

واکاوی مبانی فقهی ماده ۲۳۴ قانون

مجازات اسلامی ۱۳۹۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۷/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۱/۱۷ مهدیه غنی زاده *

احسان سامانی **

چکیده

در ماده ۲۳۴ قانون مجازات جدید مصوب ۱۳۹۲، قانونگذار با عدول از دیدگاه مشهور فقها به تبعیت از قول غیر مشهور، در ارتباط با مجازات لواط ایقابی دیدگاه افتراقی را برگزیده است. چنین رویکردی از سوی قانونگذار، بررسی مستندات قول غیر مشهور و سنجش میزان اعتبار آن در معارضه با قول مشهور را بیش از پیش ضروری می نماید تا از این منظر، مبنای قانونگذار در اعراض از قول مشهور آشکار گردد. از این حیث پژوهش حاضر به شیوه توصیفی - تحلیلی به بررسی این مسئله پرداخته، یافته ها نشان می دهد: اولاً اطلاق روایاتی که مشهور قول خود را بر آن مبتنی ساخته اند در مقام بیان نبوده و محل صدور مربوط به واقعه ای خاص است. ثانیاً قول دیگر در این مسئله (قول قانونگذار) شاذ نبوده و در حد شهرت است. ثالثاً دیدگاه برگزیده قانون، مطابق قواعد باب حدود، موافق با اصل احتیاط و سازگار با عدالت است. بنابراین باتوجه به نکات مذکور، دیدگاه مورد قبول قانونگذار نسبت به دیدگاه دیگر که بنابر قولی میان فقها مشهور می باشد، از قوّت و رجحان قابل ملاحظه ای برخوردار است.

واژگان کلیدی: حد، لواط ایقابی، لواط غیرایقابی، احسان، عدم احسان

*. دانش آموخته دکتری دانشگاه سیستان و بلوچستان.

** استادیار دانشگاه سیستان و بلوچستان (نویسنده مسئول) (Esamani63@lihu.usb.ac.ir).

مقدمه

در قانون مجازات جدید نسبت به قانون سابق شاهد تغییراتی می‌باشیم که مسلماً در راستای تأمین هرچه بهتر عدالت کیفری صورت گرفته است. یکی از این تغییرات مربوط به ماده ۲۳۴ قانون مجازات ۱۳۹۲ می‌باشد. این ماده مربوط به مجازات لواط ایقابی است. سابقاً، قانونگذار در ماده ۱۱۰ قانون مجازات ۱۳۷۰ مجازات لواط را به طور مطلق قتل دانسته بود اما در قانون جدید در این زمینه دیدگاه افتراقی را برگزیده و اعلام داشت:

حد لواط در صورت علف، اکراه یا دارا بودن شرایط احصان، اعدام و در غیراین صورت صد ضربه شلاق است. حد لواط برای مفعول در هر صورت (وجود یا عدم احصان) اعدام است.

باتوجه به اتخاذ مفاد قوانین از متون شرعی و فقهی، آنچه از بررسی این متون حاصل می‌آید، اعراض قانونگذار از قول مشهور و تبعیت از دیدگاه غیرمشهور در این مسئله می‌باشد. با این تفسیر، مهم‌ترین سؤالاتی که در این زمینه مطرح می‌گردد، این است که چه مبانی و مستنداتی برای عمل قانونگذار در اعراض از قول مشهور و برگزیدن قول غیرمشهور وجود دارد؟ مبانی و مستندات قول غیرمشهور به عنوان قول برگزیده قانونگذار در معارضه با مبانی قول مشهور در چه سطحی از اعتبار می‌باشند؟ با توجه به اخفیت مجازات فاعل لواط نسبت به مفعول در قانون جدید، چه مبنا و مستندی برای آن می‌توان ارائه داد؟ ازاین‌حیث پژوهش حاضر تلاشی است برای پاسخگویی به سؤالات مذکور.

۱. مفهوم‌شناسی

۱.۱. مفهوم لواط

لواط از ریشه «لاط یلوط لوطاً و لیطاً»، به معنی چسبیدن (ابن‌فارس، ۱۳۹۹ق: ج ۵، ص ۲۲۱) و وابستگی به دل و جان است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ۷۵۰-۷۵۱)

«الولدُ أَلَوَطٌ» به معنای وابسته بودن فرزند به دل و جان می‌باشد. همچنین معنای جمله «هذا امر لا يَلْتَأُ بِصَفَرِي»، عبارت است از اینکه این کار به دلم نچسبید. لوط نیز که نام یکی از پیامبران الهی است، از همین واژه اشتقاق یافته است (فراهیدی، ۱۴۲۴ق: ج ۷، ص ۴۵۲). اما تَلَوَطَ فلانٌ، یعنی فلانی هم روش قوم لوط شد و عمل شنیع آن قوم را مرتکب شد. واژه لاط و لاوط نیز به این معنا استعمال می‌شود، لذا جمله «لاط الرجلُ لواطاً و لاوطاً»، یعنی شخص مرتکب عمل ناشایست قوم لوط شد (ابن منظور، ۱۳۷۵: ج ۷، ص ۳۹۶) واژه «لوطی» نیز برگرفته این کار اطلاق می‌گردد (عبد المنعم، ۱۴۱۹ق: ج ۳، ص ۱۸۶) آن گونه که اهل لغت گفته‌اند، اشتقاق واژه لواط از لفظ لوط است که بازدارنده و نهی کننده این عمل بوده است (ابن منظور، ۱۳۷۵: ج ۷، ص ۳۹۶؛ فراهیدی، ۱۴۲۴ق: ج ۷، ص ۴۵۲؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ۷۵۰-۷۵۱)، نه از واژه و لفظ انجام‌دهندگان آن عمل ناپسند و نامشروع؛ اگرچه برخی گفته‌اند این واژه، از واژه لاط یلوط به معنای لصوق و اتصال و چسبیدن اشتقاق یافته است، نه از اسم لوط پیامبر (یزدی، ۱۳۸۲: ۷۰).

با توجه به آنچه بیان شد و صرف نظر از اینکه این واژه از چه لفظی اشتقاق یافته، مفهوم لغوی لواط، همجنس‌بازی مردان و ارتباط جنسی آنان با یکدیگر است. اما درخصوص معنای اصطلاحی این واژه اختلاف نظرهایی به چشم می‌خورد. برخی با اقتباس از پاره‌ای روایات (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق: ج ۴، ص ۲۲۱) لواط را به استمتاع از طریق ادخال ذکر بین دو ران مذکر اختصاص داده‌اند (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق: ۳۴۰) برخی دیگر لواط را به معنای تمتع جنسی مذکر از مذکر دانسته‌اند، چه به نحو ادخال ذکر در دبر باشد و چه مادون آن که ادخال ذکر بین فخذیه (همان: ۷۸۵) یا دیگر موارد مشابه آن است (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق: ۷۰۳). اما برخی گفته‌اند لواط عبارت است از ادخال ذکر در دبر مذکر چه حشفه به‌طور کامل داخل شود و چه به‌طور کامل داخل نشود (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ج ۱۳، ص ۱۰۰) و اطلاق واژه لواط را بر

عمل تفخیز یا تمتع از طریق ادخال ذکر بین الالیتین، مجاز - و نه حقیقت - دانسته‌اند و تنها استعمال آن در وطی ایقابی را استعمال حقیقی شمرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۴، ص ۴۰۱) اگرچه از برخی روایات خلاف این سخن به ذهن متبادر می‌گردد (شیخ طوسی (ب)، ۱۴۰۷ق: ج ۱۰، ص ۵۳).

در برخی متون فقهی، استعمال واژه لواط در دو معنای متفاوت به چشم می‌خورد که از آن دو، تعبیر به لواط ایقابی و لواط غیرایقابی می‌گردد. همان‌طور که ذکر شد، برخی فقها معنای واژه لواط را اعم از رابطه جنسی دو مذکر به نحو ادخال ذکر در دبر دانسته‌اند. حال چنانچه رابطه جنسی به نحو ادخال ذکر در دبر باشد، به آن لواط ایقابی می‌گویند، و اگر به نحو استمتاع جنسی به شکل ادخال ذکر بین فخذین یا الیتین باشد به آن لواط غیرایقابی می‌گویند (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق: ۷۸۵؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق: ۷۰۳؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق: ج ۳، ص ۴۵۷؛ کیدری، ۱۴۱۶ق: ۵۱۷).

۱.۲. مفهوم احسان

باتوجه به تأثیر وصف احسان در مجازات لواط، قبل از هر چیز ناگزیر از ارائه تعریفی صحیح در این مورد می‌باشیم. احسان مصدر باب افعال از ریشه «حصن» می‌باشد. حصن در لغت، به معنای حفظ و صیانت به کار رفته است (ابن‌فارس، ۱۳۹۹ق: ج ۲، ص ۶۹). همچنین بر مکان محکم و نفوذناپذیر نیز اطلاق می‌گردد (ابن‌منظور، ۱۳۷۵ق: ج ۱۳، ص ۱۱۹). صفت محسن برای مردان و محصنه برای زنان از این واژه اشتقاق یافته مراد از محصنه محفوظ و محدود از جانب عقل یا شرع یا ولی یا زوج و... است به تعبیر دیگر امرأه المحصنه، بر زن محفوظ و پاکدامن اطلاق می‌گردد. (مصطفوی، ۱۳۶۸ق: ج ۲، ص ۲۳۵) واژه احسان، در اصل به معنای منع است اما لغت‌شناسان آن را در معانی دیگری چون اسلام، حریت، پاکدامنی و نکاح نیز به‌کار برده‌اند (زبیدی واسطی، ۱۴۱۴ق: ج ۱۸، ص ۱۵۰). گو اینکه این صفات در شخص، مانع از ایقاع او در فواحش و اعمال نامشروع می‌گردد (ازهری، ۱۴۲۱ق:

ج ۴، ص ۱۴۵). اما در اصطلاح فقها، احصان در بحث لواط عبارت است از نزدیکی مرد بالغ و عاقل با همسر دائمی خود از قبل و فراهم بودن زمینه این عمل برای او در هر صبح و شام (نجفی، بی تا: ج ۴، ص ۲۶۹؛ خویی، بی تا: ج ۱، ص ۲۰۱). فراهم بودن امکان نزدیکی در هر صبح و شام، کنایه از این امر است که در هر زمان که مناسب نزدیکی باشد و اراده نزدیکی نماید، چنین امکانی برایش فراهم باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۴، ص ۳۳۶). در نتیجه شرط احصان در مرد عبارت است از: بلوغ، عقل، زوجیت دائمی، جماع با همسر از قبل و فراهم بودن امکان نزدیکی در هر زمان که مرد اراده نماید و شرایط آن مساعد باشد.

در ماده ۲۲۶ قانون مجازات نیز همین شرایط برای احصان مرد، معتبر شمرده شده است.

۲. کیفر لواط ایقابی بر مبنای فقه امامیه

در ارتباط با کیفر لواط ایقابی نسبت به فاعل، اختلاف نظر میان فقها بسیار است. این در حالی است که نسبت به مفعول چنین اختلافی، به چشم نمی خورد. به جهت بررسی و تحلیل دقیق این اقوال، مسئله کیفر لواط ایقابی را تحت دو امر مورد بررسی قرار می دهیم: مجازات فاعل لواط و مجازات مفعول آن.

۲.۱. کیفر لواط کار (فاعل)

آن گونه که ذکر گردید، عمده اختلاف نظر فقها در بحث لواط مربوط به مجازات فاعل آن می باشد. در این باره دو دیدگاه مطرح گردیده؛ مشهور فقها قائل به قتل او به طور مطلق می باشند و گروه دیگر از فقها قتل او را منوط به احصان دانسته اند.

۲.۱.۱. دیدگاه مشهور و ادله آن (دیدگاه قانون قدیم)

بر اساس دیدگاه مشهور، مجازات دخول ایقابی نسبت به فاعل، قتل است چه در فرض احصان چه غیر احصان. صاحب جواهر معتقد است هیچ اختلافی از حیث نص و فتوا در این قول نبوده و اجماع با هر دو قسمش بر آن محقق است (نجفی، بی تا:

ج ۱، ص ۳۷۸) سید مرتضی (سید مرتضی، ۱۴۱۵ق: ۵۱۱)، شیخ طوسی (شیخ طوسی (الف)، ۱۴۰۷ق: ج ۵، ص ۳۸۲) و ابن زهره (ابن زهره، ۱۴۱۷ق: ۴۲۶) نیز از جمله افرادی هستند که بر این قول، ادعای اجماع نموده‌اند. در مقابل محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۴، ص ۱۴۷) این قول را اشهر از قول دیگر دانسته است. این گروه از فقها در تأیید قول خود به روایاتی استناد نموده‌اند که با صرف نظر از روایات نامعتبر، به ذکر چند روایت معتبر در این باب اکتفا می‌کنیم.

عبد الرحمن عزرمی از امام صادق (ع) روایت کرده است: در امارت عمر دو مرد را حال لواط یافتند. یکی از آن دو گریخت و دیگری را نزد عمر آوردند. عمر با امیرمؤمنان علی (ع) در حکم او مشورت نمود. حضرت، امر به گردن زدن او و سپس سوزاندنش نمودند (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۱۹۸؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق: ج ۴، ص ۲۱۹).

از حیث سندی، روایت از زمره روایات صحیح به‌شمار می‌آید (مجلسی، ۱۴۰۶ق: ج ۱۶، ص ۱۰۲) و از نظر دلالتی اطلاق روایت، فرض احسان و عدم احسان را به نحو یکسان دربرمی‌گیرد.

روایت دیگر روایت مالک بن عطیه از امام صادق (ع) است که در ارتباط با قضاوت امام علی (ع) در مورد مردی است که نزد او اقرار به لواط کرد و از ایشان خواست تا او را پاک گردانند. حضرت می‌فرمایند: رسول خدا (ص) در مثل تو به سه نحو حکم نموده، یکی را اختیار کن؛ سوزاندن به آتش، قتل با شمشیر، اسقاط از بالای کوه با دست و پای بسته (شیخ طوسی (ب)، ۱۴۰۷ق: ج ۱۰، ص ۵۳).

روایت از جمله روایات حسن می‌باشد (ملاذ الاخیار: ج ۱۶، ص ۱۰۵) فقها ترک استفسال در روایت را دلیل بر عموم دانسته‌اند؛ چراکه امام (ع) بدون فحص از احسان یا عدم احسان فرد به قتل او به یکی از جهات سه‌گانه حکم فرموده است؛ گو اینکه حضرت در مقام بیان یک قانون کلی غیرقابل تخصیص باشد.

۲.۱.۲. دیدگاه غیرمشهور و ادله آن (دیدگاه قانون جدید)

شیخ صدوق از قدمای امامیه (شیخ صدوق، ۱۴۱۵ق: ۴۳۷) و گروهی از فقهای متأخر، قتل فاعل را منوط به احصان دانسته و در فرض عدم احصان، حد (صد ضربه تازیانه) را بر او ثابت می‌دانند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق: ج ۲، ص ۵۱؛ فیض کاشانی، بی تا: ج ۲، ص ۷۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق: ج ۷، ص ۷۲؛ خویی، ۱۴۱۰ق: ۳۸). مستند این گروه از فقها، روایات مفصله‌ای است که مجازات لواط‌کار را در فرض احصان و عدم احصان متفاوت می‌داند.

روایت اول: روایت حسین بن علوان از امام علی (ع) می‌باشد: «أَنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يَقُولُ فِي اللُّوَطِيِّ: إِنْ كَانَ مُحْصَنًا رُجِمَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُحْصَنًا جُلِدَ الْحَدَّ» (حمیری، ۱۴۱۳ق: ۱۰۴).

در سند روایت اگرچه حسین بن علوان عامی است، اما در کتب رجال، قرائنی بر وثاقت او یافت می‌شود (کشی، ۱۳۴۸: ۳۹۰). در این روایت به صراحت، حد لواط‌کار را در صورت احصان، رجم و در غیر آن، تازیانه دانسته؛ با این بیان که واژه حد در روایت مانند مورد زنا، غیر محصن، به صد ضربه تازیانه تعبیر گردیده است (منتظری، ۱۴۱۳ق: ۵۴۴).

روایت دوم: ابی‌عمیر از امام صادق (ع) این‌گونه روایت نموده است: «فِي الَّذِي يُوقَبُ أَنْ عَلَيْهِ الرَّجْمُ إِذَا كَانَ مُحْصَنًا وَ عَلَيْهِ الْحَدُّ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُحْصَنًا» (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق: ج ۴، ص ۲۲۱).

روایت از حیث سندی در زمره روایات صحیح دانسته شده است (مجلسی، ۱۴۰۶ق: ج ۱۶، ص ۱۰۹) و به صراحت بر دیدگاه افتراقی در کیفر لواط دلالت دارد. روایت سوم: روایت ابی‌بصیر از امام صادق (ع) که در آن چنین آمده: «وَ إِنْ كَانَ ثَقَبَ وَ كَانَ مُحْصَنًا رُجِمَ» (شیخ طوسی (ب)، ۱۴۰۷ق: ج ۱۰، ص ۵۵).

روایت مذکور نیز از جمله روایات صحیح می‌باشد (مجلسی، ۱۴۰۶ق: ج ۱۶،

ص ۱۰۸). امام (ع) در مقام بیان حکم شرعی می‌باشند و مفهوم شرط این است که اگر فرد محصن نباشد، رجم ثابت نمی‌گردد، و مطابق روایات دیگر تازیانه زده می‌شود.

روایت چهارم: روایت زراره از امام باقر (ع) است: «الْمُتَلَوِّطُ حَدُّهُ حَدُّ الزَّانِي» (شیخ طوسی (ب)، ۱۴۰۷ق: ج ۱۰، ص ۵۵)

از نظر سندی، روایت در زمره روایات موثق و در حکم روایت صحیح است. (مجلسی، ۱۴۰۶ق: ج ۱۶، ص ۱۰۸)

از حیث دلالتی با دلالت التزامی، حاکی از دیدگاه افتراقی فقهاست؛ به این نحو که لازمه تنظیر لواط‌کار بر زانی، اشتراط احصان در مجازات اوست به طوری که در فرض احصان رجم و در غیر آن صد ضربه تازیانه بر او ثابت می‌گردد.

۲.۱.۳. جمع بین روایات

آن‌گونه که ملاحظه گردید، در میان هر دو گروه اخباری که فقها بر تأیید قول خویش بیان داشتند، روایاتی معتبر به چشم می‌خورد که طرح هریک از آنان را با مشکل روبرو می‌سازد؛ پس ناچار از جمع میان آنان می‌باشیم. طریقه جمع میان این دو گروه ممکن است به یکی از طرق ذیل باشد:

۲.۱.۳.۱. حمل روایات مفصله بر تقیه

شیخ طوسی (شیخ طوسی (ب)، ۱۴۰۷ق: ج ۱۰، ص ۵۶) و صاحب جواهر (نجفی، بی‌تا: ج ۴۱، ص ۳۸۰) روایات دال بر تفصیل را مطابق مذهب عامه دانسته و با حمل آنان بر تقیه از استناد به آنان خودداری نموده‌اند.

این کلام از چند جهت با اشکال روبروست: اولاً حمل بر تقیه فرع بر تحقق تعارض در میان دو دسته از روایات می‌باشد؛ درحالی‌که این مسئله از باب اطلاق و تقیید است نه خیرین متعارضین (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲ق: ۲۹۸). ثانیاً بر فرض تحقق تعارض، تقیه مربوط به جایی است که یک دسته از روایات مطابق با فتوای مشهور

اهل سنت باشد؛ درحالی که در این مسئله بسیاری از فقهای عامه به طور مطلق قائل به رجم لواط کار می باشند، به جز شافعی که در یکی از اقوالش از نظریه افتراقی مذکور پیروی نموده و حنفیه که به طور مطلق در لواط، قائل به تعزیر می باشد (شیخ طوسی (الف)، ۱۴۰۷ق: ج ۵، ص ۳۸۱-۳۸۲). در نتیجه فتوای غالب فقهای اهل سنت، موافق با دیدگاه مشهور فقهای امامیه، رجم را به عنوان یکی از شیوه های قتل در لواط ثابت دانسته و قول به تفصیل صرفاً یکی از اقوال شافعی است. ثالثاً حمل بر تقیه مربوط به حالتی است که امکان جمع عرفی و دلالتی میان دو گروه روایات متعارض وجود نداشته باشد. در این فرض چنانچه یک گروه موافق با عقیده عامه باشد، حمل بر تقیه می گردد؛ درحالی که در مقام حاضر، جمع دلالتی میان روایات ممکن است لذا مقدم بر قول به تقیه و طرح روایت می باشد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق: ج ۲، ص ۴۹). رابعاً تقیه در جایی مطرح است که قرینه ای بر صدور روایت از امام (ع) به جهت رعایت مذهب اهل سنت یا جماعتی از آنان موجود باشد، در صورتی که قرینه ای حاکی بر این امر وجود ندارد و اعراض مشهور از روایات مفصله از آن جهت است که لواط را اعم از ایقاب و غیرایقاب دانسته، روایات دال بر قتل را برحالت ایقاب حمل نموده و در غیرایقاب، صد ضربه تازیانه را ثابت می دانند در نتیجه موردی برای روایات مفصله نیافته و آن را حمل بر تقیه نموده اند (تبریزی، ۱۴۱۷ق: ۱۹۰).

۲.۱.۳.۲. حمل روایات مفصله بر غیرایقاب

گروهی از فقها در مقام جمع میان روایات، مراد از لفظ لواط در روایات مفصله را لواط غیرایقابی دانسته و معتقدند احصان و عدم احصان در این نوع لواط معتبر است (اصفهانی، ۱۴۱۶ق: ج ۱۰، ص ۴۹۳؛ شیخ طوسی (ب)، ۱۴۰۷ق: ج ۱۰، ص ۵۵). این قول از دو جهت قابل نقد است اولاً لفظ لواط، ظاهر در ایقاب و دخول و منصرف بر آن است و حمل آن بر غیردخول مستلزم دست کشیدن از ظاهر لفظ است (تبریزی، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۵۰). ثانیاً تصریح برخی از این روایات مانند روایت ابی عمیر و روایت ابی بصیر بر الفاظی چون «ثقب یا اوقب»، دال بر لواط ایقابی است؛

در نتیجه نمی‌توان روایات را حمل بر غیرایقاب نمود.

۲.۱.۳.۳. حمل مطلقات بر مقیدات

روایات دسته اول، مطلق و روایات دسته دوم مقید می‌باشند. اقتضای جمع عرفی، حمل مطلق بر مقید است؛ لذا اطلاق روایات گروه اول به واسطه روایات مفصله قید خورده؛ در نتیجه قتل به حالت احصان اختصاص یافته و در غیر احصان به تازیانه حکم می‌گردد (تبریزی، ۱۴۱۷ق: ۱۸۹؛ خویی، بی‌تا: ج ۱، ص ۲۸۲).

بر جمع مذکور ایراداتی وارد آمده:

الف) حدود شرعی به منظور منع از فواحش و جنایات وضع شده و هرچه قبیح عمل بیشتر باشد، به تبع آن مجازات شدیدتر است. از آنجاکه قبیح لواط بیشتر از زناست، مجازات لواط باید شدیدتر از آن باشد. از این رو تفصیلی که در مجازات زنا وجود دارد، در لواط قابل قبول نیست و مجازات لواط به طور مطلق قتل است. سبب افحش و اقبیح بودن لواط نیز به جهت استمتاع از محلی است که هرگز بر فرد مباح نیست، برخلاف زنا (سید مرتضی، ۱۴۱۵ق: ۵۱۲؛ راوندی، ۱۴۰۵ق: ج ۲، ص ۳۷۷).

در پاسخ باید گفت در برخی روایات مفصله، همچون روایت زراره از امام باقر (ع) در جرم لواط حداقل نسبت به فاعل آن، تفصیل مربوط به زنا و حکم آن معتبر دانسته شده و با وجود نص صریح بر این امر، جایی برای برداشت‌ها و استدلالات شخصی باقی نمی‌ماند.

ب) اثبات شیء نفی ماعداء نمی‌کند؛ روایات دسته دوم صرفاً رجم را در مورد محصن ثابت دانسته‌اند و این با اثبات قتل برای غیر آن منافاتی ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۴، ص ۴۰۶).

با توجه به اینکه در بسیاری روایات همچون صحیحہ ابی عمیر، صراحتاً قتل را نسبت به غیر محصن نفی نموده و در مورد او صرفاً به تازیانه حکم کرده است، این اشکال نیز وارد نیست (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲ق: ۲۹۸).

ج) مفاد برخی از روایات دسته اول به نحوی است که قابل تقیید نمی‌باشد؛ مانند

روایت مالک بن عطیه، که امام (ع) بدون فحص از وضعیت احصان مقرر در مورد او به قتل حکم نمود. گو اینکه در صدد بیان حکم کلی باشند، بدین نحو که تو محکوم به قتلی، خواه محصن باشی، خواه غیر محصن.

ایرادی که بر خود این اشکال و به طور کلی بر قول به اطلاق روایات دسته اول وارد است، اینکه اکثر این روایات مستند به عمل حضرت علی (ع) در واقعه‌ای خاص است و جزئیات آن بر ما معلوم نیست. لذا این روایات از این حیث در مقام بیان نبوده و اطلاقی برای آنان متصور نیست. برای مثال در روایت مالک بن عطیه ترک استفصال را نمی‌توان دلیلی بر عموم گرفت؛ زیرا ممکن است در واقع امام (ع) نسبت به وضعیت شخص از حیث احصان آگاه بوده و بر مبنای علم بر احصان او به قتل حکم نموده، چه اینکه در این روایت، عبارت «إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ حَكَمَ فِي مِثْلِكَ» ممکن است اشاره به وضعیت احصان فرد باشد؛ با این بیان که رسول خدا در مورد امثال تو که محصن می‌باشند، به قتل حکم نموده است. بنابراین روایت از این حیث مجمل می‌باشد و اطلاق آن قابل استناد نیست (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق: ج ۲، ص ۵۱؛ فقهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۲، ص ۲۰).

(د) عمده اشکالی که اکثر فقها علی‌رغم اذعان به صحت روایات گروه دوم بر آن وارد نموده‌اند، اعراض مشهور فقها نسبت به این روایات می‌باشد که این امر را مبین خلل و نقص آنان به شمار آورده‌اند (روحانی، بی‌تا: ج ۲۵، ص ۴۴۸؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۷، ص ۳۰۸).

در پاسخ به این اشکال باید گفت چنانچه نسبت به این مسئله، اجماع مسلمی محقق باشد یا از شهرت فتوایی مسلم بین فقها بتوان اعراض مشهور را به دست آورد، به نحوی که بگوییم اعراض آنان حتماً وجهی داشته و آنان که به مذاق ائمه آشنا بوده‌اند، علی‌رغم آگاهی از روایات به آن فتوا نداده‌اند. در چنین حالتی اگر اعراض مشهور را مسقط حجیت روایت بدانیم، مجالی برای تمسک بر روایات مفصله باقی

نمی‌ماند اما در مسئله حاضر، چنین اجماعی با وجود مخالفت جمع دیگری از فقها محقق نبوده و ازسوی دیگر مطابق قول محقق حلی، قول اول اشهر از قول دیگر است و این بدین معناست که قول دیگر نیز از شهرت برخوردار بوده و شاذ به‌شمار نمی‌آید (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲ق: ۲۹۵). در نتیجه قول به تفصیل از چند جهت قوی به نظر می‌رسد:

اولاً نسبت به اطلاق روایات دسته اول و اینکه در جهت بیان حکم کلی باشند، تردید وجود دارد. لذا رفع ید از روایات مفصله با وجود اعتبار بسیاری از آنان و فتوای گروهی از فقها که بنا به تعبیر صاحب شرائع در حد شهرت می‌باشد، مشکل است (منتظری، بی‌تا: ۱۵۳؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲ق: ۳۰۰).

ثانیاً قواعد حاکم بر باب حدود اقتضای تفصیل در این مقام را دارد؛ چراکه مبنای حدود بر مسامحه و تخفیف می‌باشد و در جایی که مسئله، جان آدمی است، اصل بر احتیاط است. در مقام حاضر نیز اقتضای اصل احتیاط، اکتفا بر قدر متیقن یعنی اجرای قتل در مورد محصن می‌باشد و در مورد مشکوک یعنی غیرمحصن، بر مبنای قاعده درأ و اصل برائت، بر عدم اجرای قتل حکم می‌گردد.

ثالثاً اقتضای عدالت این است که میزان مسئولیت فرد متناسب با شرایط و اوضاع و احوال او باشد (ساریخانی، ۱۳۸۳: ۱۶۷). به‌طور قطع در مقام فعلی، شخصی که واجد شرایط احصان است، یعنی همسر دائمی دارد با او نزدیکی نموده و امکان استمتاع حلال در هر زمانی برای او فراهم می‌باشد و باوجوداین تن به حرام جنسی می‌دهد، با فردی که این شرایط را نداشته و در شرایط اضطرار و بر اثر فشار شهوانی دچار وسوسه گردیده و تن به این عمل داده است، برابر نبوده و بر مبنای عدالت در مورد هر کدام باید به مقتضای شرایط خاص او حکم نمود.

۲.۲. کیفر لواط‌دهنده (مفعول)

در مورد لواط‌دهنده، هیچ فقهی قائل به تفصیل میان محصن و غیرمحصن نمی‌باشد، بلکه اجماع بر قتل مفعول است، خواه محصن باشد و خواه غیرمحصن

(خویی، ۱۴۱۰ق: ۳۸).

روایات بحث نیز مؤید همین امر است. به عنوان نمونه، روایت حماد بن عثمان از امام صادق (ع): «قُلْتُ لَهُ رَجُلٌ أَتَى رَجُلًا قَالَ إِنَّ كَانَ مُحْصَنًا فَعَلَيْهِ الْقَتْلُ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُحْصَنًا فَعَلَيْهِ الْحَدُّ قُلْتُ فَمَا عَلَى الْمُؤْتَى بِهِ قَالَ عَلَيْهِ الْقَتْلُ عَلَى كُلِّ حَالٍ مُحْصَنًا كَانَ أَوْ غَيْرَ مُحْصَنٍ» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق: ج ۴، ص ۴۲).

روایت از حیث سندی، صحیح می باشد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق: ج ۲، ص ۴۶) و از نظر دلالتی به صراحت شرط احصان را در ارتباط با مفعول نفی نموده و حد او را قتل دانسته است.

به جز اینکه روایت زراره از امام باقر (ع) که سابقاً مورد بحث قرار گرفت و حد لواط کار را حد زانی دانست، در نسخه کافی به این شکل آمده است: «عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ الْمَلُوطُ حَدُّهُ حَدُّ الزَّانِي» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۷، ص ۲۰۰).

در این روایت اگرچه حد لواط دهنده، حد زانی دانسته شده و به تعبیر دیگر تفصیل میان محصن و غیر محصن را در مورد آن معتبر دانسته است. اما با توجه به مخالفت مفاد روایت مذکور با سایر روایات این باب و نیز مخالفت آن با فتوای مشهور می توان گفت در نسخه کافی، لفظ «الملوط» سهواً به جای «المتلوط» به کار رفته؛ خصوصاً اینکه در روایتی شبیه همین روایت در کتاب تهذیب به جای واژه ملوط از واژه متلوط استفاده شده است (شیخ طوسی (ب)، ۱۴۰۷ق: ج ۱۰، ص ۵۵). چنین کلامی با ظاهر لفظ نیز سازگاری بیشتری دارد زیرا بر این فرض «متلوط» و «زانی» هر دو اسم فاعل می باشند و تقابل دو اسم فاعل با ظاهر لفظ سازگارتر است. از سوی دیگر روایت زراره ظهور در تفصیل دارد و روایت دیگر صراحت در عدم تفصیل است. لذا ظاهر را حمل بر نص نموده و از روایت زراره رفع ید می کنیم (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲ق: ۳۰۰).

دلیل عدم اعتبار احصان در مفعول از آن جهت است که در ارتباط با او احصان و

عدم آن، ربطی به عملش ندارد (همان)؛ زیرا گزینه جنسی در مرد اقتضای فاعل بودن را دارد و متأهل بودن و امکان ارضای جنسی به طریق حلال صرفاً بر جنبه فاعلیت او در عمل جنسی تأثیر می‌گذارد و وی را از این لحاظ بی‌نیاز و محصن می‌سازد. از این رو سخن از اعتبار احصان در مرد مربوط به فرضی است که فاعل باشد و مفعول بودن او موضوعاً و تخصصاً از این مسئله خارج است.

با تفاسیر مذکور ممکن است این شبهه حاصل آید که در جرم لواط، مجازات فاعل به عنوان شخصی که بر این عمل ناپسند زمینه‌سازی نموده، اخف از مجازات مفعول است به عنوان شخصی که تن به خواسته فاعل داده است. در پاسخ باید گفت مطابق آنچه ذکر گردید، احصان یا عدم احصان، در عمل فاعل مؤثر است. لذا اقتضای عدالت این است که به تبع آن مجازات او از این حیث متفاوت گردد. اما نسبت به مفعول، احصان یا عدم آن تأثیری در عمل او ندارد و به تبع آن در مجازات او نیز نباید مؤثر واقع شود.

از سوی دیگر در لواط، عمل مفعول نسبت به فاعل، قبح بیشتری دارد؛ زیرا فاعل به مقتضای طبیعت جنسی خود و تحت تأثیر فشار شهوانی ممکن است دست به عمل فحشا بزند و برایش التذاذی حاصل گردد؛ اما در مفعول این التذاذ مطرح نیست. بنابراین به ظاهر حکمش سخت‌تر از فاعل است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲ق: ۲۹۶؛ ترابی شهرضایی، ۱۳۹۰: ج ۲، ص ۱۱۱).

نتیجه

عدول از دیدگاه مشهور در ماده ۲۳۴ قانون مجازات جدید مسئله مهمی است که هر پژوهشگری را به فحص از علل آن وامی‌دارد. از تتبع آرای فقهی در این زمینه چنین به دست می‌آید:

الف) قول مشهور مبنی بر ثبوت قتل در جرم لواط، مبتنی بر روایاتی است که به طور مطلق در ارتباط با فاعل خواه در فرض احصان، خواه در فرض عدم احصان،

قتل را ثابت می‌داند.

ب) قول دیگر در این مسئله دیدگاه افتراقی است که مبنای آن روایات مفصله‌ای است که قتل فاعل را منوط به احصان دانسته و در فرض عدم احصان قائل به جلد می‌باشد.

ج) با توجه به اینکه اطلاق روایات مشهور در مقام بیان نمی‌باشد و در مقابل روایات مفصله دارای اعتبار بوده و دیدگاه افتراقی نیز در حد شهرت است، با ملاحظه مطابقت این دیدگاه با قواعد باب حدود و موافقت آن با احتیاط و عدالت، درنهایت می‌توان گفت این دیدگاه که همان دیدگاه برگزیده قانون است، نسبت به دیدگاه مشهور از قوّت بیشتری برخوردار می‌باشد.

د) تفصیلی که در مجازات فاعل از حیث احصان مطرح می‌گردد در مجازات مفعول، اعتبار ندارد؛ چراکه احصان در عمل مفعول مؤثر نمی‌باشد و ازسوی دیگر عمل مفعول اقبح از عمل فاعل است. لذا مجازات او نیز باید اشد از مجازات فاعل باشد.

منابع

۱. ابن ادریس حلی، محمد، (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
۲. ابن فارس، ابو الحسن احمد، (۱۳۹۹ق)، معجم مقاییس اللغة، بیروت: دار الفکر.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرّم، (۱۳۷۵)، لسان العرب، ۱۶ج، بیروت: دار بیروت.
۴. ازهری، محمد بن احمد، (۱۴۲۱ق)، تهذیب اللغة، ۱۵ج، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۵. اصفهانی، محمد بن حسن، (۱۴۱۶ق)، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الأحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶. تبریزی، جواد بن علی، (۱۴۱۷ق)، اسس الحدود و التعزیرات، قم: دفتر مؤلف.
۷. ترابی شهرضایی، اکبر، (۱۳۹۰)، آیین کیفری در اسلام، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۸. حلبی، ابن زهره، (۱۴۱۷ق)، غنیة النزوع، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۹. حلی (محقق)، جعفر، (۱۴۰۸ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
۱۰. حمیری، عبدالله بن جعفر، (۱۴۱۳ق)، قرب الاسناد، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۱۱. خوانساری، سید احمد بن یوسف، (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
۱۲. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۰ق)، تکملة المنهاج، نشر مدينة العلم، قم.
۱۳. _____ (بی تا)، مبانی تکملة المنهاج، بی تا: بی جا.
۱۴. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲ق)، المفردات فی غریب القرآن، بیروت: دار الشامیه.
۱۵. راوندی، قطب الدین، (۱۴۰۵ق)، فقه القرآن، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ دوم.
۱۶. روحانی، سید صادق، (بی تا)، فقه الصادق (ع)، بی تا: بی جا.

۱۷. زبیدی واسطی، سید مرتضی حسینی، (۱۴۱۴ق)، تاج العروس، ۲۰ج، بیروت: دار الفکر.
۱۸. ساریخانی، عادل، (۱۳۸۳ش)، حقوق جزای عمومی اسلام، تهران: انتشارات پیام نور.
۱۹. سبزواری، سید عبد الأعلى، (۱۴۱۳ق)، مذهب الاحکام، قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
۲۰. سید مرتضی، علی، (۱۴۱۵ق)، الانتصار فی انفرادات الامامیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۱. شهید ثانی، زین الدین، (۱۴۱۳ق)، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۲۲. شیخ صدوق، محمد، (۱۴۱۵ق)، المقنع، قم: مؤسسه امام هادی (ع).
۲۳. _____، (۱۴۱۳ق)، من لا يحضره الفقيه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
۲۴. شیخ طوسی، محمد، (۱۳۹۰ق)، الاستبصار، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۲۵. _____، (۱۴۰۰ق)، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى، بیروت: دار الكتاب العربی، چاپ دوم.
۲۶. _____ (الف)، (۱۴۰۷ق)، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۷. _____ (ب)، (۱۴۰۷ق)، تهذیب الاحکام، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
۲۸. شیخ مفید، محمد، (۱۴۱۳ق)، المقنعة، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۲۹. عبدالمنعم، محمود عبدالرحمن، (۱۴۱۹ق)، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، ۳ج، قاهره: دار الفضيله.
۳۰. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۴۲۲ق)، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - الحدود، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۳۱. فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۲۴ق)، کتاب العین، بیروت: دار الکتب العلمیه.

۳۲. فقحانی، علی، (۱۴۱۸ق)، در المنضود، مکتبه امام العصر (عج) العلمیه، قم.
۳۳. فیض کاشانی، محمدحسن (بی‌تا)، مفاتیح الشرائع، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۳۴. قانون مجازات مصوب ۱۳۷۰.
۳۵. قانون مجازات مصوب ۱۳۹۰.
۳۶. قمی، محمد مؤمن، (بی‌تا)، مبانی تحریر الوسیله - کتاب الحدود، بی‌تا: بی‌جا.
۳۷. کشی، محمدبن عمر، (۱۳۴۸)، رجال الکشی، مشهد: مؤسسه نشر دانشگاه مشهد.
۳۸. کلینی، محمدبن یعقوب، (۱۴۰۷ق)، الکافی، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
۳۹. کیدری، محمد، (۱۴۱۶ق)، اصباح الشیعه، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۴۰. مجلسی، محمدباقر، (۱۴۰۶ق)، ملاذ الاختیار فی فهم تهذیب الاخبار، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۴۱. مصطفوی، حسن، (۱۳۶۸)، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۱۴ج، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۴۲. مقدس اردبیلی، احمدبن محمد، (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان، ۱۴ج، قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۳. منتظری، حسینعلی، (۱۴۱۳ق)، الاحکام الشرعیة علی مذهب اهل البیت (ع) قم: فکر.
۴۴. _____، (بی‌تا)، کتاب الحدود، قم: دار الفکر.
۴۵. موسوی اردبیلی، عبد الکریم، (۱۴۲۷ق)، فقه الحدود و التعزیرات، قم: موسسه النشر لجامعة المفید، چاپ دوم.
۴۶. نجفی، محمدحسن، (بی‌تا)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم.
۴۷. یزدی، محمد، (۱۳۸۲)، «نکته‌ای در مجازات لواط»، مجله فقه اهل بیت، شماره ۳۳.