

**مقدمه:** بدگرباشی یا دگرزیستی به عنوان رفتاری انحرافی، صرفاً به معنای همجنسگرایی نیست، بلکه به اشکال متفاوت دیگری نیز در جامعه نمایان می‌شود. مقاله پیش رو در پی شناخت رویکرد نظام حقوقی اسلام و کشف ظرفیت‌های آن به منظور برقراری نظم و عدالت اجتماعی در مواجهه با چنین پدیده نوظهور اجتماعی است. این پژوهش از نوع مرور روایتی است. گردآوری داده‌ها از طریق روش اسنادی و جستجو در پایگاه‌های علمی چون پایگاه مجلات تخصصی نور و یا *Google scholar* و با کلید واژگان «دگرباشی»، «رهیافت حق‌مداری»، «رهیافت تکلیف‌مداری»، «رهیافت تلفیقی» و «جرم‌نگاری» و معادل لاتین آنها به عمل آمد. سپس با حذف موارد غیر مرتبط، مناسب‌ترین آنها مورد توصیف و تحلیل قرار گرفت.

**مرور انتقادی منابع:** این مرور روایتی، سه رهیافت متفاوت را ارائه می‌کند. رهیافت تکلیف‌مدار که به دلایل مصلحت‌گرایی، بر مداخله حداکثری حکومت در آزادی افراد تأکید دارد. رهیافت حق‌مدار که آزادی افراد در رفتار و چگونه زیستن را تا هنگامی که در تلاقی با حقوق دیگران قرار نگرفته، پذیرفته است و بر مداخله حداقلی حکومت اصرار دارد و رویکرد تلفیقی که ضمن لحاظ کردن حقوق و آزادی افراد و مصلحت جامعه، حدود جرم‌نگاری این‌گونه رفتارها را مشخص کرده است.

**بحث:** به نظر می‌رسد رویکرد تلفیقی با جوامع متنکثر و باز امروزی هم‌نوازی دارد؛ زیرا رویکرد وظیفه‌بنیان و تکلیف‌مدار، امنیت‌مدار و نتیجه آن تورم حقوق کیفری و مداخله در حریم خصوصی افراد است. رویکرد حق‌مدار نیز هرچند بر مسامحه و مدارا استوار است، ولی ممکن است به بی‌بندوباری بیانجامد.

### ۱. جهانبخش هراتی

دانشجوی دکتری جرم‌شناسی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

### ۲. یاسمن خوجه نوری

دکتر جرم‌شناس، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

### ۳. مهرداد رایجیان اصلی

دکتر جرم‌شناس، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران،  
(نویسنده مسئول)  
<mehرداد.rayejian@gmail.com>

### واژه‌های کلیدی:

دگرباشی، رهیافت حق‌مدار، رهیافت تکلیف‌مدار، رهیافت تلفیقی، جرم‌نگاری

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۲/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۶/۲۶

## Jurists Approaches towards Intervention or Non-intervention in the Area of Divergence

### ▶ 1- Jahanbakhsh Harati

Ph.D. student in Criminology, ..... Faculty, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

### ▶ 2- Yasaman Khajenoori

Ph.D. in Criminology, ..... Faculty, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

### ▶ 3- Mehrdad Rayejian

Ph.D. in Criminology, ..... Faculty, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran.  
(Corresponding Author)  
<mehrdad.rayejian@gmail.com>

#### Keywords:

combined approach, criminalization, divergence, right-oriented approach, task-oriented approach

**Received:** 2019-05-01

**Accepted:** 2019-09-17

### Short Abstract

Being divergent does not necessarily mean to be homosexual, and it appears in the forms of dressing, attitude, etc. However, in Islamic legal system, such a phenomenon has not been seriously taken into consideration. Qur'anic verses, juridical provisions, and other Islamic Sciences, consider three different legal solutions as regards this issue. Task-oriented solution is adopted based on the interest of the society, pragmatism, maximum demand, and maximum interference of this issue with regard to freedom and privacy

Rightness oriented solution concentrates on the principal of loss as long as their behaviors may not threaten the rights of the other people. It also emphasizes the minimum interference and right oriented and task oriented approaches, and these two approaches will consider the right and freedom of individuals, interest of the society, and developing the principal of loss based on the concept of "right and interest" with the view of perfectionism and patriarchy, the scope of crimes in such behaviors will be identified.

This approach emphasizes the enhancement of society capacity to accept unusual behaviors and foundation of "law obedient principal", and it seems that criminal policy conforms to open and plural societies. Because criminal policy with task-based security oriented approach would result in increasing of crimes and interfering in the privacy of individuals.

Although criminal policy based on rightness focused on approach is based on the principal of toleration but it may result in promiscuity.

## **Extended Abstract**

**Introduction:** The principles of the School of Natural Rights during the Age of Enlightenment, i.e., the 17th and 18th centuries, regarding the individuality of human beings, their freedom and self-determination, as well as the human rights recommendations and documentations are designed and drafted by the international organizations during the current century and the appearance of “Global-ization”, the cultural seeds have been planted in different human societies. Consequently, we have seen (nowadays) that relying on concepts of freedom, intellectualism, natural rights, self-determination, independency, and tendency towards consumerisms; some people have relieved themselves from observing the religious, traditional, and customary values, and have displayed un-conventional styles of life, which is different from the normal and conventional lives of other people in the society. Using the merits of technology and the appearance of the concept of “Globalization”, this culture is being increasingly widespread throughout the world using the platforms, such as the internet, satellites TV, and consumptive goods.

However, this Study is not designed to find the roots of the “divergence” or providing approaches to fight against this global phenomenon. In fact, following the appearance of divergence in the Islamic society, this Study is aimed at the identification of Islamic legal system approach(es) and discovery of its capacities in order to create a kind of balance in the society and establish social order and justice. Generally, three different approaches may be provided regarding this phenomenon. The approach based on the obligation that all unconventional behaviors and or lifestyles are rejected and on the strength of the jurisprudential principles and rules, and even some verses of the Holy Quran, such behavior or lifestyles are criminalized. The right-oriented approach accepts the divergence, with some minor exceptions and not only proposes any limitations for it, but also makes no objections against its scope. The final moderate approach is right-task-oriented, and while believing in the freedom of individuals in their lives, criminalizes some of these specific behaviors and lifestyles.

In order to explain and identify the approach of Islamic legal system towards this new social phenomenon, the descriptive-analytical and comparative method is used and for the collection of data, the Quranic verses, and Hadith, as well as

works authored by Islamic Jurisprudents and western scholars have been utilized.

### **Critical review of literature:**

#### **Task-oriented Approach:**

This approach is based on the “originality of the society”. Verses and jurisprudential rules underlying this approach are aimed at the protection of the society. Originality of the society means that all the behaviors and lifestyles of the individuals are required to be in the framework of tenets, beliefs, and values of the society, and the individuals are required to observe the social value system and any types of theoretical or practical divergence which are in contradiction of the independent identity of the society and the public conscience.

#### **Right-oriented Approach:**

Contrary to the Task-oriented legal system, which emphasizes the originality of the society and the limitation of the scope of divergence and is established on the “expediency” doctrine, “the Right-oriented legal system” not only believes in the “centrality of the individual”, but also believes in the rights of individuals regarding how to live, how to exist and be free in their behavior and thinking. In this way, there are some jurisprudential and legal rules which form the basis for the school of “centrality of individual.” Some Moslem scholars also believe that not only the centrality is attributed to the individual, but also no independent and separate existence may be considered for the society. They believe that the society is a dependent phenomenon and lacks any independent identity. Such scholars think the number of personal beliefs and feelings amounts to the number of people in the society. Among the works of early Islamic philosophers, differences in the souls of human beings may be traced, showing that they recognized differences in the ethics and behaviors of the human beings, which result from the differences in the nature of their souls.

#### **Combined Approach (Right-Task Oriented):**

Besides these two basic ideologies, there is another ideology in the Islamic World, which thinks of originality not merely for the individual or the society, but for both of them. The legal school based on this ideology, propagates a moderate lifestyle, relying on the expediency for the individual and for the society. This belief not only balances the former two approaches, but also believes that the Islamic legal

system fundamentally rejects going to the two extremes, because any behavior which is far from balance and moderation, is considered as detachment from pure nature. God has created human beings and their souls to be moderate and to live based on moderation.

Discussion: All the three approaches regarding the scope of intervention of the criminal law in con-fronting the phenomenon of divergence, lack consensus. The Task-oriented doctrine, which inter-pret the loss principle based on the concept of “expediency”, criminalizes all the behaviors which are in contradiction with the values and beliefs of the society. This approach is aimed at homoge-nization of the thoughts and behaviors, which is inaccessible and will inevitably result in the infla-tion of criminal law and the maximum intervention of the state in the freedom and privacy of the people, as it is traceable in the Iranian legal system. In such a legal system, the punishment is aimed at the public interests and prevention of crimes. Consequently, we witness the increase of preventive crimes and victim-less crimes. The criminal policy of such a system shall be based on the security, curbing, and intimidation, which may not be implemented in today’s open and variant world.

The right-oriented legal system, is a system separate from morality, because only the behavior, which threatens or violates the right of other(s) will be criminalized and where the behavior violates the ethics and brings about no harms to others, shall not be considered as a crime. In this system, the state may not intervene in the freedom or privacy of individuals with the justification of expe-dieny or the observance of ethics and limit their freedom based on the patrimonial reasons and the rules of morality. In other words, in such a system, the state is designed to be based on the princi-ples of minimalism and minimum intervention. Although this legal system, based on the principle of tolerance, and taking the criminal policies based on the tolerance, is in line with today’s plural society, and tolerates individu-als with all types of clothing, tendencie,s and lifestyles, is somehow approving the human rights and the freedom of thoughts and expressions, and although the princi-ple of tolerance is considered in Islam as an ethical value, this principle may create a justification for some people to promote anarchistic and pure permis-siveness. Moreover, recognizing the prin-ciple of “tolerance” in this legal school

may be considered as the approval of the divergence and denial of “homogenous lifestyle”. This level of tolerance is not a good characteristic in the way defined in the Holy Quran and is not considered as an ethical value. Actually, it is one of the liber-alist principles, which may not be contested, and any thought or act, which attempts to limit the scope of tolerance and permissiveness must be limited. Consequently, the tolerance which is one of the principles of this school is in line with the religion of Islam, if it agrees with the ethical principles. Otherwise, it will be turned into a theory of trait.

But in the combined legal system, which is based on the “legal expediency”, the criticizing and public contempt of a behavior may not be considered as a good reason for calling it an unethical behavior. On the other hand, the gladiator-like behaviors, which are aimed at the entertainment or enjoyment of the individual or people who do it, are not acceptable.

If the legal system is merely task-oriented, some type of ethical populism is formed and a unique lifestyle is inflicted upon the society. If the legal system is merely right-oriented, then the permissiveness and unstrained tendencies are promoted. Consequently, in the combined or moderate system, taking into account the expediency of the society and the rights of individuals and with the designing of a “moderate state”, any the type of behavior which is rationally and naturally considered as unethical, and each behavior which is prohibited in the religion, such as divergence, shall be forbidden. However, other representations of the divergence which appear in the form of clothing, make-up, viewpoints, etc., are not considered as unethical and if no religious rule have been issued to prohibit them, they will be authorized. In fact, this approach is a type of liberalism combined with the governing perfectionism. The aforementioned approach follows some of the principles of liberalism, such as freedom, self-determination, and independence and at the same time supports the behaviors, which promotes the human being to the rank of “divine closeness”.

## **Ethical Considerations**

### **Funding**

In the present study, did not have any sponsors

### **Authors' contributions**

All authors contributed in designing, running, and writing all parts of the research.

### **Conflicts of interest**

This article does not conflict with other articles of my.

### **Acknowledgments**

In this article, all rights relating to references are cited and resources are carefully listed.

## مقدمه

آموزه‌های مکتب حقوق فطری عصر روشنگری یعنی در قرون هفدهم و هجدهم میلادی پیرامون اصالت فرد، آزادی و خودمختاری انسان و همچنین توصیه‌ها و اسناد حقوق بشری سازمان‌های بین‌المللی در قرن حاضر از یک طرف و ظهور پدیده «جهانی‌شدن» از طرف دیگر، بذر فرهنگی را در جوامع مختلف کاشت که امروزه بعضی افراد با تمسک به آزادی، خردورزی، بهره‌مندی از حقوق فطری، خودمختاری، استقلال و گرایش به مصرف‌گرایی، خود را از تقید به ارزش‌های دینی و سنتی و آداب‌ورسوم جامعه رها ساخته و سبک‌های غیرمتعارفی از زندگی را به نمایش می‌گذارند که با زندگی معمول و متعارف سایر افراد جامعه متفاوت است. این فرهنگ به لطف تکنولوژی و از طریق ابزارهایی مانند اینترنت، ماهواره، کالاهای مصرفی و... به سراسر جهان صادر می‌شود. پیامد چنین واقعه‌ای جز دگرگونی نظام ارزشی جوامع نیست. فرهنگ جهانی با نفوذ در فرایند جامعه‌پذیری و نظام شخصیت و هویت افراد، فرهنگ‌های بومی و ملی را دستخوش تحول کرده، به طوری که واگرایی از درون و همگرایی از بیرون را در پی داشته است. ماحصل این واگرایی و همگرایی فرهنگی، رشد پدیده «دگرباشی» و بروز «رفتارهای متفاوت» و خلاف نظام ارزشی جوامع است. این سبک متفاوت که به اشکال مختلف همچون همجنسگرایی، پوشش، آرایش، نگرش و... در جامعه خودنمایی می‌کند، روزبه‌روز در حال گسترش نیز هست.

با این حال عده‌ای از اندیشمندان در پاسخ به این مسئله که این‌گونه سبک زندگی تا چه میزان می‌تواند حدود نظام ارزشی جامعه را درنوردد و دگرباشان تا چه اندازه‌ای می‌توانند سبک خاص زندگی خود را دنبال کنند؟ و آیا آنان حق متفاوت زیستن را دارند یا اینکه مکلف به هم‌نوایی با جامعه هستند؟ معتقدند، انسانها بنا به خرد و آزادی، حق بر چگونگی زیستن را دارند و این حق را از جمله حقوق مربوط به شخصیت و حقوق عمومی می‌دانند.



(کاتوزیان، ۲۰۱۴) حتی عده‌ای تا بدانجا پیش رفته‌اند که «متفاوت بودن» را نه تنها حق، بلکه کامل‌ترین حق از حقوق بشری می‌دانند (آنسل، ۲۰۱۶).

مقاله پیش رو در پی علت‌یابی پدیده «دگرباشی» و یا ارائه راهکارهایی برای مقابله با این پدیده جهانی نیست. بلکه به علت ظهور و بروز پدیده «دگرباشی» در جامعه اسلامی، سعی دارد با روش مرور روایتی و با رجوع به منابع کتابخانه‌ای و اسنادی و جستجو در پایگاههای علمی معتبر، به شناخت رهیافت یا رهیافتهای نظام حقوقی اسلام و کشف ظرفیت‌های آن به منظور تعادل بخشی و برقراری نظم و عدالت اجتماعی به‌عنوان هدف اصلی نظام حقوقی دست یابد؛ زیرا جهت‌گیری هر نظام حقوقی در ارتباط با یک پدیده نوظهور همانند «دگرباشی»، ریشه در اندیشه و ایدئولوژی‌های سیاسی و مکاتب مختلف فکری انسان‌شناسی دارد. نظام حقوقی اسلام نیز از این قاعده مستثنی نیست. برای درک و فهم و شناسایی رویکرد نظام حقوقی اسلام در مواجهه با این پدیده به‌عنوان عرفی مستحدثه، چاره‌ای جز مطالعه ایدئولوژی سیاسی و مبانی فکری اسلام نیست. از سویی دیگر، نظام حقوقی ایران نیز که بر اساس اصل چهارم قانون اساسی متأثر از ایدئولوژی اسلامی است و بر اساس آن راهبرد و جهت‌گیری خود را بر مبنای اصول و معیارهای خاص و شناخته‌شده اسلامی، مشخص می‌کند، بررسی اندیشه و مبانی فکری اسلام در مواجهه با پدیده «دگرباشی» اهمیت دارد. مسئله مهمی که در قالب چند پرسش تلاش می‌شود به آن پاسخ داده شود، این است آیا نظام حقوقی اسلام در مواجهه با این پدیده، انسان‌ها را به همسازی و همنوایی با عرف و ارزشهای جامعه مکلف دانسته و سیاست جنایی سرکوب‌گرایانه و امنیت مدار را نسبت به ناسازگاران و ناقضین آن در پیش گرفته است یا سیاست مدارا و سازش؟ و اگر از اصول و مبانی فقهی و حقوقی اسلام سیاست جنایی سرکوب‌گرایانه و مبتنی بر ممنوعیت و محدودیت و یا مسامحه و مدارا برداشت می‌شود، مبنا و اصول مشروعیت جرم‌انگاری چه هست؟ و اگر سیاستی مبتنی بر مسامحه و مدارا استنباط می‌شود، دلیل یا دلایل محدودیت جرم‌انگاری این رفتارها چیست؟

در خصوص تبیین و تحلیل این موضوع از منظر علوم اسلامی (به‌عنوان پیشینه تحقیق) سابقه تحقیق و پژوهش وجود ندارد. اندیشمندان اسلامی نیز تاکنون به‌صورت مستقل و شفاف بدان پرداخته‌اند. البته در حوزه اصالت جامعه و فرد و همچنین حقوق و تکالیف افراد در جامعه کتب و مقالاتی نوشته شده است. از جمله می‌توان به مقاله‌ای تحت عنوان «تبیین و بررسی اصالت جامعه از دیدگاه شهید مطهری و استاد مصباح یزدی» (۲۰۱۳) اشاره کرد که حسین زاده یزدی بدان پرداخته است. یا دانش پور در مقاله‌ای تحت عنوان «بررسی حدود مصلحت در حریم خصوصی در تعارض با مصالح اجتماعی با رویکردی به مبانی فقه اسلامی» (۲۰۱۶)، نگاهی به اهمیت و جایگاه حریم خصوصی افراد در نگاه اسلام پرداخته است. از بعد حقوقی نیز زینالی در کتابی ارزشمند تحت عنوان «جرم‌انگاری در حوزه فرهنگ» (۲۰۱۵) ضمن تشریح معیارها و اصول جرم‌انگاری در حوزه فرهنگ، به مثال‌های بی‌بدیلی از قوانین موضوعه جمهوری اسلامی ایران اشاره کرده که دلالت بر راهبرد سیاست جنایی پیش‌رونده نظام حقوقی ایران در حوزه فرهنگ دارد. با این حال نوآوری این مقاله از این جهت است که با استناد به آیات، روایات و قواعد و اصول فقهی، به ظرفیت بالای حقوقی اسلام در تنظیم یک سیاست جنایی مناسب و منعطف در مواجهه با پدیده‌های نوظهور اجتماعی از جمله «دگرباشی» پرداخته است.

چارچوب نظری این پژوهش مبتنی بر سه رهیافت متفاوت از نظام حقوق اسلام است. رهیافت مبتنی بر تکلیف که هرگونه رفتار و یا سبک زندگی غیرمتعارف را نهی و با استناد به اصول و قواعد فقهی و حتی آیاتی از قرآن به جرم‌انگاری این رفتارها مشروعیت می‌بخشد. رهیافت مبتنی بر حق که ضمن پذیرش آن - به‌جز چند استثناء جزئی مثل همجنسگرایی - نه‌تنها محدودیتی قائل نیست، بلکه با گستره قلمرو آن نیز مشکلی ندارد و در نهایت رهیافت بینابینی که حق‌مداری توأم با تکلیف را در دستور کار خود قرار داده و ضمن اعتقاد به آزادی افراد در چگونگی زیستن، بنا به اصول خاص و شناخته‌شده‌ای بعضی از این رفتارها و سبک‌های

خاص زندگی را مشمول جرم‌انگاری می‌داند. در غرب نیز بسته به اینکه نظام کیفری یک کشور متأثر از کدام ایدئولوژی و نحله فکری باشد، رویکرد متفاوتی به خود می‌گیرد. معمولاً در نظام کیفری با ایدئولوژی لیبرالیسم به لحاظ جایگاه والای «آزادی» و «اصالت فرد»، بر مداخله حداقلی تأکید می‌شود و رفتارها صرفاً بر اساس «اصل ضرر» جرم‌انگاری می‌شوند؛ لذا در این نظامها، یک سیاست جنایی مبتنی بر «کمینه‌خواهی» و «حق‌مداری» حاکم است. در بعضی از نظام‌های کیفری دیگر غربی، متأثر از ایدئولوژی لیبرال-دموکرات و نحله فکری «اصالت فایده» که بر برتری مصلحت جمعی بر مصلحت فردی به منظور لذت و شادی حداکثری جامعه متمرکز شده است، نسبت به رویکرد «حق‌مداری» بر مداخله بیشتر در زندگی افراد اصرار دارد. البته نحله فکری دیگری تحت عنوان پست‌مدرن در غرب وجود دارد که ضمن اعتقاد به «نسبی‌گرایی فرهنگی» برای تمامی متدها و روش‌های زندگی احترام قائل است؛ و «دگرباشی» را نه خروج از اعتقاد که بازگشت به اعتقاد حقیقی و اصیل می‌داند. لکن از آنجاکه نظام کیفری تاکنون بر اساس این ایدئولوژی شکل نگرفته است، نمی‌تواند قابل‌اعتنا باشد.

در این مرور روایتی و نقادانه، ابتدا از روش کتابخانه‌ای و اسنادی و جستجو در پایگاه‌های علمی مجلات تخصصی نور، دانشنامه پژوه پژوهشکده باقرالعلوم، پایگاه استنادی علم جهان اسلام، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، برنامه نرم‌افزاری جامع فقه اهل بیت (کتابخانه تخصصی فقه) و Google Scholar و با استفاده از کلمات کلیدی «دگرباشی»، «رهیافت تکلیف‌مدار»، «رهیافت حق‌مدار»، «رهیافت تکلیفی» و «جرم‌انگاری» برای گردآوری داده‌ها استفاده شده و سپس در مرحله دوم، تحلیل مبانی معرفتی با تأکید بر اصول مورد استدلال، به‌عمل آمده است. در واکاوی و نقد برداشت‌ها، تلاش شده است تا ضمن پرهیز از ذکر همه جزئیات و طولانی شدن مطلب و رعایت اصل اختصار و فایده‌مندی، مهم‌ترین دیدگاه‌های نظام حقوقی اسلام در مورد پدیده «دگرباشی» آورده شود، سپس مورد نقد قرار گیرد. در بین

اسناد یافت شده اعم از مقاله یا کتاب، ۸۷۹۵ مورد، یافت شد که اکثر آنها فارسی زبان و سایر موارد نگارش انگلیسی داشتند. پژوهش‌های مرتبط با «اصالت فرد و جامعه» و «جرم‌نگاری» بیشترین فراوانی را داشتند. تحقیقات انجام‌شده در حیطه «دگرباشی» بسیار نادر یا اصلاً وجود نداشت. خلاصه ۴۲ سندی که عنوان مناسبی داشتند موردبررسی قرارگرفت و در مرحله نهایی مواردی که دسترسی به متن کامل آنها ممکن بود، برای تحلیل انتخاب شدند.

## مرور انتقادی منابع

### ۱) رهیافت تکلیف‌مدار

اساس این رهیافت بر «اصالت جامعه» است. آیات و قواعد فقهی هم که به آن استناد می‌شود، در حمایت از جامعه است. قائل شدن به اصالت جامعه به این معناست که تمامی رفتارها و سبک‌های زندگی افراد، باید در چارچوب اعتقادات، باورها و ارزش‌های جامعه باشد و افراد موظف به رعایت نظام ارزشی جامعه هستند و هرگونه دگراندیشی و دگرباشی، مخالف هویت مستقل جامعه و وجدان عمومی است. فرایبی از اندیشمندان پیشین و علامه طباطبایی از اندیشمندان معاصر اسلامی، از جمله کسانی هستند که به اصالت جامعه اعتقاد دارند. علامه طباطبایی در ذیل آیه آخر سوره آل‌عمران که خداوند از مؤمنان می‌خواهد تا صبوری ورزند و استوار باشند، در تفسیر واژه «رابطو» نگاهی به مقوله جامعه می‌افکند و می‌نویسد: «دین اسلام، علاوه بر توجه به زندگی فردی، به وجه اجتماعی نیز نظر دارد... و رستگاری حقیقی در پرتو جامعه حاصل می‌شود» وی پس از ذکر مقدماتی مبنی بر اجتماعی بودن انسان و ضرورت زیست اجتماعی، به چگونگی ترکیب اجزاء و اعضاء و شکل‌گیری جامعه و وجود متفاوت فرد و جامعه اشاره می‌کند و به‌صراحت می‌گوید: «رابطه‌ای نیز میان فرد و اجتماع وجود دارد و از این رابطه حقیقی، به ناگزیر وجود دیگری به نام جامعه پدید می‌آید که ناشی از وجود، توان و خواص اشخاص است، اما غیر از آنهاست». (طباطبائی،

۱۹۹۱) فارابی به استناد آیه «و ما کان الناس الا امه واحده» (یونس/۱۹) و یا آیه «کان الناس امه واحده» (البقره/۲۱۲)، چنین استنباط می‌کند که انسان موجودی «مدنی بالطبع» است و سرشت آدمی، اجتماعی است و امکان زیستن بدون اجتماع وجود ندارد (فخر زارع، ۲۰۱۴). قابل ذکر است اصولی از قانون اساسی ایران از جمله اصل نهم و یازدهم و یا موادی از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ از مثل مواد ۶۳۸، ۷۰۳ و ۷۰۴ و یا ماده ۲۸ از قانون مطبوعات و... نیز بر اصالت جامعه، وحدت فرهنگی و نفی هرگونه تکثرگرایی فرهنگی تأکید دارند. به‌رحال تکلیف‌گرایان در رابطه با نظریه «اصالت جامعه» و نفی «دگرباشی» و به عبارت بهتر نفی «اصالت فرد» به چند قاعده فقهی استناد می‌کنند:

#### ۱-۱- قاعده «منع اختلال نظام»

معمولاً در فقه، مقصود از نظام، کلیت اجتماع، نظام معیشتی و اجتماعی مردم است و فقط نظام حکومتی و سیاسی را شامل نمی‌شود. (امیدی‌فرد، ۲۰۱۲) بر اساس این قاعده، حفظ کلیت نظام از اوجب واجبات است و سامان بخشیدن به زندگی مادی و معنوی انسانها و ممانعت از هرگونه بی‌نظمی، هرج و مرج و اختلال در سبک و شیوه زندگی عادی مردم، از مهم‌ترین اهداف فقه به شمار می‌آید. شارع و قانون‌گذار اسلامی هیچ‌گونه مشروعیتی برای رفتارها و سبک‌های غیرمعارف زندگی که موجب اختلال و نابسامانی زندگی مردم می‌شود، قائل نیست؛ بنابراین هر نوع رفتار و سبک زندگی خلاف عرف که به‌نوعی بحران‌آفرینی و ایجاد خلل و وقفه در زندگی اجتماعی و عادی مردم ببار آورد و آن را گرفتار تنوع، تفاوت، انشقاق و چندرنگی کند، خلاف مصلحت و مردود است. قائلان به این قاعده تا آنجا پیشرفته‌اند که این قاعده را حاکم بر سایر قواعد، احکام و مقررات اسلامی می‌دانند و در هر موردی که حکمی از احکام اسلامی موجب اختلال نظام شود، آن حکم متفی و به‌عنوان ثانوی تلقی و بی‌اثر است. (عمید زنجانی، ۱۹۹۴) عمده دلیل استناد کنندگان به این قاعده

«دلیل عقلی» است. (امیدی فرد، همان) عقل حکم می‌کند «دگرباشی» و «رفتارهای متفاوت» و هر چیزی که موجب اختلال نظام می‌شود، باید کنار گذاشته شود و این دلیل عقلی نیز جزء «مستغلات عقلیه» است؛ یعنی عقل بدون کمک از شرع به این نتیجه رسیده است.

### ۲-۱- قاعده «تقدم مصلحت عام بر خاص»

منظور از مصلحت، دفع ضرر و جلب منفعت برای دین و دنیا است؛ و آنچه به همه مردم یا بیشتر افراد جامعه برمی‌گردد «مصلحت عام» و آنچه به گروه، فرد و یا افراد خاص برمی‌گردد «مصلحت خاص» نامیده می‌شود. (جمالی، ۲۰۱۷) مصلحت نیز در دین اسلام پنج قسم است که به «مصلح خمس» شهرت دارند و عبارتند از: «دین، جان، عقل، نسل و مال». در مقام بررسی رابطه مصلحت اجتماعی و مصلحت فردی و در صورت تلاقی حق فردی با حق جمعی، به گونه‌ای که منافع و کیان جامعه به خطر افتد، حق جمعی مقدم است. (دانش‌پور، ۲۰۱۶) مستند این نظر نیز آیاتی از قرآن است. از جمله آیه ۱۷۹ سوره بقره که می‌فرماید: «و لکم فی القصاص حیاة یا اولی‌الباب لعلکم تتقون». (و برای شما ای صاحبان خرد در پیاده کردن حکم قصاص زندگی اجتماعی است شاید از خونریزی به ناحق پرهیز کنید). از این رو هر نوع رفتاری که یکی از این مصلح را به خطر اندازد ممنوع و جرم تلقی می‌شود. مثلاً همجنسگرایی نسل بشر را به خطر می‌اندازد پس ممنوع و جرم است. یا ابراز عقیده خلاف اعتقادات اسلامی با مصلحت دین در تعارض بوده و ارتداد محسوب می‌شود.

### ۳-۱- قاعده «عدم اعتبار عرف خاص»

در زندگی اجتماعی آداب و رسوم به نام عرف عام وجود دارد که شخص ناچار به پیروی از آنهاست و زندگی شخصی خود را باید مطابق این آداب و رسوم قرار دهد. بی‌اعتنایی و عدم رعایت این ارزش‌ها و آداب و رسوم، سبب واکنش اجتماعی می‌شود. این عرف و

آداب و رسوم اجتماعی که در طول زمان و در دل اجتماع و بدون دخالت هیچ مقام رسمی و دولتی به وجود آمده، (کاتوزیان، ۲۰۱۶) در کنار حقوق، باعث ایجاد نظم و آرامش در جامعه می‌شود. از نظر اسلام نیز عرف یکی از ادله استنباط در فقه و حقوق بوده است. اصولیین و فقها در موارد متعددی و در صورت نبود سایر ادله، آن را وسیله کشف قواعد اصولی یا فقهی دانسته‌اند (رایگان، ۲۰۱۱). قرآن نیز هم در سوره اعراف آیه ۱۹۹ و هم در سوره مرسلات و در اولین آیه به عرف اشاره کرده است و منظور از عرف در این آیات، عرف عام است؛ زیرا از نظر فقها و حقوق دانان، عرفی قابل استناد است که عمومیت داشته باشد؛ و اگر نگوئیم همه مردم، باید اکثریت آنها معتقد و ملتزم به این عرف باشند. دگرپاشی و دگرزیستی نوعی عرف خاص محسوب می‌شود؛ چراکه در بین فرد یا افراد خاصی در جامعه رواج دارد، پس از نظر فقهی و حقوقی نمی‌تواند معتبر و قابل حمایت باشد.

در بین قوانین موضوعه ایران نیز می‌توان به قانون «نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات فروشندگان لباس‌هایی که استفاده از آنها در ملاءعام خلاف شرع است و یا عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند» مصوب ۱۳۶۵ که هرگونه پوشش متفاوت را نفی می‌کند، با این قاعده در تطابق است.

#### ۱-۴- قاعده «تزام»

قاعده التزام به‌عنوان یکی از قواعد مطرح در علم اصول به وضعیتی اطلاق می‌شود که در آن انسان ناچار است یکی از دو یا چند امری که قابل اجتماع نیستند را اختیار کند. به عبارت دیگر چنانچه دو یا چند امر متعارض و غیرقابل جمع، در مقابل انسان قرار گیرد، به ناچار باید یکی از آن دو را انتخاب کند. عده‌ای از دانشمندان اسلامی که اعتقاد به مطلق‌گرایی اخلاقی دارند، معتقدند بعضی از ارزش‌ها و اصول اخلاقی وجود دارد که صرف نظر از اشخاص، مکان‌ها و زمان‌ها معتبر بوده و در هیچ شرایطی قابل تغییر نیستند؛ و

در مقابل غیر ارزشها و غیراخلاقیاتی نیز وجود دارد که تحت هیچ شرایطی، قابل تبدیل به ارزش و اخلاق نیستند، حال در صورت جمع این دو، فرد ناگزیر به انتخاب اصول اخلاقی است و این انتخاب نیز به حکم قاعده تراحم است. (مصباح، ۲۰۱۱) بر اساس این قاعده می‌توان تراحم بین همجنسگرایی و غیر همجنسگرایی را حل کرد. بدین صورت که گرایش به جنس موافق (همجنسگرایی) به علت اختلالات ژنتیکی، وجود دارد و فرد به‌ناچار تمایل به همجنس‌گرایی دارد، در راستای رعایت اصول اخلاقی و شرعی و به حکم قاعده «تراحم» چاره‌ای در ترک آن نیست. این قاعده در مفهوم کلی‌تر بر دگرزیستی و همسان‌زیستی نیز جاری است؛ یعنی اگر شخصی بین دو امر دگرزیستی و همسان‌زیستی قرار گرفته، به حکم قاعده تراحم و به حکم قاعده «ترجیح اهم از مهم» که باز از مرجحات قاعده تراحم است، باید همسان‌زیستی به‌عنوان اهم بر دگرزیستی به‌عنوان مهم ترجیح داده شود. این‌گونه قاعده «تراحم»، در رفع تراحمات رفتاری و اخلاقی به کار گرفته می‌شود.

به هر حال، این نوع خوانش از نظام حقوقی اسلام و استناد به این‌گونه قواعد و اصول، اجازه جرم‌انگاری حداکثری می‌دهد؛ زیرا بنا به اصل اخلاق‌گرایی و مصلحت‌گرایی، مطلق رفتارهای خلاف عرف و شرع و به بهانه جلوگیری از تجاوز به منافع عموم و حفظ مصالح خمسه مورد جرم‌انگاری قرار می‌گیرد و به شکل قهری و غیر قهری پاسخ داده می‌شود. در نظام حقوقی که جرم‌انگاری مبتنی بر اصل اخلاق‌گرایی است، فرد تا آنجا آزاد است که احکام اخلاق رایج در جامعه را نقض نکند؛ چراکه رابطه ضروری میان بقای جامعه و بقای اخلاق متعارف وجود دارد. (برهانی و محمدی‌فرد، ۲۰۱۶) و صرف‌نظر از اینکه اعمال غیراخلاقی و غیرمتعارف متضمن ضرر و یا مزاحمتی برای دیگران باشد، حکومت با تمرکز بر اصل ضرر به مفهوم مصلحت، جهت حفاظت از شیوه صحیح زندگی مجاز به مداخله کیفری است. اصل ۱۶۷ قانون اساسی ایران و ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز به تبعیت از این دیدگاه، جرم‌انگاری حداکثری تجویز کرده است.



## ۲) رهیافت حق مدار

برخلاف نظام حقوقی تکلیف‌گرا و وظیفه بنیان که بر اصالت جامعه و محدودیت قلمرو و «دگرباشی» تأکید دارد و بر دکترین «مصلحت» استوار است، «نظام حقوقی حق‌محور» ضمن اعتقاد به «اصالت فرد»، بر حق افراد به چگونگی زیستن و چگونگی بودن و آزادی در رفتار و اندیشیدن نظر دارند. در همین راستا می‌توان به قواعد فقهی و حقوقی اشاره کرد که در مستند اندیشه «اصالت فرد» قرار می‌گیرند. بعضی از اندیشمندان اسلامی نیز معتقدند؛ نه تنها اصالت با فرد است بلکه برای جامعه نمی‌توان وجود مستقل و جداگانه‌ای در نظر گرفت؛ زیرا جامعه امری اعتباری و فاقد شخصیت مستقل است؛ و اینکه گفته می‌شود انسان‌ها در زندگی اجتماعی دارای یک سلسله باورها، احساسات، رسوم اخلاقی و غیره هستند و این باورها، اعتقادات و آداب و رسوم به وجود یک «روح جمعی» دلالت می‌کند، منظور از این وحدت، وحدت ماهوی و مفهومی است و نه وحدت شخصی؛ زیرا به تعداد افراد جامعه باور و احساس شخصی وجود دارد و این‌گونه نیست که فلان باور مشترک، وحدت شخصی دارد؛ یعنی همه افراد جامعه آن باور را داشته باشند و در داشتن آن باور وحدت باشد. (حسین‌زاده یزدی، ۲۰۱۳) مصباح یزدی به‌عنوان یکی از این اندیشمندان، در رد نظریه «اصالت جامعه» معتقد است؛ در هیچ جای قرآن به اصالت جامعه اشاره نشده است و در خصوص آیه «و ممن خلقنا امه یهدون بالحق و یعدلون» و سایر آیاتی که به «امت» اشاره دارند، در هیچ‌کدام این آیات دلیلی بر اینکه «امت» وجودی مستقل و عینی و اصیل داشته باشد، وجود ندارد. در واقع جز یک‌یک افراد انسانی چیز دیگری موجود نیست. از سوی دیگر این آیات که به‌عنوان دلیل بر سنن و آداب و رسوم و اصالت جامعه ارائه می‌شود، از دلایل نقلی است؛ یعنی به‌صورت صریح و روشن دلالت بر اصالت جامعه ندارد؛ بلکه دلالت آنها در حد ظهور و در حد ظن و گمان است و دلالت نقلی زمانی مورد استناد قرار می‌گیرد که دلیل قطعی و یقینی بر احکام عملی مثل رفتار انسان‌ها وجود نداشته باشد. علاوه بر این در

این آیات، همه افعال به فاعل‌های جمع مذكر نسبت داده می‌شود، نه فاعل‌های مفرد مؤنث و این نشانه آن است که افعال، از یک‌یک اعضای امت سر می‌زند نه از خود امت به‌عنوان موجودی مستقل (مصباح یزدی، ۲۰۱۲).

گذشته از این، آیات از قرآن دلالت بر تباین و تفاوت افراد دارد. از جمله آیه سیزدهم سوره حجرات که می‌فرماید: «انا خلقناکم من ذکر و انثی و جعلناکم شعوبا و قبائل لتعارفوا...». (ما شما را از یک مرد و زن آفریدیم و شما را تیره‌ها و قبیله‌ها قرار دادیم تا یکدیگر را بشناسید...); و یا آیه پنجاه و چهار سوره فرقان: «و هو الذی خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و صهرا...». (او خدایی است که از آب (نطفه) بشر را آفرید و بین آنها خویشی سببی و نسبی قرارداد); و یا آیه هشتاد و چهار سوره اسراء که می‌فرماید: «قل کل یعمل علی شاکلته...». (بگو هرکس بر اساس ذات و طبیعت خود عملی انجام خواهد داد); و همچنین آیه «فمن شاء فلیومن و من شاء فلیکفر». (کهف/۲۹) که بر آزادی عمل و رفتار دلالت دارد. از طرف دیگر اختلاف و تفاوت سلائق در میان فقها به رسمیت شناخته شده است و با جمله «الطرق الی الله بعدد نفوس الخلائق...» آمده است. استاد مطهری معتقد است؛ پیدایش و گسترش تمدن اسلامی مرهون دو علت اساسی است؛ یکی تشویق زیاد اسلام به تفکر، تعلیم و تعلم و دیگری احترام اسلام به عقاید دیگران و آزادی آنان در اعتقاداتشان (مطهری، ۲۰۱۶).

در میان آثار حکمای متقدم اسلام نیز تفاوت نفوس انسان‌ها به چشم می‌خورد به طوری که از نظر آنها اختلاف انسان‌ها در اخلاق و رفتار، ناشی از اختلاف در ماهیات نفوس انسان است. (سهرابی فر، ۲۰۱۷) خواجه نصیرالدین طوسی از فیلسوفان جهان اسلام معتقد به وجود تباین و اختلاف بین موجودات است؛ اما این اختلاف فقط در بین موجودات «ممکن الوجود» مثل انسان‌ها است. وی بعد از تقسیم کردن موجودات به واجب الوجود (خداوند) و ممکن الوجود (سایر موجودات)، همه موجودات را در ذات با هم مشترک دانسته، ولی با مطرح کردن «مسئله تشکیک» در علم فلسفه، اختلاف و تباین را مختص موجودات «ممکن الوجود»

می‌داند. (علوی، ۲۰۰۴) علاوه بر این قواعد فقهی نیز وجود دارد که این نظام حقوقی را تقویت می‌نماید.

## ۲-۱- قاعده «وجوب تکریم انسان»

هر مکتب حقوقی که ادعای عرضه عالی‌ترین منش و روش زندگی و تعیین و تکلیف حقوقی برای رفتارهای انسان‌ها دارد، ضرورتاً باید انسان را معنا و تعریف کند. به مقتضای برخی از آیات قرآن می‌توان گفت که انسان در مکتب حقوقی اسلام، مادامی که انسانیت به او صدق می‌کند، از نوعی حرمت و کرامت ذاتی و روح الهی برخوردار است. «و اذا سویته و نفخت فیه من روحی فقعوا له ساجدین» (حجر/۲۹) (پس آنگاه که او را به خلقت کامل بیاراستیم و از روح خود در او بدمیدیم به سجده درافتید). این کرامت و حرمت انسانی نیز به دو قسم ذاتی و اکتسابی تقسیم می‌شود. کرامت ذاتی، حیثیتی است که تمامی انسان‌ها به صرف انسان بودن از آن برخوردارند، «ولقد کرّمنا بنی آدم...» (اسراء/۷۰) و دیگری کرامت اکتسابی است و مربوط به اموری است که انسان با تلاش و کوشش خویش به دست می‌آورد. این روح خدایی و کرامت اعطاء شده به انسان منشأ توانایی، شعور، اراده آزاد و حق انتخاب در انسان است. (ارژنگ و دهقان سیمکانی، ۲۰۱۵) خداوند متعال با بیان احکام مختلف اخلاقی، از این مقام و کرامت انسانی حراست کرده است، پرهیز از تحقیر مردم که در آیه یازده سوره حجرات آمده و مقرر می‌دارد: «یا ایها الذین آمنوا لا یسخر قومه من قوم و... و لا تلمزوا انفسکم» و یا حفظ حریم خصوصی افراد در آیه بعد همین سوره که می‌فرماید: «یا ایها الذین آمنوا اجتنبوا کثیرا آمنوا الظن ان بعض الظن اثم و لا تجسسوا...». (ای کسانی که ایمان آورده‌اید، از گمان‌ها جدا پرهیزید زیرا که پیروی از برخی گمان‌ها گناه است؛ و از تجسس و کاوش [در زندگی خصوصی مردم] دست بردارید)؛ همگی برای حفظ و حراست از این کرامت است. براین اساس کرامت ذاتی انسان و حقوق ناشی از آن مانند آزادی، چیزی نیست

که قابلیت سلب و یا امکان تقیید از طرف قانون‌گذار داشته باشد. چون قانون‌گذار آن را به انسان اعطاء نکرده است که بتواند آن را از انسان سلب و یا محدود کند. همچنین کرامت ذاتی انسان هیچ‌گونه ارتباطی با رفتارها، اعمال و سبک‌های زندگی اشخاص ندارد. بر فرض که اعمال و رفتار انسان نیز تعدی به حقوق دیگران محسوب گردد، این تعدی و تجاوز باعث سلب کرامت ذاتی از انسان نمی‌شود (ارژنگ و دهقان سیمکانی، ۲۰۱۵).

بند ششم از اصل دوم قانون اساسی ایران نیز بر کرامت و ارزش والای انسان و آزادی او تأکید دارد، ضمن اینکه اصل بیست‌ودوم همین قانون حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص را از هرگونه تعرض مصون داشته است.

## ۲-۲- اصل «برائت»

از جمله اصول حقوقی که منبعث از کرامت ذاتی انسان‌هاست و اصل سی‌وهفت قانون اساسی ایران نیز در مورد آن است، اصل برائت است. این اصل بدین معناست که هرگاه شک داشته باشیم، تکلیفی بر انسان قرار گرفته یا خیر، اصل بر این است که ذمه انسان مبرا از تکلیف است؛ مگر اینکه خلاف آن به اثبات برسد. (قربانی، ۲۰۱۱) تکلیف به «همسان زیستی» و پرهیز از «دگرزیستی» موضوعی است مورد شبهه، لذا طبق اصل برائت، افراد مبرا از همسان زیستی هستند و تکلیفی هم در پرهیز از «دگرزیستی» و «دگرباشی» ندارند. البته غیر از موارد خاصی همچون همجنسگرایی که تکلیف آن در بعضی آیات مشخص شده و خداوند حکم به ممنوعیت آن داده است. لذا بر اساس این اصل انسان‌ها در روابط اجتماعی خود با یکدیگر، هیچ‌گونه حقوق و تکالیفی ندارند. به عبارت دیگر، کلیه افراد مبرا از تکلیف در مقابل یکدیگرند مگر اینکه ثابت شود تکلیفی بر فرد وجود دارد. این است که بعضی از حقوقدانان مسلمان معتقدند، هر امری که توجه آن به شخص مستلزم نوعی زحمت یا زیان یا سلب آزادی و یا ایجاد مضیقه کند، [همانند الزام افراد به همسان زیستی] در صورتی که

توجه آن به شخص محل تردید باشد، باید آن شخص را از آن کلفت و زحمت بری کرد؛ زیرا بدون دلیل قاطع تحمیل کلفت و زحمت به اشخاص روا نیست (جعفری لنگرودی، ۲۰۰۷).

## ۲-۳- قاعده «تسلیط»

گرچه مفاد قاعده سلطه «الناس مسلطون علی اموالهم» به اموال دلالت دارد؛ ولی به طریق اولی و با وحدت ملاک، شامل نفس انسان نیز می‌شود؛ و مراد از «نفس» نیز سلطنت و حاکمیت انسان بر اعمال، حرکات، شئون و زندگی خویش است. پس اگر انسان بر مال خویش سلطه دارد، بر خویشتن و زندگی شخصی خود نیز سلطه دارد. هیچ‌کس حتی قانون‌گذار نمی‌تواند در زندگی و اعمال و رفتارهای انسان و آزادی‌های او دخالت و آنها را سلب و یا محدود کند. (دانش‌پور، همان) میرزای قمی از فقهای به نام شیعه در مقام بیان قاعده «تسلیط» می‌گوید: هرکس در ملک خود [و به طریق اولی در رفتار و سبک زندگی خود] حق هرگونه تصرف و تغییراتی را دارد و حتی اگر به دیگران ضرری هم وارد آید، ضامن نیست. (میرزای قمی، منبع الکترونیکی) احمد ابن ادریس شافعی در کتاب «الام» نیز از این نظر دفاع کرده است؛ وی می‌گوید: «به هیچ‌کس نمی‌توان آنچه را که بر او واجب نیست [همانند الزام به همسان زیستی] تحمیل کرد، زیرا هرکس در مایملک خود مجاز به هر نوع تصرفی است ولو عمل وی به ضرر خود یا شخص دیگری باشد» (ابن ادریس، منبع الکترونیکی). ابن حزم ظاهری از علمای اهل سنت به نقل از استاد خود ابن سلیمان ظاهری می‌گوید: «هیچ ضرری بالاتر از این نیست که به خاطر مراعات حق دیگری، صاحب حق را از اعمال حق خود منع کرد». (بهرامی و احمدی، ۲۰۱۱)

ماده ۹۱ قانون «مجله الاحکام العدلیه» که قانون مدنی دولت عثمانی نیز به شمار می‌رفت و بر اساس فقه حنفی تنظیم شده بود، مقرر می‌داشت: «الجواز شرعی ینافی الضمان» (اجازه شرعی و قانونی با ضمان و مسئولیت مدنی منافات دارد)؛ بنابراین فقهای شافعی و حنفی

و بعضی از فقهای شیعه قائل به اطلاق قاعده «تسلیط» بوده و حق انسان بر مال و چگونگی زیستن را جزء «حقوق مطلق»<sup>۱</sup> می‌دانند و در صورت تعارض بین این حق با حقوق دیگران، قاعده «تسلیط» مقدم به قاعده «لاضرر» است. از سوی دیگر اصل «حاکمیت بر سرنوشت» که منبعث از قاعده «تسلیط» است، اقتضا دارد هرکس حق تعیین سرنوشت زندگی خویش را با اراده و اختیار کامل داشته باشد. نمی‌توان کسی را مجبور به انتخاب سبک و شیوه خاصی از زندگی کرد؛ زیرا جامعه‌ای که افرادش حق تصمیم‌گیری در زندگی شخصی و اجتماعی خود را نداشته باشند و برای مسائل خود مجبور به پذیرش سلیقه‌های دیگران باشند، کرامت، انسانیت و معنویت آنها محدود شده و از کمال برخوردار نیستند؛ و نیز طبق اصل «عدم ولایت» که با اصل اخیر نیز ارتباط تنگاتنگ دارد، هیچ‌کس از پیش خود حق دخالت در سرنوشت انسان‌ها را ندارد. این اصل که از فروع توحید است؛ در آن سلطنت مخلوقات بر یکدیگر نفی می‌شود. (نجفی‌توانا و مصطفی‌زاده، ۲۰۱۳) لذا نمی‌توان به دلایل اصل پدرسالاری یا اصول دیگر در آزادی مردم دخالت کرد و نسبت به جرم‌انگاری رفتارهای متفاوت اقدام کرد.

## ۲-۴- قاعده «صحت»

اصل یا قاعده «صحت» از قواعد بسیار مهم فقهی است که کاربرد فراوانی در میان فقها و حقوقدانان اسلامی دارد. مطابق این قاعده هرگاه به اعمال و رفتارهایی مواجه شدیم که در آن صحت و یا فساد آنها محل تردید باشد، به گونه‌ای که نتوان به استناد مواد قانونی، حکم واقعی قضیه را صادر کرد، اصل «صحت» جاری و حکم به صحت و درستی آن عمل یا رفتار صادر می‌کنیم. (جعفری لنگرودی، ۱۹۹۶) لذا از آنجاکه حکم صریحی در مورد «رفتارهای متفاوت» و «دگرباشی» وجود ندارد طبق این قاعده حکم بر صحت آنها می‌دهیم. البته همانطوریکه

1. absolute right

قبلاً اشاره شد، جلوه‌هایی از «دگرباشی» مانند همجنسگرایی وجود دارد که هم در شرع و هم در قانون حکم صریح و روشن در مورد ممنوعیت آنها وضع شده است. خداوند در قرآن می‌فرماید: «اتکم لتاتون الرجال شهوه من دون النساء بل انتم قوم تجهلون» (آیا شما به جای زنان از روی شهوت با مردها درمی‌آمیزید. نه تنها در این امر متجاوز از فطرتید، بلکه شما گروهی جهالت پیشه‌اید). یا آیه هشتادویک سوره اعراف که با کمی تغییر و با همین مضمون آمده است. به هر حال آنچه از این رویکرد و قواعد مستند آن می‌توان برداشت کرد این است که «دگرزستی» و «دگرباشی» جز در موارد خاص، نه تنها با محدودیتی همراه نیست، بلکه نوعی حق است. حقی به معنای آزادی و این حق جزء حقوق بشری و از نوع منفی است و منشأ آن نیز کرامت ذاتی انسان است. اینجاست که اگر حق «متفاوت بودن» را به معنای آزادی تعبیر کنیم، توأم با تکلیف نیست. زیرا حق به معنای آزادی به معنای عدم تکلیف است. صاحب حق آزاد است و دیگران مکلف به رعایت مزیت اختصاصی این حق و صاحب حق می‌باشند. (موحد، ۲۰۱۷) در مکتب غربی حقوق فطری نیز، ذی‌حق به انجام کاری ملزم نمی‌شود؛ بلکه دربردارنده الزاماتی برای دیگران جهت رعایت آزادی صاحب حق است (بارنت<sup>۱</sup>، ۱۹۹۷).

با ملاحظه این اصول و قواعد، در این دکترین حق‌مدار، نوعی کثرت‌گرایی اخلاقی استنباط می‌شود و «دگرباشی» که جنبه «خودنگرانه» و «خودآیینی» پیدا کرده، «اصل ضرر»<sup>۲</sup> را به‌عنوان یکی از اساسی‌ترین اصول جرم‌انگاری بر مفهوم «حق» متمرکز کرده است و رفتاری را جرم می‌داند که حقی را نقض کرده باشد، آن‌هم خارج از حریم خصوصی. این نظام حقوقی «حق‌محور» که درواقع همان نظریه «نقض حق» کانتی است که طبق آن، رفتاری جرم‌انگاری می‌شود که به‌طور مستقیم علیه آزادی مشروع ارتکاب یابد. «اصل ضرر» مهم‌ترین و مشهورترین

1. Barnet

2. Harm principle

اصل از اصول محدودکننده آزادی در نظام لیبرال نیز هست و لیبرال‌ها در پذیرش آن اجماع دارند و ریشه در نظریه جان استوارت میل دارد (فینبر، ۱۹۸۴). لذا در این رهیافت، افراد کانون تمرکز هستند نه جامعه. پس رفتاری که علیه اخلاق باشد بدون اینکه حقی نقض شده باشد جرم نیست. (محمودی جانکی، ۲۰۱۴) بر اساس این دکترین، حکومت نمی‌تواند به بهانه رعایت مصلحت جامعه و اخلاق عمومی و بنا به دلایل پدرسالارانه و اخلاق‌گرایی قانونی در آزادی افراد دخالت و دگربازی را صرفاً به خاطر اینکه اخلاقاً نادرست است، جرم‌انگاری کند. این نظام حقوقی بر تساهل و تسامح به‌عنوان عنصری ضروری و نیاز اساسی جوامع باز و متنوع امروزی مبتنی است. اصل «تسامح و تساهل» نیز در قرآن آمده است. آیه هشتم سوره ممتحنه می‌فرماید: «لا ینهاکم الله عن الذین لم یقاتلوکم فی الدین و لم یخرجوکم من دیارکم ان تبروهم و تقسطو الیهم ان الله یحب المقسطین» (خداوند شما را از آنان که با شما در دین قتال و دشمنی نکرده و شما را از دیارتان بیرون نکردند نهی نمی‌کند که به آنان نیکی کنید و به عدالت و انصاف رفتار کنید که خدا مردم با عدل و داد را بسیار دوست می‌دارد). این رویکرد همان قول شیخ ابوالحسن خرقانی عارف نامدار قرن چهارم هجری است که می‌گوید: «هر که در این سرا درآید نانش دهید و از ایمانش می‌پرسید...».

در بین اندیشمندان حقوقی کسانی نیز هستند که موافق این رویکرد بوده چراکه رویکرد تکلیف‌مدار را همراه با قیام‌آبی مطلق و سخت می‌داند به‌طوری‌که تبعات و آثار مخربی برای آن مفروض دانسته‌اند. به اعتقاد آنان، انسان‌ها دارای عقل و شعور هستند و بهتر از هرکسی صلاح و راه و روش زندگی خود تشخیص می‌دهند و بهتر است در حوزه فرهنگ، ضرورت و شرایط محدودکننده جرم‌انگاری درک شود (زینالی، ۲۰۱۵).



### ۳) رهیافت تلفیقی (حق توأم با تکلیف)

مفهوم سرشت بشر برای نظریه‌پردازان، از ابتدا تاکنون سرچشمه دشواری بوده است. آیا افراد مستقل و جدا ازهم‌اند یا اجتماعی؟ طبیعی است پاسخ به هر یک از این پرسش‌ها، سنگ بنای عمیق‌ترین بخش‌بندی‌های ایدئولوژیک را شکل می‌دهد. بااین‌حال، در کنار این دو ایدئولوژیک مبنا، ایدئولوژیک دیگری نیز در جهان اسلام به چشم می‌خورد که نه اصالت را به فرد و نه به اجتماع، بلکه به هر دو می‌دهد. متأثر از این ایدئولوژی، مکتب حقوقی نیز منادی سبک و شیوه معتدلی از زندگی می‌شود که در آن‌هم مصلحت فرد و هم مصلحت جامعه اندیشیده شده است. این دیدگاه ضمن تعدیل دو رویکرد سابق، معتقد است که نظام حقوقی اسلام نه همانند مکتب حقوقی اومانیزیسمی جان لاک<sup>۱</sup> است که با دادن اصالت محض به انسان، آزادی فقط با آزادی دیگران محدود می‌شود. (موحد، همان) و نه مکتب اصالت اجتماعی کنت<sup>۲</sup> و دورکیم<sup>۳</sup> است که معتقدند: جامعه وجودی مستقل از افراد داشته و هیچ‌کس به معنای خاص خود حقی ندارد و همه رفتارها و اعمال انسان باید همساز با «وجدان عمومی» باشد. (کاتوزیان، ۲۰۱۶) و نیز مکتب پوزیتیویسم لذت باور جان استوارت میل<sup>۴</sup> نیست که خوشبختی هر فرد را بدون لحاظ جمع در لذات فردی و آزادی می‌داند و هیچ‌کس حق ایجاد مزاحمت برای او نیست. و همچنین نمی‌تواند، مکتب حقوقی اطاعت محض اشخاصی همچون هگل<sup>۵</sup> و هابز<sup>۶</sup> باشد که انسان را فاقد هر نوع حق دانسته و او را کاملاً مطیع اوامر و نواهی حاکمان جامعه می‌دانند. (کاتوزیان، ۲۰۱۶) بلکه مکتب حقوق اسلام مکتب اعتدال است. اسلام از هرگونه افراط و تفریط به شدت منع می‌کند؛ زیرا هرگونه رفتاری به‌دوراز اعتدال خروج از طبیعت سالم و فطرت است. خداوند انسان را برحالت اعتدال آفریده و نفس او را به‌گونه‌ای خلق کرده که در زندگی خویش به اعتدال گرایش داشته باشد. (شمس / ۷)

1. John Locke

2. Agost Conte

3. Emile Durkheim

4. John Stuart mill

5. Georg Vilhelm Fredrich Hegel

6. Thomas Hobbes

استاد شهید مطهری در سلسله مباحث جهان‌بینی و در بحث‌های مربوط به تاریخ، نظریه‌ای تحت «اصالت دوگانه فرد و اجتماع» مطرح کرده است. بنا بر آن: قرآن برای امت‌ها و جوامع انسانی تحت هر عنوانی که باشد مانند: قوم، ناس، امت، طاعت و عصیان، سرنوشت مشترک، فهم و شعور قائل شده است. بدیهی است اگر چیزی وجود عینی نداشته باشد؛ سرنوشت فهم و شعور، طاعت و عصیان برای او معنا ندارد. (مطهری، ۲۰۰۰)

در این رهیافت، اصالت جامعه یا فرد به‌صراحت از آیات قرآن استنباط نمی‌شود. آنچه در قرآن صراحت دارد، تقدم قوانین و احکام الهی است که کاملاً منطبق بر منافع فرد و اقلیت است، زمانی در راستای تأمین منافع جامعه و اکثریت و پاره‌ای مواقع مخالف منافع هر دو است. «و ما خلقت الجن و الانس الا ليعبدون». (الذاریات/۵۶) (ما جن و انس را نیافریده‌ام، جز برای عبادت). هدف از خلقت انسان پرستش خداست و لا غیر. اینکه انسان در اجتماع به پرستش خدا پردازد یا در انزوا و اینکه همانند دیگران زیست کند یا متفاوت از آنها، اهمیتی ندارد. آنچه اهمیت دارد پرستش خداست. توجه قرآن به نوع نگرش و جهان‌بینی افراد است، نه به سبک و روش زندگی آنها. منتها این سبک زندگی نباید فسق و فجور در پی داشته باشد. «فقط دابر القوم الذین ظلموا...». (انعام/۴۵) (زندگی جمعیتی که ظلم و ستم کرده‌اند قطع شد). در پاسخ به کسانی که به استناد به آیه «فمن شاء فلیؤمن و من شاء فلیکفر» (کهف/۲۹) و آیات مشابه، اعتقاد به اصالت آزادی فرد دارند، از نظر دین اسلام، آزادی واقعی آزادی است که مبتنی بر عقل‌گرایی و خردگرایی باشد. (امام جعفرزاده، ۲۰۰۸) چنین آزادی هیچ‌وقت به معنای هواپرستی و تمایلات تام فردی نیست. آزادی که مبتنی بر فردگرایی و هوس‌گریزی باشد، انسان را به سوی تمایلات شهوانی سوق نمی‌دهد. این آزادی از نظر اسلام به معنای واقعی کلمه است و گوهر انسان محسوب می‌شود. در این رهیافت، انسان نه مکلف تام است و نه ذی‌حق صرف، بلکه ماهیت و قلمرو حقوق و آزادی‌های انسان و تکالیف او، تابع هويت و جایگاه اوست. همان‌طوری که حقوق و آزادی‌های فرد ریشه در فطرت انسان دارد، تکلیف

نیز جایگاه فطری دارد. (موسی زاده، ۲۰۱۱) اسلام ضمن رد یک‌جانبه‌گرایی هم به مصلحت عامه توجه ویژه دارد و هم به استقلال، آزادی، حریم خصوصی و حقوق فردی. آیه «لا اکراه فی الدین» (بقره/۲۵۶) بیانگر اعتقاد اسلام به آزادی عقیده و آزادی عمل و چگونه زیستن است. لکن با محدوده و قلمرو مشخص. «انا کل شیء خلقناه بقدر» (قمر/۴۹) (ما هر چیزی را به اندازه و مشخص آفریدیم).

اینکه عده‌ای در حوزه مسائل رفتاری و زیستی اعتقاد به مطلق‌گرایی دارند و یا برخلاف برخی اندیشمندان غربی که معتقدند، هیچ اصل واحدی وجود ندارد که بتوان دیگر اصول اخلاقی و رفتاری را در آن حل کرد و انسان در روند تصمیم‌گیری و انتخاب است که به کمال می‌رسد (برلین<sup>۱</sup>، ۱۹۶۹)، نیز نمی‌تواند درست باشد؛ زیرا در دین اسلام آنچه در این حوزه حاکم است، وحدت‌گرایی است، نه مطلق‌گرایی. یک اصل واحد و کلی اخلاقی و ارزشی به نام «قرب الهی» که سایر احکام اخلاقی و رفتاری از مجموعه آن اصل هستند. (خادمی، ۲۰۱۵)

از این‌روست که اصل دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد: «جمهوری اسلامی ایران نظامی است بر پایه ایمان، کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا». در نگاه وحدت‌گرایی دیگر تراحم و تعارض رفتارها پیش نمی‌آید؛ چراکه این امور جزء امور فرعی اخلاقی هستند و چنانچه بین آنها هم تعارض پیش آید، قابل‌پذیرش و اغماض است. آنچه اصل است «قرب الهی» است. و هر رفتار و سبک و سیاق زندگی که ما را به این هدف برساند مورد قبول است.

---

1. Berlin

## بحث

هر سه رهیافت دارای پشتوانه‌های فقهی و مستند به اصول و قواعد شناخته‌شده‌ای هستند. لکن به نظر می‌رسد رهیافت تکلیف‌مدار و حق‌مدار در عرصه زندگی اجتماعی و در حوزه جرم‌انگاری، دارای ایرادات و اشکالاتی باشد که اتخاذ هر کدام در نظام کیفری موجب قبض یا بسط حقوق کیفری می‌شود. چراکه رفتار اکثریت و توده مردم که به‌عنوان عرف عام نیز شناخته می‌شود و تکلیف‌گرایان آن را ملاک و معیار اخلاق متعارف می‌دانند، مصون از خطا نیست. (سخاوتی، ۲۰۱۱) حتی در مواردی قرآن رفتار اکثریت را تخطئه کرده است. «و ان تطیع اکثر من فی الارض یضلوک عن سبیل الله ان یتبعون الا الظن و آنهم الا یخرسون». (انعام/۱۱۶) (و اگر از اکثر مردم روی زمین پیروی کنی تو را از راه خدا گمراه خواهند کرد. چراکه ایشان جز از پی گمان (هوا و هوس) نمی‌روند و جز اندیشه باطل و دروغ چیزی در دست ندارند). در فقه اسلامی فرقی بین عرف عام و عرف خاص همانند دگرزیستی وجود ندارد؛ زیرا هیچ‌گونه نهی از طرف شارع در مورد عرف خاص (مستحدثه) وارد نشده است. (علیدوستی، ۲۰۱۵) امام خمینی در پاسخ به برخی از شاگردان خود که بازی شطرنج به‌عنوان یک عرف خاص و مستحدثه ایراد گرفته بودند می‌فرماید: «آن‌گونه که شما از روایات برداشت دارید، تمدن جدید باید به‌کلی از بین برود و مردم کوخ‌نشین بوده و یا برای همیشه در صحرا زندگی کنند». (صحیفه امام، منبع الکترونیکی).

اینکه حق‌گرایان هم با توسل به آیه «کرمنا بنی آدم...» اعتقاد به مطلق بودن حق آزادی و آزاد زیستن دارند، این نیز نمی‌تواند درست باشد. انسان نمی‌تواند به‌طور مطلق آزاد باشد و هر کاری را که میل دارد انجام دهد. آیا کرامت ذاتی انسان اقتضا دارد به حقوق دیگران تعرض شود و از این نعمت خدادادی که خداوند به او داده است سوءاستفاده کند؟ انسان هرچند بالقوه دارای گوهری شریف است، ولی این ایمان، عقیده و آزادی معنوی است

که منشاء کرامت بالفعل انسان می‌شود. معیار اساسی تقوا است که اگر باشد، حقوق واقعی انسان‌ها به جایگاه واقعی خود بازمی‌گردد. خداوند سبحان فقط زمینه ارزش و کرامت را در وجود انسان طرح کرده است نه اینکه انسان‌ها، در همه موقعیت‌ها و شرایط دارای شرف و کرامت ذاتی هستند. اگر انسان در صدد هواپرستی و خودکامگی برآید کرامت وی از بین می‌رود. (علامه جعفری، ۱۹۹۱) بنابراین کرامتی که برای انسان افتخار می‌آفریند، در گرو اعمال و رفتار اختیاری انسان است. (مصباح یزدی، ۲۰۱۲)

حق «متفاوت بودن» هرچند از حقوق عمومی و مربوط به شخصیت انسان است و از کرامت ذاتی انسان نشأت می‌گیرد، منتها نباید تصور کرد که این حق دارای قلمروی نامحدود است. همانطور که در ماده ۹۶۰ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران آمده است، «حق حریت» در مقابل تکلیف قرار گرفته و ارتباط آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه ترسیم شده است. دگرزیست نیز مانند سایر افراد، در اجتماع زندگی می‌کند. اگر وی دارای آزادی مطلق باشد ممکن است در اعمال و اجرای این حق، به حقوق و آزادی‌های دیگران تجاوز و تعدی کند. خداوند در قرآن می‌فرماید: «و من یتحد حدود الله فاولئک هم الظالمون» (بقره/۲۲۹) (کسانی که از حدود خدا تجاوز می‌کنند، آنها جزء ظالمین هستند).

اصل ۴۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». آنچه از بند ۲ ماده ۲۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر برمی‌آید نیز همین است. این بند مقرر می‌دارد: «هرکس در اجرای حقوق و استفاده از آزادی‌های خود تابع محدودیت‌هایی است که به وسیله قانون، منحصرأ به منظور تأمین شناسایی و مراعات حقوق و آزادی‌های دیگران و برای رعایت مقتضیات صحیح اخلاقی و نظم عمومی و سلامت همگانی در شرایط دموکراتیک وضع شده است». این مقررات نیز به شکل دیگر در بند الف ماده ۶ و بند ب ماده ۹ اعلامیه اسلامی جهانی حقوق بشر قاهره آمده است.

بر همین اساس، در مقابل حق آزاد زیستن، تکلیفی مقرر شده است و آن رعایت حقوق دیگران است. این تکلیف که بر اساس قاعده «لاضرر» یا همان اصل ضرر توجیه می‌شود، هرگونه ضررزدن و ضرر رساندن به دیگران را جایز نمی‌داند. (بهرامی احمدی، ۲۰۱۱) و منظور از دیگران هم حکومت و هم مردم عادی جامعه هستند؛ زیرا آیه ۱۹۴ سوره بقره که مشروعیت جرم‌انگاری را تجویز می‌کند، می‌فرماید: «اعتدی علیکم فاعتدوا علیه...». (هر کس به شما تجاوز کرد همانند آن به او تجاوز و تعدی کنید) لذا بنابراین آیه و «اصل تساوی» که به موجب آن همه در مقابل قانون مساوی هستند، چنانچه به حقوق دیگران از طرف فرد یا حکومت تجاوز شد، مورد کیفر قرار می‌گیرد. و در این ضرر هم باید «شرط خطا پذیری» وجود داشته باشد. (محمودی جانکی، ۲۰۱۴) بنابراین اگر رفتارها و یا سبک زندگی متفاوت، به دیگری - خواه افراد و یا جامعه - ضرر وارد آورد یا برعکس، جامعه و حکومت به نیابت از آن، با مداخله در آزادی فرد، وی را محدود خواهد کرد.

از طرف دیگر، چنانچه این نوع رفتارها و سبک‌های متفاوت زندگی به خود شخص نیز ضرری وارد آورد، باز مشمول این حکم است. زیرا در نظام حقوقی اسلام، حق‌ها به سه دسته تقسیم می‌شوند؛ حق الله، حق الناس و حق عموم. منع کردن افراد به ضررزدن بر خویش و الزام آنان به انجام اموری برای صیانت از نفس به خاطر رعایت حق الناس است؛ زیرا صیانت از نفس از اقسام حق الناس است. هدف اساسی در این اصل نیز سعادت و مصلحت خود انسان است. مجوز حکومت برای دخالت در آزادی افراد برای صیانت از خود آنان است، برای اینکه از ایراد ضرر به نفس خویش جلوگیری شود. (محمودی جانکی، ۲۰۰۳) و این دخالت از طرف حکومت نیز با اصل جرم‌انگاری پدرسالارانه توجیه می‌شود.

در پاسخ به کسانی که معتقدند، «حق متفاوت بودن» بنا به قاعده «تسلیط» یک حق مطلق است و اگر با قاعده «لاضرر» تعارض پیدا کند، قاعده «لاضرر» تاب استقامت با آن را نداشته و ساقط می‌شود، این استدلال صحیح نیست، زیرا در صورت تعارض بین دو قاعده، هر دو

قاعده، بنا به قاعده دیگری به نام «اذا تعارضا تساقطا» ساقط می‌شوند و اسقاط هر دو قاعده هم به معنای آزادی شخص در اعمال و رفتار و تصرفات خود و نفی ضمان از او نیست. بلکه چنانچه در نتیجه اعمال و رفتارهای او ضرری به کسی وارد شود و دامنه این رفتارها از قدر متعارف خارج شود و هدف از آن رفتارها نیز رفع حاجت و دفع ضرر نباشد، ضمان منتفی نیست و برقرار است. بنابراین باید هرکس حق خود را به شیوه متعارف اجرا کند و تجاوز از رفتار انسانی متعارف و معقول تقصیر محسوب و ضمان آور است. (کاتوزیان، ۲۰۱۰)

بنا بر آنچه گفته شد، این نظام حقوقی با جوامع باز و متکثر امروزی سازگاری دارد و به اعتقاد برخی این سازگاری موجب رشد و پیشرفت جامعه می‌شود (پوپر، ۱۹۷۲). زیرا علاوه بر ابتناء بر «اصل اعتدال» و «اصل قانونمندی»، از اصل ضرر نیز فاصله نگرفته و از حتی رویکرد فایده‌گرایانه (مصلحت) هم پیداکرده است. به عبارت دیگر این نظام مبتنی بر دکترین «مصلحت حقوقی» است که به موجب آن جرم‌انگاری هم به منظور صیانت از حقوق و مصالح جامعه و هم حقوق و آزادی افراد صورت می‌گیرد و در تشخیص منافع و مصالح حمایت‌پذیر جامعه به حقوقی استناد می‌شود که اشخاص از آن برخوردارند. به عبارت دیگر برای اینکه آن مصلحت بتواند ورود حقوق کیفری را موجه سازد، متضمن استناد به «حقی» است که مصلحت بر قامت آن جوانه زده است. (محمودی جانکی، ۲۰۱۴) همچنین برخلاف نظام حقوقی تکلیف‌مدار که کمال‌گرایی را به صورت موسع تفسیر می‌کند، در این رویکرد کمال به معنای مضیق کلمه است یعنی «قرب الهی»؛ زیرا اگر غیر از این باشد خلاف کرامت ذاتی انسان است. (برهانی و محمدی‌فرد، ۲۰۱۷)

به‌عنوان نتیجه، هر سه رهیافت در مورد قلمرو مداخله حقوق کیفری در برخورد با پدیده «دگرپاشی» اتفاق نظر ندارند. دکترین تکلیف‌محور و وظیفه‌بنیان که اصل ضرر را بر مفهوم «مصلحت» تعبیر می‌کند، هر نوع رفتاری را که مخالف با ارزش‌ها، اعتقادات و

#### 1. Popper

باورهای جامعه باشد، جرم‌انگاری می‌کند. هدف چنین رویکردی یکسان‌سازی اندیشه‌ها و رفتارهاست که دستیابی به آن قابل‌تصور نیست و نتیجه‌ای جز تورم حقوق کیفری و مداخله حداکثری حکومت در آزادی و حریم خصوصی - همانند آنچه در نظام حقوقی ایران شاهد هستیم - چیز دیگری نخواهد بود. در این نظام هدف از مجازات نیز حمایت از مصالح عامه و پیشگیری از جرم خواهد بود. لذا شاهد افزایش جرائم مانع و جرائم بدون بزه‌دیده خواهیم بود. سیاست جنایی چنین نظامی، امنیت‌مدار و مبتنی بر سرکوب و ارعاب خواهد بود که در جوامع باز و متکثر امروزی امکان پیاده‌سازی آن وجود ندارد.

نظام حقوقی حق‌محور نیز، نظامی است جدا از اخلاق؛ زیرا به‌کارگیری اصل ضرر به معنای «نقض حق»، تنها رفتاری را جرم می‌داند که حق دیگری را تهدید و یا نقض کند و اگر رفتار خلاف اخلاق و یا متضمن ضرر به دیگری نباشد، جرم نیست. در این نظام، حکومت نمی‌تواند به بهانه مصلحت و یا رعایت اخلاق در آزادی و حریم خصوصی افراد وارد شده و با دلایل پدرسالارانه و اخلاق‌گرایی آزادی آنها را محدود کند. به عبارت بهتر، در این نظام یک دولت «کمینه‌خواه» و مبتنی بر مداخله حداقلی ترسیم شده است. هرچند این نظام حقوقی با اتکا به اصل تسامح و تساهل و اتخاذ سیاست جنایی مبتنی بر مدارا، با جامعه متکثر امروزی هم‌نوازی و سازگاری دارد و مدارا با افراد با هر نوع پوشش، گرایش و سبک زندگی به‌نوعی تصدیق حقوق بشر و آزادی فکر و بیان است و هرچند «اصل مسامحه و تساهل» در اسلام به‌عنوان یک ارزش اخلاقی شناخته می‌شود، ولی ممکن است این اصل بهانه‌ای را برای عده‌ای فراهم آورد که در پناه آن آنارشیستی و اباحه‌گری و بی‌قیدوبندی را ترویج کنند. از طرف دیگر به رسمیت شناختن اصل «مسامحه و مدارا» در این مکتب حقوقی ممکن است، به معنای حقیقت «دگرباشی» و بطلان «همسان‌زیستی» تلقی شود. به قول کارل پوپر، فیلسوف انگلیسی: مدارا کردن را نوعی پیروزی حقیقت برای خود بدانند و این تلقی به توطئه و ضد تساهل مبدل شود. در اینجا دیگر تساهل و تسامح - آن‌گونه که در قرآن آمده - یک صفت در میان صفات خوب نیست و یک



ارزش اخلاقی محسوب نمی‌شود، بلکه به‌عنوان یک اصل از اصول لیبرالیستی است که کسی حق ندارد به آن متعرض شود و آن فکر و عملی که می‌خواهد حدود و دامنه تساهل و تسامح را محدود کند، باید خود محدود شود. بنابراین تساهل و تسامح هرچند به‌عنوان یکی از اصول این مکتب است، ولی زمانی با دین اسلام ملازمه دارد که در کسوت اخلاق باشد و اگر غیرازاین باشد به یک نظریه توطئه مبدل می‌شود.

اما در نظام حقوقی مبتنی بر دکترین «مصلحت حقوقی» دیگر انتقاد و سرزنش عمومی یک رفتار، نمی‌تواند دلیل خوبی برای غیراخلاقی دانستن آن رفتار باشد. از سوی دیگر رفتارهای گلاویزگری که صرفاً برای سرگرمی و لذت بردن خود فرد و یا جماعتی انجام می‌گیرد، پذیرفته نیست. اگر نظام حقوقی مبتنی بر تکلیف‌مداری صرف باشد به‌نوعی عوام‌گرایی اخلاقی شکل می‌گیرد و یک شیوه واحد زندگی بر جامعه تحمیل می‌شود و اگر مبتنی بر حق‌مداری صرف نیز باشد، اباحه‌گری و بی‌بندوباری ترویج می‌شود. لذا در نظام بینابینی، طبق قاعده «کل ماحکم به الشرع حکم به العقل و کلما حکم به العقل حکم به الشرع» و با در نظر گرفتن مصلحت جامعه و حقوق افراد و با ترسیم یک دولت «میان‌خواه»، هر رفتاری که عقلا و ذاتا غیراخلاقی باشد و همچنین هر رفتاری که از نظر شرع حرام اعلام شده است (همانند همجنس‌گرایی) ممنوع است. اما جلوه‌های دیگری از دگرپاشی که در غالب پوشش، آرایش، نگرش و... بروز پیدا می‌کند و ذاتا غیراخلاقی محسوب نمی‌شوند و حکم شرعی نیز بر ممنوعیت آن وارد نشده است، جایز است. در واقع در این رهیافت نوعی نظام لیبرالیسم کمال‌گرایی حاکم است. بدین معنا که هم مقید به بعضی اصول لیبرالیسم همچون آزادی و استقلال است و هم از رفتارهایی که انسان را به کمال «قرب الهی» برساند، حمایت می‌کند. در پایان پیشنهاد می‌شود با توجه به روند رو به رشد تکثرگرایی فرهنگی که ناشی از پدیده «جهانی‌شدن» و آگاهی از حقوق بنیادین بشر است و جامعه اسلامی ایران نیز گریزی از آن ندارد، با بهره‌گیری از ظرفیت بالای نظام حقوقی اسلام، رویکرد و سیاست جنایی کشور به

سمت مسامحه و مدارا و مبتنی بر کمینه‌خواهی باشد و سبک‌ها و متدهای مختلف زندگی را مادامی که در تعارض با حقوق دیگران و نظم عمومی نیست مورد پذیرش و حمایت قرار دهد. پیشنهاد می‌شود در جهت تدوین قوانین ارگانیک «قوانین مربوط به حقوق بنیادین بشر»، پیوستن به اسناد بین‌المللی حقوق بشر، ایجاد دادگاههای ویژه جهت رسیدگی به جرائم ناقض حقوق بشر، برطرف کردن تعارضات فراوان اصول قانون اساسی به منظور رهایی از سرگردانی سیاست جنایی، جایگزینی اقدامات تأمینی، تربیتی، حمایتی و غیرسرکوبگر به جای مجازات‌های قهری و کیفری و جرم‌زدایی در حوزه فرهنگ، گام‌های اساسی و مؤثر برداشته شود.

### ملاحظات اخلاقی

#### مشارکت نویسندگان

همه نویسندگان در تهیه مقاله مشارکت داشته‌اند.

#### منابع مالی

برای انتشار این مقاله حمایت مالی مستقیم از هیچ نهاد یا سازمانی دریافت نشده است.

#### تعارض منافع

این مقاله با سایر آثار منتشر شده از نویسندگان همپوشانی ندارد.

#### پیروی از اصول اخلاق پژوهش

در این مقاله همه حقوق مرتبط با اخلاق پژوهش رعایت شده است.

- Alavi, M. (2004). The origin of the Gradation of existence theory, *a scientific journal by the human science faculty of Esfahan University*, second period, No.39: 120-137. (in Persian)
- Alidoosti, A. (2015). *Jurisdiction and Morse*, A publication of Islamic culture and Thought Institution. (in Persian)
- Amid Zanjani, A. (1994). *Political Jurisdiction*, Volumje 2, Tehran, Amir Kabir Publications. (in Persian)
- Ansel, M., (2016), *Social Defense (translated by Muhammad Ashuri & Ali Hussein Najafi Abrandabadi)*, Tehran, Fifth edition, Ganj-e Danesh Publications. (in Persian)
- Arjang, A., and Dehghan Simnaki. M., (2015). The principle of human reverence in Islamic law and Jurisprudence, *a scientific journal of Jurisprudence and principles*, No.100: 33-54 (in Persian)
- Bahrami Ahmadi, H., (2011). *Principles of Jurisprudence, "Harm Principle", Volume 2*, Second edition, Imam Sadeq University Publications. (in Persian)
- Barnett, Randy E., (1997). "A Law professors Guide to Natural law and Natural Rights", *Harvard journal of law and public policy*, Vol: 20, 655-681. (in Persian)
- Borhani,M., and Muhammadi Fard,B., (2016). *Criminal perfectionism, criminal law and criminology studies*, period 3, No.2:173-194. (in Persian)
- Daneshpoor, A. (2016). A Study of the Limitations of Expediency in private Domain in Contrast to Social Interests with an Approach to the Foundations of Islamic Jurisprudence, *two scientific journals on comparative jurisprudence*, year 4, No.8:15-45. (in Persian)
- Fakhr Zare, H. (2014). Society from Qurans' viewpoint. *Journal of Quranic education*, 5(16):93-122. (in Persian)
- Ghorbani, A., & Muvahedi, J. (2011). Acquittal Principle in Theological Thinking and the Presumption of Innocence in European Thinking, *a journal of Islamic law and Jurisprudence studies*, 8(28): 127-152. (in Persian)
- Hussein-zad-e Yazdi, M. (2013). Explaining the originality of society from the point of view of Martyr Motahari and Mesbah-e Yazdi, *a scientific journal on social theories of Muslim thinkers*, year 3, No.1:47-66. (in Persian)
- Imam Jafarzade, J., (1999). *Freedom in Islam*, Islamic Revolution journal of Esfahan University, Pre-number 2:196-209. (in Persian)

- Imam Khomeini, R., *Sahifeh-ye Imam, Volume 21*, Tehran, The Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works an electronic. (in Persian)
- Isaiah, Berlin., "*Historical inevitability*", Four Essays on liberty, London, 1969. (in Persian)
- Jafari Langeroodi, M., (2007). *Legal terminology*, eighteenth edition, Ganj-e Danesh Publications. (in Persian)
- Jafari Langeroodi, M., (1996). *Legal encyclopedia*, Tehran, Volume 1, Amir kabir Publications. (in Persian)
- Jafari, M., (1991). *Global Human Rights from Islam and West's Point of View*, Tehran, A publication of the Office of International and Legal affairs of Islamic Republic of Iran. (in Persian)
- Jamali, M., (2017). The Rule of Preferring Public Interests over Private Interests and Its Implication in Studying Smuggling of Goods and Currencies, *two promotional journals on approximate studies of Islamic Jurisprudence* (Forough-e Vahdat), year 12, No. 47:25-40. (in Persian)
- Karl Raimund, p., (1972). *conjectures and Refutations: the Growth of scientific knowledge*, London, References (Law) (in Persian)
- Katuzian, N., (2010). *Civil law in today's order*, twenty-seventh edition, Mizan Publications (in Persian)
- Katuzian, N., (2016). *Philosophy of law, volume 1*, eighth edition, Sahami-ye Enteshar Company (in Persian)
- Katuzian, N., (2016). *Philosophy of law, volume 3*, fifth edition, Sahami-ye Enteshar Company (in Persian)
- Khademi, A., and Heidari, A., and Abbasi Kia, K., (2014). An Evaluation of Muslim thinkers' solutions in the face of confusion of ethical assignments, *a journal of philosophy and Ayene-ye Marefat*: 129-152. (in Persian)
- Mahmudi Janki, F., (2007). The philosophical foundation of legal and criminal prohibition of self-harm- a case study of the necessity of wearing *a seat belt and a helmet in driving*, *legal journal*, year 37, No.1:117-158. (in Persian)
- Mahmudi Janki, F., (2014). Right-Orientation in Criminalization; With Emphasis on the German Theory of Legal Interests, *a study of criminal law*, year 3, No.9:83-110. (in Persian)
- Mesbah, M., (2011). *Ethics Foundation, a new method in the education of ethics philosophy*, seventh edition, A publication of Imam Khomeini Educational and scientific Institution. (in Persian)

- Mesbah-e Yazdi, M., (2012). *History and Society from Quran's point of view*, seventh edition, Amir Kabir Publications. (in Persian)
- Mirzay-e Ghomi, A., *Jame-ol-Shetat (Revised by Morteza Razavi)*, a publication of Ahle Beit scientific Institution, electronic source. (in Persian)
- Motahari, M., (2011). *Motahari's works, volume 1*, Sadra Publications. (in Persian)
- Motahari, M., (2016). *The reasons behind materialism*, Qom, Sadra Publications. (in Persian)
- Movahed, M., (2017). *Dar Hav-ye Hagh va Edalat, From natural rights to human rights*. Fifth edition, Karname Publications. (in Persian)
- Musazade, A., (2011). A study of Human Rights from western and Islamic points of view (The relation of right and assignment in Islam law's point of view), *An Islamic government scientific journal*, No 62:33-50. (in Persian)
- Najafi Tavana, A., and Mustafazade, F., (2013). Criminalization in the Criminal System of Islamic Republic of Iran, *Islamic law and Jurisprudence studies*, spring and summer 92, No. 8:149-169. (in Persian)
- Omidifard, A., and Baghizade, M., (2012). The rational reason behind the principle: Negation of System Disorder, *scientific journal of ethical research*, No. 8:57-82. (in Persian)
- Raygan, M., (2011). A study of norms in Islamic Jurisprudence, requirements and constraints, *a promotional journal on knowledge*, Mofid University of Qom, No.165:53-72. (in Persian)
- Sekhavati, N., (2015). Jurisprudence and misunderstanding of the will of the majority and minority in the fundamental layers, *a scientific journal of Islamic government*, serialNo.3:29-47 (in Persian)
- Shafei, M., *Alam, Volume 3 (Revised by Mahmud Motraji)*, Daol-Ketab-ol Elmi-ye Publications (electronic source). (in Persian)
- Sohrabifar, M., (2017). Human Beings' Difference of Quiddity in Fakhr Razi's Thought, *two scientific journals on Human and religious studies*, year4, No.38:25-37. (in Persian)
- Tabatabaei, M., (1991). *Al-Mizan Fi Tafsir Al-Quran*, volume 2, Qom, Esmaeilian Publications. (in Persian)
- Zeinali, A., (2015). *Criminalization in culture*, first edition, Majd Publications. (in Persian)