

## درآمدی بر آسیب شناسی جنس و دین در قانون گذاری فقه و حقوق کیفری ایران

فتح الله عزیزی<sup>۱</sup>، علی جمادی<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> دانشجوی کارشناسی ارشد، گروه حقوق، الهیات فقه و مبانی حقوق، واحد یاسوج- دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج- ایران

<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق، حقوق جزا و جرم شناسی، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج- ایران

### چکیده

در این پژوهش تاثیرات جنسیت در فقه و حقوق کیفری ایران با مراجعه و ملاحظه قوانین و مقررات اعم از ماهوی و شکلی مورد بررسی قرار گرفت که مقنن با مد نظر قرار دادن جنسیت زن و مرد، تفاوت و تمایز در برخی موضوعات را اعمال کرده است. در عناوین مجرمانه جرایمی شناسایی گردیده است که مختص جنس معینی بوده و در سن مسئولیت کیفری و زمان آن زن و مرد وضعیت یکسانی ندارند. به نحوی که شروع مسئولیت کیفری زن زودتر از مرد است. در میزان دیه و پذیرش پرداخت دیه دیگری شرایط مساوی بین آنان حاکم نیست و زن جزء افرادی که عهده دار دیه دیگران هستند، محسوب نمی گردد. در تخفیف و تشدید مجازات اثر جنسیت قابل ملاحظه و موارد تخفیف مجازات هر یک در مقایسه با دیگری احصاء شده است. اثبات جرم و اجرای مجازات مباحثی می باشند که زن و یا مرد بودن در آن بی تاثیر نیست. شهادت زنان در بعضی جرایم قابل پذیرش نبوده و در قسامه جز زمانی که مدعی یا مدعی علیه باشند، نقشی ندارند. در قتل عمد اگر قاتل پدر یا جد پدری باشد، اجرای قصاص ممکن نیست و چنانچه مقتول زن باشد، باید ابتدا نصف دیه مرد را پرداخت، آنگاه قصاص را اجرا کرد. قانونگذار در شیوه و کیفیت اجرای حد رجم و حد جلد و موارد تاخیر اجرای مجازات و مجازات های قابل تاخیر نیز جنسیت را مؤثر و بین زن و مرد تفاوت قائل شده است.

واژه های کلیدی: جنسیت، جرم، قصاص، حدود، مجرم.

## مقدمه

در زمینه مبانی تفاوت گذاری جنس و دین در فقه و حقوق موضوعه مسائل و موارد مختلفی بحث و بررسی شده است که همه موارد در اینجا نمی گنجد. در قانون مجازات اسلامی ایران به تبعیت از فقه شیعه امامیه تفاوت هایی در اعمال مقررات کیفری بین مرد و زن وجود دارد، هم چنانکه در اعمال مقررات مدنی نیز برخی تفاوتها بین زن و مرد به چشم می خورد که در بسیاری از آن موارد حداقل در یک برداشت ظاهری چنین به نظر می رسد که به جنس ذکور، امتیاز و برتری داده شده است. تفکر غالب و حاکم بر جوامع امروزی که در اسناد بین المللی به خصوص اسناد حقوق بشری مثل منشور ملل متحد، اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، کنوانسیون محو هر نوع تبعیض علیه زنان، کنوانسیون حقوق کودک و اسنادی از این قبیل منعکس است، رعایت تساوی بین زن و مرد و عدم تبعیض و تفاوت بر اساس جنس می باشد. به موجب این طرز تفکر نباید مقرراتی وضع و احکامی مقرر و اجرا گردد که نشان دهنده نوعی امتیاز و یا برتری نگری مرد نسبت به زن باشد. (خویی ۱۴۵۰: ۶۳)

تردیدی نیست که تفاوت هایی در ساختار طبیعی خلقت زن و مرد وجود دارد و همین تفاوت خود موجب متفاوت بودن وظایف طبیعی و تکالیف و مزایای اجتماعی می گردد، ولی مهم این است که در وضع احکام و تکالیف و حقوق و مسئولیتها نباید به چیزی دیگر جز تفاوت طبیعی موجود بین زن و مرد توجه کرد و هر حکمی که مبنایش پایین تر دانستن ارزش انسانی زن نسبت به مرد باشد باید ملغی گردد. ماده یک کنوانسیون محو هر نوع تبعیض علیه زنان می گوید: «منظور از تبعیض علیه زنان، قائل شدن هر گونه تمایز، استثناء یا محدودیت بر اساس جنسیت است که در به رسمیت شناختن حقوق بشر زنان و آزادیهای اساسی آنها، و دارا بودن حقوق و اعمال آنها بر پایه مساوات با مردان در تمام زمینه ها اثر منفی دارد یا هدفش از بین بردن این وضعیت است.» مهمترین توصیه ی دین در فقه امامیه در برخورد با تمایلات جنسی، ازدواج است خداوند حدود و مرزهایی برای این پیوند قرار می دهد و روابط جنسی خارج از حریم ویژه خانواده را به سختی منع می نماید، اما از طرف دیگر چنان به روابط زن و شوهر تعمیق می بخشد که نیاز به جنس مخالف در ابعاد مختلف در کانون خانواده اشباع می گردد. (حرّعاملی، ۱۴۰۳: ص ۲۰۴)

این پژوهش تلاش می نماید، در ضمن آن که مسئله ی «جنس و دین در فقه امامیه و حقوق موضوعه» را مورد بررسی دقیق قرار می دهد، مسائل جانبی را که مربوط به آن است- از قبیل نشوز و نفقه- یکجا و در کنار هم جمع آوری کند. اساساً جنسیت، عاملی برای تفاوت در مجازات نیست، اما در نظام حقوقی اسلام و به تبع آن مقررات فعلی جمهوری اسلامی ایران تفاوت هایی از این حیث دیده می شود. این تمایزات را در سه دسته می توان خلاصه نمود: تفاوت در نوع و میزان مجازات، تفاوت در معافیت از مجازات و تفاوت در اجرای مجازات. در این تحقیق معلوم می شود تفاوت هایی در حد زنا، همجنس بازی، قوادی و ارتداد بین زنان و مردان وجود دارد؛ به علاوه برای مردان در برخی جرایم، معافیهایی پیش بینی شده است؛ همچنین در اجرای مجازاتها برای زنان تخفیفاتی در نظر گرفته شده است. (خویی، ۱۴۵۰: ۵۶) آیا این تفاوتها معارض با اصل تساوی افراد در برابر قانون و نتیجتاً غیر عادلانه است؟ در این نوشتار سعی شده بر اساس ادله عقلی، اصول و مفاهیم شناخته شده در حقوق کیفری به این سوال پاسخ داده شود. در این راستا باید رابطه دین و قانون با جنسیت مشخص شود، برخی معتقدند که دین و قانون دو دایره کاملاً متفاوت از هم هستند که هیچ ربطی به همدیگر ندارند. انتظار اینکه یکی از این دایره ها را بر دایره دیگر منطبق کنیم یک انتظار غلط است. برخی دیگر هم معتقد هستند که این دو دایره کاملاً بر یکدیگر منطبقند، برخی دیگر هم معتقدند که دین و قانون دو دایره متقاطعند، در یک سری بخش ها با یکدیگر مشترکند و در یک سری بخش ها متمایزند. برخی دیگر هم به این عقیده هستند که دین و قانون دو دایره متداخل هستند. برای تعیین رابطه دین و قانون از دو منظر می توان این رابطه را مورد بررسی قرار داد، یکی از منظر برون دینی، در این نگاه نظرات دانشمندان در این زمینه مورد نقد و ارزیابی قرار می گیرد. در نگاه درون دینی نیز، از منظر یک دین (در اینجا اسلام) به رابطه دین و قانون پاسخ داده می شود. جنسیت، واقعیتی 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 پایه‌گذار زنجیره حیات بشری و از سوی دیگر زمینه‌ساز رویارویی و مقایسه پایداری است که پایان آن هیچ‌گاه فرا نخواهد رسید (گرچی، ۱۳۸۰: ص ۲۲۳).

### فرضیه اصلی

مبانی تفاوت قائل شدن جنس زن و مرد و نیز دین در احکام، و تکالیف و حقوق، از دیدگاه قرآن، سنت و عقل می‌باشد

### فرضیات فرعی

۱- دین و قانون در تعیین وظایف افراد متفاوت می‌باشد.

۲- قصاص کافر و مسلمان چه تفاوت‌هایی در قانون ایران دارند.

۳- آیا دیه مسلمان و کافر در قانون ایران تفاوت دارند.

### مبانی و پیشینه پژوهش

#### - تغییر جنسیت

در جرم زنا لازم است که یکی از مرتکبان، زن و دیگری مرد باشد. در این خصوص ابهامی در قوانین موضوعه وجود ندارد اما هر گاه یک طرف زنا، زن یا مردی باشد که تغییر جنسیت داده باشد آیا زنا محقق می‌شود؟ به نظر می‌رسد اگر مردی پس از تغییر جنسیت؛ عنوان زن پیدا کند یا زنی پس از تغییر جنسیت، عنوان مرد پیدا نماید و با جنس مخالف خود مرتکب جماع شود، عمل زنا محقق شده است و احکام زنا بر آن بار می‌شود. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۷/۶۷۹۱-۱۴/۱۰/۶۶ پیرامون تغییر جنسیت در قانون ۱۳۹۲ و احکام حقوقی مترتب بر آن، اظهار نظری کرده است که بیان آن خالی از فایده نیست: «مسئله مطروحه دارای دو صورت است: اول آن که فردی از نظر پزشکی مرد است در حالی که دارای آلت تناسلی زنانه است یا بالعکس در این صورت با انجام جراحی تغییر جنسیت حاصل نمی‌شود بلکه با عمل جراحی جنسیت شخص ظاهر می‌شود و این عمل از نظر حقوقی بلااشکال است. از نظر شرعی هم طبق فتوای امام مد ظله العالی در تحریر الوسیله، جلد ۲، صفحه ۶۲۷، مسئله ۲ و مسئله ۱۰ بلااشکال است و بعد از عمل، تمام احکام جنسیتی ظاهر شده بر آن مترتب می‌گردد. صورت دوم آن است که فردی که مشخصاً مرد یا زن است و دارای آلت تناسلی جنس خود می‌باشد تصمیم به تغییر جنسیت بگیرد و پزشکان امکان آن را تایید نمایند این امر 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 آنها 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 مهر او ساقط نمی‌شود و همچنین اگر مردی بعد از عمل جراحی زن شود کماکان باید مهر زوجه اش را بپردازد هر چند ازدواج او از تاریخ تغییر جنسیت باطل است. همچنین اگر مادری پس از عمل جراحی تبدیل به مرد شود ولایتی بر فرزندش نخواهد داشت و میزان ارشش نیز تغییر نخواهد کرد. فتوای حضرت امام مد ظله العالی در مسائل ۷، ۶، ۳، ۱ و از مسائل تغییر جنسیت در تحریر الوسیله، جلد ۲، صفحات ۶۲۶، 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.» فقط اشکالی که در مورد تحقق زنا وجود دارد آن است که این مورد از موارد شبهه می‌باشد و در موارد شبهه باید راه احتیاط را پیمود و حداکثر آن است که به عنوان عمل منافی عفت و رابطه نامشروع، مجازات تعزیری، تعیین شود این احتمال جدی است و قابل تأمل می‌باشد (خالقی، ۱۳۹۲: ۵۱)

#### - لواط یا همجنس بازی مردان

همجنس بازی یا میل جنسی به همجنس یکی از انحرافات جنسی است که از قدیم الایام در تمام کشورها رواج داشته، تا جایی که می‌توان گفت این عمل یکی از کهن‌ترین و با سابقه‌ترین انحرافات بشری می‌باشد معمولاً در مورد همجنس بازی اصطلاح

«سکشوالیتی» به کار می رود. عده ای تصور می کنند که این کلمه معنی «برای مردان» می دهد، در حالی که این اصطلاح برای شرح احساسات عشقی دو نفر که از جنس موافق بوده و نسبت به یکدیگر میل جنسی داشته باشند اعم از زن یا مرد استعمال می شود. وجه تسمیه: به عمل همجنس بازی مردان در زبان انگلیسی «Sodomy» گویند. و در زبان عربی «لواط» و در زبان فارسی «لواط» گویند که اقتباسی از عمل قوم لوط است. در واقع لواط به معنی عمل شنیع وطی انسان مذکر اطلاق می شود. در واقع لواط، جماع کردن دو مرد (مذکر) با یکدیگر استف خواه حشفه در دبر پنهان شود یا نشود. تعریف حقوقی: بنا به تعریف فقها، چنانچه عمل شنیع لواط از راه دخول انسان مذکر با همجنس خود صورت گرفته باشد آن را (ایقاب) گویند، ولی هرگاه کسب لذت شهوانی از طریق مالیدن و تماس آلت تناسلی مرد با رانها و کفل فرد ذکور دیگری حاصل شده باشد آن را (تفخیز) می نامند همچنین اگر آلت تناسلی به اندازه حشفه داخل نشود، و همچنین در صورت مشتبه شدن بنا به قاعده «درأ» حکم تفخیز دارد. تدوین کنندگان قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ با تبعیت از نظر مشاهیر فقها درباره لواط در ماده ۲۳۳ از فصل دوم این قانون زیر عنوان لواط را بدین نحو تعریف کرده اند: «لواط عبارت است از دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه گاه در دبر انسان مذکر است». شرط تحقق لواط آن است که فاعل و مفعول، هر دو مذکر باشند. لذا حسب صریح ماده ۱۰۸ قانون مورد بحث، بر خلاف رأی وحدت رویه شماره ۱۱۸۹-۱۳۳۶/۳/۳۰، که لواط با اناث را نیز قابل تحقق می دانست، با توجه به قوانین موضوعه کنونی اگر مفعول، مونث باشد لواط محقق نمی گردد بلکه زنا محسوب می شود، حتی اگر دخول در مقعد باشد. (خالقی، ۱۳۹۲: ۵۷) در لواط بر خلاف زنا، دخول شرط نیست، اما حد دخول و غیر دخول متفاوت است. به اعتقاد یکی از شارحین قانون مجازات اسلامی اگر آلت تناسلی مرد با اعضای دیگر بدن مفعول تماس پیدا کند مانند این که در دهان وی قرار گیرد لواط و تفخیز به حساب نمی آید، اما حد تفخیز در مورد آن اجرا می شود. مستند شرعی حکم لواط (آیه شریفه ۵۴ و ۵۵ سوره نمل) و روایات شرعی است.

#### - مجازات جرم لواط

بر اساس ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی «حد لواط برای فاعل، در صورت علف، اکراه یا دارا بودن شرایط احصان، اعدام و در غیر این صورت صد ضربه شلاق است. حد لواط برای مفعول در هر صورت (وجود یا عدم احصان) اعدام است. البته طبق ماده ۲۳۶ قانون اخیرالذکر؛ «در تفخیز، حد فاعل و مفعول صد ضربه شلاق است و از این جهت فرقی میان محصن و غیر محصن و علف و غیر علف نیست» و همچنین تبصره همین ماده مقرر می دارد؛ «در صورتی که فاعل غیر مسلمان و مفعول، مسلمان باشد، حد فاعل اعدام است.» (کی نیا، ۱۳۸۹: ۱۸۸)

#### - مسولیت کیفری مجرمین دو جنسیتی یا هرمافرودیت در ارتکاب بزه لواط

در اینجا نیز همانند زنا، این سوال مطرح می شود که چنانچه یکی از فاعل یا مفعول خنثی باشد یا فردی باشد که تغییر جنسیت داده و یا زنی باشد که دارای آلت تناسلی مردانه و یا مردی با آلت تناسلی زنانه باشد حکم مرتکب چیست؟ دکتر شامیاتی در این خصوص می فرماید: «در جرم لواط و تفخیز وجود دو طرف لازم است. و هر دو می بایست مرد باشند. بنابراین اگر یکی مرد و دیگری زن باشد و یا شخص طرف مقابل خنثی باشد عمل لواط محقق نخواهد شد. البته این بر خلاف آنچه است که ایشان در خصوص جرم زنا گفته اند. چه اینکه ایشان جماع میان مرد و خنثی را در صورت اثبات واقعه، از عنوان زنا خارج نمی دانند در حالی که در بحث لواط معتقدند در صورتی که یکی از فاعل و یا مفعول خنثی باشد، لواط قابل تحقق نیست. ایشان در ادامه می فرمایند؛ «البته در این که بگوییم خنثی مشکله یا اساسا خنثی به طور کلی کمی محل بحث و تردید است چرا که در خنثی مشکله قدر متیقن لواط صورت نخواهد گرفت چون معلوم نیست که دارای آلت تناسلی مردانه است یا زنانه؟ ولی نسبت به خنثی غیر مشکل با توجه به این که نزدیکی با خنثی از تعریف زنا خارج است پس می توان قائل به این بود که لواط با فرد خنثی امکان پذیر نیست.» این عقیده به نظر ما با توجه به قاعده فقهی «تدرأ الحدود بالشبهات» مردود است مگر اینکه پس از عمل تغییر جنسیت و ظاهر شدن جنسیت واقعی، در صورتی که تبدیل به جنس مذکر گردید در این

صورت پس از واقعه و دخول طبق شرحی که قبلا اشاره نمودیم، لواط محقق می شود و الا با حصول شبهه، موضوع از عنوان لواط خارج می شود همانطور که در بحث زنا بیان شد. اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه ۶۶/۱۰/۱۴-۷/۶۷۹۱ نیز در این خصوص اشاره کرده است که اگر فردی از نظر پزشکی مرد باشد ولی دارای آلت تناسلی زنانه است یا زنی که دارای آلت تناسلی مردانه باشد {به عنوان یک بیماری} با انجام جراحی تغییر جنسیت حاصل نمی شود بلکه با عمل جراحی جنسیت واقعی شخص ظاهر می شود. که از نظر حقوقی بلاشکال است. مستند این عمل جراحی، فتوای امام (ره) در کتاب تحریرالوسیله می باشد که آنرا بلاشکال دانسته و می فرماید بعد از عمل، تمام احکام جنسیتی که ظاهر بر آن شده مترتب می گردد. اما در خصوص شخصی که مرد یا زن بودن وی روشن و دارای آلت تناسلی جنس خود است در صورت تغییر جنسیت با فرض جواز آن و عدم منع شرعی و قانونی، آنچه که مسلم است، اینکه این امر تاثیری در حقوق مالی و ولایتی ندارد اما از جهت تحقق لواط موجب شبهه است. یعنی اگر زنی با عمل جراحی تبدیل به مرد شود یا زنی که به طور مادر زادی دارای آلت مردانه باشد، به نظر می رسد، در صورت واقعه چه به عنوان فاعل یا مفعول با یک مرد، در تحقق بزه لواط جای شک است و در موارد شبهه باید راه احتیاط را پیمود و حداکثر آنرا به عنوان عملی منافی عفت و رابطه نا مشروع مورد مجازات تعزیری قرار داد.

### -مساحقه یا همجنس بازی زنان

نوع دیگری از انحرافات جنسی و روابط نا مشروع جنسی انسان ها با یکدیگر، رابطه جنسی زن با زن است که در اصطلاح قوانین کیفری اسلام «مساحقه» می نامند. علت پیدایش همجنس گرائی در میان زنان همجنس گرائی مردان بوده است. بی تردید همجنس بازی زنان عملی است مخالف اقتضای طبع آفرینش انسان. این رفتار غیر طبیعی زنان از قدیم الایام و از نظر حقوق جزای اسلامی به عنوان یک عمل نا پسند و درزمره یکی از گناهان کبیره توسط شارع ممنوع و قابل مجازات اعلام شده است. وجه تسمیه: عمل همجنس بازی در زنان را «Sophism» گویند و زنان متمایل به این کار را «لزبین» می نامند. مساحقه از ریشه «سحق» بر وزن سنگ، معانی گوناگونی دارد از جمله، جامه کهنه ریز ریز شده، کوبیدن، سائیدن و غیره. از نظر فقهی سحاق «لیاط الاثنی بالاثنی» یعنی عشق زن به زن و طبق زدن معنی شده است. سحاق و مساحقه در فقه اصطلاحاً بر عمل دو زن که از هم لذت می برند و با مالیدن آلت زنانه خود به هم شهوت رانی می کنند، اطلاق می شود. تعریف حقوقی و قانونی: طبق ماده ۲۳۸ قانون مجازات اسلامی «مساحقه، عبارت است از اینکه انسان مونث، اندام تناسلی خود را بر اندام تناسلی همجنس خود قرار دهد.» همانطور که از ظاهر ماده پیداست، طرفین مساحقه فقط زنان هستند لذا در صورتی که یکی از طرفین مرد باشد بازی کردن با آلت تناسلی زن از سوی مرد، خارج از عنوان مساحقه است. از سوی دیگر آنچه که از ماده موصوف بر می آید آن است که هر گونه همجنس بازی را نتمی توان مساحقه به حساب آورد بلکه این عمل در صورتی مساحقه است که با اندام تناسلی صورت گیرد و اندام تناسلی زنان نیز «فرج» آن ها می باشد. همچنین بازی با غیر اندام تناسلی، مساحقه نمی باشد و اعمال مجازات تعزیری نیز منتفی است چرا که بر خلاف اصل «قانونی بودن جرایم و مجازات ها» است. مگر اینکه مشمول عنوان «قرار گرفتن در زیر یک پوشش» شوند که موضوع ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی است. آزمایش، ۱۳۸۴: ۱۴۵)

### - مجازات جرم مساحقه

بر اساس ماده ۲۳۹ قانون مجازات اسلامی «حد مساحقه صد ضربه شلاق است» بر خلاف تفخیز، در حد مساحقه فرقی بین فاعل و مفعول و مسلمان و غیر مسلمان و محسن و غیر محسن و علف و غیر علف نیست از جهت مسلمان و غیر مسلمان بودن نیست (ماده ۲۴۰ ق.م.ا). مستند شرعی حرمت و حد مساحقه روایات شرعی است. (آقایی نیا، ۱۳۸۴)

### -مسئولیت کیفری مجرمین دو جنسیتی یا هرمافرودیت در ارتکاب بزه مساحقه

در اینجا نیز همانند بحث زنا و لواط این سوال مطرح است که اگر یکی از طرفین خنثی یا زنی با آلت تناسلی مردانه باشد و یا مردی با آلت تناسلی زنانه اعم از طبیعی یا در اثر تغییر جنسیت، آیا بزه مساحقه قابل تحقق است یا خیر؟ همان پاسخ و

استدلالی که در مورد زنا و لواط ذکر شد در اینجا نیز قابل استناد است. بعلاوه اینکه حکم ماده ۲۳۸ تصریح در این مقصود است که دو طرف جرم مساحقه باید زن باشند. و زن نیز از نظر پزشکی صرفاً به دارا بودن آلت تناسلی زنانه اطلاق نمی شود، بلکه فاکتورها و علائم دیگری نیز برای تعیین جنسیت وجود دارد از جمله داشتن پستان، فرم و فیزیک بدن، رفتار و سایر چیزهایی که با آزمایشاتی که تعیین کننده مشخصه جنسی فرد می باشد، تعیین جنسیت می گردد. لذا به نظر می رسد شخصی که از نظر ظاهر و تمام ویژگی ها مرد یا زن باشد و صرفاً دارای آلت تناسلی جنس مخالف است این موجب خروج آنها از آن جنسی که در ظاهر به نظر می رسند نمی شود و با عمل جراحی می توان جنس واقعی آنان را ظاهر نمود. (صانعی، ۱۳۸۵)

### -جنسیت و جرم در قانون کیفری ایران

با این حال چنانچه زنی به لحاظ طبیعی و مادر زادی بر خلاف ظاهرش دارای آلت تناسلی جنس مخالف باشد در صورتی که مرتکب فعل موضوع جرم مساحقه با زن دیگری شود، در صورت تردید باید متوسل به قاعده فقهی «تدرأ الحدو بالشبهات» شد و اجرای حد ساقط می شود. اما به نظر می رسد مردی که دارای تمام ویژگی های جنسی مردانه از جمله آلت تناسلی مردانه باشد ولی به دلایلی با عمل جراحی فقط آلت تناسلی زنانه داشته باشد موضوع از عنوان مساحقه خارج می شود و همانطور که اشاره شد صرف آلت، دال بر مذکر یا مرد بودن نیست. (حلی، ۱۹۹۰)

با توجه به آنچه که گفته شد و همچنین حسب مطالعات و بررسی هایی که در منابع فقهی و قانونی صورت گرفت، موضوع مسئولیت کیفری اشخاصی که دارای اختلال جنسیتی هستند، فاقد هر گونه سابقه تحقیق و مطالعاتی بوده بجز چند مورد که صرف اشاره ای گذرا و مبهم، آن هم بر اساس برخی اشارات فقهی مختصر در مباحثی مثل «ارث»، هیچ فقیه و حقوقدانی در این زمینه یعنی مسئولیت کیفری اشخاص دارای اختلالات جنسیتی قلم نزده است. البته قابل ذکر است که حضرت امام خمینی (ره)، در کتاب گرانسنگ تحریر الوسیله حدود ۱۰ مسئله را به بحث در خصوص این دسته از اشخاص اختصاص داده است ولی نه از جهت مسولیت کیفری که موضوع مورد بررسی ما در این پژوهش است. اگر چه استفتائاتی از ایشان در خصوص صدور حکم جواز عمل جراحی تغییر جنسیت در خصوص اشخاصی که نیاز به جراحی داشتند صادر گردید حتی افرادی که اصطلاحاً «ترنس سکسوال» نامیده می شدند که قبلاً به طور مفصل توضیح دادیم. امید است این نوشتار حرکتی در جهت انجام تحقیقات و مطالعات بعدی در این زمینه شود. (ابن ادریس، ۱۹۹۰: ۱۳۹) از آنجایی که مهمترین منبع قانون مجازات اسلامی ایران متون فقهی امامیه است، از اینرو هیچ ماده ای از این قانون به مسئولیت کیفری این دسته از اشخاص که دارای اختلالات جنسیتی هستند اشاره ننموده است. در حالی که «باب حدود» از مهمترین ابواب، چه در فقه و چه در قوانین موضوعه می باشد و چون جرایم حدی مشمول سنگین ترین و شدید ترین مجازات ها با جمع شرایط وقوع آنها، هستند مواد تقریباً کثیری از قانون مجازات اسلامی و مباحث فقهی را به خود اختصاص داده اند. بدون آنکه اشاره ای به مسئولیت کیفری جرایم ارتكابی این دسته از اشخاص کرده باشد. نظر به مراتب یاد شده فوق پیشنهاد می گردد قانونگذار در لایحه جدید قانون مجازات اسلامی در این خصوص تعیین تکلیف نماید تا از برخی اختلافات و تضارب احتمالی آراء که از سوی محاکم صادر می شود، مسئولیت کیفری ایشان به صراحت مشخص گردد. اگرچه در موارد سکوت و شبهه می توان به برخی از اصول حقوقی (مانند؛ اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها) یا قواعد فقهی (مانند؛ تدرأ الحدود بالشبهات)، دست یازید و حکم به تبرعه یا خروج عمل ارتكاب از عنوان حدود صادر نمود. اما این کافی نیست و نمی توان هر یک از جرایمی را که تحت عنوان «جرایم یا انحرافات جنسی» از آنها یاد می شود را در صورتی که جامع شرائط اجرای حد نباشند به عنوان «رابطه نا مشروع و منافی عفت و اخلاق» تلقی نمود. مضافاً آنکه ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی صرفاً به روابط نا مشروعی اشاره کرده که، یکی از طرفین مرد و دیگری زن باشد. در نتیجه اگر یکی از طرفین خنثی یا مردی با آلت زنانه یا زنی با آلت مردانه باشد، مشمول حکم ماده فوق نخواهد بود. بر خلاف آنچه که یکی از حقوقدانان در این بحث در موضوع زنا می فرمایند؛ «این مورد از موارد شبهه می باشد و در موارد شبهه باید راه

احتیاط را پیمود و حداکثر آن است که به عنوان عمل منافی عفت و رابطه نا مشروع، مجازات تعزیری، تعیین شود» (مهرپور، ۱۳۷۵: ۴۱۸)

قانونگذار علی‌رغم پیش‌بینی مواد متعدد هم‌چنان از پذیرش تأخیر در اجرای هر نوع مجازاتی امتناع می‌کند، به نحوی که هنوز تأخیر در اجرای مجازات‌هایی غیر از مجازات‌های مذکور در این مواد آن هم برای جرائم خاصی پیش‌بینی نگردیده است. زیرا در ماده ۹۱ ق.م.ا. ذیل حد زنا آمده، مقصود از قتل در آن مجازات اعدام برای زنا است. بنابراین اگر اعدام راجع به سایر محکومیت‌های حدی (مثلاً محاربه) باشد، نقص قانون وجود دارد. به علاوه سایر مجازات‌های حدی یا تعزیری مثل قطع عضو یا حبس نیز از شمول این مواد خارج می‌شود. البته در ماده ۲۹۶ ق.آ.د.ک. راجع به مجازات حبس و تبعید برای زن شیرده مشکل را با منع جدا کردن شیرخوار از مادر حل کرده است. اما تکلیف زن باردار مشخص نیست. می‌توان ادعا نمود «وحدت ملاک اقتضاء می‌کند در سایر جرائم و مجازات‌ها نیز با وجود این موانع فیزیولوژیک اجرای مجازات به تأخیر افتد» (رحمدل، ۱۳۸۴: ص ۱۴۶). البته در آیین‌نامه‌های مربوطه این خلأ رفع شده است، چنان که ماده ۶ آئین‌نامه نحوه اجرای احکام قصاص، رجم، قتل، صلب، اعدام و شلاق مصوب ۱۳۸۲ قوه قضائیه این تأخیر به نحو کامل‌تری آمده است. اما اولاً آئین‌نامه نباید به متن قانون مورد جدیدی را اضافه کند؛ ثانیاً حتی در این آئین‌نامه هم نواقصی وجود دارد. به عنوان مثال در این ماده تکلیف تعزیرات مشخص نشده و در قانون دادرسی کیفری هم تنها تکلیف شلاق تعزیری مشخص شده است. بنابراین لازم است در این خصوص مقررات جامعی وضع گردد. در ماده ۹۱ ق.م.ا. عامل نفاس نیز به عنوان یکی از عوامل تأخیر در اجرای حد مقرر گشته است. از آنجا که نفاس مربوط به ایام پس از فارغ شدن از حاملگی می‌باشد، ظاهراً عاملی مستقل و مطلق برای تأخیر است. یعنی تأخیر در آن مقید به وجود ضرر برای نوزاد نیست؛ بلکه خود زن مورد حمایت قرار گرفته است. به عبارت دیگر اگر در دو مورد قبل حمایت از جنین یا نوزاد اهمیت دارد، در این مورد حمایت از زن به جهت ضعف جسمانی پس از زایمان موجب تأخیر در اجرای مجازات می‌گردد.

### ماده ۶۶ قانون جدید آیین دادرسی کیفری

در جرایمی که متهم یا بزه دیده آن زن باشد، قاضی تحقیق به کمک واحد تعلیق و «هر نهاد صالح» بازپروری اداره امور زندانها یا واحد ذی صلاح حمایت قضایی از جوانان یا دیگری، وضعیت مادی، خانوادگی و اجتماعی اشخاص را بررسی می‌کند و در مورد متهمان برای تحقیق درباره تدابیر تسهیل‌کننده بازپروری اجتماعی آن‌ها از این نهادها استمداد می‌جوید. هر چند توسل به این مراکز و نهادها مختص به بررسی وضعیت زنان نیست، در این مرحله بسیاری از نهادها و انجمن‌های فعال در زمینه حمایت از بانوان، رأساً یا با دعوت مسئولین عدالت کیفری یا بزه دیده در جریان تحقیقات حضور می‌یابند. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۴)

در راستای حمایت‌های کیفری از بانوان در آیین دادرسی کیفری فرانسه، قاضی تحقیق حق دارد در جریان نظارت قضایی از متهم بخواهد این موضوع را توجیه کند که آیا در وظایف خانوادگی و زناشویی مشارکت یا به طور منظم، نفقه‌ها، کمک‌های مالی و یارانه‌ها را پرداخت می‌کند. درحقیقت، قانونگذار در دوران کنترل و نظارت بر متهم، حمایت معنوی و مادی از بانوان را وسیله‌ای برای سنجش و محک متهم در این فرایند قرار داده است و الزام متهم به منزله رفتاری «توجیه این تعهد را در راستای نگرش قانون مجازات که جرم ترک انفاق را ناقض تعهدات حقوقی فرد نسبت به تأمین مالی اشخاصی که بر اساس وابستگی خانوادگی به وی وابسته اند، ضروری دانسته است. (صانعی ۱۳۸۵، ۴۱)

### مرحله دادرسی

یکی از قواعد حاکم بر دادرسی‌های کیفری، علنی بودن محاکمات است. (علنی بودن دادرسی که در قوانین ایران، ریشه در قانون اساسی دارد، یکی از مهمترین تضمینات حقوق علنی بودن، «دفاعی متهم محسوب میشود. به همین علت، حقوق دانان کیفری فرانسه معتقدند یکی از محکم‌ترین تضمینات حقوق دفاع است؛ اهمیت علنی بودن مذاکرات برای مصالح عمومی تقریباً

به همان اندازه است. به عدالتی که محرمانه انجام میشود، چگونه میتوان اعتماد(گرجی، ۱۳۸۰، ۶۲۷) مطابق ماده ۱۸۸ قانون آیین دادرسی کیفری، اصل بر علنی بودن کرد محاکمات است اما قانونگذار، بنا به پارهای از مصالح از جمله حمایت از اخلاقیات و امنیت روانی اجتماع، به دادگاه اجازه داده است تا جلسه دادرسی به صورت غیرعلنی برگزار شود. (حمید ا...، ۱۳۸۰: ۴۱)

### – ماهیت حقوقی شرط همتایی در دین

پرسشی که در خصوص شرط همتایی در دین در بحث قصاص نفس مطرح می شود این است که از دیدگاه حقوق جزای عمومی این شرط از موارد سقوط مجازتها است یا از موانع و علل رافع مسئولیت کیفری یا عنوانی دیگر دارد؟ فقها (البته در حدود مطالعات اینجانب) این شرط را غالباً زیر عنوان شرایط قصاص بررسی کرده اند یعنی شرایطی که موجب می شود قصاص ثابت شود از جمله شهید اول، آیت الله مکارم شیرازی، آیت الله مجلسی اول و مجلسی دوم، آیت الله بهجت، آیت الله فیاض کابلی و شیخ بهایی، ولی قانون گذار ما در زیر عنوان شرایط قصاص این شرط را پیش بینی نکرده است. یکی از محققان در خصوص این موضوع می نویسد: «در رابطه با عوامل سقوط مجازات قصاص آراء و نظریات متعددی وجود دارد برخی از حقوقدانان عرب شرایط سقوط قصاص (مانند تساوی در دین بین قاتل و مقتول) را به عنوان عامل سقوط قصاص ذکر کرده اند و عده ای دیگر همان موارد را داخل در موانع قصاص دانسته اند برخی نیز آن را از شروط لازم جهت وجوب قصاص بر شمرده اند در میان حقوقدانان ایرانی نیز در رابطه با موارد سقوط مجازات قصاص اختلاف نظر وجود دارد» مثلاً دکتر گلدوزیان این شرط را از موارد سقوط و معافیت قصاص می داند لیکن دکتر میر محمد صادقی این شرط را در زیر عنوان موارد سقوط یا عدم اجرای قصاص آورد و دکتر پوربافرانی این شرط را از موانع یا علل رافع مسئولیت کیفری می داند. (تهرانی صادقی، ۱۳۸۶)

به نظر اینجانب شرط همتایی قاتل و مقتول را نمی توان از موارد سقوط مجازتها یا علل رافع مسئولیت دانست زیرا حقوقدانانی که در رشته حقوق جزای عمومی قلم فرسایی کرده اند موارد سقوط مجازاتها را صرفاً شامل مرگ و جنون محکوم علیه، رضایت مجنی علیه، عفو و مرور زمان اجرای مجازتها می دانند و علل رافع مسئولیت نیز شامل اجبار، اکراه، اشتباه و جهل، کودکی، جنون حین ارتکاب جرم، مستی، خواب و بیهوشی می باشد. (همان)

### دیدگاه فقها در خصوص شرط برابری دین قاتل و مقتول در قصاص نفس

در این قسمت دیدگاه فقها در خصوص شرط برابری دین قاتل و مقتول در قصاص نفس را که به دو دسته تقسیم می شوند بیان می نماییم. در دیدگاه اول که نظر مشهور است ترکیبی از گونه های قتل عمدی را بر حسب همسانی و ناهمسانی دین قاتل و مقتول بیان خواهیم نمود و در دیدگاه دوم نظر خارقین اجماع و نیز نظر فقه حنفیه در فقه اهل سنت را بیان می نماییم.

۱- دیدگاه فقهایی که همتایی دین قاتل و مقتول را در قصاص نفس لازم می دانند (دیدگاه مشهور)

### کشتن مسلمان توسط مسلمان

کشتن مسلمان توسط مسلمان دیگر در صورت وجود سایر شرایط موجب قصاص قاتل می باشد لیکن در این مورد نکاتی در خور یادآوری است:

اگر مسلمانی توسط مسلمان دیگر کشته شود و سپس قاتل مسلمان مرتد شود باز هم قاتل قصاص می شود و نمی توان او را از کیفر معاف دانست زیرا قاتل و مقتول به هنگام وقوع قتل هر دو مسلمان بوده اند از سوی دیگر از آنجا که مرتد یا کافر، مسلمانی را به قتل رساند قصاص می شوند به طریق اولی اگر قاتل مسلمان مرتد شود قصاص خواهد شد (یادآور می شود که این فرض را نگارنده در میان کتب فقهی مورد مطالعه ندیده است). اگر کافری مسلمانی را بکشد و سپس اسلام آورد در این فرض نیز قاتل قصاص می شود. و قاعده جب در اینجا مصداقی ندارد. «اگر شخص دست مسلمانی را به قصد کشتن او ببرد و



بعد از آن مجنی علیه مرتد شود و بمیرد قصاص نفس نسبت به جانی جاری نیست و ولی مقتول هم نمی تواند دست او را به عنوان قصاص ببرد، اما اگر مجنی علیه مرتد شود و بعد از آن توبه نماید و سپس از توبه بمیرد بعید نیست که قصاص بر جانی ثابت شود هر چند ارتداد فطری باشد. «

### کشتن مسلمان توسط کافر کتابی

اگر کافر کتابی، مسلمانی را بکشد کافر کتابی شایسته قصاص خواهد بود و اموال و فرزندان خردسال او به بردگی اولیای دم مسلمان در می آیند البته برخی فقها مانند حضرت امام و آیت ا... بهجت و محمد باقر مجلسی بر آنند که فرزندان قاتل کتابی به بردگی گرفته نمی شوند و آزاد محسوب می گردند و حتی دو نفر فقیه اخیر بر این باورند که ولی دم اگر قاتل را قصاص کند دیگر نمی تواند اموالش را تصاحب کند. فقها بر آنند که اگر قاتل، اسلام آورد پذیرش دین اسلام مانع قصاص او نمی شود و حکم سایر مسلمانان را دارد ولی مسلمان شدن وی موجب می شود که تنها به کیفر قصاص محکوم شود و دیگر فرزندان خردسالش را به بردگی نمی برند و اموالش را نیز تصاحب نمی کنند.

### کشتن مسلمان توسط کافر غیر کتابی

حکم این مورد هم مانند حکم بند پیشین می باشد زیرا همان طور که پیشتر گفته آمد از دید بسیاری از فقها در مورد شرط برابری دین قاتل و مقتول در قصاص، کفار بطور کلی خواه کتابی خواه غیر کتابی همسان و همانند هم محسوب می شوند.

### کشتن مسلمان توسط مرتد

حکم این فرض از نابرابری را در کتب مورد مطالعه پیدا نکردم ولی قابل قصاص بودن مرتد که مسلمانی را کشته بسیار روشن و آشکار می باشد لیکن در این که آیا فرزندان خردسال وی هم به بردگی گرفته می شوند و اموالش به تصاحب اولیای دم در می آید یا نه؟ باید گفت هر چند مرتد پس از ارتداد نوعی کافر است ولی به نظر می رسد با توجه به اصل عدم و فقدان نص، این احکام را نمی توان در مورد مرتد اجرا نمود. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۴)

### کشتن مرتد توسط مسلمان

اگر مسلمان، مرتدی را بکشد بنا به اجماع فقها قصاص نمی شود ولی در این مورد که آیا قاتل باید دیه بپردازد دو دیدگاه وجود دارد و دیدگاه مشهور آن است که دیه هم پرداخت نمی شود و به نظر می رسد علت و فلسفه این حکم آن است که مرتد صرف نظر از این که نوعی کافر است بعلت ارتداد مهدور الدم نیز محسوب می شود و به همین خاطر قاتل از پرداخت دیه مرتد معاف می باشد.

### کشتن کافر کتابی توسط مسلمان

دیدگاه مشهور میان فقها بر آن است که اگر مسلمانی کافری را بکشد قاتل از کیفر قصاص معاف می باشد اما فقها در این که قاتل مسلمان شایسته چه کیفری است دیدگاههای گوناگون دارند. دیدگاه مشهور بر این باور است که قاتل مسلمان را بخاطر کشتن کافر کتابی باید تعزیر کرد و از او دیه گرفت ولی برخی مانند حضرت امام خمینی و محمد تقی مجلسی و محمد باقر مجلسی شرط تعزیر و دیه را منوط به این می دانند که کشتن مقتول کتابی بعلت این که اهل ذمه است یا جزیه می دهد حرام می باشد و این مجازات باید اجرا شود. (رحمدل، ۱۳۸۴: ۸۹)

### شرکت مسلمان و غیر مسلمان در قتل مسلمان

تنها کسی که به ادعای خودش به این مسئله پرداخته است مولی احمد بن محمد مهدی نراقی در کتاب رسائل و مسائل می باشد او در پاسخ به این پرسش که اگر مسلمانی به همراه یک ذمی، مسلمان دیگری را بکشند حکم قضیه چیست؟ می گوید: اولیای مقتول می توانند مسلمان را بکشند و نصف دیه مسلمان را از ذمی بگیرند و ارث مسلمان قاتل را بدهند و می توانند ذمی را بکشند که در این صورت چیزی نباید از شریک مسلمان (قاتل مسلمان) گرفت تا به ذمی بدهند ولی اولیای مقتول می توانند نصف دیه مقتول را از قاتل مسلمان بگیرند و مال ذمی نیز مال ورثه مقتول می شود البته ورثه می توانند هم مال او را بگیرند و هم او را بنده خود کنند و نصف دیه را هم از قاتل مسلمان بگیرند ولی احتیاط آن است که متعرض مال ذمی نشوند همچنین اولیای مقتول می توانند هر دو را بکشند و نصف دیه مسلمان قاتل را به ورثه اش بدهند و احتیاط آن است که متعرض مال ذمی نشوند و اگر چه احتمال می رود که در این صورت هم مال او مال اولیای مقتول اول باشد و ... العالم. البته این گونه اظهار نظر آن هم بصورت مبهم و مردد یا ثقیل که در اکثر کتب فقهی وجود دارد خود مشکلی است که در عمل ممکن است باعث مشکلات اجرایی شود.

### دیدگاه قانون مجازات اسلامی

شرط برابری دین قاتل و مقتول در قتل نفس در هیچیک از مواد قانون مجازات اسلامی تصریح نشده است حتی با عنایت به اینکه این قانون در قسمت حدود و قصاص و دیات از کتاب تحریر الوسیله امام خمینی مفاهیم خود را گرفته است و با این که در کتاب تحریر الوسیله و سایر کتب فقهی شرط برابری دین را در قسمت شرایط قصاص توضیح داده اند ولی قانون مجازات اسلامی در فصل چهارم از باب اول از کتاب سوم که شرایط قصاص را بر شمرده است هیچ نشانی از این شرط در این فصل دیده نمی شود حتی در فصل مربوط به شرایط قصاص عضو که قانونگذار صریحاً انواع تساوی را نامبرده است شرطی با این عنوان دیده نمی شود که این موضوع را می توان قرینه ای به درستی دیدگاه نگارنده درباره این که شرط برابری دین از جمله معاذیر قانونی تخفیف دهنده مجازات است دانست. به هر حال شرط برابری دین در قصاص نفس هر چند بطور صریح در قانون ما نیامده اما از مواد مختلف این قانون این شرط را می توان استنباط کرد این مواد در فصول مختلف پراکنده اند گروهی از این مواد در قسمت مواد مربوط به قصاص نفس و قتل عمد و شرکت در قتل بیان گردیده اند و گروهی دیگر در قسمت مربوط به مقدار دیه قتل نفس و دیه جنایت بر مرد آمده است؟! یعنی مواد ۲۰۷ و ۲۰۸ و ۲۰۹ و ۲۱۰ و ۲۱۲ و تبصره ۲ آن و ماده ۲۹۷۸ و تبصره ۲ آن و مواد ۳۰۰ و ۴۹۴. در همه این مواد که بطور کلی راجع به جنایات بر شخص است واژه مسلمان و کافر ذمی مفهومی خاص را بیان می کند حتی در این مواد ذکری از واژه غیر مسلمان نیامده است و به سخنی دیگر در این قانون مسلمان در برابر واژه عام کافر یا نامسلمان قرار داده نشده است بلکه تنها مسلمان در برابر کافر ذمی قرار داده شده است از سویی چون منبع این قانون فقه شیعه می باشد و شرط مزبور در فقه شیعه پیشینه تاریخی دارد در این که شرط مزبور مورد نظر قانونگذار ما بوده تردید نمی گذارد. نقضی که قانون ما در شرایط کنونی داراست این است که قانون مزبور در ماده ۲۱۰ و تبصره ۲ ماده ۲۱۲ صرفاً حکم قتل کافر ذمی توسط کافر ذمی دیگر را بیان کرده است لذا این مواد حکم قتل سایر کفار توسط مسلمان و حکم قتل کافر غیر ذمی را توسط کافر غیر ذمی دیگر بیان نمی کند و از آنجایی که طبق اصل تفسیر مضیق قوانین جزایی و اصل قانونی بودن جرم و مجازات قیاس ممنوع است حکم این موضوع در قانون ما ساکت است از طرفی شایسته است قانونگذار جزایی حکم قتل کافر توسط مسلمان و مسلمان توسط کافر و از این قبیل را به روشنی بیان و موضوع را به استنباطات شخصی محول نکند. (البهوتی، بی تا)

### قصاص مسلمانان و کفار در قانون جدید

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲، بر خلاف قانون پیشین با تفصیل بیشتری به احکام و جزئیات جنایاتهای ارتكابی میان مسلمانان و غیرمسلمانان پرداخته شده و علاوه بر کلیات، بالغ بر ۱۰ ماده به این امر اختصاص یافته است. در قانون کنونی،

احکام یاد شده با اندکی تغییر در عبارات قانونی، طی مواد ۳۰۱، ۳۱۰ و ۳۸۲ مورد تاکید قرار گرفته است همچنین مسایل دیگری که قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۷۰، احکام آنها به سکوت برگزار شده بود به صراحت مورد حکم قرار گرفته است که در ادامه به بررسی اجمالی آنها خواهیم پرداخت. در ماده ۳۱۰ قانون فعلی، مجنی علیه به دو دسته مسلمان و غیرمسلمان و سپس غیرمسلمانان به چهار دسته ذمی، مستامن، معاهد و «غیر اینها» تقسیم شده‌اند که در اینجا لازم است به اختصار به تعریف آنها بپردازیم سپس احکام و مقررات مربوط را بیان کنیم. ذمه در لغت به معنی امان و پیمان است و در اصطلاح فقه، «اهل ذمه که نوعاً به آنان اهل کتاب اطلاق می‌شود عبارتند از، پیروان ادیانی غیر از اسلام که پیامبرشان دارای کتاب آسمانی است. یهودیان و مسیحیان از مصادیق بارز اهل ذمه‌اند و زرتشتیان نیز به سه گروه یاد شده ملحق شده‌اند. اهل ذمه تنها گروهی هستند که اسلام به آنها اجازه زندگی مسالمت‌آمیز در کشورهای اسلامی را داده و امنیت جان و مالشان را متعهد شده است».

### قانون مجازات اسلامی، ماده ۱۳

ماده ۲۱۵: "هرگاه مرتکب یکی از جرایم موجب حد پس از صدور حکم دیوانه شود، حد از او ساقط نمی‌شود؛ اما در صورت عروض جنون قبل از صدور حکم در حدودی که جنبه حق الهی دارد تعقیب و محاکمه کیفری تا زمان افاقه معلق می‌گردد و نسبت به ضرر و زیان و مسئولیت مدنی دادگاه می‌تواند با حضور ولی شرعی مجنون رسیدگی نماید." این ماده نوآوری خاصی ندارد زیرا در ماده ۹۵ قانون مجازات اسلامی عنوان محکوم به حد مطرح شده بود و آن شامل کسی است که حکم درباره وی صادر شده است و در خصوص شخصی که قبل از صدور حکم مجنون شود از عموم مواد آئین دادرسی کیفری و قواعد حقوقی بحث تعلیق تعقیب، محاکمه و مسئولیت کیفری قابل استفاده است. نکته دیگری که در این ماده بیان شده است بحث حدود حق الهی است حال آنکه تمامی حدود جز حد قذف حق الهی هستند و اینکه آیا در حد قذف که فاقد جنبه الهی است می‌توان محاکمه را در خصوص مجنون انجام داد و وی را محکوم و مجازات نمود؟ به نظر می‌رسد این موضوع جای تامل دارد زیرا اجرای حد بر دیوانه تاثیری را که مجازات به دنبال آن است ندارد و از سوی دیگر با عموم قواعد حقوقی مغایر است لکن تصریح ماده خلاف آن است و مفهوم مخالف ماده به گونه ای است که در قذف می‌توان حد را بر دیوانه جاری نمود. (الجزیری، ۱۳۷۱: ۵۴)

### تعدد و تکرار جرم حدی و غیر حدی

ماده ۲۱۶: "تعدد جرایم مختلف در حدود موجب تعدد مجازات می‌گردد؛ ولی چنانچه جرایم از یک نوع باشد، سبب تعدد مجازات نمی‌شود. در صورت اخیر اگر مجازات از یک نوع نباشد مانند آن که بعضی موجب شلاق و بعضی موجب اعدام باشد، به هر دو مجازات محکوم می‌شود و عموماً مجازات‌ها باید به ترتیبی اجرا گردد که هیچ کدام از آنها زمینه حد دیگری را از بین نبرد. تبصره - مجازات حبس حدی یا تبعید مانع از اجرای حد اعدام نمی‌شود." در خصوص تعدد قانونگذار در حدود قائل به دو دسته شده است اول تعدد حدود واحد و مشابه که سبب تعدد مجازات نمی‌شود و دوم تعدد حدود مختلف و متنوع که سبب تعدد مجازات‌ها و جمع آنها می‌شود. فرضاً زنا ساده و زنا به عنف که سبب تعدد مختلف و جمع مجازات‌ها (جلد و قتل) می‌شود. نکته دیگر این ماده در تبصره آن نهفته است و آن جایی است که شخص علاوه بر حبس حدی یا تبعید به اعدام حدی نیز محکوم شده باشد که در اینجا چون اجرای حبس یا تبعید سبب تاخیر در اجرای حد مهم تر که همانا اعدام است می‌شود لذا این حدود مانع اجرای حد اعدام نمی‌شوند. ماده ۲۱۶: "هرگاه کسی سه بار مرتکب یک نوع جرم مستوجب حد شود و هر بار حد همان جرم بر او جاری گردد (تکرار جرم حدی) در مرتبه چهارم حد وی قتل است." این ماده بر اساس روایت صحیحه وارده در این مورد تقنین نیافته است زیرا صحیحه یونس عن ابی الحسن الماضي (ع) بیان می‌دارد که در گناهان کبیره هنگامی که دوبار حد جاری شد در مرحله سوم شخص کشته می‌شود (مبانی تکمله المنهاج، جلد ۴۱، ص ۲۹۱) لکن قانونگذار مرحله چهارم را پذیرفته و بدین ترتیب تمامی حدود را در مرحله چهارم پس از سه بار اجرا حد جلد مشمول حد قتل دانسته است بر خلاف قانون مجازات اسلامی که در خصوص شرب خمر که در مرحله سوم قائل به قتل شده بود. از دیگر سو این ماده

به شبهه‌ای که در این خصوص وجود داشت خاتمه داد بدین صورت که در قانون مجازات اسلامی این سوال مطرح بود که آیا حدود ارتكابی باید از یک نوع باشند یا خیر که خود سبب بروز مباحثات و مجادلات بسیاری شده بود لکن در ماده اخیر به این موضوع نیز اشاره شده و بیان داشته است که حدود اجرایی باید از یک نوع باشند که این تاسیس از نظر حقوقی، قانونی و تفسیر به نفع متهم خوب به نظر می‌رسد لکن از نظر مبانی جرم‌شناسی خیر. زیرا شخص با توجه به گستردگی حدود می‌تواند بارها و بارها احکام الهی را نقص و تنها مجازات تازیانه را تحمل کند و حالت خطرناک وی برای جامعه بسیار است که متأسفانه در قانونگذاری جدید به آن توجه‌ای نشده است. از سوی دیگر باید یادآور شد که این موضوع از موارد مصرحه در فقه نیست و قانونگذار می‌تواند تغییرات لازم را در آن به عمل آورد. (صانعی ۱۳۸۵، ص ۳۳۱)

## شرایط عمومی اجرای حدود

### شرایط عامه تکلیف

در شریعت مقدس اسلام تنها انسان مکلف دارای مسؤولیت کیفری است و شخص اگر دارای شرائی عامه تکلیف (بلوغ، عقل، اختیار، علم به حرمت عمل ارتكابی) باشد در صورت ارتكاب جرم مجازات بر او اعمال می‌شود و این شرائط در کلیه جرائم شرعی ضروری است. در نظام کیفری اسلام برای اثبات مسؤولیت کیفری تنها وقوع جرم کافی نیست. بلکه تحقق مسؤولیت کیفری منوط به آن است که عمل مجرمانه ناشی از اراده انسان، عاقل بالغ مرید و ممیز باشد و احراز وجود این شرائط در نزد مرتکب جرم در حقوق جزای اسلام تحت، عنوان «شرایط عامه تکلیف» ضروری است. که به شرح هر یک از آنها می‌پردازیم (تهرانی صادقی ۱۳۸۶، ص ۳۵)

### عقل

در ماده ۵۱ ق.م.ا: «جنون در حال ارتكاب جرم به هر درجه که باشد رافع مسؤولیت کیفری است.»

### بلوغ

بلوغ در اصطلاح شرع به معنای پایان یافتن دوران کودکی و راه یافتن به دایره تکلیف است؛ در تبصره ۱ ماده ۴۹ ق.م.ا آمده است:

«منظور از طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد»

و در ماده ۴۹ ق.م.ا چنین آمده است:

«اطفال در صورت ارتكاب جرم مبری از مسؤولیت کیفری هستند...»

### اختیار

به معنی عدم وجود اکراه و رضایت مرتکب به ارتكاب عمل مشمول مجازات است. اگر شخصی بدون اختیار و بر اثر اجبار و اکراه عملی را که متضمن جرم مستوجب مجازات است مرتکب گردد، معاف از مجازات می‌باشد. که این امر در ماده ۵۴ ق.م.ا و همچنین در باب حدود همین قانون به صراحت ذکر شده است.

### علم مرتکب

مرتکب جرائم مشمول حد باید عالم به حکم و عالم به موضوع هم باشند، تا بتوان در صورت ارتكاب جرم آن‌ها را به مجازات‌های مقرر در قانون محکوم نمود. جهل مرتکب ممکن است حکمی یا موضوعی باشد. جهل حکمی بدین معناست که مرتکب از حرمت عمل ارتكابی بی اطلاع باشد و به عبارتی نسبت به تکلیف شرعی آگاه نباشد هر چند که بر خلاف اصل «جهل

به قانون پذیرفته نیست» می‌باشد، لیکن قانون‌گذار در برخی از جرائم مستوجب حد ادعای جهل حکمی را مسموع دانست (همچون مواد ۶۴ و ۱۶۶ ق.م.ا) رأی اصرار شماره ۱۴-۱۳۷۷/۸/۵ هیئت عمومی دیوانعالی کشور در زمینه جهل حکمی قابل توجه است، حسب رأی مذکور (صانعی ۱۳۸۵: ۱۰۴)

«با توجه به این که متهم منکر زناست و اظهار داشته که فاطمه را صیغه کرده و از حکم حرمت جمع بین دو خواهر آگاه نبوده و دلیلی نیز بر اثبات خلاف آن و اینکه عالماً عامداً مرتکب زنا شده باشد اقامه نگردیده و بطور کلی طبق ماده ۶۴ ق.م.ا حد زنا منوط به آگاهی زانی از موضوع و حکم است، بر این اساس صدور حکم به رجم که حد زنا محصن و محصنه می‌باشد برخلاف موازین شرعی و مقررات قانونی است، لذا اعتراض وارد است.» جهل موضوعی نیز بدان معناست که هر چند مرتکب نسبت به حکم قضیه آگاه است، لیکن ممکن است که نداند عملی که انجام می‌دهد زناست، مثلاً گمان می‌کند چنانچه با زنی از دُبر، جماع نماید، چنین عملی زنا محسوب نمی‌گردد و یا نداند زنی که با او جماع می‌کند، زنی است که بر او حرام است مثلاً گمان کند که این زن همسر خود او می‌باشد ولی بعداً کشف به عمل آید که به اشتباه آن زن را همسر خود پنداشته و با او نزدیکی کرده است. «ادعای جهل در صورتی می‌تواند مورد توجه دادگاه واقع شود که خلاف آن ثابت نشده باشد.» (نظریه مشورتی شماره ۷/۵۹۸۲-۱۶/۹/۱۳۷۸ اداره حقوقی قوه قضائیه، ریاست جمهوری، ق.م.ا، ص ۱۳۵)

### توبه در حدود

#### توبه بعد از اقامه بینه

که مشهور فقها فتوی داده‌اند که این توبه تأثیری در مجازات ندارد و حد در هر حال اجرا خواهد شد. در ق.م.ا نیز به تبعیت از قول مشهور فقهای امامیه در مواد ۱۲۵، ۱۳۲، ۱۸۱ و بر ماده ۲۰۰ به این موضوع تصریح شده است ولی توبه قبل از اقامه بینه باعث سقوط مجازات حدی می‌شود.

#### توبه بعد از اقرار

در مواد ۷۲، ۱۲۶، ۱۳۳ و ۱۸۲ ق.م.ا ذکر شده که توبه بعد از اقرار قاضی را مخیر می‌نماید که تقاضای عفو از ولی امر بنماید و یا حد را جاری نماید. تنها در تبصره ماده ۲۰۰ است که بیان نموده: «حد سرقت بعد از ثبوت جرم با توبه ساقط نمی‌شود و عفو سارق جایز نیست» ظاهر تبصره بیانگر آنست که حتی حاکم نیز اختیار ندارد که درخواست عفو او را بنماید. نکته: توبه متهم باید برای دادگاه محرز شود و صرف ادعای وی را نمی‌توان پذیرفت. (در حدود شفاعتی صورت نمی‌گیرد.) (گرگی، ۱۳۸۰، ص ۲۵۷)

### تکرار و تعدد در حدود

در صورت تکرار حدود به شرطی که بعد از هر بار ارتکاب به جرم، حد جاری شده باشد، برای شرب مسکر در مرتبه سوم ماده ۱۷۹ ق.م.ا و برای حد زنا، حد تفخیز، حد مساحقه، حد قذف، حد سرقت در مرتبه چهارم موجب کشته شدن مرتکب می‌گردد. در ماده ۸۹ ق.م.ا ذکر شده که: «تکرار زنا قبل از اجرا حد در صورتی که مجازات‌ها از یک نوع باشند موجب تکرار حد نمی‌شود ولی اگر مجازات‌ها از یک نوع نباشد مانند آن که بعضی از آن‌ها موجب جلد بوده و بعضی دیگر موجب رجم باشد، قبل از رجم زانی، حد جلد بر او جاری می‌شود.» در مورد تعدد حدود قاعده عدم تداخل حدود جاری می‌گردد، اگر حدود مختلف باشند مثلاً در ماده ۹۸ ق.م.ا چنین آمده است: «هرگاه شخصی محکوم به چند حد شود اجرای آن‌ها باید به ترتیبی باشد که هیچ کدام از آن‌ها زمینه دیگری را از بین نبرد، بنابراین اگر کسی به جلد و رجم محکوم شود اول باید حد جلد و بعد حد رجم را جاری ساخت.» اما اگر حدود از یک نوع باشند. مثلاً کسی چند بار شرب مسکر بنماید و حد بر او جاری نشود برای همه آن‌ها یک حد کافی است. (ماده ۱۷۸ ق.م.ا)

## نتیجه گیری

تلاش برای احقاق حقوق زنان همواره باید مورد توجه و تأکید قرار گیرد ولی باید به اولویتهای توجه ویژه کرد و به جای صرف عمر و انرژی در مبارزه با برخی تفاوتها به جایگاه و نقش واقعی و سازنده آنها توجه شود؛ مشکلات تربیتی اخلاقی و کاستی های ارزشی و بی توجهی به نهاد خانواده و نیازهای نهادینه شده در وجود زنان و مردان از مصایب و دردهای جامعه امروز است نه تفاوتهای این چنینی که اگر در جریان عمل و اجرای حکم، مشکلات و نارسایی هایی مانند عدم توان پرداخت تفاوت دیه از سوی زنان آسیب دیده یا بستگان آنها پیش آید باید از راه کمک گرفتن از صندوقهای وام، بیمه و... یا کمک مالی دولت در موارد مجاز، برطرف گردد و نه از راه تردید و تجدید نظر در احکام الهی و مانند آن، چه اینکه استنباط احکام باید بر اساس موازین صحیح و بصورت تخصصی و با استفاده از شیوه و روش خاص خود باشد و الا ارزشی نخواهد داشت و به عنوان حکم شرعی قابل پذیرش نخواهد بود. تحمیل سلیقه و آراء و نظرات از پیش تعیین شده بر آیات و روایات، و ملاحظه پاره ای از مستندات بدون در نظر گرفتن روایات و مستندات دیگر و قبل از بررسی سند و فهم درست مدلول و عنداللزوم حل تعارض ظاهری آنها حرکت در بیراهه خواهد بود. در نظام حقوقی اسلام، عمده موارد تفاوت در مجازات زن و مرد، ناشی از تفاوت در خلقت طبیعی آنها است و اتفاقاً اگر این تفاوتها نباشد یا نوعی تبعیض روی می دهد یا سایر اهداف یا اصول حاکم بر مجازاتها تأمین نمی شود. لذا تا آن جا که تفاوتها به منشأ اختلاف طبیعی برگردد، امری منطقی و قابل دفاع است. در غیر این صورت، اصل تساوی در برابر قانون اقتضاء می کند حذف گردند. معنای اصل تساوی در برابر قانون این است که درخصوص اعمال قانون نسبت به افراد مشمول قانون نباید تبعیض باشد؛ مثلاً وقتی که قرار شد مردان در لواط اعدام شوند، میان مردان تساوی باشد و اصل تساوی در برخورداری از حقوق، تعبیر مصطلح تری است. البته نمی توان انکار کرد که ممکن است قدمت زیاد برخی تفاوتهای غیر طبیعی، موجب مقاومت آنها باشد چرا که آداب و رسومی که طی سالیان متمادی شکل گرفته، سالهای زیادی نیز زمان نیاز دارند تا تغییر کنند. در این مسیر نباید اجازه داد احساسات جای واقعیات خلقتی را بگیرد حتی خود زنان نیز به تعبیر قرآن کریم نباید آرزوی تغییر این احکام را داشته باشند. آن چه تحت عنوان طرفداری از حقوق زنان به دنبال حذف این تفاوتها است، لزوماً به معنای دادن یک امتیاز به زنان نیست. به نظر شهید مطهری فمینیسم چون دیر به فکر حقوق زنان افتاد با دست پاچگی و عجله شکل گرفت، احساسات مهلت نداد که علم نظر خود را بگوید، لذا تر و خشک با هم سوخت این نهضت یکسری بدبختیها را از زنان گرفت. اما بدبختیهای دیگری را برای زنان و جامعه به وجود آورد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۴)

## منابع

۱. آزمایش، علی (۱۳۸۴)؛ مجموعه مقالات زن و حقوق کیفری، چ ۱، تهران: انتشارات سلسبیل.
۲. آقایانی، حسین (۱۳۸۴)؛ جرائم علیه اشخاص (جنایات)، چ ۱، تهران: نشر میزان.
۳. تهرانی صادقی محمد (۱۳۸۶) ترجمان فرقان، تهران انتشارات صدرا، جلد یکم.
۴. حسینی، سید هادی، راسخ، علی احمد، نجات، حمید (۱۳۸۴)، کتاب زن، چ ۲، تهران: انتشارات امیر کبیر.
۵. حمید ا.، محمد، (۱۳۸۰) سلوک بین المللی دولت اسلامی - ترجمه دکتر سید مصطفی محقق داماد - مرکز نشر علوم اسلامی - چاپ دوم.
۶. خالقی، علی، (۱۳۹۲). آیین دادرسی کیفری جدید تهران، انتشارات شهر دانش.
۷. رحمدل، منصور (۱۳۸۴)، مجموعه مقالات زن و حقوق کیفری، چ ۱، تهران: انتشارات سلسبیل.
۸. صانعی یوسف (۱۳۸۵) فقه و زندگی ۲ (برابری قصاص زن و مرد مسلمان و غیر مسلمان) - مؤسسه فرهنگی فقه الثقلین - چاپ ۵.
۹. صانعی یوسف (۱۳۸۵) فقه و زندگی ۳ (برابری دیه زن و مرد مسلمان و غیر مسلمان) چاپ ۳ - ۱۳۸۵.
۱۰. کی نیا، مهدی (۱۳۸۹)، مبانی جرم شناسی، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

۱۱. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۸۰) آیات الاحکام، حقوقی و جزایی، نشر میزان، چاپ اول.
۱۲. مسعودی‌فر، رضا (۱۳۸۶)، حدود و نحوه اجرای آن در محاکم قضائی ایران، چ ۱، تهران: انتشارات نسل نوین.
۱۳. موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۸۴)، مجموعه مقالات زن و حقوق کیفری، چ ۱، تهران: انتشارات سلسبیل.
۱۴. مهرپور، حسین (۱۳۸۴)، مجموعه مقالات زن و حقوق کیفری، چ ۱، تهران: انتشارات سلسبیل.
۱۵. ابن ادریس، ابی منصور محمد، السرائر، بیروت، انتشارات موسسه فقه الشیعه، چ اول، ۱۹۹۰ م.
۱۶. البهوتی، منصور بن یونس، کشاف اقناع عن متن الاقناع، ریاض، انتشارات مکتبه النصر الحدیثیه.
۱۷. الجزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، چ دوم، ۱۳۷۱ هـ. ش.
۱۸. حرّعاملی، شیخ محمد بن الحسن، وسائل الشیعه ج ۱۴، لبنان / بیروت، انتشارات دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۱۹. حلی، ابوالقاسم، شرایع الاسلام، بیروت، انتشارات موسسه فقه الشیعه، چ اول، ۱۹۹۰ م.
۲۰. خویی، سید محمد سرور، مصباح الاصول؛ بحث استصحاب، النجف الاشرف، مطبعة الأداب، ۱۴۵۰ هـ. ق.