

## بررسی تغییر جنسیت در فقه جزایی (مطالعه موردی ابواب حدود، قصاص و دیات)<sup>۱</sup>

محمدباقر محمدی لائینی<sup>۲</sup>

سید مجتبی حسین نژاد<sup>۳</sup>

### چکیده

بدون شک مسئله تغییر جنسیت از مسائل رایج و مبتلابه در جامعه امروزی است. در این تحقیق به بررسی این پدیده نوظهور در فقه و حقوق کیفری پرداخته می‌شود. با توجه به وجود فروض متعدد، تنها حکم مساله تغییر جنسیت قبل از رخ دادن جرم، آن هم در ابواب حدود، قصاص و دیات مورد بررسی قرار می‌گیرد. پس از فحص و بررسی ادله، می‌توان گفت: اگرچه مقتضای اطلاق، عمل به احکام مطابق با حالت پس از تغییر جنسیت است، منتها با توجه به شک در انعقاد موضوع در حالت پس از تغییر جنسیت، تمسک به اطلاق صحیح نیست. همچنین اگرچه ممکن است مقتضای دلیلی چون بنای عقلا، در نظر گرفتن حالت پس از تغییر جنسیت باشد، منتها در ابواب حدود و قصاص، قواعد اختصاصی این ابواب همچون قاعده احتیاط در دماء، بنای حدود بر تخفیفات و قاعده درء به خاطر اهمیت باب حدود و قصاص و خطیر بودن آن و نیز حساسیت ویژه شارع به این ابواب خصوصاً زمانی که به خون منتهی می‌شوند، حاکم بر بنای عقلا بوده و از باب تضییق، موضوع دلیلی چون بنای عقلا را در این ابواب به موارد قطعی مضیق می‌کند و به تبع آن مقتضای این قواعد اختصاصی، اجرای مجازات اخف و اقل در این مسئله است. این حکومت مطابق با مذاق شریعت در این ابواب است. در باب دیات نیز با توجه به عدم جریان سه قاعده فوق، مقتضای بنای عقلا مد نظر قرار دادن حالت پس از تغییر جنسیت و به تبع آن استنتاج حکم بر اساس آن حالت است. در صورت پافشاری در عدم پذیرش بنای عقلا، مقتضای قاعده اولیه، جریان استصحاب است که به تبع آن حالت قبل از تغییر جنسیت (خلقت اولیه) استصحاب شده و حکم بر اساس آن استنتاج می‌شود. در تمامی این موارد نمی‌توان به تبادر و صحت حمل به عنوان علائم حقیقت و پی بردن به مراد تمسک نمود، چرا که در دلالت آنها خدشه است.

**واژگان کلیدی:** تغییر جنسیت، بنای عقلا، قاعده احتیاط در دماء، بنای حدود بر تخفیفات، قاعده درء، تفسیر به نفع متهم.

<sup>۱</sup> تاریخ وصول: ۱۴۰۰/۱۱/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۱۵

<sup>۲</sup> استادیار گروه معارف اسلامی دانشگاه علوم پزشکی مازندران، ساری، ایران، ایمیل: mbmlaini@chmail.ir

<sup>۳</sup> دانشیار پژوهشگاه قوه قضائیه، تهران، ایران، ایمیل: mojtabahoseinnezhad4@gmail.com

## ۱- طرح بحث

تغییر جنسیت به معنای تبدیل جنس مرد به زن و یا برعکس، به عنوان یک پدیده خارجی و نوظهور، زمینه‌ساز پرسش‌های فراوان فقهی و حقوقی است. اهمیت این قضیه از آن جهت است که تغییر جنسیت، تقریباً در تمام کشورها مورد بحث و گفت‌وگو است؛ به گونه‌ای همواره اخباری به گوش می‌رسد که در کشورهای مختلف، عمل تغییر جنسیت صورت می‌پذیرد. عمده تحقیقات فقهی و حقوقی صورت گرفته در این مقام تا جایی که نگارندگان جستجو نموده است، مربوط به جواز یا عدم جواز تغییر جنسیت و یا مباحث حقوق مدنی به خصوص «حقوق خانواده» است. مانند: بقا یا عدم بقای ازدواج پس از تغییر جنسیت یکی از زوجین، ولایت و سرپرستی شخص پس از تغییر جنسیت، مسأله ارث، نفقه، مهریه، عناوین خانوادگی و غیره. در خصوص تغییر جنسیت در باب فقه و حقوق کیفری با وجود بنیادی و کاربردی بودن آن و ترتب ثمرات متعددی بر آن، تحقیقات اندک و ناقصی صورت گرفته است که از تحلیل لازم فقهی برخوردار نبوده است. پاسخ به شبهات مطرح شده در رابطه با تغییر جنسیت در باب فقه و حقوق کیفری، از مباحث نظری تغییر جنسیت محسوب می‌شود، که برای بسیاری از جویندگان علم خصوصاً اهل این شبهه خود نمایی می‌کند. این تحقیق گذشته از نظری بودن، کاربردی نیز بوده و در حل بسیاری از پرونده‌های دادگستری راه‌گشا خواهد بود. قاضی کیفری در رسیدگی به دعاوی کیفری مربوط به شخصی که تغییر جنسیت داده است، لازم است اطلاع کافی از مسأله تغییر جنسیت داشته باشد، تا در نهایت بتواند حکم قضایی، متناسب با موضوع جدید صادر نماید.

بدون شک در باب فقه و حقوق کیفری فروع متعددی را می‌توان برای این مسئله تصور نمود، منتها از باب حفظ کمیت مقاله تنها به حکم مسأله تغییر جنسیت مرد یا زن یا خنثای ملحق به این دو قبل از رخ دادن جرم پرداخته می‌شود. از اینکه پس از تغییر جنسیت مرتکب جرم شوند، چرا که حکم مسأله تغییر جنسیت پس از انجام جرم که فرض دیگر این مسأله است، خود تحقیق مستقلی را می‌طلبد. نیز از باب رعایت اختصار و جلوگیری از اطاله کلام تنها فرض مسأله در ابواب حدود، قصاص و دیات آن هم بر فرض اثبات جرائم مربوط به این ابواب مورد بررسی قرار می‌گیرد. لذا از فرض مسأله در ابواب دیگر فقه جزایی همچون تعزیرات و نیز در ادله اثبات (همچون بینه) ابواب حدود، قصاص و دیات سخنی به میان آورده نمی‌شود، چرا که بررسی آن خود تحقیق مستقل دیگری را می‌طلبد. باید در نظر داشت مواردی همچون: تغییر جنسیت خنثای ملحق به مرد به مرد و تغییر جنسیت خنثای ملحق به زن به زن قبل از ارتکاب جرم و نیز مواردی که شخصی در باطن مرد بوده در حالی که برحسب ظاهر زن می‌باشد، آنگاه قبل از ارتکاب جرم تغییر جنسیت دهد و بر حسب ظاهر نیز مرد شود و نیز زمانی که شخصی در باطن زن بوده در حالی که برحسب ظاهر مرد می‌باشد، آنگاه قبل از ارتکاب جرم تغییر جنسیت دهد و بر حسب ظاهر نیز زن شود،

تخصصا از محل بحث خارج است، چرا که در این موارد تغییر جنسیتی صورت نگرفته است، بلکه صرفا اصلاح و درمان جنسیتی انجام گرفت و اطلاق تغییر جنسیت در این موارد از باب تسامح است. بله اگر شخصی که در باطن مرد بوده ولی برحسب ظاهر زن است، قبل از ارتکاب جرم با تغییر جنسیت در باطن نیز زن شود و یا اینکه خنثای ملحق به مرد قبل از ارتکاب جرم تغییر جنسیت به زن دهد و نیز شخصی که در باطن زن بوده ولیکن از نظر ظاهری مرد بوده و آنگاه قبل از ارتکاب جرم، تغییر جنسیت دهد و از نظر باطنی نیز مرد شود و نیز خنثای ملحق به زن قبل از ارتکاب جرم تغییر جنسیت به مرد دهد، بر حسب ظاهر داخل در محل بحث است.

از نظر نگارندگان، در باب حدود و قصاص با توجه به قاعده احتیاط در دماء، قاعده بنای حدود بر تخفیفات و قاعده درء - که از قواعد اختصاص این ابواب شمرده می شوند- مجازات اخف و اقل برای مجرمی که تغییر جنسیت داده است، اجرا می شود اعم از اینکه اجرای مجازات اخف و اقل مقتضای مد نظر قرار دادن حالت قبل از تغییر جنسیت باشد و یا اینکه مقتضای حالت پس از تغییر جنسیت در نظر گرفته شود. البته در باب حدود در مبحث زنا، لواط و مساحقه، اختیار هر یک از دو نظریه، در تعیین مجازات طرف مقابل نیز با توجه به تغییر ماهیت جرم موثر است که البته تبیین آن در قسمت فروض متعدد جرایم خواهد آمد. در باب دیات نیز حکم با توجه به مقتضای بنای عقلا، حکم بر اساس حالت پس از تغییر استنتاج می شود و بر فرض عدم احراز این بنا، مقتضای قاعده اولیه بر اساس اصل استصحاب، صدور حکم با مدنظر قرار دادن حالت قبل از تغییر جنسیت است.

نگارندگان در این مقاله پس از مطرح کردن بعضی از فروض مسئله، ابتدا ادله ای که امکان استناد به آنها بر اجرای حکم موافق با حالت پس از تغییر جنسیت را آورده و پس از آن در ضمن نقد این ادله، ادله اجرای حکم اخف و اقل را به عنوان نظریه مختار تحلیل نموده و در نهایت به پاسخ اشکال های مقدر در این زمینه می پردازند.

## ۲- فروض متعدد جرایم

از واضحات است که ثمره این بحث در جرایمی که جنسیت در مجازات آنها موثر است، ظاهر می شود. لذا ثمره بحث در جرایمی همچون محاربه (البته بنابر مبنای عدم اشتراط مرد بودن در تحقق محاربه) که جنسیت در مجازات آنها نقشی ندارد، منتفی است. با توجه به وجود فروض مختلف و متعدد در این ابواب، از باب رعایت اختصار و عدم اطاله بحث، تنها به بیان یک فرض از باب نمونه در باب قصاص و دیه و نیز هر یک از مباحث باب حدود اکتفا می کنیم.

### ۱-۲- باب حدود

### ۱-۱-۲- مبحث زنا

از باب نمونه اگر مردی که قبلاً زن بوده و تغییر جنسیت به مرد داده است، با زنی مرتکب زنا شود، در اینجا در اجرای حکم بر زانی با توجه به تغییر جنسیت وی شک می‌شود. از اینکه آیا ملاک حالت قبل تغییر جنسیت است، چرا که با توجه به خلقت پیچیده انسان ممکن است به صرف تغییراتی همچون تغییر آلت تناسلی، تغییر جنسیتی صورت نگرفته باشد یا اینکه ملاک، حالت پس از تغییر جنسیت است، زیرا بر حسب ظاهر تغییر جنسیت صورت گرفته است؟ بدون شک حکم این دو صورت متفاوت است، از آن جهت که در صورت ملاک قرار دادن حالت پس از تغییر جنسیت، چه بسا اینکه ممکن است در صورت محصن بودن مجرم، مجازات اعدام در انتظارش باشد، در حالی که با مد نظر قرار دادن حالت قبل از تغییر جنسیت و شمردن مجرم به عنوان زن، جرم مذکور به عنوان جرم همجنس بازی زنان شمرده شده که مجازات آن تعزیری و حداکثر بر فرض قرار گرفتنش در زمره عنوان مساحقه، ۱۰۰ ضربه تازیانه است. امر در اینجا بین اجرای مجازات اخف و اقل در صورت ملاک قرار دادن حالت قبل از تغییر جنسیت و بین مجازات اشد و اکثر در صورت ملاک قرار دادن حالت پس از تغییر جنسیت است.

با ملاک قرار دادن هر یک از دو حالت، اجرای مجازات بر زن زانی نیز تغییر پیدا می‌کند. چرا که با ملاک قرار دادن حالت قبل از تغییر جنسیت، مجازات آن تعزیری و حداکثر بر فرض شمرده شدن جرم تحت عنوان مساحقه، ۱۰۰ ضربه تازیانه در انتظارش است، در حالی که با مد نظر قرار دادن حالت پس از تغییر جنسیت، در بسیاری از موارد در صورت وجود شرایط احصان، مجازات اعدام در انتظارش است.

### ۲-۱-۲- مبحث لواط

فرض کنید زنی پس از تغییر جنسیت به مرد، به عنوان فاعل با مرد دیگر همبستر شده است. با در نظر گرفتن حالت قبل از تغییر جنسیت، جرم مذکور نوعی رابطه جنسی است که تحت عنوان زنا یا لواط قرار نمی‌گیرد بلکه مستوجب تعزیر و مقدار آن بستگی به نظر حاکم دارد. با مد نظر قرار دادن حالت پس از تغییر جنسیت و شمردن شخص به عنوان مذکر، جرم مذکور لواط شمرده شده و در بسیاری از موارد در صورت محصن بودن مجرم، مجازات حدی اعدام را در پی دارد. امر در اینجا نیز بین اجرای مجازات اخف و اقل (اجرای مجازات با در نظر گرفتن حالت قبل از تغییر جنسیت) و اشد (اجرای مجازات با در نظر گرفتن حالت پس از تغییر جنسیت) است.

با در نظر گرفتن هر یک از دو حالت، مجازات طرف مقابل (مفعول در فرض فوق) نیز تغییر پیدا می‌کند، چرا که با در نظر گرفتن حالت اول، جرم مذکور تحت عنوان لواط نیست، بلکه جرم تعزیری است و با در نظر گرفتن حالت دوم، جرم مذکور لواط شمرده می‌شود و مجازاتی چون اعدام را در پی دارد.

### ۳-۱-۲- مبحث مساحقه

فرض کنید مردی پس از تغییر جنسیت به زن، با زن دیگر مساحقه کند که در این صورت با در نظر گرفتن حالت قبل از تغییر جنسیت، جرم مذکور نوعی رابطه جنسی است که تحت عنوان مساحقه شمرده نمی‌شود.

شود، بلکه در زمره جرم تعزیری قرار می گیرد. در حالی که با ملاحظه حالت پس از تغییر جنسیت، جرم مذکور مساحقه شمرده شده و مجازات حدی صد ضربه تازیانه را به همراه دارد. در این فرض نیز با ملاک قرار دادن هر یک دو حالت مجازات طرف مقابل نیز تغییر پیدا می کند، چرا که با ملاحظه حالت اول، مجازات وی تعزیری شمرده می شود، در حالی که با ملاحظه حالت دوم مجازات حدی صد ضربه تازیانه در انتظار وی می باشد.

#### ۴-۱-۲- مبحث قوادی

از نمونه هایی که در این باب می توان به آن اشاره نمود، فرض کنید زنی پس از تغییر جنسیت به مرد، برای بار دوم مرتکب جرم قوادی شده است. مطابق با قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ و نظر تعدادی از فقها (طباطبایی، ۱۴۱۸؛ ۲۹/۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴؛ ۴۰۱/۴۱) اگر مردی برای بار دوم مرتکب قوادی شود، گذشته از اجرای مجازات ۷۵ ضربه تازیانه، به تبعید نیز محکوم می شود، در حالی که زن قواد تبعید نمی شود. لذا در این فرض با در نظر گرفتن حالت قبل از تغییر جنسیت، تنها مجازات ۷۵ ضربه تازیانه اجرا می شود، و حال آنکه با در نظر گرفتن حالت پس از تغییر جنسیت، گذشته از اجرای مجازات ۷۵ ضربه تازیانه، تبعید نیز می شود.

#### ۵-۱-۲- مبحث قذف و سرقت

بر حسب ظاهر تنها فرض این دو باب آنجایی است که پدر یا جدپدری (البته بنابر الحاق جد پدری به پدر) پس از تغییر جنسیت به زن، فرزند خود را قذف نماید و یا اینکه از مال وی سرقت کند، در این صورت با در نظر گرفتن حالت قبل از تغییر جنسیت، حد قذف یا سرقت از متهم به خاطر اطلاق عنوان پدر یا جد پدری بر وی ساقط می شود، در حالی که مقتضای مدنظر قرار دادن حالت پس از تغییر جنسیت با توجه به عدم اطلاق پدر یا جد پدری بر وی پس از تغییر جنسیت، اجرای حد قذف یا سرقت بر وی می باشد.

#### ۶-۱-۲- مبحث ارتداد

از جمله نمونه های این باب، مانند زمانی که زنی پس از تغییر جنسیت به مرد، مرتد شود. از نظر فقها، شخصی که مرتد می شود، اگر مرد باشد، در صورتی که ارتداهش از نوع ملی باشد، اول توبه داده می شود و در صورت عدم پذیرش توبه اعدام می شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳؛ ۲۶/۱۵-۲۷؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۶۶۳/۱۰). اگر ارتداهش از نوع فطری باشد، بدون اینکه توبه داده شود، اعدام می شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳؛ ۲۴/۱۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۶۶۱/۱۰). اگر مرتد زن باشد، در هر دو صورت اعم از آنکه ارتداهش ملی باشد و یا فطری، توبه داده می شود و در صورت قبول نکردن توبه در زندان باقی می ماند، هنگام نماز تازیانه می خورد و در تنگنای معیشتی قرار می گیرد تا توبه کند (محقق حلی، ۱۴۰۸؛ ۱۷۰/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳؛ ۲۵/۱۵). حال با حفظ این مطلب در فرض مطرح شده در صورتی که اگر حالت قبل از تغییر جنسیت مد نظر قرار گرفته شود، او را توبه می دهند و در صورت عدم پذیرش توبه، بر وی سخت می گیرند، در حالی که با مد نظر قرار دادن حالت پس از تغییر جنسیت، اگر ارتداهش ملی باشد، او را توبه می دهند، و در

صورتی که اگر از قبول توبه امتناع نمود، او را اعدام می‌کنند و اگر ارتدادش فطری باشد، بدون اینکه مورد توبه قرار گیرد، اعدام می‌شود.

## ۲-۲- باب قصاص

برحسب ظاهر در باب قصاص تنها به یک فرض دارای ابهام می‌توان دست یافت و بقیه فروض (از جمله بحث تفاضل دیه برای اجرای قصاص<sup>۱</sup>) با توجه به مطرح بودن پرداخت دیه، حکم آنها در باب دیات مورد بررسی قرار می‌گیرد. آن فرض عبارت است از زمانی که پدر یا جد پدری (البته بنابر الحاق جدپدری به پدر) پس از تغییر جنسیت به زن، فرزند یا نوه خودش را از روی عمد به قتل برساند و یا اینکه مرتکب جنایات مادون نفس همچون جرح و قطع نسبت فرزند خود گردد. در این فرض با در نظر گرفتن حالت قبل از تغییر جنسیت، با توجه به اینکه جانی پدر یا جد پدری مجنی علیه شمرده می‌شود، قصاص بر وی جاری نمی‌شود. در حالی که مقتضای حالت پس از تغییر جنسیت با توجه به عدم اطلاق پدر یا جد پدری بر جانی در زمان ارتکاب جرم، اجرای قصاص بر جانی است.

## ۲-۳- باب دیات

فرض کنید شخصی به صورت شبه عمد و یا خطایی مرتکب قتل کسی شده است که تغییر جنسیت به مرد داده است. در این فرض با مد نظر قرار دادن حالت قبل از تغییر جنسیت مجنی علیه، جانی (در قتل شبه عمد) یا عاقله وی (در قتل خطایی) باید دیه زن را به ولی دم بپردازد، در حالی که با در نظر گرفتن حالت پس از تغییر جنسیت مجنی علیه، جانی یا عاقله وی موظف به پرداخت دیه مرد است.

## ۳- ادله موافقین اجرای مجازات مطابق با حالت پس از تغییر جنسیت

ممکن است طرفداران ملاک قرار دادن حالت پس از تغییر جنسیت و صدور حکم مطابق با حالت پس از تغییر جنسیت شخص به ادله ای چون اطلاق ادله و بنای عقلا استناد کنند که هم اکنون به تبیین ادله و تطبیق این ادله بر مورد بحث می‌پردازیم.

### ۱- ۳- تمسک به اطلاق

غالب احکام شرعی که به صورت یک قضیه مطرح شده، به صورت قضایای حقیقیه است، نه قضایای خارجیّه. بنابراین، مصادیق آن منحصر به آنچه در زمان صدور حکم و در عصر ائمه اطهار (ع) موجود بوده است، نمی‌شود بلکه شامل تمام مصادیقی که در طول زمان‌ها و مکان‌ها بر آن یافت می‌شود، خواهد شد؛

□. از باب نمونه ممکن است زنی پس از تغییر جنسیت و تبدیل شدن به مرد، زن دیگری را به صورت عمدی به قتل برساند. در صورتی که ولی دم خواهان قصاص قاتل باشد، اگر حالت قبل از تغییر جنسیت قاتل مدنظر قرار گیرد، نیازی به پرداخت دیه از ناحیه ولی دم نیست، اما اگر حالت پس از تغییر جنسیت مورد ملاحظه قرار گیرد، ولی دم باید نصف دیه را به قاتل بپردازد، چرا که دیه زن نصف دیه مرد است و به تبع آن باید برای اعدام مرد، نصف دیه از ناحیه ولی دم به او پرداخت شود. حکم این فرض داخل در باب دیات است.

مگر نسبت به موارد خاصی که دلیل معتبر برای استثنای آن اقامه گردد. مثلاً «الزانی و الزانیة» فقط زانی و زانیه ی عصر پیامبر اکرم (ص) را شامل نمی شود بلکه هر کس که متصف به این دو عنوان باشد را در هر زمان حتی ده هزار سال بعد شامل می شود. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۲۵۵-۲۵۶؛ همو، درس خارج فقه المسائل المستحدثه)، با حفظ این مطلب، با توجه به اینکه شخص تغییر جنسیت داده است، از نظر قواعد اصولی (بادر نظر گرفتن حقیقی بودن قضایایی که متضمن احکام شرعی می باشند) به اطلاق ادله تمسک جسته می شود و به تبع آن ملاک صدور حکم، حالت پس از تغییر جنسیت می باشد.

**اشکال:** یکی از مقدمات حکمت در مقام تمسک به اطلاق، احراز فقدان قدر متیقن در مقام تخاطب است بنابراین چه بسا اینکه ممکن است در آیات و روایات، تنها نوع جزمی از زن و مرد به عنوان قدر متیقن از مرد و زن در مقام تخاطب بین راوی و امام (ع) باشد نه زن یا مردی که تغییر جنسیت داده است.

**پاسخ:** برای استفاده اطلاق از کلام، لازم است که قدر متیقن در مقام تخاطب وجود نداشته باشد (یعنی قرینه‌ای که از کنار خود کلام استفاده می‌شود، وجود نداشته باشد) ولی وجود قدر متیقن خارجی، مانع از انعقاد اطلاق نیست و قرینه نمی‌شود که جلوی ظهور و انعقاد مطلق در اطلاق را بگیرد و گرنه چنانچه قدر متیقن خارجی، مانع اطلاق می‌شد، هیچ‌گاه اطلاق وجود نمی‌داشت، زیرا هر مطلق که فرض شود، خواه‌ناخواه قدر متیقن خارجی دارد. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۲۴۷؛ همو، ۱۴۰۷: ۱۱۸-۱۱۹؛ مکی عاملی، ۱۳۹۱: ۳۲۱) در مقام بحث نیز این قدر متیقن اگر در مقام تخاطب بوده و مستفاد از کلام متکلم باشد، در این صورت مناقشه مزبور وارد است؛ زیرا قدر متیقن در مقام تخاطب مانع از ظهور اطلاق است. منتها قدر متیقن بودن مورد قطعی از زن و مرد به خاطر وجود نداشتن تغییر جنسیت در آن زمان، به عنوان یکی از افراد طولی و بدلی مطلق به ملاحظه خارج از مقام تخاطب است که از خود روایت و سخنان امام (ع) استفاده نشده است، لذا این قدر متیقن از آنجایی که خارج از متن سخنان امام (ع) بوده و مستفاد از کلام او نمی باشد، مانع از انعقاد اطلاق نیست و قرینه نمی‌شود که جلوی ظهور و انعقاد مطلق در اطلاق را بگیرد.

## ۲-۳- تمسک به بنای عقلا

مقتضای بنای عقلا در رابطه با کسی که تغییر جنسیت داده است، آن است که حالت فعلی شخص یعنی حالت پس از تغییر جنسیت مد نظر قرار گیرد، چرا که وی تغییر جنسیت داده است. در نتیجه مقتضای بنای عقلا، اجرای مجازات مطابق با حالت پس از تغییر جنسیت شخص است.

**اشکال:** مشهور بین اصولیین معتقدند که بنای عقلا تنها در صورتی معتبر است که به نحو قطعی، مورد تایید و رضایت شارع باشد. لذا بنا بر این مبنا بنای عقلا در حقیقت به عنوان یک دلیل شرعی محسوب می شود نه یک دلیل عقلی. به دیگر سخن بنای عقلا در این مبنا، تنها جنبه کاشفیت و طریقت دارد و آنچه منشا و مبنای حجیت است، گفتار یا کردار و دست کم تقریر و سکوت شارع است. با توجه به این مبنا، سیره عقلا از آنجایی که تنها یک عمل عمومی و عادت شایع است که میان تمام انسان ها رواج دارد و چون منشأ آن اندیشه نیست، کشفی را به همراه ندارد و واقع را نشان نمی دهد، بلکه عادت اجتماعی شایع است. از این رو در ذات خود حجت نیست و ماورای خود را ثابت نمی کند بلکه حجیت آن، به تأیید شارع باز می گردد و از این رو دلیل مستقلی در کنار کتاب و سنت به شمار نمی آید؛ زیرا سیره عقلا با این توضیح، یکی از راه های اثبات سنت است. مشهور بین اصولیین برای احراز موافقت و رضایت شارع، طریقه تقریر را به سخن آوردند به این صورت که سکوت و عدم ردع معصوم (ع) در مورد یک سیره کاشف از موافقت ایشان با آن سیره است/صدر، ۱۴۰۸: ۱۰۱/۲). به عبارت دیگر مشهور اصولیین برای حجیت سیره عقلایی، لااقل احراز عدم منع را ضروری دانستند/نائینی، بی تا: ۱۹۳/۳؛ **عراقی، ۱۴۱۷: ۱۳۸/۳**؛ حائری یزدی، بی تا: ۲۳۹/۲ و ۳۳). با حفظ این مطلب، بنای عقلا باید مورد تقریر و امضای شارع قرار گیرد، در حالی که سیره و بنای ایجاد شده در رابطه با مسائل مستحدثه ای همچون مسئله تغییر جنسیت، از آنجایی که در زمان شارع وجود نداشت، چطور می تواند مورد تقریر شارع قرار گیرد؟

**پاسخ:** پاسخ به اشکال مزبور و بحث از حجیت بنای عقلا در مسائل مستحدثه بسی طولانیست، منتها به صورت خیلی خلاصه باید گفت: اگرچه مطابق با این مبنا، همزمانی و معاصرت بنای عقلا با عصر شارع به عنوان یکی از شروط حجیت بنا عقلا می باشد، منتها در اثبات معاصرت مزبور باید گفت که اگر معصوم بنا عقلا را ردع کرده باشند، باید چنین ردعی به دست ما رسیده باشد و حال آنکه چنین نیست وانگهی امضایی که از سکوت معصوم به دست می آید، بر مبنای آن نکته ثابت عقلایی در بنای عقلا است نه بر اساس سلوک فعلی عقلا در آن عصر. از این رو ظاهر از حال معصوم(ع) این است که بنای عقلا را امضای کبروی نموده و اختصاص به زمان قرار نداده است، لذا نفس وجود طبع عقلا به شرط عدم ردع از طرف شارع، برای اینکه کشف کنیم شارع مقتضای آن طبع عقلایی را امضا نموده، کفایت می کند. بنابراین اگر طبع و ارتکاز عقلایی که پایه آن رفتار است بتواند مبنا و پایه رفتارهای دیگری نیز که در زمان شارع به دلیل نداشتن موضوع یا هر دلیل دیگری وجود نداشته اند قرار گیرد، در این صورت آن رفتارهای دیگر نیز دارای حجت گشته و معتبر می شوند چرا که پایه آنها که همان ارتکاز و طبع فراگیر عقلایی بوده، در زمان شارع تأیید و تقریر شده است./صدر، ۱۴۱۸: ۱/۲۶۴؛ همان، بی تا: ۲۴۷/۴؛ مجمع فقه اهل البیت، ۱۴۲۳: ۳۳۵ - ۳۳۶) بر این اساس امضای مصداقی از بنای عقلا صرفاً تأیید یک عمل خارجی نیست، بلکه دال بر امضای



آن نکته ارتکازی و عقلایی است که سلوک از آن ناشی شده است. به بیان دیگر، امضای بنای عقلایی در واقع به معنای امضای ملاک و طبیعت عقلایی آن است نه صرفاً پذیرش یک سلوک خارجی.

با در نظر گرفتن پاسخ فوق، در رابطه با تغییر جنسیت نیز می توان به این سیره تمسک جست و به تبع آن با احتساب بنای عقلا به عنوان اماره معتبر، می توان اجرای حکم مطابق با حالت پس از تغییر جنسیت شخص را اثبات نمود.

#### ۴- مقتضای قاعده اولیه

بهتر است در این مسئله قبل از هر چیزی مقتضای قاعده اولیه مشخص شود تا اینکه در صورت فقدان ادله اجتهادی به عنوان مرجع در هنگام شک به آن مراجعه شود. چنانچه پیداست، مسئله مورد نظر از مصادیق شبهات موضوعیه است و شک در حکم این مسئله معلول و ناشی از شک در صدق و بقای موضوع است، از باب نمونه در فرض بیان شده در مبحث زنا، شک در اجرای حکم ناشی از شک در تغییر جنسیت است، زیرا چنانچه قبلاً نیز گذشت، با توجه به پیچیدگی های خلقت انسان نمی توان به صورت قطعی پس از انجام عمل های جراحی مربوط تغییر جنسیت و تزریق دارو و هورمون تراپی، تغییر جنسیت- شخصی که خلقت اولیه آن زن بوده است- را پذیرفت و مرد بودن آن را احراز نمود. در این صورت با توجه به وجود حالت سابقه یقینی و نیز با در نظر گرفتن جریان استصحاب در شبهات موضوعیه، می توان حالت سابقه قبل از انجام عمل جراحی تغییر جنسیت را استصحاب نمود و پس از احراز حالت سابقه (زن بودن در این فرض)، حکم مسئله را با در نظر گرفتن حالت سابقه استنتاج نمود و به تبع آن با مد نظر قرار دادن حالت سابقه، حد زنا را در این فرض با توجه به عدم تحقق زنا منتفی دانست.

#### ۵- نقد و بررسی ادله موافقین اجرای مجازات مطابق با حالت پس از تغییر جنسیت

باید دانست که اگرچه مستندات موافقین اجرای مجازات مطابق با حالت پس از تغییر جنسیت بر حسب ظاهر قوی به نظر می رسد، منتها باید دانست نقدها و مناقشاتی بر این مستندات وارد است که گذشتن از این نقدها و تمسک به این مستندات به سادگی ممکن نیست. لازم به ذکر است که نظریه صحیح نیز در ضمن این نقدها روشن می شود، اینک به تبیین این نقدها می پردازیم.

#### ۵-۱- بررسی دلیل اول

استدلال بر تمسک به اطلاق ادله قابل مناقشه است، زیرا شرط تمسک به اطلاق احراز موضوع است و در مرحله اول باید موضوع احراز شود و سپس در احوالات موضوع به اطلاق تمسک کنیم. با وجود شک و تردید در تحقق موضوع، صدور حکم امکانپذیر نیست و احراز موضوع شرط تنجز حکم و تمسک به عموم

عام و یا اطلاق است. برای احراز حکم و صدور آن، تحقق موضوع و تمام جزئیاتش ضروری است، زیرا نسبت حکم با موضوع مانند نسبت معلول با علت است. بنابراین، در صورت احراز موضوع، حکم به مرحله اثبات می‌رسد. در امور قضایی تا قاضی تحقق واقعه خارجی را - که به آن وقایع مادی دعوا می‌گویند - احراز نکند، نمی‌تواند اقدام به صدور حکم کند. لذا با وجود شک و تردید در تحقق موضوع، صدور حکم امکانپذیر نیست و احراز موضوع شرط تنجز حکم و تمسک به اطلاق است.

در بحث حاضر موضوع به صورت قطعی و خالی از هرگونه شبهه روشن نیست، چرا که اگر زنی تغییر جنسیت داد و مرد شد گرچه ممکن است بر حسب ظاهر مرد شده باشد، ولی از آن جهت که خلقت انسان پیچیده است خصوصاً با توجه به اینکه در ابتدا نیز به صورت زن آفریده شده است، احتمال آن است به صورت کلی تبدیل به مرد نشده باشد، زیرا به صورت قطعی نمی‌توان تغییر جنسیت را در عمل‌هایی همچون تغییر آلت تناسلی و درمان‌هایی همچون هورمون‌تراپی و تزریق دارو برای تغییراتی چون رویش و محو نمودن محاسن بر روی صورت دانست و این دسته از تغییرات را به عنوان علت تامه در صدق عنوان شمرد. شک در تغییر جنسیت در این مسئله تا آنجایی است که حتی بعضی از صاحب‌نظران آن را ممکن ندانند، چرا که خداوند انسان‌ها را به صورت مرد و زن خلق نمود و هیچ قدرتی نمی‌تواند مرد را به زن یا بالعکس تغییر دهد. لذا اگر بواسطه عمل جراحی علائم جنسیتی شخصی برداشته شود و یا با تزریق دارو موی صورت مردی ازاله شود و پستان او بزرگ گردد، این شخص در واقع تبدیل به مؤنث نشده است. بر عکس، رویاندن مو در رخسار مؤنثی و کوچک کردن پستان او و غیره، به‌وسیله‌ی تزریق دارو، موجب تغییر جنسیت او به جنس مذکر نمی‌شود (مدنی تبریزی، ۱۴۱۶، ۴۹). بر این اساس از طریق تمسک به اطلاق نمی‌توان، حکم مطابق با حالت پس از تغییر جنسیت را استنتاج نمود.

## ۵-۲- بررسی دلیل دوم

**نقد اول:** هرچند برحسب ظاهر بنای عقلا و به تبع آن معیار قرار دادن حالت پس از تغییر جنسیت در مسائل مربوط به تغییر جنسیت وجود دارد، ولی باید با توجه به پیچیدگی خاص خلقت و عدم احراز یقینی تغییر جنسیت، بین مسائلی که به دماء و خون منتهی می‌شود (باب حدود و قصاص) و بین غیر آن مسائل همچون بسیاری از مسائل حقوق مدنی، به خاطر اهمیت دماء و نیز به خاطر خصوصیت خاص این مسائل (همچون حاکمیت قاعده درء و بنای حدود بر تخفیفات) باید فرق گذاشت و بنای عقلا را تنها در مسائلی که مربوط به خون نیست، جاری دانست.

توضیح اینکه در موارد شک و احتمال که تکلیف واقعی مجهول است، این نکته را باید در نظر داشت که اهمیت تکلیف واقعی مجهول و مصلحت آن به چه اندازه ای است و میزان اهتمام شارع به آن در چه مرتبه و درجه ای

قرار گرفته است. واضح است که پاسخ به سوالات فوق مقتضی آن است که در فرض شک و مجهول بودن حکم واقعی، در بعضی از امور همچون مسئله حاضر نتوان تسامح به خرج داد و بنای عقلا را در آن جاری دانست؛ زیرا بعضی از امور همچون مسئله حاضر که مربوط به دماء می شود، از چنان اهمیت بالایی برخوردارند که شارع اهتمام زیادی به حفظ آنها دارد، به طوری که حساسیت شرع و عقل نسبت به این دسته از کیفرها موجب شده فقها در عرصه استنباط احکام کیفری، مبنایی با عنوان «احتیاط در دماء» را نصب العین خود قرار داده تا در فتوای بر مجازات های جسمانی جانب حزم تام را نگه دارند. جاری دانستن این بنا به خاطر عدم وجود یقین به تغییر جنسیت و ابهام در آن، بر خلاف مذاق و مقاصد شریعت اسلامی که حرمت و مصونیت نفس و جان انسانها را از بزرگترین ارزش های اسلام می داند، می باشد. چراکه حفظ دماء یکی از مقاصد یا مصالحی است که احکام برای آن تشریح شده است (نراقی، ۱۳۸۸: ۴۶۸/۱) رعایت جنبه احتیاط در این دسته از مسائل اثر جهل نیست، بلکه اثر تکلیف واقعی مجهول است. اگرچه در مواردی که شک و شبهه وجود داشته باشد، به اماراتی همچون بنای عقلا و حتی اصول عملیه مراجعه می شود، منتها باید در نظر داشت، این رجوع فقط از باب مصلحت تسهیل بر بندگان و سخت نگرفتن بر آنها است تا در هنگام نداشتن ادله یقینی دچار سرگردانی نشوند، ولی در رابطه با مسائل خطیری از جمله مسائلی که مربوط به خون می شود، مصلحت واقعی قویتر از مصلحت تسهیل است و به تبع آن احتیاط را در این دسته از مسائل در پی دارد. حکم طبیعی شارع در مورد دماء، حرمت و مصونیت است، که خروج از آن به ادله یقینی نیازمند است و هر جا علم به حصول آن ادله نباشد، اصل حرمت بدون معارض باقی می ماند که نتیجه آن لزوم احتیاط در دماء است. لذا در مسائل باب حدود و قصاص از آنجایی که این مسائل معمولاً به خون منتهی می شود، دقت باید به اندازه ای باشد که صدور حکم به صورت یقینی امثال حکم واقعی را به همراه داشته باشد، به عبارتی وجود شبهه در حکم به صدور خون و مرگ در حکم یقین است و مثل مواردی است که یقین به عدم صدور خون و مرگ داریم، لذا شبهه در موارد احتیاط جایگزین قطع می باشد (حلی، بی تا: ۹۰۵/۲). البته گذشته از قاعده احتیاط در دماء، یک سری قواعد مختص این باب همچون قاعده درء و بنای حدود بر تخفیفات نیز خودنمایی می کند. با حفظ این مطلب، جریان بنای عقلا هرچند در امور مدنی همچون ارث و وصیت بر حسب ظاهر می تواند صحیح در نظر گرفته شود و به تبع آن صدور حکم در این امور مطابق با حالت پس از تغییر جنسیت یعنی حالت فعلی شخص در نظر گرفته می شود، منتها در مسائل مربوط به دماء (باب حدود و قصاص) با توجه به خصوصیت خاص این مسائل و قواعد خاص حاکم بر آن، این بنا جاری نیست. زیرا با وجود خلقت پیچیده به صورتی یقینی نمی توان تغییر جنسیت را منحصر در تغییراتی همچون تغییر آلت تناسلی، کوچک یا بزرگ کردن پستان و رویش یا محو کردن محاسن

دانست و به صورت قطعی نمی توان این دسته از تغییرات را به عنوان علت تامه در تغییر و تبدیل جنسیت پذیرفت، لذا با وجود شک در حکم این مسئله که ناشی از شک و تردید و عدم وجود قطع و یقین در تغییر جنسیت است، مقتضای این دسته از قواعد اختصاصی (احتیاط در دماء، درء و بنای حدود بر تخفیفات) در باب حدود و قصاص، جاری ندانستن بنای عقلا و به تبع آن اجرای مجازات اقل و اخف می باشد. اعم از اینکه اجرای مجازات اخف و اقل مقتضای مد نظر قرار دادن حالت قبل از تغییر جنسیت باشد و یا اینکه مقتضای حالت پس از تغییر جنسیت و حالت فعلی شخص در نظر گرفته شود. اختیار این نظریه موافق با مذاق شریعت که یکی از راه های رسیدن به احکام است، می باشد؛ چرا که رجوع به روایات و ادله وارده در باب حدود و قصاص حاکی از اهمیت بسزای این ابواب و خطیر بودن آن در نزد شارع و در مجموع می توان پی برد که مذاق و رویه شارع در این ابواب، ملاحظه ویژه و تاکید و ظرافت خاص از جهت احتیاط است که تحلیل آن بسی طولانیست و خود نیازمند تحقیق مستقلی است. البته در ابوابی چون زنا، لواط و مساحقه در صورت اختیار مجازات اخف، مجازات طرف مقابل مجرم نیز با توجه به تغییر ماهیت جرم به تبع آن تغییر پیدا می کند که تبیین آن گذشت. تقریب این نظریه در ضمن تطبیق هر یک از قواعد اختصاصی باب حدود و قصاص بر مسئله حاضر، بدین قرار است:

### قاعده احتیاط در دماء

یکی از قواعد معروف و مشهور در باب فقه جزایی به طوری که مورد اهتمام شدید شارع قرار گرفته شده است، قاعدهی «احتیاط در دماء» است (مظفر، ۱۴۳۰: ۲۲۰/۳). بر حسب مقتضای این قاعده، اجرای مجازاتی که منتهی به خون شود همچون حدود و قصاص، باید مستند به دلیل قطعی یا معتبر باشد و در مواردی که دلیل قطعی یا معتبر وجود ندارد و شبهه ایجاد می شود، لازم است احتیاط صورت گرفته و از اجرای مجازات خودداری شود. برخی امور، اهمیت بسیاری دارند و شارع نسبت به حفظ آنها اهتمام دارد. چنانچه آیت الله بروجردی در این مورد نگاشته است:

اگر احتمال وجود تکلیف واقعی در ضمن احتمالات داده شود و مکلف بداند به فرض تحقق، تکالیف به گونه ای هستند که شارع به آن اهتمام دارد و راضی به مخالفت با آنها نیست، نفس احتمال، منجز تکلیف است و نیازی به علم اجمالی نیست و در آن، احتیاط، واجب است، همانگونه که درباره فروج و دماء و أعراض بیان کرده اند؛ چون عقل نیز عقاب با این احتمال پیوسته به علم به اهتمام شارع را عقاب بدون بیان نمی داند، بلکه این سنخ از احتمال، به خودی خود بیان است (بروجردی، ۱۴۱۵: ۵۴۷).

محقق اردبیلی در این باره می‌گوید: قتل، امر عظیمی است؛ چراکه شارع به حفظ جان اهتمام دارد؛ زیرا جان انسان مدار تکالیف و سعادت است؛ از اینرو حفظ آن را واجب کرده است، حتی ترک حفظ جان و اینکه دیگری را به کشتن دهد تا خودش کشته نشود، جایز نیست. عقل نیز بر این امر مساعدت می‌کند و شایسته است در این امر احتیاط تمام مراعات شود (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۸۸/۱۳-۸۹).

اگر در موضوعی، حرمت به عنوان حکم اصلی شمرده شود، باید حتی در شبهه موضوعیه نیز احتیاط نمود؛ یعنی اگر طبیعت و حکم اصلی موضوعی، اقتضای حرمت داشت و فقط موارد ویژه‌ای استثناء شده بود، احتیاط در چنین مواردی همچون مسئله‌ی دماء مردم، حتی در شبهه بدویه نیز لازم است و نمی‌توان اصالة البرائة و إصالة الإباحه در آن جاری نمود (سبحانی، ۱۴۲۴: ۴۶۷/۳). بر این اساس مسئله دماء در مسلمین یکی از اموری است که حکم اصلی آن حرمت و ممنوعیت است و خروج برخی موارد در نتیجه اجرای مجازات برای مجرمان باید مستند به ادله یقینی و یا اماره معتبر باشد، وگرنه در صورت وجود شبهه، باید از صدور و اجرای حکم پیشگیری شود. آیات متعددی دلالت بر اصل حرمت در دماء می‌کند که از جمله‌ی آنها می‌توان به آیه ۳۲ سوره‌ی مائده اشاره نمود. خداوند در این آیه فرموده است: «مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا». مطابق با مضمون این آیه، قتل و کشتار انسان جایز نیست و کشتن یک انسان در صورتی که به دلیل قصاص و یا فساد بر روی زمین نباشد، هم‌تراز با کشتن همه انسان‌ها است. این تشبیه می‌تواند کاشف از شدت منفوریت قتل در نزد پروردگار و بیانگر اهمیت و کرامت جان انسان باشد، لذا این آیه می‌تواند دلالت بر اصل حرمت در دماء کند. نظیر این آیه، آیات دیگری همچون آیه ۹۳ سوره نساء «وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَ لَعَنَهُ وَ أَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا» می‌توانند به عنوان مستند اصل حرمت در دماء باشند. همچنین گذشته از آیات، روایات متعددی نیز بر حرمت و لزوم احتیاط در دماء دلالت می‌نمایند که شیخ حرعاملی به تعدادی از این روایات در باب «بَابُ تَحْرِيمِ الْقَتْلِ ظُلْمًا» اشاره نموده است (ر.ک: حرعاملی، ۱۴۰۹: ۹/۲۹-۱۷).

با پذیرش این قاعده، در تطبیق آن بر مورد بحث باید گفت: با توجه به خلقت پیچیده انسان، در مرد بودن زنی که تغییر جنسیت به مرد داده است و نیز در زن بودن مردی که تغییر جنسیت به زن داده است، شک است، چرا که ممکن است تغییر جنسیت منحصر در تغییر آلت تناسلی و یا دیگر تغییرات صورت گرفته در تغییر جنسیت نباشد. به عبارت دیگر به صورت یقینی مشخص نیست که این دسته از تغییرات به عنوان علت تامه در تغییر جنسیت باشد خصوصاً با توجه به اینکه خلقت اولیه شخص بر خلاف آن است، بلکه تنها خداست که آگاه به تغییراتی که علت تامه برای تغییر جنسیت است، می‌باشد، چرا که او خالق است. بر این اساس با توجه به این تردیدها که شک در حکم مسئله ناشی از آن است، مقتضای قاعده احتیاط، حکم اجرای مجازات اقل و اخف در این مسائل و سقوط اجرای مجازات شدیدتر مخصوصاً در مواردی که مجازات شدیدتر اعدام است، می‌باشد. لذا در جمع بین این قاعده و مقتضای بنای عقلا،

باید گفت که این قاعده حاکم بر بنای عقلا بوده و مقتضای دلیل محکوم (بنای عقلا) را به نحو تزییق تفسیر نموده و آن را در باب حدود و قصاص به موارد قطعی از زن و مرد اختصاص می دهد. لذا مراد از واژه «رجل» و «امراه» در روایات اجرای حد بر مجرم از باب حکومت قاعده احتیاط در دماء بر بنای عقلا، موارد یقینی از مرد و زن است نه موارد مشکوک همچون افرادی که تغییر جنسیت داده اند، بلکه نسبت به افراد مشکوک با توجه به مقتضای قاعده احتیاط در دماء، اجرای مجازات اقل است.

البته با توجه به مفهوم دماء، این قاعده در فرض بیان شده برای قوادی کارایی ندارد، چرا که ثمره تغییر جنسیت تنها در مجازاتی چون تبعید ظاهر می شود و از واضحات است که این مجازات منتهی به خون نمی شود. البته این قاعده بنابر نظر تعدادی از فقها (صدر، ۱۴۲۰: ۳۳/۹؛ مراغی، ۱۴۱۷: ۷۰۴/۲) ظهور عرفی در قتل داشته و شامل موارد ایراد جرح - هر چند با ریختن خون به همراه باشد - نمی شود، در حالی که بنابر نظر بعضی دیگر از فقها (نراقی، ۱۴۲۵: ۵۱۵؛ حسینی عاملی، بی تا: ۸۴/۱۱)، موارد منجر به قطع و جرح را نیز شامل می شود. بنابر رای گروه اول از فقها این قاعده نمی تواند مشمول فروضی همچون باب سرقت و قذف و نیز بعض از صور باب قصاص (در صورتی که جنایات وارده از ناحیه پدر بر فرزند، مادون نفس باشد) گردد، چرا که این دسته از جرایم منجر به قتل مجرم نمی شوند. در این موارد می توان از قواعد دیگری که خواهد آمد، استعانت جست.

### بنای حدود بر تخفیفات و مسامحه

بنای شرع مقدس در حدودی که حق الله محض هستند یا حدودی که جنبه حق الله در آنها غالب است، بر تخفیف و مسامحه است و به همین سبب مستحب است قاضی، اقرار کننده به حد را از اقرار خود باز دارد. در مباحث گوناگونی از فقه به این اصل و قاعده استناد شده و حکم شرعی از آن استنتاج شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۷/۴۱ و ۲۷۶ و ۲۹۲ و ۲۹۸ و ۳۰ و ۴۶۰). در بعضی موارد نیز برای جواز تأخیر حد به این قاعده استناد شده است (همان: ۳۳۹) گویا به موجب این قاعده هرگاه امر در مجازات حدی دائر باشد، میان شدت و سهولت، باید جانب سهولت و آسانی را پیش گرفت. حتی برخی از فقیهان همچون صاحب ریاض احتمال داده اند که اگر زنا با اقرار ثابت شود، جایز است اجرای حد به تأخیر انداخته شود تا شاید محکوم از اقرار خودش باز گردد (طباطبایی، ۱۴۱۸: ۴۹۹/۱۵).

۱. «حکومت» نظریه‌ای در اصول فقه شیعه است که متضمن دو روش جمع کردن میان ادله و برطرف کردن تعارض اولیه میان آنها است. هرگاه دلیلی مفسر و ناظر دلیل دیگر باشد و آن را به نحو موسع و یا مضیق تفسیر نماید، در اصطلاح علمای اصول دلیل مفسر و ناظر را حاکم و دلیل دیگر را محکوم نامند، خواه دلیل حاکم به لحاظ زمان متقدم بر دلیل محکوم باشد خواه متأخر از آن (انصاری، ۱۴۲۸: ۱۳/۴؛ مظفر، ۱۴۳۰: ۲۲۲/۳).

با وجود اهتمام زیادی که شارع مقدس برای اجرای حدود قائل شده و تعجیل در اقامه حدود را پس از ادای شهادت واجب دانسته اند، فقها با استناد به روایات عدیده ای در موارد بسیاری به تعلیق یا تخفیف و یا سقوط مجازات حکم داده اند. شیخ طوسی در مبسوط در مسأله تفویت محل حد در سرقت گفته است: کسی که در اثر سرقت قطع دست راست بر او واجب آید، حال آنکه دست راست او قطع شده باشد، حد قطع بدون اختلاف از او ساقط است؛ زیرا از حقوق الله بوده و بنای این حقوق بر تسهیل و تخفیف است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۰/۸) ابن ادریس برای اثبات مسأله تداخل حدود به بنای آن بر تخفیف استدلال کرده است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳/۴۹۴). به عقیده این فقیهان، جنبه حق الهی حدود سبب تسهیل و تخفیف آن می شود. می توان اثر مسامحه و تخفیف در حدود را به معنای عدم اصرار بر اثبات با محدود کردن دامنه ادله اثبات، سختگیری مضاعف در ادله اثبات و احراز شرائط آنها و به طور کلی تساهل و کيفرزدایی در هر چهار مرحله تعقیب، اثبات، صدور حکم و بالاخره اجرای مجازات مد نظر قرار داد.

در بحث حاضر نیز در مرحله صدور و اجرای حکم تردید وجود دارد. چرا که شک در صدق موضوع مستلزم شک در صدور و اجرای حکم بین مجازات اخف و اشد است. با توجه به وجود این شک، مقتضای ابتدای حدود بر تخفیفات، برگزیدن مجازات اخف و اقل است. لذا این قاعده نیز همچون قاعده قبلی می تواند حاکم بر ادله ایی چون بنای عقلا باشد و موضوع این ادله را در باب حدود به موارد قطعی و یقینی مضیق کند. البته همانطوری که پیداست، این قاعده نمی تواند شامل باب قصاص با توجه به حق الناس بودن آن، شود، بلکه در این زمینه باید از قواعد دیگر بهره جست.

### قاعده درء

یکی از مشهورترین قواعد فقهیه در باب فقه و حقوق جزا که نخست در باب حدود مطرح شده و سپس از تسری آن به سایر مجازات ها بحث شده است - قاعده‌ی «درء» است. اهمیت این قاعده به خاطر اهتمام شارع به خون و آبرو و اموال مردم می باشد، لذا در جرایم، اجرای مجازات آن جرم، منوط به ارتفاع شبهه در آن جرم می باشد (مرعشی، بی تا: ۶۰-۶۱). این قاعده مستند به روایاتی چون روایت نبوی «أدرءوا الحدود بالشبهات - وَ لَا شَفَاعَةَ وَ لَا كَفَالَةَ وَ لَا يَمِينٌ فِي حَدِّ حُدُودٍ بِالشُّبُهَاتِ» و شفاعت و کفالت و قسم، در حد وجود ندارد» (صدوق، ۱۴۱۳: ۷۴/۴) و روایاتی که در رابطه با جاهل به حکم و موضوع وارد شده است، می باشد که از جمله این روایات می توان به روایت صحیحی حلی (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۳۲/۲۸) و روایت محمد بن مسلم (همان) اشاره نمود.

حتی اگر مطابق با تصریح تعدادی از صاحب نظران شیعه هیچ روایت معتبری مبنی بر سقوط حدود بواسطه شبهه نباشد (موسوی خویی، بی تا: ۱۵۴/۱؛ مصطفوی، ۱۴۱۲: ۱۱۳) و هر جایی که برای اسقاط حد به

استناد شبهه یک قیاس منطقی تشکیل شده، کبرای آن مخدوش شمرده شود(موسوی خویی، بی تا: ۳۳۸/۱)، با این حال باید دانست که عمل به مفاد این قاعده در میان عموم امامیه مقبولیت یافته و ظاهراً مخالفی برای آن یافت نشده است. به طوری که ظاهر کلام اصحاب و فقهای امامیه و حتی اهل سنت پذیرش این قاعده و تسالم بر آن است و نزد ایشان شهرت بسزایی را دارا می باشد(ر.ک: ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۸۵/۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۸۱/۴۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۲۶/۲۷؛ سرخسی، بی تا: ۹۶/۹). گذشته از اینکه این قاعده با ظواهر ادله مطابق است به این بیان که احراز موضوع شرط از برای فعلیت و تنجز حکم است، زیرا چنانچه گذشت، نسبت حکم به موضوع نسبت معلول به علت است - همان طور که اگر تمامی اجزاء و شرایط علت در خارج موجود نشود، معلول در خارج موجود نمی‌شود - بنابراین هنگامی که موضوع محرز شد و تمام جزئیاتش مشخص شد حکم به مرحله‌ی اثبات می‌رسد، آنگاه تنجز و فعلیت می‌یابد. خلاصه آنکه اگر موضوع احراز نشود، نمی‌توان گفت که حکم ثابت است. اکنون باید دید که در شبهه‌ی موضوعیه اگر هنوز موضوع محرز نشده باشد آیا می‌توان گفت که جزاء و کیفر - که همان حکم است - ثابت است. قاعده‌ی «تدرء الحدود بالشبهات» در خصوص شبهات موضوعیه یک قاعده است و اگر این روایت نیز نبود، در مورد شبهات موضوعیه طبق موازین می‌گفتیم مادامی که در موضوع، شبهه هست حکم - یعنی کیفر و جزا - ثابت نیست. البته این دلیل سوم اختصاص به شبهات موضوعیه دارد(موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱۷۶/۱-۱۷۷).

در رابطه با مسئله حاضر، شک و شبهه در حکم این مسئله، ناشی از شک در تغییر جنسیت است که منشا این شک و شبهه، شک در صدق موضوع است و به تبع آن با توجه به اینکه شبهه موضوعیه می باشد، بی تردید مشمول این قاعده است، زیرا حتی اگر این قاعده و روایت هم نبود، به مقتضای اصول اولیه و قاعده عقلی، تا موضوع احراز نشود، حکم بر آن جاری نمی‌شود. از این جهت فقها در شبهات موضوعیه بحثی ندارند.<sup>۱</sup>

واژه شبهه در این قاعده، گذشته از شمولیت آن نسبت به حصول شبهه برای متهم، موارد شبهات و تردیدهای حاکم در اصل وجود نص و ویا مفهوم آن و یا شمولیت آن نسبت به مورد را نیز شامل می‌شود. منشا این شبهه در نزد حاکم، گذشته از نقص و سکوت نص و یا تعارض نصوص، در بسیاری از موارد نیز همچون مورد بحث، اجمال و ابهام نصوص و کیفیت شمولیتشان به موارد و مصادیق است. بر این اساس در مورد بحث که امر دائر بین مجازات اخف و اشد است و نسبت به اجرای مجازات اشد شبهه حاصل است، مقتضای قاعده درء اجرای مجازات اخف و اقل و سقوط مجازات اشد است. لذا این قاعده نیز می

<sup>۱</sup>. لذا حتی اگر مطابق با نظر گروهی از فقها (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۴۰۳/۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵۷/۴۱) جریان قاعده درء در باب قصاص را نپذیریم، باز هم می‌توان با توجه به تحلیل فوق، این قاعده را در تمامی فروع مربوط به قصاص در مسئله مورد بحث جاری نمود.



تواند همچون قاعده احتیاط در دماء و بنای حدود بر تخفیفات، حاکم بر بنای عقلا باشد و موضوع این ادله را از باب تضييق اختصاص به موارد قطعی می دهد.

بله در باب دیات با توجه به اینکه به خون منتهی نمی شود و در شمار امور خطیر همچون قصاص و حدود قرار نمی گیرد و قواعدی چون احتیاط در دماء، درء<sup>۱</sup> و بنای حدود بر تخفیفات در آن جاری نمی شود، می توان بنای عقلا را جاری دانست که مقتضای آن مدنظر قرار دادن حالت پس از تغییر جنسیت است و به تبع آن حکم بر اساس آن حالت صادر می شود. چنانچه در نپذیرفتن دلیل بنای عقلا پافشاری شود، به مقتضای قاعده اولیه یعنی جریان اصل استصحاب مراجعه می شود و به تبع آن حکم بر اساس حالت سابقه مجرم (حالت قبل از تغییر جنسیت) مدنظر قرار می گیرد.

**نقد دوم:** بر فرض جریان بنای عقلا در مسائلی که به خون منتهی می شود، باید دانست که عقلا در امور خطیر و مهمی همچون امور مربوط به قصاص و حدود (که در اکثر موارد به خون منتهی می شود) در هنگام شبهه (همچون مورد بحث که تغییر جنسیت در آن دچار ابهام است) جانب احتیاط را برمی گزینند که مقتضای آن اجرای مجازات اخف است. لذا حتی اگر بنای عقلا را در فرض مسئله جاری بدانیم، با توجه به اهمیت باب حدود و قصاص و خطیر بودن آن و نیز حساسیت ویژه شارع به این ابواب خصوصاً زمانی که به خون منتهی می شود، مقتضای آن رعایت احتیاط و به تبع آن اجرای مجازات اخف و اقل است.

## ۶. بررسی قوانین موضوعه در بحث حاضر

در بحث حاضر نمی توان از باب تمسک جستن به اطلاق مواد قانونی، رکن قانونی این دسته از جرائم را احراز نمود و به تبع آن حکم مسئله را بر پایه حالت پس از تغییر جنسیت دانست، زیرا تصریح لازمه قوانین کیفری است و استناد به اطلاق مواد قانونی در بحث حاضر بر خلاف تفسیر به نفع متهم است. بر این اساس بر قانونگذار لازم است، با اصلاح مواد مذکور و یا الحاق تبصره ای به آن، نظر خود را به صراحت در این مورد بیان کند. توضیح اینکه یکی از قواعد مسلمه در حقوق جزا، اصل قانونی بودن جرم و مجازات است که به منظور حمایت از حقوق متهمان وضع شده است و نتیجه اجرای این قاعده منجر به تفسیر قانون به نفع متهم گردیده است. این تفسیر، مضیق و محدود به متن صریح قانون می باشد (گلدوزیان،

۱. زیرا مراد از واژه حدود در ادله قاعده درء، مجازات ها است، از طرفی در ماهیت حقوقی دیه شک بوده و به تبع آن مجالی برای تمسک به عام (الحدود) نیست، زیرا این مورد از موارد تمسک به عام در شبهه مصادقیه است (محقق داماد، ۱۳۷۹: ۸۶). گذشته از اینکه با توجه به امتنانی بودن این قاعده، در حق الناس (همچون دیه) جاری نیست.

۱۳۷۹: ۱/۱۶۵؛ صناعی، ۱۳۷۴: ۱/۱۱۵). تفسیر به نفع متهم یکی از مهمترین تفسیرهایی است که به منظور تحدید دامنه برداشت های قانونی تا حدود مورد نظر قانونگذار پیش بینی شده است و برابر آن منظور قوانین مجمل و مبهم را بایستی از متن قانون و منطوق صریح آن استنباط نمود و از توسعه دامنه آن به موارد مشکوک اجتناب نمود. مطابق با این تفسیر در مقررات کیفری، هرگاه در موردی قانون وجود نداشته باشد یا قانون، مجمل و مبهم باشد قاضی حق ندارد به روح قانون و به استدلال قیاسی و امثال آنها تمسک کند، بلکه در هنگام فقدان قانون و نبودن حکم مجعول، باید به اصول حاکم در اینگونه موارد استناد کرده و به نفع متهم عمل نمود و تا حد امکان از وی رفع اتهام کرد و در نتیجه اعمال کیفر و مجازات را به حداقل رسانید (ولیدی، ۱۳۸۲: ۱۶۳). این اصل از نظر شرعی و فقهی نیز ریشه در «اصل برائت»، «قیح عقاب بلا بیان» و «قاعده درء» دارد و در حقیقت مدرک قانونگذار در تدوین این اصل، سه دلیل شرعی ذکر شده می‌باشد. با دقت بیشتر می‌توان گفت؛ اصل «تفسیر مضیق» ریشه در اصل «تفسیر به نفع متهم» دارد و اصل اخیر نیز ریشه در قاعده «قانونی بودن جرم و مجازات» و قاعده قانونی بودن جرم و مجازات ریشه در «اصل برائت» و اصل برائت مبتنی بر قاعده «قیح عقاب بلا بیان» می‌باشد (اردبیلی، ۱۳۸۴: ۱/۱۵۱).

در بحث حاضر، در قانون به صورت صریح هیچ اشاره ای به این موضوع نشده است و نمی‌توان با مدنظر قرار دادن تفسیر موسع از قانون، این موضوع را از مواد قانونی که مربوط به مجازات مردان و یا زنان است استنتاج نمود، چرا که تصریح لازمه قوانین کیفری است و تفسیر موسع در این مورد بر خلاف تفسیر به نفع متهم و تفسیر مضیق از قوانین که از قواعد اجماعی حقوق جزاست، می‌باشد. با حفظ این مطلب، با توجه به اینکه در شمولیت حکم قانونگذار نسبت به مسئله حاضر تردید حاصل است، باید شک و تردید را به نفع متهم تفسیر نمود که لازمه آن در دوران امر بین مجازات اخف و اشد، اجرای مجازات اخف برای متهم است.

البته مراد از اجرای این اصل در بحث حاضر جرم انگاری متهم نیست، چرا که متهم قطعاً مرتکب جرم شده است، بلکه مراد اجرای این قاعده با نسبت به اجرای مجازات اخف و اشد بر متهم است، به این معنا که قاضی نمی‌تواند مطابق با ظاهر فعلی مجرمی که تغییر جنسیت داده است، به مواد قانونی تمسک کند، چرا که قاضی پرونده در صدق موضوع یعنی صدق مرد و یا زن دچار شک شده است و به تبع آن تفسیر ماده قانونی نیز با توجه به تردید در موضوع آن به نوعی برای وی مشکوک است. بلکه مقتضای اصل تفسیر به نفع متهم و تفسیر مضیق از قوانین در این موارد که از موارد شک بین اجرای مجازات اخف و اشد

بر مجرم است، اجرای مجازات اخف و اقل است.<sup>۱</sup> لذا مراد از اجرای این اصل در این بحث، اجرای نسبی آن با نسبت به مجازات هایی است که امر آن بین اخف و اکثر دائر است، به این معنا که معیار تمسک به مواد قانونی مطابق با حالت فعلی و پس از تغییر جنسیت نیست، بلکه معیار با توجه به شک و ابهام در صدق موضوع، اجرای مجازات اخف بر مجرم است. خواه مقتضای تفسیر به نفع متهم ملاحظه حالت قبل از تغییر جنسیت باشد و یا اینکه مقتضای آن ملاحظه حالت پس از تغییر جنسیت در نظر گرفته شود.

## ۷. پاسخ به مناقشات مقدر

**مناقشه اول:** ممکن است گفته شود که متبادر از لفظ «رجل» در روایات اعم از مرد و اشخاصی است که ملحق به مرد می شود که از جمله مصادیق آن، گذشته از خنثای ملحق به مرد، زنی است که تغییر جنسیت به مرد داده است و نیز متبادر از «امراه» اعم از زن و اشخاصی است که ملحق به زن می شود که از جمله مصادیق آن، گذشته از خنثای ملحق به زن، مردی است که تغییر جنسیت به زن داده است. بدون شک تبادر نیز از مشهورترین نشانه های حقیقت است (فیروزآبادی، ۱۴۰۰: ۴۳/۱). در مرحله اول ممکن است این طور به نظر برسد که کشف وضع از جهت کشف ظهور برای ما اهمیت دارد و گر نه صرف کشف معنای وضعی بدون اینکه ظهور با آن سازگار باشد ثمر و ارزشی ندارد، در حالی که تبادر فقط برای کشف وضع و معنای حقیقی است و نمی تواند کاشف از ظهور و مراد از کلام باشد، منتها باید در نظر داشت که اگرچه اصل مبحث تبادر در تشخیص معنای حقیقی از مجازی است، ولیکن بسیاری از صاحب نظران از آن به عنوان معیار در تشخیص ظهور و مراد کلام و اثبات حجیت آن استفاده نموده اند (شریف مرتضی، ۱۴۰۵: ۳۴۲/۲-۳۴۱؛ حلی، ۱۳۸۸: ۲۲۰/۱۱)، لذا در مجموع تبادر علاوه بر آن که برای شناختن معنای حقیقی الفاظ به کار می آید، در تشخیص حدود دقیق و لوازم معنای مطابقی لفظ و مراد از کلام نیز کاربرد دارد. از باب نمونه از آنجایی که معنای مطابقی هیات امر با توجه به تبادر، الزام است، حدود الزام نیز به همین دلیل ثابت است (شیرازی، ۱۴۰۹: ۸۷/۱). بر این اساس، تبادر حاقی مرد و زنی که تغییر جنسیت به مرد داده است از لفظ «رجل» و تبادر حاقی زن و مردی که تغییر جنسیت به زن داده است از لفظ «امراه»، فراتر از شمرده شدنش به عنوان علامت حقیقت، به نظر می رسد که در مسأله حاضر، در تشخیص ظهور کلام و تعیین حدود معنای مطابقی کلام و لوازم آن مورد استناد قرار می گیرد و به تبع آن، به عنوان دلیل بر اجرای احکام «رجل» بر مرد و زنی است که تغییر جنسیت به مرد داده است و اجرای احکام «امراه» بر زن و مردی است که تغییر جنسیت به زن داده است، چراکه لازمه مبنای قدما در حجیت اصالة الحقیقه

□ در دیه نیز با توجه به شک در اقل و اکثر، مقتضای تفسیر به نفع متهم، ثبوت دیه اقل بر ذمه متهم است. البته در فروض تفاضل دیه برای اجرای قصاص، مقتضای تفسیر به نفع متهم، ثبوت دیه اکثر بر ذمه ولی دم است.

(سرخسی، ۱۴۱۴: ۱۳۷/۱؛ ابن حزم، بی تا: ۴/۱۳۳) استناد به تبادر حاقی (وضعی) در تشخیص فهم و ظهور کلام است (عراقی، ۱۴۱۷: ۱/۱۱۴؛ حکیم، ۱۴۰۸: ۲/۹۴). لذا در محل بحث مقتضای تبادر و دخالت داشتن آن در فهم و ظهور کلام، اجرای احکام «رجل» بر مرد و نیز بر زنی است که تغییر جنسیت به مرد داده است و اجرای احکام زن بر زن و نیز بر مردی است که تغییر جنسیت به زن داده است.

البته با توجه به اینکه مسئله تغییر جنسیت از مسائل مستحدثه است، و اساسا در زمان ائمه وجود نداشته است، ممکن است گفته شود تبادر معنا از یک لفظ، فقط حقیقی بودن کاربرد لفظ را در آن معنا در زمان تبادر اثبات می‌کند، ولی چگونگی وضع آن معنا در زمان سابق با تبادر متأخر ثابت نمی‌شود، منتها باید در نظر داشت که با استناد به اصولی مانند استصحاب قهقری می‌توان به این اشکال پاسخ داد، مقتضای این استصحاب آن است که حکم حاضر به سابق که سیره عقلا در اعمال و زندگی روزانه خود آن را بکار می‌گیرد و قبول دارند و شارع نیز از آن منعی نکرده است می‌توان همین معنا را برای لفظ در زمان سابق نیز اثبات کرد. این استصحاب هر چند شرعی نیست، منتها عقلانی بوده و بنای عقلاء در این مورد محقق و مستقر هست، لذا طبق بنای عقلاء این استصحاب اعتبار دارد. گذشته از استصحاب قهقری، می‌توان از اصولی همچون عدم نقل یا اصل تشابه از منہ (البته در صورت امکان اجرای این اصول)، این اشکال را برطرف نمود و تبادر زمان حال را دال بر حقیقی بودن آن معنا در زمان پیشین نیز دانست. (عراقی، ۱۴۱۷: ۶۷/۱؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۱/۲۹ و ۱۳۰؛ سبحانی، ۱۴۱۴: ۱/۱۲۵)

توجه به این نکته لازم است که آنچه در اینجا مدنظر است، ظهور کلام است. لذا در صورتی که کلام ظهور در اجرای مجازات بر مرد و اشخاص ملحق به مرد (از جمله زنی است که تغییر جنسیت به مرد داده است) و نیز اجرای مجازات بر زن و اشخاص ملحق به زن (از جمله مردی تغییر جنسیت به زن داده است) داشته باشد، شکی نیست که این ظهور حجت است. یکی از راه‌های تشخیص ظهور، گذشته از تبادر حاقی، تبادر مستند به قرینه و اطلاقی است (فاضل اردکانی، بی تا: ۳۲؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۶: ۱/۲۷)، لذا اگر از طریق تبادر اطلاقی و مستند به قرینه، این ظهور اثبات شود، شکی در حجیت آن نیست.

**پاسخ: اولاً:** هر چند تبادر به ادعای کثیری از صاحب‌نظران، از علائم حقیقی در نظر گرفته می‌شود، ولی این علامت توسط بعضی از اصولیین مورد مناقشه جدی قرار گرفته است (عراقی، ۱۴۱۴: ۱/۱۱۳؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۱/۱۲۶؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۱/۱۶۶-۱۶۸). این دسته از محققین مخالفت خود را به صورت صریح و یا ضمنی احرار نموده‌اند که بررسی و تحلیل آن خارج از حوصله این مقاله است. گذشته از اینکه بر فرض اعتبار تبادر به عنوان یکی از علائم حقیقت، باید در نظر داشت که تبادر، معلول قرن اکید بین لفظ و معنا در ذهن است و لذا کسانی می‌توانند تبادر را علامت معنای حقیقی بدانند که وضع را قرن اکید بین لفظ و معنا بدانند. اما بنابر مسلک مشهور صاحب‌نظران که وضع را اعتبار اختصاص لفظ به معنا دانسته و یا در مورد وضع قائل به تعهد شده‌اند، وجهی نخواهد داشت که در نظر آنان، تبادر کشف از وضع داشته باشد؛ چون وضع فعل واضع است، در حالی که تبادر معلول ملازمه ذهنی و قرن اکید در ذهن

شخص بین لفظ و معنا است، اعم از اینکه واضع لفظ را برای معنا جعل کرده و یا جعل نکرده باشد. بنابراین مهم این است که در ذهن فرد، ملازمه ذهنی وجود داشته باشد که در صورت وجود ملازمه، منشأ تبادر خواهد شد (صدر، بی تا: ۱/ ۱۶۵). به عبارت دیگر بنابر هر مسلکی غیر از قرن اکید در تفسیر حقیقت وضع، علامت بودن تبادر برای وضع برای کسی که خودش از اهل لغت است غیر معقول است و علامیت تبادر معنا برای عالم به وضع برای جاهل به وضع اگر چه معقول است اما به صورت اثباتی نشانه وضع نیست. اینکه تبادر معنا برای کسی که خودش اهل لغت است نمی‌تواند علامت وضع باشد، از آن جهت است که تبادر معلول وضع نیست بلکه علت این تبادر منحصرأ علم به وضع است و لذا نمی‌توان از تبادر، وضع را به نحو آئی کشف کرد و برای استعمال علم به وضع هم نیازی به تبادر نیست چون صرف التفات عالم برای اینکه بفهمد علم دارد کافی است و انسان علمش را به علم حضوری درک می‌کند و نیازی به علم دیگری متعلق به آن نیست و لذا به صرف التفات می‌تواند به آن علم آگاهی یابد. بله بنابر مسلک قرن اکید چون وضع امری واقعی است، تبادر، به علم به وضع (قرن اکید) منجر می‌شود. اما اینکه تبادر معنا برای اهل لغت نمی‌تواند علامت وضع برای جاهل به لغت باشد از آن جهت است که صرف یک بار تبادر معنا از لفظ برای اهل لغت نمی‌تواند کاشف از وضع باشد، مگر اینکه احراز شود فهم آن معنا مستند به قرینه نبوده است و این فقط با اطراد تبادر ممکن است. در نتیجه مشهور صاحب‌نظران با توجه به مبنایشان نمی‌توانند به تبادر استناد کنند.

**ثانیا:** این پاسخ که به نوعی مهمتر از پاسخ اول در نظر گرفته می‌شود، اینکه بر فرض شمردن تبادر به عنوان علامت حقیقت، بی شک تبادر از امور وجدانیست و برهانی نیست تا نیاز به بحث و بررسی داشته باشد بلکه همانطوری که گفته شد مبتنی بر انسباق است و انسباق نیز یک امر وجدانی است. لذا هر کس می‌تواند در اثبات تبادر به وجدان خود مراجعه کند و اگر طرفین نزاع بر مدعای خود به تبادر تمسک کنند نمی‌توان بر خلاف آن دلیل اقامه کرد و در مقام دآوری این دو قول برآمد. چه بسا برای فقیهی فلان معنا متبادر باشد و کلام ظهور در او پیدا کند و برای دیگری چنین نباشد. هر کدام باید به سلیقه خویش مراجعه کنند. همانطوری که نظیر این بحث در کتاب‌های اصولی در باب صحیح و اعم نیز آمده است از اینکه هر دو طرف به تبادر استناد جستند و با توجه به وجدانی بودن تبادر، این دلیل برای هیچ یک از طرفین نفعی را در پی نداشت. بر این اساس ممکن است طرف مقابل ادعا کند متبادر از واژه «رجل» و یا «امراه»، تنها موارد یقینی از زن و مرد می‌باشند.

استناد به تبادر اطلاقی نیز مسلم نیست، خصوصاً با توجه به اینکه اطلاقی نمی‌توان برای روایات در نظر گرفت، چنانچه تفصیل آن گذشت.

**مناقشه دوم:** حمل «رجل» در روایات بر زنی که تغییر جنسیت داده است، صحیح بوده و سلب آن صحیح نیست، همانطوری که حمل «امراه» بر مردی که تغییر جنسیت داده است، صحیح بوده و سلب آن صحیح نیست. صحت حمل و عدم صحت سلب نیز از علائم حقیقت شمرده می‌شود و به تبع آن ظاهر

روایات وارده، اجرای مجازات «رجل» بر زنی است که تغییر جنسیت به مرد داده است و اجرای مجازات «امراه» بر مردی است که تغییر جنسیت به زن داده است.

**اولاً:** در شمردن صحت حمل از علائم حقیقت شک و تردید است، چرا که صحت حمل بستگی به معنای ملحوظ دارد. از باب نمونه در مورد آبی که بر سیل حمل می شود، اگر مقصود آب زلال باشد، حمل صحیح نخواهد بود، اما در صورتی که مقصود از «آب»، اعم از آب زلال و گل آلود باشد، عنوان «آب» بر آن صادق خواهد بود. لذا صحت یا عدم صحت حمل منوط به معنای اراده شده از لفظ است (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۱۳۰/۱؛ صدر، بی تا: ۱۶۸/۱). گذشته از اینکه اگر مقصود از حمل، حمل اولی باشد، صحیح نیست، چرا که در حمل اولی اگرچه تغایر بین موضوع و محمول لازم نیست، اما امکان تغایر وجود دارد؛ یعنی در حمل اولی هرچند در صورتی که ذات معنای موضوع و محمول یکی بوده و اختلاف در اجمال و تفصیل داشته باشند، کافی است، اما روشن است که معنای موضوع از جهت اجمال و تفصیل با محمول متفاوت است؛ چون معنای موضوع مجمل بوده و معنای محمول مفصل است. در نتیجه حمل اولی کشف از وحدت موضوع و محمول نخواهد کرد؛ چون ممکن است که بین موضوع و محمول در حدود معنا تغایر وجود داشته باشد (عراقی، ۱۴۱۷: ۶۷/۱). اگر مراد از حمل، حمل شایع صناعی باشد، باز هم صحیح نیست، چرا که ملاک حمل شایع، اتحاد مفهومی نیست بلکه اتحاد وجودی است. به عنوان مثال وقتی تعبیر «الضاحک متعجب» به کار برده می شود، با توجه به اتحاد وجودی بین این دو مفهوم، این حمل صحیح است و روشن می شود که ضاحک مصداق متعجب است، اما با حمل شایع صناعی معنای ضاحک کشف نشده و مفهوم مجمل آن روشن نمی شود همانطوری که تعبیر به «الناطق حیوان» حمل شایع صناعی بوده و صحیح است، اما با توجه به اینکه در مفهوم ناطق که فصل است، جنس اخذ نمی شود، مفهوم ناطق با حمل حیوان روشن نمی شود (همان).

**ثانیاً:** صحت حمل که همان عدم صحت سلب هست، مسبوق به تبادر است، زیرا باید تبادری وجود داشته باشد تا صحت حملی باشد (موسوی خمینی، ۱۳۸۲: ۸/۱). توضیح اینکه در حمل، در ابتدا باید موضوع را با همان معنای ارتکازی تصور کرد و پس از اینکه آن موضوع را در معنا متحد با معنای محمول که در مفهومش در حال حاضر شک شده است، دانست، محمول تصویری حمل بر موضوع می شود و بعد از این تصوّرات است که می توان قضیه حملیه را تاسیس نموده و معنای تصویری را تبدیل به تصدیق نمود. لذا در همان تصوّر اولیه در موقع لحاظ کردن موضوع و محمول، کشف معنای حقیقی بواسطه تبادر حاصل می شود و دیگر احتیاجی به قضیه حملیه برای کشف معنای حقیقی نیست. در نتیجه ملاک صحت حمل، تبادر است و صحت حمل نمی تواند به عنوان علامت مستقلی برای حقیقت در نظر گرفته می شود، بلکه برگشت به تبادر می کند و به تبع آن اشکالات وارده بر تبادر، بر صحت حمل نیز وارد است.

**ثالثاً:** بر فرض پذیرش صحت حمل و عدم صحت سلب به عنوان یکی از علائم مستقل حقیقت، باید در نظر داشت که صحت حمل و عدم صحت سلب همچون تبادر از امور وجدانیست، ممکن است کسی بر

حسب وجدان خود ادعا کند که حمل «رجل» فقط بر مرد جایز است و حمل آن بر زنی که تغییر جنسیت به زن داده است، جایز نیست و تبع آن مقتضای این صحت سلب آن است که استعمال «رجل» در این دسته از افراد به صورت مجازی است. همچنین ممکن است چنین ادعایی را در رابطه با استعمال واژه «امراه» نیز داشته باشد.

**رابعاً:** بر فرض پذیرش صحت حمل به عنوان یکی از علائم حقیقت و نیز بر فرض شمردن آن به عنوان علامتی مستقل برای معنای حقیقی، با توجه به اینکه تبادل و صحت حمل به عنوان علائم حقیقت و مجاز در عرض یکدیگر می باشند و جایگاهشان به صورت طولی و مرتبه ای نیست، با در نظر گرفتن وجدانی بودن تبادل در صورتی که اگر کسی ادعای تبادل مرد بودن را از واژه «رجل» در روایات بنماید نه اعم از مرد و زنی که تغییر جنسیت به مرد داده است و یا ادعای تبادل زن بودن را از واژه «امراه» در روایات بنماید نه اعم از زن و مردی که تغییر جنسیت به زن داده است، در این صورت پذیرفتن صحت حمل با مشکل روبرو خواهد شد.

## ۸. نتیجه گیری

با توجه به آنچه گذشت، در باب حکم مساله تغییر جنسیت قبل از رخ دادن جرم باید گفت:

**اولاً:** اگرچه ممکن است مقتضای اطلاق و بنای عقلا، در نظر گرفتن حالت پس از تغییر جنسیت شخص باشد، منتها باید نظر داشت که تمسک به مقتضای اطلاق با توجه به عدم احراز موضوع منتفی است. همچنین قاعده احتیاط در دماء، قاعده بنای حدود بر تخفیفات و قاعده درء با توجه به خطیر بودن و اهمیت بسزای مسائل مربوط به باب حدود و قصاص، حاکم بر بنای عقلا بوده و از باب تضییق، موضوع آن را تفسیر کرده و به موارد قطعی در این ابواب مضیق می کند. البته در باب حدود در مبحث زنا، لواط و مساحقه، اختیار هر یک از دو نظریه از آنجایی که تغییر ماهیت جرم را به همراه دارد، در تعیین مجازات طرف مقابل جرم نیز موثر است.

**ثانیاً:** در باب دیات نیز با توجه به اینکه سه قاعده فوق جاری نمی شود، مقتضای بنای عقلا اعتبار حالت پس از تغییر جنسیت و حکم بر اساس آن است. البته مقتضای قاعده اولیه در صورتی که در نپذیرفتن بنای عقلا اصرار شود، جریان استصحاب و حکم بر اساس حالت قبل از تغییر جنسیت است.

**رابعاً:** در تمامی مسائل مربوط به این بحث نمی توان به دلائلی چون تبادل و صحت حمل با توجه به ناتمام بودن دلالت آنها برای پی بردن به مراد و ظهور کلام استناد نمود.

**ثالثاً:** در این دسته از مسائل نمی توان بر اساس اطلاق مواد قانونی حکم صادر نمود و به تبع آن حکم مسئله را بر اساس حالت پس از تغییر جنسیت احراز نمود، چرا که بر خلاف تفسیر به نفع متهم است. بلکه

در این موارد از آنجایی که تصریح لازمه قوانین کیفری است بر قانونگذار لازم است، با اصلاح مواد مذکور و یا الحاق تبصره ای به آن، نظر خود را به صراحت در این مورد بیان کند.

## منابع

- ۱- قرآن کریم.
- ۲- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۴۰۹ق)، کفایة الأصول، قم، مؤسسه آل البيت(ع).
- ۳- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۴۰۷ق)، فوائد الأصول، تهران، وزارت ارشاد.
- ۴- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، السرائر، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۵- ابن حزم، علی(بی تا)، الاحکام فی اصول الاحکام، قاهره، مطبعة العاصمه.
- ۶- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۸۴ش)، حقوق جزای عمومی، تهران، میزان.
- ۷- انصاری، مرتضی (۱۴۲۸ق)، فرائد الأصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
- ۸- بروجردی، حسین (۱۴۱۵ق)، نهیة الأصول، تهران، نشر فکر.
- ۹- حائری یزدی، عبدالکریم(بی تا)، درر الفوائد، قم، چاپخانه مهر.
- ۱۰- حسینی عاملی، سید جواد(بی تا)، مفتاح الکرامه، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
- ۱۱- خر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، قم، مؤسسه آل البيت(ع).
- ۱۲- حکیم، سید محسن (۱۴۰۸ق)، حقائق الاصول، قم، کتابفروشی بصیرتی.
- ۱۳- حلی، حسن بن یوسف (۱۳۸۸ق)، تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت(ع).
- ۱۴- حلی، حسن بن یوسف (بی تا)، منتهی المطلب، بی جا، بی نا.
- ۱۵- سبحانی، جعفر (۱۴۲۴ق)، إرشاد العقول، قم، مؤسسه امام صادق(ع).
- ۱۶- سبحانی، جعفر (۱۴۱۴ق)، المحصول فی علم الاصول، قم، مؤسسه امام صادق(ع).
- ۱۷- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحکام، قم، مؤسسه المنار.
- ۱۸- سرخسی، محمد (۱۴۱۴ق)، اصول سرخسی، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- ۱۹- شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی (۱۴۰۵ش)، الرسائل، قم، دارالقرآن الکریم.
- ۲۰- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، مسالک الأفهام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- ۲۱- شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ش)، المبسوط، تهران، المکتبه المرتضویه.
- ۲۲- شیرازی، محمدحسن (۱۴۰۹ق)، تقریرات آیت الله المجدد شیرازی، قم، مؤسسه آل البيت.
- ۲۳- صانعی، پرویز (۱۳۷۴ش)، حقوق جزای عمومی، تهران، گنج دانش.



- ۲۴- صدر، سید محمد باقر(۱۴۱۸ق)، دروس فی علم الاصول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۲۵- صدر، سید محمد باقر، (بی تا)، بحوث فی علم الاصول، بی جا، بی نا.
- ۲۶- صدر، سیدمحمد، (۱۴۲۰ق)، ماوراء الفقه، بیروت، دارالاضواء للطباعة و النشر.
- ۲۷- صدوق، محمد بن علی بن بابویه(۱۴۱۳ق)، کتاب من لایحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۲۸- طباطبایی، سید علی بن محمد(۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل، قم، مؤسسه آل البيت(ع).
- ۲۹- عراقی، ضیاءالدین(۱۴۱۴ق)، مقالات الاصول، قم، مجمع الفكر الاسلامی.
- ۳۰- عراقی، ضیاءالدین(۱۴۱۷ق)، نهیة الافکار، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۳۱- غروی اصفهانی، محمد حسین(۱۴۱۶ق)، بحوث فی علم الاصول، قم، جامعه مدرسین.
- ۳۲- فاضل اردکانی، محمدحسین(بی تا)، غایة المسئول، قم، مؤسسه آل البيت.
- ۳۳- فاضل هندی، محمد بن حسن(۱۴۱۶ق)، کشف اللثام، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۳۴- فیروزآبادی، سید مرتضی(۱۴۰۰ق)، عنایة الاصول، قم، فیروزآبادی.
- ۳۵- گلدوزیان، ایرج(۱۳۷۹ش)، حقوق جزای عمومی ایران، تهران، مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی.
- ۳۶- مجمع فقه اهل البيت(۱۴۲۳ق)، قواعد اصول الفقه علی مذهب الامامیه، قم، المجمع العالمی لاهل البيت(ع).
- ۳۷- محقق حلّی، جعفر بن حسن(۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- ۳۸- محقق داماد، سید مصطفی(۱۳۷۹ش)، قواعد فقه(بخش جزایی)، تهران، مرکز نشر اسلامی.
- ۳۹- مدنی تبریزی، سید یوسف(۱۴۱۶ق)، المسائل المستحدثه، قم، انتشارات دهاقانی.
- ۴۰- مراغی، میرعبدالفتاح(۱۴۱۷ق)، العناوین، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۴۱- مرعشی، سید شهاب الدین(بی تا). احکام السرقة، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی.
- ۴۲- مصطفوی، محمد کاظم(۱۴۱۲ق)، القواعد الفقهیه، قم، جامعه مدرسین.
- ۴۳- مظفر، محمد رضا(۱۴۳۰ق)، أصول الفقه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۴۴- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد(۱۴۰۳ق)، مجمع الفائده و البرهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

- ۴۵- مکارم شیرازی، ناصر(۱۴۲۲ق)، بحوث فقهیه هامه، قم، مدرسه الإمام علی بن ابی طالب(ع).
- ۴۶- همان، درس خارج فقه المسائل المستحدثه، مقرر: سید مجتبی حسین نژاد، نسخه خطی.
- ۴۷- مکی عاملی، حسین یوسف(۱۳۹۱ق)، قواعد استنباط الأحكام، قم، مولف.
- ۴۸- موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن(۱۴۰۱ق)، قواعد فقهیه، تهران، مؤسسه عروج.
- ۴۹- موسوی خمینی، سید روح الله(۱۳۸۲ش)، تهذیب الاصول، قم، اسماعیلیان.
- ۵۰- موسوی خمینی، سیدروح الله(۱۴۱۵ق)، مناهج الوصول، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ۵۱- موسوی خمینی، سید مصطفی(۱۴۱۸ق)، تحریرات فی الاصول، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ۵۲- موسوی خویی، سید ابوالقاسم(بی تا)، مبانی تکملة المنهاج، نجف، مطبعة الآداب.
- ۵۳- موسوی خویی، سید ابوالقاسم(۱۴۱۰ق)، محاضرات فی اصول الفقه، قم، جامعه مدرسین.
- ۵۴- نائینی، محمدحسین(بی تا)، فوائد الأصول، بی جا، بی نا.
- ۵۵- نجفی، محمد حسن(۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
- ۵۶- نراقی، محمد مهدی(۱۳۸۸ش)، أنیس المجتهدین فی علم الأصول؛ قم، مؤسسه بوستان کتاب.
- ۵۷- نراقی، ملا احمد (۱۴۲۵ق)، الحاشیه علی الروضة البهیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۵۸- ولیدی، محمد صالح(۱۳۸۲ش)، بایسته های حقوق جزا، تهران، نشر خورشید.