

وضعیت تغییر جنسیت در حقوق ایران و نظام حقوقی کامن لا^۱

امیر رضایی فومنی^۲

دانش آموخته دکتری دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات،

رشته‌ی حقوق خصوصی، تهران، ایران.

سید محمد رضا آیتی^۳

استاد دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، گروه فقه و حقوق،

تهران، ایران.

چکیده

یکی از چالش برانگیزترین پدیده های اجتماعی در جهان امروز ترانس سکسوالیتم یا دگرجنس گرایی می باشد. در حالی که بسیاری از مردم این پدیده را انحراف قلمداد می کنند، بسیاری از پزشکان آن را یک بیماری می دانند که باید درمان شود. برای درمان این بیماری راهکارهای متعددی پیشنهاد شده است که مهمترین آنها، تغییر جنسیت از طریق جراحی است. با توجه به آنکه حقوق در پی تنظیم روابط اجتماعی است، باید در خصوص وضعیت تغییر جنسیت ارائه نظر نماید. لذا با عنایت به شیوع این امر در کشور ما و نیز سکوت قانونگذار در این رابطه، پرسش مهم این است که موضع قانونگذار ما در خصوص تغییر جنسیت چیست؟ در این نوشتار پس از تعیین مفهوم پزشکی و حقوقی تغییر جنسیت و تحلیل نظرات مختلف فقهی حقوقی در رابطه با وضعیت تغییر جنسیت، خواهیم گفت که با احراز اضطرار به تشخیص قاضی این تغییر امکان پذیر است..

واژگان کلیدی: تغییر جنسیت، حقوق ایران، کامن لا، وضعیت حقوقی.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۹/۵؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۳/۱۰/۱۰

۲. پست الکترونیک (مسئول مکاتبات): Amir_rezaeifoomanifoofomani@yahoo.com

۳. پست الکترونیک: smraayati@yahoo.com

مقدمه

یکی از پدیده‌های اجتماعی در جهان امروز، مساله ترانسکسوالیسم می باشد که به فارسی تغییر جنسیت ترجمه شده است. در سایه پیشرفت های علم پزشکی امروزه این امکان وجود دارد که جنسیت برخی از اشخاص تغییر یابد. برخی از آمارها حاکی از شیوع گسترده ترانسکسوالیسم می باشد. پدیده تغییر جنسیت علیرغم سابقه نسبتا طولانی خود در جهان و حتی ایران، مورد توجه قانونگذاران کشور ما قرار نگرفته است، هر چند توجه قانونگذاران اغلب کشورهای دنیا به این مساله نیز سابقه ای طولانی ندارد. این در حالی است که موضوع تغییر جنسیت در برخی متون فقهی و رساله های عملیه جدید، لااقل در سی چهل سال گذشته، همواره مورد توجه بوده و فقهای عظام سعی وافری در ایضاح مساله و بیان و توضیح ابعاد مختلف فقهی و آثار و احکام آن داشته اند، به طوریکه دیدگاه بسیاری از فقهای صاحب نظر در این زمینه، حتی از قوانین و دکترین بسیاری از کشورهای پیشرفته دنیا جلوتر، متعالی تر و انسانی تر است.

بند ۱۸ ماده ۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ رسیدگی به دعاوی تغییر جنسیت را در صلاحیت دادگاه های خانواده می داند. این ماده ظاهرا دلالت بر جواز تغییر جنسیت می کند هر چند که صراحت نداشته و در خصوص شرایط و آثار تغییر جنسیت نیز مقرر قانونی خاصی وجود ندارد. پرسش مهمی که باید به آن پاسخ گفت این است که با توجه به سکوت قانونگذار و فقدان نص در قرآن کریم و روایات معتبر، آیا تغییر جنسیت بر مبنای اصول و قواعد فقهی و حقوقی، امری مجاز و مشروع است یا امری نامشروع و ممنوع می باشد؟ برای یافتن پاسخ این پرسش و برای اینکه ارزش نظرات فقهی در این زمینه بهتر درک شود لازم دیده شد که وضعیت تغییر جنسیت در نظام حقوقی کامن لا نیز بررسی شود. لیکن پیش از بررسی این دو امر و برای درک بهتر موضوع در گفتار اول به مفهوم حقوقی و پزشکی تغییر جنسیت می پردازیم تا مشخص شود که مبنای علمی تغییر جنسیت بر چه اساسی است.

گفتار اول: مفهوم حقوقی و پزشکی تغییر جنسیت

۱- مفهوم حقوقی و فقهی تغییر جنسیت

در فقه امامیه برخی از فقها از «تغییر جنسیت» تعریفی ارائه نداده اند. شاید دلیل این امر بداهت و وضوح معنای این اصطلاح باشد. در این حالت، منظور فقهاء از تغییر جنسیت،

همان معنای موجود در نزد عرف است یعنی تبدیل مرد به زن یا تبدیل زن به مرد. (مشکینی، ۱۳۹۰ش، ص ۱۵۳) برخی از فقیهان در تعریف واژه فوق، تنها به تبدیل مرد به زن بسنده کرده اند و از تبدیل زن به مرد سخنی به میان نیاورده اند که البته به نظر می رسد که این نوع اخیر نیز مدنظر آنان بوده است، هر چند تصریح بدان نشده است. (مدنی تبریزی، ۱۴۱۸ق، ص ۴۳) عده ای دیگر از فقیهان تغییر جنسیت را شامل تبدیل مرد به زن و برعکس می دانند و درباره تغییر جنسیت فرد خنثا به مرد یا زن اظهار نظر نکرده اند. (صانعی، ۱۳۷۷ش، ص ۹۲؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۷ش، ص ۶۱۸؛ محسنی، ۱۳۸۲ش، ص ۱۱۱) به نظر می رسد واژه تغییر جنسیت در مفهوم اعم و گسترده آن، شامل تبدیل مرد به زن، یا تبدیل زن به مرد است. از آنجایی که در عمل جراحی توسط پزشکان، گاه افراد دو جنسی به مرد یا زن تبدیل می شوند، باید تعریف فقهی به گونه ای باشد که شامل این قسم از تغییر جنسیت هم بشود. بنابراین تعریف فقهی بیان شده از سوی فقهای بزرگوار جامع افراد نیست و تنها شامل بخشی از تغییر جنسیت مرسوم میان پزشکان جراح است. بنابراین به نظر می رسد که بتوان تغییر جنسیت را به صورت زیر تعریف کرد: «تغییر جنسیت عبارت است از تبدیل یا تغییر جنسیت یک فرد از مذکر به مونث یا از مونث به مذکر یا از خنثا به مذکر یا از خنثا به مونث یا از مذکر به خنثا و یا از مونث به خنثا.» (کریمی نیا، ۱۳۸۹ش، ص ۴۷) به عبارت دیگر در فقه و حقوق، واژه تغییر جنسیت با معنای لغوی آن و آنچه که در میان مردم شایع است، تفاوت چندانی ندارد و منظور از آن اصلاح آلت تناسلی است، به گونه ای که جنس مرد به زن و یا زن به مرد تبدیل گردد و نیز تبدیل خنثا^۱ و یا دو جنسی به یکی از دو جنس مرد یا زن به معنای تغییر جنسیت است. در یک کلام می توان گفت هر گونه تبدیل، اصلاح و یا تغییر که در جنس فرد به وجود آید، به گونه ای که وضعیت فعلی او از نظر زن یا مرد بودن با حالت سابق او دارای تفاوت باشد، عنوان تغییر جنسیت صادق است.

۲-۱- مفهوم پزشکی تغییر جنسیت

زندگی هر انسان از عمل لقاح اسپرم و اوول یا تخمک با یکدیگر شروع می شود و در حدود سه ماه پس از آن، جنسیت فیزیولوژیک فرد شکل می گیرد و بعد از گذشت شش ماه پس

۱. خنثی کسی است که هردو آلت تناسلی را دارد و صورتی دیگر هم فرض می شود و آن کسی است که فاقد هردو آلت تناسلی است.

از شکل گیری جنسیت، فرد به دنیا می آید. پدر و مادر پس از مشاهده وضعیت فیزیولوژیکی کودک، جنسیت او را به همگان اعلام می دارند. اعلام جنسیت به اطرافیان سبب آفریده شدن انتظاراتی مطابق با جنسیت از کودک می شود. جامعه برای هر جنس وظایف و الگوهای رفتاری خاصی را تعیین کرده است که مبنای انتظارات دیگران از هر جنس است و کودک هم مطابق با همان انتظارات و نوع جنسیتی که تعیین شده رفتار می نماید. اما در این بین ما شاهد افرادی هستیم که هیچ گاه مطابق با جنسیتشان رفتار نمی کنند. (کریمی نیا، ۱۳۸۹ش، صص ۶۳-۶۴)

توجه علمی این حالت در مبحثی تحت عنوان «اختلال هویت جنسی» یا «دگر جنس باوری» نهفته است. توضیح آنکه هویت جنسی یک حالت روانشناختی است که بازتاب احساس درونی شخص از مرد یا زن بودن خویش است. هویت جنسی به یک رشته نگرش ها، الگوهای رفتاری و سایر صفاتی که معمولاً با مردانگی و زنانگی مربوطند و توسط فرهنگ خاص افراد تعیین می شوند متکی است. (رضایی و همکاران، ۱۳۸۶ش، ص ۵۹) هویت جنسی نیز قاعدتاً متکی بر جنسیت فرد است. بنابراین اختلال هویت جنسی عبارت است از «ترجیح نیرومند و پایدار فرد برای داشتن وضعیت و نقش جنس مقابل، یعنی همانند سازی پایدار با جنس مقابل که البته صرفاً تمایل فرد به داشتن امتیازات فرهنگی-اجتماعی جنس مقابل نیست.»^۱ (اوحدی و همکاران، ۱۳۸۶ش، ص ۲۰) به عبارت دیگر، «دگر جنس باور فردی است که عقیده دارد متعلق به جنس مقابل است. به علاوه او احساس بیگانگی نسبت به بدن خود داشته و آرزوی قوی برای زندگی کردن به عنوان فردی از جنس مقابل را دارد و برای تغییر دادن ظاهر بدنی و تناسلی خود به شکل ظاهر بدنی و تناسلی جنس مقابل تلاش می کند.» (رئیزی و ناصحی، ۱۳۸۳ش، ص ۵۱؛ Bourke, 1995, p.276)

۱. باید توجه داشت که هویت جنسی با نقش جنسی متفاوت است، چه اینکه نقش جنسی الگوی رفتاری بیرونی است که منعکس کننده احساس درونی و اعلام جنسیتی است که فرد به آن تعلق دارد. نقش جنسی، رفتار و گفتاری است که شخص برای نشان دادن میزان مرد بودن یا زن بودن خود ابراز می کند. (طبرانی، ۱۳۸۵ش، ص ۹) هویت جنسی و نقش جنسی باید از sex که جنس زیست شناختی هم نامیده می شود و منحصرأ به ویژگی تشریحی و فیزیولوژیکی نشان دهنده مرد بودن یا زن بودن شخص محدود است تفکیک شود. همه این اصطلاحات باید از گرایش جنسی یعنی تمایل یا پاسخ شهوانی فرد تفکیک شود. گرایش جنسی بر انتخاب شیء (مرد یا زن) و زندگی تخیلی شخص -مثلاً تخیلات شهوانی در مورد زن یا مرد یا هر دو- متکی است. (کاپلان و سادوک، ۱۳۷۷ش، ص ۳۸۱)

با توجه به آنچه گفته شد می توان گفت که اختلال هویت جنسی دارای دو جزء است: «همانند سازی قوی و مستمر با جنس مقابل» و «شواهد ناراحتی مداوم شخص از جنسیت خود یا احساس نامتناسب بودن در نقش جنسیتی خود.» (رئیزی و ناصحی، ۱۳۸۳ش، ص ۵۱) خصوصیت اصلی این اختلال احساس ناراحتی و نارضایتی عمیق و دائم در مورد جنسیت معین شده و فیزیولوژیک شخص و اعتقاد شدید به متعلق بودن به گروه جنس مخالف است (عکس آنچه که اعضای تناسلی ظاهری و طبیعی او نشان می دهد). این اعتقاد که آنها با طور ذاتی از نظر جنسیت متفاوت از آن چیزی هستند که از نظر زیستی و ظاهری به آنها اعطا شده، باعث می شود تا سعی نمایند خارج از هویت جنسی خود به وسیله مبدل پوشی و یا تغییر جنسیت زندگی نمایند. بنابراین با محدودیت های اجتماعی، قانونی و خانوادگی فراوانی مواجه می شوند. (محمدی و همکاران، ۱۳۸۹ش، صص ۱۰۸-۱۰۹؛ کلانتری و ابراهیمی، ۱۳۹۰ش، صص ۷۶-۷۵؛ Bourke, 1995, p. 276)

گفتار دوم: وضعیت تغییر جنسیت در حقوق ایران

پرسش مهمی که باید به آن پاسخ گفت این است که با توجه به سکوت قانونگذار و فقدان نص در قرآن کریم و روایات معتبر و با توجه به اصل ۴ و ۱۶۷ قانون اساسی، آیا تغییر جنسیت بر مبنای اصول و قواعد فقهی و حقوقی امری مجاز و مشروع است یا امری نامشروع و ممنوع می باشد؟ در برخی از آرای دادگاه ها، ظاهراً مشروع بودن تغییر جنسیت مفروض شمرده شده،^۲ در حالی که لازم است با توجه به سکوت قانونگذار و نظر مخالف برخی از

۱. البته لازم به ذکر است که برخی از پزشکان به ویژه در غرب بر این اعتقادند که ترانس سکسوالیسم یک بیماری نیست بلکه وضعیتی طبیعی است که در برخی از افراد و به دلایلی چند حادث می شود و لذا به جای اصطلاح اختلال هویت جنسی از واژه «ملال جنسیتی» برای آنان استفاده می کنند. برای توضیحات بیشتر، نک: Tallant, 2002, p.642

۲. رای شعبه ششم دادگاه عمومی شهرستان رشت به شماره ۳۰۶ مورخ ۸۵/۳/۳۱: مقرر می دارد: « در خصوص دعوی آقای ... با نمایندگی قضایی آقای ... (نماینده تعرفه شده از سازمان بهزیستی استان گیلان) به طرفین آقای دادستان محترم شهرستان رشت به خواسته صدور مجوز جهت عمل جراحی تغییر جنسیت از مرد به زن، با التفات به محتویات پرونده، نظر به اینکه اداره کل پزشکی قانونی استان گیلان به موجب پاسخ استعلامات ... اعلام نموده که خواهان دچار اختلال جدی ترانسسکسوالیسم می باشد و نیاز به عمل جراحی دارد و خوانده نیز در قبال دعوی مرقوم و مستندات ابرازی وی دفاع موثری معمول نداشته و سایر محتویات پرونده نیز حکایت از صحت ادعای معنون دارد، لذا بنا به مراتب، دادگاه درخواست خواهان را موجه تشخیص و

فقهها، به آراء و نظرات فقهی استناد شود تا مشخص شود که مجوز جراحی تغییر جنسیت بر چه اساس و مبنایی صادر شده است.

در این زمینه، فقها نظرات متفاوتی ابراز کرده اند: عده ای از فقها، تغییر جنسیت را تنها در افراد خنثی مجاز می دانند. (خوئی، ۱۳۸۱ش، ص ۳۸۶) در حالی که برخی دیگر از فقهای شیعه، تغییر جنسیت افراد ترانسسکسوال را جایز میدانند. (منتظری، ۱۳۷۱ش، ص ۴۰۸؛ خمینی، ۱۴۱۲ق، ص ۶۲۶؛ خامنه ای، ۱۳۸۸ش، ص ۷۰) و تعداد کمی از فقهای شیعه به طور کلی تغییر جنسیت این افراد را حرام میدانند. (مدنی تبریزی، ۱۴۱۸ش، ص ۴۷) بنابراین در مورد جواز یا حرمت تغییر جنسیت سه نظر وجود دارد: ممنوعیت مطلق، جواز مطلق و جواز مشروط. (کلانتری و ابراهیمی، ۱۳۹۰ش، ص ۸۰؛ دلیر، ۱۳۸۷ش، ص ۲۶؛ اصغری آقمشهدی و عبدی، ۱۳۸۷ش، ص ۴؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶ش، ص ۲۱)

۱-۲- نظریه های ممنوعیت مطلق تغییر جنسیت

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

الف) تغییر در خلق الله: تقریباً تمام فقها و حقوقدانان اهل سنت که تغییر جنسیت را امری نامشروع دانسته و قائل به حرمت تغییر جنسیت میباشند معتقدند که تغییر جنسیت باعث تغییر در خلق الله است. (کنعان، ۱۴۲۰ ق، صص ۲۸۴-۲۸۵؛ و نیز نک: قرضاوی، ۱۴۱۵ق، ص ۱۵۵) همچنین علاوه بر فقهای اهل سنت، گروهی از فقهای شیعه نیز تغییر جنسیت را به دلیل تغییر در خلق الله، حرام می دانند. در این زمینه در برخی از منابع، از فقهای چون عبدالکریم بی آزار شیرازی، شیخ هادی نجفی، میرزا جواد تبریزی، آیت الله اراکی و آیت الله گلپایگانی نام برده شده و نظرات آنها بیان شده است. (به نقل از کریمی نیا، ۱۳۸۹ش، ص ۴۲۰؛ و نیز فتاحی معصوم، ۱۳۷۵ش، ص ۸۰) به نظر این دسته از فقیهان، تغییر خلق الله، به استناد آیه ۱۹ سوره نساء از کارهای شیطانی و حرام است. برخی از

مستندا به ملاک ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی حکم به صدور مجوز به خواهان جهت عمل تغییر جنسیت از مرد به زن صادر و اعلام می نماید.»
۱. «آنها را همراه می کنم با آرزوهای دور و دراز و رنگارنگ آنها را سرگرم می کنم. آنها را به اعمال خرافی دعوت می کنم از جمله اینکه فرمان می دهم که گوشه های چهارپایان را بشکافند و یاقطع کنند. آنها را وادار می سازم که آفرینش پاک خدایی را تغییر دهند.»

محققین در این باره می گویند: «عبارات این آیه، گفتار، رفتار و عمل ابلیس را بازگو می کنند که در صدد فریب دادن و اغوای بندگان خداست... در اینجا دو امر و دو فرمان از سوی شیطان به کسانی که تحت تاثیر او قرار دارند صادر می شود: یکی اینکه گوش حیوانات را ببرند و بعد دستور به تغییر در خلقت می دهد. ترتیب آیات دلالت دارد که مراد از تغییر در خلقت، تغییر در خلقت انسانهاست. شیطان گام به گام انسان را فریب می دهد تا به تغییر در بدن انسان ها می رسد؛ کارهایی مثل خصی کردن مردها که در آن زمان رایج بود.» (دلیر، ۱۳۸۷ش، صص ۴۰-۴۱) بدین ترتیب نتیجه گرفته می شود که این آیه تغییر را در جنسیت مجاز نمی داند.

در پاسخ به مخالفان باید گفت استناد به این آیه به عنوان دلیلی بر حرمت تغییر جنسیت درست نیست زیرا آیه در مقام سرزنش آن چیزی است که مشرکان می خواهند و در صدد بیان دشمنی شیطان و سرکشی او و اشاره به اقوال اوست. (خرازی، ۱۳۷۹ش، ص ۱۰۵) علاوه بر این «اگر آیه ۱۱۹ اطلاق داشته باشد، شامل تمام آفریده ها می شود، در حالیکه شکی نیست که تغییر دادن جمادات و نباتات و یا حیوانات که از آفریده های خدایند، جایز است و منظور از تغییر در خلق خدا، عبارت است از پدید آوردن آنچه که انسان را از فطرت نخستین خارج می سازد» (رحمانی، ۱۳۷۴ش، ص ۲۹۱؛ کلاتری و ابراهیمی، ۱۳۹۰ش، ص ۸۳) در حالیکه با تغییر جنسیت، انسانیت انسان تغییر نمی کند و نهایت چیزی که اتفاق می افتد تغییر در صفت است و هیچگاه انسان به جماد یا حیوان تبدیل نمی شود، بلکه انسان همان انسان باقی می ماند، منتها در این عنوان جدید، تکالیف و وظایف وصفی اش تغییر می یابد. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶ش، ص ۲۳؛ کلاتری و ابراهیمی، ۱۳۹۰ش، ص ۸۳)

ب) منع از بین بردن اعضای بدن: یکی دیگر از دلایل مخالفان این است که لازمه تغییر جنسیت این است که اعضای را از مرد یا زن، از بین ببرند و اعضای مصنوعی جنسیت مخالف را جایگزین آن کنند و این عمل شرعاً جایز نیست، زیرا حرمت و ممنوعیت از بین بردن اعضای بدن از ضروریات است و کسی نمی تواند با از بین بردن عضوی از بدن خود به خویش یا با از بین بردن اعضای بدن دیگری به او صدمه وارد کند. (مدنی تبریزی، ۱۴۱۸ق، ص ۴۵)

در پاسخ به این ایراد گفته شده که با استناد به دلیل ذکر شده در صورتی می توان تغییر جنسیت را به طور مطلق ممنوع دانست که ضرورت ایجاب نکند. اگر شخصی در نتیجه بیماری روانی یا جسمانی ناچار به برداشت عضوی از اعضای بدن خویش شود، قاعده مجاز بودن ممنوعات در موارد اضطرار حاکم بر این دلیل می شود و در نتیجه برداشت یا از بین

بردن عضوی از بدن در موارد ناچاری امری مشروع است و به استناد دلیل مذکور نمی توان تغییر جنسیت را به طور مطلق ممنوع تلقی نمود. (باریکلو، ۱۳۸۲ ش، ص ۷۰؛ رحمانی، ۱۳۷۴ ش، ص ۲۸۲) بنا بر این تغییر جنسیت در فردی که سالم است و هیچ مشکلی جسمی یا روحی ندارد، به دلیل اینکه اعضای از بدن فرد برداشته می شود تا اعضای مصنوعی جنسیت مخالف در جای آن قرار گیرد، برای فرد سالم نوعی نقص و ضرر به بدن است که در تحمل این ضرر هیچ نفع و فایده عقلایی وجود ندارد و علاوه بر تحمیل هزینه های زیاد و مشکلات روحی و روانی بسیار برای فرد، به دلیل اینکه با ملازمات حرام نیز همراه می باشد، حرمت شرعی دارد. اما تغییر جنسیت برای فردی که مشکل روحی یا جسمی دارد و ناچار به برداشتن عضوی از اعضای بدن خویش می گردد، جایز است. (کلانتری و ابراهیمی، ۱۳۹۰ ش، صص ۸۳-۸۴) حتی بعضی از فقها، تغییر جنسیت را برای فرد بیماری که در حالت اضطرار قرار دارد، واجب می دانند. (منتظری، ۱۳۷۱ ش، ص ۴۰۸)

ج) حرمت تشبه به مرد یا زن: از دلایل دیگر مخالفان این است که تغییر جنسیت باعث تشبه مرد به زن یا زن به مرد می شود و تشبه به جنس دیگر حرام است. پس انجام عمل تغییر جنسیت نیز حرام است. (دلیر، ۱۳۸۷ ش، ص ۵۱) روایاتی در این زمینه وجود دارد که پیامبر اسلام (ص) افرادی را که خود را شبیه جنس مخالف در می آوردند را مورد لعن قرار داده و حتی آن افراد را از شهر تبعید کرده بودند. مخالفان نیز با استفاده از این روایات و قیاس اولویت، اینگونه استدلال می کنند که این کلام پیامبر اسلام در مورد شباهت ظاهری است - که پیامبر (ص)، تغییر ظاهری و تشبه زن به مرد و بالعکس را حرام نمود. پس زمانیکه تغییر خارجی و شباهت واقعی مرد به زن و بر عکس صورت می پذیرد، به طریق اولی، این تغییر حرام می باشد. (کلانتری و ابراهیمی، ۱۳۹۰ ش، ص ۸۴)

در پاسخ گفته می شود، اینکه تغییر جنسیت، نوعی تشبه مرد به زن یا بالعکس می باشد، سخنی نا صواب است. «چون تشبه مرد به زن یا بالعکس به معنای شباهت داشتن در نحوه زندگی، لباس پوشیدن یا تشبه در رابطه جنسی، با حفظ اصل جنسیت است. اما تغییر جنسیت، یک نوع تغییر کلی و ماهوی است به گونه ای که موضوع عوض می شود. در این حالت اصلا صدق تشبه نمی کند.» (منتظری، ۱۴۱۵ ق، ص ۵۱۷) به عبارت دیگر، در تشبه موضوع (جنسیت) عوض نمی شود؛ در حالیکه در تغییر جنسیت، موضوع، یعنی جنسیت فرد، به کلی تغییر می یابد. به همین دلیل تغییر جنسیت با تشبه تفاوت دارد.

د) غیر مقذور بودن: دلیل دیگر نظریه ممنوعیت مطلق تغییر جنسیت، غیرمقدور بودن آن است زیرا خداوند انسان را مذکر و مونث آفریده است و هیچ قدرتی نمی تواند مذکری را به مونث یا بالعکس تغییر دهد. در نتیجه اگر به وسیله مثلا 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 مونث نشده است. برعکس، رویاندن مو در رخسار مونثی و کوچک کردن پستان او و غیره، به وسیله تزریق دارو، موجب تغییر جنسیت او به جنس مذکر نمی شود. به عبارت دیگر تغییر موضوع مذکر به مونث یا بالعکس، امری غیرمقدور و ناشدنی است و چون تغییر ناپذیر است حکم آن نیز ثابت و غیرقابل تغییر است. (مدنی تبریزی، ۱۴۱۸ق، ص ۴۵)

این دلیل نیز غیرقابل اعتماد است زیرا به استناد این دلیل نیز نمی توان تغییر جنسیت را به طور مطلق غیر مشروع دانست، چون موضوع مورد بحث، تغییر جنسیت تمام افراد بشر نیست. در علم پزشکی نیز اعتقاد بر این نیست که تمام افراد می توانند تغییر جنسیت دهند، بلکه افرادی که به نوعی دچار اختلال هویت جنسی می باشند، موضوع تغییر جنسیت قرار می گیرند. بنابراین غیرمقدور بودن تغییر جنسیت شامل تمام افراد نمی شود، بلکه فقط شامل افرادی می شود که گرایش جنسی روانی آنها با علائم جنسی بدنی شان هماهنگ و همسو است که اکثر انسانها در این گروه می باشند و این گروه خارج از موضوع می باشند. (باریکلو، ۱۳۸۲ش، صص ۷۰-۷۱)

ه) ممنوعیت به دلیل ملازمه با لوازم حرام: از دیگر دلایل مخالفان در مخالفت با تغییر جنسیت این است که ممکن است گفته شود تغییر جنسیت به دلیل اینکه با نگاه به شرمگاه و لمس عورت نامحرم همراه است، حرام می باشد. بنابراین برای دوری از این حرام باید از تغییر جنسیت پرهیز شود. در پاسخ به این ایراد مخالفان گفته می شود، که در بحث مشروعیت یا ممنوعیت، باید به خود موضوع توجه کرد، یعنی باید دید که موضوع تغییر جنسیت، به طور کلی و فی نفسه، عملی حرام است یا جایز، نه اینکه به ملزومات و امور جانبی آن توجه شود. (مومن، ۱۳۷۵ش، ص ۹۶؛ منتظری، ۱۳۷۱ش، ص ۴۰۸)

و) حرمت استهلاک قوا: یکی دیگر از دلایل قائلین به عدم جواز تغییر جنسیت، تمسک به آیه ۱۹۵ سوره مبارکه بقره است که میفرماید: « و لا تلقوا بایدیکم الی التهلکة » این دسته از محققان در ادامه می افزایند: « بر اساس این که آیه از به هدر دادن و ضایع کردن قوا نهی می نماید، میبینیم که یک وقت قوا، قوای اجتماعی است و یک وقت قوای بدنی

است مثل از بین بردن نفس انسان، اعضای رئیسه بدن مانند چشم و دست و پا و... و یا از بین بردن اعضای تناسلی و تغییر جنسیت» (دلیر، ۱۳۸۷ش، ص ۳۷)

در رد این استدلال باید گفت که مستنبط از آیه شریفه بنا به تفسیری که قائلین به حرمت از آن می کنند این است که از بین بردن قوای جسمی در صورتی که شخص را در معرض هلاکت قرار دهد حرام است، پس آیه مطلق نبوده و مقید است. سوال اینجاست که آیا تغییر جنسیت شخص را در معرض هلاکت قرار خواهد داد یا عدم تغییر جنسیت؟ پاسخ منطقی به این سوال آن است که با مراجعه به آمار و تحقیقات در جامعه هدف، معلوم می شود که افراد دچار اختلال هویت جنسی، کسانی هستند که از وضعیت جنسی خود به شدت رنج می برند و خواهان تغییر و تبدیل وضعیت جنسیت خود به جنس مخالف هستند. عدم توجه به این وضعیت و عدم پاسخگویی به نیاز روحی این افراد در موارد بسیاری موجب می شود که آنها اقدام به خودکشی نمایند و یا لاقلاً باعث ایجاد آسیب های روانی و روحی در آنان می گردد. بنابراین تغییر جنسیت در این دسته از افراد نه تنها مصداق حرمت در این آیه نیست بلکه شاید بتوان گفت که قائل بودن به حرمت تغییر جنسیت و ایجاد ممنوعیت برای مبتلایان این بیماری، می تواند مقدمه ای برای به هلاکت انداختن بیماران باشد که خود از مصادیق حرمت مذکور در این آیه شریفه می باشد.

ز) نظم عمومی: برخی از حقوقدانان بر این اعتقادند قواعدی که وضع مدنی شخص را در جامعه تعیین می کند، تنها به خاطر حفظ منافع او وضع نشده است. هدف مهم این گونه قواعد تامین مصالح عمومی است. به همین جهت اشخاص نمی توانند برخلاف آنها با یکدیگر تراضی کنند. چنانکه به وسیله قرارداد نمی توان تابعیت یا جنسیت کسی را تغییر داد. (کاتوزیان، ۱۳۸۰ش، ج ۱ صص ۱۷۴-۱۷۵) ظاهر سخن این دسته از محققان این است که تغییر جنسیت مخالف نظم عمومی و مصالح عمومی جامعه است. (اصغری آقمشهدی و عبدی، ۱۳۹۰ش، ص ۹) اما دلیل مزبور قابل انتقاد است زیرا دلیل ذکر شده در صورتی دلالت بر عدم مشروعیت تغییر جنسیت می کند که در علم پزشکی تغییر جنسیت مشروط به هیچ گونه قید و شرطی نباشد و هر کس که تمایل به تغییر جنسیت خود داشته باشد، بتواند موضوع عمل تغییر جنسیت قرار گیرد. اما اگر تغییر جنسیت مشروط به شرایطی شود، چنانکه در بسیاری از کشورها چنین است، مغایرتی با مصالح جامعه نخواهد داشت. (باریکلو، ۱۳۸۲ش، ص ۷۱ اصغری آقمشهدی و عبدی، ۱۳۹۰ش، ص ۹ ؛ نوجوان، ۱۳۸۸ش، ص ۱۶۳)

۲-۲- نظریه های جواز مطلق تغییر جنسیت

در بین فقهای متأخر، بر خلاف بسیاری از فقها که عمدتاً یا این عمل را ممنوع نموده و یا مشروط به شرایطی نموده اند، امام خمینی در نهایت صراحت و بدون هیچگونه قیدی قائل به عدم حرمت تغییر جنسیت است. ایشان چنین فرموده اند: «ظاهر آن است که تغییر جنس مرد به زن به سبب عمل و بر عکس آن حرام نیست و همچنین عمل جراحی بر روی کسی که خنثی است تا سرانجام یا مرد شود و یا زن، حرام نیست.» (موسوی خمینی، ۱۴۱۲ق، ص ۶۲۶) فقهای دیگری نیز به این نظر قائلند. (خرازی، ۱۳۷۹ش، ص ۱۰۴؛ مومن، ۱۳۷۵ش، ص ۹۷) در میان مراجع تقلید فعلی، حضرت آیت الله سیستانی به صراحت تغییر جنسیت را مجاز اعلام نموده اند البته به شرط آنکه مستلزم کار حرامی نباشد و امکان پذیر باشد.^۱ مشابه همین فتوا را آیت الله مکارم شیرازی نیز بیان نموده اند.^۲ دلایلی که برای این نظر ارائه شده است به شرح زیر است:

الف) اصل حلیت: مطابق اصل حلیت هر کاری حلال است مگر اینکه دلیل صریحی از قرآن و روایات بر حرمت آن وجود داشته باشد. مثلاً اعمالی چون همجنس بازی، لواط و زنا حرام است زیرا دلیل ما بر حرمت این افعال وجود نص صریح قرآن کریم در مورد آنها می باشد. و لیکن در مورد حرمت تغییر جنسیت چون نص صریح و روایتی نداریم، لذا بنابر اصل حلیت چنین عملی ظاهراً مشروع است. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶ش، ص ۲۲؛ منتظری، ۱۴۱۵ق، ص ۵۱۷؛ خرازی، ۱۳۷۹ش، ص ۲۴۱) بنابراین با توجه به اینکه دلیلی در لسان شارع بر حرمت و یا عدم حرمت تغییر جنسیت وجود ندارد، می توان با جریان اصول عملیه، مثلاً اصل براءت، تغییر جنسیت را مجاز شمرد. (کریمی نیا، ۱۳۸۹ش، ص ۲۰۵) در این دلیل می توان مناقشه کرد زیرا درست است که از طرف قانونگذار دلیل خاصی دال بر عدم جواز و ممنوعیت تغییر جنسیت وارد نشده است، ولی 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 می نماید، نمی توان انجام این عمل را مشروع تلقی کرد. (باریکلو، ۱۳۸۲ش، ص ۷۲)

۱. نک: سایت رسمی آیت الله سیستانی

<http://sistani.org/index.php?p=827020&id=863&perpage=2#12169>

۲. نک: سایت رسمی آیت الله مکارم شیرازی

<http://makarem.ir/Search.aspx?lid=0&keyword>

ب) قاعده تسلیط: دلیل دیگری که می توان برای مشروعیت مطلق تغییر جنسیت به آن استناد کرد قاعده الناس مسلطون علی انفسهم می باشد. همانگونه که برخی از فقها برای صحت فروش اعضای بدن به آن استناد کرده و معتقدند چون این قاعده مبین سلطه مردم بر مالشان است در نتیجه همانگونه که مردم حق دارند در مالشان هر تصرفی بکنند می توانند در بدن خود نیز هر نوع تصرفی را که بخواهند انجام دهند و یکی از تصرفات مجاز به استناد این قاعده تغییر جنسیت است. (مومن، ۱۴۱۵ق، ص ۱۶۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶ش، صص ۲۲-۲۳)

از جهت مفهوم قاعده و همچنین تطبیق آن بر مورد می توان 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 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، نمی توان به استناد این قاعده، تغییر جنسیت را به طور مطلق مشروع دانست زیرا همانگونه که بعضی معتقدند قاعده سلطه مشرع نیست و مالک هر تصرفی و لو غیر عقلایی و اسراف نمی تواند در مال خود انجام دهد بلکه باید تصرفی نماید که از دیدگاه عقلا متعارف و معقول باشد. (خویی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۰۲) در نتیجه فقط اشخاص می توانند تصرفی در بدن و نفس خود کنند که عقلایی است در حالیکه تغییر جنسیت شخصی که تمایلات جنسی و روانی او مطابق علائم جنسیتی بدنی اوست، از دیدگاه عقلاء تصرف نامعقول و نامتعارف است. علاوه بر این، بر فرض اینکه قاعده سلطه مشرع باشد در این صورت نیز قلمرو آن محدود به تصرفاتی است که دارای نفع عقلایی است زیرا به استناد اصول و قواعد مسلم حقوقی و سیره عقلاء تصرفات لغو و زاید و یا دارای مفساد اجتماعی یا شخصی، مشروع و مورد حمایت قانون نیست. (باریکلو، ۱۳۸۲ش، صص ۷۲-۷۴)

ج) قاعده اضطرار: تقریر استدلال چنین است که بنا بر ادله واصله شرعی اعم از آیات و روایات، هرگاه مکلف به واسطه قرار گرفتن در شرایط خاصی ناچار به انجام فعلی گردد که در حالت عادی ممنوع و حرام است مواخذه و عقاب نمی شود، بلکه فعل ممنوع مباح و جایز می گردد. (محقق داماد، ۱۳۸۱ش، ص ۱۲۸) البته تحقق اضطرار تابع وجود شرایطی است و به واسطه این قاعده نمی توان تغییر جنسیت را مطلقاً مجاز دانست لذا با توجه به آنچه که گفته شد این قاعده نمی تواند جواز مطلق تغییر جنسیت را ثابت کند در نتیجه برخی از محققان گفته اند که اگر هم قائل به حرمت انجام عمل تغییر جنسیت در شرایط عادی

باشیم، بایستی افرادی را که بنا بر گفته متخصصان نیازمند به انجام عمل های تغییر جنسیت می باشند از این حکم استثناء نماییم. (میرخانی و محمدتقی زاده، ۱۳۹۱ش، ص ۹۲)

۳-۲- نظریه های جواز مشروط

در مورد جواز یا ممنوعیت عمل تغییر جنسیت، نظر دیگری مبنی بر مشروعیت مشروط تغییر جنسیت ابراز شده است. مطابق این نظر، مشروعیت هر عملی، منوط به وجود منفعت مشروع عقلایی است؛ پس تغییر جنسیت در صورتی مشروع است که فرد مبتلا، مشکل داشته باشد و پزشک متخصص عمل تغییر جنسیت را برای رفع مشکل وی ضروری تشخیص دهد. (باریکلو، ۱۳۸۲ش، ص ۷۴؛ و نیز موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶ش، ص ۲۶)

در نظامهای حقوقی کشورهایی که تغییر جنسیت را مجاز اعلام کرده اند، انجام آنرا منوط به وجود شرایطی نموده اند تا افراد سالم نتوانند از این اجازه برای رسیدن به مقاصد نامشروع خود استفاده کنند. بنابراین در تغییر جنسیت، مشروعیت عمل منوط به این است که شخص دچار مشکل و ناراحتی باشد و کسانی هم که به عمل جراحی تغییر جنسیت اقدام می نمایند، در بیشتر موارد گرفتار اختلالات هویت جنسی و ناراحتی روانی و افسردگی شدید هستند. برخی از محققان در تجویز تغییر جنسیت به حقوق انسانی فرد استناد نموده اند. به نظر آنان «اساس حقوق بشر اقتضا دارد بدون دلیل، روان آدمی محبوس نشود... تا بتواند به صورت انسانی آزاد و متعادل از حقوق و تکالیف مناسب برخوردار باشد. از آنجایی که افراد ترانس روان خود را محبوس در ظاهر جسمی نامتناسب با روحيات و خلیقات که در ایشان نهادینه شده است می یابند با توجه به عدم حرمت و فقدان قانون منع کننده باید با توجه به قاعده و اصول فوق، قائل به مشروعیت تغییر جنسیت بر اساس نظریه قطعی کارشناسان مختلف بود. حق تعیین سرنوشت در چنین مواردی نیز اقتضای تجویز آن را دارد و به هر شکل نمی توان وجود متقاضیان منحرفی که از روی تفنن خواستار تغییر جنسیت هستند را مانع از موافقت اصولی با این اقدام دانست و لذا باید تحت شرایط و ضوابط محدود و مضبوط آن را صرفاً برای بیماران تجویز کرد.» (روشن، ۱۳۸۶ش، ص ۱۶۳) این نظر را تا جایی که قائل به جواز مشروط تغییر جنسیت است می توان تایید کرد ولی استناد به حقوق بشر و به ویژه حق تعیین سرنوشت در توجیه آن به نظر قابل دفاع نمی باشد زیرا اولاً حقوق بشر تا جایی که عنوان توجیه حقوقی قابل استناد است که در منابع حقوقی ما بگنجد. از این گذشته هیچ یک از اصول اعلامیه جهانی حقوق بشر به صراحت به حق تغییر جنسیت اشاره

نکرده اند. ضمن آنکه باید توجه داشت که حق تعیین سرنوشت به مثابه حقی حقوق بشری مربوط به گروه ها و ملت هاست و موضوعاً از بحث ما خارج است و لذا اتکا به آن در جواز تغییر جنسیت با مفهوم و دامنه این اصطلاح همخوانی ندارد. البته این نوع دیدگاه ها و توجه ها، در کشورهای غربی شاید به لحاظ حقوقی و علمی قابل قبول به نظر برسد.^۱

برخی گفته 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 می شود. 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 می نماید ولی بعد از خروج از شرایط اضطرار، ادله حرمت دوباره حاکم می شود 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. در حالیکه برخی فتاوی حاکمی از وجوب تغییر جنسیت نسبت به افراد خنثای فیزیکی یا بدنی است، در صورتی که قاعده اباحه شدن ممنوعات در شرایط اضطرار برای مضطر فقط اباحه یا اختیار می آورد و نمی توان از این قاعده استفاده و جوب 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 توصیه ها و مقررات نمونه، تغییر جنسیت 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 واقعیت های علم پزشکی منطبق تر است. (باریکلو، ۱۳۸۲ ش، صص ۷۴-۷۵) این تحلیل قابل انتقاد به نظر می رسد چه اینکه مطابق این نظریه علت جواز تغییر جنسیت لزوم درمان آن از دیدگاه پزشکان بیان شده است و نظریه مزبور این واقعیت را که دلیل اصلی جواز تغییر

۱. برای دیدن نظر یکی از نویسندگان که به وضعیت افراد دارای اختلال هویت جنسی در کشور استرالیا پرداخته و با مبانی حقوق بشر پیشنهاداتی را برای اصلاح وضعیت این دسته از اشخاص داده، نک: Wallbank, 2004.

جنسیت اباحه عمل به لحاظ خروج از حالت اضطرار است را نفی می کند ، در حالی که واضح است شرایطی که در متقاضی تغییر جنسیت وجود دارد و برای پزشک امکان معالجه را فراهم می نماید ، چیزی جز شرایط اضطراری نیست از همین رو برخی از محققان، معتقدند که اگر فردی، بیماری جسمی یا روحی داشته باشد و عمل تغییر جنسیت به منظور معالجه وی باشد، هرچند با ملازمات حرام، همراه باشد، باعث حرمت عمل نمیشود. به دلیل اینکه تغییر جنسیت برای درمان و معالجه شخص بیمار تجویز میشود و در شخص بیمار، ضرورت معالجه ایجاب میکند که چنین عملی انجام گیرد، هرچند با ملازمات حرام همراه باشد، ضرورت معالجه باعث رفع حرمت میشود. (کلانتری، ۱۳۹۰ش، صص ۸۷-۸۸)

گفتار سوم: تغییر جنسیت در نظام حقوقی کامن لا

به طور کلی در نظام حقوقی کامن لا، دعاوی مربوط به وضعیت افراد دگرجنس گرا، اغلب در سه قسم دعاوی زیر مطرح شده است: اول دعاوی مربوط به اعتبار ازدواج یک فرد ترانس، دوم دعاوی مربوط تغییر گواهی تولد که منعکس کننده جنسیت فرد است، و سوم دعاوی مربوط به تبعیض جنسیتی. (824_Grossman, 2005, pp. 823) بررسی سیر تاریخی دعاوی مربوط به تغییر جنسیت نشان می دهد که دادگاه های نظام حقوقی کامن لا، اغلب در دهه اخیر بوده که افراد دارای هویت اختلال جنسی را به رسمیت شناخته اند و این امر خلاف سیری است که از ابتدا در کتب فقهی اسلامی در این زمینه به چشم می خورد.

بحث پیرامون نظام حقوقی کامن لا را در قالب سیری تاریخی و بر اساس پرونده های مشهور آن، در سه بخش ارائه داده ایم. در بخش نخست به سیستم قضایی انگلیس می پردازیم و تحولات آن را مورد بررسی قرار می دهیم. ضمن آنکه موضع دادگاه اروپایی حقوق بشر نیز در رابطه با موضع حقوق انگلستان بیان خواهد شد. در ادامه به آثار تغییر جنسیت در ایالات متحده و نیز در مبحث سوم به برخی از کشورهای مهم نظام کامن لا از قبیل نیوزیلند، استرالیا و کانادا خواهیم رسید.

۳-۱- وضعیت تغییر جنسیت در حقوق انگلیس

مهمترین پرونده تغییر جنسیت در نظام کامن لا پرونده معروف «کوربت علیه کوربت»^۱، است. در انگلستان، موضع قانون در خصوص جنسیت افراد ، تا مدت ها، متأثر از این پرونده

1. Corbett v. Corbett[1970]2WLR 1306

بوده است. در این پرونده، قاضی اُرمروُد^۱ باید تصمیم می گرفت که آیا خواننده دعوا که یک مرد ترانس است و تحت عمل جراحی تغییر جنسیت قرار گرفته است، برای ازدواج کردن زن محسوب می شود یا خیر. این قاضی عقیده داشت که معیارهای بیولوژیکی باید این قضیه را روشن نمایند و بر اساس این نوع معیارها باید تصمیم گیری شود. معیارهای بیولوژیکی از دید قاضی اُرمروُد سه عامل بودند: اول کروموزوم ها یعنی وجود کروموزوم XY برای مردان و یا وجود کروموزوم XX برای زنان. دوم غدد جنسی یعنی وجود یا عدم وجود بیضه ها یا تخمدان ها. سوم اندام جنسی یعنی وجود یا عدم وجود ارگانهای جنسی داخلی و خارجی مردانه یا زنانه. بر اساس این معیارها، وی این ادعا را که جنسیت فرد باید بر اساس ماهیت جنسیروانشناختی فرد یا ویژگیهای جنسی ثانویه تعیین شود رد کرد. دلایل پزشکی نشان می داد که خواننده دارای کروموزوم XY است و پیش از عمل جراحی دارای آلت تناسلی مردانه و بیضه بوده است ولی به لحاظ روانشناختی، ترانس محسوب می شده است. اما قاضی اُرمروُد رای داد که این فرد در زمان تولد مرد بوده است و از آنجایی که پذیرفته شده که ساختار جنسی بیولوژیکی فرد در زمان تولد تعیین می شود و قابل تغییر نیست، بنابراین مقرر شد که خواننده هنوز مرد است و لذا زن به حساب نمی آید تا بتواند با یک مرد ازدواج نماید، هر چند وی به لحاظ روانی خود را زن به حساب می آورده و حتی تحت عمل جراحی نیز قرار گرفته است و در جامعه به عنوان یک زن معاشرت می نماید. (Thomson, 1980, p. 92)

به دنبال رای فوق الذکر، بسیاری از مفسران و مراجع رسمی به دنبال این ایده رفتند که در تشخیص اختلال هویت جنسی و وضعیت ترانس باید وضعیت و ارگانهای بیولوژیک در درجه اول اهمیت قرار گیرند. یکی از دلایل اقبال به این اندیشه و به ویژه معیار کروموزوم شاید این مساله بود که طرح کروموزومی افراد به راحتی قابل تغییر نیست و گذشته از این می تواند جوابهای روشن تری به پرسش هایی ارائه دهد.

در انگلستان معیار قاضی اُرمروُد نه تنها در دعاوی مربوط به ازدواج مورد تبعیت قرار گرفت بلکه معیار وی برای تشخیص جنسیت افراد در موضوعاتی چون حقوق بازنشستگی و حقوق استخدامی پذیرفته شد و تاثیر گذار بود. (Loux, 1997) در سال ۱۹۸۳ و در پرونده ای دیگر^۲، دادگاه تجدید نظر رویکرد اُرمروُد در پرونده کوربت را در حقوق جزا به کار

1. Judge Ormrod

2. R v. Tan[1983] QB 1053,1063-1064

گرفت. در این پرونده دادگاه محکومیت گلوریا گریوز را که یک ترانس تغییر جنسیت داده از مرد به زن بود تایید کرد در حالیکه این محکومیت، به مرد بودن وی بستگی داشت و بدین ترتیب دادگاه وی را یک مرد محسوب نمود. (Birkenhead, 2003)

رای پرونده کوربت انتقادات بسیاری را چه از جانب حقوقدانان و چه پزشکان به دنبال داشت. این انتقادات بیشتر بر این امر تاکید داشت که انتصاب جنسیت به یک مرد یا زن امر پیچیده ای است و اگر ما صرفاً به عوامل کروموزومی اتکا نماییم، دیدگاهی بیش از اندازه تقلیل گرا اختیار کرده ایم. به عبارت دیگر، رویکرد فوق اهمیت وضعیت روانی یک فرد به عنوان زن یا مرد را نادیده می گیرد. (Birkenhead, 2003, op. cit)

موضع دادگاه های انگلستان، در بیست سال گذشته، چندین مرتبه نزد دادگاه اروپایی حقوق بشر مطرح شده است. در طور این مدت، پیشرفت قوانین حقوق بشری در این خصوص با سرعت بوده است. البته تا همین اواخر، دادگاه اروپایی به طور مکرر، و از جمله در دعاوی *Rees v United Kingdom*(1986); *Cossey v United Kingdom*(1990); *Sheffield and Horsham v United Kingdom*(1998) مقرر می داشت که اعمال معیار کوربت، و در نتیجه به رسمیت نشناختن تغییر جنسیت افراد دگر جنس باور، به معنای نقض ماده ۸ (حق پاسداشت زندگی خصوصی) و ماده ۱۲ (حق ازدواج) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیست. هرچند در پرونده آخر به شدت به قصور انگلستان، در عدم بازنگری در قوانینش در این زمینه تاخت. به نظر دادگاه، پذیرش اجتماعی دگر جنس باوری و شناسایی مشکلات آنها به نحو فزاینده ای در حال افزایش است. به همین جهت دادگاه اصرار داشت که این بخش از حقوق باید توسط دولت های متعاقد مورد بازنگری قرار گیرد. (Birkenhead, 2003, op. cit)

در پرونده «ریز»، آقای ریز که مرد تغییر جنسیت داده شده از زن بود، از دادگاه های انگلستان تقاضای تغییر نام مندرج در گواهی تولد و اجازه ازدواج نموده بود که به دلیل رد شدن درخواستش در انگلستان به دادگاه اروپایی حقوق بشر رجوع کرده بود. در این دعوا، دادگاه اروپایی بیان داشت علیرغم اینکه موضوع افراد ترانس، مساله ای جدید نیست ولی مسائل مربوط به آنها اخیراً مورد توجه قرار گرفته است، به همین جهت میان دولت های عضو اتحادیه، در خصوص اینکه قانون چگونه باید به قضیه آنها واکنش نشان دهد، اتفاق نظر وجود ندارد. نتیجه اینکه دادگاه مقرر داشت که شناسایی قانونی و به رسمیت شناختن افراد ترانسنس، حوزه ای است که در صلاحیت دولت های متعاقد قرار دارد. با توجه به این امر دادگاه رای داد که دولت بریتانیا با عدم تغییر جنسیت آقای ریز در گواهی تولد او، حق وی

بر حریم شخصی را که در ماده ۸ کنواسیون اروپایی حقوق بشر آمده نقض نکرده است. به عقیده دادگاه، این دولت بریتانیا است که باید تصمیم بگیرد چگونه به بهترین وجه به نیازهای افراد ترانس پاسخ دهد.

اما بالاخره دادگاه اروپایی حقوق بشر نظرش را تغییر داد. در پرونده *Goodwin v United Kingdom* (2002) دادگاه مقرر داشت که تصمیم دادگاه تجدیدنظر انگلستان در به رسمیت نشناختن جنسیت جدید خانم گودوین (از مرد به زن)، به معنای نقض مواد ۸ و ۱۲ کنواسیون است. رای دادگاه طیف گسترده ای را شامل می شد. در واقع، این دعوا پرونده ای مربوط به ازدواج نبود. کریستین گودوین به عنوان یک مرد ازدواج کرده بود و بعد طلاق گرفته بود. شکایت او این بود که در موارد و مصادیق متعددی، قانون و رویه انگلستان با وی به عنوان یک تغییر جنسیت داده عادلانه رفتار نمی کند. وی قادر نبود که به خاطر بدرفتاری جنسی در محاکم کار شکایت نماید زیرا وی یک مرد محسوب می شد. وی نمی توانست در سن شصت سالگی (سن قانونی خانم ها) بازنشستگی دریافت نماید. وی مجبور بود حق بیمه بیشتری را پرداخت کند زیرا یک مرد محسوب می شد. در هر حال دادگاه اروپایی همه این موارد را مدنظر قرار داد. استدلال دادگاه اروپایی این بود که هرچند یک دادگاه نباید بدون دلیل منطقی و معقول از تصمیمات پیشین خود عدول نماید ولی باید به تغییر اوضاع و احوال توجه کند. معیارهای بیولوژیکی از دید این دادگاه برای تشخیص جنسیت افراد دیگر کافی نیست. به ویژه آنکه انواع درمانهای هورمونی و جراحی های پیشرفته و پیچیده در حال افزایش است. در نهایت دادگاه بیان می دارد که هر چند این دولت های متعاقد هستند که سرآخر باید شرایطی را که فرد می تواند تحت آنها به رسمیت شناختن تغییر جنسیت خود را درخواست کند تعیین نمایند، ولی هیچ توجیحی برای این امر وجود ندارد که افراد تغییر جنسیت داده را از حق ازدواج محروم نماییم. (*Birkenhead*, 2003, op. cit)

با این وجود، در پرونده *Bellinger v. Bellinger* (2003) دادگاه بدوی انگلستان بر آرای پیشین خود اصرار ورزید و بیان داشت علیرغم اینکه گرایشات اجتماعی و نیز موضع اتحادیه اروپا در زمینه تغییر جنسیت تغییر کرده است و قانون در موضع اقلیت قرار گرفته است، ولی قانون در این زمینه صراحت دارد و قاضی هم باید قانون را اعمال نماید و به همین جهت درخواست خواهان را، مبنی به رسمیت شناختن ازدواجش با یک مرد و پس از تغییر جنسیت، رد کرد. دادگاه تجدید نظر نیز همان معیارهای کوربت را اعمال کرد و بیان داشت که جنسیت فرد همانی است که در هنگام تولد داشته است و لذا در زمینه ازدواج

باید به همان قدر متیقن اکتفا کنیم زیرا نمی توانیم با اطمینان بگوییم که فرد ترانس واقعا به جنسیتی دیگر تبدیل شده است، هرچند گرایشها و دیدگاه های اجتماعی در این زمینه تغییر کرده است. به عبارت دیگر می توان این پرسش را مطرح کرد که در چه زمانی می توان گفت که فرد باید در کلیه زمینه ها از جمله ازدواج به عنوان فردی از جنس مخالف تلقی شود و بتوان او را حقیقتاً فردی از جنس مقابل به حساب آورد. به نظر دادگاه این مساله، پرسشی است که مجلس باید به آن پاسخ دهد و نه دادگاه. در نهایت این پرونده در مجلس اعیان به عنوان عالی ترین مرجع قضایی انگلستان مطرح شد و قضات این دادگاه علیرغم اینکه بیان داشتند قانون ازدواج ۱۹۷۳ مغایر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است و قانونگذار انگلیسی باید این قانون را تغییر دهد ولی با توجه به صراحت قانون مزبور، ازدواج خواهان را به رسمیت نشناختند و درخواست او را رد کردند.^۱

التهایه در سال ۲۰۰۴، «قانون شناسایی جنسیت»^۲ در انگلستان به تصویب رسید. مطابق ماده یک این قانون فردی که ۱۸ سال تمام داشته باشد، بر اساس اینکه با جنسیت دیگری زندگی می کند، می تواند تقاضای گواهی شناسایی جنسیت نماید. بر اساس ماده دو این قانون، متقاضی باید ثابت نماید که دچار اختلال هویت جنسی است و لاقلاً به مدت دو سال تا تاریخ درخواست با جنسیت جدید زندگی کرده است و قصد دارد تا زمان مرگ در این جنسیت زندگی نماید. برای اثبات موارد فوق، تاییدیه یک پزشک متخصص در زمینه اختلال جنسیت و یک روانپزشک ضروری است. اگر متقاضی مجرد باشد به او گواهی دائمی داده می شود ولی اگر متاهل باشد این گواهی موقت خواهد بود. بر اساس این گواهی موقت، تا شش ماه بعد، دادگاه حکم به بطلان ازدواج فرد می دهد. نکته جالب توجه این است که بر اساس این قانون، تغییر جنسیت فرد بر پدر یا مادر بودن وی و رابطه او نسبت به فرزندان تاثیر ندارد. همچنین این قانون حق ازدواج به فرد تغییر جنسیت داده می دهد.^۳

۲-۳- تغییر جنسیت در حقوق ایالات متحده

در ایالات متحده در زمینه ازدواج افراد تراجنس سه موج متوالی دیده می شود. موج اول متأثر از پرونده انگلیسی کوربت بوده است که ویژگیهای فیزیولوژیکی زمان تولد را معیاری

۱. برای آگاهی از جزئیات این پرونده به سایت مجلس بریتانیا رجوع نمایید:

<http://www.publications.parliament.uk>

2- Gender Recognition Act

3- <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents>

منحصر برای تعیین جنسیت فرد متقاضی ازدواج می‌داند. موج دوم شامل پرونده‌هایی است که در آنها دادگاه‌ها تلاش می‌کنند تا عوامل روانشناختی را در تعیین جنسیت یک فرد مداخله دهند. در نهایت در موج سوم عوامل روانشناختی بر عوامل بیولوژیکی برتری داده می‌شوند. (371_Kogan, 2004, pp. 372) در سال ۱۹۷۱ و یک سال پس از دعوی کوربت، اولین مورد ازدواج افراد ترانس مورد توجه دادگاه‌های ایالات متحده قرار گرفت. در دعوی *Anonymous v. Anonymous*، دادگاهی در شهر نیویورک مقرر داشت که ازدواج میان خواهان که یک افسر ارتش امریکا بود و خوانده که در زمان دادرسی یک ترانس تغییر جنس داده بود، از لحاظ قانونی باطل بوده است. البته در این دعوا، خوانده در زمان ازدواج با خواهان هر چند یک فرد ترانس بود ولی هنوز اندام جنسی مردانه خود را داشت. البته داماد از این موضوع اطلاع نداشت و پس از اینکه با خوانده ازدواج می‌نماید متوجه می‌شود که او دارای آلت تناسلی مردانه است. آنچه که در این جا اهمیت دارد استدلال دادگاه است. دادگاه بیان می‌دارد «هرچند ظاهراً به نظر می‌رسد که جنسیت خوانده به موجب یک عمل جراحی به یک زن تغییر کرده است، با این وجود از مقالات پزشکی و سایر اطلاعاتی که مشاورین دادگاه جمع‌آوری کرده‌اند، صرف برداشتن اندام مردانه به خودی خود و فی‌نفسه یک مرد را به یک زن واقعی تبدیل نمی‌کند.» (Tallant, 2002, p. 649) روشن است که حتی اگر خوانده پیش از ازدواجش عمل جراحی تغییر جنسیت را انجام می‌داد، با این استدلال دادگاه هنوز ازدواج او را به رسمیت نمی‌شناخت.

در سال ۱۹۸۷، دادگاهی در ایالت اوهایو، این قضیه را مورد بررسی قرار داد که آیا «الِن لادراچ»^۱، یک مرد ترانس تغییر جنسیت داده به زن، می‌تواند در این ایالت ازدواج نماید یا خیر. دادگاه به این پرسش پاسخ منفی داد. علیرغم اینکه دکتر الِن، شهادت داد که وی قادر به زندگی کردن به عنوان یک زن می‌باشد و دارای اندام جنسی ظاهری یک زن هم است، دادگاه بر ساختار کروموزومی الِن تمرکز نمود که در زمان تولد، اندام جنسی او را به شکل یک مرد درآورده بود. بنابراین بر اساس معیار کوربت، دادگاه مقرر داشت که الِن نمی‌تواند با یک مرد ازدواج نماید زیرا ازدواج با همجنس در این ایالت به رسمیت شناخته نشده است. (Tallant, 2002, p. 650)

یکی از پرونده های معروف مربوط به موج اول، پرونده Littleton v. Prange است که در سال ۱۹۹۹ مطرح شد. در این پرونده، همسر فردی متوفی که خود سابقاً مرد بوده و تغییر جنسیت داده بود به دلیل درمان نامناسب همسر خود از سوی یک پزشک علیه او شکایت کرده بود و تقاضای جبران خسارت وارده خود را نموده بود. پزشک در مقام دفاع اظهار داشت که خواهان یک مرد بوده و بنابراین نمی تواند به عنوان همسر مورث متوفی شناخته شود و تقاضای غرامت کند. دادگاه بدوی به نفع خوانده رای داد. دادگاه تجدیدنظر این مساله را مدنظر قرار داد که آیا ازدواج میان یک مرد و فردی که به عنوان یک مرد متولد شده و به کمک جراحی ویژگی های فیزیکی یک زن را بدست آورده، معتبر است یا خیر؟ در پاسخ به این سوال، دادگاه بیان داشت که این قانونگذار است که باید در این زمینه دستورالعمل صادر نماید و در ما نحن فیه چنین دستور العملی وجود ندارد. بنابراین با توجه به اینکه اندام زنانه خواهان همه ساخته بشر است و جراحی تغییر جنسیت نمی تواند اندام درونی زنانه برای خواهان تعبیه کند و او فاقد رحم و لوله رحم و تخم دان است لذا فرد تغییر جنسیت داده پس از عمل جراحی نیز مرد است. نتیجه اینکه حکم دادگاه بدوی تایید شد. (376-Kogan, 2004 , pp.375) بنابراین دادگاه تجدید نظر تگزاس بدون اینکه اشاره مستقیمی به پرونده کوربت بنماید، از همان معیارها برای تصمیم گیری استفاده می کند و به شواهد پزشکی جدید که بر اهمیت عوامل اجتماعی و روانشناختی در تعیین جنسیت افراد تاکید دارد، توجهی نمی نماید.

شبهه همین تصمیم گیری توسط دادگاه عالی کانزاس، در پرونده معروف مربوط به میراث گاردینر^۱ رخ می دهد. در سال ۲۰۰۰ فردی به نام مارشال گاردینر که یک میلیونر ۸۵ ساله بود فوت می کند در حالیکه وراثت وی عبارت بودن از همسر ۴۰ ساله اش به نام «جی نوئل بال»^۲ که تازه با هم ازدواج کرده بودند و پسر او جو که از همسر قبلی وی بود، از متوفی مبلغ دو و نیم میلیون دلار باقی مانده بود و این مبلغ به طور مساوی میان دو وارث تقسیم می شد. اما نکته اینجا بود که همسر متوفی یک مرد ترانس بود که در سال ۱۹۹۴ تحت عمل جراحی تغییر جنسیت قرار گرفته بود و زن شده بود. وی سپس نام خود را از «جی»^۳ به «جی نوئل» تغییر داده بود و در ویسکانسین گواهی تولد خود را نیز تغییر داده بود، جایی که در آن زمان در آنجا زندگی می کرد و قانوناً هم حق تغییر جنسیت داشت و

1- Gardiner

2- J'Noel Ball

3-Jay

هم تغییر گواهی تولد. (آن زمان ۲۰ ایالت آمریکا انجام چنین امری را مجاز می دانستند.) بدین ترتیب جو علیه جی نوئل اقامه دعوا کرد و مدعی شد که ازدواج پدرش با خواننده غیرقانونی بوده است زیرا در زمان ازدواج جی نوئل مطابق قوانین ایالتی مرد بوده است و لذا ازدواج دو همجنس نمی توانسته معتبر باشد. همچنین وی مدعی بود که پدر وی از تغییر جنسیت همسرش آگاه نبوده است و جی نوئل وی را فریب داده است. دادگاه بدوی در کانزاس رای داد که مطابق قوانین کانزاس، جی نوئل در زمان تولد مرد بوده است و لذا ازدواج میان گاردینر و جی نوئل معتبر نیست زیرا این ازدواج، قانون ایالتی را دایر بر ممنوعیت ازدواج همجنسان نقض کرده است. این تصمیم اهمیت فراوانی داشت زیرا به موجب قوانین کانزاس، مردان دگرجنس گرایی که به لحاظ روانی زن هستند و بعداً به زن تبدیل شده اند، به لحاظ قانونی مرد محسوب می شوند. دادگاه تجدیدنظر این رای را ابطال کرد. البته نظر دادگاه اخیر این نبود که جی نوئل یک زن بوده است و لذا ازدواج او معتبر است، بلکه مقرر داشت این واقعیت که جی نوئل مرد متولد شده است، به خودی خود و فی نفسه، بدان معنا نیست که او به لحاظ قانونی در همه زندگی خود مرد بوده است. به نظر دادگاه تجدید نظر، دادگاه بدوی برای تصمیم گیری پیرامون این مساله که جی نوئل در زمان صدور گواهی ازدواج، مرد بوده یا زن، باید به عوامل متعددی توجه می کرده است تا بتواند تصمیم گیری نماید که آیا ازدواج او معتبر بوده یا خیر. این عوامل از نظر دادگاه تجدیدنظر عبارت بودند از: کروموزوم های زمان تولد، گنادجنسی از قبیل بیضه ها و تخمدان ها، اندام جنسی داخلی مانند پروستات یا رحم، اندام جنسی بیرونی یا همان دستگاه تناسلی، جنسیت هورمونی یعنی استروژن یا اندروژن، جنسیت فنوتیپی یعنی ثانویه های جنسی مانند روییدن موی سینه، جنسیت انتقال یافته، جنسیت تحت رشد و هویت جنسی. بدین ترتیب با توجه به اینکه دادگاه بدوی به این عوامل توجهی ننموده بود رای صادره نقض شد. (Grossman, 2001) اما دادگاه عالی کانزاس، دوباره رای دادگاه بدوی را تایید کرد. دادگاه مزبور برای تعیین تکلیف در خصوص این پرونده تا حد زیادی به تعاریف مندرج در «دیکشنری وبستر» تکیه نمود. به عبارت دیگر، نظر دادگاه این بود که کلماتی مانند «جنس»، «مذکر» و «مونث»، در فهم روزمره ما، شامل افراد تراجنسیتی نمی شود. به نظر دادگاه معنای ساده و عادی عبارت «اشخاص با جنسیت مخالف» (که معیار صحت ازدواج است) عبارت است از یک مرد و یک زن به لحاظ بیولوژیک و نه افرادی که دارای اختلال جنسیتی می باشند. مرد ترانسی که جراحی کرده است، هنوز در بدن یک مرد

سکونت دارد. بنابراین مردی که پس از جراحی زن شده، با تعریف یک زن تناسب ندارد و جور در نمی آید. (377_Kogan, 2004, pp.376)

به نظر می رسد که این رای نیز خالی از اشکال نباشد. واقعیت آن است که در فهم روزمره، جی نوئل با معنای عام و مشترک مرد نیز تناسبی ندارد. به عبارت دیگر، اصولاً فهمی روزمره در خصوص افراد ترانس وجود ندارد و لذا توجیه دادگاه برای تصمیم خود ضعیف به نظر می رسد. نکته جالب توجه آن است که دادگاه یک پاراگراف پس از اظهار نظر فوق، به طور تلویحی از رای خود عقب نشینی می کند و بیان می دارد که یک ترانس به جهت امر ازدواج نه زن است و نه مرد و قانون ازدواج در مورد افراد دارای اختلال هویت جنسی ساکت است و لذا قانونگذار باید در این باره تعیین تکلیف نماید.

در موج دوم پرونده ها، با پرونده هایی روبرو هستیم که از معیار کوربت عدول می کنند. یکی از این پرونده ها، دعوی M.T. v. J.T. است که در سال ۱۹۷۶ در نیوجرسی مطرح شده است. در این پرونده، یک مرد تغییر جنسیت داده به زن، به دنبال دریافت نفقه از شوهر خود پس از مفارقت بود. در پاسخ، شوهر وی ادعا کرد که چون همسرش در زمان ازدواج یک مرد بوده است، لذا ازدواجشان باطل است. دادگاه علیرغم پذیرش این مطلب که برای یک ازدواج قانونی و معتبر طرفین باید از دو جنس مخالف باشند، معیار کوربت را رد کرد که برای ازدواج جنسیت باید بر اساس جنسیت زمان تولد تعیین شود و نیز مخالفت خود را با این استدلال اعلام کرد که در تعیین قابلیت و توانایی یک فرد برای ازدواج صرفاً وضعیت بیولوژیک مهم است. در عوض دادگاه به اهمیت جنسیت روانشناختی فرد اشاره می کند. یعنی دادگاه معیاری دوگانه بر اساس آناتومی و وضعیت روانی برای تعیین جنسیت را می پذیرد. به ویژه دادگاه اظهار می دارد که اگر آناتومی فرد از طریق جراحی با هویت جنسی وی هماهنگ شود، آن فرد عضوی از جنس جدید به حساب می آید. البته دادگاه چیزی بیش از جراحی را لازم می داند. به نظر دادگاه «توانایی جنسی» و نیز «جهت گیری و تمایلات عاطفی» یک ترانس برای داخل شدن در یک رابطه و نزدیکی جنسی به عنوان یک مرد یا زن نیز مهم است. یعنی فرد تغییر جنسیت داده باید قادر باشد که در یک رابطه جنسی با جنس مخالف فعالیت نماید. بنابراین از نظر دادگاه اگر جراحی تغییر جنسیت موفق بوده است و فرد دارای توانایی فوق الذکر باشد هیچ مانع قانونی و یا تابوی اجتماعی مشخص یا دلیل عقلانی مبتنی بر نظم عمومی وجود ندارد که از شناسایی فرد به عنوان جنس جدید برای امر ازدواج جلوگیری شود. نتیجه آنکه دادگاه خواهان را به عنوان یک زن مورد شناسایی قرار داد و به اعتبار ازدواج وی رای داد. (384_Kogan, 2004 , pp.383)

در مورد این رای نیز می توان این اشکال را مطرح کرد که آیا قابلیت بارور شدن و یا داشتن توانایی برای رابطه جنسی می تواند معیار خوبی برای قائل شدن حق ازدواج برای افراد ترانس باشد؟ آیا همه افراد عادی که ازدواج می کنند دارای این قابلیت ها هستند؟ آیا حق ازدواج افراد عادی منوط به داشتن قابلیت های ذکر شده است؟

در موج سوم دعاوی ما با پرونده هایی مانند دعاوی *Kantaros v. Kantaras* روبرو هستیم. این پرونده، در سال ۲۰۰۳ و در ایالت فلوریدا مطرح شده است. در این دعوا، مایکل کانتاراس، زنی است که تغییر جنسیت داده و به مرد تبدیل شده است و اکنون تقاضای انحلال نکاح خود را دارد. همسرش در دفاع اظهار می دارد که چون مایکل به عنوان یک زن متولد شده است ازدواج آنها از ابتدا باطل بوده است. در این میان حضانت دو فرزند آنها، موضوعی بسیار مناقشه برانگیز بود و همسر درصدد بود تا از ترانس بودن مایکل در این قضیه استفاده نماید. نکته این بود که هرچند مایکل عمل جراحی انجام داده بود و پستان و رحم خود را برداشته بود ولی به دلیل هزینه های بالا و نیز خطر ناقص شدن، اقدام به کاشت آلت تناسلی مردانه نکرده بود و لذا هنوز دارای واژن بود. اما آزمایشات نشان می داد که وی به دلیل استفاده از هورمون های مردانه دارای کلیتورسی بزرگ شده است که مایکل آن را آلت تناسلی مردانه می دانست و بیان داشته بود که از آن برای نزدیکی با همسرش استفاده می کرده است و البته با تحقیقات بیشتر مشخص شد که وی گاه از وسیله ای مصنوعی برای انجام رابطه جنسی با همسرش نیز استفاده می کرده است.

در تصمیم گیری پیرامون این مساله که برای امر ازدواج آیا مایکل یک مرد است یا خیر، دادگاه شدیداً به نظر کارشناسی سه کارشناس درمانی اتکا کرد: یک روانشناس با سابقه ۲۸ سال تجربه سروکار داشتن با ترانس ها، یک جراح پلاستیک و یک روانشناس بالینی که مایکل را ارزیابی کرده بود. قاضی مقرر داشت که مایکل کانتاراس همه آنچه را که دانش پزشکی برای موفقیت در انتقال از جنس مونث به جنس مذکر لازم می دانسته انجام داده است. از جمله اینکه وی در آزمایشات روانشناختی نشان داده است که او یک فرد تراجنسیتی است که چهارده ماه تجربه زندگی واقعی در نقش یک مرد را دارد و سرانجام هورمون درمانی نموده و عمل جراحی کرده است. همه کارشناسان شهادت دادند که دانش پزشکی اصلاً کاشت آلت تناسلی مردانه را به عنوان رویه ای لازم و ضروری برای تغییر جنسیت توصیه نمی نمایند. قاضی برای اینکه از اشکال مقدر مبنی بر اینکه رابطه جنسی مایکل و همسرش، بیشتر شبیه همجنس بازی است و نه رابطه جنسی میان یک مرد و یک زن سعی بلیغی نمود و بیشتر رای خود را به رد این اشکال اختصاص داد. وی اولاً به عسر و

حرج ناشی از عمل جراحی کاشت آلت تناسلی مردانه اشاره کرد و ثنیا کلیتوریس بزرگ مایکل را به مثابه آلت تناسلی مردانه کوچکی تلقی کرد که در واقع برخی از ترانس های زن برای امر رابطه جنسی از آن استفاده می کنند. (Kogan, 2004, pp.393; 394; 21_Leinicke, 2005, pp. 18)

در تحلیل رای دادگاه متوجه می شویم که قاضی از رویکردی جدید نسبت به آرای قبلی استفاده کرده است و بر این اساس که خواهان به لحاظ اجتماعی و روانشناختی مرد به حساب می آید، وی را مرد در نظر گرفته است فارغ از اینکه ظاهر بدن وی چه باشد. البته وی تا حدی با آراء موج دوم نیز همراهی کرده است و هنوز معیار قابلیت رابطه جنسی را مدنظر داشته و سعی در توجیه این مساله نموده است.

نتیجه

در این نوشتار سعی بر این بود که وضعیت حقوقی تغییر جنسیت در حقوق ایران و نظام حقوق کامن لا ترسیم گردد. با توجه به اینکه قانونگذار ما در خصوص تغییر جنسیت ساکت است، علیرغم اینکه در قانون حمایت از خانواده دعاوی تغییر جنسیت در صلاحیت دادگاه های خانواده قرار گرفته است، ولی با عنایت به اینکه آرای دادگاه ها باید مستدل و مستند به مواد قانونی باشد و با توجه به اینکه نظرات مخالفی نیز از سوی فقها ابراز گردیده است، با بررسی آراء و نظرات فقهی به این نتیجه رسیدیم که قابل دفاع ترین موضع در این زمینه، جواز مشروط است. به عبارت دیگر، با توجه به راهکارهای درمانی موجود، و به عنایت به ادله ای که ارائه شد، تغییر جنسیت باید منوط به اضطرار باشد و تشخیص این امر نیز با قاضی است که باید با جلب نظر کارشناس احراز گردد.

همچنین دیدیم که در نظام حقوقی کامن لا نیز تا مدتها با توجه به رای موسوم به کوربت، دادگاه در شناسایی فرد تغییر جنسیت داده خودداری می کردند که در نهایت در دهه اخیر، در انگلستان با دخالت دادگاه اروپایی حقوق بشر و در سایر کشورها با تغییر جهت دادگاه ها تحت تاثیر پیشرفت های پزشکی، تغییر جنسیت به رسمیت شناخته شد. این مطالعه تاریخی نشان می دهد که افراد ترانس در کشورهای متعلق به این نظام به دلیل ساختار سنتی و محافظه کارانه آنها، تا چه حد با مشکلات عدیده دست و پنجه نرم کرده اند. این در حالی است که بسیاری از فقهای شیعه از مدتها پیش تغییر جنسیت را به رسمیت شناخته بودند. در هر حال به نظر می رسد که قانونگذار اسلامی باید هر چه سریعتر

اقدام به قانونگذاری در این زمینه نماید تا مانع تفاسیر متضاد و مختلف و برخوردهای سلیقه ای با این مقوله شود.

منابع

- اصغری آقمشهدی، فخر الدین و عبدی، یاسر، وضعیت فقهی و حقوقی تغییر جنسیت، نشریه علمی- پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره دوم، بهار و تابستان ۱۳۹۰ش.
- اوحدی، بهنام و همکاران، ویژگیهای تصویربرداری مغز افراد دچار اختلال هویت جنسی در مقایسه به افراد سالم، تازه های علوم شناختی، سال نهم، شماره ۳، ۱۳۸۶ش.
- باریکلو، علیرضا، وضعیت تغییر جنسیت، اندیشه های حقوقی، سال اول، شماره پنجم، زمستان ۱۳۸۲ش.
- خامنه ای، سید علی، رساله اجوبه الاستفتائات، بی جا، تهران: پیام عدالت، ۱۳۸۸ش.
- خرازی، حسین، تغییر جنسیت، مجله اهل بیت، سال ششم، شماره ۲۳، پاییز ۱۳۷۹ش.
- خیمینی، روح الله، تحریر الوسیله، چاپ چهارم، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ق، ج ۲.
- خوئی، سید ابوالقاسم، استفتائات، بی جا، قم: موسسه احیای آثار امام خویی، ۱۳۸۱ش.
- خویی، سید ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهه، بی جا، قم: موسسه انصاریان، ۱۴۱۷ق، ج ۲.
- دلیر، محسن، تغییر جنسیت: آری یا نه؟! (درس خارج فقه آیت الله دوزدوانی)، چاپ اول، قم: آثار امین، زمستان ۱۳۸۷ش.
- رئیسی، فیروزه و ناصحی، عباسعلی، اختلال هویت جنسی، چاپ اول، تهران صدا، بهار ۱۳۸۳ش.
- رحمانی، سید محمد، معرفی تفصیلی کلمات سدیدیه، مجله فقه اهل بیت، شماره ۳، ۱۳۷۴ش.
- رضایی، امید و همکاران، کارکرد خانواده در بیماران دچار اختلال هویت جنسی، مجله توانبخشی، دوره هشتم، شماره ۲۶، ۱۳۸۶ش.
- روشن، محمد، بررسی آثار فقهی حقوقی تغییر جنسیت، فصلنامه حقوق پزشکی، سال اول، شماره دوم، پاییز ۱۳۸۶ش.
- صانعی، یوسف، استفتائات پزشکی، چاپ دوم، قم: میثم تمار، ۱۳۷۷ش.
- طیرانی، اعظم، وقتی روح با جسم همخوانی ندارد: اختلال هویت جنسی از دیدگاه صاحب نظران، روزنامه قدس، شماره ۵۴۴۷، مورخ ۸۵/۹/۲۰ش.
- عسکری، محمد؛ صابری، سید مهدی؛ رضایی، امید و دولتشاهی، بهروز، شیوع آسیبهای روانی در بیماران با اختلال هویت جنسی، مجله پزشکی قانونی، دوره ۳، شماره ۳، چابیز ۱۳۸۶ش.
- فتاحی معصوم، حسین، مجموعه مقالات و گفتارهای دومین سمینار دیدگاه اسلام در پزشکی، بی جا، مشهد: دانشگاه علوم پزشکی، ۱۳۷۵ش، ج ۲.
- قرضایی، یوسف، الحلال و الحرام فی الاسلام، بی جا، تهران: منظمه الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۵ق.

- کاپلان، هارولد و سادوک، بنیامین، چکیده روانپزشکی بالینی، نصرت‌الله پورافکاری، چاپ سوم، تهران: آزاده، پائیز ۱۳۷۷ش.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰ش، ج ۱.
- کریمی نیا، محمد مهدی، تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق، چاپ اول، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۸۹ش.
- کلانتری، کیومرث و ابراهیمی، نصیبه، تغییر جنسیت و بررسی فقهی آن، فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۴، تابستان ۱۳۹۰ش.
- کنعان، احمد محمد، الموسوعه الطبیه الفقهیه، بی جا، بیروت: دار النفائس، ۱۴۲۰ق.
- محسنی، محمد آصف، الفقه و المسائل الطبیه، بی جا، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۲ش.
- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، چاپ سوم، قم: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۱ش، ج ۴.
- محمدی، خسرو؛ زمانی، رضا؛ واعظی، سید احمد و حدادی کوهسار، علی اکبر، بررسی ویژگیهای شخصیتی تبدیل خواهان جنسی، فصلنامه علمی پژوهشی روانشناسی دانشگاه تبریز، سال پنجم، شماره ۱۷، بهار ۱۳۸۹ش.
- مدنی تبریزی، سید یوسف، المسائل المستحدثه، بی جا، قم: دفتر آیت الله مدنی، ۱۴۱۸ ق، ج ۱.
- مشکینی، علی، مصطلحات الفقهیه، بی جا، قم: الهادی، ۱۳۹۰ش.
- مکارم شیرازی، ناصر، استفتائات جدید، به کوشش ابوالقاسم علیان نژادی، چاپ اول، قم: مدرسه الامام امیرالمومنین(ع)، ۱۳۷۷ش، ج ۲.
- منتظری، حسینعلی، رساله استفتائات، بی جا، تهران: نشر تفکر، ۱۳۷۱ش، ج ۲.
- منتظری، حسینعلی، دراسات فی مکاسب المحرمه، بی جا، تهران: نشر تفکر، ۱۴۱۵ ق، ج ۲.
- موسوی بجنوردی، سید محمد، بررسی فقهی حقوقی در خصوص تغییر جنسیت با رویکردی بر نظر امام خمینی، پژوهشنامه متین، شماره ۳۶، ۱۳۸۶ش.
- مومن، محمد، سخنی درباره تغییر جنسیت، فقه اهل بیت، سال دوم، پاییز ۱۳۷۵ش.
- مومن، شیخ محمد، کلمات سدید، چاپ اول، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
- مهرابی، فریدون، بررسی برخی از ویژگیهای تبدیل خواهی جنسی در بیماران ایرانی، فصلنامه اندیشه و رفتار، شماره ۳، سال دوم، زمستان ۱۳۷۴ش.
- میرخانی، عزت السادات و محمدتقی زاده، مهدیه، مبانی فقهی و حقوقی جواز تغییر جنسیت، فصلنامه فقه پزشکی، سال سوم و چهارم، شماره ۹ و ۱۰، زمستان ۱۳۹۰ و بهار ۱۳۹۱ش.
- نوجوان، داود، مبانی فقهی حقوقی تغییر جنسیت، فصلنامه حقوق پزشکی، سال سوم، شماره نهم، تابستان ۱۳۸۸ش.

Bourke, Juliet (1995), " Transsexualism: The Legal, Psychological and Medical Consequences of Sex Reassignment Surgery", Current issues in Criminal Justice, vol.6, no.2.

David, Fiona and Blight Jake (2004), " *Understanding Australia's Human Rights Obligations in Relation to Transsexuals: Privacy and Marriage in the Australian Context*", Deakin Law Review, vol.9, no.2, (pp. 309_325).

Gooren, L.J.G(1993)," *Transsexualism, Medicine and Law*", available at: <http://www.mermaids.freeuk.com/gooren01.html>.

Grossman, Joanna (2001)" *Whom Can Transsexuals Marry? And From Whom Can They Inherit?* ", available at: <http://writ.lp.findlaw.com/grossman/20010605.html>.

Grossman, Karley A. (2005), " *Transsexuals and the Legal Determination of Sex*", Family Law Quarterly, vol.39, no.3.

Kogan, Terry S(2004), " *Transsexuals, Intersexuals and Same_Sex Marriage*", BYU Journal of Public Law, vol. 18, (pp. 371_ 418).

Leinicke, Sarah (2005)," *Post-Operative Transsexuals' Right to Marriage*", The Modern American, vol.1, Issue.1.

Loux, Andrea C(1997)," *Is He Our Sister? Sex, gender and Transsexuals Under European law*", available at <http://webjcli.ncl.ac.uk/1997/issue3/loux3.html#legalsex>.

Tallant, Kevin(2002)," *My 'Dude Looks Like a Lady': The Constitutional Void of Transsexual Marriage*", Georgia Law Review, vol. 36.

Thomson, Joseph M(1980)," *Transsexualism: A Legal Perspective*", Journal of Medical Ethics, vol. 6, pp. 92_97.

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.

سایت رسمی آیت الله سیستانی، قابل دسترسی به آدرس:

<http://sistani.org/index.php?p=827020&id=863&perpage=2#12169>.

سایت رسمی آیت الله مکارم شیرازی، قابل دسترسی به آدرس:

<http://makarem.ir/Search.aspx?lid=0&keyword>.