

بررسی تطبیقی جرم تجاوز جنسی

در نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل کیفری*

- دانیال پاک‌نژاد^۱
- مهین سبحانی^۲
- حسن شاه‌ملک‌پور^۳

چکیده

پس از تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲، تحولات گسترده‌ای در جرم تجاوز جنسی صورت گرفت؛ به طوری که در ماده ۲۲۴ برای اولین بار مصادیقی از عدم رضایت ذکر شد؛ مصادیقی که در قانون ۱۳۷۰ خارج از حکم زنای به عنف بود. از طرف دیگر، در اساسنامه‌های اولین دادگاه‌های بین‌المللی کیفری، اثری از جرم‌انگاری تجاوز جنسی مشاهده نمی‌گردد؛ اما این جرم به تدریج نه تنها وارد اساسنامه دادگاه‌های بین‌المللی کیفری جدیدتر گردید، بلکه دامنه تعریف آن نیز با اتکا به رویه قضایی گسترده‌تر شد. در این پژوهش به دنبال پاسخ به این سؤال هستیم که با وجود تحولات جدید، چه شباهت و تفاوتی بین

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۶/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۲/۲۸.

۱. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه گیلان (paknezhad.daniyal@gmail.com).

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان (نویسنده مسئول) (m_sobhani@guilan.ac.ir).

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان (h.shahmalekpour@guilan.ac.ir).

ارکان تجاوز جنسی در نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل کیفری وجود دارد؟ در این مقاله با نگاهی تطبیقی، این یافته به دست آمده است که علی‌رغم وجود آشفتگی در قوانین ایران در خصوص تجاوز جنسی، این جرم در نظام حقوقی ایران، ترکیبی از شرایط اکراه‌آمیز و رکن عدم رضایت است؛ در صورتی که در حقوق بین‌الملل کیفری، اکثر دادگاه‌ها به قوانین کشورهای تکیه زده‌اند که عدم رضایت را ملاک تحقق جرم تجاوز جنسی قرار داده‌اند. همچنین رکن رفتار جنسی در نظام حقوقی ایران به دلیل تکیه بر تعریف فقهی زنا و لواط، بسیار محدودتر از حقوق بین‌الملل کیفری است.

واژگان کلیدی: تجاوز جنسی، زنا به عنف، لواط به عنف، حقوق ایران،

حقوق بین‌الملل کیفری.

مقدمه

تجاوز جنسی یکی از کهن‌ترین و خشن‌ترین جرایم جنسی می‌باشد که از ابتدای تاریخ بشریت وجود داشته است. تجاوزهای جنسی گسترده و سازمان‌یافته، یکی از مشخصه‌های اصلی جنگ‌ها از گذشته تا کنون بوده است؛ به طوری که حتی در عصر حاضر نیز شاهد ارتکاب آن در ابعاد وسیع در برخی مناطق جهان از جمله در کشورهای منطقه هستیم. با وجود این، در اساسنامه دادگاه‌های بین‌المللی نظامی توکیو^۱ و نورنبرگ^۲ (زین‌پس: دادگاه نورنبرگ و دادگاه توکیو) به عنوان اولین نسل از دادگاه‌های بین‌المللی کیفری، تجاوز جنسی جرم‌انگاری نشده است؛ اما در آراء و تصمیمات این محاکم، شواهد قابل توجهی یافت می‌شود. جرم تجاوز جنسی در قانون شماره ۱۰ شورای کنترل و اسناد بین‌المللی بعدی از جمله اساسنامه‌های دادگاه‌های بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق^۳ و رواندا^۴ (زین‌پس: دادگاه یوگسلاوی و دادگاه رواندا) وارد شد. در نهایت بعد از تصویب اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (زین‌پس: دیوان) در سند عناصر جرم دیوان، جرم تجاوز جنسی تعریف گردید.

1. Tokyo Charter (International Military Tribunal for the Far East Charter) (1946).
2. Nuremberg Charter (Charter of the International Military Tribunal) (1945).
3. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.
4. International Criminal Tribunal for Rwanda.

اولین تعریف از جرم تجاوز جنسی به عنوان یک جرم بین‌المللی، توسط شعبه بدوی دادگاه رواندا در پرونده آکایسو صورت پذیرفت. از نظر دادگاه، تجاوز «شکلی از تهاجم است... و یک حمله جسمی از نوع جنسی است که نسبت به یک شخص تحت اجبار ارتکاب می‌یابد» (Prosecutor v. Akayesu, 1998: paras. 597-598). با صدور حکم دادگاه یوگسلاوی در پرونده فروندزیجا در همان سال، در تعریف جرم تجاوز جنسی بین دو دادگاه مزبور شکاف پدیدار شد. به موجب رأی دادگاه اخیر، تجاوز جنسی عبارت است از:

«۱. دخول جنسی، هرچند جزئی در: الف- دبر یا قُبُل بزه‌دیده توسط آلت مرتکب یا هر شیء دیگر یا ب- در دهان بزه‌دیده توسط آلت مرتکب؛ ۲- با زور، ارعاب و فشار علیه شخص بزه‌دیده یا شخص ثالث...» (Prosecutor v. Furundzija, 1998: para. 185).

تعریف اول بر خلاف تعریف اخیر، تجاوز جنسی را محدود به رفتار جنسی توأم با نفوذ در اندام‌های بدن بزه‌دیده نکرده است.

عناصر جرم دیوان در تعریف جرم تجاوز جنسی مقرر در بند ۱ پاراگراف g از ماده ۷ اساسنامه دیوان، ارکان مادی این جرم را به دو قسمت تقسیم می‌نماید. در بند اول در تعریف رکن رفتار جنسی مقرر می‌دارد:

«۱- مرتکب با رفتار منجر به دخول هرچند جزئی، به هر قسمت از بدن بزه‌دیده یا مرتکب با یک آلت جنسی، یا قسمت دبر یا قُبُل بزه‌دیده با هر شیء یا هر بخشی از بدن تجاوز می‌نماید».

تعریف عناصر جرم دیوان از رکن اول تجاوز جنسی، نه همانند تعریف اول بسیار موسع و نه همانند تعریف دوم بسیار مضیق است. در رابطه با رکن دوم جرم تجاوز جنسی به موجب عناصر جرم دیوان اعلام شده است:

«حمله باید با اجبار، تهدید به اجبار یا اکراه، مانند ترس از خشونت، تهدیدهای غیرقانونی، بازداشت، فشار روانی یا سوءاستفاده از قدرت علیه بزه‌دیده یا شخص دیگر، یا سوءاستفاده از شرایط اکراه‌آمیز، یا حمله ارتكابی علیه شخصی که قادر به ابراز رضایت حقیقی نیست، ارتکاب یابد».

در رابطه با لزوم وجود اجبار یا عدم رضایت هم بین تعاریف مذکور اختلاف وجود دارد؛ در حالی که تعاریف اولیه بر لزوم وجود اجبار برای اثبات جرم تجاوز جنسی تأکید داشته‌اند، تعریف عناصر جرم دیوان، صرف وجود شرایطی را که در آن نتوان اعلام رضایت نمود، جهت اثبات رکن دوم جرم کافی دانسته است. این در حالی است که اخیراً در نظام‌های حقوقی داخلی به منظور اثبات جرم تجاوز جنسی، صرف اثبات عدم رضایت را کافی می‌دانند.^۱

در حقوق کیفری ایران در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ همانند قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ به تبعیت از کتب فقهی، بزهی با عنوان تجاوز جنسی جرم‌انگاری نشده است؛ اما می‌توان با توجه به دو عنوان مجرمانه «زنای به عنف» و «لواط به عنف» و با در نظر گرفتن تعاریف زنا و لواط مندرج در مواد ۲۲۱ و ۲۳۳ این قانون، به تعریف تجاوز جنسی رسید. به موجب ماده ۲۲۱ قانون مجازات:

«زنا عبارت است از جماع مرد و زنی که علقه زوجیت بین آن‌ها نبوده و...».

به موجب تبصره ۱ این ماده:

«جماع با دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه‌گاه در قبل یا دبر زن محقق می‌شود».

به موجب ماده ۲۳۳:

«لواط عبارت از دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه‌گاه در دبر انسان مذکر است».

به موجب مواد ۲۲۴ و ۲۳۴، هر یک از جرایم بالا در صورتی که با عنف صورت پذیرند، با مجازات اعدام مواجه خواهند شد و در واقع همان جرم تجاوز جنسی هستند، بدون اینکه قانون‌گذار در صدد تعریف جداگانه این جرم برآید؛ موضوعی که سؤال‌های بسیاری را به ویژه با بررسی تطبیقی در تعریف جرم تجاوز جنسی در سایر

۱. بر اساس تفسیر دیوان عالی ایالت کانزاس از کد جزایی کانزاس در پرونده بروکز، یک متهم می‌تواند محکوم به تجاوز جنسی شود، اگر بزه‌دیده به دلیل ترس ناشی از تهدیدهای غیر جسمی (بدون رضایت واقعی)، حاضر به رابطه جنسی با متهم شده باشد (Hanus, 2016: 1141).

نظام‌های حقوقی و حقوق بین‌الملل کیفری ایجاد خواهد نمود.

مهم‌ترین سؤال در رابطه با رکن اول جرم تجاوز جنسی است: اگر رابطه جنسی توأم با اجبار و اکراه ولو خارج از حدود مقرر در تعریف زنا و لواط بین دو نفر اتفاق افتد، آیا جرم تجاوز در نظام حقوقی ایران محقق نشده است؟ برای مثال، اگر آلت جنسی در سایر اندام‌های بدن یک انسان به اجبار وارد شود، نمی‌توان آن را مصداق جرم تجاوز جنسی دانست؟ این در حالی است که تعریف عناصر جرم دیوان از رکن رفتار جنسی به قدری موسع است که تمام صور متصور برای ارتکاب تجاوز و دخول را در بر می‌گیرد و از نظر جنسی نیز بی‌طرف است.

سؤال دوم اینکه با توجه به عدم تعریف عنف در نظام حقوقی ایران، آیا منظور از عنف همان عدم رضایت است یا صرفاً محدود به اجبار می‌شود؟ در نظام حقوق بین‌الملل کیفری نیز پاسخ به این سؤال با توجه به تفاوت‌های محسوس در تعریف رکن دوم تجاوز جنسی از لزوم وجود اجبار، عدم رضایت و یا وجود شرایط اکراه‌آمیز، نیازمند تحقیق و بررسی است. بنابراین برای پاسخ به سؤال‌های فوق، این مقاله در دو قسمت به بررسی تطبیقی بخش اول و دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی در دو نظام حقوق بین‌الملل کیفری و نظام حقوقی ایران خواهد پرداخت.

۱. رفتار جنسی در جرم تجاوز جنسی در نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل کیفری

جرم «تجاوز جنسی»، شدیدترین جرم جنسی است که هیچ‌گاه تحت این عنوان در قوانین کیفری ایران به رسمیت شناخته نشده است؛ بلکه تحت تأثیر فقه اسلامی و ذیل عنوان زنا و لواط به عنف جرم‌انگاری شده است. اصلی‌ترین بار معنایی که واژه تجاوز به همراه دارد، عنصر نارضایتی فرد مورد تجاوز است. قید جنسی که با اضافه شدن به واژه تجاوز بار معنایی خاصی در بر دارد، مربوط به تمامی اعمالی است که به جنسیت یعنی مرد یا زن بودن و وجه تمایز بارز آن اندام تناسلی، ارتباط می‌یابد (حاجی‌ده‌آبادی و همکاران، ۱۳۹۲: ۳۹). در نتیجه، تجاوز جنسی مفهومی عام است؛ زیرا به رفتارهایی چون

لواط و یا دخول آلت تناسلی به دهان نیز تسری می‌یابد. برای مثال، انواع روابط جنسی از نوع دخول، بدون اراده و میل مفعول، خواه بین زن و مرد یا بین دو مرد و یا بین یک فرد بزرگسال و یک طفل باشند، همه تجاوز جنسی محسوب می‌شوند (همان). به دلیل عدم تعریف تجاوز جنسی به عنوان یک جرم مستقل در نظام حقوقی ایران، ابتدا باید به تعریف رفتار جنسی در دو جرم زنا و لواط در نظام حقوقی ایران، و آنگاه به بررسی رکن رفتار جنسی در جرم تجاوز جنسی در حقوق بین‌الملل کیفری پرداخت.

۱-۱. رفتار جنسی در جرم تجاوز جنسی در نظام حقوقی ایران

علی‌رغم شیوع گسترده تجاوز جنسی به عنوان یکی از شنیع‌ترین جرایم در هر جامعه، متأسفانه این جرم در نظام حقوقی ایران به عنوان یک جرم مستقل جرم‌انگاری نشده است. تنها بعد از جرم‌انگاری زنا و لواط به عنوان جرایم جنسی توأم با رضایت طرفین، در صورت ارتکاب آن‌ها در شرایط عنف، جرم تجاوز جنسی در نظام حقوقی ایران محقق شده است. زنا یا به عنف و لواط به عنف نیز به صورت مستقل از جرایم زنا و لواط تعریف نشده‌اند، از این رو جهت تعریف تجاوز جنسی، ناچار به مراجعه به این تعاریف هستیم.

۱-۱-۱. زنا

قانون مجازات اسلامی طبق ماده ۲۲۱، زنا را این گونه تعریف کرده است:

«زنا عبارت است از جماع مرد و زنی که علقه زوجیت بین آن‌ها نبوده و از موارد وطی به شبهه نیز نباشد. تبصره ۱- جماع با دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه‌گاه در قُبُل یا دُبُر زن محقق می‌شود».

چنانچه از تعریف ارائه‌شده برمی‌آید، زنا وقتی محقق می‌شود که دخول از طرف مرد نسبت به زن صورت بگیرد. پر واضح است که طبق قانون، دخول باید توسط آلت تناسلی صورت گیرد، وگرنه استفاده از اشیاء یا سایر اعضای بدن مانند انگشت شامل این تعریف نمی‌شود و فرو بردن آلت در دهان زن از این تعریف خارج است.

از موضوعات قابل تأمل قانون مجازات اسلامی ایران، حکم تبصره ۲ ماده ۲۲۱ درباره زنا یا نابالغ است. به موجب این تبصره:

«هر گاه طرفین یا یکی از آنها نابالغ باشد، زنا محقق است؛ لکن نابالغ مجازات نمی‌شود و حسب مورد به اقدامات تأمینی و تربیتی مقرر در کتاب اول این قانون محکوم می‌گردد».

در نتیجه، مقنن ایران رضایت نابالغ را برای رابطه جنسی معتبر شمرده است که بسیار قابل تأمل است. زنا یک رابطه دوطرفه است؛ رابطه‌ای که دو طرف با رضایت کامل و به هدف التذاذ جنسی با یکدیگر عمل جماع را انجام می‌دهند. اگر یکی از این دو طرف نابالغ باشد، نه تنها هیچ لذت جنسی نمی‌برد، بلکه جسم و روح وی نیز لطمه و ضربه می‌بیند. شایسته است که رابطه جنسی مرد بالغ با دختر نابالغ را از مصادیق آزار و اذیت جنسی بدانیم و نه زنا؛ مجازات آن نیز شدیدتر از مجازات حدی (۱۰۰ ضربه شلاق) می‌تواند باشد (شاه‌ملک‌پور، ۱۳۹۳: ۱۹).

نکته جالب توجه دیگر در تعریف زنا در قانون مجازات اسلامی این است که نباید بین زن و مرد علقه زوجیت وجود داشته باشد. با توجه به اینکه قانون‌گذار در هیچ جای دیگری به تعریف زنای به عنف نپرداخته است، در نتیجه از نظر نظام حقوقی ایران تجاوز جنسی در رابطه بین زوجین ولو به عنف و اکراه هم باشد، محقق نمی‌گردد. این در حالی است که در سایر نظام‌های حقوقی، امکان وقوع تجاوز در روابط بین زوجین هم وجود دارد؛ برای نمونه می‌توان به نظام حقوقی آمریکا اشاره نمود. گرچه طبق قواعد کامن‌لا بنا به دلایل مختلف از جمله نظریه یگانگی^۱، شخصی بودن روابط جنسی زن و شوهر و رضایت غیر قابل استرداد زن ضمن عقد نکاح، امکان تجاوز از سوی شوهر نسبت به همسر قانونی وجود نداشت، اما به تدریج با پذیرش امکان انحلال یک‌جانبه عقد نکاح از سوی زن، رضایت ضمنی وی برای رابطه جنسی ضمن عقد نکاح نیز قابل استرداد شناخته شد. این امر راه را برای پذیرش امکان وقوع تجاوز جنسی در روابط بین زوجین باز نمود؛ به طوری که در دهه‌های ۸۰ و ۹۰ قرن بیستم، تمام ایالات در آمریکا تجاوز جنسی در روابط زوجین را جرم‌انگاری نمودند و در سال ۱۹۸۶ نیز

۱. به موجب این نظریه، زن و شوهر با ازدواج، یک شخصیت حقوقی می‌شوند. در واقع، زنان شخصیت حقوقی خود را در ازدواج از دست می‌دهند و به عنوان اموال شوهر تلقی می‌شوند (Bennice & Resick, 2003: 229).

قانون سوءاستفاده جنسی فدرال، تجاوز جنسی در روابط بین زوجین را در تمام ایالات به عنوان یک جرم فدرال جرم‌انگاری نمود. گرچه قوانین برای این دسته از تجاوزهای جنسی، مجازات‌های خفیف‌تری در نظر گرفته‌اند (Bennice & Resick, 2003: 231).

در مقابل، برخی معتقدند که گرچه در تعریف زنا شرط عدم زوجیت شده است، اما این مسئله، دلیل بر چشم‌پوشی قانون‌گذار در خصوص عنف واردشده در رابطه زناشویی نیست. قاعده لاضرر نیز می‌تواند صحه بر این امر بگذارد. فرد بزه‌دیده می‌تواند آسیب‌های وارده ناشی از عنف در زناشویی و یا آسیب‌هایی را که به سبب تعداد نامتعارف نزدیکی، شکل نامتعارف آلت تناسلی همسر و یا از طریق همبستری نامتعارف مثل وطی از دبر بر او عارض شده است، از طریق طرح شکایت ایراد صدمه و یا ایراد جراحت در دادگاه کیفری مطرح کرده و از این طریق، دیه جراحت وارده را بر اساس قانون دیه و ارش مطالبه کند. از سوی دیگر، از طریق دادگاه خانواده نیز می‌تواند با طرح مسئله به کمک ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مبنی بر عسر و حرج، تقاضای طلاق کرده و یا مطابق ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی جهت امنیت خود، محل زندگی‌اش را جدا سازد (گودرزی و همکاران، ۱۳۹۵: ۸۸). در پاسخ باید اعلام نمود که موارد فوق صرفاً بیانگر مسئولیت حقوقی مرد در قبال زیان وارده به همسرش هستند. بنابراین از نظر قانون‌گذار ایرانی، زنا به عنف در رابطه زوجین ارتکاب نمی‌یابد.

۱-۲-۱. لواط

ماده ۲۳۳ قانون مجازات اسلامی ایران در تعریف لواط بیان داشته است:
 «لواط عبارت از دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه‌گاه در دبر انسان مذکر است».

با توجه به تعریفی که قانون‌گذار در ماده ۲۳۳ از لواط داشته است، رفتار این جرم عبارت است از اثر مجرمانه مردی که آلت رجولیت خود را در مقعد مردی دیگر به اندازه ختنه‌گاه خود داخل نماید. در نتیجه، فرو بردن انگشت یا هر وسیله دیگر غیر از آلت جنسی مردانه در مقعد یا هر قسمت از بدن مرد دیگر، عمل لواط به حساب نمی‌آید. اگر هر یک از اعمال اخیر با عنف و یا نسبت به یک پسر نابالغ ارتکاب یابند، لواط به

عنف هم محسوب نمی‌شوند؛ زیرا اصلاً در زمره تعریف لواط قرار نمی‌گیرند؛ خلثی که به شدت در نظام حقوقی ایران از جهت تعریف مضیق لواط و عدم تعریف مستقل تجاوز جنسی احساس می‌گردد.

در خصوص مجازات لواط، ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی اشعار می‌دارد: «حد لواط برای فاعل، در صورت عنف، اکراه یا دارا بودن شرایط احصان، اعدام و در غیر این صورت صد ضربه شلاق است. حد لواط برای مفعول در هر صورت (وجود یا عدم احصان) اعدام است».

بعضی در خصوص مجازات مفعول نظری داده‌اند که قابل نقد است: «سلب حیات از مفعول، چه در حال احصان باشد و چه در حال غیر احصان، کاملاً صحیح، منطقی و معقول به نظر می‌رسد؛ چرا که شاید بتوان عمل شنیع فاعل غیر محصن را توجیه نمود، لیکن عمل مفعول به هیچ عنوان قابل توجیه نخواهد بود؛ چرا که در جماع، فاعل بودن از غریزه و خصوصیات مرد است و مفعول واقع شدن از خصایص و غریزه‌های جنس زن می‌باشد. حال مردی که با عقل و اختیار می‌پذیرد این عمل را انجام دهد، مسلماً مستحق مرگ خواهد بود؛ چرا که توجیه عقلی، شرعی و منطقی برای این کار ندارد» (قتبری‌زاده، ۱۳۹۶: ۲۴).

در انتقاد به این نظر باید گفت، اگر بخواهیم از دید منطقی و عقلی به مجازات جرم لواط نگاه کنیم، رفتار هیچ کدام از فاعل و مفعول عاقلانه و منطقی نیست. همان قدر که عمل فاعل شنیع است، عمل مفعول نیز دارای قبح می‌باشد. همچنین در این خصوص نباید افراد تراجنسیتی را به فراموشی سپرد؛ امری که در هیچ کدام از مواد قانون مجازات، نه در تعریف زنا و نه لواط به آن‌ها اشاره نشده است.

۲-۱. رفتار جنسی در نظام حقوق بین‌الملل کیفری

در مشوره‌های دادگاه نورنبرگ و همچنین دادگاه توکیو، هیچ اشاره‌ای به خشونت جنسی نشده است. با وجود این، در رویه قضایی دادگاه توکیو شواهد حاکی از به رسمیت شناختن تجاوز جنسی به عنوان یک جنایت جنگی و جنایت علیه بشریت است؛ برای مثال، ژنرال ماتسوی^۱ فرمانده نیروهای ژاپنی در اشغال نانکینگ ماتسوی به

1. Iwane Matsui.

جرم جنایات جنگی و جنایت علیه بشریت به دلیل تجاوز جنسی ارتكابی نیروهایش محکوم شد (Jarvis, 2000: 5). در نتیجه، نه منشور نورنبرگ و نه توکیو حاوی ماده‌ای صریح نبوده است که جنایات جنسی را به عنوان جنایات جنگی یا جنایت علیه بشریت به رسمیت بشناسد یا بخواهد تعریفی از تجاوز جنسی ارائه دهد؛ اما تصمیم دادستانی دادگاه توکیو برای داخل کردن اعمال خشونت جنسی در اتهامات جنایات جنگی و به رسمیت شناختن تجاوز جنسی به عنوان یک جنایت جنگی، سنگ بنای جرم‌انگاری تجاوز جنسی به عنوان یک جرم بین‌المللی را بنا نهاد (Dittrich & Linggen, 2020: 125). با این حال، دادگاه‌های بعدی از جمله دادگاه‌های طبق قانون شماره ده شورای کنترل^۱، زمینه محاکمه جنایتکاران جنگی نازی را که در نورنبرگ با آن‌ها برخورد نشده بود، فراهم کردند. در این سند، تجاوز جنسی به صراحت به عنوان یکی از جنایات تحت صلاحیت دادگاه شناخته شده است (Jarvis, 2000: 5)^۲.

اولین تعریف از جرم تجاوز جنسی به عنوان یک جرم بین‌المللی، توسط شعبه بدوی دادگاه رواندا در پرونده آکایسو صورت پذیرفت. از نظر دادگاه، تجاوز «شکلی از تهاجم است... و یک حمله جسمی از نوع جنسی است که نسبت به یک شخص تحت اجبار ارتکاب می‌یابد» (Prosecutor v. Akayesu, 1998: paras. 597-598). «دادگاه خشونت جنسی را که شامل تجاوز جنسی می‌باشد، این گونه قلمداد می‌نماید: هر عملی است که با ماهیت جنسی نسبت به یک شخص تحت شرایط اجباری ارتکاب می‌یابد. خشونت جنسی به دخول فیزیکی محدود نمی‌شود و ممکن است شامل اعمالی گردد که دخول یا حتی تماس فیزیکی را در بر نمی‌گیرد» (Ibid.: paras. 598, 688). همان گونه که از تعریف برمی‌آید، دادگاه در تعریف تجاوز جنسی، خود را محدود به دخول جنسی نکرده و هر گونه عمل جنسی تحت شرایط اجباری را در ذیل تجاوز جنسی قرار داده است.

1. Control Council Law No. 10.

۲. «ماده ۲- هر یک از اقدامات زیر جرم شناخته می‌شود: (c) جنایات علیه بشریت. جنایات و جرایمی از قبیل قتل، نابودسازی، بردگی، تبعید، زندان، شکنجه، تجاوز جنسی یا سایر اقدامات غیر انسانی انجام شده علیه هر جمعیت غیر نظامی یا آزار و اذیت به دلایل سیاسی، نژادی یا مذهبی؛ خواه نقض قوانین داخلی کشوری باشد که در آن انجام شده است یا خیر».

از طرف دیگر، دادگاه یوگسلاوی برای اولین بار البته بدون ارائه تعریف، تجاوز جنسی را تحت بند g ماده ۵ به عنوان جنایت علیه بشریت مطرح نمود؛ لیکن این دادگاه تعریفی از تجاوز جنسی را در قضایایی که به آن رسیدگی کرده است، بیان کرده است (خاک، ۱۳۸۷: ۱۱۳). دادگاه در پرونده فروندزیجا^۱ ضمن دو قسمتی نمودن رکن مادی تجاوز جنسی، قسمت اول رکن مادی تجاوز را بدین گونه تعریف نمود:

«۱- دخول جنسی هرچند جزئی در: الف) دبر یا قبل بزه‌دیده توسط آلت مرتکب یا هر شیء دیگری، یا ب) دهان بزه‌دیده توسط آلت مرتکب»
(Prosecutor v. Furundzija, 1998: para. 185).

دادگاه یوگسلاوی در قضیه کوناراج نیز در تعریف قسمت اول رکن مادی جرم تجاوز، مشابه تعریف فروندزیجا عمل نمود و به این نتیجه رسید که عمل مجرمانه تجاوز جنسی در حقوق بین‌الملل به شرح زیر است:

«الف) دخول هرچند جزئی از واژن یا مقعد بزه‌دیده توسط آلت تناسلی مجرم یا هر شیء دیگری که توسط مرتکب استفاده شده است، یا ب) در دهان بزه‌دیده توسط آلت تناسلی مجرم...» (Prosecutor v. Kunarac et al., 2002: para. 127).

این تعریف همچون بخش اول تعریف فروندزیجا از تجاوز جنسی، محدود به ارگان‌های خاصی از بدن می‌شود و همچنین برای تحقق این جرم، دخول هرچند جزئی ضرورت دارد. با وجود این، بزه‌دیده این جرم همواره کسی است که بدنش موضوع دخول واقع می‌شود (مفعول) و در واقع حالتی را که شخصی مجبور به انجام دخول جنسی شده است (فاعل مجبور)، در بر نمی‌گیرد. نکته دیگر تعریف این است که از نظر جنسی بی‌طرف است، به طوری که بزه‌دیده می‌تواند زن یا مرد یا یک تراجنس باشد.

در دادگاه ویژه سیرالئون^۲ در پرونده چارلز تیلور، دادگاه در تعریف تجاوز جنسی از رویه دادگاه یوگسلاوی در پرونده کوناراج تبعیت نمود (Oosterveld, 2012: 13). از نظر دادگاه، تجاوز جنسی عبارت است از:

1. Furundzija Case.
2. The Special Court for Sierra Leone.

«۱- دخول بدون رضایت، هرچند جزئی، به واژن یا مقعد مقتول توسط آلت تناسلی مجرم یا هر چیز دیگری که توسط مرتکب استفاده شده باشد، یا دهان بزه‌دیده توسط آلت تناسلی مجرم...» (Prosecutor v. Taylor, 2012: para. 415).

جالب اینجاست که دادگاه سیرالئون در پرونده قدیمی‌تر در سال ۲۰۰۹ در رسیدگی به اتهام‌های اعضای گروه راف،^۱ دیدگاه متفاوتی در رابطه با تعریف تجاوز جنسی پذیرفت (Oosterveld, 2012: 12). به موجب رأی دادگاه سیرالئون:

«۱- مرتکب با رفتار منجر به دخول هرچند جزئی، به هر قسمت از بدن بزه‌دیده یا مرتکب با یک آلت جنسی، یا قسمت دبر یا قبل بزه‌دیده با هر شیء یا هر بخشی از بدن تجاوز می‌نماید...» (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao, 2009: para. 145).

این قسمت از رأی دادگاه سیرالئون در تعریف قسمت اول رکن مادی تجاوز کاملاً برگرفته از تعریف عناصر جرم دیوان است که در آن، مردی هم که مجبور به انجام رابطه جنسی با یک زن یا مرد دیگر شده است، به عنوان بزه‌دیده جرم تجاوز جنسی در نظر گرفته شده است. این اعتقاد وجود دارد که عدم اعمال بزه تجاوز در پرونده تیلور نسبت به مردانی که مجبور به انجام عمل تجاوز شده‌اند، به دلیل موانع شکلی در اصلاح کیفرخواست اولیه بوده و به هیچ وجه، بیانگر عدول دادگاه سیرالئون از تعریف موسع قبلی از جرم تجاوز نبوده است (Oosterveld, 2012: 14).

در شعب ویژه کامبوج^۲ (زین پس شعب کامبوج) در پرونده «۰۲/۰۰۲»^۳ رسیدگی به جرم تجاوز جنسی در چارچوب اتهام ازدواج اجباری صورت گرفت. این ازدواج‌ها بنا بر اجبار متهمان انجام گرفته و زنان و مردان موضوع ازدواج اجباری، فشارهای روانی و اجتماعی سنگینی را متحمل شده بودند (Fry & Sliedregt, 2020: 711-715). دادگاه کامبوج در پرونده «۰۲/۰۰۲» در تعریف رکن اول تجاوز جنسی، از همان تعریف دادگاه یوگسلاوی تبعیت نمود و تجاوز را محدود به دخول جنسی در واژن یا مقعد

1. RUF (Revolutionary United Front).

گروه شورشی مسلح که از سال ۱۹۹۱ تا ۲۰۰۲ در سیرالئون، جنگ داخلی را رهبری کردند که طی آن، کشتار، تجاوزهای جنسی گسترده و سربازگیری کودکان و جنایات دیگر ارتکاب یافت.

2. Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC).

3. Nuon Chea & Khieu Samphan.

توسط آلت جنسی یا هر شیء دیگر توسط مرتکب و یا دخول در دهان بزه دیده توسط آلت جنسی مرتکب دانست (Prosecutor v. Samphan & Chea, 2018: para. 731). همچنین با توجه به تعریف تجاوز جنسی که ملازمه با دخول به بدن بزه دیده دارد، دادگاه کامبوج بر خلاف پرونده راف در دادگاه سیرالئون و عناصر جرم دیوان، این امکان را که مردان در جریان ازدواج‌های اجباری در این پرونده به عنوان بزه دیده جرم تجاوز جنسی تلقی شوند، رد نمود و حتی مردان بزه دیده ازدواج اجباری را به عنوان بزه دیدگان سایر اعمال غیر انسانی نیز به رسمیت نشناخت؛ زیرا از نظر دادگاه، شدت اعمال ارتكابی در حد سایر اعمال غیر انسانی نبود (Fry & Slidregt, 2020: 714-716).

عناصر جرم دیوان در تعریف رکن رفتار جنسی مقرر می‌دارد:

«۱- مرتکب با رفتار منجر به دخول هر چند جزئی، به هر قسمت از بدن بزه دیده یا مرتکب با یک آلت جنسی، یا قسمت دبر یا قبل بزه دیده با هر شیء یا هر بخشی از بدن تجاوز می‌نماید».

تعریف عناصر جرم دیوان از رکن اول تجاوز جنسی، نه همانند تعریف اول دادگاه روآندا بسیار موسع و نه همانند تعریف دوم دادگاه یوگسلاوی بسیار مضیق است. نکته جالب تعریف دیوان در این است که از نظر جنسی بی طرف است و حتی احتمال ارتكاب تجاوز جنسی از طرف زنان را هم در نظر گرفته است. اما تفاوت مهم در تعریف رفتار جنسی در دیوان با دادگاه‌های پیشین در این است که لازم نیست مرتکب تجاوز جنسی حتماً فاعل باشد، بلکه امکان دارد متهم در وضعیت مفعول باشد؛ زیرا در تعریف، به دخول جنسی در بدن مرتکب هم تصریح شده است. بنابراین شخصی نیز که دیگری را به ارتكاب دخول جنسی در بدنش بر خلاف رضایتش مجبور می‌نماید، متهم به تجاوز جنسی می‌شود.

بنابراین بر خلاف رأی دادگاه کامبوج، تعریف عناصر جرم دیوان از تجاوز، قابلیت این تفسیر را دارد که مرد فاعل عمل جنسی فاقد رضایت را نیز به عنوان بزه دیده تجاوز جنسی قلمداد کنیم.

۲. عنف، اجبار، عدم رضایت و شرایط اکراه‌آمیز در نظام حقوقی ایران

و نظام حقوق بین‌الملل کیفری

در قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی در نظام حقوقی ایران به واژه عنف یا اکراه اشاره شده است؛ در حالی که در تبصره ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی به مصادیقی از عدم رضایت اشاره شده است. در دادگاه‌های بین‌المللی کیفری هم شاهد طیفی از اجبار تا عدم رضایت هستیم تا اینکه در نهایت در دیوان کیفری بین‌المللی به شرایط اکراه‌آمیز اکتفا شده است.

۱-۲. زنای به عنف

در حال حاضر، بند ت ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی، مستند جرم زنای به عنف یا اکراه است که اعدام را نیز برای مرتکب در نظر گرفته است. مسئله مهمی که در حوزه جرم‌انگاری این عمل نقدپذیر است، عدم وجود تعریف مشخص و مستقل از این جرم در قوانین کیفری داخلی و متناسب با تحولات جرم‌شناختی این جرم است (فرجی‌ها و آذری، ۱۳۹۰: ۲۸۹). در مقابل، به موجب تبصره ۲ ماده ۲۲۴ قانون مجازات:

«هر گاه کسی با زنی که راضی به زنا با او نباشد، در حال بیهوشی، خواب یا مستی زنا کند، رفتار او در حکم زنا با عنف است. در زنا از طریق اغفال و فریب دادن دختر نابالغ یا از طریق ربایش، تهدید و یا ترساندن زن، اگرچه موجب تسلیم شدن او شود نیز حکم فوق جاری است».

این نوع جرم‌انگاری، با اصول اولیه قانون‌گذاری و جرم‌انگاری یک عمل تناقض آشکاری دارد؛ بدین نحو که بیان مجازات برای یک رفتار بدون در نظر گرفتن شرایط و ذکر اوصاف و چگونگی تحقق آن و یا عدم شفافیت در بیان شرایط تحقق، موجب یک تفسیر سلیقه‌ای در عمل به قانون خواهد شد (صالحی، ۱۳۹۰: ۸). سؤالی که ذیل عنوان زنای به عنف در نظام حقوقی ایران مطرح می‌شود این است که در رابطه با قسمت دوم رکن مادی این جرم، عدم رضایت ملاک قرار گرفته است یا شرایط اکراه‌آمیز؟

در اصطلاحات حقوقی، عنف عکس رفق و مدارا معرفی شده است و به عبارتی،

اقدام و واداشتن کسی بدون رضای او توأم با عمل مادی یا معنوی، عنف نامیده می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۴۷۶). برخی در تعریف زنای به عنف اعلام داشته‌اند:

«زنای به عنف ارتکاب عمل نزدیکی با یک زن یا دختر بر خلاف میل و توافق او، خواه غلبه بر تمایل او با تهدید به اعمال زور انجام گیرد، خواه به کمک دارو و یا سموم کشنده یا به دلیل نقایص عقلانی، بزه‌دیده قادر به قضاوت منطقی نبوده یا سنش پایین‌تر از سن اختیاری رضایت باشد» (اوحدی، ۱۳۸۴: ۳۰۸).

آنچه از آن به عنوان عنصر اساسی عنف می‌توان نام برد، فقدان اراده یا فقدان رضایت در بزه‌دیده است. «جبر و قهر» یا «قهر و غلبه»، دیگر مفهوم مرتبط با عنف است. قهر و غلبه اخص از عنف است؛ زیرا عنف در مفهوم کلی علاوه بر عنف مادی، شامل عنف معنوی نیز می‌شود. علی‌رغم اشتراک عنف با اصطلاحات مذکور در عنصر عدم رضایت بزه‌دیده، در اکراه، این عدم رضایت اختصاص به وجود تهدیدی از سوی مرتکب دارد و در اجبار، جبر و قهر یا قهر و غلبه نیز عدم رضایت ناشی از سلب اراده از بزه‌دیده است. بنابراین دیگر وضعیت‌هایی که بزه‌دیده فاقد ارادهٔ سالم برای ابراز رضایت است، مانند مواردی که در حالت بیهوشی قرار دارد یا مورد فریب واقع می‌شود یا فاقد قوه ادراک یا تمییز می‌باشد، مشمول عناوین قانونی اکراه یا اجبار قرار نمی‌گیرند، بلکه مصداق عنف تلقی می‌شوند. بر خلاف اکراه و اجبار، عنف اصطلاحی عام است که ناظر به تمام موقعیت‌هایی است که در آن‌ها، بزه‌دیده اراده نداشته یا اراده وی مخدوش بوده است (برهانی و دادجو، ۱۳۹۶: ۱۳۵).

در بیشتر کتب فقهی مذاهب اهل سنت، زنای به عنف معنون نیست، بلکه عنوان زنای به اکراه مطرح است؛ چنان که بهوتی می‌نویسد که اگر زنی به قهر و غلبه و یا ضرب و شتم و یا به واسطهٔ ممنوع شدن از اکل و شرب و مضطر شدن و امثال آن، به انجام زنا مکره شود، زنای او مستوجب مجازات نیست، ولی در خصوص مرد مکره اختلاف نظر است. در نظر مالکیه، مفهوم زنای به عنف گسترده‌تر است و هر گونه زنای بدون رضایت از جمله زنای با زن در حال خواب را مشمول حکم زنای به عنف می‌داند. غالباً در مبحث زنای به عنف، از قهر و زور و اکراه سخن به میان می‌آورند، در حالی که در بیان مالک، به مسئله غصب به معنای نارضایتی زن اشاره شده است.

در روایات وارده در منابع شیعه نیز بر مفهوم غضب امرأه تأکید شده است: «اغتصب امرأه فرجها»، یعنی زنایی که زن رضایت ندارد و به او تجاوز شده است. با این حال، عمدتاً در فتاوی شیعه به مفهوم اکراه و عنف اشاره شده است (شاه‌ملک‌پور، ۱۳۹۴: ۲۱-۲۳). شایان ذکر است که مقنن در مورد عنف و اکراه، حداقل در حدود، قلمی ثابت نداشته است؛ برای مثال در تبصره ۱ ماده ۲۱۸، و مواد ۲۲۴، ۲۳۴ و ۲۴۱ قانون مجازات، عنف جدای از اکراه آمده است. لیکن ماده ۲۵۳ همان قانون در باب قذف از بیان عنف غافل مانده و فقط به اکراه اشاره کرده است. مقنن در تبصره ۲ ماده ۲۲۴، مصادیقی را در حکم زنا به عنف شمرده است که ماهیت اساسی آن‌ها عدم رضایت است.

با بررسی ماده ۲۲۴ و تبصره ۲ آن، به این نتیجه خواهیم رسید که آنچه در قانون مجازات اسلامی ذیل عنوان زنا به عنف یا اکراهی آمده است، همان اکراه و اجبار است. شرایط اکراه‌آمیز یعنی عواملی که از مرتکب جرم علیه بزه‌دیده صادر می‌شود، که می‌توان به تحت بازداشت بودن بزه‌دیده اشاره نمود. اکراه به تنهایی مواردی را که تهدیدی صورت پذیرفته است، در بر می‌گیرد؛ در حالی که عنف با مفهومی اعم از این دو، شامل سایر موقعیت‌هایی می‌شود که بزه‌دیده اراده‌ای نداشته یا در صورت داشتن اراده، رضایتش معیوب است. در خصوص رکن عدم رضایت نیز مقنن به طور محدود فقط بعضی موقعیت‌ها را در تبصره جای داده است؛ موقعیت‌هایی که منحصر به خواب، مستی و بیهوشی می‌شود، لیکن جعل هویت همسر، ناتوانی‌های جسمی روانی و جنون در آن جای ندارد.

برای مثال، در پرونده کلاسه ۸۸۰۹۹۸۳۸۱۲۶۰۰۲۷۵، شاکیه مدعی شده است که از حدود دو سال با متهم آشنا شده و ابتدا در زیرزمین، وی را از ناحیه دبر مورد تجاوز قرار داده و سپس با تهدید به داشتن فیلم و عکس، چندین مرحله در مکان‌های مختلف به او تجاوز کرده است. شاکی علت عدم اقدام به شکایت را فقدان هر گونه دلیل دانسته است. در نهایت، دادگاه با توجه به محتویات پرونده و انکار مصرانه و مجلدانه متهم و عدم کفایت ادله، حکم بر براءة صادر کرده است؛ لیکن چون رفتار ارتكابی از ناحیه متهم، منطبق با بزه رابطه نامشروع بوده است، وی به تحمل ۹۹ ضربه شلاق تعزیری محکوم شده است (علی‌محمدی، ۱۳۹۲: ۱۲۳). همان‌گونه که مشهود است، در

این پرونده، بار اثبات ادعای زنای به عنف بر عهده زن مدعی گذاشته شده است و دادگاه صرف ادعای عدم وجود رضایت از سوی شاکیه را دلیل بر وقوع تجاوز نمی‌داند. به این ترتیب با توجه به ماده ۲۲۴ باید گفت که از نظر قانون‌گذار، عنف محدود به اکراه و شرایط اکراه‌آمیز شده است و مواردی که عدم رضایت ملاک است، در حکم زنای به عنف دانسته شده است. در واقع، قانون‌گذار نظر فقهی عنف به معنای غصب و عدم رضایت را نپذیرفته و به همین دلیل، برخی مصادیق عدم رضایت را در حکم زنای به عنف دانسته است.

۲-۲. اعمال در حکم زنای به عنف

با دقت در روایات وارده در زنای به عنف و اکراه، مشخص می‌شود که روایات از لزوم «غصب امرأه» سخن به میان آورده‌اند؛ یعنی به گونه‌ای که زن رضایت به این کار نداشته و به او تجاوز شده است. چنان که در *لسان‌العرب* نیز آمده است:

«الغصب أخذ الشيء ظلماً» (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱/۶۴۸، به نقل از: شاه‌ملک‌پور، ۱۳۹۳: ۵۲).

لذا زنای به عنف و اکراه، یکی از مصادیق «غصب امرأه» می‌باشد و مصادیق دیگری نیز می‌تواند داشته باشد؛ از قبیل زنا کردن با زنی که در خواب است، بیهوش است یا مست است.

در مورد تمثیلی و یا حصری بودن موارد ذکرشده در تبصره ماده ۲۲۴ باید گفت که علت حکم در ابتدای تبصره، «عدم رضایت» اعلام شده است و طبق اصول، علت حکم را می‌توان به تمامی مواردی که رضایت وجود نداشته باشد، تعمیم داد. اما با توجه به اینکه شدت مجازات در این جرم (اعدام) می‌باشد و همچنین ادبیات بیان در تبصره (فقد کلماتی همچون مانند، از قبیل و...)، باید به این نتیجه رسید که موارد ذکرشده در تبصره، حصری و نه تمثیلی است. قانون‌گذار خواسته در حمایت از زنای غصبی به تدوین این تبصره بپردازد، اما به سبب شدید بودن مجازات زنای با عنف یا اکراه، تنها مواردی از آن‌ها را در حکم زنای با عنف یا اکراه قرار داده است و همین اقدام برای بروز شبهه‌ای که باعث خروج سایر موارد خواهد شد، کافی است (صالحی، ۱۳۹۳: ۴۱).

به این ترتیب، مصادیق تبصره ماده ۲۲۴ به تفکیک مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲-۱. اغفال و فریب دختر نابالغ

در ابتدای امر به نظر می‌رسد که قانون‌گذار با عنوان کردن زنا از طریق اغفال و فریب دادن دختر نابالغ در تبصره فوق قصد دارد که به نوعی برقراری رابطه جنسی با دختران نابالغ را در حکم زنا به عنف قرار دهد، اما با دقت در متن این تبصره متوجه می‌شویم که قانون‌گذار چنین مقصودی نداشته است. بر اساس تبصره ۲ ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، برقراری رابطه جنسی با دختر نابالغ (که با توجه به ماده ۸۸ این قانون منظور دختر زیر سن بلوغ شرعی است)، زمانی زنا به عنف محسوب می‌شود که کودک از روی فریب و اغفال به رابطه جنسی رضایت دهد. از مفهوم مخالف این تبصره چنین برمی‌آید که برقراری رابطه جنسی با دختران نابالغ، اگر بر اثر فریب و اغفال نباشد، طبق این قانون در حکم زنا به عنف محسوب نمی‌شود. این در حالی است که به موجب ماده ۲۰۹ قانون مجازات ۱۳۰۴:

«هر کس بدون اکراه یا تهدید، هتک ناموس (مواقعه) دختری را که به سن ۱۵ سال رسیده است، نماید، جزای او حبس مجرد است از ۲ تا ۸ سال و اگر مجنی‌علیها به ۹ سالگی نرسیده باشد، به فاعل جزای کسی که به عنف یا تهدید و اکراه مرتکب شده باشد، داده می‌شود».

جای بسی تأسف است که بگوییم ماده‌ای که تقریباً ۸۰ سال پیش نگاشته شده است، به مراتب سنجیده‌تر و کامل‌تر از این تبصره محسوب می‌شود و امید است که مقنن به این امر واقف شود.

به علاوه، در تمامی روایاتی که به زنا اشاره کرده‌اند، صحبت از «امرأه» است که مراد از آن زن بالغه است و به نظر می‌رسد از رابطه جنسی یک مرد بالغ و یک دختر نابالغ بتوان به یک نوع آزار و اذیت جنسی تعبیر کرد که حتی می‌تواند با توجه به قبیح بودن آن، مجازات شدیدتری هم نسبت به زنا ساده داشته باشد (شاه‌ملک‌پور، ۱۳۹۳: ۵۴). رضایت داشتن و رضایت دادن، نیازمند بلوغ و عقل هم هست. اینکه رضایت نابالغ در انجام آمیزش جنسی پذیرفته شده است، کاملاً اشتباه می‌باشد. مگر دختر زیر ۹ سال،

تاب آمیزش جنسی با بالغ را خواهد داشت؟ مگر عقل و رشد وی به حدی رسیده است که بتواند در این باره تصمیم بگیرد؟ مؤید این مطلب که رضایت نابالغ در این جرم دارای اثر نمی‌باشد، تبصره ۲ ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی می‌باشد. این ماده مقرر می‌دارد:

«رضایت دختر نابالغ یا مجنون یا مکرهی که رضایت واقعی به زنا نداشته، در حکم عدم رضایت است.»

۲-۲-۲. خواب یا بیهوشی

عموم واژه اغتصاب، کلیه زناهای ناشی از اکراه و اجبار زن و نیز مواردی را که در حالت خواب یا بیهوشی با او زنا می‌شود، به شرط آنکه به آن راضی نباشد، در بر می‌گیرد؛ زیرا مفهوم غصب زن، چیزی جز نزدیکی جنسی با او در حالت عدم رضایت نیست (اکرمی، ۱۳۹۴: ۴۸). در این خصوص، فروض متعددی را می‌توان بیان کرد؛ فرض اول جایی است که مرتکب تجاوز، زن را بیهوش کرده و به او تجاوز کرده است. شکی نیست که در اینجا جرم زنا به عنف محقق شده است. اگر زن نیز خودش را به هر دلیلی بیهوش کرده باشد و سپس مرد به او تجاوز کند، اصل عدم رضایت است و متجاوز باید رضایت شخص بیهوش را اثبات نماید. فرض دوم زمانی است که زن خواب بوده، مرد به او تجاوز می‌کند و بلافاصله زن بیدار می‌شود. در این فرض نیز جرم تجاوز محقق شده است. اگر مردی با زنی در گذشته بارها مرتکب زنا شده است و موقعیتی به وجود آید که همین زن خواب بوده و زانی مجدداً قصد زنا داشته باشد، ناگهان پس از انجام دخول، زن از خواب بیدار و مدعی شود که رضایت نداشته است، در این فرض نمی‌توان رضایت زن را استصحاب کرد؛ زیرا وقوع زنا در گذشته سبب نمی‌شود که رابطه‌های لاحق را نیز با رضایت بدانیم. طبق تبصره ماده ۲۲۴، در این فرض، زنا به عنف محقق شده است و اگر متجاوز مدعی رضایت باشد، باید آن را ثابت نماید. البته متجاوز در اینجا می‌تواند ادعا کند که نسبت به عدم رضایت بزه دیده جهل داشته است و طبق تبصره ۱ ماده ۲۱۸ قانون مجازات، دادگاه موظف به بررسی و تحقیق است.

۲-۲-۳. مستی

همان طور که گفته شد، «غصب امراه» مصادیق متعددی می‌تواند داشته باشد که یکی دیگر از مصادیق آن، حالت مستی زانیه است. سؤال مهمی که باید به آن پاسخ داده شود، این است که آیا می‌توان به طور مطلق گفت که مست بودن بزه‌دیده موجب تحقق جرم زنا یا به عنف می‌شود؟ بعضی نویسندگان مراحل مختلفی را در مستی از جهت هوشیاری و تأثیر از یکدیگر باز شناخته‌اند که با نشانه‌هایی همراه است (اردبیلی، ۱۴۰۰: ۱۲۶/۲). تبصره ۲ ماده ۲۲۴، مستی را در کنار بیهوشی و خواب آورده است؛ در نتیجه، منظور مقنن آن مستی بوده است که اراده و اختیار فرد را زایل کرده است. در حکم عنف دانستن در تبصره ۲ نیز مؤید همین مطلب است. بنابراین آن مستی که اراده و اختیار را زائل نکند و فقط حالت سرخوشی برای فرد مست به وجود بیاورد، از شمول تبصره ۲ خارج است.

سؤالی که در این موضوع قابل طرح است، این است که آیا بین موردی که بزه‌دیده با اختیار خود مست کرده و موردی که متجاوز به زور او را مست کرده است، باید تفاوت گذاشت یا خیر؟ در صورت اخیر (مستی با زور) قطعاً می‌توان گفت که برقراری رابطه جنسی با چنین فردی بدون رضایت وی بوده و عنوان زنا یا به عنف دارد؛ زیرا زمانی که وی را مجبور به نوشیدن مشروب الکلی می‌کنیم، فقدان رضایت را در وی ایجاد کرده‌ایم که این فقدان رضایت تا زمان بازگشت او به حالت عادی همچنان وجود خواهد داشت (جعفری، ۱۳۹۴: ۱۲۵).

در حالت نخست که فرد با اختیار خودش مست کرده است، نمی‌توان به راحتی حکم به سقوط جرم تجاوز داد؛ زیرا مستی بزه‌دیده با اختیار خود، ملازمه‌ای با داشتن رضایت برای جرم زنا ندارد. برخی معتقدند:

«مست کردن زن در مهمانی مختلط و سپس رابطه جنسی با وی، مصداق زنا یا به عنف نیست؛ زیرا فردی که آزادانه در یک میهمانی مختلط، اقدام به نوشیدن مقدار زیادی مشروب الکلی نموده، در واقع خود را تسلیم حوادث احتمالی کرده است. در واقع این زن با اقدام نخست خود که با اراده انجام داده، به اقدامات بعدی افراد حاضر در میهمانی، اعتبار ذهنی داده است» (همان).

در پاسخ باید گفت که هیچ ملازمه‌ای بین مستی (با اختیار زن) و داشتن رضایت او برای زنا نیست. چه بسا زن در مهمانی مختلط مست کرده است، اما حتی قصد و رضای رابطه جنسی با هیچ کس را در آن مکان نداشته و با اجبار به او تجاوز شود. البته مقنن در جهت حمایت از بزه‌دیده تجاوز جنسی در ماده ۲۴۱، مقررهای را وضع نموده است. طبق این مقرر، در مورد جرایم منافی با عفت، اگر احتمال ارتکاب با عنف، اکراه و... باشد، حتی در صورت نبود ادله، دادگاه باید به تحقیق و بررسی بپردازد.

۴-۲-۲. ربایش، تهدید یا ترساندن زن

منظور مقنن از زنا از طریق ربایش، آن است که زنی پس از آنکه ربوده شد، مورد تجاوز جنسی قرار بگیرد. در این مورد بر خلاف تهدید یا ترساندن که مستقیماً به عمل نزدیکی جنسی مربوط می‌شود، ارتباط مستقیمی بین ربایش و نزدیکی جنسی وجود ندارد و هر یک عمل مجزایی است. به نظر می‌رسد اگر مرتکب تجاوز جنسی بتواند اثبات نماید که علی‌رغم ربودن زن، وی نسبت به عمل نزدیکی جنسی رضایت داشته است، مرتکب به زنا ساده و نه زنا به عنف محکوم خواهد شد (قتبری‌زاده، ۱۳۹۶: ۲۱). در این موقعیت، بار اثبات رضایت زن بر عهده رباینده است و با توجه به ربایش اولیه، اصل بر عدم رضایت زن است.

در انتهای تبصره ۲ ماده ۲۲۴ مقرر شده است:

«در زنا از طریق ربایش، تهدید و یا ترساندن زن، اگرچه موجب تسلیم شدن او شود نیز حکم فوق جاری است».

با تدقیق در این مصادیق خواهیم فهمید که مقنن به دنبال حمایت از بزه‌دیده‌ای است که به دلیل شرایط سختی که در آن قرار دارد، تن به زنا داده است. زنی که ربوده شده، ممکن است بالفعل هیچ اکراه و اجباری در برقراری رابطه جنسی با او نباشد، اما شرایط اطرافش به گونه‌ای بغرنج باشد که او تسلیم خواسته‌های متجاوز شود. عبارت «اگرچه موجب تسلیم شدن او شود» در تبصره نیز بیانگر همین است که زنا ارتکاب یافته پس از ربایش یا وجود شرایط ترس‌آور، حتی اگر سبب تسلیم شدن و رضایت زن شود، این رضایت صحیح نیست و جرم تجاوز محقق شده است.

واژه «تهدید» در تبصره ماده ۲۲۴ در ظاهر بیانگر این است که شخص مکره در صورت عدم برقراری رابطه جنسی از نوع زنا، از طرف متجاوز تهدید به خطر جانی، مالی و... شود. حال سؤال این است که مقنن در بند ت ماده ۲۲۴، «اکراه» را ذکر کرده است، مگر اکراه همواره همراه با تهدید نیست؟ در نتیجه، امر بیهوده‌ای است که قانون‌گذار یک مصداق را دو بار در یک ماده و تبصره آن، یک بار در جهت زنا‌ی به عنف و بار دوم در بیان در حکم زنا‌ی به عنف تکرار کرده باشد؛ مگر اینکه گفته شود منظور مقنن شرایط تهدید‌آمیز یا همان تهدید بالقوه بوده است که جای تأمل دارد. لازم به ذکر است با توجه به اینکه در قانون سابق، این تبصره پیش‌بینی نشده بود، قضات وجود بزه آدم‌ربایی را قرینه‌ای بر اثبات تجاوز جنسی قلمداد می‌کردند. در پرونده کلاسه ۸۹۰۹۹۸۳۸۴۸۳۰۰۰۹ به اتهام آدم‌ربایی و زنا‌ی به عنف، دادگاه در بخشی از رأی خود آورده است:

«... توسل متهم ردیف اول (همراه با تبانی با متهم ردیف دوم) در اعمال حيله و فریب به عنوان یکی از مصداق آدم‌ربایی و اغفال شاکیه برای کشاندن قربانی بزه به خارج از شهر برای اجرای منویات مجرمانه خود، قطعی است» (علی‌محمدی، ۱۳۹۲: ۱۴۶).

۲-۳. لواط به عنف

قانون‌گذار در فرض عنف و اکراه، حد فاعل را قتل دانسته است؛ اعم از آنکه فاعل محصن باشد یا نباشد و نسبت به مفعول هم روشن است که مفعول به دلیل عنف و اکراه و عدم اختیار، مجازاتی ندارد. گرچه تبصره ۲ ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ جهت جلوگیری از بدون مجازات ماندن بعضی از روابط جنسی نامشروع تصویب شد، لذا این تبصره صرفاً در مورد جرم زنا استفاده می‌شود؛ یعنی باید گفت که همچنان بحث بر سر اینکه لواط با فرد خواب، بیهوش یا لواط با اطفال چه حکمی دارد، نامعلوم و باز است (مصطفوی، ۱۳۹۴: ۳۸). در نتیجه، مجازات اعدام برای متجاوز در لواط طبق ماده ۲۳۴، تنها در صورت عنف یا اکراه پذیرفته شده است. این گونه قانون‌گذاری خلاف تأمین حقوق بزه‌دیدگان جرم تجاوز جنسی است. اگر بیهوش کردن دختری و تجاوز به او شنیع است، تجاوز به پسری که بیهوش یا خواب است نیز به همان مقدار زشت و ناپسند می‌باشد. اگر اغفال دختر نابالغ و ارتکاب زنا شدت آن را زیاد می‌کند

و عمل مزبور را در حکم زناى به عنف قرار مى‌دهد، چرا برای اغفال پسر نابالغ چنین نیست؟ سؤال دیگر این است که چرا طبق ماده ۲۳۶، مجازات تفخیز با عنف و اکراه، برابر با تفخیزی است که با رضایت مفعول ارتکاب یافته است؟ چه تناسبی در این خصوص بین جرم و مجازات وجود دارد؟

۲-۴. اجبار، عدم رضایت و شرایط اکراه‌آمیز در نظام حقوق بین‌الملل

کیفری

دادگاه رواندا در اولین تعریف از جرم تجاوز جنسی، رکن دوم آن را بدین گونه تعریف نمود:

«تجاوز... یک حمله جسمی از نوع جنسی است که نسبت به یک شخص تحت اجبار ارتکاب می‌یابد» (Prosecutor v. Akayesu, 1998: paras. 597-598).

بنابراین از نظر دادگاه رواندا به منظور تحقق تجاوز جنسی باید بزه‌دیده تحت شرایط اجباری قرار داشته باشد. در مقابل، دادگاه یوگسلاوی در پرونده فروندزیجا، رکن دوم لازم برای تحقق تجاوز جنسی را زور، ارباب و فشار علیه شخص بزه‌دیده یا شخص ثالث اعلام نمود (Prosecutor v. Furundzija, 1998: para. 185). به نظر می‌رسد که از نظر دادگاه یوگسلاوی در این پرونده برای تحقق تجاوز، رکن دوم لازم همان اجبار باشد که شرط بسیار مضیق در قیاس با شروط عدم رضایت و وجود شرایط اکراه‌آمیز است. شعبه بدوی دادگاه یوگسلاوی در پرونده کوناراج ضمن اشاره به تعاریف ارائه‌شده از تجاوز جنسی در پرونده فروندزیجا، اعلام نمود که قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی که در تعریف پرونده فروندزیجا آمده است، نیاز به بازتعریف دارد. شعبه یادآور شد که در هیچ یک از اساسنامه‌های دادگاه‌های بین‌المللی، جرم تجاوز جنسی تعریف نشده است؛ لذا برای تعریف آن باید به اصول کلی حقوق پذیرفته‌شده توسط نظام‌های حقوقی ملی مراجعه نمود (Prosecutor v. Kunarac et al., 2001: paras. 438-439). از نظر دادگاه بدوی، آنچه منجر به تحقق جرم تجاوز جنسی می‌شود، عدم رضایت و غیر داوطلبانه بودن ارتکاب رفتار جنسی از طرف بزه‌دیده است که به منزله نقض استقلال جنسی بزه‌دیده است (Ibid.: para. 440).

از نظر دادگاه بدوی، ارکان تشکیل دهنده قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز، به سه دسته تقسیم می‌شوند: ۱- اجبار یا تهدید به اجبار بزه‌دیده یا شخص ثالث (مانند قوانین کشورهای آلمان، چین و کره جنوبی)؛ ۲- اجبار یا شرایطی که بزه‌دیده به طور خاص در معرض خطر (بنا به دلایل بیماری، عدم اهلیت و...) است یا توانایی امتناع آگاهانه از رابطه جنسی (به دلیل فریب، زبردست بودن، مستی و...) وجود ندارد (مانند قوانین کشورهای سوئیس، پرتغال و فرانسه)؛ ۳- عدم رضایت بزه‌دیده (Ibid.: paras. 442-452). در اغلب نظام‌های حقوقی جهان، آنچه منجر به تحقق تجاوز جنسی می‌گردد، فقدان رضایت آزاد و حقیقی در برقراری رابطه جنسی است. طبق قانون ۱۹۷۶ انگلستان، تجاوز زمانی محقق می‌شود که یک مرد اقدام به دخول جنسی به یک زن نماید که در زمان انجام این عمل، زن بدان رضایت نداشته است و در آن زمان، مرد می‌دانسته که زن بدان عمل رضایت نداشته یا اینکه نسبت به رضایت زن بی‌مبالاتی نموده است. اجبار یا تهدید به اجبار نیاز به اثبات ندارد. همچنین در جایی که رضایت از طرق مذکور حاصل شده، رضایت حقیقی نیست. این رویکرد در نظام‌های حقوقی کانادا، نیوزیلند، استرالیا، هند و بلژیک نیز پذیرفته شده است. در نهایت، رویکردی که توسط دادگاه پذیرفته شده، این است که در تجاوز جنسی، استقلال جنسی فرد مورد تعرض قرار گرفته است؛ اعم از اینکه این نتیجه از طریق توسل به اجبار و اکراه باشد یا به هر دلیلی، رضایت حقیقی و آزادانه بزه‌دیده وجود نداشته باشد (Ibid.: paras. 453-457).

از نظر دادگاه در پرونده کوناراچ، قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی، همان عدم رضایت است. منظور از رضایت در اینجا، رضایت داوطلبانه و در نتیجه اراده آزاد بزه‌دیده است که با استناد به شرایط و اوضاع و احوال زمان ارتکاب جرم احراز می‌گردد. رکن معنوی جرم تجاوز جنسی هم قصد انجام رفتار جنسی با علم به عدم رضایت بزه‌دیده است (Ibid.: para. 460).

در پرونده کوچا در دادگاه یوگسلاوی نیز شعبه بدوی بعد از ملاحظه رویه‌های متفاوت دادگاه‌های پیشین در پرونده‌های فروندزیجا، کوناراچ و تعریف دادگاه رواندا از تجاوز در پرونده آکایسو، نهایتاً از رأی دادگاه در پرونده کوناراچ تبعیت می‌نماید و تحقق قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی را همان عدم رضایت می‌داند.

دادگاه در ادامه با اشاره به برخی پرونده‌ها مانند پرونده سلبیستی اعلام می‌دارد که شرایط اکراه‌آمیز، جزء لاینفک مخاصمات مسلحانه است. همچنین با استناد به پرونده فروندزیجا اعلام می‌دارد که هر گونه اسارتی، رضایت را زائل می‌نماید (Prosecutor v. Kvočka, 2001: paras. 175-182).

در پرونده کاردوزو^۱ در هیئت ویژه تی‌مور شرقی، دادگاه در زمان رسیدگی به اتهام تجاوز جنسی متهم، توجه خاصی به تعریف این جرم در آرای دادگاه‌های رواندا و یوگسلاوی و همچنین عناصر جرم دیوان داشت. دادگاه ضمن اذعان به عدم ارائه تعریف مشخص از این جرم در اساسنامه دادگاه‌های مذکور بعد از بررسی تطبیقی بین تعاریف ارائه شده، در نهایت تعریف پرونده کوناراج را پذیرفت. از نظر دادگاه، هیچ دلیلی برای عدول از این تعریف وجود ندارد. از نظر دادگاه، عنصر محوری جرم تجاوز جنسی، عدم رضایت بزه‌دیده است که با توجه به شرایط خاص ارتکاب جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت که در زمان جنگ و یا حملات گسترده علیه غیر نظامیان ارتکاب می‌یابند، تصور اعلام رضایت آزادانه برای برقراری رابطه جنسی، امری دشوار است. در این رابطه، دادگاه به بخش ۳۴.۳ مقررات ۱۵/۲۰۰۰ حکومت انتقالی سازمان ملل در تی‌مور شرقی استناد می‌نماید که قابل استناد در جرایم جنسی نیز می‌باشد. بند ب این بخش اعلام می‌دارد:

«رضایت نباید به عنوان یک دفاع مورد استناد قرار گیرد، اگر بزه‌دیده: ۱- تحت خشونت قرار گرفته یا تهدید شده است یا دلیلی برای ترس از خشونت، اجبار، بازداشت یا فشار روانی داشته باشد؛ یا ۲- بزه‌دیده به طور منطقی اعتقاد داشته باشد که اگر تسلیم نشود، ممکن است شخص دیگری این گونه تحت خشونت، تهدید یا ترس از خشونت قرار گیرد...» (Prosecutor v. Jose Cardoso, 2003: paras. 445-452).

در دادگاه ویژه سیرالئون در پرونده چارلز تیلور، دادگاه مطابق با رویه دادگاه یوگسلاوی در پرونده کوناراج در تعریف قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی به‌عنوان جنایت علیه بشریت طبق ماده ۲ اساسنامه دادگاه اعلام نمود که ورای هر تردید معقولی باید ارکان زیر در ارتباط با جرم تجاوز جنسی اثبات گردد؛ اینکه دخول بدون

1. Cardoso.

رضایت هرچند جزئی در اندام جنسی بزه‌دیده صورت گرفته و مرتکب قصد داشته باشد تا این دخول جنسی را انجام دهد و آگاه باشد که این عمل بدون رضایت بزه‌دیده رخ می‌دهد. رضایت بزه‌دیده باید در نتیجه اراده آزاد وی و داوطلبانه با توجه به شرایط حاکم اعلام شده باشد. در وضعیت‌هایی مانند مخاصمه مسلحانه یا بازداشت، اجبار مسلم است. اجبار یا تهدید به اجبار، ادله روشنی مبنی بر عدم رضایت هستند؛ اما اجبار رکن ذاتی جرم تجاوز نیست، بلکه شرایط دیگری به جز اجبار ممکن است که طی آن رفتار جنسی بدون رضایت صورت می‌گیرد. این امکان وجود دارد که یک شخص بنا به دلایل طبیعی، فریب یا عدم اهلیت، قادر به اعلام رضایت حقیقی نباشد. به علاوه، دادگاه به استناد ماده ۹۶ قواعد دادرسی مقرر می‌دارد که در موارد خشونت جنسی، دادگاه باید اصول ذیل را اعمال نماید: ۱- رضایت نمی‌تواند از بیانات و رفتار بزه‌دیده در جایی که اجبار، تهدید به اجبار یا سوءاستفاده از شرایط اکراه‌آمیزی که امکان اعلام رضایت حقیقی بزه‌دیده را تحلیل می‌برد، وجود دارد، استنباط گردد؛ ۲- رضایت نمی‌تواند از بیانات و رفتار بزه‌دیده در جایی که وی قادر به اعلام رضایت حقیقی نیست، استنباط گردد؛ ۳- رضایت نمی‌تواند از سکوت یا عدم مقاومت بزه‌دیده استنباط گردد (Prosecutor v. Taylor, 2012: paras. 415-417).

دادگاه سیرالئون در پرونده راف در تعریف قسمت دوم رکن مادی اعلام می‌دارد: «حمله باید با اجبار، تهدید به اجبار یا اکراه، مانند ترس از خشونت، تهدیدهای غیرقانونی، بازداشت، فشار روانی یا سوءاستفاده از قدرت، علیه بزه‌دیده یا شخص دیگر، یا سوءاستفاده از شرایط اکراه‌آمیز، یا حمله ارتكابی علیه شخصی که قادر به ابراز رضایت حقیقی نیست، ارتكاب یابد».

در این بند، دادگاه مستقیماً به سند عناصر جرم دیوان استناد می‌نماید. با وجود این، در بند چهارم از تعریف تجاوز اضافه می‌نماید که متهم می‌دانسته یا دلیلی بر آگاهی وی از اینکه بزه‌دیده فاقد رضایت است، باید وجود داشته باشد (Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao, 2009: para. 145). گرچه برخی بر این اعتقادند که رأی دادگاه سیرالئون در پرونده راف در رابطه با قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی، مضیق‌تر از رأی پرونده تیلور است (Oosterveld, 2012: 12)، اما به نظر می‌رسد

که با توجه به بند چهارم تعریف که در آن صراحتاً به عدم رضایت بزه‌دیده در تحقق این جرم اشاره شده است، می‌توان گفت که در اینجا نیز ملاک عدم رضایت بزه‌دیده و نه صرفاً اجبار و یا شرایط اکراه‌آمیز است.

در شعب ویژه سنگال،^۱ حیسن هابره^۲ به عنوان اولین رئیس دولت وقت شناخته می‌شود که به اتهام ارتکاب تجاوز جنسی در یک دادگاه بین‌المللی کیفری محکوم شده است. دادگاه در تعریف ارکان مادی جرم تجاوز جنسی، به همان رکن عدم رضایت در رویه دادگاه یوگسلاوی در پرونده کواچ و کوناراج استناد نمود. دادگاه تجدیدنظر نیز در تأیید حکم دادگاه بدوی اعلام نمود که در پرونده‌های جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی، شرایط اکراه‌آمیز و قهری به گونه‌ای است که امکان اعلام رضایت حقیقی غیرممکن است.^۳

در دادگاه ویژه کامبوج^۴ در پرونده «۰۲/۰۰۲»، متهمان^۵ به جرم تجاوز جنسی در چارچوب ازدواج اجباری متهم شدند؛ مردان و زنانی که مجبور به ازدواج با یکدیگر در مراسم ازدواج‌های دسته‌جمعی با هدف ازدیاد نسل می‌شدند. متهمان در جهت پیشبرد سیاست‌های حزب، بعد از ازدواج اجباری، زنان و مردان را مجبور به برقراری رابطه جنسی می‌کردند که در صورت امتناع با تهدیدهای جانی مواجه می‌شدند. به این ترتیب، روابط جنسی بین زنان و مردان در شرایط اکراه‌آمیز و شرایطی که بزه‌دیده فاقد رضایت آزادانه بود، ارتکاب می‌یافت. جالب اینکه دادگاه ضمن اشاره به عناصر جرم دیوان در لزوم وجود شرایط اکراه‌آمیز به عنوان قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی، همچنان از رویه دادگاه یوگسلاوی در پرونده کوناراج در لزوم شرط عدم رضایت تبعیت می‌نماید (Fry & Slidregt, 2020: 711-715). دادگاه در این پرونده به رأی دیوان

1. Special Tribunal in Senegal.

2. Hissène Habré.

3. Justice delayed... but delivered - Accountability for sexual violence and the trial of Hissène Habré, 2016, <<https://www.iap-association.org/getattachment/4cf52379-01ac-41a5-ba97-8f1cf5c69cae/161011-habre-article.pdf.aspx>>.

4. Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC).

5. Nuon Chea and Khieu Samphan.

در پرونده بمبا^۱ نیز توجه داشته است. از نظر دیوان، لزوم قرار داشتن در شرایط اجباری می‌تواند به این معنا باشد که دادستان لازم نیست عدم رضایت بزه‌دیده را ثابت کند. با وجود این، دادگاه کامبوج اذعان نمود که برای دسته خاصی از افراد، تحت هیچ شرایطی امکان اعلام رضایت وجود ندارد. در نتیجه، دادگاه کامبوج از همان رویه قدیمی کوناراج در لزوم عدم رضایت بزه‌دیده تبعیت نمود (Ibid.: 714).

در رابطه با قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی به موجب عناصر جرم دیوان اعلام شده است:

«حمله باید با اجبار، تهدید به اجبار یا اکراه، مانند ترس از خشونت، تهدیدهای غیر قانونی، بازداشت، فشار روانی یا سوءاستفاده از قدرت، علیه بزه‌دیده یا شخص دیگر، یا سوءاستفاده از شرایط اکراه‌آمیز، یا حمله ارتكابی علیه شخصی که قادر به ابراز رضایت حقیقی نیست، ارتکاب یابد».

نکته جالب توجه در تعریف دیوان این است که علی‌رغم تعریف موسعی که دیوان از قسمت اول رکن مادی این جرم داشته است، در قسمت دوم صرفاً به لزوم اثبات شرایط اکراه‌آمیز اکتفا می‌نماید.

در اولین پرونده‌ای که دیوان به جرم تجاوز جنسی پرداخت، به توضیح شرایط اکراه‌آمیز در قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی پرداخته است. از نظر دیوان، شرایط اکراه‌آمیز در چهار دسته قرار می‌گیرند: ۱- اجبار؛ ۲- تهدید به اجبار یا اکراه، مانند ترس از خشونت، اجبار، بازداشت، فشار روانی یا سوءاستفاده از قدرت، علیه بزه‌دیده یا شخص دیگر؛ ۳- سوءاستفاده از شرایط اکراه‌آمیز؛ یا ۴- حمله ارتكابی علیه شخصی که قادر به ابراز رضایت حقیقی نیست. در تفسیر شرایط اکراه‌آمیز هم دیوان از پرونده آکایسو الهام گرفته است. بدین منظور لازم نیست که حتماً اجبار فیزیکی اثبات شود. شرایطی مانند مخاصمه مسلحانه یا حضور نیروهای مسلح در بین جمعیت غیر نظامی همگی می‌توانند مثبت این شرایط باشند. البته دیوان اضافه می‌نماید که حتماً باید سوءاستفاده مرتکب از شرایط اکراه‌آمیز جهت ارتکاب تجاوز اثبات گردد. از نظر دیوان، عدم رضایت بزه‌دیده، رکن قانونی جرم تجاوز طبق اساسنامه نیست. کارهای مقدماتی

1. Bemba.

تدوین اساسنامه، بیانگر این است که لزوم اثبات عدم رضایت بزه‌دیده، مانع اجرای عدالت نسبت به برخی متهمان خواهد شد. در واقع در جایی که اجبار، تهدید به اجبار یا سوءاستفاده از شرایط اکراه‌آمیز به اثبات می‌رسد، دیگر نیازی به اثبات عدم رضایت بزه‌دیده نیست. دیوان اثبات رکن عدم رضایت از سوی دادستان را صرفاً محدود به اشخاصی می‌نماید که بنا بر دلایل جسمی، سنی و یا فریب، قادر به اعلام رضایت حقیقی نیستند (Prosecutor v. Bemba Gombo, 2016: paras. 102-108).^۱ به نظر می‌رسد که صرف نظر از رأی اخیر دیوان که البته در مرحله تجدیدنظر بنا به دلایل دیگری نقض گردید، رویه قضایی دادگاه‌های بین‌المللی کیفری همگام با نظام‌های داخلی، رکن عدم رضایت را به عنوان لازمه قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی در نظر گرفته است که در راستای حمایت از بزه‌دیدگان جرایم جنسی است.

نتیجه‌گیری

مطالعه نظام حقوقی ایران و نظام حقوق بین‌الملل کیفری در برخورد با جرم تجاوز جنسی حاکی از آن است که در هر دو نظام حقوقی از ابتدا تعریفی از تجاوز جنسی به عنوان یک جرم ارائه نشده است و لذا ارکان مادی این جرم در هر دو نظام حقوقی ناشناخته است.

در نظام حقوقی ایران به جای جرم‌انگاری و تعریف جرم تجاوز جنسی، به دو جرم مجزای زنا به عنف و لواط به عنف اشاره شده است، بدون اینکه از آن، تعریف جداگانه به عمل آید. بنابراین عنف در نظام حقوقی ایران تعریف نشده است و صرفاً به بیان مجازات اشد برای این جرایم و ذکر برخی مصادیق حصری در حکم عنف اکتفا شده است. نگاهی به مجموع مواد مرتبط، نویسندگان را به این نتیجه می‌رساند که منظور از عنف بر خلاف منشأ فقهی آن، همان اکراه و اجبار است؛ از آنجا که قانون‌گذار

۱. لازم به یادآوری است که محکومیت بدوی بما به استناد ماده ۲۸ اساسنامه به دلیل عدم ارائه ادله کافی جهت اثبات مسئولیت وی به عنوان یک فرمانده در اتخاذ تدابیر کافی و متناسب جهت جلوگیری از جرایم موضوع کیفرخواست از جمله تجاوز جنسی در دادگاه تجدیدنظر نقض گردید و متهم از تمام اتهام‌های وارده تبرئه گردید (Prosecutor v. Bemba Gombo, 2018).

صرفاً برخی مصادیق عدم رضایت را به صورت حصری و ذیل عنوان در حکم عنف بیان کرده است.

در رابطه با قسمت اول رکن مادی تجاوز جنسی نیز نظام حقوقی ایران به دلیل ارجاع تجاوز جنسی به تعریف فقهی زنا و لواط، تعریف بسیار مضیقی را برگزیده است؛ به طوری که بسیاری از مصادیق تجاوز جنسی را که در نظام حقوق بین‌الملل کیفری به عنوان تجاوز مسلم شناخته شده‌اند، در بر نمی‌گیرد.

در نظام حقوق بین‌الملل کیفری نیز علی‌رغم اکراه اولیه از تعریف تجاوز جنسی در اساسنامه‌های دادگاه‌های بین‌المللی، در نهایت سند عناصر جرم دیوان به عنوان اولین سند بین‌المللی، تعریف موسعی از قسمت اول رکن مادی جرم تجاوز جنسی ارائه داد که جامع تمام صور متصور این جرم اعم از جرایم ارتكابی علیه مردان و زنان باشد. با وجود این، در قسمت دوم رکن مادی جرم تجاوز جنسی، سند عناصر جرم دیوان در مقایسه با رویه قضایی بین‌المللی گویا یک قدم عقب مانده است. رویه قضایی دادگاه‌های بین‌المللی کیفری همگام با تعاریف جدید از تجاوز جنسی، آنچه را که لازمه تحقق این جرم می‌داند، عدم رضایت بزه‌دیده و لزوم حفظ احترام به استقلال جنسی بزه‌دیدگان است. رضایت برای این منظور باید رضایت آزادانه باشد، که با توجه به شرایط ارتكاب جرایم بین‌المللی، تصور چنین رضایتی دشوار است.

کتاب‌شناسی

۱. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، تهران، میزان، ۱۴۰۰ ش.
۲. اکرمی، روح‌الله، «عصر عنف در زنا از منظر فقه، حقوق جزای ایران و انگلیس»، *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، سال سوم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۵ ش.
۳. اوحدی، بهنام، *تمایلات و رفتارهای جنسی انسان*، چاپ پنجم، تهران، انتشارات صادق هدایت، ۱۳۸۴ ش.
۴. برهانی، محسن، و مهسا دادجو، «مفهوم و جایگاه عنف در حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال چهاردهم، شماره ۵۳، تابستان ۱۳۹۶ ش.
۵. جعفری، مجتبی، «آخرین تحلیل انتقادی مرزهای رضایت در جرم تجاوز جنسی: حقوق موضوعه و ضرورت‌های اصلاح آن» *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال سوم، شماره ۱۰، بهار ۱۳۹۴ ش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیولوژی علم حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
۷. حاجی ده‌آبادی، احمد، محمدعلی حاجی ده‌آبادی، و احمد یوسفی، «بررسی مبنای ضرر در جرم‌انگاری تجاوز جنسی با رویکردی به فقه امامیه»، *دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال چهارم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲ ش.
۸. خاک، روناک، «جرم‌انگاری خشونت جنسی در حقوق بین الملل کیفری»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال بیست و پنجم، شماره ۳۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۷ ش.
۹. شاه‌ملک‌پور، حسن، *فقه جزایی استدلالی*، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۱۰. همو، *فقه جزایی اهل سنت؛ مقارنه با فقه شیعه*، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۱۱. صالحی، محمدرضا، *بررسی تطبیقی جرم زنا به عنف در حقوق ایران، انگلستان و آمریکا*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، ۱۳۹۰ ش.
۱۲. علی محمدی، عبدالرضا، *نقد و بررسی رویه قضایی (دادگاه‌های بدوی و دیوان عالی کشور) در خصوص رسیدگی به جرایم تجاوز به عنف*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه قم، ۱۳۹۲ ش.
۱۳. فرجی‌ها، محمد، و هاجر آذری، «حمایت کیفری از زنان قربانی تجاوز به عنف در حقوق ایران»، *فصلنامه رفاه اجتماعی*، سال یازدهم، شماره ۴۰، بهار ۱۳۹۰ ش.
۱۴. قنبری‌زاده، سولماز، *مفهوم‌شناسی عنف و ملاک احراز آن در جرایم به عنف*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه یاسوج، ۱۳۹۶ ش.
۱۵. گودرزی، فریبا، سیدمحمد موسوی بجنوردی، و شکوه نوایی‌نژاد، «بررسی روان‌شناختی تجاوز جنسی زناشویی با نگاهی بر جنبه فقهی و حقوقی موضوع»، *پژوهش‌نامه زنان*، سال هفتم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۵ ش.
۱۶. مصطفوی، حمید، *ماهیت عنف، احکام و مصادیق آن در حقوق کیفری ایران*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه قم، ۱۳۹۴ ش.

Books:

17. Dittrich, Viviane E. & Kerstin von Lingen & Philipp Osten & Jolana Makraiová (Eds.), *The Tokyo Tribunal: Perspectives on Law, History and Memory*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2020.
18. Jarvis, Michelle, *Sexual Violence and Armed Conflict: United Nations Response*, United Nations, Division for the Advancement of Women, Department of Economic and Social Affairs, 2000.

Articles:

19. Bennice, Jennifer A. & Patricia A. Resick, "Marital Rape: History, Research, and Practice", *Trauma Violence & Abuse*, Vol. 4(3), July 2003.
20. Fry, Elinor & Elies van Sliedregt, "Targeted Groups, Rape and Dolus Eventualis: Assessing the ECCC's Contributions to Substantive International Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 18(3), July 2020.
21. Hanus, Elizabeth, "Rape by Nonphysical Coercion: State v. Brooks", *Kansas Law Review*, Vol. 64(5), 2016.
22. Oosterveld, Valerie, "Gender and the Charles Taylor Case at the Special Court for Sierra Leone", *William & Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 19(1), 2012.

Documents:

23. Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, December 20, 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 50-55 (1946).
24. ICC Element, Published by the International Criminal Court, 2011.
25. Nuremberg Charter (Charter of the International Military Tribunal) 1945.
26. Tokyo Charter (International Military Tribunal for the Far East Charter), 1946.

Cases:

27. Prosecutor v. Furundzija, Judgment, Case No. ICTY IT-95-17/1-T, 10 December 1998.
28. Prosecutor v. Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao, Judgment, Case No. SCSL-04-15-T, 2009.
29. Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgment, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998.
30. Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment, No. ICC-01/05-01/08, 21 March 2016.
31. Prosecutor v. Jose Cardoso, Judgment, Case No. ETT (East Timor Tribunal) 04/2001, 05/04/2003.
32. Prosecutor v. Khieu Samphan and Nuon Chea, Judgment, Case No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 2018.
33. Prosecutor v. Kunarac, Kovac & Vukovic, Judgment, Case No. ICTY IT-96-23 & IT-96-31/1, 22 February 2001.
34. Prosecutor v. Kunarac, Kovac & Vukovic, Judgment, Case No. ICTY IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 June 2002.
35. Prosecutor v. Kvočka et al., Case No. ICTY, IT-98-30/1-T, 2001.
36. Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radic, Zigic & Prcac, Judgment, Case No. IT-98-30/1-T, 2 November 2001.
37. Prosecutor v. Taylor, Judgment, Case No. SCSL-03-01-T, Trial Chamber II, 2012.