

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۸/۱،

بهار ۱۳۹۱، ص ۱۲۴-۱۰۱

تأملی در کیفر لواط* تحلیل فقهی حقوقی ماده ۱۱۰ ق.م.ا.

دکتر حمید مسجدسرایبی

استادیار دانشگاه سمنان

Email: h_masjedsaraie@yahoo.com

چکیده

صرف نظر از چالش‌هایی که در معنا و مفهوم لواط دیده می‌شود در مورد کیفر لواط‌کار، همواره دیدگاه‌های مختلفی در میان فقها به چشم می‌خورد به گونه‌ای که برخی از فقها مجازات قتل را هم برای لواط‌کار محصن و هم برای غیرمحصن یکی دانسته، و در مقابل، پاره‌ای دیگر از آنان در مقام جمع میان روایات وارده در این خصوص، مجازات لواط را همانند مجازات زنا در نظر گرفته و بین محصن و غیرمحصن فرق می‌گذارند. نوشتار حاضر ضمن نقل اقوال گوناگون و نیز تحلیل مستندات روایی مطرح در خصوص کیفر لواط‌کار، اطلاق روایاتی را که مستند قول مشهور فقها در برابری مجازات قتل برای لواط‌کار محصن و غیرمحصن است، قابل تقیید دانسته و معتقد است که اقتضای جمع بین روایات آن است که لواط‌کار در صورت محصن بودن محکوم به قتل بوده و چنانچه غیرمحصن باشد محکوم به تازیانه است. البته در خصوص لواط در حالت غیرایقاب، چند قول در فقه امامیه قابل بازشناسی است، چنانکه قول مشهور، تازیانه را در نظر گرفته و عده‌ای نظیر شیخ طوسی در کتاب نهاییه، به رجم محصن و تازیانه غیرمحصن فتوا داده‌اند. قانون مجازات اسلامی نیز تنها به استناد پاره‌ای از روایات، حد لواط را در صورت دخول، قتل در نظر گرفته است. در این مقاله ضمن بررسی اشکالات وارد بر تعریف قانونگذار از مفهوم لواط، به تحلیل ماده ۱۱۰ ق.م.ا. پرداخته و کوشش شده است علاوه بر تحلیل مبنای قانونگذار در پیش بینی مجازات قتل برای لواط‌کار، عملکرد تقنینی قانونگذار مورد نقد قرار گیرد.

کلید واژه‌ها: لواط، محصن، قتل، احصان، رجم، تفخید.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۸/۰۸/۰۶؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۹/۱۰/۱۰.

بررسی تعریف لواط

در خصوص معنای لغوی لواط، راغب اصفهانی در مفردات گفته است: لواط اسم علم است و از لاط الشی بقلبی یلوط لوطا و لیطا مشتق شده است، در حدیث آمده است الولد الوط: یعنی بچه متصل ترین چیز به قلب آدمی است (راغب اصفهانی، ۴۵۶)، در کتاب المعجم الوسیط نیز آمده است: لاط الشیء بالشیء لوطا یعنی متصل به آن شد و لاط الشیء بقلبی بدین معناست که آن چیز به قلب من وارد شده و دوستش دارم و لاط فلان لوطا یعنی عمل قوم لوط را انجام داد و لاط الحوض بالظین یعنی حوض را گل اندود نمود (ابراهیم مصطفی [و دیگران]، ۸۴۶/۲). صاحب لسان العرب نیز معنایی مشابه همین معنای اخیر را ذکر کرده و گفته است: لاط الحوض بالظین لوطا: طینه؛ یعنی حوض را گل اندود کرد (ابن منظور، ۳۵۷/۱۲) از بررسی منابع لغوی و نیز بررسی روایات چنین به نظر می‌رسد که در مورد واژه لواط، حقیقت شرعی‌ای وجود ندارد و شارع، معنای جدیدی را برای آن اختراع نکرده است بلکه شرع مقدس، تبیین حدود و ثغور آن را به عرف واگذار نموده است (مکارم شیرازی، ۲۲/۱). البته در بین آیات قرآن، تنها آیه ۱۶ سوره نساء^۱ است که برخی از مفسران گفته‌اند، منظور از فاحشه (واللذان یأتیانها) در اینجا لواط^۲ است براین اساس که منظور از آیه «واللذان یأتیانها» دو نفر مردی است که از طریق لواط با یکدیگر خلوت می‌کنند و در آیه قبله منظور از الفاحشه، مساحقه است که بین زنان واقع می‌شود (کاظمی، ۱۹۱/۲)، در نتیجه حمل آیه شریفه بر بیان حکم لواط را أظهر دانسته‌اند؛ زیرا لفظ «منکم» اشاره است بر این که طرف مفعول^۳ به هم از رجال است و فاحشه‌ای که در تحقق آن در ظرف خارج، مرد هم نقش فاعل داشته باشد و هم نقش مفعول، تنها لواط است (جرجانی، ۶۵۵/۲) اما بیشتر مفسران برآنند که منظور از فاحشه در آیه ۱۶ سوره نساء، زنا بوده و «اللذان» مرد و زنی است که این عمل را انجام می‌دهد و مذکر بودن آن از باب تغلیب است (فاضل مقداد، ۳۳۹/۲) و چه بسا گفته شود که اگر منظور از فاحشه در اینجا لواط باشد لازمه آن عدم اجرای حد لواط نیست؛ زیرا شاید منظور از «أذی» اجرای حد بر لواط‌کار یعنی قتل است که بالاترین مرتبه اجرای حد می‌باشد. (کاظمی، ۱۹۱/۲) اما از معنای لغوی لواط که بگذریم بررسی کتب فقهی و نظریات فقها نشان می‌دهد که در اصطلاح فقها، واژه «لواط» در دو مورد به کار رفته که برای هر کدام حکم جداگانه‌ای نیز بیان

۱- واللذان یأتیانها منکم فأذوهما فان تابا و أصلحا فأعرضوا عنهما إن الله کان تواباً رحیماً (نساء: ۱۶).

۲- اگر منظور از فاحشه، لواط باشد به حمل شایع صنایع است، نه به حمل اولی ذاتی.

شده است و تعبیر بسیاری از فقها در تعریف لواط به «وطی الذکران بایقاب و غیره» (خوئی، ۲۲۹/۱، وحیدی، ۶۱، امام خمینی (ره)، ۴۲۲/۲) بر این مطلب دلالت دارد. در تعاریف مشابه برای لواط، جنس مذکر به عنوان مفعول در نظر گرفته شده است: «اللواط هو الفجور بالذکران» (مفید، ۷۸۵، ابن حمزه، ۴۱۳) و «اللواط بالذکران بالایقاب» (شهید ثانی، *الروضه البهیة*، ۱۴۱/۹) و «اللواط هو وطء الذکران سواء کان بایقاب أو بغيره» (علامه حلی، ۱۷۵/۲). به عبارت دیگر در تماس جنسی دو مذکر چه آن که دخول صورت بگیرد و یا به صورت تفخیز و غیر آن باشد که دخولی در آن صورت نمی‌گیرد «لواط» به معنای فقهی آن محقق شده است. بررسی کتب فقهی نشانگر آن است که عنوان «لواط» بر هر دو معنای نزدیکی با دخول و نزدیکی بدون دخول صدق کرده و لواط فقهی با هر دو معنا تحقق می‌یابد (ابن زهره، ۴۲۵؛ علم الهدی، ۵۱۰؛ مفید، ۷۸۵) و علت اصلی گنجاندن نزدیکی بدون دخول در معنای لواط، همانا وجود برخی روایات از ائمه علیهم السلام است که در برخی از آنها دلالتی بر این تعبیر وجود دارد مانند روایت حدیفة بن منصور از امام صادق (ع) که گوید: از امام صادق (ع) پرسیدم: لواط چیست؟ فرمود: ما بین الفخذین، میان دو ران است؛ آنگاه پرسیدم: پس آن که دخول می‌کند چه؟ فرمود: ذلک الکفر بما انزل الله علی نبیه (ص)، چنین کاری کفر ورزیدن به احکام الهی است (حر عاملی، ۳۴۰/۲۰، حدیث ۳).

همچنین در مورد اطلاق واژه «لواط» به نزدیکی با زن از عقب، تردید وجود دارد و این ابهام‌ها نسبت به تعیین مجازات لواط در حالت‌های مختلف نیز تأثیر دارد. برای تشخیص معنای لواط، لازم است معنای زنا نیز به درستی معلوم شود؛ زیرا در ادامه خواهیم دید که یکی از موارد اختلافی، مجازات لواط با جنس مونث است پس باید دید که زنا چه معنایی دارد و آیا نزدیکی از عقب نیز زناست تا مجازات زنا را داشته باشد یا لواط می‌باشد. تحقیق در روایات و نوشته‌های فقهی نشان می‌دهد که شارع، معنای جدیدی را برای زنا اختراع نکرده است بلکه همان معنای عرفی را دارد. (مکارم شیرازی، ۲۲/۱) در کتاب‌های لغوی نیز تصریحی نشده است که زنا مخصوص نزدیکی از جلو است یا شامل نزدیکی از عقب نیز می‌شود (ابوهلال العسکری، ۲۶۸). فقها نیز در این زمینه دو دسته شده‌اند و غالباً زنا در ذبیر را هم ممکن دانسته‌اند. مؤیدی که برای عدم صدق «زنا» به نزدیکی در عقب زن، وجود دارد آن است که هر گاه به زنی نسبت زنا داده شود و شاهد اقامه شود که آن زن باکره است، حکم به براءت وی داده می‌شود حال آنکه ممکن است از عقب با وی نزدیکی شده باشد؛ پس فقها زنا

را فقط از جلو قابل تحقق می‌دانند.

فقه‌های اهل سنت نیز غالباً زنا در عقب را ممکن می‌دانند به‌جز برخی از فقه‌های حنفیه که زنا و لواط را متفاوت دانسته‌اند و استدلال کرده‌اند که فلسفه ممنوعیت زنا، جلوگیری از خلط انساب است که در وطی در دبر امکان ندارد و از نظر عرفی نیز این دو واژه با یکدیگر تفاوت دارند (کاشانی ۳۳/۷، ابن عابدین ۱۵۴/۳). اما در رد این استدلال‌ها، ممکن است گفته شود که اولاً ممکن است قذف کننده فقط نسبت زنا از جلو را داده باشد. ثانیاً در بسیاری موارد زنا هم، خلط انساب وجود ندارد. تنها دلیلی که ممکن است قابلیت استناد داشته باشد، عرف است؛ زیرا می‌دانیم که بنای شارع در چنین مواردی بر عرف استوار است به‌ویژه در تشخیص موضوعات که مطابق معمول نه شارع دخالت می‌کند و نه وظیفه شارع است. پس اگر ثابت شود که عرف میان نزدیکی کردن از جلو با زن و نزدیکی کردن از عقب، تفاوت گذاشته و اولی را زنا می‌نامد در حالیکه دومی را لواط می‌داند، باید از نظر عرف تمکین نمود.

مقنن نیز در ماده ۱۳۹ قانون حدود و قصاص ۱۳۶۲ در مقام تعریف لواط بیان می‌داشت: لواط عبارت است از «وطی انسان مذکر» اما در سال ۱۳۷۰ مقنن قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۰۸ بیان نمود که لواط عبارت است از «وطی انسان مذکر، چه به صورت دخول و چه به صورت تفخیز»، اما به نظر می‌رسد این عدم دقت در وضع الفاظ، آثار نامطلوبی دارد و چنانچه قانونگذار به ترجمه متون فقهی، توجه داشته است باید دقت می‌نمود که تعبیر لواط بر وطی بدون ایقاب و دخول را فقها از باب مجاز دانسته‌اند (نجفی، ۳۷۶/۴۱)؛ زیرا در غیر این صورت چنانکه برخی فقها انتقاد نموده‌اند بهتر بود تا لواط تنها به وطی همراه با دخول گفته شود و وطی بدون دخول را مانند تفخیز از معنای لواط جدا سازیم (شهیدثانی، مسالک الافهام، ۴۰۱/۱۴)؛ چنانکه فقهایی نظیر صاحب جواهر (نجفی، ۳۷۵/۴۱) و شهید ثانی که به تفصیل به این بحث پرداخته‌اند به این نتیجه رسیده‌اند که لواط علی‌الاصول زمانی است که ایقاب صورت گیرد و پیشنهاد داده‌اند که معنای لواط را به همان وطی همراه دخول اطلاق نمائیم. صرف نظر از آنچه ذکر شد برای پرهیز از اشتباهات و اختلاط مفاهیم نیز بهتر است مفهوم تفخیز را از لواط جدا سازیم. این اختلاط مفاهیم سبب می‌شود تا در ذهن برخی از افراد که با منابع فقهی آشنایی کمتری دارند اشتباهات و یا زمینه خطا را فراهم نماید؛ از این رو به نظر می‌رسد تعریف قانونگذار از لواط در ماده ۱۳۹ قانون حدود و قصاص بهتر و دقیق‌تر تلقی شود. و ماده ۱۰۸ را نیز نباید حمل بر لواطی نمود که مجازات سنگین حدی را دربردارد هر

چند مواد بعدی میان مجازات لواط و تفخیز، تفکیک نموده‌اند. نتیجه این که به چند دلیل باید میان معنای لواط و تفخیز تفکیک نموده و از اطلاق واژه «لواط» که دارای مجازات حدی است بر عمل تفخیز بپرهیزیم: اولاً - علائم حقیقت و مجاز از قبیل تبادل و عدم صحت سلب اقتضا می‌کند که هنگام اطلاق واژه «لواط» آن را به معنای حقیقی حمل نمائیم و معنای حقیقی لواط که ظهور در آن دارد همان دخول است؛ زیرا معنای دخول به ذهن متبادر می‌شود و نمی‌توان این معنا را از واژه «لواط» سلب کرد. ثانیاً قاعده «درأ» اقتضا می‌کند که هنگام تردید در تحقق جرم حدی، اصل را بر عدم تحقق آن نهاده و جرم حدی را منتفی بدانیم. ثالثاً - قاعده «تفسیر مضیق قانون به نفع متهم» نیز اجرای مجازات سنگین لواط حدی بر جرم تفخیز را نفی می‌کند؛ زیرا هنگام شک باید قانون را به نفع متهم تفسیر کرد. رویه قضایی نیز به همین سو گرایش دارد. به عنوان نمونه در رأی شماره ۹۱-۷۹/۲/۴ شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور آمده است: «هر نوع تجاوزی موجب قتل نیست بلکه باید احراز گردد که دخول ایقابی بوده و علم و یقین حاصل شود که به مقدار رأس الحشفه دخول واقع شده است». رابعاً در مواد قانونی، لواط و تفخیز از نظر میزان مجازات، تفکیک شده است پس معلوم می‌شود که لواط و تفخیز با هم فرق دارد چرا که دو عمل مجرمانه متفاوت بوده و هر یک مجازات خاص خود را دارد؛ بنابراین بهتر بود که ماده ۱۰۸ تفخیز را مشمول عنوان لواط قرار ندهد.

ممکن است در مقام اثبات تشابه لواط و تفخیز گفته شود که شارع به وقاحت عمل توجه داشته و مجازات سنگینی برای آن در نظر گرفته است پس آن چه که وقاحت دارد عمل همجنس بازی است اما این که دخول نیز صورت بگیرد یا خیر، تأثیری ندارد. این ادعا یک پاسخ نقضی و یک پاسخ حلّی دارد. پاسخ نقضی آن است که اگر چنین باشد باید زنا و مساحقه و رابطه نامشروع را نیز یکسان دانست. پاسخ حلّی آن است که این مجازات‌ها جنبه تبعیدی دارد و نمی‌توان فلسفه آن‌ها را به دست آورد همان‌گونه که می‌بینیم در جرم زنا میان دخول و عدم دخول تفاوت زیادی از نظر مجازات وجود دارد. ممکن است در همین رابطه گفته شود همان‌گونه که واژه زنا به نزدیکی با دخول و بدون دخول صدق می‌کند بدون این که عنوان زنا تغییر یابد پس در لواط نیز به دخول و عدم دخول صدق می‌کند بدون اینکه واژه «لواط» در هر دو مورد تغییر یابد.

از دیگر نارسایی‌های قانونگذار در تعریف لواط آن است که به فاعل لواط اشاره‌ای نشده است و تصریحی ندارد به این که فاعل نیز باید مذکر باشد یا خیر، همچنان که در قانون سابق

نیز همانند قانون فعلی این اشکال مشهود است، حال آن که مراجعه به منابع شرعی نشانگر آن است که فاعل نیز باید مذکر باشد و برخی از فقها از جمله صاحب غنیة النزوع به این قید تصریح کرده است: «لواط، وطی مذکر با مذکر است و بر دو قسم می‌باشد، دخول و کمتر از دخول» (ابن زهره، ص ۴۲۵). در مورد این که فاعل لواط باید انسان باشد تردیدی وجود ندارد بنابراین اگر مردی، حیوانی را مجبور کند که با وی نزدیکی نماید، عنوان لواط محقق نمی‌شود. در مورد این که چنانچه مفعول، مونث باشد آیا مجازات زنا اعمال می‌شود یا در این مورد نیز باید حسب مورد مجازات لواط را اعمال کرد، این موضوع نیز بستگی به آن دارد که عمل مادی مزبور، لواط است یا زنا محسوب می‌شود. بسیاری از فقها، با این مبنا که برای فرج، معنای عامی قائل شده‌اند با توجه به اطلاق روایات و نیز فتاوی فقها، زنا را عبارت از داخل کردن آلت تناسلی مرد در آلت تناسلی زن می‌دانند و مطابق نظر این گروه، زنا در عقب را ممکن می‌دانند. (طوسی، النهایه، ۶۸۸، مفید، ۷۷۴) و برخی از فقها، به صورت مجمل، زنا را به معنای جماع و نزدیکی کردن دانسته‌اند که اطلاق آن شامل هر دو صورت می‌شود (مفید، ۲۳) و عده‌ای به صراحت گفته‌اند که جماع به معنای داخل کردن حشفه در جلو یا عقب زن می‌باشد (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۱۴/۹؛ ابن ادریس، ۴۲۸/۳؛ محقق حلی، ۹۳۲/۴؛ فخرالمحققین، ۴/۶۹). گروهی نیز لواط را به معنای نزدیکی کردن دو انسان مذکر با یکدیگر دانسته‌اند (ابن حمزه، ۴۱۳؛ ابن براج، ۵۲۹/۲؛ ابن زهره، ۴۲۵).

بر اساس معنای اول، لواط با زن نیز امکان دارد؛ زیرا زنا فقط در آلت تناسلی امکان دارد و از نظر عرفی اندام تناسلی قابل تعمیم به جلو و عقب می‌باشد. اما بر اساس معنای سوم، لواط با زن امکان ندارد بلکه همان زناست و مجازات زنا دارد.

از نظر رویه قضایی در گذشته که البته مجازات زنا و لواط، مجازات حدی نبود همین اختلاف وجود داشت و در موردی که هیأت عمومی دیوان عالی کشور، رأی شعبه دوم دیوان عالی کشور را به موجب رأی شماره ۱۱۸۹-۱۳۳۶/۳/۳۱-۱۱۸۹ ابرام کرد، این شعبه لواط با إناث را قابل تحقق می‌دانست اما شعبه نهم دیوان عقیده داشت که لواط فقط با جنس ذکور قابل تحقق است.

لازم به ذکر است که بند ۷ ماده ۲۰۷ قانون مجازات عمومی، عمل لواط را جرم انگاری کرده بود و ماده ۲۰۸ نیز عبارت «عمل منافی عفت غیر از هتک ناموس» را به کار برده بود و اختلاف نظر در آن بود که آیا دخول در عقب دختر، مشمول ماده ۲۰۷ می‌باشد یا ماده ۲۰۸

شامل آن می‌شود شعبه نهم دیوان عالی کشور چنین حکم داده بود: «لواط موقعی صادق است که با جنس ذکور انجام شود و در مورد اناث، لواط صادق نیست.

از نظر قانونی نیز ماده ۶۳ قانون مجازات اسلامی، زنا را جماع مرد با زن اعم از قبل و دبر دانسته و ماده ۱ - ۲۲۱ لایحه پیشنهادی قانون مجازات اسلامی نیز همین عبارت را به کار برده است. این ماده برگرفته از نظر مشهور فقهاست که زنا را داخل کردن آلت تناسلی در «فرج» می‌دانند و فرج را شامل قُبُل و دبر دانسته‌اند. (محقق حلی، ۹۳۲/۴، ابن ادریس، ۴۲۸/۳، شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳۲۸/۱۴، ۱۶/۹، محقق اردبیلی، ۵/۱۳، فخرالمحققین، ۹۳۲/۴، خوئی، ۱۶۷/۱، ابن براج، ۵۲۵/۲، گلپایگانی، ۳۱/۱). اما گروه اندکی از فقها (طوسی، النهایه، ۶۸۸، مفید، ۷۷۴) فرج را شامل دبر نمی‌دانند بلکه فقط شامل قُبُل می‌دانند که در این صورت، لواط در دبر زن نیز محقق می‌شود.

تردید در مورد این که چنانچه مردی با زنی تفخیذ نماید آیا مجازات تفخیذ را دارد یا عنوان «رابطه نامشروع» بر آن صدق می‌کند، نیز جدلی است. چنانچه لواط در زن امکان داشته باشد ممکن است گفته شود که تفخیذ هم در مورد او امکان دارد اما اگر لواط امکان نداشته باشد برای دفع هرگونه شبهه‌ای باید مجازات رابطه نامشروع و نزدیکی بدون دخول، اعمال شود. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت با توجه به نظر مشهور که لواط را در زن ممکن نمی‌دانند پس تفخیذ نیز امکان ندارد و رابطه نامشروع محسوب می‌شود.

کیفیت قتل لواط‌کار از دیدگاه فقها

براساس نظر مشهور فقها، مجازات دخول ایقابی (لواط) قتل است؛ علامه حلی می‌گوید: «حدّ الايقاب القتل و يتخير الامام...: حدّ ايقاب قتل است و امام مختیر است که ...»؛ (علامه حلی، تحریر الاحکام، ۲۲۴/۲) البته در مورد نحوه کشتن لواط کننده و کیفیت نوع قتل وی در لواط، حاکم شرع اختیار دارد از میان راه‌هایی که در ادامه ذکر می‌شود یک یا دو راه را انتخاب کرده و لواط‌کار را به قتل برساند.

ناگفته نماند که مشهور فقها، مجازات قتل را برای محصن و غیر محصن قابل اجرا می‌دانند. صاحب کتاب «شرائع الاسلام» در این خصوص می‌فرماید: «کیفیه اقامة هذا الحدّ القتل، ان كان اللواط ايقاباً، و في رواية إن كان محصناً رجم و ان كان غير محصن جلد، و الأوّل أشهر...: نحوه انجام این حدّ به صورت قتل است در صورتی که لواط ایقابی باشد، و در

روایتی^۱ آمده است که اگر لواطکار، محصن باشد سنگسار می‌شود و چنانچه غیر محصن باشد تازیانه می‌خورد و دیدگاه نخست [که همان قتل در صورت ایقاب باشد] قول مشهورتر است. «محقق حلی، ۹۴۳/۴»

مجازات قتل در مورد لواط مستند به روایات شرعی است، مانند روایت امام صادق (ع) که از پدرش نقل می‌کند مردی را نزد عمر آوردند که با او لواط شده بود، پس عمر خواست او را تازیانه بزند. از گواهان پرسید آیا شما دیدید که او دخول کند همان‌گونه که میل در سرمه‌دان داخل می‌شود؟ آنان پاسخ مثبت دادند، عمر از حضرت علی (ع) پرسید که نظر شما در این مسئله چیست؟ امام از مردی پرسید که با او لواط کرده بود اما وی را پیدا نکردند سپس امام فرمود به نظر من باید گردن او را بزنید. عمر دستور داد گردنش زده شد. سپس حضرت فرمود مجازات دیگری هم باقی مانده است. عمر پرسید چه مجازاتی؟ امام فرمود: دسته‌ای هیزم بیاورید پس دسته‌ای هیزم آوردند و آن مرد را در آتش سوزاندند. (حر عاملی، ۱۵۸/۲۸، حدیث ۳)

همچنین امام صادق (ع) در مورد مردی که با مرد دیگری لواط کرده بود فرمود: «اگر به اندازه کمتر از دخول باشد تازیانه می‌خورد و اگر دخول شده باشد می‌ایستد و ضربه شمشیری بر او زده می‌شود تا هر کجا که پیش برود.» سؤال کردم: آیا مجازات او قتل است؟ امام پاسخ داد: «چنین است.» (همان، ۱۵۳/۲۸، حدیث ۲)

البته برخی از متأخران بین لواطکار محصن و غیر محصن قائل به تفصیل شده و مجازات قتل را تنها برای لواطکار محصن قابل اجرا می‌دانند و حکم به مجازات قتل در خصوص غیر محصن را مورد اشکال قرار داده و وجه اشکال را چنین بیان می‌کنند که دسته اول از روایاتی که در مورد لواط وارد شده است بر وجوب قتل لواطکار دلالت می‌کنند مطلقاً - خواه محصن بوده یا غیر محصن باشد - و جمع بین روایات اقتضا می‌کند که روایات دسته اول به وسیله روایات دسته دوم که لواطکار محصن را مستحق قتل دانسته و غیر محصن را مستحق تازیانه می‌داند، مقید شوند و در نتیجه محصن، محکوم به قتل و غیر محصن به تازیانه محکوم شود. (خوئی، ۲۳۰/۱)

۱- عبدا... بن جعفر عن ... عن علی (ع) انه كان يقول في اللوطي: «إن كان محصناً رجم و إن لم يكن محصناً جلد الحد» (حر عاملی، ۱۵۵/۲۸، حدیث ۶).

ناگفته نماند که گروه زیادی از فقها برخلاف آنچه که به عنوان قتل برای لواطکار تعیین کرده‌اند مجازات لواط را مانند مجازات زنا دانسته و دلیل آن‌ها روایات فراوانی است که در این خصوص وجود دارد و به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم:

الف) امام صادق(ع) فرمود: حدّ لواط کننده مانند حدّ زانی است؛ اگر محصن باشد سنگسار می‌شود و گرنه تازیانه می‌خورد. (حر عاملی، ۱۵۴/۲۸، حدیث ۳)

روایت مذکور صراحت دارد بر این که حدّ لواط کننده، حدّ زناکار است به ویژه با توجه به صراحت آن در تفصیل میان احصان و غیر آن؛ و این که حدّ لواط کننده محصن مانند زناکار محصن، سنگسار است و حدّ غیر آن تازیانه است؛ بر این اساس برای مفعول، حدّی ذکر نشده است.

ب) امام باقر(ع) فرمود: نکاح کننده و نکاح شونده چنانچه محصن باشند سنگسار می‌گردند، چه مذکر باشند و چه مؤنث. نکاح شونده مرد سنگسار می‌شود، چه محصن باشد و چه غیر محصن. (همان، ۱۵۵/۲۸، حدیث ۸)

ج) حضرت علی(ع) فرمود: هرگاه مرد، کلام و رفتارش را مانند زنان کند و همچون زنان مورد وطی قرار گیرد او را سنگسار کنید و خجالت نکشید. (همان، ۱۵۹/۲۸، حدیث ۵)

شاید بتوان در مقام جمع میان این روایات‌ها چنین گفت که منظور روایت‌هایی که مجازات لواط را همان مجازات زنا می‌دانند موردی است که مفعول، مؤنث بوده و دخول در عقب صورت گرفته باشد زیرا دیدیم که گروهی از فقها، زنا را اعم از دخول در جلو و عقب می‌دانند. در این صورت تعارضی میان این روایت‌ها و روایت‌هایی که مجازات لواط را به صورت جداگانه پیش بینی کرده اند، وجود نخواهد داشت.

در مورد این که مفعول در جرم لواط باید انسان باشد، تردیدی وجود ندارد بنابراین نزدیکی با حیوانات، تابع مقررات خاصی بوده و نمی‌توان مجازات لواط را در مورد آن اعمال کرد.

مطابق نظر مشهور فقهای امامیه، که مجازات لواط کننده -خواه محصن یا غیر محصن- قتل است حاکم شرع مخیر است از بین پنج راهی که ذکر می‌شود لواطکار را به قتل برساند؛ صاحب کتاب الدر المنصود در این خصوص چنین آورده است: «فی حدّ اللواط و یتخیر الحاکم بین القتل بالسّیف، و القائه من شاهق، و القاء جدار علیه، و رجمه و احراقه بالنار....: حاکم شرع مخیر است که لواطکار را به وسیله شمشیر به قتل رسانده، یا از بلندی او را پرتاب

کند، یا دیواری را بر روی او خراب نماید یا او را سنگسار کرده، و یا با آتش بسوزاند. « (ابن طی فقعانی، ۲۹۷)

علامه حلی نیز در کتاب *ارشاد الأذهان* همین راه‌های مذکور را بیان می‌کنند: «و یتخیر الامام فی القتل بین ضربه بالسیف و التحریق و الرجم و الالقاء من شاهق، و القاء جدار علیه، و الجمع بین أحدهما مع الاحراق. « (علامه حلی، *ارشاد الأذهان*، ۱۷۵/۲)

مرحوم فاضل هندی نیز پس از بیان پنج طریق مذکور، به نقل از صاحب کتاب *السرائر* متنفی بودن نظر مخالف در این زمینه را بیان می‌کند؛ وی مقرر می‌دارد: «و یتخیر الامام فی الموقب بین قتله بالسیف و رمیه من شاهق و القاء جدار علیه و رجمه و احراقه بالنار، كما ذكره الشیخان و الأكثر، و نفی عنه الخلاف فی السرائر. « (فاضل هندی، ۴۹۴/۱۰)

شیخ طوسی نیز در کتاب *مبسوط* گفته است: «کشتن کسی که با مردی لواط کرده و یا به زن اجنبی دخول کرده واجب است، امام میان گردن زدن وی و پرتاب کردن از دیوار بلند و خراب کردن دیوار بر او و سنگسار و سوزاندن با آتش مخیر است. اگر این عمل زشت را با مردی بدون دخول انجام دهد، در صورت احصان سنگسار می‌شود و در صورت بکر بودن (عدم احصان) تازیانه می‌خورد. (طوسی، *المبسوط*، ۷/۸)

مشاهده می‌شود در این عبارت، از حیث موضوع، علاوه بر مرد به زن اجنبیه نیز توسعه داده شده، و از نظر حکم، تخیر میان اقسام سه گانه قتل مطرح شده است و در فرض دخول، به روایاتی که حدّ لواطکار را متفاوت با حدّ زانی می‌داند، عمل شده و در کمتر از دخول، به روایاتی که حدّ لواطکار را حدّ زانی می‌داند عمل شده است در حالی که این جمع هیچ دلیلی ندارد.

یکی از فقهای معاصر به نقل از صاحب *تلخیص المرام* می‌نویسد: «در صورت تحقق لواط با دخول، کشتن فاعل و مفعول در صورتی که عاقل و بالغ باشند، واجب است خواه حرّ باشند و خواه عبد، مسلمان باشند یا کافر، محصن باشند یا غیر محصن، یا یکی محصن باشد و دیگری غیر محصن ... و امام (ع) در کشتن وی میان زدن با شمشیر و سوزاندن و سنگسار و پرت کردن از جای بلند و خراب کردن دیوار بر وی مخیر است، همچنین جمع میان سوزاندن و غیر آن جایز است. اگر دخول نشده باشد مانند استمتاع از میان دو ران، در صورت احصان مجازات وی سنگسار است و در صورت عدم احصان بنابر قولی صد تازیانه زده می‌شود... « (یزدی، ۸۸/۳۳)

در این دیدگاه به مجازات تفریح نیز اشاره شده است که جدای از مجازات تفریح با جنس مذکر می‌باشد.

فاضل مقداد در *کنز العرفان* گفته است: «بنابر قول ابومسلم، حمل «ایذاء» در آیه ۱۶ سوره نساء، بر قتل ممکن است، زیرا این حدّ لواط است.» وی حدّ لواط را قتل می‌داند و ظاهر اطلاق کلامش این است که به مقتضای روایات قسم دوم که حدّ لواط را متفاوت با حدّ زانی می‌داند تفاوتی میان محصن و غیر محصن و فاعل و مفعول نیست. (فاضل مقداد، ۳۴۰/۲)

مرحوم راوندی نیز در *فقه القرآن*، مجازات هرکسی را که علیه وی حکم به لواط با انجام دخول ثابت شده باشد یکی از این پنج چیز دانسته است: پرت کردن از جای بلند، خراب کردن دیوار بر وی، گردن زدن، سنگسار، سوزاندن با آتش؛ اگر به یکی از چهار روش نخست کشته شود می‌توان به جهت تشدید عقوبت و بزرگ نشان دادن آن، جسد وی را سوزاند. (راوندی، ۳۷۷/۲ - ۳۷۸) از این سخن راوندی دانسته می‌شود که وی، هر چند موضوع لواط را به دخول اختصاص داده است اما به روایات قسم دوم که حدّ لواطکار را متفاوت با حدّ زانی دانسته‌اند، عمل کرده است و ترجیح این روایات را چنین توجیه کرده که لواط، زشت‌تر از زناست و به همین جهت باید روایاتی را که حدّ لواط را حدّ زنا می‌داند، رها نمود. به ذهن ایشان خطور کرده که این روش قیاس است و آن را چنین پاسخ داده که نوعی استدلال است و نه قیاس. (همان، ۳۷۷/۲)

اما برخی از فقها به ذکر چهار راه از پنج راه مذکور اکتفا کرده و سنگسار کردن لواط کننده را به عنوان یکی از راههای قتل لواطکار بیان نکرده‌اند؛ صاحب کتاب *التحفة السنیه* در این خصوص چنین مقرر می‌دارد:

[یطهر] من اللواط به [الجلد] أو بضربه في عنقه بالسيف، أو القائه من شاهق مثل جبل أو منارة مشدود الیدین و الرجلین، أو القاء جدار علیه یقتل مثله غالباً، أو احراقه بالنار تخییراً، أو جمعاً بین اثنتين منها، أحدهما الاحراق، حسب ما يراه الحاكم: ... یا به واسطه زدن گردن او با شمشیر، یا پرتاب کردن او از بلندی مثل کوه یا مناره، در حالی که دست‌ها و پاها او بسته باشد، یا خراب کردن دیوار بر روی او، به گونه‌ای که غالباً امثال چنین فردی کشته می‌شوند، یا سوزاندن او به وسیله آتش، به طوری که حاکم در اجرای هر یک از این مجازات‌ها مخیر است،

۱- واللذان یأتیانها منکم فأذوهما فان تابا و أصلحا فاعرضوا عنهما ان الله کان تواباً رحیماً. (نساء: ۱۶)

یا این که بین دو نوع مجازات که یکی از آن‌ها سوزاندن با آتش باشد جمع کند، طبق آنچه که حاکم شرع مصلحت می‌بیند. (جزایری، ۲۹)

در خصوص اجرای مجازات زنا در مورد لواط باید به چند نکته توجه داشت: اولاً مجازات زنا از نظر نحوه اثبات جرم و نحوه اجرای سنگسار شرایط خاصی دارد اما نمی‌توان همه این موارد را به جرم لواط نیز سرایت داد بلکه فقط باید به مورد منصوص در قانون اکتفا کرد یعنی همان مقداری که در نص بیان شده است در مورد استثنا باید عمل شود و احکام دیگر به آن سرایت داده نمی‌شود. ثانیاً: بسیاری از فقها، مجازات سنگسار را به تبع نوشته‌های فقهی در اختیار حاکم قرار داده‌اند و جنبه الزامی ندارد بنابراین در اینجا هم باید به جنبه اختیاری بودن آن توجه داشت. ثالثاً: در جرم زنا، مقرراتی به نفع مجرم در نظر گرفته شده است مانند اینکه چنانچه زانی از گودال فرار کند و زنا ی وی با اقرار ثابت شده باشد نمی‌توان او را به گودال برگرداند. حال در این مورد نیز تفسیر قانون به نفع متهم اقتضا می‌کند همان‌گونه که شرایط سخت‌گیرانه به جرم زنا تسری پیدا نکند، شرایط تسهیل کننده هم سرایت داده شود به‌عنوان نمونه چنانچه مجرم از گودال فرار کرد در حالیکه اقرار به لواط کرده بود، دوباره بازگردانده نشود.

مستند شرعی تخییر حاکم شرع در نحوه انتخاب یکی از راه‌های مذکور، روایاتی است که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

الف) حضرت علی(ع) به مردی که چهار مرتبه اقرار به زنا کرده بود فرمود: «پیامبر در این مسئله سه حکم را بیان کرده است، پس هر کدام را می‌خواهی انتخاب کن؛ ضربه‌ای با شمشیر به گردنت تا هر کجا که قطع کند، پرتاب از کوه با دست و پای بسته، سوزاندن با آتش.» (حر عاملی، ۱۵۷/۲۸، حدیث ۱) در این روایت، حق انتخاب نوع قتل برعهده محکوم علیه قرار داده شده است.

ب) امام صادق(ع) در مورد شخصی که لواط کرده بود فرمود: «اگر محصن باشد سنگسار می‌شود و اگر غیر محصن باشد تازیانه می‌خورد.» (همان، ۱۶۰/۲۸، حدیث ۸)

ج) امام صادق(ع) فرمود: دو مرد را در حال لواط در امارت عمر یافتند که یکی از آنان فرار کرد و دیگری دستگیر شد. آن شخص را نزد عمر آوردند و عمر حکم آن را از مردم پرسید. گروهی می‌گفتند این کار را بکن و گروهی می‌گفتند این کار را نکن. عمر حکم مسئله را از علی علیه السلام سؤال کرد. امام فرمود گردنش را بزن و عمر هم گردن او را زد، اما وقتی

می‌خواست جنازه او را ببرد امام فرمود که مقداری از مجازات او باقی است. عمر گفت چه چیزی باقی مانده است؟ امام فرمود: هیزم بیاور، و عمر نیز هیزم آورد. پس حضرت دستور داد او را سوزانند. « (همان، ۱۵۷/۲۸، حدیث ۴)

از این روایت استفاده شده است که می‌توان میان دو مجازات از مجازات‌های یاد شده جمع کرد اما یکی از آن دو باید سوزاندن باشد؛ یعنی مثلاً اول با شمشیر گردن او را بزنند و سپس او را بسوزانند، یا این که ابتدا وی را سنگسار نموده و سپس او را بسوزانند، یا از بلندی پرتاب نمایند و آنگاه او را بسوزانند. (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۵۳۶/۳، یحیی بن سعید حلی، ۵۵۵، محقق اردبیلی، ۱۰۲/۱۳، شهید ثانی، الروضه البهیة، ۱۴۵/۹، امام خمینی (ره)، ۴۲۳/۲).

برخی دیگر از فقها (شیخ صدوق، ۴۳۰)، به بیان سه راه اکتفا نموده و مجازات لواط کننده را سوزاندن با آتش، یا خراب کردن دیوار بر روی او، یا زدن گردن وی با شمشیر دانسته‌اند؛ و گروهی دیگر سوزاندن را بیان نکرده‌اند که سید مرتضی (علم الهدی، ص ۵۱۱) و سلار دیلمی (ص ۲۵۴) از این گروه هستند.

در میان فقهای اهل سنت نیز شافعی در یکی از نظریاتش گفته است که حکم لواط کننده، حکم زانی است؛ یعنی اگر غیر محصن باشد تازیانه می‌خورد و اگر محصن باشد سنگسار می‌شود و این نظریه مورد قبول زهری، حسن بصری، ابویوسف، و محمد است. نظریه دیگر ایشان آن است که در هر صورت باید لواط کننده را کشت. مالک و احمد و اسحاق نیز همین نظر را پذیرفته‌اند. (طوسی، الخلاف، ۳۸۱/۵)

ابوحنیفه نیز قائل به تعزیر شده و حد را لازم ندانسته است، با این استدلال که دبر، محلّ وطی نیست پس شبیه غیر فرج است، اما شافعی، لواط را به منزله زنا دانسته و احصانی را که در زنا شرط شده است در لواط نیز معتبر دانسته است. (ابن قدامه، ۱۶۰/۱۰)

از مجموع اقوال فقهای امامیه به دست می‌آید که مطابق برداشت فقیهان، گویا میان روایات به شکل توسعه در موضوع لواط جمع کرده‌اند، زیرا کمتر از دخول را نیز لواط دانسته‌اند و لذا اصل لواط را که همان دخول باشد به قسم دوم حمل کرده‌اند و حکم آن را قتل به اقسامش دانسته‌اند و ملحق به لواط را که کمتر از دخول باشد بر قسم اول حمل کرده‌اند و حد آن را حدّ زنا قرار داده‌اند. اما این جمع جز در برخی روایات باب نکاح شاهی ندارد.

از امام صادق (ع) روایت شده که امیر مؤمنان (ع) فرمود: «اللواط مادون الدبر و الدبر هوالکفر» (حر، عاملی، ۳۳۹/۲۰، حدیث ۲).

از حدیفة بن منصور نقل شده است که از امام صادق (ع) پرسیدم: لواط چیست؟ فرمود: «ما بین الفخذین؛ آمیزش میان دو ران است»، پرسیدم: پس دخول چیست؟ فرمود: ذلک الکفر بما أنزل الله علی نبیّه (ص): این کفر به دین خداست. (همان، ۳۴۰/۲۰) ظاهر این روایات بزرگ جلوه دادن این گناه و تأکید بر کافر بودن مرتکب آن است و گرنه از نظر فقهی، حکم به کفر لواط کننده نمی‌شود.

صاحب جواهر گفته است: ظاهراً اطلاق لواط بر غیر دخول مانند استفاده از میان دو ران یا میان دو کپل، استعمال مجازی است. (نجفی، ۳۷۶/۴۱)

شاهد دیگر بر جمع مشهور، مرفوعة ابویحیی واسطی است. ایشان می‌گوید: از امام (ع) درباره دو مردی که از میان دو ران یکدیگر استمتاع می‌کنند، پرسیدم. حضرت فرمود: «حدّهما حدّ الزانی، فان أدعما احدهما علی صاحبه ضرب الداعم ضربة بالسيف أخذت منه ما أخذت و ترکت یرید بها مقتله، و الداعم علیه یحرق بالنار: حدّ این دو، حدّ زناکار است، اگر یکی به دیگری دخول کره باشد ضربه کشنده‌ای با شمشیر به فاعل زده می‌شود تا هر مقدار که در او نفوذ کند و مفعول با آتش سوزانده می‌شود. (حر عاملی، ۱۵۹/۲۸، حدیث ۶)

اما برخی از صاحب‌نظران معاصر، ضمن تحلیل و بررسی روایات مربوط به مجازات لواط، قائل شده‌اند به این‌که در روایات و عمل امام (ع) مطلبی که بر خراب کردن دیوار بر لواط کننده دلالت کند یافت نمی‌شود و چگونه می‌تواند بر این کار قتل صدق کند در حالی که گاه منجر به قتل نمی‌شود؟ همچنین معتقدند به این‌که پرت کردن از بلندی، مجازات صحیحی نمی‌باشد؛ چه آن‌که در روایت، سخن از پرت کردن لواط کننده از کوه با دست و پای بسته به میان آمده است، که گاه منجر به قتل می‌شود و گاه هم نمی‌شود؛ زیرا پرت شدن از کوه، غلط خوردن تدریجی است ولی پرت شدن از جای بلندی، دفعی و قتل‌ی فجیع است. در مورد سوزاندن زنده محکوم نیز هیچ دلیلی که در مقام بیان حکم خداوند باشد، وجود ندارد و سرانجام قول غیرمشهور مبنی بر این‌که بر لواط کننده، حدّ زنا بار می‌شود، یعنی در صورت احصان سنگسار شده و در فرض عدم احصان به وی تازیانه زده می‌شود و در سایر استمتاعات غیر از دخول، تعزیر می‌شود را به قواعد فنی فقهی روایی نزدیک‌تر دانسته است. (یزدی، ۹۲/۳۳ - ۹۳)

در مورد روایت‌های مربوط به مجازات زنا صرف نظر از ادعایی که نسبت به سند برخی از آن‌ها وارد شده است از نظر محتوایی نیز ایرادهایی دیده می‌شود از جمله اینکه مفاد برخی از

آن‌ها با قواعد شرعی و منطقی سازگاری ندارد از جمله اینکه در برخی روایت‌ها گفته شده است که مجرم پس از قتل یا سنگسار، سوزانده می‌شود در حالیکه مجازات کردن شخص مرده، هیچ فایده و اثری ندارد و شارع مقدس اسلام در زمانی که اروپای قرون وسطایی، مردگان را مجازات می‌کردند از آن‌ها نهی می‌کرد، بنابراین نمی‌توان محتوای آن‌ها را پذیرفت.

بررسی مستندات روایی کیفر لواط

اگر روایات مربوط به مجازات لواط‌کار را مورد بررسی قرار دهیم مشاهده می‌شود که در این روایات، برای لواط‌کار مجازات‌های متعددی پیش‌بینی شده است که از جمع‌بندی این روایات، می‌توان آن‌ها را به سه دسته تقسیم کرد:

۱. روایات دالّ بر وجوب قتل مطلقاً

روایت صحیحہ مالک بن عطیہ از امام صادق(ع) که فرمود: «حضرت علی(ع) در میان اصحاب خود نشسته بود که مردی آمد و گفت، ای امیر مؤمنان، من با نوجوانی لواط کرده‌ام پس مرا پاک گردان. امام فرمود، ای مرد به خانه‌ات برگرد شاید ناراحتی صفراتو را تحریک می‌کند. فردا دوباره آن مرد برگشت و گفت ای امیر مؤمنان، من با نوجوانی لواط کرده‌ام پس مرا پاک گردان. حضرت به او گفت: به خانه‌ات برو، شاید بیماری تو را تحریک می‌کند. آن مرد برای مرتبه سوم نیز همین کار را انجام داد تا این‌که حضرت در مرتبه چهارم فرمود: ای مرد، پیامبر(ص) 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، ضربه‌ای با شمشیر بر گردن تو، تا هر کجا که فرو رود. یا پرتاب از کوه با دست و پای بسته، یا سوزاندن با آتش. آن مرد گفت، کدام یک از این مجازات‌ها سخت‌تر است؟ امام فرمود: سوزاندن با آتش ...» (حر عاملی، ۱۶۱/۲۸، حدیث ۱)

۲. روایات دالّ بر قتل محصن، و تازیانه زدن غیر محصن

روایت حماد بن عثمان که گوید: به امام صادق(ع) گفتم، مردی با مرد دیگری نزدیکی کرده است [حکم آن چیست؟] حضرت فرمودند: اگر محصن باشد کشته می‌شود و چنانچه غیر محصن باشد تازیانه می‌خورد. گفتم: حکم کسی که با او نزدیکی شده است چیست؟ فرمودند: وی در هر حال کشته می‌شود، خواه محصن بوده، یا غیر محصن باشد. (همان، ۱۵۴/۲۸، حدیث ۴) همین روایت را شیخ صدوق به اسناد خود از حماد بن عیسی و شیخ

طوسی به اسناد خود از محمد بن یعقوب نقل کرده‌اند.

۳. روایات دال بر سنگسار محصن، و تازیانه زدن غیر محصن

درخصوص این دسته از روایات، به ذکر سه روایت می‌پردازیم:

الف) امام صادق(ع) در مورد شخصی که لواط کرده بود فرمودند: «اگر محصن باشد سنگسار می‌شود، و اگر غیر محصن باشد تازیانه می‌خورد.» (همان، ۱۵۵/۲۸، حدیث ۶) این روایت نیز در مقام بیان حکم فاعل است و تفصیل میان محصن و غیر محصن پس از کلمه «لوطی» و این که حد آن حد زناکننده است صریح در این است که روایت در مقام بیان حکم فاعل است.

ب) یزید بن عبدالملک گوید: از امام باقر(ع) شنیدم که می‌گفت: «نکاح کننده و نکاح شونده چنانچه محصن باشند سنگسار می‌شوند، چه مذکر باشند و چه مؤنث. نکاح شونده مرد سنگسار می‌شود، چه محصن باشد و چه غیر محصن.» (همان، ۱۵۵/۲۸، حدیث ۸)

ج) ابن ابی عمیر به نقل از امام صادق(ع) گوید که آن حضرت در مورد کسی که لواط کرده بود فرمودند: «اگر محصن باشد سنگسار می‌شود و چنانچه محصن نباشد تازیانه می‌خورد.» (همان، ۱۶۰/۲۸، حدیث ۸)

طبق این روایت، حکم لواط کننده و حد او، حد زناکار است و به هر دو قسم حد یعنی سنگسار در صورت احصان و تازیانه در فرض عدم احصان نیز تصریح کرده است. با توجه به صحت سند و صراحت دلالت و موافقت آن با دیگر روایات صحیح یا مؤثق - چنان که صاحب وسائل از شیخ نقل کرده است - حمل این روایت بر تقیّه بی‌وجه است.

روایت مذکور دلالت دارد بر این که حکم فاعل و مفعول در صورت دخول، کشتن است؛ اما تقسیم به احصان و عدم احصان و این که مجازات او مانند زنا در صورت عدم احصان، تازیانه است می‌فهماند که در اینجا قتل با شمشیر نیست، بلکه با سنگسار است. چنان که تبدیل سنگسار به کشتن با شمشیر و غیر آن در صورت وجود مصلحت خاصی جایز است، مانند این که زنا با بیّنه ثابت شده باشد، نه با اقرار؛ زیرا در سنگسار ممکن است شخص از گودال فرار کند که در این صورت اگر زنا با اقرار ثابت شده باشد برگرداندن او جایز نیست؛ چرا که فرار به منزله انکار است و در مورد زنا نص خاص داریم که انکار بعد از اقرار، حد را ساقط می‌کند.

مؤید این که روایت می‌فهماند که کشتن در اینجا با سنگسار است نه با شمشیر، این است

که حکم مفعول بدون تفاوت میان محصن و غیر محصن بیان شده است و این روایت با روایات قبلی که می‌گفت: حدّ مفعول، حدّ زناکار است، منافات ندارد و مذکر چه محصن باشد چه غیر محصن در صورت مفعول واقع شدن - با توجه به عدم تصریح به شمشیر و ذکر قتل - سنگسار می‌شود.

مقتضای جمع میان روایات این است که مراد از قتل، کشتن با سنگسار یا غیر آن در همان صورتی است که کشتن زناکار به غیر سنگسار جایز باشد. بنابراین مدلول روایت یاد شده، مخالف مدلول روایات پیشین که می‌گفت: حدّ آن حدّ زناکار است نمی‌باشد؛ به علاوه این که سند حدیث به سبب وجود معلی بن محمد ضعیف است؛ زیرا این شخص طبق نقل علامه حلی در کتاب خلاصه الأقوال، و نجاشی در کتاب رجال خود، از نظر حدیث و مذهب، مضطرب است چنانکه در این حدیث وی نیز اضطراب مشاهده می‌شود (نجاشی، ۴۱۸، اردیبه‌لی، ۲/۲۵۱).

ملاحظه می‌شود که روایت‌های شرعی، مجازات‌های متفاوتی را برای جرم زنا بیان کرده‌اند و برخی از آن‌ها به صراحت یا با بیان مصایق مجازات‌ها، شباهت مجازات زنا و لواط را مطرح کرده‌اند. نکته‌ای که از نحوه بیان روایت‌ها بدست می‌آید، آن است که شارع مقدس توجه زیادی به نزدیکی این دو جرم از نظر زشتی و قبح فاعلی دارد و تأکید بر مجازات ثابت و خاصی ندارد بلکه مجازات‌های متعددی را می‌توان اعمال نمود. بنابراین شاید بتوان نتیجه گرفت که مجازات زنا و لواط یکسان بوده و دست مجتهدان نیز برای تعیین مجازات، بازگذاشته شده است تا در زمان‌ها و مکان‌های متفاوت و اوضاع و احوال مجرمان، مجازات مناسبی را در نظر بگیرند. این استنباط با مبانی علمی جرم‌شناسی و کیفرشناسی نیز سازگار است زیرا هدف از جرم‌انگاری جرائم، جلوگیری از وقوع آن‌ها و تنبیه مجرمان است و مجازات‌ها نیز باید همسو با همین هدف باشد. پس اگر یک مرد دینی و عالم به احکام زنا و لواط یا یک حاکم و معلم و استاد، مرتکب این جرائم شود هرگز مجازات وی با مجازات انسان عادی و جاهل، یکسان نیست. همچنین نوع جوامع نیز در این موضوع، تأثیر دارد به-عنوان نمونه شخصی که در جامعه بد حجاب یا بی‌حجاب مرتکب جرم زنا یا لواط می‌شود با شخصی که در جامعه‌ای مذهبی مرتکب این جرایم می‌شود، وضعیت یکسانی ندارند. پس قانونگذار مجازات‌های متعددی را بیان کرده است تا نشان دهد که دست قانونگذار در این زمینه باز است و تشابه جرم نیز ارشاد به وحدت مجازات می‌نماید.

بررسی مجازات لواطکار از دیدگاه قوانین موضوعه

ماده ۱۱۰ قانون مجازات اسلامی به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه، لواط را در صورت دخول، مستوجب قتل دانسته و اختیار حاکم را در انتخاب کیفیت و نحوه قتل به رسمیت شناخته است اما به راههای قتل اشاره‌ای نکرده است؛ ماده یاد شده چنین مقرر می‌دارد: «حدّ لواط در صورت دخول قتل است و کیفیت نوع آن در اختیار حاکم شرع است.» «حدی که در این ماده بیان شده است برای فاعل و مفعول می‌باشد و تنها به فاعل اختصاص ندارد و دخول نیز باید به مقدار ناپدید شدن حشفه در مقعد مفعول صورت گیرد.

ماده ۱۱۰ قانون مجازات اسلامی، به رغم نظر فقیهان امامی که برای کیفیت نوع قتل راههایی نظیر: کشتن با شمشیر، سوزاندن، سنگسار کردن، پرتاب کردن از بلندی، خراب کردن دیوار بر روی مجرم بیان کرده‌اند به نحوه قتل اشاره‌ای نکرده است. مسئله‌ای که در مورد ماده فوق باید مطرح شود این است که آیا کیفیت نوع قتل به نحو مطلق در اختیار قاضی است، چنانکه از ظاهر ماده مربوط مستنبط است، و یا این که کیفیت‌های مخصوص را شارع مقدس برای قتل تعیین کرده است و خارج از کیفیت‌های برشمرده، قاضی نمی‌تواند اقدام به قتل لواطکار نماید؟

در مورد مجازات فاعل و مفعول در لواط، در زمانی که شرایط عامه تکلیف را داشته باشند باید بر آن بود که گرچه برخی از متأخران که به تفصیل در این باره سخن گفته‌اند میان محصن و غیر محصن تفکیک کرده‌اند (خوئی، ۲۳۰/۱) و مجازات قتل را تنها برای محصن قابل اجرا می‌دانند اما نظریه مشهور فقها، مجازات قتل را هم برای محصن و هم غیر محصن قابل اجرا می‌داند (نجفی، ۳۸۱/۴۱، امام خمینی (ره)، ۴۲۳/۲) و رجوع به کتب فقهی نشان می‌دهد که فقهای اسلامی با توجه به روایات رسیده، قاضی را مخیر نموده‌اند که از بین پنج راهی که برای قتل توسط روایات تعیین شده است یکی از آن موارد را تعیین کند که آن پنج راه عبارتند از: ۱- او را با شمشیر از پای درآورند، ۲- با آتش بسوزانند، ۳- سنگسارش نمایند، ۴- دیواری را روی او خراب نمایند، ۵- وی را از بلندی به زیر پرتاب نمایند. (بازگیر، ۳۳۸)

بنابراین از بررسی اقوال فقها درباره مجازات فاعل یا مفعول لواط این نتیجه به دست می‌آید که دایره اختیار قاضی در محدوده راههای تعیین شده می‌باشد، و خارج از مواردی که ذکر شد قاضی نمی‌تواند روش دیگری را برای اجرای حکم تعیین نماید، و به همین دلیل است که اختیار مطلق که در ماده ۱۱۰ ق.م.ا. برای حاکم شرع تعیین شده است با موازین فقهی

ناسازگار می‌نماید، و گرچه ممکن است عدم ذکر مجازات‌های فوق در قانون به دلیل شدید بودن آن‌ها بنابر ملاحظات خاصی صورت گرفته باشد اما در این حالت نیز مقنن قادر بود به جای تفویض اختیار مطلق به حاکم شرع برای تعیین کیفیت نوع قتل، اشاره‌ای به پنج مجازات موجود در شرع می‌نمود تا این‌که قضات دادگاه‌ها با رجوع به کتب فقهی و رؤیت نظر مشهور، پی به راه‌های اجرای حکم ببرند؛ در نتیجه قاضی اختیار دارد که نحوه قتل را فقط از میان همان انواع مذکور انتخاب کند و از اختیار مطلق برخوردار نمی‌باشد.

ماده ۱۰۸ قانون مجازات اسلامی کنونی، لواط را اعم از دخول و تفریض می‌داند و عبارت «وطی انسان مذکر» ابهام دارد که آیا فاعل را در نظر دارد یا مفعول یا هر دو را؟ اما ماده ۸-۲۲۱ لایحه پیشنهادی قوه قضائیه به مجلس شورای اسلامی تا حدودی این ابهام را برطرف نموده است و از قضا مفاد آن همسو با نتیجه‌ای است که در این مقاله به آن دست یافته‌ایم. متن ماده پیشنهادی بدین شرح است: «لواط عبارت است از دخول آلت رجولیت به اندازه ختنه گاه در دبر انسان مذکر هر چند مرده باشد». تفریض در این ماده حذف گردیده است و لواط نیز منحصر به داخل کردن آلت رجولیت در دبر انسان مذکر دانسته شده است. بنابراین چنانچه این ماده پیشنهادی به همین صورت به تصویب نهایی برسد به اختلاف حقوق دانان در مورد امکان یا عدم امکان لواط با جنس مؤنث پایان داده می‌شود؛ زیرا عبارت «در دبر انسان مذکر» جای هیچ‌گونه ابهام و تردیدی را باقی نمی‌گذارد و طبیعی است که انتظار نیز همین اقدام مثبت بود؛ زیرا اگر چه مفاد قوانین از متون شرعی اتخاذ می‌شود و متون شرعی نیز با استنباط‌های مختلفی روبه‌روست اما متن قانون باید صریح باشد و قانونگذار یک دیدگاه را انتخاب کرده و در لباس قانون درآورد.

نتیجه و پیشنهاد

۱- مستند قول مشهور فقها که مجازات قتل را برای لواط‌کار محصن و غیرمحصن یکی می‌دانند پاره‌ای روایات است که از اطلاق برخوردار می‌باشد و می‌توان آن‌ها را به وسیله روایاتی که بین محصن و غیرمحصن فرق گذاشته‌اند تقیید زد؛ بنابراین لواط‌کار در صورت محصن بودن محکوم به قتل بوده، و چنانچه غیرمحصن باشد محکوم به تازیانه می‌باشد و این مقتضای جمع بین روایات است. به علاوه این که اثبات رجم بر لواط‌کار محصن منافاتی با حکم به قتل غیر محصن ندارد.

۲- در ماده ۱۰۸ قانون مجازات اسلامی، لواط به: «وطی انسان مذکر با مذکر ... همراه با دخول» تعریف شده و تصریح به اعم بودن لواط از دخول و غیر دخول برداشته شده است. همچنین در ماده ۱۲۱ ق.م.ا. که در مقام بیان حد تفخیز است به گونه‌ای به تعریف آن نیز پرداخته شده است؛ چه آن که به عدم دخول تصریح گردیده است و از همین جا تفاوت لواط و تفخیز نیز معلوم می‌گردد.

۳- در لواط دخول شرط نیست اما حد دخول و غیر دخول متفاوت است، بنابراین لازم است در کنار ماده ۱۰۸ ق.م.ا. که در تعریف لواط وارد شده است ذیل ماده جداگانه‌ای به تعریف تفخیز نیز تصریح گردد تا از اختلاط مفاهیم این دو اصطلاح جلوگیری شده و زمینه‌ی خطا و اشتباه از بین برود.

۴- اختیار مطلق که در ماده ۱۱۰ برای قاضی تعیین شده است با موازین فقهی ناسازگار به نظر می‌رسد؛ بنابراین مناسب‌تر آن است که قانونگذار ذیل تبصره‌ای برای ماده مذکور، در مورد انتخاب کیفیت نوع قتل، پنج نوع مجازات موجود در شرع را به گونه‌ای مدنظر قرار دهد. این اقدام باعث خواهد شد تا اولاً قضات دادگاه‌ها با مراجعه به کتب فقهی و نظر مشهور، پی به راه‌های اجرای حکم ببرند، ثانیاً از تشتت آراء دادگاه‌ها در استفاده از سایر مجازات‌ها غیر از پنج نوع مجازات مذکور جلوگیری کند. البته سیاست قانونگذار، آن است که مجازات‌هایی همچون سنگسار و آتش زدن در قانون ذکر نشود بلکه قضات به منابع شرعی مراجعه کنند که در این صورت عمل قانونگذار قابل توجیه است اما با قواعد مسلم دیگر همچون اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها تعارض دارد.

۵- با توجه به اینکه مجازات لواط، مجازاتی حدی است و بسیاری از مقررات آن به شرع موکول شده است، مناسب می‌باشد که قضات صالح برای رسیدگی به این جرائم، مجتهدانی باشند که ابلاغ ویژه برای رسیدگی داشته باشند.

۶- با توجه به اینکه جرم لواط دارای مجازات‌های متفاوتی است که رسیدگی به برخی از آنها (مانند شلاق یا تبعید) در صلاحیت دادگاه عمومی است و رسیدگی به برخی از آنها (مانند قتل و سنگسار) در صلاحیت دادگاه کیفری استان می‌باشد باید قانونگذار، مرجع صالح رسیدگی را مشخص کند.

۷- سیاست تفرید مجازات‌ها که امروزه مورد قبول تمامی نظام‌های حقوقی است و جزء اصول مسلم حقوق کیفری اسلام می‌باشد در مورد جرم لواط قابل اعمال نیست. قانونگذار باید

در این زمینه نیز چاره اندیشی کند به‌ویژه که راه توبه در این نظام بر روی مجرمان، گشوده است.

۸- با توجه به اینکه از نظر فقهی در مورد امکان تحقق لواط در زن، اختلاف نظر وجود دارد، پیشنهاد می‌شود قانونگذار، جرم داخل کردن آلت تناسلی در عقب زن را جرم مستقلی به حساب آورده و مجازاتی غیر از مجازات حدی (یعنی مجازات تعزیری) برای آن تعیین کند. این پیشنهاد در مورد تفخیز با زن نیز وجود دارد.

منابع

- ابراهیم مصطفی [و دیگران]، *المعجم الوسيط*، المكتبة الاسلامية، ترکیه، بی تا.
- ابن ادریس حلی، ابی جعفر محمد بن منصور، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن براج، قاضی عبد العزیز، *المهذب*، تحقیق آیه الله سبحانی، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۶ ق.
- ابن حمزه طوسی، ابو جعفر، *الوسيلة الي نيل الفضيلة*، چاپ اول، مكتبة آیت ... مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
- ابن زهره، حمزة بن علي زهرة حلي، *غنية النزوع الي علمي الاصول والفروع*، تحقیق: ابراهیم بهادری، چاپ اول، مؤسسه الامام الصادق (ع)، ۱۴۱۷ ق.
- ابن طی فقحانی، علی بن محمد طی فقحانی، *الدر المنصوذة في معرفة صيغ النيات والايقاعات والعقود*، تحقیق: محمد برکت، چاپ اول، مكتبة مدرسة امام العصر (عج)، شیراز، ۱۴۱۸ ق.
- ابن عابدین، *رد المختار*، دارالفکر للطباعة و النشر، بیروت، ۱۴۱۵ ق.
- ابن قدامة، ابو محمد عبدا... بن احمد بن محمود بن قدامة، *المعنى*، دار الكتاب العربي، بیروت، بی تا.
- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، *لسان العرب*، چاپ اول، بیروت، ۱۴۰۸ ق.
- اردبیلی (مقدس)، احمد، *مجمع الفائدة و البرهان في شرح ارشاد الاذهان*، تحقیق اشتهاردی و عراقی و یزدی، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۳ ق.
- اردبیلی، محمد بن علی، *جامع الرواة و ازاهة الاشتباهات عن الطرق و الاسناد*، مكتبة آیه الله المرعشي النجفي، قم، ۱۴۰۳ ق.

بازگیر، ید...، *قانون مجازات اسلامی در آئینه آرای دیوان عالی کشور (حدود)*، چاپ دوم، انتشارات، بازگیر، تهران، ۱۳۸۲

جزائری، سیدعبدا...، *التحفة السنیة فی شرح النخبة المحسنیة*، بی نا، بی جا، بی تا.
حر عاملی، محمدبن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، چاپ دوم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، قم، ۱۴۱۴ ق.

حسینی جرجانی، سیدامیر ابو الفتح، *تفسیر شاهمی*، چاپ اول، انتشارات نوید، تهران، ۱۴۰۴ ق.
حلی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرائع*، تحقیق: لجنة التحقیق باشراف الشیخ السبحانی، مؤسسه سید الشهداء (ع)، قم، ۱۴۰۵ ق.

خمینی (ره)، امام روح ا...، *تحریر الوسیلة*، دار المنتظر، بیروت، ۱۴۰۳ ق.
خوئی، سیدابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، مطبعة الآداب، نجف اشرف، بی تا.
راغب اصفهانی، ابی القاسم حسین بن محمد، *مفردات غریب القرآن*، چاپ دوم، دفتر نشر الكتاب، ۱۴۰۴ ق.

راوندی، قطب الدین ابوالحسن سعید بن هبه ا...، *فقه القرآن*، چاپ دوم، مکتبه آیه ا... العظمی المرعشی النجفی، قم، ۱۴۰۵ ق.
زراعت، عباس، *شرح قانون مجازات اسلامی (بخش حدود)*، چاپ اول، انتشارات ققنوس، تهران، ۱۳۸۰.

سلاز، حمزة بن عبدالعزیز دیلمی، *المراسم العلویة فی الاحکام النبویة*، تحقیق: سیدمحمد حسینی امینی، المعاونه الثقافیة للمجمع العالمی لأهل البيت (ع)، قم، ۱۴۱۴ ق.
سیوری، جمال الدین مقداد بن عبدا... (فاضل مقداد)، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، چاپ پنجم، المکتبه المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، تهران، ۱۳۷۳.

شهید ثانی، زین الدین عاملی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، تحقیق: محمد کلانتر، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، بی تا.

_____، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، چاپ اول، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۳ ق.

شیخ فارس حسون، *خلاصة الأقوال*، تحقیق جواد قیومی، مؤسسه نشر الفقاهة، قم، ۱۴۱۷ ق.
_____، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، چاپ اول، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۳ ق.

- صندوق (شیخ صدوق)، محمدبن علی بن حسین بن بابویه قمی، **المقتنع**، مؤسسة الامام الهادی (ع)، قم، ۱۴۱۵.
- طوسی، محمدبن حسن بن علی، **المبسوط فی فقه الامامية**، تحقیق: سیدمحمد تقی کشفی، چاپ سوم، المكتبة المرتضوية، تهران، ۱۳۷۸ ق.
- _____ **النهاية في مجرد الفقه والفتاوى**، دارالاندلس، بیروت، (افست منشورات قدس، قم)، بی تا.
- _____ **کتاب الخلاف**، تحقیق: سید علی خراسانی و سید جواد شهرستانی و شیخ مهدی نجف، چاپ دوم، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۲۰ ق.
- العسکری، ابوهلال، **الفروق اللغوية**، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۳ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **ارشاد الاذهان الی احکام الايمان**، تحقیق: شیخ فارس حسون، چاپ اول، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۰ ق.
- _____ **تحریر الاحکام**، مؤسسه آل البيت، مشهد، بی تا.
- علم الهدی (سیدمرتضی)، علی بن حسین موسوی بغدادی، **الانتصار**، چاپ اول، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۵ ق.
- فاضل هندی، محمدبن حسن بن محمد اصفهانی، **کشف اللثام عن قواعد الاحکام**، چاپ اول، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۶ ق.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر حلی، **ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد**، تحقیق کرمانی، اشتهاردی و بروجردی، چاپ اول، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۳۸۹ ق.
- کاشانی، ابوبکر، **بدائع الصنائع**، چاپ اول، المكتبة الحبيبية، بیروت، ۱۴۰۹ ق.
- کاظمی، محمدجواد، **مسالك الأفهام إلى آیات الاحکام**، چاپ دوم، انتشارات مرتضوی، ۱۳۶۷.
- گلبایگانی، سیدمحمدرضا، **الدر المنضود فی احکام الحدود**، چاپ اول، دارالقرآن الکریم، قم، ۱۴۱۲ ق.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، تحقیق: سید صادق شیرازی، چاپ دوم، انتشارات استقلال، تهران، ۱۴۰۹ ق.
- مفید، محمدبن نعمان، **المقنعه**، چاپ دوم، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۰ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، **انوار الفقاهة فی احکام العترة الطاهرة**، انتشارات مدرسه علی بن ابی طالب، قم، ۱۳۸۷.
- نجاشی، احمد بن علی، **رجال النجاشی**، تحقیق سید موسی شبیری زنجانی، چاپ پنجم، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۶ ق.

نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق: عباس قوچانی، چاپ سوم، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۷.

وحیدی، سیدمحمد، *النقد و التفریعات فی احکام الحدود و التعزیرات*، مطبعة مكتب الاعلام الاسلامی، قم، بی تا.

یزدی، محمد، *نکته ای در مجازات لواط*، مجله فقه اهل بیت، ش ۳۳.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی