

## جرایم جنسی مبتنی بر رضایت در قلمرو حقوق کیفری ایران

### علیرضا بیک ویردیلو

کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران

#### چکیده

قانون‌گذار ما رویکرد خاصی در این گونه جرایم اتخاذ نموده است و عیناً جرایم موجود در فقه را در قوانین جزایی تکرار کرده است. شاید این تقلید و شدت عمل به این دلیل باشد که اگر ارتکاب جرایم مذکور زیاد شود می‌تواند به مانند موریانه پایه‌های یک جامعه‌ی مقید را نابود کند و بحران سقوط معنویت و فزونی جرائم گوناگون را برای جامعه به ارمغان آورد؛ از این رو، رویکرد قانون‌گذار در تشریح، با شدت هرچه تمام ولی از نظر اجرایی عکس آن بوده، به گونه‌ای که در فرایند رسیدگی همت خود را بر، بزه پوشی و دشواری در اثبات گماشته به طوری که برخی بر این باورند که اثبات این جرائم در عمل محال است و حتی سعی در جلوگیری از افشاء آن و ترغیب شخص خطاکار، مردم و قاضی به ستر آن دارند و آن را از ابعاد و جنبه‌های مختلف دارای اهمیتی قابل توجه دانسته‌اند، زیرا سخت کردن اثبات جرم نیز فرصتی بیشتر به مجرم در جهت بازگشت آن به جامعه و دور ساختن آن از برچسب خوردن می‌دهد و به همین جهت اصل بر ممنوعیت تحقیق در این جرایم است.

**واژه‌های کلیدی:** جرایم جنسی، رضایت، زنا، ممنوعیت تحقیق

## ۱) مقدمه

جرایم جنسی مبتنی بر رضایت شامل رفتارهایی می شود که به طور مستقیم یا غیر مستقیم، با هدف کسب لذت جنسی صورت می گیرد. این نوع از جرایم که شخصیت معنوی اشخاص را هدف قرار می دهند، در دسته جرایم علیه اشخاص قرار می گیرند. در حقوق کیفری ایران که الهام گرفته از فقه امامیه می باشد جرایم مذکور در دو بخش حدود و تعزیرات پیش بینی شده اند. در بخش حدود، قانونگذار تحت عناوینی از قبیل زنا، لواط، مساحقه به این دسته از جرایم پرداخته است و برای هر کدام مجازاتی را که نوع، میزان و کیفیت آن در شرع تعیین شده مدنظر قرار داده؛ در بخش تعزیرات نیز رفتارهایی از قبیل رابطه نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا که مشمول حدود نمی شوند، پیش بینی و جرم انگاری شده است. در قبال این گونه جرایم باید توجه داشت که میزان ارتکاب آن ها در نظام های مکتبی و مبتنی بر حقوق شرعی و معتقد به ارزش های دینی، مانند جمهوری اسلامی ایران که لزوماً متکی بر احکام شرعی و فرامین اخلاقی دین مبین اسلام استوار است، نسبت به جوامع دیگر بیشتر است، چرا که برقراری رابطه ی جنسی برای رفع تمایلات جنسی، خارج از محدوده ی مشروع آن مانند زنا، جرم بوده و در صورت اثبات متعاقباً برای آن مجازات های سنگینی در نظر گرفته می شود.

با این حال در رابطه با این گونه جرایم آموزه های اسلامی اصل را بر عصمت شهروندان قرار داده اند و نظام حاکم بر ادله ی اثبات در اغلب این گونه جرایم به گونه ای طراحی شده که اثبات جرایم مذکور را در حالت عادی می توان گفت که تقریباً محال کرده است، چرا که در مرحله اثبات این جرائم به شدت سختگیری شده است، به طوری که سیاست جنایی اسلام مبنی بر بزه پوشی و ممنوعیت تحقیق در این جرائم است، که با بررسی احکام قرآنی و شرعی می توان پی برد که هدف شارع از بزه پوشی و ممنوعیت تحقیق و تجسس در این جرائم حفظ حیثیت و حرمت آبروی فردی، شغلی، اجتماعی و خانوادگی اشخاص جامعه است بنابراین شرع مبین اسلام در جرائم جنسی مبتنی بر رضایت سیاست جنایی افتراقی دارد<sup>۱</sup>.

اما باید به این نکته نیز توجه داشت که در حقوق عرفی جرم به پدیده ای اطلاق می شود که قوای عمومی حاکم، باید همه ی توان خود را برای کشف آن جرم بکار گیرد. با این حال فراگیر شدن برخی از این گونه جرایم جنسی مثل زنا و لواط زیر سایه ی برخی از مؤلفه های اسلامی مثل سیاست بزه پوشی و یا قاعده ی فقهی درأ (تدرأ الحدود بالشبهات) در صورت عدم به کار بردن صحیح و به موقع آن ها می توان نقش مؤثری در تباهی یک جامعه مقید داشته باشد. بنابراین سوالی که در این تحقیق مطرح می شود می تواند این سوال باشد؛ رویکرد حقوق کیفری ایران در قبال جرایم جنسی بر رضایت، مبتنی بر بزه پوشی است یا شدت عمل کیفری؟

## ۲) رویکرد حقوق کیفری اسلام در جرایم جنسی

غریزه جنسی یکی از غرایز مهم و بسیار قوی در نهاد آدمی است که آن ضامن بقای نسل بشر می باشد. به طور کلی با تعامل با این غریزه سه رویکرد مطرح می باشد که آنها عبارتند از:

اول، رویکرد پلید انگاری (تفریط گرایانه) که غریزه جنسی را جز شر و رابطه جنسی را جز چیزی کثیف و ناپاک نمی پندارد. این رویکرد به وسیله مسیحیت منحرف از شریعت عیسی(ع)، بودا، فرقه های منحرف از یهود و برخی از طریقه های رایج در روم، یونان و ایران قدیم ترویج می شد (راسل، ۱۳۴۷، ص ۲۵).

دوم، رویکرد آزاد انگاری (افراط گرایانه) غریزه جنسی که طرفدار نظریه اخلاق جنسی نوین غرب است و مرز و محدودیتی برای روابط جنسی جز اخلال به آزادی دیگران نمی شناسد و از آزادی اشباع و اقتناع غریزه جنسی حمایت می کند که برتراند راسل از بنیانگذاران آن است (راسل، ص ۱۵۴-۱۶۹).

<sup>۱</sup> منظور این که سیاست جنایی اسلام در رابطه این گونه جرائم، یک سیاست چند بعدی است. یعنی هم بازدارندگی افراد مستعد ارتکاب جرم و هم اصلاح مجرم و در صورت اثبات آن سزادهی مجرم را مدنظر قرارداده است. ولی در عین حال سخت گیری در مرحله اثبات و بزه پوشی را مورد تأکید قرار داده است.

سوم، رویکرد مفید و مقید انگاری (اعتدال گرایانه) که ضمن پاسخگویی به نیاز جنسی، برای برآوردن و تعدیل آن مقرراتی را وضع کرده است که رویکرد اسلام به غریزه جنسی است (جوریکه، ۱۳۸۹، ص ۸۸).

رویکرد اسلام برای سامان بخشیدن به غریزه جنسی در دو جهت ایجابی و سلبی گام برداشته است؛ از یک سو روش ارضای این غریزه را تشریح کرده است و از سوی دیگر، راه انحراف آن را سد کرده است (همان).

رهبانیت و سرکوبی غریزه جنسی و روی آوردن به تجرد زیستی، مورد نکوهش و خروج از روش روشن نبی مکرم اسلام است (کلینی، ۱۳۸۸، ج ۵، ص ۴۹۴) ولی آزادی روابط جنسی و پیروی تام از غریزه جنسی مجاز نیست، بلکه ارضای آن حد و مرزی دارد به دلیل اینکه ارضای پیش از حد آن موجب مشکلات بسیار جسمی و روانی می شود.

منطقه ممنوع رفتاری در امور جنسی از دیدگاه اسلام، بسیار محدودتر از آن چیزی است که مخالفان این سیاست تبلیغ می کنند. اسلام با نگاهی معتدل و واقع بینانه به غریزه جنسی و پذیرش آن به عنوان امری ضروری در حیات فردی، و اجتماعی ولی سرکش و زیاده خواه، موضعی سازنده و هدایت گر نسبت به آن اتخاذ کرده است؛ بنابراین به منظور تنظیم رفتار جنسی برابر مقررات مدون، برنامه ها و راهکارهای متنوعی برای هدایت غریزه جنسی به سوی سعادت فرد و جامعه انسانی، بالابردن آستانه مقاومت فرد در برابر کشش های غریزه جنسی و ایجاد نیروی خودکنترلی در درون فرد، از میان بردن زمینه ها و عوامل تحریک کننده غریزه جنسی، و ایجاد موانع بر سر راه دستیابی افرادی که در صدد ارتکاب جرایم جنسی اند، پیش بینی کرده است که نقش اساسی و مهمی در پیشگیری از جرایم جنسی دارند از طرفی در دین مبین اسلام با تشریح انواع تدابیر عبادی و غیرعبادی، فردی و اجتماعی، پیشینی و پسینی و کیفری و غیرکیفری، درصدد مواظبت انسان از ابتلا به منطقه ممنوع رفتار جنسی برآمده است. همچنین به منظور پاسخ مثبت به تقاضای غریزه جنسی از یک سو و پیشگیری از هرج و مرج جنسی و اختلال نسل و نظام خانواده از سوی دیگر، آزادی جنسی و پیروی تام از این غریزه را مجاز نشمرده است، بلکه برای ارضای آن، روش معینی تعریف کرده است که عبارت است از عقد ازدواج، ولی ایجاد پیمان زناشویی میان دو نفر نیز محدودیت هایی به لحاظ جنسیت طرفین عقد و نسبت خویشاوندی میان آنها دارد؛ بنابراین رابطه جنسی از جهاتی محدود شده است (جوریکه، ۱۳۸۹، صص ۹۰-۸۷). با این حال باید توجه داشت که محدودیت مذکور به معنای جواز متهم شدن افراد جامعه اسلامی به ارتکاب این گونه جرایم نیست. چرا که رویکرد اسلام در این گونه جرایم در مرحله اثبات جرم و اجرای مجازات، عکس آن در مرحله تشریح و ثبوت است.

### ۳) جرایم جنسی مبتنی بر رضایت مستوجب حد

۱-۳-۳- روسپی گری: از آن با عناوین متعددی مثل تن فروشی، فحشا، سکس تجاری، کارگر جنسی و... یاد می شود؛ با بررسی های صورت گرفته روسپیگری در متون فقهی و مواد قانونی از جمله (قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲) تعریف صریحی از آن ارائه نشده و مراجع قضایی در این گونه موارد به ناچار احکام مربوط به زنا، جرایم بر ضد عفت و اخلاق عمومی، افساد فی الارض را مورد حکم قرار می دهند. با این حال با توجه به مؤلفه های جرم شناسی و حقوقی می توان این تعریف را برای آن ارائه کرد؛ به کسب درآمد یا هر نوع منافع دیگر در قبال ارائه خدمات جنسی طبیعی یا غیر طبیعی، که مختص جنس خاصی (مؤنث) از جامعه نمی باشد. به طوری که روسپی گری در مردان نیز وجود دارد و ارائه ی خدمات جنسی از طرف روسپیان مرد ممکن است به مردان و حتی تعداد کمی از آن ها به زنان نیز باشد. بنابراین به منظور رفع این خلاء قانونی پیشنهاد می شود دارای عنوان مجرمانه خاص با ارکان زیر گردد:

۱-۳-۱- عنصر مادی روسپیگری: بدون شک روسپی گری جرمی است که تنها با فعل مادی محقق می شود و ارتکاب آن با ترک فعل ممکن نیست؛ بدین معنا که تمامی حالاتی که برای رفتار مجرمانه متصور است در قالب فعل مادی تجلی می یابد؛ اعم از اینکه رفتار مجرمانه ایجاب، توافق یا نزدیکی جنسی دانسته شود. اما مسأله ای که باعث اختلاف در نوع رفتار مادی است؛ این است که آیا به صرف ایجاب و پیشنهاد رفتار جنسی از سوی روسپی، جرم تحقق می یابد؟ آیا علاوه بر ایجاب، توافق طرفین نیز باید حاصل شود تا جرم ارتکاب یابد؟ آیا در مرحله ای فراتر، تحقق رفتار جنسی برای ارتکاب جرم ضروری است؟

یافتن پاسخ به این پرسش، با موضوع مطلق یا مقید بودن روسپی گری نیز ارتباط پیدا می کند؛ زیرا اگر صرف ایجاب یا توافق برای تحقق جرم کافی باشد، روسپی گری به عنوان جرمی مطلق شناخته می شود؛ اما اگر تحقق نزدیکی جنسی نیز برای تکمیل عنصر مادی جرم، ضروری باشد، دیگر نمی توان مطلق بودن روسپیگری را مورد تأکید قرار داد، بلکه باید به مقید بودن این جرم حکم نمود (برهانی، ۱۳۸۸، صص ۱۰ - ۱۱).

بنابراین در مورد مقید و مطلق بودن آن به نظر می رسد؛ روسپی گری از جرایم مقید محسوب شود زیرا تحقق آن منوط به نتیجه خاصی می باشد و آن محقق شدن نزدیکی جنسی است و نه پیشنهاد به رابطه ی جنسی از سوی مشتری و یا ایجاب آن از طرف روسپی. همچنین به نظر می رسد روسپی گری در زمره ی جرایم به عادت یا اعتیادی باشد. یعنی این جرم زمانی محقق می شود که لااقل رفتار مجرمانه دو بار ارتکاب یافته باشد (گلدوزیان، ۱۳۹۳ ص ۴۲).

بنابراین با یک بار تحقق عمل جنسی نامشروع نمی توان عنوان روسپیگری را مطرح نمود هر چند ممکن است مرتکبین تحت عناوین مجرمانه ی دیگر از قبیل زنا و لواط تحت تعقیب قضای قرار گیرند.

**۱-۲-۳- عنصر روانی روسپی گری:** سوءنیت عام برای تحقق رکن روانی جرم روسپیگری کافی است و نیاز به اثبات هیچ امر دیگری نیست. به عبارت دیگر، آن چه در رکن روانی روسپیگری ضروری است اثبات این نکته است که روسپی با علم به ممنوعیت برخی رفتارهای جنسی، مرتکب این گونه از فعالیت های جنسی شده است. انگیزه نیز در رکن روانی این جرم بی-تأثیر است و داشتن یا نداشتن انگیزه‌ای خاص در ارتکاب یا عدم ارتکاب جرم تأثیری ندارد (برهانی، ۱۳۸۸، ص ۱۶). حتی اگر به خاطر وضعیت بد مالی اقدام به انجام این رفتار نموده باشد.

**۲-۳- زنا:** (به کسر زاء) در لغت به معنای آمیزش زن و مرد با هم به حرام و به صورت نامشروع تعریف شده است (عمید، ۱۳۷۵، ص ۵۷۶). مردی را که مرتکب زنا شده «زانی» و زن زنا کار را «زانیه» و اولاد متولد شده در نتیجه زنا را نیز ولدالزنا و یا حرام زاده می خوانند.

شهید ثانی در شرحه لمعه، زنا را این گونه تعریف می کند: زنا آن است که مذکر بالغ و عاقل از روی علم به حرام بودن رابطه و اختیار در آن آلت تناسلی خود را به میزان ختنه گاه در فرج زنی اعم از قُبُل یا دُبُر که بر او حرام است داخل کند، بدون آنکه عقد نکاح یا مالکیت یا شبهه ای در کار باشد (شهیدثانی، ۱۳۸۷ق، ص ۱۲).

قانونگذار ما نیز به تبعیت از نظر مشهور فقها در کتاب دوم، بخش دوم از فصل اول (ماده ۲۲۱) آقانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به تعریف جرم زنا پرداخته است. بنابراین با توجه به ماده ۲۲۱ قانون یاد شده برای تحقق و جاری شدن حد زنا باید یک سری شرایط کلی وجود داشته باشد که عبارت اند از: واقع شدن جماع بین زن و مرد، عدم وجود علقه زوجیت بین آنها و عدم برقراری رابطه از روی شبهه. علاوه بر این موارد زانی و یا زانیه مطابق ماده ۱۴۰<sup>۲</sup> قانون مجازات اسلامی باید دارای شرایط مسؤولیت کیفری نیز باشند یعنی بالغ، عاقل و مختار بوده و به حکم و موضوع نیز آگاه باشد تا جاری شدن مجازات زنا بر آنها وجود داشته باشد.

همچنین زنا با توجه به قوانین موضوعه دارای انواع مختلفی است که هر کدام از آنها کیفر و حدود جداگانه‌ای مخصوص خود را دارد، که آنها عبارت‌اند از: ۱-زنا ی محصَن و محصَنه. ۲-زنا ی غیر محصنه (ساده). ۳-زنا ی با محارم. ۴-زنا ی با میت. ۵-زنا ی با کفار. ۶-زنا ی به عنف یا به اجبار (این مورد از مبحث ما خارج است).

در ادامه به بررسی هر کدام از مباحث فوق به ترتیب: شرایط لازم برای تحقق زنا و اقسام جرم زنا خواهیم پرداخت.

### ۱-۲-۳- شرایط لازم برای تحقق زنا:

**۱-۱-۲-۳- واقع شدن جماع بین زن و مرد:** جماع (به کسر جیم) که از آن با عناوینی مانند نزدیکی جنسی، آمیزش، مجامعت، دخول، وطی و مباشرت (مرد با زن، از قُبُل و یا دُبُر) یاد شده است. و زمانی تحقق می یابد که مردی با زنی نزدیکی

<sup>۲</sup> ماده ۲۲۱-زنا عبارت است از جماع مرد و زنی که علقه زوجیت بین آنها نبوده و از موارد وطی به شبهه نیز نباشد.

<sup>۳</sup> ماده ۱۴۰- مسؤولیت کیفری در حدود، قصاص و تعزیرات تنها زمانی محقق است که فرد حین ارتکاب جرم، عاقل، بالغ و مختار باشد ...

کرده و آلت مردی خود را به اندازه حشفه در فرج آن داخل کند (عمید، ۱۳۷۵، ص ۲۷۹). اگر کمتر از مقدار مزبور صورت گیرد جماع صورت نگرفته و عمل مزبور از مصادیق زنا نمی باشد.

نکته ای که در این مورد مطرح می شود، این مورد است که با توجه به تعریف فقها و قانون گذار از زنا به صرف دخول به اندازه حشفه زنا محقق شده و رفتار ارتكابی موجب حد می گردد و انزال به هیچ وجه از شرایط زنا و مکمل آن ذکر نشده است. بنابراین دخول بدون انزال هم زنا محسوب شده و شخص زانی و یا زانیه را از تحمل مجازات نمی رهند.

**۱-۲-۳- عدم وجود علقه زوجیت بین زن و مرد:** از شرایط دیگر تحقق زنا این است که بین زانی و زانیه هیچ گونه پیوندی که بر آمده از عقد نکاح (اعم از دائم و موقت) باشد، وجود نداشته باشد و یا به عبارت دیگر زن و مرد بر یک دیگر حرام باشند، البته منظور تحریم اصلی است و تحریم عارضی مانند حرمت ناشی از عادت زنانگی، احرام و روزه را شامل نمی شود. (ساده، ۱۳۹۵، ص ۵۷). افرادی که نزدیکی با آنها حرام و در صورت نزدیکی مشمول حرمت اصلی اجرای حد هستند به هفت گروه زیر تقسیم می شوند. این حرمت در مواردی دائمی و گاهی موقت است.

توضیحات	حرمت ازدواج
مادر، دختر، خواهر، عمه، خاله، دختر برادر، دختر خواهر، (سوره مبارکه نساء آیه ۲۳).	۱. هفت نفر از خوشاوندان نسبی
هفت گروهی که به دلیل خوشاوندان نسبی ازدواج با آنان حرام بود، به دلیل ارتباط شیری نیز ازدواج با آنان حرام است.	۲. خوشاوندان رضاعی
مادر زن، مادر پدرزن، مادر مادرزن و...، دختر زن (ربیبه) از شوهر دیگرش، عروس (همسر پسر و نه پسر خوانده)، خواهر زن، نامادری (همسر پدر).	۳. خوشاوندان سببی (ازدواج)
موجب حرمت ازدواج ابدی است.	۴. زنا با زن شوهر دار یا با زنی که در عده رجعی است
	۵. همسر داشتن یا در عده بودن (احسان و اعتدال)
	۶. بیش از چهار زن دائم
	۷. طلاق سوم

**۱-۲-۳-۳- عدم برقرای رابطه از روی شبهه (اعم از حکمی و موضوعی):** شبهه در لغت به معنای مشابهت و پوشیدگی است (معین، ذیل واژه شبهه) به عبارت دیگر شبهه خود را شبیه به حق می نمایاند و راه شناخت حق از باطل را مشکل و افراد را دچار شک و تردید می کند. در فقه امامیه و قوانین ما، شبهه گاهی مربوط به حکم است و گاهی مربوط به موضوع بر همین اساس، شبهات به دو قسم کلی حکمیه و موضوعیه تقسیم می شوند.

**۱-۲-۳-۱- شبهات حکمیه:** در فقه و حقوق اسلامی به معنای بی اطلاعی از قانونی است که منتشر شده و موعد اجرای آن سپری شده است (لنگرودی، ذیل واژه ۱۳۶۳). از این رو در حقوق ایران قاعده های بسیاری در این باره وجود دارد که از مهم ترین آن می توان به قاعده جهل به قانون رافع مسئولیت نمی باشد اشاره کرد. به طوری که قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۵۵ خود جهل به حکم را مانع مجازات مرتکب آن نمی داند مگر آنکه تحصیل علم عادتاً برای وی ممکن نباشد یا جهل به حکم شرعاً عذر محسوب شود و در تبصره آن جهل به نوع و میزان حکم را به طور مطلق مانع مجازات نمی داند. ولی در جرائم

موجب حد به موجب ماده ۲۱۷، مرتکب در صورتی مسئول است که علاوه بر داشتن علم، قصد و شرایط مسؤولیت کیفری به حرمت شرعی رفتار ارتكابی نیز آگاه باشد. بنابراین در حدود بر خلاف قاعده کلی جهل به حکم رافع مسؤولیت کیفری است به عنوان مثال مرتکب نمی‌داند که ازدواج با زن مطلقه، در ایام عده، در حالت معمول جرم است و با او ازدواج می‌کند.

**۳-۲-۱-۲-۳-۲- شبهات موضوعیه:** مقصود از شبهه موضوعیه آن است که شخص حرمت و ممنوعیت عمل را می‌داند، ولی جهل به موضوع حکم دارد؛ مثلاً، مردی در تاریکی شب در خانه اش زن بیگانه‌ای خوابیده است؛ به گمان اینکه همسر اوست، با او همبستر می‌شود. در اینجا هم شخص حرمت زنا را می‌داند و هم می‌داند که تماس با زن بیگانه حرام است؛ ولی موضوع بر او مشتبه می‌شود و به گمان حلیت مورد، اقدام می‌کند. در اینجا در حقیقت، به علت اشتباه خارجی، تردید حاصل شده است؛ و نه در اصل حکم، بلکه در حکم جزئی فرد خاص حاضر، خلاصه اینکه اگر شخص نداند که عملی جرم است؛ شبهه، شبهه حکمیه است و اصل بر مسؤولیت مرتکب؛ اما اگر به علتی خارجی، مانند تاریکی هوا باشد، شبهه او موضوعیه بوده و در اصل حرمت و ممنوعیت ندارد. از طرفی قلمرو پذیرش جهل به عنوان عذر در اجرای حدود از دیگر ابواب حقوق، گسترده‌تر است، به طوری که در قانون مجازات اسلامی در مواد ۱۲۰، ۱۲۱ و ۲۱۷ مسؤولیت کیفری در حدود، را مشروط بر علم مرتکب جرم به حکم و موضوع دانسته و جهل به آن به موجب قاعده «تَدْرءُ الْحُدُودِ» از عوامل رافع مسؤولیت کیفری یا مانع کیفر شمرده می‌شود. مطابق مفاد این قاعده، هر شبهه‌ای (از جمله جهل به حکم یا موضوع) از اجرای حدود جلوگیری می‌کند و مدعی جهل، در صورت اثبات ادعای خود، از محکومیت جزایی معاف می‌شود. بنابراین در جرایم جنسی مبتنی بر رضایت در صورتی می‌توان به مجازات حکم داد که ادله متقن و روشنی بر وقوع توسط متهمین آن در دسترس باشد و لذا با وجود شبهه یا تردید در ارتکاب جرم یا شرایط مسؤولیت کیفری، قاضی پرونده با استناد به قاعده درء باید به برائت حکم دهد و مکلف به تحصیل دلیل تحقق جرم یا دلیل وجود شرایط مذکور نمی‌باشد، اما در جرائم جنسی به عنف و یا اغفال نمی‌توان قواعد بزه پوشی را به طور کامل جاری دانست.

### ۳-۲-۲- اقسام جرم زنا:

**۲-۳-۱-۲-۲- زناى محصن و محصنه:** برای تعریف این قسم از زنا ابتداً به تعریف احسان می‌پردازیم؛ احسان در لغت به معنای استوار کردن و یا نگه داشتن نفس از انجام کار بد آمده است (معین، ذیل واژه احسان). این واژه ریشه قرآنی (سوره نساء، آیه ۲۴-۲۵) و روایی (بی تا، وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۶۸) دارد و درباره هر یک از زن و مرد به کار رفته است. به مردی که دارای احسان «محصن» و به زن دارای آن «محصنه» به فتح صاد گفته می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۰، ص ۳۹).

قانون مجازات اسلامی در ماده ۲۲۶ خود به تعریف احسان پرداخته؛ احسان مرد عبارت است از آن که دارای همسر دائمی و بالغ باشد و در حالی که بالغ و عاقل بوده از طریق قتل با وی در حال بلوغ جماع کرده باشد و هر وقت بخواهد امکان جماع از طریق قتل را با وی داشته باشد. احسان زن عبارت است از آن که دارای همسر دائمی و بالغ باشد و در حالی که بالغ و عاقل بوده، با او از طریق قتل جماع کرده باشد و امکان جماع از طریق قتل را با شوهر داشته باشد. بنابراین با توجه به قانون مجازات اسلامی برای تحقق احسان دو شرط لازم است:

۱- جماع باید در عقد دائم باشد و با عقد موقت احسان حاصل نمی‌شود. همچنین اگر کشف گردد عقد دائم باطل بوده و یا جماع از روی شبهه باشد؛ احسان محقق نمی‌شود. (بی تا، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۳۲۵).

۴. ماده ۱۲۰- هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هریک از شرایط مسؤولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود.

۵. ماده ۱۲۱- در جرائم موجب حد به استثنای محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف، به صرف وجود شبهه یا تردید و بدون نیاز به تحصیل دلیل، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود.

۶. ماده ۲۱۷- در جرائم موجب حد، مرتکب در صورتی مسؤول است که علاوه بر داشتن علم، قصد و شرایط مسؤولیت کیفری به حرمت شرعی رفتار ارتكابی نیز آگاه باشد.

۲- جماع با همسر از راه قَبَل صورت گرفته باشد. بنابراین تنها تفاوتی که در رابطه با تحقق احسان زن و مرد وجود دارد این مورد است که فراهم بودن زمینه این عمل (جماع) هر وقت که بخواهد و یا به عبارت دیگر در صبح و شام تنها در حق مرد معتبر است.

مجازات اصلی زنا برای زانی محصَن و زانیه محصَنه با توجه به ماده ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی رجم (سنگسار) است. اما از آن جا که اجرای مجازات رجم در حال حاضر با توجه به تبلیغاتی سوءی که علیه دین مبین اسلام در دارالحرب (سرزمین کفار) وجود دارد بنابراین اجرای مجازات رجم می تواند موجب وهن دین و جامعه اسلامی شود و تصویر نادرستی از آن ارائه کند؛ از این جهت قانون گذار مجازات های دیگری را در صورت عدم اجرای مجازات رجم در نظر گرفته است. آن زمانی است که با پیشنهاد دادگاه صادر کننده حکم قطعی و موافقت رییس قوه قضاییه، چنانچه جرم با بینه (شرعی) ثابت شده باشد موجب اعدام زانی محصَن و زانیه محصَنه است. حال چنانچه بینه شرعی وجود نداشته باشد و با دیگر ادله زنا ثابت شده باشد، استثنائاً تبدیل مجازات در حد زنا مورد پذیرش قانونگذار قرار گرفته است و جرم زنا موجب صد ضربه شلاق برای هر یک از طرفین جرم زنا خواهد شد (گلدوزیان، ۱۳۹۳، ص ۲۴۶).

۲-۲-۲-۳- **زنا ی غیر محصَنه:** در اسلام به نوعی از زنا یا رابطه جنسی نامشروع با رضایت طرفین و خارج از قواعد نکاح شرعی گفته می شود، که لازمه آن فقدان شرایط احسان برای زن و مرد و یا یکی از آنها می باشد که در صورت اخیر نسبت به فرد فاقد شرایط غیر محصَنه و فرد دارای آن محصَنه احتساب می شود. در واقع شرط رضایت برای تحقق زنا ی غیر محصَنه لازم است. بنابراین فرد مجردی که فاقد همسر است خواه مرد باشد یا زن، اگر با دیگری به رضایت زنا کند آن را زنا ی غیر محصَنه گویند. به عبارت دیگر زنا ی زن یا مردی که واجد شرایط احسان نباشند زنا ی غیر محصَنه گفته می شود و طبق ماده ۲۳۰<sup>۷</sup> قانون مجازات اسلامی مجازات آن صد ضربه شلاق است.

۳-۲-۲-۳- **زنا با محارم:** محارم جمع محَرَم (حرام شده) و در اصطلاح به افرادی اطلاق می شود که ازدواج با آنها حرام شده است (دهخدا، ذیل واژه محارم). انحرافات جنسی از نوع ارتباط با محارم در زندگی فردی، اجتماعی و خانوادگی انسان موجب اختلالات روحی و روانی خواهد شد. به همین جهت در آیات و روایات معصومین (ع) از آن به شدت نهی شده است (کجباف، ج ۲، ۱۳۸۱، ص ۱۲۳). و برای آن مجازات هایی شدیدتر از مجازات های ارتباط نامشروع با غیر محارم تعیین شده است و این بیان گر آن است که مجازات آخروی چنین عملی نیز شدیدتر است. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ برای اجرای حد زنا ی با محارم احسان شرط نشده است، یعنی فرقی نمی کند زانی یا زانیه مجرد باشد یا متاهل؛ به عبارت دیگر صرف برقراری رابطه با رضایت طرفین و اثبات آن در دادگاه صالح هر دو آنها محکوم به اعدام می شوند. ولی اگر زانیه بالغ و زانی نابالغ باشد، مجازات زانیه فقط صد ضربه شلاق است و مجازات زانی نابالغ با توجه به سن آن به مجازات ها و اقدامات تأمینی و تربیتی اطفال و نوجوانان محکوم می شود.

این رفتار که نوع شدید و پیچیده ای از جرم زنا محسوب می شود در هر محیط و با هر نگرش مذهبی، فرهنگی، اقتصادی و.. که زنان و دختران در آن حضور دارند به ویژه در خانه و بین خوشاندان طبقه اول در حال افزایش فزاینده ای است. در واقع تعدادشان کم نیست ... اما آمارشان کم است. به طوری که خبرگزاری باشگاه خبرنگاران جوان (کد خبری: ۵۷۱۵۲۷۴) در سال ۹۵ آماری را به نقل از رئیس انجمن آسیب های اجتماعی نوشت: آماری که از تشکیل ۵۲۰۰ پرونده قضایی در کشور در مورد تجاوز جنسی خانگی برادر و یا پدر با خواهر یا دختر خود، خبر داده است. این آمار که به گفته برخی از جامعه شناسان تنها مشتی از نمونه خروار است، غیر از هزاران مورد تجاوز و سوءاستفاده جنسی خانگی توسط محارم است که هرگز گزارش نشده اند. این آمار خبرگزاری مذکور تنها بیانگر بخشی از زنا ی با محارم است که عامل آن پدر یا برادر، با دختر خانواده بوده است. موارد دیگری از رابطه جنسی (توأم با رضایت) خواهر با برادر، عمو، دایی، شوهر خواهر، برادر شوهر، پدر شوهر و محارم دیگر سببی و نسبی نیز وجود دارد که به دلیل قباحتی که بحث زنا ی با محارم در جامعه دارد متعاقباً انتشار آمار مربوط به آن می

<sup>۷</sup> ماده ۲۳۰- حد زنا در مواردی که مرتکب غیر محصَن باشد، صد ضربه شلاق است.

تواند آثار سوئی برای جامعه داشته باشد به همین دلیل مسؤولین ذی ربط از انتشار آمار مربوط به آن در سال های گذشته خوداری کرده اند که قاعدتاً از آن باخبر هستند.

۴-۲-۳- زنا با میت: این عمل را ذهن انسان های آگاه بسیار قبیح تر و زشت تر از زنا ی افراد زنده می داند؛ زیرا فرد مجرم به آن درجه از گستاخی رسیده که به اجساد تجاوز کرده، علاوه بر هتک حرمت میت باعث اذیت و آزار اذهان اقوام و بستگان و اولاد فرد میت شده است (ایمانی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۱۱۴). از طرفی قاعده احترام به اموات در حقوق اسلام و سایر کشورها قاعده ای مسلم و شناخته شده است. در دین مبین اسلام قاعده «حرمة الميت کحرمة الحی» قاعده ای است که نشانگر اهمیت و اعتبار اجساد و احترام به آنان است که احترام مردگان را چون زندگان دانسته (آقائی، ۱۳۸۵، ص ۱۳۱). از این رو امام خمینی در رابطه با این موضوع در تحریر الوسیله می فرماید: حد در وطی زن مرده مانند حد در زن زنده است، در صورت محصن بودن رجم و در صورت عدم آن حد است و گناه و جنایت در این جا فاحش تر و بزرگ تر است و بر او است که علاوه بر حد، به حسب نظر حاکم تعزیر شود؛ البته در آن تأمل است. و اگر زن مرده خودش را وطی کند تعزیر دارد، نه حد (تحریر الوسیله، ج ۴، ص ۲۴۷).

ماده ۲۲۲ قانون مجزات اسلامی نیز، که از قواعد فقهی الهام گرفته شده جماع با میت را مستوجب کیفر حد زنا دانسته، مگر جماع زوج با زوجه متوفی خود را زنا ندانسته و آن را مستوجب سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش در نظر گرفته است.

۵-۲-۳- زنا با کفار: از نظر اسلام ارتباط جنسی با هر زنی فقط و فقط از راه ازدواج جایز است و تفاوتی از این جهت میان افراد از نظر عقیده نیست. بنابراین:

۱. هر گونه ارتباط جنسی، حرام است.

۲. حکم زنا را دارد.

۳. از نظر حکم و حد زنا تفاوتی با دیگر زنان ندارد.

۴. مقدار حد آن بسته به شرایط مرد زنا کار، متفاوت است.

بدین معنا که اگر محصن باشد، حکم او رجم (اعدام) است و اگر غیر محصن باشد، صد ضربه شلاق به او زده می شود. اما در مورد حد زن کافر، حاکم شرع اختیار دارد که یا حکم اسلام را درباره او اجرا کند و یا زن کافر را به محکمه کفار تحویل دهد تا بر طبق مذهب خودشان بر او حکم جاری کنند (خویی، ۷۶-۱۹۷۵، ص ۳۴، مسئله ۱۵۰).

و به طور کلی در اسلام شیوه صحیح زندگی منحصرأ به هم کیشان و هم فکran خلاصه نمی شود. بلکه اسلام رعایت عدالت و نیکی و تقوا درباره کفار را الزامی می داند. (لا يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عَنْ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَ لَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَ تُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ) سوره مبارکه ممتحنه آیه ۸.

خدا شما را از نیکی کردن و رعایت عدالت نسبت به کسانی که در راه دین با شما پیکار نکردند و از خانه و دیارتان بیرون نراندند نهی نمی کند چرا که خداوند عدالت پیشگان را دوست دارد.

اما اگر زانی غیر مسلمان باشد و زانیه مسلمان (بالعکس رابطه فوق) مطابق قانون مجزات اسلامی مصوب ۹۲ حد زانی اعدام است و حکم زانیه حسب مورد تابع احکام مربوط به زنا می باشد. در فرض اخیرالذکر تفاوتی نمی کند که زانی (غیر مسلمان) محصن باشد و یا غیر محصن بلکه به صرف برقرای رابطه و اثبات آن حد وی مطلقاً اعدام است (ماده ۲۲۴ قانون مجزات اسلامی مصوب ۹۲).

۳-۳- لواط: واژه ای است که معمولاً در حقوق و علوم دینی به کار برده می شود و به آمیزش جنسی مقعدی میان دو جنس مذکر اشاره دارد؛ به عبارت دیگر لواط به یک رابطه ی مقعدی غالباً یک طرفه بین دو جنس مذکر نوجوان و بزرگ سال اطلاق می شود که عامل عمل را فاعل (ملوط) و طرف مقابل را مفعول (لاطی) می نامند. بنابراین هر گاه دو نفر با یکدیگر به طور متقابل مرتکب لواط شوند به گونه ای که هر یک از آنان هم فاعل باشد و هم مفعول واقع شوند باز هم مشمول این جرم و مجازات آن خواهند شد (زراعت، ۱۳۸۰، جلد ۱، ص ۲۱۷).



۳-۴- تفخیز: تفخیز واژه ای عربی است که از فخذ به معنای ران گرفته شده و به نوعی رابطه جنسی بدون دخول گفته می شود که با قراردادن و یا مالیدن آلت جنسی مردانه بین ران ها یا نشیمنگاه انسان مذکر دیگر انجام می شود در واقع این نوع از جرایم جنسی زمانی قابل تصور است که هر دو طرف مذکر باشند و یا به عبارتی تفخیز به موجب ماده ۲۳۵ قانون مجازات اسلامی ۹۲ مختص مذکران است و به مانند لواط مفعولان در آن غالباً نوجوانان مذکر هستند.

۳-۴-۱- عنصر قانونی جرایم لواط و تفخیز: به جرم بودن عمل شنیع لواط که از آن به عنوان عنصر قانونی لواط یاد می شود در ماده ۲۳۳ قانون مجازات اسلامی تصریح شده که در این ماده قانونگذار در بیان تعریف لواط مقرر می دارد «لواط عبارت است از دخول اندام تناسلی مرد به اندازه ختنه گاه در دبر انسان مذکر است» بنابراین باید توجه داشت که اعمالی غیر از لواط مانند بوسیدن و خوابیدن زیر یک جامعه مشمول این ماده نمی شود.

ماده ۲۳۵ قانون مجازات اسلامی در مورد تفخیز مقرر می دارد: «تفخیز عبارت از قرار دادن اندام تناسلی مرد بین ران ها یا نشیمنگاه انسان مذکر است.

تبصره: دخول کمتر از ختنه گاه در حکم تفخیز است.

۳-۴-۲- عنصر مادی لواط و تفخیز: در جرم لواط عنصر مادی عبارت است از اثر مجرمانه ی مردی که اندام تناسلی خود را به اندازه ختنه گاه در مقعد مرد دیگری برای ارضای تمایل جنسی خود داخل نماید در خصوص تفخیز نیز عنصر مادی جرم عبارت است از رفتار مجرمانه ی مردی که آلت تناسلی خود را پیرامون مقعد و بین ران های مردی دیگر برای ارضای غریزه ی جنسی خود انجام دهد بدون این که دخولی انجام شود (ولیدی، ۱۳۸۰، ص ۱۳۳).

بنابراین بازی کردن یک مرد با مرد دیگر و فرو بردن انگشت در مقعد دیگری عمل لواط یا تفخیز محسوب نمی شود اگرچه قابل تعزیر باشد (شامبیاتی، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۵۲۲).

۳-۴-۳- عنصر روانی لواط و تفخیز: در مسأله ی لواط که از جمله جرایم عمدی است، احراز سوء نیت مرتکب ضروری است در این جرم نیز دو نوع قصد، قصد عام و قصد خاص وجود دارد؛ یعنی شخص لاطی و ملوط بسته به آنکه دارای اختیار و اراده باشند بایستی علاوه بر اینکه قصد مجرمانه دارند و به عمل خود و مجرمانه بودن آن آگاهی داشته ضمناً قصد انجام لواط را نیز داشته و آنرا واقع ساخته و در مورد تفخیز نیز با مالیدن آلت خود در وسط دو پا یا ران مفعول، اطفاء شهوت نموده است. البته به نظر بعضی از حقوق دانان در مورد تفخیز با آن که ماهیت عمل مجرمانه ی لواط و تفخیز هر دو از جرائم عمدی است مع هذا در خصوص تفخیز برای مجرم شناختن متهم احراز عمد عام مبنی بر انجام فعل ممنوع از ناحیه مرتکب بدون دخول کفایت می کند (ولیدی، ۱۳۸۰، ص ۱۳۳).

#### ۳-۴-۴- حد لواط و تفخیز:

\* حد لواط برای فاعل در صورت وجود یکی از سه شرط علف، اکراه یا دار بودن شرایط احصان اعدام و در غیر این شرایط صد ضربه شلاق است (ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی ۹۲).

\* حد لواط برای مفعول در هر صورت (وجود یا عدم احصان) اعدام است (همان ماده).

\* در لواط و تفخیز در صورتی که فاعل غیر مسلمان و مفعول مسلمان باشد، حد فاعل به طور مطلق اعدام است یعنی وجود یکی از سه شرط علف، اکراه یا دارا بودن شرایط احصان برای ثابت شدن حد اعدام لازم نیست (تبصره یک همان ماده و تبصره ماده ۲۳۶).

\* اگر تفخیز و نظایر آن سه بار تکرار و بعد از هر بار تکرار حد آن جاری شود در مرتبه چهارم حد فاعل و یا مفعول اعدام است (ماده ۱۳۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲).

\* در تفخیز، حد فاعل و مفعول صد ضربه شلاق است و از این جهت فرقی میان محصن و غیر محصن و علف و غیر علف نیست (ماده ۲۳۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲).

\* با توجه به تبصره ۲ ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ چنانچه در هنگام ارتکاب لواط، جرم تفخیز واقع شده باشد و یا به عبارت دیگر آن دو جرم در راستای هم و در یک واقعه باشند فقط مجازات اشد که همان مجازات لواط است اجراء می شود.

#### ۴-۳-۵- محدوده ی برقراری رابطه ی جنسی در دو جنسه ها

دو جنسه‌ها افراد دارای آلت تناسلی از هر دو جنس هستند. این بیماران دارای اختلال ظاهری در اندام تناسلی و اندام‌های داخلی جنسی و سیستم هورمونی جنسی هستند و معمولاً نمای ظاهری از اندام هر دو جنس را دارند. در فقه به کسی که دارای آلت تناسلی مرد و زن است، خنثی گفته می شود این افراد در ایران به لحاظ قانونی و شرعی طبق استفتائی که از امام خمینی (ره) شد، می توانند با انجام اعمال جراحی تغییر جنسیت دهند (خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، بحث حول المسائل المستحدثه، مبحث و منها تغییر الجنسیة). در مورد این بیماران شکی نیست که تغییر جنسیت مجاز است چون بیماری آنان محرز و ثابت است و شخص می تواند به تشخیص پزشک متخصص با رعایت تمام استانداردهای پزشکی و حکم دادگاه صالح مبنی بر تغییر جنسیت، خود را از این حالت نجات دهد و به یکی از دو جنسی که خلقت او مناسبت و مشابهت بیشتری با آن دارد، ملحق سازد.

بنابراین بعضی از این افراد پس از طی مراحل قانونی، مجوز تغییر جنسیت دریافت کرده و با عمل جراحی جنسیت دیگری پیدا می کنند و بعضی دیگر تن به این عمل جراحی نمی دهند و با این حالت خویش سازش می کنند. به هر حال چنین اشخاصی مطابق قانون مانند سایر افراد فقط می توانند با جنس مخالف خود رابطه جنسی شرعی داشته باشند. توضیح این که، ملاک زن یا مرد بودن از نظر فقهی و حتی از نظر پزشکی، به نوع آلت تناسلی است. و چنین شخصی از نظر شرعی، چه قبل از عمل و چه بعد از عمل، فقط حق برقراری رابطه جنسی مشروع با جنس مخالف خود را دارد. مثلاً قبل از عمل اگر پسر است فقط با دختران و بعد از عمل (که تغییر جنسیت داده) فقط با پسران می تواند ازدواج نماید.

۳-۴-۶- مساحقه: مساحقه از ریشه سحوق گرفته شده است و سحوق در لغت به معنای سائیدن، مالیدن، کوبیدن، نرم کردن و له کردن آمده است (فرهنگ معین، ذیل واژه سحوق). اما در اصطلاح فقها سحوق عبارت از عملی است که دو زن برای اطفاء شهوت با یکدیگر انجام می دهند، یعنی فرج خود را به فرج طرف مقابل می مالند. به بیان دیگر همان کاری را که دو مرد در لواط با هم انجام می دهند، دو زن نیز در مساحقه همان عمل را با یکدیگر انجام می دهند، منتها با این تفاوت که در لواط بین دو مرد مسئله‌ی دخول مطرح است، اما در مساحقه بین دو زن دخولی در کار نیست و فقط مسئله مساحقه است. (زراعت، ۱۳۸۰، ص ۲۶۴).

۳-۴-۶-۱- رکن قانونی جرم مساحقه: در قانون جدید مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) عمل مساحقه را قانون گذار به پیروی از متون فقهی به صورت خاص تر جرم انگاشته است. ماده ۲۳۸ قانون اخیرالذکر در تعریف مساحقه چنین آورده: «مساحقه عبارت است از اینکه انسان مؤنث، اندام تناسل خود را بر اندام تناسلی همجنس خود قرار دهد» این در حالی بود که قانون گذار در قانون سابق در تعریف این جرم معنای گسترده تری را مد نظر داشت به طوری که در ماده ۱۲۷ آن قانون مساحقه را همجنس بازی زنان با اندام تناسلی می دانست؛ که در نهایت قانون گذار به درستی در قانون جدید با عدول از تعریف سابق به معنای خاص آن توجه نموده و دامنه شمول آن را خاص تر نموده است. چرا که با اکتفای صرف به این تعریف برای مساحقه مواردی از قبیل ملامسه و مضاجعه دو مؤنث برای اطفاء شهوت تحت شمول تعریف این جرم قرار می گرفت.

۳-۴-۶-۲- رکن مادی جرم مساحقه: از آنجا که مطابق اصل قانونی بودن جرایم، باید به فعل ممنوع در قانون تصریح شده باشد، لذا رکن مادی مساحقه عبارت است از قراردادن اندام تناسلی یک انسان مؤنث بر اندام تناسلی همجنس خود به منظور اطفاء شهوت، همچنین در خصوص نتیجه جرم مساحقه باید ادعا نمود جرم فوق از نوع جرایم مطلق بوده یعنی تحقق جرم منوط به نتیجه خاصی نمی باشد یا به عبارت دیگر صرف این که انسان مؤنث اندام تناسلی خود را بر اندام تناسلی همجنس خود برای اطفاء شهوت قرار دهد جرم مدنظر محقق شده و نیازی به نتیجه که همان رسیدن به لذت جنسی است، وجود ندارد.

۳-۶-۴-۳- رکن معنوی جرم مساحقه: چون مساحقه از جرایم عمومی است، برای تحقق آن نیاز به سوء نیت عام و خاص می باشد. سوء نیت عام در جرم مساحقه بدین معنا است که مرتکب باید اراده خودآگاه در انجام رفتار فیزیکی داشته باشد. پس چنانچه ارتکاب عمل در حال خواب، هیپنوتیزم یا مستی باشد، به لحاظ عدم وجود قصد فعل و فقدان رکن معنوی، جرمی محقق نمی شود. و سوء نیت خاص یعنی مرتکب اراده آگاه نسبت به موضوع جرم یا شخص مقصرساز جرم داشته باشد (سادات اسدی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۸).

۳-۶-۴-۴- حد مساحقه: مطابق نظر مشهور فقها، مجازات مساحقه برای طرفین صد ضربه شلاق است. نظرات نادر در اجرای حد مساحقه، رجم و سنگسار در صورت وجود شرط احصان و شلاق در صورت عدم احصان می باشد. ولی قانون گذار اسلامی به پیروی از نظر مشهور فقها پرداخته، به طوری که مطابق مواد ۲۳۹ و ۲۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ حد مساحقه را مطلقاً صد ضربه شلاق دانسته. یعنی در این جرم تفاوتی نمی کند هر دو مسلمان باشند یا غیر مسلمان، فاعل باشند یا مفعول، محصن باشند یا غیر محصن، به عنف باشد یا غیر عنف در هر صورت مجازات مرتکبین آن صد ضربه شلاق است.

#### ۴) جرایم جنسی مبتنی بر رضایت مستوجب تعزیر

در ارتباط با این گونه جرایم باید مطرح کرد که رابطه ی جنسی محض در آن ها رخ نمی دهد یا به عبارت دیگر آمیزش کامل جنسی در آنها اتفاق نمی افتد بلکه این جرایم مرتکبین را در معرض جرایم جنسی محض (مثل زنا یا لواط) قرار می دهد لذا مقنن آنها را جرم انگاری کرده و برای آنها مجازات در نظر گرفته. لازم به ذکر است این گونه جرایم در کشور ما از جرایم کثیر الوقوع می باشد.

#### ۴-۱- رابطه نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا (جرم موضوع ماده ۶۳۷ تعزیرات):

قانونگذار به جای این که جرائم منافی عفت را تعریف نماید تا مصادیق آن معلوم شود، مصادیق را احصا کرده است تا تعریف آن مشخص گردد. باید توجه داشت، تعیین دقیق مصادیق جرائم منافی عفت با عرف و قاضی است. که روش مذکور این خطر را دارد که قاضی را در تشخیص مصادیق جرائم منافی عفت و اعمال سلیقه و دیدگاه خاص خود آزاد می گذارد که این امر ممکن است اصل قانونی بودن جرائم و مجازات ها را به مخاطره بیندازد و از جهت مصادیق «قبیح عقاب بلا بیان» باشد (آخوندی، ۱۳۸۸، ص ۱۰۲). با این حال برخی نویسندگان در تعریف عمل منافی عفت چنین بیان نموده اند: «امور جنسی شرم آور در عرف یک جامعه که برای مواجهه یا شروع در آن، صورت نگیرد؛ اگر صورت گیرد هتک ناموس یا شروع در هتک ناموس نامیده شده است. پس ملاک غرض مجرم است. در معنای عام شامل همه صور مزبور است. پس تجارت یا توزیع تصویرهای خلاف عفت و اخلاف عمومی و تشویق به فساد اخلاق و شهوترانی و استفاده از فحشاء (قوادی، داشتن فاحشه خانه، اجیر کردن فواحش) همگی منافی عفت است...» (جعفری لنگرودی؛ ص ۱۷۴).

به موجب ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات): «هرگاه زن و مردی که بین آنها علقه زوجیت نباشد، مرتکب روابط نامشروع و یا عمل منافی عفت غیر از زنا از قبیل تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تا ۹۹ ضربه محکوم خواهند شد و اگر عمل با عنف و اکراه باشد فقط اکراه کننده تعزیر می شود.» می توان گفت منظور مقنن از رابطه نامشروع نیز عبارت است از برقراری هر نوع رابطه جنسی غیر متعارف بین زن و مرد نامحرم که از نظر شرع و قانون جایز نیست (شامبیاتی، ۱۳۸۴، ص ۵۴۳). بنابراین ارتباط نامشروع هم ارتباطات لفظی را می تواند در بر گیرد و هم ارتباطات جنسی و جسمی را. به عبارت دیگر اصطلاح رابطه نامشروع در مقابل رابطه مشروع استعمال می شود. رابطه مشروع، ارتباطی است که در اثر عقد ازدواج (اعم از دائم یا موقت) حاصل می شود. اثر مستقیم این رابطه، وجود علقه زوجیت و بهره مندی زن و شوهر از یکدیگر است و دیگران حق استفاده و منتفع شدن از این حق را نداشته و بر آنان ممنوع می باشد. بنابراین، فقدان علقه زوجیت، عمل رابطه نامشروع را در میان زن و مردی که با یکدیگر ارتباط دارند، ایجاد می کند. در این صورت، اگر اعمال و افعالی را که زن نسبت به شوهر و یا شوهر نسبت به زن مجاز به انجام است، دیگران مرتکب شوند، رابطه نامشروع به وجود می آید. به طور کلی باید گفت لفظ رابطه نامشروع متأثر از مبانی اعتقادی و اخلاق اسلامی است و ناظر به برقراری ارتباط جسمی و لفظی (به صورت بگو و بخند) بین

زن و مرد نامحرم است، مانند اینکه زن شوهرداری در محل کار خود با مرد دیگری رابطه دوستی پیدا کند یا با او به سینما و مسافرت برود. همچنین اعمال دیگری همچون مکالمات تلفنی، ردوبدل کردن مکاتبات عاشقانه و گردش در پارک و خیابان، ممکن است رابطه نامشروع تلقی شوند. البته باید توجه داشت که طرفین رابطه نامشروع باید مرد و زن باشند.

بنابراین عبارت «روابط نامشروع» و «عمل منافی عفت غیر از زنا» در ماده یاد شده باهم متفاوت بوده. و در عین حال بین آنها عموم و خصوص مطلق وجود دارد یعنی هر عمل منافی عفت غیر از زنا، رابطه نامشروع محسوب می شود ولی هر رابطه نامشروع عمل منافی عفت نیست مگر آنکه حداقل شرط تحقق آن ارتباط ویژه جسمانی بین زن و مرد باشد (شامبیاتی، ۱۳۸۴، ص ۵۴۷) مثل مکالمه تلفنی زن و مردی که بین آن ها علقه زوجیت نیست، رابطه نامشروع می باشد اما عمل منافی عفت نیست.

موضوع جرایم یاد شده را می توان با توجه به قیود (غیر از زنا) و (عدم وجود علقه زوجیت) فقط ناظر به روابط جنسی بین زن و مرد (اعم از متاهل و یا مجرد) دانست یا به عبارت دیگر حکم ماده ۶۳۷ مخصوص جایی است که یک طرف زن و طرف دیگر مرد باشد که در قلمرو حاکمیت زمینی یا هوایی یا دریایی ایران مرتکب رابطه نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا گردند. بنابراین اگر فردی نابالغ (صغیر) مرتکب رابطه نامشروع شود، موضوع از شمول این حکم خارج خواهد بود. پس نمی توان هر عملی را که در شرع ممنوع و حرام بوده را جزء آن به حساب آورد.

۴-۱-۱- مصادیق ارتباط نامشروع: همانطور که ذکر شد، آنچه قانونگذار در ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی درصدد بیان آن بوده است، تعیین حکم و مجازات همه انواع ارتباطات نامشروع بین زنان و مردان است که به حد مواقعه (نزدیکی) نرسیده باشد.

بنابراین مصادیق متعددی را می توان برای این ارتباطات ذکر کرد که به طور کلی به دو گروه ارتباطات نامشروع جسمی و ارتباطات نامشروع غیرجسمی تقسیم می شوند. ارتباط نامشروع جسمی عبارت است از هرگونه تماس و رابطه جسمی بین زن و مرد فاقد علقه زوجیت که به حد مواقعه نرسیده باشد. بنابراین ارتباط نامشروع جسمی دایره شمول گسترده ای دارد و شامل اعمالی همچون مصافحه (دست دادن)، ملامسه (لمس کردن)، معاشقه و مغازله (عشق بازی کردن)، معانقه (همدیگر را در آغوش گرفتن)، مضاجعه (همبستر شدن)، (با هم خوابیدن)، تقبیل (بوسیدن) و غیره می شود. ارتباط نامشروع غیرجسمی هم عبارت است از هر گونه ارتباط غیرفیزیکی و غیرجسمی بین زن و مرد فاقد علقه زوجیت که از دیدگاه اسلام حرام باشد. نمونه بارز این نوع ارتباط، رابطه نامشروع لفظی است که از دیدگاه فقهی مفاهمه (با هم شوخی و مزاح کردن) نامیده می شود. این نوع رابطه بر پایه سخن و ارتباط کلامی استوار است و صرفاً از طریق گفتار انجام می گیرد (خضارتی، نشریه داخلی قوه قضائیه، ۱۳۸۹).

## ۵) آیین دادرسی جرایم جنسی به رضایت

سیاست حاکم بر کشف و اثبات جرایم جنسی مبتنی بر رضایت در قوانین کیفری ایران بر خلاف گرایش جدی و متعارفی که نظام های حقوقی دیگر در کشف جرم و تعقیب جرم تلاش برای اثبات آن دارنده مخفی داشتن و نهان سازی جرم است. از این رو تدابیر تشریحی خاصی برای محدود کردن کشف و اثبات پاره ای از جرایم وضع گردیده است. همچنین با عنایت به متون فقهی می توان به این نتیجه رسید که اقدامات مراجع رسمی در تعقیب و افشای زشتی ها و منکرات فاقد هر نوع مطلوبیتی است چرا که این امر موجب اشاعه و شهرت آن می گردد. از طرف دیگر برای قابلیت انتساب یافتن عنوان مجرمانه به متهم، بایستی صدور فعل مجرمانه از وی به وسیله یکی از ادله معتبر اثباتی احراز گردد. لکن شارع اسلام ادله ای اثباتی در خصوص جرایم جنسی مبتنی بر رضایت را به نحوی تقیید نموده است که به نظر می رسد علاوه بر توجه خاص به اصل براءت و اصل ستر به پوشیده ماندن اتهامات جنسی و ممنوعیت تحقیق در این گونه جرایم اهتمام خاصی دارد که از این حقیقت پرده بر می دارد که شارع مقدس اسلام در چنین جرایمی به دنبال اثبات نیست.

۵-۱- اصل ستر و بزه پوشی: بزه پوشی مبحثی است ویژه که حقوق اسلامی به آن توجه خاصی دارد به این معنی که عکس العمل‌های جزایی تنها روش مبارزه با بزهکاری تلقی نمی‌شود و در حقیقت نهان سازی و مخفی نگه داشتن جرم و جلوگیری از افشای آن، راهکاری نو برای مقابله با پدیده‌ها و اعمال مجرمانه است. هر چند در سایر نظام‌های حقوقی مختلف، در اغلب موارد کیفر را به عنوان واکنش اجتماعی در برابر عمل ضد اجتماعی برای ترمیم خسارات وارده به منظور پاسخ به انتظارات عمومی قلمداد می‌کنند؛ اما حقوق کیفری اسلامی، علاوه بر این‌ها بر بازپروری بزهکار تأکید داشته و مبحثی را به عنوان بزه پوشی و جلوگیری از افشای جرم مطرح می‌کند؛ بنابراین بزه پوشی مسبوق به سابقه در اسلام بوده و سیره و سنت معصومین علیهم السلام و نیز مباحث فقهی به ویژه در میان فقهای امامیه حکایت از آن دارد. و در فقه اسلام دو رویکرد بر اصل ستر و بزه پوشی حاکم است، رویکرد اول رعایت ستر و بزه پوشی توسط مرتکب، در این رویکرد مرتکب نباید گناه و جرم خود را بر ملأ و افشاء کند. روایات زیادی در این مورد آمده است از جمله روایتی از امام علی (ع) است پس از استماع چهار بار اقرار شخص زانی، خشمگین شده و فرموده: «یکی از شما از این اعمال زشت مرتکب می‌شود و آنگاه آبروی خود را نزد مردم می‌برد. آیا نمی‌توانست در خانه خود توبه کند؟ به خدا قسم اگر بین خود و خدای خود توبه می‌کرد، بهتر از این بود که من بر تو حد جاری کنم» (کلینی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۱۸۷).

رویکرد دوم رعایت اصل ستر و بزه پوشی توسط دیگران (از جمله مردم، حاکم و قاضی) است. در مکتب حقوق اسلام دو موضوع اجرای مجازات و عدم اصرار بر اثبات جرم از یکدیگر تفکیک شده است. به گونه‌ای که در فرایند رسیدگی به جرائم جنسی مبتنی بر بزه پوشی و دشواری در اثبات این جرائم بوده بگونه‌ای که برخی بر این باورند که اثبات این جرائم در عمل محال است، ولی با وجود این مجازات سنگینی برای این جرائم وضع شده است بنابراین شارع حکیم از طرفی مجازات را سخت و سنگین وضع نموده تا مردم با دید سنگینی مجازات به قبح و زشتی شدید آن، از آن روی گردان باشند، از طرف دیگر، راه رسیدن به کیفر را یعنی شرایط اثبات و اجرا را سخت مقرر نموده تا این جرائم حتی المقدور اثبات نگردد، چرا که با اثبات این جرائم قبح آن از بین می‌رود و مردم نسبت به آن متجری می‌گردند و کم‌کم فحشا اشاعه پیدا می‌کند؛ بنابراین تا زمانی که جرم کسی ثابت نشد، اصل بر برائت افراد است.

لذا هر گونه تجسس و اعمال محدودیت در زندگی خصوصی و شخصی افراد ممنوع است. مأمور بازرسی در جرائمی چون زنا، لواط، شرب خمر و امثال آن، حق ندارد در منازل افراد تجسس کند (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ج ۵۲، ص ۹۵).

رهبر فقید انقلاب اسلامی در خطابی به دادستان‌ها و حاکمان شرع این نکته را گوشزد می‌کنند که در اسلام اصراری بر کشف و اثبات جرائم فردی و خصوصی نیست. ایشان این امر را گامی در راستای حفظ کرامت و آبروی اشخاص و موجب سلامت جامعه معرفی می‌کند و خواست خداوند را در این می‌داند که چنین اموری به راحتی کشف و اثبات نشود تا حیثیت افراد گرچه گناهکار باشند در جامعه حفظ شود (خمینی، ۱۳۸۴ق، ج ۹، ص ۲۸۶).

خوشبختانه قانونگذار جمهوری اسلامی ایران به درستی دو رویکرد فوق‌الذکر را که ائمه اطهار (ع) در سیره عملی خودشان و همچنین فقها در متون فقهی راجع به جرائم مخصوصاً جرائم جنسی مبتنی بر رضایت در نظر گرفته‌اند را مدنظر قرار داده است. برای مثال راجع به رویکرد یک که ناظر بر بزه پوشی جرم توسط خود متهم است، قانونگذار در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در تبصره ۱ ماده ۱۰۲ مقرر می‌دارد: «در جرائم منافی عفت هر گاه شاکی وجود نداشته باشد و متهم بدو قصد اقرار داشته باشد، قاضی وی را توصیه به پوشاندن جرم و عدم اقرار می‌کند». و راجع به رویکرد دوم که ناظر بر بزه پوشی جرم توسط قاضی یا حاکم است، قانونگذار در ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ بیان می‌دارد «انجام هر گونه تعقیب و تحقیق در جرائم منافی عفت ممنوع است و پرسش از هیچ فردی در این خصوص مجاز نیست» و همچنین در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در ماده ۲۴۱ مقرر می‌دارد «در صورت نبود ادله اثبات قانونی بر وقوع جرائم منافی عفت و انکار متهم هر گونه تحقیق و بازجویی جهت کشف امور پنهان و مستور از انظار ممنوع است...»

**۶) مرجع صالح رسیدگی به جرایم جنسی**

در اکثر نظامهای حقوقی دنیا تحقیقات مقدماتی در نهاد اجرای عدالت یعنی دادرها انجام می گیرد. تحقیقات مقدماتی جرایم در دادرها قسمت مهم و پر ارزش و به عبارتی سنگ بنای یک پرونده کیفری را تشکیل می دهد. بنابراین در گام نخست اصل بر آن است که تحقیقات مقدماتی کلیه جرایم در دادرها صورت می گیرد. اما به واقع، در قوانین دادرسی کیفری کشورمان بر اصل مذکور چند استثناء وارد می باشد که یکی از آنها عبارت است، ماده ۳۰۶ (اصلاحی ۱۳۹۴/۳/۲۴) قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۲/۴ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی که مقرر می دارد: به جرائم منافی عفت به طور مستقیم، در دادگاه صالح رسیدگی می شود.

تبصره: منظور از جرائم منافی عفت در این قانون، جرائم جنسی حدی، همچنین جرائم رابطه نامشروع تعزیری مانند تقبیل و مضاجعه است.

رسیدگی مستقیم در ماده فوق به این معنا است، این نوع جرائم به دلیل ارتباطی که با آبرو، حیثیت و یا حیات معنوی متهمان و خانواده آن ها دارند بدون اینکه در دادرها تحقیقات مقدماتی آنها صورت گیرد و بدون نیاز به قرار جلب به دادرسی دادیار یا بازپرس و کیفر خواست دادستان در دادگاه صالح به آنها رسیدگی می شود و تمامی وظایف دادرها بر عهد دادگاه صالح با رعایت مصالح متهمان آنها است. این نوع رسیدگی (مستقیم) در مقابل رسیدگی غیر مستقیم قرار می گیرد که آن عبارت است از رسیدگی که منجر به صدور قرار جلب به دادرسی دادیار یا بازپرس و کیفر خواست دادستان گردد. منظور از دادگاه صالح در این ماده مطابق ماده ۳۰۱ قانون مذکور دادگاه کیفری دو هست البته بدیهی است در صورتی که مجازات این جرائم مشمول ماده ۳۰۲ همان قانون باشد دادگاه کیفری یک صالح به رسیدگی خواهد بود مثل زنا محصنه.

**۷) نتیجه گیری**

تأکید مقررات اسلامی و متعاقب آن حقوق کیفری ایران بر بزه‌پوشی جرایم جنسی مبتنی بر رضایت و جلوگیری از انتشار آن دسته از اعمال خلاف عفت که به صورت پنهانی صورت می گیرد، شیوه ای متناسب با قانون طبیعت است که طرفدار رعایت حجب و حیا است. اگر هدف از جرم انگاری در این گونه از جرایم جنسی تضمین عفت عمومی و جلوگیری از بی بند و باری های جنسی است در زمینه مجازات آنچه مطلقاً می تواند این مقصود را برآورده سازد، سخت گیری در اثبات جرم است و نه عکس آن. به عبارت دیگر قانونگذار هر چند سیاست ستر و بزه پوشی را به تبعیت از فقه شیعه در جرایم جنسی دنبال نموده است لیکن این امر را تا جایی قابل اعمال دانسته که جرم انجام شده متعرض حقوق جامعه و افراد دیگر و دارای شاکه خصوصی و قربانی جرم نباشد، در این صورت نه تنها برای اثبات این جرایم، مسامحه و چشم پوشی نمی شود، بلکه حاکم موظف است برای کشف حقیقت از هرگونه تلاش مشروع و منطقی خودداری نکند. در نتیجه اثبات این گونه جرایم هم بسیار سخت است ولی اگر اثبات شود مرتکب، سخت کیفر می شود که در عمل به ندرت اتفاق می افتد. در کل چنین می توان نتیجه گرفت که در حقوق کیفری ایران سعی در اختفای این گونه جرایم و بزه پوشی دارد؛ اما اگر ثابت شود سیاست سزادهی حاکم است. بنابراین شارع حکیم از طرفی مجازات را سخت و سنگین وضع نموده تا مردم با دید سنگینی مجازات به قبح و زشتی شدید آن، از آن روی گردان باشند و از طرف دیگر، راه رسیدن به کیفر را یعنی شرایط اثبات و اجرا را سخت مقرر نموده تا این جرائم حتی المقدور اثبات نگردد، چرا که با اثبات این جرائم قبح آن از بین می رود و مردم نسبت به آن متجری می گردند و کم کم فحشاء اشاعه پیدا می کند، بنابراین این رویکرد منحصر بفرد از این حقیقت پرده بر می دارد که شارع مقدس در جرایم جنسی به دنبال اثبات نیست؛ زیرا سخت کردن اثبات جرم نیز فرصتی بیشتر به مجرم در جهت توبه و دور ساختن فرد از برچسب خوردن است.

## منابع

- قرآن کریم.
- آقائی، مجید (۱۳۸۵)، جرایم علیه مردگان در حقوق کیفری ایران، میثاق عدالت.
- آخوندی، «محمود (۱۳۸۸/۱۱/۲۷)، اثبات جرائم منافی عفت از نگاهی دیگر»، مجله کتاب زنان، شماره ۲۲.
- اسدی (سادات)، لیلا (۱۳۸۸/۱۱/۲۷)، «مساحقه جرمی علیه زنان، مجله کتاب زنان» شماره ۲۰.
- ایمانی، عباس (۱۳۸۲)، فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، آریان، جلد اول.
- برهانی، محسن (۱۳۸۸)، «سیاست کیفری ایران در قبال روسپیگری»، نشریه مطالعات راهبردی زنان، شماره ۴۵.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۳)، ترمینولوژی حقوق، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، جلد ۵-۱.
- حر عاملی، محمد بن حسن (بی تا)، وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت دار احیاء التراث العربی.
- خمینی، سید روح الله (۱۳۸۴)، تحریر الوسیله، چاپ دوم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۲)، لغت نامه دهخدا، دانشگاه تهران.
- راسل، برتراند (۱۳۴۷)، زناشویی و اخلاق، ترجمه ابراهیم، چاپ اول، «بی جا»: اندیشه.
- زراعت، عباس (۱۳۸۰)، شرح قانون مجازات اسلامی، تهران: انتشارات فضولی، جلد اول.
- ساده، آزاده (۱۳۹۵)، سیاست تقنینی ایران در رابطه با جرائم جنسی، انتشارات رامان سخن.
- شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۸۴)، حقوق کیفری و اختصاصی، انتشارات: ژوبین، جلد اول و سوم.
- شهید ثانی (۱۴۱۰ قمری)، الروضه البهیة، قم: انتشارات داودی، جلد پنج، نه و ده.
- شهید ثانی، شرح لمعه (۱۳۸۷ ق)، قم: انتشارات اسماعیلیان، بی تا، جلد ۳.
- عمید، حسین (۱۳۹۰)، فرهنگ فارسی عمید، انتشارات امیر کبیر.
- کجیاف، محمد باقر (۱۳۸۱)، رفتار شناسی جنسی در اندیشه دینی، تهران: نشر روان، جلد دوم.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۱۳)، فروع کافی، بیروت: انتشارات دارا لاضوء، جلد هفتم.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۹۳)، محشای قانون مجازات اسلامی، چاپ سوم، انتشارات مجد.
- محمدی جوریکه، علی (۱۳۸۹)، «سیاست جنای اسلام در جرایم جنسی»، نشریه حقوق اسلامی، شماره ۲۴.
- معین، محمد (۱۳۸۵)، فرهنگ فارسی معین، چاپ بیست سوم، انتشارات امیر کبیر، جلد ۶-۱.
- موسوی خوئی، ابوالقاسم (۱۹۷۵-۷۶)، مبانی تکمله المنهاج، جلد یک.
- ولیدی، محمد صالح (۱۳۸۳)، حقوق جزای اختصاصی (جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی و حقوق و تکالیف خانوادگی)، چاپ دوم، تهران: انتشارات امیر کبیر.