

## The Impact of Gender Change on Continuity or Dissolution of Individual Contracts

Abbas Karimi \*<sup>1</sup>

Mahdi Babaei<sup>23</sup>

DOI:  
10.30497/flj.2024.245126.1945



### Abstract

The continuity of individual contracts such as employment contract, hiring, acting and marriage has been questioned after gender change which was studied according to jurisprudence and legal sources and doctrine. In general, whenever a feature or issue had considered as an effective cause for purpose of contract or as an implied term for intention, continuity or dissolution of the contract may be depends on it. Principally, if effective intention of one of the parties become defective by the change of gender as a vitiation issue, that legal act will have been dissolved, and if the effective cause of the contract become defective, the other party will be entitled to terminate the contract or that contract will have been dissolved automatically. In addition to paying attention to accuracy principle, by inferring from articles 1071, 1105 and 1106 of the Civil Code, the gender difference of the parties is one of the fundamental clauses for validity of marriage, Moreover, due to the defect of the intention, effective cause (general issue) and illegitimacy of the contractual purpose, the marriage will have been dissolved. This issue in the employment contract is slightly different, that is, in cases where gender change creates a religious obstacle to employment or be against the public interests, the contract will have been dissolved based on Article 6 of the Labor Law, but according to the prohibition of discrimination and necessity to protect of worker rights, when effective cause (general issue) of the employment contract will been defected, the employer will only have the right to terminate. However this right just will possible when the special gender had been actual requirement, not just accordance to job advertisement.

**Keywords:** party autonomy, intention, marriage, employment contract.

---

1. (Corresponding Author) Associate Prof, Department of Private Law, University of Tehran, Tehran, Iran. [Abkarimi@ut.ac.ir](mailto:Abkarimi@ut.ac.ir)

2. Ph.D. Student of Private Law in Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. [Mahdi.Babaei98@ut.ac.ir](mailto:Mahdi.Babaei98@ut.ac.ir)



## اثر تطبیق جنسیت در بقا یا انحلال قراردادهای اشخاص

عباس کریمی\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۱۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۱۵

مهدی بابائی<sup>۲</sup>

Doi: 10.30497/flj.2024.245126.1945

### چکیده

پس از انجام دادن اقدامات مربوط به تطبیق جنسیت، بقای قراردادهای اشخاص مانند قرارداد کار، استخدام، اجاره اشخاص، بازیگری و نکاح، محل تردید خواهد بود؛ از این روی، در مقاله حاضر، براساس منابع فقهی، قانونی و دکترین به این مسئله پرداخته‌ایم. به‌طور کلی، هرگاه خصیصه یا موضوعی به‌عنوان جهت کلی قرارداد یا به‌منزله یک شرط ارتکازی مؤثر در قصد، موردنظر باشد، ممکن است بقا یا انحلال قرارداد به آن وابسته شود. اصولاً در مواردی که متعاقب تطبیق جنسیت، قصد مؤثر یکی از دو طرف، محدودش شود، آن عمل حقوقی منفسخ خواهد شد و چنانچه جهت کلی قرارداد زایل شود، حسب مورد، حق فسخ ایجاد می‌شود یا انفساخ قرارداد صورت می‌گیرد. ضمن توجه به اصل صحت، با استنباط از مواد ۱۰۷۱، ۱۱۰۵ و ۱۱۰۶ قانون مدنی، اختلاف جنسیت دو طرف، از شرایط صحت انعقاد و دوام نکاح است؛ علاوه بر آن، به‌دلیل زایل شدن قصد و جهت کلی موردنظر دو طرف قرارداد و نامشروع شدن جهت عقد، نکاح منفسخ می‌شود. درخصوص قرارداد کار، در مواردی که تطبیق جنسیت، مانعی شرعی برای اشتغال ایجاد کند یا مخالف مصالح عمومی باشد، به‌استناد ماده ششم قانون کار، قرارداد منفسخ می‌شود؛ اما با توجه به اصل منع تبعیض و لزوم حمایت از حقوق کارگر، زمانی که جهت کلی قرارداد کار محدودش شود، کارفرما تنها حق فسخ خواهد داشت و صرف درج جنسیت موردنیاز در آگهی دعوت به کار، اثری ثبوتی در مصادیق مزبور ندارد.

**کلید واژه‌ها:** حاکمیت اراده، قصد، نکاح، قرارداد کار.

abkarimi@ut.ac.ir

۱. (نویسنده مسئول) استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

mahdi.babaei98@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، تهران، ایران.



## مقدمه

ترانجسیتی<sup>۱</sup> یا سندرم نارسایی جنسیتی<sup>۲</sup>، یک وضعیت روان‌شناختی نادر محسوب می‌شود که از دیرباز در حرفه پزشکی به رسمیت شناخته شده است (Ratnam and Lim, 1982, p. 22). شخص مبتلا به چنین اختلالی می‌کوشد تا از صفات جنسی کنونی خود رهایی یابد و ویژگی‌های جنس مخالف خویش را کسب کند (جهانفر و مولایی‌نژاد، ۱۳۹۸، ص. ۱۷۰)؛ با این توضیح که هویت و جنسیت وی کاملاً با جنس مخالف تطبیق داده می‌شود (بخشنده و زارعی فرد، ۱۳۹۸، ص. ۱۹)؛ البته این تغییر به معنای تشخیص و تعیین جنسیت واقعی آن فرد خواهد بود (امامی، ۱۳۹۲، ص. ۵۰۷).

فرایند تطبیق<sup>۳</sup> جنسیت (تغییر<sup>۴</sup> جنسیت) آثار حقوقی متعددی به دنبال دارد که تاکنون، مقالات و کتبی درخصوص این آثار به‌ویژه در بحث نکاح تألیف شده است؛ اما در پژوهش حاضر می‌کوشیم با نگاهی متفاوت به مسئله، نظریاتی را به دست دهیم که در آن‌ها ضمن اهتمام به قواعد آمره، نتایج اصل حاکمیت اراده در حوزه قراردادهای اشخاص، مورد توجه ویژه است. آثار تطبیق جنسیت در قرارداد کار به عنوان یکی از مصادیق قراردادهای بلندمدت<sup>۵</sup> و نکاح به مثابه یک قرارداد خاص، دارای احکام منحصر به فردی است که باید به صورت اختصاصی بررسی شود؛ ولی در عین حال، مشترکاتی در تمام عقود وجود دارد که با عنوان تبیین عمومی اثر تطبیق جنسیت در بقا یا انحلال قراردادهای اشخاص واکاوی خواهد شد.

### ۱. تبیین عمومی اثر تطبیق جنسیت در بقا یا انحلال قراردادهای اشخاص

تطبیق جنسیت، فرایندی انسانی، اجتماعی و حقوقی است که شناخت دقیق ماهیت و آثار حقوقی آن، بدون احاطه بر زمینه‌های انسانی و اخلاقی این موضوع، چندان آسان نیست (ویسی و نظری، ۱۳۹۵، ص. ۳). در همین راستا گفته شده است نگرانی درخصوص واقعیت<sup>۶</sup>،

1. Transgender
2. Gender Dysphoria
3. Reassignment
4. Change
5. Long Term
6. Reality

به صورت محسوس بر رویکردهای حقوقی به مسائل تراجنسیتی اثر می‌گذارد (Thaler, 2010, p. 29) و تا وقتی طبقه‌بندی جنسی در قوانین اعمال شود، حقوق افراد تراجنسیتی تضییع خواهد شد. حال، این سؤال مطرح می‌شود که اساساً چرا باید جنسیت از نظر قانونی در قالبی خاص طبقه‌بندی شود. برخی پژوهشگران رشته‌های مختلف، معتقدند چنین طبقه‌بندی‌هایی همانند طبقه‌بندی نژادی<sup>۱</sup> باید حذف شود؛ زیرا مقوله جنسیت، پیچیده‌تر از آن است که دولت‌ها بر مبنای آن، اختیار طبقه‌بندی افراد را داشته باشند؛ از این روی، همان‌گونه که با طبقه‌بندی نژادی مبارزه شد، باید در مقابل طبقه‌بندی جنسیتی نیز ایستاد و اجازه نداد مراجع قضایی و قانون‌گذاران بر اساس نژاد یا جنسیت افراد برایشان تصمیم بگیرند و حقوق و تکالیف مربوط به جنسیت را به آنان تحمیل کنند (Tomchin, 2013, p. 861)؛ اما در حال حاضر، به‌ویژه در نظام حقوقی ایران، صرفاً جنسیت مرد و زن شناسایی شده است و آثار حقوقی بر اساس این دو جنس به اشخاص تحمیل می‌شود. در مقاله پیش‌روی به این بحث می‌پردازیم که پس از تطبیق جنسیت، قصد و جهت قراردادی دو طرف تا چه میزان در بقا یا انحلال آن قرارداد نقش دارد.

### ۱-۱. نقش قصد دو طرف در بقا یا انحلال قراردادهای اشخاص

از مَفَاد ماده ۱۹۱ قانون مدنی، چنین برمی‌آید که قصد درونی انشا سازنده اصلی عقد است؛ اما نفوذ این نیروی سازنده، مشروط بر اعلام‌شدن است که اهمیت اراده باطنی را نشان می‌دهد. در قوانین موجود و به‌ویژه قانون مدنی، به‌رغم توجه به اراده ظاهری، بر اصل حکومت اراده باطنی تأکید شده است؛ مثلاً در ماده ۱۹۶ قانون مدنی آمده: «کسی که معامله می‌کند، آن معامله برای خود آن شخص محسوب می‌شود؛ مگر اینکه در موقع عقد، خلاف آن را تصریح نمایند یا پس از عقد، خلاف آن ثابت شود»؛ بنابراین، اگر مَفَاد اراده ظاهری، حاکی از انجام‌شدن معامله برای خود شخص باشد و پس از آن معلوم شود اراده باطنی او اقدام به‌عنوان وکیل بوده است، این قصد باطنی بر اعلام او رجحان دارد و عقد، تابع آن است. در ماده ۴۶۳ از همان قانون آمده است:

---

1. Racial Classification

«اگر در بیع شرط، معلوم شود که قصد بایع، حقیقت بیع نبوده، احکام بیع در آن، مُجراً نخواهد بود؛» یعنی رابطه دو طرف عقد، تابع امری است که به واقع، آن را خواسته‌اند. ماحصل تمایزات مطرح شده بدین صورت بیان شده است: در هر مورد که برتری اراده ظاهری مورد تردید باشد، باید اصل حکومت اراده باطنی را مرجح دانست و در تفسیر واژه‌ها و الفاظی هم که به کار رفته است، فهم عرف را مبنا قرار داد (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ص. ۲۳۲)؛ بنابراین، اراده باطنی اهمیت ویژه‌ای دارد که باید به آن توجه شود و هنگامی که دو طرف قرارداد از قصد درونی طرف دیگر اطلاع داشته یا عرف اقتضا می‌کرده که آگاه بوده باشند، باید آن قصد را به‌مثابه اراده اعلامی در نظر گرفت؛ مثلاً تفاوت جنسیت در نکاح، جایگاهی ویژه در تشکیل قصد اشخاص دارد و عرفاً دو طرف، قصد نکاح با جنس مخالف خود را در ذهن دارند؛ از این روی باید به این قصد درونی توجه کرد و آن را داخل در اراده دانست.

به‌طور کلی، هر شخصی برای انعقاد قرارداد، تمام شرایط و جوانب را می‌سنجد و با توجه به شرایط و وضعیتی که در نظر داشته است، به این کار اقدام می‌کند؛ مثلاً کارگردان و تهیه‌کننده یک سریال براساس نقش و سناریوی نوشته‌شده، بازیگران را انتخاب می‌کنند. اگر هنگام انعقاد قرارداد، یک زن برای ایفاکردن نقش همجنس خود در آن سریال انتخاب شده باشد و در طول پروژه، فرایند تطبیق جنسیت را انجام دهد، این موضوع، مزیل قصد تهیه‌کننده خواهد بود. حال، در این فرض، چگونه می‌توان به بقای قرارداد حکم داد و تهیه‌کننده را ملزم کرد به تعهداتش عمل کند و به آثار آن پایبند باشد یا نقش دیگری را به بازیگر بسپارد؟ حداقل حقوقی که می‌توان برای تهیه‌کننده قائل بود، این است که به دلیل تطبیق جنسیت بازیگر، حق فسخ قرارداد را داشته باشد؛ بدان معنا که قاعده «لا ضرر»، اصل لزوم را بی‌اثر می‌کند؛ اما در واقع باید قرارداد را منفسخ دانست؛ چون با توجه به ماده ۱۹۰ قانون مدنی، قصد از ارکان اصلی قرارداد به‌شمار می‌آید و هرگاه این رکن مخدوش شود، قرارداد منفسخ خواهد شد و اصل صحت، مانع سرایت فساد قرارداد به زمان انعقاد خواهد بود. در مثال ذکر شده، اوضاع و احوال به قدری تغییر کرده که قصد یکی از دو طرف قرارداد به کلی مخدوش شده است. در همین مورد، اگر تهیه‌کننده

جنسیت خود را تطبیق می‌داد، تأثیر قابل توجهی در قصد دو طرف ایجاد نمی‌کرد؛ بنابراین، در خصوص قراردادهایی که شخصیت دو طرف آن در تکمیل قصدشان نقشی مهم دارد و با تطبیق جنسیت، قصد یک یا هر دو طرف اساساً مخدوش می‌شود، انحلال بر بقاء ارجح است.

## ۲-۱. نقش جهت کلی عقد در بقا یا انحلال قراردادهای اشخاص

بخش زنان و زایمان در یک بیمارستان را تصور کنید که صرفاً جنسیت زن در آنجا به کار گرفته می‌شود و قصد کارفرمای دولتی یا خصوصی، همکاری با یک زن است؛ چنان‌که حتی می‌توان ادعا کرد این موضوع، فراتر از جهت کلی قرارداد در نظر گرفته شده است و قصد را مخدوش می‌کند؛ اما قدر متیقن این است که جهت کلی قرارداد که براساس نیاز کارفرما شکل گرفته، تکمیل نیروی انسانی در بخش زنان بیمارستان بوده است و نباید پنداشت که در حقوق ما اراده به‌طور مستقل و منفک از علت و جهت آن در نظر گرفته می‌شود. این جهات در نفوذ اراده و تفسیر قرارداد، نقشی مؤثر دارد و قید تراضی قرار می‌گیرد؛ اما باید به این مسئله توجه کرد که آثار جهات قراردادی از مسائل فرعی اراده است و عاملی مستقل در برابر آن به‌شمار نمی‌آید (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ج ۱، ص. ۲۶۹). به‌نظر می‌رسد بر قسمت اخیر دیدگاه مذکور بدان سبب تأکید شده است که جهت کلی قرارداد، نقشی مهم در اراده دو طرف نداشته باشد؛ مثلاً نمی‌توان میزان تحصیلات زوجین را به‌عنوان جهت کلی قرارداد شناسایی کرد؛ اما مطمئناً فرزندآوری به‌عنوان جهتی کلی در اراده دو طرف، مؤثر است و زمانی که تطبیق جنسیت پس از انعقاد نکاح و پیش از فرزندآوری صورت گیرد، جهت کلی قرارداد مخدوش خواهد شد؛ البته نداشتن توانایی باروری یا بارداری به‌علت و جهت دیگر، تخصصاً خارج از موضوع بحث است؛ چون در مورد اخیر، احتمال فقدان توانایی یکی از زوجین در فرزندآوری هنگام انعقاد نکاح وجود دارد؛ اما نداشتن توانایی فرزندآوری به‌دلیل تطبیق جنسیت بعدی، جهت کلی را مخدوش می‌کند.

براساس آنچه گفتیم، علاوه بر قصد باید به جهت کلی عقد نیز توجه کرد و آن را مطابق با نیاز دو طرف سنجید؛ با این توضیح که در قرارداد بازیگری، تهیه‌کننده به بازیگر نیاز دارد یا در



قرارداد کار، کارفرما به نیروی کار نیازمند است و در قبال عمل آن‌ها دستمزد پرداخت می‌شود؛ بنابراین، جهت کلی عقد، همان است که تهیه‌کننده یا کارفرما برای اجاره یا استیفای منفعت شخص مقابل از انعقاد قرارداد در ذهن دارند و در مواردی که تطبیق جنسیت، افراد را از علت غایی یا جهت کلی قرارداد دور کند، حسب مورد، امکان انحلال، اعم از فسخ یا انفساخ وجود خواهد داشت. در قرارداد نکاح نیز جهت کلی دو طرف، زندگی مشترک و برقراری رابطه زناشویی با جنس مخالف معین است و تطبیق جنسیت یکی از دو طرف قرارداد یا هر دو آن‌ها جهت کلی قرارداد را مخدوش می‌کند.

نهایتاً دو حالت، قابل تصور است: یکی نامشروع بودن جهت قرارداد به معنای تقابل با قواعد آمره؛ دیگری مخدوش شدن جهت کلی قرارداد. اگر جهت قرارداد، پس از انعقاد، نامشروع شود (همانند موردی که در نکاح پیش می‌آید)، آن قرارداد منفسخ است و چنانچه جهت کلی عقد، نامشروع نشود و در انعقاد قرارداد، مؤثر و کلیدی بوده باشد، حسب مورد، موجب انفساخ قرارداد می‌شود یا باید برای آن طرف قرارداد یا دو طرف، حق فسخ قائل شد. در خصوص حالت اخیر، قاعده «لا ضرر» به عنوان یک قاعده اعدادی، اصل لزوم منبعث از «أوفوا بالعقود» را بلا اثر می‌کند؛ یعنی ضرروزیانی به افراد تحمیل می‌شود و حکم قاعده «لا ضرر» به عدول از اصل لزوم قراردادها می‌انجامد؛ زیرا این ضررها جز با فسخ قرارداد برطرف نمی‌شود. ناگفته نماند که قاعده «لا ضرر» قلمرو گسترده‌ای دارد و در مصادیقی که بحث اجرای حق مطرح نیست و فردی از اعمال حق خویش سوءاستفاده نکرده است هم جاری می‌شود (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۳، ص. ۱۵۲). شاید برخی معتقد باشند که باید در حالت دوم نیز قائل به انفساخ باشیم؛ چون در صورت وجود حق فسخ برای طرف مقابل، حقوق فردی که تطبیق جنسیت داده است هم تحت تأثیر قرار می‌گیرد و تضییع می‌شود؛ اما در بحث جهت کلی عقد، نیاز دو طرف قرارداد ارزیابی می‌شود؛ با این توضیح که در نکاح، جهت کلی عقد هر یک از دو طرف، تداوم ازدواج با جنس مخالف خود است؛ در حالی که در قرارداد بازیگری، کار، اجاره اشخاص و استخدام، به ترتیب، تهیه‌کننده، کارفرما، مستأجر و دولت به نیروی کار نیاز دارند و در قبال آن، دستمزد، اجرت یا حقوق پرداخت می‌کنند. هر چند ممکن است به دلیل تغییر عمده

اوضاع یا توانایی نداشتن بازیگر، کارگر، اجیر یا کارمند، موجبات فسخ یا انفساخ فراهم آید، این مصادیق با توجه به جهت کلی قرارداد، یعنی جهت همان طرفی که برای رفع نیاز، قرارداد را منعقد کرده است، در نظر گرفته می‌شود.

### ۳-۱. اهمیت شرط ارتکازی در بقا یا انحلال قراردادهای اشخاص

قصد و جهت کلی قرارداد را می‌توان به کمک بنای عقلا استخراج کرد و با عنوان شرط ارتکازی، همچون شرط مصرح در عقد، واجب‌الوفا دانست (خویی، ۱۳۸۰، ص. ۱۴۸). منظور از شرط ارتکازی، آن دسته از شروط ضمنی‌ای است که در قرارداد تصریح نشده؛ ولی قصد مشترک دو طرف به آن، محرز باشد (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص. ۱۵۶)؛ بنابراین، تخطی از شرط ارتکازی، یعنی عدم تغییر جنسیت طرفی که جنسیت او قصد یا جهت کلی قرارداد را مخدوش می‌کند، حسب مورد، موجب انفساخ یا ایجاد حق فسخ برای طرف مقابل می‌شود و در واقع، شرط ارتکازی به قصد یا جهت کلی قرارداد یا جهت قراردادی بازمی‌گردد.

### ۳-۲. تبیین اختصاصی اثر تطبیق جنسیت در بقا یا انحلال قراردادهای اشخاص

قرارداد کار و نکاح را می‌توان از صور رایج قرارداد اشخاص دانست که به جهت کثرت این دو عمل حقوقی، ماهیت خاص و قواعد ویژه حاکم بر آنها ضرورت تبیین اختصاصی اثر تطبیق جنسیت در اعمال حقوقی مورد بحث را توجیه می‌کند؛ با این توضیح که نکاح در زمره دیگر معاملات قرار نمی‌گیرد و در این قرارداد، حقوق و عواطف انسانی مطرح است و همچنان‌که اصولاً آثار نکاح و طلاق را قانون تعیین می‌کند، انحلال آن نیز باید شرایط خاص خود را داشته باشد؛ مثلاً نمی‌توان انسانی را با استناد به اصل حاکمیت اراده و انتخاب خودش محکوم کرد که تا پایان عمر، همسر فرد دیوانه‌ای باشد که باید از او دوری جست و احترام به حاکمیت اراده نیز این ظلم به خویشتن را توجیه نمی‌کند؛ به همین دلیل، ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، عسرو حرج را از مواردی اعلام کرده است که مجوزی برای طلاق باشد و بدین وسیله، از آثار نامطلوب اسقاط خیار فسخ کاسته است (کاتوزیان، ۱۴۰۰ الف، ص. ۱۶۲). بنابر آنچه بیان شد، نکاح از قراردادهایی است که به دقت و حساسیت بیشتری نیاز دارد.

علاوه بر نکاح، روابط قراردادی کارگر و کارفرما براساس قوانین و کنوانسیون‌های متعددی

تعیین و بر آن نظارت می‌شود و نمی‌توان به‌طور مطلق، نظام عمومی تطبیق جنسیت را با قرارداد کار تطبیق داد. در قرارداد کار، شخص کارگر، ملزم به ایفاکردن تعهدات قراردادی است و تعهدات او جنبه شخصی دارد؛ به‌گونه‌ای که شخص ثالث نمی‌تواند آن‌ها را اجرا کند. در واقع، در این عقد، نوعی توافق میان دو طرف صورت می‌گیرد که به‌موجب آن، ادامه حیات قرارداد برخلاف میل یکی از دو طرف، ممکن نیست و به همین دلیل، قرارداد کار، بیشتر به حقوق اشخاص مربوط است (عراقی، ۱۳۹۳، ص. ۱۷۶).

جهت اجتناب از تطویل مباحث، از بررسی اختصاصی قرارداد استخدام در ادارات و نهادهای دولتی صرف‌نظر می‌کنیم و ان شاء الله در پژوهشی دیگر، به تفصیل بدان می‌پردازیم؛ با وجود آن، بخشی از موضوعات مربوط به قرارداد استخدام و کار، مشترک‌اند که از مقاله پیش‌روی، قابل استخراج است. بحث قرارداد بازیگری نیز به‌علت عدم کثرت بررسی نخواهد شد و صرفاً در دو بند به تأثیر تطبیق جنسیت در بقا یا انحلال قرارداد نکاح و کار می‌پردازیم. در هر حال، نظام عمومی مطرح‌شده در مبحث نخست به‌نحو کلی، قابلیت تطبیق با قرارداد و استخدام، بازیگری و اجاره اشخاص را دارد.

#### ۱-۲. اثر تطبیق جنسیت در بقا یا انحلال نکاح

پذیرش ازدواج مدنی (ازدواج دو همجنس) در نظام حقوقی ایران که قواعد آن مبتنی بر فقه امامیه تنظیم و تصویب شده است، ممکن نیست؛ بدین ترتیب، بر مبنای این پیش‌فرض، با نگرشی مختصر در دیگر نظام‌های حقوقی و با تأمل در قواعد و قوانین جاری در کشور، بحث ادامه می‌یابد.

در ماده ۱۴۳ از قانون مدنی فرانسه، اصلاحی ۲۰۱۶، ازدواج دو همجنس نیز قانونی اعلام و عنوان شده است هرگاه یکی از زوجین تطبیق جنسیت دهد، طبق قسمت اخیر ماده ۲۲۹ و ماده ۲۴۲ قانون مدنی، به‌عنوان تغییری غیر قابل تحمل<sup>۱</sup> در شخصیت شریک زندگی، وقوع طلاق امکان‌پذیر خواهد بود و آثار حقوقی طلاق بر آن مترتب خواهد شد (امامی، ۱۳۹۲، ص. ۵۵۰).

در سال ۲۰۱۵، ازدواج همجنس‌گرایان در تمام ایالت‌های آمریکا قانونی شد؛ با این توضیح که دادگاه عالی آمریکا در پرونده‌ای اعلام کرد ازدواج، یک حق اساسی ذاتی مرتبط با آزادی افراد است که نمی‌توان زوج‌های همجنس را از آن محروم کرد. در حال حاضر، به‌دنبال پیوستن پادشاهی متحده بریتانیا به جرگه آمریکا و فرانسه، ۲۴ کشور ازدواج همجنس‌گرایان را قانونی اعلام کردند (Wojcik, 2016, p. 21). تطبیق جنسیت بر ازدواج یا زندگی مشترک در چنین وضعیتی (دو همجنس)<sup>۱</sup> آثار متفاوتی به‌دنبال خواهد داشت که موضوع پژوهش حاضر نیست؛ اما می‌توان ادعا کرد زوجین نمی‌توانند با آثار تطبیق جنسیت مواجه شوند و دگرگونی‌های حقوقی آن را بپذیرند؛ به‌گونه‌ای که این مسئله بر روابطشان مؤثر واقع نشود؛ علاوه بر آن، هرچند به قانونی‌بودن ازدواج دو همجنس معتقد باشیم، تحولات ناشی از آثار تطبیق جنسیت، کتمان‌ناپذیر است؛ زیرا عقد مبتنی بر جنسیت پیشین صورت گرفته است و همان‌گونه که تصور اشتباه یکی از زوجین در خصوص وصف خاصی در طرف مقابل که عقد بر مبنای آن منعقد شده باشد، حق فسخ ایجاد می‌کند (کاتوزیان، ۱۴۰۰ الف، ص. ۶۹)، آن وصف خاص به طریق اولی، پس از تطبیق جنسیت، آثار ویژه‌تری خواهد داشت؛ با این تفاوت که می‌توان تطبیق جنسیت را اشتباه در وصف طرف مقابل دانست که پس از چند سال به حد اعلائی خود رسیده و شخص ترنس را به اعلان یا اقدام وادار کرده است؛ بنابراین، حتی اگر قائل به انفساخ نکاح پس از تطبیق جنسیت نباشیم، امکان فسخ، مهم‌ترین حق طرف مقابل خواهد بود؛ چون در برخی عقود مانند نکاح، شخصیت طرف، علت عمده در انعقاد عقد است (امامی، ۱۳۹۸، ص. ۴۸۳).

### ۱-۱-۲. نقش قصد دو طرف قرارداد در انحلال نکاح

اگر قصد دو طرف در انعقاد نکاح و دوام آن، شرط باشد، از لحظه‌ای که تطبیق جنسیت رخ دهد، قصد مخدوش خواهد شد و قاعده تابعیت عقد از قصد، امکان چنین برداشتی را فراهم می‌کند؛ اما ظاهراً چنین برداشتی با دو مانع مواجه خواهد بود:

الف) در مواردی که با قراردادی بسیط مانند نکاح مواجهیم، امکان اعمال قاعده انحلال عقد به عقود متعدد وجود ندارد و باید عقد را از ابتدا منحل دانست که در این صورت، ضروری است آثار تطبیق جنسیت را به زمان ایجاد علقه زوجیت سرایت دهیم؛ یعنی بگوییم هنگام انعقاد، جنسیت شخص، همانی بوده که اکنون هست و در واقع، تطبیق ثانوی، جنسیت شخص را دگرگون نکرده است. اصل صحت و فقدان اعتبار استصحاب قهقرایی به رد این ایراد و مانع کمک می‌کند. مطابق این اصل، نکاح در زمان انعقاد، شرایط صحت را داشته است و در صورت اثبات نشدن تفاوت جنسیت کنونی با جنسیت در زمان انعقاد، اصل صحت جاری می‌شود؛ علاوه بر آن، سرایت قطعیت کنونی (تطبیق جنسیت) به زمان انعقاد با مانع اعتبار نداشتن استصحاب قهقرایی مواجه می‌شود. قدر متیقن این است که قصد دو طرف، ایجاد یا دوام نکاح با همجنس نبوده و هرگاه جنسیت یکی از زوجین با آنچه در زمان انعقاد داشته است، تفاوت یابد، قصد مخدوش و عقد منفسخ می‌شود.

ب) اعتقاد به شرطیت دوام قصد، قابل پذیرش نیست و همان‌گونه که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی تصریح شده، قصد انشا ملاک است. در پاسخ می‌توان گفت قصد دو طرف از انعقاد نکاح، ایجاد و دوام زوجیت با جنس مخالف بوده و در زمان انشا چنین قصدی محرز است. در واقع، قصد انشای نکاح با جنس مخالف در ایجاد و دوام رابطه قراردادی، مقصود دو طرف بوده است و عرف نیز بر این ادعا صحه خواهد گذاشت.

بنابر آنچه گفتیم، هر دو ایراد، قابل رفع هستند و قصد قراردادی، مانع بقای نکاح پس از تطبیق جنسیت می‌شود و نمی‌توان به بطلان حکم داد.

## ۲-۱-۲. نقش جهت کلی قرارداد در انحلال نکاح

نکاح بیش از دیگر عقود، جنبه اخلاقی دارد؛ چنان‌که می‌توان گفت در مواردی که غرض زن و مرد از نکاح، رسیدن به هدفی نامشروع بوده باشد، آنان اراده واقعی در انعقاد نکاح نداشته‌اند؛ به همین سبب، حقوق‌دانان مشروعیت جهت عقد در نکاح را به‌طور مستقل مطرح نکرده‌اند؛ بنابراین، اگر مردی برای تسهیل خودفروشی زنی با او ازدواج کند، علاوه بر نامشروع بودن جهت

می‌توان ادعا کرد این دو نفر، اراده واقعی در انعقاد نکاح نداشته‌اند (کاتوزیان، ۱۴۰۰ الف، ص. ۵۴). حال فرض کنیم جهت عقد پس از انعقاد قرارداد، نامشروع شود. در این حالت، آیا باید آن قرارداد را با توسل به اصل صحت، نافذ بدانیم؟ در پاسخ می‌توان گفت به نظر می‌رسد از وقتی جهت قرارداد، نامشروع می‌شود، آن قرارداد منفسخ خواهد بود؛ زیرا ازدواج دو فرد همجنس در اسلام و حقوق ایران، باطل است؛ بنابراین، در صورت تطبیق جنسیت یکی از زوجین باید قائل به انفساخ نکاح باشیم و از وقتی تطبیق جنسیت، شرعاً و قانوناً تأیید شد، اصل نکاح از بین می‌رود؛ علاوه بر آن، جهت کلی قرارداد که دو طرف را به سمت انعقاد نکاح سوق داده، مخدوش شده است؛ یعنی دو طرف به منظور برآوردن نیازهای خویش مانند ایجاد رابطه جنسی با جنس مخالف، فرزندآوری و تربیت فرزندان، با شخص غیرهمجنس خود، نکاح منعقد کرده‌اند؛ ولی در پی صورت گرفتن تطبیق جنسیت، جهت کلی مورد نظر آنان مخدوش می‌شود.

### ۳-۱-۲. نصوص قانونی در باب انحلال نکاح

واژه «زناشویی» تنها به پیمان زن و مرد اطلاق می‌شود و این واقعیت را از مفاد قانون نیز می‌توان استنباط کرد. قانون مدنی به اندازه‌ای این شرط را بدیهی دانسته که صراحتاً از آن نام نبرده است. در مواد ۱۰۳۵ و ۱۰۷۱، عبارت «هریک از زن و مرد» درج شده است و نص مواد مورد بحث نشان می‌دهد اختلاف جنس از شرایط صحت نکاح است (کاتوزیان، ۱۴۰۰ الف، ص. ۵۳). این موضوع، شرط ایجاد و دوام عقد است و پس از تطبیق جنسیت، نکاح منفسخ خواهد شد (امامی، ۱۳۹۲؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۳). این انفساخ در نتیجه حکم قانون‌گذار صورت می‌گیرد و هدف از آن، تأمین پایه تراضی و پایگاه اراده در ذهن است (کاتوزیان، ۱۴۰۰ د، ص. ۳۴۳).

در ماده ۱۰۶۳ قانون مدنی تصریح شده که «ایجاب و قبول ممکن است از طرف خود مرد و زن صادر شود»؛ همچنین در ماده ۱۰۶۷ همان قانون در مقام تشخیص و تعیین اطراف نکاح مقرر شده است که «تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ‌یک از طرفین در شخص طرف دیگر، شبهه نباشد، شرط صحت نکاح است»؛ بنابراین نمی‌توان در شرطیت اختلاف جنس هنگام عقد، تردیدی داشت و عبارات مواد قانون مدنی، تلویحاً این مطلب را می‌رساند. در خصوص استمرار شرط

یادشده باید به مواد مربوط به حقوق و تکالیف زوجین تمسک جست و به‌ویژه به این مواد توجه کرد: ماده ۱۱۰۳: «زن و شوهر، مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند»؛ ماده ۱۱۰۵: «در روابط زوجین، ریاست خانواده از خصایص شوهر است»؛ ماده ۱۱۰۶: «در عقد دائم، نفقه زن برعهده شوهر است». عبارت «زن و شوهر» در ماده ۱۱۰۳ به تخالف جنسیت اشاره می‌کند. ریاست شوهر و پرداخت نفقه هم زمانی معنا می‌یابد که جنسیت دو طرف در تقابل با هم باشد و وقتی جنسیت یکی از زوجین پس از تطبیق، مشابه با جنسیت طرف دیگر شود، تکالیف شرعی و قانونی او با ابهام مواجه خواهد شد؛ به عبارت دیگر، دو نفر نمی‌توانند به‌صورت هم‌زمان، عنوان ریاست خانواده را عهده‌دار شوند یا در مطالبه نفقه، محق باشند؛ زیرا در این صورت، معلوم نیست کدام‌یک از آن‌ها باید تصمیم نهایی را اتخاذ کند یا نفقه را بپردازد. اگر قانون‌گذار دیدگاهی متفاوت داشت، تلویحاً یا صریحاً آن را بیان می‌کرد.

براساس آنچه گفتیم، درهم‌آمیختگی روابط زوجین، مانع از اجرای حقوق و تکالیف قانونی و شرعی هر یک از آن‌ها می‌شود؛ پس در صورت مواجهه با چنین وضعیتی که امکان اعمال و اجرای حقوق و تکالیف مستمر وجود ندارد، بقای عقد با شرایط اولیه ممکن نخواهد بود؛ علاوه بر آن، جهت نکاح نیز نامشروع می‌شود و حداقل نمی‌توان بند چهارم از ماده ۱۹۰ قانون مدنی را منصرف به زمان انعقاد نکاح دانست و شرایط ویژه‌ای را که شارع در نظر گرفته است، نادیده انگاشت؛ از این روی باید حکم انفساخ نکاح را صادر کرد.

#### ۴-۱-۲. اثر انفساخ نکاح بر تعهدات مالی مستقیم

در پی انعقاد نکاح، حقوق و تکالیف متعددی اعم از مالی و غیرمالی برای زوجین ایجاد می‌شود که تطبیق جنسیت و انفساخ قرارداد بر آن‌ها اثر می‌گذارد. در این قسمت، تعهدات مالی مستقیم ناشی از نکاح را بررسی می‌کنیم:

الف) نفقه:

به دنبال انجام شدن عمل تطبیق جنسیت از سوی مرد یا زن و انفساخ نکاح دائم، نفقه منتفی می‌شود؛ ولی زوجه سابق می‌تواند نفقه گذشته را مطالبه کند (خوش‌صورت موفق و افقه، ۱۴۰۱، ص. ۱۴). وجوب پرداخت نفقه به نفع زن و برعهده شوهر، منوط به وجود رابطه

زوجیت است و با توجه به اینکه تطبیق جنسیت، وصف زن یا شوهر بودن یکی از دو طرف را سلب می‌کند، ارکان نفقه متزلزل می‌شود. در این حوزه، تفاوتی بین نکاح دائم و موقت که شرط نفقه در آن لحاظ شده است، وجود ندارد و در پی انفساخ مطلق نکاح، نفقه ساقط می‌شود. (ب) مهریه:

در مقاله حاضر با تمسک به اصل صحت، این نتیجه به دست آمد که در پی صورت‌گرفتن تغییر جنسیت، نکاح منفسخ می‌شود و نمی‌توان به بطلان معتقد بود؛ بنابراین، دیدگاه‌های مربوط به نحوه محاسبه مهریه که مبتنی بر بطلان نکاح بوده، تخصصاً خارج از بحث است؛ به علاوه، قبلاً گفتیم که تطبیق جنسیت به نحو مشروع، یکی از حقوق بنیادین افراد است که باید به آن احترام گزارده؛ اما همان‌گونه که در اصل چهلم قانون اساسی جمهوری اسلامی تصریح شده است، چنین حقی نباید موجب اضرار دیگران شود. با این پیش‌فرض، در ادامه، صور مختلف موضوع را بررسی خواهیم کرد.

براساس ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی، در صورت تعیین نشدن مهر یا شرط عدم مهر (در عقد دائم) و وقوع نزدیکی، زن مستحق مهرالمثل خواهد بود؛ بنابراین، چنانچه تطبیق جنسیت یکی از زوجین در این حالت صورت گیرد، مهرالمثل برعهده شوهر خواهد بود؛ زیرا برای تعیین مهرالمثل، وضعیت زن بررسی می‌شود و میزان مهرالمثل براساس اوصاف و وضعیت‌های حین انعقاد نکاح تعیین خواهد شد که بخشی از آن اوصاف به شباهت زن با همجنس‌هایش مربوط می‌شود.

در مطلق نکاح به استناد ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی و با توجه به حکم خاص ماده ۱۰۹۲ همان قانون، در مواردی که برسر مهریه توافق شده و تطبیق جنسیت پس از نزدیکی صورت گرفته باشد، باید تمام مهرالمسمی تأدیه شود؛ اما اگر نزدیکی واقع نشده باشد، باید بین شخصی که تطبیق جنسیت داده است، تفکیک قائل شد؛ بدین شرح که اگر جنسیت زن تطبیق داده و به مرد تبدیل شده باشد، براساس اصل چهلم قانون اساسی، او نمی‌تواند مهریه‌اش را مطالبه کند و با اجرای حق خویش (تطبیق جنسیت)، موجبات اضرار شوهر را فراهم آورد و استحقاق نداشتن وی با استناد به قواعد «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ» و «الْعُغْمُ بِالْغُرْمِ»، ارجح



به نظر می‌رسد. بر همین مبنا، چنانچه تطبیق جنسیت از سوی شوهر انجام شده باشد، نمی‌توان بین دو حالت پیش از نزدیکی یا پس از آن تفصیل قائل شد؛ چون شوهر حق مشروع خود (تطبیق جنسیت) را اعمال کرده و از آن منتفع شده است؛ پس مطابق قاعده «مَنْ لَهُ الْغَنَمُ فَعَلَيْهِ الْغُرْمُ»، عواقب تطبیق جنسیت نیز برعهده او خواهد بود؛ نه بانویی که در آن تغییر، دخالتی نداشته است. علاوه بر این، حکم ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی در خصوص تصیف مهریه درباب طلاق، بدون دلیل موجه، قابلیت تسری به موضوع بحث را ندارد.

## ۲-۲. اثر تطبیق جنسیت در بقا یا انحلال قرارداد کار

قرارداد کار، عقدی رضایی، مَعَوَّض، دوتعهدی، بلندمدت و الحاقی است که آن را از دیگر قراردادهای مربوط به کار انسان جدا می‌کند. رکن اساسی تشخیص قرارداد کار را اصل تبعیت حقوقی کارگر از کارفرما تعیین می‌کند؛ بدان معنا که کار کارگر، تحت مدیریت کارفرماست (عراقی، ۱۳۹۳، ص. ۱۷۳). با استفاده از این رکن، بحث از قرارداد اجاره اشخاص تفکیک می‌شود؛ همچنین با توجه به اینکه در قراردادهای استخدام در نهادها و سازمان‌های دولتی، تحمیل شرایط و شروط خاص، مستقیم‌تر از قرارداد کار (قانون کار) است، از بحث تخصصی درباره آن صرف نظر می‌کنیم.

### ۲-۲-۱. بقا یا انحلال قرارداد در گستره اصل جهانی عدم تبعیض در اشتغال

در فرانسه، اشتغال و ارتقای رتبه شغلی زن و مرد با هم برابر و اصل مساوات بین آن‌ها جاری است و تطبیق جنسیت در برخی زمینه‌ها تأثیری ندارد؛ مثلاً ملاک عمل از نظر مقررات تأمین اجتماعی، بازنشستگی و استفاده از مزایا، تاریخ تطبیق جنسیت است و عطف به ماسبق نمی‌شود؛ مثلاً اگر زنی در پنجاه سالگی از مزایای بازنشستگی استفاده کرده و در ۵۵ سالگی تطبیق جنسیت داده و به مرد تبدیل شده باشد، مزایایی که قبلاً به وی تعلق گرفته است، مسترد نخواهد شد (امامی، ۱۳۹۲، ص. ۵۴۶)؛ اما نقاطی خاکستری وجود دارد که با تطبیق جنسیت، مشکلاتی عملی برای بقای قرارداد اشتغال پیشین ایجاد می‌کند؛ بدین شرح که در برخی مشاغل، محدودیت‌هایی برای استخدام یا پذیرش افرادی از جنس خاص وجود دارد؛ مثلاً اگر در بخش زنان یک بیمارستان که فقط پرستاران زن، مجاز به اشتغال هستند، یک پرستار زن، جنسیت

خود را تطبیق دهد، نمی‌توان انتظار داشت کارفرمایان به همکاری با او در بخش زنان ادامه دهند. موارد متعددی در ایالات متحده وجود داشته که درخواست افراد ترنس به دلیل وضعیت جنسی آن‌ها بررسی و در نهایت رد شده است (Kusum, 1983, p. 87).

به‌طور کلی، درک و شناسایی تحول زندگی و هویت افراد ترنس در زمینه‌های استخدامی و کاری در قرن ۲۱ به‌صورت روزافزون در قوانین و آرای قضایی نمود یافت؛ مثلاً از سال ۲۰۰۱، دوازده ایالت از کشور ایالات متحده آمریکا قوانینی را وضع کرده‌اند که مطابق آن‌ها تبعیض شغلی<sup>۱</sup> براساس هویت جنسی، ممنوع شده است؛ همچنین در یک قانون فدرالی مصوب سال ۲۰۰۹، صورت‌نگرفتن تبعیض شغلی که تبعیض جنسیتی و گرایش جنسی در محل کار را ممنوع می‌کرد، در مجالس دوگانه ایالات متحده تصویب شد. علاوه بر این مقرر، تعدادی از دادگاه‌ها معتقدند قوانین تبعیض جنسیتی فدرالی و ایالتی که کلیشه‌سازی جنسی را ممنوع کرده است، از کارگران ترنس نیز حمایت می‌کند. در کنار قوانین یادشده، به این مسئله مهم توجه شده است که محل کار همیشه از نظر جنسیتی، خنثی نیست. دادگاه‌های آمریکا به کارفرمایان اجازه می‌دهند پوشش مخصوص<sup>۲</sup> یا آراستگی متفاوتی را برای مردان و زنان وضع کنند؛ مشروط بر اینکه تصمیم آن‌ها بار نابرابری را بر دو جنس تحمیل نکند؛ مثلاً سیاستی که زنان را به پوشیدن دامن‌های کوتاه و کفش‌های پاشنه‌بلند ملزم می‌کند و در مقابل، به مردان اجازه می‌دهد شلوارهای دلخواهشان را بپوشند، مصداق تبعیض است (Thaler, 2010, p. 28). در سال ۲۰۰۶ نیز یک قاضی حکمی را به نفع یک شرکت آرایشی صادر کرد که براساس آن تأیید شد الزام کارمندان زن به اینکه هر روز با یک آرایش خاص و متفاوت در شرکت حاضر باشند، مصداق تبعیض نیست<sup>۳</sup>.

تفاوت آرا به‌وضوح مشخص است؛ اما قانون‌گذاران و مراجع قضایی به‌سمتی رفته‌اند که

1. Employment Discrimination

2. Uniform

3. Jespersen v. Harrah's Operating Co., 444 F.3d 1104, 1112 (9th Cir. 2006)

هویت جنسی را یک ویژگی شخصی اساسی<sup>۱</sup> قلمداد کنند که باید به آن احترام گزارده شود (Thaler, 2010, p. 29) و به تبع آن، اختلالی در اشتغال فرد به وجود نیاید. حال، سؤال این است که با وجود دیدگاه‌های مختلف مطرح شده، انحلال قرارداد کار پس از تطبیق جنسیت، مشمول اصل عدم تبعیض خواهد بود یا از موارد استثنای آن قلمداد می‌شود. با توجه به اینکه اصل مورد بحث در نظام حقوقی ایران نیز وارد شده است، در ادامه، به سؤال اصلی پژوهش، یعنی بقا یا انحلال قرارداد کار پس از تطبیق جنسیت می‌پردازیم.

### ۲-۲-۲. بقا یا انحلال قرارداد کار در حقوق ایران

تا چند دهه پس از انقلاب صنعتی، رابطه کارگر و کارفرما تنها براساس قرارداد میان آن‌ها تعیین می‌شد و طرفداران مکتب اصالت فرد و آزادی اقتصادی با تکیه بر اصول کلی قراردادهای و به‌ویژه اصل آزادی قراردادی<sup>۲</sup>، توجه به مفاد قرارداد را بهترین روش جهت شناسایی حقوق و تکالیف دو طرف می‌پنداشتند. اصل آزادی قراردادی، تجلی حقوقی فلسفه مکتب لیبرال است که براساس این مکتب، افراد در مقابل قانون با یکدیگر مساوی‌اند و از نظر سیاسی با هم برابر محسوب می‌شوند (عراقی، ۱۳۹۳، ص. ۱۶۸)؛ اما به مرور زمان، به منظور حمایت از طرف ضعیف قرارداد، یعنی کارگر، قوانین داخلی و کنوانسیون‌های متعددی تصویب شد تا از کارگر حمایت کند و به‌میزانی چشمگیر بر اصل حاکمیت اراده اثر بگذارد. در ایران نیز به دنبال اجرای قانون کار مصوب ۱۳۶۹، گامی بلند برای حمایت از کارگران برداشته و در کنار اسناد بین‌المللی، حقوق آن‌ها به‌میزانی قابل توجه تضمین شد.

در بند نخست از ماده یک قانون راجع به الحاق دولت ایران به مقاله‌نامه بین‌المللی شماره ۱۱۱ (مربوط به تبعیض در امور استخدام و اشتغال)، مصوب ۱۳۴۳، تبعیض بدین صورت تعریف شده است:

هرگونه تفاوت و محرومیت یا تقدم که برپایه نژاد، رنگ، پوست، جنسیت، مذهب، عقیده سیاسی و یا سابقه ملیت، آباو اجداد یا طبقه اجتماعی، برقرار بوده و در امور

1. Fundamental Personal Characteristic
2. Party Autonomy

مربوط به استخدام و اشتغال مساوی، احتمال موفقیت و رعایت مساوات در رفتار با کارگر را به کلی از میان برده و یا بدان لطمه وارد سازد.

در نگاه اول به نظر می‌رسد تطبیق جنسیت بر قرارداد کار یا استخدام اثر نمی‌گذارد؛ اما با توجه به ماده ۳۸ قانون کار در خصوص پرداخت دستمزد می‌توان گفت قدر متیقن ماده اول مقاله‌نامه این است که در صورت تساوی شرایط کار، تطبیق جنسیت بر انحلال قرارداد، مؤثر نیست؛ در حالی که نه تنها در ایران، بلکه در تمام کشورها مشاغلی وجود دارد که جنسیت کم‌وبیش در آن مؤثر است که برخی مصادیق آن پیشتر بیان شد؛ مثلاً اشتغال یک ماما در بیمارستان، پس از تطبیق جنسیت، با مانع مواجه می‌شود و کارفرما را در مضیقه قرار می‌دهد و جهت کلی قرارداد که به‌کارگیری آن نیرو در بخشی خاص بوده است، مخدوش می‌شود؛ علاوه بر آن، مطابق ماده ششم قانون کار، استثنای در خصوص برابری در اشتغال در نظر گرفته شده است و تساوی در اشتغال تا وقتی مخالف با اسلام، مصالح عمومی و حقوق دیگران نباشد، پذیرفته شده است و در نتیجه، ماده نخست از مقاله‌نامه ۱۱۱ با محدودیت‌هایی مواجه می‌شود؛ بنابراین، در پی تطبیق جنسیت یکی از کارکنان سالن زیبایی و آرایشگاه، ادامه همکاری با فردی که این عمل را انجام داده است، با مانع قانونی روبه‌رو خواهد شد.

اصل کلی این است که نباید میان داوطلبان اشتغال براساس عواملی مانند نژاد و جنس که با کار، مرتبط نیست، تبعیض قائل شد و این ممنوعیت تبعیض در بسیاری از موارد به صورت یکی از اصول مهم یا به‌عنوان موازین حقوق بشری در اسناد بین‌المللی و قوانین اساسی کشورها گنجانده شده؛ اما سؤال این است که آیا اصل مورد بحث، تطبیق جنسیت پس از اشتغال را نیز شامل می‌شود یا خیر. به نظر می‌رسد در مواردی که جنسیت براساس قانون در یک شغل، واجد اهمیت باشد (مانند آرایشگر، ماما و پزشک زنان)، در پی صورت گرفتن تطبیق جنسیت، قرارداد کار منفسخ می‌شود. در مواردی که قانون در خصوص جنسیت مورد نظر سکوت کرده و از لحاظ مصلحت عمومی و اسلام نیز مخالفتی وجود نداشته باشد، باید به جهت کلی قرارداد و مقصود دو طرف توجه کرد؛ با این توضیح که اگر عرفاً جنسیت کارگر به‌عنوان شرط ارتكازی یا ضمنی، مقصود یک یا دو طرف بوده باشد، قرارداد منفسخ خواهد شد و چنانچه به‌عنوان جهت

کلی قرارداد، مورد توجه کارفرما بوده باشد، برای کارفرما حق فسخ ایجاد می‌کند؛ البته نمی‌توان به صرف درج جنسیت در آگهی کار اکتفا کرد؛ چون اصل عدم تبعیض، مانع منع اشتغال پس از تطبیق جنسیت می‌شود و صرفاً در مواردی که آن شرط یا مفاد قرارداد مربوط به جنسیت، قصد یکی از دو طرف یا جهت کلی قرارداد را مخدوش کند، به انحلال قرارداد می‌انجامد یا موجبات آن را فراهم می‌آورد.

شایان ذکر است که نوع قرارداد در بقا یا انحلال آن، چندان اثری ندارد؛ یعنی با وجود اینکه قراردادهای کار به یکی از سه نوع معین، موقت و دائم (غیرموقت) تقسیم می‌شوند، نمی‌توان به‌طور مطلق ادعا کرد تطبیق جنسیت در قراردادهای معین یا موقت اثری نخواهد داشت.

با توجه به نص صریح ماده ۲۵ قانون کار باید قرارداد معین و موقت را از عقدهای لازم شمرد و در خصوص آنها برای دو طرف، حق فسخ قائل نشد. در ماده ۲۵ قانون کار نیز بر این مسئله تأکید شده است. در واقع، معین بودن مدت یا کار موضوع قرارداد، حدود تعهدات دو طرف را به‌روشنی مشخص می‌کند و التزام در این محدوده، نه تنها منطقی و عقلایی به‌شمار می‌آید؛ بلکه با اصل آزادی کار هم مغایرتی ندارد (عراقی، ۱۳۹۳، ص. ۳۲۷). در برابر قراردادهای یادشده، قرارداد کار دائم درزمره عقدهای جایز قرار می‌گیرد که در آنها کارفرمایان می‌توانند بدون هیچ قید و شرطی قرارداد را فسخ و کارگر را اخراج کنند (عراقی، ۱۳۹۳، ص. ۳۲۸). صرف نظر از پذیرش یا رد نظریه اخیر مبنی بر امکان اخراج کارگر در قرارداد دائم یا جایز و یا لازم بودن قرارداد کار، اثر تطبیق جنسیت در قراردادهای معین یا موقت، کمتر از قرارداد دائم است؛ اما این تفکیک بدان معنا نیست که تطبیق جنسیت در قرارداد معین یا موقت، مؤثر نباشد؛ زیرا چه بسا که این قراردادها به‌صورت بلندمدت منعقد شود و چندین سال، معتبر و لازم‌الاجرا باشد؛ بنابراین، نوع قرارداد بر اصل قابلیت انحلال قرارداد پس از تطبیق جنسیت، چندان اثری نخواهد داشت.

نهایتاً در صورت انفساخ یا فسخ قراردادهای اشخاص، کلیه تعهدات تا زمان انحلال، معتبر و لازم‌الاجراست و تطبیق جنسیت بر حقوق و تعهدات پیش از انحلال اثری نخواهد داشت.

### یافته‌های پژوهش

منظور از قراردادهای اشخاص در پژوهش حاضر، آن دسته از قراردادهایی است که با توجه به جایگاه و نقش کلیدی شخصیت و ویژگی‌های شخصیتی طرف یا اطراف قرارداد منعقد می‌شود. قرارداد کار، استخدام، بازیگری، اجاره اشخاص و در رأس آن‌ها نکاح از جمله این عقود هستند. هر شخصی برای انعقاد یک قرارداد، تمام شرایط و جوانب را می‌سنجد و با توجه به شرایط و وضعیتی که در نظر داشته است، به انعقاد قرارداد اقدام می‌کند. با توجه به اهمیت اراده باطنی، در مواردی که طرف مقابل از قصد درونی طرف دیگر اطلاع داشته یا عرف اقتضا می‌کرده است که آگاه بوده باشد، باید آن موضوع به مثابه اراده اعلامی و به عنوان شرط ارتکازی در نظر گرفته شود؛ علاوه بر این، در حقوق ما به جهت قرارداد و جهت کلی قرارداد اهمیت داده شده است و باید در کنار قصد، به این دو مورد نیز توجه کرد. جهت کلی عقد، مطابق با نیاز دو طرف کشف می‌شود؛ یعنی در صورتی که جهت کلی قرارداد پس از انعقاد نامشروع شود، آن قرارداد منفسخ است؛ اما چنانچه جهت کلی عقد نامشروع نشود و در عین حال، در انعقاد قرارداد، مؤثر و کلیدی بوده باشد، باید حسب مورد، قرارداد را منفسخ دانست یا بسته به شرایطی برای طرف مقابل قرارداد، حق فسخ قائل شد. در خصوص حالت اخیر، قاعده «لا ضرر» به عنوان یک قاعده اعدادی، اصل لزوم منبعث از «أوفوا بالعقود» را بلا اثر می‌کند؛ با این توضیح که قاعده اولیه در قراردادهای التزام به کلیه مفاد آن، یعنی اراده و مقصود دو طرف است و هنگامی که موضوعی به عنوان جهت کلی در اراده طرف یا اطراف قرارداد، مؤثر و کلیدی باشد، قاعده «لا ضرر»، اصل لزوم را بر طرف می‌کند؛ مثلاً عدم تطبیق جنسیت بازیگر، جهت کلی قرارداد تلقی می‌شود که قاعده «لا ضرر»، خسارت وارد شده به تهیه‌کننده را که با پایبندی به قرارداد (پس از تطبیق جنسیت) بر وی تحمیل می‌شود، نفی می‌کند و همین مسئله به ایجاد حق فسخ برای تهیه‌کننده می‌انجامد.

در خصوص نکاح، ذکر این نکته لازم است که اولاً عدم تطبیق (تغییر) جنسیت در ابتدا یا ادامه زندگی به عنوان یک شرط ارتکازی، داخل در اراده و مقصود دو طرف بوده است؛ بنابراین، به محض تطبیق جنسیت، قصد مخدوش خواهد شد و بر اساس قاعده تابعیت عقد از قصد،

نکاح منفسخ می‌شود؛ ثانیاً جهت قراردادی پس از تطبیق جنسیت نامشروع می‌شود؛ چون در فقه امامیه و به تبع آن در حقوق ایران، ازدواج دو همجنس، قانونی نیست و این مسئله را از مواد ۱۰۳۵، ۱۰۶۳، ۱۱۰۳، ۱۱۰۵ و ۱۱۰۶ قانون مدنی می‌توان استنباط کرد. حتی اگر به فرض، ازدواج دو همجنس پذیرفته شده بود، جهت کلی قرارداد، مانعی در بقای نکاح ایجاد می‌کرد؛ زیرا دو طرف قرارداد عرفاً و عادتاً با توجه به نیازهای اساسی مد نظرشان با آن جنس ازدواج کرده‌اند و در پی تطبیق جنسیت، جهات کلی قرارداد، دست‌نیافتنی می‌شود.

در خصوص قرارداد کار، ابتدا باید به اصل عدم تبعیض در اشتغال و استخدام توجه کرد و صرفاً در مواردی که تطبیق جنسیت به تخالف با اسلام، مصالح عمومی و حقوق دیگران بینجامد یا آن تغییر برخلاف قصد اولیه و مؤثر کارفرما باشد، قرارداد را منفسخ دانست؛ بر این بنیاد نمی‌توان به تداوم اشتغال کارگری در آرایشگاه یا مامایی در بیمارستان (پس از تطبیق جنسیت) حکم داد. در دیگر مواردی که جهت کلی قرارداد به دنبال تطبیق جنسیت مخدوش می‌شود، امکان فسخ، بارزترین حق کارفرما خواهد بود؛ مثلاً تطبیق جنسیت فردی که کارفرمای او بنابر عقاید و مقاصد شخصی‌اش تمام شاغلان کارگاه را مرد یا زن انتخاب کرده است، جهت کلی قرارداد را مخدوش و در نتیجه، برای آن کارفرما حق فسخ ایجاد می‌کند.

### منابع

- امامی، اسدالله (۱۳۹۲). *مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه* (چاپ ۲). تهران: میزان.
- امامی، سید حسن (۱۳۹۸). *حقوق مدنی* (جلد ۴) (چاپ ۲۵). تهران: اسلامیه.
- امامی، سید حسن (۱۳۹۹). *حقوق مدنی* (جلد ۵) (چاپ ۲۰). تهران: اسلامیه.
- امامی، سید حسن (۱۴۰۰). *حقوق مدنی* (جلد ۲) (چاپ ۲۹). تهران: اسلامیه.
- بخشنده، مجتبی؛ و زارعی فرد، سعید (۱۳۹۸). *من آن‌نیستم*. تهران: اندیشه احسان.
- جهانفر، شایسته؛ و مولایی نژاد، میترا (۱۳۹۸). *درسنامه اختلالات جنسی*. تهران: جامعه‌نگر.
- خوش صورت موفق، اعظم؛ و افقه، آلا سادات (۱۴۰۱). *بررسی فقهی - حقوقی آثار تغییر جنسیت در حقوق مالی زوجه*. *مطالعات اسلامی زنان و خانواده*، ۹(۱۶)، ۲۱۱-۲۲۹.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۰). *المستند فی شرح العروة الوثقی* (جلد ۱۶) (چاپ ۳). قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخویی.

- صفایی، سید حسین؛ و امامی، اسدالله (۱۳۹۳). *مختصر حقوق خانواده* (چاپ ۴۰). تهران: میزان.
- عراقی، سید عزت‌الله (۱۳۹۳). *حقوق کار* (جلد ۱) (چاپ ۱۱). تهران: سمت.
- کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰ الف). *حقوق مدنی: خانواده* (چاپ ۱۱). تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰ ب). *قواعد عمومی قراردادها* (جلد ۱) (چاپ ۶). تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰ ج). *قواعد عمومی قراردادها* (جلد ۲) (چاپ ۵). تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰ د). *قواعد عمومی قراردادها* (جلد ۵) (چاپ ۵). تهران: گنج دانش.
- کریمی، عباس؛ و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۳). رابطه منطقی قاعده فقهی «لا ضرر» و قاعده غربی سوءاستفاده از حق. *فصلنامه حقوق اسلام و غرب*، ۱(۲)، ۱۳۵-۱۶۶.
- کریمی‌نیا، محمدمهدی (۱۳۸۹). *تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ویسی، اصلان؛ و نظری، احسان (۱۳۹۵). جایگاه تغییر جنسیت در نظام حقوقی ایران. تهران: جنگل.
- Kusum (1983). Legal Implication of Sex Change Surgery. *Journal of the Indian Law Institute*, 25(1), 73-89.
- Ratnam, S. S.; and Lim, S. M. (Edited by J. Studd) (1982). Surgical Treatment of Transsexualism. In: *Progress in Obstetrics and Gynaecology*, 2, 22-39.
- Thaler, C. (2010). What does It Mean to Be Real? Transgender Identity and the Law (GPSolo). *Sex and the Law*, 27(1), 26-29.
- Tomchin, O. (2013). Bodies and Bureaucracy: Legal Sex Classification and Marriage-Based Immigration for Trans People. *California Law Review*, 101(3), 813-860.
- Wojcik, M. E. (2016). Sexual Orientation and Gender Identity under International Law. Proceedings of the Annual Meeting, *American Society of International Law*, 110, 21-25.