

مقایسه جنبه‌های حقوقی بعد از تطبیق جنسیت در حقوق ایران، آمریکا و چین

روح الله آهنگران

دانش آموخته حوزه علمیه قم و دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

چکیده

مسئله‌ی تطبیق جنسیت یکی از مباحث نوظهوری می‌باشد که علوم مختلفی چون پزشکی، روان‌شناسی، جامعه‌شناسی و حقوق را از زوایایی به خود مشغول نموده است. آنچه موضوع تغییر جنسیت را از اهمیت ویژه برخوردار ساخته است، پیشرفت فناوری و توسعه‌ی دانش جراحی و امکان تغییر جنسیت است. با توجه به پژوهش صورت گرفته و با مطالعه در مورد مقایسه جنبه‌های حقوقی سه کشور ایران، آمریکا و چین در زمینه‌ی ذکر شده باید گفت؛ در حقوق ایران در صورت عمل تغییر جنسیت، ازدواج باطل است. چون امکان بقای ازدواج وجود ندارد و ازدواج مرد با مرد یا زن با زن از نظر فقه شیعه و قانون مدنی مشروع نیست، با این حال تا لحظه‌ی تطبیق جنسیت تمامی آثار نکاح صحیح به آن بار می‌گردد. بنابراین زوجه مستحق تمامی مهر می‌گردد و می‌تواند مهر و نیز نفقه‌ی گذشته‌ی خود را از همسرش طلب نماید. در ارث بردن فرد تغییر جنسیت داده باید جنسیت او در لحظه‌ی مرگ مورث مبنای محاسبه واقع شود. همچنین امکان دارد در قراردادی یکی از انگیزه‌های اصلی در انعقاد قرارداد جنسیت طرف مقابل باشد یا به عنوان شرط صفت در قرارداد ذکر گردد در این حالت و بعد از تطبیق جنسیت ضرورت بحث و کنکاش در سرنوشت قرارداد ضروری است. در کشور آمریکا بعد از عمل تطبیق جنسیت حقوق بیشتری برای افراد در نظر گرفته شده است. در کشور آمریکا بعد از عمل تطبیق جنسیت بیشتر به مواردی چون مدارک شناسایی و مالیات اشاره شده است و در حقوق ایران این مسئله در زمینه‌ی حقوق مدنی نمود بیشتری می‌یابد. همچنین با توجه به پژوهش صورت گرفته باید عنوان کرد؛ در حقوق چین نیز با توجه به اینکه درصد بسیار کمی از افراد (با توجه به جمعیت چین) به عمل تطبیق جنسیت دست زده‌اند حقوق چندانی برای این افراد در نظر گرفته نشده است و بیشتر موارد مورد ذکر مربوط به مدارک شناسایی اینگونه افراد است. در این پژوهش به روش توصیفی-تحلیلی سعی در بررسی و مقایسه جنبه‌های حقوقی بعد از تطبیق جنسیت در حقوق ایران، آمریکا و چین خواهیم داشت.

واژگان کلیدی: ایران، چین، آمریکا، تطبیق جنسیت

مقدمه

مسئله‌ی تطبیق^۱ جنسیت یکی از مباحث نوظهوری می‌باشد که علوم مختلفی چون پزشکی، روان‌شناسی، جامعه‌شناسی و حقوق را از زوایایی به خود مشغول نموده است. مطالعه تطبیقی وضعیت افرادی که عمل تغییر جنسیت را انجام داده‌اند در نظام حقوقی کشورهای مختلف به صورت کاملاً یکسان کاری بسیار سخت و جمع‌آوری اطلاعات آن به دلیل جدید بودن موضوع آن و نهادینه نشدن ساختار حقوقی آن‌ها در این بحث، بسیار ملال آور می‌باشد. با این وجود؛ در این پژوهش سعی گردیده، موضوعات مختلف در سه کشور چین، آمریکا و ایران مورد بررسی قرار گیرد. باید گفت آنچه موضوع تغییر جنسیت را از اهمیت ویژه برخوردار ساخته است، پیشرفت فناوری و توسعه‌ی دانش جراحی و امکان تغییر جنسیت است. همواره اخباری مبنی بر تغییر جنسیت افراد به گوش می‌رسد. این امر نه تنها در مورد افراد بیمار جسمی، مانند دو جنسی‌ها صورت نمی‌گیرد، بلکه تغییر جنسیت در مورد افراد سالم نیز قابل تحقق است. در گذشته تغییر جنسیت و تبدیل پسر به دختر و بالعکس، امری ناممکن تلقی می‌گردید؛ اما در دهه‌های اخیر، هزاران عمل تغییر جنسیت صورت پذیرفته است. پرسش‌های فراوانی در این باره، به خصوص در جامعه‌ی دینی مطرح شده است؛ از این رو، هرچند تغییر جنسیت و آثار آن، یک بحث نو و جدید است، ولی گستره و دامنه‌ی آن فراگیر است. البته هر جا که حقوق و تکلیف به وجود آمده برای فرد، ناشی از جنسیت او و به سبب جنسیت او باشد، بررسی آثار حقوقی تغییر جنسیت دارای محل می‌باشد؛ چنان که در برخی از قراردادهای تغییر جنسیت دارای نقشی اساسی است و یا قرارداد، با توجه به جنسیت فرد منعقد می‌شود؛ همچنین برخی از مشخصات اسناد سجلی، بر اساس جنسیت فرد است و اثر تغییر جنسیت در این حقوق، باید بررسی گردد. به دلیل اینکه تغییر در جنسیت افراد، می‌تواند موجب ابهاماتی در تعیین حقوق و تکالیف برای فرد با جنسیت جدید نزد قاضی شود، عدم تعیین تمامی آثار آن به صورت جزء به جزء در اسرع وقت، می‌تواند باعث ایجاد تشتت آراء قضایی به خصوص در دعاوی مربوط به نکاح و آثار ناشی از آن گردد. لذا با توجه به موارد گفته شده اهمیت و ضرورت تحقیق پیش رو مشخص می‌گردد و بدین منظور در این پژوهش به روش توصیفی-تحلیلی سعی در بررسی و مقایسه جنبه‌های حقوقی بعد از تطبیق جنسیت در حقوق ایران، آمریکا و چین خواهیم داشت.

بیان مسئله

در دوران قبل از تولد و در برخی موارد ممکن است خطای هورمونی رخ دهد. هرگاه چنین خطایی پس از شکل‌گیری اندام تناسلی خارجی و پس از رشد مکانیسم مغزی مناسب در رفتار جنسی روی دهد در این صورت احساس هویت جنسی فرد ممکن است با جنسیت جسمانی وی ناهمخوان باشد (ابراهیم‌واحد، ۱۳۷۸: ۱۱۴). با این حال؛ پیشرفت علم پزشکی، به بشر این توانایی را بخشیده که جنسیت خویش را تغییر دهد و به نوعی جنسیت خود را با مکانسیم‌های مغزی تطبیق دهد. تغییر جنسیت به دو صورت شکل می‌گیرد. روش اول هورمون درمانی است که غالباً در مورد ترانس سکسوال‌ها صورت می‌گیرد. پزشکان با تقویت هورمون جنسیتی که علائم آن در بدن شخص ظاهر است، تلاش می‌کنند که بین بدن و روان او توافق و هماهنگی ایجاد نمایند. روش دوم جراحی است؛ در این روش با اعمال تغییراتی در اندام جنسی، شخص همه‌ی علائم جنسی یکی از دو جنس را پیدا می‌کند. با توجه به اهمیت جنسیت در زندگی فردی-اجتماعی و آثار حقوقی متفاوت مترتب بر هر یک از دو جنس مذکر و مونث، با تغییر جنسیت جایگاه حقوقی شخص بالاخص در مقوله‌ی احوال شخصیه دگرگون می‌گردد. از این رو بحث مهم حقوقی که در این مقوله قابل طرح است؛ این است که آیا تغییر جنسیت عملی است مشروع یا خیر؟

بطور کلی کشورها را از لحاظ داشتن یا نداشتن مقررات نسبت به این موضوع می‌توان به سه گروه تقسیم کرد: گروه اول کشورهایی، مانند ترکیه و آلمان، که در این رابطه دارای مقررات مصوب هستند و شرایطی را برای تغییر جنسیت وضع نموده‌اند. گروه دوم، کشورهایی که از لحاظ قانونی مقررات مصوب ندارند ولی رویه قضایی، مانند انگلستان و فرانسه، یا نمایندگی

^۱ باید گفت تطبیق جنسیت (sex reassignment)، به عنوان یک اشتباه مصطلح در اکثر منابع تغییر جنسیت نامگذاری شده است. در واقع به جای واژه تطبیق از واژه تغییر استفاده شده است و در این پژوهش نیز در برخی موارد از واژه تغییر بهره گرفته شده ولی باید گفت که عمل مذکور تطبیق جنسیت نامیده می‌شود چرا که در طی یک عمل جراحی آلت جنسی فرد با حالات روحی و کشش و گرایش درونی فرد منطبق می‌گردد.

اداری، مانند استرالیا، شرایطی را وضع نموده‌اند و تحت این شرایط تغییر جنسیت انجام می‌پذیرد. گروه سوم کشورهایمانند آلبانی که تغییر جنسیت را غیرقانونی می‌دانند. در حقوق ایران قانونی در این مورد تدوین نشده است ولی با این حال؛ براساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی قضات نمی‌توانند به بهانه‌ی سکوت قانون از صدور حکم امتناع کنند و بایستی حکم هر قضیه را بصورت جزئی و با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد صادر نمایند. با توجه به این مطالب، گرچه می‌توان در مورد تغییر جنسیت موضوع را حمل بر سکوت قانون گذار دانست و معتقد شد که فتاوی فقها راه گشاست لیکن این مهم حتی برای پزشکان و روان شناسان و دیگر متخصصین امر با هاله ای از ابهام و تردید روبرو می‌باشد و بدون شک در حال حاضر با طیب خاطر مبادرت به تغییر جنسیت نمی‌کنند. لذا ضرورت دارد همانند سایر کشورها قانون گذار ایرانی ابعاد مختلف موضوع را مورد بررسی قرار داده و به تصویب مقرر قانونی آن همت گمارد. در این پژوهش سعی در یافتن پاسخی برای پرسش‌هایی چون؛ در حقوق ایران حکم ازدواج در صورت تغییر جنسیت چیست؟ در حقوق چین و آمریکا در صورت تغییر جنسیت بیشتر چه مسائلی مدنظر قرار می‌گیرند؟ خواهیم داشت.

۱- جواز یا عدم جواز تغییر جنسیت

تغییر جنسیت واقعی به اعتقاد برخی از فقها دارای آثار شرعی می‌باشد. با این حال به اعتقاد این فقها تغییر جنسیت صوری فاقد آثار شرعی می‌باشد و حتی برخی از آنها به حرمت آن فتوا داده‌اند (صفری، امیرشاهکرمی، ۱۳۹۶: ۲۸۸). مقصود از تغییر جنسیت صوری به اعتقاد این فقها آن است که آلت جنسیتی با عمل جراحی برداشته شود و چیزی شبیه به آلت جنس مخالف در شرایطی که قدرت باروری ندارد ظاهر گردد؛ که فقها این امر را حرام می‌دانند. در حالی که در تغییر جنسیت واقعی عضو تناسلی با جراحی کردن ظاهر می‌گردد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۶۶).

آیت الله فاضل لنکرانی در این باره بیان می‌دارد: «تغییر جنسیت دو صورت دارد:

الف) گاهی صرفاً ظاهری و صوری می‌باشد؛ یعنی مثلاً، طبیعت بدن مؤنث است و درواقع اثری از آلت انوئیت نمی‌باشد، بلکه فقط یک جراحی صوری انجام می‌شود و چیزی شبیه آلت مذکر ظاهر می‌گردد، این عمل حرام است و باید به شدت از آن پرهیز نمود و اگر ازدواجی بر اساس این عمل صورت پذیرد، حرام و باطل است.

ب) و گاهی تغییر جنسیت واقعی است؛ چنانچه اشاره شد تغییر جنسیت واقعی، یعنی با جراحی کردن عضو تناسلی واقعی که بر اثر مانعی پوشیده شده است، ظاهر می‌گردد. این کار ذاتاً جایز می‌باشد، مخصوصاً در مواردی که آثار جنس مخالف در شخص باشد» (موحدی لنکرانی، ۱۴۲۷: ۱۴۰). این دسته از فقها اعتقاد دارند عمل جراحی افراد تراجنسیتی، تنها تغییر در آلت رجولیت و انوئیت ایجاد می‌کند و لذا احکام جنس مخالف بر او بار نمی‌شود و تغییر جنسیت واقعی در مورد افراد خنثی اتفاق می‌افتد (تبریزی، ۱۴۲۹: ۲۲۲)

با این پیش فرض که تغییر جنسیت در اعمال جراحی رایج، تغییر جنسیت صوری می‌باشد و تغییر جنسیت صوری نیز بنابه فتاوی فقها جایز نیست، اما اگر به تشخیص متخصصان پزشکی و روان شناسی، تغییر جنسیت صوری برای فرد ترنس سکشوال ضروری باشد، آیا جایز است که عمل تغییر جنسیت انجام شود؟

به طور خلاصه باید گفت که بیشتر فقهای معاصر به جواز این عمل به موجب حرج و اضطراب فرد تراجنسیتی حکم داده‌اند، حتی اگر تغییر جنسیت صوری باشد (موحدی لنکرانی، ۱۴۲۷: ۱۴۲)؛ اگرچه برخی از آنها برای تغییر جنسیت صوری عسر و حرجی متصور نمی‌باشند و آن را در هر حال حرام می‌دانند (صفری، امیرشاهکرمی، ۱۳۹۶: ۲۸۸)

۲- حقوق ایران

عمل جراحی تغییر جنسیت و موضوع انسان‌های دوگانه در ایران موضوعی جدید و در عین حال دارای فراز و نشیب‌های فراوانی است. تغییر جنسیت یکی از مقوله‌های مهم و بحث‌انگیز است که موجب پیدایش مسایل و سوالات جدید حقوقی گردیده است.

موضوع مهم که در این باره قابل بحث است، مرجع شناسایی جنسیت و نام جدید است. از یک طرف با استناد به اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی، مرجع عام تظلمات و شکایات؛ دادگستری است. از طرفی دیگر طبق بند چهار ماده سه قانون ثبت احوال هیاتی تحت عنوان هیات حل اختلاف در مقر اداره ثبت احوال وظیفه ابطال سند مکرر و یا موهوم و تصحیح اشتباه در ثبت جنسیت اشخاص را عهده‌دار می‌شود. باید دید که شخص تغییر جنسیت داده، باید به کدام یک از این دو مرجع مراجعه کند و یا به تعبیر دیگر، کدام یک از این دو مرجع صلاحیت رسیدگی به تغییر نام و شناسایی جنسیت جدید شخص را دارا می‌باشند. ممکن است گفته شود با توجه به اینکه دادگستری مرجع عام رسیدگی به تظلمات و خواسته‌هاست و هیات مذکور مرجع خاص رسیدگی به اختلافات ثبت احوالی می‌باشد، در تعارض صلاحیت این دو مرجع، تقدم و ترجیح با صلاحیت هیات مذکور است؛ زیرا صلاحیت عام دادگستری به وسیله ماده سه قانون ثبت احوال در مورد اختلافات ثبت احوال محدود گردیده است. ولی این احتمال ضعیف است زیرا اولاً نسبت به تمام موارد اختلافات ثبت احوالی، صلاحیت هیات مذکور مسلم نیست و آن چه از صلاحیت این هیات مسلم است، این است که صالح به رسیدگی اشتباهات کارمندان سازمان مذکور در ثبت احوال اشخاص است. مازاد بر این موارد، قوانین ایران دارای ابهاماتی در این زمینه می‌باشد در ذیل به آثار تغییر جنسیت در امور مختلف در حقوق ایران پرداخته خواهد شد.

۲-۱ آثار تغییر جنسیت بر قرارداد

ممکن است در انعقاد قرارداد جنسیت طرف مقابل، واجد چنان اهمیتی باشد که مبدل به یکی از انگیزه‌های شخص برای انعقاد قرارداد با طرف مقابل خود گردد و جنسیت شخص به عنوان وصف یا شرط صفت در قرارداد لحاظ گردد. امکان دارد، نقش جنسیت در قرارداد از این نیز فراتر رود و نقش اساسی در قرارداد ایفا نماید. حال باید دانست در صورتی که طرفین قرارداد تغییر جنسیت دهند وضعیت قرارداد منعقد شده به چه صورت خواهد بود. آیا عقد به خودی خود منفسخ می‌شود یا تغییر جنسیت منجر به بطلان عقد شده و سایر آثار بطلان بر این قرارداد نیز بار می‌شود؟

«مسئله‌ی مذکور از دو زاویه قابل بحث می‌باشد:

اول اینکه آیا تغییر جنسیت نوعی «تغییر در هویت» است؟ اگر چنین باشد، باید مورد را از مصادیق عقدی دانست که در آن شخصیت طرف علت عمده‌ی آن است و منجر به بطلان عقد می‌گردد. اما اگر تغییر هویت را از آثار تغییر جنسیت ندانیم: حتی در عقد غیرانتفاعی (مثل هبه و وصیت تملیکی) نیز تبدیل جنسیت طرف عقد، تاثیری در جنسیت آن ندارد (مگر در موارد استثنایی مثل احتساب سهم الارث بیشتر برای یک وارث به اعتبار جنسیت وی از سوی موصی) دوم اینکه تغییر جنسیت نه به عنوان تغییر هویت بلکه به دلیل تغییر شرط یا وصف مندرج در عقد، آیا توانایی فسخ و متزلزل ساختن قرارداد را دارد؟» (جوانمردی، ۱۳۸۹).

اولین نکته‌ای که در پاسخ به این مسأله باید مورد توجه قرار گیرد؛ این است که تغییر جنسیت شخصی در عقد موثر است که جنسیت وی به نوعی در هنگام انعقاد قرارداد مورد توجه طرفین بوده است و تغییر جنسیت طرف دیگر هیچ اثری در عقد نداشته و از این نظر خللی بر عقد وارد نمی‌نماید.

با توجه به آنچه گفته شد باید دو فرض را از هم تفکیک نمود:

الف) جنسیت شخص، به عنوان وصف یا شرط صفت در قرارداد لحاظ گردیده است.

ب) جنسیت شخص، به عنوان وصف اساسی در قرارداد لحاظ گردیده است.

اینکه جنسیت در قرارداد شرط صفت باشد یا وصف اساسی قرارداد، دارای آثار بسیار متفاوتی است و لذا باید این دو فرض را جداگانه مورد مطالعه قرار دهیم.

۲-۱-۱ وصف یا شرط بودن جنسیت

چنانچه اشاره شد؛ امکان دارد در قرارداد شخص تغییر جنسیت داده، جنسیت سابق او به عنوان شرط یا وصف او لحاظ شود، مانند آنچه در قرارداد استخدام جنسیت مونث برای کودکانستان یا خدمت در بخش زنان بیمارستان و سایر موارد مشاهده می‌گردد که عرفاً وجود جنسیت مشروط مطلوب است، ولی نه به عنوان ماهیت عرفی قرارداد یا وصف اساسی آن، به گونه‌ای که با

انتقای جنسیت، موضوع قرارداد منتفی نمی‌گردد، زیرا در این گونه موارد آنچه مقصود اساسی و اولیه است، انجام خدمات موضوع قرارداد است ولی مطلوب‌تر است که توسط جنسیت شرط شده، انجام پذیرد. اگر در این موارد شخص متعهد اقدام به تغییر جنسیت نماید، چون انجام عمل موضوع قرارداد توسط شخص متعهد ممکن است، قرارداد باطل یا منفسخ نمی‌شود؛ زیرا همان گونه که اثبات شده انفساخ قرارداد زمانی موجه است که در دوران یا مدت ضمان معاوضی متعهد، انجام تعهد غیر ممکن یا عوض قرارداد تلف شود، در حالی که در قرارداد مورد بحث، با وجود تغییر جنسیت، انجام عمل و پرداخت دستمزد آن ممکن است و دلیلی برای انفساخ یا بطلان قرارداد وجود ندارد (باریکلو، ۱۳۸۲: ۱۱۰).

« اما بی‌گمان وصف شرط شده یکی از انگیزه‌های تراضی به انجام معامله می‌باشد، منتها نقش آن چنین نیست که رکن محسوب شود و ستون تراضی باشد. به همین جهت، فقدان آن به اصل تراضی صدمه وارد نمی‌کند و عقد را باطل نمی‌نماید. با وجود این، باید پذیرفت که باقی نهادن چنین پیمانی با خواست واقعی دو طرف، به ویژه با رضای واقعی آنکه از فقدان وصف زیان می‌برد، مخالف می‌باشد. پس، برای حفظ عقد از یک سو و جبران ضرر ناشی از آن از سوی دیگر، قانون گذار تنها به زیان دیده حق فسخ می‌دهد.» (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۸۳). بنابراین اگر پس از انعقاد عقد معلوم شود که شرط مقرر موجود نیست مشروط له می‌تواند طبق ماده‌ی ۲۳۵ ق.م.معامله را فسخ یا به همان وضعیت آن را قبول نماید (امامی، ۱۳۷۵: ۲۸۴). پس شخصی که شرط یا وصف به نفع اوست در صورت تغییر جنسیت مشروط علیه، مختار است که قرارداد را فسخ نماید یا اینکه از شرط چشم پوشی نموده و انجام تعهد را از شخص تغییر جنسیت داده بخواند.

۲-۱-۲ اساسی بودن جنسیت

امکان دارد در قراردادی نقش جنسیت چنان باشد که بتوان گفت وصف مورد شرط، وصف اساسی و علت غایی انعقاد قرارداد است. مثال بارز این نوع عقد، نکاح است که در آن جنسیت طرفین آشکارا نقش اساسی را ایفا می‌نماید. که در ادامه مقاله مورد بررسی قرار خواهد گرفت؛ با این حال علاوه بر عقد نکاح؛ مثال‌های دیگر عقود که در آن جنسیت نقش مهمی می‌تواند داشته باشد عبارتند از: وصیت تملیکی، هبه و صلح که در زیر به بررسی آنها در صورت تغییر جنسیت پرداخته می‌شود.

یک- اثر تغییر جنسیت در وصیت تملیکی

وصیت عبارت است از « عمل حقوقی که به موجب آن شخص، بطور مستقیم یا در نتیجه‌ی تسلیط دیگران، در اموال یا حقوق خود برای بعد از فوت تصرف می‌کند.» (کاتوزیان، ۱۳۹۷: ۶۶). به موجب ماده ۸۲۶ ق.م. « وصیت تملیکی عبارت است از این که کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند.» ممکن است وصیتی به لحاظ جنسیت موصی له صورت گرفته باشد. حال اگر بعد از اینکه موصی وصیت کرد موصی له تغییر جنسیت بدهد حکم وصیت چیست؟ آیا وصیت نافذ است و اثر خود را هم چنان دارد یا آنکه با تغییر جنسیت، وصیت اثر خود را از دست می‌دهد؟

مقدم بر هر بحثی در باب وصیت بنظر می‌رسد که باید ابتدا به این بحث پرداخت که وصیت عقد است و یا ایقاع؟ اگر وصیت را از عقود بدانیم چون عقد به ایجاب و قبول محتاج می‌باشد؛ لذا شرط اساسی صحت وصیت و سبب وجودی آن قبول موصی له می‌باشد ولی اگر وصیت را ایقاع بدانیم محتاج به قبول از طرف موصی له نیست و شرط صحت وصیت در این صورت همان انشاء وصیت از طرف موصی و عدم رد وصیت از طرف موصی له بعد از فوت است به این معنی وصیت بدون قبول موصی له واقع شده و فقط موصی له نباید آن را رد کند و در صورت رد، وصیت بلاموضوع است. در این باره دو نظر وجود دارد:

۱- وصیت ایقاع می‌باشد: « وصیت تملیکی در صورتی ایقاع است که تملیک نتیجه‌ی ایجاب موصی باشد و قبول موصی له در زمره‌ی اسباب آن به حساب نیاید.» (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۹۴). امکان قبول وصیت بعد از مرگ موصی و عدم لزوم رعایت توالی عرفی بین قبول و ایجاب در وصیت تملیکی از دلایلی است که برخی از نویسندگان حقوق مدنی را بر آن داشته که بر ایقاع بودن وصیت تملیکی رای دهند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: ۱۵).

۲- وصیت عقد می‌باشد: « وصیت در صورتی عقد است که تملیک نتیجه‌ی توافق و برخورد اراده‌ی موصی و موصی له باشد.» (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۵) عده‌ای از حقوقدانان با توجه به تاثیر قبول در وصیت و حکم ماده ۸۲۷ ق.م. در مورد منوط کردن اثر

وصیت (تملیک) به قبول موصی له (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۵۱۴) و هم چنین تفسیر عرف به امکان پذیرفته شدن قبول وصیت تا بعد از فوت موصی (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۹۷) بر این باور هستند که وصیت تملیکی عقد است و قبولی در آن مانند سایر عقود دارای نقش به سزایی است.

ماده ۸۲۷ صریحا بیان داشته تملیک به موجب وصیت جز با قبول موصی له محقق نمی‌گردد. چنین اثری در عقود جاری می‌باشد. باید گفت، اگر وصیت تملیکی ایقاع بود قبولی موصی له شرط تحقق وصیت قرار نمی‌گرفت. یعنی از مفهوم مخالف این ماده استنباط می‌گردد تا زمانی که موصی له وصیت را قبول ننماید آثاری را به دنبال نخواهد داشت. بنابراین قانون مدنی ایران در ماده ۸۲۷ ق.م وصیت تملیکی را عقد دانسته و از نظر مشهور فقهای امامیه تبعیت می‌نماید. باید گفت با توجه به موارد گفته شده، به نظر می‌رسد وصیت تملیکی عقد است. زیرا عناصر اساسی قرارداد در آن وجود دارد. موصی باید قصد انشا در رضایت به وصیت داشته باشد. از طرفی موصی له هم باید قبولی خود را اعلام نماید. اما این قبولی می‌تواند در زمان حیات موصی باشد و می‌تواند بعد از فوت موصی باشد. بنابراین عناصر قرارداد در آن وجود دارند. موصی له می‌تواند در زمان حیات موصی قبولی خود را اعلام کند (ماده ۸۳۰ ق.م). اگر موصی له وصیت را در زمان حیات موصی قبول نماید مالکیت بعد از فوت ایجاد می‌گردد چون وصیت بعد از فوت اثر می‌گذارد. در خصوص قبولی وصیت در زمان حیات موصی بین فقها اختلاف نظر وجود دارد که قانون مدنی نظر مشهور فقهای امامیه را مورد پذیرش قرار داده است. حال که وصیت عقد است و قبولی موصی له مانند سایر عقود از ارکان اساسی عقد است لازم است به بررسی آن در وصیتی که موصی له آن تغییر جنسیت می‌دهد پرداخته شود. از نظر زمانی امکان دارد تغییر جنسیت قبل از قبولی صورت پذیرد و نیز امکان دارد موصی له بعد از قبولی وصیت، اقدام به تغییر جنسیت خود بنماید؛ که این امکانات در ذیل مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱- موصی له قبل از قبول وصیت تغییر جنسیت بدهد

در این فرض موصی له قبل از آنکه وصیت را قبول نماید تغییر جنسیت می‌دهد. اگر در نظر موصی جنسیت موصی له چنان اهمیتی داشته باشد که تغییر جنسیت او را از وصیت به نفع موصی له پشیمان سازد به راحتی می‌تواند از ایجاب و وصیت خود رجوع نماید.

اما از منظر موصی له مطالبی قابل بحث است. از آنجا که جنسیت نقش عمده‌ای در زندگی اجتماعی دارد و جامعه برای هر یک از دو جنس هنجارهای خاصی را تعریف می‌نماید و از هر یک انتظارات متفاوتی دارد؛ موصی له بعد از تغییر جنسیت و به دنبال آن تغییر جایگاه اجتماعی اش، به قضاوتی دوباره راجع به وصیت انشا شده می‌پردازد و در این مسیر امکان دارد به این نتیجه برسد که نفع وی در قبولی و پذیرش وصیت است و لذا آن را مورد پذیرش قرار می‌دهد. نیز ممکن است برعکس به این نتیجه برسد که وصیتی که قبل از تغییر جنسیت به نفع او انشا شده است، در وضعیت جدید نه تنها برایش مفید نیست بلکه پایگاه اجتماعی اش را هم متزلزل می‌سازد. بنابراین تصمیم به رد وصیت می‌گیرد.

با توجه به قانون مدنی رد وصیت از جانب موصی له در دو مرحله قابل بحث است :

مرحله‌ی اول: پیش از فوت موصی

مرحله‌ی دوم: بعد از فوت موصی

مرحله‌ی اول: رد موصی له پیش از فوت موصی

وصیت برای بعد از موت انشا می‌گردد و تا زمانی که موصی آن را به عنوان آخرین اراده خود حفظ می‌کند، هم چنان باقی و مستمر است. رد موصی له بدین موجود مستمر گزندی نمی‌رساند، زیرا دوام و اعتبار آن به اراده‌ی موصی بستگی دارد و تنها بعد از فوت زمان ارائه و تنفیذ آن است. ماده ۸۳۰ ق.م نیز در این زمینه بیان می‌دارد: «نسبت به موصی له، رد یا قبول وصیت بعد از فوت موصی معتبر است، بنابراین، اگر موصی له قبل از فوت موصی وصیت را رد کرده باشد، بعد از فوت می‌تواند آن را قبول کند ...»

«رد موصی له، در فرضی هم که بعد از قبول اعلام می شود، مانع از قبول دوباره‌ی وصیت نمی‌باشد. زیرا علاوه بر اینکه قبول موصی له در زمان حیات موصی اثر ندارد، وصیت نیز معلق به فوت است.» (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۲۸).

مرحله‌ی دوم: رد موصی له بعد از فوت موصی

در اینجا نیز موصی له می‌تواند وصیت را رد نماید و «رد موصی له اثر ایجاب را از بین می‌برد. زیرا نه تنها دوران پس از مرگ زمان ارائه و تنفیذ وصیت است و برخورد آن با رد موصی له باعث از بین رفتن ایجاب می‌گردد، با مرگ موصی فرض استمرار اراده او نیز امکان ندارد.» (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۲۸).

پس در هر دو مرحله چون سابقه‌ی قبول وجود ندارد موصی له می‌تواند وصیت را رد نماید.

۲- موصی له بعد از قبول وصیت تغییر جنسیت بدهد

در این فرض نیز در مورد اختیار موصی در رجوع از وصیت بحثی نیست زیرا چنانچه گفته شده «چون حکمت وصیت در این است که آخرین خواسته‌های مشروع متوفی اجرا شود و موصی تا لحظه‌ی مرگ بتواند آرمان‌های تازه‌ی خویش را جامه‌ی عمل ببوشاند، منطقی‌تر این است که اختیار رجوع برای او محفوظ باقی بماند.» (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۹۲). پس با توجه به ویژگی قابل رجوع بودن وصیت از جانب موصی، وی قادر است در هر زمانی که تغییر جنسیت موصی له صورت بگیرد از وصیت خود رجوع نماید.

بحث وقتی است که موصی له وصیت را قبول نموده و پس از آن تغییر جنسیت دهد و با در نظر گرفتن شرایط جدید خود از قبول خود پشیمان گردیده و در صدد رد وصیت برآید. در اینجا نیز فرضی که موصی له قبل از قبول وصیت تغییر جنسیت می‌دهد در دو مرحله به بحث پرداخته می‌شود:

مرحله اول: رد موصی له پیش از فوت موصی

ماده ۸۳۰ قانون مدنی بیان می‌دارد: «نسبت به موصی له رد یا قبول وصیت بعد از فوت موصی معتبر است، بنابراین اگر موصی له قبل از فوت موصی وصیت را رد کرده باشد، بعد از فوت می‌تواند آن را قبول کند...»
بنابر این موصی نه تنها حق رد دارد بلکه «در فرضی هم که بعد از قبول اعلام می‌گردد، مانع از قبول دوباره می‌وصیت نیست. زیرا، علاوه بر این که قبول موصی له در زمان حیات موصی اثر ندارد، وصیت نیز معلق به فوت می‌باشد. بنابراین، توهم این که رد وصیت در این فرض عقد وصیت را از بین می‌برد، محملی ندارد.» (عمید، ۱۳۴۲: ۲۲) پس در این فرض حق رد را دارا می‌باشد.

مرحله دوم: رد موصی له بعد از فوت موصی

این فرض نیز با توجه به زمان قبولی و رد در سه حالت قابل بررسی است:

۱. رد وصیت بعد از قبول: از ماده ۸۳۰ معلوم می‌شود که رد وصیت تا زمانی که موصی به تسلیم نشده است باعث انحلال تملیک می‌گردد. در این ماده مقرر شده است: «... اگر بعد از فوت آن را قبول و موصی به را قبض کرد دیگر نمی‌تواند آن را رد کند.» مفهوم مخالف این ماده این است که پیش از قبض (شرط) موصی له توانایی رد وصیت را دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۲۸).
۲. رد وصیت بعد از قبول و قبض: در این فرض رد موصی له دیگر اثر نداشته و حتی بر رد ندارد.
۳. رد وصیت بعد از قبض: قانون مدنی در این مورد دارای حکمی نیست و بین حقوقدانان نیز در این مورد اختلافاتی دیده می‌شود. عده‌ای رد را موثر دانسته‌اند. با این توجیه که «قبض و قبول دو عمل ممتاز از یکدیگرند که نتیجه‌ی یکی تحقق تملیک و دیگری لزوم و استقرار آن است. پس، قبض نمی‌تواند در وقوع یا کشف تملیک موثر واقع گردد و رد پس از آن هیچ مانعی در راه نفوذ خود ندارد.» (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۲۹).

چنانچه گفته شده قبض می‌تواند وسیله‌ی اعلان قبول ضمنی موصی له باشد و مثل فرض پیشین موصی له دیگر حقی بر رد نداشته باشد. بنابراین اگر موصی له بعد از فوت موصی، موصی له را قبض نماید دیگر نمی‌تواند آن را رد کند.

پس در فرض تصمیم موصی له بر رد پس از فوت موصی، وی تنها در حالتی که قبضی صورت نگرفته باشد دارای حق رد است. می‌توان گفت که در صورتی که موصی همیشه و در هر حال می‌تواند وصیت انشا شده را رد کند و در این امر قبولی موصی له

هیچ تاثیری نمی تواند داشته باشد. موصی له نیز تا زمانی که موصی در قید حیات باشد حق رد دارد و نمی توان به اجبار، مالی را به وی تملیک نمود. ولی اگر بعد از فوت موصی بخواهد وصیت را رد کند تنها در صورتی مجاز به این کار است که قبضی صورت نگرفته باشد وگرنه رد و اثر حقوقی نداشته و مالک موصی به شناخته می شود.

موضوع تغییر جنسیت موصی له از زاویه ی دیگر نیز قابل بحث است. این مورد را می توان با مورد اشتباه در شخص موصی له که موجب بطلان وصیت می گردد مقایسه نمود. زیرا در اینجا نیز جنسیت موصی له، ممکن است انگیزه ی اصلی موصی له برای وصیت به نفع او باشد و به عبارت دیگر علت عمده ی عقد، همان جنسیت موصی له باشد که با تغییر جنسیت از بین می رود و در نتیجه می توان گفت با تغییر جنسیت وصیت باطل می شود. باید گفت؛ در موردی که وصیت به اعتبار وصفی خاص انشا گردد که به پندار موصی در موصی له وجود داشته است، اشتباه در آن وصف، موجب بطلان وصیت می شود. اما این نظر قابل انتقاد است زیرا نمی توان گفت که همیشه جنسیت موصی له انگیزه ی اصلی برای وصیت به نفع وی است و با تغییر جنسیت، علت عمده ی وصیت از بین می رود و باطل می شود. درست است که اگر تغییر جنسیت در طول حیات موصی رخ دهد وی همچنان اختیار رجوع از ایجاب خود را دارد و می تواند نسبت به رجوع از ایجاب خود یا بقا در آن تصمیم بگیرد ولی مشکل جایی است که موصی فوت کند و تغییر جنسیت موصی له پس از آن رخ دهد آیا در این فرض صحیح است که بگوییم وصیت به لحاظ جنسیت موصی له صورت پذیرفته و اکنون با تغییر جنسیت باطل می شود؟ مشخص است که راجع به قصد بیان نشده ی موصی نمی توان قضاوت نمود و با یک ضابطه ی کلی حکم به بطلان وصیت داد. بنابراین قرار دادن تغییر جنسیت به عنوان مصداقی از اشتباه در شخصیت طرف عقد چندان صحیح نیست. باید گفت عدم اهلیت تملک امری خلاف قاعده است و تغییر جنسیت موصی له نمی تواند تغییری در قواعد وصیت ایجاد نماید و تابع قواعد مذکور در قانون مدنی است.

دو- اثر تغییر جنسیت در هبه

در مقام تعریف هبه، ماده ۷۹۵ قانون مدنی، اعلام می نماید: «هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگر تملیک می کند. تملیک کننده واهب، طرف دیگر را متهب، مالی را که مورد هبه است عین موهوبه می گویند.» اگر واهب مالی را به متهب هبه نماید و متهب تغییر جنسیت دهد وضعیت عقد به چه صورت است؟ آیا می توان گفت که هبه از عقود می باشد که در آن شخصیت متهب نقش عمده دارد و لذا با تغییر جنسیت عقد باطل می شود یا نه، جنسیت متهب و تغییر آن نمی تواند تزلزلی در هبه ی واقع شده ایجاد کند؟

به نظر می رسد برای پاسخ دادن به این سوال باید اول به بررسی ماهیت هبه پرداخت و بررسی نمود که آیا هبه عقدی لازم است و در آن هیچ حقی بر واهب در رجوع از هبه وجود ندارد یا نه، عقدی است جایز و در هر زمان امکان رجوع از آن میسر است. قانون مدنی در ماده ۸۰۳ هبه را حتی بعد از قبض تا زمانی که عین موهوبه وجود دارد قابل رجوع دانسته است ولی با فوت یکی از طرفین، به حکم ماده ۸۰۵ این اختیار از بین می رود. پس با این اوصاف هبه عقدی است جایز و در آن حق رجوع وجود دارد مگر اینکه یکی از طرفین فوت کند یا هبه از موارد استثنایی برشمرده شده در ماده ۸۰۳ ق.م باشد.

پس از ذکر مطالب فوق، باید بررسی نمود که تغییر جنسیت متهب چه تاثیری بر هبه دارد. اگر تغییر جنسیت در طول حیات واهب صورت پذیرد از آنجا که هبه عقدی جایز است وی مختار به فسخ و رجوع از بخشش خود است و در این مورد مشکلی به نظر نمی رسد. ولی بحث در جایی است که واهب فوت می کند و متهب تغییر جنسیت می دهد، در این مورد کشف نیت و انگیزه ی واهب از هبه ی به نفع متهب به راحتی قابل کشف نمی باشد و در همه ی موارد ضابطه ی یکسانی نمی توان بر آن پیدا نمود؛ ولی می توان گفت از آنجایی که هبه از عقود رایگان است و در این عقود شخصیت طرف عقد دارای اهمیت شایانی است؛ معمولاً انگیزه ی اصلی بخشش است. به عبارت دیگر شخصیت متهب علت عمده ی عقد است و اشتباه در آن باعث بطلان عقد می گردد. (ماده ۲۰۱ ق.م). اشتباه در خصلتی که جهت اصلی هبه قرار گرفته در حکم اشتباه در هویت شخص است و اراده را بی اثر می سازد. (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۵۷).

بنابراین اگر به طریقی کشف گردد که جنسیت متهب دلیل اصلی واهب در عقد هبه است و وی تغییر جنسیت دهد حکم به بطلان هبه دور از ذهن نیست. ولی اگر دلیلی بر آن یافت نشود به نظر می‌رسد این مورد نیز تابع حکم کلی هبه در هنگام فوت واهب یعنی لزوم عقد باشد و نتوان به صرف تغییر جنسیت هبه را باطل اعلام نمود.

سه - اثر تغییر جنسیت در صلح

صلح از منظر لغوی عبارت است از سازش کردن و آشتی و توافق (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۰۰). به موجب ماده ۷۵۲ قانون مدنی عقد صلح ممکن است برای رفع مرافعه و دعوی و یا در مورد معامله و یا سایر عقود به کار رود. به حکم ماده ۷۶۰ قانون مدنی صلح عقدی لازم می‌باشد. «در مفهوم و جوهر صلح نوعی «تسالم» یا به بیان دیگر گذشت‌های متقابل وجود دارد و همین امتیاز آن را از سایر معاملات ممتاز می‌نماید و به صورت معامله‌ای مستقل در می‌آورد. یعنی در هر مورد که وجود حقی بین دو نفر مشتبه است و یا مورد تنازع قرار گرفته است با هدف این است که از تنازع احتمالی پرهیز گردد، عقدی که بر این مبنا و گذشت‌های متقابل طرفین واقع می‌شود صلح است، هر چند که نتیجه آن و وسیله تسالم ایجاد حق یا انتقال یا اسقاط آن باشد.» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۰۲).

چنانچه گفته شد؛ صلح عقدی لازم است. اگر یکی از طرفین صلح تغییر جنسیت دهد پیداست که هیچ خللی بر عقد وارد نمی‌گردد و هم چنان به حیات خود ادامه می‌دهد ولی اگر طرف مقابل ادعا نماید که صلح را با لحاظ شخصیت و جنسیت طرف مصالحه منعقد نموده و به عبارتی دیگر جنسیت وی علت عمده‌ی تراضی بوده است و حال که وی تغییر جنسیت داده باید صلح را باطل اعلام نمود، مساله قابل بحث می‌گردد و جای درنگ احساس می‌شود. زیرا در عقد صلح شخصیت طرف دارای اهمیت خاصی است و این ادعای وی دور از ذهن نیست. باید پاسخ را در ماده ۷۶۲ ق.م.جستجو کرد. این ماده مقرر می‌دارد: «اگر در طرف مصالحه و یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد، صلح باطل است.» منظور از اشتباه در طرف مصالحه، همان ملاحظاتی مربوط به اشتباه در شخصیت طرف عقد می‌باشد که علت عمده‌ی تراضی می‌باشد. بنابراین با استفاده از این ماده و در صورتی که مشخص شود جنسیت طرف مصالحه علت عمده‌ی صلح بوده است حکم به بطلان صلح بر اثر تغییر جنسیت طرف مصالحه دور از ذهن نمی‌باشد. ولی این امر خلاف قاعده است و نیاز به اثبات دارد.

۲-۲ تاثیر تغییر جنسیت در حقوق خانواده

در این مبحث سعی در بررسی تاثیر تغییر جنسیت در مواردی چون ازدواج، مهریه و ارث خواهیم داشت.

۲-۲-۱ تاثیر تغییر جنسیت بر ازدواج انسان های دوگانه

در حالتی که یکی از زوجین تغییر جنسیت دهد، ازدواج باطل است. چون امکان بقای ازدواج وجود ندارد. ازدواج مرد با مرد یا زن با زن از نظر فقه شیعه و قانون مدنی مشروع نمی‌باشد. قانون مدنی ایران در مواد ۱۰۳۵، ۱۰۵۹، ۱۰۶۷، ۱۱۲۲، ۱۱۲۴ به لزوم اختلاف جنس در ازدواج اشاره دارد. اگر هر دو نفر یعنی زوج و زوجه به صورت غیر همزمان اقدام به تغییر جنسیت نمایند، در این حالت همانند مورد قبلی ازدواج باطل می‌گردد؛ زیرا مجوز شرعی برای ابقای ازدواج سابق وجود ندارد. حال اگر تغییر جنسیت زوجین به صورت همزمان باشد، با توجه به نظر آیت الله خمینی در کتاب تحریر الوسیله، دو احتمال وجود دارد. احتمال اول این است که حقیقت ازدواج، زوجیت هر یک نسبت به دیگری می‌باشد که به حالت خود باقی است، و تنها حالت و چگونگی آن در قبل و بعد از عمل جراحی دچار تغییر شده است. زوج قبلی زوجه شده و زوجه قبلی زوج شده است که در این وضعیت جدید حقیقت ازدواج یعنی زوجیت هریک نسبت به دیگری هم چنان باقی است و نهایت آن که وظیفه هریک متفاوت با سابق است. اما در احتمال دوم این است که ازدواج سابق دوام نداشته و در موقعیت جدید باطل گردیده است. وی احتمال دوم را به صورت احتیاط واجب مورد پذیرش قرار می‌دهد ولی در نهایت احتمال اول را ترجیح می‌دهند. وی گفته است که اگر زوجین به صورت همزمان تغییر جنسیت دهند احتیاط واجب آن است که عقد ازدواج تجدید شود (عباسی سرمدی، هاشمی، ۱۳۹۲: ۴۰).

۲-۲-۲ تاثیر تغییر جنسیت بر مهریه

مهریه یا صداق، عبارت است از مالی که زن بر اثر ازدواج مالک آن می‌شود و مرد ملزم است که آن را پرداخت نماید. نهاد مهریه در حقوق ایران، مبتنی بر سنت و مذهب است و نظیر آن را در حقوق کشورهای غربی نمی‌توان پیدا کرد. حال اگر زنی تغییر جنسیت دهد آیا پرداخت مهریه توسط مرد منتفی می‌گردد یا این که مرد ملزم به پرداخت آن است؟

چهار نظریه پیرامون این موضوع وجود دارد: اول این که پرداخت مهریه مطلقاً لازم نیست. چون که حقیقت ازدواج این است که مهریه به عنوان ثمن در مقابل کابین زن است و تغییر جنسیت موجب انفساخ این معاوضه می‌گردد. نظریه‌ی دوم معتقد است که پرداخت کل مهریه لازم می‌باشد؛ چه دخول صورت گرفته باشد یا صورت نگرفته باشد دلیل این گروه می‌تواند این باشد که حقیقت مهریه یک امر اعتباری و فرع بر اصل و ذات ازدواج است و زوجه مالک کل مهریه است. آیت الله موسوی خمینی به این نظریه اعتقاد دارد. نظریه‌ی سوم این است پرداخت کل مهریه منوط به دخول است و الا نصف مهریه لازم می‌باشد. دلیل این گروه وجود برخی اخبار و اقوال معتبر، فتاوی فقیهان اسلامی و نیز قانون مدنی ایران می‌باشد که در تمام این موارد، وجوب کل مهریه را منوط به دخول می‌داند. نظریه‌ی چهارم بر این اعتقاد است که اگر عمل تغییر جنسیت از سوی زن و بدون اجازه شوهر باشد، هیچ چیز بر شوهر لازم نیست، چه در نتیجه ازدواج دخول شده باشد یا نشده باشد (عباسی سرمدی؛ هاشمی، ۱۳۹۲: ۴۱).

۳-۲-۲ تغییر جنسیت و مساله ارث

اگر پدر و یا مادر فردی که عمل تغییر جنسیت انجام داده فوت نماید، پسر فعلی در برابر دختر فعلی ارث می‌برد. یعنی جنسیت فعلی فرزند ملاک است. دلیل آن این است که از ظاهر دلایل شرعی این گونه بر می‌آید، اراده بر آن است که فرد به هنگام فوت مذکر یا مونث باشد. قانونگذار نیز در ماده‌ی ۹۰۷ قانون مدنی بیان می‌دارد که اگر اولاد متعدد باشند و بعضی از آنها پسر و بعضی دختر، پسر دو برابر دختر ارث می‌برد.

«حال اگر فرزند از دنیا برود و یکی از والدین او یعنی پدر یا مادر او عمل تغییر جنسیت انجام داده باشد، دو احتمال وجود دارد: اولین احتمال این است که والدین تغییر جنس داده، اصلاً از فرزند خود ارث نمی‌برند و رابطه ارثیت به طور کامل قطع می‌شود. این احتمال بعید می‌باشد زیرا تغییر جنسیت طبق ماده ۸۸۰ قانون مدنی ایران که از فقه امامیه اتخاذ شده است، از موانع ارث محسوب نمی‌شود. اما در احتمال دوم والدین تغییر جنس داده از فرزند خود ارث می‌برند. پیرامون این احتمال دو مبنا وجود دارد. مبنای اول ارث بردن به لحاظ زمان تولید مثل می‌باشد. مبنای دوم ارث بردن به لحاظ خویشاوندی و اولویت است. آیت الله موسوی خمینی بیان می‌دارد؛ در این مساله تردید وجود دارد و بهتر است که بگوییم ارث می‌برند و ارث آن‌ها بر مبنای انعقاد نطفه است. بنابر این، برای پدر دو سوم و برای مادر یک سوم می‌باشد و احتیاط مستحب آن است که با هم مصالحه نمایند» (عباسی سرمدی؛ هاشمی، همان).

۳-۲-۲ تغییر جنسیت و دیه

دیه، یکی دیگر از حقوقی است که جنسیت در میزان آن اثر دارد. در حقوق ایران، میزان دیه اشخاص تا ثلث با هم مساوی می‌باشد و مازاد بر ثلث، دیه مذکر دو برابر مونث است. در نتیجه باید دید که دیه شخص تغییر جنسیت داده بر مبنای جنسیت چه زمانی محاسبه می‌گردد. در این مورد میزان دیه شخص بر مبنای جنسیت جدید محاسبه می‌شود، زیرا عرفاً شخص به جنسیتی ملحق است که در زمان مطالبه‌ی دیه با تایید متخصصین خود را به آن ملحق نموده است. بنابراین، ملاک دریافت دیه جنسیت زمان مطالبه خواهان می‌باشد و اگر خواهان از زمان وقوع حادثه تا زمان مطالبه دیه با رعایت تمام استانداردهای پزشکی و با تایید متخصصین تغییر جنسیت دهد، به او بر مبنای جنسیت زمان مطالبه محاسبه می‌شود. اگر مصدوم فوت کرده و وراثت او خواهان دیه می‌باشند، دیه بر مبنای جنسیت زمان مرگ میت مصدوم محاسبه می‌گردد (عباسی سرمدی، هاشمی، همان: ۴۲).

۳- نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا

تلاش‌ها برای حمایت از ترنس سکشوال‌ها در آمریکا و در سطح فدرال سابقه زیادی ندارد و در عین حال تا حدودی ناموفق بوده است. با این حال تلاش‌های زیادی در طول دهه‌های گذشته برای تحت پوشش قرار دادن گرایش‌های جنسی مختلف به عنوان گروه‌های تحت حمایت‌های قوانین ضد تبعیض فدرالی وجود داشته است. از جمله می‌توان به قانون منع تبعیض در استخدام مصوب سال ۲۰۰۷ اشاره کرد. البته کمیته ای در سال ۱۹۹۶ برای ممنوع ساختن تبعیض بر مبنای گرایش جنسی تشکیل شد و در طی لایحه‌ای ارایه شد که در سنای آمریکا رد شد

هنگامی که لایحه ی فوق الذکر (۲۰۰۷) در مجلس نمایندگان در حال بررسی بود بحث‌های مفصلی در گرفت اما در نهایت تصویب شد. اما به این لایحه اصلاحیه‌ای هم وارد گشت. سخنگوی این اصلاحیه گفته است که کنگره رهبری ایالات، شهرها و مشاغل خصوصی وظیفه حمایت از منع تبعیض بر اساس هویت جنسی را عهده‌دار هستند. مطابق استدلال وی شخص نباید صرفاً بر اساس تعارض بین وضعیت جسمی و احساس درونی اش از اشتغال منع شود. این لایحه حمایت در مقابل تبعیض بر اساس هویت جنسی را در بر نمی‌گرفت و طرفداران آن پیشنهاد اصلاحیه‌ای برای افزودن چنین موردی به لایحه را دادند تا ترنس‌ها هم در مفهوم کسانی که عمل تغییر جنسیت داشته‌اند و هم آن‌هایی که پوشش و رفتار جنس مخالف خود را دارند گسترش یابد. اما چنین اصلاحیه‌ای هم مورد تصویب قرار نگرفت.

تلاش‌های ایالتی، در مقابل تلاش‌های ناموفق فدرالی آمریکا، با توفیق بیشتری همراه بوده است. تعداد زیادی از ایالات در قوانین خود صریحاً کارفرمایان را از تبعیض در استخدام بر مبنای هویت جنسی بر حذر داشته‌اند. قانون تهیه مسکن و استخدام عادلانه ایالت کالیفرنیا به منظور شمول ممنوعیت قانونی علیه تبعیض جنسی به تبعیض براساس جنسیت من جمله هویت جنسیتی و ظاهر و رفتار مربوط به جنسیت صرف نظر از مطابقت با جنس ثبت شده فرد به هنگام تولد اصلاح شد. ایالات دیگری هم چون کلرادو، بخش کلمبیا، لوا، مین، ورمونت، واشنگتن، ایلینویز نیز در این زمره بوده‌اند. علت این که حساسیت بیشتری نسبت به ادعاهای تبعیض علیه این اشخاص وجود دارد این بوده که ادعاهای تبعیض بر اساس تصور قالبی جنسی به دنبال توسعه حمایت به تبعیض علیه ترنس سکشوال‌ها بوده و کسانی که از عدم تطبیق هویت جسمی و روانی در رنج بوده‌اند. دادگاه‌های آمریکا جدیداً به سمتی حرکت می‌نمایند که ممنوعیت تبعیض براساس جنس به ترنس سکشوال‌ها تسری یابد. اما در گذشته استدلال دادگاه‌ها عکس این مسئله بوده و اعتقاد داشتند که ممنوعیت مورد نظر کنگره صرفاً براساس جنس بوده و به هویت جنسیتی گسترش پیدا نمی‌کند. به طور کلی می‌توان گفت که اقلیت‌های جنسی از جمله انسان‌های دوگانه در سطح فدرال و برخی ایالت‌های محدود خارج از شمول قوانین ضد تبعیض محیط کاری می‌باشند. اما با این وجود عنوان هفتم (Title 7) قانون حقوق مدنی ۱۹۶۴ و اکثر قوانین ایالتی تبعیض در استخدام براساس جنس را ممنوع می‌نمایند. اصطلاح جنس باید به نحو وسیع تری از تفسیر دادگاه‌ها در خصوص اقلیت‌های جنسی تعریف گردد، تا هم ویژگی‌های بیولوژیکی و هم ویژگی‌های جنسیتی را در برگیرد. تحقیقات پزشکی و روانشناسی تایید نموده‌اند که تعیین جنس شخص پیچیده تر از آن است که دادگاه‌ها بتوانند در خصوص آن‌ها تمایز قایل شده و اظهار نظر نمایند (عباسی سرمدی، هاشمی، همان: ۲۵).

۳-۱ رویه دادگاه‌های آمریکا در تغییر گواهی تولد و شناسایی ازدواج انسان‌های دوگانه

دادگاه‌های آمریکا تا کنون در اعمال قوانین راجع به گواهی تولد و ازدواج انسان‌های دوگانه یا ترنس سکشوال‌ها به نحو متفاوتی رفتار کرده‌اند. دادگاه‌های برخی ایالت‌ها به عنوان مثال دادگاه‌های اوهایو، ایلینویز، تگزاس و نیویورک به این نتیجه رسیده‌اند که برای ازدواج تغییر جنسیت لازم نمی‌باشند. برخی دیگر من جمله دادگاه‌های ایالت نیوجرسی و کانزاس تغییر جنسیت را تایید نموده‌اند. تقریباً تمامی ایالات آمریکا تغییر نام و جنس مندرج در گواهی تولد را مجاز می‌دانند. تنها ایالات ایداهو، اوهایو، تنسی و تگزاس اجازه تغییر جنسیت را صادر نمی‌نمایند. برخلاف سایر ایالات انسان‌های دوگانه مقیم ایالت کالیفرنیا که عمل تغییر جنسیت انجام داده‌اند، اگر در جایی خارج از ایالت متولد شده باشند باز هم می‌توانند برای تغییر نام و جنسیت دستور دادگاه را اخذ کنند (عباسی سرمدی، هاشمی، همان).

۳-۲ رویه دولت آمریکا در خصوص اخذ پاسپورت برای انسان های دو گانه

با توجه به اینکه موضوع گذرنامه دارای ماهیتی فدرالی است، وزارت کشور آمریکا مقرر می دارد که اطلاعات بیوگرافی و هویت شخص در پاسپورت او درج گردد. در سال ۲۰۱۰ این سیاست در مورد تغییرات جنسیتی اصلاح گردید و تغییر دائمی جنسیت مندرج در پاسپورت با ارائه گواهی از پزشک مجاز شمرده می شود. در واقع پزشک تایید می نماید که متقاضی درمان های کلینیکی لازم برای تغییر جنسیت را انجام داده باشد (عباسی سرمدی، هاشمی، همان: ۲۷)

۳-۳ رویه ی دولت آمریکا جهت اخذ مالیات برای تغییر جنسیت

مطبق لیست منتشر شده توسط IRS ۵۰۲ تخفیف های متعددی در خصوص معالجات تغییر جنسیت در نظر گرفته شده است (Medical and Dental Expenses, 2008؛ عباسی سرمدی؛ هاشمی، همان: ۲۸).

۳-۴ اثر تغییر جنسیت بر نکاح فرد تغییر جنسیت یافته در ایالات متحده آمریکا

دو فرد بدون توجه به جنسیت خود، در برخی از ایالت های کشور آمریکا، مجاز به ازدواج با یکدیگرند؛ دادگاه ها، در این ایالت ها، حکم داده اند که جنسیت افراد در صحت عقد نکاح تأثیری نخواهد داشت (Grenberg, 2006, p.51). باید گفت، ازدواج همجنسان از نظر دین اسلام و فقهای اسلامی حرام و باطل است و در بررسی اثر تغییر جنسیت بر عقد نکاح در ایالات متحده آمریکا، فقط مواردی مورد بررسی قرار خواهد گرفت که مسئله و حکم آن بر مبنای ازدواج دو غیرهمجنس است. باید گفت، هدف از بررسی اثر تغییر جنسیت بر عقد نکاح در نظام کامن لاء، به این سبب است که این موضوع از احوال شخصیه شمرده می شود و دادگاه های ما در برخورد با این قضیه باید بر طبق قوانین دولت متبوع مدعی رسیدگی نمایند؛ البته با این شرط که برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه ما باشد. مسلماً بررسی این موضوع در ایالاتی که ازدواج همجنس گرایان را مشروع دانسته اند، به همین دلیل بر تغییر جنسیت اثری بار نمی کند. برابر رویه قضایی شکل گرفته در برخی از ایالت های کشور آمریکا، ازدواج تنها زمانی مجاز و پذیرفته است که بین طرفین عقد نکاح اختلاف جنسیت وجود داشته باشد و جنسیت افراد در عقد نکاح مؤثر است و ازدواج همجنس در این ایالات ممنوع است (Albert & Melone, 2008, p.447). در این ایالت ها، برای مثال اگر زنی با تغییر جنسیت به مرد تبدیل شده باشد و با زنی ازدواج کند، تنها زمانی ازدواج او از سوی قوانین آن ایالت به رسمیت شناخته می شود که دولت هویت جنسیتی او را به رسمیت شناخته باشد. برای اینکه هویت جنسیتی فرد از سوی دولت به رسمیت شناخته شود، شخص باید مراحل درمانی را طی نموده و این تغییر در اسناد هویتی او وارد شده باشد. البته ایالات تگزاس و کانزاس، عمل جراحی تغییر جنسیت، تغییر در اسناد هویتی زندگی در قالب جنسیت جدید و در کل هیچ دلیلی را برای جواز تغییر جنسیت از منظر قانون مورد پذیرش قرار نمی دهند؛ این به آن معناست که تغییر جنسیت و به تبع آن، نکاح بر مبنای جنسیت جدید در این ایالات مورد پذیرش نیست. حال در مورد تغییر جنسیت پس از ازدواج و اثر آن بر ازدواج بر طبق مقررات این ایالت ها، این سؤال به ذهن متبادر می گردد که آیا تغییر جنسیت باعث ابطال ازدواج خواهد شد یا اینکه ازدواج همچنان صحیح است؟ رویه قضایی آمریکا در این قضیه بر این اعتقاد است که تغییر جنسیت هیچ گاه باعث عدم اعتبار ازدواجی که به صورت معتبر منعقد گردیده است، نمی شود و تمامی ایالات و دولت مرکزی این ازدواج را همچنان معتبر تلقی می نمایند. در ایالات متحده آمریکا ازدواج هنگامی می تواند اعتبار خود را از دست بدهد و باطل گردد که در هنگام ازدواج، تدلیس و فریبی رخ داده باشد. به این ترتیب، تغییر جنسیت یکی از زوجین که پس از منعقد شدن عقد نکاح به وقوع می پیوندد، تأثیری در عقد نکاح نخواهد داشت و عقد نکاح به قوت خود باقی است.

در این باره برخی از ایالات تحت قوانین حمایت از حقوق افراد ترانجنسیتی به صراحت بر این امر تأکید نموده اند. برای مثال، در قانونی که در ایالت کالیفرنیا در حمایت از حقوق این افراد تصویب شد، تأکید شده است که ازدواج تنها از طریق مرگ یا طلاق خاتمه پیدا می کند و به این سبب، ازدواج پس از تغییر جنسیت یکی از زوجین، همچنان معتبر است (California Transgender Family Law, 2013, section.1؛ صفری؛ امیر شاهکرمی، ۱۳۹۶: ۳۰۴).

۴- تطبیق جنسیت در چین

بر اساس یک برآورد تقریبی تعداد افراد تراجنسیتی در چین ۴۰۰ هزار نفر است (Gao JW, 2015)، با این حال داده‌ها در مرکز اصلی جراحی تغییر جنسیت (بیمارستان چانگ ژنگ^۲ و بیمارستان نهم شانگهای^۳) نشان می‌دهد که کمتر از ۸۰۰ بیمار تراجنسی در ۳۰ سال گذشته درمان شده‌اند. بنابراین در این مدت تنها یک درصد از این افراد به کلینیک‌ها جهت عمل تغییر جنسیت منتقل شده‌اند. باید گفت عمل جراحی تغییر جنسیت در چین هزینه‌های بسیاری را بر بیماران تحمیل می‌کند و بنابراین برخی بیماران به ناچار یا به پزشکی مراجعه می‌کنند که تخصص انجام این عمل را ندارند و یا به خارج از کشور سفر می‌کنند که این موارد می‌تواند خطرات بسیار زیادی را برای آنها در پی داشته باشد. برای مقابله با این مسائل وزارت بهداشت چین در سال ۲۰۰۹ دستورالعمل جهت عمل تغییر جنسیت صادر کرد و آرام آرام این عمل به رسمیت شناخته شد. در اوایل سال ۲۰۱۴ استان شناسی^۴ به افراد زیر سن قانونی که عمل تغییر جنسیت را انجام می‌دهند اجازه داد که اطلاعات کارت شناسایی خود را تغییر دهند. این تغییر در سیاست اجازه می‌دهد تا ازدواج بعد از تغییر جنسیت قانونی باشد و به رسمیت شناخته شود (Sun, 2014).

نتیجه‌گیری

۱. در حقوق ایران در صورت عمل تغییر جنسیت، ازدواج باطل است. چون امکان بقای ازدواج وجود ندارد و ازدواج مرد با مرد یا زن با زن از نظر فقه شیعه و قانون مدنی مشروع نیست. چنانچه گفته شد، با تغییر جنسیت نکاح منفسخ می‌گردد؛ با این حال تا لحظه‌ی تغییر جنسیت تمامی آثار نکاح صحیح به آن بار می‌گردد. بنابراین زوجه مستحق تمامی مهر می‌شود و می‌تواند مهر و نیز نفقه‌ی گذشته‌ی خود را از همسرش طلب نماید. در ارث بردن فرد تغییر جنسیت داده باید جنسیت او در لحظه‌ی مرگ مورث مبنای محاسبه واقع شود. تنها استثنا در این مورد راجع به ارث پدر و مادر از فرزند تغییر جنسیت داده‌ی خود است زیرا عنوان پدر و مادری با تغییر جنسیت تغییر نمی‌کند و از این رو پدر و مادر همان مقدار ارثی که پیش از تغییر جنسیت می‌بردند را می‌برند. در مورد ارث پدر و مادر تغییر جنسیت داده از فرزند متوفی خود نیز، ارث بردن آنان به لحاظ حالت بسته شدن نطفه است.

۲. در کشور آمریکا بعد از عمل تغییر جنسیت حقوق بیشتری برای افراد در نظر گرفته شده است و حقوق اینگونه افراد بیشتر از دو کشور ایران و چین به رسمیت شناخته شده است. در کشور آمریکا بعد از عمل تغییر جنسیت بیشتر به مواردی چون مدارک شناسایی و مالیات اشاره شده است و در حقوق ایران این مسئله در زمینه‌ی حقوق مدنی نمود بیشتری می‌یابد. در حقوق چین نیز با توجه به اینکه درصد بسیار کمی از افراد (با توجه به جمعیت چین) به عمل تغییر جنسیت دست زده‌اند حقوق چندانی برای این افراد در نظر گرفته نشده است و بیشتر موارد ذکر مربوط به مدارک شناسایی اینگونه افراد است. باید گفت در آمریکا در مقابل تلاش‌های ناموفق فدرالی، تلاش‌های ایالتی در آمریکا با توفیق بیشتری همراه بوده است.

۳. در حقوق چین در صورت عمل تغییر جنسیت در زیر سن قانونی، به بعضی از استان‌ها اجازه تغییرات در کارت شناسایی داده شده است و اعمال این سیاست اجازه می‌دهد تا ازدواج بعد از تغییر جنسیت قانونی باشد و به رسمیت شناخته شود.

منابع

یک- فارسی

۱. امامی، حسن (۱۳۷۵)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیة
۲. باریکلو، علیرضا (۱۳۸۳)، آثار حقوقی تغییر جنسیت، فصلنامه‌ی مدرس علوم انسانی، دوره‌ی هشتم، شماره‌ی سوم
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۶)، وصیت، تهران: انتشارات گنج دانش
۴. جوانمردی، ناهید (۱۳۸۹)، متن سخنرانی هفته‌ی پژوهش، دانشگاه علامه طباطبایی

² Changzheng Hospital

³ Shanghai Ninth People's Hospital

⁴ Shanxi province

۵. صفری، محسن؛ امیرشاهکرمی، مهرداد(۱۳۹۶)، آثار حقوقی تغییر جنسیت بر عقد نکاح در فقه اسلامی و نظام حقوقی کامن لا، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ی ۹، ش. ۱
۶. عباسی سرمدی، مهدی؛ هاشمی، رضا(۱۳۹۲)، حقوق بشر انسان‌های دوگانه در جمهوری اسلامی ایران، تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، ش. ۲۱
۷. عمید، موسی(۱۳۴۲)، تقریرات وصیت، تهران
۸. کاتوزیان، ناصر(۱۳۸۸)، حقوق مدنی مشارکت‌ها، تهران: گنج دانش
۹. کاتوزیان، ناصر(۱۳۹۴)، عقود معین، تهران: انتشارات گنج دانش
۱۰. کاتوزیان، ناصر(۱۳۹۴)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: انتشارات گنج دانش
۱۱. کاتوزیان، ناصر(۱۳۹۷)، شفعه، ارث، وصیت، تهران: میزان
۱۲. کاتوزیان، ناصر(۱۳۹۸)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: نشر میزان
۱۳. واحد، ابراهیم(۱۳۷۸)، اختلالات و انحرافات جنسی علل - پیشگیری - درمان، تهران: انتشارات بهرام

دو- عربی

۱. تبریزی، جوادبن علی(۱۴۲۹)، استفتائات جدید، قم: بی‌نا
۲. مکارم شیرازی، ناصر(۱۴۲۴)، احکام پزشکی، قم: انتشارات مدرسه‌ی امام علی بن ابی طالب علیه السلام
۳. موحدی لنکرانی، محمد فاضل(۱۴۲۷)، احکام پزشکان و بیماران، بی‌جا، بی‌نا

سه- انگلیسی

1. Albert P. Melone, Allan Karnes (2008), The American Legal System: Perspectives, Politics, Processes, and Policies, Second Edition. Rowman & Littlefield Publishers.
2. California Transgender Family Law 101:2013.
3. Gao JW, Discussion on law problems of a denaturalised person. China's Health and Law. 2005; 13 (accessed Nov 10, 2014; in Chinese):. 5 www.cnki.com.cn/Article/CJFDTotal-WSFZ200505003.htm
4. Grenberg, Julie(2006), The Roads Less Travelled: The Problem with Binary Sex Categorise, In Currah, Paisley; Juang, Richard; Minter, Minter. Transgender Rights Minneapolis: Minnesota University Press
5. <http://www.irs.gov/publication/p502/index.html>
6. Medical and Dental Expenses, Internal Revenue Service 2009.
7. Sun, Nancy (9 January 2014). "Shanxi Permits Persons to Change Gender Information". All-China Women's Federation. Retrieved 17 October 2014