

جرم انگاری همجنس‌گرایی با رویکرد انتقادی به ماده ۲۳۷ ق.م.ا. مصوب ۹۲

مریم عزیزیان* / سعید مولوی وردنجانی**

چکیده

همجنس‌گرایی یا گرایش عاطفی یا جنسی دو فرد مذکر یا مؤنث، در ماده‌ی ۲۳۷ ق.م.ا. ۹۲ به معنای همجنس‌بازی یا رفتار جنسی دو مرد یا زن، در قالب لواط، تفخیز، مساحقه، تقبیل، ملامسه و دیگر استمتاعات جنسی جرم‌انگاری شده، ولی در فقه جزائی اسلام آشکارا به کار نرفته است، هر چند در کتاب «مکاسب محرّمه» با واژگان «تأث» و «تذکر»، یعنی لواط و مساحقه یا علاقه به این دو نوع رابطه، همسان‌انگاری شده‌اند. البته عدم تصریح موضوع در فقه حدود و تعزیرات، در کنار مستندات تحریمی محکم موجود در منابع معتبر فقهی، به معنای نفی مجرمانه بودن رفتار ارتكابی محل بحث نیست، بلکه به نظر می‌رسد پیرو اعتماد به نظریه اتحاد حکمی و موضوعی کلی طبیعی و افرادش و نیز جریان قاعده «التعزیر لکل عمل محرّم» بر حرمت تأث و تذکر در فقه مدنی صورت گرفته است.

کلیدواژه: همجنس‌گرایی، همجنس‌بازی، کلی طبیعی، تأث و تذکر، جرم-

انگاری

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رشته حقوق
مجمع علوم انسانی

* کارشناس ارشد فقه و حقوق اسلامی دانشگاه شهرکرد

** استادیار حقوق خصوصی دانشگاه شهرکرد (نویسنده مسئول)

smolavi1356@gmail.com

تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۱۰/۰۵ - پذیرش نهایی: ۱۳۹۵/۱۱/۲۵

۱- طرح مسأله

این نوشتار به دنبال بررسی درستی یا نادرستی محتوای ماده ۲۳۷ قانون مجازات اسلامی و جرم‌انگاری همجنس‌گرایی است. گفتنی است که نگارندگان در پی تحلیل ارکان سه‌گانه جرم مذکور و به ویژه رکن مادی آن نیستند، بلکه آن چه پیش روی خود دارند، ناظر به مقایسه ماده ۲۳۷ با مصادیق همجنس‌گرایی در فقه است.

در خصوص حسن یا قبح همجنس‌گرایی دو دیدگاه کلی وجود دارد: برخی آن را نیکو می‌پندارند و گروه دوم هم به زشتی آن فکر می‌کنند. اما دسته اول معتقدند که اولاً- گرایش به همجنس در بدن انسان دارای زمینه‌های بیولوژیکی است، ثانیاً- گرایش مزبور هیچ‌گونه آثار سوئی برای طرفین درگیر و یا افراد خارج از آن به دنبال ندارد، ثالثاً- هنگامی که دو طرف از این جهت احساس خوبی نسبت به یکدیگر دارند، موضوع مربوط به روابط خصوصی آنها خواهد بود و دیگران حق دخالت در حریم آنها را ندارند، رابعاً- همجنس‌گرایی از حیث اعتبار به مثابه بقیه روابط اجتماعی و حقوقی افراد همجنس می‌ماند و باید یکسان ارزش‌گذاری شوند. اما مخالفین ادله‌ای اقامه کرده‌اند که هم‌ریشه‌های درون‌دینی از آیات و روایات دارند و هم از سوی مبانی برون‌دینی مانند دلایل پزشکی، روان‌پزشکی و رویکرد‌های طبیعت‌گرایانه حمایت می‌شوند. مضاف بر این که برخی از ایشان، چنین گرایش‌هایی را ضد طبیعت انسان و عاملی برای به خطر انداختن نهاد خانواده ارزیابی کرده‌اند. در این میان، موضع قانونگذار کیفری ایران و نیز فقه جزائی شیعه، محل سؤال است. بنابراین، سؤال اصلی این است که از منظر فقه جزائی امامیه و قانون مجازات اسلامی ۹۲، همجنس‌گرایی چه حکمی دارد؟

دانشیان فقه جزائی، از این واژه آشکارا نام نبرده، و تنها به جرم‌انگاری برخی اعمال منافی عفت، مانند لواط، تفریض، مساحقه، تقبیل و مضاجعه (همخوابی) همجنسان مبادرت کرده‌اند. هرچند برخی از ایشان، واژگان «تشبه الرجال بالنساء و تشبه النساء بالرجال» را به همجنس‌گرایی یا دست‌کم همجنس‌بازی تفسیر کرده‌اند، اما در حوزه

قانونگذاری، قوانین جزائی گذشته از تصریح به همجنس‌گرایی و مجرمانه بودن آن خالی بودند، هرچند در برخی مواد قانونی سابق (۱۳۷۰) از جمله مواد ۱۰۸، ۱۲۴، ۱۲۵ و ۱۲۹ از برخی مصادیق این رفتار صحبت شده بود؛ و یا در مقام تعریف مساحقه، آن را همجنس‌گرایی دو زن تلقی کرده بود، که به طور طبیعی عمومیت نداشت. اما در ماده ۲۳۷ قانون مجازات ۹۲ برای اولین بار همجنس‌گرایی جرم‌انگاری شد. در همین راستا نوشتار حاضر، که در نوع خود پیش از این مشاهده نشده است بعد از تبیین دقیق معنای همجنس‌گرایی به جستجوی منابع جرم‌انگاری فقهی آن و تحلیل و نقد ماده ۲۳۷ می‌پردازد.

۲- مفهوم همجنس‌گرایی

واژه مذکور معادل اصطلاح «هموسکشول»^۱ و از «همجنس» به علاوه «گرا» ترکیب یافته است. اما «همجنس» به معنای دو چیزی است که از یک جنس ساخته شده باشند و یا دو کسی که دارای صفات روحی یکسان باشند. و کلمه «گرا»، مخفف گرایش و به معنای تمایل، میل و رغبت می‌باشد. بنابراین، همجنس‌گرایی به جاذبه عاطفی یا جنسی بین اعضای یک جنس گفته می‌شود. از اینجا معلوم می‌شود که همجنس‌گرایی اعم از همجنس‌بازی است؛ زیرا همجنس‌بازی؛ صرفاً بر پایه یک گرایش عاطفی محض استوار نیست، بلکه علاقه یا عمل به ایجاد رابطه جنسی با همجنس رکن اصلی آن را تشکیل می‌دهد و عبارت است از برقراری یا علاقه به رابطه جنسی دو مرد یا دو زن؛ در حالی که در همجنس‌گرایی علاوه بر این نوع رابطه، گرایش عاطفی محض به جنس موافق نیز با همین نام شناخته می‌شود. اما در اصطلاح فقهی، برخی همجنس‌گرایی را معادل لواط و مساحقه، (فقه و حقوق) (مجموعه آثار) ۱۹/۴۵۵-۳۳۶؛ دائرة المعارف فقه مقارن/۷۵) یا «تذکر» و «تأث» (فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام/۲/۴۰۲ و ۴۲۵) دانسته‌اند. بر این اساس گفته‌اند که تذکر عبارت است از:

«همسان شدن زن با مرد در رفتار جنسی، مقابل تأنث. تذکر آن است که زنی میل داشته باشد همچون مرد از دیگر زنان بهره جنسی ببرد و با آنان رفتار جنسی از نوع رفتار جنسی مرد با زن داشته باشد. و تأنث یا تخنث نیز به قرینه مقابله در واقع همسان شدن مرد با زن در رفتار جنسی است. بنابراین، تأنث یعنی این که مردی میل داشته باشد همچون زنان از مردان بهره جنسی ببرد و با آنان رفتار جنسی از نوع رفتار جنسی زن با مرد داشته باشد» (همان؛ مصباح الفقاهه/۲۰۸/۱) تعدادی از فقیهان (دراسات فی المکاسب المحرمه/۵۰۹/۲؛ عمده المطالب فی التعلیق علی المکاسب/۱۶۱/۱ و ۱۶۳؛ فقه الصادق علیه السلام/۱۴/۲۰۵-۲۰۶؛ منهاج الفقاهه/۲۵۵/۱ و ۲۵۷ و ۲۵۸؛ انوار الفقاهه/۱۵۱) لواط و مساحقه و بعضی دیگر (هدایه الطالب إلی أسرار المکاسب/۳۸/۱) علاقه و دوست داشتن آنها را تأنیث و تذکیر دانسته اند. دانستنی است گاهی از این دو واژه، به «تشبه مرد به زن و تشبه زن به مرد» تعبیر می شود (کتاب المکاسب/۸۷/۱؛ تفصیل الشریعه/۳۵۰؛ مدارک العروه/۱۳/۲۸۱؛ فقه الصادق/۲۰۵/۱۴؛ منهاج الفقاهه/۲۵۷/۱)

در حقوق کیفری ایران، از آنجا که قانونگذار کیفری، تفخیز، لواط، ملامسه و تقبیل را از جمله مصادیق همجنس‌گرایی دانسته است، نهاد مزبور به معنای گرایش و رفتار جنسی است و مجرد جاذبه عاطفی، همجنس‌گرایی به شمار نمی رود. بنابراین، ادعای همسان‌سازی قانونی همجنس‌گرایی با همجنس‌بازی گزاف نیست.

۳- مستندات شرعی ممنوعیت همجنس‌گرایی

۱-۳- کتاب

آیات با موضوع ممنوعیت کلی همجنس‌گرایی دو دسته و عبارت اند از:

الف- آیات دال بر ضرورت حفظ فروج: مانند آیه «قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ،

... الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ، إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ

مُؤْمِنِينَ، فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ» (مؤمنون: ۷-۱) به راستی که

مؤمنان رستگار شدند، کسانی که دامان خود را حفظ می نمایند، مگر در مورد

همسرانشان یا کنیزانی که به دست آورده اند، که در این صورت، بر آنان نکوهشی نیست، پس کسانی که فراتر از این می جویند، از حدّ در گذراندگانند، یا آیه: «به مردان مؤمن بگو: «چشمانشان را [از هوس رانی] فروپوشند و ناموسشان را حفظ کنند، این برای آنان پاکیزه تر است، به یقین خداوند به آن چه انجام می دهند، آگاه است. و به زنان با ایمان بگو چشم های خود را (از نگاه هوس آلود) فرو گیرند، و دامان خویش را حفظ کنند، و زینت خود را جز آن مقدار که ظاهر است آشکار نمایند، و (اطراف) روسری های خود را بر سینه خود افکنند (تا گردن و سینه با آن پوشانده شود) و زینت خود را آشکار ن سازند، مگر برای شوهرانشان یا پدرانشان یا پسرانشان یا پسرانشان یا همسرانشان یا برادرانشان یا پسران برادرانشان، یا پسران خواهرانشان، یا زنان هم کیشان یا بردگانشان (کنیزانشان) یا افراد سفیه که تمایلی به زن ندارند یا کودکانی که از امور جنسی مربوط به زنان آگاه نیستند، آنها هنگام راه رفتن پاهای خود را به زمین نزنند تا زینت پنهانشان دانسته شود (و صدای خلخال که بر پا دارند به گوش رسد) و ای مؤمنان همگی به سوی خدا بازگردید تا رستگار شوید (نور: ۳۰-۳۱). یا آیه: «مردان مسلمان و زنان مسلمان، ... مردانی که دامان خود را از آلودگی به بی عفتی حفظ می کنند و زنانی که پاکدامنند، ... خداوند برای همه ی آنها مغفرت و پاداش عظیمی فراهم ساخته است (احزاب: ۳۵).

مطابق اطلاق آیات بالا، هرگونه ارتباط جنسی خواه با جنس موافق یا جنس مخالف، در حدّ تعزیر یا حدّ، جز در موارد استثناء شده، حرام و نوعی تجاوز از حدود الهی تلقی می شود. مبنای حرمت آن هم نتایجی است که بر اقدام به چنین رفتارهایی (از حدّ گذراندن و عدول کردن از حدود الهی) یا ترک این اعمال (پاکیزه تر بودن، امید به رستگاری و آمادگی برای دریافت مغفرت و اجر عظیم پروردگار) اعلام و پیش بینی شده است. در تأیید اطلاق مزبور، برخی مفسّرین معاصر ذیل فراز آخر آیه اوّل نوشته اند: «این آیه تفریع است بر مطالب قبل، یعنی مستثنی و مستثنی منه؛ و معنایش این است که: وقتی مقتضای ایمان این شد که به کلی فروج خود را حفظ کنند

مگر تنها از دو طایفه از زنان، پس هر کس با غیر این دو طایفه مساس و ارتباط پیدا کند، متجاوز از حدود خدا شناخته می‌شود، حدودی که خدای تعالی برای مؤمنین قرار داده است.» (المیزان/۱۱/۱۵).

ب- عمومیت علل ممنوعیت رفتار ارتكابی قوم لوط: آیات پر تکرار

(اعراف/۸۴-۸۰؛ شعراء/۱۷۵-۱۶۰؛ هود/۸۳-۷۷؛ حجر/۷۷-۵۹؛ نمل/۵۸-۵۴؛ قمر/۳۰-۳۳؛ عنکبوت/۳۵-۲۸؛ انبیاء/۷۴؛ صافات/۱۳۸-۱۳۱) داستان قوم لوط علاوه بر آن که با دلالت مطابقی و نص‌گونه حرمت لواط (از جمله مصادیق بارز همجنس‌گرایی و همجنس‌بازی) را به کرسی می‌نشانند، با انضمام قاعده معروف «تعمیم و تخصیص علت» برای تثبیت یا دست‌کم تأیید حرمت مصادیق دیگر همجنس‌گرایی کفایت می‌کند.

توضیح مطلب آن که قرآن کریم چند علت برای ممنوعیت عمل شایع میان قوم لوط، به شرح زیر بیان می‌کند:

۱- فاحشه (اعراف/۸۱؛ عنکبوت/۲۸) و خبیث (انبیاء/۷۴) بودن عمل ارتكابی؛ که به معنای زشت (نهج البلاغه/ نامه ۳۱؛ صحیفه سجاده/دعای ۳۴؛ المیزان/۱۶/۳۰۶) کثیف (تفسیر نمونه/۱۳/۴۵۸) و فوق‌العاده ننگین (همان/۶/۲۴۳) دانسته شده است. گفتنی است که برخی مفسرین، ضمن نقل روایتی (بحار الأنوار/۱۲/۱۴۶؛ سفینه البحار/۷/۶۱۵) معتقدند که «قوم لوط علاوه بر لواط، اعمال ناپسند دیگری از جمله دست‌زدن به پشت همدیگر (ضرب المِخْرَاق)، [که به نوبه خود نوعی همجنس‌گرایی یا همجنس‌بازی محسوب می‌شود]، را نیز انجام می‌داده‌اند (تفسیر نمونه/۹/۱۹۷) و به همین دلیل، واژه خبیث در سوره انبیاء به صورت جمع به کار گرفته شده است.» (همان/۱۳/۴۵۹)

۲- اسراف (همان/۸۱) یا تجاوز کار (شعراء/۱۶۶) بودن مرتکبان لواط؛ به معنای متجاوزان و منحرفان از قانون فطرت، (المیزان/۸/۱۸۴؛ الأمثل فی تفسیر کتاب الله المنزل/۵/۱۰۶؛ تفسیر نمونه/۶/۲۴۴؛ التفسیر الکبیر/۱۴/۳۱۰) و روش‌های صحیح و

سنت های زندگانی (تفسیر کاشف/۳/۳۵۳) یا متجاوزان از حد و ظلم [به زنان به خاطر عدم توجه به ایشان در ارضای غرائز جنسی و نهایتاً گرایش آنها به همجنسان خود به منظور تأمین نیاز جنسی شان] و فساد (مجمع البیان/۴/۶۸۵) یا عدول کنندگان از حلال به حرام (تفسیر الجلالین/۱/۱۶۳) به دلیل عبور آنان از زنان به مردان در مسیر ارضای قوای جنسی.

۳- جاهل (نمل/۵۵) بودن قوم بالا؛ به خداوند، هدف آفرینش، نوامیس خلقت (تفسیر نمونه/۱۵/۵۰۴) آثار شوم و عاقبت عمل ارتكابی (همان؛ مجمع البیان/۷/۳۵۶؛ التفسیر الکبیر/۲۴/۵۶۲؛ تفسیر البیضاوی/۴/۱۶۳؛ تفسیر کنز الدقائق و بحر الغرائب/۹/۵۷۸؛ روح المعانی/۱۰/۲۱۰) قیامت (مجمع البیان/۷/۳۵۶)، جایگاه نعمت های الهی (التبیان/۸/۱۰۵) حقّ عظیم خداوند بر انسان در اطاعت از دستورات ایشان (جلّ جلاله) (جامع البیان/۱۹/۱۱۰) که در متون تفسیری اهل سنت به سفیه و مجنون بودن این قوم (التفسیر الکبیر/۲۴/۵۶۲؛ تفسیر البیضاوی/۴/۱۶۳؛ تفسیر کنز الدقائق و بحر الغرائب/۹/۵۷۸؛ روح المعانی/۱۰/۲۱۰) به دلیل عدم قدرت بر تشخیص خوب از زشت (تفسیر البیضاوی/۴/۱۶۳؛ تفسیر کنز الدقائق و بحر الغرائب/۹/۵۷۸) نیز معنا شده است.

۴- قطع سبیل (راه) (عنکبوت/۲۹) به معنای اهمال گذاشتن و الغاء مسیر تناسل؛ که کنایه از رویگردانی از زنان و ترک نزدیکی با آنان به شمار می رود (المیزان/۱۶/۱۸۲؛ مجمع البیان/۸/۴۴۰؛ التبیان/۸/۲۲؛ تفسیر البیضاوی/۴/۱۹۳)؛ یا به معنای راهزنی و ایجاد مانع در مسیر حرکت مسافران به منظور ارضای غریزه جنسی (مجمع البیان/۸/۴۴۰؛ تفسیر البیضاوی/۴/۱۹۳؛ جامع البیان/۲۰/۹۳؛ الدر المنثور/۵/۱۴۴) ۵- مُفسِد، ظالم (عنکبوت/۳۱-۳۰) و فاسق بودن (همان، ۳۴؛ انبیاء/۷۴) قوم لوط؛ چراکه اینان مشرک و مرتکب اعمال حرام و ناشایست شدند (مجمع البیان/۸/۴۴۲) و هم بر خویشان ظلم می کردند که راه شرک و فساد اخلاق و بی عفتی را پیش گرفته بودند، و هم به دیگران؛ از جمله زنان، عابرین و کاروان هایی که از آن

جرم انگاری همجنس‌گرایی با رویکرد انتقادی به ماده ۲۳۷ ق.م.ا. مصوب ۹۲ ————— ۱۹۰

سرزمین عبور می‌کردند (تفسیر نمونه/۲۶۱/۱۶) و عملشان نیز زمین را فاسد می‌کرد برای این که نسل بشر را قطع و آن را تهدید به فناء می‌نمود (المیزان/۱۶/۱۲۴).
اندکی تأمل و دقت به روشنی نشان می‌دهد که همهٔ موارد بالا به نوعی و تا حدی در دیگر مصادیق همجنس‌گرایی، مانند تفخیز، مساحقه، تقبیل، مضاجعه، معانقه، ملامسه و هرگونه استمتاع جنسی مردان از مردان و زنان از زنان نیز وجود دارند.

۲-۳- سنت

در موضوع محلّ بحث، چند دسته روایت وجود دارد:

الف- احادیث پیرامون مذمّت بسنده کردن زنان به زنان و مردان به مردان از قبیل:

حدیث اول؛ سید فضل الله راوندی در نوادرش از موسی بن جعفر (علیه السلام) از پدرانشان (علیهم السلام) نقل می‌کند؛ رسول خدا (صلی الله علیه و آله وسلم) در حدیثی فرمودند؛ هرگاه مردان به مردان و زنان به زنان بسنده کنند، خداوند کتابش را از سینه‌های بنی آدم می‌گیرد پس باد سیاهی برپا می‌کند که در نتیجه آن کسی باقی نمی‌ماند. (مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل/۱۴/۳۵۴)

حدیث دوم؛ فضل بن شاذان در کتاب غیبتش از صفوان بن یحیی از محمد بن حُمران از امام صادق (علیه السلام) نقل می‌کند، که ایشان فرمودند؛ قائم از ما با ایجاد ترس در دل دشمنان یاری می‌شود. به ایشان گفته شد؛ ای پسر رسول خدا! قائم چه زمانی قیام می‌کند؟ فرمودند؛ ... زمانی که مردان به مردان و زنان به زنان بسنده کنند. (همان)

شاید این تصور ایجاد شود که این روایت سخن از اکتفاء مردان به مردان و زنان و عدم ارتباط با جنس مخالف به میان آورده است و با مواردی که شخص هر دو را انجام می‌دهد، ارتباطی ندارد. اما باید توجه داشت که تنقیح مناط قطعی نشان می‌دهد که ظاهراً در اینجا اکتفاء، خصوصیتی ندارد و آن چه سبب ممنوعیت است نفس‌گرایش و ارتباط با جنس موافق است که در تمام موارد صدق می‌کند.

ب- احادیث با موضوع تأیث؛ آن گونه که گذشت از عبارات فقیهان، خصوصاً شیخ انصاری بر می آید که نهاد «تَشْبَهُ الرِّجَالِ بِالنِّسَاءِ وَ تَشْبَهُ النِّسَاءِ بِالرِّجَالِ»، (از اعمال حرام زن و مرد مسلمان) منحصر در پوشیدن لباس های مختصّ جنس مخالف نیست، بلکه ظهور در تأیث و تذکیر دارد، که همسان با همجنس گرائی به معنای همجنس‌بازی دانسته شده است. با این اوصاف می توان روایات مربوط به ممنوعیت تأیث و حتّی تشبّه را مستند ممنوعیت و حرمت همجنس گرائی دانست، هرچند در آنها سخن از جرم انگاری نشده و تنها حرمت عمل مزبور را می رساند. منتها از این جهت مشکلی نیست، چون قاعده فقهی «التعزیر لکلّ عملٍ محرّم» (قواعد فقه - بخش جزائی/ ۲۳۸) جرم بودن آن را در فقه جزائی قطعی می کند. به هر حال، در اینجا چند دسته روایت وجود دارد؛ برخی از آنها به مسأله تشبّه در خصوص لباس پرداخته اند و برخی دیگر، مطلق تشبّه را مورد سرزنش قرار داده اند و تعدادی از روایات نیز در موضوع تأث وارد شده اند، که به تناسب محلّ بحث تنها روایات دو دسته اخیر مورد مطالعه قرار می گیرند.

ج- احادیث مربوط به ممنوعیت مطلق تشبّه، که عبارتند از:
 حدیث اول: «خداوند لعنت کند مردانی که خود را شبیه به زنان کنند و زنانی که خود را شبیه به مردان در آورند (وسائل الشیعه/ ۲۱۱/۱۲).
 این حدیث به خاطر عمرو بن شمر جعفی از ضعیف ترین راویان جابر بن یزید جعفی (معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرجال/ ۳۳۹/۴) ضعیف دانسته شده است (مصباح الفقاهه/ ۲۰۷/۱؛ انوار الفقاهه - کتاب التجاره/ ۱۵۲).

حدیث دوم: «در این روایت، مردان متشبه به زنان و زنان متشبه به مردان جزو چهار گروهی قلمداد شده اند که خداوند از بالای عرش خود آنها را لعنت می کند و ملائکه نیز جای امنی برای آنها در نظر ندارند (مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل/ ۲۰۳/۱۳).

حدیث سوم: «عَنِ الصَّادِقِ (ع) أَنَّهُ قَالَ: الْقَائِمُ مِنَّا مَنْصُورٌ بِالرُّعْبِ إِلَى أَنْ قَالَ قِيلَ يَا ابْنَ رَسُولِ اللَّهِ مَتَى يَخْرُجُ قَائِمُكُمْ قَالَ إِذَا تَشَبَّهَ الرَّجَالُ بِالنِّسَاءِ وَ النِّسَاءُ بِالرِّجَالِ: مطابق

ظاهر این روایت، مطلق تشبیه تا آنجا زشت پنداشته شده، که با وقوع و به منظور از بین بردن لوث آن حضرت صاحب (ع) ظهور خواهند کرد (همان/۱۴/۳۵۴)؛ و روایات دیگری که با مضامینی مشابه وارد شده اند (وسائل الشیعه/۱۲/۲۱۱).

باید دانست که اولاً- شیخ انصاری (کتاب المکاسب/۱/۱۷۴)، حاشیه نویسان مکاسب (حاشیه المکاسب، یزدی/۱/۱۶؛ حاشیه المکاسب، میرزای شیرازی/۱/۶۲؛ کتاب المکاسب/۲/۱۸۹) و برخی فقیهان دیگر (دراسات فی المکاسب المحرمه/۳/۱۳۱؛ مدارک العروه/۱۳/۲۸۴؛ مصباح الفقاهه/۱/۲۰۸) به استناد همین روایت، تشبیه را در روایات دیگر نیز به معنای تأنث و تذکر یا همان همجنس‌گرایی دانسته‌اند. ثانیاً- هرچند در سند این روایت، که مطابق مفاد آن حضرت امیر (ع) در مقام سرزنش فرد متأنث به لعن رسول خدا (ص) نسبت به متشبهین استناد فرمودند و این خود حکایت از یکسان‌انگاری این دو نهاد دارد، خدشه شده است (أنوار الفقاهه/۱۵۲) ولی این مضمون در روایات صحیح دیگری نیز آمده است (وسائل الشیعه/۱۴/۲۶۲-۲۶۱؛ مستدرک الوسائل/۱۳/۲۰۲) و همین، ضعف سندی این نقل را بی‌اثر و درستی ادعای شیخ و پیروانش را تأیید می‌کند.

د- احادیث پیرامون ممنوعیت تأنث؛ از قبیل:

۱- به این سند [مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ فِي الْعِلَلِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِي الْجَوْزَاءِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلْوَانَ عَنْ عَمْرِو بْنِ خَالِدٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ آبَائِهِ] از علی (علیه السلام) نقل شده است، که من همراه رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) در مسجد نشسته بودم. مردی وارد شد که تأنث داشت. سلام داد و جواب ایشان داده شد. سپس رسول خدا سر پائین انداختند و کلمه استرجاع (إنا لله و انا اليه راجعون) گفتند. و فرمودند، اگر امثال این شخص میان امت باشند، قبل از قیامت بر آنها عذاب فرود می‌آید. (وسائل الشیعه/۱۲/۲۱۲).

۲- در کتاب ابی سعید عصفری عباد از عرزمی از ثویر بن یزید از خالد بن سعدان از جبیر بن نقیر حضر می نقل شده است؛ رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) فرمودند؛ خداوند

و همه ملائکه بر مردی که تائث دارد و زنی که دارای تذکر است، لعنت می فرستند. (مستدرک الوسائل/۱۳/۲۰۲).

در این دو روایت، آشکارا متائثین و به قرینه مقابله متذکرین نفرین شده، و منشأ عذاب امت قبل از قیامت به شمار آمده اند. و چنین مفسده ای قطعاً موجب حرمت تائث و تذکر می شود.

۳-۳- اجماع

به تصریح فقیهان، حرمت و جرم بودن مصادیق مختلف همجنس گرائی، اجماعی بلکه اتفافی تلقی می گردد تا آنجا که در نگاه برخی، این موضوع از جمله ضروریات دین محسوب می شود (جواهر الکلام/۴۱/۳۷۴؛ الدر المنضود/۷/۲؛ فقه الحدود و التعزیرات/۶/۲).

۳-۴- عقل

قطعاً عقل مستقل آلوده نشده به شهوت، ممنوعیت همجنس گرائی را می پذیرد؛ چراکه بدون تردید، نابودی بنیادی نظام خانواده، برهم خوردن تعادل روانی و عاطفی افراد، رواج بی هویتی دینی، تمسخر ارزش ها و حذف آرامش روحی و روانی، افزایش تشویش و انحرافات در جامعه، رواج بیماری های فراوان، همه از خسارت های ناشی از همجنس گرائی اند. به همین مناسبت، در قرآن نیز خداوند با طرح پرسشی از قوم لوط، پاسخ را به خودشان واگذار می کند (شعراء/۱۶۶-۱۶۵) و با عبارت «شما قوم از اندازه در گذارندگان اید» (همان) نشان می دهد که نه تنها عقل غیر مرتکبین، که علاقه مندان به چنین گرایش ها و روابطی نیز خود توان فهم زشتی عمل ارتكابی را دارند و اتفاقاً تشخیص نیز می داده اند (اعراف/۸۲).

۴- بررسی ماده ۲۳۷ ق.م.ا.

این ماده مقرر می دارد: «همجنس گرائی انسان مذکر در غیر از لواط و تفضیح از قبیل تقبیل و ملامسه از روی شهوت، موجب سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش است. تبصره ۱- حکم این ماده در مورد انسان مؤنث نیز جاری

جرم انگاری همجنس‌گرایی با رویکرد انتقادی به ماده ۲۳۷ ق.م.ا. مصوب ۹۲ ————— ۱۹۴

است. تبصره ۲- حکم این ماده شامل مواردی که شرعاً مستوجب حدّ است، نمی‌گردد». این ماده در دو قسمت بررسی می‌شود:

۱-۴- تحلیل ماده

در این خصوص و با هدف مقایسه ماده محلّ بحث با مواد مرتبط در قانون ۱۳۷۰ و نیز توجیه و دفاع از ارجاع تبصره دوم ماده به فقه، ذکر نکات زیر لازم است:

اول: این ماده از ابداعات قانونگذار ۹۲ به شمار می‌آید؛ چراکه در قانون ۱۳۷۰، بدون این که تصریحی به نهاد همجنس‌گرایی کرده باشد، تنها برخی مصادیق آن از قبیل لواط، مساحقه، مضاجعه و تقبیل (بوسیدن) دو همجنس با لحاظ شرائطی بیان و جرم انگاری شده بود یا آن را در تعریف مساحقه به استخدام گرفته بود، که عمومیت قانون فعلی را نداشت.

دوم: در خصوص مجازات مساحقه و تفخیز، قانون مجازات ۱۳۹۲ با قانون ۱۳۷۰ تفاوتی نکرده است، هرچند در قانون جدید، به تعریف تفخیز مبادرت شده، و در ماده ۲۳۵ و تبصره آن آمده است: «تفخیز عبارت از قرار دادن اندام تناسلی مرد بین ران‌ها یا نشیمنگاه انسان مذکر است. تبصره- دخول کمتر از ختنه گاه در حکم تفخیز است»؛ در حالی که قانون قبلی تعریفی از این نهاد جزائی حدّی ارائه نداده بود و در موضوع مساحقه نیز در ماده ۱۲۷ سابق سخن از همجنس‌بازی کرده بود و مقرر می‌داشت: «مساحقه، همجنس‌بازی زنان است با اندام تناسلی»؛ ولی در قانون جدید، با حذف واژه مزبور، در ماده ۲۳۸ آمده است: «مساحقه عبارت است از این که انسان مؤنث، اندام تناسلی خود را بر اندام تناسلی همجنس خود قرار دهد».

اما در موضوع لواط و دیگر مصادیق ماده ۲۳۷، تفاوت‌های قابل توجهی بین قانون فعلی و قدیم وجود دارد که عبارت اند از:

تفاوت اول- قانون قدیم، فاعل و مفعول لواط را مستوجب اعدام می‌دانست، (مواد ۱۰۹، ۱۱۰ و ۱۱۱) ولی قانون فعلی بین آنها تفکیک قائل شده، و در ماده ۲۳۴ مقرر داشته است: «حدّ لواط برای فاعل، در صورت عنف، اکراه یا دارا بودن شرایط

احصان، اعدام و در غیر این صورت صد ضربه شلاق است. حدّ لواط برای مفعول در هر صورت (وجود یا عدم احصان) اعدام است.» و در تبصره ۱ آن نیز آمده است: «در صورتی که فاعل غیر مسلمان و مفعول، مسلمان باشد، حدّ فاعل اعدام است.» گفتنی است که در خصوص تعریف لواط در مواد ۱۰۸ سابق و ۲۳۳ جدید، تفاوت های لفظی مشاهده می شود که خیلی قابل توجه و تأثیر گذار نیستند.

تفاوت دوم- در مصادیق دیگر همجنس گرائی؛ اولاً- ملاسمه در قانون سابق نبود ولی در قانون جدید به عنوان قسیم تقبیل آمده است. ثانیاً- مضاجعه که در ماده ۱۲۵ قانون سابق به صراحت جرم انگاری شده، و حکم تکرار آن نیز تبیین گردیده بود، از قانون جدید حذف شده است، هر چند که هر دو (اصل مضاجعه و تکرار آن) به طور ضمنی و با احاله به فقه اسلامی در ماده ۲۳۷ و تبصره های آن مجرمانه تلقی شده اند. ثالثاً- مجازات تقبیل و مضاجعه در این قانون، سی و یک تا هفتاد چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش پیش بینی شده است و حال آن که در مواد ۱۲۴ و ۱۲۵ قانون سابق، برای تقبیل و مضاجعه به ترتیب ۶۰ و کمتر از صد ضربه شلاق تعیین شده بود.

تفاوت سوم- تبصره دوم ماده ۲۳۷ در واقع متن ماده را تخصیص زده، و آن دسته از همجنس گرائی هائی که شرعاً مستوجب حدّ هستند را از شمول ماده خارج کرده است. قانونگذار با این تبصره و نیز با ماده ۱۲۲۰ فقه را در جرم انگاری برخی مصادیق همجنس گرائی و بدون این که اشاره ای به آنها کرده باشد، دخالت داده است، که به اعتقاد برخی، اصل قانونی بودن جرم، ماده ۲ قانون مجازات اسلامی^۲ و نیز اصل ۳۷ قانون اساسی^۳ درنور دیده شده است. ایشان نوشته اند: «منع عقاب بلا بیان از اصول

۱- در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می شود.

۲- هر رفتاری اعم از فعل دیا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می شود.

۳- اصل، برائت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی شود، مگر این که جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.

مسلم فقهی است و با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها هماهنگ است. به علاوه اصل ۳۶ قانون اساسی می‌گوید: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد»؛ این اصل با اصل ۱۶۷ در تعارض است. اصل ۱۶۷ برای حل و فصل دعاوی (حقوقی) و سکوت قانون از موازین فقهی کمک می‌گیرد و به هیچ وجه، در جریان جرم انگاری و کیفر دعاوی مطروح نمی‌باشد. این امیدواری هست که روزی شورای نگهبان در تطبیق قوانین عادی با قانون اساسی و شرع اسلام، تجدیدنظری برای حاکمیت قانون و تفسیر منطقی و توضیحی از این ماده داشته باشد. و اگر موارد خاصی را صلاح می‌دانند، در قالب جرایم تعزیری اعلام کنند تا همگان به ممنوعیت رفتاری که مجرمانه تلقی می‌شود، آگاهی داشته باشند» (محشای قانون مجازات اسلامی/۲۴۲-۲۴۱).

اما هر چند نگارندگان نیز اعتقاد دارند، قوه قانونگذاری باید مصادیق مورد نظر ماده ۲۲۰ و نیز تبصره ۲ ماده ۲۳۷ را آشکارا نام می‌برد و از این جهت، ماده اخیر را ناقص و ضعیف تر از قانون سابق می‌دانند، ولی در عین حال، سخنان دانشمند مزبور از اشکالات متعددی رنج می‌برد؛ زیرا ایشان مضاف بر این که در آرزوی خود قدری تند قلم زده اند و ایراد قانونگذار را جرم شورای نگهبان دانسته‌اند:

اولاً- قاعده قبح عقاب بلا بیان را قاعده مسلم فقهی دانسته اند که این گونه نیست؛ چرا که بزرگانی مانند شهید صدر این قاعده را نپذیرفته، و اعتقاد به قاعده حق الطاعه دارند و می‌نویسند در موارد فقدان نص باید اطاعت حداکثری از خداوند را در پیش گرفت، نه این که عقاب بلا بیان را قبیح دانست و آسوده خاطر موارد مشکوک و محتمل را ترک یا مرتکب شد. (دروس فی علم الاصول/۲۹/۳) بنابراین بهتر بود قاعده قبح عقاب بلا بیان را قاعده مشهور فقهی می‌دانستند، نه مسلم.

ثانیاً- گفته‌اند: «شورای نگهبان باید در تطبیق مصوبات قانونی با شرع اسلام تجدیدنظری برای اصل حاکمیت قانون داشته باشد»، که واقعاً ضعیف است، زیرا اگر قرار بود اصل، حاکمیت قانون باشد، دیگر عدم مغایرت با شرع معنا نداشت. ضمن این

که از اصل چهارم صریحاً، و نیز اصول بیست و چهارم، بیست و هفتم، بیست و هشتم، شصت و هفتم، هفتاد و دوم، یکصد و پنجم، یکصد و بیست و یکم قانون اساسی، به طور ضمنی بر می آید که اصل، حاکمیت شرع انور است، بنابراین بهتر بود می نوشتند به حکم روح و نص قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، باید در درستی و نادرستی قوانین، مفاد شریعت اسلام محور باشد.

ثالثاً- با وجود اصول مذکور در بند پیشین، چطور و با حمایت کدام دلیل قانونی و شرعی گفته اند جرائمی که مطابق نص شریعت اسلام حدی به شمار می آیند را قانونگذار و شورای نگهبان تعزیری تلقی کنند.

رابعاً- ایشان گفته اند «در موارد سکوت قانون باید از موازین فقهی کمک گرفت.» در حالی که میان این واژه و منابع و فتاوی فقهی معتبر، که در اصل ۱۶۷ آمده است، تفاوت آشکاری وجود دارد؛ چراکه موازین، تبادر در قواعد فقهی دارد ولی مراد از منابع فقهی، کتاب، سنت، عقل و اجماع است و فتاوی معتبر نیز همان مسائل فقهی محسوب می شوند.

خامساً- در کلام ایشان، نوعی مصادره به مطلوب رخ داده است؛ زیرا ایشان بدون هیچ گونه استدلال دقیق حقوقی، اصل ۱۶۷ را منحصر در امور حقوقی کرده و امور کیفری را از شمول آن خارج دانسته اند، با این که خود همین محل نزاع است. مضاف بر این که از منظر علم اصول فقه، به حکم قواعد عقلی و عقلانی جمع مکسر، مانند دعاوی در اصل مذکور، افاده عموم می کنند، مگر این که قرینه ای بر تخصیص اقامه شود که در اینجا مشاهده نمی شود.

سادساً- از آنجا که به استناد اصل ۹۸ قانون اساسی، تفسیر قانون اساسی با شورای نگهبان است و این شورا نیز بر ماده ۲۲۰، مهر عدم مغایرت زده است، منظور از قانون، در اصل سی و ششم، فقط قانون صریح نیست؛ بلکه قانون کلی و حواله ای مانند، ماده ۲۲۰ را نیز در بر می گیرد. این معنا از تأخر شماره ای اصل ۱۶۷ بر اصل ۳۶ نیز به سادگی قابل برداشت است.

۲-۴- نقد ماده

ایراد جدی ماده محلّ بحث، علاوه بر ارجاع دهی به فقه، که پیش از این گذشت، نمونه و ابهام‌گوئی است. منظور این که قانونگذار در این ماده به جای تعریف همجنس‌گرایی، نمونه‌هایی از این جرم را بیان کرده است، در حالی که می‌بایست تمام مصادیق آن را از فقه اسلامی استخراج و جرم‌انگاری می‌کرد، تا در هنگام رسیدگی قضائی، قاضی با مشکل مواجه نشود. و در این صورت، جایی هم برای تبصره دوم باقی نمی‌ماند؛ چون وقتی مصادیق مختلف همجنس‌گرایی ذکر می‌شود، تبصره سالبه به انتفاء موضوع می‌شود، جز این که برخی مصادیق را به باب حدود ارجاع می‌داد. به هر حال، در اینجا و ذیل دو عنوان به جستجوی مصادیق کامل این ماده پرداخته می‌شود.

۳-۴- مصادیق ناگفته همجنس‌گرایی

در فقه جزائی، علاوه بر تقبیل و ملامسه (دست زدن)، که قانونگذار به عنوان نمونه آنها را مستوجب سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق دانسته است، موارد دیگری زیر نیز مشمول همجنس‌گرایی هستند:

الف) مضاجعه: به معنای هم‌خوابی دو زن یا دو مرد زیر یک پوشش؛ مشهور فقیهان به استناد روایت سلمان بن هلال، (وسائل الشیعه/۲۸/۹۰) هم‌خوابی را در صورت لخت بودن، عدم وجود رابطه نسبی بین آنها، و عدم اقتضاء ضرورت، جرم و مستوجب سی تا نود و نه ضربه شلاق تعزیری دانسته‌اند. (النهایه/۷۰۷؛ ارشاد الأذهان/۲/۱۷۵؛ مبانی موسوعه الامام الخوئی/۴۱/۲۹۱؛ الروضه البهیّه/۹/۱۵۴؛ مسالک الإفهام/۱۴/۴۱۰؛ الدر المنضود/۲۹۷). گفتنی است که برخی فقیهان در خصوص هم‌خوابی زنان (قواعد الاحکام/۳/۵۳۷؛ مجمع الفائده و البرهان/۱۳/۱۰۹؛ المهذب البارع/۵/۵۹) و یا اعمّ از مردان و زنان (الوسیله/۴۱۴-۴۱۳؛ تحریر الوسیله/۲/۴۷۰)، تعداد ضربات را مشخص نکرده‌اند و به استناد روایت صحیح ابن سنان (وسائل الشیعه/۲۸/۸۹) آشکارا آن را موکول به نظر امام دانسته‌اند (جواهر الکلام/۴۱/۳۸۴)؛ البته حضرت امام، هم نسبت به

زنان و هم مردان احتیاط مستحب را در نود و نه ضربه شلاق دانسته‌اند (تحریر الوسیله/۴۷۰/۲).

این عمل در مواد ۱۲۳ و ۱۳۴ قانون سابق به ترتیب نسبت به مردان و زنان جرم- انگاری شده بود، به طوری که در ماده ۱۲۳ مقرر می‌داشت: «هرگاه دو مرد که با هم خویشاوندی نسبی نداشته باشند بدون ضرورت در زیر یک پوشش به طور برهنه قرار گیرند، هر دو تا ۹۹ ضربه شلاق، تعزیر می‌شوند.» و در ماده ۱۳۴ نیز آورده بود: «هرگاه دو زن که با هم خویشاوندی نسبی داشته باشند بدون ضرورت برهنه زیر یک پوشش قرار گیرند به کمتر از صد تازیانه تعزیر می‌شوند.»

ممکن است گفته شود که علت عدم تصریح قانونگذار به این مورد، اختلاف در میزان ضربات تازیانه تعزیری آن در ماده محل بحث و فقه جزائی است، ولی نباید فراموش کرد که این موضوع در فقه، اجماعی نیست؛ بنابراین، زمینه واگذاری امر به قانونگذار فراهم است.

ب) معانقه: به معنای دست به گردن انداختن است، و در کتب لغت آمده است؛ معانقه، عبارت است از دست انداختن به گردن دیگری و او را به سینه چسباندن (التحقیق فی کلمات القرآن الکریم/۸/۲۴۰) و یا چسباندن گردن‌ها به یکدیگر (تاج العروس من جواهر القاموس/۱۳/۳۶۳).

ج) مصافحه: یا دست دادن (التحقیق فی کلمات القرآن الکریم/۶/۲۴۶؛ المصباح المنیر/۲/۳۴۲) که به خودی خود مستحب است (تذکره الفقهاء/۵۷۵؛ جامع المقاصد/۱۲/۴۴)؛ ولی چنان چه با تلذذ و کامروائی جنسی همراه شود، حرام به شمار می‌آید (جواهر الکلام/۲۹/۹۹).

د) نگاه کردن: به شرط آن که با ریه (از روی شهوت و به قصد تلذذ و کامجویی) صورت پذیرد. (کشف اللثام/۷/۲۳) این شرط در معانقه، مصافحه و دیگر روابط بدنی نیز باید محرز گردد (السرائر/۳/۴۶۱).

ه) هر نوع رابطه جنسی حرام: غیر از موارد فوق و غیر از لواط و تفریخ. صاحب جواهر (جواهر الکلام/۳۸۶/۴۱) همچون برخی دیگر از فقیهان امامیه (الدر المنضود/۲۹۷) بعد از بیان جرم انگاری تعزیری تقبیل (بوسیدن)، با اضافه کردن قید «کغیره من المحرمات»، مجرمانه و تعزیری بودن روابط چهارگانه اخیر را تأیید نموده‌اند. مضاف بر این، به اعتقاد فقیهان اسلامی، ارتکاب هر عمل حرامی، از جمله موارد فوق، موجب تعزیر و اختیار آن نیز با امام (ع) و نائب ایشان است (تحریر الوسیله/۴۷۷/۲).

۴-۴- همجنس‌گرایی مستوجب حدّ شرعی

ظاهراً تنها مصداق آن در فقه، تکرار مضاجعه است که گفته شده است مرتکب بعد از دو مرتبه اجرای تعزیر، در مرتبه سوم به حدّ زنا (صد ضربه شلاق) محکوم می‌شود (النهایه/۷۰۷؛ المختصر النافع/۲۱۸؛ کشف الرموز/۵۶۱/۲؛ ارشاد الأذهان/۱۷۵/۲؛ قواعد الاحکام/۵۳۷/۳؛ مختلف الشیعه/۱۷۸/۹؛ مسالك الأفهام/۴۱۰/۱۴؛ مجمع الفائدة و البرهان/۱۰۹/۱۳؛ جواهر الکلام/۳۸۶/۴۱).

لازم به ذکر است که برخی روایات وارده از قبیل صحیحہ ابی عیبه از امام باقر (ع) (وسائل الشیعه/۸۹/۲۸) صحیحہ حلبی (همان/۸۴) ابن سنان (همان/۸۵) عبدالرحمن بن حجاج (همان/۸۶) و عبد الله بن مسکان (همان/۹۰) همگی از امام صادق (ع) مضاجعه را در همان مرتبه اول، حدّی و مستوجب صد ضربه شلاق دانسته‌اند، که به دلیل تعارض آنها با صحیحہ معاویه بن عمّار (همان/۸۹) و صحیحہ دیگر ابن سنان، (همان)، صحیحہ أبان بن عثمان و حریر (همان) همگی از امام صادق (ع)، که مجازات آن را کمتر از حدّ پیش بینی کرده‌اند، حمل بر تقیه شده (مبانی موسوعه الامام الخوئی، مبانی تکمله المنهاج/۲۹۴/۴۱) و مورد استناد فقیهان قرار نگرفته‌اند.

اما از نظر قانونی، در قانون فعلی به این موضوع تصریح نشده و تنها در تبصره ۲ ماده ۲۳۷، مسأله را به فقه ارجاع داده است ولی در قانون سابق، به تبعیت از فتوای برخی فقیهان (المهذب البارع/۵۹/۵؛ تحریر الوسیله/۴۷۰/۲)، به تکرار مضاجعه مردان

اشاره ای نداشت، اما تکرار همخوابی زنان را تا سه مرتبه و دو بار اجرای تعزیر، مستوجب صد ضربه تازیانه حدی می دانست (ماده ۱۳۴ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۰).

نتیجه گیری و پیشنهاد

۱- در فقه جزائی، با وجود مباحث مبسوط در خصوص جرائم منافی عفت، آشکارا از همجنس گرائی سخن گفته نشده است، بلکه ذیل بحث «تشبه الرجال بالنساء و تشبه النساء بالرجال» واژه های «تأنث» و «تذکر» دیده می شود که از نگاه برخی فقیهان، مفهوم همجنس گرائی یا دست کم همجنس بازی را به دوش می کشند که نتیجتاً حرمت داشته و جرم تعزیری خواهد بود. اما ماده ۲۳۷ قانون مجازات اسلامی جدید، به موضوع همجنس گرائی اختصاص داشته، و در غیر از لواط، تفخیز، مساحقه و جرائمی که در فقه، مستوجب حد شرعی هستند، مستوجب سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش دانسته شده است. بنابراین، جرم انگاری رفتار مزبور در هر دو حوزه از مسلمات غیر قابل انکار است. مضاف بر این که، در هر دو، مراد از همجنس-گرائی، مجرد گرایش های عاطفی نیست بلکه همجنس بازی و رابطه جنسی فیزیکی در اشکال مختلف منظور می باشد.

۲- قانون جدید، هر چند نسبت به اصل جرم انگاری همجنس گرائی گامی رو به جلو برداشته است اما در جزئیات موضوع نه تنها نسبت به قانون سابق پیشرفتی نداشته است که ممکن است ضعف های بیشتری، مانند نمونه گوئی دارد که باید اصلاح شود.

۳- نباید تصور شود که ماده ۲۳۷ در واقع جمع کردن مواد ۱۲۴ و ۱۲۵ قانون سابق است و لذا در مقام جرم انگاری کلی همجنس گرائی نیست بلکه بنای آن بر مجرمانه دانستن تقبیل و نهاد های مشابه آن است. بر این اساس، همجنس گرائی از منظر حمل اولی ذاتی، عمل مجرمانه است ولی در حمل شایع صناعی، در قالب های مختلف بروز می یابد.

جرم انگاری همجنس‌گرایی با رویکرد انتقادی به ماده ۲۳۷ ق.م.ا. مصوب ۹۲ ————— ۲۰۲

۴- حذف واژه «همجنس‌بازی» از قانون جدید و تنظیم تبصره ۱ ماده ۲۳۷، نشان از عمومیت مطلق همجنس‌گرایی و همجنس‌بازی دارد. از آنجا که ماده ۲۳۷ و تبصره‌های آن ابهام‌گویی کرده‌اند که شایسته قوانین کیفری نیست، لازم است بعد از اتمام دوران پنج‌ساله اجرای آزمایشی قانون جدید به شکل زیر اصلاح گردد:

«همجنس‌گرایی انسان مذکر در قالب تقییل، ملامسه، مضاجعه، معانقه، مصافحه، نگاه کردن و هر نوع استمتاع جنسی غیر از دامن‌اگر از روی شهوت و به قصد تلذذ و ریه صورت‌پذیرد، موجب سب و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش است.

تبصره ۱- حکم این ماده در مورد انسان مؤنث نیز جاری است.

تبصره ۲- تکرار مضاجعه مردان و زنان تا مرتبه سوّم با دو بار اجرای تعزیر به میزان مذکور در این ماده، مستوجب صد ضربه شلاق حدی است.

تبصره ۳- لواط، تفخیز و مساحقه از شمول این ماده خارج و مشمول مجازات‌های خاص کتاب دوّم این قانون (کتاب حدود) هستند.

منابع

- قرآن کریم
- نهج البلاغه
- صحیفه سجادیّه
- آلوسی، سید محمود، روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم، ج ۱۰، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الاذهان، ج ۲ و ۱۳، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
- حلّی، حسن بن یوسف (علامه)، تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۳۸۸.

- ٢٠٣ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ٩ - شماره ١٧ - پاییز و زمستان ٩٦
- _____ قواعد الاحكام في معرفه الحلال و الحرام، ج ٣، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٣ق.
- _____ إرشاد الأذهان الى أحكام الايمان، ج ٢، ج ٣، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٣ق.
- الفقاعنی، زین الدین علی بن علی، الدر المنضود في معرفه صیغ النیات و الايقاعات و العقود، شیراز، مکتبه مدرسه امام العصر (عج) العلمیه، ١٤١٨ق.
- انصاری، مرتضی بن امین (شیخ)، مکاسب، ج ٣ و ٢، ج ٧، قم، دار الکتب، ١٤١٠ق.
- _____ مکاسب محرمة و بیع و خيارات، ج ١، قم، منشورات دار الذخائر، ١٤١١ق.
- اشتهاردی، علی پناه، مدارک العروه، ج ١٣، قم، دار اسوه، ١٤١٧ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، ج ٧، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٦ق.
- بیضاوی، عبدالله بن عمر، أنوار التنزیل و أسرار التأویل (تفسیر بیضاوی)، ج ٤، بیروت، دار التراث العربی، ١٤١٨ق.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب أهل بیت علیه السلام، ج ٢، قم، مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ١٤٢٦ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج ٢٨، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ١٤٠٩ق.
- حسینی روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق علیه السلام، ج ١٤، قم، مدرسه الامام الصادق علیه السلام، ١٤١٢ق.
- حسینی واسطی زبیدی، سید محمد مرتضی، جواهر العروس من جواهر القاموس، ج ١٣، بیروت، دار الفکر للطباعه، ١٤١٤ق.
- حلّی، احمد بن محمد بن فهد، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، ج ٥، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٧ق.
- حلّی، جعفر بن حسن (محقق)، المختصر النافع، قم، الدراسات الاسلامیه فی مؤسسه البعثه، ١٤٠٢ق.
- حلّی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ٣، ج ٢، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٠ق.
- فاضل آبی، زین الدین ابی علی الحسن بن ابی طالب، کشف الرّموز فی شرح المختصر النافع، ج ٢، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٠ق.

جرم انگاری همجنس گرایی با رویکرد انتقادی به ماده ۲۳۷ ق.م.ا. مصوب ۹۲ ————— ۲۰۴

- سیوطی، جلال الدین، محلی، جلال الدین، تفسیر جلالین، ج ۱، بیروت، ۱۴۱۶ق.
- شیرازی، میرزا محمدتقی، حاشیه المکاسب، ج ۱، قم، منشورات الشریف الرضی، ۱۴۱۲ق.
- طباطبایی، سید محمدحسین (علّامه)، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۸ و ۱۰ و ۱۶، ج ۵، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ق.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ج ۱، ج ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.
- صدر، سید محمدباقر، دروس فی علم الاصول، ج ۳، ج ۲، بیروت، دار الکتب اللبنانی، ۱۴۰۶ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۴ و ۷ و ۸، ج ۳، تهران، انتشارات ناصر خسرو، ۱۳۷۲.
- طبری، ابوجعفر محمد بن جریر، جامع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۱۹ و ۲۰، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۱۲.
- طوسی، محمد بن حسن (شیخ الطائفه)، التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۸، بیروت، دار التراث العربی، بی تا.
- _____، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم، نشر قدس محمدی، بی تا.
- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، ج ۹، قم، کتابفروشی داوودی، ۱۴۱۰ق.
- _____، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۱۴، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
- عاملی کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۲، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ق.
- فخر رازی، محمد بن عمر، التفسیر الکبیر (مفاتیح الغیب)، ج ۱۴، ج ۳، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۰ق.
- قمی، عباس (شیخ)، سفینه البحار و مدینه الحکم و الآثار مع تطبیق النصوص الوارده فیها علی بحار الانوار، ج ۷، قم، نشر اسوه، بی تا.
- قمی مشهدی، محمد بن محمدرضا، تفسیر کنز الدقائق و بحر الغرائب، ج ۹، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸.
- گلدوزیان، ایرج، محشای قانون مجازات اسلامی، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۲.

- ۲۰۵ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۹ - شماره ۱۷ - پاییز و زمستان ۹۶
- موحدی لنگرانی، محمد فاضل، **تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله**، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۲ق.
- مجلسی، محمد باقر (علّامه)، **بحار الأنوار**، بیروت، مؤسسه الطبع و النشر، ۱۴۱۰ق.
- محقق داماد، سیّد مصطفی، **قواعد فقه (بخش جزایی)**، ج ۱۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- مطهری، مرتضی، **فقه و حقوق (مجموعه آثار)**، ج ۱۹، قم، صدرا، ۱۳۸۸.
- مغنیه، محمدجواد، **تفسیر کاشف**، ج ۳، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۲۴ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، **الامثل فی تفسیر کتاب الله المنزل**، ج ۵، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۵ق.
- _____، **أنوار الفقاهه**، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ق.
- _____، **تفسیر نمونه**، ج ۹ و ۱۳ و ۱۵ و ۱۶، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۶.
- _____، **دائرہ المعارف فقه مقارن**، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۷ق.
- مصطفوی، حسن، **التحقیق فی کلمات القرآن الکریم**، ج ۸، تهران، مرکز الکتب لترجمه و النشر، ۱۴۰۲ق.
- مقرئ فیومی، احمد بن محمد، **المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی**، منشورات دار الرضی.
- منتظری، حسینعلی، **دراسات فی المکاسب المحرّمه**، ج ۳، قم، نشر تفکر، ۱۴۱۵ق.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، **فقه الحدود و التعزیرات**، ج ۶، قم، مؤسسه النشر لجامعه المفید رحمه الله، ۱۴۲۷ق.
- موسوی خلخالی، سیّد محمد مهدی، **فقه الشیعہ**، تهران، انتشارات منیر، ۱۴۲۷ق.
- موسوی خمینی، سیّد روح الله (امام)، **تحریر الوسیله**، ج ۲، قم، دار العلم.
- موسوی خوئی، سیّد ابوالقاسم، **المستند فی شرح العروه الوثقی - الاجاره**، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۳ق.
- _____، **مبانی تکمله المنهاج**، ج ۴۱، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی (ره)، ۱۴۲۲ق.
- _____، **مصباح الفقاهه**، ج ۱، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی (ره)، ۱۴۱۳ق.
- _____، **معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرجال**، ج ۴، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۳ق.
- موسوی گلپایگانی، سیّد محمدرضا، **الدر المنضود**، ج ۲، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۱ق.

جرم انگاری همجنس گرایی با رویکرد انتقادی به ماده ۲۳۷ ق.م.ا. مصوب ۹۲ ————— ۲۰۶

- نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۹ و ۴۱، ج ۷، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.

- نراقی، ملا احمد بن مهدی، **القواعد الفقهیه (الجامعة الاصول)**، ج ۱. قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۴۱۷ق.

- نوری، میرزا حسین (محدث نوری)، **مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل**، ج ۱۴، بیروت، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۸ق.

