

فلسفه احسان در جرایم جنسی مستوجب حد با محوریت قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲

عادل ساریخانی*

چکیده

تحقق یا عدم تحقق شرط احسان در مرتکب برخی از جرائم جنسی اثر غیرقابل انکاری، در مجازات آن جرم دارد. احسان در جرایم جنسی اصلی، وضعیت مرد یا زن بالغ و عاقل و متأهلی است که دارای همسر دائمی است و با همسر خود در زمان بلوغ و افاقه سبق نزدیکی از طریق قُبُل داشته است و امکان تمتع جنسی با همسرش برای وی فراهم است. احسان در مجازات زنا به عنف که مستلزم قتل است تأثیری نداشته ولی در سایر موارد گاهی جمع مجازات جلد با رجم و گاهی نیز تشدید مجازات زانی از صد ضربه شلاق به سنگسار را در پی خواهد داشت. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به دادگاه اجازه داده در صورت عدم امکان اجرای مجازات رجم، پس از کسب نظر رئیس قوه قضاییه، مجازات مذکور را حسب مورد به جلد یا اعدام تبدیل نماید که این تجددگرایی و پویایی قانون‌گذار هرچند قابل تحسین است؛ اما متن قانون به‌گونه‌ای تدوین شده که انتقادات فراوانی بر آن وارد می‌باشد. قانون مجازات جدید در باب لواط نیز وجود شرایط احسان در لواط کننده را از موجبات تشدید مجازات از جلد به اعدام دانسته اما در باب مساحقه آن را مؤثر در مقام ندانسته است. علاوه بر این، وجود شرایط احسان در مرتکبین برخی از جرایم جنسی، موجب تغییر وضعیت آنان از محقون‌الدم به مهدورالدم نیز می‌گردد. در این مقاله علاوه بر بررسی تأثیر احسان در جرایم جنسی مستقیم، فلسفه تشدید مجازات محسن و محصنه تبیین و به نقد مقررہ جدید قانون‌گذار در باب مجازات رجم پرداخته شده است.

کلیدواژه‌ها: احسان، زنا، لواط، مساحقه، رجم، مهدورالدم.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۲/۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۴/۱۴

* دانشیار حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسؤول)

adelsari@yahoo.com

۱- مقدمه

در فقه جزایی اگر زناکار واجد شرط احسان باشد مجازات او از یکصد ضربه شلاق به مجازات رجم (سنگسار) تغییر می‌یابد. این حکم در قوانین جزایی پس از انقلاب اسلامی ایران نیز وارد شده است. بحث سنگسار از جمله مباحثی است که در جامعه امروز ایران منشأ چالش در عرصه ملی و بین‌المللی شده است؛ به‌گونه‌ای که ریاست وقت قوه قضاییه در سال ۱۳۸۱ با صدور بخشنامه‌ای، عدم اجرای آن را از قضات دادگاه‌ها خواستار شد. قانون‌گذار ایران با وجود انتقادهای داخلی و بین‌المللی بار دیگر در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مجازات سنگسار را ضمن پیش‌بینی دو مجازات بدلی تصویب نمود.

همچنین قانون مجازات جدید برخلاف قوانین سابق و به پیروی از نظر غیر مشهور، وجود شرط احسان را در لواط مؤثر دانسته اما در هم‌جنس‌بازی زنان علیرغم وجود نظر فقهی مخالف؛ تفاوتی بین محصنه و غیر محصنه قائل نشده است. در برخی موارد هم وجود شرط احسان، مرتکب را مهدورالدم کرده، قتلش را با شرایطی جایز می‌نماید.

بنابراین مسأله احسان مسأله بسیار مهمی است که با توجه به تأثیر غیرقابل‌انکار آن در مجازات جرایم جنسی، بررسی همه‌جانبه آن از اهمیت بسزایی برخوردار است. در قانون مجازات جدید در باب اجرای مجازات رجم، با شتاب‌زدگی، ماده قانونی به تصویب رسیده که دارای نکات مجمل است و با انتقاداتی روبروست. بنابراین در این مقاله به تأثیر احسان در سه جرم جنسی اصلی (یعنی زنا، لواط و مساحقه) پرداخته‌ایم و افزون بر بررسی مبانی فقهی، تجددگرایی قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی جدید در باب مجازات رجم را نیز مورد بررسی و نقد قرار داده‌ایم.

۲- تبیین مفاهیم

۲-۱- تعریف جنسی

«جنسی» منسوب به «جنس» است که خود دارای معانی متعددی است. در فقه و قوانین کیفری ایران تعریف جامعی از جرایم جنسی ارائه نشده است. در انگلستان تاکنون چندین قانون اختصاصی تحت عنوان «قانون جرایم جنسی»^۱ در سال‌های ۱۹۵۶ و ۱۹۷۶ و ۲۰۰۳ به تصویب رسیده است؛ باین‌حال

1. Sexual Offences Act, 1956, 1976, 2003.

تعریفی از جرایم جنسی ارائه نشده است و تنها مصادیق آن ذکر شده است. به عنوان مثال قانون جرایم جنسی ۲۰۰۳ پنجاه و دو جرم جنسی را در پنج شاخه اصلی بیان کرده اما تعریفی از «جرایم جنسی» ارائه ننموده است. فرهنگ حقوقی آکسفورد نیز در تعریف جرایم جنسی بیان می‌دارد «هر جرمی که شامل نزدیکی جنسی یا هر عمل جنسی دیگر باشد» (Martin, 2006, 495).

جرم جنسی رفتار خلاف شرعی است که مشتمل بر نوعی انحراف در ارضای غرایز جنسی، ایراد صدمه جنسی به دیگری و یا متضمن آسیب به عفت عمومی است و قانون‌گذار برای ارتکاب آن مجازات تعیین کرده است (نوبهار، ۱۳۸۹، ۲۸). بنابراین در فقه و حقوق ایران (برخلاف حقوق کشورهای غربی) عمل زنا یا لواط حتی اگر با رضایت طرفین و به صورت کاملاً پنهانی صورت گیرد؛ بازهم از آنجا که نوعی انحراف در ارضای غریزه جنسی از مجرای طبیعی خود می‌باشد، جرم جنسی محسوب می‌شود. رفتارهای جنسی جرم انگاری شده در حقوق کیفری ایران را به دودسته جرایم جنسی مستقیم (اصلی) و جرایم جنسی غیرمستقیم (فرعی) تقسیم شده است (کبریتی و آقابابایی و شاه‌ملک‌پور، ۱۳۸۹، ۱۱۳).

۲-۲- تعریف احسان

احسان واژه‌ای عربی و دارای معانی متعدد لغوی، قرآنی و فقهی است. احسان مصدر باب افعال است که با حصن (به معنی قلعه و بنای مستحکم و غیرقابل نفوذ) هم‌خانواده بوده و به معانی: محکم و استوار کردن (عمید، ۱۳۸۷، ۱۲۳)، حصار کردن، پارسا گردانیدن تزویج؛ مستور شدن، شوهر کردن، عفت داشتن (دهخدا، ۱۳۲۶، ۱۰۹۲)، منع، قفل، اسلام (جعفریان سوته، ۱۳۹۲، ۲۶۹) و پارساگری و پابیندی (پرتو، ۱۳۷۳، ۵۶) آمده است. و مُحْصِن به معنی مرد پارسا، مرد زن گرفته و نکاح کرده، محفوظ و نگه‌داشته شده (دهخدا، ۲۹، بی‌تا، ۱۶۳۷) و مُحْصِن به معنی نگهبان، محافظ، پاکدامن، مرد زن گرفته (همان)، پارسا و مرد نکاح‌کرده (اختری، بی‌تا، ۴۹۴۷)، نیز مُحْصِنه مؤنث محصین و به معنی زن پارسا و شوی‌دار (طیبیان، ۱۳۹۱، ۶۹) و پاکدامن (اختری، همان)، زن آزاد و شوی کرده، زن عقیفه و باحیا (دهخدا، بی‌تا، ۲۹، ۱۶۳۸) به کاررفته است.

در قرآن احسان گاهی به معنی تزویج است (شوهرداشتن زن) آمده است؛ «وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ. وَ نِكَاحِ زَنَانٍ شَوْهَرْدَارِ (بر شما حرام شد) مگر آن زنانی که (در جنگ با کفار به حکم خدا)

متصرف شده‌اید...»^۱ و گاهی به معنای آزادی و حریت به‌کار رفته است؛ شاید به این دلیل که آزادبودن باعث می‌شود انسان ملک دیگران و ملزم به اجرای فرمانشان نباشد و شاید هم از آن‌جهت که آزادبودن زن با توجه به رواج زنا در بین کنیزان (برخلاف زنان آزاد) در زمان‌های گذشته، خود از موانع ارتکاب زنا محسوب می‌شده است: «وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ... و هر که را توانایی آن نباشد که زنان پارسای با ایمان (و آزاد) گیرد پس، از کنیزان مؤمنه که مالک آن شدید به زنی اختیار کند ...»^۲ و گاهی به معنی عفت و پاکدامنی است؛ مانند «وَمَرْيَمَ إِتَتْ عِمْرَانَ الَّتِي أَحْصَنَتْ فَرْجَهَا ... و مریم دختر عمران، همان که حفظ عفت خویش کرد ...».^۳ در فقه از احسان به «احسان قذف» و «احسان رجم» تعبیر می‌شود. احسان در باب قذف عبارت است از بلوغ، عقل، حریت، اسلام و عفت (امام خمینی، بی‌تا، ۲۰۷).

احسان در جرایم جنسی اصلی که موضوع این تحقیق محسوب می‌شود، اصطلاحی بحث‌انگیز و محل نزاع میان فقهای مسلمان اعم از اهل سنت و امامیه است. به‌گونه‌ای که برخی از آنان ارکانی را برای تحقق احسان شرط می‌دانند که دیگران به‌شرط بودن آن اعتقادی ندارند. به همین دلیل ارائه تعریف اصطلاحی جامع و مانعی از احسان بسیار مشکل است. در مجموع می‌توان گفت احسان حالت مرد یا زن بالغ و عاقلی است که دارای همسر دائمی است و با همسر خود در زمان بلوغ و افاقه سبق نزدیکی از طریق قبُل داشته و امکان تمتع جنسی با همسرش را دارد.

قانون مجازات اسلامی در ماده ۲۲۶ تعریف احسان مقرر می‌دارد: «احسان در مرد عبارت است از آنکه دارای همسر دائمی و بالغ باشد و درحالی‌که بالغ و عاقل بوده از طریق قبُل با وی در حال بلوغ جماع کرده باشد و هر وقت بخواهد امکان جماع از طریق قبل را با وی داشته باشد و احسان در زن عبارت است از آنکه دارای همسر دائمی و بالغ باشد و درحالی‌که بالغ و عاقل بوده با او از طریق قبُل جماع کرده باشد و امکان جماع از طریق قبُل را با شوهر داشته باشد» در این تعریف از احسان زن و مرد دو تفاوت مشهود است. نخست آنکه در تحقق احسان زن (برخلاف مرد)، به لزوم بالغ‌بودن شوهر هنگام نزدیکی با وی اشاره نشده است و دوم آنکه در تحقق احسان زن امکان جماع با شوهر کافی دانسته شده و این امکان جماع

۱- نور، ۲۴

۲- نور، ۲۴

۳- تحریم، ۱۲

(برخلاف مرد)، به « هر وقت بخواهد » مقید نشده است؛ دلیل این امر که آن است که در روابط زوجین، قانوناً حق مطلق مقاربت از حقوق زوج محسوب می‌شود نه زوجه.

از نظر حقوق تطبیقی در انگلستان احسان^۱ تعریف نشده اما زنانی محصنه^۲ به عمل نزدیکی در قُبُل با آلت جنسی مذکر بین مرد و زنی که با یکدیگر ازدواج ننموده‌اند؛ درحالی که حداقل یکی از آنها در قید زوجیت فرد دیگری باشد، اطلاق می‌گردد (Martin, 2006, 18).

۳- تأثیر احسان در جرایم جنسی

پرسش اصلی این است که آیا محصن بودن مرتکبین جرایم جنسی در مجازات آنان تأثیری دارد؟ پاسخ به این پرسش، منوط به بررسی احسان در جرائم جنسی اصلی: زنا، لواط و مساحقه است.

۳-۱- تأثیر احسان در زنا

زنا به قصر [زنی] لغت اهل حجاز است و به مد [زنا] لغت اهل تمیم (محقق حلی، ۱۳۷۴، ۱۸۴۶). منظور از زنا آن است که مرد بالغ و عاقل از روی علم و اختیار به اندازه سر آلت خود را در فرج زنی که بر او حرام است داخل کند؛ بدون آنکه عقد نکاح یا ملکیت یا شبهه در کار باشد (شهید اول، ۱۳۷۵، ۲۲۱). زنا به دلالت قرآن، سنت و اجماع از گناهان کبیره است بلکه از ضروریات دین است (نجفی، ۱۳۹۱، ۲۳). این عمل زشت بدون شک نظام خانواده را در هم می‌ریزد و باعث تولد فرزندان بی‌هویت و نامشروع شده و سرایت انواع بیماری‌های روانی و آمیزشی مسری چون سفلیس و ایدز را تسهیل می‌نماید. بنابراین تحریم و تجریم آن بی‌حکمت نیست (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶، ۳۹۴).

در آیات قرآن سه نوع مجازات برای زناکاران بیان شده است: حبس ابد در منزل، آزار و صد ضربه شلاق. یکی از مفسرین معاصر معتقد است که از آیات ۱۵ و ۱۶ سوره نساء چنین برمی‌آید که قبل از نزول حکم سوره نور درباره زناکاران و زنان بدکار، اگر محصن بوده‌اند مجازات آنها حبس ابد تعیین شده است (فامسکوهن فی البیوت). دلیل این برداشت قرینه موجود در آیه ۱۶ و تعبیر «من نسائکم» به جای «من النساء» می‌باشد و اگر غیر محصن بودند مجازات آنها ایذاء و آزار بوده است (فادوهما). مقدار این آزار

1 . Continence, pudicity

2 . Adultery

معین نشده بود تا اینکه آیه دوم سوره نور مقدار آن را یک‌صد تازیانه محدود و معین نموده است. بنابراین حکم اعدام [از نوع رجم] در مورد محصنه جایگزین زندان ابد و حکم یک‌صد تازیانه، جایگزین آزار است و از آنجایی که آیه ۱۵ سوره نساء حکم حبس ابد را به صورت موقت آورده، نسخ هم نشده است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶، ۱۴، ۳۹۱ و جلد ۳، ۳۸۷). بنابراین مجازات زناى غیر محصنه در قرآن کریم یک‌صد تازیانه مقرر شده است. قانون مجازات اسلامی در ماده‌ی ۲۳۰ حد زناى غیر محصنه را صد ضربه شلاق مقرر نموده است. در ذیل تأثیر احسان را در چهار حالت مختلف ارتکاب زنا بررسی می‌نماییم.

۳-۱-۱- تأثیر احسان در پیرمرد و پیرزن

در برخی روایات احسان پیرمرد و پیرزن، موجب انضمام مجازات جلد به رجم است. برخی از فقها اجماع محصل و منقول را دلیل این امر دانسته‌اند (نجفی، همان، ۱۵۳).

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ وفق ماده ۸۴ با پیروی از قول مشهور احسان پیرمرد یا پیرزن را موجب جمع مجازات جلد و رجم دانسته بود اما قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از نظر غیر مشهور متابعت نموده و در ماده ۲۲۵ مجازات رجم را علی الاطلاق برای محصن و محصنه مقرر نموده و تفاوتی را بین پیر و جوان قائل نشده و ماده جداگانه‌ای را نیز به این بحث اختصاص نداده است. بنابراین با توجه به آنکه قانون‌گذار در مقام بیان بوده ولی متعرض این امر نشده و با توجه به تفسیر مضیق قوانین جزایی و تفسیر به نفع متهم، می‌توان گفت در قوانین فعلی ایران پیری زانی یا زانیه، موجبی برای جمع دو مجازات جلد و رجم نیست؛ بلکه تنها اثرش تبدیل مجازات جلد به رجم است.

۳-۱-۲- تأثیر احسان در مرد متأهل قبل از نزدیکی

یکی از شرایط مهم تحقق احسان، متأهل بودن است. اما گاهی باحالت بینابینی مواجه می‌شویم که با تحقق نکاح، نزدیکی نشده است. در اینجا پرسش این است که اگر چنین فردی مرتکب زنا گردد آیا در حکم مجرد است یا محصن؟ به بیان دیگر آیا این تأهل یا احسان، تأثیری در مجازات زانی دارد؟ در باب هفتم از ابواب حد زنا ۱۱ روایت به این بحث اختصاص یافته است. در حدیث هشتم آمده است: «از امام موسی ابن جعفر (ع) در مورد مردی که با زنی ازدواج نموده اما نزدیکی با وی نکرده و در این حال

مرتکب زنا [با دیگری] شده سؤال شده است که مجازات او چیست؟ حضرت فرمودند: حد [جلد] زده می‌شود و موی سرش تراشیده می‌شود و بین او و همسرش جدایی انداخته شده یک سال تبعید می‌گردد حر عاملی، (۱۴۰۹، ۷۶). برخی از فقها، جلد و تعریب و تراشیدن موی سر را حد بکر دانسته و بکر را کسی می‌داند که (بنابر اقرب) ازدواج کرده ولی با او نزدیکی ننموده است (امام خمینی، همان، ۱۸۹).

قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز با متابعت از این نظر در ماده ۲۲۹ حد صد ضربه شلاق و تراشیدن موی سر و تبعید به مدت یک سال قمری را برای مردی که همسر دائم داشته، هرگاه قبل از دخول مرتکب زنا شود؛ مقرر کرده و اشاره‌ای به زن متأهل نکرده است. روایات نیز ناظر بر مرد است و فقها تصریح نموده‌اند که مجازات مازاد بر جلد (یعنی تبعید و تراشیدن مو) به زن تحمیل نمی‌شود. بنابراین با استناد به عمومات باب زنا و با تفسیر مضیق قوانین جزایی و تفسیر به نفع متهم مجازات زن متأهلی که قبل از نزدیکی با شوهرش مرتکب زنا گردد، مجازات زنا‌ی غیر محصنه (صد ضربه شلاق).

۳-۱-۳- تأثیر احسان در زنا‌ی مستوجب قتل

فقیهان امامیه مجازات زنا را هشت قسم بیان کرده‌اند (شهید ثانی، همان، ۴۱-۸۳) یکی گردن زدن با شمشیر (قتل) که مجازات چهار مصداق زناست: زنا‌ی با محارم، زنا‌ی به عنف، زنا‌ی مرد کافر با زن مسلمان و زنا با زن پدر. سؤال این است که در این موارد احسان چه تأثیری بر مجازات مرتکب خواهد گذاشت؟

در احادیث مجازات زنا‌ی به عنف قتل است و تصریح به عدم تأثیر احسان در آن شده است. در روایتی از امام باقر (ع) از مردی که فرج زنی را غصب نموده (منظور زنا‌ی به عنف است) سؤال شده ایشان فرمودند: خواه محصن باشد خواه غیر محصن کشته می‌شود (حر عاملی، همان، ۱۰۸). در خصوص کافری که با زن مسلمان زنا نماید روایات مرتکب را مستحق قتل دانسته است.

و درباره زنا‌ی با محارم و زنا‌ی با زن پدر در باب ۱۹ از ابواب زنا، یازده روایت موجود است که ده‌تای آن به زنا‌ی با محارم و یکی به زنا با زن پدر مربوط است. غالب روایات مجازات زدن با شمشیر را برای زنا‌ی با محارم بیان کرده‌اند و در برخی موارد، مجازات حبس ابد (در صورت خلاصی زانی از مجازات زدن با شمشیر) برای زنا کننده با محارم پیش‌بینی نموده‌اند و تفاوتی برای محصن و غیر محصن بیان نکرده‌اند.

و روایت نهم این باب صریح در این است که امام علی (ع) زانی با زن پدر را رجم کرد باینکه او غیر محصن بود. برخی از فقهای متقدم در زنا با محارم در فرض علم به تحریم قتل زناکار را واجب دانسته؛ خواه محصن یا غیر محصن باشد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۹).

از فقهای متأخر نیز در خصوص زنا با محارم و زنا به عنف و زنا با زن کافر با زن مسلمان، زانی را در هر حال (بدون تأثیر احسان) مستحق قتل دانسته اما در خصوص زنا با زن پدر و زن پسر به دو قول اشاره نموده‌اند: قول اول، قتل با شمشیر و قول دوم (فتوای ابن ادریس) در مقام جمع بین آیه و روایت، غیر محصن را مستحق تازیانه و سپس قتل و محصن را مستحق تازیانه و سپس رجم دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۳۷۴، ۱۸۵) در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ با پیروی از نظر مشهور در ماده ۸۲ به صراحت اعلام نموده بود: حد زنا در موارد زیر قتل است و فرقی بین محصن و غیر محصن نیست ...

اما در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به قید اخیر اشاره نشده و ماده ۲۲۴ حد زنا در موارد چهارگانه مورد نظر را صرفاً اعدام دانسته و اشاره‌ای به تأثیر یا عدم تأثیر احسان ننموده است. بنابراین اگر در پرونده‌ای شرایط زنا محصنه با یکی از چهار حالت مستوجب مجازات اعدام جمع گردد، حکم آن روشن نیست و باید به منابع فقهی مراجعه شود؛ زیرا ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی چنین فردی را مستحق اعدام و ماده ۲۲۵ مجازات او را سنگسار می‌داند. این نقیصه در قانون قابل توجیه نیست.

لازم به ذکر است که در زنا با زن پدر و نیز زنا با کافر با مسلمة مجازات قتل مختص زانی است و در مورد زانیه حسب مورد مجازات مقرر قانونی مربوط به خودش اجرا می‌شود: اگر محصنه باشد سنگسار و الا شلاق زده می‌شود. در تبصره یک ماده ۲۲۴ قانون جدید برخلاف قوانین سابق با صراحت به این مطلب اشاره شده است.

۳-۱-۴- تأثیر احسان در سایر موارد

مجازات زنا با زن یا مرد غیر محصنه، در غیر از سه حالت قبلی، یک‌صد ضربه شلاق است. این مجازات در آیه دوم سوره نور بیان شده و روایات نیز بر آن دلالت دارد. در ماده ۲۳۰ ق.م.ا حد زنا با غیر محصن صد ضربه شلاق مقرر نموده است. تأثیر احسان در اینجا به خوبی نمایان می‌شود. چراکه اصولاً وجود شرایط احسان موجب تشدید مجازات زنا از یک‌صد ضربه شلاق به مجازات رجم می‌شود.

البته برخی برای جمع بین آیه (یکصد شلاق) با روایت (رجم زناى محصنه) معتقدند که زانی محصن ابتدا شلاق زده شده و سپس سنگسار می‌گردد. بنابراین زانی محصن صد شلاق زده می‌شود. آنگاه رها می‌شود تا محل شلاق بهبود یابد سپس رجم می‌شود (شیخ مفید، ۱۴۳۱، ۷۷۵).

قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از این نظر تبعیت نکرده است؛ بلکه از نظر سیر تاریخی پس از پیروزی انقلاب اسلامی که قوانین منطبق شرعی شد مجازات رجم ابتدا در ماده ۱۰۰ قانون حدود و قصاص سال ۱۳۶۱ ذکر شد. این روند در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ نیز تکرار گردید. این امر دستاویزی برای مخالفان اسلام و ایران شد تا به آن وسیله، دین اسلام را دینی خشن جلوه دهند. این مسأله سبب شد تا ریاست وقت قوه قضاییه در سال ۱۳۸۱ ضمن صدور بخشنامه‌ای خطاب به قضات دادگاه‌ها، خواستار ممانعت از اجرای حکم سنگسار شود. اما برخی دادگاه‌ها بدون توجه به این بخشنامه بازهم به صدور حکم رجم پافشاری می‌کردند تا آنکه قانون‌گذار در اصلاحات کلی به عمل آمده در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ شد در ماده ۲۲۵، مجازات رجم را برای زناى محصنه مقرر نموده؛ اما در ادامه ماده مقرر کرد که: «در صورت عدم امکان اجرای رجم با پیشنهاد دادگاه صادرکننده حکم قطعی و موافقت رئیس قوه قضائیه، چنانچه جرم با بینه ثابت شده باشد، موجب اعدام زانی محصن و زانیه محصنه است و در غیر این صورت، موجب صد ضربه شلاق برای هر یک می‌باشد». به عبارت دیگر در حال حاضر و به موجب ماده ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی، وجود شرایط احسان در زانی یا زانیه ممکن است یکی از سه اثر زیر را داشته باشد:

۱- مجازات را از جلد به رجم تبدیل نماید؛ (نظر مشهور فقها)

۲- یا آن را تبدیل به مجازات اعدام نماید؛

۳- و یا نهایتاً هیچ تأثیری در مجازات نداشته و همان مجازات جلد اجرا گردد.

به‌مرور زمان استفتائاتی از مراجع تقلید در این باره شد و بحث امکان عدم اجرای این مجازات در مواردی که اجرای آن به صلاح نباشد مطرح گردید: مراجع تقلید ضمن پاسخ به پرسشی در خصوص احسان فرموده‌اند: «مخفی نماند که آنچه پیرامون رجم گفته شده به لحاظ حکم اولی آن است؛ ولی اگر شرایطی پدیدار گشت و در پی آن اجرای حکم رجم محذوری مانند موهون شدن چهره اسلام و تنفر عمومی نسبت به دین و احکام آن به دنبال داشت، به‌ناچار باید از اجرای آن حکم مطابق روایات باب ۱۰ از ابواب مقدمات الحدود وسائل الشیعه خودداری شود. مطابق این روایات حضرت امیرالمؤمنین(ع) فرموده‌اند:

«هیچ حدی نباید در سرزمین دشمن اجرا گردد زیرا خوف آن هست که شخص مورد حد، تحت تأثیر تعصب قرار گیرد و به دشمن ملحق شود.» بعید نیست از تحلیل ذیل این روایت فهمیده شود در هر موردی اگر اجرای حدی موجب محذوری شود که برخلاف مصالح اسلام و مسلمانان است، باید متوقف شود. ولی این به معنی نسخ حکم رجم در شریعت در مرحله قانون‌گذاری و تشریح حکم نیست. بلکه به معنای به فعلیت نرسیدن آن حکم در مرحله اجرا به لحاظ تغییر شرایط اجتماعی و رعایت مصالح برتر و ترجیح اهم بر مهم در موارد تزاحم بین ملاکات احکام شریعت و احتمال تأثیر شرایط در نرسیدن آن حکم به فعلیت است» (منتظری، ۱۳۸۷، ۱۵۷). مرجع دیگری در تبدیل رجم فرموده‌اند: «اگر مرد متأهل بوده و همسرش نزد او و در اختیار او بوده و مانع شرعی و عرفی نداشته است؛ زناى او محصنه و حد او رجم است و در مواردی که رجم میسر نباشد حکم او قتل است» (مکارم شیرازی، استفتائات جدید، ۱۳۹۰، ۴۸۳). در استفتائی آمده است: در مواردی که شارع مقدس شیوه یا ابزار خاصی را در اجرای مجازات در نظر گرفته است مانند رجم یا کشتن با شمشیر بفرمایید:

الف - آیا شیوه یا ابزار یادشده موضوعیت دارد؟

ب- در صورت موضوعیت داشتن، چنانچه اجرای رجم یا مجازات‌هایی نظیر مجازات لواط با شیوه‌های منصوص در شرائطی خاص به مصلحت اسلام و نظام اسلامی نباشد، مثلاً وهن اسلام و مسلمین باشد یا چهره خشنی از اسلام و نظام اسلامی را نشان دهد؛ آیا می‌توان ضمن اجرای اصل حکم (قتل) شیوه اجرای آن را تغییر داد؟

جواب - باسمه جلت اسمائه؛

الف: ظاهر ادله این است که جمیع قیودی که شارع مقدس در موضوع حکم اخذ نماید موضوعیت دارد و حمل بر طریقت خلاف اصل است.

ب: ولی چنانچه آن حکم مزاحم با اهم شود، مانند وهن اسلام و مسلمین؛ قهراً مانند جمیع موارد تزاحم، اهم مقدم است و آن حکم مهم ساقط می‌شود و لذا به نظر من در این زمان، چنانچه با نظر مراجع تقلید، با استفاده از ولایت فقیه که مراد مجتهد جامع‌الشرایط است؛ اعم از رهبر و غیره؛ آن شیوه‌ای که موجب وهن می‌شود تغییر داده شود. و الله العالم (روحانی، ۱۳۷۸، ۴۰).

در هر حال صرف‌نظر از آنکه حکم مندرج در ماده ۲۲۵ قانون جدید را یک حکم ثانویه بدانیم یا خیر، نکات مبهمی در آن وجود داشته و واجد چند اشکال به نظر می‌رسد. از جمله:

۱ - می‌توان تبدیل مجازات رجم به قتل را به دلایل ذکرشده (هدف نهایی از اجرای مجازات رجم کشته‌شدن زانی است که با قتل هم حاصل می‌گردد) توجیه کرد ولی تبدیل آن به جلد قابل توجیه نیست. اگر چنین بود قانون‌گذار می‌بایست حکم مشابهی را در ماده ۲۲۴ که به مجازات اعدام‌زانی در موارد چهارگانه دلالت دارد نیز ذکر می‌کرد. اگر مجازات رجم بنا به مصالحی تبدیل به جلد شود چرا مجازات اعدام در شرایط مشابه فاقد چنین خصوصیتی باشد؟

۲ - از طرف دیگر اگر اجرای مجازات رجم ممکن است با اشکال مواجه شود؛ چگونه قبل از شروع به اجرای آن، این احتمال به‌یقین دانسته شده و مستقیماً حکم به اعدام یا جلد صادر می‌شود؟

۳ - منظور از عدم امکان اجرای رجم چیست؟ ملاک عدم امکان اجرا، شرایط مکانی است یا زمانی یا مسائل سیاسی و امنیتی و حقوق بشری؟ مشکلات داخلی مهم است یا مسائل بین‌المللی یا امور دیگر؟

۴ - تشخیص اولیه عدم امکان اجرای رجم با چه مقامی است؟ ضابطان قوه قضاییه و یا قاضی اجرا در مقام اجرای حکم رجم؟ قاضی رسیدگی‌کننده در مقام صدور حکم بدوی؟ شعبه دیوان عالی کشور در مقام رسیدگی فرجامی به پرونده؟ یا دادستان به‌عنوان مدعی‌العموم؟

۵ - به‌موجب مواد ۲۱۱ تا ۲۱۳ قانون مجازات اسلامی، زنا با علم قاضی قابل اثبات است ولی دلیل آنکه اگر زنا با بینه ثابت شود قابل تبدیل به اعدام است؛ چنانچه با علم قاضی ثابت گردد مستوجب مجازات شلاق است؛ روشن نیست.

۶ - آیا تبدیل رجم به جلد اجباری است؟ و آیا دادگاه یا رئیس قوه قضاییه با عدم امکان اجرای رجم می‌توانند تأکید بر اجرای آن نمایند؟ نقش مقام رهبری در این امر چیست؟

۷ - صد ضربه شلاق در ماده ۲۲۴، حد است یا تعزیر؟ اگر از نوع حد است چگونه با تعریف حد سازگار است؟ در منابع شرعی صد شلاق به‌عنوان مجازات زنا محصنه ذکر نشده است و اگر منظور قانون‌گذار این است که یک‌صد تازیانه‌ای که در آیه دو سوره نور بیان شده حد زنا محصنه هم می‌باشد (نظر ظاهریه)؛ چرا در ابتدا مجازات رجم برای این جرم مقرر شده است؟ و اگر هم مجازات تعزیری است باید قاعده تعزیر بما دون الحد سازگار باشد.

۸- زناى محصنه چه با اقرار ثابت‌شده باشد و چه با ساير ادله، تأثیری در زشتی آن ندارد تا در حالت

اول به صد ضربه شلاق و در حالت دوم به اعدام حکم دهیم.

۹- یکی از آثار احصان مه‌دورالدم شدن مرتکب آن است. زیرا رجم مجازات‌های سالب حیات است و

وفق بند الف ماده‌ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی مرتکب آن مه‌دورالدم است. ولی وفق ماده ۲۲۵ مه‌دورالدم بودن مرتکبین زناى محصنه معلوم نیست زیرا مجازات مردد بین سلب حیات و شلاق است.

۱۰- مقنن در ماده ۲۱۹ قانون مجازات اسلامی تغییر یا تقلیل کیفیت، نوع و میزان حدود شرعی را

ممنوع کرده است و این مجازات‌ها تنها از طریق توبه و عفو قابل اسقاط، تقلیل یا تبدیل است. حال چگونه در ماده ۲۲۵ اجازه داده‌شده تا مجازات را بدون توبه و عفو تبدیل نماید؟ با توجه به این نکته که اقرار لزوماً دلیل بر توبه مقرر نیست و چه‌بسا صرفاً باهدف استفاده از تخفیف قانونی انجام‌شده باشد.

بنابراین در نگارش و تصویب ماده ۲۲۵ دقت و تأمل لازم به عمل نیامده و لازم است اصلاح شود.

در قوانین حمورابی نیز به سه نوع زنا اشاره‌شده: زنا با محارم، هتک ناموس به عنف و زنا با زن

شوهردار و به‌موجب ماده ۱۲۹ قانون مذکور اگر زن شوهرداری با مرد اجنبی در یک بستر دیده شوند، دست و پای آن‌ها را بسته و در آب می‌اندازند؛ مگر اینکه شوهر، زن خود را بخشیده و پادشاه مرد را عفو کند

(جمشیدی، ۱۳۸۷، ۱۵). در انگلستان سابقاً زناى غیر محصنه^۱ و زناى محصنه^۲ به‌عنوان جرایم علیه اخلاق

در محاکم کلیسایی^۳ قابل مجازات بود اما این دو عنوان در حقوق عرفی (مگر در صورتی که به‌صورت علنی

ارتکاب می‌یافتند که به‌عنوان مزاحمت عمومی^۴ قابل تعقیب بودند)؛ جرم انگاری نشده بود (Scheb, 249, 2011)

و در حال حاضر تنها اثر احصان در زنا آن است که همسر زانی می‌تواند به‌موجب بند ۲

ماده ۱ قانون اسباب مربوط به پیوند زناشویی^۵ با اثبات اینکه انجام زناى محصنه از ناحیه همسرش زندگی با

او را برایش غیرقابل تحمل نموده، از حق طلاق استفاده نماید.

در آمریکا زناى محصنه و غیر محصنه امروزه به دلیل تغییر نگرش‌های اجتماعی به‌ندرت تعقیب شده

و اکثر ایالات هر دو عنوان مجرمانه را از حقوق جزای خود جرم‌زدایی کرده‌اند (همان).

1 - Fornication

2 - Adultery

3 - Ecclesiastical Courts

4 - public nuisance

5 - the Matrimonial Causes Act, 1973

۴ - تأثیر احسان در لواط

لواط از فعل قوم حضرت لوط (ع) مشتق شده است و حرمت آن از ضروریات دین است؛ دلیل حرمت آن کتاب و سنت است (نجفی، همان، ۲۶۲) و یک حرام عقلی است زیرا مفسد و خرابی‌های غیرقابل جبران دارد (عبدالله الغریب، ۱۴۰۶، ۱۲). از امام جعفر صادق (ع) نقل شده: حرمت لواط بزرگ‌تر از حرمت زناست است؛ زیرا خداوند متعال قومی را به خاطر حرمت دبر هلاک نموده ولی احدی را به خاطر حرمت فرج هلاک نموده است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۰، ۳۲۹). علی (ع) فرموده‌اند: اگر کسی سزاوار دو بار رجم باشد؛ لواط‌کننده است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸، ۱۵۷).

در ماده‌ی ۲۳۳ قانون مجازات اسلامی لواط را دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه‌گاه در دبر انسان مذکر و در ماده ۲۳۵ تفخیز را قرار دادن اندام تناسلی مرد بین ران‌ها یا نشیمنگاه انسان مذکر تعریف نموده و دخول کمتر از ختنه‌گاه را نیز در حکم تفخیز دانسته است. در خصوص مجازات لواط در قرآن به آیه ۱۶ سوره نساء می‌توان استناد کرد خداوند در این آیه می‌فرماید: «کسانی از شما که عملی ناشایست مرتکب شوند آنان را تنبیه نمایید اگر توبه کردند و خود را اصلاح نمودند آنها را به حال خود رها کنید که خداوند قبول‌کننده توبه و بر بندگان خود رحیم و مهربان است»؛ به قرینه ضمیر مذکر در «وَالَّذَانِ» ناظر به مذکر بودن دو طرف فحشا و در نتیجه لواط می‌باشد. ولی اکثر مفسران عمل را زنا تفسیر کرده و مذکر آوردن «وَالَّذَانِ» را حمل بر تغلیب نموده‌اند (شانه‌چی، ۱۳۸۰، ۳۱۰). آنچه مسلم است خداوند متعال در آیه ۸۴ سوره اعراف به ارسال بارانی از سنگ به‌عنوان عقاب قوم لوط اشاره نموده است.

بین فقها راجع به مجازات فاعل و مفعول لواط اختلاف است برخی نوشته‌اند: «در نزد ما قتل کسی که از پشت با مرد یا زن اجنبی دخول نماید، واجب می‌گردد و امام در قتلش مخیر است بین اینکه گردنش را بزند یا او را از مکان بلندی پرتاب نماید یا دیواری را روی او خراب کند یا رجمش کند و یا او را بسوزاند و اما اگر این عمل با مذکر انجام شده ولی دخولی صورت نداده، پس اگر محصن باشد رجم می‌شود و اگر بکر باشد جلد می‌خورد. گروهی از مخالفان هم می‌گویند این کار مانند زنا است پس اگر محصن باشد رجم والا جلد می‌شود و نظر دیگر وجوب تعزیر است و تا توبه نکند در حبس می‌ماند» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۷). شیخ در جای دیگری لواط را فقط شامل مردان دانسته و با ذکر مجازات‌های پنج‌گانه لواط ایقابی، انتخاب آن را به صلاحدید حاکم دانسته و مجازات لواط غیرایقابی (تفخیز) را به دو قسمت تقسیم نموده است: اگر فاعل

و مفعول محصن باشند رجم واجب می‌شود و الا جلد می‌شوند (شیخ طوسی، ۱۴۰۰، ۷۰۳). یکی دیگر از فقهای متقدم حکم ایلاج در دبر را در فاعل و مفعول قتل دانسته و بین محصن و غیر محصن تفاوتی قائل نشده است (شیخ مفید، ۱۴۱۳، ۷۸۵).

صاحب جواهر ضمن تأیید قتل بودن حکم فاعل و مفعول در لواط ایقابی و نیز عدم تفاوت بین محصن و غیر محصن در این حکم؛ ادعا نموده هیچ اختلاف‌نظری از حیث نص و فتوی در آن‌ها نیافته؛ بلکه اجماع با هر دو قسمش (محصل و منقول) بر این اقوال وجود دارد (نجفی، ۱۳۹۱، ۲۶۸). ایشان در مورد تفخیز معتقد به صد ضربه شلاق بدون تأثیر احصان در آن بوده و نظر شیخ طوسی در نهاییه و برخی افراد دیگر مبنی بر سنگسار محصن و جلد غیر محصن را تلاشی برای جمع بین روایاتی که حد لواط را همان حد زنا می‌داند با روایاتی که دلالت بر کشتن لواط کاردارند (به این صورت که روایات گروه اول بر لواط بدون دخول و روایات گروه دوم بر لواط ایقابی حمل شوند) دانسته و ضمن رد آن، قول اول را اشبه به اصول مذهب و قواعدش اعلام نموده است (همان، ۲۷۷). در استفتائاتی که در این خصوص از مراجع تقلید به عمل آمده نیز این اختلاف نظر وجود دارد. به عنوان مثال یکی از مراجع تقلید در پاسخ به این پرسش که آیا در لواطی احصان را شرط می‌دانید؟ فرموده: در لواط فرقی میان محصن و غیر محصن نیست (مکارم شیرازی، ۱۳۷۵، ۱، ۳۵۷). رویه قضایی نیز در این خصوص متشدد بود؛ به گونه‌ای که اکثر محاکم با در نظر گرفتن اطلاق قانون مجازات اسلامی وجود یا عدم وجود شرایط احصان را در صدور حکم بی‌تأثیر دانسته اما برخی دادگاه‌ها با استناد به فتوای برخی فقها در اعدام فاعل لواط، وجود حالت احصان را ضروری دانسته؛ و در مورد غیر محصن مجازات جلد را مجری می‌دانستند (بازگیر، علل نقض آرا در شعب دیوان عالی کشور، ۱۳۸۹، ۱۴۴ و ۱۴۵). در یک مورد هم دیوان عالی کشور حکم صادره از ناحیه دادگاه بدوی مبنی بر اعدام لواط کننده را بنا به دلایلی از جمله اشاره به متأهل بودن وی و اینکه ارتکاب چنین عملی از شخص متأهل نسبت به طفل هفت‌ساله بعید به نظر می‌رسد؛ نقض نموده (بازگیر، قانون مجازات اسلامی در آیین آرای دیوان عالی کشور، ۱۳۸۲، ۳۴۳) و تأهل مرتکب را در این حد مؤثر دانسته است. تا اینکه در سال ۱۳۹۲ مقنن ضمن عدول از دیدگاه سابق و با پذیرش قول غیر مشهور، در ماده ۲۳۴ قانون مجازات جدید، دیدگاه افتراقی را در خصوص مجازات فاعل و مفعول لواط ایقابی برگزیده است؛ به گونه‌ای که مجازات فاعل محصن را اعدام و مجازات فاعل غیر محصن را (به جز در لواط به عنف و اکراه)، صد ضربه

شلاق تعیین نموده است. مجازات مفعول کماکان در هر صورت (محسن یا غیر محسن) اعدام می‌باشد. قانون‌گذار در خصوص تفخیز در ماده ۳۳۶ حد آن را بدون تفاوتی میان محسن و غیر محسن؛ صد ضربه شلاق دانسته است.

وجود شرط احسان در زانی موجب تبدیل مجازات جلد به رجم می‌گردد و حال آنکه وجود همان شرایط در لواط‌کننده مجازات جلد را به اعدام تبدیل می‌نماید و این تفاوت، قابل توجیه نیست؛ بخصوص که حرمت و عواقب سوء لواط بیشتر از زناست.

در پایان بحث از لواط اشاره به این نکته خالی از فایده نخواهد بود که با توجه به حکم جدید و افتراقی قانون مجازات اسلامی در خصوص مجازات لواط‌کننده محسن و غیر محسن، تبدیل وضعیت فاعل محقون‌الدم به مهدور‌الدم را نیز می‌توان به‌عنوان تأثیر دیگر احسان در این جرم نام برد. چراکه اعدام (برخلاف شلاق) از نوع مجازات سالب حیات است و در بند الف ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی، مستحق چنین مجازاتی در گروه مهدور‌الدم‌ها جای گرفته است.

۵ - تأثیر احسان در مساحقه

ماده ۲۳۸ قانون مجازات اسلامی در تعریف مساحقه مقرر می‌دارد: «انسان مؤنث اندام تناسلی خود را بر اندام تناسلی هم‌جنس خود قرار دهد». در قرآن کریم به‌طور صریح از مساحقه ذکری نشده اما عده‌ای از مفسرین معتقدند منظور از اصحاب رسّ در آیه ۳۸ سوره فرقان که می‌فرماید: «و نیز قوم عاد و ثمود و اصحاب رسّ و طوایف دیگر بسیاری بین این‌ها همه را به کیفر کردارشان هلاک کردیم»؛ امت شعیب پیغمبر(ع) بودند که در نزدیکی چاهی به نام رسّ زندگی می‌کرده و زنان آنان به مساحقه روی آورده بودند (شانه‌چی، ۱۳۸۰، ۳۱۴). در روایت نیز مساحقه به عمل اصحاب رسّ تفسیر شده است (همان، ۳۱۴).

در خصوص مجازات مساحقه در روایات احکام متعدد و متفاوتی بیان شده است: در روایتی، حد مساحقه همان حد زنا دانسته شده است. در روایت دیگری به جلد اشاره شده است. در جای دیگر مساحقه در زنان به منزله لواط در مردان دانسته شده و به همین دلیل حد قتل برای آن در نظر گرفته شده است؛ و بالاخره در روایتی هم از مطالبه سفره چرمین و سپس دستور سوزاندن دو زن مساحقه‌کننده توسط امام علی (ع) خبر داده شده است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸، ۱۶۳).

بین فقها در مجازات مساحقه اختلاف است: یکی از فقهای متقدم حد مساحقه را برای هر کدام (خواه محسن باشند خواه غیر محسن)؛ یک‌صد تازیانه دانسته است (شیخ مفید، ۱۴۱۳، ۷۸۷) اما فقیه متقدم دیگری مجازات مساحقه کننده غیر محسنه را یک‌صد ضربه شلاق ولی مجازات محسنه را رجم دانسته است (شیخ طوسی، ۱۴۰۰، ۷۰۶). برخی دیگر مجازات فاعل و مفعول مساحقه اعم از محسنه یا غیر محسنه، هر دو را یک‌صد ضربه شلاق دانسته و با اشاره‌ای به قول صاحب نهایی مبنی بر سنگسار محسنه، قول اول را اولی دانسته است (محقق حلی، همان، ۱۸۶۴). صاحب جواهر (ره) نیز نظر صاحب شرایع (ره) (مبنی بر عدم تفاوت در مجازات محسنه و غیر محسنه) و حکم یک‌صد تازیانه برای هر دو را موافق نظر اکثر فقها و بلکه موافق قول مشهور دانسته و در توجیه این قول به روایاتی از جمله منقول از امام علی (ع) مبنی بر: «سحق در زنان همانند لواط در مردان است، و لکن در سحق صد ضربه شلاق است؛ زیرا در آن ایلاج وجود ندارد»؛ استناد نموده و در مردود دانستن حکم رجم به قاعده درء حد به شبهه استناد نموده است (نجفی، ۱۳۹۱، ۲۸۷ و ۲۹۰). قانون‌گذار ایران بعد از انقلاب اسلامی ابتدا در مواد ۱۵۹ و ۱۶۰ قانون حدود و قصاص سال ۱۳۶۱ بدون اشاره به احسان، مجازات یک‌صد ضربه شلاق را برای فاعل و مفعول مساحقه تعیین کرده بود و در مواد ۱۲۹ و ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ همان حکم قبلی تکرار شد. اما در مواد ۲۳۹ و ۲۴۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ضمن اعلام صد ضربه شلاق به عنوان حد مساحقه؛ به صراحت اعلام شد که در حد مساحقه فرقی بین فاعل و مفعول و مسلمان و غیرمسلمان و محسن و غیر محسن و عنف و غیر عنف نیست.

قانون جدید از این حیث کامل‌تر از قوانین قبلی محسوب شده و از بروز اختلاف نظر در مورد تأثیر یا عدم تأثیر احسان در مرتکب جرم جلوگیری می‌نماید؛ هرچند برخورد متفاوت قانون‌گذار در لواط و مساحقه از این حیث منصفانه به نظر نمی‌رسد. چراکه همان‌گونه که هم‌جنس‌بازی مرد محسن، شنیع‌تر از هم‌جنس‌بازی مرد غیرمحسن محسوب می‌گردد؛ به همین ترتیب، هم‌جنس‌بازی زن محسنه نیز شنیع‌تر از هم‌جنس‌بازی زن غیرمحسنه است و اگر احسان از موجبات تشدید مجازات لواط‌کننده باشد، چه دلیلی دارد که در مساحقه این چنین نباشد.

۶ - فلسفه تشدید مجازات محصن و محصنه

پرسش این است که چرا شارع مقدس در جرایم جنسی، مجازات مرد و زن محصن و محصنه را تشدید نموده است؟ در پاسخ می‌توان گفت حکمت‌ها و علت‌های فراوانی برای توجیه این نوع سختگیری قابل‌تصور است که به برخی به‌عنوان مثال اشاره می‌کنیم:

۱- کسی که همسر دائمی دارد و با او نزدیکی کرده و در هر زمان امکان ارضای نیازهای جنسی خود را از طریق مشروع دارد با این‌حال تن به حرام جنسی می‌دهد، یقیناً بر اثر نیروی شهوت و شرایط اضطراری مرتکب جرم نشده است. بلکه این عمل نشانه انحراف شدید مجرم و پیروی از هوا و هوس‌های شیطانی و بدخواهی نسبت به خانواده‌ها است. در این حالت مرتکب دارای فطرتی ناپاک و سیرتی زشت و تبه‌کارانه بوده (فیض، ۱۳۷۳، ۳۶۱) تا جایی که ریختن خونش مباح دانسته می‌شود.

۲- فرد متأهلی که مرتکب حرام جنسی با غیرهمسر خود می‌شود با این عمل خود علاوه بر ارتکاب گناه، به‌نوعی مرتکب خیانت به پیمان زناشویی و عقد دائم سابق خود با همسرش نیز گردیده و باعث ازهم‌پاشیدگی یک کانون مشروع خانوادگی خواهد شد.

۳- اشتراک در تشکیل زندگی، انس روحی، آرامش فکری، تربیت فرزندان و همکاری در همه شئون حیات نیز از اهداف ازدواج محسوب می‌شوند که بدون اختصاص زن و مرد به یکدیگر، هیچ‌کدام از اینها امکان‌پذیر نیست.

۴- مشروعیت فرزندان متولدشده در چنین خانواده‌هایی در معرض شبهه قرار می‌گیرد.

۵- زنا با زن شوهردار در شرایطی سبب حرمت ابدی است درحالی‌که در غیرمتأهل امکان ازدواج بعدی زانی و زانیه وجود دارد.

۷ - نتیجه‌گیری

قانون مجازات اسلامی رجم را در صورت غیرقابل اجرا بودن آن، حسب مورد قابل تبدیل به اعدام یا صد ضربه شلاق اعلام نموده که این مقرر قانونی واجد ایرادها و نکات مبهم فراوانی ناظر بر مفهوم غیرقابل اجرا بودن رجم و مقام تشخیص آن و اجباری یا اختیاری بودن تبدیل و ماهیت مجازات تبدیلی از نظر حد یا تعزیر و ... می‌باشد. پیشنهاد می‌شود که ماده ۲۲۵ اصلاح شود. نظر غیر مشهور فقهی مجازات

لا طی محصن را قتل و مجازات غیر محصن را صد ضربه شلاق می‌داند و قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ برخلاف نظر قبلی خود در قوانین سال‌های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰، از نظر غیر مشهور متابعت نموده است. البته مجازات مفعول در حال قتل است. ولی حد لواط خود دارای ۵ مصداق است و قاضی در انتخاب مصداق مخیر است ولی قانون مجازات اسلامی جدید از اصطلاح اعدام (که مصداق واحدی محسوب می‌گردد) استفاده نموده است. همچنین در زنا و لواط محصن بودن مجرم، وضعیت او را از محقون الدم به مهدور الدم تغییر داده؛ با شرایطی ریختن خون او را مباح می‌نماید. در بزه مساحقه مقنن در سال ۱۳۹۲ به صراحت و با پیروی از نظر مشهور، شرط احصان را مؤثر در مقام ندانسته است. به نظر می‌رسد دیدگاه افتراقی قانون‌گذار در خصوص تأثیر احصان در دو بزه لواط و مساحقه، موجه نبوده و بهتر است حتی‌الامکان در هر دو جرم از موجبات تشدید مجازات دانسته شود. به‌عنوان مثال در باب مساحقه مجازات تعزیری نیز به حد شرعی زن محصنه اضافه گردد تا مجازاتش با زن غیر محصنه یکسان نباشد.

فهرست منابع

۱. اختری، عباس علی، (بی‌تا)، دایره المعارف جامع اسلامی، مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه، اصفهان.
۲. اسلامی، علی، (بی‌تا)، ترجمه تحریر الوسیله، جلد ۴، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
۳. الهامی، داود، (۱۳۷۸)، استفتائات قوه قضائیه ... از سید محمدصادق روحانی، بی‌جا.
۴. بازگیر، یداله، (۱۳۸۲)، قانون مجازات اسلامی در آئینه آرای دیوان عالی کشور حدود، انتشارات بازگیر، تهران، چاپ دوم.
۵. بازگیر، یداله، (۱۳۸۹)، علل نقض آراء در شعب دیوان عالی کشور امور کیفری، انتشارات جاودانه، تهران، چاپ اول.
۶. بهشتی، احمد و واحد جوان، وحید، (۱۳۹۰)، بررسی حکم رجم (سنگسار) و اجرای آن در زمان غیبت، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، بابل، شماره ۲۶.
۷. پرتو، ابوالقاسم (۱۳۷۳)، فرهنگ برابره‌های پارسی واژگان بیگانه، جلد ۳ و ۱، انتشارات اساطیر، تهران، چاپ اول.
۸. التوجیری، محمد، (۱۴۳۰)، موسوعه الفقه الاسلامی، بیت الافکار الدولیه، عربستان سعودی، چاپ اول.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۴)، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، تهران، چاپ هفتم.

۱۰. جمشیدی، مرتضی، (۱۳۸۷)، بررسی تطبیقی رجم در حقوق جزای ایران و اسلام، نشر ملکان، تهران، چاپ اول.
۱۱. حجاریان، محمدحسن، (۱۳۹۰)، ترجمه قانون مجازات مصر، طرح نوین اندیشه، تهران، چاپ اول.
۱۲. حر عاملی، محمد، (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه، ج ۲۰ و ۲۸، مؤسسه آل البیت (ع)، قم، چاپ اول.
۱۳. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۲۶)، لغت نامه دهخدا، اثبات-اختیار، چاپخانه مجلس، تهران.
۱۴. شانه چی، کاظم مدیر، (۱۳۸۰)، آیات الاحکام، انتشارات سمت، تهران، چاپ دوم.
۱۵. شهید اول، (۱۳۷۵)، لمعه دمشقیه، ترجمه علی شیروانی، جلد دوم، انتشارات دارالفکر، تهران، چاپ پنجم.
۱۶. صدوق، محمد، (۱۴۰۶)، ثواب الاعمال و عقاب الاعمال، دارالشریف الرضی للنشر، قم، چاپ دوم.
۱۷. طوسی، محمد، (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد هشتم، انتشارات مرتضوی، تهران، چاپ سوم.
۱۸. طوسی، محمد، (۱۴۰۰)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، دارالکتب العربی، بیروت، چاپ دوم.
۱۹. شیروانی، علی، (۱۳۹۰)، ترجمه و تبیین شرح لمعه، جلد ۱۳، دارالعلم، بیروت، چاپ دهم.
۲۰. صالح ولیدی، محمد، (۱۳۸۳)، جرائم علیه عفت و اخلاق عمومی و حقوق و تکالیف خانوادگی، انتشارات امیرکبیر، تهران، چاپ دوم.
۲۱. طبیبیان، سید حمید، (۱۳۹۱)، فرهنگ لاروس، انتشارات امیرکبیر، تهران، چاپ اول.
۲۲. عباسی، اصلی، (۱۳۸۹)، ترجمه قانون مجازات آلمان، مجمع علمی فرهنگی مجد، تهران، چاپ اول.
۲۳. علیان نژاد، ابوالقاسم، (۱۳۸۱)، استفتانات جدید از حضرت آیت الله ناصر مکارم شیرازی، جلد ۱ و ۲، انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، قم، چاپ سوم.
۲۴. عمید، حسن، (۱۳۸۷)، فرهنگ فارسی عمید، انتشارات امیرکبیر، تهران، چاپ سی و نهم.
۲۵. عوده، عبدالقادر، (بی تا)، التشریح الجنایی مقارناً بالقانون الوضعی، جلد ۲، دارالکتب العربی، بیروت.
۲۶. الفقه المنسوب للامام الرضا (ع)، (۱۴۳۱)، مؤسسه آل البیت (ع) لاحیاء التراث، بیروت، چاپ دوم.
۲۷. فیض، علیرضا، (۱۳۷۱)، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، چاپ سوم.
۲۸. کبریتی، محمدجواد و آقابابایی، حسین، (۱۳۸۹)، مطالعه تطبیقی جرایم جنسی در حقوق کیفری بین النهرین باستان، آیین یهود، فقه جزایی اسلامی و حقوق ایران، پژوهشنامه حقوقی، سال اول، شماره اول.
۲۹. کلانتری، کیومرث و جعفریان سوتنه، سیدحسن، (۱۳۹۲)، زناهی محصنه کیفر گذاری یا کیفر زدایی، دایره المعارف علوم جنایی، کتاب دوم، بنیاد حقوقی میزان، تهران، چاپ اول.

۳۰. محقق حلی، (۱۳۷۴)، شرایع الاسلام، ترجمه ابوالقاسم بن احمد یزدی، جلد ۴، دانشگاه تهران، چاپ ششم.
۳۱. همان، (۱۳۷۳)، مختصر النافع، ترجمه سید محمد نجفی ...، انتشارات باقرالعلوم، قم، چاپ اول.
۳۲. محمدی، ابوالحسن، (۱۳۷۴)، حقوق کیفری اسلام، مرکز نشر دانشگاهی، تهران، چاپ اول.
۳۳. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۶)، تفسیر نمونه، جلد ۳ و ۱۲ و ۱۴، دارالکتب الاسلامیه، تهران، چاپ سی‌ام.
۳۴. همان، (بی‌تا)، سنگسار قانون اسلام عطف‌ت اسلامی، بی‌جا، بی‌نا.
۳۵. منتظری، حسینعلی، (۱۳۸۷)، پاسخ به پرسش‌هایی پیرامون مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر، ارغوان دانش، قم، چاپ اول.
۳۶. میر محمدصادقی، حسین، (۱۳۹۱)، حقوق جزای اختصاصی انگلستان، انتشارات جنگل، تهران، چاپ اول.
۳۷. نجفی، محمدحسن، (۱۳۹۱)، جواهرالکلام، کتاب حدود، انتشارات دارالعلم، قم، چاپ اول.
۳۸. نوبهار، رحیم، (۱۳۸۹)، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، چاپ اول.
39. Elizabeth, M. (2006). Oxford dictionary of law. Oxford University Press Inc, New York.
40. John, M. (2011). Criminal law & procedure (7thed.).Wadsworth Cengage Learning.
41. Sexual Offences Act, 1956, 1976, 2003.
42. The Matrimonial Causes Act ,1973.