

Ehsan Condition and the Death Penalty for Sodomy (Jurisprudential Review of Article 234 of the Islamic Penal Code)

'Abbas Taqvaei^{1}, Hassan Toghranegar²*

1. Assistant Professor, Department of Islamic Education, Lahijan Branch, Islamic Azad University, Lahijan, Iran
2. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, University of Zanjan, Zanjan, Iran

(Received: October 4, 2020; Accepted: November 7, 2021)

Abstract

Islamic Penal Code approved in 1392 has undergone some serious changes as compared with the Islamic Penal Code 1370. One of the topics that undergone drastic change was the punishment of the person committed sodomy. According to article 110 of old law, the death penalty was intended for it, but in new law with the condition of Ehsan, the punishment was described in details. This change was based on an infrequent jurisprudential point of view. This article, with the exact revision of jurisprudential texts and theoretical analysis of two main views on the issue, aims at showing that if the dominant doctrine of the jurists is ignored, there are enough firm evidence and documents for the opposing doctrine (that was the basis of this change) which have been acknowledged even by the adherents of the dominant doctrine.

Keywords: Islamic Penal Code, Sodomy, Ehsan, Stoning, Whip.

* Corresponding Author, Email: Taghvaei.abbas@yahoo.com

پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۸، شماره ۳، پاییز ۱۴۰۱
صفحات ۸۰۶-۷۸۱ (مقاله پژوهشی)

شرط احسان در مجازات اعدام برای لواط (بررسی فقهی ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی)

عباس تقوائی^{۱*}، حسن طفرانگار^۲

۱. استادیار گروه معارف اسلامی، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران

۲. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه زنجان، زنجان، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۷/۱۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۱۶)

چکیده

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در برخی مواد قانونی در خصوص قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ دچار تغییراتی شده که در مواردی بسیار جدی است. یکی از موضوعاتی که تغییر زیادی کرد، مجازات فاعل عمل لواط بود که طبق ماده ۱۱۰ قانون قدیم، مجازات مرگ برای آن در نظر گرفته شده بود؛ ولی در قانون جدید با اشتراط احسان، مجازات آن دچار تفصیل شد. این تغییر مبتنی بر یک دیدگاه نادر فقهی بود و این مقاله با بررسی دقیق متون فقهی و تحلیل نظری مبانی دو دیدگاه اصلی موجود در قضیه، درصدد نشان دادن آن است که اگر اقبال مشهور فقها را نادیده بگیریم، ادله و مستندات کافی و قوی (که مبنای تغییر مذکور قرار گرفته) برای قول مخالف مشهور وجود دارد که حتی برخی موافقان قول مشهور نیز به آن اذعان داشته‌اند.

واژگان کلیدی

احسان، تازیانه، رجم، قانون مجازات اسلامی، لواط.

مقدمه

هرچند تعداد اندکی از فقها به موضوع لواط به‌طور مطلق و بدون تفکیک میان «لواط همراه با دخول (با ایقاب)» و «لواط بدون دخول (نظیر تفریح و مانند آن)» پرداخته‌اند، ولی عموم آنان در این بحث، قائل به تفکیک شده‌اند. در خصوص لواط بدون دخول، عموم فقها رأی به یکصد ضربه تازیانه داده‌اند، با وجود این عده اندکی از آنان در این حالت، در صورت آنکه «شرط احصان» وجود داشته باشد، رأی به قتل لواط‌کننده کرده‌اند. موضوع اصلی بحث در لواط همراه با دخول است که عموم فقها حد آن را برای مفعول و فاعل به‌طور مطلق، قتل آنان دانسته و عده اندکی نیز، با پذیرش این حکم در مورد مفعول، در خصوص فاعل لواط همانند زانی، احصان را نیز برای قتل او شرط دانسته‌اند.

«قانون جدید مجازات اسلامی» این دسته‌بندی فقهی را نپذیرفته و لواط را منحصرأ عمل جنسی همراه با دخول میان دو شخص مذکر دانسته (ماده ۲۳۳ از فصل دوم بخش دوم کتاب دوم یعنی حدود) و با فاصله گرفتن از نظر مشهور، اشتراط احصان را برای اجرای حد اعدام در خصوص فاعل لواط پذیرفته است (ماده ۲۳۴). این رویکرد ضمن کاهش مجازات اعدام، منطبق با اصل «احتیاط در دماء» و «قاعده درء» بوده و در راستای «کیفرزدایی از قوانین کیفری» است.

۲. سابقه بحث

با تفحص در کتاب‌ها و مقالات مشاهده شد که در سال ۱۳۹۸ نویسندگان مقاله‌ای با عنوان «آسیب‌شناسی فقهی ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی» این تغییر را بررسی کرده‌اند. آنها با انتقاد از تغییر صورت گرفته در قانون مجازات، با ذکر اسامی (نه آرای) تعداد معدودی از طرفداران قول مشهور (ابن‌ادریس حلی، شیخ طوسی، علامه حلی، شهید ثانی، امام خمینی و موسوی اردبیلی) و نقل دیدگاه فقط یکی از مخالفان قول مشهور (آیت‌الله خویی)، سعی در اثبات این مسئله دارند که با تحلیل «نظرهای مطرح در فقه و مستندات روایی آنها» معلوم می‌شود که دیدگاه مشهور مطلق مبتنی بر قتل لائط «با دقت روایی و فقهی سازگارتر است» (میرخلیلی و همکاران، ۱۳۹۸). البته چنانکه خواهیم دید، مقاله حاضر ضمن احترام به دیدگاه این محققان، به نتایجی مغایر با نظر آنان می‌رسد.

۳. خلاصه اقوال موجود

در کهن‌ترین متون فقهی امامیه نظیر *الانتصار* (علم‌الهدی، ۱۴۱۵ق: ۵۱۲-۵۱۰)، *الخلاف* (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵: ۳۸۲-۳۸۱) و *المبسوط* (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸: ۷) به دسته‌بندی اقوال مختلف موجود در حد لواط همراه با دخول اشاره شده است. عموم این اقوال به شرح زیرند:

قول اول- قتل فاعل لواط به یکی از طرقتی که ذکر می‌شود و بدون شرطیت احسان که همان قول مشهور است؛

قول دوم- قول به سنگسار بدون شرطیت احسان که قول مخالفان است؛

قول سوم- فاعل لواط اگر محصن باشد، کشته می‌شود و اگر محصن نباشد، تازیانه می‌خورد که همان قول مخالف مشهور است؛

قول چهارم- قول به اینکه لواط به‌طورکلی حد ندارد، بلکه مجازات آن تعزیری است؛ که همان قول ابوحنیفه است.

از میان این اقوال، قول اول (قول مشهور) و سوم (قول مخالف مشهور) موضوع بحث ما هستند که در ادامه به طرفداران آنها و مستنداتشان خواهیم پرداخت.

۴. قول مشهور

در این قسمت ابتدا به قائلان قول مشهور و سپس مستندات آنان اشاره خواهیم کرد.

۴.۱. قائلان قول مشهور از متقدمان تا متأخران از فقها

مجموع دیدگاه‌های مشهور را با عنایت به تقسیم لواط به دو نوع و عدم اشتراط احسان در هر دو نوع یا یکی از آن دو نوع، می‌توان در دو دسته زیر قرار داد:

دسته اول- این نظر که مجازات یکسان (قتل) یا غیربرابر (قتل و یکصد ضربه تازیانه) برای هریک از دو صورت لواط قائل می‌شود و احسان را در هیچ‌کدام آنها شرط نمی‌داند، در آرای فقیه متقدم شیخ صدوق قابل مشاهده است. او در دو اثرش *المقنع* و *الهدایة* به این موضوع پرداخته است. با آرای وی در *المقنع* در مباحث دیگر این مقاله آشنا خواهیم شد، ولی

او در *الهدایة* با عباراتی مشابه *المقنع* به تفکیک میان لواط همراه با دخول با لواط بدون دخول پرداخته، عنوان لواط را برای مورد دوم نیز به کار می‌برد و «بهره جنسی از مابین ران‌ها» را همچون «بهره جنسی از مقعد»، مشمول قتل به سه شیوه «سوزاندن به آتش، خراب کردن دیوار بر روی او و زدن ضربه‌ای با شمشیر به وی» دانسته است (ابن بابویه، ۱۴۱۸ق: ۲۹۵-۲۹۴)، بدون آنکه به اشتراط احصان اشاره‌ای داشته باشد، که این بر دیدگاه مشهور قابل تطبیق است. شیخ مفید هم چنین دیدگاهی دارد، با این تفاوت که به صراحت بر عدم اشتراط احصان در هر دو نوع تأکید دارد (مفید، ۱۴۱۰ق: ۷۸۵) و قائل به قول مشهور در موضوع بحث ما می‌شود. در سیر تاریخی فقه امامیه، سید مرتضی با «متفرد» دانستن شیعه در این قول (علم‌الهدی، ۱۴۱۵ق: ۵۱۱-۵۱۰)، ابوصلاح حلبی (حلبی، ۱۴۰۳ق: ۴۰۸)، سلار دیلمی (سلار دیلمی، ۱۴۱۴ق: ۲۵۳ و ۲۵۵)، ابن زهره حلبی (ابن زهره، ۱۴۱۷ق: ۴۲۶-۴۲۵)، ابن ادریس حلی (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳: ۴۵۹-۴۵۷)، محقق حلی با «أشهر» شمردن آن در *شرایع* (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴: ۹۴۲ و بی تا، ج ۱: ۲۱۸)، فاضل آبی با گرایش به نظر محقق حلی و «أشبه» دانستن آن نسبت به دیدگاه شیخ طوسی (آبی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۵۶۱-۵۵۹)، علامه حلی با «أقوی» و «مشهور» شمردن این قول در لواط همراه با دخول ضمن برخی از آثارش (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵: ۳۰؛ همو، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۱۷۵؛ همو، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ۳۹۹-۳۹۸)، شهید اول (شهید اول، ۱۳۷۷: ۱۷۸-۱۷۷)، مقداد سیوری (فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۴: شرح ص ۳۵۱)، ابن فهد حلی (حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۵: شرح صص ۵۶-۵۳)، بحرانی صاحب *غایه المرام* با «مشهور» شمردن عدم احصان در هر دو نوع لواط (صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۴: ۳۲۶-۳۲۵)، شهید ثانی در آثارش (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۹: ۱۵۳-۱۴۹ و ۱۴۵-۱۴۳؛ همو، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴: ۴۰۸-۴۰۷ و ۴۰۲-۴۰۱)، مقدس اردبیلی با توضیحاتی مشابه آرای شهید ثانی در مسالک و علی‌رغم تردید در این نظر در لواط همراه با دخول (مقدس اردبیلی، بی تا، ج ۱۳: ۱۰۳-۱۰۰)، شیخ بهایی (شیخ بهایی، بی تا: ۴۲۱)، علامه مجلسی (مجلسی، بی تا: ۲۱)، فاضل هندی (فاضل هندی، بی تا، ج ۱۰: ۴۹۸-۴۹۳)، صاحب ریاض (طباطبایی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۶: ۱۴-۹)، صاحب جواهر (صاحب جواهر، ۱۳۶۷، ج ۴۱: ۳۸۳-۳۸۰ و ۳۷۸ و ۳۷۶-

(۳۷۴)، مغنیه (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۶: ۲۶۷-۲۶۴) و امام خمینی (خمینی، ۱۳۸۶، ج ۴: ۵۳۲-۵۳۰) نیز بر قول مشهورند و گلپایگانی نیز علی‌رغم گرایش شدید به دیدگاه غیرمشهور، در نهایت همان دیدگاه مشهور را برمی‌گزیند (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۲۴-۱۵). روحانی نیز هرچند در واقع دلیل مخالفان قول مشهور را دارای اعتبار و حجیت می‌خواند، به واسطه معارضه با روایات مستند قول مشهور و فتوای عموم فقها از آن عدول می‌کند و قائل به قول مشهور می‌شود (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۵: شرح صص ۴۴۹-۴۴۸).

دسته دوم- این نظر ضمن تفکیک میان دو نوع لواط، احسان را فقط در مجازات لواط بدون دخول شرط دانسته است. با توجه به اینکه امروزه و در قانون مجازات لواط فقط بر نوع دوم آن اطلاق می‌شود، از این رو طرفداران این دیدگاه نیز با وجود قلت، در بحث ما قائل به قول مشهور محسوب می‌شوند. ظاهراً شیخ طوسی اولین فقیهی است که چنین دیدگاهی را در آثارش مطرح می‌سازد. وی در خلاف شرط احسان را صرفاً در مجازات بهره جنسی بدون دخول معتبر می‌شمرد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵: ۳۸۱-۳۸۰). وی در مبسوط نیز با اخذ موضعی مشابه، به نظرهای موجود در این خصوص اشاره دارد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸: ۷). وی در نهایت نیز نظری مشابه دارد، با این تفاوت که «سوزاندن به آتش» را به تنهایی یا به ضمیمه سایر موارد ذکر شده در چگونگی قتل لاطی، به این موارد می‌افزاید (طوسی، بی تا، ۷۰۴-۷۰۳). در سیر تاریخی فقه شیعه و در زمانه پس از شیخ طوسی، قاضی ابن‌براج با عباراتی کاملاً مشابه شیخ طوسی در مبسوط (ابن‌براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ۵۳۰-۵۲۹) و ابن‌حمزه طوسی (ابن‌حمزه، ۱۴۰۸ق: ۴۱۴-۴۱۳) فقط احسان را در لواط بدون دخول شرط دانسته و در لواط همراه با دخول قائل به قول مشهور شده‌اند. علامه حلی نیز فقط در یکی از آثارش ضمن اشاره به قول مخالف در لواط بدون دخول، شرطیت احسان در مجازات آن را برخلاف نظر مشهور (البته در این نوع و نه در موضوع مورد بحث ما) «أولی» دانسته است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ۵۳۷-۵۳۶).

۴.۲. ادله و مستندات قول اطلاق مشهور (عدم اعتبار احسان)

چنانکه دیدیم عموم فقها اعم از موافقان و مخالفان عدم شرطیت احسان در زنا همراه با

دخول، این قول را «مشهور» شمرده‌اند. با بررسی به‌عمل آمده مهم‌ترین مبانی و ادله موافقان این قول «سنت و روایات، اجماع و تناسب میان جرم با مجازات» ذکر شده است که به آنها خواهیم پرداخت.

۴. ۲. ۱. دلیل اول - سنت و روایات

پیش از ورود به بحث مستندات روایی قول اطلاق مشهور متذکر می‌شویم که بعضی روایات مثل روایت ابوبکر حضرمی از امام صادق(ع) دال بر قتل لائط مربوط به حالت احسان هستند (حر عاملی، بی تا، ج ۱۸: ۴۱۹-۴۱۸، باب ۲ از ابواب حد لواط، ح ۱؛ کلینی، ۱۳۶۷، ج ۷: ۱۹۹، ح ۱)؛ بنابراین حتی اگر در آنها اشاره‌ای به حکم در حالت عدم احسان نشده باشد، نمی‌توانند ما را به قول مشهور برسانند. در اینجا به روایاتی غیر از این دسته اشاره خواهیم کرد:

الف) سید مرتضی پس از استدلال به اجماع در قول مشهور، می‌نویسد که از مذهب امیرالمؤمنین(ع) قول به قتل لاطی برمی‌آید و فعل ایشان «حجت» است (علم‌الهدی، ۱۴۱۸ق: ۵۱۱).

ب) شیخ طوسی در خلاف می‌نویسد که از رسول اکرم(ص) روایت شده که «هر کس را بر عمل قوم لوط یافتید، فاعل و مفعول آن را بکشید» و شیخ می‌گوید که این از ابوبکر، ابن عباس و مانند این از امیرالمؤمنین(ع) روایت شده و کسی با آنها در این حکم مخالفت نکرده است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵: ۳۸۲).

ج) روایت سلیمان بن هلال از امام صادق(ع) در خصوص مردی که با مرد دیگری لواط کرده که آن حضرت چنین فرمودند: «اگر بدون دخول بوده، حد دارد و اگر با دخول بوده، او را راست نگه‌داشته و سپس یک ضربه با شمشیر به او می‌زنند» (حر عاملی، بی تا، ج ۱۸: ۴۱۷-۴۱۶، باب ۱ از ابواب حد لواط، ح ۲؛ طوسی، تهذیب، ۱۳۶۵، ج ۱۰: ۵۲، ح ۱۹۴؛ کلینی، ۱۳۶۷، ج ۷: ۲۰۰، ح ۷)؛ که از نظر شهید ثانی مقصود امام(ع) از «حد» در روایت مذکور، همان تازیانه است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۹: ۱۵۱). این روایت را «ضعیف» دانسته‌اند (مقدس اردبیلی، بی تا، ج ۱۳: شرح ص ۱۰۷).

د) روایت مالک بن عطیه از امام صادق(ع) در مورد مردی که نزد امیرالمؤمنین(ع) و اصحابش آمد و اقرار به لواط با پسری کرد که حضرت(ع) خواستند به هر طریقی او را منصرف سازند که نشد و او با اصرار سه مرتبه دیگر نیز نزد آن حضرت آمد و اقرار کرد. سپس امیرالمؤمنین(ع) به او فرمود که «رسول خدا(ص) در مورد همچون تویی به سه چیز حکم کرده اند که هر کدام را که می خواهی اختیار کن». مرد گفت: «آن سه حکم چیست؟» و امام(ع) پاسخ دادند که «ضربه ای با شمشیر به گردن تو؛ هر چه که بشود و ...» (حر عاملی، بی تا، ج ۱۸: ۴۲۳-۴۲۲، باب ۵ از ابواب حد لواط، ح ۱؛ کلینی، ۱۳۶۷، ج ۷: ۲۰۱، ح ۱). مالک بن عطیه ثقه بوده (خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵: ۱۷۶، ش ۹۸۳۹) و مقدس اردبیلی این حدیث را «حسنه» (مقدس اردبیلی، بی تا، ج ۱۳: شرح ص ۱۰۳) و آیت الله تبریزی (تبریزی، ۱۴۱۷ق: شرح ص ۱۸۷) و آیت الله سبحانی (سبحانی، ۱۴۳۲: ۱۶۷) آن را «صحیحه» دانسته اند.

آیت الله گلپایگانی نیز معتقد است به واسطه آنکه در سند این روایت از علی بن ابراهیم از پدرش نقل شده، در «صحیحه» یا «حسنه» بودن آن اختلاف وجود دارد، ولی اقوی آن است که «صحیحه» است (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۱۲). البته ایشان با آنکه از طرفداران قول مشهور است، استناد به آن در اطلاق حکم را نمی پذیرد و متذکر می شود که دادن اختیار انتخاب نحوه قتل در قضاوت امیرالمؤمنین به خود لائط موضوعی خاص بوده که در آن اگرچه امام(ع) از او در مورد محصن بودنش نپرسیده و قائل به تفصیل نشده است، ولی در صورت احصان وی حکمش قابل تسری به لائط غیرمحصن نیست، زیرا ممکن است امام(ع) از قبل علم به احصان وی داشته باشند و حتی اگر آن را مطلق بدانیم با روایات دال بر تفصیل قید می خورد. ایشان همچنین معنای «مطلق» در عبارت «پیامبر(ص) در مورد مثل تویی به سه چیز حکم می کردند» را «مثل تو در احصان» و نه «مثل تو در ایقاب» می دانند که این نیز برخلاف معنای اول ما را به تفصیل می رساند (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۲۰-۱۹)؛ بنابر این در دلالت این حدیث بر قول اطلاق مشهور جای بحث است.

شهید ثانی روایات دال بر قتل لائط به طور مطلق (در هر دو نوع آن) و روایات دال بر

تفصیل را به لحاظ سند ضعیف و غیرقابل اعتماد می‌خواند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۹: ۱۵۲-۱۵۱) و مقدس اردبیلی نیز پس از مباحث مفصلی می‌نویسد که «من خبر صحیح و صریحی که بر حکم مشهور در مورد لواط همراه با دخول دلالت داشته باشد، نیافته‌ام» و البته اذعان می‌کند که این حکم «مشهور» است و حتی گفته شده که در آن خلافی نیست، هرچند مقتضای برخی اخبار تفصیل بین لائط محصن با غیرمحصن است (مقدس اردبیلی، بی‌تا، ج ۱۳: شرح ص ۱۰۷). از نظر آیت‌الله گلپایگانی روایاتی اطلاق «موردی» است و قابلیت تعمیم ندارد و در نتیجه شامل حالت عدم احصان نمی‌شوند (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۱۹).

۴. ۲. ۲. دلیل دوم - اجماع

این دلیل اول بار توسط سید مرتضی در بیان مستندات قول مشهور، مطرح شده و او امامیه را در این قول «متفرد» می‌خواند (علم‌الهدی، ۱۴۱۵ق: ۵۱۱). شیخ طوسی نیز در بیان این حکم، به «اجماع فرقه» اشاره دارد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵: ۳۸۲). ابن‌ادریس حلی نیز قول مطلق قائل به عدم شرطیت احصان را در میان علمای امامیه «بلاخلاف» می‌شمرد (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳: ۴۵۹). صاحب ریاض نیز با اشاره به قول مشهور می‌نویسد که «ظاهراً در این خلافی نیست»، طبق تصریح «سرائر»، بلکه از ظاهر قول «انتصار» و «غنیه» برمی‌آید که در این «اجماع» بوده و این «حجت» و مستند به «نصوص مستفیضه» است (طباطبائی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۶: ۸). صاحب جواهر نیز ضمن اشاره به قول مشهور در دو جا تأکید می‌کند که در این حکم خلافی وجود ندارد، بلکه «هر دو قسم اجماع» بر آن است (صاحب جواهر، ۱۳۶۷، ج ۴۱: ۳۸۷ و ۳۸۰). نقل «عدم خلاف» و «اجماع» در این قول در سایر منابع نیز به چشم می‌خورد (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۵: شرح ص ۴۴۸).

۴. ۲. ۳. دلیل سوم - تناسب میان جرم با مجازات

آیت‌الله تبریزی به‌نوعی بر این دلیل تصریح کرده است آنجا که لازمه تناسب میان جرم لواط (که شنیع‌تر از زناست) با مجازات قتل بدون اشتراط احصان (عکس زنا) را چنین می‌شمرد. ایشان در بیان حکم مشهور دارای اطلاق (که شامل لواط‌کننده غیرمحصن نیز

می‌شود)، چنین استدلال می‌کند که «مناسبت میان حکم [قتل بدون اشتراط احسان و عکس زنا] با موضوع [لواط به‌طور مطلق] چنین اقتضایی دارد» (تبریزی، ۱۴۱۷ق: ۱۸۵). شاید بتوان از مضمون برخی عبارات فقها نیز به چنین دلیلی رسید. عموم فقها با این استدلال که «خداوند به‌واسطه لواط قومی را هلاک نموده، درحالی‌که گزارشی از قومی نداریم که به‌واسطه زنا عذاب شده باشند»؛ عمل لواط را قبیح‌تر از عمل زنا دانسته‌اند (برای نمونه ر.ک: ابن‌بابویه، ۱۴۱۵ق: ۴۳۰). از نظر سید مرتضی «می‌دانیم که علت وضع حدود در شریعت به‌واسطه زجر و دور کردن از فواحش و جنایات است، بنابراین هرچه که عملی زشت‌تر باشد، زجر از آن نیز باید قوی‌تر و شدیدتر باشد و بدون شک لواط از زنا قبیح‌تر است و از قرآن چنین برمی‌آید، بنابراین واجب است که زجر از آن نیز شدیدتر باشد». افزون‌بر این لواط «برخورداری از فرجی است که به‌هیچ‌وجه اذن به آن داده نشده، درحالی‌که زنا چنین نیست». وی چنین استدلالی را «قیاس» ندانسته و نوعی از ارائه دلیل می‌شمرد (علم‌الهدی، ۱۴۱۵ق: ۵۱۲).

۴.۲.۴. دلیل چهارم - رد مشابهت لواط با زنا

مشابهت لواط با زنا که در برخی روایات (چنانکه می‌آید) مطرح و مورد توجه شافعی، ابویوسف و محمد بن حسن شیبانی نیز قرار گرفته، توسط فقهای مانند سید مرتضی رد شده است. ایشان می‌نویسد که اگر گفته شود: «هرچند اسم زنا شامل لواط نمی‌شود، ولی اسم فاحشه و عام در لواط و زنا است»، پاسخ می‌دهیم که «نبی اکرم (ص) احکام خاصی را برای عنوان زنا وضع نمود و هرچه این اسم معین (زنا) بر آن بار نشود، آن احکام نیز به آن تعلق نمی‌گیرد و اسم فاحشه هرچند عام بوده و شامل لواط نیز می‌شود، ولی شامل زنا و سرقت و کلیه قبایح می‌گردد که در این صورت می‌باید که بر جمیع این جنایات احکام زنا را بارکنیم» (علم‌الهدی، ۱۴۱۵ق: ۵۱۲)؛ درحالی‌که چنین نیست. بدین ترتیب وی با رد مشابهت لواط با زنا که یکی از ادله مخالفان قول مشهور است، شرطیت احسان در اجرای حد قتل در لواط را زیر سؤال می‌برد. همان‌طور که خواهیم دید روایات در مورد این مشابهت ظهور دارند و یکی از دلایل آن که حمل بر حالت عدم دخول شده‌اند، شاید همین امر باشد.

۵. قول مخالف مشهور

در این قسمت نیز اول قائلان قول مخالف مشهور یا کسانی را که به آن گرایش دارند، احصا می‌کنیم و سپس به ارائه مستنداتشان خواهیم پرداخت.

۵. ۱. قائلان قول مخالف مشهور

با بررسی قدیمی‌ترین متون فقهی، مشاهده می‌کنیم که قول مخالف مشهور در آرای فقه‌های متقدم مطرح شده است؛ کما اینکه تمایز میان این دو دیدگاه در آرای شیخ صدوق در *المقنع* قابل مشاهده است (ابن بابویه، ۱۴۱۵ق: ۴۳۷)؛ ضمن آنکه او در جای دیگری از همین اثر (ابن بابویه، ۱۴۱۵ق: ۴۳۰) و در اثر دیگرش (ابن بابویه، ۱۴۱۸ق: ۲۹۵-۲۹۴) اصلاً به اشتراط یا عدم اشتراط احصان در قتل لاطی اشاره‌ای ندارد. هرچند این عدم اشاره ما را به قول مخالف مشهور نمی‌رساند، ولی او در *المقنع* تصریح بر این دارد که «هر گاه مردی بر مردی درآید، اگر محصن بود او را می‌کشند و اگر محصن نبود او را حد می‌زنند» (ابن بابویه، ۱۴۱۵ق: ۴۳۷).

مقدس اردبیلی ضمن بدون خلاف دانستن قول مشهور قائل به عدم شرطیت احصان، اولین فقیه‌ای است که به‌طور مشخص ضمن تردید در ادله قول مشهور، گرایش واضح و آشکاری به قول مخالف آن از خود نشان می‌دهد (مقدس اردبیلی، بی‌تا، ج ۱۳: شرح صص ۱۰۹-۱۰۳). از فقه‌های پس از وی نیز، فیض کاشانی یکی از مهم‌ترین مخالفان قول مشهور است (فیض کاشانی، ۱۴۰۱ق، ج ۲: ۷۵-۷۴) و شاید به همین دلیل باشد که او روایات «باب حدود لواط» را در اثر بزرگ حدیثی‌اش را با روایت علاء بن فضیل از کافی و تهذیب و روایت حماد بن عثمان از کافی و *من لایحضره الفقیه* آغاز می‌کند که هر دو دلالت بر تفصیل دارند. وی همچنین به روایاتی اشاره می‌کند که بدون شرطیت احصان، به تفکیک میان ایقاب و عدم آن، برابری حکم لواط با زنا و اشتراط احصان در حد لواط (روایتهای ابوبصیر و ابن ابی عمیر) پرداخته‌اند (فیض کاشانی، ۱۴۳۰ق، ج ۹، ق ۲: ۳۳۳-۳۳۱). همچنین در میان فقه‌های معاصر سید خوانساری (خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۷: ۶۶ و ۷۶-۸۱)؛ سید خوبی (خوبی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱: ۲۸۳-۲۸۰ و شرح این صفحات و ۲۹۱-۲۸۹ و شرح ص ۲۸۹) و

سبحانی (سبحانی، ۱۴۳۲ق: ۱۷۵-۱۶۹) ضمن «مشهور» یا «اشهر» شمردن قول مطلق به مخالفت با آن برخاسته، قائل به تفصیل میان لاطی محصن با لاطی غیرمحصن یعنی شرطیت احسان در نوع مجازات لاطی شده‌اند. آیت‌الله سبحانی در نهایت و پس از جمع بین روایات؛ حکم فاعل غیرمحصن را از موارد شبهه کنار زننده حدود دانسته و قتل او را مردود می‌شمارد (سبحانی، ۱۴۳۲ق: ۱۷۴). گرایش به این دیدگاه در آرای آیت‌الله تبریزی نیز قابل مشاهده است که جمع عرفی بین روایات را ممکن دانسته و حمل روایات تفصیلی بر تقیه را مردود می‌شمارد و در وجه اعراض فقها از آنها نیز ایراد می‌کند؛ ضمن آنکه قتل لائط غیرمحصن را «مخالف مقتضای ادله» می‌شمارد (تبریزی، ۱۴۱۷ق: شرح ص ۱۹۰ و ۱۹۲). از دیگر فقهای معاصر، آیت‌الله گلپایگانی نیز هرچند در نهایت به پشتیبانی اقبال فقها به قول مشهور می‌رسد، ادله را به طور کامل مؤید همین قول تفصیلی مخالف مشهور می‌شمرد (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۲۲-۱۵).

۲.۵. مبانی فقهی قول مخالف مشهور

قائلان به شرطیت احسان، در مخالفت با قول مشهور به «روایات، قاعده تنصیف حد در حد عبد و رد اجماع و روایات مستند قول مشهور» استدلال کرده‌اند که به ذکر آنها خواهیم پرداخت. افزون‌بر این با توجه به کاهش تعداد موارد مجازات قتل بر این مبنا، این نقل به احتیاط نزدیک‌تر است.

۲.۵. ۱. دلیل اول- روایات

روایات مورد استناد مخالفان قول مشهور بر مشابهت لواط با زنا و شرطیت احسان در مجازات قتل برای فاعل این عمل تصریح داشته و به شرح زیرند:

الف) روایت ابان از زراره از امام باقر(ع) که ایشان فرمودند که «حد لواط‌کننده [همان] حد زانی است» (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۴۱۶، باب ۱ از ابواب حد لواط، ح ۱؛ کلینی، ۱۳۶۷، ج ۷: ۲۰۰، ح ۸). از نظر مقدس اردبیلی وجود ابان در طریق این حدیث (که ظاهراً ابان بن عثمان است)، ضرری به این روایت وارد نمی‌کند (مقدس اردبیلی، بی‌تا، ج ۱۳: شرح ص ۱۰۶).

ب) روایت محمد بن سنان از علاء بن فضیل از امام صادق(ع) که فرمودند «حد وطی‌کننده مثل حد زانی است» و تأکید کردند که «در صورتی که واجد شرایط احصان باشد، سنگسار شده و در غیر این صورت تازیانه می‌خورد» (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۴۱۷، باب ۱ از ابواب حد لواط، ح ۳؛ طوسی، ۱۳۶۵، ج ۱۰: ۵۴، ح ۲۰۰؛ کلینی، ۱۳۶۷، ج ۷: ۱۹۸، ح ۱). این روایت نیز مورد استناد مخالفان قول مشهور واقع شده، اگرچه در کتب رجال محمد بن سنان «ضعیف» دانسته شده و بر عدم حلیت روایت از او تأکید شده است (طوسی، ۱۴۱۷ق: ۲۲۰-۲۱۹؛ نجاشی، ۱۴۱۸ق: ۳۲۸، ش ۸۸۸؛ کشی، بی‌تا: ۶۸۷، ش ۷۲۹).

ج) در روایت حماد بن عثمان آمده است که گفت: «به امام صادق(ع) عرض کردم که مردی بر مردی درآمده» و آن حضرت(ع) فرمودند که «اگر محصن کشته می‌شود و اگر محصن نبود تازیانه می‌خورد». پرسیدم: «بر مفعول چیست؟» و امام(ع) پاسخ دادند که «او در هر صورت کشته می‌شود؛ چه محصن باشد و چه نباشد» (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۴۱۷، باب ۱ از ابواب حد لواط، ح ۴؛ طوسی، ۱۳۶۵، ج ۱۰: ۵۵، ح ۲۰۱؛ کلینی، ۱۳۶۷، ج ۷: ۱۹۸، ح ۲). همچنین در کافی آمده است که «اگر محصن نبود، حد می‌خورد» (کلینی، ۱۳۶۷، ج ۷: ۲۰۰، ح ۱۰). خوانساری این روایت را «معتبره» (خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۷: ۷۱) و تبریزی آن را «صحیحه» (تبریزی، ۱۴۱۷ق: شرح ص ۱۸۵) دانسته‌اند. این روایت چنانکه مقدس اردبیلی می‌گوید در «الفقیه» به صورت «صحیحه» آمده، هرچند در طریق آن در کافی و تهذیب، معلی بن محمد و حسن بن علی وجود دارند که ضعیف شمرده می‌شوند (مقدس اردبیلی، بی‌تا، ج ۱۳: شرح ص ۱۰۶).

د) روایت ابوبصیر از امام صادق(ع) که مطابق با آن در «کتاب امیرالمؤمنین» در خصوص شخص لواط‌کننده آمده که «اگر دخول کرد و محصن بود، سنگسار می‌شود» (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۴۲۱، باب ۳ از ابواب حد لواط، ح ۷). علاوه بر مخالفان (خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۷: ۷۱؛ تبریزی، ۱۴۱۷ق: شرح ص ۱۸۷)، حتی موافقان قول مشهور نیز این حدیث را «صحیحه» دانسته‌اند (مقدس اردبیلی، بی‌تا، ج ۱۳: شرح ص ۱۰۵ و صاحب جواهر، ۱۳۶۷، ج ۴۱: ۳۸۰).

ه) روایت ابن‌ابی عمیر که وی از گروهی از اصحاب از امام صادق(ع) در مورد دخول‌کننده ذکر می‌کند که آن حضرت(ع) فرمودند: «بر او در صورت آنکه محصن باشد، سنگسار و در صورت عدم احسان، تازیانه است» (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۴۲۱، باب ۳ از ابواب حد لواط، ح ۸؛ طوسی، ۱۳۹۰، ج ۴: ۲۲۲). برخی این روایت را با وجود ارسال در سند آن، «صحیح» شمرده‌اند (مقدس اردبیلی، بی‌تا، ج ۱۳: شرح ص ۱۰۷؛ خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۷: ۷۱)، بدین دلیل که او از جمله «اصحاب اجماع» ذکر شده که عموم رجالیان مراسیل آنها را همچون مسانیدشان معتبر دانسته‌اند (ویکی فقه؛ ویکی شیعه؛ نجاشی، ۱۴۱۸ق: ۳۲۶-۳۲۷، ش ۸۸۷؛ طوسی، بی‌تا، ج ۱: ۳۸۷-۳۸۶). از نظر برخی نیز در مواردی که در مرسله اصحاب اجماع از راوی ضعیف یا ناشناس نقل شده باشد، نمی‌توان آنها را معتبر و همچون مسانید آنان دانست (خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ۶۱).

و) روایت حسین بن علوان از امام صادق(ع) از پدر ایشان از امیرالمؤمنین(ع) که آن حضرت در مورد لواط‌کننده فرمودند که «اگر محصن بود، سنگسار شده و اگر محصن نبود، تازیانه می‌خورد» (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۴۱۸، باب ۱ از ابواب حد لواط، ح ۶؛ حمیری، ۱۴۱۳ق: ۱۰۴، ح ۳۵۱). خوانساری این روایت را «معتبره» می‌خواند (خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۷: ۷۱). رجالیان او را عکس برادرش حسن یا حتی بیشتر از او توثیق کرده‌اند (خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۷: ۳۴، ش ۳۵۰۸).

ز) روایت یزید بن عبدالملک از عده‌ای از اصحاب از امام صادق(ع) که آن حضرت در مورد کسی که دخول می‌کند، فرمودند: «بر او در صورتی که محصن باشد، سنگسار و اگر محصن نباشد، تازیانه است» (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۴۱۸، باب ۱ از ابواب حد لواط، ح ۸). خوانساری این روایت مرسل را بدون ذکر وجهی برای آن، «معتبره» می‌خواند (خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۷: ۷۱). این یزید غیر از یزید بن عبدالملک جعفی یا نوفلی است که از اصحاب امام باقر(ع) بوده‌اند و احوال او در کتب رجالی ذکر نشده (خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۲۱: ۱۲۵، ش ۱۳۶۹۶)، از این رو وجهی برای این قضیه ذکر نشده است.

ح) ابوالبختری از امام صادق(ع) از پدر ایشان امام باقر(ع) روایت کرده که

امیرالمؤمنین (ع) فرمودند: «حد لوطی مثل حد زانی است، اگر محصن باشد سنگسار می‌شود و اگر عذب باشد صد تازیانه می‌خورد...» (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۴۱۸، باب ۱ از ابواب حد لواط، ح ۷). با اینکه این روایت جزء مستندات قول مخالف مشهور قرار گرفته، باید توجه داشته باشیم که وهب بن وهب ابوالبختری در کتب رجال «دروغگو و کذاب» شمرده شده است (نجاشی، ۱۴۱۸: ق ۴۳۰، ش ۱۱۵۵؛ کشی، بی‌تا: ۵۹۷، ش ۵۵۸ و ۵۵۹).

برخی موافقان قول تفصیلی نیز با دسته‌بندی مجموع روایات به سه یا چهار دسته (۱). دال بر قتل لائط به‌طور مطلق؛ ۲. دال بر قتل انحصاری لائط محصن؛ ۳. دال بر رجم لائط به‌طور مطلق و ۴. دال بر رجم انحصاری لائط محصن، مقتضای جمع بین اخبار را تقیید دسته اول با دسته دوم و دسته سوم با دسته چهارم دانسته و بدین ترتیب به قول تفصیلی می‌رسند (خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۷: ۷۲-۷۰؛ سبحانی، ۱۴۳۲: ق ۱۷۵-۱۷۲).

علامه حلی پس از ذکر برخی از روایات دال بر تفصیل، می‌نویسد که این روایات را می‌توان طبق گفته شیخ طوسی یا حمل بر حالتی کرد که دخول رخ نداده یا آنکه حمل بر تقیه کرد و خود می‌نویسد که «بر این قول شیخ ایرادی نیست» (علامه حلی، ۱۴۱۲: ق ۹: ۱۷۷-۱۷۶). دیگران نیز به این حمل‌ها اشاره و آن را پذیرفته‌اند (فاضل هندی، بی‌تا، ج ۱۰: ۴۹۳؛ طباطبائی، ۱۴۱۲: ق ۱۶: ۹-۸؛ حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۴۲۲). صاحب ریاض علاوه بر این متذکر می‌شود که این نصوص «شاذ بوده و کسی به آنها عمل نکرده»؛ ضمن آنکه اکثر آنها را به لحاظ سند ضعیف دانسته و ایراد کرده که این روایات اختصاص به فاعل لواط داشته و اکثر آنها متعرض مفعول این عمل نشده‌اند و به واسطه همین نیز به برخی از طرفداران قول تفصیلی ایراد می‌کند (طباطبائی، ۱۴۱۲: ق ۱۶: ۱۰). قبل‌تر دیدیم که شهید ثانی نیز این روایات را به لحاظ سند ضعیف دانسته است (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ق ۹: ۱۵۳-۱۵۱). صاحب جواهر نیز با ذکر روایات مورد استناد در دو قول، برخی روایات مستند قول تفصیلی را به لحاظ سند و برخی را به لحاظ دلالت دارای ایراد شمرده، حمل بر تقیه می‌کند (صاحب جواهر، ۱۳۶۷، ج ۴۱: ۳۸۱-۳۸۰).

البته دیدگاه آیت‌الله گلپایگانی که خود طرفدار قول مشهور است، در اینجا حائز اهمیت

است. ایشان تأکید دارد که «مقتضای روایات آن چنانکه مشخص است، تفصیل میان محسن با غیرمحسن است» و هر دو حمل مذکور ایراد دارد؛ بدین صورت که «برخی روایات تفصیلی، قائل به تفصیل در صورت دخول شده‌اند»؛ بنابراین حمل آنها بر عدم دخول صحیح نیست و از طرف دیگر، اگر فتوای عامه چنین باشد، «در میان این روایات نقل‌هایی از امیرالمؤمنین(ع) وجود دارد که این با تقیه مناسبت ندارد» (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۲۱). آیت‌الله تبریزی نیز که گرایش به قول مخالف مشهور دارد، با این استدلال که امکان جمع عرفی بین این سه دسته روایات وجود دارد؛ به‌خصوص آنکه در اینجا قرینه‌ای خارجی وجود ندارد که ما را مطمئن کند که صدور این روایات از ناحیه ائمه اطهار(ع) برای رعایت مذهب عامه بوده است (تبریزی، ۱۴۱۷ق: شرح ص ۱۹۰).

اینکه برخی از این روایات دلالت بر رجم و برخی دلالت بر قتل لائط محسن دارند نیز ایراد ندارد، زیرا چنانکه آیت‌الله گلپایگانی (علی‌رغم موافقت با قول مشهور) ذکر می‌کند، می‌توان احتمال «تخیر» در آن را داد، همچنان‌که در برخی از آنها پرتاب از بلندی هم ذکر شده است (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۱۹). برخی موافقان قول مشهور نیز در مجموع معترف به قوت روایات مورد استناد در قول تفصیلی‌اند و تنها به مخالفت مشهور و اعراض آنها از عمل به این روایات استناد می‌کنند. برای مثال آیت‌الله گلپایگانی می‌نویسد که اگر به عدم عمل فقها طبق این روایات توجه نکنیم، به‌راحتی به قول تفصیلی مخالف مشهور می‌رسیم ولی «کسی که به قول مشهور اعتنا کند و قائل به عدم تجاوز از حدی که فقهای امامیه و علمای بزرگ ما تعیین کرده‌اند، باشد نمی‌تواند فتوای به تفصیل بدهد» (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۲۱-۲۲). روحانی نیز اعراض اصحاب را دلیل ساقط شدن این روایات از حجیت می‌شمارد و معتقد است که «حتی اگر فرضاً در نفس الامر دارای حجیت باشند، به‌واسطه معارضه با روایات اولی که براساس آن فتوا داده‌اند، کنار گذاشته می‌شوند» (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۵: شرح ص ۴۴۸).

آنچه مشخص است این روایات همچنان که موافقان قول مشهور و موافقان قول مخالف مشهور تأیید کرده‌اند، صراحت در تفصیل دارند؛ از این رو موافقان قول مشهور

برای رفع مشکل قائل به حمل‌های مذکور شده‌اند که این خود تأییدی بر سند این روایات است.

۵. ۲. ۲. دلیل دوم - قاعده تنصیف در حد عبد

اینکه لائط غیرمحصن در صورت عبد بودن کشته نمی‌شود، بلکه پنجاه تازیانه می‌خورد، مخالف با قول مشهور و اجرای قاعده تنصیف در عبد است. ظاهراً اولین بار خوانساری به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مخالفان قول مشهور به این نکته توجه کرده است. او حکم عبد لائط غیرمحصن به پنجاه ضربه را «اظهر» و آن را مؤید تفصیل موردنظر می‌شمارد (خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۷: ۷۲). آیت‌الله تبریزی با وجود گرایش به قول مخالف مشهور، متذکر می‌شود که برابری عبد با حر در حد لواط اجماعی است (تبریزی، ۱۴۱۷ق: شرح ص ۱۹۲) و البته چنانکه می‌دانیم، قاعده تنصیف حد عبد در همه‌جا (از جمله طبق نظر مشهور در حد قذف) اجرا نمی‌شود (صاحب جواهر، ۱۳۳۷، ج ۴۱: ۴۱۵)، از این رو استدلال به آن صحیح به نظر نمی‌رسد.

۵. ۲. ۳. دلیل سوم - رد اجماع بر قول مشهور

حتی کسانی که موافق نظر مشهور نیز هستند، بر ادعای اجماع و عدم خلاف مطرح شده در حکم مشهور ایراد کرده‌اند. آیت‌الله گلپایگانی ضمن اشاره به اختلاف فقها در این موضوع، پس از ذکر دیدگاه صاحب جواهر در مورد «عدم خلاف، بلکه اجماعی بودن قول اطلاق»، می‌نویسد که نمی‌دانیم این ادعای ایشان مربوط به کل جمله سابق (اطلاق در کشتن فاعل و مفعول لواط) یا مربوط به قسمت اخیر جمله (اطلاق در کشتن فقط مفعول لواط) است ولی می‌دانیم که اگر متعلق به کل جمله بوده و شامل فاعل لواط نیز بشود، درست نیست و تأکید می‌کند که «مسلماً در آن خلاف متحقق شده و چنانکه مشاهده می‌کنیم در نصوص پیدا می‌شود». (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۱۶-۱۵). ما با ذکر دیدگاه کسانی که مخالف قول مشهورند، نشان دادیم که اجماع در این قضیه وجود ندارد.

۶. نتیجه

در مجموع و پس از بررسی‌های به‌عمل‌آمده در ادله دو قول، نکات زیر در این خصوص حائز اهمیت است:

اول- عموم فقهای که اشتراط احسان را پذیرفته‌اند، در لواط بدون ایقاب است که مسلماً این با «احتیاط در دماء» همخوانی ندارد؛ ضمن آنکه در خصوص حمل روایات تفصیلی بر حالت عدم دخول به اعراض عموم فقها از این روایات استناد شده که این خود نیز مؤید سند برخی از این روایات است؛

دوم- قول مخالف مشهور در لواط همراه با دخول نیز به «احتیاط در دماء» نزدیک‌تر است و با توجه به تعارض روایات مستند قول مشهور با روایات دال بر تفصیل و گرایش قانون جزا به کیفرزدایی، مشاهده می‌کنیم که تردید در اجرای حد قتل در مورد موقبی که دارای شرایط احسان نیست، حداقل مطابق با «قاعده درء» موجب کنار گذاشتن حد قتل می‌شود؛

سوم- حمل روایات تفصیلی بر تقیه نیز چنانکه از زبان موافقان (گلپایگانی) و مخالفان (تبریزی) قول مشهور ذکر شد، دارای اشکال است، در ضمن چنانکه ذکر شد، مؤید صحت سند این روایات است؛

چهارم- ادعای عدم خلاف و نقل اجماع بر قول مشهور فاقد اعتبار است، به‌خصوص آنکه به‌طور خیلی واضح با جمعی از فقها مانند شیخ صدوق (البته در المقنع)، مقدس اردبیلی، فیض کاشانی، سید خوانساری، سید خویی، سبحانی، تبریزی و حتی گلپایگانی روبه‌رو هستیم که یا به‌طور صریح قائل به قول مخالف مشهور شده یا گرایش به آن دارند؛ پنجم- مهم‌ترین مستند قول مشهور روایاتی است که به آنها استدلال شده است، ولی در سند برخی روایات دال بر اطلاق و مؤید قول مشهور نظیر روایت سلیمان بن هلال و در دلالت برخی از آنها نظیر روایت مالک بن عطیه ایراد است؛

ششم- استدلال به قاعده تنصیف حد عبد برای قول مخالف مشهور (چنانکه سید خوانساری به آن استناد کرده)، به‌سبب عدم استناد به آن در همه جا فاقد اعتبار است؛

هفتم- اگر تعریف لواط را شامل هر دو نوع آن بدانیم، مسلماً اشتراط احصان دو اثر کاملاً متفاوت در دو نوع آن دارد، یعنی در موارد عدم دخول حکم به قتل افزایش و در حالت دخول حکم به قتل کاهش پیدا می‌کند؛

هشتم- دیدگاه اخیر مبتنی بر اشتراط احصان در قتل فاعل لواط که هم مستند به روایات دال بر تفصیل و هم به احتیاط نزدیک‌تر است و به کاهش آمار مجازات مرگ منجر می‌شود، در قانون جدید مجازات اسلامی نیز مورد توجه قرار گرفته است؛

نهم- اگر مهم‌ترین ادله دو طرف را روایات بدانیم، مسلماً ادله و مستندات قول مخالف مشهور هم به لحاظ تعداد و هم به لحاظ سند قوی‌ترند و این تا بدانجاست که حتی تعدادی از موافقان قول مشهور نیز به آن اعتراف کرده‌اند؛ بنابراین مقتضای ادله تفصیل میان محصن با غیر محصن است؛

دهم- استدلال نویسندگان مقاله «آسیب‌شناسی فقهی ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی» به این مطلب که روایات تفصیلی (مخالف قول مشهور) مربوط به باب اول وسائل‌الشیعه هستند که حکم لواط بدون دخول را بیان کرده، برای استنتاج ناکافی است؛ افزون بر این در ابواب دیگر کتاب وسائل‌الشیعه (مثل باب ۳ از ابواب لواط) نیز روایاتی آمده است که دلالت بر تفصیل دارند.

نهایت آنکه چنانکه دیدیم اگر اقبال بیشتر فقها به قول مشهور را نادیده بگیریم، قول مخالف مشهور که مورد توجه قانونگذار ما قرار گرفته از ادله و مستندات فقهی کافی و لازم برخوردار است.

کتابنامه

- قرآن کریم، ترجمه مهدی الهی قمشاهی، قم: لاهیجی.
۱. آبی، حسن بن ابی طالب (۱۴۰۸). *کشف الرموز*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
 ۲. ابن إدريس، محمد بن احمد (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
 ۳. ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۵ق). *المقنع*، تحقیق: لجنة التحقيق لمؤسسة الامام الهادی، قم: مؤسسه الامام الهادی.
 ۴. ----- (۱۴۱۸ق). *الهدایة*، تحقیق: لجنة التحقيق لمؤسسة الامام الهادی، چ ۱، قم: مؤسسه الامام الهادی.
 ۵. ابن براج، عبدالعزيز بن نهریر (۱۴۰۶ق). *المهذب*، چ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
 ۶. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی (۱۴۰۸). *الوسيلة إلى نیل الفضيلة*، تحقیق: محمد حسون، چ اول، قم: مكتبة آیت الله العظمی المرعشی النجفی.
 ۷. ابن زهره، حمزه بن علی (۱۴۱۷ق). *غنية النزوع إلى علمی الأصول والفروع*، تحقیق: ابراهیم البهادری، چ اول، قم: مؤسسه الامام الصادق (ع).
 ۸. تبریزی، میرزا جواد (۱۴۱۷ق). *اسس الحدود و التعزیرات*، چ اول، قم: مهر.
 ۹. حر عاملی، محمد بن حسن (بی تا). *وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة (الاسلامیة)*، تصحیح و تحقیق: محمدالرازی، تعلیق: ابوالحسن الشعرانی، قم: دار إحياء التراث العربی.
 ۱۰. حلی، احمد بن محمد بن فهد (۱۴۰۷ق). *المهذب البارع*، تحقیق: مجتبی عراقی، چ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
 ۱۱. حمیری، عبدالله بن جعفر (۱۴۱۳ق). *قرب الاسناد*، چ اول، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.

۱۲. خمینی، روح‌الله، رهبر انقلاب و بنیانگذار جمهوری اسلامی (۱۳۸۶). *تحریر الوسیلة*، ترجمه سید محمدباقر موسوی همدانی، چ اول، قم: دارالعلم.
۱۳. خوانساری، أحمد (۱۳۵۵). *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، تعلیق: علی اکبر الغفاری، چ دوم، تهران: مکتبه الصدوق.
۱۴. خویی، ابوالقاسم (۱۴۲۲ق). *مبانی تکملة المنهاج (القضاء والحدود)*، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
۱۵. _____ (۱۴۱۳ق). *معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرواه*، چ پنجم، نجف: مرکز نشر الثقافه الاسلامیه.
۱۶. روحانی، محمدصادق (۱۴۱۲ق). *فقه الصادق*، چ سوم، قم: مدرسه الامام الصادق (ع).
۱۷. سبحانی، جعفر (۱۴۳۲ق). *الحدود و التعزیرات فی الشریعه الاسلامیه الغراء*، چ اول، قم: مؤسسه الامام الصادق (ع).
۱۸. سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز (۱۴۱۴ق). *المراسم العلویه و الاحکام النبویه*، تحقیق: سید محسن الحسینی الامینی، قم: المعاونه الثقافیه للمجمع العالمی لأهل البیت (ع).
۱۹. شهید اول، محمد بن مکی (۱۳۷۷). *اللمعه دمشقیه*، چ اول، تهران: الهام.
۲۰. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه*، تصحیح و تعلیق: السید محمد کلاتر، چ اول، قم: داوری.
۲۱. _____ (۱۴۱۳). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، چ ۱، قم: مؤسسه المعارف الاسلامی.
۲۲. شیخ بهائی، محمد بن حسین (بی تا). *جامع عباسی*، تهران: فراهانی.
۲۳. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر (۱۳۶۷). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام*، علی الآخوندی، چ سوم، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۲۴. صیمری، مفلح بن حسن (۱۴۲۰ق). *غایة المرام فی شرح شرایع الإسلام*، تحقیق: جعفر الکوثرانی العاملی، چ اول، بیروت: دار الهادی.

۲۵. طباطبایی، علی (۱۴۱۲ق). *ریاض المسائل*، چ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۲۶. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۹۰). *الاستبصار فيما اختلف من الاخبار*، تحقیق و تعلیق: سیدحسن الموسوی الخراسان، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۷. _____ (۱۳۶۵). *تهذیب الاحکام*، تحقیق و تعلیق: سید حسن الموسوی الخراسان، چ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۸. _____ (۱۴۰۷ق). *الخلافة*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۲۹. _____ (۱۴۱۷ق). *الفهرست*، تحقیق: جواد القیومی الاصفهانی، چ اول، قم: مؤسسه النشر الفقاهه.
۳۰. _____ (۱۳۸۷). *المبسوط*، تصحیح و تعلیق: سید محمدتقی کشفی، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية.
۳۱. _____ (بی تا). *النهاية في مجرد الفقه والفتاوى*، قم: انتشارات قدس محمدی.
۳۲. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۰۶ق). *تبصرة المتعلمين في أحكام الدين*، شرح و تعلیق: السيد صادق الحسيني الشيرازي، قم: دارالایمان.
۳۳. _____ (۱۴۲۰ق). *تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية*، تحقیق: ابراهیم البهادری، چ اول، قم: مؤسسه امام صادق(ع).
۳۴. _____ (۱۴۱۳ق). *قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام*، چ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۳۵. _____ (۱۴۱۰ق). *نهاية الأحكام في معرفة الأحكام*، چ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۶. علم الهدی، علی بن حسین (۱۴۱۵ق). *الإنتصار*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.

۳۷. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴ق). *التنقیح الرائع لمختصر الشرايع*، تحقیق: سید عبداللطیف حسینی کوه کمری، چ اول، قم: مکتبه آیه‌الله العظمی المرعشی نجفی.
۳۸. فاضل هندی، محمد بن حسن (بی‌تا). *كشف اللثام عن قواعد الأحكام*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعة المدرسين، طبع جدید.
۳۹. فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی (۱۴۰۱ق). *مفاتیح الشرايع*، مقدمه، تحقیق و تصحیح: مهدی الرجائی، چ اول، قم: مکتبه آیت‌الله المرعشی النجفی.
۴۰. _____ (۱۴۳۰ق). *کتاب الوافی*، چ اول، اصفهان: مکتبه الامام امیرالمؤمنین علی (ع) العامه.
۴۱. قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۳). تهران: دیدار.
۴۲. کریمی جهرمی، علی (۱۴۱۲ق). *الدر المنضود فی احکام الحدود*، تقریر بحث السید محمدرضا گلپایگانی، چ اول، قم: دارالقران الکریم.
۴۳. کشی، محمد بن عمر (بی‌تا). *رجال الکشی* (اختیار معرفه الرجال)، تصحیح و تعلیق: میرداماد الاسترآبادی، تحقیق: سیدمهدی رجائی، قم: مؤسسه آل‌البیت لإحياء التراث (اصفهان: مرکز القائمیه للتخریات الکامپیوتریه).
۴۴. الکلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۷). *الکافی*، تصحیح و تعلیق: علی‌اکبر الغفاری، چ سوم، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۴۵. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (بی‌تا). *حدود و قصاص و دیات*، تحقیق و بررسی: علی فاضل، قم: مؤسسه نشر آثار اسلامی.
۴۶. محقق حلّی، جعفر بن حسن (۱۴۰۹ق). *شرايع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، تعلیق: سید صادق شیرازی، چ دوم، تهران: استقلال.
۴۷. _____ (۱۴۱۰ق). *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، چ سوم، قم: الدراسات الإسلامیه فی مؤسسه البعنه.
۴۸. مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق). *فقه الامام جعفر الصادق*، چ دوم، قم: مؤسسه انصاریان.

۴۹. مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۰ق). *المقنعة*، چ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۵۰. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا). *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، تصحیح و تعلیق: مجتبی العراقي و علی پناه اشتهااردی و حسین الیزدی الاصفهانی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۵۱. میرخلیلی، سید احمد؛ متولی زاده نائینی، نفیسه؛ نساجی زواره، مهری (۱۳۹۸). «آسیب شناسی فقهی ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی»، بابل: پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، سال پانزدهم، ش ۵۶، ص ۱۸۰-۱۶۵.
۵۲. النجاشی، احمد بن علی (۱۴۱۸ق). *رجال النجاشی*، چ ششم، تحقیق: السید موسی الشبیری الزنجانی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۵۳. نرم افزار مکتبه أهل البيت، ورژن دوم.
۵۴. ویکی شیعه، اصحاب اجماع، در: Wikifeqh.ir (تاریخ دسترسی: ۱۴۰۰/۲/۲).
۵۵. ویکی فقه، محمد بن ابی عمیر، در: Wikishia.net (تاریخ دسترسی: ۱۴۰۰/۲/۲).

References:

- The Holy Quran, Qom: Lahiji.
1. Aby, Hasan Ibn Abi-taleb. (1987). *Kashf Ar-Romoz*, Qom: An-Nashr Al-Islami Institute. (in Arabic)
 2. Alam Al-Hoda, Ali Ibn Hoseyn. (1994). *Al-Entesar*, Qom: An-nashr Al-Islami Institute. (in Arabic)
 3. Allameh Helli, Hasan Ibn Yousef. (1985). *Tabserah Al-Motaallem*, Qom: Dar Al-Iman. (in Arabic)
 4. ----- (1999). *Tahrir Al-Azhan* (1st ed), Qom: Imam Sadegh Institute. (in Arabic)
 5. ----- (1992). *Ghavaed Al-Ahkam* (1st ed), Qom: An-Nashr Al-Islami Institute. (in Arabic)
 6. ----- (1989). *Nahayaht Al-ahkam* (2st ed), Qom: Ismaeilian Institute. (in Arabic)
 7. Fazel Hendi, Mohammad Ibn Hasan. (No Date). *Kashf Al-Letham*, Qom: An-Nashr Al-Islami Institute. (in Arabic)
 8. Fazel Meghdad, Meghdad Ibn Abd-ollah. (1983). *At-Tanghyh Ar-Raye* (1st ed), Qom: Maktabah Al-Ayatollah Al-Marashi An-Najafi. (in Arabic)

9. Feyz-e Kashani, Mohammad Ibn Shah-morteza. (1980). *Mafattih Ash-Sharaye* (1st ed), Qom: Maktabah Al-Ayatollah Al-Marashi An-Najafi. (in Arabic)
10. ----- (2009). *Ketab Al-Vafi* (1st ed), Esfehan: Maktabah Al-Imam Amir Al-Momenin Al-Aammah. (in Arabic)
11. Helly, Ahmad Ibn Mohammad Ibn Fahd. (1986). *Al-Mohazzab Al-Bare* (1st ed), Qom: An-Nashr Al-Islami Institute. (in Arabic)
12. Hemyari, Abd-ollah Ibn Jafar. (1992). *Ghorb Al-Esnad* (1st ed). Qom: Aal Al-Beyt Le-Ehya At-Torath Institute. (in Arabic)
13. Hur-re Ameli, Mohammad Ibn Hasan. (No Date). *Vasael Ash-shia*, Qom: Dar Ehya At-Torath Al-Arabi. (in Arabic)
14. Ibn-e Babeveyh, Mohammad Ibn Ali. (1994). *Al-Moghneh*, Qom: Al-Imam Al-Hadi Institute. (in Arabic)
15. ----- (1997). *Al-Hedayeh* (1st ed), Qom: Al-Imam Al-Hadi Institute. (in Arabic)
16. Ibn-e Barraji, Abdol-aziz Ibn Nahrir. (1985). *Al-Mohazzab*, Qom: An-Nashr Al-Islami Institute. (in Arabic)
17. Ibn-e Edris, Mohammad Ibn Ahmad. (1989). *As-saraer* (2th ed), Qom: An-Nashr Al-Islami Institute. (in Arabic)
18. Ibn-e Hamzeh Tousi, Mohammad Ibn Ali. (1987). *Al-Vasyleh* (1st ed), Qom: Maktabah Al-Ayatollah Al-Marashi An-Najafi. (in Arabic)
19. Ibn-e Zohreh, Hamzeh Ibn Ali. (1996). *Ghonyaht-ton Nozoo* (1st ed), Qom: Al-Imam As-Sadegh Institute. (in Arabic)
20. *Islamic Penal Law* (2014). Tehran: Nashr Didar. (in Persian)
21. Karimi Jahromi, Ali. (1991). *Ad-Dorr Al-Manzoud Fi Ahkam Al-Hodoud* (S. Golpayegani) (1st ed), Qom: Dar Al-Quran Al-Karim. (in Arabic)
22. Ke-shi, Mohammad Ibn Omar (No Date). *Rejal Al-keshi (Ekhtiyar-e Marefat Ar-Rejal)*, Qom: Aal Al-Beyt Le-Ehya At-Torath Institute. (in Arabic)
23. Khansari, Ahmad. (1976). *Jame Al-Madarek* (2th ed), Tehran: Maktabat As-Sadoogh. (in Arabic)
24. Khomeini, Rouh-ollah. (2007). *Tahrir Al-Vasileh* (1st ed), Daar Al-Elm. (in Arabic & Persian)
25. Khooei, Abol-ghasem. (2001). *Mabani Takmelat Al-Menhaj: Al-Ghaza Val-Hodoud*, Qom: Ehya Asar-e Imam khooei Institute. (in Arabic)
26. ----- (1992). *Mojam Rejal Al-Hadith* (5st ed) , Najaf: Markaz Nashr As-Seghfah Al-Islamieh. (in Arabic)
27. Koleyni, Mohammad Ibn Yaghoub. (1988). *Al-Kafi* (3st ed), Tehran: Dar Al-Kotob Al-Islamiyah. (in Arabic)
28. Majlesi, Mohammad Bagher. (No date). *Hodoud and Qesas and Diyat*, Nashr-e Asar-e Islami Institute.
29. Maktabat Al-Ahlobeyt App. Second Version. (in Arabic & Persian)
30. Mirkhalili, Sey-yed Ahmad, Motavalli-zadeh, Nafiseh, Nassaji Zavareh, Mehri. (2019). "Jurisprudential Pathology of Article 234 of the Islamic Penal Code", Babol: *Islamic Law & Jurisprudence Researches Quarterly*, No.56 (in Persian)

31. Mofid, Mohammad Ibn Mohammad. (1989). *Al-Moghneah* (2st ed), Qom: An-nashr Al-Islami Institute. (in Arabic)
32. Mohaghegh Helli, Jafar Ibn Hasan. (1988). *Sharaye Al-Islam* (2st ed), Tehran: Esteghlal. (in Arabic)
33. ----- . (1989). *Al-Mokhtasar An-Nafe* (3 st ed), Qom: Ad-derasat al-Islamieh in Al-Besat Institute. (in Arabic)
34. Moghaddas-e Ardabili, Ahmad Ibn Mohammah. (No Date). *Majma Al-faedeh Val-Borhan*, Qom: An-Nashr Al-Islami Institute. (in Arabic)
35. Moghnieh, Mohammad Javad. (2000). *Fegh-h Al-Imam Jafar As-Sadegh* (2st ed), Qom: Ansariyan Institute. (in Arabic)
36. Najashi, Ahmad Ibn Ali. (1997). *Rejal An-Najashi* (6st ed), Qom: An-Nashr Al-Islami Institute. (in Arabic)
37. Rohani, Mohammah Sadegh. (1991). *Fegh As-Sadegh*, Qom: Madrasat Al-Imam As-Sadegh. (in Arabic)
38. Saheb-e Javaher, Mohammad Hasan Ibn Bagher. (1988). *Javaher Al-Kalam* (3st ed), Tehran: Dar Al-Kotob Al-Islamiyeh. (in Arabic)
39. Sallar-e Deylami, Hamzeh Ibn Abdol-aziz. (1993). *Al-Marasem*, Qom: majma Al-Alami Le-Ahl Al-Beyt. (in Arabic)
40. -Seymori, Mofleh Ibn Hasan. (1999). *Ghayat Al-Maram* (1st ed). Beyrout: Daar Al-Hadi. (in Arabic)
41. Shahid-e Avval, Mohammad Ibn Makki. (1998). *Al-Lomah Ad-Demashghyyah* (1st ed), Elham. (in Arabic)
42. Shahid-e Sani, Zeyn-oddin Ibn Ali. (1989). *Ar-Rozahat Al-Behyyah*, Qom: Davari. (in Arabic)
43. ----- . (1992). *Masalek Al-Afham* (1st ed), Al-Maaref Al-Islamiyeh Institute. (in Arabic)
44. Sheykh-e Bahaei, Mohammad Ibn Hosseyn. (No date). *Jame-e Abbasi*, Tehran: Farahani Institute. (in Persian)
45. Sobhani, Jafar. (2011). *Al-Hodood Vat-Tazirat* (1st ed), Qom: Al-Imam As-Sadegh Institute. (in Arabic)
46. Tabatabaei , Ali. (1991). *Riyaz Al-Masael* (1st ed). Qom: An-Nashr Al-Islami Institute. (in Arabic)
47. Tabrizi, Mirza Javad. (1996). *Asas Al-Hodoud Vat-Tazirat* (1st ed), Qom: Mehr. (in Arabic)
48. Tousi, Mohammad Ibn Hasan. (1969). *Al-Estebzar*, Tehran: Dar Al-Kotob Al-Islamiyah. (in Arabic)
49. ----- . (1996). *Al-Fehrest* (1st ed), Qom: An-Nashr Al-feghaheh Institute. (in Arabic)
50. ----- . (1986). *Al-Khelaf* (2st ed), Qom: Al-Nashr Al-Islami Institute. (in Arabic)
51. ----- . (1966). *Al-Mabsout* (3st ed), Tehran: Al-Maktabah Al-Mortazaviyeh. (in Arabic)
52. ----- . (No Date). *An-Nahayeh*, Qom: Qods-e Mohammadi. (in Arabic)
53. ----- . (1944). *Tahzib Al-Ahkam* (4th ed), Tehran: Dar Al-Kotob Al-

- Islamiya. (in Arabic)h.
54. Wikifeqh.ir (2021). *As-hab-e Ejma*. (in Persian)
55. Wikishia.net (2021). Mohammad Ibn Abi Omayr. (in Persian)