جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

قسم القانون العام

المسؤوليّة الجنائيّة الناشئة عن التّحول الجنسي

(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)

رسالة تقدم بها الطالب

علاء جميل حسين ناصر العطوي

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام

بإشراف

الاستاذ الدكتور

زين العابدين عواد كاظم

أستاذ القانون الجنائي

٢٠٢٢م ١٤٤٤هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى:﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾ (الحجرات ١٣).

وقال تعالى:﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ ۝ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾ (الشورى٤٩-٥٠).

وقال تعالى:﴿وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبْنَ وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾ (النساء ٣٢).

صدق الله العلي العظيم

الإهداء

- أهدي على استحياء هذا العمل المتواضع

إلى:

- والدي الكريم أطال الله في عمره وحفظه وأعزّه.
- والدتي الحنون أطال الله في عمرها التي طالما سهرت تدعو الله لتنير طريقي بدعائها.
- أرواح شهداء العراق جميعاً.
- أهلي وإخوتي وأحبائي الذين شاركوا عنائي وتعبي، ووقفوا بجانبي.
- زوجتي التي شاركتني عناء هذه الرحلة الطويلة بما فيها من فرح وأسى، وسعادة وحزن، راحة وتعب، ولم تدخر علي شيئاً تملكه.
- أولادي وقرة عيني "معتز، وهج، وئام، حسن، فاطمة".
- أساتذتي الأفاضل المحترمون، وزملائي الباحثين، وطلاب العلم، وإلى كل من ذلّل لي عقبة في طريق النجاح، وإلى كل من أضاء لي شمعة في طريق العلم.

الباحث

شكر وعرفان

الحمد لله أقصى مبلغ الحمد، والشكر لله من قبل ومن بعد، الحمد لله عن سمع وعن بصر، الحمد لله عن عقل وعن جسد، الحمد الله الذي أسبغ علينا نعمته وشرح بنوره الصدور، وأقر بفضله العيون.

وبعد....

انطلاقا من قوله تعالى ﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾[1]. وانطلاقا من قول الرسول ﷺ **(لا يشكر الله من لا يشكر الناس)**[2].

في البداية أتقدم بالشكر الجزيل والعرفان والامتنان إلى الأستاذ الدكتور(زين العابدين عواد كاظم) لتفضله بقبول الإشراف، وعلى رعايته الجادة والمخلصة على هذا البحث، فقد كانت لملاحظاته الدقيقة وتوجيهاته السديدة، الدور البارز والأثر البالغ في اخراج هذه الرسالة على أفضل وجه ممكن، سائلاً المولى العلي القدير أن يزيدهُ رفعةً وعلماً، فجزاه الله عني خير الجزاء، وجعل ذلك في ميزان حسناته.

ويطيب لي وأنا اسجل الفضل لأهله، أن اتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى عمادة وأساتذة معهد العلمين للدراسات العليا الذين غرسوا فينا حب العلم في هذا الصرح العلمي المتميز، لا سيما أساتذة القانون العام: الأستاذ الدكتور(خالد خضير دحام المعموري)، والأستاذ الدكتور(علي كاشف الغطاء)، والاستاذ الدكتور(صعب ناجي عبود)، والاستاذ الدكتور(علي سعد عمران)، والاستاذ الدكتورة (سحر جبار يعقوب)، والاستاذ المساعد(خالد غالب مطر). والشكر الجزيل لموظفي وكوادر مكتبة العلمين للدراسات العليا، لاسيما الأخ أحمد عبدالرحيم الساعدي.

ولا أرى أني قد أعطيت الشكر حقه مالم أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أساتذة كلية القانون في جامعة المثنى الذين طالما شملوني برعايتهم الأبوية منذ أول يوم للدراسة في هذه الكلية الموقرة.

ثم الشكر لجميع اخوتي وزملائي واصدقائي، سواء منهم من كان معي في الدراسة أو في المحاماة أو من تجمعني بهم صلة القرابة، ممن يطول الوقت بذكرهم، فلهم مني كل الحب والاحترام.

والشكر أولاً وأخيراً وابتداءً وانتهاءً لله عز وجل داعياً منه أن يمكنني من رد الجميل لكل من قدم لي يد العون والله ولي التوفيق.

وآخر دعوانا أن الحمد الله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الخلق والمرسلين أبي القاسم محمد ﷺ وعلى آله وصحبه المنتجبين.

---

(١) النمل (١٩).

(٢) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة، تحقيق- مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ط٢، ج١٦، (د.ن) مهر-قم، ١٤١٤هـ، ص٣١٣.

المستخلص

تناولت هذه الدراسة(المسؤولية الجنائية الناشئة عن التحول الجنسي–دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)كونه من موضوعات القانون الجنائي، ليتم طرحه بصورة علمية، بهدف تحديد المسؤولية الجنائية الناشئة عن التحول الجنسي لكل من المتحول جنسياً والطبيب والمستشفى العام أو الخاص، مع بيان مفهومه والآثار المترتبة على هذا التحول. إذ يعد من الموضوعات المعاصرة التي تستوجب منّا بيان الحكم الشرعي من خلال آراء فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون، وبيان الرأي القانوني والقضائي فيها.

والتحول الجنسي يختلف عن تصحيح الجنس لدوافع علاجية مشروعة وهذا متفق على جوازه بين رجال الفقه الإسلامي المعاصرون ورجال القانون، والثاني مختلف فيه وهو تحول جنس الشخص من ذكر إلى أنثى أو العكس دون أن تكون هناك دوافع علاجية لإجراء هذا التحول، لأن التقدم الطبي الحديث أدى إلى إمكانية إجراء هذا التحول ظاهرياً، فتطور الأبحاث والتكنولوجيا أدى إلى إحداث نقله نوعية في المجال الطبي، إذ أن الأطباء إلى حد معين تمكنوا من إجراء عملية التحول الجنسي من خلال المعالجة الهرمونية والعملية الجراحية والتلاعب بالمظهر الخارجي للذكر أو الأنثى وتحويله لصورة شبيهة بالجنس المغاير لجنسه الحقيقي.

وعلى الرغم من أن هذا التحول لا يعدو أن يكون تحولاً ظاهرياً لأن الذكر يبقى ذكر والأنثى تبقى أنثى لا يمكن تحويلهما مهما تقدم الطب الحديث وأوتي الأطباء من علم يبقى الذكر ذكر والأنثى أنثى لا يكتسب احدهم صفات الجنس المتحول إليه، فلا الأنثى المتحولة تحيض وتحمل ولا الذكر المتحول ينجب "لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ"(١)، إلا أنه من شأن هذا التحول أن يثير الكثير من الاشكالات التي يمكن تناولها في العديد من الاختصاصات، منها الزواج والطلاق والميراث....الخ، والذي يعنينا في هذا الشأن هو المسؤولية الجنائية التي تنشأ عن عملية التحول الجنسي للشخص المتحول جنسياً أو الطبيب ومساعديه والمستشفى العام أو الخاص.

في هذه الدراسة سنسلط الضوء على المسؤولية الجنائية للتحول الجنسي من خلال دراسة القوانين الوضعية وعرض مختلف آراء فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون واحكام القضاء المرتبطة بموضوع الدراسة، لذا ستتناول هذه الدراسة بالمقارنة والتحليل مسألة المسؤولية الجنائية الناشئة عن التحول الجنسي دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، فقد بين الباحث في مقدمة هذه الدراسة، فكرتها، وأهميتها، وأسباب الاختيار، وإشكالاتها، وتحديد نطاقها، ومنهجية السير فيها، والهيكلية التي سار عليها. ثم تكلم في الفصل الأول عن: ماهية

(١)سورة الروم، جزء من الآية(٣٠).

التحول الجنسي، وجعله في مبحثين، تكلم في المبحث الأول عن: مفهوم التحول الجنسي، والثاني عن: ذاتية التحول الجنسي وآثاره.

ثم تكلم في الفصل الثاني عن: مفهوم المسؤولية الجنائية الناشئة عن التحول الجنسي، وجعله في مبحثين، تكلم في المبحث الأول عن: الأساس القانوني للتحول الجنسي وطبيعته القانونية، وتكلم في الثاني عن: المسؤولية الجنائية لأطراف عملية التحول الجنسي.

ثم تناول الباحث في الخاتمة أهم ما توصل إلية من استنتاجات، وما ارتآه من مقترحات.

قائمة المحتويات

الموضـــــوع	رقم الصفحة	
	من	الى
الآية	أ	أ
الإهداء	ب	ب
شكر وعرفان	ج	ج
المستخلص	د	هـ
قائمة المحتويات	و	ز
المقدمة	١	٧
الفصل الأول: ماهية التحول الجنسي	٨	٩
المبحث الأول: مفهوم التحول الجنسي	١٠	١٠
المطلب الأول: تعريف التحول الجنسي ونشأته وأسبابه وأساليب علاجه	١٠	١٠
الفرع الأول: تعريف التحول الجنسي ونشأته	١١	٢١
الفرع الثاني: أسباب التحول الجنسي وأساليب علاجه	٢١	٢٩
المطلب الثاني: معايير تحديد الجنس	٢٩	٣٠
الفرع الأول: المعايير البيولوجية	٣٠	٣٥
الفرع الثاني: معياري الجنس النفسي والسلوك الاجتماعي	٣٥	٣٧
المبحث الثاني: ذاتية التحول الجنسي وآثاره	٣٨	٣٨
المطلب الاول: تمييز التحول الجنسي عما يتشابه به	٣٨	٣٩
الفرع الأول: تمييز التحول الجنسي عن تصحيح الجنس	٣٩	٤٩
الفرع الثاني: تمييز التحول الجنسي عن الشذوذ الجنسي	٤٩	٥٦
المطلب الثاني: آثار التحول الجنسي	٥٦	٥٧
الفرع الأول: الآثار القانونية الجنائية الموضوعية	٥٧	٦٤
الفرع الثاني: الآثار القانونية الاجرائية	٦٤	٦٧
الفصل الثاني: مفهوم المسؤولية الجنائية الناشئة عن التحول الجنسي	٦٨	٦٩
المبحث الأول: الأساس القانوني للتحول الجنسي وطبيعته القانونية	٧٠	٧١
المطلب الأول: الأساس القانوني للتحول الجنسي وموقف القضاء منه	٧٢	٧٢

الفرع الأول: الأساس القانوني للتحول الجنسي	٧٢	٨١
الفرع الثاني: موقف القضاء من التحول الجنسي	٨١	٨٨
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحول الجنسي	٨٩	٨٩
الفرع الأول: طبيعة التحول الجنسي في القانون الوضعي	٨٩	٩٤
الفرع الثاني: طبيعة التحول الجنسي في الفقه الإسلامي	٩٤	٩٧
المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية لأطراف عملية التحول الجنسي	٩٨	٩٩
المطلب الأول: المسؤولية الجنائية للمتحول جنسياً والطبيب في القانون الوضعي والفقه الإسلامي	٩٩	١٠٠
الفرع الأول: المسؤولية الجنائية للمتحول جنسياً والطبيب وعقوبتهما في القانون الوضعي	١٠٠	١٠٩
الفرع الثاني: مسؤولية المتحول جنسياً والطبيب وعقوبتهما في الفقه الإسلامي	١٠٩	١١٧
المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية(المستشفيات العامة أو الخاصة)	١١٧	١٢١
الفرع الأول: مسؤولية المستشفى العام والخاص عن عملية التحول الجنسي في القانون الوضعي	١٢١	١٢٥
الفرع الثاني: مسؤولية المستشفى العام والخاص عن عملية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي	١٢٥	١٢٧
الخاتمة	١٢٨	١٢٨
أولاً: الاستنتاجات	١٢٨	١٣١
ثانياً: المقترحات	١٣٢	١٣٤
قائمة المصادر	١٣٥	١٥١
Abstract	B	A