

بررسی تقابل تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق

تورج کوهستانی^۱مجید خزاعی (نویسنده مسئول)^۲میثم تارم^۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۳/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۵/۲۵

چکیده

با پیشرفت علم و تکنولوژی هر روز باعث پیدایش پدیده های جدیدی می گردد این موضوعات جدید به تبع خود مسایل جدید حقوقی را که در گذشته سایقه و زمینه ی وقوع آن وجود نداشته است را به دنبال دارد. یکی از این موضوعات تغییر جنسیت می باشد که با فقدان نهی در قران کریم و روایات و همچنین سکوت قانون گذار مواجه می باشد ولی از بارزترین خصوصیات فقه امامیه، توانمندی و استعداد حضور در تمامی عرصه های علمی و مسائل جدید و مستحدثه می باشد که فقهای معاصر با توجه به دو اصل پویایی و اعتقاد قطعی بر متون و منابع دینی، چراغ فقاقت را در جهت تولید و گسترش علم فقه روشن نگه داشته اند به همین دلیل بر اساس منابع معتبر اسلامی و اصول حاکم بر حقوق موضوعه ایران سعی بر آن شده است که در مقاله حاضر مبانی فقهی مشروعیت تغییر جنسیت پرداخته شود و همچنین آثار مشروعیت تغییر جنسیت را بر نظم حقوقی موضوعه کنونی ایران مورد تحلیل و بررسی قرار دهیم.

کلید واژگان: تغییر جنسیت، مشروعیت مشروط، فقه امامیه، حقوق.

^۱ دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد جیرفت، دانشگاه آزاد اسلامی، جیرفت ایران^۲ استادیار- عضو هیئت علمی، واحد جیرفت دانشگاه آزاد اسلامی، جیرفت، ایران^۳ استادیار- عضو هیئت علمی، واحد جیرفت، دانشگاه آزاد اسلامی، جیرفت، ایران

با پیشرفت علم و تکنولوژی یکی از مباحث نو پیدای فقهی و حقوقی مسأله ی تغییر جنسیت می باشد که امروزه به مدد جراحی های مدرن و پیشرفته نه تنها از دید پزشکی بلکه به لحاظ مباحث فقهی و حقوقی نیز حائز اهمیت می باشد که در نتیجه آن، جنسیت فرد از مرد به زن و یا برعکس تغییر می یابد و به همین دلیل این امر از موضوعاتی می باشد که امروزه اندیشمندان حوزه فقه و حقوق را به تأمل واداشته و آن را به بررسی ابعاد مختلف و چالش های موجود در این قضیه هدایت می نماید.

اگرچه از دیدگاه منابع فقهی تغییر جنسیت تصرف در مخلوق می باشد نه در خلقت و چنین عملی اشکال شرعی ندارد، با این حال در مورد آثار و پیامدهای حقوقی تغییر جنسیت به خصوص در زمینه خانواده چندان تحقیق نشده است و با وجود اینکه عده در خور توجهی در ایران دچار اختلال جنسیتی هستند متأسفانه قانون خاصی در این زمینه به تصویب نرسیده است به همین دلیل در مقاله حاضر سعی شده است که ضمن تعریف و علل مشروعیت تغییر جنسیت و تأثیری را که پس از تغییر جنسیت بر روابط فردی و اجتماعی شخص سایه می افکند بررسی نماید.

تغییر جنسیت

مقصود از تغییر جنسیت آن است که هویت و جنسیت مرد به کلی تغییر کند مثل این که مرد دارویی بخورد تا جنس و هویت او تغییر نماید، که چنین چیزی مجرد فرض می باشد و وقوع خارجی ندارد مگر معجزه ای رخ دهد.

فرضاً اگر وقوع چنین چیزی در خارج امکان پذیر باشد، بدون اشکال جایز می باشد زیرا عنوانی به عنوان دیگر تبدیل می شود. بدون اینکه مقدمات حرام مانند عنوان حاضر و مسافر داشته باشد و مقتضای اصل حلیت و اصل برائت جواز می باشد، علاوه بر وجود قاعده ی «الناس مسلطون علی اموالهم وانفسهم» البته بنابراین که این قاعده، یک قاعده ی عقلایی باشد.

بنابراین شایان ذکر است که در مورد تغییر جنسیت دو بحث یکی اینکه آیا چنین عملی از نظر قانون و شرع مجاز است دیگر اینکه با فرض مجاز بودن عمل مزبور، چنانچه فردی تغییر جنسیت بدهد چه آثار حقوقی را به بار می آورد باید مورد بررسی قرار گیرند.

دلایل ممنوعیت مطلق تغییر جنسیت

مجاز بودن در (تغییر جنسیت) مستلزم مجاز بودن برداشت و از بین بردن اعضایی است که از بدن شخص موضوع تغییر جنسیت برداشته تا اعضای مصنوعی جنس مخالف در جای آن گذاشته شود، در حالی که از بین بردن عضوی از بدن خود یا دیگری ممنوع و حرام می باشد و در نتیجه «تغییر جنسیت» عملی نامشروع است (مدنی تبریزی، بی تا، المسائل المستحدثه، ج ۱، ص ۴۹)

به همین دلیل از جمله دلایل ممنوعیت مطلق تغییر جنسیت عبارتند از: حرمت از بین بردن اعضاء بدن، غیرمجاز بودن تغییر در خلقت الهی، مخالفت با مصالح عمومی، رواج همجنس بازی و تأنت.

حرمت از بین بردن اعضاء بدن

به طور مطلق از بین بردن اعضاء بدن جزء اعمال حرام و ممنوع به شمار می رود. به عبارت دیگر هیچ کس نباید به عضوی از اعضاء بدن خود یا دیگری صدمه ای وارد نماید یا اینکه آن را از بین ببرد. به همین دلیل مجاز دانستن تغییر جنسیت مستلزم مجاز بودن برداشتن و یا از بین بردن عضوی از بدن می باشد، در حالی که از بین بردن اعضاء بدن حرام محسوب

می گردد. بنابراین تغییر جنسیت عملی نامشروع و حرام می باشد (همان) این گروه به موجب قاعده «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» استناد نموده اند مبنی بر اینکه ایجاد نقص و ضرر حتی بر بدن خود حرام می باشد (خرازی، محسن، ۱۳۷۹، تغییر جنسیت، ش ۲۳، ص ۱۰۴)

در حالی که دلیل فوق منطقی و قابل قبول نمی باشد زیرا مقصود از قاعده لاضرر عدم تشریح حکم ضرر می باشد. به این معنی که شارع، حکمی را که باعث ضرر مکلفان گردد را اصولاً تشریح ننموده و هرگونه حکم ضرری را در اسلام نفی نموده است. (انصاری، ۱۳۷۴، فوائدالاصول(وسائل) همراه با حاشیه آقا رحمت الله، ص ۵۲۴) به همین دلیل، مبنای قاعده ی لاضرر شیء نمی باشد بلکه نفی هرگونه حکم ضرری است.

از سوی دیگر تغییر جنسیت را در صورتی می توان به طور مطلق ممنوع دانست که ضرورت ایجاب ننماید. اگر در نتیجه ی بیماری شخصی مجبور شود که عضوی از اعضاء بدن خود را بردارد، قاعده ی مجاز بودن امور ممنوعه در موارد اضطرار باعث می شود که برداشتن یا از بین بردن عضوی از بدن مشروع شود (خرازی، محسن، ۱۳۷۹، تغییر جنسیت، ش ۲۳، ص ۱۰۴).

غیرمجاز بودن تغییر در آفرینش الهی

دستگاه آفرینش برای رسیدن به اهدافی چون آرامش و امنیت روحی- روانی و نیز تکثیر و تداوم نسل انسانی، مکانسیم زوج آفرینی آدمیان را برگزید و وظایف و کار ویژه ای را برای هریک از دو زوج در نظر گرفته است. لاجرم برای آنکه هریک از دو زوج انسانی بتوانند کارهای ویژه خود را به ثمر برسانند. متناسب با ویژگی های هرجنس کارهایی در دو عرصه ساختار اندامی، روحی- روانی، و ذهنی، صفات، خصوصیات و شاخصه های متفاوت هر جنس با دیگری در نظر گرفته شده است که در غریزه و سرشت هریک از دو گروه زنان و مردان، به ودیعه نهاده شده است. از جمله اینکه در غریزه مرد نیاز و طلب، و در غریزه زن ناز و جلوه قرار داده است و ضعف جسمانی زن را در مقابل نیروی جسمانی مرد، با این وسیله جبران نموده است (مطهری، ۱۳۶۹، نظام حقوق زن در اسلام، صص ۴۹-۴۷) و همیشه این وظیفه به جنس نر (مذکر) داده شده است که خود را دلباخته و نیازمند به جنس ماده (مؤنث) نشان دهد. و وظیفه ای که برعهده ی جنس ماده (مؤنث) قرار داده شده این است که با پرداختن به زیبایی و لطف و با خوداری و استغنائی ظریفانه، دل جنس خشن را هرچه بیشتر شکار نماید و او را از مجرای حساس قلب خودش و به اراده و اختیار خودش در خدمت خود قرار دهد. (همان) به همین دلیل در نظام هستی، به طور هم زمان هریک از زنان و مردان دو تمایل و خواسته را در نهاد خویش دارا می باشند. یکی اینکه هریک از زنان و مردان به تنهایی خود را ناقص و نیازمند به دیگری می بینند و به همین دلیل بر پایه نظام و قانون مندی اشتیاق ناقص، به کمال، مشتاق و مایل به پیوستن به جنس مخالف می باشند و از سوی دیگر همان نقش و کارکردی را ایفا می نمایند که نظام خلقت و طبیعت برعهده ی او گذاشته است. و حاصل این دو جذب و کشش آن است که تمایل به پیوستن به جنس دیگر را هریک از نان و مردان با رغبت و علاقه مندی به حفظ هویت و جنسیت مخصوص خود جستجو می کنند. اما معمولاً در بعضی موارد چنین اتفاق می افتد که فردی بدون آنکه از تمایل پیوستن به دیگری اعراض نماید، خواهان تغییر نقش و دگرسی کار و ویژگی هایی است که طبیعت و نظام خلقت برعهده ی او نهاده است به طوری که نتیجه ی این تمایل، اقدام به تغییر جنسیت می باشد. به این ترتیب در کامل ترین مصداق تغییر جنسیت به این معنا می باشد که فردی از جنس مرد و یا زن با شاخصه های فیزیولوژیکی و روحی مردانه و یا زنانه تصمیم می گیرد شاخصه های فیزیولوژیکی و عضوی خود را که تعیین کننده جنسیت و از اصلی ترین نشانه های قرار گرفتن شخص در یکی از دو گروه مردان و زنان به شمار می رود را به جنس مخالف تغییر بدهد. (همان)

به همین دلیل از جمله علل غیرمجاز بودن تغییر در خلقت الهی این است که عمدتاً فقهای اهل سنت و مسیحی اعتقاد دارند که خداوند انسان را مذکر و مؤنث خلق نموده است و هیچ قدرتی نمی تواند مذکری را به مؤنث یا بالعکس مؤنثی را به مذکر تغییر دهد و تغییر جنسیت را دخالت در کار خلقت خدا می دانند به عبارتی، تغییر مذکر به مؤنث یا بالعکس مؤنث به مذکر را امری غیر مقدور و ناشدنی می باشد و چون موضوع تغییر ناپذیر می باشد، حکم آن نیز ثابت و غیرقابل تغییر است (باریکلو، ۱۳۸۲، وضعیت تغییر جنسیت، ش ۵، ص ۷۰)

مخالفت با مصالح عمومی

دلیلی که حقوق دانان بیشتر طرفدار آنند تا فقهای، مخالفت تغییر جنسیت با مصالح عمومی می باشد. چراکه وضع مدنی اشخاص را در جامعه قواعدی تعیین می نمایند که تنها به خاطر حفظ منافع او وضع نگردیده است، بلکه مهمترین هدف این گونه قواعد، تأمین مصالح عمومی می باشد. به همین دلیل می باشد که برخلاف آن اشخاص نمی توانند با یکدیگر توافق نمایند به طوری که حتی به وسیله قرارداد نیز نمی توان تابعیت یا جنسیت کسی را تغییر داد (کاتوزیان، ۱۳۷۳، حقوق مدنی، قواعد عمومی انتقادی قراردادها، ج ۱، ص ۱۷۵)

انتقادی که به دلیل فوق وارد می باشد این است که دلیل ذکر شده در صورتی بر عدم مشروعیت مطلق تغییر جنسیت دلالت می نماید که تغییر جنسیت در علم پزشکی مشروط به هیچ گونه قید و شرطی نباشد و هر کس که به تغییر جنسیت خود میل داشته باشد بتواند موضوع عمل تغییر جنسیت قرار گیرد. اما اگر تغییر جنسیت مشروط به شرایطی باشد، چنان که در بسیاری از کشورها مانند آلمان، بلژیک، ژاپن و ترکیه شرایط و مقررات خاصی در این مورد تصویب گردیده است مغایرتی با مصالح جامعه نخواهد داشت بنابراین در مواردی که طبق نظر پزشک و برای درمان بیماری تغییر جنسیت انجام شود، دلیل ذکر شده نمی تواند دلالت بر ممنوعیت آن به طور مطلق نماید (جوان، ۱۳۸۸، مبانی فقهی حقوقی تغییر جنسیت، ش ۹، ص ۱۶۲)

رواج هم جنس بازی در جامعه:

همجنس گرایی یکی از گرایش های جنسی می باشد که ویژگی های آن تمایل زیبایی شناختی، عشق رمانتیک، کشش عاطفی و تمایل جنسی فردی می باشد که تنها متوجه جنس هم گون با خود او می باشد. هم جنس گرایی همراه با دو گرایش دگرجنس گرایی و دو جنس گرایی، سه گرایش اصلی جنسی را متشکل می شود. به فردی که هم به جنس دیگر و هم به افراد همجنس با خود تمایل دارد، دو جنس گرا می گویند رفتار همجنس گرایانه به برقراری رابطه ی فرد با همجنس خود اطلاق می گردد. افرادی همجنس گرا می گویند که به همجنس خود گرایش جنسی و غالباً احساسات عاطفی دارد. برای توصیف سبک زندگی همجنس گرایانه، از اصطلاح «همجنس خواه» استفاده گردیده است، چراکه بر این باور می باشد که این اصطلاح نسبت به اصطلاح همجنس گرا، بار منفی کمتری دارد. افراد زن و مردی که قصد دارند جهت گیری جنسی همجنس گرایانه خود را به صورت علنی ابراز نمایند، معمولاً از اصطلاح همجنس خواه استفاده می نمایند (اورین جی، باربارا آر، ۲۰۰۵، روان شناسی مرضی مشکل رفتار غیر انطباقی، ترجمه نجاریان و همکاران (۱۳۹۰)، ص ۳۵۳)

در اصطلاح فقهی که هم جنس گرایی را معادل لواط و مساحقه (مطهری، مجموعه آثار، ج ۱۹، ص ۴۵۵-۳۳۶) یا «تذکر» و «تأنت» (جمعی از پژوهشگران زیر نظر محمود هاشمی، ۱۴۲۶، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، ج ۲، ص ۴۰۲ و ۴۲۵) دانسته اند. بر همین اساس تذکر عبارت است از: «همسان شدن زن با مرد در رفتار جنسی، مقابل تأنت، تذکر آن می باشد که زنی میل داشته باشد. زن همچون مرد از دیگر زنان بهره جنسی ببرد و با آنان رفتار جنسی از نوع رفتار جنسی مرد با زن داشته باشد و تأنت یا تخنث به قرینه مقابله در واقع همسان شدن مرد با زن در رفتار جنسی می باشد.

بنابراین تأنت یعنی این که مردی بهره جنسی ببرد و با آنان رفتار جنسی از نوع رفتار جنسی زن با مرد را داشته باشد (موسوی خوئی، ۱۴۱۳، مصباح الفقهاه، ج ۱، ص ۲۰۸)

از آن جا که قانون گذار کیفری، در حقوق کیفری ایران، تنفیذ، لواط، ملامسه و تقبیل را از جمله مصادیق همجنس گرایی دانسته، نهاد مزبور به معنای گرایش و رفتار جنسی می باشد و مجرد جاذبه عاطفی، همجنس گرایی به شمار نمی رود. بنابراین، ادعای همسان سازی قانون همجنس گرایی با همجنس بازی گزاف نمی باشد.

به همین دلیل برخی مؤلفین یکی از دلایل مجاز نبودن تغییر جنسیت را رواج همجنس بازی در جامعه می دانند چراکه در جامعه ی بشری زشت ترین عمل و جرم می باشد و در اسلام حرمت آن از ضروریات به حساب می آید. زیرا تغییر جنسیت برای امر معقولی مثل باروری و زاد و ولد انجام نمی گیرد بلکه برای ارضای شهوت و لذت پرستی صورت می گیرد.

نقش زمان و مکان در تقابل و تأثیر آن در فقه

مراد از زمان و مکان در این مبحث، مفهوم لغوی آن و همین طور معنای فلسفی آن که به شدت در تحقق آن میان فلاسفه اختلاف نظر و نزاع وجود دارد نیست، بلکه شرایط و خصوصیات و ارتباطات جدیدی است که در اثر مرور زمان و تغییر مکان ها بر افراد و جامعه حاکم می گردد است همچنین برداشت های مختلفی که فقها در اثر ارتباط با علوم جدید بشری از ادله و منابع فقهی در می یابد می باشد.

آن چه بیان کننده ی این موضوع است این می باشد که تغییر شرایط موجود در یک جامعه یا یک مجموعه کوچک و به وجود آمدن خصوصیات و ویژگی های جدید در اثر ارتباط افراد با یکدیگر و اختلاف برداشت ها و فهم جدید مستند به مبانی فقهی، اقتضا می کند، بلکه سبب می گردد که حکم جدید و فتوای نوینی را صادر کند. در این امر چون غالباً با مرور زمان و تغییر مکان ها و شرایط مختلف جغرافیایی محقق می گردد، از آن به تأثیر زمان و مکان در اجتهاد تعبیر می گردد والا ممکن است در زمانی واحد، یک شیء در اثر ارتباطات مختلف و تغییر شرایط و به وجود آمدن عنوان های جدید، دارای حکمی گردد و در همان زمان با قطع نظر از خصوصیات و شرایط، حکم دیگری برای آن صادر گردد. به همین دلیل عناوین زمان و مکان به خودی خود نقش و تأثیری در این بحث ندارند و چیزی که در این بحث دخالت دارد:

اول اینکه تغییر شرایط و به وجود آمدن خصوصیات و ویژگی های جدید که عنوان های جدیدی را با خود به دنبال دارد و طبیعتاً حکم جدیدی نیز به دنبال خواهد داشت این تغییرات به یکی از دو عنوان زیر بستگی دارند:

نخست اینکه تغییر خود موضوع یا یکی از قیود آن به نحوی که صلاحیت تبدیل حکم را داشته باشد: نظیر این که در زمان های گذشته شطرنج به عنوان یک وسیله و آلت قمار مورد استفاده قرار می گرفت، اما امروزه اگر به عنوان یک ورزش فکری مورد استفاده قرار گیرد و مسأله ی راهنما در کار نباشد، این ورزش از حکم تحریم خارج می شود.

دوم اینکه امروزه با پدید آمدن نیازها و ضرورت های جدیدی که در زمان های گذشته به عنوان یک نیاز و ضرورت اجتماعی مطرح نبوده اند، اما امروزه یا در آینده به عنوان یک امر ضروری مورد نیاز جامعه بشری است؛ از قبیل نیازهای جدید علم پزشکی مانند علم تشریح مرده و پیوند اعضای او به زنده و همین طور ضرورت های اقتصادی نظیر بیمه و بانک و بانکداری.

سوماً: با قطع نظر از تغییر و تبدل در موضوعات و با قطع نظر از نیازها و ضرورت های جدید، در اثر گذشت زمان ممکن است فقیه به دلیل وسعت اطلاعات علمی و ارتباط با علوم جدید بشری، برداشت های جدیدی از ادله و منابع فقهی، مبتنی بر مبانی اساسی اجتماع بیابد؛ مثل ادله ای که اذن معصوم یا نایب خاص آن را در جهاد معتبر می داند، در می یابند که جهاد ابتدایی بدون اذن هیچ مشروعیتی ندارد. در حالی که امروزه برخی از فقها معتقدند باید دید ملاک این شرط چیست؟ طبیعتاً

مقصود از شرطیت چنین شرطی آن است که جهاد ابتدائی، مانند نماز و روزه نمی باشد، بلکه به امام و قائیدی نیاز دارد که جوانب آن را دقیقاً مورد بررسی قرار دهد و جهاد طبق نظر و صلاح دید او محقق گردد.

تغییر جنسیت و مشروعیت مطلق آن

در بین فقهای متأخر بر خلاف بسیاری از فقها که عمدتاً یا این عمل را ممنوع نموده اند و یا مشروط به هر شرایطی کرده اند. امام خمینی (ره) در نهایت صراحت و بدون هیچ گونه قیدی قائل به عدم حرمت تغییر جنسیت می باشد. ایشان بیان فرموده است که: «ظاهر آن است که تغییر جنس مرد به زن به سبب عمل و برعکس آن حرام نیست» (موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۲۶) با اطلاق این فرمایش حضرت امام (ره) می توان مشروعیت مطلق تغییر جنسیت را استنباط نمود. از جمله دلایلی که برای مشروعیت تغییر جنسیت بیان کرده اند عبارتند از این که اساساً بر حرمت تغییر جنسیت دلیلی موجود نیست، برخی از فقها در این زمینه فرموده اند که: «ظاهر آن است که فی نفسه، دلیلی بر حرمت تغییر جنسیت وجود ندارد» (خرازی، تغییرالجنسیه، ش ۱۳، سال ۴، ص ۲۴۱).

بنابراین با توجه به اینکه دلیلی در لسان شارع و حرمت و یا عمد حرمت تغییر جنسیت موجود نیست، که بر مبنای آن تغییر جنسیت به طور مطلق مجاز و مشروع می باشد که عمده دلایل این گروه شامل: اصل اباحه و قاعده تسلیط می باشد.

اصل اباحه

اباحه از ریشه بوح و بُوح به معنی اجازه دادن (فراهدی، ۱۴۰۵، العین، ذیل اباحه، ص ۹۸۵) و در شریعت اسلام از احکام پنج گانه می باشد و در مورد فعلی می گویند که برایتان و ترک آن پاداش کیفری بار نباشد. (ازهری، ۱۹۶۶، تهذیب اللغه، ذیل اباحه) اباحه در معانی مخیر ساختن مکلف بین انجام دادن کاری و ترک آن، صحت و مشروعیت چیزی، حکم عقل به عدم قبح کاری معذور بودن در انجام دادن آن و مأذون بودن و استحقاق تصرف داشتن به کار می رود.

بنابراین مطابق اصل اباحه هرکاری خلال می باشد مگر آنکه دلیل صریحی بر حرمت آن موجود باشد (حرعاملی، ۱۴۱۲، وسائل الشیعه، ص ۶۰) به عنوان مثال اعمالی مانند لواط و زنا حرام محسوب می گردد. چرا که دلیل حرمت این افعال نص صریح قرآن کریم در مورد آنها می باشد چنانکه در سوره‌ی شعرا آیات ۱۶۵ تا ۱۶۶ خداوند در این مورد فرموده است: «أَتَأْتُونَ الذُّكْرَانَ مِنَ الْعَالَمِينَ * وَتَدْرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ عَادُونَ» آیا از میان مردم جهان، شما به سراغ مردها می روید؟ و (زنان) همسرانتان را که پروردگارتان برای شما آفریده رها می کنید؟ و یا در آیه ۳۲ سوره اسراء می فرماید: «وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا» و هرگز به عمل زنا نزدیک نشوید، که کاری بسیار زشت و راهی بسیار ناپسند است. اما چون نص صریحی بر حرمت تغییر جنسیت وجود ندارد بنابر اصل اباحه چنین عملی مشروع می باشد (موسوی خمینی، ۱۳۶۶، تحریر الوسیله، ص ۶۲۶).

لذا طبق نظر مشهور فقیهان و حقوقدانان اگر در عملی منع و تحریم ثابت نگردد، اصل اولیه جواز مشروعیت آن می باشد و به تغییر دیگر با استناد به اصل اباحه یا قاعده صحت می توان، تغییر جنسیت را مجاز دانست (ادیانی، ۱۳۷۹، حقوق خانواده، ص ۳۶) زیرا بر اساس اصل قاعده صحت اگر شخصی مرتکب فعلی گردد و حرمت یا حلیت آن فعل مشکوک باشد بنابر جواز و حلیت تکلیفی آن فعل گذاشته شود. طبق این قاعده بنا را بر صحت می گذارند (موسوی بجنوردی، محمد، ۱۳۷۹، قواعد فقهیه، ج ۱، ص ۴۵).

از سوی دیگر مقتضای اصل عملی مشروعیت می باشد و از ناحیه ادله احکامی که بر موضوعات به عنوان مرد و زن بار گردیده یا این که جنس مرد باید بر جنسیت خود باقی بماند یا نه هیچ تعارضی با اصل عملی ندارند بنابراین تغییر جنسیت امری مجاز می باشد. این دلیل قابل انتقاد می باشد چرا که هر چند از طرف شارع و قانونگذار دلیل خاصی مبنی بر عدم

جواز و ممنوعیت تغییر جنسیت موجود نیست. اما چون تغییر جنسیت یک عمل می باشد که توسط پزشکان متخصص انجام می گیرد، باید دید که آیا انجام هر عملی مجاز می باشد یا مشروط.

در قانون و فقه ملاحظه می گردد که صاحب نظران در باب اجازه اشخاص و نیز شرط فعل که از اعمال حقوقی بارز و مشهود و موضوع آن انجام فعل می باشد، تاکید شده است که عمل مورد اجاره یا مشروط باید دارای منفعت عقلایی مشروع و قابل اعتنا باشند (انصاری، ۱۴۱۰، مکاسب، ج ۳، ص ۵).

قاعده تسلیط

از دلایل دیگری که می شود مشروعیت مطلق تغییر جنسیت را از آن استنباط نمود قاعده «الناس مسلطون علی انفسهم» می باشد (خرازی، ۱۳۷۹، تغییر جنسیت، ص ۱۰۴) اگر چه این قاعده در سیاق قاعده سلطه‌ی مردم بر اموالشان می باشد اما برخی برای صحت فروش اعضای بدن نیز به آن استناد می نمایند (مومن، ۱۴۱۵، کلمات سدیدیه فی مسائل جدیدیه، ص ۱۶۳).

به همین دلیل همان طور که مردم حق، تصرف در اموال خود را دارند، می توانند هر نوع تصرفی را که بخواهند، در بدن خود انجام دهند چرا که بر اساس قاعده تسلیط، انسان می تواند در حدود قاعده عقلایی در مال یا جان خویش تصرف نماید. موافقان این نظریه به نظر آیت الله خرازی که خود از مخالفان عمل تغییر جنسیت به شکل امروزی می باشد، استناد نموده اند که «این قاعده، یک قاعده عقلایی می باشد، دقت نمایند» (خرازی، ۱۳۷۹، تغییر جنسیت، ص ۱۰۴) در نتیجه بر اساس این قاعده تغییر جنسیت امری مجاز می باشد. قاعده مزبور گرچه عیناً در روایت وارد نگردیده است اما آن را از روایات وارد شده در باب نکاح باکره ی رشیده می توان استنباط نمود. مثلاً در صحیحی ی فضیل بن یسار و محمد بن مسلم و زراره و برید بن معاویه از امام محمد باقر (ع) روایت شده است: «الْمَرْأَةُ الَّتِي قَدْ مَلَكَتْ نَفْسَهَا غَيْرَ السَّفِيهِهِ وَ لَا الْمَوْلَى عَلَيْهَا، تَزْوِجُهَا بِغَيْرِ وَلِيٍّ جَائِزٌ؛ زنی که مالک خودش است، غیر سفیه بوده و کسی ولایت او را به دست ندارد، چنین زنی اگر بدون اذن ولی ازدواج کند جایز است» (حرعاملی، ۱۴۱۲، وسائل الشیعه، ص ۲۰۳).

در حجیت این قاعده نمی توان مناقشه کرد اما از جهت مفهوم قاعده و تطبیق آن بر مورد می توان بحث نمود زیرا مفهوم قاعده این نمی باشد که انسان همان طور که بر اموال خود حاکم گردد، بر خورد نیز ولایت و حاکمیت دارد، بلکه آنچه در باب روایت نکاح باکره رشیده وارد شده است این می باشد که زنی بتواند امور خود را اداره نماید و نیز مصلحت و غبطه خود را تامین کند، بدون اذن ولی خود می تواند ازدواج نماید (باریکلو، ۱۳۸۲، وضعیت تغییر جنسیت، ش ۵، ص ۷۳) همان گونه که بعضی از صاحب نظران نیز قاعده را این گونه تفسیر نموده اند (انصاری، ۱۴۱۵، نکاح، ص ۱۱۷). نهایتاً از لحاظ مفهومی این قاعده دلالت بر سلطه انسان نسبت به خود را دارا نمی باشد. بر فرض اینکه این قاعده دلالت بر سلطه‌ی انسان نسبت خود را داشته باشد باز به استناد این قاعده نمی توان تغییر جنسیت را به طور مطلق مشروع دانست بلکه باید تصرفی کند که از دیدگاه عقلا متعارف و معقول باشد (توحیدی، بی تا، مصباح الفقاهه (تقریرات سید ابوالقاسم موسوی خویی)، ج ۲، ص ۱۰۲) با این وجود فقط تصرفاتی در بدن جایز می باشد که عقلایی و مشروع باشند. بنابراین تغییر جنسیت در اشخاصی که تمایلات جنسی روانی آنها مطابق با علایم ظاهری می باشد از دیدگاه عقلا تصرفی نامعقول و نامتعارف می باشد.

قاعده اضطرار

اضطرار مصدر باب افتعال و از ماده ی ضر به فتح یا ضم اول می باشد ضر با فتح اول متضاد نفع می باشد و معنای آن زیان دیدگی می باشد و با ضم اول به معنای فقر، فاقه، تنگدستی، سختی و سوء حال می باشد، اعم از اینکه باطنی و معنی

یا ظاهری و دارای آثار مشهود در اعضاء و جوارح باشد، چنانکه خداوند در قرآن کریم از بیماری حضرت ایوب (ع) به ضرر تعبیر نموده است. چنانکه خداوند در آیه ۸۳ و ۸۴ سوره انبیاء از زبان ایشان می‌فرماید: «أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّحِمِينَ، مرا سختی و گزند رسیده و تو مهران‌ترین مهربانانی؛ فَاسْتَجَبْنَا لَهُ فَكَشَفْنَا مَا بِهِ مِنْ ضُرٍّ، پس او را اجابت کردیم و سختی و گزند را برداشتیم».

لغت‌شناسایی که به واژه شناسی قرآن روی آورده‌اند و به اصطلاح به مفردات قرآن و بیان معانی آنها پرداختن ضرر را «ما یصیب الانسان فی نفسه» معنا نموده‌اند. در این میان راغب اصفهانی اضطرار را از همین واژه ضرر به ضم می‌داند به هر حال، خود اضطرار به معنای احتیاج، ناچاری، ناگزیری و درماندگی می‌باشد؛ چنانکه در لسان‌العرب آورده شده که: «اضطرار عبارت است از احتیاج به چیزی؛ و ضرر اسم مصدر اضطرار می‌باشد» (ابن منظور، لسان‌العرب، ج ۴، ص ۴۸۳). فقها و اصولیون نیز تعاریف متعدد و تقریباً مشابهی از اضطرار و مضطر ارائه کرده‌اند مقدس اردبیلی از میان صاحب‌نظران شیعه چنین گفته است که: «الاضطرار مالک یکن الصبر علیه مثل الجوع» اضطرار آن می‌باشد که بر آن صبر مانند گرسنگی ممکن نباشد (محقق اردبیلی، زبده‌البیان فی احکام القرآن، ص ۶۳۶).

علامه حلی نیز در مقام تعریف مضطر می‌فرماید: «المضطر هو من یخاف التلف علی نفسه؛ مضطر کسی می‌باشد که از تلف خویش بیمناک باشد» (علامه حلی، قواعد الاحکام، ایضاح الفوائد، ج ۳ ص ۳۳۴).

اشکالی که بر این تعاریف به ویژه تعریف مقدس اردبیلی اضطرار و تعریف علامه حلی از شخص مضطر، وارد است این می‌باشد که تعریف به اعم می‌باشند و به اصطلاح مانع نمی‌باشند و شامل غیر اضطرار و غیر مضطر نیز می‌گردند. مثلاً تعریف مقدس اردبیلی از اضطرار که می‌فرماید: «اضطرار یعنی آنچه که نتوان بر آن صبر نمود یا نتوان آن را تحمل کرد». بنابراین بر اساس همین قاعده از جمله قواعدی که در استنباط و اجتهاد احکام فقهی نقش به‌سزایی دارند، قاعده‌ی «کل حرام مضطر الیه، فهو حلال» است. این قاعده که به قاعده اضطرار معروف می‌باشد از قواعد کاربردی و اساسی فقه به شمار می‌رود و تاثیر و کارایی آن در جای‌جای فقه به ویژه در حل مشکلات و معضلات مباحث و مسائل نوپدید به چشم می‌خورد و نقش اساسی در این زمینه ایفا می‌نماید. اگر چه فقها از این قاعده با عنوان یاد شده کمتر بحث نموده‌اند.

اما این قاعده از یک سو دارای استحکام و ادله‌ی فراوان و از سوی دیگر نقش کاربردی در سر تا سر فقه دارد. بنابراین به نظر می‌رسد با توجه به اینکه اضطرار متصف به شدت و ضعف است از مفاهیم تشکیلی می‌باشد. از این رو در مصادیق آن اختلاف زیادی رخ می‌دهد و لذا تشخیص اینکه موضوع در حد اضطرار می‌باشد یا خیر، همیشه به آسانی امکان‌پذیر نیست.

در مقام بررسی دلایل موضوع مورد بحث توجه به چند نکته ضروری می‌باشد از جمله آنکه نخست آنکه: قاعده‌ی اضطرار در جایی به کار می‌آید که حکم اولی حرمت، بر اساس آن به حکم ثانوی اباحه و بلکه وجوب تبدیل گردد، اما نکته‌ی مهم در استفاده از آن، این می‌باشد که حکم اولی در موضوع حرمت می‌باشد. همین نکته با مدعای موافقان تغییر جنسیت مبنی بر عدم وجود دلیل بر حرمت تغییر جنسیت تطابق نداشته و چنین برداشت می‌شود که حکم اولی را در مورد آن حرمت دانسته‌اند.

دوم اینکه: اگر فرضاً بنا باشد عمل تغییر جنسیت را بنابر دلیل قاعده اضطرار جایز دانست نوبت آن است که مفهوم اضطرار را در احکامی شرعی به درستی دریافت نمود.

با توجه به اینکه در تعریف مضطر چنین آمده که مضطر کسی می باشد که ترس تلف بر جان خود یا مبتلا شدن به بیماری مشابهی را دارا باشد که منجر به ضعف و نابودی گردد یا همین احتمالات را نسبت به شخص دیگری در ضرر بدهد، مانند شخص باردار و ترس آن نسبت به احوال جنین او یا بانوی شیردهی که برای شیرخوار خود بترسد، در جایی که اکراه بر انجام حرام وجود داشته است نیز همین قاعده اجرا می گردد؛ به طوری که اگر آن فعل انجام نگیرد در عرض و مال و ناموس خود دچار ضرر می گردد (مغنیه، ۱۴۲۱، فقه الامام الصادق (ع)، ص ۳۹۳).

حدیث رفع

حدیث رفع عنوان حدیثی نبوی می باشد که در آن آمده است که نه چیز از امت اسلامی برداشته شده است: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي تِسْعَةٌ: الْخَطَا، وَالنِّسْيَانُ، وَمَا أَكْرَهُوا عَلَيْهِ، وَمَا لَا يَعْلَمُونَ، وَمَا لَا يَطِيقُونَ، وَمَا اضْطُرُّوا إِلَيْهِ، وَالْحَسَدُ، وَالطَّيْرَةُ، وَالتَّفَكُّرُ فِي الْوَسْوَسَةِ فِي الْخَلْقِ مَا لَمْ يَنْطِقْ بِشَفْهِهِ». از امت من نه چیز برداشته شده است: اشتباه، فراموشی، آن چه که به آن اکراه شوند، آن چه را که توانایی انجام دادنش را ندارند، آن چه به آن مضطر شوند، حسد فال بد زدن اندیشه های وسوسه انگیز درباره ی خلقت و آفرینش، تا زمانی که بر زبان جاری نشود» (حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۲۹۵).

حدیث رفع از جمله ادله هایی می باشد که موافقان عمل تغییر جنسیت در اشخاص دارای اختلاس هویت جنسی بدان استناد کرده اند می باشد چون دلیلی بر حرمت تغییر جنسیت موجود نیست و مقتضای حدیث رفع، جواز ظاهری تغییر جنسیت می باشد (مطهری، ۱۴۰۳، مستند تحریر الوسیله (المسائل المستحدثه)، ص ۱۹۰).

به همین دلیل با استناد به آن قسمت از حدیث که به «لایعلمون» اشاره می نماید، چنین برداشت گردیده است بنابر اینکه دلیلی بر حرمت تغییر جنسیت وجود ندارد، این مسئله از جمله مصادیق «لایعلمون» شمرده شده است و بنابراین مسئله بدون اشکال می باشد.

در رد این استدلال چنین آمده است که عمل تغییر جنسیت دارای الزاماتی می باشد که حرمت آن حتمی می باشد. از جمله قطع اعضای اصلی بدن و نگاه و لمس عورت اجنبی و اجنبیه.

صرف اینکه گمراه رود از آنجایی که برای موضوعی با عنوان تغییر جنسیت نصی وارد نگردیده است یا اگر وارد گردیده ما نمی دانیم به دست ما نرسیده است مجاز خواهیم بود تا به انجام آن با هر شرایطی اقدام نماییم خطا می باشد، در ضمن در بحث هایی که بین فقها و بزرگان در تغییر جنسیت، حدیث رفع را دلیلی بر جواز می دانسته اند باز هم موضوع تغییر واقعی جنسیت بر اساس تعریف ارائه شده در فقه است نه آنچه امروزه بر روی اختلال هویت جنسی یا ترانس سکشوال ها در حال انجام می باشد و بر همین اساس می باشد که ایشان با استناد به «مالایعلمون» در این حدیث، عمل به آن را بدون اشکال می داند، نه در مواردی که هم از حدیث لوازم، دارای حرمت می باشد و هم آرای صریح فقها در تغییر جنسیت ظاهری دلالت بر حرمت آن را دارا می باشد.

علاوه بر آنچه که در رد این دلیل بیان گردید، می توان عمل تغییر جنسیت به شکلی که امروزه در حال انجام می باشد، را از جمله مصادیق تنقیص در بدن و اضرار به شمار آورد که حرمت آن روشن می باشد و عدم التفات به این مفهوم خود جای شگفتی است. و در مبغوضیت قطع کردن عضو، شکی در نزد شارع نمی باشد و بعید نیست که شامل آیه ی «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» (بقره: ۱۹۵) گردد؛ چراکه عرفاً این کار از مصادیق به هلاکت انداختن به دست خود می باشد و با تتبع در اقوال فقها از متقدمین و متاخرین و معاصران بسیار واضح می باشد که نظرشان حرمت اضرار به نفس می باشد، تا جایی که در آن هیچ مخالفی نمی شود و حتی در مورد حکم مسئله می توان ادعای وجود اجماع نمود (سبحانی، ۱۴۱۵، الرسائل الاربع، صص ۱۶۵-۱۶۷) لذا می توان نتیجه گرفت که تغییر جنسیتی که فقهای معاصر در مورد آن بحث نموده اند

و آن را جایز دانسته اند، یا تغییر ماهوی می باشد که به دلیل عدم تحقق انقلاب جنسیت به این معنی که مرد به شکل زن در آید به طوری گویا از اول او زن خلق شده است یا زن را به شکل مرد در آورد آن گونه که گویی از روز نخست مرد آفریده شده بود، قابل تصور کمی باشد؛ اما این کار جز از طریق اعجاز امکان پذیر نمی باشد. (سبحانی، ۱۳۹۱، تغییر جنسیت از دیدگاه فقه اسلامی، ص ۷)

مشروعیت مشروط تغییر جنسیت:

برطبق ماده ۲۱۵ قانون مدنی: «مشروعیت هر امری منوط به وجود منفعت مشروع عقلانی می باشد.» بنابراین در شرایطی تغییر جنسیت مشروع می باشد، که فرد متقاضی دارای مشکل جنسی باشد و پزشک متخصص تغییر جنسیت را برای رفع مشکل او ضروری و مفید تشخیص بدهد چرا که همان گونه که گفته شد از نظر قانون مدنی منفعت عقلایی مشروع شرط صحت هر قراردادی می باشد. فردی که جهت تغییر جنسیت خود با یک پزشک متخصص و جراح قرارداد منعقد می نماید بنابراین قرار داد مزبور در صورتی صحیح می باشد که این عمل برای او منفعت عقلایی داشته باشد. این نظریه در اکثر نظام های حقوقی چون آلمان، انگلستان، فرانسه، ایتالیا، هلند، پرتغال، دانمارک، ترکیه، بلژیک پذیرفته شده است به همین دلیل کشورهایی که تغییر جنسیت را مجاز شمرده اند مشروعیت آن را منوط به وجود شرایطی دانسته اند. شاید چنین استنباط شود که اگر مشروعیت تغییر جنسیت منوط به شرایطی باشد، مشروعیت آن از واضحات و مسلمات می باشد، چرا که به استناد قاعده‌ی «الضرورات تبيح المظورات» و «حدیث رفع» در شرایط اضطرار هر عمل ممنوع و غیر قانونی مباح و قانونی می شود (باریکلو، ۱۳۸۲، وضعیت تغییر جنسیت، ش ۵، ص ۷۵). ولی چنین ادعایی قابل پذیرش نمی باشد چرا که زمانی قواعد مذکور کاربرد دارند که نخست منع قانونی موجود نباشد و فرد در شرایط اضطرار قرار بگیرد، پس از آن این قاعده از او رفع حرمت یا ممنوعیت نماید و بعد از آن که شرایط اضطرار خراج شد، ادله‌ی حرمت دوباره حاکم می شود. اما بر مبنای نظریه مشروعیت مشروط، اصلاً ممنوعیت و حرمتی در تغییر جنسیت وجود ندارد که آن را قاعده‌ی مزبور مرتفع نماید. به همین دلیل برخی به وجوب تغییر جنسیت نسبت به اشخاص خنثی اعم از فیزیکی یا بدنی اعتقاد دارند. ولی قاعده‌ی اباحه شدن ممنوعات در شرایط اضطرار برای مضطر فقط اباحه یا اختیار را به دنبال دارد لذا از این قاعده نمی توان استفاده وجوب یا لزوم نمود. از سوی دیگر امکان دارد فردی شرایط تغییر جنسیت را دارا باشد، ولی درحالت اضطرار قرار نگیرد، به همین جهت مشروعیت تغییر جنسیت از باب ادله‌ی اضطرار نمی باشد بلکه از لحاظ علم پزشکی برای پزشک شرایطی لازم است تا موضوع معالجه برای پزشک فراهم گردد. این شرایط از لحاظ حقوقی نیز لازم تلقی شده اند تا مورد حمایت قانون قرار گیرند.

از قاعده‌ی عسر و حرج نیز مشروعیت مشروط تغییر جنسیت را می توان استنباط نمود.

با توجه به اینکه انسان ها نیازهای فطری ثابتی را دارا می باشند. لذا احکام ثابت شریعت پاسخ گوی این جنب پایدار در زندگی فردی و اجتماعی می باشد. گستره‌ی احکام اولیه، گستره‌ی ای می باشد که قابلیت تبدیل و تغییر را دارا نیست و در این حال به مرور زمان شکل زندگی انسان ها و نحوه‌ی استفاده‌ی آنان از طبیعت و شیوه‌ی تسخیر آن و نیز نحوه‌ی ارتباطات اجتماعی و نهادهای جامعه دست خوش تغییر و تحول شده و انسان پیوسته روابط جدید و پیچیده‌تری را با محیط و هم نوع خود پدید می آورد، بنابراین شریعت مقدس اسلام، در نوع مسائل نو ظهور و مستحدثه نیز راه حل‌هایی

را تعبیه نموده است و در جهت تغییر تعلق احکام مواردی را تجویز کرده و راه‌هایی را گشوده که از این راه‌ها به عنوان احکام ثانویه یاد می‌گردد.

حال در صورتی که تغییر جنسیت ضروری نباشد و تامین مصلحتی، ضروری تر را ایجاب ننماید، خروج از قواعد اولیه میسر نیست و آنجا دیگر امکان دستبرد در قواعد ثابت و تغییرناپذیر ممکن نیست، و حفظ نفس و حفظ نسل مقدم بر مصالح دیگر گردیده و حکم به جواز تغییر جنسیت نمی‌دهد. و چرا که آنجا دیگر حرجی که مکلف را به سختی می‌اندازد، حرج قاعده‌ی لاجرح نمی‌باشد تا حرج به حکم این قاعده، برداشته شود، بنابراین دیگر از مصادیق و موضوعات احکام ثانویه نیست و دیگر مصداق حرج پیدا نمی‌کند. (میرخانی، محمدتقی زاده، ۱۳۹۰-۱۳۹۱، مبانی فقهی و حقوقی جواز تغییر جنسیت، ش ۹ و ۱۰، ص ۸۸) بنابراین با تغییر جنسیت فرد احکام شرعی مردی که تغییر کرده به زن تبدیل شده و بیان حکم شرعی زنی که به مرد تبدیل شده است نیز ضروری می‌باشد (مشکینی، ۱۳۷۷، مصطلحات الفقه، ص ۱۵۳).
زیرا تغییر جنسیت آثار و تبعات فقهی و حقوقی بر روابط زناشویی، خانوادگی، ارث، طلاق... می‌گذارد که شامل:

۱- ازدواج و اثرات فقهی تغییر جنسیت در آن

نکاح عقدی است که به موجب آن زن و مردی به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی با هم متحد می‌گردند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، حقوق خانواده، ص ۲۰) و در جایی دیگر بیان گردیده است که نکاح رابطه‌ای بین زن و مرد برای تشکیل خانواده می‌باشد (امامی، ۱۳۷۷، حقوق مدنی، ص ۲۶۸) محقق داماد نیز نکاح را رابطه‌ای حقوقی و عاطفی می‌داند که به وسیله‌ی عقد بین زن و مرد حاصل می‌شود و به آنها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی نمایند و مظهر بارز این رابطه، حق تمتع جنسی می‌باشد (محقق داماد، ۱۳۸۱، حقوق خانواده، ص ۲۲).

قانون مدنی ایران بر لزوم اختلاف جنس در ازدواج اشاره نموده که برای نمونه می‌توان به مواد ۱۰۳۵، ۱۰۵۹، ۱۰۶۷، ۱۱۲۲، ۱۱۲۴ آن قانون اشاره نمود. در ماده‌ی ۱۰۶۷ قانون مدنی بیان نموده است که: «تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبه نباشد، شرط صحت نکاح می‌باشد».

بررسی این نوع تغییر جنسیت دارای انواع و حالات گوناگونی می‌باشد. به عبارت دیگر، گاهی تنها مرد، یا تنها زن تغییر جنسیت می‌دهد و در مواردی نیز امکان دارد هر دو تغییر جنسیت بدهند. البته این که زن و شوهر هر دو تغییر جنسیت بدهند خیلی نادرست می‌باشد و تاکنون چنین تغییری جنسیتی گزارش نگردیده است. اما در هر حال این مساله به عنوان یک «فرع فقهی» مورد توجه فقهان اسلامی قرار گرفته است.

علاوه بر این نیز در تغییر جنسیت زوجین، این مساله مورد توجه فقهای شیعه واقع گردیده است که تمامی زوجین به صورت همزمان اقدام به تغییر جنسیت می‌نمایند و در مواردی نیز امکان دارد در سال اول، مرد تغییر جنسیت بدهد و در سال بعد زن تغییر جنسیت داده و به مرد تبدیل شود و به طور خلاصه تغییر جنسیت زوجین به شکل زیر می‌باشد: تغییر جنسیت یکی از زوجین: که در این صورت دو حالت تغییر جنسیت شوهر به زن؛ و تغییر جنسیت زوجه به مرد صورت می‌گیرد.

تغییر جنسیت هر دو زوج: که در این حالت با تغییر جنسیت زوجین به صورت همزمان صورت می‌گیرد و یا اینکه تغییر جنسیت زوجین به صورت غیر همزمان می‌باشد که در این حالت بقا یا عدم بقای ازدواج زوجین با تغییر جنسیت دچار چالش‌هایی می‌گردد زیرا یکی از آثار تغییر جنسیت تاثیر آن بر رابطه‌ی زوجین می‌باشد. چرا که اگر یکی از زوجین اقدام به تغییر جنسیت کند ازدواج از زمان تغییر جنسیت باطل می‌باشد چرا که هم در فقه و هم در قانون ما ازدواج با همجنس مورد پذیرش قرار نگرفته است.

۲- بقا یا عدم بقای زوجیت در تغییر جنسیت شوهر به زن هر گاه پس از ازدواج مرد و زن، مرد تغییر جنسیت داده و به زن تبدیل شود، در صورتی که این عمل جراحی کامل صورت گرفته باشد در این حالت، زندگی زوجین سابق به «زندگی دو زن» تبدیل می‌شود. در این حالت به طور طبیعی از نظر اسلام ازدواج دو زن مردود است و لذا ازدواج سابق به طور کلی باطل و بلا اثر می‌گردد. دلیل این امر نیز این است که از ارکان مهم ازدواج وجود دو فرد به عنوان «زن و شوهر» است در صورتی که این رکن مهم از بین رود، موضوع ازدواج منتفی و لذا حکم مسالهی ازدواج نیز از بین می‌رود امام خمینی(ره) در این باره فرموده اند که: «و کذا لو تزوجت امرأة برجل غیر جنسه بطل التزویج من حین التغییر»؛ همچنین اگر زنی با مردی ازدواج کند آن گاه مرد جنسیت خویش را تغییر دهد، ازدواج از هنگام تغییر جنسیت باطل می‌شود. (موسوی خمینی، ۱۳۶۶، تحریر الوسیله، ص ۵۹۹، مسالهی ۳) بنابراین بر طبق گفته ی قبل یکی از مسائل بدیهی و مهم در فقه و حقوق اسلامی «لزوم اختلاف جنس در ازدواج» می باشد و ازدواج «مرد با مرد» یا ازدواج «زن با زن» مشروع نمی باشد (مومن، کلمات سدیدیه فی مسائل جدیدیه، ص ۱۰).

۳- بقا یا عدم بقای ازدواج در تغییر جنسیت زوجه به مرد اگر زنی تغییر جنسیت دهد و مرد شود، از زمان تغییر ازدواج باطل می‌گردد، زیرا بعد از تبدیل شدن زن به مرد، امکان ندارد که زوجیت باقی بماند؛ چرا که ازدواج مرد با مرد یا زن با زن، مشروع نمی باشد. به همین جهت ازدواج به دلیل باقی نبودن موضوعاش، باطل می‌گردد. و ازدواج سابق باطل و بلا اثر می‌شود. امام خمینی (ره) در این باره فرموده اند که: «و تزوج امرأة فتغییر جنسها فصارت رجلاً بطل التزویج من حین التغییر»؛ هرگاه زنی ازدواج نماید، آن گاه زن جنسیت خود را تغییر دهد و مرد شود، ازدواج از هنگام تغییر جنسیت باطل می‌شود. (موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ص ۵۵۹، مسالهی ۳).

با توجه به گفته‌ی فوق، با عمل جراحی تغییر جنسیت، موضوع ازدواج یعنی «مرد و زن» تغییر نموده و موضوع جدید، یعنی «مرد و مرد» پدید می‌آید. از این رو، بطلان ازدواج، یک امر قهری می باشد. نتیجه گیری :

تغییر جنسیت یکی از مباحث نو ظهور عصر کنونی می باشد که دو علم پزشکی و حقوقی را تحت تأثیر قرار داده است که در تحلیل این موضوع به این نکات دست می‌یابیم که ممنوعیت یا مشروعیت و جواز تغییر جنسیت نظرات مختلفی را در فقه و حقوق مطرح نموده است که نظر غالب محققان تغییر جنسیت را به طور مشروط مشروع مجاز می‌دانند کما اینکه کشورهایی که تغییر جنسیت را پذیرفته‌اند آن را با حصول شرایطی مجاز دانسته‌اند. چرا که تغییر جنسیت حقوق و تکالیف افراد دست خوش تغییرات و آثار حقوقی متفاوتی می‌گردد که این تأثیر بر روابط زوجین و خانواده کاملاً مشهود و در خور تأمل می باشد.

منابع و مأخذ:

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰.
۲. ابن قدامه، عبدالله بن احمد، المغنی، بیروت، دار الکتب العربی. بی تا،
۳. امامی، اسدالله، نسب در حقوق ایران و فرانسه، رساله دکتری دانشگاه تهران، ۱۳۴۹.
۴. امامی، حسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، ۱۳۷۷.
۵. انصاری، مرتضی، کتاب النکاح، قم، انتشارات باقری، بی تا.

۶. باریکلو، علی رضا، وضعیت تغییر جنسیت، نشر اندیشه های حقوقی، سال اول، شماره ۵، ۱۳۸۲.
۷. بروجردی، محمد عبده، کلیات حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۳۹.
۸. بندرچی، محمد رضا، قوانین کیفری اسلام و عقلانی بودن آن از دیدگاه استاد مطهری، فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، شماره ۶۰ و ۳۹، سال ۱۳۸۳.
۹. بهجت، محمد تقی، استفتائات، قم، دفتر آیت ا... بهجت، ۱۴۲۸.
۱۰. بی آزار شیرازی، عبد الکریم، «پزشکی قانونی در فقه و حقوق اسلامی»، تهران، فصلنامه مدرس علوم انسانی، ویژه نامه حقوق، ۱۳۸۳.
۱۱. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۰.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸.
۱۴. حجازی، آریا و دیگران، «بررسی میزان تطابق نقش و هویت جنسی ۱۲ بیمار ترنس سکسوال با جنسیت جدیدشان پس از عمل جراحی تغییر جنسیت»، مجله علمی دانشگاه علوم پزشکی کردستان، ۱۳۸۷.
۱۵. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البیت، ۱۴۰۹.
۱۶. حکیم، محسن، مستمسک العروه الوثقی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۷. حلی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: انتشارات استقلال، ۱۴۰۹.
۱۸. خرازی، محسن، «تغییر جنسیت»، فقه اهل بیت، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، شماره ۱۳۷۹، ۲۳.
۱۹. دستغیب، عبدالحسین، گناهان کبیره، تحقیق رضا ستوده، ۱۳۶۲.
۲۰. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۷.
۲۱. راسخ، محمد، بیوتکنولوژی و انسان: مسائل و دیدگاه ها، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره چهل، ۱۳۸۰.
۲۲. رمضان زاده، فاطمه، تغییر جنسیت راهی بی بازگشت، نشریه اعتماد ۱۳۸۴/۰۳/۳۰ ش.
۲۳. روحانی، محمدصادق، المسائل المستحدثه، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۴.
۲۴. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۱.
۲۵. شهیدی، مهدی، ارث، تهران، مجد، ۱۳۸۱.
۲۶. شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات حقوقی، بی جا، نشر حقوقدان، ۱۳۷۵.
۲۷. طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۹.
۲۸. طباطبایی، علی، ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل، قم: مؤسسه آل البیت (ع)، ۱۴۰۴.
۲۹. طباطبایی، محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۷.
۳۰. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸.
۳۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: اموال و مالکیت، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶.
۳۲. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، تهران، شرکت نشر انتشار، ۱۳۷۰.

۳۳. کاشف الغطاء، جعفر، كشف الغطاء عن المبهمات الشريعه الغراء، اصفهان، انتشارات مهدي، بی تا.
۳۴. کلینی رازی، محمد بن یعقوب، کافی، طهران، دارالکتب الاسلامیه. ۱۳۸۸.
۳۵. مؤمن قمی، محمد، «سخنی درباره تغییر جنسیت»، فقه اهل بیت، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، ۱۳۸۰.
۳۶. مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار الجامعه الدرر اخبار الائمه الاطهار، قم: انتشارات اسلامی، ۱۳۹۲.
۳۷. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶.
۳۸. محمدی، خسرو و دیگران، «بررسی ویژگی های شخصیتی تبدل خواهان جنسی»، فصلنامه روانشناسی، دانشگاه تبریز، شماره ۱۷، ۱۳۸۹.
۳۹. مدیر شانه چی، کاظم، آیات الأحکام، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۵.
۴۰. مصطفوی، سعیده سادات، «هنگامه های قبل و بعد از تغییر جنسیت»، فصلنامه تازه های روان درمانی، ش ۴۹ و ۵۰، ۱۳۸۷.
۴۱. مکارم شیرازی، ناصر و دیگران، تفسیر نمونه، ج ۴، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۹.
۴۲. مکارم شیرازی، ناصر، مجموعه استفتائات جدید، قم، انتشارات امام علی بن ابیطالب، ۱۳۸۰.
۴۳. منتظری، حسین علی، احکام پزشکی، قم، سایه، ۱۴۲۷.
۴۴. موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۵.
۴۵. موسوی خویی، ابوالقاسم، المسائل الشریعه، استفتائات المعاملات، موسسه احیاء آثار امام خویی، ۱۴۲۱.
۴۶. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۷.
۴۷. نظری توکلی، سعید، درآمدی بر مبانی حقوق مالکیت انسان بر پیکر خود، مجله مشکاه، ش ۷۱، ۱۳۸۰.