

بررسی جرم زناي افراد دوجنسی و تراجنسی در فقه امامیه و شافعیه

محمد کاکاوند،^۱ احسان ترکاشوند،^۲ سجاد ترکاشوند^۳
(تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۵/۱۵، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۹/۳۰)

چکیده

از جمله جرم‌هایی که در جامعه صورت می‌گیرد زناست که شرع برای مرتکبین چنین فعلی حد قرار داده و اما درباره اجرای حد برای افراد دارای اختلال دوجنسی یا تراجنسی اختلاف نظر وجود دارد و درباره آن در بین مذاهب اسلامی تحقیق منسجمی صورت نگرفته است. هدف از این تحقیق، تبیین حکم فقهی جرم زناي افراد دوجنسی و تراجنسی در فقه امامیه و شافعیه با رجوع به کتب این دو مذهب برای پاسخ به سؤالات زیر است: در صورت وقوع جرم توسط افراد دوجنسی آیا حد شرعی بر آنها بار می‌گردد؟ در صورت عدم اثبات جرم زنا برای چنین افرادی، چه مقدار تعزیر برای آنها خواهد بود؟ نسبت به افراد تراجنسی که تمایل به جنس مخالف بودن دارند، در صورت وقوع جرم زنا آیا حد شرعی بر آنها جاری می‌شود یا خیر؟ لذا در این تحقیق با بهره‌گیری از روش کتابخانه‌ای و منابع الکترونیکی، به صورت توصیفی، تحلیلی و انتقادی مبانی فقهی دو مذهب امامیه و شافعیه بررسی شده است. فقهای امامیه و شافعیه در مورد

۱. استادیار گروه معارف اسلامی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ملایر، ملایر، ایران (نویسنده

مسئول) / kakavandm1362@gmail.com

۲. استادیار گروه معارف اسلامی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ملایر، ملایر، ایران /

torkashvand110@yahoo.com

۳. دانشجوی دکتری حقوق، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد محلات، دانشگاه آزاد

اسلامی، محلات، ایران / s.t.d.t.1367@gmail.com

خنثای مشکل (یعنی آن دسته از افراد دوجنسی که جنسیت آنها قابل تشخیص نیست) بر این عقیده‌اند که این افراد، به خاطر وجود شبهه در وجود آلت اصلی یا زائد در آنها، طبق قاعده «درء»، حدود از آنها ساقط می‌شود ولی به خاطر ارتکاب کار حرام، مشمول تعزیر هستند، اما در مورد خنثای غیرمشکل (یعنی افراد دوجنسی که زن یا مرد بودن آنها بر جنس دیگر غالب است) به یکی از گروه زنان یا مردان (بر حسب تطابق بیشتر) ملحق می‌شوند، لذا زنا و به تبع، جرایم جنسی لواط، مساحقه و تفخیز در مورد آنها تحقق می‌یابد و حد شرعی باید بر آنها جاری شود و تخفیف مجازات نیز شامل آنها نمی‌شود. هم‌چنین فقها در مورد تراجنسیها بر این عقیده‌اند که بیماری ایشان رافع مسئولیت کیفری نیست و لذا در صورت ارتکاب جرم زنا، مستحق حد شرعی هستند.

کلیدواژه‌ها: حد زنا، خنثی، دوجنسی، تراجنسی، امامیه، شافعیه.

طرح مسئله

خداوند منان در قرآن کریم به صراحت بیان می‌دارد که انسانها را از یک و مرد و زن آفریده است (حجرات، ۱۳؛ لیل، ۳؛ نحل، ۹۷) و از افراد دارای اختلال جنسی چون خنثی و ترنسها صحبتی نکرده است؛ زیرا این احتمال می‌رود که این افراد زیرمجموعه زن یا مرد باشند. به همین دلیل است وقتی بحث از احکام و تکالیف خنثی در ابواب فقهی به میان می‌آید، برای اثبات مکلف بودن این افراد، به سه قاعده «الفرعه لکل امر مشکل»، قاعده «اشتغال» و قاعده «برائت» تمسک می‌شود و تکالیف دینی، اعم از فردی و اجتماعی بر خنثی بار می‌گردد. فقهای امامیه و شافعیه به رغم اختلافات جزئی در این مسئله، اصل بحث احکام شرعی خنثی را در کتب فقهی خود به‌ویژه در مباحث حج، ارث، حدود و پاره‌ای از مباحث را تحت عنوان احکام خنثای مشکل مطرح کرده‌اند.

در علم پزشکی نیز این امر اثبات شده است، به این صورت که هرگاه اسپرم مرد و زن با هم ترکیب شود، چنانچه اسپرم X با تخمک زن ترکیب گردد، فرزند به‌وجود آمده، دختر خواهد بود و اگر اسپرم Y با تخمک زن ترکیب شود، فرزند، پسر خواهد بود. ولی مسئله به همین جا ختم نمی‌شود. بیضه و غدد دیگر بدن، با ترشحات خود، علایم جنس مذکر را ظاهر می‌سازند و هورمونهایی در جنس ماده، علایم این جنس را ظاهر می‌گرداند. چنانچه این هورمونها کم ترشح شود یا اصلاً ترشح نشود، چه‌بسا علامت جنس مخالف، در وجود فرد ظاهر گردد که به این افراد، «دوجنسی»، «خنثی» و یا «هرمافرودیت» اطلاق می‌

گردد. بنابراین، جنین ایجادشده یا پسر است یا دختر و یا به دلیل اختلالات، «دوجنسى» خواهد بود که در اصطلاح فقه، به آن «خنثى» می‌گویند (نجفى، ۱۳۹۳ش، ص ۵۷). پس در میان انسانها علاوه بر مرد و زن، افراد دیگری نیز وجود دارند که هم از اندام زنانه و هم از اندام مردانه برخوردار هستند که با اصطلاح خنثى یا دوجنسى یا دوجنسه معروف هستند (سامانى، ۱۳۹۲ش، ص ۶). این گروه هم احساس و هم تمایل جنسى زن و مرد را با هم دارند و گروهى دیگر هستند که با وجود اینکه مثلاً مرد هستند ولی احساسات و تمایلات زنانه دارند و یا برعکس يعنى با وجودى که زن هستند ولی احساسات و تمایلات مردانه دارند. در این حالت فرد با جسمى دخترانه و روحى پسرانه و یا برعکس متولد می‌شود که به آنها ترنس یا تراجنسى گفته می‌شود (هاشمى شاهرودى، ۱۴۲۶ق، ج ۸، ص ۲۴۰).

پس ترنس یا تراجنسى به فردى گفته می‌شود که داراى هويت جنسى متناقض هستند و برای مثال ممکن است فرد اعضاى جنسى مردانه داشته باشد در حالی که شخصیت جنسى اش زنانه باشد یا برعکس باشد. در واقع ترنس یا تراجنسىها فقط از نظر روحى و روانى یا ژنتیکى تمایل شدیدی درباره جنس مخالف دارند و این یک اختلال محسوب می‌شود. فقهای امامیه و شافعیه در مورد احکام فقهى خنثى اختلاف نظر دارند و در مورد تراجنسى اختلافى وجود ندارد، چون آنها در حکم افراد مشمول تکلیف هستند. ولى سؤالی که در اینجا به وجود می‌آید این است که حالت مجرمانه دوجنسىها و تراجنسىها را می‌توان در جرمى مثل زنا ثابت کرد یا نه؟ به عبارت دیگر اگر فردى که خنثى یا ترنس است مرتکب زنا شود، آیا عمل او مجرمانه محسوب می‌شود و مجازات حد بر او جاری می‌شود یا خیر؟ که باید در این مورد آیات، روایات و نظرات فقهای امامیه و شافعیه و هم‌چنین محققان در این مورد، بررسى شود. لذا هدف اصلی این تحقیق، پاسخ به این سؤال است چون تحقیق جامع و مفصل در این مورد به عمل نیامده است و از این لحاظ موضوع جدید و بکرى است.

مفهوم شناسی

۱. تعریف زنا

زنا در لغت به معنی مقاربت با زن بدون عقد است (فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۵۷؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۳۸۴). مصدر آن زنی و زنا مد و قصر هر دو آمده است (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۲۶). طبرسی می‌فرماید: زنا نزدیکی با زنی است که در عقد انسان نباشد و به شبهه نیز نباشد (طبرسی، ۱۳۶۳ش، ج ۱۴، ص ۱۳۰). فقها در تعریف زنا گفته‌اند: آمیزش مرد بالغ و عاقل و مختار در فرج زنی که در عقد او نباشد و شبهه‌ای هم در کار نباشد (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۴۲۸؛ ابن سعید حلی، ۱۴۰۵ق، ص ۵۴۷؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۵۱۸؛ شیرازی، ۱۴۳۱ق، ج ۳، ص ۳۳۴؛ نووی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۰، ص ۸۶). پس زنا یعنی آمیزش مرد با زنی که در علقه زوجیت او نیست و نکته‌ای که در اینجا وجود دارد که محققان به آن اشاره کرده‌اند، دخول آلت مرد در دبر یا قبل زن هیچ فرقی ندارد و عنوان زنا بر آن محقق می‌شود (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸ق، ص ۴۰۹؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۲۸؛ نووی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۰، ص ۸۶؛ نووی، ۱۴۲۱ق، ج ۲۰، ص ۴؛ ابن ملقن، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۱۶۲۰).

۲. تعریف دوجنسی

دوجنسی در زبان عربی با عنوان خنثی به‌کار می‌رود؛ خنثی واژه عربی است و به فردی اطلاق می‌شود که از آلت نری و فرج برخوردار باشد (حمیری، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۱۹۳۲؛ طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۲۵۲). لغت‌شناسان تعبیر مختلفی در تعریف خنثی آورده‌اند که به برخی اشاره می‌شود: «الذی خُلِقَ لَهُ فَرْجُ الرَّجُلِ وَ فَرْجُ الْمَرْأَةِ»: خنثی کسی است که دارای آلت مردانه و زنانه است (فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۸۳؛ حسینی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۲۰۷). برخی گفته‌اند: «الخنثی: الذی لایخلص لذكر و الانثی»: خنثی کسی است که معلوم نیست مرد است یا زن (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۲۴۸؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۱۴۵). برخی دیگر گفته‌اند: «الذی له ما للرجال و النساء جميعاً»: خنثی کسی است که هردوی آنچه را دارد که مردان و زنان از آلت دارند (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۲۸۱؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۳۲۵). برخی دیگر آورده‌اند: خنثی کسی است که صورت مردانه دارد ولی احوال زنان را دارد (مشکینی، ۱۳۹۲ش، ص ۲۳۲). در کتاب فرهنگ فقه آمده است: «خنثی کسی است که دارنده آلت تناسلی مرد و زن است»

(هاشمى شاهرودى، ۱۴۲۶ق، ج ۳، ص ۵۰۵؛ وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، ۱۴۲۷ق، ج ۳۶، ص ۲۶۵). در واقع خنثى كسى است كه هم آلت نرينه و هم آلت مردانه دارد و مشخص نيست كه جزو مردان يا زنان است كه اين به نوع خنثى، خنثاى مشكل گفته مى شود ولى اگر خنثاى مشخص شود كه تمايل به گروه زنان يا مردان دارد، اين نوع خنثى، خنثاى غيرمشكل است.

۳. تعريف تراجنسى

اصطلاح تراجنسى در مورد فردى به كار برده مى شود كه اگرچه از نظر اندامهاى جنسى متعلق به يكى از گروه جنسى زنان يا مردان است، ولى او خود چنين باورى ندارد كه متعلق به آن گروه جنسى است كه اندام تناسلى آنها را دارد (اميرآبادى فراهانى و قيوم زاده، ۱۳۹۹ش، ص ۸۳۱؛ وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، ۱۴۲۷ق، ج ۳۶، ص ۲۶۴؛ باريكلو، ۱۳۸۲ش، ص ۷۶؛ گشتاسبى اصل، ۱۳۸۹ش، ص ۵). در واقع تراجنسى يا خنثى روانى به افرادى اطلاق مى شود كه از نظر جسمى و بدنى داراى علايم يكى از دو جنس مذكر يا مؤنث هستند، ولى از لحاظ روانى تمايلات جنسى، جنسيت مذكور را ندارند؛ بلكه تمايلات جنسى جنس مخالف خود را دارند. به عبارت ديگر تراجنسى يا ترنس هويت خود را متفاوت با جنس ظاهرش مى بيند و در عين حال، جسم وى كاملاً سالم است. پس اين گروه شامل افرادى مى شود كه از لحاظ جسمى و بدنى داراى علايم يكى از دو جنس مذكر يا مؤنث هستند، ولى از لحاظ روانى تمايلات جنسى، جنسيت مزبور را ندارند بلكه تمايلات جنسى، جنس مخالف را دارا هستند. با توجه به موارد فوق مى توان گفت: اگر شخصى آلت نرينه و مادينه را دارد خنثى يا دوجنسى است و اگر شخص آلت مردانه دارد ولى تمايل به زن بودن دارد يا برعكس آلت مادينه دارد ولى تمايل به مردانگى دارد به آن تراجنسى يا ترنس گفته مى شود.

اين گروه مى تواند بر دو قسم قابل تقسيم باشد: ۱- ترنس زن: ترنس زن يا تراجنسى زن به خانمى گفته مى شود كه با روحيات و ويژگيهاى فكرى زنانه در يك كالبد مردانه زندانى شده است. اين گونه افراد از نظر روحى و رفتارهاى اجتماعى كاملاً مردوارانه رفتار مى كنند. ۲- ترنس مرد: اين گونه افراد زنان يا دخترانى هستند كه عواطف و روحيات شبیه به مردان داشته و تمايلاتشان مانند آنهاست. افراد زمانى كه اين گونه هستند بسيار اذيت

شده و در جامعه راحت نیستند. در مجموع این افراد دارای شمایل زنانه بوده اما تمایلات روحی آنها مردانه است (نجفی، ۱۳۹۳ش، ص ۲۳).

حرمت زنا

دلیل آنکه زنا جرم و گناه محسوب می‌شود، آیات (اسراء، ۳۲؛ ممتحنه، ۱۲) و روایات (ر.ک: ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۵۹؛ ابن ابی‌جمهور احسائی، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۵۴۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۳۱۱) است (طباطبایی، ۱۳۷۴، ۱۳، ص ۱۱۸-۱۲۱؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۱ش، ج ۵، صص ۱۰۶-۱۰۲) و از طرف دیگر، رابطه نامشروع جنسی (زنا)، مفاسد و زیانهای فردی، اجتماعی و خانوادگی فراوانی را به دنبال دارد و لذا در اسلام حرام شده است و در قرآن کریم، در کنار شرک، قتل و سرقت آمده است (طباطبایی، ۱۳۷۴ش، ج ۱۳، صص ۱۲۱-۱۱۸؛ حوی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص ۳۰۶۵).

بنابراین آیات و روایات زیادی بر حرمت مطلق زنا دلالت دارند. یعنی فرقی ندارد که آدم سالم زنا کند یا افرادی که دچار اختلال (دوجنسی و تراجنسی) هستند، چون کار حرامی است و از اعظم کبائر است (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۴۰؛ مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۹، ص ۴۳۷؛ نسائی، ۱۴۱۱ق، ج ۴، ص ۲۶۶؛ مالک بن انس، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ص ۷۶۶؛ حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۳۲۶) و فرقی ندارد انجام‌دهنده آن چه کسی است، ولی در مورد مجازات آنها بحث وجود دارد و همچنین در تعریف زنا واژه رجل که صدق بر مردان دارد و واژه امره که صدق بر زنان دارد، وجود دارد که نشان می‌دهد زن و مرد در تحقق زنا دخیل هستند. یعنی ملاک اندام جنسی و شکل ظاهری است و ربطی به روح و روان و تمایلات فرد ندارد. به عبارت دیگر، این آیات و روایات، بر حرمت مطلق زنا دلالت دارند یعنی فرقی ندارد که آدم سالم زنا کند یا افرادی که دچار اختلال جنسی (خنثی و تراجنسی) هستند. پس حرمت زنا برای افرادی که دچار اختلال جنسی هستند ثابت است ولی در مورد اینکه به خاطر این جرم، مستحق حد زنا شوند، دیدگاهی بیان نشده است. لذا باید هر کدام جداگانه بررسی شود.

خنثى و احكام فقهى

فقهها در مورد اينكه آلت خنثى در تحقق زنا نقش دارد، اختلاف نظر دارند، لذا قبل از بحث اصلى بر خى از احكام خنثى براى شفاف شدن اشاره مى شود:

۱. طهارت خنثى

نجفى در مورد طهارت خنثى مى فرمايد: آميزش كردن خنثى با زن و نيز مرد با وي موجب جنابت نيست، زيرا در هر دو صورت، اصلى يا زائد بودن آلت تناسلى خنثى محل ترديد است. با خروج منى از هر دو آلت خنثى يا به طور عادت و غالب از يكي، جنابت تحقق مى يابد (نجفى، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۳۶). فقهاى شافعيه نيز بر اين عقیده‌اند كه آميزش كردن خنثى با زن و مرد با وي موجب جنابت و غسل نيست، زيرا خنثى داراى عضو زائد است (عمرانى، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۲۳۵؛ بغوى، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۴۷۲).

۲. ازدواج خنثى

فقهائى اماميه و شافعيه معتقدند كه ازدواج - طبق نظر شيعه اعم از موقت و دايم - با خنثى باطل است (نجفى، ۱۴۰۴ق، ج ۳۳، ص ۱۲۱؛ شيرازى، ۱۴۳۱ق، ج ۲، ص ۴۳۸). چون وضعيت او از مرد يا زن بودن مرد است. بنا بر اين نمى تواند ازدواج كند و اگر ازدواج كند، عقد آنها باطل است.

۳. زنا و لواط خنثى

برخى از فقهاى اماميه در مورد زنا و لواط خنثى مى فرمايند: لواط با دخول آلت رجوليت خنثى در فرج و دبر ديگرى محقق نمى شود؛ چنانكه آميزش كردن مرد با خنثى به جهت شك در اصلى بودن فرج وي تحقق بخش زنا نيست (نجفى، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۲۵۹؛ عمرانى، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۲۳۵؛ بغوى، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۴۷۲). مى توان نتيجه گرفت كه فرد خنثى در احكام فقهى داراى حكم يكسانى با مردان و زنان نيست، چون بر مرد يا زن بودن خنثى شك وجود دارد.

جرم زناى خنثى (دوجنسى)

براى تعيين جرم زناى خنثى، بايد ابتدا اقسام خنثى بيان شود.

۱. انواع خنثی

فقها خنثی را به دو گروه تقسیم کرده‌اند: اول: خنثای غیرمشکل: مراد از آن فردی است که مرد و یا زن بودن وی از راه نشانه‌های شرعی قابل اثبات باشد؛ دوم) خنثای مشکل: مقصود از خنثای مشکل فردی است که در عین داشتن عضو تناسلی مردانه و زنانه، تعیین مرد و یا زن بودن وی از راه نشانه‌های شرعی ممکن نباشد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۸، ص ۱۹۱).

نشانه‌هایی که با آنها می‌توان خنثی را به یکی از دو جنسیت مرد یا زن ملحق کرد عبارتند از: ۱. خروج دایمی یا غالبی بول از یکی از دو آلت تناسلی وی و حکم به جنسیت او بر اساس همان آلت در فرض خروج غالبی می‌شود، خروج بول از مخرج دیگر باید بسیار نادر باشد؛ ۲. پیشی گرفتن دایمی یا غالبی بول از یکی از دو آلت، در فرض خروج بول از هر دو؛ ۳. دیرتر قطع شدن بول از یکی از دو آلت در فرض خروج هم‌زمان آن از هر دو (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج ۳، ص ۵۰۶).

برخی از فقها امارات و قرائن اطمینان‌آوری چون روییدن موی صورت و عادت ماهانه را ملاک قرار داده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۹، ص ۲۸۰؛ خمینی، ۱۳۸۹ش، ج ۲، ص ۳۹۹). شمردن دنده‌های سمت راست و چپ قفسه سینه که در صورت برابر بودن آنها، زن و در صورت نابرابری، مرد خواهد بود. به عبارت دیگر برای تشخیص جنسیت خنثی، تساوی و عدم تساوی دنده‌های سمت چپ و راست او ملاک است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۹، ص ۲۸۴). در صورت تساوی دنده‌های دو طرف، ملحق به زن و گرنه ملحق به مرد می‌گردد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج ۳، ص ۶۵۸).

مبنای فقها برای تشخیص جنسیت خنثی در بابهای ارث، دیات و نکاح از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، چون در باب ارث، مذکر دو برابر مؤنث می‌برد و در باب دیه، دیه ی زن نصف، دیه مرد است و تشخیص وضعیت خنثی که مایل به مرد است یا زن در باب نکاح اهمیت ویژه خود را می‌رساند. با توجه به این موارد باید گفت: تشخیص خنثی مشکل و غیرمشکل نیز در باب جرایم جنسی خصوصاً زنا دارای اهمیت ویژه است. پس در مورد خنثای مشکل باید گفت: تشخیص مرد یا زن بودن این خنثی مشکل است، لذا نمی‌توان آن را ملحق به گروه مردان یا زنان کرد. لذا بیشتر فقها در مورد احکام خنثای

مشکل اختلاف دارند و در مورد جرایم جنسی خصوصاً زنا نیز این اختلاف نظر به نهایت خود می‌رسد.

۲. زناى خنثای مشکل و غیرمشکل

فرد خنثی در احکام فقهی دارای حکم یکسانی با مردان و زنان نیست، چون بر مرد یا زن بودن خنثی شک وجود دارد. در مورد زناى خنثی نیز قطعاً میان فقها اختلاف نظر وجود دارد، لذا برای پاسخگویی به این سؤال، باید به تعریف فقهی زنا توجه کرد و روایات در این مورد نیز بررسی شود.

۲-۱. قول بر عدم تحقق زنا

در مورد عدم تحقق زنا در مورد افراد خنثای مشکل می‌توان به دو دلیل اشاره کرد:

۲-۱-۱. توجه به تعریف زنا

در مورد عدم تحقق زنا توسط خنثای مشکل می‌توان به تعریف زنا استدلال کرد. فقها در تعریف زنا گفته‌اند: «هو وطء من حرم الله تعالى و طءه من النساء، بغير عقد مشروع»: زنا یعنی کسی که خداوند وطی آن زن را حرام کرده، آمیزش کند بدون این که عقد مشروعی وجود داشته باشد (مفید، ۱۴۰۴ق، ص ۷۷۴). طوسی همین تعریف را ذکر می‌فرماید ولی قید شبهه در عقد را نیز اضافه کرده است، می‌فرماید: «... و لا شبهة عقد» (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۶۸۸). فقهای دیگر نیز تقریباً همین تعریف را ارائه داده‌اند (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸ق، ص ۴۰۹؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۲۵۳).

عده‌ای از فقهای شافعیه در تعریف زنا آورده‌اند: «إبلاج الذکر بفرج محرم لعینه خال عن الشبهة»: دخول آلت مردانه در آلت زن نامحرمی که خالی از شبهه باشد (نوی، ۱۴۳۱ق، ص ۲۹۵؛ غزالی، ۱۴۱۷ق، ج ۶، ص ۴۳۵؛ ابن ملقن، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۱۶۲۰). عده‌ای دیگر از فقهای شافعی مصداق وقوع زنا را دخول آلت را به اندازه حشفه دانسته‌اند (حصنی، ۱۹۹۴م، ص ۴۷۳؛ نوی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۰، ص ۸۶؛ انصاری، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۱۹۰؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۴۴۲).

پس فقها در تعریف زنا به چند نکته اشاره کرده بودند: ۱- در زنا اول این که باید آلت تناسلی مرد در آلت تناسلی زن دخول کند؛ ۲- اینکه بین این زن و مرد رابطه زوجیت

نباشد و برای هم محرم نباشند؛ ۳- دخول صورت گرفته باشد و حداقل آن به مقدار حشفه است؛ ۴- آمیزش به شبهه نباشد؛ ۵- اینکه فرقی در دبر یا قبل ندارد (مفید، ۱۴۰۴ق، ص ۷۷۴؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸ص، ص ۴۰۹؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۶۸۸؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۲۵۳).

با توجه به موارد گفته شده قبل، می توان دو نتیجه کلی گرفت: ۱- خنثی در فقه دارای احکام مشخص و ثابتی نیست؛ ۲- تحقق زنا در حق خنثی نیز همانند دیگر احکام ثابت نیست. پس با اتصال مشخص نبودن احکام خنثی با تعریف فقهی زنا، می توان نتایج ذیل را به دست آورد:

- چون فقها تصریح کرده اند که آلت مرد در آلت زن دخول کند، تحقق زناست، لذا آلت خنثی چیز زائدی محسوب می شود؛ چنان که فقها در مورد ایلاج و آمیزش فردی با خنثی، قائل بر این هستند که دخول خنثی بر زن محرم و هم چنین دخول فردی در فرج خنثی، تحقق زنا نیست بلکه آن آلت زائده است و اصلی محسوب نمی شود (شهید اول، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۲۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۹، ص ۲۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۱۳؛ عمرانی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۲۳۵؛ بغوی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۴۷۲).

- هم چنین در تعریف فقها صراحتاً لفظ مرد و زن آمده است و لذا تعریف زنا، موارد دیگر مثل خنثی را خارج می کند، چون خنثی نه مرد است و نه زن و هم چنین آلت آنها نیز اصلی نیست، چنان که برخی فقها در تعریف زنا از قیودی استفاده کرده اند تا آلت اصلی مردان و زنان از آلت زائد خنثی جدا شود. چنان که فقها فرموده اند: «الزنا تعیب الحشفة من ذکر اصلی یقیناً فی فرج امرأة اصلی یقیناً (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۴۶۹؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۸؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۴۴۲؛ ابن حجر هیتمی، ۱۳۵۷ق، ج ۹، ص ۱۰۱؛ رملی، ۱۴۳۰ق، ص ۸۹۳؛ بجیرمی، ۱۳۶۹ق، ج ۴، ص ۲۱۳). در واقع فقها می خواهند اشاره کنند که آلت زن و مرد باید اصلی باشد و گرنه آلت زائده تحقق زنا نمی کند. یعنی آلت فرد خنثی زائده است. هم چنین این عبارت بیان می کند که برای تحقق زنا، آلت اصلی باید وجود داشته باشد و طبق نظر برخی فقها قید «من ذکر اصلی» برای احتراز از آلت زائده خنثی است و قید «یقیناً» نیز برای احتراز از آلت خنثای مشکل است. پس در این حالت زنا تحقق نمی یابد.

۲-۱-۲. طبق قاعده درء

دلیل دیگر فقها بر این حکم، این است که شخص نمی‌داند آلت او اصلی یا زائده است و اجرای حد منوط به یقین به جرم است و لذا در این جا شبهه پیش می‌آید و مطابق قاعده درء در جایی که شبهه پیش بیاید، اجرای حد ساقط می‌شود و مؤید این مطلب، روایات است.

«عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ ادْرَأُوا الْخُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ...» (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۷۴). پیامبر اکرم ﷺ می‌فرماید: حدود را به شبهات دفع کنید. فقها به مضمون این روایات در ابواب مختلف استناد کرده‌اند و از مضمون این روایت، قاعده فقهی درء بیرون آمده است. فقها در باب حدود بر این عقیده‌اند که بنابر احتیاط، تا جایی که امکان دارد حد نباید جاری شود (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۴۸۹-۴۷۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۹، صص ۳۰-۶۵). پس طبق قاعده درء، اجرای حدود با پیدایش شبهه منتفی و متوقف می‌شود و در مورد ختنایی که زنا می‌کند نیز شبهه وجود دارد و شبهه این است که آلت او اصلی یا زائده است و لذا این شبهه باعث دفع اجرای حد زنا می‌شود.

۲-۲. قول بر تحقق زنا

برخی دلایل نشان از تحقق زنا در مورد فرد خنثای مشکل دارد. در این مورد نیز روایتی وجود دارد که دلالت بر این دارد که آلت خنثی زائده نیست و همانند آلت اصلی مردان و زنان کار می‌کند. روایت این گونه است: «زنی به شریح قاضی می‌گوید: من، هم آنچه مردان دارند، دارم و هم آنچه زنان دارند. لذا شوهرم با من آمیزش کرد، از او بچه آوردم و من نیز با کنیزم آمیزش کردم و او هم از من بچه آورد و امام علی علیه السلام با شماردن دنده‌های آن زن، لباس، کلاه و کفش مردانه بر تن او کرد و ردایی بر شانه او انداخت و او را جزو مردان به حساب آورد» (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۴، صص ۳۲۸-۳۲۷؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲۵، ص ۹۰۴؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۶، ص ۲۸۸).

مجلسی در ذیل حدیث می‌گوید: «این روایت در نزد علمای اهل سنت مشهور و در کتابهای ایشان ثبت است (ر.ک: سلفی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۱۴۲؛ ابن ابی حاتم، ۱۲۷۱ق، ج ۶، ص ۱۹۳؛ خطیب بغدادی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۳، ص ۴۴۳). از این رو مفید و ابن ادریس حلی از علمای شیعه، علی‌رغم اینکه به خبر واحد عمل نمی‌کنند، به این روایت که در نزد آنان به‌عنوان خبر واحد شناخته شده، عمل کرده‌اند. حلی سند روایت را صحیح دانسته و گفته

است: کسانی که این روایت را ضعیف دانسته‌اند، به سند آن توجه نداشته‌اند» (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۱، ص ۳۶۴). یکی از فقهای معاصر می‌گوید: «از این روایت به دست می‌آید که یک شخص در تولیدمثل، می‌تواند هم نقش مرد و هم نقش زن را ایفا نماید و من مضمون این روایت را با عده‌ای از پزشکان در میان گذاشتم. آنها گفتند: در تاریخ پزشکی، چنین چیزی دیده نشده است» (مؤمن قمی، ۱۴۱۵ق، ص ۱۰۷). خیلی از فقها این روایت را صحیح می‌دانند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۱۳۷؛ محسنی قندهاری، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۲۲۲؛ سبحانی، ۱۴۱۵ق، ص ۳۷۶). البته برخی فقها نیز قائل به ضعف سند هستند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۴۵) که در جواب برخی فقها گفته‌اند: می‌توان ادعای تواتر بر آن کرد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۹، ص ۲۸۴) و برخی فقها هم به آن عمل کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۰۶؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۲۸۱).

با بررسی سند روایت، علی بن عبدالله معاویه، و میسره بن شریح که در سند روایت آمده‌اند، ضعیف هستند و می‌توان ادعا کرد که روایت از اسرائیلیات هست، اما چون برخی از علماء شیعه و نیز در بین علماء اهل تسنن به آن عمل شده است، ضعف روایت را به نحوی جبران می‌کند لذا این روایت دو نکته دارد: اول اینکه در قسمتی از این روایت آمده است که خنثی هم باردار شده است و هم توانسته که کنیز خود را باردار کند، یعنی آلت زنانه خنثی کار کرده است و زائده نیست و هم چنین آلت مردانه خنثی کار کرده و کنیز را باردار کرده است و لذا زائده نیست. دوم اینکه امام علی علیه السلام در آخر خنثی را جزو مردان به حساب آورده است؛ یعنی آلت مردانه او اصلی است و توانایی باردار کردن دارد.

پس این روایت به‌خوبی بیان می‌کند که آلت خنثی اصلی محسوب می‌شود و زائده نیست و لذا با تعاریف فقهی زنا و هم‌چنین قاعده «تدرء الحدود بالشبهات» تعارض پیدا می‌کند که می‌توان این تعارض را سه جور حل کرد:

اول: تعریف فقها در مورد آلت خنثی که زائده است را صادق بدانیم و در مورد آلت‌هایی که توانایی آمیزش و بارداری را دارند، حکم اصلی داده شود. مثلاً فرد خنثی توسط پزشک قانونی معاینه شود. اگر توانایی بارداری و نزول منی داشته باشد، آلت او اصلی محسوب می‌شود و حکم زانی یا زانیه بر آن صدق می‌شود. ولی اگر آلت او زائده بود طبق قاعده درء حکم زانی یا زانیه از او برداشته می‌شود.

دوم: اين روايت حمل بر قضيه خاص شود و حكم آن سرايت داده نشود. در توضيح بايد گفت: يکى از موضوعات مهم فقهى که فقها در بيستر ابواب به آن استناد کرده‌اند، قضيه فى واقعه است که با نامهاى قضيه شخصيه يا جزئى يا مخصوصه به‌کار مى‌رود (شهيد اول، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۶۰). در علم اصول فقه و منطق با عنوان قضيه خارجى به‌کار مى‌رود (صدر، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۹) و در مقابل قضيه حقيقيه است (سجادی، ۱۳۶۶ش، ج ۳، ص ۱۵۰۲). قضيه فى واقعه يا قضيه خارجى يعنى دايره شمول آنها در حد همان قضيه و حکايتى است که صادر شده و عموميت ندارد و در تنها در همان مورد خاص به‌کار مى‌رود (نائينى، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۵۲۷). البته فقها هر روايتى را حمل بر قضيه فى واقعه نمى‌کنند، چون اصل در قضايا، قضيه حقيقيه است؛ يعنى بر شمول و همگانى بودن و عدم اختصاص به فرد يا گروهى خاص است و دليل اين امر را مى‌توان در آيات (انعام، ۱۹) و روايات پيدا کرد. مثلاً در روايتى آمده است: «وَقَالَ ﷺ حُكْمِي عَلَى الْوَاحِدِ حُكْمِي عَلَى الْجَمَاعَةِ» (ابن‌ابى‌جمهور احسائى، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۴۵۶). نبى اکرم ﷺ مى‌فرمايد: حکم من بر يکى به منزله حکم من بر جماعت است. اين روايت بيان‌کننده آن است که اگر نبى اکرم ﷺ حکمى را با توجه به حديثى برای فردى صادر کند آن حکم برای تمام افراد ديگر نيز صادق است.

اما فقها معتقدند که برخى روايات بر اساس تقيه يا حالت خاص سائل، صلاحيت تسرى ندارند و در همان مورد خاص، صادق هستند و لذا نمى‌توان به‌صراحت گفت هر روايتى که از ائمه عليهم‌السلام نقل شده برای عموم است. بنابراين برخى روايات در مورد مسائل جزئى صادر شده‌اند و چون در مورد خاص هستند در همان مورد خاص باقى مى‌مانند. البته نشانه‌هاىى برای شناسايى قضيه فى واقعه وجود دارد. مثل جايى که روايتى با ادله و مسلمات فقهى فقه اماميه مخالف و تعارض داشته باشد آن روايت قضيه فى واقعه است و نمى‌توان بر اساس آن روايت، حکم عام کرد. در مورد روايت شريح قاضى نيز همين امر وجود دارد. چون اين روايت فقط در مورد خاصى بيان شده است و با ادله و مسلمات فقهى فقه اماميه (قاعده درء، تعريف فقهى زنا) مخالف و تعارض دارد.

با اين وجود در مورد زناى دوجنسى يا خنتاى مشكل اين پاسخ قابل ذکر است که اگر آلت او اصلى محسوب شود، قطعاً داخل در تعريف زنا قرار مى‌گيرد و مرتكب آن مستحق حد است، ولى اگر آلت او زائده محسوب شود، تحقق زنا در کار نيست چون داخل در

تعریف فقهی زنا قرار نمی‌گیرد و خارج از تعریف است و لذا تحقق زنا برای آنها ثابت نمی‌شود.

سوم: به تقسیم خنثی اشاره کرد. یعنی در جایی که توانست آلت اصلی و زائده را مشخص کرد، آن فرد خنثای غیرمشکل است و تحقق زنا صورت گرفته است، چون اولاً آلت او اصلی است و در تعریف فقهی زنا قرار می‌گیرد و ثانیاً قاعده در اینجا وجود ندارد. ولی در جایی که آلت اصلی و زائده قابل تشخیص نباشد، آن فرد خنثای مشکل است و چون آلت اصلی و زائده خنثی مشخص نیست در تعریف فقهی زنا قرار نمی‌گیرد و هم‌چنین شبهه به وجود می‌آید که طبق قاعده در عمل می‌شود؛ یعنی تحقق زنا صورت نگرفته است.

۳. نحوه مجازات در مورد زنای خنثای مشکل و غیرمشکل

طبق نظرات فقها و ادله وارده، خنثی مشکل و غیرمشکل در تحقق جرم زنا، وضعیت متفاوت دارند؛ زیرا زنای خنثای غیرمشکل تحقق یافته و مستحق حد است، ولی زنا در مورد خنثای مشکل تحقق نیافته است، ولی مستحق تعزیر است که در ذیل مجازات خنثای مشکل و غیرمشکل بیان می‌شود:

۳-۱. مجازات خنثای مشکل

هر چند تحقق زنا در مورد خنثای مشکل وجود ندارد، ولی کار او نمونه بارز فعل حرام است و مستحق تعزیر است. دلیل این ادعا را با بررسی سه قاعده فقهی تعزیر می‌توان اثبات کرد:

الف) التعزیر لکل محرم: این قاعده بیانگر آن است که هر حرامی در دین اسلام صورت گیرد، خاطی مستوجب تعزیر می‌شود. از این رو فقها معتقدند ترک هر یک از واجبات الهی و ارتکاب هر کدام از گناهان تعزیر دارد، مشروط بر اینکه حد شرعی نداشته باشد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۶۹؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۵۳۵؛ ابوالصلاح حلبی، ۱۳۹۰ش، ج ۱، ص ۴۱۷؛ عمرانی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۲، ص ۵۳۲؛ نووی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۰، ص ۱۷۴؛ ابن‌رفعه، ۲۰۰۹م، ج ۱۷، ص ۴۳۴؛ اسنوی، ۱۴۳۰ق، ج ۸، ص ۳۵۹). پس می‌توان گفت: تفخیز یا دخول و یا حتی زیر یک لحاف بودن خنثی با یک مرد یا زن دیگر که

محرم هم نیستند، مصداق بارز کار حرام است و مرتکب مستحق تعزیر است. با توجه به این قاعده و نظرات فقها می‌توان این نتیجه را گرفت: صغری: تفخیز، دخول، خلوت کردن خنتی با دیگری که در عقد او نیست، حرام است؛ کبری: تعزیر در هر معصیت و کار حرامی ثابت می‌شود؛ نتیجه: کارهای خنتی با زن و یا مردی که در عقد شرعی نیستند، موجب تعزیر می‌شود.

ب) تعزیر به دست حاکم: این قاعده می‌گوید در جرایم که موجب تعزیر می‌شوند حاکم مقدار و نوع تعزیر را انتخاب می‌کند: یعنی «التعزیر بید الحاکم» (مفید، ۱۴۰۴ق، ص ۷۷۷؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۵۲۱؛ محقق حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۲۲۷). تعزیر به دست حاکم است. در منابع فقه شافعی نیز با عباراتی مشابه بیان می‌دارند که تعزیر به دست حاکم است (ملیاری هندی، بی‌تا، ص ۵۸۶؛ عمرانی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۲، ص ۵۳۲).

ج) قاعده التعزیر دون الحد: این قاعده بیان می‌کند که تعزیر کمتر از حد شرعی است، مثلاً طوسی در یکی از کتابهایش می‌فرماید: مقدار تعزیر به مقدار حد کامل نمی‌رسد، بلکه کمتر از آن است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۹۷). دیگر فقها می‌فرمایند: هر کس که واجبی را ترک کند یا حرامی را مرتکب شود، به اندازه‌ای که حاکم صلاح بداند، تعزیر می‌شود و مقدار آن در شخص آزاد آن است که به حد آزاد نرسیده و در برده نیز مقدارش به حد برده نمی‌رسد (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۲۵۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۴۴۸؛ خمینی، ۱۳۸۹ش، ج ۲، ص ۴۷۷). عمرانی در این باب می‌گوید: «مقدار تعزیر مشخص نیست و بستگی به نظر امام دارد... و اگر خواست می‌تواند او را تازیانه بزند به شرط آنکه تعداد تازیانه کمتر از مقدار حدود باشد و اگر بر انسان حر تعزیر جاری می‌شود نباید به ۴۰ ضربه برسد» (عمرانی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۲، ص ۵۳۳) و در جایی دیگر بر این نظر ادعای اجماع داشته است (همان، ج ۱۲، ص ۵۳۴). نووی نیز چنین نظری را بیان می‌کند و قائل است بر اینکه تعزیر نباید به حد برسد و تا ۳۹ ضربه ایرادی ندارد (نووی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۰، ص ۱۷۴).

بنابراین با توجه به نظر فقها می‌توان گفت: حداکثر تعزیر ۷۴ ضربه است و خنتایی که مرتکب عمل خلاف شعون با کسی دیگر شود، حاکم می‌تواند تا ۷۴ شلاق، او را مجازات کند و فرق ندارد که این خنتی فاعل باشد یا مفعول، در دبر باشد یا در قبل. در این مورد

حاکم آنها را به خاطر کار زشت و حرام، تأدیب و تعزیر می‌کند و خبری از حد شرعی نیست و طبق نظر فقهای شافعی نیز تعزیر باید کمتر از مقدار حد و حداکثر ۳۹ ضربه باشد. پس حالت‌های قابل تصور در این مورد عبارت است از: ۱- زانیه و زانی هر دو خنثای مشکل باشند، هر دو تعزیر می‌شوند؛ ۲- زانیه خنثای مشکل باشد ولی زانی فرد عادی باشد، زانیه تعزیر می‌شود ولی زانی حد شرعی دارد.

۳-۲. مجازات خنثای غیرمشکل

خنثای غیرمشکل در واقع ملحق به جنس غالب و یا دایم خود می‌شود و احکام آن جنس را دارد (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ص ۶۴۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۹، صص ۲۸۱-۲۸۰؛ خمینی، ۱۳۸۹ش، ج ۲، ص ۳۹۹)، لذا اگر خنثی واضح دست به زنا و دیگر جرایم جنسی بزند. قاضی او را مستحق حد شرعی می‌داند.

پس اگر خنثی غیرمشکل مرتکب زنا شود، دو فرض بر آن بار می‌شود:

۱- ملحق به گروه زنان می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، صص ۳۱۳-۳۰۹): این خنثی با یکی از محارم خود زنا کند، حکمش قتل است. این خنثی محصن باشد در صورت زنا، مستحق رجم است (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۱۸۵). این خنثی، بالغ عاقل آزاد و غیرمحصن باشد که در این حالت مستحق ۱۰۰ تازیانه است. این خنثی پیر، آزاد، عاقل و محصن باشد، که در این حالت مستحق تازیانه و رجم است و ابتدا صد ضربه تازیانه می‌زنند و سپس او را سنگسار می‌کنند (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۷۱).

۲- ملحق به گروه مردان می‌شود: این خنثی با یکی از محارم خود زنا کند، حکم قتل است. این خنثی محصن باشد در صورت زنا، مستحق رجم است (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۱۸۵). این خنثی، بالغ عاقل آزاد و غیرمحصن باشد، که در این حالت تازیانه توأم با تراشیدن سر و تبعید است. این خنثی پیر، آزاد، عاقل و محصن باشد، که در این حالت مستحق تازیانه و رجم است و ابتدا صد ضربه تازیانه می‌زنند و سپس او را سنگسار می‌کنند (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۷۱).

جرم زناي تراجنسی

برخی بیماران روحی، خود را متعلق به جنس مخالف می‌دانند. امروزه ما با برخی بیماران روحی و روانی روبه‌رو هستیم که از نظر فیزیکی هیچ‌گونه اختلال جنسیتی ندارند، ولی حاضر به پذیرش جنسیت فعلی خویش نیستند. به عبارت دیگر، این گروه بیماران روانی، مردانی هستند که خود را زن می‌دانند و یا زنانی هستند که خود را مرد می‌دانند. این بیماری تقریباً در بیشتر کشورهای دنیا مشاهده شده است و مخصوص جغرافیای خاصی نیست (نجفی، ۱۳۹۳ش، ص ۶۰). محققان در مورد لواط شخص ترنس یا خنثی روانی حکم به مجرمیت آن داده‌اند (قدسی و میرحسینی امیری، ۱۳۹۵ش، ص ۱۲۸). یعنی اگر فرد ترنس با فرد دیگری چه ترنس باشد و چه مرد، لواط کند، حکم به جرم لواط آن داده می‌شود و در مورد زنا توسط شخص ترنس، دو فرض را باید پیگیری کرد:

۱. زناي زن ترنس

در این زمینه با اینکه فرد تراجنسی دارای آلت تناسلی مردانه است، اما وی خود را در لوای یک زن می‌انگارد. در اینجا با توجه به تعریف زنا می‌توان گفت فرد تراجنسی که از آلت تناسلی مردانه برخوردار است و اگر با زنی جماع کند، زنا محقق شده است؛ زیرا آنچه در تحقق جرم زنا موضوعیت پیدا می‌کند، انجام دادن رکن مادی آن خواهد بود که عبارت است از دخول آلت تناسلی مرد در دبر یا قبل زن به اندازه ختنه‌گاه و نه احساس و تعلقات روانی مربوط به مرتکب جرم (امیرآبادی فراهانی و قیوم زاده، ۱۳۹۹ش، ص ۸۳۵).

۲. زناي مرد ترنس

در این صورت، فرد دارای اختلال تراجنسی اگرچه رفتار و کرداری مردانه دارد، از اندام تناسلی زنانه برخوردار است. در اینجا نیز چنانچه آلت تناسلی مردانه در قبل یا دبر این فرد آن هم به اندازه ختنه‌گاه داخل شود، جرم زنا پدید خواهد آمد و از این حیث، هیچ تفاوتی نمی‌کند که زانیه در زمره افرادی بوده که از اختلال تراجنسی رنج می‌برده است یا خیر (همان‌جا). پس می‌توان گفت: ترنس یا تراجنسی یا خنثی روانی در صورت ارتکاب زنا، تحقق زنا در او صادق است، چون اولاً داخل تعریف فقهی و حقوقی زنا قرار می‌گیرد و ثانیاً او مشکل آلتی ندارد بلکه مشکل و بیماری دارد و خود را به یک‌طرف زنانه یا

مردانه سوق می‌دهد و آزادانه به زنا مرتکب می‌شود؛ یعنی اختیار و شعور انجام جرم را دارد و بیماری او مانع تحقق زنا نیست. هم‌چنین فعل خنثی داخل در تعریف فقهی حقوقی جرم قرار می‌گیرد.

جرم در اصطلاح فقه عبارت است از هر نوع عملی که در شرع ممنوع، و دارای کیفر دنیوی هم‌چون حد، تعزیر، قصاص، دیه و کفاره و یا اخروی باشد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج ۳، ص ۷۴). عده‌ای دیگر از فقها فرموده‌اند: «جرم امور ممنوع شرعی است، که خداوند به وسیله اجرای کیفر حد یا تعزیر مردم را از ارتکاب آن باز می‌دارد» (ماوردی، ۱۴۲۹ق، ص ۲۱۱؛ فیض، ۱۳۸۵ش، ج ۱، ص ۷۰). برخی فقها جرم را فقط در ممنوعات شرعی که کیفر دنیوی دارند به‌کار برده و بقیه کارهای ممنوع را مصداق معصیت، خطیئه یا اثم دانسته‌اند (ابن‌فراء، ۱۳۵۹ق، ص ۲۴۱).

جرم در اصطلاح حقوق با تعاریف زیادی روبه‌روست که برخی از آنها را اشاره می‌نماییم (فیض، ۱۳۹۰ش، ص ۲۵): ۱- جرم عبارت است عملی که قانون آن را ممنوع کرده یا ترک عملی که قانون آن را لازم دانسته و بر آن عمل یا ترک، کیفری مقرر داشته است؛ ۲. ماده ۲ قانون مجازات اسلامی (مصوب قبل ۱۳۹۲) مقرر می‌دارد: هر فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود.

از طرف دیگر موانع عدم مسئولیت کیفری در ماده ۱۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تصریح گردیده که این موارد عبارتند از: صغر؛ جنون؛ اکراه؛ اضطراب؛ عدم اراده (خواب، بیهوشی و...)؛ مستی و بی‌ارادگی ناشی از مصرف اختیاری موارد سالب اراده که شامل فرد تراجنسی نمی‌شوند. از تعریف فقهی و حقوقی بالا می‌توان نتیجه گرفت جرم یعنی انجام فعل یا ترک فعلی که شارع یا قانون آن را منع کرده است و برای مرتکب آن مجازات اعمال می‌شود که در مورد ترنس یا تراجنسی نیز صادق است، چون به‌دنبال انجام فعل حرام بوده است، مگر اینکه حال او خیلی خراب باشد که اراده، اختیار و شعور خود را از دست داده باشد تا عمل او مجرمانه محسوب نشود.

نتیجه

۱. خنثی در فقه امامیه و شافعیه دارای احکام فقهی است، ولی حکمهای فقهی آن با زنان و مردان فرق می‌کند، چون مشخص نیست او جزو کدام گروه قرار می‌گیرد. ولی تراجنسی همانند گروه خود، مکلف به تکلیف است و تکالیف او مشخص و نمایان است.

۲. زنا در آیات و روایات به صورت مطلق حرام شده است و فرقی ندارد که فرد سالم باشد و یا خنثی باشد و یا اختلال داشته باشد.

۳. فقهای امامیه و شافعیه در تعریف زنا، دخول آلت مرد در زنی که در عقد او نیست را کافی در تحقق زنا می‌دانند. ولی در مورد فرد خنثی اختلاف نظر دارند که آلت او اصلی است یا زائد که با توجه به بررسی انجام‌گرفته می‌توان گفت: اگر مشخص شود که آلت او همانند فرد سالم کار می‌کند، در تحقق زنا شکی نیست و باید حد زنا بر آن خنثی اجرا شود.

۴. اگر آلت خنثی زائد محسوب شود، طبق قواعد تعزیر، کار او مصداق فعل حرام هست و لذا حاکم نوع مجازات و تعداد آن را به شرط اینکه از حد شرعی (۷۴ شلاق در فقه امامیه و ۳۹ شلاق در فقه شافعی) بیشتر نباشد، محکوم می‌کند.

۵. به اتفاق فقهای امامیه و شافعیه زنا در مورد تراجنسی محقق می‌شود، چون داخل در تعریف زنا قرار می‌گیرد و بیماری و اختلال فرد تراجنسی در رفع مسئولیت او تأثیری ندارد، مگر اینکه بگوییم بیماری او آن‌چنان زیاد است که او را از حالت طبیعی خارج می‌کند و اراده و شعور خود را از دست بدهد که در این صورت مستحق مجازات حدی نیست اما مستحق مجازات تعزیری هست.

فهرست منابع

- قرآن کریم.
- ابن ابی جمهور احسائی، محمد بن علی (۱۴۰۵ق). *عوالی الثالی العزیزیه*. قم: سیدالشهداء.
- ابن ابی حاتم، عبدالرحمن بن محمد (۱۲۷۱ق). *الجرح والتعديل*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳ق). *من لایحضره الفقیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر (۱۴۰۶ق). *المهذب*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن حجر هیتمی، احمد بن محمد (۱۳۵۷ق). *تحفة المحتاج فی شرح المنهاج*. قاهره: المكتبة التجارية الكبرى.
- ابن حمزه طوسی، محمد بن علی (۱۴۰۸ق). *الوسيلة الی نیل الفضیلة*. قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
- ابن رفعه، احمد بن محمد (۲۰۰۹م). *کفاية النبیة فی شرح التنبیه*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ابن سعید حلی، یحیی بن احمد (۱۴۰۵ق). *الجامع للشرائع*. قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمیه.
- ابن فارس، احمد بن فارس (۱۴۰۴ق). *معجم مقاییس اللغة*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ابن فراء، محمد بن حسین (۱۳۵۹ق). *الاحکام السلطانیة*. قاهره: بی نا.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۷ق). *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن ملقن، عمر بن علی (۱۴۲۱ق). *عجالة المحتاج الی توجیه المنهاج*. اردن: دارالکتاب.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*. بیروت: دارالفکر.
- ابوالصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین (۱۳۹۰ش). *الکافی فی الفقه*. قم: مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.
- اسنوی، عبدالرحیم بن حسن (۱۴۳۰ق). *المهمات فی شرح الروضة و الرافعی*. بیروت: دار ابن حزم.
- امیرآبادی فراهانی، فریدون، و قیوم زاده، محمود (۱۳۹۹ش). *چالشهای ناظر بر اختلالهای دوجنسی و تراجنسی در جرایم جنسی و جنسیت مدار*. پژوهشهای فقهی، ۱۶(۴)، ۸۲۷-۸۵۳.
- doi: 10.22059/jorr.2020.260435.1008098
- انصاری، زکریا بن محمد (۱۴۱۴ق). *فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب*. بیروت: دارالفکر.
- باریکلو، علیرضا (۱۳۸۲ش). *وضعیت تغییر جنسیت*. اندیشه های حقوقی، ۱(۵)، ۶۳-۸۶.

- بجيرمى، سليمان بن محمد (۱۳۶۹ق). *التجريد لنفع العبيد*. قاهره: مطبعة مصطفى البابى الحلبي.
- بحراني، يوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). *الحدائق الناضرة فى احكام العترة الطاهرة*. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- بغوى، حسين بن مسعود (۱۴۱۸ق). *التهديب فى فقه الإمام الشافعى*. بيروت: دارالكتب العلمية.
- جوهرى، اسماعيل بن حماد (۱۴۱۰ق). *الصحيح تاج اللغة و صحاح العربية*. بيروت: دارالعلم.
- حر عاملى، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة*. تهران: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
- حسيني زبدي، محمد بن محمد (۱۴۱۴ق). *تاج العروس من جواهر القاموس*. بيروت: دارالفكر.
- حصنى، ابوبكر بن محمد (۱۹۹۴م). *كفاية الأختيار فى حل غاية الإختصار*. دمشق: دارالخير.
- حلى، حسن بن يوسف (۱۴۱۰ق). *ارشاد الأذهان الى احكام الإيمان*. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- همو (۱۴۲۰ق). *تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية*. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
- همو (۱۴۱۳ق). *تذكرة الفقهاء*. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- حميرى، نشوان (۱۴۲۰ق). *شمس العلوم و دواء كلام العرب من الكلوم*. بيروت: دارالفكر.
- حوى، سعيد (۱۴۲۴ق). *الاساس فى التفسير*. قاهره: دارالسلام.
- خطيب بغدادى، احمد بن على (۱۴۲۲ق). *تاريخ بغداد*. بيروت: دارالغرب الإسلامى.
- خطيب شربيني، محمد بن احمد (۱۴۱۵ق). *معنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج*. بيروت: دارالكتب العلمية.
- خمينى، سيد روح الله (۱۳۸۹ش). *تحرير الوسيله*. تهران: اسلاميه.
- راغب اصفهانى، حسين بن محمد (۱۴۱۲ق). *المفردات فى غريب القرآن*. دمشق: دارالقلم؛ بيروت: دار الشامية.
- رملى، احمد بن احمد (۱۴۳۰ق). *فتح الرحمن بشرح زيد ابن رسلان*. بيروت: دارالمنهاج.
- سامانى، احسان (۱۳۹۲ش). *احكام دوجنسىتى ها در باب حج. ميقات حج، ۲۱ (۸۴)، ۶-۳۰*.
- سبحانى، جعفر (۱۴۱۵ق). *نظام الإرث فى الشريعة الإسلامية الغراء*. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
- سجادى، جعفر (۱۳۶۶ش). *فرهنگ معارف اسلامى*. تهران: شركت مؤلفان و مترجمان ايران.
- سلفى، احمد بن محمد (۱۴۲۵ق). *الطيوريات*. رياض: مكتبة اضواء السلف.
- شهيد اول، محمد بن مكى (۱۴۱۰ق). *اللمعة الدمشقية*. بيروت: دارالتراث.
- همو (۱۴۱۹ق). *ذكرى الشيعة فى أحكام الشريعة*. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية*. قم: کتاب فروشى داوری.
- همو (۱۴۱۴ق). *حاشیة الإرشاد*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- شیرازی، ابراهیم بن علی (۱۴۳۱ق). *المهذب فى فقه الإمام الشافعى*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد (۱۴۱۴ق). *المحیط فى اللغة*. بیروت: عالم الکتب.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۱۸ق). *دروس فى علم الأصول*. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
- طباطبائی، سید محمدحسین (۱۳۷۴ش). *المیزان فى تفسیر القرآن* (ترجمه سید محمدباقر موسوی همدانی). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طباطبائی، سید علی بن محمدعلی (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل فى تحقیق الأحكام بالدلائل*. قم: مؤسسه آل‌البتیة.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۶۳ش). *مجمع البیان فى تفسیر القرآن* (ترجمه سید هاشم رسولی محلاتی و دیگران). تهران: فراهانی.
- طریحی، فخرالدین بن محمد (۱۴۱۶ق). *مجمع البحرین*. تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریة.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). *الخلاف*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- همو (۱۳۸۷ق). *المبسوط فى فقه الإمامیة*. تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریة.
- همو (۱۴۰۰ق). *النهاية فى مجرد الفقه و الفتاوى*. بیروت: دارالکتاب العربی.
- عمرانى، یحیی بن ابی‌الخیر (۱۴۲۱ق). *البیان فى مذهب الإمام الشافعى*. جده: دارالمنهاج.
- غزالی، محمد بن محمد (۱۴۱۷ق). *الوسیط فى المذهب*. قاهره: دارالسلام.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). *ایضاح الفوائد فى شرح مشکلات القواعد*. قم: اسماعیلیان.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق). *کتاب العین*. قم: دارالهجرة.
- فیض کاشانی، محمدحسین بن شاه مرتضی (۱۴۰۶ق). *الوافی*. اصفهان: مکتبه الإمام أميرالمؤمنین علی علیه السلام.
- فیض، علیرضا (۱۳۹۰ش). *حقوق جزای اسلامی*. قم: مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.
- همو (۱۳۸۵ش). *مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- فیومی، احمد بن محمد (بی‌تا). *المصباح المنیر فى غریب الشرح الكبير*. قم: دارالرضی.

- قدسى، سيد ابراهيم، و ميرحسينى اميرى، سيده كلثوم (۱۳۹۵ش). تغيير جنسيت در احكام كيفرى. پژوهشهاى فقه و حقوق اسلامى، ۱۲(۴۳)، ۱۲۱-۱۴۴.
- گشتاسبى اصل، سام (۱۳۹۸ش). اختلال جنسى و هويت گم شده. قم: هدف سبز.
- مالک بن انس (۱۴۲۵ق). الموطأ. ابو ظبى: مؤسسه زايد بن سلطان آل نهيان.
- ماوردى، على بن محمد (۱۴۲۹ق). الأحكام السلطانية. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- مجلسى، محمد تقى بن مقصود على (۱۴۰۶ق). روضة المتقين فى شرح من لا يحضره الفقيه. قم: بنياد فرهنگ اسلامى كوشانپور.
- محسنى قندهارى، محمد آصف (۱۴۲۴ق). الفقه و مسائل طبيه. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- محقق حلى، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فى مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعيليان.
- همو (۱۴۱۰ق). المختصر النافع فى فقه الإمامية. تهران: مؤسسه البعثة.
- مشكيني، على (۱۳۹۲ش). مصطلحات الفقه. قم: دار الحديث.
- مفيد، محمد بن محمد (۱۴۰۴ق). المقنعة. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- مكارم شيرازى، ناصر (۱۳۷۱ش). تفسير نمونه. تهران: دارالكتب الإسلاميه.
- مليبارى هندی، احمد بن عبدالعزيز (بى تا). فتح المعين بشرح قره العين بمهمات الدين. بيروت: دار ابن حزم.
- موسى اردبیلی، سيد عبدالکريم (۱۴۲۷ق). فقه الحدود و التعزيرات. قم: دانشگاه مفيد.
- مؤمن قمى، محمد (۱۴۱۵ق). كلمات سديده فى مسائل جديده. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- نائينى، محمد حسين (۱۴۱۷ق). فوائد الأصول. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- نجفى، على (۱۳۹۳ش). احكام فقهى تغيير جنسيت (بايان نامه کارشناسى ارشد). تويسركان: دانشگاه آزاد اسلامى.
- نجفى، محمد حسن (۱۴۰۴ق). جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام. بيروت: دار إحياء التراث العربى.
- نسائى، احمد بن شعيب (۱۴۱۱ق). سنن النسائى. بيروت: دارالكتب العلميه.
- نووى، يحيى بن شرف (۱۴۱۲ق). روضة الطالبين و عمدة المفتين. بيروت: المكتب الإسلامى.
- همو (۱۴۳۱ق). المجموع شرح المهدب. بيروت: دارالفكر.
- وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلاميه (۱۴۲۷ق). الموسوعة الفقهية الكويتية. كويت: دارالسلاسل.
- هاشمى شاهرودى، سيد محمود (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بيت عليهم السلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامى بر مذهب اهل بيت عليهم السلام.

- همو (۱۴۳۲ق). موسوعة الفقه الإسلامی المقارن. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.