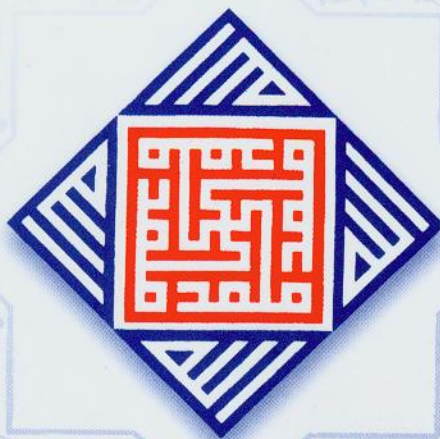


فقه و اصول



تحکیم و تکمیل دیدگاه امام خمینی (ره) در نقد حجیت ذاتی قطع / دکتر محمدرسول آهنگران

بررسی فقهی حقوقی خیار شرط در ایقاع / دکتر فخرالدین اصغری آقمشهدی - بهزاد منصوری

زکات باطنی از دیدگاه فقهی / دکتر جواد ایروانی - دکتر عباسعلی سلطانی -

دکتر محمدحسین حسینزاده بحرینی

وکالت غیرمستقیم / دکتر علیرضا باریکلو

بررسی و نقد نظریه‌های تعریف ملک در حقوق اسلامی / سعیده باقری - دکتر حیدر باقری اصل

تأملی فقهی در ماده‌ی ۶۳ قانون مجازات اسلامی و تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱-۲۲۱ لایحه‌ی پیشنهادی /

دکتر محمد محسنی دهکلانی - دکتر محمد حسن حائری - دکتر محمدتقی قبولی درافشان

چیستی و کارکردهای «مذاق شریعت» / دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه‌جوئی - دکتر حسین ناصری مقدم

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۶/۱
بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص ۱۵۶-۱۳۵

تأملی فقهی در ماده‌ی ۶۳ قانون مجازات اسلامی و تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱-۲۲۱ لایحه‌ی پیشنهادی

دکتر محمد محسنی دهکالانی^۱

استادیار دانشگاه مازندران

Email: mmdehkalany@yahoo.com

دکتر محمد حسن حائری

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: haeri_m@ferdowsi.um.ac.ir

دکتر محمد تقی قبولی درافشان

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ghabooli@ferdowsi.um.ac.ir

چکیده

ماده‌ی ۶۳ قانون مجازات اسلامی، زنا را این گونه تعریف کرده است: «زنا عبارت است از جماع مرد با زنی که ذاتاً بر او حرام است، گرچه در دبر باشد، در غیر موارد وطی شبهه». تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱-۲۲۱ لایحه‌ی جدید پیشنهادی نیز با تأیید مفاد ماده‌ی مذکور آورده است: «جماع با دخول رجولیت به اندازه‌ی ختنه‌گاه در قبل یا دبر زن محقق می‌شود». همان طور که از دو ماده‌ی مذکور بر می‌آید، تحقق زنا به وطی در قبل و یا دبر زن منوط شده است. قابل ذکر است که مفاد این دو ماده مستظهر به موافقت مشهور امامیه است؛ چراکه فقیهان امامیه زنا را به ایلاج در فرج تعبیر نموده‌اند و مشهور ایشان مصداق فرج را مطلق آن و اعم از قبل و دبر دانسته‌اند، اما در مقابل، نظریه‌ای به شواذی از فقها منسوب است که معتقدند ایلاج در غیر قبل، مصداق ایلاج در فرج نیست و لذا، به نظر ایشان دخول در غیر آن، موجب تحقق عنوان زنا نیست. اگر چه به نظر دسته‌ی اخیر، دخول در دبر و لو زن، خود مصداق جرم دیگری به نام لواط است. با این توضیحات مشخص می‌شود، محل نزاع دخول در دبر انثا است که مطابق دیدگاه مشهور امامیه، مصداق جرم زنا و مطابق رأی نادر محقق عنوان لواط است. نگارندگان با بازخوانی هر دو رأی پیش‌گفته و با ارزیابی مستندات فقیهان، نظر سومی را در مسأله برگزیده است. وی معتقد است که دخول در دبر انثا نه محقق عنوان زنا و نه محصل جرم لواط است، بلکه می‌تواند جرم مستقلی باشد که تبیین حدود و میزان و نوع مجازات آن محتاج به بازجستی دیگر در ادله خواهد بود.

کلید واژه‌ها: ایلاج، قبل، دبر، زنا، لواط.

* تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۰۸/۳۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۹/۱۲/۲۰.
^۱ نویسنده مسئول.

مقام یکم؛ تحقق و عدم تحقق زنا با وطی در دبر اثنا

در کتب فقهی، زنا به «ایلاج ذکر الانسان حتى تغيب الحشفة في فرج امرأة محرمة، من غير سبب مبیح و لا شبهة» (علامه حلی، ارشاد الاذهان، ۱۷۰/۲) تعریف شده است. در این تعریف و تعاریف مشابه آن در دیگر کتب، واژه «ایلاج» و یا «دخول»، ظاهراً قید در تعریف زنا است؛ لذا، افعالی مثل ملاعبه، مضاجعه و ... عناوینی غیر از زنا هستند و از تعریف آن خارج‌اند. این مطلب متسالم علیه همه‌ی فقها است؛ اما این که متعلق ایلاج و دخول چه چیزی است و این که آیا زنا تنها به واسطه‌ی دخول در قبل محقق می‌شود و دخول در غیر آن حتی دبر، موجب صدق زنا نخواهد بود و یا این که دخول در فرج اعم از قبل و دبر، محقق عنوان زنا است، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقیهان، نظر اخیر را پذیرفته‌اند و قائل به تعمیم هستند، لکن از صریح کلام ابن حمزه در الوسیله و ظاهر عبارت شیخ مفید در المقنعه و شیخ طوسی در النهایه از شیعیان و ابو حنیفه از ائمه‌ی عامه، برمی‌آید که وجه نخست را برگزیده‌اند.

عرفی یا شرعی بودن عنوان زنا

قبل از بیان کلمات فقها در این باره و ارزیابی ادله‌ی طرفین، لازم است این نکته معلوم شود که آیا زنا موضوعی شرعی است و حقیقت شرعی‌ای درباره آن وجود دارد یا این که این عنوان، مانند بسیاری دیگر از عناوین، داخل در عناوین عرفیه و از موضوعات متخذ از عرف است که شارع تأسیسی در این باره ندارد؟

در پاسخ به این سؤال به نظر می‌رسد احتمال دوم موجه‌تر باشد. مؤید این احتمال آن است که اولاً تعریفی از زنا در روایات ائمه (ع) دیده نشده است و هر آن چه از اهل بیت (ع) در این باره رسیده، احکام مربوط به زنا است. گویی شرع همان مفهوم عرفی و عقلایی زنا را پذیرفته و احکام را بر همان مفهوم عرفی‌اش بار کرده است. ثانیاً در برخی از آثار فقهی به عباراتی از فقیهان بر می‌خوریم که معتقدند زنا حقیقت شرعی ندارد و شارع همان معنای عرفی و لغوی آن را پذیرفته است. یکی از فقهای معاصر در

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۶/۱،
بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص ۱۵۶-۱۳۵

تأملی فقهی در ماده‌ی ۶۳ قانون مجازات اسلامی و تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱-۲۲۱ لایحه‌ی پیشنهادی

دکتر محمد محسنی دهکلانی^۱

استادیار دانشگاه مازندران

Email: mmdehkalany@yahoo.com

دکتر محمد حسن حائری

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: haeri_m@ferdowsi.um.ac.ir

دکتر محمد تقی قبولی درافشان

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ghabooli@ferdowsi.um.ac.ir

چکیده

ماده‌ی ۶۳ قانون مجازات اسلامی، زنا را این گونه تعریف کرده است: «زنا عبارت است از جماع مرد با زنی که ذاتاً بر او حرام است، گرچه در دبر باشد، در غیر موارد وطی شبهه». تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱-۲۲۱ لایحه‌ی جدید پیشنهادی نیز با تأیید مفاد ماده‌ی مذکور آورده است: «جماع با دخول رجولیت به اندازه‌ی ختنه‌گاه در قبل یا دبر زن محقق می‌شود». همان طور که از دو ماده‌ی مذکور بر می‌آید، تحقق زنا به وطی در قبل و یا دبر زن منوط شده است. قابل ذکر است که مفاد این دو ماده مستظهر به موافقت مشهور امامیه است؛ چراکه فقیهان امامیه زنا را به ایلاج در فرج تعبیر نموده‌اند و مشهور ایشان مصداق فرج را مطلق آن و اعم از قبل و دبر دانسته‌اند، اما در مقابل، نظریه‌ای به شواذی از فقها منسوب است که معتقدند ایلاج در غیر قبل، مصداق ایلاج در فرج نیست و لذا، به نظر ایشان دخول در غیر آن، موجب تحقق عنوان زنا نیست. اگر چه به نظر دسته‌ی اخیر، دخول در دبر و لو زن، خود مصداق جرم دیگری به نام لواط است. با این توضیحات مشخص می‌شود، محل نزاع دخول در دبر انثا است که مطابق دیدگاه مشهور امامیه، مصداق جرم زنا و مطابق رأی نادر محقق عنوان لواط است. نگارندگان با بازخوانی هر دو رأی پیش گفته و با ارزیابی مستندات فقیهان، نظر سومی را در مسأله برگزیده است. وی معتقد است که دخول در دبر انثا نه محقق عنوان زنا و نه محصل جرم لواط است، بلکه می‌تواند جرم مستقلی باشد که تبیین حدود و میزان و نوع مجازات آن محتاج به بازجستی دیگر در ادله خواهد بود.

کلید واژه‌ها: ایلاج، قبل، دبر، زنا، لواط.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۰۸/۳۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۹/۱۲/۲۰.

^۱ . نویسنده مسئول.

مقام یکم؛ تحقق و عدم تحقق زنا با وطی در دبر انثا

در کتب فقهی، زنا به «ایلاج ذکر الانسان حتى تغيب الحشفة في فرج امرأة محرمة، من غير سبب مبیح و لا شبهة» (علامه حلی، ارشاد الازهان، ۱۷۰/۲) تعریف شده است. در این تعریف و تعاریف مشابه آن در دیگر کتب، واژه‌ی «ایلاج» و یا «دخول»، ظاهراً قید در تعریف زنا است؛ لذا، افعالی مثل ملاعبه، مضاجعه و ... عناوینی غیر از زنا هستند و از تعریف آن خارج‌اند. این مطلب متسالم علیه همه‌ی فقها است؛ اما این که متعلق ایلاج و دخول چه چیزی است و این که آیا زنا تنها به واسطه‌ی دخول در قبل محقق می‌شود و دخول در غیر آن حتی دبر، موجب صدق زنا نخواهد بود و یا این که دخول در فرج اعم از قبل و دبر، محقق عنوان زنا است، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقیهان، نظر اخیر را پذیرفته‌اند و قائل به تعمیم هستند، لکن از صریح کلام ابن حمزه در الوسیله و ظاهر عبارت شیخ مفید در المقتنعه و شیخ طوسی در النهایه از شیعیان و ابو حنیفه از ائمه‌ی عامه، برمی‌آید که وجه نخست را برگزیده‌اند.

عرفی یا شرعی بودن عنوان زنا

قبل از بیان کلمات فقها در این باره و ارزیابی ادله‌ی طرفین، لازم است این نکته معلوم شود که آیا زنا موضوعی شرعی است و حقیقت شرعی‌ای درباره آن وجود دارد یا این که این عنوان، مانند بسیاری دیگر از عناوین، داخل در عناوین عرفیه و از موضوعات متخذ از عرف است که شارع تأسیسی در این باره ندارد؟

در پاسخ به این سؤال به نظر می‌رسد احتمال دوم موجه‌تر باشد. مؤید این احتمال آن است که اولاً تعریفی از زنا در روایات ائمه (ع) دیده نشده است و هر آن چه از اهل بیت (ع) در این باره رسیده، احکام مربوط به زنا است. گویی شارع همان مفهوم عرفی و عقلایی زنا را پذیرفته و احکام را بر همان مفهوم عرفی‌اش بار کرده است. ثانیاً در برخی از آثار فقهی به عباراتی از فقیهان بر می‌خوریم که معتقدند زنا حقیقت شرعی ندارد و شارع همان معنای عرفی و لغوی آن را پذیرفته است. یکی از فقهای معاصر در

این باره می‌نویسد: «الزنا موضوع عرفی ... و لیس له حقیقة شرعیة» (مکارم شیرازی، ۲۲/۱). همو در جایی دیگر دوباره تاکید می‌کند: «کل ذلك لصدق عنوان الزنا عرفاً و الموضوعات متخذة من العرف بعد ان لم تكن لها حقیقة شرعیة...» (همان، ۲۳).

اقوال لغویان

نگارندگان جهت فهم معنای عرفی و حقیقت لغوی آن با تفحص در کتب لغت و مطالعه و استقصای بسیاری از مجامع لغوی، به تعریفی مناسب از زنا که مشخص کننده‌ی حدود و مبین ماهیت آن باشد دست نیافته است. در مآخذ لغوی معتبری هم که در تفسیر عبارات و واژه‌های قرآنی و روایی مورد استناد قرار می‌گیرند مانند *النهایی* ابن اثیر، *الفائق* زمخشری، *مجمع البحرین* طریحی و ... مطلب خاصی که به وضوح مسأله کمک کند، برخورد نکرده است. کتب مذکور اصلاً یادآور نشده‌اند که مثلاً آیا زنا منحصر در وطی در قبل است یا وطی در دبر را هم شامل می‌شود و اگر در جایی احیاناً اشاره‌ای شده باشد، نقل قولی از فقها است. البته به این مطلب که واژه‌ی «فرج» در مورد مذکر هم صادق است، تصریحاتی دارند که این امر، نه نفیاً و نه اثباتاً به مسأله‌ی مورد بحث ارتباط محسوسی ندارد. گویی که صاحبان آثار لغوی نیز تعریف زنا را به متن عرف حواله کرده‌اند و از ارایه‌ی تعریفی مشخص در این باره صرف نظر نموده‌اند.

تنها ابو هلال عسکری در *الفروق اللغویة*، زنا را این گونه تعریف کرده است: «الزنا هو وطی المرأة فی الفرج من غیر عقد شرعی و لا شبهة عقد مع العلم بذلك او غلبة الظن و لیس کل وطی حرام زنا لان الوطی فی الحيض و النفاس حرام و لیس بزنا» (عسکری، ۲۶۸)؛ اما وی نیز مشخص ننموده که منظور از فرج در تعریف ایشان صرف قبل است و یا مطلق عورت که اعم از قبل و دبر است؛ لذا، تعریف ایشان نیز در این باره به ما کمکی نمی‌کند.

در مآخذ تاریخی هم که به تاریخ صدر اسلام و قبل از آن پرداخته‌اند، مانند *تاریخ طبری*، *تاریخ یعقوبی*، *مروج الذهب* و حتی *تاریخ العرب قبل الاسلام* جواد علی، به

مطلبی در این خصوص دست نیافته‌ایم. به نظر می‌رسد که همه‌ی این‌ها مسأله را به عرف و یا به وضوحش وانهاده‌اند. از این رو، اگر بپذیریم که عرف معاصر و قدری پیش از آن، «زنا» را مرادف وطی در قبل می‌داند، گزاف نیست که با اصل عدم نقل، معنای واژه را در عصر صدور آن (در قرآن کریم و لسان معصومان (ع))، همین معنای متعارف بدانیم؛ مگر آن که خلاف آن ثابت شود که ظاهراً چنین چیزی ثابت نشده است.

در ادامه صاحبان این سطور خود را ناچار از آن یافت که برای روشن شدن ماهیت زنا، دست نیاز را به آثار فقهی دراز نماید و با استمداد از تعاریف فقیهان در این باره به جلو حرکت کند و مستظهر به بضاعت اندک خود کوره راهی به حقیقت بگشاید.

اقوال فقها

أ. فقهای شیعه

۱. رأی نادر

پیش‌تر آورده شد که شواذی از فقها زنا را تنها به واسطه‌ی ایلاج در قبل محقق می‌دانند و دخول در دبر را خارج از ماهیت زنا می‌بینند. صریح سخن ابن حمزه در این باره چنین است: «الزني الموجب للحد وطئ الرجل الكامل البالغ امرأة في فرجها حراماً من غير عقد، أو شبهة عقد، أو شبهة نكاح و في الوطئ في دبر المرأة قولان: أحدهما أن يكون زني و هو الأثبت والثاني: أن يكون لواطاً» (ابن حمزه، ۴۰۹).

شیخ مفید نیز در **مقنعه** پیش از ابن حمزه، آورده است: «و الزنا الموجب للحد هو وطئ من حرم الله تعالى وطأه من النساء بغير عقد مشروع إذا كان الوطئ في الفرج دون ما سواه» (مفید، ۷۷۴).

شیخ طوسی نیز در عبارتی مشابه کلام استاد خود، در *نهایه* می نویسد: «الزنا الموجب للحد هو وطئ من حرم الله تعالى وطأه من غير عقد و لا شبهة عقد و يكون الوطئ في الفرج خاصة» (طوسی، ۶۸۸).

مقتضای این کلمات، اختصاص زنا به دخول در قبل و ثمره‌ی عملی این ادعا، در احکام اختصاصی مترتب بر لواط است؛ مثل حد پرت کردن از بلندی، عدم اشتراط احسان و ... البته برخی از فحول تصریح نموده‌اند که واژه‌ی «فرج» حقیقت در قبل و دبر، هر دو است: «الزنا الموجب للحد، هو وطئ من حرم الله تعالى وطئه من غير عقد و لا شبهة عقد و يكون الوطئ في الفرج، سواء كان قبلاً أو دبراً، بلا خلاف» (ابن ادریس، ۴۲۸/۳) و قید «خاصه» در کلام شیخان، مخرج ایلاج در غیر فرج است. در نتیجه، در انتساب این نظریه به شیخان تشکیک کرده‌اند و مرحوم شیخ مفید و شیخ طوسی را در ردیف مشهور قرار داده‌اند.

علامه حلی در *مختلف* در این باره می نویسد: «مسألة: قال الشيخان وابن البراج: حكم الزنا بالمرأة في الدبر حكم الزنا في القبل و هو المشهور ايضاً و قال ابن حمزة: و في الوطئ في دبره المرأة قولان: احدهما: ان يكون زنى - و هو الاثبت - و الثاني: و ان يكون لواطاً و المشهور هو الاول، فتعين المصير إليه» (علامه حلی، *مختلف الشیعة*، ۱۶۱/۹).

۲. رأی مشهور

مشهور فقیهان در این مسأله قائل به تعمیم هستند و دخول در اعم از قبل و دبر را موجب تحقق ماهیت زنا می دانند. ذیلاً به کلام برخی از ایشان اشاره خواهد شد: محقق حلی در *شرایع* می نویسد: «و يتحقق ذلك بغيبوبة الحشفة، قبلاً أو دبراً» (۹۳۲/۴).

همو در *مختصر النافع* تکرار نموده است: «و يتحقق بغيبوبة الحشفة قبلاً أو دبراً» (۲۱۳).

فاضل آبی در *کشف الرموز عین تعبیر مختصر النافع* را آورده است (۵۳۸/۲).

علامه در همه ی آثار خود همین رأی را پذیرفته است. وی در قواعد گفته است: «و هو إيلاج الإنسان ذكره حتى تغيب الحشفة عالماً بالتحريم، مختاراً بالغاً عاقلاً في فرج امرأة قبلاً أو دبراً، مع تحريمها عليه من غير عقد و لا شبهة عقد و لا ملك» (٥٢١/٣). ایشان در *ارشاد* می نویسد: «الزنا إيلاج ذكر الانسان حتى تغيب الحشفة في فرج امرأة قبل أو دبر محرمة من غير سبب مبيح و لا شبهة» (١٧٠/٢) و در *تحریر الاحکام* آورده است: «ايلاج ذكر الانسان في فرج امرأة قبل أو دبر محرمة عليه من غير عقد و لا شبهة عقد و لا ملك و يكفى في تحققة غيبوبة الحشفة في القبل أو الدبر» (٢١٩/٢). وی در *تبصره* نیز تأکید دارد: «و هو يثبت بإيلاج فرجه في فرج امرأة، حتى تغيب الحشفة، قبلاً أو دبراً، من غير عقد و لا شبهة عقد و لا ملك» (٢٤٣).

ابن فهد مطابق با مشهور پیشینیان، زنا را این گونه تعریف کرده است: «الزنا تغيب الحشفة من ذكر أصلي يقيناً في فرج امرأة أصلي يقيناً، مع علم التحريم، علماً مطابقاً لما في نفس الأمر» (ابن فهد، ٨/٥).

صاحب *كشف اللثام* نیز می نویسد: «ايلاج الانسان الذكر ذكره و كأنه اكتفي به عن وصف الذكر بناء على ان ما للخثى ليس بذكر حتى تغيب الحشفة أو قدرها مع فقدها أو الباقي بكماله على وجهين عالماً بالتحريم مختاراً بالغاً عاقلاً في فرج امرأة قبلاً و دبراً كما نص عليه ابن ادریس والمحقق و قال ابن حمزة في الوطئ في الدبر المرأة قولان أحدهما أن يكون زنا و هو الا ثبت و الثاني أن يكون لواطاً قال في (المخ) فالمشهور هو الاول فيتعين المصير إليه قلت و ربما كان مراد الشيخين حيث قال انه في الفرج خاصة تخصيصه بالقبل مع تحريمها عليه اصالة» (٣٩٣/٢) و سید علی طباطبایی گفته است: «و يتحقق الدخول الموجب بغيبوبة الحشفة أو قدرها من الذكر قبلاً أو دبراً بلا خلاف اجده به و صرح الحلبي في شمول الفرج للقبل و الدبر لاطلاق الادلة فتوى و رواية ففي الصحيح و غيره إذا ادخله فقد وجب الغسل و المهر و الرجم فتأمل و الاصل في تحريم الزنا و ثبوت الحد به بعد اجماع

الامة والكتاب والسنة المستفیضة بل المتواترة الآتی إليها الاشارة في تضاعیف الابحاث الآتیة» (۴۵۹/۲)

آخرین نقل قول هم اختصاص به صاحب جواهر دارد. ایشان نیز معتقد است: «(و) کیف کان ف (یتحقق ذلك) عرفاً (بغیبوبة الحشفة قبلاً أو دبراً) كما نص علیه غیر واحد بل هو المشهور كما عن المختلف، بل لم أجد فيه خلافاً، كما اعترف به في الرياض، نعم في الوسيلة في الوطئ في دبر المرأة قولان: أحدهما أن يكون زنا و هو الا ثبت و الثاني أن يكون لواطاً و لعله أراد ما في المقنعة: «الزنا الموجب للحد و طئ من حرم الله تعالى و طأه من النساء بغير عقد مشروع إذا كان الوطئ في الفرج خاصة دون ما سواه» و في النهاية: «الزنا الموجب للحد هو و طئ من حرمه الله من غیر عقد و لا شبهة عقد و يكون في الفرج خاصة» و فيه أن الظاهر منه الاعم كما عن ابن إدريس التصريح به. كل ذلك مضافاً إلى الاطلاق فتوى و رواية ففي الصحيح وغيره «إذا أدخله فقد وجب الغسل والمهر والرجم» (۲۶۰/۴۱).

ادلهی قول مشهور

مشهور، جهت تبیین نظریه‌ی خویش به ادله‌ای استناد جسته‌اند. این ادله از فقره‌ی پایانی کلام صاحب جواهر نیز فهمیده می‌شود. صاحب ریاض در مقام بیان دلیل رأی مشهور به نقل کلام ابن ادريس در این باره پرداخته و نوشته است: «و صرح الحلبي في شمول الفرج للقبل و الدبر لاطلاق الادلة فتوى و رواية» (۴۵۹/۲). در واقع همان طور که قبلاً بیان شد، ابن ادريس مدعی است که فرج به حسب وضع، اعم از قبل و دبر است و ظاهر ادله، فرقی میان این دو نگذاشته‌اند. مقصود ایشان از ظاهر روایات دو خبر ذیل است:

خبر اول، خبر حفص بن سوجه از امام صادق (ع) است که در مورد فردی که با همسر خویش از دبر مواقعه نموده، فرموده است: « هو احد المأتین فيه الغسل» (حر عاملی، ۱۴/ باب ۷۳ من مقدمات النکاح)

خبر دوم، صحیح‌هی محمد بن مسلم است که از احد الصادقین (ع) پرسیده است: بر مرد و زن چه وقت غسل واجب می‌شود؟ امام فرمود: «إذا ادخله فقد وجب الغسل و المهر و الرجم» (حر عاملی، ۴۶۹/۱).

تقریب استدلال به این دو حدیث بدین صورت است که در حدیث اول وقتی «احد الماتیین» بر دبر صادق باشد، دخول در آن نیز محقق عنوان زنا است و یا در حدیث دوم، اطلاق «إذا ادخله»، شامل غیوبیت حشفه در دبر نیز می‌شود و عنوان ادخال، بر ادخال در دبر نیز صادق است.

اشکالات وارد به ادله‌ی مشهور

برخی محققان اشکالاتی به ادله‌ی مشهور گرفته‌اند که خالی از دقت نیست. اشکالات ایشان بدین قرار است:

۱. اطلاق خبر، قابل تمسک نیست؛ چراکه در زنا غیوبیت حشفه موجب تحقق ادخال است، لکن در صدق لواط که موجب حرمت مادر و خواهر است عدم غیوبیت حشفه کفایت می‌کند.

۲. بر فرض صدق ادخال و عدم معارض برای تمسک به اطلاق، چه بسا بگوییم زنا تنها به ادخال در قبل منصرف است و شاهد بر آن در قذف بکر به زنا است که در صورت شهادت به بقای بکارت، حکم به براءت باکره می‌شود؛ بدین معنا که اگر وطی در دبر نیز زنا محسوب شود نباید شهادت به بقای بکارت مساوی با عدم زنای بکر باشد.

۳. مورد از باب تعیین موضوع است و در باب تعیین موضوع اتکا به خبر واحد در غایت اشکال است.

۴. با وجود اشکالات فوق، از باب قاعده‌ی درء و عمل به احتیاط، چه بسا حکم به عدم ثبوت زنا به واسطه‌ی دخول در دبر موجه باشد (خوانساری، ۳/۷).

پاسخ به اشکالات فوق

برخی از اعلام و اساطین معاصر در مقام پاسخ به ایرادات مذکور برآمده و معتقدند:

در مسأله‌ی رمی باکره به زنا محتمل است که قاذف، تنها رمی به زنا در قبل نموده باشد و گرنه باکره خصوصیتی ندارد؛ چراکه در زنا در دبر بین باکره و غیر آن فرقی نیست. اما به نظر می‌رسد اشکال تعیین موضوع به خبر واحد، ارتباطی به مسأله‌ی مورد بحث نداشته باشد؛ چراکه محل بحث، تعیین موضوع نیست، بلکه شمول و عدم شمول عناوین وضع شده برای احکام در روایات وارد شده در باب وطی در دبر است. اما تمسک به قاعده‌ی درء در جایی وارد است که احد الاحتمالین، عدم ثبوت حد باشد، نه مثل مقام ما که مخالف نیز اعتراف دارد در وطی در دبر احکام لواط مترتب می‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۱). اما به نظر می‌رسد اشکال به جای خود باقی باشد؛ چرا که می‌توان گفت در این جا و در فرض عدم اثبات زنا و لواط، احتمال سومی نیز متصور است و آن ثبوت تنها تعزیر است. بنابراین، تمسک به قاعده‌ی درء به خوبی معنا پیدا می‌کند.

ب) فقهای اهل سنت

۱. نظر ابوحنیفه

از میان فقیهان عامه ابوحنیفه یگانه فقیهی است که زنا را اسمی برای «وطی حرام در قبل زن» می‌داند و وطی در غیر قبل را مصداق زنا نمی‌شمارد. صاحب *بدائع الصنائع* که خود از فقیهان حنفی مسلک است زنا را این گونه تعریف می‌کند: «الزنا فهو اسم للوطئ الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار...» (کاشانی، ۳۳/۷). حتی ابوحنیفه به رغم حرام دانستن وطی در دبر (اعم از مذکر و مونث) آن را موجب ثبوت حد نیز نمی‌بیند: «كذلك الوطئ في الدبر في الأنتى أو الذكر لا يوجب الحد عند أبي حنيفة وإن كان حراماً لعدم الوطئ في القبل فلم يكن زناً» (همان).

استدلال ابوحنیفه

ابو حنیفه برای مختار خود به ادله‌ای استناد جسته است. وی معتقد است: اولاً زنا و لواط دو عنوان متباین هستند و زنا اسم است برای وطی در قبل مرأه؛ لذا، می‌توان گفت «لاط و ما زنی» و نیز ادعا نمود «فلان لوطی و فلان زانی». این اختلاف در اسامی، دلیل اختلاف در معانی است. از این رو، صحابه در حد این فعل (وطی در دبر) اختلاف کرده‌اند در حالی که اگر زنا بود، اختلاف معنا نداشت؛ زیرا که موجب زنا به نص برایشان معلوم بود. پس وطی در دبر نه زنا است و نه در معنای زنا. ثانیاً زنا موجب اشتباه در نسب و عامل اختلاط ماء و تضييع ولد می‌شود و این چیزی است که در وطی در دبر راه ندارد. همان‌طور که در عزل که امری مباح است، این تضييع و اشتباه وجود ندارد. ثالثاً حد برای زجر است و در این مورد نیازی به زجر نیست؛ چون نیاز به زجر مربوط به مواردی است که دارای غلبه‌ی وجود هستند و وجود این فعل دارای غلبه نیست؛ زیرا وجود آن در اختیار دو شخص است که تنها یک طرف آن داعی شهوی دارد و محل (مفعول)، داعی شهوی ندارد در حالی که در زنا داعی از طرفین است (ابن عابدین، ۱۵۴/۳).

جواب به استدلال

به نظر می‌رسد استدلالات ابو حنیفه تمام نبوده و هر کدام قابل پاسخگویی است. در پاسخ به استدلال اول می‌توان گفت: اولاً این که عنوان زنا فقط شامل وطی در قبل می‌شود، اول الکلام است و این مبنا قابل خدشه است. ثانیاً ملازمه‌ی ادعایی، مبنی بر این که اختلاف صحابه در کیفیت حد، ناشی از اختلاف ایشان در ماهیت وطی در دبر است، صحیح نیست. مگر نه این است که در بسیاری از حدود مثل حد شیخ و شیخه، حد زن اگر با صبی زنا کند و حد لواط در غیر محصن و... میان فقیهان اختلاف است؟ در حالی که در صدق عنوان زنا و لواط، در فروع مذکور هیچ اختلافی بین اصحاب نیست.

استدلال دوم وی نیز بدین گونه قابل جواب است که همه‌ی مصادیق زنا موجب اختلاط ماء نمی‌شوند و بسیاری از موارد، مثل زنا با زنی که بارداری وی ممکن نیست با زنا با وطی در دبر از حیث مناط یکسان است.

در پاسخ به استدلال سوم ایشان نیز می‌توان گفت: اولاً صغرای استدلال را قبول نداریم و می‌گوییم: قطعیت به عدم ثبوت شهوت در طرف مفعول، معلوم نیست. ثانیاً بر فرض قبول صغرا از کجا معلوم است که جعل حد و ثبوت زجر تنها در جایی ثابت می‌شود که داعی، شهوت طرفین باشد؟ شاید دواعی دیگر مثل انتشار فحشاء و ... موجب ثبوت حد شوند. ثالثاً بر فرض تمامیت صغرا و کبرا، باید این ملاک در تعزیر هم جاری گردد و ملتزم شوید که واطی در دبر، مستحق تعزیر هم نیست و حال آن که بطلان چنین چیزی از مسلمات همه‌ی مذاهب است.

آن چه به عنوان جمع‌بندی می‌توان گفت این است که این استدلالات، تنها وجوهی اعتباری و صرفاً استحساناتی عقلی‌اند که دلالت آن‌ها بر واقع معلوم نیست و عدم اعتبار آن‌ها در جای خود ثابت شده است.

نکته‌ی قابل ذکر در این مسأله آن است که دو شاگرد میرزا ابوحنیفه، یعنی قاضی ابو یوسف و محمدحسن شیبانی، فتوایی مخالف با استاد خود و وفق دیگر مذاهب اهل سنت داده‌اند (زحیلی، ۳۵۰/۷؛ کاشانی، ۳۴/۷).

۲. نظر شافعی، مالکیه و حنابله

بقیه‌ی مذاهب عامه، وطی در دبر را موجب حد زنا می‌دانند، هر چند آن را در معنای زنا دانسته‌اند. ذیلاً ترجمه‌ی عبارات برخی از ایشان را نقل می‌کنیم:

محمی الدین نووی که از فقیهان شافعی است می‌نویسد: «وطی موجب حد، غیبت حشفه در فرج است و نیز در دبر؛ چون دبر هم فرج است و حدی که در فرج واجب است در وطی در دبر هم واجب است؛ چون دبر هم فرجی است که مقصود (به وطی) است؛ لذا، ایلاج در آن، همانند قبل حد دارد و نیز برای این که هرگاه در وطی در قبل

که از موارد مباح است حد دارد وطی در دبر که مطلقاً از موارد غیر مباح است به طریق اولی حد دارد» (۱۷/۲۰).

صاحب معنی المحتاج نیز که از هم مسلکان نووی است، همین نظر را با بیانی متفاوت، این گونه اعلام می کند: «ایلاج مذکر در فرج (یعنی قبل اثنا) موجب حد است و نیز وطی در دبر مذکر و دبر اجنبیه همانند قبل اثنا است؛ یعنی با ایلاج در هر یک از دبرین، حد ثابت است» (شریبنی، ۱۴۳/۴).

عبد الله بن قدامه ی حنبلی در کتاب معروف خود *المعنی* می نویسد: «بین اهل علم خلافی نیست در این که وطی در قبل مرأه حرام و زنا است و در صورت وجود شرایط دیگر، مستوجب حد است. وطی در دبر هم مانند وطی در قبل است؛ چون وطی در فرج زنی است که واطی مالک آن نیست» (۱۵۱/۱۰).

عبد الرحمن بن قدامه نیز در شرح کبیر عبارتی مشابه با *المعنی* دارد (۱۷۹/۱۰) و فقیه مالکی، دسوقی در *حاشیه* نیز، این نظر را بر گزیده است (۳۱۳/۴).

استدلال قائلان به تعمیم

این دسته از فقیهان بر مدعای خود به دو آیه ی ذیل استناد جسته اند: «و لا تقربوا الزنا انه كان فاحشة...» و به دلیل «أتأتون الفاحشة». وجه استدلال به آیات نیز بدین صورت است که در آیه ی اول، زنا فاحشه نامیده شده است و در آیه ی دوم که مربوط به قوم لوط است، به لواط که وطی در دبر است نیز، عنوان فاحشه اطلاق شده است.

جواب به استدلال

در پاسخ به این دسته می گوییم: اولاً اشتراک وطی در قبل و وطی در دبر در فاحشه بودن، مستلزم اشتراک آن دو در زنا بودن نیست. ثانیاً آیه ی دوم مربوط به قوم لوط و در مورد وطی در دبر مردان است در حالی که ادعا این است که وطی در دبر زنان هم فاحشه است و این امر از آیه استفاده نمی شود.

ارزیابی دو قول

آن چه به عنوان ارزیابی دو نظریه به ذهن می‌رسد این است که از آن جا که طرح ادعا از سوی قائلان مشهور ارائه شده است و ایشان مدعی اثبات موضوع هستند، منطقیاً بار اثبات نیز به دوش ایشان است؛ چراکه اصل عدم، مؤید رأی مقابل (رأی شاذ) است. به عبارت دیگر، از آن جا که احکام تابع موضوعات اند، اثبات حکم زنا، فرع احراز عنوان زنا است و این همان چیزی است که مشهور باید در صدد اثبات آن برآیند.

آن چه مشهور امامیه در مقام ادله ارایه نموده‌اند، خبر حفص بن سوقه و صحیح‌های محمد بن مسلم است. خبر نخست غیر صحیح است (نجفی، ۲۶۰/۴۱)؛ علاوه بر این که دلالتش بر مطلوب نیز روشن نیست؛ زیرا که روایت، تنها بر جواز دخول از دبر دلالت دارد، اما این که آیا چنین دخولی از راه غیر شرعی، مصداق زنا است یا خیر، مطلبی است که این روایت در مورد آن ساکت است.

خبر اخیر نیز اگرچه سند آن تام است، اشکال دلالتی خبر نخست بر آن نیز وارد است؛ چرا که صحیح‌های می‌گوید بر عهده‌ی دخول کننده (خواه دخول کننده در قبل باشد یا دبر)، غسل، مهرالمثل و رجم ثابت است، اما این مطلبی است که محل بحث نیست. محل نزاع، صدق عنوان زنا بر مطلق دخول در قبل و دبر است و ادعای دلالت روایت محمد بن مسلم، اول کلام است و قائلان رأی شاذ معتقدند این روایت دلالتی بر آن ندارد و شاید بدین دلیل بوده است که صاحب ریاض علی‌رغم این که از قائلان رأی مشهور است، ذیل روایت، لفظ فتأمل آورده است (طباطبایی، ۴۵۹/۲).

نکته‌ی قابل توجهی که نباید از نظر دور داشت، این است که در شهادت بر زنا، فقها فرموده‌اند: اگر چهار نفر به زنای زنی شهادت دهند و چهار نفر دیگر به بقای بکارت وی گواهی نمایند، حد زنا ساقط می‌شود و این مطلب ظاهراً اجماعی است. باید گفت بر طبق نظر مشهور، شهادت دسته‌ی اول بر زنا، وطی در قبل و دبر (هر دو) را شامل می‌شود و شهادت گروه دوم بر بقای بکارت، تنها نافی وطی در قبل است؛ لذا، در فرض مذکور و بر مبنای نظر مشهور، به نظر می‌رسد حکم به سقوط حد زنا

توجیهی غیر از تعبد به اخبار وارده در مسأله ندارد و حال آن که مطابق نظر نگارنده، این مسأله موافق قاعده خواهد بود.

در فقه عامه نیز اگرچه دلایل ابوحنیفه مبنی بر تحدید زنا به ایلاج در قبل کافی نبوده و استدلال وی قابل خدشه است، لکن به همان ملاکی که در سطور آغازین ارزیابیِ دو قول گفتیم، اثبات حکم، فرع احراز موضوع است؛ لذا، با ناتمام دانستن مدارک مثبت زنا، بر پایه‌ی اصل عدم، به عدم ثبوت زنا حکم می‌کنیم.

مقام دوم؛ تحقق و عدم تحقق لواط با وطی در دبر اثنا

آن چه در این مقام در پی بررسی آن هستیم، این است که بر فرض عدم ثبوت زنا، آیا به واسطه‌ی وطی در دبر اثنا، لواط اثبات می‌شود یا خیر؟ این ادعایی است که ابن حمزه‌ی طوسی از فقیهان شیعی و نیز برخی از فقیهان عامه (۳۱۳/۴) آن را ثابت دانسته‌اند. جهت جلوگیری از تکرار نقل‌ها، خواننده را به سطور آغازین اقوال ارجاع می‌دهیم. لازم به توضیح است که خود ایشان دلیلی بر مدعایشان اقامه نکرده‌اند؛ لذا، آن چه در این جا باید مورد سنجش و بررسی قرار گیرد، ادله‌ی لواط است و باید با بازخوانی ادله‌ی لواط مشخص گردد که آیا این ادعا ادعایی مصاب است یا خیر؟

تعریف لواط از نظر فقها

با مطالعه‌ی اکثر آثار فقهی مشخص می‌گردد که اتحاد جنسیت مذکر میان فاعل و قابل در تحقق عنوان لواط دخالت دارد و صرفاً ادخال در مطلق دبر در تحقق این عنوان کافی نیست. عبارات فقها در تعریف لواط چنین است: «و اللواط هو الفجور بالذکران» (مفید، ۷۸۵؛ طوسی، ۷۰۳؛ حلی، ۵۲۹/۲؛ ابن حمزه، ۴۱۳؛ غنیة النزوع، ۴۲۵؛ ابن ادریس، ۴۵۷/۳) و یا برخی دیگر چنین تعریف کرده‌اند: «اللواط هو وطئ الذکران، سواء كان بإيقاب أو بغيره» (علامه حلی، تحریر الأحکام، ۳۳۰/۵؛ همو، إرشاد الأذهان، ۱۷۵/۲؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ۹۴۱/۴) و یا شهید، لواط را این گونه تعریف

می‌کند: «هو وطئ الذکر و اشتقاقه من فعل قوم لوط» (۱۴۱/۹) و یا فقیهی دیگر آورده است: «اللواط بالذکران بالایقاب» (حلی، یحیی بن سعید، ۵۵۴). با نگاهی هر چند سریع و گذرا در تعبیر مذکور واضح می‌شود که ذکوریت طرفین عمل لواط در تحقق آن شرط است و صرف دخول در دبر ولو دبر اثنا برای تحقق کافی نیست. این همان چیزی است که روایات وارده در باب لواط نیز بدان تصریح می‌کنند. به عنوان مثال، شیخ حر عاملی در جلد ۱۸ وسایل با عنوان «ابواب حد اللواط»، فصولی را با عناوینی مثل «باب ان الرجل اذا لاط بغلام»، «باب حد اللواط مع الايقاب»، «باب من قبل غلاماً بشهوة» و یا «باب ثبوت اللواط بالاقرار اربعاً»، تنظیم نموده است و ذیل این عناوین به بیان اخبار ائمه پرداخته است. با اندک تأملی در متن این اخبار فهمیده می‌شود که در تمام اخبار مذکور، موضوع، حول ادخال مذکر در دبر مذکر است و تعبیری مثل «فی رجل یفعل بالرجل»، «رجل اتی رجلاً»، «ان الرجل اذا لاط بغلام» که متخذ از اخبار موصوف است، گواه چنین مطلبی است؛ لذا، به نظر می‌رسد مقام اخیر، بحثی بیش از این را نطلبد و روشنی بحث به میزانی است که اتمام کلام در این حد خللی به دلالت استدلال نزنند.

رأی اصراری دیوان عالی کشور و تحلیل آن

قابل ذکر است که هیأت عمومی دیوان عالی کشور در سال‌های پیش از انقلاب اسلامی، با بررسی موضوع «جرم لواط با دختر»، جهت اتخاذ رویه، به اتفاق آراء، در این باره رأی صادر نموده است. در این جا به نظر رسیده است این رأی و بیان سابقه‌ی آن به همراه تحلیل فقهی‌اش ذکر شود. این امر موجب فزونی غنای علمی مقاله می‌گردد و برای خوانندگان نیز خالی از فائده نیست.

رأی صادره از سوی هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ناظر به دو ماده‌ی ۲۰۷ و ۲۰۸ قانون مجازات عمومی مصوب سال‌های ۱۳۰۴ و ۱۳۵۲ مجلس شورای ملی است که

با پیروزی انقلاب اسلامی، نسخ گردید. اما نقل اصل دو ماده‌ی قانون مذکور، جهت فهم مطالب بعدی ضروری است:

ماده‌ی ۲۰۷ قانون مجازات عمومی، بند الف: هر کس به عنف یا تهدید، هتک ناموس زنی را بنماید به حبس جنایی درجه‌ی یک از سه تا ده سال محکوم خواهد شد و همین مجازات مقرر است درباره‌ی کسی که مرتکب لواط شود. در صورت وجود یکی از علل مشدده‌ی ذیل، مرتکب به حداکثر مزبور محکوم می‌شود: ۱- ۲...- اگر مجنی علیه کمتر از ۱۸ سال تمام داشته باشد. ... ۷- در مورد لواط، هرگاه به عنف یا تهدید باشد.

ماده‌ی ۲۰۸ قانون مجازات عمومی، بند الف: هر کس به دیگری، به عنف یا تهدید، مرتکب عمل منافی عفتی غیر از هتک ناموس گردد، به حبس جنحه‌ای از شش ماه تا سه سال محکوم خواهد شد.

رأی اصراری هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره‌ی ۱۱۸ مورخ ۱۳۳۶/۳/۳۰: «منظور از عبارت "عمل منافی عفت غیر از هتک ناموس" مذکور در ماده‌ی ۲۰۸ قانون مجازات عمومی این است که با مجنی علیها، اعمال منافی غیر واقعه انجام شده باشد و الا ارتکاب واقعه با عنف با دختر یا زن، بدون رابطه‌ی زوجیت (اعم از قبل و دبر)، هتک ناموس بوده و مشمول فراز اول بند الف ماده‌ی ۲۰۷ قانون مجازات عمومی خواهد بود، بدون این که استناد به شق ۷ ماده‌ی مذکور که اختصاص به جنس ذکور دارد، لازم باشد. بنابراین، حکم شعبه‌ی ۲ دیوان عالی کشور بر ابرام حکم دادگاه جنایی از حیث تطبیق عمل با ماده‌ی ۲۰۷ قانون مجازات عمومی، بالتیجه صحیح است.»

سابقه‌ی این رأی اصراری هیأت عمومی مربوط به رویه‌های مختلفی بود که در شعب دیوان عالی کشور، در باب هتک ناموس به عنف اتخاذ شده بود. شرح اجمالی آن رویه‌های متفاوت، به قرار ذیل است:

الف- شخصی برای انجام عمل شنیع با دختری که سنش در کیفرخواست ۲۰ سال تعیین شده و ازاله‌ی بکارت از مشار الیها، تحت تعقیب دادرسی بابل واقع گردیده و در دادگاه جنحه‌ی بابل طبق ماده‌ی ۲۰۸ قانون مجازات عمومی و رعایت ماده‌ی ۴۵ قانون مزبور، به ده ماه حبس تأدیبی و پرداخت یک‌هزار ریال هزینه‌ی دادرسی محکوم شده است. محکوم علیه، خود و دادستان به لحاظ این که «ارتکاب لواط، جنایی و خارج از حدود صلاحیت دادگاه جنحه می‌باشد و باید در دادگاه جنایی رسیدگی به عمل آید» تقاضای رسیدگی فرجامی نمودند. شعبه‌ی نهم دیوان عالی کشور در مقام رسیدگی به فرجام‌خواهی، چنین رأی داده است: اعتراض دادستان به این که عمل انجام شده با مجنی علیها لواط و از مصادیق شق ۷ ماده‌ی ۲۰۷ قانون مجازات عمومی است، نه ماده‌ی ۲۰۸، استنادیه‌ی دادگاه وارد به نظر نمی‌رسید؛ چه آن که لواط موقعی صادق است و بر ماده‌ی استنادیه‌ی دادستان منطبق است که با جنس ذکور انجام شود و در مورد اناث لواط صادق نیست و عمل انجام شده از طرف متهم با دختر مجنی علیها به طوری که در نظر دادگاه به ثبوت رسیده است، منطبق به همان ماده‌ی مستندی دادگاه است. علیهذا و این که شکایت فرجامی محکوم علیه پس از اعلام رأی و در خارج از مدت، تنظیم و تقدیم شده، فرجام‌خواهی محکوم علیه رد می‌شود و حکم فرجام خواسته از طرف دادستان که از حیث رعایت اصول و مقررات بلا اشکال است، ابرام می‌شود.

ب- مردی که دارای یک فقره محکومیت کیفری بوده، به اتهام ارتکاب لواط به عنف با اقدس (نام دختر هفت ساله)، مورد تعقیب قرار گرفته و در دادگاه جنایی مرکز، طبق قسمت الف ماده‌ی ۲۰۷ قانون مجازات عمومی و بند ۲ و ۷ ماده‌ی مزبور، با رعایت ماده‌ی ۳۶ (چون در حین ارتکاب بیش از ۱۸ سال نبوده)، به چهار سال حبس در دار التأدیب محکوم گردیده است. محکوم، از این حکم فرجام خواسته و شعبه‌ی دوم دیوان عالی کشور چنین رأی داده است: «فرجام‌خواه ایراد و اعتراض خاصی

نموده تا مورد توجه واقع شود و چون به حکم فرجام‌خواسته ایراد و اشکال مؤثر موجب نقض به نفع فرجام‌خواه ملاحظه نمی‌شود، مبرم است».

همان‌طور که از متن رأی اصراری به دست می‌آید، اصل اختلاف در تطبیق عمل آمیزش در فرج زن بیگانه و عنوان «هتک ناموس به عنف» با دو ماده‌ی ۲۰۷ و ۲۰۸ قانون مجازات عمومی است. شعبه‌ی نهم دیوان عالی کشور در مقام رسیدگی به فرجام‌خواهی با ابرام حکم دادگاه بدوی بابل، آن را مطابق ماده‌ی ۲۰۸ و در صلاحیت دادگاه جنحه دانسته است. شعبه‌ی مزبور ذیل این حکم با رد اعتراض دادستان وقت مبنی بر تطبیق عمل آمیزش با زن و یا دختر با عنوان لواط تصریح می‌کند: لواط موقعی صادق است که آمیزش میان دو جنس مذکر باشد. از سوی دیگر، شعبه‌ی دوم دیوان عالی کشور، پیرو حکم دادگاه جنایی مرکز و ابرام آن، آمیزش در دبر دختر را منطبق با بند ۲ و ۷ ماده‌ی ۲۰۷ قانون مجازات عمومی می‌داند. همان‌طور که آورده شد، ماده‌ی ۲۰۷ مربوط به جرم هتک ناموس به عنف است که با دخول صورت می‌پذیرد و بند ۷ آن ماده، یکی از مصادیق آن را لواط می‌داند.

با این توضیحات، مشخص می‌شود که اختلاف میان دو شعبه‌ی نهم و دوم دیوان عالی کشور در مورد این پرونده در دو چیز است: شعبه‌ی نهم دخول در دبر زن را مصداق هتک به ناموس (موضوع ماده‌ی ۲۰۷) ندانسته است، بلکه مفاد ماده‌ی بعد (۲۰۸) می‌داند، اما شعبه‌ی دوم، این عمل را مصداق هتک به ناموس که موضوع ماده‌ی ۲۰۷ است، می‌داند. شعبه‌ی نهم، دخول در دبر زن را مصداق لواط نمی‌داند، بلکه برای تحقق آن اتحاد جنسیت میان فاعلین را لازم می‌داند، اما ظاهراً شعبه‌ی دوم در تطبیق این عمل با جرم لواط، حکم دادگاه مرکز را ابرام نموده است.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مقام اتخاذ رویه، در مورد اختلاف نخست، رأی شعبه‌ی دوم را تأیید نموده است، اما در مورد اختلاف اخیر تصریح می‌کند که استناد به شق ۷ ماده‌ی ۲۰۷ (موضوع لواط) مختص به جنس ذکور است؛ لذا، رأی

اصراری دیوان عالی کشور در عدم تطبیق آمیزش در دبر زن با عنوان لواط با مبنای نگارنده در این مقاله هم نظر است.

نتیجه‌ی بحث

در پایان این مقاله، آنچه به نظر نگارندگان می‌رسد این است که بحث در دو مقام قابل ارائه است:

اول؛ بررسی ماهیت زنا و چگونگی تحقق آن (نقد ماده‌ی ۶۳ قانون مجازات اسلامی و تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱-۲۲۱ لایحه‌ی پیشنهادی).

دوم؛ تحقق و عدم تحقق لواط با دخول در دبر انثا.

در مقام نخست به نظر می‌رسد مختار در مسأله، منوط به تبیین این نکته است که آیا ما زنا را از موضوعات شرعی و از تأسیسات شارع می‌دانیم؛ بدین معنا که قیود و شروط مؤثر در ماهیت زنا را شارع تشریح نموده است؟ در صورت تأسیسی بودن آن و در فرض استظهار از ادله‌ی شرعی، به نظر می‌رسد که قول شاذ، خالی از قوت نیست و ادله‌ی ثبوت زنا، از اثبات این ماهیت در فرض ایلاج در دبر منصرف‌اند و اگر زنا را از موضوعات عرفی بدانیم که تبیین مفهوم و تشخیص مصداق آن به عرف واگذار شده است، شاید بتوان ادعا نمود که متبادر عرفی از لفظ زنا و نیز عدم صحت سلب زنا از وطی در دبر مؤید قول مقابل است که مطلق دخول در فرج برای تحقق زنا کافی است و قول به تعمیم، قرابت بیشتری به واقع دارد. اگر چه در همین فرض، ادعای انصراف زنا به صرف ایلاج در قبل بدون وجه نخواهد بود.

اما در مقام دوم نیز به نظر می‌رسد عنوان لواط منحصر به ایلاج در دبر مذکر است و ادله‌ی آن از دخول در دبر انثا منصرف است. به عبارت دیگر، اتحاد جنسیت میان فاعل و قابل در تحقق عنوان لواط، شرط و ظرف تحقق لواط است و رأی اصراری دیوان عالی کشور نیز در این مسأله، با مختار نگارنده هم نظر است. لذا، با فرض

پذیرش انصراف در لفظ زنا و یا استظهار از ادله‌ی شرعی و نیز در فرض عدم اشتغال ادله‌ی لواط از دخول در دبر اثنا، این فعل دارای عنوان ثالثی خواهد بود که عناوین زنا و لواط شامل آن نمی‌شوند و در نتیجه، مجازات آن هم، حد زنا و یا لواط نخواهد بود و تعیین مجازات و مقدار آن، اعم از حد خاص و یا تعزیر، منوط به فحص از ادله خواهد بود.

منابع

- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور؛ *السرائر*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن حمزه، محمد بن علی؛ *الوسیلة الی نیل الفضیلة*، مکتبه آیه الله المرعشی، ۱۴۰۸ق.
- ابن عابدین، محمد امین؛ *رد المحتار*، بیروت، دارالفکر للطباعة والنشر، ۱۴۱۵ق.
- ابن فهد، احمد بن محمد؛ *المهذب البارع*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۷ق.
- ابن قدامه، عبد الله؛ *المعنی*، بیروت، دار الكتاب العربی.
- ابن قدامه، عبد الرحمن؛ *الشرح الكبير*، بیروت، دار الكتاب العربی.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن؛ *وسائل الشیعه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- خوانساری، احمد؛ *جامع المدارک*، طهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۵۵.
- دسوقی، محمد؛ *حاشیة الدسوقی*، بی‌جا، دار احیاء الكتب العربیة، بی‌تا.
- زحیلی، وهبه؛ *الفقه الاسلامی و ادلته*، بیروت، دار الفکر، ۱۹۹۷م.

شربینی، محمد بن أحمد؛ *معنی المحتاج*، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۳۷۷ق.

مفید، محمد بن محمد؛ *المقنعة*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.

طباطبایی، سید علی؛ *ریاض المسائل*، قم، مؤسسة آل بیت، ۱۴۰۴ق.

طوسی، محمد بن حسن؛ *النهاية*، قم، انتشارات قدس محمدی.

عسکری، ابو هلال؛ *الفروق اللغویة*، قم، جامعهی مدرسین، ۱۴۱۲ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف؛ *إرشاد الأذهان*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۰

_____، *تیسرة المتعلمین*، تهران، احمدی، ۱۳۶۸.

_____، *تحریر الاحکام*، قم، مؤسسة الامام الصادق (ع)، ۱۴۲۰ق.

_____، *قواعد الاحکام*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.

_____، *مختلف الشيعة فی أحكام الشريعة*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی،

۱۴۱۲ق.

فاضل آبی، حسن بن أبی طالب؛ *كشف الرموز*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، بی تا.

فاضل لنکرانی، محمد؛ *تفصیل الشريعة*، قم، مرکز فقهی ائمه‌ی اطهار، ۱۳۸۴.

فاضل هندی، محمد بن الحسن؛ *كشف اللثام*، قم، مكتبة سيد المرعشی، ۱۴۰۵ق.

کاشانی، أبو بكر؛ *بدائع الصنائع*، المكتبة الحبيبية، پاکستان، ۱۴۰۹ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن؛ *شرايع الاسلام*، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ق.

_____، *المختصر النافع*، طهران، الدراسات الاسلامية فی مؤسسة البعثة،

۱۴۰۲ق.

مکارم شیرازی، ناصر؛ *انوار الفقاهة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، مدرسه‌ی امام علی

بن ابی طالب (ع)، ۱۳۸۷.

۲۸- مکرم، علی؛ نرم افزاری بانک اطلاعات آراء دادگاهها و نظریات مشورتی، نسخه ۵/۴ اول زمستان ۱۳۷۸.

نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.

نوی، محیی الدین؛ المجموع، بیروت، دار الفکر.