

ارزیابی مجازات لواط و تفخیز (تحلیل مواد ۲۳۴ و ۲۳۶ قانون مجازات اسلامی)

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۱/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۴/۰۴

سیدهادی میرمحمودی * / میثم خزائی ** / مهدی چگنی *** / علی خاکسار دهقانی
دهکردی ****

چکیده

لواط اصطلاحی است برای عمل شنیع همبستری مرد با مرد و جمع شدن آن دو با یکدیگر. لواط از جمله گناهان کبیره است که در منابع روایی برپاددهنده نسل و فاسدکننده اجتماع دانسته شده است. با توجه به شناعت عمل مذکور، شرع اسلام مجازات سنگینی برای این عمل در نظر گرفته است؛ لکن در مجازات فاعل و مفعول در لواط میان فقیهان اختلاف دیدگاه وجود دارد؛ دیدگاهی مجازات هر دو را یکی دانسته و در مقابل دیدگاهی دیگر مجازات فاعل و مفعول را متفاوت می‌داند. قانون مجازات اسلامی ایران در ماده ۲۳۴ از دیدگاه دوم تبعیت کرده است. در مجازات تفخیز نیز این اختلاف دیدگاه وجود دارد. قانونگذار ایران در ماده ۲۳۶ قانون مجازات اسلامی، مجازات تفخیز برای فاعل و مفعول را صد ضربه شلاق می‌داند.

*. مربی گروه معارف اسلامی دانشگاه شهید مدنی آذربایجان، (mirmahmoodi.s.hadi@gmail.com)

**. استادیار گروه حقوق دانشگاه آیت الله العظمی بروجردی (ره)، (meisam.khazaee@abru.ac.ir)

***. استادیار گروه حقوق دانشگاه آیت الله العظمی بروجردی (ره)، (Chegeni_isu@yahoo.com)

****. کارشناسی ارشد فقه و حقوق اسلامی دانشگاه آیت الله العظمی بروجردی (ره)، (khasar47@gmail.com)

پژوهش حاضر، دیدگاه‌ها و ادله آنها را در مجازات لواط و تفخیز مورد ارزیابی قرار داده، و براساس مبانی روایی (بررسی سندی و دلالتی روایات) و اصولی، تفاوت مجازات فاعل و مفعول در لواط (کشته شدن مفعول در هر حال و قتل فاعل در فرض احسان و صد ضربه شلاق در غیر آن) را پذیرفته است. همچنین در مجازات تفخیز، مجازات صد تازیانه را پذیرفته است.

واژگان کلیدی: ایقاب، تفخیز، لواط، مجازات

مقدمه

لواط در فقه اسلام و قوانین جزایی ایران، اصطلاحی است که برای عمل شنیع همبستری مرد با مرد و جمع شدن آن دو با یکدیگر جهت اطفای غریزه جنسی به کار می‌رود. لواط از جمله گناهان کبیره است، که برخلاف اصول فطرت بوده، و در منابع روایی برباددهنده نسل و فاسدکننده اجتماع دانسته شده است (صدوق، ۱۳۸۶: ج ۲، ص ۵۴۷). لواط از زنا زشت‌تر و حد آن نیز از حد زنا شدیدتر است (یوسفیان، بی‌تا: ج ۱، ص ۴۷۴).

در زشتی لواط همین بس که قوم لوط همگی به جرم این عمل شنیع، به بلای بزرگی دچار گشته، به دوزخ رهسپار شدند و شهرشان ویران و مایه عبرت آیندگان شد. قرآن کریم در این باره می‌فرماید: «و (سپس چنان) بارانی (از سنگ) بر آنها فرستادیم (که آنها را در هم کوبید و نابود ساخت). پس بنگر سرانجام کار مجرمان چه شد» (اعراف: ۸۴).

امام رضا (ع) درباره زشتی لواط می‌فرماید: «بدان که حرمت لواط از زنا بیشتر است؛ زیرا خداوند قومی را (قوم لوط) به خاطر عمل لواط هلاک کرد، ولی کسی را برای زنا هلاک نکرد» (مجلسی، ۱۴۱۰ق: ج ۷۶، ص ۷۱).

باتوجه به شناخت عمل مذکور، شرع اسلام مجازات سنگین اعدام (قتل با شمشیر، احراق و ...) را برای این عمل در نظر گرفته است. با بررسی نظر فقیهان، ملاحظه می‌گردد که در مجازات فاعل و مفعول اختلاف دیدگاه وجود دارد؛ دیدگاهی مجازات هر دو را یکی دانسته و در مقابل، دیدگاهی دیگر بین مجازات فاعل و مفعول، قائل به تفاوت گردیده است. قانون مجازات اسلامی به تبعیت از قول دوم در ماده ۲۳۴، میان مجازات فاعل و مفعول تفاوت قائل گردیده است.

۱. ماده ۲۳۴: «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».

همچنین در مجازات تفخیز، میان فقیهان اختلاف دیدگاه وجود دارد. قانونگذار نیز در ماده ۲۳۶ قانون مجازات اسلامی به مجازات تفخیز پرداخته و حد فاعل و مفعول را صد ضربه شلاق دانسته بدون اینکه میان محسن و غیرمحسن و علف و غیرعلف فرقی باشد. البته در تبصره این ماده نیز در صورتی که فاعل غیرمسلمان و مفعول، مسلمان باشد، حد فاعل را اعدام دانسته است.

باتوجه به توضیحات فوق، پژوهش حاضر، دیدگاه‌های مطرح در مجازات لواط و تفخیز را مورد ارزیابی قرار داده و در پایان براساس ادله روایی و اصولی، دیدگاه مختار را مطرح می‌کند.

۱. پیشینه تحقیق

در مجازات لواط و تفخیز پژوهش‌هایی انجام گرفته، لکن باتوجه به اینکه قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۲۳۶، نظریه متفاوتی نسبت به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ در مواد ۱۰۹ و ۱۱۰، ارائه نموده، از این حیث ارزیابی دیدگاه جدید قانونگذار، دارای نوآوری است.

۲. اهمیت و ضرورت

اهمیت مسئله مذکور از دو منظر قابل ذکر است. از یک منظر مع الأسف تبلیغ همجنس‌گرایی در سطح جهانی به گونه‌ای است که این امر قبحی نداشته و حتی در بسیاری از کشورها ازدواج با همجنس به رسمیت شناخته شده است. آثار این تبلیغ را در سطح ملی نیز به خوبی می‌توان ملاحظه نمود. براین اساس بررسی مجازات لواط و تفخیز، قبح آنها را نمایان می‌گرداند. از منظر دیگر حکم لواط در مورد فاعل و مفعول در قانون مجازات ۱۳۷۵ با قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ تفاوت دارد؛ ازاین‌رو ضروری است مبانی روایی مجازات لواط و تفخیز مورد بررسی دقیق علمی قرار گیرد تا قول حق مشخص گردد.

۳. مفهوم‌شناسی

۳.۱. لواط

واژه لواط بر وزن فعال، مصدر باب مفاعله و اصل آن (ل و ط) بوده و در لغت به معنای انجام عمل قوم لوط، یعنی وطی از دبر است (طریحی، ۱۴۱۶ق: ج ۴، ص ۲۷۲). لوط نام پیامبری از خویشاوندان حضرت ابراهیم (ع) است که خداوند ایشان را به سوی قومش مبعوث فرمود، ولی آنان او را تکذیب نموده و روشی دیگر در پیش گرفتند. لذا مردم اسم حضرت لوط (ع) را برای اطلاق بر کسی که عمل قوم لوط را انجام می‌دهد، به کار بردند (فراهیدی، ۱۴۱۰ق: ج ۷، ص ۵۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ج ۷، ص ۳۹۶). لوط در لغت به معنای پافشاری و الصاق (فراهیدی، ۱۴۱۰ق: ج ۷، ص ۵۲)، ردا (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ج ۷، ص ۳۹۶) و ربا (زبیدی، ۱۴۱۴ق: ج ۱۰، ص ۴۰۵) نیز آمده است که به نظر می‌رسد یکی از دو معنای الصاق یا انجام عمل قوم لوط منشأ اصطلاح فقهی لواط است (مغنیه، ۱۴۲۱ق: ج ۶، ص ۲۶۴).

برای معنای اصطلاح فقهی لواط نظرهای مختلفی مطرح شده است. نزد عامه، لواط به معنای داخل کردن حشفه در دبر انسان مذکر و به معنای ایلاج حشفه یا قدری از آن در دبر انسان مذکر یا مؤنث غیر از زوجه و امه (عبدالرحمان، بی‌تا: ج ۳، ص ۱۸۶) و نزد امامیه به معنای دخول در دبر انسان مذکر است (القطان حلی، ۱۴۲۴ق: ج ۲، ص ۴۹۳). البته به نظر گروهی از فقها لواط به معنای اعم از دخول و تفخیز - آمیزش بین ران‌ها - (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۴، ص ۱۴۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۴، ص ۳۷۴) تعریف شده (مشکینی، بی‌تا: ۴۵۷)؛ لکن حکم آنها مختلف است.

شهید ثانی معتقد است که اطلاق لواط بر تفخیز مجازی بوده و اگر لواط فقط بر ایقاب اطلاق شود، با اصطلاح لواط سازگارتر است؛ الا اینکه برخی از روایات (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۰، ص ۳۴۰) دلالت دارند بر اینکه لواط بر غیرایقاب نیز اطلاق می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۴، ص ۴۰۱). بر همین مبنا گروهی معتقدند که لواط همان تفخیز بوده و دبر (ایقاب) کفر است (صدوق، ۱۴۱۵ق: ۴۳۰).

باتوجه به توضیحات فوق و معنای لغوی و عرفی لواط، باید لواط را به معنای دخول در دبر انسان مذکر دانست و همان گونه که شهید ثانی بیان نمود، اطلاق لواط بر تفخیز مجازی است.

۳.۲.۱. ایقاب

ایقاب از ماده (و ق ب)، به معنای داخل کردن چیزی در سوراخ یا حفره است (فراهیدی، ۱۴۱۰ق: ج ۵، ص ۲۸؛ ابن عباد، ۱۴۱۴ق: ج ۶، ص ۵۳؛ زبیدی، ۱۴۱۴ق: ج ۲، ص ۴۷۳). در اصطلاح فقهی استعمال رایج این واژه در بحث لواط و به معنای نزدیکی کردن (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق: ج ۱، ص ۷۴۶) و ادخال (عاملی یاسین، ۱۴۱۳ق: ۲۶) آمده است. اما درباره محدوده آن میان فقها اختلاف نظر وجود دارد.

۳.۲.۱.۱ اعتبار غیوبت حشفه

دیدگاهی در تعریف ایقاب، غیوبت حشفه در دبر را معتبر (حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۳، ص ۵۳۶؛ صیمری، ۱۴۲۰ق: ج ۴، ص ۳۲۵) می دانند. به بیان دیگر اقل ایقاب، غیوبت حشفه است (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق: ج ۴، ص ۲۱۱). این گروه دلیل نظر خود را احتیاط و تخفیف در حدود می دانند، که فی الجمله مطلوب است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ج ۱۳، ص ۱۰۰).

۳.۲.۲. عدم اعتبار غیوبت حشفه

این دیدگاه اعتقاد دارد که دخول بخشی از حشفه نیز صدق ایقاب می نماید، اگرچه موجب غسل نشود؛ چراکه ایقاب به معنی ادخال است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۷، ص ۳۴۳؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق: ج ۶، ص ۲۶۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۷، ص ۳۰۴).

۳.۲.۳. ارزیابی ادله و دیدگاه مختار

در این باره اظهار شده است: «بنابر ظاهر عبارات فقها، اتفاق نظر وجود دارد بر اینکه در بحث لواط به مقدار حشفه، صدق ایقاب می کند؛ گرچه در بحث نشر تحریم به مادر و خواهر و دختر مفعول، به بعض حشفه اکتفا نموده اند» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۹، ص ۱۴۳).

اگر ادعای اتفاق نظر (اجماع) فقها بر اعتبار غیوبت صحیح باشد، این اجماع بر اطلاق لفظ ایقاب مقدم خواهد شد؛ گرچه در تحقق چنین اجماعی اشکال وجود دارد؛ لکن به ضمیمه قاعده درء می‌توان ایقاب موجب حد لواط را ادخال تمام حشفه دانست. قانون مجازات اسلامی در تبصره ماده ۲۳۵، دخول کمتر از ختنه‌گاه را در حکم تفخیز دانسته است.

۳.۳. تفخیز

تفخیز از ریشه فخذ به معنی ران (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ج ۳، ص ۵۰۱؛ زبیدی، ۱۴۱۴ق: ج ۵، ص ۳۸۵)، هم‌زانو شدن، در گرفتن (سیاح، ۱۳۸۷ق: ج ۲، ص ۱۲۰۲) و در ران کردن چیزی (دهخدا، ۱۳۷۷ق: ج ۵، ص ۶۸۴۶) آمده است.

تفخیز در اصطلاح فقهی به معنای مالیدن آلت به ران و استمتاع جنسی از ران دیگری است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۹، ص ۱۵۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۴۱، ص ۳۸۲). قانون مجازات اسلامی نیز در ماده ۲۳۵ در تعریف تفخیز مقرر می‌دارد: «تفخیز عبارت از قرار دادن اندام تناسلی مرد بین ران‌ها یا نشیمنگاه انسان مذکر است». شایان ذکر است که در منابع فقهی بحث مستقلی تحت عنوان حد تفخیز وجود ندارد؛ بلکه مبحث مذکور در خلال حد لواط مطرح شده است.

۴. مجازات لواط

درباره مجازات فاعل و مفعول در لواط دو دیدگاه توسط فقیهان مطرح گردیده است:

۴.۱. یکسانی مجازات فاعل و مفعول

این دیدگاه اعتقاد بر این دارد فاعل و مفعول اگر بالغ و عاقل و مختار باشند، کشته می‌شوند و فرقی میان مسلمان و غیرمسلمان و محسن و غیرمحسن وجود ندارد (طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۵، ص ۳۸۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۴، ص ۱۴۷؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق: ج ۳، ص ۴۵۹؛ ابن‌زهره حلبی، ۱۴۱۷ق: ۴۲۵؛ حلی، ۱۴۱۱ق: ۱۸۶؛

سبزواری قمی، ۱۴۲۱ق: ۵۸۳؛ کیدری، ۱۴۱۶ق: ۵۱۷؛ القطان حلی، ۱۴۲۴ق: ج ۲، ص ۴۹۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق: ۲۵۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۴، ص ۴۰۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۴۱، ص ۳۷۸؛ موسوی خمینی، بی تا: ج ۲، ص ۴۶۹؛ جزیری، ۱۴۱۹ق: ج ۵، ص ۲۰۵؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق: ج ۶، ص ۲۶۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۷، ص ۳۰۷؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲ق: ج ۲، ص ۱۵).

۴.۱.۱. روایات

قائلان به دیدگاه مذکور برای اثبات نظر خود به روایات ذیل استناد کرده‌اند:

۴.۱.۱.۱. روایت ابن عباس

در این روایت ابن عباس از پیامبر اکرم (ص) نقل می‌کند که ایشان فرمودند: «هرکسی را یافتید که عمل قوم لوط را انجام می‌دهد، فاعل و مفعول هر دو را بکشید» (نوری، بی تا: ج ۱۸، ص ۸۱).

ارزیابی سندی و دلالی روایت: در کتب رجالی، به ضعف عکرمه بنده ابن عباس — که روایت از ایشان نقل گردیده — تصریح شده است (کشی، ۱۳۹۰: ۲۱۶؛ ابن داود، ۱۳۸۳: ۴۷۸). علامه حلی در خلاصه الأقوال اظهار می‌دارد: «عکرمه بنده ابن عباس بر طرق ما نبوده و از اصحاب ما نیست» (علامه حلی، ۱۳۸۱: ۲۴۵). این کلام حاکی از عدم وثاقت و ضعف عکرمه است؛ در نتیجه موجب ضعف سندی روایت است.

باتوجه به اینکه صاحب مستدرک این روایت را در باب حد لواط در صورت ایقاب آورده، حاکی از این است که روایت ناظر به ایقاب است، نه تفحید. لکن به نظر می‌رسد اطلاق روایت ابن عباس نمی‌تواند ناظر به کشتن، در هر حال باشد. علاوه بر اینکه روایات موثق و صحیح دیگر نیز با اطلاق آن در تعارض است.

۴.۱.۱.۲. روایت ابی یحیی واسطی

در این روایت ابی یحیی واسطی درباره دو مردی که با هم گناه تفحید را انجام دادند، از امام (ع) سؤال می‌کند، که امام (ع) فرمودند: «حد آنها حد زانی است؛ اما

اگر یکی از آنها در دیگری دخول نماید، گردن فاعل با شمشیر زده می‌شود و مفعول نیز با آتش سوزانده می‌شود» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸، ص ۱۵۹).

ارزیابی سندی و دلالتی روایت: باتوجه به مرفوعه بودن^۱ روایت، عدم ثبوت وثاقت ابی یحیی واسطی (نجاشی، ۱۴۰۷ق: ۱۹۳؛ ابن غضائری، بی تا: ۶۶) و ضعف محمدبن هارون (ابن داوود، ۱۳۸۳: ۵۱۲؛ شیخ طوسی، ۱۴۲۷ق: ۴۳۹؛ علامه حلی، ۱۳۸۱: ۲۵۴)، روایت از نظر سندی ضعیف است.

در این روایت از تفخیز سؤال می‌شود که امام(ع) مجازات آن را حد زنا بیان می‌کند؛ اما خود امام(ع) در قسمت دوم روایت با واژه دهم به حکم دخول اشاره و می‌فرماید: در صورت ایقاب فاعل گردن زده شده و مفعول با آتش سوزانده می‌شود. بر این اساس ملاحظه می‌گردد که روایت تصریح به قتل فاعل و مفعول دارد، هر چند امام(ع) نوع قتل آن دو را متفاوت بیان می‌نماید.

۴.۱.۱.۳. روایت سلیمان بن هلال

سلیمان بن هلال از امام صادق(ع) درباره مجازات مردی که با مرد دیگر لواط نموده است، سؤال می‌کند که امام(ع) فرمودند: «اگر دخول نکرده باشد، تازیانه می‌خورد و اگر دخول کرده باشد، ایستاده نگه داشته می‌شود، سپس با شمشیر ضربه‌ای به او وارد می‌شود تا هرجا که شمشیر کارگر شد». عرض کردم آیا این عمل قتل او خواهد بود؟ فرمود: «این عمل قتل اوست» (طوسی، ۱۳۹۰: ج ۴، ص ۲۱۹).

ارزیابی سندی و دلالتی روایت: در میان راویان روایت، قاسم بن محمد جوهری وجود دارد. در مورد ایشان در کتب رجالی آمده که قاسم بن محمد جوهری از اصحاب امام موسی کاظم(ع)، واقفی مذهب است و با امام صادق(ع) دیدار نداشته است (کشی، ۱۳۹۰: ۴۵۲؛ علامه حلی، ۱۳۸۱: ۲۴۸). البته باتوجه به اینکه برخی از

۱. حدیث مرفوعه در اصطلاح درایه خبری است که سند آن از وسط قطع شده باشد؛ چه یکی از وسائط را نیاورند و چه بیشتر مشروط به اینکه تصریح به رفع بنماینند (مدیر شانه‌چی، ۱۳۸۵: ۸۸).

اصحاب اجماع از او روایت نموده، و نام او در اسناد کتاب کامل الزیارات نیز ذکر گردیده، می‌توان وثاقت ایشان را استنباط نمود (خویی، بی‌تا: ج ۱۴، ص ۵۴).

در مورد سلیمان بن هلال نیز در کتب رجال توثیقی از ایشان نشده و فقط نام ایشان در رجال شیخ طوسی (ص ۲۱۷) بدون هیچ توصیفی بیان شده است. بنابراین راوی، مجهول است و قرار گرفتن او در سند خبر موجب ضعف روایت می‌شود. برای اساس گروهی ایشان را ضعیف دانسته‌اند (یزدی، بی‌تا: ج ۳۳، ص ۷۵).

البته گروهی اظهار می‌دارند برای توثیق لازم نیست که بگویند راوی ثقه است. بنابراین به مجرد اینکه سلیمان بن هلال را توثیق نکرده‌اند، نمی‌شود به طور کلی روایت را از درجه اعتبار ساقط کرد؛ بلکه باید ببینیم که شاگردان و مشایخ چه کسانی بوده‌اند. سلیمان بن هلال دو شاگرد برتر دارد، یکی عبد الصمد بن بشیر که «لا یروی إلّا عن ثقه». جمله اخیر خودش دلیل بر این است که سلیمان ثقه است.

شاگرد دیگرش عثمان بن عیسی است. شیخ طوسی می‌گوید اصحاب به روایت ابن عیسی عمل کرده‌اند و یکی از روایاتش این است. بنابراین، این روایتی که می‌خوانیم، در سندش سلیمان بن هلال است و سلیمان بن هلال هر چند توثیق نشده است، اما دو شاگرد دارد که در آسمان رجال می‌درخشند (آیت الله سبحانی، درس خارج فقه، ۱۳۸۹/۱۱/۱۹). در نتیجه به روایت عمل می‌کنند.

در مورد دلالت روایت نیز قبل ذکر است که ظاهر کلام امام (ع) فقط به حکم لواط کننده — که قتل است — اشاره می‌کند؛ لکن اختلاف در مجازات فاعل است و اختلافی در قتل مفعول نیست؛ بنابراین روایت مستندی برای دیدگاه اول است. در این روایت نیز واژه ثقب به معنای ایقاب است که حکم آن نیز در مورد فاعل، بدون اشاره به احصان و عدم آن کشتن بیان شده است.

۴.۱.۱.۴. روایت سیف تمار

در این روایت سیف تمار از امام صادق (ع) نقل می‌کند که ایشان فرمودند: «مردی را همراه پسر نوجوانی که با او لواط کرده بود، نزد امیر مؤمنان علی (ع) آوردند و بیّنه

نیز علیه آنها به این عمل زشت شهادت داد. امام (ع) فرمودند: ای قنبر، برای من فرش پوستی و شمشیری بیاور. آنگاه مرد و نوجوان به صورت، روی آن فرش پوستی قرار داده شدند. سپس امر فرمود آن دو را با شمشیر به دو نیم کردند» (طوسی، ۱۳۹۰: ج ۴، ص ۲۲۰).

ارزیابی سندی و دلالتی روایت: با توجه به مهمل^۱ بودن عباس معروف به غلام بن شراعه و حسن بن ربیع، این حدیث ضعف سند دارد. برخی از فقها نیز به ضعف آن اشاره نموده اند (ر.ک: یزدی، بی تا: ج ۳۳، ص ۷۹).

فحوای این روایت که حاکی از وجوب قتل فاعل و مفعول است، از مستندات فقهی قائل به کشتن فاعل و مفعول در صورت ایقاب است؛ زیرا عمل امام (ع) حجت و دلیل است بر اینکه این مجازات حکم خداوند بوده است. البته در دلالت حدیث این نکته مشهود است با اینکه مفعول غلام است، حکم آن هم در روایت قتل عنوان شده، با اینکه تصریح نشده که آیا غلام به سن بلوغ رسیده است یا نه؟ و از این جهت روایت ابهام دارد.

۴.۱.۲. اجماع

علاوه بر روایات فوق، طرفداران دیدگاه مذکور به اجماع نیز استناد نموده و عنوان می نمایند که فقهی امامیه بر تساوی مجازات (کشتن) فاعل و مفعول، اتفاق نظر دارند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق: ج ۳، ص ۴۵۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۴۱، ص ۳۷۸).

به نظر می رسد - هرچند مشهور قائل به یکسانی مجازات فاعل و مفعول هستند - اما به دلیل وجود نظر مخالف، استناد به اجماع صحیح نباشد.

۴.۲. تفاوت در مجازات فاعل و مفعول

این دیدگاه اعتقاد دارد که مفعول در هر حال کشته می شود و فاعل در فرض احسان قتل و در غیر آن حد (صد ضربه شلاق) می خورد (صدوق، ۱۴۱۵ق: ۴۳۷؛ فیض کاشانی، بی تا: ج ۲، ص ۷۴؛ خویی، ۱۴۲۲ق: ج ۴۱، ص ۲۸۰).

۱. بدین معنی که نام راوی در کتب رجالی نیامده است.

۴.۲.۱. روایات

قائلین به تفاوت در مجازات، مبنای دیدگاه خود را روایات ذیل بیان نموده‌اند:

۴.۲.۱.۱. روایت ابن ابی عمیر

در این روایت ابن ابی عمیر از گروهی از اصحاب امامیه نقل می‌کند که امام صادق (ع) در مورد کسی که با دیگری لواط می‌کند، می‌فرماید: «اگر این شخص محصن باشد، رجم و اگر غیر محصن باشد، تازیانه می‌خورد» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸، ص ۱۶۰).

ارزیابی سندی و دلالتی روایت: روایت مذکور از لحاظ سندی صحیح است؛ زیرا همه رجال سند، امامی و ممدوح هستند (مجلسی، ۱۴۰۶ق: ج ۱۶، ص ۱۱۰). در مورد دلالت روایت نیز قبل از ذکر است که هرچند روایت به مجازات مفعول اشاره‌ای نمی‌کند، لکن آنچه محل اختلاف است، مجازات فاعل است که روایت تصریح دارد فاعل در صورت ایقاب و احصان کشته می‌شود و در صورت ایقاب و عدم احصان تازیانه می‌خورد. ملاحظه می‌گردد برای فاعل لواط، همان مجازات زنا در نظر گرفته شده است. البته شیخ طوسی مفاد این روایت را موافق مذهب عامه و جهت صدور آن را تقیه می‌داند (طوسی، ۱۳۹۰ق: ج ۴، ص ۲۲۳).

۴.۲.۱.۲. روایت ابی بصیر

در این روایت ابی بصیر نقل می‌کند که از امام صادق (ع) شنیدم که فرمودند در کتاب علی (ع) آمده است: «اگر مردی با نوجوانی زیر ملحفه‌ای برهنه باشند، مرد شلاق زده و نوجوان تأدیب می‌شود. اگر مرد دخول کرده باشد و محصن باشد، سنگسار می‌شود» (کلینی، ۱۴۲۹ق: ج ۱۴، ص ۷۹).

ارزیابی سندی و دلالتی روایت: روایت از نظر سند جزء روایات صحیحه است؛ زیرا همه رجال سند، امامی و ممدوح هستند (مجلسی، ۱۴۰۶ق: ج ۱۶، ص ۱۱۰). براساس این روایت، نوجوان غیربالغ تأدیب و مرد محصن سنگسار می‌شود؛ زیرا حد او حد زناکار است. اگر غیر از این بود، امام (ع) ذکر می‌کرد؛ زیرا امام صادق (ع)

با نقل از کتاب علی (ع) در مقام بیان حکم شرعی و حد واجب است و مفهوم شرط این است که «إن لم یکن محصناً جُلْد»؛ یعنی اگر محصن نباشد تازیانه زده می شود؛ چنان که به این مطلب در روایات دیگر تصریح شده است. روایت فوق نیز تصریح دارد که حد فاعل با ایقاب در صورت محصن بودن کشتن است و مفهوم آن این است که در صورت محصن نبودن حد، تازیانه است؛ زیرا رجم و کشتن مشروط به احسان شده است.

۴.۲.۱.۳. روایت حماد بن عثمان

در این روایت حماد بن عثمان از امام صادق (ع) در مورد حکم مردی که با مردی دیگر لواط کرده است، سؤال نمود و امام (ع) فرمودند: «اگر محصن بود حکم او قتل است و اگر محصن نبود، حکم او تازیانه است». همچنین از ایشان در مورد حکم مفعول سؤال نمودم که امام (ع) فرمودند: «در هر حال چه محصن باشد چه غیر محصن، حکم او قتل است» (کلینی، ۱۴۲۹ق: ج ۱۴، ص ۷۲-۷۳).

همین روایت را شیخ صدوق به اسناد خود از حماد بن عیسی (صدوق، ۱۴۱۳ق: ج ۴، ص ۴۲) و شیخ طوسی به اسناد خود از محمد بن یعقوب نقل کرده اند (طوسی، ۱۴۱۷ق: ج ۱۰، ص ۵۵).

ارزیابی سندی و دلالتی روایت: سند حدیث به سبب معلی بن محمد ضعیف است؛ زیرا این شخص طبق نقل علامه در خلاصه (علامه حلی، ۱۳۸۱: ۲۵۹) و نجاشی در رجال خود (نجاشی، ۱۴۰۷ق: ۴۱۸) از نظر حدیث و مذهب، مضطرب است؛ چنان که در این حدیث وی نیز اضطراب مشاهده می شود. البته معلی بن محمد برخلاف نظر نجاشی ثقه است؛ لذا روایت صحیح است.

روایت فوق به کشتن فاعل در صورت احسان و تازیانه در فرض عدم احسان، و کشتن مفعول به طور مطلق تصریح دارد؛ بنابراین از نظر دلالت مشکلی ندارد.

۴.۲.۱.۴. روایت یزید بن عبدالملک

در این روایت یزید بن عبدالملک می گوید که از امام صادق (ع) شنیدم که فرمودند: «حکم فاعل و مفعول رجم است - چه مرد باشد چه زن، زمانی که محصن

باشند- همچنین حکم مفعول مذکر رجم است چه محصن باشد و چه نباشد» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۸، ص ۱۵۵)

ارزیابی سندی و دلالتی روایت: در سند روایت صالح بن عقبه قرار دارد که علامه در خلاصه او را غالی و کذاب می‌داند (علامه حلی، ۱۳۸۱: ص ۲۳۰). که موجب ضعف روایت است اما صاحب منتهی المقال می‌گوید: روایت او در کتب اخبار صراحت در عدم غلو او دارد و ظاهراً دلیل انتساب او به غلو اخباری است که در جلالت شأن ائمه علیهم السلام آورده است و مشایخ، اخبار او را ذکر کرده و به آن عمل نموده‌اند (مازندرانی، ۱۴۱۶: ج ۴، ص ۱۶). بر همین اساس در خصوص این روایت نیز فقها به روایت او استناد نموده‌اند.

کیفیت دلالت این حدیث روشن‌تر و صریح‌تر است با این بیان که مراد از فاعل و مفعول در صورتی که مفعول مؤنث باشد زناست و حکم آن سنگسار است و لواط در مورد دو مرد صدق می‌کند که حکم تمام صور یکی است، به جز در مورد مفعول مذکر که حکم وی سنگسار است چه محصن باشد و چه نباشد؛ بنابراین روایت دلالت دارد که مجازات فاعل سنگسار یا تازیانه است و حکم مفعول، مطلقاً سنگسار است.

۴.۲.۱.۵. روایت علاء بن فضیل

در این روایت علاء بن فضیل می‌گوید که امام صادق (ع) فرمودند: «حد فاعل در لواط مثل حد زانی است». سپس فرمودند: «اگر محصن باشد رجم می‌شود، و گرنه تازیانه می‌خورد» (کلینی، ۱۴۲۹ق: ج ۱۴، ص ۷۲).

ارزیابی سندی و دلالتی روایت: از نظر سند روایت مشهور به ضعف است، به دلیل حضور محمد بن سنان در طریق روایت که مشهور به ضعف است. علامه در خلاصه می‌گوید: شیخ طوسی و نجاشی او را تضعیف کرده‌اند و ابن غضائری می‌گوید ضعیف و غالی است و توجهی به او نیست و از نظر من باید در روایات او توقف نمود (علامه حلی، ۱۳۸۱: ۲۵۱).

روایت صراحت دارد که حد لواط‌کننده حد زناکار است؛ به‌ویژه باتوجه به صراحت آن در تفصیل میان احصان و غیر آن و اینکه حد لواط‌کننده محصن مانند زناکار محصن، سنگسار است و حد غیر آن تازیانه است؛ براین اساس برای مفعول حدی ذکر نشده است.

۴.۲.۱.۶. روایت ابی‌بختری

در این روایت ابی‌بختری از امام صادق (ع) و امام صادق (ع) از پدرشان و به‌این ترتیب تا امام علی (ع) نقل کرده‌اند که امام (ع) فرمودند: «حد لواط‌کننده مانند حد زناکار است؛ اگر محصن باشد، سنگسار می‌شود و اگر عذب باشد، صد تازیانه می‌خورد. هرکس به شخصی نسبت لواط دهد و نتواند ثابت کند، حد قذف بر وی جاری می‌شود» (حمیری، بی‌تا: ج ۱، ص ۶۴؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸، ص ۱۵۵)

ارزیابی سندی و دلالتی روایت: سند این روایت، معلق است؛ چراکه واسطه‌ای میان عبدالله بن جعفر^۱ و سندی وجود داشته که ذکر نشده است. ابی‌بختری که در اسناد رولیات و کتب رجالی با نام‌های وهب بن وهب، وهب بن وهب القرشی و وهب بن وهب عبدالله نیز به او اشاره شده، فردی عامی و جداً ضعیف بوده (خویی، بی‌تا: ج ۱۹، ص ۲۱۱) و در منابع رجالی متهم به کذب و وضع است (ر.ک: مازندرانی، ۱۴۱۶ق: ج ۶، ص ۴۰۰).

دلالت این روایت نیز روشن است؛ بلکه از روایت پیشین روشن‌تر است؛ زیرا تعداد تازیانه غیر محصن بیان شده است. به‌هر صورت این روایت نیز صراحت دارد که حد لواط‌کننده حد زناکار است.

۴.۳. دیدگاه مورد پذیرش

طرفداران دیدگاه یکسانی مجازات فاعل و مفعول به چهار روایت و اجماع استناد نموده بودند و طرفداران دیدگاه تفاوت مجازات فاعل و مفعول به شش روایت.

۱. عبدالله بن جعفر حمیری صاحب کتاب قرب الاسناد که این روایت را بلاواسطه از سندی نقل نموده است.

همان‌گونه که ملاحظه گردید، تمام روایات مورد استناد دیدگاه اول از نظر سندی ضعیف بودند.

از نظر دلالتی نیز در روایات تصریحی به تساوی مجازات فاعل و مفعول در قتل نشده بود. بلکه از اطلاق برخی از آنها تساوی در مجازات به دست می‌آید؛ همان‌گونه که شهید ثانی به این مسئله اشاره نموده است (شهید ثانی، ۱۳۱۴ق: ج ۱۴، ص ۴۰۲). دلیل اجماع نیز همان‌گونه که ذکر گردید، به دلیل مدرکی بودن و وجود نظریه مخالف نمی‌تواند قابل استناد باشد.

در مقابل هرچند اکثر روایات مورد استناد دیدگاه دوم نیز از نظر سندی ضعیف بودند، لکن همان‌گونه که ذکر گردید، دو روایت اول از نظر سندی صحیح بودند. از نظر دلالتی روایات مورد استناد دیدگاه دوم، صراحت در تفاوت مجازات فاعل و مفعول داشتند. بنابراین در تعارض (غیرمستقر) با روایات دسته اول، باید گفت این روایات مقدم می‌گردند. در نتیجه نظریه تفاوت در مجازات فاعل و مفعول — کشته شدن مفعول در هر حال و قتل فاعل در فرض احسان و صد ضربه شلاق در غیر آن — را باید پذیرفت. همان‌گونه که قانونگذار در ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، از نظر خود در مواد ۱۰۹ و ۱۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، عدول نموده و این نظریه را پذیرفته است.

در تأیید این نظریه می‌توان این‌گونه نیز استدلال نمود که با وجود اختلاف روایات در مجازات فاعل، شبهه حکمیه به وجود می‌آید؛ که در این صورت با اجرای قاعده درأ، مجازات بیشتر از فاعل در لواط — قتل در هر صورت — دفع می‌گردد.

همچنین می‌توان این‌گونه استدلال نمود که با وجود اختلاف روایات در مجازات فاعل، و بر فرض عدم امکان ترجیح هر کدام از روایات بر دیگری، طبق قاعده «الجمع مهما امکن اولی»، مقتضای جمع بین آنها تفصیل بین محصن و غیرمحصن در مجازات فاعل است.

۵. مجازات تفخیز (بین الیتین)

درباره مجازات تفخیز، چهار نظریه توسط فقیهان مطرح گردیده است:

۵.۱. صد تازیانه

این دیدگاه اعتقاد براین دارد که مجازات فاعل و مفعول صد ضربه تازیانه بوده و فرقی میان مسلمان و غیرمسلمان و محسن و غیرمحسن نیست (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق: ۷۸۵؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۵ق: ۵۱۰؛ دیلمی، ۱۴۰۴ق: ۲۵۳؛ ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳ق: ۴۰۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۴، ص ۱۴۸؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق: ج ۳، ص ۴۵۸؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق: ۴۲۵؛ حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۹، ص ۱۹۰؛ کیدری، ۱۴۱۶ق: ۵۱۷؛ سبزواری قمی، ۱۴۲۱ق: ۵۸۳؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق: ج ۴، ص ۴۹۱؛ القطان حلی، ۱۴۲۴ق: ج ۲، ص ۴۹۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق: ۲۵۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۹، ص ۱۵۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۴، ص ۳۸۲؛ موسوی خمینی، بی تا: ج ۲، ص ۴۷۱؛ خویی، ۱۴۲۲ق: ج ۴، ص ۲۸۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۷، ص ۳۱۱).

۵.۱.۱. دلایل

مستند اصلی قائلان به این حکم عبارت است از:

۵.۱.۱.۱. روایت سلیمان بن هلال

سلیمان بن هلال از امام صادق (ع) درباره مجازات مردی که با مرد دیگر لواط نموده است، نقل می کند که امام (ع) فرمودند: «اگر دخول نکرده باشد، تازیانه می خورد. چنانچه دخول کرده باشد، ایستاده نگه داشته می شود، سپس با شمشیر ضربه ای به او وارد می شود تا هرجا که شمشیر کارگر شد». عرض کردم آیا این عمل قتل او خواهد بود؟ فرمود: «این عمل قتل اوست» (طوسی، ۱۳۹۰ق: ج ۴، ص ۲۱۹).

ارزیابی سندی و دلالی روایت: در مورد سند روایت در گفتار قبل (ضعیف بودن سند روایت) توضیح داده شد. اما قسمت اول روایت، بر اجرای تازیانه در صورت عدم دخول تصریح دارد (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق: ج ۴، ص ۴۹۲؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق: ج ۴، ص ۳۲۶).

۵.۱.۱.۲. اصل برائت

در اینجا شک در مجازات زائد بر تازیانه – که همان رجم یا کشتن است – وجود دارد. بنابر اصل برائت ذمه، باید به قدر متیقن که همان تازیانه است، اکتفا نمود (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق: ج ۴، ص ۴۹۲؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق: ج ۴، ص ۳۲۶).

۵.۱.۱.۳. قاعده درأ

براساس قاعده «تدرء الحدود بالشبهات»، با وجود شبهه در مجازات، مجازات بیشتر برداشته می شود (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق: ج ۴، ص ۴۹۲؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق: ج ۴، ص ۳۲۶). در این مسئله نیز به خاطر وجود شبهه در کشتن، مجازات قتل برداشته می شود.

۵.۱.۱.۴. عدم اطلاق لواط بر تفخیز

از نظر برخی از فقها اساساً اطلاق لواط بر تفخیز جایز نیست؛ و اطلاق لواط بر غیر دخول مانند استفاده از میان دو ران یا میان دو کپل، استعمال مجازی است (نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۴، ص ۳۷۶). براین اساس نمی توان مجازات لواط را در تفخیز نیز اجرا نمود.

۵.۱.۱.۵. اصل حفظ دماء معصومه

با وجود شک و شبهه نسبت به رجم در تفخیز باید حکم صد تازیانه اجرا شود؛ زیرا در جایی که مسئله قتل وجود دارد، اصل، حفظ دماء معصومه است (فاضل آبی، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۵۶۰).

۵.۲. تفصیل میان محصن و غیر محصن

این دیدگاه میان محصن و غیر محصن تفصیل قائل شده و مجازات فاعل و مفعول در صورت احصان را رجم دانسته و در صورت عدم احصان صد ضربه تازیانه می داند (طوسی، ۱۴۰۰ق: ۷۰۴؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق: ج ۲، ص ۵۳۰؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸ق: ۴۱۳؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۵۶۱).

۵.۲.۱. دلایل

روایاتی که قائلان به این حکم به آن استناد کرده اند، عبارتند از:

۵.۲.۱.۱. روایت علاء بن فضیل

در این روایت علاء بن فضل می‌گوید که امام صادق (ع) فرمودند: «حد لوطی (فاعل و مفعول) در لواط مثل حد زانی است» و فرمود: «اگر محصن باشد رجم می‌شود، و گرنه تازیانه می‌خورد»^۱ (کلینی، ۱۴۲۹ق: ج ۱۴، ص ۷۲؛ مجلسی، ۱۴۰۴ق: ج ۲۳، ص ۳۰۲).

باتوجه به بررسی سند روایت در مباحث قبلی، سند روایت به دلیل حضور محمد بن سنان در طریق روایت، مشهور به ضعف است. اما در مورد دلالت روایت این‌گونه استدلال می‌شود که لواط اطلاق داشته و هم ایقاب و تفخیز را در بر می‌گیرد. از طرفی مقصود از لوطی در روایت فوق فاعل و مفعول است که حکم یکسانی برای هر دو در نظر گرفته شده است؛ یعنی در صورت احصان رجم و در صورت غیراحصان، صد ضربه تازیانه.

۵.۲.۱.۲. روایت ابی‌یحیی واسطی

در این روایت ابی‌یحیی واسطی درباره دو مردی که با هم گناه تفخیز را انجام دادند، از امام (ع) سؤال می‌کند، که امام (ع) فرمودند: «حد آنها حد زانی است. اما اگر یکی از آنها در دیگری دخول نماید، گردن فاعل با شمشیر زده می‌شود و مفعول نیز با آتش سوزانده می‌شود» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸، ص ۱۵۹).

بررسی سندی و دلالتی روایت: همان‌گونه که قبلاً توضیح داده شد، سند روایت به دلیل مرفوعه بودن و محمد بن هارون، ضعیف است. اما در مورد دلالت روایت این‌گونه عنوان می‌گردد که در روایت تصریح شده که حد تفخیز همان حد زانی است؛ یعنی در صورت احصان، کشتن و در صورت عدم احصان تازیانه است و فحوای روایت حاکی از عدم تفاوت بین فاعل و مفعول است.

۱. عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى، عَنْ يُونُسَ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانٍ، عَنْ الْعَلَاءِ بْنِ الْفَضِيلِ، قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «حَدُّ الْلُوطِيِّ مِثْلُ حَدِّ الزَّانِي» وَقَالَ: «إِنْ كَانَ قَدْ أَحْصَنَ رُجْمًا، وَإِلَّا جُلِدَ».

۵.۳. تفصیل میان فاعل و مفعول

طبق این دیدگاه مفعول در هر حال کشته می‌شود و فاعل در فرض احسان قتل و در غیر آن حد (صد ضربه شلاق) می‌خورد (صدوق، ۱۴۱۵ق: ۴۳۷).

۵.۳.۱. ادله

روایاتی که قائلان به این حکم به آن استناد کرده‌اند، عبارتند از:

۵.۳.۱.۱. روایت حماد بن عثمان

در این روایت حماد بن عثمان از امام صادق (ع) در مورد حکم مردی که با مردی لواط کرده، سؤال نمود که امام (ع) فرمودند: «اگر محصن بود، حکم او قتل است. چنانچه محصن نبود، حکم او تازیانه است». همچنین از ایشان در مورد حکم مفعول سؤال نمودم که امام فرمودند: «در هر حال چه محصن باشد چه غیر محصن، حکم او قتل است» (کلینی، ۱۴۲۹ق: ج ۱۴، ص ۷۲-۷۳).

بررسی سندی و دلالتی روایت: همان‌گونه که قبلاً ذکر گردید، سند حدیث به سبب معلی بن محمد ضعیف است. در مورد دلالت روایت نیز این‌گونه عنوان شده است که لواط در روایت اطلاق در ایقاب و تفخیز دارد و هر دو را شامل می‌شود؛ در نتیجه حکم تفخیز همان حکم ایقاب در لواط است.

۵.۳.۱.۲. روایت یزید بن عبدالملک

در این روایت یزید بن عبدالملک می‌گوید که امام صادق (ع) شنیدم که فرمودند: «رجم حکم فاعل و مفعول است — چه مرد باشد چه زن زمانی که محصن باشند — همچنین حکم مفعول مذکر رجم است، چه محصن باشد و چه نباشد» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸، ص ۱۵۵).

بررسی سندی و دلالتی روایت: در مورد سند روایت قبلاً توضیح داده شد که گروهی صالح بن عقبه را غالی و کذاب می‌دانند (علامه حلی، ۱۳۸۱: ۲۳۰). اما گروهی دیگر اظهار می‌دارند روایات او در کتب اخبار صراحت در عدم غلو او دارد و مشایخ اخبار او را ذکر و به آن عمل کرده‌اند (مازندرانی، ۱۴۱۶ق: ج ۴، ص ۱۶). در

مورد دلالت روایت نیز همانند استدلال قبل این گونه عنوان شده است که لواط در روایت اطلاق در ایقاب و تفخیز دارد و هر دو را شامل می‌شود؛ در نتیجه حکم تفخیز همان حکم ایقاب در لواط است؛ یعنی حد لواط، حد زناست؛ در فاعل سنگسار یا تازیانه است و حکم مفعول، مطلقاً سنگسار است.

۵.۴. وجوب قتل مطلقاً

علامه در مختلف قول وجوب قتل مطلق برای فاعل و مفعول را به صدوقین و ابن جنید نسبت می‌دهد (ر.ک: حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۹، ص ۱۹۰).

۵.۴.۱. دلایل

روایاتی که قائلان به این حکم به آن استناد کرده‌اند، عبارتند از:

۵.۴.۱.۱. روایت حسین بن سعید

حسین بن سعید می‌گوید نامه مردی را — که می‌شناختم — به امام کاظم (ع)، و همچنین جواب امام (ع) را خواندم که در آن سؤال شده است که آیا بر مردی که با کودکی تفخیز می‌کند، حد جاری می‌شود؛ زیرا برخی گفته‌اند تفخیز مرد با غلام ایرادی ندارد. امام (ع) فرمودند: «لعنت خدا بر کسی که این کار را می‌کند». همچنین امام کاظم (ع) در جواب این پرسش که حد دو مردی که یکی با دیگری با رضایت، تفخیز کرده چیست؟ فرمود: «حد وی قتل است». امام در جواب سؤال حد دو مردی که در زیر لحاف واحد برهنه می‌خوانند نیز فرمودند: «حد آنها صد ضربه شلاق است» (طوسی، ۱۳۹۰ق: ج ۴، ص ۲۲۲).

بررسی سندی و دلالتی روایت: روایت از لحاظ سندی صحیح است، اما به این دلیل که حسین بن سعید می‌گوید خودم جواب را ندیده‌ام (که گویای این است که در اینکه جواب از امام باشد، تردید داشته)، روایت مرسله است (مجلسی، ۱۴۰۶ق: ج ۱۶، ص ۱۰۹) و از این جهت سند روایت ضعیف است. علاوه بر اینکه رجل مذکور در روایت هرچند برای راوی معلوم است، اما برای ما مجهول است.

این روایت ناظر به تفخیز است و ظاهر آن تصریح به وجوب قتل فاعل و مفعول دارد. البته شیخ طوسی در تهذیب، روایت را بر مورد تکرار فعل یا بر شخص محصن حمل کرده است (طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۱۰، ص ۵۶؛ طوسی، ۱۳۹۰ق: ج ۴، ص ۲۲۲).

۵.۴.۱.۲. روایت حذیفه بن منصور

در این روایت حذیفه بن منصور می گوید که از امام صادق (ع) پرسیدم: لواط چیست؟ فرمودند: «آمیزش میان دو ران است». پرسیدم: پس دخول چیست؟ فرمود: «آن کفر به آنچه خداوند بر پیامبرش نازل نموده، است» (طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۱۰، ص ۵۳). بررسی سندی و دلالتی روایت: علامه حلی حدیث حذیفه بن منصور را به نقل از ابن غضائری غیرنقی و آمیخته با صدق و کذب می داند و می گوید از نظر من باید در روایت او توقف نمود (علامه حلی، ۱۳۸۱: ۶۱). بنابر تحقیق و نظر صحیح، جرح و تضعیفات ابن غضائری برخلاف وثیقاتش، نامعتبر است؛ علی الخصوص در جایی که نجاشی تصریح به وثاقت و کشی مدح نموده باشد (نجاشی، ۱۴۰۷ق: ۱۴۸؛ کشی، ۱۳۹۰ق: ۳۳۶-۳۸۴). بنابراین حذیفه بنابر تحقیق، امامی مذهب و ثقه می باشد.

صدوقین و ابن جنید با استناد به این روایت لواط را همان تفخیز دانسته و ایقاب را کفر به خدای بزرگ می دانند (ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۹، ص ۱۸۹).

۵.۵. دیدگاه مورد پذیرش

همان گونه که ملاحظه گردید، گروهی از فقیهان در موضوع لواط توسعه داده و به کمتر از دخول نیز اطلاق لواط نموده اند. در نتیجه مجازات تفخیز را نیز همان مجازات لواط در صورت دخول می دانند. در حالی که همان گونه که شهید ثانی نیز تصریح نموده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۴، ص ۴۰)، بر قرار دادن آلت میان دو ران یا دو کپل، لواط صدق نمی کند. به بیان دیگر لواط که موضوع حد است، فقط با دخول تحقق می یابد.

براین اساس تفخیز تخصصاً از موضوع روایاتی که دیدگاه دوم و سوم به آنها استناد می کنند، خارج است؛ در نتیجه نمی توان دیدگاه سوم و چهارم را پذیرفت.

در رابطه با ادله دیدگاه چهارم نیز باید گفت روایت حسین بن سعید که مورد سؤال آمیزش میان دو ران است، علاوه بر اینکه روایت مرسله و از این جهت سند روایت ضعیف است، کشتن چنین کسی در باب حدود، با ملاک‌های فقهی تناسب نداشته و با در نظر گرفتن اصالة البرائة و لزوم حفظ دماء معصومه، محل تأمل است. روایت حذیفه بن منصور نیز در حقیقت حمل بر مبالغه است برای بزرگ جلوه دادن این گناه و تأکید بر ترک و نشان دادن شدت آن یا نسبت به کسی که آن را سبک و کوچک می‌شمرد (شهید اول، ۱۴۱۴ق: ج ۴، ص ۲۱۴)؛ و گرنه از نظر فقهی حکم به کفر لواط‌کننده نمی‌شود. در نتیجه دیدگاه چهارم نیز صحیح نیست.

بنابراین از میان دیدگاه‌های فوق باید دیدگاه اول را پذیرفت که با اصالة البرائة و لزوم حفظ دماء معصومه نیز سازگار است. علاوه بر این می‌توان به صحیح ابی بصیر از امام صادق (ع) استناد نمود که در این روایت ابی بصیر نقل می‌کند که از امام صادق (ع) شنیدم که فرمودند در کتاب علی (ع) آمده است: «اگر مردی با نوجوانی زیر ملحفه‌ای برهنه باشند، مرد شلاق زده می‌شود و نوجوان تأدیب می‌شود. اگر مرد دخول کرده باشد و محصن باشد، سنگسار می‌شود» (کلینی، ۱۴۲۹ق: ج ۱۴، ص ۷۹). در روایت رجم را مشروط به ایقاب نموده است.

قانونگذار نیز در راستای دیدگاه مشهور، در ماده ۲۳۶ قانون مجازات اسلامی سعی نموده براساس مواردی مانند قاعده درء، اصالة البرائة و حفظ دماء معصومه، به مجازات حداقلی اکتفا کند.

نتیجه

الف) لواط به معنای دخول در دبر انسان مذکر است و تفخیز عبارت است از قرار دادن اندام تناسلی مرد بین ران‌ها یا نشیمن‌گاه انسان مذکر.

ب) مطابق با قاعده درء در ایقاب در لواط، غیوبت حشفه در دبر معتبر است. به بیان دیگر ایقاب موجب حد لواط ادخال تمام حشفه است.

ج) با بررسی دیدگاه‌ها و ادله آنها در مورد مجازات لواط که عمدتاً روایت بود، مجازات فاعل و مفعول در لواط متفاوت است. به این صورت که مفعول در هر حال کشته می‌شود و فاعل در فرض احصان قتل و در غیر آن حد (صد ضربه شلاق) می‌خورد. براین اساس نظر قانونگذار در ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مورد تأیید است.

د) با بررسی دیدگاه‌ها و ادله آنها در مورد مجازات تفخیز، و باتوجه به عدم صدق لواط بر تفخیز، و همچنین با استناد به اصالة البرائه و لزوم حفظ دماء معصومه و صحیحہ ابی‌بصیر، مجازات تفخیز صد تازیانه است. بنابراین نظر قانونگذار در ماده ۲۳۶ قانون مجازات اسلامی، مورد تأیید است.

منابع

۱. ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد، (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ دوم.
۲. ابن پراج، قاضي، عبد العزيز، (۱۴۰۶ق)، المهذب، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
۳. ابن حمزه طوسي، محمد بن علي، (۱۴۰۸ق)، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، قم: کتابخانه آيت الله مرعشي نجفی (ره).
۴. ابن زهره، حمزة بن علي حسيني، (۱۴۱۷ق)، غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۵. ابن داود، حسن بن علي حلي، (۱۳۸۳)، رجال ابن داود، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۶. ابن عباد، صاحب، (۱۴۱۴)، المحيط في اللغة، بيروت: عالم الكتاب.
۷. ابن غضائري، ابو الحسن احمد بن ابی عبد الله، (بی تا)، کتاب الضعفاء: رجال ابن الغضائري، قم: بی نا.
۸. ابن منظور، جمال الدين (۱۴۱۴)، لسان العرب، بيروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، چاپ سوم.
۹. زبیدی، مرتضی، (۱۴۱۴)، تاج العروس من جواهر القاموس، بيروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزيع.
۱۰. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷)، لغت نامه، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم.
۱۱. ديلمی، سلاّر، حمزة بن عبد العزيز، (۱۴۰۴ق)، المراسم العلوية و الأحكام النبوية، قم: منشورات الحرمين.
۱۲. جزیری، عبد الرحمن، (۱۴۱۹ق)، الفقه على المذاهب الأربعة و مذهب أهل بيت (ع) بيروت: دار الثقلین.

۱۳. جمعی از پژوهشگران، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، (۱۴۲۶ق)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
۱۴. حر عاملی، محمدبن حسن، (۱۴۰۹ق)، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۱۵. حلبی، ابو الصلاح تقی الدین بن نجم الدین، (۱۴۰۳ق)، الکافی فی الفقه، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (ع).
۱۶. خمینی، روح الله، (بی تا)، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۱۷. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، (۱۴۲۲ق)، مبانی تکملة المنهاج، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي (ره).
۱۸. _____، (بی تا)، معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال، بی جا: بی نا.
۱۹. سبحانی، جعفر، درس خارج فقه، سال تحصیلی ۱۳۸۹-۱۳۹۰، ۱۳۸۹/۱۱/۱۹.
۲۰. سبزواری، سید عبد الأعلى، (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحكام، قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
۲۱. سبزواری قمی، علی مؤمن، (۱۴۲۱ق)، جامع الخلاف و الوفاق بین الإمامية و بین أئمة الحجاز و العراق، قم: زمینه سازان ظهور امام عصر (ع).
۲۲. سیاح، احمد، (۱۳۸۷)، فرهنگ بزرگ جامع نوین (ترجمه المنجد)، تهران: اسلام.
۲۳. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، (۱۴۱۵ق)، الانتصار فی انفرادات الإمامية، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
۲۴. شهید اول، محمدبن مکی، (۱۴۱۴ق)، غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۰ق)، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - کلانتر)، قم: کتابفروشی داوری.

٢٦. _____ (١٤١٤ق)، حاشیه الإرشاد، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزة علمیه قم.
٢٧. _____ (١٤١٣ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
٢٨. شيخ مفيد، محمد بن محمد بن نعمان عكبري، (١٤١٣ق)، المقنعة، قم: كنز جهماني هزاره شيخ مفيد (ره).
٢٩. صدوق، محمد بن علي بن بابويه، (١٣٨٦)، علل الشرائع، قم: كتابفروشي داوری.
٣٠. _____ (١٤١٥ق)، المقنع، قم: مؤسسه امام هادی (ع).
٣١. _____ (١٤١٣ق)، من لا يحضره الفقيه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزة علمیه قم، چاپ دوم.
٣٢. صيمري، مفلح بن حسن (حسين)، (١٤٢٠ق)، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، بيروت: دار الهادي.
٣٣. طوسي، ابو جعفر، محمد بن حسن، (١٣٩٠)، الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، تهران: دار الكتب الإسلامية.
٣٤. _____ (١٤٠٧ق)، تهذيب الأحكام، تهران: دار الكتب الإسلامية، چاپ چهارم.
٣٥. _____ (١٤٢٧ق)، رجال الشيخ الطوسي، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزة علمیه قم، چاپ سوم.
٣٦. _____ (١٤٠٠ق)، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، بيروت: دارالكتاب العربي، چاپ دوم.
٣٧. طريحي، فخر الدين، (١٤١٦ق)، مجمع البحرين، تهران: كتابفروشي مرتضوى، چاپ سوم.
٣٨. عاملى، ياسين عيسى، (١٤١٣ق)، الاصطلاحات الفقهية في الرسائل العملية، بيروت: دار البلاغة للطباعة و النشر و التوزيع.

۳۹. عبدالرحمن، محمود، (بی تا)، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، بی جا: بی نا.
۴۰. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۲۰ق)، تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثة)، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۴۱. _____، (۱۳۸۱)، رجال العلامة الحلي - خلاصة الأقوال في معرفة أحوال الرجال، نجف اشرف: منشورات المطبعة الحيدرية، چاپ دوم.
۴۲. _____، (۱۴۱۳ق)، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ دوم.
۴۳. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی، (۱۴۱۷ق)، کشف الرموز في شرح مختصر النافع، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ سوم.
۴۴. فخر المحققين، محمد بن حسن بن یوسف، (۱۳۸۷)، إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعيليان.
۴۵. فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۱۰ق)، کتاب العين، قم: هجرت، چاپ دوم.
۴۶. فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، (بی تا)، سفينة النجاة، بی جا: بی نا.
۴۷. القطان حلی، شمس الدین محمد بن شجاع، (۱۴۲۴ق)، معالم الدین في فقه آل یاسین، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۴۸. کشی، ابو عمرو محمد بن عمر بن عبد العزیز، (۱۳۹۰)، رجال الکشي: اختيار معرفة الرجال، مشهد: مؤسسه نشر دانشگاه مشهد.
۴۹. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، (۱۴۲۹ق)، الکافي (ط — دار الحديث)، قم: دار الحديث للطباعة و النشر.
۵۰. کیدری، قطب الدین محمد بن حسین، (۱۴۱۶ق)، إصباح الشيعة بمصباح الشريعة، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۵۱. گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی، (۱۴۱۲ق)، الدر المنضود في أحكام الحدود، قم: دار القرآن الکریم.

۵۲. مازندرانی، محمدبن اسماعیل حائری، (۱۴۱۶ق)، منتهی المقال في أحوال الرجال، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۵۳. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، (۱۴۱۰ق)، بحار الأنوار، بیروت: مؤسسه الطبع و النشر.
۵۴. _____ (۱۴۰۴ق)، مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول، تهران: دار الكتب الإسلامية، چاپ دوم.
۵۵. _____ (۱۴۰۶ق)، ملاذ الأخيار في فهم تهذيب الأخبار، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره).
۵۶. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۵۷. مدیر شانه چی، کاظم، (۱۳۸۵)، درایه الحديث، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ پنجم.
۵۸. مشکینی، میرزا علی، (بی تا)، مصطلحات الفقه، بی جا: بی نا.
۵۹. مغنیه، محمدجواد، (۱۴۲۱ق)، فقه الإمام الصادق (ع)، قم: مؤسسه انصاریان، چاپ دوم.
۶۰. نجاشی، ابو الحسن احمد بن علی، (۱۴۰۷ق)، رجال النجاشی: فهرست أسماء مصنفی الشيعة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
۶۱. نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، لبنان: دار إحياء التراث العربي، چاپ هفتم.
۶۲. نوری، میرزا حسین، (بی تا)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۶۳. ولیدی، محمدصالح، (۱۳۸۰)، حقوق جزای اختصاصی جرائم علیه عفت و اخلاق عمومی و حقوق خانواده گي، تهران: امیر کبیر.

۶۴. یزدی، محمد، (بی تا)، «نکته‌ای در مجازات لواط»، مجله فقه اهل بیت (ع)، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
۶۵. یوسفیان، نعمت‌الله، (بی تا)، احکام حقوقی اسلام، تهران: سپاه پاسداران انقلاب اسلامی، نمایندگی ولایت فقیه، اداره آموزش‌های عقیدتی سیاسی.