

آثار فقهی و حقوقی تغییر جنسیت در نظام اداری و استخدامی

فریده وکیلی^۱

دکتر سعید شریعتی فرانی^۲

دکتر سید مهدی جلالی^۳

چکیده

جنسیت از عوامل کلیدی بهره‌مندی اشخاص از برخی حقوقشان است. بر همین اساس، آن‌گاه که شخصی تغییر جنسیت می‌دهد، تأثیر آن بر حقوق مکتسبه و غیر آن باید بررسی شود. این قبیل اشخاص هم چون دیگران از حقوق قراردادی و غیر قراردادی بهره‌مند می‌شوند. در این مطالعه توصیفی و تحلیلی، ابتدا مبانی نظری و سپس آثار تغییر جنسیت بر نظام استخدامی و اداری با روش کتاب‌خانه‌ای مطالعه می‌شود. به منظور گردآوری اطلاعات از فیش‌برداری استفاده شده است و اطلاعات گردآوری شده از طریق استدلال استقرایی تحلیل می‌گردد.

نتایج این تحقیق نشان می‌دهد که تغییر جنسیت در کشوری نظیر ایران، مسئله تازه‌ای است و قانون‌گذار هم حکم مشخصی برای این امر مقرر نکرده است. البته در حقوق خصوصی، مباحث بیش‌تری در مورد تغییر جنسیت و آثار آن بر نکاح و قراردادها صورت گرفته، ولی در خصوص آثار تغییر جنسیت بر حقوق استخدامی، مطالعه‌ای صورت نگرفته است. پیشنهاد می‌شود با تدوین قوانین مناسب مختص به تغییر جنسیت و بیان شرایط لازم برای آن، خلأ موجود در قوانین ایران برطرف گردد. هم‌چنین با برگزاری همایش‌ها، چاپ مقالات در روزنامه‌ها، نشر کتاب، آگاه‌سازی از طریق رسانه‌های جمعی و ساخت فیلم و مستند درباره مشکلات پیش روی چنین افرادی باید برای بهبود افکار عمومی قدم برداشت.

واژگان کلیدی: تغییر جنسیت، آثار فقهی، آثار حقوقی، نظام اداری و استخدامی، ایران.

۱. دانشجوی دکتری گروه حقوق، واحد نراق، دانشگاه آزاد اسلامی، نراق، ایران، faridehvakili20@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق، واحد نراق، دانشگاه آزاد اسلامی، نراق، ایران، (نویسنده مسئول)، Shariati19@yahoo.com

۳. استادیار گروه حقوق، واحد نراق، دانشگاه آزاد اسلامی، نراق، ایران، dr.s.m.jalali52@gmail.com

مقدمه

تغییر جنسیت از مباحث فقهی و حقوقی نوینی است که با پیشرفت علم و تکنولوژی مطرح شده است و در نتیجه آن، جنسیت فرد از مرد به زن یا برعکس تغییر می‌یابد. البته مباحث مربوط به افراد خنثی یا دوجنسی، پدیده‌ای نوظهور محسوب نمی‌شود. آن چه موضوع تغییر جنسیت را از اهمیت برخوردار ساخته، پیشرفت دانش پزشکی مخصوصاً دانش جراحی است. این مسئله به لحاظ مباحث فقهی و حقوقی نیز اهمیت دارد. به همین دلیل، اندیشمندان حوزه فقه و حقوق را به تأمل واداشته است و آن‌ها را به بررسی ابعاد مختلف و چالش‌های این قضیه هدایت می‌کند.^۱ یکی از پرسش‌های مطرح در این باره، حکم جواز یا عدم جواز از نظر فقهی و حقوقی است.^۲

از دیدگاه منابع فقهی، تغییر جنسیت، تصرف در مخلوق است، نه در خلقت و چنین عملی اشکال شرعی ندارد. با این حال، در مورد پی‌آمدهای حقوقی تغییر جنسیت به ویژه در زمینه خانواده چندان تحقیق نشده و با این‌که عده‌ای در ایران دچار اختلال جنسیتی هستند، متأسفانه قانون خاصی در این زمینه به تصویب نرسیده است. بررسی آثار فقهای گذشته نشان می‌دهد که مسئله تغییر جنسیت به شکلی که امروزه مطرح است، مورد توجه نبوده؛ زیرا علم پزشکی در گذشته چنان پیشرفتی نداشت که قادر به تغییر جنسیت افراد باشد. البته بحث از احکام خنثی در آثار فقهای گذشته و در روایات وارد شده از اهل بیت (ع) به چشم می‌خورد که نشان می‌دهد این مسئله از زمان صدر اسلام مطرح بوده است. در میان فقهای شیعه، اولین کسی که در این زمینه، مسائلی را بیان داشت، امام خمینی (ره) است که در حدود سال ۱۳۴۲، احکام تغییر جنسیت را در جلد دوم کتاب خویش، تحریرالوسیله نگاشت و به جواز آن فتوا داد.

در خصوص پیشینه تحقیق نیز باید گفت تاکنون مطالعاتی درباره آثار فقهی حقوقی تغییر جنسیت صورت گرفته است که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود. امیرمحمدی (۱۳۹۸) در پایان‌نامه کارشناسی ارشد با عنوان «مشروعیت تغییر جنسیت در نظام‌های حقوقی ایران، مالزی و هلند» اظهار می‌دارد که یکی

۱. کوهستانی، تورج، مجید خزاعی و میثم تارم، «بررسی تقابل تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق»، فصل‌نامه علمی جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال سوم، شماره ۴، ۱۳۹۹، ص ۲۳۳۲.

۲. کریمی‌نیا، محمدمهدی، «تأثیر تغییر جنسیت بر ابقای نکاح»، مجله فقه پزشکی، شماره ۵ و ۶، ۱۳۹۰، ص ۱۲۲.

از چالش‌برانگیزترین پدیده‌های اجتماعی در جهان امروز، **تراجنسیتی** (ترنس‌جندر) بودن است که بسیاری از پزشکان آن را یک بیماری می‌دانند که باید درمان شود. راهکارهای متعددی برای درمان این بیماری پیشنهاد شده است که مهم‌ترین آن‌ها، تغییر جنسیت از طریق جراحی است. رحمتیان (۱۳۹۶) در پایان‌نامه کارشناسی ارشد «بررسی تطبیقی تغییر جنسیت و آثار حقوقی آن در حقوق ایران، فرانسه و انگلستان» اشاره می‌کند که دیدگاه‌های متفاوتی در مورد مشروع یا ممنوع بودن تغییر جنسیت ابراز شده است. وی بر آن است که با بررسی این دیدگاه‌ها، پس از اثبات مشروع و مجاز بودن تغییر جنسیت، آثار فقهی و حقوقی آن را تبیین و نتایج را در حد امکان با حقوق کشورهای انگلستان و فرانسه مقایسه کند. شیعه‌علی (۱۳۹۵) در پایان‌نامه کارشناسی ارشد «تغییر جنسیت در حقوق ایران با نگاهی به نظریات فقه‌های معاصر»، تغییر جنسیت را از دو بعد فقهی و حقوقی ارزیابی و تلاش می‌کند با بررسی دیدگاه‌های مختلف برای رفع تعارض‌های موجود گام بردارد و با تحلیل و بررسی جواز داشتن یا نداشتن تغییر جنسیت، حکم مسئله را در خصوص افراد سالم، ترانس سکسوال و نیز افراد خنثی بیابید و هم‌چنین تعریف جامعی از این پدیده ارائه کند.

بند ۱۸ ماده ۴ قانون حمایت از خانواده، مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ رسیدگی به دعاوی تغییر جنسیت را در صلاحیت دادگاه‌های خانواده می‌داند. این ماده ظاهراً بر جواز تغییر جنسیت دلالت می‌کند، هرچند صراحت ندارد و در خصوص شرایط و آثار تغییر جنسیت نیز مقرر قانونی خاصی وجود ندارد. به غیر از این مورد، در قوانین مدون، تنها جایی که به این موضوع نزدیک می‌شود، ماده ۹۳۹ مبحث ارث در قانون مدنی است.^۱ بیش‌تر آثار موجود در موضوع تغییر جنسیت در حوزه‌های حقوقی و کیفری طرح بحث کرده‌اند و به همین دلیل، بررسی موضوع از نظر استخدامی و اداری، بدیع و جدید است.

استخدام در مشاغل عمومی به سبب جایگاه خدمات عمومی و لزوم کارآمدی دولت در دستیابی به وظایف و اهداف مقرر، نیازمند توجه جدی است. کارآمدی دولت و نهادهای عمومی زمانی محقق خواهد شد که در چارچوب‌های استخدام در مشاغل عمومی مطرح و تبیین گردد و برای چالش‌های موجود و نظام استخدامی مطلوب بتوان راهکارهایی ارائه کرد. ادبیات حقوقی ما در این خصوص و به طور کلی، در باب موضوعات حقوق اداری و پرونده‌های مطرح در این زمینه در مراجع شبه

۱. موسوی مبارکه، محبوبه‌سادات و اکرم نوایی لواسانی، «بررسی تغییر جنسیت زنان از دیدگاه فقهی و حقوقی در ایران»، پژوهش‌نامه زنان، سال نهم، شماره ۳، ۱۳۹۷، ص ۱۱۸.

قضایی و قضایی، موضوع پژوهش‌های حقوقی نبوده است.^۱

در نظام حقوق ایران، در مورد استخدام زنان و اقلیت‌های مذهبی در برخی مشاغل، استثنائاتی بر این اصل وجود دارد، به این صورت که زنان نمی‌توانند در مشاغل نظامی نیروهای مسلح به جز نیروی انتظامی استخدام شوند. اقلیت‌های مذهبی نیز با توجه به شرط پیرو مذهب رسمی بودن رییس جمهور در اصل ۱۱۳ قانون اساسی و شرط مسلمان بودن قاضی در قانون استخدام قضات نمی‌توانند عهده‌دار این مشاغل بشوند و طبق قوانین استخدامی نیروهای مسلح از استخدام در این نیروها منع شده‌اند.^۲

در نظام حقوقی ایران، حکم قانون اساسی به «ایجاد نظام اداری صحیح و عادلانه» و نیز صراحت قانون مدیریت خدمات کشوری در «به‌کارگیری اخلاق اسلامی و اداری برای خدمت‌گذاری به مردم و حفظ حقوق شهروندی»، می‌تواند مبنای خوبی برای نهضت اداره مطلوب تلقی گردد.^۳

اهمیت مشاغل عمومی که هدف از آن‌ها، تأمین خدمات عمومی و حفظ نظم عمومی است، ایجاب می‌کند که قانون‌گذار به منظور انتخاب افراد اصلح و شایسته‌گزینی، شرایط و تشریفات الزام‌آور برای ورود به خدمت در این مشاغل وضع کند که رعایت آن‌ها از سوی افراد داوطلب استخدام ضروری است.^۴ در ادامه سیر قانون‌گذاری در حوزه استخدام در سال ۱۳۸۶ پس از دو بار رد شدن لایحه مدیریت خدمات کشوری توسط شورای نگهبان، بار سوم با اعمال تغییرات فراوان به قانون مدیریت خدمات کشوری بدل شد. این قانون، قانونی مهم در حوزه اداری و استخدامی است که شامل تعاریف روشنی در مورد شرایط ورود به خدمت است. مفاهیمی نو در این قانون ظهور کرده‌اند که اداره خوب، یکی از مفاهیم نوظهور است که در برخی از قوانین اساسی از آن به عنوان حق شهروندان

۱. سهراب‌لو، علی و حسن لطفی، «تبدیل وضعیت استخدامی در حقوق اداری ایران؛ ماهیت و اصول حاکم»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و ششم، شماره ۹۴، ۱۴۰۰، ص ۷۶.

۲. رستمی، ولی، «نقد و بررسی حقوقی ورود به خدمت و استخدام در قانون مدیریت خدمات کشوری (فصل‌های ششم و هفتم)»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، سال دهم، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۲۱.

۳. حقیقی، حسن و همکاران، نقد معیارهای ورود به خدمت و گزینش در حقوق اداری در پرتوی موازین حقوق بشری، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸، ۱۴۰۳، ص ۱۲۱.

۴. ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری ایران، تهران: توس، ۱۳۷۶، ص ۱۵۲.

یاد شده است. دکترین اداره خوب به عنوان یک رویکرد جدید بر بسیاری از مفاهیم و نهادهای حقوق اداری اثر گذاشته است.^۱

باتوجه به این موارد و از آن جایی که تاکنون قوانینی جامع در زمینه آثار فقهی و حقوقی تغییر جنسیت در ایران وضع نشده، این پژوهش در پی آن است که به بررسی آثار فقهی و حقوقی تغییر جنسیت بر نظام اداری و استخدامی ایران بپردازد.

گفتار اول. مبانی نظری

امروزه بررسی مسئله «تغییر جنسیت» نه تنها از دید پزشکی، بلکه به لحاظ مباحث فقهی و حقوقی نیز اهمیت دارد. البته مباحث مربوط به افراد خنثی یا دوجنسی، پدیده‌ای نوظهور محسوب نمی‌شود. آن چه موضوع تغییر جنسیت را از اهمیت برخوردار ساخته، پیشرفت دانش پزشکی مخصوصاً دانش جراحی است. یکی از پرسش‌های مطرح در این باره، حکم جواز داشتن یا نداشتن آن از نظر فقهی و حقوقی است.^۲

بند اول. ادله جواز فقهی تغییر جنسیت

رویکرد غالب در فقه، جواز تغییر جنسیت است و موافقان تغییر جنسیت برای تقویت نظر خود به برخی اصول و مبانی اشاره می‌کنند که عبارتند از:

الف. اصل اباحه

مطابق اصل اباحه، هر کاری حلال است مگر آن که دلیل صریحی بر حرمت آن وجود داشته باشد. مثلاً اعمالی چون لواط و زنا حرام محسوب می‌شود؛ چون وجود نص صریح قرآن کریم در مورد آن‌ها، دلیل بر حرمت این افعال است. در مورد تغییر جنسیت، چون نص صریحی بر حرمت نداریم، بنا بر اصل اباحه، چنین عملی مشروع است. به تعبیر دیگر، با استناد به اصل اباحه یا قاعده صحت می‌توان تغییر جنسیت را مجاز شمرد. از طرف دیگر، مقتضای اصل عملی، مشروعیت است و

۱. هداوند، مهدی و همکاران، آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری (مطالعه تطبیقی)، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹، ص ۳۸.

۲. کریمی‌نیا، پیشین، ص ۱۲۲.

از ناحیه ادله، احکامی که بر موضوعات به عنوان مرد و زن بار شده است یا این که جنس مرد باید بر جنسیت خود باقی باشد یا نه، هیچ تعارضی با اصل عملی ندارد. بنابراین، چون دلیلی در لسان شارع بر حرمت داشتن یا نداشتن عمل تغییر جنسیت وجود ندارد، می‌توان با جریان اصول عملیه، مثل اصل برائت، تغییر جنسیت را مجاز شمرد.^۱

ب. قاعده تسلیط

دلیل دیگری که برای مشروعیت مطلق تغییر جنسیت می‌توان به آن استناد کرد، قاعده فقهی «الناس مسلطون علی انفسهم» است. برخی فقها برای صحت فروش اعضای بدن به این قاعده استناد کرده‌اند و معتقدند چون این قاعده در سیاق قاعده سلطه مردم بر مالشان است، در نتیجه، همان گونه که مردم حق دارند در مالشان هر تصرفی بکنند، می‌توانند در بدن خود نیز هر نوع تصرفی را انجام دهند که بخواهند و یکی از تصرفات مجاز، به استناد این قاعده، تغییر جنسیت است.^۲

با استناد به این قاعده می‌توان درباره سلطه انسان بر اعضای بدن خود این گونه استدلال کرد که بی‌شک، افراد بر اموال خود تسلط دارند و مختارند هر گونه که بخواهند، در آن اموال تصرف کنند و هیچ کس نمی‌تواند مانعی برای تصرف آن‌ها باشد و قانون‌گذار از این حق حمایت کرده است. بنابراین، بدیهی است وقتی انسان بر اموال خود تسلط دارد، به طریق اولی بر اعضای بدن خود نیز تسلط خواهد داشت. از طرف دیگر، این مسئله مورد پذیرش عقلاست که انسان بر خودش ولایت دارد و زمام تمام امورش نیز به دست خود اوست و همان گونه که بر اموال خود تسلط دارد، بر جسمش نیز تسلط دارد.

بنابراین، هر چند این قاعده عیناً در روایت وارد نشده، ولی در روایات وارد شده در نکاح باکره رشیده آمده است: «عمر بن أذینة، عن ابي جعفر (ع): المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفیهة ولا المولی علیها أن تزویجها بغیر ولی جائز».^۳

۱. خورشیدی، حسن و محمد حسین شعبانی، «بازپژوهشی مبانی مشروعیت تغییر جنسیت با رویکرد قرآنی، روایی و آثار آن در آموزه‌های حقوق کیفری»، پژوهش‌های اعتقادی - کلامی، شماره ۳۷، ۱۳۹۹، ص ۹۰

۲. مؤمن قمی، محمد، کلمات سدیده فی مسائل جدیده، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵، ص ۱۲۸.

۳. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه (جلد ۲۱)، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، ۱۴۱۲، ص ۱۲۳.

ج. قاعده اضطرار

تقریر استدلال چنین است که بنا بر ادله واصله شرعی اعم از آیات و روایات، هر گاه مکلف به واسطه 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. البته تحقق اضطرار تابع وجود شرایطی است و به واسطه این قاعده نمی‌توان تغییر جنسیت را مطلقاً مجاز دانست. چون گفته شد این قاعده نمی‌تواند جواز مطلق تغییر جنسیت را ثابت کند، در نتیجه، برخی از محققان گفته‌اند که اگر هم قائل به حرمت انجام عمل تغییر جنسیت در شرایط عادی باشیم، بایستی افرادی را که بنا بر گفته متخصصان، نیازمند عمل‌های تغییر جنسیتند، از این حکم استثنا کنیم.^۱

بند دوم. ادله مخالفان تغییر جنسیت

مخالفان تغییر جنسیت نیز برای بیان نظر خود به ادله‌ای چند استناد می‌کنند که قابل توجه و بررسی است و عبارتند از:

الف. مغایرت با مصالح عمومی

برخی مؤلفان حقوقی بر این باورند که تغییر جنسیت به دلیل مخالفت آن با مصالح عمومی غیر مجاز است؛ زیرا قواعدی که وضع مدنی اشخاص را در جامعه تبیین می‌کند، تنها به خاطر حفظ منافع او وضع نشده است، بلکه هدف این گونه قواعد، تأمین مصالح عمومی است. به همین جهت، اشخاص نمی‌توانند بر خلاف آن با یکدیگر توافق کنند، چنان‌که به وسیله قرارداد نیز نمی‌توان تابعیت یا جنسیت کسی را تغییر داد.^۲

ب. نداشتن آثار شرعی

عده‌ای از فقها معتقدند تنها تغییر جنسیت واقعی دارای آثار شرعی است. به باور آنان، تغییر جنسیت

۱. رضایی فومنی، امیر و سید محمدرضا آیتی، «وضعیت تغییر جنسیت در حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا»، مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال ۷، شماره ۱۴، ۱۳۹۳، ص ۱۱۶.

۲. اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین و یاسر عبدی، «وضعیت فقهی حقوقی تغییر جنسیت»، فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۰، ص ۷.

صوری آثار شرعی ندارد و حتی برخی از آن‌ها به حرمت آن فتوا داده‌اند. مقصود این دسته از فقها از تغییر جنسیت صوری آن است که با عمل جراحی، شخص قدرت باروری ندارد که فقها آن را حرام می‌دانند. این در حالی است که تغییر جنسیت واقعی را جراحی کردن عضو تناسلی می‌دانند که با آن، عضو تناسلی واقعی ظاهر می‌شود. این دسته از فقها معتقدند عمل جراحی افراد تراجنسیتی تنها تغییر در آلت رجولیت و انوثیت ایجاد می‌کند و احکام جنس مخالف بر او بار نمی‌شود و تغییر جنسیت واقعی در مورد افراد خنثی اتفاق می‌افتد. با این پیش فرض که تغییر جنسیت در اعمال جراحی رایج، تغییر جنسیت صوری است و تغییر جنسیت صوری نیز بنا به فتاوی فقها جایز نیست، اما اگر به تشخیص متخصصان پزشکی و روان‌شناسی، تغییر جنسیت صوری برای افراد ترانس سکشوال ضروری باشد، آیا تغییر جنسیت جایز است؟ به طور خلاصه باید گفت که بیش‌تر فقهای معاصر به جواز این عمل به موجب حرج و اضطراب فرد تراجنسیتی حکم داده‌اند، حتی اگر تغییر جنسیت صوری باشد. اگرچه برخی از آن‌ها برای تغییر جنسیت صوری، عسر و حرجی متصور نیستند و آن را در هر حالی حرام می‌دانند.^۱

گفتار دوم. بررسی تغییر جنسیت در مرحله ورود به خدمت

ادبیات حقوقی موجود در ایران در خصوص آثار تغییر جنسیت بر موضوعات احوال شخصیه و نیز تا حدودی موضوعات کیفری بررسی شده است. با این حال، به اثرگذاری این پدیده بر نظام اداری و استخدامی توجه نشده است. بنابراین، بررسی آثار تغییر جنسیت اشخاص در نظام اداری، موضوعی جدید و مبتلابه است.

بند اول. بررسی برابری در ورود به خدمت برای اشخاص تغییر جنسیت داده

اصل برابری در ورود به خدمت دولتی، یکی از اصول اساسی و نیز حقوق بشری در حوزه حقوق اداری است. بر این اساس، هر گونه اعمال تبعیض در فرآیند جذب و استخدام اشخاص ممنوع است. اطلاق این اصل اقتضا دارد تا در مورد اشخاص تغییر جنسیت داده نیز در مرحله استخدام، برابری رعایت گردد.

۱. صفری، محسن و امیر شاه‌کرمی، «آثار حقوقی تغییر جنسیت بر عقد نکاح در فقه اسلامی و نظام حقوقی کامن‌لا»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره نهم، شماره ۱، ۱۳۹۷، ص ۲۸۹.

الف. مفهوم برابری فرصت‌های شغلی

اصل برابری فرصت‌های شغلی یا به عبارتی، اصل پذیرش به خدمت و منع تبعیض در استخدام و اشتغال، یکی از مصادیق حقوق بشر محسوب می‌شود. وظیفه قانون‌گذار در هر جامعه‌ای این است که امکانات و تسهیلات طبیعی، اقتصادی و اجتماعی را به طور یکسان در اختیار همه افراد قرار دهد. مفهوم عدالت به طور پیشینی، برابری و مساوات است، اما اگر حقوقی مشروع کسب شود، این حقوق به صاحبانش تعلق دارد و در این موارد، معیار عدالت، رعایت استحقاق و شایستگی و وجود امنیت برای اکتساب است. در حوزه روابط اجتماعی و در چارچوب حقوق تکوینی و تشریحی، عدالت به معنای رعایت موازین لازم‌الرعایه است و در امور اجتماعی بر مبنای توافق و اصول و موازین قرار داده شده طراحی و تنظیم می‌شود. در این حوزه، مهم‌ترین معیار عدالت، «حق برخورداری برابر» از فرصت‌ها، موقعیت‌ها، آزادی‌ها و امنیت اجتماعی شناخته شده است. این حق به نحو پیشینی است، اما وقتی افراد جامعه از این فرصت‌ها در چارچوب موازین لازم‌الرعایه و اصول و موازین توافق شده استفاده و ارزش افزوده ایجاد می‌کنند، حاصل تلاش و زحمت به خودشان تعلق دارد.^۱ بنابراین، وقتی سخن از تساوی و برابری است، منظور، برابری در شرایط برابر است. مثلاً اگر برای احراز شغلی به مدرک دکتری نیاز داشته باشیم، استقرار نظام شایستگی حکم می‌کند که شرایط برابر برای تمامی کسانی که مدرک دکتری هستند، فراهم شود.^۲

ب. برابری فرصت‌ها در قانون اساسی و قوانین عادی

در قانون اساسی نیز بر اصل تساوی زن و مرد در برخورداری از حقوق متنوع انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلامی تأکید شده است و دقت قانون‌گذار با آوردن «قید موازین اسلامی» به خوبی فهمیده می‌شود. در قوانین و مقررات عمومی استخدام مانند قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون گزینش، محدودیتی در استخدام زنان وجود ندارد و تفکیکی بین زن و مرد صورت نگرفته و الفاظ به کار رفته در قوانین، عام است و زن و مرد هر دو را شامل می‌شوند.

۱. دبیرخانه نشست‌های راهبردی، دومین نشست اندیشه‌های راهبردی عدالت، تهران: پیام عدالت، ۱۳۹۱، ص ۳۸.

۲. جلالی، محمد و فروغ حیدری، «اصل برابری ورود به خدمات عمومی در پرتوی آرای دیوان عدالت اداری»، مجله رأی، شماره ۸، ۱۳۹۳، ص ۴۴.

در قوانین و مقررات استخدامی نهادهای خاص و ارگان‌ها نیز تلاش بر این بوده است تا جایی که امکان دارد، تفاوتی میان آن‌ها لحاظ نگردد. این امر کاملاً مطابق با موازین اسلامی است؛ زیرا تنها در برخی حوزه‌ها، منع وجود دارد و باید به قدر متیقن اکتفا کرد. در همان موارد مصرّح نیز قانون‌گذار تلاش کرده است تا جایی که می‌تواند، قوانین را به گونه‌ای وضع کند که ابزاری برای سوء استفاده علیه نظام جمهوری اسلامی قرار نگیرد و نهادهای به اصطلاح حقوق بشری غرب آن را دستاویزی برای هجمه به نظام قرار ندهند. در برخی موارد هم هدف قانون‌گذار از عام نوشتن الفاظ، پوشش همه زمینه‌ها بوده است؛ چون به کارگیری زنان به عنوان کارمند و مستخدم اداری هیچ گونه منعی ندارد و در برخی موارد هم‌گیزی از آن شاید نباشد، مانند پزشکان متخصص یا برخی تخصص‌های ویژه. پس بستن دست نهادها و بی‌توجهی به برخی نیازها هرگز منطقی نخواهد بود.^۱

برابری استخدامی، فرآیندی جامع است که کارفرمایان با هدف شناسایی و حذف عوامل تبعیض در امور مربوط به استخدام انجام می‌دهند. مطابق اصل ۲۸ قانون اساسی، ایجاد شرایط مساوی برای احراز مشاغل برای همه افراد، وظیفه دولت است. ماده ۴۳ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز مقرر می‌دارد: «دستگاه‌های اجرایی می‌توانند در صورتی که در قوانین و مقررات قبلی مورد عمل خود، شرایطی علاوه بر شرایط ماده ۴۲ این قانون داشته باشند، آن را ملاک عمل قرار دهند».^۲

با این وجود، در نظام استخدامی ایران، موارد متعددی از نابرابری در فرصت‌ها وجود دارد که برای مثال، می‌توان به نقض برابری فرصت‌های استخدام برای زنان در نیروی انتظامی اشاره کرد. همچنین، نابرابری در فرصت‌ها در مواردی هم خود را در قالب سهمیه‌های استخدامی متعدد و گوناگون با توجه‌های مختلف از مباحث چالشی و گاه اعتراض‌آمیز در نظام اداری و استخدامی کشور است.^۳

۱. غمامی، سید محمد مهدی و حسین عزیزی، «مبانی و اصول عدالت استخدامی در نظام حقوقی اسلام»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال اول، شماره ۴، ۱۳۹۳، ص ۱۱۲.

۲. قهوه‌چیان، حمید، «نظام حقوقی ورود به خدمت دولت در ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۴، ۱۳۹۳، ص ۱۲۳.

۳. اسماعیلی، محمد و همکاران، «آسیب‌شناسی سهمیه‌های ورود به خدمت از منظر اصل برابری فرصت‌ها با تکیه بر رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۷، ۱۴۰۲، ص ۴۲.

ج. برابری فرصت‌های شغلی برای اشخاص تغییر جنسیت داده

در قوانین عادی موجود در حوزه حقوق اداری، هیچ تصریحی به حقوق استخدامی این اشخاص نشده و در رویه قضایی در حقوق عمومی و به ویژه رویه قضایی دیوان عدالت اداری نیز حمایت از حقوق اشخاص تغییر جنسیت داده، موضوع آرا قرار نگرفته است. به نظر می‌رسد با توجه به وحدت ملاک از رویه دیوان و نیز قوانین عام موجود در این حوزه باید به برابری فرصت‌های شغلی برای این اشخاص صحه گذارد، به این صورت که هیچ شخصی چون تغییر جنسیت داده است، نباید از ورود به نظام اداری و داشتن فرصت شغلی برابر با دیگر افراد جامعه محروم گردد.

هیئت عمومی دیوان بارها در آرای متعدد و به فراخور موضوع به «اصل برابری فرصت‌های شغلی و برابری در ورود به خدمت» تصریح کرده است. برای مثال، در رأی وحدت رویه شماره ۱۴۱۱ مورخ ۱۳۹۷/۶/۲۰ با موضوع ابطال بند ۴ دستورالعمل بانک مرکزی در خصوص اعمال برخی شرایط در آزمون استخدامی سال ۱۳۹۴، صراحتاً درج شروط مورد نظر را مصداق بارز تبعیض ناروا و مغایر با اصل برابری فرصت‌ها مندرج در ماده ۴۱ قانون مدیریت خدمات کشوری می‌داند.

بند دوم. تبعیض مثبت و بررسی موضوع

تبعیض مستقیم عبارت است از بی‌توجهی به اشخاص معلول، زنان ناتوان و گروه‌های آسیب‌پذیر و اقلیت‌های قومی، نژادی و دینی و تحقیر آنان از طریق ارتکاب یک فعل ایجابی مانند آن‌که با تصویب قوانین و مقرراتی مانع دسترسی اشخاص معلول یا هر گروه دیگری به مشاغل، امتیازات یا امکانات و تسهیلات خاصی شویم. تبعیض غیر مستقیم می‌تواند دارای همان آثار نامناسب مورد اخیر باشد، اما آن را باید به سرنوشت آن‌ها به صورت یک ترک فعل تعریف کرد. بنابراین، تبعیض مستقیم به تبعیضی گفته می‌شود که با یک فرد بر مبنای زمینه منعی، به طور تبعیض‌آمیز برخورد شود.

تبعیض همیشه جنبه منفی ندارد و در معنای دوم مثبت است. در این معنا، تبعیض، اعطای امتیازاتی است که به گروهی که در این حوزه ضعیف واقع شده است. سیاستی که در حمایت از معلولین، زنان و اقوام و اقلیت‌ها در پیش گرفته می‌شود، باید بر این محور قرار گیرد که از یک سو، تبعیض‌های منفی از بین برود و از سوی دیگر، تبعیض‌های مثبت به نفع افراد یادشده لحاظ شود. بنابراین، تبعیض مثبت سعی دارد بدون آن‌که هیچ تبعیض غیر قانونی رخ دهد، با اصلاحاتی

منطقی و منصفانه، فرصتی حقیقی برای غلبه بر زیان‌ها و آسیب‌های ساختاری فراهم آورد که در خدمات‌رسانی به گروه‌های تحت حمایت ایجاد شده است.^۱

تبعیض مثبت به آن دسته از سیاست‌ها و دستورالعمل‌هایی اطلاق می‌شود که قانون‌گذار به شکل موقتی و مخصوص به دوره‌ای خاص استفاده می‌کند تا به وسیله آن‌ها، تفاوت‌های حقوقی ناشی از شرایط خاص گروهی در اجتماع از قبیل رنگ، نژاد، جنسیت، زبان، عقیده، اصالت قومی و ملی را با هدف رفع نابرابری‌های ایجادشده در گذشته یا حال جبران کند. در نتیجه، این امر باعث خواهد شد تا منافعی به نفع گروه‌هایی خاص از افراد در یک اجتماع و به زیان گروه‌هایی دیگر از اشخاص با هدف جبران نابرابری‌های ایجاد شده به وجود آید. سیاستی که در حمایت از معلولین، زنان و اقلیت‌ها در پیش گرفته می‌شود، باید بر این محور قرار گیرد که از یک سو، تبعیض‌های منفی از بین رود و از سوی دیگر، تبعیض‌های مثبت به نفع افراد یادشده لحاظ شود.^۲

مطابق بند ۹ اصل سوم قانون اساسی، «رفع تبعیض ناروا»، یکی از وظایف دولت جمهوری اسلامی ایران برای رسیدن به اهداف مندرج در اصل ۲ این قانون است. بنابراین، به طور کلی، طبق قانون اساسی ایران، ممنوعیت تبعیض شامل همه انواع آن نمی‌شود و به نظر می‌رسد مفهوم تبعیض مثبت در ایران وجود دارد.^۳ در نظام حقوقی ایران، قوانینی در مورد برخی اشخاص به تصویب رسیده است که با رویکرد تبعیض مثبت، زمینه استخدام گروه‌های خاص مانند معلولان را فراهم آورد. قانون حمایت از معلولان مصوب ۱۳۹۶ در کشور به مسائلی مانند مناسب‌سازی، دسترسی پذیری و تردد و تحرک، خدمات بهداشتی، درمانی، توان‌بخشی، امور ورزشی، فرهنگی، هنری و آموزشی، فرهنگ‌سازی و ارتقای آگاهی‌های عمومی، حمایت‌های قضایی و حمایت‌های اداری و استخدامی پرداخته است. ماده ۱۰ این قانون نیز گام مهمی در زمینه اشتغال معلولان برداشته است.^۴

۱. مؤمنی‌راد، احمد و ساناز بهبودی کلهری، «بررسی تأثیر تبعیض مثبت بر اشتغال زنان در حقوق ایران»، جستارهای حقوق عمومی، سال اول، شماره ۳، ۱۳۹۶، ص ۱۸.

۲. بلوردی، طیبه، «بررسی فقهی و حقوقی تبعیض شغلی زنان با تأکید بر امنیت شغلی»، زن و جامعه، سال یازدهم، شماره سوم، ۱۳۹۹، ص ۲۸.

۳. رضایی‌زاده، محمدجواد و منصور پرکاله، «بررسی حقوقی ضوابط و معیارهای استخدام عمومی در ایران و کانادا»، فصل‌نامه حقوق، دوره چهل و یکم، شماره ۲، ۱۳۹۰، ص ۹۷.

۴. پروین، خیرالله و محمدشعیب عارفی، «بررسی تطبیقی تبعیض مثبت در زمینه استخدام معلولان در حقوق ایران، آمریکا و

بنابراین، با توجه به نبود قوانین حمایتی در مورد اشخاص تغییر جنسیت داده شایسته است قوه مقننه با وضع قانونی مناسب در حوزه استخدامی و قوه مجریه نیز با تصویب آیین‌نامه‌های اجرایی از آنان حمایت کنند.

بند سوم. لزوم رعایت شایستگی در استخدام

استخدام دولت عبارت از پذیرفتن شخص به خدمت دولت در یکی از وزارت‌خانه‌ها یا شرکت‌ها یا مؤسسات دولتی است. در حقوق اداری، این واژه، مفهومی گسترده دارد و شامل گروه‌های مختلفی است که در خدمت اشخاص حقوق عمومی هستند و برای آن‌ها کار می‌کنند. اصول حاکم بر استخدام عبارت است از: اصل برابری فرصت شغلی، اصل حقوق مساوی برای کار مساوی، شایسته‌سالاری، ثبات شغلی، اصل حق دفاع از حقوق شغلی، اصل تأمین رفاه کارکنان، اصل رعایت انضباط اداری، اصل آموزش کارکنان و اصل قانونی بودن استخدام عمومی دولتی.^۱

رعایت شایستگی از دیگر ملاک‌های قانونی برای استخدام است. رعایت شایستگی، پاسخی به این سؤال است که میان گزینه‌های موجود، گزینه بهتر کدام است. تشخیص بهترین افراد در دو صورت قابل بررسی است:

الف) بهترین افراد از بین متقاضیان که مربوط به اصل عدالت است.

ب) داشتن بهترین متقاضیان که مربوط به مسئله کارآمدی است.

نکته ثقل در رعایت اصل شایستگی این است که با توجه به ملاک‌های قانونی و معین، کدام گزینه برای ورود به خدمت شایسته‌تر و مفیدتر واقع خواهد شد. تفکیک رعایت شایستگی در دو عنصر فردی و سیستمی، مشمول نظارت قضایی نیز خواهد بود.^۲

بدون تردید، نظام اداری و استخدامی کارآمد و شایسته زمانی برقرار می‌شود که توانایی جذب و به کارگیری افراد لایق را داشته باشد و بتواند آنان را بر اساس معیارهایی مانند تخصص، کارایی،

هند، «مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال یازدهم، شماره ۲۴، ۱۴۰۱، ص ۱۵.

۱. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی، تهران: سمت، ۱۳۹۱، ص ۳۶.

۲. قهوه‌چیان، پیشین، ص ۱۲۱.

خلافت، اخلاق حسنه و مانند آن جذب و پذیرش کند و بعد ارتقا یابند. هم چنین این نظام باید به گونه‌ای سازمان دهی شود که این افراد را حفظ و از خروج و جذب آن‌ها به سازمان‌های دیگر جلوگیری کند. پذیرش افراد بر اساس وابستگی‌های قومی، مذهبی، سیاسی، دوستی و مانند آن خلاف اصل یادشده است و در عمل موجب ورود افراد ناشایست به خدمت می‌شود.^۱

مطابق جزء «ت» بند (۴-۱)، برنامه راهبردی تحول نظام اداری (۱۳۷۷)، تدوین شده توسط سازمان امور اداری و استخدامی کشور به عنوان یکی از اصول مبنایی بر «حاکمیت شایسته‌گزینی»، تأکید و ذیل راهبردهای کلان، نهادینه کردن عدالت و شایسته‌گزینی در نظام‌های اداری و نگرش مدیران و توسعه منابع انسانی مقرر شده است. این برنامه راهبردی، زمینه مناسبی برای الزام به شایسته‌گزینی فراهم کرده است. هم چنین بر اساس بند ۴ سیاست‌های کلی نظام اداری، «دانش‌گرایی و شایسته‌گزینی مبتنی بر اخلاق اسلامی در نصب و ارتقای مدیران» از بایسته‌های نظام اداری ایران محسوب می‌گردد که تحقق آن، حاصل برداشت مبتنی بر حاکمیت قانون است.^۲

بر این مبنا، در فرآیند جذب و استخدام اشخاص باید صرفاً به معیارهای شایسته‌گزینی توجه کرد و در این فرآیند، تغییر جنسیت اشخاص نباید در فرآیند جذب و استخدام اشخاص اثر بگذارد.

گفتار سوم. بررسی تغییر جنسیت در حقوق و مزایا

در نظام حقوقی ایران، تغییر جنسیت، آثار اجتماعی فراوانی دارد؛ زیرا حقوق و تکالیف جنس مذکر و جنس مؤنث در حقوق ایران متفاوت است. برای مثال، بر اساس قانون اساسی، زنان در ایران از رسیدن به مقام ریاست جمهوری محرومند: «رییس جمهور باید از میان رجال مذهبی و سیاسی، مدیر و مدبر و... انتخاب گردد». عده زیادی معتقدند طبق این اصل، زنان حق ندارند به ریاست جمهوری برسند. پس اگر رییس جمهوری در ایران تغییر جنسیت بدهد، بلافاصله سمت و صلاحیت وی ساقط می‌گردد.^۳

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۸۶، ص ۱۳۶.

۲. غمامی، سید محمد مهدی و سید حسین حسینی، «شایسته‌گزینی در نظام حقوق استخدامی ایران و آمریکا»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۵، ۱۳۹۷، ص ۷۷.

۳. امامی، اسدالله، «آثار حقوقی تغییر جنسیت افراد دو جنسی»، دانش‌نامه حقوقی، شماره ۴، ۱۳۹۸، ص ۱۷.

مراد از حق مکتسب، حقی است که در زمان تحقق و ایجاد، طبق قانون صالح و با رعایت تمام شرایط تحقق آن کاملاً محقق شده است. بنابراین، منظور از حق مکتسب در این بحث، حقوقی است که شخص قبل از تغییر جنسیت به لحاظ جنسیت سابق و طبق قانون به دست آورده است. مراد از حق غیر مکتسب، حقی است که شخص در گذشته به اعتبار جنسیت سابق نمی‌توانست از آن متمتع شود یا نمی‌توانست آن را استیفا کند، ولی بعد از تغییر جنسیت به اعتبار جنسیت جدید، قصد دارد آن را استیفا کند.^۱

فرض مورد نظر در این گفتار، حالتی است که شخص به استخدام دولت درآمده و سپس تغییر جنسیت داده است که این مسئله در برخی حقوق و مزایای استخدامی او اثر خواهد داشت. در قوانین عام اداری و استخدامی، برخی مزایا، خاص کارمندان زن و برخی مختص کارمندان مرد است و به همین دلیل، بعد از تغییر جنسیت کارمند، برخی حقوق استخدامی وی دچار تغییر و تحول خواهد شد که شایسته بررسی است.

بند اول. اصل پرداخت حقوق و مزایا بر مبنای عوامل شغل و شاغل

بر اساس ماده ۶۴ از فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری با عنوان «حقوق و مزایا»، «نظام پرداخت کارمندان دستگاه‌های اجرایی بر اساس ارزش‌یابی عوامل شغل و شاغل و سایر ویژگی‌های مذکور در مواد آتی خواهد بود.» منظور از عوامل شغل، مواردی مانند پیچیدگی، سختی و دشواری وظایف است که ناظر بر شغل مورد تصدی کارمند است و منظور از عوامل شاغل، عواملی مانند سن و تحصیلات است که ناظر بر شخص کارمند است. در این مورد، عوامل شغل و شاغل در اشخاصی که تغییر جنسیت داده‌اند، تغییری نخواهد کرد.

بند دوم. حقوق و مزایای مربوط به عایله‌مندی

در ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، فوق‌العاده‌هایی پیش‌بینی شده است. بر اساس بند ۴ این ماده، «کمک‌هزینه عایله‌مندی و اولاد به کارمندان شاغل و بازنشسته و وظیفه‌بگیر مشمول این قانون که دارای همسر می‌باشند، معادل ۸۰۰ امتیاز و برای هر فرزند، معادل ۲۰۰ امتیاز و حداکثر،

۱. باریکلو، علی‌رضا، «آثار حقوقی تغییر جنسیت»، فصل‌نامه مدرّس علوم انسانی، دوره نهم، شماره ۱، ۱۳۸۳، ص ۱۱۶.

۳ فرزند. حداکثر سن برای اولادی که از مزایای این بند استفاده می‌کنند، به شرط ادامه تحصیل و نیز غیر شاغل بودن فرزند، ۲۵ سال تمام و نداشتن شوهر برای اولاد اناث خواهد بود.» هم‌چنین برای کارمندان زن شاغل و بازنشسته و وظیفه‌بگیر مشمول این قانون که دارای همسر نباشند یا همسر آنان معلول یا از کارافتاده کلی باشد یا خود به تنهایی متکفل مخارج فرزندانند، از مزایای کمک‌هزینه عایله‌مندی موضوع این بند بهره‌مند می‌شوند. فرزندان معلول و از کارافتاده کلی به تشخیص مراجع پزشکی ذی‌ربط مشمول این محدودیت سقف سنی نیستند. حال در صورت تغییر جنسیت، مزایای مربوط به این ماده در مورد کارکنان تغییر خواهد کرد.

گفتار چهارم. بررسی تغییر جنسیت در خروج از خدمت

خروج از خدمت کارکنان در چند فرض قابل تحقق است. یکی از این موارد، بازنشستگی در مشاغل سخت و زیان‌آور و نیز بازخریدی است.

بند اول. بازنشستگی بر اساس مشاغل سخت و زیان‌آور

به موجب بند الف ماده ۱۰۳ قانون مدیریت خدمات کشوری، حداقل سابقه برای بازنشستگی، ۳۰ سال ذکر شده است. تبصره ۱ ماده مزبور، این سابقه را برای متصدیان مشاغل سخت و زیان‌آور صرفاً تا ۵ سال کاهش داده است. از این رو، با کاهش سابقه متصدیان مشاغل سخت و زیان‌آور صرفاً به میزان ۵ سال، حداقل سابقه لازم برای بازنشستگی، حداقل ۲۵ سال خدمت خواهد بود و فرض بازنشستگی با سابقه کم‌تر از ۲۵ سال، نقض مستندات قانونی خواهد بود. مطابق تبصره ماده ۱۰۳ قانون مدیریت خدمات کشوری، احتساب حداقل سن برای بازنشستگی در مشاغل سخت و زیان‌آور کارکنان دولت، برای مردان، ۵۵ سال است و زنان از احراز شرط حداقل سن بازنشستگی معاف هستند.^۱

چون سن بازنشستگی برای زنان و مردان در بازنشستگی پیش از موعد مشاغل سخت و زیان‌آور مؤثر است، موضوع تغییر جنسیت نیز در این حوزه واجد آثار حقوقی است.

۱. حیدرنژاد، ولی‌الله و همکاران، «بهره‌مندی از مزایای اشتغال در مشاغل سخت و زیان‌آور در رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۲، ۱۳۹۹، ص ۶۲.

بند دوم. بازخریدی

بازخریدی در قانون مدیریت خدمات کشوری در دو مورد پیش‌بینی شده است. یکی بر اساس ماده ۴۸ قانون مدیریت خدمات کشوری. در این مورد، در صورت کسب نتایج ضعیف در ارزیابی عملکرد، کارمند بازخرید خواهد شد. حالت دیگر، بازنشستگی پس از مدت یک سال آمادگی به خدمت است که در صورت دارا بودن شرایط بازنشستگی، کارمندان بازنشسته خواهند شد و در غیر این صورت، با دریافت یک ماه و نیم حقوق و مزایای مستمر به ازای هر سال سابقه خدمت، از خدمت دولت بازخرید خواهند شد. در قانون استخدام کشوری که در موارد سکوت قانون مدیریت هم‌چنان معتبر است، به موضوع بازخریدی کارکنان اشاره شده است. به موجب تبصره ۱ الحاقی به ماده ۷۴ قانون استخدام کشوری، «کلیه شرکت‌ها و مؤسسات دولتی، شهرداری‌ها، بانک‌ها، مؤسسات و شرکت‌هایی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر نام است، می‌توانند مستخدمین رسمی یا ثابت یا دارای عناوین مشابه خود در مشاغل غیر تخصصی را بر اساس درخواست کتبی آنان و موافقت بالاترین مقام دستگاه اجرایی مشروط به این‌که بیش از بیست سال سابقه خدمت داشته باشند، بر اساس سنوات خدمت، بازنشسته و در صورتی که سابقه خدمت آنان، کم‌تر از ۲۰ سال باشد، بازخرید نمایند».

در این خصوص نگاهی به رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز قابل توجه است. به موجب دادنامه شماره ۱۶۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۴۰۰/۲/۲۸ با موضوع اعمال ماده ۹۱ قانون دیوان نسبت به دادنامه شماره ۱۵۰۰ مورخ ۱۳۹۳/۹/۲۴، به شرح مقرر تصمیم‌گیری کرده است: «با توجه به این‌که مفاد تبصره ۱ قانون اصلاح تبصره ۱ ماده ۷۴ قانون استخدام کشوری و الحاق سه تبصره به آن مصوب ۱۳۶۵، به موجب قانون نحوه تعدیل نیروی انسانی دستگاه‌های دولتی، مصوب ۱۳۶۶ اصلاح و مقید شده است و به موجب آن مقرر گردیده بازنشستگی بر اساس تبصره ۱ ماده ۷۴ و نیز مقررات خاص دستگاه‌های دولتی منوط به داشتن حداقل ۴۵ سال سن برای مستخدمین زن و ۵۰ سال برای مستخدمین مرد خواهد بود؛ بنابراین، اطلاق رأی وحدت رویه شماره ۱۵۰۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری واجد ایراد بوده و مستنداً به ماده ۹۱ قانون دیوان لغو می‌گردد».

با توجه به این رأی، بازخریدی برای زنان و مردان مستخدم مشروط به ۴۵ و ۵۰ سال شده است و با تغییر جنسیت، موضوع سن بر بازخریدی کارکنان اثر می‌گذارد.

گفتار پنجم. بررسی تغییر جنسیت در حمایت‌های تبعی

بند اول. مرخصی‌ها

برای حمایت از زنان، برخی از مرخصی‌ها در نظام حقوقی صرفاً برای کارمندان زن در نظر گرفته شده که مرخصی زایمان از آن جمله است. به نظر می‌رسد در خصوص افرادی که از جنس مذکر به جنس مؤنث تغییر جنسیت می‌دهند، امکان بارداری و وضع حمل مانند دیگر زنان وجود ندارد. با این حال، با توجه به رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و با وحدت ملاک از برخی آرای وحدت رویه هیئت عمومی دیوان می‌توان مرخصی نه ماهه را برای شخصی پذیرفت که پس از تغییر جنسیت به زن از طریق فرزندخواندگی، سرپرستی فرزندی را پذیرفته است.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۵۵۷ مورخ ۱۴۰۰/۶/۲۳ که در خصوص ابطال بندهایی از بخش نامه شماره ۱۲۶۳۱/۹۵/۱۰۰۰ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۱ سازمان تأمین اجتماعی بوده است، تصریح می‌کند: «الف) اولاً: مطابق تبصره ۲ ماده واحده قانون اصلاح قوانین تنظیم جمعیت و خانواده مصوب ۱۳۹۲/۳/۲۰، مدت مرخصی زایمان برای مادران ۹ ماه تعیین شده است. ثانیاً: ماده ۲۱ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست که پس از قانون فوق‌الذکر در تاریخ ۱۳۹۲/۶/۳۱ به تصویب رسیده، مقرر می‌دارد: «شخصی که سرپرستی افراد تحت حمایت این قانون را برعهده می‌گیرد، از مزایای حمایتی حق اولاد و مرخصی دوره مراقبت برای کودکان زیر سه سال (معادل مرخصی دوره زایمان) بهره‌مند می‌باشد.» بنا به مراتب فوق، بند ۱ و قسمت اول بند ۵ بخش نامه شماره ۱۳۹۵/۱۲/۱۰۰۰/۹۵/۱۲۶۳۱ سازمان تأمین اجتماعی در حدی که برای زنانی که طبق قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست، کودکان زیر سه سال را به فرزندی قبول می‌کنند یا از طریق اجاره رحم زن دیگری، صاحب فرزند شده، مرخصی ۸۴ روزه تعیین کرده است، خلاف قانون و خارج از حدود اختیار است و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.

ب) با توجه به این‌که حکم مقرر در ماده ۲۱ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست ناظر به اشخاصی است که سرپرستی افراد تحت حمایت این قانون را بر عهده می‌گیرند و صرفاً همین اشخاص از مزایای حمایتی حق اولاد و مرخصی دوره مراقبت برای کودکان زیر سه

سال (معادل مرخصی دوره زایمان) بهره‌مند می‌شوند و افرادی که رحم خود را اجاره می‌دهند، نقشی در سرپرستی فرزند متولدشده ندارند تا مشمول حمایت‌های مقرر در ماده ۲۱ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست باشند که اساساً برای کسانی وضع شده است که سرپرستی افراد تحت حمایت قانون مذکور را بر عهده دارند. لذا قسمت دوم بند ۵ بخش‌نامه شماره ۱۳۹۵/۱۲/۱۰۰۰/۹۵/۱۲۶۳۱ سازمان تأمین اجتماعی که بر اساس آن، مرخصی ۸۴ روزه برای زن بیمه‌شده‌ای تعیین شده است که رحم خود را برای طی دوره بارداری اجاره می‌دهد و پس از زایمان، فرزند به دنیا آمده توسط او به وسیله صاحبان نطفه سرپرستی می‌شود، مغایر با قانون و خارج از حدود اختیار نیست و ابطال نشد.

بند دوم. کاهش ساعت کار برای بانوان

یکی از قوانین حمایتی از زنان شاغل، «قانون کاهش ساعات کار بانوان شاغل دارای شرایط خاص»، مصوب ۱۳۹۵/۷/۵ است. بر اساس این قانون، «ساعات کار هفتگی بانوان شاغل اعم از رسمی، پیمانی و قراردادی که موظف به ۴۴ ساعت کار در هفته هستند، اما دارای معلولیت شدید یا فرزند زیر شش سال تمام یا همسر یا فرزند معلول شدید یا مبتلا به بیماری صعب‌العلاج می‌باشند و یا زنان سرپرست خانوار شاغل در دستگاه‌های اجرایی، بنا به درخواست متقاضی از دستگاه اجرایی مستخدم و تأیید سازمان بهزیستی کشور یا وزارت بهداشت یا دادگستری، ۳۶ ساعت در هفته با دریافت حقوق و مزایای ۴۴ ساعت تعیین می‌شود.» بنابراین، در صورتی که کارمند زن باشد، با رعایت شرایط قانونی مشمول مزایای مقرر در این قانون خواهد شد.

بند سوم. مستمری مربوط به بازماندگان مستخدمان

فرض مورد بحث در این جا، فرضی است که شخص متوفی، کارمند است و پس از فوت وی، وضعیت مستمری مربوط به بازماندگان باید بررسی شود. بر اساس بند ۴ ماده ۶۸، بند ۲ ماده ۱۱۱ قانون مدیریت خدمات کشوری و نیز رأی وحدت رویه شماره ۷۲۱ مورخ ۱۳۸۶/۸/۲۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، فرزندان اناث مادام که شغل یا شوهر نداشته باشند، فارغ از سنشان مشمول این کمک‌هزینه خواهند شد. بر این اساس، اگر فرزند کارمند متوفی تغییر جنسیت دهد، بسته به نوع عمل، بر قطع یا دریافت مستمری اثر خواهد گذاشت.

نتیجه‌گیری

تغییر جنسیت صرف نظر از این‌که در علم پزشکی بسیار قابل بحث است، در کشوری نظیر ایران از قواعد مذهبی تبعیت دارد و از منظر فقهی و حقوقی نیز اهمیت می‌یابد. با این وجود، قانون‌گذار در این خصوص، حکمی صریح ندارد و جامعه و افرادی که به دنبال تغییر جنسیتند، با این چالش روبه‌رو می‌شوند که چگونه باید با موضوعات جدیدی نظیر دیه، قصاص، قراردادهای و بحث در حدود روابط خانوادگی که در این خصوص ایجاد می‌گردد، برخورد کنند.

تغییر جنسیت در فقه امامیه و علوم پزشکی تا حدودی یکسان است و اطلاق آن بر تبدیل آلت تناسلی جنسی به جنس دیگر با توجه به ظاهر و فیزیک جسمانی است. مشروعیت این عمل در میان فقیهان اسلامی با موافقت و مخالفت‌هایی همراه است. از جمله دلایل مخالفان می‌توان به حرمت تغییر در بدن انسان و از بین بردن برخی از اعضا به منزله تغییر در خلقت خداوند اشاره کرد. موافقان این اقدام بر این عقیده‌اند که باید بر اصول اباحه، حریت و قاعده تسلیط تکیه کرد و انجام این عمل را مباح خواند. در قوانین ایران، نص صریحی درباره حکم تغییر جنسیت وجود ندارد و این عمل با فتوای فقهای بزرگی نظیر آیت‌الله خمینی جایز شده است.

تغییر جنسیت در میان مذاهب اسلامی با سه نظریه کلی روبه‌روست که عبارتند از: مشروعیت مطلق، ممنوعیت مطلق و مشروعیت مشروط. در نظریه ممنوعیت مطلق، عده‌ای از فقها قائل به حرمت تغییر جنسیتند و برای اثبات آن به دلایلی استناد می‌کنند که عبارتند از: حرمت از بین بردن اعضای بدن، حرمت تغییر در خلقت الهی، مخالفت با مصالح عمومی. در نظریه مشروعیت مطلق، بر خلاف بسیاری از فقها که عمدتاً یا این عمل را ممنوع دانسته یا به شرایطی مشروط کرده‌اند، امام خمینی در نهایت صراحت و بدون هیچ‌گونه قیدی، قائل به حرمت نداشتن تغییر جنسیت است. نظر سوم، مشروعیت مشروط تغییر جنسیت است که به موجب آن، تغییر جنسیت در صورتی مشروع است که فرد مشکل داشته باشد و پزشک متخصص، عمل تغییر جنسیت را برای رفع مشکل وی ضروری تشخیص دهد.

تغییر جنسیت در کشوری نظیر ایران در میان مردم و هم‌چنین قوانین هم‌چنان مسئله‌ای تازه به شمار می‌رود. قانون‌گذار هم‌با متابعت از جامعه به صراحت در این زمینه قانون‌گذاری نکرده و

حکم مشخصی نیاورده است. با این حال، در فقه اسلامی به ویژه فقه امامیه به این موضوع بسیار پرداخته شده و ابعاد مختلف آن به عنوان مسئله نوظهور بررسی گردیده است. تغییر جنسیت در نظام اداری و استخدامی نیز واجد آثار مهمی است که در سه بعد ورود به خدمت دولت، حقوق و مزایای استخدامی و نیز حقوق و مزایای تبعی قابل بررسی است. چون برخی حقوق و مزایای مندرج در قانون استخدام کشوری و دیگر قوانین اداری، بعضی موارد اختصاصی به زنان یا مردان دارد، شایسته است موضوع تغییر جنسیت به دقت بررسی شود. از این رو، پیشنهاد می‌گردد تا با تدوین قوانین مناسب مختص به تغییر جنسیت و بیان شرایط لازم برای آن، خلأ موجود در قوانین ایران در این زمینه از بین برود. نکته دیگر، تصریح قانون به این مهم است که به موجب جنسیت کنونی افراد ترانس سکشوال با آن‌ها رفتار شود.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. ابوالحمد، عبدالحمد، **حقوق اداری ایران**، تهران: توس، ۱۳۷۶.
۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۱)**، تهران: میزان، ۱۳۸۶.
۳. دبیرخانه نشست‌های راهبردی، **دومین نشست اندیشه‌های راهبردی عدالت**، تهران: پیام عدالت، ۱۳۹۱.
۴. هداوند، مهدی و همکاران، **آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری (مطالعه تطبیقی)**، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹.
۵. هداوند، مهدی، **حقوق اداری تطبیقی**، تهران: سمت، ۱۳۹۱.

ب) مقاله

۱. اسماعیلی، محمد و همکاران، «آسیب‌شناسی سهمیه‌های ورود به خدمت از منظر اصل برابری فرصت‌ها با تکیه بر رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۷، ۱۴۰۲.
۲. اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین و یاسر عبدی، «وضعیت فقهی حقوقی تغییر جنسیت»، فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۰.
۳. امامی، اسدالله، «آثار حقوقی تغییر جنسیت افراد دوجنسی»، دانش‌نامه حقوقی، شماره ۴، ۱۳۹۸.
۴. باریکلو، علی‌رضا، «آثار حقوقی تغییر جنسیت»، فصل‌نامه مدرّس علوم انسانی، دوره نهم، شماره ۱، ۱۳۸۳.
۵. بلوردی، طیبه، «بررسی فقهی و حقوقی تبعیض شغلی زنان با تأکید بر امنیت شغلی»، زن و جامعه، سال یازدهم، شماره سوم، ۱۳۹۹.
۶. پروین، خیرالله و محمدشعیب عارفی، «بررسی تطبیقی تبعیض مثبت در زمینه استخدام معلولان

- در حقوق ایران، آمریکا و هند»، مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال یازدهم، شماره ۲۴، ۱۴۰۱.
۷. جلالی، محمد و فروغ حیدری، «اصل برابری ورود به خدمات عمومی در پرتوی آرای دیوان عدالت اداری»، مجله رأی، شماره ۸، ۱۳۹۳.
۸. حقیقی، حسن و همکاران، نقد معیارهای ورود به خدمت و گزینش در حقوق اداری در پرتوی موازین حقوق بشری، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸، ۱۴۰۳.
۹. حیدرنژاد، ولی‌الله و همکاران، «بهره مندی از مزایای اشتغال در مشاغل سخت و زیان‌آور در رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۲، ۱۳۹۹.
۱۰. خورشیدی، حسن و محمد حسین شعبانی، «بازپژوهشی مبانی مشروعیت تغییر جنسیت با رویکرد قرآنی، روایی و آثار آن در آموزه‌های حقوق کیفری»، پژوهش‌های اعتقادی-کلامی، شماره ۳۷، ۱۳۹۹.
۱۱. رستمی، ولی، «نقد و بررسی حقوقی ورود به خدمت و استخدام در قانون مدیریت خدمات کشوری (فصل‌های ششم و هفتم)»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، سال دهم، شماره ۲، ۱۳۸۹.
۱۲. رضایی فومنی، امیر و سید محمدرضا آیتی، «وضعیت تغییر جنسیت در حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا»، مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال ۷، شماره ۱۴، ۱۳۹۳.
۱۳. رضایی‌زاده، محمدجواد و منصور پیرکاله، «بررسی حقوقی ضوابط و معیارهای استخدام عمومی در ایران و کانادا»، فصل‌نامه حقوق، دوره چهارم و یکم، شماره ۲، ۱۳۹۰.
۱۴. سهراب‌لو، علی و حسن لطفی، «تبدیل وضعیت استخدامی در حقوق اداری ایران؛ ماهیت و اصول حاکم»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و ششم، شماره ۹۴، ۱۴۰۰.
۱۵. صفری، محسن و امیر شاه‌کرمی، «آثار حقوقی تغییر جنسیت بر عقد نکاح در فقه اسلامی و نظام حقوقی کامن‌لا»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره نهم، شماره ۱، ۱۳۹۷.
۱۶. غمامی، سید محمدمهدی و حسین عزیزی، «مبانی و اصول عدالت استخدامی در نظام حقوقی اسلام»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال اول، شماره ۴، ۱۳۹۳.
۱۷. غمامی، سید محمدمهدی و سید حسین حسینی، «شایسته‌گزینی در نظام حقوق استخدامی ایران و آمریکا»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۵، ۱۳۹۷.

۱۸. قهوه‌چیان، حمید، «نظام حقوقی ورود به خدمت دولت در ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۴، ۱۳۹۳.
۱۹. کریمی‌نیا، محمدمهدی، «تأثیر تغییر جنسیت بر ابقای نکاح»، مجله فقه پزشکی، شماره ۵ و ۶، ۱۳۹۰.
۲۰. کوهستانی، تورج، مجید خزاعی و میثم تارم، «بررسی تقابل تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق»، فصل‌نامه علمی جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال سوم، شماره ۴، ۱۳۹۹.
۲۱. موسوی مبارکه، محبوبه‌سادات و اکرم نوایی لواسانی، «بررسی تغییر جنسیت زنان از دیدگاه فقهی و حقوقی در ایران»، پژوهش‌نامه زنان، سال نهم، شماره ۳، ۱۳۹۷.
۲۲. مؤمنی‌راد، احمد و ساناز بهبودی کلهری، «بررسی تأثیر تبعیض مثبت بر اشتغال زنان در حقوق ایران»، جستارهای حقوق عمومی، سال اول، شماره ۳، ۱۳۹۶.

۲. عربی

۱. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه (جلد ۲۱)، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، ۱۴۱۲.
۲. مؤمن قمی، محمد، کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵.

Jurisprudential effects of gender change on the administrative and employment system

Farideh Vakili¹

Saeid Shariati Farani²

Seyyed Mehdi Jalali³

Abstract

Gender is one of the key factors for individuals to benefit from some rights. Accordingly, when a person changes gender, its effect on acquired and other rights should be considered. Such persons benefit from contractual and non-contractual rights like others. In this descriptive-analytical study, first the theoretical foundations and then the effects of gender change on the employment and administrative system are studied with a library method. In order to collect information, a survey is used and the collected information is analyzed through inductive reasoning. The results of this research show that gender change in a country like Iran is a new issue and the legislator has not established a clear ruling for this matter. Of course, in private law, there have been more discussions about gender change and its effects on marriage and contracts. However, no study has been done regarding the effects of gender change on employment rights. Therefore, it is suggested to fill the void in Iran's laws by formulating appropriate laws specific to gender change and stating the necessary conditions for it. Also, it is suggested to take a step towards improving public opinion by holding conferences, publishing articles in newspapers, publishing books, raising awareness through mass media, and making films and documentaries about such people and the problems they face.

Keywords: gender change, jurisprudential works, legal works, administrative and employment system, Iran.

1. Ph.D. student, of Department of Law, Naragh Branch, Islamic Azad University, Naragh, Iran, faridehvakili20@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Law, Naragh Branch, Islamic Azad University, (Corresponding Author), Naragh, Iran, shariati19@yahoo.com

3. Assistant Professor, Department of Law, Naragh Branch, Islamic Azad University, Naragh, Iran, dr.s.m.jalali52@gmail.com