



## A Reflection on the Necessity and Continuity of Complaints in Crimes Against Chastity (Subject of Article 102 of the Code of Criminal Procedure)

Hamed Parsa<sup>1</sup> ✉

1. Corresponding Author, level 4 Seminary Student at Hawza 'Ilmiyya of Qom, Qom, Iran.  
Email: [parsasajjad2022@gmail.com](mailto:parsasajjad2022@gmail.com)

### Article Info

#### Article type:

Original research

Received: 16 August 2023

Received in revised form: 7

August 2024

Accepted: 30 August 2024

Available online: 8 January  
2025

#### Keywords

Complaint in crimes against chastity, investigation upon withdrawal of complaint under Article 102, continuity of complaint in Article 102, the position of the complainant in Article 102, the requirement of the complainant's presence in Article 102.



### Abstract

*Article 102 of the Criminal Procedure Code of Iran prohibits investigation and inquiry into crimes against chastity unless there is a private complainant in these cases. However, the question is what the basis for this permission is, and whether the requirement of a complaint is an initial condition or a continuous one? In other words, in numerous cases, a complaint exists at the outset, but during the investigation, for various reasons, the complaint is withdrawn. Yet, the obligation of the judicial authority remains unclear—whether they should halt the investigation or continue it—due to ambiguity in the law. Given that this matter pertains, on one hand, to the obligation of the judicial authority and, on the other hand, to the religious ruling on investigation and intrusion into the privacy of others, resolving this ambiguity is essential. "It is worth noting that no research has been conducted to address this question. This paper, using a descriptive-analytical method, first examines the Islamic jurisprudential foundations of the permissibility of investigation at the request of the complainant and its considerations. And subsequently, relying on credible Islamic jurisprudential and legal evidence, it demonstrates that the condition of having a complainant in Article 102 is a continuing condition. Consequently, if the complaint is withdrawn during the investigation and before the crime is proven, the judicial authority must cease the proceedings. Additionally, the arguments (evidences) cited to justify the continuation of the investigations are reviewed and critiqued.*

**Cite this article:** Parsa, H. (2024). A Reflection on the Necessity and Continuity of Complaints in Crimes Against Chastity (Subject of Article 102 of the Code of Criminal Procedure). *Criminal Law Doctrines*, 21(27), 59-81. <https://doi.org/10.30513/cld.2024.5311.1863>





## تأملی بر ضرورت و استمرار شکایت در جرائم منافی عفت (موضوع ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری)

✉ حامد پارسا ۱

۱. نویسنده مسئول، طلبه سطح ۴ حوزه علمیه قم، قم، ایران. رایانامه: [parsasajjad2022@gmail.com](mailto:parsasajjad2022@gmail.com)

### چکیده

ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری، تحقیق و تجسس در جرائم منافی عفت را ممنوع می‌داند، مگر به شرط وجود شاکی خصوصی در این جرائم. اما سؤال این است که مبنای این جواز چیست و اشتراط وجود شکایت، به صورت شرط ابتدایی است یا شرط استمراری؟ به عبارت دیگر، در پرونده‌های متعددی در ابتدای امر، شکایت وجود دارد، اما در اثنای تحقیقات، به دلایل مختلفی، شکایت منتفی می‌شود ولی تکلیف مقام قضایی روشن نیست که باید تحقیقات را متوقف کند یا می‌تواند به تحقیق ادامه دهد، زیرا قانون ابهام دارد. با توجه به این‌که این امر از یک طرف، به تکلیف مقام قضایی مربوط می‌شود و از طرف دیگر، به حکم شرعی تجسس و ورود به حریم خصوصی دیگران، رفع این ابهام ضروری است. شایان ذکر است که پژوهشی برای پاسخ به این سؤال انجام نشده است. این مقاله به روش توصیفی تحلیلی، ابتدا به مبانی فقهی جواز تجسس به درخواست شاکی و تأملات آن می‌پردازد و سپس با استناد به ادله معتبر اصولی و حقوقی، بیان می‌کند که شرط وجود شاکی در ماده ۱۰۲، به صورت شرط استمراری است، در نتیجه، مقام قضایی با منتفی شدن شکایت در حین تحقیقات و قبل از اثبات جرم، باید تحقیقات را متوقف کند. همچنین ادله‌ای که برای جواز ادامه تحقیقات مورد استناد قرار می‌گیرد، بررسی می‌شود.

**استناد:** پارسا، حامد. (۱۴۰۳). تأملی بر ضرورت و استمرار شکایت در جرائم منافی عفت (موضوع ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری). *آموزه‌های حقوق کیفری*. ۲۱(۲۷)، ۵۹-۸۱. <https://doi.org/10.30513/cld.2024.5311.1863>

### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۵/۲۲  
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۵/۱۷  
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۶/۱۹  
تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۱۰/۰۹

### کلیدواژه‌ها

شکایت در منافیات عفت،  
تجسس با انتفاء شکایت در ماده  
۱۰۲، استمرار شکایت در ماده ۱۰۲،  
جایگاه شاکی در ماده ۱۰۲، شرط  
وجود شاکی در ماده ۱۰۲



## مقدمه

ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری، تحقیق و تجسس از جرائم منافی عفت را ممنوع می‌داند مگر در برخی موارد که تحقیق و تجسس جایز است. ماده فوق مقرر می‌دارد: «انجام هر گونه تعقیب و تحقیق در جرائم منافی عفت ممنوع است و پرسش از هیچ فردی در این خصوص مجاز نیست، مگر در مواردی که جرم در مرئی و منظر عام واقع شده و یا دارای شاکی یا به عنف یا سازمان یافته باشد که در این صورت، تعقیب و تحقیق فقط در محدوده شکایت و یا اوضاع و احوال مشهود توسط مقام قضایی انجام می‌شود». همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، قانون‌گذار در این ماده درصدد بیان یک مبنا و رویکرد نسبت به جرائم منافی عفت است که این مبنا، عدم ورود به این جرائم است مگر در برخی موارد از باب استثنا، تجسس را جایز می‌داند. این ممنوعیت در پرتو آموزه‌های حقوق کیفری اسلام است که بنای بر بزه‌پوشی و عدم اشاعه فحشاست (خالقی، ۱۴۰۲، ص ۱۵۳). در واقع، این ممنوعیت تجسس در جرائم منافی عفت ناظر به حکم فقهی تجسس از جرائم منافی عفت است، زیرا در فقه امامیه، تجسس از اعمال منافی عفت حرام است (گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۲۰۳). اگر کسی در سیره معصومین (ع) و قوانین مقرر در اثبات حدود، تأمل و تدبر کند، متوجه می‌شود که سیره معصومین (ع) بر آشکار نشدن این‌گونه جرائم است. معصومین (ع) نه تنها به دنبال کشف این‌گونه جرائم نبوده‌اند، بلکه تلاش می‌کردند که عمل منافی عفت ارتكابی را پپوشانند و عاملین آن را از اقرار منصرف کنند (نک: پارسا، ۱۳۹۵). نگارنده در مقاله‌ای (پارسا، ۱۳۹۵) به تفصیل به بحث حرمت تجسس در جرائم منافی عفت پرداخته است و در اینجا فقط به نقل کلام برخی فقها نسبت به سیره ائمه (ع) در این زمینه اکتفا می‌شود:

” با ملاحظه شرایط مقرر برای اثبات حدود و تعزیرات در جرائم جنسی که در اکثر موارد حاصل نمی‌شود و همچنین با ملاحظه سیره منقوله از پیامبر (ص) و امیرالمؤمنین (ع) در پوشاندن و تخفیف در جرائم جنسی، و چیزی که از روش شارع معلوم است در عدم محبوبیت اشاعه فحشا و آشکار شدن بدی، روشن می‌شود که شرع مقدس راضی به تنفیذ حدود به مثل این طریق‌ها به غیر از اقرار و بینه نیست“  
(موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۲۴۹).

۱. «إنه بملاحظة الشرائط المقررة لإثبات الحد أو التعزير في الجرائم الأخلاقية الجنسية التي لا تحصل في أغلب الموارد، وأيضاً بملاحظة السيرة المنقولة عن النبي (ص) وأمير المؤمنين (ع) من الستر والتخفيف فيها، وما علم من ديدن الشارع من عدم محبوبية تشييع الفاحشة والجهر بالسوء، يظهر عدم ابتغاء الشرع المقدس لتنفيذ الحدود بمثل تكلم الطرق، ما عدا الإقرار والبينة».

یکی از مواردی که ماده ۱۰۲ تخصیص می‌زند وجود شاکی خصوصی است. ولی سؤال این است که آیا اصلاً از نظر فقهی می‌توان چنین حقی برای شاکی خصوصی قائل شد؟ یعنی به صرف شکایت شاکی، شروع به تجسس در این جرائم کرد؟. این امر تأملاتی دارد که بیان خواهد شد. از طرفی، آیا این حق به صورت شرط ابتدایی لحاظ شده یا شرط استمراری؟. به عبارت دیگر، اگر در ابتدای امر، شکایت وجود داشته باشد و مقام قضایی شروع به تحقیق کند، ولی در اثنای امر، به هر دلیلی شرط شکایت شاکی منتفی شود، آیا در این صورت، ادامه تحقیق برای مقام قضایی جایز است یا باید تحقیق را متوقف کند؟

**اهمیت بحث:** اهمیت بحث روشن است، زیرا در موارد متعددی، شاکی از ادامه تحقیق منصرف می‌شود، ولی تکلیف مقام قضایی در این پرونده‌ها چیست؟ آیا می‌تواند تحقیق و تجسس را ادامه دهد یا باید تحقیق را متوقف کند؟ اهمیت این امر از یک طرف، به تکلیف مقام قضایی مربوط می‌شود و از یک طرف، به حکم شرعی تجسس از جرائم منافی عفت، و از جهت دیگر، مربوط به آشکار شدن این امور و حیثیت مردم است، در نتیجه، پرداختن به این موضوع اهمیت دارد.

**پیشینه بحث:** علی‌رغم اهمیت موضوع، پژوهش علمی قابل ملاحظه‌ای در این زمینه انجام نشده و بیانات کلی و اجمالی در این زمینه به چشم می‌خورد. برخی (آقایی، ۱۴۰۲، ص ۶۰) صرفاً با بیان این‌که جرائم منافی عفت جزء جرائم غیر قابل گذشت‌اند می‌گویند این شرط ابتدایی است، اگرچه در ادامه می‌گویند در صورت رضایت شاکی و عدم کفایت ادله برای توجه اتهام، صدور قرار منع تعقیب دارای وجاهت قانونی است و در صورت وجود ادله متقن و علم‌آور، ادامه رسیدگی از وجاهت بیشتری برخوردار است. برخی (عابدی، ۱۴۰۳، ص ۴۴) هم بدون بیان دلیل خاصی قائل به تفصیل‌اند و می‌گویند اگر رضایت شاکی قبل از اثبات جرم باشد، باید قرار موقوفی و اگر بعد از اثبات باشد، باید رأی مقتضی صادر گردد. ابهام قضیه تا آنجاست که حتی به ادعای برخی قضات (نک: سامانه ملی آرای قضایی، دادنامه ۹۴۰۹۹۷۷۱۲۰۷۰۰۰۷۵)، ماده انصراف دارد به موردی که اصولاً شاکی وجود ندارد، نه این‌که گذشت کرده، و با همین استدلال، رسیدگی ادامه یافته و متهم محکوم شده است. ملاحظه می‌شود که برداشت‌ها چقدر متشتت‌اند. از طرفی، صرف بیان‌های سطحی که مثلاً گفته شود این جرائم قابل گذشت نیستند پس شرط ابتدایی است، مناسب به نظر نمی‌رسد، بلکه باید در بحث‌های حقوقی مانند بحث‌های فقهی، عمیق و ریشه‌ای بحث کرد تا کنه مطلب و نیز ابهامات روشن شوند. پژوهش حاضر متکفل این امر است و به روش

توصیفی - تحلیلی ابتدا به حق شکایت در این جرائم و تأملات آن می‌پردازد، سپس می‌کوشد ابهام کلام قانون‌گذار را با استناد به ادله معتبر اصولی و حقوقی رفع کند و در نتیجه تبیین کند که شرط وجود شاکی برای جواز تجسس، در ماده ۱۰۲، اشتراط به نحو ابتدایی است یا استمراری.

### ۱. تأملی بر حق شکایت در جرائم منافی عفت

در فقه شیعه، تجسس در جرائم منافی عفت به صرف شکایت شاکی، از مسائلی است که جای بحث و تأمل دارد. در نظام قضایی اسلام، برای اثبات زنا توسط مدعیان وقوع زنا (چون فرض عدم وجود اقرار است)، باید چهار مرد شهادت بر زنا دهند و حتی اگر یک نفر کمتر از این تعداد باشد بلافاصله مدعیان زنا مجازات می‌شوند و حتی انتظار برای تکمیل تعداد شهود منتفی است (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۲۲۷). از این امر چنین استفاده می‌شود که وقتی انتظار برای تکمیل بینه منتفی است، پس به طریق اولی تجسسی برای اثبات زنا در کار نیست، این در حالی است که وقتی مثلاً سه نفر شهادت بر زنا می‌دهند، گمان بر ارتکاب زنا حاصل می‌شود و حداقل می‌توان از طریق تجسس، واقع قضیه را روشن کرد، ولی نه تنها به این گمان قوی اعتنا نمی‌شود، بلکه تجسسی هم در کار نیست و حتی مدعیان زنا مجازات می‌شوند. اگر به گمان قوی که ناشی از شهادت سه نفر است اعتنا نمی‌شود پس چگونه به ادعای زنا که به وسیله یک شاکی مطرح می‌شود باید ترتیب اثر داد و شروع به تجسس کرد؟ ممکن است گفته شود که بین مجنی علیه و اجنبی تفاوت هست، یعنی در برخی مواقع صرفاً اعلام وقوع زنا توسط شخص ثالث است و در برخی مواقع شکایت از طرف مجنی علیه مبنی بر تجاوز به عنف و مانند آن. این بحث با اشکالات و ابهاماتی روبه‌روست که با توجه به این که ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری، تجسس از جرم منافی عفت دارای شاکی را جایز می‌داند، قبل از ورود به مبحث اصلی، ابتدا به این بحث و تأملات آن می‌پردازیم.

دو مبنای جواز تجسس در صورت شکایت شاکی قابل تصور است. اگرچه ممکن است مبانی دیگری نیز قابل تصور باشد، ولی ما این دو را تصویر می‌کنیم:

#### ۱-۱. حق شکایت مجنی علیه

ممکن است گفته شود تعدی و ظلمی مثل زنای اکراهی یا زنای با ذات بعل مانند سایر ظلم‌هاست و همان‌طور که در سایر ظلم‌ها صاحب حق، حق شکایت دارد در اینجا نیز می‌تواند

شکایت کند، که در این صورت، تجسس برای احقاق حق او جایز است. اما این استدلال محل تأمل است، زیرا بر فرض وجود چنین حقی،<sup>۲</sup> بین ثبوت حق و اثبات آن تفاوت است و نباید بین آن دو خلط کرد، همان‌گونه که برخی به دلیل دفاع از حقوق شاکی، تعقیب و رسیدگی را ضروری می‌دانند (بنی‌اسدی و انصاری، ۱۴۰۱، ص ۶۰)، درحالی‌که چنین حقی بر فرض وجود، در مقام ثبوت است که باید آن را اثبات کرد و طریق اثبات حق در موضوعات مختلف، متفاوت است، به‌ویژه حدود که ضوابط خاص خود را دارد، مثلاً لواط فقط با شهادت چهار مرد اثبات می‌شود (لنکرانی، ۱۴۲۲، ص ۲۸۸)، اما زنا با شهادت مرکب از زنان و مردان نیز اثبات می‌گردد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۱۵۵)، یا جرائم تعزیری مثل اتیان البهائم، دو شاهد در اثباتش کفایت می‌کند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۴، ص ۲۴۷)، یا برخی از جرائم بدون بینة هم قابلیت اثبات دارند، زیرا در صورتی که مدعی بینة نداشته باشد، طبق قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» نوبت به قسم منکر می‌رسد و قسم مثبت دعوا می‌شود. این در حالی است که یمین در حدود وجود ندارد (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۱۶۷)، یعنی در صورت فقدان بینة توسط مدعی، نوبت به قسم منکر نمی‌رسد، در نتیجه، مقام اثبات در هر جرمی علی‌الخصوص جرائم باب حدود، ضوابط و قواعد خاص خود را دارد و نمی‌توان به صرف ثبوت حق، این ضوابط را نادیده گرفت.

به نظر می‌رسد پیامبر (ص) در روایتی همین نکته را به سعد بن عبادة گوشزد می‌کند. سعد می‌گوید: اگر کسی را در حال زنا با همسر ببینم، او را با شمشیر مجازات می‌کنم. پیامبر (ص) از او می‌پرسد: پس چهار شاهد چه می‌شود؟ سعد می‌گوید: حتی اگر با چشم خودم زنا او را دیده باشم؟ پیامبر (ص) می‌فرماید: بله، خداوند متعال برای هر چیزی حدی قرار داده است.<sup>۳</sup>

۲. حق‌الله یا حق‌الناس بودن حد زنا در برخی از مصادیق، محل بحث است. این مبحث مفصل است و در این مقال نمی‌گنجد، اما مختصراً باید گفت که بسیاری از فقهای سلف به صورت مطلق می‌گویند حدود در زنا از حقوق محض الهی است و تفصیلی در حق‌الناس بودن برخی موارد آن ندارند (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۲۷؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۴۹۵؛ لنکرانی، ۱۴۲۰، ص ۲۷۲). البته برخی فقها ملاحظاتی بر این مطلب دارند و می‌گویند فتوای مشهور مبنی بر حق‌الله بودن ناظر به ارتکاب عمل با تراضی طرفین است و ایشان در امثال زنا و لواط اکراهی نظر به حق‌الناس بودن دارند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۱۵۹).

۳. سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) يَقُولُ: إِنَّ أَصْحَابَ النَّبِيِّ (ص) قَالُوا لِسَعْدِ بْنِ عُبَادَةَ: أَرَأَيْتَ لَوْ وَجَدْتَ عَلَى بَطْنِ امْرَأَتِكَ رَجُلًا مَا كُنْتَ صَانِعًا بِهِ؟ قَالَ: كُنْتُ أَضْرِبُهُ بِالسَّيْفِ. قَالَ: فَخَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) فَقَالَ: مَاذَا يَا سَعْدُ؟ قَالَ: سَعِدْتُ: قَالُوا لَوْ وَجَدْتَ عَلَى بَطْنِ امْرَأَتِكَ رَجُلًا مَا كُنْتَ تَصْنَعُ بِهِ؟ فَقُلْتُ: أَضْرِبُهُ بِالسَّيْفِ. فَقَالَ: يَا سَعْدُ وَكَيْفَ بِالْأَرْبَعَةِ الشُّهُودِ؟ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ بَعْدَ رَأْيِ عَيْنِي وَعَلِمَ اللَّهُ أَنَّهُ قَدْ فَعَلَ؟ قَالَ: إِي وَاللَّهِ بَعْدَ رَأْيِ عَيْنِكَ وَعَلِمَ اللَّهُ أَنَّهُ قَدْ فَعَلَ، لِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ قَدْ جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حُدًّا وَجَعَلَ لِمَنْ تَعَدَّى ذَلِكَ الْحُدَّ خُدًّا» (كلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۱۷۶)؛ «از امام صادق (ع) شنیدم که فرمود: اصحاب رسول خدا (ص) به سعد بن عبادة گفتند: اگر مردی را در حال زنا با همسر مشاهده کنی چه خواهی کرد؟ وی گفت: او را با شمشیر به قتل می‌رسانم. حضرت فرمود: رسول خدا (ص) از آن‌جا عبور کرد و فرمود: ای سعد چه شده است؟ سعد عرض کرد: به من گفتند: اگر مردی را در حال زنا با همسر ببینی چه خواهی کرد؟ و من پاسخ دادم: او را با شمشیر می‌کشم، پیامبر (ص) فرمود: ای سعد، پس

سعد شاکي است از زنایي که با همسرش شده است و این مطلب برای او یقینی است، زیرا با چشم خود شاهد این قضیه است، ولی باید مقام اثبات، مراعات شود و با اقامه چهار شاهد، شخص مجازات شود. در نتیجه نباید بین مقام ثبوت و مقام اثبات خلط کرد.

برخی مدعی اند که برای اثبات زنا به عنف نیاز به چهار شاهد نیست، زیرا لزوم وجود چهار شاهد، اختصاص به عنوان زنا دارد، درحالی که زنا به عنف در روایات با عنوانی غیر از زنا مثل غصب فرج و... بیان شده، پس عنوان زنا بر تجاوز به عنف صادق نیست و تحت عمومیت ادله اثبات یعنی دو شاهد باقی می ماند (شعب، ۱۳۹۵، ص ۷۸ و ۷۹). این استدلال خلاف وجدان است، چون اگرچه در روایات چنین عناوینی برای زنا به عنف بیان شده، ولی در هر صورت، تجاوز به عنف از مصادیق زناست. این زناست که تقسیم به زنا به عنف و غیر آن می شود و نمی توان عنوان زنا را از این عمل خارجی زایل کرد. برای اثبات عنوان زنا هم نیاز به چهار شاهد است. آیا فقها در اثبات زنا فرقی بین زنا به عنف و غیر به عنف گذاشته و در دومی قائل به چهار شاهد و در اولی قائل به دو شاهد شده اند؟<sup>۴</sup>

قابل توجه است که قائل این نظر، خود می گوید وقتی شاکي عمل منافی عفتی را به شخصی نسبت می دهد تکلیف دستگاه قضایی به تحصیل دلیل برای شکایت در مورد جرم منافی عفت، 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 (شعب، ۱۳۹۵، ص ۸۴).

ممکن است گفته شود علم قاضی مستند حکم است، زیرا به وسیله تجسس، برای قاضی علم حاصل شده است و طبق آن حکم می کند. اما باید گفت اولاً نسبت به حجیت علم قاضی در حقوق الله اختلافاتی وجود دارد (نک: شاهرودی، ۱۳۷۵؛ شاهرودی، ۱۳۷۶؛ اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۱،

چهار شاهد برای چیست؟ عرض کرد: ای رسول خدا، بعد از این که به چشم خود دیدم و خدا هم می داند که او آن عمل را انجام داده است [باز هم نیاز به شاهد هست]؟ حضرت فرمود: آری به خدا سوگند، با این که به چشم خود دیدی و خدا هم می داند که او آن عمل را انجام داده است. خداوند برای هر چیزی حدی قرار داده و بر کسی که از آن حد تجاوز کند، نیز حدی مقرر داشته است.»

۴. قابل ذکر است مقتضای اطلاق دلیل بینه، عدم فرق بین شهادت اجنبی و غیر اوست (لنکرانی، ۱۴۲۲، ص ۲۵۸). یعنی اطلاق دلیل بینه شامل هر زنایی می شود و تفصیل در انواع زنا برخلاف این اطلاق به نظر می رسد. حتی در برخی موارد، اثبات جرم توسط اجنبی راحت تر از مجنی علیه است، زیرا مثلاً در زنا زن شوهردار از روی رضایت که شوهر شکایت می کند، اثبات زنا توسط شوهر می تواند مشکل تر از غیر او باشد، زیرا برای مثال، اگر یکی از شهود زوج باشد (چون زوج نسبت به زنا با همسرش می تواند ذی حق و شاکي محسوب شود)، در اثبات زنا به وسیله چنین بینه ای اختلاف است که برخی قائل به عدم اثبات زنایند (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۲۲۲). زیرا در زنا با ذات بعل، شبهه پایمال شدن حق زوج وجود دارد و زوج به نوعی مدعی است و شهادت او برای خودش محسوب می شود که شهادتش مقبول نیست (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۴۵۸). پس ذی حق بودن دلیلی برای آسان تر بودن اثبات نیست.

ص ۲۴۴). از طرفی، آیا مقصود تحصیل علم است یا حصول علم؟ آیا می‌توان چنین گفت که مقصود از علم قاضی تحصیل علم به هر طریق ممکن است؟ مثلاً به صرف یک ادعا، شروع به تجسس از هر طریقی شود تا علم به وقوع جرم تحصیل و در نهایت، طبق آن حکم شود؟ یا مقصود حصول علم است از طریق قراین و شواهد قضیه؟ آیا چنین رویکردی برخلاف نظام اقرار و شهادتی که در این جرائم وجود دارد نیست و عملاً نظام اقرار و بینه در زنا و مانند آن کنار گذاشته نمی‌شود؟ روایت سعد در این زمینه قابل تأمل است.

قابل ذکر است که از برخی فقها چنین استفتا شده که در صورت وجود شاکی خصوصی در مورد اعمال منافی عفت، آیا تجسس از آن جایز است؟ اینان پاسخ می‌دهند اگر احتمال عقلایی بر وقوع جرم باشد و مرتبط با حقی از حقوق شاکی، تجسس جایز است (پارسا، ۱۴۰۰، ص ۶۹). برخی دیگر نیز در پاسخ به استفتایی مبنی بر این که آیا آوردن متهم به زنا به دادگاه جهت اعتراف جایز است؟ می‌گویند متهم به زنا را نمی‌توان به دادگاه احضار کرد، مگر این که شهود قبلاً برونند و شهادت بدهند، و یا زنای به عنف صورت گرفته باشد و مزنی بها شکایت کند و یا متهم مرتکب جرائم منکراتی دیگری مانند خلوت با اجنبیه شده باشد، که به دلیل این امور جلب شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۳۵۴).

#### ۲-۱. ضرورت تجسس

مبنای دیگری که برای جواز تجسس به درخواست شاکی قابل تصور است، وجود ضرورت تجسس است که چه بسا با قرار دادن موضوع تحت عنوان ثانویه ضرورت، بتوان حکم جواز را جاری کرد. روشن است که این امر، مستلزم وجود ضرورت است. برخی فقها در مورد جواز تجسس در اعمال منافی عفت و نقض حریم خصوصی افراد به درخواست شاکی خصوصی می‌گویند شاکی خصوصی دلیلی برای ورود به حریم خصوصی نمی‌شود مگر حاکم شرع برای حفظ شاکله جامعه، نقض حریم خصوصی را لازم بداند، که در این صورت، اشکال ندارد (پارسا، ۱۴۰۰، ص ۷۰). به رغم محذورات پیش‌گفته، می‌توان چنین استدلال کرد که وجود ضرورت‌های اجتماعی ایجاب می‌کند که در برخی موارد، از این جرائم تجسس شود، مثل فرضی که جرم سازمان‌یافته باشد. طبق قاعده تراحم، اگرچه حکم اولیه ممنوعیت تجسس است، ولی موارد مهمی که اهمیت آنها از حرمت تفتیش بالاتر است و با حکم تجسس تراحم پیدا می‌کند، حرمت تجسس همانند سایر موارد تراحم از فعلیت می‌افتد (خرازی، ۱۳۸۰، ص ۶۶). برای مثال، وقتی جرائم منافی



عفت به صورت سازمان یافته برای ایجاد فساد و برهم زدن امنیت اجتماعی باشد، دیگر صرف یک جرم منافی عفت نیست، بلکه مسئله امنیت اجتماعی است و اهمیت بالایی می‌یابد و بنابراین قاعده تزاخم، مقدم بر امور غیر اهم می‌شود.

وجود شاکی خصوصی هم ممکن است یکی از ضرورت‌ها باشد، زیرا اگر مقام قضایی به صرف ممنوعیت تجسس از این جرائم، از تجسس خودداری کند، این امر باعث تزلزل امنیت اجتماعی می‌شود، زیرا هر کسی می‌تواند با خیال آسوده مرتکب تعرض جنسی به دیگران شود و اگر مجتبی علیه هم اقدام به شکایت کند، چون تجسس از این جرائم ممنوع است و معمولاً اقامه چهار شاهد ناممکن است، پس عملاً مجازاتی بر مجرم اعمال نمی‌شود و این برخلاف امنیت اجتماعی است.<sup>۵</sup> این معنا را ماده ۳۰۶ همین قانون نیز تأیید می‌کند. این ماده ابتدا می‌گوید در صورت نبود ادله اثبات قانونی بر وقوع جرائم منافی عفت و انکار متهم، هر گونه تحقیق و بازجویی جهت کشف امور پنهان و مستور از انظار، ممنوع است. ولی در ادامه، برای جلوگیری از سوءاستفاده متهمان از فقدان ادله شرعی در برخی جرائم خشونت‌بار، بیان می‌دارد که موارد احتمال ارتکاب به عنف، آزار، ربایش یا اغفال، از شمول این حکم مستثناست (خالقی، ۱۴۰۲، ص ۳۹۲).

اما این رویکرد نیز تأملاتی دارد و با کمی دقت، چه بسا معذوراتی که در قسمت‌های قبلی بیان شد، شامل این استدلال نیز برای جواز تجسس بشود، مثلاً همان روایت سعد که سابقاً بیان کردیم، مبنی بر لزوم اقامه چهار شاهد برای اثبات زنا، آیا مبنای ضرورت در مقابل این روایت قرار نمی‌گیرد؟ بنابراین روایت یادشده چهار شاهد لازم است، ولی مبنای ضرورت، نفی چهار شاهد می‌کند. اصلاً آیا استناد به ضرورت برای جواز تجسس و اثبات این جرائم، برخلاف نظام اثباتی اسلام در این جرائم یعنی اقرار و بیینه نیست، خصوصاً زمانی که این امر گسترش یابد و شکایت و تجسس، روشی معمول در اثبات این جرائم شود؟ آیا این امر عملاً

۵. قابل ذکر است با توجه به این‌که در ماده ۱۰۲ دو عنوان «به عنف بودن» و «دارای شاکی» برای جواز تجسس ذکر شده، بعید نیست مقصود از جرم دارای شاکی، جرم غیر به عنف باشد، زیرا اگر مقصود جرم به عنف باشد، تحت عنوان «به عنف بودن» قرار می‌گیرد و تجسس تحت این عنوان جایز است و ذکر عنوان «دارای شاکی» لغو است. پس اگر غرض از ذکر عنوان «دارای شاکی» جرمی باشد که به عنف نیست، مثل شکایت شوهر از زنا یا مطاوعی همسرش، در این صورت، تکلیف مقام قضایی به تجسس در این مورد به صرف شکایت و بدون بیینه و دلیل شرعی، بسیار مشکل است و جای تأمل دارد، زیرا علاوه بر حرمت شرعی تجسس، بحث قذف هم وجود دارد. البته ممکن است گفته شود عنوان عنف برای جایی است که عنف بودن محرز است، ولی در جایی که شاکی مدعی عنف است و عنف بودن اثبات نشده، پس ذیل وجود شاکی تجسس می‌شود تا واقع قضیه اعم از عنف یا غیر آن مشخص شود. بنابراین وجود شاکی الزاماً دلالتی بر عدم عنف ندارد و حتی چه بسا اکثر موارد شکایت، ناظر به عنف باشد. در هر صورت، این مطالب جای تأمل و تدبیر بیشتری دارد.

موجب تعطیلی نظام اثبات بر مبنای اقرار و بینه نمی‌شود؟ حال، اگر بحث موضوعیت اقرار و بینه در اثبات این جرائم مطرح شود (نک: شاهرودی، ۱۳۷۵؛ شاهرودی، ۱۳۷۶)، چه می‌توان گفت؟. ضمن این‌که اگر بحث ضرورت باشد، برای موارد خاص و ضروری است، اما آیا می‌توان به طور کلی، هر موردی را که شاکی دارد با استناد به وجود ضرورت، حکم به جواز تجسس کرد؟ آیا وجود شاکی همیشه مصداق وجود ضرورت تجسس است، آن‌هم به صورت رویه و روشی معمول در اثبات این جرائم؟

از طرفی، می‌توان سؤال کرد که مگر قوانین و احکام اسلامی، خصوصاً در بحث ما یعنی جرائم اخلاقی، تأمین‌کننده امنیت جامعه نیست که گفته شود اگر بنای بر اثبات چنین جرائمی بر مبنای ضوابط اسلامی مثل بینه باشد امنیت اجتماعی متزلزل می‌شود و برای متزلزل نشدن امنیت اجتماعی از چنین ضوابطی دست می‌کشیم، در حالی که احکام اسلامی با توجه به همین موارد تشریح شده است؟ آیا در تشریح احکام اثبات جرائم اخلاقی، چنین مواردی مدنظر قرار نگرفته که ما می‌خواهیم با در نظر گرفتن آن‌ها چنین رویکردی داشته باشیم یا احکام اسلامی دیگر کاربرد اجتماعی ندارد؟!، مگر این‌که اثبات شود چنین طریقی برخلاف احکام و سیره اسلامی نیست یا ممکن است ادعا شود که ضرورت‌های امروزی چنین رویکردی را اقتضا می‌کند که سابقاً چنین ضرورت‌هایی وجود نداشته است. در هر صورت، این مبنا و رویکرد نیز مانند مبنا و رویکرد قبلی جای تأمل و بحث دارد.

شایان ذکر است که از برخی فقها چنین استفتا شده که در صورت وجود شاکی خصوصی در مورد اعمال منافی عفت، آیا تجسس از آن جایز است؟ برخی قائل به جواز شده (پارسا، ۱۴۰۰، ص ۷۱) و برخی هم پاسخ داده‌اند که جایز نیست (پارسا، ۱۴۰۰، ص ۶۵) و از دید برخی نیز تجسس از عیوب مؤمنین جایز نیست، مگر در صورت تراحم با ضرورت منحصراً هم (پارسا، ۱۴۰۰، ص ۷۲).

### ۳-۱. جمع‌بندی مطالب

از مجموع مطالب بیان شده برای هر دو مبنا، روشن شد که بحث جواز تجسس در جرائم منافی عفت به صرف شکایت شاکی، چه تأملاتی دارد و حتی ممکن است مبنا و استدلال‌های دیگری نیز قابل طرح باشد، همان‌گونه که ممکن است پاسخ‌هایی برای تأملات بیان شده قابل ذکر باشد، ولی هدف ما به مناسبت ماده ۱۰۲، صرفاً بیان برخی تأملات و ملاحظات به صورت اجمالی بود، نه تبیین کامل و پاسخ به آن‌ها. بنابراین ما از اظهارنظر در مورد موضوع خودداری می‌کنیم، زیرا

به نظر ما بحث مشکل است و نیاز به بررسی فقهی عمیقی دارد که بتوان حکم اسلام در مورد تجسس از این امور و طریقه اثبات جرائم منافی عفت را تبیین کرد. لذا با توجه به این که این موضوع، هدف اصلی بحث نبود و صرفاً نگاهی گذرا به آن داشتیم، بحث دقیق و مفصل و پاسخ به تأملات و ابهامات را به تحقیقی کامل واگذار می‌کنیم. به علاوه پیشنهاد می‌شود برخی منابع مرتبط مثل مقاله آیت الله شاهرودی (۱۳۷۵ و ۱۳۷۶) با عنوان «علم قاضی» مورد ملاحظه و تدبیر قرار گیرد.

در ادامه، به ماهیت شرط شکایت که بحث اصلی ماست می‌پردازیم.

## ۲. ماهیت اشتراط

وجود شاکی خصوصی یکی از مواردی است که ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری آن را از حکم ممنوعیت تجسس تخصیص می‌زند و حکم به جواز تجسس در آن می‌کند، ولی بیان قانون‌گذار در این مورد، ابهام دارد، زیرا معلوم نیست که وجود شاکی فقط در ابتدای رسیدگی لازم است یا این که تا پایان رسیدگی باید شاکی وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، آیا شرط وجود شاکی شرط ابتدایی است یا شرط استمراری؟<sup>۶</sup>

برخی (آقایی، ۱۴۰۲، ص ۶۰) می‌گویند اشتراط ابتدایی است و چنین استدلال می‌کنند که هرچند قانون‌گذار بدون شکایت شاکی، تعقیب این جرائم را ممکن ندانسته، ولی این به معنای قابل گذشت بودن این جرائم نیست و جرائمی غیر قابل گذشت اند که در ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی بیان نشده است. البته قائل این نظر در ادامه سخنش و در فرض رضایت شاکی و عدم کفایت دلیل برای توجه اتهام، قرار منع تعقیب به دلیل فقدان یا عدم کفایت دلیل بر وقوع جرم را دارای وجاهت قانونی می‌داند. برخی (عابدی، ۱۴۰۳، ص ۴۴) دیگر بدون بیان دلیل خود، می‌گویند اگر رضایت قبل از اثبات جرم باشد باید قرار موقوفی تعقیب و اگر بعد از اثبات باشد باید رأی مقتضی صادر شود.<sup>۷</sup>

نباید با بیان‌های کلی و این چنینی، مثل غیر قابل گذشت بودن این جرائم، به این امر

۶. در مورد رویه قضایی در این مورد گفته شده که در صورت کافی نبودن ادله، و رضایت شاکی، عموماً صدور قرار منع تعقیب است (آقایی، ۱۴۰۲، ص ۶۰).

۷. قابل ذکر است که بحث ما راجع به اصل جواز ادامه تحقیق و تجسس در صورت رضایت شاکی است، ولی نسبت به نوع رأی یا قرار صادره ورود نمی‌شود، کمابین که نسبت به صورتی که جرم اثبات شده و سپس شاکی رضایت می‌دهد ورود نمی‌گردد.

پرداخت و باید با استناد به ادله معتبر اصولی و حقوقی، مطلب را تبیین کرد. باید توجه داشت که ریشه مشکل در اجمال ماده ۱۰۲ است که اجمالش از نوع اجمال در مخصص متصل بین اقل و اکثر است، زیرا ماده، یک حکم عام دارد که همان ممنوعیت تجسس در جرائم منافی عفت است و یک مخصص متصل دارد که همان شکایت شاکی است، ولی این مخصص مجمل است و معلوم نیست که مراد قانونگذار از شرط شکایت شاکی، شرط ابتدایی است یا شرط استمراری. باید با اسلوب مناسب به دنبال رفع این اجمال بود.

اجمال مخصص انواع مختلفی دارد، از قبیل اجمال مفهومی یا مصداقی، اجمال در اقل و اکثر یا در متباینین، مخصص متصل یا منفصل. در اصول فقه هر کدام از این موارد حکم خود را دارد و پرداختن به آن خارج از موضوع این پژوهش است، ولی به طور کلی، اجمال در ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری از نوع اجمال در مخصص متصل است، زیرا مخصص در ادامه کلام قانونگذار بیان شده است. از طرفی، اجمال در مفهوم است، زیرا مراد قانونگذار از قید «دارای شاکی» روشن نیست که فقط شامل شکایت استمراری می شود یا شکایت ابتدایی را نیز در بر دارد. از طرفی اجمال بین اقل و اکثر است، زیرا این قید قطعاً شامل شکایت استمراری (اقل) می شود، ولی در شمول آن به شکایت ابتدایی (اکثر) شک است. در نتیجه، اجمال از نوع مخصص متصل مفهومی بین اقل و اکثر است (اگرچه فرقی نمی کند بین اقل و اکثر باشد یا بین متباینین)، که طبق قواعد اصولی، اجمال مخصص در صورتی که از نوع مخصص متصل مفهومی باشد، به عمومیت عام سرایت می کند و نمی توان به عمومیت عام تمسک کرد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۲۲۰).

بنابراین، در بحث ما که شک داریم در موردی که در اثنای امر، شکایت منتفی شده، آیا می توان تجسس را ادامه داد یا خیر، نمی توان به عمومیت عام تمسک کرد و ممنوعیت تجسس را شامل این مورد دانست. از طرفی، قدر متیقن از مخصص، موردی است که شکایت استمرار دارد و طبق قواعد اصولی، مخصص مجمل قطعاً شامل این مورد می شود (سبحانی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۵۰۵)، یعنی تجسس در موردی که شکایت استمرار دارد قطعاً جایز است. بنابراین، ماده در موردی که شکایت در ابتدای امر وجود دارد، ولی در اثنای امر منتفی می شود مجمل است. با توجه به این که اجمال از نوع متصل مفهومی است، نمی توان به عموم عام تمسک کرد و حکم به ممنوعیت تجسس در جرم دارای شاکی ابتدایی کرد. حال باید با تمسک به طرق

معتبر، این ابهام را برطرف نمود و مراد قانون‌گذار را روشن کرد که مراد اشتراط ابتدایی است یا اشتراط استمراری. در ادامه، به این امر پرداخته می‌شود.

## ۱-۲. اشتراط ابتدایی

برای اشتراط به شرط ابتدایی، دو دلیل عمده قابل استناد است: استصحاب جواز تجسس و اطلاق ماده. در ادامه، این دو دلیل را بررسی می‌کنیم.

### ۱-۱-۲. اصل استصحاب

ممکن است برای جواز تجسس بعد از منتفی شدن شکایت، به اصل استصحاب تمسک شود، چنان‌که نگارنده از برخی اساتید شفافاً این نکته را شنیده است، زیرا در ابتدای امر با شکایت شاکی، تجسس جایز می‌شود، ولی در اثنای امر به دلیل منتفی شدن شکایت، شک می‌شود که ادامه تجسس جایز است یا خیر، که طبق اصل استصحاب باید جواز تجسس استصحاب شود. به نظر می‌رسد این استصحاب از جهاتی اشکال دارد که در ذیل بیان می‌شود.

### ۱-۱-۲. تغییر موضوع

اولین اشکال که اشکالی اساسی است این است که موضوع استصحاب تغییر کرده و با تغییر موضوع، نمی‌توان حکم موضوع سابق را برای موضوع جدید استصحاب کرد، زیرا موضوع تجسس، دارای قیدی است که این قید دخیل در موضوع است. این قید وجود شاکی است. به عبارت دیگر، حکم تجسس بدون قید شاکی، عدم جواز و با قید شاکی، جواز است. در این حالت که قید دخیل در موضوع است، اگر قید زایل شود، طبق قواعد اصولی، استصحاب جایز نیست (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۶۹۲)، یعنی نمی‌توان حکم جواز تجسس را استصحاب کرد، زیرا در این حالت که قید زایل شده، چون دخیل در موضوع است پس موضوع عوض شده و روشن است که برای استصحاب، باید موضوع واحد باشد و با تغییر موضوع، استصحاب صحیح نیست.

برای تمییز قیدی که دخیل در موضوع است با قیدی که دخیل در موضوع نیست، می‌توان از عقل، لسان دلیل و عرف استفاده کرد (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۶۹۳). طبق هر کدام از این موارد، قید در مانحن‌فیه دخیل در موضوع است. اگر مبنا عقل باشد، عقل می‌گوید موضوع تجسس با قید شاکی، مجاز شده و اگر این قید نباشد، حکم به جواز نمی‌شود، پس عقلاً قید شاکی دخیل در موضوع تجسس است. اگر مبنا عرف باشد، ظهور عرفی ماده این است که جواز

تجسس به دلیل وجود شاکی است که اگر این قید نبود قطعاً حکم به جواز نمی شد. اگر مبنا لسان دلیل باشد، ماده می گوید تجسس ممنوع است مگر جرم دارای شاکی باشد که در این صورت، تجسس جایز است. روشن است که ماده حکم جواز را بر تجسسی بار کرده که دارای قید شاکی باشد، در نتیجه، طبق هر مبنا، قید شاکی دخیل در موضوع تجسس است و در اثنای امر که قید زایل می شود عملاً موضوع زایل شده و استصحاب در چنین حالتی صحیح نیست. هرچند موضوع که تجسس به درخواست شاکی است تغییر کرده و کلاً جایی برای استصحاب باقی نمی گذارد، ولی حتی اگر کسی آن را انکار کند و حکم جواز را استصحاب کند، این استصحاب از جهت شک در مقتضی، محل تأمل است، زیرا در مورد علت جواز تجسس در فرض وجود شاکی، یکی از مبانی احتمالی جواز، عنوان ضرورت بود. ضرورت و حکم ثانویه، موقت است و اقتضای دوام ندارد. تا زمانی که عنوان ضرورت وجود داشته باشد حکم آن هم ادامه دارد. در نتیجه، حکم ثانویه موقت که اقتضای دوام ندارد، وقتی شک در بقای حکم می شود در واقع، به شک در مقتضی بر می گردد که آیا مقتضی موجود است یا خیر. در مانحن فیه در اثنای تجسس، با فقدان شکایت شک می شود که مقتضی جواز تجسس باز هم وجود دارد یا خیر، که با شک در آن، استصحاب می شود که طبق نظر فحول از اصولیین، حجیت استصحاب فقط شامل شک در رافع می شود، ولی شامل شک در مقتضی نیست (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۵۶۱؛ نائینی، ۱۳۵۲، ج ۲، ص ۴).

#### ۲-۱-۲. تعارض عموم با استصحاب

نکته دیگر تعارض بین استصحاب با عموم نهی از تجسس است، زیرا استصحاب مقتضی جواز تجسس و عموم نهی تجسس، مقتضی عدم جواز است. در این حالت، آیا استصحاب می تواند بر عموم عام غلبه کند؟ برخی از فحول اصولیین در مورد تعارض بین استصحاب و عموم عام قائل به تفصیل اند (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۶۸۰). از دید اینان، اگر در نهی، هر فردی از زمان، موضوع مستقلی برای حکم باشد، هر فردی از زمان، حکم مستقل خود را دارد. مثلاً وقتی گفته می شود «علما را اکرام کن» ولی در ادامه، اکرام زید در روز جمعه را تخصیص می زند، در این صورت، زید باید در بقیه روزها به غیر از جمعه اکرام شود، زیرا جمله مخصص که متضمن قید «یوم الجمعة» است قرینه ای است که عموم اکرام شامل همه روزها می شود و فقط روز جمعه از آن تخصیص

زده شده، پس نمی‌توان در روز شنبه حکم اکرام روز جمعه را استصحاب کرد.<sup>۸</sup> در مسئله محل بحث ما هم به نظر می‌رسد به همین شکل است، زیرا عموم نهی از تجسس در مورد تجسس دارای شاکی تخصیص خورده است و با توجه به قرینه قید «دارای شاکی» در جمله مخصوص می‌توان گفت عموم حکم نهی از تجسس شامل همه افراد در زمان‌های مختلف است و فقط مورد دارای شاکی استثناست. پس موردی که شاکی منتفی شده و ادامه تجسس از مصادیق بدون شاکی است هم یکی از افراد تجسس است که عموم نهی شامل آن می‌شود. در نتیجه در این حالت نمی‌توان استصحاب جاری کرد و حکم جواز سابق را برای ادامه تجسس که بدون شاکی است بار کرد.

#### ۲-۱-۲. انصراف

انصراف یکی دیگر از ادله استنادی است. یکی از قضات در یکی از پرونده‌ها به همین انصراف استناد می‌کند و می‌گوید مقررات ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری از حیث عدم انجام هرگونه تحقیق و تعقیب ناظر به مواردی است که اصولاً شاکی خصوصی وجود ندارد و منصرف از موردی است که شاکی گذشت کرده است و در مانحن فیه شاکی وجود دارد و اعلام شکایت کرده است، اما در این مرحله گذشت نموده است (نک: سامانه ملی آرای قضایی، دادنامه شماره ۷۵۰۷۰۰۷۰۷۱۲۷۹۹۷۰۹۴). در این پرونده، با همین استدلال رسیدگی ادامه یافته و متهم محکوم شده است. در قسمت اشتراط استمراری، مفصلاً به این ادعای انصراف پرداخته خواهد شد.

#### ۲-۱-۳. اطلاق

ممکن است کسی تمسک به اطلاق کند و بگوید شکایت شاکی اطلاق دارد و شامل انتفای شکایت در اثنای رسیدگی هم می‌شود. به عبارت دیگر، وقتی قانون‌گذار می‌گوید با شکایت شاکی تجسس جایز است، این کلام اطلاق دارد و هم شامل موردی می‌شود که شکایت تا پایان رسیدگی موجود است و هم شامل موردی می‌شود که شکایت در اثنای امر منتفی می‌شود. در نتیجه، طبق اطلاق کلام قانون‌گذار باید گفت ادامه تجسس در موردی که شکایت در اثنای امر منتفی می‌شود جایز است.

۸. «إن أخذ فيه عموم إلا زمان أفرادياً بأن أخذ كل زمان موضوعاً مستقلاً لحكم مستقل، لينحل العموم إلى أحكام متعدّدة بتعدّد الأزمان... لو قال «أكرم العلماء» ثم قال «لا تكرم زيدا يوم الجمعة»، إذا فرض الاستثناء قرينة على أخذ كل زمان فرداً مستقلاً، فحينئذ يعمل عند الشك بالعموم ولا يجرى الاستصحاب بل لو لم يكن عموم وجب الرجوع إلى سائر الأصول لعدم قابلية المورد للاستصحاب».

به نظر می‌رسد چنین اطلاقی درست نیست، زیرا برای ظهور اطلاق، باید مقدمات حکمت تمام باشد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۲۴۷)، درحالی‌که مقدمات حکمت در مورد ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی تمام نیست. یکی از شروط تمسک به اطلاق، عدم وجود قرینه بر مقصود متکلم است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۲۴۷)، درحالی‌که قراین متعددی وجود دارد که مراد قانون‌گذار در ماده ۱۰۲، صرف وجود شکایت ابتدایی نیست، زیرا اولاً قانون‌گذار در ادامه ماده می‌گوید: «تعقیب و تحقیق فقط در محدوده شکایت»، که این قید، مانع از ظهور اطلاق است، زیرا وقتی شکایت منتفی است چگونه در محدوده آن می‌توان تحقیق کرد و شکایت سالبه به انتفاء موضوع است و با انتفاء موضوع، تحقیق در اطراف موضوع هم عملاً ممکن نیست. از طرفی، عبارت «تعقیب و تحقیق فقط در محدوده شکایت»، دلالت دارد که بنای قانون‌گذار، حتی با وجود شکایت، بر محدود کردن دایره تجسس و اکتفا به مقدار ضرورت است، درحالی‌که اگر از کلام او اطلاق‌گیری کنیم، باید به جواز تجسس در فرض عدم وجود شاکی قائل شویم و این بر مبنای وسعت دایره تجسس است که برخلاف مقصود قانون‌گذار است که می‌خواهد دایره تجسس محدود و حداقلی باشد. به عبارت دیگر، مراد قانون‌گذار تجسس حداقلی است، درحالی‌که اطلاق‌گیری از کلام او یعنی جواز تجسس حداکثری، که این برخلاف مقصود اوست. ثانیاً اطلاق برای کشف مراد متکلم است (لنکرانی، ۱۳۸۱، ج ۳، ص ۶۲)، درحالی‌که مراد متکلم در ماده ۱۰۲ روشن است، زیرا قانون‌گذار به تبعیت از فقه، حکم به ممنوعیت تجسس در این امور کرده است. از طرفی، برخی از موارد از جمله وجود شاکی را استثنا نموده و حکم به جواز تجسس کرده است؛ یعنی مراد متکلم (قانون‌گذار) ممنوعیت تجسس است، ولی به دلیل وجود شاکی، حکم به جواز کرده است. پس اگر شاکی کلاً درخواستی برای تجسس ندارد، یعنی خواست و مراد قانون‌گذار همان ممنوعیت تجسس است. در نتیجه با روشن بودن مراد متکلم جایی برای تمسک به اطلاق برای کشف مراد متکلم نیست.

به علاوه، برخی فحول اصولیین، یکی دیگر از شروط تمسک به اطلاق را عدم وجود قدر متیقن در مقام تخاطب می‌دانند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۲۴۷)، درحالی‌که در مانحن‌فیه قدر متیقن وجود دارد، زیرا اصل ماده ۱۰۲ در مقام بیان ممنوعیت تجسس و عدم ورود به این جرائم است، ولی به دلیل وجود شاکی، تخصیصی بر این ممنوعیت می‌زند و حکم به جواز تجسس می‌کند، در واقع، قدر متیقنی در اینجا وجود دارد که جواز تجسس حول آن می‌گردد و قطعاً



مقصود و مراد قانون‌گذار است و کسی شک در آن ندارد. این قدر متیقن، جواز تجسس در فرض وجود شاکی است و سخن قانون‌گذار هم ناظر به درخواست تجسس اوست که ممنوعیت تجسس را نقض و حکم به جواز تجسس حول درخواست او می‌کند. بنابراین در صورت شک در مراد قانون‌گذار، این قدر متیقن مانع از ظهور اطلاق کلام او می‌شود.

این موارد بخشی از اشکالاتی است که بر اطلاق ماده ۱۰۲ وارد است. اشکالات دیگری هم وجود دارد که از بیان آن صرف نظر می‌شود.

## ۲-۲. اشتراط استمراری

ملاحظه شد که چه اشکالاتی بر ادله استنادی برای اشتراط ابتدایی شکایت وارد بود. اما ادله‌ای هم دلالت بر اشتراط استمراری دارند که در ادامه، بررسی می‌شوند.

## ۲-۲-۱. رجوع به اصل ۱۶۷ قانون اساسی

طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، یکی از موارد رجوع به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، در صورتی است که قانون اجمال داشته باشد، اصل ۱۶۷ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». در مورد ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری که اجمال دارد، می‌توان با رجوع به فقه اسلامی این اجمال را رفع کرد. همان‌طور که بیان شد، از نظر فقهی، تجسس از جرائم منافی عفت جایز نیست، مگر در برخی موارد که تجسس جایز است. قانون‌گذار، تجسس به دلیل وجود شاکی را استثنائاً جایز می‌داند، در حالی که شکایت شاکی هم منتفی شده، پس ادامه تجسس جایز نیست، چرا که از نظر فقهی، تجسس جایز نیست و مبنا همان مبنا و رویکرد فقهی یعنی عدم تجسس، ورود و کشف این جرائم است.

## ۲-۲-۲. اصالة الظهور

در علم اصول، اصالة الظهور حجت است، زیرا کشف از مراد متکلم می‌کند (نائینی، ۱۳۵۲، ج ۱، ص ۴۸۷). بنابراین یکی از راه‌های کشف مراد قانون‌گذار ظهور الفاظی است که در مواد قانونی مورد استفاده قرار گرفته است. قانون‌گذار در متن ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی می‌گوید تحقیق و تجسس در صورتی جایز است که جرم «دارای شاکی باشد». این عبارت ظهور دارد در وجود

شاکی حین تجسس، درحالی که وقتی در اثنای امر، شکایت منتفی می شود، حقیقتاً شاکی وجود ندارد و جرم «بدون شاکی» است. تجسس «بدون شاکی» غیر از تجسس «دارای شاکی» است و ماده، تجسس دارای شاکی را جایز دانسته است. از طرفی، کلمه «باشد» در متن ماده، از نوع افعال زمان حال است که ظهور دارد در موردی که شاکی فی الحال وجود دارد. عرفاً این کلمه را در مورد شاکی که فی الحال وجود دارد استفاده می کند. در نتیجه، عبارت قانون گذار که می گوید «دارای شاکی باشد» ظهور دارد در موردی که شاکی فی الحال وجود دارد و این ظهور کاشف از مراد قانون گذار است.

### ۲-۳. سیاق ماده و تبصره آن

سیاق ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره آن دلالت دارد که مراد قانون گذار شکایتی است که استمرار داشته باشد نه صرف شکایت ابتدایی، زیرا از عباراتی از قبیل «هرگونه تعقیب و تحقیق»، «پرسش از هیچ فردی» و «فقط در محدوده شکایت» استفاده می کند، که هر یک بر این نکته دلالت دارند که قانون گذار تأکید زیادی بر پوشاندن و عدم ورود مجریان قانون به این جرائم دارد. از طرفی، تبصره نیز همین معنا را تأیید می کند که می گوید اگر شاکی وجود نداشته باشد و متهم بدو قصد اقرار داشته باشد، قاضی او را توصیه به پوشاندن و عدم اقرار می کند. از سویی، عبارت «فقط در محدوده شکایت» دلالت دارد که شکایت نقش موضوعی دارد و اگر شکایت منتفی شود، محدوده شکایت هم بی معنا می شود، زیرا دیگر موضوعی ندارد و در واقع، شکایتی در کار نیست که در محدوده آن تحقیق شود. کما این که در نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه در این زمینه به همین قید «تحقیق فقط در محدوده شکایت» استناد می گردد و گفته می شود که در صورت منتفی شدن شکایت باید تحقیقات متوقف شود.<sup>۹</sup> در نتیجه، از سیاق ماده ۱۰۲ و تبصره آن می توان استفاده کرد که شرط شکایت، برای قانون گذار موضوعیت دارد و

۹. نظریه مشورتی شماره ۱۵۴۲/۹۵/۷-۹۵/۷/۳-۱۵۴۲/۹۵/۷ بیان می کند: «طبق ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، اصل بر ممنوعیت تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت است، مگر در موارد استثنایی مذکور در این ماده. یکی از این موارد، شکایت شاکی است که تعقیب و تحقیق در جرم منافی عفت مجاز است. در چنین فرضی، بقاء شکایت نیز شرط ادامه تعقیب و تحقیق است. عبارت "تحقیق فقط در محدوده شکایت"..... انجام می شود، مذکور در ماده ۱۰۲ قانون فوق الذکر مشعر بر همین معناست، زیرا در چنین مواردی، حیثیت فردی و خانوادگی شاکی باید مورد نظر باشد و با افشای موارد ناشکافته نباید موجب هتک حیثیت خانوادگی شاکی و مفسده عمومی باشد. بنابراین در فرض سؤال با گذشت شاکی، ادامه تعقیب و تحقیق برای احراز و اثبات جرم، جایز نیست و دادگاه باید با همان دلایل و قراین موجود، رأی مقتضی را صادر نماید» (سامانه ملی آرای قضایی، ذیل نظریه مشورتی مذکور به شماره فوق).

در صورت فقدان شکایت در اثنای تحقیق، با منافع فقدان شکایت در ابتدای امر که ممنوعیت تجسس است مطابق است.

از مطالب پیش‌گفته روشن می‌شود که ادعای انصراف ماده ۱۰۲ به صورتی که اصولاً شاکی وجود ندارد، که قبلاً توسط یکی از قضات مطرح شده بود، قابل پذیرش نیست. علاوه بر سیاق و تبصره ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی، ماده ۳۰۶ این قانون نیز مقرر می‌دارد: «به جرائم منافی عفت به طور مستقیم در دادگاه صالح رسیدگی می‌شود». از توضیحات است که علت رسیدگی به طور مستقیم در دادگاه در راستای همان سیاست عدم افشای این امور است. همچنین ماده ۲۴۱ قانون مجازات اسلامی این معنا را تأیید می‌کند: «در صورت نبودن ادله اثبات قانونی بر وقوع جرائم منافی عفت و انکار متهم، هر گونه تحقیق و بازجویی جهت کشف امور پنهان و مستور از انظار ممنوع است...». از مجموع این مطالب روشن می‌شود که بنای قانون‌گذار بر عدم ورود در این موضوعات است، مگر برخی موارد خاص و ضروری.

#### ۲-۴. احکام دائرمدار اسما

در فقه گفته می‌شود که «الأحكام يدور مدار الأسماء». اگرچه در این مورد بحث بسیار است که مقصود چیست، ولی شیخ انصاری (ره) می‌گوید:

» معنای قول علما که می‌گویند احکام دائرمدار اسما است این است که احکام دائرمدار اسما موضوعات احکام است؛ موضوعاتی که معیار در وجود یا عدم وجود احکام است. بنابراین اگر شارع می‌گوید انگور حلال است، پس اگر ثابت شود که موضوع، مسمای این اسم است، حکم دائرمدار آن است و منتفی می‌شود با تبدیل شدن آن به کشمش. اما اگر از عرف یا غیر آن دانسته شود که موضوع، آن کلی موجود در انگور است که مشترک بین انگور و کشمش است، یا مشترک بین انگور و آب انگور است، حکم دائرمدار آن است<sup>۱۰</sup> (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۶۹۶).

۱۰. «أن معنى قولهم "الأحكام تدور مدار الأسماء"، أنها تدور مدار أسماء موضوعاتها التي هي المعيار في وجودها وعدمها. فإذا قال الشارع: العنب حلال فإن ثبت كون الموضوع هو مستوي هذا الاسم، دار الحكم مداره، فينتفي عند صيرورته زبيباً. أما إذا علم من العرف أو غيره أن الموضوع هو الكل الموجود في العنب المشترك بينه وبين الزبيب أو بينهما وبين العصير دار الحكم مداره أيضاً».

همچنین ایشان بعد از بحث در مورد این امر می‌گویند:

” پس در این هنگام معلوم می‌شود که مراد از قول علما که می‌گویند احکام دائرمدار اسما است این است که مقتضای ظاهر دلیل حکم، تبعیت کردن این حکم از اسم موضوعی است که حکم بر آن معلق شده در ظاهر دلیل“ (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۶۹۶).

در نتیجه، به طور کلی می‌توان چنین گفت که حکم، معلق بر اسم و عنوان موضوع است و تا زمانی که اسم و عنوان موجود باشد حکم آن هم وجود دارد و اگر عنوان منتفی شود حکم هم منتفی می‌شود. در مانحن‌فیه نیز دو عنوان وجود دارد: یکی جرم بدون شاکی که تجسس در آن جایز نیست؛ یکی جرم دارای شاکی که تجسس جایز است. بنابراین وقتی عنوان، جرم دارای شاکی است، این عنوان تا زمانی که باقی است حکم آن هم باقی است، یعنی جرم تا زمانی که دارای شاکی است حکم آن جواز تجسس است، ولی وقتی در اثنای امر، شکایت منتفی می‌شود، یعنی عنوان انقلاب پیدا کرد به جرم بدون شاکی، حکمش نیز عوض می‌شود. در نتیجه، از این استدلال روشن می‌شود که ادامه تجسس در صورتی که شکایت منتفی شود، مصداق تجسس بدون شاکی است که جایز نیست.

## ۲-۵. تفسیر ماده به روش غایی

در مواقع ابهام در مواد قانونی، برای رفع ابهام، از روش‌های مختلفی استفاده می‌شود که یکی از آن‌ها تفسیر غایی است. درک مقصود قانون‌گذار اساس این روش را تشکیل می‌دهد (اردبیلی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۲۲۱). در واقع، در این روش، به دنبال کشف قصد قانون‌گذاریم که هدف او برای تقنین این ماده چه بوده است. همین امر بهترین راه برای فهم درست مواد قانونی است.

همان‌طور که بیان شد، غرض اصلی قانون‌گذار، به تبعیت از فقه، عدم اشاعه فحشا و عدم افشای امور منافی عفت است و این ماده برای این مهم تقنین شده است. اگرچه برخی امور باعث شده این حکم عام تخصیص زده شود، پس تا زمانی که مقتضای این تخصیص وجود داشته باشد، یعنی شاکی درخواست تجسس داشته باشد، طبق آن عمل می‌شود، ولی وقتی شکایت منتفی شود روشن است که خواست قانون‌گذار همان است که در ابتدای ماده

۱۱. «فحينئذ فيستقيم أن يراد من قولهم إن الأحكام تدور مدار الأسماء أن مقتضى ظاهر دليل الحكم تبعية ذلك الحكم لاسم الموضوع الذي علق عليه الحكم في ظاهر الدليل».

به صورت عام بیان کرده، یعنی ممنوعیت تجسس، زیرا هیچ دلیل و ضرورتی برای ادامه تجسس و نقض سیاست عدم ورود به این مسائل باقی نمی ماند.

### نتیجه‌گیری

ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری، تحقیق و تجسس در جرائم منافی عفت را ممنوع می داند، ولی برخی موارد را استثنا می کند. یکی از موارد استثنا جرمی است که دارای شاکی خصوصی باشد. ولی بیان ماده اجمال دارد و معلوم نیست شرط وجود شاکی برای جواز تجسس، به صورت شرط ابتدایی است یا شرط استمراری. طبق آنچه در این تحقیق مستنداً و مستدلاً بیان شد، اولاً نسبت به تجسس به درخواست شاکی، تأملات و ملاحظاتی وجود داشت که به آن پرداختیم. ثانیاً به نظر می رسد شرط وجود شاکی در ماده ۱۰۲، اشتراط به نحو استمراری است، زیرا اولاً ادله‌ای بر این امر دلالت داشتند که مفصل بیان شد، مثل مبنای فقهی ماده ۱۰۲، اصالة الظهور و سیاق ماده. ثانیاً ادله‌ای مثل استصحاب و اطلاق ماده که بر اشتراط به شرط ابتدایی دلالت داشتند مورد مناقشه قرار گرفت.

بنابر این که اشتراط به نحو استمراری باشد، اگر در اثنای تحقیقات و قبل از اثبات جرم، شکایت شاکی منتفی شود، باید تحقیق و تجسس متوقف شود، زیرا ادامه تجسس با انتفاء شکایت، دلیل و توجیهی ندارد و مبنا همان عدم ورود و تجسس از این امور است که ماده ۱۰۲ بیان کرده است.

## فهرست منابع

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۰۹ق). کفایة الأصول. قم: آل البيت(ع).
۲. ابن ادریس حلی، محمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. اردبیلی، سید عبدالکریم موسوی. (۱۴۲۷ق). فقه الحدود والتعزیرات. قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید(ره).
۴. اردبیلی، سید عبدالکریم موسوی. (۱۴۲۳ق)، فقه القضاء. قم: بی نا.
۵. اردبیلی، محمدعلی. (۱۴۰۱ش). حقوق جزای عمومی. تهران: نشر میزان.
۶. آقایی، مهدی. (۱۴۰۲ش). رسیدگی به جرائم منافی عفت. تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
۷. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۶ق). فرائد الأصول. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۸. بنی اسدی، عبدالکریم؛ انصاری، ولی الله. (۱۴۰۱ش). بزه دیدگان شاکی در جرائم منافی عفت. آموزه های حقوق کیفری، ۱۹(۲۳)، ۵۵-۸۸. <https://doi.org/10.30513/cld.2023.3805.1604>
۹. پارسا، حامد. (۱۴۰۰ش). حق تحقیق نیروی انتظامی در اعمال منافی عفت از دیدگاه فقه امامیه. تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه.
۱۰. پارسا، حامد. (۱۳۹۵ش). حق تحقیق نیروی انتظامی در اعمال منافی عفت از منظر فقه امامیه. رسائل، ۷(۱)، ۱۱-۳۳.
۱۱. خالقی، علی. (۱۴۰۲ش). نکته ها در قانون آئین دادرسی کیفری. تهران: شهر دانش.
۱۲. خرازی، سید محسن. (۱۳۸۰ش). کاوشی در حکم فقهی تجسس. فقه اهل بیت(ع)، ۷(۲۶)، ۱۴۲-۵۲.
۱۳. خوبی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی(ره).
۱۴. سامانه ملی آرای قضایی. <https://ara.jri.ac.ir/>
۱۵. سبحانی، جعفر. (۱۴۲۴ق). إرشاد العقول إلى مباحث الأصول. قم: مؤسسه امام صادق(ع).
۱۶. شاهرودی، سید محمود. (۱۳۷۵). علم قاضی. فقه اهل بیت(ع)، ۲(۸)، ۱۵-۳۵.
۱۷. شاهرودی، سید محمود. (۱۳۷۶). علم قاضی (۲). فقه اهل بیت(ع)، ۳(۹)، ۵۵-۱۱۱.
۱۸. شعیب، محمد مهدی. (۱۳۹۵ش). تحلیل فقهی ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری با تأکید بر مفهوم و مصادیق شاکی خصوصی. رسائل، ۳(۸)، ۶۷-۸۸.
۱۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۲۰. عابدی، احمد رضا. (۱۴۰۳ش). آیین دادرسی کیفری. تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
۲۱. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه. قم: مؤسسه امام صادق(ع).
۲۲. فخرالمحققین، محمد بن حسن حلی. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: اسماعیلیان.
۲۳. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۲۴. گلپایگانی، سید محمد رضا. (۱۴۱۲ق). الدر المنضود فی أحكام الحدود. قم: دار القرآن الکریم.
۲۵. لنکرانی، محمد فاضل. (۱۳۸۱ش). اصول فقه شیعه. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع).

۲۶. لنکرانی، محمد فاضل. (۱۴۲۰ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - القضاء والشهادات. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۲۷. لنکرانی، محمد فاضل. (۱۴۲۲ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الحدود. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۲۸. محقق حلّی، جعفر بن حسن حلّی. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: اسماعیلیان.
۲۹. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). استفتاءات جدید. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
۳۰. نائینی، محمد حسین. (۱۳۵۲ش). أجود التقريرات. قم: مطبعة العرفان.
۳۱. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.