

## وضعیت تغییر جنسیت\*

دکتر علی رضا باریکلو\*\*

### چکیده

تغییر جنسیت یکی از موضوعات مهمی است که موجب پیدایش مسایل جدید حقوقی شده و تاکنون سابقه نداشته است. یکی از این مسائل، وضعیت یا مشروع و نامشروع بودن خود عمل است. بنابراین، از یک جهت این پرسش مطرح می‌شود که آیا هر شخصی حق دارد که جنسیت خود را تغییر دهد یا هیچ کس حق تغییر جنسیت خویش را ندارد و یا در شرایط و اوضاع و احوال خاصی حق دارد جنسیت خود را تغییر دهد. از طرف دیگر، بعد از انجام عمل تغییر جنسیت، سؤال دیگری مطرح می‌شود که آیا چنین شخصی حق دارد، خواهان تغییر جنسیت و نام خود در شناسنامه شود؟ به عبارت دیگر، آیا قانونگذار جنسیت و نام جدید را به رسمیت می‌شناسد؟

بنابراین، در این مقاله مشروعیت تغییر جنسیت و شناسایی آن از طرف قانونگذار، بر طبق قواعد حقوق ایران و فقه اسلامی مورد بررسی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: تغییر، جنسیت، شناسایی، مشروعیت، غیر قانونی بودن، شناسنامه، نام، حق.

---

\* این مقاله از طرح پژوهشی "تغییر جنسیت و پیامدهای حقوقی آن" که با حمایت مالی معاونت پژوهشی دانشگاه تهران (مجمع آموزش عالی قم) انجام شده، استخراج گشته است.

تاریخ دریافت: ۸۲/۸/۲۵؛ تاریخ پذیرش: ۸۲/۱۰/۱۵

Email: bariklou@ut.cq.ac.ir

\*\* استادیار مجتمع آموزش عالی قم (دانشگاه تهران).

## مقدمه

پیشرفت علم و تکنولوژی هر روز باعث پیدایش پدیده‌های جدیدی می‌شود. این موضوعات جدید تبعاً 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. در پرتو پیشرفت علم پزشکی جراحی و پیوند اعضا، امروزه پزشکان می‌توانند جنسیت بعضی از اشخاص را تغییر دهند و علائم و ممیزی جنسیتی را از شخص برداشته، و علائم و نشانه‌های جنسیت مخالف را در او قرار دهند. با توجه به اهمیت موضوع و نقشی که جنسیت و حقوق مترتب بر آن، در زندگی اجتماعی بشر دارد و همچنین از لحاظ اجتماعی که جنسیت موجب زاد و ولد و بقاء نوع بشر در روی زمین است، می‌بایست در حفظ آن دقت نمود. لازم به ذکر است با توجه به نقشی که تغییر جنسیت در زندگی شخصی و خصوصی شخص ایفاء می‌نماید، اگر شخص درست و طبق استانداردهای پزشکی تغییر جنسیت به جنس مخالف دهد، از حالت اضطراب و افسردگی خارج شده و به حالت نشاط و آرامش طبیعی بر می‌گردد ولی در صورتی که به صرف تمایل خود و بر خلاف مقررات علم پزشکی تغییر جنسیت دهد، مشکلات جسمانی و روانی او مضاعف می‌گردد. بنابراین، 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 که در علم پزشکی، موضوعی مسلم است، از لحاظ حقوقی نیز مورد بررسی قرار گیرد. امروزه در حقوق بسیاری از کشورهای جهان در باره شرایط و پیامدهای حقوقی این موضوع، مقررات و قوانین خاصی 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 مقاله وضعیت تغییر جنسیت بر طبق قواعد و اصول کلی حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱- پیشینه موضوع

قبل از شروع بحث حقوقی تغییر جنسیت، لازم است که تاریخچه مختصری از موضوع بیان شود تا قلمرو موضوع با توجه به سابقه آن تا حدودی روشن گردد. سابقه موضوع در حقوق غرب، به عنوان یک موضوع پزشکی، به سال ۱۹۵۲ بر می‌گردد. در آن زمان شخصی اقدام به تغییر جنسیت خود نمود و روزنامه نیویورک تایمز با درج این تیتر [Ex-cl Be comesBlonde Beauty] تغییر جنسیت را به عنوان یک موضوع اجتماعی مطرح و توجه افکار عمومی را به آن

جلب نمود. در این تاریخ اولین عمل جراحی تغییر جنسیت صورت گرفته است (الیزابت<sup>۱</sup>، ۱۹۹۸). کم‌کم 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 تشخیص و نیز ایجاد وحدت رویه پزشکی در هر سال اقدام به تشکیل سمپازیوم بین‌المللی می‌نمایند که اولین آن در سال ۱۹۹۶ در شهر لندن برگزار شد و هر سال مقررات نمونه و توصیه‌هایی 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 کرده‌اند<sup>۲</sup>.

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. در حقوق کشورهای اسلامی هر چند موضوع به شکل امروزی آن از حقوق غرب وارد شده است ولی سابقه موضوع به صدر اسلام، زمان حکومت حضرت امیر(ع)، بر می‌گردد. در آن زمان، روزی شریح قاضی، قاضی منصوب از طرف حضرت امیر(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: او هم دارای ممیز و علائم جنسی زنانه و هم مردانه است! قاضی گفت در این موارد، امیرالمؤمنین شخص را به جنسیتی الحاق می‌نماید 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 سنوآل نمود: از کدامیک زودتر قطع می‌شود؟ جواب داد از هر دو همزمان قطع می‌گردد! قاضی گفت: این جریان بسیار شگفت آور 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 بچه دار 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 امیرالمؤمنین رسید و قضیه را برای ایشان بازگو نمود. حضرت خواهان

1. Elizabeth.

را احضار نمود و قضیه را همانطوریکه مطرح شده بود، تأیید نمود. حضرت پسر عموی آن شخص را نیز احضار نمود 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 امیرالمؤمنین، دختر عمو و زخم 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 حواء به ارث برده‌ام زیرا خداوند حواء 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 نان با هم مساوی است و به این دلیل من او را به مردان ملحق نمودم (حر عاملی، ۱۴۱۲ ه ق، ص ۲۸۶-۲۸۷).

در سالهای اخیر نیز به نوشته روزنامه‌ها، در اصفهان، شخصی که تا دوره دبیرستان در مدارس دختران درس می‌خواند و خویشاوندانش او را دختر تلقی کرده بودند، بعد از رسیدن به سن بلوغ و بروز رفتار پسرانه در او، با مراجعه به پزشک، معلوم شد که وی در واقع پسر بوده و اشتباهاً او را دختر معرفی کرده بودند که با عمل جراحی به مردان ملحق شد. موارد دیگری نیز از این قبیل، در تهران گزارش شده است ولی آنچه قابل توجه است این است که این موارد بدون سر و صدا حل شد و شخص طبق نظر پزشکان متخصص به یکی از دو جنسیت ملحق گشت.

پرونده‌ای که در عصر حاضر در حقوق اسلام بسیار پرسروصدا بود، پرونده سید عبدا. در حقوق مصر است. در سال ۱۹۸۲ سید عبدا. که یک جوان ۱۹ ساله دانشجوی پزشکی دانشگاه الازهر مصر بود، با سلوا جرجیس لیبیب، 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 خنثای روانی (الخنثی النفسیه)<sup>۱</sup> 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 بُعد جنسی هماهنگ نماید، ولی موفق نشد زیرا پزشکان معتقدند این مریضی 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 به نام‌هانی نجیب، معرفی کرد و نجیب نیز به همان نتیجه‌ای رسید که روان‌پزشک قبلی رسیده 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 گذراند و مشکل خاصی بوجود نیامد.

در اول ژانویه ۱۹۸۸ سید عبدا.. فرم در خواست تغییر جنسیت را امضاء نمود و از جراح، انجام عمل جراحی تغییر جنسیت از مذکر به مؤنث را در خواست 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 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 روان‌پزشک اول، نام "سالی" را برای خود انتخاب نمود.

سالی با مراجعه به دانشگاه، رئیس دانشکده از پذیرش او و اجازه دادن به وی جهت شرکت در امتحانات خودداری نمود. از طرف دیگر، سازمان ثبت احوال مصر نیز از شناسایی او بعنوان یک جنس مؤنث و تغییر شناسنامه او خودداری کرد. در چهارم آوریل ۱۹۸۸ سالی طی مصاحبه‌ای با روزنامه الاهرام، ضمن انتقاد از مسئولان دانشگاه الازهر و سازمان ثبت احوال، موضوع خود را در معرض قضاوت افکار عمومی مصر گذاشت. در جواب این مصاحبه، الازهر با صدور بیانیه‌ای اعلام کرد: دو ماه قبل از انجام عمل جراحی، کمیته مخصوصی را جهت بررسی اظهارات وی تشکیل داده و این کمیته به این نتیجه رسید که این شخص صدرد، ظاهراً و باطناً، مرد است و این کمیته آماده است که اظهارات او را مجدداً بررسی نماید.

"سالی" در پاسخ به این اظهارات اعلام نمود: دلیلی برای بررسی مجدد کمیته وجود ندارد و او یک دختر است که تصمیم به ازدواج با یک مرد گرفته است. رفتار تحریک‌آمیز "سالی" و مصاحبه‌های او با مطبوعات و عکس‌العمل الازهر به آن، حساسیت خاصی در مطبوعات و افکار عمومی مصر نسبت به این قضیه ایجاد نمود. با متهم شدن پزشک جراح به ارتکاب جرم در این پرونده توسط دانشگاه الازهر، نماینده سندیکای پزشکی نیز وارد پرونده شد و با سه پزشک دیگر منتخب سندیکا، پرونده را بررسی نمود و به این نتیجه رسید که پزشک جراح مرتکب خطای فاحش پزشکی شده است. در ۱۴ می ۱۹۸۸ سندیکا با ارسال نامه‌ای 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 طرفه رفتن از دادن 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 این که 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 می‌دادند. در ۱۲ ژوئن ۱۹۸۸ الازهر پرونده را به دادگاه فرستاد و به استناد ماده ۲۴۰ 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. سندیکای پزشکی ضمن رد این نتیجه، اقدام به لغو عضویت پزشک جراح از آن سندیکا و جریمه پزشک بیهوشی کننده نمود. در اکتبر ۱۹۸۹ "سالی" موفق به اصلاح شناسنامه و شناسایی جنسیت خود به دولت مصر شد (سکوگارد،<sup>۱</sup>). اخبار و گزارشات روزنامه‌ها، نشان می‌دهد که پرونده‌های دیگری در مصر در این زمینه وجود داشته ولی این پرونده چون با موضعه‌گیری الازهر مواجه شد، مشهور و تاریخی شد. به هر حال با ذکر این سابقه از موضوع در حقوق غرب و اسلام، موضوع تغییر جنسیت و شرایط آن بررسی می‌گردد.

## ۲- موضوع تغییر جنسیت

شاید از اطلاق موضوع مورد بحث اینگونه به ذهن متبادر شود که تمام انسان‌های روی زمین در معرض تغییر جنسیت می‌باشند و هر کس که میل به تغییر جنسیت خود داشته باشد، می‌تواند موضوع عمل تغییر جنسیت قرار گیرد، همانگونه که بعضی از صاحب نظران (موسوی خمینی، ۱۴۱۱ ه ق، ص ۶۲۶ به بعد و مؤمن، ۱۳۷۵، ص ۹۳ به بعد) موضوع را بطور مطلق فرض و بحث کرده‌اند، ولی آنچه تاکنون در علم پزشکی سابقه دارد این است که دو گروه از افراد در معرض و موضوع تغییر جنسیت هستند: گروه اول کسانی که در فقه و حقوق به عنوان خنثی معروف شده‌اند. خنثی به کسی گفته می‌شود که دارای علائم جنسی رجولیت و انائیت یا

1. Skovgaard-petersen.

مردانگی و زنانگی باشد (شهیدی، ۱۳۷۴، ص ۱۵۱). گروه دوم کسانی هستند که علائم جنس بدنی آنها با گرایشات و تمایلات جنسی آنها موافق نیست و این دو با هم معارض می‌باشند. این گروه به خنثای روانی مشهور شده‌اند. بنابراین، با توجه به سابقه موضوع در علم پزشکی می‌توان گفت: 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.

### ۳- روش تغییر جنسیت

اصولاً در علم پزشکی تغییر جنسیت به دو روش انجام می‌شود. یک روش هورمون درمانی است که غالباً افرادی موضوع این درمان قرار می‌گیرند که علائم جنسی بدنی آنها با گرایشات جنسی روانیشان هماهنگ و همسو نیست. پزشکان با تقویت هورمون جنسیتی که علائم آن در بدن شخص ظاهر است، تلاش می‌کنند که بین بدن و روان او توافق و هماهنگی ایجاد نمایند. علاوه بر این، این روش می‌تواند در تمیز غالبیت جنسیتی بر جنسیت دیگر در خنثای بدنی نیز استفاده شود زیرا در خنثای بدنی نیز قبل از برداشت علائم یکی از دو جنسیت، باید برای پزشک جراح اثبات شود که بقاء علائم کدام جنسیت برای شخص مناسب‌تر و مفیدتر است و هورمون درمانی می‌تواند در تشخیص جنسیت مناسب به جراح کمک نماید.

راه دوم انجام تغییر جنسیت، جراحی است. در این روش شخص به جنسیتی ملحق می‌شود که در نتیجه آزمایشات برای پزشک متخصص، هماهنگی و توافق آن نسبت به بدن و روان شخص بیشتر است. در نتیجه، در این روش، علائم جنسی بدنی خنثای روانی برداشته می‌شود و برای او علائم مصنوعی جنسیتی درست می‌شود که او به آن جنسیت ملحق شده است (همانگونه که در پرونده "سالی" گذشت)، در اشخاص خنثای بدنی نیز ممیزی یکی از دو جنس نامناسب نسبت به وضع و تمایلات روانی شخص برداشته می‌شود و علائم بدنی جنسیت مناسب جایگزین می‌گردد. پس، به دو روش، هورمون درمانی و جراحی، تغییر جنسیت انجام می‌شود.

### ۴- وضع حقوقی تغییر جنسیت

مراد از وضع 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 است؟ درباره مشروعیت یا ممنوعیت تغییر جنسیت

نظریه کسانی که موضوع را مورد بحث قرار داده‌اند، متفاوت است 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.

### الف) نظریه ممنوعیت تغییر جنسیت

یکی از دلایل نظریه ممنوعیت تغییر جنسیت، عبارت از این است که مجاز بودن تغییر جنسیت مستلزم مجاز بودن برداشت و از بین بردن اعضایی است که از بدن شخص موضوع تغییر جنسیت برداشته می‌شود تا اعضای مصنوعی جنسیت مخالف در جای آن گذاشته شود، در حالیکه، حرمت و ممنوعیت از بین بردن اعضا بدن از ضروریات است و کسی نمی‌تواند با از بین بردن عضوی از بدن خود به خویش یا با از بین بردن اعضا بدن دیگری به او صدمه وارد کند. در نتیجه، تغییر جنسیت عملی نامشروع است (مدنی تبریزی، ۱۴۱۶ ه ق، ص ۴۹).

در 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 اعضا 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 نمی‌توان تغییر جنسیت را بطور مطلق ممنوع تلقی نمود.

دلیل دیگر نظریه ممنوعیت تغییر جنسیت، غیرمقدور بودن آن است زیرا خداوند انسان را مذکر و 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 غیرمقدور و ناشدنی است و چون موضوع تغییرناپذیر است، حکم آن نیز ثابت و غیر قابل تغییر است (همان). این دلیل نیز غیر قابل اعتماد است زیرا به استناد این دلیل نیز نمی‌توان تغییر جنسیت را بطور مطلق غیرمشروع 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 نیستند، بلکه افرادی که به نوعی خنثی می‌باشند، موضوع تغییر جنسیت می‌باشند. بنابراین، غیر مقدور بودن تغییر جنسیت، شامل تمام افراد نمی‌شود، بلکه فقط شامل افرادی



می‌شود که گرایش‌های 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 (طباطبایی، ۱۴۲۲ ق، ص ۶۴۲)، 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 نمی‌تواند باشد بلکه امری شایسته و پسندیده است. همانطوریکه بعضی (سوارتز<sup>۱</sup>، ۱۹۹۷)، ضمن قبول انحصار جنسیت بشر در مذکر و مؤنث، اظهار نموده‌اند: تعیین جنسیت در زمان ولادت شخص یک پیشگویی است که در مورد خنثای بدنی یا روانی این پیشگویی نادرست بوده است و در پیشگویی جنسیت آنان اشتباه شده است، هر چند این پیشگویی در اغلب موارد با واقع منطبق است. علاوه بر این، 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 (جون<sup>۲</sup>).

دلیل دیگر عدم مشروعیت تغییر جنسیت، همانگونه که بعضی معتقدند (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۱۷۵)، 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 بر خلاف آنها با یکدیگر توافق کنند. چنانکه به وسیله قرارداد نمی‌توان تابعیت یا جنسیت کسی را تغییر داد."

این دلیل نیز در صورتی دلالت بر عدم مشروعیت تغییر جنسیت می‌کند که در علم پزشکی تغییر جنسیت مشروط به شرایطی نباشد و هرکس که اراده تغییر جنسیت خود کند، درخواست او پذیرفته شود ولی اگر تغییر جنسیت مشروط به شرایط شود، همانطوریکه در بیشتر کشورها مقررات و شرایط خاصی در این باره تصویب شده است، مغایرتی با مصالح جامعه نخواهد داشت. بنابراین، تمام دلایل معتقدان به عدم مشروعیت تغییر جنسیت، از موضوع منصرف است و به

1. Swartz.
2. Jones.

استناد این دلایل نمی‌توان بطور مطلق تغییر جنسیت را غیرمشروع دانست، بلکه این دلایل مواردی را شامل می‌شود که تغییر جنسیت برای شخص مضر و آسیب رسان 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.

### ب) نظریه مشروعیت تغییر جنسیت

در مقابل نظریه مخالف پیشین، نظریه دیگری ابراز شده است که بر مبنای آن تغییر جنسیت بطور مطلق مجاز و مشروع است که عمده دلایل آن مورد بررسی قرار می‌گیرد: یکی از دلایل نظریه مشروع بودن مطلق تغییر جنسیت، اصل اباحه و عدم دلیل بر 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 ندارد. پس، چنین عملی ظاهراً مشروع است (موسوی خمینی، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۶۲۶ و مؤمن، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۱۰۹).

در این دلیل می‌توان مناقشه نمود زیرا درست است که از طرف قانونگذار دلیل خاصی دال بر عدم جواز و ممنوعیت تغییر جنسیت وارد نشده است ولی چون تغییر 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، همانطوریکه صاحب نظران (انصاری، ۱۴۱۰ ق، ص ۵ و حلی، ۱۴۱۸ ق، ص ۲۸۶)، اظهار نموده‌اند: عمل مورد اجاره یا مشروط باید دارای منفعت عقلایی مشروع و قابل اعتناء باشد. 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 عموماً، انجام آن را نامشروع تلقی نمود.

دلیل دیگری که می‌توان برای مشروعیت مطلق تغییر جنسیت به آن استناد کرد، قاعده "الناس مسلطون علی انفسهم" می‌باشد، همانگونه که بعضی (مؤمن، همان، ص ۱۶۳)، 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، می‌توانند در بدن خود نیز هر نوع تصرفی را که بخواهند، انجام دهند و یکی از تصرفات مجاز به استناد این قاعده، تغییر جنسیت است. هر چند این قاعده عیناً در روایت وارد نشده است ولی

می‌توان آن را از روایات وارده در باب نکاح باکره رشیده، اصطیاد نمود: بعنوان مثال در صحیحہ فضیل بن یسار و محمد بن 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 ولی نافذ است.<sup>۱</sup> بنابراین، در حجیت این قاعده نمی‌توان مناقشه نمود، ولی از جهت مفهوم قاعده و همچنین تطبیق آن بر مورد، می‌توان مناقشه نمود، زیرا اولاً از جهت مفهوم قاعده، مفهوم آن این 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، می‌تواند مستقلاً ازدواج نماید. ظاهر در این است که اگر می‌تواند امور خود را اداره کند و مصلحت و غبطه خود را تأمین نماید، می‌تواند بدون اذن ولی ازدواج نماید. همانطوریکه اهل نظر (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ص ۱۱۷)، نیز قاعده را اینگونه تفسیر نموده‌اند.<sup>۲</sup> در نتیجه، از لحاظ مفهومی، دلالت این قاعده بر سلطه انسان بر خودش مخدوش است.

ثانیاً بر فرض قبول این که، این قاعده دلالت بر سلطه انسان بر خود دارد و سیاق آن مانند سیاق قاعده سلطه بر اموال است، باز نمی‌توان به استناد این قاعده تغییر جنسیت را بطور مطلق مشروع دانست، زیرا همانگونه که بعضی (خویی، بی‌تا، ص ۱۰۲)، معتقدند: قاعده سلطه مُشَرِّع نیست و مالک هر تصرفی و لو غیر عقلایی و اسرافی، نمی‌تواند در مال خود انجام دهد بلکه باید تصرفی نماید که از دیدگاه عقلاء متعارف و معقول باشد. در نتیجه، قاعده سلطه بر نفس نیز در همین سیاق و حدود قرار می‌گیرد و فقط اشخاص می‌توانند تصرفی در بدن و نفس خود کنند که عقلایی است، در حالی که، تغییر جنسیت شخصی که تمایلات جنسی روانی او مطابق با علائم جنسیتی بدنی او است، از دیدگاه عقلاء تصرفی نامعقول و نامتعارف است. علاوه بر این، بر فرض اینکه قاعده سلطه مُشَرِّع 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

۱. صحیحہ فضیل بن یسار و محمد بن مسلم و زراره و برید بن معاویه عن ابی جعفر علیه السلام: «المرأة التي ملکت نفسها غیرالسفیهة و لا مولی علیها، إن تزویجها بغیر ولی جائز» (ر. ک. حرعاملی، ۱۴۱۲، ص ۲۰۳ به بعد).  
 ۲. «فان الظاهر ان المراد بكونها مالکة لنفسها، كونها مالکة لامورها و ما به نظام معاشها من المعاوزات و العطیات و غیرها کما یدل علی ذلك، تفسیر مالکیة امرها فی روایة زراره بان «تبیع و تشتري و تعتق» فیرجع حاصل ذلك الی كونها بالغة رشیده، فیکون قوله «غیر السفیهة و لا المولی علیها» ای لاجل الصغر، تفسیراً لمالکیة نفسها، فملاک امرها تارة فُسر فی الاخبار بصحة عقودها و ایقاعاتها و أخرى با تصافها بما هو مناط صحة تلك الامور، و هی عدم السفاهة و الصغر المعبر عنها بالبلوغ و الرشید.»

زاید و یا دارای مفاسد اجتماعی یا شخصی، مشروع و مورد حمایت قانون نیست. بنابراین، اطلاق قاعده سلطه به این عمومات مقید به تصرفات مفید یا حداقل تصرفات فاقد مفاسد اجتماعی یا شخصی می‌شود. در نتیجه، به استناد این دلایل نیز نمی‌توان تغییر جنسیت را بطور مطلق مشروع و مجاز محسوب نمود.

### ج) نظریه مشروعیت مشروط

نظریه دیگری، که در مورد وضعیت تغییر جنسیت ابراز شده است، مشروعیت مشروط است زیرا مشروعیت هر عملی، همانگونه که در ماده ۲۱۵ قانون مدنی نیز به آن تصریح شده است، منوط به وجود منفعت مشروع عقلایی است. در نتیجه، تغییر جنسیت در صورتی مشروع است که خواهان دارای مشکل جنسی باشد و پزشک متخصص تغییر جنسیت را برای رفع مشکل او مفید تشخیص دهد. در اکثر نظامهای حقوقی این نظریه پذیرفته شده است و کشورهایی که تغییر جنسیت را مشروع اعلام نموده اند، مشروعیت آن را منوط به وجود شرایطی کرده اند. شاید ادعا شود که اگر مشروعیت تغییر جنسیت، مشروط به شرایطی شود، مشروعیت آن از واضحات و مسلمات است، زیرا به استناد قاعده "الضرورات تبیح المحظورات" و حدیث رفع، هر عمل ممنوع و غیر قانونی، در شرایط اضطرار، مباح و قانونی 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 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 به عنوان یک راه درمان بلکه به عنوان 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 واقعیت‌های علم پزشکی منطبق‌تر است. بنابراین، افراد را می‌توان از لحاظ وضعیت جنسی به سه گروه تقسیم نمود:

### ۱- خنثای بدنی

خنثای بدنی یا فیزیکی به کسی اطلاق می‌شود که در بدن آنها علائم جنسیتی هر دو جنس مذکر و مؤنث وجود دارد. ممکن است این علائم یکی بر دیگری غالب یا غالب نباشد که مورد اخیر، خنثای مشکل گفته می‌شود (جعبی عاملی، ۱۳۶۷، ص ۳۳۲).

در مورد این گروه شکی نیست که تغییر جنسیت مجاز است و شخص می‌تواند به تشخیص پزشک متخصص با رعایت تمام استانداردهای پزشکی خود را از این حالت نجات دهد و به یکی از دو جنسی که خلقت او مناسبت و مشابهت بیشتری با آن دارد ملحق سازد، زیرا صاحب نظران (موسوی خمینی، همان، ص ۶۲۷) معتقدند: اگر در خنثای علائم جنسیتی بر علائم جنسیت دیگر ظاهر و غالب باشد، بر شخص لازم است که از احکام جنسیت غالب پیروی نماید. روشن است که نظر پزشک متخصص از باب اعتبار شهادت و حجیت آن، کم ارزشتر از عمل به جنسیت غالب یا ظاهر نیست.

بنابراین، در این فرض، هر چند تغییر جنسیت امری مشروع است، ولی بر شخص لازم است از احکام جنسیتی پیروی نماید که به نظر پزشک متخصص با وضع او مناسب‌تر است. با این حال نمی‌توان گفت که هورمون درمانی یا عمل جراحی تغییر جنسیت بر شخص واجب است زیرا همانگونه که اظهار شده است (سوارتز، همان)، ممکن است افرادی باشند که از انجام عمل جراحی بیمناک باشند یا بعلت کهولت سن و پیری توان یا حوصله درمان نداشته باشند یا هزینه درمان عمل جراحی و عواقب بعد از آن را نداشته باشند. در نتیجه، همانگونه که حضرت امیر(ع) در قضیه مذکور، فقط احکام جنسیت مرد را بر آن شخص مترتب نمود، نمی‌توان این گونه افراد را الزام به عمل جراحی یا هورمون درمانی نمود یا انجام آن را بر آنها لازم دانست. بنابراین، به نظر می‌رسد نتیجه‌ای را که آقای طنطاوی، مفتی مصر (سکوگارد، همان)، در فتوی خود مبنی بر وجوب عمل جراحی بر خنثای گرفته است، قابل مناقشه است. پس، در مشروعیت تغییر جنسیت این گروه، مخالفت خاصی وجود ندارد زیرا اگر به ظواهر علامت جنسی بتوان حکم به تبعیت شخص از آن جنس نمود، بطریق اولی بر مبنای نظریه متخصص، به استناد ادله اعتبار و حجیت شهادت، می‌توان حکم به ملحق شدن او به جنسی نمود که متخصص آن را مناسب تشخیص داده است.

## ۲- ختثای روانی

این گروه شامل افرادی می‌شوند که از لحاظ جسمی و بدنی دارای علائم یکی از دو جنس مذکر یا مؤنث می‌باشند ولی از لحاظ روانی تمایلات جنسی جنسیت مزبور را ندارند بلکه تمایلات جنسی، جنس مخالف را دارا می‌باشند. یا ممکن است علائم بدنی جنسیتی را بطور ناقص داشته باشند، مانند موردی که شخصی دارای علائم جنسیتی زنانه بود ولی در سن بلوغ عادت ماهانه نمی‌دید با مراجعه به پزشک ثابت شد که او رحم ندارد.

آقای عبدا. مبروک النجار، یکی از اساتید دانشگاه الازهر مصر، در این باره معتقد است: تغییر جنسیت این گروه ممنوع و انجام دهنده آن قابل مجازات می‌باشد زیرا از یک طرف، مجاز بودن تغییر جنسیت آنها، مستلزم رواج همجنس بازی در جامعه است که زشت‌ترین عمل و جرم در جامعه بشری است و حرمت آن در اسلام از ضروریات است. از طرف دیگر، مجاز بودن تغییر جنسیت این گروه، مستلزم مجاز بودن آسیب رساندن به بدن است که این نیز حرمت آن روشن است، زیرا این عمل برای امر معقولی مانند باروری و زاد و ولد انجام نمی‌شود بلکه برای ارضاء شهوت و لذت پرستی انجام می‌شود (سکوگارد، همان).

این دلایل قابل مناقشه است زیرا از یک طرف، مجاز شدن و رواج همجنس بازی با تغییر جنسیت، منوط بر این است که اولاً جنسیت شخص محرز باشد، ثانیاً با عمل جراحی تغییر ننماید، در حالی که در این گروه که تعارض بین علائم بدنی و علائم روانی جنسیت وجود دارد، جنسیت شخص محرز نیست. از طرف دیگر، اطلاق ادله حرمت آسیب رساندن به بدن بوسیله ادله اباحه محظورات، در اضطرار تخصیص خورده است. در نتیجه، اگر شخصی ناچار به برداشت عضوی از بدن خویش گردد، ادله حرمت شامل این مورد نمی‌شود. مفتی مصر با صدور فتوایی، به درخواست سندیکای پزشکی مصر، ظاهراً تغییر جنسیت این گروه را مشروع دانسته و اعلام نمود: در روایات وارد است که شخص عربی خدمت رسول ا. (ص) وارد شد و پرسید: شما می‌توانید درمان کنید؟ حضرت جواب دادند: بلی، خداوند مرضی را نفرستاده است مگر اینکه همراه آن درمانش را نیز فرستاده است. در روایت دیگر وارد است که حضرت فرمودند: بندگان خدا می‌توانند خودشان را درمان کنند زیرا خداوند مرضی را نفرستاده مگر اینکه درمان آن را فرستاده است و تنها یک مرض است که درمان ندارد و آن پیری است. همچنین شخصی را برای درمان آبی بن کعب فرستادند، پزشک برای درمان او رگ بدنش را برید. عسقلانی از این حدیث وجوب برداشت، عضو زائد را استفاده کرده است و گفته است: بر ختثی واجب است که عضو و علامت جنسیت غیر اصلی را از خود بردارد. علاوه بر این، در تعارض بین علائم جنسیت بدنی و

ظاهری با علائم جنسیت روانی و باطنی، باید علائم جنسیت باطن را غالب و اصلی دانست زیرا ظاهر ممکن است فریب دهنده باشد ولی باطن پیوسته واقع نما و حقیقت گرا است. با توجه به این دلایل، اگر پزشک متخصص قابل اعتماد، تنها راه درمان مریض را تغییر جنسیت تشخیص دهد، تغییر جنسیت مجاز است (سکوگارد، همان).

به نظر می‌رسد که این دلایل قابل اعتماد باشد زیرا این وضعیت را علم پزشکی بعنوان یک مرض تلقی نموده است و سیره عقلاء که مورد تأیید قانونگذار و شارع نیز واقع شده است، دلالت بر این دارد که هر مریضی حق دارد که مرض خود را درمان نماید. علاوه بر این، همانگونه که بعضی از فقهاء (حلی، ۱۴۱۱ ه ق، ص ۱۳۸)، اظهار داشته‌اند: احادیثی از معصوم (ع) وارد است که درمان کنید دردهای خود را، هر دردی درمانی دارد و تنها مرگ درمان ندارد. بنابراین، با توجه به این نصوص و سیره عقلاء بر لزوم درمان هر درد و همچنین تشخیص متخصصین مبنی بر بیماری بودن این وضعیت و قابل درمان بودن آن، می‌توان نتیجه گرفت که این مورد نیر مجاز و مشروع است.

### ۳- افراد عادی

افراد عادی، که اغلب مردم می‌باشند، کسانی هستند که علائم جنسیتی بدن آنان با تمایلات جنسی روانی‌شان همخوانی و هماهنگی دارد. آیا این اشخاص نیز مجاز به تغییر جنسیت می‌باشند و تعییر جنسیت آنها مشروع است؟ همانگونه که گذشت بعضی به استناد عدم منع، تغییر جنسیت این گونه افراد رانیز مجاز می‌دانند ولی به نظر می‌رسد مشروعیت تغییر جنسیت این اشخاص از سه جهت با مانع روبرو است: جهت نخست، عبارت از این است که حفظ سلامتی شخص بر او واجب است و هیچ کس نمی‌تواند، بدون عوامل موجه و عقلایی، سلامتی خود را در معرض خطر قرار دهد. در نتیجه، با توجه به نظر متخصصین مبنی بر لزوم دقت در تغییر جنسیت و اینکه در صورت اشتباه در تشخیص یا عمل، عواقب روانی غیر قابل جبرانی برای شخص خواهد داشت، اشخاص عادی نمی‌توانند تغییر جنسیت دهند، همانگونه که در پرونده "سالی" روانپزشکان به این نتیجه رسیدند که چون گزینه جنسی زنانگی او رشد کرده و به سن بلوغ رسیده است، قابل هورمون درمانی نیست. در نتیجه، از این جهت که تغییر جنسیت افراد عادی، مشکلات روانی زیادی را برای آنان در پی خواهد داشت و همچنین هزینه زیادی را بر آنها تحمیل می‌نماید، بدون اینکه نفع قابل توجه عقلایی در این عمل حاصل گردد، مشروع نیست. جهت دوم عدم مشروعیت آن، از لحاظ علم پزشکی است زیرا موضوع عملیات پزشک، درمان مرض و معالجه است. پزشک در صورتی می‌تواند اقدام به جراحی یا درمان

شخصی کند که بیماری او برایش ثابت شود و مجاز نیست که افراد سالم را نیز تحت درمان قرار دهد. بنابراین، اگر پزشکی بدون احراز مرض، یا تشخیص نادرست آن کسی را درمان نماید، مرتکب خطای فاحش پزشکی شده است و چنین خطایی موجب مسئولیت پزشک می‌شود. در نتیجه، تغییر جنسیت این افراد از لحاظ علم پزشکی نیز ممنوع است. جهت سوم عدم مشروعیت تغییر جنسیت این افراد، موضوع آن است. زیرا اگر کسی قصد تغییر جنسیت خود را داشته باشد، باید با پزشک متخصص قرارداد درمان منعقد کند که موضوع این قرارداد، انجام یک عمل است و طبق اصول مسلم حقوقی و نظریات صاحب نظران (نائینی، ۱۴۱۸ ه ق، ص ۴۶ و شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۳۰۲)، قرارداد انجام عمل، در صورتی نافذ است که عمل مزبور دارای منفعت عقلایی مشروع باشد، در حالی که، تغییر جنسیت این افراد، فاقد شرط مذکور است. علاوه بر این، از لحاظ اجتماعی نیز چنین عملی خلاف مصالح اجتماعی است. بنابراین، با توجه به دلایل مذکور تغییر جنسیت این گروه، امری غیر مجاز و نامشروع است.

#### ۴- شرایط تغییر جنسیت

تغییر جنسیت در زندگی بشر از اهمیت بالایی برخوردار است زیرا از یک طرف، در صورتی که اشتباهاً تشخیص داده شود، عواقب وخیم روانی و جسمی را در پی خواهد داشت و از طرف دیگر بر خلاف سایر درمانها، ممکن است افرادی به صرف میل و خواهش اقدام به تغییر جنسیت نمایند که این مورد نیز پیامدهای بد شخصی و اجتماعی را بدنبال خواهد داشت. با توجه به اهمیت موضوع، در بیشتر کشورها شرایط خاصی برای تغییر جنسیت وضع شده است و سمپازیوم سالانه بین‌المللی تغییر جنسیت نیز مقررات نمونه توصیه‌ای را وضع نموده که در نشست هر سال در آن با توجه به یافته‌های جدید پزشکی تجدید نظر می‌شود.

بطور کلی کشورها را از لحاظ داشتن یا نداشتن مقررات نسبت به این موضوع می‌توان به سه گروه تقسیم نمود: گروه اول کشورهایی، مانند آلمان و ترکیه، که در این رابطه مقررات مصوب دارند و شرایطی را برای تغییر جنسیت وضع نموده‌اند. گروه دوم، کشورهایی است که از لحاظ قانونی مقررات مصوبی ندارند ولی رویه قضایی، مانند انگلستان و فرانسه، یا نمایندگی اداری، مانند استرالیا، شرایطی را وضع نموده و تحت این شرایط تغییر جنسیت انجام می‌شود. گروه سوم کشورهایی مانند آلبانی که تغییر جنسیت را نامشروع می‌دانند (دراسکیک<sup>۱</sup>، ۱۹۹۸).



مقررات کشورهایی که دارای شرایط مصوب هستند تا حدودی به هم نزدیک است چون بیشتر آنها از علم پزشکی اقتباس شده است. به عنوان مثال در ماده ۴۰ قانون مدنی جدید ترکیه که از اول ژانویه سال ۲۰۰۲ به اجرا در آمده است و شرایط سخت تری را نسبت به قانون سابق وضع نموده، و شرایط زیر را برای تغییر جنسیت ضروری دانسته است:

- ۱- متقاضی باید حداقل دارای ۱۸ 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.<sup>۱</sup>
- 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 زمان طولانی عقیم است و با جنسیت فعلی امکان زاد و ولد و تولید مثل برای وی میسر نیست.

شروط داشتن تمایلات جنسی جنسیت مورد تقاضا، بهبود وضع مریض با تغییر جنسیت و عقیم بودن او، باید طبق نظریه پزشک متخصص برای جراح اثبات گردد (آوام جانان).<sup>۲</sup>

شرط اول در قوانین بیشتر کشورها وجود دارد زیرا اولاً بعد از سن بلوغ و رشد است که گرایشات جنسی روانی و جسمی شخص کاملاً مشخص می‌گردد و امکان اشتباه در تشخیص آن کمتر است. ثانیاً افراد خود تصمیم به تغییر جنسیت بگیرند و سرپرست و ولی قهری برای آنان اقدام به تغییر جنسیت ننمایند و به همین جهت در بعضی از کشورها نماینده محجورین بطور صریح از تغییر دادن جنسیت مولی علیه منع شده است.

شرط دوم، یعنی مجرد بودن متقاضی نیز به دلیل اهمیتی است که قانونگذاران به نکاح و بقاء آن می‌دهند. به همین جهت این شرط نیز لازم تلقی شده است، هر چند در مقررات بعضی دیگر از کشورها این شرط ضروری است ولی در مقررات نمونه و استاندارد آگوست ۱۹۹۳، این شرط لازم تلقی نشده است و متقاضی لازم نیست که اگر مایل است از همسر خود طلاق بگیرد ولی بر پزشک جراح و معالج شرط شده است که براثت از همسر مریض را نیز تحصیل نماید. احراز شرط سوم نیز در مقررات نمونه بر عهده پزشک معالج گذاشته شده و مقرر شده است،

1. Be of Transsexual Nature.

2. Canan.

پزشک جراح 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 به مدت یکسال تحت هورمون درمانی تغییر جنسیت قرار گرفته باشد.<sup>۱</sup>

به نظر می‌رسد که وجود شرط سوم و چهارم برای تغییر جنسیت بر طبق قواعد و اصول حقوقی ایران نیز ضروری باشد زیرا وجود این دو شرط در موضوع و مفهوم درمان نهفته است و نمی‌توان بدون وجود مرض و امید به بهبودی کسی را جراحی یا درمان نمود. شرط عقیم بودن هم هر چند در حقوق ترکیه لازم است ولی در بعضی دیگر از کشورها، مواردی سابقه دارد که شخصی با داشتن دو دختر و همسر اقدام به تغییر جنسیت خود از مذکر به مؤنث نموده است (گریس<sup>۲</sup>، ۱۹۹۷).

در حقوق اسلام نیز با عنایت به ماجرای مذکور که حضرت امیر(ع)، شخصی را با وجود داشتن فرزند از پسر عموی خویش، به مردان ملحق نمود، می‌توان نتیجه گرفت که این شرط لازم نیست. بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که برای تغییر جنسیت، رسیدن متقاضی به سن بلوغ و رشد عرفی و وجود ماهیت دو جنسی اعم از فیزیکی و بدنی یا روانی - جسمی و عدم اضرائی بودن آن برای مریض یا بهتر شدن وضع روانی مریض در حقوق ایران نیز ضروری است.

## ۵- 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 جنس داده، حق دارند خواهان اصلاح شناسنامه خود شوند تا نام و جنسیت جدید آنها در آن منعکس گردد؟

در پادشاهی انگلیس، با وجودی که رویه قضایی و آراء دادگاهها، تغییر جنسیت را قانونی دانسته است، حق اصلاح شناسنامه یا تعویض آن به افراد تغییر جنسیت داده، اعطاء 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 شخص 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.<sup>۱</sup>

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 مُعرف 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، معرفت 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 مُعرف هویت حقوقی شخص است و ظاهر عبارت ماده ۱ قانون ثبت احوال، اصلاحی ۱۳۶۸، که در آن مقرر شده است: "وظایف سازمان ثبت احوال کشور به قرار ذیل است: الف) ثبت ولادت و صدور شناسنامه"

مؤید این است که شناسنامه معرفت 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 (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۷۵، ص ۱۰۵-۱۰۴)، بر وجود شناسنامه مترتب کرده‌اند، مؤید این است که شناسنامه، ثبت یک واقعه تاریخی صرف نیست. همانگونه که بعضی دیگر (امامی، ۱۳۷۷، ص ۱۹۹)، شناسنامه را به برگی تعریف کرده‌اند که احوال شخصیه هر فرد در آن درج شده است.

در نتیجه، از مجموع مواد قانونی و سیره عقلاء و نظریه حقوقدانان، استفاده می‌شود که شناسنامه مُعرف یک واقعه تاریخی صرف نیست، بلکه مُعرف هویت حقوقی شخص است و چون نام و جنسیت شخص یکی از عناصر و نشانه‌های مهم هویت وی می‌باشد، شخصی که با تغییر جنسیت، نام و جنسیت او عوض شده است، چون نام و جنسیت مندرج در شناسنامه دیگر

اصلاح شناسنامه گردد و مقامات عمومی نیز باید شناسنامه او را مطابق با جنسیت جدید اصلاح نمایند.

## ۶- مرجع شناسایی

موضوع مهم دیگری که در این باره قابل بحث است، مرجع شناسایی جنسیت و نام جدید است، زیرا از یک طرف به استناد اصل صد و پنجاه 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 به نام 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 می‌باشد. بنابراین، در اختلافات ثبت احوالی، دو مرجع رسیدگی وجود دارد و باید دید که شخص تغییر جنسیت داده، باید به کدام یک از این دو مرجع مراجعه نماید و یا به تعبیر دیگر، کدام یک 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 خواسته‌ها 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 در باره آن اظهار نظر کند و دارای ماهیت اداری صرف نیست که مقام اداری (هیئت حل اختلاف ثبت احوال)، در باره آن اظهار نظر نماید. همانگونه که دیوان عالی کشور نیز در رأی وحدت رویه شماره ۵۰۴ (قربانی، ۱۳۷۵، ص ۲۹۷ به بعد)، این نظریه را تأیید نموده است: موضوع رأی عبارت از این است: که شخصی در تاریخ ۱۳۶۱/۱۲/۲۳ خواهان تغییر نام فرزند خود از محمد حسین به سمیه و اصلاح جنسیت او از مذکر به مؤنث می‌شود. هیئت حل اختلاف اداره ثبت احوال شیراز به استناد بند ۴

ماده ۳ و دستورالعمل شماره ۹۷ سازمان ثبت احوال، مبنی بر اینکه تغییر جنسیت در صلاحیت هیئت حل اختلاف نمی‌باشد، رأی بر عدم صلاحیت خود صادر نمود و پرونده را برای بررسی قضایی به شعبه سوم دادگستری شیراز ارجاع داد. شعبه مذکور نیز رأی بر عدم صلاحیت خود صادر و موضوع را در صلاحیت هیئت دانست. پرونده در شعبه ۱۳ دیوان عالی کشور مطرح و این شعبه نظریه هیئت حل اختلاف را، به این دلیل که به استناد بند ۴ ماده ۳ 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 و یا جنسیت از مذکر به مؤنث می‌شود، شعبه سوم دادگستری شیراز، هیئت حل اختلاف را صالح برای رسیدگی دانست و شعبه ۱۸ 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 مسائلی است که واجد آثار حقوقی می‌باشد و از شمول بند ۴ ماده ۳ قانون ثبت احوال خارج و رسیدگی به آن در صلاحیت محاکم دادگستری است. بنابراین، رأی شعبه ۱۳ 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 ۱۳۲۸، برای دادگاهها و شعب دیوان عالی کشور در موارد مشابه، لازم‌الاتباع 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.

### نتیجه

هر چند از لحاظ نظری، در مورد وضعیت تغییر جنسیت سه نظر، مشروعیت مطلق، ممنوعیت مطلق و مشروعیت مشروط وجود دارد ولی موضوعی که در علم پزشکی به عنوان تغییر جنسیت مشهور شده است، بر نظریه سوم منطبق‌تر است. بنابراین، تغییر جنسیت، در صورتی که با رعایت تمام استانداردهای روز پزشکی بر حسب تشخیص متخصص انجام شود، با قواعد و اصول حقوقی منطبق و با نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایر نیست، زیرا همانگونه که به حکم ماده ۹۳۹ قانون مدنی، اگر در خنثی‌علائم جنسیتی بر علائم جنسیت دیگر غالب باشد، شخص تابع احکام جنسیتی است که علائم آن در او غالب است، اگر متخصصین قابل اعتماد

تشخیص دهند که شخص مذکور تابع یکی از دو جنسیت است، بطریق اولی باید حکم الحاق او به جنسیتی باشد که مورد نظر متخصص است. در مورد خنثای روانی نیز، هرچند پدیده جدید و تازه‌ای است، ولی با توجه به سیره عقلاء مبنی بر لزوم درمان درد تا حد امکان و احادیث تشویق کننده مریض برای مراجعه به پزشک، می‌توان نتیجه گرفت که تغییر جنسیت این گروه نیز به تشخیص پزشک متخصص قابل اعتماد، از باب حجیت شهادت، مشروع و مجاز می‌باشد. اما تغییر جنسیت افراد عادی که مشکل جنسی ندارند و علائم جنسیتی بدن آنها با گرایش جنسی روانشان مطابق است، غیرقانونی و نامشروع است، زیرا این عمل، علاوه بر این که به شخص صدمات غیر قابل جبران روحی وارد می‌کند، که اگر هزینه سنگینی نیز برای او در پی خواهد داشت، مخالف اخلاق حسنه و نظم اجتماعی است. در صورتی که اگر شخصی مطابق استانداردهای پزشکی، پزشک متخصصی او را تغییر جنسیت دهد، حق دارد که تقاضای اصلاح شناسنامه خود از دادگاه‌های دادگستری کند تا جنسیت و نام جدید او در آن درج گردد.

## مآخذ

- ۱- اسدی، ابی منصور الحسن بن یوسف بن المطهر (علامه حلی)؛ قواعد الاحکام، ج ۲ (قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ه ق).
  - ۲- امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی، ج ۴ (چاپ شانزدهم: تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۷).
  - ۳- انصاری، شیخ مرتضی؛ مکاسب، ج ۳ (بیروت، مؤسسه النعمان، ۱۴۱۰ ه ق).
  - ۴- انصاری، شیخ مرتضی؛ نکاح (قم، بی نا، ۱۴۱۵ ه ق).
  - ۵- جعبی عاملی، شهید زین الدین؛ الروضة البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیه، ج ۲ (چاپ سوم: مرکز نشر دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۷).
  - ۶- حر عاملی، شیخ محمدبن الحسن؛ وسایل الشیعه، ج ۲۶ (قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۲ ه ق).
  - ۷- حلی، محمدبن ادريس؛ سرائر، ج ۳ (چاپ دوم: قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۱ ه ق).
  - ۸- خویی، سید ابوالقاسم؛ مصباح الفقاهه، محمدعلی توحیدی، ج ۲ (قم، مؤسسه انصاریان، بی تا).
  - ۹- شهیدی، مهدی؛ ارث (تهران، سمت، ۱۳۷۴).
  - ۱۰- شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱ (تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷).
  - ۱۱- صفایی، دکتر سیدحسین و قاسم‌زاده، دکتر سیدمرتضی؛ حقوق مدنی، اشخاص و محجورین (تهران، سمت، ۱۳۷۵).
  - ۱۲- طباطبایی، سیدعلی؛ ریاض المسائل، ج ۲ (بیروت، دارالهادی، ۱۴۱۲ ه ق).
  - ۱۳- فرج ا. قربانی؛ مجموعه آراء وحدت رویه قضایی (چاپ چهارم: تهران، گیتی، ۱۳۷۵).
  - ۱۴- کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۱ (چاپ دوم: تهران، انتشارات مدرس، ۱۳۷۲).
  - ۱۵- مدنی تبریزی، سیدیوسف؛ المسائل المستحدثه (چاپ چهارم: قم، انتشارات دهقانی، ۱۴۱۶ ه ق).
  - ۱۶- موسوی، سیدروح ا. (امام خمینی)؛ تحریر الوسیله، ج ۲ (نجف، مطبعة الآداب، ۱۴۱۱ ه ق).
  - ۱۷- مؤمن، شیخ محمد؛ تغییر جنسیت، فقه اهل بیت، سال دوم، شماره هفتم، ۱۳۷۵.
  - ۱۸- مؤمن، شیخ محمد؛ کلمات سدیده (قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵ ه ق).
  - ۱۹- نائینی، میرزا محمدحسین؛ منیه الطالب، ج ۱ (قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ه ق).
- 20- Av.M Canan, Arin, Family Law <http://www.seeline-project.net/familyLaw Turkey,FL.htm>.

21- Draskic, Marija, the Legal Issue of Transsexualism, The International Journal of Transgenderism, Volume2, Number2, April- June 1998. <http://www.symposion.com/ijt/ijtc0403.htm> .

22- Claire McNab, December 1999. [Http://www.pfc.org.uk/legal/liba-123.htm](http://www.pfc.org.uk/legal/liba-123.htm).

23- Grice, Elizabeth, Changing Sex (1997) .<http://www.pfc.org.uk/news/etgrice0.htm>.

24- Skovgaard-petersen, Jakob, Sex Change in Cairo; Gender and Islamic Law, <http://www.umich.edu/~iinet/journal/Vol2no3/Sex-in-Cairo.html> .

25- Swartz, Louis, M., LL R.N., Updated Look at Legal Responses to Transsexualism, The International Journal of Transgenderism , Volume1 , Number 2, October -December 1997. <http://www.symposion.com/ijt/ijtc0201.htm>.

26- Jones, Lynn, Transsexualism: The Current Medico-Legal Viewpoint, <http://www.lynnjones.org.uk/legal1.htm>.

27- Elizabeth, Mary, Legal Aspect of Transsexualism, J2CP Information Services (1988).

28- <http://www.altsex.org/transgender/healthlaw.html>.