

ارزیابی کاهش مداخله قضایی در جرائم منافی عفت با تأکید بر ماده (۱۰۲) قانون آیین دادرسی کیفری

سجاد دانش‌آرا* و حسین آقابابایی**

نوع مقاله: پژوهشی	تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۲۹	تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۸	شماره صفحه: ۳۹۵-۴۲۰
-------------------	--------------------------	-------------------------	---------------------

نحوه واکنش در برابر جرائم جنسی از این جهت مهم است که از یک طرف، مستقیم با یکی از پنج مقصد از مقاصد شریعت اسلام یعنی حفاظت از نسل اصطکاک دارد و از طرف دیگر، حسب ظاهر، اصل بر سختگیری در اثبات آن است. قانونگذار در ماده (۱۰۲) از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ که متکفل گونه‌انگاری مواجهه سیستم عدالت کیفری با جرائم جنسی است، با نگاه ظاهری به موازین فقهی، به تقریر مواضع پرداخته است؛ غافل از آنکه این مقرر، اولاً، تحقیقات در برخی از جرائم جنسی را ممنوع اعلام کرده در حالی که شرعاً باید مورد رسیدگی واقع شوند؛ ثانیاً، چنانچه مبانی شروع به تحقیق در جرائم مزبور، اصل ضرر (و نه پدرسالاری قانونی) باشد، اساساً مشخص نیست چرا ادله اثبات باید موضوعیت داشته باشد. افزون بر این، چنانچه انتشار یا توزیع لحظات پورن با فیلم یا عکس به نحو وسیع صورت پذیرد، در حالی که خود جرم جنسی به هیچ‌یک از طرق مذکور در ماده فوق واقع نشده باشد، واضح نیست بازیگران جرم اخیر که ممکن است روسپیان حرفه‌ای باشند، چه سرنوشتی خواهند داشت؟! این جستار کوشیده است تا با روش تحلیلی به مسائل فوق بپردازد و سیاست جنایی‌ای که قانونگذار در پی آن است را نمایان سازد. در این راستا به نظر، قانونگذار زناي مطاوعی (غیر: سازمان‌یافته، به عنف، مرئی و منظر عام و وجود شاکی) را تحت هیچ شرایطی قابل رسیدگی ندانسته، حال آنکه اجلی مصداق مخاطب آیه ۳ سوره نور همین نوع از زنا است.

کلیدواژه‌ها: سیاست جنایی؛ جرائم جنسی؛ مبانی جرم‌انگاری؛ ضرر

* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان (نویسنده مسئول)؛
Email: sajadroostaci69@gmail.com

** دانشیار دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان؛
Email: aghababaci@guilan.ac.ir

فصلنامه مجلس و راهبرد، سال سی و یکم، شماره یکصد و نوزدهم، پاییز ۱۴۰۳

doi:10.22034/mr.2023.5579.5298

مقدمه

جرائم منافی عفت با مصادیقی که در تبصره ماده (۳۰۶) از قانون آیین دادرسی کیفری مطرح شده، از جمله مهم‌ترین جرائمی هستند که بنیان خانواده را نشانه رفته و فساد اخلاقی را در جامعه ترویج می‌کنند. از این رو، شارع اسلامی مجازات‌های متنوعی را در واکنش به این جرم پیش‌بینی کرده است که کیفر رجم از مهم‌ترین آنهاست. عظمت نمادینی که در جرائم مذکور به کیفر رجم ختم می‌شود، در موازنه ادله اثبات آن در عمل اجرای حد را تعلیق به محال کرده است. در توجیه این نوع سیاست جنایی که در آثار متعدد لاتعد و لاتحصی که آراسته به زیور طبع شده‌اند، گفته شده که قانونگذار اسلامی و به تبع آن مقنن قانون، اصل بزه‌پوشی به تبع عدم اشاعه فحشاء را با عدم رسیدگی قضایی به آن مدنظر قرار داده است.

در این راستا، نمی‌توان نادیده انگاشت که گذار از حقوق کیفری سنتی با کارناوال‌های نظام کیفردهی مرگ، به حقوق کیفری مدرن با ظهور تجددخواهان به‌عنوان مظهر تمدن جدید، گریز و گذیری از پذیرش تحولات در نحوه کیفرگزینی و کیفرگذاری را باقی نگذاشته است. اما با توجه به تأثیر مستقیم شرع بر حقوق کیفری ایران، سیر تحولات پیش‌گفته با تکلف افزون‌تری در حال حرکت است. این در حالی است که برخی گذاره‌های شرعی به‌ظاهر لایتغیر بوده و پیشینه‌ای قوی نیز از آن حمایت می‌کند. اما در هر حال، تأثیر غیرقابل کتمان است (دانش‌آرا و کاظمی، ۱۴۰۱: ۱۸۴-۱۸۳).

همان‌طور که گفته شد، داشته‌ها و انباشته‌های شرعی حکایت از سختگیری در اثبات جرائم جنسی دارند، اما قبل از هر چیز باید علل این سیاست بررسی و پیگیری شود و این موضوع که آیا این سختگیری مطلق است یا در بسیاری از موارد نباید کاربرد داشته باشد (مانند جرم جنسی‌ای که تلازم با تضرر بزه‌دیده دارد)؟ زیرا، اثبات این جرم ممکن است مجازات‌های سنگینی چون کیفر مرگ را در پی داشته باشد

و از طرفی به آزادی مرتکبی انجامد که شرعاً و آن گونه که مقنن ادعای آن را دارد اجرای حد بر وی واجب است. شاید آبشخور این بحث در آن است که به هر حال، کشورهای اسلامی نیز لاجرم در دهکده جهانی قرار داشته و آزادی در عمل - ناشی از تفکرات لیبرالیستی - تا جایی که به حقوق دیگران صدمه‌ای وارد نکند را قبول کرده‌اند. بدین ترتیب که، تأسیسات غیرمسبوق به سابقه‌ای همچون سازمان یافتگی در ارتکاب جرائم جنسی یا داشتن شاکی خصوصی، در قانون آیین دادرسی کیفری شرط تعقیب اعلام شده است. از این رو، منشأ بحث هر چه که باشد، به نظر می‌رسد قابل توجیه نیست که قانونگذار گونه مواجهه خود را به نحوی تغییر دهد که صرف نظر از تشویش در عبارات مورد استخدام، دوئیت در رفتار مجریان قانون را موجب شود. پژوهش‌هایی که در زمینه جرائم جنسی نگاشته شده‌اند عموماً به بررسی الگوهای افتراقی پیشگیری از آنها (به‌طور مثال الهی، حیدری و شکرچی زاده ۱۴۰۰: ۳۹؛ محمدی جورکویه، ۱۳۹۵: ۱۳۵)، دادرسی افتراقی در جرائم جنسی (رستمی و قربان‌پور، ۱۳۹۹: ۱۳۵)، ادله اثبات جرم مذکور (شاه‌ملک‌پور و حیدری، ۱۳۹۸: ۱۳۹؛ پهلوان، آقایی بجستانی و حقیقت، ۱۴۰۰: ۱۳۹؛ اسپانلو، گلدوزیان و کلانتری، ۱۳۹۹: ۳)، ماهیت ارکان و مبانی آن (ساریخانی، ۱۳۹۶: ۸۱؛ ساریخانی، حاجی ده‌آبادی و قبادیان، ۱۴۰۱: ۷۰؛ پاک‌نژاد، سبحانی و شاه‌ملک‌پور، ۱۴۰۰: ۳؛ جعفری، ۱۳۹۴: ۱۱۳) معطوف بوده و در بحث سیاست جنایی به شیوه مطروحه در این جستار مسکوت هستند. البته، شاید علت گسترده‌گی مباحث مطروحه در این زمینه را بتوان در پهناوری مفاهیم و سختگیری در ادله اثبات پایش کرد. موضوعیت بیش از حد به بحث بزه‌پوشی، تعبیه پیش‌شرط‌های شروع به رسیدگی و نادیده انگاشتن ضرر بزه‌دیده، در مصادیقی که برمبنای اصل ضرر جرم‌انگاری شده‌اند و اجرای کیفی‌های جانکاه از رهگذر ادله اثبات غیرمتداول، چنان پارادوکسی ایجاد کرده که نه تنها پژوهشگران بلکه مقنن نیز در آن

گرفتار شده، به نحوی که اصل جرم و رسیدگی به مصادیق مهمی از آن، همان گونه که در مباحث آتی خواهد آمد، پس از سال ها که قانون آیین دادرسی کیفری تصویب شده و به اجرا درآمده، به فراموشی مطلق سپرده شده است.

اهمیت و به تبع آن ضرورت بحث پیش رو آنجا روشن می شود که رویکرد برخاسته از فهم معیوب مقنن از متون فقهی و درعین حال وجدان های جمعی جامعه شناسانده شود و مورد پیشنهاد اصلاح قرار گیرد تا از شکل گیری مقرره ای متروک یا مصوبه ای غیرهمسو با ملهمات فقهی ای که حتی قانون ایران اعتبار خود را از آن می گیرد، جلوگیری شود.

بنا به مراتب فوق، نوشتار حاضر، ابتدا به بازخوانی مختصر قرائت قالب از ماده (۱۰۲) قانون آیین دادرسی کیفری می پردازد و سپس با منظور داشتن این فرضیه که در قابل رسیدگی بودن یا نبودن جرائم جنسی در حقوق ایران، هیچ چیز جز ضرر یا توافق طرفین مدنظر قانونگذار نبوده و عفت و اخلاق عمومی در ورود پرونده های مربوط به جرائم جنسی به دستگاه عدالت کیفری بی تأثیر است، به انتقاد به موضع مقنن می پردازد و سرانجام پیشنهاد لازم را ارائه می کند.

۱. خوانشی قانونی از ماده (۱۰۲) قانون آیین دادرسی کیفری

ماده (۱۰۲) از قانون آیین دادرسی کیفری در مبحث اول از فصل چهارم مربوط به وظایف و اختیارات بازپرس و حدود آن درج شده است. ماده مذکور اصل را بر عدم جواز هرگونه تعقیب و تحقیق در جرائم منافی عفت قرار داده که همین امر سبب می شود چنانچه به هر نحو، در جواز تحقیق و تعقیب به کیفیتی که در آینده مورد بحث قرار می گیرد تردید نشود، گریزی جز بازگشت به اصل فوق الذکر نباشد. همچنین مطابق با ماده (۳۰۶) از قانون فوق به جرائم منافی عفت به طور مستقیم در دادگاه صالح رسیدگی می شود.

با عنایت به بند فوق، در این مقام جای طرح این اشکال است که ماده (۱۰۲) در فصل وظایف و اختیارات بازپرس درج شده و مخاطب آن مقام تحقیق مستقر در دادسراست و لذا در خصوص مقام قضایی مستقر در دادگاه که حسب ماده (۳۰۶) به رسیدگی جرائم منافی عفت مکلف است، دلالتی ندارد. پاسخ مشخص است که حسب صراحت ماده (۳۴۱) قانون آیین دادرسی کیفری «در مواردی که پرونده به‌طور مستقیم در دادگاه مطرح می‌گردد تحقیقات مقدماتی در دادگاه باید طبق مقررات مربوط صورت گیرد». نیک پیداست که منظور از عبارت «مقررات مربوط»، تحقیقات مقدماتی در دادسراست. بنابراین، چنانچه مخاطب ماده (۱۰۲) تنها بازپرس باشد، ذیل ماده (۳۴۱) به‌عنوان ماده مؤخر و دلیل حاکم توسعه‌دهنده^۱ بر ماده مذکور حکومت دارد. نظر شماره ۷/۹۷/۴۵۵ مورخ ۱۳۹۶/۲/۲۷ صادره از اداره حقوقی قوه قضائیه نیز مؤید همین استدلال است.

نکته مهمی که درباره ماده (۱۰۲) وجود دارد آن است که قانونگذار مرحله مستقلی را برای ورود جرائم منافی عفت به مرحله تحقیق و تعقیب در نظر گرفته و اضافه کرده و آن مرحله عبارت است: از رخ دادن جرم منافی عفت در مرئی و منظر عام، داشتن شاکی، به‌عنف یا سازمان‌یافته بودن. بدیهی است ادله اثبات از جمله اقرار و شهادت شهود و علم قاضی فرع بر مرحله مذکور است. تا مادامی که رفتار جنسی (در مفهوم مورد نظر در این مقال) از یکی از مجاری فوق عبور نکند، بحث از ادله اثبات، سالبه‌ای خواهد بود به انتفاء موضوع و محمول!^۲ به عبارت دیگر، ماده

۱. اصطلاح حکومت در اصول فقه بدان معناست که یکی از دو دلیل (دلیل حاکم)، دایره شمول دلیل دیگر (دلیل محکوم) را ضیق می‌نماید یا توسعه می‌دهد، تصرفاً در موضوع یا محمول. در اینجا، بنابر این نظر که ماده (۱۰۲) مذکور منحصراً شامل بازپرس است و مقام قضایی مستقر در دادگاه را شامل نمی‌شود، بنا به دلیل مذکور حسب ذیل ماده (۳۴۱) هم صنف مرجع رسیدگی‌کننده (دادگاه کیفری) گسترده شد و هم مقام قضایی رسیدگی‌کننده شامل قاضی دادگاه شد.

۲. در این استدلال، ادله اثبات به‌عنوان حکم، تنزیلاً قرار داده شد به‌منزله سالبه‌ای که موضوع آن مجاری چهارگانه مذکور در ماده (۱۰۲) است. رابطه حکم و موضوع نیز چنانکه استدلال آن در جای خود آمده است، رابطه علت و

فوق حاوی یک اصل است و دو استثنا، که استثنای دوم اصطیادی از استثنای قبل از خود و تخصیصی از مستثنی منه مقدر است. توضیح آنکه؛ اصل بر ممنوعیت تحقیق و تعقیب در جرائم منافی عفت است. تخصیص اول وقوع جرم در مرئی و منظر عام، وجود شاکی، به عنف یا سازمان یافته بودن طریق ارتکاب است و تخصیص دوم، تحدید تعقیب و تحقیق به محدوده شکایت یا اوضاع و احوال مشهود از طریق تضییق اختیار مطلق تمسک به ادله اثبات جرم موصوف خواهد بود. بدین ترتیب، اینکه گفته شود چون در تبصره اول و دوم ماده (۱۰۲) در خصوص ادله اثبات احکامی بیان شده، پس اگر «شاکی وجود نداشته باشد و متهم بدو قصد اقرار داشته باشد قاضی وی را توصیه به پوشاندن جرم و عدم اقرار می‌نماید» به معنای آن خواهد بود که به عبور از مجاری چهارگانه فوق نیازی نیست، اساساً غیرمستند و برخلاف ماده مذکور است؛ زیرا اولاً گفته شد که قانونگذار به عنوان اولین تخصیص بعد از ذکر اصل، مجاری چهارگانه فوق را بر شمرده و این موارد مقدم بر ادله اثبات هستند. هر چند، بر فرض محال که مؤخر بر آن باشند تفاوت چندانی در اصل موضوع نخواهد داشت. ثانیاً اساساً صرف نظر و انصراف از استثنای مذکور نیازمند تصریح است که این تصریح یا حتی تلویح در هیچ یک از قوانین شکلی یا ماهوی وجود ندارد. بدین ترتیب، از هر سو یا با هر استدلالی که به ماده فوق نگریسته شود، عبور رفتار غیرمتعارف جنسی از یکی از مجاری فوق برای وجود قابلیت تحقیق یا تعقیب ضروری است. در غیر این صورت، موضوع مطروحه قابل تحقیق و تعقیب نخواهد بود.

البته، این نحوه از واکنش، با موضع موسع تری از سوی مقنن کیفری مسبوق به سابقه است. در تبصره ماده (۴۳) از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب

معلول است. بنابراین، رابطه مجاری چهارگانه و ادله اثبات نیز رابطه‌ای علت و معلولی فرض شده و تا زمانی که پرونده رابطه جنسی از یکی از مجاری فوق عبور نکند، اثبات آن قانوناً منتفی خواهد بود.

در امور کیفری مصوب سال ۱۳۷۸ آورده شده بود: «تحقیق در جرائم منافی عفت ممنوع است مگر در مواردی که جرم مشهود باشد و یا دارای شاکی خصوصی بوده که در مورد اخیر توسط قاضی دادگاه انجام می‌گیرد».

با عنایت به ماده فوق، مشهود است که دایره تعقیب و تحقیق جرم منافی عفت در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ بسیار مضیق‌تر است؛ زیرا وفق ماده فوق، مقام قضایی مجوز تحقیق را در حالتی دارد که جرم مشهود باشد اما در قانون اخیرالذکر چنین مجوزی تنها در جرم منافی عفتی داده شده که در مرئی و منظر عام رخ داده باشد. بدیهی است دامنه جرم مشهود آن‌گونه که در ماده (۲۱) قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب سال ۱۳۷۸ ذکر شده، گسترده‌تر از جرمی است که در مرئی و منظر عام رخ دهد (جهت ملاحظه نظر موافق نک. شیدائیان و شیدائیان، ۱۳۹۷: ۱۲۷). مرئی و منظر عام نیز به اعتبار افراد است و نه مکان؛ به عبارت دیگر ممکن است جرم در محل و معبر عمومی رخ دهد اما آن زمان هیچ فردی در آن مکان حضور نداشته باشد یا برعکس جرم در محضر تعداد زیادی از افراد رخ دهد اما مکان و محل عمومی نباشد. در هر دو مثال، مقوم عبارت «مرئی و منظر عام» تعداد افراد مشاهده‌کننده جرم منافی عفت است؛ زیرا منظور «مشخص بودن» و «دیدن» است که این دو مورد از سنخ ملکه‌ای^۱ است که تنها در انسان یافت می‌شود و انسان نیز زمانی متصف به صفت دیدن و رؤیت است که ببیند. صرف نظر از اینکه مکان معمولاً مهبای حضور عمومی باشد یا خیر. در نتیجه، اگر جرم در مکانی که عمومی باشد رخ دهد و هیچ‌کس اتفاقاً در آنجا حضور نداشته باشد، صدق مرئی و منظر عام را ندارد (در تأیید این نظر نک. نظریه شماره ۷/۹۷/۴۴۲ اداره حقوقی قوه

۱. ملکه در اصول فقه به تبع فلسفه، به معنای امری است وجودی که بر یک موضوع که شأنیت آن را دارد عارض می‌شود. مثلاً بینایی برای انسان. عدم ملکه نیز در معنای مقابل است مانند کوری نسبت به درخت از آن جهت که اجسام شأنیت بینایی ندارد.

قضائیه به تاریخ ۱۳۹۷/۳/۱۲ و جهت ملاحظه نظر مخالف نک. خالقی، ۱۳۹۵: ۱۴۹).

قانونگذار در ماده (۱۰۲) از قانون آیین دادرسی کیفری به نحوی به شاکی و شکایت وی اهمیت داده است که برخی پنداشته‌اند جرائم منافی عفت قابل گذشت محسوب می‌شود (شیدائیان و شیدائیان، ۱۳۹۷: ۱۲۵). البته این برداشت با توجه به موضوعیت و محوریت که شکایت شاکی در این جرائم دارد نه تنها گزاف نیست بلکه مرجح نیز دارد. از جمله آنکه، این جرائم به صرف داشتن بزه دیده قابل رسیدگی نیستند یا اینکه دادستان در همه مصادیق آن نمی‌تواند رأساً شروع به تعقیب کند. همچنین، به عنوان مؤید قابل گذشت بودن جرائم مذکور می‌توان گفت؛ قانونگذار در ماده (۱۲) قانون آیین دادرسی کیفری اعلام داشته: تعقیب متهم در جرائم قابل گذشت تنها با شکایت شاکی آغاز می‌شود. حال موردی را فرض کنید که بزه دیده محجور است و جرم جنسی به عنف، سازمان یافته یا در مرئی و منظر عام رخ نداده باشد، آیا پرونده ارتکاب جرم جنسی بدون شکایت شاکی خصوصی اساساً قابل تشکیل است؟ پاسخ به این پرسش امری جز قابل گذشت بودن جرائم فوق را به اثبات می‌رساند؟ در پاسخ به این پرسش، ممکن است دو گونه پاسخ مطرح شود؛ اول آنکه، اصل بر غیرقابل گذشت بودن جرائم است و قابل گذشت بودن به تصریح مقنن نیاز دارد. جرائم منافی عفت در ماده (۱۰۴) قانون مجازات اسلامی و ماده (۱۱) از قانون کاهش حبس تعزیری قید نشده‌اند، بنابراین، غیرقابل گذشت به حساب می‌آیند. چنانچه مورد اول پذیرفته نشود، پاسخ دوم آن است که برخی از جرائم مانند سرقت حدی وجود دارد که شرط تعقیب و تحقیق در آنها، شکایت شاکی است، اما شاکی منحصراً تا پیش از اثبات سرقت حق اعلام رضایت دارد (بند «د» ماده (۲۶۸) قانون مجازات اسلامی) و بعد از آن جنبه عمومی جرم غلبه کرده و رضایت شاکی مؤثر نخواهد بود (بند «ذ» از ماده اخیرالذکر) و حد با تجمیع همه شرایط اجرا می‌شود. جرائم منافی عفت هم

ارزیابی کاهش مداخله قضایی در جرائم منافی عفت با تأکید بر ماده (۱۰۲) ... _____ ۴۰۳

همین طور است؛ شکایت شاکی شرط مقدم شروع به تعقیب و تحقیق است و پس از آن هیچ تأثیری ندارد.

این گونه پاسخ‌ها اگرچه به ظاهر مستدل به نظر می‌رسند، اما انگاره‌هایی سطحی هستند زیرا؛ مقوم اصل موصوف به غیر قابل گذشت بودن جرائم، شماره‌های مواد اعلامی از سوی مقنن نیست، بلکه همان طور که در تبصره ماده (۱۲) از قانون آیین دادرسی کیفری اعلام شده: «تعیین جرائم قابل گذشت به موجب قانون است» و نه به موجب شماره‌های اعلامی مقنن. آری، یکی از راه‌های مشخص کردن جرائم قابل گذشت می‌تواند تصریح به شماره مواد باشد؛ اما ممکن است قانونگذار بنا به مصالحی که خالی از مسامحه نیز نیست، به اعطای ضابطه نیز اکتفا کند. مادامی که قانونگذار در یک ماده تعقیب و تحقیق را منوط به شکایت شاکی می‌کند (ماده ۱۰۲) و در ماده‌ای دیگر اعلام می‌دارد جرائم قابل گذشت فقط با شکایت شاکی آغاز می‌شود (ماده ۱۲)، در تدارک اثبات حالتی غیر از تغلیب جنبه عمومی جرم بر جنبه خصوصی آن، بنا بر دلالت ملازمه است و این یعنی همان جرم قابل گذشت. در تأیید این نظر، اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۱۵۴۲/۹۵/۷ در تاریخ ۱۳۹۵/۷/۳ اعلام کرده: «چنانچه تعقیب جرم منافی عفت با شکایت شاکی شروع شده باشد، با گذشت وی ادامه تعقیب و تحقیق جایز نیست». از سوی دیگر، وجود حالت بینابینی که فوقاً مرئسم شد (شکایت شاکی منحصراً علت محدثه تحقیق و تعقیب است و علت مبقیه ادامه تحقیق و تعقیب نیست) نیازمند دلیل است که در سرقت حدی این دلیل تصریحاً بیان شده است. بنابراین، یکی از موارد تعقیب و تحقیق در جرائم منافی عفت منوط به شکایت شاکی است که بنا به مفهوم ماده (۱۲) قابل گذشت محسوب می‌شود. بدیهی است، نظر فوق به مواردی مربوط است که جرم منافی عفت سازمان یافته، به عنف یا در مرئی و منظر عام نباشد.

بنا به مراتب فوق، بحث از رضایت شاکی پس از اعلام شکایت و در اثنای رسیدگی،

دور از ذهن نیست. در واقع، شکایت و رضایت دو روی یک سکه هستند و به مجرد اینکه مشخص شود جرمی تعقیب نمی‌شود مگر با شکایت شاکی، به تبع رضایت وی نیز در ادامه تعقیب مؤثر خواهد بود.^۱

حسب ماده (۱۰) قانون آیین دادرسی کیفری شاکی فردی است که از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان می‌شود و تعقیب مرتکب را نیز درخواست می‌کند. در مانحن‌فیه نیز شاکی شخصی است که نسبت به او عمل منافی عفت ارتکاب یافته و اگر هجده ساله باشد و غیرمحمجور، شخص دیگری غیر از خودش شاکی محسوب نمی‌شود (خالقی، ۱۳۹۵: ۱۵۰). برخی معتقدند در جرائم منافی عفت افرادی غیر از بزه‌دیده مستقیم -مانند همسر- نیز می‌توانند شاکی تلقی شوند (حدادزاده نیری، ۱۳۸۸: ۱۱۸؛ رستمی و قربان‌پور، ۱۳۹۹: ۱۴۵). اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۱۸۵۱/۹۶/۷ به تاریخ ۱۳۹۶/۸/۱۴ نیز صراحتاً اعلام کرده است: «منظور از شاکی شخصی است که از وقوع جرم، متحمل ضرر و زیان قابل مطالبه شده است و براساس ماده (۱۴) قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، ضرر و زیان‌های قابل مطالبه، اعم است از زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن‌الحصول و براساس تبصره یک آن ماده، زیان معنوی عبارت از صدمات روحی و هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی یا اجتماعی است. با این وصف، در فرض سؤال، همسر، پدر و مادر در جرائم منافی عفت می‌توانند در زمره شکات باشند». اداره فوق در نظر شماره ۲۵۷۵/۹۶/۷ مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۲۶ این نظر را گسترش داده و اعلام کرده: «در جرائم منافی عفت، همسر (زوج یا زوجه) و پدر یا مادر که خویشان نزدیک‌اند می‌توانند عنوان شاکی را داشته باشند ولی برادر که در طبقه دوم خویشاوندان است، نمی‌تواند این عنوان را داشته

۱. تنها یک استثنای مصرح قانونی وجود دارد که تحقیق و تعقیب مرتکب نیازمند شکایت شاکی است لکن با وجود شرایطی، رضایت وی مؤثر در ادامه تعقیب، رسیدگی و صدور و اجرای حکم نخواهد بود و آن هم سرقت حدی است. تخصیص دیگری قابل تصویر نیست.

باشد؛ مگر آنکه بستگان نزدیک‌تری (پدر-مادر-همسر) وجود نداشته باشد». اولین اشکالی که به این نظر وارد می‌شود آن است که اگر مرتکب هیچ خویشاوندی جز به‌عنوان مثال نوه دایی خود نداشته باشد وی بتواند به‌عنوان شاکی اقامه شکایت کند. به‌عبارت‌دیگر حد یقف در این تسلسل مشخص نیست. اشکال دوم آن است که دلیل اعم از مدعا بوده و شامل سایر جرائم نیز می‌شود. به‌طور مثال و به‌عنوان توضیح، ممکن است حیثیت خانوادگی و اعتبار شخصی برادر یا پدر شخص توهین‌شونده یا مضروب، به‌واقع، مخدوش شود. آیا این برادر یا پدر می‌تواند به اعتبار خدشه مذکور، به فرض ثبوت و اثبات، شکایت توهین یا ضرب و جرح عمدی کند؟ هیچ تفاوت مؤثری از این جهت، میان جرم منافی عفت و سایر جرائم وجود ندارد تا در بحث شاکی‌شناسی و گستره آن تفاوت ایجاد کند. افزون بر اینکه، وفق تبصره «۲» از ماده (۱۴) قانون آیین دادرسی کیفری، «پرداخت خسارت معنوی شامل جرائم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود».

ناگفته پیداست برخی از مصادیق جرائم منافی عفت حدی هستند و برخی نیز تعزیر منصوص شرعی. بنابر صراحت تبصره مذکور منافیات عفتی که منصوص شرعی هستند شامل مقررات مربوط به زیان معنوی نیستند و مادامی که منصوصات شرعی از شمول زیان معنوی خارج باشند به‌طریق اولی منافیات عفت حدی مستثنا خواهند بود. بنابراین، استدلال به زیان‌دیدگی معنوی پدر، مادر، همسر، برادر برای گسترش مفهوم شاکی، صرف‌نظر از اینکه برخلاف تفسیر به نفع متهم، تفسیر مضیق قوانین جزایی و بزه‌پوشی مورد ادعا است، به‌کلی مخدوش و خلاف قانون خواهد بود. از نحوه ادبیات نظریه اخیر اداره حقوقی قوه قضائیه مشخص است که این مسئله برای سائل محل بحث و ابهام داشته و بدون مناقشه و بدیهی نبوده است. در حالتی که پرسشگر مسئله فوق‌مقام قضایی باشد (اصولاً تنها قضات می‌توانند از اداره فوق استعلامات علمی داشته

باشند) و در بحث مانحن فیه به اقناع نرسد آیا می‌تواند با شکایت شخصی غیر از بزه‌دیده مستقیم، دائر بر زنا یا محصنه یا زنا یا محارم - به فرض ثبوت و اثبات - حکم به اعدام صادر کند؟ ابهامی که باقی می‌ماند آن است که اگر شاکی همان بزه‌دیده مستقیم است، زنا یا شاکی خصوصی باید به عنف باشد؛ زیرا زنا یا مطاوعی، طرفین را از حالت بزه‌دیدگی‌ای که قانون آن را به متضرر از جرم تعریف کرده، خارج می‌کند. بنابراین، مصادیق زنا یا دارای شاکی یا زنا یا به عنف یکسان بوده و قانونگذار به امر بیهوده مبادرت ورزیده است. در پاسخ گفته می‌شود ذکر واژه‌های «شاکی» و «به عنف» تحصیل حاصل و عبث نیست زیرا اولاً نسبت میان زنا یا شاکی و زنا یا به عنف عموم و خصوص من وجه است و نه تساوی. اشکال فوق ممکن است جایی مطرح شود که نسبت مذکور تساوی باشد و نه نسبتی که ذکر شد. ثانیاً در زنا یا به عنف چنانچه شاکی وجود داشته باشد و تقاضا کند، ارش البکاره و مهرالمثل نیز به وی پرداخت خواهد شد اما اگر شاکی وجود نداشته باشد (شاکی شکایت نکند و ارش البکاره که پرداخت آن نیازمند تقاضا است را مطالبه نکند) موارد مزبور منتفی خواهند بود. بنابراین، در پرونده زنا یا به عنف ممکن است شاکی در معنای مدعی خصوصی هم وجود داشته باشد. ثالثاً در برخی از مصادیق مانند تجاوز به عنف به اطفال، با توجه به اینکه بزه‌دیده مستقیم محجور است، وفق تبصره «۳» ماده (۱۰۲) شاکی خصوصی ولی یا سرپرست قانونی وی است. بنابراین، به‌رغم وجود هم‌پوشانی میان دو واژه، وجود تمایز به شرح فوق میان آنها امری غیرقابل کتمان به نظر می‌رسد.

نکته اساسی دیگر آن است که وفق ماده (۱۰۲) در صورتی که شروع به تعقیب و تحقیق جرم منافی عفت با شکایت شاکی بوده باشد، مقام قضایی فقط در محدوده شکایت حق تحقیق و تعقیب دارد. این عبارت بدان معناست که اگر برای مثال شاکی اشخاص خاصی را به‌عنوان شاهد معرفی کرد یا تنها دلیل خود را دوربین منصوب

در محلی خاص ذکر کرد، مقام قضایی حق تحقیق از غیر موارد اعلامی را ندارد. با عنایت به عبارت «محدوده شکایت شاکی» به نظر می‌رسد، اگر شکایت شاکی صراحتاً زنای قبُل باشد و دلایل تعرفه شده زنای دُبُر را نمایان کند، ادامه رسیدگی، تعقیب و صدور حکم به محکومیت متهم به زنای دُبُر، خروج از محدوده شکایت شاکی خواهد بود. همچنین است اگر شاکی تنها رسیدگی به زنای رخ داده در روز را مطالبه کند اما دلایل ابرازی زنای در شب را به اثبات برسانند. اما اگر تعقیب در جرم منافی عفت نه با شکایت شاکی، بلکه به دلیل به عتف یا سازمان یافته بودن یا در مرئی و منظر عام بودن آغاز شود، تعقیب و تحقیق تنها در محدوده اوضاع و احوال مشهود انجام می‌گیرد. پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که اوضاع و احوال مشهود چه شرایطی دارد؟ آیا اوضاع و احوال غیرمشهود هم قابل تصور است؟ مشهود بودن، نزد شهود یا مقام قضایی یا ضابط دادگستری؟ مشهود واقعی یا در حکم مشهود؟ ممکن است در پاسخ دو وجه تصویر شود. وجه اول آنکه اصل در جرائم منافی عفت بزه‌پوشی است. پذیرش این اصل اقتضای تضييق محدوده آن را دارد که به کشف و اثبات جرائم مذکور می‌انجامد. بنابراین اصل، مشهود بودن به معنای رؤیت عینی جرم منافی عفت توسط شهود، مقام قضایی یا ضابط دادگستری است. وجه دوم آنکه اصل فوق‌الذکر تا مادامی معتبر است که متضرر منحصراً شخص باشد، اما اگر جرم به عتف، سازمان یافته یا در منظر عام رخ داد خدشه به ساحت جامعه است از این رو قانون تا فیلم دوربین مبنی بر وقوع جرم منافی عفت یا اقرار بر جرم موصوف را هم اجازه داده است. به نظر می‌رسد، قدر مسلم آن باشد که تحقیق از اوضاع و احوال غیرمشهود از جمله، احضار متهم به عنوان مطلع در جهت اخذ اقرار بدون وجود هیچ‌گونه دلیلی بر وقوع جرم مذکور، انجام آزمایشات پیشرفته مختلف از متهمین به زنای سازمان یافته در جهت یافتن مایع منی در رحم متهمه بدون وجود هیچ دلیل یا مدرک مشهودی

که دلالت بر وقوع بزه کند و ... ممنوع بوده و این تحقیق معتبر نیست. بدین ترتیب، مشهود بودن اوضاع و احوال در اینجا به معنای هر آنچه که بدون نیاز به چشم یا گوش مسلح باشد معیار و ملاک در این تفسیر عرف است.

بدین ترتیب، اینکه گفته شود همه جرائم منافی عفتی که به عنف یا سازمان یافته باشند یا در مرئی و منظر عام رخ دهند، قابل تعقیب هستند به نحو موجب کلیه صحیح نیست. بلکه افزون بر شروط فوق الذکر، اوضاع و احوال مشهود - و نه غیر مشهود - نیز باید بر وقوع جرم دلالت کند.

به عنوان واپسین بند در این بخش ذکر این نکته خالی از فایده نیست که یکی از ادله اثبات ذکر شده در ماده (۱۰۲) اقرار است. همان طور که قبلاً گفته شد اقرار به ذاته از جمله جهات قانونی شروع به تعقیب و تحقیق در جرائم منافی عفت به شمار نمی رود و تا مادامی که از مجاری چهارگانه ذکر شده عبور نکند قابل تعقیب نیست. پرسشی که در این خصوص قابل طرح است اینکه درج تبصره «۱» از ماده (۱۰۲) به چه منظور بوده است؟ فلسفه وجود تبصره مذکور به رسمیت شناختن بزه پوشی مقام قضایی در جایی است که - بنا به مفهوم مخالف - جرم منافی عفت به عنف، سازمان یافته یا در مرئی و منظر باشد. اما اینکه تبصره مذکور و به ویژه عبارت «شاکی وجود نداشته باشد» دلالت بر آن دارد که اگر شاکی وجود داشته باشد، سازمان یافته، در مرئی و منظر و یا به عنف باشد، اقرار متهم از دلایل مثبت خواهد بود (شیدائیان و شیدائیان، ۱۳۹۷: ۱۳۴-۱۳۳)، برداشت صحیحی به نظر نمی رسد؛ زیرا تبصره فوق در مقام بیان حجیت ادله اثبات نیست و اقرار متهم به عنوان یکی از ادله اثبات، در هر حالتی، منحصراً در جایی معتبر و مثبت محسوب می شود که موضوع از مجاری چهارگانه فوق عبور کرده باشد. لکن، اگر جرم منافی عفت مطروحه شاکی داشته باشد و متهم بدو قصد اقرار داشته باشد، مقام قضایی مکلف به توصیه به عدم اقرار و

پوشاندن جرم نیست. تبصره بیش از این اشعار یا دلالتی ندارد. بدیهی است، اگر جرم منافی عفت شاکی نداشته باشد (یعنی به عنف، سازمان یافته یا در مرئی و منظر عام باشد) و بعد از تحقیقات لازم، جرم با ادله قانونی غیر از اقرار اثبات شود، در صورت احراز قصد اقرار، تکلیف مذکور از عهده مقام قضایی ساقط خواهد شد. همچنین، چنانچه جرم منافی عفت شاکی نداشته باشد و متهم اقرار خود را کتباً به دادگاه تقدیم کند یا به نحوی از انحا، اقرار متهم به گونه‌ای معتبر به دادگاه واصل شود، تکلیف به توصیه به بزه‌پوشی ساقط است. به عبارت بهتر، باید میان قصد اقرار و خود اقرار عرفاً فاصله‌ای باشد تا دادگاه مجال توصیه را پیدا کند و چنانچه دادگاه با اقرار تام مواجه شود نمی‌تواند توصیه به عدم اقرار کند.

۲. کاوشی فقهی در جرائم منافی عفت

بی تردید دانش فقه برای قوانین جزایی در حقوق کیفری ایران، مانند ریاضی برای مهندسی است. حقوق کیفری جرائم جنسی مستثنا از این قاعده نیست و برای فهم بهتر مفاهیم جرائم مذکور، گریز و گذیری از مراجعه به داشته‌ها و انباشته‌های فقهی وجود ندارد. اما در این مقال، تنها مباحثی بررسی خواهند شد که قانونگذار در ماده (۱۰۲) قانون آیین دادرسی کیفری متعرض آنها شده بود.

مرحوم نجفی در مجموعه کتاب مشهور جواهر الکلام و اوایل کتاب حدود و تعزیرات، به نکاتی اشاره دارد؛ از جمله آنکه ممنوعیت زنا در هر ملتی که رخ دهد برای حفظ نسب است و لذا یکی از اصول پنج‌گانه شریعت محسوب می‌شود. زنا ممکن است مخالفت با ضروری دین تلقی شود. در هر حال، بی تردید بنا به کتاب، سنت و اجماع، زنا یکی از گناهان کبیره است (نجفی، ق ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۲۵۸). حرمت لواط نیز به عنوان یکی دیگر از جرائم جنسی، بنا به صریح نظر صاحب جواهر از ضروریات دین به شمار می‌رود (همان: ۳۷۴). مساحقه زنا یکی از اکبر نامیده شده و مانند

لواط معرفی و محسوب شده است (همان: ۳۸۷). در هیچ کدام از ابواب مذکور در کتاب حدود و تعزیرات صاحب اثر فوق، برای شاکی نقشی در تحقق، اجرای حد یا تعقیب مرتکب در نظر گرفته نشده است (همان: ۲۵۸ تا ۳۹۹ از ابتدای باب زنا تا انتهای باب قوادی)، جز آنکه اگر زنا به عنف باشد موجب تشدید مجازات خواهد بود (همان: ۳۱۵). با توجه به مطالب فوق، ناگفته پیداست این نظر که ضروری دین (علی المبنای مأخوذ مصنف) منوط به شکایت شاکی شود، واضح البطلان خواهد بود.

عاملی (شهید اول) بدون اشاره به جایگاه شاکی یا اینکه جرم منافی عفت در چه زمان یا مکانی واقع شده باشد پس از بحث موجبات جرائم منافی عفت و بحث از ادله اثبات، اجرای حد را واجب می‌داند (محمدبن مکی عاملی، ق ۱۴۱۰: ۲۵۳ تا ۲۵۷ انتهای باب قوادی). نظر مشابهی را فقهای دیگر ارائه کرده‌اند (بنگرید به حلبی، ق ۱۴۱۷: ۴۲۱ به بعد؛ حلی، ق ۱۴۱۰، ج ۳: ۴۲۸ به بعد؛ یوسفی، ق ۱۴۱۷، ج ۲: ۵۳۸ به بعد؛ از فقهای معاصر نیز منتظری نجف‌آبادی، بی تا: ۵؛ مؤمن قمی، ق ۱۴۲۲: ۹). چنانچه در این خصوص اجماع محصل قابل تحصیل نباشد، دست کم خلافتی در آن وجود ندارد.

عاملی (شهید ثانی) در باب «فیما یسقط به حد الزنا» که به صورت مستقل و به فراخور مبحث در کتاب خود ذکر کرده است، هیچ اشاره‌ای به تأثیر شکایت یا رضایت شاکی یا نحوه ارتکاب جرم نکرده و صرفاً به جهل حکمی و موضوعی می‌پردازد (زین‌الدین بن علی عاملی، ق ۱۴۱۰، ج ۹: ۵۷).

بدین ترتیب، بنا بر آنچه که در مستندات فقهی قابل رصد است، برای اجرای حدود در جرائم منافی عفت، شرطی جز تحقق رفتار، وجود شرایط عامه تکلیف، فقد جهل در معنای اعم آن وجود ندارد. شرایط مذکور لازم و کافی هستند زیرا جرائم فوق حق‌الله محض محسوب می‌شوند.

۳. گذار از فقه، سیاست جنایی سرگردان مقنن در منافیات عفت

تا مادامی که همه جوانب قانونی ماده (۱۰۲) و مبنای فقهی آن مورد مذاقه، نقض و ابرام قرار نگیرد، نتیجه متقنی در پی نخواهد داشت. لذا، تطویل مخل نخواهد بود. با توجه به بندهای اول و دوم، زنا محصنه و غیر آن، زنا با اقارب (شامل محارم، زن پدر، ربیبه و ...)، زنا غیرمسلمان با زن مسلمان، لواط، مساحقه و جرائم جنسی مادون زنا چنانچه شاکی نداشته باشد یا به عنف، در مرئی و منظر و یا سازمان یافته نباشد قابل تعقیب و بالتبع تحقیق نیست، هرچند ادله اثبات به طریق شرعی بر وقوع آنها قائم شود. حتی اگر همسر یا پدر و مادر یا ... بنا به تفسیر غیرمنطقی و خلاف قانون، شاکی محسوب شوند؛ چنانچه به زنا همسر یا دختر خود اذن / اجازه داده باشند یا اساساً شکایت نکنند، باز هم تعقیب حسب ماده (۱۰۲) ممنوع است. امری که در فقه حسب تتبع انجام شده فاقد هرگونه سابقه است. به طور مثال، چنانچه روسپی حرفه‌ای از لحظات زنا خود فیلم برداری کرده و آن را در فضای مجازی منتشر کند، چنانچه شاکی نداشته باشد یا در مرئی و منظر عام مرتکب آن رفتار نشده باشد، به عنف یا سازمان یافته هم نباشد قابل تعقیب به لحاظ ارتکاب جرم منافی عفت حدی نخواهد بود. ناگفته پیداست که اعتقاد به تعزیر فرد مذکور به لحاظ انتشار فیلم موصوف با موضوع مورد پیگیری در این مقاله متفاوت بوده و بدیهی است که خارج از ماده (۱۰۲) خواهد بود.

شاید یکی از جاهایی که می‌تواند برای پاسخ به اشکال‌های فوق وجود داشته باشد بررسی مبانی موردنظر مقنن در ماده (۱۰۲) است. قدر مسلم از داشتن شاکی، سازمان‌یافتگی، به عنف یا در مرئی و منظر عام بودن، آن است که در همه این موارد عنصر ضرر به فرد یا جامعه موجود است. به عبارت دیگر، مادامی که سابقه فقهی و قانونگذاری جرائم جنسی توجه می‌گردد و مبرهن می‌شود که هیچ‌کدام

از رسیدگی و اجرای حد شرعی منوط به عبور از موارد چهارگانه فوق نشده باشد. از سوی دیگر محوریت وجود شاکی، به عنف بودن، سازمان یافتگی یا در مرئی و منظر عام بودن در ماده فوق، همه و همه حکایت از آن دارد که مقنن اصل ضرر را مدنظر داشته است؛ چراکه مقنن به خوبی می‌داند ممکن است جرم جنسی‌ای رخ دهد که نه شاکی داشته باشد، نه به عنف رخ دهد، نه سازمان یافته باشد و نه در مرئی و منظر عام باشد. بعید است قانونگذار هم، تعمد یا دست‌کم تغافل خود را انکار کند در اینکه نمی‌توان افرادی که در خفا مرتکب زنا یا محارم یا لواط با رضایت می‌شوند، تعقیب کرد. این ادعا صحیح است که ایجاد منطقه الزام و ممنوعه در جرائم جنسی، در نظام‌های ایدئولوژیک اصولاً مبتنی بر امتزاج اخلاق‌گرایی و در مرحله بعدی پدرسالاری برخاسته از سنت‌های تحت تأثیر شریعت است. مقرره‌های مربوط به ممنوعیت جرائم جنسی در جمهوری اسلامی ایران نیز از این اصل مستثنا نیستند اما انضمام مجاری چهارگانه مذکور در ماده (۱۰۲) در سال ۱۳۹۲ به‌عنوان پیش‌شرط ضروری رسیدگی به جرائم مذکور، حکایت از اهمیت موضوعی ثانوی نزد مقنن دارد. این موضوع مهم، پس از عبور مصادیق مختلف از سنجه مبانی فلسفی جرم‌انگاری قابل تشخیص خواهد بود.

به این ترتیب اگر مبنای قانونگذار در ماده فوق پدرسالاری و اخلاق‌گرایی قانونی باشد باید جرم جنسی مطاوعی با محارم را نیز در هر حالتی (جز در حالت وجود معاذیر قانونی معافیت از مجازات) قابل رسیدگی و مجازات بداند؛ زیرا هم خلاف اخلاق شناسانده شده توسط وی است و هم سابقه مجازات این رفتار را داشته است. مسلم است که رفتار موصوف بنا بر ماده مذکور و با توضیحاتی که قبلاً گفته شد، اساساً قابل رسیدگی نخواهد بود. چنانچه قانونگذار مجاری فوق‌الذکر را در ماده درج نمی‌کرد، آن جرم‌انگاری کاملاً با مبنای پدرسالاری قانونی و اخلاق‌گرایی منطبق بود.

اما، چنانچه مبنای مقنن در ماده (۱۰۲) اصل ضرر باشد باید مواردی اجازه ورود به سیکل رسیدگی را داشته باشند که به نوعی ملازم با ضرر (جامعه / فرد) محسوب شوند. در اینکه یکی از مصادیق رسیدگی در ماده (۱۰۲) منوط به شکایت شاکی است و شاکی فردی است که مستقیماً از وقوع جرم ضرر کرده است تردیدی وجود ندارد. شاکی مطلق در مرحله اخف از شاکی جرم جنسی به عفت قرار دارد لذا به طریق اولی بزه دیده در جرم جنسی به عفت، متضرر است. در ضرر جامعه نیز همین بس که در سطح وسیع با هماهنگی و هم‌فکری و بدون خطا رخ دهد (سازمان یافته) یا عموم مردم رابطه جنسی را به نحو عینی مشاهده کنند.^۱ در این صورت، چنانچه به عنوان مثال جرم منافی عفت به عفت باشد چرا ادله اثبات در آن باید موضوعیت داشته باشد؟ چرا اصل بر بزه‌پوشی و عدم اقرار (در صورت عدم وجود شاکی) قائم شود؟ آیا سراب‌سازی تحقق جرم با سختگیری در ادله اثبات، در این گونه موارد، خود ضرر مضاعف نیست؟ جالب آنکه رسیدگی به این جرم در تلازم با اشاعه فحشاء دانسته شده اما انتشار لحظات پورن مجرمان جنسی حرفه‌ای که از یکی از چهار مجرای پیش‌گفته عبور نکرده چنین حالتی را ندارد و نهایتاً شامل تعزیر می‌شود. به نظر می‌رسد، سختگیری در ادله اثبات، مربوط و منحصر در حالتی باشد که جرم منافی عفت در خفا انجام شده و متضرر در آن وجود ندارد و به‌طور کلی حق‌الله محض باشد (توجهی و توکل پور، ۱۳۹۰: ۱۰۱). لکن مقنن اصل مواجهه سیستم عدالت کیفری را به یکی از آن چهار مورد منوط کرده که به اصل ضرر (فرد / جامعه) بازگشت دارند، اما ادله اثبات آن را در ادله قانونی مندرج در بخش پنجم قانون

۱. در جوامع لیبرالیستی که عمداً حقوق کیفری آنها مبتنی بر قرارداد اجتماعی است رابطه جنسی در ملاءعام ممنوع است. در این جوامع که اصولاً از اخلاق خاصی حمایت نمی‌شود این ممنوعیت‌ها با عنایت به مبنای نظم عمومی توجیه می‌شود. ناگفته پیداست که رفتار مخالف نظم اجتماعی و عمومی با اصل ضرر مرتبط و از این جهت دو روی یک سکه هستند؛ یعنی از عدم ارتکاب رفتار مخالف نظم عمومی، جامعه منتفع و از ارتکاب آن متضرر می‌شود؛ زیرا نظم عمومی به هم خورده است.

مجازات اسلامی منحصر دانسته است. این ادله اثبات بیشتر به ادله‌ای شباهت دارد که در صدد اثبات جرائمی هستند که برمبنای پدرسالاری قانونی جرم‌انگاری شده‌اند زیرا برمبنای قاعده لاضرر قابل توجیه و معقول نیست که اصل جرم‌انگاری برمبنای ضرر باشد اما ادله اثبات، همان ضرر را به بهانه‌های مختلف نادیده انگارد.

درنهایت، صرف‌نظر از اینکه ماده (۱۰۲) که پیش‌شرط رسیدگی به جرائم منافی عفت است و برخی موارد، کیفر مرگ را به‌همراه دارد، باید به‌گونه‌ای نگاشته می‌شد که تفسیربردار نباشد، سیاست جنایی مقنن در آن چنان سرگردان است که هرگونه تفسیر را برمی‌تابد. در این نگاه مقنن مبرهن است که اصل تحریم و تحریم در جرائم منافی عفت را نه کاملاً توقیفی شرعی می‌داند و نه تماماً ذیل بحث «سیاسات فقهی» که قابل تغییر با عرف عقلا باشد.

حال سؤال اساسی آن است که چرا مقنن از سختگیری در اجرای حدود و به‌طور کلی فقه به‌معنای کامل کلمه که اوایل انقلاب تا سال ۱۳۷۸ با تصویب قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری داشت صرف‌نظر کرده و به شرحی که تاکنون گفته رفت و اجازه تعقیب مرتکب منافی عفت مطاوعی را نداده است؟! حتی به این امر اکتفا نکرده و در مواردی نیز که بزه‌دیده مستقیم از زنا وجود دارد با سختگیری در ادله اثبات همه ضرری را که شاکی جرم منافی عفت به عنف کرده است، نادیده می‌انگارد.

تقریباً می‌توان گفت روزی نیست که اخبار مربوط به سقط جنین‌های نامشروع، رهاسازی نوزادانی بدون والدین، روابط نامشروع جنسی خارج از حریم خانواده به چشم نخورد. آمار بسیاری از این انحرافات نیز که در مراحل پیشرفته‌تر رابطه جنسی ضربدردی و ... هستند در دسترس نیست لکن این انعطاف مقنن در نحوه واکنش به جرم فوق و تقلیل مجازات زنا محصنه به ۱۰۰ ضربه شلاق (ماده (۲۲۵) قانون مجازات اسلامی)،

داشتن شرط احسان برای مرد لواط‌کار (ماده (۲۳۴) از قانون اخیرالذکر) و ... بدون وجود سابقه فقهی مستحکم، حاوی پیام تکثر در وقوع جرائم منافی عفت است. عمق واقعه به حدی است که این دگردیسی را به سختگیری شرعی در ادله اثبات رها نکرده که حتی پیش شرط شروع به تعقیب را به آن افزوده است. با توجه به قرائن و امارات موجود، بعید است بتوان عدم علم یا اطلاع قانونگذار یا سهل‌انگاری وی را اثبات کرد. به نظر می‌رسد، ادعای تعدی شگرف در این موضوع، گزاف نباشد.

قانونگذار به درستی متوجه این امر مهم شده است که در پیش نهادن سیاست جنایی خشن (شلاق / سنگسار / اعدام) در مواجهه با جرائم جنسی، پیشگیری از جرم مقطعی را به همراه دارد. همچنین می‌داند راه مؤثر مقابله با جرائم جنسی به کارگیری راه‌های غیرکیفری از جمله تسهیل شرایط ازدواج از طریق تقویت اقتصاد است. اما در عین حال، بنا به دلایلی که برای نگارندگان این مقاله پوشیده است، نه به انقیاد ناشی از اجرای مجازات‌های حدی پایبند است و نه به انقیاد ناشی از عقلانیت به کارگیری راه‌های کنشی در مقابله با جرائم منافی عفت. شاید مقنن نمی‌خواهد به اعمال خشونت متهم یا معروف شود یا برای پیشگیری، بیش از آنچه خود وی در نظر دارد، هزینه‌ای کند. به نظر وی بهترین راهکاری که هم در مقابله با فشارهای بین‌المللی ناشی از اجرای رجم و اعدام مصون بماند و هم پرونده‌های بسیار زیادی از جرائم جنسی گریبان عدلیه را نگیرد و هم اندکی به ظواهر فقهی متوجه به نظر برسد، و از طرفی به عرفیات جامعه‌ی نیز پاسخ داده دهد، بسیار مضیق نمودن تشکیل پرونده‌های جرائم منافی عفت است. وگرنه در هیچ ادله قرآنی یا روایی یا حتی فتوایی صرف در خفاء رخ دادن منافی عفت موجب ممنوعیت رسیدگی نبوده و نیست. برعکس، عدم تعقیب جرم منافی عفتی که مستند به اقرار متهم و فیلم واضح از صحنه وقوع جرم است، به لحاظ عدم رخ دادن آن در مرئی و منظر یا

سازمان یافته و به عنف نبودن یا شاکی نداشتن، برخلاف صریح آیه ۳ از سوره مبارکه نور است. قابل تفسیر قرار دادن واژه «شاکی»، افزودن عبارات «در محدوده شکایت شاکی»، «اوضاع و احوال مشهود»، «مرئی و منظر عام» و ... نیز، به کیفیت پیش گفته، قابل ارزیابی خواهد بود. گویی مقنن با عباراتی به ظاهر ساده، در عین پیچیدگی در مفهوم، قصد دارد عنان پیگیری، تعقیب و اجرای منافیات عفت از جمله حد زنا و لواط را به تفسیر قضایی از عبارات فوق بسپارد. بدیهی است تفسیر موصوف از طرف افرادی (قضاتی) صورت می پذیرد که در بطن مردم زندگی می کنند و با روحيات آنها از نزدیک آشنا هستند و خواست عرف در نوع تفسیر قطعاً مؤثر خواهد بود. عدم رأی وحدت رویه، قانون تفسیری یا هر مقرر دیگری از سوی قانونگذار یا نهادهای مشابه دیگر در خصوص ماده (۱۰۲) کاملاً گویای این مطلب است که تشخیص با مقام قضایی و به تبع آن عرفی خواهد بود که قاضی در آن زندگی می کند.

۴. جمع بندی و نتیجه گیری

ماده (۱۰۲) از قانون آیین دادرسی کیفری مملو است از عباراتی که تفسیرپذیر هستند. شاهد این مطلب سؤال های متعددی است که مقامات قضایی پاسخ آنها را از اداره حقوقی قوه قضائیه جویا شده اند. تفسیر مضیق قوانین جزایی که در اینجا با تفسیر به نفع متهم تلاقی دارد اجازه گسترش مفهوم شاکی را نمی دهد و از طرفی هم، مقام قضایی نمی تواند از مجاری چهارگانه ماده (۱۰۲) خارج شود. کوتاه سخن آنکه، ماده فوق به عدم تعقیب جرائم منافی عفتی که مستند به شکایت شاکی نیست یا به عنف، سازمان یافته و در مرئی و منظر عام نیست، تأکید دارد. تأکیدی که به پشتوانه فقهی یا حتی حکم ثانوی یا حکومتی که قانونگذار به پاسداشت آن مشهور است استوار نیست. اما، به نظر می رسد در گیر کردن بحث با برداشت های متفاوت خود اقدامی هوشمندانه! در جهت پاسخگویی به همه حمله های وارده ممکن است. البته نقش نیروهای اجتماعی موجود در دهکده جهانی نیز در این خصوص بی بدیل

می‌نماید. شاید در ظاهر امر، مقام قضایی دیوان‌سالار به‌نظر برسد اما در پس این پرده، معمای رازآلود کارکرد جامعوی سیاست جنایی از نظر پنهان مانده است. این روش نه با اصول حقوقی و جرم‌انگاری منطبق است، نه با ظاهر شریعت سازگاری دارد و نه تفسیری مضیق یا به‌نفع متهم از جرائم منافی عفت را برمی‌تابد. به‌این ترتیب که ممکن است یک مقام قضایی در برهه‌ای از زمان، اعطاکننده شکوائیه جرم منافی عفت را شاکی تلقی کرده و مرتکبین آن را - به فرض ثبوت و اثبات - به اعدام محکوم کند و در برهه‌ای دیگر در همین موضوع، وی را شاکی تعرفه شده در قانون آیین دادرسی کیفری ندانسته و پرونده را با تصمیمی کاملاً شکلی (که نشان از غیرمهم بودن جرم موصوف دارد) مختومه اعلام کند. تبعیض در واکنش دستگاه عدالت کیفری، از لوازم ضروری این‌گونه سیاست جنایی خواهد بود.

منابع و مأخذ

۱. اسپانلو، محمود، ایرج گلدوزیان و کیومرث کلانتری (۱۳۹۹). «چالش‌های اثبات دعوی تجاوز جنسی در فرایند کیفری ایران»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، ش ۱۹.
۲. الهی، محمدعلی، محمدعلی حیدری و محسن شکرچی‌زاده (۱۴۰۰). «سیاست جنایی پیشگیرانه ناظر بر جرائم جنسی در فقه اسلامی»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ش ۲۴.
۳. پاک‌نژاد، دانیال، مهین سبحانی و حسن شاه‌ملک‌پور (۱۴۰۰). «بررسی تطبیقی جرم تجاوز جنسی در نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل کیفری»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، ش ۲۲.
۴. پهلوان، زکیه، مریم آقایی بجستانی و محمدامین حقیقت (۱۴۰۰). «کیفرزدایی از جرائم جنسی در حقوق کیفری ایران تجلی حقوق بشر اسلامی»، *مطالعات حقوق بشر اسلامی*، ش ۲۲.
۵. توجهی، عبدالعلی و محمدهادی توکل‌پور (۱۳۹۰). «وجود تمایز زنا و تجاوز به عنف با تأکید بر شیوه اثبات»، *پژوهشنامه حقوق اسلامی*، ش ۲.
۶. جعفری، مجتبی (۱۳۹۴). «آخرین تحلیل انتقادی مرزهای رضایت در جرم تجاوز جنسی: حقوق موضوعه و ضرورت‌های اصلاح آن»، *پژوهش حقوق کیفری*، ش ۱۰.
۷. حدادزاده نیری، محمدرضا (۱۳۸۸). «تحقیق در جرائم منافی عفت»، *مجله حقوقی دادگستری*، ش ۶۷.
۸. حلبی، حمزه بن علی بن زهره حسینی (۱۴۱۷ ق). *غنیة النزوع الی علمی الأصول والفروع*، قم، مؤسسه امام صادق علیه‌السلام.
۹. حلی، ابوعبدالله فخرالدین محمد بن منصور بن احمد بن ادریس (۱۴۱۰ ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، جلد سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۱۰. خالقی، علی (۱۳۹۵). *نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری*، تهران، انتشارات شهر دانش.
۱۱. دانش‌آراء، سجاد و سیدسجاد کاظمی (۱۴۰۱). «دگردیسی حقوق کیفری در موازنه سنت و مدرنیته؛ با تأکید بر حقوق کیفری ایران»، *مطالعات حقوقی*، ش ۴.

- ارزیابی کاهش مداخله قضایی در جرائم منافی عفت با تأکید بر ماده (۱۰۲) ... _____ ۴۱۹
۱۲. رستمی، هادی و ناصر قربان‌پور (۱۳۹۹). «دادرسی اختصاری در جرائم جنسی (چالش‌ها و راهکارها)»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، ش ۱۶.
۱۳. ساریخانی، عادل، محمدعلی حاجی ده‌آبادی و علی قبادیان (۱۴۰۱). «امکان‌سنجی جواز تجسس جهت کشف جرم در جرائم جنسی به عنف از منظر ادله قرآنی و روایی ناظر به نهی از تجسس با نگاه حقوق کیفری ایران»، تعالی حقوق، ش ۱.
۱۴. ساریخانی، عادل (۱۳۹۶). «فلسفه احسان در جرائم جنسی مستوجب حد با محوریت قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ش ۴۸.
۱۵. شاه‌ملک‌پور، حسن و فریبرز حیدری (۱۳۹۸). «تشکیک و تردید در حجیت و اعتبار اقرار بر جرائم جنسی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۲۱.
۱۶. شیدائیان، مهدی و زینت شیدائیان (۱۳۹۷). «رویکرد قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به جرائم منافی عفت»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۱۰۱.
۱۷. عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی (۱۴۱۰ ق). *اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامیه، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه.*
۱۸. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقية (الم حسی - کلاتر)، جلد نهم، قم، کتاب‌فروشی داوری.*
۱۹. محمدی جورکویه، علی (۱۳۹۵). «راهبردهای سیاست جنایی اسلام در پیشگیری اجتماعی از جرائم جنسی»، دین و قانون، ش ۱۲.
۲۰. مؤمن قمی، محمد (۱۴۲۲ ق). *مبانی تحریر الوسیله - کتاب الحدود، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.*
۲۱. منتظری نجف‌آبادی، حسین علی (بی‌تا). *کتاب الحدود، قم، انتشارات دارالفکر.*
۲۲. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ ق). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد چهل‌ویکم، بیروت، دار الإحياء التراث العربی.*

۴۲۰ _____ ^{راهنما} مجله و ^{بر} / سال ۳۱، شماره ۱۱۹

۲۳. یوسفی آبی، حسن بن ابی طالب (۱۴۱۷). کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، جلد دوم، قم، دفتر

انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.