



# Criminal Effects of Gender Reassignment After Committing a Criminal Offense



Abdulali Tavajohi<sup>1</sup> PhD, Hossein Ardalan<sup>2\*</sup> MA

<sup>1</sup> Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, Shahed University, Tehran, Iran

<sup>2</sup> Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

\*Correspondence to: Hossein Ardalan, Email: [hoseinardalan4@gmail.com](mailto:hoseinardalan4@gmail.com)

## ARTICLE INFO

### Article history:

Received: May 10, 2021

Accepted: July 5, 2021

Online Published: December 6, 2021

### Keywords:

Gender

Sex reassignment

Transgender

Jurisprudence

Ta'zir and criminal effects

## HIGHLIGHTS

1. According to the existing jurisprudential documents, the inclusion of all the rulings and criminal effects of gender reassignment in punishments on a transgender person will be a function of gender at the time of the crime.
2. Due to the necessity of transgender people and the need for treatment and gender reassignment of these people, according to the current gender, legal and criminal rules should be considered about them.

## ABSTRACT

One of the important subjects and issues in medical sciences that has caused the emergence of new legal and jurisprudence issues in the society, is sex reassignment surgery (SRS). Although in the past, these discussions have more or less been under discussion, nowadays due to technological progress and medical science achievements, new aspects of this subject have emerged. Despite different views concerning sex reassignment surgery (SRS) permission, famous jurists have in principle accepted the act of sex reassignment surgery (SRS) as such, if it is required and necessary and based on medical prognosis. In case of sex reassignment surgery (SRS) will be affected with due regards to all updated medical standards and diagnosis of a medical expert, is conform to legal rules and principles of laws, and is not in conflict with public order and good ethics. Thus, in present Iranian legal system conditions and concerning religious well-known juridical documentation, sex reassignment surgery (SRS)'s applying all orders and its penal effects in punishing the perpetrator, both men and women will be punished for their current gender. Ultimately, owing to the necessity of treating transgender people according to popular opinion and the need for treatment and determining the sex of these people, based on the current gender, legal and criminal rules should be considered about them.

**How to cite:** Tavajohi A, Ardalan H. Criminal effects of gender reassignment after committing a criminal offense. Iran J Forensic Med. 2021;27(3):141-54.



## آثار کیفری تغییر جنسیت بعد از وقوع جرم تعزیری

عبدالعلی توجهی<sup>۱</sup> PhD، حسین اردلان<sup>۲</sup> MA

<sup>۱</sup> گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران  
<sup>۲</sup> گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

\*نویسنده مسئول: hoseinardalan4@gmail.com، پست الکترونیک

### اطلاعات مقاله

#### تاریخچه مقاله:

دریافت:

۱۴۰۰/۰۲/۲۰

پذیرش:

۱۴۰۰/۰۴/۱۴

انتشار برخط:

۱۴۰۰/۰۹/۱۵

#### واژگان کلیدی:

جنسیت

تغییر جنسیت

فراجنسیتی

فقه

تعزیر و آثار کیفری

### نکات ویژه

۱. مطابق مستندات فقهی موجود، شمول کلیه احکام و آثار کیفری تغییر جنسیت در تعزیرات بر شخص تغییر جنسیت یافته، تابع جنسیت زمان وقوع جرم تعزیری خواهد بود.

۲. با توجه به ضرورت افراد فراجنسیتی و لزوم درمان و تغییر جنسیت این افراد، می‌بایست به تبع جنسیت فعلی، قواعد حقوقی و کیفری در مورد آنها لحاظ گردد.

### مقدمه

پیدایش پدیده‌های نوظهور جدید ناشی از پیشرفت هر روز علم و تکنولوژی‌یاست که این موضوعات جدید طبعاً مباحث جدید فقهی و حقوقی را به دنبال دارد. یکی از این مباحث مهم مستحدثه فقهی و حقوقی که امروزه اندیشمندان این حوزه‌ها را به تأمل واداشته و آنها را به بررسی ابعاد مختلف و چالش‌های موجود در این قضیه سوق داده، تغییر جنسیت است. مقصود از تغییر جنسیت آن است که هویت و جنسیت مرد یا زن به کلی تغییر یابد. آنچه تاکنون در

علم پزشکی سابقه دارد، غالباً دو گروه از افراد در معرض و موضوع تغییر جنسیت هستند. گروه اول، افرادی که در اصطلاح فقه و حقوق تحت عنوان «خنثی» شناخته می‌شوند و شامل کسانی می‌شوند که دارای علائم جنسی رجولیت و انائیت (مردانگی و زنانگی) هستند. گروه دوم، افرادی که علائم جنسی بدنی آنها با گرایشات و تمایلات جنسی آنها موافق نبوده و با هم معارض است که به «خنثی روانی» شناخته می‌شوند. البته ممکن است افرادی وجود داشته باشند که فاقد مشکل جسمی بوده و از لحاظ ظاهر به طور کامل مرد یا زن

مترتب بر این مسئله از جمله حقوق و تکالیف فرد باید مشخص شود.

باتوجه به آنچه گفته شد، جنسیت در زندگی شخصی و اجتماعی فرد نقش اساسی دارد. با عنایت به حقوقی که به هر یک از دو جنس مذکر و مؤنث تعلق می‌گیرد، ضروری است که موضوع تغییر جنسیت مورد بحث و بررسی واقع شود. از طرفی مطابق منابع فقهی، تغییر جنسیت تصرف در مخلوق است، نه در خلقت و چنین عملی اشکال شرعی نخواهد داشت؛ البته به اقتضای ضرورت و به تشخیص پزشک. بنابراین بررسی آن به لحاظ فقهی و حقوقی توأم با بررسی آن در علم پزشکی ضروری است.

در حقوق اسلام هر چند سابقه تغییر جنسیت به زمان حکومت حضرت علی (ع) برمی‌گردد اما در فقه اسلامی و حقوق ایران در مورد آثار و پیامدهای حقوقی و کیفری آن چندان تحقیقی انجام نشده و از طرفی، از لحاظ قانونی نیز قانون خاصی درباره شرایط مشروعیت یا آثار حقوقی و کیفری آن تصویب نشده است. البته بعد از سال ۱۳۶۴ و باتوجه به فتوایی که حضرت امام خمینی (قدس سره) در این زمینه مطرح کردند، روند حقوقی این مسئله در ایران تسهیل شد. در حقیقت بعد از فتوای امام (قدس سره) که در این زمینه ارائه فرمودند، مجوز شرعی در خصوص تغییر جنسیت محسوب می‌شود. افرادی که ادعا می‌کنند بیمار هستند و دچار اختلال هویت جنسی، به دادگستری ارجاع داده می‌شوند. دادگستری هم آنها را به پزشکی قانونی معرفی کرده و پزشکی قانونی با پزشکان گوناگونی که در اختیار دارد شخص بیمار را معاینه می‌کند و با انجام آزمایش‌هایی و در صورت اثبات، تغییر جنسیت انجام می‌شود. این در حالی است که در بسیاری از کشورهای پیشرفته، از جمله آلمان و ترکیه، در این زمینه مقررات خاصی وضع شده است.

هر چند دسته‌بندی‌های مختلفی در خصوص تغییر جنسیت در علم روانشناسی و روانپزشکی وجود دارد اما محور اصلی این مقاله بر روی افراد فراجنسیتی (ترانس سکسوال‌ها) است که مشکلات ژنتیکی ندارند، اما از لحاظ روانی گرایش به جنس مخالف دارند. به عبارت دیگر، این فرد دچار مشکل فقدان تناسب فیزیکی جسمی خود با ذهنیت و احساساتش نسبت به هویت جنسیتی خود است. بنابراین اوصاف کیفری این قبیل بیماران، خاصه در تعزیرات، مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است.

هستند اما از روی هوی و هوس و تمایلات زودگذر خواهان تغییر جنسیت باشند. این قبیل افراد فاقد هر گونه بیماری جسمی یا روحی هستند و برای تغییر جنسیت، اضطراب یا توجیه عقلایی در مورد آنها وجود ندارد. در عمل نیز پزشکان با تغییر جنسیت این گروه مخالف هستند و مصادیق خارجی این قبیل تغییر جنسیت‌ها بسیار اندک است. این عده از افراد به دلیل خروج موضوعی از موضوع پژوهش حاضر مورد بحث قرار نمی‌گیرند. باتوجه به سابقه موضوع و در پرتو پیشرفت علم پزشکی جراحی و پیوند اعضا، امروزه پزشکان متخصص می‌توانند افرادی را که در معرض این درمان قرار می‌گیرند و به نوعی از لحاظ جسمی یا روانی و یا هر دو مشکل جنسی را دارند و تغییر جنسیت را برای بهبود وضعیت او مناسب تشخیص دهند، جنسیت این اشخاص را تغییر داده و علائم و ممیزی جنسیتی را از شخص برداشته و علائم و نشانه‌های جنسیت مخالف را در او قرار دهند.

نظر به اهمیت موضوع و نقشی که جنسیت و حقوق مترتب بر آن در زندگی اجتماعی انسان ایفا می‌کند و نیز از جنبه اجتماعی که جنسیت سبب زاد و ولد و بقای نوع انسان می‌شود، باید در حفظ آن دقت کرد. از طرف دیگر، ذکر این مطلب ضروری است که بنا به نقشی که تغییر جنسیت در زندگی شخصی و خصوصی فرد ایفا می‌کند، چنانچه فرد مبتلا به طور صحیح و مطابق استانداردهای پزشکی به جنس مخالف تغییر جنسیت داد، بدیهی است که این فرد از حالت اضطراب و افسردگی خارج شده و به حالت نشاط و آرامش طبیعی خود برمی‌گردد، اما چنانچه به دلیل تمایل خود و برخلاف مقررات علم پزشکی تغییر جنسیت دهد، مشکلات جسمانی و روانی‌اش مضاعف خواهد بود. به عبارت دیگر، افرادی که به اختلالات هویت جنسیتی مبتلا می‌شوند، با مشکلات و نابه‌سامانی‌های بسیاری روبه‌رو خواهند شد که گاهی اوقات حتی آنها را تا مرز خودکشی پیش خواهد برد.

در صورتی که اگر این افراد مطابق استانداردهای پزشکی تغییر جنسیت دهند، از حالت اضطراب و افسردگی خارج شده و هویت خویش را باز خواهند یافت. از آنجا که فرد مبتلا از یک وضعیت نابه‌هنجار به یک وضعیت جدید (مذکر به مؤنث یا مؤنث به مذکر) تغییر حالت می‌دهد، بخش مهمی از اثرات اجتماعی این تغییر به علم حقوق مربوط می‌شود. بنابراین اثرات حقوقی

موضوع اصلی این مقاله درخصوص تغییر جنسیت و تعزیرات است. معانی‌ای که برای تعزیر به کار رفته است شامل:

- ۱- مجازات کردن، گوشمالی دادن. ۲- مجازاتی که از حد کمتر است و میزان آن را قاضی یا امام تعیین می‌کند. ۳- اجرا کردن مجازاتی که از حد کمتر است [۱]. در قرآن تعزیر (از ریشه عزز) به معنای یاری کردن به کار رفته است [۲]. تعزیر در کتاب‌های لغت به معنای تعظیم و توقیر و به مفهوم تأدیب نیز آمده است. تنبیه کمتر از حد را هم تعزیر می‌گویند [۳].
- همچنین تعزیر در لغت به معنی تأدیب کردن است و در تعزیر مثل جاسوسی مرتکب را می‌زنند به مقداری که ادب شود. عدد معینی برای آن در نظر گرفته نشده و بستگی به نظر حاکم شرع دارد [۴]. به عبارت دیگر، هر جرمی که مجازات معین نداشته باشد «تعزیر» نامیده می‌شود [۵]. در فقه، تعزیر شامل مجازات یا عقوبتی است که غالباً مقدار آن را شارع معین نکرده است. مضاف بر اینکه در تعریف تعزیر آمده است: تعزیر مجازاتی است با مشخصات ذیل:
- الف) حداکثر و حداقل دارد. ب) حداکثر آن در قانون معین است و باید به اندازه حد نباشد. ج) تعیین حداقل به اختیار قاضی است. مقنن اسلام پاره‌ای از تعزیرات را به طور قاطع معین کرده و به همین دلیل فرقی با حد ندارد. فقط در چنین موردی به حسب نوع جرم معلوم می‌شود که یک مجازات، حد است یا تعزیر، زیرا جرایم مستلزم حد محدود و مشخص است. به همین دلیل در تعریف تعزیر گفته‌اند: عبارت است از مجازات جرمی که قانون آن جرم را مستوجب حد ندانسته باشد [۶]. به طور کلی فقهای امامیه براساس نگرشی که به مجازات تعزیر داشته‌اند آن را به عنوان مجازات بدنی تلقی کرده و به سایر مجازات‌ها از قبیل زندان، جریمه نقدی و همانند آن توجهی نکرده‌اند. با این وجود برخی از فقها تعزیر را منحصر به مجازات بدنی ندانسته و با صراحت اعمال سایر مجازات‌ها از قبیل حبس، توبیخ و اخذ مال را به عنوان تعزیر جایز دانسته‌اند [۷]. قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۸ در تعریف تعزیر مقرر می‌دارد: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌شود. نوع، مقدار، کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود. دادگاه در صدور حکم تعزیری با رعایت مقررات

قانونی موارد ذیل را مورد توجه قرار می‌دهد:

الف) انگیزه مرتکب و وضعیت ذهنی و روانی وی در حین ارتکاب جرم.

ب) شیوه ارتکاب جرم، گستره نقض وظیفه و نتایج زیانبار آن.

پ) اقدامات مرتکب پس از ارتکاب جرم.

ت) سوابق و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مرتکب و تأثیر تعزیر بر او.

در این ماده، تعزیر مجازاتی قلمداد شده است که اولاً از نوع حد، قصاص و یا دیه نیست. ثانیاً در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی اعمال می‌شود و ثالثاً دادگاه مکلف است در صدور حکم تعزیری برخلاف مجازات‌های سه‌گانه حد، قصاص و دیه، افزون بر جرم به وضع و حال مجرم نیز توجه کند. [۸] در قانون سابق «تعزیر» مجازاتی بود که حاکم آن را تعیین می‌کرد و معلوم نبود که منظور از حاکم، حکومت (قوه مقننه) است یا حاکم دادگاه. قانون جدید این ابهام را برطرف کرد و تعیین مجازات را در صلاحیت انحصاری قانون‌گذار قرار داده و حاکم دادگاه در محدوده‌ای که قانون تعیین کرده، تصمیم می‌گیرد. البته دادگاه نیز در راستای اصل فردی کردن مجازات اختیاراتی در چارچوب قانون دارد [۹]. کتاب پنجم از قانون مجازات اسلامی تحت عنوان «تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده» به تعیین این مجازات‌ها می‌پردازد. بنابراین در این بخش از قانون مجازات اسلامی جرایمی هستند که برخی از آنها به مردان و برخی دیگر به زنان اختصاص می‌یابد. حال چنانچه شخصی مرتکب جرایم تعزیری شد و قبل از صدور حکم، مجازات و اجرای آن تغییر جنسیت دهد، آیا تغییر جنسیت مرتکب جرم، تأثیری در کیفر جرم ارتكابی خواهد داشت یا نه؟ (البته عمل تغییر جنسیتی که مجاز باشد و مبنای مجاز بودن نیز براساس فتوای فقها و رویه‌های موجود که در حال حاضر براساس آنها تغییر جنسیت در ایران انجام می‌شود، نه تغییر جنسیتی که غیرمجاز است) در اینجا ضروری است تأثیر تغییر جنسیت در هر یک از جرایم مختص زنان و جرایم مختص مردان مورد بحث و بررسی قرار گیرد. از این رو لازم است آثار کیفری مرتکب جرم تغییر جنسیت یافته بعد از ارتکاب در جرایم تعزیری که شامل تغییر جنسیت و تأثیر آن در جرایم مختص زنان و نیز تغییر جنسیت و تأثیر آن در جرایم مختص مردان است، مورد بررسی قرار گیرد.

## تغییر جنسیت و تأثیر آن در جرایم مختص زنان

آمار و ارقام جرایم ارتكابی توسط زنان، نشانگر این مطلب است بسیاری از جرایمی که توسط زنان ارتكاب می‌یابد و در این قبیل جرایم مباشرت یا مشارکت داشته‌اند، به نقش جنسیتی آنان ارتباط داشته و علاوه بر خاص بودن اغلب آن جرایم، تمایل آنها به جرایمی از جمله علیه اشخاص، اخلاق و عفت عمومی نیز قابل تأمل است. از طرفی، زنان به علل گوناگون معمولاً جرایمی را مرتکب می‌شوند که به توانایی کمتری نیازمند است. از این رو بزهکاری آنها معمولاً کمتر خشونت‌بار و اغلب با خدعه و نیرنگ توأم است. در ادامه تأثیر تغییر جنسیت در جرایم ارتكابی شاخص و مختص زنان از جمله شامل رعایت نکردن حجاب شرعی و ازدواج با دیگری در زمان زوجیت یا عده مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت.

## رعایت نکردن حجاب شرعی

از جمله جرایمی که اختصاص به زنان داشته و تنها زنان مرتکب آن می‌شوند و درخصوص مرتکبان مرد ممنوعیتی ندارد، رعایت نکردن حجاب شرعی است. تبصره ماده ۶۳۸ قانون تعزیرات در این خصوص مقرر می‌دارد: «زنانی که بدون حجاب شرعی در معابر و انظار عمومی ظاهر شود به حبس از ده روز تا دو ماه و یا از ۵۰ هزار تا ۵۰۰ هزار ریال جزای نقدی محکوم خواهند شد.» مطابق مقررات فقهی و شرعی بانوان مکلف به پوشانیدن تمام بدن به غیر از صورت و کفین هستند [۱۰]. بدین معنا که حجاب شرعی مورد اشاره در تبصره ۶۳۸ قانون تعزیرات پوشانیدن تمامی بدن به استثنای صورت و دو دست تا مچ را شامل می‌شود. بنابراین تبصره این ماده فقط درمورد حجاب و پوشش شرعی زنان وضع شده است. البته قابل ذکر است که از نظر شرعی مرد تکلیف به رعایت پوشش مناسب در معابر و انظار عمومی داشته که می‌تواند مشمول ماده ۶۳۸ قانون تعزیرات (به لحاظ رعایت نکردن موازین شرعی و تظاهر به عمل حرام) شود، همچنین در فرض اینکه قوانین موضوعه را در این خصوص فاقد دستور صریح فرض کنیم، می‌توان موضوع را در چارچوب قواعد فقهی از جمله: کل فعل الحرام فعلیه العقوبه، التعزیر بما یراه الحاکم و التعزیر دون الحد بررسی کرد. ماده ۶۳۸ قانون تعزیرات مقرر می‌دارد: «هر کس علناً در انظار عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی کند، علاوه بر کیفر عمل به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌شود و در صورتی که مرتکب

عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نیست اما عفت عمومی را جریحه‌دار کند، فقط به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد...»

به طور کلی و در صورتی که فردی مرتکب جرم تعزیری شود و سپس تغییر جنسیت دهد، در صدور حکم و اجرای آن جنسیت فعلی فاعل جرم تعزیری ملاک خواهد بود یا جنسیت سابق؟ اهمیت این موضوع در جایی است که برخی جرایم مختص به زنان هستند، شامل رعایت نکردن حجاب شرعی و خود را به عقد دیگری درآوردن در زمان زوجیت یا عده. همچنین برخی از جرایم اختصاص به مردان دارد شامل ایجاد مزاحمت برای زنان، ترک انفاق، تزویج زن شوهردار یا در عده دیگری، ثبت نکردن ازدواج دائم، طلاق و رجوع، ازدواج با نابالغ بدون اذن ولی و غیبت و فرار از خدمت وظیفه. در پاسخ فقهای شیعه به شرح ذیل معتقدند [۱۱]:

آیت‌الله سید عبدالکریم موسوی اردبیلی: «اجرای تعزیرات منصوص در فروض تغییر جنسیت محل تأمل و اشکال است و اطلاق ادله به گونه‌ای نیست که موارد تغییر جنسیت را شامل شود. بنابراین در این گونه موارد حاکم شرع خیر جامع الشرایط می‌تواند برحسب جنایت و قدرت و توان جانی حکم به تعزیر مادون حد کند.»

آیت‌الله سید عباس مدرسی یزدی: «جواب در مسائل پزشکی و مسائل مستحدثه بیان کردیم که در نظر این جانب تغییر جنسیت ولو به حسب ظاهر انجام شود لیکن در واقع به همان جنس اولی باقی است و احکام آن جنس اولی مترتب می‌شود؛ چه مرد بوده تغییر داده یا زن بوده به مرد تغییر داده. در قرآن کریم می‌فرماید (در سوره شوری، آیه ۴۹) {يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذَّكَوْرَ} این بخشش خدایی است از خلقت تکوینی و قابل تغییر نیست و هر چه در ظاهر تغییر دهد اثری در آن امر تکوینی خدادادی ندارد و لذا فروعاتی که بر آن ترتیب داده‌اید به همان حکم اولی باقی است. بله بنابر قول تغییر جنسیت که حقیقت تغییر کند (و نمی‌کند) احکام فعلی بر او مترتب می‌شود.»

آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی: «حکم همان است که بیان شد اما جرایمی که در حال جنسیت واقعی قبلی صورت گرفته، احکام نیز تابع همان جنسیت است.»

آیت‌الله سید محمد حسینی شاهرودی: «زمان تعزیر



رعایت می‌شود.»

آیت‌الله محمدعلی علوی گرگانی: «ملاک جنسیت زمان وقوع جرم تعزیری است.»

آیت‌الله محمد رحمتی: «جواب مانند صور بالا (جنسیت زمان وقوع جرم تعزیری) است.»

بنابراین در صورتی که زنی بدون رعایت حجاب شرعی در معابر و انظار عمومی ظاهر شود و سپس تغییر جنسیت دهد، با عنایت به نظر فقهای شیعه، جنسیت زمان وقوع جرم تعزیری ملاک و مبنا در صدور حکم و اجرا قرار خواهد گرفت. بنابراین زنی که مرتکب جرم تعزیری موضوع تبصره ماده ۶۳۸ قانون تعزیرات شده و قبل از صدور حکم و اجرای آن به مرد تغییر جنسیت دهد، همچنان مشمول تبصره ماده ۶۳۸ بوده و جنسیت زمان وقوع جرم تعزیری (زن) مبنای صدور حکم و اجرای آن خواهد بود.

#### ازدواج با دیگری در زمان زوجیت یا عده

از جرایم دیگری که اختصاص به زنان دارد در مورد زنی است که با وجود در قید بودن زوجیت یا عده دیگری، خود را به عقد دیگری درآورد. ماده ۶۴۴ قانون تعزیرات در این خصوص مقرر می‌دارد: «کسانی که عملاً مرتکب یکی از یکی از اعمال ذیل شوند به حبس از ۶ ماه تا ۲ سال و یا از ۳ تا ۱۲ 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 نشود.
- ۲- هر کسی که زن شوهردار یا زنی را که در عده دیگری است برای خود تزویج کند در صورتی که منتهی به واقعه نشود.» منظور از واقعه در این ماده همان زنا است و حکم این ماده تا زمانی که واقعه صورت نگرفته، اجرا می‌شود و در صورت وقوع واقعه، احکام زنا در این مورد جاری می‌شود. همچنین لفظ عده در این ماده هم اطلاق دارد و شامل تمامی انواع عده از قبیل: عده طلاق، فسخ نکاح، فوت، بذل یا انقضای مدت و وطی به شبهه خواهد بود و زوجیت هم اعم از دائم یا منقطع است و نوع آن تأثیری در تحقق این جرم ندارد [۱۲]. بند اول ماده ۶۴۴ قانون تعزیرات نیز از جمله جرایم مختص زنان است. بدین ترتیب در فرضی که زن و مرد هر دو معتقد به پایان عده هستند یا اینکه ازدواج خود را صحیح می‌دانند اما بطلان ازدواج بعداً کشف شود، بدیهی است که عمل آنها جرم نخواهد بود و اگر واقعه نیز انجام

پذیرفته، وطی به شبهه است. البته در صورتی که زن به شوهر داشتن و یا در عده بودن خود آگاهی داشته باشد و با این وجود، خود را به نکاح مرد دیگری درآورد، مرتکب جرم شده و طبق بند اول ۶۴۴ قانون تعزیرات، مجازات خواهد شد، مضاف بر اینکه چنین نکاحی نیز باطل است و هیچ‌گونه اثر شرعی از لحاظ ایجاد عقه زوجیت بر آن بار نخواهد شد. اگر مرد و زن آگاه به موضوع باشند و عقد را جاری کنند هر دو مشمول این ماده خواهند بود [۱۳]. بنابراین در صورتی که هر یک از زن و شوهر آگاهانه و عالمانه مرتکب این جرم شدند، هر دو مجازات می‌شوند. لازم به ذکر است که شمول ماده ۶۴۴ تا زمانی است که ازدواج زن شوهردار به واقعه منجر نشود. بنابراین در صورتی که ازدواج زن و شوهر به واقعه منجر شود، زنا محصنه محسوب می‌شود. همچنین اگر نکاح منجر به نزدیکی شوند و نزدیکی به صورت زنا باشد فقط مجازات زنا اعمال می‌شود اما اگر رابطه نامشروع برقرار شود، مجازات ماده ۶۴۴ اعمال خواهد شد و اعمال تعدد مجازات موضوع ماده ۶۳۷ منتفی است. [۱۴].

در خصوص تأثیر تغییر جنسیت در زوجیت، اگر زنی در زمان عده تغییر جنسیت بدهد و مرد شود، عده اش ساقط می‌شود حتی اگر عده وفات باشد. [۱۵] در مورد زوجیت در صورتی که یکی از زوجین (در اینجا در فرضی که زن تغییر جنسیت دهد) یا هر دو (زن و شوهر) به صورت غیرهمزمان جنسیت خود را تغییر دهند، در این دو حالت مطابق نظر برخی از فقها عقد نکاح از زمان تغییر جنسیت باطل می‌شود [۱۶]. همچنین با عنایت به عرف عقلا و نظر حقوقدانان و دقت در مواد قانونی مربوط به صحت نکاح، روشن می‌شود که اختلاف واقعی جنسیت طرفین عقد شرط صحت نکاح است و اگر این شرط اساسی محقق نشود، عقد صحیحاً منعقد نمی‌شود در نتیجه از زمان تغییر جنسیت معلوم می‌شود که جنسیت طرفین قرارداد واقعاً اختلاف نداشته و نکاح باطل است [۱۷] هر چند بعد از تغییر جنسیت، دیگری نیز جنسیت خود را تغییر دهد، علقه زوجیت ایجاد نخواهد شد. حال در صورتی که زوجین به طور همزمان تغییر جنسیت دهند، نزدیک‌تر به احتیاط آن است که عقد نکاح را تجدید کنند و زن فعلی با مرد دیگر غیر از مردی که قبلاً زنش بود ازدواج نکند مگر با طلاقی که با اذن هر دو واقع شود، هر چند که بعید نیست نکاح آنها باقی بماند [۱۸]، اما اگر تغییر حقیقی باشد، زوجیت بلافاصله فسخ می‌شود و می‌توانند مجدداً عقد ازدواج

دیگری است خود را به ازدواج دیگری درآورد و قبل از صدور حکم و اجرا تغییر جنسیت دهد باتوجه به نظر فقهای شیعه [۲۶] ملاک جنسیت زمان وقوع جرم تعزیری است. بنابراین باوجود تغییر جنسیت زن به مرد، مشمول بند یک ماده ۶۴۴ خواهد بود.

### تأثیر تغییر جنسیت در جرایم مختص مردان

مردان در مقایسه با زنان مرتکب جرایم و جنایات بیشتری می‌شوند و این موضوع بسیاری را بر آن داشته تا به بررسی چنین اختلافی بین زن و مرد بپردازند. به طور کلی جنس مذکر و ارتکاب جرم ذاتاً با هم در ارتباط هستند. طبیعت جرایم ارتكابی زنان با مردان متفاوت بوده و در حقیقت مردان بیشتر از زنان مرتکب جرم می‌شوند و جنس جرایم مردان نیز خشن‌تر از جرایم زنان است. در همین خصوص تأثیر تغییر جنسیت در جرایمی که اختصاص به مردان داشته و از جمله شامل ایجاد مزاحمت برای زنان، ترک انفاق، ازدواج با زن شوهردار یا در عده دیگری، ثبت نکردن ازدواج دائم، طلاق و رجوع، ازدواج با نابالغ بدون اذن ولی و غیبت و فرار از خدمت وظیفه عمومی هستند، به شرح ذیل قابل بحث و بررسی است:

#### ایجاد مزاحمت برای زنان

زنان و اطفال به دلیل شرایط خاص و نیز خصوصیات روحی و جسمی آنان بیشتر از مردان در معرض آسیب و جرم قرار می‌گیرند، بنابراین از قدرت دفاعی کمتری نسبت به مردان برخوردار هستند و به همین دلیل قانون‌گذار نیز در راستای حمایت بیشتر از آنها، توهین و تعرض به اطفال و زنان را در ماده ۶۱۹ قانون تعزیرات به صورت مجزا مقرر کرده و مجازات شدیدتری را برای مرتکبان آن در نظر گرفته است. ماده ۶۱۹ قانون تعزیرات مقرر می‌دارد: «هر کس در اماکن عمومی یا معابر متعرض یا مزاحم اطفال یا زنان بشود یا با الفاظ و حرکات مخالف شئون و حیثیت به آنان توهین کند به حبس از ۲ تا ۶ ماه و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد». بدین ترتیب در این ماده توهین نسبت به مردان به عنوان عنصر مادی این جرم محلی ندارد؛ بلکه توهین به مردان مشمول ماده ۶۰۸ قانون تعزیرات می‌شود. به همین دلیل ماده ۶۰۸ قانون تعزیرات مقرر می‌دارد: «توهین به افراد از قبیل فحاشی و استعمال الفاظ رکیک

را در شکل جدید بخوانند، اما ولی احتیاط آن است زمان عده بگذرد [۱۹]. اگر زن و شوهر تغییر جنسیت دهند، عقد باطل می‌شود [۲۰]، اما هر گاه تغییر جنسیت همزمان باشد در باقی ماندن نکاح آنان اشکال است. نزدیک‌تر به صواب این نظریه است که در صورت تغییر جنسیت زن و شوهر به طور همزمان، نکاح باطل می‌شود [۲۱]. از طرفی، حقیقت زوجیت مذکور با تغییر جنسیت قطعاً از بین می‌رود، زیرا زن و مرد در زوجیت موضوعیت دارند و با تغییر جنسیت موضوع اضافه مذکور باقی نمی‌ماند اما حدوث زوجیت مطلق و کلی مشکوک است. بنابراین در هیچ کدام استصحاب جاری نمی‌شود چون مجری ندارد، زیرا زوجیت خاص قطعاً از بین رفته و حدوث زوجیت مطلق نیز مشکوک است [۲۲]، اما اگر هر دو با هم تغییر جنسیت دهند، احتیاط آن است که مجدداً ازدواج کنند و زن با دیگری ازدواج نکند مگر اینکه با اجازه طرفین طلاق بگیرد، هر چند که بعید نیست ازدواج آنها همچنان برقرار باشد [۲۳]. از طرف دیگر، اگر تغییر جنسیت در دو همسر همزمان صورت گیرد زوجیت آن دو بلافاصله فسخ می‌شود اما می‌توانند مجدداً در شکل جدید بعد از تغییر جنسیت عقد ازدواج بخوانند و احتیاط مستحب آن است که صبر کنند تا زمان عده بگذرد [۲۴]. مقتضای قاعده تابعیت عقد از قصد و ماده ۱۹۴ قانون مدنی نیز مبنی بر توافق و تطابق قصد طرفین درباره نوع عقد و موضوع آن این است که بعد از تغییر جنسیت نکاحی باقی نماند؛ زیرا تحمیل تعهدات زوج بر مرد فعلی و تعهدات زوجه بر زن فعلی امری است که هیچ‌کدام یک از طرفین آن را قصد نکرده‌اند [۲۵]. بنابراین به نظر می‌رسد با عنایت به نظر فقهای عظام و این استدلال که با تغییر جنسیت همزمان زوجین، حقیقت زوجیت مذکور به طور قطع از بین می‌رود، زیرا زن و مرد در زوجیت موضوعیت داشته و با تغییر جنسیت آن دو موضوع اختلاف جنسیت زوجین که شرط بقای نکاح است، منتفی می‌شود. به همین دلیل ازدواج از زمان تغییر جنسیت زوجین باطل است و آن دو در صورت تصمیم به ادامه زندگی با هم نیازمند عقد جدید هستند.

بر این اساس هر گاه زنی در زمان زوجیت یا عده، با فرد دیگری ازدواج کند و سپس تغییر جنسیت به مرد دهد، آیا عمل او طبق بند اول ماده ۶۴۴ قانون تعزیرات جرم و قابل مجازات است؟ با عنایت به وضعیت حقوقی عقد نکاح با تغییر جنسیت زوجین (قبلاً بیان شد)، در صورتی که زنی که در زوجیت یا عده

به ذکر است که دائم بودن نکاح و نیز تمکین زوجه، دو شرط اساسی وجوب نفقه هستند و مطابق رویه قضایی، تحقق جرم ترک انفاق منوط به تمکین زوجه در قبال شوهر است [۳۱]. قانون مدنی برای حمایت از زنان و حفظ مبانی خانواده در ماده ۱۱۰۶ مقرر می‌دارد: «در عقد دائم نفقه زن به عهده شوهر است.» همان‌طور که مطابق ماده ۱۱۰۵ همان قانون: «در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص شوهر است و زن موظف است در این خصوص از مرد اطاعت کرده و تنها وظایف زوجیت را انجام دهد». بدین ترتیب فراهم کردن امکانات لازم برای زندگی و پرداخت هزینه‌ها و مخارج زوجه از وظایف و تکالیف زوج خواهد بود.

قانون‌گذار بر همین اساس و در راستای حمایت هر چه بیشتر از زنان و حفظ و نگهداری بنیان خانواده ترک انفاق را به عنوان یکی از جرایم علیه حقوق و تکالیف خانوادگی قلمداد کرده و ماده ۶۴۲ قانون تعزیرات را ضمانت اجرای آن قرار داده است. مطابق ماده ۶۴۲ قانون تعزیرات: «هر کس با داشتن استطاعت مالی نفقه زن خود را در صورت تمکین ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب النفقه امتناع کند، دادگاه او را از ۳ ماه و یک روز تا ۵ ماه حبس محکوم می‌کند.» این ماده از «هر کس» به عنوان فاعل و مرتکب جرم نام برده اما همان‌طور که نفقه زن به عهده مرد و نیز پرداخت نفقه اولاد نیز بر عهده پدر است، قید کلمه «هر کس» اشاره به مردان است. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظر مشورتی شماره ۱۳۷۳/۲/۱۳-۷/۶۲۱ اعلام داشته: «با وقوع نکاح دائم زوجه حق مطالبه نفقه و در صورت ترک انفاق از طرف زوج حق تعقیب کیفری را خواهد داشت.» [۳۲] اگرچه در صورت نبود پدر یا اجداد پدری نفقه فرزندان به عهده مادر است و مادر نیز می‌تواند به عنوان مرتکب جرم موضوع ماده ۶۴۲ قانون تعزیرات قرار گیرد. البته مطابق رویه قضایی چون مادر سمت ولایت ندارد تعقیب کیفری متهم درمورد ماده ۶۴۲ قانون تعزیرات برای ترک انفاق طفل می‌بایست طبق ماده واحده مصوب ۱۳۱۶ راجع به تعیین قیم اتفاقی به عمل آید و نمی‌توان به شکایت مادر که به سمت قیم اتفاقی معین نشده ترتیب اثر داد [۳۳]. ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی نیز مقرر داشته است: «نفقه اولاد بر عهده پدر است. پس از فوت پدر یا ناتوانی او به انفاق به عهده اجداد پدری است با رعایت الاقرب فالاقرب. در صورت فقدان پدر و اجداد و یا ناتوانی آنها، نفقه بر عهده مادر است. هرگاه مادر هم زنده و یا قادر به

چنانچه موجب حد قذف نباشد به جزای نقدی بیش از ۲۰ میلیون ریال تا ۸۰ میلیون ریال محکوم خواهد بود.» (مستفاد از بند «ج» ماده ۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹/۲/۲۳) ماده ۶۱۹ قانون تعزیرات در بیان مقام فاعل جرم از قید «هر کس» استفاده کرده، بنابراین فاعل جرم می‌تواند شامل مردان و زنان شود و ماده ۶۱۹ بر این اطلاق دارد که اگر زنی هم در اماکن عمومی و معابر متعرض و مزاحم زن دیگر یا طفلی شود شامل این ماده می‌شود، اما باتوجه به اینکه زنان و اطفال بیشتر در معرض اذیت و آزار و مزاحمت مردان هستند و از مفهوم و منطوق ماده ۶۱۹، قید «هر کس» را تنها درمورد مردان استنباط می‌کنیم. ظاهراً مرتکب جرم موضوع این ماده منحصر در مردان است [۲۷]، مضاف بر اینکه در رویه دادگاه‌ها نیز به طور کلی توهین در صورتی که از طرف زنی نسبت به زن دیگر انجام پذیرد، مشمول ماده ۶۰۸ قانون تعزیرات است.

حال چنانچه مردی جنسیت خود را به زن تغییر دهد به این ترتیب از احکام مردان خارج می‌شود. بنابراین اگر پس از تغییر جنسیت، شخصی در اماکن عمومی یا معابر، متعرض یا مزاحم او شود و یا به او توهین کند. مطابق نظر فقهای شیعه [۲۸] نظر به اینکه بعد از تغییر جنسیت مشمول احکام زنان خواهد بود و احکام زنان در خصوص او اجرا شده، مرتکب به مجازات مقرر در ماده ۶۱۹ قانون تعزیرات محکوم می‌شود. همچنین اگر زن پس از تغییر جنسیت به مرد مرتکب این جرم شود، چون با تغییر جنسیت از احکام زنان خارج می‌شود پس عمل او به دلیل تحقق جرم مذکور مطابق ماده ۶۱۹ قانون تعزیرات قابل مجازات است، اما در مواردی که مرد بعد از تغییر جنسیت به زن، برای زن دیگری مزاحمت ایجاد کرده یا به او توهین کند و نیز اگر زن بعد از تغییر جنسیت به مرد مرتکب چنین اعمالی نسبت به مرد دیگری شود، مشمول ماده ۶۰۸ قانون تعزیرات خواهد بود.

#### ترک انفاق

وجوب پرداخت نفقه از مسلمات فقه و حقوق اسلامی بوده و مبتنی بر آیات [۲۹] و روایات [۳۰] است. از نظر اسلام تأمین هزینه خانواده و از جمله مخارج شخصی زن بر عهده مرد است و در این خصوص زن هیچ‌گونه مسئولیت و تکلیفی ندارد و فرقی نمی‌کند که زن از تأمین هزینه‌های شخصی عاجز باشد یا دارای ثروت فراوان. در هر دو صورت، زن الزامی به تأمین مخارج و مایحتاج خود ندارد؛ بلکه این امر به عهده شوهر است. لازم



انفاق نباشد با رعایت الاقرب فالاقرب به عهده اجداد و جدات مادری و جدات پدری واجب‌النفقة است و اگر چند نفر از اجداد و جدات مزبور از حیث درجه اقربیت مساوی باشند، نفقه را باید به حصه مساوی تأدیه کنند.»

با عنایت به مطالب مذکور در فرضی که مردی جنسیت خود را به زن تغییر داد، آیا بعد از تغییر جنسیت همچنان ملزم به پرداخت نفقه همسر سابق خود است یا خیر؟ به عبارت دیگر در صورتی که از پرداخت نفقه خوداری کرد، آیا زن می‌تواند به استناد ماده ۶۴۲ قانون تعزیرات تعقیب قانونی او را از مرجع قضایی مربوط بخواهد؟ اگر جنسیت یکی از زن و شوهر تغییر کند، از هنگام پدید آمدن تغییر، عقد نکاح آن دو باطل می‌شود، زیرا باقی ماندن آن دیگر امکان‌پذیر نیست، چراکه ازدواج مرد با مرد و یا زن با زن مشروع نیست [۳۴]. به عبارت دیگر، رابطه زوجیت قطع شده و بر همسرش لازم نخواهد بود که همانند سابق از او تمکین خاصی کند، بنابراین مطلقاً حرام است، خواه کمتر از روابط زناشویی باشد، خواه بیشتر، چون عمل جنسی بین دو زن خواهد بود. در اینجا آنچه در خصوص این مسئله به ذهن می‌رسد، این مطلب است که امکان اثبات بیشتر این احکام به وسیله استصحاب وجود خواهد داشت به دلیل اینکه این شخص متصف به صفت انسان است (با هر جنسیتی که داشته باشد)؛ همان گونه که قبلاً مرد و متصف به این صفت بوده است. در پاسخ باید گفت که بطلان این فرضیه واضح است؛ زیرا استصحاب فقط زمانی جاری می‌شود که احتمال استمرار حکم وجود داشته باشد، اما با وجود علم به تبدیل و تغییر حکم با تغییر موضوع آن حکم قطعاً جایی برای استصحاب نیست و این امر شامل اکثر و بلکه تمام احکام زوجیت است [۳۵]. بدین ترتیب و با عنایت به نظر فقهای شیعه [۳۶] با تغییر جنسیت شوهر به دلیل اینکه امکان تمکین از همسر سابق (زن فعلی) وجود نخواهد داشت، مستحق نفقه نیز نیست و از طرف دیگر، باتوجه به اینکه مرد با تغییر جنسیت مشمول احکام زنان می‌شود، از شمول ماده ۶۴۲ قانون تعزیرات نیز خارج خواهد شد. به همین دلیل در صورت امتناع از پرداخت نفقه قابل تعقیب و مجازات نیست. در فرض دیگر، اگر زنی جنسیت خود را به مرد تغییر داد و بعد از تغییر جنسیت با زن دیگری ازدواج کرد، آیا الزامی به پرداخت نفقه همسر خود دارد؟ در صورت پرداخت نکردن،

عمل او مشمول عنوان مجرمانه ترک نفقه موضوع ماده ۶۴۲ قانون تعزیرات خواهد شد یا خیر؟ به بیان دیگر، بعد از وقوع نکاح، زوجه حق مطالبه نفقه و تعقیب را خواهد داشت؟ در پاسخ باید گفت: با تغییر جنسیت، رابطه زوجیت بین او و شوهرش بدون نیاز به طلاق، باطل می‌شود. طبیعتاً تمکین جنسی او از شوهرش نیز جایز نیست و به دلیل جایز نبودن تمکین، مستحق نفقه نیز نخواهد شد.

گاهی اوقات نیز گفته می‌شود که امکان اثبات بعضی از این احکام مانند وجوب نفقه و حق حضانت به وسیله استصحاب خواهد داشت، اما این نظر به طور قطع درست نیست، به دلیل اینکه موضوع این احکام زن است، در صورتی که این شخص در حال حاضر همسر این زن نیست. به بیان دیگر، موضوع وجوب نفقه، زوجیت است، در حالی که این زن در حال حاضر همسر این مرد نخواهد بود. موضوع حق حضانت نیز مادر بودن است و در حال حاضر این زن مادر نیست و با خارج شدن قطعی موضوع، محملی برای استصحاب نیست [۳۷].

در خصوص ترک انفاق، در حال حاضر با عنایت به ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ اشعار می‌دارد: «هر کس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقة امتناع کند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی خصوصی است و در صورت گذشت او از شکایت در هر زمان تعقیب جزائی یا اجرای مجازات موقوف می‌شود. تبصره - امتناع از پرداخت نفقه زوجه‌ای که به موجب قانون مجاز به تمکین نکردن است و نیز نفقه فرزندان ناشی از تلقیح مصنوعی یا کودکان تحت سرپرستی مشمول مقررات این ماده است.» از آنجایی که ماده ۶۴۲ قانون تعزیرات به موجب بند ۹ ماده ۵۸ قانون حمایت خانواده نسخ شده است، در فرضی که مردی مرتکب جرم موضوع ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب (ترک انفاق) شده و قبل از صدور حکم و اجراء جنسیت خود را به زن تغییر دهد، با عنایت به نظر فقهای شیعه، ملاک جنسیت زمان وقوع جرم تعزیری است. بنابراین با وجود تغییر جنسیت مرد به زن، از شمول ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده خارج نخواهد شد و ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده لازم‌الاجرا خواهد بود نه ماده ۶۴۲ قانون تعزیرات.

## ازدواج با زن شوهردار یا در عده دیگری

از اعمال دیگری که برای حفظ بنیان خانواده و همچنین حمایت از مبانی شرعی و اخلاقی جامعه جرم‌انگاری شده و در قانون مجازات اسلامی برای مجازات آن لحاظ شده، ازدواج با زن شوهردار یا زنی است که در عده مرد دیگری است. برای ممانعت از اختلاط در نسل، زن نمی‌تواند بیش از یک شوهر داشته باشد. به همین علت قانون مدنی در ماده ۱۰۵۰ مقرر می‌دارد: «هر کس زن شوهردار را با علم به وجود علقه زوجیت و حرمت نکاح یا زنی را که در عده طلاق یا عده وفات است با علم به عده و حرمت نکاح برای خود عقد کند، عقد باطل و آن زن مطلقاً بر آن شخص حرام مؤبد می‌شود.» ماده ۶۴۴ قانون تعزیرات به عنوان ضمانت اجرای آن مقرر می‌دارد: «کسانی که عالماً مرتکب یکی از اعمال زیر شوند به حبس از ۶ ماه تا ۲ سال و یا از ۳ تا ۱۲ 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 نشود.
- ۲- هر کسی که زن شوهردار یا زنی را در عده دیگری است برای خود تزویج کند در صورتی که منتهی به واقعه نشود.» بنابراین این ماده (بند دوم) در خصوص بند سوم (تزویج زن شوهردار یا در عده دیگری) موضوعیت دارد. فاعل جرم در بند دوم ماده ۶۴۴ قانون تعزیرات با وجود قید کلمه «هر کس» ناظر به هر مردی است که مرتکب چنین جرمی شود.

حال اگر مرد پس از تغییر جنسیت به زن، مرتکب چنین عملی (موضوع بند دوم ماده ۶۴۴) شود آیا مجازات مقرر در ماده ۶۴۴ قانون تعزیرات در خصوص او اعمال می‌شود یا نه؟ همان‌طور که قبلاً نظر فقهای شیعه در این مورد بیان شد [۳۸] مرد پس از تغییر جنسیت به زن از احکام مردان خارج می‌شود. بنابراین در صورتی که مرتکب چنین عملی شود، با عنایت به اینکه از منظر فقه شیعه و قانون مدنی ازدواج با همجنس مشروع نیست، بطلان ازدواج آنان امری بدیهی خواهد بود. از طرف دیگر، در صورتی که زن پس از تغییر جنسیت به مرد، زن شوهردار یا در عده دیگری را به عقد خویش درآورد به دلیل اینکه پس از تغییر مشمول احکام مردان خواهد شد، فعل او مشمول بند دوم ماده ۶۴۴ قانون تعزیرات شده و مجازات درمورد او مطابق حکم ماده مذکور اعمال می‌شود.

## ثبت نکردن ازدواج دائم، طلاق و رجوع

از جمله جرایم دیگری که مختص مردان است ثبت نکردن ازدواج دائم، طلاق و رجوع است. مطابق نظامات دولتی و حکومتی نکاح، طلاق و رجوع از وقایع مهمی هستند که باید ثبت شوند و ثبت رسمی هر یک از این وقایع ضمن اینکه در ارتباط با اثبات ادعاهای مختلف و انکار آنها، ادعای چند نفر راجع به یک نکاح و نکاح در عده و موارد مشابه حائز اهمیت است، به‌منظور حمایت از خانواده و زنان نیز مفید خواهد بود. به همین علت این امر مورد توجه قانون‌گذاران قرار گرفته، به طوری که در ماده ۶۴۵ قانون تعزیرات مقرر می‌دارد: «به منظور حفظ کیان خانواده ثبت واقعه ازدواج، طلاق و رجوع طبق مقررات الزامی است. چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی مبادرت به ازدواج دائم، طلاق و رجوع کند، به مجازات حبس تعزیری تا یک‌سال محکوم می‌شود.» همان‌طور که اشاره شد این ماده فقط شامل مردان است و حکم آن مشمول زنان نمی‌شود. بنابراین در صورتی که مرد پس از تغییر جنسیت به زن با شخص دیگری ازدواج کند، با عنایت به نظر فقهای شیعه [۳۹] و نظر به اینکه بعد از تغییر جنسیت به زن مشمول احکام زنان می‌شود و ماده ۶۴۵ قانون تعزیرات نیز مرد را موظف به ثبت این وقایع کرده، زنان در این مورد مسئولیتی ندارند و از شمول این ماده خارج هستند. اما در فرضی که زنی بعد از تغییر جنسیت به مرد اقدام به ازدواج دائم، طلاق و رجوع کند، ملزم به ثبت آن وقایع خواهد بود. به همین دلیل در صورت ثبت نکردن وقایع موصوف توسط مرد فعلی، مجازات مقرر در ماده ۶۴۵ قانون تعزیرات درمورد او اعمال می‌شود. در خصوص ثبت نکردن ازدواج دائم، طلاق و رجوع در حال حاضر با عنایت به ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده مقرر می‌دارد: «چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام یا پس از رجوع تا یک ماه از ثبت آن خودداری یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است از ثبت آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه، به پرداخت جزای نقدی درجه پنج و یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود. این مجازات درمورد مردی که از ثبت انفساخ نکاح و اعلام بطلان نکاح یا طلاق استنکاف کند نیز مقرر است.» از آنجایی که ماده ۶۴۵ قانون تعزیرات به موجب بند ۹ ماده ۵۸ قانون حمایت خانواده نسخ شده، بنابراین در خصوص ثبت نکردن ازدواج دائم، طلاق و رجوع، ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده لازم‌الاجرا است نه ماده ۶۴۵ قانون تعزیرات.

## ازدواج با نابالغ بدون اذن ولی

همان گونه که در قانون مدنی اشاره شده، ازدواج دختر قبل از رسیدن به بلوغ منوط به اذن ولی، به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح شده است. ماده ۱۰۴۱ ق.م.مقر می‌دارد: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح.» قانون‌گذار در ماده ۶۴۶ قانون تعزیرات ازدواج با نابالغ بدون اذن ولی را جرم‌انگاری کرده، به طوری که در این ماده مقرر داشته: «ازدواج قبل از بلوغ بدون اذن ولی ممنوع است. چنانچه مردی با دختری که به حد بلوغ نرسیده بر خلاف مقررات ماده (۱۰۴۱) قانون مدنی و تبصره ذیل آن ازدواج کند به حبس تعزیری از ۶ ماه تا ۲ سال محکوم می‌شود.» لازم به ذکر است در این ماده به ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و تبصره آن اشاره شده؛ در حالی که این ماده و تبصره آن در تاریخ ۱۳۷۹/۹/۲۷ اصلاح شد، به شرحی که در فوق آمده است.

منظور از ازدواج در ماده ۶۴۶ اعم است از ازدواج دائم یا موقت و منظور از ولی، پدر یا جد پدری است و اگر زنی با پسر نابالغی ازدواج کند، مشمول این ماده نمی‌شود [۴۰]. در این ماده مرتکب جرم فقط مردی است که بدون اخذ اجازه از ولی دختر او را به عقد نکاح خود درمی‌آورد، بنابراین دختر نابالغ به علت فقدان مسئولیت کیفری مطابق ماده ۱۴۶ قانون مجازات اسلامی قابل پیگرد نیست. منظور از ازدواج، عقد ازدواج است [۴۱]. بنابراین با عنایت به ماده ۶۴۶ قانون تعزیرات نکاح قبل از بلوغ ممنوع است و بدیهی است در صورتی که مطابق ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی در فرض ازدواج نابالغ، مصلحت او رعایت نشود، موجب بطلان عقد نکاح خواهد شد.

باتوجه به توضیحات فوق در صورتی که زن بعد از تغییر جنسیت به مرد اقدام به ازدواج با دختری نابالغ بدون اذن ولی او کند، با عنایت به نظر فقهای شیعه [۴۲] و نظر به اینکه زن با تغییر جنسیت مشمول احکام مردان خواهد بود، قانون‌گذار هم ازدواج با دختر نابالغ بدون اذن ولی را ممنوع کرده و طبق ماده ۶۴۶ قانون تعزیرات جرم‌انگاری کرده است. بنابراین عمل ارتكابی او مشمول عنوان مجرمانه ماده موصوف و قابل مجازات است. در حال حاضر با عنایت به ماده ۵۰ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ که اشعار می‌دارد: «هرگاه مردی بر خلاف مقررات

ماده (۱۰۴۱) قانون مدنی ازدواج کند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. هرگاه ازدواج مذکور به موقعه منتهی به نقص عضو یا مرض دائم زن شود، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه پنج و اگر به موقعه منتهی به فوت زن منجر شود، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه چهار محکوم می‌شود. تبصره - هرگاه ولی قهری، مادر، سرپرست قانونی یا مسئول نگهداری و مراقبت و تربیت زوجه در ارتکاب جرم موضوع این ماده تأثیر مستقیم داشته باشند، به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شوند. این حکم در مورد عاقد نیز مقرر است.» همان‌طور که در بحث ترک انفاق و بحث ثبت نکردن ازدواج دائم، طلاق و رجوع گفته شد، از آنجایی که ماده ۶۴۶ قانون تعزیرات به موجب بند ۹ ماده ۵۸ قانون حمایت خانواده نسخ شده است، درخصوص ازدواج با نابالغ بدون اذن ولی، ماده ۵۰ قانون حمایت خانواده لازم‌الاجرا است نه ماده ۶۴۶ قانون تعزیرات.

## غیبت و فرار از خدمت وظیفه عمومی

یکی دیگر از جرایمی که مختص مردان است و فقط درخصوص آنان متصور است، غیبت و فرار از خدمت وظیفه عمومی است. ماده ۱ قانون خدمت وظیفه عمومی در این خصوص مقرر می‌دارد: «دفاع از استقلال و تمامیت ارضی و نظام جمهوری اسلامی ایران و جان و مال و ناموس مردم وظیفه دینی و ملی هر فرد ایرانی است و در اجرای این وظیفه کلیه اتباع ذکور دولت جمهوری اسلامی ایران مکلف به انجام خدمت وظیفه عمومی برابر مقررات این قانون هستند و هیچ فرد مشمول خدمت وظیفه عمومی را جز در موارد مصرحه در این قانون نمی‌توان از خدمت معاف کرد.» بنابراین در راستای حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور کلیه افراد ذکور ایرانی موظف خواهند بود که دوران خدمت وظیفه عمومی را سپری کنند. بدیهی است که زنان از انجام این وظیفه معاف هستند، بنابراین غیبت و فرار از خدمت وظیفه عمومی درخصوص آنان موضوعیت ندارد؛ اما افراد ذکور در صورت حضور نیافتن به موقع برای انجام خدمت سربازی، غیبت و یا فرار از خدمت مرتکب جرم و قابل مجازات هستند. فصل هفتم از قانون خدمت وظیفه عمومی به غیبت مشمولان وظیفه عمومی و جرائم و مجازات‌های مرتبط با خدمت وظیفه عمومی اختصاص دارد. بنابراین مطابق با این

در عصر کنونی دو علم پزشکی و حقوق را تحت تأثیر خود قرار داده است. بنابراین این مسئله می‌بایست هم در فقه و هم در علم پزشکی و حقوق مورد بررسی قرار گیرد. بیشتر متقاضیان تغییر جنسیت را اشخاص فراجنسیتی تشکیل می‌دهند که شامل افرادی هستند که دارای یکی از دو آلت تناسلی بوده و از زمره مردان و زنان محسوب می‌شوند، اما از لحاظ روانی تمایلات جنسی، گرایش به جنس مخالف دارند. در تحلیل این موضوع به این نکته دست می‌یابیم که اشخاص خنثی، ممسوح و فراجنسیتی ۳ نوع متفاوت از اختلالات جنسیتی هستند که ویژگی منحصر به خود را دارند و تغییر جنسیت در معنای دقیق کلمه درمورد افراد فراجنسیتی صدق پیدا می‌کند.

مسئله مهمی که درخصوص این قبیل افراد وجود دارد، این است که افراد جامعه شناخت کافی از آنان و مشکلات آنها نداشته و اکثر بیماران فراجنسیتی را با افراد همجنس‌گرا یکی می‌دانند. این در حالی است که اشخاص فراجنسیتی از این بحران جنسیتی رنج می‌برند. به همین دلیل بیمارانی هستند که می‌بایست تحت درمان قرار گیرند و چنانچه این افراد درمان نشوند، ممکن است افراد زیادی را در جامعه گرفتار کنند.

از لحاظ نظری درخصوص مسئله تغییر جنسیت ۳ نظر وجود دارد. نظریه نخست قائل به ممنوعیت مطلق تغییر جنسیت است، نظریه دوم قائل به پذیرش مطلق تغییر جنسیت و جواز آن است و نظریه سوم قائل به مشروعیت مشروط تغییر جنسیت است. مطابق نظریه اخیر تغییر جنسیت بنا به ضروریات و مصالح فرد و اجتماع (از جمله تجویز پزشک) به صورت مشروط پذیرفته شده است. مشهور فقهای شیعه قائل به نظریه سوم (مشروعیت مشروط) هستند و بدین ترتیب عمل تغییر جنسیت به اقتضای ضرورت و به تشخیص پزشک را به عنوان مبنا پذیرفته‌اند که قابل انطباق با علم پزشکی نیز هست. نظر غالب محققان نیز بر آن است که تغییر جنسیت به طور مشروط، مشروع و مجاز است، کمالینکه کشورهایی که تغییر جنسیت را پذیرفته‌اند، آن را با حصول شرایطی مجاز می‌دانند. بنابراین تغییر جنسیت در صورتی که با رعایت تمام استانداردهای روز پزشکی بر حسب تشخیص و تأیید پزشک متخصص و اخذ مجوزهای قانونی انجام شود، با قواعد و اصول حقوقی منطبق و با نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایرت نخواهد داشت. در حال حاضر نیز تغییر جنسیت به دو روش هورمون درمانی و جراحی امکان‌پذیر است.

قانون و نیز آیین‌نامه‌های مربوط به آن، مشمولان خدمت وظیفه عمومی در صورت غیبت و یا فرار از خدمت بر حسب نوع غیبت و مدت آن یا فرار به مجازات مقرر محکوم خواهند شد.

حال در صورتی که مردی مبتلا به تمایلات روانی جنس مخالف است و از انجام خدمت وظیفه عمومی غیبت کرده و یا در حین خدمت وظیفه عمومی فرار کند و سپس با عنایت به بیماری که از آن رنج می‌برد، اقدام به تغییر جنسیت خود به زن کند، در این صورت آیا همانند سابق تکلیفی به انجام خدمت وظیفه عمومی خواهد داشت یا خیر؟ همچنین اگر زنی جنسیت خود را به مرد تغییر داد، آیا بعد از تغییر جنسیت تکلیفی به انجام خدمت عمومی خواهد داشت؟ به عبارت دیگر، آیا مشمول ماده ۱ قانون خدمت وظیفه عمومی می‌شود؟ به موجب بند ۴ و تبصره یک ماده ۳۹ قانون خدمت وظیفه عمومی و بند ۱۲ از بخش پنجم فهرست بیماری‌ها، نقص عضو و رشد نکردن موضوع تبصره ماده (۲) آیین‌نامه معاینه و معافیت پزشکی مشمولان خدمت وظیفه عمومی مصوب ۱۳۹۳ افراد مبتلا به اختلالات هویت جنسی از انجام خدمت وظیفه عمومی به صورت دائم معاف هستند. بدین ترتیب ماده ۳۹ قانون خدمت وظیفه عمومی مقرر داشته: «مشمولان خدمت وظیفه عمومی از نظر وضع مزاجی و استعداد جسمی و روانی به ۴ دسته به شرح زیر تقسیم می‌شوند: ... ۴ - مشمولانی که به علت نقص عضو یا ابتلا به بیماری جسمی و یا روانی به طور دائم قادر به انجام خدمت دوره ضرورت نیستند. ...» و بند ۱۲ از بخش پنجم فهرست بیماری‌ها، نقص عضو و فقدان رشدهای موضوع تبصره ماده (۲) آیین‌نامه مقرر می‌دارد: «بخش پنجم: بیماری‌های اعصاب و روان ... بند ۱۲ - اختلال هویت جنسی (TS) با ارائه گواهی پزشکی قانونی و تأیید در مراکز درمانی نیروهای مسلح: معاف دائم...» بنابراین مبتلایان به اختلال هویت جنسی در صورت فرار یا غیبت از خدمت وظیفه عمومی تحت تعقیب و مجازات قرار نخواهد گرفت و به عبارت دیگر مشمول ماده ۱ قانون خدمت وظیفه عمومی نمی‌شوند و از معافیت دائم مطابق آیین‌نامه موصوف برخوردار هستند.

### نتیجه‌گیری

مطابق آنچه در این مقاله به آن رسیدیم، تغییر جنسیت یکی از مباحث مستحدثه فقهی و حقوقی است که بدون تردید



## References

1. Hassan A. Farhang-e Rooz Sokhan. Tehran: Sokhan, Third Editions, 2007, Pp. 318. [Persian]
2. Surah Ma'idah, verse 12; Surah Al-A'raf, verse 157; Surah Fatah, verse 9. [Persian]
3. Mohammad Ali A. Public Criminal Law. Tehran: Mizan Publishing, 24th Edition, Volume 3, 2021, Pp. 59. [Persian]
4. Abu al-Qasim Najmuddin Ja'far ibn Hassan MH, Sharia al-Islam in matters of halal and Haram. Qom: Nashr al-Faqih, Fourth Editions, Volume 2, 1434 AH / 2013. [Persian]
5. Mohammad Hassan N, Jawahar al-Kalam, Volume 42, Tehran, Islamic Library, 1986, Pp. 344. [Persian]
6. Mohammad Jafar JL. Legal Terminology. Tehran: Ganj-e-Danesh, Thirteenth Editions, 2003, Pp. 163. [Persian]
7. Iraj G. The Edge of the Islamic Penal Code, Tehran: Majd Publications, Tenth Editions, 2021, Pp. 66. [Persian]
8. Mohammad Ali A. Public Criminal Law. Volume 3, Ibid. [Persian]
9. Abbas Z. Brief Description of the Islamic Penal Code. Tehran: Qaqnos Publications, Third Editions, Volume 1, 2014, Pp. 80. [Persian]
10. Morteza M. The issue of hijab. Tehran: Sadra Publications, 39th Editions, 1990, Pp. 149-150. [Persian]
11. Massoud M. Rules and Relations between Men and Women and Their Social Issues. Qom: Qom Seminary Islamic Propaganda Office, 1998, Pp. 74. [Persian]
12. Iraj G. In-person referendum from the offices of the great authorities. Pp. 632. [Persian]
13. Abbas Z. Brief Description of the Islamic Penal Code. Tehran: Qaqnos Publications, Second Editions, Volume 2, 2015, Pp. 221. [Persian]
14. Ibid., P. 222. [Persian]
15. Sayyid Ruhollah Al-MK, Tahrir al-Waseela. Translated by Sayyid Muhammad Baqir Mousavi Hamedani. Qom: Dar al-Alam Publishing House, Fourth Editions, Issue 5, 2012, Pp. 888. [Persian]
16. Mohammad MQ. A speech about gender reassignment. Ahl Al-Bayt Jurisprudence Magazine, Year 6, Number 23, Pp. 97.
17. Alireza B. Legal Effects of Gender Transformation. Quarterly Journal of Teacher of Humanities. 2004;8(3):113-4. [Persian]
18. Sayyid Ruhollah Al-MK, Tahrir al-Wasila. Translated by Sayyid Muhammad Baqir Mousavi Hamedani, ibid., Issue 4, Pp. 887-888. [Persian]
19. Nasser MS. Treatise on Judgments for Women, prepared by Abolghasem Aliannejadi. Qom: Imam Amir Al-Momenin School, Volume 1, 2001, Pp. 470-472. [Persian]
20. Hossein Ali M. Treatise of Referendums. Qom: Shadow, Volume 2, 2004, Pp. 408. [Persian]
21. Mohammad MQ. A Word on Change, Ibid, pp. 97-98; Mohammad M, Jurisprudential-legal study of gender reassignment and its consequences, translated by Hossein Habibi Tabar, Quarterly Journal of Islamic Sciences, first year, third issue, autumn 2006, pp. 9-10. [Persian]
22. Seyyed Mohsen K. Gender reassignment. Ahl Al-Bayt Jurisprudence Magazine, Year 6, Number 23, Bit, Pp. 114. [Persian]

باتوجه به خلأ قانونی موجود در ایران، مشروعیت تغییر جنسیت از سوی فقهای شیعه و در رأس آنها امام خمینی (ره) می تواند پشتوانه ای برای روند حقوقی این مسئله محسوب شده و منشأ قانونی بودن تغییر جنسیت در کشور باشد. در حقیقت دستیابی به پاسخ های مناسب فقهی در خصوص مسائل مختلف مربوط به تغییر جنسیت و آثار آن می تواند تأسیسات حقوقی مربوط به این مسئله را نیز انسجام بخشد؛ اگر چه با یک موضوع حقوقی روبهرو هستیم که تازگی داشته و هنوز جایگاه قانونی و اجتماعی خود را پیدا نکرده؛ اما باتوجه به پیشرفت علم پزشکی و تحولات اجتماعی در جوامع، این مسئله خیلی بیشتر از گذشته مطرح خواهد شد. به همین دلیل ضروری است این امر از سوی صاحب نظران از جمله حقوقدانان و قانون گذاران مورد توجه قرار گیرد تا با طرح و تصویب قوانین مرتبط در این زمینه از بلاتکلیفی و ابهامات موجود رفع اثر شود.

تغییر جنسیت افراد مبتلا، علاوه بر آثار فقهی و حقوقی، سبب پیدایش آثار کیفری نیز خواهد بود، زیرا جرایمی هستند که به علت نوع جرم، فاعل جرم فقط یکی از دو جنس مذکر یا مؤنث خواهد بود. در صورتی که تغییر جنسیت انجام شود، امکان تغییر نوع جرم ارتكابی و مجازات آن خواهد بود. حتی امکان از بین رفتن وصف مجرمانه عمل نیز وجود دارد که از آن جمله می توان به تأثیر تغییر جنسیت در جرایم مرتبط با تعزیرات اشاره کرد. در تعزیرات، تغییر جنسیت در جرایم مختص زنان و مردان مؤثر است. بدین ترتیب، مردی که مرتکب جرم تعزیری شده و قبل از صدور حکم، مجازات و اجرای آن به زن تغییر جنسیت دهد، زن فعلی تابع آثار و احکام زنان است و نیز زنی که مرتکب جرم تعزیری شده و قبل از صدور حکم، مجازات و اجرای آن به مرد تغییر جنسیت دهد، مرد فعلی تابع آثار و احکام مردان خواهد بود.

**تأییدیه اخلاقی:** پژوهش حاضر توسط دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی مورد تأیید قرار گرفته است.

**تعارض منافع:** موردی توسط نویسندگان گزارش نشده است.

**سهم نویسندگان:** هر دو نویسنده سهم یکسانی در نگارش این مقاله داشته اند.

**منابع مالی:** پژوهش حاضر مورد حمایت مالی هیچ موسسه یا دانشگاهی قرار نگرفته است.



32. Abbas Z, Brief Description of the Islamic Penal Code, Volume 2, Ibid., P. 219. [Persian]
33. Bahman K, Marhashi Collection of the Penal Code, Tehran, Ganj-e-Danesh Publications, fourth edition, 2002, p.74. [Persian]
34. Mohammad MQ, A Word on Change, Ibid, P. 97; Mohammad M, Jurisprudential-legal study of gender reassignment and its consequences, ibid, P.9. [Persian]
35. Sayyid Muhammad Sadegh S, Beyond Jurisprudence, Volume 6, Beirut, Dar al-Azwa, 1966, p. 138. [Persian]
36. In-person inquiries obtained from the offices of the great authorities mentioned earlier. [Persian]
37. Sayyid Muhammad Sadegh S, Ibid, P. 145 [Persian]
38. In-person inquiries obtained from the offices of the great authorities mentioned earlier. [Persian]
39. In-person inquiries obtained from the offices of the great authorities mentioned earlier. [Persian]
40. Iraj G, Ibid, P. 634. [Persian]
41. Abbas Z, Brief Description of the Islamic Penal Code, Volume 2, Ibid, P. 225. [Persian]
42. In-person inquiries obtained from the offices of the great authorities mentioned earlier. [Persian]
23. Yousef S. Medical Referendums. Meysam Tamar, Second Editions, 1998, Pp. 105-106. [Persian]
24. Gholam Hossein K, Rulings of Physicians and Patients - Fatwa of Ayatollah Mohammad Fazel Lankarani, Qom, Jurisprudential Center of the Imams, Issue 351, 2006, Pp. 141. [Persian]
25. Alireza B, Legal Effects of Gender Transformation, Ibid, P. 112. [Persian]
26. In-person inquiries obtained from the offices of the great authorities mentioned earlier. [Persian]
27. Abbas Z, Brief Description of the Islamic Penal Code, Volume 2, Ibid, p.183. [Persian]
28. In-person inquiries obtained from the offices of the great authorities mentioned earlier. [Persian]
29. Baqara, verse 232; Tallaq, verse 7. [Persian]
30. Muhammad ibn Hassan HA, Wasa'il al-Shi'ah, Volume 19, Tehran, Islamic Library, fifth edition, 1401 AH, Chapter 1 of the chapters of alimony. [Persian]
31. Judiciary Press and Publications Center, Collection of Judicial Opinions of the Supreme Court (Criminal) - (October, November, December), Tehran, First Edition, 2015, pp. 731-733. [Persian]