

## آسیب شناسی فقهی ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی<sup>۱</sup>

سید احمد میرخلیلی \*

نقیسه متولی زاده نایینی \*\*

مهتری نساجی زواره \*\*\*

### چکیده

با تغییر قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ ماده‌ی ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی در رابطه با مجازات فاعل لواط (که قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، مجازات وی را به صورت مطلق قتل دانسته بود) تغییر کرد. در قانون فعلی، قتل فاعل، مشروط به شرط احصان، عنف یا کفر فاعل، و در غیر این صورت مجازات وی را صد ضربه تازیانه دانسته است. این تغییر فاحش مجازات، ما را بر آن داشت در راستای مفاد قاعده لاضرر و نظر به اینکه تغییر مجازات این جرم از مجازات شدید به خفیف، ضرر عظیمی برای جامعه به دنبال دارد به بررسی مبانی فقهی این ماده قانونی بپردازیم. در رابطه با مجازات فاعل لواط، در میان فقها با دو نظریه مواجهیم: مشهور فقها معتقدند که مجازات لواط، در صورت احصان و عدم احصان، قتل است؛ در مقابل نظریه غیر مشهوری در فقه داریم که مجازات لواط را در صورت احصان، قتل یا رجم و در صورت عدم احصان، تازیانه می‌داند. در این مقاله که با روش تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای نگاشته شده ضمن انتقاد بر قانونگذار در رابطه با عدم تناسب میان مجازات لواط و تعریفی که از لواط ارائه داده است به بررسی نظرات مطرح در فقه و مستند روایی آنها پرداخته و اثبات نموده ایم که مجازات قتل برای فاعل، با دقت روایی و فقهی سازگارتر است.

**کلید واژه‌ها:** لواط، قتل، احصان، رجم، تازیانه، لاضرر.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۱۲/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۸/۲۵

\* استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آیت الله حائری میبد، میبد، ایران (نویسنده مسؤول)

mirkhalili@meybod.ac.ir

\*\* استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آیت الله حائری میبد، میبد، ایران

motavallizade@yahoo.com

\*\*\* دانشجوی دکتری حقوق جزای دانشگاه آیت الله حائری میبد، میبد، ایران mnassajizavareh@yahoo.com

## ۱- مقدمه

در ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مجازات فاعل لواط در غیر موارد عنف و احصان و کافر بودن فاعل، تازیانه است در حالی که مجازات مفعول، بدون هیچ شرطی قتل است اما قانون مجازات اسلامی سابق، مجازات فاعل و مفعول این جرم، را به پیروی از نظر مشهور فقها، قتل دانسته بود. مسأله اصلی این است که این اقدام قانونگذار که نظر مشهور فقها را رها کرده و از دیدگاهی نادر در فقه پیروی کرده است و این مهم ما را بر آن داشت تا با بررسی نظرات فقها و نیز بررسی روایات مختلف و برداشت‌های متفاوتی که در این زمینه وجود دارد (با روش تحلیلی) به دلیل تغییر نظر قانونگذار در زمینه مجازات فاعل این جرم پی ببریم و هدف آن است که در نهایت به این نتیجه برسیم که آیا این تغییر مجازات، از لحاظ شرعی و قانونی موجه بود یا نه؟

## ۲- نگاه قرآن و احادیث اهل بیت علیهم السلام

لواط یکی از شنیع‌ترین اعمال از دیدگاه اسلام است و قوم لوط اولین قومی بودند که این عمل شنیع را مرتکب شدند و در واقع نام لواط از عمل این قوم ریشه یافته است. این عمل، هم در آیات قرآن و هم در روایات، مورد مذمت شدید قرار گرفته که در ذیل به آن اشاره می‌گردد.

«وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ» (اعراف، ۸۰).

و لوط را فرستادیم هنگامی که به قوم خود گفت: آیا عمل زشتی را به جا می‌آورید که پیش از شما هیچ کس به آن مبادرت نکرده است؟ «أَتَأْتُونَ الذُّكْرَانَ مِنَ الْعَالَمِينَ \* وَ تَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَنْتُمْ لَكُمْ رِجَالٌ» (شعراء، ۱۶۵-۱۶۶). آیا در میان جهانیان، با مردان می‌آمیزید و آنچه پروردگارتان از همسرانتان برای شما آفریده رها می‌کنید آری شما مردمی تجاوزکار هستید.

شخصی از حضرت امام صادق علیه السلام درباره لواط سؤال کرد، آن حضرت فرمود: لواط، کفر است به آنچه را که از طرف خداوند بر پیامبر نازل شده است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۳۴۰).

«رَوَى عَنْ الْعَالَمِ عَ أَنَّهُ قَالَ لَوْ كَانَ يَنْبَغِي لِأَحَدٍ أَنْ يَرْجِمَ مَرْتِينَ لِرَجْمِ اللُّوطِيِّ وَ عَلَيْهِ مِثْلُ حَدِّ الزَّانِي مِنَ

الرجم و الحد محصنا و غیر محصن» (نوری، بی‌تا، ۸۲).

امام رضا علیه السلام می‌فرماید: اگر سزاوار بود شخصی دو بار رجم و سنگسار گردد، حق همین لواط-

کنندگان است.

### ۳- معنای لواط

#### ۱-۳ معنای لغوی لواط

از لحاظ لغوی، علماء لواط را به معنی الصاق و پیوستن دانسته اند. در مفردات راغب آمده است: «لواط، اسم علم است و از لاط الشیء بقلبی یلوط لوطا ولیطاً مشتق شده و در روایت آمده است: الولد اللوط: یعنی بچه متصل ترین چیز به قلب آدمی است» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۷۵۰).

ابن منظور معتقد است: «لاط الحوض بالظین لوطا: یعنی حوض را گل اندود کرد» (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۳۹۴).

در مجمع البحرین نیز این گونه بیان شده است: «مراد هر چیزی است که پیوسته به چیز دیگر شود واصل لوط، پیوستن است» (طریحی، ۱۴۱۹، ۲۷۲).

#### ۲-۳ لواط در اصطلاح فقها

در معنای این واژه و به تبع آن تعیین مصداق آن، میان فقها اختلاف است و می‌توان دیدگاه آنها را به دو دسته تقسیم نمود:

#### الف: فقهایی که لواط را بر دو قسم دانسته‌اند:

۱- مردی ذکر خود را در دبر مردی یا پسری داخل کند که ختنه گاه، پنهان شود یا بعض حشفه را داخل کند که حد این قسم، بدون هیچ شرطی کشتن فاعل و مفعول است (مورد ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی)

۲- مردی با مردی دیگر در میان رانهای او ملاحظه کند بدون آن که ذکر را دخول کند که طبق قول مشهور فقها مجازات این عمل صد ضربه تازیانه است (مورد ماده ۲۳۵ قانون مجازات اسلامی که تحت عنوان تفخیز آمده است).

ابن ادریس حلی معتقد است: «لواط، وطی میان دو مرد بوده و دو نوع است: دخول در دبر و یا قرار دادن ذکر میان دو ران یا به مقداری که دخول صدق نکند» (حلی (ابن ادریس)، ۱۴۱۰، ۴۵۸).

در جواهر الکلام این گونه بیان شده است: «لواط، وطی دو مرد است به صورت دخول و غیر آن و از عمل قوم لوط مشتق شده و حرمتش از ضروریات دین است و بر حرمت این عمل، قرآن و روایات دلالت دارد» (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۷۴).

شیخ صدوق می فرماید: «لواط، مابین دو فخذ می باشد اما در دبر، کفر به خداوند است و حرمت دبر عظیم تر از حرمت فرج است زیرا خداوند امتی را به خاطر حرمت دبر هلاک کرده اما احدی را به خاطر حرمت فرج هلاک نکرده است» (ابن بابویه، ۱۴۱۵، ۴۳۰).

در مقنعه این گونه بیان شده است: «لواط، فجور بین دو مرد وده و بر دو نوع است: یکی قرار دادن دبر بین دو ران که مجازاتش صد ضربه تازیانه برای فاعل و مفعول است و دیگر دخول در دبر که مجازاتش قتل است» (مفید، ۱۴۱۳، ۷۸۵؛ طوسی، ۱۴۰۰، ۷۰۳).

از مبسوط، خلاف، انتصار، تحریر، کافی، سرائر و مهذب ظاهر می شود که لواط همانگونه که با دخول محقق می شود با تفضیح و مانند آن هم محقق می شود (طوسی، ۱۳۸۷، ۷ - ۸؛ ۱۴۰۷، ۳۸۱؛ ۱۴۱۵، ۵۱۰؛ خمینی، بی تا، ۴۶۹؛ حلی (ابن ادریس)، ۱۴۱۰، ۴۷۵؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۳، ۵۳۷-۵۳۶).

### ب: فقهای که لواط را منحصر به تحقق دخول کرده اند:

اما تعدادی از فقها لواط را منحصرًا مربوط به موردی دانسته اند که دخول، صورت گرفته باشد چنانکه قانونگذار هم با صراحت، لواط را در مورد تحقق دخول استعمال کرده است از این فقها می توان به، آیت الله خویی (در کتاب مبانی تکمله المنهاج) و شهید ثانی (در کتاب مسالک الافهام) اشاره کرد.

در معجم اصطلاحات فقهی بیان گردیده است: «لواط در لغت، به معنی دخول آلت ذکر در دبر است و این عمل قوم لوط است و در اصطلاح فقه، دخول حشفه در دبر مرد است» (عبد الرحمن، بی تا، ۱۸۷).

شهید ثانی می فرماید: «لواط، وطی کردن دو مرد است و از عمل قوم لوط، مشتق شده است». (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳۶۱؛ خویی، ۱۴۲۲، ۲۷۸؛ مفید، ۱۴۱۳، ۷۸۵).

اما محقق اردبیلی معتقد است: «آن چه موجب حد لواط است وطی دو مرد به دخول در دبر است خواه به اندازه حشفه داخل شود (بطوری که مخفی شود) یا نه» (اردبیلی، احمد بن محمد، ۱۴۰۳، ۱۰۰).

گروهی دیگر از فقها گفته اند: «تفضیح و مانند آن از مصادیق لواط نیست و اطلاق لواط بر تفضیح از باب مجاز است» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۴۰۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۳۷۶).

صاحب جواهر می فرماید: «مراد از ایقاب، دخول آلت در حشفه است و ایقاب در لغت به معنی دخول است» (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۷۵).

به نظر می رسد نظر فقهایی که لواط را منحصر به تحقق دخول کرده اند و مورد عدم تحقق دخول را از عنوان لواط خارج دانسته اند بیشتر قابل دفاع است به دلیل:

۱- تبادل: از واژه لواط معنی دخول متبادر است

۲- قاعده صحت حمل و عدم صحت سلب اقتضا دارد که لواط در معنی تحقق دخول به کار رود.

بنابراین می توان گفت استعمال واژه لواط در مورد تحقق دخول حقیقت دارد لذا زمان استعمال لواط در معنی عدم تحقق دخول باید با قرینه ای همراه شود.

#### ۴- دیدگاه فقها راجع به مجازات لواط

اکثر فقها بر این باورند که مجازات فاعل لواط در صورت تحقق یا عدم تحقق احسان، قتل است اما آیت الله خویی معتقد است که مجازات فاعل لواط فقط در صورت تحقق احسان، قتل و در مورد عدم تحقق احسان، تازیانه است البته ایشان، نظر خود را مقید به موردی می کنند که اجماع فقها در مورد قتل ثابت نشود و ما در ضمن بیان اقوال فقهی اشاره خواهیم کرد که فقها در مورد منحصر بودن مجازات فاعل به قتل، صریحاً ادعای اجماع کرده اند و شیخ طوسی هم در کتاب «النهایه» تفصیلی بین محسن و غیرمحسن داده اند که مربوط به مورد عدم تحقق دخول است و در صورت تحقق دخول، وی نیز قائل به انحصار مجازات لواط در قتل می باشد (همان گونه که در «المبسوط» بیان نموده است) اما در مورد مجازات مفعول، تمام فقها (بدون هیچ اختلافی) معتقدند که مجازات او چه در صورت تحقق احسان و چه در صورت عدم تحقق احسان، قتل است (در ادامه به دیدگاه فقهایی مذکور با استناد به آثار آنها اشاره خواهیم کرد).

در زمینه کیفیت اجرای حد بر فاعل لواط، فقها اتفاق نظر دارند که حاکم، در انتخاب یکی از این موارد مخیر است: (۱) کشتن با شمشیر، (۲) انداختن از بلندی، (۳) انداختن دیوار بر روی فاعل، (۴) سنگسار، (۵) سوزانیدن

البته سوزانیدن در میان انواع دیگر، بیشتر مورد توجه بوده به گونه ای که در روایات این گونه بیان شده که حتی اگر حاکم، فاعل را به یکی از طرق دیگر به قتل رسانید می تواند پس از قتل، او را بسوزاند و

آنگونه که از روایات استفاده می‌شود علت آن دستور این بوده است که عرب، از سوزانیدن وحشت بیشتری داشته لذا قدرت بازدارندگی این مجازات از دیگر انواع آن بیشتر بوده است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸، ۱۶۰).

در ذیل به دیدگاه‌های مختلف فقها در مورد مجازات «فاعل لواط» اشاره می‌کنیم:

در کتاب فقه الحدود و التعزیرات این چنین آمده است: «لواط از جرایم اخلاقی است که سازگار با نوع انسانی و فطرت انسانی نمی‌باشد و در این عمل شنیع، عدوان ظاهر، بر انسان وجود دارد و این عمل خروج از سنن طبیعی الهی می‌باشد و ضرر ناشی از این فاحشه مخاطره‌آمیزترین ضرر بر فرد و اجتماع می‌باشد که به خاطر کثرتش، نمی‌توان ضررش را شمرد» (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ۶).

پیش از ورود به دیدگاه فقها، به مناسبت موضوع، لازم است در خصوص ضرر اشاره شود که لیبرالیست‌ها و فیلسوفان غربی، اصلی تحت عنوان «اصل ضرر» را به‌عنوان اصل ضروری، جهت جرم‌انگاری مطرح کرده‌اند. این اصل برای بار اول در کتاب «رساله آزادی» مطرح شده است. با وجود شباهت‌هایی که میان قاعده «لا ضرر» در فقه اسلامی و «اصل ضرر» مطرح در غرب، مشاهده می‌شود، اما گستره این دو، متفاوت است. در حقوق اسلام، ضرر به غیر، به‌طور کلی نفی شده است. اگر رفتار شخصی در خلوت، منجر به آسیب‌رساندن به جامعه شود مقتضی برخورد بوده و در صورت وجود سایر شرایط، اقتضای جرم‌انگاری دارد (هرچند کسی به‌طور مستقیم از آن عمل صدمه‌ای نبیند) اما مطابق «اصل ضرر»، حقوق کیفری، حق مجازات رفتارها را صرفاً به این دلیل که جامعه آن را تأیید نمی‌کند، ندارد و دولت حق تجاوز از مرزی که اعمال مرتبط با دیگران را از اعمال مرتبط با خود جدا می‌کند، ندارد. در «اصل ضرر»، ورود ضرر، شرط ضروری برای دخالت دولت است و تنها دلیلی که دولت می‌تواند در حقوق و آزادی‌های دیگران دخالت کند آن است که شخصی با رفتارش موجب ضرر به دیگری شود؛ اما زمانی که از عمل فرد، به دیگری آسیبی وارد نشود نمی‌توان به بهانه حفظ مصلحت فرد، آن عمل را جرم‌انگاری نمود یعنی قلمرو اصل ضرر، صرفاً ضرر به غیر است و دو اصل مهم که فلسفه کلی «رساله آزادی» را تشکیل می‌دهد عبارت است از: الف) هیچ فرد انسانی را نمی‌توان به علت اعمالی که انجام می‌دهد (موقعی که آن اعمال به مصالح کسی جز مصالح خودش لطمه نمی‌زند) مورد بازخواست اجتماع قرارداد. ب) هر فرد انسانی به علت ارتکاب اعمالی که به مصالح دیگران لطمه می‌زند بازخواست شدنی است و اگر جامعه احساس کرد می‌تواند حرکات وی را با بکار بردن تنبیهات اجتماعی یا قانونی اصلاح کند در این صورت مجازات ضروری را در مورد او بکار می‌برد (استوارت میل، ۱۳۸۵، ۲۳۹). در این دیدگاه، تأثیر رفتار شخص

در جامعه و عدم تصور شخص به‌عنوان فردی مؤثر در جامعه، نظر وی را با مشکل مواجه کرده است و این مسئله همان تفاوتی است که میان خوانش حقوق اسلام نسبت به ضرر با خوانش لیبرالیست‌ها نسبت به آن وجود دارد. درنهایت می‌توان گفت مفاد قاعده لا ضرر همان مفاد اصل ضرر مطرح از سوی لیبرال‌هاست ولی قلمرو و گستره‌ای که در شرع برای این قاعده ترسیم‌شده وسیع‌تر از گستره‌ای است که میل برای اصل ضرر مطرح کرده است؛ بنابراین با وجود نهادی اسلامی و بومی همچون «قاعده لا ضرر» نیازی به «اصل ضرر» به‌عنوان مبنای جرم‌انگاری نیست و می‌توان «قاعده لا ضرر» را به‌عنوان فیلتر جرم‌انگاری در نظر گرفت و برای جرم‌انگاری یک رفتار لزوماً آن رفتار باید از این فیلتر بگذرد. لذا با توجه به اینکه جرم لواط از مخاطره‌آمیزترین جرائم هست و پیامدهای ضرری این جرم غیرقابل‌جبران هست در ذیل، دیدگاه فقها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۴-۱ بیان فقهایی که قائل به قتل فاعل لواط (در صورت احسان یا عدم احسان)

##### هستند

شهید ثانی معتقد است: فاعل (محسن یا غیر محسن) در لواط کشته می‌شود و مفعول اگر بالغ، عاقل و مختار باشد کشته می‌شود و بچه (فاعل یا مفعول) باید تعزیر شود. قتل فاعل نیز با شمشیر یا سوزاندن با آتش یا سنگسار یا ... صورت می‌گیرد (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳۶۲).

صاحب‌جواهر می‌گوید: مجازات فاعل و مفعول (محسن و غیر محسن) اگر بالغ، عاقل و مختار باشند، قتل است و از جهت نص و فتوا اختلافی میان فقها نیست بلکه اجماع بوده و روایات مشهور بر آن دلالت دارد و دلالت برخی روایات بر سنگساری محسن منافاتی با حکم قتل غیر محسن ندارد و در میان علما، تفصیل بین فاعل و مفعول وجهی نداشته و در کتاب مقنع بر تقیه یا طرح آن روایات تصریح شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۷۸-۳۸۲).

همچنین برخی دیگر از فقها بر عدم تفاوت میان محسن و غیر محسن (و حتی حر یا مسلمان یا کافر) در قتل تأکید داشته و حاکم میان نوع قتلی که در بالا اشاره شد مخیر است (مفید، ۱۴۱۳، ۷۸۴؛ حلی (ابن ادریس)، ۱۴۱۰، ۴۵۸؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ۳۷-۴۰؛ خمینی، بی‌تا، ۴۶۹-۴۷۰؛ طوسی، ۱۴۰۷، ۳۸۱؛ حلی، علامه، ۱۴۱۳، ۵۳۶).

در «النهاییه» آمده است: «کسی که بر او حکم لواط به صورت دخول ثابت شود، حدش این است که یا از بلندی پرت شود یا دیواری بر او انداخته شود یا گردنش زده شود یا سنگسار شود یا با آتش سوزانده شود. امام در تعیین این موارد مخیر است اما اگر به غیر سوزاندن به قتل رسید جایز است بعد از قتل سوزانده شود و نوع دوم (لواط بدون دخول) بر دو نوع است: اگر فاعل یا مفعول محصن باشند واجب است سنگسارشوند اما اگر غیر محصن باشند مجازات آنها صد ضربه تازیانه است و فرقی بین اینکه فاعل یا مفعول مسلمان یا کافر باشد یا حر یا عبد باشد نیست» (طوسی، ۱۴۰۰، ۷۰۳-۷۰۴).

دقت در کلام شیخ مبین این مطلب است که تفصیلی که شیخ در نهاییه نموده با تفصیلی که آیت الله خویی نموده متفاوت است ایشان ابتدا لواط را بر دو قسم دانسته اند: الف: با دخول ب: بدون دخول، سپس در لواط با دخول، مجازات را قتل دانسته و در لواط بدون دخول بین محصن و غیر محصن تفصیل داده است که در مورد محصن، مجازات سنگسار و در مورد غیر محصن، مجازات تازیانه را در نظر گرفته است و لذا در قسم اول (لزوم قتل در صورت دخول) با دیگر فقها هم رای هستند.

در «فقه الصادق» بیان شده است که: «لواط گاهی به صورت دخول و گاهی بدون دخول است اگر دخول صورت گیرد مجازاتش قتل یا رجم یا انداختن از بلندی یا سوزانیدن است بدون اینکه در این مسئله اختلافی باشد و در کتاب سرائر و انتصار و غنیه بر این مطلب ادعای اجماع شده است. اما روایاتی که بین محصن و غیر محصن تفصیل داده اند و در محصن رجم و در غیر محصن تازیانه لازم دانسته اند فقها از آن اعراض کرده اند و حجیت آنها ساقط است زیرا قدرت معارضه با احادیث گروه اول را ندارند». (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲، ۴۴۸).

#### ۴-۲ فقهایی که قائل به مجازات قتل فاعل در صورت تحقق احصان و تازیانه در

##### صورت عدم تحقق احصان هستند

در این میان آیت‌الله خویی در لواط، بین مورد احصان و عدم احصان تفصیل داده و در صورت دوم مجازات فاعل را صد ضربه تازیانه دانسته و فرقی بین حر و عبد و مسلمان و کافر نیست و در مورد غیر محصن هم، هر چند مشهور، (به دلیل اطلاق ادله) قائل به قتل هستند اما اظهر عدم قتل (در صورت عدم تحقق احصان) بلکه تازیانه است و در خصوص عدم قتل، می توان گفت که دلیل فقها، تنها، اجماع است و سایر فقها هم این نظر را پذیرفته اند لذا این مسأله قابل مناقشه است.



در این مسأله سه دسته روایت وجود دارد (که در ادامه به متن آنها اشاره خواهیم کرد):

الف: روایاتی که دلالت بر قتل فاعل (بدون مقید کردن به تحقق احسان) دارند.

ب: روایاتی که دلالت بر قتل فاعل محصن و مجازات تازیانه غیر محصن دارند.

ج: روایاتی که دلالت بر سنگساری محصن و تازیانه غیر محصن می‌کند.

مقتضای جمع بین این گروه روایات، مقید کردن دسته اول با دسته دوم است. یعنی مجازات محصن، قتل و مجازات غیر محصن، تازیانه است اما روایاتی که دلالت بر وجوب رجم محصن می‌کند مقتضای اطلاقیان، وجوب تعیینی رجم است که می‌توان از اطلاق این روایات صرف نظر کرد لذا حاکم، در حکم مجازات فاعل لواط، بین رجم و دیگر مجازات‌ها، مخیر است. بنابراین اگر اجماع ثابت نشد، لازم است بین محصن و غیر محصن تفصیل داده شود. امام در قتل فاعل محصن، یا غیر محصن بین زدن با شمشیر یا سوزاندن با آتش یا ...، مخیر است و اگر محصن باشد امام می‌تواند او را سنگسار کند اما در مورد مفعول، امام بین سنگسار و احکام ثلاثه بدون فرق بین محصن و غیر محصن مخیر است (خویی، ۱۴۲۲، ۲۸۱-۲۸۶).

روایاتی که آیت الله خوئی برای تأیید بیان‌شان مبنی بر انحصار قتل در فاعل محصن آورده اند همه از باب اول وسائل است که مربوط به حکم لواط در صورت عدم دخول است و ما به دنبال یافتن حکم لواط در صورت تحقق دخول هستیم در حالی که ایشان تنها دلیل پذیرش نظر مشهور فقها را وجود اجماع می‌داند و روایات موجود در این زمینه، اطلاق قتل را در محصن و غیر محصن ثابت نمی‌کند در واقع ایشان به تنها دلیل فقها در مجازات لواط، (یعنی روایات مذکور) خدشه نموده و بیان می‌دارد که اگر اجماع ثابت نبود تردیدی در این که مجازات فاعل در صورت عدم احسان، تازیانه است نداشتیم.

ایشان در کتاب «تکمله المنهاج» در بیان حکم تفخیز می‌گوید: زمانی که دخول نباشد (مجازات)، تازیانه است (خویی، ۱۴۲۲، ۲۸۹). در حالی که آنگونه که اشاره نمودیم نظر مشهور فقها در مورد تفخیز آن است که اساساً در تفخیز دخول وجود ندارد و این تفکیکی که آیت الله خوئی بین تفخیز با دخول و بدون دخول بیان نموده، مؤید نظر ماست و ظاهراً کسانی که قائل به لزوم تازیانه در غیر محصن هستند، بین حکم لواط و تفخیز، خلط نموده اند و اگر دقت کافی در این مسأله داشته باشیم در می‌یابیم که اساساً در مورد مجازات فاعل لواط، هیچ مناقشه‌ای وجود ندارد و نظر شارع بر قتل فاعل لواط، به وضوح بیان شده و فقط در نوع قتل، انواع مختلف بیان گردیده است. اساس استدلال ایشان بر مبنای صحیحی استوار نیست

چرا که ایشان روایات گروه اول را با روایات گروه دوم تقیید زده و نتیجه گرفته‌اند که مجازات لواط، تازیانه است در حالیکه این دو دسته روایات، بیانگر دو مورد متفاوت است و چگونه می‌توان مقید بودن قتل به مورد احسان را نتیجه گرفت؟ در ضمن در صورتی که تسلیم دیدگاه آیت الله خویی شویم باز نتیجه همان است که ما گفتیم زیرا ایشان ادعا کرده در صورتی که اجماع در مورد قول مخالف ثابت نشد مجازات فاعل، تازیانه است در حالی که فقها (به اجماع) تصریح کرده‌اند که مجازات قتل برای فاعل، تازیانه است (چه در صورت تحقق احسان و چه غیر احسان). بنابراین دیدگاه آیت الله خویی هم، موید نظر مخالف نیست لذا نظر مخالف که به شکلی قانونی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بیان گردیده، مؤید فقهی ندارد. حال سؤال این است که مبنای این دیدگاه چیست؟ و چرا این قانون (که صریحاً در قانون اساسی بیان شده است که نباید مغایر با موازین شرعی و فقهی باشد) هیچ مؤیدی در فقه شیعه ندارد؟

## ۵- مجازات لواط در قانون مجازات اسلامی

در قانون مجازات ۱۳۹۲ میزان مجازاتی که قانونگذار برای جرم لواط در نظر گرفته با نظر مشهور فقها مطابق نیست.

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در زمینه لواط و مجازات آن این گونه مقرر شده است:

ماده‌ی ۱۰۸: لواط، وطی انسان مذکر است چه به صورت دخول باشد یا تفخیز.

ماده‌ی ۱۰۹: فاعل و مفعول لواط، هر دو محکوم به حد خواهند شد.

ماده‌ی ۱۱۰: حد لواط، در صورت دخول قتل است و کیفیت نوع آن در اختیار حاکم شرع است.

« نظر به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، اختیار حاکم در تعیین نوع و کیفیت حد قتل، مطلق نیست و محدود به یکی از موارد زیر می‌باشد: قتل با شمشیر، سوزاندن، سنگسار نمودن، خراب کردن دیوار بر سر محکوم یا پرت کردن از بلندی مثل کوه با دست و پای بسته همین طور جایز است که حاکم، بین سایر کیفرهای مذکور با سوزاندن جمع کند» (شکری، ۱۳۸۶، ۱۸۷).

در ماده‌ی ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۳۹۲ مقرر گردیده است که حد لواط برای فاعل در صورت علف، اکراه یا دارابودن شرایط احسان، اعدام و در غیر این صورت صد ضربه شلاق است. حد لواط برای مفعول، در هر صورت (وجود یا عدم احسان)، اعدام است. نیز ماده‌ی ۲۳۳ مراد از لواط را دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه‌گاه در دبر انسان مذکر دانسته است.

در تبصره ۱ از این ماده آمده است: در صورتی که فاعل، غیر مسلمان و مفعول، مسلمان باشد حد فاعل، اعدام است.

در ماده ۲۳۶ آمده: در تفخیز، حد فاعل و مفعول، صد ضربه شلاق است و از این جهت فرقی بین محصن و غیر محصن و عفو و غیر عفو نیست.

ماده ۲۳۷ هم می‌گوید: همجنس‌گرایی انسان مذکر در غیر از لواط و تفخیز، از قبیل تقبیل و ملامسه از روی شهوت، موجب سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش است. به نظر می‌رسد اینکه قانونگذار در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ تعیین مجازات تازیانه برای فاعل لواط در نظر گرفته و این که مجازات لواط را حتی در صورت تحقق دخول از سوی فاعل، تازیانه دانسته است این رویه، در رابطه با جرمی که به صورت شدید در شرع مورد نکوهش قرار گرفته (و قربانیان این جرم چه بسا به واسطه قربانی شدن از حق زندگی سالم و طبیعی محروم مانده و پیوسته این عمل ننگین به عنوان نقطه ای تاریک، زندگی شان را تحت الشعاع قرار می‌دهد)، قابل اغماض نمی‌باشد.

## ۶- بررسی روایات

تنها مدرک حکم مجازات لواط، روایات است که در این زمینه با سه دسته از روایت برخورد می‌کنیم: الف: روایاتی که مجازات فاعل لواط را مطلقاً (در صورت تحقق احسان و عدم احسان) قتل دانسته است.

ب: روایاتی که مجازات فاعل لواط را در صورت تحقق احسان قتل و در صورت عدم احسان تازیانه دانسته است.

ج: روایاتی که مجازات فاعل لواط را در صورت تحقق احسان سنگسار و در صورت عدم تحقق احسان تازیانه دانسته است.

## ۶-۱ بیان روایات

الف: روایاتی که بر وجوب قتل بر فاعل به طور مطلق دلالت دارد:

(۱) مالک بن عطیه از امام صادق علیه السلام نقل کرده که فرمود: حضرت علی علیه السلام به مردی که چهار بار نزدش اقرار به لواط کرد فرمود: ای مرد، پیامبر صلی الله علیه و آله در موردی مانند

موضوع تو سه گونه حکم کرد پس هر کدام را خواستی انتخاب کن آن مرد گفت این سه حکم کدام است؟ حضرت فرمود ضربه ای با شمشیر بر گردن تو تا هر کجا که فرو رود یا پرتاپ از کوه با دست و پای بسته یا سوزاندن با آتش (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸، ۱۵۷).

بررسی سندی: این روایت صحیح و از جهت اتصال مسند است لذا قابل استناد است  
 (۲) روایتی که امام صادق علیه‌السلام از پدرشان نقل کرده‌اند که عمر مردی را که لواط کرده بود خواست تازیانه بزند که شهود گفتند او را مانند میل در سرمه دان دیده‌اند حکم را از حضرت علی علیه‌السلام پرسید ایشان امر کردند گردن او زده و در آخر او را سوزانیدند (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸، ۱۵۸).  
 بررسی سندی: این روایت ضعیف و از لحاظ اتصال مسند است هرچند که با وجود روایات معاضد فوق و عمل مشهور فقها به آن، ضعف روایت جبران می شود.

(۳) از امام صادق علیه‌السلام روایت کرده اند که فرمود: خالد به ابوبکر نامه ای نوشت و حکم مردی که بر او بینه اقامه شده مبنی بر این که لواط کرده و دخول صورت گرفته است را سؤال نمود. ابوبکر گفت او را بکشید سپس از حضرت علی علیه‌السلام مسأله را پرسیدند ایشان فرمودند با آتش بسوزانیدش چرا که عرب قتل را ناچیز می داند (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸، ۱۶۰).

بررسی سندی: این روایت صحیح و از لحاظ اتصال مسند است لذا قابل استناد است.  
 بررسی دلالی: در روایات فوق حکم کسانی که فاعل لواط بوده و این امر به صورت دخول صورت گرفته است (بدون قید و) به صورت مطلق، قتل اعلام شده است.

ب: روایاتی که دلالت بر قتل در صورت احصان و تازیانه در صورت غیر احصان دارد.  
 (۱) حماد بن عثمان می گوید از امام صادق در مورد مردی که با مردی لواط کرده سؤال کردم ایشان فرمودند: اگر محصن باشد مجازاتش قتل و اگر محصن نباشد مجازاتش تازیانه است سؤال از مفعول کردم فرمودند: مجازات مفعول، محصن باشد یا غیر محصن قتل است» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸، ۱۵۴).

بررسی سندی: این روایت صحیح و از جهت اتصال مسند است لذا قابل استناد است.  
 امام صادق علیه‌السلام می فرماید: در صورت عدم تحقق دخول، فاعل، حد می خورد و اگر دخول صورت گرفته باشد، با شمشیر به قتل می‌رسد و فاعل آن لوطی نام دارد (طوسی، ۱۳۹۰، ۲۲۱).  
 ج: تعدادی از اصحاب بیان کرده‌اند از امام صادق شنیدند که کسی که لواط کند اگر محصن باشد مجازات وی سنگسار است و اگر محصن نباشد مجازات وی تازیانه است (طوسی، ۱۳۹۰، ۱۶۰).

بررسی سندی: این روایت صحیح و از جهت اتصال مسند است لذا قابل استناد است لیکن شیخ این روایت را حمل بر تقیه نموده است (طوسی، ۱۳۹۰، ۲۲۲).

۳) در روایتی از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که ایشان فرمودند: حد فاعل لواط، مثل حد زانی است اگر محصن باشد سنگسار می‌شود و اگر محصن نباشد تازیانه می‌خورد (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸، ۱۵۴).

بررسی سندی: این روایت صحیح و از لحاظ اتصال مسند است لذا قابل استناد است.  
۴) حضرت علی علیه السلام می‌فرماید: حد فاعل لواط، در صورت احصان، سنگسار و در صورت عدم احصان، صد ضربه تازیانه است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸، ۱۵۵).

بررسی سندی: این روایت نیز صحیح و از لحاظ اتصال مسند است لذا قابل استناد است.  
شیخ طوسی در «استبصار» این گونه بیان می‌کند که در این اخبار دو حالت از عمل، ذکر شده است. حالت اول این که فعل بدون دخول بوده و تفکیک بین احصان و غیر احصان صورت گرفته است. حالت دوم این که فعل با دخول تحقق یابد و این تفصیل در روایتی از امام صادق علیه السلام مورد تصریح قرار گرفته است.

بررسی دلالتی: در روایات دسته دوم و سوم مجازات قتل مقید به قید احصان و عدم احصان است که در صورت اول مجازات قتل و در صورت دوم مجازات تازیانه در نظر گرفته شده است (چیزی مانند حد زنا). در خصوص دسته سوم از روایات (مبنی بر لزوم اجرای مجازات سنگسار در صورت دخول و تازیانه در صورت عدم دخول) لازم به ذکر است که تفاوت این دسته از روایات با روایات دسته قبل (ب) تنها در این است که در دسته آخر، نوع قتل به صورت سنگسار است لذا در مفهوم تفاوتی بین این دو نوع روایات مشاهده نمی‌شود.

با بررسی روایات در می‌یابیم که روایاتی که در مجازات فاعل بین محصن و غیر محصن تفکیک داده‌اند مربوط به باب اول وسائل می‌باشد که حکم لواط در صورت عدم دخول را بیان کرده و در کتاب کافی و استبصار هم این مسأله مورد تاکید قرار گرفته است. در حالی که قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ لواط را اینگونه تعریف کرده است: دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه‌گاه در دبر انسان مذکر (ماده‌ی ۲۳۳) و روایاتی که متناسب با حکم مقرر در قانون مجازات اسلامی است در باب سوم وسائل بیان شده که در میان روایات این باب، همه آنها، حکم به مجازات قتل برای فاعل لواط دارند غیر از یک روایت که حمل بر تقیه

شده است و تفصیل بین محصن و غیرمحصن مربوط به مورد عدم تحقق دخول است که شامل تفخیز می‌شود و تعدادی از روایات در تفخیز، به طور مطلق، حکم به تازیانه داده‌اند اما تعدادی از روایات در صورت تحقق احسان، قائل به رجم و در صورت عدم تحقق احسان قائل به تازیانه هستند.

## ۷- نتیجه گیری

با دقت در نظر مشهور فقها که مجازات فاعل لواط را چه در صورت تحقق احسان و چه در صورت عدم تحقق احسان قتل می‌دانند و با بررسی روایات موجود در این زمینه که تنها منبع و مدرک حکم مجازات فاعل لواط می‌باشد به این نتیجه دست می‌یابیم که تفکیک بین فاعل محصن و غیرمحصن با توجه به روایات و دقت فقهی، سازگار نمی‌باشد. بنابراین ماده ۳۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ از نظر غیر مشهور در فقه پیروی کرده و به نظر می‌رسد قانونگذار در رابطه با حکم مجازات لواط بین مورد دخول و عدم تحقق دخول دچار خلط شده و مجازاتی را که در شرع برای عدم دخول مقرر گردیده در مورد تحقق دخول اثبات نموده است و در واقع تعریفی که قانون از این جرم ارائه داده، متناسب با میزان مجازات آن نیست این تغییر مجازات و پیروی از نظر غیر مشهور در فقه (با لحاظ میزان شنیع بودن عمل لواط که در اسلام نسبت به این عمل در مقایسه با عمل زنا نفرت بیشتری مشاهده می‌شود) و با عنایت به اینکه عدم رعایت مجازات مناسب برای این جرم، ضرر عظیم اجتماعی را به دنبال دارد، در راستای رعایت مفاد قاعده لاضرر لزوم تغییر این ماده قانونی و اصلاح آن را تشدید می‌کند. در این زمینه پیشنهاد می‌شود قانونگذار، مورد تحقق دخول و عدم تحقق دخول را کاملاً با عنوان جداگانه بیان کرده و در ذیل آن مجازات هر یک را بیاورد چرا که با مبهم‌ماندن مجازات لواط، امکان استناد قضات به قاعده ردء و تفسیر قانون به نفع متهم می‌شود و مجازات واقعی این عمل شنیع که شارع مدنظر داشته و قطعاً برای اجتماع مناسب تر است متروک مانده و فرصتی برای رواج پیدا کردن این عمل شنیع از سوی تبهکاران ایجاد می‌شود.

## فهرست منابع

۱. قرآن.
۲. ابن بابویه (صدوق)، محمد بن علی، (۱۴۱۵)، المقنع، مؤسسه امام هادی، قم.
۳. ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، (۱۴۱۴)، لسان العرب. جلد ۴، دارالفکر، بیروت، چاپ سوم.

۴. اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۳)، مجمع الفائده و البرهان. جلد ۱۳، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
۵. استوارت میل، جان، (۱۳۸۵)، رساله درباره آزادی، ترجمه: جواد شیخ‌الاسلامی، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، تهران، چاپ پنجم.
۶. اصفهانی، حسین بن محمد راغب، (۱۴۱۲)، مفردات الفاظ قرآن، دارالعلم، لبنان.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه، جلد ۲۰ و ۲۸، مؤسسه آل‌البتیت، قم.
۸. حسینی روحانی قمی، سید صادق، (۱۴۱۲)، فقه الصادق علیه السلام، جلد ۲۵، دارالکتاب، قم.
۹. حلی (ابن ادریس)، محمد بن منصور بن احمد، (۱۴۱۰)، السرائر لتحریر الفتاوی، جلد ۳، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ دوم.
۱۰. حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۴۱۳)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، جلد ۳، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
۱۱. خمینی، سید روح الله، (بی‌تا)، تحریر الوسیله، جلد ۲، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، قم.
۱۲. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۲۲)، مبانی تکمله المنهاج، جلد ۴۱، مؤسسه احیاء آثار خویی، قم.
۱۳. سید مرتضی، علی بن حسین، (۱۴۱۵)، الانتصار فی انفرادات الامامیه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۱۴. شکر، رضا، سیروس، قادر، (۱۳۸۶)، قانون مجازات اسلامی در نظم کنونی، میلاد نور، تهران، چاپ ششم.
۱۵. شهید ثانی (عاملی)، زین‌الدین بن علی، (۱۴۱۰)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه. جلد ۲، کتابفروشی داور، قم.
۱۶. شهید ثانی (عاملی)، زین‌الدین بن علی، (۱۴۱۳)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام. جلد ۱۴، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم.
۱۷. طریحی، فخرالدین، (۱۴۱۶)، مجمع البحرین. جلد ۴، کتابفروشی مرتضوی، تهران، چاپ سوم.
۱۸. طوسی (ابوجعفر)، محمد بن حسن، (۱۳۹۰)، استبصار فی ما اختلف من الاخبار، جلد ۴، دارالکتب الاسلامیه، تهران.
۱۹. طوسی (ابوجعفر)، محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، الخلاف، جلد ۵، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
۲۰. طوسی (ابوجعفر)، محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الامامیه، المکتبه المرتضویه، تهران، چاپ سوم.
۲۱. طوسی (ابوجعفر)، محمد بن حسن، (۱۴۰۰)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، دارالکتاب العربی، بیروت، چاپ سوم.
۲۲. عبدالرحمن، محمود، (بی‌تا)، مصطلحات الالفاظ الفقهیه، جلد ۳، بی‌نا، بی‌جا.

۲۳. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، (۱۴۱۳)، المقنعه. کنگره جهانی هزاره شیخ مفید الحاوی، قم.
۲۴. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، (۱۴۲۷)، فقه الحدود و التعزیرات، جلد ۲، مؤسسه نشر الجامعه المفید، قم، چاپ دوم.
۲۵. نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۱، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم.
۲۶. نوری، میرزا حسین، (بی‌تا)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. جلد ۱۸، بی‌نا، بی‌جا.