

پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی

علمی - پژوهشی

شماره ۴

هزار و سیصد و نود و سه - نیمسال دوم

- دیوان کیفری بین‌المللی و سیاست تقنینی مقتضی دولت جمهوری اسلامی ایران در قبال جرم‌انگاری مصادیق خشونت جنسی
۵
زهرة موسوی‌فر
- تحول اصل قانونی بودن جرم در خصوص جنایت ضد بشریت در پرتو توسعه محاکم کیفری بین‌المللی
۳۹
مهدي مؤمنی
- آثار اصل عدم صلاحیت در حقوق کیفری در پرتو آموزه‌های حقوق عمومی
۶۹
آزاده‌السادات طاهری - محمدعلی رجب
- جرم سرپازگیری کودکان از منظر حقوق بین‌المللی کیفری
۹۷
سید علیرضا میرکمالی - سحر پورحسن زیوه
- نقض حقوق علامت تجاری: جرم قابل گذشت یا غیرقابل گذشت؟
۱۲۷
محسن صادقی
- جلوه‌های عدم تقابل در نظام حقوق بین‌الملل کیفری
۱۵۹
هاله حسینی اکبرنژاد





دیوان کیفری بین‌المللی و سیاست تقنینی مقتضی دولت جمهوری اسلامی ایران در قبال جرم‌انگاری مصادیق خشونت جنسی

زهرة موسوی‌فر*

چکیده:

سازوکارهای مقرر در دیوان کیفری بین‌المللی می‌تواند دولت‌های غیر عضو را در وضعیت ناخواسته اعمال صلاحیت این دیوان بر جنایات ارتکاب یافته توسط اتباع یا جنایات واقع در سرزمینشان قرار دهد. مصادیق متعدد خشونت جنسی که در مواد ۷ و ۸ اساسنامه تحت عناوین «جنایت علیه بشریت» و «جنایت جنگی» پیش‌بینی شده‌است از جمله این جنایات هستند. تنها تدبیر، به کارگیری پتانسیل بالقوه حقوق داخلی در محاکمه و مجازات مرتکبان جنایات بین‌المللی و از جمله جنایات خشونت جنسی علیه زنان به عنوان جایگزینی برای رسیدگی دیوان کیفری بین‌المللی خواهد بود و این به معنای ضرورت جرم‌انگاری مصادیق خشونت جنسی در حقوق داخلی، مواجهه با چالش‌های موجود و گذار از این چالش‌ها است. این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی در صدد بررسی همین امر است و در می‌یابد جرم‌انگاری مصادیق خشونت جنسی در حقوق داخلی کشورمان اجتناب‌ناپذیر و امکان‌پذیر است.

کلیدواژه‌ها:

دیوان کیفری بین‌المللی، سیاست تقنینی، خشونت جنسی، جرم‌انگاری، جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی.

مقدمه

مقدمه اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی با تأکید بر اینکه فجیع‌ترین جنایاتی که موجب نگرانی جامعه بین‌المللی می‌شوند نباید بدون مجازات بمانند بر هدف اساسی ایجاد دیوان یعنی خاتمه دادن به بی‌کیفری تأکید نمود و بر ضرورت «تعقیب مؤثر مرتکبان آن جنایات با اتخاذ تدابیری در سطح ملی و نیز تقویت همکاری بین‌المللی» صحنه گذاشت. همچنین، دیوان با یادآوری اینکه «وظیفه هر یک از دولت‌ها است که صلاحیت کیفری خود را بر کسانی که مسؤول ارتکاب جنایت بین‌المللی هستند، اعمال نمایند»، در واقع بر عزم و اراده خود بر «پایان بخشیدن به مصونیت مرتکبان این جنایات و فرار آنها از مجازات» اصرار ورزید و از این طریق به یادآوری هدف عمده دیگر تأسیس خود یعنی «پیشگیری از وقوع این جنایت» در آینده پرداخت. با پیشرفت‌های حقوق بین‌الملل کیفری امروزه دیگر تردیدی در تعهد دولت‌ها به مجازات مرتکبان جنایات بین‌المللی وجود ندارد و می‌توان گفت جایگاه قاعده «تعهد دولت‌ها به محاکمه و مجازات مرتکبان جنایات بین‌المللی» و از جمله مرتکبان مصادیق جنسی خشونت تا حد تعهدی عام (*Erga Omnes*) و قاعده‌ای عرفی ارتقاء یافته است.^۱ حق تقدم دولت‌های صالح بر محاکمه و مجازات مرتکبان جنایات بین‌المللی در شق «الف» بند ۱ ماده ۱۷ اساسنامه نیز به رسمیت شناخته شد. اما حصول این امر و اعمال صلاحیت تکمیلی منوط به تحقق مقدمه‌ای است و آن عبارت است از ضرورت جرم‌انگاری عناوین و مصادیق جنایات بین‌المللی مورد نظر اساسنامه دیوان در حقوق داخلی کشورها. زیرا تنها با جرم‌انگاری عناوین مجرمانه مورد نظر اساسنامه در حقوق داخلی و پیش‌بینی سازوکارهای شکلی و دادرسی مناسب در این خصوص می‌توان دولت مزبور را «قادر» به تعقیب و محاکمه جنایات مورد نظر و «مایل» به اعمال صلاحیت تکمیلی دانست.

این امر هنگامی اهمیت ویژه می‌یابد که بدانیم اعمال صلاحیت دیوان تنها محدود به رسیدگی و محاکمه جنایات بین‌المللی ارتکاب یافته در خاک دولت‌های عضو نیست و دولت‌های غیر عضو دیوان نیز از اعمال صلاحیت دیوان مصون نخواهند بود بلکه با توجه به اهمیت اعمال عدالت کیفری بین‌المللی و پایان بخشیدن به مصونیت مرتکبان جنایات ختیر و ناقض صلح و امنیت بین‌المللی، در اساسنامه دیوان سازوکارهایی برای تحقیق و رسیدگی به جنایات ارتكابی در خاک دول غیر عضو پیش‌بینی شده است. طبق ماده ۱۳ اساسنامه، علاوه

1. Oshea, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, p. 172.

بر ارجاع وضعیتی که در آن یک یا چند جنایت واقع شده، توسط دولت‌های عضو یا شروع به تحقیقات توسط دادستان، شورای امنیت نیز می‌تواند وضعیتی را که در آن به نظر می‌رسد یک یا چند جنایت ارتکاب یافته است، به موجب فصل ۷ منشور به دیوان ارجاع هد. به علاوه، طبق قسمت «ب» بند ۲ ماده ۱۲ اساسنامه، دیوان صلاحیت رسیدگی به جنایات اتباع دولت‌های غیر عضو را داراست. از این رو، چنانچه اتباع دولتمان در مخاصمه مسلحانه داخلی در خاک یک دولت عضو مرتکب مصادیق خشونت جنسی گردند یا در فرض ارتکاب خشونت جنسی در یک «وضعیت» احتمالی مرتبط با کشورمان که توسط شورای امنیت به دیوان ارجاع شود، هیچ مفری برای اجتناب از اعمال صلاحیت دیوان وجود نخواهد داشت به جز تدبیر وارد نمودن جنایات مشمول صلاحیت دیوان و از جمله «مصادیق خشونت جنسی» در حقوق داخلی کشورمان. بدیهی است این اقدام باید قبل از بروز چنین فرض‌هایی مورد توجه و همت قوه مقننه و قضائیه کشورمان قرار گیرد. البته، جرم‌انگاری عناوین کیفری مندرج در اساسنامه دیوان در حقوق داخلی کار ساده‌ای نیست و با اشکالات و چالش‌های متعدد مواجه است. این مقاله با اشاره اجمالی و گذرا به سازوکارهای دیوان که اجازه رسیدگی به جرایم اتباع یا جرایم واقع‌شده در خاک دول غیر عضو را می‌دهند در صدد بررسی چالش‌های فراروی جرم‌انگاری مصادیق خشونت جنسی و نحوه تنظیم مناسب سیاست تقنینی کشورمان در این خصوص است.

۱- ویژگی‌های خاص دیوان کیفری بین‌المللی

دیوان کیفری بین‌المللی علی‌رغم آنکه یک نهاد حقوقی است که از طریق انعقاد معاهده مؤسس و مبتنی بر توافق دولت‌های عضو ایجاد شده است. اما به لحاظ ماهیت، اشتغال و اهداف غایی خود دارای برخی ویژگی‌ها و خصوصیات است که به این نهاد اجازه اعمال اختیاراتی و رای حقوق معاهداتی نسبت به دولت‌های غیر عضو می‌دهد. در این فصل، به بررسی مختصر «صلاحیت تکمیلی» دیوان و راهکارهای مقرر در اساسنامه رم جهت توسعه صلاحیت ماهوی به دولت‌های غیر عضو خواهیم پرداخت.

۱-۱- صلاحیت تکمیلی^۲

مانع اصلی ایجاد دیوان کیفری بین‌المللی غیر از شرایط سیاسی حاکم بر دوران جنگ سرد،

نقض حاکمیت ملی و دغدغه جایگزین شدن این نهاد دائمی کیفری به جای محاکم ملی بود. اغلب نمایندگان شرکت‌کننده در مباحث کمیته ویژه^۳ در سال ۱۹۹۵ تأکید داشتند که اساسنامه دیوان نباید صلاحیت رسیدگی به جرایمی را که مطابق قوانین داخلی کشورها به محاکم ملی داده شده است نفی نماید بلکه دیوان باید تکمیل‌کننده صلاحیت محاکم داخلی باشد. در اجرای قاعده «تکمیلی بودن صلاحیت دیوان» که در مقدمه و ماده ۱ اساسنامه به صراحت ذکر شده است، بند ۱ ماده ۱۷ اساسنامه اشعار نمود که دیوان در موارد زیر موضوعی را غیر قابل رسیدگی تلقی خواهد کرد:

الف) چنانچه دولت صلاحیتدار در حال رسیدگی به موضوع است.

ب) چنانچه دولت صلاحیتدار قرار منع پیگرد در رابطه با موضوع صادر نموده باشد.

ج) در صورتی که با توجه به اصل «عدم جواز محاکمه مضاعف» و به موجب ماده ۲۰ دیوان نباید کسی را که قبلاً محاکمه شده است مجدداً مورد محاکمه قرار دهد.

علاوه بر موارد سه‌گانه فوق، دیوان استثنایی نیز قائل شده و آن مواردی است که حتی با وجود شرایط فوق دیوان می‌تواند احراز نماید که دولت صلاحیتدار (اعم از عضو یا غیر عضو) «مایل» یا «قادر» به رسیدگی نیست. در این صورت، دیوان حق خواهد داشت علی‌رغم جریان رسیدگی یا صدور قرار منع پیگرد یا حتی اتمام محاکمه و دادرسی، موضوع را قابل پذیرش دانسته و به آن رسیدگی نماید و این همان مفهومی است که در اساسنامه به «قابلیت پذیرش»^۴ تعریف شده است.^۵

اصل صلاحیت تکمیلی بیانگر رابطه دیوان با صلاحیت‌های ملی است. در طی مذاکرات کنفرانس دیپلماتیک رم موافقت شد که محاکم ملی، مسؤولیت «اصلی»^۶ تحقیق و تعقیب جنایات موضوع صلاحیت دیوان را بر عهده داشته باشند. در نتیجه، به جز مواردی که یک موضوع توسط دولت‌های عضو، داوطلبانه به دیوان ارجاع می‌شود یا سیستم قضایی به نحوی «غیر فعال»^۷ است با احراز «عدم تمایل» یا «عدم توانایی» حقیقی یک دولت، دیوان صلاحیت خود را اعمال می‌کند. از این رو، بر خلاف صلاحیت محاکم کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا که موازی با صلاحیت محاکم ملی بود، اصل این است که

3. Ad hoc

4. Admissibility

۵. شریعت باقری، حقوق کیفری بین‌المللی، صص ۶۸-۶۷.

6. Primarily

7. Inactive

صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی مکمل صلاحیت محاکم ملی است نه جایگزین یا موازی با آن. بنابراین، یک شکایت در صورتی در دیوان قابل پذیرش است که دیوان احراز کند محاکم ملی حقیقتاً قادر یا مایل به انجام رسیدگی نیستند.^۸

البته، اصل صلاحیت تکمیلی نه مبتنی بر تقدم «صلاحیت» محاکم ملی بلکه مبتنی بر تقدم «رسیدگی» محاکم ملی است. به عبارت دیگر، صلاحیت محاکم ملی مطلقاً مقدم بر صلاحیت دیوان نیست زیرا در این صورت در فرضی که محاکم ملی هنوز شروع به رسیدگی نکرده‌اند دیوان باید به انتظار بنشیند تا دادگاه ملی صلاحیتدار به رسیدگی بپردازد یا دیوان به محکمه ملی صلاحیتدار اعلام نماید که در صورت آغاز نکردن رسیدگی در مدتی معین، دیوان موضوع را قابل پذیرش اعلام خواهد کرد. به بیان دیگر، این مقررہ بدان معناست که دیوان در صورتی موضوعی را غیر قابل پذیرش اعلام می‌نماید که قبلاً از سوی محاکم ملی صلاحیتدار «در دست تحقیق یا تعقیب» بوده یا رسیدگی به آن خاتمه یافته باشد.^۹

قابل ذکر است، دادگاه ملی صلاحیتدار که رسیدگی وی مانع رسیدگی دیوان خواهد شد منحصر به دادگاه‌های ملی کشورهای عضو اساسنامه نیست بلکه چنانچه جرمی در صلاحیت دادگاه دولتی باشد که به عضویت اساسنامه در نیامده است، رسیدگی در دادگاه ملی با رعایت شرایط ماده ۱۷، مقدم بر رسیدگی دیوان خواهد بود. به علاوه، دادگاه صلاحیتدار ملی به موجب اطلاعاتی تعیین می‌شود که نزد دیوان موجود است.^{۱۰} یعنی دیوان با توجه به اطلاعاتی که در اختیار دارد در می‌یابد که کدام دادگاه ملی را، مطابق قانون همان کشور صالح می‌داند لذا دیوان دخالتی در تعیین دادگاه ملی صالح ندارد.^{۱۱}

برای احراز «عدم تمایل» دولتی در رسیدگی به موضوعی خاص، بند ۲ ماده ۱۷ معیارهای ذیل را ارائه می‌دهد:

- مصون نگه داشتن متهم از رسیدگی؛
- تأخیر غیر قابل توجیه؛ و
- بی‌طرفانه یا مستقل نبودن رسیدگی.

برای احراز «عدم توانایی» دولت در رسیدگی نیز بند ۳ ماده ۱۷، معیارهای فروپاشی نظام

۸. دیپیم، درآمدی بر حقوق کیفری بین‌المللی، صص ۲۶-۲۵.

۹. شریعت باقری، پیشین، ص ۶۸.

۱۰. بند ۱ ماده ۱۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی.

۱۱. همان، ص ۲۵.

قضایی ملی و در دسترس نبودن نظام قضایی ملی را تعیین نموده است. در همین راستا، دولت‌ها برای اینکه «قادر» یا «مایل» به تحقیق و تعقیب جنایات بین‌المللی تلقی شوند، باید به جرم‌انگاری جنایات مشمول صلاحیت دیوان از قبیل نسل‌کشی، جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی، تجاوز و مصادیق هر یک پردازند.^{۱۲}

همان‌طور که اشاره شد، محاکم مطابق قانون همان کشور خود را صالح برای رسیدگی خواهند دانست. از این رو، اگر کشوری از قانونگذار خود صلاحیت رسیدگی به جنایات نسل‌کشی، جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی به ویژه مصادیق خشونت جنسی علیه زنان را دریافت نکرده باشد، نمی‌تواند به عنوان «دادگاه صلاحیت‌دار» به جرمی که در صلاحیت دیوان است، رسیدگی نماید. این امر، مشخصاً بدان معناست که دولت‌های «مایل» به رسیدگی به جنایات مذکور باید لزوماً به جرم‌انگاری جنایات در صلاحیت دیوان پردازند.^{۱۳} بدیهی است با جرم‌انگاری مصادیق خشونت جنسی ذیل عناوین مجرمانه «جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی» و محاکمه مرتکبان با استفاده از پتانسیل حقوق داخلی، دولت جمهوری اسلامی ایران دیگر مجبور نیست «علی‌رغم وظیفه سیاسی حمایت از اتباع خود، آنها را به دستور یک نهاد غیر ملی و نامأنوس «تحویل» دهد و متعاقب آن زمینه را برای تبعیت از دستورات دیوان و حتی حضور مقامات و پرسنل دیوان در خاک کشور و انجام تحقیقات و بازجویی‌ها فراهم نماید».^{۱۴}

۱-۲- توسعه صلاحیت دیوان به دولت‌های غیر عضو

بر اساس ماده ۱۲ اساسنامه، «دیوان در صورتی می‌تواند صلاحیت خود را اعمال نماید که حداقل یکی از دولت‌های ذیل عضو این اساسنامه باشند: الف) دولتی که فعل یا ترک فعل مورد نظر در قلمرو آن روی داده یا در صورتی که آن جنایت در کشتی یا هواپیما ارتکاب یافته باشد، دولتی که آن کشتی یا هواپیما در آن به ثبت رسیده است؛ ب) دولتی که شخص مورد تعقیب یا تحقیق تابع آن است.

بدیهی است اصل صلاحیت سرزمینی و همچنین اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت فعال

12. Kleffner, "The Impact of Complementarity on National and International Criminal Law", p. 95.

۱۳. همان، صص ۲۶-۲۷.

۱۴. فلاحیان، «همسوسازی مقررات کیفری جمهوری اسلامی ایران با اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، ص

(صلاحیت شخصی فعال) در اساسنامه رم پذیرفته شده است.^{۱۵} لذا اعمال صلاحیت دیوان قاعدتاً مبتنی بر آن است که دولتی که جرم در آن واقع شده یا دولتی که متهم تبعه آن است صلاحیت دیوان را پذیرفته باشد. به عبارت دیگر، دیوان می‌تواند در صورتی که دولت محل وقوع جرم، عضو اساسنامه باشد صلاحیت خود را در مورد تبعه یک کشور غیر عضو نیز اعمال نماید. به عنوان مثال، چنانچه تبعه ایران در مخاصمه مسلحانه داخلی واقع در پاکستان به ارتکاب مصادیق خشونت جنسی بپردازد، با ارجاع موضوع به دیوان توسط پاکستان به عنوان دولت عضو اساسنامه، دیوان صلاحیت رسیدگی به اتهامات تبعه ایرانی را در این خصوص پیدا خواهد کرد، مگر آنکه دولت جمهوری اسلامی ایران - که قبلاً به جرم‌انگاری مصادیق خشونت جنسی در قوانین داخلی خود پرداخته است - به منظور جلوگیری از اعمال صلاحیت دیوان خود اقدام به محاکمه و مجازات تبعه مذکور نماید.

در جریان کنفرانس رم، دولت‌های هند، چین و ایالات متحده - که بعداً به اساسنامه رأی منفی دادند - یکی از دلایل رأی منفی خود را ایرادات وارد بر ماده ۱۲ دانستند. این دولت‌ها دائماً تکرار می‌کردند که به نظر آنان رضایت توأمان دولت سرزمینی و دولت متبوع متهم برای اعمال صلاحیت دیوان لازم است. آنها معتقد بودند اساسنامه برای کشورهای غیر عضو اساسنامه و دولت‌هایی که الزامات آن را نپذیرفته‌اند، تعهداتی ایجاد کرده است. آنها همواره از اعمال صلاحیت دیوان نسبت به «اتباع کشورهای غیر عضو» یا نسبت به جرایمی که در قلمرو یک کشور غیر عضو ارتکاب یافته است انتقاد می‌کردند.^{۱۶}

علاوه بر این، طبق بند «ب» ماده ۱۳، «شورای امنیت می‌تواند وضعیتی را که در آن یک یا چند جنایت به نظر می‌رسد ارتکاب یافته است، به موجب فصل ۷ منشور ملل متحد به دادستان ارجاع نماید.» علاوه بر توسعه صلاحیت دیوان نسبت به جرایم ارتکاب یافته در خاک دولت‌های عضو توسط اتباع دولت‌های غیر عضو، این بند شاهبیت توسعه صلاحیت دیوان نسبت به دولت‌های غیر عضو است. زیرا طبق این بند، شورای امنیت بر اساس فصل هفتم منشور ملل متحد، در موارد نقض صلح و امنیت بین‌المللی صرف‌نظر از عضویت یا عدم عضویت دولتی که این جنایات در آن واقع شده است یا دولت متبوع مرتکب، موضوع را برای اعمال صلاحیت دیوان به دادستان ارجاع می‌دهد.

۱۵. میرمحمدصادقی، پیشین، ص ۸۲.

۱۶. شریعت باقری، پیشین، ص ۱۰۳.

می‌دانیم ساختار، اشتغالات و رویکرد شورای امنیت اساساً سیاسی است در حالی که ماهیت، صلاحیت و رسیدگی دیوان کیفری بین‌المللی «حقوقی» است. به رسمیت شناختن حق ارجاع پرونده توسط شورای امنیت به دیوان موجب مناقشات بسیاری در این خصوص بوده است. برخی معتقدند شروع رسیدگی در یک مرجع قضایی نباید منوط به اتخاذ تصمیم و ارجاع یک رکن سیاسی باشد. زیرا تسری حق و توی شورای امنیت به عملکرد مهم‌ترین مرجع بین‌المللی اعمال عدالت کیفری، به اعتبار و استقلال دیوان لطمه خواهد زد.^{۱۷} عده دیگری نیز معتقدند حتی اگر ماده‌ای هم در این خصوص در اساسنامه رم گنجانده نمی‌شد، رابطه کاری شورای امنیت با دیوان اجتناب‌ناپذیر بود. زیرا از یک سو مسؤولیت اولیه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی طبق بند ۱ ماده ۲۴ منشور به شورای امنیت واگذار شده است و بر همین اساس نیز اختیاراتی به این رکن سازمان ملل واگذار شده است. از سوی دیگر، «جنایاتی» که رسیدگی به آنها در صلاحیت و وظیفه دیوان کیفری بین‌المللی است موجب نقض یا تهدید صلح و امنیت بین‌المللی هستند. لذا اعمال صلاحیت‌های دیوان با کارکردهای شورای امنیت ارتباط تنگاتنگ دارد و نمی‌توان آن را انکار کرد.^{۱۸}

شورای امنیت تنها می‌تواند یک «وضعیت»^{۱۹} را به دیوان ارجاع دهد نه یک پرونده را. در نسخه‌های اولیه ماده ۱۳ از اصطلاح موضوع استفاده می‌شد و حتی در کنفرانس رم، نسخه ماقبل آخر هر دو اصطلاح «موضوع» و «وضعیت» را به کار برد و در نهایت اصطلاح «وضعیت» ترجیح داده شد. به گفته یکی از شعب بدوی دیوان، وضعیت که عموماً در قالب پارامترهای زمانی، سرزمینی و در مواردی شخصی تعریف می‌شود متضمن انجام رسیدگی‌های پیش‌بینی شده در اساسنامه است تا مشخص شود که آیا آن وضعیت خاص باید مورد تحقیق و رسیدگی کیفری قرار گیرد یا خیر.^{۲۰}

تا امروز شورای امنیت تنها وضعیت «دارفور» را به دیوان ارجاع داده است. دولت سودان اساسنامه را امضاء کرده اما تصویب نکرده است. لذا دیوان نمی‌توانست بدون مجوز شورای امنیت در سرزمین سودان به جز علیه اتباع دولت‌های عضو اعمال صلاحیت کند. اما با ارجاع شورای امنیت، دیوان در مقام رسیدگی به جنایات واقع در «دارفور» برآمد.

۱۷. میرزایی ینگجه، «سازمان ملل متحد و دیوان کیفری بین‌المللی» ص ۲۶۰.

۱۸. همان، ص ۲۶۵.

19. Situation

20. Schabas, *The International Criminal Court, a Commentary on the Rome Statute*, pp. 296-297.

با توجه به امکان ارجاع «وضعیت‌های» احتمالی راجع به کشورهای غیر عضو توسط شورای امنیت به دیوان، همواره این احتمال وجود دارد که در فرض بروز مخاصمه مسلحانه داخلی در کشورمان یا درگیر شدن کشور در مخاصمه مسلحانه بین‌المللی و ارجاع شورای امنیت، دیوان به اتهامات مرتکبان جنایت مشمول صلاحیت دیوان و از جمله مصادیق خشونت جنسی رسیدگی کند. لذا برای آنکه در چنین مواردی، کشورمان «مایل» و «قادر» به محاکمه اتباع یا جنایات ارتکاب‌یافته در سرزمین خود تلقی شود و راه اعمال اختیار شورای امنیت در این خصوص مسدود شود، جرم‌انگاری جنایات مشمول صلاحیت دیوان و من‌جمله «خشونت جنسی» در حقوق داخلی کشورمان اهمیت بسیاری دارد.

۲- آثار و تبعات جرم‌انگاری خشونت جنسی در حقوق داخلی جمهوری اسلامی ایران

همسو کردن مقررات داخلی با مقررات ماهوی اساسنامه، امر دشواری است که حقوق داخلی کشورها را با چالش‌های جدی مواجه می‌کند. با توجه به اینکه قانون مجازات اسلامی کشورمان برگرفته از شرع مقدس اسلام است جرم‌انگاری خشونت جنسی مطابق معیارهای مندرج در اساسنامه آثار و تبعاتی را ایجاد می‌کند. در این فصل، در صدد هستیم در بخش اول به ضرورت و چالش‌های جرم‌انگاری عناوین کیفری بین‌المللی خشونت جنسی شامل جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی بپردازیم و در بخش دوم به بررسی ضرورت و چالش‌های جرم‌انگاری مصادیق خشونت جنسی در حقوق داخلی خواهیم پرداخت.

۲-۱- جرم‌انگاری عناوین کیفری بین‌المللی خشونت جنسی؛ از ضرورت تا چالش مصادیق خشونت جنسی که شامل تجاوز به عنف، بردگی جنسی، فاحشگی اجباری، حاملگی اجباری، عقیم‌سازی اجباری و سایر اشکال خشونت جنسی هستند، تحت دو عنوان کیفری «جنایت علیه بشریت» و «جنایت جنگی» در مواد ۷ و ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی جرم‌انگاری شده‌اند.^{۲۱} چنانچه مجلس شورای اسلامی بخواهد به جرم‌انگاری مصادیق

۲۱. علی‌رغم آنکه اساسنامه دیوان، خشونت جنسی را تنها در قالب عناوین کلی جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی پیش‌بینی کرده است اما رویه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا در موارد متعدد و با احراز پیش‌شرط‌های مربوطه، خشونت‌های جنسی ارتکاب یافته را از مصادیق جنایت نسل‌کشی و حتی شکنجه تلقی کردند. برای مطالعه احراز خشونت جنسی در قالب شکنجه به قضیه «کوناراک» و «کواک» و برای بررسی

خشونت جنسی پردازد، باید این مصادیق متعدد را در چارچوب عناوین کیفری جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی مورد توجه قرار دهد. زیرا طبق ماده ۵ اساسنامه، صلاحیت دیوان منحصر به جنایات مایه نگرانی جامعه بین‌المللی شامل جنایت نسل‌کشی، جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی و تجاوز است. لذا، در این فصل به مطالعه لزوم وارد نمودن عناوین جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی در مقررات کیفری کشورمان و آثار و تبعات این امر خواهیم پرداخت.

۲-۱-۱- جرم‌انگاری جنایت علیه بشریت؛ رویکرد خاص جنایات جنسی. در این قسمت به بررسی مفهوم جنایت علیه بشریت، چالش مجازات‌ها و ادله اثبات مصادیق خشونت جنسی خواهیم پرداخت.

۲-۱-۱-۱- مفهوم «جنایت علیه بشریت». دیوان کیفری بین‌المللی، جنایت علیه بشریت را ارتکاب هر یک از اعمال ذیل بند ۱ ماده ۷ اساسنامه در چارچوب یک حمله گسترده یا سیستماتیک علیه جمعیت غیر نظامی و با علم به آن حمله تعریف نموده است. تعریف بالا نه تنها فاقد نوآوری است بلکه بیانگر تحولات حقوق بشردوستانه بین‌المللی از زمان دادگاه‌های نورنبرگ و توکیو است.

علاوه بر مبنا قراردادن تعریف بالا برای جرم‌انگاری جنایت علیه بشریت، مقنن داخلی باید به منظور وضع مقرره‌ای جامع و مانع در این خصوص به نکات زیر توجه نماید:

تلقی ارتکاب جنایت علیه بشریت منوط به آن است که هر یک از مصادیق خشونت جنسی و نه لزوماً تمامی مصادیق آن به طور مکرر در چارچوب یک «حمله» ارتکاب یابند. حمله ممکن است ذاتاً غیر خشونت‌آمیز باشد مانند تحمیل سیستم تبعیض نژادی.^{۲۲} لذا، حمله لزوماً منحصر به حمله نظامی نخواهد بود بلکه می‌تواند شامل عملیات غیر نظامی علیه جمعیت غیرنظامی نیز باشد. نکته مهم آن است که اعمال ذیل بند ۱ ماده ۷ باید در طی یک

←

ارتکاب خشونت جنسی تحت عنوان نسل‌کشی به قضایای «کارادزیچ و ملادزیچ»، «فوروندزیجا» و «آکایسو» مراجعه نماید:

Prosecutor v. Kunarac, Kocat Vukovi Judgement, Case No IT-96-23 and IT-96-23 and IT-96-23, 1, 22 February 2001. paras. 23-28.

Prosecutor v. Furundzija Judgement, Case No. IT-95-17/IT.10 December 1998, paras. 76-89.

Prosecutor v. Karadzic and Mladic. Review of Indictment Pursuant to Rule 61, Case No. IT-96-23. paras. 26-29.

Prosecutor v. Akayesu Judgement, Case No IT- 96-4, 2 September 1998, paras. 731-735.

22. Prosecutor v. Akayesu Judgement, op. cit., para. 581.

حمله گسترده یا سیستماتیک اتفاق افتاده باشند، مشروط به اینکه اعمال یادشده بخشی از چنین حمله‌ای باشند. به عبارت دیگر، ضرورتی ندارد تجاوز به عنف یا فاحشگی اجباری ارتکاب یافته از ویژگی گسترده و سیستماتیک برخوردار باشند بلکه اگر مجموعه اعمال ارتكابی از این ویژگی برخوردار باشند یعنی مجموعه اعمال ارتكابی گسترده یا سیستماتیک و بخشی از حمله مزبور باشند، جنایت علیه بشریت تلقی خواهد شد.^{۲۳} در حقیقت، ارتكاب انفرادی ولی مکرر تجاوز به عنف یا بارداری اجباری در یک عملیات جنگی گسترده علیه جمعیت غیرنظامی می‌تواند یک جنایت علیه بشریت محسوب شود. در نتیجه، تعیین این مسأله مهم است که چه موقع عمل یک متهم می‌تواند به عنوان قسمتی از یک حمله علیه جمعیت غیرنظامی لحاظ شود. در این حالت احراز رابطه بین عمل غیرقانونی متهم و حمله واجد اهمیت است.^{۲۴} گسترده یا سیستماتیک بودن حمله، ویژگی است که برای تفکیک جنایات علیه بشریت از جرایم معمولی در نظر گرفته شده است و اصطلاح «سیستماتیک» نیز مبین «الگو یا نقشه برنامه‌ریزی شده‌ای» است که در کلیت این حمله بر آن اتکا شده است.^{۲۵} اصطلاح «جمعیت» دلالت می‌کند بر اینکه جنایات باید به طور گروهی و جمعی اتفاق بیفتند و اعمالی که به طور پراکنده واقع شده‌اند را شامل نمی‌شود. همچنین، واژه «غیرنظامی» شامل همه اشخاصی است که در عملیات جنگی شرکت فعال نداشتند یا به لحاظ وضعیت خاص خود از این پس در محاصره حضور فعال ندارند نظیر نیروهای مسلحی که سلاح را بر زمین گذاشته‌اند یا افرادی که به علت جراحت، معلولیت یا دلایل دیگر از جنگ کناره‌گیری کرده‌اند.^{۲۶}

بدیهی است، متهم باید با علم به اینکه اعمال وی بخشی از یک حمله گسترده یا سیستماتیک علیه جمعیت غیر نظامی است مرتکب این اعمال شود، بدون آنکه لازم باشد وی به تمام جزئیات آن حمله واقف باشد یا حتی بداند که این اعمال غیر اخلاقی، جنایت علیه بشریت محسوب می‌شوند.^{۲۷}

۲-۱-۱-۲- چالش مجازات‌ها. صرف جرم‌انگاری عنوان «جنایت علیه بشریت» در

23. *Ibid*, para. 14.

۲۴. دیهیم، پیشین، ص ۱۵۷.

25. *Ibid*, para. 580.

۲۶. ماده ۵۰ پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷ به نقل از دیهیم، پیشین، صص ۱۶۰-۱۵۹.

۲۷. همان، ص ۱۶۱؛ همچنین: کیتی‌چایساری، حقوق کیفری بین‌المللی، صص ۱۲۹-۱۲۸.

در همین راستا ضمن توجه به اوضاع و احوال شخصی و منافع قربانیان و شهود خشونت جنسی و خشونت مرتبط با جنسیت،^{۳۱} حتی طبق بند ۲ ماده ۷۵ اساسنامه به تجویز تعیین نحوه مناسب جبران خسارت قربانیان از طریق پرداخت غرامت یا اعاده وضع به حال سابق اشاره کرده است.

اما در فرض جرم‌انگاری جنایات جنسی ذیل عناوین جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی این چالش ایجاد می‌گردد که طبق حقوق داخلی مجازات جنبه فردی و شخصی این جرایم سنگین‌تر از مجازات جنبه عمومی آنها طبق اساسنامه است. در نتیجه، چنانچه مصادیق خشونت جنسی نظیر تجاوز به عنف، فاحشگی اجباری ... به عنوان جنایت علیه بشریت یا جنایت جنگی ارتکاب یابند باید در مورد آنها مجازات مشدده اعمال کرد نه اینکه حتی مجازات برخی از این جرایم را که در شرایط معمولی اعدام است به حبس ابد یا حبس تا سی سال کاهش داد. از طرفی با جرم‌انگاری جنایات بالا این سوال پیش می‌آید که باید در مورد این جنایات چه مجازاتی اعمال کرد؟ مجازات‌های مقرر در قانون مجازات اسلامی یا مجازات‌های پیش‌بینی شده در اساسنامه؟

به نظر می‌رسد برای حل این چالش بتوان به «صلاحیت تکمیلی» دیوان و حق تقدم محاکم داخلی^{۳۰} تمسک جست. بنابراین، در صورت جرم‌انگاری جنایات جنسی - بدون آنکه این امر باعث جایگزینی مجازات اعدام یا رجم با حبس ابد یا حبس تا سی سال شود - چنانچه اتباع کشورمان در خاک جمهوری اسلامی ایران یا در خاک یکی از دولت عضو اساسنامه مرتکب این اعمال تحت قالب جنایت علیه بشریت یا جنایت جنگی گردند، محاکم ملی می‌توانند متهمان را محاکمه و به اعدام محکوم نمایند و جایی برای مداخله دیوان نیز باقی نخواهد ماند. به علاوه، طبق ماده ۸۰ اساسنامه، مجازات‌های مقرر در اساسنامه هیچ‌یک از مجازات‌های مقرر در حقوق داخلی را مخدوش نخواهند کرد. اما در فرض عدم جرم‌انگاری این جنایات، در صورت ارجاع شورای امنیت یا ارجاع توسط یک دولت عضو، دیوان با دارا شدن صلاحیت رسیدگی می‌تواند مجازات حبس تا سی سال یا حبس ابد اعمال نماید.

۱-۱-۲-۲- شبیهه تلقی مجازات‌های شرعی به عنوان «شکنجه» یا «جنایت علیه بشریت». چالش دیگر آن است که برخی مجازات‌های قانونی نظیر شلاق، کور کردن، قطع عضو، قصاص، رجم و اعدام با تفسیر موسع مصداق برخی جنایات بین‌المللی نظیر

۳۱. جزء «ب» بند ۱ ماده ۵۴ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی.

شکنجه^{۳۲} یا جنایت علیه بشریت تلقی می‌گردند. تا جایی که کمیته منع شکنجه نیز درد و رنج همراه با مجازات‌های قانونی بالا را شکنجه محسوب می‌کند.^{۳۳} افزون بر آنکه تعریف شکنجه در اساسنامه دیوان، وسیع‌تر از تعریف کنوانسیون منع شکنجه است. دیوان اعمال شکنجه را مختص مقامات صلاحیتدار دولتی یا افراد تحریک‌شده از طرف آنها ندانسته، حتی احراز «قصد خاص» را نیز شرط نمی‌داند.^{۳۴}

حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا عدم جرم‌انگاری عنوان «جنایت علیه بشریت» می‌تواند مانع تفسیر برخی مجازات‌های اسلامی به عنوان مصداق شکنجه گردد؟ در پاسخ باید گفت، با توجه به مفاد اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ و عضویت دولت جمهوری اسلامی ایران در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶،^{۳۵} همچنین، عنایت به محتوای قاعده ممنوعیت شکنجه که ناظر بر حفظ آن دسته از ارزش‌های انسانی است که سطح قاعده ممنوعیت شکنجه را تا حد یک قاعده آمره ارتقا می‌دهد، باید گفت متأسفانه عدم جرم‌انگاری «جنایت علیه بشریت» مانع برخی تفاسیر بین‌المللی در این خصوص نخواهد شد. لذا، دور از منطوق و مصلحت خواهد بود اگر به این دلیل از جرم‌انگاری خشونت جنسی ذیل عنوان جنایت علیه بشریت امتناع نماییم.

به علاوه، از آنجا که مجازات‌های پیش‌گفته با حمایت حاکمیت و توسط سیستم قضایی کشورمان به اجرا در می‌آیند، این امکان وجود دارد که اجرای این مجازات‌ها تحت لوای حکومت، «ارتکاب گسترده یا سیستماتیک» تلقی و مصداق جنایت علیه بشریت محسوب شوند. در حالی که، به نظر می‌رسد با توجه به سیاست‌گذاری‌های کلی نظام مبنی بر محدودیت اعمال مجازات‌هایی از این دست، آمار اجرای این مجازات‌ها بسیار محدود شده است. لذا، نمی‌توان مدعی ارتکاب گسترده یا سیستماتیک این اعمال شد. زیرا حتی اجرای

۳۲. مهرپور، «بررسی موانع شرعی الحاق ایران به اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، صص ۴۱۹-۴۱۶.

۳۳. آل حبیب، «دیوان کیفری بین‌المللی در یک نگاه: ضرورت‌ها و نگرانی‌ها»، ص ۳۶۲.

۳۴. ظریف، «میزگرد همایش دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران»، ص ۵۶۲.

۳۵. فلاحیان، پیشین، ص ۵۵۶. لازم به توضیح است اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ در صدد بیان نرم‌های فراگیر حقوق بشر است ولی به دلیل ماهیت یکجانبه‌اش، این سند بین‌المللی مهم بیشتر سمبل تعهد دولت‌ها به رعایت موازین حقوق بشر است تا آنکه به لحاظ حقوقی آنها را متعهد کند اما با تصویب میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶، دیگر نرم‌های حقوق بشر تبدیل به قواعد حقوق بشری شدند و دولت‌های عضو را متعهد به رعایت مفاد خود می‌نمایند.

کم‌سابقه و محدود این مجازات‌ها نیز نه بر اساس اهداف سیاسی بلکه مبتنی بر دیدگاه‌های شرعی و اعتقادی مردم است که در قالب «قانون» متجلی شده است.^{۳۶} از این رو، جرم‌انگاری عنوان کیفری «جنایت علیه بشریت» محملی برای تفسیر این مجازات‌ها تحت همین عنوان نخواهد بود.

۲-۱-۱-۳- چالش ادله اثبات مصادیق خشونت جنسی. همان‌طور که می‌دانیم، طبق ماده ۱۷۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ جرایم حدی زنا، لواط، تفریض و مساحقه با چهار بار اقرار و قوادی با دوبار اقرار اثبات می‌گردند. ماده ۲۳۲ آن قانون نیز اشعار می‌دارد: «هرگاه مرد یا زنی کمتر از چهار بار اقرار به زنا نماید به سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. حکم این ماده در مورد لواط، تفریض و مساحقه نیز جاری است». همچنین، طبق ماده ۱۹۹ همان قانون، زنا، لواط، تفریض و مساحقه با شهادت چهار مرد اثبات می‌شوند. برای اثبات زنا، موجب حد جلد، تراشیدن و یا تبعید، شهادت دو مرد و چهار زن عادل کافی است. زمانی که مجازات غیر از موارد مذکور است، شهادت سه مرد و دو زن عادل لازم است. در این موارد، هرگاه دو مرد و چهار زن عادل شهادت دهند، تنها حد شلاق اثبات می‌شود. مطابق ماده ۲۰۰ همان قانون، «در خصوص شهادت بر زنا یا لواط، شاهد باید حضوری عملی را که زنا یا لواط با آن محقق می‌شود دیده باشد و هرگاه شهادت مستند به مشاهده نباشد و همچنین، در صورتی که شهود به عدد لازم نرسند، شهادت در خصوص زنا یا لواط، قذف محسوب می‌شود». همان‌طور که مشاهده می‌شود، بر اساس آموزه‌های دین مبین اسلام، برای اثبات جنایات جنسی مصداق حدود، شرایط سختگیرانه‌ای لحاظ شده است. اما می‌دانیم که اثبات مصادیق خشونت جنسی نزد دیوان کیفری بین‌المللی تحت مقررات کلی اثبات جرایم، مندرج در قواعد دادرسی و ادله است. در حقوق بین‌المللی کیفری، نه تنها شهود ملزم به دیدن عمل جنسی نیستند، بلکه با توجه به ماهیت خاص این جنایات، محاکم کیفری بین‌المللی یوگسلاوی و رواندا ابتکارات خاصی نظیر پوشاندن چهره شاهدان، عدم مواجهه شاهد با متهم، ارائه شهادت در جلسات خصوصی و استفاده از نام مستعار برای شهود اعمال نمودند.^{۳۷}

به نظر می‌رسد این نوآوری‌ها با مقررات شرعی اسلام مغایرت داشته باشد. اما با

جرم‌انگاری مصادیق خشونت جنسی در حقوق داخلی کشورمان و با توجه به اولویت رسیدگی محاکم ملی بر رسیدگی دیوان، اقدامات محاکم داخلی در رسیدگی به جنایات مزبور طبق ادله شرعی، نمی‌تواند ماهیت این دادرسی‌ها را زیر سؤال ببرد و موجبات اعمال صلاحیت دیوان را فراهم نماید.

۲-۱-۲- جرم‌انگاری جنایت جنگی؛ رویکرد خاص جنایات جنسی. در این قسمت، ابتدا مفهوم جنایت جنگی، سپس لزوم ارتکاب گسترده مصادیق خشونت جنسی یا ارتکاب در قالب یک برنامه یا سیاست عمومی و در نهایت رفع چالش مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی را بررسی خواهیم نمود.

۲-۱-۱- مفهوم «جنایت جنگی». مطابق ماده ۸ اساسنامه، دیوان نسبت به جنایات جنگی صلاحیت دارد. به ویژه، هنگامی که در قالب یک برنامه یا سیاست عمومی یا در قالب ارتکاب گسترده واقع شده باشند.

جنایات جنگی، جنایاتی هستند که در مغایرت با حقوق بشردوستانه بین‌المللی قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه واقع می‌شوند. مخاصمه مسلحانه بین‌المللی بین دو یا چند دولت روی می‌دهد. یک مخاصمه مسلحانه داخلی که در سرزمین دولتی واقع می‌شود، ممکن است بین‌المللی شود یا بسته به اوضاع و احوال در کنار یک مخاصمه مسلحانه داخلی، بین‌المللی تلقی شود، چنانچه دولت دیگر با سربازانش در این مخاصمه مداخله کند یا اگر برخی شرکت‌کنندگان در مخاصمه مسلحانه داخلی به نفع دولت دیگر عمل کنند.^{۳۸}

منظور از جنایات جنگی در اساسنامه دیوان موارد زیر هستند:

الف) نقض‌های فاحش کنوانسیون‌های ۱۲ اوت ۱۹۴۹ ژنو (۸ بند)؛

ب) دیگر نقض‌های فاحش قوانین و عرف‌های مسلم حقوق بین‌الملل حاکم بر مخاصمات مسلحانه بین‌المللی (۲۶ بند)؛

ج) نقض فاحش ماده ۳ مشترک چهار کنوانسیون ۱۹۴۹ ژنو (۴ بند)؛

د) دیگر نقض‌های فاحش قوانین و عرف‌های قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی (۱۲ بند).

مصادیق خشونت جنسی ذیل بندهای «ب» و «د» جرم‌انگاری شده‌اند. لذا، اساسنامه ارتکاب خشونت جنسی چه در مخاصمه مسلحانه بین‌المللی و چه در مخاصمه مسلحانه

داخلی را در بر می‌گیرد.

لازم به ذکر است، اصطلاح «نقض‌های فاحش»^{۳۹} با «نقض‌های عادی»^{۴۰} تفاوت ماهوی دارد. تعهدات دولت‌ها در برابر نقض‌های فاحش شامل تحقیق کردن، مورد پیگرد قرار دادن، مسترد کردن مجرم، همکاری با دولت متقاضی اعمال مجازات از طریق معاضدت قضایی و نیابت قضایی ... می‌باشد. در حالی که، نقض‌های عادی چنین تعهداتی را ایجاد نمی‌نمایند.^{۴۱} بنابراین، علاوه بر عنوان جنایت جنگی، باید مفهوم «نقض عمده» نیز در حقوق داخلی کشورمان جرم‌انگاری گردد.

۱-۲-۲- لزوم «ارتکاب گسترده» مصادیق خشونت جنسی یا ارتکاب در قالب «یک برنامه یا سیاست عمومی». کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ یا پروتکل‌های الحاقی ۱۹۷۷، دولت‌های متعاقد را تنها ملزم به رعایت قوانین و عرف‌های جنگ‌های زمینی می‌نمایند. لذا، در این چارچوب، ممانعت دولت‌ها از ارتکاب جنایات جنگی و به ویژه خشونت جنسی توسط اتباع منوط به این نیست که این جرایم در قالب یک برنامه یا سیاست عمومی یا در قالب ارتکاب گسترده واقع شوند، بکله ارتکاب حتی یک مورد از جنایات فوق، به معنای نقض تعهدات معاهداتی دولت‌ها است. اساسنامه رم، ارتکاب «در قالب یک برنامه یا سیاست عمومی» یا «ارتکاب گسترده» را پیش شرط لازم برای احراز جنایت جنگی و لازمه تحقق «صلاحیت ماهوی»^{۴۲} خود دانسته است و در سایر موارد غیر از ارتکاب گسترده یا در قالب برنامه و سیاست عمومی، دیوان خود را صالح به رسیدگی نمی‌داند. لذا، تعریف مفاهیم «ارتکاب گسترده» و «ارتکاب در قالب یک برنامه یا سیاست عمومی» در حقوق داخلی کشورمان الزامی است.

۱-۲-۳- رفع چالش مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی. اساسنامه رم نه تنها پیشرفت‌های حقوق بشردوستانه بین‌المللی را مورد توجه قرار داده است، بلکه با هدف تحقق هر چه بیشتر عدالت کیفری به عنوان بازوی حفظ و استقرار صلح و امنیت بین‌المللی، از برخی ابتکارات و نوآوری‌ها نیز در این زمینه فروگذار ننموده است. به عنوان مثال، می‌توان به جرم‌انگاری «نقض‌های فاحش قوانین و عرف‌های قابل اجرا در مخاصمات مسلحانه غیر

39. Grave Breaches

40. Violations

۴۱. دیپیم، پیشین، ص ۲۹۵.

42. Ratione Materiae

بین‌المللی» ذیل ماده ۸ اشاره نمود. این مقرر که در بند ۶ خود به مصادیق خشونت جنسی اشاره نموده است، در واقع، حاکی از گنجاندن مفاد پروتکل دوم ۱۹۷۷ الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ در اساسنامه رم است.

بدیهی است، قبل از تدوین اساسنامه، مفاد پروتکل مزبور تنها از ویژگی معاهداتی برخوردار بود و هیچ‌گونه الزامی برای دولت‌های غیر عضو از جمله جمهوری اسلامی ایران جهت رعایت این مقررات در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی ایجاد نمی‌نمود. با گنجاندن این مقررات در اساسنامه دیوان، دیگر نه تنها در تعهد دولت‌های عضو دیوان به رعایت این مقررات در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی تردیدی نیست، بلکه با وصف کیفی یافتن این مقررات، دولت‌های عضو متعهد به تعقیب و مجازات مرتکبان نقض این قوانین و منجمله مرتکبان خشونت جنسی در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی هستند. حال آنکه، با جرم‌انگاری مصادیق خشونت جنسی به عنوان جنایت جنگی در حقوق داخلی کشورمان، نه تنها مفاد پروتکل دوم ۱۹۷۷ به کشورمان تحمیل نخواهد شد، بلکه زمینه و بستر محاکمه و مجازات داوطلبانه مرتکبان احتمالی این جنایات در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی نیز فراهم می‌شود. لذا، تبعاتی که با الحاق به دیوان در این خصوص برای کشورمان ایجاد می‌شود، اساساً پیش نخواهد آمد. اگرچه با توجه به ماهیت انسان‌دوستانه مقررات پروتکل دوم، عضویت کشورمان در پروتکل دوم الحاقی ۱۹۷۷ راجع به رعایت مقررات حقوق بشر دوستانه در مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی امری پسندیده است.

۲-۲- جرم‌انگاری مصادیق خشونت جنسی در حقوق داخلی؛ از ضرورت تا چالش

در این بخش، ابتدا به بررسی مفهوم هر یک از مصادیق خشونت جنسی در اساسنامه دیوان و سپس به بررسی سیاست تقنینی مقتضی دولت جمهوری اسلامی ایران در قبال هر یک از این مصادیق خواهیم پرداخت.

۲-۲-۱- تجاوز به عنف^{۴۳}. «تجاوز به عنف» متداول‌ترین جنایتی است که در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و به ویژه مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی علیه زنان و حتی مردان^{۴۴} ارتکاب می‌یابد و به عنوان اولین مصداق خشونت جنسی علیه زنان در شق «ز» بند

43. Rape

۴۴. برای مطالعه راجع به ارتکاب تجاوز به عنف علیه مردان مراجعه کنید به:

Dustin A. Lewis, "UN Recognized Victims: Sexual Violence against men in Conflict Settings Under International Law", *Wisconsin International Law Journal*, 2009, Vol. 27, No. 1

۱ ماده ۷ به عنوان جنایت علیه بشریت و در قسمت ۲۲ شق «ب» بند ۲ ماده ۸ و قسمت ۶ شق «ه» بند ۲ ماده ۸ اساسنامه به عنوان جنایت جنگی جرم‌انگاری گردید.

۲-۲-۱-۱- مفهوم تجاوز به عنف در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی. برای

ارتکاب این جنایت متهم باید:

۱- با عملی که می‌تواند دخول ولو سطحی باشد با آلت جنسی خود یا قسمتی از بدن قربانی یا بدن خود، به قسمتی از بدن قربانی یا مقعد یا مهبل وی با یک شیء یا هر عضو دیگری از بدن تجاوز نماید.

۲- عمل تجاوز به زور یا تهدید به استعمال زور یا اجبار که به عنوان مثال از ترس تجاوز یا اکراه یا فشار روانی یا سوء استفاده از قدرت علیه قربانی یا شخص دیگری ناشی شده باشد یا با استفاده از فضای اکراه و اجبار یا علیه شخصی که خود قادر به ابراز رضایت حقیقی نیست، انجام گرفته باشد.^{۴۵}

به علاوه، مرتکب باید «قصد» تجاوز به جسم یک شخص با رفتار منتهی به دخول داشته باشد و از طرفی به اوضاع و احوال موجود که باعث می‌شود تجاوز با زور یا تهدید به زور یا اجبار یا سوء استفاده از شرایط اجبار محیطی واقع شود، آگاه باشد.

۲-۲-۱-۲- سیاست تقنینی مناسب دولت جمهوری اسلامی ایران در قبال

«تجاوز به عنف» به عنوان جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی. با ملاحظه تطبیقی مواد قانون مجازات اسلامی راجع به جرایم جنسی و یافته‌های حقوق بین‌الملل کیفری راجع به تجاوز به عنف، به عنوان جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی (اعم از رویه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یوگسلاوی و رواندا و همچنین عناصر مادی و معنوی تجاوز به عنف در اساسنامه دیوان)، می‌توان گفت چنانچه نظام حقوقی داخلی کشورمان در صدد پر کردن خلأ جرم‌انگاری جنایات جنسی به منظور جلوگیری از محاکمه و مجازات اتباع ایرانی مرتکب این اعمال توسط دیوان و جایگزین نمودن صلاحیت مؤثر و کارآمد محاکم ملی در این خصوص باشد، باید به منظور اتخاذ سیاست تقنینی مناسب نکات ذیل را مد نظر قرار دهد:

مفهوم تجاوز به عنف در حقوق بین‌الملل کیفری و به ویژه اساسنامه دیوان از دو جنبه موسع‌تر از تعاریف قانون مجازات اسلامی است:

۱- رویه قضایی دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی، تجاوز به عنف را تعرضی جسمی با

خصیصه جنسی می‌داند که با «داخل کردن آلت تناسلی فاعل یا هر شیء دیگر توسط وی در دبر یا قبل مجنی‌علیه یا داخل کردن آلت تناسلی فاعل در دهان قربانی»^{۴۶} ارتکاب می‌یابد. لذا، تجاوز جنسی، در بر گیرنده «نقض تمامیت و خودمختاری جنسی است»^{۴۷} ولو آنکه مشتمل بر مجامعت جنسی باشد یا نه. در همین راستا، دادگاه رواندا اظهارات شاهد (KK) که طبق آن جنگجویان هوتو تکه‌ای چوب را در اندام جنسی زنی که در حال باختن بود، فرو کردند «تجاوز به عنف» تلقی کرد.^{۴۸} تعریف تجاوز به عنف در رأی «آکاسیو»، صراحتاً کلیه رفتارهای ذکر شده در تعریف تجاوز به عنف در رأی «فوروندزجا» را در بر می‌گیرد. از این رو، کمیسیون مقدماتی نیز در نگارش عناصر مادی تجاوز به عنف کاملاً از توصیف مکانیکی اشیاء و اعضای بدن که در قضیه «فوروندزجا» پذیرفته شد، پیروی کرد.^{۴۹} به عبارت دیگر، دیوان کیفری بین‌المللی توسعه عنصر مادی تجاوز به عنف را نهادینه کرد.

در حالی که، تحقق وخیم‌ترین جرایم جنسی نظیر زنا ولواط طبق قانون مجازات اسلامی منوط به تحقق عنصر «دخول» می‌باشد.^{۵۰} بدیهی است، این تعاریف - که البته مبتنی بر آموزه‌های شرعی است - قابل انطباق بر مفهوم موسع تجاوز به عنف در حقوق بین‌المللی کیفری نخواهد بود زیرا مفهوم اخیر حتی تجاوز توسط شیءای غیر از بدن فاعل را نیز در بر می‌گیرد و لازم است در جرم‌انگاری تجاوز به عنف تحت عنوان مجرمانه جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی، آخرین پیشرفت‌های حقوق بین‌المللی کیفری اعم از رویه دادگاه‌های موقت و اساسنامه دیوان لحاظ شود.

۲- تحول دیگر مفهوم تجاوز به عنف در حقوق بین‌الملل کیفری، تحول در مفهوم «رضایت» می‌باشد. بدیهی است اعمال مجرمانه باید بدون رضایت قربانی واقع شوند تا مصداق تجاوز به عنف تلقی شوند. اما آنچه مورد توجه خاص محاکم کیفری بین‌المللی قرار گرفت وضعیت خاص «مخاصمه مسلحانه» بود. در رویه محاکم کیفری بین‌المللی یوگسلاوی و رواندا، با توجه به شرایط ناشی از بروز مخاصمه مسلحانه، وجود مخاصمه مسلحانه خود دال بر اجبار قربانی تلقی گردید مگر آنکه خلاف آن ثابت شود. به عبارت دیگر، با وجود حالت مخاصمه مسلحانه، نیازی به اثبات به کارگیری زور یا تهدید به زور توسط دادستان نمی‌باشد

46. *Ibid*, para. 185.

47. *Prosecutor v. Kvočka Judgement*, Case No. IT- 96-22, 2 November 2001, para. 176.

48. *Prosecutor v. Akayesu, op. cit.*, para. 686.

۴۹. کیتی‌چایساری، پیشین، ص ۱۵۸.

۵۰. مواد ۲۲۱ و ۲۳۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱.

زیرا در این حالت اجبار یا تهدید به اجبار مفروض می‌باشد. به علاوه، هر قسم اسارت نیز با ابراز رضایت حقیقی منافات دارد.^{۵۱} بدیهی است، بروز مخاصمه مسلحانه در یوگسلاوی سابق و رواندا و ارتکاب گسترده و سیستماتیک خشونت جنسی علیه زنان در اتخاذ این رویکرد تأثیر بسزایی داشت. دومین جزء عنصر مادی تجاوز به عنف که توسط کمیته مقدماتی تدوین شد نیز بر این امر تأکید دارد که کافی است مرتکب از شرایط اجباری حاکم بر مخاصمه مسلحانه یا حمله سازمان‌دهی شده علیه غیر نظامیان سوءاستفاده کرده باشد. زیرا اوضاع و احوال اجباری تنها محدود به بکارگیری زور نمی‌شود بلکه خصیصه جنگ به گونه‌ای است که ذاتاً اجبار در آن مفروض است و در چنین اوضاع و احوالی، عدم رضایت «مفروض» و بی‌نیاز از اثبات است.^{۵۲}

حال آنکه قانون مجازات اسلامی در تبصره ۲ ماده ۲۲۴، زنا در حال بیهوشی، خواب، مستی و همچنین ارتکاب از طریق اغفال، فریب دادن دختر نابالغ، ربایش، تهدید یا ترساندن قربانی - اگر چه موجب تسلیم شدن وی شود - را از مصادیق در حکم زنا به عنف آورده است. به نظر می‌رسد، مصادیق مندرج در این ماده حصری هستند و نمی‌توان بروز مخاصمه مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی را نیز بدان افزود. لذا، ضروری است با اصلاح ماده مذکور، ارتکاب تجاوز به عنف در حین مخاصمه مسلحانه اعم از بین‌المللی و غیر بین‌المللی نیز از مصادیق تجاوز به عنف تلقی شود تا در فرض بروز مخاصمه مسلحانه بین‌المللی و حتی غیربین‌المللی و ارتکاب جنایات جنسی با سوء استفاده از شرایط جنگی نیازی به اثبات عدم رضایت قربانی نباشد.

۲-۲-۲- بردگی جنسی^{۵۳}. دومین مصداق خشونت جنسی که برای نخستین بار در شق «ز» بند ۱ ماده ۷ و قسمت ۲۲ شق «ب» بند ۲ و قسمت ۶ شق «ه» بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان مندرج گردید، جنایت «بردگی جنسی» است.

۲-۲-۲-۱- مفهوم بردگی جنسی در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی. برای ارتکاب بردگی جنسی، متهم باید:

۱- اقتدار ناشی از حق مالکیت را در مورد یک یا چند شخص اعمال نماید. مثلاً اقدام به خرید، فروش، قرض یا مبادله شخص یا اشخاصی نموده یا محرومیت از آزادی مشابه این موارد را به آنان تحمیل نموده باشد.

51. Prosecutor v. Kvočka Judgement, *op. cit.*, para. 178.

52. Lee, "International Criminal Court, Elements of Rules, Procedure, Evidence", pp. 188-190.

53. Sexual Slavery

۲- شخص یا اشخاص مذکور را وادار به انجام عمل یا اعمالی که دارای ماهیت جنسی است، نموده باشد.^{۵۴} بدیهی است، متهم باید هر دو عنصر بالا را با «قصد» انجام دهد. ایجاد مراکز «Comfort Women»،^{۵۵} اعمال ادعا شده در کیفرخواست دادستان دادگاه یوگسلاوی در پرونده «فوکا»^{۵۶} و آنچه به «زنان سقف»^{۵۷} در رواندا موسوم بودند از مصادیق بردگی جنسی به شمار می‌روند.

۲-۲-۲- سیاست تقنینی مناسب جمهوری اسلامی ایران در قبال «بردگی

جنسی» به عنوان جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی. هیچ‌گونه عنوان مجرمانه معادلی برای بردگی جنسی در حقوق داخلی کشورمان وجود ندارد. اما به نظر می‌رسد جرم‌انگاری این عنوان با چالش‌های فقهی مواجه باشد. زیرا بردگی در اسلام و فقه اسلامی مجاز شمرده شده و مالکیت بر انسان به عنوان برده و خرید و فروش برده مجاز بوده است. حتی تمتع جنسی از زنان به عنوان «کنیز» مجاز و مشروع بوده است. حتی در خود قرآن کریم یکی از اسباب مجاز بودن ارتباط با زنان غیر از ازدواج، به مالکیت در آوردن آنها به عنوان کنیز است (والذین هم لفروجهم حافظون، الا علی ازواجهم او ما ملکت ایمانهم ... آیه ۶، سوره مؤمنون).

لذا، در حال حاضر، اگرچه عملاً سیستم بردگی منقضی شده است اما جرم‌انگاری بردگی جنسی به معنای ممنوع کردن یک حکم مجاز شرعی است و طبق اصل ۷۲ قانون اساسی، مجلس نمی‌تواند قانون خلاف شرع وضع نماید. حتی در صورت تصویب مجلس، شورای نگهبان آن را مغایر موازین شرع خواهد دانست. در مورد این چالش، از دو منظر ماهوی و شکلی می‌توان بحث کرد.^{۵۸}

از لحاظ ماهوی، در مشروعیت سیستم برده‌داری و مالکیت انسان بر انسان در شرع اسلام تردیدی وجود ندارد و احکام و فتاوی مفصلی نیز در خصوص خرید و فروش برده توسط فقها

۵۴. دیهیم، پیشین، صص ۱۸۸-۱۸۷.

۵۵. برای مطالعه راجع به مراکز «Comfort Women» مراجعه کنید به:

Chunghee Sarah Soh, "The Comfort women project" <http://www.online.sfsn.wvII.810.htm>
 "Japanese Mass Rape and Sexual Enslavement of Women and Girls from 1932-1945 in the Comfort women System", <http://www.cmht.com/casewatch/cases/swcomfort2htm>.

۵۶. کیتی چایساری، پیشین، ص ۱۵۸.

۵۷. میرمحمدصادقی، «نسل‌کشی و خشونت جنسی در رواندا»، ص ۱۶۸.

۵۸. مهرپور، پیشین، ص ۴۱۱.

صادر شده است. البته، در این امر هم تردیدی نیست که برده‌داری در اسلام نسبت به سایر نظام‌ها محدودتر و در واقع منحصر است به بردگی گرفتن جنگجویانی که علیه مسلمانان جنگیده و به اسارت گرفته شده‌اند و باقی ماندن بردگی در نسل آنها حتی پس از مسلمان شدن. از طرفی اسلام تمهیدات زیادی برای آزاد کردن بردگان اندیشیده از جمله کفاره برخی گناهان مثل روزه‌خواری و قتل را آزاد کردن برده قرار داده است.^{۵۹}

مرحوم علامه طباطبایی، مفسر بزرگ جهان اسلام و تشیع، در کتاب معروف تفسیرالمیزان می‌گوید: «از بین سه سبب عمده بردگی یعنی جنگ، غلبه و گرفتن به زور و ولایت، اسلام دو سبب اخیر را از بین برد اما سبب اول را باقی گذاشت». لذا، تنها نوع مجاز برده گرفتن در اسلام، به بردگی گرفتن کفار حربی است که در جنگ با اسلام شکست خورده‌اند. ایشان در ادامه چنین استدلال کرده‌اند که: «... این دشمن محارب که تلاشی جز از بین بردن انسانیت و نسل ندارد، بدون شک، فطرت انسانی او را جزء جامعه بشری به حساب نمی‌آورد و او را بهره‌مند از مزایای زندگی انسانی نمی‌داند، بنابراین، یا باید او را از بین برد یا حقوق انسانی را از او سلب کرد و به بردگی اش گرفت».^{۶۰}

به نظر نمی‌رسد این توجیه برای به بردگی گرفتن یک انسان و زن و فرزندش حتی پس از مسلمان شدن، منطقاً قابل قبول و توجیه باشد. اما به هر حال چنین نظریه‌ای وجود دارد.^{۶۱} لذا، چنانچه بحث جرم‌انگاری بردگی جنسی مطرح شود به احتمال زیاد ممکن است ممنوعیت بردگی جنسی خلاف شرع دانسته شود. البته، «تجویز به بردگی گرفتن کافر حربی که در جنگ علیه مسلمانان شرکت کرده نمی‌تواند به معنای تثبیت برده‌داری به مفهوم رایج آن زمان باشد ... زیرا در هیچ یک از آیات قرآنی، بر اینکه این افراد به این معنی باید برده باشند، تصریح نشده است. بلکه از آنها به عنوان اسیران جنگی یاد شده است که مسلمانان می‌توانند بر آنها منت گذارند و آزادشان نمایند یا با گرفتن فدیة رهایشان کنند یا آنها را نگاه دارند. مفهوم اسیر جنگی آن زمان چیزی جز بردگی اسیر نبود، ولی امروزه که اسیر جنگی خود مفهوم جداگانه‌ای از رقیب دارد»^{۶۲} و با در اختیار طرف فاتح بودن، هویت و شخصیت حقوقی‌اش از بین نمی‌رود اشکالی نخواهد داشت، اگر مفهوم اسیر جنگی نظام اسلامی را به

۵۹. همان، صص ۴۱۲-۴۱۱.

۶۰. طباطبایی، المیزان فی تفسیر القرآن، جلد ۶ ص ۳۶۵، به نقل از: مهرپور، پیشین، صص ۴۱۳-۴۱۲.

۶۱. همان، ص ۴۱۳.

۶۲. مهرپور، نظام بین‌المللی حقوق بشر، ص ۳۱۴.

معنای اسیر جنگی به کار ببریم نه برده. لذا، عدم لغو صریح بردگی در اسلام و بیان احکام مربوط به بردگی نمی‌تواند به معنای مشروعیت ولو صورتی از سیستم بردگی باشد. زیرا مفاهیم و اشارات پیشوایان دینی همواره در تأیید آزادی ذاتی انسان و مملوک نبودن وی می‌باشد. اگر نظام بردگی در مقطعی از زمان به هر دلیلی ایجاد شده و امکان الغای کامل آن هم وجود نداشته اما دین مبین اسلام به سمت الغای آن حرکت نموده و حال که از بین رفته است، طبیعتاً الغای آن با اسلام هماهنگ است.^{۶۳}

بنابراین، از لحاظ ماهوی می‌توان به خلاف شرع نبودن ممنوعیت بردگی و بالتبع بردگی جنسی قائل بود. اما اگر این دیدگاه مقبول نیفتد می‌توان مشکل را به لحاظ شکلی رفع کرد یعنی در صورت مغایر شرع دانستن توسط شورای نگهبان، موضوع را به مجمع تشخیص مصلحت نظام برد و به نظر نمی‌رسد مجمع تشخیص مصلحت در به مصلحت دانستن ممنوعیت بردگی و بردگی جنسی با مانعی مواجه باشد.^{۶۴} لذا، می‌توان امیدوار بود جرم‌انگاری بردگی جنسی در حقوق داخلی کشورمان با اتکا به درایت فقهای آگاه به مقتضیات زمان و مکان و عمق احکام اسلامی و همچنین مصلحت‌اندیشی مجمع تشخیص مصلحت نظام چالش موجود را پشت سر گذارد.

۲-۲-۳- فحش‌ای اجباری^{۶۵}. فحش‌ای اجباری، سومین مصداق خشونت جنسی است که به عنوان جنایت علیه بشریت طبق شق «ز» بند ۱ ماده ۷ و به ترتیب طبق قسمت ۲۲ شق «ب» بند ۲ ماده ۸ و قسمت ۶ شق «ه» بند ۲ همان ماده به عنوان جنایت علیه بشریت و همچنین جنایت جنگی در مخاصمه مسلحانه بین‌المللی و غیر بین‌المللی تصویب گردیده است.

۲-۲-۳-۱- مفهوم فحش‌ای اجباری در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی. برای ارتکاب فحش‌ای اجباری، متهم باید؛

۱- شخص یا اشخاصی را که به ارتکاب عمل یا اعمالی که دارای ماهیت جنسی است به زور یا تهدید به زور یا اکراهی که مثلاً ناشی از ترس، اکراه، بازداشت، فشار روانی یا سوء استفاده از قدرت علیه شخص یا اشخاص مزبور یا شخصی دیگر یا استفاده از فضای اکراه یا ناتوانی شخص مزبور از دادن رضایت واقعی است، هدایت نموده باشد.

۶۳ همان.

۶۴. مهرپور، «بررسی موانع شرعی الحاق ایران به اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، صص ۴۱۵-۴۱۴.

۲- متهم یا شخص دیگر امتیاز مادی یا غیر آن در مقابل اعمالی که دارای ماهیت جنسی است یا در رابطه با آنها است، به دست آورده یا انتظار دارد که به دست آورد.^{۶۶} بدیهی است، متهم در ارتکاب هر دو عنصر بالا باید «قصد» داشته باشد.

۲-۲-۳- سیاست تقنینی مناسب دولت جمهوری اسلامی ایران در قبال «فحش‌ای اجباری» به عنوان جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی. هیچ‌یک از عناوین مجرمانه موجود در قانون مجازات اسلامی قابل انطباق بر عنوان «فحش‌ای اجباری» نیستند. بنابراین، لازم است این عنوان مجرمانه با توجه به مفهوم آن در حقوق بین‌المللی کیفری جرم‌انگاری گردد. اهمیت این امر هنگامی آشکار می‌شود که بدانیم ممنوعیت برخی مصادیق خشونت جنسی نظیر تجاوز به عنف و فحش‌ای اجباری در اسناد بشر دوستانه بین‌المللی متعدد تکرار شده است. به عنوان مثال، کمیسیونی که بعد از جنگ جهانی اول توسط کنفرانس صلح ورسای در ۱۹۱۹ تشکیل شد، فهرستی از جنایات جنگی قابل مجازات شامل تجاوز به عنف، فاحشگی اجباری و ربودن زنان و دختران با هدف فحش‌ای اجباری ارائه داد که در واقع بیانگر حقوق بین‌الملل عرفی و متأثر از ویژگی عرفی و عام‌الشمول این ممنوعیت‌ها بود.^{۶۷} همچنین، ماده ۲۷ کنوانسیون چهارم ژنو ۱۹۴۹، بند ۱ ماده ۷۶ پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷ و شق «ه» بند ۲ ماده ۴ پروتکل دوم الحاقی و بند «ه» ماده ۴ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا، به هر دو جنایت تجاوز به عنف و فحش‌ای اجباری تصریح نموده‌اند. بند «ز» ماده ۵ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق تنها به «تجاوز به عنف» اشاره نمود. درج مکرر ممنوعیت این اعمال در اسناد بین‌المللی متعدد مؤید ادعای یاد شده می‌باشد. با توجه به قبح فراوان این عمل در شرع مقدس اسلام، بدیهی است ممنوعیت عرفی این اعمال با ممنوعیت آنها در اسلام همسو است و جرم‌انگاری این موارد صحه گذاشتن بر آموزه‌های دینی است. از این رو، حتی در فرض عدم الحاق به اساسنامه دیوان، جرم‌انگاری این جرایم ضروری است.

۲-۲-۴- حاملگی اجباری^{۶۸}. حاملگی اجباری برای نخستین بار در قسمت «ز» بند ۱ ماده ۷ اساسنامه دیوان به عنوان جنایت علیه بشریت و طبق شق ۲ قسمت ۲ ماده ۸ و شق

۶۶. دیهیم، پیشین، صص ۱۹۱-۱۹۰.

67. Bassiouni, *A Draft of International Criminal Code and Draft Status for a Criminal Tribunal*, p. 28.

68. Forced Pregnancy

۶ قسمت «ه» بند ۲ همان ماده به عنوان جنایت جنگی در مخاصمه مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی پیش‌بینی گردید.

در میان مصادیق خشونت جنسی، حاملگی اجباری یکی از بحث برانگیزترین موضوعات در کنفرانس دیپلماتیک رم بود. سفیر بوسنی و هرزگوین در سازمان ملل متحد که ملت مسلمانش در جریان جنگ در یوگسلاوی سابق قربانی این جنایت بودند، مدافع اصلی گنجانده شدن اسن جنایت در صلاحیت دیوان بود.^{۶۹} در مقابل، عده‌ای با این استدلال که جرم‌انگاری حاملگی اجباری منجر به صدور مجوز برای «سقط‌جنین» بر اساس تقاضای «مادر» می‌گردد مخالف وارد شدن این عنوان مجرمانه به اساسنامه دیوان بودند. به نظر ایشان، پذیرش حاملگی اجباری در چارچوب جنایت علیه بشریت محملی می‌شود برای اینکه مخالفان با سقط جنین نیز به عنوان جنایتکار تحت تعقیب قرار گیرند. در رأس این گروه، واتیکان و برخی کشورهای عربی حوزه خلیج فارس قرار داشتند^{۷۰} و همچنین «سازمان غیر دولتی آمریکایی صدای خانواده».^{۷۱}

۲-۲-۴-۱- مفهوم حاملگی اجباری در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی. برای ارتکاب حاملگی اجباری، متهم باید یک زن یا بیشتر را بازداشت نموده و اجباراً حامله نماید با قصد تأثیرگذاری بر ترکیب نژادی جمعیت یا ارتکاب دیگر نقض‌های عمده حقوق بین‌الملل.^{۷۲} بدیهی است، مرتکب باید «قصد» بازداشت زن یا زنانی را که به زور و اجبار حامله شده‌اند به قصد تأثیرگذاری بر ترکیب نژادی یک جمعیت یا ارتکاب نقض فاحش حقوق بین‌الملل داشته باشد.

۲-۲-۴-۲- سیاست تقنینی مناسب دولت جمهوری اسلامی ایران در قبال «حاملگی اجباری» به عنوان جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی. با توجه به اینکه عنوان مجرمانه «حاملگی اجباری» برای اولین بار در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی جرم‌انگاری گردید طبیعی است اگر هیچ یک از عناوین مجرمانه جنسی حقوق داخلی کشورمان بر آن قابل اطلاق نباشند. بررسی عناصر مادی حاملگی اجباری نشان می‌دهد لازم

۶۹ همان، ص ۱۹۲.

۷۰ همان، صص ۱۹۱-۱۹۲.

۷۱ شریعت باقری، پیشین، ص ۲۱۵.

۷۲ دیهیم، پیشین، ص ۱۹۲.

نیست متهم، همان فردی باشد که زن یا زنان را حامله کرده است. در عوض، وی باید قصد نگهداری زن یا زنان را داشته باشد با آگاهی از اینکه آنان اجباراً حامله شده‌اند. عبارت کلی «به زور و اجبار حامله شوند» موارد تجاوز به عنف یا حامله کردن با وسایل دیگر را نیز در بر می‌گیرند.^{۷۳} از این رو، کیفیات بالا نیز باید در اتخاذ سیاست تقنینی مناسب در این خصوص مورد توجه قرار گیرند.

۲-۲-۵- عقیم‌سازی اجباری^{۷۴}. عقیم‌سازی اجباری بای اولین بار در شق «ز» بند ۱ ماده ۷ و در قسمت ۲۲ شق «ب» بند ۲ ماده ۸ و قسمت ۶ شق «ه» بند ۲ همان ماده به عنوان جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیر بین‌المللی جرم‌انگاری گردید.

۲-۲-۵-۱- مفهوم عقیم‌سازی اجباری در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی. برای ارتکاب این جنایت، متهم باید با اعمالی که با دلایل پزشکی یا بالینی قابل توجیه نبوده و بدون رضایت حقیقی قربانیان انجام گرفته باشد یک یا چند شخص را از توانایی بیولوژیک تولید مثل محروم نموده باشد. بدیهی است، متهم باید قصد محروم کردن یک یا چند شخص از توانایی بیولوژیک تولید مثل داشته باشد.^{۷۵} همچنین، وی باید با آگاهی از اینکه این اقدامات به دلایل معالجات پزشکی یا بالینی قابل توجیه نبوده و با علم به عدم رضایت حقیقی قربانی مرتکب این اعمال شود.

۲-۲-۵-۲- سیاست تقنینی مناسب دولت جمهوری اسلامی ایران در قبال «عقیم‌سازی اجباری» به عنوان جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی. برخی مواد قانون مجازات اسلامی برای قطع اندام تناسلی مرد و زن و همچنین قطع بیضه‌ها بسته به مورد دیه یا ارش در نظر گرفته است مانند مواد ۶۶۲، ۶۶۳، ۶۶۴، ۶۶۵، ۶۶۷، ۶۶۸ و نیز ماده ۷۰۶ همان قانون که از بین بردن قدرت انزال یا تولید مثل مرد یا بارداری زن یا از بین بردن لذت مقاربت زن یا مرد را موجب ارش دانسته است. به علاوه، از بین بردن کامل قدرت مقاربت موجب دیه کامل است.^{۷۶}

بدیهی است، هیچ یک از مواد قانونی بالا به عناصر محروم نمودن فرد از توانایی

73. Lee, *op. cit.*, p. 194.

74. Enforced Sterilization

۷۵. همان، ص ۱۹۳.

۷۶. ماده ۷۰۷ قانون مجازات اسلامی.

بیولوژیک تولید مثل، قابل توجیه نبودن عمل با دلایل پزشکی یا بالینی و همچنین رضایت حقیقی مجنی علیه تصریح ننموده‌اند.^{۷۷} لذا، اتخاذ سیاست تقنینی کارآمد جهت به رسمیت شناختن توانایی محاکم ملی در محاکمه و مجازات مرتکبان این اعمال، نیازمند توجه به تمامی عناصر این جنایت در امر جرم‌انگاری می‌باشد.

۲-۲-۶- هر شکل دیگر از اشکال خشونت جنسی که موجب نقض فاحش کنوانسیون‌های ژنو باشد. مقررۀ فوق، آخرین جنایت جنسی است که برای نخستین بار در شق «ز» بند ۱ ماده ۷ و در قسمت ۲۲ شق «ب» بند ۲ ماده ۸ و قسمت ۶ شق «ه» بند ۲ همان ماده به عنوان جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیر بین‌المللی جرم‌انگاری گردید.

۲-۲-۶-۱- مفهوم «هر شکل دیگر از اشکال خشونت جنسی که موجب نقض فاحش کنوانسیون‌های ژنو باشد» در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی. برای ارتکاب این جنایت، متهم باید عملی که ماهیت جنسی دارد علیه شخص یا اشخاصی مرتکب شود یا شخص مزبور را به زور یا تهدید به زور یا اکراه مثلاً ناشی از ترس، تجاوز، اکراه، بازداشت، فشار روانی یا سوء استفاده از قدرت علیه شخص یا اشخاص مزبور یا شخصی دیگر یا استفاده از فضای اکراه یا ناتوانی شخص یا اشخاص مزبور یا شخص دیگر با استفاده از فضای اکراه یا ناتوانی شخص یا اشخاص مزبور از دادن رضایت واقعی، به ارتکاب عملی که دارای ماهیت جنسی است وادار نموده باشد. همچنین، رفتار مرتکب باید از شدت قابل مقایسه با نقض شدید کنوانسیون‌های ژنو برخوردار باشد. وی همچنین باید از اوضاع و احوالی که شدت این عمل را تثبیت می‌کند، آگاه باشد.^{۷۸} بدیهی است، مرتکب باید اقدامات بالا را با «قصد» انجام دهد.

۲-۲-۶-۲- سیاست تقنینی مناسب دولت جمهوری اسلامی ایران در قبال جنایت یادشده. قابل پیش‌بینی است هیچ‌یک از مواد قانون مجازات اسلامی قابل انطباق بر مفهوم این جنایت نباشد و ضرورت جرم‌انگاری این عنوان مجرمانه برای محاکمه عاملان این جنایت اجتناب‌ناپذیر باشد. از جمله نکاتی که باید مورد توجه مقنن ایرانی قرار گیرد این است که در طی مذاکرات کمیسیون مقدماتی این گونه استدلال و استنباط می‌شد که این

۷۷. محمودی، «جرم‌انگاری جنایات علیه بشریت در نظام داخلی جمهوری اسلامی ایران»، ص ۵۹۹.

78. Lee, *op. cit.*, pp. 196-197.

جنایت باید در فهرست جنایات جنگی به عنوان یک نقطه اطمینان از قابل تعقیب و مجازات بودن هر گونه عمل جدی با ماهیت جنسی که به زور علیه شخصی ارتکاب یافته و این رفتار به گونه‌ای است که در قالب سایر جنایات جنسی نمی‌گنجد، تلقی شود. به علاوه، عبارت اساسنامه رم بیانگر آن است که تنها جنایات جدی خشونت جنسی باید تحت صلاحیت دیوان قرار گیرد. لذا، خشونت جنسی باید از شدت قابل مقایسه‌ای با سایر جنایات جنسی برخوردار باشد و موجب نقض کنوانسیون‌های ژنو نیز شده باشد.^{۷۹}

در پایان لازم به ذکر می‌باشد اساسنامه رم که حاصل بده بستان‌های سیاسی فراوان و نهایتاً مصالحه سیاسی دولت‌ها است نمی‌توانست نسبت به تحول و پیشرفت‌های حقوق بشردوستانه بین‌المللی بی‌تفاوت بماند. بنابراین، بسیاری از تحولات اخیر این حوزه در جرم‌انگاری جنایات و تعریف عناصر آنها لحاظ گردید. به عنوان مثال، می‌توان به جرم‌انگاری ازدواج اجباری، حاملگی اجباری، عقیم‌سازی اجباری و سایر اشکال خشونت جنسی اشاره نمود. بدیهی است، جرم‌انگاری این جنایات در حقوق داخلی کشورمان باید با توجه به تحولات اخیر حقوق بشردوستانه بین‌المللی و حقوق کیفری بین‌المللی و همچنین، عدم تردید محاکم کیفری بین‌المللی موقت در محاکمه و مجازات این جنایات باشد. بدیهی است، اتخاذ سیاست تقنینی مناسب توسط نهادهای ذی‌ربط باید با این رویکرد باشد که برای جرم‌انگاری کلیه مصادیق خشونت جنسی باید حداکثر پتانسیل و توان بالقوه حقوق داخلی برای تعقیب و مجازات مرتکبان این جنایت به کار گرفته شود.

نتیجه

دیوان کیفری بین‌المللی - پس از ایجاد سازمان ملل - بزرگ‌ترین تحول در حقوق بین‌الملل در دوران معاصر است. تأسیس این دیوان توانست تابعان کلاسیک حقوق بین‌الملل را که محدود به دولت‌ها و در درجه بعد سازمان‌های بین‌المللی بود دستخوش تحول نماید و «افراد حقیقی» را که قبلاً تنها در عرصه حقوق داخلی صاحب حقوق و تعهدات بودند نه تنها موضوع حقوق بین‌الملل نماید، بلکه آنان را بخاطر ارتکاب نقض‌های شدید حقوق بشر و حقوق بشردوستانه واجد «مسئولیت کیفری فردی» بداند. این امر به معنای ضرورت عطف توجه هر چه بیشتر دولت‌ها به واقعیتی به نام «دیوان کیفری بین‌المللی» و لزوم انطباق

79. KNVT, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, p. 343.

قوانین و مقررات داخلی خود با این واقعیت غیر قابل انکار است. زیرا ویژگی‌های خاص این نهاد بین‌المللی نظیر صلاحیت تکمیلی و همچنین اعمال صلاحیت ماهوی دیوان بر دولت‌های غیر عضو باعث شده دولت‌ها دیگر نتوانند به عدم الحاق خود به اساسنامه به عنوان دفاع و مفری از اعمال صلاحیت دیوان بنگرند. از این رو، دولت‌های غیر عضو از جمله کشور عزیزمان، باید با هوشیاری کامل و با استفاده از فرصت‌هایی که اساسنامه در اختیار دولت‌ها قرار داده است به اتخاذ راهکارهایی در استفاده هر چه بیشتر از ظرفیت‌های حقوق داخلی برای محاکمه و مجازات مرتکبان جنایات خپیر بین‌المللی از جمله اتخاذ سیاست تقنینی مناسب در قبال جنایات مندرج در اساسنامه دیوان و به ویژه مصادیق خشونت جنسی البته با حفظ اصول و ارزش‌های اسلامی و ملی بپردازد. البته، چالش‌های حقوقی و فقهی این راه پر فراز و نشیب غیر قابل اغماض است ولی در عین حال با کمی مصلحت‌اندیشی قابل حل خواهند بود. وانگهی، اتخاذ چنین رویکردی برای گذار از این چالش‌ها مزایای بسیاری خواهد داشت و باعث به کارگیری قابلیت‌های حقوق داخلی، محاکم ملی، برگزاری محاکمات توسط قضات آشنا با مبانی فقهی و حقوقی، جایگزین نمودن این امکان به جای رسیدگی ناخواسته توسط دیوان کیفری بین‌المللی و در مقیاسی وسیع‌تر موجب تعامل پویا و سازنده با دیوان کیفری بین‌المللی - به عنوان نهاد دائمی کیفری بین‌المللی - و به ویژه جلوگیری از خدشه به حاکمیت سیاسی کشورمان خواهد بود.

علی‌رغم بحث‌های فراوان حقوقدانان کشورمان در مورد لزوم و تبعات جرم‌انگاری جنایات مشمول صلاحیت دیوان، تاکنون هیچ اقدام عملی در این خصوص انجام نگرفته است، به جز تنظیم «لایحه رسیدگی به جنایات بین‌المللی» مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۶ که به منظور فراهم نمودن شرایط اعمال صلاحیت جهانی توسط محاکم داخلی کشورمان برای رسیدگی به جنایات ارتكابی در غزه تهیه شد و به جرم‌انگاری عناوین مجرمانه نسل‌کشی، جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی و تعریف هر یک پرداخت. در لایحه پیشنهادی مزبور، از میان مصادیق متعدد خشونت جنسی تنها «تجاوز به عنف» به عنوان جنایت علیه بشریت مورد تصریح واقع شده بود. بررسی و تصویب این لایحه در مجلس شورای اسلامی می‌توانست گام نخست حرکت رو به رشد حقوق داخلی در مواجهه با دیوان کیفری بین‌المللی باشد که متأسفانه عقیم ماند. به نظر می‌رسد، علی‌رغم تلاش‌های جامعه حقوقی کشورمان در عطف توجه مراجع ذی‌ربط، به ثمر رساندن این ایده منوط خواهد بود به عزم و اراده ملی نهادهای مرتبط در قوه مقننه، مجریه و قضائیه، همچنین شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

۱- کتب

شریعت باقری، محمدجواد. حقوق کیفری بین‌المللی، تهران، انتشارات جنگل، چاپ هفتم، ۱۳۸۸.
دیهم، علیرضا. درآمدی بر حقوق کیفری بین‌المللی، تهران، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، چاپ اول، ۱۳۸۰.

میرمحمد صادقی، حسین. دادگاه کیفری بین‌المللی، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۷.
کیتی چایساری، کریانگ ساک. حقوق کیفری بین‌المللی، ترجمه حسین آقای جنت مکان، تهران انتشارات دانشور، چاپ اول، ۱۳۸۲.

مهرپور، حسین. نظام بین‌المللی حقوق بشر، تهران، انتشارات اطلاعات، چاپ دوم، ۱۳۸۳.

۲- مقالات

فلاحیان، همایون. «همسوسازی مقررات کیفری جمهوری اسلامی ایران با اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، در: جمهوری اسلامی ایران و دیوان کیفری بین‌المللی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۰.

میرزایی ینگجه، سعید. «سازمان ملل متحد و دیوان کیفری بین‌المللی» در: دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران، اسحاق آل حبیب، تهران انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۷۹.

محقق داماد، سید مصطفی. «الحاق ایران به دیوان کیفری بین‌المللی از منظر قاعده نفی سبیل»، در: جمهوری اسلامی ایران و دیوان کیفری بین‌المللی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۰.

مهرپور، حسین. «بررسی موانع شرعی الحاق ایران به اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، در: جمهوری اسلامی ایران و دیوان کیفری بین‌المللی، تهران، مجمع تشخیص مصلحت نظام، چاپ اول، ۱۳۹۰.

آل حبیب، اسحاق. «دیوان کیفری بین‌المللی در یک نگاه: ضرورت‌ها و نگرانی‌ها»، در: جمهوری اسلامی ایران و دیوان کیفری بین‌المللی، تهران، مجمع تشخیص مصلحت نظام، چاپ اول، ۱۳۹۰.

ظریف، جواد. «میزگرد همایش دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران»، در: جمهوری اسلامی ایران و دیوان کیفری بین‌المللی، تهران، مجمع تشخیص مصلحت نظام، چاپ اول، ۱۳۹۰.

میرمحمدصادقی، حسین. «نسل‌کشی و خشونت جنسی در رواندا»، حقوق جزای بین‌الملل، مجموعه مقالات، تهران، نشر میزان، پاییز ۱۳۸۴.

محمودی، علی. «جرم‌انگاری جنایات علیه بشریت در نظام داخلی جمهوری اسلامی ایران» در: جمهوری اسلامی ایران و دیوان بین‌المللی، تهران، مجمع تشخیص مصلحت نظام، چاپ اول، ۱۳۹۰.

۳- قوانین

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱

(ب) منابع انگلیسی

1) Books

Oshea, Andreas. *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Netherland, Kluwer law International, 2004.

Schabas, William A. *The International Criminal Court, a Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010.

Lee, Roy. S. *International Criminal Court, Elements of Rules, Procedure, Evidence*, U.S.A., First Published, Transitional Publisher, 2001.

Bassiouni, M. Cherif. *A Draft of International Criminal Code and Draft Status for a Criminal Tribunal*, Netherland, Martins Nijhof Publisher, 1987.

KNVT, Dorman. *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2003.

2) Articles

Lewis, Dustin A. "UN Recognized Victims: Sexual Violence against men in Conflict Settings under International Law", *Wisconsin International Law Journal*, 2009, Vol. 27, No.1.

Kleffner, Jann. "The Impact of Complementarity on National and International Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice*, No. 1, 2003.

3) Judgements

Prosecutor v. Kunarac, Kocat Vukovi Judgement, Case No IT-96-23 and IT-96-23 and IT-96-23, 1, 22 February 2001.

Prosecutor v. Furundzija Judgement, Case No. IT-95-17/IT.10 December 1998.

Prosecutor v. Karadzic and Mladic. Review of Indictment Pursuant to Rule 61, Case No. IT-96-23.

Prosecutor v. Akayesu Judgement, Case No. IT- 96-4, 2 September 1998.

Prosecutor v. Kvocka Judgement, Case No. IT- 96-22, 2 November 2001.

4) Internet sites:

Chunghee Sarah Soh, "The Comfort women project" [http:// www.online.sfsn.wvII.810.htm](http://www.online.sfsn.wvII.810.htm)

"Japanese Mass Rape and Sexual Enslavement of Women and Girls from 1932-1945 in the Comfort women System", [http:// www.cmht.com/casewatch/cases/swcomfort2htm](http://www.cmht.com/casewatch/cases/swcomfort2htm).

پرتال جامع علوم انسانی

ABSTRACTS

International Criminal Court and appropriate Law-Making Policy of Islamic Republic of Iran for Criminalizing Sexual Violence

Zohreh Mousavifar (Ph.D.)

Assistant Professor in International Law at Islamic Azad University,
Bandar-e-Anzali Branch, Email: z_mousavifar@yahoo.com

Established mechanisms of International Criminal Court may put the non-member states in unwanted position of applying court's jurisdiction on crimes committed by the nationals of that state or crimes committed in the territory of that state. These crimes include various forms of sexual violence which are enumerated in articles 7 and 8 of Statute under the heading of crimes against humanity and war crimes. The sole solution would be using potentials of national law to prosecute and punish perpetrators of international crimes including sexual violence against women as a substitute for proceedings of International Criminal Court. This means the necessity of criminalizing sexual violence in national legal systems, addressing current challenges and going beyond them. This issue is addressed in this paper in a descriptive-analytical method.

Keywords: International Criminal Court, law-making policy, sexual violence, criminalization, crimes against humanity, war crimes.

Journal of CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

VOL. II, No. 2

2014-2

- **International Criminal Court and appropriate Law-Making Policy of Islamic Republic of Iran for Criminalizing Sexual Violence**
Zohreh Mousavifar (Ph.D.)
- **Evolution of the Principle of Legality of Crime about Crime against Humanity in the light of Development of International Criminal Courts**
Mahdi Momeni (Ph.D.)
- **The Effects of Presumption of Non-authority in Criminal Law in the light of Public Law Doctrines**
Azadeh-sadat Taheri (Ph.D.) & Mohammad-Ali Rajab
- **Child Soldiers Recruitment in International Criminal Law**
Seyed Alireza Mirkamali (Ph.D.) & Sahar Pourhasan Ziveh
- **Infringement of Trademark Rights: Waivable or non-Waivable Crime?**
Mohsen Sadeghi (Ph.D.)
- **Implications of the Non-Reciprocity in the International Criminal Law**
Haleh Hosseini Akbarnezhad (Ph.D.)



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law

Research & Study