

Hart-Devlin Debate; Critical Review of the Moral Reasoning Method in the Criminalization of Sexual Behaviors

Mohammad Hosseini

P.h.D., Student, Department of Philosophy of Law, Baqir al-Olum University, Qom, Iran.
dr.mohammadreza.hosseini@gmail.com

Abstract

The purpose of the present research is to critically review the method of moral reasoning in criminalizing sexual behaviors. According to the research the direction of the aforementioned analysis in methodological aspect is general and can be converted to a debate not only in philosophy of law but also it can be generalized to all existing legal systems including Islamic law. In this regard, the research tries to point out its consequences by setting the criteria of Hart-Devlin debate and utilitarian attitude as a logical constant through a methodological approach and without any striking the point in content. The research is a fundamental study in criminal law philosophy, hiring the analytical philosophers' method; therefore, has devoted the serious priority to exploring the concepts of "propositions" and then examined legal facts. In Hart-Devlin debate for the first time, methodological aspects of moral reasoning were discussed. The discussion left pure legal aspect aside and then followed the legal philosophy. The result of such division firstly, leaves a room for moral reasoning in liberal political theory, secondly reveals facts in criminalizing the sexual behavior. The aforementioned methodology indicates that the moral reasoning has rooted in moral theory at the level of moral philosophy and on the other side in political theory. Recent developments both at the level of moral theory esp. in sector of moral philosophy and political theory led to a change in the method of moral reasoning expression in criminal law; as well as "moral reasoning" used to avoid moral content previously and be considered impossible in practice, now on is viewed vital toward moral content; as a matter of the fact that criminalization only is possible through this way. The result of the moral reasoning definition regarding the new approach is called punitiveness in punishment enforcement law; and make a new relationship between punitiveness and moral reasoning meaningfully. In the meantime, Sharia- oriented approaches like jurisprudence requires more affinity with moral reasoning therefore it can be established a deep discourse between the jurisprudential reasoning and moral one on the basis of new account.

Key words: Utilitarianism, Critical ethics, Homosexuality, Moral reasoning, Hart-Devlin Debate, Criminalizing sexual behaviors.

Cite this article: Hosseini, M. (2023). Hart-Devlin Debate; Critical Review of the Moral Reasoning Method in the Criminalization of Sexual Behaviors. *Philosophy of Law*, 2(1), p.271-287. <https://doi.org/10.22081/PHLQ.2023.74678>

Received: 2022-12-21 ; **Revised:** 2023-01-27 ; **Accepted:** 2023-02-25 ; **Published online:** 2023-02-27

© The Author(s).

Article type: Research Article

Publisher: Baqir al-Olum University



نزاع دولین - هارت؛ بازخوانی انتقادی روش استدلال اخلاقی در جرم‌انگاری رفتارهای جنسی

محمد حسینی

دانشجوی دکتری، گروه فلسفه حقوق، دانشگاه باقرالعلوم (ع)، قم، ایران. dr.mohammadreza.hosseini@gmail.com

چکیده

هدف پژوهش حاضر بازخوانی انتقادی روش استدلال اخلاقی در جرم‌انگاری رفتارهای جنسی است. به باور پژوهش حاضر، سمت و سوی تحلیل سوژه مذکور، از جهت روش‌شناسی، عام بوده و قابل تبدیل به بحثی در فلسفه حقوق است و بدین وسیله می‌توان آن را به تمام نظام‌های حقوقی، از جمله حقوق اسلامی، سرایت داد. در این راستا، پژوهش حاضر می‌کوشد تا ابتدا با معیار قرار دادن نزاع دولین - هارت و نگرش فایده‌گرا به عنوان ثابت منطقی، با رویکرد روش‌شناختی و بدون ورود به محتوای استدلال، به پیامدهای آن اشاره نماید. این پژوهش، مطالعه بنیادی در فلسفه حقوق کیفری، با بهره‌گیری از روش فیلسوفان تحلیلی است، از این‌رو اولویت جدی خود را به کاوش مفاهیم «گزاره‌ها» اختصاص داده و در مرحله دوم، فکت‌های حقوقی را بررسی کرده است. در نزاع هارت و دولین، برای نخستین بار، به جنبه‌های روش‌شناختی استدلال اخلاقی پرداخته شد. بحث از فضای صرفاً حقوقی خارج شد و در سطح فلسفه حقوق دنبال گردید. نتیجه تفکیک آن شد که اولاً، جایگاه استدلال اخلاقی در نظریه سیاسی لیبرال را مشخص کرد، و ثانیاً محصول آن را در جرم‌انگاری رفتار جنسی عیان ساخت. روش‌شناسی یادشده نشان داد که استدلال اخلاقی از سویی ریشه در نظریه اخلاقی در سطح فلسفه اخلاق و از سوی دیگر، ریشه در نظریه سیاسی دارد. تحولات اخیر هم در سطح نظریه اخلاقی در فلسفه اخلاق، و هم در سطح نظریه سیاسی سبب شد تا روش اقامه استدلال اخلاقی در حقوق کیفری نیز متحول شود و استدلال اخلاقی که تا گذشته از ورود به محتوای اخلاقی اجتناب می‌کرد و اساساً آن را غیرممکن می‌پنداشت، اینک ورود به محتوای اخلاقی را ضروری می‌داند و بر این باور است که جرم‌انگاری جز با این روش راه به جایی نخواهد برد. ثمره تعریف استدلال اخلاقی با رویکرد نوین، سزاگرایی در حوزه مجازات بوده و میان سزاگرایی و استدلال اخلاق به معنای نوین آن ملازمه برقرار است. در این میان، رویکردهای شریعت‌محور مانند فقه نیز با استدلال اخلاقی، قرابت بیشتری را می‌طلبد و می‌توان میان مدل استدلال‌ورزی فقهی و استدلال اخلاقی به روایت نوین آن، گفتگوی عمیق‌تری برقرار ساخت.

کلیدواژه‌ها: فایده‌گرایی، اخلاق انتقادی، همجنس‌گرایی، استدلال اخلاقی، نزاع دولین - هارت، جرم‌انگاری رفتارهای جنسی.

استناد به این مقاله: حسینی، محمد (۱۴۰۲). نزاع دولین - هارت: بازخوانی انتقادی روش استدلال اخلاقی در جرم‌انگاری رفتارهای جنسی. فلسفه حقوق.

(۱۳). ص ۲۷۱-۲۸۷. <https://doi.org/10.22081/PHLQ.2023.74678>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۰۸؛ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱/۱۱/۰۷؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۰۶؛ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۱/۱۲/۰۸

نشر: دانشگاه باقرالعلوم (ع)

نوع مقاله: پژوهشی

© نویسندگان.



۱. مقدمه

نزاع دولین - هارت^۱ از این جهت مهم است که از نیمه قرن بیستم تاکنون، همچنان دفاع از استدلال‌ورزی اخلاقی در جرم‌انگاری برخی رفتارهای جنسی مانند همجنس‌گرایی، نیازمند خوانش نزاع یاد شده است. جرم‌انگاری همجنس‌گرایی و روسپی‌گری^۲ در نیمه قرن بیستم در حقوق انگلستان سبب شد تا ابتدا تبلیغات روسپی‌گری جرم‌انگاری شود، اما همجنس‌گرایی به پیشنهاد کمیته تحقیق به سرپرستی جان ولفندن (Wolfenden, 1957)^۳، جرم‌انگاری نشود.

پیشنهاد ولفندن در بردارنده استدلالی بود که به جهت ماندگاری آن تا زمان معاصر، می‌توان آن را یک استدلال کلاسیک در زمینه جرم‌انگاری رفتارهای جنسی دانست. استدلال یاد شده بیش از آنکه بحثی صرفاً حقوقی باشد، چالشی در سطح فلسفه حقوق و روش‌های استدلال حقوقی بود. ثمره استدلال کمیته تحقیق، نزاع انتقادی دولین - هارت که به (Devlin-Hart Debate) مشهور است، را به دنبال داشت و سوژه مهمی برای فیلسوفان حقوق فراهم آورد (Feinberg, 1986, p.4).^۴ گزارش ولفندن تنها یک پیشنهاد ساده در سطح قانون‌گذاری نبود، بلکه سبب شد تا واکنش جدی در سطح فلسفه حقوق و اصول مربوط به تفسیر قانون رخ دهد (Burt, 2004, p.4).

به باور دولین، گزارش جان ولفندن و سولاتی که او در مورد نسبت اخلاق و قانون، رابطه جرم و گناه، حدود حریم خصوصی و مسائلی از این دست پدید آورد، برای نخستین بار، مفاهیم اساسی و بنیادی قوانین کیفری انگلستان را به سنجه صاحب‌نظران درآورد (Devlin, 1959, p.133). از این‌رو می‌توان گزارش ولفندن و نزاع دولین - هارت را به مثابه «سوژه» در جرم‌انگاری رفتارهای جنسی دانست. دامنه سوژه یاد شده در اندیشه سیاسی نیز تاثیر شگرفی برجای گذاشت و اندیشه سیاسی آنگلوآمریکایی را متأثر نمود^۵ (Miller, 2010, p.1). به تعبیر کوهن، اندیشه سیاسی مدرن غرب که برگرفته از سنت لیبرال است، رابطه نزدیک میان حریم خصوصی و اجرای مسائل اخلاقی را به‌خوبی درک می‌کند. در حقوق انگلو آمریکایی، تعبیر کمیته ولفندن مبنی بر حفظ حریم خصوصی در مورد همجنس‌گرایی و روسپی‌گری،

1. Devlin-Hart

۲. در اینجا همجنس‌گرایی و روسپی‌گری به عنوان یک مد رفتاری مد نظر است، نه مفهوم سنتی آن. بنابراین، نباید میان مفهوم همجنس‌گرایی با مفهوم همجنس‌بازی به معنای رابطه جنسی مشخص میان دو فرد هم‌جنس، خلط کرد.

۳. ولفندن دانش آموخته آکسفورد، و مسئول پروژه تحقیقاتی در مورد اصلاح قانون کیفری مصوب ۱۸۸۵ انگلستان بود.

۴. بیشتر فیلسوفان حقوق کیفری در مورد نزاع دولین - هارت، اتخاذ موضع کردند. رک:

Dworkin, R.M. (1966). *Lord Devlin and the Enforcement of Morals*, Faculty Scholarship Series, Paper 3611.

۵. گفتگوی دو اندیشمند محافظه‌کار لیبرال آمریکایی، مایکل اوکاشوت و راسل کرک گویای این ادعا می‌باشد (Miller, 2010, p.6).

لحاظ شده است (Cohen, 1994, p.218-219). نکات یاد شده نشان می‌دهد که هنوز هر استدلالی در زمینه جرم‌انگاری رفتارهای جنسی، نیازمند تحلیل سوژه یادشده است.

به باور پژوهش حاضر، سمت و سوی تحلیل سوژه مذکور، از جهت روش‌شناسی، عام بوده و قابل تبدیل به بحثی در فلسفه حقوق است و بدین وسیله می‌توان آن را به تمام نظام‌های حقوقی، از جمله حقوق اسلامی، سرایت داد. ماهیت این بحث در حقوق انگلستان ابتدا به صورت هنجاری آغاز شد و در نهایت، کاربرد آن در صدور حکم مجلس لردها، به عدم جرم‌انگاری همجنس‌گرایی ختم شد. در این راستا، پژوهش حاضر می‌کوشد تا ابتدا با معیار قرار دادن نزاع دولین- هارت و نگرش فایده‌گرا به عنوان ثابت منطقی، با رویکرد روش‌شناختی و بدون ورود به محتوای استدلال، به پیامدهای آن اشاره نماید. این پژوهش، مطالعه بنیادی در فلسفه حقوق کیفری، با بهره‌گیری از روش فیلسوفان تحلیلی است، از این‌رو اولویت جدی خود را به کاوش مفاهیم «گزاره‌ها» اختصاص داده و در مرحله دوم، فکت‌های حقوقی را بررسی خواهد کرد.

۲. بررسی مبنای فایده‌گرایی دولین- هارت در جرم‌انگاری رفتارهای جنسی

ادعا آن است که سوژه رفتارهای جنسی در نیمه قرن بیستم با نگرش فایده‌گرا و مبتنی بر «اصل ضرر» ارزیابی شده است. سوال این است که چگونه می‌توان روش حاکم بر استدلال فایده‌گرا در جرم‌انگاری را توضیح داد؟ ابتدا لازم است تا با تکیه بر فکت حقوقی، ریشه استدلال را توضیح داد.

۲-۱. عناصر دلیل فایده‌گرا، و نسبت‌سنجی آن با اصل ضرر استوارت میل

استدلال کمیته ویژه مجلس لردهای انگلستان در سال ۱۹۵۷م. و تصویب آن در مجلس را می‌توان یک فکت حقوقی به حساب آورد که مباحث هنجاری استوارت میل را به عرصه کارکرد وارد کرد. برخی مخاطب انتقادات دولین از ولفندن را مستقیماً متوجه استوارت میل می‌دانند (موراوتز، ۱۳۸۷، ص ۱۴۹)، اما برخی دیگر ریشه گزارش ولفندن را در اندیشه بنتام می‌جویند (Hughes, 1962, p.662). در هر حال استدلال ولفندن تناظر عمیقی با مبنای «اصل ضرر» استوارت میل دارد. میل با تمایز میان گناه و جرم، مداخله کیفری را تنها در صورتی موجه^۱ می‌داند که مانع بروز ضرر شخصی به دیگری شود،^۲ و ولفندن

1. Justified

۲. تناظر استدلال ولفندن از جهت محتوا، منطبق بر نزاع استوارت میل، و فیتس جیمز استفان است. ولفندن فقراتی از استدلال‌های میل در کتاب «درباره آزادی» را بازخوانی کرد. نقطه محوری در تمام منازعات یاد شده، استفاده از «اصل ضرر» برای جرم‌انگاری رفتارهای جنسی است و حتی اخلاق‌گرایان موافق جرم‌انگاری همجنس‌گرایی نیز درون پارادایم اصل ضرر، از اخلاق حمایت کردند. میل با تمایز میان رفتارهای ضررآفرین به منافع دیگران، و رفتارهای متعارف، مداخله کیفری را جز در موردی که شخصی به منافع دیگران ضرر رساند، موجه ندانست. در مقابل میل، فیتس جیمز

نیز همین استدلال را در گزارش خود انعکاس داد (Wolfendeo, 1957, para 257). وی در مورد جرائم روسپی‌گری^۱ و همجنس‌گرایی^۲، از موضعی حمایت می‌کرد که براساس آن، جرم‌انگاری رفتارهای همجنس‌گرا در میان افراد بالغ که با رضایت آنان صورت می‌گرفت، برطرف شود و همجنس‌گرایی افراد مذکور، قانونی قلمداد گردد (Ibid, para 62). کمیته مذکور پس از انجام تحقیقات لازم اعلام کرد که: حقوق کیفری نباید در حریم خصوصی دخالت نماید (Wolfenden, 1957, para 227)، با این قید که هم‌جنس‌گرایی و روسپی‌گری، مادامی که در خلوت صورت پذیرد و افساد عمومی^۳ را به دنبال نداشته باشد و منجر به بهره‌کشی نشود، بدون اشکال است (Wolfenden, 1957, para 13). نتیجه استدلال یاد شده آن بود که حوزه‌ای از رفتارهای اخلاقی و غیراخلاقی وجود دارد که ارتباطی با حقوق ندارد (همان). نتیجه آنکه، مستند قانونی شدن همجنس‌گرایی، ایده «تفکیک اخلاق از حقوق» است (Devlin, 1959, p.131).^۴ پیشنهاد یاد شده متضمن این نکته بود که جامعه و حقوق باید به انتخاب آزادی و عمل افراد در مسائل مربوط به اخلاق خصوصی، احترام بگذارد (Devlin, 1959, p.136).

۲-۲. پیامد حقوقی استدلال فایده‌گرا در جرم‌انگاری رفتار جنسی

اگر فایده‌گرایی شرط لازم و کافی هر استدلال برای جرم‌انگاری رفتار جنسی در نظر گرفته شود، پیامد آن

استفان با پذیرش کبرای اصل فایده در جرم‌انگاری، ادعا داشت که جامعه برای حفظ سلامتی، به اخلاق نیاز دارد و جرم‌انگاری باید با صیانت از اصول اخلاقی صورت گیرد. نزاع میل و استفان از دیدگاه متفاوت آن دو در زمینه کاربرد فایده‌گرایی نشأت می‌گرفت (موراوتز، ۱۳۸۷، ص ۱۵۵). میل بر این باور بود که در جامعه مدرن، نباید آزادی را با منافع عمومی مقایسه کرد (Mill, b2009, p. 35)، و نیز نمی‌توان آزادی را نوعی سود پنداشت که به صورت موردی قابل تعدیل باشد. آزادی ارزش ابزاری دارد و برای جامعه به عنوان یک کل، و برای هر یک از افراد، دارای ارزش است (Mill, 2009a, p.95). استفان برخلاف میل، آزادی را نوعی فایده تلقی کرد و باور داشت که می‌توان به صورت موردی، آن را تعدیل کرد. بنابراین، مداخله کیفری نیز در کنار دیگر انواع ضرر، دیده می‌شود، نه به‌عنوان ضرر به آزادی. یکی از راه‌های اثبات این تفاوت، آن است که حق خاصی برای احترام به نفس وجود دارد که شرط پیشین دریافت‌کننده و منتقل‌کننده فایده و ضرر است (موراوتز، ۱۳۸۷، ص ۱۵۵). استفان براساس تلقی خاص خود از فایده‌گرایی، باور داشت که همواره باید میزان فایده و ضرر را در مقام عمل سنجید. بنابراین، اگر ضرر رفتاری که جرم‌انگاری می‌شود از فایده آن بیشتر باشد، در این صورت نمی‌توان جرم‌انگاری رفتار خاصی را موجه دانست (Stephen, 1874, p.50).

1. Prostitution
2. Homosexual
3. Public Indecency

۴. دولین با استناد به بند ۲۵۷ گزارش ولفندن، نتیجه می‌گیرد که در این گزارش، میان جرم و گناه، قانون الهی و سکولار «حکم شرعی و عرف»، اخلاق و امور کیفری، تفکیک جدی صورت گرفته است. در این گزارش، هیچ‌گونه حمایتی از قانون، اخلاق یا امور کیفری به چشم نمی‌خورد.

در تبیین قاعده حقوقی نمایان می‌شود. به عبارت دیگر، اصل ضرر به قاعده حقوقی مبدل خواهد شد و اخلاق، کاربرد شکلی یافته و به مفهوم ضرر تحویل می‌رود. بنابراین، اصل ضرر، شرط لازم هر استدلال اخلاقی در زمینه جرم‌انگاری خواهد بود. در مقابل روش یاد شده، نگرش رقیب آن است که استدلال اخلاقی، کاربرد شکلی نداشته و به اصل ضرر تحویل نمی‌رود، بلکه اخلاق، هنجاری است که از اصل پیشین، پیروی می‌کند. بر این اساس، ریشه قاعده حقوقی جرم‌انگار، در اصل پیشین است و مبتنی بر سنجش میزان ضرر نخواهد بود. تفکیک یاد شده از ناحیه روش، استدلال حقوقی جرم‌انگار را دچار تحول ماهوی می‌کند. توضیح بیشتر این مطلب، نخستین بار در تحلیل استدلال دولین-هارت مورد اشاره قرار گرفت. از این رو لازم است تا استدلال هر دو طرف مورد کاوش قرار گیرد.

۲-۱. مبانی جرم‌انگاری همجنس‌گرایی در استدلال دولین

الف. حمایت از اخلاق متعارف جامعه

ادعای دولین آن است که تفکیک اخلاق از قانون، منجر به نابودی یکی از آن دو می‌شود و قانون با نبود اخلاق نمی‌تواند قانون باشد^۱ (Devlin, 1959, p.140-141). به طور عمده، کسانی که با الزام اخلاقی در حقوق مخالف هستند، به سه گروه تقسیم می‌شوند:

- ۱) کسانی که ارزش اخلاقی را نمی‌پذیرند، مانند شک‌گرایان اخلاقی که معتقدند انسان نمی‌تواند ارزش اخلاقی را شناسایی کند؛ یا نسبی‌گرایان اخلاقی که اساساً منکر وجود ارزش مطلق اخلاقی هستند.
- ۲) پیروان ادیان که معتقدند الزام اخلاق توسط قانون، منجر به صدمه به اخلاق و دین می‌شود.
- ۳) لیبرال‌هایی که معتقدند، آزادی بر اخلاق مقدم است و الزام اخلاقی نباید منجر به محدودیت آزادی شود (Ibid, p.131-132).

دولین از میان موارد فوق، گروه سوم را رقیب خود می‌داند. روش استدلالی دولین، از این پرسش آغاز می‌شود که آیا دولت حق دارد حکم الزامی اخلاقی برای تمام افرادش بدهد؟^۲ پاسخ وی مثبت است (Ibid, p.141)؛ زیرا به باور وی، جامعه دارای اخلاق عمومی^۳ است و جامعه تنها با ایده سیاسی^۴ شکل

۱. باید این نکته را در نظر داشت که مراد از قانون در اینجا، حاکمیت قانون است، نه قانون موضوعه. بنابراین، در سرتاسر نزاع دولین هارت، هنگامی که سخن از حمایت قانونی از اخلاق به میان می‌آید، به طور خاص ناظر به مداخله دولت است (Burt, 2004, p.5).

۲. دولین این پرسش را فرع بر این سوال مطرح کرده است که آیا اصولی وجود دارد تا تعیین کند کدام قسمت از قوانین اخلاقی، قابلیت کفیری دارد؟ (Devlin, 1959, p.129).

3. Public morality

در جای دیگر از تعبیر Common Morality نیز استفاده شده است (Ibid, p.138).

4. Political Ideas

نمی‌گیرد، بلکه وفاق اخلاقی «توافق در بایدها و نرم‌های اخلاقی» نیز ستون دوم قوام جامعه است (Ibid, p.136-138). مراد از قید «عمومی بودن اخلاق» آن است که مردم عموماً به یک باور اخلاقی معتقد باشند، به‌گونه‌ای که اگر آن باور اخلاقی نقض شد، مردم به گونه‌ای به نقض اخلاق واکنش نشان دهند که با سه ویژگی «عدم تسامح، خشم و تنفر»^۱ قابل شناسایی باشد (Ibid, p.143).

دولین برای توضیح وفاق اخلاقی بیان می‌کند که در کشور انگلستان، ازدواج پیرو قانون مسیحی رایج است، و اگر یک غیرمسیحی بخواهد در این کشور زندگی کند، ناگزیر است تا به قانون ازدواج مسیحی تن دهد؛ زیرا این قانون، صرف یک باور مسیحی نیست، بلکه هنجاری است که جامعه آن را پذیرفته است (Ibid, p.137). جامعه را امور محسوس و مادی حفظ نمی‌کند، بلکه اخلاق رایج جامعه است که با ایجاد محدودیت‌هایی، به صورت ناپیدا و نامحسوس، جامعه را قوام می‌بخشد (Feinberg, 1986, p.91) و اگر چنین امور نامحسوسی، متلاشی شود، جامعه نیز دچار فروپاشی می‌شود (Devlin, 1959, p.138).

بنابراین، به همان اندازه که اقدام علیه وفاق سیاسی خطرناک است و جرم تلقی می‌شود، اقدام علیه وفاق اخلاقی نیز خطرناک است، و همان‌گونه که اقدام علیه وفاق سیاسی خیانت تلقی می‌شود، باید اقدام غیراخلاقی نیز خیانت تلقی شود (Ibid, p.141). دولین توضیح می‌دهد که در قوانین کیفری پذیرفته شده، برخی اقدامات از باب رفتار علیه شخص خاصی جرم‌انگاری نشده، بلکه برخی رفتارها به دلیل آسیب و ضرر برای جامعه به عنوان یک کل، جرم‌انگاری می‌شود (Ibid, p.134-135).

ب. اخلاق مشترک به مثابه احساس مشترک

مراد دولین از اخلاق مشترک، «احساس انزجار عمومی» است. انزجار عمومی نه به معنای نظر اکثریت افراد جامعه است؛ زیرا در زمان دولین، اکثریت جامعه، همجنس‌گرایی را پذیرفته‌اند؛ و نه به معنای اعتقادات و باورهای اکثریت افراد جامعه. هر رفتاری که حس انزجار عمومی جامعه را برانگیزاند، غیراخلاقی است. دو ملاک برای تشخیص حس انزجار عمومی وجود دارد:

(۱) **مرد معقول.** اخلاق عمومی در مرد معقول^۲ تجلی کرده و همو مرجع شناسایی احساس انزجار عمومی است (Ibid, p.141-142). او مرد معقول را به مسافر اتوبوس کالقام تشبیه می‌کند و این تعبیر کنایه از مرد متعارفی است که در بطن جامعه زندگی می‌کند (Ibid)^۳.

(۲) **شهود اخلاقی.** مراد از شهود اخلاقی، قدرت وجود یک حس مشترک در پس قضاوت‌های جامعه

1. Intolerance, Indignation & Disgust

2. Reasonable Man

۳. برخی بر این باورند که استوارت میل، بنیاد علمی پدیداری به نام «جامعه» را به روانشناسی فروکاسته است (Welty, 1986, p.321). بر این اساس، دولین می‌کوشد تا با اصطلاح «مرد معقول» از واحدی به نام جامعه دفاع نماید.

است که از نیروی عقلانی جامعه نشأت نگرفته است. به عنوان مثال، نوعی انزجار عمومی از همجنس‌گرایی^۱ در جامعه وجود دارد. دولین می‌پرسد که آیا وجود همجنس‌گرایی در جامعه، با حس آرامش همراه است؟ یا اینکه ما آن را به عنوان یک رفتار ناپسند شرم‌آور، و تنها از باب یک آسیب می‌نگریم؟ اگر احساس واقعی جامعه‌ای که در آن زندگی می‌کنیم، آن باشد که همجنس‌گرایی تفرآمیز است، من نمی‌توانم درک کنم که چرا جامعه حق جلوگیری از بروز چنین رفتاری را ندارد؟ (Ibid, p.143-144).

ج. استفاده از روش فایده‌گرا در استدلال اخلاقی

دولین بر این باور است که اصل بر عدم مداخله کیفری در رفتار شهروندان است (Ibid, p.139). او تصریح می‌کند که هر مداخله کیفری، ابتدا نیازمند آن است تا نفع آن سنجیده شود. بنابراین، مداخله کیفری در اخلاقیات با الزام قانونی، فرع بر احراز نفع آن است. (Ibid, p.143) اما باید توجه کرد که حمایت صرف از هنجارهای اخلاقی جامعه، نباید مدنظر قانون‌گذار باشد، بلکه حمایت از اخلاقی که ساختار جامعه را تهدید می‌کند، باید مدنظر جرم‌انگار قرار گیرد (Ibid, p.139). دولین توجه دارد که هر رفتار غیراخلاقی، حس عمومی جامعه را متأثر نمی‌کند و از این جهت تلازمی برقرار نکرده است (Ibid, p.137). سوال دیگر دولین، در معیارسنجی استفاده از الزام قانونی است. او در پاسخ به این پرسش، کاملاً فایده‌گرایانه استدلال کرده و قضاوت جمعی را معیار و فایده الزام قانونی می‌پندارد. صرف کراهت شخصی افراد، ملاک فایده نیست (Ibid, p.138-139). بر این اساس، فایده یا ضرر شخصی نمی‌تواند تجلی اخلاق مشترک باشد، همان‌گونه که استدلال عقلی نیز نمی‌تواند ملاک فایده یا ضرر قرار گیرد. بنابراین، قضاوت جمعی صلاحیت دارد تا حس انزجار عمومی را نشان دهد (Ibid).

۲-۲-۲. مبانی عدم جرم‌انگاری همجنس‌گرایی در استدلال هارت

الف) تبیین حوزه‌های مختلف اخلاق در تقابل با حقوق کیفری

هارت سه مبنا، برای حمایت کیفری از اخلاق بیان می‌کند:

(۱) نگرش رادیکال اخلاقی، یا حفظ نظام اخلاقی به دلیل حفظ محتوای اخلاقی: منظور از محتوای نظام اخلاقی، ارزش‌های نیکویی همچون آزادی شخصی، امنیت زندگی و... است و چنین محتوایی، موجه‌کننده نظام اخلاقی خواهد بود (Hart, 1968, p.49,66,70).

(۲) اخلاق‌گرایی معتدل: بر این اساس، حفظ منش اخلاقی ملاک الزام است، نه محتوای گزاره

۱. تاکید دولین بر خصوص همجنس‌گرایی مردان است. او تصریح می‌کند که زنا (Fornication)، زنا محصنه (Adultery)، و حتی روسپی‌گری (Prostitution) جرم کیفری نیست، درحالی‌که همجنس‌گرایی میان مردان (Homosexuality)، جرم کیفری است (Devlin, 1959, p.129).

اخلاقی. حفظ منش اخلاقی سبب تعریف «بایدهایی» برای افراد جامعه است و همین بایدها، بلوغ فکری جامعه را تضمین می‌کند (Ibid, p.48-49).

۳) **اخلاق به مثابه رفتار محافظه‌کار:** مراد از محافظه‌کاری، حفظ وضع اخلاقی فعلی جامعه است.^۱ این نظر به ادمون برک^۲ و هگل^۳ منسوب است (Ibid, p.74).^۴

هارت از مقدمات مذکور نتیجه می‌گیرد که اخلاق‌گرایان هرچند در مقام هنجار، اعتدال‌گرا باشند، اما تعیین مصداق امور اخلاقی، آنان را به موضع رادیکال می‌کشاند (Ibid, p.50-52). بر این اساس، مفهوم «الزام» در استدلال اخلاق‌گرایی همچون دولین، ناشی از دو ابهام است:

۱) **ابهام از ناحیه تلازم میان اخلاق جامعه و حقوق:** این تلازم در استدلال دولین مبهم است و می‌توان آن را به دو صورت توضیح داد: صورت نخست آنکه، «حفظ اخلاق موجود»، پدیده‌ای متمایز از اخلاق است. صورت دوم آنکه استمرار وجود جامعه عین اخلاق است (Ibid, p.54-55). اگر مراد دولین صورت نخست باشد، در این صورت او بر مبنای فایده‌گرایی سخن گفته است، اما استنادی به واقعیت ندارد. اگر مراد دولین صورت دوم باشد، او در دام نظریه اخلاق‌گرایی رادیکال گرفتار شده است (Ibid, p.55).

۲) **ابهام از ناحیه گونه الزام اخلاقی:** آیا گونه الزام، اجبار^۵ به معنای تهدید است، یا الزام به معنای تحمیل واقعی مجازات^۶؟^۷ و اگر پاسخ اجبار باشد، اجبار چگونه با اخلاقیات سازگار است؟

ب) ضرورت روش‌شناختی تفکیک اخلاق از حقوق

با عنایت به بند «الف»، روش استدلال هارت مستقیماً متمرکز بر نسبت حقوق کیفری با اخلاق است. مسئله هارت با چند سوال اساسی آغاز می‌شود. انگیزه وی آن است تا نشان دهد که نسبت حقوق و اخلاق تنها در قالب یک سوال نمی‌گنجد (Hart, 1968, p. 1). هارت می‌پرسد که آیا همپوشانی حقوق و اخلاق اتفاقی است، یا با قید ضرورت تعریف قانون با ارجاع به اخلاق صورت می‌گیرد؟ (Ibid, p.2). به باور هارت، نزاع تاریخی حقوق طبیعی و اثبات‌گرایان، سبب شده تا پاسخ روشنی به این سوال داده نشود (Ibid, p.2-3). سوال بعد آن است که آیا می‌توان قانون را نقد اخلاقی کرد؟ به تعبیر دیگر، آیا پذیرش قاعده معتبر حقوقی، مانع از آن می‌شود تا آن قاعده توسط استانداردهای اخلاقی نقد نشود؟ (Ibid, p.3). هارت

۱. توضیح این نظریه در تعبیر برک، مبتنی بر استدلال تکامل‌گرا و براساس دو اصطلاح «Wisdom of the ages» و «Finger of providence» است (Hart, 1968, p.74).

2. Edmund Burke

3. G.W.F. Hegel

۴. می‌توان سنت‌گراها را از این دسته برشمرد. آنان معتقدند سنت جامعه به خودی خود، واجد عقلانیت است. رک: مقاله: پیامدگرایی، دیوید مکتاوتون، در: مجموعه مقالات فلسفه اخلاق.

5. Enforcement as Coercion

6. Enforcement as Punishment

اشاره می‌کند که کلسن این سوال را خودشکن و دارای تناقض می‌داند، اما خود توضیح می‌دهد که امکان نقد اخلاقی قانون وجود دارد. سوال آخر و مهم‌ترین سوال، با عنایت به پرسش‌های پیشین، از الزام اخلاقیات توسط قانون می‌پرسد (Ibid, p.4). اگر اخلاق، حاکم بر قانون فرض شود، و اگر پذیرفته شود که الزام قانونی اخلاق، موجه است، باید مراقب بود که میان پاسخ به دو سوال آخر هیچ تلازمی برقرار نیست و نمی‌توان از یکی، دیگری را نتیجه گرفت. دقت در این مطلب، اساس استدلال و نگرش هارت را تشکیل می‌دهد.

هارت، حکم مجلس به پرونده روسپی‌گری (Ibid, p.7) را به چالش می‌کشد و ملاک جرم‌انگاری آن را مبهم^۲ می‌داند (Ibid). به باور او، اگر ملاکی همچون «توطئه برای افساد اخلاق عمومی»،^۳ جرم‌انگاری را موجه نماید، در این صورت ارزش‌های دیگری مانند اصل قانونی بودن جرم،^۴ نادیده گرفته می‌شود (Ibid, p.12). علاوه بر آنکه اساساً دخالت در آزادی فردی اشخاص، بویژه در رفتارهای جنسی، نیازمند موجه‌سازی است؛ زیرا از سویی ارزش ذاتی رفتار آزاد را از بین برده، و فرصت تجربه را از افراد سلب می‌کند، و از سوی دیگر منجر به سرکوب امیال جنسی می‌شود (Ibid, p.21-22).

به باور هارت، بخش زیادی از استدلال‌های دولین، به لحاظ روش، فکت‌محور است (Ibid, p.18-27) و ماهیت هنجاری ندارد. دولین با استناد به قوانین جرائم بزه‌دیده، قتل از روی ترحم،^۵ اقدام به خودکشی بدون ضرر به غیر،^۶ هم‌کشی «قرارداد دو نفر برای قتل یکدیگر»،^۷ سقط جنین،^۸ زنا با محارم،^۹ و دونل،^{۱۰} درصد اثبات آن است که جرایم یاد شده، فساد^{۱۱} و بهره‌کشی از دیگری^{۱۲} را به دنبال نداشته، از این‌رو تنها با مبنای اخلاق‌گرایی، جرم‌انگاری شده، و نه اصل ضرر (Devlin, 1959, p.134-135).^{۱۳}

1. Shaw V. Director of Public Prosecutions

۲. این ابهام می‌تواند منجر به تفسیر موسع و خطرناک از قانون شود (Hart, 1968, p.10-11).

3. Conspiracy to corrupt public morals

4. Principle of legality which requires criminal

5. Eutanasia

6. Suicide

7. Suicide pacts

8. Abortion

9. Incest between brother and sister

10. Duelling

11. Corruption

12. Exploitation of others

۱۳. هارت توضیح می‌دهد که متناسب با نظام حقوقی کامن‌لا، احتمالاً منظور دولین آن باشد که جرایم یاد شده، ابتدا

مبدل به سوژه اخلاقی، و سپس عرف شده و هنجار اخلاقی یافته، و در نهایت از باب سوژه اخلاقی، جرم‌انگاری شده

است (Ibid, p.18-19). بنابراین، وقتی جرم قانونی شد، پشتوانه آن مطالبه جامعه است.

ج) تبیین ماهیت الزام در حوزه فرائیخلاق

مهم‌ترین مسئله هارت در نقد دولین و استدلال اخلاق‌گرایان، به تفاوت اخلاق متعارف و اخلاق انتقادی بازمی‌گردد. مسئله از اینجا آغاز می‌شود که چرا باید اخلاق متعارف، الزام‌آور باشد؟ (Hart, 1968, p.18-19). پاسخ این سوال، معیار الزام اخلاقی را تبیین می‌کند.

به باور هارت، اخلاق مشترک، صرف توصیف است و نمی‌تواند منشأ تجویز باشد. بنابراین، نیاز است تا از اخلاق مشترک عبور کرد و در فضای اخلاق انتقادی بدنبال تجویز بود. اخلاق انتقادی^۱ معادل اصول کلی اخلاق^۲ است. اصول کلی اخلاق، به حوزه فرائیخلاق تعلق دارد و نقد نهاد اجتماعی موجود،^۳ و نیز نقد اخلاق متعارف در حیطه فرائیخلاق است (Ibid, p.20).^۴ اخلاق انتقادی یا اخلاق نرماتیو از (باید، نرم و تجویز) سخن می‌گوید، اما اخلاق متعارف، فکت‌محور است و «هست» را توصیف می‌کند (Ibid, p.18). اخلاق متعارف به خودی خود متعارف نیست و مبنای الزام ندارد، بلکه مبنای الزام خود را وامدار «فرائیخلاق» است (Ibid, p.20). به عبارت دیگر، هارت توضیح می‌دهد که منتقدان میل، به مغالطه استدلال «باید» از «هست» مبتلاء هستند (Ibid, p.27-28).^۵ به باور هارت، منتقدان میل - آنگونه که مدافعان ادعا دارند - گرفتار مغالطه استدلال از «هست» به «باید» نشدند، بلکه منتقدانی همچون استفان (Stephen, 1874, p.162-163) و دولین، به دنبال آن بودند تا نشان دهند که قوانین موجود براساس اصل ضرر، جرم‌انگاری شده است (Hart, 1968, p.28) و همین نکته تأیید می‌کند که رفتارهای غیراخلاقی، دارای ضرر است، در نتیجه میل نیز باید بپذیرد که رفتارهای غیراخلاقی، جرم است.

د) تبیین روش‌شناختی محل نزاع در استدلال اخلاقی

هارت با ارائه دو روایت از استدلال دولین، به خوبی به تمایز دوروش از استدلال یاد شده اشاره می‌کند. صورت نخست آن است که اصل ضرر به تنهایی شرط کافی برای جرم‌انگاری نیست (Ibid, p.48) بنابراین، اخلاق به دلیل فایده و ضرر مترتب بر آن، صلاحیت دارد تا دلیل کافی برای جرم‌انگاری باشد. صورت دوم آنکه، الزام اخلاقی به خودی خود یک ارزش است و شرط لازم و کافی

1. Positive and Critical Morality

2. General Moral Principeles

3. Actual society institution

۴. هارت در حقیقت میان اخلاق ایجابی «Positive Morality» و اخلاق انتقادی «Critical Morality» تمایز گذاشته است (موراوتز، ۱۳۸۷، ص ۱۶۸).

۵. هارت پیش از این گفته بود که سخنان منتقدان میل، دچار ابهام است، اما آنان با استناد به واقعیات اجتماعی «در جرایم مربوط به رفتارهای غیراخلاقی»، به دنبال اثبات مدعای خود نیستند، بلکه تلاش می‌کنند تا با اخلاق‌گرایی، فرایند موجه‌سازی را نشان دهند (Hart, 1968, p.18).

برای جرم‌انگاری است. بنابراین، راهی هست تا استدلال اخلاقی را بدون ارجاع به کلیت اصل ضرر، تقریر نمود (Ibid, p.49). هارت سپس نتیجه می‌گیرد که صورت اخیر، از دو جهت قابل نقد است. نخست آنکه، ماهیت «الزام ماهوی اخلاق»، مبهم است (Ibid) و منشأ ابهام یاد شده، تنها در حوزه اخلاق انتقادی «فرااخلاق» قابل بحث است. دوم آنکه، صورت اخیر نیز در حقیقت به سوال از اصل ضرر و فایده بازمی‌گردد (Ibid). بنابراین، استدلال اخلاقی، همچنان به عنوان تابعی از فایده‌گرایی دیده می‌شود.

۳. دیدگاه برگزیده این پژوهش در بازخوانی استدلال اخلاقی در حقوق کیفری

به باور پژوهش حاضر، استدلال هارت از آن جهت که با نگرش اثبات‌گرایانه مطرح شده، واجد دو ویژگی مهم است:

نخست: استدلال اخلاقی آنگونه که مدعیانش مانند دولین مطرح می‌کنند، مربوط به «هست‌ها» است. به عبارت دیگر، دولن و اسلاف او، به آنچه در جامعه «هست»، استناد می‌کنند و می‌کوشند از این «هست‌ها»، بایندی (در اینجا ضرورت جرم‌انگاری رفتار جنسی) استخراج کنند و این باید را با ابزار قانونی الزام‌آور نمایند.

دوم: اخلاق آنگاه که مربوط به محتوای رفتار باشد (به عنوان مثال: آیا همجنس‌گرایی اخلاقی است؟)، حوزه‌ای مستقل و متمایز از حقوق است و در قلمرو امور شخصی جای سپاری می‌شود؛ از این‌رو نمی‌توان رفتاری را صرفاً بدلیل اخلاقی بودن یا اخلاقی نبودن، جرم‌انگاری کرد. به باور هارت، اخلاق به معنای یاد شده، معیار مشخصی برای سنجش ندارد و نمی‌تواند ملاکی برای اعمال محدودیت قانونی باشد. در نتیجه، هارت می‌کوشد با عنایت به دو ویژگی یاد شده، مفهوم «اخلاق انتقادی» را مطرح کند و این مفهوم را جایگزین اخلاق کاربردی قرار دهد.

فرآورده پژوهش حاضر آن است که دیدگاه هارت را باید در دو نکته دسته‌بندی کرد:

نکته نخست: دو ویژگی یاد شده حاکی از دو جنس استدلال نیست، بلکه به یک مسأله ارجاع می‌شود، در حالی که هارت اصرار دارد میان این دو ویژگی، تمایز قائل شود.

نکته دوم: مفهوم اخلاق انتقادی در نهایت به اخلاق فایده‌گرا ارجاع می‌شود و اگر استدلال اخلاقی هارت بر این مبنا صورت بگیرد، مستلزم مغالطه مصادره استدلال اخلاقی به مطلوب است. توضیح بیشتر دو نکته یاد شده به شرح ذیل است:

۳-۱. فروکاستن استدلال اخلاقی به استدلال فایده‌گرایانه

توضیح این مسأله ضروری است که روش استدلال اخلاقی از منظر دولین و هارت، مبتنی بر رویکرد فایده‌گرا است. الگوی شکلی استدلال دولین اینگونه است:

رفتار x (در اینجا همجنس‌گرایی) برخلاف اخلاق عمومی جامعه است. هر رفتاری که برخلاف اخلاق عمومی جامعه باشد، باید جرم‌انگاری شود. در نتیجه رفتار x باید جرم‌انگاری شود.

عمده نقد شکلی هارت به استدلال بالا آن است که میان رفتار x و اخلاق عمومی جامعه، استلزامی برقرار نیست. اما از منظر ماهوی، صغرای استدلال بالا، مبتنی بر گزاره ذیل است: شرط لازم و کافی برای استدلال اخلاقی نسبت به هر رفتاری، بر سنجش میزان فایده و ضرر اخلاقی آن رفتار استوار است.

نقد اساسی آن است که استناد به استدلال اخلاقی با منطق فایده‌گرایانه، فروکاستن استدلال اخلاقی به «روش‌شناسی» است. به عبارت دیگر، منطق فایده‌گرایانه، هر استدلال اخلاقی را از منظر ماهوی تهی کرده و شأن آن را در حد استدلال شکلی فرومی‌کاهد.

مطابق گزارش ولفندن، استدلال‌های فایده‌گرایانه از اخلاق، نمی‌تواند همجنس‌گرایی را از آن جهت که همجنس‌گرایی است، مورد قضاوت اخلاقی قرار دهد، بلکه برای قضاوت مذکور نیاز است تا شرایط جامعه و نظم سیاسی را نگرست و چنانچه اکثریت جامعه (یا سیاست‌گذاران)، خواهان عدم جرم‌انگاری همجنس‌گرایی باشند، همجنس‌گرایی، جرم‌انگاری نخواهد شد. در این وضعیت، اساساً استدلال اخلاقی هیچ‌گاه از محتوای مستقلی برخوردار نیست و نسبت به رفتار انسان، در حالت خنثی قرار می‌گیرد و همواره به‌مثابه «روش» خواهد بود.

آنچه دیدگاه یادشده را تأیید می‌کند، آن است که پس از نزاع دولین- هارت در نیمه قرن بیستم، مشابه این نزاع در مسأله جرم‌انگاری «سقط جنین» نیز تکرار شد. سندل (۱۳۷۴)، استدلال اخلاقی را در قالب دو دسته جای داد:

(۱) نظریه پیچیده^۱ اخلاقی

(۲) نظریه ساده^۲ اخلاقی (Sandel, 1989, p.521؛ Moor, 1989, p.541)

وی سپس توضیح می‌دهد که استدلال اخلاقی براساس منطق فایده‌گرایانه، همان نظریه پیچیده اخلاقی است و مطابق آن، سقط جنین فی‌نفسه یک موضوع خنثی اخلاقی در نظر گرفته می‌شود. بنابراین، قضاوت در مورد این مسأله را باید به نظریه سیاسی ارجاع داد؛ بر این اساس، اگر نظریه سیاسی، طرفدار انعکاس نظرات اکثریت باشد، قضاوت اخلاقی در مورد سقط جنین، موکول به نظر اکثریت جامعه می‌شود (Moor, 1989, p.II).

1. Sophisticated
2. Naïve

۳-۲. استدلال اخلاقی به معنای ورود به محتوای اخلاقی

استدلال اخلاقی از آغاز نزاع دامنه‌دار میل - استفان تا نیمه قرن بیستم که منجر به نزاع دولین-هارت شد، حتی از سوی مدافعان اخلاق‌گرایی همچون استفان و دولین، از ورود حقوق کیفری به محتوای اخلاقی اجتناب می‌کرد. نقد دوم پژوهش حاضر آن است که استدلال اخلاقی،^۱ ناگزیر از ورود به محتوای اخلاقی بوده و حقوق کیفری موظف است تا با تحلیل محتوای اخلاقی، جرم‌انگاری را موجه سازد. بر این اساس، هر خطاکاری اخلاقی، دلیل مناسبی برای جرم‌انگاری خواهد بود.

توجه به این نکته لازم است که فرآیند موجه‌سازی جرم‌انگاری براساس استدلال اخلاقی، الزاماً باید در روند موجه‌سازی براساس پیش‌فرض‌های بنیادی حقوق باشد. پیش‌فرض‌های بنیادی به شرح ذیل است:

الف: احترام به آزادی‌های بنیادی^۲ مانند حق برخورداری از دادرسی عادلانه،

ب: جلوگیری از تورم کیفری در حوزه جرم‌انگاری.

توضیح بیشتر آنکه، استدلال اخلاقی نباید حوزه جرم‌انگاری را فربه و متورم کند (Ibid)؛ زیرا در این صورت، ضمانت اجرای قانون دچار اختلال خواهد شد. دیدگاه اخلاقی در ذات خود، حساب صعوبت برخی جرم‌انگاری‌ها را کرده و مانع تورم کیفری می‌شود. به عنوان مثال، هزینه - اخلاقی، و نه هزینه مادی - اثبات برخی جرائم مانند رفتارهای منافی عفت که در خلوت صورت می‌گیرد، زیاد است؛ از این رو نباید آنها را جرم‌انگاری کرد، یا اینکه جرم‌انگاری برخی رفتارها مثل عموم رفتارهای جنسی، مستلزم نقض حریم خصوصی افراد است، از این رو نباید رفتارهای یاد شده را جرم‌انگاری کرد (Ibid).

ج: تواضع معرفت‌شناختی در حوزه اخلاق: به عبارت دیگر، نظریه اخلاقی در فرااخلاق باید یک نظریه واقع‌گرا باشد و نشان دهد که پسوندهای اخلاقی در عالم خارج وجود دارند. این دیدگاه اخلاقی از آنجا که روی حکم اخلاقی تسلب ندارد، مصادیق رفتارها را از نظر اخلاقی قضاوت نمی‌کند (Ibid). بنابراین، از تواضع معرفت‌شناختی در حوزه اخلاق برخوردار است.

بازخوانی استدلال اخلاقی در حقوق کیفری، به معنای تغییر روش شناختی در رویکرد به اخلاق؛ و توجه به محتوای اخلاقی است و ثمره این تغییر، سزاگرایی در حوزه مجازات است. نتیجه مهم تغییر روش

۱. موضوع استدلال اخلاقی در اینجا هر خطای اخلاقی است. مور توضیح می‌دهد که مراد از خطا آن است که رفتار به طور ذاتی خطا باشد، نه اینکه توسط قانون، خطا انگاشته شود (Moor, 2010, p.III). برای توضیح بیشتر بنگرید به: (Moore, 1989, p. III; Moor, 2010, p. III).

۲. هر خطای اخلاقی، دلیل مناسبی برای جرم‌انگاری است، مشروط به آنکه آزادی بنیادی فرد را از بین نبرد (Sandel, 1989, p.523).

استدلال اخلاقی آن است که میان سزاگرایی در حوزه مجازات، و اخلاق‌گرایی در حوزه جرم‌انگاری، ملازمه برقرار است (Moor, 2010, p.661). توضیح ملازمه متوقف بر بیان دو مطلب ذیل است.

الف: عدم ارتباط منطقی میان اخلاق فایده‌گرا و سزاگرایی

سزاگرایی در مجازات، با ایده کلاسیک فایده‌گرایی قابل جمع نیست (Ibid, p.659). بنام نخستین فایده‌گرایی بود که انتقادات تندی را نثار سزاگرایی کرد. او هر استدلال غیرفایده‌گرا در مجازات را بی‌فایده برشمرد و آن را «تحریک احساس شرورانه» خواند (Bentham, 1843, p.719) و پس از او سزاگرایی با واژه‌هایی از قبیل «انتقام‌جویی» و «کینه‌ورزی» تفسیر شد (صابری، ۱۳۹۳، ص ۱۵۲). نوک پیکان نقد سزاگرایی در معنایی که مقصود بنام بود، متوجه کانت و رویکردهای دینی قصاص بود (همان). کانت بر این باور بود که هر مجرمی باید سزای جرم خود را ببیند و صرف سزادهی، دلیل لازم و کافی برای مجازات است. کانت عمیقاً با فایده‌گرایی در مجازات مخالفت نمود و صریحاً اعلام کرد که نباید فایده را معیار مجازات قرار داد (Kant, 1999, p.138). بر این اساس، و با غلبه نگرش فایده‌گرا در حقوق کیفری، هر استدلال اخلاقی تنها با سنجش فایده آن می‌توانست در حقوق کیفری جایگاهی به دست آورد.

هارت خود به پیامد استدلال اخلاقی در سزاگرایی اشاره کرده، اما رویکرد یکسانی ندارد. هارت از سویی سزاگرایی^۱ را همچون بنام، به انتقام‌جویی^۲ تفسیر کرد (Hart, 1968, p.61) و آن را غیرعاقلانه خواند (Ibid, p.65). اما از سوی دیگر، در مسئله تدرج اخلاقی مجازات، می‌پذیرد که می‌توان معیار جرم‌انگاری را فایده‌گرایی دانست، اما در تعیین میزان مجازات، سزاگرا بود (Ibid, p.36-37). وی با استناد به سخنان دولین، سزاگرایی را از جنبه بازدارندگی آن تفسیر نمی‌کند، بلکه سزادهی را براساس حس انزجار شدید جامعه نسبت به یک جرم تفسیر می‌نماید (Ibid). بر این اساس، یک فایده‌گرا، استدلال اخلاقی را تنها به صورت شکلی تفسیر می‌کند و نمی‌تواند میان آن و سزاگرایی ارتباط برقرار نماید.

ب: ارتباط سزاگرایی و استدلال اخلاقی

استدلال اخلاقی با تغییر شیفت پارادایمیک و گذار از نگرش شکلی به محتوای اخلاقی، با سزاگرایی در تلازم خواهد بود. مهم‌ترین وجه تلازم یاد شده در استدلال کانت، نمایان است. وی براساس عقل‌گرایی و باور به امر اخلاقی مطلق، از قانون سزاگرایی سخن گفته است. بر این اساس، هر استدلال

۱. در ابتدای بحث گفته شد که روی سخن در مبنای جرم‌انگاری، براساس دو گانه فایده‌گرایی، یا سزاگرایی است. سزاگرایی در تفسیر دیگری که مقابل تفسیر هارت قرار می‌گیرد، عبارت است از «استحقاق مجازات». بر این اساس، فرد گناهکار مجازات می‌شود؛ زیرا رفتار او منجر به زیان غیرقانونی به شخص دیگری شده است. در رویکرد سزادهی، فرض بر آن است که شخص گناهکار، عواقب زیان رفتار خود را می‌بیند (آلمن، ۱۳۸۵، ص ۲۷۱-۲۷۲).

اخلاقی شرط لازم و کافی مجازات است؛ زیرا مبتنی بر امر پیشین و مطلق می‌باشد (صابری، ۱۳۹۳، ص ۱۴۸).

۴. نتیجه‌گیری

پژوهش حاضر کوشید تا با رویکرد تحلیل روش‌شناختی، جایگاه استدلال اخلاقی در جرم‌انگاری رفتار جنسی را واکاوی کند. تحلیل روش‌شناختی مذکور، در تحلیل استدلال حقوقی برای جرم‌انگاری هر رفتار جنسی به طور خاص، و هر استدلال اخلاقی در حقوق کیفری، لازم و ضروری است. بر این اساس، نزاع دولین - هارت محور سوژه تحلیل واقع شد؛ زیرا نزاع یادشده از سویی در امتداد چند نزاع مهم مانند نزاع میل استفان واقع شده، و از سوی دیگر فارغ از مباحث هنجاری، ناظر به موضوع کاربردی مهمی همچون رفتارهای جنسی است. در نزاع هارت و دولین، برای نخستین بار، به جنبه‌های روش‌شناختی استدلال اخلاقی پرداخته شد. بحث از فضای صرفاً حقوقی خارج شد و در سطح فلسفه حقوق دنبال گردید. نتیجه تفکیک آن شد که اولاً، جایگاه استدلال اخلاقی در نظریه سیاسی لیبرال را مشخص کرد، و ثانیاً محصول آن را در جرم‌انگاری رفتار جنسی عیان ساخت. روش‌شناسی یادشده نشان داد که استدلال اخلاقی از سویی ریشه در نظریه اخلاقی در سطح فلسفه اخلاق و از سوی دیگر، ریشه در نظریه سیاسی دارد. تحولات اخیر هم در سطح نظریه اخلاقی در فلسفه اخلاق، و هم در سطح نظریه سیاسی سبب شد تا روش اقامه استدلال اخلاقی در حقوق کیفری نیز متحول شود و استدلال اخلاقی که تا گذشته از ورود به محتوای اخلاقی اجتناب می‌کرد و اساساً آن را غیرممکن می‌پنداشت، اینک ورود به محتوای اخلاقی را ضروری می‌داند و بر این باور است که جرم‌انگاری جز با این روش راه به جایی نخواهد برد. ثمره تعریف استدلال اخلاقی با رویکرد نوین، سزاگرایی در حوزه مجازات بوده و میان سزاگرایی و استدلال اخلاق به معنای نوین آن ملازمه برقرار است. در این میان، رویکردهای شریعت‌محور مانند فقه نیز با استدلال اخلاقی، قرابت بیشتری را می‌طلبد و می‌توان میان مدل استدلال‌ورزی فقهی و استدلال اخلاقی به روایت نوین آن، گفتگوی عمیق‌تری برقرار ساخت. توضیح بیشتر در مورد چگونگی قرابت استدلال اخلاقی با رویکرد شریعت‌محور در حقوق کیفری، به مطالعه مستقلی نیازمند است که از موضوع این نوشتار خارج می‌باشد.

منابع

- آلتمن، اندرو (۱۳۸۵). *درآمدی بر فلسفه حقوق*. ترجمه بهروز جندقی. قم: انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
- سندل، مایکل (۱۳۷۴). *لیبرالیسم و منتقدان آن*. ترجمه احمد تدین. انتشارات علمی فرهنگی.
- صابری، علی (۱۳۹۳). *قرائت‌های معاصر از سزاگرایی*. *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، ۱(۱)، ص ۱۴۵-۱۶۴.
- موراوتز، توماس (۱۳۸۷). *فلسفه حقوق*. ترجمه بهروز جندقی. قم: نشر پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- Bentham, J. (1843). *The Works of Jeremy Bentham*. (Vol.1). J. Bowring(ed.). Edinburgh: William Tait.
- Burt, R.A. (2004). *Moral Offenses and Same Sex Relations: Revisiting the Hart-Devlin Debate*. Faculty Scholarship Series.
- Cohen, D. (1994). *Law, Sexuality, and Society*. Cambridge: University Press.
- Devlin, L.P. (1959). *The Enforcement of Morals*. Maccabaeen lecture in Jurisprudence.
- Feinberg, J. (1986). *Harm to Self*. Vol. 3. Oxford University Press.
- Gordon, W. (1969). Dialogue. *Cambridge Journals*, Vol. 8, p. 321-323.
- Hart, H.L.A. (1968). *Law, Liberty, and Morality*. Oxford Paperbacks.
- Hughes, G. (1962). Morals and the Criminal Law. *Yale Law Journal*, 71(4), p. 662-683.
- Kant, I. (1999). *Metaphysical Elements of Justice*. Translated by J. Ladd. Indianapolis, Hackett Publishing Company.
- Miller, W. (2010). Conservatism and the Devlin-Hart Debate. *International Journal of Politics and Good Governance*, 1(1), p1-20.
- Moor, M. (1989). Sandelian Antiliberalism. *California Law Review*, 77(3).
- Moor, M. (2010). *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*. Oxford University Press.
- Sandel, M.J. (1989). Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality. *California Law Review*, 77(3).
- Stephen, J.F. (1874). *Liberty, equality, fraternity*. London.
- Stuart, M.J. (2009). *On Liberty*. The floating press.
- Stuart, M.J. (2009). *Utilitarianism*. The floating press.
- Wolfenden Report (1957). *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*. Cmnd 247. London: HMSO.