

آثار تغییر جنسیت در جرایم و مجازات‌ها

رقيه عباس زاده^۱، ابوالقاسم اسدی^۲، محمدحسین گنجی^۳
(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۱/۰۹/۱۳ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۲/۷/۱۳)

چکیده

مقاله حاضر به بررسی آثار تغییر جنسیت در جرایم و مجازات‌ها اختصاص دارد. تغییر جنسیت یکی از موضوعاتی است که در عصر حاضر موجب پیدایش مسائل جدید فقهی و حقوقی شده است. مسئله تبعیت احکام فقهی و مقررات قانونی از مقتضیات زمانی و مکانی و مصالح و مفاسد، موضوع انکارناشدنی و خدشه‌ناپذیری است و موضوع تغییر جنسیت نیز از قبیل این موضوعات محسوب می‌شود که فقهای عصر حاضر را بر آن داشته با استفاده از فقه پویا در خصوص آن به اجتهاد بپردازند، به‌طوری که کمتر فقهی یافت می‌شود که در عصر حاضر این مسئله نوین را مورد توجه خویش قرار نداده باشد. با وجود ارائه نظریات متعدد و نوین فقهی از جانب فقهای معاصر، در قوانین و مقررات جاری کشور، در خصوص موضوع تغییر جنسیت تاکنون هیچ مصوبه‌ای (با توجه به آمار بالای افراد تغییر جنسیت داده و متقاضی آن) مشاهده و یافت نشده است. با التفات به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، عمل تغییر جنسیت نه تنها جرم نیست، بلکه عمل جایز و مشروعی است. در اکثر عناوین مجرمانه مذکور در قوانین جزایی، جنسیت فرد تأثیری در تعقیب و مجازات متهم و مجرم ندارد، گرچه در برخی اعمال مجرمانه، مثل ترک انفاق، مجازات یا تعقیب مجرم، دایرمدار جنسیت فرد است و با تغییر جنسیت در برخی موارد مجازات ساقط می‌شود.

کلیدواژه‌ها: آثار، تغییر، جرم، جزا، جنسیت، فقه، مجازات.

۱. نویسنده مسئول، کارشناس ارشد دانشگاه شهیدچمران اهواز: abaszade-1364@yahoo.com
۲. کارشناس ارشد دانشگاه بین‌المللی امام خمینی^(۶)، و دادیار دادرسی عمومی و انقلاب شهرستان سرپل ذهاب.
۳. استادیار و عضو هیأت علمی دانشگاه شهیدچمران اهواز.

مقدمه

یکی از بارزترین خصوصیات علم فقه، توانمندی و استعداد حضور در تمامی عرصه‌های علمی و مسائل جدید و مستحدثه است و فقهای راستین عصر ما با توجه به دو اصل پویایی و اعتماد قطعی بر متون و منابع دینی، چراغ فقاہت را روشن نگه داشته‌اند و همین امر موجب تولید و گسترش علم فقه شده است و حدیث شریف «عَلَيْنَا إِقْلَاءُ الْأُصُولِ وَ عَلَيْنَا التَّفْرِيعُ» معنا و تحقق می‌یابد.

با مداخله در قوانین موضوعه کشور، فارغ از نگاه سلبی در باب تغییر جنسیت و مسائل مبتلابه آن، قوانین جاری ما لانسّ فیه است.

حال با توجه به فقدان نص در قرآن کریم و روایات و همچنین سکوت قانونگذار در موضوعات قضایی که مربوط به تغییر جنسیت است، قضات در صدور رأی و اجرای احکام چه وظیفه‌ای دارند؟ آیا می‌توانند با تمسک به فقدان نص پیرامون موضوع، از رسیدگی و صدور رأی امتناع کنند؟

با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کند و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد» و ماده ۳ آیین دادرسی مدنی که اشعار می‌دارد: «قضات دادگاه‌ها، موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه، کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند، یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم، امتناع ورزند. و آلا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد».

موضوع تغییر جنسیت از جمله مسائلی است که اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود ندارد، بنابراین در این مقاله سعی شده است با استناد به منابع معتبر اسلامی و اصول حاکم، به مواردی که در عصر حاضر در مورد تغییر جنسیت چالش ایجاد می‌کند، پاسخ مناسبی داده شود.

۱. پیشینه

قبل از شروع بحث لازم است تاریخچه مختصری از موضوع بیان شود تا قلمرو موضوع تا حدودی روشن شود. سابقه موضوع در حقوق غرب به سال ۱۹۵۲ برمی‌گردد که شخصی به تغییر جنسیت اقدام کرد و اولین تغییر جنسیت در ایران قبل از انقلاب، به سال ۱۹۳۰ میلادی، برابر با ۱۳۰۹ هجری شمسی برمی‌گردد که طی آن پسر ۱۸ ساله‌ای که به اختلال روانی ترنسکشوال مبتلا بود، به دختر تبدیل شد (دلیر: ۲۴). اولین تغییر جنسیت در ایران بعد از انقلاب در سال ۱۳۶۵ اتفاق افتاد که فریدون ملک‌آرا در اولین نامه از مجموعه نامه‌هایش به حضرت امام خمینی^(۵) می‌نویسد که همواره احساس می‌کند یک زن است. حضرت امام خمینی^(۵) در پاسخ نوشته که او باید وظایف اسلامی خود را به‌عنوان یک مرد رعایت کند. همه به او توصیه کردند که مجدداً برای امام خمینی^(۵) نامه‌نگاری کند، او که می‌خواست برای عمل جراحی تغییر جنسیت تأیید مذهبی داشته باشد، یک روز توانست با پوشیدن لباس مردانه و قرآن به دست، بعد از دشواری‌های زیادی امام خمینی^(۵) را ملاقات کند، در این ملاقات سه نفر از پزشکان مورد اعتماد امام خمینی^(۵) هم حضور داشتند که توانستند توضیحات بیشتری درباره وضعیت او به رهبر انقلاب اسلامی ایران ارائه دهند. بعد از آن ملاقات، امام خمینی نامه‌ای به فریدون (مریم) داد که خطاب به دادستان کل و همین‌طور رییس سازمان نظام پزشکی ایران بود و در آن اجازه مذهبی برای عمل جراحی تغییر جنسیت به او داده شده بود، این نامه همان فتوایی بود که سرنوشت او و بسیاری دیگر را عوض کرد (نیلی، ش ۶۱).



۲. بررسی جواز و عدم جواز تغییر جنسیت از دیدگاه فقها

مراد از جواز یا عدم جواز تغییر جنسیت، این است که با توجه به سکوت قانونگذار و فقدان نص قانونی در حقوق ایران، آیا تغییر جنسیت، بر مبنای اصول و قواعد فقهی و حقوقی امر مجاز و مشروعی تلقی می‌شود یا خیر؟

در این باب بهتر است ابتدا دیدگاه فقها را بررسی کنیم و سپس نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه را مطرح کنیم: یکی از سؤالاتی که از مراجع عظام تقلید پرسیده شده، جواز یا عدم جواز تغییر جنسیت بوده است. در پاسخ به این پرسش، فقها چند نظریه مختلف بیان کرده‌اند که عبارتند از:

۱. نظریه مشروعیت مطلق تغییر جنسیت؛
۲. ممنوعیت مطلق تغییر جنسیت؛
۳. مشروعیت مشروط تغییر جنسیت؛
۴. عده‌ای نیز قائل به تأمل و توقفند.

۱.۲. نظریه مشروعیت مطلق تغییر جنسیت

این دسته افرادی هستند که تغییر جنسیت را بدون هیچ قید و شرطی جایز می‌دانند که البته تعدادشان اندک است. حضرت امام خمینی^(۵)، اولین کسی بودند که به تفصیل به بیان مسئله تغییر جنسیت پرداخته‌اند. ایشان در کتاب تحریرالوسیله در اولین مبحث از موضوع تغییر جنسیت فرموده‌اند:

«الظَّاهِرُ عَدَمُ حُرْمَةِ تَغْيِيرِ جِنْسِ الرَّجُلِ بِالْمَرْأَةِ بِالْعَمَلِ وَ بِالْعَكْسِ» (امام خمینی، ج ۲: ۶۲۶) «ظاهر آن است که تغییر جنس مرد به زن و بالعکس آن با عمل جراحی حرام نیست».

با توجه به اطلاقی که حکم ایشان دارد، می‌توان مشروعیت مطلق این عمل را استنباط کرد (بجنوردی: ۲۱۵).

بعد از امام^(۵)، آیت‌الله محمدعلی گرامی آن را به صورت مطلق جایز دانسته‌اند. (استفتا در تاریخ ۱۳۸۹/۱/۲۰). قبل از حضرت امام^(۵)، هیچ یک از فقهای اهل سنت و شیعه، بحث فقهی و حقوقی پیرامون تغییر جنسیت را مطرح نکرده بودند و به نوعی سکوت محض در این زمینه وجود داشت.

۲.۲. نظریه ممنوعیت مطلق تغییر جنسیت

گروهی از فقهای عظام شیعه و فقهای اهل سنت تغییر جنسیت را فعل نامشروعی می‌دانند و ضمن رد و حرام دانستن آن، مهم‌ترین دلیلی را که ارائه می‌کنند غیرمجاز بودن تغییر در خلقت خداوند است، این دسته از فقها به آیه‌های ۱۱۸ و ۱۱۹ سوره نساء استدلال می‌کنند (دلیر، ۳۹؛ کوکسال، ۲۳۹؛ الجرعی، ۳۷؛ الجکنی الشنقیطی، ۱۳۴؛

قرارات مجمع فقهی لرابطة العالم الاسلامی، مکه مکرمه، ۹۷) که در این آیه خداوند متعال فرموده است: «لَعَنَهُ اللَّهُ وَ قَالَ لَاتَّخَذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيْبًا مَفْرُوضًا (۱۱۸) وَ لَأُضِلَّنَّهُمْ وَ لَأَمْنِيْنَهُمْ وَ لَأَمْرَنَّهُمْ فَلَیْبِتَّكُنَّ اَذَانَ الْاَنْعَامِ وَ لَأَمْرَنَّهُمْ فَلَیْغَيْرَنَّ خَلْقَ اللّٰهِ وَ مَنْ یَتَّخِذِ الشَّیْطَانَ وَّلِیًّا مِنْ دُوْنِ اللّٰهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرًا مُّبِیْنًا (۱۱۹)؛ خدا او را از رحمت خویش دور ساخته؛ و او گفته است: از بندگان تو، سهم معینی خواهم گرفت! و آنها را گمراه می‌کنم! و به آرزوها سرگرم می‌سازم! و به آنان دستور می‌دهم که (اعمال خرافی انجام دهند و) گوش چهارپایان را بشکافند و آفرینش پاک خدایی را تغییر دهند! (و فطرت توحید را به شرک بیالیند!) «و هر کس، شیطان را به جای خدا و لای خود برگزیند، زیان آشکاری کرده است» (قرآن کریم، ترجمه آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی).

با توجه به این دو آیه شریفه، شیطان برای تغییر در خلقت خداوند، گام به گام پیش می‌رود، ابتدا بندگان خداوند را گمراه و در راه رسیدن به مقصد و هدفشان، گام‌های آنها را سست و متزلزل می‌کند و سپس دل‌های آنها را لبریز از آرزوها می‌کند و به آنها دستور می‌دهد تا گوش حیوانات را ببرند و بشکافند و قطع کنند.

در شأن نزول این آیه گفته‌اند: در زمان حضرت رسول اکرم (ص)، برخی از مردم حیوانات را بسیار آزار می‌دادند و بریدن گوش حیوانات نوعی سرگرمی برای آنها محسوب می‌شد و آنها از درد کشیدن و نعره حیوان احساس لذت می‌کردند.

در قدم بعدی، شیطان به انسان فرمان تغییر در خلقت خداوند را می‌دهد. به این ترتیب، استدلال شده است که در این آیه منظور از تغییر در خلقت خداوند، تغییر در خلقت انسان است و شیطان گام به گام انسان را می‌فریبد تا اینکه نوبت به تغییر در بدن انسان‌ها می‌رسد، مخصوصاً اینکه در آن زمان، اخته کردن از کارهای رایج بوده است و چنین مردانی به بردگی گرفته می‌شدند و برای در امان نگه داشتن زنانی که در معاشرت با آنان بودند، به اخته کردن آنها اقدام می‌کردند. حضرات آیات شبیری خاقانی (استفتا در تاریخ ۱۳۸۹/۱/۱۶)، سید یوسف مدنی تبریزی (استفتا مورخ ۱۳۸۹/۲/۲)،

حسینی حائری (استفتا مورخ ۱۳۸۹/۱/۲۲)، ناصر مکارم شیرازی (استفتا در تاریخ ۱۳۸۹/۱/۲۵)، محمد صادق حسینی روحانی (استفتا مورخ فروردین ۱۳۸۹)، سید صادق حسینی شیرازی (استفتا در تاریخ ۱۳۸۹/۲/۸)، علوی گرگانی (استفتا مورخ ۱۳۸۹/۱/۱۷) جوادی آملی (استفتا در تاریخ ۱۳۸۸)، مرحوم فاضل لنکرانی (نرم‌افزار مجموعه آثار حضرت آیت‌الله فاضل لنکرانی، مرکز علوم تحقیقات کامپیوتری نور)، دوزدوزانی (دلیر، ۳۸)، سید عباس مدرسی یزدی (استفتا مورخ ۱۳۸۹/۲/۱) مرحوم شیخ میرزا جواد تبریزی (استفتا، ۱۳۸۵)، مرحوم بهجت (استفتا در تاریخ ۸۹/۱/۱۶ از دفتر مرحوم آیت‌الله بهجت)، حکیم (استفتا مورخ ۱۳۸۹/۳/۲)، ملکوتی (استفتا در تاریخ ۱۳۸۹/۳/۱۳)، سبحانی (استفتا در تاریخ ۱۳۸۹/۳/۱۳) و مرحوم فضل‌الله (استفتا مورخ ۶ جمادی‌الثانی ۱۴۳۱) قائلان به این نظریه هستند.

نظر علمای اهل تسنن: مجلس مجمع فقهی اسلامی در جلسه یازدهم که در مکه مکرمه در روز یکشنبه ۱۳ رجب ۱۴۰۹ برابر با ۱۹ فوریه ۱۹۸۹ شروع شد و تا یکشنبه ۲۰ رجب ۱۴۰۹ برابر با ۲۶ فوریه ۱۹۸۹ ادامه داشت، حول موضوع تغییر جنسیت صحبت کردند و بعد از بحث و مناقشات فراوان به این نتیجه رسیدند که:

«اولاً، مذکری که اعضای ذکوریت وی کامل باشد، و مؤنثی که اعضای انوئیت وی کامل باشد، تغییر جنسیت آنها حرام می‌باشد و انجام‌دهنده این کار مجرم می‌باشد و مستحق عقوبت است؛ چرا که در خلقت خداوند تغییر ایجاد کرده است.

ثانیاً، اما کسانی که در اعضای تناسلی‌شان هم علامت‌های زنان و هم علامت‌های مردان را دارا می‌باشند، در چنین افرادی به جنسیت غالب وی توجه می‌کنند، اگر جنسیت مذکر غالب باشد، درمان ایشان جهت رفع اشتباه جایز است و بالعکس. فرقی نمی‌کند که این درمان با هورمون باشد یا با عمل جراحی. به خاطر اینکه این شخص مریض می‌باشد و انجام درمان بر روی وی جهت شفای ایشان است و تغییر در خلقت الهی محسوب نمی‌گردد» (قرارات مجمع فقهی لرابطة العالم الاسلامی: ۹۷).

۳.۲. نظریه مشروعیت مشروط تغییر جنسیت

نظریه سومی که درباره تغییر جنسیت بیان شده، مشروعیت مشروط تغییر جنسیت است. زیرا مشروعیت هر عملی، آن‌گونه که در ماده ۲۱۵ قانون مدنی به آن اشاره و تصریح شده است، منوط به وجود منفعت مشروع عقلایی است، در نتیجه، تغییر جنسیت

در صورتی مشروع است که فرد متقاضی دارای مشکل جنسی باشد و با تأیید پزشک، مبنی بر رفع مشکل وی بعد از عمل، به عمل جراحی وی اقدام می‌شود. حضرات آیات علی خامنه‌ای (آیت‌الله خامنه‌ای)، آصف محسنی (آصف محسنی، ج ۱: ۱۱۱)، موسوی اردبیلی (استفتا مورخ ۱۳۸۹/۱/۱۷)، محمد مؤمن قمی (قمی، ش ۷)، سیستانی (استفتا مورخ ۱۳۸۹/۲/۹) و محسن خرازی (خرازی، ش ۲۳) ارائه دهندگان این نظریه هستند.

۴.۲. قائلان به توقف

آخرین دیدگاه بیانگر این است که تغییر واقعی جنسیت هنوز محقق نشده و به فرض تحقق و وقوع، جواز آن، محل تأمل است. آیت‌الله صافی گلپایگانی (استفتا در تاریخ ۱۳۸۹/۲/۱۰) و شیخ محمد علی اراکی (استفتائات ۱۳۷۳) این نظریه را ارائه کرده‌اند.

در اکثر کشورهای که تغییر جنسیت را جایز دانسته‌اند، بیشتر حقوقدانان و فقها و مراجع و پزشکان، تغییر جنسیت را مشروط اعلام کرده‌اند، پس در مورد افراد سالم، به عدم مشروعیت تغییر جنسیت معتقد هستند. به عبارت دیگر، در صورتی که تمایز جنس فرد، طبیعی ولی با هویت او از نظر هورمونی یا روانی در تعارض باشد، تغییر جنسیت فرد به آنچه خود او مایل باشد یا روان‌شناسان و پزشکان تشخیص دهند، بدون اشکال است (بجنوردی: ۲۲۱-۲۲۲).

فقهایی که جواز تغییر جنسیت را مشروعیت مشروط اعلام کرده‌اند، اتفاق نظر دارند که نگاه کردن به عورت غیرهمسر و نیز نگاه کردن به بدن مرد یا زن نامحرم و لمس کردن آن حرام است و از دیدگاه شرع، جز در موارد اضطراری جایز نیست. لذا انجام عمل جراحی تغییر جنسیت توسط جراح در صورتی حرام نیست که این عمل بر روی کودک ممیز انجام شود (در صورتی که به نفع کودک و با اجازه ولی او باشد) یا اینکه ضرورت درمان به گونه‌ای باشد که قبح عمل نگاه و معاینه آلت توسط پزشک را از بین ببرد، لذا بیشتر فقهای این گروه، تغییر جنسیت را به وجود ضرورت معالجه مشروط می‌دانند (همان).

۳. نظریه مشورتی اداره حقوقی

پزشکی قانونی در تاریخ ۶۶/۹/۱۷ از اداره حقوقی قوه قضاییه درباره تغییر جنسیت و مسائل مربوط به آن کسب تکلیف کرد. اداره حقوقی در نظریه شماره ۱۰۴/۷۳۸۹-۱۳۶۶/۹/۱۷ این پاسخ را ارائه کرده است:

«مسئله مطروحه دارای دو صورت است: صورت اول آنکه فردی از نظر پزشکی مرد است، در حالی که دارای آلت تناسلی زنان است یا بالعکس، در این صورت با انجام جراحی، تغییر جنسیت حاصل نمی‌شود، بلکه با عمل جراحی، جنسیت شخص ظاهر می‌شود و این امر از نظر حقوقی بلاشکال است. از نظر شرعی هم طبق فتوای حضرت امام مد ظله العالی، در تحریرالوسیله جلد ۲ صفحه ۶۲۷ مسئله ۲ و مسئله ۱۰ بلاشکال است و بعد از عمل، تمام احکام جنسی که ظاهر شده، بر آن مترتب می‌گردد.

صورت دوم آن است که فردی که شخصاً مرد یا زن است و دارای آلت تناسلی جنس خود می‌باشد، تصمیم به تغییر جنسیت بگیرد و پزشکان امکان آن را تأیید نمایند، این امر نیز در قوانین منع نشده است، لیکن چون آثار حقوقی فراوانی دارد، باید گفت: در صورت تغییر جنسیت این امر تأثیری در حقوق ثابت‌ه ندارد و آن را جز در مواردی از قبیل بطلان ازدواج و حلیت و حرمت تغییر نمی‌دهد. مثلاً اگر زنی بعد از عمل جراحی مرد شود، گرچه ازدواج او از زمان تغییر جنسیت، باطل می‌گردد، اما مهریه او ساقط نمی‌شود و یا اگر مردی بعد از عمل جراحی زن شود، کماکان باید مهریه زوجه‌اش را بپردازد، هرچند ازدواج او از تاریخ تغییر جنسیت باطل است. همچنین اگر مادری پس از عمل جراحی تبدیل به مرد شود، ولایتی بر فرزندانش نخواهد داشت. فتوای حضرت امام خمینی مد ظله العالی در مسائل ۱ و ۳ و ۶ و ۷ از مسائل تغییر جنسیت، در تحریرالوسیله جلد ۲ صفحات ۶۲۶ و ۶۲۷ و ۶۲۸ در این مورد نیز بر جواز عمل جراحی و عدم تأثیر آن در حقوق مالی و ولایتی تحقق یافته از قبل، دلالت دارد».

۴. جرم بودن یا نبودن تغییر جنسیت

همان‌گونه که می‌دانیم طبق اصل قانونی بودن جرم و مجازات، هیچ فردی براساس مقرراتی که نسبت به ارتکاب عملش مؤخر است، مجرم تلقی نشده و مجازات نمی‌شود. حق تعیین حد فاصل بین رفتار مشروع و نامشروع بر عهده قانونگذار است و قاضی کیفری بدون وجود قانون لازم‌الاجرا، نمی‌تواند عملی را جرم تلقی و مرتکب آن را مجازات کند، حتی مقنن نیز حق ندارد اعمال گذشته افراد را مشمول عنوان مجرمانه‌ای که در قانون جدید مطرح شده است، قرار دهد (محقق داماد: ۳۴). حال سؤالی که در مبحث مذکور مطرح می‌شود این است که آیا تغییر جنسیت با احراز شرایط، جرم است یا نه؟ در صورتی که کسی شرایط لازم را برای تغییر جنسیت نداشته باشد و به آن اقدام

کند، چطور؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که به موجب ماده ۲ قانون مجازات اسلامی: «هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد، جرم محسوب می‌شود». این ماده، بیان‌کننده اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌هاست و آنچه مسلم است در قوانین موضوعه، هیچ نصی وجود ندارد که تغییر جنسیت را جرم محسوب کرده باشد. همچنین مطابق اصل ۳۷ قانون اساسی ایران «اصل بر براءة است و حکم به مجازات و اجرای آن تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون، ممکن خواهد بود» و با عنایت به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، انجام دادن هر رفتاری توسط افراد مباح است و جرم تلقی نمی‌شود، هرچند که خلاف اخلاق یا مضر به مصالح عمومی و مخل نظم باشد، مگر اینکه قانوناً برای آن مجازات تعیین شده باشد و با توجه به قاعده قبح عقاب بلا بیان، افعالی قابل مجازات است که قبلاً در قانون جزا به‌عنوان جرم پیش‌بینی و برای آن کیفر نیز تعیین شده باشد.

از مفاد اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری نمی‌توان استفاده جعل جرم جدید کرد که در قانون برای آن کیفر تعیین نشده است و مفاد مقررات مزبور ناظر به مواردی است که علی‌رغم جرم بودن عملی در قانون جزا، به‌واسطه ابهام یا نقص یا اجمال یا سکوت قوانین مدون یا عدم تعیین کیفیت و نحوه اجرای مجازات و حدود و ثغور آن، قاضی برای تفسیر و استخراج حکم در آن مورد خاص باید به منابع و فتاوی معتبر اسلامی رجوع کند.

در ماده ۲۲۱ لایحه جدید قانون مجازات اسلامی استفتا مقام قضایی از رهبری، جایگزین رجوع قضات به منابع و فتاوی معتبر اسلامی در هنگام تفسیر و استخراج حکم شد. مطابق ماده ۲۲۱: «هرگاه رجوع به اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی لازم شود، مقام قضایی از رهبری استفتا خواهد کرد. مقام قضایی می‌تواند این امر را به فرد یا افرادی تفویض نماید». البته این ماده در تصویب نهایی قانون مجازات اسلامی حذف شد. همچنین هر جا که تردید شود که جرم واقع شده یا نه، اصل بر عدم وقوع جرم است و قانون باید به سود متهم تفسیر شود (گلدوزیان: ۲۲۳). بنابراین؛ تغییر جنسیت اگر با احراز شرایط صورت بگیرد، مطابق فتوای اکثر فقهای معاصر جایز است. اما اگر کسی با فقدان شرایط، به تغییر جنسیت مبادرت کند، حرام است. حال سؤال این است که اگر شخص به عمل تغییر جنسیت، بدون شرایط شرعی و تکلیفی اقدام کند و به این ترتیب عمل حرامی مرتکب شود، نباید مجازات شود؟

با توجه به ماده ۳ ق. آ. د. م. و ماده ۲۱۴ ق. آ. د. ک. آیا قاضی می‌تواند با استناد به منابع فقهی یا فتاوی مشهور، رفتار یا عملی را که در قوانین مجازات ندارد، اما در شرع حرام است، را جرم بشناسد و کیفر دهد؟ اکثریت حقوقدانان کشور معتقد هستند که این فرض، بی‌گمان منتفی است و شخص قابل مجازات نیست (گلدوزیان، ۳۳۳؛ اردبیلی، ۱۴۱). چنانچه نظریه مشورتی شماره ۷۲/۴/۷/۷/۲۵۳۰ مؤید مطلب فوق‌الذکر است که مقرر می‌دارد: «با سکوت قانون، قاضی مکلف به صدور حکم بر براءت است، هر چند عمل مذکور در شرع حرام است».

۵. آثار تغییر جنسیت در برخی مسائل جزایی

حال به بررسی آثار حقوقی تغییر جنسیت در حقوق جزا، مطابق با قانون جدید مجازات اسلامی می‌پردازیم:

بر اساس ماده ۱۴ قانون جدید مجازات اسلامی، مجازات‌های مقرر برای اشخاص حقیقی بر چهار قسم است: حد، قصاص، دیه و تعزیر. در ذیل آثاری را بررسی می‌کنیم که هر کدام از اقسام فوق بر تغییر جنسیت دارند.

۱.۵ «حدود» و تأثیر تغییر جنسیت بر آن

«حد به مجازاتی گفته می‌شود که موجب، نوع و... میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس تعیین شده است» (ماده ۱۵ قانون جدید مجازات اسلامی). انواع مجازاتی که در قانون مجازات اسلامی مشمول حد می‌شود، عبارتند از: زنا، لواط، تفخیز، مساحقه، قوادی، قذف، سبّ نبی، مصرف مسکر، سرقت، محاربه و بغی و افساد فی‌الارض. حال اگر شخصی مرتکب یکی از جرایم فوق شود و به تغییر جنسیت اقدام کند، در واقع از جنسیت قبلی خود جدا شده و هویت شخص بر پایه جنسیت فعلی اوست؛ بنابراین کیفیت اجرای حد در حق مرتکب عمل، منطبق با جنسیت زمان جرم است.

اما در بحث ارتداد، که مطابق با قانون مجازات اسلامی جرم‌انگاری نشده و اگر تاکنون حکمی مبنی بر ارتداد شخصی صادر شده، آن حکم برگرفته از آرای فقها بوده است. در زمینه مبحث ارتداد سؤال این است که در مرتد فطری و ملی، مرتد در زمان مرد یا زن بودن خویش دچار ارتداد شده است و حکم بعد از تغییر جنسیت صادر

می‌شود، بر حسب کدام جنسیت وی حکم می‌شود؟ آیا در کیفیت اجرای حد، تغییر متصور است یا خیر؟ در این زمینه دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد:

۱. عده‌ای قائلند که بر حسب جنسیت زمان ارتداد عمل می‌شود، یعنی جنسیت سابق او ملاک عمل است، اگر ارتداد قبل از تغییر جنسیت باشد، حضرات علوی گرگانی (استفتا در تاریخ ۱۳۸۹/۱/۱۷)، حضرت آیت‌الله مدنی تبریزی (استفتا در تاریخ ۱۳۸۹/۲/۲)، حکیم (استفتا مورخ ۱۳۸۹/۳/۲) و ملکوتی (استفتا در تاریخ ۱۳۸۹/۳/۱۳) از این دسته‌اند.

۲. جنسیت در وقت حکم مناط اعتبار است. آیت‌الله موسوی اردبیلی (استفتا در تاریخ ۱۳۸۹/۱/۱۷) این نظر را بیان کرده‌اند.

۳. در اینجا چون شبهه وجود دارد و مورد از موارد حد است، پس «إِنَّهَا تُدْرَأُ الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ». حضرت آیت‌الله حسینی شیرازی قائل به این دیدگاه هستند (استفتا مورخ ۱۳۸۹/۲/۸).

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، نظرهای متفاوتی در این زمینه ارائه شده است. اما باید گفت هرچند در بسیاری از جرایم، جنسیت زمان وقوع جرم مبنای صدور حکم است، در ارتداد، جنسیت زمان وقوع جرم نمی‌تواند ملاک قرار گیرد؛ چون اگر جنسیت زمان وقوع ارتداد، ملاک قرار گیرد، اگر مردی مرتد شود، باید همان حکم قبلی، یعنی کشتن نسبت به او اجرا شود که این کار با تفسیر قوانین جزایی به نفع متهم سازگار نیست، وجه دیگر جنسیت فعلی است که این احتمال هم نباید ملاک ما باشد، چون با تفسیر مضیق قوانین جزایی و تفسیر به نفع متهم سازگار نیست و قاعده در مانع اجرای حد می‌شود. لذا ارجح آن است که در صدور حکم و اجرای آن، در هر صورت (خواه تغییر به زن باشد و خواه تغییر به مرد) تفسیر به نفع متهم صورت گیرد که حد زن اجرا شود و اگر زن به مرد تغییر جنسیت داد، تفسیر قوانین جزایی به نفع متهم، ایجاب می‌کند که همان حد زن اجرا شود، زیرا مبتلابه ما، شک در اقل و اکثر محسوب می‌شود که مجرای قاعده در آن و تفسیر قوانین جزایی به نفع متهم است.

۲.۵. تغییر جنسیت و تأثیر آن بر قصاص

اگر قتل و اعتداء، قبل از تغییر جنسیت رخ دهد، ولی حکم به مجازات و اجرا و تعیین آن بعد از تغییر باشد، تکلیف چیست؟

در ماده ۳۸۲ قانون جدید مجازات اسلامی آمده است که: «هرگاه زن مسلمانی عمداً کشته شود، حق قصاص ثابت است؛ لکن اگر قاتل مرد مسلمان باشد، ولی دم باید پیش از قصاص نصف دیه کامل را به او بپردازد و اگر قاتل مرد غیرمسلمان باشد، بدون پرداخت چیزی کشته می‌شود. در قصاص مرد غیرمسلمان به سبب قتل زن غیرمسلمان مابه‌التفاوت دیه آنها لازم است». حال اگر قبل از اجرای مجازات، مرد مسلمان تغییر جنسیت دهد، آیا ولی زن کما فی السابق، باید نصف دیه را به مرد تغییر جنسیت داده شده (زن فعلی) پرداخت کند؟

ماده ۱۶ قانون جدید مجازات اسلامی در تعریف قصاص مقرر می‌دارد: «قصاص، مجازات اصلی جنایات عمدی بر نفس، اعضاء و منافع است». با توجه به این ماده اگر قاتل مرد باشد، به دلیل قتل نفس قصاص می‌شود، البته ولی دم مقتول باید نصف دیه مرد را به خانواده قاتل رد کند که در آن صورت، قصاص صورت می‌گیرد و اگر قاتل زن باشد، با کشتن مرد قصاص می‌شود و پرداخت نصف دیه منتفی است. حال اگر قاتل قبل از تحول مرد باشد، ولی تنفیذ حکم تمام نشده باشد و بعد از تحول تنفیذ شود، شکی نیست که مقتضای استصحاب، بلکه اطلاق احکامی که شامل مردان می‌شود، شامل وی نیز می‌شود و به تحول وی به زن بعد از قتل، توجهی نمی‌شود. یعنی شخص تغییر جنسیت داده قصاص می‌شود و چون استصحاب جنس ذکور صورت می‌گیرد، ولی مقتول باید نصف دیه را به خانواده قاتل رد کند تا قصاص صورت گیرد، بنابراین آنچه که مهم است، نظر به حال قاتل و مقتول در حال قتل است، هرچند که تغییر جنسیت بعد از قتل صورت گیرد (صدر، ۱۴۱۳، ج ۶: ۱۴۱).

این پاسخ با قاعده تفسیر قوانین جزایی به نفع متهم سازگارتر است.

۳.۵. اثر تغییر جنسیت در دیه

اگر بر شخصی جنایت غیر عمدی وارد شود و قبل از پرداخت و اجرای حکم دیه، جانی یا مجنی‌علیه یا مجنی‌علیها تغییر جنسیت دهند، نحوه پرداخت دیه چگونه است؟ «دیه اعم از (مقدّر و غیرمقدّر) مالی است که در شرع مقدس در مورد ایراد جنایت غیرعمدی بر نفس، اعضا و منافع و یا جنایت عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد، به موجب قانون مقرر شده است» (ماده ۱۷ قانون جدید. م. ا). در قانون سابق بحثی از دیه‌های مقدّر و غیرمقدّر نشده بود.

در حقوق ایران، میزان دیه قطع عضو و جرح اشخاص تا ثلث با هم برابر است و مازاد بر ثلث، دیه ذکور دو برابر اناث است و در نتیجه باید دید که دیه شخص تغییر جنسیت داده بر مبنای جنسیت چه زمانی محاسبه می‌شود؟ در این امور میزان دیه شخص بر مبنای جنسیت جدید محاسبه می‌شود، زیرا عرفاً شخص به جنسیتی ملحق است که در زمان مطالبه دیه با تأیید متخصصان خود را به آن ملحق کرده است و بنابراین ملاک دریافت دیه، جنسیت زمان مطالبه خواهان است و اگر خواهان از زمان وقوع حادثه تا زمان مطالبه دیه با رعایت تمام استانداردهای پزشکی و با تأیید متخصصان تغییر جنسیت دهد، دیه او بر مبنای جنسیت زمان مطالبه محاسبه می‌شود. اگر مصدوم فوت کرده و وارث او خواهان دیه است، دیه بر مبنای جنسیت زمان مرگ میت مصدوم محاسبه می‌شود (باریکلو، ۱۳۸۲: ۱۲۶). بنابراین اگر میت قبل از فوت مرد بوده و به زن تغییر جنسیت داده است، جنسیت زمان مرگ وی یعنی همان زن مد نظر است و وارث نمی‌تواند مازاد بر دیه مقرر مطالبه بکند.

در دیه، ظاهر آن است که تغییر جنسیت جانی، تأثیری در مقدار دیه ندارد، زیرا جنسیت موضوع تعلق دیه نیست، چون ذمه شخص جانی است که دیه به آن تعلق می‌گیرد و از آنجایی که دیه از موارد حق الناس است؛ بنابراین متعاقباً با تغییر جنسیت نیز دیه که بر ذمه شخص تعلق گرفته است، استقرار خود را حفظ می‌کند، اما در مسئله تغییر جنسیت مسلم است که در قانون جزا باید موارد مشکوک را به نفع متهم تفسیر کرد. شک در تحقق جرم و در نتیجه توجه کیفر به متهم و نیز شک در اقل و اکثر کیفر، باید به نفع متهم تمام شود. در همین مضمون متداول شده است «شک به نفع متهم تفسیر می‌شود» و نیز قانون جزا به نفع متهم، تفسیر می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۷۷۸). بنابراین در این فرع که شک ما در اقل و اکثر بودن مقدار دیه است، صدور حکم به نفع متهم ارجحیت دارد.

یکی از فروعات دیه اثر تغییر جنسیت بر مسئولیت عاقله است؛ با استناد به ماده ۴۶۸ قانون جدید. م. ا. استنباط می‌شود که: «عاقله، عبارت است از: پدر، پسر و بستگان ذکور نسبی پدری و مادری یا پدری به ترتیب طبقات ارث. همه کسانی که در زمان فوت می‌توانند ارث ببرند به صورت مساوی مکلف به پرداخت دیه خواهند بود». سؤالی که مطرح می‌شود این است که اگر زنی تغییر جنسیت دهد، در شمار عاقله قرار می‌گیرد یا خیر؟

با توجه به کلمه ذکر در ماده ۴۶۸، جنس اناث، در شمار عاقله احتساب نمی‌شود. به عاقله، عصبه نیز می‌گویند. مقصود از عصبه، همان اقوام و خویشاوندان نسبی ذکور پدر یا پدری و مادری فرد است و از آن جهت به ایشان عصبه می‌گویند که اطراف فرد را احاطه کرده‌اند. پدر و پسر نیز، جزو عصبه محسوب می‌شوند، زیرا اطلاق عصبه آنها را نیز در بر می‌گیرد (نجفی، ۱۳۶۳، ج ۳۹: ۴۱۳). کسی که تغییر جنسیت می‌دهد بعد از آنکه به جنسیت جدید ملحق شد، شرایط جنس جدید برای او لازم‌الاجراست. چنانکه با استفتایی که از آیت‌الله مکارم شیرازی صورت گرفت، این مرجع عالیقدر موافق قول فوق‌الذکر هستند و همین‌طور با توجه به قاعده فقهی "من له الغنم فعليه الغرم" اگر زنی تغییر جنسیت دهد، همان‌گونه که فایده‌های جنس ذکور را دارا می‌شود، باید خسارتی را که از تغییر جنسیت ممکن است پیش آید را نیز متحمل شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۵۲۰).

۴.۵. تغییر جنسیت و اثر آن بر تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده

مطابق ماده ۱۸ قانون جدید مجازات اسلامی «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نبوده به موجب قانون در مورد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون خواهد بود. دادگاه در صدور حکم تعزیری با رعایت مقررات قانونی، موارد زیر را مورد توجه قرار خواهد داد:

۱. انگیزه مرتکب و وضعیت ذهنی و روانی وی حین ارتکاب جرم؛
۲. شیوه ارتکاب جرم، گستره نقض وظیفه و نتایج زیانبار آن؛
۳. اقدامات مرتکب پس از ارتکاب جرم؛
۴. سوابق و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مرتکب و تأثیر تعزیر بر وی. تعزیر را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد؛ یک دسته جرایمی است که در زمان شارع، اختیار تعزیر آن در دست حاکم بوده است و تعزیرات شرعی نامیده می‌شود و دسته دوم که در زمان شارع وجود نداشته است و به مقتضای زمان و مکان، جرم شناخته می‌شوند (مهرپور، ۱۳۶۸: ۱۳-۶۷).

مجازات‌های بازدارنده نیز مطابق ماده ۱۷ ق.م.ا سابق «تأدیب یا عقوبتی است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی تعیین می‌گردد، از قبیل حبس، جزای نقدی، تعطیل محل کسب، لغو

پروانه و...». با توجه به ماده ۱۴ قانون جدید مجازات اسلامی، مجازات بازدارنده به‌عنوان قسمی از انواع مجازات‌ها ذکر نگردیده، لیکن همان‌گونه که در ماده ۱۸ فوق‌الاشعار آمده است، مجازات‌های بازدارنده به عبارتی همان مجازات‌هایی هستند که برای نقض مقررات حکومتی، به‌موجب قانون وضع شده‌اند. بنابراین بر خلاف ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی که مجازات بازدارنده، قسمی از انواع مجازات‌ها برشمرده می‌شد، در قانون مجازات جدید، این‌گونه مجازات نوعی مجازات تعزیری محسوب و قلمداد می‌شود.

مسئله‌ای که در بحث مذکور مطرح می‌شود این است که آیا شخصی که مرتکب جرایمی مثل ایراد ضرب و جرح عمدی و ترک انفاق و... شود و به تغییر جنسیت مبادرت کند، تغییر جنسیت اثری بر اعمال مجازات شخص مذکور دارد یا خیر؟ در پاسخ باید گفت که بیشتر مواد کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (البته در قانون جدید بحثی از کتاب پنجم، یعنی تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده نشده و دلیلش این است که تغییرات اعمال‌شده، فقط در حدود و قصاص و دیات بوده، بنابراین کتاب پنجمی که در اینجا از آن سخن به میان آمده، همان مباحث قانون سابق است) با کلمه «هرکس» شروع شده است و جملگی اطلاق دارند و مشتمل بر زن و مرد است و به هیچ‌وجه ناظر بر جنسیت خاصی نیست، با توجه به مطالب مذکور، در می‌یابیم که نوع جنسیت اشخاص، تأثیری در جرم ارتكابی ندارد و اطلاق مواد مذکور، زن و مرد را شامل می‌شود. البته در برخی از مواد تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده، وضعیت چنین نیست، مثل ماده ۶۴۲ قانون مارالذکر که مقرر کرده است: «هرکس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین ندهد یا از تأدیة نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع نماید، دادگاه او را از سه ماه و یک روز تا پنج ماه حبس محکوم می‌نماید». مسلم است که در این ماده مقصود از کلمه «هرکس» مرد است و در واقع یعنی هر مردی که مرتکب ترک انفاق همسر و اشخاص واجب‌النفقه خود شود، مجازات‌شدنی است، حال سؤال این است که چنانچه مردی مرتکب بزه ترک انفاق شود و سپس به عمل تغییر جنسیت مبادرت کند و به زن تبدیل شود، آیا در این‌صورت به اتهام ترک انفاق، قابل تعقیب و مجازات خواهد بود یا خیر؟

به نظرمی‌رسد در این زمینه باید بین موردی که تعقیب مرد به اتهام ترک انفاق شروع شده یا زن شکایت طرح انفاق را در دادسرا مطرح کرده است، با موردی که مرد به تغییر جنسیت مبادرت می‌کند و سپس تحت عنوان بزه ترک انفاق تحت پیگرد قرار

می‌گیرد، تفاوت قائل شد؛ چرا که در فرض اول، بزه ترک انفاق محقق شده و بعد از تحقق بزه مذکور، مرد به تغییر جنسیت مبادرت کرده است، اما در فرض دوم چون به واسطه تغییر جنسیت مرد، رابطه زوجیت انحلال یافته و در واقع ازدواج دو زن نیز امکان‌پذیر نیست، پس تعقیب مرد تغییر جنسیت داده به اتهام ترک انفاق، فاقد وجهت قانونی است و فلسفه مجازات و تأدیب متهم و مجرم نیز زیر سؤال خواهد رفت یا حداقل باید گفت که در این موارد باید قاعده مسلم تفسیر به نفع متهم را جاری دانست.

همچنین در ماده ۶۴۴ قانون تعزیرات مصوب ۷۵/۳/۲ آمده است که: «کسانی که عالماً مرتکب یکی از اعمال زیر شوند، به حبس از شش ماه تا دو سال و یا از سه تا دوازده میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌شوند.

۱. هر زنی که در قید زوجیت یا عده دیگری است، خود را به عقد دیگری درآورد در صورتی که منجر به واقعه نگردد.

۲. هر کسی که زن شوهردار یا زنی را که در عده دیگری است، برای خود تزویج نماید در صورتی که منتهی به واقعه نگردد.

در این ماده از قانون تعزیرات نیز، باید گفت که با وجود مؤثر بودن جنسیت در مجازات زن یا مردی که مرتکب بزه مذکور شده است، تغییر جنسیت مرد یا زن مجرم تأثیری در سقوط مجازات مرتکب ندارد و در واقع همانند فرض اول مسئله پیشین، در این موضوع هم فرد پس از تحقق جرم، به تغییر جنسیت خویش مبادرت کرده است، بنابراین تعقیب و مجازات چنین شخصی وفق مقررات قانونی خواهد بود.

چنانکه گفته شد، در قوانین جاری، نص خاصی در مورد تغییر جنسیت وجود ندارد؛ بنابراین هنگامی که در مورد تغییر جنسیت بحث می‌شود، باید وضعیت حقوقی و کیفری افرادی که تغییر جنسیت می‌دهند را با توجه به قواعد کلی بررسی کنیم.

۶. اثر تغییر جنسیت در تعدد جرم

ماده ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی در مورد تعدد جرم می‌گوید: «در جرایم موجب تعزیر، هرگاه رفتار واحد دارای عناوین متعدد باشد، مرتکب به مجازات اشد محکوم می‌شود». پس ارتکاب جرایم متعدد بدون آنکه متهم برای اتهامات متعدد پیشین خود به محکومیت کیفری قطعی رسیده باشد، تعدد جرم گفته می‌شود. خواه جرایم متعدد در فاصله‌های کوتاهی اتفاق افتاده باشد و خواه متهم متواری باشد یا جرایم او به دلایل گوناگونی کشف نشده باشد.

حال سؤال این است که اگر شخصی به جرمی اقدام کند و قبل از آنکه در دادگاه به جرم او رسیدگی شود، به تغییر جنسیت مبادرت کند و مرتکب جرم دیگری شود (با فرض جرم بودن تغییر جنسیت در صورت عدم احراز شرایط) آیا تعدد جرم محسوب می‌شود؟ در پاسخ باید گفت که: ماهیت، معمولاً دارای اجزایی است که از آنها فراهم آمده است؛ مثلاً انسان را در نظر می‌آوریم، می‌بینیم اولاً جسم است؛ ثانیاً نامی است؛ ثالثاً حساس است؛ یعنی تحریکات خارجی را احساس می‌کند و بالاخره ناطق است. محال است انسانی بدون این اجزا در خارج وجود داشته یا در ذهن تصویرپذیر باشد؛ یعنی این امور مقوم ماهیت هستند و به تعبیر دیگر، این نوع اجزا را ذاتی انسان می‌نامند. اما در مقابل ذاتی، عرضی قرار دارد؛ یعنی آنچه خارج از ماهیت باشد، مانند سیاه برای انسان و نظایر آن، که ماهیت انسان، قائم به آنها نیست و جزو ماهیت انسان نیستند (خوانساری، ۱۳۸۲: ۳۶). بنابراین؛ اوصاف عرضی مثل سیاهی و سفیدی، عمل جراحی زیبایی، تغییر جنسیت و امثال آن نمی‌تواند ماهیت انسان را تغییر دهد. پس اگر شخصی، در زمانی که مؤنث است، مرتکب جرمی شد و بعد از تغییر جنسیت، جرم دیگری را انجام داد، عمل تغییر جنسیت که یک وصف عرضی است، ماهیت انسان را عوض نمی‌کند که با استناد به تغییر جنسیت بگوییم تعدد جرم صورت نگرفته است. اگر کسی در زمانی که زن است مرتکب روابط نامشروع شود و حکم اجرا نشود و بعد از تغییر جنسیت، دوباره رابطه نامشروع برقرار کند، با توجه به آنچه گفته شد، تعدد جرم محسوب می‌شود.

زمانی که جرایم، از یک نوع باشد، قاعده اعمال یک حدّ و منع تکرار حد اعمال می‌شود و مؤید این مطلب ماده ۱۷۸ قانون مجازات اسلامی سابق است که مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی چند بار مسکر بخورد و حد بر او جاری نشود، برای همه آنها، یک حد کافی است». این ماده در قانون جدید ذکر نشده است.

۷. اثر تغییر جنسیت در تکرار جرم

مطابق با ماده ۱۳۷ قانون جدید: «هرکس به موجب حکم قطعی به یکی از مجازات‌های تعزیری از درجه یک تا شش محکوم شود و از تاریخ قطعیت حکم تا حصول اعاده حیثیت یا شمول مرور زمان اجرای مجازات، مرتکب جرم تعزیری درجه یک تا شش دیگری گردد، به حداکثر مجازات تا یک ونیم برابر آن محکوم می‌شود». پس وجه ممیز

تکرار جرم از تعدد جرم، اجرای محکومیت قبلی است (غلامی، ۱۳۸۲: ۵۰). سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر کسی مرتکب جرمی شود و پس از محکومیت و تحمل کیفر آن، به تغییر جنسیت اقدام کند و بعد از تغییر جنسیت، مرتکب جرمی مشابه جرم ماقبل تغییر جنسیت شود، آیا تکرار جرم محسوب می‌شود یا امکان دارد تغییر جنسیت به‌عنوان یک حایل، مانع اعمال قواعد مربوط به تکرار جرم باشد؟ با توجه به آنچه که گفته شد، ماهیت انسان، با تغییر جنسیت تغییر نمی‌کند و تغییر جنسیت، وصفی عَرَضی است؛ پس مانع تکرار جرم نمی‌شود. با عنایت به کلمه «هر کس...» در ماده ۱۳۷ قانون جدید مجازات اسلامی، تکرار جرم در مورد زن و مرد صورت می‌گیرد. ماده ۴۸ قانون سابق مجازات اسلامی، نحوه تشدید مجازات را در خصوص تکرار جرم مشخص نکرده است و در سایر قوانین نیز حکم خاصی در این زمینه وجود ندارد، بنابراین در اجرائی قسمت اخیر ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی، تشدید مجازات در اختیار دادگاه است که با توجه به شرایط و کیفیت جرم ارتكابی و اوضاع و احوال شخص مرتکب، مجازات تعزیری را تشدید کند و بدیهی است که در این مورد تناسب جرم و مجازات باید رعایت شود.

اما در ماده ۱۳۷ قانون جدید مقرر شده که در صورت تکرار جرم در مجازات‌های تعزیری درجه یک تا شش، شخص تا یک‌ونیم برابر آن محکوم می‌شود. در قانون مجازات اسلامی، هیچ‌گونه اشاره‌ای به مدت زمان مشمولیت تکرار جرم نشده، بنابراین اثر تکرار جرم در قانون مجازات اسلامی همیشگی است و اگر کسی، مرتکب جرمی شود و به‌موجب حکم قطعی لازم‌الاجرا محکوم شود، اگر در چند سال آینده مرتکب جرمی شود و در این بین تغییر جنسیت دهد، با عنایت به کلمه «هر کس» و دائمی بودن تکرار جرم و عدم تغییر ماهیت انسان با تغییر جنسیت، عمل شخص مذکور تکرار جرم محسوب می‌شود.

نتیجه‌گیری

۱. از لحاظ نظری در مورد جواز یا عدم جواز تغییر جنسیت چهار نظریه وجود دارد؛ نظریه مشروعیت مطلق تغییر جنسیت، ممنوعیت مطلق، مشروعیت مشروط و نظریه توقف. با توجه به اینکه در مورد ممنوعیت این عمل از طرف شارع ردعی صورت نگرفته

و همچنین با توجه به نظریه مشورتی و عدم اثبات جرم بودن آن، دیدگاه سوم مطابق با موازین پزشکی و قواعد و اصول اخلاقی و حقوقی است.

۲. در امور کیفری با توجه به اصل تفسیر به نفع متهم و تفسیر مضیق قوانین جزایی، در هر موضوعی که شک در جنسیت متهم وجود داشته باشد، قوانین جزایی به کمک متهم می‌آیند و جنسیتی را اتخاذ می‌کنند که مجازات سنگینی را متوجه وی نکند.

۳. با توجه به اینکه در رابطه با تغییر جنسیت خلأ قانونی وجود دارد و جرم بودن یا عدم جرم آن احراز نشده، بنابراین به هنگام شک در جرم بودن یا نبودن آن، مطابق اصل ۳۷ قانون اساسی ایران اصل بر براءت است و جرم نبودن آن را احراز می‌کنیم.

۴. مطابق با اصل ۱۶۷ قانون اساسی، در قانون جزا به واسطه ابهام یا نقص یا اجمال یا سکوت قوانین مدون یا عدم تعیین کیفیت و نحوه اجرای مجازات و حدود و ثغور آن، قاضی برای تفسیر و استخراج حکم در آن مورد خاص، باید به منابع و فتاوی معتبر اسلامی رجوع کند.

کتابشناسی

الف) کتاب و نشریات

قرآن کریم (ترجمه آیت الله مکارم شیرازی).

[۱]. آصف محسنی، محمد (۱۴۲۴)، کتاب الفقه و مسائل الطبیّیه، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه.

[۲]. اراکی، محمدعلی (۱۳۷۳)، استفتائات، قم، چاپ الهادی.

[۳]. اردبیلی، محمد علی (۱۳۷۹)، حقوق جزای عمومی، چاپ اول، تهران، نشر میزان.

[۴]. باریکلو، علیرضا (۱۳۸۲)، نشریه اندیشه های حقوقی «وضعیت تغییر جنسیت»، شماره ۵.

[۵]. باهری، محمد (۱۳۸۰)، تقریرات حقوق جزای عمومی، مقارنه و تطبیق رضا شکرری به همراه تقریرات درس حقوق جزا میرزا علی اکبرخان داور، ج ۱، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد.

[۶]. تیریزی، میرزا جواد (۱۳۸۵)، استفتائات جدید، قم، انتشارات سرور.

[۷]. الجرعی، عبدالرحمن (۱۴۲۷)، الفتاوی الطبیّیه المعاصره، چاپ اول، بیروت، مؤسسه الریان.

- [۸]. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، انتشارات گنج دانش.
- [۹]. الجکنی الشنقیطی، محمد بن محمد المختار بن احمد فرید (۱۴۲۴)، *احکام الجراحة الطبية والآثار المترتبة علیها*، چاپ سوم، امارات، مكتبة الصحابه.
- [۱۰]. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۸)، *استفتائات (به همراه گزیده ی مناسک حج)*، چاپ سوم، قم، نشر اسراء.
- [۱۱]. خامنه ای، سیدعلی (۱۴۲۴)، *رساله اجوبه الاستفتائات*، ترجمه فارسی، قم، انتشارات دفتر معظم له.
- [۱۲]. خوانساری، محمد (۱۳۸۲)، *منطق*، چاپ سوم، تهران، اداره کل چاپ و توزیع.
- [۱۳]. دلیر، محسن (۱۳۸۷)، *تغییر جنسیت آری یانه؟*، (درس خارج فقه حضرت آیت الله دوزدوزانی)، چاپ اول، قم، نشر آثار امین.
- [۱۴]. صدر، سید محمد، (۱۴۱۳)، *ماوراء الفقه*، بیروت، انتشارات دار الأضواء.
- [۱۵]. غلامی، حسین (۱۳۸۲)، *بررسی حقوق جرم شناسی (رساله کارشناسی ارشد)*، تهران، نشر میزان.
- [۱۶]. *قانون اساسی*.
- [۱۷]. *قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱*.
- [۱۸]. *قرارات مجمع فقهی لرابطة العالم الاسلامی، مکه مکرمه*.
- [۱۹]. قمی، محمد مؤمن (۱۴۱۵)، *کلمات السدیده فی مسائل الجدیده*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۲۰]. کوکسال، اسماعیل (۱۴۲۱)، *تغییر الاحکام فی الشریعة الاسلامیة*، چاپ اول، بیروت، مؤسسة الرسالة.
- [۲۱]. گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۱)، *بایسته های حقوق جزای عمومی*، چاپ ششم، تهران، نشر میزان.
- [۲۲]. ----- (۱۳۷۹)، *حقوق جزای عمومی*، چاپ ششم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- [۲۳]. مدنی تبریزی، سیدیوسف (۱۳۸۸)، *المسائل المستحدثة*، چاپ یازدهم، قم، دفتر معظم له، چاپ یازدهم.
- [۲۴]. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷)، *استفتائات جدید*، ابوالقاسم علیان نژاد، چاپ سوم، قم، چاپخانه امیر المومنین (ع).
- [۲۵]. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۷)، *قواعد فقه بخش جزایی*، چاپ نهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.

- [۲۶]. موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۸۶)، مجموعه مقالات فقهی، حقوقی و اجتماعی، چاپ چهارم تهران، پژوهشکده ی امام خمینی و انقلاب اسلامی.
- [۲۷]. موسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۷)، فقه الأعداء الشرعية والمسائل الطبية، (منتخب فتاوی طبى صراط النجاة)، چاپ اول، قم، دار الصدیقه الشهیده سلام الله علیها.
- [۲۸]. موسوی خمینی، روح الله، (؟)، تحریر الوسیله، چاپ دوم قم، مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم.
- [۲۹]. منصور، جهانگیر (۱۳۸۴)، قانون آئین دادرسی مدنی، چاپ دهم، تهران، نشر داوران.
- [۳۰]. منصور، جهانگیر، قانون مجازات اسلامی (قانون سابق).
- [۳۱]. منصور، جهانگیر، قانون آیین دادرسی کیفری.
- [۳۲]. مهرپور، حسین (۱۳۶۸)، مجله کانون وکلا (سرگذشت تعزیرات، نگرشی بر سیر قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران)، ش ۱۴۹.
- [۳۳]. نوربهاء، رضا (۱۳۸۱)، حقوق جزای عمومی، چاپ ششم، تهران، گنج دانش.
- [۳۴]. نیلی، هادی (۱۳۸۴)، نشریه خردنامه همشهری (آزادی عمل و تغییر جنسیت در ایران)، ش ۶۱.
- [۳۵]. نجفی، محمد حسن (۱۳۶۳)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بی جا، دارالکتب الاسلامیه.

ب) استفتائات

- [۳۶]. استفتاء از دفتر آیت الله بهجت، مورخه‌ی: ۱۳۸۹/۱/۱۶.
- [۳۷]. استفتاء از دفتر آیت الله سبحانی، مورخه‌ی: ۱۳۸۹/۳/۱۳.
- [۳۸]. استفتاء از دفتر آیت الله شاهرودی، مورخه‌ی: ۱۳۸۹/۱/۱۹.
- [۳۹]. استفتاء از دفتر آیت الله شبیری خاقانی، مورخه‌ی: ۱۳۸۹/۱/۱۶.
- [۴۰]. استفتاء از دفتر آیت الله حسینی حائری، مورخه‌ی: ۱۳۸۹/۱/۲۲.
- [۴۱]. استفتاء از دفتر آیت الله حکیم مورخه‌ی: ۱۳۸۹/۳/۲.
- [۴۲]. استفتاء از دفتر آیت الله محمد صادق حسینی روحانی، مورخه‌ی: فروردین ۱۳۸۹.
- [۴۳]. استفتاء از دفتر آیت الله سیدصادق حسینی شیرازی، مورخه‌ی: ۱۳۸۹/۲/۸.
- [۴۴]. استفتاء از دفتر آیت الله علوی گرگانی، مورخه‌ی: ۱۳۸۹/۱/۱۷.
- [۴۵]. استفتاء از دفتر آیت الله سیستانی، مورخه‌ی: ۱۳۸۹/۲/۹.
- [۴۶]. استفتاء از دفتر آیت الله موسوی اردبیلی، مورخه‌ی: ۱۳۸۹/۱/۱۷.
- [۴۷]. استفتاء از دفتر آیت الله ناصرمکارم شیرازی، مورخه‌ی: ۱۳۸۹/۱/۲۵.
- [۴۸]. استفتاء از دفتر آیت الله صافی گلپایگانی، مورخه‌ی: ۱۳۸۹/۲/۱۰.

- [۴۹]. استفتاء از دفتر آیت الله سیدعباس مدرسی یزدی، مورخه‌ی: ۱۳۸۹/۲/۱.
- [۵۰]. استفتاء از دفتر آیت الله شاهرودی، مورخه‌ی: ۱۳۸۹/۱/۱۹.
- [۵۱]. استفتاء از دفتر آیت الله فضل الله، مورخه‌ی: ۶ جمادی الثانی ۱۴۳۱.
- [۵۲]. استفتاء از دفتر آیت الله مدنی تبریزی، مورخه‌ی: ۱۳۸۹/۲/۲.
- [۵۳]. استفتاء از دفتر آیت الله ملکوتی، مورخه‌ی: ۱۳۸۹/۳/۱۳.
- [۵۴]. مصاحبه با آیت الله محمدعلی گرامی، مورخه‌ی: ۱۳۸۹/۱/۲۰.

