

بررسی فقهی حقوقی مبانی تغییر جنسیت بر اساس وضعیت شخص

مهدی عصمتی^۱

چکیده

تغییر جنسیت یکی از موضوعات مهمی است که موجب پیدایش مسائل جدید فقهی و حقوقی شده است. از جمله این مسائل جواز و عدم جواز این عمل و آثار فقهی و حقوقی مرتبط با این پدیده است. در این مقاله دو مسئله فوق مورد بررسی قرار گرفته و روشن شده است که اگر این عمل بر روی شخصی که دارای اختلالات فیزیکی در دستگاه تناسلی خود می‌باشد (خنثای فیزیکی یا بدنی) انجام گیرد، مشروع و جایز می‌باشد. ولی اگر بر روی کسی که هیچ‌گونه مشکل جنسی جسمی یا روانی نداشته باشد، انجام گیرد، از نظر شرعی و قانونی جایز نمی‌باشد. در مورد «خنثای روانی» (کسی که هیچ‌گونه نقصی در دستگاه تناسلی خود ندارد اما به دلایل روانی خواستار تغییر جنسیت است) سه نظریه بیان گردیده است: ۱- مشروعیت مطلق؛ ۲- ممنوعیت مطلق؛ ۳- مشروعیت مشروط؛ که نظریه اخیر طرفداران بیشتری دارد. بر طبق نظرات فقهای عظام، فرد پس از تغییر جنسیت در اموری چون ارث، قصاص، حدود، دیات، شهادت و مهریه تابع جنسیت واقعی خود خواهد بود ولی از حیث احکام و تکالیف شرعی، جنسیت ظاهری او معیار تلقی می‌گردد. در حقوق موضوعه ایران کسی که مطابق استانداردهای پزشکی تغییر جنسیت داده است می‌تواند از دادگاه‌های ذیصلاح تقاضای اصلاح شناسنامه خود را نماید. در این تحقیق ما از روش تحلیلی توصیفی به صورت کتابخانه‌ای بهره می‌بریم.

کلیدواژه

تغییر جنسیت، آثار و احکام خنثی، اختلالات هویت جنسی.

۱. دانش‌آموخته سطح چهار رشته تخصصی فقه و اصول حوزه علمیه خراسان.

پیشرفت علم و تکنولوژی هر روز باعث پیدایش پدیده‌های جدیدی می‌شود. این موضوعات جدید به تبع خود مسائل 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 پرتوی 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 ایفا 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 جنس 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. (www.lylvm.wordpress.com) به تدریج در کشورهای مختلف این عمل رواج یافت و به منظور ایجاد وحدت رویه پزشکی هر سال سمپوزیوم بین‌المللی تشکیل می‌شود که اولین آن در سال ۱۹۹۶ در لندن برگزار شد. (www.pfc.org.uk/news) امروزه اکثر کشورهای عضو اتحادیه اروپا تغییر جنسیت را امری قانونی اعلام کرده و مقرراتی را در این باره وضع نموده‌اند. (www.pfc.org.uk/news) در حقوق اسلام، هر چند 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)^۱

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 شکایت 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 (ع) 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 کدامیک زودتر خارج می‌شود؟ جواب داد: از هر دو هم‌زمان خارج می‌شود! قاضی سؤال کرد: از کدامیک زودتر

اما در فقه اسلامی و حقوق ایران در مورد وضعیت و شرایط آن چندان تحقیق نشده و از لحاظ قانونی نیز قانون خاصی در این باره وضع نشده است. در میان فقیهان امامیه امام خمینی (ره) اولین فقیهی است که تغییر جنسیت را مجاز اعلام کرده 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 علی‌اصغر (ع) تهران تعداد ۳۰ مورد دوجنسی تحت درمان قرار گرفته‌اند. (مجله علمی پزشکی قانونی، ۱۳۷۹: ۳۵)

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 مجازبودن عمل مزبور، چنانچه فردی تغییر جنسیت بدهد چه آثار حقوقی بر آن بار می‌شود؟ 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 عبارت است از: ۱. نظریه مشروعیت مطلق تغییر جنسیت، ۲. نظریه ممنوعیت مطلق و ۳. نظریه مشروعیت مشروط.

۱. اشخاص موضوع تغییر جنسیت

در بادی امر این‌گونه 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 به‌عنوان خنثی معروف شده‌اند و در علم پزشکی به «هرمافرودیسیم» یا «دوجنسی»

قطع می‌شود؟ جواب داد: از هر دو هم‌زمان قطع می‌گردد! قاضی گفت: این جریان بسیار شگفت‌آور است! شخص جواب داد: عجیب‌تر این است که او با پسرعمویش 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 پسرعمویش و از جهت دیگر، پدر فرزند کنیز محسوب می‌شود، تقاضای طلاق از پسرعموی خود را دارد. قاضی با کمال شگفتی، دادگاه را ترک نمود و به خدمت امیرالمؤمنین (ع) رسید و قضیه را برای ایشان بازگو نمود. حضرت، خواهان را احضار کرد و قضیه را چنان که مطرح شده بود، تأیید نمود. حضرت پسرعموی 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. پسرعموی شخص مذکور اعتراض نمود: یا امیرالمؤمنین، 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.

مشهورند. بیماری دوجنسی یا هرمافرودیسیم، نوعی ناهنجاری است که در دوران تکامل جنین در رحم مادر به وجود می آید که ممکن است تحت تأثیر هورمون های 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، آیت الهی و عمرانی، ۱۳۸۲: ۶۰-۵۹)

گروه دوم کسانی هستند که علائم جنسی جسمی آن ها با گرایشات و تمایلات جنسی آن ها همسو نیست و با هم تعارض دارد. این گروه به خنثای روانی مشهور شده و در علم پزشکی به «ترانسکسوالیسم» یا «اختلال هویت جنسی» معروفند. ترانسکسوالیسم یک اختلال 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 می کند، اما از نظر روانی از آن نقش جنسی که در آن است، در عذاب شدید به سر می برد. (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، ارگان های داخلی جنسی و سیستم هورمونی و کروموزومی کاملاً در سلامت به سر می برد 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 خواهد شد. این اختلال شدیدترین درجه اختلال جنسی قلمداد می شود زیرا از نظر جنسی بین جسم و فکر تناقض و مغایرت وجود دارد. (طیرانی، ۱۳۸۵: ۹) تفاوت این بیماری با بیماری دوجنسی در این است که بیماران دوجنسی دارای اختلال ظاهری در اندام تناسلی، اندام های داخلی و سیستم هورمونی خود هستند و معمولاً نمای ظاهری از اندام هر دو جنس را دارند، در حالی که بیماران ترانسکسوالیسم از نظر جسمی کاملاً سالمند و تنها از نظر روحی با مشکل فراوان مواجه هستند. (www.pezeshkonline.ir)

بنابراین با توجه به سابقه موضوع در علم پزشکی، می توان گفت که افرادی در معرض این درمان قرار می گیرند 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 آن ها کامل بوده و نقصی در بدن آن ها وجود ندارد، تغییر و تبدیل جنس آن ها به جنس مخالف بسیار نادر است و به همین دلیل، برخی اصطلاح «اصلاح جنسیت» را پیشنهاد کرده اند. (کریمی نیا، ۱۳۷۹: ۷۷)

۲. نظریه ممنوعیت مطلق تغییر جنسیت

دلایلی که بر ممنوعیت مطلق تغییر جنسیت اقامه شده، عبارت است از: ۱. حرمت از بین بردن اعضای بدن، ۲. غیرمجاز بودن تغییر در خلقت الهی، ۳. مخالفت با مصالح عمومی، ۴. 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 مجازدانستن 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 بالا قابل قبول و منطقی نیست. زیرا مقصود از قاعده لاضرر، عدم تشریع حکم ضرری است. بدین معنی که شارع، حکمی را که موجب ضرر مکلفان شود اصولاً تشریع 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.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، زیانی که آشکار است» (نساء، ۱۱۹-۱۱۸). این گروه بر این باورند که این آیه اشاره به شیطانی بودن عمل تغییر خلقت خدا دارد. بنابراین تغییر جنسیت امری غیرمجاز 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 بالا 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.

همچنین 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 به‌نوعی بیمار می‌شوند، موضوع تغییر جنسیت هستند. پس غیرمقدور بودن تغییر جنسیت شامل تمام افراد نمی‌شود، بلکه شامل افرادی می‌شود که گرایشات 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. همان‌گونه 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 متخصصان جهت تشخیص جنسیت اصلی و از بین بردن علایم جنسیت

غیر اصلی در خنثای بدنی و خنثای روانی نه تنها امری ممنوع نیست بلکه امری شایسته و پسندیده است. همچنان که بعضی (Swartz, ۱۹۹۷)، 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، هر چند 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 غیر مجاز 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 نمی‌توانند برخلاف آن با یکدیگر توافق کنند. چنان که به وسیله قرارداد نیز نمی‌توان 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 می‌کند که در علم پزشکی تغییر جنسیت مشروط به هیچ‌گونه 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.seeline-project.net; www.trans-action.org مغایرتی با مصالح جامعه نخواهد داشت. بنابراین در مواردی که تغییر جنسیت طبق نظر پزشک و برای درمان بیماری انجام شود، دلیل یاد شده نمی‌تواند دلالت بر ممنوعیت آن به طور مطلق نماید. (جوان، ۱۳۸۸: ۱۶۲؛ باریکلو، ۱۳۸۲: ۷۲)

۴-۲- رواج همجنس‌بازی

برخی مؤلفان، یکی از دلایل مجاز نبودن تغییر جنسیت را رواج همجنس‌بازی در جامعه می‌دانند که زشت‌ترین عمل و جرم در جامعه بشری است و حرمت آن در اسلام از ضروریات محسوب می‌شود. از نظر ایشان تغییر جنسیت برای امر معقولی مانند باروری و زاد و ولد انجام نمی‌شود بلکه برای ارضای شهوت و لذت‌پرستی انجام می‌شود. (مبروک النجار، تغییر جنسیت در قاهره www.umich.edu)

دلیل مذکور در بالا قابل مناقشه است. زیرا مجاز شدن و رواج همجنس‌بازی با تغییر جنسیت، منوط بر این است که اولاً جنسیت شخص محرز باشد، ثانیاً با عمل جراحی تغییر نکند. در حالی که

در افراد دوجنسی، جنسیت شخص محرز نیست و در خنثای روانی، با عمل جراحی شخص در جنسیت خود باقی نمی‌ماند بلکه به جنس مقابل تغییر داده می‌شود. در نتیجه رواج همجنس‌بازی منتفی خواهد بود.

۵-۲- تأنث

برخی^۱ تغییر جنسیت را از باب تأنث، امری غیرمجاز برشمرده‌اند. تأنث 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 تأنث 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 به‌نوعی 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 به‌طور مطلق مجاز و مشروع است که عمده دلایل این گروه عبارت است 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 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

۱. محمد قاضینی: تغییر جنسیت مصداق تأنث یا تشبه به جنس مخالف است. بنابراین، امری غیرمجاز است (دیانی: ۳۶).

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

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 به‌عنوان مرد و زن بار شده یا اینکه 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، عملی 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 صاحب‌نظران 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 عمومات 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 بر اساس 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. به‌عنوان مثال در صحیحہ فضیل بن یسار و محمد بن مسلم و زرارہ و برید بن معاویہ از حضرت باقر (ع) 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

۱. صحیحہ فضیل بن یسار و محمد بن مسلم و زرارہ و برید بن معاویہ عن ابی جعفر (ع): «المرأه التي ملکت نفسها غیر السفیهه و لامولی علیها، ان تزویجها بغیر ولی جایز». (حر عاملی: ۲۰۳ به بعد)

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)^۱ 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 به‌طور مطلق مشروع دانست. زیرا قاعده سلطه مشرع 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 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 مفاسد 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.^۲ شخصی که به‌منظور 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 این‌گونه استنباط گردد 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»^۳

۱. انصاری: «فان الظاهر ان المراد بكونها مالكة لنفسها، كونها مالكة لامورها و ما به نظام معاشها من المعاشات و العطايات و غيرها كما يدل على ذلك، تفسير مالكية امرها في رواية زراره بان «تبيع و تشتري و تعتق» فیرجع حاصل ذلك الى كونها بالغه رشیده، فيكون قوله «غيرالسفيهه و لالمولى عليها» ای لاجل الصغر، تفسيرا لمالكیه نفسها، فملاك امرها تاره فسر في الاخبار بصحة عقودها و ايقاعاتها و اخرى باتصافها بما هو مناط صحه تلك الامور، و هي عدم السفاهه و الصغر المعبر عنها بالبلوغ و الرشد».

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

۳. حدیث رفع: «عن ابی عبدالله(ع) قال، قال رسول الله(ص): رفع عن امتی تسعة: الخطأ والنسيان، و ما اكرهوا عليه، و ما لا يطيقون، و ما لا يعلمون، و ما اضطرروا اليه، و الحسد، و الطيرة و التفكير في الوسوسة في الخلق ما لم ينطق بشفه». (علامه

هر عمل ممنوع و غیرقانونی در شرایط اضطرار مباح و قانونی می‌شود. (باریکلو، ۱۳۸۲: ۷۵) اما این ادعا قابل‌پذیرش 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 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 (Skovgaard-petersen www.umich.edu/journal/vol2no3/.sex-in-cairo). اما قاعده اباحه‌شدن 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 تشریع نشده است و بنابراین چنانچه از ناحیه هر حکمی حرج و مشقت لازم آید، به استناد آیات شریفه فوق این حکم منتفی و از صفحه تشریع 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 در 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: الف: نظریه مشروعیت مطلق، ب: نظریه ممنوعیت مطلق و ج: 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.

منابع

۱. قرآن کریم، ترجمه ناصر مکارم شیرازی، (ترجمه ریز) چاپ اول، انتشارات به نشر، آستان قدس رضوی، ۱۳۸۲.
۲. ابن مکی، محمد، القواعد و الفوائد، چاپ اول، قم، مکتبه المفید، ۱۴۰۰، قطع وزیری.
۳. اختلال هویت جنسی و همجنس گرایی، سپیده دانایی، ش ۱۸ و ۱۹، ۱۳۸۷.
۴. انصاری، شیخ مرتضی، چاپ اول، قم، نشر بعثت، مطبوعات دینی قم، ۱۳۷۹.
۵. انصاری، قدرت الله با همکاری محمدجواد انصاری، ابراهیم بهشتی و علی اکبر طباطبایی، تغیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵.
۶. البحرانی، سیدهاشم بن سلیمان، مدینه معجز الائمة الانثی عشر و دلائل الحجج علی البشر، چاپ اول، مؤسسه معارف الاسلامیه، ۱۴۱۴.
۷. البیهقی، احمدابن الحسین بن علی بن موسی ابوبکر، سنن البیهقی الکبری، ج ۷، مکه المکرمه، مکتبه دارالباز، ۱۴۱۴.
۸. توفیقی، حسین، آشنایی با ادیان بزرگ، تهران، سمت، ۱۳۸۴.
۹. جمعی از نویسندگان زیر نظر آیت الله مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، چاپ شانزدهم، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۷۲.
۱۰. جناتی، محمدابراهیم، فقه و زمان، چاپ اول، چاپخانه دفتر تبلیغات اسلامی، نشر احیاگران، ۱۳۸۵.
۱۱. جوادی آملی، استفائات، چاپ اول، مرکز نشر اسراء، ۱۳۸۷.
۱۲. حر عاملی، محمدحسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، چاپ اول، مؤسسه آل البیت.
۱۳. حلی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، منشورات اعلمی، تهران، ۱۳۸۹.
۱۴. حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه، چاپ اول قم، مؤسسه نشر الاسلامی، ۱۴۱۲.
۱۵. خدیوی زن، محمد، بررسی مشکلات روان جنسی کودکان و نوجوانان، تهران، تربیت، ۱۳۷۱.

۱۶. دکتر صفایی و دکتر امامی، حقوق خانواده، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.
۱۷. رئیسی، فیروزه و عباسعلی ناصحی، اختلال هویت جنسی، تهران، صدای قصیده، ۱۳۸۳.
۱۸. صدر، دروس فی علم الاصول، انتشارات دارالثقلین، چاپخانه پاسدار اسلام، ۱۴۰۰.
۱۹. طباطبایی بروجردی، حسین، جامع احادیث الشیعه، قم، انتشارات العلمیه، ۱۳۹۹.
۲۰. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، مستمک العروه الوثقی، چاپ اول، قم، مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶.
۲۱. طباطبایی، محمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، چاپ دوم، بیروت، نشر مؤسسه الاعلمی فی المطبوعات، ۱۴۲۲ق، ۲۰۰۲م.
۲۲. طبرسی، فضل بن حسن، ترجمه تفسیر جوامع الجامع، ترجمه احمد امیری، شادمهری، دیگران، انتشارات آستان قدس رضوی، بنیاد پژوهش های اسلامی، ۱۳۸۶.
۲۳. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی الامامیه، چاپ دوم، نشر المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷.
۲۴. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، تحقیق سیدعلی خراسانی و سیدجواد شهرستانی و شیخ مهدی طه، نجف، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۴، چاپ جدید.
۲۵. عبدالعظیم بن عبدالقوی المنزری، ابوالمحمد، الترغیب و الترهیب، ج ۳، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۷ق.
۲۶. العلوی، محمدعلی، التعليقه علی تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، ۱۳۸۳.
۲۷. فتاحی معصوم، سیدحسن، مجموعه مقالات و گفتارهای دومین سمینار دیدگاه های اسلام در پزشکی، انتشارات دانشگاه علوم پزشکی مشهد، ۱۳۸۰.
۲۸. قبادی، کاوه، فصلنامه تخصصی اخلاق، ش ۱۵، بهار ۱۳۸۸.
۲۹. القرطبی، محمد بن احمد، الجامع لاحکام القرآن، ج ۱۲، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۹۵۲.
۳۰. قمی، شیخ محمد مؤمن، کلمات سدیدة فی المسائل الجدیدة، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
۳۱. قمی، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، مترجم محمد جواد غفاری، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۸۵.
۳۲. کاپلان، هارول، خلاصه روانپزشکی، ترجمه نصرت الله پورافکاری، تهران، شهراب، ۱۳۷۶.
۳۳. کریمی، یوسف، روان شناسی شخصیت، تهران، دانشگاه پیام نور، ۱۳۸۱.
۳۴. کلینی، محمد بن یعقوب، فروع کافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲.
۳۵. الکوفی، ابوبکر عبدالله بن محمد، المنصف، ج ۵، الریاض، مکتبه الرشد، ۱۴۰۹ق.

۳۶. مجلسی، محمدتقی، روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه، ناشر: بنیاد فرهنگ اسلامی، حاج محمدحسین کوشانیپور، قم، ۱۳۹۸ق.
۳۷. محسنی، منوچهر، مقدمات جامعه‌شناسی، تهران، نشر دیدار، ۱۳۷۵.
۳۸. محمدبن محمد، الارشاد، ترجمه: سیدهاشم رسولی محلاتی، ویرایش دو، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۷۸.
۳۹. محمدی، علی، شرح رسائل، چاپ سوم، انتشارات دارالفکر، چاپ قدس، ۱۳۸۰.
۴۰. مدکور، دکتر ابراهیم، المعجم الوسیط، تهران، انتشارات ناصر خسرو.
۴۱. مسائل مستحدثه پزشکی، تهیه و تحقیق دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان، ناشر: مؤسسه بوستان کتاب، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۴۲. مشکینی، میرزا علی، مصطلحات الفقه و معظم عناوین موضوعیه، قم، دفتر نشر الهادی، ۱۳۷۹.
۴۳. مقدس اردبیلی، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۳.
۴۴. مکارم شیرازی، ناصر، استفتائات جدید، ج ۱، قم، انتشارات امام علی بن ابی طالب، ۱۳۸۳.
۴۵. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، قم، مدرسه علمیه امام علی بن ابی طالب، ۱۴۱۶.
۴۶. مکارم شیرازی، ناصر، بحوث فقهیه هامه، چاپ اول، قم، نشر مدرسه امام علی بن ابی طالب، ۱۴۲۲ق.
۴۷. موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، ترجمه علی اسلامی، چاپ نوزدهم، قم، نشر دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۰.
۴۸. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، نشر دار الاحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱.
۴۹. نوری، حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط الوسائل، چاپ اول، بیروت، نشر مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۷ق.
۵۰. نیشابوری، مسلم بن الحجاج، ابوالحسن القشیری، صحیح مسلم، ج ۴، بیروت، دارالاحیاء، ۱۹۸۳.
۵۱. هدایت نیانجی، فرج الله، حقوق مالی زوجه، (اجره المثل، نخله، تعدیل به مهریه)، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵.
۵۲. هنری ماسن، پاول، رشد و شخصیت کودک، ترجمه مهشید یاسایی، تهران، نشر مرکز، کتاب ماد، ۱۳۸۰.
۵۳. هیثمی، علی بن ابی بکر، مجمع الزوائد، ج ۴، قاهره، دارالریان، ۱۴۰۷ق.

54. www.pfc.org.uk
54. www.goshtasb.Iran
55. www.rouzanamak.bolgfa.com/post-188.aspx
56. www.fawikipedia.org
57. [www.pezeshk. Us](http://www.pezeshk.Us)
58. www.ravaneparsibloy.com
59. www.seraj.ir
60. www.goeocities.com