



انجمن علمی فقه‌پژای تطبیقی ایران



فصلنامه فقه‌پژای تطبیقی

Volume 4, Issue 2, 2024

The Position of the Principle of Harm and Damage in the Criminalization of Sexual Crimes in Iranian Jurisprudence and Criminal Law and European Law

Aminaldin Sharafi Masouleh¹, Ali Ghorbani*², Parviz Zokaeian³

1. PhD Student of Criminal Law, Criminology, Faculty of Law, Chaloos Branch, Islamic Azad University, Chaloos, Iran.

2. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law, Central Chaloos Branch, Islamic Azad University, Chaloos, Iran. (Corresponding Author)

3. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Islamic Azad University, Chaloos Branch, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Type of Article:

Original Research

Pages: 103-115

Corresponding Author's Info

ORCID: 0009-0008-3426-625X

TELL: +989122169458

Email: Agt13501@gmail.com

Article history:

Received: 29 Aug 2023

Revised: 04 Nov 2023

Accepted: 22 Dec 2023

Published online: 21 Jun 2024

Keywords:

Principle of Harm, Criminalization, Sexual Crimes, Damage, Victim.

ABSTRACT

Sexual crimes are one of the most important crimes for the security of individuals, and the legal systems of different countries have taken a different approach to such crimes. The purpose of this article is to examine the position of the principle of harm and harm in the criminalization of sexual crimes in Iranian jurisprudence and criminal law and European law. This article is descriptive and analytical, and it has investigated the mentioned subject by using the library method. The findings indicate that the implementation of Sharia laws and the observance of justice and the establishment of order are among the most important bases of criminalization in sexual crimes in Iranian jurisprudence and criminal law. In the meantime, of course, the principle of harm, since it harms the safety of the society or causes harm to the victims of sexual crimes, the criminalization of sexual crimes is effective. In countries like England, which plays an important role in European law, the principle of harm is much more important. Harm is an important principle in the criminalization of sexual crimes, both in terms of the damage suffered by the victim and the negative impact it has on the order of the society and ignoring the rights of individual and social freedom. The basis for determining loss in England and in European law countries is the principle of consent and criminalization based on loss is only done in cases that were not done with consent. This is despite the fact that there is no basis for consent in Iranian jurisprudence and criminal law and ignoring Sharia rulings and discussing damage to society's health is enough to criminalize it.



This is an open access article under the CC BY license.

© 2024 The Authors.

How to Cite This Article: Sharafi Masouleh, A; Ghorbani, A & Zokaeian, P (2024). "The Position of the Principle of Harm and Damage in the Criminalization of Sexual Crimes in Iranian Jurisprudence and Criminal Law and European Law". *Journal of Comparative Criminal Jurisprudence*, 4(2): 103-115.



انجمن علمی فقه‌های تطبیقی ایران

فصلنامه فقه‌های تطبیقی

www.jccj.ir



فصلنامه فقه‌های تطبیقی

دوره چهارم، شماره دوم، تابستان ۱۴۰۳

جایگاه اصل ضرر و آسیب در جرم‌انگاری در جرایم جنسی در فقه و حقوق کیفری ایران و حقوق اروپایی

امین‌الدین شرفی ماسوله^۱، علی قربانی^{۲*}، پرویز ذکایان^۳

۱. دانشجوی دکتری گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران.

۲. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران. (نویسنده مسؤول)

۳. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد چالوس، ایران.

چکیده

جرایم جنسی یکی از مهم‌ترین جرایم امنیت اشخاص است که نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف رویکرد متفاوتی درخصوص این‌گونه جرایم در پیش گرفته است. هدف مقاله حاضر بررسی جایگاه اصل ضرر و آسیب در جرم‌انگاری در جرایم جنسی در فقه و حقوق کیفری ایران و حقوق اروپایی است. این مقاله توصیفی - تحلیلی است و با استفاده از روش کتابخانه‌ای به بررسی موضوع مورد اشاره پرداخته است. یافته‌ها بر این امر دلالت دارد که اجرای قوانین شرع و رعایت عدالت و ایجاد استقرار نظم از مهم‌ترین مبانی جرم‌انگاری در جرایم جنسی در فقه و حقوق کیفری ایران است. در این میان نیز البته اصل ضرر از آنجا که به امنیت جامعه ضرر وارد می‌سازد و یا باعث آسیب به بزه‌دیده جرایم جنسی می‌گردد، جرم‌انگاری جرایم جنسی تأثیرگذار است. در کشورهایی چون انگلیس که نقش مهمی در حقوق اروپایی دارد، اصل ضرر از اهمیت بسیار بالاتری برخوردار است. ضرر هم به مفهوم آسیبی که بزه‌دیده وارد می‌شود و هم تأثیر منفی که بر نظم جامعه و نادیده‌انگاشتن حقوق آزادی فردی و اجتماعی بر جای می‌گذارد، اصل مهمی در جرم‌انگاری جرایم جنسی است. مبنای تعیین ضرر در انگلیس و در کشورهای حقوق اروپایی اصل رضایت است و جرم‌انگاری بر پایه ضرر صرفاً در مواردی که با رضایت صورت‌نگرفته انجام می‌شود. این در حالی است که در فقه و حقوق کیفری ایران رضایت مبنایی نداشته و نادیده‌گرفتن احکام شرع و بحث آسیب به سلامت جامعه برای جرم‌انگاری کافی است.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۰۳-۱۱۵

اطلاعات نویسنده مسؤول

کد ارکید: ۶۲۵X-۳۴۲۶-۰۰۰۸-۰۰۰۹

تلفن: +۹۸۹۱۲۲۱۶۹۴۵۸

ایمیل: Agt13501@gmail.com

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۰۷

تاریخ ویرایش: ۱۴۰۲/۰۸/۱۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۰۱

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۴/۰۱

واژگان کلیدی:

اصل ضرر، جرم‌انگاری، جرایم جنسی، خسارت، بزه‌دیده.

خوانندگان این مجله، اجازه توزیع، ترکیب مجدد، تغییر جزئی و کار روی حاضر به صورت غیرتجاری را دارند.



© تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده می‌باشد.

مقدمه

جامعه همواره به تجاوز جنسی به‌عنوان یک جرم مهم و جدی توجه داشته است. این توجه ویژه از آن‌روست که تجاوز جنسی تنها یک جرم جنسی محسوب نمی‌شود، بلکه یک جرم علیه انسانیت و شرافت انسانی است، لذا باوجود این‌که بسیاری از کشورهای غربی روابط جنسی خارج از قلمرو و ازدواج را تحت شرایط آزاد قلمداد کرده‌اند، در مورد حالتی که در این رابطه به‌صورت تحمیل خواسته فردی به فرد مقابل تجلی پیدا می‌کند، از چنین رویکردی فاصله گرفته و اقدام فردا به‌عنوان تجاوز جنسی قابل مجازات دانسته‌اند. در حقوق کیفری اسلام نیز به قوانین جزایی ایران تا حدودی متأثر از آن است، مجازات رابطه جنسی توأم با زور و تجاوز بسیار شدیدتر از کیفر زنا در نظر گرفته شده و درحالی‌که مرتکب تجاوز جنسی مستحق اعدام شناخته شده، مرتکبین زنا فقط با صد ضربه شلاق مجازات خواهد شد (ماده ۲۳۰ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲). قانون‌گذار انگلستان به‌عنوان یکی از مهم‌ترین کشورهای حوزه حقوق اروپایی جرایم تعرضات جنسی را به دو دسته تعرضات جنسی جسمی و غیرجسمی تقسیم کند و درخصوص قسمت اول تجاوز جنسی و دخول غیر از آمیزش جنسی را به‌دلیل شدت عمل و نتیجه فاجعه بارش بر جامعه و بزه‌دیده به‌طور خاص جرم‌انگاری کرده و سایر مصادیق تعرضات جنسی جسمی را تحت عنوان تعرض جنسی قرار داده و با آن‌ها برخورد کند.

به‌موجب این رویکرد، مواد ۳ و ۷ «قانون جرایم جنسی» ۲۰۰۳ به‌طور اختصاصی به این جرم می‌پردازد و در مواد ۹، ۱۶، ۲۵، ۳۰ و ۳۸ به‌شکل عام، اعمالی جرم‌انگاری می‌شود که به‌شکل غیرمستقیم شامل عمل مجرمانه ایجاد یک تماس جنسی به‌عنف نیز باشد. هدف مقاله حاضر بررسی اصل ضرر و آسیب در جرم‌انگاری در جرایم جنسی در فقه و حقوق کیفری ایران و حقوق اروپایی است. قاعده یا اصل ضرر به‌معنی نهی ضرر به دیگران در همه نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است. همچنین مورد تأیید همه دانشمندان و همچنین علما در علم حقوق است. منظور از اصل ضرر این است که که جامعه و دولت می‌توانند در امور شخصی و زندگی مردم دخالت کنند و می‌تواند در مورد دیگران از اجبار

استفاده کند، البته زمانی با مداخله آن جلوی آسیب و ورود ضرر به دیگران گرفته شود. اصل ضرر به ما می‌گوید تنها زمانی حق داریم در مورد دیگران اجبار به‌کار ببریم که بتوان ثابت کرد عمل فرد که می‌خواهیم جلوی آن را بگیریم آسیب و صدمه‌ای به کسی می‌رساند. در مقاله پیش رو به بررسی این سؤال پرداخته می‌شود که در جرم‌انگاری در جرایم جنسی در فقه و حقوق کیفری ایران و حقوق اروپایی، اصل ضرر چه جایگاه و نقشی دارد؟ به‌منظور بررسی سؤال مورد اشاره ابتدا جرایم جنسی در پرتو دو اصل رضایت و آسیب و ضررهای روحی و روانی آن بررسی می‌شود. در ادامه از جایگاه و نقش ضرر در جرم‌انگاری جرایم جنسی از منظر فقه و حقوق کیفری ایران و حقوق انگلستان به‌عنوان یکی از مهم‌ترین کشورهای حوزه حقوق اروپا بحث می‌شود.

۱- اصل رضایت در جرایم جنسی

بحث رضایت یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌های جرم‌انگاری جرایم جنسی در حقوق کشورهایی چون انگلیس در حیطه حقوق اروپایی است. این بحث از این جهت اهمیت دارد که درصورت در حقوق انگلیس به‌عنوان بخشی از حقوق اروپایی درصورت رضایت اساساً موضوع جرم مطرح نبوده و تبیین و تحلیل اصل ضرر براساس آن منتفی است. بر همین اساس در قسمت حاضر به جایگاه آن در فقه و حقوق ایران و حقوق اروپایی پرداخته می‌شود.

۱-۱- اصل رضایت در جرایم جنسی در فقه و حقوق کیفری ایران

در قانون مجازات اسلامی در بحث رابطه جنسی (زنا) تفکیکی میان رضایت با عدم رضایت دیده نمی‌شود و هر دو جرم‌انگاری شده است (برخلاف قانون مجازات عمومی که رابطه جنسی توأم با رضایت را جرم‌انگاری نکرده است)، البته قانون‌گذار در میزان مجازات آن با این حال که هر دو مورد را جرم‌انگاری کرده است، قائل به تفکیک شده و مجازات زنا را به‌عنف را شدیدتر از حالت با رضایت یا غیرعنف قرار داده است که درصورت رضایت طرفین عمل مشمول زنا شده و ۱۰۰ ضربه شلاق و درصورت عدم رضایت که همان زنا با‌عنف است، مجازات اعدام قرار داده است، ولی در مورد عمل

آن‌ها باشد. به‌عنوان مثال وقتی فردی صرفاً به این دلیل در برابر پیشنهاد رابطه جنسی تسلیم شده که به‌لحاظ جسمی شدید تحت اختیار پیشنهاددهنده قرار داشته و هرگونه مقاومتی را از وی سلب نموده است، تردیدی نمی‌توان کرد که این تسلیم‌شدن و رضایت از روی اراده نبوده و گویا اصلاً، رضایتی در کار نبوده است (اردبیلی، ۱۳۹۴: ۱۹۰/۱).

بررسی مفاهیم جدید تجاوز جنسی و جایگاه مسأله رضایت در آن‌ها در روزگار کنونی گاه بر قراری رابطه جنسی با فرد دیگر ظاهراً ممکن است به رضایت آن فرد صورت بگیرد، درحالی‌که واقعاً چنین رضایتی وجود نداشته است. به‌عنوان مثال در حالتی که فردی دیگری را نسبت به ماهیت عمل مورد تقاضا فریب بدهد یا او را درخصوص شخصیت خویش به اشتباه می‌اندازد، بدین ترتیب با استفاده از ابزارهای مثل ایجاد مستی و یا هیپنوتیزم، سرانجام قربانی خود را نسبت به برقراری رابطه جنسی راضی می‌کند باید گفت مرتکب بدون رضایت قربانی چنین کرده و تحت عنوان متجاوز قابل تعقیب کیفری است.

در انگلستان به‌عنوان یکی از کشورهای مهم عضو حقوق اروپایی، براساس قانون عدالت کیفری و نظم عمومی مصوب سال ۱۹۹۴، سه تغییر اساسی در تعریف جرایم جنسی به وجود آمد. ۱- جرم‌انگاری تجاوز مقعدی در کنار تجاوز مهملی (Clarkson, 2005: 195)؛ ۲- با توجه به تعریف کامن‌لای سنتی از تجاوز به عنف، امکان قانونی تعقیب شوهری به علت ارتکاب تجاوز به عنف علیه همسرش وجود نداشت، این محدودیت در سال ۱۹۹۴ با این توجیح که هر زنی خواه مجرد، خواه متأهل در مقابل هر فردی دارای خودمختاری جنسی است و با این استدلال که هیچ زنی با وقوع عقد ازدواج به تملک شوهرش در نمی‌آید تا شوهر بتواند آزادانه هر عملی با او انجام دهد، قید «عدم وجود علقه زوجیت» از تعریف تجاوز به عنف حذف گردید. با این حذف نوعی جرم جدید با عنوان «تجاوز به عنف با وجود علقه زوجیت» به سیاهه جرایم این کشور اضافه شد؛ ۳- محدودیت جنسیتی بزه‌دیده، در قانون سال ۱۹۹۴ برداشته شده است، به‌طوری‌که هم زنان و هم مردان براساس این قانون می‌توانند بزه‌دیده

منافی عفت غیر از زنا این تفکیک مشاهده نمی‌شود که این نقطه ضعف در قانون‌گذاری است. در همین‌باره ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی اعلام می‌دارد: «هرگاه زن و مردی که بین آن‌ها علقه زوجیت نباشد، مرتکب روابط نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا، از قبیل تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تا نودونه ضربه محکوم خواهند شد و اگر عمل با عنف و اکراه باشد، فقط اکراه‌کننده تعزیر می‌شود.» همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در این ماده تفکیکی میان رضایت و عدم رضایت دیده نمی‌شود و دو طرف در رابطه نامشروع غیر از زنا به نودونه ضربه شلاق محکوم می‌گردند و در صورت عنف و اکراه فقط اکراه‌کننده تعزیر می‌شود. در اینجا قانون‌گذار می‌توانست با تفکیک میان رضایت و عدم رضایت این دو حالت را یکسان شمرده و مجازات یکسانی برای آن‌ها قرار نمی‌داد و می‌توانست در مورد عدم رضایت مجازات بیشتری را در مقابل وجود رضایت برای مرتکب در نظر می‌گرفت، همان‌طور که در زنا مشاهده شد، چراکه اگر بر مبنای اخلاق‌گرایی قانونی هم بخواهیم بنگریم، قباحت و زشتی عمل در عدم رضایت بیشتر از موردی است که رضایت وجود دارد.

۱-۲- اصل رضایت در جرایم جنسی در حقوق اروپایی (انگلیس)

فقدان رضایت بزه‌دیده با فرض وجود بقیه شرایط باعث می‌شود که یک عمل جنسی در دایره تجاوز جنسی قرار گیرد و این نکته از ویژگی‌های منفی غیرقابل قبول بسیاری از نظام‌های حقوقی کنونی است (جعفری، ۱۳۹۴: ۱۲۷-۱۱۳). علت نادرستی این رویکرد آن است که مفهوم رضایت به روشنی مشخص نیست و هیچ‌گاه نمی‌توان با قاطعیت گفت که یک رابطه جنسی آیا با رضایت هر دو طرف انجام شده یا خیر. در واقع مرزهای واژه رضایت روشن نیست و در این خصوص فضا برای هرگونه تفسیری از سوی قضات در مورد آن کاملاً باز است، به این معنی که آن‌ها ممکن است به هر نحوی که بخواهند در مورد مفهوم آن اظهار نظر نمایند، البته این عقیده بدان معنا نیست که همه موارد اتهامی که در زمینه تجاوز جنسی مطرح می‌شود با چنین مشکلی روبه‌رو باشند. طبیعتاً اوضاع و احوال خاص می‌تواند بدون هیچ تردیدی مبین رضایت طرفین رابطه جنسی یا عدم رضایت یکی از

جنسی به هیچ وجه آمادگی جسمانی و روانی لازم برای دوران بارداری و پرورش نوزاد ندارند. بیزاری از شخص متجاوز خودبه خود، به کودکی که از وی برجای مانده است نیز تسری پیدا می کند (اردبیلی، ۱۳۸۳: ۱۶۲-۱۳۳).

پس از جرایم جنسی، قربانیان تجاوز اضطراب و ترس شدیدتری را تجربه می کنند. یک مطالعه نشان داد که زنانی که مورد تجاوز جنسی قرار می گرفتند، نسبت به زنانی که مورد تجاوز جنسی قرار نمی گرفته اند، افسرده تر بودند. این مطالعه سطح افسردگی را با استفاده از آزمون پرسشنامه افسردگی بک صورت گرفته و به این نتیجه رسید که ۴۵ درصد از زنان مورد ارزیابی در این مطالعه افسردگی متوسط یا شدید داشتند (Kilpatrick et al, 1979: 658-669).

علاوه بر این، سرزنش خود یکی از رایج ترین تأثیرات کوتاه مدت و بلندمدت است و معمولاً به عنوان یک مهارت مقابله اجتنابی عمل می کند که روند بهبودی را کند یا متوقف می کند، اما اغلب می توان آن را با یک تکنیک شناخت درمانی معروف به بازسازی شناختی اصلاح نمود (Eby et al, 576-563: 1995). سرزنش خود رفتاری همراه با احساس گناه در فرد قربانی است. در عین حال این باور که فرد در طول حمله کنترل داشته است (کنترل گذشته) با پریشانی روانی بیشتر همراه است، این باور که فرد کنترل بیشتری در طول فرایند بهبودی دارد (کنترل فعلی) با پریشانی کمتر، کناره گیری کمتر و پردازش مجدد شناختی بیشتر همراه است (Razier et al, 2005: 267-278). این نیاز به کنترل از باور جهان عادلانه ناشی می شود که به این معنی است که مردم آنچه را که لیاقتش را دارند، به دست می آورند و جهان دارای نظم خاصی از چیزهایی است که افراد قادر به کنترل آن هستند. این کنترل به آن ها اطمینان می دهد که این رویداد دیگر تکرار نخواهد شد (Vonderhaar, 2014: 1615-1632).

۲-۲- آسیب به هویت اجتماعی بزه دیده

تجاوز ریشه در فرهنگ هایی شامل آداب و رسوم و تابوهای قوی در رابطه با جنسیت و تمایلات جنسی دارند و یک انگ اجتماعی است. برای مثال، یک قربانی تجاوز جنسی (به ویژه فردی که قبلاً باکره بوده است) ممکن است توسط جامعه

باشند. با تصویب قانون جرایم جنسی در سال ۲۰۰۳ تعریف تجاوز به عنف گسترده تر شده است و علاوه بر موارد مذکور در قانون عدالت کیفری و نظم عمومی سال ۱۹۹۴ تجاوز دهانی نیز به انواع تجاوز به عنف اضافه شده است. تعریف دخول جنسی در قانون مجازات اسلامی ایران محدود به دخول مهبل و مقعدی است، حال آنکه در نظام کیفری انگلستان، دخول دهانی هم می تواند از ارکان عنصر مادی جرم تجاوز به عنف به شمار آید. از طرفی در حقوق ایران وجود پیوند زوجیت مانعی قانونی در راه تحقق این جرم محسوب می شود، در نتیجه هیچ گاه زن نمی تواند به اتهام ارتکاب تجاوز به عنف برای همسر خود طرح دعوا نمایند، چنین محدودیتی با جرم انگاری بزه «تجاوز به عنف با وجود علقه زوجیت» در حقوق انگلستان وجود ندارد.

۲- آسیب و صدمه در جرایم جنسی

اصل ضرر به عنوان مبنای جرم انگاری بر پایه آسیب ها و ضررهایی است که از جهات مختلف به بزه دیده جرایم جنسی وارد می شود. آسیب و صدمه در جرایم جنسی عبارتند از:

۲-۱- آسیب جسمی، روحی و روانی

اکثر قربانیان تجاوز در دوره اولیه پس از حمله، تأثیر روانی شدیدتری را تجربه می کنند. با این حال، بسیاری از بازماندگان ممکن است آسیب روانی طولانی مدت را تجربه کنند (Resick, 2016: 223-255). قربانیان تجاوز ممکن است اغلب بلافاصله پس از حمله دچار مشکلات اضطراب و ترس شوند (Rape survivor, 1987: 69-86). براساس یک مطالعه در مورد واکنش های پس از تجاوز که توسط مجله آمریکایی ارتوپسیکیاتری، صورت گرفت، ۹۶ درصد از زنان گفتند که چند ساعت پس از حمله از ترس می لرزند. پس از گذشت مدتی، علائم قبلی کاهش یافته و سطح افسردگی، خستگی و بی قراری افزایش می یابد.

زنای به عنف، رفتاری از مصادیق خشونت جنسی است. خشونت جنسی به هرگونه رفتار غیراجتماعی گفته می شود که از لمس کردن تا تجاوز را دربر می گیرد (کار، ۱۳۷۹: ۳۴۶). زنان قربانی خشونت جنسی که به اکراه باردار شده اند، ناگزیر از تحمل این مهمان ناخوانده هستند. زنان پس از تجاوز

«آسیب‌نزدن به دیگران، در همه نظام‌های حقوقی به چشم می‌خورد که نزد همه اندیشمندان و حقوق‌دانان با اندک تفاوتی پذیرفته شده است. این اصل در حقوق اسلامی تحت عنوان قاعده لاضرر بیان شده است. قاعده لاضرر، در تار و پود حقوق کیفری اسلام ساری و جاری است. به جرأت می‌توان گفت که در اسلام هیچ رفتاری، جرم‌انگاری نشده، مگر این‌که آن رفتار، بالقوه یا بالفعل تولید ضرر کند. این ضرر می‌تواند جنبه فردی یا اجتماعی و نیز جنبه مادی یا معنوی داشته باشد. قاعده مذکور هم رفع ضرر می‌کند و هم دفع ضرر. به عبارتی هم کارکرد رفعی (سازندگی) دارد و هم کارکرد دفعی» (خلیل‌اللهی، ۱۳۸۹: ۱۵۵-۱۵۴).

قاعده یا اصل ضرر به معنی نهی ضرر به دیگران در همه نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است. «اکثر قوانین کیفری، یک رفتار ضد اجتماعی را به‌خاطر ایراد ضرر و زیان به دیگران منع کرده‌اند، مانند قتل، ایراد ضرب و جرح، سرقت و آتش‌سوزی عمدی. ضمانت اجرای کیفری در این‌گونه موارد به‌سبب خود ضرر است. این نوع از جرم‌انگاری، ناظر به ضررهای شدید و آسیب‌های مستقیم بوده و هدف از آن، حمایت از ارزش‌ها و منافع فردی و اجتماعی در برابر این آسیب‌هاست که نمی‌توان به روش‌های دیگر از آن‌ها پیشگیری کرد» (محمودی جانکی، ۱۳۸۲: ۲۰۶-۲۰۵).

۳-۱- عدم تفکیک میان جرایم افراد مجرد و افراد متأهل در غیر مورد زنا

قانون‌گذار در مورد زنا بین افراد متأهل و افراد مجرد قائل به تفکیک شده است و زنا عادی را از زنا محصنه متمایز قرار داده و مجازات‌های متفاوتی هم برای آن لحاظ کرده است. ماده ۸۳ ق.م.ا مؤید همین مطلب است و این ماده مجازات بسیار سنگین رجم یا سنکسار را برای فرد متأهل اعم از زن و مرد قرار داده است که البته این مسأله در فقه هم آمده است، ولی این تفکیک در غیر عمل زنا در فقه دیده نمی‌شود و قانون‌گذار می‌توانست خود با در نظر گرفتن اصل ضرر و اصل اخلاق‌گرایی قانونی میان عمل منافی عفت غیر از زنا میان افراد متأهل و مجرد قائل به تفکیک شود و ایشان را به میزان یکسان مجازات ننماید، چراکه مانند مورد قبلی

به‌عنوان «دست‌خورده» تلقی شود. قربانیان در این فرهنگ‌ها ممکن است از انزوا رنج ببرند، دوستان و خانواده آن‌ها را طرد کنند، از ازدواج منع شوند، اگر قبلاً ازدواج کرده‌اند، طلاق بگیرند یا حتی کشته شوند. این پدیده به قربانی‌شدن ثانویه معروف است. معمولاً زنان قربانی ثانویه هستند، قربانیان مرد نیز می‌توانند احساس شرمندگی کنند یا اعتماد به نفس خود را از دست بدهند (Wakelin & Long, 2003: 477-487).

قربانی‌شدن ثانویه عبارت است از آسیب‌دیدگی مجدد قربانی تجاوز جنسی، سوءاستفاده یا تجاوز جنسی از طریق پاسخ‌های افراد و نهادها. انواع قربانی‌شدن ثانویه شامل سرزنش قربانی و رفتار یا زبان نامناسب پس از حمله توسط پرسنل پزشکی یا سایر سازمان‌هایی است که قربانی با آن‌ها در تماس است (Campbell & Raja, 1999: 261-275). قربانی‌شدن ثانویه به‌ویژه در موارد تجاوز جنسی با مواد مخدر، آشنایی و تجاوز قانونی رایج است.

۳- جایگاه اصل ضرر در جرم‌انگاری جرایم جنسی در فقه و حقوق کیفری ایران

قدیمی‌ترین اصل موجه‌ساز برای مداخله دولت‌ها و نقض آزادی اراده شهروندان، قاعده ضرر (در حقوق مدنی) و اصل صدمه (در حقوق کیفری) بوده است. بر این اساس، حکومت مجاز است برای رفع اضرار به غیر یا جلوگیری از ایجاد آن، نسبت به رفتار آزاد شهروندان مداخله نماید و اراده آزاد آنان را نقض کند. در حقوق اسلامی این مفهوم با «قاعده لاضرر» بیان شده و در اطراف آن بحث‌های بسیاری شده است. در ادبیات مکتب لیبرال به‌ویژه سودانگاری نیز این اصل در زمینه نظریه حقوق کیفری به‌منزله مهم‌ترین معیار محدودکردن آزادی از سوی استورات میل ارائه و پردازش شد.

«اصل بر عدم ضرر است. بر این اساس تنها رفتارهایی باید از طرف جامعه ممنوع و با مجازات مواجه شود که ضرر مادی و خارجی به افراد دیگر می‌رساند. در این دیدگاه دولت تنها زمانی می‌تواند آزادی‌های شهروندان را تهدید نماید که رفتارهای اشخاص به سایرین آسیب رساند» (برهانی، ۱۳۸۸: ۴۵-۱۸).

باکره نباشد، فقط به مجازات و پرداخت مهرالمثل محکوم می‌گردد.»

۳-۳- توجه به اصل ضرر در آسیب به نظم جامعه
واقعیت امر این است که «از مهم‌ترین جهات جرم‌انگاری و تشریح کیفر در اسلام، اجرای عدالت است. این کارکرد کیفر از دیرباز مورد توجه مکاتب حقوقی بوده و هست که به‌عنوان سزادهی و مکافات عمل دنبال می‌شود. از تشریح احکام قصاص چنین برمی‌آید که شارع بیش از هر چیز به اجرای عدالت توجه داشته است و مردم را به تعدیل انتقام‌جویی - که جامعه قبیله‌ای پیش از اسلام به آن دچار بود - دعوت نموده است» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۵۷/۱۲-۵۴). با اجرای مجازات اسلامی که افراد، تساوی در برابر قانون و رعایت حقوق شهروندی را بهتر درک می‌کنند و ضمن احساس امنیت در جامعه، به نظام حقوقی و حاکمیت آن بیشتر اعتماد کرده و از آن حمایت می‌کنند. جبران خسارت از طریق پرداخت دیه و رعایت تساوی در اجرای قصاص، عمدتاً به این بُعد از هدف مجازات ناظر است، زیرا افراد بزه‌دیده با اجرای مجازات، مزه عدالت را می‌چشند و آرامش روحی خود را بازمی‌یابند و تشفی خاطر پیدا می‌کنند. از این رو جرم‌انگاری در جرایم جنسی در حقوق کیفری اسلام را نیز می‌توان بر این مبانی کلی استوار دانست.

«حفظ حرمت نسل و جلوگیری از اختلاط آن» را می‌توان مبنای اختصاصی جرم‌انگاری زنا دانست. یکی از آثار شوم زنا شکسته‌شدن حرمت نسل و اختلاط آن است؛ امری که با فطرت سلیم انسانی مغایر است و هیچ انسانی حاضر نیست که پیوند خود را با فرزندش قطع کرده و نهال وجود خویش را نشناسد و یا فرزند شخص دیگری را به خیال این که فرزند خود اوست، تحت تکفل و سرپرستی قرار دهد.

امام جعفر صادق (ع) در پاسخ به شخص زندیقی که از وی درباره علت حرمت زنا پرسیده بود، فرمودند: «چون این عمل مستلزم فساد، ازبین‌رفتن ارث و قطع نسبها است. در زنا زن نمی‌داند که چه کسی او را حامله کرده است و فرزند نمی‌داند که پدر او کیست و روابط خویشاوندی به هم خورده و از بین می‌رود» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۵۲/۱۴).

می‌توان دریافت که قباحت عمل فردی که متأهل است و متعهد به خانواده می‌باشد و مرتکب عمل منافی عفت می‌شود و ضربه‌ای که به نهاد خانواده در این شرایط خورده می‌شود، بسیار بیشتر است و جا دارد که قانون‌گذار با دقت بیشتر در تنظیم قانون تفکیک مذکور را قائل شود.

۳-۲- توجه به اصل ضرر در ارش‌البکاره
در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ یکی از نکات و تغییرات مثبت به‌وجودآمده درخصوص پرداخت خسارت به مجنی‌علیه این جرم است. به‌موجب ماده ۹ قانون مسؤلیت مدنی: «دختری که در اثر اعمال حیله یا تهدید و یا سوءاستفاده از زبردست‌بودن حاضر برای هم‌خوابگی نامشروع شده، می‌تواند از مرتکب علاوه از زیان مادی مطالبه زیان معنوی هم بنماید» که میزان آن متأسفانه مشخص نشده، ضمن این که منظور از خسارت مادی تا حدی مبهم است. درخصوص مسؤلیت مدنی متجاوز در پرداخت خسارت قربانی تجاوز در فقه اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقهای شیعه (شهید ثانی، ۱۳۹۳: ۱۳۴/۹؛ نجفی، ۱۳۷۹: ۳۷۱/۴۱) «زنی را که مجبور به زنا شده است، مستحق مهرالمثل می‌دانند و از این مهر به نام «عقَر» یاد می‌کنند و آن مهریه زنی است که فرج او غصب شده است» (زراعت، ۱۳۹۴: ۷۲). در اینجا باید به این نکته نیز اشاره شود که اگر بر فرض زانی اکره‌کننده خود توسط شخص ثالثی اکره شده باشد، آن شخص ثالث است که باید مهرالمثل بپردازد، زیرا سبب اقوا از مباشر است. نکته دیگر این که چنانچه اکره‌کننده خود زن باشد، خسارتی به او تعلق نمی‌گیرد، زیرا خودش اقدام به این کار نموده است و نکته سوم این که هرگاه زن اکره‌شده باکره باشد و بکارت او نیز در اثنای زنا از بین برود، علاوه بر مهریه باید دیه ازاله بکارت نیز پرداخت شود. متأسفانه تکلیف این حکم در قانون مشخص نشده بود، اما عملاً تجاوز جنسی منجر به پرداخت مهرالمثل می‌شد و درصورت پارگی پرده بکارت نیز مجنی‌علیه مستحق ارش‌البکاره می‌بود. خوشبختانه این حکم صراحتاً در ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بیان شده است. به‌موجب این ماده: «در موارد زنا به عنف و در حکم آن درصورتی که زن باکره باشد، مرتکب علاوه بر مجازات مقرر به پرداخت ارش‌البکاره و مهرالمثل نیز محکوم می‌شود و درصورتی که

اثبات می‌رساند. ذکر این جمله به این صورت است که اگر به وجدان خود مراجعه کنید، به این حقیقت می‌رسید که عمل لواط تا چه حد جاهلانه بوده و وجدان شما گواهی خواهد داد که این کار حرکتی برخلاف مسیر طبیعت و انحراف از آن است (مکارم شیرازی و همکاران، ۱۳۷۸: ۱۵/۵۰۴).

احکام اسلام تابع مصالح و مفاسد واقعی هستند و ارتکاب حرام و ترک واجب در اسلامی جرم محسوب می‌شوند. فقها، معیارهای جرم‌انگاری در اسلامی را در قالب پنج مصلحت حفظ دین، جان، عقل، ناموس و نسل و اموال مردم مطرح نموده‌اند و این پنج مصلحت را از اهداف تحریم و ممنوعیت اعمال دانسته‌اند و بر همین اساس، هر عملی که به یکی از این مصلحت‌ها آسیب رساند، جرم محسوب می‌گردد. از این رو زنا و اعمال منافی عفت به دلیل حفظ و بقای نسل و ناموس، قتل به دلیل تعرض به جان، سرقت و امثال آن به دلیل تعرض به مال مردم، شرب خمر و سایر مسکرات به دلیل مخدوش ساختن عقل و هوش انسان‌ها و بالاخره ارتداد به دلیل تعرض به حریم عقیده و مکتب و هرج‌ومرج در اعتقادات افراد جرم به حساب می‌آید (فیض، ۱۳۷۹: ۷۳).

۴- جایگاه اصل ضرر و آسیب در جرم‌انگاری در جرایم

جنسی حقوق اروپایی

طبق دیدگاه فلسفی مبتنی بر اندیشه کانت، در جرم تجاوز جنسی ضرر و آسیب به انسانیت و شخصیت فرد وارد می‌شود. تجاوز جنسی در بهترین حالت، نوعی استفاده ساده از یک انسان است، اما در اغلب موارد این تجاوز به همراه خشونت و تحقیر صورت می‌گیرد. به عقیده جان گاردنر و استفان شوت، هرگاه کسی که مورد تجاوز قرار گرفته، احساس کند تحقیر شده است، حتی اگر در عمل تجاوز از رفتارهای خشن استفاده نشده، باز هم می‌توان گفت این عمل به معنای واقعی کلمه غیرانسانی بوده است، زیرا در چنین حالتی نیز مرتکب سعی در انکار شخصیت و منزلت بزه دیده داشته است (Gardner & Shute, 2000: 204).

این اصل با یادآوری نام جان استوارت میل همراه است، وی نظریه خود را بر مبنای لیبرالیسم بنیاد نهاد و مدافع آزادی‌های فردی و محدود کردن محدودیت‌ها بود. بنا به این اصل افراد

«یکی از فلسفه‌های تحریم زنا سلامت نسل و جلوگیری از اختلاط آن است؛ مسأله‌ای که در احکام فقهی نیز اهتمام شارع مقدس نسبت به آن دیده می‌شود، چنانکه نفی ولد در لعان به همین خاطر تشریح گردیده است تا فرزندی که متعلق به دیگری است، به شوهر نسبت داده نشود و حسب و نسب او ضایع نگردد» (جرجاوی، ۱۹۹۷: ۲/۱۸۶).

«پدیده اختلاط نسل پیامدهای منفی بسیاری را به دنبال دارد که یکی از آنها تضییع حقوق مالی افراد و فساد در ارث است. فرزندی که از راه نامشروع به وجود می‌آید، به ناحق مال دیگران را به ارث برده و باعث از بین رفتن حقوق آن‌ها می‌شود. در روایتی از امام رضا (ع) نیز اختلال و فساد در ارث به عنوان یکی از فلسفه‌های حرمت زنا ذکر شده است» (صدوق، ۱۳۸۶: ۴۷۹).

«جلوگیری از انحراف در فطرت و طبیعت» را می‌توان مهم‌ترین مبنای اختصاصی جرم‌انگاری لواط و مساحقه دانست. اولین چیزی که درباره عمل بسیار زشت لواط و مساحقه به ذهن می‌آید، انحراف و کج‌روی بزرگ آن‌ها از فطرت و طبیعت است.

«تمایل به جنس موافق و آمیزش با آن، عملی است که حتی حیوانات نیز مرتکب آن نشده و از آن امتناع می‌ورزند. قانون طبیعت این است که موجود نر برای ارضای شهوت و اطفای غریزه جنسی به دنبال موجود ماده رفته و با او درآمیزد تا عمل توالد و تناسل، بقا و استمرار داشته باشد. ارضای غریزه جنسی از طریق آمیزش با جنس موافق، ایستادن در مقابل قانون طبیعت و مخالفت با آن است» (صابونی، ۱۳۸۹: ۲/۳۰).

خداوند در قرآن این‌گونه می‌فرماید: «اتَأْتُونَ الذَّكَرَانَ مِنَ الْعَالَمِينَ وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ يَلِ أَنْتُمْ قَوْمٌ عَادُونَ؛ آیا از میان خلائق عمل زشت منکر را با مردان انجام می‌دهید؟ و زنان را که خدا همسر شما آفریده رها می‌کنید؟ آری شما بسیار مردم متعددی نابکاری هستید» (شعر/۱۶۶-۱۶۵).

این آیات به خوبی انحراف فطری و طبیعی این عمل را بیان کرده و با طرح سؤال به گونه‌ای که تعجب و شگفتی زیادی را به همراه دارد، نهایت درجه کج‌روی این عمل ننگین را به

احساسات و منافع اشخاص نزدیک به او و حتی منافع جامعه نیز مؤثر باشد، به همین سبب چنین رفت آری تنها مربوط به خود شخص نیست (میل، ۱۳۸۵: ۲۰۶) و به سبب آنکه به دیگران آسیب می‌رساند، قابل مجازات است. این بیان می‌تواند سبب شود زیان‌های ثانوی نیز در ذیل مفهوم کلی ضرر گنجانده شود، درحالی‌که اگر به پیشینه پیدایش چنین اصلی رجوع کنیم، درمی‌یابیم که پیش‌بینی این اصل برای صیانت از حریم خصوصی و آزادی افراد در برابر حکومت پدید آمد پس چگونه می‌توان آن را چنان موسع تفسیر کرد. براساس این اصل از یک‌سو «هیچ توجیهی برای بهره‌جستن از قانون علیه شهروندان وجود ندارد، مگر جلوگیری از زیان رساندن به دیگری (اخلاق‌گرایی) و از دیگرسو قانون محدود به پاسداری از افراد در برابر یکدیگر است و نه نگهداری آنان در برابر خودشان (رد پدرسالاری)» (قماش، ۱۳۹۳: ۱۱۱).

به‌طور کلی این اصل مهم‌ترین اصل جرم‌انگاری است، چراکه هرچند حکومت‌های سکولار با جرم‌انگاری بر مبنای شریعت بیگانه‌اند و حکومت‌های مردم‌سالار با اصولی مانند پدرسالاری غریبه‌اند و ... اما می‌توان گفت این اصل را عمده نظام‌ها با جرح و تعدیل اصل مبنایی جرم‌انگاری می‌دانند. اگر قائل بر حکومت حداقلی باشیم، دقیقاً معتقد خواهیم بود که وظیفه حکومت آن است که از من در مقابل تو و از تو در برابر من حمایت کند هرچه بیشتر از این باشد، حرکت در جهت پلیسی شدن جامعه است (جعفری یزدانیان و خیرمند، ۱۳۹۴: ۱۰۶-۶۷)، حمایت از من در برابر دیگری همان است که دیگری از ضرر رساندن به من منع شود.

دخالت تنها هنگامی پذیرفته است و در حقوق کیفری و مشروع است که جلوگیری از آسیب ضرر به دیگران باشد. در ادبیات مکتب لیبرال به‌ویژه به سودانگاری این اصل در زمینه نظریه حقوق کیفری (Feinberg, 1998: 267-264)، به منزله مهم‌ترین معیار تحدید آزادی از سوی (استورات میل) ارائه شده است. مهم‌ترین تأثیری که این اصل دارد، این است که تنها در قلمرو و محدوده آن امکان جرم‌انگاری تعریف می‌شود.

در اعمال و رفتار خویش آزادند منتها تا حدی که اعمال آنان سبب ضرر به دیگران نشود. افراد حتی در آسیب‌رساندن به خویش نیز آزادند منتها تا حدی که اعمال آنان سبب ضرر به دیگران نشود و دولت حق مداخله در این امر، ممانعت از آن و یا کیفر دادن فرد به سبب چنین رفتاری را ندارد. حد مداخله دولت در آزادی‌های فردی جایی است که رفتار فرد باعث ضرر دیگری می‌شود و تحت این شرایط حکومت می‌تواند وارد عمل شود، چراکه تا پیش از این رفتار فرد در حوزه خصوصی جای می‌گیرد و هیچ فرد و نهادی حق دست اندازی به آن را ندارد از طرفی هر فرد حق دارد در رفتارهای مفهوم خصوصی‌اش که آسیبی به دیگران وارد نمی‌کند، از دخالت دولت مصون بماند (هارت، ۱۳۸۸: ۴۵). مفهوم ضرر در نظر میل «از دو جهت دارای ابهام است نخست به لحاظ ماهیت ضرر و دیگری از نظر تعیین مرز میان مرتکب و دیگری» (نوبهار، ۱۳۸۷: ۳۰۴). برخی معتقدند مراد میل از طرح این نظریه تعیین مرزی برای مداخله قدرت دولتی و افکار عمومی و جلوگیری از استبداد بوده و قصد ترسیم دقیق مرزهای حقوق کیفری را نداشته است (محمودی جانکی، ۱۳۸۲: ۱۹۱)، اما در واقع این عدم تعریف باعث می‌شود حکومت آن‌گونه که مایل است به تعریف این نظریه بپردازد و تأمین منافع خویش را مد نظر قرار دهد. برای نیل به این هدف تنها کافی است خود را در دایره وسیع «دیگری» بگنجانند و ضرر غیرمستقیم و دور به منافع خود را نیز در ذیل مفهوم کلی ضرر جای دهد. این‌گونه نظریه‌ای لیبرال دستاویز لجام‌گسیختگی قدرت دولت قرار می‌گیرد.

برای جلوگیری از چنین برداشت‌های ناهمسویی برخی بر آن شده‌اند تا تعریفی از ضرر ارائه دهند. فاینبرگ معتقد است معنای ضرر به دیگری عبارت است از بی‌نتیجه‌کردن، به تعویق‌انداختن و یا سلب منفعت‌کردن از شخص بر اثر رفتار اشتباه دیگری گرچه در سلب منفعت نباید منافع جزئی را مستحق جرم‌انگاری دانست (Feinberg, 1983: 33-34). بعضی نیز معتقدند از نظر میل مفهوم زیان تنها شامل زیان‌های مادی نمی‌شود، بلکه گاهی تعرض به احساسات را هم دربر می‌گیرد (قماش، ۱۳۹۳: ۱۱). میل معتقد است خساراتی که انسان به خودش می‌زند، گاهی ممکن است در

خواهد بود و باتوجه به ماده ۱۶ اگر بین قربانی و مرتکب رابطه سرپرستی احصاشده در ماده ۲۱ وجود داشته باشد و مجنی‌علیه زیر ۱۳ یا ۱۸ سال باشد (با این تفاوت که اگر زیر سیزده سال باشد، نیاز به عنصر معنوی خاصی وجود ندارد). علی‌رغم وجود رضایت مجنی‌علیه مرتکب به حداکثر پنج‌سال حبس محکوم می‌شود. همچنین اگر بین مرتکب و مجنی‌علیه رابطه خویشاوندی مذکور در ماده ۲۷ وجود داشته باشد، به‌موجب ماده ۲۵ مرتکب به حداکثر پنج‌سال حبس محکوم خواهد شد و اگر رابطه مراقبتی مذکور در ماده ۴۲ بین مرتکب و مجنی‌علیه دارای بیماری روانی تحت درمان باشد، به‌موجب ماده ۳۸ موجب محکومیت مرتکب به حداکثر ده‌سال حبس خواهد شد. بالاخره اگر فعل ارتكابی علیه یک شخص دارای اختلال روانی فاقد قوه انتخاب واقع شود، منجر به مجازات محکوم به حداکثر چهارده‌سال حبس خواهد شد. درواقع برخلاف موضع فعلی حقوق ایران سن، وضعیت سلامت عقلی مجنی‌علیه و یا وجود یک رابطه خاص بین مرتکب و مشارالیه موجب تغییر مجازات مرتکب خواهد شد.

نتیجه‌گیری

طبق اصل ضرر، کنش‌های آدمیان مادامی‌که به دیگران ضرری نرسانند، نباید جرم‌انگاری شده و قابل مجازات باشند. دولت نمی‌تواند شهروندان را برخلاف میلشان به کاری وادار یا از کاری بازدارد و تنها زمانی چنین حقی دارد که احتمال برود افراد در دنبال کردن منافع خویش، حقوق دیگران را نقض و به‌نوعی به همدیگر صدمه وارد نمایند. منظور از اصل ضرر این است که تنها موردی که جامعه و دولت حق مداخله در امور زندگی و آزادی دیگران را دارد و می‌تواند در مورد دیگران اجبار و زور به کاربرد، زمانی است که با آن مداخله بخواهد جلوی آسیب و ضرر به دیگران را بگیرد. براساس این اصل، نمی‌توان به‌خاطر خیر و صالح کسی، نسبت به وی اعمال زور کرد. همچنین بر این مبنا نمی‌توان به‌خاطر حق یا عدالت، کسی را مجبور به انجام یا عدم انجام کاری کرد یا به‌دلیل سودمندبودن کاری برای او یا منجرشدن عمل یا عدم انجام عملی به خوشبختی او یا به‌دلیل عاقلانه یا صحیح‌بودن فعلی در نظر دیگران، نسبت به فردی زور و اجبار به‌کار برد. باتوجه به اصل ضرر، دخالت حقوق کیفری تنها هنگامی

براساس آنچه گفته شد، در حقوق کیفری انگلستان به‌عنوان یکی از مهم‌ترین کشورهای حوزه حقوق اروپایی، در جرم‌انگاری جرایم جنسی بحث ضرر به اجتماع و تجاوز به آزادی‌های فردی و اجتماعی به‌عنوان ارزش‌های حکم بر جامعه از اهمیت بالایی برخوردار است. بر همین مبناست که برای جزئی‌ترین جرایم جنسی، مجازات‌های سنگین حبس تعیین شده است. به‌موجب ماده ۳ قانون «جرایم جنسی» ۲۰۰۳ اگر شخصی اعم از زن و مرد به عمد یک تماس فیزیکی با دیگری اعم از زن و مرد برقرار کند و یا به‌عبارت دیگر او را لمس نماید و این تماس یا لمس‌کردن دارای ماهیت جنسی باشد و طرف مقابل به این تماس رضایت نداشته باشد و مرتکب به‌شکل موجه و معقولی باور نداشته باشد که مجنی‌علیه رضایت ندارد، مرتکب جرم تعرض جنسی است: اولاً اعتقاد معقول و موجه مرتکب به رضایت براساس تمامی شرایط و اوضاع و احوال، از جمله گام‌هایی که مرتکب جهت اطمینان از رضایت قربانی برداشته است، مورد ارزیابی قرار می‌گیرد (تبصره ۲ ماده ۳). همچنین به‌موجب ماده ۷۸ منظور از ماهیت جنسی تماس یا لمس فیزیکی هرگونه تماسی است که از طرف یک انسان معقول و موجه می‌تواند جنسی باشد و باتوجه به اوضاع و احوال موجود و یا باتوجه به قصد مرتکب جنسی قلمداد می‌شود. رفتار مجرمانه این جرم شامل هرگونه تماس جنسی اکراهی است که از مالشگری در خیابان و شلوغی از روی لباس گرفته تا بوسیدن به عنف و اعمالی نظیر تفخیز، مساحقه و ... می‌شود. عنصر معنوی این جرم هم مانند اغلب جرایم جنسی مذکور در این قانون علم و عمد و مسامحه درخصوص رضایت مجنی‌علیه است؛ به‌موجب ماده ۷ اگر عمل مذکور علیه سیزده‌ساله واقع شود، بدون نیاز به هیچ عنصر معنوی خاصی (جرم با مسؤولیت مطلق) منجر به محکومیت مرتکب به حداکثر چهارده‌سال حبس می‌شود. درواقع سن مجنی‌علیه برخلاف آنچه درخصوص تفخیز، مساحقه، تقبیل و ... در ایران گفته شد، موجب تشدید مجازات مرتکب خواهد شد. به‌موجب تبصره ۳ ماده ۹، اگر این اعمال علیه یک طفل زیر شانزده‌سال نیز واقع شود، به‌شرط آنکه مرتکب به‌شکل معقولی درخصوص سن مجنی‌علیه اشتباه نکرده باشد، منجر به محکومیت او به چهارده‌سال حبس

جنسی» ۲۰۰۳ به موجب ماده ۱ مجازات تجاوز جنسی حبس ابد است. همچنین مجازات زنای بدون عنف با طفل زیر سیزده سال نیز حبس ابد است.

ملاحظات اخلاقی: در این پژوهش تمامی ملاحظات اخلاقی رعایت گردیده است.

تعارض منافع: نگارش این مقاله، فاقد هرگونه تعارض منافی بوده است.

سهم نویسندگان: در این پژوهش، نفر اول به عنوان همکار اصلی و نفر دوم به عنوان نویسنده مسؤوّل عمل کرده‌اند.

تشکر و قدردانی: لازم است از تمام کسانی که در تدوین این مقاله ما را یاری رسانده‌اند، قدردانی نماییم.

تأمین اعتبار پژوهش: این پژوهش بدون تأمین مالی انجام گرفته است.

منابع و مأخذ

الف. منابع فارسی و عربی

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۸۳). «سقط جنین در بارداری ناشی از زنای به عنف». *مجله تحقیقات حقوقی*، ۱۵(۳۹): ۱۳۳-۱۶۲.

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۴). *حقوق جزای عمومی*. جلد اول، چاپ چهلّم، تهران: نشر میزان.

- برهانی، محسن (۱۳۸۸). «سیاست جنایی ایران در قبال روسپیگری». *فصلنامه مطالعات راهبردی زنان*، ۱۲(۴۵): ۱۸-۴۵.

- جرجاوی، علی احمد (۱۹۹۷). *محکمه التشریح و فلسفه*. تصحیح خالد العطار، جلد دوم، چاپ اول، بیروت: النشر دارالفکر.

- جعفری یزدانیان، جعفر و خیرمند، الهه (۱۳۹۴). «پدرسالاری کیفری: مفهوم، انواع، مشروعیت و مصادیق آن در حقوق کیفری». *نشریه حقوق اسلامی*، ۵(۴۵): ۶۷-۱۰۶.

پذیرفتنی و مشروع است که مقصود از مداخله، جلوگیری از آسیب و ضرر به دیگران باشد. قاعده یا اصل ضرر به مفهوم نهی ضرر به دیگران در همه نظام‌های مختلف حقوقی و در نزد اندیشمندان و فیلسوفان حقوقی با مبانی استدلالی کم‌وبیش مشابه پذیرفته شده است. در حقوق اسلامی با قاعده لاضرر بیان شده و فقیهان و حقوق‌دانان اسلامی در اطراف آن بحث بسیار کرده‌اند. مهم‌ترین دلیل بر توجه فقه و حقوق کیفری ایران به اصل ضرر در جرایم جنسی، ارش‌البکاره است. مصادیق روایت مشهور فقه و دیدگاه قانون مجازات اسلامی ۱۳۲۹، افرادی که به زور با زنی رابطه جنسی برقرار می‌نمایند، مجازاتی که به آن ارش‌البکاره (مهرالمثل) می‌گویند، تعیین می‌شود که بایستی فرد در خصوص زائل‌نمودن (بکارت) دختر به آن پرداخت نماید. به غیر از این، سایر مبانی جرم‌انگاری جرایم جنسی بر رعایت عدالت، فرامین شرع، نظم و مصلحت عمومی دلالت دارد. درواقع نقش اصل ضرر در جرم‌انگاری جرایم جنسی در فقه و حقوق کیفری ایران کم‌رنگ است. با این حال، در ادبیات مکتب لیبرال به عنوان زیربنای فکری حقوق اروپایی، این اصل در زمینه نظریه حقوق کیفری به منزله مهم‌ترین معیار تحدید آزادی از سوی استوارت میل ارائه و پردازش شد. به اعتقاد میل، در یک جامعه متمدن تنها مورد توسل به قهر و اجبار در رابطه با فرد بازداشتن او از ضرر و زیان‌رساندن به دیگران است. مصلحت جسمی یا اخلاقی خود فرد نمی‌تواند تضمین کافی در این امر باشد. از آنجا که مصلحت عام حداکثر آزادی است، زیان‌رساندن به دیگران را باید سخت‌گیرانه تعریف کرد. منظور از این ضرر، ضررهای اساسی و مهم به اشخاص و منافع آنهاست، یعنی رفتاری که بدون توجیه یا عذر ضرر اساسی و مهمی را بر منافع شخص یا عموم وارد کند یا آنها را تهدید کند، بر این اساس کسی که ضرری را به منافع اشخاص وارد می‌کند، مستوجب کیفر است. در حقوق اروپایی بحث اصل ضرر نه تنها به آسیب‌ها و ضررهای وارده به فرد و بزه‌دیده جرایم جنسی توجه دارد که اصل ضرر به ارزش‌های فردی و اجتماعی نیز اهمیت دارد. بر همین اساس مجازات تعیین‌شده برای جرایم جنسی مجازات سنگین تعیین شده است. به عنوان مثال در حقوق انگلستان مطابق «قانون جرایم

- نجفی، محمدحسن (۱۳۷۹). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. جلد چهل و یکم، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- نوبهار، رحیم (۱۳۸۷). *حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی*. چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.

- هارت، هربرت (۱۳۸۸). *آزادی، اخلاق و قانون*. ترجمه محمد راسخ، چاپ اول، تهران: انتشارات طرح نو.

ب. منابع انگلیسی

- Campbell, R (1999). "Secondary victimization of rape victims: insights from mental health professionals who treat survivors of violence". *Violence Vict*, 14(3): 261-275.

- Clarkson. CMV (2005). *Understanding criminal law*. 5th ed., London: Publishers Thomson.

- Eby, K; Campbell, JC; Sullivan, CM & Davidson, W (1995). "Health Effects of experiences of sexual violence for women with abusive partners". *Health Care for Women International*, 16(6): 563-576

- Feinberg, J (1983). *The Moral Limits of Criminal Law(Harm to others)*. 3th ed., Oxford: Oxford University Press.

- Feinberg, J (1998). *Harmless Wrongdoing*. 6th ed., New York: Oxford University Press.

- Gardner, S (2000). *The Wrongness of Rape(Oxford Essays in Jurisprudence)*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press.

- Kilpatrick, D; Veronen, L & Resick, P (1979). "The Aftermath of Rape: Recent Empirical Findings". *American Journal of Orthopsychiatry*, 49(4): 658-669.

- Rape S (1987). "Post-traumatic Stress Responses and their Treatment- A Review of the Literature". *Journal of Anxiety Disorders*, 1(1): 69-86.

- razier, P; Mortensen, H & Steward, J (2005). "Coping Strategies as Mediators of the Relations Among Perceived Control and Distress in Sexual

- جعفری، مجتبی (۱۳۹۴). «تحلیل انتقادی مرزهای رضایت در جرم تجاوز جنسی حقوق موضوعه و ضرورت‌های اصلاح آن». نشریه پژوهش حقوق کیفری، ۳(۱۰): ۱۱۳-۱۲۷.

- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). *وسائل الشیعه*. جلد دوازدهم و چهاردهم، چاپ نهم، قم: مؤسسه آل‌البیت.

- خلیل‌اللهی، موسی (۱۳۸۹). «جایگاه قاعده لاضرر در حقوق اسلام». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، قم: پردیس قم.

- زراعت، عباس (۱۳۹۴). *شرح قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲*. جلد اول، چاپ سوم، تهران: ققنوس.

- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۳۹۳). *الروضه البهیة فی شرح اللمعہ الدمشقیة*. جلد نهم، چاپ اول، تهران: دارالتفسیر.

- صابونی، محمد علی (۱۳۸۹). *تفسیر الایات الاحکام*. جلد دوم، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه.

- صدوق، محمد بن علی (۱۳۸۶). *علل الشرائع*. چاپ ششم، قم: مکتبه الداوری

- فیض، علیرضا (۱۳۷۹). *مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام*. چاپ پنجم، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

- قماش، سعید (۱۳۹۳). *کرامت انسانی و نقش آن در جرم‌انگاری*. چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.

- کار، مهرانگیز (۱۳۷۹). *پژوهشی درباره خشونت علیه زنان در ایران*. چاپ اول، تهران: نشر روشنگران و مطالعات زنان.

- محمودی جانکی، فیروز (۱۳۸۲). «مبانی، اصول و شیوه‌های جرم‌انگاری». رساله دکتری، به راهنمایی استاد محمد آشوری، تهران: دانشگاه تهران.

- مکارم شیرازی، ناصر و دیگران (۱۳۷۸). *تفسیر نمونه*. جلد پانزدهم، چاپ نهم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

- میل، جان استوارت (۱۳۸۵). *رساله درباره آزادی*. ترجمه جواد شیخ‌الاسلامی، چاپ پنجم، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.

Assault Survivors”. *Journal of Counseling Psychology*, 52(3): 267–278.

- Resick, P (2016). “The Psychological Impact of Rape”. *Journal of Interpersonal Violence*, 8(2): 223–255.

- Vonderhaar, R (2014). “There Are No 'Innocent'”. *Journal of Interpersonal Violence*, 10(30): 1615–1632

- Wakelin, A & Long, K (2003). “Effects of Victim Gender and Sexuality on Attributions of Blame to Rape Victims”. *Journal Sex Roles*, 49(9/10): 477–487.