

The Logic of the Report Wolfenden Committee, Permissibility or Crime Evasion

*Erfan Karimirad¹, Mojtaba Farahbakhsh^{*2}, Mansour Mirsaedi³, Ghasem Ghasemi⁴*

1. Ph.D. Student of Criminal Law and criminology, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Email: karimiraderfan@yahoo.com

2. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, Shahed University, Tehran, Iran (Corresponding Author).

*. Corresponding Author: Email: mo.farahbakhsh@yahoo.com

3. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Allameh, Tabataba'i University, Tehran, Iran.

Email: mansourmirsaedi@gmail.com

4. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Email: Ghassem.ghassemi@gmail.com



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



انجمن علمی حقوق اسلامی ایران



انجمن علمی حقوق اسلامی ایران

Publisher:

Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:

Original Research

DOI:

10.22034/JCLC.2023.391873.1837

Received:

11 May 2023

Accepted:

5 August 2023

Published:

5 March 2024



ABSTRACT

The legal effect of the Wolfenden Committee's proposals was to reduce the limitation of criminalization, that is, to decriminalize some immoral acts that actually had a religious basis. But what was the message of this retreat from criminal law is important, especially because of the discussed issues that were related to the field of ethics and the meaning of ethics. So, if decriminalization contains a prescriptive and affirmative meaning, then it should be stated that the mentioned committee was a permissive and a center for the justification and spread of immorality, while if it was evasive and its body and text lacked moral value compared to decriminalized examples, then with a discussion outside the field of morality is faced, and it can be said that decriminalization is not the same as

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



permissibility of those actions. Based on the extra-legal approach in this research, it was investigated that there are important sociological and logical dimensions behind the legal outcome of the committee. So that the social and moral changes of the society, the change of values and the prominence of issues such as personal privacy and on the other hand the emphasis of the rules of legal ethics on duty and virtue, not right (harm) ultimately lead to the conclusion that criminal law is neither logically nor practically capable of providing for morality and the committee, by maintaining a neutral position and without moral value judgement, took a way of escaping from criminal law, and considered the real task of criminal law to deal with public manifestations of corruption, and therefore, by separating the two types of crime and guilt, he pointed out that crime evasion and Determining the limitation of criminalization in cases related to moral advocacy is not logically equal and comparable to the permissibility of immoral actions, at the same time, this logic can govern other criminalization systems as well.

Keywords: Wolfenden Committee, Limitation of Criminalization, Permissibility, Crime Evasion, Legal Moralism.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled “The Impact of Conventional Ethic on Limitation of Criminalization in Iran’s Criminal Law and Judicial Procedure”, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author Contributions:

Erfan, Karimirad: Methodology, Formal analysis, Investigation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing.

Mojtaba farahbakhsh: Conceptualization, Validation, Data Curation, super vision, Project administration.

Mansour Mirsaedi, Ghasem, Ghasemi.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Karimirad, Erfan, mojtaba farahbakhsh, Mansour Mirsaedi & Ghasem, Ghasemi “The logic of the Report Wolfenden Committee...” Journal of Criminal Law and Criminology. 11, no. 22 (March 5, 2024): 157-186.

Extended Abstract

From the legal point of view, the result of the strategies and recommendations of the Wolfenden Committee report was the reduction of limitation of criminalization. To explain that some immoral cases that actually have a religious basis were also decriminalized. But it is important to understand what reasons and messages this withdrawal from the realm of criminal law could have. Especially since the topics discussed in this report belonged to the realm of pure morals.

Now the problem is that if decriminalization contains a prescriptive and affirming meaning, then it should be said that the Wolfenden Committee was a permissive and the center of justifying and prescribing unethical actions. To explain that this type of withdrawal from criminal law means the recognition of the decriminalized act. So that the breath of that act has fallen from ugliness and reprimand and beyond that, it takes on the aspect of righteousness. This is despite the fact that if the Wolfenden Committee had dealt with the fugitive crime evasion and its content and text were not worth moral judgment compared to the examples of decriminalization, then we are facing a category outside the field of ethics and it can be said that in this The concept of decriminalization is not the same as the permissibility of those acts. To explain that at this level of decriminalization, withdrawal from the realm of criminal law does not take place in line with the desire to justify and legitimize the decriminalized behavior, but it is done in terms of a change of perspective in relation to the duties of governance. In this way, the government inevitably adopts a neutral position in the face of insistence on the category of individual freedoms and human rights, while committing decriminalized behavior is not approved by it.

In this research, with a extra legal approach, it was investigated that behind the veil of legal bias in the Wolfenden Committee report, there are important sociological and logical dimensions, such as the social and moral developments of the society, value changes and the prominence of issues such as privacy and on the other hand, the adoption of rules. Legal moralism based on duty and virtue rather than rights (lack of harm element) ultimately leads to the conclusion that criminal law is neither logically nor practically capable of dealing with pure moral issues. And the committee, with the logic of maintaining a neutral position, without value judgment and away from the permissive and corroborant approach, took a way to avoid criminal law and considered the duty of criminal law to deal with the public manifestations of corruption, and by separating

the two categories of crime and guilt, it was noted that Avoiding crime and determining the scope of criminalization in cases related to legal moralism is not logically equal and practically to the criminalization of immoral acts, at the same time, this logic can govern other criminalization systems as well.

Thus, first: whatever is against morality cannot necessarily be allowed to enter the limitation of criminalization, otherwise criminal law cannot answer the question why many unethical things such as lying or backbiting (apart from its specific criminal forms) never enter this scope. They haven't found it, even though they may have more destructive effects on the society than some examples of legal moralism. Second: The non-inclusion of some examples of immorality or evasion of them is never and always equal to its encouragement and permissibility, as it has not been the case with other immoral acts that are not included in the scope of criminalization.

Third: Criminal law basically does not have the power of moral education, because punishment and threats are contrary to the moral will, which must be free and free from any threats and pressure, while the increase in tolerance and perpetration is a proof of this. Finally, withdrawing from criminal law does not mean the impossibility of paying attention to immoral acts, in other words, criminal law is not the only context for paying attention to and paying attention to immoral acts.

It may seem that we can always show our emphasis and serious attention to those cases by maintaining the criminalization of some immoral cases, but such an idea, in addition to reducing criminal law to a tool, if the society does not put any emphasis on them and commits those acts in different ways it can also lead to the reduction of authority and face value of those norms.

Therefore, the Wolfenden Committee's report, in terms of crime evasion and redrawing the limitation of criminalization, still adhered to ethics and the need to deal with public manifestations of moral corruption, and this category is a reminder of the main position and function of criminal law.

منطق گزارش کمیته ولفندن، اباحه‌سازی یا جرم‌گریزی

عرفان کریمی‌راد^۱، مجتبی فرحبخش^۲، منصور میرسعیدی^۳، قاسم قاسمی^۴

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

Email : karimiraderfan@yahoo.com

۲. استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران.

* نویسنده مسئول: Email : mo.farabhaksh@yahoo.com

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

Email : mansourmirsaeedi@gmail.com

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

Email : Ghassem.ghassemi@gmail.com

چکیده:

نخستین اثر حقوقی پیشنهادات کمیته ولفندن کاهش محدوده جرم‌گذاری بود، یعنی جرم‌زدایی از برخی اعمال ضداخلاق که در واقع دارای بنیان مذهبی بودند. اما اینکه این عقب‌نشینی از حقوق کیفری چه‌پیمای داشت اهمیت دارد، خصوصاً به دلیل موضوعات مورد بحث که به ساحت اخلاق به ماهو اخلاق تعلق دارند. به طوری که اگر جرم‌زدایی حاوی بار معنایی تجویزی و تأییدی باشد، لذا باید بیان داشت که کمیته مزبور اباحه‌گر و کانون توجیه و رواج بی‌اخلاقی بوده است، در حالی که اگر جرم‌گریز بوده و بطن و متن آن فاقد ارزش داور اخلاقی نسبت به مصادیق جرم‌زدایی شده باشد، پس با بحثی خارج از قلمرو اخلاق مواجه بوده و می‌توان گفت جرم‌زدایی مساوی با اباحه‌سازی آن اعمال نیست. با عنایت بر رویکرد فراحقوقی در این پژوهش، بررسی شد که در پس برآیند حقوقی کمیته، ابعاد جامعه‌شناختی و منطقی مهمی نهفته بود. به طوری که تحولات اجتماعی و اخلاقی جامعه، تغییرات ارزشی و برجسته‌شدن مسائلی چون حریم شخصی و از

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسندگان (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز CC BY-NC 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوق



انجمن ایرانی حقوق جزا و جرم‌شناسی

انجمن ایرانی حقوق جزا و جرم‌شناسی

نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.22034/CLC.2023.391873.1837

تاریخ دریافت:

۲۱ اردیبهشت ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:

۱۴ مرداد ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۱۵ اسفند ۱۴۰۲



دیگر سوی ابتدای قواعد اخلاق‌گرایی قانونی بر تکلیف و فضیلت، نه حق (فقدان عنصر ضرر) در نهایت منجر به نیل به این نتیجه می‌شود که حقوق کیفری نه منطقی و نه عملاً قابلیت عنایت بر اخلاق به‌ماهو اخلاق را ندارد و کمیته با حفظ موضع بی‌طرف، بدون ارزش‌دآوری و بدور از رویکرد اباحه‌ساز و تأییدکننده، راه‌گریز از حقوق کیفری را درپیش گرفت و وظیفه حقوق کیفری را برخورد با مظاهر عمومی فساد دانست و با تفکیک دو حوره جرم و گناه، این امر را خاطر نشان ساخت که جرم‌گریزی و تعیین محدوده جرم‌گذاری درمصادیق مربوط به اخلاق‌گرایی قانونی منطقی‌مساوی و مساوق با اباحه‌سازی اعمال ضد اخلاق نیست، در عین حال این منطق می‌تواند بر سایر نظام‌های جرم‌زدا نیز حاکم گردد.

کلیدواژه‌ها:

کمیته ولفندن، محدوده جرم‌گذاری، جرم‌گریزی، اباحه‌سازی، اخلاق‌گرایی قانونی.

پُرگرفته از رساله دکتری با عنوان «نقش اخلاق رایج در محدوده جرم‌گذاری در حقوق کیفری ایران و رویه قضایی»، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

عرفان، کریمی‌راد: روش‌شناسی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - بررسی و ویرایش، نوشتن - پیش‌نویس اصلی. مجتبی فرحبخش: مفهوم-سازی، اعتبارسنجی، نظارت بر داده‌ها، نظارت، مدیریت پروژه. منصور میرسعیدی، قاسم، قاسمی.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

رتال جامع علوم انسانی

استناددهی:

کریمی‌راد، عرفان، مجتبی فرحبخش، منصور میرسعیدی و قاسم، قاسمی. «منطق گزارش کمیته ولفندن، اباحه‌سازی یا جرم‌گریزی». مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی ۱۱، ش. ۲۲ (۱۵ اسفند ۱۴۰۲)، ۱۵۷-۱۸۶.

مقدمه

محدوده جرم‌گذاری به‌عنوان حوزه‌ای دغدغه‌مند و درگیر با مبانی سترگ، همواره آستن مقولات حقوقی و مهم‌تر از آن فراحقوقی بوده و بنابر دلایل مختلف با قبض (جرم‌زدایی) یا بسط (جرم‌گذاری) مواجه شده است؛ بنابراین جرم‌گذاری به‌عنوان خطابه‌ای رسمی و البته گزنده‌ترین نوع آن، ابزار کاهش دایره مقدرات و افزایش محظورات است و به‌همین جهت توجیه آن امری ضروری شناخته شده است. کما این‌که پیش‌فرض خلاف اصل بودن آن نیز ناظر بر مسئله از پیش گفته شده است. از طرفی اصول موجه‌ساز جرم‌گذاری به‌قدری گسترده شده که خود می‌تواند مجموعه‌ای از آزادی‌های افراد را از جمله حوزه کسب و کار، نحوه دلخواه زندگی، آزادی در اندیشه و بیان، اعتراضات مسالمت‌آمیز، حتی پوشش شخصی و... با توسل به تضاد این قبیل آزادی‌ها با خیرهایی نظیر اخلاق، امنیت، نظم عمومی، باورها و ایدئولوژی‌ها و علایق اکثریت و حتی اقلیت‌ها، یا مطلقاً جرم تلقی و یا منوط به مجوزهایی کنند.^۱ با این توصیفات اصول جرم‌گذاری الزاماً مشروعیت‌بخش نیستند و خود اصول جرم‌گذاری که در باب توجیه هنجارگذاری‌های کیفری پا به عرصه وجود نهادند می‌توانند به دلیل عدم کسب مشروعیت لازم نزد مخاطبان و دیگر تلقیات بنیادین، خاصه به دلیل تنش با مسئله «آزادی» که در نقطه مقابل جرم‌گذاری است، با چالش مواجه شوند. چنانچه برخی گفته‌اند در اینکه کدام اصول موجه‌ساز ارجح است نمی‌توان جواب یکسانی داشت بلکه بر مبنای منابع الهام‌بخش حقوق، مسلک فکری، نوع رژیم سیاسی و ساختار قدرت، ساخت فرهنگی و اجتماعی متغیر است.^۲

اما همانطوری که محدوده جرم‌گذاری به استظهار عواملی فراحقوقی نظیر عوامل سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و...، از قبیل جرم‌گذاری بسط می‌گردد؛ در ادوار تاریخ، تضییق آن محدوده از طریق جرم‌زدایی نیز خالی از همان قبیل بنیان‌های اساسی و فراحقوقی نبوده است.

در باب اعمال ضد‌اخلاقی محض در غرب تا دهه ۱۹۵۷ میلادی عموماً مقبول بود که دولت حق دارد اعمالی مانند زنا، همجنس‌بازی، روسپیگری و... را جرم بدانند تا اینکه کمیته‌ای موسوم به ولفندن پس از کش و قوس‌های فراوان، در سال ۱۹۵۷ بالاخره دو پیشنهاد به دولت انگلستان عرضه می‌نماید، بدین وجه که اول از روسپی‌گری «خصوصی» جرم‌زدایی گردد و فحش‌های آشکار (جنبه‌های عمومی و ظاهری آن) باید ممنوع و غیرقانونی باشد، دوم آنکه اعمال همجنس‌گرایانه «خصوصی» افراد

۱. شیرزاد پیک حرفه‌ای، «چالش‌های آزادی در کاوش‌های میل و فینبرگ»، فصلنامه تأملات فلسفی، ۱۹ (۱۳۹۶) ۱۰۹.

۲. فیروز محمودی جانکی، «مبنای فلسفی منع حقوقی و کیفری ایراد ضرر به خود»، فصلنامه حقوق، ۱ (۱۳۸۶) ۱۲۳.

بالای ۲۱ سال که با رضایت و در «خلوت» باشد از دایره جرم‌گذاری خارج گردد.^۳ موضوع سخن ولفندن اخلاق‌گرایی قانونی^۴ بود. یکی از قلمروهای جرم‌گذاری که بیش از هر اصلی از اصول جرم‌گذاری با چالش‌های فلسفی و غیرفلسفی مواجه شده است.^۵ تا جایی که به مرور اغلب قانونگذاران با جرم‌زدایی تمام یا برخی از مصادیق آن، هنجارهای آن را از قلمرو حقوق کیفری خارج کرده‌اند. حال جرم‌زدایی در این حوزه آستن مباحث فراحقوقی و بنیادینی است، خصوصاً که اخلاق‌گرایی قانونی هنجارهای اخلاقی محضی را مطمئن‌نظر قرار می‌دهند که در آن اثری از عنصر اضرار یا رنجش به دیگری که عنصری متقن و موجه جهت جرم‌گذاری است، وجود ندارد و از قضا نیز دارای ریشه‌های مذهبی هستند.

حال باید بیان داشت که در عین‌امعان نظر بر ابعاد فراحقوقی، جرم‌زدایی در حوزه حمایت کیفری اخلاق، می‌تواند حاوی دو پیام باشد که نیل به هر یک برآیندهای اخلاقی و توجیهی بسیار متفاوتی دارند: یکم) می‌تواند چنان القا نماید که جرم‌زدایی مساوی و مساوق با تجویز و اباحه‌گری است. به طوری که نه تنها حقوق کیفری پای خود را از این حوزه از رفتارها بیرون می‌کشد، بلکه نسبت به آن رفتارها نوعی ارزش‌داوری و دیدگاه تأییدی نیز صورت می‌پذیرد. به طوری که بیانگر نوعی نظر بر صواب بودن آن رفتار است.

دوم) جرم‌زدایی بیانگر جرم‌گریزی باشد. بدین وجه که مقنن بدون ارزش‌داوری و تأیید اعمال جرم‌زدایی شده، با بازترسیم محدوده جرم‌گذاری و در واقع گریز از قلمرو کیفری، صرفاً این حوزه را مرجعی شایسته جهت پاسخ‌دهی به آن اعمال نشناسد؛ نیل به این منطق می‌تواند به دلیل در نظر گرفته‌شدن و به عبارت دیگر برجسته‌شدن دیگر ارزش‌ها (نظیر حریم شخصی و خصوصی) در ترازش با آن مصادیق باشد.

مبحث فوق با مذاقه‌ای عمیق در پس‌زمینه گزارش موسوم به ولفندن در سال ۱۹۵۷ متجلی می‌شود. در واقع لازم به ذکر است که در این پژوهش ولفندن به‌عنوان «طریق» و «شیوه» در نظر گرفته شده است. نیک می‌دانیم که پیشنهادات این کمیته از منظر حقوقی در نهایت به جرم‌زدایی برخی جرایم جنسی در حوزه حمایت کیفری اخلاق انجامید؛ اما آنچه در این زمینه مد نظر است بُعد منطقی و جامعه‌شناختی

۳. محسن برهانی، حقوق کیفری و اخلاق، (تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی ۱۳۹۶) ۲۰۳.

4. Legal Moralism.

۵. نگارندگان پیشتر و در باب دیگری، بنیان الزام کیفری اخلاق را با عنایت بر تئوری‌های هنجاری اخلاق و با رویکردی فلسفی با چالش مواجه دانسته است. نک: عرفان کریمی‌راد و دیگران، «اخلاق‌گرایی قانونی از نتیجه‌گرایی تا وظیفه‌گرایی»، مجله پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال ۵۷، (۱۴۰۱) ۳۷۸-۳۵۱.

درباب این تحول است که پاسخ به مسئله فوق را در مورد مقوله اباحه‌سازی و یا جرم‌گریزی نیز میسر می‌نماید. بدین وجه که اگر بنیان منطقی و توجیهی این گزارش بر عدم ارزش‌داوری باشد، می‌توانیم جرم‌گریز بودن آن را استنباط نماییم در حالی که اگر منطق آن بر محور تجویز آن اعمال باشد می‌توانیم اباحه‌ساز بودن آن را درک نماییم که از قضا این امر با توجه به ارتباط موضوعی مصادیق اخلاق‌گرایی قانونی (که مطمح‌نظر کمیته بود) با مقوله اخلاق به ماهو اخلاق،^۶ آثار بسیار متفاوتی را در عالم اخلاق القا می‌نماید؛ از این رو در رویکرد جرم‌گریز، حکومت می‌تواند بر آن منطق باشد تا الزام کیفری اخلاق تنها و شاید بهترین راه توجه بر حوزه اخلاقیات نیست، بلکه شایسته است تا ضمن کاهش فربهی حقوق کیفری، ابزارهای دیگری را به خدمت گرفت. در حالی که رویکرد اباحه‌ساز تجلی‌بخش تجویز آن قبیل رفتارها و عدم لزوم هرگونه عنایت بر آن مصادیق و با هر شیوه‌ای است. ضمن آن که نیل به منطق فوق بدون در نظر داشتن بنیان و بسترهای جامعه‌شناختی حاکم و ناظر بر آن ناممکن است به‌ویژه که اخلاق‌گرایی قانونی با اخلاقی‌متعارف جامعه عجین است و تحولات اخلاقی و فکری جامعه بی‌تأثیر در راهبردهای حاکمیت از جمله جرم‌گذاری و جرم‌زدایی نخواهد بود.

لازم به ذکر است نگارنده بر آن است که بعد جامعه‌شناختی و منطقی این پژوهش نمی‌تواند تنها محدود به اوضاع و احوال پیرامونی کمیته فوق و آن زمان باشد بلکه در دیگر کشورها نیز این بُعد و منطق به انحاء دیگری می‌تواند مطمح‌نظر باشد. بنابراین کمیته یک پژوهش است نه فقط یک خطابه و از این رو نگارنده آن را «طریق» می‌خواند.

حال به فرض شکل‌گیری رویکرد تساهل مدار در جامعه ایران (خواهیم دید که آقای هربرت هارت هم در برهه‌ای از جامعه انگلیس به رویکردی تسامحی اشاره می‌کند) و تقریباً ارزش‌داوری کمتر از گذشته، نسبت به برخی مصادیق ضد اخلاق،^۷ آن‌هم در ترازش با دیگر ارزش‌ها (که به‌مرور و به واسطه زیست

۶. مقصود نگارنده از اخلاق به ماهو اخلاق آن است که صرفاً به دلیل ضد اخلاقی محض بودن مورد توجه قرار می‌گیرند و فاکتورهای دیگری در آن دخیل نیست. برای مثال عمل منافی عفت میان دو بزرگسال با رضایت که در خفا باشد مربوط به این قلمرو است اما اگر همین عمل در معبر عام باشد ممکن است منجر به رنجش ناظران شود (اصل رنجش به دیگری) و یا اگر به عنف انجام گیرد به دلیل اختلاط با مقوله حق دیگری به اضرار منتهی شده است. (اصل ضرر) البته شاید بتوان زمانی که شخصی دارای همسر باشد و حتی در خفا عمل منافی عفتی با اجنبی انجام دهد در قالب رنجش به همسر توجیه نمود. کما اینکه در قانون مجازات عمومی سابق در این باب مجازات‌هایی جنحه‌ای تعیین کرده بود.

۷. خالی از فایده نیست تا بیان شود که در قانون مجازات اسلامی جمهوری اسلامی ایران و در باب مصادیق «ناب» و مضیق اخلاق‌گرایی قانونی که شامل جرایم جنسی توأم با رضایت می‌شود مقوله زنا، رابطه نامشروع، لواط و اعمال همجنس‌گرایانه

اجتماعی مدرن برجسته شده‌اند)، نسبت به دهه‌های گذشته قابل استنباط است، درحالی که این امر الزاماً به معنای تمجید از آن رفتارها نیز نبوده است، بلکه افزایش ارتکاب و نیز استدلال‌هایی به نفع آزادی و حریم شخصی، (در مواقع فقدان عنصر ضرر) نسبت به قلمرو کیفری در ترویج و تعلیم اخلاق تردید ایجاد کرده است؛ از این رو ابعاد منطقی و جامعه‌شناختی کمیته، مقوله‌ای فراحقوقی است و منحصر بر نظام‌های حقوقی مشخصی نیست. هرچند که بنیان ایدئولوژیک و راهبردهای حاکمیت‌ها، واکنش‌های مختلف و بهره‌جویی از ابزارهای متفاوتی را با عنایت بر ابعاد فوق در پی خواهد داشت. به طوری که در نظام‌های جامعه‌بنیان و عرفی رویکرد مستقیم و در برخی دیگر، ناگزیر غیرمستقیم است. برای نمونه به نظر می‌رسد در نظام کیفری ما، وضع ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ (اصلاحی سال ۱۳۹۴)، بیانگر کمال و توسعه اصل ستر و بزه‌پوشی در مصادیق اعمال منافی عفتِ توأم با رضایت و در خفاء (ضد اخلاق محض) بوده که برآیند آن تضییق محدوده اخلاق‌گرایی قانونی آن‌هم با دستاویز قواعد شکلی است که بر خلاف قواعد ماهوی در اصل فاقد ارزش داورى هستند.^۸

۱- تحلیل مفاهیم

۱-۱- اباحه‌سازی^۹

صرف نظر از جایگاه «اباحه» در اصول فقه که مرتبط با پژوهش حاضر نیست. اباحه در لغت به معنای مباح‌گرداندن و جایز‌شمردن آمده است.^{۱۰} مجموع تعاریف ارائه شده و اصطلاحی نیز حول همین معنا و محور می‌گردند. به طوری که از اباحه‌گری یا اباحیه می‌توان نوعی بلاقید بودن و بی‌بندوباری در برابر ارزش و شعائر دینی، اخلاقی و فرهنگی را دریافت.^{۱۱} جعفری‌لنگرودی نیز اباحتی را موردی بیان نموده است که الزامات شرع را در عمل مباح شمرده، خواه عقیده به اباحه داشته باشد خواه نداشته باشد.^{۱۲}

می‌تواند مورد اشاره واقع گردد که مطابق با قانون کیفری ماهوی، فی نفسه ولو آنکه در خفاء ارتکاب یابند جرم و قابل مجازات هستند، چنانچه مشخص است موضوعات فوق با موارد مورد بحث در گزارش کمیته منطبق است.

۸. نک: عرفان کریمی‌راد و دیگران، «از اخلاق متعارف جامعه تا محدوده اخلاق‌گرایی قانونی، گذر به سوی اخلاق‌گرایی منعطف» مجله جامعه‌شناسی سیاسی ایران، شماره ۱۰ (۱۴۰۱)، ۱۱۶۷-۱۱۴۷.

9. Permissivism / Antinomism.

۱۰. محمد معین، فرهنگ معین، جلد ۱ (تهران: انتشارات امیر کبیر، ۱۳۴۲) ۱۱۶.

۱۱. میلاد اسدی، سیدمعصوم حسینی، «بررسی علل تأثیرپذیری فرهنگ جامعه اسلامی از اباحه‌گری و راه‌های مقابله با آن» فصلنامه رهیافت فرهنگ دینی، ۶ (۱۳۹۸) ۴۵.

۱۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۱ (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸) ۶۲.

و برخی با نقل از تلقی‌ات معاصر موجود در این باب، اباحه‌گری را مرادف با افسارگسیختگی فرهنگی و ارزشی و به مفهوم «لیبرتی‌نیزم»^{۱۳} و آزادی بی‌قید به همراه فروپاشی حریم‌های دینی دانسته‌اند^{۱۴} و در زمان اشاره به اباحه‌گری در غرب، چنان توصیف می‌کنند که رویکردی است در جهت خروج از قیودات روحی و روانی و جایز نشان دادن آموزه‌های غیراخلاقی.^{۱۵} در برخی منابع انگلیسی نیز اباحه‌گرایی در واقع نوعی افراط و زیاده‌روی در آزادی و آزادی‌خواهی آمده و اغلب به عنوان منظر دید و نظریه‌ای نامنسجم در نظر گرفته شده است^{۱۶} و یا انگاره لذت بردن از تمام مواهب و نعمت‌ها بدون پیروی از قواعد مسیح.^{۱۷} با این اوصاف آنچه به طور کلی از اباحه دریافت می‌شود نوعی تجویز بی‌قیدی و بی‌اعتبارپنداری هنجارهای ارزشی، اخلاقی، فرهنگی است که گاهی آن هنجارها بنیان دینی دارند. کما اینکه خواهیم دید مصادیق اخلاق‌گرایی قانونی و ممنوعیت‌های اخلاقی آن، دارای ریشه مذهبی هستند. بنابراین یک جامعه می‌تواند توصیفاً به سمت اباحه‌گری برود. یا یک نهاد رسمی اباحیه را در پیش گیرد و تجویز این اباحیه را «اباحه‌سازی» تعبیر می‌نماییم. به طوری که اباحه‌گری توصیفی و اباحه‌گری هنجاری (اباحه‌سازی) را می‌توان از یکدیگر تفکیک نمود.

۱-۲- جرم‌گریزی

عبارت مختصر جرم‌گریزی برساخته نگارنده، اما حاوی توصیفات است که نیازمند بیان است؛ بنابراین جهت نیل به این توصیف و معرفی عبارت جرم‌گریزی در این پژوهش و حواشی تراوش شده از آن، گریز و گزیری جز گذر از عبارت جرم‌زدایی نداریم. چنانچه جرم‌گریزی انگاره‌ای از جرم‌زدایی است. در نگاه کلی جرم‌زدایی^{۱۸} فرایندی است که قابلیت نظام‌کیفری در راستای اعمال پاسخ‌های کیفری نسبت به بعضی افعال مجرمانه زائل می‌گردد و خود دارای اقسام گوناگونی است؛ ولی آنچه در تعریف کلی فوق اهمیت دارد این است که جرم‌زدایی یک پروسه و فرایند است، تاجایی که به قول برخی می‌تواند بیانگر سازماندهی و مدیریت باشد و اساس آن، در واقع تقاضا و نیاز به تحول است.^{۱۹} به عبارتی به همان

13. Libertinism.

۱۴. علی نصیری، «اباحه‌گری، آفت دینداری»، مجله اندیشه، ۴۰ (۱۳۸۵) ۶.

۱۵. میلاد اسدی، پیشین، ۴۵.

16 R. sylvan, J. norman, Direction in relevan logic (Kluner academic publishers, 2012), 281.

17 W. Thorn, Antinomianism its, Errors, Evils and Absurdites, (London Jcson and Walford, 2015), 4.

18. Decriminalization.

۱۹. فیروز محمودی جانکی، «جرم‌زدایی به منزله یک تغییر»، فصلنامه حقوق، ۳۸ (۱۳۸۷) ۳۲۳.

نحوی که جرم‌گذاری حاوی ایدئولوژی‌های مختلف و پس‌زمینه‌های اجتماعی و فرهنگی و... است، جرم‌زدایی نیز از این امر مستثناء نیست.^{۲۰} تطورات اجتماعی/اخلاقی و یا برخی اندیشه‌های سیاسی حاکم (مانند انگاره‌های لیبرالی) از جمله این موارد است.

حال مسئله این است که جرم‌زدایی همواره مساوی با اباحه‌سازی نیست، یعنی صرف زدودن وصف کیفری و خروج یک عمل از زرادخانه کیفری به معنای تمجید از آن رفتار که تا پیش از این جرم بوده است، نمی‌باشد. از این رو باید عنایت داشت که جرم‌زدایی در سه سطح قابل ارزیابی است:

سطح اول موردی است که جرم‌زدایی بیانگر اباحه‌سازی و در واقع به رسمیت شناختن کامل عمل است.^{۲۱} به طوری که نفس آن عمل من بعد، از قباحت و سرزنش‌گری نیز افتاده و حتی جنبه حق‌انگاری به خود می‌گیرد. نوع دوم جرم‌زدایی در راستای تمایل به اباحه‌سازی و حق‌گذاری رفتار موردنظر صورت نمی‌گیرد، بلکه به لحاظ تغییر منظر دید در ارتباط با وظایف دولت انجام می‌گیرد، بدین‌وجه که دولت در مواجهه با پافشاری‌ها بر آزادی‌های فردی و حقوق بشری ناگزیر موضعی بی‌طرف اتخاذ می‌نماید، در عین حالی که همچنان ارتکاب آن رفتار مورد تأیید نیست و نوع سوم نیز موردی است که دولت بی‌عنایت بر لزوم تحول در منظر دید مردم یا دولت نسبت به رفتار خاصی و در عین صالح دانستن خود در برخورد، ولی به رویکردی انفعالی و یا جایگزین کیفر روی می‌آورد.^{۲۲}

با این اوصاف بنیان جرم‌زدایی خالی از منطق و محتوای فراحقوقی نیست و پیام‌های واحدی را نیز یادآور نمی‌شوند. گاهی تغییر نگرش، تحولات اخلاقی جامعه، مصلحت‌اندیشی، سیاست و... در این پروسه دخیلند. گزارش کمیته نیز حاوی توصیه جرم‌زدایی و در عین حال حاوی منطق و ابعاد فراحقوقی بود.

در ادامه می‌توانیم به این مسئله بپردازیم که آیا گزارش Wolfenden ترجمان رویکردی اباحه‌ساز بود و یا جرم‌گریز؟ حال مشخص شد که جرم‌گریزی می‌تواند در قالب تمایل در کاهش محدوده حقوق کیفری بحث شود، ضمن آنکه نسبت به عمل جرم‌زدایی شده ارزش داوری وجود نداشته باشد و الزاماً نیز مورد تشویق واقع نشوند. (جرم‌زدایی نوع دوم) یا در قالبی اباحه‌پندار، حق‌گذار و توأم با ارزش داوری در راستای تأیید عمل و حاوی نوعی پیام تجویزی به جامعه باشد. (نوع اول)

۲۰. همان، ۳۲۳.

۲۱. نسرین مهرا، «درآمدی بر جرم‌زدایی، کیفرزدایی و قضا‌زدایی»، مجله تحقیقات حقوقی، ۲۱-۲۲ (۱۳۷۷) ۳۰۵.

۲۲. محمودی جانکی، پیشین، ۳۲۶.

۱-۳- محدود جرم‌گذاری^{۲۳}

عبارت محدود جرم‌گذاری^{۲۴} همان‌گونه که با جرم‌گذاری عجین است با مقوله جرم‌گریزی و اباحه‌سازی و به بیان دیگر جرم‌زدایی نیز مرتبط است. می‌توان اینطور بیان داشت که در واقع جرم‌گذاری همان حیطة‌ای است که قانون‌گذار کیفری به اتکای انواع توجیهات، چتر خود را بر آن می‌گسترده و دامنه انواع آزادی‌ها را با محدودیت مواجه می‌نماید.

اما محدود جرم‌گذاری مفهومی دغدغه‌مند در مورد «مجاز بودن یا نبودن» بهره‌مندی از جرم‌گذاری بوده و چون حصری فرضی است که به استظهار انواع مبانی و اصول، به‌دور دایره جرم‌گذاری و اختیارات حکومت می‌تند و سعی دارد، افساری بر آن بنهد. همین حوزه است که جولانگاه پرسش‌هایی است که نظیر کالارکسون مطرح می‌کند، بدین وجه که: جرم‌شناختن یک عمل چه‌زمانی ضروری است؟ و چگونه می‌توان تصمیم گرفت آیا رفتار خاصی باید به‌وسیله حقوق جزا منع شود یا خیر؟^{۲۵} تمامی موارد پیش‌گفته بیانگر رویکردی است که دغدغه‌مند توجیه جرم‌گذاری^{۲۶} است. همچنین به دنبال ارائه شیوه‌ای است تا بتواند چنین عمل‌سالب آزادی را توجیه‌پذیر کند.

البته هرچند عبارت محدود جرم‌گذاری چندان مورد استفاده مؤلفان داخلی واقع نشده است؛ ولی در منابع انگلیسی به کار گرفته شده است. برای مثال داگلاس هوساک^{۲۷} فیلسوف حقوق کیفری نیز دغدغه‌مند محدود جرم‌گذاری است، جایی که در مقدمه کتاب خود با عنوان «جرم‌انگاری‌های افراطی» از یک تئوری که بیانگر محدود ضمانت اجرای کیفری باشد جهت مقابله با مسئله جرم‌گذاری‌های

۲۳. نگارنده ترجیح می‌دهد به جای استفاده از واژه جرم‌انگاری، واژه «جرم‌گذاری» را به کار بندد. بدین توضیح که در *criminalize* پسوند *ize* به معنای چیزی را ساختن و به وجود آوردن است، لذا زمانیکه صحبت از جرم‌گذاری می‌کنیم عنصر گُنشی استنباط می‌شود، بدین وجه که در واقع اکتیو بودن و ایجت بودن فاعل را (مقنن) نشان می‌دهد، فاعلی که با اقتدار و قابلیت‌های خویش جرمی را شناسایی و رسماً معرفی می‌نماید. به بیان دیگر در عبارت جرم‌انگاری انگاشتن نقشی منفعل را برای مقنن تداعی می‌کند، لکن در عبارت جرم‌گذاری فاعل را کنشگر و فعال می‌شناسیم. لذا وقتی سخن از خالق یک قانون می‌کنیم مقبول است تا همانطوری که در سایر متون قانونی و قانونگذاری‌ها از واژه قانون‌انگاری استفاده نمی‌کنیم! «جرم‌گذاری» را هم از این به بعد، به جای «عبارت جرم‌انگاری» به کار گیریم.

24. Limitation of criminalization.

۲۵. کریستوفر کالارکسون، حقوق جزای اختصاصی انگلستان و نقش حقوق جزا در جامعه، ترجمه و توضیح حسین میرمحمد صادقی، (تهران: جنگل ۱۳۹۵) ۱۱۷.

26. Justification.

27. Douglas Husak

ناموجه دفاع می‌کند و اذعان می‌دارد که یک تئوری جرم‌گذاری نیازمند توجیه است، توجیه اینکه حقوق کیفری باید حفظ شود یا خیر و معیارهایی که بتوانند توجیه نمایند که نیاز هست تا جرم و کیفرهای دیگری توسط مقنن وضع شوند یا خیر؟^{۲۸} جانانان شنشک هم جرم‌گذاری را به‌عنوان یک عمل منتسب به حکومت به‌طور ویژه نیازمند حکم اخلاق و تضمین اخلاقی فرض می‌کند و معتقد است که به‌خاطر پتانسیل بالای وقوع بی‌عدالتی در این مواقع از طرف حکمرانی، اختیارات و قدرت حکومت در سیستم عدالت کیفری نباید با بی‌عنایتی و در غیاب کامل نیروی متقاعد کننده توجیهات اخلاقی کاربست و اعمال شود.^{۲۹} بدون شک گزاره نیست تا این دغدغه بنیادی و فیلسوفانه که همواره از سؤالات اساسی و نگرانی‌های سترگ اندیشمندان و متفکران بوده را باید به‌جهت حمایت از حقوق و امنیت جسمی و روانی آحاد مردم و مخاطبان حقوق کیفری دانست؛ بنابراین چنین دغدغه و نگرانی از جامعه در شهادهای این قبیل اندیشمندان که خود نیز جزئی از جامعه هستند، نهفته است. حال چه ارزشی برای مردم حایز اهمیت‌تر از مقوله «آزادی» است، وانگهی حقوق کیفری اگر نتواند در راستای اعمال مسلوب‌کننده آزادی خویش دلایلی قانع‌کننده و موجه بیاورد نه تنها از منظر اخلاق متعارف جامعه دچار سرزنش و به بی‌اخلاقی متهم می‌شود بلکه عاقبت مشروعیت خویش را نیز از کف خواهد داد.

با این تفاسیر می‌توانیم مسئله محدوده جرم‌گذاری را با انواع مؤلفه‌های درونی و بیرونی و فراحقوقی از جمله اخلاق متعارف جامعه که نیروی قضاوت‌کننده جامعه است، مربوط و عجین بدانیم. به طوری که مرز بین مشروعیت و عدم مشروعیت در اقدامات حکمرانی در چنین امر گذشته‌ای (جرم‌گذاری) خصوصاً در قواعد مبتنی بر تکلیف و فضیلت (اخلاقی) تا حد قابل توجهی بسته به توجیه و یا عدم توجیه این اقدامات از طرف اخلاق متعارف جامعه باشد؛ بنابراین هرچه از درجه توجیه اخلاقی و عقلانی کاسته شود «حس‌های اخلاقی»^{۳۰} جامعه بیشتر تحریک می‌شود. بدیهی است که به فرض اخلاق متعارف سالیان سال به دلیل جرم‌گذاری‌هایی مبتنی بر اصل ضرر دچار تضاد نبوده است اما درمقابل، همواره در مورد موضوعاتی نظیر نحوه پوشش و اعمال اجبار در سبک زندگی و روابط اجتماعی، نظام عدالت کیفری را با چالش و اتهام بی‌عدالتی مواجه نموده است که خود مهم‌ترین مفهوم منتسب به اخلاق است؛ از این رو جرم‌گذاری در قواعد مبتنی بر حق در حالت عادی چندان با چالشی مواجه نیست؛ اما در قواعد مبتنی بر

28. Douglas Husak, *Overcriminalization, The Limits of Criminal Law*, (Oxford University press, 2008), xxi.

29. Jonathan Schonsheck, *On Criminalization* (London: Kluwer Academic Publishers, 1994), 1.

30. Moral Sense.

فضیلت و تکلیف (امور اخلاقی) می‌تواند با چالش مواجه باشد.

حال باید بیان داشت که نتیجه عملی جرم‌زدایی تضییق محدوده جرم‌گذاری و به عبارتی حقوق کیفری است؛ ولی اینکه بنیان و مقدمات توجیه این تضییق محدوده چیست، متفاوت است. نگارنده با بکارگیری عبارت جرم‌گریزی و با عنایت بر توصیفی که از آن داشت، بر آن است که این انگاره را به تصویر بکشد که «جرم‌گریزی» الفاکنده عدم تمایل و به اصطلاح گریز از محدوده حقوق کیفری بوده و به بیانی، مسئله دغدغه‌مندی در بازترسیم مرزهای حقوق کیفری است، بی‌آنکه قرار باشد خود را نسبت به ارتکاب عمل، متمایل و اباحه‌گر نشان دهد (عدم ارزش داوری) در حالی که «اباحه‌سازی» نه تنها مؤید عقب‌نشینی کیفری، بلکه مستلزم ارزش داوری و مثبت‌انگاری عملی است که تا پیش از این جرم تلقی می‌شده است. این امر آستن سؤال دیگری است که تضییق محدوده جرم‌گذاری در جرایم ضد اخلاق که موضوع بررسی کمیته مورد بحث بوده است، الزاماً به معنای مباح‌دانستن و تمجید آن عمل است؟ و به عبارتی عدم حمایت کیفری تنها به معنای تجویز عمل است؟ و آیا تنها راه ابراز مخالفت با عمل فوق ورود در عرصه جرم‌گذاری است؟

۲- بنیان و ابعاد کمیته ولفندن

کمیته «ولفندن» که نام آن برگرفته از رئیس^{۳۱} آن کمیته بود، در سال ۱۹۵۷ وظیفه بررسی دو حوزه از جرایم جنسی شامل همجنس‌بازی^{۳۲} و فاحشگی^{۳۳} را برعهده گرفت تا مورد بررسی کارشناسانه در ارتباط با لزوم کار بست آن در قانون کیفری قرار دهد.^{۳۴}

در این مجال بحث ما تحلیل تمام ابعاد مفاد گزارش کمیته ولفندن نیست هرچند تشکیل این کمیته و مفاد آن می‌تواند از ابعاد گوناگونی (حتی سیاسی) مورد تحلیل قرار گیرد. اما دو بُعد جامعه‌شناختی و منطقی برای ما حایز اهمیت هستند.

۲-۱- حقوقی

بُعد حقوقی گزارش ولفندن در این پژوهش مطمح‌نظر نیست، چنانچه می‌دانیم برآیند آن عقب‌نشینی حقوق کیفری انگلیس و برخی دیگر کشورها در حوزه حمایت‌گری کیفری از اخلاق جامعه بود به طوری

31. Sir John, Wolfenden (1906-1985).

32. Homosexual.

33. Prostitution

۳۴. جان کلی، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، (تهران: طرح نو، ۱۳۸۸)، ۶۴۰.

که در انگلستان در گذر زمان از اخلاق‌گرایی قانونی عدول شد. برای نمونه زمانی که به قانون جرایم جنسی مصوب سال ۲۰۰۳ انگلیس نظری می‌اندازیم این امر نمایان می‌شود. به وجهی که اغلب عناوینی را می‌توان یافت که عنصر ضرر به افراد یا جامعه (تعدی به عنف به دیگری و اخلاق عمومی) در آن‌ها مشترک است. از جمله: رابطه با شخص بالغ بدون رضایت، انواع تهاجمات و تجاوزات جنسی، کسانی که به واسطه صغر سن به انحاء مختلف مورد سوءاستفاده قرار می‌گیرند، افراد آسیب‌پذیر^{۳۵} درحوزه‌های گوناگون مانند دارندگان اختلالات ذهنی و روانی که نمی‌توانند دارای رضایت در این دست روابط فرض شوند، مواردی که عفت و اخلاق عمومی را مورد آسیب و خدشه قرار می‌دهد و...، البته در کنار موارد مزبور (که تقریباً با هیچ اصل جرم‌گذاری به جز اصل ضرر یا در نهایت رنجش به دیگران توجیه نمی‌شوند) مواردی نیز به ندرت یافت می‌شود که همچنان توجیهی جز اصل اخلاق‌گرایی قانونی نمی‌توانند داشته باشند که مبنای آن شهودات اخلاقی جامعه و همچنین برآمده از آموزه‌های مذهبی است، مانند مسئله زنا با محارم نسبی.^{۳۶} خوب آنچه عیان است تزییق محدوده جرم‌گذاری در این حوزه از جرایم است. اما آنچه اهمیت دارد منطق و زمینه‌های این تزییق محدوده و جرم‌گریزی است که در بندهای آتی مورد بحث واقع می‌شوند.

۲-۲- جامعه‌شناختی

بعد دوم که باید گفت تا حد قابل توجهی ناظر بر رهیافت حقوقی اول و همچنین از مقدمات و مقومات نیل به بنیان منطقی Wolfenden بوده است، رهیافت جامعه‌شناسانه (اخلاق) است که خود زمینه‌ساز تحولات در این حوزه و دلیل انواع مجادلات فنی و حقوقی بوده است.

چنانچه نویسندگان گفته‌اند آنچه منجر به تحول در حقوق کیفری غرب در حوزه حمایت کیفری اخلاق شده است تغییرات اجتماعی بود^{۳۷} که بالاخص در نیمه دوم قرن بیستم آغاز شده بود. به قولی مقوله اجرای قانونی اخلاق هرچند به خودی خود چندان بحث جدیدی به شمار نمی‌رود اما آنچه شعله‌های آتش این بحث را فروزان نموده است، مقوله نضج اخلاق جدیدی است که تا حدی از نیمه دوم سده بیستم در جامعه (انگلستان و غرب) شکل گرفته بود. به طوری که به قول برخی بین اخلاق سنتی مسیحی (اغلب موضوعات جرایم ضد اخلاق محض، برگرفته از آموزه‌های مذهبی است که در شهودات

35. Vulnerable person.

۳۶. کریستوفر کلارکسون، پیشین، ۲۴.

۳۷. برهانی، اخلاق و حقوق کیفری، ۲۰۳.

اخلاقی جامعه نیز جا افتاده بود) و اخلاق جامعه مدرن تعارض و شکافی عمیق ایجاد شده است، به خصوص چنانچه گفته شده است اخلاق موجود در جامعه مدرن این خصیصه و قابلیت را دارد که در این موارد (اعمال ضد اخلاق) تسامح و اغماض قابل توجهی به خرج دهد.^{۳۸} این مسئله‌ای است که همواره بر آن تأکید شده است. بدین وجه چنانچه برخی نویسندگان گفته‌اند تحولاتی که در جامعه و در حوزه‌های فرهنگی و نگرش‌های اخلاقی، به‌ویژه در بریتانیا در اوایل نیمه دوم قرن بیستم شکل گرفت، به طور کلی از جمله دلایل تحول و متوقف شدن مجازات‌های شدید در سال ۱۹۶۵، از بین رفتن کلی آن مجازات‌ها در ۱۹۶۹، قانونی شدن سقط جنین با زمینه‌های پزشکی، قانونی شدن پیشگیری از بارداری در قانون جرایم جنسی و نیز جرم‌زدایی روابط جنسی همجنس‌گرایان بزرگسال در «خفا» و مواردی از این دست^{۳۹} بیان شده است.^{۴۰} با توجه به اینکه بسیاری از موارد ضد اخلاقی همان‌هایی هستند که در مذهب آمده است، باید گفت چیزی که در گذشته مطابق مذهب خوب و پسندیده محسوب می‌شد مورد تأکید و تأیید جامعه هم بود؛ اما امروز دیگر مد نظر دین و مذهب جامعه یکسان نیست و همین امر بود که فیلسوفان و حقوقدانان را در تشخیص خوب عمومی و مفاهیم و حس‌های مشترک اخلاقی با مشکل مواجه نمود.^{۴۱}

ناظر بر انگاره فوق که از طرف برخی نویسندگان بیان شده بود، در پاراگراف ۴۲ از گزارش ولفندن ضمن رویکردی جامعه‌شناختی می‌توان آغاز جلوه‌ای از تساهل در زمینه رفتارهای جنسی و همجنس‌گرایانه را در جامعه آن زمان که به آرامی از هنجارهای مذهبی فاصله می‌گرفت مشاهده نمود. جایی که کمیته بیان می‌دارد: از منظر اعتقاد عمومی، شیوع همجنس‌گرایی طی ۵۰ سال اخیر به شدت افزایش یافته است، هرچند کمیته نیز از جایگاه دیگری به قضیه می‌نگرد و اعتقاد افزایش بسیار شدید را الزاماً صحیح نمی‌داند؛ اما می‌پذیرد که بسیار آزادانه و با فراغ خاطر از آن صحبت به میان می‌آید و به بیان کمیته، امروز آشکارتر از زمان والدین ما از آن بحث می‌گردد، حتی بیان می‌دارد که در ادبیات عمومی نیز تعداد فزاینده‌ای از آثار به صورت ضمنی یا مشخص به این موضوعات می‌پردازند. در واقع این مفاد

38. Yves Caron, "The Legal Enforcement of Moral and the so-called Hart- Devlin Controversy" *Mc Gill Law journal*, 15 (1969), 9.

۳۹. در قانون جرایم جنسی مصوب ۱۹۶۷ انگلیس از بسیاری از جرایم جنسی از جمله همجنس‌گرایی و سایر صور فحشا جرم‌زدایی شد. (کلارکسون، ۱۳۹۵، ۱۱۵).

40. Mark Jarvis, *Conservative governments, morality and social change in affluent Britain 1957-64* (Manchester: Manchester University Press, 2005), 1.

41. Yves Caron, *op. cit.* 10,17.

کمیته بیانگر تحمل و تساهل است.

در پاراگراف ۴۵ نیز در یکی از ملاحظات که رشد رفتار همجنس‌گرایی را مطمح‌نظر دارد، کاهش معیارهای اخلاقی و تساهل نسبت به بی‌نظمی‌های جنسی از جمله تحمل نسبت به رفتار همجنس‌گرایانه را تصویر می‌نماید. هرچند کمیته از شدت این نظرات دفاع نمی‌کند، در پاراگراف ۴۶ بیان می‌دارد: تصور ما این است که از میان رفتارهای جنسی، همجنس‌گرایی بخش کمی از آن‌هاست، با این حال نمی‌توان آن را نادیده گرفت؛ که بازهم بیانگر وجود چنین مباحثی (با رویکردی واقع‌بین) و عدم امکان نادیده گرفتن آن است. در همین بحبوحه محاجّه‌های جذاب پرفسور هربرت هارت و لرد دولین^{۴۳} هم درخور توجه است که ناشی از ملاحظات و تلقیات کمیته مزبور بود. البته ابعاد آن به قدری است که در این بحث نمی‌گنجد؛ اما در قسمتی از این مجادله و مرتبط با موضوع، دولین که حامی اخلاق‌گرایی قانونی بود، فرضی را از پیش پذیرفته بود که در آن جامعه دارای همبستگی‌های اخلاقی جدی است و همواره از یک نیروی نامرعی مشترک سخن می‌راند که عمیقاً از نقض نظام اخلاقی‌اش می‌رنجد، لکن هارت با دقت نظری جامعه‌شناسانه و تهی از تعصب اذعان می‌دارد که در انگلستان دوران ملکه ویکتوریا (قرن نوزدهم) شاید شرایط مدنظر دولین وجود داشته، اما این فرض خام جامعه‌شناختی خواهد بود که فکر کنیم شرایط آن روزگار در دوران فعلی هم برقرار است، دست‌کم در حوزه اخلاق جنسی و از آن مهم‌تر، هارت نظام‌های اخلاقی متساهل را (مقوله‌ای که در مفاد گزارش نیز بدان اشاره شد) مطمح‌نظر قرار داد^{۴۴} که لزوماً با دید تنفر به آن قبیل ناهنجاری‌ها نمی‌نگرند و به همین دلیل نظرات دولین را فاقد مصداق در اخلاق جامعه می‌دانست.^{۴۵} چنان است که برخی گفته‌اند، بی‌تردید اگر امروز دولین زنده بود او نیز در صف مخالفان الزام کیفری اخلاق قرار می‌گرفت.^{۴۵}

از این رو، همانطور که برخی نویسندگان گفته‌اند می‌توان کمیته را نه تنها یک خطابه، بلکه یک پژوهش شناخت^{۴۶} ما نیز آن را یک طریق دانستیم که بغایت نتیجه‌شک و تردید در مورد وجود وفاق و نقطه اشتراک در مورد چیزی بود که مدنظر قانون (نسبت به مسئله‌ای که به آن اخلاق می‌گوییم)

42. Lord Patrick Devlin.

۴۳. تساهل و پذیرش تکثر از ویژگی‌ها و تلقی‌های مدرن است.

۴۴. هربرت هارت، قانون آزادی و اخلاق، ترجمه محمد راسخ (تهران، نشر نی، ۱۳۹۸) ۸۴-۸۲.

45. John Stanton, "The Limits of Law", Stanford Encyclopedia of Philosophy (2009), URL=<http://plato.stanford.edu/entries/law-limits>.

46. Kate Gleeson, "Discipline, Punishment And The Homosexual In Law," *Liverpool Law Review*, 28 (2007), 333.

قرار گرفته بود و یا سایر استانداردهای فرهنگی و اجتماعی که باید با تمام استانداردهای کلی قابل قبول جامعه پذیرفته می‌شد، ولو اینکه توسط عده‌ای از شهروندان پذیرفته نشده باشد و اگرچه تعدادی از افراد در نظر داشتند که ارتباط مستقیمی میان قانون و عقاید عمومی جامعه وجود دارد، با وجود این کمیته هم کشف عقاید عمومی را بسیار سخت بیان کرده بود و حقایق کمیته ولفندن بر این بود که مسائل اخلاقی چه در امور جنسی باشد و چه غیر آن همیشه به آسانی نمی‌تواند مورد بحث و نظر قرار گیرد و در واقع امر مانیفست^{۴۷} آن، بازتابی از چنین وقایعی بوده و ایده اصلی کمیته این بود که قانون باید متقابلاً به وسیله اخلاق موجود در جامعه پذیرفته و حمایت شود و قانون نباید به حوزه رفتارهای اخلاقی خصوصی ورود کند مگر آنکه بر جامعه اثر بگذارد؛^{۴۸} بنابراین، به نوعی حوزه گناه را از جرم تفکیک نمود.^{۴۹} پاراگراف ۱۶ از گزارش در همین چارچوب بیان می‌دارد: ما باید رابطه عقاید عمومی و قانون را در نظر بگیریم و قانون باید پیرو افکار عمومی باشد تا از حمایت آن نیز برخوردار گردد و قانونی که در تضاد عقاید عمومی باشد، خیلی زود اعتبارش را از دست می‌دهد و کمیته نیز بر آن است تا جزم‌اندیش نباشد چرا که امروز یک عقیده مشخص در مورد موضوع مورد بحث یافت نمی‌شود.

با این وصف از منظر کمیته ولفندن در مورد وفاق اخلاق مشترک در جامعه ابهام به چشم می‌خورد و بازهم باید تأکید کرد که البته مقصود این نیست که تمام و یا اکثریت جامعه اعمال ضد اخلاق را انجام می‌دهند یا تشویق می‌کنند، هرچند چنانچه گفته‌اند جرایم جنسی (توأم با رضایت) و همجنس‌گرایی در آن زمان به بعد افزایش پیدا کرده بود،^{۵۰} بلکه مقصود میزان تسامحی بود که جامعه در کل نسبت به آن اعمال درکنار سایر ارزش‌ها نظیر حریم شخصی و خصوصی مبذول می‌دارد. به‌قولی در این شرایط قانون‌گذاران و قضات هم‌چندان نیازمند رهنمودهای فلسفی در این موارد و جرم‌گذاری‌ها نبودند بلکه اوضاع و احوال جامعه و گروه‌های اجتماعی و مشاهدات، این میزان تسامح در اخلاق متعارف جامعه را نشان می‌داد؛^{۵۱} بنابراین می‌توان بیان داشت که اخلاق متعارف جامعه نیز آنچنان پشتیبان هنجارهای کیفی در حوزه اخلاق‌گرایی قانونی نبود و یا حداقل تطورات اجتماعی تردید جدی و عمیقی در وجود وفاق در این زمینه ایجاد نموده بود.^{۵۲}

47. Manifest.

48. Stanton, op. cit.

49. Rolf Sartorius, "The Enforcement of Morality," Yale Law Journal, 81 (1972), 892.

50. Kate Gleeson, op. cit. 321.

51. Yves Caron, op. cit. 38.

۵۲. طبیعی است که در نظام‌های حکمرانی و متعاقباً حقوقی جامعه-بنیان و عرفی تغییرات اجتماعی راحت‌تر می‌تواند

مداقه بر نیروی کشنده کمیته (تحولات اجتماعی) و نظر هارت، پارامترهای مهمی را پیش روی ما می‌گذارد از جمله اینکه اخلاق متعارف جامعه ارتباط وثیقی با حمایت‌گری کیفری اخلاق دارد. در واقع اخلاق‌گرایی از اعمالی حمایت کیفری می‌کند که اخلاق متعارف جامعه آنها را از آن حیث که ضد اخلاقند، مذموم می‌شمارد؛^{۵۳} از این رو مهم‌ترین فاکتوری است که می‌تواند اخلاق‌گرایی قانونی را پا برجا بدارد، در غیر این صورت نیروی پشتیبان خود را از دست خواهد داد. البته باید دقت کرد که مقصود این نیست که معیار امور اخلاقی در حوزه اخلاق‌گرایی قانونی تجویزاً جامعه است^{۵۴} ولی باید گفت چنین جرم‌گذاری‌هایی که هدفشان حمایت از اخلاق است و فاکتورهایی متقنی چون ضرر در آن وجود ندارد، بیش از هر امر دیگری نیازمند موجه‌شدن از منظر جامعه است و این مرجع همان اخلاق متعارفی است که متعلق مستقیم جرم‌گذاری واقع شده است. چنان‌چه دیدیم عدم وفاق و نیز شکل‌گیری نظام‌های متساهل در بحبوحه کمیته ولفندن با توجه به متن و بطن آن گزارش ملموس است.

۲-۳- منطقی

بنیان منطقی ولفندن بر عدم ارزش‌داوری نسبت به مصادیق اعمال خلاف اخلاق، تعیین محدوده حقوق کیفری و تفکیک دو حوزه جرم و گناه از یکدیگر نهاده شده بود و کارکرد حقوق کیفری را به مقوله جرم که ارتباط با لزوم حفظ نظم عمومی و جلوگیری از مظاهر عمومی فساد اخلاقی دارد، فروکاهیده بود و از قضا توصیه‌های ولفندن شباهت‌های قابل توجهی با اصول مطمح‌نظر جان استیوارت میل در رساله معروف وی به نام «درباره آزادی»^{۵۵} داشت، جایی که بیان می‌داشت به نظر ما وظیفه حقوق کیفری حفظ نظم و اخلاق عمومی است تا پدین‌وسپله از شهروندان درمقابل افعال خلاف و مضر حمایت کند و امنیت کافی در مقابل به فساد کشاندن یا سوءاستفاده از دیگران را فراهم نماید، بخصوص برای آنهایی که به دلیل ضعف جسمی، روحی، خردسالی و کم‌تجربگی آسیب‌پذیرند و این امر نشان‌دهنده توجه و توصیه کمیته به مظاهر عمومی روسپیگری بود و در مورد تعدیل قوانین علیه همجنس‌گرایی در خفا، در پاراگراف ۶۱ آن آمده بود که باید یک حوزه و قلمرو خصوصی برای افعال اخلاقی و ضد اخلاقی باقی

زاممداران را به بازتأمل وا دارد.

۵۳. مجتبی فرح‌بخش، جرم‌انگاری فایده‌گرایانه، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲)، ۳۴۶.

۵۴. چالشی که دولین دچار آن بود.

55. On Liberty.

بماند که قانون در آن دخالتی نکند؛^{۵۶} بنابراین کمیته ولفندن بر آن بود که: حقوق بیش از آن چیزی که ضروری باشد (به نظم عمومی مربوط می‌شود)، فاقد کارکرد مداخله‌گرایانه در زندگی شخصی و خصوصی شهروندان یا تحمیل الگوی رفتاری خاص است. باید یک قلمرو باقی بماند که حقوق در آن اصطلاحاً فضولی نکند مگر به خواست جامعه که بخواهد در یک اقدام عملی حوزه جرم و گناه را یکسان بگیرد.^{۵۷} که البته اتخاذ چنین موضعی توسط مردم در جامعه مدرن و امروزی به‌ویژه با رهیافت جامعه‌شناختی که در بند قبلی گذشت امری بعید است.

در واقع کمیته بدون پیش‌فرض بحث خود را آغاز می‌کند. در پاراگراف‌های ۲۷، ۲۸، ۲۹ با بررسی نظریه‌های علمی در باب همجنس‌گرایی پیش می‌رود. برای نمونه در پاراگراف ۲۷ ضمن بررسی رویکرد روانشناختی در نهایت به این جمع‌بندی می‌رسد که نمی‌توان همجنس‌بازی را بیماری روانی و بنابراین مشروع تلقی نمود چراکه از نظر کمیته در بسیاری موارد با سلامت کامل روان مرتکب همراه است یا در پاراگراف ۲۸ ضمن اشاره به تحقیقات جسمانی و غدد بیان می‌دارد که هیچ مدرک قانع‌کننده‌ای برای این دست از توجیهات علمی نیز وجود ندارد و همینطور در پاراگراف ۲۹ نیز فرضیه‌های زیست‌شناسانه مطمئن‌نظر قرار می‌گیرد و در پاسخ به این منظر که انحرافی طبیعی است، کمیته در این موارد نیز نمی‌تواند بیماری بودن این عمل را بپذیرد. از این رو کمیته در جای‌جای بحث صحبتی از توجیه و مشروعیت این قبیل اعمال به دست‌آویزهای مختلف زیستی و روانی نمی‌کند و همواره بر نامشروع بودنشان تأکید می‌نماید، درحالی که تحقیقات همه‌جانبه‌ای را مورد بررسی قرار می‌دهد. تاجایی که در پاراگراف ۴۹ بیان می‌دارد: ما نباید قائل به تغییر عمده در مورد این نوع جرایم باشیم و ادامه می‌دهد که حفظ نظم و عفت عمومی نیز بخشی از وظایف قانون است؛ پس به‌فرض اگر رفتار همجنس‌گرایانه در ملاءعام رخ دهد همچنان باید توسط قانون کیفری تعقیب شود.

اما قلب منطق این گزارش در پاراگراف ۶۱ قابل درک است جایی که بیان می‌دارد: «...مسئله دیگر، اهمیتی است که قانون و جامعه باید به آزادی انتخاب و عمل افراد در مسائل اخلاق خصوصی بدهد (مگر) تا زمانی که جامعه با تلاش آگاهانه خواهان اعمال قانون در این باب باشد و حوزه جرم و گناه را یکسان بداند، بنابراین (درحال حاضر) باید قلمرویی از اخلاق خصوصی و بی‌اخلاقی باقی بماند، سپس ادامه می‌دهد: نکته آن‌که این سخن به معنای اغماض یا تشویق اعمال غیراخلاقی خصوصی نمی‌باشد

۵۶. هارت، پیشین، ۴۱-۴۰.

۵۷. جان کلی، پیشین، ۶۴۱.

بلکه برعکس تأکید بر ماهیت شخصی و خصوصی رفتار اخلاقی و غیراخلاقی و تأکید بر مسئولیت شخصی فرد در مقابل اعمال خود است، چیزی که می‌توان از یک عامل بالغ، به‌درستی انتظار داشت تا در غیاب تهدید از مجازات قانونی به دوش بکشد...».

فراز فوق دارای دو مؤلفه مهم در الزام‌کیفری اخلاق است:

اول) حمایت‌کیفری از اخلاق، مستلزم حمایت متقابل اخلاق متعارف جامعه و اعتقاد عمومی بر این امر است و در واقع مقدمه لازم الزام‌کیفری است.

دوم) الزام‌کیفری و عنصر اجبار فرد را از مسئولیت اخلاقی و عمل را از وصف اخلاقی عاری می‌کند و در واقع اجبار با اراده اخلاقی میانه‌ای ندارد و قابل جمع نیست.^{۵۸}

البته گزارش در پاراگراف ۵۸ و در قالب رویکردی عمل‌گرا بیان می‌دارد. شاید این‌طور انتظار رود که جرم‌زدایی به افزایش اعمال جنسی مزبور منتهی شود، اما با توجه به افزایش جرایم جنسی از جمله همجنس‌گرایی در سال‌های اخیر اینکه بازدارندگی از رهگذر تهدید کیفری وجود نداشته نیز غیر قابل چشم‌پوشی است.

تا حد زیادی این تحوّل قانون‌گذاری در انگلستان و حتی دیگر نظام‌های حقوقی در غرب ارتباط زیادی به راهبردهای ارائه شده جان‌استیوارت میل دارد. جایی که با استدلال‌هایی به نفع لزوم حفظ آزادی‌های افراد، برای جرم‌گذاری به مواردی نظر دارد که در آن عنصر اضرار بر دیگران وجود داشته باشد. یا مواردی که افراد آسیب‌پذیر، موضوع عملی ولو بدون اجبار و توأم با رضایت ظاهریشان باشند (در واقع قوه اراده‌شان مورد خدشه است) مانند صغیر، دارندگان معلولیت‌های روانی و آسیب‌پذیر و از طرف دیگر در مورد اعمالی علیه اجتماع بیان می‌دارد که اگر عملی فقط برای شخص (خود مرتکب) زبانبخش باشد شایسته تحریم و تجریم نیست؛ چه‌بسا اگر همان عمل در گذرگاه عمومی انجام گیرد و در فهرست جرایم علیه اجتماع قرار گیرد می‌تواند به حق، ممنوع و مستوجب کیفر هم باشد چراکه برخلاف نزاکت عمومی هستند.^{۵۹} مشابه این تغییرات البته در سایر کشورها از جمله آمریکا نیز اتفاق می‌افتد.^{۶۰}

۵۸. افعال مبتنی بر فضیلت و اخلاق نیازمند اراده آزاد هستند و تهدید و اجبار، عمل را عاری از وصف اخلاقی می‌کند. نک: عرفان کریمی‌راد و دیگران، «اخلاق‌گرایی قانونی از نتیجه‌گرایی تا وظیفه‌گرایی»، مجله پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال ۵۷، (۱۴۰۱) ۳۷۸-۳۵۱.

۵۹. جان استیوارت میل، درباره آزادی، ترجمه جواد شیخ الاسلامی (تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۵)، ۲۴۷-۲۴۹.

۶۰. هارت، پیشین، ۴۱.

با این تفاسیر باید تأکید داشت، به‌طور کلی با عنایت بر پاراگراف ۶۱ از مفاد ولفندن، این کمیته به هیچ عنوان ارزش داوری نسبت به اعمال ضد اخلاق نداشت. چنانچه برخی نویسندگان نیز بیان داشته‌اند، تأکید این گزارش فقط بر مقوله فضای خصوصی بود و روح آن از حیث اخلاقی در ساحت بی طرفی سیر می‌کرد؛^{۶۱} از این رو کمیته بر آن نبود تا به فرض روسپی‌گری یا همجنس‌گرایی را اباحه‌سازی و به خودی خود امری خارج از دایره امور ضد اخلاق بداند و از این طریق دست به تحولاتی در ماهیت امور اخلاقی بزند، بلکه گفتمانی ایجاد شد که مربوط به نهاد حقوق کیفری بود و به نوعی بحث بیرون راندن پای حقوق کیفری از حوزه‌های شخصی را پیش کشیده بود و با این اوصاف منطق کمیته گریز از جرم‌گذاری و بازتعین محدوده حقوق کیفری بود.

شاید بشود عملی را که در همان بحبوحه پیشنهادات ولفندن توسط شخصی به نام «شاو» ارتکاب یافته بود در این جا مطمح‌نظر قرار داد. پرونده شاو به قول هارت به نحوی نبود که حس همدری با متهم را بر انگیزد و کلیت آن بدین صورت بود که این شخص در قبال دریافت پول، مجله‌ای به نام مجله راهنمای زنان، متضمن نام و آدرس و سایر مشخصات زنان کارگر جنسی تهیه نموده بود که همچنین دارای عکس‌های مستهجن و اشاره‌های رمز آلود به آن زنان بود. در کنار سایر اتهامات، مهم‌ترین اتهام و سپس جرم او «توطئه و تبانی برای به فساد کشاندن اخلاق عمومی» با نشر مجله راهنمای زنان بود و این اتهامی بود که در همان زمان تقریباً بدون مخالف مورد قبول قضات انگلیسی واقع شده بود.^{۶۲} از این رو می‌بینیم که جرم‌گریزی در مورد افعال جنسی در خفا و حریم شخصی بدون عنصر ضرر، به‌هیچ‌وجه معادل اباحه‌سازی و بدین معنا نبود که این عمل به طور علنی، تظاهر و تبلیغ شود. به طوری که اخلاق جامعه و به‌ویژه جوانان را به فساد فرابخواند. امروز نیز صرف نظر از اختلاف نظرات، در انگلستان جرایمی که هدف از آن‌ها حفظ ضوابط پذیرفته شده اخلاقی است وجود دارند، نظیر جرم فاسدکردن اخلاق عامه^{۶۳} و البته پیام این مسئله چنان است که عمل ضد اخلاقی همچنان ضد اخلاقی است و کمیته ولفندن به‌هیچ‌روی اعمال ضد اخلاق را مجاز نخواند بلکه فقط برای حقوق کیفری حدود و ثغوری معین نمود.

۳- عدم تلازم پاسخ کیفری در توجه به اخلاق (برآیند منطق ولفندن)

یکی از مهمترین برایندهای منطقی گزارش ولفندن آن است که عقب‌نشینی از الزام کیفری اخلاق (در

۶۱. محسن برهانی، اخلاق و حقوق کیفری، ۲۰۴.

۶۲. هارت، پیشین، ۳۵.

۶۳. کریستوفر کلارکسون، پیشین، ۲۵.

قالب جرم‌گریزی)، نمی‌تواند مبین این امر باشد که دولت نباید یا نمی‌تواند به مسئله اخلاقیات جامعه عنایت داشته باشد و با رویکردی جرم‌گریز الزاماً نسبت به مقولات اخلاقی بی‌اعتناء بوده است، بلکه به قولی فقط نمی‌توان امروز همانند آکویناس و ارسطو چنین پنداشت که قانون حتی با مجازات می‌تواند مردم را به سوی خوب بودن هدایت کند؛^{۶۴} و مخالفت با ضرورت چنین الزامی عیناً به معنای تأیید و تشویق امور ضد اخلاقی نیست. امری که به وضوح در بطن این گزارش مشاهده کردیم. به بیان دیگر جرم‌گریزی مساوی و مساوق با اباحه‌سازی و تأیید اعمال خلاف اخلاق نیست.

با این اوصاف چنانچه نسبت به مخالفان الزام کیفری اخلاق ایراد می‌شود که نظر آن‌ها با نوعی بی‌طرفی اخلاقی و بی‌احساسی درباره ارزش‌های اخلاقی ملازمت دارد؛ ولی این مورد ایرادی صحیح به‌نظر نمی‌رسد و چنانچه گفته شده است استنباط چنین ملازمه‌ای (از این امر که دخالت حقوق کیفری باید در حریم خصوصی و گزینش‌های افراد کمیته باشد)، به‌خودی‌خود دارای داوروی خاصی درباره محتوای ارزش‌های حاکم بر این قلمرو حیات انسانی نیست، حال بنای این استدلال می‌تواند بر ارزش‌های گوناگونی مبتنی باشد.^{۶۵} برای مثال اندیشه‌های مبتنی بر لیبرالیسم و سخن جان هال در این مورد بسیار گویا است که می‌گوید لیبرالیسم ممکن است نسبت به انتخاب‌های افراد بی‌طرف باشد اما از این حیث اخلاقاً بی‌طرف نیست که تمام تصمیم و انتخاب‌های فردی مطلوب است و باید از دخالت‌های دولت مصون بماند.^{۶۶} در واقع این تفکر بین عدم مداخله و تأیید فرق می‌نهد چنانچه بیان می‌دارند که شهروندان باید آزاد باشند تا آزادانه گزینش نمایند اما این امر الزاماً به معنای صحه و تأیید آن اعمال نیست و برخلاف تفکرات محافظه‌کاران که در نقد لیبرالیسم آنان را متهم می‌کنند که برای مثال، جواز سقط جنین برابر با تأیید آن است، اما لیبرال‌ها پاسخی مقتضی برای آن دارند و درصدد هستند که برای مثال ما هم تمایل داریم تا برخی مصادیق ضد اخلاق کاهش یابد اما در ترازش ارزش‌ها، آزادی و تساهل ارجح بوده و نیز در عوض روش‌های منصفانه را مطرح‌نظر می‌دارند؛^{۶۷} بنابراین هسته ایده‌های از پیش‌گفته شده بدین صورت است که آزاد نهادن انسان در اموری که جنبه‌های شخصی داشته و گزینش

۶۴. راس هرپسون، حکومت و اخلاق، در حق و مصلحت، مقالاتی در فلسفه حقوق فلسفه حق و فلسفه ارزش، ترجمه محمد راسخ (تهران: طرح نو، ۱۳۹۲)، ۹۵.

۶۵. رحیم نوبهار، حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی (تهران، جنگل، ۱۳۸۷)، ۳۱۱.

۶۶. جان هال، لیبرالیسم، در خرد در سیاست، ترجمه عزت‌الله فولادوند (تهران: طرح نو، ۱۳۸۵)، ۳۷۵.

67. Michael Sandel, *Liberalism and Its Critics*, (New York: New York University Press, 1984), 1.

آن‌ها منجر به آسیبی به دیگران نمی‌شوند و عدم جرم‌گذاریشان بدان معنا نیست که آن اعمال لزوماً صحیح و مورد تأیید هستند. برای مثال هرچند صرف دروغ‌گویی یا غیبت کردن همواره و از روی عقل به‌عنوان یک امر خلاف اخلاق به‌شماره آمده‌اند، لکن در محدوده جرم‌گذاری وارد نشده‌اند. اما آیا عدم ورود این قبیل اعمال قبیح در محدوده جرم‌گذاری به معنای آن است که از منظر جامعه و دولت، مباح و مورد تأیید هستند؟ پاسخ مشخص است. حال آنکه رواج دروغ‌گویی خود عامل بسیاری از تنش‌ها، عدم کارآمدی‌ها و خشنودی‌های زیست‌جمعی در جوامع انسانی است.

در مورد جرایم منافی عفت و به‌طور مثال رابطه نامشروع که بیانگر بی‌عفتی و عملی ضد اخلاقی است، آیا اگر تفکری مخالف این قبیل جرم‌گذاری‌ها باشد الزاماً آن‌ها را تأیید می‌کند و مباح می‌داند؟ یا آنکه اخلاق متعارف جامعه و تحولات ناشی از زیست جدید بیانگر آن است که این اصل قدیمی و سنتی جرم‌گذاری از کارایی افتاده و خود این اصل که هدفی والا یعنی حمایت و ترویج اخلاق را برعهده گرفته است به امری نامشروع و غیرمنطقی مبدل شده است. حال با صرف نظر کردن از این اصلی که پیوسته ناکارآمدی آن آشکارتر می‌شود، بی‌عفتی و بی‌اخلاقی هم مورد تأیید و تأکید قرار گرفته است؟ بلکه چنانچه گفته آمد این گفتمانی مربوط به نهاد و خانواده حقوق کیفری است.

شاید محدوده جرم‌گذاری بنابر دلایلی که گفته شد با کاهش مواجه شود؛ اما این امر به معنای اباحه‌سازی و تأیید اعمال ضد اخلاق نیست. (دیدیم که ولفندن همچنین نظری را ارائه نکرده بود) بلکه زمینه‌ساز آغاز شیوه‌های برخورد و به اصطلاح درمان جدیدی است که با دنیای فعلی سازگار باشد.

بنابراین مجازات دیگر تنها سیاق یک‌تاز دعوت به خیر و اخلاق نیست و چه‌بسا راه‌های مناسب و کارآمد دیگری هم موجود باشد چنانچه برخی از منظرگاهی جامعه‌شناسانه چنین نقل می‌کنند که جامعه برای هماهنگی اعضای خود با هنجارها، هم نظام پاداش و هم مجازات را پیش‌بینی کرده است و پاداش برای زمانی است که فرد خود را با هنجارها انطباق می‌دهد و پاسخ منفی همان تنبیهی است که بر فرد، زمانی که در انطباق با موازین مغلوب می‌شود، اعمال می‌شود و هردو (چه مجازات و چه پاداش) طیف وسیعی از پاسخ‌های رسمی و غیر رسمی را در بر می‌گیرد و نظارت اجتماعی را امکان‌پذیر می‌کند و بسیاری از جامعه‌شناسان برآنند که پاداش و مجازات‌های غیر رسمی اکثر اوقات از تضمین‌های رسمی کارآمدتر هستند.^{۶۸}

در این راستا حتی میل، فیلسوف آزادی و دموکراسی همچنین انگاره‌ای ندارد که فرد آزاد به معنای

رهایی وی و به حال خود واگذارن است. او فرد انسانی را (البته انسانی که به سن قانونی رسیده و فهم و فراست هم دارد) در مواردی که تنها مصالح کسی جز خود فرد در میان نباشد، آزاد فرض می‌کند، اما در عین حال تأکید می‌کند که این سوء تفاهم است اگر که نظرش به بی‌قیدی و خودپرستی تعبیر شود و اذعان می‌دارد: مقصودش این نیست که موجود بشری، نباید به هیچ روی کاری به کار و رفتار همدیگر در زندگی داشته باشند یا خود را بی‌جهت درباره خوشبختی یا رفتار نیک یکدیگر علاقه‌مند سازند. اما برعکس، مردم باید بدون غرض توجه‌شان به سعادت یکدیگر بیشتر شود اما معتقد است که نیک‌خواهی چیزی است که بی‌غرض و برای اینکه دیگران را وادار به تأمین خیر و مصلحتشان کند، وسایلی بهتر و کارآمدتر از شلاق و زنجیر در اختیار بگیرد.^{۶۹}

با این تفاسیر در عصر حاضر که سطح آگاهی و توان‌گزینش و آزادی افراد بسیار ارتقا پیدا کرده و فرد خود را محور و ذیحق می‌داند، بسیار معقول است که آزادانه به‌گزینش‌های اخلاقی دست بزند و از قضا در صورت لزوم، راه‌کارهای فرهنگی و اجتماعی که از قضا هزینه بیشتری (مالی و زمانی) نسبت به کیفر به دست دولت می‌گذارند در این مسیر می‌توانند مدرسان باشد؛ چراکه نیازمند عنایت ویژه بر مقولات آموزشی و پرورشی است. در حالی که اعمال کیفر و دل بستن به ارتقای اخلاق شهروندان راهی به کامیابی نداشته و شهروند امروز را با قانون و در حقیقت حکومت دست به‌گریبان خواهد نمود. چنان است که نه دولت دیگر به تنهایی مسؤل پیشگیری از جرم و کنترل آن است و نه توان آن را دارد که این مسؤلیت را بر عهده گیرد و در جریان حقوق کیفری مدرن (که لازمه دنیای مدرن و عقلانی امروز است) به قول برخی دولت‌ها به واقعیات جامعه‌شناسانه اعتراف کردند و مهم‌ترین فرایندهای تأمین‌کننده نظم و همنوایی را «فرایندهای اجتماعی» دانسته‌اند که در درون نهادهای اجتماعی وجود دارد، نه تهدیدها و ضمانت اجرای متزلزل کیفری.^{۷۰}

پیام دیگر در سلب رسالت و نقش تعلیمی و تربیتی برای حقوق کیفری است. بلکه حقوق کیفری فقط چوب و ترکه‌ای اخته است که اگر عریان بماند این قابلیت را دارد تا دیر یا زود بسیاری را از تیغ بگذراند و از دیگر سوی با کاربست اجبار، اراده و توان انتخاب از افراد سلب و در نتیجه موقعیت ارادی در قواعد مبتنی اخلاق و فضیلت، از آنان ستانده می‌شود. امری که با قید لزوم مسؤلیت اخلاقی افراد، مورد اشاره کمیته

۶۹. جان استیوارت میل، پیشین، ۱۹۳.

۷۰. دیوید گارلند، پاسخ‌های انطباقی مدرنیسم کیفری، ترجمه محمد فرجی‌ها، در علوم جنایی مجموعه مقالات در تجلیل از

استاد محمد آشوری (تهران: سمت، ۱۳۹۱) ۷۶۱.

نیز قرار گرفته بود. به قول هارت دلیل و مدرک معتبری وجود ندارد که بهترین راه تعلیم اخلاق، استفاده از ابزار مجازات است و حتی اگر بخشی از اخلاق بر مبنای ترس از مجازات تعلیم داده شود، همواره این خطر وجود دارد که ترس از مجازات تنها انگیزه پیروی افراد از تعلیم اخلاقی باشد.^{۷۱} با این تفاسیر نه حقوق کیفری تنها ابزار عنایت بر اخلاق جامعه است (کما اینکه قابلیت معلم اخلاق بودن را ندارد) و نه عقب‌نشینی از حمایت‌گری کیفری بیانگر مباح‌شناختن اعمال خارج از محدوده حقوق کیفری است.

نتیجه‌گیری

برخلاف قواعد مبتنی بر حق (مانند اصل ضرر به دیگران) ورود قواعد مبتنی بر تکلیف و فضیلت (قواعد اخلاقی) در محدوده حقوق کیفری با چالش‌های فلسفی و غیرفلسفی مختلفی مواجه است. برای نمونه ورود قواعد اخلاقی در محدوده جرم‌گذاری صرف‌نظر از هر ایراد مبنایی و فلسفی، به دلیل برخورد و اصطکاک مستقیم اصل اخلاق‌گرایی قانونی با اخلاق متعارف جامعه و در جهت حفظ مشروعیت و مقبولیت حقوق کیفری، نیازمند کسب حداقلی از حمایت‌های اجتماعی و اخلاق متعارف است چراکه پای عنصر متقن و موجهی چون اضرار به غیر در میان نیست تا حمایت یا عدم حمایت اجتماعی از آن، حسب اقتضا و علی‌الاصول تأثیر خاصی بر بنیان و متعاقباً اعمال آن نداشته باشد. مقوله‌ای که در گزارش کمیته ولفندن که بغایت یک پژوهش و طریق بود، با وصف وجود شکاف عمیق و نبود اتفاق نظر در جامعه در موضوع فوق یاد شده بود.

گزارش کمیته ولفندن در حالی ارائه می‌شود که شکل‌گیری اخلاق مدرن با مؤلفه‌های دوران مدرن، جامعه را به سمت رویکردی تساهلی و تسامحی در ارتباط با برخی موضوعات اخلاقی محض گسیل نموده بود. به طوری که به قول هارت و دیگر تحلیل‌گران آن دوران و برخلاف تفکرات نه‌چندان تهی از مغالطه لرد دولین که بدان اشاره کردیم، جامعه در آن زمان و به بعد، نه الزاماً با تغییر در ماهیت ضد اخلاقی برخی اعمال جنسی با رضایت که به دلیل مطرح شدن و برجسته‌تر شدن ارزش‌های دیگری چون حریم شخصی و خصوصی و نیز رویکردی تساهلی، دیگر چندان پذیرای دخالت در این مسائل، خاصه به دلیل فقدان عنصر ضرر و رنجش بر دیگران، نبودند. لذا پس‌زمینه گزارش ولفندن درآمیخته با چنین وقایعی بود و کمیته درصدد بود تا بدون آنکه دآوری اخلاقی در مورد مصادیق مرسوم ضد اخلاق داشته باشد و آنان را مباح انگارد، به بازترسیم و تعیین محدوده جرم‌گذاری بپردازد. منطق ولفندن چنان

۷۱. هارت، پیشین، ۷۹.

بود که هر آنچه که دارای قباحه اخلاقی باشد الزاماً نمی‌تواند مجوز ورود به عرصه و محدوده جرم‌گذاری را کسب نماید و لذا جرم‌گریزی مساوی و مساوق با اباحه‌سازی اخلاقی نیست. کما اینکه گفتیم امور خلاف اخلاق زیادی هستند که علی‌رغم ایجاد آثار مخرب اجتماعی فراتر از مصادیق رایج اخلاق‌گرایی قانونی، هیچ‌گاه به عرصه حقوق کیفری راه نیافته‌اند. اما در عین حال از بار قباحه اخلاقی آن نیز چیزی کاسته نشده است.

شاید در این مجال چنان به نظر بیاید که می‌توانیم با حفظ جرم‌گذاری برخی موارد ضد اخلاق، همواره تأکید و توجه جدی خود را نسبت به آن موارد نشان دهیم، زیرا چنین انگاره‌ای علاوه بر ایراد قبلی و تنزل حقوق کیفری به ابزار (ابزارگری کیفری)، در صورتی که جامعه بر آن‌ها وقعی ننهاده و به‌انحاء مختلف دست به ارتکاب آن اعمال بزند، می‌تواند به کاهش اقتدار و ارزش‌واره شدن آن‌ها منجر شود. همچنین بیانجامد؛ از این رو گزارش کمیته ولفندن با لحاظ جرم‌گریزی و باز ترسیم محدوده جرم‌گذاری، همچنان به اخلاق و لزوم برخورد با مظاهر عمومی فساد اخلاقی پایبند ماند و این مقوله به‌نوعی یادآور جایگاه و کارکرد اصلی حقوق کیفری است.

اما این برابری منطقی منحصر به یک نظام حقوقی نیست. بدین وجه که یکم) هر آنچه خلاف اخلاق باشد نمی‌تواند الزاماً مجوز ورود به محدوده جرم‌گذاری را کسب نماید، چه در غیر این صورت حقوق کیفری نمی‌تواند به این پرسش پاسخ دهد که چرا بسیاری از امور مغایر اخلاق مانند دروغ‌گویی یا غیبت کردن (به‌غیر از صور مجرمانه خاص آن)، هیچ‌گاه به این محدوده راه پیدا نکرده‌اند حال آنکه ممکن است به‌غایت آثار مخرب بیشتری نسبت به برخی مصادیق اخلاق‌گرایی قانونی برای جامعه داشته باشند. دوم) عدم جرم‌گذاری برخی مصادیق ضد اخلاق و یا جرم‌زدایی از آن‌ها، مساوی با مجاز بودن ارتکاب آن مصادیق یا اباحه‌سازی آن نیست. چنانچه نسبت به دیگر اعمال خلاف اخلاق (مانند دروغ‌گویی یا غیبت کردن) که وارد محدوده جرم‌گذاری نشده‌اند، چنین انگاره‌ای نبوده است.

سوم) این امر که حقوق کیفری از بنیان توان تعلیم و تربیت اخلاقی را ندارد، چراکه کیفر و تهدید مغایر با اراده اخلاقی است که باید آزاد و عاری از هرگونه تهدید و فشار باشد، ضمن آن که افزایش تسامح و ارتکاب، خود گواهی بر این امر است. در نهایت اینکه عقب‌نشینی از حقوق کیفری نیز به معنای عدم امکان عنایت بر اعمال ضد اخلاق نیست، به عبارتی حقوق کیفری یگانه سیاق توجه و عنایت بر اعمال مغایر اخلاق نیست.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، چاپ سی و ششم، جلد نخست، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳.
- اسدی، میلاد، سیدمعصوم حسینی، «بررسی علل تأثیرپذیری فرهنگ جامعه اسلامی از اباحه‌گری و راه‌های مقابله با آن» فصلنامه رهیافت فرهنگ دینی، ۶ (۱۳۹۸).
- برهانی، محسن، اخلاق و حقوق کیفری، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۶.
- پیک حرفه‌ای، شیرزاد، «چالش‌های آزادی در کاوش‌های میل و فینبرگ»، فصلنامه تأملات فلسفی، ۱۹، (۱۳۹۶).
- فرح‌بخش، مجتبی، جرم‌انگاری فایده‌گرایانه، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲.
- کلی، جان، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران: طرح نو، ۱۳۸۸.
- کلارکسون، کریستوفر، حقوق جزای اختصاصی انگلستان و نقش حقوق جزا در جامعه، ترجمه و توضیح حسین میرمحمد صادقی، چاپ دوم، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۵.
- گارلند، دیوید، پاسخ‌های انطباقی مدرنیسم کیفری، ترجمه محمد فرجیها، در علوم جنایی، مجموعه مقالات در تجلیل از استاد محمد آشوری، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸.
- عبدالفتاح، عزت، «جرم چیست و معیارهای جرم‌انگاری کدام است؟»، ترجمه و توضیح اسماعیل رحیمی نژاد، مجله حقوقی دادگستری، ۴۱، (۱۳۸۱).
- میل، جان استیوارت، رساله درباره آزادی، ترجمه جواد شیخ الاسلامی، چاپ پنجم، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، (۱۳۸۵).
- محمودی جانکی، فیروز، «جرم‌زدایی به منزله یک تغییر»، فصلنامه حقوق، ۳۸ (۱۳۸۷).
- محمودی جانکی، فیروز، «مبنای فلسفی منع حقوقی و کیفری ایراد ضرر به خود»، فصلنامه حقوق، ۱، (۱۳۸۷).
- نسرین مهرا، «درآمدی بر جرم‌زدایی، کیفرزدایی و قضا‌زدایی»، مجله تحقیقات حقوقی، ۲۱-۲۲ (۱۳۷۷).
- نوبهار، رحیم، حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی، چاپ اول، تهران: نشر جنگل، ۱۳۸۷.
- نصیری، علی، «اباحه‌گری، آفت دینداری»، مجله اندیشه، ۴۰ (۱۳۸۵).
- هارت، هربرت، قانون آزادی و اخلاق، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۹۸.
- هریسون، راس، حکومت و اخلاق، در حق و مصلحت، مقالاتی در فلسفه حقوق فلسفه حق و فلسفه ارزش ترجمه محمد راسخ، چاپ چهارم، جلدیکم، تهران: انتشارات طرح نو، ۱۳۹۳.
- هال، جان، لیبرالیسم، در خرد در سیاست، ترجمه عزت‌الله فولادوند، چاپ سوم، تهران: طرح نو، ۱۳۸۹.

ب) منابع خارجی:

- ashworth, Andrew, principles of criminal law, clarendon press oxford, 1992.
- Caron, Yves, (1969), "The Legal Enforcement of Moral and the so-called Hart- Devlin Controversy", Mc Gill Law journal, No1,15(2009).
- Duff, Antony, punishment, communication and community, Oxford University, 2001.
- Duff, Antony, Zachary, Hoskins, Legal Punishment, Stanford Encyclopedia of Philosophy: (2021).
- <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-punishment>.
- Gleeson, Kate, " Discipline, Punishment And The Homosexual In Law", Liverpool Law Review, 28, (2007): 327-347.
- Husak, Douglas, Overcriminalization, The Limits of Criminal Law, Oxford University press, 2008.
- Jarvis, Mark, Conservative governments, morality and social change in affluent Britain, 1957-64. Manchester University Press, 2005.
- R. sylvan, J. norman, Direction in relevant logic, Kluner academic publishers, 2012.
- Schonsheck Jonathan, On Criminalization, Kluwer Academic Publishers, London, 1994.
- Sartorius, Rolf The Enforcement of Morality, Yale Law Journal, 81, (1972).
- Stanton, John, "The Limits of Law", Stanford Encyclopedia of Philosophy (2006). URL=<http://plato.stanford.edu/entries/law-limits/>.
- Sandel, Michael, Liberalism and Its Critics, New York University Press, 1984.
- W. Thorn, Antinomianism its, Errors, Evils and Absurdities, London Jenson and Walford, 2015.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی