

The Parallelism of Effeminacy and Masculinity with Homosexuality in Iranian Criminal Law and Islamic Jurisprudence

Mehran Zalipour Madab¹, Abolhasan Shakeri²

1. Ph.D. Student in Criminal Law, Faculty of Law and Political Sciences, Mazandaran University, Iran, Mazandaran, (Corresponding Author), mailto:Email: m.zalipour@ut.ac.ir

2. Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Iran, Mazandaran, Email: shakeri_criminallaw@yahoo.com

Abstract

Homosexuality was first introduced as a punishable behavior in the 1392 Islamic Penal Code, while before its introduction, the Iranian legal system faced a legal vacuum for a long period. While the prohibition of homosexuality was considered a religious necessity from *Shariah* perspective, and unlike other immoral and indecent behaviors that have a significant history in criminal laws, the aforementioned criminal title has only recently entered the realm of criminal law. At first glance, it seems that the approach of the Iranian criminal legislator in addressing this issue has been based on supporting the religious and moral values of society, which have been widely reflected in criminal laws, along with the basics of legal morality. However, the legislator's soulless view of this phenomenon, without understanding characteristics such as effeminacy and masculinity, does not meet the goals of penal policy in terms of sentencing, deterrence, and non-repetition of such a phenomenon. The legislator's absolute approach to the punishment of homosexuality has been while the status of this title, on the one hand, is on a par with the titles of effeminacy and masculinity, and on the other hand, its punishment within the framework of *Hudud* crimes or prescribed *Taeziri* punishments has been shrouded in an aura of ambiguity, which has confused judicial practice and led to the issuance of conflicting and sometimes erroneous decisions. In this research, which is based on analytical and descriptive studies, an attempt is made to explain the concepts of effeminacy and masculinity, meanwhile to analyze the approach of Iranian criminal law and Islamic jurisprudence in the parallelism of these titles with homosexuality, and respond to the aforementioned ambiguities.

Keywords: homosexuality, effeminacy, masculinity, prescribed *Taeziri* punishments, Chastity and public morality.

Received: 18/02/2025

Revised: 04/04/2025

Accepted: 18/04/2025

How To Cite Zalipour Madab, Mehran & Shakeri, Abolhasan, (2025). The Parallelism of Effeminacy and Masculinity with Homosexuality in Iranian Criminal Law and Islamic Jurisprudence, *Criminal Law Doctrines of Islamic Countries*, 2 (2), 32-58. <https://doi.org/10.22091/dclic.2025.12406.1055>

Published by: University of Qom

© The Author(s)

Article type: Research



تقارن تَخَنُّث و تَذَكُّر با همجنس‌گرایی در حقوق کیفری ایران و فقه اسلامی

مهران زالی پور مداب^۱، ابوالحسن شاکری^۲

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، ایران، مازندران (نویسنده مسئول)، رایانامه: m.zalipour@ut.ac.ir

۲. استاد گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، ایران، مازندران، رایانامه: shakeri_criminallaw@yahoo.com

چکیده

همجنس‌گرایی به عنوان یک رفتار مستوجب کیفر، در حالی برای اولین بار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مطرح شد که قبل از طرح آن، نظام حقوقی ایران برای یک دوره طولانی با خلأ قانونی مواجه بود. در حالی که تحریم همجنس‌گرایی از نگاه شرعی از ضروریات دین به شمار می‌آمد و برخلاف سایر رفتارهای خلاف اخلاق و عفت که سابقه قابل توجهی در قوانین کیفری دارند، این عنوان مجرمانه موصوف به تازگی وارد قلمرو حقوق کیفری شده است. در نگاه اول، به نظر می‌رسد رویکرد قانون‌گذار کیفری ایران در راستای طرح این موضوع، بر مبنای حمایت از ارزش‌های دینی و اخلاقی جامعه بوده است؛ ارزش‌هایی که هم‌تراز با مبانی اخلاق‌گرایی قانونی، بازتاب گسترده‌ای در قوانین کیفری داشته است. اما نگاه بی‌روح مقنن به این پدیده، بدون درک مشخصه‌هایی از قبیل تَخَنُّث و تَذَكُّر، اهداف سیاست کیفری را در قبال کیفرگزینی و بازدارندگی و عدم تکرار چنین پدیده‌ای برآورده نمی‌سازد. رویکرد مطلق قانون‌گذار به کیفر همجنس‌گرایی در حالی بوده است که جایگاه این عنوان، از یک طرف در تراز با عناوین تَخَنُّث و تَذَكُّر و از طرف دیگر کیفردهی آن در چارچوب جرائم حدی و یا تعزیرات منصوص شرعی، در هاله‌ای از ابهام فرو رفته است؛ ابهامی که رویه قضایی را دچار سردرگمی نموده و منجر به صدور آراء متعارض و بعضاً اشتباه شده است. در این پژوهش که بر مبنای مطالعات توصیفی تحلیلی صورت پذیرفته است، تلاش می‌گردد ضمن تبیین مفاهیم تَخَنُّث و تَذَكُّر، رویکرد حقوق کیفری ایران و فقه اسلامی در تقارن این عناوین با همجنس‌گرایی تحلیل و به ابهامات مذکور پاسخ داده شود.

کلیدواژه‌ها: همجنس‌گرایی، تَخَنُّث، تَذَكُّر، تعزیرات منصوص شرعی، عفت و اخلاق عمومی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۳۰ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۱/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۱/۲۹

استاد: زالی پور مداب، مهران؛ شاکری، ابوالحسن (۱۴۰۴). تقارن تَخَنُّث و تَذَكُّر با همجنس‌گرایی در حقوق کیفری ایران و فقه اسلامی، *آموزه‌های حقوق کیفری*

کشورهای اسلامی، ۲ (۵۸-۳۲). <https://doi.org/10.22091/dlic.2025.12406.1055>



نوع مقاله: پژوهشی

© نویسندگان

ناشر: دانشگاه قم

مقدمه

همجنس‌گرایی عنوانی است که مصادیق متعددی را تحت پوشش خود قرار می‌دهد. این عنوان برای اولین بار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در حالی مطرح شد که برخی عناوین مشابه به صورت مصداق محور سابقه قانون‌گذاری داشت، برخلاف عمده رفتارهای مجرمانه که از متون فقهی در قانون نمود یافته‌اند، اما لفظ همجنس‌گرایی در متون فقهی مطرح نشده است، بلکه فقها به صورت مصداقی و با الفاظ تَخَنُّث، تَذَكُّر، تَأَنُّث، معانقه، تقبیل و... متعرض عناوین مشابه همجنس‌گرایی و میل به آن شده‌اند. در خصوص برخی از مصادیق همجنس‌گرایی از قبیل مضاجعه و تقبیل فقهای معاصر چنین بیان داشته‌اند؛ هرگاه دو مکلفی زیر یک پوشش در حالی که عریان و برهنه باشد، اجتماع کنند، باید تعزیر گردند. این حکم در صورتی است که با یکدیگر خویشاوند نباشند؛ مثل پدر و پسر یا دو برادر و امثال آن. و ضرورتی نیز وجود نداشته باشد؛ مثلاً لحاف منحصر به فرد باشد و شلواری هم که ساتر عورت باشد، نداشته باشند. مقدار تعزیر به تشخیص و نظر حاکم است. همچنین بیان شده است کسی که کودک یا مرد یا زنی را به شهوت ببوسد، صغیر باشند یا کبیر، باید تعزیر گردد (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۳۹۰: ۱۵۰). اما طرح عنوان همجنس‌گرایی در قانون به گونه‌ای بود که یک عنوان مجرمانه مجزا را در برمی‌گیرد، درحالی‌که این برداشت ناشی از مسامحه قانون‌گذار بوده، مسامحه‌ای که صرفاً در عنوان محدود نمی‌شود و در بیان مصادیق و دسته‌بندی نوع کیفر نیز توسعه یافته است. از این نظر از یک طرف صرف عنوان همجنس‌گرایی رویه قضایی را در حاله‌ای از ابهام قرار داده است و از طرف دیگر طرح این عنوان زیر دسته‌بندی حدود و تعزیرات منصوص شرعی و یا تعزیرات حکومتی این اصطلاح را در قانون و رویه قضایی دچار سرگردانی نموده است.

نگاه قانون‌گذار به مصادیق همجنس‌گرایی و جرم‌انگاری این مصادیق، ناشی از حرمت این رفتارها در شرع است؛ زیرا علاوه بر فقهای امامیه در مذاهب چهارگانه اهل سنت (حنفی، شافعی، مالکی و حنبلی) همجنس‌گرایی حرام و گناه کبیره تلقی شده است. در دیدگاه اخلاقی‌گرایی قانونی نگاه جنسیتی و درخواست ارتباط جنسی نباید در قالب «نامشروع» قرار گیرد، بلکه تنها باید بین زن و شوهر و در قالب عقد نکاح نمود یابد. از این روی، رویکرد قانون‌گذار بر این بوده با بیان مصادیق تقبیل، ملامسه، مضاجعه، معانقه و... از روی شهوت نسبت به حرمت این رفتارها هشدار دهد. از این نظر رفتاری در این قالب قرار می‌گیرد که چند خصوصیت را هم‌زمان داشته باشد،

از جمله بین دو همجنس باشد، در قالب مصادیق قانونی از قبیل تقبیل، ملاسمه و... نمود یابد، بین دو انسان زنده باشد، با گرایش جنسی و عاطفی و از روی شهوت باشد؛ اما قید عاطفه و گرایش جنسی نشان می‌دهد که رفتارهایی که نمود آن به صورت بوسیدن و یا در آغوش کشیدن است، اما از روی گرایش جنسی همراه با عاطفه نیست که معمولاً در دیدوبازدیدها و یا در برخی مراسم‌ها و برای ابراز همدردی نمود می‌یابند، هیچ‌گاه در این قالب قرار نمی‌گیرند تا عنوان مجرمانه همجنس‌گرایی را یدک بکشند. اما طرح این عناوین در قوانین کیفری در حالی است که مقدمه ارتکاب آن می‌تواند از حالت تَخْنُث و تَذَكُّر عبور نماید.

به عبارت دیگر صرف نظر از قیده‌های تقبیل، مضاجعه، ملاسمه و معانقه که از مصادیق همجنس‌گرایی به شمار می‌رود؛ اما مقدمه چنین رفتارهایی از دیدگاه فقها تَخْنُث، تَذَكُّر و تَأْنُث است که از دیدگاه مقنن مغفول مانده، این در حالی است، کیفری که مقنن برای برخی از مصادیق همجنس‌گرایی از قبیل تقبیل و مضاجعه در نظر گرفته است در تقابل با نگاه فقها به کیفر این مصادیق در فقه می‌تواند هم‌تراز نباشد و از طرفی در تقارن با کیفر تَخْنُث و تَذَكُّر از دیدگاه فقهی می‌تواند مجازات اخف محسوب شود، درحالی‌که حالت تَخْنُث و تَذَكُّر به لحاظ رفتاری قبل از تقبیل و مضاجعه قرار می‌گیرد. از این روی ابهاماتی که قابل طرح است، اینکه آیا می‌توان همجنس‌گرایی را علاوه بر تقبیل، مضاجعه، ملاسمه و معانقه به دیگر مصادیق از جمله تَخْنُث، تَذَكُّر و تَأْنُث نیز تسری داد؟ آیا بین کیفر مصادیق مطرح شده به لحاظ حالت و رفتاری توازنی در فقه و متون قانونی وجود دارد و در صورتی که رفتارها و مصادیق موصوف توسط افراد خنثی ارتکاب یابد، پاسخ‌دهی کیفری به چه نحوی است؟ ماهیت کیفر تَخْنُث، تَذَكُّر و همجنس‌گرایی چیست؟ ذیلاً ضمن توصیف و تبیین مسئله بر مبنای مطالعات فقهی و حقوقی به ابهامات مذکور پاسخ داده شود.

۱. رویکرد فقه اللغة بر تَخْنُث و تَذَكُّر و جرم همجنس‌گرایی

همجنس‌گرایی که به یکی از اشکال تقبیل و ملاسمه در قانون آمده، لفظ مطلق است که از سوی مقنن به کار رفته و با ارائه این مصادیق مجرد گرایش به همجنس قابل کیفر تلقی شده است، بیان لفظ همجنس‌گرایی از سوی مقنن صرف نظر از ابهام در نوع کیفر تعیین شده از حیث تعزیر معین یا منصوص با تعزیر حکومتی، اما در عنوان گذاری، مقنن لفظ مبهمی را با مصادیق رفتاری که دارای عنوان خاص می‌باشند، پیوند زده است. به عبارت دیگر صرف گرایش و میل داشتن به همجنس از سوی زن یا مرد در لسان فقها دارای عنوان خاصی است که قبل از تقبیل

و ملامسه قرار دارد، اما مقنن مصادیق رفتاری تقبیل و ملامسه را همان همجنس‌گرایی^۱ تعبیر نموده، از طرفی در منابع فقهی میل جنسی به همجنس دارای کیفر معینی است درحالی‌که مقنن ابتدا با بیان عنوان همجنس‌گرایی این لفظ را با عناوین رفتاری مستوجب شلاق تعزیری شناخته است. تشبه به همجنس در رفتار جنسی^۲ و به عبارتی تَذَكُّر، تَخَنُّت و تَأْنُث معادل‌هایی در کلام فقها برای سرزنش رفتارهای قبل از تحقق همجنس‌گرایی است که علاوه بر فقهای امامیه، در مذاهب اهل سنت نیز به شدت سرزنش شده است، به عنوان نمونه ابن تیمیه در مجموع الفتاوی بر مبنای قرآن کریم^۳ و حدیث نبوی «لَعَنَ اللَّهُ الرَّجُلَ يَلْبَسُ لِبْسَةَ الْمَرْأَةِ وَالْمَرْأَةُ تَلْبَسُ لِبْسَةَ الرَّجُلِ» به مسئله تشبه مردان به زنان و بالعکس پرداخته و آن را حرام می‌داند و بیان داشته اگر این تشبه با قصد فتنه‌انگیزی جنسی یا جلب توجه برای روابط نامشروع همراه باشد دو گناه محسوب می‌شود (ابن تیمیه، ۱۴۲۵: ۳۰۶).

۱-۱. تَخَنُّت [تَأْنُث]

شبیه شدن مرد به زن در رفتار جنسی را گویند، به عبارت دیگر تَخَنُّت آن است که میل جنسی مرد، همانند میل جنسی زن به مرد باشد (طوسی، ۱۳۸۷ق: ۲۶۶). منظور فقها از شبیه شدن در رفتار جنسی، ارتکاب رفتار جنسی که عنوان خاص بر آن صدق نماید نیست؛ زیرا در صورت ارتکاب همان مفهوم شرعی و قانونی تقبیل و ملامسه و یا تفخیذ و در فرض دخول، لواط بر آن رفتار صدق می‌نماید، از این نظر شبیه شدن در رفتار جنسی یک مرحله قبل از ارتکاب رفتار جنسی که بر آن عنوان خاص ملامسه، معانقه، تقبیل و یا عنوان لواط صدق نماید است. با این وصف می‌توان صرف گرایش و تمایل داشتن مرد به همجنس را که مقنن با عناوین همجنس‌گرایی در فرض تقبیل و ملامسه و... را تعبیر نموده است، با عنوان شرعی تَأْنُث معرفی نمود. از دیدگاه مذاهب اهل سنت،

۱. ماده ۲۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: همجنس‌گرایی انسان مذکر در غیر از لواط و تفخیذ از قبیل تقبیل و ملامسه از روی شهوت، موجب سی‌ویک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش است. کلمه همجنس‌گرا از دو قسمت همجنس و گرا تشکیل شده است. «همجنس» به معنای دو چیز که از یک جنس باشند و یا دو کسی که دارای صفات روحی یکسان باشند. کلمه «گرا» مخفف گرایش به معنی تمایل، میل و رغبت می‌باشد. امروزه در فرهنگ لغت‌های جدید، «همجنس‌گرا» به عنوان معادل کلمه انگلیسی هموسکشوال به کار برده شده است (ر.ک: پورافکاری، ۱۳۷۳).

۲. تشبه هر یک از زن و مرد در پوشش و غیر آن مانند برداشتن زیر ابرو و آرایش صورت و... در قالب عنوان مخنث قرار می‌گیرد، نه عناوین تَخَنُّت و تَذَكُّر، از طرفی تشبه به جنس مخالف در رفتار جنسی را فقها به صورت دقیق‌تر در قالب عناوین تَذَكُّر و تَخَنُّت قرار داده‌اند. از طرف دیگر برای سایر رفتارهای غیر جنسی که به نوعی تشبه به جنس مخالف محسوب شود نمی‌توان عناوین تَذَكُّر، تَأْنُث و تَخَنُّت به کار برد همچنان که برای تشبه به جنس مرد از سوی زن در سایر رفتارهای غیر جنسی مثلاً پوشش مردانه داشتن نیز نمی‌توان عنوان مخنث به کار برد.

۳. «فَلَمَّا وَضَعَتْهَا قَالَتْ رَبِّ إِنِّي وَضَعْتُهَا أُنْثَىٰ وَ اللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا وَضَعْتَ وَلَئِذَا الذَّكَرُ كَلَانَتْهُ وَإِنِّي سَمَّيْتُهَا مَرْيَمَ وَإِنِّي أُعِيذُهَا بِكَ وَ ذُرِّيَّتَهَا مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ» (سوره آل عمران، آیه ۳۶).

تخنث و تشبه جنسی حرام و از گناهان کبیره است. حنفی‌ها هر گونه تغییر ظاهر یا رفتار برای شبیه‌سازی جنس مخالف را حرام و معتقدند اگر مردی خود را عمداً زن گونه جلوه دهد، مرتکب گناه شده است و باید توبه کند. مالکی‌ها تخنث را نوعی فسق می‌دانند و معتقدند چنین فردی باید از جامعه مسلمانان توبه کند و معتقدند اگر برای فریب و یا فساد اخلاقی باشد، مجازات شدید دارد. شافعی‌ها تشبه جنسی را حرام قطعی می‌دانند و معتقدند این کار نقض فطرت انسانی است و اگر مردی با رفتار زنانه قصد فریب دیگران را داشته باشد، گناهش بزرگ‌تر است. حنبلی‌ها این عمل را حرام و مایه فساد جامعه می‌دانند و در کتاب المغنی (ابن قدامه) آمده است که چنین فردی باید تنبیه شود تا دیگران عبرت گیرند (ر.ک: مرغینانی، ۱۴۱۷ق: ۵۵۸؛ مالک بن انس، ۱۴۱۵ق: ۴۵۶؛ نووی، ۱۳۴۷ق: ۴۶۸؛ ابن قدامه، ۱۴۱۷ق: ۳۵۵).

حساسیت این موضوع در لسان فقها آن‌چنان بوده که کسی که دیگری را به تَخَنُّث نسبت داده، «تعزیر» می‌شود و چنانچه فهم عرف از این واژه، نسبت لواط باشد یا گوینده چنین مقصودی داشته باشد بر نسبت دهنده حدّ قذف جاری می‌گردد (حلی، ۱۴۰۷ق: ۷۰). تعیین کیفر تعزیر برای نسبت دادن لفظ تَخَنُّث به دیگری همان مفهوم دشنام دادن را می‌رساند که مستوجب تعزیر است. این رویکرد فقهی دلیل دیگری بر عدم ارتکاب رفتار جنسی از نوع دخول از سوی فرد است؛ اما به نظر می‌رسد با توجه به اینکه ارتکاب یک رفتار مستوجب حد مثل لواط یا مساحقه از سوی فرد ابتدا با تمایل و گرایش شروع می‌شود و از مسیر تقبیل و یا ملامسه و معانقه عبور می‌کند. فقها بر این عقیده هستند که چنانچه منظور گوینده (تَخَنُّث) نسبت لواط باشد، حد قذف بر نسبت دهنده جاری می‌شود، دلیل این موضوع تقارن این مفاهیم با همدیگر است که با حساسیت از سوی فقها طرح شده است.

۲-۱. تَذَكُّر

تَذَكُّر از باب تَفَعُّل به معنای همسان شدن زن با مرد در رفتار جنسی، مقابل تَخَنُّث است. به عبارت دیگر تَذَكُّر آن است که زنی میل داشته باشد، همچون مرد از دیگر زنان بهره جنسی ببرد و با آنان رفتار جنسی از نوع رفتار جنسی مرد با زن داشته باشد (همدانی، ۱۳۷۶: ۲۰۸). برخی متأخرین از فقها (مانند ابن عابدین حنفی) از این اصطلاح برای اشاره به تمایلات همجنس‌گرایانه زنان استفاده کرده‌اند. این فقیه در شرح عبارت «والتَّذَكُّرُ بِاللَّفْظِ» در بحث نکاح می‌نویسد: «وَقَدْ يُطْلَقُ التَّذَكُّرُ عَلَى يَحْتُلُّ بِهِ شَهْوَةُ الْمَرَأَةِ لِلْمَرَأَةِ كَمَا فِي بَعْضِ الْبِلَادِ، وَ هُوَ مِنَ السَّحَاقِ الْمَذْمُومِ؛ و گاهی اصلاح تَذَكُّر بر آنچه موجب شهوت زن نسبت به زن می‌شود اطلاق می‌گردد، چنانچه

در برخی سرزمین‌ها این اصطلاح رایج است و این از مصادیق سحاق مذموم است» (ابن عابدین حنفی، ۱۳۸۶ق: ۳۰۴). برخلاف مقنن که تنها به لفظ همجنس‌گرایی بسنده نموده است، اما تَذَكُّر همان میل جنسی داشتن زن نسبت به همجنس خود است. تَذَكُّر یک مرحله قبل از تقبیل و دو مرحله قبل از مساحقه قرار دارد. به عبارتی انسان مؤنث ابتدا در حالت تمایل داشتن به رابطه جنسی با همجنس خود قرار می‌گیرد و از مرحله تقبیل، ملاسمه و... عبور و در نهایت مرتکب مساحقه می‌گردد، از این‌روی عنوان تَذَكُّر شبیه همان مرحله قصد ارتکاب جرم در حقوق کیفری تعبیر می‌شود که خود در متون فقهی واجد کیفر مستقل شناخته شده است.

۳-۱. همجنس‌گرایی^۱

این لفظ به‌صورت مصداق محور در متون فقهی بیان شده بود، برای اولین بار در سال ۱۳۹۲ و در ماده ۲۳۷ (ق.م.ا)^۲ با تکیه بر مصادیقی که عنوان حدی ندارند و در قالب یک رفتار مستوجب تعزیر مطرح شد. کلام مقنن در ماده موصوف به‌گونه‌ای است که همجنس‌گرایی صرفاً در قالب عناوین تقبیل و ملاسمه قرار نمی‌گیرد، بلکه سایر رفتارهای جنسی مستوجب حد نیز می‌تواند واجد وصف کیفری همجنس‌گرایی باشد. از این‌روی بین عناوین تقبیل،^۳ ملاسمه،^۴ مضاجعه،^۵ معانقه،^۶ لواط، مساحقه و تفخیذ رابطه عموم و خصوص وجود دارد، اما عناوین موصوف علی‌رغم اینکه با حالت تَخَنُّث و تَذَكُّر در طول هم قرار می‌گیرند، واجد وصف مستقلی هستند. در خصوص مصادیق همجنس‌گرایی در مسئله شانزدهم جلد چهارم کتاب تحریر الوسیله آمده است: «فی التقبیل و

۱. همجنس‌گرایی معادل هموسکشوال (homosexual) دارای دو ریشه لاتینی و یونانی است، (homo) به معنای انسان از کلمه یونانی (same) به معنای یکسان مشتق شده است. این کلمه برای دو همجنس (اعم از زن و یا مرد) که نسبت به یکدیگر احساسات عشقی داشته باشند، استعمال می‌شود. واژه همجنس‌گرایی برای اولین بار در سال ۱۸۶۸ توسط یک روانشناس آلمانی به نام کارولی در مکاتبات شخصی‌اش به‌کار رفت و در یک سری دفترچه‌هایی که به جهت روشن‌سازی ماجرای لوط پیامبر و اقوام سدوم و اماره منتشر شده بود استفاده شده و نسل به نسل گشت و اکنون با گذشت بیش از صدوسی سال رسمیت خودش را پیدا کرد (اسکندری، ۱۳۸۵: ۲).

۲. «همجنس‌گرایی انسان مذکر در غیر از لواط و تفخیذ از قبیل تقبیل و ملاسمه از روی شهوت موجب سی‌ویک تا هفتادوچهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش است». پیش‌ازین، در ماده ۱۲۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ آمده بود: «هرگاه دو مرد که باهم خویشاوندی نسبی نداشته باشند، بدون ضرورت در زیر یک پوشش به‌طور برهنه قرار گیرند هر دو تا ۹۹ ضربه شلاق تعزیر می‌شوند.» و در ماده ۱۳۴ (ق.م.ا) ۱۳۷۰ حکم این ماده در مورد زنان تکرار شده بود. در ماده ۱۲۴ (ق.م.ا) ۱۳۷۰ آمده بود: «هرگاه کسی دیگری را از روی شهوت ببوسد تا ۶۰ ضربه شلاق تعزیر می‌شود.» رفتارهای موصوف را مقنن در اصلاحات سال ۱۳۹۲ در قالب عنوان همجنس‌گرایی و با بیان الفاظ تقبیل، مضاجعه، معانقه و ملاسمه تجمیع نمود.

۳. تقبیل؛ به معنای بوسیدن، بوسه زدن و بوسه دادن آمده است (معین، ۱۳۸۱: ۴۷۳).

۴. ملاسمه؛ به معنای لمس کردن یکدیگر، دست مالیدن به هم (معین، ۱۳۸۱: ۱۸۱۰).

۵. مضاجعه؛ به معنای باهم خوابیدن و هم‌بستر گردیدن آمده است (معین، ۱۳۸۱: ۱۷۵۲).

۶. معانقه؛ به معنای دست به کردن هم انداختن و یکدیگر را در آغوش گرفتن است (معین ۱۳۸۱: ۱۷۶۵).

المضاجعه و المعانقه و غیر ذلک من الاستمتاع دون الفرج تعزیر و لا حدلها، کما لا تحدید فی التعزیر، بل هو منوط بنظر الحاکم؛ در بوسیدن و با هم خوابیدن و معانقه و غیر این‌ها از استمتاع، غیر از عورت، تعزیر است و حدی در آن‌ها نیست، کما اینکه در تعزیر، تحدیدی نیست، بلکه تعزیر بنابر ا شبه منوط به نظر حاکم است.» (خمینی، ۱۳۸۳: ۱۷۹). در خصوص همجنس‌گرایی برخی از فقهای سنی معتقدند تقبیل با شهوت، گناه دارد، اما حد جاری نمی‌شود، مگر با رابطه کامل (المرغینانی، بی‌تا: ۱۲۳) برخی دیگر معتقدند که مضاجعه با شهوت، تعزیر (مجازات غیر مشخص) دارد (الشربینی، ۹۷۷ق: ۱۵۶). برخی نیز بیان داشته‌اند که هر عملی مقدمه لواط باشد، حرام است (ابن تیمیه، ۱۴۰۸ق: ۱۸۹).

در حقوق کیفری رفتاری به‌صورت تام واجد یک عنوان مجرمانه مستقل شناخته می‌شود که از مرحله قصد و نیت عبور نماید و عملاً در عالم خارج به‌صورت رفتار و یا حالت محقق شود. به‌عنوان مثال در جرم سرقت، صرف تهیه مقدمات اگر واجد عنوان مجرمانه مستقل نباشد، جرم نیست؛ بلکه زمانی فرد مستحق کیفر شناخته می‌شود که رفتار ربودن مال دیگری از وی سر بزند و یا عملاً در مرحله شروع به جرم به دلیلی خارج از اراده وی جرم موصوف به نتیجه نرسد، اما در برخی از جرائم به دلیل حساسیت رفتار ارتكابی و یا مهم بودن نوع جرم، مقنن نیز یک رفتار ناتمام را مستوجب کیفر شناخته است. به‌عنوان مثال در فصل شانزدهم از کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ قانون‌گذار صرف اجتماع و تبانی برای ارتكاب جرائم بر ضد امنیت داخلی و خارجی کشور را مستحق کیفر شناخته است، این رفتار که از سوی مقنن جرم‌انگاری شده است، می‌تواند مقدمه ارتكاب یک جرم مهم‌تر، از جمله هر یک از مصادیق رفتاری جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی تلقی شود. به همین مناسبت در جرائم علیه عفت و اخلاق عمومی که مصادیق متعددی از آن در قوانین کیفری نمود یافته است. در برخی از موارد، مقنن یک مرحله قبل از ارتكاب یک رفتار را نیز مستحق کیفر شناخته است. از جمله مستحق کیفر شناختن تقبیل و ملاسمه در ماده ۲۳۷ (ق.م.ا) و یا مستحق کیفر شناختن روابط نامشروع کمتر از زنا که به یکی از اشکال تقبیل یا مضاجعه و یا هر یک از مصادیق رفتاری رابطه نامشروع قرار گیرد و به شرح مقرر در ماده ۶۳۷ که می‌تواند مقدمه زنا باشد. نمونه‌ای از مصادیق رفتاری است که به‌صورت مستقل واجد وصف کیفری شناخته شده‌اند؛ اما از دیدگاه فقها حتی یک مرحله قبل از رفتارهای تقبیل، ملاسمه، مضاجعه نیز که دارای عنوان خاص تَحْنُث، تَأْنُث و تَذَكُّر بوده هم قبیح و مستوجب تعزیر است.

تَخَنُّث و تَذَكُّر که به صورت حالت و برخی موارد در قالب رفتار نمود می‌یابد، در طول تقبیل و ملاسمه و لواط و تفخیز و مساحقه قرار می‌گیرد؛ اما برخلاف تقبیل و رفتارهای بعدی که به صورت رفتار در عالم خارج نمود می‌یابند و احراز عنصر مادی و روانی آن آسان‌تر است، تفکیک بین عنصر مادی و سوءنیت در آن آسان نیست؛ زیرا عنصر مادی تَخَنُّث و تَذَكُّر، میل و گرایش داشتن به رابطه جنسی با همجنس است که بیشتر نمود ذهنی دارد تا یک رفتار بیرونی مگر اینکه میل و گرایش داشتن قبل از تحقق تقبیل و امثال آن به صورتی در عالم خارج رؤیت گردد که بتوان از آن حالت گرایش به همجنس را استخراج نمود. از این روی به محض احراز چنین قصدی این حالت خود دارای وصف مستقلی است که از عناوین تقبیل و ملاسمه و رفتارهای مستوجب حد مجزا و دارای اصالت است.

۲. تقارن کیفر جرم همجنس‌گرایی با تَخَنُّث و تَذَكُّر

آنچه فقها با تعبیر مخنث،^۱ تَخَنُّث و تَذَكُّر بیان نموده و مستوجب عقاب شناخته‌اند. در جامعه با دیدن نوجوان‌ها و جوانان با لباس‌های پاره، آرایش خلاف شرع و زیورآلات و گوشواره در گوش پسران در حالی که معلوم نیست این اندام‌های فرورفته در زیر این سبک آرایش و لباس متعلق به یک دختر است یا پسر، واقعیت تلخی است که آهسته اما جاری در جامعه در حال پیشروی است. از این روی در رویکرد فقهی، برای هر نوع تمایل و گرایش به تشبه به جنس مخالف محدودیت قائل شده است، به عبارتی تشبه در گفتار و کردار و عادات و پوشش^۲ تا تمایل به همجنس و همجنس‌گرایی و رابطه جنسی با همجنس همگی مستوجب کیفر شناخته شده‌اند. در روایات متعددی با مفاهیم مخنث و تَأْنُث و تَذَكُّر که ناظر بر «المتشبهین من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال» و «المخنثین من الرجال و المترجلات من النساء» هستند و اعم از کسانی است که دچار اختلال در

۱. در مورد مخنث اهل سنت می‌گویند: مُخَنَّث تبعد می‌شود؛ چنان‌که از علمای شافعی نقل شده «قلت نفی عمر رجلا فی الخمر و النفی فی السنه علی الزانی و المخنث و...»^۱ (الإمام الشافعی، ۱۴۲۳ هـ. ق: ۱۴۶)؛ همچنین در الأحکام السلطانیة اثر عالم شافعی مذهب قرن پنجم هجری، مخنث مستوجب تبعد دانسته شده است.^۲ (نیآوردی، بی‌تا: ۲۷۹) برخی از دیگر از فقها ضمن قابل تعزیر تلقی کردن مخنث آن را مستوجب تبعد دانسته‌اند. «إلا أنه قد ورد من طرق فقهاء المذاهب أنّ النبي (ص) عَزَّرَ المخنثين بالنفي، فأمر بإخراجهم من المدينة، وقال: «أخرجوهم من بيوتكم» (خطيب شربيني، ۱۴۲۱ هـ. ق: ۱۹۲) و (بخاری، ۱۳۰۰: ۳۳۳). همچنین برخی از فقهای معاصر معتقدند: مخنث تعزیر می‌شود و در صورت اثبات ارتکاب عمل موجب حد مانند لواط دادن، حد بر او جاری می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲ هـ. ق: ۴۰۳).

۲. پوشش یکی از شاخص‌های وجودی آدمی و جزو نیازهای فطری انسان به شمار می‌رود قرآن کریم ضمن نعمت و هدیه الهی خواندن پوشش، به کارکردهای مختلف آن اشاره کرده، می‌فرماید: «ای فرزندان آدم، برای شما لباسی فرو فرستادیم که اندام شما را می‌پوشاند و مایه زینت شما است... این از آیات خداوند است؛ باشد که متذکر شده، پند گیرید» (سوره اعراف، آیه ۲۷).

هویت جنسی هستند یا با تأثی از دیگر فرهنگ‌ها به پدیده مبدل پوشی روی آورده‌اند، مواجه می‌شویم. البته شیوه‌های برخورد با این پدیده از ابعاد مختلف از جمله فرهنگی، اجتماعی، سیاسی، حقوقی و... متفاوت و قابل بررسی است، اما آنچه در این نوشتار قابل بیان است برخورد حقوقی و کیفری با این پدیده آن‌هم بر مبنای مطالعات فقهی است.

صرف تَخَنُّث و تَذَكُّر حرام و در متون فقهی نکوهش شده است و تا رفتار حرامی نباشد به دنبال آن کیفری نخواهد بود؛^۱ همچنان که صاحب جواهر علت تعزیر را ارتکاب فعل حرام عنوان می‌کند و در این باره می‌نویسد: «جعل سبب التعزیر امرأً واحداً، وهوار تکاب المحرم، الذي لم ينصب الشارع له حداً مخصوصاً» (نجفی، ۱۳۶۳: ۲۵۶). برخی با قید حرام رفتار تَخَنُّث و تَذَكُّر را ممنوع اعلام کرده‌اند؛ تشبیه هریک از مرد و زن به دیگری در رفتار جنسی به معنای تَخَنُّث و تذکر، حرام بلکه از گناهان کبیره است (شاهرودی، ۱۳۸۲: ۴۸۵). همچنین بیان شده شبیه شدن مرد به زن و فراخوانی مردان به‌سوی خود، عملی حرام است و پیامبر اکرم ﷺ چنین مردی را لعنت کرده و در روایات به اخراج وی از مسجد و خانه‌ها امر و از سلام کردن به وی و سخن گفتن با او نهی شده است. در روایات وارد شده دربارهٔ مسخ‌شدگان آمده است: مردی که به‌صورت خرس مسخ شده کسی بوده که مردان را به‌سوی خود فرا می‌خوانده است (هاشمی، ۱۳۸۲: ۴۰۲).

به نظر برخی قدما، مردی که رفتار زنانه به خود گرفته و بین مردم، به دعوت دیگران به‌سوی خود و لواط دادن، مشهور است، کشته می‌شود، هر چند بر آن عمل، بین و نیز اقرار به ارتکاب وجود نداشته باشد (ابوالصلاح حلبی، بی‌تا: ۴۰۹؛ گلبایگانی، ۱۴۱۴: ۱۵؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۱۸۶). لیکن دیگر فقها آن را نپذیرفته و حکم قتل را تنها در صورتی ثابت دانسته‌اند که برای حاکم، به‌واسطه شهرت، علم به ارتکاب حاصل شود (صاحب جواهر، بی‌تا: ۳۷۸). رویکردی که عمدتاً در بین فقها در خصوص کیفر تَخَنُّث و تَذَكُّر وجود دارد، ناظر بر تعزیر این افراد است. در خصوص تَذَكُّر آمده است: همجنس‌بازی حرام و موجب ثبوت تعزیر است و رسول اکرم ﷺ چنین زنی را لعن کرده است (حر عاملی، ۱۴۱۶: ۳۴۶؛ جواهر الکلام، بی‌تا: ۱۱۶). از طرفی، اگر از چنین زنی، عمل موجب حد، مانند مساحقه سرزند، حد بر او جاری می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲ق: ۴۲۶). به نظر برخی قدما مردی که رفتار زنانه به خود گرفته و بین مردم به

۱. حتی از حیث ثبوت خیار عیب گفته شده کسی که برده‌ای را خریده سپس متوجه شده مخنث است می‌تواند معامله را فسخ کند (بحرانی، ۱۳۶۳ش: ۱۱۲).

دعوت دیگران به‌سوی خود و لواط دادن مشهور است کشته می‌شود، هرچند بر آن عمل، بینه و نیز اقرار به ارتکاب وجود نداشته باشد^۱ (ابوالصلاح حلبی، بی‌تا: ۴۰۹ و گلبایگانی، ۱۴۱۴: ۱۵؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۱۸۶)؛ لیکن دیگر فقها آن را نپذیرفته و حکم قتل را تنها در صورتی ثابت دانسته‌اند که برای حاکم به‌واسطه شهرت، علم به ارتکاب حاصل شود^۲ (صاحب جواهر، بی‌تا: ۳۷۸). ازاین‌رو، در نگاه اول صرف واجد چنین وصفی بودن به عبارت دیگر تَذَكُّر و تَخَنُّث یک رفتار حرام تلقی شده است که حسب مورد می‌تواند منجر به تعزیر و تبعید این افراد شود، برخلاف همجنس‌گرایی که در ماده ۲۳۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با قیده‌های همجنس‌گرایی با افعال تقبیل و ملاسه از روی شهوت مستوجب سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری دانسته شده است. اما تَخَنُّث و تَذَكُّر یا مستوجب تبعید دانسته شده و یا اینکه فقها بدون اشاره به نوع تعزیر صرفاً آن را قابل کیفر تعزیری تلقی کرده‌اند. به نظر می‌رسد با توجه به نوع کیفر، حاکم و به عبارتی دادرس در تعیین نوع کیفر اختیاردار است و هر نوع کیفری که اولاً، تعزیری تلقی شود و ثانیاً، حد و به عبارتی ثابت نباشد را بتواند برای این افراد تعیین نماید. اما آنچه در راستای نوع کیفر تَخَنُّث و تَذَكُّر در بین فقهای شیعه و سنی قابل اشاره است، اینکه فقهای سنی قائل به تبعید شده‌اند؛ اما فقهای شیعه، بدون اشاره به نوع تعزیر، صرفاً با بیان قابل تعزیر بودن این رفتار را مستوجب عقاب تلقی کرده‌اند. این در حالی است که از نظر فقهی و قانونی در صورتی که صرف میل داشتن منتهی به رفتار مستوجب حد، از قبیل لواط و مساحقه و یا تفخیز شود، یک رفتار مستوجب حد تلقی و قابل کیفر حدی خواهد بود.

اما ابهامی که قابل طرح است، اینکه شخصی که عناوین همجنس‌گرایی، تَخَنُّث و تَذَكُّر را به دیگری نسبت دهد، رفتار وی واجد چه وصف کیفری است؟ در چارچوب متون قانونی، با توجه به مشخص بودن حدود و رفتارهای مستوجب تعزیر و یا رفتاری که مستوجب حد زنا و یا لواط باشد، پاسخ به سؤال مذکور چارچوب مشخص‌تری دارد؛ اما در فرضی که یک رفتار حرام را که هر چند در متون فقهی مستوجب کیفر تلقی شده باشد

۱. ذکر الفقهاء أنَّ الذکر إذا تزوّج المرأة واشتهر بالتمکین من نفسه - وهو المختنث في عرف العادة - قتل صبراً وإن فقد البیة والإقرار بإيقاع الفعل به؛ لنبایة الشهرة مناهبهما. برخی از فقهای سنی در خصوص کیفر لواط برای فاعل و مفعول چنین بیان داشته‌اند؛ اصْحَقُّ اقْوَالُ الْعُلَمَاءِ أَنَّ الْوُطْءَ يُقْتَلُ وَ إِن لَمْ یَکُنْ مُحْصَنًا - صحیح‌ترین قول علماء این است که لواط کننده کشته می‌شود، حتی اگر محصن (متاهل) نباشد. (ابن تیمیه، ۱۴۰۸ق: ۲۶۷ همچنین ر.ک: ابن قدامه، ۱۴۱۵ق: ۱۲۳).

۲. نعم، حدّ بعضهم الشهرة بوصولها إلى حدّ العلم للحاکم أو الشهود الذین يشهدون عنده.

را به دیگری نسبت دهند، پاسخ به این سؤال با ابهام بیشتری مواجه می‌شود. اما صرف‌نظر از رویکرد مقنن در خصوص کیفر این رفتارها از نظر برخی از فقها^۱ کسی که دیگری را به تَخَنُّث نسبت داده تعزیر می‌شود و چنانچه فهم عرف از این واژه، نسبت لواط باشد یا گوینده چنین مقصودی داشته باشد، بر نسبت دهنده حد قذف جاری می‌گردد (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ۵۴۹؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷ق: ۷۰). برخی از فقهای معاصر در مقام شمارش تعزیرات منصوص خطاب کردن دیگری با جمله (ای مُخَنَّث) را مستوجب تعزیر منصوص (۲۰ تازیانه) دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۰۳). فقها در نگاه اول صرف گرایش و میل داشتن به همجنس را مستوجب کیفر تلقی کرده‌اند و به تبعیت از آن کسی که این رفتار حرام را به دیگری نسبت دهد، مرتکب را به شرطی که منظور وی رفتار مستوجب حد نباشد قابل تعزیر تلقی کرده‌اند. از این نظر با توجه به وجه تمایز خیلی دقیق بین مخنث، تَخَنُّث و تَذَكُّر بودن با لواط و مساحقه و تفخیز، فقها به صورت دقیق بین کسی که صرف تمایل داشتن را به دیگری نسبت دهد را با کسی که انجام رفتار مستوجب حد را نسبت دهد تمایز قائل شده و بیان داشته‌اند اگر منظور گوینده از نظر عرف عبور از مرحله تمایل بوده بر گوینده حد جاری می‌شود، دقت نظری که در نظام حقوقی ایران و در فرض ارتکاب از سوی افراد با خلأ مواجه بوده و تکلیف قانونی چنین رفتاری مشخص نیست.

۳. ماهیت کیفر همجنس‌گرایی، تَخَنُّث و تَذَكُّر

در باب ماهیت کیفر، دسته‌بندی که در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مطرح شده در تقابل با نگاه حقوق کیفری اسلام به کیفر، تفاوت‌هایی وجود دارد. در ماده ۱۴ (ق.م.ا) ۱۳۹۲ دسته‌بندی چهارگانه؛ حد، قصاص، دیه و تعزیر به عنوان مجازات‌های مقرر در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مطرح شده، البته قانون‌گذار در حالی این دسته‌بندی را به صورت کلی مطرح نمود که نوع دیگری از کیفر با عنوان تعزیرات منصوص شرعی را در اصلاحاتی که پس از ایرادات شورای نگهبان به قانون مجازات اسلامی گرفته شد، وارد نمود. کیفری که نه در ردیف مجازات‌های مقرر در ماده ۱۴ قرار داده شد و نه تعریف و مصداقی برای تبیین آن ارائه گردید. تنها واژه نزدیک به تعزیرات منصوص شرعی که این سؤال را ایجاد می‌کند که آیا این قسم مجازات جزء دسته‌بندی «تعزیرات» به صورت کلی است یا خیر؟ استفاده از اصطلاح «محرمات شرعی» در کنار «نقض مقررات حکومتی» در ماده

۱. برخی از فقها در پاسخ به این سؤال که؛ آیا نسبت مساحقه دادن به زنی مؤمنه قذف است؟ چنین بیان داشته‌اند؛ موجب قذف نمی‌شود، ولی حاکم شرع می‌تواند او را تعزیر نماید (نوری همدانی، ۱۳۸۸: ۲۳۶).

۱۸ (ق.م.ا) ۱۳۹۲ است، به گونه‌ای که به نظر می‌رسد منظور قانون‌گذار از تعزیرات، هم تعزیری است که در قبال محرمات شرعی اعمال می‌شود و این نوع تعزیر می‌تواند منصوص و یا غیرمنصوص باشد و هم نوع دیگری که در قبال نقض مقررات حکومتی اعمال می‌شود؛ اما در حقوق کیفری اسلام مجازات به صورت کلی به دو دسته منصوص و غیرمنصوص تقسیم می‌شود. مجازات منصوص شامل: حدود و قصاص و تعزیرات است که تعزیرات یا معین است و یا غیرمعین؛ اما مجازات غیرمنصوص فقط شامل تعزیرات غیرمنصوص (حکومتی) می‌شود. علی‌رغم وجود ابهاماتی که در دسته‌بندی مذکور ارائه شد، سؤال این است که ماهیت کیفر همجنس‌گرایی، مخنث، تَخَنُّث و تَذَكُّر چیست؟ آیا در دسته‌بندی حدود قرار می‌گیرد یا ماهیت کیفر آن‌ها همان «تعزیری» است که در قبال «محرمات شرعی» صورت می‌گیرد یا «تعزیری» است که در قبال «نقض مقررات حکومتی» قابل اعمال است؟

۳-۱. تقارن از باب حد

در تعریف حد آمده است که «حدّ، فاصله بین دو چیز را گویند تا یکی از این دو با دیگری مخلوط نشود، یا یکی از آن دو به دیگری تجاوز نکند» (ابن منظور، ۱۳۷۶: ۷۹). در ماده ۱۵ (ق.م.ا) آمده است: «حد، مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس تعیین شده است.» در باب تعریف حد و شمول تعزیر، برخی از فقها بیان داشته‌اند: «تمام گنا‌هایی که مجازات‌های معین شده دارند، از سوی شرع حد نامیده می‌شود و آن‌هایی که مجازات‌های معین شده ندارند را تعزیر می‌گویند» (محقق حلی، ۱۴۰۹ق: ۹۳۲). در مورد مصادیق حد، بین فقها اعم از شیعه و سنی اتفاق نظر وجود ندارد. در نزد مالکیه، موجبات حدود هشت مورد و در نزد شافعیه، هفت مورد و در نزد حنفیه، پنج مورد است. در مورد تعداد حدود، نظرات مختلفی نیز از سوی فقهای شیعه ارائه شده است؛ شیخ طوسی در نه‌ایه حدود را هفت مورد، محقق حلی در شرائع شش مورد، شهید اول در لمعه هشت مورد، امام خمینی رحمه‌الله در تحریر الوسیله (نه) مورد، و آیه الله خوئی در مبانی تکملة المنهاج شانزده مورد برشمرده‌اند. آنچه واضح است، اینکه در بین مصادیق طرح شده عناوین تَخَنُّث، تَذَكُّر، تَأْنِث و مخنث به عنوان مصداقی از مصادیق حدود بیان نشده‌اند. حتی عنوان همجنس‌گرایی که در کتاب حدود قانون مجازات اسلامی بیان شده، با کیفر تعزیر معرفی شده است؛ مگر اینکه همجنس‌گرایی به شکل یکی از رفتارهای مستوجب حد از قبیل لواط یا مساحقه نمود یابد که در این صورت مستوجب حد خواهد بود.

در بین موارد و مصادیق حدود، مستوجب حد بودن زنا، قذف و سرقت مورد اتفاق همه فقهای عامه است؛ اما در بین موارد و مصادیق ذکر شده از سوی فقها، قانون‌گذار کیفری ایران دوازده مورد و مصادق را در کتاب حدود ذکر نموده است که البته «لواط» و «تفخیز» به‌عنوان مصادیق همجنس‌گرایی در این دسته‌بندی قرار می‌گیرند؛ اما سایر مصادیق همجنس‌گرایی که قانون‌گذار در ماده ۲۳۷ ق.م.ا، با عناوین همجنس‌گرایی انسان مذکر در قالب تقبیل و ملامسه از روی شهوت نام برده است با توجه به نوع و میزان کیفر (۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق) در حاله‌ای از ابهام قرار دارد، رویکرد فعلی قانون‌گذار در بیان و معرفی همجنس‌گرایی که حتی از مرحله صرف میل داشتن به همجنس و در لسان فقها تَخَنُّث و تَذَكُّر عبور می‌کند و در قالب تقبیل و ملامسه نمود می‌یابد، حکایت از خروج ماهیت همجنس‌گرایی در قالب حدود است، ماهیتی که به نظر می‌رسد حتی اگر عناوین تَخَنُّث و تَذَكُّر را نیز بیان کرده بود، تمایلی به مستوجب حد داشتن چنین رفتارهایی نداشته است، رویکردی که به نظر می‌رسد با دیدگاه فقها از حیث حد تلقی نکردن تَخَنُّث و تَذَكُّر نزدیک باشد، لذا به نظر می‌رسد با توجه به‌عنوان تعزیری که قانون‌گذار در این ماده به‌کار برده است باید در بین مصادیق تعزیرات منصوص شرعی در جست‌وجوی بود.^۱

۱. از طرفی مسیر قانونی دست‌یابی به کیفر حدودی که در قانون ذکر نشده است، با توجه به ادبیات فعلی قانون‌گذار ناهموار است زیرا در ماده ۲۲۰ (ق.م.ا) آمده: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است، طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود.» اما پذیرفته شده است که استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی در امور کیفری مجاز نیست؛ «با جمع اصول مذکور و با توجه به بند ۴ اصل ۱۵۶ و نیز روح حاکم بر قانون اساسی شکی باقی نمی‌ماند که اجازه مندرج در اصل ۱۶۷ به قضات محاکم مبنی بر مراجعه به منابع معتبر اسلامی و فتاوی مشهور در صورت فقدان نص، سکوت یا نقص قانون، منصرف به امور حقوقی است. زیرا اصل ۱۶۷ عام است و عمل به عام قبل از تفحص برای مشخص جایی نیست. لذا اصول ۳۶ و ۱۶۹ و بند ۴ اصل ۱۵۶ که حالت خاص دارند اصل ۱۶۷ را از عمومیت خارج و آن را به امور حقوقی اختصاص می‌دهند.» (محقق داماد، ۱۳۷۹: ۳۸). همچنین بیان شده: «اصل ۱۶۷، ناظر به امور مدنی است نه کیفری، زیرا امکان استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر با اصل قانونی بودن مجازات‌ها، که در اصل ۳۶ اعلام شده، تعارض دارد.» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۲۱). در مورد ماده ۲۲۰ (ق.م.ا) برخی بیان داشته‌اند: «اولاً ماده یاد شده مخلود به حدودی است که در قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) ذکر شده است. بنابراین در جرائم حدی در قانون مذکور، یعنی زنا، لواط، تفخیز، مساحقه، قوادی، قذف، سب نبی، مصرف مسکر، سرقت، محاربه، بغی و افساد فی الارض موضوع مواد ۳۵۴ تا ۳۹۷، مطلقاً استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی جایز نیست. همچنین در جرائم مستوجب قصاص، دیات و تعزیرات هم مطلقاً نمی‌توان به اصل ۱۶۷ قانون اساسی استناد نمود. ضمن اینکه برخلاف نص صریح ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) در تعریف تعزیر است که صراحتاً اعلام می‌دارد: «تعزیر مجازاتی است که ... به‌موجب قانون تعیین می‌شود»... ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) به‌موجب ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲/۱۲/۴) نسخ شده است، ماده مزبور مقرر می‌دارد: «... رأی دادگاه باید مستدل، موجه و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است ...» صراحتاً ماده یاد شده، دادگاه را مکلف کرده که باید بر اساس قانون رأی صادر نماید. بنابراین، با توجه به مؤخر بودن زمان تصویب قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲/۱۲/۴) نسبت به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲/۲/۱، و تعارض آشکار دو ماده یاد شده، ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) را باید منسوخ دانست.» (شری، ۱۳۹۹: ۱۳۷). برخی از حقوق‌دانان در راستای اجازه دادرسی در استناد به احکام شرعی در باب مجازات مسک چنین بیان داشته‌اند: «... قانون‌گذار در ابتدای ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی (اصلاحی ۱۳۹۹) تصریح کرده است که «در صورتی که در شرع مجازات دیگری برای معاون تعیین نشده باشد، مجازات وی به شرح زیر است». بنابراین، اگرچه قید «مجازات» در ماده اخیر ناظر بر نوع و میزان کیفر است و نه اصل جرم‌انگاری عمل، ولی تجویز مجازات‌های شرعی طبق مقرره مذکور از یک سو و اصل جرم‌انگاری عمل طبق ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از سوی دیگر حکایت از اجازه دادرسی در محکوم کردن مسک به استناد احکام شرعی دارد، اگرچه همسو با اصل قانونی بودن جرم و مجازات، انتظار شفاف بودن جرائم و مجازات می‌رود.» (اعتمادی و زالی پورمداد، ۱۴۰۰، ۲۳۱).

۳-۲. تقارن از باب تعزیر منصوص شرعی

در حقوق کیفری اسلام، «مجازات منصوص»، شامل حد و قصاص و تعزیرات منصوص است. از این نظر، قید منصوص نباید گمراه کننده باشد و ذهن را صرفاً به سمت تعزیرات ببرد، به کار بردن تعزیرات منصوص رهنمودی است برای درک آنچه مقنن مشمول عنوان حد و قصاص و تعزیرات غیر منصوص نمی‌داند. به نظر برخی حقوق دانان، منظور از «تعزیرات منصوص شرعی» آن دسته از جرائم است که نصوص شرعی بر قابل تعزیر بودن و تعیین مجازات مرتکبان آن‌ها وجود دارد، بدون اینکه این جرائم در زمره حدود شمرده شده باشند؛ مانند قرار گرفتن زن و مرد نامحرم در یک بستر (خالقی، ۱۳۹۵: ۴۰). عمده‌تأ تعاریفی که از تعزیرات منصوص شرعی بیان شده است، در «ریشه شرعی داشتن مجازات» با هم اتفاق نظر دارند، اما در اینکه میزان مجازات معین باشد و یا به اطلاق، اختلاف نظر وجود دارد. به نظر برخی متعرض نوع (معین) کیفر نشده‌اند که تعریف تعزیرات منصوص شرعی را ناقص می‌کند. از نظر نگارنده اصطلاح تعزیر به صورت کلی یعنی تنوع در نوع کیفر (شلاق، تبعید، حبس و...) و تعزیر منصوص/معین برای عمل خاصی، نوع خاصی از کیفر که میزان آن ثابت نیست (ثابت و لایتغیر بودن خصیصه کیفر حدی است) و دارای حداقل و حداکثر پیش‌بینی شده است و از این نظر که آن کیفر بر مبنای روایات (نه کیفر حکومتی) تجویز شده است، واجد جنبه شرعی می‌شود و به آن تعزیر معین/منصوص شرعی گفته می‌شود.

اما در خصوص ماهیت تعزیر منصوص شرعی داشتن یا نداشتن همجنس‌گرایی، تَحَنُّث و تَدَكُّر باید بیان داشت برخی از نویسندگان، در مقام بیان مصادیق تعزیرات منصوص شرعی، بر مبنای روایات متعددی که در مورد آن‌ها وجود دارد، تقسیم‌بندی‌های دوگانه‌انگاری و سه‌گانه‌انگاری و پانزده‌گانه‌انگاری^۱ از تعزیرات منصوص شرعی را ترسیم نموده‌اند و بیان داشته‌اند: محقق حلی، به همسری در آوردن کنیز با وجود همسر مسلمان و قرار گرفتن دو عریان زیر یک پوشش و مرحوم امام، نزدیکی با همسر در روز ماه مبارک رمضان و در حال روزه و قرار گرفتن دو عریان زیر یک پوشش را از مصادیق آن می‌دانند. برخی از فقها سه مورد را به عنوان تعزیرات منصوص شرعی

۱. در مورد مصادیق پانزده‌گانه تعزیرات منصوص شرعی که تنها آیت الله مکارم به آن معتقد است آمده است؛ برده‌ای که به انسان آزاد افترا و بهتان بزند، هر کس به مسلمان دیگری بگوید، فاجر، کافر، خبیث، فاسق و منافق، وطنی بهانم، نزدیکی با همسر در حالت عادت ماهیانه، آمیزش جنسی در حال روزه، شخصی که دیگری را فرزند دیوانه بخواند، دو مرد که بدون وجود قرابت فامیلی و بدون آنکه ضرورتی وجود داشته باشد در یک بستر قرار بگیرند، ازدواج بدون اجازه همسر با اهل کتاب، تمتعات جنسی بدون آمیزش، قرار گرفتن زن و مرد نامحرم در خانه‌ای که خالی باشد، شرب خمر در ماه رمضان، شخصی که دیگری را ای یهودی، یا مُخَنَّث خطاب کند، بدون عذر شرعی روزه را خوردن و قذف مسلمان توسط اهل کتاب از این مصادیق است (به نقل از؛ برهانی و نادری فرد، ۱۳۹۴: ۱۱۲-۸۹).

برشمرده‌اند، اما در مورد مصادیق آن اتفاق نظر وجود ندارد. از جمله فخرالمحققین، شهید اول، شهید ثانی و محقق حلی موارد نزدیکی با همسر در روز ماه مبارک رمضان و در حال روزه، به همسری درآوردن کنیز با وجود همسر مسلمان و قرار گرفتن دو عریان زیر یک پوشش را از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی می‌دانند. مرحوم خویی، مواردی از جمله ازاله بکارت با انگشت، به همسری درآوردن اهل ذمه با وجود همسر مسلمان و قرار گرفتن دو عریان زیر یک پوشش را از مصادیق آن می‌دانند.

برخی قائل به چهارگانه انگاری تعزیرات منصوص شرعی هستند؛ از جمله شیخ طوسی که موارد ازاله بکارت با انگشت، نزدیکی با همسر در روز ماه مبارک رمضان، قرار گرفتن دو عریان زیر یک پوشش و به همسری درآوردن کنیز با وجود همسر مسلمان را از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی می‌دانند. شهید ثانی نیز مصادیق قرار گرفتن مرد و زن زیر یک پوشش، نزدیکی با همسر در روز ماه مبارک رمضان، قرار گرفتن دو عریان زیر یک پوشش و به همسری درآوردن کنیز با وجود همسر مسلمان را از این مصادیق می‌داند. صاحب جواهر، به همسری گرفتن کنیز با وجود همسر مسلمان، نزدیکی با همسر در روز ماه مبارک رمضان، قرار گرفتن دو عریان زیر یک پوشش و قرار گرفتن زن و مرد زیر یک پوشش را از مصادیق آن می‌دانند. آیت الله صافی موارد تعزیرات منصوص شرعی را از جمله نصرانی که مسلمان را قذف کند، نزدیکی با همسر در روز ماه مبارک رمضان، قرار گرفتن دو عریان زیر یک پوشش و قرار گرفتن زن و مرد زیر یک پوشش، می‌داند (برهانی؛ نادری فرد، ۱۳۹۴: ۱۱۲-۸۹). با این وصف در میان فقها نسبت به مصادیق تعزیرات منصوص شرعی نیز اتفاق نظر وجود ندارد؛ حتی برخی از مصادیقی که فقها به عنوان تعزیر منصوص شرعی بیان نموده‌اند یا در قوانین کیفری فاقد وصف مجرمانه هستند و یا برخی دارای کیفر حدی است. به عنوان نمونه نصرانی که مسلمان را قذف کند، در هر حال طبق قوانین کیفری مستوجب ۸۰ ضربه شلاق حدی است و ماهیت این مجازات تعزیر منصوص شرعی نیست یا نزدیکی با همسر در روز ماه مبارک رمضان و در حال روزه در قوانین کیفری فاقد وصف کیفری است.

با توجه به تعارف و مصادیقی که از تعزیرات منصوص شرعی بیان شد، در مورد ماهیت کیفر همجنس‌گرایی به غیر از موارد لواط و تَفْخِیذ که از سوی قانون‌گذار به صراحت به عنوان عمل مستوجب حد شناخته شده‌اند، سایر عناوین تَخْنُث، تَذَكُّر، تقبیل، ملامسه، مضاجعه، معانقه، می‌توان بیان نمود که این مصادیق به لحاظ نوع عمل در متون فقهی تعیین شده‌اند و به لحاظ نوع کیفر، آنچه در روایات برای نوع کیفر آن مقرر شده با آنچه در متون قانونی با تطبیق مصادیق آن می‌توان یافت مطابقت دارد؛ اما با توجه به عدم صراحت قانونی در مورد عناوین تَخْنُث و

تَذَكُّرْ هنوز رویکرد عملی در خصوص تعزیر منصوص شرعی تلقی نمودن آن‌ها با ابهام مواجه است. این ابهام در حالی وجود دارد که اولاً، مقنن عنوان همجنس‌گرایی را در کتاب حدود به کار برده است؛ ثانیاً، در ضمن تعیین مجازات برای این رفتار آن را مستوجب تعزیر و آن هم در درجه شش قرار داده است. تعیین درجه‌بندی برای یک رفتار می‌تواند این پیام را برساند که حتی اگر در متون فقهی رفتاری مستوجب تعزیر شناخته شده باشد و به عبارتی حرام تلقی شود، اما می‌تواند ذیل یک رفتار تعزیری خارج از ماهیت منصوص شرعی داشتن، قرار گیرد.

این دیدگاه را از این حیث که مقنن برای مصادیق تعزیر منصوص شرعی قائل به درجه‌بندی کیفر نشده است، تقویت می‌کند. شاید از این رویکرد مقنن، بتوان قدم بعدی مقنن را پیش‌بینی و بیان نمود که حتی در فرض اقدام به معرفی و بیان عناوین تَحْتُّ و تَذَكُّرْ در قانون اما تمایلی به منصوص شرعی تلقی کردن آن‌ها نداشته باشد و حتی از باب کیفرگزینی برای آن‌ها صرف‌نظر از دیدگاه فقها در خصوص تبعید و یا تعزیر اعم از شلاق اما برای آن‌ها به جزای نقدی بسنده نماید، دیدگاه اخیرالذکر را این موضوع که هیچ‌گاه شروع به جرم از جرم تام مجازات سنگین‌تری ندارد، نیز تقویت می‌کند. از این حیث صرف گرایش و تمایل داشتن به همجنس هیچ‌گاه کیفر سنگین‌تری از مرحله تقبیل و ملاسمه با همجنس ندارد. همچنان که مرحله ملاسمه و تقبیل و... مجازات خفیف‌تری نسبت به ارتکاب لواط و تفخیز و مساحقه دارد.^۱

۱. در راستای تعیین نوع کیفر تعزیرات منصوص شرعی باید مقرر داشت؛ اگرچه رویکردی که قانون‌گذار در تبصره (۲) ماده (۱۱۵) (ق.م.ا) به سمت آن رفته، نشان از ماهیت شلاق داشتن نوع کیفرهای مقرر برای تعزیرات منصوص شرعی است. اما عبارت «... حبس‌هایی که مشمول عنوان تعزیر نیست...» در تبصره (۲) ماده ۲۷۸ (ق.م.ا) و مصادیق آن، می‌تواند این ابهام را ایجاد کند که دامنه مجازات‌های مشمول تعزیرات منصوص شرعی به حبس‌های غیرتعزیری مقرر در تبصره موصوف نیز تسری دارد. اما از حیث اینکه ماهیت کیفر تَحْتُّ و تَذَكُّرْ، تعزیر منصوص شرعی نباشد از آن طرف نیز از محدودیت‌هایی که برای مصادیق تعزیر منصوص شرعی در نظر گرفته شده است، مبرا خواهد بود. از این‌روی ماده (۲۷) قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که بیانگر احتساب مدت بازداشت از کیفر شلاق و جزای نقدی است و معافیت از کیفر به شرح مقرر در ماده (۳۹) (ق.م.ا) که تنها شامل جرائم تعزیری درجه‌های (۷) و (۸) می‌شود و با توجه به اطلاق آن علاوه بر حبس و جزای نقدی و سایر کیفرهای تعزیری درجه‌های مذکور، شامل شلاق تعزیری درجه‌های (۷) و (۸) نیز می‌شود. همین‌طور مواد (۴۰) در باب تعویق صدور حکم و (۴۶) در باب تعلیق اجرای کیفر با توجه به اطلاق آن‌ها شامل تعزیر منصوص شرعی نیز خواهد بود. یا اطلاق مجازات‌ها در مواد (۹۳) و (۹۴) (ق.م.ا) که شامل کیفر شلاق تعزیر منصوص شرعی نیز بوده است. اما سایر ارفاقات قانونی، از جمله نظام نیمه آزادی، نظام آزادی مشروط، نظارت الکترونیکی، مجازات‌های جایگزین حبس که صرفاً بر مبنای کیفر حبس در قانون مطرح شده‌اند مورد توجه قانون‌گذار برای تجویز ممنوعیت (برای تعزیرات منصوص شرعی) قرار نگرفته‌اند. برخی از فقها در پاسخ به این سؤال که؛ چنانچه تعزیر از نظر شرعی مصادیقی غیر از تازیانه (نظیر حبس، جزای نقدی، محرومیت از حقوق اجتماعی و...) نیز داشته باشد، بفرماید: الف: در مواردی که در شرع مقدس یا قانون، تعزیر با شلاق، منصوص باشد، آیا می‌توان شلاق را به نوع دیگری از تعزیر تبدیل نمود؟ ب: در مورد تعزیرات غیر منصوص، آیا پس از صدور حکم شلاق، می‌توان آن را به تعزیری غیر از شلاق تبدیل کرد؟ بیان نموده‌اند؛ اگر حاکم شرع مصلحت بداند مانعی ندارد (نوری همدانی، حسین، ۱۳۸۸ش)، هزار و یک مسئله (مجموعه استفتاءات)، قم - ایران، مهدی موعود، جلد ۲: ۲۳۶.

۳-۳. تقارن از باب تعزیر حکومتی و شرعی

تعزیر در لغت به معنای «نکوهش کردن، ملامت کردن، تأدیب مادون حد در امری که حد شرعی ندارد» (معین، ۱۳۸۱: ۴۶۴) و از نظر شرع «تعزیر در مورد هر جرمی است که حدی برای آن تعیین نشده... اجرای تعزیر با تنبیه بدنی، حبس، توبیخ بدون قطع و جرح بدنی و گرفتن جریمه مالی تحقق می‌یابد» (منتظری، ۱۳۶۷: ۴۹۱). در قانون مجازات اسلامی مقنن تعزیر را از دو دریچه ارتکاب محرمات شرعی و نقض محرمات حکومتی تعریف نموده است.^۱ به عبارت دیگر رفتاری که مستوجب تعزیر شناخته می‌شود، هم می‌تواند از سوی حکومت و در راستای نقض مقررات حکومتی بر فرد اعمال شود و هم می‌تواند از سوی حکومت به دلیل ارتکاب محرمات شرعی اعمال گردد، از این روی بسته به نوع رفتار ارتكابی و ماهیت رفتار تعزیری که بر روی فرد اعمال می‌گردد می‌تواند تعزیر حکومتی و یا تعزیر شرعی تلقی گردد. به عنوان مثال کیفری که برای جرائمی از قبیل دسترسی غیرمجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای در نظر گرفته شده است ماهیت تعزیر حکومتی دارد؛^۲ اما برای فردی که مرتکب سرقتی می‌گردد که مشمول عنوان حد نباشد، تعزیر پیش‌بینی شده تعزیر شرعی است، هر چند از طریق

۱. در ماده ۱۸ قانون موصوف آمده است: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجرا و مقررات مربوطه به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود...» در مورخ ۱۳۶۴/۱۱/۱۶ از سوی رئیس دیوان عالی کشور سید عبدالکریم موسوی اردبیلی به شرح زیر سؤالاتی در خصوص تعزیرات از محضر انور حضرت آیت الله العظمی امام خمینی - ادام الله ظله مطرح شده است متن سؤال‌ها و پاسخ‌های مطرح شده بدین شرح است: پس از عرض سلام مستدعی است مسائل زیر را جواب فرمایید. در هیئت بررسی تعزیرات مورد نیاز است: ۱. حبس، نفی بلد، تعطیل محل کسب، منع از ادامه خدمت در ادارات دولتی، جریمه مالی و به‌طور کلی هر تنبیه‌ای که به نظر برسد موجب تنبیه و خودداری از ارتکاب جرائم می‌گردد جایز است، به عنوان تعزیر تعیین شود، یا در تعزیرات به مجازات‌های منصوص باید اکتفا کرد؛ ۲. برای اداره امور کشور، قوانینی در مجلس تصویب می‌شود، مانند قانون قاچاق، گمرکات و تخلفات رانندگی، قوانین شهرداری، و به‌طور کلی احکام سلطانی و برای این که مردم به این قوانین عمل کنند برای متخلفین مجازات‌هایی در قانون تعیین می‌کنند. آیا این مجازات‌ها از باب تعزیر شرعی است و احکام شرعی تعزیرات از نظر کم و کیف بر این‌ها بار است یا قسم دیگر است و از تعزیرات جدا هستند، و اگر موجب خلاف شرع نباشد باید به آن‌ها عمل کرد؟ ۳. در موارد تعزیرات، حسب نظر حضرت‌عالی «قضات مأفون» نمی‌توانند تعیین تعزیر کنند. آیا مانند قضات واجد شرایط که در موارد تعزیرات حق عفو دارند، آن‌ها نیز حق عفو دارند یا مانند اصل قضا، استفاده از حق عفو، احتیاج به اجازه دارد؟ [پاسخ سؤال ۱:] در تعزیرات شرعی احتیاط آن است که به مجازات‌های منصوصه اکتفا شود، مگر آن‌که جنبه عمومی داشته باشد. مثل احتکار و گران‌فروشی که با مقررات حکومتی داخل در مسئله دوم است. [پاسخ سؤال ۲:] در احکام سلطانی که خارج است از تعزیرات شرعی، در حکم اولی است، متخلفین را به مجازات‌های بازدارنده به امر حاکم یا وکیل او می‌توانند مجازات کنند. [پاسخ سؤال ۳:] حق عفو ندارند، مگر به اذن فقیه جامع‌الشرایط (خمینی، ۱۳۹۲: ۷۳).

۲. مقرراتی که حکومت اسلامی جهت حفظ نظم جامعه و جریان صحیح امور حکومت وضع می‌کند و برای متخلفین آن، مجازات‌هایی را پیش‌بینی می‌نماید - که اصطلاحاً بدان تعزیرات حکومتی گفته می‌شود. این قبیل احکام جزو حقوق الله محسوب نشده، در باب آن‌ها می‌توان حکم غیابی صادر کرد؛ چراکه در خصوص حقوق الله صدور حکم غیابی ممکن نیست؛ بلکه این‌ها حق حکومت اسلامی و ولی امر مسلمین جهت اداره حکومت مسلمانان است (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۸۰).

حکومت اعمال می‌گردد. از این رو، بسته به ماهیت و سابقه قبح عمل در متون فقهی عنوان تعزیر شرعی بر روی بسیاری از جرائمی که در قوانین کیفری نمود یافته‌اند، اعمال می‌گردد.

در خصوص تَحْنُث و تَذَكُّر و همجنس‌گرایی هم باید به سابقه شرعی موضوع نگرست و هم سابقه قانونی، در خصوص همجنس‌گرایی، مقنن ضمن معرفی این عنوان در سال ۱۳۹۲ و تعیین کیفر برای این رفتار، آن را در ذیل جرائم حدی به کار برده است و از سوی دیگر، در ادامه جرم‌انگاری، کیفر تعیین شده برای آن در قالب کیفر تعزیری قرار داده شده است. باین حال، در خصوص حکومتی بودن و یا شرعی بودن نوع تعزیر، مقنن قیدی بیان نکرد؛ همچنان که در سایر مواد قانونی در خصوص وجه تمایز تعزیر حکومتی و یا شرعی نیز مقنن قیدی بیان ننموده است. به عنوان مثال به لحاظ درجه‌بندی، شمول ارفاقات قانونی، قواعد تعدد و... تفاوتی در نوع تعزیر حکومتی و یا شرعی وجود ندارد، اما به نظر می‌رسد معرفی و تعیین مصادیق نوع تعزیر شرعی و یا حکومتی بتواند در تعیین تعزیر منصوص شرعی تلقی کردن برخی از مصادیق تعیین کننده باشد. از این روی شایسته بود مقنن علی‌رغم به کار بردن چنین قیدی در راستای تفکیک مصادیق آن نیز مقرره گذاری می‌نمود. همچنان که علی‌رغم سابقه فقهی تحریم همجنس‌گرایی و مقرره گذاری در ماده ۲۳۷ (ق.م.ا) در کتاب حدود اما نوع کیفر پیش‌بینی شده با عنوان تعزیری درجه شش معرفی شده است که مقنن در خصوص منصوص شرعی و یا حکومتی بودن آن سکوت در پیش گرفته است و حتی اختلاف‌نظرهایی نیز در خصوص منصوص شرعی بودن آن نیز وجود دارد. باین وجود به نظر می‌رسد با توجه به مبانی فقهی و شرعی رفتارهای همجنس‌گرایی، تَحْنُث و تَذَكُّر اولاً قید همجنس‌گرایی مطرح شده از سوی مقنن، اگر صرفاً در قالب ماده ۲۳۷ قرار گیرد نوع تعزیر آن شرعی باشد و نه حکومتی و حتی به صورت اخص تر می‌توان در خصوص تعزیر منصوص شرعی بودن آن استدلال نمود و در خصوص قیدهای تَحْنُث و تَذَكُّر با توجه به عدم درج این عناوین از سوی مقنن با رویکرد فقهی و مبانی شرعی قائل به تعزیر شرعی داشتن کیفر آنان بود.

۴. تمایز خنثی با تَحْنُث و تَذَكُّر و تقارن با همجنس‌گرایی

خنثی بدون ارائه تعریف و تنها در دو ماده در قانون مجازات اسلامی نمود یافته است. مقنن تنها در راستای تعیین دیه نفس و دیه اندام تناسلی فرد خنثی مقررگذاری نموده است. در متون فقهی در خصوص خنثی آمده است که اشخاصی که آلت تناسلی مرد و زن، هر دو را دارند. از چنین کسی به خنثی تعبیر شده است و از دیرباز

در کلمات فقها به تبعیت روایات، مطرح است. خنثی بر دو گونه است: مشکل و غیرمشکل. جنسیت خنثای مشکل به دلیل عدم وجود علائم شرعی در وی که بتوان به یکی از دو جنس زن و مرد ملحق کرد، معلوم نیست. به همین دلیل احکام ذکر شده در فقه درباره او مبتنی بر احتیاط است؛ برخلاف خنثای غیرمشکل که جنسیت وی به دلیل وجود علائم شرعی، شناخته شده است و در نتیجه به یکی از دو جنس مرد یا زن ملحق می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲: ۵۵۳). اما تَخَنُّث و تَذَكُّر هم به لحاظ مفهومی و در آثار و کیفر با خنثی تفاوت دارند؛ به گونه‌ای که صرف خنثی بودن هیچ‌گاه مورد سرزنش قرار نگرفته است، اما حالت تَخَنُّث و تَذَكُّر داشتن، علاوه بر حرام بودن مستوجب عقوبت است، باین حال، ممکن است یک فرد خنثی، گرایش و تمایل جنسی با افراد مذکر، مؤنث و یا افراد خنثی داشته باشد.

در مورد خنثی و تشبه در رفتارهای غیرجنسی برخی از فقها معتقدند: «بر خنثی واجب است هریک از دو زینتی را که به مرد و زن اختصاص دارد، ترک کند؛ چنانچه جماعتی از فقها به آن تصریح فرموده‌اند. دلیل آن این است که بر وی حرام است لباس کسی را که در ذکوریت و انوئیت مخالف است، ترک کند و چون ذکوریت و انوئیت وی محرز نیست، لاجرم بر وی مقدمه لازم است از لباس هردو گروه اجتناب و احتراز نماید؛ چه آنکه لباس مردان و زنان نسبت به وی، از قبیل دو مشتبهی بوده که به حرمت یکی از آن دو نسبت به خودش قطع و یقین دارد؛ ازاین‌رو، برای حصول اطمینان به اجتناب از حرام واقعی، لازم است از هردو پرهیز کند. مرحوم مصنف سپس در مقام اشکال به این حکم می‌فرماید: اگر مدرک حکم را حرمت تشبه بدانیم علی‌الظاهر حکم به تحریم منحصر به صورتی است که متشبه علم به تحقق تشبه داشته باشد و چون خنثی در هنگام پوشیدن هریک از لباس رجال و نساء تشبه به مردان و زنان محرز و معلوم نیست لاجرم نمی‌توان پوشیدن این لباس را در حق وی حرام دانست.» (ذهنی تهرانی، ۱۳۶۹: ۳۷۲).

در فرضی که خنثی حالت تَخَنُّث و تَذَكُّر داشته باشد و یا مرتکب برخی از رفتارهای خلاف عفت و اخلاق به نحو همجنس‌گرایی از نوع تقبیل، ملامسه یا لواط، تفخیز و مساحقه شود، از این نظر که برخی از افراد «خنثی»، «خنثای ملحق به مرد» و برخی «خنثای ملحق به زن» و برخی دیگر «خنثای مشکل» هستند؛ در متون فقهی و در قانون ابهام و خلأ وجود دارد. علی‌رغم اینکه حکم صریحی در متون فقهی در خصوص ارتکاب یکی از رفتارهای خلاف عفت و اخلاق از جمله لواط، مساحقه و زنا توسط خنثی مطرح نشده است، اما برخی از فقها با طرح عنوان کلی چنین رفتارهایی را توسط خنثی مستوجب برخی از محرمات دانسته و بیان نموده‌اند. در خصوص

خنثایی که با پدر یا مادر شخص رابطه برادر و خواهری دارد (یعنی با آن‌ها از پدر یا مادر مشترک است). اگر کسی چنین خنثائی را که با مادر او رابطه برادری یا خواهری دارد و طی نماید، نمی‌تواند دختر او را بگیرد، زیرا یا خنثی مرد است پس عمل این شخص لواط به حساب می‌آید و بنت الملوط بر لاطی حرام است و یا خنثی زن است و خاله زانی به حساب می‌آید و زنای به خاله موجب می‌شود که بنت او بر زانی حرام شود. همچنین در مورد خنثائی که با پدر زانی رابطه داشته باشد، یعنی عمو یا عمه زانی به حساب بیاید علی‌الاحوط (شیری زنجانی، بی‌تا: ۲۲۶۹). رویکرد مورد پذیرش مقنن در ماده ۲۳۷ (ق.م.ا)، حکایت از جنسیت واحد داشتن مرتکبین است، از این نظر ارتباط فیزیکی بین زن با زن و مرد با مرد در حوزه این جرم قرار می‌گیرد، از طرفی ارتباط بین زن با مرد حسب نوع رابطه در قالب عناوین کیفری دیگری قرار می‌گیرد.

اینجا ابهام در فرضی است که مرد یا زنی با یک فرد خنثی مرتکب اعمال شنیعی از قبیل تقبیل، مضاجعه، ملامسه، معانقه و... شوند. به نظر می‌رسد در این راستا باید قائل به تفکیک شد بین خنثی مشکل و خنثی ملحق به مرد و خنثی ملحق به زن.^۱ با این توضیح که با تأثیرپذیری از رویکرد مقنن در باب دیات و ملحق دانستن دیه خنثای ملحق به مرد به دیه مرد و ملحق دانستن دیه خنثای ملحق به زن به دیه زن بر این استدلال تکیه نمود و خنثای ملحق به مرد را در صورت همجنس‌گرایی با مرد به همان کیفر مقرر در ماده ۲۳۷ محکوم نمود و همین‌طور خنثای ملحق به زن را در صورت همجنس‌گرایی با زن مطابق مقررات، به مجازات همجنس‌گرایی محکوم نمود. از این نظر اگر خنثای ملحق به زن با مردی مرتکب رابطه‌ای در حد تقبیل، مضاجعه و... شود، بر اساس مقررات کیفری به روابط نامشروع کمتر از زنا محکوم شود و همین حکم را در مورد رابطه بین خنثای ملحق به مرد با زن، نیز مقرر دانست.

ابهام دیگری که وجود دارد رابطه بین مرد و یا زن با خنثای مشکل است که از یک طرف مقنن در ماده ۲۳۷ چنین تصریحی در مورد آن ندارد و از طرفی با رجوع به کتاب دیات، رویکرد مقنن نسبت به این افراد رویکردی بینابین است به گونه‌ای که دیه این افراد نصف دیه مرد و نصف دیه زن تعیین شده است و حتی قطع بیضه‌ها یا اندام

۱. ماده ۵۵۱- دیه خنثای ملحق به مرد، دیه مرد و دیه خنثای ملحق به زن، دیه زن و دیه خنثای مشکل، نصف دیه مرد به علاوه نصف دیه زن است.

تبصره- در کلیه جنایاتی که مجنی علیه مرد نیست، معادل تفاوت دیه تا سقف دیه مرد از صندوق تأمین خسارت‌های بدنی پرداخت می‌شود.

ماده ۶۶۷- قطع بیضه‌ها یا اندام تناسلی مردانه خنثای ملحق به مرد، موجب دیه کامل است. قطع بیضه‌ها یا اندام تناسلی مردانه خنثای مشکل یا ملحق به زن، موجب ارش است.

تناسلی مردانه خنثای مشکل یا ملحق به زن، موجب آرش است. از این نظر با وجود قانون‌گذاری فعلی ارتباط در قالب تقبیل و مضاجعه و... بین خنثای مشکل با مرد و یا زن را نمی‌توان در قالب ماده ۲۳۷ جای داد و با ابهام قانونی مواجه هستیم. حتی در فرضی که با تدبیر در متون فقهی بتوان برای چنین رفتارهایی کیفر پیدا نمود، اما در صورت پذیرش تعزیر منصوص شرعی بودن چنین مجازات‌هایی عملاً مجوز استناد به منابع معتبر اسلامی و متون فقهی را نداریم تا چنین رفتارهایی را با پاسخ کیفری مواجه سازیم. از طرفی رجوع به ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ت نیز راهگشا نخواهد بود؛ زیرا ماده مورد اشاره در رویکرد نسبت به تعیین کیفر اقدام نموده است. در یک نگاه تظاهر به عمل حرام را بر مبنای نفس کیفر عمل جرم‌انگاری نموده است و در رویکرد دیگری عملی که عفت عمومی را جریحه‌دار نماید، حتی در فرض فقدان کیفر برای آن رفتار، مورد نکوهش قرار گرفته است رویکردی که در تقابل صریح با اصل قانونی بودن جرم و کیفر قرار دارد و حتماً توانایی مقابله را نخواهد داشت.

اما در فرضی که طرفین، طفل باشند به نظر می‌رسد آنچه مقنن با عنوان همجنس‌گرایی در ماده ۲۳۷ مطرح نموده است، برای تعیین کیفر آنان قابل طرح نخواهد بود، این مسئله با موضوع دیگری که در راستای تعزیر منصوص شرعی بودن کیفر همجنس‌گرایی در سطور قبلی مطرح شد، پیچیدگی بیشتری را ایجاد می‌کند؛ به گونه‌ای که ابهام در مصادیق تعزیرات منصوص شرعی و فقدان تعریف از این اصطلاح، موانعی است که دادرس در تعیین کیفر همجنس‌گرایی اطفال و نوجوانان با آن مواجه است؛ زیرا از یک طرف، حتی اگر نابالغ مرتکب یک جرم مستوجب حد شود، در صورتی که از دوازده تا پانزده سال قمری داشته باشند، نهایت اقدام این است به یکی از اقدامات مقرر در بندهای (ت) یا (ث) به شرح مقرر در ماده ۸۸ (ق.م.ا) محکوم خواهد شد و جرائم مورد بحث در دامنه حدود قرار نمی‌گیرند. اگر نابالغ بین سن نه تا دوازده سال داشته باشد یکی از اقداماتی که در بندهای (الف) تا (پ) ماده مورد اشاره قرار گرفته در مورد آنان اتخاذ خواهد شد. از طرف دیگر، تعزیری که مورد نظر مقنن بوده است، تعزیر حکومتی به شرح مقرر در مواد قانون تعزیرات و سایر قوانین است و نمی‌توان آن را به سایر کیفرهای مشمول تعزیرات منصوص شرعی تسری داد. همین ابهام در مورد مرتکبین همجنس‌گرایی بین سن پانزده تا هجده سال نیز وجود دارد؛ به گونه‌ای که رویکرد ماده ۹۱ (ق.م.ا) که در مورد جرائم مستوجب حد با مرتکبین کمتر از هجده سال را نمی‌توان به مرتکبین همجنس‌گرایی که در دایره حدود قرار نمی‌گیرد، قرار داد. اما تنها سرنگ این است که در صورت صدق مفاد این مواد که در فصل دهم از (ق.م.ا) ۱۳۹۲، مطرح شده در مورد افراد مرتکب همجنس‌گرایی به نظر می‌رسد رویکردی شبیه همین مواد در مورد مرتکبین بتوان در نظر گرفت. با این توضیح از

آنجایی که مقنن این خویشن‌داری را به خرج داده است و یک جرم حدی را به یک کیفر مستوجب تعزیر با تخفیف‌های قابل توجه تبدیل نموده است همین رویکرد را در مورد تعزیرات منصوص شرعی نیز برای افراد کمتر از هجده سال در نظر گرفت و آنان را به مجازات صرف مقرر در ماده ۲۳۷ (ق.م.ا) محکوم نکرد.

نتیجه‌گیری

رویکرد قانون‌گذار کیفری ایران در راستای طرح موضوع «همجنس‌گرایی» بر مبنای حمایت از ارزش‌های دینی و اخلاقی جامعه بوده است؛ ارزش‌هایی که هم‌تراز با مبانی اخلاق‌گرایی قانونی بازتاب گسترده‌ای در قوانین کیفری داشته است. با این حال، نگاه خشک قانونی و ثابت به این موضوع و پدیده بدون درک مشخصه‌هایی از قبیل محرومیت هیجانی، انزوای اجتماعی، بی‌اعتمادی، بازدارندگی هیجانی و... اهداف سیاست کیفری را در قبال کیفرگزینی و بازدارندگی و عدم تکرار چنین پدیده‌ای برآورده نمی‌سازد. از این رو، شایسته است قانون‌گذار کیفری از ضمانت اجرای که مانع بازگشت به عمل موصوف شود، استقبال نموده و اقدامات درمانی و یا حداقل بازدارنده را به جای کیفرگزینی در مقابل آنان اتخاذ نماید. عنوان همجنس‌گرایی با توجه به جوان بودن آن در قانون مجازات اسلامی نتوانسته با برخی از عناوین مشابه بدون تعارض تراز برقرار نماید، عناوین تَحْنُث و تَذْکُر و خنثی کلیدواژه‌هایی هستند که با نگاه به رویکرد فقهی در مواردی هم‌عرض و در مواردی در طول هم می‌توانند قرار گیرند. از این رو، تراز بین واژگان موصوف با همجنس‌گرایی و تبیین هر کدام برای قانون‌گذاری شفاف ضروری است، از این نظر یکی از تفاوت‌های اصلی بین دیدگاه مقنن با فقها، در قابل کیفر تلقی کردن مجرد گرایش‌های عاطفی به همجنس از سوی فقها است. از این رو شایسته است مقنن با تبیین و اصلاح عنوان همجنس‌گرایی و توجه به عناوین تَأْنُث و تَحْنُث نسبت به بیان دقیق موضع کیفرگزینی در باب صرف گرایش داشتن به همجنس با عناوین تقبیل و ملامسه و مضاجعه اقدام نماید.

رفتارها و مصادیق مشمول همجنس‌گرایی با توجه به تنوع آن، برخی عنوان مجرمانه مستقلی را یدک می‌کشند و برخی با تکیه بر عنوان همجنس‌گرایی شناخته می‌شوند با این توضیح که رفتارهای تقبیل و یا ملامسه به صورت مجزا هویت کیفری ندارند؛ بلکه زمانی که با عنوان همجنس‌گرایی از نوع تقبیل و یا ملامسه به کار روند، عنوان کیفری می‌یابند یا همین الفاظ زمانی که ذیل برخی از مواد قانون به عنوان روابط نامشروع کمتر از زنا نمود یابند، قابل کیفر تلقی می‌شوند. از این نظر این عناوین به صورت اخص هویت کیفری خود را از عناوین کلی از جمله

همجنس‌گرایی از نوع تقبیل و یا ملا‌مسه و ام می‌گیرند، با این دیدگاه الفاظ تقبیل و یا ملا‌مسه هرگاه به کار برده شد، باید همراه با همجنس‌گرایی یا روابط نامشروع کمتر از زنا بیان شود.

مخنث برخلاف تَحْنُث و تَذَكُّر، از مرحله گرایش به تشبه پیدا کردن عبور می‌کند و صرف تشبه پیدا کردن در رفتار، گفتار، پوشش، عادات و... را شامل می‌شود. فقها صرف گرایش داشتن در رفتارهای غیرجنسی نسبت به غیرهمجنس را مورد تعرض قرار نداده؛ بلکه در مورد گرایش به همجنس نگاه فقها به رفتارهای جنسی بوده است. اما در سایر رفتارها، از قبیل کلام، پوشش، رفتار و... صرف تشبه و شبیه شدن را مورد سرزنش قرار داده‌اند. از این رو عبور از مرحله تمایل و گرایش به غیرهمجنس در رفتار و پوشش در قالب مخنث قرار گرفته است و اگر مرد صرفاً تمایل داشته باشد همانند زنان مفعول واقع شود یا تشبه به زنان در رفتار جنسی همچنین گرایش زن نسبت به همجنس در قالب تَحْنُث، تَأْنُث و یا تَذَكُّر قرار می‌گیرد. با توجه به ابهام در ماهیت کیفر همجنس‌گرایی، تخنث و تَذَكُّر از حیث تعزیر منصوص یا غیرمنصوص بودن در متون فقهی و قانونی و در راستای حمایت و پایبندی به عدالت کیفری و اصل قانونی بودن جرم و کیفر شایسته است. قانون‌گذار نسبت به تبیین مفاهیم و مصادیق عناوین مورد بحث اقدام نماید و مفهوم و مصادیق تعزیرات منصوص شرعی شفاف سازی شود و ارفاقات و محرومیت‌های مصادیق تعزیرات منصوص شرعی به تفکیک بیان گردد. از طرفی با توجه به اینکه معرفی و تعیین مصادیق نوع تعزیر شرعی و یا حکومتی می‌تواند در منصوص و یا غیرمنصوص تلقی کردن مصادیق رفتارهای خلاف عفت و اخلاق، تعیین کننده باشد، از این رو شایسته است مقنن علی‌رغم اینکه چنین قیدی را بیان کرده، در راستای تفکیک مصادیق آن نیز مقررہ گذاری نماید.

فهرست منابع

- ابن تیمیه، أحمد بن عبد الحليم (۱۴۰۸ق). **الفتاوی الکبری**، جلد ۳ (باب حدود) - جلد ۳۴، چاپ دوم، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ابن تیمیه، أحمد بن عبد الحليم (۱۴۲۵ق). **مجموع الفتاوی**، جلد ۱۵، مدینه - عربستان: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والأرشاد.
- ابن عابدین حنفی، محمد امین بن عمر بن عبدالعزیز عابدین الدمشقی الحنفی (۱۹۹۲ م). **رد المختار علی الدر المختار (حاشیه بر الدر المختار للحصکفی)**، جلد ۵، دمشق - سوریه: دارالفکر.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۷ق). **المهذب البارع فی شرح المختصر النافع**، جلد ۵، قم: جماعه المدرسين فی الحوزه العلمیه بقم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد (۱۴۱۵ق). **المغنی**، جلد ۸-۱، ریاض - عربستان: دارعالم الکتب.
- ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم (۱۳۷۶ق). **لسان العرب**، جلد ۳، بیروت. دار احیاء التراث العربی
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم (بی تا). **الکافی فی الفقه**، اصفهان: مکتبه الامام امیر المومنین علی علیه السلام.
- اعتمادی، امیر و زالی پورمداد، مهران (۱۴۰۰). «مصلحت‌گرایی در عفو یا تبدیل مجازات محکومان به حبس‌های غیرتعزیری»، **فصلنامه پژوهش حقوق کیفری**، دوره نهم، شماره ۳۴، بهار ۱۴۰۰.
- انصاری، مرتضی بن امین (۱۴۱۰ق). **المکاسب**، جلد ۲-۳، چاپ ۷، قم: دارالکتاب.
- انصاری، مرتضی بن امین (۱۴۱۱ق). **مکاسب محرمة و بیع و خیارات**، جلد ۱، قم: منشورات دار الذخائر.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۳ش). **الحقائق الناضره فی احکام العتره الطاهره**، جلد ۱۹، قم: جماعه المدرسين فی الحوزه العلمیه بقم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- بخاری، محمد بن اسماعیل (۱۳۰۰ق). **فتح الباری شرح صحیح البخاری**، جلد ۱۰، بولاق، مصر: المطبعه الکبری الامیریہ.
- برهانی، محسن و نادری فرد، مریم (۱۳۹۴). «تعزیرات منصوب شرعی، مفهوم فقهی و مصادیق قانونی»، **پژوهش حقوق کیفری**، سال سوم، شماره ۱۰.
- پژوهشگاه قوه قضائیه. (۱۴۰۱). **مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور (کیفری)** - زمستان ۱۳۹۳ (چاپ اول). تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- پورافکاری، نصرت‌اله (۱۳۷۳). **فرهنگ جامع روانشناسی و روانپزشکی و زمینه‌های وابسته**؛ تهران: نشر فرهنگ معاصر.
- توحیدی نافع، جلال (۱۳۹۵). **تعیین مجازات در نظام قضایی ایران و مطالعه تطبیقی آن با حقوق انگلستان**، مدرسه عالی شهید مطهری، رساله دکتری رشته فقه و حقوق جزا.
- جزیری، عبد الرحمن بن محمد عوض (۱۴۲۴ق). **الفقه علی المذاهب الاربعه**، جلد ۵، ناشر بیروت لبنان: دارالکتب العلمیه.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی (۱۴۲۶ق). **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام**، جلد ۲، قم: مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، جلد ۲۸-۲۰، قم: مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث.

حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه، جلد ۳۰، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت (ع).

حسینی روحانی، سید محمد صادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (ع)، ج ۱۴، قم: مدرسه الامام الصادق (ع).

حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام، جلد ۳، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم: دفتر انتشارات اسلامی.

خالقی، علی (۱۳۹۵). «نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری»، چاپ هشتم، تهران: مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

خطیب شربینی، محمد بن احمد (۱۴۲۱ق). مغنی المحتاج إلى معرفة معانی الفاظ المنهاج، بیروت - لبنان: دارالکتب العلمیه.

خمینی، روح الله (۱۳۸۳ ش). ترجمه تحریر الوسیله، مترجم محمد قاضی‌زاده و علی اسلامی، جلد ۴، قم - ایران: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. دفتر انتشارات اسلامی.

خمینی، روح الله (۱۳۹۲ ش). استفتائات (امام)، جلد ۱۰، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ع).

خوئی، ابوالقاسم. (۱۹۹۸-۱۴۱۸). موسوعة الإمام الخوئي، جلد ۱-۵۰. قم - ایران: مؤسسه إحياء آثار الامام الخوئي.

ذهنی تهرانی، محمد جواد (۱۳۶۹). تشریح المطالب، محقق: مرتضی بن محمد امین انصاری، جلد ۲، قم: حاذق.

زبیدی مرتضی، محمد بن محمد (۱۴۱۴ ق). تاج العروس فی شرح القاموس، چاپ اول، جلد نهم، بیروت - لبنان: دارالفکر.

سیوطی، عبدالرحمن بن ابی‌بکر؛ ابن رشد، محمد بن احمد؛ زواوی، احمد عبدالفتاح؛ مالک بن انس؛ سحنون، عبدالسلام بن سعید

و عتقی، عبد الرحمن بن قاسم. (۱۹۹۱-۱۴۱۱). المدونة الكبرى، جلد (۱-۴). بیروت - لبنان: دار الفکر.

شافعی محمد بن ادريس (۱۴۲۳ق). الأم، جلد ۶، بیروت - لبنان، دارالکتب العلمیه.

شیرازی زنجانی، موسی (بی‌تا). نکاح، محقق: محمد کاظم بن عبد العظیم یزدی، جلد ۷، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.

شهید الاول، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق). اللمعه دمشقیه، کتاب الحدود، بیروت: الدار الاسلامیه.

شیری، عباس (۱۳۹۹). «حاکمیت اصل قانونی بودن مجازات‌ها در تعزیرات منصوص شرعی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۹۰، دوره ۲۳.

طباطبائی، سید محمد حسین (۱۳۷۸ ش). معنویت تشیع به ضمیمه چند مقاله دیگر، قم: تشیع.

طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۰ق). المؤتلف من المختلف بین أئمة السلف، جلد ۲، مشهد: ناشر آستانه الرضویه المقدسه، مجمع البحوث الاسلامیه.

طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن بن علی (۱۴۱۰ق). النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دارالکتاب العربی.

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی الفقه الأمامیه، جلد ۴، تهران: مکتبه المرتضویه.

عالی‌پور، حسن (۱۳۹۵). حقوق کیفری فناوری اطلاعات، چاپ چهارم. تهران: خرسندی.

عمید، حسن (۱۳۸۹). فرهنگ فارسی عمید، چاپ اول، تهران: راه رشد.

فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۳۹۰ ش). آیین کیفری اسلام جلد (۲)، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).

- قدسی، سید ابراهیم و پورزرین، علی (۱۳۸۲). نقد و بررسی ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی، پژوهشنامه علوم انسانی و اجتماعی، سال سوم، شماره ۱۰-۹.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ ۷۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- گلپایگانی، محمدرضا (۱۴۱۴ق). الدر المنضود فی أحكام الحدود، جلد ۲، قم: ناشر دارالقرآن الکریم.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۹). قواعد فقه - بخش جزایی، چاپ اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۳ش). قواعد فقه (بخش جزایی)، تهران - ایران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمد الخطیب الشریینی (۹۷۷ق). مغنی المحتاج إلى معرفة معانی الفاظ المنهاج، جلد ۴، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- مرغینانی، علی ابن ابی بکر (بی تا). الهدایه شرح بدایه المبتدی، جلد ۲، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- مرغینانی، علی بن ابی بکر (۱۴۱۷ق). الهدایه شرح بدایه المبتدی، جلد ۴، کراچی، پاکستان: اداره القرآن و العلوم الاسلامیه.
- معین، محمد (۱۳۸۱). فرهنگ فارسی معین، چاپ چهارم، تهران: ادنا - کتاب راه نو.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۶۳). «تحلیلی پیرامون مسئله تعزیرات در اسلام»، مجله نور علم، سال هفتم. نشریه جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۱). کتاب النکاح، جلد ۲، قم: دارالکتب الاسلامیه.
- منتظری، حسینعلی (۱۳۶۷ش)، مبانی فقهی حکومت اسلامی، جلد ۳، مترجم محمود صلواتی، قم: دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامية، کیهان.
- موسوی خمینی، روح الله (۱۴۰۴ق). تحریر الوسیله، کتاب الحدود، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۶۳ش). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۴۱-۲۲، چاپ دوم، محقق محمود قوچانی، مؤسسه فقه الشیعة من القرن الثامن، بیروت - لبنان: دار احیاء التراث العربی.
- نوری همدانی، حسین (۱۳۸۸ش). هزار و یک مسئله (مجموعه استفتاءات)، جلد ۲، قم: مهدی موعود علیه السلام.
- نوری، حسین بن محمد تقی (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد ۲۸، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- نوی، یحیی بن شرف (۱۳۴۷ق). المجموع شرح المذهب، جلد ۴، لبنان: دارل فکر.
- نیاوردی، علی بن محمد (بی تا). الاحکام السلطانیة، مصر - قاهره: دارالحديث.
- وکیلی، شروین (۱۳۹۶). همجنس گرایی؛ تحلیلی در جامعه شناسی تکاملی، انتشارات داخلی مؤسسه فرهنگی خورشید راگه.
- هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۳۸۲ق). مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، جلد ۲، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم - ایران: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- همدانی، رضا بن محمد هادی (۱۳۷۶ش). مصباح الفقیه، جلد ۱، قم: المؤسسه الجعفریة لإحياء التراث.