهریه یکی از موضوعات مهم و از ارکان اصلی عقد نکاح می‌باشد. در خصوص مسأله وضعیت پرداخت مهریه بعد از تغییر جنسیت یکی از زوجین، چهار دیدگاه از سوی فقهای امامیه مطرح شده است که هر یک را به‌طور جداگانه مورد بررسی قرار خواهیم داد:

۲-۱. عدم استحقاق مهر

یک دیدگاه این است که پرداخت مهریه مطلقاً لازم نیست؛ زیرا نکاح در حقیقت دربرگیرنده یک نوع معاوضه بین منافع بضع و مهریه است؛ به تعبیر بهتر، زن در ازای واگذاری منافع بضع خود صاحب مهریه می‌گردد اما از آن جایی که تغییر جنسیت موجب انفساخ نکاح می‌گردد، پس علی‌الاصول هر یک از عوضین نیز به‌طور خودکار به حالت قبل از عقد نکاح بازمی‌گردد؛ یعنی مهریه متعلق به مرد شده و موضوع واگذاری منافع بضع زن به مرد نیز منتفی می‌شود. (مؤمن قمی، ۱۴۱۵، ص ۱۱۱)

اشکال جدی وارده بر این دیدگاه این است که حتی اگر بپذیریم عقد نکاح با انجام تغییر جنسیت منفسخ می‌شود (درحالی که در مطالب قبلی بیان نمودیم دیدگاه ابطال نکاح به صواب نزدیک‌تر است) باز نمی‌توان توجیه فوق برای عدم استحقاق مهریه را پذیرفت؛ زیرا حقیقت نکاح، معاوضه چیزی با مهر نیست و عقد نکاح در حقیقت اصلاً در زمره عقود معاوضی به معنای حقیقی کلمه محسوب نمی‌شود تا مقتضای منفسخ شدن آن، این باشد که عوضین آن از جمله مهر به محض انفساخ به حالت قبل از تحقق عقد بازگردد.

معاوضی نبودن عقد نکاح به این دلیل است که در عقود معاوضی، عدم ذکر عوض موجب مجهول شدن عقد و در نتیجه بطلان آن می‌گردد، درحالی که عدم ذکر مهریه در

عقد نکاح دائم به صحت عقد خللی وارد نمی‌آورد. (نجفی، ۱۴۰۱، ج ۳۱، ص ۳۰)

۲-۲. استحقاق تمام مهر

دیدگاه دیگری که توسط برخی از فقهای امامیه بیان شده این است که پس از انجام تغییر جنسیت در هر حالت مرد موظف به پرداخت تمام مهریه به زن خواهد بود. در واقع این عده از فقها معتقدند که مهریه در حقیقت جعل و قرار دادن چیزی افزون بر عقد نکاح و رابطه زوجیت برای زوج است. شاید بتوان گفت به زعم ایشان مهریه از قبیل شرط ضمن عقد بوده که اقتضای آن این است که حتی پس از باطل شدن عقد نکاح نیز زوج مالک مهریه شود و مقتضای مفاد قاعده استحباب نیز این موضوع را تأیید می‌کند که به سبب تغییر جنسیت، بدون تفاوت میان تمام و بعض مهر، مالکیت تمام مهر برای زن باقی بماند و پرداخت کل مهریه، چه دخول صورت گرفته باشد یا نه، مطلقاً بر عهده مرد باقی بماند.

در تحریرالوسیله پرداخت کل مهریه قوی ترین احتمال قلمداد شده است. (خمینی،

۱۳۶۶، ج ۲، ص ۵۵۹)

یکی از فقهای معاصر^۲ که قائل به این دیدگاه شده‌اند این‌گونه می‌فرمایند: اگر تغییر جنسیت از طرف زن و با اذن شوهر انجام شود، در صورت عدم آمیزش قبل از تغییر، مهریه زن باید به طور کامل پرداخت شود و احتیاط آن است که مصالحه کنند؛ اگر زن بدون اجازه شوهر، اقدام به تغییر جنسیت کرده باشد، در صورتی که باید با اذن شوهر اقدام به این کار می‌کرد، مرتکب گناه شده است، ولی از مهریه محروم نمی‌شد و طبق حکم شرعی، تمام مهریه به او می‌رسد. (خدادادی، ۱۳۸۵، صص ۳۵۲-۳۵۳)

عده‌ای از حقوقدانان برای لزوم پرداخت تمام مهر، علاوه بر قاعده استحباب به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی نیز استناد نموده‌اند. (روشن، ۱۳۹۱، ص ۴۵۸) ایرادی که می‌توان در خصوص این دیدگاه مطرح نمود این است که بر اساس آیه ۲۳۷ سوره بقره که می‌فرماید: *وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن و قد فرضتم لهن فریضته فنصف ما فرضتم إلا أن یعفون أو یعفو الذی بیده عقدة النکاح.* (و اگر زن‌ها را طلاق دهید پیش از آنکه با آنها مباشرت کرده باشید، در صورتی که برای آنان مهری مقرر داشته‌اید بایستی نصف مهری را که معین نموده‌اید به آنها بدهید مگر آن‌که آنها یا خود یا کسی

که امر نکاح به دست اوست گذشت کنند.) همچنین روایات عدیده متقن منابع فقه امامیه در خصوص این مطلب که صرفاً پس از دخول پرداخت کل مهر بر مرد واجب می‌شود، به نظر نمی‌رسد بتوان به صورت کامل این دیدگاه را پذیرفت و گفت مهریه قبل از دخول نیز بر مرد واجب است.

۳-۲. پرداخت تمام مهر در صورت دخول و پرداخت نصف مهر در صورت عدم دخول

احتمال دیگری که مطرح شده است این است که اگر قبل از تغییر جنسیت دخول صورت پذیرفته باشد با ابطال نکاح به واسطه تغییر جنسیت کل مهریه زن می‌بایست به وی پرداخت گردد، اما در صورتی که تغییر جنسیت و ابطال نکاح پیش از دخول باشد، نیمی از مهریه به زن پرداخت می‌شود.

یکی از فقهای امامیه معاصر در این خصوص می‌فرمایند: اگر زنی پس از ازدواج تغییر جنسیت دهد و مرد شود، ازدواج او از هنگامی که تغییر جنسیت برای او حاصل شد، باطل می‌شود و باید نصف مهر را - در صورتی که با او آمیزش نکرده باشد - یا تمام مهر را - در صورتی که با او آمیزش کرده باشد - به وی بپردازد. همچنین است حکم مردی که پس از ازدواج با زنی تغییر جنسیت دهد، ازدواجش از هنگامی که تغییر پدید آمد، باطل می‌شود و در صورت آمیزش تمام مهر و در غیر این صورت، نصف مهر را باید به او بدهد. (جناتی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۲۵۵)

همان طور که در توضیح و بررسی دیدگاه پیشین نیز بیان گردید، روایات معتبر و متواتر بسیاری وجود دارد که پرداخت کل مهر را صرفاً در صورتی لازم می‌داند که نزدیکی صورت پذیرفته باشد؛ برای مثال صحیحۀ داود بن سرحان که از امام صادق (ع) روایت می‌کند: «هرگاه دخول صورت گیرد غسل، تازیانه، سنگسار کردن و نیز مهر واجب می‌شوند.»^۳ (حر عاملی، ۱۹۸۳، ج ۱۸، صص ۶۵-۶۶)

از سوی دیگر از "ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی" که مقرر می‌دارد: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد، زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلاً داده باشد، حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلاً یا قیمتاً استرداد کند» نیز برداشت می‌شود که وجوب پرداخت کل مهریه منوط به دخول است. با توجه به ماده یادشده و مهم‌تر از آن، روایات و فتاوی معتبر و متواتر موجود در

زمینه مهریه که همگی پرداخت مهریه را منوط به دخول می‌نمایند، باید گفت این دیدگاه که در حقیقت بین دو دیدگاه قبل، قائل به تفصیل شده است و جیه تر به نظر می‌رسد؛ چراکه به این ترتیب بر اساس مفاد قاعده الجمع مهما امکن اولی من الطرح نیز عمل نموده‌ایم.

برخی از حقوقدانان در موافقت با این دیدگاه معتقدند اگر عقد نکاح یک عقد معاوضی باشد با فسخ نکاح تمامی مهر باید مسترد و در صورتی که مؤجل بودن، دینی به عهده مرد نخواهد بود، لیکن باید قائل به تفصیل شد؛ لذا در صورت آمیزش باید تأدیه و در غیر این صورت نصف مهر بر عهده زوج خواهد بود، ولی احتیاطاً مصالحه شود (روشن، ۱۳۹۱، ص ۴۵۸) اما مخالفان این دیدگاه معتقدند کلیه روایات موجود در زمینه مهریه که همگی پرداخت کل مهریه را منوط به دخول می‌دانند به خصوص مورد طلاق انصراف دارند و شامل فرض تغییر جنسیت نمی‌شوند؛ لیکن در پاسخ باید گفت این ادعا، هیچ دلیلی ندارد؛ زیرا کلیه روایات در مقام بیان موضوع حکم مهر هستند. (کریمی‌نیا، ۱۳۸۹، ص ۳۰۰)

۴-۲. عدم پرداخت مهریه در صورت عدم کسب اجازه زوج

بر اساس این دیدگاه، اگر عمل تغییر جنسیت از سوی زوجه بدون اطلاع و اذن زوج صورت گیرد چه دخول شده باشد، چه نشده باشد، مطلقاً هیچ چیز بر شوهر لازم نیست؛ (صانعی، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۴۶۵) زیرا زوجه با اطلاع ندادن وضعیت خود به زوج، موجب فریب او شده است. در نتیجه اگر زوجه بخواهد از زوج مطالبه مهر کند، زوج نیز به استناد قاعده غرور، حق مراجعه به او را خواهد داشت و به استناد تهاتر، دین طرفین نسبت به یکدیگر ساقط می‌گردد. دلیل دیگری که بیان شده این است که انگیزه شوهر از جعل و پرداخت مهریه به همسر خود، در زمان عقد نکاح، آن است که همسرش سالیان سال با او زندگی مشترک داشته باشد، اما زن با انجام تغییر جنسیت، بدون اجازه شوهر در حقیقت به شوهر خود خسارت و ضرر مالی زده است، پس از باب قاعده ضمان، مسئول جبران خسارات وارده به اوست. بنابراین اگر قبل از تغییر جنسیت، مهریه اش را دریافت کرده باید برگرداند و اگر دریافت نکرده است، گرفتن آن جایز نیست. (مؤمن قمی، ۱۴۱۵، ص ۱۱۴)

به نظر می‌رسد که این دیدگاه در مقابل سه دیدگاه قبلی ضعیف‌تر بوده و به شدت قابل ایراد است چراکه به استناد ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «به مجرد عقد زن مالک مهر می‌شود...» زن با وقوع عقد نکاح مالک مهریه می‌گردد و حتی برای احقاق آن می‌تواند به طرق قانونی مانند رجوع به دادگاه و صدور اجرائیه ثبتی، متوسل گردد؛ چراکه این موضوع مقتضای عقد نکاح است؛ از سوی دیگر نمی‌توان گفت که وی با تغییر جنسیت موجب اتلاف مالی از شوهر شده؛ چراکه اصلاً ماهیت نکاح مال نبوده که وی موجب از بین رفتن آن شود بلکه تغییر جنسیت ماهیت نکاح را که در واقع زوجیت است از بین می‌برد و نمی‌توان از آن تلف مالی از شوهر را برداشت نمود.

۳. تغییر جنسیت و نفقه

با انجام تغییر جنسیت و انحلال نکاح یکی از سؤالات مهم قابل طرح که در این خصوص مطرح می‌گردد، این است که مسأله «وجوب نفقه» یا «سقوط نفقه» چگونه خواهد بود. با توجه به این که در خصوص نفقه دو فرض نفقه فرزندان و نفقه همسر قابل تصور است. در ادامه در دو قسمت جداگانه این دو موضوع را بررسی می‌نماییم:

۳-۱. نفقه همسر

با توجه به مواد ۱۱۰۶ و ۱۱۰۸ قانون مدنی باید گفت شرط وجوب نفقه، دائمی بودن نکاح و تمکین زوجه است. در خصوص نفقه همسر باید گفت که در حقیقت پس از انجام تغییر جنسیت، درباره وجوب یا عدم وجوب نفقه شک و تردید می‌شود، از آنجایی که قبل از تغییر جنسیت، پرداخت نفقه واجب بوده، پس از تغییر جنسیت نیز بنا بر اصل استحباب، وجوب نفقه را استصحاب نموده و حکم به بقای ماکان می‌نماییم. (روشن، ۱۳۹۱، ص ۴۵۸) با توجه به این استدلال باید گفت در فرضی که پس از ازدواج دائم، مرد تغییر جنسیت دهد و به زن تبدیل گردد علیرغم بطلان ازدواج سابق، همچنان موظف به پرداخت نفقه به زوجه سابق خویش باشد. در فرض تغییر جنسیت زن به مرد نیز، ازدواج سابق باطل و پرداخت نفقه به عنوان یک حکم شرعی همچنان به دلیل فوق، بر عهده زوج باقی خواهد ماند.

تنها ایرادی که می‌توان به این استدلال وارد نمود این است که یکی از شروط

اساسی استصحاب «بقای موضوع» است، اما در اینجا موضوع زن و مرد عوض شده است و در حقیقت در وضعیت جدید، شاهد وجود «دو مرد» یا «دو زن» هستیم؛ بنابراین به نظر می‌رسد حکم نیز عوض شده است و نمی‌توان با استناد به اصل استصحاب حکم به وجوب پرداخت نفقه نمود. (صدر، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۱۳۸)

۲-۳. نفقه فرزندان

ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی درباره نفقه اولاد می‌گوید: «نفقه اولاد بر عهده پدر است...». حال چنانچه پدر تغییر جنسیت داده و به زن تبدیل شود، در خصوص اینکه آیا زن فعلی همچنان موظف به پرداخت نفقه فرزندان خویش هست یا خیر، دو احتمال مطرح شده که به شرح ذیل است:

أ- تغییر جنسیت پدر به زن، باعث سقوط تمام تکالیفی است که برای جنسیت سابق وضع شده است؛ به عبارت دیگر تغییر جنسیت پدر موجب سقوط وی از عنوان پدر بودن گردیده و در نتیجه الزام به نفقه نیز که به استناد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی در وهله اول بر عهده پدر قرار گرفته به طور کلی از بین می‌رود. آیت الله محمد صدر به نقل از دکتر کریمی‌نیا از جمله فقهای قائل به این احتمال است. (کریمی‌نیا، ۱۳۸۹، ص ۳۲۹)

ب- تغییر جنسیت پدر و تبدیل شدن وی به زن، تأثیری در وجوب نفقه فرزندان ندارد و او همچنان موظف به پرداخت نفقه است. استدلال قائلین به این احتمال این است که در فقه امامیه عنوان پدر بر کسی اطلاق می‌شود که فرزند از نطفه وی به وجود آمده باشد. (مؤمن قمی، ۱۴۱۵، ص ۱۱۵) لذا با توجه به اینکه پس از تغییر جنسیت از نظر عرف جامعه همچنان شخصی که تغییر جنسیت داده به عنوان پدر شناخته می‌شود، وی همچنان موظف به پرداخت نفقه به فرزندان می‌باشد.

جبه عنوان جمع‌بندی از بین دو احتمال فوق به نظر می‌رسد احتمال دوم با توجه به استدلال بیان شده، وجیه‌تر به نظر رسیده و با موازین فقه امامیه نیز تطابق بیشتری دارد؛ لذا باید گفت پس از تغییر جنسیت پدر و تبدیل شدن به زن، وی همچنان موظف به پرداخت نفقه در حق فرزندان خود می‌باشد.

۴. تغییر جنسیت و عده

یکی از بحث‌های مطرح در خصوص تغییر جنسیت، مسأله لزوم یا عدم لزوم

نگه داشتن عده پس از تغییر جنسیت است. همان طور که در مطالب پیشین بیان گردید چنانچه زن تغییر جنسیت دهد، ازدواج سابق باطل می شود. حال آیا وی بلافاصله بعد از تغییر جنسیت می تواند ازدواج نماید یا باید عده نگه دارد؟ در پاسخ به این سؤال دو احتمال مطرح شده است:

احتمال اول این است که تغییر جنسیت همانند مرگ و طلاق است و نیاز به عده دارد؛ چون غایت و هدف عده، رعایت حرمت شوهر است. (مؤمن قمی، ۱۴۱۵، ص ۱۲۳) استدلال مزبور در خصوص عده وفات ممکن است درست باشد، ولی در خصوص عده طلاق قطعاً منتفی است؛ چه آن که حکمت عده در مورد طلاق جلوگیری از اختلاط نسل است و نه رعایت حرمت شوهر که در بحث ما با توجه به تغییر جنسیت زن احتمال اختلاط نسل منتفی است. (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۳۰۱)

احتمال دوم این است که تغییر جنسیت سبب سقوط عده می گردد؛ چون حکم عده مانند احکام دیگر همچون حیض و نفاس از احکام مربوط به جنس «زن» است و وجوب و بقای این موضوع وابسته به وجود جنس «زن» می باشد؛ بنابراین موضوع نگه داشتن عده نیز منتفی می گردد. (مؤمن قمی، ۱۴۱۵، ص ۱۲۳) این مورد همانند سایر احکام مختص زنان نظیر حرمت نگاه کردن به او و وجوب پوشش است که پس از تغییر جنسیت با توجه به از بین رفتن صفت انوئیت، به تعبیر اصولیون «سالبه به انتفای موضوع» گردیده و دیگر جایگاهی ندارد. (روشن، ۱۳۹۱، ص ۲۸۶)

از سوی دیگر با توجه به این که ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی از واژه «زن» استفاده کرده است، باید گفت پس از تغییر جنسیت، دیگر به زوجه زن اطلاق نمی شود تا بگوییم مشمول ماده مزبور می گردد.

نتیجه این که به عنوان جمع بندی به نظر می رسد باید گفت احتمال دوم بهتر است و پس از تغییر جنسیت نگه داشتن عده لزوم ندارد.

۵. تغییر جنسیت و ولایت

در خصوص وضعیت ولایت پس از تغییر جنسیت پدر به زن در بین فقهای امامیه و به تبع حقوقدانان دو دیدگاه وجود دارد که هریک را در دو بند جداگانه بررسی

می‌نماییم.

۱-۵. سقوط ولایت

برخی از فقهای امامیه معتقدند ولایت پدر پس از تغییر جنسیت سقوط می‌کند. در این خصوص، در تحریرالوسیله چنین آمده است: «هرگاه جنس مرد به زن تغییر کند، ظاهر آن است که ولایت وی بر کودکانش ساقط می‌گردد.»^۴ (خمینی، ۱۳۶۶، ج ۲ صص ۵۵۹)

از مطالعه دلایل آن دسته از فقهای امامیه که قائل به سقوط ولایت پس از تغییر جنسیت پدر هستند، مشخص می‌شود عمده دلیل ایشان بر دو محور ذیل استوار است: نخست آن که ولایت از حقوقی است که بر عنوان «پدر» یا به تعبیر دیگر «ابوت» مترتب می‌شود، اما با تغییر جنسیت پدر این عنوان سالبه به انتفای موضوع خواهد شد؛ چراکه موضوع که همان ابوت است دیگر وجود ندارد تا احکام خاص آن از جمله ولایت بر آن بار شود. (مؤمن قمی، ۱۴۱۵، ص ۱۱۵)

همان‌گونه که پیش‌تر و در مباحث قبلی اشاره گردید این موضوع قابل مناقشه به نظر می‌رسد؛ چراکه از لحاظ عرفی و در فقه امامیه به کسی که شخص از نطفه او پدید آید لفظ پدر الی الابد قابل اطلاق است به همین خاطر باید گفت به پدر همچنان پس از تغییر جنسیت می‌توان پدر گفت.

دلیل دومی که طرفداران دیدگاه سقوط ولایت به آن استناد می‌کنند این است که فرضاً بپذیریم که عنوان پدر بعد از تغییر جنسیت همچنان بر وی قابل اطلاق باشد، اما صفت رجولیت یا همان مردانگی از او زایل شده است؛ درحالی‌که لازمه ولایت، داشتن صفت مردانگی است، اما با تغییر جنسیت این مطلب از بین رفته و در نتیجه نمی‌توان بقای ولایت را نتیجه گرفت.

به نظر می‌رسد این دیدگاه از نظر منطق استدلالی قوی‌تر به نظر رسیده و باید گفت پس از تغییر جنسیت پدر، باید حکم به سقوط ولایت وی داد.

۲-۵. بقای ولایت

در مقابل دیدگاه پیشین، عده‌ای معتقدند که پس از تغییر جنسیت پدر، ولایت ایشان با توجه به دلیلی که در نفی و رد استدلال فقهای قائل به سقوط ولایت مطرح شد،

همچنان باقی است. ایشان به عنوان دلیل اثباتی نیز معتقدند بنا بر اصل استصحاب پس از تغییر جنسیت پدر، در بقای ولایت پدر تردید می‌کنیم و بقای ولایت را بر اساس مفاد اصل مذکور، استصحاب می‌نماییم. در مقابل به عنوان خدشه باید گفت به نظر می‌رسد با توجه به این که پس از انجام تغییر جنسیت در حقیقت تبدیل موضوع صورت می‌گیرد نمی‌توان به قاعده استصحاب تمسک نمود. (روشن، ۱۳۹۰، ص ۴۵۶)

۶. تغییر جنسیت و حضانت

در خصوص تأثیر تغییر جنسیت پدر و تبدیل شدن وی به زن بر حق حضانت باید گفت با انجام تغییر جنسیت، عنوان «پدر» تغییر نمی‌کند بلکه صرفاً صفت رجولیت (مرد بودن) از وی زایل و تبدیل به انوئیت (زن بودن) می‌گردد. از نظر شرعی نیز لفظ پدر به کسی اطلاق می‌گردد که فرزند از نطفه (اسپرم) وی به وجود آمده است و با تغییر جنسیت هر چند صفت رجولیت زایل می‌گردد ولیکن عنوان پدر تغییر نمی‌یابد؛ به همین دلیل باید گفت ظاهراً پس از انجام تغییر جنسیت توسط پدر حق حضانت وی همچنان پای برجاست. (کریمی نیا، ۱۳۸۹، ص ۳۲۹) علاوه بر دلایل مطرح شده به جهت اثبات تداوم حق حضانت مادر و پدر پس از انجام تغییر جنسیت بر اساس اصل استصحاب، می‌توان به مفاد قاعده ترجیح بلا مرجح نیز استناد کرد. (روشن، ۱۳۹۰، ص ۲۸۶) البته باید این نکته را نیز اضافه نمود که اگر تغییر جنسیت پدر اثر سوئی نسبت به فرزند داشته باشد و به او آسیب برساند، به لحاظ اینکه فلسفه وجودی در نظر گرفتن حقوقی از قبیل حضانت و ولایت، حمایت از فرزند (از جنبه معنوی و مادی) می‌باشد، در صورت تشخیص توسط دادگاه می‌توان حکم به سقوط این حقوق نمود.

به نظر می‌رسد این مورد علی‌الخصوص درجایی پررنگ‌تر می‌شود که پدر پس از انجام تغییر جنسیت و تبدیل شدن به زن بخواهد اقدام به ازدواج با مرد دیگری بنماید که در این صورت باید با استناد به مفهوم قابل برداشت از ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی و روح حاکم بر آن که بیان می‌دارد: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست مبتلا به جنون باشد یا به دیگری شوهر کند، حق حضانت با پدر خواهد بود»، حکم به سقوط حق حضانت پدر داد.

۷. تغییر جنسیت و ارث

یکی از مطالب مهمی که در بحث آثار تغییر جنسیت باید مورد بررسی قرار داد، موضوع تأثیر تغییر جنسیت بر مسئله ارث می باشد. از آنجایی که مسئله ارث ارتباط مستقیمی با جنسیت هر شخص داشته و نوع جنسیت شخص در تعیین میزان حصه وی بسیار تأثیرگذار است، باید گفت بحث ارث از مسائلی است که بشدت پس از تغییر جنسیت مورد تأثیر واقع می گردد.

با توجه به فروض مختلف ارث، در ادامه با تقسیم این مبحث به سه قسمت مجزا، در باب اثر تغییر جنسیت بر هریک از این فروض به صورت جداگانه بحث و بررسی خواهیم نمود.

۷-۱. اثر تغییر جنسیت بر ارث بردن زوجین از یکدیگر

هریک از زوجین در نکاح دائم در صورت فوت دیگری، از متوفی ارث می برد. ماده ۹۴۰ قانون مدنی در این باره این گونه مقرر می دارد: «زوجین که زوجیت آن ها دائمی بوده و ممنوع از ارث نباشد، از یکدیگر ارث می برند.»

برای توارث زوجین از یکدیگر دو شرط دائمی بودن نکاح و وجود رابطه زوجیت هنگام فوت همسر ضروری است. بنابراین، با جمع بودن دو شرط مذکور، به تعبیر حقوقی موجبات توارث به سبب، فراهم می آید و این مقتضی، اگر به مانعی برنخورد، سبب انتقال بخشی از ترکه به همسر می شود.

حال، نکته ای که با توجه به مباحث پیشین در فرض تغییر جنسیت هریک از زوجین مطرح می گردد این است که، آیا انحلال نکاح به طور مطلق، خواه در اثر فسخ، طلاق و یا تغییر جنسیت، سبب توارث میان زن و شوهر را در تاریخ تحقق از بین می برد؟ همان طور که بیان شد، صرف وجود رابطه زوجیت، موجب توارث زن و شوهر نخواهد شد بلکه، برای ارث بردن ایشان از هم، شرایط دیگری نیز لازم است که عبارتند از:

۱. دائمی بودن نکاح

ماده ۹۴۰ قانون مدنی، ارث را بین زوجینی که نکاح ایشان دائم باشد، برقرار دانسته است. بنابراین زن و شوهری که نکاح ایشان موقتی است، از یکدیگر ارث نمی برند.

ارث نبردن زن شوهر از یکدیگر در نکاح منقطع، نظر اقوی و مشهور فقهای امامیه است که مورد متابعت قانون مدنی ایران نیز قرار گرفته است. استدلال مشهور فقها در این نظر، مبتنی برشماری از روایات و اصل عدم وراثت ایشان است. (شهیدی، ۱۳۷۴، ص ۱۵۶)

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

۲. وجود زوجیت هنگام فوت همسر (دوام نکاح)

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

با توجه به مفهوم دو شرط فوق، به نظر می رسد در پاسخ به این سؤال که آیا زوجین همچنان و پس از انجام تغییر جنسیت توسط یکی از ایشان بازهم از یکدیگر ارث می برند یا خیر؟ باید گفت با فرض دائمی بودن نکاح، چون با تغییر جنسیت هر یک از زوجین، نکاح که از موجبات سببی ارث است، باطل (یا به نظر عده ای منفسخ) می شود، در نتیجه باید گفت به دلیل از بین رفتن شرط دوم توارث زوجین یعنی تداوم زوجیت در هنگام فوت همسر، زوجین از سهم-الارث یکدیگر محروم می شوند.

۲-۷. اثر تغییر جنسیت فرزند بر ارث بردن از والدین

در خصوص اثر تغییر جنسیت فرزند بر ارثی که وی از والدین خویش می برد دو فرض را می توان تصور نمود: نخست آن که شخص قبل از فوت والدین خویش اقدام به تغییر جنسیت نماید. دوم آن که شخص بعد از فوت والدین و پیش از تقسیم ترکه تغییر جنسیت دهد. با توجه به دو فرض مذکور، هر یک را در بندی جداگانه مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۱-۲-۷. تغییر جنسیت فرزند قبل از فوت یکی از والدین

اگر شخصی پیش از فوت یکی از والدین اقدام به تغییر جنسیت نماید، قاعدتاً باید یا بر اساس جنسیت فعلی خود از والدین ارث ببرد و یا اینکه مطابق جنسیت سابق خود در طبقه وراثت قرار گیرد، این موضوع را در این قسمت مورد بررسی و تحلیل قرار خواهیم داد.

از آنجایی که ادله فقهی ارث نظیر «یوصیکم الله فی اولادکم للذکر مثل حظ الانثیین» و ادله قانونی همچون ماده ۹۰۷ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «...اگر اولاد متعدد باشند و بعضی از آن‌ها پسر و بعضی دختر، پسر دو برابر دختر می‌برد» اطلاق داشته و حکم موضوع را به طور کلی بیان نمودند، به همین استناد باید گفت، شخص بر اساس جنسیت فعلی خود از والدین خویش ارث می‌برد. لذا اگر شخصی فرضاً دختر بوده و با انجام تغییر جنسیت به پسر تبدیل گردیده است، بر اساس جنسیت فعلی خود یعنی مذکر بودن، دو برابر ارث خواهد برد.

اضافه بر دلیل فوق، برخی از حقوقدانان نیز این گونه استدلال نموده‌اند که اگر ملاک تجویز تغییر جنسیت، کشف واقع است، باید بپذیریم که ملاک در تعیین حصه هریک از وراثت، جنسیت فعلی ایشان باشد. (روشن، ۱۳۹۱، ص ۴۵۵)

در خصوص این مطلب بین فقها اختلافی وجود ندارد و تقریباً تمام کسانی که مسأله تغییر جنسیت را مطرح ساخته‌اند، معتقدند ملاک تقسیم ترکه و توارث، جنسیت فعلی شخص می‌باشد. (مؤمن قمی، ۱۴۱۵، ص ۱۰۶) (جناتی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۲۶۳)

۲-۲-۷. تغییر جنسیت فرزند بعد از فوت یکی از والدین و پیش از تقسیم ترکه

فرض دیگری که در موضوع تغییر جنسیت و ارث قابل تصور است، به این صورت می‌باشد که فرزند بعد از فوت پدر یا مادر و تا پیش از تقسیم ترکه، تغییر جنسیت دهد، در صورت وقوع این امر نیز وی باید یا بر اساس جنسیت جدید خود ارث ببرد یا اینکه مطابق جنسیت سابقش از والدین ارث ببرد.

در خصوص این فرض در کتب فقهای امامیه مطلبی به چشم نمی‌خورد. اما به نظر می‌رسد باید گفت با توجه به این که با فوت مورث، ترکه وی به اندازه سهم الارث هر

یک از وراث وی به ایشان تعلق می‌گیرد و مالکیت آنان صرفاً با تقسیم ترکه عینیت می‌یابد، شخص بر اساس جنسیت زمان فوت والدین خویش ارث خواهد برد. در حقیقت باید گفت با فوت پدر یا مادر شخصی که بعد از فوت والدین خویش تغییر جنسیت داده، در واقع برای او حقی ثابت شده است که تغییر جنسیت بعدی تأثیری در خصوص این حق مکتسبه ندارد.

شاید به دلیل روشنی بیش از حد این قاعده کلی که ملاک ارث بردن فرزندان، جنسیت زمان فوت مورث ایشان است، فقها در کتب خویش درباره این فرض سخنی نگفته‌اند.

۳-۷. اثر تغییر جنسیت والدین بر ارث بردن از فرزندان

پس از آشنایی با اثر تغییر جنسیت فرزندان بر ارث بردن از والدین، حال باید این فرض را مورد بررسی قرار دهیم که هرگاه یکی از والدین تغییر جنسیت دهد و فرزند وی فوت نماید، والدین تغییر جنسیت داده که در هنگام فوت فرزند در قید حیات باشند از فرزند خویش ارث خواهند برد یا خیر، و در صورت مثبت بودن پاسخ، در خصوص میزان سهم الارث ایشان بحث و بررسی نماییم.

در تحریرالوسیله در مورد ارث بردن والدین تغییر جنس داده از فرزند خویش، سه احتمال بیان شده است: (خمینی، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۵۵۹) احتمال نخست اینکه والدین تغییر جنسیت داده به دلیل قطع رابطه توارث از فرزند خود ارث نمی‌برند؛ احتمال دوم اینکه والدین تغییر جنسیت داده از فرزند خود ارث می‌برند و رابطه توارث همچنان پای برجاست و احتمال سوم اینکه رابطه توارث قطع نمی‌گردد، اما میزان سهم الارث آنان تغییر می‌کند.

در ادامه هر یک از احتمالات فوق را به صورت جداگانه مطرح و بررسی می‌نماییم.

۱-۳-۷. قطع رابطه توارث

بر طبق این احتمال، والدینی که تغییر جنسیت داده‌اند از فرزند خود ارث نمی‌برند؛ جهت این احتمال نیز آن است که دلیل ارث بردن پدر و مادر از فرزند خود، به خاطر وجود رابطه نسبی و به تعبیر دیگر پدری و مادری بین ایشان است، اما این رابطه پس از انجام تغییر جنسیت توسط هر یک از والدین از بین می‌رود و به همین علت، با

توجه به از بین رفتن موجب ارث یعنی نسب، باید حکم به قطع رابطه توارث نماییم. (خمینی، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۵۶۰)

همان طور که بارها در مطالب پیشین ذکر گردید، با توجه به تعاریف فقهی پدر و مادر و نیز تعریف موجود در این خصوص در نظام حقوقی ایران، پس از انجام تغییر جنسیت توسط هر یک از والدین، لفظ پدر یا مادر همچنان از نظر عرفی قابل اطلاق بر ایشان است. از سوی دیگر حتی اگر این استدلال را نپذیریم با انجام تغییر جنسیت توسط هریک از والدین، رابطه نسبی بین ایشان و فرزند، هرگز قطع نخواهد شد و در نهایت می توان گفت صرفاً عنوان پدر و مادر جابه جا می گردد؛ لذا پذیرش این احتمال بسیار بعید و دور از ذهن به نظر آمده و گویی فقط به عنوان یک احتمال از سوی امام خمینی (ره) مطرح گردیده است.

از سوی دیگر از نظر مفاد قانون مدنی در مواد ۸۸۰، ۸۸۱ مکرر، ۸۸۲ و ۸۸۴ و نیز فقه امامیه موانع ارث کاملاً احصا شده و مشخص است که شامل قتل عمد، کفر، لعان و زنا می گردد. اما پذیرش این احتمال موجب این تالی فاسد خواهد شد که آنگاه می بایست تغییر جنسیت را نیز به عنوان یکی از موانع ارث بپذیریم.

۲-۳-۷. باقی ماندن رابطه توارث

بنابراین احتمال، هریک از والدین مطابق زمانی که تغییر جنسیت اتفاق نیفتاده بود ارث می برد؛ برای مثال اگر پدر با تغییر جنسیت به زن تبدیل شده است همانند زمانی که تغییر جنسیت نداده بود به اندازه دوسوم و مادر نیز به اندازه یک سوم از ماترک فرزند ارث خواهند برد.

فقه‌های امامیه در بیان مبنای این احتمال به دلایل ذیل اشاره نموده‌اند:

الف- ارث بردن به لحاظ قرابت و خویشاوندی

این مطلب کاملاً روشن است که نزدیک تر بودن پدر و مادر از لحاظ خویشاوندی به میت با تغییر جنسیت آنان تغییر نمی کند. بنابراین، در اصل ارث بردن پدر و مادر، حتی پس از تغییر جنسیت، تردیدی نیست؛ زیرا پدر و مادر حاجب کسانی می شوند که از لحاظ خویشاوندی با میت در رتبه بعدی قرار دارند و برای اثبات این امر آیات و روایات معتبری وجود دارد که نشان می دهد میراث میت، تنها از آن نزدیک ترین

خویشاوند اوست. از جمله آن آیه ۷ سوره نساء می‌باشد، هم‌چنین در موثقه زراره آمده است که گفت: از ابو عبدالله (ع) شنیدم که می‌فرمود: «برای هر چیزی از آنچه پدر و مادر و خویشاوندان نزدیک بر جای گذاشته اند اولیا در تصرف قرار دادیم.» زراره گفت: مقصود آن حضرت، خویشاوندی میراث برند و نه اولیای نعمت، زیرا اولی‌ترین آنان نسبت به میت، نزدیک‌ترین آنان به اوست، از رحمی که میت نیز از همان رحم است. (مؤمن قمی، ۱۴۱۵، ص ۱۰۷)

ظاهر این روایت نشان می‌دهد که، میزان اولیاتی که موجب می‌شود تا شخص وارث باشد، نزدیک‌تر بودن او، از لحاظ خویشاوندی به میت است.

ب- ارث بردن به لحاظ زمان انعقاد نطفه

اولویت والدینی که حتی پس از تغییر جنسیت نیز از فرزند (متوفی) ارث می‌برند، ناشی از آن است که این دو، منشأ ولادت بوده اند و از نظر حدوث در تولد شخص، مدخلیت داشته اند.

از سوی دیگر، همان‌طور که در مباحث قبل مطرح گردید، می‌توان بین عنوان «والدین» و «پدر و مادر» فرق گذاشت، و حتی در صورت عدم پذیرش صدق عنوان «پدر و مادر»، پس از تغییر جنسیت ایشان، عنوان «والدین» بعد از تغییر جنسیت همچنان بر آن دو صادق می‌باشد؛ زیرا، در صدق عنوان والدین، ریختن نطفه در رحم زن (توسط مرد) و وضع حمل (توسط زن) کفایت می‌کند و موضوع ارث، طبق نص آیه ۱۱ سوره نساء، عنوان «والدین» است.

به تعبیر دیگر باید گفت با توجه به این که در ادله مربوط به ارث بردن پدر و مادر از فرزندان خود، هنگام تعیین حصة هریک، از لفظ «پدر» و «مادر» استفاده گردیده است و می‌دانیم پدر به کسی گفته می‌شود که فرزند از اسپرم اوست و مادر کسی است که فرزند از تخمک او تشکیل شده است، به همین دلیل، پس از انجام تغییر جنسیت نیز همچنان این عنوان قابل اطلاق بر ایشان بوده و با توجه به این موضوع باید گفت پدری که تغییر جنسیت داده و در حال حاضر به زن تبدیل گردیده است همچنان دوسوم ارث می‌برد، همان‌گونه که اگر مادر تغییر جنسیت دهد و تبدیل به مرد شود، مطابق سابق یک‌سوم ارث خواهد برد. (کریمی‌نیا، ۱۳۸۹، ص ۳۵۲)

با توجه به دلایل بیان شده باید گفت این احتمال منطقی‌تر بوده و از نظر استدلال

قوی‌تر به نظر می‌رسد.

۳-۳-۷. باقی ماندن رابطه توارث با تغییر در میزان سهم الارث

بر اساس این احتمال، زن فعلی (پدر تغییر جنس داده) یک سوم و مرد فعلی (مادر تغییر جنس داده) دوسوم ارث می‌برند. گویا مرد فعلی، پدر است و زن فعلی، مادر. به عبارت دیگر طبق این نظر رابطه توارث بین والدین تغییر جنس داده و فرزندان برقرار می‌باشد اما سهم الارث آنان تغییر می‌نماید.

این احتمال ضعیف بوده و هیچ دلیلی در تأیید آن وجود ندارد؛ چراکه نمی‌توان گفت مادر پس از تغییر جنسیت، به عنوان «پدر» شناخته می‌شود. از سوی دیگر پدر نیز پس از تغییر جنسیت، به عنوان «مادر» شناخته نمی‌شود. به عبارت دیگر همان‌طور که قبلاً نیز بحث گردید، تفاوت پدر و مادر در مقدار ارث، به لحاظ بسته شدن زمان انعقاد نطفه است. پس برای پدر که فرزند از اسپرم او به جود آمده دوسوم و برای مادر که فرزند از تخمک او حاصل شده، یک سوم ارث وجود دارد. علاوه بر این، با انجام تغییر جنسیت توسط هریکی از والدین به هیچ‌عنوان نه بر اساس قواعد عرف و نه بر اساس قواعد فقهی و حقوقی، عنوان پدر یا مادر بر اساس جنسیت جدید ایشان قابل اطلاق نخواهد بود (خمینی، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۵۶۰).

نتیجه‌گیری

پس از انجام تغییر جنسیت عقد نکاح خاتمه یافته و باطل می‌گردد؛ چراکه مهم‌ترین شرط در عقد نکاح، تفاوت جنس است که این شرط با انجام تغییر جنسیت توسط هریک از زوجین از بین می‌رود.

در خصوص اثر تغییر جنسیت بر مهریه، با توجه به آن که در آیات و روایات پرداخت تمام مهریه به انجام دخول منوط شده است، در صورتی که دخول اتفاق افتاده باشد، پرداخت کل مهریه و در صورتی که دخول محقق نشده باشد، پرداخت نیمی از مهریه بر عهده مرد است.

پس از انجام تغییر جنسیت در باب وجوب پرداخت نفقه تردید می‌کنیم، اما با استناد به اصل استحباب همچنان حکم به لزوم پرداخت نفقه توسط زوج می‌نماییم. در خصوص لزوم پرداخت نفقه فرزندان در فرض تغییر جنسیت پدر یا مادر و بالعکس نیز باید گفت در کلیه این حالات با توجه به عدم تغییر عنوان عرفی پدر، مادر و یا فرزند، همچنان پرداخت نفقه مطابق زمان پس از انجام تغییر جنسیت واجب است.

در باب اثر تغییر جنسیت بر عده، با توجه به آن که نگه داشتن عده از احکام مختص زنان بوده و با تغییر جنسیت زوجه، وی صفت انوثیت خود را از دست می‌دهد، نگه داشتن عده در حقیقت سالبه به انتفای موضوع گردیده و عده از عهده زن ساقط خواهد شد.

در مورد اثر تغییر جنسیت بر ولایت فرزندان به نظر می‌رسد با توجه به آن که ولایت از حقوقی است که رابطه مستقیمی با صفت رجولیت دارد، اما با تغییر جنسیت پدر، این صفت از بین می‌رود، باید حکم به سقوط ولایت داد.

انجام تغییر جنسیت تأثیری بر حق حضانت مرد نخواهد داشت، چراکه با انجام تغییر جنسیت، همچنان عنوان پدر از نظر عرفی بر فرد قابل اطلاق بوده و علاوه بر این، امکان استحباب حق حضانت نیز وجود دارد.

با انجام تغییر جنسیت توسط یکی از زوجین، وی دیگر از همسر خود ارث نخواهد برد، چراکه یکی از شروط اصلی توارث بین زوجین، وجود رابطه زوجیت است که این شرط با انجام تغییر جنسیت و انحلال نکاح از بین می‌رود.

در خصوص فرزندی که اقدام به تغییر جنسیت نیز نموده است، بر اساس اطلاق

ادله فقهی ارث و ماده ۹۰۷ قانون مدنی، ملاک تقسیم ترکه، جنسیت فعلی فرزند می‌باشد.

در باب اثر تغییر جنسیت هریک از والدین بر ارث بردن از فرزند نیز با توجه به اینکه موانع ارث به‌طور مشخص احصا شده و هیچ‌کدام شامل تغییر جنسیت نمی‌گردند، باید حکم به ابقای رابطه توارث داد؛ هم چنین با توجه به اینکه در ادله مربوط به ارث بردن پدر و مادر از فرزندان خود، هنگام تعیین حصه هریک، از لفظ «پدر» و «مادر» استفاده گردیده است و از نظر فقهی، پدر به کسی گفته می‌شود که فرزند از اسپرم اوست و مادر کسی است که فرزند از تخمک او به وجود آمده است، علی‌رغم انجام تغییر جنسیت توسط یکی از والدین، هریک از ایشان همچنان مطابق جنسیت سابق خود، ارث خواهند برد.

یادداشت:

- . لو تغير الزوجان جنسها الى المخالف فصار الرجال إمرأه و بالعكس، فإن كان التغيير غير متقارن فالحكم كما مر.
۱. آیت الله العظمی فاضل لنکرانی (ره).
 ۲. إذا أولجه فقد وجب الغسل و الجلد و الرجم و وجب المهر.
 ۳. لو تغير جنس الرجل إلى المخالف فالظاهر سقوط ولايته على صغاره.

کتابنامه

- القرآن الکریم (۱۳۸۸)، تهران: پیام عدالت.
- الحرالعاملی، محمد ابن الحسن (۱۹۸۳م)، وسائل الشیعه الی تحصیل المسائل الشریعه، بیروت: دار احیاء التراث العربی، جلد هجدهم.
- جناتی، محمد ابراهیم (۱۳۸۲)، رساله توضیح المسائل (استفتائات)، قم: انصاریان.
- خدادادی، غلامحسین (۱۳۸۵)، احکام پزشکان و بیماران، فتاوی آیت الله محمد فاضل لنکرانی، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- خمینی، روح الله (۱۳۶۶)، تحریر الوسیله، تهران: مکتبه الاعتماد کاظمی، جلد دوم.

- دیانی، عبدالرسول (۱۳۷۹)، حقوق خانواده، تهران: امید دانش.
- روشن، محمد (۱۳۹۰)، «جواز تغییر جنسیت و بررسی آثار وضعی و تکلیفی آن»، تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۵۳.
- روشن، محمد (۱۳۹۱)، حقوق خانواده، تهران: جنگل، جاودانه.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۴)، ارث، تهران: سمت.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: نشر حقوقدان، جلد اول.
- صانعی، یوسف (۱۳۸۳)، مجمع المسائل (استفتائات)، قم: سایه، جلد اول.
- صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۷۹)، مختصر حقوق خانواده، تهران: نشر دادگستر.
- صدر، سیدمحمد (۱۴۱۳ق)، ماوراء الفقه، بیروت: دارالاضواء، جلد ششم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران: میزان.
- کریمی نیا، محمدمهدی (۱۳۸۹)، تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع).
- مومن قمی، محمد (۱۴۱۵ق)، کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة، قم: موسسه نشر الاسلامی.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۱ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران: مکتبه الاسلامیه، جلد سی و یکم.