

# ایجاد اضطراب برای زن به قصد تمکین جنسی وی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱/۸/۵

تاریخ تألیف: ۱۴۰۲/۴/۱۰

جلال‌الدین قیاسی\*

## چکیده

قانونگذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ برای جرم تجاوز به عنف و اکراه، مجازات اعدام را مقرر کرده است و موارد دیگری همچون اغفال، تهدید، ربایش، خواب، مستی و بییهوشی را نیز بدان ملحق کرده است. ایجاد اضطراب برای زن توسط مرد به قصد مطالبه تمتع جنسی و سوء استفاده بعدی از وضعیت زن برای رابطه غیرفانونی مورد سکوت قرار گرفته است. هدف از این تحقیق آن است که حکم عامل ایجاد اضطراب برای زن از دیدگاه فقه و قانون تبیین شود. در این مقاله باروش تحلیلی و توصیفی احتمالات تفسیری مختلف مانند مراجعه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، تفسیر مضیق یا تفسیر به نفع متهم، قیاس اولویت و قیاس مستنبط‌العله با تمسک به تنقیح مناط قطعی مورد بررسی قرار گرفته است. یافته‌های پژوهش حکایت از آن دارد که نهایتاً با الغای خصوصیت از موارد یادشده در قانون و تنقیح مناط قطعی و استنباط علت حکم یعنی عدم رضایت زن در تمامی موارد مذکور، تسبیب در اضطراب زن از حیث مجازات، به زنای به عنف ملحق می‌شود.

**واژگان کلیدی:** زنای به عنف، تسبیب در اضطراب، تنقیح مناط، اصل ۱۶۷ قانون اساسی.

## مقدمه

بیان مسئله — طبق ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی: حدّ زنا در موارد زیر اعدام است: ... ت - زنا یا به عنف یا اکراه از سوی زانی که موجب اعدام زانی است.

تبصره ۲ — هرگاه کسی با زنی که راضی به زنا یا او نباشد در حال بیهوشی، خواب یا مستی زنا کند رفتار او در حکم زنا یا به عنف است. در زنا از طریق اغفال و فریب دادن دختر نابالغ یا از طریق ربایش، تهدید و یا ترساندن زن اگرچه موجب تسلیم شدن او شود نیز حکم فوق جاری است.

طرح مسئله را با یک مثال ساده آغاز می‌کنیم. زن و مردی در بیابانی گرم و سوزان در حال حرکت هستند و هرکدام ذخیره آب محدودی دارند که بدون آن قادر به ادامه حیات نیستند. چنانچه مرد اقدام به تلف نمودن ذخیره آب زن نماید و پس از آنکه وی بر اثر تشنگی تحت فشار قرار گرفت از وی تقاضای رابطه جنسی نامشروع در ازای دادن آب نماید آیا چنین عملی را می‌توان در حکم زنا یا به عنف دانست؟ مثال عینی و پیچیده‌تر مسئله در مواردی مانند ارتباط جنسی گروه داعش با اسرای زن است. این ارتباط گاه به صورت اکراه صورت گرفته است اما در موارد زیادی شرایط وحشتناک حاکم بر اسارت و رفتار وحشیانه و مرگبار داعش با زنانی که در مقابل خواسته آنان تمکین نمی‌کردند در مجموع اوضاع و احوالی را رقم زده بود که آنان مرگ را به چشم خود دیده و بدون تهدید اما با اطلاع از سرنوشت مرگبار خود در صورت عدم تمکین، عملاً مضطرب<sup>۱</sup> به برقراری رابطه جنسی بدون رضایت با افراد این گروه می‌شدند. سوءاستفاده از زنان در قاچاق انسان، نمونه بسیار گسترده از ایجاد اضطراب به قصد سوء استفاده جنسی است. به همین ترتیب اگر کسی زنی را تهدید به اجرای قصاص فرزندش نماید مگر آنکه با وی رابطه جنسی برقرار نماید، از آنجا که شرط اکراه غیرقانونی بودن تهدید است (قیاسی و ساریخانی، ۱۳۹۵، ص ۲۹۹) و تهدید مذکور قانونی است،

۳۶

حقوق اسلامی / جلال‌الدین قیاسی

۱. مجرد خوف موجب اکراه نیست و برای تحقق اکراه باید حتماً تهدیدی صورت بگیرد. طبق ماده ۲۰۸ قانون مدنی: «مجرد خوف از کسی بدون آنکه از طرف آن کس، تهدیدی شده باشد اکراه محسوب نمی‌شود.» اما در کتب فقهی حالت خاصی به اکراه ملحق شده که اگرچه تهدیدی از جانب کسی صورت نگرفته اما الزامی از ناحیه امری وجود دارد که به احتمال زیاد منجر به مجازات مامور می‌شود. امام خمینی در کتاب طلاق چنین حکم کرده‌اند: «از حیث حکم و موضوع ملحق به اکراه می‌شود موردی که کسی دیگری را امر به کاری کند که ناخوشایند می‌داند درحالی که مامور می‌ترسد اگر دستور امر را اجرا نکند توسط امر مجازات شود یا ضرری متوجه او شود» (خمینی، ۱۳۷۹، کتاب طلاق، مسئله ۴) یعنی از نظر امام خمینی در صورت امر و تقاضای رابطه جنسی در شرایطی مانند داعش، سایر گروه‌های تروریستی و یا آدم ربایان یا قاچاقچیان انسان چنین عملی حکم اکراه را دارد. اما به نظر نویسنده به دلیل عدم وجود تهدید بالفعل، چنین حالتی بیشتر به اضطراب شبیه است تا اکراه.

وضعیت زن در این حالت مصداق اضطراب است نه اکراه.

مقنن در مورد ایجاد اضطراب از سوی زانی به قصد سوءاستفاده جنسی از زن سکوت کرده است و علی‌القاعده، از آنجا که الحاق اضطراب به اکراه یا مواردی همچون خواب، بیهوشی یا اغفال در زنا به ضرر متهم است ابتدا به نظر می‌رسد طبق موازین حقوق کیفری باید حکم به عدم الحاق کرد و زنا ناشی از اضطراب را زنا عادی تلقی کرد اما به نظر میرسد مسئله نیازمند تأمل بیشتری است. سوال اصلی تحقیق یافتن حکم زنا ناشی از ایجاد اضطراب برای زن است که سوالات فرعی ذیل را به دنبال دارد. آیا به دلیل سکوت قانون در این مورد باید به اصل ۱۶۷ مراجعه کرد یا تفسیر به نفع متهم نمود و در صورت تفسیر به نفع متهم آیا اصل ۱۶۷ بلا موضوع نخواهد شد؟ آیا با تنقیح مناط قطعی و از طریق قیاس مستنبط العله و یا حتی از طریق قیاس اولویت میتوان به حکم مسئله رسید؟ آیا تمسک به قیاس امری اجتهادی است یا قاضی غیر مجتهد هم میتواند بدانها عمل کند یا او باید به اصل ۱۶۷ مراجعه نماید؟

۳۷

فرضیه تحقیق، الحاق حکم چنین زنائی به زنا به عنف است. در خصوص سابقه تحقیق تا بدانجا که نویسنده جستجو کرده هیچ منبعی بدین سوال نپرداخته است و از این حیث واجد جنبه نوآوری است. تحقیق در سه فصل سامان داده شده، فصل نخست به تعاریف و اصطلاحات لازم پرداخته شده و در فصل دیگر صور مختلف مسئله جهت تحلیل دقیق و بیان محل نزاع واکاوی شده و در فصل پایانی راه حل‌های محتمل برای پاسخ‌گویی بدین سوال مطرح شده است که خود از دو قسمت حقوقی و فقهی - اصولی تشکیل میشود و در پایان به نتیجه پرداخته شده است.

## ۱. تعاریف و اصطلاحات

قبل از ورود در بحث ناگزیر از بیان تعاریف و اصطلاحاتی هستیم که در طرح مسئله و بررسی آن نیازمند آنها هستیم.

### ۱.۱. عنف

عنف کلمه‌ای است عربی که در فارسی نیز به همان معنای مشابه عربی به کار رفته است. ابن منظور آنرا ضد رفق (مدارا) و شدت و مشقت تعریف کرده است (ابن منظور، ۱۴۱۴، مدخل عنف) دهخدا آنرا درشتی و سختی و ضد رفق و مدارا تعریف کرده است (دهخدا، ۱۳۷۳، مدخل عنف) و

لغت نامه معین آثرا شدت و قساوت و درشتی نامیده است (معین، ۱۳۷۱، مدخل عنف). عنف برای رفتار فیزیکی همراه با زور و خشونت و تحمیل رفتاری با جبر فیزیکی به کار می‌رود مانند آنکه دست و پای کسی را بسته در دهان او شراب بریزند یا به تجاوز کنند. عنف را به مادی و معنوی تقسیم بندی کرده‌اند که عنف مادی به همان معنای لغوی است که با خشونت و قهر فیزیکی همراه است. در مقابل میتوان اکراه را عنف معنوی دانست زیرا با تهدید و ایجاد فشار روحی بر شخص صورت می‌گیرد. اموری همچون اغفال و یا تجاوز در خواب و بیهوشی اگر چه همراه با قهر و غلبه فیزیکی یا ایجاد فشار روحی نیستند اما بدلیل اینکه رضایت معنی علیه در آن وجود ندارد حکماً ملحق با عنف هستند.

در حال حاضر قانون جرایم جنسی (Sexual Offences Act, 2003) مصوب سال ۲۰۰۳ مجلس انگلستان حاکم بر جرایم جنسی بوده و ماده یک آن، بزه تجاوز به عنف (Rape) را تعریف و عناصر اصلی آن را برشمرده است. به موجب آن ماده تجاوز به عنف زمانی محقق می‌شود که فردی (به‌عنوان مثال؛ الف):

۱. عمداً آلت تناسلی (ذکوریت) خود را به قبل، دُبر یا دهان شخص دیگر (به‌عنوان مثال ب) داخل نماید؛
۲. شخص ب رضایت به دخول نداشته باشد؛
۳. شخص الف اعتقاد متعارفی به وجود رضایت ب نداشته باشد. ضمناً با توجه به اوضاع و احوال، این اعتقاد متعارف بدست آید که الف هر گونه اقدامی را در جهت احراز رضایت ب انجام داده است.

چنانکه می‌بینیم ملاک عنف عدم رضایت است اما به منشاء عدم رضایت اشاره‌ای نشده است و می‌تواند امور مختلفی همچون فریب یا اکراه یا جبر فیزیکی باشد. شرط عدم رضایت در قانون انگلستان شرطی علمی است یعنی متهم باید اعتقاد معقول یا متعارفی به رضایت معنی علیه نداشته باشد تا مجرم شناخته شود و لذا اگر به شکل متعارفی اعتقاد به رضایت داشته باشد عمل وی عنف محسوب نمی‌شود.

تعریف قانون ۲۰۰۳ از تجاوز به عنف، دایره شمول آن را افزایش داده به گونه‌ای که برخی از فعالیت‌های مجرمانه (همچون «دخول آلت تناسلی به دهان» (Oral penetration) را که قبلاً جزء عنوان کلی «تجاوز و قبحانه» (Indecent assault) و نیز لواط بدون رضایت را که قبلاً جزء

عنوان کلی «لواط» (Buggery) بود؛ را نیز دربرمی‌گیرد (Elizabeth A. martin, 2006, p.438). ناگفته پیداست که در حوزه جرایم جنسی، بحث «رضایت» (Consent) یا عدم وجود آن از مباحث بسیار مهم و اساسی محسوب می‌شود. چرا که در کشوری مانند انگلستان تنها این عامل است که یک عمل جنسی مشروع را به جرم بسیار شدید تجاوز به عنف تبدیل می‌نماید. از طرفی اثبات فقدان رضایت در دادگاه امری بسیار مشکل است و مشکل اثبات آن زمانی تشدید می‌شود که طرفین در گذشته برای یکدیگر شناخته شده بوده و دارای سابقه روابط جنسی با رضایت باشند. اما منظور قانونگذار از رضایت چیست؟ در ماده ۷۴ قانون جرایم جنسی ۲۰۰۳ رضایت به «موافقت آزادانه یک فرد دارای اهلیت» تعبیر شده است، بنابراین:

اولاً، منظور از عنف صرفاً اعمال خشونت فیزیکی نیست، بلکه ارتکاب عمل جنسی علیه شخص خواب، مست، بیهوش، عقب افتاده ذهنی یا افراد تحت بازداشت نیز در حکم تجاوز به عنف و اکراه است؛ مگر آنکه خلاف آن ثابت شود (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۷، ص ۵۰۱). از طرف دیگر رضایتی که در اثر اغفال یا اکراه و تهدید اعلام شده باشد، در حکم عدم رضایت دانسته شده و ارتکاب عمل جنسی با چنین فردی نیز (علی‌رغم وجود رضایت ظاهری)، تجاوز به عنف محسوب می‌گردد.

## ۱-۲. تنقیح مناط و تخریج مناط

تنقیح مناط یعنی شارع حکمی را به سببی نسبت دهد و همراه با آن سبب، اوصافی را ذکر کند که تأثیری در حکم ندارند، در این حالت لازم است چنین اوصافی را در حکم معتبر ندانیم تا حکم توسعه یابد (حکیم، ۱۳۹۰، ص ۳۱۵). چنان‌که اگر در مورد عرب بادیه نشینی که در ماه رمضان با همسر خود جماع کرده از شارع سؤال شود و در پاسخ گفته شود: «مرد عرب بادیه نشین که با همسر خود جماع کرده است باید کفاره بدهد»، قید عرب و بادیه نشین تأثیری در حکم ندارد، زیرا مناط حکم، فعل مکلف است نه فعل عرب بادیه نشین (غزالی، ۱۹۹۵، ج ۲، ص ۲۳۱). غزالی ملاک حذف اوصاف غیر مؤثر را عادت شرع می‌داند (همان، ص ۲۳۲).

در تنقیح مناط، علت حکم (مناط) با نص شناخته می‌شود و مجتهد از میان اوصافی که در نص وارد شده است یکی را به عنوان علت حکم برمی‌گزیند (زهیلی، ۱۹۸۶، ص ۶۹۲/ غزالی، ۱۹۹۵، ص ۲۳۳). به همین دلیل اصولی‌های اهل سنت برای صورتی که فقیه با درک و استنباط خود علت

حکم رابه دست می‌آورد اصطلاح «تخریج مناط» را جعل کرده‌اند غزالی تخریج مناط را چنین تعریف می‌کند که مثلاً در موردی شارع حکم به تحریم چیزی می‌دهد ولی متعرض علت حکم نمی‌شود، مانند تحریم شراب و تحریم ربا در گندم که مجتهد با استنباط درمی‌یابد ملاک حرمت شراب سکرآور بودن آن بوده و نبیذ (نوعی مشروب که از آب انگور گرفته می‌شود) را نیز بدان ملحق می‌کند یا در گندم درمی‌یابد چون خوراک مردم بوده پس برنج و کشمش را به آن ملحق می‌کند (همان).

ملاک در صدق عنف عدم رضایت است. اگر زنی که با او عمل جنسی غیر قانونی صورت گرفته بدین کار راضی باشد، چه خواب چه بیدار چه مست چه هشیار، عمل مذکور زنا عادی است. لذا در ربایش هم اگر زن راضی باشد یا در خصوص حالت خواب اگر پس از بیداری بگوید من راضی بودم باز عنف صدق نمی‌کند در مورد خواب مصنوعی اگر زن ناراضی باشد عنف ولو آنکه در تبصره بدان تصریح نشده است اما به دلیل اطلاق تبصره یا صدق ملاک عنف عمل را میتوان زنا به عنف نامید.

شروط مذکور در قانون یا شرع، یا عینی هستند یا علمی یعنی در محل بحث باید دید شرط «عدم رضایت» برای تحقق عنف علمی است یا عینی و در صورتی که عملی یا حالتی شرط علمی باشد بحث دیگری مطرح میشود که علم به «عدم رضایت» شرط تحقق عنف است یا «رضایت» مانع عنف است؟ در صورت اول اگر مرد نسبت به رضایت زن شک داشته باشد چون علم به عدم رضایت نداشته عملش عنف نیست و در صورت دوم چون فقط رضایت مانع عنف است و چنین رضایتی احراز نشده عمل او عنف است. در ابتدای تبصره گفته شده «با زنی که راضی به زنا با او نباشد» و در تبصره گفته نشده که این مرد باید علم به عدم رضایت زن داشته باشد یعنی لسان قانون آن است که «عدم رضایت» شرط عینی است نه شرط علمی<sup>۱</sup> اما با توجه به اینکه مسئله در باب

۱. تمایز این دو گونه شرط در آن است که در شرط علمی، فقدان شرط اگر ناشی از جهل باشد ضرری نمی‌زند مثلاً طهارت لباس در نماز شرط علمی است و چنانچه کسی بر اثر بی‌اطلاعی در لباس نجس نماز بخواند نماز او صحیح است درحالی که داشتن وضو شرط عینی است و با فقدان آن نماز باطل است ولو نمازگذار جاهل باشد. در بحث حاضر نیز اگر عدم رضایت شرط علمی باشد جهل مرکب زانی به اینکه گمان می‌کرده زن راضی است زنا را به زنا عادی تبدیل میکند اما اگر شرط عینی باشد علم و جهل زانی تاثیری ندارد و عمل در هر صورت عنف محسوب می‌شود. در حقوق کامن‌لا سن دختر در رابطه جنسی شرط عینی است یعنی جهل مرد بدان رافع مسئولیت او نیست. اگر قانون یا شرع در مقام ایجاد تکلیف یا مجازات باشد شرط عینی بودن سختگیرانه‌تر از علمی بودن است.

حدود و بنا بر تخفیف است باید شرط را علمی گرفت و از سوئی دیگر قائل شد که «عدم رضایت» شرط عنف است نه اینکه رضایت مانع عنف باشد. بنابراین قاضی باید احراز کند که مرد نسبت به عدم رضایت زن علم داشته است و چنانچه از نظر قاضی، مرد ظن یا شک به رضایت هم داشته باشد عمل او عنف محسوب نمیشود.

به عنوان مثال فرض کنیم دو نفر با هم همخانه هستند (ازدواج سفید) و تاکنون بارها با هم رابطه جنسی غیر قانونی اما مبتنی بر رضایت زن داشته‌اند اگر امشب زن خواب یا مست است و مرد احساس می‌کند اگر زن بیدار یا هشیار بود مخالفتی نداشت، با اینکه زن هوشیار نیست تا رضایت و عدم رضایت خود را اعلام کند اما این حالت مشمول عنف نمی‌شود. در عمل قضات وقتی زن ادعای عنف میکند سبق روابط جنسی را دلیل بر رضایت میگیرند یعنی روابط قبلی را اماره رضایت بعدی میگرد مگر خلافش اثبات شود. البته عبارت قانون خیلی روشن نیست اما به نظر میرسد متن می‌خواهد بگوید مرد باید بداند زن راضی نیست. مثلاً زنی است غریبه یا زنی است شوهردار یا عفیف بگونه‌ای که مرد می‌داند اگر او بیدار بود راضی به این عمل نبود.

۴۱

در قانون جرایم جنسی (Sexual Offences Act, Amendment, 1976) (اصلاحی) ۱۹۷۶ انگلستان، قانونگذار در ماده یک تعریف جدیدی از جرم تجاوز به عنف ارائه داد به گونه‌ای که آمیزش جنسی وقتی تجاوز به عنف محسوب می‌شود که زن در زمان نزدیکی فاقد رضایت بوده و مرد به عدم رضایت او علم داشته و یا در احراز رضایت داشتن یا نداشتن زن، سهل انگاری کرده باشد (قیاسی و نیک‌نسب، ۱۳۹۵، ص ۱۵۹-۱۸۷).

اما مواردی که لغتاً و موضوعاً عنف نبوده اما حکماً ملحق به عنف میشوند در تبصره ۲ ماده مذکور بیان شده است:

تبصره ۲— هرگاه کسی با زنی که راضی به زنا با او نباشد در حال بیهوشی، خواب یا مستی زنا کند رفتار او در حکم زنا با عنف است. در زنا از طریق اغفال و فریب دادن دختر نابالغ یا از طریق ربایش، تهدید و یا ترساندن زن اگرچه موجب تسلیم شدن او شود نیز حکم فوق جاری است.

با توجه به اینکه حکم زنا با عنف و اکراه اعدام مقرر شده است و از سوئی دیگر در تبصره ۲ ماده مذکور مواردی همچون زنا در حالت خواب و بیهوشی یا ناشی از صغر و جنون یا ارباب و تهدید به اکراه و عنف ملحق شده‌اند، سوال اصلی این تحقیق آن است که آیا میتوان تسبیب در اضطرار زن به زنا توسط مرد را نیز ملحق به زنا با عنف و اکراه دانست؟

### ۱-۳. نقاط اشتراک و افتراق میان اکراه و اضطرار

از آنجا که تبیین مسئله نیازمند تفکیک دقیق میان اکراه و اضطرار است ناچار از ذکر نقاط اشتراک و افتراق این دو اصطلاح هستیم (قیاسی و ساریخانی، ۱۳۹۵، ص ۲۷۰).

#### ۱-۳-۱. تشابه‌ها

۱. هر دو در معرض خطرند و در صورت عدم اقدام، خطری که علیه آنها به وجود آمده است فعلیت یافته و موجب زیان آنان میشود. در عین حال خطریکی ناشی از تهدید است و خطردیگری ناشی از عوامل مختلف طبیعی (خواه بیرونی مانند سیل یا زلزله یا درونی مانند گرسنگی) و گاه انسانی است مانند حالتی که شخصی با شمشیر دیگری را دنبال میکند تا وی را بکشد.
۲. راه‌هایی از خطر موجود در هر دو، انجام عملی است که در شرایط عادی جرم است.
۳. اکراه و اضطرار، هر دو شخص را بر سر یک دو راهی قرار می‌دهد؛ که راهی جز تن دادن به خطر یا ارتکاب جرم برای او باقی نمی‌گذارد.
۴. اکراه و اضطرار هر دو از عناوین ثانویه بوده، سبب تغییر حکم شرعی عمل ارتكابی شده و در نتیجه، مانع مسئولیت کیفری می‌شوند (محقق داماد، ۱۳۷۹، ص ۱۲۷).
۵. در اکراه و اضطرار، مکره و مضطر دارای اراده هستند و با اختیار خود عمل مجرمانه را انتخاب می‌کنند<sup>۱</sup> اما بدان رضایت ندارند.

#### ۱-۳-۲. تفاوت‌ها

۱. در تفاوت میان آن دو نیز می‌توان گفت: عامل اکراه در مکره، با سبب اضطرار در مضطر متفاوت است؛ در اضطرار شخص خود را در اوضاع و احوالی می‌بیند که خروج از آن مستلزم ارتکاب جرم است این اوضاع و احوال چنانکه گفته شد میتواند ناشی از عوامل مختلف طبیعی (خواه بیرونی مانند سیل یا زلزله یا درونی مانند گرسنگی) و گاه انسانی مانند حالتی که شخصی با شمشیر دیگری را دنبال میکند تا وی را بکشد، باشد. اما منشاء خطر و تهدید در اکراه

۱. در اینجا عبارت خواه حقوقدانان و خواه فقهاء دارای اضطراب است مثلاً از یکسو شهید ثانی تصریح می‌کند که مکره اختیار دارد (عاملی، ۱۴۱۳، ص ۱۵۶) و اصولاً مثال‌هایی که برای اکراه ذکر می‌شود مانند ولایت از طرف جائز نمیتواند بدون اختیار باشد اما از طرف دیگر محدث بحرانی برای اکراه مثال هم به تهدید میزند هم به جانی که با بستن دهان کسی مانع سخن گفتن وی شوند که در واقع مصداق اجبار است (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۱۱) یا دیگری که ریختن مایع در حلق را اکراه می‌داند (سیوری حلی، ۱۴۰۳، ص ۷۵) و همین‌طور علامه حلی که اختیار را در مقابل اکراه به کار می‌برد (علامه حلی، ۱۴۲۰، ص ۳۳۹).



همواره یک فرد انسانی است که عامل خارجی تلقی میشود.

۲. در اکراه، نوع جرم از طرف مکروه معین می‌شود اما در اضطرار شخص مضطر با مصلحت سنجی خود برای فرار از خطر، گزینه خاصی را انتخاب میکند لذا اگر شخصی از دیگری با تهدید، پولی مطالبه کند و او خانه خود را برای تهیه این پول بفروشد چنین معامله‌ای اکراهی نیست بلکه اضطراری است زیرا وی به دادن پول تهدید شده نه فروش خانه (انصاری، [بی‌تا]، ص ۱۱۹).

ب) باید توجه داشته باشیم که اضطرار ناشی از تحریک جنسی وجود ندارد. مثل اینکه شخص بگوید من از شدت هیجان و میل جنسی در آستانه مرگ بودم یا در عسر و حرج شدید بودم! که چنین چیزی پذیرفته نشده است اما انسان بر اثر اضطرارهای دیگر ممکن است مرتکب عمل جنسی شود. مثل اینکه از فرط گرسنگی و تشنگی در حال مرگ باشد یا مثلاً برای خرج عمل جراحی فرزندش تن فروشی کند. این حالت اگرچه اضطرار است اما از محل بحث ما خارج است زیرا چنین اضطراری ناشی از عمل زانی نیست و خود به خود برای زن به وجود آمده در حالی که محل بحث این مقاله موردی است که مرد سبب اضطرار زن باشد.

## ۲. صور گوناگون مسئله

برای تبیین هر چه بیشتر مسئله باید صور مختلف آن مد نظر قرار گیرد. اگر چه در ابتدای بحث مثال‌های متعددی مطرح گردید اما برای تسهیل در تبیین، از میان مثال‌های مذکور ما ساده‌ترین مثال یعنی اتلاف ذخیره آب زن در بیلبان توسط مرد را به تفکیک مد نظر قرار دادو حکم هر یک را بدست می‌آوریم. با کمی توسعه در مثال بالا میتوان چنین تصور نمود که ریختن آب زن توسط مرد میتواند با چهار انگیزه مختلف صورت بگیرد. از سوی دیگر پیشنهاد رابطه جنسی میتواند هم از سوی مرد و هم سوی زن باشد در نتیجه با هشت صورت زیر روبرو هستیم. این صور را میتوان حسب شدت و ضعف سوء نیت مرد در خصوص زنا، از فقدان سوء نیت تا سوء نیت کامل در چهار مرحله و طبق دسته بندی زیر نشان داد.

الف) هنگام اتلاف آب، مرد هیچ توجهی به رابطه جنسی نداشته و اتلاف آب اصولاً عمدی نبوده است اما پس از حدوث اضطرار برای زن، پیشنهاد رابطه جنسی ممکن است توسط زن یا مرد داده شود (صورت یک و دو).

ب) اتلاف آب عمدی بوده اما مرد قصد در خواستی از زن نداشته بلکه از روی عصبانیت و به

قصد اضرار به زن آنرا انجام داده است. پس از حدوث اضطرار برای زن، پیشنهاد رابطه جنسی ممکن است توسط زن یا مرد داده شود. (صورت سوم و چهارم)

ج) اتلاف آب عمدی بوده و با انگیزه در خواستی از زن پس از مضطر شدن وی صورت گرفته اما این در خواست رابطه جنسی نبوده بلکه مرد با انگیزه فروش آب یا گرفتن یک امضا یا گرفتن اطلاعاتی خاص، آب را تلف کرده است. پس از حدوث اضطرار برای زن، پیشنهاد رابطه جنسی ممکن است توسط زن یا مرد داده شود. (صورت پنجم و ششم)

د) اتلاف آب عمدی بوده و با هدف درخواست رابطه جنسی صورت گرفته است. در اینجا نیز پس از حدوث اضطرار برای زن، پیشنهاد رابطه جنسی ممکن است توسط زن یا مرد داده شود. (صورت هفتم و هشتم)

از این هشت صورت تنها حالت اخیر یعنی صورت (د) با دو شق مختلف خود یعنی صورت هفتم و هشتم از حیث حالت خطرناک مجرم از تمامی صور بارزتر و امکان الحاق حکم آن به اکراه بیشتر است. بنابراین دو صورت قابل بحث عبارت است از:

صورت هفتم — اتلاف آب عمدی بوده و با هدف درخواست رابطه جنسی صورت گرفته است اما مرد پیشنهاد رابطه جنسی نمیدهد و زن در این امر پیش قدم می‌شود و پیشنهاد رابطه جنسی توسط زن داده شود.

صورت هشتم - اتلاف آب عمدی بوده و با هدف درخواست رابطه جنسی صورت گرفته است و پیشنهاد رابطه جنسی توسط مرد داده شود.

باید توجه داشت از هشت صورت مطرح شده تنها صورت هشتم قابلیت الحاق به اکراه را دارد زیرا در سایر موارد یا زانی از ابتدای ایجاد اضطرار قصد سوء استفاده جنسی نداشته و یا آنکه اگر هنگام پیشنهاد زن چنین پیشنهادی را پذیرفته اما قبلاً به شکل عمدی و به قصد سوء استفاده از زن وی را دچار اضطرار نکرده است.

در صورت هفتم که مرد عمداً زن را به قصد سوء استفاده جنسی دچار اضطرار می‌کند اگر چه زن مضطر است اما از سوی دیگر مرد عملاً هنوز از او در خواستی نداشته و از این حیث مسئله

۱. در واقع در این حالت بنا به قاعده ی ما قُصد لم یقع و ما وقع لم یقصد یعنی آنچه قصد کرده واقع نشده و آنچه واقع شده مورد قصد او نبوده است. آنچه قصد او بوده مثلاً کشتن آن زن از تشنگی بوده که واقع نشده و زن پیشنهاد دیگری به وی داده است.

شبهاتی به اکراه ندارد زیرا چنانکه گفته شد در اکراه تعیین جرم مورد درخواست همواره توسط مکره صورت می‌گیرد.

احتیاط در مسئله و رعایت قواعد تفسیر در حقوق کیفری و تردید در صحت قیاس اضطرار به اکراه، در چنین موردی اقتضاء می‌کند از حکم به صدق عنف و مجازات سنگین اعدام در این مورد خودداری کنیم. در نتیجه تنها صورت هشتم باقی میماند که محل بحث تفصیلی این مقاله است. در بیان مسئله احتمالات و سوالات مختلفی مطرح گردید که اینک هر یک را به شکل تفصیلی مورد بررسی قرار میدهیم.

### ۳. راه‌حل‌های گوناگون در حل مسئله

مسائل حقوقی در نظام حقوقی ایران حسب آنکه ریشه در فقه داشته باشند یا نه به دو دسته تقسیم میشوند. آنها که مقتبس از فقه بوده یا حداقل بتوان در فقه پاسخی برای آن یافت، که در چنین مسائلی در موارد ابهام، اجمال، تعارض یا سکوت قانون باید طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی به منابع معتبر یا فتاوی معتبر رجوع نمود. و دسته دوم مسائلی که مصرح در فقه نیستند و در آن موارد میتوان هنگام شک، قانون را به نفع متهم تفسیر نمود. بنابراین از آنجا که مسئله محل بحث از باب حدود است از هر دو دیدگاه، راه حل‌های حقوقی و فقهی آنرا بررسی خواهیم نمود.

#### ۳-۱. راه‌حل‌های حقوقی

در راه حل‌های حقوقی، باید از روش‌های تفسیر قانون خواه به شکل تفسیر لفظی، جهت یافتن مراد مقنن، یا اصل عملی در مقام شک، جهت یافتن راه حل قضائی سود جست که ذیلاً بدان می‌پردازیم.

##### ۳-۱-۱. تمسک به اصل تفسیر به نفع متهم یا تفسیر مضیق

ممکن است مطرح شود که در حقوق کیفری نباید به تفسیر موسع دست زد و همواره باید با لحاظ تفسیر به نفع متهم قانون را به شکل مضیق تفسیر نمود و تنها در قوانین ارفاقی است که ما مجاز به تفسیر موسع هستیم زیرا به نفع متهم است بنابراین در این مسئله نیز باید به قدر متیقن از موارد عنف و ملحق به عنف که در تبصره ۲ ماده ۲۲۴ ذکر شده است اکتفا نمود و زنا ناشی از

ایجاد اضطراب را زناى عادى تلقى کرد. علاوه بر آن در باب حدود ما با قاعده درء حدود با شبهات روبرو هستیم که اجازه نمیدهد در موارد شبهه حدی اجرا شود.

در پاسخ میتوان گفت اصل تفسیر مضیق، اصلی عملی است و مجرای آن شک است و دادرس پس از آن که از هیچ طریق مجاز<sup>۱</sup> نتوانست به مراد مقنن دست یابد و تردید خود را بر طرف نماید باید بر اساس این اصل به تفسیر قانون بپردازد. آشورث حقوقدان برجسته انگلیسی یکی از کسانی است که روشن تر از دیگران بدین امر اشاره دارد که اصل تفسیر مضیق در قوانین موضوعه پس از دلایل دیگر باید مورد مراجعه قرار بگیرد، وی می گوید:

نباید چنین وانمود شود که این اصل از همان اولین مرحله تفسیر قوانین موضوعه می تواند مورد استفاده قرار گیرد، بلکه این اصل بلید قدرت خود را بیش تر در مرحله ای به کار ببرد که جست و جوی از مراد مقنن به پاسخ روشنی نرسیده است (Ashworth, 1992, p.68-69).

بنابراین پیش از هر چیز باید با فنون مختلف تفسیر قانون به مراد مقنن دست یافت و در صورت ابهام در مراد وی، نوبت به تفسیر به نفع متهم خواهد رسید. البته تمسک به تفسیر مضیق یا به نفع متهم در مسئله محل بحث ما با مانع دیگری نیز روبروست و آن اصل ۱۶۷ قانون اساسی است. باید توجه داشت تمسک به اصول علمیه مانند تفسیر به نفع متهم یا تفسیر مضیق در موارد (سکوت، اجمال یا تعارض) در خصوص مسائلی که ریشه در فقه دارندند جایز نیست زیرا در آن صورت اصل ۱۶۷ بدون موضوع خواهد شد زیرا در هر مورد، اجرای اصل عملی به دعوا فیصله خواهد داد و جایی برای اجرای این اصل باقی نخواهد ماند. در پایان باید متذکر شد که عمل به قیاس های سه گانه (اولویت، منصوص العله، مستنبط العله) در فقه و حقوق کیفری، نه تنها دارای مبانی روشن نظری است بلکه علاوه بر آن در نظریات مشورتی و آراء قضائی و فتاوی فقهی نیز دارای سابقه می باشد (تقی خانی، ۱۳۹۳، ص ۱۹۱).

با وجود استدلال های مطرح شده در بحث، تمسک به قاعده درء نیز جایی ندارد زیرا موضوع این قاعده شبهه است و هر گاه فقیه یا حقوقدان با فنون تفسیری بتواند مراد مقنن را دریابد عمل به قاعده درء جایز نیست. البته صحت و سقم این ادله در نفس الامر و عندالله مسئله دیگری است اما حسب ظاهر ادله اگر کسی در خصوص مسئله ای دچار شبهه نباشد تمسک به قاعده درء برای وی جایز نیست.

۱. قید مجاز، برای پرهیز از طرق غیر مجاز هم چون قیاس ظنی است.

### ۳-۱-۲. تمسک به اصل ۱۶۷ قانون اساسی

اگر از جنبه قضایی بخواهیم در این خصوص بحث کنیم باید بگوئیم این مورد از موارد سکوت قانون و مصداق اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است که مقرر می‌دارد: قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه‌ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

در نتیجه باید از مراجع استفتاء نموده و مشکل را حل کرد. برخی تمسک به این اصل را در مسائل کیفری جایز نمی‌دانند. با صرف نظر از رویه قضائی مستمری که در استفاده از این اصل در مسائل کیفری هست، مولف به دلایل چندی عمل بدان را جایز و بلکه لازم میدانند (قیاسی، ۱۳۹۸، ص ۴۱۴/همو، ۱۳۸۰، ص ۳۳) اما از سوی دیگر تمسک به اصل ۱۶۷ در موردی است که قاضی نتواند مراد مقنن را دریابد. سکوت قانون امری نسبی است ممکن است قانون از نظر یک قاضی ساکت باشد اما قاضی دیگری بتواند حکم مسئله را در همان قانون بیابد.

۴۷

بنابراین در چنین مواردی قاضی باید ابتدائاً با استفاده از فنون تفسیر قانون مراد مقنن را دریابد و اگر نیابد، نوبت به عمل به اصل ۱۶۷ خواهد رسید. لذا ابتدا روش‌های مختلف تفسیر قانون در دستیابی به مراد مقنن مورد بررسی خواهد گرفت و چنانچه خواهیم دید با کشف مراد مقنن نیازی به استفاده از اصل مذکور نیست.

### ۳-۱-۳. تمسک به عنوان «ترساندن» در تبصره ۲ ماده ۲۲۴

ترساندن در کنار تهدید، عنوان دیگری است که ممکن است برای الحاق اضطرار به اکراه از آن استفاده کرد. با توجه بدانکه تهدید غیر قابل تحمل، طبق ماده ۲۰۲ قانون مدنی مقوم اکراه است و اکراه در متن ماده ۲۲۴ ذکر شده است، باید برای اجتناب از تکرار، تهدید در تبصره را حمل بر تهدید قابل تحمل کرد که پذیرش آن سخت است. مثلاً اگر کسی به زنی بگوید اگر تمکین جنسی نکنی کیف پول ترا که حاوی صد هزار تومان است از تو خواهم گرفت یا به تو چند کشیده خواهم زد، با توجه به تناسب حکم و موضوع و جرم و مجازات، تبدیل مجازات صد ضربه شلاق به اعدام با چنین تهدید قابل تحملی مشکل به نظر می‌رسد و پذیرش تکرار در قانون قابل قبول تر است.

اما از سوی دیگر بلافاصله بعد از تهدید عنوان ترساندن اضافه شده است که خود مقوم تهدید

است. در اینجا یا باید عبارت «یا» را حمل بر عطف بیان کرد یعنی ترساندن را تعبیر دیگری از تهدید گرفت چنانکه در مواد دیگری از قوانین مشاهده میشود مانند «جعل و تزویر» یا «نهب و غارت»، و یا ترساندن را به معنای اکراه عملی یا ایجاد اضطراب گرفت چنانکه برخی از فقهاء گفته‌اند: «... و موضوعا و حکما ملحق به اکراه است جائی که امر کند به ایجاد چیزی که مامور بدان راضی نیست درحالی که از مجازات و ضرر بر خود در صورت مخالفت با امر ترسان است ولو آنکه از جانب امر تهدیدی صورت نگرفته باشد» (خمینی، ۱۳۷۹، کتاب طلاق، مسئله ۴) هر چند امام خمینی چنین عملی را ملحق به اکراه میدانند اما به نظر میرسد بیشتر به اضطراب شبیه است تا اکراه، چنانکه شیخ انصاری میفرماید «اگر شخصی از دیگری با تهدید، پولی مطالبه کند و او خانه خود را برای تهیه این پول بفروشد چنین معامله‌ای اکراهی نیست بلکه اضطرابی است زیرا وی به دادن پول تهدید شده نه فروش خانه» (انصاری، [بی‌تا]، ص ۱۱۹) دلیل این امر آن است که در اکراه نوع جرم باید معین شود، تفاوت اکراه با اضطراب در همین است که در اکراه، نوع جرم از طرف مکره معین میشود اما در اضطراب شخص مضطر با مصلحت سنجی خود برای فرار از خطر، گزینه خاصی را انتخاب میکند. احتمال سوم آن است که بگوییم ترساندن معنای عامی دارد و هم شامل اکراه و هم ایجاد اضطراب میشود زیرا مرد زن را در شرایطی قرار داده که بیم جان یا آسیب سخت بدنی دارد و این همان ترساندن ولو به نحو عملی است. در هر صورت در این عبارت تبصره ۲ ماده ۲۲۴ احتمالاتی وجود دارد که تمسک بدان را اندکی دشوار میسازد و اگر قاضی از این تبصره و عبارت ترساندن چنین استظهار کن

د که شامل ترساندن عملی و بدون تهدید و لفظ ولو به نحو تسبیب میشود، خود تبصره دلالت بر الحاق اضطراب به عنف دارد و اگر قاضی دلالت لفظی عبارت ترساندن را به هر دلیلی کافی نداند برای الحاق اضطراب به اکراه باید از تنقیح مناط قطعی استفاده کرد.

### ۳-۲. تمسک به ادله فقهی

از آنجا که مساله مورد بحث ریشه در منابع فقهی داشته و از آنجا اخذ شده است، مقتضای تفسیر اصولی آن است که به ریشه فقهی مساله نیز توجه داشته و ادله آن را مورد بررسی قرار دهیم.

### ۳-۲-۱. تنقیح مناط

احراز مناط حکم می‌تواند با تکیه بر سوابق فقهی یا نصوص قانونی باشد. از لحاظ سابقه فقهی، در کتب نخستین فقهی که حسب روش فقهای آن عصر، به لسان روایات نوشته می‌شد، این مسئله در بحث تقسیم انواع زنا بر حسب نوع مجازات و در قسم زنا محکوم به قتل مطرح شده است. موضوع چنین حکمی توسط سلار و نظام الدین صهرشتی غصب نفس زن (سلار، ۱۴۱۰، ج ۲۳، ص ۱۱۱/ صهرشتی ۱۴۱۰، ج ۲۳، ص ۱۱۹)، ابوصلاح، غصب نفس زن همراه با غلبه بر او (ابوالصلاح، ۱۴۱۰، ج ۲۳، ص ۶۷) صدوق، شیخ طوسی، ابن براج و ابن ادریس، غصب فرج زن (طوسی، ۱۴۱۰، ج ۲۳، ص ۸۴/ صدوق، ۱۴۱۰، ج ۲۳، ص ۹/ ابن براج ۱۴۱۰، ج ۲۳، ص ۱۴۰/ ابن ادریس ۱۴۱۰، ج ۲۳، ص ۲۱۹) و از نظر مفید و سید مرتضی، موضوع حکم، غصب نفس زن و زنا با اکراه است، سید مرتضی دلیل آنرا شناخت بیشتر عمل نسبت به زمانی میدانند که زن راضی است (سید مرتضی ۱۴۱۰، ج ۲۳، ص ۱۶۰/ مفید ۱۴۱۰، ج ۲۳، ص ۲۶) و در عبارت محقق حلی، علامه حلی و شهید اول، موضوع، اکراه زن است (محقق حلی، ۱۴۱۰، ج ۲۳، ص ۳۳۲/ علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۲۳، ص ۴۰۱/ شهید اول، ۱۴۱۰، ج ۲۳، ص ۴۴۴). این اختلاف تعبیر ناشی از اختلافی است که در مستند این فتاوا یعنی روایات وجود دارد (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۱۰۸، باب ۱۷ از ابواب حد زنا ح ۱ تا ۶) که موضوع حکم در آنها عبارت از غصب فرج (ح ۱ و ۳) و غصب نفس زن (ح ۲ و ۴) و مکابره (ح ۶) یعنی غلبه بر زن است. غصب چنانکه صاحب مفتاح الکرامه میگوید اثبات ید به نحو عدوانی (غیرقانونی) بر مال غیر است (عاملی، [بی تا]، ج ۶، ص ۲۰۷) که به گفته ابن منظور در مورد زنا به نحو استعاره استفاده شده و مراد رابطه غیر شرعی و بدون رضایت زن است، بنابراین عنصر قهر چنانکه برخی از فقها گفته‌اند (اکرمی، ۱۳۹۵، ص ۴۲) در آن الزامی نیست و در نتیجه اختصاصی به حالت اجبار و سلب اراده زن چنانکه مرحوم آیت الله فاضل لنکرانی یا آیت الله شبیری زنجانی گفته‌اند ندارد (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ص ۴۰۲/ شبیری زنجانی، ۱۴۲۸، ص ۶۶۸) و تمامی حالات اجبار و اکراه و ایجاد اضطرار را شامل می‌شود.

از لحاظ نصوص قانونی، قانونگذار در قانون مجازات اسلامی ۹۲ مبنای فقهائی را پذیرفته که موضوع حکم اعدام در زنا را نه صرف اجبار (عنف) بلکه عدم رضایت میدانند و به همین جهت در تبصره ۲ ماده ۲۲۴ مقرر می‌دارد — هرگاه کسی با زنی که راضی به زنا با او نباشد در حال بیهوشی، خواب یا مستی زنا کند رفتار او در حکم زنا به عنف است. در زنا از طریق اغفال و فریب دادن

دختر نابالغ یا از طریق ربایش، تهدید و یا ترساندن زن اگرچه موجب تسلیم شدن او شود نیز حکم فوق جاری است.

از این تبصره دو برداشت مختلف میتوان کرد:

الف) این تبصره دو قسمت دارد در یک قسمت معنی علیه اصولاً نمیتواند توجهی به رفتار خود داشته باشد زیرا در خواب، بیهوشی یا مستی به سر میرسد ولی در قسمت دوم تبصره به کار خود توجه دارد و چه بسا خود اقدام به همکاری با زانی کند اما رضایت وی مخدوش است خواه به جهت اینکه رشید نیست یا فریب خورده است که در این حالت رضایت وجود دارد اما شرایط لازم را ندارد، و خواه درحالی دیگر مانند ربایش، تهدید و یا ارباب که اصولاً رضایتی وجود ندارد.

به هر حال قانونگذار تمام حالات فوق را در حکم عنف تلقی کرده است. وجه اشتراک تمام آنها نیز فقدان رضایت کامل در معنی علیه است طبق برداشت اول مصادیق ذکر شده انحصاری است و از آنها به موارد دیگر نمیتوان تعدی کرد خصوصاً آنکه بحث در تفسیر قانون کیفری است که باید مضیق و به نفع متهم باشد. در نتیجه حالت عدم رضایت، تنها در قالب مواردی همچون خواب، بیهوشی، فریب، ارباب و دیگر موارد احصا شده دلالت بر عنف میکند. بنابراین اگر چه در اضطرار، با عدم رضایت و در جنون با عدم اعتبار رضایت مجزونه روبرو هستیم اما حکم زنا با عنف را ندارد.

ب) وفق برداشت دوم، عدم رضایت علت حکم است و طبق قاعده (العله تعمم و تخصص) ولو آنکه مقنن به مصادیق محدودی اشاره کرده است اما علت حکم شامل اضطرار یا جنون زن نیز می‌شود. در واقع با تنقیح مناط میتوان علت اصلی حکم به زنا با عنف را همان عدم رضایت یا رضایت غیر معتبر دانست.

ممکن است گفته شود اگر ملاک اصلی عدم رضایت بود قانونگذار به همان عبارت (راضی به زنا با او نباشد) اکتفا میکرد و نیازی به ذکر مصادیق مذکور (مستی، خواب، اغفال...) نبود یا اگر حکم تسبیب در اضطرار در چنین موردی اعدام بود، قانونگذار در قالب یک ماده قانونی مانند بند ت که زنا با عنف یا اکراه را مطرح نموده است آنرا نیز بیان می‌کرد.

اما چنین اشکالی وارد نیست زیرا تنقیح مناط اصولاً برای استنباط حکم در موارد سکوت قانون است و چنانکه در مقدمه ذکر شد در همین مواردی صورت می‌گیرد که قانونگذار علاوه بر علت

۱. علت حکم موضوع آنرا تعمیم داده یا تخصیص می‌زند.



اصلی حکم، امور دیگری را نیز ذکر میکند و مفسر با روش هایی که در کتب فقهی یا اصولی گفته شده (زهیلی، ۱۹۸۶، ص ۶۵۲/جناتی، ۱۳۷۰، ص ۲۶۴/حکیم، ۱۳۹۰، ص ۳۰۸) از اموری که دخالتی در حکم ندارند الغاء خصوصیت میکند و در نهایت به علت اصلی حکم میرسد و بر اساس آن حکم را توسعه داده یا ضیق میکند. اگر قرار باشد هر جا قانون حکمی را بیان نموده باشد از قاعده تفسیر به نفع متهم استفاده کنیم، پس هیچگاه تنقیح مناط مورد پیدا نخواهد کرد.

به هر حال در تایید برداشت دوم از تبصره ۲ ماده ۲۲۴ میتوان به تبصره ۲ ماده ۶۵۸ تمسک نمود در این تبصره مقرر شده است:

تبصره ۲— رضایت دختر نابالغ یا مجنون یا مکرهی که رضایت واقعی به زنا نداشته در حکم عدم رضایت است.

اگر تا قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی ۹۲، جمود بر مصادیق خاص در این تبصره میداشیم باید رضایت ناشی از فریب را معتبر بدانیم زیرا مقنن فقط صغر، جنون و اکراه را دلیل بر عدم رضایت گرفته و فریب ذکر نشده بود در حالی که بعدها در تبصره ۲ ماده ۲۲۴ قانونگذار رضایت ناشی از فریب را معتبر ندانسته است.

از آنجا که الغاء خصوصیت مقدمه تنقیح مناط، و تنقیح مناط مقدمه قیاس است حل این مسئله تا اندازه زیادی تابع پاسخی است که ما در تفسیر قوانین کیفری به این مسئله میدهیم که آیا تمسک به قیاس به شکل مطلق در حقوق کیفری ممنوع است یا نه. در فقه شیعه علیرغم اینکه به شدت با قیاس حتی در حقوق مدنی و بلکه حتی در عبادات مخالفت شده است اما سه گونه قیاس اولویت، مستنبطه العله و منصوص العله پذیرفته شده است. آنچه مانع از حجیت قیاس است، ظنی بودن مناط حکم است بنابراین اگر بتوان با تنقیح مناط به شکل قطعی علت حکم را احراز نمود تمسک به قیاس اشکالی ندارد به همین جهت است که قیاس منصوص العله و مستنبط العله و اولویت پذیرفته شده است (قیاسی، ۱۳۷۹، ص ۱۶۶-۱۶۷).

در کتب حقوق کیفری نیز اگر چه قیاس به شکل مطلق منع شده است اما این بیشتر ناشی از کم دقتی و اجمال گویی بوده است، همچنانکه چنین کم دقتی یا اجمال گوئی در موارد دیگر نیز مشاهده میشود که قابل قبول نیست مثلاً گفته شده در حقوق کیفری تنها با تفسیر مضیق و استناد به نص میتوان حکم نمود (صانعی، ۱۳۷۲، ص ۱۱۵-۱۱۶) لازمه تکیه بر نص آن است که دادرس فقط به منطوق قانون، آن هم منطوقی که حالت صراحت دارد، می‌تواند استناد کند. بنابراین استفاده از

ملازمات عقلی، پیشینه تاریخی و اصول زیربنای حکم، مفاهیم موافق و مخالف، قرآینی که در تفسیر منطقی بدان‌ها عمل میشود و دیگر امور، همگی ممنوع است؛ به عبارت دیگر، تفسیر مضیق بدین معنا مغایر با تفسیر تاریخی، اصولی، منطقی و حتی لفظی می‌باشد،<sup>۱</sup> زیرا فقط بر «منطوق صریح» تکیه دارد. و اصولاً لازمه چنین سخنی عدم حجیت ظواهر در حقوق کیفری خواهد بود. به نظر میرسد درحالی که مرد عالماً عامداً و به قصد سوء استفاده جنسی زن را مضطر میکند قیاس اضطرار به اکراه از نوع مستنبط العله می‌باشد که علت آن با الغاء خصوصیت و از طریق تنقیح مناظر احراز شده است.

در محل بحث باید دید حسب عبارت قانونگذار ملاک عنف چیست و آیا چنین ملاکی در ایجاد اضطرار نیز وجود دارد یا نه. در بررسی تبصره ۲ ماده ۲۲۴ و تبصره ۲ ماده ۶۵۸ دیدیم که معیار اصلی در تحقق عنف همان عدم رضایت یا عدم اعتبار رضایت زن بود و مسلماً چنین معیاری در اضطرار نیز وجود دارد. البته چنانچه زن مضطر بوده اما خود میل به رابطه جنسی داشته باشد داخل در صورت هفتم خواهد شد و زنا عادی تلقی میشود. اما در فرض ایجاد اضطرار و عدم رضایت زن هیچ تفاوتی از این حیث میان ایجاد اضطرار و اکراه به چشم نمی‌خورد و با قطعیت میتوان گفت از نظر مقنن، ملاک صدق عنف در اکراه و سایر موارد مصرح در قانون همان عدم رضایت است که به شکل مشابهی در ایجاد اضطرار نیز وجود دارد. در گفتگوی شفاهی با برخی از دست‌اندرکاران تصویب قانون مذکور، آنان نیز بدین نکته تصریح داشتند که توسعه حکم عنف به موارد مذکور در تبصره فوق، توسط کسانی مانند مرحوم آیت‌الله شاهرودی با تکیه بر موضوعیت اغتصاب و عدم رضایت صورت گرفت.

در حقوق کامن‌لا نیز سبب اقوا از مباشر خواه به شکل ایجاد اجبار و خواه به شکل ایجاد اضطرار مسنول است و از این حیث تفاوتی میان اجبار و اضطرار به چشم نمی‌خورد (Andrew Ashworth, 1992, p.103).

به صراحت ماده ۱۷۷ قانون مجازات ۱۹۹۸ آلمان، هر کس دیگری را وادار به تحمل اعمال جنسی خود یا شخص ثالثی بر وی نماید یا او را وادار به انجام رابطه جنسی با خود یا شخص ثالثی نماید؛ مرتکب جرم تجاوز به عنف شناخته می‌شود (قیاسی و نیک‌نسب، ۱۳۹۵، ص ۱۵۹-۱۸۷).

ماده ۱ قانون مجازات عراق ۱۹۶۹ نیز ملاک عنف را عدم رضایت می‌داند:

۱. زیرا مفهوم مخالف و موافق، از مصادیق تفسیر لفظی می‌باشند درحالی که منطوق صریح نیستند.

يعاقب بالحيس الموبد او الموقت كل من واقع انثى بغير رضاها او لاط بذكر اوانثى بغير رضاه او رضاها؛ هرکس با زنی بدون رضایت او آمیزش جنسی کند یا از دبر با مرد یا زنی آمیزش جنسی کند به مجازات حبس ابد یا موقت محکوم می‌شود.

ماده ۴۸۶ قانون جزای مغرب نیز ملاک عنف را تنها عدم رضایت زن دانسته است:  
الإغتصاب هو مواقعه رجل لامراه بدون رضاها و يعاقب عليه بالسجن من خمس الى عشر سنوات، زناى به عنف آمیزش جنسی مرد با زنی است که رضایت نداشته باشد و مجازات آن پنج تا ده سال حبس است.

به هر حال به نظر می‌رسد قانونگذار در این مورد مسامحه کرده است و عدم ذکر اضطرار، ناشی از غفلت بوده است، به احتمال فراوان تصویر مسئله نیز در این امر دخیل بوده است زیرا موارد تسبیب در اضطرار و اینکه مردی با ایجاد شرایطی زن را مضطر کند و از او درخواست رابطه جنسی نامشروع داشته باشد بسیار کمتر از اکراه و عنف است که امری است شایع.

در مسئله اعمال در حکم عنف، فتوای فقها مختلف است برخی تنها عنف مادی را مستوجب مجازات اعدام میدانند درحالیکه برخی دیگر عدم رضایت زن را ملاک عنف دانسته و بدین ترتیب عنف معنوی را نیز مستوجب اعدام میدانند. اما با توجه به اینکه قانونگذار در این مسئله دیدگاه کسانی را برگزیده است که عنف را به شکل موسعی تعریف میکنند و عدم رضایت را دلیل بر عنف میدانند، علی القاعده باید ایجاد اضطرار برای دیگری را در زمره موارد به عنف می‌دانست زیرا عدم رضایت زن در اضطرار امری بدیهی است.

### ۳-۲-۲. تمسک به قیاس اولویت

لیا میتوان گفت چون اکراه زن به زنا حکمش اعدام است پس به طریق اولی در اضطرار هم همین حکم جاری است. پاسخ منفی است زیرا اکراه از اضطرار شدیدتر است و اولویت در جایی است که مناط حکم در موضوعی که مورد قیاس قرار می‌گیرد قوی تر باشد مثلاً اگر قانون می‌گوید قدرت نمایی با چاقو جرم است میتوان گفت قدرت نمایی با شمشیر و قمه به طریق اولی جرم است.

اکراه و اضطرار در یک مورد با هم مشترکند و آن اینست که در هر دو رضایت وجود ندارد اما معمولاً در اکراه سلب رضایت از اضطرار شدیدتر است چون مکره با تهدید مستقیم از مکره ارتکاب آن فعل را می‌خواهد و خواسته مکره تعیین در عمل واحدی دارد که خود او تعیین میکند.

لذا از اولویت نمی توان استفاده کرد. اما استفاده از تنقیح مناط ممکن است زیرا در تنقیح مناط دیگر لازم نیست مناط حکم در یکی از دیگری شدیدتر باشد و همین که وجود علت حکم در هر دو موضوع مساوی هم باشد کافی است.

## نتیجه

ملاک اصلی در علت حکم سنگین اعدام برای جرم زنا به عنف، عدم رضایت زن است و به همین لحاظ است که مواردی همچون اکراه و اغفال یا آمیزش جنسی در حال خواب و بیهوشی یا آمیزش با کودک و مجنون نیز حکما به عنف ملحق شده اند. ایجاد اضطراب برای زن به قصد مطالبه تمتع جنسی غیر قانونی نیز دارای همین ملاک است. برای احراز این ملاک میتوان به تنقیح مناط قطعی تمسک نمود و تحت عنوان قیاس مستنبط العله قطعی آنرا به عنف ملحق نمود. با احراز مراد قانونگذار از طریق قیاس قطعی، جانی برای استناد به اصل ۱۶۷ یا تفسیر به نفع متهم باقی نمی ماند.

۵۴

## منابع

۱. ابن ادریس، محمد؛ السرائر؛ ج ۲۳، بیروت: دارالاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۲. ابن براج، عبدالعزیز؛ المهذب؛ ج ۲۳، بیروت: دارالاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم؛ لسان العرب؛ ج ۹، ج ۳، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
۴. ابوصلاح حلبی، عبدالله؛ الکافی فی الفقه؛ ج ۲۳، بیروت: دارالاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۵. اکرمی، روح‌الله؛ «عنصر عنف در زنا از منظر فقه، حقوق جزای ایران و انگلیس»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب؛ ش ۱، زمستان ۱۳۹۵، ص ۳۳-۶۶.
۶. انصاری مرتضی؛ مکاسب محرمة؛ ج ۲، تبریز: مطبعه اطلاعات، [بی تا].
۷. بحرانی، آل‌عصفور یوسف بن احمد بن ابراهیم؛ الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة؛ ج ۱۹ و ۲۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵ق.
۸. تقی‌خانی، راضیه؛ جایگاه قیاس در تفسیر قوانین کیفری (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)؛ قم: دانشگاه قم، ۱۳۹۳.
۹. جناتی، محمد ابراهیم؛ منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی؛ تهران: کیهان، ۱۳۷۰.
۱۰. حسینی عاملی، سید محمد جواد؛ مفتاح‌الکرامه؛ ج ۶، [بی جا]: مؤسسه آل‌البیت، [بی تا].
۱۱. حکیم، سید محمد تقی؛ اصول‌العامة للفقهاء المقارن؛ قم: آل‌البیت، ۱۳۹۰ق.
۱۲. حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف؛ تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه؛ ج ۴ و ۶، قم: مؤسسه امام صادق، ۱۴۲۰ق.
۱۳. حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف؛ قواعد الأحكام؛ ج ۲۳، بیروت: دارالاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۱۴. حلّی (محقق حلّی)، نجم‌الدین جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام؛ ج ۲۳، بیروت: دارالاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۱۵. خمینی، سید روح‌الله؛ تحریر الوسیلة؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹.
۱۶. داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه (بخش جزائی)؛ ج ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۹.
۱۷. دهخدا، علی‌اکبر؛ لغت‌نامه؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
۱۸. زهیلی، وهبه؛ أصول الفقه الإسلامی؛ ج ۱ و ۲، دمشق: دارالفکر، ۱۹۸۶م.
۱۹. سلار، حمزه بن عبدالعزیز؛ المراسم العلویة در «سلسلة الینایع الفقهیة»؛ ج ۲۳، بیروت: دارالاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۲۰. سید مرتضی، علی بن حسین؛ الانتصار؛ ج ۲۳، بیروت: دارالاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۲۱. سیوری حلّی، مقداد بن عبدالله؛ نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الإمامیه؛ ج ۱، قم: کتابخانه

- آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ق.
۲۲. شبیری زنجانی، سیدموسی؛ المسائل الشرعية؛ قم: مؤسسه نشر الفقاهه، ۱۴۲۸ق.
۲۳. شهید اول، شمس‌الدین محمد؛ اللمعة الدمشقية؛ ج ۲۳، بیروت: دارالاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۲۴. صانعی، پرویز؛ حقوق جزای عمومی؛ ج ۱، چ ۵، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۲.
۲۵. صدوق، محمدبن‌علی بن حسین؛ المقنع فی الفقه؛ ج ۲۳، بیروت: دارالاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۲۶. صهرشتی، سلمان بن حسن؛ اصباح الشیعة بمصاییح الشریعة؛ ج ۲۳، بیروت: دارالاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۲۷. طوسی، محمدبن حسن؛ النهایة فی مجردالفقه والفتوی؛ ج ۲۳، بیروت: دارالاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۲۸. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی؛ مسالک‌الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام؛ ج ۳ و ۱۵، قم: مؤسسه المعارف‌الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۲۹. غزالی، ابوحامد محمدبن محمد؛ المستصفی من علم‌الأصول؛ ج ۲، بیروت: دارالصادر، ۱۹۹۵م.
۳۰. فاضل لنکرانی، محمد؛ آیین کیفری اسلام (شرح فارسی تحریرالوسیلة)؛ قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۹۰.
۳۱. قیاسی، جلال‌الدین و عادل ساریخانی؛ مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی؛ ج ۳، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۵.
۳۲. قیاسی، جلال‌الدین؛ «حدود و اختیارات قاضی در مراجعه به منابع فقهی در امور کیفری»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز؛ ش ۱، پاییز ۱۳۸۰، ص ۳۳-۴۲.
۳۳. قیاسی، جلال‌الدین؛ روش تفسیر قوانین کیفری؛ قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۹.
۳۴. معین، محمد؛ فرهنگ معین؛ تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۱.
۳۵. مفید، محمدبن‌نعمان؛ المقنعة؛ ج ۲۳، بیروت: دارالاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۳۶. میرمحمدصادقی، حسین؛ حقوق کیفری اختصاصی (جرایم علیه اشخاص)؛ چ ۳، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷.
۳۷. نیک‌نسب، عباسعلی و جلال‌الدین قیاسی؛ «بزه تجاوز جنسی در حقوق کیفری انگلستان و مقایسه با نظام حقوقی ایران»، تعالی حقوق (علمی ترویجی)؛ ش ۱۴، بهار ۱۳۹۵، ص ۱۵۹-۱۸۷.
38. Ashworth, Andrew; *Principles of Criminal Law*; published by oxford university press, reprinted 1992.
39. Elizabeth A. Martin; *Oxford dictionary of Law*; oxford university press, Sixth edition, 2006.