

Challenges of Bisexual and Transsexual Disorders in Sexual and Gender-Based Offences

Fereidoun Amirabadi Farahani¹, Mahmoud Qayyoumzadeh^{2}*

1. Ph.D Student in Criminal Law and Criminology, Department of Law, Saveh Branch, Islamic Azad University, Saveh, Iran
2. Professor, Department of Law, Saveh Branch, Islamic Azad University, Saveh, Iran

(Received: March 9, 2019; Accepted: November 13, 2019)

Abstract

Nowadays, the process of matching criminal law according to the circumstances of the offender has been of great importance; in fact, to operationalize the strategy of the deterrence of offences, it is necessary to equip the criminal law in proportion to the status of the offender. In this regard, the commission of some criminal offences that is the sexual and gender-based crimes by bisexual and transgender persons who have sexual identity disorder, is at the forefront of one of the most important challenges facing the world's criminal policy-makers. Therefore, taking an appropriate and effective criminal policy necessitates that the physical and mental condition of individuals whose sexuality and gender play the essential role in the specified crimes are taken into consideration. With an investigation into this paper, it is clarified that the activists of the Iranian judicial system have chosen to take a passive strategy against the perpetrators of sexual and gender-based crimes without identifying their bisexual and transsexual disorders. Therefore, there is a serious challenge to the bisexual and transsexual individuals considering the generalization of the attributes the offenders of these crimes to these individual. Thus, this study seeks to analyze and resolve the challenges facing bisexuals and transsexuals as perpetrators of sexual and gender-related offences and related punishments.

Keywords: Sexual Identity, Neuter, Bisexual Disorder, Transsexual Disorder, Sexual and Gender-Based Offences.

*Corresponding Author: maarefteacher@yahoo.com

پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۶، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۹
صفحات ۸۵۳-۸۲۷ (مقاله پژوهشی)

چالش‌های ناظر بر اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی در جرایم جنسی و

جنسیت‌مدار

فریدون امیرآبادی فراهانی^{۱*}، محمود قیوم‌زاده^{۲*}

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه حقوق، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران

۲. استاد و عضو هیأت علمی گروه حقوق، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۲/۱۸؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۸/۲۲)

چکیده

امروزه فرایند تناسب‌سازی حقوق کیفری متناظر با اوضاع مرتکب بزه از اهمیت وافری برخوردار شده است؛ در واقع، به‌منظور عملیاتی شدن رهیافت بازدارندگی از بزه‌کاری، ضروری است که حقوق کیفری در تناسب با وضع مجرم تجهیز و تمهید شود. در این مسیر، ارتکاب برخی از مصداق‌های بزه‌کاری یعنی جرایم جنسی و جنسیت‌مدار از ناحیه افراد دوجنسی و تراجنسی که اختلال هویت جنسی دارند، در لوای یکی از چالش‌های مهم، فراروی سیاستگذاران کیفری دنیا قرار گرفته است. بدین‌سان، اتخاذ یک سیاست کیفری متناسب و کارا ایجاب می‌کند که اوضاع جسمی و روانی افراد موصوف، در جرایمی که جنس و جنسیت مرتکب، رکن اساسی را در تکوین آنها ایفا می‌کند، مورد نظر واقع شود. با کاوشی که در این نوشتار انجام گرفت، تبیین شد که کنشگران نظام کیفری ایران، با عدم شناسایی اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی، موضع منفعلی را در قبال افراد یادشده در مقام ارتکاب جرایم جنسی و جنسیت‌مدار برگزیده‌اند. به این‌صورت، در خصوص تسری وصف مرتکبان جرایم مزبور به افراد دوجنسی و تراجنسی، چالش اساسی وجود دارد. با این مراتب، طی جستار حاضر تلاش می‌شود که با تحلیل مصداق‌های جرایم جنسی و جنسیت‌مدار، چالش‌هایی که در مسیر ارتکاب جرایم موصوف توسط افراد دوجنسی و تراجنسی وجود دارد، مشمول واکاوی و چاره‌اندیشی قرار گیرد.

واژگان کلیدی

اختلال تراجنسی، اختلال دوجنسی، جرایم جنسی و جنسیت‌مدار، خنثی، هویت جنسی.

مقدمه

اختلال‌های دوجنسی^۱ و تراجنسی^۲ در ردیف اختلال‌هایی قلمداد می‌شوند که از دیرباز تاکنون، پاره‌ای از افراد هر جامعه را درگیر خود کرده‌اند (Halberstam, 2018 : 8). اگرچه اختلال‌های موصوف هر دو در جنس^۳ و جنسیت^۴ فرد ریشه دارد، ولی از یکدیگر متمایزند؛ بدین‌سان، اختلال دوجنسی به‌نوعی نارسایی در دستگاه تناسلی فرد منصرف می‌شود که طی آن، فرد به‌صورت توأمان از اندام‌های جنسی مردانه و زنانه برخوردار است. در سوی مقابل، اختلال تراجنسی افرادی را زیرمجموعه خود قرار می‌دهد که اگرچه از اندام جنسی واحدی (اعم از مردانه یا زنانه) برخوردار هستند و از این حیث اختلالی در مورد آنها ملاحظه نمی‌شود، به‌لحاظ روانی، ایشان خود را متعلق به جنس مخالف با جنس ناشی از تولد می‌انگارند. افراد دارای اختلال دوجنسی و تراجنسی نیز به‌مثابه دیگر افراد جامعه، امکان ارتکاب بزهکاری را می‌یابند؛ با وجود این، آنچه در مورد ایشان در لوای چالش مهمی مطرح می‌شود، ارتکاب آن دسته از مصداق‌های بزهکاری است که بر پایه جنس و جنسیت مرتکب استوار شده‌اند. در واقع، از آنجا که در جرایم جنسی و جنسیت‌مدار،^۵ جنس و جنسیت مرتکب نقش اساسی را ایفا می‌کند، واکاوی در مورد این مسئله که افراد دارای اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی در صورت ارتکاب جرایم مزبور، بر مبنای چه جنس و جنسیتی مورد پیگرد و مؤاخذه قرار می‌گیرند، از اهمیت بسزایی برخوردار می‌شود. علاوه بر آن، باید به این نکته نیز اتمام شود که اختلال‌های مزبور به‌عنوان عاملی کنشی در تعیین ضمانت اجراهای کیفری عمل می‌کنند یا اینکه چنین اختلال‌هایی، در این سنخ ضمانت اجراها تأثیری ندارد. به‌عبارت روشن‌تر، پرسشی که در اینجا فراروی مخاطب قرار می‌گیرد، به آن موضوع منصرف می‌شود که در مقررات کیفری

-
1. Bisexual disorder.
 2. Transsexual disorder.
 3. Sex.
 4. Gender.
 5. Sex and gender based- offences.

کنونی، صاحبان اختلال‌های دوجنسی یا تراجنسی، در مقام ارتکاب جرایم جنسی و جنسیت‌مدار چه وضعی پیدا می‌کنند؟ افزون بر آن، وجود چنین اختلال‌هایی در فرد مرتکب، چه اثری را بر ضمانتنامه کیفری مربوط می‌گذارد؟ در مقام پاسخ گفتنی است که چون در عرصه قانون‌های کیفری موجود، جرایم جنسی و جنسیت‌مدار بر مبنای جنس و جنسیت مردانه و زنانه تعریف شده‌اند، بنابراین در صورت ارتکاب این سنخ از بزهکاری از ناحیه افراد متصّف به اختلال‌های پیش‌گفته، چالشی اساسی در انتساب بزه به ایشان پدید می‌آید. در این مسیر، با نگاهی به مقررات کیفری مشاهده می‌شود که اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی در جرایم جنسی و جنسیت‌مدار و ضمانت‌اجراهای آن در کانون توجه قرار نگرفته است؛ با این ترتیب، مشخص نیست در جرایمی که وصف مرتکبان آن به‌عنوان زن و مرد در نظر گرفته شده و جنس و جنسیت مرتکب، رفتار مادی و تکوین جرم را در پی دارد، چنانچه افراد دوجنسی یا تراجنسی به چنین اعمالی دست زنند، تکلیف چه خواهد بود. عدم تبیین این مسئله از سوی قانونگذار به آن منجر شده است که باب برداشت‌ها و استنباط‌های متنوع باز شود که این موضوع علاوه بر آنکه در تنافی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌هاست، از کیفیت و اعتبار مقررات کیفری نیز می‌کاهد؛ چرا که در ترسیم متون کیفری، رفتارهای بزهکارانه باید با جزئیات کامل، از جمله تعیین وصف مرتکبان جرم [در جرایم جنسی و جنسیت‌مدار] ترسیم شود و در کنار آن، قانون‌ها از چنان صراحتی برخوردار باشند که آحاد جامعه بتوانند از آثار و عواقب اعمال ارتكابی خود، آگاهی کسب کنند که این‌ها در مجموع شاید به‌عنوان عاملی کنشی در ارتقای کیفیت مقررات کیفری قلمداد شود.

بنابراین طی جستار حاضر ابتدا به تبیین و توصیف اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی مبادرت می‌شود و البته مرزبندی شفاف‌تری از چنین اختلال‌هایی نیز در دستور کار قرار می‌گیرد. سپس با توسل به بینش کسب‌شده، بررسی و تحلیل تأثیر هر یک از اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی نسبت به مصداق‌های جرایم جنسی و جنسیت‌مدار به‌نحو جداگانه در اولویت قرار می‌گیرد.

مفهوم‌شناسی

در فراز پیش‌رو با الگوبرداری از ساختار ناظر بر یک پژوهش علمی و ضابطه‌مند، به توصیف و تشریح مفاهیم اصلی مرتبط با مورد تحقیق مبادرت می‌شود؛ بدین‌سان، ابتدا هر یک از اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی، به شکل جداگانه مشمول تعریف قرار خواهند گرفت و متعاقب بر آن، تبیین مرزبندی اختلال‌های موصوف از یکدیگر در دستور کار قرار می‌گیرد.

با این‌مراتب، پیش از پرداختن به تعریف اختلال‌های یادشده لازم است که تبیینی راجع به جنس مرد و زن صورت گیرد؛ جنس نرینه از انسان را مرد می‌نامند (معین، ۱۳۸۶: ۱۶۸۴). دستگاه تناسلی مردان شامل بیضه‌ها، اپیدیدیم، مجاری دفران (منی‌بر)، مجاری انزالی، آلت (پنیس)، کیسه‌های منی، پروستات و غدد کوپر است (اسماعیل فلزی، ۱۳۸۴: ۷). جنس مادینه انسان را زن می‌نامند (معین، ۱۳۸۶: ۷۸۸). دستگاه تناسلی زنان دارای دو قسمت خارجی و داخلی است، اعضای تناسلی داخلی که درون لگن قرار دارند، عبارتند از تخمدان‌ها، لوله‌های رحم و واژن یا مهبل. اعضای تناسلی خارجی زیر قوس پوییس لگن قرار دارند و عبارتند از مونس پوییس (جبل‌عانه) یا برآمدگی ناشی از وجود چربی و نسج زیرجلدی در قسمت بالای فرج، لب‌های بزرگ و کوچک، کلیتوریس، بولب، سستیول و غدد وستبولار. (اسماعیل فلزی، ۱۳۸۴: ۱۵).

اختلال دوجنسی

در میان انسان‌ها علاوه بر مرد و زن، افراد دیگری نیز وجود دارند که هم از اندام زنانه برخوردار هستند و هم از اندام مردانه. به این‌سنخ از افراد، دوجنسی یا خنثی اطلاق می‌شود (سامانی، ۱۳۹۲: ۶). خنثی واژه‌ای عربی است و به فردی اطلاق می‌شود که از آلت نری و فرج برخوردار باشد (معلوف، ۱۳۸۲: ۵۱۱). به سخن دیگر، خنثی کسی است که آلت زن و مرد، هر دو را داراست (حلی، ۱۳۷۳: ۱۴۹). اختلال دوجنسی آن دسته از افرادی را دربر می‌گیرد که تمایلات احساسی و جنسی هر دو جنس زن و مرد را دارند؛ با وجود این، اگرچه شاید برخی از افراد رفتارهای دوجنسی را بروز دهند، در زمره افراد دارای

اختلال دوجنسی قرار نمی‌گیرند (Jones, 2014: vii). مطابق تعریفی که زیگموند فروید^۱ از دوجنسی‌ها به کار می‌برد، اینان افرادی هستند که این توانایی را دارند که از طریق اندام جنسی مردانه و زنانه، هر دو کامجویی کنند. (De Cecco, 1984: 67). بدین‌شکل، افراد دارای اختلال دوجنسی را به‌لحاظ اندام جنسی دوگانه‌ای که دارند، نمی‌توان در گروه مردان یا زنان جای داد؛ بلکه باید ایشان را در طبقه جنسی جداگانه‌ای در نظر گرفت. کما اینکه در برخی از جوامع از جمله هند، جنس سوم^۲ به‌طور رسمی شناسایی شده است (Currah, 2006: 53). این موضوع در مقررات استرالیا و بنگلادش نیز چشم می‌خورد. (Davis, 2018: 46)

اختلال تراجنسی

اصطلاح تراجنسی در مورد فردی به کار برده می‌شود که اگرچه از نظر اندام‌های جنسی متعلق به یکی از گروه جنسی زنان یا مردان است، او خود چنین باوری ندارد که متعلق به آن گروه جنسی است که اندام تناسلی آنها را دارد (Aryal, 2014: 523). به سخن دیگر، تراجنسی یا ختشی روانی به افرادی اطلاق می‌شود که از نظر جسمی و بدنی دارای علائم یکی از دو جنس مذکر یا مؤنث هستند، ولی از لحاظ روانی تمایلات جنسی جنسیت مذکور را ندارند؛ بلکه تمایلات جنسی جنس مخالف خود را دارند (باریکلو، ۱۳۸۲: ۷۶). بدین‌سان باید متذکر شد که چنین فرد یا افرادی، اختلال هویت جنسیتی^۳ خواهند داشت (Barrett, 2007: 116). افراد دارای اختلال تراجنسی به اختصار ترنس^۴ نامیده می‌شوند (Knight, 2016: 29). در این خصوص، مرد ترنس^۵ اگرچه اعتقاد و رفتاری دایر بر مرد بودن انجام می‌دهد، اما از منظر جنسی، زن به حساب می‌آید. همچنین در مورد زن ترنس^۶ نیز وی از منظر اندام جنسی، مرد به حساب می‌آید، اما وی باور به زن بودن خود دارد و

1. Sigmund Freud.
2. Third sex.
3. Gender identity disorder.
4. Trans.
5. Trans Man.
6. Trans woman.

رفتار و کرداری همسو با آن نیز منعکس می‌کند (Duffy, 2014: 81) بدین شکل، فرد ترنس، هویت خود را متفاوت با جنس ظاهرش می‌بیند و در عین حال، جسم وی کاملاً سالم است (گشتاسبی اصل، ۱۳۸۹: ۵). با این وصف، اختلال تراجنسی به افرادی منصرف می‌شود که هویت خود را در جنس مخالف خود می‌بینند و در جست‌وجوی راهی برای انتقال به جنس مخالف خود هستند (LeVay, 2006: 478). وجود چنین اختلالی در افراد، هزینه‌های سلامت روان^۱ را در هر جامعه‌ای ارتقا می‌دهد (D, 2014: 14). از آنجا که افراد دارای اختلال تراجنسی از اندام جنسی یگانه‌ای برخوردارند، از لحاظ طبقه جنسی در عداد مردان یا زنان جای می‌گیرند؛ با وجود این، از منظر روانی، ایشان خود را در طبقه جنسی مخالف با آنچه در واقع هستند، می‌پندارند. محل چالش اینجاست که در تعیین جنس افراد مزبور، باید به اندام جنسی ایشان مراجعه کرد یا به اعمال و کردار و اعتقاد آنان. به هر شکل، آنچه مهم جلوه می‌کند، آن است که رفتار افراد ترنس محصول باور و اعتقاد ایشان به تعلق به جنس مخالف با خود است. پس اگر تجلی اراده بر اساس بعد فکری و باور افراد مد نظر باشد، افراد ترنس به‌خاطر اختلالی که دارند، در طبقه جنسی مخالف با آنچه هستند، جای می‌گیرند. همچنین در این زمینه گفته شده است، در جایی که به دلایل روانی، بین روح انسانی و جسم همخوانی وجود نداشته باشد، باید جسم را با روح که در انسان دارای اصالت است، تطبیق داد (روشن و صادقی، ۱۳۹۵: ۲۸۹).

تمییز اختلال دوجنسی از تراجنسی

افراد دوجنسی، اندام جنسی یگانه‌ای ندارند، بلکه هر دو اندام جنسی مردانه و زنانه را به‌صورت کم‌وبیش دارند، منتها در سوی مخالف، افراد تراجنسی از اندام جنسی واحدی متمتع هستند؛ به این صورت که یا دستگاه تناسلی مردانه یا دستگاه تناسلی زنانه خواهند داشت؛ با این حال خود را متعلق به جنس و جنسیت مخالف با تولد خود می‌انگارند. البته باید به این موضوع توجه داشت که اختلال دوجنسی نیز به‌مثابه اختلال تراجنسی در طبقه

1. Mental health costs.

اختلال‌های روانی^۱ جای می‌گیرد (Buckner, 2007: 43). چرا که دوجنسی بودن هم منتج به اختلال در هویت جنسی^۲ فرد می‌شود (Fox, 2004: 144).

اثرسنجی اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی بر ماهیت جرایم جنسی و جنسیت‌مدار

در این فراز از پژوهش به این موضوع پرداخته خواهد شد که وجود اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی در مرتکب جرایم جنسی و جنسیت‌مدار، چه آثاری را در پی دارد؛ به این صورت که جرایم مزبور به‌واسطهٔ تحقق اختلال‌های موصوف ماهیت دیگری را یافته یا اینکه تغییری پیدا نمی‌کنند. با این ترتیب، در ابتدا به بررسی تأثیر اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی بر بزه زنا پرداخته خواهد شد.

زنا

زنا به‌عنوان یکی از جرایمی که مجازات حدی دارد، در نظام کیفری ایران مورد نظر قرار گرفته است. بنا به تعریفی که قانونگذار در مادهٔ ۲۲۱ قانون مجازات اسلامی ذکر می‌کند: «زنا عبارت است از جماع مرد و زنی که علقهٔ زوجیت بین آنها نبوده و از موارد وطی به شبهه نیز نباشد...». منظور از جماع، وارد شدن آلت تناسلی مرد در آلت تناسلی زنی بوده که اصالتاً بر او حرام است. در این زمینه، تفاوتی بین جلو و عقب زن وجود ندارد (خویی، ۱۳۹۳: ۲۳ و ۲۴). با این وصف، تأثیر هر یک از اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی در بزه زنا واکاوی می‌شود.

۱. اختلال دوجنسی

افرادی که دارای اختلال دوجنسی هستند، از دیدگاه دستگاه تناسلی، هم اندام جنسی مردانه و هم زنانه را دارند، بنابراین باید بررسی شود که در جرمی مثل زنا که لزوماً مرتکبان آن زن و مرد هستند، افراد دارای اختلال دوجنسی چه وضعی را پیدا می‌کنند. بدین‌سان، در اینجا پرسش اصلی آن است که افرادی که مبتلا به اختلال دوجنسی هستند، می‌توانند

1. Mental disorders.

2. Sex identity disorder.

مرتکب زنا شوند یا خیر. در پاسخ به پرسش مطروح باید گفت که آنچه در تعریف زنا به موجب ماده ۲۲۱ قانون مجازات اسلامی موضوعیت پیدا می‌کند، همانا دخول آلت تناسلی مرد در قُبُل یا دُبُر زن به اندازه ختنه‌گاه است؛ به این صورت، از آنجا که در افراد دارای اختلال دوجنسی، دستگاه تناسلی امتزاجی از اندام جنسی مردانه و زنانه است، ایشان نیز امکان تحقق رفتار زنا را می‌یابند، منتها با توجه به تصریح قانونگذار در مورد وصف مرتکبان جرم زنا که زن و مرد است، افراد دوجنسی که تعلق به جنس مردانه و زنانه ندارند، از شمول تعریف زنا خارج خواهند شد. افزون بر آن، از منظر فقهی، چنانچه خنثی، آلت تناسلی خود را به اندازه حشفه داخل فرج زنی کند، زنا محقق نمی‌شود؛ زیرا احتمال آن است که آنچه در فرج زن داخل شده است، عضو زائد باشد نه آلت مردانه (شهید ثانی، ۱۳۷۹: ۱۹). به سخن دیگر، در مورد آلت و فرج فرد خنثی، از آنجا که معلوم نیست آلت و فرج او حقیقی باشد یا زائد، بنابراین اعمال فرد مزبور از شمول حد زنا خارج می‌شود (نجفی، ۱۳۹۱: ۲۵ و ۲۶). بنابراین زنا با دخول آلت غیراصلی فرد خنثی محقق نمی‌شود (خمینی، ۱۳۹۲: ۵۸۵).

با این مراتب آنچه در این زمینه باید اهتمام داشت آن است که فرد دارای اختلال دوجنسی، این امکان را دارد که رفتار زنا را چه در مقام زانی و چه زانیه انجام دهد، بدین شکل، اینکه ایشان به دلیل عدم شمول وصف مرتکب جرم، به عنوان جرم زنا مورد پیگرد قرار نگیرند، با چالش مواجه می‌شود. مقابله کیفری با رفتار یادشده ایجاب می‌کند تا اگرچه از لحاظ فقهی امکان جاری شدن حد زنا بر خنثی وجود ندارد، از منظر قانونی مجازات خفیف‌تری با لحاظ شناسایی اعمال افراد دوجنسی لحاظ شود.

۲. اختلال تراجنسی

با التفات به اینکه افراد ترنس تنها از منظر روانی، اعتقاد به وابستگی به جنس و جنسیت مخالف با جنس بیولوژیکی خود دارند، بنابراین باید بررسی کرد تا معین شود که انجام دادن بزه زنا از ناحیه ایشان، چه وضعی پیدا می‌کند. برای اشراف به ابعاد این مسئله، فروض ذیل طرح می‌شود:

الف) زن ترنس: در این زمینه با اینکه فرد تراجنسی دارای آلت تناسلی مردانه است، اما وی خود را در لوای یک زن می‌انگارد. در اینجا با توجه به تعریف زنا، می‌توان گفت که فرد تراجنسی که از آلت تناسلی مردانه برخوردار است، چنانچه با زنی جماع کند، زنا محقق شده است؛ زیرا آنچه در تحقق جرم زنا موضوعیت پیدا می‌کند، انجام دادن رکن مادی آن خواهد بود که عبارت است از دخول آلت تناسلی مرد در قُبُل یا دُبُر زن به‌اندازه ختنه‌گاه و نه احساس و تعلقات روانی مربوط به مرتکب جرم؛

ب) مرد ترنس: در این صورت، فرد دارای اختلال تراجنسی اگرچه رفتار و کرداری مردانه دارد، از اندام تناسلی زنانه برخوردار است. در اینجا نیز چنانچه آلت تناسلی مردانه در قبل یا دبر این فرد آن هم به‌اندازه ختنه‌گاه داخل شود، جرم زنا پدید خواهد آمد و از این حیث، هیچ تفاوتی نمی‌کند که زانیه در زمره افرادی بوده که از اختلال تراجنسی رنج می‌برده است یا خیر.

با این اوصاف، اگرچه تعریف قانونگذار از زنا منطبق بر اعمال افراد تراجنسی قرار می‌گیرد، این موضوع را نیز باید مشمول توجه قرار داد که افراد مزبور از منظر روانی، اعتقادی به عملکرد در مقام آنچه جنس بیولوژیکی ایشان اقتضا می‌کند، ندارند. بدین‌سان، با عنایت به اختلال مزبور، بعید است که مرد ترنس که از آلت تناسلی زنانه برخوردار است، با مرد دیگری مرتکب زنا شود. به این ترتیب، فرض اکراه را باید در خصوص افراد ترنس، بیشتر بررسی کرد.

لواط

یکی دیگر از رفتارهای مجرمانه‌ای که در آن جنس و جنسیت مد نظر قرار گرفته‌اند، لواط^۱ است؛ لواط به کسر لام عبارت است از بهره‌گیری جنسی مرد از مرد هرچند که دخول انجام نگیرد (یزدی، ۱۳۸۲: ۶۸). در مقام تبیین رفتار مزبور گفتنی خواهد بود که لواط اعم

1. Sodomy.

است از ایقاب (همراه با دخول) و تفخیز (بدون دخول) (حلی، ۱۳۷۴: ۱۸۶۲). با این حال، قانونگذار در قانون مجازات اسلامی، لواط و تفخیز را دو بزه مستقل از هم انگاشته و بنابراین لواط را منصرف به دخول دانسته است و در جایی که دخول صورت نپذیرد، بزه انجام گرفته به عنوان تفخیز مد نظر واقع شده است. در این زمینه و بنا به ماده ۲۳۳ قانون مجازات اسلامی: «لواط عبارت از دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه‌گاه در دبر انسان مذکر است». بعد از آشنایی با بزه لواط، نوبت آن است که مشخص شود اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی، بر این رفتار بزهکارانه اثری پدید می‌آورد یا خیر.

۱. اختلال دوجنسی

با التفات به این موضوع که افراد دوجنسی از اندام جنسی مردانه و زنانه برخوردار هستند، باید دید ایشان می‌توانند به عنوان فاعل یا مفعول جرم لواط قرار گیرند یا خیر. با لحاظ تصریح قانونگذار، «دخول آلت تناسلی مرد در دبر فردی مذکر» که نسبت به فاعل لواط در نظر گرفته شده است، باید گفت در اینجا با عنایت به آنکه فرد دوجنسی به گروه جنسی مردان تعلق ندارد، بنابراین نمی‌تواند به عنوان فاعل لواط محسوب شود؛ هرچند با آلت تناسلی مردانه خود به لواط مبادرت کند. شاید بیان شود که طبق گفته قانونگذار، می‌توان فرد دوجنسی را که از آلت تناسلی مردانه برخوردار است، مشمول حکم مزبور قرار داد. اما در پاسخ باید گفت که وجود داشتن وصف «مرد» در کنار «آلت تناسلی» به آن منجر می‌شود که آلت تناسلی مردانه فرد خنثی از آن خارج شود. به علاوه، افراد دوجنسی نمی‌توانند مفعول جرم لواط نیز به حساب آیند؛ زیرا به موجب تعریف لواط، ایشان مذکر به حساب نمی‌آیند و بلکه متصف به عنوان دوجنسی هستند. در تعریف بزه لواط و آنچه به عنوان مفعول این رفتار بزهکارانه مد نظر قرار گرفته، دخول آلت تناسلی مرد (فاعل) در دبر فردی مذکر (مفعول) است، حال آنکه فرد دوجنسی، تک‌جنسی نیست و در نتیجه نمی‌توان او را مذکر یا مؤنث کامل به حساب آورد؛ بنابراین همان‌طور که دخول آلت تناسلی مردانه در دبر زن را نمی‌توان طبق موازین قانونی، لواط قلمداد کرد، پس دخول آلت تناسلی مردانه در دبر فرد دوجنسی را نیز، نباید لواط به حساب آورد.

از منظر فقهی نیز لواط ناظر بر وطی کردن مذکر قرار گرفته است (شهید ثانی، ۱۳۷۹: ۱۰۳ و ۱۰۴). بنابراین نزدیکی دو مرد با یکدیگر، لواط را تشکیل می‌دهد (طیبی جبلی و اطهری، ۱۳۹۳: ۱۲۲). بدین‌سان افراد خثی از شمول تعریف مزبور خارج می‌شوند. دلیل آن نیز در خصوص وطی‌کننده به مانند آنچه در مورد زنا بیان شد، تردید داشتن در مورد زائد یا اصلی بودن آلت فرد وطی‌کننده است. با وجود این، در مورد وطی‌شده (مفعول) نمی‌توان علت خاصی را تبیین کرد، جز آنکه بیان شود که لواط منصرف به افراد مذکر می‌شود، اعم از فاعل و مفعول.

۲. اختلال تراجنسی

آنچه در تحقق بزه لواط تأثیرگذار خواهد بود، دخول اندام جنسی مردانه در دبر فرد مذکر است و در نتیجه فرد ترنسی که از اندام جنسی مردانه برخوردار است، ولو آنکه به تعلق به جنس زنانه اعتقاد دارد، چنانچه آلت تناسلی خود را در دبر فرد مذکری داخل کند، فاعل لواط شناخته می‌شود. همچنین در جایی که فرد مزبور، اجازه دخول آلت تناسلی مردانه را به‌اندازه ختنه‌گاه در دبر خود می‌دهد، به‌عنوان مفعول جرم لواط، مستحق مجازات قرار می‌گیرد. همسو با نظر یادشده برخی از نویسندگان (قدسی و میرحسینی، ۱۳۹۵: ۱۲۸) بر این اعتقاد هستند که رابطه فرد ترنس (دارای آلت مردانه) با مرد دیگر، مشمول عنوان لواط می‌شود و این توجیه که فرد ترنس، خود را متعلق به جنس مخالف خود می‌داند، موجب خروج موضوع از عنوان لواط نخواهد شد.

با این‌حال، افراد ترنس به جنس و جنسیتی منطبق با جنس بیولوژیکی خود اعتقاد ندارند و به‌دنبال آن، کشش و تمایل‌های نفسانی اینان مطابق با جنس واقعی خود بروز پیدا نمی‌کند، پس این مورد که زن ترنس مرتکب بزه لواط شود، با اقتضای اختلال هویت جنسی اینان سازگاری نمی‌یابد. این موضوع در ارتباط با مفعول شدن اینان نیز صدق پیدا می‌کند. سخت است فرض این مسئله که زن ترنسی در مقام مفعول لواط قرار گیرد و در این اثنا، او اعتقاد به مذکر بودن خود داشته باشد، بلکه غلبه ذهن و روان او به سمت جنس مخالف یعنی زن بودن گرایش پیدا می‌کند.

تفخیزد

مقنن در قانون مجازات اسلامی با التزام به تعریف فقهی تفخیزد (خویی، ۱۳۹۳: ۷۸)، در ماده ۲۳۵ قانون مجازات اسلامی چنین مقرر کرده است: «تفخیزد عبارت از قرار دادن اندام تناسلی مرد بین ران‌ها یا نشیمنگاه انسان مذکر است. تبصره- دخول کمتر از ختنه‌گاه در حکم تفخیزد است». با این مرتبه، لازم است تا راجع به تأثیر هر یک از اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی نسبت به رفتار بزهکارانه مزبور، واکاوی صورت گیرد.

۱. اختلال دوجنسی

آنچه در تحقق رفتار بزهکارانه تفخیزد موضوعیت پیدا می‌کند، همانا قرار دادن آلت تناسلی مرد در بین ران‌ها یا نشیمنگاه انسان مذکر یا داخل کردن آلت تناسلی مرد در دبر فرد مذکر آن هم به اندازه کمتر از ختنه‌گاه است؛ با این وصف، از آنجایی که فرد دوجنسی در گروه جنسی مردان جای نمی‌گیرد، بنابراین نمی‌توان بر آن شد که ارتکاب جرم تفخیزد از سوی افراد دوجنسی قابل تحقق است. به این ترتیب در حال حاضر، با لحاظ ذکر عبارت «آلت تناسلی مرد»، نمی‌توان منظور قانونگذار را از مرد، به خنثی نیز تعمیم داد. افزون بر آن، از آنجایی که مقنن در تعریف مفعول بزه تفخیزد، تصریح به «انسان مذکر» داشته است، همچنین نمی‌توان فرد دوجنسی را به‌عنوان مفعول بزه موصوف نیز شناسایی کرد.

از دیدگاه فقهی نیز همسو با تعریفی که در مورد لواط (ایقاب) بیان شد، اذعان می‌شود که تفخیزد تنها منصرف به افراد مذکر می‌شود (شهید ثانی، ۱۳۷۹: ۱۰۹). بدین شکل، افراد خنثی از شمول آن خارج خواهند شد.

۲. اختلال تراجنسی

آن دسته از افراد تراجنسی که از اندام جنسی مردانه برخوردار هستند، این امکان را دارند که بتوانند رفتار مبین جرم تفخیزد را انجام دهند؛ بنابراین زن ترنس که دارای آلت تناسلی مردانه است، فارغ از آنکه اعمال و رفتار زنانه از خود نشان می‌دهد و خود را متعلق به جنس زنان می‌داند، چنانچه رفتار تشکیل‌دهنده بزه تفخیزد را انجام دهد، می‌تواند به‌عنوان فاعل یا مفعول جرم موصوف، مشمول مجازات قرار گیرد.

با وجود این، همان‌طور که در مورد لواط نیز بیان شد، فرض کردن آنکه دو زن ترنس، اعمال تفریح را با اعتقاد به مرد بودن خود انجام دهند، بعید جلوه می‌کند؛ زیرا این موضوع با اختلال هویت جنسی ایشان تطبیق پیدا نمی‌کند. در واقع، زن ترنس با وجود داشتن آلت جنسی مردانه، خود را به‌عنوان زن می‌انگارد و رفتار و کرداری همسو با اعتقادی که دارد انجام می‌دهد، در نتیجه، قصد انجام دادن رفتار تفریح به‌عنوان زن صورت می‌گیرد نه در لوای یک مرد. اینجاست که چالش مهمی پدید می‌آید؛ زیرا رفتار مادی بزه یادشده با اعتقاد به زن بودن شکل گرفته است. موضوعی که با منظور قانونگذار از مردانه بودن جرم مزبور فاصله دارد.

مساحقه

یکی از دیگر از جرایم جنسی که در قانون مجازات اسلامی به آن تصریح شده و مجازات حدی نیز دارد، مساحقه است. بنا به ماده ۲۳۸ قانون مجازات اسلامی: «مساحقه عبارت است از اینکه انسان مؤنث، اندام تناسلی خود را بر اندام تناسلی همجنس خود قرار دهد». بدین شکل، شرط تحقق مساحقه آن است که طرفین عمل مؤنث باشند (زاعت، ۱۳۹۳: ۳۱۹). پس از آشنایی با عنوان مجرمانه مساحقه، تأثیر اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی بر جرم مزبور، آن هم به شکل جداگانه، در دستور کار قرار می‌گیرد.

۱. اختلال دوجنسی

قانونگذار در تعریف بزه مساحقه به‌موجب آنچه در ماده ۲۳۸ قانون مجازات اسلامی آمده، از عبارت «انسان مؤنث» استفاده کرده است. بنابراین طبق تعریف موجود، در جایی که انسان مؤنث، اندام تناسلی خود را بر همجنس خود قرار می‌دهد، بزه مساحقه به‌منصه تکوین می‌رسد. با این وضع، چالشی که در انتساب بزه مساحقه به افراد دوجنسی دیده می‌شود، در گفتمان قانونگذار متجلی شده است؛ زیرا قانونگذار به‌جای آنکه مرتکبان بزه مساحقه را «افراد دارای اندام جنسی زنانه» معرفی کند که بر اساس آن، زنان و افراد دوجنسی نیز توأمان بتوانند در دایره شمول آن قرار گیرند، از عبارت «انسان مؤنث» بهره

گرفته است. در اینجا و با التفات به نص صریح قانونگذار، نمی‌توان بر آن شد که افراد دوجنسی می‌توانند در عداد مرتکبان جرم مساحقه قرار گیرند؛ زیرا ایشان در زمره افراد مؤنث نیستند.

از لحاظ فقهی نیز مساحقه به زنان منصرف می‌شود؛ در این زمینه، از پرداختن زنان به یکدیگر تصریح به عمل آمده است (نجفی، ۱۳۹۱: ۲۸۶). بنابراین افراد دوجنسی داخل در قلمرو حد مساحقه نیستند. همچنین بر اساس مبنایی که پیشتر در مورد زنا گفته شد، در خصوص زائد و اصلی بودن فرج فرد دوجنسی تردید وجود دارد.

۲. اختلال تراجنسی

چالشی که در ارتباط با افراد دوجنسی در مقام ارتکاب بزه تفخیز گفته شد، در خصوص افراد تراجنسی صدق پیدا نمی‌کند؛ چرا که ماهیت اختلال این افراد متمایز از یکدیگر است. پس در تسری عنوان مساحقه به آن دسته از افراد تراجنسی که از اندام جنسی زنانه برخوردارند، چالشی دیده نمی‌شود؛ زیرا آنچه در پیدایش جرم منظور، اساس قرار می‌گیرد، اندام بیولوژیکی است و نه تعلقات و باورهای ذهنی افراد. بنابراین افراد تراجنسی برخلاف افراد دوجنسی که نمی‌توان از منظر دستگاه تناسلی، آنها را در زمره مردان یا زنان قرار داد، یا مرد به حساب می‌آیند یا زن.

با این حال، انتقادی که به عملکرد قانونگذار وارد می‌آید، از جهت عدم اشراف به وضع مبتلایان به اختلال تراجنسی است؛ به واقع، تصور آنکه دو مرد ترنس، اعمال مساحقه را با تصور زنانگی از خود به انجام برسانند، سخت جلوه می‌کند؛ زیرا ایشان با وجود اندام جنسی زنانه، خود را در قالب جنس و جنسیت مردانه می‌انگارند. پس چطور ممکن است که برخلاف اعتقاد خود رفتار کنند و جرمی زنانه را مرتکب شوند. در اینجا بحث عدم تطبیق جرم با خودانگاره جنسی افراد مطرح می‌شود.

سایر اقسام همجنس‌بازی

افزون بر لواط، تفخیز و مساحقه، پاره‌ای دیگر از مصادیق همجنس‌بازی نیز در قانون

مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مشمول توجه و جرم‌انگاری قرار گرفته‌اند. در این زمینه، طبق ماده ۲۳۷ قانون مجازات اسلامی: «همجنسگرایی انسان مذکر در غیر از لواط و تفریح از قبیل تقبیل و ملامسه از روی شهوت، موجب سی‌ویک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش است.

تبصره ۱- حکم این ماده در مورد انسان مؤنث نیز جاری است...». به این ترتیب، طی مبحث آتی به بررسی تأثیر اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی نسبت به رفتار مجرمانه پیش‌گفته اقدام خواهد شد.

۱. اختلال دوجنسی

از آنجا که افراد دارای اختلال دوجنسی، انسان مذکر یا مؤنث به حساب نمی‌آیند، امکان تحقق بزه همجنس‌بازی در مورد این دسته از افراد منتفی می‌شود. در حقیقت، اگر قانونگذار به جای استفاده از عبارات «انسان مذکر» و «انسان مؤنث» از افرادی یاد می‌کرد که دارای اندام تناسلی مردانه یا زنانه هستند و بدین طریق، اقدام به همجنس‌بازی می‌کنند، این امکان مهیا بود که از افراد دوجنسی نیز، در لوای مرتکبان جرم موصوف نام برده شود؛ زیرا صاحبان اختلال مزبور، اگرچه به‌عنوان یک انسان مؤنث یا مذکر به حساب نمی‌آیند، از اندام تناسلی مردانه و زنانه به‌صورت توأمان برخوردار هستند. با این ترتیب، تکلیف افراد خنثی در مقام همجنس‌بازی (خنثی با خنثی) مشخص نشده است. با بررسی‌هایی که از منظر فقهی انجام گرفت، مشخص شد که مسئله مورد بحث به‌طور مصداقی بحث شده است؛ در این ارتباط و به‌طور نمونه، زیر یک لحاف بودن (تحت ازار واحد بودن) دو مرد یا دو زن اجنبی با هم، موجب تعزیر است. در اینجا، وصف مذکر و مؤنث بودن لحاظ شده است (شهید ثانی، ۱۳۷۹: ۱۱۳ و ۱۱۷). پس در اینجا نیز وصف مرتکب جرم بر مبنای مرد و زن بنیان نهاده شده است که به اعمال افراد خنثی تعمیم نمی‌یابد.

۲. اختلال تراجنسی

برخلاف افراد دوجنسی، افرادی که از اختلال تراجنسی رنج می‌برند می‌توانند مرتکب جرم

موضوع ماده ۲۳۷ قانون مجازات اسلامی بشوند و بنابراین چالش قانونی در مسیر انتساب رفتار بزهکارانه یادشده نسبت به ایشان موجود نیست. پس از آنجا که صاحبان اختلال تراجنسی، به لحاظ اندام تناسلی که از آن برخوردار هستند یا زن به حساب می‌آیند یا مرد، تردیدی در تبیین جنس بیولوژیک آنها وجود ندارد. همین عامل موجب می‌شود که بتوان آنها را در زمره مرتکبان جرم همجنس‌بازی به شرح موجود در ماده ۲۳۷ قانون مجازات اسلامی جای داد.

چالشی که در اینجا پیش می‌آید، آن است که ترنس‌ها خواه ترنس‌های مرد، خواه ترنس‌های زن به آنچه وانمود می‌کنند، معتقد هستند. بنابراین در جایی که دو زن ترنس اعمال مربوط به جرم همجنس‌بازی را انجام می‌دهند، بنا به اختلال هویتی که دارند، آن اعمال را به عنوان دو فرد از جنس زنان مرتکب می‌شوند و نه بر اساس جنس بیولوژیکی خود که تعلق به گروه مردان دارند. البته با عنایت به عدم تغییر مجازات همجنس‌بازی میان مردان و زنان، این اشکال چندان تغییری در سرنوشت مرتکب به بار نمی‌آورد، اما به هر حال، مستلزم مذاقه قانونگذار خواهد بود.

قوادی

قوادی یکی دیگر از مصداق‌های جرایم جنسی و جنسیت‌مدار قلمداد می‌شود. قوادی ناظر بر جمع کردن میان زنان و مردان و همچنین مردان و غلامان برای فجور است (طوسی، ۱۳۴۳: ۷۳۰). در این زمینه، برحسب ماده ۲۴۲ قانون مجازات اسلامی: «قوادی عبارت از به هم رساندن دو یا چند نفر برای زنا یا لواط است». نکته مهمی که در مورد کیفر حدی قوادی وجود دارد، آن است که مجازات مربوطه بر مبنای زن بودن یا مرد بودن مرتکب، از یکدیگر متمایز خواهد شد. در این زمینه ماده ۲۴۳ قانون مجازات اسلامی مرقوم داشته است: «حد قوادی برای مرد هفتادوپنج ضربه شلاق است و برای بار دوم، علاوه بر هفتادوپنج ضربه شلاق به عنوان حد، به تبعید تا یک سال نیز محکوم می‌شود که مدت آن را قاضی مشخص می‌کند و برای زن، فقط هفتادوپنج ضربه شلاق است».

با عنایت به تعریف قوادی به بررسی اثرگذاری اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی در مورد این رفتار بزهکارانه خواهیم پرداخت.

۱. اختلال دوجنسی

با لحاظ ماده ۲۴۲ قانون مجازات اسلامی و این مهم که در مورد مرتکب قوادی وصف خاصی تصریح نشده است، در عمل امکان ارتکاب بزه یادشده از سوی افراد دوجنسی نیز متصور است. منتها در ماده ۲۴۳ قانون مجازات اسلامی، معلوم نکرده‌اند که فرد دوجنسی باید چه مجازاتی را متحمل شود؛ زیرا کیفری که در آن ماده قانونی ذکر شده، برای مردان و زنان است، حال آنکه افراد دوجنسی نه مرد به حساب می‌آیند و نه زن. این موضوع در زمره نارسایی‌های قانونگذاری به حساب می‌آید که نیاز است هرچه زودتر مشمول توجه و در نتیجه رفع شود.

چالش دیگری که پیش می‌آید، آن است که اگر کسی چند فرد دوجنسی را برای زنا یا لواط جمع کند، باز هم به‌عنوان قوادی مورد پیگرد قرار می‌گیرد یا خیر. در اینجا با لحاظ تعریف‌های زنا و لواط و وصف مرتکبان جرایم مزبور متذکر می‌شود که امکان تحقق زنا و لواط از سوی افراد دوجنسی تصریح نشده است، بنابراین از منظر قانونی، بر رفتار مرتکب، قوادی صدق نمی‌کند.

از لحاظ فقهی نیز حد قوادی بر جمع کردن دوجنسی‌ها برای زنا و لواط موضوعیت پیدا نمی‌کند؛ زیرا در تعریف قوادی به‌صراحت گفته شده است: «قیادت عبارت است از گرد آوردن مرد یا زن؛ بین زنان و مردان برای زنا یا بین مردان هرچند پسرپچه برای لواط» (نجفی، ۱۳۹۱: ۳۰۶). افزون بر آن، پیش‌تر نیز گفته شد، حد زنا و لواط به‌خاطر تردید در اصلی یا زائد بودن آلت و فرج فرد خنثی منتفی خواهد بود.

۲. اختلال تراجنسی

در صورتی که مرتکب قوادی در زمره افراد ترنس باشد، به‌لحاظ قانونی منعی برای تسری مجازات حدی به وی مشاهده نمی‌شود؛ بر این پایه، در جایی که مرتکب قوادی، زن ترنس باشد، برای بار نخست به ۷۵ ضربه شلاق و برای نوبت دوم به تبعید تا یک سال محکوم می‌شود. با وجود این، مرد ترنس تنها همان مقدار تازیانه را برای بار نخست و حتی تکرار

مجدد آن متحمل خواهد شد. همچنین در جایی که قواد، از افراد ترنس برای زنا یا لواط استفاده می‌کند، مبنای تحقق جرم دایر بر جنس بیولوژیکی صاحب اختلال ترنس احتساب می‌شود و نه جنس و جنسیتی که ایشان خود را متعلق به آن می‌انگارند.

رابطه نامشروع

جرم دیگری که باید در خصوص افراد برخوردار از اختلال دوجنسی یا تراجنسی بحث و بررسی شود، رابطه نامشروع است. در این زمینه طبق ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات: «هرگاه زن و مردی که بین آنها علقه زوجیت نباشد، مرتکب روابط نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا از قبیل تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تا نودونه ضربه محکوم خواهند شد و اگر عمل با عنف و اکراه باشد، فقط اکراه‌کننده تعزیر می‌شود». با التفات به عبارت «غیر از زنا» که در ماده مزبور آمده، رابطه نامشروع و اعمال منافی عفت ناظر به روابط جنسی بین زن و مرد است و نمی‌توان هر عملی را که حرام اخلاقی به حساب آید، مشمول ماده قانونی مذکور دانست. چنین عملی شاید در زمره مصادیق فعل حرام (ماده ۶۳۸ قانون تعزیرات)^۱ قلمداد شود (گلدوزیان، ۱۳۹۳: ۵۸۲). با وجود این و با نگاهی به رویکرد قضایی در دهه شصت و هفتاد و حتی اوایل دهه هشتاد شمسی باید متذکر شد، مصداق‌های رابطه نامشروع از هم متمایز و بر یک الگو استوار نبوده است (جوانمرد، ۱۳۹۵: ۴۱). با این مرتبه از آشنایی با جرم موضوع ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات لازم است که مشخص و بررسی شود که صاحبان اختلال دوجنسی و تراجنسی در مقام ارتکاب رفتار یادشده چه وضعی را می‌یابند.

۱. اختلال دوجنسی

قانونگذار در بزه روابط نامشروع موضوع ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات، به‌صراحت از وجود

۱. طبق ماده مرقوم: «هرکس علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید، علاوه بر کیفر عمل، به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم می‌گردد و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نمی‌باشد، ولی عفت عمومی را جریحه‌دار نماید، فقط به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد...».

رابطه نامشروع میان زن و مردی که میان آنها علقه ازدواج وجود ندارد، بحث کرده است. در واقع، مرتکبان بزه موصوف را تنها زن و مردی تشکیل می‌دهند که با یکدیگر پیوند ازدواج اعم از دائمی یا موقت ندارند. با لحاظ این مهم که مقنن به صراحت وصف مرتکبان جرم را، زن و مرد تبیین کرده است و از آنجایی که افراد دوجنسی در زمره مردان یا زنان قرار ندارند، نمی‌توان بر آن شد که افراد دوجنسی امکان تحقق بزه مورد بحث را می‌یابند. به این ترتیب، چنانچه فرد دوجنسی با زن یا مردی، اعمال موجود در ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات را مرتکب شود، نمی‌توان فرد دوجنسی و طرف دیگر را، به ارتکاب بزه موصوف محکوم کرد؛ زیرا در ماده منظور، مرتکبان جرم الزاماً زن و مرد هستند، در صورتی که فرد دوجنسی به خاطر اختلالی که دارد، نه در زمره زنان و نه در عداد مردان جای می‌گیرد.

۲. اختلال تراجنسی

به لحاظ قانونی، مشکلی در انتساب بزه رابطه نامشروع به افراد دارای اختلال تراجنسی وجود ندارد؛ بدین شکل، هرگاه زن ترنسی با زن دیگری به رابطه نامشروع اقدام کند، جرم موضوع ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات پدید می‌آید؛ چرا که زن ترنس از منظر اندام جنسی، در گروه مردان قرار می‌گیرد و طرف مقابل او نیز یک زن است. با وجود این، چالشی که در اینجا پیش می‌آید آن است که زن ترنس چنان یک زن در جامعه ظاهر شده است و در نتیجه، این احتمال تقویت می‌شود که کسی به مرد بودن او پی نبرد. از طرفی، فرد موصوف به دلیل آنکه خود را در جایگاه زنان قرار می‌دهد، می‌تواند به راحتی با زن‌های دیگر مراوده برقرار کند. در اینجا آیا این زن‌ها که شاید اصلاً از مرد بودن زن ترنس مطلع نباشند یا اینکه اگر از چنین موضوعی آگاهی دارند، او را به عنوان یک زن شناسایی کرده باشند، می‌توانند به عنوان مرتکب جرم رابطه نامشروع مد نظر واقع شوند. از منظر قانونی، مشکلی در انتساب بزه مزبور به ایشان وجود ندارد؛ چرا که قانونگذار از وصف مرد و زن به عنوان فاعلان جرم رابطه نامشروع نام برده است و این هم در مورد زن ترنس که از منظر جنسی، در طبقه مردان جای می‌گیرد و زن‌های دیگر صدق می‌یابد. با این ترتیب، از آنجا که انگاره زن ترنس و حتی رویکرد جامعه نسبت به هویت جنسیتی وی، بر زن بودن او تمرکز می‌یابد؛ بنابراین نیاز است که قانونگذار با اصلاح ماده ۶۳۷

قانون تعزیرات، افراد ترنس اعم از مرد ترنس و زن ترنس را از شمول مرتکبان موضوع جرم منظور خارج کند؛ زیرا مبنای جرم‌انگاری رابطه نامشروع، احتراز از پیدایش روابط خارج از چارچوب قانونی میان زن و مردی بیگانه است و نه میان افرادی که جنسیت خود را بر مبنای جنس مخالف خود ترسیم و بدین شکل با افراد همسو با جنسیت اعلامی خود، رابطه برقرار می‌کنند و افراد دیگر نیز به اعتبار تظاهر فرد به همین جنسیت، وارد رابطه با نامبرده می‌شوند.

نداشتن حجاب شرعی

یکی دیگر از جرایمی که جنس و جنسیت مرتکب در تحقق آن اساس قرار می‌گیرد، بزه نداشتن حجاب شرعی خواهد بود. منظور از حجاب شرعی زنان، پوشانیدن تمام بدن به غیر صورت و کفین است (بابالویی ۱۳۹۳: ۴۹۷). در این زمینه، تبصره ذیل ماده ۶۳۸ قانون تعزیرات، چنین مرقوم کرده است: «زنانی که بدون حجاب شرعی در معابر و انظار عمومی ظاهر شوند، به حبس از ده روز تا دو ماه و یا از پنجاه هزار تا پانصد هزار ریال جزای نقدی محکوم خواهند شد». بدین شکل، تأثیر هر یک از اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی نسبت به رفتار مجرمانه مزبور بررسی خواهد شد.

۱. اختلال دوجنسی

افراد دوجنسی ولو آنکه خصوصیات جنسی زنانه را بیش از اوصاف مردانه داشته باشند، در صورت نداشتن حجاب شرعی، مشمول ماده ۶۳۸ قانون تعزیرات قرار نمی‌گیرند؛ زیرا وصف مرتکب جرم در ماده قانونی مزبور، «زن بودن» است و نه «دوجنسی بودن». با این مرتبه لازم است که قانونگذار در خصوص افراد دوجنسی به‌ویژه آن دسته که تمایل بیشتری به زن بودن خود دارند، چاره‌ای ببیند و در رابطه با تسری یا عدم تسری ماده مزبور به این دسته از افراد نیز، به صراحت اظهار نظر کند.

از منظر فقهی رویه همسانی نسبت به حجاب افراد خنثی که غلبه‌ای از زنانگی یا مردانگی در آنها مشاهده نمی‌شود، وجود ندارد. در این ارتباط، برخی چون شهید ثانی بر پوشش افراد خنثی چنان زنان تأکید دارند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴۲۵) و عده‌ای چون صاحب

جوهر، چنین الزامی را تنها در حالت نماز قرار داده‌اند و در غیر آن، ستر را جایز ندانسته‌اند (نجفی، بی‌تا، ج ۳۱: ۲۹۲).

۲. اختلال تراجنسی

در ارتباط با صاحبان اختلال تراجنسی و جرم موضوع تبصره ذیل ماده ۶۳۸ قانون تعزیرات، موارد زیر شایان ذکر است:

الف) مرد ترنس: این فرد طبق قانون موظف است که نسبت به رعایت حجاب شرعی مبادرت ورزد؛ در غیر این صورت مرتکب بزه شده است با وجود آنکه رفتار و اعمال مردانه از خود نشان می‌دهد؛

ب) زن ترنس: با عنایت به اینکه فرد مزبور از منظر جنسی، مرد به حساب می‌آید، موظف به داشتن حجاب شرعی نیست. با وجود این، اعمال تبصره ذیل ماده ۶۳۸ قانون تعزیرات در مورد افراد ترنس با چالش‌های جدی همراه است. فرض کنید، یک زن ترنس که به مثابه زنان لباس پوشیده و اعضای جامعه نیز از دید ظاهری، او را به عنوان یک زن قلمداد می‌کنند، بدون حجاب در منظر عام دیده شود. در اینجا، اگرچه مطابق با ماده قانونی موصوف، فرد مزبور مرتکب بزه نبوده، اما نامبرده خود را به مثابه یک زن آراسته و تزئین کرده است. در این ارتباط، با مراجعه به آرای محاکم بعضاً دیده می‌شود که اعمال چنین فردی، در لوای مصداق جرم موضوع ماده ۶۳۹ قانون تعزیرات یعنی تشویق به فساد و فحشا در نظر گرفته شده است. با وجود این، چطور ممکن است فردی را که در نتیجه اختلال هویت جنسی در لوای مرتکب جرم به حساب آورد. مگر جز آن بوده که حقوق کیفری در راستای حراست از حقوق اساسی جامعه تأسیس شده است. آیا در اینجا، رفتار زن ترنس محصول اختلال هویتی نامبرده بوده است یا ناشی از اختیار کامل وی در انجام رفتار بزهکارانه. پاسخ روشن خواهد بود، زن ترنس تنها انعکاسی از اعتقاد و باور خود را به منصفه بروز رسانده است که این مهم با بزهکاری فاصله زیادی دارد. به این مناسبت، توصیه می‌شود که رویکرد قضایی با اشراف به اوضاع اختلال تراجنسی و مبتلایان به آن، از صدور احکامی که همسو با اهداف عالی حقوق کیفری نیست، احتراز کنند.

عدم تأدیة نفقه با استطاعت مالی

وجوب پرداخت نفقه در زمره مسلمات فقه و حقوق اسلامی است (کریمی‌نیا، ۱۳۹۱: ۱۴۵). در این زمینه، قانونگذار برای جلوگیری از امتناع زوج از پرداخت نفقه زوجه آن هم با وجود استطاعت مالی، مبادرت به جرم‌انگاری و ترسیم ضمانت اجرای کیفری کرده است. با این ترتیب، ماده ۵۳ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ مرقوم می‌دارد: «هر کس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیة نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع کند، به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود...». با این وصف، ضروری است که راجع به ارتکاب بزه ترک نفقه در خصوص افراد دارای اختلال دوجنسی و تراجنسی، بررسی و واکاوی صورت پذیرد.

۱. اختلال دوجنسی

مسئله تأدیة نفقه فرع بر ازدواج دائم (منقطع نیز مشروط به تصریح آن) است؛ بدین‌سان، در نظام حقوقی ایران، اختلاف دو جنس یعنی زن و مرد بودن زوجین، شرط صحت تحقق ازدواج است. ادامه رابطه زوجیت هم تنها با اختلاف در جنس زوجین، امکان‌پذیر خواهد بود (امامی، ۱۳۹۲: ۵۳۱). با این ترتیب، افراد دوجنسی که دارای اندام جنسی مردانه و زنانه هستند، از شمول احکام ازدواج از جمله نفقه خروج پیدا می‌کنند. از منظر فقهی نیز ازدواج خنثی که زنانگی و مردانگی او بر هم غلبه ندارد، حرام اعلام شده است (نجفی، بی‌تا، ج ۳۰: ۳۳۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۰۹).

۲. اختلال تراجنسی

اگر افراد تراجنسی متناسب با جنس بیولوژیکی خود ازدواج کنند، موظف هستند که آثار و تبعات ازدواج را نیز پذیرا باشند؛ بدین‌شکل، در زمره آثار عقد ازدواج دائم (منقطع نیز مشروط به تصریح آن) تعهد به پرداخت نفقه زوجه و البته در صورت فرزندآوری، التزام به تأدیة نفقه فرزندان است. بنابراین با فرض آنکه زن ترنسی با زنی به ازدواج مبادرت کند، مکلف است نفقه افرادی را که طبق قانون موظف به پرداخت آن است، تأدیه کند؛ وگرنه

مطابق ماده ۵۳ قانون حمایت از خانواده با وی رفتار می‌شود. به هر شکل، افراد ترنس با پذیرش مسئولیت ناشی از نهاد حقوقی چون ازدواج، به پرداخت نفقه نیز متعهد خواهند شد. این موضوع بسان امضای هر قرارداد دیگری که منشأ مسئولیت است، در نظر گرفته می‌شود.

نتیجه‌گیری

با التفات به مطالعات و بررسی‌هایی که صورت گرفت، استنباط می‌شود که کنشگران تقنینی نظام کیفری ایران واکنش متناسبی را نسبت به اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی اتخاذ نکرده‌اند. در واقع، با تدقیقی که در میان مصداق‌های جرایم جنسی و جنسیت‌مدار انجام گرفت، مشخص شد که مقنن نسبت به این مسئله که امکان دارد مرتکب رفتارهای بزهکارانه موصوف، در عداد افراد دوجنسی یا تراجنسی باشد، اهمیاتی نداشته است؛ بدین لحاظ، در جرایم یادشده که جنس و جنسیت مرتکب، ماهیت جرم ارتكابی را تعیین و در نتیجه، رکن اساسی را در آفرینش این سنخ از جرایم ایفا می‌کند، به هیچ‌عنوان تبیین نشده است که افراد دارای اختلال‌های دوجنسی یا تراجنسی، در مقام ارتکاب جرایم پیش‌گفته چه وضعی را پیدا می‌کنند. در این مسیر، در تطبیق اعمال مجرمانه پیش‌گفته به‌ویژه به افراد دوجنسی، چالش اساسی وجود دارد. به این ترتیب، جرایمی چون زنا که بر پایه مرد و زن بودن مرتکب تعریف شده‌اند، قابل تسری به اعمال افراد دوجنسی نیستند. البته از منظر فقهی نیز همان‌طور که پیشتر بیان شد، در جرمی مثل زنا، از آنجا که در ارتباط با اصلی و زائد بودن آلت و فرج فرد خنثی تردید هست، امکان تسری حد زنا به افراد یادشده وجود ندارد. انتقادی که در اینجا متوجه عملکرد قانونگذار خواهد بود، آن است که برای ارتکاب چنین اعمالی از ناحیه افراد دوجنسی، جرم‌انگاری و کیفر جداگانه‌ای در نظر گرفته نشده است. در ارتباط با افراد تراجنسی نیز اوضاع به گونه دیگری است؛ افراد مزبور با لحاظ اختلال هویت جنسی، جرم را با اعتقاد به جنس و جنسیتی مخالف با اندام جنسی بیولوژیکی خود انجام می‌دهند؛ بنابراین چالشی که در اینجا پیش می‌آید، آن است که رویکرد قانونگذار با نگرش افراد تراجنسی، آن هم به جهت شناسایی نکردن اختلال مزبور،

فاصله آشکاری با یکدیگر دارند. به‌طور نمونه، در جرمی مثل لواط، سخت می‌توان تصور کرد که زن ترنس که به زن بودن خود باور دارد، در مقام ارتکاب جرم یادشده اعم از فاعل و مفعول برآید؛ زیرا مقتضای اختلال هویت جنسی در فرد مزبور، انجام دادن چنین اعمالی نیست. بنابراین امکان سوءاستفاده و تحقق اکراه در این موارد از شیوع بیشتری برخوردار خواهد بود. در موارد دیگر، حتی انعکاس بیرونی اختلال تراجنسی، به‌عنوان جرم مورد پیگرد و مستحق مجازات دانسته شده است. در این زمینه و به‌طور نمونه، بعضاً رفتار زن ترنس در مرئی و منظر عموم، مشمول بزه تشویق به فساد و فحشا دانسته می‌شود. حال آنکه، زن ترنس باور و اعتقاد خود را دایر بر زن بودن، در بستر جامعه به تصویر می‌کشد و در نتیجه، اعمال مزبور ناشی از اختلال هویتی نامبرده است، نه هنجارشکنی. افزون بر آنکه قانونگذار در مصداق‌های جرایم جنسی و جنسیت‌مدار، توجه لازم را به اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی نداشته، در ارتباط با ضمانتنامه کیفری نیز این مهم مشمول توجه قرار نگرفته است. دیرزمانی است که مقوله شخصی‌سازی ضمانتنامه کیفری مورد تفقد دکتربین حقوق کیفری قرار دارد که طی آن، بحث تناسب‌سازی مجازات با وضع مرتکب رفتار مجرمانه، از اهمیت بسیاری برخوردار است.

با این‌همه آنچه باید در خاتمه گوشزد کرد، آن است که اتخاذ یک سیاست کیفری بازدارنده در مقابل جرایم جنسی و جنسیت‌مدار ایجاب می‌کند که مسئولان و کنشگران تقنینی، وجود اختلال‌های دوجنسی و تراجنسی در مرتکبان این سنخ از بزهکاری را، به رسمیت بشناسند. بدین‌سان نیاز است که قانونگذار قرائت انحصاری مردانه و زنانه را در جرایم پیش‌گفته کنار بگذارد و همسو با واقعیات روز جامعه، اختلال افراد دوجنسی و تراجنسی نیز شناسایی شود و حسب اختلالی که ایشان به آن مبتلا هستند، جرایم جنسی و جنسیت‌مدار مشمول بازنگری قرار گیرند.

کتابنامه

الف) فارسی

۱. امامی، اسدالله (۱۳۹۲). مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه، چ اول، تهران: نشر میزان.
۲. اسماعیل فلزی، محمد (۱۳۸۴). شناخت جنسیت و مسائل جنسی در انسان، چ اول، تهران: انتشارات قصه.
۳. بابالویی، محمود (۱۳۹۳). قانون تعزیرات در نظم حقوق کنونی مطابق با قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، چ اول، تهران: انتشارات مجد.
۴. باریکلو، علیرضا (۱۳۸۲). وضعیت تغییر جنسیت، نشریه حقوق خصوصی، شماره ۵: ۱ - ۱۷.
۵. جوانمرد، بهروز (۱۳۹۵). رویه‌های قضایی و نظریه‌های مشورتی پیرامون جرم رابطه نامشروع، فصلنامه رویه قضایی (حقوق کیفری)، شماره ۱: ۳۷ - ۴۳.
۶. حلی، جعفر بن حسن (۱۳۷۳). مختصر نافع، ترجمه رزمجو، سعید و نجفی یزدی، سید محمد، جلد ۱، چ اول، تهران: انتشارات باقرالعلوم.
۷. _____ (۱۳۷۴). شرایع الاسلام، ترجمه یزدی، ابوالقاسم بن احمد، جلد ۳، چ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۸. خمینی، روح‌الله (۱۳۹۲). ترجمه مباحث حقوقی تحریر الوسیله، ترجمه موسوی بجنوردی، سید محمد و حسینی نیک، سید عباس؛ چ دوم، تهران: انتشارات مجد.
۹. خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۹۳). تکمله المنهاج، ترجمه سعید، علیرضا، جلد ۲، چ چهارم، تهران: انتشارات خرسندی.
۱۰. روشن، محمد؛ صادقی، محمد (۱۳۹۵). دانشنامه حقوقی خانواده، چ اول، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه.
۱۱. زراعت، عباس (۱۳۹۳). شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی؛ حدود (جرایم منافعی

- عفت)، چ اول، تهران: انتشارات جاودانه، جنگل.
۱۲. سامانی، احسان (۱۳۹۲). *احکام دوجنسیتی‌ها، نشریه میقات حج*، شماره ۸۴: ۱۷ - ۵۰.
۱۳. طبیبی جبلی، مرتضی؛ اطهری، مهرداد (۱۳۹۳). *فقه جزایی، مبانی تکمله‌المنهاج*، چ اول، تهران: نشر میزان.
۱۴. طوسی، حسن بن علی (۱۳۴۳). *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، ترجمه دانش‌پژوه، محمد تقی، جلد ۲، چ اول، تهران: چاپخانه دانشگاه تهران.
۱۵. عاملی جبعی [شهید ثانی]، زین‌الدین (۱۳۷۹). *ترجمه و تبیین شرح لمعه*، ترجمه شیروانی، علی، جلد ۱۳، چ دوم، تهران: مؤسسه انتشارات دارالعلم.
۱۶. قدسی، سید ابراهیم؛ میرحسینی، کلثوم (۱۳۹۵). *تغییر جنسیت در احکام کیفری، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۴۳: ۱۲۱ - ۱۴۴.
۱۷. کریمی نیا، محمد مهدی (۱۳۹۱). *تغییر جنسیت با تأکید بر دیدگاه امام خمینی*، چ اول، تهران: چاپ و نشر عروج.
۱۸. گشتاسبی اصل، سام (۱۳۸۹). *اختلال جنسی و هویت گمشده*، چ اول، قم: نشر هدف سبز.
۱۹. گلدوزیان، ایرج (۱۳۹۳). *محشای قانون مجازات اسلامی بر مبنای قانون مصوب ۱۳۹۲/۲/۱*، چ دوم، تهران: انتشارات مجد.
۲۰. معین، محمد (۱۳۸۶). *فرهنگ فارسی معین*، جلد ۱، چ چهارم، تهران: انتشارات ادنا.
۲۱. نجفی، محمد حسن (۱۳۹۱). *جواهرالکلام؛ حدود و تعزیرات*، جلد ۱، چ اول، قم: مؤسسه انتشارات دارالعلم.
۲۲. نوبهار، رحیم (۱۳۹۳). *جستاری در دلایل تقلی تقسیم‌بندی حد تعزیر، نشریه تحقیقات حقوقی*، شماره ۳۷: ۱۳۵ - ۱۶۴.
۲۳. یزدی، محمد (۱۳۸۲). *نکته‌ای در مجازات لواط*، نشریه فقه اهل بیت (ع)، شماره ۳۳: ۶۶ - ۹۳.

ب) عربی

۲۴. عاملی جبعی [شهید ثانی]، زین‌الدین (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام*، جلد ۸، چ اول، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.
۲۵. معلوف، لویس (۱۳۸۲). *فرهنگ جامع نوین (عربی به فارسی) المنجد*، ترجمه سیاح، احمد، چ چهارم، تهران: انتشارات اسلام.
۲۶. نجفی، محمد حسن (بی‌تا). *جواهرالکلام فی الشرايع الاسلام*، جلد ۳۰ و ۳۱، چ هفتم، بیروت: احیاء التراث العربی.

ج) لاتین

27. Aryal, N. (2014). *Harangue with Meringue*. It is no use crying over spilt milk, Paragon Publishing, Rothersthorpe.
28. Barrett, J. (2007). *Transsexual and Other Disorders of Gender Identity: A Practical Guide to Management*, Radcliffe.
29. Buckner, J. D. (2007). *Mental Health Care for People of Diverse Backgrounds*, Radcliffe.
30. Currah, P., et al. (2006). *Transgender Rights*, University of Minnesota Press.
31. D, T. E. B. P. (2014). *The Psychobiology of Transsexualism and Transgenderism: A New View Based on Scientific Evidence: A New View Based on Scientific Evidence*, ABC-CLIO.
32. Davis, H. F. (2018). *Beyond Trans: Does Gender Matter?*, NYU Press..
33. De Cecco, J. P. and M. G. Shively (1984). *Bisexual and Homosexual Identities: Critical Theoretical Issues*, Haworth Press.
34. Duffy, M. and T. Purcell (2014). *SpunOut.ie Survival Guide to Life*, SpunOut.ie.
35. Fox, R. C. (2004). *Current research on bisexuality*, Harrington Park Press.
36. Halberstam, J. and J. Halberstam (2018). *Trans: A Quick and Quirky Account of Gender Variability*, University of California Press.
37. Jones, T. (2014). *Policy and Gay, Lesbian, Bisexual, Transgender and Intersex Students*, Springer International Publishing.
38. Knight, C. and K. Wilson (2016). *Lesbian, Gay, Bisexual and Trans People (LGBT) and the Criminal Justice System*, Palgrave Macmillan UK.
39. LeVay, S. and S. M. B. Valente (2006). *Human Sexuality*, Oxford University Press, Incorporated.