

احکام ختنی و افراد تغییر جنسیت یافته از نظر فقهای شیعه و سنی

عین اله سلطانی^۱

چکیده

ختنی از نظر فقهی کسی است که هم دارای آلت مردانه باشد و هم دارای آلت زنانه و بر سه نوع می‌باشد: ۱- ختنی متمایل به مرد؛ ۲- ختنی متمایل به زن ۳- ختنی مشکل. پیرامون حکم تغییر جنسیت سه نظریه وجود دارد: ۱- مشروعیت مطلق. ۲- ممنوعیت مطلق. ۳- مشروعیت مشروط. اکثریت فقهای شیعه قائل به مشروعیت مطلق شده‌اند. اکثریت فقهای اهل سنت قائل به ممنوعیت مطلق می‌باشند. در مورد احکام فقهی مترتب بر تغییر جنسیت، اهل سنت چون این عمل را حرام می‌دانند در نتیجه آثاری بر آن مترتب نمی‌کنند و با جنسیت سابق با آنها رفتار می‌شود. ولی در مذهب تشیع به دلیل اینکه تغییر جنسیت را جایز می‌دانند با توجه به جنسیت فعلی با آنها معامله می‌کنند و آثاری مانند ارث، عده، قضاوت و... را نیز بر آن مترتب می‌کنند.

کلیدواژه ها: ختنی، جنسیت، تغییر جنسیت، احکام تکلیفی و وضعی

^۱ دانش آموخته ی دوره کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی واحد شهرری

مقدمه

هر چند در گذشته بنا بر باورهای اشتباهی که نسبت به هویت و اختلالات جنسیتی وجود داشته، به این مساله چندان توجه نمی شده و قابل چشم پوشی بوده است. اما امروزه با پیشرفت علم پزشکی اختلالات جنسیتی در ردیف فوریت های پزشکی قرار گرفته و به دلیل عواقب و عوارض شدید روحی و اجتماعی که اینگونه مسائل دارند، تصمیم گیری در مورد تعیین جنسیت (مرد یا زن بودن افراد خنثی) ضروری به نظر می رسد.

از آنجا که در گذشته، امکان عملهای تغییر و تعیین جنسیت وجود نداشته، مسایلی فقهی مربوط به افراد دچار اختلالات جنسیتی تنها از جنبه فیزیکی تحت عنوان خنثی در میان ابواب فقهی مانند باب ارث و نکاح به طور کلی مورد بحث قرار گرفته است. این عنوان جدید برای اولین بار زمانی متداول شد که یکی از این بیماران در مورد معالجه خویش از امام خمینی(ره) استفتاء نمود و ایشان بعد از اینکه فتوای جواز عمل تغییر جنسیت را صادر کرد، این مساله را در جلد دوم تحریر الوسیله بیان نمود. مشروعیت یا عدم مشروعیت عمل تغییر جنسیت سبب اختلاف نظر بین فقها شده و سه نظریه در این مورد وجود دارد که عبارتند از: مشروعیت مطلق، ممنوعیت مطلق و مشروعیت مشروط. صاحبان هر یک از این نظریات دلایلی ارائه داده اند که در این پژوهش بیان و بررسی شده است.

در خصوص احکام و آثار مترتب بر افراد خنثی و تغییر جنسیت یافته مسائل زیادی بار می شود به عنوان مثال بحث ارث افراد خنثی و ... مطرح می شود.

خنثی

خنثی در لغت بر وزن فعلی از "خنث" به معنای نرمی و شکنندگی است (ابن منظور، ۱۳۰۲، ذیل ماده خنث) و از باب تفعیل (تخنث) موقعی بکار برده می شود که حرف زدن مردی شبیه به حرف زدن زنی باشد یا راه رفتن و لباس پوشیدن مرد به زن شباهت داشته باشد و از همین ماده است حدیث پیامبر(ص) که می فرماید: "لعن الله المخنثین من الرجال و المترجلات من النساء" (شوکانی، ۱۹۷۳، ج ۶، ۱۹۳)

(خداوند لعنت کند مردانی را که به شکل زن درآیند و زنانی که خود را به شکل مردان در می آورند).

از دیدگاه فقهی، خنثی کسی است که هم دارای آلت مردانه باشد و هم زنانه و بر سه نوع می باشد: ۱- خنثی متمایل به مرد، ۲- خنثی متمایل به زن، ۳- خنثی مشکل.

برای اینکه مشخص شود خنثی به کدام نوع متمایل است در فقه علایم و نشانه های برای آن آمده و مثلاً گفته شده چنانچه خنثی همواره از پیشابراه مردان ادرار کند مرد است و چنانچه همواره از پیشابراه زنانه ادرار کند زن محسوب می شود. اگر از هر دو راه ادرار می کند از هر کدام که زودتر خارج می گردد حکم همان را دارد. و چنانچه از این علایم و سایر علایمی که در کتب فقهی ذکر کرده اند، مرد بودن و یا زن بودن خنثی مشخص نشود، خنثی مشکل نامیده می شود.

نظریات فقهی پیرامون حکم تغییر جنسیت

تغییر جنسیت یکی از موضوعات مهمی است که موجب پیدایش مسایل جدید حقوقی شده و تاکنون سابقه نداشته است. یکی از این مسایل، مشروع یا نامشروع بودن نفس عمل است. بنابراین از جهتی این سوال مطرح می شود که آیا هر فردی

می تواند این عمل را انجام داده و به عبارتی حق تغییر جنسیت خود را دارد یا اینکه چنین حقی ندارد؟ یا اینکه فقط در اوضاع و احوال خاصی می توان این عمل را انجام داد؟

اینگونه سوالات در صورتی مطرح می شود که هیچ نصی از قرآن و احادیث نبوی و یا قانون صریحی در این خصوص وجود ندارد و حکم آن را باید بر اساس اصول و قواعد فقهی و حقوقی بدست آورد. در خصوص حکم تغییر جنسیت سه نظریه مختلف وجود دارد که عبارتند از: ۱- مشروعیت مطلق ۲- ممنوعیت مطلق ۳- مشروعیت مشروط.

نظریه مشروعیت مطلق

در سال ۱۳۴۲ هجری شمسی امام خمینی(ره) به عنوان اولین مورد در خصوص تغییر جنسیت چنین اظهار داشته است: ظاهر آن است که تغییر جنسیت مرد به زن به سبب عمل و بر عکس آن حرام نیست. (امام خمینی، ۱۴۱۱، ج ۲، ۶۲۲)

فقها از اطلاق عبارت ایشان به مشروعیت مطلق استناد نموده و تغییر جنسیت را به طور مطلق مجاز و مشروع دانسته اند. در این ردیف از فقها آیت الله خامنه ای، آیت الله سیستانی در عراق، محمد آصف محسنی در افغانستان، محمد حسین فضل الله در لبنان، خرازی و ... را می توان نام برد. (رمضانزاده، ۱۳۸۴/۳/۳۰)

دلایل قائلین به مشروعیت مطلق عبارتند از:

۱- اصل اباحه (جواز یا حلیت): تفسیر و تشریح اصل اباحه این است که هر عملی مباح و حلال است مگر آنکه دلیل صریحی از قرآن و حدیث در برابر

آن وجود داشته باشد. بر همه روشن است که اعمالی چون زنا، لواط و ... حرام است چرا که دلیل بر حرمت این اعمال نص قرآن کریم می باشد.

در خصوص تغییر جنسیت چون نص از قرآن و یا حدیثی در حرمت آن نداریم بنابراین اصل جواز و یا حلیت را بکار می گیریم و چنین عملی در ظاهر مشروع است. زیرا فردی که اقدام به تغییر جنسیت کرده و این عمل روی او انجام شده است، قبل از عمل یا زن بوده و یا مرد؛ بنابراین حکم مرد یا زن در مورد او صادق بوده است. اما پس از عمل عنوان قبلی بر او صدق نمی کند و در نتیجه ادله احکام این عنوان هم او را در بر نمی گیرد و هیچ ایراد و مشکلی در مورد او متصور نیست. یعنی هیچ مانعی وجود ندارد که شخصی را از دایره یکی از این دو عنوان خارج کنیم و در دایره این عنوان دیگری قرار دهیم بلکه دلیل عنوان جدید او را شامل می شود و بعد از انجام عمل جراحی، حکم عنوان جدید یعنی جنسیت بعد از عمل بر او بار می شود.

۲- قاعده تسلیط فقهی: دلیل دومی که قائلین مشروعیت مطلق بیان کرده اند قاعده فقهی (الناس مسلطون علی اموالهم) می باشد. همانگونه که بعضی از فقها مانند محمد مومن برای صحت فروش اعضای بدن به این قاعده استناد کرده و می گویند: چون این قاعده در سیاق، به معنای سلطه مردم بر مالشان است در نتیجه همانگونه که مردم حق دارنده هر تصرفی در مالشان بکنند، در بدن خود نیز می توانند هر تصرفی بکنند و یکی از تصرفات با توجه به این قاعده تغییر جنسیت است. (مومن، ۱۴۱۵، ۲۱۶)

فقها در این مورد قائل به قیاس شده و نفس را بر مال قیاس کرده اند که این قیاس درست نیست چرا که انسان بدون دلیل نمی تواند در نفس خود دخل و تصرف کند. مالکیت انسان بر نفس محدود بوده و مانند مالکیت او بر مال نیست که مالکیت تام دارد. بنابر این از آنجا که علت در مال و نفس مشترک نیست، این قیاس مع الفارق بوده و صحیح نمی باشد.

۳- عدم تغییر در خلقت الهی: توضیح اینکه تغییر جنسیت به اعتقاد برخی که می گویند تغییر جنسیت، تغییر در خلقت خداوند است اینگونه نیست زیرا اگر تغییر جنسیت به دلیل تغییر در خلقت خداوند حرام باشد بنابراین همه کارهای روزمره ما حرام می باشد چرا که زندگی روزمره ما با تغییر و تبدیلهای فراوانی روبرو است به عنوان مثال برای تهیه نان، گندم تبدیل به آرد و آرد تبدیل به خمیر و در نهایت در اثر حرارت تبدیل به نان می شود و بنابراین اگر چنین تغییراتی در خلقت خداوند حرام باشد، همه کارهای روزمره ما حرام خواهد بود و همچنین با تغییر جنسیت، انسانیت انسان تغییر نمی کند و فقط صفت تغییر می کند و انسان همان انسان باقی می ماند. البته فقط تکالیف و احکام جدیدی بر عهده اش ثابت می شود.

نظریه ممنوعیت مطلق

اکثر علما و فقها تغییر جنسیت را امری نامشروع و حرام دانسته و قائل به عدم جواز آن می باشند. در میان مذاهب اهل سنت، اکثریت قریب به اتفاق چنین نظری دارند. در مذهب تشیع نیز در این ردیف می توان افراد زیر را نام برد: آیت الله مدنی تبریزی، آیت الله خوئی، آیت الله گلپایگانی و

ادله قائلین به ممنوعیت مطلق عبارتند از :

۱- قاعده لاضرر و لا ضرار: از بین بردن اعضای بدن، حرام و ممنوع می باشد؛ یعنی کسی نمی تواند با از بین بردن عضوی از بدن خود به خویش یا از بین بردن اعضای دیگری صدمه ای به او وارد کند. تغییر جنسیت نیز مستلزم چنین عملی است. به عبارتی باعث از بین بردن اعضای مانند آلت تناسلی از بدن فرد می شود. بنابر آنچه گفته شد، تغییر جنسیت، حرام و ممنوع می- باشد. (مدنی تبریزی، ۱۴۱۶ ، ۴۹) این گروه برای اثبات حرمت از بین بردن اعضا، استناد به قاعده فقهی "لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام" می کنند به گونه ای که این حدیث نفی ضرر می کند. پس وارد کردن نقص و ضرر حرام می باشد هر چند این ضرر بر بدن خود شخص وارد شود.

۲- غیر مقدور بودن ایجاد تغییر در خلقت خداوند: دلیل دیگری که قائلین به ممنوعیت مطلق تغییر جنسیت ارائه کرده اند، غیر مقدور بودن این عمل است؛ زیرا خداوند انسان را مرد یا زن آفریده است و هیچ قدرتی نمی تواند مذکری را تبدیل به مونث کرده و یا مونثی را تبدیل به مذکر کند. چنین عملی از توان علم بشر نیز خارج است. زیرا این دو جنس در عالم انسان دگرگونیهایی که از لحاظ انعقاد نطفه تا هنگام تولد رخ می دهد و ویژگیهایی که هر یک از دو جنس به تناسب فعالیتشان دارند و اسرار فراوانی که در مفهوم جنسیت نهفته است که همه از نشانه ها و آیات آفریدگار حکایت می کند و هیچ قدرتی نمی تواند آن را تغییر دهد. (همو، ۵۰ و ۴۹)

بنابراین اگر بوسیله عمل جراحی علائم چنین شخصیتی برداشته شود و یا با تزریق دارو، مو در چهره مونثی رویانده شود و پستان او کوچک شود، چنین شخصی

در واقع تبدیل به مذکر نشده است. همچنین اگر مردی با تزریق دارو موی چهره اش از بین برود و پستانش بزرگ شود، در واقع تبدیل به مونث نشده است. به عبارتی تغییر موضوع مونث به مذکر و بالعکس امری غیر مقدور است و چنین موضوعی تغییر ناپذیر می باشد.

۳- مخالفت با مصالح عمومی: همانگونه که بعضی معتقدند، تغییر جنسیت با مصالح عمومی مخالف است زیرا قواعدی که وضع مدنی شخص را در جامعه تعیین می کند، تنها به خاطر حفظ منافع او وضع نشده است، بلکه هدف مهم اینگونه قواعد تامین مصالح عمومی است؛ به همین علت اشخاص نمی توانند بر خلاف آنها با یکدیگر توافق کنند چنانکه بوسیله قرارداد نمی توان تابعیت یا جنسیت کسی را تغییر داد. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۱، ۱۷۵)

این دلیل را چنین می توان توضیح داد: باید بین مصلحت و نصوص توازن برقرار باشد و نمی توان بخاطر مصلحت، نصوص را نادیده گرفت و عکس آن نیز صادق است یعنی نمی توان به خاطر نصوص، مصلحت را نادیده گرفت و از آن چشم پوشی کرد.

۴- حرمت از بین بردن اعضا: دلیل دیگری که قائلین به ممنوعیت مطلق تغییر جنسیت به آن استناد کرده اند، عبارتست از اینکه مجاز بودن تغییر جنسیت، مستلزم مجاز بودن از بین بردن اعضای از بدن شخص موضوع تغییر جنسیت می باشد و به جای آن، اعضای مصنوعی جنسیت مخالف گذاشته می شود. حال آنکه ممنوعیت و حرمت از بین بردن اعضای بدن، مسلم و از ضروریات است. بنابراین کسی نمی تواند با از بین بردن عضوی از بدن خود به خویش

یا با از بین بردن اعضای بدن دیگری به او صدمه وارد کند. در نتیجه تغییر

جنسیت عملی نامشروع و حرام است. (مدنی تیریزی، ۱۴۱۶، ۴۹)

این دلیل مردود است زیرا در صورتی می توان تغییر جنسیت را مطلقاً ممنوع دانست که ضرورت ایجاب نکند، اما اگر شخصی در نتیجه بیماری روانی یا جسمانی مجبور به برداشت عضوی از اعضای بدن خویش شود، قاعده مجاز بودن ممنوعات در موارد اضطرار، حاکم بر این دلیل می شود و در نتیجه برداشت یا از بین بردن عضوی از اعضای بدن در موارد اضطرار، مشروع و جایز خواهد بود.

نظریه مشروعیت مشروط

نظریه دیگری که در مورد وضعیت تغییر جنسیت ابراز شده است، نظریه مشروعیت مشروط تغییر جنسیت است. زیرا مشروعیت هر عملی همانگونه که در ماده ۲۱۵ قانون مدنی نیز به آن تصریح شده است، منوط به وجود منفعت مشروع عقلایی است.

در نتیجه تغییر جنسیت در صورتی مشروع است که خواهان دارای مشکل جنسی باشد و پزشک متخصص تغییر جنسیت را برای رفع مشکل او مفید تشخیص دهد. در اکثر نظامهای حقوقی این نظریه پذیرفته شده است و کشورهایی که تغییر جنسیت را مشروع اعلام نموده اند، مشروعیت آن را منوط به وجود شرایطی کرده اند.

شاید ادعا شود که اگر مشروعیت تغییر جنسیت، مشروط به شرایطی شود، مشروعیت آن از واضحات و مسلمات است زیرا به استناد قاعده "الضرورات تبیح المحظورات" و حدیث رفع، هر عمل ممنوع و غیر قانونی در شرایط اضطرار، مباح و قانونی می شود. اما این ادعا ناشی از عدم درک درست و صحیح موضوع و شرایط

تغییر جنسیت است. زیرا اولاً قاعده مزبور در مواردی جاری است که اول منع قانونی داشته است و شخص در شرایط اضطرار قرار گیرد، بعد این قاعده از او رفع حرمت یا ممنوعیت می نماید ولی بعد از خروج از شرایط اضطرار، ادله حرمت دوباره حاکم می شود؛ در حالی که نسبت به افراد واجد شرایط تغییر جنسیت بر مبنای نظریه مشروعیت مشروط به وجود شرایط خاص، اصلاً ممنوعیت و حرمتی وجود ندارد که قاعده مزبور آن را رفع نماید به همین جهت نیز مفتی مصر معتقد به وجوب تغییر جنسیت نسبت به افراد خنثای فیزیکی یا بدنی می باشد در صورتی که قاعده اباحه شدن ممنوعات در شرایط اضطرار برای مضطر فقط اباحه یا اختیار می آورد و نمی توان از این قاعده استفاده وجوب یا لزوم نمود. ثانیاً موضوع مورد بحث فراتر از شرایط اضطراری است زیرا ممکن است شخصی با وجود داشتن شرایط تغییر جنسیت، در حالت اضطرار قرار نگیرد. به همین جهت در توصیه ها و مقررات نمونه تغییر جنسیت، آن نه به عنوان یک راه درمان بلکه به عنوان یک حق توصیه شده است. (باریکلو، ۱۳۸۲، ۸۴)

بنابر این مشروعیت تغییر جنسیت مشروط به وجود شرایطی درمقتضای است، نه از باب ادله حالت اضطرار بلکه از لحاظ علم پزشکی این شرایط لازم است تا برای پزشک، موضوع معالجه فراهم شود و از لحاظ علم حقوق نیز این شرایط لازم است تا مورد حمایت قانون قرار گیرد. در نتیجه این نظریه با واقعیت‌های علم پزشکی منطبق تر است.

احکام فقهی خنثی و افراد تغییر جنسیت یافته

در تعالیم اسلامی که هدف نهایی آن، رساندن انسان به کمال و سعادت دنیوی و اخروی می باشد، برای همه افراد بشر از بدو ورودشان به سن تکلیف وظایف و تکالیفی در نظر گرفته شده که انسانها باید بر اساس جنسیت خود این تکالیف معین از جانب شرع مقدس را انجام دهند و همین تکالیف است که باعث سعادت یا شقاوت اخروی انسان می شود. از طرفی دیگر، عوامل فیزیولوژی یا روحی و روانی ممکن است افرادی را به وجود آورد که نمی توان آنها را در زمره مردان یا زنان قرار داد. علم پزشکی سعی کرده که فرد را به سوی جنس واقعی اش هدایت نماید تا بتواند به تکالیف شرعی اش عمل کند. آنچه در این مبحث به آن پرداخته می شود تکلیف شرعی و احوال خنثی و افراد تغییر جنسیت یافته می باشد.

احکام خنثی

قبلا دانستیم که خنثی به دو گروه خنثی واضح و خنثی مشکل تقسیم می شود. احکام خنثی واضح که مشخص است، یعنی اگر خنثی را بتوان ملحق به مردان کرد، تمام احکام مردان - اعم از احکام تکلیفی و وضعی - در مورد او اجرا شده؛ به عبارتی مانند یک مذکر با او رفتار می شود. و چنانچه بتوان خنثی را ملحق به زنان کرد، احکام زنان در مورد او جاری می شود.

اما بحث اصلی در مورد خنثی مشکل می باشد که احکام تکلیفی و وضعی او به چه صورت است. فقها در کتابهایشان احکام خنثی را ذیل مبحث ارث آورده اند و تحت عنوان میراث خنثی به آن می پردازند و در بقیه مباحث مانند نماز، روزه و سایر احکام، احکام خنثی را معمولاً به باب ارث ارجاع می دهند؛ به همین منظور ما نیز به

تبعیت از فقها احکام خنثی را تحت عنوان ارث خنثی از دیدگاه فقهای شیعه و سنی به طور جداگانه مورد بررسی قرار می دهیم.

۱- دیدگاه شیعه

بر اساس فقه شیعه، خنثی بر اساس آلتی که بول از آن خارج می شود، ارث می برد. یعنی اگر بول از هر دو آلت خارج می شود بر اساس آلتی که بول، ابتدا از آن خارج می شود، ارث می برد و به عبارتی به ذکوریت یا انویتی که لازمه آن است ملحق می شود.

بنابراین اگر بول خنثی، ابتدا از آلت مردانه خارج شود، حکم مذکر در مورد او جاری است و اگر ابتدا از آلت زنانه خارج شود، حکم مونث بر او مترتب می شود؛ چه بول از هر دو آلت با هم قطع شود یا از یکی زودتر قطع شود و خواه بولی که از آلت سابق بیرون آمده، بیش از بولی باشد که از آلت متاخر خارج می شود یا کمتر از آن باشد، بنابر قول مشهورتر. برخی از فقها گفته اند که خنثی بر اساس آلتی که بول بیشتری از آن خارج می شود ارث می برد. (شهید ثانی، بی تا، ج ۸، ۱۹۱)

اگر بول از هر دو آلت خارج می شود، بنابر قول مشهورتر بر اساس آلتی که دیرتر بول از آن قطع می شود ارث می برد، برخی از فقها گفته اند که در این حالت بر اساس آلتی که بول ابتدا از آن قطع می شود ارث می برد. (همو، ۱۹۲)

چنانچه در خنثی اوصاف بیان شده وجود داشت، همه احکام کسی که خنثی بر او ملحق می شود بر او مترتب می شود. یعنی اگر خنثی ملحق به مرد شد همه احکام مرد بر او مترتب می شود و اگر خنثی ملحق به زن شد همه احکام زن بر او مترتب

می شود اعم از ارث و نماز و حج و... . همانگونه که قبلا بیان کردیم این خنثی را خنثی واضح می گویند زیرا الحاقش به یکی از زن و مرد ممکن است.

اگر هر دو آلت در شروع و انقطاع بول با هم مساوی بودند، یعنی بول از هر دو آلت با هم خارج می شود و از هر دو آلت با هم قطع می شود، این خنثی، خنثی مشکل است و فقها در مورد حکم او اختلاف دارند.

بنابر گفته برخی از فقها دنده های او شمرده می شود، بنابر این اگر هجده دنده داشت، مونث است و اگر هفده دنده داشت (نه دنده در طرف راست و هشت دنده در طرف چپ، مذکر است). همچنین اگر تعداد دنده های طرف راست و چپ او برابر و مساوی بودند اما در طرف چپ یکی از دنده ها کوچک و ناقص بود مذکر است.

دلیل این قول روایتی است که از حضرت علی(ع) حکایت شده که ایشان بر اساس شمارش دنده های حکم کرده و در تعلیل آن چنین فرموده است: (حر عاملی، ۱۳۲۳، ج ۱۷، ۵۷۴-۵۷۵)

حوا از دنده آدم خارج شده است- هر چند عددی که در این روایت برای دنده ها ذکر شده متفاوت است و اینکه شخص خنثی یا در واقع و ذاتا مذکر است یا مونث، یعنی طبیعت و جنس سومی وجود ندارد، به دلیل حصری که در آیه شریفه زیر وجود دارد:

(يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَّاذَا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ) (شوری، ۴۹)

(به هر که بخواهد، دختر عنایت می کند و به هر که بخواهد پسر.)

سند روایتی که به آن تمسک شده ضعیف است و حصری که در مورد آیه شریفه

نیز ادعا کرده اند قابل پذیرش نیست و ممکن است حصر در آیه با توجه به اغلیت

موارد باشد؛ زیرا خنتی نادر است و در غالب موارد کودکی که خداوند متعال به پدر و مادر می بخشد یا پسر است یا دختر.

بنابر گفته بعضی خنتی مشکل بر اساس قرعه ارث می برد، یعنی اگر قرعه به مذکر بودن او خارج شد، ارث مذکر را می برد و اگر به مؤنث بودن او خارج شد ارث مؤنث را می برد، زیرا قرعه در موارد مشکل کاربرد دارد و مخصوص هر امر مشتبه و نامعلومی است. مشهور میان اصحاب این است که در این هنگام نیمی از سهم مرد و نیمی از سهم زن را ارث می برد (شهید ثانی، بی‌تا، ج ۸، ۱۹۳ به بعد).

دیدگاه اهل سنت

از دیدگاه امام ابوحنیفه و اصحابش، سهم الارث خنتی مشکل کمترین نصیبین است، ابویوسف گفته که پسر یک سهم و دختر نصف سهم دارد و سهم خنتی نصف نصیبین است که سه چهارم باشد، چرا که اگر خنتی، پسر باشد، همانند پسر یک سهم می برد و اگر دختر باشد، همانند دختر نصف سهم می برد و این امر، متیقن است و یکی از دو امر بر دیگری ترجیح ندارد بنابراین خنتی، نصف سهم هر دو نصیب را ارث می برد. محمد در تخریج قول شعبی گفته که خنتی، خمس مال را می برد. (سجاوندی، بی‌تا، ۲۰۷) ابن قدامه می گوید: خنتی نصف میراث مذکر و نصف میراث مؤنث را می برد. (ابن قدامه، بی‌تا، ج ۶، ۲۵۳)

بنابر مذهب مالکیه، اگر خنتی فقط از جهت ذکوریت ارث ببرد مانند عمو، فقط نصف سهم برایش خواهد بود زیرا اگر او را عمه فرض کنیم، ارث نمی برد. (دردیر، بی‌تا، ج ۴، ۴۸۸ و ۴۸۹).

شافعیه گفته اند که اگر ختنی مشکل از جهت ذکوریت و انوئیت مختلف نباشد، ارثش را می برد، اما اگر ارثش از این دو جهت - ذکوریت و انوئیت - مختلف باشد، به قدر متیقن در حق او و حق غیرش عمل می شود و در محل مشکوک فیه، توقف می کنیم. بر همین اساس صاحب مهذب گفته که اگر فقط انثی باشد، نصف سهم را ارث می برد و اگر همراه او پسر باشد ثلث را می برد و پسر نصف سهم را می گیرد چرا که این اندازه یقینی و قدر متیقن است و در مورد سدس قائل به وقف می شویم؛ چرا که سدس، مشکوک فیه می باشد. (ابواسحاق شیرازی، بی تا، ج ۲، ۳۰)

احکام افراد تغییر جنسیت یافته

از دیدگاه فقه امامیه، در مورد افرادی که موفق به انجام تغییر جنسیت می گردند، ماهیت فعلی آنها ملاک خواهد بود؛ یعنی اگر قبلاً مرد بوده و تغییر جنسیت داده و تبدیل به زن شده است، احکام و تکالیف زن بر او واجب می شود. و اگر زن بوده و با عمل تغییر جنسیت مرد شده، احکام و تکالیف مردان بر او واجب می شود.

اهل سنت چون تغییر جنسیت را جایز نمی دانند، این افراد در مورد حکم وضعیشان با جنس اصلی آنها (جنس قبل از عمل) معامله می کنند. از آنجا که این افراد (مختئین) کاملاً با ختنی فرق دارند، برخی از نظرات اهل سنت را بصورت استنباطی بیان می کنیم. تغییر جنسیت زمینه ساز مسائل و مباحث جدیدی در فقه و حقوق است که در اینجا به بررسی برخی از آنها می پردازیم.

۱- ارث و تغییر جنسیت

نظر اهل تشیع

ارث افراد تغییر جنسیت یافته دو حالت دارد: یکی ارث بردن فرزند تغییر جنسیت یافته از والدین و دیگر ارث بردن والدین تغییر جنسیت یافته از فرزند.

ارث بردن فرزند تغییر جنسیت داده از والدین

در این حالت ملاک و اعتبار، جنسیت فعلی فرزند است. اگر یکی از پدر و مادر پسر یا دختر تغییر جنسیت داده و بمیرد، پسر فعلی دو برابر دختر فعلی ارث می برد و همچنین است در سایر طبقات ارث. بنابراین اگر دختر به جنس پسر تبدیل شود، دو برابر دختر ارث می برد و اگر پسر تبدیل به دختر شود نصف پسر ارث می برد. دلیل این مطلب این است که ظاهر ادله شرعیه این است که مذکر یا مؤنث بودن فرد را در هنگام فوت مورث ملاک می دانند و با توجه به آیه شریفه زیر پسر دو برابر دختر ارث می برد:

(يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ) (نساء، آیه ۱۱)

(خداوند به شما در باره فرزندان سفارش می کند سهم پسر چون سهم دو دختر است)

در ماده ۹۰۷ قانون مدنی نیز چنین آمده است: اگر اولاد متعدد باشند و بعضی از آنها پسر و بعضی دختر، پسر دو برابر دختر ارث می برد.

در مورد ارث بردن فرزند از والدین اختلاف نظر بین فقها وجود ندارد و تقریباً تمام کسانی که مساله تغییر جنسیت را مطرح ساخته اند، ملاک را جنسیت فعلی در زمان موت مورث می دانند. (مومن، ۱۴۱۵، ۱۱۶)

ارث بردن والدین تغییر جنسیت یافته از فرزند

اگر والدین تغییر جنسیت دهند، در مورد ارث بردن آنها از فرزندشان دو احتمال مطرح است: یکی نظریه عدم ارث بردن والدین و دیگری نظریه ارث بردن آنها. بر اساس نظریه اول، والدین تغییر جنسیت یافته اصلاً از فرزند خود ارث نمی‌برند و رابطه ارثیت به طور کامل قطع می‌شود. (همو، ۱۱۵)

این نظریه و احتمال بعید به نظر می‌رسد زیرا تغییر جنسیت از موانع ارث نمی‌باشد. قانون مدنی که برگرفته از فقه امامیه است به مواردی از منع ارث اشاره دارد. در ماده ۸۸۰ این قانون چنین مقرر شده است: قتل از موانع ارث است.

در ماده ۸۸۱ قانون مدنی نیز چنین آمده است: کافر از مسلم ارث نمی‌برد. و ماده ۸۸۲ و ۸۸۳ به مانع بودن لعان و انکار سببیت اشاره دارد و در ماده ۸۸۴ نیز به ولد الزنا اشاره شده است.

بنابر این بر اساس فقه شیعه و قانون مدنی تغییر جنسیت از موانع ارث نمی‌باشد و والدین تغییر جنسیت داده می‌توانند از فرزند میت خود ارث ببرند.

بنابر نظریه دوم والدین تغییر جنسیت یافته از فرزند خود ارث می‌برند. اما سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا این افراد با توجه به زمان تولید مثل ارث می‌برند یا به لحاظ خویشاوندی و اولویت.

امام خمینی در تحریر الوسیله چنین می‌گوید: لکن اشکال باقی می‌ماند در ارث پدر، مادر، جد، و جده که اگر پدر تغییر جنسیت دهد نه پدر فعلی محسوب می‌شود و نه مادر فعلی، و همچنین است اگر مادر تغییر جنسیت داده باشد، مرد فعلی نه مادر است نه پدر. در این صورت آیا از نظر تولید مثل حال انعقاد نطفه ارث می‌برند یا به خاطر خویشاوندی و اولویت، یا این که ارث نمی‌برند (سه احتمال وجود دارد)

در این مساله تردید وجود دارد و بهتر است که بگوییم ارث می برند و ارث آنها به لحاظ انعقاد نطفه است و احتیاط مستحب این است که با هم مصالحه نمایند. (امام خمینی، ۱۴۱۱، ج ۲، ۵۶۴)

نظر اهل سنت

از آنجا که اهل سنت افرادی را که تغییر جنسیت می دهند به عنوان زن یا مرد قبول ندارند و جنسیت نیز در ارث خیلی موثر است، در نتیجه ارث آنها را با جنسیت فعلی نمی سنجند و جنسیت قبل از عمل را در نظر می گیرند.

۲- عده افراد تغییر جنسیت یافته

چنانچه زن تغییر جنسیت دهد ازدواج سابق باطل می گردد. سوالی که در اینجا مطرح می شود این است که آیا زن بلافاصله بعد از تغییر جنسیت می تواند ازدواج نماید یا باید عده نگه دارد؟ در جواب این سوال دو احتمال پیش می آید:

احتمال اول: تغییر جنسیت همانند مرگ و طلاق است و نیاز به عده دارد، چون غایت و هدف عده، رعایت حرمت شوهر است. احتمال دوم: (همو، ج ۲، ۵۶۰ به بعد). تغییر جنسیت باعث سقوط عده می شود؛ چرا که از احکام مربوط به زنان است و حتی توهم وجود آن برای مردان وجود ندارد. در ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی در تعریف عده چنین آمده است: عده عبارت است از مدتی که تا انقضای آن زنی که عقد نکاح اول او منحل شده نمی تواند شوهر دیگر اختیار کند.

به مجرد اینکه زنی با عمل تغییر جنسیت به مرد تبدیل شود دیگر لازم نیست عده نگه دارد. احتمال دوم با کلام فقهای امامیه و قانون مدنی و اساسی سازگار تر است.

۳- قضاوت افراد تغییر جنسیت یافته

اگر مرد تغییر جنسیت داده و به زن تبدیل شود، از آنجا که قضاوت زنان درست نیست این افراد نمی توانند قضاوت کنند چرا که یکی از شروط قضاوت، ذکوریت است. (سیوطی، بی تا، ۷۴۹ به بعد.)

اما اگر زن تغییر جنسیت داده و به مرد تبدیل شود، از دیدگاه شیعه باید گفت که قضاوت این افراد پذیرفته می شود چرا که عمل تغییر جنسیت جایز بوده و جنسیت فعلی شخص ملاک می باشد. و از دیدگاه اهل سنت چون این افراد مرتکب گناه شده اند بنابراین عادل نیستند و چون یکی از شروط قضاوت عدالت است (همو)؛ این افراد نمی توانند قضاوت بکنند.

۴- تغییر جنسیت و عقوبات

اگر افراد تغییر جنسیت یافته مرتکب قتل (عمد و شبه عمد و خطا) شوند، به اتفاق تمام مذاهب باید مجازات شوند؛ زیرا دلیلی برای بخشیدن آنها وجود ندارد و تغییر جنسیت مانع عقوبات و مجازات نیست. فقها عوامل سقوط مجازات و عقوبات را برشمرده اند که تغییر جنسیت جزء این عوامل به حساب نیامده است. (اسماعیلی، ۱۳۸۶، ۲۷ به بعد.) بنابر این اگر فردی تغییر جنسیت داده و مرتکب قتلی شود در صورت جمع بودن سایر شروط قصاص در مورد او اجرا می شود. بعضی از موانع قصاص عبارتند از صبی و مجنون بودن. (همو)

خدواند متعال در قرآن کریم چنین می فرماید:

(وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا) (نساء، ۹۳)

(وهر کس عمدا مؤمنی را بکشد کیفرش دوزخ است که در آن ماندگار خواهد بود و خدا بر او خشم می گیرد و لعنتش می کند و عذابی بزرگ برایش آماده ساخته است)

۵- تغییر جنسیت و قصاص

قصاص در مورد افراد تغییر جنسیت یافته، به اتفاق تمام مذاهب اسلامی در صورتی که دلیل دیگر بر عدم قصاص وجود نداشته باشد اجرا می شود. به عبارتی دیگر اگر شروط قصاص نفس و اعضا در این افراد وجود داشته باشد، قصاص در مورد آنها اجرا می شود و تغییر جنسیت مانع قصاص نیست. قبلا نیز گفتیم که فقها عوامل سقوط مجازات را بیان کرده اند و هیچ کس تغییر جنسیت را به عنوان یکی از این عوامل به حساب نیاورده است. (اسماعیلی، ۱۳۸۶، ۲۷ به بعد).

آیاتی در قرآن کریم نیز در تایید گفته فوق وجود دارد:

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٍ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِعَدْوِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ) (بقره، ۱۷۸)

(ای کسانی که ایمان آورده‌اید در باره کشتگان بر شما [حق] قصاص مقرر شده آزاد عوض آزاد و بنده عوض بنده و زن عوض زن و هر کس که از جانب برادر [دینی] اش [یعنی ولی مقتول] چیزی [از حق قصاص] به او گذشت شود [باید از

گذشت ولی مقتول] به طور پسندیده پیروی کند و با [رعایت] احسان [خونبها را] به او بپردازد این [حکم] تخفیف و رحمتی از پروردگار شماسست پس هر کس بعد از آن از اندازه درگذرد وی را عذابی دردناک است)

(وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ) (بقره، ۱۷۹)

(وای خردمندان شما را در قصاص زندگانی است باشد که به تقوا گرایید)

همانگونه که در مورد قصاص بیان کردیم، تغییر جنسیت مانع دیه نیز نمی باشد و این افراد اگر مرتکب جرمی که موجب دیه است شوند باید آن را پرداخت کنند. قانون مجازات اسلامی در مواد ۲۹۴ تا ۳۰۰ به تعریف دیه و موارد آن پراخته است و کسی را مستثنی نکرده است.

نتیجه گیری

خنثی در لغت بر وزن فعلی از "خنث" به معنای نرمی و شکنندگی است. از دیدگاه فقهی، خنثی کسی است که هم دارای آلت مردانه باشد و هم زنانه و بر سه نوع می باشد: ۱- خنثی متمایل به مرد، ۲- خنثی متمایل به زن ۳- خنثی مشکل. فقها برای معین شدن نوع خنثی و برای اینکه معلوم شود خنثی متمایل به کدام نوع است، نشانه هایی بیان کرده اند. چنانچه مرد بودن و یا زن بودن خنثی از طریق این علائم مشخص شود، حکم خنثی مشخص است و به این نوع خنثی، خنثی واضح می گویند. ولی چنانچه مرد یا زن بودن خنثی بوسیله این نشانه ها مشخص نگردد خنثی مشکل می باشد.

در خصوص حکم تغییر جنسیت سه نظریه مختلف وجود دارد که عبارتند از: ۱- مشروعیت مطلق، ۲- ممنوعیت مطلق، ۳- مشروعیت مشروط. با بررسی ادله نظریات مذکور می توان گفت تغییر جنسیت در صورتی مشروع است که خواهان دارای مشکل جنسی باشد و پزشک متخصص تغییر جنسیت را برای رفع مشکل او مفید تشخیص دهد.

از دیدگاه فقه امامیه، در مورد افرادی که موفق به انجام تغییر جنسیت می گردند، ماهیت فعلی آنها ملاک خواهد بود؛ یعنی اگر قبلاً مرد بوده و تغییر جنسیت داده و تبدیل به زن شده است، احکام و تکالیف زن بر او واجب می شود و اگر زن بوده و با عمل تغییر جنسیت مرد شده، احکام و تکالیف مردان بر او واجب می شود. اهل سنت چون تغییر جنسیت را جایز نمی دانند، با این افراد بر اساس جنسیت قبلی آنها رفتار می کنند.

منابع

- ۱- اسماعیلی، مصطفی، مکتب بازگشت، قم، اشک یاس، ۱۳۸۶ش.
- ۲- باریکلو، علی رضا، وضعیت تغییر جنسیت، نشر اندیشه های حقوقی، سال اول، شماره پنجم، زمستان ۱۳۸۲ش.
- ۳- رمضانزاده، فاطمه، تغییر جنسیت راهی بی بازگشت، نشریه اعتماد ۱۳۸۴/۳/۳۰ش.
- ۴- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (قواعد و قراردادها)، انتشارات مدرس تهران، تهران، ۱۳۷۲ش.
- ۵- ابن منظور، محمدبن مکرم، لسان العرب، مصر، انتشارات بولاق، ۱۳۰۲ق.
- ۶- ابواسحاق شیرازی، ابراهیم بن علی، المهدب فی فقه الامام الشافعی، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- ۷- حر عاملی، محمد بن حسن بن علی، وسائل الشیعه، مطبعه مشهدی خداداد، طهران، ۱۳۲۳ق.
- ۸- دردیر(ابوالبرکات)، احمد بن محمد، الشرح الکبیر، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- ۹- سجاوندی، محمدبن عبدالرشید، السراجیه، بی جا، بی تا.
- ۱۰- سیوطی، عبدالرحمن بن الکیمال جلال الدین، الاشباه و النظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیه، دارالفکر، لبنانی، بیروت، بی تا.
- ۱۱- شوکانی، محمد ابن علی، نیل الاوطار شرح ملتقی الاخبار، دارالجیل، بیروت، ۱۹۷۳ق.

- ۱۲- شهید ثانی، زین الدین بن علی، شرح اللمعه الدمشقیه، اشراف: سید محمد حسن کلانتر، موسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت- لبنان، بی تا.
- ۱۳- مدنی تبریزی، سیدیوسف، المسائل المستحدثه، چاپ چهارم، قم، انتشارات دهاقانی، ۱۴۱۶ق.
- ۱۴- مقدسی، ابن قدامه، موفق الدین ابومحمد عبدالله بن احمد، المغنی علی مختصر المزنی، عالم الکتب، بیروت بی تا.
- ۱۵- موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۱م.
- ۱۶- مومن قمی، محمد، کلمات سدیده فی المسائل الجدیده، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۵ق.