

## نقش اخلاق (حسن و قبح) در جرم‌انگاری اسلامی

مهدی رجیبی کاشانی

دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران، قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه

### چکیده

نقش اخلاق در جرم‌انگاری و به عبارتی، اخلاق‌گرایی قانونی سه دیدگاه عمده را دربرمی‌گیرد. دیدگاه حداکثری صرف نقض قاعده اخلاقی را موجبی برای دخالت کیفر می‌داند و دیدگاه حداقلی حوزه اخلاق را داخل حریم خصوصی دانسته و مصون از دخالت کیفر به‌شمار می‌آورد و جرم‌انگاری را تنها در قالب اصل ضرر جایز می‌شمارد. دیدگاه میانه در جرم‌انگاشتن عملی علاوه بر اینکه جنبه‌های اخلاقی را مدنظر قرار می‌دهد، به ضررهای ناشی از عمل غیراخلاقی نیز توجه دارد. بررسی جرم‌انگاری در حدود و قصاص و تعزیرات ما را به موضعی میانه رهنمون می‌کند، یعنی توجه به قبح فعل همچنان‌که اثرات سوء و مضرات عمل مجرمانه هم مدنظر قرار می‌گیرد.

**کلیدواژه‌ها:** مفهوم اخلاق، اخلاق‌گرایی قانونی، حسن و قبح، جرم، گناه.

### مقدمه

هنگام برشمردن اصول و معیارهای جرم‌انگاری به اصول مختلفی اشاره می‌شود که به نظر می‌رسد در عرصه نظری و کاربردی حداقل به سه اصل بیش از اصول دیگر توجه می‌شود. اصل پدرسالاری، اصل ضرر و اصل اخلاق‌گرایی قانونی. پدرسالاری دولت را به مثابه پدری فرض می‌کند که مسئولیت صیانت و حفاظت از شهروندانش را به عهده دارد، پس اگر کسی رفتاری را انجام دهد که متضمن ضرر به خود باشد، دولت و قانون حق مداخله و منع دارد. اما اصل ضرر تنها عامل را در توجیه جرم‌انگاری، ضرر و آن هم به دیگران می‌داند؛ بنابراین، ضرر رساندن به خود، توجیهی برای دخالت‌های دولتی نخواهد بود. همچنین، اوامر غیراخلاقی بدون اینکه ضرری را متوجه دیگران کنند، در حریم خصوصی و مصون از قلمرو کیفری است. اما اخلاق‌گرایی قانونی برای اخلاق و به عبارتی، حسن و قبح اخلاقی نقش اساسی در جرم‌انگاری قائل می‌شود. اخلاق‌گرایی قانونی گاهی به‌طور کلی نفی می‌شود، کاری که لیبرال‌ها انجام می‌دهند یعنی «حمایت حداکثری از آزادی و دخالت حداقلی در حوزه خصوصی افراد»، گاهی هم پذیرفته می‌شود.

از سوی دیگر، در بین قائلان به اخلاق‌گرایی قانونی نیز ناهمگونی نظری وجود دارد. کسانی چون استفان صرف نقض قاعده اخلاقی را دلیلی بر حمایت می‌داند و «نظریه حداکثری» به وی منتسب می‌شود. دولین و هارت قائلان به قرائت معتدل از اخلاق‌گرایی قانونی هستند، هرچند دولین در گرایش به اخلاق‌گرایی قانونی و هارت در گرایش به سودگرایی در نوسان هستند. قرائت حداکثری نقش حسن و قبح را در جرم‌انگاری ذاتی می‌داند و قرائت معتدل نقض قاعده اخلاقی را همراه با ملاحظات سودگرایانه در نظر می‌گیرد.

برای پی‌بردن به نقش حسن و قبح در جرم‌انگاری اسلامی-ایرانی باید مبنای جرائم در

حدود و تعزیرات بررسی شود. دسته‌ای از جرائم در حدود با عنوان جرائم جنسی قابل احصاء است که ریشه‌های غیراخلاقی عمل قابل پیگیری و اثبات است. این گونه جرائم در قانون خارجی عمدتاً بر مبنای اصل ضرر جرم‌انگاری شده‌اند و همین موجب اختلاف مصادیق جرائم جنسی در قوانین مورد بحث است. بعضی جرائم مانند قتل جزء جرائم طبیعی هستند که در قبح آن هیچ اختلافی به چشم نمی‌خورد.

مبنای تعزیر در فقه اسلامی بر عمل حرام قرار گرفته و شائبه گستردگی دامنه جرائم و قرائت حداکثری از اخلاق‌گرایی قانونی را به وجود آورده است. تساوی جرم و گناه حاصل نگاه سطحی به مسئله است. با بررسی رویکرد عملی فقهای شیعه و تدقیق در مسئله، رابطه عموم و خصوص من وجه ثابت می‌شود و موضع میانه به آن منتسب می‌شود. ابتدا لازم است طی گفتاری به تعریف اخلاق و حسن و قبح پردازیم و سپس برای دستیابی به موضع جرم‌انگاری دینی حدود و قصاص را در یک گفتار و تعزیرات را نیز در گفتاری جداگانه بررسی کنیم.

## گفتار اول: تعاریف و مفاهیم

### بند یک: مفهوم حسن و قبح

در این قسمت بیش از آنکه بخواهیم به طور تفصیلی مسئله حسن و قبح را در کلام اسلامی به بحث بگذاریم، می‌خواهیم این دو اصطلاح را از لحاظ معنا و مفهوم در بین متکلمین اسلامی بررسی کنیم. برای حسن و قبح در کلام اسلامی سه معنا ذکر شده است<sup>۱</sup> (جوادی، ۱۳۷۵: ص ۸۰).

۱. صفت کمال و نقص، مثلاً گفته می‌شود «علم حسن و جهل قبیح است».
۲. ملایمت و منافرت با غرض که گاهی از ملایمت به عنوان مصلحت و از منافرت

۱. در بیشتر کتب متکلمین این سه دسته مشاهده می‌شود؛ مظفر در اصول الفقه می‌گوید: «ان الحسن و القبح لا يستعملان بمعنى واحد، بل لهما ثلاث معان ... اولاً، قد يطلق الحسن و القبح و يراد بهما الكمال و النقص...؛ ثانياً، انهما قد يطلقان و يراد بهما الملائمة للنفس و المنافرة لها ...؛ ثالثاً، انهما يطلقان و يراد بهما المدح و الذم، و يقعان و صفا بهذا المعنى للأفعال الاختيارية فقط» (مظفر، محمدرضا، بی تا: ص ۲۱۹-۲۱۷).

به‌عنوان مفسده تعبیر می‌شود.

۳. متعلق مدح و ذم.

برخی دیگر از اساتید نیز دو مورد اول را نه از دسته معانی بلکه از جمله ملاکات حسن و قبح به‌شمار آورده‌اند و اشاره داشتند که معنای ملاک، با معنی کاربرد خلط شده است (سبحانی، ۱۳۵۱: ص ۳۱).

به‌هرحال، برای روشن‌شدن مطلب به توضیح مختصری از سه مورد یادشده بسنده می‌کنیم:

### الف- حسن و قبح به معنای صفت کمال و نقص

حسن و قبح در این معنا به‌عنوان صفت استعمال شده‌اند، که گاهی وصف انسان است همانند علم و جهل و شجاعت و ترس، و گاهی صفات فعل انسان است مانند حسن دانش آموختن<sup>۱</sup>. همچنین، ممکن است به اشیا تعلق گیرد (جوادی، ۱۳۷۵: ص ۸۱)؛ بنابراین، هرآنچه از صفات کمال را که بتوانیم برای انسان و اشیا برشماریم در دایره حسن قرار خواهد گرفت و درمقابل نیز آنچه از افعال و اشیا که صفت نقص بر آن عارض شود، مانند حسد، ریا، غرور، کثیف، خراب و... در محدوده قبح قرار می‌گیرند. در تعریف حسن و قبح به صفات کمال و نقص، ضمن انتقاد، تعاریفی از ملاصدرا و محقق طوسی و لایب نیتس ارائه شده است (عنایتی راد، ۱۳۷۶: ص ۴).

تعریف ملاصدرا از کمالچنین است:

«کمال آن چیزی است که چیزی با آن تمام خواهد بود، یا از نظر ماهیت که کمال اول است، مثل حیوانیت و ناطقیت انسان و یا از نظر صفت، که کمال دوم است، مانند شجاعت در انسان» (مدرسی، ۱۳۷۱: ص ۶۰).

در تعریف ملاصدرا صفت کمال به‌عنوان کمال دوم و ثانوی فرع بر کمال در ماهیت و

۱. اصفهانی، محمد تقی، هدایة المسترشدين؛ ص ۳۰۸؛ نقل از عنایتی راد، محمد جوادی، ۱۳۷۶ مجله پژوهش‌های قرآنی.



وجود دانسته شده است. در تعریف محقق طوسی از کمال به فرق آن با خیر اشاره شده است:

«فرق کمال و خیر در این است که آن شیء حاصل شده، از آن جهت که فعلیت و تحقق دارد، کمال به حساب می آید و از آن جهت که مورد میل و رغبت است خیر به شمار می آید» (همان).  
تعریف لایب نیتس از کمال چنین است:

«کمال عبارت است از این است که حداکثر کثرت در حداکثر وحدت مندرج باشد» (ژکس، بدون تاریخ: ص ۸۸).

اشکال‌هایی که بر تعریف حسن و قبح به کمال و نقص وارد شده است عبارت‌اند از:

۱. این تعریف لفظی است و حقیقت خیر و شر را روشن نمی‌کند.
۲. تعریف حسن به کمال، نه تنها ابهام معنای آن را برطرف نمی‌کند، بلکه بر ابهام آن می‌افزاید، چراکه در تعریف کمال نیز اختلاف نظر است.
۳. دایره معنایی کمال اعم از حسن است، گرچه در فعل اختیاری انسان، مصداق هر دو یکی است.
۴. اصولاً این معنی ربطی به حسن و قبح اخلاقی ندارد، زیرا کمال و نقص امر واقعی غیرارزشی هستند و حسن و قبح اخلاقی امری واقعی و ارزشی است (عنایتی راد، ۱۳۷۶: ص ۴).

### ب- حسن و قبح به معنای ملایمت و منافرت با غرض

حسن و قبح در این معنا که مطابقت یا منافرت با اغراض آن را به وجود می‌آورد ممکن است به دو صورت مطرح شود:

#### ۱. ملایمت و منافرت با اغراض شخصی

در این صورت ملاک خود شخص خواهد بود. هرآنچه در نظر و دید وی خوب شمرده شود، در دسته حسن قرار می‌گیرد. در این باره نظری از سیالکوتی در حاشیه خود بر المواقف آمده:

«نظریه ای که یاد کردیم، بیانگر این است که منظور از هدف و غرض، هدف و غرض فاعل

است نه دیگران» (الجرجانی، ۱۳۲۵: جلد ۸، ص ۱۸۴).

علامه طباطبایی نیز در آنجا که درباره محسوسات بحث می‌کند این نظر را برگزیده است: «خوبی و بدی که در یک خاصه طبیعی است، ملائمت و موافقت یا عدم ملائمت و موافقت با قوه مدرکه است»<sup>۱</sup>.

## ۲. ملایمت و منافرت با اغراض اجتماعی یا نوع انسانها

در این دیدگاه حسن و قبح عنوانی است که در موافقت یا تضاد اغراض نوع انسانها به وجود می‌آید. دیگر غرض شخصی در آن دخالت ندارد، در این حال ممکن است که امری در نظر یکی یا دسته‌ای قبیح به‌شمار آید اما از لحاظ اجتماعی حسن و پسندیده باشد. عدالت اجتماعی از این مقوله است. طبعاً جامعه اجرای عدالت را امری مبارک می‌داند؛ در حالی که بی‌شک افرادی هستند که این امر را برخلاف مصالح فردی خود می‌دانند. علامه طباطبایی آنجا که حسن و قبح را در افعال بررسی می‌کند، اشاره می‌کند که انسان داوری خود را درباره محسوسات به عناوین اجتماعی هم تسری می‌دهد و چیزی را که با اغراض اجتماعی بیشتر مناسب شد، حسن و آن را که منافات دارد، قبیح می‌شمارد.<sup>۲</sup>

از آنجا که به نظر استاد جعفر سبحانی هدف طراحان مسئله حسن و قبح شناخت کیفیت فعل خدا است، حسن و قبح در این معنا را دارای کاربرد کلامی نمی‌داند. با این توضیح که حسن و قبح که ملاک آن حفظ مصالح نوع انسان باشد، ملاک کافی برای کارهای الهی نیست، زیرا کارهای خداوند درباره مصالح و مفسد نوع انسان منحصر نیست، بلکه دایره کار او گسترده‌تر از این است (سبحانی، ۱۳۵۱: ص ۳۴).

## ج- حسن و قبح به معنای متعلق مدح و ذم

درباره این تعریف پنج عنوان برشمرده شده است (عنایتی راد، ۱۳۷۶: ص ۳):

۱. طباطبایی، محمد حسین، اصول فلسفه و روش رئالیسم: ج ۲، ص ۲۰، نقل از عنایتی راد، پیشین.  
۲. همان: ج ۵، ص ۹.

## ۱. درستی مدح و ذم

«الحسن ما یصح علیه المدح و القبیح ما یصح علیه الذم»: این نظر حسن و قبح را موردی می‌داند که انطباق مدح و ذم بر آن صحیح باشد؛ درواقع، ملاک صحت انطباق را مطرح می‌کند اما نکته‌ای که مشخص نشده این است که خود این صحت از کجا ناشی می‌شود؟ آیا براساس غرض شخصی یا اجتماعی است؟ آیا براساس طبع انسان است یا صحت آن از ندای وجدان است؟

## ۲. حکم به مدح و ذم

### ۳. شایسته مدح و ذم بودن

محقق اصفهانی این مورد را این‌گونه بیان داشته:

«حسن العدل و قبح الظلم بمعنی کونه بحیث یتحق علیه المدح أو الذم» (اصفهانی، محمد

حسین، نه‌ایه الدراییه، ج ۲، ص ۱۲۵، نقل از عنایتی راد، همان)

«حسن و قبح امری هنگامی است که آن امر استحقاق مدح یا ذم را داشته باشد».

بوعلی در اشارات آورده:

«الحسن کل فعل یقتضی استحقاق المدح»

همچنین،

«القبیح کل فعل یقتضی استحقاق الذم» (ابن سینا، ۱۴۰۳: ج ۲، ص ۱۵۰).

این تعریف نیز خالی از انتقاد نبوده است (عنایتی راد، ۱۳۷۶: ص ۷).

استحقاق یا تکوینی است یا غیرتکوینی، استحقاق تکوینی یا قائم به ماده است (لاریجانی، بدون تاریخ، ص ۷۹، نقل از همان) و یا ناظر به رابطه علی و معلولی و استحقاق معلول برای علت است و این دو اشکال دارد؛ زیرا افعال نسبت به مدح و ذم به منزله علت و ماده‌ای نیستند که آمادگی پدید آمدن صورت مدح و ذم را داشته باشد (فخرالدین رازی، بدون تاریخ، ج ۱، ص ۲۳، نقل از همان). استحقاق غیرتکوینی نیز اشکال دور رابه دنبال دارد، زیرا استحقاق به حسن و حسن نیز به استحقاق تفسیر شده است (همان).

## ۵. خود مدح و ذم

در این صورت وجود حسن را همان مدح و وجود قبح را همان ذم تفسیر می‌کنیم، گو اینکه از تصور حسن و قبح، مدح و ذم لازم می‌آید بدون اینکه نیاز به حکم کردن یا استحقاق داشتن یا چیز دیگری داشته باشیم.

## ۶. بنای عقلا بر مدح و ذم

هنگامی افعال به حسن و قبح متصف می‌شوند که عقلای جامعه کاری را درخور مدح و ذم بدانند. این نظر اگرچه به نوعی همان معنای استحقاق را می‌رساند، مشروعیت خود را از بنای عقلا و خردمندان جامعه گرفته است.

بوعلی و محقق اصفهانی و بعضی دیگر از بزرگان، معتقدند که عنوان حسن و قبح جزء قضایای مشهوره و از دسته آرای محموده است. یعنی نظراتی که همه ملت‌ها پذیرفته‌اند، این دیدگاه انتقاداتی را در پی داشته است:

به حساب آوردن حسن و قبح در دسته مشهورات باعث می‌شود که این دو مقوله در دسته مبادی جدل قرار گیرند نه مبادی برهان. قضایای مشهوره و مبادی جدل را نیز نمی‌توان دارای واقعیت تکوینی شناخت. در این صورت، این التزام پیش خواهد آمد که حسن عدالت و قبح ظلم را اموری برهانی ندانیم درحالی که هدف اصلی طرح حسن و قبح در کلام اسلامی این است که ثابت کنیم از خداوند افعال قبیح صادر نمی‌شود و آیا می‌توان پذیرفت که اعتقاد به عدل که از صفات خداوند است، عقیده‌ای جدلی است نه برهانی؟ (سبحانی، ۱۳۵۱: ص ۵۵).

## بند دو: نسبت معانی با یکدیگر و نتیجه‌گیری

یک دیدگاه این است که این معانی مستقل و متمایز از یکدیگر هستند، با توجه به نگاه متکلمین و دانشمندان اسلامی تعاریف متفاوتی از حسن و قبح به عمل آمده است. در کلام اسلامی که مباحث فلسفه اخلاق مطرح شده، کاربرد اخلاقی واژه حسن در معنای سوم یعنی متعلق مدح و ذم جلوه‌گر است. زیرا در این معناست که به بررسی مفهوم

و جوب و حرمت که مفاهیمی دینی و اخلاقی هستند پرداخته می‌شود و معانی اول دوم ما را به تعریفی فلسفی از مفاهیم اخلاقی می‌کشاند (جوادی، ۱۳۷۵: ص ۸۱).

دیدگاه دیگر این سه معنا را از یکدیگر مجزا نمی‌داند و آنها را مرتبط و گاهی واحد فرض می‌کند؛ در واقع، تعلق مدح و ذم را معنایی مجزا برای حسن و قبح نمی‌شمارد بلکه یک علامت می‌داند و دلیل آن این‌گونه توضیح داده شده است:

«آنچه ملایم با اغراض آدمی است در او احساس خاصی را ایجاد کرده و باعث می‌شود فاعل آن کار را مدح کند و این مدح جز معنای حسن نیست. حسن معنایی جز سازگاری با اغراض آدمی ندارد و حتی معنای اول - کمال - هم به این برمی‌گردد» (مدرسی، ۱۳۷۱: ص ۲۵۲).

حاجی سبزواری نیز این سه معنا را هنگامی که در حوزه افعال اختیاری انسان به کار می‌روند به یک معنا برمی‌گرداند و نتیجه می‌گیرد اساس معنای حسن و قبح در اخلاق همان متعلق مدح و ذم بودن است و دو معنای دیگر در صورت اسناد به افعال اختیاری به همین معنا برمی‌گردد. حسن اگر به معنای کمال یا تلائم با اغراض باشد، و حتی به یک فعل اختیاری اطلاق شود به معنای تعلق مدح به آن است (السبزواری، ۱۳۷۵: ص ۳۲۱). منظور ما نیز از حسن و قبح و اخلاق در مورد افعال اختیاری در مقاله پیش‌رو همین مطلب است.

## گفتار دوم: نقش اخلاق در جرم‌انگاری حدود و قصاص

### بند یک: جرائم جنسی

جرائم جنسی در اسلام شامل زنا، لواط و مساحقه بخشی از حدود را در فقه اسلامی تشکیل می‌دهد که قانون جمهوری اسلامی نیز در جرم‌انگاری این جرائم متأثر از فقه بوده است؛ در واقع، این دسته از جرائم جزء مناقشه‌برانگیزترین مباحث در رابطه فلسفه حقوق کیفری به‌شمار می‌آید که در تبیین نظریه‌ها غالباً این موارد به‌عنوان مثال ذکر می‌شود. از یک طرف، با دیدگاهی مواجه هستیم که با شناختن حریم خصوصی برای افراد، اصل

ضرر یا اصل مزاحمت را تنها عامل موجه برای جرم‌انگاری محسوب می‌کند و اصولاً حسن و قبح را مبنایی برای جرم‌انگاری نمی‌داند.

مبنای رأی کمیته ولفندن نیز بر همین اساس شکل می‌گیرد، روسپی‌گری<sup>۱</sup> در خلوت و به‌تنهایی و همجنس‌گرایی<sup>۲</sup> خصوصی افراد بالغ باید از سیاهه جرائم حذف شود (Wolfenden report, 1957). خصوصی بودن عاملی است که ضرر را منتفی می‌کند و حریم خصوصی از دخالت‌های قضایی مصون می‌ماند. در این میان، زنا<sup>۳</sup> در اصطلاح غربی آن اساساً معنای تجاوز به خود گرفته و معادل زنا به عنف در فقه اسلامی می‌شود و آمیزش جنسی بدون قرارداد زوجیت و با توافق در خلوت جایی بین جرائم ندارد.

گذشته از این، نسبیت اخلاقی<sup>۴</sup> نیز دلیلی بر این امر است. با این توضیح که کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، ماده ۸ خود را به حق احترام به زندگی خانوادگی و خصوصی افراد اختصاص داده است که در بردارنده حریم خانه و مکاتبات افراد نیز می‌شود. دخالت دولتی نباید شامل این موارد شود، باین حال بند ۲ استثنائاتی را برمی‌شمرد که در یک جامعه دموکراتیک می‌تواند دخالت دولت را توجیه کند. مواردی شامل امنیت ملی،<sup>۵</sup> امنیت در راستای امنیت عمومی و رفاه اقتصادی<sup>۶</sup> کشور، جلوگیری از بی‌نظمی یا جرم، رعایت بهداشت یا اخلاق، حمایت از حقوق و آزادی‌های دیگران<sup>۷</sup>. طبیعتاً کنوانسیون به‌عنوان یک معاهده پایه‌ای، نقش یک مرجع الهام‌بخش را در قانونگذاری‌های کشورهای اروپایی ایفا می‌کند و همان‌طور که ملاحظه شد، به‌طور صریح حمایت از اخلاق را یکی از موارد دخالت دولت در حیطه خصوصی برمی‌شمارد. از اینجا کاملاً معلوم می‌شود که اختلاف در جرم‌انگاری جرائم جنسی نظیر زنا، لواط، مساحقه و...

1. Prostitution
2. Homosexual
3. Rape
4. Moral-relativity
5. National security
6. Economic well-being
7. Convention for the Protection of human rights and Fundamental freedoms, Article 8

از اختلاف در نگاه اخلاقی به این مسائل است. نمونه این اختلاف را در اکثر قوانین غربی بر عدم جرم‌انگاری این رفتارها می‌توان مشاهده کرد. به‌طور مثال ایالت تاسمانی استرالیا درباره لواط و ایرلند شمالی در مورد همجنس‌بازی خصیصه غیراخلاقی بودن این اعمال را دلیل بر دخالت دولتی می‌دانند، با این حال کمیته حقوق بشر و دادگاه اروپایی حقوق بشر اعمال جنسی در خلوت را جزء حریم خصوصی دانسته و ممنوعیت آن را دارای توجیه کافی نمی‌دانند<sup>۱</sup> (قیاسی، ۱۳۸۶: ص ۲۴۸).

برای آشنایی بیشتر با ماهیت این جرائم لازم است آنها را به اختصار بررسی کنیم. در فقه اسلامی زنا با درجات مختلفی در دسته حدود قرار گرفته است. همچنین است، لواط و مساحقه که ما آن را در فقه اسلامی همجنس‌بازی می‌نامیم و به‌طور مجزا بررسی می‌کنیم.

## الف- زنا

زنا در باب حدود در اکثر کتب فقهی چه شیعه و چه سنی ذکر شده است و تعریف آن در بیشتر موارد مضمونی با این عبارت است:

«هو ایلاج الانسان ذکره فی فرج امراه محرمه من غیر عقد و لا ملک و لا شبهه...»<sup>۲</sup>

بنابراین، عنصر اساسی برای تحقق زنا عدم رابطه زوجیت بین زن و مرد است، هرچند در اقدام به این عمل طرفین رضایت داشته باشند. زنا در این وضعیت می‌تواند شامل زنای محصنه یا زنای با محارم نیز شود. در مقابل زنا ممکن است همراه با اجبار و اکراه صورت پذیرد که سه نوع اخیر از عوامل تشدید این جرم هستند (ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی).

در رابطه با این جرم، علاوه بر متون روایی و فقهی، کتاب نیز سند محکمی است که به آن توجه کرده است، در آیه‌ای می‌فرماید:

«وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجِيْنَ اِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَّ سَاءَ سَبِيْلًا» (اسراء: ۳۲)

1. Petersuber, paternalism and legal moralism

نقل از: قیاسی، ۱۳۸۶: ص ۲۴۸.

۲. تعاریف با این مضمون در اکثر کتب فقهی آمده، برای نمونه بنگرید به: حلی، ۱۴۰۸: ج ۴، ص ۱۳۶؛ عاملی، ۱۴۱۰: ص ۲۵۳؛ اصفهانی، ۱۴۱۶: ج ۱۰، ص ۴۰۸؛ نجفی، بی‌تا: ج ۴۱، ص ۲۵۸.

«و هرگز به عمل زنا نزدیک نشوید که کاری بسیار زشت و راهی بسیار ناپسند است».

آیه دوم سوره نور نیز مجازات آن را صد ضربه تازیانه بیان می‌کند. در آیه قبل زنا معادل فاحشه آمده است. هرچند آیات دیگری نیز عبارت زنا را ذکر نکرده‌اند، با آوردن لفظ فاحشه و با توجه به سیاق آیه، مفهوم فاحشه را معادل زنا به کار برده‌اند. آیاتی مانند:

«وَاللَّاتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ ...» (نساء: ۱۵)

«زنانی که عمل ناشایسته کنند چهار شاهد مسلمان بر را بخواهید...».

«فَإِذَا أَحْصَيْنَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ...» (نساء: ۲۵)

«پس چون شوهر کردند چنانچه عمل زشتی از آنها سر بزند بر آنها نصف عذاب زنان پارسای آزاد است».

«وَلَقَدْ هَمَّتْ بِهِ وَهَمَّ بِهَا لَوْلَا أَنْ رَأَى بُرْهَانَ رَبِّهِ كَذَلِكَ لِنَصْرِفَ عَنْهُ السُّوءَ وَالْفَحْشَاءَ إِنَّهُ مِنْ عِبَادِنَا الْمُخْلَصِينَ» (یوسف: ۲۴)

«آن زن باز در وصل او اصرار و اهتمام کرد و اگر لطف خاص خدا و برهان روشن حق نگهبان یوسف نبود او هم با میل طبیعی اهتمام کردی ولی ما میل او را از قصد بد و عمل زشت بگردانیدیم که همانا او را از بندگان معصوم و پاکیزه ماست».

ریشه واژه الفاحشه، فحش است که فحش و الفحشا و الفاحشه به معنای آنچه از افعال و اقوال که قبحش زیاد باشد به کار رفته‌است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ص ۶۲۶). نیز کلمه‌ای که بر قبح و زشتی چیزی دلالت می‌کند (مصطفوی، ۱۴۰۲: ج ۹: ص ۳۴). در قاموس قرآن می‌خوانیم که فحش کار بسیار زشت است و فحش و فاحشه و فحشاء به معنی بسیار زشت است، اگرچه بعضی به قبح مطلق، اشاره کرده‌اند (قرشی، ۱۴۱۲، ج ۵: ص ۱۵۳).

با در نظر گرفتن این معانی و تطابق عمل زنا با فحشا می‌توان دریافت که چنین عملی قبح زیادی دارد و آنچه باعث شده تا شارع اکیداً به دوری از این عمل توصیه کند، قبح شدیدی است که عمل زنا دارد، حتی اگر تراضی طرفین نیز مبنای آن قرار گیرد؛

۱. «کلمه تدل علی قبح فی شیء و شناعه».



از طرف دیگر نباید از نظر دور داشت که قبح زیاد این عمل اثرات مخربی بر جنبه‌های فردی و اجتماعی نیز دارد. نکته‌ای که مفسرین و دانشمندان اسلامی به آن توجه کرده‌اند، علامه طباطبایی (ره) فاحشه‌بودن عمل را دلیلی بر این می‌داند که حتی نزدیکی به آن نیز نهی می‌شود. زشتی و فحش آن صفت لاینفک زنا است، به طوری که هیچ‌گاه از آن جدا نمی‌شود، «ساء سبیلا» بیانگر زشتی روشی است که موجب فساد همه شئون اجتماعی می‌شود، نظام اجتماعی را مختل کرده و تهدیدی برای انسانیت است. علامه اشاره دارد که در همه اعصار، اقوام و ملل، زنا راعملی زشت و فاحشه خوانده‌اند و متوجه اثرات زیان‌بار آن بوده‌اند، عملی که باعث فساد انساب و شجره خانوادگی و قطع نسل و بروز امراض تناسلی می‌شود. همچنین، باعث بروز جنایات اجتماعی نظیر آدم‌کشی، چاقوکشی، سرقت شده و عفت، حیا، غیرت و مودت در جامعه جای خود را به بی‌عفتی، بی‌شرمی، بی‌غیرتی، دشمنی و سنگدلی می‌دهد. مجاز دانستن چنین رفتاری صفات کریمه‌ای را که هر انسانی دوستدار آن است و انسان را به سنت ازدواج ترغیب می‌کند به نابودی می‌کشاند. کسی که بتواند از راه زنا حاجت جنسی خود را برآورده کند دیگر مسئولیت داشتن خانواده و نفقه و تکالیف پدری و همسری را نخواهد پذیرفت؛ در این صورت نهاد ازدواج که از لحاظ فطری و طبیعی حامل مروت، رحمت، اشتراک و بقای نسل است تنها به رابطه اشتراکی تنزل پیدا می‌کند، همانند سایر شرکت‌ها که با بهانه اندکی منجر به گسست آن می‌شود (طباطبایی، ۱۳۸۶، ج ۱۳: ص ۱۲۱-۱۱۹).

مفاسد زنا چنین احصاء شده است:

«سرچشمه بسیاری از درگیری‌ها، خودکشی‌ها، فرار از خانه، فرزندان نامشروع، بیماری‌های جنسی و دلهره برای خانواده‌های آبرومند است، چون اساس آن شهوت است انس و الفتی بین زناکاران نیست و هیچ‌کدام دیگری را شریک زندگی نمی‌داند، زنا نظام ارث را دچار اختلال می‌کند، سبب از بین رفتن شخصیت و هویت انسانی می‌شود و موجب مرگ‌های زودرس است، در جامعه فرزندان نامشروع و بی‌هویت به وجود می‌آیند که بسیاری از مفاسد و جرائم را به دنبال دارد» (قرائتی، ۱۳۸۸، ج ۵، ص ۵۳-۵۲).

در جای دیگری آیه ۳۲ سوره نساء را دارای سه تأکید می‌داند؛ استفاده از «انّ» و به‌کاربردن فعل ماضی و تعبیر فاحشه همگی حکایت از عظمت گناه و قبح این عمل دارد، از بین رفتن رابطهٔ فرزندى و پدرى، رابطه‌ای که مؤثر در شناخت اجتماعی و موجب حمایت از فرزندان می‌شود و محبت برخاسته از آن، از اثرات جواز زنا است. باید به این سیاهه انواع برخوردها و کشمکش‌های فردی و اجتماعی را در میان هوس‌بازان اضافه کرد (مکارم، ۱۳۸۶: ج ۱۲، ص ۱۲۲-۱۲۳)

بنابراین، مشخص می‌شود که عمل زنا حاکی از رفتاری ذاتاً قبیح است و چنانچه اشاره شد، قبح آن طبق آیات و معانی و نظر مفسرین زیاد است. زشتی عمل خود را در عرصهٔ زندگی فردی و اجتماعی بروز داده و آسیب‌های بی‌شماری را ایجاد می‌کند که تنها به گوشه‌ای از آنها اشاره شد.

### ب- همجنس‌بازی

اعمال شنیع لواط و مساحقه در تمامی کتب فقهی به‌عنوان اعمالی یاد شده است که بر آنها حد تعلق می‌گیرد، قانون مجازات نیز متأثر از فقه آنها در فصل دوم از جرائم موجب حد احصاء کرده است (مواد ۲۳۳ تا ۲۴۱ قانون مجازات اسلامی).

لواط همانند زنا که در متون روایی و نقلی بدان پرداخته شده، در کتاب نیز از آن یاد شده است. هرچند به‌صراحت از آن اسمی به میان نیامده، محتوای آیات بر این عمل دلالت دارند:

«وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ؛ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ

الرِّجَالَ شَهْوَةً مِنْ دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ» (اعراف: ۸۱-۸۰)

«و لوط را فرستادیم که به قوم خود گفت آیا عمل زشتی که پیش از شما هیچ‌کس بدان مبادرت نکرده به‌جای می‌آورد شما زنان را ترک کرده و با مردان سخت شهوت می‌رانید، آری که شما قومی فاسد و نابکارید.»

آیهٔ اخیر به عمل لواط اشاره دارد و لفظ فاحشه در آیهٔ ماقبل (۸۰) به معنا و مفهوم لواط استعمال شده است؛ بنابراین، هرآنچه در بند قبلی دربارهٔ معنا و مفهوم فاحشه ذکر شد

بر این عمل هم صدق خواهد کرد. لواط عملی است که قبیح آن همانند زنا زیاد است. علامه (ره) علت مسرف نامیدن قوم لوط را تجاوز و انحراف ایشان از قانون فطرت می‌داند، إِنَّکُمْ در ابتدای آیه، به جمله مفهومی استفهامی می‌دهد، به این دلیل که عمل مزبور آن‌چنان شنیع و بی سابقه بوده که سیاق آیه با تعجب بیان می‌دارد، آیا شما چنین کاری را مرتکب می‌شوید؟ (طباطبایی، ۱۳۸۶: ج ۸، ص ۲۳۲).

زشتی این عمل آثار ویرانگری را از خود برجای می‌گذارد. رهاکردن آمیزش زن و مرد که خداوند به طور غریزی در انسان‌ها نهاده، امری خلاف فطرت و ساختمان طبیعی جسم و روح و غریزه تحریف‌نیافته انسان است، این کار موجب عقیم ماندن آمیزش جنسی شده و با اشباع کاذب جنسی موجبات اخلال در ادامه نسل بشری را به وجود می‌آورد (مکارم، ۱۳۸۶: ج ۶، ص ۲۹۳).

مساحقه همجنس‌بازی بین زنان است که متون فقهی و روایی آن را در زمره حدود ذکر کرده‌اند، در مورد اینکه از مساحقه در قرآن ذکری به میان آمده یا خیر نمی‌توان یک نظر واحد یافت، در حالی که اکثر مفسرین عنوان فاحشه در آیه ۱۵ سوره نساء را ناظر به زنا می‌دانند، مصحح تفسیر شاهی مراد از فاحشه در این آیه را سحق می‌داند، زیرا عبارت «من نسائکم» در آیه یعنی «اتیان فاحشه» ناشی از زنان بوده و هر دو طرف از فاعل و مفعول طایفه زنان هستند (جرجانی، ۱۴۰۴: ج ۲، ص ۶۵۲). صاحب کنزالعرفان نیز یکی از اقوال را راجع به آیه یادشده، مساحقه نام می‌برد و به روایتی از محمد بن حمزه اشاره می‌کند که عده‌ای از زنان خدمت امام صادق رسیدند و یکی از آنها درباره مساحقه از امام پرسش کرد. حضرت جواب دادند که حد آن همان حد زنا (صدتازیانه) است. زن پرسید که از این عمل در قرآن یاد نشده است، حضرت فرمودند بلی کار آنها همان کار اصحاب الرس است (حلی، بدون تاریخ: ج ۲، ص ۸۵۹).

فارق از اختلافی که در مفهوم فاحشه در آیه نامبرده است، اساساً عمل شنیعی که در قوم لوط رواج داشت و قرآن به آن اشاره می‌کند، خاص مردان نبوده است. وقوع عذاب بر همه اعم از مردان و زنان حاکی از آن است که زنان نیز به این عمل شنیع در بین خود

مبادرت داشته‌اند، زیرا در غیراین صورت زنان نباید هلاک می‌شدند و باید عده زیادی از آنها ایمان می‌آوردند (طباطبایی، ۱۳۸۶: ج ۱۰، ص ۵۳۱). پس هرچه درباره قبح لواط برشمردیم، شامل مساحقه هم می‌شود.

در مجموع، از آیات و تفاسیر راجع به همجنس‌بازی برمی‌آید که بسیار از این عمل نهی شده و بر قبح زیاد آن همواره تأکید شده است. عملی که چه در مردان و چه در زنان مخالف اقتضای طبیعی و سرشت فطری آنان است. غریزه جنسی ذاتاً در راستای تمایل جنس‌های مخالف نسبت به یکدیگر و تداوم بقای نسل در نوع انسانی است، هرگونه جهت‌دهی متغایر به این غریزه، مخالف فلسفه وجودی آن و گوهر فطری انسانی است. اساساً چنین اعمالی برخلاف روح و سرشت انسانی، اثرات مخرب و زیان‌بار خود را در عرصه حیات فردی و جمعی انسانی بروز داده و تداوم آن را به خطر می‌اندازد. تجربه هم نشان داده است که زشتی آن تنها در یک قوم یا مذهب یا فرهنگ نمایان نبوده است، بلکه همیشه و در تمامی اعصار و جوامع عقول سالم بر قبح آن گواهی می‌داده‌اند و این نیز به نوبه خود برخاسته از نهاد واحد انسان‌ها در قضاوت ارزش‌ها و ماهیت خوبی‌ها و بدی‌ها است.

### ج- جرائم جنسی در قانون غربی

گرایش‌های سده اخیر در غرب بیشتر به اصل ضرر به عنوان مبنایی بر جرم‌انگاری متمایل است و اصولاً اخلاق را جزء حریم خصوصی به حساب آورده است و قائل شدن نقش محوری برای آن در جرم‌انگاری، تجاوز به حریم خصوصی افراد پنداشته می‌شود. شایسته است در این مقاله این تئوری را در عمل، در قانون انگلیس به عنوان یک نمونه بررسی کنیم که تا چه اندازه این نحوه تفکر بر قانون تأثیر داشته است.

#### ۱. زنا

قانون جرائم جنسی ۱۹۵۶ درباره زنا بیان می‌داشت:

«تجاوز به عنف یک مرد بایک زن یا مرد دیگری جرم تلقی می‌شود»<sup>۱</sup>.

1. Sexual Offence Act, 1956

برای ابهام‌زدایی تعریف زنا قوانین اصلاحی بعدی سعی بر تعریف و تحدید آن کردند. از جمله قانون اصلاحی جرائم جنسی ۱۹۷۶ که در تعریف زنا دو شرط را پیش‌بینی می‌کند. یک شخص مرتکب زنا می‌شود اگر:

الف- وی با یک شخص (خواه از ناحیه دبر یا قبل) آمیزش جنسی داشته باشد و مفعول در هنگام آمیزش رضایت به آن عمل نداشته باشد؛

ب- هنگام آمیزش فاعل بداند که مفعول به آن عمل رضایت ندارد یا به این سؤال که آیا مفعول به عمل رضایت دارد، بی‌اعتنا باشد.<sup>۱</sup>

علاوه بر مورد یادشده، در قانون عدالت کیفری و نظم عمومی ۱۹۹۴ قلمرو زنا به یک مورد دیگر نیز گسترش پیدا کرده با این عبارت که:

«یک مرد همچنین مرتکب زنا می‌شود، اگر وی زن متأهل را ترغیب به آمیزش جنسی نماید با جازدن خود به عنوان همسر وی».

بنابراین، می‌توان گفت که برای تحقق زنا سه عنصر باید وجود داشته باشد، انجام آمیزش جنسی،<sup>۲</sup> فقدان رضایت قربانی و سومین عنصر که عنصر معنوی این جرم است، علم متهم به اینکه قربانی، رضایت به این عمل ندارد یا درباره علم داشتن یا نداشتن قربانی بی‌پروایی<sup>۳</sup> به خرج دهد (Herring, 2002: P172).

از طرف دیگر، معنای تجاوز به عنف در این قانون شامل تجاوز مرد به مرد هم می‌شود که معادل لواط در فقه اسلامی است، منتهی عنصر اساسی آن در قانون یادشده، تجاوز و به عبارتی عدم رضایت مفعول است. در جرم‌انگاری یادشده، عدم رضایت نقش مهمی را احیا می‌کند و این دلیلی بر حاکمیت اصل ضرر در جرم‌انگاری زنا است.

## ۲. تهاجم و قیحانه<sup>۴</sup>

نمونه دیگری از جرائم جنسی که در قانون ۱۹۵۶، قابل ارتکاب هم بر روی زنان و

1. Sexual offence (Amendment) Act 1976

2. Sexual intercourse

3. Reckless

4. Indecent Assault

هم مردان است، تهاجم وقیحانه است. ماده ۱۴، جرم‌انگاری این عمل را بر علیه یک زن و ماده ۱۵، جرم‌انگاری این عمل را بر علیه یک مرد توضیح داده است.<sup>۱</sup> برای تحقق جرم باید یک حمله یا تهاجم صورت بپذیرد و همانند زنا فقدان رضایت در آن شرط است. پس اگر شخصی راضی به انجام چنین عملی باشد اصلاً جرم محقق نمی‌شود؛ در هر حال، چنین فرض شده است که افراد کمتر از ۱۶ سال قادر به دادن رضایت نیستند و چنین سنی اماره بر عدم رضایت است. ممکن است جرم بدون هیچ‌گونه تماس هم انجام پذیرد اما در این صورت قربانی باید ثابت کند که از تهاجم و شرایط وقیحانه آگاه بوده است. شرط دیگر جرم، تحقق شرایط وقیحانه است و تشخیص آن می‌تواند یک معیار نوعی باشد. یعنی افراد معقول شرایط را وقیحانه توصیف کنند حتی اگر متهم چنین اعتقادی نداشته باشد. اما اگر معیار عرفی در ماهیت شرایط تردید داشته باشد، تشخیص متهم در تحقق جرم نقش دارد به این معنی که اگر وی شرایط را وقیحانه ببیند، جرم محقق شده است اما اگر عرف عمل را وقیحانه نداند، هیچ‌گاه جرم محقق نمی‌شود حتی اگر متهم آن را وقیحانه بداند (Ibid: P175-76).

همان‌طور که ملاحظه شد، در این جرم نیز عنصر عدم رضایت شرط اساسی تحقق جرم است و اماره عدم رضایت افراد زیر ۱۶ سال به‌خاطر حمایت از چنین افرادی است؛ در واقع، اصل ضرر در جرم‌انگاری جرم یادشده نقش محوری را دارد.

### ۳. آمیزش جنسی غیرقانونی<sup>۲</sup>

بعضی از اعمال جنسی را می‌توان بر شمرد که قانون در شرایطی آنها را ممنوع کرده و برای مرتکبان، مجازات در نظر گرفته است. بخش چهارم قانون ۱۹۵۶ دارو یا مواد خوراندن به یک زن به قصد بیهوش کردن یا غلبه بر او تا اینکه شخصی قادر به آمیزش جنسی غیرقانونی با او شود را جرم‌انگاری کرده است.<sup>۳</sup> چنین جرمی می‌تواند به‌دست یک مرد یا زن انجام شود اما قربانی حتماً باید زن باشد، حتی در صورتی که آمیزش هم

1. Sexual offence Act 1956, Article 14,15

2. Unlawful Sexual intercourse

3. Act 1956, Article 4

هرگز صورت نپذیرد، باز جرم با وجود سایر شرایط قابل تحقق است (Ibid: p۱۷۷). این ممنوعیت قانونی در جهت حمایت از آزادی زنان و حفظ حریم شخصی‌شان است، بدیهی است که اعمال ذکرشده همگی برخلاف رضایت صورت گرفته و مصداق بارزی از اصل ضرر است.

همچنین، قانون در فروضی محدوده سنی را مقرر کرده است که می‌توان آنها را اماره عدم رضایت نامید. مثلاً قانون ۱۹۵۶ آمیزش جنسی با دختر زیر ۱۶ سال را جرم قلمداد کرده است و اگر آمیزش با دختر زیر ۱۳ سال صورت گیرد، بزه جنایی<sup>۱</sup> صورت گرفته است،<sup>۲</sup> هرچند ظاهراً به این عمل رضایت هم داشته است. اماره سنی درباره همجنس‌بازی هم اعمال شده است. قانون اصلاحی جرائم جنسی ۲۰۰۰، اماره سنی عدم رضایت را در همجنس‌بازی بین مردان به ۱۶ سال کاهش داده است،<sup>۳</sup> این اماره در همجنس‌بازی بین زنان نیز ۱۶ سال است. در قانون اصلاحی ۲۰۰۰ اماره سنی جدیدی برای فعالیت‌های جنسی در نظر گرفته شده، افراد ۱۸ سال به بالا اگر با شخصی کمتر از آن سن آمیزش جنسی داشته باشند متحمل ۵ سال حبس خواهند شد. همچنین، این مجازات شامل کسی خواهد شد که در رابطه با حفاظت و نگهداری شخصی که به وی سپرده شده بود، فعالیت‌های جنسی انجام دهد.<sup>۴</sup> مفهوم مخالف در رابطه با همجنس‌بازی گویای این مطلب است که همجنس‌بازی بین زنان و مردان بالای ۱۶ سال در قوانین انگلیس مشروع و مجاز شناخته شده است و اماره‌ها نشان‌دهنده جنبه حمایتی قانون از سنین آسیب‌پذیر است، مطلبی که اصل ضرر توجیه مبنایی برای آن به‌شمار می‌رود.

#### ۴. سایر جرائم جنسی

نقض عفت عمومی<sup>۵</sup> می‌تواند به‌عنوان یک جرم تلقی شود اگر عمل خلاف عفت به‌طور

1. Felony

2. Act 1956, Article, 5-6

3. Sexual offence (Amendment) Act 2000, Article 1

4. Act 2000, Article 3, for more information see: Ibid, pp. 178-79

5. Public dencency

علنی انجام شود و بیش از یک نفر آن را ببیند. نمونه بارز چنین جرمی نمایش دادن بدن به شکل وقیحانه است. در قانون ولگردی ۱۸۲۴ جرم‌انگاری نمایش وقیحانه مخصوص مردان پیش‌بینی شده است که اگر این عمل را به قصد توهین به زنان انجام دهند، مشمول مجازات خواهند بود.<sup>۱</sup> شرط تحقق این جرم نیز، ارتکاب آن در علن است (Ibid: p179). این قبیل جرائم که شرط تحقق آن علنی بودن آنها است، فاحشگی علنی موردنظر کمیته و لفندن را به یاد می‌آورد که به نظر آنان وظیفه قانون جزا حفظ نظم و آداب عمومی برای حفظ افراد از آسیب و تجاوز است، نه زمینه‌ای برای دخالت در زندگی خصوصی آنان،<sup>۲</sup> چنین تذکری به شدت تحت تأثیر تعالیم میل بوده است.

از جمله جرائم دیگر، زنا با محارم<sup>۳</sup> است که در قوانین انگلیس به آن اشاره شده است. این جرم هنگامی اتفاق می‌افتد که مردی با دختر یا نوه یا خواهر یا مادرش آمیزش جنسی داشته باشد و زن بالای ۱۶ سال نیز اگر اجازه چنین کاری را به پدر بزرگ، پدر، برادر یا پسرش بدهد، تحت این عنوان قابل مجازات خواهد بود.<sup>۴</sup>

نمونه چنین جرمی در قوانین اسلامی نیز وجود دارد، زنا با محارم نسبی در باب حدود به عنوان یک عامل مشدده زنا موجب قتل مرتکب آن است که قانون مجازات اسلامی نیز آن را در باب حد زنا ذکر کرده است. بی‌شک این تشدید در قانون اسلامی ناشی از قبح بسیار زیاد عمل است که چنین مجازاتی را هم می‌طلبد، اما آیا جرم‌انگاری زنا با محارم در قانون خارجی نیز نشئت گرفته از قبح عمل است؟ آنچه از ظاهر قانون به ذهن متبادر می‌شود، ابتدا چنین تصویری را ممکن می‌کند زیرا جرم می‌تواند توسط دو فرد بزرگسال هم انجام شود، اما همان‌طور که یکی از نویسندگان حقوق جزای انگلیس هم اشاره می‌کند، معمولاً اتهام هنگامی صورت می‌گیرد که یکی از طرفین زیر ۱۶ سال سن دارد، خصوصاً سخت‌گیری هنگامی است که فرد بالغی بر مبنای اعتماد و اطمینان و

1. Vagrancy Act 1824

2. Wolfenden report 1957

3. Incest

4. Act 1956, Article 10-11



حمایت از کودکان با مفعول مرتبط بوده است (Ibid: p179); بنابراین، مبنای جرم‌انگاری قبح عمل است و در عمل حمایت از گروه‌های سنی خاصی (زیر ۱۶ سال) مورد نظر است و مجازات‌های شدیدتر مثلاً حبس ابد، هنگامی که مفعول زیر ۱۳ سال باشد، حکایت از تناسب مجازات با حداکثر حمایت از قشرهای آسیب‌پذیر دارد.

## بند دو: شرب خمر

### الف- شرب خمر در شرع و قانون

شرب مسکر در شرایطی مشمول حد قرار می‌گیرد؛ امام (ره) خوردن مسکر یا آب‌جو حتی اگر مست‌کننده هم نباشند یا کم باشد را در زمره شرب مسکر قرار می‌دهد (خمینی، ۱۴۲۵: ص ۴۷۸). قانون نیز خوردن مسکر را اعم از آنکه کم باشد یا زیاد، مست کند یا نکند، خالص یا مخلوط باشد به حدی که آن را از مسکر بودن خارج نکند مشمول حد دانسته است.

در قرآن آیاتی وجود دارند که متعرض شرب خمر شده‌اند:

«يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا كَبِيرٌ مِنْ نَفْعِهِمَا...» (بقره: ۲۱۹)

«ای پیغمبر از تو حکم شراب و قمار را می‌پرسند بگو در این دو کار گناه بزرگی و سودهایی است ولی زیان گناه آن پیش از منفعت آن است.»

این آیه گواه متقنی است بر اینکه اولاً، حرمت و قبح شراب در حد بالایی است و ثانیاً، قبح زیاد اگر منفعتی هم داشته باشد، آن را تحت تأثیر خود قرار می‌دهد. راغب اثم را در این آیه به معنای تأخیر در رسیدن به خیرات می‌داند (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ص ۶۳). علامه اثم را از نظر معنا نزدیک به حکم ذنب می‌داند و آن حالتی است که در انسان یا عقل حاصل شده و باعث کندی در رسیدن به خیرات می‌شود، اثم گناهی است که به دنبال خود شقاوت و محرومیت از نعمت را می‌آورد و سعادت انسانی را تباه می‌کند (طباطبایی، ۱۳۸۶: ج ۲، ص ۲۸۹).

در آیه دیگری شرب خمر از اعمال پلید و شیطانی برشمرده شده است:

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ» (مائده: ۹۰)

«ای اهل ایمان، شراب و قمار و بت پرستی و تیرهای گروبندی همه اینها پلید و از عمل شیطان است و از آن دوری کنید تا رستگار شوید».

رجس به معنای «القدر» چیز کثیف آمده (محمدبن مکرّم، ۱۴۰۴: ج ۶، ص ۹۴)، راغب نیز رجس را در وجوه مختلف طبعی، عقلی، شرعی و کلی ذکر کرده و رجس آیه نامبرده را از جهت شرعی می‌داند، اگرچه اشاره می‌کند که با توجه به آیه ۲۱۹ سوره بقره گفته شد که رجس می‌تواند از جهت عقلی هم باشد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ص ۳۴).

این آیه نیز مؤید آن است که شرب خمر در زمره کارهای پلید و چنان زشت است که به مثابه عمل شیطان دانسته شده است، نهی شدید آیات در رابطه با چنین عملی و گناه بزرگ و زشت و پلید دانستن آن نشانگر زشتی زیاد چنین عملی است، به طوری که در فقه و قانون حتی اگر مسکرات مست هم نکند و حتی مقدار کم آن هم مشمول مجازات حدی است.

در کنار قبح زیاد، شرب خمر آثار زیان‌باری هم در شئون فردی و اجتماعی برجای می‌گذارد. تفسیر نمونه با اشاره به آیه سوره بقره و تأکید بر بزرگی چنین گناهی زیان‌های مشروبات را در عمر، نسل، اخلاق، جنبه‌های اجتماعی، اقتصادی برمی‌شمرد. عمر معتادان الکلی در مقایسه با دیگران ۲۵ تا ۳۰ درصد کمتر است و طبق آمار، عمر چنین افرادی در حدود ۳۵ تا ۵۰ سال است؛ در صورتی که متوسط عمر طبیعی بیش از ۶۰ سال است. حین انعقاد نطفه، مستی یک‌طرف ۳۵ درصد عوارض را به جنین انتقال داده و مستی هر دو طرف ۱۰۰ درصد عوارض را انتقال می‌دهد. کودکانی که فاقد نیروی کافی عقلانی و روحی بوده‌اند از پدران و مادران الکلی ۷۵ درصد بودند. مشروبات الکلی عاطفه خانوادگی و محبت به زن و فرزند را کاهش داده و حتی باعث قتل فرزندان نیز شده است. طبق آماری در شهر نیون در سال ۱۹۶۱، ۵۰ درصد مرتکبان قتل‌های عمومی،

۸/۷۷ درصد ضرب و جرح‌ها و ۵/۸۸ درصد سرقت‌ها و ۸/۸۸ درصد جرائم جنسی مربوط به افراد الکلی بوده است. مشروبات زیان‌های اقتصادی را هم به همراه می‌آورد و خساراتی نظیر ازدیاد بیماری‌های روحی، اتلاف وقت، تصادفات رانندگی، فساد نسل‌های پاک، تنبلی و بیکاری، عقب‌ماندگی فرهنگی، درگیری‌های پلیسی، مخارج پرورشگاهی و بیمارستانی، تشکیلات دادگستری و زندان‌ها برای جرائم ناشی از آن و موارد زیاد دیگری، همه موجب صرف هزینه برای دولت‌ها می‌شود و معنی آیه در کنار این ضررها به‌خوبی قابل فهم می‌شود که اگر در تجارت آن سودی باشد یا لحظات سرمستی را به دنبال داشته باشد، زیان‌های ذکرشده بسیار گسترده‌تر و غیرقابل مقایسه با منافع هستند (مکارم، ۱۳۸۶: ج ۲، ص ۱۵۳-۱۵۰).

علامه نیز در کنار تصریح به قبح زیاد این عمل، مضرات طبیعی، اخلاقی و عقلی آن را گوشزد می‌کند. اختلال‌های جسمی در معده و روده و اعصاب و شراب و شرابین و قلب و حواس ظاهری همچون بینایی و چشایی و... را به وجود می‌آورد. همچنین، انسان را به ناسزاگویی واداشته و موجب بروز جنایت، افشای اسرار، تجاوز به نوامیس و نادیده‌انگاشتن مقومات انسانی می‌شود. اما بیشترین ضرر که تمامی فسادها هم از آن ناشی می‌شود، ضرر عقلی است. زیرا چنین کاری عقل را زایل کرده و تصرفات عقلی را نامنظم می‌کند و این نقض اساس احکام اسلامی است که اساس خود را تحفظ بر عقل قرار داده است (طباطبایی، ۱۳۸۶: ج ۲: ص ۲۹۰-۲۸۹).

### ب- مستی در قوانین غربی

در قوانین غربی اصولاً شرب خمر و انواع نوشابه‌های الکلی امری مجاز و مشروع شناخته می‌شود و بر این اساس، عرضه و تولید آن بدون هیچ منعی صورت می‌پذیرد، اما در شرایطی، ممکن است مصرف آن در قلمرو قانون جزا قرار گیرد. نمونه بارز آن رانندگی در حال مستی است. این نوع قوانین معمولاً دو دسته از جرائم را تشکیل می‌دهند: یک‌دسته، که شخص رانندگی می‌کند یا تلاش می‌کند که با یک وسیله موتوری در جاده یا مکان عمومی رانندگی کند، درحالی‌که توانایی وی برای چنین امری با الکل

یا مواد مخدر زایل شده است. در این نوع جرم‌انگاری‌ها قدرت معیوب افراد در انجام رانندگی ملاک عمل است و توجیهی برای منع آنها به حساب می‌آید؛ اما در دسته دیگری ملاک منع، تجاوزکردن میزان الکل در خون افراد است که اماره‌ای بر این فرض است که چنین افرادی صلاحیت رانندگی یک وسیله نقلیه موتوری را در جاده یا مکان‌های عمومی ندارند.

این مقدار از سطح الکل را در نفس، خون یا ادرار یک شخص می‌سنجند که از مقادیر مشخصی نباید تجاوز کند. مقادیر عبارت است از ۳۵ میکروگرم الکل در ۱۰۰ میلی‌لیتر نفس، ۹۰ میلی‌گرم الکل در ۱۰۰ میلی‌لیتر خون، ۱۰۷ میلی‌گرم الکل در ۱۰۰ میلی‌لیتر ادرار که معمولاً معادل ۲/۵ پیمانه آب‌جو، یا ۵ جام شراب، یا ۵ واحد ویسکی است (Martin, 2003: P163).

### بند سه: قصاص (قتل و ضرب و جرح عمدی)

جرائمی چون قتل و ضرب و جرح جرائمی هستند که همگی بر زشتی و غیراخلاقی بودن چنین اعمالی اتفاق نظر دارند و نه تنها در قوانین اسلامی، بلکه در قوانین خارجی نیز جرم‌انگاری شده‌اند و از این حیث جنبه‌ای عمومی و جهان‌گستر دارند. می‌توان جرائم را به دو دسته جرائم طبیعی و جرائم قانونی تقسیم کرد. جرائم طبیعی یا جرائمی که ذاتاً خلاف اخلاق<sup>۱</sup> یا جرائمی هستند که هرکس به‌طور فطری آن را یک عمل نادرست فرض کرده و نباید چنین اعمالی را انجام دهد. جرائم قانونی جرائمی هستند که به‌طور قانونی جرم انگاشته شده‌اند<sup>۲</sup> بدون اینکه ذاتاً امری خلاف به‌شمار آیند. قتل عمدی<sup>۳</sup> از بارزترین و مشخص‌ترین نمونه‌های جرائم طبیعی به‌شمار می‌آید که قبح و زشتی آن امری ذاتی است. جرائم طبیعی در لیست FBI دو دسته را دربرمی‌گیرند: یک‌دسته شامل حمله و

1. Mala in se

2. Mala Prohibita

3. Murder

تهدید شدید به کسی به قصد آزار بدنی،<sup>۱</sup> ورود شبانه همراه با عنف به منزل کسی به قصد ارتکاب جرم،<sup>۲</sup> سرقت<sup>۳</sup> و ایجاد حریق عمدی در مال دیگری<sup>۴</sup> است؛ دسته دیگر شامل رانندگی تحت تأثیر تخلفات،<sup>۵</sup> جرائم همراه با سلاح، جعل<sup>۶</sup> و جرائم جنسی است. به جرائم دسته دوم انتقاد وارد شده است که ما نباید آنها را در جرائم طبیعی بدانیم، بلکه باید آنها را جزء جرائم قانونی به شمار آوریم. اگرچه چنین جرائمی از لحاظ اخلاقی قبیح به شمار می آیند، قوانین آن را ممنوع کرده اند تا ضرر وارد را به دیگران از بین ببرد که می تواند تهدیدی برای زندگی به شمار آید.

ملاحظه می شود که ضمن اذعان به قبیح بودن عمل، مبنای جرم انگاری دفع ضرر ذکر می شود، در حالی که در جرائم دسته اول که شدت غیر اخلاقی زیادی در ذات آنها نهفته است در طبیعی بودن آن اختلافی به چشم نمی خورد.<sup>۷</sup> قتل و ضرب و جرح نیز به عنوان مصادیق برجسته جرائم طبیعی در اکثر نظام های حقوقی به عنوان بزه شناخته شده اند، در این بین، باید به این نکته توجه داشت که در تمامی جرائم دسته اول که در طبیعی بودن آن هیچ اختلافی نیست، عنصر ضرر در ماهیت جرم نهفته است؛ به عبارتی، هر چند بر غیر اخلاقی بودن چنین اعمالی تأکید می شود در همان حال جرمی مثل قتل یا سرقت یا ایجاد حریق اساساً بدون ورود ضرر محقق نمی شوند و ضرر مقوم چنین جرائمی است.

- 
1. Aggravated Assault
  2. Burglary
  3. Larceny
  4. Arson
  5. DUI Violations
  6. Counterfeiting
  7. Kaven.w,Natural and legal crime ,in: <http://Voices.yahoo.com/natural-legal-Crime-2377445.html>

## گفتار دوم: نقش اخلاق (حسن و قبح) در جرم‌انگاری تعزیرات

### بند یک: رابطه احکام خمسه با حسن و قبح

دانشمندان اسلامی هنگام بحث از حسن و قبح افعال درباره شمول این عناوین بر افعال انسانی و انطباق احکام خمسه بر هریک از آن دو (حسن و قبح) نظراتی ارائه کرده‌اند که برای روشن شدن مطلب و نتیجه‌گیری معقول ابتدا به بیان آنها می‌پردازیم:

### الف- نظر محقق طوسی و محقق خراسانی

محقق طوسی در تجرید الاعتقاد و علامه حلی در کشف المراد کلیه احکام خمسه را تحت شمول حسن و قبح دانسته‌اند و از آنجاکه احکام خمسه تمامی افعال انسانی را دربر خواهد گرفت، پس عملی از انسان باقی نخواهد ماند مگر اینکه صفت حسن یا قبح بر آن بار شود.

«تمام افعال واجب و مستحب و مکروه و مباح، تحت عنوان حسن داخل است؛ زیرا مقصود از حسن فعلی است که بر انجام آن نکوهش تعلق نگیرد و چنین معنی در اقسام چهارگانه احکام حتی مباح و مکروه موجود است. چیزی که هست فعل واجب موجب ستایش و ترک آن موجب نکوهش است؛ مستحب تنها انجام آن موجب ستایش است و مکروه تنها ترک آن مایه ستایش است و ترک مستحب و انجام مکروه موجب نکوهش نیست» (حلی، بدون تاریخ: ص ۴۱۸؛ سبحانی: ۱۳۵۱، ص ۲۷).

محقق خراسانی در فائده ۱۳ فوائد الاصول بحثی را در رابطه با مدح و ذم افعال مطرح می‌کند و موضوع بحث را تمامی افعال انسانی فرض می‌کند. افعال نزد عقل یکسان نیستند بلکه دارای مراتبی هستند که قطع نظر از شرع به‌طور ذاتی یا مقتضی مدح فاعل یا ذم فاعلمی شوند. صرف نظر از بحث اصلی ایشان که درک حسن و قبح عقلی تمامی افعال را مختص عقول کامله می‌داند و عقول قاصر را تنها قادر به درک بعضی از قبایح و محاسن می‌داند و درباره آن استدلال جامعی دارد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۷: ص ۱۲۵-۱۲۳)، آنچه به بحث ما مربوط می‌شود، قرار گرفتن تمامی افعال در دو دسته حسن یا قبح است و

بدین ترتیب همانند نظر محقق طوسی احتمالاً باید امور مباح را در دسته حسن منظور کنیم.

### ب- نظر آیت‌الله سبحانی

آیت‌الله جعفر سبحانی معتقدند که احکام خمسّه تنها منحصر در دو عنوان حسن و قبح نیستند، مستحب و مکروه می‌توانند داخل در عناوین حسن و قبح شوند اما قطعاً مباح در هیچ گروهی جای نخواهد گرفت و نمی‌توان آن را قبیح یا ناپسند خواند. تفسیر محقق طوسی درباره اعمال حسن، همان‌طور که خود گفته، اعمالی است که بر انجام آن نکوهش تعلق نگیرد و حتی مباح و مکروه نیز در دسته حسن قرار می‌گیرند اما حقیقت این است که تفسیر مکروه به افعالی که انجام آن موجب نکوهش نیست، خلاف واقع است؛ از طرف دیگر، تفسیر ما از حسن و قبح اخص از تفسیر محقق طوسی است. حسن و قبح به معنی جمال و زیبایی، هرگز شامل مباح نخواهد بود، چه رسد به مکروه. ایشان توصیه می‌کنند که اگر محقق مکروه را تحت عنوان قبیح به‌شمار می‌آورد و برای قبح همانند حسن مراتبی را متصور می‌شد، خیلی مناسب‌تر از آن بود که مکروه را از مصادیق حسن بدانند (سبحانی، ۱۳۵۱: ص ۲۷-۲۶).

استاد سبحانی چنین اشکالی را بر نظریه محقق خراسانی هم وارد می‌داند، زیرا در این صورت احکام خمسّه به دو صورت واجب و حرام یا حداقل به چهار صورت واجب و حرام مستحب و مکروه در خواهد آمد، در صورتی که مبدأ تشریح، بسیاری از افعال را مباح اعلام کرده است. ایشان این احتمال را داده‌اند که محقق خراسانی همچون محقق طوسی حسن را چیزی می‌داند که نکوهش بدان تعلق نگیرد و در نتیجه مباحات در دایره حسن قرار گیرد؛ در این صورت، علاوه بر اشکالی که در این نوع تفسیر وجود دارد، با آنچه از معنای حسن در میان متکلمین مطرح بوده است نیز منافرت دارد (همان: ص ۲۹-۳۰).

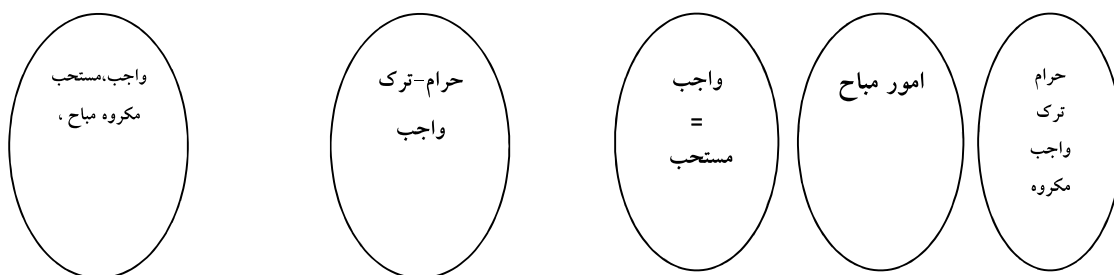
آنچه از دیدگاه‌ها مشخص می‌شود این است که حداقل درباره واجب، مستحب و حرام اختلافی به چشم نمی‌خورد. در حقیقت واجب و مستحب داخل عنوان حسن هستند و

۱. «الحسن ما لا يتعلق بفعله ذم».

حرام داخل در قبح است، منتهی امر مکروه و مباح است که محققان آنها را نیز بنابر «الحسن مالا يتعلق بفعله ذم» داخل حسن می‌دانند، در حالی که استاد سبحانی مباح را امری خنثی و مکروه را امری قبیح برمی‌شمرد.

حوزه های رفتاری انسان در دیدگاه محقق طوسی و خراسانی و استاد سبحانی

«قبح» استاد سبحانی «حسن» محقق طوسی و خراسانی «حسن»



حوزه رفتاری انسان

حوزه رفتاری انسان

به نظر می‌رسد همان‌طور که استاد سبحانی معتقدند حسن در کاربرد کلامی و فلسفه اخلاق، نمی‌تواند شامل هر چیزی شود که ذم بدان تعلق نمی‌گیرد. چنانکه در مورد افعال حسن گفته شده «ینبغی ان یفعل و یمدح فاعله» (محمدی، ۱۳۷۰: ص ۲۰۰)؛ بنابراین، در تفسیر حسن دو گونه معنا خواهیم داشت: معنای ایجابی که اشاره شد و معنای سلبی که محققان به آن اشاره داشتند. معنای سلبی موجب گسترش معنا به مکروهات و مباحات نیز می‌شود اما معنای ایجابی دایره حسن را محدود به واجب و مستحب و قبح را شامل حرام و مکروه کرده است و مباحات جزء امور خنثی قرار می‌گیرند که نمی‌توان برای آن وجه حسن و قبح قائل شد.

**بند دو: ماهیت جرائم تعزیری**

**الف- طرح مطلب**

با توجه به مباحث قبل درباره رابطه احکام خمس و حسن و قبح و دیدگاه‌های کمابیش



متفاوتی که از سوی بزرگان ارائه شد، به این نتیجه رسیدیم که حداقل در قبیح بودن فعل حرام و ترک واجب هیچ اختلافی به چشم نمی‌خورد، اگرچه در فعل مکروه دوگانگی نظری وجود دارد.

در کتاب‌های فقهی هنگامی که به تعریف تعزیر پرداخته می‌شود، غالباً عقوبت و تأدیبی است که در شرع مجازاتی برای آن مشخص نشده و به فعل حرام و ترک واجب تعلق می‌گیرد. امام (ره) می‌فرماید:

«هرکسی که ترک واجب نماید یا مرتکب حرام شود پس امام (ع) و نائب او حق دارد که او را تعزیر نماید، به شرط اینکه از گناهان کبیره باشد» (خمینی، ۱۴۲۵: ج ۴، ص ۲۱۳).

محقق حلی تعزیر را عقوبتی می‌داند که مقدار آن در شرع مشخص نشده و به محارم تعلق می‌گیرد (حلی، پیشین: ص ۱۳۶). در جای دیگر می‌خوانیم که تعزیر به فعل قبیح و گناه و ترک واجب اطلاق می‌شود که شارع برای آن مجازاتی در نظر نگرفته است (مکارم، ۱۴۲۵: ص ۵۵).

این‌گونه تعاریف در متون فقهی شیعه و سنی کم نیستند و قدر متیقن آن است که به فعل حرام و ترک واجب تعلق می‌گیرد. از طرفی، دانستیم که اعمال حرام و ترک واجب داخل قبايح هستند؛ بنابراین، بین دو مقوله تعزیر و قبح ذاتی رابطه مستقیم وجود دارد و هرآنچه را بتوان تعزیر نام‌گذاری کرد به واسطه مبنای تعزیر که «لکل عمل محرم» است، امری قبیح نیز خواهد بود.

عمل حرام و ترک واجب یا به عبارتی گناه در این معنا تشابه مفهومی زیادی با جرم پیدا می‌کند و این سؤال را به وجود می‌آورد که آیا هر گناهی (فعل حرام یا ترک واجب) جرم است؟ اعتقاد به اینکه هر گناهی جرم است سیاهه‌ای از جرائم به وجود آورده و دامنه آن را وسعت می‌بخشد و برای برخی نویسندگان این شائبه را به وجود می‌آورد که سیستم حقوقی اسلام جایگاهی برای اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها قائل نیست. این مطلب درباره تعزیر از جمله دلایلی است که دلماس مرتی سیاست جنایی اسلام را منطبق با انتگریشن و زیرمجموعه توتالیتاریسم و در نتیجه معادل دولت‌های تام‌گرا

می‌داند (حسینی، ۱۳۸۳: ص ۴۶).

تا اینجا مسلم است که مکروه (بنا به قولی که آنرا جز قبایح به‌شمار می‌آورد) از محدوده تعزیر خارج است، اما اینکه هر حرامی، تعزیر دارد و معادل مفهوم جرم است نیاز به بررسی اقوال در این زمینه و تبیین رابطه جرم و گناه دارد.

### ب- رابطه جرم و گناه

#### ۱. هر گناهی جرم است.

جرم در معنای فقهی آن صرف‌نظر از معاصی که برای آنها مجازات‌های مشخص با عنوان حدود و قصاص در نظر گرفته شده، شامل اعمال حرامی می‌شود که مجازات مشخصی ندارند و میزان مجازات آن به‌دست حاکم اسلامی سپرده شده است. فقهای اسلامی قائل به این دیدگاه هستند که تمامی گناهان قابل تعزیر هستند که در این صورت اصطلاح گناه برابر با اصطلاح جرم خواهد شد.

بعضی با استناد به این نظر امام (ره) که «اسلام حکومت با تمامی شئون آن است و احکام و قوانین اسلامی شأنی از شئون حکومت به‌شمار می‌آیند، احکام مطلوبات بالعرض اند که برای اجرای حکومت و گسترش عدالت به‌کار می‌روند» (خمینی، ۱۴۰۹: ج ۲، ص ۶۳۳) و تکیه به دیدگاه فقهی «هر گناهی اعم از ترک یا فعل تعزیر دارد» خواسته‌اند تا نسبت عموم و خصوص مطلق بین گناه و جرم را به امام (ره) منتسب کنند (سیدحسینی تاشی، ۱۳۸۹: ص ۱۰). هنگامی چنین نتیجه‌ای صحیح است که امام (ره) هر گناهی را مشمول تعزیر بداند، درحالی‌که قبلاً بیان شد که ایشان گناهان کبیره را مشمول تعزیر می‌دانند و نه هر گناهی، پس حداقل از نظر امام هر گناهی برابر جرم نخواهد بود.

اگرچه در بین متأخرین امام (ره) و در بین متقدمین صاحب جواهر، قید کبیره را شرط تعزیر می‌دانند، باید در نظر داشت که عده‌ای از فقها این قید را لازم نمی‌دانند و هر گناهی را برابر با تعزیر و به عبارتی جرم به‌شمار می‌آورند

#### ۲. هر گناهی جرم نیست.

درمقابل دیدگاهی که هر گناهی را معادل مفهوم حقوقی جرم به‌شمار می‌آورد، دیدگاهی

وجود دارد که تنها بعضی از گناهان را دارای خصیصه جرم دانسته و از طرف دیگر هر جرمی را هم واجد خصیصه گناه نمی‌داند. این دیدگاه رابطه بین جرم و گناه را عموم و خصوص من وجه توصیف می‌کند. نمونه‌های عینی برای مثال وجود دارند که نشانگر اجرای مجازات درباره کسانی است که فعل حرامی انجام نداده‌اند، مثلاً در هنگام شهادت بر زنا اگر یک نفر از اجرای شهادت خودداری کند، شاهدان دیگر حد قذف می‌خورند در حالی که عمل حرامی مرتکب نشده‌اند (شهادت بر وقوع زنا تحریم نشده است)، یا قصاص قاتلی که در مقام دفاع مشروع، مهاجم را یا در ارتکاب زنا زوجه مطاوعه، همسر و زانی را به قتل رسانده، منتهی نتوانسته است مهدورالدم بودن مقتولان را ثابت کند. در اینجا نیز قاتل فعل حرامی را مرتکب نشده و گناهی نکرده اما قصاص می‌شود (حسینی، ۱۳۸۳: ص ۱۵۶-۱۵۵).

از دیگر سو، جرم نبودن هر گناهی نتیجه‌ای مشترک با استدلال‌های متفاوت است. بعضی این نتیجه را با توسل به اصل قانونی بودن جرم و مجازات به مفهوم «اصل لزوم جعل حکومتی در تعیین جرائم و مجازات‌ها» به دست آورده‌اند (حسینی تاشی، ۱۳۸۹: ص ۲۲) و بعضی دیگر ضمن التزام به اصل قانونی بودن به مفهوم «اصولی که فلسفه آن تضمین آزادی‌های فردی یا عدم تعقیب رفتارهای از پیش جرم‌انگاری نشده است و این فایده در موارد مختلف منع و نهی تقنینی که تحریمات شرعی را هم دربرمی‌گیرد، وجود دارد. نتیجه جرم نبودن هر گناهی را با محدود نشان دادن منطقی مجازات، از طریق ذکر تفاوت‌های اساسی «گناه» و «جرم»، فقدان دلیل بر کیفر هر گناه و موانع و محذورات عملی وحدت تحریم و تحریم، به دست آورده است (حسینی، ۱۳۸۳: ص ۱۵۶-۱۲۶).

## ۲-۱. جرم نبودن هر گناهی مبتنی بر معنای مضیق اصل قانونی بودن

با استقرار نظام تفکیک قوا و محول شدن و ظایف قانونگذاری به قوه مقننه، اصولاً هر قانونی برای اینکه اعتبار پیدا کند نیاز به تصویب و تأیید قوه مقننه دارد. در زمینه جرم دانستن یک عمل نیز باید این روند طی شده و با تصویب مجلس و تأیید شورای نگهبان، جرائم در قوانین مدون احصا شوند. اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها به

مفهوم «اصل لزوم جعل حکومتی در تعیین جرائم و مجازات‌ها» تعبیر می‌شود، برای استقرار چنین اصلی تمامی جرائم و مجازات‌ها باید از طرف ارکان حکومتی (مجلس و شورای نگهبان) تصویب و تأیید شوند و در غیر این صورت نمی‌توان اعمال دیگر را به‌عنوان جرم شناخت، چنین باور و اعتقادی به اصل قانونی‌بودن، گستردگی جرائم به‌طوری‌که هر فعل حرامی را شامل شود، نفی می‌کند. بر این اساس «التعزیر لکل عمل محرم» نمی‌تواند دلیلی بر این باشد که هر فعل حرامی را داخل تعزیر کرده و آن را جرم به حساب آوریم. برای اینکه افعال حرام در دایره جرائم قرار گیرند، نیاز به جعل حکومتی دارند و این به‌نوبه خود احصاء در قوانین مدونه را می‌طلبد، نه اینکه به صرف حرام بودن عملی، قاضی مجاز به صدور حکم و مجازات شود؛ بنابراین، هر گناهی جرم نیست و تنها گناهان مصرح در قانون به‌عنوان جرائم شناخته می‌شوند.

طبق این نظر، تفسیر اصل قانونی‌بودن جرائم و مجازات‌ها به مفهوم «اصل ضرورت بیان و جعل در تعیین جرائم و مجازات‌ها» راه را بر ارتباط گسترده جرم و گناه هموار می‌کند. جعل در این مفهوم هم شامل جعل حکومتی و هم جعل شرعی است و اصل قانونی‌بودن را به «قاعده قبح عقاب بلا بیان» تنزل می‌دهد. شمول اصل قانونی‌بودن بر جعل شرعی باعث خواهد شد که تمامی موارد مصرح در فقه از جمله حدود و تعزیرات منصوص، افعال حرام و ترک واجب را در محدوده مجازات بدانیم (همان) و این به‌منزله جرم‌بودن هر گناهی خواهد بود.

ضرورت بیان و قبح عقاب بلا بیان امری نیست که در فقه اسلامی و حوزه تفکر غربی با هم تفاوت داشته باشد، زیرا مبنای التزام، عقلی بوده و جایگاه عقلی این قاعده در هر دو جناح وجود دارد، منتهی تمرکز بر ماهیت این بیان است که آیا امری حکومتی است یا اینکه بیان شرعی را هم دربرمی‌گیرد؟ (همان: ص ۲۵) در صورت پاسخ مثبت به این سؤال جرم و گناه یک چیز خواهند شد.

## ۲-۲. جرم‌نبودن هر گناهی با اثبات محدودبودن منطقه مجازات

نظر دیگر عدم وحدت تحریم و تجریم را با اثبات محدودبودن منطقه مجازات در

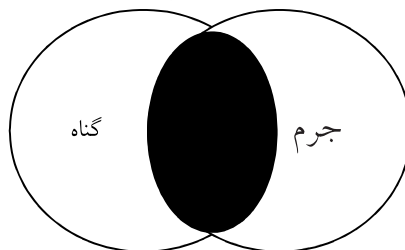
سیاست جنایی اسلام، و نه با استناد به اصل قانونی بودن جرم و مجازات نشان داده است. از نظر ایشان تکلیف قضات در مراجعه به منابع و فتاوی فقهی در هنگام سکوت قوانین مغایر با اصل «قانونی بودن جرم و مجازات» نیست، تا ما بخواهیم با استناد به این اصل به عدم وحدت تحریم و تجریم برسیم، اشکال مختلف منع و نهی تقیننی، تحریمات شرعی را هم دربرمی گیرد، به ویژه اینکه اشتراط علم به حکم و موضوع برای تحقق مسئولیت کیفری در سیاست جنایی اسلام، اصل قانونی بودن را نمایان تر می کند (حسینی، ۱۳۸۳: ص ۱۵۲).

اثبات اینکه هر گناهی جرم نیست از بررسی سه حوزه، تفاوت های گناه و جرم، فقدان دلیل بر کیفر هر گناه و موانع عملی وحدت تحریم و تجریم به دست می آید. بین گناه و جرم در زمینه قلمرو و اهداف اختلاف وجود دارد، در حالی که گناه به معنای تخلف از الزامات شرعی قلمرو وسیعی از افعال و احوال را دربرمی گیرد. جرم مقوله ای حکومتی است با هدف حفظ مصالح عمده و نظم عمومی و دفع مفاسد فردی و اجتماعی که قلمرو محدودی از رفتارها را در حد ضرورت دربرمی گیرد. جرم و گناه در عناصر مشکله هم تفاوت دارند، برای تحقق جرم وجود عنصر مادی ضروری است ولی مواردی از محرمات فاقد عنصر مادی هستند، همانند نیت سوء (تعلق قصد به امر سوء)، سوء نیت (قیح بودن نفس نیت)، سنت سیئه (سنت گذاری باطل). تفاوت دیگر در ضمانت اجرا است. ضمانت اجرای محرمات شرعی که جرم انگاری نشده اند، خودکنترلی و تقوای افراد است، اما ضمانت اجرای محرمات جرم انگاری شده شامل ضمانت اجرای کیفری و دنیوی هم هستند. علاوه بر تفاوت های ذکر شده، دلیلی بر کیفر دادن هر گناه وجود ندارد؛ علاوه بر اینکه در قرآن چنین دلالتی پیدا نمی شود در منابع روایی نیز دلیلی پیدا نمی کنیم. عنوان «التعزیر لکل عمل محرم» در مجموعه های روایی نخستین دیده نمی شود و کسانی هم که آن را بیان می کنند یا از آوردن دلیلی نقلی امتناع می کنند یا اینکه دلیل روایی را محدود به تعزیر فعل حرام کبیره بدانیم نه هر فعل حرامی، اجماعی هم در این خصوص نداریم، صاحب جواهر و امام (ره) قید کبیره را برای تعزیر حرام لازم دانسته اند، شهید اول (ره)

تعزیر را تابع مفسده می‌داند. آیت الله صافی جواز تعزیر را به چیزی می‌داند که حاکم دربارهٔ اعمالی که موجب آزار مردم، اخلال در نظام، هتک حیثیات، فساد امور، اخلال در امنیت عمومی و اعتماد مردم به یکدیگر تشخیص می‌دهد و مواردی که در صورت وقوع خلاف شرع انتظار بر خورد از ولی امر می‌شود. در موارد شک، اصل عدم جواز است. در نهایت، یکسان‌انگاشتن جرم و گناه موانع عملی را پیش‌رو دارد و با حکمت تقنینی شارع منافات دارد. زیرا قانون در عمل بی‌اثر و چنین وضعیتی موجب وهن قوانین می‌شود. تجویز مجازات بر هر فعل حرام یک بدعت است که فی‌نفسه حرام است و موجب آزار و اذیت مردم می‌شود که این هم دارای حرمت است، همین‌طور با تقنین عرفی نیز متعارض است، تقنینی که جرائم را در صلاحیت قوهٔ قانونگذاری قرار داده است، تکلیف قضات در مراجعه به منابع فقهی با موانعی روبه‌رو است از جمله عدم توانایی اکثر قضات در مراجعه و تشخیص اعتبار منابع و فتاوی، ابهام تکلیف با توجه به اختلاف مذاهب و مکاتب فقهی و اختلاف آرای فقهی در یک مذهب (همان: ص ۱۵۱-۱۲۷).

بنابراین، طبق شواهد ذکر شده هر گناهی جرم نیست و بین این دو رابطهٔ عموم و خصوص من‌وجه برقرار است که بدین طریق می‌توان نشان داد:

#### رابطه‌ی جرم و گناه



#### نتیجه‌گیری

با توجه به مطالبی که دربارهٔ جرائم جنسی در فقه اسلامی و قانون مجازات اسلامی گفته شد و ریشه‌ها و مبانی آن از لحاظ قرآنی بررسی شد، این نکته به‌دست می‌آید که چنین جرائمی ذاتاً قبیح شمرده شده‌اند و همین عاملی است که حتی رضایت انجام آن و حتی ارتکاب آن در خلوت نیز نتواند موجبی برای زوال آن شود. البته این مطلب بدان معنا نیست که حریم خصوصی افراد نادیده انگاشته می‌شود، چراکه وجه اثباتی در این گونه

جرائم در فقه و قانون به صورتی است که هم ادله را محدود و هم اثبات جرم را سخت تر کرده است. همچنین، قبح چنین اعمالی در حدی است که اثرات مخربی در زندگی افراد و سلامت اجتماعی دارد و صرفاً عملی نیست که شرّاً آن، عذاب اخروی را برای فاعل به همراه داشته باشد.

با مطالعه چنین جرائمی در قانون خارجی عمدتاً سه عامل مهم در جرم‌انگاری آنها به چشم می‌خورد: اولین عامل، عدم رضایت است، عدم رضایت افراد به رفتارهای جنسی، فاعل را متجاوز می‌کند و مستحق مجازات می‌شود؛ عامل دوم، اماره‌های سنی است که عدم رضایت اشخاص را در آن محدوده‌های سنی فرض می‌کند، اماره‌های عدم رضایت برای حمایت از افراد مورد نظر است؛ عامل سوم نیز علنی بودن برخی رفتارها است و نظم عمومی عنصر مهمی در جرم‌انگاری آن به‌شمار می‌رود. عوامل اول و دوم مصادیق بارز اصل ضرر هستند و عامل سوم هم به‌صراحت در رأی کمیته و لغندن در تحدید وظایف حقوق جزا به حفظ نظم و آداب عمومی برای حفظ افراد از آسیب و تجاوز قابل مشاهده است.

از طرف دیگر، فقدان هریک از عوامل یادشده در موضوع مرتبط با خود وقوع جرم را غیرممکن می‌کند، مثلاً رضایت طرفین در مبادرت به آمیزش جنسی وصف تجاوز را زایل کرده و عمل را مجاز می‌کند. همچنین، فقدان اماره‌های عدم رضایت (اماره‌های سنی) حتی همجنس‌بازی را در افراد بالغ و در خلوت و بارضایت چه در مردان و چه در زنان فاقد هرگونه حمایت کیفری می‌داند، درحالی‌که چنین مواردی در قانون اسلامی نهی شده و برای آن مجازات نیز در نظر گرفته شده است.

بررسی ریشه‌ای جرمی چون شرب خمر شنیع بودن آن را ثابت می‌کند و آیات قرآنی نیز تأیید بر این مدعی هستند. شرب خمر در اسلام به منزله گناه بزرگ و رجس و پلیدی است که حتی خوردن یک قطره از آن، اگرچه مست هم نکند، مشمول حد می‌شود و برای این عمل قبیح مضرات زیاد فردی و اجتماعی برشمرده شده است. درحالی‌که این عمل در قانون خارجی بنابه توسل به اصل ضرر، تنها در مواردی که موجب بروز ضرر شود،

از جمله رانندگی در حال مستی، جرم‌انگاری شده است. قتل و ضرب و جرح از جمله جرائم طبیعی هستند که در آنها قبح اخلاقی با ضرر توأم است.

دربارهٔ تعزیرات علاوه بر اینکه رابطهٔ عموم و خصوص من وجه میان جرم و گناه ثابت شد، بررسی آرای فقهای بزرگی چون صاحب جواهر از متقدمین و امام (ره) از متأخرین مبنی بر لزوم کبیره بودن حرام برای شمول تعزیر و نظر آیت‌الله صافی در تعزیر دانستن حرامی که موجب آزار مردم، اخلال در نظام، هتک حیثیات، فساد امور، اخلال در امنیت عمومی و اعتماد مردم به یکدیگر می‌شود، نشانگر آن است که قبح و به‌عبارتی حرام در تعزیرات فی‌نفسه موجبی برای جرم‌دانستن عمل نیست بلکه شدت و اثرات زیان‌بار آن نیز مدنظر است.

در مجموع و با توجه به مباحث یادشده در مورد حدود و قصاص و تعزیرات می‌توان گفت نقش اخلاق در جرم‌انگاری اسلامی نه از نوع حداکثری و نه از نوع حداقلی است بلکه موضعی میانه و معتدل دارد و به معنای توجه به قبح عمل همراه با آثار و مضرات فردی و اجتماعی عمل مورد نظر است.



## کتاب نامه

- قرآن کریم.
- ۱. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲.
- ۲. آخوند خراسانی، محمد کاظم. ۱۴۰۷. فوائد الاصول. مشهد. مؤسسه الطبع و النشر. الطبعة الاولى.
- ۳. ابن سینا، حسین بن عبد اله. ۱۴۰۳. الاشارات و التنبيهات. قم. دفتر نشر الكتاب. الجزء الاول. الطبع الثاني.
- ۴. اصفهانی، فاضل هندی. ۱۴۱۶. كشف اللثام. جلد ۱۰. قم. دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول.
- ۵. جرجانی، سید امیر ابوالفتح حسینی. ۱۴۰۴ ه. ق. تفسیر شاهی. جلد ۲. مصحح: میرزا ولی الله اشراقی سرابی. تهران. چاپ اول.
- ۶. الجرجانی، علی بن محمد. ۱۳۲۵. شرح المواقف (ویلیه حاشیتی السیاکوتی و الحلبی). ج ۸. مصر. مطبع السعاده بجوار محافظه. الطبعة الاولى.
- ۷. جوادی، محسن. ۱۳۷۵. مسئله باید و هست. قم. مرکز انتشارات دفتر تبلیغات. چاپ اول.
- ۸. الحسینی، محب الدین ابی فیض. ۱۴۱۴. تاج العروس من جواهر القاموس. جلد ۴. بیروت. دارالفکر الطباعة و النشر و التودیع. چاپ اول.
- ۹. حسینی، سید محمد. ۱۳۸۳. سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران. تهران. انتشارات دانشگاه تهران و سمت. چاپ اول.
- ۱۰. حلّی، جمال الدین، بدون تاریخ، كشف المرادفی شرح تجرید الاعتقاد. قم. تحقیق آیه الله حسن زاده الآملی. مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم المشرفه.
- ۱۱. حلّی، نجم الدین. ۱۴۰۸. شرائع الاسلام جلد ۴. قم. مؤسسه اسماعیلیان. چاپ دوم.
- ۱۲. حلّی، مقداد بن عبد الله سیوری. بی تا. کنزالعرفان فی فقه القرآن. جلد ۲. ترجمه عبدالرحیم بخشایشی. قم. ناشر پاساژ قدس. چاپ اول.
- ۱۳. خمینی. روح الله. ۱۴۰۹. کتاب البیع. تهران. جلد ۲. مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). چاپ اول.
- ۱۴. \_\_\_\_\_ ۱۴۲۵. تحریر الوسیله. جلد ۴. ترجمه علی اسلامی. قم. دفتر انتشارات اسلامی. چاپ بیست و یکم.
- ۱۵. راغب اصفهانی. حسین بن محمد. ۱۴۱۲. مفردات الفاظ قرآن. لبنان - سوریه. دارالعلم - الدار الشامیه.

- چاپ اول.
۱۶. رازی، فخرالدین. بی‌تا. المحصول فی علم الاصول. جلد ۱.
۱۷. ژکس. بی‌تا. فلسفه اخلاق (حکمت عملی). ترجمه ابوالقاسم پورحسینی. تهران. انتشارات امیر کبیر. چاپ اول.
۱۸. سبجانی، جعفر. ۱۳۵۱. حسن و قبح عقلی. تهران. مؤسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی. چاپ دوم.
۱۹. السبزواری، الحاج ملا هادی. ۱۳۷۵. شرح الاسماء. تهران. انتشارات دانشگاه تهران. چاپ دوم.
۲۰. سید حسینی تاشی. سید صادق. ۱۳۸۹. رابطه جرم و گناه. قم. پژوهشگاه فرهنگ و علوم اسلامی. چاپ دوم.
۲۱. طباطبایی. محمد حسین. ۱۳۸۶. تفسیرالمیزان. جلد ۲. ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی. قم. دفتر انتشارات اسلامی. چاپ بیست و سوم.
۲۲. \_\_\_\_\_ ۱۳۸۶. تفسیرالمیزان. جلد ۸. ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی. قم. دفتر انتشارات اسلامی. چاپ بیست و سوم.
۲۳. \_\_\_\_\_ ۱۳۸۶. تفسیرالمیزان. جلد ۱۰. ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی. قم. دفتر انتشارات اسلامی. چاپ بیست و سوم.
۲۴. \_\_\_\_\_ بی‌تا. اصول فلسفه و روش رئالیسم. ج ۲.
۲۵. عاملی، محمد بن مکی. ۱۴۱۰. اللمعه الدمشقیه. بیروت. دارالتراث - دارالاسلامیه. چاپ اول.
۲۶. عنایتی راد. محمد جواد. ۱۳۷۶. «حسن و قبح اخلاقی». مجله پژوهش‌های قرآنی. ش ۱۳.
۲۷. محسن. ۱۳۸۸. تفسیر نور. جلد ۵. تهران. مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن. چاپ دوم.
۲۸. قرشی، سید علی اکبر. ۱۴۱۲ ه.ق. قاموس قرآن. جلد ۵. چاپ ششم. تهران. دارالکتب الاسلامیه.
۲۹. جلال الدین. ۱۳۸۶. مبانی سیاست جنایی حکومت اسلامی. قم. پژوهشگاه فرهنگ و علوم اسلامی. چاپ دوم.
۳۰. لاریجانی، صادق. بی‌تا. جزوه فلسفه اخلاق.
۳۱. محمد بن مکرم. ابن منظور. ۱۴۰۴. لسان العرب. جلد ۶. دارالفکر الطباعه و النشر و التودیع. چاپ سوم.
۳۲. محمدی، علی. ۱۳۷۰. شرح کشف المراد. قم. انتشارات دارالفکر. چاپ اول.
۳۳. مدرسی، محمد رضا. ۱۳۷۱. فلسفه اخلاق. تهران. انتشارات سروش. چاپ اول.
۳۴. مصطفوی، حسن. ۱۴۰۲ ه.ق. التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. جلد ۹. تهران. مرکز کتاب و ترجمه

والنشر. چاپ اول.

۳۵. المظفر. محمدرضا. بی تا. اصول الفقه. المجلد الاول. بيروت. مؤسسة الاعلمی للمطبوعات.

۳۶. مکارم شیرازی، ناصر. ۱۴۲۵. تعزیر وگستره آن. قم. انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام. چاپ اول.

۳۷. \_\_\_\_\_ ۱۳۸۶. تفسیر نمونه. جلد ۲. تهران. دارالکتب الاسلامیه. چاپ چهل و چهارم.

۳۸. \_\_\_\_\_ ۱۳۸۶. تفسیر نمونه. جلد ۶. تهران. دارالکتب الاسلامیه. چاپ چهل و چهارم.

۳۹. \_\_\_\_\_ ۱۳۸۶. تفسیر نمونه. جلد ۱۲. تهران. دارالکتب الاسلامیه. چاپ چهل و چهارم.

۴۰. نجفی. محمد حسن. بی تا. جواهر الکلام. جلد ۴۱. بيروت. دار احیاء التراث العربی. چاپ هفتم.

41. Herring,Jonathan.2002. criminal law.third edition.new York.Macmillan.

42. Martin,Elizabth.2003. A dictionary of law.5thed. oxford university press.

43. Sexual offence (Amendment) Act 1976.

44. Sexual offence Act 1956.

45. Sexual offence(Amendment)Act 2000.

46. Vagrancy Act 1824.

47. Wolfenden report 1957.