

From conventional ethics to the Range of legal Moralism (transition to flexible Legal Moralism

abstract

Criminalization by restricting and threatening the scope of freedom, more than any other of the strategies of the government, is subject to the moral judgments of society. This becomes doubly important when the conventional morality of society's direct ownership of criminalization, the most selective tool, is to be established. Legal moralism, unlike other principles of criminalization such as the principle of harm, which have good reasons for entering the field of criminalization, needs the support of conventional morality in the first place, and the challenge reaches its peak when the source of this protection is selected from sacred sources. In the face of acidity, the moral development of society is prone to erosion due to various factors. Ignoring conventional ethics, there is the potential for criminal law and, consequently, sovereignty to be caught in a crisis of legitimacy and rights, which is itself a manifestation of justice, on suspicion of injustice, an issue that governments do not like. Inevitable social and moral developments, in various forms and qualities, discolorize legal moralism to the extent that even in the penal systems of the religion, although with more difficulty and resistance and with their own capacities such as increasing the gap between the stage of proof and proof, its scope He has faced bills in various ways. This article, with a descriptive-analytical approach, considers the moral evolution of society as one of the most important reasons for the erosion legal moralism.

Key word: conventional ethic, legal moralism, limitation of legal moralism

از اخلاق متعارف جامعه تا محدوده اخلاقگرایی قانونی (گذر به سوی اخلاقگرایی منعطف)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۰۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۰۵

عرفان کریمی راد^۱

مجتبی فرحبخش^۲

سید منصور میر سعیدی^۳

قاسم قاسمی^۴

چکیده

جرمگذاری به دلیل تهدید و تحدید آزادی، بیش از هر امری از راهبردهای حاکمیت در معرض داوری های جامعه است. خصوصاً زمانی که اخلاق جامعه، متعلق مستقیم جرمگذاری (گزنده ترین ابزار) قرار گیرد. اخلاقگرایی برخلاف دیگر اصول جرمگذاری نظیر اصل ضرر که دلایل متقنی برای ورود به محدوده جرمگذاری دارند، در وهله اول نیازمند پشتیبانی اخلاق متعارف است و چالش زمانی به حد اعلی خود می رسد که منبع این حمایت از منابع قدسی برگزیده شوند که در گذر زمان و مواجهه با اسیدیتته تطورات اخلاقی جامعه مستعد فرسایشند و بی عنایتی به اخلاق متعارف این پتانسیل را دارد تا حقوق کیفری و متعاقباً حاکمیت در ورطه بحران مشروعیت گرفتار و حقوق که خود مظهر عدالت است در مظان اتهام بی عدالتی واقع شود، مسئله ای که به مذاق حاکمیتها خوش نمی آید. لذا تطورات اجتماعی و اخلاقی، در انحاء مختلف، اخلاقگرایی را از جلا می اندازد تا جاییکه حتی در نظامهای کیفری مذهبی هر چند با ظرفیتهای خاص، نظیر افزایش شکاف میان مرحله ثبوت و اثبات، با قبض محدوده مواجه شده است. این مقاله با رویکردی توصیفی-تحلیلی تطورات اخلاقی جامعه را از مهمترین دلایل فرسایش اخلاقگرایی قانونی می داند.

کلید واژگان: اخلاق متعارف، محدوده اخلاقگرایی، اخلاقگرایی قانونی، اخلاقگرایی مذهب بنیان

دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرمشناسی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران^۱

استادیار گروه حقوق جزا و جرمشناسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران (نویسنده مسئول)^۲

استادیار گروه حقوق جزا و جرمشناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران ایران^۳

استادیار گروه حقوق جزا و جرمشناسی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران^۴

جرم‌گذاری تجلی و ترجمان نهایت هیبت حکمرانی و درعین حال جدی‌ترین خطابه بر شهروندان است. به طوریکه می‌تواند چون ضربات پُتک سهمگین و در دوسطح بالفعل و بالقوه برجوارح و جوانح فرودآید. لذا مهمترین دغدغه‌ای که از جرم‌گذاری عارض می‌شود کاهش دایره مقدمات و آزادی در ساحات گوناگون حیات فردی و جمعی و افزودن به دایره محظورات است.

ستاندن آزادی که خود معرف ارزشی سترگ اخلاقیست نیازمند توجیه است و به همین دلیل انواع اصول موجه ساز برای توجیه انواع جرایم پا به عرصه وجود نهادند. از قضا برخی از اصول محدود کننده آزادی آنچنان فریه اند که قادرند کلکسیون آزادیها را از کسب و کارها گرفته تاشیوه انتخاب زندگی شخصی با توسل به تقابل این تمایلات و آزادیها با خیر و مصلحت‌هایی چون امنیت، نظم عمومی، ایدئولوژی، مناسک، علایق اکثریت و حتی اقلیتها، سلب و جرم تلقی نمایند. (پیک حرفه‌ای، ۱۰۹، ۱۳۹۶) تاجاییکه انواع کنشها و تعاملات اجتماعی و حتی نوع پوشش هم به استظهار مبانی ایدئولوژی زیرچتر حمایت کیفری بگنجد.

باید اذعان داشت که اصول موجه ساز الزاماً مشروعیت ساز نیستند بلکه نیازمند مدلل شدن در منظر کسانانی هستند که باید به الزامات آن گردن نهند. در غیر این صورت خود این اصول موجه ساز به سیاقی نامشروع نزد اخلاق متعارف جامعه محکوم خواهند شد. چنانچه برخی گفته اند در اینکه کدام اصول موجه ساز ارجح است نمی‌توان جواب یکسانی داشت بلکه بر اساس منابع الهامبخش حقوق و مسلک فکری و نوع رژیم سیاسی و ساختار قدرت و ساخت فرهنگی و اجتماعی متغیر است. (جانکی، ۱۲۳، ۱۳۸۶) چه بسا هریک از اصول متخذ توسط حاکمیتها می‌تواند توجیه کننده اوامر و نواهی‌شان باشد لکن درعین حال همان اصول در آزمون داوری‌های اخلاقی جامعه مردود شود.

در واقع شاید بتوان دوسطح از توجیه را از یکدیگر تفکیک نمود، اول: توجیهات ذهنی و موجه ساز که می‌تواند مستمسک حاکمیت به جهت موجه سازی جرم‌گذاری قرارگیرد که در واقع همان اصول جرم‌گذاری است و سطح دوم توجیهات عینی و مدلل ساز که مربوط به توجیه پذیری آن توسط مخاطبان قانون است و نظر بر آن است که این امر شاید در سایر اصول جرم‌گذاری در درجه دوم اهمیت باشد لکن در اصل اخلاق‌گرایی قانونی در درجه اول اهمیت است چرا که اخلاق متعارف جامعه را به طور مستقیم و بی واسطه متعلق مستقیم جرم‌گذاری قرار می‌دهد تا از گذران هنجارهای اخلاقی را به جامعه القا نماید. در حالیکه این امر ابتدای چالش و مواجهه اصل اخلاق‌گرایی با اخلاق متعارفی است که همواره و متعاقب تحولات اجتماعی در حال دگرش است.

با این اوصاف بر آن هستیم که اخلاق‌گرایی در معنای مضیق آن‌دربی تحولات اخلاقی و اجتماعی که در جامعه در حال وقوع است دچار تحولاتی شده که از قضا همسو با این تحولات جامعه و اخلاق متعارف است. یعنی رویکردی به نسبت اباحه‌گرایانه تر در باب اخلاق‌گرایی.

جهت پیش شرط ارزیابی این اثرگذاری، ناگزیر از تفتن بر مبانی و تدقیق در مقوله ارتباط حقوق و اخلاق هستیم که پرداختن به این مقوله نیازمند پالایش و دقت است که از منظر پدیدارشناسانه، حقوق و اخلاق متعارف نمی‌توانند نامرتب با یکدیگر باشند و از قضا همواره با یکدیگر در عرصه‌های گوناگون در ارتباط بوده و این مقوله مورد تایید حتی

اثبات‌نگریانی نظیر هارت بود است. در وهله بعد تطورات مقنن را مطمح نظر داریم و اعتقاد بر این است که مقنن در مواجهه با این تحولات اخلاقی که ثمره زندگی اجتماعی نوین است با اتخاذ شیوه‌هایی چاره‌جویانه از جمله افزایش شکاف میان مرحله ثبوت و اثبات در جرایم منافی عفت نسبت به گذشته، از نظر تا عمل تمایزاتی را نمایانده که گویی ضمن تاکید بر ارزشهای اخلاقی در حوزه اخلاق‌گرایی، در عرصه عملی تمایل به اباحه‌گری دارد که همسو باشکل‌گیری نظام‌های متساهل اخلاقی جامعه است و نهایتاً محدوده اخلاق‌گرایی را اگر نگوئیم چون نظام‌های غربی محو، بلکه باتضییق مواجه کرده است.

۱ مفاهیم و مبانی

۱-۱ اخلاق متعارف

پیچیدگی اخلاق و درعین حال غبارآلودگی آن که اغلب برآیند امتزاج مفهوم اخلاق در ساحت فضیلت محورا است منجر می‌شود تا نتوان بی‌نیاز از مجالی فراخ، تحلیلی جامع بر آن ارائه کرد. اما مسئله در این مجال اخلاق متعارف است و مقصود از آن همان اخلاق جاری و ساری در جامعه است که در امور مختلف در مورد رفتارهای ما اعم از این که بد و یا خوب تلقی شوند دارای احکامیست. (Fletcher, 1989, p806)

چنانچه برخی توصیف کردند، اخلاق متعارف نضج یافته از اجتماع و سوا از اختلاف نظرهای اخلاقی، در هر جامعه‌ای خالی از انواع و اقسام باور و ارزشهای اخلاقی نیست که در گذر زمان در شهادهای مردم نهادینه نشده باشد به طوریکه اوامر و نواهی آن آدمیان را از انجام برخی امور باز ندارد و به برخی وا دارد. (فرحبخش، ۱۳۰، ۱۳۹۱) با این وصف اخلاق متعارف که نامهای دیگری برای آن از قبیل اخلاق رایج یا میانه‌گرایی توان بیان کرد، فارغ از منابع سازنده آن اخلاقی قدسی نیست بلکه اخلاقی با معیارهایی زمین‌بست که در طول تاریخ و اقتضای حیات اجتماعی شکل گرفته، (پیکانی، ۱۳۵، ۱۳۹۲) چنانچه مایک مارتین اخلاق متعارف را از ملاحظات انسانی اخذ، توجیه و سرچشمه می‌داند.

(martin, 1987, p631)

لذا اخلاق متعارف، اخلاقی غیر فیلسوفانه و در حوزه اخلاق توصیفی می‌گنجد که قاعدتاً می‌تواند در معرض انواع و اقسام تطورات مثبت و یا ابتلائات منفی قرار گیرد^۴ به طوریکه اخلاق متعارف در نگاه اصول اخلاق (هنجاری) بی‌اخلاقی رایج باشد.^۵

۱-۲ اخلاق‌گرایی قانونی^۶

در این اصل مقنن بی‌آنکه در پی محافظت از دیگران باشد اخلاق را مشمول الزام قرار می‌دهد. اخلاق‌گرایی متضمن طیف خاصی از رفتارهاست و به قول مایکل مور، دربرگیرنده اعمالی می‌شود که خارج از اموری که میل و فاینبرگ مد نظر داشتند^۷ گنجد که به خودی خود اموری ضداخلاق هستند و جواز پاسخ کیفری را می‌دهد. (Larry, ۲۰۰۱, p69) باید گفت اخلاق‌گرایی اعمالی خلاف اخلاق را با پاسخ کیفری مواجه می‌کند^۸ که پیش از هرامری ضداخلاقی محض^۹ است چه در جلوت و چه در خلوت انجام شود و عنصر دیگری به طور مستقیم مطمح نظر نیست و دلیل جرم بودنشان ذاتاً خود آن عمل است.

فاینبرگ اخلاق‌گرایی را به دوحوزه وسیع و مضیق‌تقسیم بندی می‌کند. در تعبیر وی حوزه موسع محق می‌داند تا علاوه بر اعمال مستوجب آزار و رنجش، اعمالی را وارد سیاهه جرایم کنیم با این نظر که باید سنتها و شیوه های زندگی را همواره حفظ، اخلاق را الزام و نهادینه کرد. (Feinberg, 1988, p3) این انگاره می‌تواند مصادیقی چون مصرف مسکرات و مواد مخدر، قمار، چندهمسری، زنا، بامحارم، سقط جنین، نگهداری و تماشای صورقبیحه را پوشش دهد. (فرحبخش، ۱۳۹۲، ۳۴۷) در مقابل اخلاق‌گرایی مضیق حوزه محدود از اخلاق‌گرایی موسع است که می‌توانیم آن را الزام اخلاقیات بدانیم یعنی منع رفتاری که ذاتاً ضد اخلاقی است با وجودی که نه باعث آزار و نه رنجش خودفاعل شود و نه دیگران، حتی با وجود رضایت مرتکبین آن ولو در خلوت و می‌تواند به خوبی توجیه کننده مداخلات پیشگیرانه نیز برای دولت باشد. (Feinberg, 1988, p4) که مصادیق ناب آنرا می‌توان در موارد منافی عفت نظیر روابط نامشروع جست.^{۱۱}

دروهله اول آنچه در اخلاق‌گرایی اهمیت دارد حمایت کیفری از اخلاق به ماهو اخلاق است و برای اینکه در تشخیص دچار اشتباه نشویم باید توجه داشته داشت که موارد و مصادیق مدنظر آن با سایر اصول جرمگذاری که فاینبرگ سیاهه آنرا بر شمرده، همپوشانی نداشته باشد. (Feinberg, 1984, p26-27) یعنی نتوان ذیل اصل ضرر، رنجش به دیگری یا پدرسالاری و... جای گیرد، کماینکه در مفهوم موسع چنان است. البته در عمل تفکیک آنها حتی در گستره مضیق ممکن است در برخی مصادیق خصوصاً به دلیل گسترش انواع خوانشهای پدرسالاری قانونی اخلاقی، دشوار باشد. لکن این توضیح بیکس راهگشا است: «الزام قانونی اخلاق مربوط به موردیست که به وجه ملموس و آشکار نظم عمومی را خدشه دار نمی‌کند». (بیکس، ۱۳۹۳، ۶۳) لذا دو همجنسگرا را در نظریه‌یوریم در منظر مردم اقدام به مضاجعه می‌کنند، قطعاً نظاره این صحنه که برای شاهدان رنج آور خواهد بود پاسخ حقوق کیفری را به واسطه رنجش دیگران توجیه خواهد کرد در حالیکه برخورد با همین عمل در خلوت با اخلاق‌گرایی توجیه می‌شود.

۳-۱ رابطه حقوق (کیفری) و اخلاق متعارف

تبیین مناسبات میان اخلاق و حقوق از مباحث دامنه داری است که مستلزم دقت کافی جهت تنزیه و جلوگیری از خلط انواع تبیینات است. به این منظور سه نوع رابطه را به طور کلی می‌توان میان حقوق و اخلاق برقرار دانست:

یکم: رابطه گزاره شناسانه

دوم: وجود شناسانه

سوم: پدیدار شناسانه

در مورد اول اغلب مصنفان بدون تعیین موضع و منظر خود از اخلاق به تمایزاتی در این دوحوزه می‌پردازند نظیر اختلاف در منشاء، ضمانت و هدف. ضمن اینکه عملاً در حال تبیین تمایزات گزاره های اخلاقی با گزاره های حقوقی هستند و در عین حال به قول برخی موضع خود را در نسبت سنجی میان گزاره های حقوقی و اخلاقی مشخص نمی‌کنند. (برهانی، ۱۳۹۶، ۱۰۰) لکن اغلب اخلاق فضیلت را مطمح نظر دارند.

مورد دوم منظری وجودشناسانه است بدین وجه که آیا حقوق برای وجود و قاعده حقوقی بودن باید بااخلاق درآمیخته باشد یا یک قاعده حقوقی به محض وضع، هستی می یابد. این همان سوالی است که انرژی نظریات فلسفی اثباتی و طبیعی صرف آن شده است.

فارغ ازاینکه دروجودشناسی پیرو چه منظری باشیم و بی آنکه دچارخلط شویم باید بگوییم ازمنظر پدیدارشناسی، حقوق نمی تواند بدون ارتباط بااخلاق متعارف باشد. این مسئله ایست که تقریباً تمام مکاتب حقوق برآن اتفاق نظر دارند جالب آنکه حتی اثباتگرایان که هیچ رابطه ضروری میان اخلاق و حقوق قائل نبودند، معترض این مسئله نبوده و برآن بودند که قوانینی که با معیارهای اخلاقی منطبق باشند همگان از آن پیروی خواهند کرد. (جانکی، ۱۳۸۲، ۲۳۸) قاعدتاً آنچه که می تواند منجر به اقتناع مخاطبان قانون شود انطباق آن احکام با شهودهای اخلاقی جامعه است و فقدان این رابطه تعاملی خللی دروصف قانون بودن آن ایجاد نمی کند چراکه مراحل رسمی خود راجعت وضع طی کرده هرچند که به احتمال قوی قانون به دستورهایی ناکارآمد مبدل خواهد شد. لذا قانون دست کم باید با اخلاق عموم یامورد پذیرش اکثریت جامعه منطبق باشد تا رغبت درپیروی درآن ایجاد شود. (راسخ، ۱۳۹۶، ۹۴) هارت^۵ که ضمن تاکید بر لزوم تعیین محل نزاع درمسئله رابطه حقوق و اخلاق و پالایش ابعاد گوناگون آن، الهام بخش سایرین بوده، خود به عنوان یک اثباتگرا تاکید داشت که نوعی ارتباط میان حقوق و اخلاق وجود دارد که تقریباً نمی توان منکر آن شد بدین وجه که توسعه و تحول حقوق درتمامی زمان و مکانها عمیقاً تحت تاثیراخلاق متعارف و نیزآرمانهای گروه های خاصی بوده (هارت، ۱۳۹۶، ۲۸۶-۲۸۷) خصوصاً درنظامهای حقوقی مدرن درهزاران مورد تاثیر اخلاق متعارف و نیزآرمانهای اخلاقی را اشارت کرده و می گوید اخلاق متعارف و آموالهای اخلاقی یا به طوری علنی و ازگذر قانونگذاری جلوه می کند، یا به نحوی بی سر و صدا، از راه رویه قضایی. (هارت، ۱۳۹۶، ۳۱۰) عنایت هارت به این تعاملات چنان است که می گوید به طور معمول قانون پیرو اخلاق است و درجوامع دارای نظام حقوقی، کسانی هستند که ازمنظر درونی به قواعد آن می نگرند یعنی برایشان موجه شده باشد نه صرفاً به علت هراس از ضماناتی که متعاقب نافرمانی برآنها خواهد رفت. (همان، ۳۰۷)

لذاست که رخنه و نفوذ اخلاق متعارف جامعه درقانونگذاری اغلب قانونگذاران را به بازتأمل می دارد هرچندکه درنظام کیفری ما از درگاه رویه قضایی می تواند بیشتر محتمل باشد و حتی خود دلیل و زمینه تأملات متحولانه درقانونگذاری شود. چنانچه برول خاصه درمورد نظامهای اسلامی چنین گفته و دلیل آنرا عدم انطباق قوانین مقتبس ازشرع با انتظارات جامعه می داند. (رحیمی، ۱۳۵۸، ۸۶) دلیل چنین نظراتی برآیند تعاملاتی بوده که همواره درطول تاریخ میان حقوق و اخلاق جامعه لمس شده آن هم دردوران معاصرکه عصر عقلانیت است^۶ و حقوق کیفری نیز درجهت توجیه باید ازفیلتر دلیل^۷ بگذر نه علت. بجا قول برخی پدیده های اجتماعی نظیرحقوق حاصل افعال آدمی هستند و آدمی هم فاعلانند که ارزشها، اعتقاد، تردید و احتیاط بررفتار هایشان حکم می کند و لذاست که آدمی مخلوقی عالم و قاصدند و تبئیناتشان مسبوق بردلیل است. (سروش، ۱۳۹۲، ۶۲) و اموراجتماعی تبیین اجتماعی می طلبد. (سروش، ۱۳۸۴، ۵)

هارت می‌گوید امروز هرچه جامعه پیشرفته‌تر شود، قوانین مبتنی بر تکلیف کمتر و قواعد حقوق دیگر بر آن نیست که فلان مجازات درانتظارمان است بلکه باید به مثابه دلیلی عمل نماید تا بتوانند بیانگر توجیه اجرای خود باشد. (موحد، ۲۶۰، ۱۳۸۱) انتظاری که مردم چون ربّات در تبیین قواعد موضوع مُنقاد باشند دشوار می‌نماید.

با این وصف حقوق نمی‌تواند به طور کامل بندناف از جامعه و تلقی‌های آن در ساحات گوناگون ببرد و امروز حقوق و کنشهای حقوقی سوا از جامعه نمی‌تواند باشد و با جامعه وسایر تلقیاتی آن ربط وثیقی دارد. برول می‌گوید حقوق اجتماعی ترین امر اجتماعی است، بیش از مذهب و زبان و هنر، سرشت نهانی گروه‌های اجتماعی را نشان می‌دهد. (رحیمی، ۴۵، ۹۳، ۱۳۵۸)

حقوق کیفری می‌تواند از لحظه‌ای که فرد پای خود از منزلگاه بیرون می‌نهد و در حوزه روابط و کیفیت ارتباط با دیگران و جنس مخالف، تجویزهایی در مورد نحوه پوشش او و کیفیت ارتباطشان ارائه نماید. لذا حقوق کیفری بیش از هر گرایشی در دیدرس دوربین قضاوت‌های اخلاقی جامعه باشد. به قولی دیگر نمی‌توان چنین پنداشت که بتوان از حقوق آیه‌هایی جاودانه و تغییرناپذیر بسازیم. (رحیمی، ۱، ۱۳۵۸)

اما یکی از مهمترین زمینه‌های مُرافقه حقوق کیفری با اخلاق متعارف مسئله مشروعیت است. بی‌عنایتی به جامعه زمینه را برای بحران مشروعیتی فراهم می‌کند و به قول هلد امروز اغلب نظام‌های سیاسی در سراسر جهان خود را دموکراسی و اعمالشان را ترجمان اراده مردم معرفی می‌کنند هرچند میان گفتار و کردارشان تمایز بنیادی باشد، چراکه دموکراسی در عصر حاضر رنگ مشروعیت به حیات سیاسی دولتها می‌بخشد. (هلد، ۳۶۳، ۱۳۸۹) و اینکه در واقع مشروعیت، دوام و قوام هر نظام بوده و مهمترین دلیل رویگردانی مردم از قوای حاکمه ناشی از همین است که به ارزشهای مشترک میان ملت و حاکمیت مربوط است چنانکه حسن و قبح، محمود و ممدوح میان بالایی و پابینی تفاوت نماید. (حجاریان، ۳۰۸، ۱۳۸۲) البته مسئله مشروعیت در تمام جوامع یکسان نیست لکن در جوامع گذار (مانند ما) بحران مشروعیت ناشی از ناکارکردی منابع سنتی است بدین وجه که تطورات خصوصاً در حوزه‌های اجتماعی توان اقتناع را از منابع سنتی می‌ستانند. (حجاریان، ۳۱۹، ۱۳۸۲) لذا دولتها ولو دولتهای با ایدئولوژی مذهبی نسبت به تمایلات جامعه، لکن پس از طی زمان در برابر این قدرت پنهان و به جهت مهابت از ادبار جامعه به نحوی از انحاء در مقابل اخلاق متعارف به نرمش‌های آگاهانه و بل چاره‌جویانه روی می‌آورند.

۴-۱ اخلاق متعارف پشتیبان اخلاق‌گرایی قانونی

آنچه مسلم است اخلاق‌گرایی در اغلب نظام‌های حقوقی دچار فرسایش شده است. در کنار دلایل گوناگون باید سهم سترگی را برای دگرش جامعه در حوزه رفتارهای ضد اخلاق خصوصاً الگوهای جنسی قائل شد به طوریکه نظام‌های کیفری را به اباحه‌گری وا داشته است.

نگاهی به منطق مجادلاتی که در غرب اخلاق‌گرایی را به محاق فراموشی سپرد می‌تواند نقش اخلاق متعارف را به عنوان نیروی پشتیبان این اصل نشان دهد:

شروع ادبار از اخلاق‌گرایی قانونی را باید در منطق کمیته ولفندن‌جُست که دو جرم جنسی شامل همجنس‌بازی و فاحشگی را مورد بررسی کارشناسانه در ارتباط با کاربرد حقوق کیفری در مورد آن قرار داد. (کلی، ۶۴۰، ۱۳۸۸) در واقع

غرب تادهه ۱۹۵۰ برآن بود که دولت می تواند اعمالی نظیر زنا، همجنس بازی و... را جرم بشناسد و کمیته در ۱۹۵۷ طی پیشنهادی که به دولت عرضه کرد توجه خود را مصروف فحشای آشکارکرد به طوریکه اعمال خصوصی را ازگزند حقوق کیفری دور بدارد. (نوبهار، ۳۰۹، ۱۳۸۷) توجیهاات کمیته به قول هارت شباهت بسیاری با اصول جان استیوارت میل در رساله درباره آزادی داشت جایکه وظیفه حقوق کیفری را حفظ نظم و اخلاق عمومی می دانست تا بدین وسیله از شهروندان در مقابل افعال مضر حمایت کند مخصوصاً آنهایی که به دلیل ضعف جسمی و روحی و خردسالی آسیب پذیرند. (هارت، ۴۱، ۱۳۹۸، ۴۰، ۴۱) کمیته برآن بود که حقوق کارکرد مداخله گرایانه در زندگی شهروندان و تحمیل الگوی رفتاری خاصی ندارد و باید قلمروی باشد که به قول برخی حقوق درآن فضولی نکند مگر به خواست خود جامعه که بخواهند جرم و گناه را در تلائم بدانند. (کلی، ۶۴۱، ۱۳۸۸)

برآیند حقوقی کمیته مشخص است^۳ لکن آنچه در اینجا حایز اهمیت و خود می تواند به عنوان پیش شرط و مقدمه لازم چنین برآیندی باشد تطورات اجتماعی بود که بالاخص در نیمه دوم قرن بیستم آغازیده بود به طوریکه بین اخلاق مسیحی و اخلاق جامعه مدرن تعارضات جدی ایجاد و به قول برخی از خصیصه های اساسی این اخلاق قابلیت تساهل در حوزه اخلاقگرایی بود. (caron, 1969, p9) البته تلقیات جدید جامعه منحصر به این امور نماند و تحولات فرهنگی و اخلاقی منجر به تغییرات در مجازاتهای شدید و قانونی شدن اعمالی چون سقط جنین بازمینه های پزشکی و... شد. (Jarvis, 2005, p1)

باتوجه به آنکه بسیاری از موارد ضد اخلاق همانهایی هستند که در مذهب آمده باید گفت چیزیکه در گذشته مطابق مذهب خوب و یا بد بود در جامعه هم به همان ترتیب تایید یا رد می شد لکن در عصر حاضر خوب یا بد مذهبی عیناً با خوب یا بد جامعه یکسان نیست. (caron, 1969, p10) لذا می توانیم کمیته رایک پژوهش بدانیم (Gleeson, 2007, p333) که نتیجه تردید وجود وفاق در مورد مسئله ای که مدنظر قانون و چیزیکه به آن اخلاق گفته می شد با معیارهای کلی و مقبول جامعه بود، ولو اینکه توسط عده ای از شهروندان پذیرفته نشده باشد و با این پیش زمینه و تردیدها حقایق کمیته این بود که مسائل اخلاقی چه در امور جنسی باشد و چه نه، به آسانی نمی تواند مورد بحث و نظر قرارگیرد فلذا ایده این بود که قانون باید به وسیله اخلاق عمومی جامعه پذیرفته شده و نباید به حوزه رفتارهای اخلاقی خصوصی ورود کند مگر آنکه جنبه عینی پیدا نماید. (caron, 1969, p15) البته باید گفت مقصود این نیست که اکثریت جامعه اعمال ضد اخلاق را انجام می دهند، هر چند جرایم جنسی و همجنسگرایی افزایش یافته بود. بلکه مقصود میزان تسامحی بود که جامعه در کل نسبت به آن اعمال مبذول می دارد. (Caron, 1969, p38)

در همین چارچوب محاجه های جذاب هارت و گُرد دولین هم درخور توجه است. البته ابعاد آن به قدریست که در این فسحت نمی گنجد. لکن در قسمتی از این مجادله دولین فرضی را از پیش پذیرفته بود که در آن جامعه مورد بحث وی همواره دارای یک همبستگی اخلاقی جدی است و به قولی از یک نیروی نامرعی مشترک سخن می راند که عمیقاً از نقض نظام اخلاقی اش می رنجد، لکن هارت با دقت نظری جامعه شناسانه و تهی از تعصب اذعان می دارد که در انگلستان دوران ملکه ویکتوریا (قرن نوزدهم) شرایط مدنظر دولین شاید وجود داشته لکن این فرض خام جامعه شناختی خواهد بود که فکر کنیم شرایط آن روزگار در دوران فعلی هم برقرار است، دست کم در حوزه اخلاق جنسی،

از آن مهمتر نظامهای اخلاقی متساهل رامطمح نظر قرار داد که لزوماً بادید تنفر به آن قبیل ناهنجاری ها نمی نگرند و به همین دلیل نظرات دولین را فاقد مصداق در اخلاق جامعه می دانست. (هارت، ۱۳۹۸، ۸۴-۸۲) چنان است که برخی گفته اند یقیناً اگر امروز دولین زنده بود او نیز در صفت مخالفان الزام کیفری اخلاق قرار می گرفت. (Stanton, 2007, p16)

اما مذاقه بر نیروی کشنده کمیته و نظرها ت پارامترهای مهمی را پیش روی ما می گذارد. اینکه اخلاق متعارف جامعه ارتباط وثیقی با اخلاقگرایی دارد. در واقع چنانچه گفته اند اخلاقگرایی از اعمالی حمایت کیفری می کند که اخلاق متعارف جامعه آنها را از آن حیث که ضداخلاقند، مذموم می شمارد. (فرحبخش، ۱۳۹۲، ۳۴۶) لذا این مهمترین فاکتور است که می تواند اخلاقگرایی را پابرجا بدارد در غیر این صورت ستون پشتیبان خود را از دست خواهد داد. البته باید دقت کرد که مقصود این نیست که معیار امور اخلاقی در حوزه اخلاقگرایی تجویزاً جامعه است لکن باید گفت چنین جرمگذاری که هدفشان حمایت از هنجارهای اخلاقیست و فاکتورهایی موجهی چون ضرر در آن وجود ندارد بیش از هر امر دیگری نیازمند موجه شدن از منظر جامعه است و این مرجع همان اخلاق متعارفیست که موضوع و متعلق مستقیم جرمگذاری واقع شده است. پس زمانی عرصه برای حمایت کیفری از اخلاق دشوار می شود که اخلاق مشترکی که قرار است مورد الزام قرار گیرد در آن توافق مشترکی که شاید می توانست زور شمشیر را توجیه نماید، دچار نوعی عدم وفاق و بیگانگی شود. یعنی حال قرار است اعمالی را مورد کیفر قرار دهیم که تا حدودی ارزشهای آن نزد جامعه از زوایای مختلف و در مواجهه و ترازش با دیگر ارزشها و تحت تاثیر دلایل و عواملی گوناگون در دنیای مدرن امروز دچار فرسایش شده است. چنانچه واژگانی چون عفت در تیزاب زندگی مدرن دچار فرسایش شده و ممکن است قیودش با عفت مدنظر قانونگذار در تضاد باشد.

حال قرار بر انطباق جامعه شناسانه ایران و غرب نیست لکن روح و منطق نظری که ولفندن و هارت واقف بر آن بودند، حداقل در قالبی دیگر در جامعه ماقابل مشاهده است. به طوریکه اخلاقگرایی امروز در جامعه ایرانی از حمایت مکفی اخلاق متعارف بهره مند نیست که از طرفی خود گویای ناکارآمدی تعالی اخلاق با ابزار کیفری است. رجوع بر شهوذهای اخلاقی، مشاهدات و حتی نگاهی مختصر بر آمار مؤید این امر است. خصوصاً در حوزه الگوهای روابط دو جنس مخالف در انحاء مختلف که برخلاف نظرمقنن رو به افزایش و از منظر جامعه روبه تساهل و اباحه است. لکن درسوی دیگر قانونگذاری که به واسطه بنیان قدسی، همت خود را مصروف این امر نموده تا باترسیم الگوهای دینی و ارزشهای اخلاقی مأخوذ از آن، منابع اخلاقگرایی قانونی را در جامعه در حال گذار و با ابزار کیفر انطباق دهد.

زندگی چند دهه مردم و تحولات شگرف و توسعه امکانات و پیدایش وسایل ارتباط جمعی خصوصاً در سالهای اخیر، قانونگذار منجمد را در این حوزه در تقابل مشخصی با جامعه و انتظارات آن قرار داده، به قول برخی چه بسا امروز در فرهنگ ایران شلاق زدن جوانها به خاطر آنکه مشروبات الکلی خورده و یا در جلسه ای با زنان بی حجاب یا کم حجاب حضور داشته اند، مقبول نیست و اعمال مقررات خشک در این زمینه نه تنها باعث تغییر رفتار آنها نشده که آنها را نسبت به کل نظام جری می کند. (صانعی، ۱۳۸۸، ۱۵۶)

وانگهی نمی خواهیم بگوییم افراد زیادی اعمال ضداخلاق را قبیح نمی دانند بلکه ضمن شکلگیری نگرشهای متساهل، در برابر ارزشهایی چون آزادی و حریم شخصی، مداخلات اخلاقگرایی در درجه نازل تری مانده است.

در نظام حقوقی ایران که با آموزه های دینی از نوع اندماجی ^{۳۰} عجین است، تقریباً نمی توان گزاره های دینی را در تمشیت امور، قواعد و متون حقوقی رؤیت نکرد. به طریق اولی زمانیکه اخلاق‌گرایی را در نظام کیفری ایران مطمح نظر قرار دهیم باید منبع آنرا آموزه های دینی بدانیم به طوریکه می توان نام اخلاق‌گرایی مذهب بنیان را برای آن برگزید.^{۳۰} مسئله زمانی بغرنج می شود که قرار بر حمایت کیفری با معیارهای برگرفته از شرع است که امروز در برخی موارد چندان نمی تواند برای جامعه به سادگی امری قابل هضم باشد. برای نمونه در عرصه کیفرهایی نظیر سنگسار، اعدام یا شلاق، خصوصاً این حمایت از اخلاق محدود به حقوق کیفری شود که از قضا کم هزینه ترین راه کار و از طرفی پر استهلاک و بیشترین پتانسیل راجعت ایجاد بدبینی در معرفی ارزشهای اخلاقی دینی دارد.

با این اوصاف در چنین مواقعی که تبذیر و سختگیری های کیفری ^{۳۱} ذرائع موارد فاقد کارآمدی و گزاره های آن که داعیه دار حمایت از اخلاق جامعه است، اتفاقاً نزد جامعه بدیل بی اخلاقی به دلیل سلب آزادی به عنوان یک ارزش اخلاقی محکوم می شود (به اصطلاح از قضا سرکنگین صفرافزود) مقنن به دنبال راه کارهای خاص خود می رود تا به نوعی پای حقوق کیفری را در راستای تطورات اخلاقی جامعه حداقل در برخی حوزه ها بیرون کشد. روشی که چنانچه خواهیم دید در جرایم منافی عفت، تقویت و ایجاد آگاهانه شکاف، بین قواعد ماهوی و ابزارهای نیل به آن است.

۱-۲ اخلاق‌گرایی در نظر (عرصه ماهوی)

گفته آمد نظام کیفری منبعث از شرع عنایتی ویژه به اخلاق جامعه بر پایه موازین دینی دارد. از اینرو حمایت رسمی از اخلاق جامعه در مواجهه با اموری نظیر ربا، مصرف مسکرات و خصوصاً انواع روابط جنسی با رضایت و روابط نامشروع میان دو جنس مخالف را باید از خصوصیات مسلم این رویکرد دانست. هر چند مصادیق بالا به جز امور مربوط به روابط جنسی انطباق کامل با اصل اخلاق‌گرایی به معنای مضیق آن ندارد.^{۳۲}

قانونگذار با تاکید بر ارزشهای مذهبی به دنبال اتقان بخشی و القای آنها به جامعه است. بنابراین در بادی امر تا حد امکان در مقابل تطورات و تحولات اجتماعی و اخلاقی منفعل است چراکه با متکای آموزه های شرعی ارائه راهبرد کرده و جامعه را به انطباق با آن فرامی خواند نه اینکه دنباله روجامعه باشد. خصوصاً در راستای امور ضد اخلاق و اعمال منافی عفت حساسیت ویژه ای داشته است.^{۳۳}

باتمام این حساسیت و تاکیده های قانونگذار در حوزه مزبور و در محدوده جرمگذاری و کیفرگذاری، دامنه آن به انحاء مختلف از گزند فرسایشات ناشی از عدم تایید شهودهای اخلاقی جامعه و نیز رویه قضایی در برخورد های کیفری نسبت به مرتکبان آن در آمان نمانده.

قانونگذار در آخرین اراده مجازات سنگسار برای زنانی محصنه را ضمن حفظ ظاهری آن به نحوی و با اتخاذ موضعی که نتیجه آن نه تنها تعطیلی این مجازات که اعمال آن میتواند آثار مخرب از گذر بر آسفتگی جامعه و در نتیجه ادبار آحاد جامعه از آموزه های دینی داشته باشد، بلکه باید گفت مجازات اعدام را هم در عمل به صد ضربه شلاق فروکاهیده به طوریکه برای اعمال مجازات اعدام مطابق ماده ۲۲۵ نیاز است تا زنانی مذکور صرفاً با بینه اثبات شود.^{۳۴} حال

آنکه جمع شاهدان، آن هم با شرایط دشواری که در قانون و شرع مدنظر است امری بعید است. در غیر این صورت با اقرار مرتکب مجازات به صد ضربه شلاق فروکاهیده می شود.

در ادامه همین روند نیز مقنن در ارتباط با زنا محصنه اباحه گری بیشتری در پیش گرفته و شرایط احراز آنرا با بسط بیشتری نسبت به قبل مواجه و در نتیجه اثبات احصان را دشوارتر می کند.^{۳۵}

در ارتباط با مجازات جرم لواط هم مقنن با بهره گیری از نظر شاذ فقهی، از دیدگاه مشهور و نظر پیشین خود عدول کرده. چنانچه در قانون پیشین مجازات فاعل و مفعول لواط را بدون قید خاصی قتل دانسته بود^{۱۱۱} اما در قانون فعلی مجازات فاعل لواط به دو وجه تقسیم شده است و زمانی برای فاعل لواط اعدام لحاظ می شود که دارای شرایط احصان باشد و یا عمل با اکراه یا عنف باشد در حالی که مشهور فقها در انحصار مجازات قتل برای فاعل اجماع کردند از جمله شیخ طوسی، شهید ثانی و صاحب جواهر. (میرخلیلی، ۱۶۹، ۱۱۱، ۱۳۹۸) در مقابل این اجماع، نظر شاذ مرحوم خوئی است که میان لواط در شرایط احصان برای فاعل و غیر آن تفکیک قائل و در حالت عدم احصان برای فاعل به مجازات اقل از قتل نظر داده اند. (خویی، ۱۱۲، ۱۱۱، ۱۳۹۰) لذا با این راهبرد یحتمل اگر نظری یافت می شد که مجازات مفعول هم اخف از سلب حیات می دانست همانرا بر می گزید.

اما یکی از مهمترین جرمگذاری ها به استظهار ارزشهای مقبول مذهبی در حوزه اخلاق‌گرایی قانونی در نظام کیفری ما مسئله نهی کیفری از روابطی است که میان نامحرم تصور است.

آغاز مسئله نحوه تنظیم عبارات در ماده ۶۳۷ تعزیرات است به طوریکه عنصر مادی آن قابلیت قبض و بسط دارد و به همین دلیل همواره بابتی گشود که آیا روابط نامشروع غیر از زنا که با دومصدق یعنی مضاجعه و تقبیل همراه شده یکسان است؟ بدین صورت که می توان مرادوات دو جنس مخالف را درجایی نظیر خودرو یا به واسطه ارتباطی که مدهاست در قالب دوستی دارند، با این ماده و با عنایت بر عبارت روابط نامشروع به مجازات مذکور در آن محکوم کرد و یا باید مطابق مصادیق آن ماده اعمالی فیزیکی انجام شود؟ مشخص است که روابطی در اندازه رد بدل نموده متن و یا حضور در تفرجگاه در قالب روابط نامشروع با معیارهای شرعی، می گنجد، از طرفی نباید فراموش کرد که این ماده جایگزین ماده ۱۰۱ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ است که در آن اشاره ای به رابطه نامشروع نداشت. لارحالی که قانونگذار مؤخر، با آگاهی و جهت حمایت از احکام شرعی، به توسعه محدوده آن به روابط نامشروع غیر جسمی پرداخته و نباید بی عنایت بر این پیشنهاد بود.

اداره حقوقی قوه قضاییه نیز دیدگاه مختلفی درباره ماده ۶۳۷ اتخاذ کرده و نکته مهم تراوشات اخلاقی در پس هزارتوی این نظریات است که برآیند آن از تزییعی که هم‌نمایی بیشتری با واقعیات موجود جامعه دارد تا محدوده ای فراخ دامن متغیر است.^{۳۸}

اما باین اوصاف ماده ۳۰۶ قانون آ.د.ک (۱۳۹۲) درخور توجه است. به طوریکه به قول برخی مقنن در تبصره ماده مزبور برای اولین بار تعریفی از جرم منافی عفت ارائه می کند. (غلاملو، میرمجیدی، ۴۶۴، ۱۳۹۷) بدین وجه که: «منظور از جرم منافی عفت در این قانون، جرایم جنسی حدی، همچنین رابطه نامشروع تعزیری مانند تقبیل و مضاجعه است» شاید بتوان این تبصره ماده را نوعی تابوشکنی در رابطه با کاستن محدوده روابط نامشروع دانست که با توجه به روند البته

بطوء و اباحه گرانه قانونگذار درجهتی همسو با تطورات جامعه پس از سالها تجربه و واپس زنی های اجتماعی و بعضاً قضایی باشد. البته این تنها برداشت از ماده مزبور نیست اما آنچه این برداشت را تقویت می نماید تنظیم و تنسیق اصول و مواد مشترک حاکم بر جرایم منافی عفت است که اعم از موارد زنا یا مادون زناست و برهم زدن معادلات آن می تواند اصول مشترک و منظور مقنن فعلی و سیاست جنایی آن رامورد خدشه قرار دهد، از جمله ماده ۲۴۱ و تبصره ماده ۱۳۵ (ق.م.ا) و ۱۰۲، ۳۴۴ و ۳۰۶ (آ.د.ک) لذا نمی توان جرم رابطه نامشروع غیر فیزیکی را از آن قواعد مشترک جدا کرد.^{۴۱}

لازم به ذکر است مقنن در ادامه این روند متساهل در اصلاحات سال ۱۳۹۹ و با الحاق یک تبصره به ماده ۴۷ قانون مجازات امکان تعلیق کیفر بزه رابطه نامشروع را فراهم کرده است.^{۴۲}

۲-۲ اخلاقگرایی در عمل (عرصه اثبات)

مقنن در ارتباط با جرایم منافی عفت با عنایت بر تطورات جامعه از یکسو و با برجسته شدن گفتمان و ارزشهایی چون آزادی و حریم خصوصی و از دیگر سوی ناکارآمدی برخوردهای کیفری با ناقضان هنجارهای اخلاقی به سمتی گسیل شده تا در نظر ضمن تاکید بر ارزشهای مذهبی در حوزه جرایم ضد اخلاق، لکن در عمل با کاهش آگاهانه توان و گستره اختیارات مقام قضایی و ضابطان، دستگاه عدالت کیفری را در راستای جمع آوری ادله و پیگرد رسمی، محدود نماید، به طوریکه این مسئله راهبردیست در جهت ناتوان سازی هرچه بیشتر دامنه مواردیکه به صورت فراگیر و در قالب سیاست رسمی کیفری مبنی بر سرکوب انحرافات جنسی بوده (ایروانیان، ۱۰۵، ۱۳۹۲) و عملاً بر آیندش کاهش محدوده جرمگذاری است.

باید تاکید داشت که نظام دینی و قانونگذار آن تاحدامکان و به ضرورت در راستای تحولات مشروعیت بخش نیازمند سازوکارهایی است که از آموزه های مذهبی یافته شده باشد. به همین دلیل در این حوزه مسئله بزه پوشی در مورد جرایم منافی عفت (با رضایت) در قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) چنان فرجه شده و هر چند این تحولات را به نام قواعد فقهی، لکن باید به حساب عواملی بیرونی نظیر اخلاق متعارف گذارد.

ماده ۱۰۲ (آ.د.ک) را باید گامی در جهت عقب نشینی مقنن از اخلاقگرایی البته با گرانیکاه فقهی به شمار آوریم که در مقایسه با ماده همتای سابقش^{۴۳} این مسئله برجسته تر خواهد شد.

در واقع ماده فوق تاجای ممکن به توانگیری پیگرد جرایم منافی عفت انجامیده، به طوریکه علاوه بر ممنوعیت «تحقیق» که در قانون سابق اشارت شده بود، «تعقیب» نیز در جرایم منافی عفت منع و پرسش از هیچ فردی مجاز نیست. به نحوی که دادستان هم اصولاً نمی تواند تعقیب کیفری را علیه متهم به جریان اندازد. (خالقی، ۱۷۸، ۱۴۰۰) مگر در شرایطی که خواهیم دید و اصولاً به اخلاقگرایی مرتبط نیست.

مطابق ماده ۱۰۲ یکی از مجوزها موردیست که عمل ضد عفت در منظومرئی عام واقع شود. توضیح آنکه با اضافه شدن این قید محدوده جرایم منافی عفت را نسبت به تبصره ماده ۴۳ پیشین که ارتکاب به صورت جرم مشهود را کافی

می دانست، بسیار مضیق نموده و این مسئله متفاوت از مقوله ارتکاب در منظرومرئی عام است. به طوریکه شمول ارتکاب به صورت مشهود بسیار گسترده و متضمن جهاتی وسیع بود. (شیدائیان، شیدائیان، ۱۲۷، ۱۳۹۵)

درواقع مقنن از موضع پیشین خود رویگردانی و این قید را درباب یکی از جهات تعقیب در جرم منافی عفت از حالت جرم مشهود به ارتکاب در منظرومرئی عام تغییر می دهد و امکان تعقیب را محدود و خصوصاً اختیارات ضابطان را به حداقل می رساند.

می دانیم که مطابق موادی که جرم مشهود را تعریف می کند چه در قانون سابق و چه فعلی (ماده ۴۵) هر چند در تمامی آن حالات با جرایم منافی عفت تناسب ندارد. اما اگر بنا بر جواز اقدام بر اساس ارتکاب جرم منافی عفت در قالب جرم مشهود باشد، برآیند آن اعطای اختیارات گسترده (مثلاً ارتکاب در منظر ضابط یا زمانیکه کسانی گزارش اعمال منافی عفت را بدهند) جهت تعقیب این جرایم است، حال مقنن فعلی در ماده ۱۰۲ از این اختیارات به شدت می کاهد.

مؤید نظر نگارنده، نظریه مشورتی است^{۴۶} که جرم منافی عفت را زمانی در منظر عام دانسته که مورد مشاهده عموم افراد باشد و لذا ارتکاب در منظر ضابطان و اعلامات شهروندان را بی آنکه در معرض دید عموم باشد کافی نمی داند.^{۴۵}

شرط دیگر که به عنوان جواز تعقیب مطمح نظر مقنن است لزوم شکایت شاکی است. البته نیاز به توضیح نیست که جرایم منافی عفت از زمره جرایم غیر قابل گذشتند اما مقنن به جهت جامعه عمل پوشاندن به مسئله بزه پوشی اجازه آنرا منوط به شکایت شاکی کرده است. اما محل بحث همین است که مقصود از شاکی کیست؟ آیا خود مرتکب و یا دیگرانی که دچار آسیب حیثیتی می شوند نظیر همسر، پدر و...

در این مورد ماده ۱۰ (آ.د.ک) بزه دیده را شخصی دانسته که از وقوع جرم متحمل ضرر شده و تعقیب مرتکب را درخواست کند و در این صورت شاکی نام دارد.

بی آنکه در مقام تجویز باشیم باید گفت که مطابق این ماده برای اینکه بتوان به شخصی در حقوق کیفری در جهت بار نمودن آثار قانونی عنوان شاکی بدهیم باید از ارتکاب جرم به نحوی مستقیم^{۴۷} متحمل ضرر و زیان شده باشد و در واقع شاکی همان بزه دیده ای است که در مظان مستقیم^{۴۷} جرم قرار می گیرد. برخی از صاحب نظران کیفری نیز ضمن تاکید بر ابتکار ماده فوق در تعریف «بزه دیده» برای اولین بار، تنها بزه دیدگان مستقیم یا قائم مقام ایشان را دارای وصف شاکی بیان می کند و به غیر از آن را به عنوان اعلام کنندگان جرم مطمح نظر قرار می دهد. (خالقی، ۴۱، ۱۴۰۰) لذا اگر قرار باشد دامنه شاکی را به قدری گسترش دهیم که شامل بستگان هم شود پس ایشان بالاخره و به نحوی از انجام عمل منافی عفت مورد هتک حیثیت واقع شده اند، لذا باید پدر، برادر، عمو و... را شاکی دانست. این امریست که مغایر با مقصود فعلی قانونگذار و رویکرد نامداخله گرایانه آن در این حوزه است.^{۴۸}

هر چند که برای نمونه زوج و یا پدر مرتکب قاعدتاً از ارتکاب عمل منافی عفت وابستگان خود متألم خواهند شد لیکن آنان را باید قربانی یا بزه دیدگان نامستقیم این جرایم به حساب آورد.^{۴۹} بنابراین بدیهی است که مقصود از ماده ۱۴ در مورد جبران خسارات ناشی از جرم نیز همانطور که با قید شاکی آغاز می شود، در واقع همان شخص شاکی ماده ۱۰ پیش گفته است و در مقام اعطای حق به اشخاص وابسته به بزه دیده نیست چراکه در غیر این صورت برای نمونه اگر زوج، بزه دیده جرم کلاهبرداری شود زوجه هم می توانست به جای زوج، شاکی باشد.

در مورد جرم منافی عفت هم به همین منوال است. ضمن اینکه تبصره ۳ ماده ۱۰۲ امصادیق شاکی را در غیرحالتی که خارج از مرتکبان باشند، معین نموده است و در صورت محجور بودن بزه دیده، ولی یا سرپرست قانونی او را دارای حق شکایت دانسته و در مورد بالغان بزه دیده زیر هجده سال ولی یا سرپرست را هم دارای حق شکایت دانسته است. بنابر مفهوم مخالف این تبصره در مورد افراد بالغ بالای هجده سال چنین حقی وجود ندارد و گرنه مقنن نیازی به قید آن نداشت. برخی نیز با عنایت بر همین تبصره بیان می‌دارند که کسی که نسبت به او عمل منافی عفت انجام شود بالای هجده سال باشد و محجور نباشد شخص دیگری غیر خودش شاکی محسوب نمی‌شود فلذا اعلام او عنوان شکایت ندارد. (خالقی، ۱۴۰۰، ۱۸۰) البته شاید بتوان این مسئله را همانطوری که هارت در قالب مقوله دوهمسری مطرح کرد، مبنی بر اینکه نمی‌تواند با اصل اخلاقگرایی توجیه شود چراکه این عمل عنصر رنجش به همسر را دارد ما نیز بتوانیم این مسئله را در مورد همسر فاکتور بگیریم ضمن این که در قوانین قبل از انقلاب هم این مسئله جرمگذاری شده بود که مبنای آن عنصر خیانت و ضربه روحی بود که به همسر وارد می‌شد.^{۵۱}

اما موارد دیگری که مقنن، مقام قضایی را مجاب به تحقیق و تعقیب می‌کند ارتکاب به عنف و یا سازمان یافته است که این دو وجه از اعمال منافی عفت از محدوده اخلاقگرایی قانونی خارج است.^{۵۲}

نتیجه‌گیری

حوزه ای از رابطه حقوق و اخلاق وجود دارد که حتی اثباتگرایان نیز به آن معتقد بودند، سطحی که در این پژوهش حوزه پدیدارشناسانه نامیدیم. لذا در باب وجودشناسی شاید بتوانیم حقوق را جهت هستمندی بی‌نیاز از اخلاق با هر منشائی (قدسی یا زمینی) بدانیم اما در حوزه پدیدارشناسانه حقوق و اخلاق متعارف جامعه همواره در طول تاریخ در تعامل بوده اند این تعامل در حقوق کیفری طبعاً محسوس تر است چراکه حقوق کیفری بیش از سایر گرایشها آزادی های افراد را محدود می‌نماید و لذاست که جهت اعمال ضمانات اجرایی خود علاوه بر توجیحات رسمی نیازمند موجه شدن از منظر جامعه است.

حال از میان اصول جرمگذاری اصل اخلاقگرایی قانونی می‌تواند بیشترین اصطکاک را با اخلاق متعارف داشته باشد چراکه این اصل با هرمنشاء تجویزی به طور مستقیم اخلاق متعارف جامعه را موضوع و متعلق مستقیم جرمگذاری قرار می‌دهد. لذا اگر بنا بر حمایت کیفری از اخلاق باشد حداقل حمایت متقابل اخلاق متعارف از این اصل به همان اندازه جهت مشروعیت بخشی به آن لازم است در غیر این صورت بحران مشروعیت امری گریز ناپذیر است، از طرفی بی‌عنایتی بر هنجارهای قانون و عدم رعایت و جدی گرفته نشدن آن، قوانین را به بیرکاغذی مبدل و زمینه را برای متروک شدنشان فراهم می‌کند.

این مسئله چنانچه دیدیم در غرب به وقوع پیوست و در واقع اصل اخلاقگرایی در برابر پیشروی های اخلاق متعارف جامعه که ناشی از تحولات فکری، فرهنگی و اخلاقی جامعه و برجسته شدن ارزشهایی نظیر آزادی و حریم خصوصی که زاده دنیای مدرن بودند، رنگ باخت. حال این مقوله در نظام کیفری مانیز در قالب دیگری نموده پیدا کرده و می‌دانیم که تطورات گوناگونی در نظام اجتماعی مابه وقوع پیوسته است به طوریکه کیفر، آنچنان که انتظار می‌رفت

ابزارکارآمدی جهت القا ارزشهای اخلاقی درحوزه روابط منافی عفت نبوده و نتوانسته ازپیشروی های اخلاق متعارف کنترل موثری به عمل آورد. لذا همین امور مقنن را واداشته تا به آرامی بارمسئولیت تعالی اخلاق جامعه را از دوش حقوق کیفری سبک تر نماید.

حال مقنن ایرانی در این راستا ضمن معقول نمودن و تعدیل برخی مقررات ماهوی و کیفرها نظیر سنگسار که در ظرف عقلانیت و داوری های اخلاقی جامعه نمی گنجد و برخی دیگر تغییرات که به آنها اشاره شد و نیز با اتخاذ رویکردی منعطف و نامداخله گرایانه، با افزایش شکاف بین مرحله ثبوت و اثبات به مدد تقویت و به کمال رسانیدن راهبردی فقهی(مسئله بزه پوشی درجرائم منافی عفت) از گذر وضع ماده ۱۰۲ دادرسی کیفری در عمل اصل اخلاقگرایی را با تضییق جدی مواجه نموده است و توجه خود را مصروف جرایم منافی عفتی می نماید که عناصر عینی و معقولی چون رنجش دیگران (ارتکاب در منظر مردم) یا اضرار (به عفت و اکره) و فساداخلاق عمومی (سازمان یافته) را دارا هستند.

البته تضییق محدوده اخلاقگرایی قانونی به معنای اتمام رسالت دولت در مواجهه با اعمال ضد اخلاق نیست بلکه صرفاً این رسالت کهنه از دوش حقوق کیفری سبکتر و بر سایر نهادهاست تا باسازوکارهای دیگری در پی حل مسئله باشند.

منابع و مأخذ

منابع فارسی

۱. ایروانیان، امیر، (۱۳۹۲)، نظریه عمومی سیاستگذاری جنایی، تهران، شهردانش
۲. برهانی، محسن، (۱۳۹۶)، اخلاق و حقوق کیفری، تهران، انتشارات فرهنگ و اندیشه اسلامی
۳. بیگس، برایان، (۱۳۹۳)، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه محمدراسخ، چاپ دوم، تهران، نشرنی، چاپ دوم
۴. پیک حرفه ای، شیرزاد، (۱۳۹۶)، چالشهای آزادی درکاو شهای میل و فینبرگ، فصلنامه تأملات فلسفی، سال هفتم، شماره ۱۹
۵. پیکانی، جلال، (۱۳۹۲)، از اخلاق عامیانه تا فلسفه اخلاق، مجله متافیزیک، سال پنجم، شماره ۱۶
۶. حجاریان، سعید، (۱۳۸۰)، از شاهد قدسی تا شاهد بازاری، تهران، طرح نو
۷. خالقی، علی، (۱۴۰۰)، نکته ها در آیین دادرسی کیفری، چاپ هفدهم، شهردانش
۸. خویی، ابوالقاسم، (۱۳۹۰)، مبانی تکمله المنهاج، جلد ۲، تهران، خرسندی
۹. راسخ، محمد، (۱۳۹۶)، حق و مصلحت، جلد دوم، تهران، نشرنی
۱۰. رحیمی، مصطفی، (۱۳۵۸)، حقوق و جامعه شناسی، امیرکبیر
۱۱. صناعی، پرویز، (۱۳۸۸)، حقوق و اجتماع، تهران، طرح نو
۱۲. سروش، عبدالکریم، (۱۳۸۴)، اخلاق خدایان، تهران، طرح نو
۱۳. سروش، عبدالکریم، (۱۳۹۲)، تبیین در علوم اجتماعی، تهران، نشرصراط

۱۴. شجاعی زند، علیرضا، (۱۳۸۰)، دین، جامعه و عرفی شدن، تهران، نشر مرکز
۱۵. شیدائیان، مهدی، شیدائیان، زینب، (۱۳۹۵)، رویکرد آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به جرایم منافی عفت، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد دوم، شماره ۱۰۱
۱۶. فرحبخش، مجتبی، اخلاق‌گرایی قانونی، (۱۳۹۱)، مجموعه مقالات بزرگداشت استاد ابوالقاسم گرگی، جلد دوم، انجمن آثار و مفاخر فرهنگی
۱۷. فرحبخش، مجتبی، (۱۳۹۲)، جرم انگاری فایده گرایانه، تهران، نشر میزان
۱۸. فولادوند، عزت الله، (۱۳۸۹)، خرد در سیاست، چاپ دوم، طرح نو
۱۹. کلی، جان، (۱۳۸۸)، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران، طرح نو
۲۰. محمودی جانکی، فیروز، (۱۳۸۲)، مبانی اصول و شیوه های جرم انگاری، رساله دوره دکتری، دانشگاه تهران
۲۱. محمودی جانکی، فیروز، (۱۳۸۷)، مبنای فلسفی منع حقوقی و کیفری ایراد ضربه خود، فصلنامه حقوق، سال ۳۷، شماره ۱
۲۲. موحد، محمد علی، (۱۳۸۱)، در هوای حق و عدالت، نشر کارنامه
۲۳. میرمجیدی، سپیده، غلاملو، جمشید، (۱۳۹۷)، گستره مشروعیت آزادی عمل قضایی در پرتو اصل حاکمیت قانونی، مجله مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴۸
۲۴. نوبهار، رحیم، (۱۳۸۷)، حمایت حقوق کیفری از حوزه های عمومی و خصوصی، تهران، نشر جنگل
۲۵. هارت، هربرت، (۱۳۹۸)، قانون آزادی و اخلاق، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی
۲۶. هارت، هربرت، (۱۳۹۶)، مفهوم قانونی، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی
۲۷. هلد، دیوید، (۱۳۸۹)، دموکراسی، در خرد در سیاست، ترجمه عزت الله فولادوند، تهران، طرح نو
- منابع انگلیسی

۲۸. Alexander Larry, (2000), The philosophy of criminal

law, available at: <http://papers.ssrn.com/abstract=285954>

۲۹. Alfonso, Agote, (2014) The notion of secularization: Drawing the boundaries of its contemporary scientific validity, Current Sociology Review, DOI: 10.1

۱۷۷/۰۰۱۱۳۹۲۱۴۵۳۳۳۳

۳۰. Caron, Yves, (1969), The Legal Enforcement of Moral and the so-called Hart-Devlin Controversy, Mc Gill Law Journal, No 1, Vol 15

۳۱. Feinberg, Joel, (1984), Harm to Other The Moral Limits of Criminal Law: Oxford University Press.

۳۲. Feinberg, Joel, (1988), *Harmless wrongdoing: The Moral Limits of Criminal law*, Oxford University press
۳۳. Fletcher. George p, (1989), *The Meaning of Morality*, In *Notredame Law Review*, VOL 64:805
۳۴. Gleeson, Kate, (2007), *Discipline, Punishment And The Homosexual In Law*, *Liverpool Law Review*; 28:327-347,
۳۵. Jarvis, Mark, (2005), *Conservative governments, morality and social change in affluent Britain, 1957-64* Manchester University Press
۳۶. Martin, w, mike, (1987), *Professional and ordinary: A Reply to Freedom*, in : *Ethics*, No.91, 631-633,
- Schonsheck Jonathan, (1994), *On Criminalization*, Kluwer Academic Publishers, London, ۳۷
۳۸. Stanton, John, (2006). *The Limits of Law*, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* URL=<http://plato.stanford.edu/entries/law-limits/>.

نگارنده ترجیح می‌دهد به جای استفاده از واژه جرم‌انگاری واژه «جرم‌گذاری» را کار ببندد بدین توضیح که در *criminalize* پسوند *ize* به معنای چیزی را ساختن و به وجود آوردن است لذا زمانی که صحبت از جرم‌گذاری می‌کنیم عنصر کنشی وجود دارد بدین وجه که در واقع اکتیو بودن و ایجنت بودن فاعل را (مقنن) نشان می‌دهد فاعلی که با اقتدار خویش جرمی را می‌گذارد و رسماً معرفی می‌نماید. به بیان دیگر در عبارت جرم‌انگاری، انگاشتن نقشی منفعل را برای مقنن تداعی می‌کند، لکن در عبارت جرم‌گذاری فاعل را کنشگر و فعال می‌شناسیم. لذا وقتی سخن از خالق یک قانون می‌کنیم صحیح آن است تا همانطوری که در سایر مواد و قانونگذارها از واژه قانون‌انگاری *criminalization* استفاده نمی‌کنیم! جرم‌گذاری را هم زین پس به جای جرم‌انگاری به کار بندیم. پسوند *ization* به معنای *act of making* است شامل جرایم منفی عفت توأم با رضایت است^۴

Folkly Ethic, Folkly Morality, Ordinary Morality

بسیاری از ارزشها و الگوهای رفتاری و فکری خصوصاً درنسل جوان تحت تاثیر پدیده جهانی شدن و گسترش وسایل ارتباط جمعی است و همین امر به مرور اخلاق متعارف را تحت سيطرة خود قرار می‌دهد به طوری که شاید بتوان آن را علی‌رغم فواید، دلیل انواع ابتلائات منفی دانست که گریبان اخلاق متعارف جامعه را می‌گیرد و آن را در انحاء مختلف در تقابل با مقنن قرار می‌دهد که با استقصاء از آموزه‌های دینی هنجارهای خود را در عرصه‌های گوناگون تنظیم نموده است.^۴

درعین حال این اخلاق را می‌توان در قالبهای مختلف مردم‌شناسانه، جامعه‌شناسانه و با دوربین سایر رشته‌ها آسیب‌شناسی نمود. لذا زمانیکه از عبارت اخلاق متعارف استفاده می‌شود بُعد فضیلت محور اخلاق را که اغلب ناشی از آموزه‌های قدیمی فلسفه اخلاق است، مطرح نظر نمی‌داریم بلکه اخلاق جامعه را باتمام خصائل و ابتلائات مثبت یا منفی در نظر می‌گیریم. باید خاطر نشان شد که هر گونه بی‌دقتی در حوزه تشخیص امور مربوط به قلمرو اخلاق منجر به خلط مفهومی اخلاق رایج یا متعارف با دیگر حوزه‌های همجوار یا همپوشان از جمله آداب و رسوم، مناسک شرعی، عرف و عادت و افکار عمومی خواهد شد که به نوبه خود بر دامنه ابهامات می‌افزاید.^۵

Legal Moralism

مقصود اصل ضرر و اصل رنجش نسبت به دیگری است و البته باید به غیر از این دو اصل سایر اصول جرم‌گذاری نظیر اصل پدر سالار یا آسیب به خود را نیز اضافه کرد.^۶

اخلاق گرای قانونی منصرف از سایر اقدامات غیر کیفری است که ممکن است قانون گذار در مواجهه با امور ضد اخلاقی اتخاذ کند. چنانچه رفتار های اخلاقی را حمایت نماید و جهت افزایش سطح اخلاقی جامعه به فضای آزاد به جهت فراخ نمودن عرصه های اخلاقی که مستلزم اراده آزاد است بیافزاید و از دیگر سوی و با چشم انداز های بلند مدت به افزایش آگاهی های فردی و اجتماعی بپردازد نماید.^{۱۸}

^{۱۸}Immoral

^{۱۹}Joel Feinberg

^{۲۰}Broad and Narrow Legal Moralism

شاید بتوان اصطلاح اخلاق گرای ناب و اخلاق گرای ممزوج را هم عنوان کرد مثلاً اخلاق گرای در مفهوم وسیع چند همسری را هم شامل می شود لکن باید اذعان داشت که برای توجیه آن می توان ایراد آسیب روحی به زوجه را هم مطمح نظر قرار داد چرا که به فرض هرچند شخص به طور رسمی با دیگری ازدواج کرده است ولی با این عمل همسر قبلی خود را آزرده خاطر خواهد نمود. یا قمار بازی و یا مصرف مواد مخدر و الکل اولویت توجیهی قوی تری با اصل پدر سالاری و بزرگتری کردن قانونی و جلوگیری از آسیب های ناشی از آن به شخص مرتکب آن اعمال دارد. حال آن که در معنای مضیق و مصادیقی چون زنا با محارم و یا لواط اولین چیزی که به ذهن متبادر می شود بالذاته ضد اخلاق بودن آن هاست و البته در وهله دوم هم می توان برای آن اعمال مضراتی برشمرد.^{۲۱}

^{۲۱}Moralistic Legal Paternalism

این خلط ناشی از عدم نطفن نسبت به تئوری های هنجاری اخلاق، گزاره های ناشی از آن و عنایت صرف بر اخلاق فضیلت مدار است که صرفاً جنبه صفت محور دارد در حالی که در حوزه اخلاق تجویزی روی کرد عمل محور هم وجود دارد از جمله دو روی کرد معروف وظیفه گرای و نتیجه گرای.^{۲۲}

^{۲۲}Herbert Lionel Adolphus Hart

زمانی که عقلانیت در قالب اصول حاکمیتی تجویز شود چنانچه حاکمیت های سکولار مطمح نظر دارند با زمانی که خود به عنوان عاملی عرفی شونده (عقلانی شده) در برخی جوامع و به شکلی خود جوش و آن هم به واسطه تطورات ناشی از تیزاب دنیای مدرن در میان مردم شکل می گیرد متفاوت است و این مسئله دولت های مذهبی را بیشتر می تواند مورد چالش قرار دهد چرا که جامعه در اثر تطوراتی غیر نظام مند و خارج از چارچوب های مشخص مسیری را طی نماید که در تعارض با روی کردهای تجویزی دولت در عرصه های گوناگون از جمله قانونگذاری باشد و این ایجاد چالش می کند. به قول برخی این فرایند بیش از هر چیزی جنبه ای جامعه شناسانه دارد تا سیاسی ضمن این که این فرایند واقعیتی جهان ^{۲۳}(agote, 2014, p2) شمول است و نمی توانیم بگوییم که در فلان جامعه اتفاق می افتد و در فلان جامعه اتفاق نمی افتد

^{۲۳}reason

^{۲۴}cause

^{۲۵}Legitimacy

^{۲۶}Wolfenden Committee

^{۲۷}Homosexual

^{۲۸}Prostitution

به یاد داشته باشیم که کمیته به هیچ عنوان قضاوت ارزشی در ارتباط با دو عمل مد نظرش نداشت یعنی با خروج آن ها از چتر حمایتی حقوق کیفری چنان معنایی حاصل نمی شود که آن ها دیگر اعمالی ضد اخلاق نیستند و یا دیگر امری اخلاقی شدند لکن این مسئله گفتمان در خانواده حقوق کیفری بود یعنی موضع تمایز میان گناه و جرم و رسالت حقوق جزا. به عبارتی عقب نشینی اخلاق گرای قانونی به هیچ عنوان به معنای پذیرش امور ضد اخلاق به عنوان اعمالی صحیح نیست.^{۲۹}

اغلب تُرم های اخلاق‌گرایی دارای صبغه مذهب بنیان هم هستند و مردم با این نرم های عجین بودند و طبیعتاً فرسایش آموزه های مذهبی و حاکمیت عقلانیت متعاقب پروسه مدرنیسم آموزه های لاهوتی مذهبی را در هر زمینه ای مورد چالش قرار می دهد.^{۳۰}

^{۳۱}Lord Patrick Devlin

چالشی که دولین دچار آن بود^{۳۱}

این پرسش دیگری است که اصلاً آیا می توان اخلاق را الزام کرد یا خیر (ولو آنکه جامعه هم میل به این حمایت کیفری داشته باشد) که باید با منظر دید فلسفی بر آن نگریست و بحث ما انصراف از این مسئله فلسفی است.^{۳۲}

البته رجوع بر مشاهدات و شهودات می تواند این تطورات را مورد تایید قرار دهد لکن در این باره آمار ها و خبرگزاری های مختلف نیز در خور عنایت است به طوری که مثلاً برخی از آن ها وضعیت رواج روابط نامشروع را در ایران نگران کننده ابراز کردند و یا در همین چارچوب و مسئله روابط دو جنس مخالف به نحو نامشروع در میان دانشجویان نتایج قابل تأملی آمده است و در جای دیگری طبق پژوهشی آماری اشاره می کند که هفت هزار دختر و پسر ۱۵ تا ۲۹ سال به طور تصادفی مورد سنجش واقع شدند که در قسمتی از آن پیمایش ۴۳ درصد دخترانی که رابطه دوستی با

جنس مخالف داشتند تنها با یک نفر رابطه داشتند و ۵۷ درصد بیش از یک نفر را همزمان به دوستی و رابطه برگزیده بودند که این درصد برای دختران ۷۵ درصد بوده است و تنها ۲۵ درصد با یک نفر بوده اند. بنگرید:

<https://www.asiran.com/fa/news/80837/>
<https://www.snn.ir/fa/news/295072/>
<https://www.Irinn.ir/fa/news/63408/>

۲۸

ادیان اندماجی یا اشمالی درمقابل ادیان تجزی گرا به این صورت است که در آن دین در همه اجزا و عرصه های اجتماعی حضوری پررنگ دارد اما در ادیان تجزی گرا دین در بهترین حالت و در گسترده ترین حالت خود، موقعیت نهادی را در کنار دیگر نهادهای اجتماعی و عرفی اشغال خواهد کرد لذا دین اندماجی را تسری یافته و دین تجزی گرا رادین نهادی خواندند. برنارد لوئیس هم به همین تقسیم بندی در مواجهه با اسلام و مسیحیت اشاره داشته است که تصور مسیحیان غربی در دینای مدرن و میانه چنین بوده است که دین به بخشی از حیات تعلق دارد و لذا از دیگر بخشهای حیات قابل تجزی است و آنها همین تلقی را از اسلام دارند حال آنکه اسلام^{۲۹} چنین نیست و اسلام یک دین فراگیر و همه جانبه است. (شجاعی زند، ۱۳۸۰، ص ۳۲۲-۳۴۲)

قانون اساسی در اصول اولیه بنیان حاکمیت اسلامی را بر پایه آموزه های دین مبین اسلام می داند، در بند ۱ اصل سوم ایجاد محیط مساعد برای رشد فضائل اخلاقی بر اساس ایمان و تقوی و مبارزه با کلیه مظاهر فساد و تباهی را از وظایف نظام اسلامی ایران می داند.^{۳۰}

حیایت از اخلاق رایج یا متعارف جامعه تنها از گذر ابزار های کیفری امکان پذیر نیست و ضعف اخلاق گرایی نیز به معنای عدم عنایت بر اخلاق جامعه نیست بلکه فقط نمی توان امروز آکونینی و ارسطویی، چنین پنداشت که قانون حتی با مجازات می تواند مردم را به سوی خوب بودن هدایت کند. (هریسون، ۱۳۹۲، ص ۹۵) به قول جان استیوارت میل: نیکخواهی چیزی است که بی غرض و برای این که دیگران را وادار به تأمین خیر و مصلحتشان کند وسایلی بهتر و کارآمد تر از شلاق و زنجیر در اختیار بگیرد. (میل، ۱۳۸۵، ص ۱۹۳) پلانتان شنشک هم افکار عمومی (یعنی پرورش و افکار عمومی) را نیروی قدرتمندی می داند در جامعه که متمایز از مجازات های فیزیکی قانونی است و آن را سلاحی قدرتمند می داند که از قضا اغلب از آن غفلت (یا مورد سوء استفاده واقع می شود) و زرادخانه دولت از آن استفاده نمی نماید. (Schonsheck, 1994, p58)

۳۱

چنانچه پیشتر گفته شد مواردی چون مصرف الکل یا قمار بازی را می توان با اصل پدر سالاری و انواع خوانش های آن انطباق داد.^{۳۱}

۳۲ امور منافی عفت توأم با رضایت که در محدوده اصل اخلاق گرایی قانونی می گنجد.

۳۳ به دلیل حاکمیت نظام ادله قانونی در جرایم منافی عفت حدی

ماده ۲۲۷ (ق.م.ا): «اموری از قبیل مسافرت، حبس، حیض، نفاس، بیماری مانع مقاربت یا بیماری که موجب خطر برای طرف مقابل می گردد مانند ایدز، سفلیس، زوجین را از احسان خارج می کند.»^{۳۴} می بینیم که با این توسعه مصداق به انواعی از موانع درونی و بیرونی، فضای بیشتری برای خروج از احسان فراهم نموده، به طوری که راه ایراد انواع بهانه و بهره از مسئله شبهه در حدود فراخ تر شده است؟

ماده ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰: «فاعل و مفعول لواط هر دو محکوم به حد خواهند شد و ماده ۱۱۰ نیز اذعان می داشت که حد لواط در صورت دخول قتل است و کیفیت و نوع آن در اختیار قاضی است»^{۳۵}

ماده ۱۰۱ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲: هرگاه زن و مردی که بین آن ها علقه زوجیت نباشد، مرتکب عمل منافی عفت غیر از زنا از قبیل مضاجعه و تقبیل شوند، به شلاق تا ۹۹ ضربه محکوم خواهند شد و اگر عمل با عفت یا اکراه باشد، فقط اکراه کننده تعزیر می شود.^{۳۶}

منظردوم آنچنان محدوده روابط نامشروع را موسع خواهد نمود تا خصوصاً امروز و با توجه به گسترش پیشرفتهای ارتباطات و افزایش روابط اجتماعی و تعاملی دوجنس مخالف، پای حقوق کیفری را به خیابان، تفرجگاه ها و دیگر محیط و سایر روابط شخصی افراد باز خواهد کرد.^{۳۷}

برداشت دیگری که از این ماده شده است این است که جرایم منافی عفت تعزیری فیزیکی به طور مستقیم در دادسرا و سایر موارد غیر فیزیکی طبق اصول عمومی حاکم بر تعقیب پی گرفته می شود. بنگرید بر نظریه مشورتی شماره ۷/۹۸/۴۷۷ با این وجود این تصور نمی تواند در گستره آزادی عمل قضات نادیده انگاشته شود و قطعاً با توضیحات گفته شده در متن این کشش و پتانسیل در جهت تفسیر های متساهل وجود خواهد داشت و راه را باز می گذارد.^{۳۸}

وفق این تبصره: زمانی که جرم حدی از جنس جرم تعزیری باشد مانند همین مورد یعنی زنا و روابط نامشروع کمتر از زنا مرتکب را صرفاً به مجازات جرم حدی می توان محکوم کرد. می دانیم مقصود از رابطه کمتر از زنا صرفاً محدود به روابطی از نوع فیزیکی و جسمی خفیف تر از زنا است که مطمح نظر این تبصره است نه روابط غیر جسمی که الزاماً مقدمه زنا نبوده و بلکه بیان گر یک رابطه غیرمشروع است که شاید هیچوقت به زنا هم منتهی نشود و لذا مقنن هم واقف بر این امر، از روابط نامشروع کمتر از زنا نام می برد و تفکیک جرمی به نام رابطه نامشروع غیر فیزیکی از نوع فیزیکی، این نتیجه نامعقول را به دنبال دارد که فی المثل باید اشخاص را هم به زنا و هم به جرم رابطه نامشروع محکوم کرد.^{۳۹}

نمونه این تنافر با ماده ۱۰۲ جایی است که مقنن یکی از موارد جواز تعقیب این جرایم را از حالت جرم مشهود به ارتکاب در «منظر و مرئی عام» تغییر می دهد. بدیهی است که اگر مصداق جرم رابطه نامشروع را فراتر از روابط فیزیکی بدانیم اختیارات وسیعی را تجویز نمودیم تا دو جنس

مخالف را که فی المثل در رستوران نشسته اند و یا چند جوان راکه به وجهی غیرشرعی در حال گپ و گفت هستند و احیاناً وضعیتشان جملگی بیانگر

عدم علقه ای مشروع میانشان باشد، به بهانه اینکه چنین رابطه نامشروعی به وضوح در منظر و مرئی عام است، مورد پیگرد قرار دهد. که این امر به هیچ عنوان با نظر مقنن فعلی که بیانگر عدم تمایل به مداخله رسمی ولو در حالت جرم مشهود است، تلائم و همخوانی ندارد. لذاست که این اقدام مقنن را می توان یکی دیگر از مظاهر قبض محدود جرمگذاری در این حوزه دانست.^{۴۲}

مطابق این تبصره جرایم علیه عفت عمومی به غیر از جرایم مذکور در مواد ۶۳۹ و ۶۴۰ قابل تعلیق شمرده شدند.^{۴۳}
(تبصره ماده ۳۳۳ آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸)^{۴۴}

نظریه شماره ۷/۹۷/۱۸۵۵ (۱۳۹۷/۱۲/۰۱): «چهار شرط وقوع جرم در مرئی و منظر عام، دارا بودن شاکی، به عنف و سازمان یافته بودن، مستقل و در معرض یکدیگر، مجوز تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت موضوع ماده ۱۰۲ است و منظور از عبارت جرم در مرئی و منظر عام در این ماده، این است که جرم منافی عفت به نحوی ارتکاب یابد که مورد مشاهده عموم افراد قرارگیرد و این شرط متفاوت از مصادیق جرم مشهود و از جمله تحقق در منظر ضابطان موضوع بند الف ماده ۴۵ است، بنابراین تحقق جرم منافی عفت در مرئی و منظر ضابطان دادگستری بی آنکه در معرض مشاهده عموم باشد و یا اعلام شهروندان مبنی بر وقوع، مجوزی برای تعقیب و تحقیق نیست.^{۴۵}

در عین حال مقنن ارتکاب جرم منافی عفت در محیط علنی را هم کافی به مقصود ندانسته چراکه محیط علنی اعم از این است که در منظر مرئی عام واقع شود و یا مکانی مُعد برای عبور باشد ولو کسی در آن لحظه آنجا نباشد.^{۴۶} لذا اگر جرایم مذکور به فرض یک عمل مضاجعه در محیطی انجام شود که در معرض دید عموم نیست بلکه ضابطان این امر را رصد کرده و به سروقت مرتکبان بروند، فاقد مجوزی برای پرسش از آنها هستند.^{۴۷}

Directly

مطابق تعریف بزه دیده: «شخصی است که به دنبال روی داد یک جرم به آسیب بدنی، روانی، درد و رنج عاطفی، زیان مالی یا آسیب اساسی به حقوق بنیادی خود دچار شده باشد» البته فردی و گروهی بودن نیز تفاوتی در این تعریف ایجاد نمی کند همینطور است شخص حقیقی یا حقوقی بودن. (رایجیان، ۱۳۹۰، ص ۱۸) لذا از تعریف قانونی بزه دیده حوزه ای محدود و مستقیم بر می آید و اگر از آن پا فراتر نهمیم به دامنه ای خارج از حقوق جزا ورود کرده ایم، برای نمونه حوزه دانش جرم شناسی مانند آسیب دیدگان غیر مستقیم جرم از جمله سایر اعضای خانواده.^{۴۸} برخی با استظهار منابع فقهی بحث قذف را در امکان شاکی شدن در جرایم منافی عفت مطرح می کنند و معتقدند که اگر شکایت در اعمال منافی عفت را مصداق قذف بدانیم چنانچه در مورد شکایت شوهر از زنش در برخی فتاوی بیان شده است شخص شکایت کننده باید مدارک اثباتی خود را مانند چهار شاهد ارائه نماید در غیر این صورت حد قذف می خورد و در دیگر سوی بحث لعان مطرح می شود بدین وجه که اگر شوهری از همسر خود به اتهام زنا شکایت نماید و قذف محسوب شود و دارای شرایطی باشد که فقها گفته اند بحث لعان پیش می آید بدین وجه که علم یا اطمینان مرد به زنا و نداشتن بیبه و زوجه دائمی بودن مقذوفه و با شرایط مصرح فقهی یکدیگر را لعنت و برای همیشه به یکدیگر حرام می شوند و هیچیک حد نمی خورند و این روش خاص راه کار شرعی چنین شکایتی است که در قانون مدنی در مواد ۸۸۳، ۸۸۲ و ۱۰۵۲ به آن اشاره هم شده است این همان شیوه ایست که برخی بر مبنای آن چنین فتوا داده اند برای نمونه در پاسخ به استفتایی آیت الله مکارم شیرازی چنین گفته اند که در این نوع جرایم محکمه با شکایت افراد ملزم به رسیدگی نیست و اگر شوهر چنین نسبتی بدهد، احکام خاص لعان را دارد. (شعبی، ۱۳۹۵، ص ۸۵۸۶) البته قواعد لعان در فقه می تواند گواهی بر عدم امکان طرح دعوی عمل منافی عفت توسط شوهر باشد اما ضمن این که این مراسم در دنیای حاضر مرسوم نیست دایره بسیار محدودی هم دارد و استدلال چندان مناسبی در این راستا نیست چرا که اولاً محدود به شوهر نه زوجه است دوماً فقط مربوط به عمل زنا است و اغلب شکایات در این حوزه مربوط به روابط نامشروعی است که مادون زنا هستند و سوماً مسئله امکان طرح شکایت توسط پدر یا برادر را شامل نمی شود.^{۴۹}

در مفهوم کلی مفهوم بزه دیده هم شامل بزه دیدگان مستقیم و هم بزه دیدگان غیر مستقیم می شود لذا این واژه نه تنها خود بزه دیده بلکه خانواده بی واسطه یا بستگان وی را نیز شامل می شود و همچنین کسانی را که در جریان کمک به یک بزه دیدگان مصیبت دیده دچار حادثه می شوند نیز اطلاق می شود. (رایجیان، ۱۳۹۰، ص ۲۰) این مسئله در حقوق کیفری ما هم به خوبی مشهود است مانند مواردی که به انحاء مختلف از عباراتی نظیر فرد توقیف شده، مجنی علیه، مصدوم و ... استفاده می کند اما در مورد بزه دیدگان غیر مستقیم زمانی به طور قانونی دارای حق، مطرح شده اند که در غیاب بزه دیده اصلی بوده و یا در زمانی که بزه دیده اصلی فاقد شرایط قانونی و اهلیت است. برای نمونه زمانی که صحبت از اولیا دم یا صاحبان خون می شود. فلذا نمی توان فردی را که بزه دیده جنایتی شده و زنده مانده و البته دچار وصف محجوریت هم نیست، به فرض مثال پدرش را شاکی و به عنوان ذی سمت در پرونده شناخت. البته شاید بتوان گفت در ارتباط با جرایم منافی عفت نظیر رابطه نامشروع با رضایت قضیه متفاوت است و این امر به عرف و رویه قضایی واگذار می شود که البته این امر بهتر است تعیین تکلیف شود از طرف قانونگذار. حال و به فرض مثال زنی مجرد را در نظر بیاوریم که چهل و پنج سال دارد و مدتی است با همکار خود رابطه نامشروعی را

ترتیب داده، حال پدر ایشان در قید حیات هستند و به عنوان شاکی به راه افتاده و شکایت خود را به دادسرا تقدیم نماید! این امر برای زوج و زوجه به دلیل عنصر رنجش و خیانت می‌تواند قابل توجه باشد اما برای سایر اعضای خانواده خصوصاً در مصادیقی مانند مورد گفته شده (خانم چهل و پنج ساله) کمی دشوار به نظر می‌رسد. اینکه بزهدیدگان غیر مستقیم بتوانند با اطلاق عنوان بزه دیده در ماده ۱۰ شاکی محسوب شوند نیازمند تعیین تکلیف قانونگذار است و گرنه با این تفسیر در سایر جرایم هم، چنان حقی را باید به بزه دیدگان غیر مستقیم بدهد. مانند آنکه فحشی به دختری عاقل و بالغ داده شود که متوجه شخص وی باشد، در اینجا با این استدلال پدر هم آزرده و بزه دیده شده است و می‌تواند شاکی باشد حال آنکه در این جرم توهین، خود دختر است که می‌تواند شاکی و یا از آن گذشت نماید. ایراد دیگر اینکه پدر چه وصفی دارد که در مادر یا برادر نیست؟ در همان مثال دختر مجرد چهل و پنج ساله به فرضی که با دایی خود زندگی می‌کند و پدری ندارد چگونه؟ دایی او می‌تواند شاکی باشد؟! و به علاوه این نگاه ما بیش از حد نگاهی مرد سالارانه است که در عقول متعارف امروز جایگاه مستحکمی ندارد ولو آنکه با توسل به عبارات و ادله شرعی نظیر انت مالک لایبک در باب حق پدر بخواهیم به هر حال وی را شاکی تلقی نماییم. به نظر می‌رسد مسئله خاص بودن بزه رابطه نامشروع توام با رضایت است که آن را به حالتی خاص تبدیل کرده است و باید بدانیم که هر گونه توسیع محدوده شاکی به بزهدیدگان غیر مستقیم نتایجی را بار می‌کند که نمی‌توانیم از تعمیم‌های ناروای آن و دیگر اشکالات حقوقی یا غیر حقوقی ناشی از آن گریزی داشته باشیم. از این روست که اگر نگوییم قانونگذار تعمداً باب این تفاسیر را در رویه قضایی باز گذارده است و آن را به گستره آزادی عمل قضات واگذار کرده است، لازم است تا برای آن چاره ای کنه؟ در قانون مجازات عمومی سابق مقنن صراحتاً و دلیل آسیمی که به زوجین در این مواقع وارد می‌آمد چنین حقی را قائل شده بود. به طوری که شاید بتوان این حمایت را ناشی از رنجش همسر نسبت به خیانت دانست و به نوعی از اصل اخلاق‌گرایی قانونی نیز منصرف دانست. ماده ۲۱۲ قانون مجازات عمومی سابق اذعان می‌داشت: کسانی که عالماً مرتکب یکی از اعمال زیر شوند به حبس جنحه ای از شش ماه تا سه سال محکوم خواهند شد:

- ۱: هر زن شوهر داری که با مردی رابطه نامشروع داشته باشد
- ۲: هر مرد زن داری که با زنی رابطه نامشروع داشته باشد.
- ۳: هر مردی که با زن شوهر داری رابطه نامشروع داشته باشد.
- ۴: هر زنی که در قید زوجیت یا عده دیگری است مزاجت نماید.
- ۵: هر مردی که زن شوهر دار یا زنی را که در عده دیگری است ازدواج نماید.
- ۶: هر عاقدی که زن شوهر دار یا زنی را که در عده دیگری است برای مردی تزویج کند

۵۰

در نمونه‌هایی، قاضی شوهر را نسبت به همسر در جرایم منافی عفت شاکی <http://www.tabnak.ir/fa/news/941980> ندانسته است. ر.ک.^{۵۱}

لذا در مقام توصیف می‌توان گفت، در رویه قضایی هم ممکن است بعضاً به عنوان یکی از ابزارها جهت توان‌گیری و کاستن شدت مداخلات در روابط شخصی افراد کار بست شود و برای وی این زمینه را فراهم نماید تا دادرسی در مقام پاسخ‌شدهای اخلاقی خویش به گونه‌ای تفسیر نمایند که حریم خصوصی افراد به عنوان ارزشی اخلاقی و بنیادی در ترازش با رابطه نامشروعی احتمالی و لزوم کیفر آن، در مقام رفیع‌تری باشد ارتکاب تجاوز به حریم دیگری و به طریق اولی به عفت دیگری مصداق اجلی اصل ضرر است و ارتکاب به شکلی سازمان یافته نیز بیان‌گر تزویج فساد و بی‌اخلاقیست که نتیجه و عواقب آن فراتر از رضایت طرفین است.^{۵۲}