

## بررسی اثر تغییر جنسیت بر نکاح افراد تغییر جنسیت یافته در نظام حقوقی ایران و آمریکا

سید مرتضی صوف باف

کارشناس ارشد حقوق عمومی

### چکیده

یکی از چالش‌های عصر مدرن تفاوت‌های معنادار میان مفهوم «جنس» به عنوان واقعیت‌های بیولوژیک و «جنسیت» به عنوان انتظارات اجتماعی است. اگرچه جنس به تفاوت‌های فیزیولوژیکی اشاره دارد، جنسیت نشان‌دهنده ویژگی‌هایی است که تحت تأثیر عوامل فرهنگی و اجتماعی شکل می‌گیرند. در حقوق مختلف، پذیرش و قانونی شدن تغییر جنسیت به یکی از مسائل حیاتی تبدیل شده است که تأثیرات آن بر عقد ازدواج پس از تغییر جنسیت فرد یا زوجین مورد بررسی قرار گرفته است. اینکه آیا عقد ازدواج پس از تغییر جنسیت همچنان اعتبار دارد یا خیر، از جمله پرسش‌های مهمی است که حقوقدانان و فقها در نظام‌های حقوقی مختلف بررسی کرده‌اند. در این مقاله، تلاش شده است تا با بیان مفاهیم و جنبه‌های مختلف این مسئله، به بررسی احکام فقهی و حقوقی مرتبط با آن پرداخته شود و نگرش‌های متفاوت در این زمینه در نظام حقوقی ایران و آمریکا بررسی شود. عمل جراحی تغییر جنسیت به عنوان یک راه حل قانونی برای افراد دارای اختلال هویت جنسی مطرح شده است و در بسیاری از کشورها، از جمله ایران، به شرط پذیرش و ضرورت پزشکی، مجاز شناخته شده است.

**واژه‌های کلیدی:** جنسیت، تغییر جنسیت، اختلال هویت جنسیتی، فقه اسلامی، آمریکا

## مقدمه

تغییر جنسیت، یکی از موضوعات نوظهوری است که به عنوان یک مسئله مورد توجه علوم مختلف از جمله پزشکی، روانشناسی، جامعه‌شناسی و حقوق قرار گرفته است. این تغییر به تنظیم خصوصیات فیزیکی و بیولوژیکی افراد از طریق جراحی و هورمون درمانی اشاره دارد، هدف اصلی آن هماهنگ‌سازی این ویژگی‌ها با جنس مخالف است. (هاشمی، ۱۳۹۰، ۱۵).

با پیشرفت علوم روان‌پزشکی، اختلال جنسی به نام روان دگرجنسی یا تراجنسیتی شناخته شده است که ویژگی‌های خود را از اختلالات خنثی و ختنه شده متمایز می‌کند. این پیشرفت‌ها باعث بروز مسائل حقوقی جدید در حوزه تغییر جنسیت شده است که در گذشته مورد توجه نبوده‌اند. به همین دلیل، اندیشمندان فقه و حقوق به بررسی چالش‌ها و ابعاد جدید این موضوع پرداخته و تفکرات جدیدی را طرح کرده‌اند. همچنین، با تغییر جنسیت، برخی از حقوق افراد نیز تغییراتی را تجربه می‌کند، زیرا جنسیت فرد یکی از عوامل مهم در برخورداری از حقوق مختلف می‌باشد.

پس از ظهور پدیده تغییر جنسیت، انجام عقد نکاح برای افرادی که تغییر جنسیت داده‌اند، به عنوان یکی از مهم‌ترین مسائل حقوقی مطرح شده است. در حوزه فقه و حقوق معاصر، تعیین وضعیت عقد نکاح پس از تغییر جنسیت به عنوان یک مسئله مورد توجه قرار گرفته است؛ اما یک نکته مهم که تاکنون مورد توجه قرار نگرفته، تفاوت میان دو گروه افرادی که تغییر جنسیت می‌دهند است. تغییر جنسیت به معنای خاص کلمه، صرفاً برای افراد تراجنسیتی صدق می‌کند، در حالی که افراد خنثی با انجام عمل جراحی به تعیین جنسیت خود می‌پردازند؛ بنابراین، وضعیت عقد نکاح هر گروه از این افراد باید جداگانه و با توجه به قوانین مدنی مورد بررسی قرار گیرد. حقوق ایالات متحده آمریکا به عنوان یک نظام حقوقی (حقوق ایالات متحده آمریکا در خانواده نظام حقوقی کامن لا قرار می‌گیرد) توجه خاصی به این مسئله داشته است و قوانین و رویه‌های قضایی در این زمینه مشخص شده‌اند. عقد نکاح به عنوان بخشی از احوال شخصیه در نظر گرفته می‌شود و در صورت وجود اختلافات برای اتباع خارجی مقیم ایران، دادگاه باید بر اساس قوانین و مقررات دولت متبوع آن‌ها تصمیم‌گیری کند که این امر ممکن است با گسترش تغییر جنسیت در سطح جهانی وقوع یابد. دادگاه در صورتی که مقررات دیگر نظام‌های حقوقی در این زمینه با نظم عمومی و اخلاق حسنه کشور ما مغایرت داشته باشد، باید از صدور حکم بر اساس آن‌ها خودداری کند. برای این منظور، آشنایی با مقررات دیگر نظام‌های حقوقی در این زمینه لازم است. نظام حقوقی کامن لا در زمینه قانون‌گذاری و ایجاد وحدت رویه در رسیدگی قضایی، نقش پیشگامی دارد و مسائل مختلف این پدیده اجتماعی در آن مورد توجه قرار گرفته است. بررسی کامل مقررات نظام کامن لا در این زمینه، مسائل و ابهاماتی که ممکن است در رویه قضایی ما پیش بیاید را برای قانون‌گذار قابل پیش‌بینی می‌کند و می‌توان از طریق استفتا از فقهای عظام، چگونگی برخورد با آن‌ها را پیش‌بینی نمود. هنوز قانون‌گذار ما به این مسئله توجه نکرده است و قانون خاصی در تعیین وضعیت عقد نکاح در وضعیت و حالات مختلف در نظام حقوقی ما وجود ندارد. در بند ۱۸ ماده ۴ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱، دعاوی مربوط به تغییر جنسیت را در صلاحیت دادگاه خانواده قرار داده است؛ اما با افزایش پدیده تغییر جنسیت در کشورمان، توجه قانون‌گذار به وضعیت حقوقی این افراد بیشتر از پیش احساس می‌شود. در ادامه، نظر فقها در این باره بیان خواهد شد و نوع حکم وضعیت که به تناسب با عقد نکاح افراد تغییر جنسیت یافته بار می‌گردد، مورد مطالعه قرار خواهد گرفت و در نهایت، شیوه برخورد در آمریکا با این قضیه بررسی خواهد شد.

<sup>۱</sup> - قانون مدنی ایران، ماده ۷.

### گفتار اول: جنسیت و جنس

«جنس»<sup>۲</sup> به عنوان یک عامل غیر اکتسابی به ابعاد بیولوژیکی زنانه و مردانه تعبیر می‌شود و جنسیت به صفات و ویژگی‌های اجتماعی دو جنس اطلاق می‌گردد؛ به عبارت دیگر اگرچه جنس به تفاوت‌های زیست‌شناختی و طبیعت زن و مرد اشاره دارد اما جنسیت را می‌توان ویژگی‌های شخصیتی و روانی دانست که جامعه آن‌ها را تعیین می‌کند (کریمی نیا، ۱۳۹۶، ۱۱۲). جنسیت یکی از موضوعاتی است که در عصر حاضر موجب پیدایش مسائل فقهی و حقوقی زیادی شده است. «مفهوم جنسیت» از سال ۱۹۹۰ توسط جامعه علمی بین‌المللی و همچنین سازمان‌هایی همچون سازمان ملل متحد اتحادیه اروپا و بسیاری از نهادهای غیردولتی اتخاذ شد. جنسیت به منظور مطالعه شیوه فکری، طبقه‌بندی‌های بیولوژیکی افراد و رفتارهای جنسی در یک جامعه شکل گرفته است. جنسیت پدیدآورنده دسته‌بندی‌های زن و مرد، مفاهیم زنانه مردانه و زنانگی و مردانگی شده است که ساختار اجتماعی پدیدآورنده آن‌هاست. برخلاف جنس بیولوژیکی، جنسیت در واقع نشان‌دهنده روابط میان افراد تحت تأثیر فرهنگ و تاریخ می‌باشد و به عبارت دیگر می‌توان ارتباط اجتماعی میان جنس‌های مختلف (مرد، زن و بینا جنسی) را با جنسیت مترادف دانست. (Perrot, 2004, pp. 92-93)

با توجه به اینکه در بیشتر کشورها و همچنین در ایران جنسیت به مرد و زن تقسیم شده است می‌توان تراجنسیتی را در عدم پذیرش نقش جنسیتی تعریف شده برای جنسیت بیولوژیکی تعریف نمود به عبارت دقیق‌تر نقش جنسیتی می‌تواند توسط فرهنگ مذهب و قانون یک جامعه تعریف شود به عبارت ساده‌تر فرد تراجنسیتی خود را متعلق به هویت جنسیتی از پیش تعیین شده خود نمی‌داند راه حل اتخاذ شده در جوامعی نظیر ایران و بیشتر کشورها که در آن‌ها جنسیت عموماً به مرد و زن تقسیم شده اصلاح جنس و تغییر جنسیت این گروه از افراد است که در اصطلاح «اقلیت‌های جنسی» معرفی می‌شوند بر این اساس تغییر جنسیت در این افراد عموماً به دو طریق قابل تصور است: نخست، تغییر جنسیت بیولوژیکی است که توسط عمل جراحی انجام می‌شود و به این دسته از افراد «ترنس سکشوال» می‌گویند و دوم، تغییر جنسیت هویتی است که توسط تغییر مدارک شناسایی انجام می‌شود و واژه «ترنس‌جندر» مفهوم عامی از این دو دسته‌بندی را ارائه می‌دهد (کریمی نیا، ۱۳۹۶، ۱۱۳)

### گفتار دوم: مفهوم تغییر جنسیت

زندگی هر فرد از لحظه‌ی لقاح و ترکیب اسپرم و تخمک آغاز می‌شود. در اولین سه ماه از زندگی، جنسیت فیزیولوژیکی او تشکیل می‌شود و پس از گذشت شش ماه، فرد به دنیا می‌آید. والدین پس از بررسی وضعیت فیزیولوژیکی کودک، جنسیت او را اعلام می‌کنند و این اعلام جنسیت، توقعاتی را برای اطرافیان نسبت به جنسیت کودک ایجاد می‌کند. جامعه الگوهای رفتاری خاصی را برای هر جنسیت تعیین کرده است و بر اساس این الگوها، دیگران انتظاراتی از هر جنسیت دارند؛ بنابراین، کودک بر اساس این انتظارات و جنسیتی که به او تعیین شده است، رفتار می‌کند. با این حال، برخی افراد وجود دارند که رفتارشان با جنسیتشان مطابقت ندارند. (کریمی نیا، ۱۳۸۹، ۶۳-۶۴)

توجه علمی این وضعیت در مفهوم «اختلال هویت جنسی» یا «دگرجنس‌گرایی» مخفی است. هویت جنسی یک وضعیت روان‌شناختی است که نشان‌دهنده احساسات درونی فرد درباره جنسیت او است. هویت جنسیتی شخص بر نگرش‌ها، الگوهای رفتاری و ویژگی‌های دیگری تأثیرگذار است که معمولاً با مفاهیم مردانگی و زنانگی مرتبط است. (رضایی و همکاران، ۱۳۸۶، ۵۹)

<sup>۲</sup> - واژه جنس (Sex) از واژه لاتین Secare به معنای بریدن و تقسیم کردن اقتباس شده است و در اصل به تقسیم نژاد بشری به دو گروه مؤنث و مذکر اشاره دارد.

واقعیت این است که هویت جنسی به جنسیت فرد مرتبط است. اختلال هویت جنسی به معنای تمایل پایدار و قوی فرد به سوی پذیرش و نقش جنس مخالف است، به عبارت دیگر، تمایل فرد به تطابق پایدار با جنس مخالف که تنها به تمایل به داشتن مزایای فرهنگی و اجتماعی جنس مخالف محدود نمی‌شود. (اوحدی و همکاران، ۱۳۸۶، ۲۰)

ویژگی اصلی این اختلال در تجربه احساس عمیق و دائمی از ناراحتی و ناخوشایندی نسبت به جنسیت فیزیولوژیکی و اعتقاد قوی به تعلق به گروه جنس مخالف است. اعتقاد به تفاوت ذاتی جنسیت با ویژگی‌های بیولوژیکی و ظاهری مختلف، این افراد را به انتخاب لباس مبدل یا تغییر جنسیت و تلاش برای زندگی خارج از هویت جنسیتی خود سوق می‌دهد. این موجب مواجهه با محدودیت‌های اجتماعی، قانونی و خانوادگی می‌شود. (کلانتری و ابراهیمی، ۱۳۹۰، ۷۵-۷۶)

در فقه امامیه، برخی از فقها احتمالاً به دلیل بداهت و واضح بودن معنای این اصطلاح به تعریف دقیقی از «تغییر جنسیت» نپرداخته‌اند، نظر این فقها این است که معنای تغییر جنسیت همان تبدیل مرد به زن یا زن به مرد است، همانند آنچه که در عرف شایع است. (مشکینی، ۱۳۹۳، ۱۵۳) احتمالاً اینکه مقصودشان همین باشد، حتی اگر صراحتاً بیان نشده باشد. به نظر می‌رسد که اصطلاح «تغییر جنسیت» در معنای عام و گسترده‌ای شامل تبدیل هر دو حالت باشد. از آنجایی که در برخی جراحی‌ها افراد دوجنسه به مرد یا زن تبدیل می‌شوند، تعریف فقهی باید این نوع تغییر جنسیت را نیز در بر بگیرد؛ لذا، تعریف فقهی ارائه شده از سوی برخی فقها توجه کامل به تغییر جنسیت در زمینه‌های پزشکی را ندارد و تنها یک جنبه از آن را در نظر می‌گیرد.

این اصطلاح به معنای تغییر جنسیت از مرد به زن اشاره دارد، اما به طور رسمی یا صریح به تبدیل زن به مرد اشاره نشده است؛ به عبارت دیگر، در برخی توضیحات، تنها به جنسیتی که از مرد به زن تغییر می‌کند اشاره شده و تغییر جنسیت از زن به مرد توضیح داده نشده است، اگرچه احتمالاً مقصود همین تغییر جنسیت است. (مدنی تبریزی، ۱۳۸۲، ۴۳) همچنین، برخی دیگر از فقها بدون اظهارنظر در مورد تغییر جنسیت افراد خنثی به مرد یا زن، تغییر جنسیت را شامل هر دو حالت تبدیل مرد به زن و زن به مرد می‌دانند. (صانعی، ۱۳۹۶، ۹۲؛ مکارم شیرازی، ۱۳۹۸، ۶۱۸؛ محسنی، ۱۳۸۲، ۱۱۱) به نظر می‌رسد که اصطلاح «تغییر جنسیت» در معنای عام خود شامل تبدیل هر دو حالت باشد. از آنجایی که در برخی جراحی‌ها افراد دوجنسه به مرد یا زن تبدیل می‌شوند، تعریف فقهی باید این نوع تغییر جنسیت را نیز در بر بگیرد؛ لذا، تعریف فقهی ارائه شده از سوی فقها توجه کامل به تغییر جنسیت در زمینه‌های پزشکی را ندارد و تنها بخشی از تغییر جنسیت عرفی در بین جراحان را شامل می‌شود. (کریمی نیا، ۱۳۸۹، ۴۷)

### گفتار سوم: تاریخچه تغییر جنسیت

در سال‌های دهه ۱۹۶۰ ناقص سازی جنسی ناشی از اصل غیر قابل دسترس بودن احوال شخصیه در اروپا به عنوان جرم شناخته می‌شده و تنها در صورت وجود «ضرورت» و جنبه درمانی قابل پذیرش بوده است. «تئوری ترنسکشوالیسم» در سال ۱۹۶۸ برای اولین بار توسط رابرت استوار با ارائه مفهوم «هویت جنسی» به منظور مشروعیت بخشیدن به عمل جراحی اصلاح جنسیت پایه‌گذاری شد و در سال ۱۹۸۹ توسط مجمع پارلمانی شورای اروپا به نام احترام به حق آزادی فردی شناسایی شد. در ایران تاریخچه شناسایی این افراد به سال ۱۹۸۵ (۱۳۴۳) برمی‌گردد که فردی به نام فریدون ملک آرا در مجموعه نامه‌هایش به امام خمینی (ره) می‌نویسد که همواره فکر می‌کند یک زن است. امام خمینی (ره) در اولین پاسخ به او می‌نویسد که او باید سعی کند وظایف مردانه را به جا بیاورد. همه به او توصیه می‌کنند مجدداً برای امام نامه بنویسد که در این زمان او موفق می‌شود با امام ملاقات کند و در این ملاقات خواهان صدور مجوز شرعی جهت تغییر جنسیت می‌شود. (یزدان پناه و

صمدیان، ۱۳۹۰، ۴). در این ملاقات که سه نفر از پزشکان امام خمینی (ره) نیز حضور داشتند توانستند توضیحات بیشتری در خصوص وضعیت وی به امام ارائه دهند و در نهایت امام خمینی (ره) با بررسی وضعیت جسمی نامبرده و درخواست وی، مبادرت به صدور فتوایی در خصوص مسئله نوین در آن زمان نمود که در آن تغییر جنسیت با تجویز پزشک مورد اعتماد را فاقد ایراد شرعی دانست و به عنوان اولین فقیه مسلمان مسائل فقهی و حقوقی را در این رابطه در کتاب تحریر الوسیله بیان نمود. (عباس زاده و اسدی، ۱۳۹۲، ۳۰۱). همان‌طور که ملاحظه می‌کنید ایران در زمینه شناسایی این افراد سابقه‌ای حدوداً سی‌ساله دارد که این امر از مزایای فقه شیعه در خصوص پویایی آن و اعمال نظر در خصوص مسائل مستحدثه می‌باشد.

#### گفتار چهارم: موضع کشورها به تغییر جنسیت

در یک جمع‌بندی کلی کشورها را می‌توان از نظر داشتن و نداشتن مقررات در مورد شرایط تغییر جنسیت به سه گروه تقسیم کرد:

۱- گروه اول کشورهایی هستند که در این راستا مقررات خاصی ندارند چه آنکه تغییر جنسیت را امری غیرمجاز می‌دانند. برای نمونه می‌توان به کشور آمریکا اشاره نمود که برخی از ایالات آن از قبیل اوهایو، آیداهو، تگزاس، نیویورک، نیوجرسی، کنزاس و فلوریدا تغییر جنسیت را غیر مجاز می‌دانند.

۲- دسته دوم کشورهایی هستند که مقررات قانونی مشخصی ندارند، اما رویه قضایی و تصمیمات محاکم شرایط تغییر جنسیت را تعیین کرده است. برای نمونه می‌توان به کشورهای انگلیس فرانسه و استرالیا و ایران اشاره نمود؛ بنابراین در این کشورها تغییر جنسیت یک امری مجاز شناخته می‌شود ولی از لحاظ قانونی مقررات خاصی در ارتباط با شرایط تغییر جنسیت ندارند.

۳- گروه سوم کشورهایی هستند که دارای مقررات خاصی بوده و شرایطی را برای تغییر جنسیت وضع نموده‌اند. برای نمونه می‌توان به کشورهای بلژیک، ترکیه اشاره نمود این کشورها از لحاظ وضع قوانین و مقررات حدوداً مقارن با یکدیگر می‌باشند (اصغری آقمشهدی، عبدی ۱۳۹۴، ۳۹)

در بسیاری از نظام‌های حقوقی و طبق آرای مشهور فقها، اگر از نظر پزشکی نیاز به تغییر جنسیت تشخیص داده شود، این اقدام مجاز است. در حقوق ایران، طبق قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱، تغییر جنسیت بدون وجود مقررات خاص مجاز است. با این حال، بیشتر فقهای شیعه معتقدند که برای انجام این تغییر، حداقل باید دو شرط وجود داشته باشد. اولین شرط این است که بیماری واقعی و قطعی باشد، به طوری که افراد مشکوک به بیماری اجازه تغییر جنسیت را نداشته باشند. شرط دوم، تغییر جنسیت باید کامل باشد، به این معنی که فرد پس از تغییر جنسیت به زن یا مرد تبدیل شود؛ بنابراین، در قوانین ایران، تغییر جنسیت به این شرایط وابسته است:

۱. رسیدن به سن بلوغ جنسی

۲. وجود ماهیت دو جنسی (جسمی یا روانی)

۳. بهبود وضع روانی و جسمانی بیمار از طریق تغییر جنسیت

۴. رجوع به دادگاه و درخواست مجوز تغییر جنسیت (اصغری آقمشهدی، عبدی ۱۳۹۴، ۳۹)

#### گفتار پنجم: جواز یا عدم جواز تغییر جنسیت

سؤال مهمی که نیاز به پاسخ دارد، این است که آیا تغییر جنسیت، با توجه به سکوت قانون‌گذار و عدم اشاره مستقیم در قرآن و روایات مذهبی، مجاز است یا خیر؟ برخی دادگاه‌ها به تغییر جنسیت رضایت می‌دهند، در حالی که برخی از حقوقدانان این

موضوع را مورد انتقاد قرار می‌دهند. برای تعیین وضعیت قانونی و شرعی، نیاز به بررسی نظرات مختلف حقوقدانان و مراجع مذهبی است. درباره جواز یا حرمت تغییر جنسیت سه نظر وجود دارد: ممنوعیت مطلق، جواز مطلق و جواز مشروط. (کلانتری و ابراهیمی، ۱۳۹۰، ۸۰)

### بند اول: نظریه‌های ممنوعیت مطلق تغییر جنسیت

بسیاری از فقها تغییر جنسیت را مطلقاً حرام می‌دانند. مهم‌ترین دلایل این عده عبارت است از:

الف) تغییر در خلق خدا: بسیاری از فقها و حقوقدانان اهل سنت، همچنین برخی از فقهای شیعه، تصریح می‌کنند که تغییر جنسیت امری غیرمجاز است، زیرا این کار منجر به تغییر در خلقت خدا می‌شود. (کنعان، ۱۴۲۰، ۲۸۴-۲۸۵) همچنین، گروهی از فقهای شیعه نیز بر اساس آیه ۱۱۹ سوره نساء<sup>۳</sup> تغییر جنسیت را از نظر اسلامی حرام می‌دانند و آن را به امور شیطانی و نامشروع تلقی می‌کنند.

در پاسخ به مخالفان باید توضیح داد که استفاده از این آیه به عنوان دلیل بر حرمت تغییر جنسیت صحیح نیست، زیرا متن آیه به سرزنش مشرکان و بیان دشمنی شیطان تأکید دارد و موضوع تغییر جنسیت در اینجا مورد بحث قرار نگرفته است. (خرازی، ۱۳۷۹، ۱۰۵) ضمناً در صورت اطلاق آیه ۱۱۹ شامل همه مخلوقات می‌شود، در حالی که در جواز تغییر جمادات و نباتات یا جانورانی که از مخلوقات خداوند هستند شکی نیست و تغییر مخلوق خداوند به معنای ایجاد چیزی است که انسان را از فطرت اولیه‌اش خارج کند. (رحمانی، ۱۳۷۴، ۲۹۱؛ کلانتری و ابراهیمی، ۱۳۹۰، ۸۳) تغییر جنسیت انسان، هویت اصلی و انسانی او را تغییر نمی‌دهد؛ بلکه او همچنان به عنوان یک انسان شناخته می‌شود. با این حال، در این فرآیند، تکالیف و وظایف او ممکن است تحت تأثیر قرار بگیرد و تغییر کند؛ اما او همچنان عضو دسته‌ی انسان‌هاست و به حیات انسانی باقی می‌ماند، بدون اینکه به جماد یا حیوان تبدیل شود. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶، ۲۳؛ کلانتری و ابراهیمی، ۱۳۹۰، ۸۳).

ب) ممنوعیت از بین بردن اعضای بدن: مخالفان این دیدگاه معتقدند که تغییر جنسیت، با برداشتن بخش‌های از جسم زن یا مرد و جایگزینی آن‌ها با اجزای مصنوعی، با توجه به اصول شرعی، جایز نمی‌باشد. این افراد ارجاع می‌دهند به حرمت از بین بردن اجزاء بدن که در نگاه شرعی از جمله ضروریات محسوب می‌شوند؛ به عبارت دیگر، از نظر آنان، اقدام به حذف عضوی از بدن، سوءاستفاده از اصول اخلاقی و شرعی است و نهایتاً منجر به آسیب زدن به خود یا دیگران می‌شود. (مدنی تبریزی، ۱۳۸۲، ۴۵)

برای پاسخ به این انتقاد، گفته می‌شود که با توجه به دلیل مذکور، تغییر جنسیت در صورت عدم ضرورت مطلقاً ممنوع است. اگر شخصی به دلیل بیماری روحی یا جسمی مجبور به برداشتن یا از بین بردن قسمتی از بدن خود شود، اصول اضطرار در این موارد حکم می‌کند و لذا در شرایط ضروری این عمل جایز و مشروع تلقی می‌شود. بر این اساس تغییر جنسیت مطلقاً ممنوع تلقی نمی‌شود. (باریکلو، ۱۳۸۲، ۷۰؛ رحمانی، ۱۳۷۴، ۲۸۲)

بنابراین تغییر جنسیت در فردی که سالم و بدون مشکل جسمی و روحی است، به دلیل خارج شدن اعضای بدن و جایگزینی آن‌ها با وسایل مصنوعی، عیب و آسیبی به بدن محسوب می‌شود. این اقدام، علاوه بر هزینه‌های هنگفت و مشکلات روحی و

<sup>۳</sup> - ﴿وَلَا ضَلَّ لَهُمْ وَلَا مَنِّ لَهُمْ وَلَا مَرْتَبَةٌ فَلْيَبْتَئِكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَا مَرْتَبَهُمْ فَلْيَغْيِرْنَ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِّنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا﴾ [النساء: ۱۱۹]

و البته گمراهشان می‌کنم و آرزوهای باطل در دلشان می‌افکنم و به آنان فرمان می‌دهم تا گوش‌های چارپایان را بشکافند؛ و به آنان فرمان می‌دهم تا خلقت خدا را دگرگون سازند؛ و هر کس که به جای خدا شیطان را به دوستی برگزیند زبانی آشکار کرده است.

روانی، بدون داشتن نفع و فایده عقلانی، با ملازمات حرام نیز همراه است و از حرمت شرعی برخوردار می‌باشد؛ اما تغییر جنسیت در فردی که با مشکلات روحی یا جسمی مواجه است و ناچار به برداشتن اجزاء از بدن خود می‌شود، با توجه به شروط اضطرار، در نظر برخی جایز است. (کلانتری و ابراهیمی، ۱۳۹۰، ۸۳۸۴) حتی برخی از علمای دین، تغییر جنسیت را در مورد افراد بیماری که در شرایط اضطرار قرار دارند، به عنوان واجب تلقی می‌کنند. (منتظری، ۱۳۸۵، ۴۰۸)

ج) حرمت تشبه به مرد یا زن: حرمت تشبه به مرد یا زن یکی از دلایل مخالفان تغییر جنسیت است. آنان معتقدند که این اقدام باعث می‌شود فرد به طور نادرست شبیه به جنس مخالف خود شود و تشبه به جنس دیگر در اسلام به عنوان حرام در نظر گرفته می‌شود؛ بنابراین، انجام عمل تغییر جنسیت نیز به عنوان حرام ارزیابی می‌شود. (دلیر، ۱۳۸۷، ۵۱) در این زمینه، روایاتی وجود دارد که حکایت از نفرین و اخراج افرادی دارد که به تظاهر به جنس مخالف پرداخته‌اند، به گونه‌ای که پیامبر اسلام (ص) آن افراد را از شهر به خود دور کرد. مخالفان نیز با استناد به این روایات و تطابق اولویت، ادعا می‌کنند که این نکته نشان‌دهنده نهی از تشابه ظاهری است؛ یعنی پیامبر (ص) از تغییر ظاهر و شباهت زن به مرد یا بالعکس منع فرموده است. از این منظر، هنگامی که تغییر ظاهری و شباهت واقعی به مرد به زن و بالعکس رخ می‌دهد، این تغییر به طریق اولی حرام تلقی می‌شود. (کلانتری و ابراهیمی، ۱۳۹۰، ۸۴)

در پاسخ به این ادعا گفته شده است که تغییر جنسیت را نمی‌توان با تشابه مرد با زن یا بالعکس یکی دانست. این اصرار بر این است که تشابه مرد با زن یا بالعکس به معنای شباهت در نحوه زندگی، پوشش یا روابط جنسی با حفظ اصل جنسیت است؛ اما تغییر جنسیت یک تغییر کلی و اساسی است. این تغییر به گونه‌ای است که موضوع اصلی تحت تأثیر قرار می‌گیرد و بنابراین تشابه در این حالت اصلاً معنایی ندارد. (منتظری، ۱۳۷۶، ۵۱۷)

د) غیر مقدور بودن: یک دلیل دیگر برای ممنوعیت مطلق تغییر جنسیت این است که خداوند مرد و زن را آفریده است و هیچ قدرتی نمی‌تواند مرد را به زن یا برعکس تبدیل کند. اگر به عنوان مثال با استفاده از جراحی یا تزریق دارو موهای صورت مرد را از بین ببرند و سینه او را بزرگ کنند، عملاً این فرد به زن تبدیل نمی‌شود. همچنین، حتی با رویاندن مو در صورت زن و کوچک کردن سینه و موارد مشابه با تزریق دارو، تغییر جنسیت به مرد اتفاق نمی‌افتد؛ به عبارت دیگر، تبدیل موضوع از مرد به زن یا برعکس، امکان‌پذیر نیست و از آنجا که این تغییرناپذیر است، حکم آن نیز ثابت و غیرقابل تغییر است. (مدنی تبریزی، ۱۳۸۲، ۴۵)

این دلیل نیز ممکن است به طور مطلق تغییر جنسیت را نامشروع تلقی نکند، زیرا مسئله مورد بحث تغییر جنسیت همه انسان‌ها نیست. در حوزه پزشکی، اعتقاد به این نکته وجود ندارد که تمام افراد قادر به تغییر جنسیت خود باشند. این موضوع به افرادی مرتبط با اختلال هویت جنسیتی مرتبط است. این افراد تمایلات جنسی روانی خود را با علائم جنسیتی بدنی خود هماهنگ می‌کنند؛ بنابراین، عدم امکان تغییر جنسیت به همه افراد معنا نمی‌دهد و تنها به افرادی مرتبط با اختلال هویت جنسیتی اشاره دارد که بیشتر جمعیت را تشکیل می‌دهند و از بحث کلی خارج می‌شوند. (باریکلو، ۱۳۸۲، ۷۰-۷۱)

ه) ممنوعیت به دلیل ملازمه با لوازم حرام: مخالفان تغییر جنسیت اعتقاد دارند که این فرآیند ممکن است باعث ملازمه با لوازم حرام شود. آن‌ها ممکن است با تأکید بر این نکته اظهار کنند که تغییر جنسیت همراه با نگاه به عورت و لمس عورت نامحرم است و از این رو برای دوری از این حرام، افراد باید از تغییر جنسیت پرهیز کنند؛ اما طرفداران تغییر جنسیت به این انتقادات پاسخ می‌دهند که در بحث مشروعیت یا ممنوعیت، باید به خود موضوع اصلی توجه شود؛ به عبارت دیگر، ارزیابی باید به صورت کلی و اساسی از اعمال مرتبط با تغییر جنسیت انجام شود. (مؤمن، ۱۳۷۶، ۹۶؛ منتظری، ۱۳۸۵، ۴۰۸)

و) حرمت استهلاک قوا: دلیل دیگری که برخی افراد به عدم جواز تغییر جنسیت اعتقاد دارند، با تمسک به آیه ۱۹۵ سوره بقره مرتبط است که می‌فرماید: «وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ»؛ به این معنا که «و خود را به مهلکه و خطر درنیفکنید». این افراد با تأکید بر این آیه، ادعا می‌کنند که این نهی به معنای جلب حفظ قوای اجتماعی و فیزیکی است، از جمله احتراز از ایجاد ضررهایی نظیر از بین بردن نفس انسان، آسیب زدن به اعضای اصلی بدن مانند چشم، دست و پا و حتی تغییر جنسیت می‌باشد. (دلیر، ۱۳۸۷، ۳۷)

برای رد استدلال مبنی بر حرمت تغییر جنسیت با استناد به آیه قرآنی، باید توضیح داد که تفسیر این آیه توسط قائلین به حرمت چگونه است. آنچه از آیه نتیجه می‌شود، این است که از بین بردن قوای بدنی، اگر انسان را به وضعیت هلاکت متوجه کند، حرام است؛ اما می‌توان این نکته را به این شکل تفسیر کرد که آیه مذکور قاعده مطلق ندارد و مقداری محدودیت دارد. سؤال اینجاست که آیا تغییر جنسیت افراد را به وضعیت هلاکت می‌انجامد یا برعکس؟ به طور منطقی می‌توان گفت که با بررسی آمارها و تحقیقات در جوامع مورد نظر، افراد مبتلا به اختلال هویت جنسی کسانی هستند که به شدت از وضعیت جنسی خود رنج می‌برند و تغییر جنسیت برای آن‌ها به عنوان راهی برای حل این مشکل مطرح می‌شود.

غفلت و عدم توجه به وضعیت روحی افراد مبتلا به اختلال هویت جنسی، در بسیاری از موارد، منجر به آسیب‌های جسمی و روانی، حتی خودکشی می‌شود. لذا، تغییر جنسیت در این گروه از افراد نه تنها با مفهوم حرمت در آیه مطرح شده همخوانی دارد، بلکه می‌تواند به عنوان یک راه حل مؤثر برای پاسخگویی به نیازهای ذهنی و روحی آن‌ها مورد نظر قرار گیرد. در نتیجه، نادیده گرفتن حقوق این افراد و ایجاد ممنوعیت در تغییر جنسیت ممکن است به عنوان یک عامل تشویش‌آور و حتی موجب ایجاد وضعیتی که خودکشی یا آسیب‌های روحی و روانی بیشتری ایجاد شود، عمل کند.

ز) نظم عمومی: بعضی از حقوقدانان با اعتقاد به این نکته معتقدند که قوانین مرتبط با وضعیت مدنی افراد در جامعه، منحصر به حفظ منافع فرد نیستند. بلکه هدف اصلی این قوانین تأمین منافع عمومی است. به همین دلیل، افراد نمی‌توانند با یکدیگر توافق کنند، به دلیل اینکه چنین توافقاتی نمی‌توانند به منافع عمومی تأثیر بگذارند؛ به عبارت دیگر، همانند اینکه یک قرارداد نمی‌تواند ملیت یا جنسیت فرد را تغییر دهد، این قوانین نیز مصداق این اصل را در مورد حفظ منافع جمعی قائل می‌شوند. (کاتوزیان، ۱۴۰۲/۱، ۱۷۴-۱۷۵) این گروه از محققان معتقدند که تغییر جنسیت به نظر مخالف نظم عمومی و مصالح جامعه می‌آید. (اصغری آقمشهدی و عبدی، ۱۳۹۰، ۹) اما دلیل مطرح شده برای مخالفت با تغییر جنسیت قابل انتقاد است، چرا که ادعا می‌کند تغییر جنسیت نامشروع است. در واقع در حوزه پزشکی، اگر تغییر جنسیت بدون شرایط خاصی اتفاق بیفتد و هر فردی که تصمیم به تغییر جنسیت دارد بتواند این تصمیم را اجرا کند، خلاف نظم عمومی و مصالح جامعه است، اما اگر تغییر جنسیت وابسته به شرایط باشد، مانند بسیاری از کشورها، با منافع جامعه تداخلی نخواهد داشت. (باریکلو، ۱۳۸۲، ۷۱؛ اصغری آقمشهدی و عبدی، ۱۳۹۰، ۹؛ نوجوان، ۱۳۸۸، ۱۶۳)

### بند دوم: نظریه‌های جواز مطلق تغییر جنسیت

در میان فقهای متأخر، امام خمینی (ره) به صراحت و بدون هیچ محدودیتی، تغییر جنسیت را حرام نخواندند. برخلاف بسیاری از فقیهان که عمدتاً این عمل را ممنوع یا مشروط می‌دانستند، ایشان اظهار کردند: «ظاهر آن است که تغییر جنس مرد به زن یا برعکس به سبب عمل حرام نیست و همچنین عمل جراحی بر روی کسی که خنثی است تا سرانجام یا مرد شود و یا زن، حرام نیست». این دیدگاه را بسیاری از فقها نیز تأیید کرده‌اند. (خرازی، ۱۳۷۹، ۱۰۴؛ مؤمن، ۱۳۷۶، ۹۷)



مراجع تقلید فعلی، از جمله حضرت آیت‌الله سیستانی و آیت‌الله مکارم شیرازی، تصریح کرده‌اند که تغییر جنسیت جایز است، با شرطی که مشمول عملی حرام نشود و امکان‌پذیر باشد. این نظر بر اساس دلایل مشخص شده اعلام شده است.

الف) اصل حلیت: هر عملی بر اساس اصل حلیت مجاز است، مگر اینکه دلیل صریحی از قرآن و روایات حاکم بر حرمت آن وجود داشته باشد. به عنوان مثال، همجنس‌بازی، لواط و زنا به دلیل نصوص صریح در قرآن کریم به عنوان حرام مشخص شده‌اند؛ اما در مورد تغییر جنسیت، با توجه به عدم وجود نص صریح، به نظر می‌رسد که این عمل در چارچوب اصل حلیت، ظاهراً مشروع است. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶، ۲۲؛ منتظری ۱۳۷۶، ۵۱۷؛ خرازی، ۱۳۷۹، ۲۴۱) از منظر اصول عملیه، مثلاً اصل برائت یعنی عدم وجود دلیلی بر حرمت یا حلالیت تغییر جنسیت، با توجه به عدم نص صریح، می‌تواند این عمل را مجاز قلمداد کند. (کریمی نیا، ۱۳۸۹، ۲۰۵)

این دلیل قابل بحث است؛ چرا که اگرچه قانون‌گذار دلیل خاصی برای عدم جواز و ممنوعیت تغییر جنسیت ارائه نکرده است، اما اگر فردی بدون مشکل جسمی یا روحی چشم‌گیر تغییر جنسیت دهد، این عمل نه تنها منافع مشروع قابل توجهی ندارد بلکه فرد را به بحران روانی و روحی می‌اندازد، بنابراین تلقی کردن این عمل به عنوان مشروع ممکن نیست. (باریکلو، ۱۳۸۲، ۷۲)

ب) قاعده تسلیط: یک دلیل دیگر برای مشروعیت مطلق تغییر جنسیت می‌تواند قاعده «الناس مسلطون علی انفسهم» باشد. برخی از فقها برای صحت بیع اعضای بدن به این قاعده اشاره کرده و بیان کرده‌اند که این قاعده نشان‌دهنده تسلط افراد بر اموال خود است، از آنجا که مردم حق دارند در مورد اموال خود هر چه که بخواهند انجام دهند. به همین دلیل، می‌توانند در بدن خود هر تصرفی که بخواهند انجام دهند و تغییر جنسیت یکی از تصرفات مجاز با استناد به این قاعده می‌باشد. (مؤمن، ۱۳۷۶، ۱۶۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶، ۲۲-۲۳)

می‌توان در مورد مفهوم قاعده و همچنین تطبیق آن در این مورد بحث کرد، زیرا اولاً، مفهوم قاعده به این معنا نیست که فرد بر خود حاکمیت دارد، همان‌طور که بر اموال خود حاکم است؛ بنابراین، از نظر مفهومی، این قاعده به تسلط انسان بر خودش اشاره نمی‌کند و می‌تواند مفهومی مبهم داشته باشد. ثانیاً، حتی اگر قبول کنیم که این قاعده به تسلط انسان بر خود اشاره دارد، از این قاعده نمی‌توان به عنوان دلیل مطلق بر مشروعیت تغییر جنسیت استفاده کرد؛ زیرا برخی معتقدند که قاعده سلطه مشروع نیست و فرد نمی‌تواند در مال خود هر تصرفی را انجام دهد، مگر اینکه این تصرف از دیدگاه عقلانی و معقول قابل تأیید باشد. (خویی، ۱۳۹۳، ۱۰۲) از این منظر، زمانی افرادی می‌توانند در بدن و نفس خود تصرف کنند که از نظر عقلانی قابل قبول باشد؛ اما تغییر جنسیت در افرادی که تمایلات جنسی و روانی آن‌ها با علائم جنسیتی بدنی همخوانی دارد، به عنوان یک تصرف نامعقول و نامتعارف در نظر گرفته می‌شود. همچنین، حتی اگر فرض کنیم قاعده سلطه مشروع است، باز هم محدود به تصرفاتی است که منافع عقلانی دارند؛ بنابراین، بر اساس اصول حقوقی و عقلانی، تصرفاتی که به مفساد اجتماعی یا شخصی منجر می‌شوند، مشروع و حمایت‌شده تلقی نمی‌شوند. (باریکلو، ۱۳۸۲، ۷۲-۷۴)

ج) قاعده اضطرار: بر اساس قرائن شرعی اعم از آیات و روایات نشان می‌دهد که هرگاه شخصی در شرایط عادی مجبور به انجام کاری نهی و حرام شود، مورد توبیخ و مجازات قرار نمی‌گیرد. به جای اینکه فعل حرام مذموم شود، تبدیل به فعل مباح می‌شود. (محقق داماد، ۱۴۰۲، ۱۲۸) اما تحقق اضطرار منوط به وجود شرایطی است و با توجه به این اصل، تغییر جنسیت به طور مطلق و بدون قید و شرط امکان‌پذیر نیست؛ بنابراین با توجه به آنچه گفته شد، این اصل نمی‌تواند جواز مطلق تغییر جنسیت را تأیید

کند. در نتیجه برخی از محققین گفته‌اند حتی اگر حرمت تغییر جنسیت را در شرایط عادی رعایت کنیم، باید افرادی را که به گفته کارشناسان نیاز به تغییر جنسیت دارند از شمول این حکم خارج کنیم. (میرخانی و محمدتقی زاده، ۱۳۹۱، ۹۲).

### بند سوم: نظریه‌های جواز مشروط

در بحث جواز یا ممنوعیت تغییر جنسیت، دیدگاه دیگری وجود دارد که به مشروعیت مشروط تغییر جنسیت اشاره دارد. بر اساس این دیدگاه، هر عملی فقط زمانی مشروع است که دارای منفعت عقلانی مشروع باشد؛ به عبارت دیگر، تغییر جنسیت فقط در صورتی مشروع است که فرد مشکلی داشته باشد و پزشک متخصص این عمل را برای رفع مشکل فرد لازم و ضروری بداند. (باریکلو، ۱۳۸۲، ۷۴؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶، ۲۶).

در سیستم حقوقی کشورهای که تغییر جنسیت را قابل قبول اعلام کرده‌اند، این اجازه به وجود شرایط خاص وابسته شده است؛ به نحوی که افراد سالم نمی‌توانند از این اجازه به منظور تحقق اهداف غیر مشروع خود بهره‌مند شوند؛ بنابراین در تغییر جنسیت، مشروعیت عمل به این بستگی دارد که فرد دچار مشکل و ناراحتی شود و کسانی که تحت عمل جراحی تغییر جنسیت قرار می‌گیرند، در بیشتر موارد دچار اختلالات هویت جنسی، ناراحتی روحی و افسردگی شدید می‌شوند.

برخی از محققین در رابطه با تجویز تغییر جنسیت بر حقوق انسانی فرد تأکید دارند. آن‌ها معتقدند که «حقوق بشر ایجاب می‌کند که روح انسان نباید بدون دلیل زندانی شود و باید به عنوان یک انسان آزاد و متعادل از حقوق و وظایف مناسب برخوردار باشد. از آنجایی که افراد ترنس روح خود را در یک ظاهر فیزیکی گرفتار می‌یابند که با آن مطابقت ندارد به دلیل فقدان حرمت و فقدان قوانین بازدارنده، تشخیص تغییر جنسیت را بر اساس اصول و قواعد فوق مشروع می‌دانند اما فقط برای بیماران تحت شرایط محدود و سخت‌گیرانه تجویز شود». (روشن، ۱۳۸۶، ۱۶۳)

بعضی از پژوهشگران اعتقاد دارند که اگر فردی به بیماری جسمی یا روحی مبتلا باشد و تغییر جنسیت به عنوان راهکاری برای معالجه او تجویز شود، حتی اگر با ملازمت حرام همراه باشد، این اقدام حرام نمی‌شود. به دلیل اینکه تغییر جنسیت به منظور معالجه بیمار توصیه می‌شود و در صورتی که برای بیمار وجوب معالجه الزامی باشد، حتی با ملازمت حرام، ضرورت معالجه باعث از بین بردن حرمت این اقدام می‌شود. (کلانتری و ابراهیمی، ۱۳۹۰، ۸۷-۸۸)

### گفتار ششم: وضعیت عقد نکاح ترنس سکسوال‌ها در ایران

کارشناسان در پاسخ به این سؤال که تغییر جنسیت زن یا مرد یا هر دو چه تأثیری در عقد ازدواج دارد، دو نظریه ارائه کرده‌اند. عده‌ای معتقدند تغییر جنسیت موجب بطلان عقد ازدواج می‌شود و عده‌ای دیگر معتقدند تغییر جنسیت موجب فسخ عقد ازدواج می‌شود. در ادامه دلایل طرفداران هر دو نظریه را بیان می‌کنیم.

### بند اول: بطلان نکاح

طرفداران نظریه بطلان نکاح در حقوق ایران اعتقاد دارند که تفاوت جنسیتی باید شرط عقد نکاح و همچنین ادامه زندگی زناشویی باشد. در فرآیند ثبت ازدواج، سردفتر برای اعتبار تفاوت جنسیت، به شناسنامه طرفین مراجعه می‌کند. اگر شناسنامه نشان دهد که تفاوت جنسیت وجود دارد، او مجاز است عقد نکاح را ثبت کرده و این ازدواج در دفتر رسمی ثبت گردد. (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۴، ۴۲)؛ به عبارت دیگر، حتمیت تفاوت جنسیت به عنوان یک شرط اساسی در دوران عقد نکاح آشکار است، بنابراین با تغییر جنسیت، اعتبار عقد نکاح از بین می‌رود و عقد نکاح باطل می‌شود.

یکی از دلایلی که نظریه بطلان انفساخ را رد کرده و نظریه بطلان را پذیرفته است، این است که قوانین عمومی معاملات در زمینه نکاح قابل اعمال است تا جایی که با خصوصیات خاص آن همخوانی داشته باشد. انفساخ در ازدواج یک جنبه استثنایی دارد و با سایر قراردادها قابل مقایسه نیست؛ بنابراین، باید به موارد مشخص شده در قوانین توجه کرد. (کاتوزیان، ۱۴۰۲، ۲۰)

دلیل دیگر این است که در تمام حالاتی که قانون گذار از عبارت «انفساخ» استفاده کرده است، بدون نیاز به اقدام قانونی اضافی، خود عقد منحل می‌شود. هیچ‌گاه قانون گذار به فسخ نکاح اشاره نکرده و احکام آن را ذکر نکرده است؛ از آنجایی که نکاح عقد خاصی است و به دلیل ویژگی‌های خاص خود نمی‌توان تمام قواعد عمومی عقود را به آن اعمال کرد، بنابراین، در تغییر جنسیت اشاره به فسخ نکاح صحیح به نظر نمی‌رسد. (کریمی نیا، ۱۳۹۳، ۱۶۴).

همچنین، در صورت صدور حکم فسخ نکاح، تغییر جنسیت شامل هیچ یک از دسته‌های انفساخ که در زیر ذکر شده است، نمی‌شود. باید توضیح داد که انفساخ عقد به دو گروه اصلی تقسیم می‌شود:

الف) فسخی که مستقیماً ناشی از اراده صریح دو طرف قرارداد باشد؛ به عنوان مثال، اجاره‌نامه‌ای که با اخطار کتبی موجر پس از پایان یک سال خاتمه می‌یابد.

ب) فسخ ناشی از حکم قانون گذار؛ به عنوان مثال، قاعده تلف مبیع قبل از قبض یا انحلال قراردادهای جایز و به ویژه امانی، در صورت فوت یا حجر یکی از دو طرف. (کاتوزیان، ۱۴۰۲، ۴۱۸).

قطعاً انفساخ از دسته اول نیست؛ زیرا طرفداران نظریه انفساخ نکاح ادعا می‌کنند که تغییر جنسیت به دلیل مشخصی اتفاق می‌افتد که اراده طرفین را دربر نمی‌گیرد. همچنین، این موضوع از دسته دوم هم نیست چرا که در قوانین هیچ اشاره‌ای به انفساخ نکاح وجود ندارد.

### بند دوم: انفساخ نکاح

طرفداران بر این نظرند که نظریه بطلان معتبر به نظر نمی‌رسد؛ زیرا در صورت اعلام بطلان نکاح، حکم بطلان نشان می‌دهد که به دلیل عدم فراهم بودن یکی از شرایط یا وجود موانع، هیچ رابطه حقوقی بین طرفین شکل نمی‌گیرد و تأثیری بر واقعه ایجاد شده ندارد، همچنین عقد باطل قانوناً وجود ندارد و مانند عدم انعقاد قرارداد بین زن و مرد است. (کاتوزیان، ۱۴۰۲، ۲۷۲)، فسخ نکاح در این شرایط زمانی اتفاق می‌افتد که نکاح با تمام شرایط لازم برقرار شود و آثار صحیح ازدواج را ایجاد کند، پس از مدتی منحل می‌شود. در این زمان رابطه زن و شوهر مشروع است.

مخالفتان نظریه بطلان نکاح به دلیل تغییر جنسیت استدلال دیگری نیز بیان کرده‌اند که در زمان عقد تغییر جنسیت یکی از دو جنس با تمام خصوصیات جنسی بوده و بر این اساس جنسیت او به درستی مشخص شده است؛ و همچنین ادعا می‌کنند که تغییر جنسیت در دوران عقد برای تطبیق با جنسیت روانی انجام شده است و این موضوع باعث فسخ نکاح می‌شود هر چند در ابتدا اشتباهی در انعقاد عقد صورت نگرفته است. (باریکلو، ۱۳۸۲، ۹۸).

اگرچه در ابتدا طرفین از جنس مخالف بودند و عقد به درستی منعقد می‌شد، اما با تغییر جنسیت در دوران عقد و هم‌جنس شدن، ضرورت و امکان بقای ازدواج از بین می‌رود و در نتیجه ازدواج منفسخ می‌شود. این وضعیت مشابه سایر قراردادهای مستمر از جمله اجاره است که تغییر موضوع قرارداد در مدت آن یکی از دلایل فسخ قرارداد محسوب می‌شود. (کاتوزیان، ۱۴۰۲، ۶۵).

همچنین فقها تأثیر تغییر جنسیت بر ازدواج را در مورد بیماران روان‌دگرجنسی بطلان عقد ذکر کرده‌اند. آیت‌الله مکارم شیرازی در پاسخ به حکم نکاح در مواردی که طرفین هم‌زمان تغییر جنسیت می‌دهند، گفته‌اند: در صورت واقعی بودن تغییر، بلافاصله

نکاح فسخ می‌شود. (مکارم شیرازی ۱۳۹۸، ۲۳۶) یا اینکه از واژه «بطلان» استفاده کرده‌اند، اما از طریق بیان و استدلال آن‌ها مشخص می‌شود که منظور از بطلان عقد نکاح در واقع همان فسخ نکاح است و آن‌ها اعتقاد دارند که نکاح از زمان تغییر جنسیت باطل می‌شود. (مؤمن، ۱۳۷۶، ۱۰۹؛ خرازی، ۱۳۷۹، ۲۴۷)؛ به عبارت دیگر، اگر این گروه از فقها از «بطلان» استفاده کرده‌اند به معنای آن نیست که عقد نکاح هرگز انجام نشده است و بلکه این اظهارنظر به محدوده‌ی پس از انجام تغییر جنسیت زوج یا زن اشاره دارد.

### گفتار هفتم: وضعیت عقد نکاح ترنس سکسوال‌ها در ایالات متحده آمریکا

بعد از قانون‌گذاری برای تغییر جنسیت در کشورهایی که نظام حقوقی کامن لا دارند، بررسی تأثیر این تغییر بر حقوق افراد تراجنسیتی توسط کارشناسان و حقوقدانان اهمیت بیشتری پیدا کرده است. در این کشورها، تصمیم‌گیری‌ها در مورد حقوق افراد تراجنسیتی و تغییرات ممکن در آن‌ها از طریق قوانین یا رویه‌های قضایی انجام می‌شود. یکی از اصلی‌ترین حقوقی که به آن پاسخ داده شده، تأثیر تغییر جنسیت بر ازدواج فرد تراجنسیتی است. در برخی ایالت‌های آمریکا، دادگاه‌ها تصمیم گرفته‌اند که جنسیت افراد تأثیری در اعتبار عقد نکاح ندارد و دو نفر بدون توجه به جنسیت، مجاز به ازدواج با یکدیگر هستند. (Grenberg, 2006, 51)

از نظر حکم شرع و فقه اسلامی، ازدواج هم‌جنسان حرام و باطل است. در ارزیابی تأثیر تغییر جنسیت بر ازدواج در ایالات متحده آمریکا، فقط مواردی که ارتباطشان با ازدواج دو فرد غیرهمجنس است، مورد بررسی قرار می‌گیرند. هدف از بررسی تأثیر تغییر جنسیت در قوانین آمریکا به همین دلیل است که این مسئله به عنوان یک مسئله از احوال شخصیه تلقی می‌شود و دادگاه‌ها در برخورد با این موضوع باید بر اساس قوانین دولت متبوع اظهارنظر کنند؛ البته با شرط عدم تعارض با نظم عمومی و اخلاق حسنه‌ی ما. بدون شک، بررسی این موضوع در ایالاتی که ازدواج همجنسان را مجاز می‌دانند، بر تغییر جنسیت تأثیری نخواهد داشت و در این مقاله جایی ندارد.

با توجه به رویه قضایی که در برخی ایالت‌های آمریکا اعمال شده، فقط ازدواجی که با وجود تمایز جنسیتی بین دو طرف قابل قبول و قانونی است و جنسیت افراد در این مراسم تأثیرگذار است. در این ایالت‌ها، ازدواج همجنس‌ها ممنوع است. (Melone & Albert, 2008, 447)

در این ایالت‌ها، برای مثال، اگر زنی تبدیل به مرد شود و با یک زن ازدواج کند، ازدواج او توسط قانون ایالتی تنها در صورتی به رسمیت شناخته می‌شود که ایالت هویت جنسیتی او را به رسمیت بشناسد. برای این منظور فرد باید مراحل درمانی را طی کند و مدارک هویتی خود را تغییر دهد. با این حال، ایالت‌های تگزاس و کانزاس جراحی تغییر جنسیت، تغییر در اسناد هویتی، زندگی به عنوان یک جنسیت جدید و به طور کلی، هیچ زمینه‌ای برای قانونی کردن تغییر جنسیت را نمی‌پذیرند. این به معنای عدم پذیرش تغییر جنسیت و در نتیجه ازدواج بر اساس جنسیت جدید در این ایالات است. رویه قضایی آمریکا بیان می‌کند که تغییر جنسیت هیچ‌گاه ازدواج معتبر را باطل نمی‌کند و همه ایالت‌ها و دولت مرکزی هنوز هم این ازدواج را معتبر می‌دانند. اگر تدلیس و فریب در زمان ازدواج صورت گرفته باشد، ازدواج باطل می‌شود، اما ترنس سکسوال بودن یکی از طرفین تدلیس نمی‌باشد؛ بنابراین، تغییر جنسیت یکی از زوجین پس از عقد نکاح تأثیری بر اعتبار ازدواج ندارد. (California Transgender Family Law, 2013, section.1)

در این زمینه، تعدادی از ایالت‌ها به صراحت بر حمایت از حقوق ترنس‌ها در قوانین خود تأکید می‌کنند. به عنوان مثال، در قانونی که در ایالت کالیفرنیا تصویب شده، ذکر شده است که ازدواج فقط با مرگ یا طلاق خاتمه می‌یابد؛ بنابراین عقد پس از

تغییر جنسیت یکی از زوجین همچنان معتبر خواهد بود. (California Transgender Family Law, 2013, section.1)

#### نتیجه

در حالی که «جنس» به ویژگی‌های زیستی متمایزکننده زنان و مردان اشاره دارد، «جنسیت» به معنای واقعیت‌های روانی و اجتماعی است که توسط فرهنگ‌ها و جوامع شکل گرفته و تعریف شده‌اند. این دو مفهوم که گاهی به اشتباه به جای یکدیگر به کار برده می‌شوند، بخشی جدانشدنی از بحث‌های روزمره، حقوقی و فقهی به شمار می‌روند. با پیدایش تئوری‌های جدید روان‌شناختی و اجتماعی درباره هویت جنسی و ازدیاد دانش عمومی پیرامون این موضوعات، جوامع مختلف در مواجهه با پدیده تراجنسیتی و تعاریف مربوط به آن، با چالش‌هایی روبه‌رو شده‌اند. در بین مسائل متعدد مطرح در این زمینه، امکان و شرایط تغییر جنسیت از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است.

هنگامی که پرسش‌های مربوط به تغییر جنسیت در فضای فقهی و قضایی مطرح می‌شود، نظرات متفاوتی در میان فقها و حقوق‌دانان وجود دارد؛ اما یک نکته مشترک در بین اغلب آن‌ها این است که تغییر جنسیت زمانی مجاز دانسته می‌شود که فرد در حالت اضطرار قرار داشته باشد، یعنی زمانی که مشکلات جسمی یا روانی قابل توجه فرد را به چنین تصمیمی سوق دهد. در ایران و برخی دیگر از کشورها که پیرو فقه شیعه هستند، تغییر جنسیت با در نظر گرفتن شرایط خاصی، همچون ضرورت پزشکی و تأیید فرد توسط دادگاه، مجاز است. این کشورها تلاش کرده‌اند تا راهکارهایی را برای حل مسائل مربوط به افراد تراجنسیتی و حفظ حقوق آنان ارائه دهند.

در سطح بین‌المللی نیز، با پیشرفت‌های حاصله در حقوق بشر، مسائل مربوط به تراجنسیتی و جنسیت به طور فزاینده‌ای مورد توجه و احترام قرار گرفته است. بسیاری از نهادهای بین‌المللی و حقوق بشری، مانند سازمان ملل متحد و اتحادیه اروپا، در تلاش‌اند تا از حقوق افراد با هویت‌های جنسیتی متنوع حمایت کنند و دسترسی آن‌ها به خدمات پزشکی و حقوقی را تسهیل نمایند.

با این حال، روند تغییر جنسیت و پذیرش آن در جوامع مختلف پیچیده است. مسائل پزشکی، حقوقی، فرهنگی و حتی مذهبی می‌توانند در این فرآیند دخیل باشند. در بسیاری موارد، افراد تراجنسیتی با موانع و نابرابری‌هایی روبرو می‌شوند که نشان از فاصله‌ای دارد که هنوز برای پذیرش کامل و بی‌قید و شرط این افراد در جامعه باقی مانده است.

در کشورهای متمدن با نظام حقوقی کامن‌لا، تعیین تأثیرات تغییر جنسیت بر عقد نکاح از طریق قانون‌گذاری و یا توسط قضات صورت می‌گیرد؛ اما هر کشوری سیاست‌ها و رویه‌های متفاوتی در این زمینه دارد. به عنوان مثال، در ایالات متحده، تغییر جنسیت هیچ تأثیری بر عقد نکاح ندارد، اما در کشور ما این مسئله تاکنون مورد توجه قرار نگرفته است. اگرچه تأثیرات تغییر جنسیت بر عقد نکاح، به ویژه در حقوق معاصر، مورد توجه قرار گرفته است، اما هنوز برخی از جنبه‌های آن نادیده گرفته شده‌اند؛ به عنوان مثال، حکم قانونی در خصوص ازدواج افرادی که تغییر جنسیت داده‌اند، مورد اختلاف است و ممکن است به اختلاف نظر در دادگاه‌ها منجر شود. بعد از بررسی آراء و نظرات فقهی، به این نتیجه رسیده‌ایم که در این زمینه، بهترین راه حل تنها اجازه مشروط است؛ به این معنا که با در نظر گرفتن راهکارهای درمانی و با توجه به شواهد ارائه شده، تغییر جنسیت باید به اضطرار و با توجه به تشخیص قاضی صورت گیرد. این موضوع همچنین نیازمند نظر کارشناس است.

به نظر می‌رسد که در مجموع، چشم‌انداز تغییر جنسیت و پذیرش آن در جامعه، به شرایط اجتماعی و فرهنگی هر کشور بستگی دارد. موضوعات مرتبط با تغییر جنسیت و هویت‌های جنسیتی همچنان مباحث بحث‌برانگیز و در حال تکامل را در حوزه‌های مختلف اجتماعی، حقوقی و فقهی ایجاد می‌کنند. همچنین قانون‌گذار در این زمینه گاهی می‌تواند احکام فقهی را برای تحکیم وضعیت خانواده تفسیر کند؛ الگوبرداری از نظام متمدن کامن‌لا و قانون‌گذاری در این زمینه باعث می‌شود این افراد با شناخت حقوق خود از انزوا خارج شوند و سطح زندگی آن‌ها ارتقا یابد.

منابع

الف) کتاب‌ها

۱. خمینی، روح‌الله ۱۴۱۲، تحریر الوسیله، قم: موسسه نشر اسلامی، جلد دوم، چاپ چهارم.
۲. خویی، سید ابوالقاسم ۱۳۹۳، مصباح الفقاهه، قم: فقاقت، جلد دوم، چاپ دوم.
۳. دلیر، محسن ۱۳۸۷، تغییر جنسیت: آری یا نه؟ (درس خارج فقه آیت‌الله دوزدوستانی)، قم: آثار امین، چاپ اول.
۴. صناعی، یوسف ۱۳۹۶، استفتائات پزشکی، چاپ دوم، قم: فقه الثقلین.
۵. صفایی، حسین و قاسم‌زاده، مرتضی ۱۳۹۴، حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، تهران: سمت، چاپ بیست و یکم.
۶. کاتوزیان، ناصر ۱۴۰۲، حقوق خانواده، تهران: انتشارات مجد، چاپ یازدهم.
۷. کاتوزیان، ناصر ۱۴۰۲، قواعد عمومی قراردادها، تهران: انتشارات مجد، جلد یک، چاپ بیست و یکم.
۸. کریمی‌نیا، محمدمهدی ۱۳۸۹، تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، چاپ اول.
۹. محقق داماد، مصطفی ۱۴۰۲، قواعد فقه، تهران: انتشارات مجد، جلد چهارم، چاپ چهل و ششم.
۱۰. مدنی تبریزی، سید یوسف ۱۳۸۲، المسائل المستحدثه، قم: دفتر آیت‌الله مدنی، جلد یک، چاپ هشتم.
۱۱. مشکینی، علی ۱۳۹۳، مصطلحات الفقه، قم: موسسه فرهنگی دارالحدیث، چاپ سوم.
۱۲. مکارم شیرازی، ناصر ۱۳۹۸، استفتائات جدید، به کوشش ابوالقاسم علیان نژادی، قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین (ع)، جلد دوم، چاپ نهم.
۱۳. منتظری، حسینعلی ۱۳۸۵، رساله استفتائات، تهران: نشر سایه، جلد دوم، چاپ دوم.
۱۴. منتظری، حسینعلی ۱۳۷۶، دراسات فی المکاسب المحرمه، تهران: دفتر آیت‌الله حسینعلی منتظری، جلد دوم، چاپ اول.
۱۵. مؤمن، شیخ محمد ۱۳۷۶، کلمات سدید، قم: موسسه نشر اسلامی، چاپ اول.

ب) مقاله‌ها

۱. اصغری آقمشهدی، فخرالدین و عبدی، یاسر ۱۳۹۰، (وضعیت فقهی و حقوقی تغییر جنسیت)، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، سال اول، شماره دوم، صفحات (۱۷-۱).
۲. اصغری آقمشهدی، فخرالدین؛ عبدی، یاسر ۱۳۹۴، (شرایط و شناسایی تغییر جنسیت (مطالعه تطبیقی))، پژوهشنامه‌ی حقوق تطبیقی، سال اول، شماره ۱، صفحات (۳۵-۴۷).

۳. اوحدی، بهنام؛ محمدی، محمدرضا؛ رحیمیان، الهام؛ رئیسی، فیروزه؛ ۱۳۸۶، (ویژگی‌های تصویربرداری مغز افراد دچار اختلال هویت جنسی در مقایسه به افراد سالم)، تازه‌های علوم شناختی، سال نهم، شماره ۳۵، صفحات (۲۰-۲۵)
۴. باریکلو، علیرضا؛ ۱۳۸۲، (وضعیت تغییر جنسیت)، حقوق خصوصی (دانشگاه تهران)، دوره ۱، ش ۵، صفحات (۶۳-۸۶)
۵. خرازی، حسین ۱۳۷۹، (تغییر جنسیت)، مجله اهل‌بیت، سال ششم، شماره ۲۳، صفحات (۱۰۴-۱۴۷)
۶. رحمانی، سید محمد ۱۳۷۴، (معرفی تفصیلی کلمات سدیده)، مجله فقه اهل بیت، شماره ۳، صفحات (۲۷۵-۳۰۲)
۷. رضایی، امید؛ صابری، سید مهدی؛ شاهمرادی، حسین؛ ملک خسروی، غفار؛ ۱۳۸۶، (کارکرد خانواده در بیماران دچار اختلال هویت جنسی)، مجله توان‌بخشی، دوره هشتم، شماره ۲۶، صفحات (۵۸-۶۳)
۸. روشن، محمد ۱۳۸۸، بررسی فقهی حقوقی تغییر جنسیت، فصلنامه حقوق پزشکی، سال اول، شماره دوم.
۹. عباس زاده، رقیه؛ اسدی، ابوالقاسم؛ گنجی، محمدحسین؛ ۱۳۹۲؛ (آثار تغییر جنسیت در جرائم و مجازات‌ها)، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهل و ششم، شماره ۲، صفحات (۳۲۰-۲۹۹)
۱۰. کریمی نیا، محمدمهدی ۱۳۹۶، (بررسی مستندات قرآنی حکم تغییر جنسیت و آثار فقهی آن)، مجله قرآن فقه و حقوق اسلامی، شماره ۶، صفحات (۱۴۶-۱۰۹)
۱۱. کریمی نیا، محمدمهدی ۱۳۹۳، (تغییر جنسیت و مسائل فراروی آن)، مجله فقه و اجتهاد، دوره دوم، ش ۱، صفحات (۱۷۸-۱۵۱).
۱۲. کریمی نیا، محمدمهدی ۱۳۸۹، (تأثیر تغییر جنسیت بر ابقای نکاح)، فصلنامه فقه پزشکی، سال دوم، ش ۵، صفحات (۱۴۹-۱۲۱)
۱۳. کلانتری، کیومرث و ابراهیمی، نصیبه ۱۳۹۰، (تغییر جنسیت و بررسی فقهی آن)، فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۴، صفحات (۷۷-۹۲)
۱۴. موسوی بجنوردی، سید محمد ۱۳۸۶، (بررسی فقهی حقوقی در خصوص تغییر جنسیت با رویکردی بر نظر امام خمینی)، پژوهشنامه متین، شماره ۳۶، صفحات (۲۱-۳۶)
۱۵. مؤمن قمی، محمد ۱۳۷۵، (سخنی درباره تغییر جنسیت)، فقه اهل بیت، سال دوم، صفحات (۹۱-۱۱۴)
۱۶. میرخانی، عزت السادات؛ محمدتقی زاده، مهدیه ۱۳۹۱، (مبانی فقهی و حقوقی جواز تغییر جنسیت)، فصلنامه فقه پزشکی، سال سوم و چهارم، شماره ۹ و ۱۰، صفحات (۱۰۰-۶۵).
۱۷. نوجوان، داود ۱۳۸۸، (مبانی فقهی حقوقی تغییر جنسیت)، فصلنامه حقوق پزشکی، سال سوم، شماره نهم، صفحات (۱۴۹-۱۸۹)
۱۸. هاشمی، سید حسین ۱۳۹۰، (علامه فضل‌الله و تغییر جنسیت از منظر قرآن)، پژوهش‌های قرآنی، سال هفدهم، شماره ۶۵ و ۶۶، صفحات (۱۴۰-۱۱۷)
۱۹. یزدان پناه، لیلیا؛ صمدیان، فاطمه ۱۳۹۰؛ (بررسی اختلال هویت جنسیتی (دگر جنس خواهی) با تأکید بر نقش خانواده: مطالعه تطبیقی مراجعه‌کنندگان به سازمان بهزیستی استان کرمان)، مطالعات اجتماعی ایران، سال پنجم، شماره ۱، صفحات (۲۰۸-۱۷۶).

ب) عربی

۱. کنعان، احمد محمد ۱۴۲۰، الموسوعه الطبيه الفقهيہ، بی چا، بیروت: دار النفائس.

ج) منابع خارجی

1. Albert P. Melone, Allan Karnes (2008), the American Legal System: Perspectives, Politics, Processes, and Policies, Second Edition. Rowman & Littlefield Publishers.
2. Julie, Grenberg (2006), the Roads Less Travelled: The Problem with Binary Sex Categorization, In Currah, Paisley; Juang, Richard; Minter, Minter. Transgender Rights Minneapolis: Minnesota University Press.
3. Michel, Perrot; (2004) article «Histoire» in Dictionnaire critique du féminisme, puf.
4. Wallbank, Rachael (2004), "Contemporary Human Rights Issues for People with Transsexualim", available at: <http://www.wallbanks.com> (1971), Transsexuals in Limbo: The Search for a Legal Definition of Sex", Maryland Law Review, vol.31, Issue.1

ه) قوانین خارجی

1. California Transgender Family Law 101:2013