

The Validity of the Judge's Knowledge to Prove Rape with a Comparative Approach to Jurisprudence and Law

Ebrahim Motahharifar¹, Mahmoud Qayyoun Zadeh^{2}, Mohammad Rasoul Ahangaran³*

1. Ph.D Student, Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, Saveh Branch, Islamic Azad University, Saveh, Iran
2. Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, Saveh Branch, Islamic Azad University, Saveh, Iran
3. Professor, Department of jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology, College of Farabi, University of Tehran, Tehran, Iran

(Received: December 16, 2020; Accepted: January 26, 2021)

Abstract

The knowledge of the judge is one of the proofs of the claim in Imamiyyah jurisprudence and criminal law of Iran. The knowledge may be obtained from the contents of the case or from the judge's sensory observations. Despite the fundamental differences of Islamic penal policy in response to prescribed and punitive crimes, specifically crimes against chastity, using the knowledge of the judge will lead to a policy of tolerance or strict criminal punishment for these crimes. This article examines the views of the jurists in this respect and concludes that the general policy in crimes against chastity is forgiveness, impunity and tolerance, but in the case of rape due to the violation of public decency and deprivation of security of individuals and society, the policy of intolerance and maximum acceptance of the knowledge of the judge is dominated as one of the most important reasons to prove the claim. Also, Iran's criminal law has taken the same procedure in response to this crime.

Keywords: Crimes against Chastity, Knowledge of the Judge, Forcible, Reluctance, Evidence.

* Corresponding Author, Email: maarefteachere@yahoo.com

پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۸، شماره ۴، زمستان ۱۴۰۱
صفحات ۹۷۵-۱۰۰۰ (مقاله پژوهشی)

وجاهت علم قاضی در اثبات زنای به عنف با رویکرد تطبیقی در فقه و

حقوق

ابراهیم مطهری فر^۱، محمود قیوم‌زاده^{۲*}، محمدرسول آهنگران^۳

۱. دانشجوی مقطع دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی،

ساوه، ایران

۲. استاد گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی،

ساوه، ایران.

۳. استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۲۹، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۱/۰۷)

چکیده

علم قاضی یکی از ادله اثبات دعوا در فقه امامیه و حقوق کیفری ایران است. این علم ممکن است از محتویات پرونده یا مشاهدات حسی قاضی به دست آید. علی‌رغم تفاوت اساسی سیاست کیفری اسلام در واکنش علیه جرائم حدی و تعزیری و همچنین به‌طور خاص علیه جرائم منافی عفت، استفاده از علم قاضی موجب جهت‌گیری این سیاست به سمت تسامح یا سخت‌گیری کیفری نسبت به این دسته از جرائم خواهد شد. مقاله به بررسی دیدگاه فقها در این زمینه می‌پردازد و به این نتیجه می‌رسد که سیاست کلی در جرائم منافی عفت بر بزه‌پوشی، قضا‌دایی و تسامح است لیکن در مورد تجاوز به عنف با توجه به جریحه‌دار شدن عفت عمومی و سلب امنیت افراد و جامعه، سیاست عدم تسامح و پذیرش حداکثری علم قاضی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین ادله اثبات دعوا حاکمیت دارد. حقوق کیفری ایران نیز در واکنش علیه این جرم همین رویه را اتخاذ کرده است.

واژگان کلیدی

ادله اثبات، اکراه، جرائم منافی عفت، علم قاضی، عنف.

۱. مقدمه

در نظام عدالت کیفری ایران، علم متعارف قاضی در اثبات وقایع جزایی معتبر اعلام شده و مصلحت موجود در بزه‌پوشی رفتارهای منافی عفت، در جرائم منافی عفت توأم با عنف یا اکراه کنار گذاشته شده است. در عمل اثبات این‌گونه جرائم نوعاً از راه اقرار و شهادت ممکن نیست؛ از این‌رو بیشتر بزه‌دیدگان از حمایت نظام عدالت کیفری محروم می‌مانند و بزه‌کاران با تجرّی و جسارت بیشتر به بزه‌کاری خود ادامه می‌دهند. از این‌رو بزه‌کار و قانونگذار می‌بایست با تقویت جایگاه علم قاضی و توسعه راه‌های تحصیل دلیل و با مقدم دانستن آن بر ادله دیگر، به یاری بزه‌دیدگان و مقابله با بزه‌کاران اقدام کند. رویه قضایی در این زمینه، در حال گذر از تردیدهای بیش از اندازه سابق و ورود به مسیر ترسیم‌شده از سوی قانونگذار است. در نظام عدالت کیفری ایران، کشف جرم تجاوز به عنف یا اکراه و انتساب آن به مرتکب با دشواری‌های زیادی مواجه است. ترس از بی‌آبرویی، ضرورت حفظ اعتبار اجتماعی بزه‌دیده و خانواده او، مظنون‌پنداری بزه‌دیدگان از سوی مجریان عدالت کیفری، شرایط سخت نظام ادله اثبات این‌گونه جرائم و سنگینی و ثابت بودن مجازات قانونی آنها، از جمله اسباب فراهم آمدن چنین دشواری‌هایی است؛ به‌خصوص سنگین و ثابت بودن مجازات مقرر برای جرم مورد بحث یعنی اعدام، سبب تعلل و طفره رفتن دادگاه‌ها از صدور حکم به چنین مجازاتی شده است. برخی آموزه‌های فقهی و مقررات قانونی نظیر قاعده درء و بنای حدود بر احتیاط و مفاد دو ماده ۱۲۰ و ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی در کنار سوء ظنی که نوعاً نسبت به بزه‌دیده وجود دارد، سبب می‌شود تا عملاً پرونده‌های تجاوز به عنف یا اکراه، در مسیر منتهی به براءة متهم قرار گیرند و یا اندکی خوش‌بینانه‌تر، راه منتهی به محکومیت مرتکب به رابطه جنسی مقرون به رضا را طی کنند. ناگفته پیداست که چنین شرایط نامطلوبی چند نتیجه نامطلوب‌تر به‌بار می‌آورد که عبارت‌اند از انصراف بخشی از بزه‌دیدگان از تظلم و توسل به نهادهای اجرای عدالت، کاهش سطح اعتماد عمومی به نظام عدالت کیفری، ایجاد تزلزل در اصل حتمیت اجرای کیفر که یکی از مهم‌ترین سازوکارهای اثربخشی و بازدارندگی سیاست کیفری کشور است،

تجری و جسارت بزه‌کاران گریخته از اجرای عدالت و حرکت آنان به سوی تبدیل شدن به بزه‌کاران حرفه‌ای و سرانجام، تقویت ظرفیت جنایی بزه‌کاران بالقوه.

در چنین فضایی، اهمیت علم قاضی و استفاده از ادله فنی و علمی در احراز عنف و اکراه در جرائم منافی عفت آشکار می‌شود. فقها در کتاب‌های فقهی به بررسی حجیت علم قاضی در احراز وقوع جرم به‌طور کلی پرداخته و در نهایت، علم او را در این حوزه قابل استناد دانسته‌اند؛ اگرچه درباره شیوه حصول این علم و مستندات آن اختلافاتی دارند. به هر تقدیر، در تجاوز به عنف یا اکراه، به علم قاضی که از راه‌های متعارف حاصل شده باشد، همچون یکی از ادله اثبات باید استناد کرد، زیرا چنین جرمی جدا از آنکه تعدی به بزه‌دیده است، بیشتر تعرض به امنیت جامعه و ارزش‌های اخلاقی آن است.

در نظام عدالت کیفری ایران با اینکه علم قاضی در کنار اقرار، شهادت و سوگند، به‌عنوان یکی از ادله اثبات دعوا پذیرفته شده است.^۱ اختلاف رویه‌هایی در نحوه کارکرد آن در احراز عنف و اکراه در جرائم منافی عفت وجود دارد. این اختلاف رویه‌ها در تعیین حدود مسئولیت کیفری اکراه‌کننده و اکراه‌شونده مؤثر واقع شده و سبب نارسایی در رویه قضایی شده است؛ به‌نحوی که در مواردی، موجب تضییع حقوق بزه‌دیدگان می‌شود. مقاله، با تعریف عنف و اکراه، جرم منافی عفت و علم قاضی و اعتبار فقهی و قانونی آن، ابهامات و اختلاف‌نظرهای موجود را توضیح و راه‌های برون‌رفت از آنها را ارائه می‌دهد.

۲. مفاهیم

۲.۱. مفهوم عنف و اکراه

۱. مفهوم عنف: این واژه در لغت، به معنای شدت و تندى و اعمال خشونت است (ابن‌منظور، ۱۴۰۸ق: ۱۶۳؛ ازهری، ۲۰۰۱: ۵۳). عنف واژه‌ای عربی است که در زبان و ادبیات عربی به معنای اعمال زور و مشقت آمده است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۹: ۲۵۷).

۱. ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «ادله اثبات جرم عبارت از اقرار، شهادت، قسامه و سوگند در موارد مقرر قانونی و علم قاضی است».

در تعریف عنف گفته‌اند: به کار بردن نیروی مادی برای اضرار به اشخاص یا اموال یا تهاجم به حقوق و آزادی‌های آنان (محمد جمعه، ۲۰۱۵: ۷۸).

۲. **مفهوم اکراه:** اکراه در معنای لغوی به معنای بی‌میل بودن به ناخواه و ستم بر کاری داشتن (دهخدا، ۱۳۳۸: ۴۹۱). اکراه از ریشه کره، با فتحه یا ضمّه کاف است. «گره» یعنی آنچه نفس از انجام آن کراهت دارد (ابن منظور، ۱۴۰۸ق: ۵۳۵-۵۳۴).

۳. **معنای اصطلاحی اکراه در فقه:** برخی فقهای امامیه از جمله امام خمینی (ره) فقدان اکراه را از جمله شروط رفتارهای حقوقی مانند عقد ذکر کرده‌اند (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۷۶). برخی فقها حقیقت اکراه را به اجبار دیگری بر آنچه کراهت دارد، بیان کرده‌اند (شیخ مرتضی انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۳: ۳۱۱).

مرحوم محقق نائینی در مورد اکراه معتقد است مُکره در عقد نسبت به لفظ قصد دارد و قصد وقوع مدلول یعنی عقد در خارج را نیز دارد. و تنها مشکل این است که عقد او از روی او رضایت واقع نشده است.

برخی فقها ضمن اشکال به تعریف ذکرشده از شیخ انصاری معتقد است لازم نیست مکره نسبت به آنچه وادار می‌شود کراهت داشته باشد بلکه ملاک وادار کردن همراه قهر و غلبه است (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۷۷).

با توجه به دیدگاه‌های ذکرشده اکراه نقطه مقابل اختیار است و با فقدان یا مخدوش شدن اراده اکراه محقق می‌شود و لازم نیست نسبت به آن کراهتی وجود داشته باشد. این دیدگاه در مورد اکراه در زنا که پس از اکراه ممکن است وجود کراهت منتفی باشد، بسیار کاربردی است.

بیشتر فقهای اسلامی، بین عنف و اکراه قائل به تفاوت نیستند و آنها را به‌جای هم به‌کار برده‌اند و بیشتر از اصطلاح «اکراه» استفاده کرده و در مقام تعریف گفته‌اند: اکراه آن است که شخص به خواست دیگری و برخلاف میل خود کاری انجام دهد؛ در نتیجه، رضا در آن منتفی است، لذا اهلیت مکره از بین می‌رود، هرچند خطاب تکلیف از وی ساقط نگردد (سرخسی، ۱۳۲۴: ۳۸؛ زیلعی، ۱۳۱۳: ۹۸، شافعی، ۱۴۰۰: ۲۴۰). حقوقدانان در این باره می‌گویند اکراه

موجب از بین رفتن مسئولیت کیفری می‌شود. قطعاً مقصود علما نیز این است که فرد مکره به موجب اکراه، به سبب رفتار ناقص دستور شارع، مورد عقاب واقع نمی‌شود.

۴. معنای اصطلاحی اکراه در حقوق کیفری ایران: در قوانین جزایی تعریفی از اکراه

به عمل نیامده و اغلب به ذکر احکام و آثار آن اکتفا شده است^۱، ولی بر مبنای ملاک مقرر در ماده ۲۰۲ قانون مدنی: «اکراه به اعمالی حاصل می‌شود که مؤثر در شخص با شعوری بوده و او را نسبت به جان و مال و آبروی خود تهدید کند به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد. در مورد اعمال اکراه آمیز، سن و شخصیت و اخلاق و مرد و زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود». حقوقدانان در تعریف اکراه گفته‌اند: اعمال فشار مادی یا معنوی غیرقانونی بر دیگری به نحوی که او را برخلاف میل و به خاطر ترس از ورود صدمه به جسم و جان و یا ضرر و زیان به انجام کار با ترک وظیفه‌ای وادار کند (ولیدی، ۱۳۸۰: ۱۵۹). عنف در اصطلاح حقوق کیفری، عنوانی است برای رفتار توأم با زور و خشونت که با وجود مقاومت بزه‌دیده و یا با در هم شکستن تدابیر پیشگیرانه، علیه او ارتکاب یابد. ارتکاب جرائم در صورتی که با عنف همراه باشد، اگر عنوان مجرمانه جدیدی نباشد، موجب مجازات شدیدتر برای مرتکب است. از این بحث می‌توان نتیجه گرفت که اکراه، سبب زوال یا محدودیت رضاست؛ درحالی که عنف، نوعاً عامل سلب اراده از اشخاص است. اکراه، جنبه معنوی دارد و بر رضای شخص تأثیر می‌گذارد، ولی عنف، صورت مادی و مشهود دارد و بر اراده فرد مؤثر واقع می‌شود. در حقوق کیفری ایران، مواردی از منافیات عفت که در آنها بزه‌دیده فاقد اراده یا رضای معتبر است یا از ترس آبرو و اعتبار خود، ناگزیر از تن دادن به رابطه جنسی می‌شود، به حق به جرائم منافی عفت توأم با عنف یا اکراه، ملحق و محکوم به احکام آنها اعلام شده است.^۲

۱. برای نمونه نگاه کنید به ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی: «هر گاه کسی بر اثر اکراه غیرقابل تحمل مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود مجازات می‌گردد. در جرائم موجب تعزیر، اکراه‌کننده به مجازات فاعل جرم محکوم می‌شود. در جرائم موجب حد و قصاص طبق مقررات مربوط رفتار می‌شود».

۲. تبصره ۲ ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی: «هر گاه کسی با زنی که راضی به زناى با او نباشد در حال

۲.۲. مفهوم جرم منافی عفت

عفت به معنای پاکدامنی و پرهیزکاری و پارسایی و احتراز از محرّمات شهوانی است (صدری افشار، ۱۳۸۲: ۲۸۳، معین، ۱۳۸۵: ۱۷۵، عمید، ۱۳۷۵: ۸۶۸). نوشته‌های حقوقی و قانونی، برداشت‌هایی نزدیک به هم از عمل منافی عفت دارند؛ چنانکه گفته‌اند: عمل منافی عفت، کارهای شرم‌آور مرتبط با امور جنسی از قبیل هتک ناموس، تجارت یا توزیع تصویرهای خلاف عفت و اخلاق عمومی و تشویق به فساد اخلاق و شهوت‌رانی و قوادی و دایر کردن فاحشه‌خانه است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۳) یا هرگونه رابطه جنسی غیرمتعارف که مجاز نباشد (شامبیاتی، ۱۳۷۷: ۵۴۴) از نظر اداره حقوقی قوه قضاییه (شماره ۷/۳۶۲۴ مورخ ۱۳۸۴/۶/۶)، جرائم منافی عفت عبارت‌اند از: «جرائم ناشی از روابط نامشروع خارج از علقه زوجیت زن و مرد که برحسب عرف و احساسات جامعه، قبیح بوده، یا اعمالی که شرع مقدس ممنوع کرده و منافی عفت یا اخلاق عمومی جامعه است. از مصادیق آن، روابط نامشروع زن و مرد یا تظاهر به فسق در انظار عمومی است». در این میان، تبصره ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مقرر کرده است: «منظور از جرائم منافی عفت در این قانون، جرائم جنسی حلدی، همچنین جرائم رابطه نامشروع تعزیری مانند تقبیل و مضاجعه است». از نظر حقوقی، معیار اخیرالذکر برای تعیین چارچوب مفهومی جرم منافی عفت، وافی به مقصود به نظر می‌رسد.

۳. ارزش اثباتی علم قاضی در فقه

علم قاضی، عبارت است از آگاهی‌های شخصی او که باید مستند به دلایل یا دست‌کم،

بی‌هوشی، خواب یا مستی زنا کند رفتار او در حکم زنا به عفت 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». نیز در ماده ۴ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌نمایند، اصلاحیه ۱۳۸۶/۱۰/۱۶ چنین آمده است: «هر کس با سوء استفاده از آثار مبتذل و مستهجن تهیه شده از دیگری وی را تهدید به افشاء و انتشار آثار مزبور نماید و از این طریق با وی زنا نماید به مجازات زنا به عفت محکوم می‌شود...».

قرائن و امارات اطمینان‌آور باشد و نوعاً موجب حصول اطمینان درباره واقیعت موضوع مورد رسیدگی گردد. ارزش اثباتی علم قاضی در فقه جزایی همواره در بین فقها مورد بحث و اختلاف نظر بوده است. بعضی از فقهای اهل سنت (شریبنی، ۱۴۱۵ق: ۳۹۸؛ نووی، ۱۴۱۲ق: ۱۴۱) و اکثر فقهای شیعه (علم‌الهدی، ۱۴۱۵ق: ۴۸۶؛ رشتی، ۱۴۰۱ق: ۹۱) با استناد به برخی آیات و احادیث که اغلب ناظر به دعاوی مالی و حق‌الناسی هستند، علم قاضی را معتبر و دارای ارزش اثباتی می‌دانند؛ اگرچه در میزان نفوذ، قلمرو و شرایط آن اختلاف نظر دارند (طوسی، ۱۳۷۸: ۱۶۶؛ جبعی عاملی، ۱۳۸۶: ۳۸۴). بعضی دیگر از فقها با این دیدگاه به‌طور کلی و بعضی در جرائم موسوم به حق‌الله، مخالف‌اند. از نظر مخالفان، اجازه استناد به علم شخصی، زمینه صدور حکم براساس هوای نفس را فراهم می‌آورد و حاکم را در مظان اتهام قرار می‌دهد (ابن‌قدمه، بی‌تا: ۵۵-۵۳؛ ابن‌رشد، ۱۴۱۵ق: ۳۹۲؛ شوکانی، ۱۲۵۵: ۲۹۸). نیز گفته‌اند که علم قاضی، علم حسی است و به‌عنوان دلیل به طرف دعوا قابل عرضه نیست و لذا حق مناقشه از کسی که دلیل علیه اوست، سلب می‌شود. در صورت مناقشه، قاضی در حد یکی از طرفین دعوا تنزل خواهد کرد (سنهوری، ۱۹۵۲: ۲۹-۲۷) و این، نقض فاحش موازین دادرسی است. از سوی دیگر، می‌توان گفت که عدم جواز قضاوت قاضی براساس علم خود، از متفرعات قاعده «البینه علی المدعی» است. لازمه این قاعده آن است که وظیفه اثبات، همیشه بر عهده مدعی باشد، نه بر عهده قاضی و غیر او. با این همه، قول به اعتبار علم قاضی دارای استدلال قوی‌تر و توجیه منطقی‌تری است. اگر اقرار، شهادت و سوگند، اموری تعبیدی و حصری بودند، صدور حکم جز به استناد آنها جایز نمی‌بود؛ ولی این دلایل صرفاً اسباب و راه‌های کشف حقیقت و ایجاد علم در قاضی هستند. علم وی معیار شناخت حق و قوی‌تر از شهادتی است که مفید ظن است (شوکانی، ۱۲۵۵: ۲۸۹). اگر استناد قاضی به علم خود در صدور حکم، موجب تهمت و سوء ظن باشد، قبول بینه مدعی یا سوگند نیز در معرض همین تهمت خواهد بود (علم‌الهدی، ۱۴۱۵ق: ۴۹۳). در تحلیلی عقلی آن‌گونه که ابوالصّلاح حلبی گفته است، صحت حکم به استناد اقرار، بینه و سوگند، فرع بر حصول علم به اعتبار آنهاست؛ اگر علم قاضی فاقد

اعتبار باشد، صدور حکم براساس سایر ادله نیز اعتباری نخواهد داشت (حلبی، ۱۴۰۳ق: ۴۲۰). این گفته مبتنی بر این فرض است که ادله، اعتبار ذاتی ندارند، بلکه اعتبار آنها منوط به اطمینان قاضی از صحت و اصالت آنهاست (حلی، ۱۴۱۱ق: ۵۴۳). در هر حال، علم قابل استناد قاضی، علمی است که پس از شروع به محاکمه برای او حاصل شده باشد (شوکانی، ۱۲۵۵: ۱۹۷). لذا با تحقق علم قاضی که همراه با افاده اطمینان است، برای فصل دعاوی و دادرسی به ادله دیگر نیاز نبوده و کفایت می‌کند که علم برای صدور حکم کافی است و آن را از سایر ادله بی‌نیاز می‌کند (داداشی و فیض، ۱۳۹۵: ۱۰۹). به نظر می‌رسد حکم ماده ۲۰۰ قانون مجازات اسلامی که مقرر داشته است: «علم قاضی عبارت از یقین حاصل از مستندات بین در امری است که نزد وی مطرح می‌شود» مُشعر به همین معنا باشد.

۴. ارزش اثباتی علم قاضی در حقوق موضوعه

در قوانین کیفری ایران، علم قاضی به‌عنوان یکی از ادله اثبات ادعا به‌طور کلی و دلیل اثبات جرم به‌نحو خاص معتبر اعلام شده است. از جمله قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، از علم قاضی به‌عنوان یکی از طرق اثبات جرم یاد کرده است. در ماده ۱۶۰ این قانون آمده است که: «ادله اثبات جرم عبارت از اقرار، شهادت، قسامه و سوگند در موارد مقرر قانونی و علم قاضی است». همچنین برابر ماده ۱۶۱: «در مواردی که دعوای کیفری با ادله شرعی از قبیل اقرار و شهادت که موضوعیت دارد، اثبات می‌شود قاضی به استناد آنها رأی صادر می‌کند مگر اینکه علم به خلاف آن داشته باشد». هرچند در قانون مورد اشاره، به‌صراحت از دایره شمول علم قاضی سخن به میان نیامده است، ولی از اطلاق مواد ۱۶۰ و ۱۶۱ و خاستگاه فقهی آنها می‌توان نتیجه گرفت که علم قاضی هم در حق‌الله و هم در حق‌الناس قابل استناد است.

از نظر تعریف مطابق ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی «علم قاضی عبارت از یقین حاصل از مستندات بین در امری است که نزد وی مطرح می‌شود»، طریق تحصیل چنین علمی به قرینه قسمت دوم ماده مورد اشاره و به دلالت تبصره ذیل آن عبارت است از قرائن و امارات بین که نوعاً موجب حصول یقین می‌شوند، از قبیل نظریه کارشناس، معاینه

محل، تحقیقات محلی، اظهارات مطلع، گزارش ضابطان و سایر قرائن و امارات که نوعاً علم آور باشند. علم قاضی به شرح مقرر در قانون مجازات اسلامی، موضوعیت دارد و به حکم ماده ۲۱۲ همان قانون در فرض تعارض، بر سایر ادله مقدم است. در کنار این، به دستور ماده ۳۶۲ قانون آیین دادرسی کیفری، دادگاه علاوه بر ادله مندرج در کیفرخواست یا ادله مورد استناد طرفین و سایر قرائن و امارات موجود در پرونده، هر تحقیقی را که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام می‌دهد. این دو مقررۀ قانونی، اصالت و موضوعیت علم قاضی و تقدم آن بر سایر ادله اثبات جرم را بیان می‌کنند.

۴. ۱. علم قاضی و احراز عنف و اکراه

براساس ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری: «به جرائم منافی عفت به‌طور مستقیم در دادگاه صالح رسیدگی می‌شود». از سوی دیگر، از نظر فقهی و قانونی، تحقیق و تفحص قضایی در زمینه اعمال منافی عفت، جز در موارد مستثنا ممنوع است. در ماده ۲۴۱ قانون مجازات اسلامی در این باره چنین آمده است: «در صورت نبود ادله اثبات قانونی بر وقوع جرائم منافی عفت و انکار متهم هرگونه تحقیق و بازجویی جهت کشف امور پنهان و مستور از انظار، ممنوع است. موارد احتمال ارتکاب با عنف و اکراه، آزار، ربایش یا اغفال یا مواردی که به موجب این قانون در حکم ارتکاب به عنف است از شمول این حکم مستثنی است». چنانکه مشهود است قانونگذار، قاضی را در صورت فقدان ادله قانونی از هرگونه تحقیق و بازجویی منع کرده است. مبنای شرعی بازداشتن قاضی از تحقیق در این‌گونه جرائم آن است که لغزش مجرمان علنی نگردد و خطای آنان از سوی دیگران مورد تقلید واقع نشود. راه کنترل این‌گونه جرائم و پیشگیری از تکرار آنها توبه و استغفار است، نه اقرار و اجرای مجازات.

رویکرد شارع مبنی بر سختگیری در اثبات قضایی اعمال منافی عفت البته حکیمانه و آثار و پیامدهایی کاملاً نیکو دارد. این رویکرد، باب اتهامات ناروا به افراد را می‌بندد؛ نوعی حریم جنسی برای افراد را تضمین می‌کند و قبح اخلاقی اعمال منافی عفت را نگاه می‌دارد. در خصوص تجاوز به عنف و اکراه به زنا، ضرورت حمایت شدیدتر از بزه‌دیده بر سیاست جنایی مبتنی بر بزه‌پوشی ترجیح دارد. بنابر آیه «لَا يُجِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ»

ظَلِمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا» (نساء / ۱۴۸)، از این رو در اینجا ضرورت تحقیق و بررسی در راستای حمایت از بزه‌دیده و جامعه جایگزین لا تجسسوا و حرمت تحقیق می‌شود.

این‌گونه ملاحظات، سبب شده تا قانونگذار، جرائم تجاوز به عنف و اکراه را از حیث آزادی عمل دادگاه در فحص و تحقیق، از شمول ادله ستر یا بزه‌پوشی و مدلول ماده ۲۴۱ قانون مجازات اسلامی خارج کرده، و به‌نوعی مشمول مقررات دیگر از جمله ماده ۳۶۲ قانون آیین دادرسی کیفری اعلام کند. فراتر از این قانونگذار در اصلاحات سال ۱۳۹۴ موارد عدول از سیاست بزه‌پوشی در منافیات عفت را توسعه داده و در ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر کرده است: «انجام هرگونه تعقیب و تحقیق در جرائم منافی عفت ممنوع است و پرسش از هیچ فردی در این خصوص مجاز نیست، مگر در مواردی که جرم در مرئی و منظر عام واقع شده و یا دارای شاکی یا به عنف یا سازمان یافته باشد که در این صورت، تعقیب و تحقیق فقط در محدوده شکایت و یا اوضاع و احوال مشهود توسط مقام قضایی انجام می‌شود».

در آیین دادرسی فقهی چنان‌که پیش‌تر اشاره شد قاعده کلی در رسیدگی به جرائم منافی عفت توأم با رضا، وجوب ستر و توصیه به پنهان نگه‌داشتن واقعه مجرمانه است. این قاعده عمومی به‌نوعی به حقوق کیفری ایران راه یافته است. از باب مثال، تبصره ۱ ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر داشته است که در جرائم منافی عفت، هر گاه شاکی وجود نداشته باشد و متهم بدو قصد اقرار داشته باشد، قاضی وی را توصیه به پوشاندن جرم و عدم اقرار می‌کند. با این همه، مقررات دادرسی کیفری ایران چنان‌که گفتیم در چهار مورد از قاعده مورد اشاره عدول کرده است. این موارد عبارت‌اند از: ۱. جرم، در مرئی و منظر عام واقع شده باشد؛ ۲. پرونده، دارای شاکی باشد؛ ۳. موضوع اتهام، ارتکاب جرم منافی عفت توأم با عنف باشد؛ ۴. موضوع اتهام، جرم منافی عفت به‌صورت سازمان‌یافته^{۱۰} باشد.

۱. جرم سازمان‌یافته، جرمی است که توسط گروه مجرمانه ارتکاب یافته باشد. گروه مجرمانه براساس تبصره ۱ ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی عبارت است از گروه نسبتاً منسجم متشکل از سه نفر یا بیشتر که برای ارتکاب جرم تشکیل می‌شود یا پس از تشکیل، هدف آن برای ارتکاب جرم منحرف می‌شود.

بدین ترتیب معلوم می‌شود که در حقوق فعلی ایران، اثبات قضایی جرائم منافی عفت به عنف یا اکراه، از نظامی موسع‌تر از آنچه برای منافیات عفت مقرون به رضا مقرر شده است، پیروی می‌کند. در اثبات قسم اول از جرائم مورد بحث، علم قاضی موقعیت ممتازتری دارد، به نحوی که می‌توان گفت رسیدگی به این دسته از جرائم، تابع نظام دلایل آزاد است و دادگاه در چارچوب مقررات قانونی، از آزادی بیشتری برای کشف حقیقت برخوردار است. از نظر فقهی هم می‌توان گفت که این آزادی عمل و این نوع رسیدگی افتراقی، با موازین شرعی هماهنگی بیشتری دارد، زیرا بنای شرع بر اجرای عدالت و حفظ ارزش‌های عمومی جامعه است. اقتضای چنین بنایی، حفظ عفت عمومی، حمایت از بزه‌دیدگان و مقابله با متجاوزان است. اعمال روش سختگیرانه اثبات منافیات عفت مبتنی بر رضا، در رسیدگی قضایی به تجاوز به عنف و اکراه، مغایر با اقتضای عدالت و به معنای ظلمی آشکار به بزه‌دیدگان و محروم کردن آنان از حق دادخواهی و کمک به متجاوزان به عنف برای فرار از مجازات است. چنین است که مستثنیات مذکور در مواد ۲۴۱ قانون مجازات اسلامی و ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری و آزادی عمل دادگاه در ماده ۳۶۲ قانون اخیرالذکر مورد تأیید شورای نگهبان واقع شده است. تشدید مجازات مرتکب در مستثنیات مزبور نیز قرینه‌ای روشن برای تمایل شارع و قانونگذار به لزوم برخوردی شدیدتر و جدی‌تر با این گونه جرائم است. از نظر حقوقی، کار قانونگذار در توسعه نظام ادله اثبات جرائم منافی عفت از روی عنف یا اکراه و اخراج آنها از شمول قاعده استحباب یا وجوب ستر، قابل توجیه و تأیید است، زیرا نمی‌توان انتظار داشت مرتکب زناى به عنف و اکراه، چهار بار در دادگاه به مجرمیت خود اعتراف کند. این انتظار خیلی خوش‌بینانه است، خصوصاً با عنایت به اینکه مجازات عمل ارتكابی، اعدام است شدت مجازات، مرتکب را از اقرار بازمی‌دارد؛ در نتیجه، تحصیل چنین دلیلی به سهولت امکان‌پذیر نیست. در خصوص شهادت هم موانع و محدودیت‌هایی مثل اشتباه در مشاهده، اشتباه در حفظ صورت واقعه، خطا در بازگو کردن آن، اثرپذیری شهود از تطمیع و تهدید متهم و نیز از عواطف و احساسات بشری و خطر مواجهه با مجازات قذف وجود دارد. از سوی دیگر، به

موازات تکامل و پیشرفت جوامع بشری، سست شدن ایمان و پابندی‌های اخلاقی افراد، توسعه شهرها و عدم امکان شناسایی شخصیت شهود و مشکلات احراز عدالت آنان، ارزش و اعتبار شهادت به تدریج تضعیف شده است، به نحوی که در سیستم‌های جدید دادرسی کیفری، شهادت در برابر دلایل علمی و معنوی، ارزش و اعتبار سابق خود را از دست داده است. از این رو می‌توان گفت که امروزه دست‌کم در امور کیفری، شهادت، دلیل چندان قابل اعتمادی نیست. این‌گونه ملاحظات شرعی، قانونی و عملی در مجموع بر اهمیت و ضرورت نقش فعال قاضی در رسیدگی به جرائم منافی عفت مقرون به عنف یا اکراه و لزوم کشف و تحقیق و تحصیل علم از سوی او تأکید می‌کنند.

۴.۲. اثبات قضایی جرم تجاوز به عنف

جرم پدیده‌ای است که بنا به فرض به شخص یا اشخاص معین یا جامعه یا هر دو زیان می‌رساند. از همین رو، قوای عمومی حاکم به محض اطلاع از وقوع جرم همه امکانات خود را در چارچوب اصول و موازین برای کشف حقیقت به کار می‌گیرند. از جمله ادله‌ای که در نوع نظام‌های حقوقی از جمله اسلام برای اثبات قضایی جرم به کار می‌رود، دو شاهد عادل است. تکیه بر دو شاهد عادل برای اثبات جرم یا موضوع مورد نزاع در دعوی مدنی در نوع نظام‌های حقوقی چندان شایع است که می‌توان آن را رویه‌ای عرفی و عقلایی قلمداد کرد. به همین ترتیب، استناد به علم و اطمینان قاضی در صورتی که از راه‌های متعارف حاصل شده باشد، در میان عقلا از گذشته تاکنون رایج بوده است.

در فقه اسلامی در زمینه اثبات قضایی جرائم جنسی، رویه‌ای دیگر برگزیده شده است. تحقیق و تفحص در زمینه ارتکاب عمل منافی با عفت در صورت فقدان شاکی خصوصی اصولاً جایز نیست. بنابراین قاضی اصولاً موظف به کسب علم و اطمینان به ارتکاب عمل نیست. حتی بنا بر رأی در صورت پیدایش چنین علمی، در مقام حکم، نمی‌تواند بدان استناد کند. به موجب ادله، اثبات زنا و همجنس‌گرایی با چهار شاهد عادل که عمل منافی عفت را آشکارا مشاهده کرده باشند، ثابت می‌شود. مستند این امر پیش از هر چیز قرآن کریم است که خطاب به حاکمان یا شوهرانی که زنان آنها مرتکب خلاف شده‌اند. بنا بر

اختلاف تفاسیر اثبات زنا را به چهار شاهد منوط می‌کند (نساء / ۱۵). جدا از تعداد شهود و کیفیت گواهی آنها برای اثبات عمل منافی با عفت، سختگیری‌های دیگری هم شده است. حتی بنابر رأی، در منافیات عفت شهادت داوطلبانه پذیرفته نمی‌شود؛ بلکه گواهی باید به درخواست ذی‌نفع یا محکمه باشد. اسباب رد شهادت به‌طور کلی و شهادت بر عمل منافی عفت به‌ویژه فراوان است و در منابع فقهی به‌تفصیل بیان شده است. هرگاه چهار شاهد به هر دلیل نتوانند عمل منافی عفت را ثابت کنند، به مجازات جرم قذف محکوم می‌شوند. رویکرد شارع مقدس مبنی بر سختگیری در اثبات قضایای اعمال منافی با عفت البته حکیمانه است و آثار و پیامدهایی کاملاً نیکو دارد. این رویکرد، باب اتهامات ناروا به افراد را می‌بندد؛ نوعی حریم جنسی برای افراد را تضمین می‌کند و قبح اخلاقی اعمال منافی با عفت را نگاه می‌دارد. در واقع، عدم طرح پرونده‌های مربوط به اعمال منافی با عفت سبب می‌شود تا قبح آنها باقی بماند؛ زیرا هر گاه جرمی به هر دلیل در جامعه رایج شود و پیوسته افرادی به ارتکاب آنها محکوم شوند، رفته‌رفته ذهن و روان مردم با آن پدیده خو می‌گیرد و از زشتی آن کاسته می‌شود. برخلاف آنچه گاه تصور می‌شود اثبات قضایای و برخی دیگر از احکام تجاوز به عنف را نباید با اعمال منافی با عفت همراه با رضایت، یکسان قلمداد کرد. غرض شارع مقدس از عدم توصیه به پیگیری منافیات عفت و سختگیری در اثبات قضایای جرائم جنسی همراه با رضایت، حفظ حرمت و آبروی اشخاص است. در تجاوز به عنف، به تمامیت جسمی و حریم شخصیتی و عرض و آبروی مجنی‌علیه بلکه عفت عمومی جامعه، تعدی شده است. طبیعی است شارع مقدس که به تعدی به عرض دیگران سخت حساس است در این باره توصیه می‌کند تا همه تلاش‌های معقول و متعارف برای کشف حقیقت صورت گیرد. اگر در جرم جنسی همراه با رضایت، جنبه حق‌اللهمی غالب است و بنا بر تخفیف و تسهیل است، در تجاوز به عنف، جنبه حق‌الناسی عمل، غالب است. در اینجا پای تعدی به حیثیت فرد در میان است و نمی‌توان به اینکه مبنای حدود بر تخفیف و تسهیل است، استناد کرد؛ هر گاه بزه دیده شاکی باشد، شارع مسامحه و مجامله نمی‌نماید؛ بلکه خواهان آن است تا داد مظلوم از متجاوز ستانده

شود. در اینجا حتی می‌توان تصور کرد که مدعی‌العموم در شرایطی موظف باشد تا فارغ از شکایت شاکی خصوصی و البته با حفظ حق مجنی‌علیه بر ناشناخته بودن، جنبه عمومی جرم را پیگیری کند. ضمن اینکه گاه پای عناوین ثانویه‌ای به میان می‌آید که ضرورت پیگیری را تشدید می‌کند. لزوم شفاف بودن اعمال عمومی و اثبات امانتداری و درستی متصدیان امر عمومی - که امانت مردم در دست متصدیان و کارگزاران است. البته می‌تواند در شمار این عناوین ثانویه باشد. با توجه به آنچه گذشت، اثبات قضایی تجاوز به عنف علی‌القاعده از نظام دیگری جز آنچه برای منافیات عفت همراه با تراضی طراحی شده است، پیروی می‌کند. شک نباید کرد که در تجاوز به عنف می‌توان و باید به علم قاضی که از راه‌های متعارف حاصل شده است، همچون یکی از ادله اثبات استناد کرد؛ به همین ترتیب، اطلاق ادله حجیت بینه در این فرض همچنان معتبر است، زیرا تجاوز به عنف جدا از آنکه تعدی به حریم مجنی‌علیه است، تجاوز به کلیت جامعه است. نمی‌توان پذیرفت که شارع مقدس اسلام در اثبات قضایی تجاوز به عنف از همان روش سخت‌گیرانه مربوط به منافیات عفت در فرض رضایت طرفین پیروی می‌کند، زیرا این امر مستلزم ظلمی آشکار به بزه‌دیدگان و محروم کردن آنها از حق دادخواهی و سزا دادن متجاوزان است. در این صورت افراد خطرناک فرصت می‌یابند تا آسوده‌خاطر از اثبات قضایی جرم به دیگران تعدی کنند. بی‌شک شارع حکیم بایی را نمی‌گشاید که از رهگذر آن، افراد شرور به امنیت و عرض و آبروی مردم تعدی کنند؛ آنگاه بزه‌دیدگان برای اثبات تعدی به خود، نیازمند به پیمودن راه‌هایی باشند که اثبات تجاوز از آن طرق تقریباً محال عادی است. ساحت قضای اسلامی از چنین نقص بزرگی البته منزه است. در متون راجع به اثبات قضایی جرائم، شواهد روشنی گواهی می‌دهد که شارع مقدس تمهیداتی پیش‌بینی کرده است تا افراد شرور نتوانند در خلوت و پنهانی و به دور از چشم شهود و ناظران به دیگران تعدی کنند و بزه‌دیدگان یا اولیای آنان از اثبات قضایی جرم ناتوان بمانند. ادله‌ای که اثبات منافیات عفت را به چهار شاهد عادل با ترتیبی خاص مشروط می‌داند، اصولاً فاقد چنان اطلاقی است که موارد تجاوز به عنف را شامل شود. ادله حجیت بینه از چنان اطلاق و عمومی برخوردار

است که مطلق دعاوی را اثبات کند؛ در تخصیص یا تقیید این عموم یا اطلاق باید به قدر متیقن بسنده کرد. تا آنجا که به بحث ما مربوط می‌شود، قدر متیقن از مواردی که ادله حجیت بینه تخصیص خورده است، عمل منافی با عفت همراه با رضایت است. در سایر موارد از جمله موارد تجاوز به عنف، می‌توان به عموم و اطلاق ادله حجیت بینه، پایبند بود. همین بیان در مورد علم قاضی که البته از راه‌های متعارف به دست آمده باشد، نیز جاری است. حتی اگر استناد به علم در اثبات منافیات عفت را به کلی جایز ندانیم؛ به نظر می‌رسد این امر مختص به فرض اعمال منافی با عفت همراه با تراضی است؛ نه آنجا که تجاوز به عنف صورت گرفته است و پای شاکی خصوصی در میان است. جدا از اثبات قضایی، پاره‌ای از تخفیف و تسهیل‌هایی که در جرائم جنسی همراه با رضایت راه دارد را البته نمی‌توان به موارد تجاوز به عنف تعمیم داد. توبه، به‌آسانی نمی‌تواند مسقط کیفر پیش‌بینی شده برای متجاوز باشد. به همین ترتیب احکام عفو حاکم و قاضی نیز آن‌گونه که در روابط نامشروع ناشی از تراضی جاری است، در تجاوز به عنف جاری نخواهد بود، زیرا تجاوز به عنف، مصداق روشن تعدی به حق دیگری است. در دعاوی تجاوز به عنف هم می‌توان تصور کرد که اتهام عنوان‌شده در واقع ناروا باشد یا مدعی نتواند ادعای خود را اثبات کند، بنابراین محکوم نکردن کسی که صریحاً به فرد یا افراد معین نسبت تجاوز به عنف داده است، امکان‌پذیر است؛ ولی سخن در این است که باید راه‌های متعارف از جمله دو شاهد یا علم قاضی را همچون ادله اثبات جرم به‌شمار آورد و برای بررسی صحت و سقم دعاوی او بررسی‌های لازم و متعارف را انجام داد. این وظیفه مدعی‌العموم به نمایندگی از جامعه است که با دقت ادعای تجاوز به عنف را بررسی کند و امنیت ذهنی متزلزل‌شده را به جامعه‌ای که از اتهام وقوع جرم باخبر شده است، بازگرداند. قانون مجازات اسلامی که برای اثبات زنا از طریق گواهی، شهادت چهار مرد عادل یا سه مرد عادل و دو زن عادل (ماده ۷۴) را ضروری می‌داند، بی‌گمان ناظر به زناى عادی و ناشی از رضایت است. نظر به وجوهی که در بندهای پیشین گذشت نمی‌توان اثبات زناى به عنف را به شهادت به ترتیبی که در این دو ماده پیش‌بینی شده است یا اقرار متجاوز به عنف،

محدود کرد. در تجاوز به عنف خواه زنا باشد یا تجاوز همجنس به همجنس می‌توان به مفاد موادی که علم قاضی را معتبر می‌داند از جمله ماده ۱۲۰ عمل کرد که می‌گوید: «حاکم شرع می‌تواند طبق علم خود که از طرق متعارف حاصل شود، حکم کند». به همین ترتیب در تفسیر مواد ناظر بر توبه و عفو نیز باید به تفاوت بنیادین زنا با تراضی و تجاوز جنسی به عنف توجه کرد. آنها دو جرم کاملاً متفاوت‌اند و احکام یکی را به دیگری نباید آمیخت.

۵. راه‌های اثبات زنا به عنف

زنا به عنف، یکی از معضلات و مسائلی است که در صورتی که فقط قربانیان آن زنان نیستند و کودکان پسر یا دختر را نیز شامل می‌شود، ولی زیاده‌تر از هر کسی زنان را تهدید می‌کند. در جامعه‌ها و کشورهای در حال توسعه، نگاه تحقیرآمیز به جنس زن و قانون‌های ضد زن، آمار تجاوز به زنان را بالاتر برده و زندگی آنها را به مخاطره می‌اندازد. در تعریف عنف نیز باید گفت که عنف در لغت به معنی خشونت و زور است و هدف از اصطلاح زنا به عنف یا همان تجاوز به عنف، انجام نزدیکی جنسی با عدم رضایت شخص و با بهره بردن از قهر و غلبه است. تجاوز به عنف در همه کشورهای مجازات شدیدی دارد و در کشور ما نیز این همین نوع است. البته باید دقت داشت که در قانون‌های ایران، تجاوز به عنف، تنها در چارچوب رابطه بیرون از رابطه مشروع ازدواج (اعم از دائم و موقت) به رسمیت شناخته شده است.

قانون مجازات اسلامی ایران در ماده ۲۲۱ به جرم زنا به عنف پرداخته است. «براساس ماده ۲۲۲، حد زنا به عنف اعدام است. این ماده که دارای چند بند است، اشعار می‌دارد، حد زنا در موردهای زیر قتل است و تفاوتی میان جوان و غیرجوان و محصن و غیر محصن نیست و زنا به عنف و اکراه که سبب قتل زانی اکراه‌کننده است».

اقرار، علم قاضی و شهادت چهار شاهد، از علت‌های اثبات جرم زنا به عنف هستند که به توضیح آنها می‌پردازیم:

۵. ۱. علم قاضی

بی تردید در تجاوز به عنف می توان به علم قاضی که از طرق متعارف و محتویات پرونده و براساس ادله علمی حاصل شده باشد، استناد کرد. در صورتی که شاکی خصوصی در این جرم وجود نداشته باشد، برخلاف زناى با تراضی تحقیق و تفحص متوقف نمی شود. از این رو قاضی موظف به کسب علم و اطمینان به ارتکاب یا عدم ارتکاب رفتار مجرمانه است. در تجاوز یا زناى به عنف می توان به مفاد موادی که علم قاضی را معتبر می داند. از جمله ماده ۲۱۱ عمل کرد که می گوید: «حاکم شرع می تواند طبق علم خود که از طرق متعارف حاصل شود، حکم کند». چه بسا که قاضی بتواند با توجه به اقرارهای کسانی که مورد تجاوز قرار گرفته اند و سایر قراین و شواهد، از جمله گزارش و تشخیص پزشکی قانونی جرم متهم را زناى به عنف تشخیص داده و حکم صادر کند. برای نمونه می توان ادله علمی و فنی را مستند علم قرار داد و از آزمایش های دی ان ای که امروزه به حدی پیشرفت کرده است که بدون کوچک ترین تردیدی قادر است آثار اسپرم و خون، قطعه های خیلی ریز پوست یا تار مو و مانند اینها را احراز کند، استفاده کرد. همین طور نظریات پزشکی قانونی در مورد ضایعات وارده یا اطلاعاتی را که قربانی جرم از اوصاف و ویژگی های جانی به دست می دهد، می توان در کنار هم قرار داد و به حقیقت رسید و این مجموعه را مستند علم قاضی قرار داد.

۵. ۲. شهادت شهود

اثبات زنا، با شهادت چهار شاهد عادل که عمل منافی عفت را آشکارا مشاهده کرده باشند، ممکن است. (نساء / ۱۵). براساس نظر عده ای از حقوقدانان، اثبات زنا از طریق چهار شاهد عادل ناظر بر زناى عادی و ناشی از رضایت است و نمی توان اثبات زناى به عنف را به شهادت چهار نفر تسری داد؛ به این دلیل که فرض نیز بر این است که تجاوز و زنا به زور و عنف، صورت گرفته است و این کاملاً با موردی که زنا با رضایت دو طرف بوده، قابل قیاس نیست. از طرفی هم احتمال دارد که امکان اثبات زناى به عنف از طریق چهار شاهد سخت به نظر بیاید؛ اما با دقت به اطلاقی که ماده ۱۷۲ ق.م.ا. دارد، می توان گفت که برای

اثبات زنا به عنف از طریق شهادت چهار نفر امکان‌پذیر است، اما می‌توان در صورت ارتکاب زنا به عنف اگر تعداد شهود از حد نصاب قانونی کمتر بود، همراه با علم قاضی، زنا به عنف را اثبات کرد.

هرچند فقهای اسلامی اعم از شیعه و سنی بر این موضوع اتفاق نظر دارند که زنا با شهادت چهار مرد به اثبات می‌رسد و در مواردی شهادت سه مرد و دو زن و یا دو مرد و چهار زن نیز کفایت می‌کند (عاملی، ۱۴۱۰: ۹۶؛ خمینی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۴۶۱؛ خوبی، ۱۴۲۸، ج ۴۱: ۲۱۷). اما به دلایلی تجاوز به عنف را خارج از شمول این سخت‌گیری در ادله و اثبات جرم دانسته و آن را مشمول قاعده کلی ادله اثبات دعوا در حقوق اسلامی یعنی کفایت دو شاهد می‌دانیم. نخست اینکه ادله‌ای که تغلیظ شده و برای اثبات زنا مدنظر قرار گرفته است، عمومیت ندارد، بلکه مختص به موارد خاص بوده و تخصیصی بر اصل کلی کفایت دو شاهد و یا یک اقرار است. این تغلیظ و سخت کردن اثبات دعوا در جهت اجرای یک سیاست کیفری مبتنی بر بزه‌پوشی و قضازدایی در روابط جنسی همراه با رضایت است که مشمول قاعده کلی لاتجسسوا (حجرات/ ۱۲) می‌شود؛ لیکن در بحث تجاوز به عنف که کمتر اصطلاح زنا به کار می‌رود و اغلب از واژه اغتصاب و امثال آن استفاده می‌شود، اقرار واحد و شهادت دو شاهد براساس قاعده کلی کفایت می‌کند. بنابراین تخصیص اصل کلی که کفایت یک اقرار و دو شاهد است باید به قدر متیقن اکتفا شود؛ دوم اینکه اگر وجود دو شاهد یا یک اقرار همراه با قراین و شواهد موجود، موجب اقناع وجدان قاضی گردد یا برای قاضی علم ایجاد کند از این حیث نیز موضوعیت چهار شاهد یا چهار اقرار در اینجا منتفی خواهد بود.

زنا و تجاوز به عنف دو مقوله کاملاً متفاوت‌اند در مورد زنا قرآن کریم در سوره نور آیه ۲ از واژه زانی و زانیه استفاده می‌کند و می‌فرماید: «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ...». لیکن در مورد تجاوز به عنف در لسان روایات واژه اغتصاب به کار برده شده است. مثلاً تعبیر «من غصب امرأة علی نفسها» (مفید، ۱۴۱۳ق: ۷۷۸) و از جهت کیفرگذاری نیز مجازات مرگ را در نظر گرفته‌اند. برای مثال «سئل أبو جعفر علیه السلام عن

رجل اغتصب امرأة فرجها قال يقتل محصنا كان أو غير محصن» (مجلسی، ۱۳۶۹، ج ۲۳: ۷۷۸)

همچنین عن أبي جعفر (ع) فی رجل غصب امرأة نفسها قال قال يضرب ضربة بالسيف بلغت منه ما بلغت (مجلسی، ۱۳۶۹، ج ۲۳: ۷۷۸). بنابر این دو عنوان مجرمانه که اولاً عنوان با لفظ مجزا دارند، ثانیاً نوع و میزان کیفر آنها متفاوت است، ثالثاً مصلحت در واکنش علیه آنها و حتمیت و قطعیت نسبت بدانها کاملاً متفاوت است؛ از این رو در خصوص ادله اثبات دعوا نمی‌توان تنقیح مناط کرد و ضرورت چهار شاهد را به اغتصاب نیز تعمیم داد.

۵.۳. اقرار

در مورد زناى به عنف که اغلب در زمان ارتکاب آن، فردی جز مجرم و قربانی حضور ندارد، مقید کردن اثبات جرم به اقرار یا شهادت شهود بی‌مورد است. به این دلیل که مجرم به‌طور حتم اقرار نخواهد کرد و آنچه قربانی در دادگاه علیه خودش می‌گوید اقرار محسوب شده و در مورد مجرم، ادعا محسوب می‌شود و احتیاج به اثبات دارد که علت بر این مورد معمولاً موجود نیست. ولی در هر حال طبق قانون مجازات اسلامی، متهم باید در نزد قاضی چهار بار اقرار کند و اقرارهای وی در نزد پلیس، ملاک رأی قاضی نیست.

طبق شرع و قاعده حقوقی، اقرار هر فرد علیه خودش نافذ است، اما اظهارات زنانی که مورد تجاوز قرار گرفته‌اند، هرچند برای علم قاضی مهم است، ولی تنها قادر است جزو قرائن و شواهد محسوب شود. این اظهارات را نمی‌توان اقرار نامید، زیرا آنان مدعی‌اند و اظهاراتشان فقط علیه دیگری است و علیه خودشان نیست تا اقرار به حساب آید. در بحث تجاوز، رضایت زن نقش تعیین‌کننده‌ای دارد و اینکه به ضرر خود اقرار می‌کند، حاکی از عدم رضایت و به عنف بودن عمل است و قادر است از قرائن اثبات زناى به عنف باشد.

در قانون مجازات اسلامی مسئولیت کیفری نوجوانان زیر هجده سال که مرتکب جرائم مستوجب حدود قصاص و حدود هستند، چنانچه اثبات شود ماهیت جرم ارتكابی را درک نکرده‌اند یا در رشد و کمال عقل آنان، شبهه‌ای وجود داشته است، با توجه به سنشان به مجازات‌های پیش‌بینی‌شده محکوم می‌شوند. در کنوانسیون‌های حقوق کودک نیز، کمال

عقلی، شرط اجرای حکم برای کودکان و اطفال است. فلسفه این امر این است که برای زیر ۱۸ سال حکم قصاص و اعدام نداشته باشیم.

فقه‌ها در مورد اثبات زنا، لواط و مساحقه چهار اقرار لازم دانسته‌اند و در جرائم قوادی، قذف، شرب مسکر و سرقت دو بار اقرار را ضروری شمرده‌اند، لیکن در سایر موارد یک اقرار در صورتی که موجب اقناع وجدان قاضی شود کافی در اثبات جرم است (خمینی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۴۵۹؛ حلی، ۱۴۰۹، ج ۴: ۱۳۸؛ نجفی، بی تا، ج ۴۱: ۲۸۰؛ حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۹: ۳۳). بی شک تجاوز به عنف جزو دسته اخیر به‌شمار می‌رود و برای اثبات آن اقرار اقناع‌آور کافی است، زیرا ضرورت بیش از یک اقرار استثنا و تخصیص بر اصل کلی است که باید به موارد متیقن اکتفا شود.

۶. نتیجه

قوانین جزایی ایران از میان جرائم منافی عفت، دو جرم زنا و لواط توأم با عنف و اکراه را به تبع فتاوی فقهی، مستوجب مجازات سنگین اعدام اعلام کرده‌اند.

ناکارامدی ادله سنتی اثبات جرم یعنی بینه و اقرار، توصیه اکید منابع فقهی و فرهنگ حقوقی کشور بر بنای حدود بر تخفیف و احتیاط و افراط در توسل به شبهه و سعی در بزه‌پوشی به ضمیمه تمایل غالب قضات به اجتناب از صدور حکم به اعدام، در مجموع شرایطی را فراهم آورده‌اند که در آن اثبات قضایی دو جرم مورد اشاره با دشواری‌های بسیار مواجه است. نتیجه این ناکارامدی‌ها و دشواری‌ها، فرار بزه‌کاران از اجرای عدالت و تجرى و تجاسر بیشتر آنان، بی‌دفاع ماندن بزه‌دیدگان، تزلزل در اصل حتمیت اجرای مجازات و در نهایت بی‌اعتمادی عمومی به نظام عدالت کیفری کشور است. قانونگذار جمهوری اسلامی با همه تردید و تعللی که در چگونگی ایجاد توازن میان معیارهای فقهی و حقوقی از یک سو، و واقعیت‌های اجتماعی از سوی دیگر داشته است، در نهایت از راه تقویت نقش علم قاضی به‌عنوان دلیل اثباتی جرم و مقدم دانستن آن بر سایر ادله، کوشش کرده است راه اثبات جرائم مورد بحث و محکومیت و مجازات مرتکبان آنها را تا حدودی هموار سازد. چنین است که قانون مجازات اسلامی از سویی زنا با دختران نابالغ، زنا با

زنان در حال خواب، بی‌هوشی، مستی و زناى مقرون به فریب و اغفال یا مسبوق به ربایش یا تهدید و القای ترس را به‌عنوان فروض ممتازۀ تجاوز به عنف معرفی کرده و راه اجتهاد و اظهارنظر شخصی را در این موارد به روی دادگاه بسته است و از سوی دیگر، در کنار ضابطه‌مند کردن استناد به علم قاضی در آرای قضایی، منشأ و مستند حصول چنین عملی را با بیانی تمثیلی بسط داده و مواردی مثل نظریه کارشناس، معاینه محل، تحقیقات محلی، اظهارات مطلعان و گزارش ضابطان و به‌طور کلی همه قرائن و امارات نوعاً اطمینان‌آور را به‌عنوان مأخذ علم معرفی کرده است و نتیجه این است که سیاست کلی در جرائم منافی عفت بر بزه‌پوشی، قضا‌زدایی و تسامح است، لیکن در مورد تجاوز به عنف با عنایت به جریحه‌دار شدن عفت عمومی و سلب امنیت افراد و جامعه، سیاست عدم تسامح و پذیرش حداکثری علم قاضی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین ادله اثبات دعوا حاکمیت دارد و حقوق کیفری ایران نیز در واکنش علیه این جرم همین رویه را اتخاذ کرده است.

کتابنامه

۱. ابن رشد، محمد بن احمد (۱۴۱۵ق). *بدايه المجتهد و نهايه المقتصد*، ج ۲، بيروت: دارالفکر.
۲. ابن قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد (بی تا). *المغنی*، ج ۹، بيروت: عالم الکتب.
۳. ابن منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم (۱۴۰۸ق). *لسان العرب*، ج ۱۱ و ۱۲، بيروت: دار احیاء التراث العربی.
۴. ازهری، محمد (۲۰۰۱م). *تهذیب اللغه*، ج ۳، بيروت: دار احیاء التراث العربی.
۵. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۰ق). *کتاب المکاسب*، چ اول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۶. جبعی العاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۳۸۶ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، تحقیق سید محمد کلانتر، ج ۶، چ اول و دوم، بيروت: دار التعارف للمطبوعات.
۷. حر عاملی - محمد بن الحسن (۱۴۱۴ق). *وسایل الشیعه*، ج ۲۸، بيروت: مؤسسه آل‌البت لاحیاء التراث.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۹. خمینی موسوی، سید روح‌الله (۱۳۷۹). *کتاب البیع*، چ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ و نشر عروج.
۱۰. حلبی، ابوالصلاح تقی‌الدین بن نجم‌الدین (۹۱۹ق). *الکافی فی الفقه*، ج ۹، تحقیق رضا استادی، اصفهان: کتابخانه امیرالمؤمنین(ع).
۱۱. حلّی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۹ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ج ۴، تهران: استقلال.
۱۲. حلّی، ابن ادريس (۱۴۱۱ق). *السراير*، ج ۳، قم: جامعه مدرسین.
۱۳. رشتی، میرزا حبیب‌الله (۱۴۰۱ق). *کتاب القضاء*، تحقیق احمد حسینی اشکوری، قم: دار

القرآن الکریم.

۱۴. زیلعی، فخرالدین عثمان بن علی (۱۳۱۳ق). *تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق*، ج ۳، چ دوم، قاهره.
۱۵. سرخسی، شمس‌الدین محمد بن احد (۱۳۲۴ق). *المبسوط*، ج ۹، مصر: مطبعة السعادة.
۱۶. سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۵۲م). *الوسيط في شرح القانون المدني*، ج ۲، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۷. شافعی، محمد بن ادريس (۱۴۰۰ق). *الأم*، ج ۳، بیروت: دار الفکر.
۱۸. شربینی، محمد بن احمد الخطیب (۱۴۱۵ق). *مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج*، ج ۴، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۱۹. شوکانی، محمد بن علی (۱۴۱۳ق). *نیل الأوطار*، ج ۹، مصر: دار الحدیث.
۲۰. داداشی، محمدرضا؛ فیض، زهرا (۱۳۹۵)، «ماهیت علم قاضی»، *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ش ۱۴.
۲۱. دهخدا، علی اکبر (۱۳۳۸). *فرهنگ دهخدا*، دوره پنجاه جلدی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۲. شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۸۵). *حقوق کیفری اختصاصی*، ج ۹، تهران: ژوبین.
۲۳. شیخ‌نیا، امیرحسین (۱۳۷۸). *ادله اثبات دعوی*، چ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۴. شکاری، روشن علی (۱۳۸۱). *ادله اثبات دعوی*، چ سوم، تهران: نسل نیکان.
۲۵. صدری افشار، غلامحسین (۱۳۸۲). *فرهنگ گزیده*، تهران: فرهنگ معاصر.
۲۶. علم‌الهدی، سید مرتضی (۱۴۱۵ق). *الانتصار*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۷. عمید، حسن (۱۳۷۵). *فرهنگ عمید*، چ یازدهم، تهران: جاویدان.
۲۸. طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). *المبسوط في فقه الاماميه*، ج ۸، کتاب الحدود حد الزناص ۱ تهران: المكتبه المرتضويه.
۲۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). *اثبات و دلیل اثبات*، ج ۱، چ دوم، تهران: میزان.

۳۰. معین، محمد (۱۳۸۵). فرهنگ فارسی معین (یک جلدی)، چ سوم، تهران: راه رشد.
۳۱. میر خلیلی، سید محمود (۱۳۹۴). جرم‌شناسی، چ اول، تهران: بهنامی.
۳۲. محمد جمعه، مجدی (۲۰۱۵م). العنف ضد المرأة، اسکندریه: دار الجامعه الجديده.
۳۳. مجلسی، محمدباقر (۱۳۶۹). مِرآة العُقُول فی شرح اخبار آل رسول، ج ۲۳، نور وحی.
۳۴. معطوف، لوویس (۱۹۷۳). المنجد فی الغته و الاعلام، لبنان، بیروت: دارالشرق.
۳۵. نجفی، محمدحسن (بی‌تا). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴۳، چ هفتم: بیروت: داراحیاء التراث العربی.
۳۶. نووی، محیی‌الدین یحیی بن شرف (۱۴۱۲ق). روضه الطالبین و عمدہ المتقین، تحقیق زهیر الشاویش، ج ۸، بیروت: المكتب الإسلامی.
۳۷. ولیدی، محمدصالح (۱۳۸۰). جرائم علیه عفت و اخلاق عمومی، تهران: امیرکبیر.

References

1. al-Am al-Huda Sayyid Morteza (1415 AH). *al-Antisar*, Qom: Islamic Publishing Institute. (in arabic)
2. Amid, Hassan (1997). *Farhang Amid*, Vol. 11, Tehran: Javidan. (in persian)
3. Ansari, Sheikh Morteza (1420). *Book al- makaseb*, Qom: Islamic Thought Association, first edition. (in Arabic)
4. Azhari, Mohammad (2001 AD). *Tazhib alghah*, Vol. 3, Beirut: Dar al-Ahya Tarath al-Arabi. (in Arabic)
5. Dadashi, Mohammad Reza; Feyz, Zahra (2017). "The nature of the judge's knowledge, *Journal of Islamic Jurisprudence and Law Studies*, Vol. 14. (in Arabic)
6. Dekhoda, Ali Akbar (1960). *Dehkhoda Farhang*, 50-Volume, Tehran: Daneshgah Publication. (in Persian)
7. Halabi, Abu al-Salah Naqi al-Din ibn Najm al-Din (919 AH). *Al-Kafi fi al-Fiqh*, Vol. 9, research by Reza Ostadi, Isfahan. (in Arabic)
8. Hali (researcher), Ja'far ibn Hassan (1409). *Sharia of Islam in Masael Halal and, Haram*, Vol 3. Tehran: Esteghlal. (in Arabic)
9. Hali, Ibn Idris (1411). *Al-Sarayer*, Qom: Moalemin Jameh Publications. (in Arabic)
10. Hur Ameli, Muhammad ibn al-Hassan(1414 AH). *Wasa'il al-Shi'ah*, Beirut: al-Bayt al- Haya Alassarat. (in Arabic)
11. Ibn Manzoor, Jamal al-Din Muhammad ibn Mukarram (1408 AH). *Lesan al-*

- Arab*, Vol. 11 & 12, Beirut: Dar Ahya al-tarsat al- Arabi. (in Arabic)
12. Ibn Qadameh al-Maqdisi, Abdullah ibn Ahmad (Bita). *al-Mughni* , Vol. 9, Beirut: al kotob. (in Arabic)
 13. Ibn Rushd, Muhammad ibn Ahmad (1415 AH). *Beday al - Mujtahid and Nahaeh al Muqtasad*, Vol.6, Beirut: Dar al Fekr.(in Arabic)
 14. Jab'i al-Ameli (Shayid Thani), Zayn al-Din ibn Ali (1386 AH). *al-Rawdha al-Bahiyya in Shrheh Almoama Damascus*, research by Sayyid.(in Arabic)
 15. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (1997). *Mabsot in Tehran Hoghogh Terminology*, Ganj-e-Danesh Library. (in Persian)
 16. Katozian, Nasser (2002). *Proof and reason of proof*, Vol. 1 & 2, Tehran: Mizan. (in Persian)
 17. Mir Khalili Seyed Mahmoud (2016). *Criminology*, First Edition Behnami Publications. (in Arabic)
 18. Moein, Mohammad (2007). *Farhang Farsi Moein*, Vol. 3, Tehran: Rah-e Roshd. (in Persian)
 19. Mohammad Juma, Majdi (2015 AD). *al-Anf zed al-Amrah*, Eskandarieh and Jama'at Al-Jadeeda. (in Arabic)
 20. Mousavi Al-Khomeini, Seyyed Ruhollah, (2001). *Kitab al-Bayy*, Tehran: Imam Khomeini publishing house Arush Publishing, First Edition.(in Arabic)
 21. Mutuf, Lewis (1973). *al-Munajjid in Al-Ghatta wa Al-Alam*, Lebanon, Beirut: Dar al-Sharq. (in Persian)
 22. Najafi Mohammad Hassan Jawaher al-Kalam Fi (Bita). *Sharh Sharia al-Islam*, 43 Volumes, seventh edition, Beirut: Dar al-Hayat al-Taras al-Arabi. (in Arabic)
 23. Novin Mohi-ud-Din Yahya bin Sharaf (1412 AH). *Rawdah al-Talibeen and Major al-Muttaqin*, research by Zuhair al-Shawish, Vol. 8, Beirut: Islamic School. (in Arabic)
 24. Rashti, Mirza Habibullah (1401 AH). *al-Qada book*, research by Ahmad Hosseini Eshkori, Qom: Dar Al-Quran Al-Karim. (in Arabic)
 25. Sadri Afshar Gholamhossein (2004). *Selected Farhang*, Tehran: Farhang Moaser. (in Persian)
 26. Sanhori, Abdul Razzaq Ahmad (1952). *Al-Wasit Fi Sharh al-Qanun al-Madani*, Vol.2, Beirut: Dar Ahya al-taras Al Arabi. (in Arabic)
 27. Sarakhsi, Shams al-Din Muhammad ibn Ahad (1324 AH). *al-Mabsut*, Vol. 24, Egypt: al-Saada Matbah. (in Arabic)
 28. Shafi'i, Muhammad ibn Idris (1400 AH). *Al-Jam* 3, Beirut: Dar al-Fikr. (in Arabic)
 29. Shambiyati, Houshang (2007). *Exclusive criminal law*, Vol. 9, Tehran: Zubin. (in Persian)
 30. Sheikh Nia Amirhossein (2003). *Evidence of claim*, Second edition Tehran Sahami Enteshar Company.(in Persian)
 31. Shekari, Roshanali (2003). *Evidence of claim*, the third edition of Nasl Nikan Publications .(in Persian)
 32. Sherbini Muhammad bin Ahmad Khatri (1415 AH). *Mughni Al-Muhtaj Ela*

- Marefa Maani Alfaz Almonhaj*, Vol. 4, Beirut: Dar Al Kotob Elmiyeh. (in Arabic)
33. Shokani Muhammad ibn Ali (1413 AH). *Nil al-Awtar*, Vols. 8 & 9, Egypt: Hadith. (in Arabic)
 34. Tusi Shaykh al-Ta'ifah Muhammad ibn Hassan (2009). *Almabsot fi Figh al-Emamieh Mortazaviyeh School*. (in Arabic)
 35. Walidi Mohammad Saleh (2002). *Crimes against public decency and morality*, Tehran: Amirkabir. (in Persian)
 36. Zilai, Fakhruddin Uthman bin Ali (1313 AH). *Tabeen al-haghaegh Sharh al-ghanoon al-Madani*, Vol. 2 & 3, Cairo. (in arabic)
 37. The validity of the judge's knowledge in proving rape with a comparative approach in jurisprudence and law
 38. Ebrahim Motaharifar¹, Mahmoud Qayyum zadeh², Mohammad Rasoul Ahangaran³
 39. Q:Ph.D. student of Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, Saveh Branch, Islamic Azad University, Saveh, Iran.