

## مبانی فقهی و حقوقی جواز تغییر جنسیت

عزت السادات میرخانی

مهديه محمدتقی زاده<sup>۱</sup>

### چکیده

از آنجا که در سیستم حقوقی اسلام، بخشی از احکام متأثر از جنسیت انسان است و در احکام زیادی همچون دیه، ارث، حضانت، بلوغ، حج، ارتداد و... می‌توان تمایز بین حقوق دو جنس را مشاهده نمود، لذا شناخت جنسیت و حقوق و تکالیف فردی که موضوع حق قرار می‌گیرد در این سیستم بسیار اهمیت می‌یابد.

برای رسیدن به این شناخت لازم است امکان یا عدم امکان این تغییر بررسی شود و در صورت صدور جواز آن توسط فقها، ضروری است مبانی فقهی این تغییر مورد تحلیل قرار گیرد. با تدقیق در احکام و قواعد فقهی می‌توان گفت: حق تغییر جنسیت در صورتی برای فرد مکلف ایجاد می‌شود که به منظور معالجه باشد و یا در تغییر دادن، مصلحت لزوم‌آور و مهم‌تر دیگر وجود داشته باشد. احکام مربوط به شخص تغییر جنسیت داده در فقه و حقوق تابع هویت جنسی اوست و موضوع شناسی در مسأله تغییر جنسیت بر عهده پزشک است و به دنبال آن فقیه، حکم موضوع مربوطه را صادر می‌کند. لذا از آنجا که مسأله «تغییر جنسیت» از امور نوپای علم پزشکی می‌باشد، لزوم تصریح به حقوق و تکالیف این افراد در فقه ما آشکار می‌شود و فقه شیعی نیز که عهده دار اداره امور زندگی بشر است می‌بایست پاسخ‌های متناسب را مرتبط با موضوع مطرح کند و برای فراهم آمدن زمینه پاسخگویی به حقوق و تکالیف این افراد، ضروری است مبانی بحث مورد تدقیق قرار گیرد که موضوع این مقاله نیز به بررسی مبانی این مسأله اختصاص پیدا کرده است. در این مقاله پس از بررسی مفهوم تغییر جنسیت و اقسام آن، خاستگاه این بحث در اجتهاد شیعی را مورد تحلیل و بررسی قرار می‌دهیم.

**واژگان کلیدی:** جنسیت، تغییر جنسیت، دوجنسی، اختلال هویت جنسی، خنثی.

۱- دانشجوی دکتری حقوق زن در اسلام، دانشگاه تربیت مدرس (نویسنده مسؤول)

## مقدمه

خلقت بشر به صورت جنس مذکر و مؤنث امری طبیعی می‌باشد، اما در این میان مسأله تولد انسان‌هایی با داشتن بعضی صفات از دو جنس مخالف و یا فقدان اوصاف آن‌ها، قابل چشم پوشی و انکار نیست. از طرف دیگر تمایز میان حقوق زن و مرد و نحوه رفتار اجتماعی، سیاسی و فرهنگی در ملل مختلف با جنس مذکر و مؤنث باعث شده تا بنا به مراتب، برخی از انسان‌ها وجود خلقت خود را در جنس واقعی نپذیرفته و تمایل فراوان به داشتن اوصاف جنس مخالف از خود بروز دهند. از سوی دیگر در عصر تکنولوژی و با ورود به عصر مدرنیته، همراه با ارمغان‌های این عصر، عوامل تخریب نیز در جوامع و ملل گوناگون رسوخ کرده است، اندیشه‌های اجتماعی نشأت گرفته از گروه‌های تعصبی و فرقه‌های دین‌گریز، اذهان عمومی را به خود مشغول ساخته است. پاسخ به وضعیت حقوقی و احکام فقهی این افراد بر عهده اندیشمندان دین است تا با تنقیح عالمانه، مباحث مرتبط با این مکلفان را مورد ارزیابی دقیق علمی قرار داده و راه‌های مناسب و جامع را در زمینه‌های مختلف مرتبط با آنان مطرح کنند.

مباحثی همچون: آیا هر شخصی اجازه دارد که جنسیت خود را تغییر دهد و فرآیند تغییر جنسیت در فقه و حقوق چیست؟ و تشخیص موضوع در تغییر جنسیت بر عهده کیست؟ راه‌هایی که قواعد فقهی در خصوص این موضوع در اختیار ما می‌گذارند کدامند؟ و... نیازمند پاسخ‌های مناسبی می‌باشند تا زمینه بررسی حقوق و تکالیف این افراد را فراهم نمایند.

مسأله تغییر جنسیت در کشورهای غربی به یک مسأله چالش برانگیز مبدل شده، حال آن‌که آمار نشان می‌دهد که مسأله مزبور در کشورهای اسلامی به عنوان یک مسأله جدی و فراگیر مورد بررسی قرار نگرفته است، در کشور ما ایران نیز وضع

به همین طریق است. آمارها تعداد مراجعه کنندگان به پزشکی قانونی را در جهت تغییر جنسیت خود زیاد نشان نمی‌دهد اما از آنجا که در سیستم و نظام حقوقی کامل اسلام برای کوچک‌ترین مسائل برنامه وجود دارد و از آنجایی که دین مبین اسلام، یک دین جهان شمول است، برای این‌گونه افراد نیز بدون برنامه نبوده و آن‌ها را نادیده نگرفته است، فلذا با تدقیق در مباحث عالی فقهی و کلام فقهای برجسته، مبانی جواز این تغییر مشخص می‌شود.

#### الف - معناسازی موضوع «تغییر جنسیت»

به عنوان آشنایی بیشتر با بحث، مذاقه و تأمل در معناسازی موضوع «تغییر جنسیت» را ضروری دانستیم:

در لغت‌نامه دهخدا در تعریف خنثی آورده شده:

خنثی: کسی که او را آلت نری و مادگی هر دو باشد (منتهی الارب) (از تاج العروس) (از لسان العرب) آنکه هر دو آلت دارد (محمود بن عمر)، نر ماده (بحرالجوهر)، آنکه هر دو اندام دارد، آن که هیچیک از دو اندام را ندارد. (مهدب الاسماء)، نه زن، نه مرد (یادداشت بخط مؤلف).

خنثی انثی: هرگاه در خنثی حالت زنی بر حالت مردی غالب باشد چنین خنثایی را خنثی انثی نامند.

خنثی ذکر: هرگاه در خنثی حالت مردی بر حالت زنی غلبه داشته باشد چنین کسی را خنثی ذکر نامند.

خنثی مشکل: اگر در خنثی یعنی در مزاج او حالت زنی یا مردی بر یکدیگر غلبه نداشته باشد یعنی نتوان غلبه یکی را بر دیگری تشخیص داد چنین کسی را خنثی مشکل می‌نامند. (دهخدا، ۱۳۴۷، ج ۲۴، صص ۷۵۰-۷۴۹)

تغییر جنسیت به دو صورت ممکن است مصداق داشته باشد و به دو منظور انجام می‌شود:

۱- تعیین جنسیت یا تغییر اثباتی یعنی تغییر جنسیت برای آشکار نمودن جنسیت واقعی شخص انجام می‌گیرد.

۲- تبدیل جنسیت یا تغییر جنسیت فرد به طور صوری و ظاهری انجام می‌شود، مانند: تبدیل نمودن مرد به زن و بالعکس.

اصطلاح تغییر جنسیت در مواردی مناسب است که شخصی دارای جنسیت ثابت و معین باشد و سپس با انجام عمل جراحی جنسیت مشخص خود را به جنسیت معین دیگری تغییر دهد، لذا بجاست در مورد افراد خنثی که از لحاظ جنسیت حالت مشخصی ندارند اصطلاح (اثبات جنسیت) یا (تعیین جنسیت) بکار برده شود. (طرزی، ۱۳۸۰)

#### ۱- در فقه:

در فقه اسلامی، احکام به تبع موضوعات صادر شده و لذا آشنایی با اقسام موضوعات در فقه ضرورت می‌یابد و بدین ترتیب اقسام موضوعات فقهی به شرح ذیل است:

۱- موضوعات شرعی ۲- موضوعات عرفی ۳- موضوعات لغوی ۴- موضوعات طبیعی

در باب معناشناسی اصطلاحی تغییر جنسیت در فقه می‌توان چنین گفت که تغییر جنسیت از موضوعات عرفی فقهی است، ذکر این نکته در همین جا ضروری است که موضوعات عرفی فقهی خود نیز به دو دسته: عرف عام و عرف خاص تقسیم شده و از آنجا که موضوع تغییر جنسیت در حوزه علم پزشکی و روانشناسی

مطرح می‌شود لذا این موضوع در فقه، در دسته موضوعات عرفی خاص وارد شده و لذا به تبع این تقسیم‌بندی، حکم مربوطه در فقه برای آن صادر می‌شود.

## ۲- در علم پزشکی و روانشناسی

### ۱-۲- حفظ تمایلات دو جنسی در یک انسان

انسان در اصل موجودی دو جنسی است و حتی این دو جنسی بودن بعد از هفته پنجم جنینی در بعضی از قسمت‌های بدنی ادامه پیدا می‌کند، بطوری که یک انسان در موارد ذیل تمایلات دو جنسی خود را حفظ می‌کند.

**الف: دو جنسی بودن جنینی:** در سنین پائین جنینی، غدد تناسلی بطور اساسی هم شکل است و با رشد جنین به سوی مردانگی یا زنانگی سیر می‌کند.

**ب: دو جنسی بودن بافتی:** که حتی پس از بلوغ کامل نیز آثاری از جنس مخالف از نظر جنسیتی بر جای می‌ماند.

**ج: دو جنسی بودن روانی:** که پسران و دختران تا بروز آثار بلوغ از نظر روانی تمایز جنسی چندانی ندارند.

**د: دو جنسی بودن هورمونی:** که حتی پس از بلوغ هورمون‌های مردانه در زنان و بالعکس موجود است. (گودرزی، ۱۳۷۰، ص ۵۷۴)

اختلال هویت جنسی، اختلال جنسی نسبتاً تازه‌ای بوده که در علوم رفتاری به زیر ذره‌بین برده شده است، تظاهر شایع آن به صورت میل شدید و دائمی شخص برای تبدیل شدن به جنس مخالف است. این اختلالات ممکن است بصورت کلامی یا غیر کلامی باشد (کلامی یعنی آن که ابراز کند که می‌خواهم متعلق به جنس مقابلم باشم و غیر کلامی یعنی رفتاری شبیه به جنس مخالف داشته باشد).<sup>۱</sup>

نگره اندیشمندان علوم پزشکی و فیزیولوژی و آناتومی به بی‌هویتان جنسی از دیدگاه تک بعدی جسمانی بوده و بنا به اسطوره قدیم یونانی، نام این اختلالات مرتبط با هویت جنسیتی را هرمافرودیسم ذکر و بر این اساس آن‌ها را به سه قسمت ذیل تقسیم بندی کرده‌اند.

#### ۲-۲- تعریف هرمافرودیت

افرادی که اندام‌های تناسلی‌شان با رشد طبیعی جنسیت ژنتیکی‌شان هماهنگ نیست هرمافرودیت نامیده می‌شوند. این حالت نادر می‌تواند در اثر هورمون‌های غیر طبیعی محیط جنینی و یا داروهای مصرفی مادر و غیره صورت گیرد. (دبلیوکالات، ۱۳۷۴، ص ۵۶۴) ابهام جنسی یکی از مسائل مهم جراحی اطفال به شمار می‌آید. تشخیص به موقع نوع عارضه و تصمیم‌گیری سریع برای درمان و تبدیل کودک به جنسیت مناسب در پیشگیری از بسیاری از عوارض از جمله عوارض روانی اثر به سزائی روی کودک و خانواده‌اش دارد.

این اختلال به چهار نوع تقسیم می‌گردد که عبارتند از:

**الف: دوجنسی کامل:** این گروه بسیار نادر بوده است. افراد متشکل این گروه هر دو بافت تخمدان و بیضه را در دوران طفولیت نشان می‌دهند. (مارلو، ۱۳۷۵، ص ۷۸)

**ب: دو جنسی کاذب زنانه:** در این حالت ژنوتیپ XX بوده و غدد جنسی تخمدان می‌باشند، گرچه سیستم تناسلی خارجی شباهت به سیستم تناسلی مردانه دارد.

**ج: دو جنسی کاذب مردانه:** در این حالت ژنوتیپ XY بوده ولی سیستم خارجی تناسلی ممکن است زنانه یا مبهم و یا مردانه ناقص باشد. (مارلو، ۱۳۷۵، ص ۷۸)

د: دیسژنز مختلط گوناد: این افراد از لحاظ اندام تناسلی خارجی و گنادها شبیه هرمافرودیسیم حقیقی می‌باشند اما از لحاظ ترکیب کروموزومی حالت موزائیسیم دارند و به شکل  $45X$  یا  $46XY$  و گاه به شکل  $45XO$  می‌باشد. جراحان اطفال، سن مناسب برای انجام عمل جراحی برای این افراد را ۶-۲ ماهگی و حداکثر تا ۲ سالگی بیان می‌کنند.

#### دیگر ناهنجاری‌های رشد جنسی عبارتند از:

الف: عدم حساسیت در برابر آندروژن یا زنانه شدن بیضه‌ای: افراد خاصی با الگوی کروموزومی  $XY$  مردانه طبیعی، ظاهر تناسلی زنانه دارند.

ب: نشانگان ترنر: زنانی که الگوی کروموزوم‌های جنسیتی شان  $XO$  بوده، این زنان عقیم، کوتاه قد و به ظاهر نابالغ‌اند.

ج: نشانگان کلاین فلتر: الگوی کروموزومی  $XXY$  دارند اغلب این مردان دارای آلت تناسلی و بیضه‌هایی کوچک، رشد پستان‌ها در هنگام بلوغ، صدایی با زیر و بمی بالا و بدنی فربه دارند و صورت آن‌ها بسیار کم مو است. این افراد عقیم و احتمالاً سائق جنسی اندکی دارند. (دبلیوکالات، همان، صص ۵۷۷-۵۷۶) قابل ذکر است که این آسیب (هرمافرودیسیم) در برخی حیوانات و پرندگان نیز دیده شده است. متخصصان علوم رفتاری نیز همچون اندیشمندان علوم بدنی، این آسیب را به گروه‌های مختلف ذیل تقسیم بندی کرده‌اند.

#### ۲-۳- مفهوم اختلال هویت جنسی:

عبارت است از احساس مبرم ناراحتی و عدم سنجی از ساخت آناتومیک جنسی خود و آرزوی مبرم به خلاصی از اعضای تناسلی خویش و زندگی کردن به

صورت فردی از جنس مقابل. به عبارتی ترانس سکسوالیسم حالت کسی است که دارای جنسیت مشخص و معین می‌باشد، ولی قویاً اعتقاد دارد که او متعلق به جنس مخالف است. (کاهانی، ۱۳۸۱، ص ۳۶)

### ب- ضرورت زوجیت و تفاوت جنسیت در نظام تکوین و تشریح

به نظر می‌رسد که مهمترین اصول حاکم بر خلقت و عالم پنج دسته‌اند و این اصول عبارتند از:

- ۱- اصل علیت: اصل فراگیر و حاکم بر عالم ماده، پوشاننده کل نظام عالم
  - ۲- اصل تحول و تکامل
  - ۳- اصل تغییر
  - ۴- اصل توحید: اصل حاکمیت وحدت به رغم کثرت
  - ۵- اصل زوجیت: زوجیت قاعده‌ای عمومی و فراگیر است. این قاعده‌ای فراگیر است که با نفس طبیعت همگنان است مخالفت با این قاعده: خروج از قواعد علمی عالم است.
- لذا این اصل در نظام تکوین: تکوینی بودن دو جنس، بارها و بارها در آیات متعدد و قرآنی مورد اشاره قرار گرفته است.

### ۱- ضرورت زوجیت در آیات قرآن

اصل زوجیت در قرآن کریم در آیات متعدد مورد توجه و تأکید قرار گرفته است، نه تنها در مورد انسان بلکه در آیات متعدد به زوجیت همه اشیاء اشاره شده، زوجیتی که به معنای دو تا بودن، نر و ماده بودن است، من جمله:

«و لم یروا الی الارض کم انبتنا فیها من کل زوج کریم، ان فی ذلک لایه»<sup>۲</sup>



«مگر در زمین ننگریسته‌اید که چقدر در آن از هر گونه جفت‌های زیبا رویانده‌ایم قطعاً در این (هنرنمایی) عبرتی است. همین مضمون در آیات ۵ سوره حج، ۱۰ سوره لقمان، ۷ سوره ق و ۵۳ سوره طه آمده است.

«... و بث فیها من کل دابة و انزلنا من السماء ماءً فانبتنا فیها من کل زوج کریم»<sup>۳</sup>

«والارض مددناها و القینا فیها رواسی و انبتنا فیها من کل زوج بهیج»<sup>۴</sup>

«و من کل شیء خلقنا زوجین لعلکم تذکرون»<sup>۵</sup>

«... و من کل الثمرات جعل فیها زوجین اثین یغشی اللیل النهار ان فی ذلك لآیات لقوم

یتفکرون»<sup>۶</sup>

در سوره‌های دیگر قرآن نیز همین معنا در خصوص انسان مورد تأکید قرار گرفته است:

سوره اعراف آیه ۱۸۹، سوره زمر آیه ۶:

«یا ایها الناس اتقوا ربکم الذی خلقکم من نفس واحده و خلق منها زوجها»<sup>۷</sup>

«ای مردم، از پروردگارتان که شما را از «نفس واحدی» آفرید و جفتش را

«نیز» از او آفرید... پروا دارید.» با مشاهده آیات متعدد در قرآن کریم در

می‌یابیم که اصل زوجیت در آیات قرآن یا به نحو اجمالی مورد اشاره قرار گرفته

است و یا به نحو تفصیلی.

## ۲- خاستگاه تغییر جنسیت در اجتهاد شیعی

با توجه به گسترش دامنه نیازهای فقهی و مسائل نوپیدای اجتماعی و گسترده‌گی سؤالات و خواسته‌ها، لزوم تجدید نظر در کیفیت دریافت‌های فقیهان و تحول در کیفیت نگاه به مسائل، جهت پاسخگویی به آنها بیش از پیش ملموس به نظر می‌رسد. موضوع تغییر جنسیت نیز از موضوعات مورد بحث امروزه علوم پزشکی

است؛ ضرورت شناسایی این موضوع برای فقیه تا بدان حد است که در صورت عدم شناخت این افراد و ویژگی‌های شخصیتی و جسمی و روحی آنان، صدور احکام فقهی مرتبط با وظایف آنان به عنوان مکلف ممکن نخواهد بود. برای صدور حکم و فتوا در رابطه با این افراد (افراد دوجنسی و افراد مبتلا به اختلال هویت جنسی)، آگاهی فقیه از این افراد و اقسام آن‌ها و مسائل مرتبط با آنان ضرورت می‌یابد. از آنجا که حیطة این موضوع مرتبط با علوم پزشکی و روانشناسی است، این موضوع نیز در دسته موضوعات عرفی خاص وارد شده؛ لذا پس از تحقیق و بررسی حول این موضوع، فقیه نیز با شناسایی این موضوع، بر طبق کتاب و سنت حکم مربوطه را صادر کرده، در این فرض این حکم منطبق با نیازهای روز جامعه بوده و برخلاف نص، کتاب و سنت هم نیست. بنابراین با توجه به شناور بودن فقه شیعی و بهره مند بودن آن از توانایی به روز شدن، حکم لازمه در مورد این موضوع توسط فقیه به کمک قواعد فقهی صادر شده. پس بر فقیه است که برای صدور حکم فقهی، در عصر حاضر؛ پس از شناخت موضوعات روز، حکم مربوطه را با اطلاع و آگاهی بیشتر صادر نماید؛ لذا چنانچه ضرورت این تغییر توسط علوم پزشکی اثبات شود، فقیه نیز حکم به جواز این عمل داده و در صورت عدم ضروری شناختن آن، فقیه نیز مصالح دیگر را با اهمیت شناخته و حکم به جواز این عمل نمی‌دهد.

### ۳- جایگاه دخالت در سیستم خلقت از منظر قواعد شرعی

«یک اصل کلی بر نظام تکوین و تشریح در تفکر دینی حاکم است و آن انطباق و موازنه ای است که میان سیستم خلقت و شیوه ی قانونگذاری در شریعت برقرار است. یعنی خالق طبیعت، همان جاعل شریعت است که «الا له الخلق والأمر تبارک الله

رب العالمین» (اعراف/۵۴) و پیچیدگی و جامعیت و ماندگاری این نوع از قانون‌گذاری به سبب حقانیت و مطابقت نفس الامری آن با حقیقت خلقت است، لذا امر به «فاقم وجهک للدين حنیفاً فطره الله التي فطر الناس علیها لا تبدیل لخلق الله ذلك دين القيم» (روم/۳۰) مبین همین ویژگی است، زیرا بنا بر بیان آیه مبارکه، اولاً: این اسلوب از قانون‌گذاری حنیف و استوار است و از هر گونه افراط و تفریط و تعدی و ضیق به دور می‌باشد.

لذا پیامبر (ص) می‌فرماید: «بعثني بالحنیفة السهلة السمحة»، ثانیاً: مطابق نیازهای انسان و پاسخگوی فطرت است، ثالثاً: گذر از زمان و تغییر ابزار و افراد موجب اضمحلال و ناکارآمدی آن نیست زیرا همگنان با فطرت و متن خلقت است، رابعاً: همه انسان‌ها بر فطرت پاک الهی آفریده شده‌اند و حقیقت دین توحیدی و حنیف است که حق باوری و ارزش‌ها را در او بارور و استعدادهای درونی انسان را آشکار می‌سازد، خامساً: قوام زندگی انسان‌ها به متابعت از چنین سیستم قانون‌گذاری کلان است و این دین جهانی است و مخاطب این خطاب همه انسان‌ها هستند». (میرخانی، ۱۳۸۶، ص ۳) لذا احکام در صورتی قوام پیدا می‌کند که بر اساس خاقت فطری بشر استوار شده باشد و تغییر فطرت که خلقت اولیه بشر است جائز نیست، پس هر حکمی که مستلزم دخل و تصرف در خلقت اصلی باشد مردود است؛ به طریق اولی نفس تغییر خلقت هم جائز نیست.

پیش از این نیز اشاره شد که روند خلقت روند تحول و تکامل است، در دستگامی که هر یک از موجودات مستقل‌اند و مشغول به وظیفه خود، هم آن‌ها در عین حال در ارتباط با کل نظام هستی‌اند و بدون دخالت در کار دیگری «و الشمس تجري لمستقر لها ذلك تقدیر العزيز العليم، و القمر قدرناه منازل حتی عاد کالرجون القديم، لا الشمس ينبغي لها ان تدرک القمر و لا الليل سابق النهار و کل في فلك یسبحون» (یس/۴۰-۳۷) همه و همه نشانه‌های قدرت و عظمت اویند، حال آن‌که هر کدام مستقلاً به وظیفه خود

مشغولند، اما این خلقت یک خلقت و آفرینش عبث و از روی هوی و هوس نیست «و ما خلقنا السماء و الارض و ما بینهما باطلاً ذلك ظن الذين كفروا فويل للذين كفروا من النار» (ص/۲۷)

«و ما خلقنا السماء و الارض و ما بینهما لاعین، لو اردنا ان نتخذ لهما لآتخذنا من لدنا ان كنا فاعلین» (انبیا/۱۶ و ۱۷) لذا نه تنها خلقت عبثی در کار نیست بلکه این نظام یک نظام احسن است. «الذي احسن كل شيء خلقه و بدأ خلق الانسان من طين» (سجده/۷) و «الله الذي جعل لكم الارض قراراً و السماء بناءً و صوركم فاحسن صوركم و رزقكم من الطيبات» (غافر/۶۴)

لذا در این نوع خلقت با تمام خصوصیاتش حکمت وجود دارد، قدرت وجود دارد، نظم و قانون مداری به چشم می خورد، این خلقت یک خلقت به حق است، عدالت در آن موج می زند، وعده های او بحق است، «ان الله يأمر بالعدل و الاحسان...» (نحل/۹۰)، «لقد ارسلنا رسلنا بالبینات و انزلنا معهم الكتاب و المیزان ليقوم الناس بالقسط» (حدید/۲۵).

حال آیا من و تو حکمت و قدرت و علم و عدالت کافی را برای دخالت در این خلقت داریم؟ مگر نه این است که «لخلق السماوات و الارض اکبر من خلق الناس و لكن اکثر الناس لا يعلمون» (مؤمن/۵۷)، مگر نه این است که «... لا تبدل لخلق الله» (روم/۳۰) آری عاقبت آنها که با نواقص خود، جواز دخل و تصرف خود را در این نظام احسن صادر می کنند همان است که او خود فرموده: «نمتّعم قليلاً ثم نضطرّهم الى عذاب غلیظ» (فرقان/۲۴)، «الذين يجادلون فی آیات الله بغير سلطان اتاهم کبر مقتاً عند الله و...» (مؤمن/۳۵) و «یعلم الذين يجادلون فی آیاتنا ما لهم من محیص» (شوری/۳۵)

### ج- مقاصد شرعی و نقش آن در اوامر و نواهی

اهل سنت به دلیل فاصله گرفتن از معصومین و فقر اسناد در اجتهاد ناچار شدند به اموری مراجعه کنند که از منابع اسناد به شمار نمی‌آیند بلکه از مقاصد کلی شریعتند، لذا به بحث مقاصد شرعی پرداخته‌اند و از این گریز با بکارگیری مصالح و مفساد به کشف ملاک احکام پرداخته‌اند تا خلایق را که در اثر ممنوعیت باب اجتهاد برایشان وجود داشت پر کنند.

ایشان مصالحی را که شریعت برای آن فرود آمده به ۵ دسته تقسیم می‌کنند و حال آنکه مصالح پنج‌گانه عبارتند از: (حفظ دین، حفظ نفس، حفظ عقل، حفظ نسل و حفظ مال). شاطبی معتقد است که شریعت این مصالح را از دو طریق حفظ می‌کند: اول حفظ مصالح از جنبه وجودی با برپایی و نگهداشتن پایه‌های مصالح؛ به این صورت که عوامل پیدایی و تقویت و نگهداری این مصالح را تشریح و ایجاد کرده است. دوم حفظ از جنبه عدمی به این گونه که آنچه سبب نابودی و تعطیل این مصالح چه بالفعل و چه بالقوه باشد، آن‌ها را دور کرده است. (ریسونی، ۱۳۷۶، ص ۴) شهید اول از این امور به مقاصد پنج‌گانه و ضروریات پنج‌گانه تعبیر می‌کند و می‌گوید: شریعت فقط برای حفظ اینها آمده است. (عاملی، بی تا، صص ۳۸-۳۵)

فاضل مقداد می‌گوید: شریعت‌ها در بردارنده حفظ مقاصد پنج‌گانه دین و نفس و مال و نسب عقل هستند و تقریر و تثبیت این مقاصد در هر شریعتی واجب است. (سیوری حلی، ۱۴۰۴، ج ۱، ص ۱۴)

اگرچه تفاوت‌هایی در تبیین مقاصد شرعی میان فقیهان و اندیشمندان شیعی و اهل سنت وجود دارد، لیکن اصل موضوع مورد تأیید عموم آنهاست، و از این جهت که فقه آئینه عملی احکام شرعی است و کاشف اهداف و اغراض شریعت است و از سوی دیگر در منابع اولیه استنباط، کراراً بحث از اغراض و اهداف و نیز بیان

علت و حکمت و مقاصد مطرح گردیده، با حفظ این مقدمه باید گفت قواعدی که وضع مدنی شخص را در جامعه تعیین می کنند تنها برای حفظ منافع و مصالح فردی او وضع نشده است بلکه هدف این گونه قواعد تأمین مصالح عمومی جامعه است به همین جهت اشخاص نمی توانند بر خلاف آن‌ها با یکدیگر توافق کنند چنانکه بوسیله قرارداد نمی توان تابعیت یا جنسیت کسی را تغییر داد. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۱۷۵)

بی شک انجام عملهای تغییر جنسیت (بر خلاف ضرورت) باعث بر هم خوردن بسیاری از روابط حقوقی فرد و افرادی که به نوعی با او دارای چنین رابطه‌ای می باشند می شود، مثلاً در بحث حقوق خانواده زوج یا زوجه‌ای که به جنس مخالف تغییر جنسیت می دهد رابطه زوجیت و احکام راجع به آنرا دچار اختلال می کند. پس برای جلوگیری از بوجود آمدن این اختلالات و حفظ مصالح عمومی می توان به جرأت گفت قول به عدم مشروعیت تغییر جنسیت سخنی مقرون به صحت و موافق با موازین حقوقی می باشد.

از نظر آثار سوء اجتماعی نیز، پذیرش مشروعیت چنین عملی مساوی است با گشودن درهای هوی و هوس بر روی افراد هوسرانی که بنا بر تمایلات شهوانی و ماجراجویانه دست به چنین تغییری می زنند و در این فرایند می توانند ضربات مهلکی بر پیکره اخلاق جنسیتی جامعه وارد نمایند و بنیانگذار انحرافات جنسیتی باشند.

#### د- جایگاه مصلحت و مفسده در احکام شرعی

درک روح و معنای احکام، برقراری ارتباط منظم میان سلسله احکام و هماهنگی میان آن‌ها و تدوین قواعد و نظریه‌های فقهی و در نهایت، رسیدن به مقاصد شریعت و اهداف دین، همگی بر شناخت اصول حاکم بر احکام شریعت استوار

می‌گردد. بنابراین، احکام شریعت به روح و معنی توجه دارد، نه به قالب و شکل. آثار و ثمراتی که برای احکام گفته می‌شود، بیشتر معلول روح و معنای آن است. اصول حاکم، مسائل و موارد در بردارنده روح مشترک تمام احکام است که هر حکمی از احکام، به نوعی باید در تأمین و رعایت آنها مؤثر باشد. (شفائی، ۱۳۸۳، ش ۳۹)

شهید مطهری، این اصول را زیربنای فقه اسلامی شیعی برمی‌شمرد: «اصل عدل و اصل تبعیت احکام از مصالح و مفاسد نفس الامری و بالطبع، اصل حسن و قبح عقلی و اصل حجیت عقل». (مطهری، بی تا، ج ۱، ص ۵۸)

بنابراین، با توجه به مبانی و اصول، نمی‌توان تردید کرد که فقه شیعه از آغاز، پیوندی ناگسستنی با مصلحت داشته است و فقهای شیعه، احکام یا متعلقات آنها را پیرو مصالح یا مفاسد نفس الامری دانسته‌اند.

#### ۱- گستره مصلحت

از آنجا که فقیهان شیعه کتابهای مستقلی درباره مصلحت نگاشته‌اند، مباحث مربوط به مصلحت را باید در لا به لای مباحث دیگرشان جست، مانند شهید اول در القواعد و الفوائد و صاحب جواهر در جواهر و میرزای قمی در قوانین که به مناسبتی وارد این مقوله شده‌اند.

شهید اول می‌گوید: «هر حکم شرعی که غرض مهمتر از آن دنیا است خواه برای جلب نفع باشد یا دفع ضرر، معامله نامیده می‌شود؛ خواه جلب نفع و دفع ضرر اصالتاً مقصود باشد یا به تبع». از کلام شهید اول استفاده می‌شود که او مصلحت را به «جلب نفع و دفع ضرر» دانسته‌اند. (عاملی، بی تا، ج ۱، ص ۳۵)

صاحب جواهر، مصلحت را به فواید دنیایی و آخرتی تعبیر کرده است: «از اخبار و سخنان فقیهان، بلکه ظاهر قرآن استفاده می‌شود که همه دادوستدها و غیر آنها،

برای مصالح و سودهای دنیایی و آخرتی مردم، یعنی آنچه از دید عرف مصلحت و سود نامیده می‌شود، تشریح شده‌اند». (نجفی، بی تا، ج ۲۲، ص ۳۲۴)

## ۲- تبعیت احکام از مصالح و مفسدات واقعی

در مورد این مسأله که آیا احکام از مصالح و مفسدات جدای از حکم شارع تبعیت می‌کنند یا به تعبیر دیگر دارای حُسن و قُبْح ذاتی اند یا خیر؟

### ۲-۱- ادراک عقلی حُسن و قُبْح

وحدت و اتفاق آراء بین اندیشمندان علوم اسلامی است اعم از شیعه و سنی در پذیرش مقاصد کلان شرعی، مصالح و مفسدات، حکمت و علت احکام گرچه هر فرقه‌ای و گروهی با استدلالی این اصول را می‌پذیرند، فقهای شیعه (از متقدمین تا متأخرین) بر اهمیت بکارگیری این اصول تأکید کرده و در باب مقاصد و علل احکام دست به تألیفات نیز زده‌اند.

امام رضا (ع) و مکاتبه ایشان:

سؤال: بعضی از مسلمانان معتقدند که مبنا و علت حرام و حلال بودن صرف تبعّد است، امام رضا (ع) فرمودند: قد ضلّ ضلالاً بعيداً و خسر خسراً مبيناً لانه لو كان ذلك جائزاً ان يستعبدهم بتحليل ما حرم و تحريم ما احل حتي يستعبد هم تبرك الصلاة و الصيام و اعمال البرّ كلّها اذا لعله في التحليل و التحريم التبعّد لا غير. لذا چنانچه گفته شد عدلیه هم قائل به حُسن و قُبْح ذاتی است و هم قائل به این که عقل آن را درک می‌کند و می‌تواند به آن حکم دهد، عقلی که حکم به حُسن بودن و یا قبیح بودن چیزی می‌کند عقل عملی است، یعنی حکم می‌کند که انجام این عمل نیکو و فاعل آن مستحق مدح است و حُسن و قُبْحی هم که صرفاً مقتضای آن خلق انسانی باشد و حُسن و قُبْح عاطفی و انفعالی و حُسن و قُبْحی هم که به مقتضای عادت باشد از



محل بحث خارج است و قُبْحی که در اینجا مطرح است آن است که عقل عملی به سبب درک کمال یا نقصان نوعی و یا مصلحت و مفسده نوعیه نه شخصیه به آن حکم می‌کند. (مظفر، ۱۳۶۸، ج ۲، صص ۲۹۱-۲۷۱)

حال که عدلیه قائل به حُسن و قُبْح ذاتی و ادراک آن توسط عقل شدند باید ملازمه ذیل را اثبات کرد: «هرگاه عقل به حُسن چیزی یا قُبْح چیزی حکم کند آیا عقلاً لازم است که شرع نیز برطبق حکم عقل، حکم کند؟»

پس از اثبات این ملازمه توسط امامیه، آنگاه به حکم شرع نیز به حُسن و قُبْح چیزی پی می‌بریم و در می‌یابیم که مصلحت و مفسده در امری در واقع علت غایی فعل شارع برای جعل حکم بوده است؛

لذا از آنجا که بحث از مصالح و مفسدات در واقع همان بحث از حُسن و قُبْح ذاتی اشیاء است، پس از اثبات ملازمه امامیه حکم به وجود مصالح و مفسدات یا به تعبیر دیگر حُسن و قُبْح ذاتی اشیاء می‌دهند بدین معنا که در متعلق احکام جدای از اینکه شارع به آن امر یا نهی کرده مصلحت و مفسده‌ای وجود داشته که در واقع علت غایی فعل شارع برای جعل حکم بوده است.

## ۲-۲- اثبات ملازمه

البته اثبات ملازمه درجایی صحیح است که عقل بتواند مصالح و مفسدات را درک کند و گرنه در مورد تعبّدیات که عقل به علت آن‌ها دست نمی‌یابد چنین ملازمه ای «کل ما حکم به العقل، حکم به الشرع» وجود ندارد. عقلاً بین حکم عقل و حکم شرع، ملازمه وجود دارد؛ به دلیل آنکه وقتی عقل به حُسن چیزی یا قُبْح چیزی حکم کند، یعنی هرگاه چیزی به خاطر آنکه موجب حفظ نظام و بقای نوع انسان بوده مورد توافق آراء تمامی عقلاء از آن جهت که عاقل هستند، قرار گیرد و عقلاً به حُسن آن حکم کنند، و یا به خاطر آنکه چیزی موجب اخلال نظام و بقای نوع

انسان است، تمامی عقلا بر قبیح بودن آن چیز، توافق کنند و به قُبْح آن حکم کنند، این حکم عقلا به حُسن یا قُبْح چیزی، در ابتدای امر، مورد نظر تمامی عقلا می‌باشد، پس شارع نیز به ناچار باید برطبق حکم عقلا حکم دهد، زیرا شارع نیز از جمله عقلا، بلکه رئیس عقلا است. بنابراین شارع از آن جهت که عاقل است، بلکه از آن جهت که خالق عقل است باید همچون سایر عقلا، به آنچه که عقلا بدان حکم کرده‌اند، حکم کند و اگر فرض کنیم که شارع، در حکم عقلا شرکت نکرده است و مطابق نظر عقلا، حکم نمی‌دهد.

در این صورت این حکم، مورد تطابق تمامی عقلا نبوده است و معلوم می‌شود که این حکم از همان ابتدا، نظر تمامی عقلا نبوده است و این خلاف فرض است. (زراعت و مسجدسرای، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۲۰۸). لذا بر آنچه که عقلا حکم به مصلحت و مفسده آن می‌دهند، شرع نیز صحه می‌گذارد و لذا تبعیت احکام از این مصالح و مفاسد ضرورت می‌یابد.

### ۳- گستره مفسده

حال پس از شناختن مصلحت و تعریف آن و تعیین حدود آن، می‌توان شناختی جامع‌تر از مفسده بدست آورد: درحقیقت، تفویت هرکدام از مقاصد شریعت مفسده است. (توکلی، همان، ص ۱۹۷)

- تفویت دین مفسده است: قرآن کریم، اختلال و تفویت مصلحت دین را فساد و مفسده می‌داند؛ بدین صورت که اختلال در نشر و آموزه‌های دینی عامل مفسده است که با انهدام مراکز مذهبی و فرهنگی صورت می‌گیرد. «و لولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الارض».<sup>۸</sup>

- قتل نفس مفسده است: قرآن کریم، در مورد بنی اسرائیل که مردم را می‌کشتند به افساد تعبیر کرده است: «قضینا الی بنی اسرائیل فی الکتاب لتفسدن فی الارض مرتین».<sup>۹</sup>

– اختلال در نسل مفسده است: «و اذا تولي سعي في الارض ليفسد فيها و يهلك الحرث و النسل و الله لا يحب الفساد».<sup>۱۰</sup>

نابودی نسل و بقای انسانی مفسده است و حفظ نسل، مصلحت خواهد بود؛ لذا قرآن کریم هدف عمده ازدواج را غیر از سکونت و آرامش روانی، بقای نسل می‌داند.

– اختلال در امنیت مالی و اقتصادی مفسده است: مسأله تطهیر و عدم کیل و وزن عادلانه که باعث اختلال در اقتصاد مردم شده بود، در قوم شعیب رواج داشت که قرآن کریم از آن به افساد تعبیر می‌کند و چنین قومی را که فساد مالی داشتند، به مفسد تعبیر کرده است.

«فاوفوا الكيل والميزان و لا تبخسوا الناس اشياءهم و لا تفسدوا في الارض بعد اصلاحها ذلکم خیر لکم».<sup>۱۱</sup>

– خلل و منقصت در عقل، مفسده است: قرآن کریم با تحریم خمر، اهتمام خود را به حفظ عقل نشان داده است.

با تأکیدهای فراوانی که یکی پس از دیگری دارد، حرمت مؤکد خمر را تشریح و در آیه بعد از آن، فساد را که بر خمر مترتب است بیان کرده، مانند ایجاد عداوت و کینه و... که از مصادیق بارز فساد هستند.

لذا بطور کلی، تفویت و اختلال در هریک از مقاصد شریعت، از مصادیق بارز بازداشتن از راه خداست (صد عن سبیل الله) که قرآن کریم آن را فساد می‌داند:

«الذین کفروا و صدوا عن سبیل الله زدناهم عذاباً فوق العذاب بما كانوا یفسدون».<sup>۱۲</sup>

از دیدگاه اندیشمندان علوم اسلامی، چه شیعه و چه سنی، بحث مقاصد قانونگذاری و وجود مصالح و مفسد و غایات در پس احکام بحثی است که قطعی است؛ اینکه هر حکمی، علتی دارد و هر علتی حکمتی دارد و در پس هر حکمتی مصلحتی

است، اصلی است که قابل انکار نیست؛ لذا از آنجا که شیعه یکی از علل و عوامل اثبات احکام شرعی را قاعده ملازمه عقلیه می‌شمرد و از آنجا که عقل حکم می‌دهد که آنچه که دقیقاً هویت انسان و نظام بشری را دچار اختلال می‌کند قبیح است و از آنجا که ملازمه حکم عقل و شرع نیز ثابت شد، «کَلِّمًا حَكْمًا بِه الْعَقْلُ، حکم به الشرع» پس شرع نیز براین امر قبیح صحه می‌گذارد و آن را مذموم دانسته و طرد می‌کند.

براین اساس پس از حکم عقل به مفسده و مصلحت بودن چیزی و پس از تأیید شرع، حکم شرع و عقل یکی شده و درمسأله تغییر جنسیت، از آنجا که اگر این تغییر چنانچه قبلاً اشاره شد ضروری و در جهت تأمین مصلحتی مهمتر نباشد، در حقیقت دستکاری در نظام خلقت می‌شود و از آنجا که هر تغییری که نظام بشری را دچار اختلال و فساد و هرج و مرج کند و نسل بشری را نابود و نفس انسان را در معرض نیستی قرار دهد ممنوع است و مطرود، پس به حکم عقل و بدنبال آن تأیید حکم شرع، این تغییر مطلوب و پسندیده جامعه بشری نیست.

لذا از منظر بحث کلان مقاصد شرعی، مسأله حرمت تغییر جنسیت را در موارد غیر ضروری مورد تأمل قرار دادیم، اما ضروری است تخصصاً این بحث را در میان آیات و روایات و قواعد فقهی نیز مورد تحلیل و بررسی قرار دهیم:

#### ۵- حرمت تغیر به نفس

از آنجایی که عمل جراحی برای تغییر جنسیت مستلزم برداشتن اعضای ظاهری یک جنس و انجام عملیات‌های مختلف جراحی برای تبدیل شدن به جنس دیگر است و در موارد زیادی مشاهده شده که خطرات جبران ناپذیری متوجه فرد متقاضی عمل شده است و مضاف بر عدم حصول بهبودی، کارآمدی سابق اعضاء

نیز از بین رفته است لذا ادله نقلی شرعی نیز انجام چنین عمل‌های جراحی را جایز نمی‌شمارند و حرمت تغیر به نفس را یادآوری می‌کنند:

### ۱. آیات

آیه اول: «لا تلقوا بایدیکم الی التهلکه» با دستان خویش خود را به هلاکت نیندازید.

در اینکه مقصود از تهله چیست، سه احتمال قابل تصور است:

- تهله مادی مقصود می‌باشد. (مدنی تبریزی، ۱۴۱۶، ص ۴۹)

- تهله معنوی

- مقصود تهله‌هایی اعم از مادی و معنوی است. (طباطبایی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۷۴)

با بررسی دقیق مباحث ادبی پیرامون معنای آیه بدست می‌آید که تهله به معنای هلاکت نیست و شاید بتوان آن‌را به اعمال مرگبار و مغرر به نفس معنا کرد. البته واضح است که اعمالی از قبیل تغییر جنسیت همواره منجر به مرگ و هلاکت نمی‌شود، اما از آنجایی که در این نوع اعمال احتمال قوی به ایجاد نقص در عضو وجود دارد می‌تواند از مصادیق قطعی آیه تلقی گردد. نتیجه اینکه القاء در تهله همان ارتکاب کارهای خطرناک و غیر عقلایی است که مصداق مورد بحث نیز از جمله این کارها محسوب می‌شود پس حرام و منهی عنه از جانب شارع است.

آیه دوم: «و لا تلقوا انفسکم» معنای ظاهری آیه این است که خود را نکشید؛ می‌توان این آیه را به دو شکل لحاظ کرد: بدون صدر و ذیل آن و بدون توجه به روایاتی که از اهل بیت (ع) در تفسیر آن وارد شده است: در این

صورت بی شک آیه صریح در حرمت خود کشی است و نیازی به تصرف در هیچ یک از کلمات آیه نیست.

در صورت دوم با ملاحظه مطالب فوق؛ آیه حاکی از معنای عام است و باید از معنای ظاهری آیه که خودکشی را مدلول می‌داند دست کشید و نتیجه این می‌شود که از آیه حرمت به خطر انداختن جان استفاده می‌شود که به عموم خود هم شامل خودکشی. هم اعمال منجر به مرگ و عموم کارهای خطرناک می‌شود؛ بر همین اساس است که مقدس اردبیلی مدعی شده است که آیه در صدد تحریم ضرب و جرح است. (مقدس اردبیلی، ۱۳۷۸، ص ۴۲۸) با مطالبی که ذکر شد به وضوح مشخص می‌گردد که انجام عمل‌های تغییر جنسیت یکی از مصادیق بارز آیه شریفه و در نتیجه مورد نهی و تحریم شارع است.

## ۲. روایات

در رابطه با حرمت تغییر به نفس روایاتی از لسان معصومین وارد شده است که به وضوح دلالت بر وجوب حفظ جان و حرمت قرار دادن آن در معرض خطر دارند بدون اینکه مورد آن‌ها دخالتی در بیان حکم داشته باشد زیرا جواب امام (ع) مشتمل بر قاعده‌ای است کلی و خصوصیت مصادقی مورد توجه نبوده است.

روایت اول: ثقه الاسلام کلینی از یعقوب بن سالم نقل می‌کند که حضرت صادق (ع) در پاسخ و راجع به انسانی که خود فاقد آب بوده ولی در طرف چپ و راست مسیرش به فاصله برد دو تیر کمان آب وجود دارد فرمودند: «لا آمره ان یغرر بنفسه فیعرض له لص او سبع» او را فرمان نمی‌دهم که خود را به خطر

بیندازد، چرا که شاید دزد یا حیوان درنده‌ای بر او حمله ور شود. (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۶۵)

روایت دوم: محقق طوسی از عبدالله بن سنان نقل می‌کند که حضرت صادق (ع) می‌فرماید: «لا باس ان يحتجم الصائم الا في رمضان فاني اكره ان يغمر بنفسه، الا ان لا يخاف علي نفسه...» (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۹۱) مانعی از حجامت روزه دار نیست مگر در ماه رمضان، زیرا برای من خوشایند نیست که انسان خود را به خطر بیندازد مگر آنکه بیمی بر جان خود نداشته باشد.

روایت سوم: يحتجم الصائم في غير شهر رمضان متي شاء، فاما في شهر رمضان فلا يغمر بنفسه و لا يخرج الدم الا يتبع به فاما نحن فحجامتنا في شهر رمضان بالليل. (طبرسی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۸۱)

از این روایات که همگی در بردارنده جمله لا آمره ان يغمر بنفسه می‌باشند استفاده می‌شود که منظور ائمه (ع) بیان قانونی عام است که در تمام ابواب فقه جاری است و اختصاصی به یک مسئله خاص ندارد.

بنابراین از آنجایی که قطع اعضای تناسلی و جایگزینی اعضای تناسلی جنس مخالف در عمل‌های جراحی تغییر جنسیت در موارد غیر ضرورت، موجب به خطر افتادن جان شخص یا پدید آمدن نقص در اعضا می‌شود قطعاً حرام است.

### و- جایگاه ضرر و زیان و عسر و حرج در تغییر احکام

بدون شک انسان فطرت و نیازهای فطری ثابتی دارد که احکام ثابت شریعت پاسخگوی همین جنبه پایدار در زندگی فرد و اجتماع است؛ مانند نیاز به عبادات، نیاز به تعالی اخلاقی، نیاز به آزادی و امنیت و عدالت و نفی تبعیض، تأمین حداقل رفاه، نکاح و... بر همین اساس احکام اولیه نه تنها در بین افراد و ملل مختلف

بصورت حق یا تکلیف مورد توجه قانونگذار است بلکه در بین دستورات تمامی انبیاء بصورت مشترک دریافت می‌شود.

«ان لاتعبدوا الا الله و بالوالدین احساناً»، «اعدلوا هو اقرب للتقوی»، دروغ نگفتن، ظلم نکردن، عدم شرک به خدا، برای همه اعضای انسانی بلکه مشترک بین ادیان الهی است، لذا مثل این گناهان، مواردی نیستند که زمانی ارتکاب آنها غیر مجاز و ممنوع و زمان دیگر حکم آنها قابل تغییر باشد و ارتکاب آنها مجاز شود؛ لذا گستره احکام اولیه، گستره ای است که قابلیت تبدیل و تغییر را ندارد. در عین حال به مرور زمان شکل زندگی انسان‌ها و نحوه استفاده آنها از طبیعت و شیوه تسخیر آن و نیز نحوه ارتباطات اجتماعی و نهادهای جامعه دستخوش تغییر و تحول گردیده و انسان پیوسته روابط جدید و پیچیده تری با محیط و با هم‌نوع خود پیدا می‌کند؛ لذا شریعت اسلام در این گونه مسائل نوظهور و مستحدث نیز راه حل‌هایی را تعیین کرده است و در جهت تغییر تعلق احکام مواردی را تجویز نموده و راه‌هایی را گشوده که از این راه‌ها به عنوان احکام ثانویه یاد می‌شود؛ بنابراین علت و مبنای جعل احکام ثانویه، اباحه موارد منع شده در احکام اولیه نیست، لذا در جهت ترویج اباحه‌گری در جامعه نیست بلکه از باب نفی حرج و نفی ضرر و نفی اضطرار و اکراه و یا درمان بعضی از بیماری‌های روانی از قبیل نسیان و وسواس است (لاشک لکثیرالشک)، همچون مواردی که در حدیث رفع به چشم می‌خورد: «رفع ما توسوس، رفع ما استکره علیه، رفع ما اضطره علیه...» تجویز این موارد از جهت اباحه‌گری نیست بلکه از جهت تسهیل امر دنیا و آخرت بندگان است.

با این بیان در قوانین ثانویه امر حرام مبتدل به امر حلال نمی‌شود و توسعه بی بندوباری و اباحه‌گری صورت نمی‌گیرد، بلکه مبنای این قوانین رفع اضطرار است



و آن نیز از این جهت است که پایه این قواعد تسهیل در امر بندگان است؛ لذا دقیقاً درسیستم قانونگذاری شریعت راه کارهایی ویژه مختصات و شرایط ویژه و افراد ویژه تعبیه شده است. تغییر احکام تنها بر طبق سازوکاری است که در خود این دین در قالب قاعده‌ها و قوانین خاصی تعبیه شده است.

در نهایت می‌توان چنین نتیجه گرفت که احکام ثانویه به عنوان راهبردهای ثانوی در پیش روی مکلفین قرار می‌دهد، اما در بحث فعلی، «تغییرجنسیت» چنانچه پیش از این نیز اشاره شد، اگر این تغییر در جهت حفظ مصلحت لزوم آور دیگر و در جهت تأمین سلامتی روحی و روانی باشد، به سبب مفاد این قواعد و تقدیم مصلحت اهم بر مهم و حکومت این قواعد بر احکام اولیه، این تغییر ضرورت می‌یابد و چرا که آنجا دیگر سلامت نفس که یکی از مقاصد شریعت است مقدم می‌شود و از آنجا که شریعت اسلام، شریعت سمحه و سهله است، حرج را از پیشروی مکلف خود برمی‌دارد و ضرری را که برای او حاصل می‌شود دفع می‌کند و این قواعد ثانویه، مقدم بر قواعد اولیه شده و تا آنجا که در حیطة این قواعد عمل شود، جواز این تغییر صادر می‌شود.

حال آنکه چنانچه این تغییر، ضرورت نداشته باشد و تأمین مصلحتی ضروری‌تر را ایجاد نکند، خروج از قواعد اولیه میسر نمی‌باشد و آنجا دیگر امکان دستبرد در قواعد ثابت و تغییرناپذیر وجود ندارد، حفظ نفس و حفظ نسل مقدم بر مصالح دیگر شده و حکم به جواز تغییر نیز داده نمی‌شود، آنجا دیگر ضرر حاصل برای مکلف، ضرر منظور از قاعده لاضرر نیست و حرجی که مکلف را به سختی می‌اندازد، حرج قاعده لاضرر نیست تا به حکم این قواعد، این ضرر و حرج برداشته شود، لذا دیگر از مصادیق و موضوعات احکام ثانویه نمی‌شوند و دیگر مصداق ضرر و حرج و اضطراب نمی‌باشند، آنچه این خلاء را پر می‌کند، رسیدن به

هویت دینی و معنویت و برطرف سازی بحران‌های واقعی است، در این حالت حتی حکم به جواز این تغییر نیز بحران را بصورت واقعی حل نمی‌کند.

### ز- جایگاه قاعده سلطنت در مسأله تغییر جنسیت

قاعده تسلط از مشهورترین قواعد فقهی است و به علت کاربرد وسیع اقتصادی و اجتماعی‌اش از دیر باز از اساسی‌ترین قاعده‌های فقه اسلامی بوده است. (محقق داماد، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۱۱۲) اصحاب امامیه در بسیاری از ابواب فقه این قاعده را نقل و به آن تمسک کرده‌اند و گاهی از آن به عنوان قاعده سلطنت و گاهی بعنوان روایت نبوی یاد کرده‌اند.<sup>۱۳</sup> (طوسی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۱۷۶) همانگونه که بعضی از فقها برای صحت فروش اعضاء بدن به آن استناد کرده‌اند و معتقدند چون این قاعده در سیاق قاعده سلطه مردم بر مالشان است در نتیجه همانگونه که مردم حق دارند در مالشان هر تصرفی بکنند می‌توانند در بدن خود نیز هر تصرفی که بخواهند انجام دهند، یکی از این تصرفات مجاز به استناد این قاعده تغییر جنسیت است. (مؤمن قمی، ۱۴۱۵، ص ۱۰۸)

استدلال به این روایت یا قاعده فقهی برای اثبات سلطنت انسان بر اندام‌های بدن خود و بالتبع بر جنسیت خویش از دو راه ممکن است. اول: راه اولویت: شکی نیست که ابنای بشر بر اموال و دارایی‌های خود سلطنت و اقتدار دارند به گونه‌ای که قانونگذار تمام جوامع نیز تجاوز به حریم اموال دیگران را ممنوع می‌داند. سلطه بر ذات و جنسیت نسبت به سلطه بر مال در مرتبه اولی و سابق است و بلکه ملاک و علت سلطنت بر اموال، همان سلطنت بر جان است چرا که انسان چون مالک ذات، فکر و قوای خود است، مالک اموالی هم که از تلاش آن حاصل می‌شود خواهد بود. (خوئی، بی تا، ج ۶، ص ۲۱۷) از اینرو باید گفت که اگر انسان بر مال خود

سلطنت دارد به طریق اولی بر تعیین نوع جنسیت خویش نیز که مسأله ای کاملاً شخصی است سلطنت دارد.

دوم: روش عقلا: این مسأله که انسان بر خودش ولایت دارد و زمام تمام کارهایش نیز بدست خود اوست امری عقلایی و مورد پذیرش عقلاء می باشد چرا که در نظر عقلاء عالم انسانها همچنان که بر اموال خود سلطه دارند بر جان و پیکر خود نیز مسلط هستند و هیچ ردعی نیز از شارع در باب عدم رضایت به این امر به ما نرسیده است بنابراین افراد متقاضی تغییر جنسیت می توانند بدون هیچ منع شرعی به دخل و تصرف در جنسیت خود بپردازند.

نکته قابل توجه آن است که اگرچه در حجیت این قاعده نمی توان مناقشه نمود ولی از جهت مفهوم قاعده و همچنین تطبیق آن بر مورد می توان مناقشه کرد زیرا اولاً مفهوم قاعده این نیست که انسان بر خود ولایت و حاکمیت دارد همانگونه که بر اموال خود حاکم است و آنچه در باب روایت نکاح باکره رشیده وارد است که اگر مالک خویش است می تواند مستقلاً ازدواج نماید ظاهر در این است که اگر می تواند امر خود را اداره کند و مصلحت و غبطه خود را تأمین نماید، می تواند بدون اذن ولی ازدواج نماید همانطور که مرحوم شیخ انصاری نیز قاعده را اینگونه معنا کرده است. (انصاری، ۱۴۱۷، ص ۱۱۷) در نتیجه، از لحاظ مفهومی، دلالت این قاعده بر سلطه انسان بر خودش مخدوش است.

ثانیاً بر فرض قبول اینکه این قاعده دلالت بر سلطه انسان بر خود دارد و سیاق آن مانند سیاق قاعده سلطه بر اموال است باز نمی توان به استناد این قاعده تغییر جنسیت را بطور مطلق مشروع دانست زیرا قاعده سلطه مشرع نیست و مالک هر

تصرفی و لو غیر عقلایی و اسراف نمی‌توان در مال خود انجام دهد بلکه باید تصرفی نماید که از دیدگاه عقلا متعارف و معقول باشد.

در نتیجه قاعده سلطه بر نفس نیز در همین سیاق و حدود قرار می‌گیرد و اشخاص فقط می‌توانند تصرفی در بدن و نفس خود کنند که عقلایی است در حالی که تغییر جنسیت شخصی که تمایلات جنسی روانی او مطابق با علائم جنسیتی بدن اوست از دیدگاه عقلا تصرفی نامعقول و نامتعارف است. به عبارت دیگر قلمرو قاعده سلطه محدود به تصرفاتی است که دارای نفع عقلایی است زیرا به استناد اصول و قواعد مسلم حقوقی و سیره عقلاء تصرفات لغو و زاید و یا دارای مفاسد اجتماعی یا شخصی، مشروع و مورد حمایت قانون نیست. (بهشتی، ۱۳۸۵)

بنابراین، اطلاق قاعده سلطه مقید به این تصرفات مفید یا حداقل تصرفات فاقد مفاسد اجتماعی و شخصی می‌شود. در نتیجه به استناد این دلیل هم نمی‌توان تغییر جنسیت را بطور مطلق مشروع دانست.<sup>۱۴</sup>

س - قاعده اضطرار و جواز تغییر جنسیت در خصوص مبتلایان به اختلال هویت جنسی

یکی از دلایل دیگری که می‌توان بر جواز تغییر جنسیت اقامه کرد قاعده اضطرار است. تقریر استدلال چنین است که بنا بر ادله واصله شرعی اعم از آیات و روایات هر گاه مکلف بواسطه قرار گرفتن در شرایط خاصی ناچار به انجام فعلی گردد که در حالت عادی ممنوع و حرام است مؤاخذه و عقاب نمی‌شود بلکه فعل ممنوع مباح و جایز می‌گردد. (محقق داماد، ۱۳۸۱، ج ۴، ص ۱۲۸)

بنابراین اضطراب عبارت از وضعیتی است که انسان برای رهایی از ضرورت و تنگنایی که ایجاد شده است فعلی را بر خلاف تمایل خود و تحت تأثیر آن شرایط انجام می‌دهد و یا از ارتکاب عملی خودداری می‌کند. (صادقی، ۱۳۸۲، ص ۱۲۸) البته تحقق اضطراب تابع وجود شرایطی است:

از قبیل اینکه خطر باید مسلم الوقوع باشد یعنی باید به درجه فعلیت رسیده باشد پس خطرات احتمالی نمی‌تواند مجوز ارتکاب فعل حرام باشد بعنوان مثال کسی نمی‌تواند به استناد اینکه در آینده دچار تشنگی شدید خواهد شد مرتکب شرب خمر شود.

خطر باید شدید یا به تعبیر فقها ملجی باشد به نحوی که شخص خود را در موقعیتی ببیند که در آن بیم تلف نفس یا عضو در وی ایجاد شود. خطر هم نباید بوسیله خود مضطر ایجاد شده باشد پس شخصی که با اقدامات عمدی خود شرایط و موقعیت اضطرابی برای خود پیش می‌آورد نمی‌تواند از اذن شارع در حالت اضطراب بهره مند شود و آخر اینکه مضطر به موجب شرع و قانون مکلف به تحمل ضرر نباشد.

با توجه به مطالبی که در رابطه با این قاعده بیان شد می‌گوییم بی‌شک بنا بر قاعده فوق الاشعار افرادی که بواسطه اختلالات هویت جنسی دچار گرفتاری‌های روانی و افسردگی‌های شدید می‌شوند که بنا بر آمار واصله در موارد متعدد اقدام به خودکشی می‌کنند یا بواسطه عدم اقدام به تغییر جنسیت به سوی انحرافات جنسی سوق پیدا می‌کنند و بی‌آنکه خود خواسته باشند بنا بر قهر طبیعت از داشتن یک زندگی سالم بی‌بهره می‌مانند، دارای تمامی شرایط مذکور در قاعده برای صدق عنوان مضطر می‌باشند.

بنابراین اگر هم قائل به حرمت انجام عمل تغییر جنسیت در شرایط عادی باشیم بایستی افرادی را که بنا بر گفته متخصصان نیازمند به انجام عمل‌های تغییر جنسیت می‌باشند از این حکم استثناء نماییم. از سوی دیگر انجام عمل تغییر جنسیت برای افرادی که دارای شرایط خاص می‌باشند حکم تداوی دارد و فقهای امامیه با استناد به پاره‌ای روایات منقول، تداوی به حرام را نیز در شرایط اضطرار جایز می‌دانند. (نجفی، بی تا، ج ۳۶، ص ۴۴۵) نکته قابل توجه در این دلیل این است که تنها تغییر جنسیت را در محدوده اضطرار و به عنوان حکم ثانوی اثبات می‌کند نه به نحو مطلق.

#### یافته‌های پژوهش

۱- در فقه اسلامی، احکام به تبع موضوعات صادر شده و لذا آشنایی و شناخت اقسام موضوعات در فقه ضرورت می‌یابد، لذا تغییر جنسیت از موضوعات عرفی فقهی است آن هم عرف خاص؛ چرا که این موضوع در حوزه علم پزشکی و روانشناسی مطرح می‌شود و لذا به تبع موضوع شناسی در این علوم، حکم مربوطه توسط فقیه صادر می‌شود.

۲- با شناسایی موضوع تغییر جنسیت در علم پزشکی، حال بایستی راهکارهای متناسب با موضوع توسط اندیشمندان دینی ارائه شود، لذا فقها با کمک گرفتن از قواعد و اصول فقهی سعی در ارائه به روزترین راهکارها متناسب با مسأله تغییر جنسیت کرده‌اند؛ پرداختن به بحث مقاصد شرعی و مصالح و مفاسد، جایگاه احکام ثانویه در تغییر احکام ثابت و ارتباط فقه با سایر علوم، همه و همه قواعدی‌اند که با تمسک به آنها می‌توان راه حل‌های مسأله مزبور را شناسایی کرد.

۳- درک روح و معنای احکام، برقراری ارتباط منظم میان سلسله احکام و هماهنگی میان آنان و تدوین قواعد و نظریه‌های فقهی و در نهایت رسیدن به مقاصد شریعت و اهداف دین، همگی بر شناخت اصول حاکم بر احکام شریعت استوار است و یکی از این اصول، اصل تبعیت احکام از مصالح و مفاسد است، فلذا در فقه اسلامی، هر حکمی، علتی و هر علتی، حکمتی دارد و این حکمت‌ها نیز تابع مصالح و مفاسدند و این مصالح همان مصالح پنج‌گانه حفظ دین، نفس، عقل، نسل و مال است، لذا تغییر در جنسیت فرد زمانی مجوز شرعی می‌یابد که در تعارض با مصالح پنج‌گانه حاکم بر احکام شریعت نباشد اگر با تغییر در هویت و جنسیت فرد، سلامتی فرد و یا نسل او به خطر افتد، از نظر شرعی این تغییر جواز نمی‌یابد.

۴- می‌دانیم که احکام اولیه از ثابتات هستند و لایتغیرند، لذا از آنجا که فقه اسلامی یک فقه شناور است و قابلیت به روز شدن و پاسخگویی به مسائل مستحدث و جدید را دارد، لذا راهکار احکام ثانویه را تأسیس می‌کند تا با تمسک به قواعد ثانویه از جمله: قاعده‌های لاضرر، لاجرح و اظطرار و قاعده سهولت امکان یافتن راه حل برای این موضوعات جدید نیز حاصل شود، بر اساس این قواعد چنانچه تغییر در جنسیت، ضرورت نداشته باشد و تأمین مصلحت ضروری تری را ایجاد نکند و در جهت تأمین سلامتی جسمی - روحی و نسل شخص مکلف نباشد، امکان دستبرد و خروج از قواعد ثابت و تغییر ناپذیر وجود ندارد و در فرض ضرورت و تأمین مصلحت مهمتر و... امکان انجام این عمل محقق می‌شود.

۵- مهمترین سند دین شناسی قرآن است، کتابی دست نخورده و تحریف نشده که باید دیگر آثار و منابع دینی را با آن سنجید، در آیات متعدد قرآنی، اصل

زوجیت مورد توجه و تأکید قرار گرفته است، لذا مخاطب آیات قرآنی دو جنس مذکر و مؤنث‌اند، روند خلقت روند تحول و تکامل است و عبث آفریده نشده است لذا جواز دخالت در خلقتش را بدون علم و اندیشه کافی صادر نمی‌کند و برای این مداخله گران، عاقبتی جز سردرگمی در نظر نمی‌گیرد.



پی نوشت‌ها

- ۱- سازمان پزشکی قانونی، ۱۳۷۶.
- ۲- شعراء / ۷
- ۲- لقمان / ۱۰
- ۳- ق / ۷
- ۴- ذاریات / ۴۹
- ۵- رعد / ۳
- ۶- نساء / ۱
- ۷- بقره / ۲۵۱
- ۸- اسراء / ۴
- ۹- بقره / ۲۰۵
- ۱۰- اعراف / ۸۵
- ۱۲- نحل / ۸۸
- ۱۳- حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۴۸۹؛ کرکی، شیخ علی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، موسسه آل البيت، ۱۴۱۱، ج ۹، ص ۱۶۰؛ محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، کفایه الاحکام، اصفهان، بی تا، ص ۱۱۲؛ یوسف بحرانی، الحدائق الناظره، ج ۱۸، ص ۳۹۶
- ۱۴- البته امروزه در بسیاری از کشورهای لیبرال غربی تغییر جنسیت را یک مسأله شخصی و خصوصی تلقی کرده و با عنوان رعایت حقوق بشر از حقوق مسلم افراد می‌شمارند.

فهرست منابع

- ۱- قرآن کریم
- ۲- ابن منظور الافریقی المصری، ابی الفضل جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، قم، ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ق
- ۳- انصاری، مرتضی، نکاح، قم، بی نا، ۱۴۱۷.
- ۴- بهشتی، مهدی، بررسی احکام و آثار تغییر جنسیت در فقه و حقوق موضوعه، دانشگاه قم، ۱۳۸۵
- ۵- توکلی، اسدالله، مصلحت در فقه شیعه و سنی، قم، مرکز انتشارات مؤسسه آموزش و پژوهش امام خمینی، ۱۳۸۴.
- ۶- خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ترجمه: محمد علی توحیدی، قم، موسسه انصاریان، بی تا
- ۷- دبلو کالات، جیمز، روانشناسی فیزیولوژیک، ترجمه ی اسماعیل بیابان گرد و محمد علی پور و احمد غضنفری، تهران، دانشگاه شاهد، ۱۳۷۴.
- ۸- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه ی دهخدا، زیر نظر دکتر محمد معین، تهران، چاپخانه ی دانشگاه تهران، ۱۳۴۷.

- ۹- ریسونی، احمد، اهداف دین از دیدگاه شاطبی، ترجمه ی سیدحسن اسلامی و سیدمحمدعلی ابهری، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۶.
- ۱۰- زراعت، عباس و مسجدسرای، حمید، مبانی استنباط فقه و حقوق: مشتمل بر متن اصول فقه مظفر... تطبیق قواعد اصولی با قوانین موضوعه، تهران، ققنوس، ۱۳۸۰.
- ۱۱- سیوری حلی، جمال الدین مقدادبن عبدالله، التنقیح الرائع لمختصر الشرایع، قم، مطبعة الخيام، ۱۴۰۴.
- ۱۲- شقایب، عبدالله، فقه و زندگی، کاوشی نو در فقه اسلامی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه، ش ۳۹، ۱۳۸۳.
- ۱۳- صادقی، محمد هادی، جرائم علیه اشخاص، چاپ ششم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲.
- ۱۴- طباطبایی، محمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۹۳.
- ۱۵- طبرسی، حسن بن فضل، مکارم الاخلاق، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۶.
- ۱۶- طرزی، عبدالرضا، تغییرجنسیت و سخنی با مسئولین بهزیستی، دیدگاههای نو در فقه اسلامی، تهران، ۱۳۸۰.
- ۱۷- طوسی، محمدبن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰.
- ۱۸- طوسی، محمد بن حسن، الخلاف فی الفقه، تهران، انتشارات رنگی، ۱۳۷۷.
- ۱۹- عاملی (شهیداول)، ابی عبدالله محمدبن مکی، القواعد والفوائد، قم، منشورات مکتبه المفید، بی تا.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، چاپ دوم، تهران، انتشارات مدرس، ۱۳۷۲.
- ۲۰- کاهانی، علیرضا و فخری شجاعی، پیمان، اختلال هویت جنسی (GID)، دگرجنسیت جوها (TS)، تهران، مؤسسه فرهنگی - انتشاراتی تیمورزاده، ۱۳۸۱.
- ۲۱- کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، الکافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷.
- ۲۲- گودرزی، فرامرز، پزشکی قانونی، تهران، انیشتین، ۱۳۷۰.
- ۲۳- مارلو، بی، پرستاری کودکان مارلو، ترجمه ی سونیا آرزوینانس، تهران، ۱۳۷۵.
- ۲۴- مجلسی، محمد باقر، بحارالانوار، بیروت، مؤسسه الوفاء، چاپ دوم، ۱۴۰۳ ق.
- ۲۵- محقق داماد، مصطفی، بخش مدنی، قواعد فقه، چاپ پنجم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۱.
- ۲۶- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه بخش جزایی، چاپ سوم، قم، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۱.
- ۲۷- مدنی تبریزی، یوسف، المسائل المستحدثه، قم، انتشارات دهقانی، ۱۴۱۶.
- ۲۸- مطهری، مرتضی، مجموعه ی آثار، قم، انتشارات صدرا، بی تا.
- ۲۹- مظفر، محمدرضا، اصول فقه، قم، انتشارات دفتر تبلیغات حوزه ی علمیه ی قم، چاپ سوم، ۱۳۶۸.

- ۳۰- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، زبده البیان فی براهین احکام القرآن، چاپ دوم، قم، انتشارات مومنین، ۱۳۷۸.
- ۳۱- مومن قمی، محمد، کلمات السدیة فی مسائل الجدیة، قم، موسسه نشر الاسلامی، ۱۴۱۵.
- ۳۲- میرخانی، عزت السادات، مرجعیت علمی - نظام اسلامی، مسائل زنان، رسالی به همایش مرجعیت علمی، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، واحد برادران، خرداد ۱۳۸۶.
- ۳۳- نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، داراحیاء التراث العربی، هفتم، بی تا.

#### یادداشت شناسه مؤلف

مهدیه محمدتقی زاده: دانشجوی دکتری حقوق زن در اسلام، دانشگاه تربیت مدرس (نویسنده مسؤول)  
پست الکترونیک: m.mtaghizade@yahoo.com

عزت السادات میرخانی: هیأت علمی دانشگاه تربیت مدرس، گروه مطالعات زنان

تاریخ دریافت مقاله: ۹۰/۸/۱۲

تاریخ پذیرش مقاله: ۹۰/۹/۲۸