

بررسی فقهی - حقوقی تغییر جنسیت و مسئولیت کیفری راجع به آن*

کیومرث کلاتری*

نصیبه ابراهیمی**

چکیده

یکی از موضوعات مهم و حائز اهمیت که نه تنها مورد توجه پزشکان، بلکه حقوقدانان نیز قرار گرفته است، مسئله تغییر جنسیت می‌باشد. یکی از جنبه‌هایی که حقوقدانان موضوع تغییر جنسیت را از آن منظر مورد بررسی قرار داده‌اند، جنبه کیفری می‌باشد.

موضوعاتی که در این راستا مطرح می‌گردد عبارتند از: آیا تغییر جنسیت جرم است؟ آیا شرط معافیت پدر از قصاص نفس به علت قتل فرزندش، شامل فرد تغییر جنسیت داده شده نیز می‌گردد؟ تفاوت زن و مرد در قصاص نفس در خصوص مورد چگونه اعمال می‌شود؟ آیا تغییر جنسیت بر مسئولیت کیفری فردی که قبل از تغییر جنسیت جرم انجام داده است، تاثیرگذار است؟ با توجه به اینکه در زمان مقاربت، «التقا ختانان» به معنی واقعی کلمه صورت نمی‌گیرد، آیا نزدیکی فرد تغییر جنسیت داده بر حسب مورد زنا یا لواط تلقی می‌گردد؟ در این مقاله به سوالات فوق و سوالات مشابه دیگر پاسخ داده می‌شود.

واژگان کلیدی: تغییر جنسیت، مسئولیت کیفری، قصاص، زنا، دبه

* تاریخ دریافت: ۸۹/۱۱/۱۶ پذیرش: ۹۰/۲/۱۰

kalantar@nit.ac.ir

* دانشیار دانشگاه مازندران

nasibehebrahimi@yahoo.com

** کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

مقدمه

گاهی اوقات مردانی دیده می‌شوند که حرکات و رفتار زنانه دارند و زنانی نیز مشاهده می‌شوند که حرکات و رفتار مردانه از خود نشان می‌دهند. این‌ها افرادی بیمار بوده که به یک اختلال روانی به نام «اختلال هویت جنسی» یا «ترانس سکسوالیسم» (Transsexualism) مبتلا می‌باشند. این اختلال به گونه‌ای است که فرد از ساخت جنسی خود ناراضی است و آرزوی پیوستن به گروه جنس مخالف را دارد، در حالی که هیچ مشکل جسمی ندارد و دارای جنسیت مشخص و معین می‌باشد و تنها از جنسیت خود ناراضی است. به همین دلیل تمام سعی و تلاش خود را می‌کند تا به آرزوی خود یعنی تبدیل به جنس مقابل برسد، برای همین منظور «تغییر جنسیت» (Sexuality Change) می‌دهد.

تغییر جنسیت یکی از پدیده‌های نوینی است که منشأ ایجاد مسائل مختلف حقوقی شده و به همین دلیل موضوع فوق و تأثیر آن در مسئولیت کیفری، موضوع بررسی و تحقیق ما در این نوشتار قرار گرفته است. با تغییر جنسیت سئوالات بی‌شماری مطرح می‌شود مانند این که: تغییر جنسیت و علت به وجود آمدن آن چیست؟ آیا در دین مقدس اسلام تغییر جنسیت امری جایز است یا حرام؟ آیا تغییر جنسیت در حقوق ایران عملی مجرمانه است یا خیر؟ با تغییر جنسیت، مسئولیت کیفری فرد تغییر جنسیت داده چگونه است؟ آیا با تغییر جنسیت پدر، قبل از کشتن فرزند یا بعد از آن، آیا پدر مشمول ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی قرار می‌گیرد یا خیر؟ در صورت ارتکاب زنا یا لواط توسط فرد تغییر جنسیت داده، آیا وی مشمول حد می‌شود یا خیر؟

این مقاله ضمن بررسی جواز یا عدم جواز تغییر جنسیت به مسئولیت کیفری فرد تغییر جنسیت داده نیز می‌پردازد و به سئوال‌های فوق پاسخ می‌دهد. اما از آنجائی که در قوانین موضوعه ایران سخنی از تغییر جنسیت و مسئولیت کیفری فرد تغییر جنسیت داده

به میان نیامده است، از این رو برای تحقیق و مطالعه در جنبه‌های کیفری این مسأله ناگزیر باید از احکام کلی که در این زمینه وجود دارد استمداد جست.

بررسی اختلال هویت جنسی و مبانی فقهی آن

قبل از بحث راجع به مسئولیت کیفری فرد تغییر جنسیت داده، لازم است که مفهوم اختلال هویت جنسی (ترانس سکسوالیسم)، علت بوجود آمدن این اختلال و نظر فقها در مورد جواز یا ممنوعیت عمل مورد بررسی قرار گیرد.

اختلال هویت جنسی و چگونگی ایجاد آن

اختلال هویت جنسی، موضوع نسبتاً تازه ای است که در علوم رفتاری به زیر ذره بین برده شده که تظاهر شایع آن به صورت میل شدید و دائمی شخص برای تبدیل شدن به جنس مخالف است، به طوری که افراد مبتلا از بدو شناخت خود از سنین زیر سه سال، رفتارها و گرایشات جنس مخالف را از خود بروز می‌دهند و با وجودی که هیچ‌گونه اختلالی در جسم آنها مشاهده نمی‌شود، عمیقاً احساس می‌کنند که در کالبدی اشتباه متولد شده‌اند. به همین دلیل در تعریف «ترانس سکسوال» گفته می‌شود که «حالت کسی است که دارای جنسیت مشخص و معین است، ولی قویاً اعتقاد دارد که متعلق به جنس مخالف است رفتارش را با رفتار جنس مطلوب خود مطابقت می‌دهد و سعی می‌کند که با استفاده از امکانات پزشکی و جراحی، جسم خود را نیز مطابق جنس مطلوب در آورد» (قضایی، ۱۳۷۳: ۵۶۸) به همین دلیل در افراد مبتلا به این اختلال، مدارک و شواهدی دال بر نارضایتی مستمر از جنسیت وجود دارد؛ یعنی مدارکی که نشان دهنده این است که بین جنسیت فیزیکی و روانی فرد تطابق وجود ندارد و فرد احساس می‌کند که در جنسیت فیزیولوژیکی خویش گرفتار شده است.

ترانس سکسوال ها افرادی هستند که جنسیت فیزیولوژیکی خود را قبول ندارند و مطابق جنسیت والگوی رفتاری که از آنها انتظار می رود رفتار نمی کنند؛ زیرا هویت جنسی آن ها با جنسیت بیولوژیکی شان تفاوت دارد؛ یعنی از لحاظ روانی نمی توانند جنسیت خود را قبول کنند به همین دلیل رفتاری نامتناسب با جنسیت از خود بروز می دهند که در نهایت با استمرار نارضایتی از جنسیت، برای رهایی از قفس جسم خود و سردرگمی بین دو جنس، اقدام به عمل جراحی تغییر جنسیت می کنند؛ زیرا امروزه «با پیشرفت علم پزشکی، پزشکان موفق شده اند که جنسیت این افراد را تغییر دهند؛ یعنی اینکه علائم جنسیتی آنان را برداشته و علائم جنس مخالف را در آنها قرار دهند به طوری که فردی که کاملاً مرد است تبدیل به زن شود و یا بالعکس» (دیانی، ۱۳۸۰: ۱۰).

در مورد چگونگی بوجود آمدن این اختلال، نظریه ای مختلفی بیان گردیده اما تاکنون علت آن به طور قطع مشخص نشده است. یکی از نظریه هایی که در این زمینه وجود دارد، نظریه بیولوژیکی است که به حوادث قبل از تولد تکیه دارد؛ به طوری که حوادث ناگوار و استرس زا برای زن باردار، باعث ترشح هورمون و تغییر محیط رحم می شود که در نتیجه بر روی نحوه رشد مغز جنین تأثیر می گذارد (طیرانی، ۱۳۸۶: ۴) برخی از محققان معتقدند، کسب هویت جنسی متناسب با جنسیت بیولوژیکی بیشتر تابع حوادث بعد از تولد و تعامل بین کودک و ارزش ها و نگرش های والدین است؛ زیرا پس از مشخص شدن جنسیت کودک، والدین و اطرافیان کودک مطابق جنسیت کودک با وی رفتار می کنند و مطابق جنسیت کودک، رفتارهای متناسب از وی انتظار دارند، به طوری که این نقش ها و انتظارات کم کم در ذهن کودک نهادینه و به الگو تبدیل می شود. به همین دلیل هنگامی که کودک رفتاری نامتناسب و مخالف جنسیت از خود بروز می دهد، والدین نه تنها او را تنبیه نکرده، بلکه مورد تشویق نیز قرار می دهند.

این تقویت والدین در ذهن کودک نهادینه می شود و در نتیجه منجر به شکل گیری رفتارهای غیرطبیعی و نامتناسب جنسی در وی می شود؛ به همین دلیل خانواده در رشد هویت جنسی کودک نقش مهمی ایفا می کند. کارشناسان معتقدند: «اگرچه این اختلال، بیماری مادرزادی است که با فردزاده می شود؛ اما در پاره ای از موارد خانواده ها نیز در ایجاد اختلال هویت جنسی فرزندانشان نقش دارند و این مسئله به خصوص در خانواده هایی صدق می کند که فرزندانشان را متناسب با جنسیت شان تربیت نمی کنند» (یوشی زاده، ۱۳۸۷: ۵).

اگر چه تغییرات محیط رحم و حوادث قبل از تولد می تواند تا حدی در بوجود آمدن این اختلال موثر باشد، اما به نظر می رسد والدین و حوادث پس از تولد علت اصلی و مهم در شکل گیری این اختلال می باشد؛ زیرا اگر والدین با کودکی که هنوز به هویت جنسی نرسیده است، درست و متناسب با جنسیتش برخورد کنند و به کودک خود کمک کنند تا به یک هویت جنسی متناسب با جنسیت برسد، تا حد زیادی از بوجود آمدن این اختلال جلوگیری می شود. به همین دلیل برخوردی نامتناسب با جنسیت کودک و یا فقدان حضور یکی از والدین در زندگی که منجر به عدم همانندسازی صحیح با همجنس می شود، از علل مهمی است که کودک هویت جنسی و نقش جنسی متناسب با جنسیتش را فرا نگیرد و مبتلا به اختلال شود.

ترانس سکسوالیسم ، بیماری یا انحراف

اختلال هویت جنسی، اختلالی کاملاً شناخته شده می باشد که در طبقه بندی اختلالات روانی گنجانده شده است. اما بعضی تمایل به تغییر جنسیت را در ردیف انحرافات جنسی آورده و می گویند: «انحراف جنسی تمایل به تغییر جنسیت، که در معاینه رشد دستگاه تناسلی و ظهور علائم ثانویه جنسی، اختلالی مشاهده نمی شود،

ولی یک انگیزه روانی شدید موجب انحراف جنسی است که معمولاً درمان ناپذیر است» (گودرزی، ۱۳۷۰: ۶۱۱) همچنین یکی از جامعه‌شناسان تمایل به تغییر جنسیت را نوعی رفتار انحرافی می‌داند و می‌گوید: «افراد بین سنین ۱۲ تا ۲۵ سال، در نبود جنس مخالف، برای رفع نیازهای جنسی به هم جنسان خود روی می‌آورند و به دلیل تجربه رضایت بخشی که از این عمل دارند در بعضی از آنها این رفتار تثبیت می‌شود. جدای از این، همجواری با هم جنس نیز از عواملی است که به این گونه اعمال دامن می‌زند» (اسکندری تریقان، ۱۳۸۷: ۵۹) در حالی که ترانس سکسوالیسم حالت کسی است که دارای جنسیت مشخص و معین می‌باشد، ولی از لحاظ روانی، جنسیتی را که در آن قرار دارد، قبول ندارد و برداشت‌ها از جسمش با حقیقت متفاوت است به طوری که از این مسئله احساس رضایت نمی‌کند؛ زیرا خود را متعلق به گروه جنس مقابل می‌داند؛ لذا تبدل خواهی جنسی در بیماران، یک اختلال در هویت جنسی است که افراد مبتلا به این اختلال خود را متعلق به گروه جنس مخالف می‌دانند (مهرابی، ۱۳۷۴: ۲) معمولاً این اختلال را با همجنس‌گرایی (Hemosexual) یکی می‌دانند، در حالی که افراد مبتلا به این اختلال که ممکن است از لحاظ جنسی به مرد، زن یا هر دو جنس و یا به هیچ یک از دو جنس گرایش نداشته باشند، تقریباً در همه موارد، خود را همجنس‌گرا نمی‌دانند؛ زیرا آنها خود را متعلق به جنس مخالف می‌دانند (اوحدی، ۱۳۸۴: ۲۵۱).

همجنس‌بازان کسانی هستند که از جنسیت واقعی خود و هویت جنسیتی و صفات ثانویه جنسیتی خویش متنفر نیستند و به خاطر داشتن چنین صفاتی، اظهار فخر نیز می‌کنند و در خفا، تمایلات همجنس‌گرایانه خود را به ظهور می‌رسانند در حالی که این دو وجه تمایز در مبتلایان به اختلال هویت جنسی دیده نمی‌شود. علاوه بر این همجنس‌بازان ممکن است به واسطه گفتگو با روانشناس و روانپزشک و رفتاردرمانی معطوف به جنسیت مداوا شوند، اما هیچ روانشناس یا روانپزشکی قادر نیست بیمار

مبتلا به اختلال هویت جنسی را با گفتگو یا دارو درمان کند به همین دلیل اکثر صاحب نظران امور جنسی، همجنس بازی را جزء اختلال به حساب نمی‌آورند. بنابراین به اعتقاد نگارنده هیچ ارتباطی بین ترانس سکسوال‌ها و همجنس‌گرایان وجود ندارد، زیرا که همجنس‌گرایی یک نوع انحراف جنسی است که متخصصان آن را اختلال نمی‌دانند به همین دلیل نباید مورد حمایت قرار گیرند در حالی که متخصصان علوم رفتاری، ترانس سکسوالیسم را به عنوان یک اختلال می‌شناسند که به افراد مبتلا به این اختلال باید کمک شود.

جواز یا ممنوعیت تغییر جنسیت

در ارتباط با تغییر جنسیت سؤال مهمی که مطرح می‌شود، این است که آیا عمل تغییر جنسیت در دین مقدس اسلام عملی جایز است یا حرام؟ فقها نظرات متفاوتی ابراز کرده‌اند: عده‌ای از فقها (آیت الله خوئی، ۱۳۸۱: ۳۸۶؛ آیت الله نوری همدانی، ۱۳۸۳، ج ۲: ۲۸۶) تغییر جنسیت را تنها در افراد ختنی [۱] مجاز می‌دانند، در حالی که اکثر فقهای شیعه (آیت الله موسوی خمینی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۶۲۶؛ آیت الله منتظری، ۱۳۸۳، ج ۲: ۴۰۸؛ آیت الله خامنه‌ای، ۱۳۸۰: ۷۰) تغییر جنسیت افراد ترانس سکسوال را جایز می‌دانند و تعداد کمی از فقهای شیعه (آیت الله مدنی تبریزی، ۱۴۲۰، ج ۱: ۴۷؛ آیت الله اراکی، ۱۳۷۳: ۲۸۴) به طور کلی تغییر جنسیت این افراد را حرام می‌دانند. [۲] بنابراین در مورد جواز یا حرمت تغییر جنسیت سه نظر وجود دارد: ممنوعیت مطلق، مشروعیت مطلق و مشروعیت مشروط.

الف: ممنوعیت مطلق

تمام فقها و حقوقدانان اهل سنت و تعداد کمی از فقهای شیعه، تغییر جنسیت ترانس سکسوال‌ها را امری نامشروع دانسته و قائل به حرمت تغییر جنسیت می‌باشند به

طوری که از مهمترین دلایل مخالفان در مخالفت با تغییر جنسیت ترانس سکسوال‌ها، این است که تغییر جنسیت باعث تغییر در خلق الله است به همین دلیل تغییر جنسیت را حرام می‌دانند. یکی از مفتی‌های معروف اهل سنت و از مخالفین سرسخت تغییر جنسیت در این رابطه می‌گوید: «تغییر ظاهری و باطنی مرد به زن و بالعکس تغییر در خلقت خداوند است، تغییر در خلقت خداوند یعنی میمون به غزال تبدیل شود و یا انسان به میمون تبدیل شود و این همان قول شیطان است و تغییر در خلق الله از مصادیق کارهای شیطانی است» (قرضاوی، ۱۴۰۹: ۱۵۵). البته مخالفان غیر از اینکه تغییر جنسیت را تغییر در خلق الله دانسته و با آن مخالفت کرده‌اند، به دلایل دیگری نیز استناد نموده‌اند، که از مهمترین ایرادات آن‌ها این است که، «لازمه تغییر جنسیت این است که اعضای را چه از مرد و چه از زن، از بین ببرند و اعضای دیگری را جایگزین آن کنند و این عمل شرعاً جایز نیست، به عبارت دیگر از بین بردن اعضای اصلی و یا ایجاد نقص در آن مشروع نمی‌باشد» (مدنی تبریزی، ۱۴۲۰، ج ۱: ۴۵) یا این که تغییر جنسیت به دلیل اینکه با نگاه به شرمگاه و لمس عورت نامحرم همراه است، حرام می‌باشد. بنابراین برای پرهیز از این حرام باید از تغییر جنسیت پرهیز شود و یا این که تغییر جنسیت باعث تشبیه مرد به زن یا زن به مرد می‌شود که در دین اسلام این کار نهی شده است و حتی روایاتی در این زمینه وجود دارد که «رسول خدا مردانی که خود را شبیه زنان در می‌آوردند و زنانی که خود را شبیه مردان در می‌آوردند را لعنت کرده است» (کنعانی، ۱۴۰۲: ۲۸۵) همچنین برخی تغییر جنسیت را مغایر با مصالح عمومی می‌دانند، زیرا که مخالفان معتقدند که افراد با تغییر جنسیت خود مصلحت جامعه را بر هم می‌زنند.

با توجه به دلایل مخالفان می‌توان این گونه استنتاج کرد که تغییر جنسیت در فردی که سالم است و هیچ مشکلی جسمی یا روحی ندارد، بدلیل این که اعضای از بدن فرد برداشته می‌شود تا اعضای مصنوعی جنسیت مخالف در جای آن قرار گیرد، نوعی

نقص و ضرر به بدن است که در تحمل این ضرر هیچ نفع و فایده‌ای وجود ندارد و علاوه بر تحمیل هزینه‌های زیاد و مشکلات روحی و روانی بسیار برای فرد، به دلیل این که با ملازمات حرام نیز همراه می‌باشد، حرمت شرعی دارد. اما تغییر جنسیت برای فردی که مشکل روحی یا جسمی دارد و ناچار به برداشتن عضوی از اعضای بدن خویش می‌گردد، جایز است؛ زیرا که قاعده مجاز بودن ممنوعات در موارد اضطراری در این مورد حاکم می‌شود و با این توجیه که فرد در حالت ضرورت قرار دارد و ناچار به برداشتن عضوی از اعضای بدن خویش می‌باشد، در این صورت تغییر جنسیت و برداشتن عضوی از اعضای بدن و نگاه به شرمگاه و لمس عورت نامحرم، نه تنها برای فرد بیمار نقص و ضرر و عملی حرام محسوب نمی‌شود، بلکه برای وی لازم نیز می‌باشد، به طوری که حتی بعضی از فقها (منتظری، ۱۳۸۳، ج ۲: ۴۰۸) تغییر جنسیت را برای فرد بیماری که در حالت اضطرار قرار دارد، واجب می‌دانند؛ به همین دلیل تغییر جنسیت برای فرد بیمار دارای نفع و فایده می‌باشد که مصلحت جامعه را برهم نمی‌زند و از لحاظ نگاه به شرمگاه و لمس عورت نامحرم نیز اشکالی ایجاد نمی‌کند و امری جایز است.

ب: مشروعیت مطلق

در بین فقهای متأخر برخلاف بسیاری از فقها که عمدتاً یا این عمل را ممنوع نموده و یا مشروط به شرایطی نموده‌اند، امام خمینی (ره) در نهایت صراحت و بدون هیچ گونه قیدی، قائل به عدم حرمت تغییر جنسیت است. ایشان معتقدند: «ظاهر آن است که تغییر جنس مرد به زن به سبب عمل و برعکس آن حرام نیست» (موسوی خمینی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۶۲۶) از جمله دلایلی که موافقان برای مشروعیت تغییر جنسیت بیان نموده‌اند عبارت از این است که اساساً دلیلی بر حرمت تغییر جنسیت وجود ندارد،

به طوری که فقها در این زمینه می‌گویند: «ظاهر آن است که فی حدنفسه، دلیلی بر حرمت تغییرجنسیت وجود ندارد» (منتظری، ۱۴۱۷، ج ۲: ۵۱۷؛ خرازی، ۱۴۲۰: ۲۴۱) بنابراین با توجه به اینکه دلیلی در لسان شارع بر حرمت و یا عدم حرمت تغییر جنسیت وجود ندارد، می‌توان با جریان اصول عملیه مثل اصل برائت، تغییرجنسیت را مجاز شمرد. علاوه بر این یکی دیگر از دلایلی که برای مشروعیت تغییر جنسیت به آن استناد گردیده، اصل اباحه است. معنای اصل اباحه این است که هر چیزی که بین حلال و حرام مشتبه باشد، بر حلال حمل می‌شود. پس در موارد شک بین حرمت و حلیت از این قاعده استفاده می‌شود که در بین فقها تمسک به این قاعده معروف است (کریمی نیا، ۱۳۸۹: ۲۰۵). بنابراین اصل بر جواز تصرفات است مگر اینکه دلیلی بر ممنوعیت وجود داشته باشد، در حالی که در شرع مقدس دلیلی بر حرمت و ممنوعیت تغییرجنسیت وجود ندارد، پس چنین عملی ظاهراً مشروع است (خرازی، ۱۴۲۰: ۲۴۱).

همان طوری که ملاحظه گردید، تعداد زیادی از فقها قائل به عدم حرمت یا جواز تغییرجنسیت می‌باشند؛ زیرا که معتقدند دلیلی از کتاب و سنت مبنی بر حرمت تغییرجنسیت وجود ندارد و اصل عمل تغییرجنسیت فی نفسه منع و حرمت شرعی ندارد، پس اصل بر جواز عمل است اما فقها بدلیل این که این عمل با ملازمات حرام مثل نگاه به شرمگاه و لمس عورت نامحرم همراه است، آن را جایز نمی‌دانند و انجام دادن این عمل از راه مشروع را مشروط به این می‌دانند که این عمل با ملازمات حرام مانند نظر به عورت نامحرم و لمس آن همراه نباشد و چنان چه از این مقدمات، از حرام پرهیز شود فی نفسه تغییرجنسیت حرمت شرعی ندارد. بنابراین چنان چه شخصی، بیماری جسمی یا روحی داشته و درحالت اضطرار قرار گرفته باشد، این حالت اضطرار، حرام‌های جانبی مانند نظر به عورت نامحرم و لمس آن را توجیه

می‌کند و ضرورت درمان و معالجه حرمت را از بین می‌برد. به همین دلیل است که اکثر فقهای این گروه به نظریه مشروعیت مشروط می‌پیوندند.

ج: مشروعیت مشروط

در مورد جواز یا ممنوعیت عمل تغییر جنسیت نظر دیگری مبنی بر مشروعیت مشروط تغییر جنسیت ابراز شده است. مطابق این نظر، مشروعیت هر عملی منوط به وجود منفعت مشروع عقلایی است؛ پس تغییر جنسیت در صورتی مشروع است که فرد مبتلا، مشکل داشته باشد و پزشک عمل تغییر جنسیت را برای رفع مشکل وی ضروری تشخیص دهد، تا افراد سالم نتوانند از این اجازه برای رسیدن به مقاصد نامشروع خود استفاده کنند. به همین دلیل در تغییر جنسیت مشروعیت عمل منوط به این است که شخص دچار مشکل و ناراحتی باشد و کسانی که به عمل جراحی تغییر جنسیت اقدام می‌نمایند در بیشتر موارد گرفتار اختلالات هویت جنسی و ناراحتی روانی و افسردگی شدید هستند. به همین دلیل بعضی از فقهای معاصرین نظر را برگزیده‌اند و اتفاق نظر دارند که انجام عمل جراحی تغییر جنسیت که با ملزومات حرام (نگاه به شرمگاه و لمس عورت نامحرم) همراه است در صورتی حرام نمی‌باشد که درمان ضرورت داشته باشد، یعنی این که ضرورت معالجه آن قدر باشد که مُحَرّمات را مباح کند. بنابراین فقها معتقدند که اگر تغییر جنسیت به حد ضرورت مراجعه به پزشک باشد، جایز است و از جهت نظر و لمس منعی وجود ندارد (منتظری، ۱۳۸۳: ۱۱۳؛ مومن، ۱۳۷۵: ۹۷). در نتیجه اگر فرد سالمی که مشکل روحی و جسمی ندارد، بخواهد تغییر جنسیت دهد، در شرایط عادی به دلیل اینکه این عمل همراه با ملزومات حرام است و در آن نفع مشروعی وجود ندارد، جایز نمی‌باشد ولی در مورد شخصی که بیماری جسمی و یا روحی دارد، با توجه به اینکه درمان شخص مترتب بر لمس عورت و نگاه به شرمگاه

است، ضرورت درمان و معالجه این حرمت را بر می‌دارد. لذا اکثر فقهای این گروه تغییر جنسیت را به وجود ضرورت معالجه مشروط می‌دانند.

به اعتقاد نگارنده تغییر جنسیت فی نفسه عمل جایزی است به طوری که اکثر فقها نیز قائل به جواز آن هستند، اما از آنجائی که این عمل با ملازمات حرام، همراه است، ممنوع و در مورد افراد سالم حرام می‌باشد، مگر اینکه فرد سالم هورمون بخورد و از طریق تزریق هورمون جنسیت وی عوض شود که در این صورت چون تغییر جنسیت وی با ملازمات حرام همراه نبوده، حرام نمی‌باشد اما در غیر این صورت حرمت شرعی دارد. اما اگر فردی، بیماری جسمی یا روحی داشته باشد و عمل تغییر جنسیت به منظور معالجه وی باشد، هر چند با ملازمات حرام همراه باشد، باعث حرمت عمل نمی‌شود؛ زیرا که تغییر جنسیت برای درمان و معالجه شخص بیمار تجویز می‌شود و در شخص بیمار ضرورت معالجه ایجاب می‌کند که چنین عملی انجام گیرد هر چند با ملازمات حرام همراه باشد و ضرورت معالجه باعث رفع حرمت می‌شود. (منتظری، ۱۳۸۳، ج ۲: ۴۰۸).

تغییر جنسیت و تأثیر آن در مسئولیت

چنان چه فرد مبتلا به اختلال، تغییر جنسیت دهد و سپس مرتکب جرمی شود، یا قبل از عمل تغییر جنسیت مرتکب جرمی شود، تغییر جنسیت چه تأثیری در مسئولیت کیفری وی می‌گذارد؟

تغییر جنسیت در حقوق ایران

در این گفتار به بررسی این موضوع پرداخته می‌شود که آیا تغییر جنسیت در حقوق ایران عملی مجرمانه است یا خیر؟ چنان چه فرد تغییر جنسیت داده مرتکب جرمی شود آیا فاقد مسئولیت می‌باشد؟

تغییر جنسیت و قانونی بودن عمل

با بررسی متون قانونی مشخص می شود که ماده قانونی که مربوط به تغییر جنسیت باشد، وجود ندارد و قانون در این مورد ساکت است. به همین دلیل با توجه به سکوت قانونگذار متوجه می شویم که تغییر جنسیت در حقوق ایران عملی مجرمانه و قابل مجازات نیست؛ زیرا حتی اگر بپذیریم تغییر جنسیت برخلاف نظم عمومی است، براساس «اصل قانونی بودن جرم و مجازات، هر عمل برخلاف نظم عمومی الزاماً جرم تلقی نمی شود» (کلانتری، ۱۳۷۴: ۷۸) مگر آنکه «قانونگذار عمل برخلاف نظم عمومی را به موجب یک متن قانونی جرم بشمارد و مرتکبان را مستوجب واکنش اجتماعی بداند. بدیهی است لازمه این جرم انگاری تصریح است؛ یعنی قانونگذار با عبارات و واژه‌های صریح و خالی از ابهام، مراد خویش را به شهروندان تفهیم می کند تا شبهه‌ای در عمل به قوانین کیفری به وجود نیاید. در نتیجه به موجب این اصل، فعل و ترک فعل انسان هر اندازه زشت و نکوهیده و برای نظام اجتماعی زیان بخش باشد، تا زمانی که حکمی بر آن وارد نشده و یا در قانون پیش‌بینی نشده باشد، قابل مجازات نیست» (اردبیلی، ۱۳۸۴، ج ۱: ۱۲۷) بنابراین زمانی می توان رفتاری را که برخلاف نظم اجتماعی است، جرم تلقی کرد که قانون آن را پیش‌بینی کرده و برای آن مجازات در نظر گرفته باشد. در حالی که در قوانین موضوعه هیچ نصی در مورد اینکه تغییر جنسیت را جرم اعلام کرده باشد وجود ندارد و با فقدان رکن قانونی در مورد تغییر جنسیت، عمل مجرمانه و قابل مجازات نمی باشد. چنانچه نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه ۷/۶۷۹۱ (۱۳۶۶/۱۰/۱۴) مؤید نظر مذکور است که مقرر می دارد: «تغییر جنسیت جرم نیست ولی موجب بطلان عقد ازدواج است» (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۷۸، ج ۱: ۲۷۸).

به اعتقاد نگارنده با توجه به سکوت قانونگذار و نبود نصی که تغییر جنسیت را جرم بداند، تغییر جنسیت در حقوق ایران جرم نیست و حتی چنان چه قائل به حرمت تغییر جنسیت در شرع باشیم، باز هم قاضی نمی‌تواند با استناد به منابع فقهی یا فتاوی مشهور فعل یا ترک فعلی را که در قوانین مجازات ندارد، اما در شرع حرام است را جرم بداند و کیفر دهد. چنانچه نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه ۷/۲۵۳۰/۷۲/۴/۷) نیز مؤید نظر مذکور است که مقرر می‌دارد: «با سکوت قانون، قاضی مکلف به صدور حکم بر براءت است هر چند عمل مذکور در شرع حرام است».

ب: تغییر جنسیت و مسئولیت کیفری

زمانی که شخصی مرتکب جرمی می‌شود با اثبات ارکان سه گانه جرم مسئول است، مگر اینکه علل موجهه جرم یا رافع مسئولیت کیفری وجود داشته باشد که باعث رفع مسئولیت و مجازات از وی گردد. حال چنان چه شخص ترانس سکسوالی مرتکب جرمی شود و سپس تغییر جنسیت دهد، این کار باعث زوال مسئولیت کیفری وی نمی‌شود؛ زیرا زوال مسئولیت کیفری دلایلی دارد که موارد آن را قانونگذار صراحتاً ذکر کرده که در آنها نامی از تغییر جنسیت برده نشده است. به علاوه ماهیت، معمولاً دارای اجزایی است که از آنها فراهم آمده است مثلاً انسان: جسم است، نامی است، حساس است (یعنی تحریکات خارجی را احساس می‌کند) و بالاخره ناطق است. محال است انسانی بدون این اجزاء در خارج وجود داشته باشد یا در ذهن قابل تصور باشد یعنی این امور مقوم ماهیت هستند و به تعبیر دیگر این نوع اجزاء را ذاتی انسان می‌نامند اما در مقابل ذاتی، عرضی قرار دارد یعنی آنچه خارج از ماهیت باشد مانند سیاه برای انسان و نظایر آن که ماهیت انسان قائم به آنها نیست و جزء ماهیت انسان نیستند

(خوانساری، ۱۳۸۲: ۳۶) به همین دلیل اوصاف عرضی مثل لاغری، فربهی، تغییر جنسیت نمی‌تواند ماهیت انسان را تغییر دهد.

چنان چه شخصی مرتکب جرمی شود و سپس تغییر جنسیت دهد، با اثبات ارکان سه گانه جرم و نبود علل موجهه و رافع مسئولیت و با اثبات مسئولیت، وی باید مجازات شود حتی اگر تغییر جنسیت دهد؛ زیرا همان گونه که بیان گردید، تغییر جنسیت از اوصاف عرضی است که بر انسان عارض می‌شود و مربوط به ذات و ماهیت انسان نمی‌باشد که باعث تغییر آن شود که به استناد تغییر جنسیت بگوییم جرمی صورت نگرفته است؛ بنابراین با اثبات مسئولیت فرد مجرم، هر چند که وی تغییر جنسیت داده باشد، مسئول است و باید برای جرم ارتكابی مجازات شود.

حال چنان چه فردی تغییر جنسیت دهد و سپس مرتکب جرمی شود با اثبات مسئولیت، باید مجازات شود؛ زیرا همان گونه که گفته شد «تغییر جنسیت باعث تغییر ذات و ماهیت و انسانیت انسان نمی‌شود و نهایت چیزی که اتفاق می‌افتد تغییر در صفت است و هیچ گاه انسان به جماد یا حیوان تبدیل نمی‌شود بلکه انسان همان انسان باقی می‌ماند منتها در این عنوان جدید، تکالیف و وظایف و صفی‌اش تغییر می‌یابد» (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶: ۲۳) به همین دلیل با اثبات مسئولیت فرد تغییر جنسیت داده، وی بر اساس جنسیت جدیدش برای جرم ارتكابی مجازات می‌شود؛ زیرا که «با تغییر جنسیت دو عنوان موجود (عنوان قدیم و عنوان جدید) همانند دو عنوان حاضر و مسافر است، بدین معنی که هیچ بازدارنده‌ای وجود ندارد که فردی از دایره یکی از این دو عنوان برآید و در دایره عنوان دیگر در آید و دلیل عنوان پیشین هم او را در بر نمی‌گیرد بلکه دلیل عنوان جدید او را در بر می‌گیرد و پس از عمل جراحی حکم عنوان جدید بر او بار می‌شود» (مومن، ۱۳۷۵، ص ۹۶) در نتیجه پس از تغییر جنسیت، فرد در جنسیت جدید قرار می‌گیرد و بر اساس جنسیت جدید، مجازات می‌شود.

تغییر جنسیت و قصاص

اما رابطه پدری و فرزندی میان قاتل و مقتول و نیز جنسیت قاتل و مقتول در حکم قصاص تأثیرگذار است که در این قسمت به تأثیر تغییر جنسیت در قصاص با توجه به دو موضوع فوق پرداخته خواهد شد.

الف: تغییر جنسیت پدر پس از قتل فرزند

اگر مرد مسلمانی، مرد مسلمان دیگری را بکشد قصاص می‌شود؛ اما در صورتی که پدری، فرزندش را بکشد قصاص نمی‌شود. در همین رابطه ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد که: «پدر یا جد پدری که فرزند خود را بکشد قصاص نمی‌شود و به پرداخت دیه قتل به ورثه مقتول و تعزیر محکوم خواهد شد». حال چنان چه پدری فرزندش را بکشد و سپس تغییر جنسیت دهد و تبدیل به زن شود، آیا می‌تواند از معافیت مذکور در ماده ۲۲۰ ق.م.ا استفاده کند؟ پاسخ مثبت است زیرا:

دلیل اول: ملاک نفی قصاص، پدر یا جد پدری بودن است که با تغییر جنسیت از بین نرفته است «زیرا به صرف تشکیل شدن نطفه از مرد، عنوان پدری بر او صدق می‌کند، همانطوری که وقتی مردی با زنش همبستر شود و آنگاه برای همیشه از او ناپدید شود و سپس این زن بچه‌ای به دنیا آورد، تردیدی نیست که آن مرد پدر این بچه است با این که هیچ دخالتی در تربیت او نداشته جز این که این بچه از آن نطفه به وجود آمده و این مقدار دخالت برای او ثابت است هر چند جنسیت او تغییر کند» (مومن، ۱۳۷۵: ۱۰۵).

بعد از تغییر جنسیت مرد، باز هم به وی پدر فرزندانش گفته می‌شود و اگر فرزند وی بگوید که «پدر من همین زن است جز این که وی پیش از این مرد بوده و اکنون زن شده» سخن او درست است و هیچ کس نمی‌تواند آن را انکار کند (خرازی، ۱۳۷۹: ۱۰۵).

۲۷) لذا عنوان پدر در حال حاضر نیز حقیقتاً بر او صدق می‌کند از باب صدق مشتق بر کسی که به مصدر این مشتق پیش از این متصف بوده است.

همچنین گفته‌اند که برای نفی قصاص از پدر باید ویژگی مردانگی وجود داشته باشد در حالیکه باید این ادعا را مردود اعلام کرد؛ زیرا دلیل نفی قصاص از پدر، از کسانی که حالت زن شدن بر آنان عارض می‌شود، انصراف ندارد و این دلیل حتی در حالت تغییر جنسیت نیز شامل حال آنان می‌شود، به طوری که پس از تغییر جنسیت، می‌توان بقای نفی قصاص از پدر تغییر جنسیت داده را با استصحاب ثابت کرد. علاوه بر این نفی قصاص از پدر یک حکم کلی است که در دین اسلام وضع شده است و موضوع آن فعلیت دارد، لیکن یک حکم جزئی (نفی قصاص از پدر تغییر جنسیت داده) پدید آمده و با این وجود در بقای آن حکم کلی شک می‌کنیم، در این صورت برای اثبات بقای آن حکم کلی استصحاب را جاری می‌سازیم.

دلیل دوم: یکی دیگر از دلایل نفی قصاص از پدر تغییر جنسیت داده، حق مکتسب او می‌باشد که به موجب جنس سابق این حق را کسب کرده است که در زمان تحقق و ایجاد حق، طبق قانون صالح، صلاحیت داشته و با رعایت تمام شرایط تحقق آن کاملاً محقق شده است. بنابراین این حق، حقی است که شخص قبل از تغییر جنسیت به لحاظ جنسیت سابقش به طور قانونی به دست آورده (الماسی، ۱۳۶۸: ۱۰۷). و تغییر جنسیت در حقوق ثابتۀ فرد، که به طور قانونی به دست آورده است تغییری ایجاد نمی‌کند [۳].

بنابراین براساس دلایل موجود مشخص می‌شود که پدر با تغییر جنسیت، پس از قتل فرزندش همچنان مشمول ماده ۲۲۰ ق.م.ا یعنی نفی قصاص قرار می‌گیرد و دلیلی برای سقوط این حق پدر تغییر جنسیت داده وجود ندارد؛ زیرا که با وجود آمدن فرزند از نطفه مرد، بر آن مرد عنوان پدر اطلاق می‌گردد هر چند جنسیتش را تغییر دهد و علاوه بر این پدر تغییر جنسیت داده قبل از تغییر جنسیتش حق نفی قصاص را به دست آورده که با تغییر جنسیت، این حق را از دست نمی‌دهد.

ب: تغییر جنسیت مادر پس از قتل فرزند

مادر در صورتی که فرزندش را بکشد باید قصاص شود؛ زیرا که عمومات قصاص شامل حال مادر هم می‌شود و دلیلی برای نفی قصاص از مادر وجود ندارد. حال چنان چه مادری پس از کشتن فرزندش، تغییر جنسیت دهد مشمول نفی قصاص نمی‌شود؛ زیرا که نفی قصاص همانگونه که در ماده ۲۲۰ ق.م.ا و منابع فقهی آمده است صرفاً شامل حال پدر و جد پدری می‌شود و مادر با تغییر جنسیت و تبدیل شدن به مرد، عنوان پدر را نمی‌گیرد. «پدر کسی است که بچه از نطفه او به وجود آمده است و کسی که شأن او حامله شدن و وضع حمل است پدر نیست» (خرازی، ۱۳۷۹: ۱۲۸) در نتیجه پس از تغییر جنسیت زن به مرد حتی بعید نیست که ادعا شود باز هم به وی مادر فرزندانش گفته می‌شود؛ زیرا اوست که بچه را در شکم خود حمل کرده و سپس به دنیا آورده است و با صدق عنوان مادر، دیگر عنوان پدر بر او صدق نمی‌کند؛ زیرا که این دو عنوان در یک نفر با هم جمع نمی‌شود.

بنابراین چنان چه مادری فرزندش را به قتل برساند و سپس تغییر جنسیت دهد، مشمول ماده ۲۲۰ ق.م.ا نمی‌شود؛ زیرا مادری که شأن وی حامله شدن است و فرزند را به دنیا آورده است، نمی‌تواند عنوان پدر را بگیرد و مشمول نفی قصاص شود. بنابراین مادر با تغییر جنسیت به مرد، مشمول ماده ۲۲۰ ق.م.ا قرار نمی‌گیرد.

ج: تغییر جنسیت قاتل و مقتول

زمانی که فرد مسلمانی، فرد مسلمان دیگری را به قتل می‌رساند مواد ۲۰۷ و ۲۰۹ ق.م.ا ایجاب می‌کند که مرد در برابر مرد بدون هیچ ردی و در مقابل زن با رد تفاضل دیه قصاص شود. حال اگر زنی، زن دیگری را به قتل برساند اما قبل از اجرای مجازات، زن قاتل به مرد تغییر جنسیت دهد، برای قصاص قاتل، اولیای دم زن مقتول باید نصف

دیه رابه زن تغییر جنسیت داده (مرد فعلی) پرداخت نمایند؛ زیرا «اگر چه مقتضی استصحاب عدم رد است، لکن ازسوی دیگر مقتضای اطلاقات قصاص مرد در مقابل زن، خلاف این استصحاب است و عرف نیز زن تغییر جنسیت داده (مرد فعلی) را مرد محسوب می‌کند» (صدر، ۱۹۹۶، ج ۶: ۱۴۷) به همین دلیل برای قصاص قاتل تغییر جنسیت داده، اولیای مقتول باید تفاضل دیه را پردازند به طوری که این نظر پذیرفتنی و با قاعده تفسیر قوانین جزایی به نفع متهم نیز سازگار است.

اگر کسی که با تغییر جنسیت، مرد شده است، توسط مرد دیگری به قتل برسد، برای قصاص قاتل لازم نیست که اولیای دم مقتول به قاتل تفاضل دیه بدهند؛ زیرا اگر چه از نظر اصول عملیه در فقه امامیه با توجه به اینکه جنسیت قبلی این فرد معلوم است و می‌دانیم که زن بوده و حالا با تغییر جنسیت این شک پدید می‌آید که آیا موجبی برای ازدیاد دیه وی و قصاص نفس پدید آمده است یا نه، که استصحاب حالت سابقه ایجاب رد تفاضل دیه را می‌کند، اما با توجه به اینکه زن مقتول با تغییر جنسیت تبدیل به مرد شده بود و در زمان ارتکاب جنایت مرد بوده و توسط مرد دیگری به قتل رسیده، اطلاقات قصاص ایجاب می‌کند که چنان چه مردی، مرد دیگر را بکشد، بدون رد تفاضل دیه قصاص شود بنابراین در این مورد نیز قاتل بدون هیچ ردی قصاص می‌شود.

حال با توجه با مطالب بیان شده این گونه استنتاج می‌شود که چنان چه شخص تغییر جنسیت داده، پس از تغییر جنسیت کسی را بکشد قصاص می‌شود؛ زیرا که دلیلی برای معافیت شخص تغییر جنسیت داده از قصاص وجود ندارد و چنین شخصی با کشتن انسان دیگر، قصاص می‌شود؛ البته به شرط اینکه شرایط قصاص وجود داشته باشد و با وجود داشتن شرایط قصاص، تغییر جنسیت مانع از اعمال قصاص نمی‌شود. همچنین اگر فرد سالمی، شخص تغییر جنسیت داده را به قتل برساند، در صورت وجود

شرایط قصاص، وی باید قصاص شود؛ زیرا که تغییر جنسیت مقتول تأثیری در قصاص ندارد و در صورت وجود شرایط قصاص، مجازات قصاص اجرا می‌گردد.

تغییر جنسیت و دیه

یکی از مسائل مهم فقهی حقوقی در اسلام، که جنسیت در میزان آن تأثیر دارد، دیه انسان است؛ زیرا که در دیه کامله بین زن و مرد تفاوت می‌باشد یعنی دیه نفس برای زن نصف دیه مرد است. علاوه بر دیه قتل در خصوص دیه جراحت نیز، دیه تا ثلث برای زن و مرد برابر است و مازاد بر ثلث مجدداً دیه مرد دو برابر دیه زن است. که در خصوص مورد، موضوعات زیر محل توجه است:

الف: تغییر جنسیت و دیه شبه عمد

پرداخت دیه در شبه عمد بر عهده جانی است که در همین رابطه، تغییر جنسیت جانی یا مجنی علیه مورد توجه قرار می‌گیرد؛ یعنی این که در صورت تغییر جنسیت جانی یا مجنی علیه، چه تغییری در میزان دیه بوجود می‌آید؟

۱- تغییر جنسیت جانی

چنان چه شخصی جنایت غیر عمدی بردیگری وارد کند و قبل از اجرای مجازات و پرداخت دیه، تغییر جنسیت دهد، تغییر جنسیت در مسئولیت وی برای پرداخت دیه تأثیری ندارد؛ زیرا که تغییر جنسیت جانی همانگونه که مانع از اعمال مجازات او نمی‌شود، مانع از پرداخت دیه هم نمی‌گردد همچنین با توجه به ماده ۱۵ ق.م.ا «دیه مالی است که از طرف شارع برای جنایت تعیین شده است» مشخص می‌شود که متعلق دیه، مال است نه جنسیت که تغییر آن باعث تغییر دیه گردد. علاوه بر این دیه جبران

خسارتی است که بر ذمه جانی قرار می‌گیرد و حتی با تغییر جنسیت جانی نیز استقرار خود را حفظ می‌نماید و تا زمانی که جانی آن را ادا نکند، بری الذمه محسوب نمی‌شود. بنابراین افراد تغییر جنسیت داده نیز باید مانند افراد عادی دیه بدهند و تغییر جنسیت جانی تأثیری در میزان دیه و یا معافیت از پرداخت دیه ندارد.

۲- تغییر جنسیت مجنی علیه

حال چنان چه مجنی علیه تغییر جنسیت دهد، بر مبنای کدام جنسیت وی، باید دیه پرداخت شود؟ اگر بر زنی جنایت غیر عمدی وارد شود و قبل از پرداخت دیه، زن تغییر جنسیت دهد، دیه جنایت وارده بر مجنی علیه بر مبنای جنسیت جدید وی محاسبه می‌شود؛ زیرا گرچه قانون جزا علی الاصول به نفع متهم تفسیر می‌شود و نیز در موارد شک در اقل و اکثر کیفر، باید به کیفر حداقل رأی داد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۷۷۸) لذا در این مورد که شک ما در اقل و اکثر بودن مقدار دیه می‌باشد باید به نفع متهم که ناظر بر وجه اقل است تفسیر شود، اما این گونه نیست؛ زیرا که عرف زن تغییر جنسیت داده را مرد می‌داند و همچنین فقها پس از تغییر جنسیت، احکام و آثار جنسیت جدید را بر فرد تغییر جنسیت داده مترتب می‌دانند و فرد را در جنسیت جدید با احکام جنسیت جدید می‌دانند، بنابراین از جمله حقوقی که فرد بر اساس جنسیت جدید از آن برخوردار می‌شود در حالیکه در گذشته به اعتبار جنسیت سابق نمی‌توانسته از آن حقوق بهره‌مند شود، مقدار دیه است که به اعتبار جنسیت جدید (زمان مطالبه خواهان) محاسبه می‌شود (باریکلو، ۱۳۸۳: ۱۲۷).

در نهایت به اعتقاد نگارنده در پرداخت دیه شبه عمد، ملاک زمان مطالبه خواهان است؛ زیرا چنان چه شخص بیماری که تغییر جنسیت برای او به تشخیص پزشکان ضروری بوده و وی به طور قانونی و با رعایت استانداردهای پزشکی تغییر جنسیت

می‌دهد، با تغییر جنسیت در جنسیت جدید قرار می‌گیرد و بر اساس جنسیت جدیدش دیه دریافت می‌کند. اما چنان چه شخص تغییر جنسیت داده، جانی باشد تغییر جنسیت وی مانع از پرداخت دیه و سلب مسئولیت از وی نمی‌شود و در هر صورت باید دیه را پرداخت نماید.

ب: تغییر جنسیت و دیه خطای محض

پرداخت دیه در خطای محض بر عهده عاقله می‌باشد. براساس ماده ۳۰۷ ق.م.ا. «عاقله عبارت است از بستگان ذکور نسبی پدری و مادری یا پدری به ترتیب طبقات ارث به طوری که همه کسانی که حین الفوت می‌توانند ارث ببرند به طور مساوی عهده دار پرداخت دیه خواهند بود» لذا با توجه به درج کلمه ذکور در ماده ۳۰۷ ق.م.ا. جنس اناث در شمار عاقله احتساب نمی‌شود. حال چنان چه زنی با تغییر جنسیت تبدیل به مرد شده باشد، به عنوان عاقله می‌توان بر وی به جهت دیه خطای محض اقامه دعوی کرد؛ زیرا درست است که زنان در ردیف عاقله قرار نمی‌گیرند، اما زن تغییر جنسیت داده به مرد، در زمره مردان قرار می‌گیرد و همان گونه که از فایده‌های جنس ذکور برخوردار می‌شود، باید خساراتی را که از تغییر جنسیت ممکن است پیش آید، نیز متحمل شود؛ زیرا که براساس نظر اکثر فقهای شیعه، کسی که تغییر جنسیت می‌دهد بعد از تغییر جنسیت، به جنسیت جدید ملحق می‌شود و احکام جنسیت جدید برای او لازم الاجرا می‌گردد. همچنین عرف زن تغییر جنسیت داده را مرد می‌داند و احکام مردان را بر او مترتب می‌داند، بنابراین با تغییر جنسیت زن به مرد، وی در شمار مردان و جزء عاقله قرار می‌گیرد و به جهت دیه خطای محض می‌توان بر وی اقامه دعوی کرد.

تغییر جنسیت و جرائم منافی عفت

در قانون تعریفی از «جرائم منافی عفت» ذکر نشده است و حتی ضابطه و معیار خاص قانونی نیز ارائه نگردیده است تا بر آن مبنا بتوان جرائم منافی عفت را شناخت، اما مصادیق را احصا کرده است. حال چنان چه فرد تغییر جنسیت داده مرتکب عمل منافی عفت مستلزم حد شود، آیا زنا و لواط بر عمل او صدق می‌کند و یا فقط مرتکب عمل نامشروعی گردیده است که بر حسب مورد مستوجب تعزیر است؟ آیا شخص ترانس سکسوال با ارتکاب عمل منافی عفت قبل یا بعد از تغییر جنسیت مشمول مجازات حد یا تعزیر می‌شود یا خیر؟ جرائم منافی عفت به دو دسته تقسیم می‌شود: جرائم منافی عفت مستلزم حد و جرائم منافی عفت مستلزم تعزیر.

الف: جرائم منافی عفت مستلزم تعزیر

کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی عنوان تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده را دارد که در این کتاب مقررات ویژه‌ای درباره جرائم منافی عفت انشا شده است. فصل هجدهم قانون مجازات اسلامی به جرائم ضد عفت و اخلاق عمومی اختصاص یافته است به طوری که مواد این فصل با کلمه «هر کس» شروع شده و جملگی اطلاق دارند و مشتمل بر زن و مرد است و به هیچ وجه ناظر بر جنسیت خاصی نمی‌باشد؛ مانند مواد ۶۳۷ و ۶۳۸ ق.م.ا. این مواد بیانگر این است که نوع جنسیت اشخاص تأثیری در جرم ارتكابی ندارد و اطلاق مواد مذکور زن و مرد را شامل می‌شود در نتیجه چنان چه فرد ترانس سکسوال قبل از تغییر جنسیت مرتکب عمل منافی عفت مستلزم تعزیر شود مجرم است؛ زیرا تا زمانی که فرد ترانس سکسوال تغییر جنسیت نداده است در همان جنسیت بیولوژیکی خویش قرار دارد و پیروی از احکام آن جنسیت بر وی لازم

می‌باشد و با ارتکاب جرم، مجرم و قابل مجازات می‌باشد و این توجیه که وی فردی بیمار است باعث استثنا شدن و عدم مجازات نمی‌شود.

ب: جرائم منافی عفت مستلزم حد

حال چنان چه فرد ترانس سکسوالی قبل از تغییر جنسیت، مرتکب عمل زنا یا لواط شود، مشمول عنوان حد و قابل مجازات می‌باشد؛ زیرا که مطابق مواد مربوط در قانون مجازات اسلامی هیچ تفاوتی بین فرد سالم و بیمار وجود ندارد و این مواد به طور مطلق بیان شده است. علاوه بر این از دیدگاه فقها نیز تا زمانی که فرد ترانس سکسوال تغییر جنسیت نداده است، در همان جنسیت بیولوژیکی خود قرار دارد و تمام احکام آن جنس بر وی لازم و قابل اجرا می‌باشد. در نتیجه رابطه مرد ترانس سکسوال با مرد یا زن دیگر، مشمول عنوان لواط و زنا گردیده و این توجیه که فرد ترانس سکسوال، خود را متعلق به جنس مخالف می‌داند و خود را همجنس‌گرا نمی‌داند، باعث خروج موضوع از عنوان لواط و زنا نمی‌شود.

نتیجه‌گیری

«ترانس سکسوالیسم» یک بیماری است که در طبقه بندی اختلالات روانی گنجانده شده است. به طوری که خصیصه اصلی این اختلال عبارت است از احساس مبهم ناراحتی و عدم رضایت از ساخت جنسی خود با آرزوی خلاصی از اعضای تناسلی خویش و زندگی کردن به صورت فردی از جنس مقابل.

تغییر جنسیت مطابق نظر اکثر فقهای شیعه، امری جایز است و منع شرعی ندارد در حالی که اهل تسنن و تعدادی از فقهای شیعه قائل به عدم جواز تغییر جنسیت می‌باشند. با این حال نظر کلی بر این است که دلیلی بر حرمت تغییر جنسیت در کتاب و سنت

وجود ندارد و از آنجایی که دلیلی بر حرمت تغییر جنسیت وجود ندارد، چنین عملی جایز است. از طرفی دیگر در قوانین، نصی که تغییر جنسیت را جرم بداند وجود ندارد و در صورت نبود نص قانونی، بدلیل فقدان رکن قانونی، عمل جرم و قابل مجازات نمی باشد بنابراین صرف تغییر جنسیت جرم نیست، اما تغییر جنسیت در مسئولیت کیفری فرد تغییر جنسیت داده تأثیری ندارد؛ و رافع مسئولیت کیفری و سقوط مجازات نمی باشد.

زمانی که پدری قبل یا بعد از کشتن فرزندش تغییر جنسیت می دهد، بنا به دلایل مختلفی همچنان شمول ماده ۲۲۰ ق.م.ا یعنی نفی قصاص می باشد؛ اما مادر با تغییر جنسیت پس از کشتن فرزندش یا قبل از آن، مشمول ماده ۲۲۰ ق.م.ا نمی شود. تغییر جنسیت جانی در مسئولیت وی برای پرداخت دیه تأثیری ندارد و جانی تغییر جنسیت داده باید مانند افراد عادی دیه بدهد اما تغییر جنسیت مجنی علیه باعث می شود که دیه بر مبنای زمان مطالبه وی محاسبه شود.

چنان چه فرد ترانس سکسوال قبل از تغییر جنسیت مرتکب زنا یا لواط شود، مجرم شناخته شده و قابل مجازات می باشد. اما در صورتی که فرد پس از تغییر جنسیت مرتکب زنا یا لواط شود با توجه به اینکه با تغییر جنسیت، برای فرد اندام تناسلی ساختگی ایجاد می کنند، با ایلاج این آلت ساختگی زنا یا لواط محقق نمی شود، گرچه این عمل فرد تغییر جنسیت داده مصداق عناوین دیگری قرار گیرد.

پی‌نوشت‌ها

۱- خثی کسی است که هر دو آلت تناسلی را دارد و صورتی دیگر هم فرض می‌شود و آن کسی است که فاقد هر دو آلت تناسلی است و فقهای شیعه، مثل شهید اول و شهید ثانی آن را در بحث فرد خثی (وارث) مطرح ساخته‌اند «خثی کسی است که دارای آلت تناسلی مردان و زنان است و کسی که نه آلت مردی دارد و نه زنی، به قرعه به او ارث می‌دهند» (مکی‌العاملی، اللمعه‌الدمشقیه، ج ۲، ص ۲۳۱) «در زبان فقه منظور از ممسوح، شخصی است که نه آلت مردانه داشته باشد و نه آلت زنانه» (بی‌آزار شیرازی، رساله نوین، ج ۳: ۲۷۷).

۲- آیت‌الله حسین علی منتظری: آیا کسی که جنسیتش محرز است به هر دلیلی می‌تواند جنسیت خود را تغییر دهد؟ اگر مستلزم حرام شرعی نباشد دلیلی بر حرمت نداریم، «به طور کلی دلیلی بر حرمت تغییر جنسیت نداریم و اگر حال آن‌ها به نحوی باشد که تغییر جنسیت برای آنها ضرورت داشته باشد، بعید نیست که واجب باشد» (منتظری، رساله استفتانات، ج ۲: ۴۰۸).

آیت‌الله مکارم شیرازی: تغییر جنسیت ذاتاً خلاف شرع نیست ولی باید از مقدمات مشروع استفاده شود، یعنی نظربه عورت و لمس آن لازم نیاید مگر اینکه به حد ضرورت همچو ضرورت معالجه به طیب رسیده باشد که در این صورت جایز است» (مکارم شیرازی، رساله استفتانات، ج ۱: ۴۷۰).

آیت‌الله محمد علی اراکی: «آیا تغییر جنسیت با عمل جراحی جایز است؟ به این صورت که مرد واقعی با عمل جراحی زن گردد و بالعکس؟ در غیر صورت کشف واقع، با عمل جراحی تغییر جنسیت، واقعاً محل اشکال است» (اراکی، استفتانات: ۲۸۴).

آیت‌الله خوئی: «کسانی به وسیله جراحی اطبا این عصر تبدیل می‌کند مرد ذکر خود را به فرج انثی، و همچنین زن تبدیل می‌نماید فرج خود را به ذکر مردی، اگر فرضاً این امر برای شهوت باشد حکم او چیست و اگر غرض او یک امر ایجابی باشد، مثلاً به وسیله این عمل عقم او شفا می‌یابد و برای حب بقای نسل اقدام به چنین امری می‌کند؟ این عمل جراحی در نهایت اشکال است» (خوئی، استفتانات: ۳۸۶).

آیت الله نوری همدانی: «آیا کسی که جنسیتش محرز است به هر دلیل می‌تواند جنسیت خود را تغییر دهد؟ با نبودن زمینه خلقتی جایز نیست» (نوری همدانی، مجموعه استفتائات، ج ۲: ۲۸۶).

۳- نظریه مشورتی ۷/۶۷۹۱ (۱۴/۱۰/۱۳۶۶):

فردی که مشخصاً مرد یا زن است و دارای آلت تناسلی خود می‌باشد، تصمیم به تغییر جنسیت بگیرد و پزشکان امکان آن را تایید نمایند این امر در قوانین منع نشده است لیکن چون آثار حقوقی فراوانی دارد باید گفت در صورت تغییر جنسیت، این امر تأثیری در حقوق ثابت‌ه ندارد و آن‌ها را جز در مواردی از قبیل بطلان ازدواج و حلیت و حرمت تغییر نمی‌دهد. مثلاً اگر زنی بعد از انجام عمل جراحی مرد شود، گرچه ازدواج او از زمان تغییر جنسیت باطل می‌گردد، اما مهر او ساقط نمی‌شود و همچنین اگر مردی بعد از عمل جراحی، زن شود کماکان باید مهر زوجه‌اش را بپردازد هر چند ازدواج او از تاریخ تغییر جنسیت باطل است. همچنین اگر مادری پس از عمل جراحی تبدیل به مرد شود، ولایتی بر فرزندان نخواهد داشت و میزان ارثش نیز تغییر نخواهد کرد. (فتوای حضرت امام در مسائل ۱، ۳، ۶، ۷ از مسائل تغییر جنسیت در تحریر الوسیله، ج ۲: ۶۲۶-۶۲۸) در این مورد نیز بر جواز عمل جراحی و عدم تأثیر آن در حقوق مالی و ولایتی تحقق یافته از قبل دلالت دارد. (معاونت آموزشی قوه قضائیه، رویه قضایی ایران در ارتباط با مشاغل عمومی دادسرا، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷: ۱۷۲ و ۱۷۳).

منابع

- اوحدی، بهنام (۱۳۸۴): *نمایلات و رفتارهای جنسی انسان*، اصفهان، انتشارات صادق هدایت.
- اراکی، محمد علی (۱۳۷۳): *استفتائات*، قم، نشر الهادی.
- اردبیلی، محمد علی (۱۳۸۴): *حقوق جزای عمومی*، ج ۱، نشر میزان.
- اسکندری تریقان، محمدرضا (۱۳۸۷): *همجنس‌گرایی، ابهام جنسی یا ...؟*، شماره ۳۰، اندیشه جامعه.
- الماسی، نجاد علی (۱۳۶۸): *تعارض قوانین*، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
- باریکلو، علیرضا (۱۳۸۳): *آثار حقوقی تغییر جنسیت*، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۸، شماره ۳.
- بی‌آزار شیرازی، عبدالکریم (۱۳۶۵): *رساله نوین*، جلد ۳، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۵): *ترمینولوژی حقوق*، تهران، انتشارات گنج دانش.
- خامنه‌ای، سید علی (۱۳۸۰): *رساله اجوبه الاستفتائات*، تهران، نشر الهدی.
- خرازی، سید محسن (۱۴۲۰ق): *تغییر الجنسیه*، فقه اهل بیت، عربی، سال ۴، ش ۱۳.
- _____ (۱۳۷۹): *تغییر جنسیت*، فقه اهل بیت، فارسی، سال ۶، ش ۲۳.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۱): *استفتائات*، قم، موسسه احیاء آثار امام خوئی.
- خوانساری، محمد (۱۳۸۲): *منطق*، تهران، اداره کل چاپ و توزیع.
- دیانی، عبدالرسول (۱۳۸۰): *حقوق اخلاق پزشکی و اصلاح جنسیت*، دادرسی، ش ۲۹، س، آذر و دی.
- صدر، سید محمد (۱۹۹۶): *ماوراء الفقه*، ج ۶، بیروت، دارالاضواء.
- طیرانی (۱۳۸۶۹): *اختلال هویت جنسی از دیدگاه صاحب نظران*، روزنامه قدس، شماره ۵۴۴۷.

- قضایی، صمد (۱۳۷۳): *پژشکی قانونی*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- قرضاوی، یوسف (۱۴۰۹): *الحلال و الحرام فی الاسلام*، تهران، سازمان تبلیغات اسلامی.
- کریمی نیا، محمدمهدی (۱۳۸۹): *تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار.
- کلانتری، کیومرث (۱۳۷۴): *اصل قانونی بودن جرم و مجازات*، انتشارات دانشگاه مازندران.
- گودرزی، فرامرز (۱۳۷۰): *پژشکی قانونی*، تهران، انتشارات انیشتین.
- لطفی، اسدالله (۱۳۸۵): *ترجمه مباحث حقوقی شرح لمعه*، تهران، انتشارات مجد.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۶): *بررسی فقهی حقوقی تغییر جنسیت با رویکردی بر نظر امام خمینی*، پژوهشنامه متین، شماره ۳۶.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۰۸): *تحریر الوسیله*، جلد ۲، قم، انتشارات اسماعیلیان.
- منتظری، حسین علی (۱۳۸۳): *رساله استفتائات*، جلد ۲، قم، انتشارات سایه.
- _____ (۱۴۱۷): *دراسات فی المکاسب الحرام*، جلد ۲، قم، مکتبه منتظری.
- مدنی تبریزی، سید یوسف (۱۴۲۰): *المسائل المستحدثه*، جلد ۱، قم، انتشارات مشرقین.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (بی تا): *شرایع الاسلام*، ج ۴، طهران، انتشارات استقلال.
- محمد کنعانی، احمد (۱۴۰۲): *الموسوعه الطیبه الفقهیه*، دارالنفاس، بیروت ۱۴۰۲ ق
- مهرابی، فریدون (۱۳۷۴): *بررسی برخی از ویژگی‌های تبدیل خواهی جنسی در بیماران ایرانی*، فصلنامه اندیشه و رفتار، شماره ۳، سال ۲.

- مومن، محمد (۱۳۷۵)؛ *سخنی درباره تغییر جنسیت*، فقه اهل بیت، فارسی، ش ۷، سال ۲.
- معاونت آموزش قوه قضائیه (۱۳۷۸)؛ *رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه خانواده*، ج ۱، تهران، انتشارات جنگل.
- معاونت آموزش قوه قضائیه (۱۳۸۷)؛ *رویه قضایی ایران در ارتباط با مشاغل عمومی*، *دوسر*، تهران، انتشارات جنگل.
- مکی العاملی، محمد بن جمال الدین (بی تا)؛ *اللمعه الدمشقیه*، جلد ۲، قم، انتشارات دارالفکر.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۹)؛ *رساله استفتائات*، تهیه و تنظیم: ابوالقاسم علیان نژادی، قم، مدرسه الامام امیرالمومنین.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۸۵)؛ *جواهرالکلام*، دارالکتب الاسلامیه، ج ۴۱، تهران، بی نا.
- نوری همدانی، حسین (۱۳۸۳)؛ *مجموعه استفتائات*، قم، انتشارات مهدی موعود.
- یوشی زاده، مریم (۱۳۸۷)؛ *سرگردان روی موز جنسیت*، روزنامه جام جم (۲۳ خرداد ۱۳۸۷).