

محمد مهدی شعبی*

mahdishoeib@gmail.com

تحلیل فقهی ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری با تأکید بر مفهوم و مصادیق شاکی خصوصی

چکیده

ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری هر گونه تحقیق و تعقیب در جرایم منافی عفت را ممنوع اعلام کرده است. این ممنوعیت مستنبط از ادله شرعی است. ذیل این ماده، مطابق دیگر مستندات شرعی، برخی موارد استثنا شده است. اولین مورد، جرایم سازمان یافته است. این نوع از جرایم با وظایف ذاتی حکومت تنافی دارد. مورد دوم، جرایمی است که علنی و در منظر واقع می شوند. چنین جرایمی، عفت عمومی را خدشه دار می کنند. در ضمن، قدر متیقن از ادله امر به معروف و نهی از منکر، جرایم و گناهان ظاهری است. مورد سوم، تجاوزهایی است که با قهر و غلبه و به عنف صورت می گیرد. در این مورد، حق الناس می تواند مبنای جواز تحقیق و تفحص باشد. استثنای آخرین جایی است که شاکی خصوصی وجود داشته باشد. البته بنا بر نظر فقها، جرمی مثل زنا یعنی عمل منافی عفت با رضایت طرفین، جنبه خصوصی ندارد. پس در عمل، مورد شاکی خصوصی، محدود به جنایتی خواهد بود که به عنف صورت گرفته است. پس شاکی خصوصی در شخص مجنی علیه یا ولی او محصور است. در مورد افرادی که از این جرایم آسیب حیثیتی و معنوی دیده اند - منهای شوهر زن متهم به زنا که می تواند به لعان متوسل شود - صدق شاکی خصوصی با مشکل روبه روست. با این حال، این افراد می توانند با عنوان اعلام کننده جرم به دادگاه مراجعه کنند که البته احکام شاکی خصوصی بر آن ها بار نمی شود.

کلیدواژگان

ممنوعیت تجسس، منافی عفت، شاکی خصوصی، تجاوز به عنف، جرایم سازمان یافته، ماده ۱۰۲. آ. د. ک.

در دین مقدس اسلام برای اثبات زنا و لواط با شهادت چهار شاهد عادل نیاز است که واقعه را به وضوح دیده باشند. این شهود باید هم‌زمان در دادگاه حاضر شوند. در غیر این صورت، به مجازات حدّ قذف محکوم می‌شوند. زنا و لواط با چهار بار اقرار در چهار مجلس نیز اثبات می‌شود. این سخت‌گیری در اثبات، مخصوص این دو گناه است. عقوبت این دو گناه نیز بسیار سخت و منحصر به فرد است. مثلاً در مواردی، زانی یا زانیه، سنگسار یا پس از اجرای حد، تبعید می‌شود و لایط سوزانده می‌شود. در روایتی نقل شده است حضرت علی علیه السلام، شخصی مصرّ بر اقرار به زنا را از اقرار خود منصرف کرد و به او فرمود: «شاید کار دیگری کردی یا شاید حالت خوش نیست.» پس از تثبیت اقرار او نیز خطاب به اصحاب فرمود: «او را چه می‌شد که از گناه خود نزد خداوند توبه می‌کرد که این برای او بهتر بود.» (عاملی، وسائل الشیعه ۲۸: ۳۶) پس بر خورد شارع مقدس با سنخ گناهان جنسی بسیار خاص است. در عرف نیز ارتکاب این گونه گناهان موجب ننگ و عار است. با وجود این، اگر شخصی از دیگری در زمینه عملی منافی عفت شکایت کرد، چه باید کرد؟ شکایت چه کسی را قبول کنیم؟ آیا شکایت مردی که ادعا می‌کند همسرش به او خیانت کرده، مسموع است؟ آیا جانیان حرفه‌ای که به صورت سازمان یافته، مرتکب این جرایم می‌شوند یا افرادی که وقاحت را به حدّ اعلاّی خود رسانده‌اند و در مرئی و منظر به چنین اعمالی دست می‌زنند یا وحشیان آدم‌نمایی که به عنف و اکراه تجاوز می‌کنند، با افرادی که بر اثر غلبه هوای نفس بر چنین گناهی توافقی می‌کنند، برابرند؟

روش برخورد در مورد این جرایم در ذیل کتاب الحدود و تحت عنوان زنا بحث شده است. احمدی میانجی در کتاب اطلاعات و تحقیقات در اسلام برای توجیه برخی اختیارات حکومتی درباره کارهای اطلاعاتی و تحقیقاتی بسیار تلاش کرده است. عباس علی عمید زنجانی در کتاب فقه سیاسی، جنبه‌هایی از تحقیق و تفحص در احوال افراد را بررسی کرده و محمد هادی معرفت در کتاب تعلیق و تحقیق عن امهات مسائل القضا به مسائلی در مورد وظیفه و روش کار نظام قضایی پرداخته است. محمود آخوندی و علی خالقی در کتاب‌های خود با عنوان آیین دادرسی کیفری ذیل عنوان جرایم منافی عفت با اشاره به ماده ۴۵ آ.د.ک قدیم و ۱۰۲ آ.د.ک جدید، بحث‌هایی را در مورد

عنوان‌های استثنائیه با رویکرد حقوقی ارائه کرده‌اند. عبدالعلی توجهی و عبدالرحیم نوبهار نیز در مقاله‌هایی به روش اثبات زنا و تجاوز به عنف و تفاوتشان از منظر روایات پرداخته‌اند. هم‌چنین این مسئله در تعدادی پایان‌نامه بررسی شده است، ولی بیش‌تر محققان به بررسی‌های حقوقی اکتفا کرده‌اند. در نتیجه، بحث مبسوط و متمرکزی روی مفاد ماده به ویژه دو عنوان شاکی خصوصی و تجاوز به عنف مطرح نشده است. بنا بر این، در مقاله پیش‌رو، ابتدا مستندات شرعی اصل ممنوعیت تحقیق و تعقیب و سپس چهار استثنای آن بررسی می‌شود. از بین این چهار استثناء، با توجه به عنوان بحث، بیش‌تر اشکال‌ها و محورهای بحث در مورد دو عنوان «تجاوز به عنف» و «شاکی خصوصی» مطرح می‌شود تا بتوان تصویری روشن‌تر از مفهوم و مصداق‌های «شاکی خصوصی» ترسیم کرد.

اصل ممنوعیت تحقیق و تعقیب

از نظر طریحی، معنای «تجسس» در لغت، «تفتیش از بواطن امور و تتبع اخبار» است. (مجمع البحرین ۴: ۵۷) علامه مصطفوی نیز «تجسس» را «التعرف و التخیب بتدبیر و لطف» معنا کرده است. (التحقیق ۲: ۸۷) دیگر لغت‌نامه‌ها هم مواردی نزدیک به این معانی را ذکر کرده‌اند. این معانی مطلق هستند؛ هم شامل مواردی است که تجسس برای کشف جرم صورت می‌گیرد و هم مواردی که می‌خواهیم جرم محقق شده را به شخصی نسبت دهیم. همین معنای مطلق، مورد نظر قانون‌گذار است. ماده یک آ. د. ک نیز این ادعا را ثابت می‌کند؛ زیرا آیین دادرسی را مجموعه قواعدی برای کشف جرم و تعقیب متهم تعریف می‌کند. هم‌چنین برخی صاحب‌نظران، تحقیق را هرگونه اقدام قضایی برای کشف جرم و اثبات یا انتساب آن به شخص بیان کرده‌اند. (آخوندی، آیین دادرسی کیفری ۵: ۱۴) هم‌چنین بعضی از دلایلی که برای جواز تجسس ذکر می‌شود، اقتضای چنین معنای عامی را دارد. مثلاً برای حفظ نظام هم باید اصل جرم کشف شود و هم مجرم، شناسایی و مجازات. بنا بر این، منظور ما در این مقاله، معنی عام از تجسس و تحقیق است.

در ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری آمده است که هرگونه تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت ممنوع است و پرسش از هیچ فردی در این مورد مجاز نیست. این محتوا بر پایه یک اصل فقهی به نام «ممنوعیت تفحص و تجسس» نگاشته شده است. برای اثبات این اصل به آیات

۱۲ سوره حجرات و ۱۹ سوره نور و تعدادی از روایات معصومین مانند نامه ۵۳ نهج البلاغه و حکم مستقل عقل استناد شده است که در ادامه به تفصیل بررسی خواهند شد. بر اساس همین ادله، بسیاری از فقها به حرمت تجسس و تفحص درباره اعمال منافی عفت فتواداده‌اند. در نتیجه، نظر قانون‌گذار در تدوین این بخش از ماده منطبق با شریعت است.

فتوا به حرمت تجسس و تفحص در امور دیگران در سخنان فقها به وضوح دیده می‌شود. مرحوم فیض کاشانی با بیانی صریح از این اصل سخن گفته است.^۱ (رسائل ۱: ۲۶) قداما در بحث امر به معروف و نهی از منکر، مصداق‌هایی از تجسس مانند استراق سمع برای تشخیص غنا بودن، استشمام برای تشخیص شرب خمر، بازرسی از آن‌چه در لباس مخفی شده و سؤال از اسرار و عورات را بیان کرده‌اند. (اترک «معرفت اخلاقی» ۴: ۱۵۱-۱۶۵) هم‌چنین امام خمینی در بند ۶ فرمان ۸ ماده‌ای خود می‌فرماید: «هیچ کس حق ندارد به خانه یا مغازه یا محل کار شخصی کسی بدون اذن صاحب آن‌ها وارد شود و یا کسی را جلب کند یا به نام کشف جرم یا ارتکاب گناه تعقیب و مراقبت کند یا نسبت به فردی اهانت کرده و اعمال غیر انسانی مرتکب شود یا به تلفن یا نوار ضبط صوت دیگری به نام کشف جرم یا کشف مرکز گناه گوش کند و یا برای کشف گناه و جرم، هر چند گناه بزرگ باشد، شنود بگذارد یا دنبال اسرار مردم باشد و تجسس از گناهان غیر نماید». (صحیفه نور ۱۷: ۱۳۹) هم‌چنین آیات عظام مکارم شیرازی، شبیری زنجانی، سبحانی، علوی گرگانی و محفوظی به جایز نبودن تجسس برای کشف جرایم منافی عفت فتواداده‌اند. (استفتای مرکز آموزش‌های تخصصی فقه)

مستندات اصل ممنوعیت تفحص

۱. آیات

عبارت «وَلَا تَجَسَّسُوا» از آیه ۱۲ سوره حجرات بر حرمت تجسس در امور پنهانی مسلمانان دلالت دارد. در اصول فقه ثابت شده است که فعل نهی، ظهور در حرمت دارد. هم‌چنین متعلق نهی موجود در آیه ذکر نشده است و چون حذف متعلق افاده عموم می‌کند، پس آیه از نظر مورد جست‌وجو و تفحص شمول دارد یعنی در هیچ امری از امور مسلمانان تجسس نشود، البته تا زمانی که مجوز

۱. این اصلی است در دین، ثابت و قائم که تجاوز از آن جایز نیست و هر مؤمنی که بدی در خفیه می‌کند و آن را بر خود می‌پوشد، جایز نیست احدی را که تجسس کند تا آن ظاهر شود، بلکه واجب است بر همه کس که آن را بر او بیوشانند و اظهار نمایند.

شرعی بر خلاف این عموم نداشته باشیم. به علاوه، بر اساس نظر مفسران، معنی عبارت «و لا تَجَسَّسُوا»، تحریم کنجکاوی و دنبال کردن لغزش‌های اهل اسلام است، چنان‌که مرحوم طبرسی در مجمع‌البیان فرموده است: «ابن عباس و قتاده و مجاهد گفته‌اند: نهی از تجسس یعنی در پی جست‌وجوی عیب‌ها و دنبال کردن لغزش‌های مردم نباشید». (۲۰۵:۹)

آیه ۱۹ سوره نور می‌فرماید: «عذابی دردناک در این دنیا و سرای دیگر در انتظار کسانی است که پخش کردن و شهرت دادن کاربرد در میان مؤمنان را دوست دارند». این آیه نیز تجسس در کارهای مؤمنان را ممنوع می‌داند؛ چون مفسران قرآن مجید با در نظر گرفتن روایت‌های رسیده از ائمه معصومین علیهم‌السلام گفته‌اند که منظور از «اشاعه فحشا» در متن آیه شریفه همانا «افشاگری عیب‌ها و اسرار مردم و غیبت کردن» آنان است؛ چون غیبت دیگران و بیان اسرار و عیب‌ها و گناهان و لغزش‌های افراد برای دیگران عین انتشار و اشاعه فحشا است. (منتظری، مبانی فقهی حکومت اسلامی ۴: ۲۸۶) در مرسله ابن ابی عمیر به نقل از امام صادق علیه‌السلام نیز این آیه شریفه به همین صورت تفسیر شده است. بر اساس آن حدیث، امام صادق علیه‌السلام فرمود: «کسی که خطاها و لغزش‌های مؤمنان را با دو چشم خود ببیند و با دو گوش خود بشنود، باز نباید آن‌ها را برای دیگران نقل و پخش کند؛ چون در آن صورت از مصادیق آیه شریفه خواهد بود». (کلینی، کافی ۲: ۳۵۷) این استدلال بر این پایه استوار است که تجسس به خودی خود، اشاعه فحشا است. (دفتر همکاری حوزه و دانشگاه «نور علم» ۶: ۴۸) البته در بیش‌تر زمان‌ها، تجسس به اشاعه فحشا می‌انجامد؛ زیرا نتایج تجسس نزد تجسس‌کننده و قاضی و عوامل دادگاه و در صورت اعلام جرم و مجازات، نزد جمعی از مردم افشا می‌شود.

۲. روایات

حرمت تحقیق و تفحص در روایات متعددی از جمله عهدنامه مالک اشتر در نهج البلاغه تصریح شده است. امیرالمؤمنین علی علیه‌السلام می‌فرماید: «دورترین و کم‌ارج‌ترین افراد نزد تو باید کسانی باشند که نسبت به پی‌جویی و کشف و پخش عیب‌ها و اسرار مردم، حریص‌تر و بی‌باک‌ترند. برای این‌که نوعاً مردم لغزش‌ها و عیب‌هایی دارند که حاکم و حکومت برای پنهان داشتن آن‌ها از همه سزاوارتر

۱. «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا، لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ».

است. پس هرگز در صدد کشف کردن آن لغزش‌هایی نباش که پنهان از تو [یعنی پنهان از دید حکومت] صورت گرفته است.^۱ این کلام شامل نهی صریح حکومت از تفتیش در احوال مردم است که با توجه به آن، شبهه حصر مفاد آیات و روایات نهی‌کننده از تجسس، در روابط شخصی افراد با هم برطرف می‌شود و در نتیجه، همگان حتی حکومت از تحقیق و تفحص درباره مؤمنان نهی شده‌اند. روایت دیگری که بر ممنوعیت تجسس و تفحص از امور پنهان دلالت دارد، کلام پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله است که امام صادق علیه السلام نقل می‌کند: «درباره لغزش‌های مؤمنان تجسس و جست‌وجو مکنید؛ چون هر کس لغزش‌های برادران مؤمن خود را پی‌جویی و تجسس کند، خداوند نیز لغزش‌های او را پی‌جویی خواهد کرد و خداوند چنین کسی را بی‌آبرو و رسوا خواهد ساخت، هر چند درون خانه‌اش باشد». (کلینی، کافی ۳۵۵:۲) نهی موجود در این کلام در حرمت تجسس ظهور دارد. به علاوه، وعده سخت پی‌گیری الهی بر این حرمت تأکید می‌کند. این روایت در کافی به نقل از محمد بن مسلم آمده است. کلینی دو روایت دیگر شبیه آن، یکی از ابوبصیر از امام باقر علیه السلام و دومی از اسحاق بن عمار از امام صادق علیه السلام نیز نقل کرده است. (همان) هم‌چنین قرطبی در تفسیر خود این روایت را نقل کرده است. با توجه به این تعدد نقل، بعید نیست که این روایت شهرت روایی داشته باشد که باعث قوت دلالت آن است. (قرطبی، تفسیر ۱۶:۳۳۳)

۳. دلیلی عقلی

برخی فقها مانند مرحوم آیت‌الله منتظری در تبیین دلیل عقلی اصل عدم تجسس چنین گفته‌اند: «محتوای آن مطابق اصل اولی و داوری مستقل عقل است؛ زیرا [طبق داوری عقل و دلالت بديهی وجدان]، اصل و قاعده این است که هیچ کس بر کس دیگر ولایت و سلطه نداشته باشد. در حالی که زیر نظر گرفتن پنهانی دیگران و ... جست‌وجو کردن درباره آنان و نیز افشاگری و پخش کردن عیب‌ها و اسرارشان نوعی تصرف و دخالت درباره دیگران به شمار می‌آید. بنا بر این، «اصل اولی» [یعنی قاعده و قضاوت عقلی]، جایز نبودن آن را اقتضا می‌کند. هم‌چنین دیگران بیانی متفاوت از دلیل عقلی دارند - مانند جاسوسی از حریم دیگران به حکم عقل از مصادیق ظلم است - بر این اساس، عقل حکم به حرمت جاسوسی می‌کند. البته قدر متیقن از حکم عقل، صدق عنوان ظلم در مواردی از تجسس است که غرض سوء باشد و در جایی که غرض

۱. قال علی علیه السلام لِمَالِك: «و لیکن ابعِد رِعیتک مِنک و اَشْأَهُمْ عِنْدک اَطْلِبُهُمْ لِمَعَابِبِ النَّاسِ، فَاِنَّ فِی النَّاسِ عِیُوبًا الْوَالِی اَحَقُّ مِنْ سِتْرَهَا، فَلَا تَكْشِفَنَّ عَمَّا غَابَ عِنْدک مِنْهَا». (نهج البلاغه ۳۶۹)

خیر باشد، شمول حرمت مشکوک است و طبق قاعده باید به قدر متیقن اکتفا کرد. دلیل عقلی دیگر این است که عدم جاسوسی از حریم دیگران، مقدمه‌ای برای حفظ نظام است. عقل حکم به وجوب این مقدمه می‌کند. ذکر این نکته لازم است که این حرف در صورتی صحیح است که مقدمه واجب را عقلاً واجب بدانیم و بر اساس قاعده تلازم، وجوب شرعی را نتیجه بگیریم. تقریر دیگر دلیل عقل این است که اخلال به نظام حرام است. جواز جاسوسی، مقدمه از بین رفتن نظم است. مقدمه حرام، حرام و بر اساس مبنای مشهور شرعاً نیز حرام خواهد بود. (میرعلی «پژوهش در فقه و حقوق» ۶: ۲۹-۲۱) البته این دلایل تا حدودی قابل مناقشه‌اند؛ چون حکم عقل قابل تخصیص نیست و بر فرض صحت، این بیان‌ها از دلیل عقلی مقدماتی دارند که اثبات آن‌ها مشکل است مانند این که به چه دلیل، تجسس را از مصادیق ظلم به شمار می‌آوریم.

استثنای اصل حرمت تجسس

ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری بعد از طرح ممنوعیت تحقیق و تعقیب، چهار استثنا (جرایم منافی عفت به صورت سازمان یافته، در مرئی و منظر، دارای شاکی خصوصی و به عنف) را برای جواز تحقیق و تعقیب مطرح می‌کند که همه با مبنای فقهی سازگار است. برخی از مستندات فقهی این استثنایا عمومیت دارند به این معنی که هر چهار مورد استثنا شده، ذیل آن قابل تطبیق است، مانند مصلحت و حفظ نظام و مستندات دیگری که یک یا دو مورد را به حدّ جواز شرعی می‌رسانند، مانند برخی روایات. البته در این نوشتار برای نظم بهتر، همه موارد استثنا شده و ادله جواز شرعی آن‌ها بررسی می‌شود.

استثنای اول: جرایم منافی عفت سازمان یافته

در ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری، جرایم منافی عفت سازمان یافته قابل تحقیق و تعقیب از جانب مقام قضایی هستند. این استثنا در واقع، تخصیص قاعده حرمت تجسس و تحقیق است. برای توجیه این تخصیص به ادله حرمت قوادی برای بخشی از جرایم سازمان یافته منافی عفت و در مورد بخش دیگر به ادله عقلی و نقلی وجوب حفظ نظام استدلال شده است. هم‌چنین فقهای شیعه به جواز تجسس و تحقیق در امور منافی عفت فتوا داده‌اند اگر با مصلحت جامعه تزاخم داشته باشد. این ادله به تفصیل خواهد آمد. برای جواز تحقیق و تعقیب اعمال منافی عفت سازمان یافته به کلام فقهانیز می‌توان استدلال کرد. در بندهای نخستین فرمان هشت ماده‌ای امام بر حفظ حریم خصوصی افراد تأکید شده است، ولی در بند ۷ آن می‌فرماید:

«آن چه ممنوع اعلام شد، در غیر مواردی است که در رابطه با توطئه‌ها و گروهک‌های مخالف نظام و [...] و افساد فی الارض اجتماع کرده‌اند [...] با قاطعیت و شدت عمل و با احتیاط کامل عمل شود». (صحیفه امام ۱۷: ۱۳۹)

تعدادی از مراجع فعلی در پاسخ پرسشی از جواز تجسس در مورد جرایم منافی عفت سازمان یافته، به جواز حکم داده‌اند. آیت الله مکارم شیرازی می‌گوید: «به مقدار ضرورت مانعی ندارد». آیت الله سبحانی نیز می‌گوید: «با تشخیص حاکم شرع جایز است». آیت الله علوی گرگانی در این باره می‌گوید: «در صورت ضرورت و تشخیص حاکم شرع جایز است». آیت الله محفوطی نیز بیان می‌کند: «در صورت تراحم با ضرورت منحصره اهم جایز است». آیت الله گرامی می‌گوید: «اگر احتمال عقلایی بر یک شبکه فساد باشد که خطر برای جامعه باشد، جایز است». (استفتای مرکز آموزش‌های تخصصی فقه)

پس در مواردی که اصلاح جامعه مسلمانان و از بین بردن ماده فساد و حفظ نظام اسلامی متوقف بر تجسس است، علیه مظنونان به تلاش برای ضربه زدن به حکومت شرعی یا تضعیف یا نشر فساد می‌توان تجسس کرد. (شاهرودی، موسوعه الفقه الاسلامی ۱۱: ۳۱۸) یکی از اغراض لازم مصلحت تجسس، جلوگیری از انواع فساد اجتماعی و برطرف کردن زمینه انحراف جامعه اسلامی است، (خرازی «فقه اهل بیت» ۲۶: ۵۷) اما الزام قانونی به این تجسس با فتوای یادشده مغایر نیست؛ چون در قانون نویسی، در نهایت، یک فتوا منظور می‌شود و آن هم نظری است که این امر الزامی دانسته است.

مستندات استثنای اول: جرایم سازمان یافته

۱. حرمت قوادی

مقام قضایی باید جرایم منافی عفت سازمان یافته را تحقیق و تعقیب کند و این در واقع، تخصیصی بر حرمت تجسس است. بخشی از جرایم منافی عفت در قالب قوادی قابل تطبیق است و آن بخش به مواردی از قبیل تأسیس مراکز فحشا یا سایت‌هایی برای ایجاد روابط نامشروع یا قاچاق دختران جوان و همه اشکال جرایم منافی عفت مربوط است که سبب اتصال دو یا چند نفر برای وقوع زنا یا لواط یا سحاق شود. حرمت قوادی مورد اجماع است و به تعبیر مرحوم آیت الله خویی، حرمت آن از ضروریاتی است که هر متشرعی آن را می‌داند. قوادی جزو جرایم حدی است و حد آن ۷۵ ضربه شلاق است. (موسوعه الامام الخوئی ۴۱: ۳۰۳)

۲. وجوب حفظ نظام

بخش دیگری از جرایم منافی عفت، جرایم سازمان یافته هستند که حالت کار گروهی برای اغراض منافی عفت دارند، مانند انتشار مطالب مستهجن یا تولید مضامین غیر اخلاقی که با اهداف و وظایف نظام و جامعه اسلامی در تضاد است. برای جواز یا وجوب تحقیق در این موارد به مصلحت وجوب حفظ نظام استناد شده است. منظور از نظام در این جامی تواند حکومت اسلامی یا خود جامعه باشد. خود وجوب حفظ نظام از دو مأخذ عقل و شرع مستفاد است. وجوب عقلی آن به این صورت است که هرج و مرج، بی نظمی، فساد اجتماعی، ناامنی و شیوع فحشا ظلم است و ظلم قبیح است و مبارزه با ظلم واجب است. مصلحت حفظ نظام نیز شرعاً ثابت است. امام علی علیه السلام، غایت صبر خود در مقابل برهم زندگان نظم اجتماع را ترس بر جامعه عنوان فرموده است. (سیدرضی، نهج البلاغه ۲۰۱) امام رضا علیه السلام در مورد دلیل جعل ولی امر فرمود: «خداوند، مردم را بر حدی خاص قرار داد و امر کرد که از این حد تجاوز نکنند؛ زیرا تجاوز از این حد موجب فساد آن‌ها خواهد بود. این (حفظ حدود) برقرار نشده است مگر با وجود ولی امر تا نگذارد آن‌ها به حرام بیافتند». (صدوق، عیون اخبار رضا ۲: ۱۰۰) افزون بر این‌ها باید به ادله وجوب حفظ اصل اسلام اشاره کرد که حتی جهاد در رکاب لشکر سلطان جائز را برای حفظ نظام واجب می‌کند. (نجفی، جواهر ۲۱: ۱۴)

استثنای دوم: جرایم منافی عفت در مرئی و منظر

تحقیق و تعقیب جرایم منافی عفت در مرئی و منظر نیز بر اساس ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری الزامی است و این الزام مطابق قواعد شرعی است و برای اثبات این مطابقت به مصلحت اهم حفظ نظام و عفت عمومی که در تزامم با مصالح شخصی است، استدلال شده است. عقل هم مؤید آن است و دفع فساد را واجب می‌داند که فسق و فساد علنی قدر متیقن از آن است. هم چنین این نوع از جرایم منافی عفت مصداق اشاعه فحشا، تظاهر به منکرات و تجاهر به فسق است که حرمت آن‌ها در فقه مسلم است. قدر متیقن از اختیارات حکومت در اجرای حدود نیز همین اعمال منافی عفت در مرئی و منظر است.

۱. ساصبر مالم اخف علی جماعتکم.

۲. إن قال قائل فلم جعل أولی الأمر و أمر بطاعتهم قبل لعل کثیرة منها.

مستندات استثنای دوم

۱. وجوب حفظ نظام

تقدیم مصلحت‌اهمی مثل حفظ نظام و عفت عمومی بر مصلحت شخصی یکی از ادله توجیه تجسس در امور منافی عفت در مرئی و منظر است. وجوب حفظ نظام و عفت عمومی و تقدیم آن بر دیگر مصالح مورد حکم مستقل عقل است. چون عدم تقدیم ظلم است. هم‌چنین سبیره عقلاً بر تقدیم مصلحت‌اهم و عام به ویژه حفظ نظام جامعه تأکید دارد. ادله نقلی هم بیان‌گر چنین برخوردی با فسق علنی و بی‌پرده و تقدیم مصلحت حفظ نظام و جامعه است، مانند کلام رسول خدا ﷺ که فرمود: «کسانی که پنهانی مرتکب کارهای زشت می‌شوند، باید معصیت آنان مخفی نگاه داشته شود؛ زیرا خداوند معصیت آنان را پوشیده نگاه داشته است، ولی هر کس این اعمال زشت را ظاهراً و متجاهراً انجام داد، حد الهی بر او جاری خواهد شد». (منتظری، مبانی فقهی حکومت اسلامی ۳: ۴۳۵) امیرالمؤمنین علی علیه السلام نیز فرموده است: «هرگز در صدد کشف کردن آن لغزش‌هایی نباش که پنهان از تو [یعنی پنهان از دید حکومت] صورت گرفته است؛ چون تو [به عنوان حاکم مسلمانان] فقط مسئول پاک‌سازی جامعه از آلودگی‌های آشکار و ظاهری هستی. خود خداوند درباره لغزش‌های پنهانی مردم داوری خواهد کرد». (سید رضی، نهج البلاغه ۳۶۹) نقل‌هایی از حضرت علی علیه السلام بر نصب جاسوس و نیروهای اطلاعاتی در سطح جامعه دلالت دارد. (همان ۳۴۸)

۲. اشاعه فحشا

اعمال منافی عفت در مرئی و منظر مصداق اشاعه فحشا و تظاهر و تجاهر به فسق است و با توجه به مفاد آیه ۱۹ سوره نور، عوامل این عنوان‌ها به عذاب دردناک در دنیا و آخرت تهدید شده‌اند. شاید اجرای حدود یکی از راه‌های تحقق این وعده باشد که در این صورت، به تحقیق و تعقیب مجرم برای اثبات حد نیاز دارد. به علاوه، بر اساس استدلال مرحوم سبزواری در مذهب الاحکام، چون این امور نوعی تجزّی به محرّمات الهی است، شدیدترین حرمت را نصّاً و اجماعاً دارد. (۱۵: ۲۴۴) هم‌چنین بر اساس روایاتی موجب زوال حرمت شخص می‌شود، مانند کلام معصوم: «ثلاثة لیس لهم حرمة صاحب هوی مبتدع و الإمام الجائر و الفاسق المعلن بالفسق». (عاملی، وسائل الشیعة ۱۲: ۲۸۹) در نتیجه، تجسس و تحقیق از این امر از اصل اولی حرمت، استثناً یا به تعبیری، تخصصاً خارج می‌شود.

۳. اجرای حدود و تعزیر

قدر متیقن از اجرای حدود، فسق و گناهان علنی هستند و مقدمه اجرای حدود، تجسس و تحقیق برای اثبات جرم است. فقها درباره جواز شرعی اجرای حدود در عصر غیبت اختلاف نظر دارند. البته بیش تر آنان اجرای حدود را ترجیح داده‌اند. ظاهراً محرمانی که علنی و در منظر عموم انجام می‌شوند، قدر متیقن از اجرای حدود است؛ زیرا همان طور که ذکر شد، ادله فراوانی بر سترو پوشاندن گناهان و عیب مردم از جانب حاکم و تجسس نکردن در امور و احوال شخصی افراد وارد شده است. بر اساس بیان امام علی علیه السلام، وظیفه حاکم، پاک‌سازی جامعه از آلودگی‌های ظاهری است. یکی از وظایف حکومت، نهی از منکر است و مرحله نهایی نهی از منکر که تنبیه انجام‌دهنده منکر باشد، بر عهده حکومت است و یکی از شرایط و جوب نهی از منکر، علنی و آشکار بودن منکر است. در نتیجه، تنبیه یعنی اجرای حد و تعزیر و مقدمه آن یعنی تجسس و تحقیق نیز لازم می‌شود.

استثنای سوم: تجاوز به عنف

ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری، هر گونه تحقیق و تعقیب از جرایم منافی عفت را ممنوع و چهار استثناء مطرح می‌کند که جرایم منافی عفت به عنف یکی از آن‌هاست. این مورد نیز دارای پشتوانه شرعی است. در این زمینه به مصلحت حفظ نظام تمسک شده است که خود، دلایل عقلی و نقلی متعدد دارد تا از اصل اولی حرمت تجسس خارج شویم؛ چون امور منافی عفت به عنف، امنیت روانی جامعه را تهدید می‌کند و جزو ظلم‌های آشکاری هستند که مقابله با آن‌ها وظیفه حاکمیت است. آیه ۱۴۸ سوره نساء (لا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ) و آیه ۲۷۹ سوره بقره (وَلَا تَطْلُمُونَ وَلَا تَظْلَمُونَ) به حرمت ستم‌کشی و جواز بیان ظلم تحقق‌یافته اشاره دارند و قدر مسلم از این بیان، پی‌گیری آن در دادگاه است. همین آیه‌های شریفه بر وجوب دادخواهی نیز دلالت دارند. (عمید زنجانی، فقه سیاسی ۱: ۵۷۹) زمانی که دادخواهی و دادرسی واجب باشد، تحقیق و تجسس که لازمه یا جزو دادرسی است، واجب می‌شود. جنبه خصوصی این نوع از منافیات عفت نیز دلیلی بر استثنای آن از اصل حرمت تجسس است.

جنبه خصوصی جرایم به عنف

در این مورد، بر خلاف دو مورد قبل، جنبه خصوصی و شخصی مورد نظر است؛ چون تجاوز

به عنف مربوط به مجنی علیه است و در واقع، این الزام به تجسس، حمایت حاکمیت از حقوق شخصی است. این در مواردی است که جرم به صورت سازمان یافته یا در مرئی و منظر صورت نگرفته و مسئله حق الناسی است که مصلحتی هم با آن تراحم ندارد، بلکه همان طور که اشاره شد، مصلحت حفظ نظام نیز همراه آن است. گاهی این مسئله جنبه مالی هم دارد، آن جا که صاحب جواهر می گوید: «در زناى طرفینی، مهري به زن تعلق نمی گیرد. به فرموده رسول اکرم ﷺ: لا مهر لبغی، ولی در تجاوز به عنف، تفویض بضع صورت گرفته است و مهرالمثل مستقر می شود». (جواهر ۲۶۶: ۴۱) در این موارد، طبق نصوص، مؤمنان به دادگاه حکومت عدل ارجاع شده اند. (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۱۳۹) در صورت مطالبه شخص، دادگاه ملزم به بررسی و احقاق حق و فصل خصومت است و گرنه ارجاع مؤمنان به دادگاه لغو خواهد بود.

تفاوت ادله اثبات تجاوز به عنف با زنا

بر اساس جواز تجسس در امور منافی عفت به عنف، در اثبات این نوع جرم به ادله اثبات امور منافی عفت با رضایت طرفین نیازی نیست. مثلاً تجاوز به عنف به چهار اقرار متهم یا شهادت چهار شاهد عادل نیاز ندارد و با یک اقرار متهم یا دو شاهد عادل ثابت می شود. برای اثبات این تفاوت به عنوان های به کار رفته در مورد هر کدام در کتاب خدا و روایات معصومین می توان استدلال کرد. کلمات بعضی فقها هم مشعر به وجود نوعی تفاوت بین تجاوز به عنف با زناست. (مفید، المقنعه ۷۷۸ و فاضل لنکرانی، الحدود ۱۳۹) عقیلاً هم با در نظر گرفتن شرایط تجاوز به عنف و ادله اثبات زنا به ناممکن یا دشوار بودن اثبات تجاوز به عنف با ادله زنا حکم می کنند.

عنوان های به کار رفته در کتاب و سنت در مورد رابطه جنسی با رضایت و رابطه جنسی به عنف و با زور و تحکم متفاوت است و این تفاوت در عنوان ها در استنباط فقهی اثر دارد؛ چون احکام تابع عنوان موضوعات هستند. برای مثال، در قرآن کریم برای بیان یکی از مجازات های زنا یعنی وقتی زانی یا زانیه، محسن نیستند، از لغت «زانی» و «زانیه» استفاده کرده است: «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ» (نور: ۲) یا آیه ۱۵ سوره نساء در مورد حکم اتیان چهار شاهد برای زنا آمده

۱. البته این تفاوت در آثار مترتب بر هر کدام است و نه مربوط به تفاوت در راه های اثبات زنا و تجاوز به عنف.

است: «وَاللَّائِي يَأْتِيْنَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ» و لغت «اتیان فاحشه» مطرح شده است، ولی روایاتی که قصد بیان تجاوز به عنف را داشتند، از واژه‌هایی مثل «غصب فرج زن»^۱ یا «غصب نفس زن»^۲ یا «مکابره برزن»^۳ استفاده کرده و به قتل مرد حکم داده‌اند. این واژه‌ها به گونه‌ای بر رضایت نداشتن دلالت دارند و معصوم ع از واژه زنا استفاده نکرده است. با توجه به اختصاص ادله اقرار چهار بار و چهار شاهد به زنا و صدق نکردن عنوان زنا بر تجاوز به عنف، اثبات این تجاوزها تحت عمومیت ادله اثبات یعنی اثبات با یک اقرار و دو شاهد باقی می‌ماند.

پی‌آمدهای شخصی و اجتماعی تجاوز به عنف

در مورد تجاوز به عنف، جنبه حق الناسی به نام مهرالمثل مطرح است. پی‌آمدهای شخصی و اجتماعی زیادی در این مورد وجود دارد، مانند مشکلات روحی و روانی ایجاد شده برای مجنی علیه که زندگی فردی و خانوادگی او را نابود می‌کند یا جامعه که احساس امنیتش را از دست می‌دهد و عفت عمومی که به سبب ماهیت جرایم منافی عفت به عنف آسیب سنگینی می‌بیند و جنایت‌کارانی که به سبب شرایط حاکم بر این نوع جرایم که معمولاً پنهانی صورت می‌گیرد و نیز سختی اثبات آن‌ها، حاشیه امن احساس می‌کنند و می‌دانند به راحتی کار به مجازات کشیده نمی‌شود. بعید است رئیس‌العقلا هنگام تشریح به این پی‌آمدها و مفساد واضح نظر نداشته باشد. افزون بر آن، ادله بیان‌کننده ادله اثبات مختص به جرایم جنسی چنان اطلاق ندارند که جرایم به عنف را شامل شوند و قدر متیقن از آن‌ها اعمالی است که با رضایت طرفینی صورت می‌گیرد. پس موارد دیگر، تحت ادله حجیت بینه باقی می‌مانند. هم‌چنین ادله حجیت علم قاضی فقط شامل موارد متعارف است و تجاوزهای با رضایت طرفین از ذیل آن خارجند. در نتیجه، با توجه به پی‌آمدهای یادشده و اشکال‌های وارد بر ادله باید در جرایم به عنف با همان روش اثبات عمومی برخورد کرد.

استثنای چهارم: شاکی خصوصی

«شکایت» در لغت به معنی «اظهار تألم از یک رفتار یا کلام نامناسب است که متوجه جسم یا روح

۱. سئل أبو جعفر ع عن رجل اغتصب امرأة فرجها قال يقتل محصنا كان أو غير محصن. (وسائل الشیعه ۲۸: ۱۰۸)

۲. قلت لأبي جعفر ع الرجل يغصب المرأة نفسها قال يقتل. (همان)

۳. إذا كابر الرجل المرأة على نفسها. ضرب ضربة بالسيف مات منها أو عاش. (همان)

شخص می‌شود». (مصطفوی، التحقيق ۶: ۱۰۹) در بند ب ماده ۹ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر شده است: «دعوای خصوصی برای مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم و یا مطالبه کیفرهایی که به موجب قانون، حق خصوصی بزه‌دیده است، مانند حد قذف و قصاص.» هم‌چنین در ماده ۱۰ قانون یادشده آمده است: «بزه‌دیده، شخصی است که از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان می‌گردد و چنان‌چه تعقیب مرتکب را درخواست کند، شاکی و هرگاه جبران ضرر را مطالبه کند، مدعی خصوصی نامیده می‌شود.» در ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری، چهار مورد از اصل ممنوعیت تجسس در مورد جرایم منافی عفت استثنا شد که یکی از آن‌ها وجود شاکی خصوصی است. در تبصره ۳ این ماده مقرر شده است: «در جرایم مذکور در این ماده، اگر بزه‌دیده، محجور باشد، ولی یا سرپرست قانونی او حق شکایت دارد. در مورد بزه‌دیده بالغی که سن او زیر هجده سال است، ولی یا سرپرست قانونی او نیز حق شکایت دارد.» به نظر می‌رسد این تبصره در پی تبیین موارد شاکی خصوصی است. مصداق شاکی خصوصی هر کس که باشد، با تسلیم شکایت به دادگاه می‌تواند خواهان بررسی شکایت در نظام قضایی شود. نظام قضایی دلایل و مدارک را جمع‌آوری و در صورت اثبات، حکم صادر می‌کند. البته خود شاکی نیز می‌تواند ادله خود را به دادگاه تقدیم کند، ولی ملزم نیست تا هم‌زمان با شکایت، مثلاً برای اثبات زنا، چهار شاهد عادل به دادگاه معرفی کند.

مستندات استثنای چهارم

استثنای وجود شاکی خصوصی از اصل ممنوعیت تحقیق و تجسس در روایات مطرح شده است، مانند روایت فضیل از امام صادق علیه السلام که فرمود: «من أقر علی نفسه عند الإمام بحق أحد من حقوق المسلمين - فلیس علی الإمام أن یقیم علیه الحد - الذي أقر به عنده - حتی یحضر صاحب حق الحد أو ولیه و یطلبه بحقه». (عاملی، وسائل الشیعه ۲۸: ۵۶) بر این اساس، اجرای حدود در امور حق الناس به مطالبه صاحب حق نیاز دارد. در روایتی دیگر از فضیل از امام صادق علیه السلام، همین مطلب با شرح و بسط بیش‌تر بیان شده است. (همان ۲۸: ۵۷) البته سیره عقلا هم بر همین شیوه دلالت دارد که مقام قضایی زمانی می‌تواند احقاق حق و مجازات مجرم و مدیون را آغاز کند که صاحب حق درخواست کند.

۱. هو إظهار التآلم عمّا یواجه ممّا لا یلائم، من خلق سئی أو عمل غیر صالح أو قول فاحش. و قد یكون إظهار التآلم: عمّا لا یلائم فی بدنه و مزاجه و أخلاق نفسه.

مصداق‌های شاکی خصوصی

بر اساس تبصره ۳ ماده ۱۰۲ ق. آ. د. ک، زمانی که مجنی علیه، نابالغ باشد، ولی یا سرپرست قانونی او حق شکایت دارد و در مورد افراد بالغ زیر هجده سال، خود شخص و ولی او هر دو حق شکایت دارند. شاکی خصوصی می‌تواند شامل این افراد و نیز افرادی باشد که آسیب‌های مالی یا حیثیتی از جرم دیده‌اند. این دیدگاه با توجه به ماده‌های ۱۰ و ۱۴ آیین دادرسی کیفری قابل توجیه است؛ چون در ماده ۱۰ آ. د. ک مقرر شده است بزه دیده، شخصی است که از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان شود و اگر تعقیب مرتکب را درخواست کند، شاکی نامیده می‌شود. ضرر و زیان موجود در ماده اعم از ضررهای مالی و حیثیتی است. در تبصره ۱ ماده ۱۴ آ. د. ک و در توضیح زبان معنوی قابل مطالبه آمده است: «صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی.» با توجه به این استدلال، شوهر مجنی علیها، همسر جانی (زانی یا لایط و...)، پدر زانیه و برادر او یا فرزند او و هر شخصی که به نوعی از جرایم منافی عفت آسیب دیده‌اند، حق شکایت دارند، مانند صاحب شرکتی که منشی آن با یکی از مشتریان رابطه نامشروع برقرار کرده است. بر اساس این برداشت، افراد زیادی حق شکایت خواهند داشت که بعید است مورد نظر قانون‌گذار باشد.

بر اساس بیان بند ۳ ماده ۱۰۲ ق. آ. د. ک درباره دارندگان حق شکایت و نفی اثرگذاری خسارت‌های معنوی در ایجاد حق برای خسارت دیده، در نظر بیش تر فقها به واسطه قابل جبران نبودن چنین خسارت‌ها و ضررهایی، توسعه مفهوم شاکی خصوصی به کسانی که خسارت معنوی دیده‌اند، بعید به نظر می‌رسد. (حدادی «رسائل» ۵ و ۶: ۲۷-۵۰) این توسعه در تبیین مفهوم شاکی و اعطای حق شکایت موجب کثرت این گونه پرونده‌ها می‌شود که بررسی آن‌ها نیروی فراوانی از نظام قضایی برای ابطال یا اثبات می‌گیرد. به علاوه، جبران چنین خسارت‌هایی بر فرض اثبات چیست؟ آیا حیثیت و آبروی پدر زانیه با درج در جرایم یا پول باز می‌گردد؟

به نظر می‌رسد این نگاه وسیع در تفسیر شاکی خصوصی با مذاق شارع نیز هماهنگی ندارد؛ چون خداوند ستار با تعیین روش‌های اثبات خاص برای جرمی مثل زنا و حدّ زدن شاهد در صورت نبود چهار شاهد عادل به صورت هم‌زمان در دادگاه و امثال این احکام سخت‌گیرانه در پی طرح نشدن، اثبات نشدن و اشاعه نیافتن چنین گناهی در جامعه بوده است. از سوی دیگر، محدود

کردن مصداق‌های شاکی خصوصی به خود شخص و ولی او با اقتضائات زمانی دوره حاضر تناسبی ندارد. برای مثال، شوهر زن زناکاری که بنای زندگی خانوادگی او به سبب همسر زناکارش از بین رفته است، نمی‌تواند از این ظرفیت قانونی استفاده کند. البته مرکز مشاوره حقوقی قوه قضاییه در پرسشی در مورد دارندگان حق شکایت، پدر و شوهر و برادر را ذی‌حق معرفی کرد. رویه دادگاه‌ها نیز قبول شکایت شوهر است. پس باید این بیان قانون به روشی متعادل تبیین شود.

اشکال‌ها

۱. نبود جنبه خصوصی و اجمال عنوان شاکی خصوصی

بیان قانون‌گذار در استثناهای اصل حرمت تحقیق و تجسس و مطرح کردن چهار مورد بیان‌گر این معناست که این موارد، مصداق‌های مختص به خود دارند، و گرنه بیان چهار مورد بی‌معناست. پس به طور خاص، دو عنوان شاکی خصوصی و تجاوز به عنف مورد نظر است. بر اساس یک تقسیم ساده، رابطه نامشروع یا با رضایت طرفین صورت گرفته یا چنین رضایتی وجود نداشته است. در نوع دوم یعنی تجاوز به عنف - همان طور که گذشت - جنبه خصوصی یعنی مهرالمثل مجنی علیه وجود دارد. در نوع اول، بر اساس فتوای بیش‌تر مراجع، در مورد زنا جنبه خصوصی وجود ندارد و شکایت بی‌معناست و در نتیجه، فقط در موارد تجاوز به عنف، شاکی خصوصی معنا پیدا می‌کند. برای مثال، آیت‌الله مکارم شیرازی در پاسخ به استفتای مرکز تحقیقات فقهی، همین دیدگاه را تأیید کرده است: «در این نوع جرم‌ها که جنبه حق‌الله دارد، محکمه با شکایت افراد، ملزم به رسیدگی نیست.» آیت‌الله سیستانی هم جنبه خصوصی مسئله رانفی می‌کند. (گنجینه آرای فقهی، مرکز تحقیقات فقهی، سؤال ۲۹۸) آیت‌الله صافی نیز دادگاه را درباره شکایت از زنا همسر، ملزم به رسیدگی نمی‌داند. (آیین قضاوت در اسلام: سؤال شماره ۶۹) بر این اساس، بیان قانون مجمل است و مقصود از شاکی خصوصی مشخص نیست.

فقه‌اء حقوق شرعی را به سه دسته تقسیم کرده‌اند: حق‌الله محض، حق‌الناس محض و ترکیب این دو و برای نوع اول، زنا را مثال زده‌اند. هم‌چنین شیخ طوسی می‌گوید: «حقوق الهی بر دو قسم است: حقی که تعلق به مال نمی‌گیرد و حقی که به مال تعلق می‌گیرد. قسم اول هم چون حد زنا و شرب خمر است که دعوا و شکایتی در آن شنیده نمی‌شود و مدعی علیه نیز ملزم به پاسخ دادن نیست و سوگندی متوجه او نمی‌گردد.

به عبارت دیگر، مدعی و منکر در آن تصور نمی‌شود». (المبسوط ۸: ۲۱۵) در مقابل، مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی وجود حق خصوصی را در مورد شوهر نسبت به زن زناکار خود و برعکس پذیرفته، (گنجینه آرای فقهی، مرکز تحقیقات فقهی: سؤال ۲۹۸) ولی عقوبت مستقلاً یا جبران خاصی برای این جنبه مطرح نکرده است. به نظر ایشان، شاکی خصوصی می‌تواند مصداق‌های مختص خود داشته باشد و از اشکال اجمال‌رهایی می‌یابد. نظر ایشان شاذ به نظر می‌رسد و مشکل است که مبنای قانون‌نویسی قرار بگیرد. همان‌طور که گذشت، احتمال دارد بین ادله اثبات تجاوز به عنف و زنا تفاوت وجود داشته باشد که در روش تحقیق و جمع‌آوری اطلاعات و حصول علم برای قاضی و در نهایت، صدور حکم اثر بسیار مهمی دارد.

۲. نادر بودن موارد اطلاع از تجاوز به عنف

در عمل، برای پی‌گیری و صدور حکم در تجاوز به عنف نیز به شکایت نیاز است؛ چون نظام قضایی راه دیگری برای اطلاع از این نوع جرایم ندارد، مگر مواردی که ضابطان قضایی متوجه این موارد شوند که آن هم بسیار اندک است و بعید است حکم قانون‌گذار برای بیان یک استثنا، ناظر به این موارد اندک باشد، در حالی که موارد غالب آن در عنوان «شاکی خصوصی» جای گرفته است. البته قانون‌رامی‌توان چنین تفسیر کرد که منظور از تجاوز به عنف استثنای شده، مواردی است که نظام قضایی به صورتی جز شکایت از جرم مطلع شده است و شاکی خصوصی، مواردی را پوشش می‌دهد که مجنی علیه یا ولی او یا افرادی که احتمال دارد دارای حق شکایت باشند، دستگاه قضایی را آگاه کرده‌اند. این توجیه، خود، مبتلا به خلاف ظاهر بودن است.

۳. قذف بودن شکایت

در تعریف فقهی «قذف» آمده است: «موجب این حدّ، رمی به زنا یا لواط است و امارمی به سحقی و بقیه فواحش موجب حدّ قذف نیست». البته امام علیه السلام، حق تعزیر می‌کننده به آن‌ها را دارد. (امام خمینی، تحریر الوسیله ۴: ۲۰۳) هم‌چنین در قذف معتبر است که به لفظ صریح یا ظاهری باشد که بر آن اعتماد شود. (همان) اگر شکایت در مورد اعمال منافی عفت را مصداق قذف بدانیم، چنان‌که مراجع عظام در فتاوی‌ای خود در مورد شکایت شوهر از زنش بیان فرمودند، مانند فتوای آیت الله صافی (آیین قضاوت در اسلام: سؤال شماره ۶۹)، بنا بر دستور شریعت، شخص شکایت‌کننده باید مدارک

اثباتی خود را همراه داشته باشد، مانند چهار شاهد عادل. در غیر این صورت، حد قذف می خورد. ظاهر شکایت هم مشعر به این مطلب است که شکایت کننده به حدی از اطمینان رسیده است که عمل منافی عفت را در قالب شکایت به شخصی نسبت می دهد. نظام دادرسی ایران، دستگاه قضایی را مأمور به تحصیل و تأمین دلیل برای شکایت در مورد جرایم منافی عفت کرده است. این روش، روش معهود و معمول فقها و کتاب های فقهی نیست و بنا به اقتضائات زمانی ایجاد شده است که تطبیق آن با احکام، مشکل به نظر می رسد. البته اگر در شکایت، عمل به شخص خاصی نسبت داده نشود یا طرح شکایت را مصداق قذف ندانیم، این بحث مطرح نمی شود.

۴. بی توجهی به بحث لعان

اگر شوهری از همسر خود به اتهام زنا شکایت کند و این شکایت، قذف محسوب شود و دارای شرایطی باشد که فقها بیان کرده اند، بحث لعان مطرح می شود. این شرایط عبارتند از: علم یا اطمینان مرد به وقوع زنا، ادعای مشاهده، بیینه نداشتن و زوجه دایمی بودن مقدوفه. (امام خمینی، تحریر الوسیله ۳: ۶۴۳) با وجود این شرایط، به روش خاص بیان شده در کتاب های فقهی، همدیگر را لعنت می کنند و بر همدیگر حرام ابدی می شوند، ولی هیچ کدام حد نمی خورند. این روش خاص، راه کار شرعی چنین شکایتی است که در مواد ۸۸۲، ۸۸۳ و ۱۰۵۲ در قانون مدنی به آن اشاره شده است، اما ظاهراً امروزه در دادگاه ها معمول نیست. آیت الله مکارم شیرازی در پاسخ به استفتایی فرموده است: «در این نوع جرم ها که جنبه حق الله دارد، محکمه با شکایت افراد ملزم به رسیدگی نیست و اگر شوهر چنین نسبتی بدهد، احکام خاص لعان را دارد.» (گنجینه آرای فقهی، مرکز تحقیقات فقهی: سؤال ۲۹۸) آیت الله صافی نیز همین طور پاسخ داده است. (آیین قضاوت در اسلام: سؤال شماره ۶۹) قانون نویسان و تفسیر کنندگان آن به این ظرفیت کم تر توجه کرده اند.

۵. اصالت شکایت مجنی علیه یا ولی او

اشاره شد که در تجاوز به عنف، جنبه خصوصی و حق الناسی به نام مهرالمثل مطرح است. هم چنین بیان شد که تجاوز به عنف یا تنها مصداق شاکی خصوصی است یا طریقه غالب در اطلاع یافتن نظام قضایی از چنین جرمی است. به علاوه در تبصره ۳ ماده ۱۰۲ آ. د. ک آمده است که اگر

مجنی علیه، بالغ کمتر از هجده سال سن داشته باشد، خودش و ولی قانونی او هر دو حق شکایت دارند. با توجه به این مطالب، اگر شخص مجنی علیه در مورد جنبه خصوصی شکایت کرد و ولی او شخص جانی را بخشید یا برعکس و با ذکر این مطلب که در جرایم قابل گذشت، تعقیب کردن یا نکردن، متوقف به شکایت شاکی خصوصی است، شکایت و گذشت مجنی علیه اصالت دارد یا ولی او؟ به عبارت دیگر، کدام شکایت یا گذشت مقدم می‌شود؟

حق شکایت یا اعلام جرم

اگر به ایرادهای یادشده جواب داده شود یا بنا به مصالح اجتماع چشم‌پوشی کنیم، باز در مسئله خسارت‌های حیثیتی مناقشه هست؛ چون در تفسیر دارندگان حق شکایت مؤثر است و همان طور که گذشت، در ماده ۱۰ و ۱۴ قانون آ. د. ک به رسمیت شناخته شده است. برای حل این موضوع شاید بتوان بین حق شکایت داشتن و فتوای فقها در مورد ضررهای حیثیتی جمع کرد به این صورت که اعطای حق شکایت در مورد ضررهای حیثیتی به معنای اعلام جرم است نه مطالبه حق و حق شکایت واقعی. با این روش، افراد یادشده نیز می‌توانند شاهد مجازات خسارت‌زننده به آبرو، حیثیت و عواطف خود باشند و قدری از آسیب‌های روحی ایشان جبران شود. به یقین، عنوان اعلام‌کننده جرم، ظرفیتی است برای حفظ بیش تر حقوق افراد، اما در نهایت، محدودیت‌هایی نیز دارد.

حق شکایت و اعلام جرم با هم تفاوت دارند. صرف شکایت برای شروع به تحقیقات کافی است، اما اعلام جرم، زمانی ما را به شروع تحقیقات و ادار می‌کند که اعلام‌کننده، شاهد عینی وقوع جرم بوده و جرم به نظم عمومی مربوط باشد. هم‌چنین شکایت برای شروع به تحقیق در مورد هر جرمی باشد، دلیل بر شروع است، اما اعلام جرم در جرایم قابل گذشت، مبنایی برای شروع نیست. شاکی و وکیل حق اعتراض به حکم صادرشده را دارند، اما اعلام‌کننده جرم نمی‌تواند به حکم اعتراض کند. گذشت شاکی می‌تواند از موارد سقوط یا تخفیف مجازات باشد، اما گذشت اعلام‌کننده در ماهیت امر اثری نخواهد داشت. شاکی از حقوق و مزایای مواد ۱۴ و ۱۵ آیین دادرسی کیفری بهره‌مند است یعنی امکان مطالبه جبران تمام ضررها و زیان‌های مادی و معنوی و امکان ارائه دلایل و مدارک خود را به مرجع قضایی پس از تعقیب متهم دارد، ولی اعلام‌کننده چنین بهره‌ای ندارد و ظاهراً همان ابتدا باید مدارک خود را ارائه کند.

نتیجه

ماده ۱۰۲. آ. د. ک، اصلی به نام ممنوعیت تحقیق و تعقیب را مطرح کرده است که مستندات فقهی دارد. این ماده، چهار استثنا را برای این اصل شمرده است. جرایم سازمان یافته و در مرئی و منظر از استثنائاتی هستند که مستند به ادله شرعی مثل وجوب حفظ نظام هستند. موارد بعدی، جرایم منافی عفت به عنف و دارای شاکی خصوصی است که در ظاهر، قابل توجیه شرعی هستند، اما با تأمل دقیق تر، متوجه اشکال هایی در مورد آن ها می شویم.

اولاً بحث وجود جنبه خصوصی که پایه اعطای حق شکایت است، در تجاوز به عنف و نبود چنین جنبه ای در امور منافی عفت با رضایت طرفینی است که نتیجه آن، حصر شاکی خصوصی در جرایمی است که به عنف واقع شده اند. این هم با بیان قانون که تجاوز به عنف را کنار شاکی خصوصی قرار داده است، تناسبی ندارد. دومین اشکال این است که دستگاه قضایی راهی برای اطلاع و پی گیری جرایم به عنف ندارد، مگر اطلاع و شکایت مجنی علیه. در این حالت، بیان تجاوز به عنف به عنوان یک استثنا چندان قابل دفاع نیست. اشکال سوم و چهارم، بی توجهی به بحث قذف و لعان است؛ چون ظاهراً شکایت، نسبت دادن عمل منافی عفت به شخص است که حدّ قذف را در پی دارد و اگر شاکی، شوهر بوده و دارای شرایط خاصی باشد، بحث لعان مطرح می شود. صدق این عنوان های شرعی، مشکلی است که باید تصحیح و توجیه شود. اگر بتوان این اشکال ها را به گونه ای برطرف کرد، با بحث خسارت معنوی روبه روی می شویم؛ عنوانی مناقشه آمیز که با وجود ریشه قانونی، ریشه فقهی مستحکمی ندارد، ولی اگر در نظر گرفته شود، دارندگان حق شکایت دامنه وسیعی پیدا می کنند که احتمالاً مورد نظر قانون گذار نبوده است.

شاکی خصوصی دارای بازه مضیق محدود مورد بیان تبصره ۳ ماده ۱۰۲. آ. د. ک یعنی خود مجنی علیه و ولی او تا بازه وسیعی که شامل خسارت دیدگان حیثیتی می شود، پنداشته شده است. برای تفسیر مناسب مصداق های شاکی خصوصی و خارج نشدن از فتوای فقها مبنی بر ردّ خسارت معنوی در موضوعات فقهی، عنوان «اعلام کننده جرم» پیشنهاد می شود؛ عنوانی که راهی پیش روی افرادی است که خسارت معنوی دیده اند، اما بنا به محذور فقهی نمی توانند با عنوان شاکی خصوصی به دادگاه مراجعه کنند. البته اعلام کننده جرم محدودیت هایی دارد مانند این که باید شاهد واقعه باشد.

فهرست منابع

۱. اترک، حسین، «ماهیت و حکم اخلاقی تجسس»، مجله معرفت اخلاقی، ۴ (۱۳۹۰)، ۱۶۵-۱۵۱.
۲. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله سبحانی.
۳. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله شبیری زنجانی.
۴. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله علوی گرگانی.
۵. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله گرامی.
۶. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله محفوظی.
۷. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله مکارم شیرازی.
۸. آخوندی، محمود. آیین دادرسی کیفری. تهران: انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۴ ه. ش.
۹. پایگاه اطلاع رسانی صافی گلپایگانی، کتاب ها، آیین قضاوت در اسلام: www.safi.com.
۱۰. جمعی از پژوهشگران، موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، چاپ ۱، ۱۴۲۳ ه. ق.
۱۱. حدادی، فاضل. «جبران خسارت معنوی از منظر فقه و حقوق». مجله رسائل، ۵ و ۶ (زمستان ۹۴ و بهار ۹۵)، ۵۱-۲۷.
۱۲. خرازی، سید محسن. «کاوشی در حکم فقهی تجسس». مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، ۲۶ (۱۳۸۰)، ۱۴۲-۵۲.
۱۳. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه. «موقعیت عقل در منابع فقه و حقوق اسلامی». مجله نور علم، ۶ (۱۳۶۳)، ۵۵-۴۳.
۱۴. سبزواری، سید عبدالاعلی. مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام. قم: مؤسسه المنار، چاپ ۴، ۱۴۱۳ ه. ق.
۱۵. سید رضی، نهج البلاغه. قم: مؤسسه نهج البلاغه، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه. ق.
۱۶. شیخ حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه. ق.
۱۷. شیخ صدوق، محمد بن علی. عیون اخبار الرضا علیه السلام. تهران: نشر جهان، چاپ اول، ۱۳۷۸ ه. ق.
۱۸. شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ه. ش.
۱۹. شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان. المقنعه. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ه. ق.
۲۰. طبرسی، فضل بن حسن. مجمع البیان فی تفسیر القرآن. تهران: انتشارات ناصر خسرو، چاپ

سوم، ۱۳۷۲.

۲۱. طریحی، فخرالدین. مجمع البحرين. تهران: کتاب فروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ه.ق.
۲۲. عمید زنجانی، عباس علی. فقه سیاسی. تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ چهارم، ۱۴۲۱ ه.ق.
۲۳. فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الحدود. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)، چاپ اول، ۱۴۲۲ ه.ق.
۲۴. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی. رسائل. تهران: مدرسه عالی شهید مطهری، چاپ اول، ۱۴۲۹ ه.ق.
۲۵. قرطبی، ابو عبد الله محمد بن احمد. الجامع لاحکام القرآن. بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۵ ه.ق.
۲۶. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ه.ق.
۲۷. مصطفوی، حسن. التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: مرکز کتاب لترجمه و النشر، چاپ اول، ۱۴۰۲ ه.ق.
۲۸. منتظری، حسین علی. مبانی فقهی حکومت اسلامی. ترجمه: ابوالفضل شکوری و محمود صلواتی، قم: مؤسسه کیهان، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق.
۲۹. موسوی خمینی، سید روح الله. تحریر الوسیله. قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ بیست و یکم، ۱۴۲۵ ه.ق.
۳۰. موسوی خمینی، سید روح الله. صحیفه امام. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۳۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. موسوعه الامام الخوئی [مبانی تکمله المنهاج]. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
۳۲. مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی.
۳۳. میر علی، یحیی. «بررسی جاسوسی از منظر فقه امامیه». مجله پژوهش در فقه و حقوق، ۶، (۱۳۹۶)، ۲۹-۲۱.
۳۴. نجفی، محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.