

نشریه علمی- پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره دوم، بهار- تابستان ۱۳۹۰، صفحات ۱۷-۱

تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۱۰/۰۵

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۰/۰۴/۱۳

وضعیت فقهی و حقوقی تغییر جنسیت

فخرالدین اصغری آقمشهدی^۱

یاسر عبدی^۲

چکیده

تغییر جنسیت یکی از موضوعات مهمی است که در علم پزشکی و حقوق اهمیت خاصی دارد. اگر چه در گذشته این مباحث کم و بیش وجود داشته است، اما اکنون با پیشرفت تکنولوژی و علم پزشکی، ابعاد جدیدتری فرا روی ما گشوده شده است. سؤالی که از لحاظ حقوقی مطرح می‌شود، این است که آیا تغییر جنسیت جایز است. در این خصوص سه نظریه وجود دارد: ۱- تغییر جنسیت مطلقاً جایز نیست. ۲- تغییر جنسیت مطلقاً جایز است. ۳- تغییر جنسیت به صورت مشروط جایز است. مقاله حاضر نظریه اخیر را می‌پذیرد و درصدد اثبات آن است.

واژگان کلیدی: تغییر جنسیت، مشروعیت مطلق، مشروعیت مشروط، ممنوعیت مطلق.

Email: fasgharia@yahoo.com.

۱- دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران (عهده‌دار مکاتبات).

۲- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس.

مقدمه

پیشرفت علم و تکنولوژی هر روز باعث پیدایش پدیده‌های جدیدی می‌شود. این موضوعات جدید به تبع خود مسایل جدید حقوقی را به دنبال دارد که در گذشته سابقه و زمینه وقوع آن وجود نداشته است. یکی از این موضوعات تغییر جنسیت است. مقصود از تغییر جنسیت این است که هویت و جنسیت مرد یا زن به کلی تغییر کند. پزشکان امروزه در پرتو پیشرفت علم پزشکی، می‌توانند جنسیت اشخاص را تغییر دهند و علائم و ممیزی جنسیتی را از شخص بردارند و علائم و نشانه‌های جنس مخالف را در او قرار دهند. با توجه به نقشی که تغییر جنسیت در زندگی شخصی و خصوصی شخص ایفاء می‌نماید اگر شخص طبق استانداردهای پزشکی تغییر جنسیت دهد، از حالت اضطراب و افسردگی خارج می‌شود و به حالت نشاط و آرامش طبیعی برمی‌گردد اما در صورتی که به صرف تمایل خود و برخلاف مقررات علم پزشکی تغییر جنسیت دهد، مشکلات جسمانی و روانی او مضاعف می‌شود. بنابراین با توجه به نقش مهمی که جنسیت در زندگی شخصی و اجتماعی بشر دارد و با عنایت به حقوقی که به هر یک از دو جنسیت مذکر و مؤنث تعلق می‌گیرد، ضروری است که موضوع تغییر جنسیت از لحاظ فقهی و حقوقی نیز مورد بررسی قرار گیرد. تغییر جنسیت، موجب پیدایش مسائل جدیدی در این زمینه شده است که در کتب و مقالات فقهی و حقوقی، این بحث کمتر مطرح شده است.

سابقه تغییر جنسیت به کشورهای آمریکا و انگلستان برمی‌گردد. در آمریکا در سال ۱۹۵۲ برای اولین بار مردی اقدام به تغییر جنسیت خود کرد (به نقل از: نشریه اندیشه و رفتار، ۱۳۸۲: ۷). در انگلستان در فاصله سال‌های ۱۹۴۲ تا ۱۹۴۸ دختری به نام لورا دیلون تغییر جنسیت داد و نام مایک دیلون را برای خود انتخاب نمود (<http://ylym.wordpress.com>). به تدریج در کشورهای مختلف این عمل رواج یافت و به منظور ایجاد وحدت رویه پزشکی هر ساله سمپوزیوم بین المللی تشکیل می‌شود که اولین آن در سال ۱۹۹۶ در لندن برگزار شد (www.pfc.org.uk/news). امروزه اکثر کشورهای عضو اتحادیه اروپایی تغییر جنسیت را امری قانونی اعلام کرده و مقرراتی را در این باره وضع نموده‌اند (www.pfc.org.uk/news). در حقوق اسلام، هرچند سابقه تغییر جنسیت به

زمان حکومت حضرت علی(ع) برمی‌گردد و در آن زمان حضرت کسی را که با پسر عمویش ازدواج کرده بود، از او جدا و به مردان ملحق کردند (حر عاملی، ۱۴۱۲: ۲۸۶) اما در فقه اسلامی و حقوق ایران در مورد وضعیت و شرایط آن چندان تحقیق نشده است و از لحاظ قانونی نیز قانون خاصی در این باره وضع نشده است. در میان فقیهان امامیه امام خمینی اولین فقیهی است که تغییر جنسیت را مجاز اعلام داشته است. در مقاله حاضر نظر ایشان مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

در ایران حدود سه تا پنج هزار دوجنسی وجود دارد و احتمال می‌رود که آمار مبتلایان به این ناهنجاری بیشتر باشد. بیشتر کسانی که مراجعه کرده و خود را معرفی نموده‌اند، از استان‌های گیلان و مازندران هستند (۱۳۸۶/۲/۳: www.baztab.ir/news). تنها از سال ۱۳۷۴ تا ۱۳۷۹ در بیمارستان حضرت علی اصغر(ع) تهران تعداد ۳۰ مورد دو جنسی تحت درمان قرار گرفته‌اند (مجله علمی پزشکی قانونی، ۱۳۷۹: ۳۵).

۱- «روزی شریح، قاضی منصوب از طرف حضرت علی(ع)، در دادگاه نشسته بود که فردی وارد شد و گفت: من شکایت دارم. قاضی گفت: از چه کسی شاکی هستی؟ جواب داد از تو قاضی! او دادگاه را خلوت نمود و گفت شکایت خود را طرح کن. شخص گفت: من هم دارای ممیز و علائم جنسی زنانه و هم مردانه هستم! قاضی گفت در این موارد، امیرالمومنین شخص را به جنسیتی الحاق می‌کند که از ممیزی آن ادرار خارج می‌شود. شخص گفت: از هر دو ممیزی ادرار خارج می‌شود! قاضی پرسید: از کدام یک زودتر خارج می‌شود؟ جواب داد: از هر دو هم زمان خارج می‌شود! قاضی سوال کرد: از کدام یک زودتر قطع می‌شود؟ جواب داد از هر دو هم زمان قطع می‌گردد! قاضی گفت: این جریان بسیار شگفت‌آور است! شخص جواب داد: عجیب‌تر این است که او با پسر عمویش ازدواج کرده و دارای فرزند شده است و شوهر برای خدمت به او کنیزی را خریداری کرده است و شخص با او آمیزش کرده است و کنیز نیز از این شخص بچه‌دار شده است! در نتیجه، چون از جهتی وی مادر بچه‌های پسر عمویش و از جهت دیگر، پدر فرزند کنیز محسوب می‌شود، تقاضای طلاق از پسر عموی خود را دارد. قاضی با کمال شگفتی، دادگاه را ترک نمود و به خدمت امیرالمومنین رسید و قضیه را برای ایشان بازگو نمود. حضرت، خواهان را احضار کرد و قضیه را چنان که مطرح شده بود، تأیید نمود. حضرت پسر عموی آن شخص را نیز احضار کرد و او هم ماجرا را تأیید کرد. حضرت به شخصی به نام «دینار» که مردی خواجه بود، دستور داد تا با دو زن، این شخص را از قسمت بالای بدن لخت کنند و دنده‌های او را شمارش نمایند. او بعد از شمارش اعلام نمود: در سمت راست این شخص دوازده و در سمت چپ او یازده دنده وجود دارد. حضرت تکبیر گفتند و شخص مذکور را به مردان الحاق کردند و لباس مردانه بر تن او پوشاندند. پسر عموی شخص مذکور اعتراض نمود: یا امیرالمومنین، دخترعمو و زنم را از من جدا کردی و به مردان ملحق نمودی! حکم این پرونده را از کجا آورده‌ای؟ حضرت جواب دادند: حکم این پرونده را از پدرم آدم و مادرم حوا به ارث برده‌ام زیرا خداوند حوا را از سمت چپ آدم آفرید و در نتیجه، تعداد دنده‌های سمت چپ مردان یک دنده کمتر از سمت راست آنان است ولی تعداد دنده‌های دو طرف زنان با هم مساوی است و به این دلیل من او را به مردان ملحق نمودم» (حر عاملی، ۱۴۱۲: ۲۸۶).

شایان ذکر است که در مورد تغییر جنسیت دو بحث باید مورد بررسی قرار گیرد. یکی اینکه آیا چنین عملی از نظر قانون و شرع مجاز است. دیگر اینکه با فرض مجاز بودن عمل مزبور، چنانچه فردی تغییر جنسیت بدهد چه آثار حقوقی بر آن بار می‌شود. در مقاله حاضر به بررسی موضوع اول می‌پردازیم.^۱ ابتدا کسانی را که از نظر پزشکی می‌توانند موضوع تغییر جنسیت قرار گیرند مورد بررسی قرار می‌دهیم و سپس به بررسی سه نظریه که در این خصوص وجود دارد، می‌پردازیم. سه نظریه مزبور عبارتند از: نظریه مشروعیت مطلق تغییر جنسیت، نظریه ممنوعیت مطلق و نظریه مشروعیت مشروط.

۱- اشخاص موضوع تغییر جنسیت

در بادی امر این گونه به ذهن خطور می‌کند که تمام انسان‌های روی زمین در معرض تغییر جنسیت هستند و هر کس که تمایل داشته باشد، می‌تواند موضوع عمل تغییر جنسیت قرار گیرد، اما در علم پزشکی دو گروه از افراد در معرض تغییر جنسیت هستند: گروه اول کسانی که در فقه و حقوق به عنوان خنثی معروف شده‌اند و در علم پزشکی به «هرمافرودیسیم»^۲ یا «دو جنسی» مشهورند. بیماری دو جنسی یا هرمافرودیسیم یک نوع ناهنجاری است که در دوران تکامل جنین در رحم مادر به وجود می‌آید که ممکن است تحت‌تأثیر هورمون‌های مادر و یا بعضی از داروها و مواد شیمیایی مورد استفاده مادر در دوران بارداری ایجاد شود. تغییرات هورمونی، جنسی و همچنین گاهی تغییرات ژنتیک و کروموزومی در این نوع بیماران وجود دارد که شدت تغییرات متفاوت است (عباسی، آیت‌اللهی و عمرانی، ۱۳۸۲: ۶۰-۵۹).

گروه دوم کسانی هستند که علائم جنسی جسمی آنها با گرایشات و تمایلات جنسی آنها همسو نیست و باهم تعارض دارند. این گروه به خنثای روانی مشهور شده‌اند و در علم پزشکی به «ترانسکسوالیسم»^۳ یا «اختلال هویت جنسی»^۴ معروف‌اند. ترانسکسوالیسم یک اختلال

۱- مقاله‌ای تحت عنوان «آثار و احکام تغییر جنسیت» به قلم نگارندگان مقاله حاضر در مجله مدرس علوم انسانی شماره ۵۸ به چاپ رسیده است.

2- Hermaphroditism.

3- Transsexualism

4- Gender Identify Disorder (GID)

روانپزشکی است که آناتومی، فیزیولوژی هورمونی و فرمول کروموزومی جنسی فرد هماهنگی دارد و ظاهرش هم در همان جنسی است که فرمول ژنتیکی وی ایجاب می‌کند، اما از نظر روانی از آن نقش جنسی که در آن است، در عذاب شدید به سر می‌برد (www.pezeshkonline.ir/). به عبارت دیگر، در بیماری مذکور جنس روانی شخص متضاد با جنس فیزیکی وی است (www.merriam-webster.com/dictionary/transsexualism) و فرد از جنسیت خود راضی نیست و تمایل شدید به تغییر در جنسیت خود دارد. در این بیماری وضعیت ظاهری جسمی و جنسی، ارگان‌های داخلی جنسی و سیستم هورمونی و کروموزومی کاملاً در سلامت به سر می‌برد اما فرد از نظر ذهنی و روحی منکر صحت نوع جنسیت خود است و به عبارتی، معتقد به وجود اشتباه در نوع جنسیت خود است و به حدی از آن ناراضی است که باعث آزار شدید روحی و در نهایت تصمیم قطعی به تغییر در جنسیت خود خواهد شد. این اختلال شدیدترین درجه اختلال جنسی قلمداد می‌شود زیرا از نظر جنسی بین جسم و فکر تناقض و مغایرت وجود دارد (طیرانی، ۱۳۸۵: ۹). تفاوت این بیماری با بیماری دو جنسی در این است که بیماران دو جنسی دارای اختلال ظاهری در اندام تناسلی، اندام‌های داخلی و سیستم هورمونی خود هستند و معمولاً نمای ظاهری از اندام هر دو جنس را دارند، درحالی که بیماران ترانسکسوالیسم از نظر جسمی کاملاً سالم‌اند و تنها از نظر روحی با مشکل فراوان مواجه هستند (www.pezeshkonline.ir/).

بنابراین با توجه به سابقه موضوع در علم پزشکی، می‌توان گفت که افرادی در معرض این درمان قرار می‌گیرند که به نوعی از لحاظ جسمی یا روانی یا هر دو مشکل جنسی داشته باشند و پزشک متخصص، تغییر جنسیت را برای بهبود وضع او مناسب تشخیص دهد. افرادی که خلقت آنها کامل بوده و نقصی در بدن آنها وجود ندارد، تغییر و تبدیل جنس آنها به جنس مخالف بسیار نادر است و به همین دلیل، برخی اصطلاح «اصلاح جنسیت» را پیشنهاد کرده‌اند (کریمی‌نیا، ۱۳۷۹: ۷۷).

۲- نظریه ممنوعیت مطلق تغییر جنسیت

دلایلی که بر ممنوعیت مطلق تغییر جنسیت اقامه شده است، عبارتند از: حرمت از بین بردن اعضای بدن، غیرمجاز بودن تغییر در خلقت الهی، مخالفت با مصالح عمومی، رواج همجنس‌بازی و تأنث. در ذیل هر یک از دلایل مذکور را به صورت جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۲-۱- حرمت از بین بردن اعضای بدن

اساساً از بین بردن اعضای بدن جزء اعمال حرام و ممنوع به شمار می‌آید. به عبارت دیگر کسی نباید به عضوی از بدن خود یا دیگری صدمه وارد کند یا آن را از بین ببرد. بنابراین مجاز دانستن تغییر جنسیت مستلزم جایز بودن برداشتن و یا از بین بردن اعضای بدن است. در حالی که از بین بردن اعضای بدن حرام محسوب می‌شود. در نتیجه تغییر جنسیت عملی نامشروع است (مدنی تبریزی، ۱۴۱۶: ۴۹؛ مبروک النجار، تغییر جنسیت در قاهره www.umich.edu). به نظر می‌رسد این گروه به قاعده «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» استناد کرده باشند که به موجب قاعده مزبور ایجاد نقص و ضرر حتی بر بدن خود حرام است (خرازی، ۱۳۷۹: ۱۰۴).

دلیل مذکور در فوق قابل قبول و منطقی نیست. زیرا مقصود از قاعده لاضرر عدم تشریح حکم ضرری است. بدین معنی که شارع، حکمی را که موجب ضرر مکلفان شود اصولاً تشریح نکرده و هرگونه حکم ضرری را در اسلام نفی کرده است (انصاری، ۱۳۷۴: ۵۲۴). بنابراین، مبنای قاعده لاضرر شیء نیست بلکه نفی هرگونه حکم ضرری است.

از طرف دیگر در صورتی می‌توان تغییر جنسیت را به طور مطلق ممنوع دانست که ضرورت ایجاب نکند. اگر شخصی در نتیجه بیماری مجبور شود که عضوی از اعضای بدن خویش را بردارد، قاعده مجاز بودن امور ممنوعه در موارد اضطرار موجب می‌شود که برداشتن یا از بین بردن عضوی از بدن مشروع گردد (خرازی، ۱۳۷۹: ۱۰۴؛ جوان، ۱۳۸۸: ۱۶۲).

۲-۲- غیرمجاز بودن تغییر در خلقت الهی

دلیل دیگر نظریه ممنوعیت تغییر جنسیت، غیرمجاز بودن تغییر در خلقت الهی است. این گروه که عمدتاً فقهای اهل سنت و مسیحی هستند، معتقدند که خداوند انسان را مذکر و مؤنث آفریده است و هیچ قدرتی نمی‌تواند مذکری را به مؤنث یا بالعکس تغییر دهد و تغییر جنسیت را دخالت در کار خلقت خدا می‌دانند (www.mofidu.ac.ir/desktop_modules/news; www.hawzahnews.net). به عبارت دیگر، تغییر مذکر به مؤنث یا بالعکس امری غیرمقدور و ناشدنی است و چون موضوع تغییرناپذیر است، حکم آن نیز ثابت و غیرقابل تغییر است (باریکلو، ۱۳۸۲: ۷۰). در فرانسه هم تا قبل از اصلاحات سال ۱۹۹۳ با تمسک به همین استدلال قائل به تحریم تغییر جنسیت بوده‌اند (دیانی، ۱۳۷۹: ۳۵).

این گروه برای اثبات ادعای خود به آیات قرآنی استناد کرده‌اند که می‌فرماید: «خداوند شیطان را از درگاه رحمت خود به دلیل مجادله با خدا دور کرده است و شیطان گفت من از بندگان تو قسمتی را زیر بار طاعت خود خواهم کشید، سخت گمراهشان کنم و به آرزوهای باطل و دور و دراز درافکنم و به آنها دستور دهم تا گوش حیوانات را ببرند و امر کنم تا خلقت خدا را تغییر دهند. ای بندگان بدانید هر کس شیطان را دوست گیرد و نه خدا را سخت زیان کرده، زبانی که آشکار است» (نساء، آیه ۱۱۹-۱۱۸). این گروه بر این باورند که این آیه اشاره به شیطانی بودن عمل تغییر خلقت خدا دارد. بنابراین تغییر جنسیت امری غیر مجاز است. حتی برخی از اهل تسنن بر اساس همین مبنا پیوند اعضا را نیز جایز نمی‌شمارند و مصداقی از تغییر در خلق خداوند می‌دانند.

دلیل مذکور در فوق صحیح به نظر نمی‌رسد. زیرا، اولاً این آیه اطلاق ندارد. آیه در مقام سرزنش آن چیزی است که مشرکان می‌خوانند و درصدد بیان دشمنی شیطان و سرکشی او و اشاره به اقوال اوست که منجر به شرک و نشر بدعت‌های حرام می‌شود. ثانیاً، اگر مطلق تغییرات حرام باشد، تخصیص اکثر لازم می‌آید که امری قبیح و ناپسند به شمار می‌آید (خرازی، ۱۳۷۹: ۱۰۴). به عبارت دیگر، اگر بنا باشد تغییر جنسیت به خاطر تغییر در خلقت

خداوند سبحان، حرام باشد پس لازم می‌آید که همه کارهای روزمره ما حرام باشد. چراکه زندگی روزمره ما با تغییر و تبدیل‌های فراوانی همراه است. بنابراین، این آیه ناظر به تغییر جنسیت نیست. بلکه درصدد بیان حرمت تغییرات ناشی از گمراه کردن شیطان است که منجر به امور خلاف فطرت توحیدی از قبیل شرک و بدعت‌های حرام می‌شود.

موضوع مورد بحث، تغییر جنسیت تمام افراد بشر نیست. در علم پزشکی نیز اعتقاد بر این نیست که تمام افراد می‌توانند تغییر جنسیت بدهند، بلکه افرادی که به نوعی بیمار می‌شوند، موضوع تغییر جنسیت هستند. پس غیرمقدور بودن تغییر جنسیت شامل تمام افراد نمی‌شود، بلکه شامل افرادی می‌شود که گرایش‌های جنسی و روانی آنها با علایم جنسی، هماهنگ و همسو است (افراد عادی) و اکثر انسان‌ها نیز در این گروه قرار دارند و تنها این گروه از افراد خارج از موضوع هستند. همان گونه که بعضی از فقها با استناد به ظاهر آیات نوشته‌اند: «خداوند انسان را مذکر و یا مؤنث آفریده است. در نتیجه کسی که دارای علایم هر دو جنس مذکر و مؤنث است، یکی از علایم اصلی و دیگری زاید است» (طباطبایی، ۱۴۱۶: ۶۴۲).

بنابراین مراجعه به متخصصین جهت تشخیص جنسیت اصلی و از بین بردن علایم جنسیت غیراصلی در خنثای بدنی و خنثای روانی نه تنها امری ممنوع نیست بلکه امری شایسته و پسندیده است. همچنان که بعضی (Swartz, 1997)، ضمن قبول انحصار جنسیت بشر در مذکر و مؤنث، اظهار کرده‌اند که «تعیین جنسیت در زمان ولادت شخص یک پیشگویی است که در مورد خنثای بدنی یا روانی این پیشگویی نادرست بوده و در پیشگویی جنسیت آنان اشتباه شده است، هرچند این پیشگویی در اغلب موارد با واقعیت منطبق است».

۳-۲- مخالفت با مصالح عمومی

برخی مؤلفان حقوقی بر این باورند که تغییر جنسیت به دلیل مخالفت آن با مصالح عمومی، امری غیرمجاز است. زیرا قواعدی که وضع مدنی اشخاص را در جامعه تعیین می‌کند تنها به خاطر حفظ منافع او وضع نشده است، بلکه هدف مهم این گونه قواعد، تأمین مصالح عمومی

است. به همین جهت اشخاص نمی توانند برخلاف آن با یکدیگر توافق کنند. چنان که به وسیله قرارداد نیز نمی توان تابعیت یا جنسیت کسی را تغییر داد (کاتوزیان، ۱۳۷۳: ۱۷۵).

دلیل مذکور قابل انتقاد است. زیرا دلیل ذکر شده در صورتی دلالت بر عدم مشروعیت مطلق تغییر جنسیت می کند که در علم پزشکی تغییر جنسیت مشروط به هیچ گونه قید و شرطی نباشد و هر کس که میل به تغییر جنسیت خود داشته باشد، بتواند موضوع عمل تغییر جنسیت قرار گیرد. اما اگر تغییر جنسیت مشروط به شرایطی شود، چنان که در بسیاری از کشورها مانند آلمان، بلژیک، ژاپن و ترکیه مقررات و شرایط خاصی در این باره تصویب شده است (Elizabeth, 1988, p.5 www.trans-action.org; www.seeline-project.net) معایرتی با مصالح جامعه نخواهد داشت. بنابراین در مواردی که تغییر جنسیت طبق نظر پزشک و برای درمان بیماری انجام شود، دلیل یاد شده نمی تواند دلالت بر ممنوعیت آن به طور مطلق نماید (جوان، ۱۳۸۸: ۱۶۲؛ باریکلو، ۱۳۸۲: ۷۲).

۴-۲- رواج هم جنس بازی

برخی مؤلفین یکی از دلایل مجاز نبودن تغییر جنسیت را رواج هم جنس بازی در جامعه می دانند که زشت ترین عمل و جرم در جامعه بشری است و حرمت آن در اسلام از ضروریات محسوب می شود. از نظر ایشان تغییر جنسیت برای امر معقولی مانند باروری و زاد و ولد انجام نمی شود بلکه برای ارضای شهوت و لذت پرستی انجام می شود (مبروک النجار، تغییر جنسیت در قاهره www.umich.edu).

دلیل مذکور در فوق قابل مناقشه است. زیرا مجاز شدن و رواج هم جنس بازی با تغییر جنسیت، منوط بر این است که اولاً جنسیت شخص محرز باشد، ثانیاً با عمل جراحی تغییر نکند. در حالی که در افراد دو جنسی، جنسیت شخص محرز نیست و در خنثای روانی، با عمل جراحی شخص در جنسیت خود باقی نمی ماند بلکه به جنس مقابل تغییر داده می شود. در نتیجه رواج هم جنس بازی منتفی خواهد بود.

۵-۲- تأث

برخی^۱ تغییر جنسیت را از باب تأث، امری غیرمجاز برشمرده‌اند. تأث یا تخنث به اعمال و حرکاتی گفته می‌شود که شخص برخلاف جنسیت خودش انجام می‌دهد. دلیل این گروه روایتی است که در زمان رسول اکرم (ص) وارد شده است: کسی خدمت حضرت رسول آمد و حرکاتی را که شایسته مردان بود، انجام داد. حضرت نیز آن عمل را نهی نمودند و آن را را تأث یا تخنث خواندند (www.hawzahnews.net/printpage.aspx?dataid).

دلیل مذکور در فوق قابل بحث و مناقشه است. زیرا روایت درصدد بیان نکوهش رفتار غیراخلاقی و ناپسند افرادی است که حرکاتی شبیه به حرکات جنس مخالف را انجام می‌دهند. در واقع، می‌توان گفت که نکوهش پیامبر، نوعی احترام گذاشتن به حریم و حقوق دیگران است. بنابراین، این روایت ناظر به تغییر جنسیت نیست و چنانچه قبلاً نیز گفته شد، افرادی در معرض این درمان قرار می‌گیرند که به نوعی از لحاظ جسمی یا روانی یا هر دو مشکل جنسی داشته باشند و پزشک متخصص تغییر جنسیت را برای بهبود وضع آنها مناسب تشخیص دهد.

۳- نظریه مشروعیت مطلق تغییر جنسیت

در مقابل نظریه پیشین نظریه دیگری وجود دارد که بر مبنای آن تغییر جنسیت به طور مطلق مجاز و مشروع است که عمده دلایل این گروه عبارتند از: اصل اباحه و قاعده تسلیط.

۱-۳- اصل اباحه

مطابق اصل اباحه هر کاری حلال است مگر آنکه دلیل صریحی بر حرمت آن وجود داشته باشد (حرّ عاملی: ۶۰)^۲. مثلاً اعمالی چون لواط و زنا حرام محسوب می‌شود. چرا که دلیل بر حرمت این افعال وجود نص صریح قرآن کریم در مورد آنها است (شعرا، آیه ۱۶۶-۱۶۵؛ اسراء، آیه ۳۲). اما در مورد تغییر جنسیت، چون نص صریحی بر حرمت نداریم بنابر اصل

۱- محمد قاینی: تغییر جنسیت مصداق تأث یا تشبه به جنس مخالف است. بنابراین، امری غیرمجاز است (دیبانی: ۳۶).

۲- «کل شیء هو لک حلال حتی تعرف أنه حرام بعینه».

اباحه چنین عملی مشروع است (موسوی خمینی، ۱۳۶۶: ۶۲۶؛ مؤمن، ۱۴۱۵: ۱۰۹؛ خرازی، ۱۳۷۹: ۱۰۴). بنابراین، طبق نظر مشهور فقیهان و حقوق دانان اگر در عملی منع و تحریم ثابت نشود، اصل اولیه جواز و مشروعیت آن است و به تعبیر دیگر، می‌توان با استناد به اصل اباحه یا قاعده صحت، تغییر جنسیت را مجاز شمرد (دیانی، ۱۳۷۹: ۳۶). از طرف دیگر، مقتضای اصل عملی مشروعیت است و از ناحیه ادله، احکامی که بر موضوعات به عنوان مرد و زن بار شده یا این که جنس مرد باید بر جنسیت خود باقی باشد یا نه هیچ تعارضی با اصل عملی ندارد. بنابراین تغییر جنسیت امری مجاز است (www.hawzahnews.net/printpage.aspx?dataid).

این دلیل قابل انتقاد است. زیرا هر چند از طرف شارع و قانونگذار دلیل خاصی مبنی بر عدم جواز و ممنوعیت تغییر جنسیت وجود ندارد اما چون تغییر جنسیت یک عمل است که پزشکان متخصص آن را انجام می‌دهند، باید دید که آیا انجام هر عملی مجاز است یا مشروط. در قانون و فقه ملاحظه می‌شود که صاحب نظران در باب اجاره اشخاص و نیز شرط فعل که از اعمال حقوقی بارز و مشهود و موضوع آن انجام فعل است، تأکید کرده‌اند که عمل مورد اجاره یا مشروط باید دارای منفعت عقلایی مشروع و قابل اعتنا باشد (انصاری، ۱۴۱۰: ۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۸: ۲۸۶).

بنابراین اگر شخصی بدون اینکه مشکل خاصی داشته باشد، اقدام به تغییر جنسیت خود کند، چون این عمل دارای منفعت عقلایی مشروع نیست و از طرفی هم شخص را گرفتار بحران روحی و روانی می‌کند، می‌توان به استناد عموماً مذکور در مبحث قبلی انجام آن را نامشروع تلقی نمود.

۲-۳- قاعده تسلیط

از دلایل دیگری که می‌توان مشروعیت مطلق تغییر جنسیت را از آن استنباط کرد، قاعده «الناس مسلطون علی انفسهم» است (خرازی، ۱۳۷۹: ۱۰۴). گرچه این قاعده در سیاق قاعده سلطه مردم بر مالشان است اما بعضی برای صحت فروش اعضای بدن نیز به آن استناد کرده‌اند (مؤمن: ۱۶۳).

بنابراین همان‌گونه که مردم حق دارند در مالشان هر تصرفی بکنند، می‌توانند در بدن خود نیز هر نوع تصرفی را که بخواهند، انجام دهند. در نتیجه تغییر جنسیت براساس این قاعده امری مجاز است. قاعده مزبور گرچه عیناً در روایت وارد نشده است اما می‌توان آن را از روایات وارد شده در باب نکاح باکره رشیده استنباط کرد. به عنوان مثال در صحیحه فضیل بن یسار و محمدبن مسلم و زراره و برید بن معاویه از حضرت باقر علیه السلام نقل شده است: زنی که مالک خودش است، سفیه و مولی علیها نیست، ازدواج او بدون اذن اما نافذ است.^۱

در حجیت این قاعده نمی‌توان مناقشه نمود اما از جهت مفهوم قاعده و تطبیق آن بر مورد می‌توان بحث کرد. زیرا، مفهوم قاعده این نیست که انسان همان‌گونه که بر اموال خود حاکم است، بر خود ولایت و حاکمیت دارد، بلکه آنچه در باب روایت نکاح باکره رشیده وارد شده، این است که اگر زنی بتواند امور خود را اداره کند و نیز مصلحت و غبطه خود را تأمین نماید، می‌تواند بدون اذن ولی ازدواج کند (باریکلو، ۱۳۸۲: ۷۳). همان‌طوری که برخی صاحب‌نظران نیز قاعده را این‌گونه تفسیر کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱۷).^۲ در نتیجه از لحاظ مفهومی این قاعده دلالتی بر سلطه انسان نسبت به خودش ندارد. بر فرض که این قاعده دلالت بر سلطه انسان نسبت به خود داشته باشد، باز نمی‌توان به استناد این قاعده تغییر جنسیت را به طور مطلق مشروع دانست. زیرا قاعده سلطه مشروع نیست و مالک نمی‌تواند هر تصرفی در مال خود انجام دهد. بلکه، باید تصرفی نماید که از دیدگاه عقلا متعارف و معقول باشد (توحیدی، بی‌تا: ۱۰۲). با این وجود، فقط تصرفاتی در بدن جایز است که

۱- صحیحه فضیل بن یسار و محمد بن مسلم و زراره و برید بن معاویه عن ابی جعفر علیه السلام: «المراه التي ملکت نفسها غیر السفیهه و لامولی علیها، ان تزویجها بغیر ولی جایز» (حر عاملی: ۲۰۳ به بعد).

۲- انصاری: «فان الظاهر ان المراد بكونها مالکه لنفسها، كونها مالکه لامورها و ما به نظام معاشها من المعاوضات و العطیات و غیرها كما يدل علی ذلك، تفسیر مالکیه امرها فی روایه زراره بان تبیع و تشتتری و تعتق» فیرجع حاصل ذلك الی كونها بالغه رشیده، فیکون قوله «غیرالسفیهه و لالامولی علیها» ای لاجل الصغر، تفسیراً لمالکیه نفسها، فمالک امرها تاره فسر فی الاخبار بصره عقودها وایقاعاتها و آخری باتصافها بما هو مناط صحه تلك الامور، و هی عدم السفاهه و الصغر المعبر عنها بالبلوغ و الرشد.

عقلایی و مشروع باشد. بنابراین تغییر جنسیت در اشخاصی که تمایلات جنسی روانی آنها مطابق با علایم ظاهری است، از دیدگاه عقلا تصرفی نامعقول و نامتعارف است.

قاعده سلطه محدود به مواردی است که دارای نفع عقلایی مشروع باشد. زیرا با توجه به اصول و قواعد مسلم حقوقی و سیره عقلا، تصرفات لغو و زاید و یا دارای مفساد اجتماعی یا شخصی، مشروع و مورد حمایت قانون نیست (باریکلو، ۱۳۸۲: ۷۴).

۴- نظریه مشروعیت مشروط

نظریه دیگری که در این زمینه مطرح شده، مشروعیت مشروط است. به موجب این نظریه تغییر جنسیت در صورتی مجاز است که شخص دارای مشکل جنسی باشد و پزشک متخصص تغییر جنسیت را برای رفع مشکل او مفید تشخیص دهد. از نظر قانون مدنی نیز شرط صحت هر قراردادی این است که موضوع آن دارای منفعت عقلایی مشروع باشد.^۱ شخصی که به منظور تغییر جنسیت با یک پزشک و جراح قرارداد می‌بندد، در صورتی قرارداد مزبور صحیح خواهد بود که عمل مزبور برای او منفعت عقلایی داشته باشد. در اکثر نظام‌های حقوقی از جمله آلمان، انگلستان، فرانسه، ایتالیا، هلند، پرتغال، دانمارک، ترکیه و بلژیک این نظریه پذیرفته شده است و کشورهایی که تغییر جنسیت را مجاز دانسته‌اند، مشروعیت آن را منوط به وجود شرایطی کرده‌اند. شاید این گونه استنباط گردد که اگر مشروعیت تغییر جنسیت مشروط به شرایطی شود، مشروعیت آن از واضحات و مسلمات است، زیرا به استناد قاعده «الضرورات تبيح المحظورات» و «حدیث رفع»^۲، هر عمل ممنوع و غیرقانونی در شرایط اضطرار مباح و قانونی می‌شود (باریکلو، ۱۳۸۲: ۷۵). اما این ادعا قابل پذیرش نیست. زیرا، قواعد مذکور زمانی کاربرد دارد که ابتدا منع قانونی وجود داشته باشد و شخص در شرایط اضطرار قرار گیرد، سپس این قاعده از او رفع حرمت یا ممنوعیت کند و بعد

۱- ماده ۲۱۵ ق.م: مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد.

۲- حدیث رفع: «عن ابی عبدالله علیه السلام قال، قال رسول الله صلی الله علیه و آله: رفع عن امتی تسعة: الخطأ والنسیان، و ما اکرهوا علیه، و ما لا یطیقون، و ما لا یعلمون، و ما اضطرروا الیه، و الحسد، و الطیبه و التفکر فی الوسوسة فی الخلق ما لم ینطق بشفه» (علامه مجلسی، ۱۴۰۳: ۲۸۰).

قابل ذکر است که در اینجا، بند ششم حدیث (و ما اضطرروا الیه) بر بحث ما دلالت می‌کند.

از خروج از شرایط اضطرار، ادله حرمت دوباره حاکم شود. اما در تغییر جنسیت بر مبنای نظریه مشروعیت مشروط، اصلاً ممنوعیت و حرمتی وجود ندارد که قاعده مزبور آن را مرتفع سازد. به همین جهت برخی به وجوب تغییر جنسیت نسبت به افراد خنثی اعم از فیزیکی یا بدنی معتقدند (www.umich.edu/journal/vol2no3/sex-in-cairo.html Skovgaard-petersen). اما قاعده اباحه شدن ممنوعات در شرایط اضطرار برای مضطر فقط اباحه یا اختیار می‌آورد و نمی‌توان از این قاعده استفاده وجوب یا لزوم کرد. از طرف دیگر ممکن است شخصی شرایط تغییر جنسیت را داشته باشد، اما در حالت اضطرار قرار نگیرد. بنابراین مشروعیت مشروط تغییر جنسیت از باب ادله اضطرار نیست بلکه از لحاظ علم پزشکی شرایطی لازم است تا برای پزشک، موضوع معالجه فراهم شود. از لحاظ حقوقی نیز این شرایط لازم تلقی شده است تا مورد حمایت قانون قرار گیرد (باریکلو، ۱۳۸۲: ۷۵).

از قاعده عسر و حرج نیز می‌توان مشروعیت مشروط تغییر جنسیت را استنباط کرد. براساس آیات الهی (حج/۷۸؛ مائده/۶ و بقره/۲۸۵) در دین اسلام حکم حرجی تشریح نشده است و لذا چنانچه از ناحیه هر حکمی حرج و مشقت لازم آید، به استناد آیات شریفه فوق این حکم منتفی و از صفحه تشریح مرفوع است (روشن، ۱۳۸۶: ۱۶۲). شخصی که بقا در جنسیت فعلی موجب عسر و حرج برای او است، به استناد قاعده عسر و حرج باید بتواند تغییر جنسیت دهد. استناد به قاعده مزبور تنها با وجود عسر و حرج جایز می‌شود که این امر باید به تأیید پزشک متخصص برسد.

با توجه به نظریات مذکور در مورد وضع حقوقی تغییر جنسیت، نظریه «مشروعیت مشروط» با واقعیت‌های علم پزشکی منطبق‌تر است.

نتیجه

باتوجه به سکوت قانونگذار و فقدان نص قانونی نظام حقوقی ایران نسبت به مشروع و نامشروع بودن تغییر جنسیت، نظرات متعددی در این زمینه مطرح شده است که در مجموع می‌توان آنها را به سه گروه تقسیم نمود: نظریه مشروعیت مطلق، نظریه ممنوعیت مطلق و نظریه مشروعیت مشروط. با عنایت به نظرات مذکور در زمینه وضع حقوقی تغییر جنسیت،

نظریه «مشروعیت مشروط» با واقعیت‌های علم پزشکی منطبق‌تر است. بر طبق قانون مدنی نیز، مشروعیت هر عملی منوط به وجود منفعت عقلایی مشروع است. بنابراین، شخص در صورتی می‌تواند اقدام به تغییر جنسیت خود نماید که دارای مشکل جنسی باشد و پزشک متخصص، تغییر جنسیت را برای رفع مشکل او مفید تشخیص دهد. بنابراین، در اکثر نظام‌های حقوقی و نیز طبق نظر مشهور فقها، تغییر جنسیت در صورتی که از لحاظ پزشکی ضروری تشخیص داده شود، مجاز می‌باشد.

Archive of SID

منابع

- ۱- قرآن کریم.
- ۲- اسدی، ابی منصور (علامه حلی) (۱۴۱۸ هـ ق.)، *قواعد الاحکام*، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- ۳- انصاری، مرتضی (۱۳۷۴)، *فرائد الاصول (رسائل) همراه با حاشیه آقا رحمت الله*، قم، انتشارات مصطفوی.
- ۴- _____ (۱۴۱۵ هـ ق.)، *نکاح*، قم.
- ۵- _____ (۱۴۱۰ هـ ق.)، *مکاسب*، ج ۳، بیروت، مؤسسه النعمان.
- ۶- باریکلو، علیرضا (زمستان ۸۲)، *وضعیت تغییر جنسیت*، اندیشه‌های حقوقی، ش ۵.
- ۷- توحیدی، محمد علی (بی تا.)، *مصباح الفقاهه*، (تقریرات سیدابوالقاسم موسوی خویی)، ج ۲، قم، مؤسسه انصاریان.
- ۸- حر عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۱۲ هـ ق.)، *وسایل الشیعه*، قم، مؤسسه آل بیت.
- ۹- جوان داود (۱۳۸۸)، *مبانی فقهی حقوقی تغییر جنسیت*، فصلنامه حقوق پزشکی، شماره ۹.
- ۱۰- خرازی، محسن (۱۳۷۹)، *تغییر جنسیت*، فقه اهل بیت، شماره ۲۳.
- ۱۱- دیانی، عبدالرسول (۱۳۷۹)، *حقوق خانواده*، ج ۱، امید دانش.
- ۱۲- روشن محمد (۱۳۸۶)، *بررسی فقهی حقوقی تغییر جنسیت*، فصلنامه حقوق پزشکی، شماره ۲.
- ۱۳- صانعی، یوسف (۱۳۸۴)، *استفتائات قضایی*، ج ۲، چ ۲، نشر میزان.
- ۱۴- طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۶ هـ ق.)، *ریاض المسائل*، ج ۱۰، چ ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- ۱۵- طیرانی، اعظم (۱۳۸۵/۹/۲۰)، *وقتی روح با جسم هم‌خوانی ندارد*، روزنامه قدس.
- ۱۶- عباسی، فریبا؛ آیت‌الهی، هاله و عمران، میرداود (۱۳۸۲)، *گزارش یک مورد بیمار مبتلا به دو جنسی واقعی*، مجله پزشکی ارومیه، سال چهاردهم، شماره اول.
- ۱۷- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۳)، *حقوق مدنی*، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات مدرس.
- ۱۸- کریمی‌نیا، محمدمهدی (۱۳۷۹)، *تغییر جنسیت از منظر فقهی و حقوقی*، معرفت، شماره ۳۶.

- ۱۹- مجلسی (علامه)، محمدباقر (۱۴۰۳ هـ ق)، *بحار الانوار*، بیروت، موسسه الوفا، ج ۲.
- ۲۰- *مجله علمی پژوهشی قانونی*، سال ششم، ش ۲۰، مرداد و شهریور ۱۳۷۹.
- ۲۱- مدنی تبریزی، سیدیوسف (۱۴۱۶ ق)، *المسائل المستحدثه*، چاپ چهارم، قم، انتشارات دهقانی.
- ۲۲- موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۶۶)، *تحریر الوسیله*، ج ۲، تهران، انتشارات کاظمینی.
- ۲۳- مؤمن، محمد (۱۴۱۵ هـ ق)، *کلمات سدیدیه فی مسائل جدیدیه*، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- 24- Av.M.Canan Arin, *Family Law*; [www.seeline-project.net/Family Law](http://www.seeline-project.net/FamilyLaw).
- 25- Skovgaard-petersen, Jakob, *Sex Change in Cairo; Gender and Islamic law*; Available Online at: www.umich.edu/journal/vol2no3/sex-in-cairo.html.
- 26- Susan's Place transsexualism, *Legal aspects of Transsexualism*: Available Online at <http://wiki.susans.org/>.
- 27- Swartz, Louis, M., LLR.N., Updated Look at Legal Responses to *Transsexualism*, The International Journal of Transgenderism, Volumel, Number 2, October- December 1997; www.symposium.com/ijt/ijt.
- 28- Trans-Action; *English Version of the Beigian Bill on Transsexualism*; ww.trans-action.org.
- 29- www.baztab.ir/news (1386/2/3).
- 30- www.hawzahnews.net or ir/printpage.aspx?dataid.
- 31- www.iramabna.com/mobasher.htm.
- 32- www.mofidu.ac.ir/desktopmodules/news (1387/2/18).
- 33- www.merriam-webster.com/dictionary/transsexualism.
- 34- www.pezeshkonline.ir/visitorpages/Show.aspx?IsDetailList=true&ItemID.