



وضعیت فقهی و حقوقی پدیده ترانس سکسوالیسم

محسن برهانی
استادیار گروه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ایران
m.borhani@ut.ac.ir

محسن بخشی
دانش آموخته ارشد حقوق خصوصی، قاضی دادگستری استان قم
qomhd@gmail.com

۱۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹.۰۵.۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰.۰۱.۰۸

چکیده

هرگونه تبدیل، اصلاح و یا تغییر که در جنسیت فرد به وجود آید و وضعیت فعلی او از نظر زن یا مرد بودن با حالت سابق او، دارای تفاوت و گوناگونی شود، تغییر جنسیت اطلاق می‌شود و به تعبیر دیگر اختلال در هویت جنسی است. امروزه نسبتاً به راحتی مجوز تغییر جنسیت صادر می‌شود بدون آن که زیر ساختارهای آن مهیا و موارد مورد لزوم فراهم گردند و در کشور ایران نیز قانونی می‌باشد. تغییر جنسیت نه تنها به لحاظ پزشکی بلکه از نظر فقهی و حقوقی بسیار مورد اهمیت است و مسائل جواز یا عدم جواز آن و یا قانونی بودن و مشروعیت آن بسیار مهم می‌نماید چراکه تغییر جنسیت بر عقد نکاح، مهریه، نفقه زوج و فرزندان، ولایت، سرپرستی و حضانت کودکان، عناوین و نسبت های خانوادگی و ارث تاثیر گذار است. لذا سوال اصلی در مقاله حاضر این است که پدیده تغییر جنسیت دارای چه وضعیت فقهی و حقوقی می‌باشد که به روش توصیفی - تحلیلی و مطالعه کتابخانه ای و جمع آوری منابع سعی شده است مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

واژگان کلیدی: تغییر جنسیت، شناسایی، مشروعیت، غی قانونی بودن.

از یک سو مسائل حقوقی و شرعی و قانونی، از سوی دیگر جنبه‌های پزشکی، روان‌کاوانه و ارزشی و اخلاقی و حتی جنبه‌های تاریخی و فلسفی، از «تغییر جنسیت» موضوعی ساخته‌اند که بحث دربارش را پایان‌ناپذیر می‌کند. لزوم پرداختن به موضوع تغییر جنسیت از آنجا آشکار می‌شود که با کم شدن حساسیت‌ها در ایران، تعداد بیشتری از اشخاص تقاضای خود را برای «تغییر جنسیت» اعلام می‌کنند. ایران پس از سال‌ها پذیرفته است بعضی افراد می‌خواهند جنسیت خود را تغییر دهند و به آنها اجازه عمل جراحی و گرفتن شناسنامه جدید داده است. آن دسته از ایرانیان که خواست شخصی و امکان مالی دارند می‌توانند با جلب نظر متخصصان پزشکی قانونی و با حکم دادگاه اقدام به معالجات پزشکی نموده و شناسنامه جدید دریافت کنند. امروزه فقهاء و روحانیون از اطلاعات بیشتری درباره «تغییر جنسیت» برخوردارند و نظرات فقهی خود را درباره آن اعلام می‌کنند. عده‌ای از فقهای شیعه، «تغییر جنسیت» را از جمله مسائل جدید شمرده و مورد بررسی قرار داده‌اند. اولین فقیهی که در این زمینه مسائلی را بیان نموده است حضرت امام خمینی (ره) می‌باشد که نخستین اجازه مذهبی برای عمل جراحی «تغییر جنسیت» توسط ایشان و برای فردی بنام مریم ملک آرا صادر گردید. در جایی که عمل «تغییر جنسیت» بطور کاملاً قانونی انجام می‌گیرد باید پیامدهای حقوقی این عمل توسط فقهاء و حقوقدانان مورد بررسی قرار گیرد تا تمام ابهامات و مسائل مربوط به آن برطرف گردد. پس ضروری است موضوع «تغییر جنسیت» نه تنها از دید پزشکی، بلکه به لحاظ مباحث حقوقی هم مورد بررسی قرار گیرد.

امروزه در حقوق بسیاری از کشورهای جهان قوانین و مقررات خاصی در مورد پیامدهای حقوقی «تغییر جنسیت» وضع شده است ولی در حقوق ایران در این باره تاکنون مقررات خاصی وضع نشده است. در نتیجه با توجه به اهمیت موضوع و خلأ قانونی موجود، در این تحقیق سعی می‌گردد جنبه‌های فقهی و حقوقی «تغییر جنسیت» مورد بررسی قرار گیرد. این موضوع سؤالات و مسائل زیادی را بدنبال خود دارد. از جمله این مسائل می‌توان مطرح کرد که آیا تغییر جنسیت عملی مشروع است یا هیچ وجه شرعی برای آن وجود ندارد؟ آیا تمام اشخاص می‌توانند تغییر جنسیت بدهند یا اشخاص خاص با وجود شرایط و اوضاع و احوال خاصی حق دارند جنسیت خود را تغییر بدهند؟ نظر قانونگذار ما در مورد تغییر جنسیت چیست؟ آیا جامعه شرایط پذیرش این پدیده نو ظهور را دارد یا خیر؟ تکلیف نکاح، مهریه، ارث، ولایت و سرپرستی کودکان و ... پس از تغییر جنسیت چگونه است؟ آیا راه حل دیگری

غیر از تغییر جنسیت برای افرادی که دچار اختلال هویت جنسی می‌باشند وجود دارد؟ سؤالات فراوان دیگری در مورد این موضوع نو ظهور وجود دارد که تا حدودی در این تحقیق سعی می‌گردد به آنها پرداخته و پاسخ داده شود و رفع ابهام گردد.

۲- کلیات

قبل از شروع بحث مورد نظر لازم است مفهوم و تعریف پدیده تغییر جنسیت را مورد بحث و بررسی قرار داد و نگاهی مختصر به تاریخچه این مبحث کرد.

۲-۱- مفهوم تغییر جنسیت

عنوان «تغییر جنسیت» از نظر لغوی واضح است اما شاید به‌تر بود بجای عنوان «تغییر جنسیت» از عنوان «تشخیص جنسیت» استفاده می‌گردید. زیرا افرادی که نیاز به تغییر جنسیت دارند دچار نوعی ابهام جنسی می‌باشند. عنوان «تغییر جنسیت» که عنوان جدید است و در فقه مورد بررسی قرار گرفته است، در جایی جاری می‌شود که فردی سابقاً جنسیتی داشته است و احکام آن جنسیت بر این فرد جاری می‌شده است ولی اقدام به تبدیل جنس خود به جنس مخالف نموده است و از زمان تبدیل، احکام جنسیت جدیدش بر او جاری است. فرقی نفی کند که تبدیل مذکر به مؤنث باشد یا بر عکس، در تبدیل مذکر به مؤنث آلت تناسلی مردانه بریده می‌شود و مهبل برای آن ساخته می‌شود و آن را عقیم می‌کنند و همچنین پستان‌ها بوسیله تزریق هورمون، بزرگ می‌گردد و در تبدیل مؤنث به مذکر، پستان‌ها بریده می‌شود و آلت تناسلی مردانه ساخته می‌شود و محل تناسلی زنانه از بین می‌رود.

در جایی که شخصی در ابتدای تولدش، در ظاهر مذکر می‌باشد و سپس آثار مؤنث بودن در جسم و روح و روان او قبل و یا بعد از بلوغش ظاهر می‌شود بطوریکه بر صاحبان فن روشن می‌گردد که او از جنس مؤنث می‌باشد و در او عضو بارداری و ویژگی‌های زنانه شبیه به آن می‌باشد و همانا آلت مذکر بودن بیش از یک تکه گوشت شبیه به آلت نیست پس پزشکان او را تبدیل به مؤنث می‌کنند. ولی عکس آن زمانی است که پس آثار مذکر بو دن در کسی که در ظاهر مؤنث می‌باشد ظاهر می‌گردد و بوسیله عمل جراحی آلت مردانگی برای او ایجاد می‌گردد. و فرد به جنسیت مذکر ملحق می‌شود. ظاهراً هیچ اشکالی در جواز «تغییر جنسیت» به دو معنای بالا وجود ندارد اما واجب نیست مگر در صورتی که عمل به تکالیف شرعی یا

بعضی از آنها و یا احتراز از محرّمات الهی بدون عمل جراحی و آشکار نمودن جنس واقعی وی ممکن نباشد، در این صورت، عمل جراحی واجب می‌شود. (امام خمینی (ره)، ۱۴۱۱، ۴۷۸)

مورد دیگر این است که برای کسی در ظاهر جسمش هر دو آلت وجود دارد و تشخیص داده نمی‌شود که در کدامیک از مذکر و مؤنث داخل می‌شود و این حالتی است که به آن «خنثی» گفته می‌شود و در فقه برای آن دو قسم ذکر شده است: یکی مشکل و دیگری غیر مشکل می‌باشد. مشکل کسی است که وضعیت او به وسیله امارات طبیعی یا جعل شده از طرف شارع شناخته نمی‌شود و غیر مشکل کسی است که امارات دلالت بر یکی از دو جنس دارد ولو فقط از طریق ظن باشد. اما اولی یعنی خنثای مشکل، اگر بگوییم که امکان ندارد فردی از انسان مصداقی برای دو جنس باشد حقیقتاً پس او یا مذکر است و یا مؤنث، کما اینکه این قضیه بین پزشکان معروف است. بنابراین بعضی قائل شده‌اند که برای دو نوع جنس انسان، سومی وجود ندارد و دو صنف هم جز بر یکی منطبق نمی‌شوند، پس ظاهراً انجام عملیات جراحی برای تغییر جنسیت در این مورد جایز می‌باشد. اگر هیچ یک از دو جنس در او ظاهر نشد پس این خنثای مشکله است و در فقه برای او احکامی ذکر شده که مبتنی بر احتیاط می‌باشد مثل حرمت نگاه به زن و مرد و جائز بودن نگاه زن و مرد به او و یا حرام بودن نگاه آنها به او بنا بر اختلاف بین علماء، و حرمت ظاهر کردن زینت برای مردان، و عدم جواز ازدواج چه با مرد و چه با زن، و اینکه ارث خنثی نصف ارث مرد و زن است، و تخیر او در قرائت نماز بین بلند خواندن و آهسته خواندن، و جائز نبودن امام جماعت و قاضی بودن او و غیر این احکام. و اگر قائل شدیم که یک فرد انسان دارای دو عنوان زن و مرد با هم و مصداقی برای دو نوع جنس هست حقیقتاً، و اگر قائل شدیم که اجتماع دو آلت تناسلی در یک فرد ممکن باشد، کما این که امکان وقوع آن از بعضی نصوص ظهور دارد، پس آن فرد قبل از ظاهر شدن اینکه از کدام جنس است خنثای مشکل می‌باشد و اگر اثر هر دو جنس در او ظهور پیدا کند حکم به این می‌شود که آن فرد مصداق دو جنس می‌باشد. بنابراین از جهت تشخیص موضوع اثری برای عمل جراحی در چنین شخصی و اظهار اعضای مخصوص یکی از دو جنس وجود ندارد بلکه مقتضای قاعده این است که حکم شود به اینکه او هم مرد است و هم زن، پس احکام هر دو جنس، این فرد را در بر می‌گیرند. البته اگر احکام هر دو جنس با هم تعارض داشته باشند پس یا با یک زن ازدواج کند و او شوهر می‌شود و یا مردی با او ازدواج می‌کند و او زن آن شخص می‌شود و جمع بین آن دو جائز نیست و نمی‌تواند به یکی از دو جنس نگاه کند در غیر موارد استثناء به خاطر تقدم مانع بر مقتضی و حرام است هر کدام از دو جنس به او نگاه کند.

اما قسم دوم یعنی ختثای غیر مشکل، در این نوع ختثی ظاهراً عمل جراحی در آن جازز است پس اگر بهسبیل آن به یکی از دو جنس که علائم به آن دلالت می‌کند ملحق شد پس فرد از همان جنس است و اگر به هیچکدام شبیه نشد پس قواعد شرع در آن جاری می‌شود.

۲-۲- تاریخچه تغییر جنسیت

«تغییر جنسیت» برای اولین بار در سال 1952 به عنوان یک موضوع پزشکی در کشورهای غربی مطرح گردید. در آن تاریخ، شخصی بنام الیزابت اقدام به تغییر جنسیت خود نمود که روزنامه نیویورک تایمز این مطلب را درج نموده و تغییر جنسیت را به عنوان یک موضوع اجتماعی مطرح و توجه افکار عمومی را به آن جلب نمود. کم کم با شیوع و گسترش این عمل در جامعه و رواج تشخیص‌های متفاوت از طرف پزشکان، متخصصان برای تبادل تجربه و جلوگیری از تفرق نظر و اختلاف در تشخیص و نیز ایجاد وحدت رویه پزشکی، در هر سال اقدام به تشکیل سمپازیم بین المللی می‌نمایند که اولین آن در سال 1996 در شهر لندن برگزار شد و هر سال مقررات نمونه و توصیه هایی را به پزشکان جهت رعایت مراقبت‌های ویژه قبل و بعد از عمل ارائه می‌نماید. امروزه تمام کشورهای عضو اتحادیه اروپایی غیر از سه کشور و پنجاه ایالت از پنجاه و دو ایالت آمریکا تغییر جنسیت را قانونی اعلام نموده و در مورد آن مقررات خاصی، اعم از قانونی و قضایی، وضع کرده اند. بنابراین، موضوع تغییر جنسیت در کشورهای غربی از لحاظ علم پزشکی امری مسلم است و از لحاظ حقوقی نیز مقرراتی در این باره وضع شده است که سیر تکاملی خود را طی می‌نماید.

امروزه در کشورهای اسلامی مواردی از عمل جراحی تغییر جنسیت صورت می‌پذیرد اما چون کاملاً بی سر و صدا صورت می‌پذیرد اطلاع کاملی از آنها در دست نیست. تنها پرونده ای که در عصر حاضر در کشورهای اسلامی بسیار پر سر و صدا بود، پرونده سید عبدا... در کشور مصر است. در سال 1982 سید عبدا... که یک جوان 19 ساله، دانشجوی پزشکی دانشگاه الازهر مصر بود، با سلوا جرجیس لیب، روان پزشک، تماس گرفت، و اظهار نمود: او از افسردگی شدید و ناامیدی در رنج است. روانپزشک او را معاینه نمود و متوجه شد که او از بحران جنسیتی در رنج و عذاب است و یا به تعبیر دیگر، او ختثای روانی (الختثی النفسیه) است. مدت سه سال او را هورمون درمانی جنسیت مردانه کرد تا شاید بتواند با تقویت گرایش جنس مردانگی او، روان او را با جسمش از بعد جنسی هماهنگ نماید، ولی موفق نشد زیرا پزشکان معتقدند این مریض تا قبل از سن بلوغ با هورمون درمانی، درمان آن ممکن است ولی بعد

از رسیدن به بلوغ ممکن نیست. در نتیجه، جرجیس از درمان هورمونی او منصرف شد و او را جهت عمل جراحی تغییر جنسیت به جبرئیل، پزشک جراح، معرفی نمود. پزشک جراح برای حصول اطمینان بیشتر، مریض را به روان پزشک دیگری بنام هانی نجیب، معرفی کرد و نجیب نیز به همان نتیجه ای رسید که روان پزشک قبلی رسید. ه بود و عمل جراحی تغییر جنسیت از مذکر به مؤنث را تنها راه درمان مریض پیشنهاد نمود. جراح مدت یک سال مریض را هورمون درمانی جنسیت زنانه نمود و لباس زنانه بر او پوشاند تا رفتار روانی و اجتماعی او را آزمایش نماید. مریض این دوره را با موفقیت گذرانده و مشکل خاصی بوجود نیامد.

در اول ژانویه 1988 سید عبدا... فرم درخواست تغییر جنسیت را امضاء نمود و از جراح، انجام عمل جراحی تغییر جنسیت از مذکر به مؤنث را درخواست نمود. جراح با عمل جراحی، ممیز و علائم جنسیت مذکر را از او برداشت و برای او مجرای مصنوعی خروج ادرار و ممیز مصنوعی زنانه درست کرد که این عمل مطابق است استانداردهای پزشکی روز بود. عمل جراحی با موفقیت انجام شد و مریض در جنسیت جدید احساس نشاط و امید نمود و به حالت معمولی یا طبیعی روانی برگشت. در این مرحله پرونده پزشکی مریض بسته شد و او برای قدردانی از زحمات روان پزشک او ل، نام «سالی» را برای خود انتخاب کرد اما رئیس دانشکده از پذیرش او و اجازه دادن به وی جهت شرکت در امتحانات خودداری نمود و سازمان ثبت احوال مصر نیز از شناسایی او بعنوان یک جنس مؤنث و تغییر شناسنامه او خودداری کرد که بعدها به این نتیجه رسیدند که پزشک جراح مرتکب خطای فاحش پزشکی شده است. در 14 می 1988 سندیکا با ارسال نامه ای به محضر مفتی مصر خواهان فتوی در مورد خنثای روانی شد و سؤال نمود که آیا از دیدگاه شرع مقدس اسلام خنثای روانی قابل قبول است. مفتی مصر، ضمن ظفره رفتن از پاسخ صریح و مستقیم سؤال، فتوی داد: اگر پزشک متخصص قابل اعتماد، تنها راه درمان مریض را عمل جراحی بداند، چنین عملی مجاز و مشروع است. این فتوی، علاوه بر اینکه پاسخ سؤال سندیکا را نداد، مشکل دیگری ایجاد نمود زیرا هر کدام از طرفین پرونده، فتوی را به نفع خود تفسیر نموده و حق را به جانب خود می دادند. در 12 ژوئن 1988 الازهر پرونده را به دادگاه فرستاد و به استناد ماده 240 قانون مجازات مصر، خواهان مجازات جراح به اتهام وارد کردن ناتوانی دائم در مریض و ارتکاب خطای فاحش پزشکی شد. دادستان مصر با مشورت پزشکان متخصص شروع به تحقیق نمود و به این نتیجه رسید که: از دیدگاه متخصصین «سالی» از لحاظ بدنی یک مرد و از لحاظ روانی یک زن بوده است

و پزشک جراح هیچ نوع خطایی را مرتکب نشده است و تمام اقدامات او مطابق با استانداردهای روز علم پزشکی است و پزشک را از اتهام مذکور تبرئه نمود.

سرنوشت پزشکی ضمن رد این نتیجه، اقدام به لغو عضویت پزشک جراح از آن سندیکا و جریمه پزشک بیهوش کننده نمود. در اکتبر ۱۹۸۹ سالی موفق به اصلاح شناسنامه و شناسایی جنسیت خود به دولت مصر شد. اخبار و گزارشات روزنامه‌ها، نشان می‌دهد که پرونده‌های دیگری در مصر در این زمینه وجود داشته ولی این پرونده چون با موضوع گیری از ره مواجه شد، مشهور و تاریخی شد. همچنین سابقه موضوع تغییر جنسیت در اسلام نیز به صدر اسلام، زمان حکومت حضرت علی (علیه السلام) بر می‌گردد.

۳- وضعیت حقوقی تغییر جنسیت

منظور از وضعیت حقوقی تغییر جنسیت این است که، با توجه به سکوت قانونگذار و فقدان نص قانونی در حقوق ایران، آیا تغییر جنسیت بر مبنای اصول و قواعد حقوقی، امری مجاز و مشروع است یا امری نامشروع و ممنوع می‌باشد؟ در مورد مشروعیت یا ممنوعیت تغییر جنسیت نظریات مختلفی وجود دارد که در مجموع می‌توان نظریات را به سه گروه، ممنوعیت مطلق، مشروعیت مطلق و مشروعیت مشروط تقسیم نمود که عمده دلایل این نظریات بررسی می‌شود.

۳-۱- نظریه ممنوعیت مطلق

افرادی که قائل به ممنوعیت مطلق تغییر جنسیت می‌باشند در اثبات نظریه خود دلایلی آورده اند که یکی از دلایل این گروه آن است که مجاز بودن تغییر جنسیت مستلزم مجاز بودن برداشت و از بین بردن اعضاء بدن شخص و جایگزین نمودن اعضاء مصنوعی جنسیت مخالف در جای آن است. در حالی که، حرمت و ممنوعیت از بین بردن اعضاء بدن از ضروریات است و کسی نمی‌تواند با از بین بردن عضوی از بدن خود به خویش یا با از بین بردن اعضاء بدن دیگری به او صدمه وارد کند. در نتیجه، تغییر جنسیت، عملی نامشروع و ممنوع است. (مدنی تبریزی، ۱۴۱۶، ۲۰۲)

بر این دلیل می‌توان مناقشه نمود زیرا به استناد این دلیل در صورتی می‌توان تغییر جنسیت را بطور مطلق ممنوع دانست که ضرورت ایجاب نکند. اگر شخصی در نتیجه بیماری روانی

یا جسمانی ناچار به برداشت عضوی از اعضاء بدن خویش شود، قاعده مجاز بودن ممنوعات در موارد اضطرار و ناچاری، حاکم بر این دلیل می‌شود و در نتیجه، برداشت یا از بین بردن عضوی از بدن در موارد ناچاری امری مشروع است و به استناد دلیل مذکور ن می‌توان تغییر جنسیت را بطور مطلق ممنوع تلقی نمود. دلیل دیگر نظریه ممنوعیت تغییر جنسیت، غیر مقدور بودن آن است زیرا خداوند انسان را مذکر یا مؤنث آفریده است و هیچ قدرتی نمی‌تواند مذکری را به مؤنث یا بالعکس تغییر دهد. در نتیجه اگر بوسیله مثلاً عمل جراحی، علائم جنسیتی شخصی برداشته شود و یا با تزریق دارو موی صورت مردی ازاله شود و پستان او بزرگ گردد، این شخص در واقع تبدیل به مؤنث نشده است. بر عکس، روی‌اندن مو در رخسار مؤنثی و کوچک کردن پستان او و غیره، بوسیله تزریق دارو، موجب تغییر جنسیت او به جنس مذکر نمی‌شود. بعبارت دیگر، تغییر موضوع مذکر به مؤنث یا بالعکس امری غیر مقدور و ناشدنی است و چون موضوع تغییرناپذیر است، حکم آن نیز ثابت و غیر قابل تغییر است. (همان، ۲۰۲) این دلیل نیز غیر قابل اعتماد است زیرا به استناد این دلیل نیز ن می‌توان تغییر جنسیت را بطور مطلق غیر مشروع دانست، چون موضوع مورد بحث، تغییر جنسیت تمام افراد بشر نیست. در علم پزشکی نیز اعتقاد بر این نیست که تمام افراد قابل تغییر جنسیت هستند، بلکه افرادی که به نوعی خنثی می‌باشند، موضوع تغییر جنسیت نیستند. بنابراین، غیر مقدور بودن تغییر جنسیت، شامل تمام افراد نمی‌شود، بلکه فقط شامل افرادی می‌شود که گرایش جنسی روانی آنها با علائم جنسی بدنشان هماهنگ و همسو است که اکثر انسان‌ها در این گروه می‌باشند و این گروه خارج از موضوع می‌باشند.

همانگونه که بعضی از فقهاء از ظهور آیات استفاده نموده‌اند: خداوند انسان را مذکر و یا مؤنث آفریده است در نتیجه، کسی که دارای علائم جنسی هر دو جنس مذکر و مؤنث است، یکی از این علائم اصلی و دیگری زائد است. بنابراین، مراجعه به متخصص جهت تشخیص جنسیت اصلی و از بین بردن علائم جنسیت غیر اصلی در خنثای بدنی و خنثای روانی نه تنها امری ممنوع نمی‌باشد بلکه امری شایسته و پسندیده است. (طباطبایی، ۱۴۱۲، ۶۴۲)

موضوع مهم دیگر ملاک تعیین جنسیت است که تا سال ۱۹۷۰ دانشمندان معتقد بودند که ملاک تشخیص جنسیت فقط علائم ظاهری بدن نیست بلکه در تعیین جنسیت یک شخص باید آلت تناسلی، وجود بیضه یا تخمدان و کروموزوم او را در نظر گرفت ولی بعد از تاریخ مذکور، علاوه بر عناصر مذکور، شکل مغز شخص را نیز مؤثر در تعیین جنسیت می‌دانند. دلیل دیگر عدم مشروعیت تغییر جنسیت، همانگونه که بعضی معتقدند، مخالفت آن با مصالح

عمومی است. زیرا قواعدی که وضع مدنی شخص را در جامعه تعیین می‌کند، تنها به خاطر حفظ منافع او وضع نشده است، هدف مهم اینگونه قواعد تأمین مصالح عمومی است. به همین جهت اشخاص نمی‌توانند برخلاف آنها با یکدیگر توافق کنند. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۱۷۵)

تمام دلایل معتقدان به عدم مشروعیت تغییر جنسیت، از موضوع منصرف است و به استناد این دلایل نمی‌توان بطور مطلق تغییر جنسیت را غیر مشروع دانست، بلکه این دلایل مواردی را شامل می‌شود که تغییر جنسیت برای شخص مضر و آسیب‌رسان باشد و او به صرف میل خویش اقدام به تغییر جنسیت خود کند ولی در مواردی که تغییر جنسیت بعنوان یک راه درمان یا یک عمل مفید و دارای منفعت عقلایی مشروع انجام می‌شود، دلایل یاد شده نمی‌تواند دلالت بر ممنوعیت آن نماید.

۳-۲- نظریه مشروعیت مطلق

یکی از دلایل نظریه مشروع بودن مطلق تغییر جنسیت، اصل اباحه و عدم دلیل حرمت آن از طرف شارع است. چون اصل، جواز تصرفات است مگر این که دلیلی بر ممنوعیت وجود داشته باشد و دلیلی نیز بر حرمت آن در شریعت وجود نداشته باشد. پس چنین عملی ظاهراً مشروع است.

در این دلیل می‌توان مناقشه کرد زیرا درست است که از طرف قانونگذار دلیل خاصی دال بر عدم جواز و ممنوعیت تغییر جنسیت وارد نشده است ولی چون تغییری جنسیت یک عمل است که شخص و پزشک متخصص آن را انجام می‌دهند، باید دید که آیا انجام هر عملی مجاز است یا مشروعیت انجام هر عملی مشروط به شرایطی است؟ در باب اجاره اشخاص و نیز شرط فعل، که از اعمال حقوقی بارز و مشهوری است که موضوع آن انجام فعل است، همانطوری که صاحب نظران اظهار نموده اند: عمل مورد اجاره یا مشروط باید دارای منفعت عقلایی مشروع و قابل اعتنا باشد. (انصاری، ۱۴۱۰، ۵)

بنابراین اگر شخصی بدون مشکل بدنی و یا روانی قابل توجه، اقدام به تغییر جنسیت خود نماید، چون این عمل نه تنها دارای منفعت مشروع قابل توجه عقلایی نیست، بلکه شخص را گرفتار بحران روحی و روانی می‌نماید، می‌توان به استناد این عمومات، انجام آن را نامشروع تلقی نمود. (حلی، ۱۴۱۱، ۲۸۶)

دلیل دیگری که می توان برای مشروعیت مطلق تغییر جنسیت به آن استناد کرد، قاعده «الناس مسلطون علی انفسهم» می باشد، همانگونه که بعضی برای صحت فروش اعضاء بدن به آن استناد کرده و معتقدند چون این قاعده در سیاق قاعده سلطه مردم بر مالشان است، در نتیجه، همانگونه که مردم حق دارند در مالشان هر تصرفی بکنند، می توانند در بدن خود نیز هر نوع تصرفی را که بخواهند، انجام دهند و یکی از تصرفات مجاز به استناد این قاعده، تغییر جنسیت است. (مؤمن، ۱۴۱۵، ۱۶۳)

هر چند این قاعده عیناً در روایات وارد نشده است ولی می توان آن را از روایات وارده در باب نکاح باکره رشیده، اصطیاد نمود: بعنوان مثال در صحیحه فضیل بن یسار و محمد بن مسلم و زراه 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 ولی نافذ است. (حر عاملی، ۱۴۱۲، ۲۰۳)

بنابراین در حجیت این قاعده نمی توان مناقشه نمود، زیرا اولاً از جهت مفهوم قاعده، مفهوم آن نیست که انسان بر خود ولایت و حاکمیت دارد، همانگونه که بر اموال خود حاکم است بلکه آنچه در باب روایت نکاح باکره رشیده وارد است که اگر او مالک خویش است، می تواند مستقلاً ازدواج نماید. ظاهر در این است که اگر می تواند امور خود را اداره کند و مصلحت و غبطه خود را تأمین نماید، می تواند بدون اذن ولی ازدواج نماید. همانطوری که اهل نظر نیز قاعده را اینگونه تفسیر نموده اند. در نتیجه از لحاظ مفهومی، دلالت این قاعده بر سلطه انسان بر خودش مخدوش است. (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۱۷)

ثانیاً بر فرض قبول اینکه، این قاعده دلالت بر سلطه انسان بر خود دارد و سیاق آن مانند سیاق قاعده سلطه بر اموال است، باز ن می توان به استناد این قاعده، تغییر جنسیت را بطور مطلق مشروع دانست، زیرا همانگونه که بعضی معتقدند: قاعده سلطه مشروع نیست و مالک هر تصرفی ولو غیر عقلایی و اسراف، نمی تواند در مال خود انجام دهد بلکه باید تصرفی نماید که از دیدگاه عقلاء، متعارف و معقول باشد. (خویی و توحیدی، ۱۴۱۳، بی تا)

در نتیجه، قاعده سلطه بر نفس نیز در همین سیاق و حدود قرار می گیرد و فقط اشخاص می توانند تصرفی در بدن و نفس خود کنند که عقلایی است. در حالیکه، تغییر جنسیت شخصی که تمایلات جنسی روانی او مطابق با علائم جنسیتی بدنی اوست، از دیدگاه عقلاء، تصرفی نامعقول و نا متعارف است. علاوه بر این، بر فرض اینکه قاعده سلطه مشروع باشد، در این

صورت نیز قلمرو آن محدود به تصرفاتی است که دارای نفع عقلایی است زیرا به استناد اصول و قواعد مسلم حقوقی و سیره عقلاء، تصرفات لغو و زاید و یا دارای مفاسد اجتماعی یا شخصی، مشروع و مورد حمایت قانون نیست. بنابراین، اطلاق قاعده سلطه به این عموماً مقید به تصرفات مفید یا حداقل تصرفات فاقد مفاسد اجتماعی یا شخصی می‌شود. در نتیجه، به استناد این دلایل نیز نمی‌توان تغییر جنسیت را به‌طور مطلق مشروع و مجاز محسوب نمود.

۳-۳- نظریه مشروعیت مشروط

نظریه دیگری که در مورد تغییر جنسیت ابراز شده است، مشروعیت مشروط می‌باشد زیرا مشروعیت هر عملی، همانگونه که در ماده ۲۱۵ قانون مدنی 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 نموده‌اند، مشروعیت آن را منوط به وجود شرایطی کرده‌اند. 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 می‌شود. ولی 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 وجود داشته باشد و شخص در شرایط اضطرار قرار گیرد، بعد این قاعده از او رفع حرمت یا ممنوعیت می‌نماید ولی بعد از خروج از شرایط اضطرار، ادله حرمت دوباره حاکم می‌شود، 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 شد، در صورتی که قاعده اباحه شدن ممنوعات در شرایط اضطرار برای مضطر فقط اباحه یا اختیار می‌آورد و نمی‌توان از این قاعده استفاده و 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 توصیه‌ها و مقررات نمونه تغییر جنسیت، آن نه بعنوان یک راه درمان بلکه بعنوان یک حق توصیه شده است. بنابراین، مشروعیت تغییر جنسیت مشروط به وجود شرایطی در متقاضی 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 واقعیت های علم پزشکی منطبق تر است.

۴- وضعیت فقهی تغییر جنسیت

به فرض که وقوع تغییر جنسیت در خارج امکان داشته باشد، بدون اشکال جایز است؛ زیرا عنوانی به عنوان دیگر تبدیل می شود. توضیح اینکه فردی که به این عمل می پردازد، قبل از عمل، جزء یکی از دو صنف (مرد یا زن) بوده و حکم یکی از این دو را داشته است، اما پس از انجام عمل جراحی، عنوان پیش بر او صدق نمی کند و در نتیجه، دلیل های احکام این عنوان هم او را در بر نمی گیرد، بلکه عنوان جدید بر او صدق می کند و بنابراین، دلیل احکام این عنوان جدید، او را در بر می گیرد و هیچ مشکلی درباره وی تصور نمی شود. بر این اساس، دو عنوان قدیم و عنوان جدید همانند دو عنوان حاضر و مسافرنند. بدین معنی که هیچ بازدارنده ای وجود ندارد که فردی از دایره یکی از این دو عنوان بیرون آمده و در دایره عنوان دیگر داخل شود و با خروج شخص از عنوان قبلی، دلایل عنوان پیشین هم او را در بر نمی گیرد و با دخول در عنوان جدید، دلیل عنوان جدید او را در بر نمی گیرد. البته بشرطی که در تبدیل عنوانی به عنوان دیگر، مقدمات حرام وجود نداشته باشد و همچنین مقتضای اصل حلیت و اصل برائت، جواز است؛ و قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم و أنفسهم» که یک قاعده عقلایی باشد، بر این مطلب دلالت دارد. بنابراین، هیچ دلیلی بر حرام بودن اصل عمل تغییر جنسیت، وجود ندارد.

۴-۱- اشکالات فقهی تغییر جنسیت

در این خصوص اشکالاتی چون تغییر جنسیت به مثابه تغییر آفرینش الهی و تغییر جنسیت به مثابه فعل حرام وارد است که در ذیل این عنوان بررسی می کنیم.

۴-۱-۱- تغییر جنسیت به مثابه تغییر آفرینش الهی

تغییر جنسیت موجب تغییر آفرینش الهی است که بموجب سخن خدای متعال حرام است: «آنها غیر از خدا، تنها بت هایی را می خوانند که اثری ندارند و یا فقط شیطان سرکش و ویرانگر را می خوانند. خداوند او را از رحمت خویش به دور ساخته و شیطان گفته است: از بندگان تو سهم معینی خواهم گرفت و آنها را گمراه می کنم و به آرزوها سرگرم می سازم و به

آنها دستور می‌دهم که (اعمال خرافی انجام دهند) گوش چهار پایان را بشکافند و آفرینش الهی را تغییر دهند. آنها که شیطان را به جای خدا ولی خود برگزینند، زیان آشکاری کرده اند». جواب اول: آیه اطلاق ندارد؛ زیرا آیه در مقام سرزنش آن چیزی است که مشرکان می‌خوانند و در صدد بیان دشمنی شیطان و سرکشی او و اشاره به اقوال اوست که از سرکشی و واهای مانع فطرت توحیدی و منجر به شرک و نشر بدعت‌های حرام نشأت گرفته است. (سوره نساء، آیات ۱۱۷-۱۱۹) جواب دوم: اگر مطلق تغییر تکوینیات حرام باشد، تخصیص اکثر لازم می‌آید که قبیح است. بنابراین، آیه به شهادت آغاز و انجامش، در صدد بیان حرمت تغییرات ناشی از گمراه کردن شیطان است که منجر به امور خلاف فطرت توحیدی از قبیل شرک و بدعت‌های حرام می‌شود.

۴-۱-۲- تغییر جنسیت به مثابه فعل حرام

تغییر جنسیت از دو جهت موجب وقوع فعل حرام می‌گردد. اول اینکه تغییر جنسیت نوعی ایجاد نقص در بدن می‌باشد و نقص، ضرر است و وارد کردن ضرر بر بدن، فعل حرامی است و امکان اتصال آلت تناسلی جنس مخالف، این حرمت را بر نمی‌دارد؛ زیرا وصله کردن و بخیه زدن، نقص را تقویت می‌کند و به حکم حدیث «نفی ضرر» وارد کردن آن حتی بر بدن خود حرام است. دوم اینکه عمل تغییر جنسیت مستلزم نگاه به شرمگاه و لمس آن است که هر دو حرام می‌باشند. بنابراین عمل تغییر جنسیت در کودک، پیش از آنکه به سن بلوغ و تشخیص برسد جایز است و یا در موردی که پزشک جراح شوهر و یا همسر فردی باشد که روی او عمل جراحی انجام می‌شود. بنابراین اصل تغییر جنسیت ممنوعیتی ندارد مشروط بر آن که شخص گرفتار حرام‌های جانبی نشود.

جواب: اشکال دوم را می‌توان با دو جواب رد کرد. اولاً اگر این عمل جراحی به منظور معالجه باشد، مثل اینکه شخص رغبت ویژه‌ای به جنس مخالف داشته باشد به گونه‌ای که در جسم و روح او اختلالاتی به وجود آورد ثانیاً این که در تغییر دادن، مصلحت لزوم آور دیگر و مهمتر وجود داشته باشد. در این دو صورت، تغییر جنسیت به واسطه عمل جراحی اشکالی ندارد؛ اما صورت اول، بخاطر این است که چنین کاری، معالجه است و ضرورت معالجه، کارهای ممنوع را مبلح می‌کند. جواز صورت دوم، بخاطر این است که مصلحت لزوم آور، نسبت به حرمت ضرر رساندن به بدن، از اهمیت بیشتری برخوردار است و حرمت نگاه و لمس نیز به واسطه ضرورت معالجه و اهمیت مصلحت لزوم آور، برداشته می‌شود. به علاوه ممکن است

معالجه کننده همسر شخص باشد؛ بنابراین مجرد قطع عضو تناسلی در مرد یا زن و عوض کردن آن با عضو تناسلی جنس مخالف و بخیه محل آن، شخص را از همسری وی خارج نکند و دست کم در صورت شک، زوجیت را استصحاب می‌کنیم؛ زیرا وصله کردن نیازمند گذر زمان است تا آن عضو بهبودی یافته و جزء بدن شخص شود.

در مورد خنثی (چه مشکل و چه غیر مشکل) قطع یکی از دو آلت تناسلی او برای تقویت دیگری، تغییر جنسیت نیست؛ زیرا یکی از دو آلت تناسلی، زاید است. در خنثای غیر مشکل، به خاطر روشن بودن زایدی یکی از دو آلت، قطع آن موجب تغییر جنسیت نمی‌شود. در خنثای مشکل، عضو ممکن است زاید یا اصلی باشد؛ لذا قطع آن مردد بین تغییر و غیر تغییر است و این، شبهه موضوعیه تغییری است و حکم تغییر بر آن مترتب نمی‌شود و به فرض که تغییر جنسیت حرام باشد، در خنثی حرام نیست؛ چون صدق تغییر جنسیت، بر آن مسلم نیست. معالجه خنثی (مشکل باشد یا غیر مشکل) اشکالی ندارد؛ زیرا ضرورت معالجه، کارهای ممنوع را مباح می‌کند، اگرچه مستلزم نگاه و لمس باشد. از جهت ضرر رساندن نیز حرمتی نیست، زیرا گفتیم که این کار، برداشتن عضو زاید است نه ایجاد نقص، علاوه بر این که در خنثای مشکل، صدق نقص و ضرر، مسلم نیست. همچنین کسی که تنها یک آلت دارد ولی با پوست و مانند آن پوشیده شده، خارج کردن آن از زیر پرده، تغییر جنسیت نیست؛ بلکه ظاهر کردن مرد بودن یا زن بودن است و این اشکالی ندارد؛ اگر چه همراه نگاه یا لمس باشد زیرا چنین عملی معالجه است و ضرورت معالجه، محرّمات را مباح می‌کند.

۴-۲- فروعات فقهی

اگر تغییر جنسیت صورت گیرد، به ناچار فرع‌های زیادی پدید می‌آید که به بررسی برخی از آنها می‌پردازیم.

۴-۲-۱- تغییر جنسیت زن بدون اجازه شوهر

اگر تغییر جنسیت را جایز بدانیم، آیا برای زن بدون اجازه شوهرش جایز است یا خیر؟ شاید بتوان گفت دست زدن به چنین کاری بدون اجازه شوهر، اگر مزاحم حق شوهر از قبیل لذت بردن از او و مانند آن باشد، خروج از اطاعت شوهر و دخول در عنوان «نشوز» است و نشوز به حکم این آیه حرام است: «واللّاتی تخافون نشوزهنّ فعظوهنّ...» آن دسته از زنان را که از سرکشی و مخالفت شان بیم دارید، پند و اندرز دهید؛ [اگر مؤثر واقع نشد] در بستر از آنها دوری کنید

[اگر هیچ راهی جز شدت عمل، برای وادار کردن آنها به انجام وظایفشان نبود] آنها را تنبیه کنید و ... (سوره نساء، آیه ۳۴)

طبق فرمایش پیامبر که بر «ولاتمنعه نفسها» دلالت می‌کند، اگر شوهر، زن را بسوی خویش بخواند، حرام است که زن خود را از او منع کند و در حال دعوت شوهر برای لذت بردن، اقدام به تغییر جنسیت، نشوز و حرام است، زیرا زن با این کار، خودش را از شوهر منع می‌کند. اینها در صورتی است که دعوت شوهر برای لذت بردن فعلیت داشته باشد. اما اگر دعوت برای لذت بردن، فعلیت نداشته باشد آیا اقدام به تغییر جنسیت حرام است یا خیر، چند وجه وجود دارد: وجه اول: ظاهراً حرام است در صورت فعلیت داشتن دعوت شوهر برای لذت بردن، زن خودش را از او منع کند، لذا شامل جایی که دعوت، فعلیت نداشته باشد، نمی‌شود مگر اینگونه توجیه کنیم که در معرض دعوت بودن کافی است که منع شوهر با تغییر جنسیت بر زن حرام باشد و شاید جایز نبودن خروج از خانه بدون اجازه شوهر، از همین جهت باشد، زیرا با خروج، اگر شوهر اراده استمتاع نماید، برایش ممکن نیست، در حالی که حق شوهر است که هر وقت اراده کند بتواند از همسر خود لذت ببرد. اشکالی بر این توجیه وارد است و آن اینکه معلوم نیست آنچه ذکر شد، ملاک وجوب اجازة گرفتن باشد، زیرا احتمال دارد اجازه گرفتن موضوعیت داشته باشد، اگر چه در معرض دعوت برای استمتاع نباشد تا چه رسد به فعلیت.

وجه دوم: وقتی خروج از منزل بدون اجازه شوهر حرام است بطریق اولی خروج از جنسیت بدون اجازه او حرام است، اگر چه او را بیای استمتاع دعوت نکرده باشد. این وجه نیز با اشکالی مواجه است، اینکه آنچه ذکر شد اولویت ملاکی است و اولویت ملاکی رافی توان از فتوای کلام استفاده کرد، بلکه احتیاج به قطع دارد.

وجه سوم: اقدام به تغییر جنسیت موجب ضایع کردن حقوق شوهر می‌شود و تضییع حقوق، ظلم و حرام است. همچنین اقدام شوهر به تغییر جنسیت نیز در وقتی که منافات با حق زن داشته باشد، جایز نیست مثل اینکه در شی که بیتوته با زن بر مرد واجب است، اقدام به تغییر جنسیت کند، البته تقسیم بین زن ها واجب باشد، اگر قائل شویم حقوق زن از قبیل حق همخواهی و حق نفقه که با عقد محقق می‌شود، با اقدام به تغییر جنسیت منافات دارد، در این صورت تغییر جنسیت به نحو مطلق بر مرد جایز نیست، زیرا حق زن ضایع می‌شود مگر

چنین توجیه کنیم که همان طور که طلاق جایز است، تغییر جنسیت هم جایز است، زیرا این دو تشابه دارند.

نتیجتاً برای زن و مرد، تغییر جنسیت اگر مزاحم با حق دیگری یا ضایع کننده آن باشد، جایز نیست.

۴-۲-۲- ابطال یا بقاء زوجیت پس از تغییر جنسیت

اگر جنسیت یکی از زن و شوهر تغییر کند، زوجیت از زمان تغییر، باطل می‌شود زیرا بعد از تبدیل شدن زن به مرد یا بالعکس، باقی ماندن زوجیت امکانپذیر نیست، چرا که ازدواج مرد با مرد یا زن با زن، مشروع نیست. بنابراین زوجیت به خاطر باقی نماندن موضوعش باطل می‌شود. اگر جنسیت هر دو، زن و شوهر تغییر کند، اگر این دو تغییر همزمان نباشد مثلاً مرد بعد از تغییر جنسیت زن، جنس خود را تغییر دهد باز هم زوجیت باطل است زیرا به مجرد این که زن تغییر جنسیت داد، زوجیت بین آنها باطل می‌شود و اگر بعد از تبدیل شدن مرد به زن، زوجیت بخواهد برگردد، محتاج دلیل یا عقد جدید هستیم، در حالی که وجود ندارد. اما هرگاه تغییر جنسیت هر دو، همزمان باشد، در باقی ماندن نکاح آنان اشکال است، هر چند حکم هر کدام از زن و شوهر عوض می‌شود، بدین معنی که حکم شوهر بر زوجه پیشین و حکم زوجه بر شوهر پیشین مترتب می‌شود. حضرت امام خمینی (ره) بعید نمی‌داند که زوجیت آن دو باقی باشد، اگر چه احوط آن است که دوباره ازدواج کنند و زن فعلی با غیر مردی که قبلاً زن او بوده، ازدواج نکند مگر آن که با اجازه هر دو طلاق واقع شود. (امام خمینی، ۱۴۱۱، ۵۴۶)

حقیقت زوجیت مذکور، با تغییر جنسیت قطعاً از بین می‌رود، زیرا زن و مرد در زوجیت موضوعیت دارند و با تغییر جنسیت موضوع اضافه مذکور باقی نماند اما حدوث زوجیت مطلق و کلی، مشکوک است. بنابراین در هیچ کدام استصحاب جاری نمی‌شود، چون مجری ندارد، زیرا زوجیت خاص قطعاً از بین رفته و حدوث زوجیت مطلق نیز مشکوک است.

۴-۲-۳- تکلیف مهر پس از تغییر جنسیت

هرگاه به سبب تغییر جنسیت، نکاح باطل شود، آیا پرداخت تمام مهریه بطور مطلق بر زوج پیشین واجب است؟ یا بطور مطلق، بر عهده او چیزی نیست؟ یا در صورتی که تغییر جنسیت، پس از آمیزش انجام شده باشد، تمام مهریه و اگر پیش از آمیزش انجام شده باشد، نصف

مهریه بر او واجب است؟ و یا در صورتی که تغییر جنسیت، از سوی زوجه و بدون رضایت زوج صورت گرفته باشد، چیزی بر عهده او نخواهد بود؟ در این مورد چند صورت متصور است .
دلیلی بر ندادن مهر، بطور مطلق وجود ندارد مگر آن که گفته شود : حقیقت نکاح عبوت است از معاوضه بضع زن با مهریه و تغییر جنسیت سبب فسخ این معاوضه می شود و به ناچار، هر یک از دو عوض بجای نخست خود باز می گردد و در نتیجه، تمام مهریه ملک شوهر می گردد. بنابراین چیزی بر عهده او نیست، بلکه اگر وی پیش از این مهریه را پرداخت کرده باشد، مهریه و یا عوض آن به او برگردانده می شود. تحقیق مطالب آن است که حقیقت نکاح، از دیدگاه خردمندان، این است که مرد شوهر زن و زن همسر مرد شود و یا هر کدام همسر دیگری باشد و این امر اعتباری، به وسیله ایجاب و قبول میان آن دو تحقق می یابد. بهین معنی که یکی از آنان همسری را ایجاب می کند و دیگری آن را می پذیرد. قوام نکاح، تنها به ایجاب و قبول است و مهریه به منزله هدیه ای است که مرد آن را به همسرش اهدا می کند و قانونگذار اسلام آن را افزون بر ارکان نکاح، واجب کرده است، با این که او نکاح بدون مهر را صحیح می داند.

قرآن کریم، از بسته شدن نکاح، پیش از واجب شدن مهر سخن گفته است و در سوره بقره طلاق پیش از مهریه مقرر شده است و این امر، نشان می دهد که نکاح پیش از مهریه بسته شده است و هر گاه مرد، زن را پیش از تعیین مهریه و پیش از نزدیکی با وی، طلاق دهد در اصل مهر بر او واجب نیست. هر چند بر شوهر واجب است که زن را به اندازه توان مالی خود بهره مند سازد. توانگر به قدر توان خود نادر هم به قدر توان خود. (سوره بقره، آیه ۲۳۶)

خلاصه مطلب اینکه حقیقت نکاح، معاوضه چیزی با مهر نیست تا فسخ آن احجاب کند که مهر به مالکش برگردد. آن گاه اگر بپذیریم که حقیقت نکاح، عبارت است از معاوضه، لکن این ادعا را نمی پذیریم که باطل شدن نکاح به سبب تغییر جنسیت، به معنای فسخ آن است زیرا فسخ نکاح، در صورتی درخور پذیرش است که از قبیل فسخ به سبب خیار و یا رجوع در طلاق باشد، لکن در اینجا چنین نیست بلکه باطل بودن نکاح، بر اثر نبود امکان بقای اعتبار و زوجیت است زیرا در این مثال، آن دو، به دو مرد و یا به دو زن تبدیل شده اند و دلیلی وجود ندارد بر اینکه عقد و قرارداد پیشین، از هنگام تغییر جنسیت فسخ شود، بلکه در نهایت، این نتیجه بدست می آید که باقی ماندن اعتبار نکاح امکان پذیر نیست.

نتیجه اینکه، ادعای اینکه نکاح عوض مهر است و نیز ادعای این که باطل شدن نکاح، به سبب تغییر جنسیت، گونه ای فسخ نکاح است، مردود می‌باشد. از آنچه گفته شد به دست می‌آید که مهر، اعتبار کردن چیزی است برای زوجه، افزون بر زوجیت. بنابراین مهر از قبیل شرط ضمن عقد است و هر گاه عقد با این شرط، بسته شود و شارع و نیز عقلاء آن را امضاء کنند، اقتضای آن این است که زوجه، مالک مهر می‌شود و قاعده استصحاب ایجاب می‌کند که این مالکیت، حتی پس از باطل شدن عقد، به سبب تغییر جنسیت و بدون وجود تفاوت میان تمام و بعض آن باقی بماند. آنچه گفته شد دلیل دیدگاهی است که می‌گوید: پرداخت تمام مهر بر شوهر بطور مطلق واجب است چنانکه امام (ره) در تحریر الوسیله این دیدگاه را قوی‌ترین دانسته است. اما در صورتیکه تغییر جنسیت پیش از آمیزش صورت گیرد، برای واجب نبودن تمام مهر، به روایات مستفیض و معتبری استدلال شده که واجب بودن مهر را به آمیزش وابسته می‌دانند. از این قبیل روایات صحیحه حفص بن بختری از ابو عبدا ... (علیه السلام) می‌باشد که فرمود: «إذا التقى الختانان وجب المهر والعده والغسل». هر گاه به اندازه ختن‌گاه داخل شود، مهر و عده و غسل واجب می‌شود. همچنین صحیحه داود بن سرحان از ابو عبدا ... (علیه السلام) است که فرمود: «إذا أولجه فقد وجب الغسل والجلد والرجم و وجب المهر». هر گاه دخول صورت گیرد، غسل، تازیانه، سنگسار کردن و نیز مهر واجب می‌شوند. (حر عاملی، ۱۴۱۲، ۳)

امام (علیه السلام)، آشکارا بیان فرموده است: آنچه سبب واجب شدن تمام مهر می‌شود، عبارت است از نزدیکی و هرگاه دخول صورت نگیرد، تمام مهر واجب نخواهد بود. بر این اساس، وقتی بر اثر تغییر جنسیت یکی از زن و شوهر، پیش از نزدیکی میان آن دو جدایی افتد، تمام مهر بر شوهر واجب نمی‌شود. از ظاهر این روایات بر می‌آید که واجب بودن اصل مهر، بر دخول بستگی دارد و لازمه آن این است که اگر جدایی پیش از دخول صورت گیرد، در اصل مهر واجب نباشد؟ جوابی که می‌توان داد این است که وجوب نصف مهر، امری است که در ذهن هر فرد دینداری جای دارد. بنابراین، باید مقصود روایات واجب بودن تمام مهر باشد و اینکه تمام مهر واجب نمی‌شود، مگر زمانی که نزدیکی به وقوع بپیوندد و اگر جدایی، پیش از نزدیکی انجام گیرد، این روایات بر منتفی شدن اصل مهر دلالت ندارند. بنابراین، نسبت به نصف مهر، برابر قواعد عمل می‌شود: باقی ماندن وجوب نصف مهر بر عهده شوهر و باقی ماندن مالکیت زن بر آن، چنان که پیش تر گفته شد. مگر اینکه کسی ادعا کند که روایات یاد شده، به خصوص مورد طلاق انصراف دارند. این ادعا، هیچ دلیلی ندارد زیرا روایات در مقام

بیان موضوع حکم مهر هستند، همانگونه که موضوع حکم عده و غسل و سنگسار را بیان می‌کنند. یا این که کسی ادعا کند که این روایات در مقام بیان خصوص عامل و اجب شدن تمام مهرند، اما مواردی که مهر در آنها نصف می‌شود باید آنها را از دلیل و مقام دیگری جستجو کرد. این ادعا نیز ادعای بدون دلیل است، بلکه همانطور که پیش تر بیان شد، دلیل بر خلاف آن وجود دارد. بنابراین بهتر است که قائل به تف صیل شویم، بدین ترتیب که اگر تغییر جنسیت پس از نزدیکی باشد، تمام مهر واجب است و اگر پیش از نزدیکی باشد، نصف آن و احتیاط آن است که میان دو طرف مصالحه صورت گیرد.

نظریه دیگر درباره تفصیل بدین ترتیب است: اگر همسر، بدون جلب رضایت شوهر اقدام به تغییر جنسیت کند، بر شوهر چیزی واجب نیست و در سایر موارد، پس از نزدیکی، تمام مهر و پیش از نزدیکی نصف مهر، برابر هر دو نظریه واجب است. اما دلیل این تفصیل از این قرار است که شوهر، بدین منظور اقدام به ازدواج و دادن مهر کرده که همسری داشته باشد که با او زندگی کند. بنابراین کسی که همسر او را از دستش خارج کرده و او را تنها گذاشته، نوعی ضرر مالی بر وی وارد کرده است که موجب ضمان می‌شود. از این روی همسری که اقدام به تغییر جنسیت خود کرده، ضامن مهر است و اگر مهر را پیش از این دریافت کرده، باید آن را رد کند و اگر هنوز آن را نگرفته، نباید بگیرد. لکن این دلیل مردود است زیرا درست بودن عقد، با تمام خصوصیاتش ایجاب می‌کند که زن به صرف اجرای عقد ازدواج، تمام مهر را مالک شود و مهر پس از جاری شدن عقد، بر عهده شوهر واجب گردد در حالیکه فرض بر این است که فرد اقدام کننده بر تغییر [زن] مالی را از مرد تلف نکرده است. اما اینکه انسان، بطور طبیعی گرایش به ضمانت دارد بدین سبب است که او به هدفی که در نظر داشته نرسیده است و روشن است که نرسیدن به هدف، در صورتی که موجب دیگری برای ضمانت وجود نداشته باشد، به تنهایی موجب ضمانت سبب نمی‌شود. در نتیجه مهر بطور مطلق واجب است.

۴-۲-۴- تغییر جنسیت زن در زمان عده

امام خمینی (ره) معتقد است که عده زن ساقط می‌شود حتی اگر عده وفات باشد. (امام خمینی، ۱۴۱۱، ۵۶۴) دلیل آن واضح است زیرا عده بر زنان واجب است و در صورتی که زن تغییر جنسیت بدهد از موضوع حکم خارج می‌شود و معنا ندارد که با از بین رفتن موضوع، حکم باقی باشد، چنانکه سایر احکام نیز با منتفی شدن موضوعشان، باقی می‌مانند مانند حرمت نگاه کردن به او و جوب پوشش بر او. امام خمینی (ره) در عبارت خود از لفظ «حتی» در

عده وفات تعبیر کرده اند تا بفهماند این عده نیز منتفی است اگر چه مشروعیت آن بخاطر حکمت رعایت احترام شوهر است. شاهدش این است که ابتدای عده باید از زمان رسیدن خبر [مرگ شوهر به زن] باشد و ممکن است توهم شود که بعد از تغییر جنسیت به جهت احترام همچنان عده باقی است و لذا در عبارت تحریر بالفظ «حتّی» به ساقط شدن عده وفات اشاره شد تا این توهم دفع شود.

۴-۲-۵- حق ولایت پس از تغییر جنسیت

تردیدی نیست که هر گاه مادر تغییر جنسیت دهد و به مرد تبدیل شود، بر فرزندان نا بالغ خود ولایت پیدا نمی کند. زیرا عنوانی که برای ولایت ثابت می شود عبارت است از عنوان پدری و مادر به صرف اینکه به مرد تغییر جنسیت می دهد، پدر نفی شود زیرا پدر کسی است که از نطفه او فرزند به وجود آمده باشد و این عنوان، بر کسی که فرزند را در شکم خود حمل کرده و سپس او را زاییده، صدق نمی کند. بلکه حتّی دور نیست که ادعا شود: پس از تغییر جنسیت مادر، باز هم وی مادر فرزندانگش گفته می شود و دلیل بر این مدعا، عرف است. اما هر گاه جنس پدر تغییر کند و زن شود نظر امام (ره) بر این است که: «هر گاه جنس مرد به زن تغییر یابد، ولایت او بر فرزندان نا بالغش ساقط می شود». دلیل بر دیدگاه یاد شده این ادعاست: با توجه به اینکه ولایت بر عنوان پدر مترتب است پس از تغییر جنسیت این عنوان بر او صدق نمی کند و یا این ادعاست: ولایت به پدر اختصاص دارد اما با این شرط که ویژگی مردانگی و عنوان آن برای او باقی بماند. (همان، ۵۶۴) بر هر دو ادعا می توان ایراد گرفت. اما ادعای نخست: ممکن است کسی آن را نپذیرد و چنین بگوید که به صرف تشکیل شدن نطفه از منی شخص، عنوان پدری بر او صدق می کند زیرا وقتی مرد با زنش همبستر شود و آنگاه برای همیشه از او ناپدید شود پس این زن بچه ای بزاید، تردیدی نیست که آن مرد، پدر بچه است، با این که هیچ دخالتی در تربیت او نداشته جز اینکه منی خود را در رحم مادر بچه قرار داده و این بچه از آن نطفه بوجود آمده و این مقدار دخالت برای او ثابت است هر چند جنسیت او تغییر یابد. بر این اساس بعید نیست که گفته شود: عنوان پدر در حال حاضر نیز، بر او صدق می کند، از باب صدق مشتق بر کسی که به مصدر این مشتق پیش از این متصف بوده است، زیرا اگر فرزند این زن بگوید: پدر من همین زن است جز اینکه وی پیش از این مرد بوده و اکنون زن شده، سخن او درست خواهد بود و هیچ کس نفی تواند آن را انکار کند. اما ادعای دوم: می توان چنین ادعا کرد که دلیل های ثبوت ولایت پدر از کسانی که حالت زن شدن برای آنان عارضی باشد، انصراف ندارند و این دلیل ها، حتّی در حالت تغییر جنسیت نیز شامل حال آنان می شوند و همین ادعا قویتر

است و اگر این ادعا پذیرفته نشود، روشن است که دلیل بر اثبات سقوط ولایت، آشکار شدن اختصاص ولایت به حالت مردانگی است و در غیر اینصورت، اگر کسی ادعا کند که دلیل ها تنها حالت مردانگی را در بر می گیرند، خواهیم گفت: نتیجه سخن شما این است که وقتی پدر به زن تغییر جنسیت دهد، دلیل ها بر ثبوت ولایت او دلالت ندارد لکن بر سقوط ولایت او نیز دلالت ندارند. بنابراین، پس از تغییر جنسیت، می توان بقای ولایت را به برکت استصحاب ثابت کرد. البته ممکن است برای کسی این توهم پیش آید که پس از تغییر جنسیت، موضوع استصحاب باقی نمی ماند. به چنین سخنی نباید گوش فرا داد، زیرا روشن است که این شخص، همان کسی که در پیش، ولایت او بر فرزندان ثابت شده بنابراین موضوع باقی است.

۵- شرایط تغییر جنسیت پس از جواز

به طور کلی کشورها را با توجه به تصویب یا عدم تصویب مقررات خاص برای «تغییر جنسیت» میتوان به سه گروه تقسیم نمود: گروه اول کشورهایی هستند که در رابطه با تغییر جنسیت قانون و مقررات خاصی وضع نموده و شرایطی را برای تغییر جنسیت لحاظ کرده اند، مانند آلمان و ترکیه. گروه دوم کشورهایی هستند که قانونی خاص در مورد تغییر جنسیت ندارند ولیکن رویه قضایی در این رابطه دارند مثل انگلستان و فرانسه و یا نمایندگی اداری شرایطی را وضع کرده و تحت این شرایط تغییر جنسیت انجام می گیرد مثل استرالیا. گروه سوم کشورهایی هستند که تغییر جنسیت را غیر قانونی می دانند مثل آلبانی. شرایطی که مورد پذیرش کشورهایی که مقررات خاصی در مورد تغییر جنسیت دارند تا حدودی به هم شبیه است زیرا بیشتر این شرایط برگرفته از علم پزشکی می باشد بطور مثال ماده 40 قانون مدنی جدید ترکیه که از اول ژانویه سال 2002 به اجراء درآمده است شرایطی را برای تغییر جنسیت ضروری می داند: ۱- متقاضی باید حداقل دارای 18 سال باشد. ۲- متقاضی باید در زمان درخواست مجرد باشد. ۳- باید ثابت شود که خواهان، دارای تمایلات جنسی جنس مخالف از زمان طولانی و زیادی بوده است و او به تعبیر دیگر، دارای ماهیت جنسی خنثی یا هر دو جنس است. ۴- لازم است اثبات شود که تغییر جنسیت برای سلامتی روانی و جسمانی او کاملاً مفید است. ۵- باید ثابت گردد که متقاضی از مدت زمانی طولانی عقیم است و با جنسیت فعلی امکان زاد و ولد و تولید مثل برای وی میسر نیست. (باریکلو، ۱۳۸۲، ۷۹)

در مورد بند اول باید گفت: شرط سنی در بیشتر قوانین کشورها آمده است علت آن را می‌توان دو چیز دانست: اولاً پس از رسیدن به سن بلوغ و رشد، گرایش‌های جنسی روانی و جسمی اشخاص کاملاً مشخص می‌شود و امکان اشتباه در تشخیص آن کمتر است. ثانیاً پس از سن بلوغ، خود افراد تصمیم به تغییر جنسیت بگیرند و سرپرست و ولی قهری آنان تصمیم به تغییر جنسیت آنها ننمایند. به همین جهت در بعضی از کشورها، نماینده محجورین بطور صریح از تغییر دادن جنسیت مولی علیه منع شده است. در مورد بند دوم باید گفت: شرط تجرد نیز به دلیل اهمیتی است که قانونگذاران به نکاح و بقاء آن قائل هستند ضروری دانسته شده است. هر چند در مقررات بعضی از کشورها این شرط ضروری است ولی در مقررات نمونه و استاندارد آگوست 1993، این شرط ضروری دانسته نشده و متقاضی لازم نیست که اگر مایل است از همسر خود طلاق بگیرد ولی بر پزشک معالج شرط شده است که برائت از همسر مریض را نیز تحصیل نماید. در مورد بند سوم باید گفت: در مقررات نمونه احراز شرط سوم بر عهده پزشک معالج گذاشته شده و مقرر شده است، پزشک معالج فقط می‌تواند جنسیت اشخاصی را تغییر دهد که اولاً بطور معقول و معمول متقاعد گردد که تغییر جنسیت وضعیت روانی مریض را بدتر نمی‌کند، ثانیاً مریض بمدت یکسال تحت هورمون درمانی تغییر جنسیت قرار گرفته باشد. در مورد بند سوم و چهارم باید گفت: به نظر می‌رسد که وجود شرط سوم و چهارم برای تغییر جنسیت بر طبق قواعد و اصول حقوقی ایران نیز ضروری می‌باشد زیرا وجود این دو شرط در موضوع و مفهوم درمان نهفته و پنهان است و نمی‌توان بدون وجود مرض و امید به بهبودی، کسی را جراحی یا درمان نمود. در مورد بند پنجم باید گفت: شرط عقیم بودن هر چند در حقوق ترکیه، ضروری دانسته شده است ولیکن در برخی کشورهای دیگر، سابقاً اتفاق افتاده است که اشخاصی با داشتن فرزند و همسر، اقدام به تغییر جنسیت کرده‌اند. در حقوق اسلام نیز با توجه به ماجرای مذکور که حضرت علی (ع‌لیه السلام) شخصی را با وجود داشتن فرزند از پسر عمومی خویش، به مردان ملحق نمود، می‌توان نتیجه گرفت که شرط عقیم بودن در حقوق اسلام نیز ضروری نیست. نتیجتاً شرایطی را که می‌توان در حقوق ایران برای تغییر جنسیت نام برد عبارتند از: رسیدن متقاضی به سن بلوغ و رشد عرفی و وجود ماهیت دو جنسی اعم از فیزیکی و بدنی یا روانی، جنس می و عدم اضرائی بودن تغییر جنسیت برای مریض یا بهتر شدن وضعیت روانی مریض.

۶- شناسایی جنسیت جدید

موضوع دیگری که بررسی آن دارای اهمیت است، شناسایی جنسیت جدید است. در تمام دنیا، سندی در بدو ولادت، صادر می‌شود که هویت حقوقی و جنسی شخص در آن ثبت می‌گردد که در ایران به آن شناسنامه گفته می‌شود. بنابراین، با توجه به نقشی که شناسنامه در معرفی هویت شخص دارد، این سؤال مطرح می‌شود که آیا افراد تغییر جنسیت داده، حق دارند خواهان اصلاح شناسنامه خود شوند تا نام و جنسیت جدید آنها در آن منعکس گردد؟ در انگلستان، با وجود اینکه رویه قضایی و آراء دادگاه‌ها، تغییر جنسیت را قانونی دانسته است، حق اصلاح شناسنامه یا تعویض آن به افراد تغییر جنسیت داده، اعطا نشده و استدلال شده است: صدور شناسنامه، ثبت واقعه تاریخی است که در تاریخ معینی این واقعه رخ داده است. بنابراین، در روز ثبت و صدور سند، اشتباهی رخ نداده است تا با اصلاح سند، اشتباه مذکور اصلاح شود. در نتیجه، چون صدور شناسنامه، ثبت ولادت شخصی است که در روز صدور کاملاً مطابق با واقع است و شکی در صحت آن وجود ندارد، نمی‌توان با تغییر یا اصلاح سند، واقعه را مخدوش نمود.

قبل از بحث درباره حق اشخاص در مورد اصلاح شناسنامه، باید اول ماهیت حقوقی شناسنامه روشن گردد که آیا آن، ثبت یک واقعه تاریخی است یا معرف و بیانگر هویت حقوقی شخص در جامعه بشری است. به نظر می‌رسد که آنچه از سیره عقلاء و عرف در مورد شناسنامه استفاده می‌شود، این است که شناسنامه، امروزه بعنوان سند هویت شخص در جامعه است و هرگونه ناهماهنگی که بین ظاهر شخص و مندرجات شناسنامه او وجود داشته باشد، شخص را در تمتع یا استیفاء از بعضی از حقوق خود با مشکل مواجه می‌کند. مثلاً کسی که در شناسنامه مذکر است و تغییر جنسیت داده و مؤنث شده است، نمی‌تواند دیگر از آن استفاده کند و چنین شناسنامه‌ای را عرف، معرف این شخص تلقی نمی‌نماید. ولی در صورتی که شناسنامه او اصلاح گردد و جنسیت فعلی او در آن درج شود، با مشکلی در تمتع یا استیفاء از حقوق خود مواجه نمی‌گردد. بنابراین، به نظر می‌رسد که شناسنامه معرف هویت حقوقی شخص است و ظاهر عبارت ماده 1 قانون ثبت احوال اصلاحی 1368، که در آن مقدر شده است: «وظایف سازمان ثبت احوال کشور به قرار ذیل است: الف) ثبت ولادت و صدور شناسنامه مویذ این است که شناسنامه معرف هویت حقوقی شخص است زیرا در این ماده ثبت ولادت در کنار صدور شناسنامه، دو وظیفه از وظایف سازمان ثبت احوال شمرده شده است و آن دو از یکدیگر متمایز شده است. علاوه بر این فوایدی از قبیل، اثبات وضعیت شخص، تأمین دلیل و شناسایی وضعیت و احوال شخصیه افراد، که بعضی از حقوقدانان بر وجود شناسنامه

مترت کرده اند، موید این است که شناسنامه، ثبت یک واقعه تاریخی صرف نیست^{۱۰}. (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۷۵، ۱۰۵-۱۰۴) همانگونه که برخی دیگر، شناسنامه را برگی تعریف کرده اند که احوال شخصیه هر فرد در آن درج شده است. (امامی، ۱۳۷۷، ۱۱۹) در نتیجه، از مجموع مواد قانونی و سیره عقلاء و نظریه حقوقدانان، استفاده می‌شود که شناسنامه معرفت یک واقعه تاریخی صرف نیست، بلکه معرفت هویت حقوقی شخص است و چون نام و جنسیت شخص یکی از عناصر و نشانه های مهم هویت وی می‌باشد، شخصی که با تغییر جنسیت، نام و جنسیت او عوض شده است، چون نام و جنسیت مندرج در شناسنامه منطبق با او نیست باید اصلاح شناسنامه گردد و مقامات عمومی نیز باید شناسنامه او را مطابق با جنسیت جدید اصلاح نمایند.

۷- مرجع شناسایی جنسیت

موضوع مهم دیگر مرجع شناسایی جنسیت و نام جدید است، زیرا از یک طرف به استناد اصل صد و پنجاه و نهم قانون اساسی، دادگستری مرجع عام تظلمات و شکایات است. از طرف دیگر، طبق ماده ۳ قانون ثبت احوال، در مقر اداره ثبت احوال، هیئتی بنام هیئت حل اختلاف، مرکب از رئیس اداره و مسئول بایگانی یا معاونین آنها و یک کارمند مطلع امور ثبتی به انتخاب رئیس اداره، تشکیل می‌شود. طبق بند ۴ ماده ۳ قانون ثبت احوال، یکی از وظایف این هیئت، ابطال سند مکرر و یا موهوم و تصحیح اشتباه در ثبت جنسیت اشخاص^{۱۱} می‌باشد. بنابراین در اختلافات ثبت احوالی، دو مرجع رسیدگی وجود دارد و باید دید که شخص تغییر جنسیت داده، باید به کدامیک از این دو مرجع مراجعه نماید و یا به تعبیر دیگر، کدامیک از این دو مرجع صلاحیت رسیدگی به تغییر نام و شناسایی جنسیت جدید شخص را دارند. ممکن است گفته شود چون دادگستری مرجع عام رسیدگی به تظلمات و خواسته ها است و هیئت مذکور مرجع خاص رسیدگی به اختلافات ثبت احوالی است، در تعارض صلاحیت این دو مرجع، تقدم و ترجیح با صلاحیت هیئت است زیرا صلاحیت عام دادگستری بوسیله ماده ۳ قانون ثبت احوال در مورد اختلافات ثبت احوالی محدود شده است و در این موارد، مرجع صالح هیئت حل اختلاف است؛ ولی این احتمال ضعیف است زیرا اولاً صلاحیت هیئت مذکور نسبت به تمام موارد اختلافات ثبت احوالی مسلم نیست و آنچه از صلاحیت این هیئت مسلم است، این است که صالح به رسیدگی اشتباهات کارمندان سازمان مذکور در ثبت احوال اشخاص است و مازاد بر این موارد مشکوک است.

در موضوع مورد بحث، اولاً اختلاف، ناشی از اشتباه کارمند نیست که صلاحیت هیئت نسبت به آن مسلم باشد ثانیاً ادعای تغییر جنسیت و حقوق مترتب بر آن، یک موضوع کاملاً دارای ماهیت حقوقی و قضایی است که باید مقام صالح قضایی درباره آن اظهار نظر کند و دارای ماهیت اداری صرف نیست که مقام اداری (هیئت حل اختلاف ثبت احوال)، درباره آن اظهار نظر نماید. همانگونه که دیوان عالی کشور نیز در رأی وحدت رویه شماره 504، این نظریه را تأیید نموده است : موضوع رأی عبارت از این است که شخصی در تاریخ 1361/12/23 خواهان تغییر نام فرزند خود از محمد حسین به سمیه و اصلاح جنسیت او از مذکر به مؤنث می شود. هیئت حل اختلاف اداره ثبت احوال شیراز به استناد بند 4 ماده 3 و دستورالعمل شماره 97 سازمان ثبت احوال، مبنی بر اینکه تغییر جنسیت در صلاحیت هیئت حل اختلاف نمی باشد، رأی بر عدم صلاحیت خود صادر نمود و پرونده را برای بررسی قضایی به شعبه سوم دادگستری شیراز ارجاع داد. (قربانی، ۱۳۷۵، ۲۹۷)

شعبه مذکور نیز رأی بر عدم صلاحیت خود صادر و موضوع را در صلاحیت هیئت دانست. پرونده در شعبه 13 دیوان عالی کشور مطرح و این شعبه نظریه هیئت حل اختلاف را، به این دلیل که به استناد بند 4 ماده 3 قانون ثبت احوال، هیئت صالح رسیدگی به اختلافی است که ناشی از اشتباه کارمند باشد را تأیید نموده و دادگستری را صالح رسیدگی به موارد تغییر جنسیت دانست. ولی در پرونده دیگری، که شخصی خواهان تغییر نام فرزند خود از مجید به مریم یا با تغییر جنسیت از مذکر به مؤنث می شود، شعبه سوم دادگستری شیراز، هیئت حل اختلاف را صالح برای رسیدگی دانست و شعبه 18 دیوان عالی کشور نیز این نظر را تأیید نمود. در نتیجه، بین دو شعبه دیوان عالی کشور درباره موضوع واحد و مشابه، تعارض و اختلاف نظر بوجود آمد که قضیه برای مطرح شدن در هیئت عمومی دیوان، واجد شرایط شد و دیوان به شرح زیر اعلام نظر کرد : «درخواست تغییر نام صاحب سند سجلی از حیث جنسیت (ذکور به اناث یا بالعکس) از مسایلی است که واجد آثار حقوقی می باشد و از شمول بند 4 ماده 3 قانون ثبت احوال، خارج و رسیدگی به آن در صلاحیت محاکم دادگستری است. بنابراین رأی شعبه 13 دیوان عالی کشور که نتیجتاً بر اساس این نظریه صادر شده، صحیح و منطبق با موازین قانونی است. این رأی بر طبق ماده واحده قانون وحدت رویه قضایی، مصوب 1328، برای دادگاه ها و شعب دیوان عالی کشور در موارد مشابه، لازم الاتباع است.» بنابراین، همانگونه که دیوان عالی کشور نیز در رأی مذکور، تأیید نموده است، مرجع

رسیدگی به صحت و درستی تغییر جنسیت و شناسایی آن، دادگستری است و هیئت حل اختلاف ثبت احوال فاقد صلاحیت رسیدگی به این موارد است.

۸- نتیجه گیری

متون علمی، در حال حاضر درمان این اختلال جنسی را پیچیده و به ندرت موفقیت آمیز می‌دانند و اغلب در جهت کنار آمدن با اختلال و یا آماده سازی برای جراحی گام بر می‌دارند. پس تصمیم گیری و اقدام به عمل تغییر جنسیت بسیار سخت و پیچیده می‌باشد چرا که مواردی یافت گردیده پس از تغییر جنسیت، افراد از جنسیت جدید خود ناخشنود بوده و پشیمان می‌باشند. تغییر جنسیت بعنوان آخرین تیر جهت به بود اختلال جنسی مطرح می‌باشد. اگر بتوان از راه کارهای دیگری، اختلال هویت جنسی فرد را برطرف و بهبود بخشید، نیاز به تغییر جنسیت که ممکن است عواقب بدی داشته باشد نیست.

یکی از راه کارهایی که امروزه پیشنهاد می‌گردد، روان درمانی جهت درمان اختلال هویت جنسی می‌باشد. با توجه به سابقه موفقیت آمیز این نوع از درمان که در دست است بکارگیری این روش پیش از تصمیم گیری زود هنگام به جراحی، لازم می‌باشد. اگرچه درمان این اختلال پیچیده بوده و به ندرت امکان بازگرداندن اختلال وجود دارد. بعلاوه اغلب بیماران که برای روان درمانی مراجعه می‌کنند برای اضطراب یا افسردگی ناشی از مشکل خود است. روان درمانی هم اغلب در جهت آموزش راه های کنار آمدن با این اختلال و نه تغییر آن عمل می‌کند. از راه کارهای دیگر که در مورد درمان اختلال هویت جنسی پیشنهاد شده، انجام آزمون زندگی واقعی (زندگی در نقش جنس مخالف)، می‌باشد. در مواردی اتفاق افتاده که فرد تغییر جنسیت یافته پس از مدتی که با جنسیت جدید خود زندگی می‌کند کاملاً پشیمان شده و خواستار جرمیت قبلی خود می‌باشد و شاید بازگشت، امری ناممکن باشد. میزان انصراف از تبدیل به جنس مخالف بعد از آزمون زندگی واقعی و هورمون درمانی، 50٪ ذکر می‌شود که این امر نیز درمان زود هنگام جراحی تغییر جنسیت را زیر سؤال می‌برد. (ظهیرالدین و اربابی، ۱۳۸۴، ۱۵)

موضوعی که در علم پزشکی به عنوان تغییر جنسیت مطرح می‌باشد با نظریه مشروعیت مشروط موافقت بیشتر داشته و منطبق تر است. بنابراین تغییر جنسیت اگر با رعایت تمام استانداردهای روز پزشکی بر حسب تشخیص متخصص انجام شود، با قواعد و اصول حقوقی منطبق بوده و با نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایرتی ندارد. اما باید در نظر داشت که تغییر جنسیتی که

توسط متخصص پیشنهاد می‌گردد باید بعنوان آخرین راه باشد و اگر امکان بهبود اختلال توسط راهی غیر از جراحی وجود داشته باشد اقدام به تغییر جنسی تعوی معقول و حتی غیر مشروع می‌باشد.

منابع و مأخذ

- الف) کتب
- کتب عربی
- ۱- قرآن کریم
- ۲- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ج 3 (بیروت، مؤسسه النعمان، 1410 ه.ق).
- ۳- -----، نکاح (قم، بی نا، 1415 ه.ق).
- ۴- حر عاملی، شیخ محمد بن الحسن، وسائل الشیعه، ج 26 (قم، مؤسسه آل البيت، 1412 ه.ق).
- ۵- حلی، محمد بن ادریس، سرائر، ج 3 (چاپ دوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، 1411 ه.ق).
- ۶- خوبی، سید ابوالقاسم، محمدعلی توحیدی، مصباح الفقاهه، ج 2 (قم، مؤسسه انصاریان، بی تا).
- ۷- طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، ج 2 (بیروت، دارالهدی، 1412 ه.ق).
- ۸- مدنی تبریزی، سید یوسف، المسائل المستحدثه (چاپ چهارم، قم، انتشارات دهاقانی، 1416 ه.ق).
- ۹- موسوی، سید روح الله، (امام خمینی)، تحریر الوسیله، ج 2 (نجف، مطبعه الآداب، 1411 ه.ق).
- ۱۰- مؤمن، شیخ محمد، کلمات سدیده (قم، مؤسسه نشر اسلامی، 1415 ه.ق).
- کتب فارسی
- ۱۱- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج 4 (چاپ شانزدهم، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۷).
- ۱۲- صفایی، دکتر سید حسین، قاسم زاده، سید مرتضی، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین (تهران، سمت، 1375).
- ۱۳- قربانی، فرج الله، مجموعه آراء وحدت رویه قضایی (چاپ چهارم، تهران، گیتی، 1375).
- ۱۴- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج 1 (چاپ دوم، تهران، انتشارات مدرس، 1372).
- ب) مقالات
- ۱۵- باریکلو، علیرضا، وضعیت تغییر جنسیت، مجله اندیشه‌های حقوقی، سال اول، شماره پنجم، زمستان 1382.
- ۱۶- ظهیرالدین، علی رضا و اربابی، مهدی، روان درمانی موفقیت آمیز چهار مورد اختلال هویت جنسی، مجله علمی پزشکی قانونی، دوره یازدهم، شماره سی و هفتم، فصلنامه بهار، ۱۳۸۴.