



The Influence of Modifying the Definition of "Sodomy" in the Islamic Penal Code on the Deterrence of "Shameful Acts" Against Marriage in the Civil Code

Seyed Mahdi Dadmarzi*

Abstract

Article 1056 of the Civil Code, sanctioned in 1934, delineates a significant impediment to marriage, referred to as a "heinous act." This act results in an enduring prohibition against the marriage of the offender to their sister, daughter, or mother. Legal doctrine and judicial procedure commonly interpret this act as "Sodomy" (Lavat). The term "Sodomy" in the context of criminal law is linked with the concept of a heinous act as defined in Article 1056 of the Civil Code. Nevertheless, these interpretations often disregard the potential divergence between the civil interpretation of a heinous act and the criminal definition of Sodomy.

While the analysis of Lavat as a criminal offense falls beyond the scope of this article, which primarily operates within the realm of private law, particularly family law, it's essential to address the question of whether the civil concept of a heinous act aligns precisely with its criminal counterpart. This inquiry prompts a review of the concept and definition of Lavat in criminal law. The trajectory of legislation concerning Lavat as a criminal offense reveals shifts in the legislator's criminal stance on this matter. This alteration in criminal perspective warrants scrutiny from the angles of investigative elements and resultant penalties. However, the primary objective of this article revolves around investigating a pivotal question:

How to Cite: Dadmarzi, S. M. (2023) The Influence of Modifying the Definition of "Sodomy" in the Islamic Penal Code on the Deterrence of "Shameful Acts" Against Marriage in the Civil Code, *Journal of Legal Studies*, 15(3), 187-221.

* Associate Prof, Faculty of Law, Department of Private Law, Qom University, Qom, Iran.
dadmarzism@yahoo.com

How does the alteration of Lavat's new criminal definition influence the prevention of heinous acts, as outlined in Article 1056 of the Civil Code?

To conduct a comprehensive analysis of this subject, it's imperative to address key questions central to the discourse. Is it accurate to equate Lavat with a heinous act without dispute? What overlaps exist between instances of Lavat and heinous acts? Could the principle of legal marriage prohibition extend to cases of heinous acts that do not align with criminal offenses? In essence, what links the issue of Lavat in the 2013 Islamic Penal Code to the concept of a heinous act in Article 1056 of the civil code?

The significance of this inquiry lies in determining whether the criminal definition of Sodomy corresponds precisely with the civil understanding of a heinous act. If equivalence exists between the two, a person convicted of Sodomy would be forever barred from marrying the daughter, sister, or mother of the violated individual. However, if disparity exists between the two concepts, an individual may face marriage restrictions despite not being convicted of a Sodomy crime.

This research employs a legal methodology while delving into Islamic jurisprudence, primarily focusing on domestic law. It examines alterations in the definition and instances of the Lavat crime in criminal legislation prior to and following the Islamic revolution. While abstaining from an in-depth exploration of the criminal nature of Lavat, the study emphasizes the factor of penetration and its significance, especially within the 2013 criminal code. This investigation endeavors to establish the correlation between the concept of "Lavat" and the concept of a "heinous act," as outlined in Article 1056 of the Civil Code. The research aims to elucidate the authentic interpretation of a heinous act within family law as a barrier to marriage, contrasting it with the criminal concept of the Lavat crime.

As per the 2013 Islamic Punishment Law, and in contrast to previous periods, "Lavat" is only recognized when penetration reaches the stipulated threshold (complete penetration). Anything less is termed "tafikhiz," signifying the act of rubbing genitals on the body of the violated person. However, for the purpose of invoking the heinous act described in Article 1056 of the Civil Code, complete inclusion, even if not meeting the specified threshold, suffices to enact the prohibition on marriage. Consequently, criminal Lavat serves as an example of a heinous act, but all instances of heinous acts may not necessarily qualify as Lavat. Therefore, mere acquittal from a Lavat charge does not automatically result in the prohibition of marriage due to a heinous act. To underscore the distinction between Lavat and heinous acts, a proposed revision to Article 1056 of the Civil Code has been offered. The revised article would read: "If a male engages in a heinous

act with another male, involving any extent of penetration, he is precluded from marrying his mother, sister, or daughter."

Keywords: Family Law, Marriage Impediments, Permanent Prohibition, Heinous Act, Lavat, Sodomy, Tafkhfiz, Iqab.

Article Type: Research Article.

تأثیر تغییر تعریف لواط در قانون مجازات اسلامی بر مانعیت عمل شنیع نسبت به نکاح در قانون مدنی

سید مهدی دادمرزی*

چکیده

در این پژوهش با روش حقوقی و نگاه به فقه با تمرکز بر حقوق داخلی، تغییر صورت گرفته در تعریف و مصادیق جرم لواط در قوانین کیفری قبل و بعد از انقلاب مورد اشاره واقع شده است و سپس بدون ورود تفصیلی به ماهیت کیفری جرم لواط، با تأکید بر عامل دخول و اندازه آن به ویژه در ق.م.ا. ۱۳۹۲، کوشش شده است تا نسبت مفهوم کیفری «لواط» را به عنوان یک جرم با مفهوم حقوقی «عمل شنیع» به عنوان یکی از موانع نکاح موضوع ماده ۱۰۵۶ ق.م.م.ا. مشخص شود. یافته‌های این مقاله نشان می‌دهد مطابق ق.م.ا. ۱۳۹۲ - برخلاف برهه‌هایی در گذشته - صرفاً لواطی که به اندازه مقرر (دخول تمام ختنه‌گاه) انجام شده باشد «لواط» قلمداد و کمتر از آن «تفخیزد» شناخته می‌شود؛ اما برای تحقق عمل شنیع موضوع ماده ۱۰۵۶ ق.م.م.ا. مطلق ادخال ولو به اندازه یادشده نباشد برای نشر حرمت معهود در نکاح کافی است. در نتیجه هر لواط جزایی، مصداق عمل شنیع است؛ ولی تمام مصادیق عمل شنیع، لواط مورد نظر مقنن به شمار نمی‌آید؛ بنابراین به مجرد این که مردی از اتهام لواط تبرئه شود برای عدم ترتب ممنوعیت ناشی از عمل شنیع بر نکاح او کفایت نمی‌کند. در پایان، برای رفع تصور یکی بودن تعریف لواط و عمل شنیع، متن پیشنهادی برای اصلاح ماده ۱۰۵۶ ق.م.م.ا. ارائه شده است.

واژگان کلیدی: ایقاب، تفخیزد، حقوق خانواده، عمل شنیع، لواط، موانع نکاح.

نوع مقاله: مقاله پژوهشی.

* دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه قم، قم، ایران.

dadmarzism@yahoo.com

مطالعات حقوقی، ۱۴۰۲، دوره پانزدهم، شماره سوم، صص ۲۲۱-۱۸۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۲۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۰۳

ناشر: دانشگاه شیراز

سرآغاز

قانون مدنی در ماده ۱۰۵۶ مصوب ۱۳۱۳ یکی از موانع نکاح را «عمل شنیع» معرفی می‌کند که موجب ممنوعیت دائمی ازدواج فاعل با خواهر، دختر و مادر مفعول است. دکترین حقوقی و رویه قضایی، مراد از این عمل را «لواط» می‌داند. بررسی لواط به‌عنوان یک جرم، در حیطه حقوق کیفری و خارج از وضع مقاله حاضر است؛ اما در حقوق خانواده نیز به‌عنوان یکی از موانع نکاح از آن یاد می‌شود. سیر تقنین در مورد لواط به‌عنوان یک جرم، حکایت از تغییر نگرش کیفری قانون‌گذار در این مورد دارد. این تغییر رویکرد هم از جهت عناصر محقق موضوع و هم مجازات مترتب بر آن قابل بررسی است؛ اما رسالت اساسی در این نوشته صرفاً بررسی این مسئله است که تغییر اصل تعریف لواط و شرایط تحقق آن به‌ویژه اندازه دخول از جهت کیفری، چه تأثیر حقوقی و مدنی بر اصل مانعیت عمل شنیع موضوع ماده ۱۰۵۶ قانون مدنی دارد؟

برای تحلیل مسئله یادشده لازم است اهم مسائل مرتبط با آن نیز موردتوجه قرار گیرد، از جمله این‌که: آیا مترادف دانستن لواط و عمل شنیع، غیرقابل مناقشه است؟ مصادیق لواط و عمل شنیع از چه همپوشانی برخوردار است؟ آیا امکان دارد که حکم حقوقی اصل مانعیت نکاح بر مصادیقی از عمل شنیع مترتب شود که به لحاظ کیفری لواط به شمار نمی‌آید؟ به‌عبارت‌دیگر موضوع لواط در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ با موضوع عمل شنیع در ماده ۱۰۵۶ ق.م. چه نسبتی دارد؟

اهمیت موضوع از این‌رو است که اگر مفهوم لواط موردنظر در حقوق جزای اختصاصی با عمل شنیع موضوع قانون مدنی در حقوق خانواده یکسان باشد، به مجرد محکومیت کیفری مردی به ارتکاب لواط، وی تا ابد نمی‌تواند با دختر و خواهر و مادر مفعول ازدواج کند؛ اما در صورت مساوی نبودن این دو، ممکن است با وجود عدم محکومیت به لواط، ممنوعیت ازدواج با زنان یادشده در حق وی برقرار شود.

از جهت پیشینه پژوهش حاضر خاطر نشان می‌شود که ماده ۱۰۵۶ ق.م. از زمان تصویب در سال ۱۳۱۳ تاکنون کوچک‌ترین تغییری نکرده است و در نتیجه موضوع

(عمل شنیع) و حکم (مانعیت در نکاح) آن همچنان دست‌نخورده باقی مانده است؛ اما از آن طرف، تعریف و مصادیق جرم لواط در قوانین کیفری قبل و بعد از انقلاب دستخوش تغییرهایی شده است. آخرین تقنین کیفری درباره لواط نیز در مواد ۲۳۳ و ۲۳۵ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ به عمل آمده است و از آن تاریخ تاکنون در عمده پژوهش‌های کیفری یا مدنی انجام گرفته، همواره لواط از منظر کیفری ملحوظ نظر بوده است یا محدوده محارم مرتبط با عمل شنیع از منظر حقوقی (مدنی) مورد توجه اصلی واقع شده است؛ و در هیچ‌یک، تأثیر این تغییر نگرش قانونی نسبت به جرم لواط بر مانعیت عمل شنیع نسبت به نکاح مورد مطالعه مستقل قرار نگرفته است. به‌عنوان نمونه، در یکی از جدیدترین مقالات نگارش‌یافته پیرامون ماده ۱۰۵۶ ق.م. مصادیق اشخاصی که در اثر ارتکاب عمل شنیع، نکاح با آنان نسبت به فاعل و مفعول حرام می‌شود و تأثیر اجباری و اکراهی بودن عمل، بر حرمت یادشده مورد بررسی واقع شده است؛ اما نسبت عمل شنیع با تعریف جزایی لواط مسکوت مانده است (Shahi Qala Joqi, Akbarian Chenaristan Olia, 2018: 65-89). در کتاب‌های اصلی حقوق خانواده و حتی تألیفات تازه منتشرشده در این زمینه نیز وضع مسئله بر همین منوال است (Jafari Langroudi, 1997: 86؛ Emami, 1984: 328-329؛ Mohagheq Damad, 2013: 131؛ Hedayat Nia, 2018: 51؛ Taheri, 1996: 101-104؛ Jafari Langroudi, 2000: 546 and 1011؛ Ezzati Lotfollah, Talebi, 2016: 104؛ Hayati, 2013: 117). در پاره‌ای از کتب مرجع در حقوق خانواده با اختیار کردن عنوان «رابطه نامشروع» برای معرفی مانع موضوع ماده ۱۰۵۶ ق.م. بر ابهام آن افزوده‌اند (Katouzian, 1992: 111). البته از سکوت استاد یادشده در ذیل ماده ۱۰۵۶ ق.م. آن‌هم در مقام تحشیه قانون مدنی و انتخاب عنوان «حرمت ناشی از لواط» در معرفی ماده مزبور (Katouzian, 1988: 649) می‌توان احتمال داد که بداهت مفهوم عمل شنیع نزد مؤلف همراه با رعایت ادب، سبب عدم ایضاح بوده است. چنان‌که به احتمال قوی به همین دلیل اخیر است که یکی از شارحان قدیمی قانون مدنی در احصای موردی موانع نکاح به مورد حاضر که می‌رسد بدون ذکر عنوان

مذکور در قانون مدنی و یا متن ماده مربوط، خواننده را صرفاً به مطالعه ماده ۱۰۵۶ ق.م. ارجاع می‌دهد (Shaygan, 1945: 31). بعضی از استادان مسلم حقوق مدنی، هیچ توضیح را حتی در مقام عنوان‌گذاری ارائه نکرده‌اند و به ذکر ماده ۱۰۵۶ ق.م.ا. هم ذیل مانع دیگری جز عمل شنیع بسنده کرده‌اند (Safaie, Emami, 1995: 149؛ Safaie, Emami, 2016: 124). اصرار استاد برجسته دیگری بر حفظ واژه مبهم عمل شنیع چه در مقام تحشیه ماده ۱۰۵۶ ق.م.ا. (Jafari Langroudi, 2000: 546) و چه طرح پیشنهادی‌اش برای ماده یادشده (Jafari Langroudi, 2000: 1011) جای تعجب دارد. چنان‌که به‌کارگیری هر دو واژه «عمل شنیع» و «لواط» در آخرین طرح قانونی پیشنهادی وی برای قانون مدنی که قاعداً باید عاری از مترادفات معمول در کتب ادبی باشد موجه به نظر نمی‌رسد (Jafari Langroudi, 2000: 295). حتی پاره‌ای نویسندگان جدید که متوجه تفاوت تعریف لواط در قانون م.ا. با تعریف عمل شنیع موضوع ماده ۱۰۵۶ ق.م.ا. شده‌اند، اما مرز مصادیق لواط و ملحقات آن مانند تفخیز را با عمل شنیع به روشنی تصویر نکرده‌اند و در نهایت نتوانسته‌اند به‌طور قاطع، مراد قانون‌گذار را روشن کنند (Shiravi, 2016: 51-53). در پاره‌ای تألیفات که در قامت دانشنامه نیز ظاهر شده‌اند و می‌بایست در تعاریف اصطلاحات، نهایت دقت را معمول دارند، بدون تبه به امکان تمایز لواط موضوع اثر کیفری با عمل شنیع موضوع اثر حقوقی؛ به‌گونه‌ای مواد مجازات اسلامی ذیل ماده مربوط از قانون مدنی آورده شده است که خواننده تصور می‌کند این دو اصطلاح با هم مترادف‌اند (Roshan, Sadeghi, 2017: 632-633).

مروری بر کتب حقوق کیفری نیز از عدم اعتنای جدی نویسندگان آن به تغییر نگرش مقنن در موضوع لواط حکایت می‌کند؛ توضیح آن‌که بسیاری از مولفین حقوق کیفری در کتاب‌های با عنوان «جزای اختصاصی» از اساس متعرض جرم لواط و عناوین پیرامونی آن نشده‌اند (Savilani, 2021؛ Shambati, 2016: vol. 3؛ Shambati, 2016: vol. 4؛ Etemadi, 2017؛ Mir Mohammad Sadeghi, 2019؛ Aghaei Nia, 2013) و نویسندگان جزای اختصاصی ترجیح داده‌اند که در کتاب‌هایی با عناوین مستقل از عنوان جزای اختصاصی

مانند عنوان «جرائم منافی عفت» (Aghaei, 2017؛ Nik Farjam, 2018) یا «جرائم جنسی و خلاف عفت عمومی» (Razmsaz, 2014) متعرض مسئله لواط بشوند. با این وصف اثر مدنی «مانعیت نکاح» دغدغه نویسندگان جزایی یادشده نبوده است و لذا هیچ اشاره‌ای به آن نکرده‌اند.

همچنین در مقاله تازه نگارش‌یافته دیگری، تغییر رویکرد قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ طی مواد ۲۳۴ و ۲۳۶ در تفکیک لواط از تفریح و عناصر مادی تحقق هر یک با عنایت به دیدگاه‌های مطرح در فقه بعد از یکی قلمدادشدن این دو در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ مورد توجه قرار گرفته است، اما مطلقاً به تأثیر این تغییر نگرش بر مانعیت امر نسبت به نکاح و تأثر ماده ۱۰۵۶ قانون مدنی از آن اشاره‌ای نشده است (Mir Mahmoudi, et al, 2018: 106-135).

به زعم نویسنده، ظرافت مطرح در موضوع مقاله موجب شده تا نه تنها به شرحی که گذشت ابعاد مسئله از چشم نافذ برجستگان حقوق مدنی با گرایش حقوق خانواده دور بماند؛ بلکه بر همین قیاس، در آرای قضایی نیز با وجود تلاشی که معمول داشته‌ایم دستمایه قابل اعتنایی را نیافتیم تا بر جنبه کاربردی بالفعل مقاله تأکید کنیم (Aghaei, 2017: 140-144) اگرچه اهمیت بالقوه موضوع را در حیطة عمل و دعاوی قابل طرح در محاکم به خوبی در متن مقاله نشان داده‌ایم.

در اینجا مناسب است در راستای تبیین وجه مقایسه‌ای نبودن محتوای مقاله حاضر چه از جنبه فقهی و چه حقوقی اشاره شود که علمای مذاهب اربعه اهل سنت بر حرمت عمل لواط اتفاق نظر دارند. البته در این بین فقط حنفیه و قلیلی از علمای سایر مذاهب مانند شافعی و حنبلی به جای مجازات حدی بر مرتکب آن، تعزیر را مترتب می‌سازند (Ibn Qayyim al-Jawziyya, Bita: Sabki 1992: 45؛ Ibn Abedin, 1966: 191)؛ (Jaziri, Gharavi, 1998: 125؛ 908). با این حال اگرچه اهل سنت اجمالاً «لمس» و «نظر» را تحت شرایطی از موانع نکاح می‌دانند؛ اما نزد ایشان، لواط از موانع نکاح به شمار نمی‌آید (Zahili, 1988: 6624). درست به همین دلیل است که در قوانین احوال شخصیه

کشورهای اسلامی نیز لواط داخل در موانع نکاح نیست. از این رو فی‌المثل ملاحظه می‌کنیم که به موجب بند ۲ ماده ۴۰ قانون احوال شخصیه عراق اصلاحی سال ۱۹۸۱ اقدام شوهر به لواط به هر صورت که باشد صرفاً از اسباب تفریق قضایی به شمار آمده است (Iraqi Personal Status Law: 2023).

در مقاله حاضر برای رعایت نزاکت تا آنجا که منحل به مقصود نباشد، وطی در دژبر انسان مذکر توسط انسان مذکر دیگر اگر به دخول تمام یا بعض «حشفه» یا همان «ختنه‌گاه» منتهی شود، با عنوان «لواط ایقابی» یا «لواط دخولی» یاد می‌شود که اصطلاحی جاافتاده در فقه و حتی رویه قضایی محسوب است (National system of judicial orders: 2023) و در برابر آن، «لواط تفخیزی» قرار دارد اصطلاحی که به نظر می‌رسد به‌ویژه نزد محاکم از کاربرد برخوردار است و از مقدار ذکر شده نیز به «اندازه مقدر» با پسوند «کامل» یا «ناقص» تعبیر می‌شود (National system of judicial orders: 2023).

این پژوهش، با روش حقوقی در حقوق داخلی و به صورت غیرمقایسه‌ای به سامان رسیده است. البته تلاش شده است با پرهیز از خلط منهجی میان فقه و حقوق، از برآیند تلاش فقهای امامیه در موضوع مقاله و بدون ورود در جزئیات مباحث فقهی که بر اصول فقه شیعه مبتنی است بهره‌برداری شود. در این راستا، ابتدا تفاوت اساسی صورت گرفته در تعریف و مصادیق جرم لواط در قوانین کیفری قبل و بعد از انقلاب و اهمیت آن مورد اشاره واقع شده و سپس بدون ورود تفصیلی در تبیین ماهیت لواط و عناصر تشکیل‌دهنده آن، تلاش شده تا بیشتر با رویکرد حقوق خصوصی، تأثیر مفاهیم به کار گرفته شده در این تغییر نگرش در قیاس با مفهوم عمل شنیع موضوع ماده ۱۰۵۶ ق.م.مورد شناسایی قرار گیرد. آن‌گاه درصدد ریشه‌یابی این تغییر نگرش در منابع حقوق بومی خود یعنی فقه امامیه برآمده و بالاخره تأثیر این امر را بر مانعیت عمل شنیع در نکاح در بستر حقوق موضوعه و دکترین حقوقی مورد ارزیابی قرار داده و دیدگاه مختار نویسنده مدلل شده است.

۱. پیشینه قانونی «جرم لواط» و «عمل شنیع»

از آن جا که دکتربین حقوق مدنی مراد از «عمل شنیع» را همان «لواط» تلقی می‌کند و لواط به عنوان یک جرم، موضوع قوانین کیفری است و موضع مقنن کیفری در دو برهه قبل و بعد از پیروزی انقلاب اسلامی تغییرهایی داشته است که می‌تواند بر سرنوشت مسئله در حقوق مدنی خانواده در شرایط فعلی موثر باشد؛ از این رو جا دارد بدون ورود در مباحث جزای اختصاصی، صرفاً از باب مفهوم‌شناسی به پیشینه قانونی لواط در قوانین جزایی و تطبیق آن بر عمل شنیع در قانون مدنی نگاهی داشت.

۱-۱. لواط

اولین قانون در حوزه حقوق جزایی در ایران «قانون اصول محاکمات جزایی» است که با ۵۰۱ ماده و یک تبصره در سال ۱۲۹۱ ش تصویب شد؛ اما قانون مجازات عمومی و متمم آن با ۲۸۹ ماده به‌عنوان قانونی ماهوی، نخستین قانون مجازات مدون ایران به شمار می‌رود که متأثر از قانون جزای فرانسه تدوین شد؛ مواد ۱ تا ۱۶۹ این قانون در ۲۳ دی ۱۳۰۴، مواد ۱۷۰ تا ۲۸۰ آن در ۷ بهمن ۱۳۰۴ و مواد ۲۸۱ تا ۲۸۹ آن در تیرماه ۱۳۱۰ به تصویب رسید. در تاریخ ۷ خرداد ۱۳۵۲ قانون مجازات عمومی جدیدی در ۵۹ ماده تصویب شد که به جای مواد ۱ تا ماده ۵۹ قانون قبل که دربردارنده تمام باب اول آن قانون تحت عنوان کلیات بود با عنوانی مشابه قرار گرفت. البته قانون اخیر متعاقباً با اصلاحاتی هم مواجه شد.

در فصل پنجم قانون مجازات عمومی سال ۱۳۰۴ با عنوان «هتک ناموس و منافیات عفت» به جرائم ناموسی اشاره شده است که شامل ۸ ماده از ماده ۲۰۷ الی ۲۱۴ است که با اصلاحاتی که به این قانون در همان دوره قبل از انقلاب وارد می‌آید، قانون‌گذار حمایت خود را از مجنی علیه این‌گونه جرائم در مقابل سوءاستفاده‌های جنسی که به‌صورت عنف و اکراه و تهدید نسبت به قربانی وارد می‌شود نشان می‌دهد. در خصوص لواط، ماده ۲۰۷ قانون مزبور بدون ارائه تعریفی از آن مقرر داشت: «مرتکب

لواط و زناى محصنه و زناى با محارم نسبی و زناى به عنف در صورتی که جنایت، مطابق مقررات شرعیه ثابت شود اعدام می‌شود و الا در محاکم عمومی محاکمه و مطابق مواد ذیل مجازات خواهد شد...». این ماده به موجب قانون اصلاح ماده ۲۰۷ قانون مجازات عمومی مصوب ۷ اردیبهشت‌ماه ۱۳۱۰ (کمیسیون قوانین عدلیه) تغییر کرد و مجازات یادشده تقلیل یافت و مقرر شد: «هر کس به عنف یا تهدید، هتک ناموس زنی را بنماید به حبس با اعمال شاقه از سه تا ده سال محکوم خواهد شد و همین مجازات مقرر است درباره کسی که مرتکب لواط شود». البته وفق بند ۷ همین ماده، لواط هرگاه به عنف یا تهدید باشد، مرتکب به حداکثر مجازات محکوم می‌شد. اصلاحات پی‌درپی بعدی که به این ماده تا سال ۱۳۱۳ ش وارد می‌شود تغییری در جرم و مجازات لواط ایجاد نمی‌کند. از روح حاکم بر ماده ۲۰۷ ق.م.ع در شکل اولیه آن معلوم می‌شود که تشخیص موضوع لواط به همان قیود مقرر شرعی که در فقه آمده و اگذار شده است که می‌توانست به‌عنوان: «عرف و عادت مُسَلَّم» موضوع ماده ۳ ق.آ.د.م ۱۳۱۸، محل رجوع محاکم قرار گیرد. عدم توجه به پیشینه فقهی لواط در زمان حاکمیت قانون یادشده در ذهن قضات ناآشنای به حقوق بومی ایران موجب شده بود تا بر سر صدق لواط به هنگام نزدیکی مرد با زن اجنبی از ناحیه دبر اختلاف‌نظر حاصل شود و کار تا صدور رأی وحدت رویه پیش برود و قضات دیوان عالی کشور ناچار شوند تأکید کنند برای صدق لواط، مذکر بودن دو طرف رابطه ضرورت دارد!!!! (Razmsaz, 2014: 98).

با پیروزی انقلاب شکوهمند اسلامی مردم ایران در سال ۱۳۵۷ و تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی در سال ۱۳۵۸ و در راستای تحقق اهداف آن از جمله اجرای احکام اسلامی که در اصول متعدد قانون اساسی بر آن تأکید شده است، قوانین جزایی کشور به‌طور کامل دگرگون شد.

بر این اساس بعد از انقلاب، سه قانون در مقام تعریف جرم لواط و تعیین کیفر برای آن بر آمده است:

الف. قانون حدود و قصاص سال ۱۳۶۱.

ب. قانون مجازات اسلامی؛ مشتمل بر چهار کتاب (کلیات، حدود، قصاص و دیات) سال ۱۳۷۰.

ج. «قانون مجازات اسلامی» سال ۱۳۹۲.

روشن است که جرم حدی لواط از حیث موضوع، از قانون تعزیرات سال ۱۳۷۵ خارج است.

الف. قانون حدود و قصاص سال ۱۳۶۱

در ماده ۱۳۹ این قانون آمده است: «لواط، وطی انسان مذکر است.»

ماده ۱۴۱ - حد لواط، قتل و کیفیت نوع آن در اختیار حاکم شرع است.

ماده ۱۴۳ - هرگاه مرد بالغ و عاقل با نابالغی لواط کند؛ فاعل کشته می‌شود و مفعول اگر مکره نباشد تعزیر می‌شود.

ماده ۱۴۴ - هرگاه نابالغی نابالغ دیگر را وطی کند تعزیر می‌شوند؛ مگر آنکه یکی از آنها اکراه شده باشد.

ماده ۱۵۲ - حد تفخیز و نظایر آن بین دو مرد بدون دخول، برای هر یک صد تازیانه است.

ملاحظه می‌شود که در این قانون، عنوان «تفخیز» جدا از عنوان «لواط» به کار رفته است؛ اما از هیچ‌یک، تعریفی ارائه نشده است. لحن انشای مواد یادشده به گونه‌ای است که در مورد وطی محقق لواط، حدی از دخول را لازم می‌داند و اما در تفخیز به جهت عدم وقوع اصل دخول، وطی انجام نشده است.

ب. قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰

به موجب ماده ۴۹۷ این قانون، قانون سال ۱۳۶۱ به‌طور ضمنی نسخ شد. در قانون جدید راجع به تعریف لواط و مجازات آن چنین مقرر شد:

ماده ۱۰۸ - لواط، وطی انسان مذکر است چه به صورت دخول باشد یا تفخیز.
 ماده ۱۱۰ - حد لواط در صورت دخول، قتل است و کیفیت نوع آن در اختیار حاکم شرع است.

ماده ۱۲۱ - حد تفخیز و نظایر آن بین دو مرد بدون دخول برای هر یک صد تازیانه است.

ملاحظه می‌شود که در این قانون، عنوان لواط بر تفخیز نیز منطبق شده است و در واقع گویی لواط به دو نوع دخولی و تفخیزی تقسیم، اما در مقام تعیین مجازات، بین حد مترتب بر لواط دخولی و حد مترتب بر لواط تفخیزی تفکیک شده است. باین حال، اندازه خاصی از دخول در تحقق لواط دخولی که مستوجب حد قتل دانسته شده شرط نشده است. نویسندگان حقوق کیفری نیز تأکید دارند که در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰، تفخیز نوعی لواط دانسته شده بود (Razmsaz, 2014: 108). باین حال به نظر می‌رسد از نظر ایشان، دخول محقق لواط مستوجب حد، دخول کامل است و گویی دخول ایقابی انصراف به دخول کامل دارد (Nik Farjam, 2018: 125).

ج. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

قانون سال ۱۳۷۰ به موجب ماده ۷۲۸ قانون مجازات سال ۱۳۹۲ صریحاً نسخ شد. در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ در مورد تعریف لواط آمده است:

ماده ۲۳۳ - لواط عبارت از دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه‌گاه در دبر انسان مذکر است.

ماده ۲۳۵ - تفخیز عبارت از قرار دادن اندام تناسلی مرد بین ران‌ها یا نشیمنگاه انسان مذکر است.

تبصره - دخول کمتر از ختنه‌گاه در حکم تفخیز است.

در قانون جدید، گذشته از تفکیک عنوان و تعریف لواط از تفخیز، برای تحقق لواط، مطلق دخول کافی نیست؛ بلکه دخول، حداقل به اندازه ختنه‌گاه که ظهور در تمام

اندازه مقدر دارد لازم دانسته شده است؛ به طوری که اگر دخول باشد و صرف مال‌دین به مواضع خاصی نباشد اما به اندازه مقدر نیز داخل نشده باشد عمل یادشده، همانند تفخیز به شمار آمده است نه لواط، زیرا معنا ندارد که گفته شود ماده ۲۲۳ از جهت دخول اطلاق دارد و دخول بعضی اندازه مقدر را کافی برای صدق لواط می‌داند و در عین حال مطابق تبصره ماده ۲۳۵ با وجود تحقق اصل دخول اما به جهت کمتر بودن آن از اندازه مقدر به آن تفخیز گفته شده است نه لواط!! به عبارت دیگر: در این قانون برای تحقق عنوان لواط به حسب موضوع، تضییق صورت گرفته است و لواط ایقابی ناقص، لواط دانسته نشده است؛ اما در تحقق مصداق تفخیز، توسعه داده شده و لواط ایقابی ناقص نیز در حکم تفخیز قلمداد شده است. در هر حال از منظر اصحاب حقوق کیفری، در حال حاضر و به موجب قانون م.ا.سال ۱۳۹۲ عناوین لواط موضوع ماده ۲۳۴ و تفخیز موضوع ماده ۲۳۵ به عنوان جرائم مستوجب حد اما با مجازات متفاوت شناخته می‌شوند و مصادیق خاص خود را دارند که از عنوان هم‌جنس‌گرایی موضوع ماده ۲۳۵ که مستوجب تعزیر دانسته شده از نظر حکمی و موضوعی متمایز شده است (Aghaei, 2017: 146-149).

آنچه مسلم است این است که مقنن در تمام ادوار قانون‌گذاری بعد از انقلاب در خصوص تفخیز - چه وقتی که به آن لواط اطلاق کرده است و چه زمانی که این کار را نکرده است - به تبعیت از فقه، همواره تفخیز را به عنوان جرمی مستقل، به طور جداگانه بیان نکرده است، بلکه آن را در خلال مباحث لواط آورده است.

۱-۲. عمل شنیع

عنوان فصل سوم از باب اول از کتاب هفتم قانون مدنی، «در موانع نکاح» است. در این فصل، تمام موانع مورد نظر مقنن، ذیل مواد ۱۰۴۵ تا ۱۰۶۱ پشت سر هم و بدون عناوینی مجزا آمده‌اند. ماده ۱۰۵۶ ق.م در مقام معرفی یکی از موانع نکاح چنین آورده است: «اگر کسی با پسری عمل شنیع کند نمی‌تواند مادر یا خواهر یا دختر او را تزویج

کند». چنان‌که گفته شد، این ماده از آغاز تصویب در سال ۱۳۱۳ ش. تاکنون تغییری نکرده است. قانون‌گذار در این ماده، موضوع حکم منع ابدی نکاح با افراد یادشده را «عمل شنیع» قرار داده است. واژه «شنیع» یا ترکیب «عمل شنیع» نیز فقط همین یک‌بار در قانون مدنی به کار رفته است، بدون آن‌که از آن تعریفی ارائه شود.

«عمل شنیع»، فاقد معنای اصطلاحی حقوقی یا فقهی جاافتاده‌ای است. لفظ شنیع نیز در لغت‌نامه‌های عربی و فارسی عموماً به معنای قبیح، بد و زشت آمده است (Dehkhoda, 1998: 14535; Afram Bostani, 1997: 537). ترکیب «عمل شنیع» نیز به مطلق رفتار و کار زشت تعریف شده است (Ma'alouf, 2007: 1121)؛ چنان‌که به دنبال معنای یادشده به «عمل غلامبارگی» نیز تطبیق شده است (Dehkhoda, 1998: 14535). این است که مشاهده می‌شود در عبارات فقهای معاصر، کارهای زشت مختلفی به‌عنوان مصداق عمل شنیع ذکر شده است؛ مانند ازاله پرده بکارت به حرام (Yazdi Tabatabayi, 1988: 253)، اقدام به خودکشی توسط موصی (Yazdi Tabatabayi: 2011, 436)، عمل زنا (Boroujerdi Tabatabayi, 2006: 12). وطی حیوان (Sabzewari, 1992: 148). البته، استعمال عمل شنیع در کلمات فقهای معاصر در مورد خصوص لواط آن هم در بحث موانع نکاح نیز قابل مشاهده است (Yazdi Tabatabayi, 1988: 826; Lair, 1997: 304; Khoei, 1997: 239; Jaziri, Garavi, 1998: 210; Shobeyri Zanjani, (Bitā): 2244) که با توضیح پیش‌گفته باید از باب تطبیق بر یکی از مصداق عمل زشت تلقی شود.

دکترین حقوقی و رویه قضایی ما نزدیک به اجماع، عمل شنیع موضوع ماده ۱۰۵۶ را همان لواط تلقی می‌کند (Emami, 1984: 328-329; Mohagheq Damad, 2013: 131; Taheri, 1996: 86; Jafari Langroudi, 2000: 546 and 1011; Jafari Langroudi, 1997: 86; Ezzati Lotfollah, Talebi, 2016: 101-104; Hayati, 2013: 117; Hedayat Nia, 2018: 51). از آنجاکه فی حد نفسه «عمل شنیع در این ماده، مبهم است» (Jafari Langroudi, 1997: 86) و استعمال واژه مبهم «عمل شنیع» در کنار واژه مبهم «پسری» در ماده یادشده صراحتاً «ضعف قانونی» این ماده معرفی شده است (Shiravi, 2016: 51) بهتر بود که قانون مدنی از همان ابتدا با تحفظ بر عنوان عمل شنیع، عباراتی روشن‌تر را برای بیان

موضوع در ماده ۱۰۵۶ ق.م به کار می‌گرفت یا لاقلاً بعد از بازنگری کامل و دائمی قانون مدنی در سال ۱۳۷۰ همان‌طور که مثلاً لفظ مبهم «دختری که شوهر نکرده است» در ماده ۱۰۴۳ ق.م به «دختر باکره» و نه حتی «دوشیزه» تغییر یافت و با این کار باب نزاع بر سر معنای «شوهر نکرده» بسته شد، جا داشت ماده ۱۰۵۶ نیز با وضوح بیشتری بازنویسی می‌شد. توجیه رعایت نزاکت برای انتخاب واژه عمل شنیع به جای لواط در قانون مدنی اگر به ابهام موضوع نمی‌انجامید می‌توانست توجیه قابل قبولی قلمداد شود، باین‌حال، قانون مدنی در مورد مانعیت زنا در مواد ۱۰۵۴ و ۱۰۵۵ از همان لفظ «زنا» استفاده کرده است؛ نه مثلاً عبارات مؤدبانه‌تر اما مبهمی چون «عمل منافی عفت» یا «عمل نامشروع»! یا در موادی مانند ۱۰۵۱ ق.م با آنکه مقنن از به کارگیری واژه «دخول» پرهیز کرده است، اما به جای انتخاب واژه مؤدبانه‌تر «مباشرت» و مانند آن، کلمه «نزدیکی» را به کار برده است و درعین‌حال در بند ۳ ماده ۱۰۴۷ ق.م بدون هیچ وجه قاطعی، واژه «زناشویی» را ترجیح داده است!! جالب این‌که قرآن کریم در جایی که مناسبت حال روزه‌داری به عنوان یک عمل عبادی اقتضا دارد به جای «دخول» از «مباشرت» (Holy Quran, Surah Baqarah, verse no: 187) و در مباحث مربوط به ممنوعیت نکاح با «ربیبه» به عنوان مسئله‌ای معاملی به معنای عام آن به وضوح از ماده دخول استفاده کرده است (Holy Quran, Surah Nisa, verse no). در هر حال، انطباق عمل شنیع بر لواط در فرض ترادف آن دو مشکلی را رقم نمی‌زد و در نهایت یک عمل که دارای دو عنوان است از دو اثر کیفری و حقوقی به گونه توأمان برخوردار می‌شد، اما اگر ثابت شود لواط موضوع احکام کیفری، دارای معانی و مراتب مختلفی است که نمی‌تواند با عمل شنیع موضوع احکام مدنی یکی باشد؛ مسئله وضع دیگری پیدا می‌کند. اینجاست که تبیین خاستگاه موضوع از نقطه نظر فقه امامیه به عنوان متن مورد اقتباس و حتی مترجم قانون مدنی و رعایت ضوابط ضروری پژوهش در حقوق مدنی ایران می‌تواند به روشن شدن مسئله کمک کند (Dadmarzi, 2021: d؛ Dammarzi, 2009: 129-160؛ Dadmarzi, 2012: 11-16؛ Dadmarzi, 2018: 166-184).

۲. خاستگاه فقهی تعریف قانونی لواط و عمل شنیع

بدون تردید مقنن در قوانین کیفری و مدنی چه پیش از انقلاب و چه بعد از انقلاب؛ به تعاریف فقهی لواط و عمل شنیع نظر داشته است. توجه به جایگاه فقهی مسئله نشان می‌دهد که در منابع فقهی ما عمل موجب ممنوعیت نکاح (عمل شنیع) از جهت دلیل، مستقل از لواط به‌عنوان یک جرم مورد بحث واقع شده است؛ ولو در مقام تعبیر از باب مشترک لفظی، معنوی یا مجاز به آن لواط اطلاق شده باشد.

در خصوص لواط، پاره‌ای از فقها با عنایت به الفاظ به کاررفته در روایات باب، لواط را به ایقابی و غیرایقابی تقسیم و لواط ایقابی را به لواطی که در آن، حداقل، غیبوبه الحشفه و لو ناقص تحقق می‌یابد و غیرایقابی را به تفخیز تعریف کرده‌اند که در آن دخول در دبر به هیچ مقداری واقع نمی‌شود (Saimori, 1992: 325). بعضی عبارات نیز گویای آن است که هم بر لواط ایقابی کامل که دخول به اندازه حشفه یا تا انتهای آلت واقع می‌شود و هم لواطی که در آن مطلق دخول در دبر مذکر رخ می‌دهد ولو به کمتر از حشفه باشد و نیز بر تفخیز بدون دخول و حتی بر بودن دو مرد با هم به صورت عریان زیر یک لحاف و حتی غیر آن، عنوان لواط اطلاق می‌شود!! (Majlesi I, 1985: 60).

از دقت در کلمات فقها و بدون ورود تفصیلی در عناصر تشکیل‌دهنده لواط از جنبه جزایی مانند انسان مذکور بودن طرفین رابطه! و نیز بدون ورود در تمام ابعاد حقوقی مانعیت این عمل نسبت به نکاح مانند سبق و لحوق عمل نسبت به نکاح! استفاده می‌شود که عامل دخول آلت تناسلی مرد در دُبر انسان مذکر و مقدار این دخول در فقه، اساسی‌ترین نقش را در تعاریف قانونی لواط و تغییر آن در ادوار مختلف قانون‌گذاری داشته است؛ به طوری که قانون حدود و قصاص و دیات سال ۱۳۶۱ - به شرحی که گذشت - از دیدگاه فقهی تبعیت کرده است که حدی از دخول را در مورد وطی محقق لواط، لازم دانسته شده است؛ اما در ق.م.ا سال ۱۳۷۰ به استعمال وسیع و مجازی عنوان لواط در فقه عنایت و عنوان لواط بر تفخیز (لواط غیر دخولی) نیز منطبق شده است؛ اگرچه اندازه خاصی از دخول در تحقق لواط دخولی که مستوجب حد قتل دانسته شده

شرط نشده است. بالاخره در ق.م.ا ۱۳۹۲ برای صدق لواط، دخول، حداقل به اندازه تمام ختنه‌گاه لازم دانسته شده است و دخول به کمتر از اندازه یادشده در حکم تفخیز و صرف مالیدن اندام بدون دخول، موضوعاً و حکماً تفخیز به شمار آمده است نه لواط. در هیچ قانونی هم داخل کردن تمام آلت از ختنه‌گاه تا انتهای آلت برای تحقق لواط شرط نشده است.

اما در خصوص مانعیت عمل یادشده نسبت به نکاح در فقه باید بگوییم که ممنوعیت ابدی ازدواج فاعل با مادر، دختر و خواهر مفعول از مسائل مورد اتفاق فقها و از مسلمات فقه شیعه اعم از محدثین و فقها است و با مراجعه به کتاب‌هایی که در دسترس است، خلافتی در آن مشاهده نمی‌شود و حتی عده‌ای از عامه نیز به این حکم فتوا داده‌اند. در نهایت مطابق قولی نادر، ممنوعیت یادشده در حق مفعول نسبت به مادر و دختر و خواهر فاعل نیز احتمال داده شده است (Shobeyri Zanjani, (Bita):, 2209).

از جهت جایگاه متطور طرح مانع مزبور در کتب فقهی به اختصار اشاره می‌کنیم که ابتدا در کتب قدما ذیل عنوان «کتاب النکاح» به این مانع پرداخته شد (Tusi, 1986: 243 and 308; Ibn Idris Helli, 1999: 222). و به تدریج با عنوان «اسباب التحريم» به نوعی ذیل سبب «مصاهره» یا ملحق به آن قرار گرفت (Mohaghegh Helli, 1987: 224 and 231 and 236; Allameh, Helli (Bita): 630 and 633). البته در بعضی کتب معتبر فقهی، در پایان عنوان جامع «فی المحرمات» که برای اشاره به اصناف زنانی است که نکاح با آنها فی‌الجمله حرام است؛ و ذیل عنوان «مسائل عشرون»، ذیل مسئله پنجم از مسائل بیست‌گانه مزبور مطرح شد (Shahid Sani, 1989: 187 and 203) و بالاخره در کتب معاصرین نیز عمدتاً ذیل سبب مصاهرت یا ملحق به آن قرار گرفته است (Khoei, 1997: 239; Khomeini, 1988: 297). قرار گرفتن مانع یادشده در زمره موانع ناشی از مصاهرت، بر این اساس درست می‌شود که مصاهرت را حرمت ناشی از سبب وطی بدانیم ولو وطی حرام باشد؛ اما اگر مصاهرت را متناسب با معنای لغوی آن که دامادی است معنا کنیم در

این صورت؛ وجود نکاح، جزء مقوم آن است و مصاهره، داخل قرابت سببی ناشی از نکاح قرار می‌گیرد و مانع مورد بحث ملحق به آن می‌شود نه جزء آن. در این بحث، فقهای متقدم مانند شیخ مفید در مقنعه، ابن براج در المذهب البارع، ابن حمزه در الوسیله، ابن زهره در الغنیه، عمدتا با الهام از روایات، الفاظی مانند «لواط»، «ایقاب» و «ثقب» را بدون تبیین حدود آن برای معرفی چنین مانعی به کار برده‌اند (Qatifi ale-Tawq, 2003: 193-196). سید مرتضی از واژه «تلوط» استفاده کرده است (Seyd Morteza, 1994: 265؛ Seyed Morteza, 1984: 232). شیخ طوسی از ماده فجور به گونه ای مقید و با تعبیر «اذا فجر بگلام فاوقب...» و بدون تبیین اندازه ایقاب، از این عمل یاد کرده است (Tusi, 1986: 308). احتمالا وضوح مفهوم عمل یادشده نزد این دسته از فقها و یا طبیعت رشد تدریجی دانش فقه، تدقیق بیشتری را پیرامون مسئله نزد این دسته از فقها اقتضا نکرده است.

در میان فقهای متأخر از دوره قدما، ابن ادریس از اولین فقهایی است که به عامل اندازه دخول در مسئله لواط و تأثیر آن بر مانعیت نکاح توجه کرده است. وی در این باره می‌نویسد: «و حدّ الإیقاب المحرّم لذلک، إدخال بعض الحشفة و لو قليلا و إن لم یجب علیه الغسل، لأنّ الغسل لا یجب إلا بغیوبه الحشفة جميعها و التحريم لهؤلاء المذكورات، یتعلّق بإدخال بعضها، لأنّ الإیقاب هو الدخول» (Ibn Idris Helli, 1989: 525). یعنی: مقدار دخولی که موجب حرام شدن ازدواج با زنان یادشده است داخل کردن مقداری از حشفه است ولو به اندازه کمی از آن باشد که موجب وجوب غسل جنابت نشود، زیرا غسل جنابت با داخل کردن تمام ختنه‌گاه است که واجب می‌شود.

در واقع از نگاه این فقیه برجسته و متفطن، «ایقاب» یا «ثقب» که در روایات ما (Horr Aamely, 1988: 444-445) موضوع اثر ممنوعیت نکاح واقع است به معنای لغوی آن حمل می‌شود که مطلق فرور بردن و سوراخ کردن است و حد معینی در آن دخالت ندارد (Afram Bostani, 1997: 280؛ Farahidi, 1988: 228). نکته قابل توجه این که فقها عموماً در باب صدق زنا از عنوان «غیوبه الحشفه» یا همان ایغاب (با غین) نه ایقاب (با

قاف) سخن گفته‌اند که در لغت به معنای پنهان شدن و استتار است (Ma'alouf, 2007: 563) و لذا برای صدق زنا قایل شده‌اند که حداقل، دخول به اندازه تمام مقدار ختنه‌گاه لازم است که به داخل شدن تمام اندازه مقدر و غیب و پنهان شدن آن در فرج و یا دُبر مونث محقق می‌شود.^۱ علامه حلی در تحریر، بر تقریری که از دلیل ابن ادریس ارائه کردیم مهر تأیید زده و می‌نویسد: لواط مانع نکاح با «ایقاب الحشفه» تحقق میابد چه با داخل کردن تمام حشفه باشد و چه بخشی از آن، زیرا ایقاب بر مطلق دخول حشفه صادق است (Allameh, Helli (Bita): 13). ایشان در تذکره با استشهاد به عبارت ابن ادریس که از نظر گذشت برای صدق ایقاب، ادخال بعض حشفه را لازم و کافی برای حرمت زنان مورد نظر می‌داند (Allameh Helli, 1968: 163). علامه در کتاب قواعد نیز بر همین مطالب در تعیین حد ایقاب در ترتب اثر یاد شده تصریح کرده است (Allameh Hali, 1992: 32). فرزند علامه نیز با پذیرش همین معیار برای تحقق ایقاب، معتقد است چنان که اصل ایقاب به معنای مطلق دخول در دبر محقق نشود، حرمت مزبور در امر نکاح جاری نمی‌شود (Fakhr al-Mohagheghin, 1967: 72). شهید ثانی نیز ادخال بعض حشفه توسط فاعل را ولو موجب غسل جنابت نشود -یعنی تمام ختنه‌گاه داخل نشود- موجب تحریم یاد شده دانسته است (Shahid Sani, 1989: 203). صاحب جواهر در تبیین عبارات به ظاهر متفاوت شهید ثانی در تعیین حد دخول در مسئله مورد بحث می‌فرماید: اگر شهید ثانی در «مسالک» معتقد است ادخال قسمتی از حشفه نیز ایقاب است از این جهت است که ایقاب در لغت به معنای مطلق ادخال است ولو موجب غسل جنابت نشود، اما این که می‌بینیم در «الروضه» همانند صاحب ریاض تاکید دارد که دخول ولو به مقدار حشفه باشد برای حرمت زنان یاد شده بر فاعل کفایت می‌کند؛ به این خاطر است که می‌خواهد بفرماید داخل کردن تمام آلت از سر ختنه‌گاه تا انتهای آلت لازم نیست، بلکه به مقدار ختنه‌گاه کفایت می‌کند نه آن که اگر دخول صورت گیرد

۱. قانون‌گذار نیز در تبصره ماده ۲۲۱ ق.م.ا ۱۳۹۲ از این برداشت فقها در تعریف زنا تبعیت کرده است.

اما کمتر از ختنه‌گاه باشد تحریم مذکور مترتب نمی‌شود. صاحب جواهر بر این اساس ادامه می‌دهد: اگر باز مشاهده می‌شود که شهید ثانی از قول علامه ذکر کرده است که حد ایقاب، غیبوبه الحشفه است نباید این نظر را دیدگاه مغایری در مسئله محسوب داشت، زیرا در مسئله مورد بحث، بر غیبوبت بعض از حشفه هم غیبوبت حشفه صدق می‌کند. صاحب جواهر در توجیه استعمال کلمه لواط برای تفخیز در عبارات پاره‌ای از فقها اضافه می‌کند که اطلاق عنوان لواط بر مواردی همچون تفخیز که هیچ گونه دخولی رخ نداده است از باب مجاز است (Najafi, 1983: 376). البته بهتر بود شهید ثانی برای بیان مراد خود که ایقاب است از ماده «ایقاب» که بیشتر در معرفی زنا به کار گرفته می‌شود استفاده نمی‌کرد تا چنان توهمی پیش نیاید.

غالب فقهای معاصر -همسو با فتوای مشهور- کفایت ادخال اندازه مقدر ولو به نحو ناقص آن را در ایجاد حرمت مذکور کافی می‌دانند و برای بیان مطلب از این عبارت استفاده کرده‌اند: «من لاط بغلام فأوقب و لو بعض (ببعض) الحشفه حرمت علیه...» (Yazdi Tabatabayi, 1988: 825؛ Hakim, 1995: 160؛ Khomeini, 1988: 302؛ Sistani, 1994: 63).

البته در میان فقهای معاصر، اقلیتی نیز همچون خوبی یافت می‌شوند که با مناقشه در صدور روایات مرسله‌ای که در آنها از مشتقات لفظ «ایقاب» استفاده شده و مطلق دخول را می‌رساند و معتبر شناختن روایاتی که در آنها لفظ «ثقب» آمده و از نظر ایشان در ادخال تمام اندازه مقدر ظهور دارد، نتیجه گرفته‌اند که حرمت زنان یادشده بر فاعل، با ادخال ناقص از اندازه مقدر حاصل نمی‌شود. تعدادی از شاگردان برجسته این فقیه نیز به تبعیت از کتاب فتوایی استاد، به اجمال از این مانع سخن گفته و اندازه مقدری را مطرح نکرده‌اند و همان فتوای استاد را که با عبارت: «من لاط بغلام فأوقبه» است؛ بدون مقید کردن آن به حدی خاص تکرار کرده‌اند (Khoei, 1989: 265؛ Tabrizi, 2005: 338؛ Hashemi Shahroudi, 2011: 373؛ Vahid Khorasani, 2007: 299). پذیرش فتوای مجمل استاد توسط این گروه در عین اشراف به مناقشه استادشان در مقام بحث

استدلالی فقهی نه افتا، نشان از تمایل آن‌ها به مبنای استاد در عدم کفایت دخول ایقابی ناقص دارد وگرنه جا داشت همانند شاگرد صاحب فتوای دیگر با آوردن قید «ولو ببعض الحشفه» با استاد خود مخالفت کنند (Sistani, 1994: 63). البته نکته تعجب‌آور این که حاشیه‌ای از خوبی بر متن عروه که در آن سید یزدی صریحاً ادخال بعضی اندازه مقدر را کافی می‌داند درج نشده است که ظهور در همراهی او با صاحب عروه دارد و احتمال تبدل فتوا را تقویت می‌کند (Yazdi Tabatabayi, 1988: 825).

دره‌رحال در نقد دیدگاه استدلالی خوبی به عنوان چهره‌ای بارز از میان فقهای معاصر گفته شده است:

نخست، بعضی از روایاتی که خوبی آن‌ها را غیرمعتبر می‌دانند، از مرسلات ابن ابی عمیر است که معتبر شناخته می‌شود و در آن‌ها، حرمت، منوط به ایقاب شده و بنا بر تقریب ایشان از ایقاب، باید فرقی بین بعضی الحشفه و تمام آلت نگذاشت.

و دوم، ایجاد فرجه که معنای ثقب است به معنای فاصله انداختن بین اجزاء متصل شیء است و همین که اتصال به هم خورد و بین آن‌ها فاصله افتاد، عنوان «ثقب» صدق می‌کند، خواه آن چیزی که این فاصله را ایجاد کرده با تمام اجزایش فرجه را ایجاد کرده باشد یا با بعضی از آن‌ها. مثلاً اگر گفتند: «با این میخ، دیوار را سوراخ کن» لازم نیست تمام آن میخ را به دیوار فرو بُرد، همین که دیوار و لو با مقداری از میخ سوراخ شود کفایت می‌کند. پس تحقیق مفهوم «ثقب» مشروط به ادخال تمام آلت نیست؛ مضافاً آن که اساساً در عبارات اکثر قریب به اتفاق فقها - الا ما شد - در معرفی این مانع، از لفظ «ایقاب» استفاده شده است نه «ثقب» و معقد اجماعات قدیماً و حدیثاً نیز همین لفظ است و گفتیم که «ایقاب» بر ادخال بعضی هم صدق می‌کند. همچنین معدودی از متأخرین هم چون صاحب ریاض به دلیل انصراف به فرد متعارف دخول، ادخال تمام آلت از ابتدا تا انتها را در ایجاد مانعیت یادشده شرط دانسته اند؛ ولی باید دانست که انصراف در جایی است که ظهور در منصرف الیه به نحوی باشد که مانع از تمسک به اطلاق شود و اینجا چنین ظهوری در کار نیست و حداکثر ادخال تمام آلت یا نزدیک به

تمام آن اظهر افراد ایقاب است و نه تنها مصداقی که لفظ یادشده در آن ظهور دارد و چنین امری باعث انصراف نمی‌شود. نتیجه این که، ایقاب با ادخال تمام حشفه یا با بعض آن نیز موجب حرمت می‌شود (Shobeyri Zanjani, (Bita): 2209-2212).

جالب این که ناقد فرمایش مرحوم خوئی در ادامه از نظر اول خود عدول کرده و همسو با نظر مرحوم خوئی با متعارف دانستن دخول کامل، به عنوان مصداق عمل موضوع روایات فرموده‌اند: «که ایقاب بعض حشفه در حرمت ابد کافی نیست؛ ولی احتیاط استحبابی در اینجا هم در ترک ازدواج در این موارد می‌باشد» (Shobeyri Zanjani, (Bita): 2227). به نظر می‌رسد بی‌توجهی به تفاوت بافت ظرف متعارف دخول در زنا با ظرف دخول در لواط، موجب تصور انصراف دخول به دخول کامل با تمام آلت یا تمام اندازه مقدر و کافی ندانستن دخول ناقص شده است و عدول از معنای لغوی الفاظ به‌کاررفته در روایات در ترتب مانعیت نکاح را بر خلاف مفاد اصاله الحقیقه موجب شده است.

در اینجا جا دارد از دقت شهید ثانی یاد کنیم که با پایبندی به الفاظ به‌کاررفته در روایات، ماده لواط را در بیان مسئله دخالت نداده و اندازه ایقاب را به وضوح بیان داشته است و می‌نویسد: «من أوجب غلاما، أو رجلا بأن أدخل به بعض الحشفة و إن لم یجب الغسل حرمت علی الموقب أم الموطوء و إن علت و أخته دون بناتها و بنته و إن نزلت من ذکر و أنثی من النسب اتفاقا و من الرضاع علی الأقوی» (Shid Sani, 1989: 203). این دقت شهید ثانی را در انتخاب جایگاه مستقل برای مسئله و طرح آن ذیل عنوان «المحرمات» (زنانی که با آنها نمی‌توان ازدواج کرد) و بدون اشاره به «سبب مصاهره یا ملحق به آن» که قبلا اشاره کردی نیز شاهد هستیم (Shid Sani, 1989: 154, 187, 203).

۳. تاثیر خاستگاه فقهی مسئله بر موضوع و جایگاه ماده ۱۰۵۶ ق.م در دکترین حقوقی

از دقت در خاستگاه فقهی مسئله روشن شد که مسمای موضوع لواط در فقه کیفری مستقل از مسمای موضوع عمل موجب ممنوعیت نکاح در فقه مدنی است، ولو این که بر هر دو لواط اطلاق شود. بر این اساس، عدول از تعریف لواط در قانون مجازات اسلامی به معنای تغیر مفهوم عمل شنیع در قانون مدنی به شمار نمی‌آید. همچنین دریافتیم که عموم حقوق دانان مدنی به تصریح یا تلویح از گذشته تا حال، عمل شنیع موضوع ماده ۱۰۵۶ ق.م را لواط معرفی کرده‌اند. با این حال دیدیم که غالب ایشان در مقام تبیین عمل شنیع یا جانب سکوت را برگزیده‌اند یا فقط به اشاره متعرض اندازه مقدر در تحقق عمل شنیع شده‌اند! و دیگر کمتر حقوقدانی را می‌توان یافت که در این راستا به تمایز لواط منطبق بر عمل شنیع و لواط کیفری محض توجه داده باشد. دیدیم که شایگان، کاتوزیان و صفایی از سردمداران گروهی‌اند که نه تنها به تمایز یادشده اشاره نکرده‌اند؛ بلکه اساساً توضیح مستقل عمل شنیع را نیز ضروری ندانسته به ذکر متن ماده ۱۰۵۶ یا چیزی نزدیک به آن بسنده کرده‌اند. البته سید حسن امامی به اشاره در توضیح ماده ۱۰۵۶ ق.م آورده است: «اگرچه به مقدار کمی از حشفه باشد» (Emami, 1984: 328). لنگرودی نیز در «المدونه» بدون تعریف کردن عمل شنیع و بدون اشاره به نقش ایقاب در آن، ابتدا می‌نویسد: «ماده ۱۷۱۶: عمل شنیع از موانع نکاح است...»؛ اما بلافاصله در ماده پیشنهادی بعدی اضافه می‌کند: «ماده ۱۷۱۷ ایقاب در عمل شنیع به ادخال حشفه و کمتر است» (Jafari Langroudi, 2008: 295). البته اگر ایشان ابتدا واژه ایقاب را در تعریف عمل شنیع، اخذ و سپس آن را تعریف می‌کرد شایسته‌تر به نظر می‌رسید؛ با این وصف، چون از ابهام ماده ۱۰۵۶ ق.م کاسته است گامی به جلو محسوب می‌شود. در میان حقوق دانان معاصر و جوان‌تر فقط عبدالحسین شیروی است که متوجه اصل مسئله شده و حتی دلیل استعمال عمل شنیع به جای لواط را از سوی قانون مدنی، متمایز کردن این عمل از لواط جزایی معرفی کرده است (Shiravi, 2016: 52).

از جهت تأثیر منابع فقهی بر جایگاه ماده ۱۰۵۶ در قانون مدنی اشاره کردیم که قانون مدنی ذیل عنوان جامع «در موانع نکاح» تمام موانع مورد نظر مقنن را طی چندین ماده پشت سر هم و بدون عناوینی مجزا آورده است که محقق را به یاد ترتیب مورد اختیار شهید ثانی می‌اندازد. در پاره‌ای منابع اصلی حقوق خانواده نیز یا همانند پاره‌ای از فقها، اشاره به این مانع ذیل مانع «قربت» و مشخصاً در ادامه «محارم سببی» آمده است (Safaie, Emami, 1995: 145,147,149) و یا بدون هیچ تبیینی، زیرمجموعه «موانع مربوط به زن شوهردار» مطرح شده است که این دومی حقیقتاً جای شگفتی دارد (Katouzian, Nasser, 1992: 108,111). به نظر می‌رسد طرح نویسندگان جوان‌تر کتب «حقوق خانواده» که بحث از مانع یادشده را با عنوان جداگانه «سایر موانع» یا «سایر موانع نکاح» متعرض شده‌اند پسندیده‌تر باشد (Shiravi, Hedayat Nia, 2018: 51,48)؛ اگرچه همین ترتیب نیز می‌تواند به‌نوعی متخذ از پاره‌ای منابع فقهی قلمداد شود که به آن اشارت رفت.

۴. دیدگاه مختار

دلیل اصلی شهرت ممنوعیت نکاح با مادر و خواهر و دختر مفعول از نظر فقهی فقط روایات است و اگر اجماعی هم در مورد آن بیان شده این اجماع قطعاً مدرکی و فاقد اعتبار است؛ چنان که دلیل حقوقی آن با اقتباس از فقه، ماده ۱۰۸۶ ق.م است. با پذیرش ابهام موجود در موضوع این ماده یعنی عمل شنیع لازم است برای رفع این ابهام به اقتضای طبیعت فقهی مسئله و نیز به حکم اصل ۱۶۷ ق.ا به «منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر» مراجعه کرد.

بررسی های قبلی نشان داد که فتوای مشهور فقها از گذشته تا حال، استقلال مفهومی موضوع لواط کیفری از موضوع عمل مانع نکاح در عین داشتن مصادیق مشترک است و این که برای مانعیت عمل مزبور نسبت به نکاح، دخول به اندازه مقدر

یا بعضی آن یعنی مطلق دخول ایقابی لازم است ولو آن که بر مصداقی از لواط ایقابی که در آن دخول به تمام اندازه مقدر صورت نگرفته است، عنوان جرم لواط منطبق نشود. مراجعه به منابع اجتهاد در مسئله حاضر مشخص می‌کند که دلیل این فتوای مشهور، روایات وارد شده است. مرحوم صاحب وسائل، عنوان اصلی روایات مورد نظر را چنین قرار داده است: **أَبُوبُ مَا يُحَرَّمُ بِالْمُصَاهَرَةِ وَ نَحْوَهَا** (Horr Aamely, 1988: 409). می‌دانیم قرابت ناشی از مصاهره یا همان قرابت سببی یکی از موانع نکاح است که با همین عنوان «مصاهره» در ماده ۱۹۴۷ ق.م نیز منعکس است و این که مانعیت عمل مورد بحث، دقیقاً مصاهره نیست، زیرا قوام مصاهره به سبب نکاح است در حالی که اساساً نکاح میان دو همجنس در فقه و حقوق ایران مردود است؛ لذا به نظر می‌رسد مانعیت این عمل در ذیل عنوان انتخابی صاحب وسائل یعنی «و نحوها» قرار می‌گیرد نه صدر آن. این برداشت زمانی تأیید می‌شود که ملاحظه کنیم باب پانزدهم از ابواب معرفی شده ذیل عنوان فوق، به بیان روایات این مانع اختصاص یافته است؛ آن‌هم با این عنوان‌گذاری: «بَابُ أَنَّ مَنْ لَاطَ بِغُلَامٍ فَأَوْقَبَ حَرَمَتَهُ عَلَيْهِ أُمُّهُ وَ ابْنَتُهُ وَ أُخْتُهُ أَبَدًا...» (Horr Aamely, 1988: 444). جالب این که دیدیم که در تألیفات فقهی و نیز حقوقی ما نیز همین جایگاه به این مانع داده شده است!! نکته قابل توجه در عنوان‌گذاری صاحب وسائل این است که وی ابتدا از ماده لواط استفاده کرده است (لاط) اما بلا فاصله با اصطیاد از روایات و آوردن قید ایقاب (فاوقب) به استقلال عمل موضوع این روایات از مطلق لواط تنبه داده است. البته چون رویه ایشان اقتباس عناوین ابواب از متن روایات است و در هیچ کدام از روایات باب به شرحی که می‌آید از ماده لواط استفاده نشده است مناسب آن بود که ایشان نیز -همانند شهید ثانی- این واژه را در عنوان انتخابی خود جا نمی‌داد. در حال صاحب وسائل، تحت باب یادشده روایات ذیل را عمدتاً از کتب اربعه نقل کرده است:

۱. مُحَمَّدٌ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ يَعْبَثُ بِالْغُلَامِ - قَالَ إِذَا أَوْقَبَ حَرَمَتَهُ عَلَيْهِ ابْنَتَهُ وَ أُخْتَهُ.

۲. وَ بِهَذَا الْإِسْنَادِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ يَأْتِي أَخَا امْرَأَتِهِ فَقَالَ - إِذَا أُوقِبَهُ فَقَدْ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ الْمَرْأَةُ.

۳. وَ عَنْهُ عَنْ أَبِيهِ أَوْ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ مُوسَى بْنِ سَعْدَانَ عَنْ بَعْضِ رِجَالِهِ قَالَ: كُنْتُ عِنْدَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ مَا تَرَى فِي شَابِيَيْنِ - كَأَنَا مُصْطَحِبِيْنَ فَوُلِدَ لِهَذَا غُلَامٌ وَ لِلْآخَرِ جَارِيَةٌ - أَيْتَزَوَّجُ ابْنَ هَذَا ابْنَةَ هَذَا قَالَ فَقَالَ نَعَمْ - سُبْحَانَ اللَّهِ لِمَ لَا يَجِلُّ فَقَالَ إِنَّهُ كَانَ صَدِيقًا لَهُ - قَالَ فَقَالَ وَ إِنْ كَانَ فَلَا بَأْسَ قَالَ فَإِنَّهُ كَانَ يَفْعَلُ بِهِ - قَالَ فَأَعْرَضَ بِوَجْهِهِ ثُمَّ أَجَابَهُ وَ هُوَ مُسْتَتِرٌ بِذِرَاعِهِ - فَقَالَ إِنْ كَانَ الَّذِي كَانَ مِنْهُ دُونَ الْإِقْبَابِ - فَلَا بَأْسَ أَنْ يَتَزَوَّجَ - وَ إِنْ كَانَ قَدْ أُوقِبَ فَلَا يَجِلُّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ.

وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أُسْبَاطٍ عَنْ مُوسَى بْنِ سَعْدَانَ نَحْوَهُ

۴. وَ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْمُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنِ حَمَّادِ بْنِ عَثْمَانَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع رَجُلٌ أَتَى غُلَامًا أَوْجَلُّ لَهُ أُخْتُهُ - قَالَ فَقَالَ إِنْ كَانَ تَقَبَّ فَلَا.

۵. مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ فِي عِقَابِ الْأَعْمَالِ قَالَ رَوَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ لَعِبَ بِغُلَامٍ قَالَ - إِذَا أُوقِبَ لَمْ تَجِلَّ لَهُ أُخْتُهُ أَبَدًا وَ رَوَاهُ الْبَرْقِيُّ فِي الْمَحَاسِنِ أَيْضًا مُرْسَلًا.

۶. مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنِ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ رَجُلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يَعْبَثُ بِالْغُلَامِ قَالَ - إِذَا أُوقِبَ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُخْتُهُ وَ ابْنَتُهُ.

۷. وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ فَضَّالٍ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنِ حَمَّادِ بْنِ عِيسَى عَنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَمْرٍ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ لَعِبَ بِغُلَامٍ هَلْ تَجِلُّ لَهُ أُمُّهُ - قَالَ إِنْ كَانَ تَقَبَّ فَلَا (Horr Aamely, 1988: 444-445).

از آنجا که بسیاری از روایات فوق دارای سند صحیح و منقول از کتب بسیار معتبر اربعه بوده و پاره‌ای دیگر حسب مبانی خاص مانند: «اعتبار مراسلات ابن ابی عمیر» و

«جابر بودن شهرت عملی» قابل تصحیح‌اند؛ بحث خود را بر جنبه دلالی این روایات متمرکز می‌کنیم.

از واژه‌های کنایی به‌کاررفته در روایات فوق مانند «عبث» و «لعب» که به معنای بازی کردن است، بگذریم؛ کلیدی‌ترین واژگان را ماده «وقب» و «تقب» تشکیل می‌دهد که پیش از این اشاره کردیم که در لغت و متفاهم عرفی و فقهی هر دو به معنای مطلق ادخال است. پس بدون دخول ولو به اندازه مقدر، این عناوین صدق نمی‌کند و برای صدق این عناوین، اصل دخول لازم است چه به تمام اندازه مقدر باشد و چه بعض از آن.

نکته قابل‌عنایتی که از روایت ۳ قابل استفاده است این که وقتی سائل در ادامه سوال خود تأکید دارد که میان این دو دوست، لواط واقع شده است؛ حضرت ابتدا به علامت انزجار، روی خود را برگردانده و سپس پاسخ مرحمت می‌فرمایند. ما نیز پیش از این در مقام توجیه عدم شرح ماده ۱۰۵۶ ق.م.توسط بعضی از حقوق دانان برجسته، به رعایت نزاکت توسط ایشان اشاره کردیم که ریشه در شناخت عمل و پرهیز از شکسته شدن قبح این عمل در اذهان دارد. البته امام علیه‌السلام در جایگاه مبین شریعت با وجود ابراز این نفرت قلبی اما برای ایضاح حدود شرعی، توضیح لازم را ارایه فرمودند؛ بنابراین قطعاً برای تحقق عمل شنیع موضوع ماده ۱۰۵۶، باید دخول ایقابی ولو ناقص انجام پذیرد که عرف چه بسا آن را لواط بدانند، اما مطابق آخرین اراده مقنن، لواط به شمار نمی‌آید. پس ذکر این احتمال که ماده ۱۰۵۶ ق.م.تواند ناظر به «رفتارهای خفیف‌تر از لواط مانند تفخیز باشد» از جهت «تنظیر به تفخیز» که در آن هیچ دخولی رخ نمی‌دهد کاملاً نادرست است؛ اما از جهت تفتن به نکته مورد نظر قانون‌گذار در انتخاب واژه عمل شنیع به جای لواط؛ به هدف تمییز عمل شنیع از لواط کیفری و این که اگر دخول به اندازه حشفه انجام نشده باشد، باز حرمت نکاح به وجود می‌آید؛ در حقیقت جای تحسین دارد و از اشراف نویسندگان به فقه در موضوع مورد بحث، حکایت می‌کند (Shiravi, 2016: 52). بر این اساس ما نیز واژه عمل شنیع را بر لواط ترجیح می‌دهیم و در پیشنهاد پایانی خود با آوردن عباراتی، ابهام آن را بر طرف می‌کنیم.

شایان ذکر است که هرگاه در تحقق اصل دخول تردید شود؛ اصل، عدم دخول است (Yazdi Tabatabayi, 1988: 826)؛ بنابراین، فاعل نه به مجازات لواط موضوع ماده ۲۳۳ ق.م.ا. ۹۲ (لواط کیفری) محکوم می‌شود و نه مانعیت حقوقی نسبت به نکاح برای او به وجود می‌آید؛ ولو آن‌که ممکن است به مجازات مقرر برای موضوع متن ماده ۲۳۵ ق.م.ا. ۹۲ (تفخیزد) محکوم شود. بر همین اساس، اگر اصل دخول و ایقاب احراز شود اما در این که آیا به اندازه ایقاب کامل بوده است یا نه تردید شود؛ باز هم مقتضای اصل، عدم تحقق چنین ایقابی است و باید به تحقق ایقاب ناقص که قوام آن به اصل دخول است و اندازه در این باره دخالت ندارد بسنده کرد. در این صورت نیز، مرتکب به لواط کیفری محکوم نمی‌شود و از آن تبرئه می‌شود؛ اما به جهت انطباق عمل بر موضوع تبصره ماده ۲۳۵ ق.م.ا. ۹۲ (عمل در حکم تفخیزد)، از جهت جزایی محکوم می‌شود و ممنوعیت نکاح نیز در حق او برقرار خواهد شد.

فرجام سخن

با عنایت به آنچه که از نظر گذشت روشن شد در قوانین جزایی کشور، عمدتاً تحت تأثیر فقه- به‌ویژه بعد از پیروزی انقلاب اسلامی- عنوان لواط بر عمل یا اعمالی خاص به گونه ای یکسان به کار نرفته است. در حال حاضر (۱۴۰۲ ش) شرط تحقق لواط از منظر حقوق جزای ایران، دخول آلت مذکر به مقدار تمام اندازه مقدر (ختنه‌گاه) یا همان ایقاب کامل در دبر انسان مذکراست. از سوی دیگر، در قوانین مدنی ما در شاخه حقوق خانواده و مشخصاً در ماده ۱۰۷۵ ق.م.ا. همان ابتدای تصویب کتاب هفتم قانون مدنی در سال ۱۳۱۳ با اقتباس مستقیم از فقه امامیه، لواط با عنوان مبهم عمل شنیع، موضوع اثری مدنی در قالب یکی از موانع نکاح دانسته شده است. ترکیب «عمل شنیع» به‌خودی‌خود فاقد حقیقت شرعی یا قانونی است تا ابهام آن از این طریق بر طرف شود. با مراجعه به منابع بومی حقوق موضوعه ایران یعنی فقه امامیه مشخص می‌شود که مقصود از عمل شنیع، همان لواط ایقابی است؛ خواه ایقابی کامل باشد یا ایقابی ناقص

ولو آن که در حقوق کیفری کنونی، لواط به اصطلاح ایقابی ناقص، جرم لواط به شمار نیامده و تعحید دانسته شده است. بر این اساس می‌توان استنتاج کرد که:

۱. موضوع لواط در نظام حقوق جزای کنونی ایران با موضوع عمل شنیع در ماده ۱۰۵۶ ق.م از جهت مفهوم متفاوت است و نسبت آن دو عام و خاص مطلق است. هر لواط کیفری، عمل شنیع است اما هر عمل شنیعی لواط کیفری نیست؛
۲. متهمی که از اتهام لواط به جهت جزایی تبرئه شده است، اگر عمل ارتكابی‌اش مصداق ایقاب ناقص باشد با ممنوعیت نکاح مواجه است.

در قالب پیشنهاد، برای رفع ابهام از ماده ۱۰۵۶ ق.م این متن به عنوان جایگزین متن ماده فعلی با راهبرد تغییر حد اقلی در عبارات متن اولیه قانون مدنی به عنوان متنی جاافتاده در زبان دکترین حقوقی و رویه قضایی کشور پیشنهاد می‌شود: «اگر انسان مذکری با انسان مذکر دیگری عمل شنیع کند به نحوی که دخول به هراندازه محقق شود؛ نمی‌تواند مادر یا خواهر یا دختر او را تزویج نماید».

References

Holly Quran

- Abdul Hossein Lari (1997). *Collection of Letters*, Tehran: Ayatollah Abdul Hossein Lari Commemoration Congress, [In Arabic].
- Afram Bostani, F. (1997). *Farhang Abjadi*, translator: Reza Mahyar, 2nd Edition, Tehran: Islami, [In Persian].
- Aghaei Nia, H. (2013). *Special Criminal Law: (Crimes Against Persons)*, Tehran: Mizan Legal Foundation, [In Persian].
- Aghaei, M. (2017). *Dealing with crimes against chastity (with a practical approach)*, 2nd Edition, Tehran: Press and Publishing Center of the Judiciary, [In Persian].
- Ali Shahi Qala Joqi, A., and Akbarian, F., C. Olia (2018). Analysis of Article 1056 of the Civil Code from the perspective of jurisprudence and family law, *Legal jurisprudence studies of women and family*, 2(4), 65-89, [In Persian].



- Allameh Hali, H. (1992). *Qaa'veed al-Ahkam fi Marafah Al-Halal and Haram*, Vol. 3, Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Theological Seminary Society, [In Arabic].
- Allameh Helli, H. (1968). *Tazqret al-Foqahaa* (Old Prined), Qom: Al-Bayt Institute, [In Arabic].
- Allameh, Helli, H. (Bita). *Tahrir al-Ahkam al-Shariah on the Imamamiey Madhhab* (Old Printed), Vol. 2, Mashhad: Al-Bayt Institute, [In Arabic].
- Boroujerdi Tabatabayi, S. (2006). *Sources of Shia jurisprudence (comprehensive translation of Shia hadiths)*, translator: Mahdi Hosseinian Qomi et al., Vol. 31, Tehran: Farhange Sabz, [In Arabic].
- Dadmarzi, S. (2018). The influence of Western law in comparison with Imami jurisprudence on the drafting of Iran's civil law, *Legal Encyclopedias*, No. 4, pp. 166-184, [In Persian].
- Dadmarzi, S. (2012). *Conflict in Civil Law*, 2nd Edition, Qom: Islamic Seminary and University Research Center, [In Persian].
- Dadmarzi, S. (2021). *Argumentative Jurisprudence*, 48th edition, Qom: Taha Publications, [In Persian].
- Danmarzi, S. (2009). The necessity of jurisprudence education in the field of law, *Legal Research*, 2, 129-160, [In Persian].
- Dehkoda, A. (1998). *Dictionary*, Vol.10, 2nd edition, Tehran: Tehran University Press, [In Persian].
- Emami, S. (1984). *Civil Law*, Vol. 4, 2nd Edition, Tehran: Islamia Book Store, [In Persian].
- Etemadi, A. (2016). *Special criminal law: aggression against persons*, Tehran: Mizan Legal Foundation, [In Persian].
- Ezzati Lotfollah, B., and Talebi, J. (2016). *Commentary Collection of Laws and Regulations of Family Law*, Tehran: Judiciary Press and Publications Center, [In Persian].
- Fakhr al-Mohagheghin, M. (1967). *Explanation of the Benefits in the Explanation of the Al-Qavaed*, Vol. 3, Qom: Ismailian Institute, [In Arabic].
- Farahidi, K. (1988). *Kitab al-Ain*, Qom: Dar al-Hijrah, [In Arabic].
- Hakim, S. (1995). *Mustamsek al-Arwa al-Wosgha*, Qom: Dar al-Tafsir, [In Arabic].
- Hashemi Shahroudi, S. (2011). *Minhaj al-Salehin*, Vol. 2, Qom: School of Ayatollah al-Ozma Sayyed Mahmoud al-Hashemi, [In Arabic].
- Hayati, A. (2013). *Family law*, Tehran: Mizan Legal Foundation, [In Persian].

- Hedayat Nia, F. (2018). *Family Law in the Islamic Republic of Iran*, Qom: Hozwa and University Research Center, [In Persian].
- Horr Aamely, M. (1988). *Wasa'el al Shi'ite*, Vol. 20, Qom: Al-Bayt Institute, [In Arabic].
- Ibn Abedin al-Hanafi (1966). *Hashiya Rad al-Mukhtar*, Vol. 4, 2nd Edition, Beirut: Daralfekr, [In Arabic].
- Ibn Idris Helli (1999). *Encyclopedia of Ibn Idris*, Vol. 11. Qom: Islamic Seminary Center, [In Arabic].
- Ibn Idris Helli, M. (1989). *al-Sara'er al-Hawi for Tahrir Al-Fatavi*, Vol. 2, 2nd Edition, Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Theological Seminary Society, [In Arabic].
- Ibn Qayyim al-Jawziyya, M. (Bita),. *Bada'e al-Favaeed*, Vol. 4, p. 908; Beirut: Daralketab al-Arabi, [In Arabic].
- Iraqi Personal Status Law and its amendments* (1956). Iraq: Al-Jarida al-Rasmiyyah, No. 188, [In Arabic].
- Iraqi Personal Status Law. (2023). View date 8/6/1402 in http://www.arabwomenlegal-emap.org/cawtar_documentcountry
- Jafari Langroudi, M. (1997). *Family law*, Tehran: Ganj Danesh Library, [In Persian].
- Jafari Langroudi, M. (2000). *Commentary Collection of Civil Law*, Tehran: Ganj Danesh Library, [In Persian].
- Jafari Langroudi, M. (2008). *Al-Modavvanah*, Tehran: Ganj Danesh Library, [In Persian].
- Jaziri, A. (1998). *Fiqh Ali Madaab al-Arba'ah and the Madhhab of Ahl al-Bayt*, Vol. 5, Beirut: Dar al-Saqlain, [In Arabic].
- Katouzian, N. (1988). *Civil law in the current legal system*, Tehran: Mizan Legal Foundation, [In Persian].
- Katouzian, N. (1992). *Family civil law*, vol. 1, third edition, Tehran: publishing company, [In Persian].
- Khoei, S. (1989). *Minhaj al-Salehin*, Vol.2, Qom: Madinat al-Alam, [In Arabic].
- Khoei, S. (1997). *Encyclopedia of Imam Al-Khoei*, Vol. 32, Qom: Institute for Revival of Imam Al-Khoei's Works, [In Arabic].
- Khomeini, R. (1988). *Tahrir al-Wasilah*, Vol. 2, Qom: Dar Al Alam Press Institute, [In Arabic].
- Ma'alouf, L. (2007). *Al-Munjad in Modern Arabic Language*, Tehran: Esteghlal, [In Arabic].



- Majlesi I, M. (1985). *Rowzatol al-Muttaqin fi Sharhe Man La Yahzaroah al-Faqih*, Vol. 10, Qom: Kushanbur Islamic Cultural Institute, [In Arabic].
- Mir Mahmoudi, S., Khazaei, M., Chegani, M., and Ali Khaksar Dehghani Dehkordi (2018). Analysis of Articles 234 and 236 of the Islamic Penal Code, *Religion and Law Quarterly*, 23, 106-135, [In Persian].
- Mir Mohammad Sadeghi, H. (2019). *Special Criminal Law (3): Crimes against the physical integrity of persons*, Tehran: Mizan Legal Foundation, [In Persian].
- Mohaghegh Helli, J. (1987). *Sharaye Al Islam in Halal and Haram Issues*, Vol. 2, Qom: Ismailian, [In Arabic].
- Mohagheq Damad, S. (2013). *Family Law Jurisprudence Review*, 16th edition, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, [In Persian].
- Najafi -Saheb Al Jawaher, M. (1983). *Jawaher Al Kalam in the Explanation of the Laws of Islam*, Vol. 41, 7th edition, Beirut: Dar Ihiya al-Trath al-Arabi, [In Arabic].
- National system of judicial orders (2023). View date 8/6/1402 in: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/21536>
- National system of judicial orders (2023). View date 8/6/1402 in: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/3756>
- Nik Farjam, Z. (2018). *Crimes against Chastity which its punishment has been determined*, Tehran: Judge's Press, [In Persian].
- Qatifi ale-Tawq, A. (2003). *Al-Tawq al-Qatifi's letters*, vol. 4, Beirut: Dar al-Mustafa for the revival of tradition, [In Arabic].
- Razmsaz, I. (2014). *Methods of preventing sexual crimes and public indecency in the criminal policy of the Islamic Republic of Iran*, Tehran: Majd Scientific and Cultural Institute, [In Persian].
- Roshan, M., and Sadeghi, M. (2017). *Encyclopaedia of family law*, Tehran: Jangal/Javadaneh Publications, [In Persian].
- Sabki, T. (1992). *Tabaqat al-Shafi'i al-Kubra*, al-Muhagegh: Mahmoud Muhammad Al-Tanahi, 2nd Edition, Cairo: Hijr Lal-Taba'ah and Al-Tawzi'ah and Al-Nashar, [In Arabic].
- Sabzewari, A. (1992). *Mohazzab al-Ahkam*, Vol. 28, fourth edition, Qom: Al-Manar Institute, [In Arabic].
- Safaie, S., and Emami, A. (1995). *Family law*, Vol. 1, 4 Edition, Tehran: Tehran University Publications, [In Persian].
- Safaie, S., and Emami, A. (2016). *Family Law Summary*, 38 Edition, Tehran: Mizan Legal Foundation, [In Persian].

- Saimori, M. (1992). *Ghayat al-Maram in the description of the laws of Islam*, Vol. 4, Beirut: Dar Al-Hadi, [In Arabic].
- Savlani, I. (2021). *special criminal law*, 4th edition, Tehran: Mashahire Dad Afrin, [In Persian].
- Seyed Mortaza, A. (1984). *Rasaila al-Sharif al-Mortaza*, Vol. 1, Qom: Dar al-Qur'an al-Karim, [In Arabic].
- Seyyed Morteza, A. (1994). *Al-Intisar*, Qom: Al-Nashar al-Islami Institute, [In Arabic].
- Shahid Sani, Z. (1989). *al-Rawda al-Bahiyyah in Sharh al-Loma'a al-Damashqiya (al-Mohash-i-Kalantar)*, Vol. 5, Qom: Davari Bock Store, [In Arabic].
- Shambiati, H. (2016). *Special Criminal Law: Crimes against the Physical Integrity of Persons*, Vol. 3, Third Edition, Tehran: Majd Scientific and Cultural Institute, [In Persian].
- Shambiati, H. (2016). *Special criminal law: crimes against the spiritual personality of individuals*, Vol. 4, Tehran: Majd Scientific and Cultural Institute, [In Persian].
- Shaygan, S. (1945). *Civil Law of Iran*, 3rd edition, Tehran: Majlis Shura Melli printing house, [In Arabic].
- Shiravi, A. (2016). *Family Law*, Tehran: Samt, [In Persian].
- Shobeyri Zanjani, S. (Bita). *Nikah book*, seventh vol.ume, Qom: Rai Pardaz Research Institute, [In Persian].
- Sistani, S. (1994). *Minhaj al-Salehin*, Vol.3, Qom: School of Ayatollah Al-ozma Sayyed al-Sistani, [In Arabic].
- Tabatabayi Yazdi, S. (1998). *Question and answer*, second volume, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, [In Persian].
- Tabrizi, J. (2005). *Minhaj al-Salehin*, Vol. 2, Qom: Madyan, [In Arabic].
- Taheri, H. (1996). *Civil Law (5)*, Qom: Islamic Publications Office of Qom Seminary, [In Persian].
- Tusi, M. (1986). *Al-Khelaf*, Vol. 4, Qom: Al-Nashar Islamic Publishing House, which is affiliated with Jama'ah al-Madaresin in Hawza al-Elamiya of Qom, [In Arabic].
- Vahid Khorasani, H. (2007). *Minhaj al-Salehin*, Vol.3, Qom: Madrasa al-Imam Baqir al-Uloom, [In Arabic].
- Yazdi Tabatabayi, S. (1988). *Al-Orwa al-Wosgha (Alam al Asr)*, Vol. 2, Beirut: Al-Alami Publishing House, [In Arabic].

- Yazdi Tabatabayi, S. (2011). *Ghaya al-Qoswa in the translation of Al-Orwa al-Wosgha*, Qom: Sobhe Pirouzi, [In Arabic].
- Yazdi Tabatabayi, S. (1988). *Al-Orwa al-Wosgha*, Vol.2, Beirut: Al-Alami Institute for Press, [In Arabic].
- Zahili, W. (1988). *Fiqh al-Islami and Adllatoha*, Vol. 9, 12th edition, Damascus: Dar al-Fikr, [In Arabic].

