

### بررسی تاثیر جنسیت متهم در رسیدگی های کیفری در نظام جزایی ایران

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۳/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۹/۰۹/۱۲)

الهام فیض آبادی

#### چکیده

یکی از چالش های مهم حقوقی تاثیر جنسیت و نقش آن در مجازاتهاست و سؤالات زیادی در این رابطه مطرح می باشد. از جمله اینکه آیا چنانچه افراد دو جنسه مرتکب جرمی شوند، میتوان با استناد به وضعیت خاص آنها قائل به تخفیف مجازاتشان شد؟ برای پاسخ به این سوال لازم است جرایم را به دو دسته تقسیم کنیم: الف) جرایمی که جنسیت در وقوع آنها نقشی ندارد. ب) جرایمی که جنسیت در وقوع آنها نقشی دارد. در جرایمی که جنسیت متهم در ارتکاب آنها هیچ نقشی ندارد قاعدتاً نمی توان قائل به تخفیف شد اما جرائمی که جنسیت در مورد آنها نقش دارد چنانچه افراد خنثی مرتکب این جرایم شوند در برخی حالات می توان قائل به تخفیف مجازات این گونه افراد شد. لذا در این مقاله به مباحثی مانند تعریف خنثی، احکام جزایی، حدود، دیات، قصاص در مورد افراد خنثی، همچنین بعضی احکام فقهی و نظر بعضی فقها و همچنین بعضی از بندهای قانون اساسی در مورد این افراد پرداخته شده است.



در دنیای امروزه و پیشرفت علوم پزشکی بسیاری از بیماریها قابل درمان بوده و در درمان هر بیماری در جامعه اسلامی پزشکان ناگزیرند نسبت به درمان آنان اقدام نمایند چه بیمارانی که از لحاظ بیولوژیک رنج می‌برند و چه بیمارانی که از لحاظ روانی مشکل دارند. در بین بیماریها و بیماران آنچه که از همه محجور مانده بود بیماریهای مربوط به جنسیت افراد دو جنسی و افرادی که دچار اختلال هویت جنسی هستند می‌باشد، دو جنسی‌ها که در متون فقهی خنثی نامیده می‌شوند، افرادی هستند که دارای یک یا چند صفت از دو جنس مذکر و مؤنث هستند، به همین لحاظ مباحث زیادی میان فقها و حقوقدانان در این که باید آنها را ملحق به یکی از دو جنس کرد و یا طبیعت ثالثه شمرد، به وجود آمده است. با عنایت به وضع سهم الارث خاص از سوی فقها و قانونگذار (سه چهارم ارث مرد) و دارا بودن صفات هر یک از دو جنس و شیاع آن به عنوان واسطه در لسان عوام باید خنثی را جنس سوم شمرد. انسانها از نظر جنسیت به دو دسته مذکر و مؤنث تقسیم میشوند، منتها این تقسیم بندی بر اساس غلبه در موجودات است و گرنه ساختار آفرینش، حد وسطی را میان این دو طیف در خود دارد که از آن به خنثی یا دو جنسی یاد می‌شود. از آنجا که رشد روانی انسان با تاکید بر رشد روانی جنسی او به موازات رشد جسمانی او اهمیت دارد. بررسی خنثی از هر دو جنبه یعنی هم بعد جسمانی و فیزیکی و هم بعد روانی ضروری است. به عبارتی بحث از جنسیت روانی، گرایش و هویت جنسی، مکمل بحث از جنسیت فیزیکی است. هویت جنسی یک حالت روانشناختی است که بازتابی از احساس درونی فرد نسبت به مرد یا زن بودن خود می‌باشد. اختلال هویت جنسی در افرادی دیده می‌شود که بطور دائم احساس ناراحتی نسبت به جنسیت بیولوژیک و یا نقش جنسی خود دارند و ممکن است اشتغال ذهنی همیشگی برای جراحی در جهت جنس مخالف با استفاده از هورمون‌ها برای مشابه سازی بیشتر خود به جنس مخالف داشته باشند. در مورد همه گیرشناسی اختلال هویت جنسی، اطلاعات دقیقی در دسترس نمی‌باشد، چرا که عمده برآوردهای آماری شیوع بیماری را براساس افرادی که در پی تغییر جنسیت توسط جراحی برمی‌آیند، تخمین می‌زند. دو جنسه بودن به معنای خاص آن حالتی ویژه و غیر معمول است



که فرد در زمان تولد نشانه های جسمی هر دو جنسیت مرد و زن را به یک میزانی دارد. چنانچه افراد دو جنسه مرتکب جرائمی شوند که جنسیت متهم در ارتکاب آنها نقش دارد. به نظر می رسد در برخی حالات می توان قائل به تخفیف مجازات اینگونه افراد شد. در دنیایی که ما در آن زندگی می کنیم افرادی هستند که از جنسیت خود راضی نیستند. آنها از نظر فیزیکی هیچ گونه اختلال جنسیتی ندارند، ولی حاضر به پذیرش جنسیت فعلی خود نیز نیستند. به عبارت دیگر هویت جنسیتی شان با هویت جنسشان هماهنگ نیست. این گروه یا مردانی هستند که خود را زن می دانند، یا زنانی هستند که خود را مرد می پندارند. قانون به طور کلی برای انسان هایی که معمولاً شامل یکی از دو جنسیت مرد یا زن هستند نوشته می شود و این در عبارات بسیاری از قوانین آشکار است. به عنوان مثال: اصل بیستم قانون اساسی بیان می دارد: همه افراد ملت اعم از زن و مرد، یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند. و در ماده ۲۴۳ قانون مجازات اسلامی آمده است: مدعی ممکن است مرد یا زن باشد و در هر حال باید از وراثت فعلی مقتول محسوب شود. دو جنسه بودن به معنای خاص آن حالتی ویژه و غیر معمول است که فرد در زمان تولد نشانه های جسمی هر دو جنسیت مرد و زن را به یک میزانی دارد. البته مفهوم دیگری که از مفاهیم جدید و عام تر نسبت به حالت ذکر شده در بالا وجود دارد مفهوم «ترنسشکوال» است که به صورت مشکلی هویتی در فرد خود را نشان می دهد. فرد ترنسشکوال از نظر ظاهر و بدنی به جنسیتی خاص (مرد یا زن) تعلق دارد اما از لحاظ هویتی دارای تعلق خاطر و علاقه شدیدی به جنسیت مخالف خود است. به صورتی که تمایل دارد اغلب مانند جنسیت مخالف و دلخواه خود رفتار کند. چنانچه این حالت روانی در فردی موجود باشد وی را، ترنسشکوال یا به عبارت عرفی و در معنای عام دو جنسه می نامند چنانچه بخواهیم به بررسی حالت این دو دسته که مقدار زیادی نیز با هم همپوشانی دارند در حقوق کیفری ایران بپردازیم با توجه به اینکه بخش عمده ای از قوانین مجازات بعد از انقلاب برداشتی از فقه امامیه است و با در نظر گرفتن اینکه در موارد سکوت و اجمال قانون چنانچه قضیه در فقه اسلامی دارای حکم باشد قاضی ملزم به رجوع به فقه و صدور حکم است، لازم است به بررسی ابعاد



قضیه در فقه نیز به فراخور نیاز پرداخته شود. به نظر می‌رسد مواردی که در فقه امامیه تحت عنوان «خنثی» مطرح شده است بیشتر شبیه حالت دو جنسه به معنای خاص آن (هرموفروادایت، یعنی حالت واضح دو جنسه بودن «جسمی» فرد است که در این حالت شخص توأمان ویژگیهای جسمی) هر دو جنس را به وضوح دارا است. اینگونه به نظر میرسد که منظور اصلی فقها از «خنثی» به هیچ عنوان صرف مخالفت حالت روحی شخص با جنسیت کنونی اش نیست بلکه منظور «وضعیت جسمی» متفاوت فرد است. دلیل این توضیح این بود که در این نوشتار که از این دو گروه به اجمال تحت عنوان «دو جنسه» نام برده شده است به بررسی وضعیت هر دو دسته فوق الذکر به صورت توأمان و با تأکید بیشتر بر «هرموفروادایت‌ها» در حقوق کیفری ایران پرداخته شده است. در یک تقسیم بندی کلی می‌توان وضعیت افراد دو جنسه را در دو حالت زیر بررسی کرد.

الف - بزهکاری

ب - بزه دیدگی

وضعیت افراد ترنسشکوال در صورت بزهکار بودن آنها بدین شکل است که افراد دو جنسه به دلیل وضعیت فیزیولوژیک خاصی که دارند در جایگاهی متفاوت نسبت به سایر افراد قرار می‌گیرند. به نظر می‌رسد لازم است به دلیل شرایط ویژه این افراد در صورت بزهکار بودن آنها نیز این وضعیت خاص در نظر گرفته شود چرا که این طیف نه تنها از لحاظ جسمی در حالتی متفاوت از مردم عادی قرار دارند بلکه چه بسا بواسطه همین تفاوت جسمی دچار مشکلات و بیماری‌های روانی گوناگون شده و احساس طرد شدگی نسبت به جامعه به آنها دست دهد که این حالت نیز قطعاً در ارتکاب جرایم بی تأثیر نخواهد بود و از طرفی به دلیل شبهه ای که ممکن است در تعیین جنسیتشان در مجازات‌هایی که میزان آنها در مرد و زن متفاوت است پیش بیاید لازم است وضعیت این افراد در صورت بزهکار بودن آنها بررسی شود.

(طبق ماده ۶۳۳ قانون مجازات اسلامی) زنا عبارت است از جماع مرد با زنی که بر او ذاتاً حرام است. براساس ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی حد زناى زن یا مردی که واجد شرایط احصان نباشد صد تازیانه است. از طرفی طبق ماده ۱۰۸ قانون مجازات اسلامی لواط و طی انسان مذکر است چه به صورت دخول با تفریخ و بر اساس ماده ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی فاعل و مفعول لواط در صورت بالغ، عاقل و مختار بودن با استناد به ماده ۱۱۱ قانون مجازات اسلامی کشته خواهند شد. حال چنانچه شخص دو جنسه از دبر با مردی رابطه جنسی برقرار کند و دخول محقق شود، چنانچه شخص دو جنسه ملحق به مرد شود لواط محقق شده، فاعل و مفعول هر دو کشته خواهند شد و چنانچه ملحق به زن باشد زنا محقق شده، فاعل و مفعول هر دو به صد ضربه شلاق محکوم خواهند شد و چنانچه نتوان شخص دو جنسه را به هیچ یک از دو جنسیت مرد و زن ملحق کرد، می توان با استناد به قاعده «درأ» (تدرأ الحدود بالشبهات) حد زنا که حد خفیف تر است جاری کرد. چرا که در این مورد به طور اجمال می دانیم که حدی ثابت شده است، زیرا عمل جنسی (دخول) انجام گرفته است و مرتکب هم یا زن است یا مرد اما به صورت تفصیلی نمی دانیم کدام حد را جاری کنیم و با توجه به اینکه اصل در حدود بر تخفیف است در این حالت که نمیدانیم شخص مرتکب زنا شده است یا لواط ولی می دانیم که مرتکب یکی از این دو عمل شده است، با فرض زن بودن او حد کمتر را که حد زنا است در موردش جاری می کنیم، می دانیم چنانچه شخص مرتد فطری شود، براساس فقه اگر مرد باشد کشته خواهد شد و چنانچه زن باشد تو به داده می شود. حال صورتی را فرض می کنیم که شخص دو جنسه (خنثی مشکل) مرتد شده است در این مورد دو احتمال در فقه مطرح شده است؛ احتمال اول این است که خنثی نیز حکم زن را دارد، زیرا در مذکر بودن او که سبب تسلط بر کشتن او می شود شک وجود دارد و در نتیجه شک در مسبب، به شک در مسبب نیز منجر می شود و لذا کشتن او جایز نیست و احتمال دوم این است که همان حکم مرد را داشته باشد زیرا سخن پیامبر (ص) که فرمود «کسی که دین خود را تغییر داده او را بکشید از عمومیت برخوردار است و فقط زن از عموم این روایت خارج شده است و بقیه موارد که خنثی نیز از جمله آنها است مشمول عموم این روایت باقی می ماند، چه آنکه در مورد خنثی نصی وارد



نشده است. نظر شهید ثانی به این صورت است که احتمال دوم (مبنی بر اینکه خنثی حکم مرد را دارد) پسندیده است در صورتی که قاعده «دراء» وجود نداشته باشد. پس نتیجه می‌گیریم در حدودی که کیفیت حد بین زن و مرد متفاوت است چنانچه «خنثی مشکل» مرتکب این جرائم حدی شود و نتوان جنسیت او را معلوم کرد با استناد به قاعده «دراء» حد خفیف تر را بر او جاری می‌کنیم. بنابراین اینگونه به نظر می‌رسد که در باب جرایم حدی، دوجنسه بودن شخص در برخی موارد و با استناد به قواعد فقهی می‌تواند باعث سقوط حد با تبدیل به حد خفیف تر شود. در مورد جرائم تعزیری که جنسیت متهم در وقوع آنها نقش دارد به امکان تخفیف مجازات این گونه مجرمین می‌پردازیم. بند ۵ ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی قانونگذار در بند ۵ ماده ۲۲۲ قانون مجازات اسلامی (وضع خاص متهم) را یکی از جهات مخففه مجازات در جرائم تعزیری دانسته است. قاعده در استفاده از این بند در مورد جرائم تعزیری «گونگون فردی» است، یعنی قاضی باید به صورت جداگانه در هر مورد با در نظر گرفتن وضعیت متهم تصمیم‌گیری کند که آیا میتوان در مورد یک متهم خاص با استناد به این بند قائل به تخفیف مجازات شد یا خیر؟ به عبارت دیگر قاضی باید به بررسی «وضعیت شخصی» متهمان پردازد که آیا وضع خاصی که دخیل در وقوع جرم بشود در آنها وجود دارد یا خیر مثلاً اگر دو نفر به نحو مشارکت مرتکب جرمی تعزیری شوند قاضی باید در مورد هر دوی متهمان به صورت مجزا این بند را مورد ارزیابی قرار دهد، که ممکن است هر کدام از آنها ویژگی خاصی داشته باشند که قاضی بتواند با در نظر گرفتن شخصیت متهم و وضعیت خاص موجود در او مجازات او را تخفیف دهد و چه بسا یکی از متهمان مشمول تخفیف بشود و دیگری خیر، با این حال به نظر می‌رسد بتوان دو جنسه بودن را «ملاکی نوعی» برای تخفیف مجازات متهم به حساب آورد و به صرف وجود این حالت در جرائمی که جنسیت در آنها از اهمیت برخوردار است، قاضی بتواند قائل به تخفیف مجازات متهم شود. به عبارت دیگر به نظر می‌رسد در مورد دو جنسه بودن ملاک بررسی «حالت» است (حالت دو جنسه بودن) در حالی که اصل کلی در اعمال تخفیف ماده ۲۲ بررسی «شخص» (متهم) است و چنانچه بخواهیم از این ماده برای تخفیف استفاده کنیم باید به کنکاش در شخص متهم پردازیم و صرف وجود



حالتی ویژه نمی تواند بدون نیاز به بررسی آن در متهم خاص باعث تخفیف مجازات او شود. جدای از بحث تخفیف مجازات اینگونه افراد، موارد متعددی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ وجود دارد که عملی خاص برای زنان با مردان جرم شناخته شده است؛ به عنوان مثال، وارد شدن زنان بدون حجاب شرعی در معابر و انظار عمومی طبق تبصره ماده ۶۳۸ جرم شناخته شده و مجازات آن حبس از ۱۰ روز تا دو ماه یا از پنجاه هزار تا پانصد هزار ریال جزای نقدی است. حال در مورد افراد دو جنسه که جنسیت آنها مشخص نیست و چنین اعمالی را انجام می دهند باید به چه صورت اقدام کرد؟ آیا باید آنان را در هر صورت مجرم شناخت و مجازات کرد؟ قطعاً چنین کاری خلاف بین عدالت و انصاف است. راه حلی که در مورد این افراد به نظر می رسد این است که باید دید جامعه و به طور خاص قانون به عنوان متن مورد عمل و قبول جامعه از این افراد می خواهد که به چه صورت رفتار کنند. آیا از آنها انتظار دارد مانند زنان در معابر حاضر شوند یا چنانچه مثلاً بدون حجاب شرعی با پوششی خاص به خیابان بیایند، مرتکب جرم شده اند. متأسفانه چنین چیزی در مورد این افراد در قوانین کیفری ما مشاهده نمی شود. البته شاید بتوان بر اساس مواد کلی همچون ماده ۶۳۸ ق.م.ا که در ذیل آن آمده است: «در صورتی که نفس آن عمل دارای کیفر نیست ولی عفت عمومی را جریحه دار نماید فقط به حبس یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد» شخص را به مجازات رساند و این مسأله را به عرف جامعه واگذار کرد که از این افراد چه انتظاری دارد و بر همان اساس عمل شود ولی با توجه به متفاوت بودن عرف در مکانهای مختلف و تفاوت در دیدگاه‌های افراد جامعه نسبت به دو جنسه ها چنین رابطه های کلی به هیچ وجه معقول به نظر نمی رسند و ممکن است به بی عدالتی و نتایج خطرناکی منجر شود. لذا دخالت قانونگذار در مورد وضعیت این افراد و توجه به واقعیت وجودی آنها، با توجه به تعداد نسبتاً کثیرشان در جامعه بشدت ضروری به نظر می رسد. بدیهی است که افراد دو جنسه بواسطه وضعیت خاص شان بیشتر از افراد عادی در معرض جرم و جنایت قرار دارند و درصد اینکه مورد سوء استفاده دیگران در ارتکاب جرایم (مخصوصاً جرائم جنسی قرار بگیرند بسیار بالاتر از سایرین است. امروزه به اذعان صاحب نظران و پژوهشگران در کشورهای غربی و بعضاً شرقی سوء استفاده های جنسی و مالی فراوانی از این



افراد در شبکه‌ها و وب‌سایت‌های مستهجن می‌شود و با توجه به وضعیت خاص آنها با قرار دادن آنها در حالت‌های توأمان فاعل و مفعول جنسی به فروش تصاویر و فیلم‌های این افراد در سطح وسیع و با تبلیغات فراوان دست زده می‌شود. همچنین خود این افراد ممکن است ناخواسته به انجام برخی افعال مبادرت نمایند و قانون‌انجام این کارها را برای آنها جرم بدانند. در صورتی که قصد ارتکاب جرم نداشته‌اند و حتی نمی‌دانسته‌اند که عملشان جرم است با این حال به نظر می‌رسد در جامعه ایران قبح خاصی نسبت به وارد شدن به حیطة این افراد در افکار عمومی وجود دارد که تا حد زیادی اغراق‌آمیز و بی‌دلیل است و لازم است با بیمار در نظر گرفتن آنها به سبب مشکل جسمی مادرزادی شان و برخوردی بیمارگونه و نه مجرم‌گونه با آنها سعی در درمانشان شود. جرایم از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت است هرچند که قانونگذار به صراحت در خصوص جرایم و مجازات‌های افراد دوجنسی و ترانسکشوال موادی را مورد تصویب قرار نداده و قانون در آن خصوص ساکت است ولی در خصوص افراد دو جنسی خنثی که معنی‌علیه واقع شوند، جرائمی که جنسیت در وقوع آنها نقش دارد در مورد جرائمی که جنسیت متهم در ارتکاب آنها هیچ نقشی ندارد قاعدتاً نمیتوان قائل به تخفیف نسبت به اینگونه افراد شد زیرا بحث جنسیت اصلاً مطرح نمی‌شود که بخواهیم آن را لحاظ کنیم یا خیر. جرائمی که جنسیت متهم در ارتکاب آنها نقش دارد: چنانچه افراد دوجنسه مرتکب جرائمی شوند که جنسیت متهم در ارتکاب آنها نقش دارد، به نظر می‌رسد در برخی حالات میتوان قائل به تخفیف مجازات اینگونه افراد شد. از نظر رهبر معظم جمهوری اسلامی ایران حضرت آیت‌الله خامنه‌ای، تغییر جنسیت برای افراد دارای بیماری جسمی دو جنسه و روحی و روانی (ترانسکشوال) مجاز اعلام شده است. افزون بر این از نظر ده تن از فقیهان مانند حضرت آیت‌الله سیستانی در عراق، تغییر جنسیت برای بیماران روحی مجاز است نقش‌های جنسیتی زن و مرد به عنوان یکی از باورهای کلیشه‌ای در فرهنگ هر کشور جای دارد و اینگونه باورها که تحت عنوان اعتقادهای کلیشه‌ای شناخته می‌شوند، می‌توانند اثرات به‌سزایی در فرهنگ ایجاد کند. توصیه می‌شود تا باورهای محدودکننده، ریشه‌یابی شده و در حیطة توسعه فرهنگی حذف شوند. در این رهگذر همواره باورهای مرتبط با نقش‌های





جنسیتی به عنوان بخشی از اعتقادات و باورهای مردم نسبت به رفتارهای زنانه و مردانه ملاحظه می شوند و این وضعیت محدودیت هایی را در توسعه منابع انسانی و خزانه رفتاری زنان و مردان ایجاد می کند (اسکیت کا و ماسلاچ به نقل از بیگی، ۱۳۸۰).

### بخش اول: نقش جنسیت در مجازات مجرم

جنسیت واقعی انکارناپذیر در نظام آفرینش بوده که افراد انسانی را از همان ابتدای خلقت به دو گروه زن و مرد تقسیم کرده است. این تمایز دیرینه از یکسو پایه گذار زنجیره حیات بشری و از سوی دیگر زمینه ساز رویارویی و مقایسه پایداری است که پایان آن هیچ گاه فرا نخواهد رسید (هاشمی، ۱۳۸۳ ص ۲۲۳). تأثیر جنسیت در علوم جنایی را در دو مقوله مجزا می توان بررسی نمود: یکی نقش آن در بزهکاری و دیگری تأثیر حقوق کیفری. مقوله اول مرتبط با جرم شناختی بوده و از تفاوت های موجود در بزهکاری مردان و زنان و علل آن مباحثی مطرح می شود. اما در حقوق کیفری بحث از تفاوت هایی بین مردان و زنان است. در مقوله اخیر به نظر می رسد مطالب در سه مبحث قابل بررسی است؛ یکی عناوین مجرمانه، بدین معنا که برخی جرائم را مختص مردان و برخی را فقط زنان می توانند مرتکب شوند. دوم مسئولیت کیفری و حدود آن و وجود تفاوت بین مسئولیت کیفری زن و مرد و مبحث سوم به مجازاتها اختصاص دارد. در هر یک از این مقولات می توان یک بار نقش جنسیت را در بزهکاری و بار دیگر در بزه دیدگی بررسی نمود. مقاله حاضر تنها از بعد جنسیت بزهکار به مسأله نگریسته است. بنابر اصل برابری افراد در قبال قانونی حقوق کیفری ذات حقوقی غیر شخصی است. یعنی برای همه تابعان یکسان است. بدین جهت قانونگذار هنگام تعریف جرائم و تعیین مجازات ها از معیار دوگانه استفاده نمی کند (ر.ک. نجفی ابرند آبادی، ۱۳۸۴: ص ۱۱۱). اما در موارد استثنائی به عنوان یک امتیاز و حمایت برای برخی تابعان از این اصل عدول می شود. یکی از این موارد استثناء بر اساس جنسیت و حمایت از جنس زن است. البته این تفاوت در مجازات به جهت تفاوت در ساختار طبیعی خلقت زن و مرد و تفاوت بین وظایف و تکالیف آنها می باشد. به عبارت دیگر در وضع احکام و تکالیف تنها تفاوت طبیعی مبنا قرار می گیرد





و به معنای پایین تر دانستن یک جنس نسبت به جنس دیگر نیست (مهر پور، ۱۳۸۴: ص ۵۷). لذا تأکید اسناد و مقررات ملی یا بین‌المللی بر تساوی حقوق زن و مرد جهت نفی تبعیض‌های منفی است و تبعیض‌های مثبت (تبعیض‌های حمایتی) را شامل نمی‌شود. مقررات کیفری ایران در مقوله مجازات‌ها اولین بار در ماده ۴۶ ق.م.ع. مصوب ۱۳۰۴ تبعیض مثبت را پیش‌بینی نمود. مطابق این ماده: «در حق مردانی که عمر آنها متجاوز از شصت سال است و هم‌چنین کلیه زن‌ها حبس با اعمال شاقه و حکم اعدام جاری نمی‌شود و مجازات آنها به حبس مجرد تبدیل خواهد شد، مگر این که حکم برای ارتکاب به قتل عمدی صادر شود». مطابق این حکم، به استثنای مجازات قتل عمدی در سایر موارد زن‌ها از امتیازی نسبت به مردان در مجازات اعدام و حبس با اعمال شاقه برخوردار بودند. در ادامه تحولات قانونی، این امتیاز در اصلاحات قانون: ۱- در رأس مقررات ملی می‌توان به اصل ۲۰ ق.ا.ج. اشاره کرد و در میان مقررات بین‌المللی ماده ۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و نیز میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی، بند الف ماده ۲ کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان، ماده ۱ منشور ملل متحد و نیز ماده ۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر از جمله این مستندات است. مجازات عمومی ۱۳۵۲ نسخ شد و به گونه‌ای موردی نسبت به زنان امتیازاتی باقی ماند. پس از انقلاب اسلامی به جهت تطبیق قوانین با موازین شرعی به تعداد این استثنائات موردی اضافه شد و به همین علت اکثر این تفاوت‌ها در مجازات‌های جدی و قصاص دیده می‌شود و در تعزیرات کمتر چنین مواردی دیده می‌شود. با بررسی مقررات موجود، تفاوت جنسیتی مجازات را در سه دسته می‌توان طبقه‌بندی نمود:

تفاوت در نوع و میزان مجازات؛ تفاوت در معافیت از مجازات و تفاوت در اجرای مجازات. بررسی دقیق این تفاوت‌ها نشان می‌دهد آیا همگی از نوع تبعیض‌های مثبت و به اصطلاح حمایتی هستند یا برخی احتمالاً تبعیض منفی بوده و مغایر با اصل تساوی شأن انسانی زن و مرد است.

#### ۱) تفاوت در نوع و میزان مجازات

این موارد شامل تفاوت در برخی از اقسام حد زنا، حد همجنس بازی، حد قوادی و حد ارتداد است. البته این مقاله در صدد توجیه مقدار این تفاوت نیست؛ بلکه اصل تفاوت مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### **بند اول: زناى به عنف**

مطابق ماده ۶۷ ق.م.ا امکان پذیرش ادعای اکراه به زنا در مورد مرد  
۱- مطابق ماده ۲ آئین نامه راجع به اجرای حکم اعدام مصوب ۱۳۰۷ اجرای حکم اعدام نسبت به زن حامله تا چهل روز پس از وضع حمل به تأخیر می افتاد.

«تجاوز به عنف نسبت به زن آثار وخیم حیثیتی بیشتری نسبت به همین عمل از سوی زن بر مرد دارد» (میر محمد صادقی، ۱۳۸۶: ص ۵۰۰). به نظر می رسد، اگر چه مجرمیت زن با مرد در این جرم یکسان است (شدت ذهنی جرم) اما به لحاظ نتیجه و اثری که جرم بر مجنی علیه بر جای می گذارد (شدت عینی جرم) زیان زن مکره بیشتر از مرد مکره بوده و در مجموع شدت جرم از سوی مرد بیشتر از زن است. لذا رعایت «اصل تناسب» اقتضا می کند که مجازات مرد شدیدتر از زن باشد. با این توضیح تفاوت مزبور نه تنها مغایر با اصل عدم تبعیض نیست؛ بلکه نوعی برابری و رعایت عدالت در مجازات است.

### **بند دوم: زنا با زن پدر**

اگر مردی با زن پدر خود زنا کند، مطابق بند ب ماده ۸۲ ق.م.ا. زانی اعدام می گردد. حال اگر عکس این حالت اتفاق بیفتد یعنی زنی با شوهر مادر خود زنا کند، با سکوت قانون باید این مورد را نیز به مثابه زناى ساده (در صورت خالی بودن از سایر کیفیات مشدده) در نظر گرفت که مجازات زن ۱۰۰ ضربه شلاق است. شاید علت این تفاوت در مفهوم عرض و ناموس در عادات و رسوم ایرانیان باشد؛ اساسا بر مبنای فرهنگی تاریخی، عرض و ناموس، بیشتر برای مردان است. بر این اساس وقتی مردی این عمل را انجام می دهد، به ناموس پدر خود تجاوز کرده؛ زیرا ناموس زن در حکم ناموس خود تلقی می شود. اما وقتی مشابه این عمل توسط زن صورت می گیرد به ناموس مادر تجاوزی نشده یا کمتر تعرض شده؛ زیرا



عرض و ناموس زن عرض و ناموس مرد است ولی زن، عرض و ناموس مستقل ندارد (رک. آزمایش، ۱۳۸۴: ص ۱۰۰). در نتیجه اگر تفاوتی به نفع مجازات زن دیده می شود؛ بدین علت است که آسیب وارده به حیثیت پدر به مراتب بیشتر از آسیبی است که به حیثیت مادر وارد می شود. اینکه چنین فرهنگ، آداب و رسومی ریشه در خلیقات طبیعی زن و مرد داشته باشد، جای تأمل و بررسی است.

### بند سوم: زنا با نابالغ

مطابق تبصره ماده ۸۳ ق.م... «زناى زن محصنه با نابالغ موجب حد تازیانه است» (حال آن که مجازات همین عمل با بالغ اعدام (رجم) است). اما اگر مرد محصنی با دختر نابالغی زنا کند، این زنا علاوه بر این که مجازات زناى محصنه را خواهد داشت، ممکن است از باب زناى به عنف نیز مشمول حکم تعدد معنوی جرم گردد که در هر حال مجازات هر دو عنوان، اعدام است. بدین ترتیب وضعیت خاص (عدم بلوغ) مجنی علیه در مورد زن زناکار کیفیت مخففه ای در مجازات است، اما برعکس برای مرد زناکار نه تنها تخفیفی ایجاد نمی کند، بلکه ممکن است منجر به تشدید در مجازات گردد. به عقیده برخی «این تخفیف جایز نبوده و حتی باید به جهت شناعت و قبح بیشتر این عمل نسبت به زناى زن محصنه با مرد بالغ، مجازات بیشتری هم داشته باشد» (مولاوودی، ۱۳۸۷: ص ۱۴۳). اگر موضوع را از بعد مقایسه این دو عمل با جنسیت متفاوت مرتکب، بررسی شود، به نظر می رسد همان توجیهی که در خصوص زناى به عنف بیان شد، در این مورد نیز صادق است. یعنی شدت نتیجه جرم و اثری که بر مجنی علیه بر جای می گذارد، در زناى یک زن با پسر بچه خیلی کمتر از اثر زنا توسط مرد با دختر بچه است. آن چه یک دختر بچه بزه دیده زنا از دست می دهد، خیلی بیشتر از چیزی است که یک پسر بچه قربانی زنا از دست می دهد. پس مجازات متفاوت برای مرد و زن از این حیث موجه است. اما در مقام مقایسه جرم با مرتکب مشابه نسبت به مجنی علیه متفاوت یعنی وقتی که این جرم توسط زنی با مرد بالغ و نابالغ صورت گیرد، شاید توسل به مفاهیم صرفاً استحقاقی جوابگو نباشد. اگر مبنای مجازات حدی، بیشتر فایده گرایانه از نوع بازدارندگی باشد، شاید



پاسخ مسأله داده شود؛ در مفهوم ارعاب و بازدارندگی برای این که مجازات اثر بازدارنده داشته باشد، باید اثر رنج آور آن با نفعی که مجرم از جرم تحصیل کرده، قابل قیاس باشد. در این حال نفع جرم، لذت جنسی است. لذتی را که یک زن در زنا با مرد بالغ می برد، بیشتر از لذت این عمل با یک پسر بچه است، لذا برای مرعوب شدن وی در وضعیت زنا با نابالغ، نیاز به مجازات کم تری است، چون نفع حاصل از جرم نیز کمتر است. شاید همین تحلیل در توجیه تفاوت مجازات زن و مرد نیز قابل استفاده باشد. بدین معنی که لذت و نفع جنسی مرد در این مورد بیشتر از زن می باشد. لذا برای تحذیر مرد، مجازات بیشتری لازم است. به علاوه وقتی مجازاتی برای حالت کامل جرمی تعیین شد، عقل حکم می کند، برای حالت ناقص باید به قدر متیقن اکتفا شده و مجازات را کاهش داد. خصوصاً اگر این مجازات مربوط به نظامی باشد که تردید در آن برای رفع مجازات کافی است.

### بند چهارم: زناى متأهل

ماده ۸۷ ق.م.ا مجازات زناى مرد متأهل یعنی مردی که قبل از نزدیکی با همسر خود، مرتکب زنا شده، علاوه بر شلاق، تراشیدن موی سر و تبعید می داند. مفهوم مخالف ماده این است که برای زن متأهل چنین مجازاتی وجود نداشته و مشمول حکم زناى ساده (۱۰۰ ضربه شلاق می شود. در نتیجه مجازات مرد شدیدتر از مجازات زن خواهد بود. شکی نیست که ارتکاب این نوع زنا نسبت به زناى ساده قبیح تر است؛ یعنی فردی که با وجود داشتن همسر (زوجه یا زوج) مرتکب زنا می شود؛ گرچه هنوز عمل زناشویی با همسر خود انجام نداده؛ اما قابلیت سرزنش بیشتری دارد. حال چرا زن و مرد در این خصوص یکسان نیستند؟ برای این سوال پاسخ های متعددی می توان در نظر گرفت: شاید بخشی از این تفاوت به سرزنش پذیری کمتر زن نسبت به مرد برگردد. اساساً ابتکار عمل زناشویی بیشتر با مرد است. حیاء زنان و جنبه انفعالی زن مانع می شود که بتواند آن گونه که مایل است از همسر مشروع خود تمتع جنسی داشته باشد. حال آن که در مورد مردان این امر کمتر اتفاق می افتد. بنابراین قبح زناى مرد متأهل بیشتر از زن متأهل است، در نتیجه مجازاتش نیز باید بیشتر باشد. اما از بعد دیگر می توان





به مسأله نگرینست و آن توجه به نوع مجازات‌های اضافی پیش‌بینی شده برای مرد است. مجازات تراشیدن موی سر که یک مجازات ترضیلی و علیه حیثیت و آبروست برای زن به مراتب شدیدتر از مرد است. مو برای زنان جنبه زیبایی بیشتری نسبت به مردان دارد. اگر قرار بود این مجازات برای زن نیز باشد، به خاطر این تفاوت طبیعی، بر زنان اجحاف می‌شد. در مورد مجازات تبعید نیز به همین ترتیب است «مجازات تبعید برای زنان دردناکتر از مردان است. رنج انزوا و احساس تنهایی که دامنگیر بسیاری از زندانیان است در مورد زنان به اوج خود می‌رسد» (بستان، ۱۳۸۸: ص ۲۰۸). «این مسئله شاید به تفاوت‌های روحی و روانی زن و مرد برگردد؛ وابستگی زن و استقلال مرد به لحاظ روانی امری طبیعی است، زیرا موقعیت فیزیکی متفاوت زنان و مردان، روانی متناسب با خود را می‌طلبد» (حسینی و دیگران، ۱۳۸۴: ص ۴۴۱). به علاوه در مورد بسیاری از زنان مجازات تبعید موجب جدایی آنان به عنوان یک مادر از فرزندانشان می‌گردد. امری که برای اغلب مادران غیر قابل تحمل است. در فرهنگ ایرانی اسلامی زن دارای نقش خانوادگی خاصی است که مجازات تبعید به جهت ممانعت از حضور وی در خانواده منجر به آسیب به کانون خانواده خواهد شد؛ مردان نوعاً وظیفه نان‌آوری در خارج از منزل را بر عهده دارند و عمدتاً زنان عهده‌دار وظیفه نگهداری و تربیت فرزندان هستند. لذا اعمال چنین مجازاتی بر زن قطعاً معارض با نقش خانوادگی وی می‌باشد؛ حال آنکه حفظ کيان خانواده یکی از مهمترین مبانی جرم‌شناختن جرایم جنسی در نظام حقوقی اسلام است. حتی می‌توان مدعی شد، شارع برای حفظ اصل شخصی بودن مجازات نخواستہ با اعمال مجازات بر زن، خانواده بیگناه وی را نیز مجازات کند. البته تبعید مرد بر خانواده هم اثر سوئی دارد، اما اثر منفی تبعید زن بیشتر است. به جهت وضعیت خاصی که یک زن دارد، احتمال اینکه تبعید زن موجب ترویج اینگونه جرایم در محل تبعید و توسعه فساد شود، بیشتر از حالتی است که در مورد تبعید مرد اتفاق می‌افتد؛ بنابراین احتمالاً نوعی پیشگیری وضعی از بزهکاری نیز در این زمینه مد نظر شارع بوده است.

### بند پنجم: همجنس‌بازی

در ماده ۱۱۰ ق.م.ا حد همجنس بازی را برای مردان (لواط) اعدام و در ماده ۱۲۹ ق.م.ا. برای زنان (مساحقه) ۱۰۰ ضربه شلاق تعیین نموده است. حال آیا نسبت به مردان تبعیض روا داشته می شود؟ درست است که عنوان هر دو جرم، همجنس بازی است، اما با در نظر گرفتن سایر احکام فقه اسلامی، همجنس بازی مردان بسیار شنیع تر از زنان است. از آن جا که همجنس بازی یک انحراف جنسی، غیر اخلاقی و جرم محسوب می شود؛ اخلاق اقتضا می کند، انسان میل جنسی خود را به طور طبیعی و از مجرای معمولی ارضاء نماید. چون ارضاء این میل به طور طبیعی برای زنان در جامعه مشکل تر از مردان است، لذا انحراف از این مسیر طبیعی برای زنان قبح کم تری نسبت به مردان دارد. به بیان دیگر زنان برای ازدواج معمولاً باید منتظر مردان باشند، حال آن که مردان با چنین محدودیتی مواجه نیستند. هم چنین امکان تعدد زوجات دائم یا موقت برای مردان وجود دارد. اما برای زن بیش از یک شوهر ممنوع است. پس اگر مردی به عمل انحرافی روی آورد؛ قباحت اخلاقی عمل وی بسیار بیشتر از مشابه این عمل توسط یک زن است. لذا مساوی بودن مجازات این دو خلاف موازین عدالت می باشد.

### بند ششم: حد قوادی

ماده ۱۳۸ ق.م.ا مجازات قوادی را برای مرد شدیدتر از زن قرار داده و علاوه بر شلاق، تبعید سه ماه تا یک سال را نیز در نظر گرفته است. این تفاوت از منظر توجه به مفهوم جرم و در راستای ماهیت مجازات اضافی می توان بررسی نمود. در بعد اول دو مقدمه لازم است:

اولاً مطابق ماده ۱۳۵ ق.م.ا قوادی عبارتست از مرتبط کردن دو نفر یا بیشتر برای زنا یا لواط است. پس ماهیتاً قوادی نوعی معاونت خاص در جرم است. به طور طبیعی هر وقت که مرتبط کردن برای عمل زنا صورت گیرد، واسطه (قواد) می تواند از هر دو جنس مرد و زن باشد؛ اما در عمل لواط، واسطه معمولاً مرد است و کمتر پیش می آید که زنی واسطگی دو مرد را نماید. از طرفی برای لواط به جهت انحرافی بودن آن نیاز به معاونت شخص ثالث بیشتر احساس می شود. پس در مجموع با تعریف موجود، قاعدتاً آمار قوادهای مرد، بیشتر از قوادهای زن است. ثانیاً مجازات اضافی پیش بینی شده، تبعید است که از نظر کارکردی نوعی





مجازات طرد کننده و خنثی کننده می باشد. به لحاظ مفاهیم جرم شناختی، وقتی جرمی توسط گروه خاصی اینجا جنس مرد بیشتر صورت می گیرد، با مجازات بیشتر آن گروه، می توان به هدف ناتوان سازی انتخابی<sup>۱</sup> به عنوان یکی از مکانیزم های فایده گرایانه مجازات دست یافت. به همین جهت مجازات مرد قواد بیشتر از زن قواد است تا با دور کردن وی از محل زندگی، آمار این جرم کاهش یابد.

اما در بعد دوم همان مطالبی که در خصوص تبعید زنای متأهل بیان شد، این جا نیز صادق است. شاید سؤال شود پس چرا در حد محاربه، چنین مجازاتی (تبعید) برای زن پیش بینی شده است؟ (ر.ک. ماده ۱۹۰ ق.م.ا) اولاً محاربه با توجه به تعریف آن در ماده ۱۸۳ ق.م.ا دست بردن به سلاح برای ایجاد وحشت در جامعه جرمی توأم با خشونت است که کمتر توسط زنان صورت می گیرد. ثانیاً به فرض ارتکاب این جرم توسط زن، کیفیت اجرای تبعید محاربه با تبعید سایر حدود متفاوت است و همین تفاوت عامل اشتراک زن و مرد در مجازات محاربه است. صراحت ماده ۱۹۳ ق.م.ا. محاربه می شود، باید تحت مراقبت قرار گیرد و با دیگران معاشرت و مراوده نداشته باشد. حال آن که در سایر حدودی که مجازات تبعید دارند، محکوم ممنوع از معاشرت با دیگران نیست. به عبارت دیگر اگر قرار باشد محکوم در تبعید با هیچ کس مراوده نداشته و به نوعی محبوس شود، چه تفاوتی می کند که چه نقشی به لحاظ خانوادگی دارد، زیرا اصلاً فرصت ایفای نقش را پیدا نمی کند. در حقیقت فلسفه تبعید در محاربه با سایر تبعیدها یک تفاوت اساسی دارد که چون مرتکب آن خطرناک تر است، برای خنثی کردن خطر وی علاوه بر تبعید، باید در محل تبعید نیز تحت مراقبت قرار گیرد تا طرد کامل باشد. در حقیقت نفع و مصلحت جامعه بر نفع مجرم یا سایر اعضای خانواده ترجیح دارد.

### بند هفتم: حد ارتداد

از دیگر موارد تفاوت در مجازات زن و مرد، حد ارتداد است. اگر چه قانونگذار متعرض این حد نشده، اما در منابع فقهی، به این حد اشاره شده و مجازات مرتد مرد و زن نیز متفاوت تعیین

<sup>۱</sup> Selective incapacitation



شده است. در کتب فقهی مجازات مرتد فطری فردی که از اصل مسلمان بوده و بعد کافر شده «اگر مرد باشد، اعدام، ولی اگر زن باشد، مجازات نوعی حبس با اعمال شاقه است تا زمانی که توبه کند و اگر توبه نکرد، این حبس تا زمان مرگ وی ادامه خواهد یافت» (شهید ثانی، ۱۳۷۱: ج ۲۸، ص ۳۴۲). به نظر برخی «این تفاوت به خاطر جبران اجحافی است که در طول تاریخ بر زنان روا شده و اسلام برای رفع این ستم و نشان دادن کرامت زن به جامعه، این تبعیض را قائل شده است» (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۴ ص ۸۸). برخی دیگر «این تفاوت را حمل بر امتیازاتی کرده اند که خالق برای زن در نظر گرفته تا با توجه به ارزش ها، خصوصیات و ویژگی هایی که در زن به ودیعه نهاده شده، بار دیگر فرصت اصلاح خویش را پیدا کند» (جهانگیری، ۱۳۸۵ ص ۳۲۰). به نظر می رسد برای یافتن پاسخی دقیق باید به تعریف جرم ارتداد و وضعیت طبیعی زن توجه نمود. در تعریف، ارتداد را کفر بعد از ایمان دانسته اند (رک. شهید ثانی، ۱۳۷۱: ج ۲۸، ص ۳۱۶). «لذا برای تحقق این جرم به عنوان یک جرم عمدی نیاز به احراز عنصر معنوی به صورت سوء نیت قطعی در کافر شدن است» (مرعشی، ۱۳۷۳: ج ۱، ص ۹۲). از طرفی به لحاظ خصوصیات روانشناختی بین زنان و مردان این تفاوت وجود دارد که زنان احساساتی، دمدمی و متلون هستند (رک. کی نیا، ۱۳۷۳: ج ۱، ص ۱۵۸). «لذا آسان تر از مردان تحت تأثیر قرار گرفته و تغییر عقیده میدهند» (جهانگیری، ۱۳۸۵: ص ۳۵۲). «شخصیت زن چون موج در تلاطم است و بالا و پایین می رود و این صعود و نزول رفتارهای روانی در جنس زن، با اساس فیزیولوژیک بدن وی در ارتباط است؛ بر خلاف هورمونهای مردان که ترشحی دائمی و یکنواخت دارند و موجب ثبات خلق و عاطفه می شوند؛ هورمون های زنان در نوسان است و همین نوسان هورمونی حالات روانی متفاوتی را در آنان پدید می آورد» (حسینی و دیگران، ۱۳۸۴: ص ۴۳۱). شاید به همین علت شارع برای تحمیل مجازات سنگینی چون اعدام، احتیاط نموده، چون ممکن است، تغییر عقیده از ایمان به کفر، مبتنی بر احساسات موقت و زودگذر باشد، مجازات اعدام را از زنان رفع کرده، چون امکان بازگشت آنها را به دین محتمل دانسته و بحث توبه را مطرح نموده است. قرینه دیگر برای تقویت استدلال فوق این است که در مرتد ملی نیز چون اسلام آنها سابقه کفر دارد، مجازات اعدام برداشته شده؛ زیرا در این مورد نیز



تغییر عقیده از کفر به ایمان و سپس از ایمان به کفر، نشان از عدم ثبات عقیده مجرم دارد. ممکن است دلیل مذکور اخص از مدعا باشد چون همه زنان تحت تأثیر احساسات و عواطف تصمیم نمی گیرند (ر.ک. مرعشی، ۱۳۷۹: ج ۲، ص ۱۸۸). اما باید توجه داشت که قانونگذار احکام را با توجه به غالب مخاطبین وضع می کند و تحت موارد خاص و استثنائی نیست، به ویژه اگر توجه به وضعیت غالب مبتنی بر تخفیف در مجازات، مطابق با اصل برائت، احتیاط در «دما» و «دراء» در حدود باشد.

## ۲) تفاوت در معافیت از مجازات

در معافیت از مجازات نیز بین زن و مرد تفاوت هایی دیده می شود، البته این تفاوت ها بر مطلق جنسیت بنا نشده، بلکه به خاطر صفتی است که بر جنس خاصی عارض گشته است. مطابق با منابع فقهی که قانونگذار نیز از آن پیروی کرده، در برخی جرائم معافیت هایی برای برخی مردان در نظر گرفته شده که برای زنان چنین معافیتی وجود ندارد. پدر بودن یا شوهر بودن مرد عامل این معافیت هاست.

## نتیجه گیری

در این مقاله سعی بر این بود که بررسی تاثیر جنسیت متهم در رسیدگی های کیفری در نظام جزایی ایران پرداخته شود. با توجه به اینکه قانونگذار ما در خصوص جنسیت ساکت است، علیرغم اینکه در قانون حمایت از خانواده دعاوی جنسیت در صلاحیت دادگاه های خانواده قرار گرفته است، ولی با عنایت به اینکه آرای دادگاه ها باید مستدل و مستند به مواد قانونی باشد و با توجه به اینکه نظرات مخالفی نیز از سوی فقها ابراز گردیده است، با اشاره به آراء و نظرات فقهی به این نتیجه رسیدیم که قابل دفاع ترین موضع در این زمینه، جواز مشروط است. به عبارت دیگر، با توجه به راهکارهای درمانی موجود، و به عنایت به ادله ای که ارائه شد. جنسیت باید منوط به اضطراب باشد و تشخیص این امر نیز با قاضی است که باید با جلب نظر کارشناس احراز گردد. در حالی که بسیاری از فقهای شیعه از مدتها پیش جنسیت را به رسمیت شناخته بودند، به نظر می رسد که قانونگذار اسلامی باید هر چه سریعتر اقدام به قانونگذاری در این زمینه نماید تا مانع تفاسیر متضاد و مختلف و برخوردهای سلیقه ای با این



مقوله به خصوص در مورد دختران و زنان شود. بحث و نتیجه گیری در احکامی مثل حدود، دیات، قصاص در نظر فقها در مواردی که تکلیفی قطعی برای شخص خنثی وجود دارد ولی مکلفه به سبب نامعلوم بودن جنسیت او مشتبه است، به سبب علم به اشتغال ذمه خنثی، اصل احتیاط بر مبنای حکم قرار می گیرد یعنی خنثی باید کاری را انجام دهد که با تکلیف مردان و زنان مورد خاص ناسازگار نیست. این در حالی است که در قوانین مدون ما چیزی بیش از ماده ۹۳۹ قانون مدنی که آن هم در خصوص ارث دو جنسی هاست وجود ندارد. اما از آنجا که مستنداً به اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد به استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کند و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال قوانین مدونه از رسیدگی و صدور حکم امتناع ورزد و فقه از جمله منابع حقوق ایران محسوب می شوند؛ بنابراین باید به دنبال پیدا کردن حقوق افراد خنثی در قواعد فقهی بود. با توجه به ماده ۱۴۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و احصاء موانع مسئولیت کیفری افراد خنثی در صورت جمیع شرایطی که برای تحقق جرم اعم از عناصر مادی، معنوی و قانونی لازم است دارای مسئولیت کیفری تلقی می کردند و با توجه به عدم صراحت قانون مجازات اسلامی به خصوص ماده ۳۸ ویژگی خنثی بودن در ارتکاب جرم موجبات تخفیف مجازات را برای او به همراه نخواهد داشت.

### پیشهادات

۱- در فقه اسلامی، احکام به تبع موضوعات صادر شده و لذا آشنایی و شناخت اقسام موضوعات در فقه ضرورت می یابد، لذا جنسیت از موضوعات عرفی فقهی است آن هم عرف خاص؛ چرا که این موضوع در حوزه علم پزشکی و روانشناسی مطرح می شود و لذا به تبع موضوع شناسی در این علوم، حکم مربوطه توسط فقیه صادر می شود.

۲- با شناسایی موضوع جنسیت در علم پزشکی، حال بایستی راهکارهای متناسب با موضوع توسط اندیشمندان دینی ارائه شود، لذا فقها با کمک گرفتن از قواعد و اصول فقهی سعی در ارائه به روز ترین راهکارها متناسب با مسأله تغییر جنسیت کرده اند؛ پرداختن به بحث مقاصد شرعی و مصالح و مفاسد، جایگاه احکام ثانویه در تغییر احکام ثابت و ارتباط فقه با سایر علوم،



همه و همه قواعدی اند که با تمسک به آنها می توان راه حل های مسأله مزبور را شناسایی کرد.

۳- درک روح و معنای احکام، برقراری ارتباط منظم میان سلسله احکام و هماهنگی میان آنان و تدوین قواعد و نظریه های فقهی و در نهایت رسیدن به مقاصد شریعت و اهداف دین، همگی بر شناخت اصول حاکم بر احکام شریعت استوار است و یکی از این اصول، اصل تبعیت احکام از مصالح و مفاسد است، فلذا در فقه اسلامی، هر حکمی، علتی و هر علتی، حکمتی دارد و این حکمت ها نیز تابع مصالح و مفاسدند و این مصالح همان مصالح پنج گانه حفظ دین، نفس، عقل، نسل و مال است، لذا تغییر در جنسیت فرد زمانی مجوز شرعی می یابد که در تعارض با مصالح پنج گانه حاکم بر احکام شریعت نباشد اگر با تغییر در هویت و جنسیت فرد، سلامتی فرد و یا نسل او به خطر افتد، از نظر شرعی این تغییر جواز نمی یابد.

۴- می دانیم که احکام اولیه از ثبوتات هستند و لایتغیرند، لذا از آنجا که فقه اسلامی یک فقه شناور است و قابلیت به روز شدن و پاسخگویی به مسائل مستحدث و جدید را دارد، لذا راهکار احکام ثانویه را تأسیس می کند تا با تمسک به قواعد ثانویه از جمله: قاعده های لاضرر، لاجرح و اضطرار و قاعده سهولت امکان یافتن راه حل برای این موضوعات جدید نیز حاصل شود، بر اساس این قواعد چنانچه تغییر در جنسیت، ضرورت نداشته باشد و تأمین مصلحت ضروری تری را ایجاد نکند و در جهت تأمین سلامتی جسمی - روحی و نسل شخص مکلف نباشد، امکان دستبرد و خروج از قواعد ثابت و تغییر ناپذیر وجود ندارد و در فرض ضرورت و تأمین مصلحت مهمتر و ... امکان انجام این عمل محقق می شود.

۵- مهمترین سند دین شناسی قرآن است، کتابی دست نخورده و تحریف نشده که باید دیگر آثار و منابع دینی را با آن سنجید، در آیات متعدد قرآنی، اصل زوجیت مورد توجه و تأکید قرار گرفته است، لذا مخاطب آیات قرآنی دو جنس مذکر و مؤنث اند، روند خلقت روند تحول و تکامل است و عبث آفریده نشده است لذا جواز دخالت در خلقتش را بدون علم و اندیشه کافی صادر نمی کند و برای این مداخله گران، عاقبتی جز سردرگمی در نظر نمی گیرد.



## منابع و مأخذ

- انصاری، مرتضی، نکاح، قم، بی نا، ۱۴۱۷.
- بهشتی، مهدی، بررسی احکام و آثار تغییر جنسیت در فقه و حقوق موضوعه، دانشگاه قم، ۱۳۸۵.
- سیوری حلی، جمال الدین مقداد بن عبدالله، التنقیح الرائع لمختصر الشرایع، قم، مطبعه الخیام، ۱۴۰۴.
- شفایی، عبدالله، فقه و زندگی، کاوشی نو در فقه اسلامی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه، ش ۳۹.
- کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، الکافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷.
- گودرزی، فرامرز، پزشکی قانونی، تهران، انیشتین، ۱۳۷۰.
- مارلو، داروتی، پرستاری کودکان مارلو، ترجمه ی سونیا آرزونیانس، تهران، ۱۳۷۵. ۲۴-
- مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، بیروت، مؤسسه الوفاء، چاپ دوم، ۱۴۰۳ ق.
- مظفر، محمدرضا، اصول فقه، قم، انتشارات دفتر تبلیغات حوزه ی علمیه ی قم، چاپ سوم، ۱۳۶۸.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، زبده البیان فی براهین احکام القرآن، چاپ دوم، قم، انتشارات مومنین، ۱۳۷۸.
- مومن قمی، محمد، کلمات السدیده فی مسائل الجدیده، قم، موسسه نشر الاسلامی، ۱۴۱۵.
- میر خانی، عزت السادات، مرجعیت علمی - نظام اسلامی، مسائل زنان، ارسالی به همایش مرجعیت علمی، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، واحد برادران، خرداد ۱۳۸۶.
- نجفی، محمدرحمن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، داراحیاء التراث العربی، هفتم.



الاسلاميه، چاپ اول خويي، ابوالقاسم (۱۶۲۲هـ)، مباني تکلمه المنهاج، قم، موسسه احیاء آثار  
الامام الخوئي، چاپ دوم

دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷)، لغت نامه، تهران، چاپ گستر با همکاری انتشارات روزنه، چاپ  
دوم

رشید رضا (۱۴۱۶ هـ)، محمد، تفسیر المنار، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ دوم  
زحیلی، وهبه (۱۶۰۹ هـ)، الفقه الاسلامی و ادلته، بیروت، انتشارات دار الفکر، چاپ سوم  
سیاح، احمد (۱۳۷۳)، فرهنگ بزرگ جامع نوین، تهران، نشر اسلام، چاپ شانزدهم



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

