



تحقیق و نشر افکار نو بر آل سازمان
International Development Law Organization
Organisation Internationale de Droit du Développement
سازمان بین المللی انکشاف حقوق

حقوق جزای اختصاصی بر مبنای کود جزای ۱۳۹۶

(۱۵)

تجاوز جنسی و جرایم مرتبط به آن

Rape and Related Crimes

سرطان ۱۳۹۸

تهیه و ترتیب: سازمان بین المللی انکشاف حقوق (IDLO)

کابل، افغانستان

وب سایت: www.idlo.int

در مورد این جزوه

تمام مواد و مندرجات این جزوه در مطابقت با قوانین افغانستان ترتیب گردیده است. به منظور اطمینان از مطابقت با تعدیلات جدید در قوانین افغانستان لازم است این جزوه در فواصل زمانی معین مورد بازنگری قرار گیرد. حق هر نوع تغییر جزئی یا کلی در این جزوه مربوط به سازمان بین‌المللی انکشاف حقوق (IDLO) می‌باشد.

تمام موادی که محتوی این کتاب را تشکیل می‌دهد برای استفاده شخصی و غیر تجارتي شما است. حق طبع و نشر این مواد برای سازمان بین‌المللی انکشاف حقوق (IDLO) محفوظ است.

قوانین مورد استفاده:

۱. کود جزای ۱۳۹۶

۲. قانون منع خشونت علیه زن ۱۳۸۸

فهرست موضوعات

۱	مقدمه
۴	مبحث اول: جرم تجاوز جنسی
۴	گفتار اول: تعریف تجاوز جنسی در قوانین افغانستان:
۴	مطلب اول: تعریف تجاوز جنسی در قانون منع خشونت علیه زن:
۵	مطلب دوم: تعریف تجاوز جنسی در کود جزاء:
۵	مطلب سوم: مقایسه دو تعریف:
۷	گفتار دوم: مقایسه جرم تجاوز جنسی با جرایم مشابه:
۱۰	گفتار سوم: عناصر تشکیل دهنده تجاوز جنسی:
۱۰	مطلب اول: عنصر مادی جرم تجاوز جنسی:
۲۲	مطلب دوم: عنصر معنوی جرم تجاوز جنسی:
۲۲	گفتار چهارم: مجازات تعزیری جرم تجاوز جنسی در کود جزاء:
۲۲	جزء یک: جزای اصلی جرم تجاوز جنسی:
۲۳	الف: مجازات اعدام:
۲۳	ب: حبس دوام درجه ۱:
۲۴	ج: حبس دوام درجه ۲:
۲۴	د: تطبیق دو جزا در برخی از حالاتی که جزاها اصولاً با هم جمع نمی شوند (تعدد مادی در جرایم غیر مرتبط):
۲۵	جزء دو: جزای تبعی و تکمیلی جرم تجاوز جنسی:
۲۶	گفتار پنجم: احکام ویژه جرم تجاوز جنسی:
۳۰	گفتار ششم: تفاوت های قانون منع خشونت و کود جزاء در موضوع جرم تجاوز جنسی:
۳۲	مبحث دوم: جرم تجاوز به عفت و ناموس زن:
۳۲	گفتار اول: شرح کلمات واصطلاحات:
۳۴	گفتار دوم: عناصر جرم تجاوز بر عفت و ناموس زن:
۳۴	الف: عنصر مادی:
۳۵	گفتار سوم: مجازات جرم تجاوز بر عفت و ناموس:
۳۷	مبحث سوم: جرم آزار واذیت زنان واطفال
۳۷	گفتار اول: شرح اصطلاحات و تبیین مفاهیم:

۴۰	گفتار دوم: عناصر جرم آزار واذیت:
۴۱	گفتار سوم: مجازات جرم آزار واذیت:
۴۲	مبحث چهارم: جرایم بچه بازی
۴۲	گفتار اول: مفهوم بچه بازی:
۴۳	گفتار دوم: مصادیق جرم بچه بازی:
۴۳	مطلب اول: نگهداری طفل به منظور لذت بردن جنسی یا رقصانیدن ویا آموزش رقص:
۴۵	مطلب دوم: رقصانیدن طفل به قصد استعمار:
۴۶	مطلب سوم: برگزاری محفل بچه بازی:
۴۸	مطلب چهارم: شرکت در محفل بچه بازی:
۴۹	مطلب پنجم: ضبط وثبت ویا نشر هویت قربانی جرایم بچه بازی:
۵۱	مطلب ششم: جرم بچه بازی توسط منسویین نیرو های نظامی:
۵۴	مطلب ششم: توأمیت جرم بچه بازی با جرایم دیگر:
۵۶	گفتار سوم: احوال مشدده عمومی جرم بچه بازی:
۵۷	مبحث پنجم: جرم قذف وافتراء
۵۷	گفتار اول: جرم قذف:
۵۷	مطلب اول: تعریف قذف:
۶۰	مطلب دوم: شرایط تحقق جرم قذف:
۶۰	مطلب سوم: عناصر تشکیل دهنده جرم قذف:
۶۵	مطلب سوم: انواع قذف در کود جزاء و مجازات آن:
۶۶	مطلب چهارم: معافیت از مجازات جرم قذف:
۶۶	مطلب پنجم: تحریک دعوی در جرم قذف وافتراء:
۶۷	گفتار دوم: جرم افتراء:
۶۷	مطلب اول: تعریف و مفهوم افتراء:
۶۹	مطلب دوم: عناصر جرم افتراء:
۷۰	مطلب سوم: مجازات جرم افتراء:
۷۰	نتیجه گیری
۷۲	مآخذ

مقدمه

جرایم علیه عفت، جرایمی است که نظام جزائی حاکم بر زندگی جنسی جامعه و احیاناً آزادی جنسی شهروندان را مورد تعدی قرار می دهد. نوع اول تحت عنوان «جرایم علیه عفت» در جزوه قبلی (شماره ۱۴) مورد بررسی قرار گرفت. در این جزوه آموزشی، نوع دوم تحت عنوان «تجاوز جنسی و جرایم مرتبط به آن» بررسی می گردد.

ساختار جزوه آموزشی:

در این جزوه جرایمی رسیدگی می شود که آزادی جنسی شهروندان را مورد تعدی قرار می دهد و این زمانی است که آنها بدون رضایت، موضوع یک فعالیت جنسی قرار می گیرند مانند تجاوز جنسی، تجاوز بر عفت و ناموس، آزار و اذیت جنسی، جرم بچه بازی و جرم قذف و افترا بررسی می گردد.

روش نگارش:

در این جزوه آموزشی از روش توصیفی تحلیلی استفاده شده است. تلاش بر این بوده تا جزوه آموزشی حاضر، جنبه کاربردی برای قضات، خارنوالان، و مساعدين حقوقی داشته باشد. از این جهت از تطویل ممل و بحث های نظری محض، یا بحث هایی که نیاز به طرح آن در برنامه های آموزشی نیست، اجتناب صورت گرفته است. اما در برخی از موارد مهم و ضروری بحث های تحلیلی نظری بنابر اهمیت خاص، طرح شده است. هردرس شامل تعدادی از قضایای فرضی، سوالات مباحثی غرض گفتگوهای گروهی، فعالیت های صنفی، تحلیل و تفکر انتقادی است تا اشتراک کنندگان را به تحلیل و ارزیابی وادار سازد و آموزش را اشتراک کننده محور سازد. اما لازم نیست تمام این قضایا و سوالات در صنف مورد مناقشه و تحلیل قرار گیرد، بلکه آموزگار با در نظر داشت وقت تخصیص داده شده، برخی از آنها را انتخاب می کند. در پایان هردرس نتیجه گیری همان درس و سوالات ارزیابی ذکر می گردد.

جرایم تعدی بر آزادی جنسی

اهداف:

در پایان این جلسه آموزشی اشتراک کنندگان قادر خواهند شد تا:

۱. مصادیق جرایم تعدی بر آزادی جنسی را براساس کود جزاء لست نمایند؛
۲. مفهوم جرایم تجاوز جنسی، تجاوز به عفت و ناموس، آزار واذیت، بچه بازی و قذف و افترا را تشریح نمایند؛
۳. عناصر جرایم فوق الذکر را تشخیص نمایند؛ و
۴. مجازات جرایم فوق را با رعایت احوال مخففه و مشدده آن طبق کود جزا توضیح دهند.

عناوین:

۱. تجاوز جنسی
۲. تجاوز به عفت و ناموس
۳. آزار واذیت زن و طفل
۴. بچه بازی
۵. قذف و افترا

جرایم تعدی بر آزادی جنسی

مقدمه:

جرایم تعدی بر آزادی جنسی عبارت از جرایمی است که در آن یکطرف بدون رضایت معتبر، طرف دیگر را موضوع فعالیت‌های جنسی قرار می‌دهد؛ چه او را وادار به انجام عمل جنسی و یا تمکین به عمل جنسی کند و یا شهوت او را برخلاف رغبت و اختیار او تحریک کند و یا در برابر وی اعمال و یا حرکات جنسی بی را انجام دهد که به عفت وی آسیب رساند. رضایت طفل در این جرایم بی اثر شمرده می‌شود زیرا طفل بخاطر درک ناقصی که دارد، پیامدهای رفتار جنسی بی را که در آن سهم گرفته است، درست تصور نمی‌تواند لهذا انتخاب آگاهانه که جوهر اراده و رضایت را تشکیل می‌دهد در حق وی منتفی است.

این جرایم^۱ شامل تجاوز جنسی، هتک عفت و ناموس، آزار واذیت زن، بچه بازی و جرم قذف می‌گردد. هریک از این جرایم در مبحث جداگانه بررسی می‌گردد.

^۱ - جرایم تعدی بر آزادی جنسی.

مبحث اول: جرم تجاوز جنسی

تجاوز جنسی چیست؟ با سایر جرایم جنسی مشابه چه تفاوت دارد؟ عناصر آن کدام است؟ و برای مرتکبین آن کدام جزاها پیش بینی شده است؟ پرسشهایی است که در این مبحث به آن پاسخ آرایه می شود.

گفتار اول: تعریف تجاوز جنسی در قوانین افغانستان:

تجاوز جنسی در قانون جزای ۱۳۵۵ به حیث یک جرم مستقل شناخته نشده بود، بلکه حسب احوال تحت عنوان زنا و یا لواط قابل تعقیب عدلی بود. برای نخستین بار این جرم در قانون منع خشونت علیه زن مطرح گردید. ذیلاً نخست تعریف قانون منع خشونت علیه زن ذکر می گردد و به تعقیب آن تعریف کود جزا و میان هر دو مقایسه صورت می گیرد.

مطلب اول: تعریف تجاوز جنسی در قانون منع خشونت علیه زن:

تجاوز جنسی در فقره ۳ ماده سوم قانون منع خشونت علیه زن قرار ذیل تعریف شده است:

"تجاوز جنسی: ارتکاب فعل زنا یا لواط بازن بالغ توأم با اجبار واکراه یا ارتکاب آن با زن نا بالغ و یا تجاوز بر عفت و ناموس زن است"

قانون منع خشونت علیه زن چنانچه از نامش پیدا است، تنها جرایم مرتبط با خشونت علیه زن را بیان می کند و لهذا تعریف تجاوز جنسی در ماده سوم قانون منع خشونت، تنها تجاوز جنسی علیه زن را تعریف می کند. طوری که در متن ماده فوق الذکر ملاحظه می شود، گاهی فعل زنا یا لواط با زن بالغ صورت می گیرد و گاهی هم با زن نابالغ که حکم هر کدام را در روشنی ماده فوق الذکر ذیلاً بیان می کنیم:

- زنا یا لواط با زن بالغ: زنا یا لواط با زن بالغ تنها در صورتی تجاوز جنسی و مصداق خشونت علیه زن به حساب می آید که توأم با اجبار و اکراه باشد و لهذا چنانچه این دو عمل با رضایت

جانبین و بدون جبر یا اکراه صورت گیرد، این اعمال مصداق تجاوز و خشونت علیه زن به حساب نمی آید گرچند تحت عنوان زنا یا لواط جرم مستقل بوده و قابل مجازات خواهد بود.

- زنا یا لواط با زن نابالغ: فقره سوم ماده فوق الذکر ارتکاب زنا یا لواط با زن نابالغ را به طور مطلق مصداق تجاوز جنسی و خشونت علیه زن دانسته و قید اجبار یا اکراه را در آن ذکر نکرده است و لهذا هر نوع عمل زنا و لواط با زن نابالغ حتی با رضایت وی و بدون استفاده از اکراه یا اجبار نیز تحت عنوان تجاوز جنسی مصداق خشونت علیه زن بوده و قابل مجازات خواهد بود.

مطلب دوم: تعریف تجاوز جنسی در کود جزاء:

کود جزا تجاوز جنسی را قرار ذیل تعریف نموده است:

"شخصی که با جبر یا سایر و سایل ارباب آمیز یا تهدید یا با استفاده از ناتوانی جسمی یا روانی مجنی علیه یا ناتوانی ابراز رضایت مجنی علیه اعم از زن یا مرد یا خوراندن دوی بیهوش کننده یا سایر وسایل زایل کننده عقل به وی عمل مقاربت جنسی را انجام دهد یا اعضای بدن یا اشیای دیگر را در قبل یا دبر وی داخل نماید مرتکب تجاوز جنسی شناخته می شود".

در روشنایی ماده فوق الذکر، تجاوز جنسی عبارت است از ادخال چیزی به قُبُل (فرج) و یا دُبُر (مقعد) مجنی علیه زنده بدون رضایت وی.^۱

مطلب سوم: مقایسه دو تعریف:

مهمترین تفاوت‌های دو تعریف عبارت است از:

^۱ - فقره ۱ ماده ۶۳۶ کود جزای افغانستان- مصوب ۱۳۹۷

^۲ - خالد، نصیر الله، نگاهی تحلیلی و انتقادی به مفهوم و عناصر جرم تجاوز جنسی در کود جزای ۱۳۹۶، مجله پوهنچی شرعیات پوهنتون کابل،

شماره ۲۳، حوت ۱۳۹۷ صص ۶۶-۸۳.

- حسب قانون منع خشونت علیه زن، تجاوز جنسی فقط از سوی مرد علیه زن انجام شده می تواند؛ در حالیکه طبق کود جزا، صفت مرد بودن برای فاعل وزن بودن برای قربانی دیگر شرط نیست، چون در کود جزا کلمه "شخص" به کار رفته است که زن و مرد هر دو را شامل می شود. همچنان کود جزا در کنار مقاربت جنسی از "ادخال اعضای بدن و یا اشیای دیگر" صحبت نموده است که می تواند از سوی زن علیه زن و یا زن علیه مرد، انجام شود.
- در قانون منع خشونت علیه زن، "تجاوز علیه عفت زن" نیز تجاوز جنسی خوانده شده است، در حالیکه در کود جزا این جرم به حیث یک جرم مستقل در ماده ۶۴۰ پیش بینی شده و از مصادیق تجاوز جنسی شمرده نمی شود.
- در قانون منع خشونت علیه زن، فقط از اجبار واکراه بحث شده است. در حالیکه در کود جزا مفهوم اجبار واکراه به تمام حالاتی گسترش داده شده است که در آن قربانی رضایت ندارد چه بالفعل اجبار و یا اکراه به کار رفته باشد یا خیر^۱ مانند "... سایر وسایل ارباب آمیز یا تهدید یا با استفاده از ناتوانی جسمی یا روانی مجنی علیه یا ناتوانی ابراز رضایت مجنی علیه اعم از زن یا مرد یا خوراندن دوی بیهوش کننده یا سایر وسایل زایل کننده عقل...".

^۱ - همان.

گفتار دوم: مقایسه جرم تجاوز جنسی با جرایم مشابه:

جرم تجاوز جنسی ویا شروع به این جرم با جرایم زنا، لواط، تجاوز بر عفت و ناموس زن و تفخیزد و مساحقه شباهت دارد. این شباهت‌ها احیاناً سبب می شود که قاضی و خاتونال در تشخیص وصف جرمی به مشکل مواجه شوند، ذیلاً به گونه مختصر تفکیک بین این موارد بررسی می گردد:

۱) تفکیک جرم تجاوز جنسی از جرم زنا و لواط:

تجاوز جنسی هرگاه در شکل مقاربت جنسی ظاهر شود، با جرایم زنا و لواط مشابهت پیدا می کند. زنا به اساس فقره اول ماده ۶۴۳ کود جزای افغانستان عبارت از "مقاربت جنسی زن و مردی است که بین آنها رابطه زوجیت موجود نباشد". در حالیکه لواط، طبق فقره دوم ماده ۶۴۶ این قانون، عبارت است از ادخال «اندام تناسلی مرد در دُبر زن یا مرد دیگری به هر اندازه ای که باشد». نگاهی به این دو تعریف نشان می دهد که نکته اساسی تفکیک میان مقاربت جنسی که وصف تجاوز را میگیرد از یکسو و مقاربت جنسی که وصف زنا ویا لواط را میگیرد از سوی دیگر، عنصر رضایت و عدم رضایت مفعول است. هرگاه مقاربت جنسی بدون رضایت مفعول ویا قربانی طفل باشد ولو رضایت داشته باشد، مقاربت جنسی وصف "تجاوز جنسی" را می گیرد ولی اگر عمل مذکور بین اشخاص بزرگسال و با رضایت آنها، انجام شود حسب احوال زنا ویا لواط شناخته می شود. با این تفاوت که زنا از طریق قُبُل و خارج از رابطه زوجیت صورت می گیرد و لواط از طریق دُبر صورت میگیرد و با در نظر داشت فقره دوم ماده ۶۴۶ حتی اگر با زوجه هم باشد. قابل ذکر است که از لحاظ شرعی مقاربت از راه دبر با زوجه هرچند به حیث یک گناه تعزیراً قابل مجازات است اما وصف لواط حدی به آن داده نمی شود^۱.

۲) تفکیک جرم تجاوز جنسی تام از جرم هتک عفت و ناموس زن:

تجاوز به عفت و ناموس زن جرم دیگری است که در ماده ۶۴۰ کود جزا بیان گردیده است. تشابه این دو جرم در عنصر اجبار است چون در هر دو جرم قربانی رضایت ندارد. اما تفاوت آنها حسب میزان تحولی

^۱ - الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ۳۵، ص ۳۴۰؛ العینی، محمود بن احمد، البناية شرح الهداية، ج ۶ ص ۲۴۵-۲۴۶.

که در مفهوم تجاوز جنسی رخ داده است فرق می کند. مثلاً در کشورهایی که مطلق دخول جنسی بدون رضایت (اجباری)، تجاوز جنسی شمرده شده است، معیار تفکیک بین این دو جرم ادخال و عدم ادخال است. هرگاه رفتار جانی سبب ادخال و نفوذ چیزی به بدن قربانی گردد جرم تجاوز جنسی تلقی می شود ولی اگر قصد متجاوز از رفتار مجرد اتصال جنسی باشد نه ادخال جرم واقع شده، هتک عفت و ناموس پنداشته می شود. به اساس کود جزای افغانستان مطلق ادخال بدون رضایت معیار نیست بلکه معیار اینست که ادخال بدون رضایت در محل خاصی صورت گرفته باشد (قبل و یا دبر). پس تفکیک میان این دو جرم طوریکست که اگر در محل خاص جبراً ادخال صورت گرفته باشد، جرم تجاوز جنسی واقع می شود ولی اگر ادخال صورت نگرفته باشد و قصد آن نیز موجود نباشد و یا ادخال در غیر از قبل و یا دبر انجام شده باشد، جرم تجاوز بر عفت و ناموس زن شکل میگیرد (طبعاً زمانیکه قربانی زن باشد) ولی اگر قصد متجاوز ادخال در قبل و یا دبر باشد اما این کار به سببی خارج از اراده مجرم واقع نشود، عمل ارتكابی وصف شروع به جرم تجاوز جنسی را میگیرد که در مورد بعدی به تفصیل بیشتر رویش بحث صورت گرفته است. تفاوت دیگر در جنسیت قربانی است، قربانی تجاوز جنسی می تواند مرد و یا زن باشد، اما قربانی جرم هتک عفت و ناموس متأسفانه که فقط زن می تواند باشد. درحالیکه در قانون جزای سابق (۱۳۵۵) جرم تجاوز بر عفت و ناموس هر دو جنس را دربر می گرفت^۱ این رویکرد مقنن قابل نقد است زیرا تجاوز بر عفت و ناموس مرد نیز قابل جرم انگاری و مجازات است. در وضعیت فعلی، تجاوز بر عفت و ناموس مرد فقط زمانی جرم تلقی می شود که به سرحد تفریح برسد^۲ اما اگر عمل پایین تر از مرحله تفریح باشد، جرم انگاری نشده است، مگر زمانیکه قربانی طفل باشد که در اینصورت تحت عنوان آزار واذیت^۳ قابل تعقیب قرار گرفته می تواند. منتهی جزای این دو جرم نسبت به جزای جرم تجاوز بر عفت و ناموس زن، خیلی کم است و جنبه بازدارندگی لازم ندارد. مثلاً مجازات جرم تفریح حبس قصیر است (از ۳ ماه الی ۱ سال) و مجازات جرم آزار واذیت جزای نقدی و

۱ - ماده ۴۲۹، قانون جزای ۱۳۵۵.

۲ - مواد ۶۴۵ و ۶۴۹ کود جزای ۱۳۹۶.

۳ - ماده ۶۶۸ کود جزای ۱۳۹۶.

در حالت مشدده حبس قصیر شش ماه است و مهمتر اینکه بدون شکایت مجنی قابل تعقیب نیست^۱. این درحالیست که جزای جرم تجاوز بر عفت و ناموس زن حبس طویل الی ۷ سال است. تفاوت سوم، در این است که رضایت طفل در یکی از اشکال جرم تجاوز جنسی (مقاربت جنسی) اعتبار ندارد^۲. اما در جرم تجاوز به عفت و ناموس رضایت طفل تأثیر گذار است. به این معنی که اگر طرفین راضی باشند، جرم تجاوز به عفت و ناموس به میان نمی آید بلکه حسب احوال ممکن تفخیز و یا مساحقه شمرده شود.

۳) تفکیک شروع به جرم تجاوز جنسی از جرم تجاوز به عفت و ناموس زن:

شروع به جرم تجاوز جنسی حالتی است که شخص به قصد ادخال چیزی به قبل و یا دبر دیگری به جبر و بدون رضایت وی به انجام فعل آغاز می کند، اما نتیجه فعل که عبارت از دخول است به سببی خارج از اراده فاعل واقع نمی شود. ملاحظه می شود که شروع به جرم تجاوز جنسی و جرم تجاوز به عفت و ناموس زن از حیث اعمال و رفتار مادی یکسان اند، اما از لحاظ نوع عنصر معنوی از هم تفکیک می شوند. مرتکب جرم تجاوز جنسی قصد ادخال در قبل و دبر را دارد ولی زمانی که به تجاوز آغاز می نماید و به مرحله هتک عفت و ناموس زن چون تفخیز و یا امثال آن می رسد نتیجه جرمی که عبارت از ادخال است نظر به اسبابی خارج اراده او متوقف و یا خنثی می گردد. درحالی که مرتکب تجاوز به عفت و ناموس از آغاز قصد ادخال را ندارد بلکه نیتش اکتفا به اعمالیست که در ماده ۶۴۰ کود جزا هتک عفت و ناموس زن خوانده شده است چون تفخیز و غیره. نیت مرتکب یک امر درونی است و اثبات آن ساده نیست لهذا قاضی و خارنوال به قرائنی توجه می نمایند که این نیت را آشکار میسازد مثلاً تماس به قسمتهایی از جسم زن که آنرا عورت می شمارد در داخل موترهای عمومی و یا در یک پارک عمومی در حضور مردم نمی تواند به منظور تجاوز جنسی باشد چون زمینه ادخال واقعی در آنجا میسر نیست. و از جانب دیگر، کشف وسایل خاصی در محل جرم چون کاندوم و غیره می تواند ثابت کند که فاعل نیت ادخال را داشته است.

^۱ - مواد ۶۶۸-۶۷۲ کود جزای ۱۳۹۶.

^۲ - ماده ۶۳۸ کود جزای ۱۳۹۶.

۴) تفکیک شروع به جرم تجاوز جنسی از جرم تفخیز و مساحقه:

جرم تفخیز ویا مساحقه (مواد ۶۴۵ و ۶۴۹ کود جزا) از لحاظ عنصر مادی با جرم تجاوز بر عفت وناموس زن یکسان اند بلکه تفخیز و مساحقه فاحش ترین شکل تجاوز بر عفت و ناموس را تشکیل میدهد، از این لحاظ مطالبی که فوقاً بیان گردید در اینجا نیز قابل طرح است، با این تفاوت که در جرم تجاوز به عفت و ناموس زن اجبار وجود دارد، اما در جرم تفخیز و مساحقه طرفین رضایت دارند. اکنون که مفهوم تجاوز جنسی دانسته شد، و بین تجاوز جنسی و جرایم شبیه آن تفکیک صورت گرفت، نیاز می رود تا عناصر جرم تجاوز جنسی مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

گفتار سوم: عناصر تشکیل دهنده تجاوز جنسی:

عناصر جرم تجاوز جنسی عبارت اند از: عنصر قانونی، مادی و معنوی. ذیلاً عنصر مادی و معنوی این جرم شرح می گردد. عنصر قانونی، مورد بحث قرار نمی گیرد زیرا مواد قانون مرتبط به این موضوع در لابلای بحث ذکر شده است.

مطلب اول: عنصر مادی جرم تجاوز جنسی:

عنصر مادی جرم تجاوز جنسی شامل: ۱. فعل جرمی، ۲. موضوع جرم ۳. کیفیت فعل (یا انعدام رضایت قربانی)، ۴. نتیجه و ۵. رابطه سببیت، می شود که هرکدام ذیلاً توضیح می گردد.

۱ - فعل (رفتار مادی):

رفتاری که رکن مادی جرم تجاوز جنسی را تشکیل میدهد عبارت است از ادخال چیزی در قبل ویا دبر شخص زنده. قانون برای حصول دخول وسیله مشخصی را معین نکرده است. بلکه برعکس تصریح نموده است که دخول می تواند توسط اندام تناسلی مرد صورت گیرد که شایع ترین شکل تجاوز جنسی را تشکیل میدهد ودر گذشته یکی از عناصر این جرم به شمار می رفت، همچنان می تواند توسط سائر اعضای بدن باشد مثل انگشتان وغیره ویا حتی توسط سائر وسائل. بنابراین، القاح صناعی چه منجر به

حمل گردد و یا نه، جرم تجاوز جنسی را به وجود می آورد هرگاه بدون رضایت زن انجام یابد، قابل ذکر است که در برخی از کشورها تجاوز جنسی طوری تعریف شده است که این عمل را دربر نمیگیرد چون این عمل به اغراض جنسی انجام نیافته است. همچنان در قانون برای فاعل ویا قربانی وصف جنسیتی خاصی شرط گذاشته نشده است، پس همانطوریکه این جرم از سوی مرد علیه زن می تواند صادر شود، می تواند از سوی زن علیه مرد، ویا مرد علیه مرد ویا زن علیه زن ویا حتی افراد مخنث چه به حیث متجاوز ویا قربانی صادر شود^۱.

قابل ذکر است که وسیلهٔ ادخال فقط در یک مورد دارای اهمیت حقوقی است، وآن زمانیکه قربانی شخص زیر سن قانونی باشد وبه عمل تجاوز رضایت داشته باشد، زیرا در این حالت فقط ادخال آلت تناسلی تجاوز جنسی شمرده شده است اما ادخال سایر اشیا به رضایت شخص زیر سن تجاوز جنسی شمرده نمی شود. مادهٔ ۶۳۸ کود جزا در این زمینه چنین صراحت دارد: «هرگاه مردی با شخص زیر سن قانونی مقاربت جنسی را انجام دهد، عمل وی تجاوز جنسی شمرده شده و رضایت مجنی علیه قابل اعتبار نمی باشد».

^۱ - خالد، نصیر الله، نگاهی تحلیلی و انتقادی به مفهوم و عناصر جرم تجاوز جنسی در کود جزای ۱۳۹۶، مجلهٔ پوهنچی شرعیات پوهنتون کابل، شماره ۲۳، حوت ۱۳۹۷ صص ۶۶-۸۳.

فعالیت شماره (۱)

قضیه فرضی

قضیه ۱: یک زن بزرگ سال با پسر ۱۶ ساله به رضایت همدیگر مقاربت جنسی می نمایند، وصف جرمی طرفین چیست؟ در صورتیکه زن مذکور پسر را مجبور به مقاربت نموده باشد، وصف جرمی زن چیست؟

قضیه ۲: مرد بزرگ سال در قبل و یا دبر طفل زیر ۱۵ ساله اعضای بدن و یا سایر اشیاء را به رضایت وی ادخال می نماید، وصف جرمی طرفین چیست؟ آیا جنیست طفل (دختر و یا پسر بودن) در وصف جرمی مرد تأثیر وارد می کند؟

۲. موضوع جرم (محل فعل):

محل ادخال به اساس کود جزای افغانستان لازم است که قبلاً و یا دبر قربانی باشد. بنابراین ادخال در سائر منافذ بدن چون دهن و غیره تجاوز جنسی شمرده نمی شود بلکه تجاوز بر عفت و ناموس محسوب می شود هرگاه قربانی زن باشد و مفاهیم و اغراض جنسی در آن نهفته باشد و حیاء قربانی را خدشه دار سازد. ولی اگر قربانی مرد باشد، در کود جزا برای این عمل وصف جرمی خاصی پیش بینی نشده است و از این لحاظ کود جزا قابل انتقاد است. قسمیکه قبلاً اشاره نمودیم در برخی از کشورها مثل فرانسه محل ادخال منحصر به قبل و یا دبر قربانی نیست بلکه تمام منافذ جسم وی را دربر می گیرد. از جانب دیگر لازم است که موضوع جرم شخص زنده باشد، زیرا مقاربت جنسی با مرده و یا ادخال چیزی به قبل و یا دبر وی، حق سلامت ناموس و عفت او را نقض نمی کند بلکه بی حرمتی به جسد میت پنداشته می شود و طبق ماده ۶۹۵ کود جزا قابل تعقیب عدلی است.

- مقاربت جنسی با زوجه بزرگسال:

این موضوع را در قالب یک سوال مطرح می کنیم.

فعالیت شماره (۲)

سوال مباحثی:

در رابطه به موضوع جرم تجاوز جنسی، این پرسش مطرح می شود که آیا لازم است که شخصی که موضوع رفتار مادی جرم تجاوز جنسی قرار گرفته است با فاعل رابطه زوجیت نداشته باشد؟ به عبارت دیگر آیا مقاربت جنسی بدون رضایت با زوجه "تجاوز جنسی" خوانده می شود یا خیر؟

پاسخ احتمالی:

دیدگاه حقوقدانان مسلمان: دیدگاه مشهور حقوقدانان مسلمان در رابطه به موضوع جرم تجاوز جنسی اینست که این جرم فقط خارج از رابطه زوجیت قابل تصور است، زیرا شوهر به حکم شریعت، قانون و عقد حق استمتاع را دارد و استیفای این حق بدون رضایت طرف مقابل هرچند خلاف آداب است اما هیچگاه تجاوز شمرده نمی شود. به این معنی که مقاربت جنسی با زوجه ولو بدون رضایتش انجام شود، وصف تجاوز جنسی را نمی گیرد، مشروط بر اینکه این عمل در جریان قیام عقد ازدواج صحیح انجام یافته باشد ولو در مرحله عدت طلاق اول و دوم چون زوج شرعاً و قانوناً در این مدت حق رجعت قولی و یا فعلی را دارا می باشد. اما اگر عقد هنوز بسته نشده باشد مثل مرحله نامزادی، و یا عقد پایان یافته باشد مثل ختم عدت طلاق رجعی (طلاق اول و یا دوم) که زوجه بائن می گردد و یا در جریان عدت طلاق بائن کبری (طلاق سوم) و یا زمانیکه عقد باطل و یا فاسد می باشد، مقاربت جنسی بدون رضایت حکم تجاوز جنسی را می گیرد^۱. با این تفاوت که در حالت بطلان و یا فساد عقد ازدواج، آگاهی زوج از بطلان و یا فساد عقد شرط است زیرا در غیر آن عنصر معنوی در حق وی منتفی می شود^۲.

دیدگاه کود جزای افغانستان: به اساس تفسیر لفظی^۳ از نص فقره ۱ ماده ۶۳۶ کود جزا، ظاهراً این ماده بالای روابط زن و شوهر نیز قابلیت تطبیق را دارد، چون بر عکس قانون منع خشونت علیه زن و قانون جزای ۱۳۵۵ در اینجا از واژه های "زنا" و یا "لواط" استفاده نشده است، واژه هایی که، به اساس مفهوم

۱ - حسنی، محمود نجیب، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص، ص ۵۳۰.

۲ - حسنی، محمود نجیب، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص، ص ۵۳۱.

۳ - Literal Interpretation

شرعی^۱ و عرفی آن، در بطن خود روابط جنسی زن و شوهر را شامل نمی‌گردید ولو بشکل نامشروع آن مثل مقاربت در ایام مریضی طبیعی و یا از راه دبر. اما معلوم نیست که محاکم افغانستان این تأویل را می‌پذیرند و یا با تفسیر متأثر از سیاق و سباق^۲ و همچنان روح فقره دوم این ماده که تطبیق احکام این فصل را منوط به عدم توافر شرایط تطبیق حد می‌داند، مقاربت جنسی بدون رضایت با زوجه را مشمول آن نمی‌سازند چون هویداست که مقاربت جنسی بدون رضایت با زوجه از جمله جرایم حد نیست چیزیکه می‌تواند قرینه پنداشته شود برای اینکه این ماده از روابط زن و شوهر بحث نمی‌کند. بهرحال، ایجاب می‌نمود که این موضوع روشتر بیان می‌گردید، اگر هدف مقنن واقعاً جرم انگاری مقاربت جنسی بدون رضایت با زوجه می‌بود، بهتر بود جزای خفیف برای آن پیش بینی می‌نمود، زیرا اگر فرضاً بپذیریم که حق سلامت عفت و ناموس زوجه در این حالت نقض شده است، این نقض قطعاً همسان با حالاتی نیست که متجاوز غیر از شوهر می‌باشد.

نظر شما راجع به این پاسخ که احتمال صحت را دارد چیست؟

- مقاربت جنسی با زوجه هرگاه زیر سن قانونی باشد:

کود جزا مقاربت جنسی مرد با شخصی را که زیر سن قانونی قرار دارد به شکل مطلق تجاوز جنسی خوانده است ولو این مقاربت به رضایت وی انجام شده باشد. ماده ۶۳۸ کود جزا در این خصوص چنین صراحت دارد: «هرگاه مردی با شخص زیر سن قانونی مقاربت جنسی را انجام دهد، عمل وی تجاوز جنسی شمرده شده و رضایت مجنی علیه قابل اعتبار نمی‌باشد». ملاحظه می‌شود که در ماده مذکور "شخص زیر سن قانونی" به شکل مطلق ذکر شده است؛ بنابراین، این پرسش مطرح می‌شود که آیا زوجه‌هایی که قبل از سن قانونی ازدواج نموده اند مشمول این ماده می‌شوند و یا خیر؟ در این خصوص دو دیدگاه وجود دارد:

^۱ - زنا در شریعت اسلامی عبارت است از ادخال آلت تناسلی در فرج زن زنده و مشتهات خارج از رابطه زوجیت و یا ملک یمین و یا شبهه آن در دار اسلام. جهت مفهوم شرعی زنا مراجعه شود به: کاسانی، علاؤالدین، بدائع الصنائع (۵۸۷هـ)، ج ۷ ص ۳۳.

^۲ - Contextual Interpretation

دیدگاه اول: مقاربت جنسی شوهر با زوجه زیر سن قانونی موضوع جرم تجاوز جنسی قرار نمی گیرد، بدلیل اینکه عقد ازدواج استمتاع را مشروع می سازد و هرگاه استمتاع مشروع باشد عمل تجاوز شمرده نمی شود. بناءً این ماده بر خارج از رابطه زوجیت تطبیق می شود. ازدواج با دختران زیر سن از جرایم خشونت علیه زن است، و طبق ماده ۲۸ قانون متذکره، قابل تعقیب عدلی می باشد البته هرگاه زن شکایت نماید.

دیدگاه دوم: مقاربت جنسی با زوجه هرگاه زیر سن قانونی باشد، تجاوز جنسی شمرده می شود بدلیل اینکه ماده ۶۳۸ کود جزا یک حکم عمومی را به شکل مطلق وبدون هیچگونه استثناء مطرح نموده است وبهمان شکل باید تطبیق شود. مستثنی ساختن زوجه های زیر سن از حکم این ماده نیاز به دلیل قانونی دارد که در این زمینه کدام دلیلی وجود ندارد. از جانب دیگر، پیشینه تاریخی وتعدیلاتی که در مسوده این ماه پیش آمده است این گمان را تقویت می کند که حکم این ماده بر مقاربت جنسی با زوجه های زیر سن قانونی نیز تطبیق می گردد؛ چون در مسوده کود جزا در اینجا از واژه " طفل " استفاده شده بود اما در نسخه نهائی لفظ "طفل" احتمالاً آگاهانه به تعبیر " شخص زیر سن قانونی " تعدیل گردید. احتمالاً این تعدیل به این منظور صورت گرفت چون لفظ "طفل" زوجه هایی را دربر می گرفت که سن شان تحت ۱۸ سال بود چون سن ازدواج حسب ماده ۷۰ و ۷۱ قانون مدنی ۱۶ سال ودر صورتیکه عقد ازدواج از سوی پدر صحیح التصرف ویا محکمه ذیصلاح بسته شود ۱۵ سال تعیین شده است که در هردو حالت زوجه بدلیل اینکه ۱۸ سال را تکمیل نکرده است طفل به شمار می رود(قانون رسیدگی به تخلفات اطفال: ماده فقره ۱ ماده ۴). پس کود جزا لفظ طفل را به "شخص زیر سن قانونی" تبدیل نمود تا این دسته از زوجه ها از مصداق این ماده خارج گردند. در اینجا بهتر است به پیشینه این موضوع مختصراً اشاره نماییم. قانون مدنی افغانستان حد اقل اهلیت ازدواج برای دختران را تکمیل ۱۶ سال تعیین نموده است. و برای پدر صحیح التصرف یا محکمه صلاحیت به ازدواج دادن دختری را که سن ۱۵ سال را تکمیل کرده باشد، داده است. و به ازدواج دادن دختر کمتر از ۱۵ سال را جایز ندانسته است. (ماده ۷۰ و ۷۱ قانون مدنی). اما تا نافذ شدن قانون منع خشونت علیه زن در اسد سال ۱۳۸۸، ازدواج با دختران زیر سنین متذکره جرم شمرده نمی شد. قانون منع خشونت علیه زن در ماده ۲۸ خود

آنها جرم شمرد، اما جرمی که بدون شکایت زوجه قابل تعقیب عدلی نبود و ضمناً ادامه رابطه زنا شوهری با چنین زوجه را قانون مذکور جرم نمی دانست و ازدواج را نیز درست می پنداشت به دلیل اینکه فسخ عقد را موکول به درخواست زوجه نموده بود. اما اخیراً کود جزا در سال ۱۳۹۶ طوریکه مشاهده نمودیم یک گام فراتر گذاشت و مقاربت جنسی با زوجه زیر سن را تجاوز جنسی شمرد. این رویکرد کود جزا، قابل نقد است زیرا بین زنا با اشخاص زیر سن و رابطه زنا شویی با چنین اشخاص، تفکیک نکرده است و هر دو را تجاوز جنسی خوانده است. اگر واقعاً هدف مقنن جرم انگاری مقاربت با زوجه های زیر سن می بود، باید مجازات آن متفاوت از مجازات زنا با اطفال می بود.

۳. کیفیت فعل (انعدام رضایت قربانی):

مجرد وقوع فعل تشکیل دهنده جرم تجاوز جنسی برای تحقق این جرم کافی نیست. بلکه لازم است این فعل کیفیت و یا شکل خاصی داشته باشد که عبارت است از توأم بودن با جبر واکراه و یا سایر وسایل ارباب آمیز که در این جا به عدم رضایت قربانی تفسیر می شود.^۱ انعدام رضایت قربانی مهمترین عنصر جرم تجاوز جنسی را تشکیل میدهد و در واقع معیار اساسی تفکیک تجاوز جنسی از جرایم زنا و لواط شمرده می شود. بنابراین، ادخال چیزی به قبل و یا دبر شخص بزرگسال هرگاه به رضایت کامل وی باشد، تجاوز جنسی شمرده نمی شود بلکه حسب احوال جرم زنا یا لواط پنداشته می شود البته در صورتیکه ادخال توسط اندام تناسلی صورت گرفته باشد. ولی اگر ادخال غیر اجباری توسط سائر اعضای بدن و یا سائر وسائل باشد تحت تعریف زنا و یا لواط قرار نمیگیرد، بلکه در صورت تکمیل شرایط حسب حالات تحت تفخیز و یا مساحقه قابل تعقیب است. اکثراً در محاکم اینچنین موارد را تحت شروع به جرم زنا و یا لواط محاکمه می نمایند بدون اینکه به قصد مرتکبین توجه شود که آیا واقعاً قصد ادخال را داشته اند یا خیر؟ این امر از لحاظ حقوقی اشکال دارد زیرا قصد نتیجه (جنایت یا جنحه) یکی از ارکان و یا عناصر شروع به جرم است و بدونش حالت شروع به جرم به میان نمی آید.

^۱ - در صفحه بعدی مفهوم عدم رضایت به تفصیل شرح شده است.

- مفهوم عدم رضایت در جرم تجاوز جنسی:

قاعده کلی اینست که اراده مجنی علیه فقط در حالات خاصی از بین می رود که در کود جزا تحت عنوان موانع مسؤولیت جزائی بیان گردیده است (مواد ۸۶-۱۱۵). یکی از این موارد حالت انعدام اراده است که در قالب اکراه و یا اجبار واقع می شود. یعنی فشار بیرونی مادی و یا معنوی که مکره توانایی دفع آنرا ندارد مشروط بر اینکه این فشار آتی باشد، و حیات، یا تمامیت جسمی، یا مال و یا روان شخص را به شکل جدی تهدید نماید و هیچ راهی برای دفع آن جز تن دادن به جرم موجود نباشد. ملاحظه می شود که شرایط اکراه زیاد است و تا زمانیکه تمام آن موجود نگردد مسؤولیت جزایی مکره و یا مجبور کاملاً منتفی نمی شود بلکه ممکن حسب احوال تنزیل یابد (ماده ۱۱۵ کود جزا). این قواعد کلی به طور یکسان در تمام جرایم تطبیق می گردید، اما حقوقدانان متوجه شدند که تطبیق این قواعد در جرم تجاوز جنسی غالباً سبب می گردد که این جرم وصف زنا و یا لواط را بگیرد و افزون بر متجاوز، قربانی نیز مجازات شود زیرا این شرایط در بسیاری از قضایای تجاوز جنسی تکمیل نمی بود چون زنها تحت تأثیر روانی در مقابل فشارهایی که برای اشخاص عادی قابل دفع است، از خود نمی توانستند مقاومت نشان دهند. از همین رو با مرور زمان و تحت تأثیر داده های علوم روانشناسی زنان به ویژه آنانیکه در معرض تجاوز قرار میگیرند، ثابت گردید که زنان همواره توان مقابله با فشار بیرونی را ندارند، و تن دادن آنها به خواست طرف متجاوز، همیشه به معنی رضایت آنها نیست. به عبارت دیگر اراده زنها همانطوریکه در نتیجه اکراه چه مادی باشد و یا معنوی از بین می رود، می تواند در نتیجه تجاوز آتی، خواب عمیق، بیهوشی، سکر اجباری، حيله و فریب با سوء استفاده از ضعف ادراک و عدم آگاهی قربانی نیز از بین رود. به تعبیر دیگر "اکراه" در جرم تجاوز جنسی دیگر به عدم رضایت قربانی تفسیر گردید نه به فشار آتی و غیر قابل دفع. این توسع، متناسب با وضعیت روانی قشر اناث مطرح گردید. کود جزا این مفهوم را در حق ذکور و اناث یکسان تطبیق نموده است. حالات عدم رضایت را کود جزا به ۵ مورد حصر نموده است: ۱- استفاده از جبر و وسایل ارباب آمیز، ۲- تهدید، ۳- استفاده از ناتوانی جسمی یا روانی مجنی علیه، ۴- ناتوانی ابراز رضایت، ۵- خوراندن دوی بیهوش کننده یا سایر وسایل زایل کننده عقل.

حالت اول، آشکارترین شکل انعدام رضایت را دربر می‌گیرد که عبارت است از حصول اجبار یا اکراه مادی. اکراه مادی شامل حالاتی می‌شود که متجاوز از قوت فیزیکی بر جسم قربانی استفاده می‌نماید و مانع مقاومت وی می‌گردد و در نتیجه تجاوز واقع می‌شود. حالت دوم عبارت است از اکراه معنوی. این نوع اکراه شامل حالاتی می‌گردد که متجاوز، روان قربانی را با استفاده از تهدید جان، مال و یا فامیل و اقاربش و یا حتی افشای اسرار و یا الحاق فضیحت و تهمت و غیره وسائل تحت تأثیر قرارداد و در نتیجه همین تأثیرات قربانی را وادار می‌سازد تا به اراده او تمکین نماید. حالت سوم، ظاهراً می‌خواهد از حالاتی بحث نماید که قربانی از لحاظ عقلی و روانی دچار مشکل و نقص می‌باشد. تعبیر "ناتوانی جسمی" در اینجا مناسب نیست، زیرا تحت حالت اول قرار می‌گیرد چون اکثراً اکراه مادی و یا جبر زمانی میسر می‌گردد که قربانی از لحاظ جسمی ضعیف باشد. پس بهتر بود عوض تعبیر "ناتوانی جسمی یا روانی"، تعبیر "ناتوانی عقلی یا روانی" به کار می‌رفت. حالت چهارم، عبارت است از تجاوز آنی و به شکل مفاجی. این مورد شامل حالاتی می‌گردد که عمل تجاوز دفعتاً و بدون اینکه برای قربانی مجالی برای مقاومت و دفاع بدهد واقع می‌شود مانند تجاوز داکتر بالای مریضی که به منظور تداوی نزدش دراز کشیده و خود را به وی تسلیم کرده است. حالت پنجم شامل حالاتی می‌گردد که متجاوز در نتیجه استعمال وسایل زایل کننده عقل و یا هوش مجنی علیه با لای وی تجاوز می‌نماید. در اینجا لفظ "خورانیدن" مناسب نیست. بهتر بود مقنن از لفظ "استعمال" استفاده می‌نمود زیرا لفظ دوم خوراندن و سایر حالات را دربر می‌گیرد. چون بسیاری از وسایل زایل کننده هوش است که از طریق تنفس، و یا تماس به جسم تأثیرات خود را به جا می‌گذارد نه از طریق خوراندن. این موارد به عنوان مثال ذکر شده است و افاده حصر را نمی‌کند بنابراین، اگر رضایت مجنی علیه به کدام وسیله دیگری غیر از آنچه ذکر گردید، زایل گردد، این جرم واقع می‌شود^۱.

^۱ - خالد، نصیر الله، نگاهی تحلیلی و انتقادی به مفهوم و عناصر جرم تجاوز جنسی در کود جزای ۱۳۹۶، مجله پوهنهی شرعیات پوهنتون کابل، شماره ۲۳، حوت ۱۳۹۷ صص ۶۶-۸۳.

- داشتن مفاهیم جنسی:

در رابطه به کیفیت فعل پرسش دیگری مطرح می شود که آیا لازم است عمل ادخال دارای مفاهیم واغراض جنسی باشد؟ ویا مطلق ادخال اجباری جرم را به وجود می آورد؟ در کود جزای افغانستان در این مورد صراحتی وجود ندارد. به این معنی که ظاهراً هر نوع ادخال غیر مجاز به قبل ویا دبر شخص بدون رضایت وی موجب تحقق جرم تجاوز جنسی می شود. اما در قوانین جزائی برخی از کشورها بشمول فرانسه در این مورد تصریح شده است که ادخال دارای مفاهیم واغراض جنسی باشد. به این اساس معاینات جبری بدون رضایت قربانی هرگاه منجر به ادخال گردد در کشورهای متذکره ولو خلاف احکام قانون صورت گیرد جرم تجاوز جنسی را به وجود نمی آورد. در افغانستان، فقط در مواردی این معاینات و معالجات تجاوز جنسی پنداشته نمی شود که قانوناً مجاز باشد، چون در این موارد عمل طبیب تحت اسباب اباحت داخل شده جرم شمرده نمی شود. مثلاً قانون صحت عامه برای طبیب در موارد خاص حق معالجه و عملیات اجباری ویا اضطراری را به رسمیت شناخته است که بدون اجازهٔ مریض صورت می گیرد (مواد ۲۰ و ۲۱ قانون صحت عامه و مادهٔ ۹۱ کود جزا)، و همچنان قانون طب عدلی برای متخصص طب عدلی صلاحیت اجرای معاینات را در صورت مطالبهٔ مراجع ذیصلاح به رسمیت شناخته است که این معاینات می تواند توسط حکم محکمه ذیصلاح ولو شخص رضایت نداشته باشد اجرا شود. پس معاینات غیر قانونی اجباری هرگاه منجر به ادخال چیزی به قبل ویا دبر شخص گردد، جرم تجاوز جنسی را به وجود می آورد. اما اگر منجر به ادخال نگردد، دیده می شود که قربانی زن است ویا مرد. در صورتیکه زن باشد، جرم تجاوز به عفت و ناموس زن مطرح می گردد و حسب احوال فقره های ۱، ۲ و یا ۳ مادهٔ ۶۴۰ تطبیق می گردد. در معاینات مجاز پردهٔ بکارت فقرهٔ ۲ و ۳ مادهٔ ۶۴۰ کود جزا ودر سایر حالات فقرهٔ اول مادهٔ مذکور تطبیق می گردد.

۴. نتیجه:

جرم تجاوز جنسی از جرایم نتیجوی است. بنابراین، یکی از اجزای عنصر مادی آن، تحقق نتیجهٔ عمل جرمی می باشد. نتیجهٔ جرمی در اینجا عبارت است از حصول واقعی دخول در قبل ویا دبر چون هم فقرهٔ ۱ مادهٔ ۶۳۶ و هم مادهٔ ۶۳۷ حصول "دخول" را شرط تحقق جرم تجاوز جنسی دانسته اند. فقرهٔ اول

ماده ۶۳۶ چنین تصریح می نماید: «شخصی که با جبر یا عمل مقاربت جنسی را انجام دهد یا اعضای بدن یا اشیایی دیگر را در قبال یا دُبر وی داخل نماید.....». ماده ۶۳۷ چنین صراحت دارد: «مرتکب جرم تجاوز جنسی به حبس طویل محکوم می گردد».

- شروع به جرم تجاوز جنسی:

احیاناً متجاوز فعل را به نیت تحقق نتیجه انجام می دهد، اما نتیجه فعل که عبارت از ادخال است به سببی از اسباب که خارج از اراده فاعل است، واقع نمی شود مانند اینکه پولیس ویا مردم در محل ظاهر می شوند، ویا اینکه متجاوز ناتوان می گردد ویا مجنی علیه مقاومت می نماید. در تمام این حالات جرم کامل تجاوز جنسی واقع نشده است، اما مرتکب جرم در پروژه جرمی خود مسیری را طی کرده و شخصیت مجرمانه خود را به نمایش گذاشته است و اگر اسباب فوق الذکر و غیره واقع نمی شد وی پلان جرمی خود را به پایان می رسانید. لهذا، اگر به جزای کامل جرم محکوم نمی شود معاف هم نمی شود بلکه مسؤول شروع به جرم تجاوز جنسی شناخته شده قابل مجازات می باشد. جزای شروع به جرم جنایت نسبت به جزای اصل جرم، به اساس ماده ۵۲ کود جزا، دو درجه پایینتر می باشد. از آنجائیکه جزای جرم تجاوز جنسی در حالات عادی حبس طویل است، پس جزای شروع کننده به این جرم حبس قصیر (سه ماه تا یک سال) می باشد.

منتهی غالباً شروع کننده به جرم تجاوز جنسی اعمالی را انجام می دهد که این اعمال در کنار اینکه شروع به جرم تجاوز جنسی است، جرایم کامل دیگری را نیز شکل میدهد مانند تجاوز بر عفت و ناموس زن اگر قربانی زن باشد (ماده ۶۴۰ کود جزا)، تفریخ و مساحقه (مواد ۶۴۵ و ۶۴۹ کود جزا). مجازات هریک از این جرایم متفاوت است. در حالات عادی جزای شروع به جرم تجاوز جنسی حبس قصیر است (کود جزا ماده ۵۲)، و جزای تجاوز بر عفت و ناموس زن حبس طویل الی ۷ سال (بیش از ۵ الی ۷ سال) است (کود جزا ماده ۶۴۰) و جزای تفریخ و مساحقه حبس قصیر (۶۴۵ و ۶۴۹). خوب پرسش اینجاست که کدام یک از این جزاها به مرتکب جرم داده شود؟ به اساس قواعد کلی حقوق جزا، هرگاه عمل واحد منجر به چند وصف جرمی گردد حالت تعدد معنوی جرایم به وجود می آید. طبق ماده ۷۶ کود جزا، در این حالت جزاها با یک دیگر جمع نمی شوند بلکه از میان جزاهای متعدد هر کدام

که شدیدتر باشد بر مرتکب تطبیق می گردد و یکنوع تداخل میان جزاها صورت می گیرد. در اینجا جزای تجاوز به عفت و ناموس زن شدیدتر است چون حبس طویل الی هفت سال می باشد. لهذا قاعدتاً ایجاب می نماید که این جزا برای شروع کننده تجاوز جنسی داده شود البته زمانیکه مجنی علیه زن باشد. ولی اگر مجنی علیه مرد باشد، جزای شروع به جرم طبق قواعد کلی حبس قصیر خواهد بود.

۵. رابطه سببیت:

یکی از اجزای عنصر مادی این است که نتیجه، که عبارت از دخول است، ناشی از عمل متجاوز باشد. به این معنی که رابطه سببیت میان عمل و نتیجه به شکلی از اشکال موجود باشد، ولی اگر نتیجه واقع شود اما عمل متجاوز هیچ نقشی در آن نداشته باشد - نه به شکل قبلی و نه توأم با فعل و نه به شکل بعدی - در صورت شخصی که عمل او هیچ رابطه‌ای با نتیجه‌ی جرمی نداشته است، مسؤول نتیجه واقع شده پنداشته نمی شود، بلکه مسؤول شخصی است که عمل او منجر به نتیجه جرمی گردیده است.^۱ اما در صورتی که عمل فاعل اولی به تنهایی جرم باشد، فقط مسؤول آن عمل جرمی خود پنداشته می شود، و اگر عمل او شروع به جرم باشد، طبق تشریحاتی که قبلاً صورت گرفت مورد پیگرد قرار می گیرد، اما اگر عمل وی در مرحله شروع به جرم نیز نرسیده باشد و هیچ جرم دیگری را تشکیل نداده باشد، هیچ نوع مسؤولیت جزایی نخواهد داشت.^۲

^۱ - بخاطر وضاحت بیشتر در موضوع رابطه سببیت بین فعل و نتیجه، در اینجا یک مثال ارایه می گردد: شخص الف به نیت مقاربت جنسی با خانمی عمداً همبستر می شود اما بسبب مقاومت و یا عامل دیگری قادر به ادخال نمی شود، سپس شخص ب خانم را تهدید به قتل نموده و وی را مجبور به تمکین می نماید و با وی مقاربت جنسی می نماید و ادخال صورت میگیرد. در اینجا نتیجه که عبارت از ادخال است با فعل شخص الف رابطه سببیت ندارد، بلکه با فعل شخص ب رابطه سببیت دارد، لهذا فقط شخص ب مسؤولیت جرم تجاوز جنسی کامل را به دوش می گیرد. اما شخص الف مسؤولیت شروع به جرم تجاوز جنسی را خواهد داشت و حسب احوال اگر اعمال ارتكابی وی جرایم کامل دیگری را به وجود آورده باشد ممکن حالت تعدد معنوی جرایم به وجود آید مثل جرم تجاوز به عفت و ناموس و یا تفخیز و غیره.

^۲ - خالد، نصیر الله، نگاهی تحلیلی و انتقادی به مفهوم و عناصر جرم تجاوز جنسی در کود جزای ۱۳۹۶، مجله پوهنچی شرعیات پوهنتون کابل، شماره ۲۳، حوت ۱۳۹۷ صص ۶۶-۸۳.

مطلب دوم: عنصر معنوی جرم تجاوز جنسی:

در مورد تجاوز جنسی باید گفت که این جرم از جمله جرایم عمدی است و عنصر معنوی آن همان قصد جرمی است که در ماده ۳۸ کود جزاء بیان شده است. و وجود خطای جرمی از قبیل بی احتیاطی، بی مبالاتی و غیره در تجاوز جنسی قابل تصور نیست. به این اساس، در جرم تجاوز جنسی، مرتکب جرم باید راجع به ماهیت فعل، موضوع جرم (محل فعل)، کیفیت فعل آگاهی داشته باشد و افزون بر آن آگاهی داشته باشد و یا عملاً پیش بینی نماید که عمل او منجر به نتیجه مجرمانه که ادخال در قبل و یا دبر است، می گردد^۱.

گفتار چهارم: مجازات تعزیری جرم تجاوز جنسی در کود جزاء:

از آنجائیکه جرم تجاوز جنسی از نوع جنایت است، لهذا جزای تعزیری آن شامل جزای اصلی، جزاهای تبعی و تکمیلی می گردد که ذیلاً به شکل مختصر بررسی می شود:

جزء یک: جزای اصلی جرم تجاوز جنسی:**فرع یک: جزای حالت عادی:**

جزای جرم تجاوز جنسی در حالت عادی حبس طویل پیش بینی شده است. ماده ۶۳۷ کود جزا چنین صراحت دارد: «مرتکب جرم تجاوز جنسی به حبس طویل، محکوم می گردد».

فرع دو: حالات مشدده:

کود جزا در نه مورد جزای جرم تجاوز جنسی را تشدید بخشیده است. این نه مورد، حسب جزای آن به چهار دسته قابل تقسیم است:

الف: حالاتی که جزای جرم تجاوز جنسی اعدام پیش بینی شده است.

ب: حالاتی که جزای تجاوز جنسی حبس دوام درجه ۱ تعیین شده است؛

^۱ - همان.

ج: حالاتی که جزای تجاوز جنسی حبس دوام درجه ۲ پیش بینی شده است؛ و
د: حالاتی که جرم تجاوز جنسی توأم با برخی از جرایم دیگر واقع شده، وکود جزا، جزای هردو جرم را قابل تطبیق دانسته است.
این موارد در سطور آتی مختصراً بیان می گردد:

الف: مجازات اعدام:

در دو حالت جزای تجاوز جنسی به اعدام تشدید یافته است:

- در صورتی که به مرگ مجنی علیه/ مجنی علیها منجر گردیده باشد. (فقره ۲، ماده ۶۳۹ و فقره ۵ ماده ۱۷۰ کود جزاء)^۱.
- تجاوز جنسی گروهی بر زن (ماده ۶۴۱ و فقره ۴ ماده ۱۷۰ کود جزاء).

طبق ماده ۶۴۱ و فقره ۴ و ماده ۱۷۰ کود جزاء، تجاوز گروهی بر زن به طور مطلق و بر مرد در صورتی که به فوت وی منجر گردد مستوجب اعدام بوده و هر یک از مرتکبین آن به مجازات اعدام محکوم می گردد.

ب: حبس دوام درجه ۱:

در دو حالت جزای جرم تجاوز جنسی به حبس دوام درجه ۱ تشدید یافته است (بیش از ۲۰ تا ۳۰ سال). این حالت عبارت است از:

- ۱- تجاوز جنسی گروهی بر مرد هرگاه منجر به مرگ وی نشده باشد.

^۱ - قابل ذکر است که در ماده ۱۷۰ کود جزا در لست جرایمی که جزای آن اعدام است، تجاوز جنسی فردی هرگاه منجر به مرگ مجنی علیه/علیها شده باشد وجود ندارد. در فقره های ۴ و ۵ ماده مزبور فقط از تجاوز جنسی گروهی صحبت شده است. اما ملاحظه باید کرد که لست مذکور موارد اعدام را حصر نکرده است بدلیل اینکه در آغاز همان ماده تصریح شده است "... مگر اینکه در این قانون طوری دیگری تصریح گردیده باشد...". فقره ۲ ماده ۶۳۹ یکی از همین مگرها است.

ماده ۶۴۱ کود جزا در این زمینه چنین صراحت دارد: «هرگاه تجاوز جنسی بالای مجنی علیه توسط بیش از یک نفر ارتکاب یابد، هریک از مرتکبین با رعایت احکام مندرج اجزای ۴ و ۵ ماده ۱۷۰ این قانون حسب احوال به اعدام یا حبس دوام درجه ۱ محکوم می گردند»

تحلیل: ماده فوق دو نوع جزا را پیش بینی کرده است: یک: اعدام، دو: حبس دوام درجه ۱. سپس موارد اعدام را به فقره های ۴ و ۵ ماده ۱۷۰ کود جزا احاله نموده است. فقره ۴ ماده ۱۷۰ از «تجاوز جنسی گروهی بر زن» صحبت می کند و فقره ۵ آن از «تجاوز جنسی گروهی بر مرد که باعث مرگ مجنی علیه گردد». به این معنی که در سایر حالات، جزای تجاوز جنسی گروهی حبس دوام درجه ۱ است. این فقط حالتی است که قربانی تجاوز جنسی مرد باشد و در نتیجه تجاوز حیات خود را از دست نداده باشد.

۲- هرگاه جرم تجاوز جنسی توأم با جرم راهزنی انجام شده باشد (فقره ۲ ماده ۶۰۱).

ج: حبس دوام درجه ۲:

طبق فقره ۱ ماده ۶۳۹ کود جزاء، جزای تجاوز جنسی در موارد ذیل به حبس دوام درجه ۲ (بیش از ۱۶ تا ۲۰) سال تشدید یافته است:

۱- مجنی علیه طفل باشد.

۲- مرتکب، با ارتکاب عمل جنسی باعث سقط جنین شده باشد.

۳- مرتکب به نحوی بالای مجنی علیه نفوذ و اختیار داشته باشد.

۴- مجنی علیه به اثر عمل تجاوز جنسی حامله شده باشد.

۵- عمل تجاوز جنسی سبب ایجاد مجروحیت یا صدمه شدید روحی به مجنی علیه گردیده باشد.

۶- عمل تجاوز منجر به امراض مقاربت جنسی گردیده باشد.

۷- مجنی علیه از جمله محارم دایمی یا موقتی متجاوز باشد.

د: تطبیق دو جزا در برخی از حالاتی که جزاها اصولاً با هم جمع نمی شوند (تعدد مادی در جرایم غیر مرتبط):

طبق ماده ۷۵ کود جزا، در حالت تعدد جرایم، فقط زمانی جزاها جمع شده یکی پی دیگری بر مجرم تطبیق می شود که مجرم بیشتر از یک جرم را مرتکب شده باشد و میان جرایم مذکور وحدت هدف که

آنها را باهم جمع بسازد، موجود نباشد. یعنی جرایم متعدد باهم ارتباط نداشته باشند. مثلاً مجرم در یک زمان و یک مکان کسی را کشته و در مکان و زمان دیگری مال را سرقت کرده و جای دیگری رشوت داده و هکذا. در سایر موارد^۱، قاعده اینست که جزاها با هم جمع نمی شوند بلکه محکمه فقط به تنفیذ شدیدترین جزای جرایم ارتكابی که همه در حکم ذکر می گردد، حکم می کند و فقط یک جزا بالای مجرم تطبیق می شود.

اما این قاعده در رابطه به جرم تجاوز جنسی هرگاه به شکل متعدد واقع می شود در یک حالت مستثنی قرار داده شده است که یکنوع تشدید به شمار می رود. این حالت عبارت است از ارتكاب یکی از جرایم مندرج فصل سوق دادن طفل به انحرافات اخلاقی هرگاه منجر به جرم تجاوز جنسی گردد. فقره ۱ ماده ۶۶۳ در این زمینه چنین صراحت دارد: "هرگاه ارتكاب جرایم مندرج این فصل منجر به تجاوز جنسی بر طفل گردد، مرتکب علاوه بر مجازات مندرج ماده ۶۳۹ این قانون، به مجازات جرم بچه بازی نیز محکوم میگردد". در مسوده کود جزا در جرم اختطاف نیز این قاعده تطبیق می گردید اما سپس در نسخه مطبوع و مصوب، این حکم تعدیل گردید.

جزء دو: جزای تبعی و تکمیلی جرم تجاوز جنسی:

هرگاه مرتکب جرم تجاوز جنسی به بیش از ده سال محکوم گردد، به حکم قانون از حقوق مندرج مواد ۱۷۲ و ۱۷۳ کود جزا نیز محروم می گردد^۲.

در صورت تکمیل شرایط، قاضی میتواند به مصادره اموال مرتکب جرم تجاوز جنسی نیز حکم نماید. البته هرگاه اموال مذکور در ارتكاب جرم استفاده شده باشد، ویا برای آن آماده شده باشد و یا در نتیجه تجاوز جنسی به دست آمده باشد.

^۱ - این موارد عبارت است از: تعدد معنوی جرایم (ماده ۷۶ کود جزا) و تعدد مادی جرایم مرتبط (ماده ۷۳ کود جزا).

^۲ - برای مزید مطالعه در خصوص جزاهای تبعی مراجعه شود به: نصیر الله خالد و دیگران، جزاها و تدابیر تأمینی صص ۲۵-۴۱، سازمان بین المللی انکشاف حقوق (ایدلو).

گفتار پنجم: احکام ویژه جرم تجاوز جنسی:

در اینجا برخی احکامی ذکر می گردد که مرتبط به جرم تجاوز جنسی است اما در خارج از باب هشتم کود جزا ذکر گردیده است.

یک: تجاوز جنسی از جمله جرایمی است که قتل عمد بخاطر دفاع از آن جایز است. دفاع مشروع در برابر هر جرم طبق شرایط مندرج مواد ۱۲۶ الی ۱۳۱ کود جزا جایز است اما دفاع کننده حق قتل مهاجم را ندارد مگر در برخی حالات. یکی از این حالات عبارت است از «دفاع در برابر تجاوز جنسی یا تهدید آنی به آن» (فقره ۲ ماده ۱۲۹ کود جزا).

دو: مرتکبین جرم تجاوز جنسی از جزاهای بدیل حبس مستثنی اند. (فقره ۳ ماده ۱۵۱ کود جزا).

سه: حکم صادره در جرم تجاوز جنسی بدون موافقت مجنی علیها نشر نمی گردد. (فقره ۳ ماده ۱۸۳ کود جزا).

چهار: حکم صادره در جرم تجاوز جنسی قابل تعلیق نیست (فقره ۴ ماده ۲۲۳ کود جزا).

فعالیت شماره (۳)

تفکر انتقادی:

اشتراک کنندگان ماده ۶۳۸ در مورد عدم رضایت طفل و همچنان ماده ۹۵ کود جزا در مورد تعریف طفل را مطالعه نموده و با تکیه بر این دو ماده اظهار نظر کنند که آیا ازدواج با دختر زیر ۱۸ سال مصداق تجاوز جنسی هست یا خیر؟ موافقین و مخالفین نظریات شان را به صورت مستدل بیان کنند.

متن ماده ۶۳۸ کود جزا:

عدم اعتبار رضایت طفل

" هرگاه مردی با شخص زیر سن قانونی مقاربت جنسی را انجام دهد، عمل وی تجاوز جنسی شناخته شده و رضایت مجنی علیه قابل اعتبار نمی باشد"

متن ماده ۹۵ کود جزا:

طفل

"طفل به شخصی اطلاق می گردد که هجده سال را تکمیل نکرده باشد"

فعالیت شماره (۴)

بحث گروهی:

در متن ماده ۶۳۸ فوق در مورد عدم رضایت طفل، تنها مرد به حیث مرتکب فرض شده است حال سوالی که به ذهن می رسد این است که هرگاه شخص مؤنث و بالغی با شخص زیر سن قانونی عمل مقاربت جنسی را انجام دهد، این عمل وی مصداق تجاوز جنسی هست یا خیر؟

فعالیت شماره (۵)

قضیه فرضی:

گلناز یک زن ۲۰ ساله است که در کابل زندگی میکند، وی در سال ۱۳۸۸ توسط گلاب که یکی از خویشاوندان او است، مورد تجاوز جنسی قرار گرفت و حامله شد. زمانی که پولیس از موضوع باخبر شد، هر دو یعنی هم گلناز و هم گلاب را که بالای گلناز تجاوز کرده بود دستگیر کرد. با عدم اعتماد و عدم اعتنا به گفته های گلناز مبنی بر تجاوز جنسی، شارنوال، گلناز و شخص متجاوز را به زنا متهم کردند. هر دو محکوم به جزا گردیدند.

گلناز به ۱۲ سال حبس به اتهام ارتکاب زنا محکوم گردید و طفل خود را در زندان به دنیا آورد. مردی که او را مورد تجاوز قرار داده بود نیز به ۱۲ سال حبس محکوم گردید، اما محکومیت وی در مرحله استیناف به ۷ سال تقلیل یافت. سوال: دیدگاه خویش را در خصوص قضیه فوق و احکام صادره پیرامون آن بیان دارید؟ در صورتیکه عمر گلناز ۱۷ سال باشد، آیا دیدگاه تان در قضیه عوض می شود؟

فعالیت شماره (۶)

قضیه فرضی:

قضایای ذیل را مطالعه نموده، وصف جرمی اشخاص ذیدخل در هرکدام آنرا مشخص سازید:

۱. شخصی به طعام یک زن بزرگسال داروی بیهوشی انداخته بعد از اینکه زن بیهوش می شود با وی مقاربت جنسی را انجام میدهد.

۲. دختر بزرگسالی مستحق بورس تحصیلی است. اما مامور مسؤول برایش میگوید فقط زمانی او را نامزد بورس می سازد که با وی مقاربت جنسی انجام دهد. دختر بخاطر اینکه بورس را ازدست ندهد به اراده و رضایت خود با مامور مسؤول مقاربت جنسی انجام میدهد.

فعالیت شماره (۷)

مطالعه موردی:

تجاوز جنسی و فرار از منزل:

دختری به نام ساحله که پانزده سال عمر دارد، در سن خورد با مردی ازدواج کرد که همواره او را مورد خشونت قرار میداد. بعد از مدتی موصوفه با پسر همسایه خویش که او را دوست داشت از منزل فرار نمود. سپس دختر متذکره به اتهام فرار از منزل و داشتن روابط نامشروع جنسی مورد تعقیب عدلی قرار گرفته محکوم گردید.^۱

سوال: این قضیه را که یک قضیه واقعی است، از دیدگاه حقوقی چگونه تحلیل می نمایید؟

^۱ - تیری جد، محبوس شدن زنان افغان قربانی تجاوزات جنسی، اندپندنت، اگوست ۲۰۰۸.

پاسخ احتمالی: فرار از منزل جرم نیست زیرا در قوانین جزائی کشور به حیث جرم پیشبینی نشده است و طبق ماده ۲۷ قانون اساسی و مواد دو و سه قانون جزاء، هیچ عملی جرم شمرده نمی شود مگر به موجب قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ شده باشد.

جرم زنا و یا تجاوز جنسی نیاز به اثبات دارد، هرگاه دلائل کافی مبنی بر تجاوز جنسی توأم با اجبار و اکراه وجود داشته باشد، قربانی تجاوز مسؤولیت جزائی ندارد و طبق ماده ۶۴۲ کود جزا قابل تعقیب عدلی نمی باشد بلکه نیاز به حمایت دارد که قانون منع خشونت علیه زن در ماده ششم خود به آن تصریح نموده است. ولی اگر دلائل به اثبات برساند که زن به رضایت خود مرتکب عمل جنسی شده است حسب احوال قابل تعقیب عدلی می باشد. اما از آنجائیکه دختر طفل است، ولو به رضایت خود مرتکب زنا و یا لواط شده باشد، قابل تعقیب نیست.

نظر شما راجع به این پاسخ که احتمال صحت را دارد چیست؟

فعالیت شماره (۸)

کار گروهی:

اشتراک کنندگان تفاوت مجازات تجاوز جنسی در قانون منع خشونت و مجازات تجاوز جنسی مندرج در کود جزاء را فهرست وار بیان کنند.

گفتار ششم: تفاوت های قانون منع خشونت و کود جزاء در موضوع جرم تجاوز جنسی:

با مقایسه مواد مربوطه قانون منع خشونت علیه زن و کود جزاء در مورد تجاوز جنسی یک سلسله تفاوت ها و در بعض موارد تعارض های ذیل دیده می شود:

- قانون منع خشونت تنها از تجاوز جنسی علیه زن بحث می کند در حالی که کود جزاء از تجاوز جنسی به شکل عام بحث می کند طوریکه تمام انسانها را بشمول زن و مرد دربر می گیرد (فقره ۱ ماده ۶۳۶ کود جزاء)،
- جرم هتک عفت و ناموس زن در قانون منع خشونت علیه زن، تجاوز جنسی خوانده شده است، درحالیکه در کود جزاء به حیث یک جرم مستقل پیش بینی شده است.
- به اساس قانون منع خشونت علیه زن، در نوع اول و دوم تجاوز جنسی (زنا و لواط با زن بالغ و یا نابالغ) متجاوز فقط مرد و قربانی فقط زن می تواند باشد، درحالیکه در کود جزاء جنسیت طرفین اهمیت ندارد، پس صفت مرد بودن برای متجاوز وزن بودن برای قربانی، شرط نیست. بلکه ادخال کننده متجاوز و مدخول قربانی است چه مرد باشد و یا زن چون کلمه "شخص" در فقره ۱ ماده ۶۳۶ کود جزاء هم مرد را شامل می گردد و هم زن را.

خلاصه کلام اینکه کود جزاء نسبت به قانون نافذ و لازم الاجرای منع خشونت علیه زن و همچنان نسبت به قانون جزای منسوخ (۱۳۵۵) در مورد تجاوز جنسی حاوی مزیت هایی است که در سطور بعدی تحت عنوان جداگانه به آن پرداخته شده است.

بحث تجاوز جنسی در فصل اول باب جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی از ماده ۶۳۶ تا ماده ۶۴۲ به صورت جامع گنجانیده شده است و نکات ذیل مواردی است که کود جزاء را از سایر قوانین قبلی (به شمول منسوخ و نافذ) متمایز می سازد:

۱. در کود جزاء، مجنی علیه و مرتکب از لحاظ جنسیت به گروه جنسی خاص محدود و مقید نشده است و مرتکب و مجنی علیه هر کدام می تواند مرد یا زن باشد.
۲. تجاوز جنسی در فقره ۱ ماده ۶۳۶ به صورت واضح تعریف شده است.
۳. عمل تجاوز جنسی دیگر تنها به مقاربت جنسی محدود نمی گردد بلکه تحت شرایط خاصی که در فقره ۱ ماده ۶۳۶ ذکر شده است، داخل نمودن اشیا (از قبیل تفنگ، چوب و غیره) در قبل یا دبر افراد نیز تجاوز جنسی محسوب می شود در حالی که در قوانین دیگر چنین صراحتی وجود نداشت.
۴. ماده ۶۳۸ کود جزاء، مقاربت جنسی با طفل حتی با رضایت متقابل را تجاوز جنسی می داند و رضایت طفل را در عدم صدق تجاوز جنسی معتبر نمی داند.
۵. بعض مواردی که در قانون جزای سابق حالات مشدده جرم زنا یا لواط به حساب می آمد، در کود جزاء مصداق تجاوز جنسی به حساب می آید به طور مثال در قانون جزای سابق مقاربت جنسی با شخصی که سن ۱۸ سالگی را تکمیل نکرده باشد، حالت مشدده به حساب می آمد اما در کود جزاء چنین عملی مصداق تجاوز جنسی به حساب می آید.
۶. در قوانین قبلی تصریح نشده بود که قربانی تجاوز جنسی مورد تعقیب عدلی قرار نمی گیرد، در کود جزا در ماده ۶۴۲ صراحتاً ذکر شده است که مجنی علیهای جرم تجاوز جنسی قابل تعقیب عدلی نمی باشد.
۷. تجاوز جنسی به شکل گروهی در ماده ۶۴۱ کود جزاء حالت مشدده پنداشته شده و جزای آن حسب احوال اعدام یا حبس دوام درجه ۱ تعیین شده است.

مبحث دوم: جرم تجاوز به عفت و ناموس زن:

ماده ۶۴۰ کود جزا جرم تجاوز به عفت و ناموس علیه زن را چنین بیان می‌دارد:

«(۱) شخصی که مرتکب تجاوز به عفت و ناموس زن گردد، ولی تجاوز وی منجر به دخول در قبل یا دبر نگردد بلکه منجر به تفخیز، مساحقه یا تماس جنسی گردد، به حبس طویل تا هفت سال محکوم می‌گردد.

(۲) امر اجرای معاینات عدلی طبی پرده بکارت بدون رضایت زن یا حکم محکمه ذیصلاح ممنوع بوده، مرتکب به حبس قصیر، محکوم می‌گردد.

(۳) هرگاه عمل مندرج فقره (۲) این ماده با استفاده از زور، تهدید یا ارباب انجام داده شود، مرتکب به حبس متوسط، محکوم می‌گردد».

جرم تجاوز بر عفت و ناموس زن چیست؟ عناصر آن کدام است؟ و مرتکبین آن چگونه مجازات می‌شوند؟ سه پرسشی است که تحت این مبحث ضمن سه گفتار بررسی می‌گردد.

گفتار اول: شرح کلمات واصطلاحات:

«تجاوز»: از کلمه تجاوز چنان برداشت می‌شود که این عمل به شکل جبری باید انجام شود. بنابراین، تفخیز، مساحقه و سایر افعال منافی عفت و ناموس اگر به رضایت طرفین انجام شود تحت این ماده قابل تعقیب نیست بلکه طبق کود جزا قابل تعقیب می‌باشد.

«عفت و ناموس»: قانون عفت و ناموس را شرح نکرده است. عفت و ناموس در معانی مختلف استعمال می‌شود که نزدیکترین آن به موضوع مورد بحث عبارت است از (آبرو، عزت، پاکدامنی و عرض). تجاوز بر این موارد با اختلاف محیطی که در آن زن زیست می‌کند تفاوت دارد. بنابراین، معیار تشخیص آن شخصی است نه موضوعی/ماهوی. مثلاً آنچه حیثیت و آبروی یک زن افغان را خدشه دار می‌سازد از یک زن غربی را نمی‌سازد، حتی در داخل افغانستان به سبب تفاوت نحوه اختلاط زنان با مردان

در جامعه، رفتارهای قابل پذیرش و غیر قابل پذیرش برای زنان افغان حتی یکسان نیست. مثلاً بسیار رفتارهایی که برای یک زن در شهر قابل پذیرش است برای یک خانمی که در روستا و دور از محیط مردانه زندگی می کند قابل پذیرش نیست.^۱ در قوانین افغانستان معیاری برای تشخیص هتک ناموس وضع نشده است تا بدانیم که دقیقاً کدامین این حالات تجاوز بر ناموس پنداشته می شود و کدام آن نه. منتهی، عموماً معیار می تواند عینی باشد و یا شخصی. در معیار عینی قاضی به رفتار انجام شده نگاه می کند و یک زن متوسط الحال را معیار قراردادده نگاه می کند که آیا عمل مذکور منافی آبرو و ناموس وی است یا خیر؟ در معیار شخصی، به شخص قربانی و چگونگی زندگی وی توجه می کند. عموماً محاکم عالی کشورها در همچو موارد ایجاد رویه قضائی نموده معیار خاصی را در نظر می گیرند. در افغانستان متأسفانه که دسترسی به احکام ستره محکمه میسر نیست و بسیاری از مواد قانون تفسیر نشده است.

«تفخیز»: تفخیز از کلمه «فَخِذ» گرفته شده است. فخذ در زبان عربی به معنی «ران» استفاده می شود. اما تفخیز در اصطلاح عبارت است از تماس آلت تناسلی و یا ران یک شخص به ران و یا عورت غلیظه شخص دیگر بدون ادخال. تفخیز می تواند از سوی مرد علیه زن و یا مرد علیه مرد انجام شود. و می تواند به رضایت طرفین باشد و یا بدون رضایت آنها.

هرگاه تفخیز از طرف مرد علیه مرد انجام شود چه جبری باشد و یا غیر جبری، قضیه طبق ماده ۶۴۹ کود جزا رسیدگی می شود. در صورتیکه تفخیز از طرف مرد علیه زن انجام شود و هر دو طرف رضایت کامل داشته باشند، ماده ۶۴۵ کود جزا تطبیق می گردد. اما اگر تفخیز از سوی مرد علیه زن و به شکل اجباری انجام شود، جرم هتک عفت و ناموس زن متحقق می شود، و ماده ۶۴۰ کود جزا قابلیت تطبیق را پیدا می کند.

«مباحقه»: مساحقه شبیه تفخیز است، منتهی طرفین آن زن می باشد.

^۱ - نصیر الله خالد، جرایم خشونت علیه زن، ص ۱۵.

گفتار دوم: عناصر جرم تجاوز بر عفت و ناموس زن:

جرم تجاوز بر عفت و ناموس زن، از جمله جرایم مطلق و عمدی است. ذیلاً نخست عنصر مادی، سپس عنصر معنوی آن بیان می گردد.

الف: عنصر مادی:

جرم تجاوز بر عفت و ناموس از جرایم مطلق است. لهذا عنصر مادی آن شامل فعل، موضوع فعل و کیفیت فعل می گردد.

۱. فعل:

فعل در این جرم عبارت است از تماس فیزیکی به قسمتهایی از بدن زن ویا عریان ساختن آن که زنان عادتاً آنرا از تماس دیگران دور وپنهان نگه می دارند. این تماس ویا عریان ساختن باید معنی جنسی داشته باشد، در غیر آن هتک عفت وناموس پنداشته نمی شود. مثلاً اگر معلمی زنی را لت وکوب می نماید، ویا طبیبی به بدن زن دست می زند، ویا هنگام فیزوتراپی ویا معاینات تلویزونی شخصی به بدن زن دیگری دست می زند ویا آنرا عریان می سازد بدون اینکه غرض جنسی داشته باشد، جرم هتک عفت وناموس به وجود نمی آید. دو مورد اخیر آن اصلاً جرم نیست، چون تحت سبب اباحت قرار می گیرد. مورد اول آن جرم ضرب وجرح است نه هتک عفت وناموس.

۲. موضوع فعل:

موضوع فعل عبارت است از زن زنده که با مرتکب فعل رابطه زوجیت نداشته باشد. بنابراین، تجاوز بر عفت وناموس مرد این جرم را به وجود نمی آورد. تجاوز بر عفت وناموس مرد جرم شمرده نشده است مگر اینکه به حد تفخیز برسد که در اینصورت طبق ماده ۶۴۵ ویا ۶۴۹ تحت عنوان "تفخیز" نه "تجاوز به عفت وناموس" قابل تعقیب است ولی اگر رفتار ارتكابی در حق مرد به حد تفخیز نرسیده باشد قابل تعقیب عدلی نیست واین یکی از خلاهای کود جزا به شمار می رود. قاضی رفتارهای ارتكابی را

ارزیابی می کند در صورتیکه تحت وصف جرمی دیگری داخل شده می توانست مانند جرم تفریح و یا در صورتیکه مرد طفل باشد آزار و اذیت و یا جرم بچه بازی، همان وصف را برایش می دهد اما اگر تحت هیچ وصف جرمی قرار نمی گرفت مرتکب بری شناخته می شود. همچنان رفتارهای ارتكابی علیه زوجه این جرم را به وجود نمی آورد زیرا لفظ "تجاوز" مبین این است که زوجه خارج از موضوع این ماده است چون رفتارهای فوق از سوی زوج در حق زوجه تجاوز خوانده نمی شود.

۳. کیفیت فعل:

از لفظ "تجاوز به عفت و ناموس" استنباط شده می تواند، که شرط تحقق این جرم این است که اعمال مذکور بدون رضایت زن انجام شده باشد، چون اگر به رضایت وی باشد صفت "تجاوز" را به خود نمی گیرد.

نتیجه و رابطه سببیت بین نتیجه و فعل از اجزای عنصر مادی این جرم نیست، زیرا آسیب به عفت و ناموس زن با فعل آمیخته است و به مجرد وقوع فعل مانند تماس اجباری به عورت زن و غیره ضمناً حیا و شرف وی را متضرر می سازد.

۲. عنصر معنوی:

این جرم از جرایم عمدی است. و نوع قصد جرمی سوء نیت عام است. بنابراین، مرتکب باید آگاهانه و عامدانه رفتارهای مادی جرم را مرتکب شده باشد. اگر عمدیت نداشته باشد و یا از موضوع آگاه نباشد، جرم متحقق نمی گردد.

گفتار سوم: مجازات جرم تجاوز بر عفت و ناموس:

شخصیکه مرتکب جرم تجاوز جنسی (از نوع تجاوز بر عفت و ناموس) می گردد، به حبس طولی که از هفت سال بیشتر نباشد، محکوم می گردد. یعنی بیش از ۵ الی ۷ سال^۱. افزون بر جزای اصلی

^۱ - فقره ۱ ماده ۶۴۰ کود جزا و فقره ۴ ماده ۱۷ قانون منع خشونت علیه زن.

فوق الذکر، در صورت لزوم دید قاضی و تکمیل شرایط به جزایهای تکمیلی نیز محکوم می گردد.

حالت مشدده:

در صورتیکه مجنی علیها به سن ۱۸ سالگی نرسیده باشد، یا مرتکب جرم، اقارب تا درجه سوم، مربی، معلم، مستخدم یا طبیب مجنی علیها بوده و یا به نحوی بالای مجنی علیها نفوذ و اختیار داشته باشد، فاعل حسب احوال به حبس طویل که از ده سال بیشتر نباشد، محکوم می گردد. یعنی بیش از ۵ سال الی ۱۰ سال^۱.

مجازات اشخاص فوق بخاطری تشدید یافته است چون تماس آنها با زن بیشتر می باشد و فرصت تجاوز بر عفت و ناموس برای ایشان نسبت به اشخاص عادی بیشتر مهیا می گردد، پس مجازات شان تشدید یافت تا هدف تنبیهی قانون جزاء بیشتر برآورده شود. از طرف دیگر ولی زن بالای ایشان اعتماد کرده است و خیانت به اعتماد وی جرم جانی را سنگین تر می سازد. از همین جاست که رویه قضائی مصر این حالات را به شکل حرفی آن تطبیق نکرده است، بلکه تمام آنده افرادی را که با استفاده از اعتماد و اجازه کار در داخل منزل می شوند سپس بالای خانمهای خانه تجاوز می کنند داخل حالت مشدده ساخته است مثلاً زمانیکه برقی یا رنگمال و یا سایر اشخاص قراردادی ای که مستخدم نیستند ولی همانند او داخل خانه می شوند را در حکم مستخدم دانسته است.

فعالیت شماره (۹)

سوال مباحثوی:

جرم تجاوز جنسی، و جرم هتک عفت و ناموس زن هم در کود جزا و هم در قانون منع خشونت علیه زن تنظیم گردیده است. هردو قانون نافذ است. از نظر شما، این جرایم طبق کدام قانون رسیدگی می شود؟

^۱ - فقره ۵ ماده ۱۷ قانون منع خشونت علیه زن.

مبحث سوم: جرم آزار واذیت زنان واطفال

جرم آزار واذیت زنان در سه قانون بحث گردیده است: قانون منع خشونت علیه زن (۱۳۸۸)، قانون منع آزار واذیت زنان واطفال (۱۳۹۶)، وکود جزا (۱۳۹۶). قانون منع خشونت، آزار واذیت را در جزء ۷ ماده ۳ تعریف ودر ماده ۳۰ مجازات آنرا ذکر نمود. اما هردو ماده مذکور با نافذ شدن قانون منع آزار واذیت زنان واطفال در ۹ دلو ۱۳۹۶ ملغی گردید.^۱ سپس در ۱۵ حوت سال ۱۳۹۶ مواد ۲۴ الی ۲۷ قانون منع آزار واذیت که در آن جرم وجزا تعیین شده بود، لغو گردید. اکنون در رابطه به آزار واذیت زنان فقط دو قانون قابل تطبیق است: کود جزا در مسایل جرم وجزا و قانون آزار واذیت زنان واطفال در رابطه به سایر مسایل چون تدابیر جلوگیری از آزار واذیت و غیره. از آنجائیکه در این جزوه آموزشی فقط روی مفاهیم، جرایم وجزاها بحث می گردد، تمرکز ما بر کود جزا خواهد بود.

ماده ۶۶۸ کود جزا در رابطه به جرم آزار واذیت زنان چنین صراحت دارد: «هرگاه شخصی به وسیله گفتار، حرکات، نوشته، یا خواسته های نا مشروع موجب صدمه به شخصیت وکرامت زن یا طفل یا سبب ترس و نا امنی یا فشار های روانی یا کاهش مشارکت اجتماعی زنان یا طفل گردد، مرتکب آزار واذیت زنان شناخته شده مطابق احکام این فصل مجازات می گردد».

در سطور ذیل، نخست آزار واذیت تعریف می گردد، سپس عناصر و مجازات آن بیان می گردد.

گفتار اول: شرح اصطلاحات و تبیین مفاهیم:

۱. آزار واذیت: قانون منع آزار واذیت زنان واطفال این اصطلاح را چنین تعریف نموده است: «آزار واذیت عبارت است از تماس بدنی، خواست نا مشروع، آزار کلامی، غیر کلامی ویا هر عملی که موجب صدمه روانی، جسمانی و توهین به کرامت انسانی زن وطفل گردد» (جزء ۱ ماده ۳) سپس «خواست نامشروع» را چنین تعریف نموده است: «تقاضای مرد از زن وطفل به انجام عملی که انگیزه

^۱ - ماده ۲۹ قانون منع آزار واذیت زنان، مؤرخ ۹/جادی/۱۳۹۶ منتشره جریده رسمی شماره ۱۲۸۰.

جنسی داشته باشد" (جزء ۲ ماده ۳). در جزء ۳ ماده متذکره "تماس بدنی" را چنین تعریف نموده است: «لمس کردن بدن زن و طفل به قصد ضرر یا آسیب رسانیدن سطحی بر بدن زن و طفل به طور عمدی است». و در فقره ۴ آزار کلامی را چنین تعریف کرده است: «به کاربردن کلمات، جملات، شوخی‌ها و طنزهای غیر اخلاقی، توصیف از بدن، رفتار یا لباس و مزاحمت تلفونی است که به آرامش و امنیت روانی زن و طفل صدمه برساند». فقره ۵ ماده متذکره در تعریف "آزار غیر کلامی" تصریح می‌کند که "به نمایش گذاشتن تصاویر یا مطالب توهین آمیز در رابطه به مسایل جنسی در رسانه‌ها و شبکه‌های اجتماعی یا ایمیل کردن، عکس گرفتن، نشر یا پخش فلم، تصویر زن یا خانواده‌ها و سایر موارد به هر وسیله که باعث صدمه به شخصیت زن و طفل و سلامت روانی آنها گردد».

کود جزا در تعریف آزار و اذیت گفته است: «هرگاه شخصی به وسیله گفتار، حرکات، نوشته، یا خواسته‌های نا مشروع موجب صدمه به شخصیت و کرامت زن یا طفل یا سبب ترس و نا امنی یا فشارهای روانی یا کاهش مشارکت اجتماعی زنان یا طفل گردد، مرتکب آزار و اذیت زنان شناخته شده مطابق احکام این فصل مجازات می‌گردد» (ماده ۶۶۸ کود جزا).

پس به اساس مواد فوق الذکر هردو قانون، هر رفتاری که در برابر زن صورت می‌گیرد (اعم از گفتار، کردار و نوشتار) و زن به آن میلان و علاقمندی ندارد و برایش ناراحت کننده است چه شکل جنسی یا جنسیتی داشته باشد یا خیر، آزار و اذیت پنداشته می‌شود. غالباً این رفتارها آمیخته با اغراض جنسی، یا جنسیتی و یا توهین آمیز می‌باشد.

نمونه‌هایی از آزار و اذیت:

- نمونه‌هایی از اعمال اذیت کننده: اعمال مستقیم: شانه زدن، مجبور ساختن زن به قول دادن، تماس به سر و یا شانه زن به عنوان آفرین گفتن و یا شبیه آن. اعمال غیر مستقیم: تصاویر برهنه و یا غیر برهنه

جنسی را در معرض دید زن گذاشتن، در حضور زن روی مسایل جنسی به گونه صحبت کردن که بشنود.

- نمونه هایی از حرکات اذیت کننده: هر حرکتی که مشاهده آن برای یک زن ناراحت کننده باشد.

- نمونه هایی از اقوال اذیت کننده: پرزه رفتن، طنز گفتن راجع به زن، لباس ویا جسم زن را به گونه معنی دار توصیف کردن، از او به شکل مکرر دعوت ملاقات کردن، ویا مطالبه شماره تلفن ویا ایمیل مشروط بر اینکه این کار برای زن قابل قبول نباشد.

معيار تشخيص آزار واذيت:

در مسأله آزار واذیت به این نگاه می شود که آیا این رفتار برای زنی که مخاطب آن است قابل قبول وقابل پذیرش است یا خیر؟ هرگاه پاسخ منفی باشد، حالت آزار واذیت موجود می گردد. قابل ذکر است که در مسأله آزار واذیت داشتن سوء نیت نزد مرتکب شرط نیست. به این معنی که جرم آزار واذیت تکمیل می گردد ولو رفتاری که از شخص صادر شده است توأم با سوء نیت نباشد. چون در این موضوع معیار داشتن سوء نیت ویا نداشتن آن نیست. بلکه معیار پذیرش ویا عدم پذیرش رفتار برای زن است اگر برای زن قابل پذیرش بود آزار واذیت پنداشته نمی شود، اما اگر قابل پذیرش نبود واذیت کننده با وجود درک این مسأله به عمل خود ادامه بدهد، آزار واذیت شکل می گیرد. برخی از رفتارها ذاتاً آزار واذیت پنداشته می شود مانند طنز گفتن ویا پرزه رفتن توهین آمیز که برای تمام زنان ناراحت کننده و غیر قابل قبول است. در مقابل برخی از رفتارهای دیگر است که برای بار اول ممکن آزار واذیت نباشد مانند درخواست شماره تلفن ویا ایمیل از یک زن ویا قول دادن با زن ویا توصیف لباس یک زن، اما اگر مرد ملاحظه کرد که این خانم از این کار ناراحت است و به آن میلان ندارد، تکرار آن جرم آزار واذیت را به میان می آورد ولو مرد سوء نیت نداشتته باشد. به این معنی که معیار تشخیص آزار واذیت در اینجا شخصی است نه موضوعی ویا عینی. بهمین خاطر است که از شخص تا شخص فرق می کند، حتی احياناً رفتاری از جانب یک شخص برای یک زن قابل قبول می باشد اما عین رفتار از سوی یک شخص دیگر برایش ناراحت کننده می باشد. رفتار اولی جرم آزار واذیت نیست اما رفتار دومی است.

اخیراً اینکه، این جرم عموماً به شکل تعدد معنوی با بسیاری از جرایم شدیدتر همزمان به وجود می آید لذا احکام آن در ماورای جرایم دیگر تطبیق می گردد. مثلاً هر تجاوز جنسی، و هر هتک عفت و ناموس ضمناً آزار واذیت نیز است، اما از آنجائیکه جزای جرایم متذکره شدیدتر است جزای شدیدتر بر مرتکب تطبیق می گردد. جزای جرم آزار واذیت زمانی تطبیق می گردد که عمل ارتکاب تحت اوصاف جرمی شدیدتر قرار نگیرد. به عنوان مثال تماس به بخشهای حساس بدن زن، جرم تجاوز به عفت و ناموس پنداشته می شود و جزای سنگین دارد. اما تماس به بخشهای غیر حساس مانند "قول دادن" و یا به سر دست گذاشتن و یا شانه زدن، هرگاه برای زن قابل قبول نباشد و خلاف میلش باشد آزار واذیت پنداشته می شود.

گفتار دوم: عناصر جرم آزار واذیت:

تحت این عنوان عناصر مادی و معنوی جرم آزار واذیت شرح می گردد:

اول: عنصر مادی:

عنصر مادی شامل فعل، محل یا موضوع فعل، نتیجه و رابطه سببیت می شود.

۱. فعل: فعل عبارت است از انجام هرگونه رفتاری که برای زن ناراحت کننده و غیر قابل قبول باشد چه گفتار باشد، یا کردار، و یا نوشتار. تحت گفتار اول به تفصیل شرح گردید.
۲. موضوع فعل: این جرم فقط زمانی به وجود می آید که رفتارهای فوق در حق زن و یا طفل مذکر انجام شود. آزار واذیت مرد فوق ۱۸ سال به حیث یک جرم خاص پیش بینی نشده است.
۳. نتیجه: این جرم زمانی تکمیل می گردد که رفتارهای فوق برای زن ایجاد ناراحتی روانی نماید چون اگر ناراحت کننده نباشد اصلاً "آزار واذیت" نامیده نمی شود. نتیجه این جرم در قانون "صدمه به شخصیت، جسم و روان" عنوان شده است که دقیق به نظر نمی رسد. زیرا صدمات

جسمی تحت جرایم قتل، ضرب و جرح بررسی می گردد و صدمه به شخصیت خود بخشی از آسیب های روانی شمرده می شود.

۴. رابطه سببیت: صدمه باید ناشی از رفتار شخصی باشد که از مرتکب فعل شده است. اگر صدمه مصدر داخلی داشته باشد و یا عامل بیرونی دیگری داشته باشد، انجام دهنده فعل قابل تعقیب عدلی شناخته نمی شود.

گفتار سوم: مجازات جرم آزار واذیت:

الف: حالت عادی:

جزای حالت عادی این جرم در کود جزا از پنج الی ده هزار افغانی پیش بینی شده است (ماده ۶۶۹ کود جزا). هرگاه این جرم در «محل کار، مراکز تعلیمی و تحصیلی یا مراکز صحی» ارتکاب شود، مرتکب به جزای نقدی از ده هزار تا بیست هزار افغانی محکوم می شود (ماده ۶۷۰ کود جزا).

ب: حالت مشدده:

به اساس ماده ۶۷۱ کود جزا، هرگاه جرم در یکی از حالات ذیل واقع شود، مرتکب به شش ماه حبس محکوم می شود:

« ۱- در صورتی که جرم توسط استاد، مربی، طبیب یا آمر با استفاده از وظیفه، موقوف یا نفوذ، ارتکاب گردیده باشد.

۲- در صورتی که ارتکاب جرم منجر به صدمه جسمی یا روانی مجنی علیه گردیده باشد.

۳- در صورتی که جرم مکرراً ارتکاب گردیده باشد.".

هدف از جرم در فقرات فوق جرم "آزار واذیت است".

مبحث چهارم: جرایم بچه بازی

تحت این مبحث، نخست مفهوم بچه بازی بیان می گردد (گفتار اول)، سپس مصادیق جرم بچه بازی توضیح می گردد و تحت هریک از مصادیق جرم بچه بازی عنصر مادی، عنصر معنوی و مجازات بیان می گردد (گفتار دوم). در پایان این مبحث حالات مشدده جرم بچه بازی که به تمام مصادیق آن مرتبط است بیان می گردد (گفتار سوم).

گفتار اول: مفهوم بچه بازی:

"بچه" در لغت به معنی طفل و "بازی" به معنی خوشگذرانی به کار می رود. اما در اصطلاح حقوقی، در روشنایی ماده ۶۵۳ کود جزا، بچه بازی عبارت است از: نگهداری طفل مذکر یا مخنث به منظور لذت بردن جنسی یا رقصانیدن در محفل عام یا خصوصی، یا ارتکاب یکی از اعمال مندرج فصل ششم باب هشتم کود جزا (مواد ۶۵۳ الی ۶۶۵ کود جزا).

شرح تعریف:

"نگهداری": مراد از نگهداری اینست که شخصی برای طفل محل سکونت آماده نماید. این محل می تواند خانه مجرم باشد، ویا ملحقات آن ویا محل مستأجر، ویا مملوک جداگانه دیگر غیر از محل سکونت مجرم. مدت سکونت مهم نیست، نگهداری می تواند برای یک روز ویا یک شب باشد ویا برای مدت بیشتر از آن بلکه نیت اسکان مهم است. یعنی اگر شخصی طفلی را به نیت نگهداری به خانه خود بیاورد و بعد از چند لحظه گرفتار شود، نگهداری صدق می کند. اما اگر طفل در خانه خود سکونت داشته باشد، فقط هنگام برگزاری محافل حاضر شود و بعد از رقص و غیره رفتارهای مرتبط پس به خانه خود برگردد، این فرضیه (به اساس تفسیر مضیق) نگهداری خوانده نمی شود. اما مرتکب حسب احوال تحت سایر مصادیق جرم بچه بازی قابل تعقیب خواهد بود مانند رقصانیدن طفل، ویا شرکت در محافل بچه بازی و غیره.

«**طفل مذکر یا مخنث**»: این عبارت اشخاص بزرگسال وهمچنان طفل مؤنث را از تعریف خارج می سازد. بنابراین، هرگاه عمر شخص فوق ۱۸ سال باشد ویا شخصی که مورد سوء استفاده قرار گرفته است طفل مؤنث باشد، عمل انجام شده جرم بچه بازی شمرده نمی شود. آیا این عمل (یعنی دختربازی) قابل تعقیب است یا خیر؟ پرسشی است قابل مکث، چون در کود جزا عمل دختر بازی به حیث جرم معرفی نشده است، پس اگر کسی دختری را به غرض رقصانیدن نگهداری می کند، درحالیکه نه او را مورد آزار واذیت قرار داده باشد، و نه بر عفت وناموس وی تجاوز کرده باشد(وشرایط هیچ جرم دیگری تکمیل نگردد چون اختطاف وغیره)، مجرد نگهداری جرم شمرده نمی شود. بدون شک که این یکی از خलाهای کود جزا به شمار می رود که نیاز به تعدیل دارد^۱.

تعریف فوق مانع نیست، چون در مواد فوق الذکر غیر از بچه بازی سایر رفتارها نیز وجود دارد مانند اعتیاد اجباری(ماده ۶۵۹)، تجاوز جنسی(ماده ۶۶۳)، قاجاق انسان(۶۶۴)، آزار واذیت(ماده ۶۶۴). تحت عنصر مادی، رفتارهای تشکیل دهنده جرم بچه بازی به تفصیل بیشتر شرح می گردد.

گفتار دوم: مصادیق جرم بچه بازی:

در فصل پنجم باب هشتم کود جزا رفتارهای مختلف به حیث جرم بچه بازی شناخته شده است. ذیلاً هرکدام از این رفتارها را توأم با ذکر عناصر مادی، معنوی ومجازات آن بیان می نمایم.

مطلب اول: نگهداری طفل به منظور لذت بردن جنسی یا رقصانیدن ویا آموزش رقص:

نگهداری طفل در سه حالت، جرم بچه بازی شناخته شده است:

- نگهداری به منظور لذت بردن جنسی؛
- نگهداری به منظور رقصانیدن؛ و
- نگهداری به منظور آموزش رقص بخاطر بچه بازی.

^۱ - این یکی از مواردی است که نیاز به تعدیل دارد. مثل آن ده ها مورد دیگر نیز وجود دارد. به کتاب نقد وبررسی تطبیقی واصلاحی بر کود جزای افغانستان، اثر قضاوتمل فیض الله فیض وقضاوتیار فرید احمد نوری، مراجعه صورت گیرد.

ماده ۶۵۴ کود جزا از دو حالت اول صحبت می کند: "شخصی که طفل مذکر یا مخنث را به منظور لذت بردن جنسی یا رقصانیدن، نگهداری نماید به حبس متوسط تا سه سال محکوم می گردد".

و ماده ۶۵۵ از حالت سومی: "شخصی که طفل مذکر یا مخنث را به منظور بچه بازی آموزش رقص دهد، به حبس متوسط تا دو سال محکوم می گردد".

الف: عناصر مادی و معنوی مصداق اول جرم بچه بازی:

عنصر مادی: نگهداری طفل به منظور بچه بازی از جرایم مطلق است. لهذا عنصر مادی آن عبارت است از فعل نگهداری و موضوع فعل (طفل مذکر و یا مخنث).

عنصر معنوی: این جرم از جرایم عمدی است و علاوه بر سوء نیت عام سوء نیت خاص نیز لازم است. سوء نیت عام عبارت است از نگهداری طفل توأم با آگاهی و اراده و اختیار. اما سوء نیت خاص عبارت است از: (۱) داشتن قصد لذت بردن جنسی از طفل، (۲) یا قصد رقصانیدن طفل (۳) و یا قصد آموزش رقص به طفل به منظور بچه بازی. در حالت سومی سه نوع سوء نیت ملاحظه می شود: سوء نیت عام که قبلاً شرح شد، سوء نیت خاص اول: نگهداری طفل به منظور آموزش رقص، سوء نیت خاص دوم: آموزش رقص به منظور استفاده از طفل در بچه بازی. قابل ذکر است که اگر شخص حقیقی و یا حکمی طفلی را به منظور آموزش رقص نگهداری می کند اما هدف از آموزش رقص این نمی باشد که از طفل در بچه بازی استفاده شود، این جرم واقع نمی شود.

ب: مجازات نگهداری طفل به منظور بچه بازی:

مرتکب جرم نگهداری طفل به منظور لذت بردن جنسی و یا رقصانیدن به حبس متوسط الی سه سال (ماده ۶۵۴ ک.ج)، و مرتکب جرم نگهداری طفل به منظور آموزش رقص غرض استفاده از طفل در فعالیتهای بچه بازی به حبس متوسط تا دو سال (ماده ۶۵۵ ک.ج)، محکوم می گردد. در صورت لزوم دید قاضی، مرتکب جرم به جزاهای تکمیلی نیز محکوم شده می تواند. طفلی که موضوع جرم بچه

بازی قرار گرفته است به حیث قربانی قابل مجازات نمی باشد ولو به رضایت خود به عمل مذکور تن داده باشد (ماده ۶۶۷ کود جزا).

مطلب دوم: رقصانیدن طفل به قصد استثمار:

ماده ۶۵۶ در این خصوص چنین می گوید: «(۱) شخصی که طفل مذکر یا مخنث را به قصد استثمار در محافل عام یا خصوصی برقصاند به حبس متوسط بیش از سه سال محکوم می گردد. (۲) متکرر جرم مندرج فقره (۱) این ماده به حد اکثر حبس متوسط محکوم می گردد».

الف: عناصر مادی و معنوی رقصانیدن طفل به قصد استثمار:

عنصر مادی: عنصر مادی این مصداق شامل فعل و موضوع فعل می شود. فعل عبارت است از رقصانیدن و موضوع فعل عبارت است از طفل مذکر و یا مخنث. بنابراین، رقصانیدن مرد بزرگسال و یا دختران خوردسال این جرم را به وجود نمی آورد. آیا کیفیت فعل و یا محل فعل از اجزای عنصر مادی این حالت شمرده می شود؟ به عبارت دیگر آیا رقصانیدن در محفل (چه خصوصی باشد و یا عمومی) شرط این جرم است؟ ظاهر قانون می رساند که محفل یکی از اجزای عنصر مادی است چون اگر برای مقنن مهم نمی بود آنرا ذکر نمی کرد. حد اقل محفل با جمع شدن دو شخص تکمیل می گردد. پس اگر یک شخص طفلی را فقط نزد خود می رقصاند، عمل وی تحت این مصداق قابل تعقیب نیست. اما در صورت تکمیل شرایط ممکن نگهداری شمرده شود.

عنصر معنوی: این جرم از جرایم عمدی است. و نوع قصد جرمی سوء نیت خاص است. یعنی افزون بر داشتن سوء نیت عام، سوء نیت خاص نیز لازم است. سوء نیت عام عبارت است از داشتن علم به اجزای عنصر مادی و اراده ارتکاب آن. سوء نیت خاص عبارت است از داشتن نیت استثمار. مراد از استثمار چیست؟ استثمار (طلب ثمر) در لغت به معنی استغلال و بهره برداری به کار می رود. مادامیکه قانون نوع بهره برداری را مشخص نکرده است، این لفظ بر اطلاق آن حمل می شود و بهره برداری مادی و جنسی هر دو را دربر می گیرد. بهره برداری مادی حالتی را گویند که شخص از ورای عمل جرمی منفعت مادی به دست می آورد مانند اخذ فیس از اشخاصی که در محفل اشتراک می نمایند و غیره.

بهره برداری جنسی حالتی را می گویند که محفل رقص به نیت استمتاع جنسی برگزار شده باشد. بنابراین، اگر هدف از برگزاری محفل نمایش هنر رقص باشد، و یا محافل خوشی فامیلی باشد و هیچگونه استمتاع جنسی در محفل نباشد، این جرم به وجود نمی آید. قابل ذکر است که اگر از طفل بهره برداری جنسی صورت گیرد، حسب نوع بهره برداری ممکن جرایم دیگری نیز موجود گردد مانند تجاوز جنسی، تفخیز و غیره که در آن صورت لازم است سایر ابعاد قضیه نیز مورد رسیدگی قرار گیرد.

ب: مجازات رقصانیدن طفل به قصد استعمار:

مجازات حالت عادی این جرم عبارت است از حبس متوسط بیشتر از سه سال. در صورت تکرار جرم، مرتکب به حد اکثر حبس متوسط محکوم می گردد (ماده ۶۵۶ ک.ج). در صورت لزوم، مرتکب جرم به جزای تکمیلی نیز می تواند محکوم شود.

مطلب سوم: برگزاری محفل بچه بازی:

ماده ۶۵۷: «شخصی که محفلی را به منظور بچه بازی برگزار نماید یا آگاهانه زمینه را برای ارتکاب این عمل فراهم سازد، به حبس قصیر سه ماه و در صورت تکرار به حد اکثر حبس قصیر، محکوم می-گردد».

الف: عنصر مادی و معنوی جرم برگزاری محفل بچه بازی:

عنصر مادی: فعل شامل دو نوع رفتار جرمی می شود: یک: برگزاری محفل، و دو: فراهم سازی زمینه آن.

مجرد برگزاری محفل به نیت بچه بازی جرم کامل شمرده می شود، و شرط نیست که عملاً در محفل مذکور بچه رقصانیده شده باشد. در صورتیکه برگزار کننده محفل بچه را نیز در آن رقصانیده باشد، مرتکب جرایم متعدد شناخته می شود. اما سؤالی که مطرح می شود اینست که اگر رقصانیدن طفل از سوی یک شخص و برگزار کننده محفل شخص دیگر باشد حکم چیست؟ به نظر می رسد که در این فرضیه باز هم برگزار کننده محفل مرتکب جرایم متعدد شناخته می شود: فاعل در جرم برگزاری محفل

بچه بازی و شریک^۱ در جرم رقصانیدن طفل به قصد استثمار چون یکی از اجزای عنصر مادی جرم "رقصانیدن طفل در محفل"، وجود محفل است. پس شخصی که محفل را ایجاد می کند، در واقع جزئی از جزای عنصر مادی جرم رقصانیدن طفل در محفل را برآورده می سازد.

عنصر معنوی: جرم برگزاری محفل بچه بازی و فراهم سازی زمینه برگزاری محفل بچه بازی از جرایم عمدی است. نوع قصد در آن قصد خاص است. یعنی افزون بر اینکه محفل را آگاهانه و عامدانه برگزار نموده باشد و یا زمینه آنرا فراهم کرده باشد، باید قصد بچه بازی نیز نزد برگزار کننده محفل باشد. یعنی محفل را به منظور بچه بازی برگزار نموده باشد و یا شخصیکه زمینه برگزاری آنرا فراهم کرده است آگاه باشد که محفل به منظور بچه بازی تدویر گردیده است.

فعالیت شماره (۱۰)

قضیه فرضی:

احمد محفل عروسی را برگزار نموده است. گروهی از مهمانان وی که جوانان عیاش هستند بدون توافق قبلی با احمد و بدون آگاهی وی، یک بچه را به محفل عروسی با خود می آورند و بعد از اینکه مهمانان بزرگسال به خانه های شان برمیگردند به رقصانیدن وی آغاز می کنند. احمد از موضوع مطلع می شود اما از اینکه مهمانان وی آزرده نشوند، به آنها چیزی نمی گوید و محفل ادامه می یابد. پولیس همه را به شمول احمد گرفتار می کند. سوال: از نظر شما، آیا احمد مرتکب جرم شده است یا خیر؟ اگر مرتکب جرم شده است مسئولیت جرمی و جزای وی چیست؟ همچنان در خصوص سایر مهمانانی که از موضوع بچه بازی آگاهی قبلی نداشته اند اما با آغاز مراسم بچه بازی محفل را ترک نمی کنند، نظر خویش را ابراز دارید.

^۱ - بخاطری وی را شریک خواندیم نه معاون، چون در انجام اعمال مادی جرم سهم ثانوی گرفته است. زیرا رقصانیدن طفل در محفل جرم است.

مطلب چهارم: شرکت در محفل بچه بازی:

ماده ۶۵۸: «(۱) شخصی که آگاهانه در محفلی که به منظور بچه بازی اختصاص یافته باشد، اشتراک نماید، به جزای نقدی از پنج هزار تا سی هزار افغانی، محکوم می گردد. (۲) هرگاه شخصی جرم مندرج فقره (۱) این ماده را به صورت متکرر مرتکب گردد، به حبس قصیر محکوم می گردد».

الف: عنصر مادی و معنوی جرم اشتراک در محفل بچه بازی:

عنصر مادی: این جرم از جرایم مطلق است. عنصر مادی آن عبارت است از فعل (اشتراک) و موضوع فعل یعنی محفلی که به منظور بچه بازی اختصاص یافته است. پس مجرد اشتراک در همچو محافل جرم کامل پنداشته می شود ولو مراسم بچه بازی عملاً آغاز نشده باشد. عنصر معنوی: این جرم از جرایم عمدی است. ونوع عنصر معنوی قصد خاص است. یعنی شخص آگاهانه و عامدانه در محفل اشتراک نماید و علم داشته باشد که محفل به منظور بچه بازی برگزار شده است و یا در آن بچه بازی صورت می گیرد.

ب: مجازات جرم اشتراک در محفل بچه بازی:

در حالت عادی جزای اشتراک کننده جزای نقدی از پنج هزار تا سی هزار افغانی است، و در صورت تکرار جرم جزای وی حبس قصیر می باشد. (ماده ۶۵۸ کود جزا).

مطلب پنجم: ضبط وثبت ویا نشر هویت قربانی جرایم بچه بازی:

ماده ۶۶۵ کود جزا در این خصوص چنین صراحت دارد:

«(۱) هرگاه شخصی هویت، تصویر، فلم یا حالت مجنی علیه جرایم مندرج این فصل را ضبط یا ثبت نماید به حبس قصیر محکوم می گردد.

(۲) هرگاه شخصی هویت، تصویر، فلم یا حالت مجنی علیه جرایم مندرج این فصل را نشر یا افشاء نماید، به حبس متوسط تا دو سال محکوم می گردد.

(۳) هرگاه هدف از ارتکاب اعمال مندرج فقره های (۱ و ۲) این ماده، کسب منفعت یا مجبور ساختن طفل به اجرای عمل نامشروع باشد، مرتکب به حبس طویل بیش از هفت سال محکوم می گردد».

الف: عنصر مادی و معنوی جرم ضبط وثبت ویا نشر هویت قربانی جرایم بچه بازی:

عنصر مادی: عنصر مادی این حالت عبارت است از فعل وموضوع فعل ودر برخی حالات نتیجه ورابطه سببیت. فعل عبارت است از: ضبط، یا ثبت، یا نشر ویا افشاء. افعال باید طوری باشد که هویت قربانی را تشخیص بکند در غیر آن این جرم مصداق پیدا نمی کند. مثلاً اگر رسانه یی روی صورت قربانی پرده می اندازد، ویا اخباری به اسم مستعار ویا مخفف خبر را نشر می کند، این جرم واقع نمی شود.

موضوع فعل عبارت است از: هویت، تصویر، فلم یا حالت مجنی علیه جرایم بچه بازی.

نتیجه: فعل هرگاه شکل ضبط وثبت را داشته باشد نتیجه با فعل آمیخته است لذا نتیجه ورابطه سببیت مطرح بحث نیست. اما اگر شکل نشر را داشته باشد نتیجه عبارت است از توزیع، فروش یا به فروش عرضه نمودن یا در محل عام یا راه عام یا فضای سایبر به نمایش گذاشتن^۱. هرگاه فعل شکل افشاء را

^۱ - نشر عبارت است از علنی ساختن نوشتار، تصویر، فلم وغیره. جزء دوم بند ۲ ماده ۴ کود جزا علنی بودن رسم، تصویر، فلم، نوشته، رمز، نمودار، تمثیل یا وسایل الکترونیکی را چنین تعریف نموده است: "سایر وسایل؛ رسم، تصویر، فلم، نوشته، رمز، نمودار، تمثیل یا وسایل الکترونیکی وقتی علنی شمرده می شود که به بیش از یک نفر توزیع، فروش یا به فروش عرضه شده یا در محل عام یا راه عام یا فضای سایبر به نمایش گذاشته شود».

داشته باشد نتیجه عبارت است از مطلع شدن دیگران از موضوع. در این دو حالت وجود رابطه سببیت نیز شرط است.

عنصر معنوی: این جرم از جرایم عمدی است. نوع عنصر معنوی قصد عام است. یعنی علم و قصد فعل و علم به موضوع فعل. علم و قصد فعل به این معنی که شخص افعال فوق الذکر را آگاهانه و عامدانه انجام دهد. علم به موضوع فعل به این معنی که شخص آگاه باشد که شخص موضوع فعل قربانی بچه بازی است.

ب: مجازات جرم ضبط یا ثبت ویا نشر هویت قربانی جرم بچه بازی:

حالت عادی: ضبط یا ثبت هویت، تصویر، فلم یا حالت مجنی علیه، جزای مرتکب حبس قصیر پیش بینی شده است (فقرة ۱ ماده ۶۶۵). ودر حالت نشر یا افشای هویت، تصویر، فلم یا حالت مجنی علیه، جزای مرتکب عبارت است از حبس متوسط تا دو سال (فقرة ۲ ماده ۶۶۵).

حالت مشدده: هرگاه منظور از افعال فوق کسب منفعت یا مجبور ساختن طفل به اجرای عمل نامشروع باشد، مرتکب به حبس طویل بیش از هفت سال محکوم می گردد. (فقرة ۳ ماده ۶۶۵). ناگفته پیداست که موجودیت نیت "کسب منفعت یا مجبور ساختن طفل به عمل نامشروع" کافی است ولو عمل نامشروع واقع نشده باشد.

مراد از «کسب منفعت» در فقرة ۳ ماده ۶۶۵ کود جزا منفعت مادی است. مثلاً در مقابل ضبط، یا ثبت ویا نشر و افشاء از مردم ویا خود قربانی مالی را درخواست نموده باشد ویا مواد ضبط شده ویا ثبت شده را در مقابل مال به مردم به فروش بدهد.

تعبیر «عمل نامشروع» که در فقرة ۳ ماده ۶۶۵ کود جزا به کار رفته است واضح نیست. شاید هدف مقنن تجاوز جنسی بوده باشد. اما مشخص نیست که چرا مقنن جزای بچه بازی به منظور عمل نامشروع را حبس طویل بیش از هفت سال پیش بینی نموده است (ولو عمل واقع نشده باشد)، درحالیکه جزای جرم تجاوز جنسی حبس طویل است؟

مطلب ششم: جرم بچه بازی توسط منسوبین نیروهای نظامی:

دو نوع رفتار منسوبین نیروهای نظامی در رابطه به جرایم بچه بازی جرم انگاری شده است:

- ارتکاب یکی از جرایم فصل بچه بازی (ماده ۶۶۰ کود جزا)؛ و
- عدم جلوگیری آمر از ارتکاب جرم بچه بازی توسط نیروهای تحت امر (ماده ۶۶۱ کود جزا).

فرع اول: ارتکاب جرم بچه بازی توسط منسوبین نیروهای نظامی:

ماده ۶۶۰ کود جزا در این رابطه چنین صراحت دارد: «هرگاه جرایم مندرج این فصل، توسط منسوب نیروهای نظامی ارتکاب یابد، مرتکب به حبس متوسط محکوم می گردد».

ظاهراً مقنن خواسته است با جرم بچه بازی توسط نیروهای نظامی برخورد شدیدتر نماید لهذا جزای تمام حالات آنرا حبس متوسط پیش بینی کرده است؛ اما متوجه نشده است که برخی از جرایم این فصل جزاهای شدیدتر از حبس متوسط دارند^۱، و در برخی از موارد جزاهای جرم بچه بازی با جرایم دیگر یکجا شده جمعاً بر مرتکب تطبیق می شود که به مراتب بیشتر از حبس متوسط است. بهتر بود مقنن عوض تعبیر "جرایم این فصل" به مواد خاصی اشاره می کرد که جزای آنها در حالت عادی خفیفتر است. مثلاً چنین می گفت «هرگاه یکی از جرایم مندرج مواد ۶۵۴، ۶۵۵، ۶۵۷، ۶۵۸، و ۶۶۵ کود جزا توسط منسوب نیروهای نظامی ارتکاب یابد، مرتکب به حبس متوسط محکوم می گردد». مواد مشار الیه شامل چهار عنوان جرمی می گردد که عبارت اند از: یک: نگهداری طفل به منظور لذت بردن جنسی، یا رقصانیدن و یا آموزش رقص غرض بچه بازی (مواد ۶۵۴ و ۶۵۵)؛ دو: برگزاری محفل بچه بازی (ماده ۶۵۷)؛ سه: شرکت در محفل بچه بازی (ماده ۶۵۸)؛ و چهار: ضبط وثبت و یا نشر هویت قربانی جرم بچه بازی. جزاهای مذکور در سایر مواد این فصل شدیدتر است.

از آنجائیکه عناصر مادی و معنوی جرایم مندرج مواد فوق الذکر قبلاً بیان شده است، نیاز به ذکر مجدد آن نمی رود. بخاطر تطبیق این ماده لازم است تا افزون بر اثبات عناصر مادی و معنوی جرایم فوق الذکر، اثبات شود که مرتکب از جمله منسوبین نیروهای نظامی است.

^۱ - مثلاً جزای رقصانیدن طفل حبس متوسط بیش از سه سال است و در صورت تکرار حد اکثر حبس متوسط (۶۵۶م).

«منسوب نیروهای نظامی»: طبق جزء ۱ ماده ۴ ضمیمه شماره ۱ کود جزا منسوب نظامی شامل اشخاص ذیل می گردد: «افسران، برید ملان، ساتنمانان، طلاب مؤسسات تعلیمی و تحصیلی نظامی و سربازان وزارت های دفاع ملی، امور داخله، ریاست عمومی امنیت ملی و سایر ادارات دارای تشکیلات نظامی و اشخاصی که قطعات نظامی را در محاربه همراهی می کنند».

فرع دوم: عدم جلوگیری آمر از ارتکاب جرم بچه بازی توسط نیروهای تحت امر: ماده ۶۶۱ کود جزا در این خصوص چنین صراحت دارد: «هرگاه موظف نیرو های نظامی که از ارتکاب جرم بچه بازی توسط اشخاص تحت امر خود آگاهی داشته باشد، از ارتکاب آن قصداً جلوگیری ننماید یا اقدامات لازم را، در حدود صلاحیت خود، برای جلوگیری از ارتکاب آن انجام ندهد، به حد اکثر حبس قصیر محکوم می گردد».

الف: عنصر مادی و معنوی جرم عدم جلوگیری از ارتکاب جرم بچه بازی: عنصر مادی: این جرم از جرایم نتیجوی است. عنصر مادی آن شامل ترک فعل، صفت تارک فعل، موضوع جرم، زمان ترک فعل، نتیجه و رابطه سببیت است. هریک از موارد فوق ذیلاً به گونه مختصر تحلیل می گردد:

۱. ترک فعل: ترک فعل دو شکل دارد: یک: عدم جلوگیری از جرم بچه بازی نیرو های تحت امر؛ دو: عدم انجام اقدامات لازم برای جلوگیری از جرم بچه بازی نیروهای تحت امر. اجتماع هردو امتناع منجر به وقوع جرم می گردد. به این معنی که هرکدام فعلی را که آمر انجام دهد، مسؤولیت وی رفع می گردد. چه جلوگیری نماید و یا فقط اقدامات لازم در حدود صلاحیت خود را اتخاذ نماید ولو این اقدامات منجر به جلوگیری از بچه بازی نشود. چون آمر مکلف به انجام کاری خارج از صلاحیت خود نمی باشد. پس هرگاه آمر اقدامات لازم را که در حدود صلاحیت وی است بخاطر جلوگیری از جرم بچه بازی نیروهای تحت امر خود اتخاذ نماید، اما با وجود آن جرم واقع شود، مسؤولیت وی رفع است.

۲. صفت تارک فعل و مرتکبین جرم: امتناع کننده باید آمر آن‌عه نیروهای نظامی باشد که جرم بچه بازی را انجام می‌دهند. این شرط از لفظ «اشخاص تحت امر خود»^۱ قابل استنباط است. پس هم تارک فعل و هم مرتکبین جرم بچه بازی هردو از جمله منسوبین نظامی باید باشند، و تارک آمر مرتکبین باید باشد.

۳. موضوع جرم: فعل امتناع باید متوجه جرم بچه بازی توسط منسوبین نیروهای نظامی تحت امر باشد. بنابراین، عدم جلوگیری از سایر تخلفات و جرایم تحت این وصف جرمی قابل تعقیب نیست.

۴. زمان ترک فعل و وقوع جرم: مراد از زمان ترک فعل اینست که منسوبین نیروهای نظامی در جریان وظیفه به جرم بچه بازی اقدام ورزند و آمر آنها اقدامات لازم را جهت منع ایشان اتخاذ نکند. این شرط از فحوی ماده ۶۶۱ و لفظ «در حدود صلاحیت خود» و لفظ «نیروهای تحت امر» قابل استنباط است. بدلیل اینکه آمر در خارج از جریان وظیفه صلاحیت امر و نهی نیروهای تحت امر خود را ندارد و ضمناً آنها در خارج از زمان وظیفه تحت امر او نیستند. بنابراین، اگر طرفین در جریان رخصتی به قریه رفته باشند و آمر نیروهای تحت امر خود را مشاهده کند که جرم بچه بازی را مرتکب می‌شوند، و هیچ اقدامی نکند، مرتکب این جرم شمرده نمی‌شود.

۵. نتیجه: نتیجه عبارت است از وقوع یکی از جرایم بچه بازی.

عنصر معنوی: این جرم از جرایم عمدی است و نوع قصد در آن قصد عام است. بنابراین، جرم زمانی متحقق می‌گردد که آمر از جرم بچه بازی نیروهای تحت امر خود مطلع گردد و عامدانه از جلوگیری از آن امتناع ورزد.

^۱ - ماده ۶۶۱ کود جزا.

ب: مجازات جرم عدم جلوگیری از جرم بچه بازی نیروهای تحت امر:

در صورت وقوع جرم، آمر به جزای حد اکثر حبس قصیر محکوم می شود (ماده ۶۶۱). آیا آمر در جرم تجاوز جنسی که از سوی نیروهای تحت امر وی واقع شده است، به حیث معاون قابل تعقیب است؟ در رابطه به معاونت در جرم از طریق امتناع دو دیدگاه است، برخی حقوق دانان به این باور اند که معاونت در جرم فقط از طریق فعالیتهای ایجابی قابل تصور است برخی دیگر شکل امتناع آنرا نیز می پذیرند. در کود جزای افغانستان در برخی از موارد امتناع کننده را معاون ندانسته است مثل اینجا و در برخی از موارد دیگر وی را معاون دانسته است مانند جرم مندرج فقره ۳ ماده ۴۶۳ کود جزا که چنین صراحت دارد: «(۳) در صورتی که عدم محافظت شهود یا اطلاع دهنده عمدی باشد با نظر داشت احوال، مرتکب به حیث شریک یا معاون جرم شناخته میشود».

مطلب ششم: توأمیت جرم بچه بازی با جرایم دیگر:

قاعده کلی اینست که در جرایم متعدد معنوی (ماده ۷۶ کود جزا) و همچنان جرایم متعدد مادی که قابل تجزیه نیستند (ماده ۷۳ کود جزا) محکمه فقط به تنفیذ جزای شدیدتر در حکم تصریح می دارد نه تنفیذ مجموع جزاها^۱. جزاها فقط در جرایم متعدد مادی غیر مرتبط با هم جمع می شوند و یکی پی دیگری بر مرتکب جرم تطبیق می شود (ماده ۷۵ کود جزا).

اما استثناء مقنن در برخی از موارد برخورد شدید می نماید، و در حالت تعدد معنوی و جرایم متعدد مادی مرتبط نیز مجموع جزاها را یکی پی دیگر قابل تطبیق می داند. در جرایم بچه بازی این استثناء در سه مورد پیش بینی شده است:

^۱ - قابل ذکر است که محکمه در حکم خود به جزاهای پیش بینی شده هریک از جرایم حکم می کند، اما فقط به تنفیذ شدیدترین آنها تصریح می دارد.

الف: جرم بچه بازی منجر به اعتیاد طفل به مواد مخدر یا مسکر:

ماده ۶۵۹ کود جزا: «هرگاه ارتکاب جرایم مندرج این فصل منجر به اعتیاد طفل به مواد مخدر یا مسکر شده باشد، مرتکب علاوه بر مجازات جرم مرتکبه، به مجازات جرم اعتیاد اجباری مندرج این قانون نیز محکوم می گردد».

ب: جرم بچه بازی منجر به تجاوز جنسی:

فقرة ۱ ماده ۶۶۳ کود جزا: «(۱) هرگاه ارتکاب جرایم مندرج این فصل منجر به تجاوز جنسی بر طفل گردد، مرتکب علاوه بر مجازات مندرج ماده ۶۳۹ این قانون، به مجازات جرم بچه بازی نیز محکوم میگردد».

ج: جرم بچه بازی منجر به آزار واذیت جنسی طفل غیر از تفخیز یا مساحقه:

ماده ۶۶۴ کود جزا: «هرگاه بچه بازی منجر به آزار واذیت جنسی طفل غیر از تفخیز یا مساحقه گردد، مرتکب علاوه بر مجازات جرم بچه بازی، به مجازات جرم مرتکبه نیز محکوم می گردد».

قابل ذکر است که ماده ۶۶۲ کود جزا^۱ در رابطه به خرید ویا فروش طفل به منظور بچه بازی، در ردیف استثنائات فوق قرار نمی گیرد. زیرا در ماده فوق مقنن تصریح نکرده است که مجموع جزاها بالای مرتکب تطبیق می شود، بلکه برعکس تصریح کرده که مرتکب مطابق جزاهای مندرج فصل قاچاق انسان، محکوم می شود. به این اساس، این ماده تکرار قواعد عمومی است و هیچ نیازی به آن نمی رفت واز این جهت قابل نقد می باشد.

^۱ - ماده ۶۶۲ کود جزا: «هرگاه شخصی طفلی را به منظور ارتکاب یکی از جرایم مندرج این فصل به فروش برساند یا خریداری کند، به مجازات مندرج فصل قاچاق انسان محکوم می گردد».

در مسودهٔ کود جزا، جرم بچه بازی هرگاه منجر به تفخیز و یا مساحقه می گردید، جزای هردو جرم برای آن پیش بینی شده بود.^۱ اما در نسخهٔ نهائی کود جزا، این متن چنین تعدیل گردید: "هرگاه بچه بازی منجر به تفخیز یا مساحقه گردد، مرتکب به حد اکثر حبس متوسط محکوم میگردد".

گفتار سوم: احوال مشددهٔ عمومی جرم بچه بازی:

لفظ "عمومی" را در عنوان فوق به این خاطر افزودیم چون برخی از مصادیق جرم بچه بازی طوری که در گفتار قبلی بیان گردید، احوال مشددهٔ خود را دارد. پس بخاطر تفکیک دو نوع احوال مشدده، در اینجا "لفظ" عمومی به کار رفت.

احوال مشددهٔ عمومی جرم بچه بازی در مادهٔ ۶۶۶ کود جزا چنین بیان شده است:
«ارتکاب جرم بچه بازی در حالات ذیل مشدده شناخته شده، مرتکب به حد اکثر مجازات جرم ارتکابی محکوم می گردد:

- ۱- در حالتی کی مرتکب بیشتر از یک طفل را نگهداری نماید.
- ۲- درحالتی کی قربانی سن ۱۲ سالگی را تکمیل نکرده باشد.
- ۳- در حالتی که جرایم مندرج این فصل با استفاده از ضعف اقتصادی طفل ارتکاب یافته باشد.
- ۴- در حالتی که جرم توسط اقارب یا هر شخصی که بالای طفل تسلط قانونی داشته باشد، ارتکاب یابد.
- ۵- در حالتی که جرم با استفاده از صلاحیت وظيفوی ارتکاب یافته باشد.
- ۶- در حالتی که جرم موجب ضرر جسمی یا روانی به طفل گردیده باشد».

^۱ - متن مسودهٔ کود جزا چنین بود: "هرگاه بچه بازی منجر به تفخیز یا مساحقه گردد، مرتکب علاوه بر مجازات جرم مندرج مادهٔ ۶۴۵ این قانون، به مجازات جرم بچه بازی نیز محکوم میگردد".

مبحث پنجم: جرم قذف و افتراء

در قانون جزای ۱۳۵۵ جرم قذف و افتراء به حیث دو جرم مستقل نبود. بلکه هردو جرم تحت عنوان قذف تنظیم گردیده بود^۱. اما کود جزاء این دو جرم را از هم جدا نمود و برای هرکدام وصف جرمی خاصی داد. تحت این مبحث، نخست جرم قذف و به تعقیب آن جرم افتراء مورد مطالعه قرار میگیرد.

گفتار اول: جرم قذف:

در این گفتار تلاش خواهد شد تا ابتداء جرم قذف تعریف، سپس عناصر و مجازات آن بیان گردد.

مطلب اول: تعریف قذف:

الف: مفهوم لغوی قذف:

قذف (به سکون ذال) مصدر بوده و در اصل به معنی زدن با سنگ، متهم ساختن شخص به زنا و یا افعال ناپسندی دیگر، و "قی کردن" می آید، که رفته رفته معنای دومی بر معنای اصلی آن غلبه نموده و با شنیدن آن همین معنای دومی در ذهن شنونده خطور می نماید، زیرا از حیث ضرر و تاثیر، متهم ساختن شخص به افعال زشت، همانند زدن وی با سنگ است، اسم فاعل آن قاذف (قذف کننده) و اسم مفعول آن مقذوف (قذف شده) است.^۲

ب: تعریف قانونی قذف:

در قانون جزای ۱۳۵۵ قذف عبارت بود از «نسبت دادن واقعه معینه بغیر توسط یکی از وسایل علنی، به نحوی که اگر صدق میداشت شخصی که تهمت به او نسبت داده شده به جزا محکوم میگردید یا به نزد مردم تحقیر میشد» (فقره ۱ ماده ۴۳۶ قانون جزای ۱۳۵۵).

^۱ - احکام جرم قذف در مواد ۴۳۶ الی ۴۴۰ قانون جزای ۱۳۵۵ تنظیم گردیده است.

^۲ - الزحیلی، وهبة، الفقه الاسلامی و ادلته، ۷۰/۶، الطبعة الثانية ۱۴۰۵ هـ، دارالفکر، دمشق. ابن منظور، لسان العرب، ماده (قذف).

در کود جزا قذف چنین تعریف شده است « قذف عبارت است از نسبت دادن ارتکاب فعل زنا یا نفی نسب به شخص توسط یکی از وسایل علنی به نحوی که اگر صدق می داشت شخصی که تهمت به او نسبت داده شده به جزا محکوم می گردید یا به نزد مردم تحقیر می شد» (فقره ۱ ماده ۶۷۳ کود جزا).

شرح تعریف کود جزا:

«فعل زنا»: لفظ زنا در مبحث اول فصل دوم این جزوه تعریف گردیده است.

«نفی نسب»: نفی نسب عبارت است از نفی نسب شخص مقذوف از پدر وی، مانند اینکه بگوید: (تو پسر پدرت نیستی) یا با اشاره به پدر وی بگوید (او پدرت نیست). زیرا گوینده با این الفاظ فعل زنا را به مادر شخص مقذوف نسبت می دهد، اما اگر بگوید (تو از مادرت نیستی)، این تعبیر قذف شمرده نمی شود، زیرا نسب با پدر ارتباط دارد نه مادر.^۱

«وسائل علنی»: وسائل علنی در بند دوم ماده چهارم کود جزا، تعریف شده است.

« به نحوی که اگر صدق میداشت، شخص که تهمت به او نسبت داده شده به جزا، محکوم می گردید، یا در نزد مردم تحقیر می شد»: بعد از تعدیلی که کود جزا در تعریف جرم قذف وارد کرد و عبارت "واقعه معینه" را به "زنا و نفی نسب" عوض نمود، اصلاً دیگر نیازی به این جمله نبود، چون زنا و نفی نسب اگر ثابت شود بدون شک که شخص هم محکوم به مجازات می گردد و هم نزد مردم تحقیر می شود. این جمله در تعریف قذف در قانون جزای ۱۳۵۵ قابل توجیه بود، زیرا در آنجا از نسبت واقعه معینه بحث شده بود که لفظاً شامل واقعات جرمی و غیر جرمی قابل تحقیر و غیر قابل تحقیر می گردید، لهذا لازم بود این قید علاوه شود تا دو نوع واقعات از هم تفکیک شوند.

مقایسه دو تعریف:

قانون جزا از اتهام به "واقعه معینه" بحث نموده است که تمام جرایم را دربر میگیرد. درحالیکه کود جزا فقط اتهام به زنا و نفی نسب را قذف خوانده است. سایر اتهامات دروغین را تحت وصف جرمی "افترا" تنظیم نموده است.

^۱ الزحیلی، وهبة، الفقه الاسلامی و ادلته، ۷/۱۶.

فعالیت شماره (۱۱)

سوالات برای مناقشه:

۱- آیا قانونگذار در حذف واژه لواط از فقره ۱ ماده ۶۷۳ در مورد قذف، غفلت داشته است یا تعمد؟ و آثار قانونی آن چیست؟

۲- متهم ساختن شخص به ارتکاب افعال نامشروع و منافی عفت، که شرعا قابل تعزیر و مجازات بوده اما قانون در مورد آن چیزی نگفته باشد، مانند خلوت با زن بیگانه و ارتکاب اعمال منافی شرف که قانونا جرم انگاری نگردیده است، آیا در حکم قذف و یا افترا شامل می گردد و یا خیر؟

۳- شخصی بیگانه در مجتمعی زندگی می نماید که نفی کردن نسب شخص در آنجا عیب دانسته شده و شخص مقذوف تحقیر می گردد، اما در جامعه اصلی ای که همین شخص بیگانه از آنجا است، منتفی بودن نسب، عیبی دانسته نشده و شخص موصوف به آن، احساس خجالت نمی کند، آیا نفی نسب همین شخص در جامعه دومی، قذف دانسته می شود یا خیر^۱؟
اشتراک کنندگان نظریات شان به صورت مستدل مطرح کنند.

^۱ - از دیدگاه دکتر نجیب حسنی، نفی نسب چنین شخص نیز قذف دانسته می شود، هرچند در جامعه اصلی وی چنین حرفی، تحقیری را در قبال نداشته باشد. نجیب حسنی، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص، ص ۶۳۳.

مطلب دوم: شرایط تحقق جرم قذف:

با در نظر داشت محتویات مواد بالا، موجودیت شرایط ذیل برای تحقق جرم قذف و مجازات تعزیری مرتکب آن ضروری است:

- ۱- نسبت دادن فعل زنا یا نفی نسب توسط یکی از وسایل علنی، از طرف قاذف به مقذوف؛
- ۲- متهم ساختن مقذوف به عمل (زنا یا نفی نسب) که اگر ثابت می شود، او به جزا محکوم می گردید یا نزد مردم تحقیر می شد؛
- ۳- عدم اثبات شرایط تطبیق حد یا سقوط حد قذف به علت شبهه و یا یکی از اسباب دیگر؛^۱
- ۴- قاذف صحت فعل یا واقعه را که به مقذوف نسبت داده است، به اثبات رسانیده نتواند؛
- ۵- متضرر یا مقذوف باید به منظور تعقیب عدلی قاذف، شکایت درج کرده باشند.^۲

مطلب سوم: عناصر تشکیل دهنده جرم قذف:

در سطور ذیل روی عنصر مادی و معنوی جرم قذف بحث می گردد.

فرع اول: عنصر مادی جرم قذف:

عنصر مادی جرم قذف عبارتست از فعل (نسبت دادن فعل زنا یا نفی نسب) نحوه ویا وسیله فعل (وسایل علنی). هرکدام این اجزاء مختصراً بیان می گردد.

الف: فعل:

فعل ارتكابی یا رفتار جرمی در این جرم عبارت است از «نسبت دادن زنا یا نفی نسب توسط قاذف به مقذوف». بنا برین، نسبت دادن فعل دیگری غیر از زنا یا نفی امر دیگری غیر از نسب، این جرم را به وجود نمی آورد.

^۱ - هرگاه قاذف صحت فعل یا واقعه را که به مقذوف نسبت داده است، به اثبات برساند، مجازات نمی گردد. ماده ۶۷۵ کود جزا.

^۲ - تعقیب عدلی متهم جرم قذف و افتراء مشروط به شکایت متضرر می باشد، در صورتی که متضرر قبل از صدور حکم قطعی محکمه از شکایت خود منصرف شود، دعوی جزایی متوقف می گردد. ماده ۶۷۷ کود جزا.

فعل نسبت دادن می تواند توسط گفتار باشد یا اشاره، صریح باشد یا ضمنی، یقینی مطرح شود و یا به شکل شک و تردید، روبه رو باشد یا در غیاب، شفاهی باشد یا کتبی و یا هم توسط وسائل چون پیام، ویدیو، تلفون، و غیره. هیچ تفاوتی بین این وسایل وجود ندارد، مشروط بر اینکه عرفا دلالت به (متهم ساختن به زنا) و یا (نفی نسب) بکند.^۱

فعالیت شماره (۱۲)

سوالات مباحثی:

۱- شخصی در رابطه به ارتکاب زنا، یا نفی نسب شخص مقذوف، کلام دیگران را نقل میکند، که فلان شخص در مورد فلان (مقذوف) چنین گفته است، طوریکه این نقل قول و اظهار آن به گونه علنی صورت گرفته و وی سعی نموده است تا این سخن به سمع دیگران برسد، اما در رابطه به تایید یا تردید آن از خود چیزی اظهار نمی دارد. آیا عمل وی جرم قذف را به خود خواهد گرفت؟

۲- خانم (الف) که به صفت خبرنگار در یکی از جراید مشهور کار میکند، موضوع قبلا نشر شده در جریده دیگری که قانونا قذف خانم (ب) شمرده میشود، را دوباره به نام و عنوان خود در جریده مربوط، نشر می نماید، در ضمن استدلال مینماید که در رابطه به صحت و سقم این موضوع و تایید یا رد آن چیزی برای گفتن ندارد، آیا عمل وی جرم قذف شناخته می شود؟

جواب احتمالی:

در هر دو مورد، افعال ارتکاب یافته از دیدگاه برخی استادان حقوق، قذف شناخته می شود، زیرا در حالت اولی علنی ساختن معلومات نشر نشده و در حالت دومی نیز سهم گیری در علنی سازی هرچه بیشتر این اتهام است، که از حیث خطورت و صدمه رسانیدن به عزت و شرف مجنی علیه، تاثیر شدیدی داشته و حتی در بسا حالات ضرر عمل شخص دومی، زننده تر و شدید تر از عمل شخص اولی می

^۱ - نجیب حسنی شرح قانون العقوبات: القسم الخاص، ص ۶۱۸-۶۲۰ با تصرف.

باشد، لهذا، استدلال و دفاع شخص دومی مبنی بر اینکه وی مجرد ناقل قول بوده، و مسؤولیت اصلی بر عهده گوینده یا راوی اصلی است، چیزی از مسؤولیت جرمی وی نمی کاهد^۱.
 نظر شما راجع به این پاسخ که احتمال صحت را دارد چیست؟

ب: نحوه یا وسیله فعل قذف (علنی بودن):

نسبت دادن زنا و یا نفی نسب زمانی قذف شمرده می شود که «توسط یکی از وسایل علنی» صورت گیرد. اگر توسط وسایل غیر علنی انجام شود، قذف شمرده نمی شود.
 به اساس فقره دوم ماده ۴ کود جزا:

«وسایل علنی: عبارت اند از گفتار، فعل و سایر وسایل:

- گفتار وقتی علنی شمرده می شود که در محل عام، راه عام یا سایر مواضع طوری به جهر گفته شود یا در فضای سایبر یا توسط وسایل دیگر نشر شود که اگر شخصی در آن جا موجود می بود آنرا شنیده می توانست.

فعل: وقتی علنی شمرده می شود که در محل عام، راه عام یا سایر مواضع طوری واقع گردد که اگر شخصی در آنجا موجود می بود آنرا دیده می توانست.

- سایر وسایل؛ رسم، تصویر، فلم، نوشته، رمز، نمودار، تمثیل یا وسایل الکترونیکی وقتی علنی شمرده می شود که به بیش از یک نفر توزیع، فروش یا به فروش عرضه شده یا در محل عام یا راه عام یا فضای سایبر به نمایش گذاشته شود.»

چنانچه مشاهده می گردد، کود جزا درینجا از "محل عام"، "راه عام"، "یا سایر مواضع...." نام برده است. هدف از "سایر مواضع" سایر مواضع عام است. قید "عام" از سیاق و سباق ماده مذکور قابل استنباط است. محلات عمومی هر آن جایی است که عموم مردم حق رفت و آمد و تردد در آنرا داشته باشند، خواه این حق مؤقتی باشد یا دائمی، بدون قید و شرط باشد یا محدود و مشخص.

۱- همان، ۶۲۰.

برخی از دانشمندان حقوق " مکان عام " را به سه نوع تقسیم نموده اند: مکان عام طبیعی، مکان عام اختصاصی، و مکان عام عارضی.

مکان عام طبیعی: عبارت از اماکنی است که هر شخص در هر وقت حق داخل شدن و تردد در آن جا را داشته باشد، خواه بدون قید و شرط باشد، یا در مقابل پرداخت " فیس " یا موجودیت شروط خاص، مانند راه های عمومی، میدان های عمومی یا باغ های عمومی.

مکان عام اختصاصی: عبارت از اماکنی است که عموم مردم در اوقات معینه حق داخل شدن به آنجا را داشته باشند، اما خارج از اوقات تعیین شده، اجازه ورود را نداشته باشند، مانند مساجد^۱ و سایر اماکن عبادت، مدارس و مراکز تعلیمی، اماکن برگزاری پارچه های تمثیلی، سینماها و سایر اماکنی که برای خدمت به جمهور مردم تخصیص داده شده باشد.

مکان عام عارضی: عبارت از اماکنی است که در اصل ملکیت و مکان خاص است، اما برای عموم مردم حق رفت و آمد یا گشت و گذار داده شده باشد، مانند: دکان ها، محلات تجارتي، رستوران ها و قهوه خانه ها.^۲

نوت:

الف: در محلات عمومی اگر هنگام قذف شخصی موجود نباشد، بازهم قذف مذکور علنی دانسته می شود.

ب: هرگاه در اماکن عام اختصاصی، یا عارضی در غیر از اوقاتی که برای ورود عامه تخصیص داده شده است، رفتار تشکیل دهنده جرم قذف واقع شود، وصف علنی بودن را به خود نمی گیرد و بالتبع جرم قذف به وجود نمی آید، چون مکان مذکور در آن حالت مکان عام شناخته نمی شود.

^۱ - البته در بعضی کشورها، غرض حفظ امنیت و نظافت مسجد، دروازه های مسجد در اوقات نماز به روی مسلمانان باز و در غیر آن، بسته می گردد.

^۲ - نجیب حسنی، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص، ص ۶۳۷.

فعالیت شماره (۱۳)

سوال مباحثی:

۱- آیا اتهام به زنا ذریعۀ تلفون و یا مسج، ویا ایمیل وسایر و سایل مماثل آن، قذف شمرده می شود یا خیر؟

۲- آیا حاضر بودن شخص مقذوف هنگام قذف لازمی است؟

فرع دوم: عنصر معنوی جرم قذف:

جرم قذف از جرایم عمدی است. لذا ایجاب می نماید که متهم آگاهانه وعامدانه فعل زنا را به مقذوف توسط وسیلۀ علنی نسبت دهد ویا نفی نسب نماید. بنابراین، قاذف باید علم داشته باشد که الفاظی را که به کار می برد معنی اتهام به زنا ویا نفی نسب را می دهد. وعلم داشته باشد که توسط وسایل علنی این کار را انجام میدهد. اما اگر کلماتی به وی تلقین شده باشد که در عرف محل معنی اتهام به زنا را بدهد اما گوینده از عرف محل آگاه نباشد، عمل او جرم قذف را تشکیل نمی دهد همچنان اگر در مکان خصوصی فعل زنا را به غیر نسبت دهد اما بدون علم وی ذریعۀ میکرافون به محل عام وصل باشد، این جرم واقع نمی شود. افزون بر علم، سوق اراده به فعل نیز شرط است. نوع قصد جرمی در اینجا قصد عام است. لذا لازم نیست که قاذف از دروغ بودن اتهام آگاه باشد، حتی اگر به زعم اینکه گفته هایش درست است قذف نماید سپس تهمت به اثبات نرسد جرم قذف تحقق می یابد.^۱

فعالیت شماره (۱۴)

سوال مباحثی:

شخصی در محل عام، دیگری را بسیار آهسته به گوشش قذف میکند که سخن برای غیر از مخاطب قابل سمع نمی باشد، اما در نتیجۀ استفسار ناگهانی مخاطب دیگران از آن اطلاع می یابند، یا اینکه

^۱ - نجیب حسنی، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص، ص ۶۴۹، محمد صالح، ولیدی؛ پیشین، ص ۱۲۶-۱۲۷.

عبارات قذف را روی ورقی نوشته و آنرا در پاکت مخصوصی می اندازد و با علاوه کردن اصطلاح معمول (محرم) یا (سری) آنرا از طریق خدمات پستی به شخص معینی علیه ارسال میدارد، اما پاکت مذکور توسط کارمندان دفتر باز گردیده و دیگران از آن اطلاع می یابند، یا به رسانه ها و خبرنگاران ارسال می گردد، آیا در فرضیه های فوق جرم قذف واقع شده است یا خیر؟

مطلب سوم: انواع قذف در کود جزاء و مجازات آن:

در کود جزاء دو نوع قذف تنظیم گردیده است: اولی عبارت است از اتهام به زنا و نفی نسب و دومی عبار است از قذف به جرم قبلی. روی هر کدام بحث مختصری خواهیم داشت:

الف: قذف به معنای اتهام به زنا یا نفی نسب:

احکام این نوع قذف در ماده ۶۷۳ کود جزاء تنظیم گردیده است. در صفحات قبلی روی همین نوع قذف بحث مفصل صورت گرفت. جزای تعزیری این نوع قذف عبارت است از حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی (فقرة ۲ ماده ۶۷۳ ک.ج).

حالت مشدده: فقرة ۳ ماده ۶۷۳ کود جزا جزا حالت مشدده جرم قذف را چنین بیان می دارد: «هر گاه در اثر ارتکاب جرم مندرج فقرة (۱) این ماده به حیثیت شخص یا خانواده وی طوری صدمه وارد گردد که ممانعت را در ازدواج دختر یا زن به وجود آورد، مرتکب به حد اکثر حبس قصیر محکوم می گردد».

ب: قذف به جرم قبلی:

این نوع قذف تنها در جایی مصداق دارد که متضرر قبلا به جرمی محکوم شده باشد و قاذف بعدا با استفاده از وسایل علنی دوباره همان جرم قبلی را به مقذوف نسبت دهد. ماده ۶۷۶ کود جزا در مورد این نوع قذف چنین صراحت دارد:

" هر گاه مقذوف قبلا به جرمی محکوم شده باشد که قاذف به آن مقذوف را قذف کرده قاذف مذکور به جزای نقدی از پنج هزار تا سی هزار افغانی محکوم می گردد"

هویدا است که در این نوع قذف بر خلاف نوع اول، عدم صحت واقعه نسبتی شرط نیست زیرا محکومیت مقذوف خود دلالت بر صدق اتهام می کند.

تفکر انتقادی/سوال مباحثی:

مراد از قذف در مواد ۶۷۵، ۶۷۶ چیست؟ آیا فقط قذف را دربر می گیرد و یا اینکه افتراء را نیز شامل می شود؟

مطلب چهارم: معافیت از مجازات جرم قذف:

مطابق ماده ۶۷۵ کود جزا، هرگاه قاذف صحت فعل یا واقعه را که به مقذوف نسبت داده است، به اثبات برساند، مجازات نمی گردد. اما اگر اثبات نتواند، مجازات می شود. عدم اثبات عنصر جرم قذف نیست، بلکه مانع تطبیق مجازات است. به این معنی که جرم قذف چه اثبات شود یا نه، موجود می گردد. منتهی در حالت اثبات، مرتکب مجازات نمی گردد.

آیا این حکم منحصر به جرم قذف است یا بر افتراء نیز تطبیق می شود؟ در قانون جزای ۱۳۵۵ این حکم بر تمام حالات قذف که افتراء را نیز دربر می گرفت تطبیق می گردید. ظاهراً مقنن بعد از جدایی جرم افتراء از جرم قذف در کود جزا متوجه نشده است که احکام مرتبط به آنرا به گونه مقتضی تعدیل نماید. پس این ماده افتراء را شامل نمی شود. اما با وجود آن با تحلیل اصطلاح "افتراء" می توان استنباط نمود که در صورت اثبات صحت اتهام، جرم افتراء وجود خود را از دست می دهد زیرا کلمه "افتراء" در بطن خود معنی اتهام دروغ را می دهد، و فقط در موارد قابلیت تطبیق را دارد که اتهام نسبتی افتراء (یعنی دروغ) باشد اما اگر اتهام دروغ نباشد، افتراء خوانده نمی شود و بالتبع ماده ۶۷۴ کود جزا قابلیت تطبیق را پیدا نمی کند.

مطلب پنجم: تحریک دعوی در جرم قذف و افتراء:

جرم قذف و افتراء از جرایم مقید به شکایت است. لهذا سارنوالی بدون شکایت مجنی علیه حق تحقیق را ندارد. ناگفته پیداست که فعالیت های جمع آوری مدارک مقید به شکایت نیست. پولیس هنگام اطلاع

از جرم به جمع آوری مدارک اقدام می‌ورزد چون انتظار وی سبب ضیاع مدارک می‌گردد. اما تحریک دعوی مقید به شکایت مجنی علیه است. حکمت آن اینست که مجنی علیه در اثر رسیدگی جرم ممکن بیشتر از لحاظ روانی متأثر شود، لذا صلاحیت رسیدگی و عدم رسیدگی این جرم به او واگذار شده است. از جانب دیگر، طبق قواعد کلی، مجنی علیه می‌تواند در هر مرحله از مراحل دعوی قبل از صدور حکم قطعی از شکایت خود منصرف شود. انصراف وی منجر به توقف دعوی می‌گردد.^۱

چنانچه ماده ۶۷۷ کود جزا در زمینه چنین صراحت دارد:

«تعقیب عدلی متهم جرم قذف و افتراء مشروط به شکایت متضرر می‌باشد، در صورتی که متضرر قبل از صدور حکم قطعی محکمه از شکایت خود منصرف شود، دعوی جزایی متوقف می‌گردد.»

گفتار دوم: جرم افتراء:

افتراء چیست؟ عناصر آن کدام است؟ و در صورت وقوع مرتکب آن به کدام جزاها محکوم می‌شود؟ سه پرسشی است که تحت این گفتار به آن پاسخ ارایه می‌شود.

مطلب اول: تعریف و مفهوم افتراء:

کلمه افتراء که ریشه عربی دارد، در لغت از (اصل فری و یا افتری) گرفته شده و به معنای دروغ و یا خلق کردن چیزی به دروغ می‌آید، که همین مفهوم لغوی در مفهوم اصطلاحی آن نیز به کار برده شده است.^۲

کود جزا جرم افتراء را در ماده ۶۷۴ خود چنین تعریف کرده است:

"هر گاه شخص امری را در غیر از حالات ماده ۶۷۳ کود جزاء به دیگری نسبت دهد که اگر حقیقت می‌داشت به حکم قانون قابل مجازات شناخته می‌شد یا نزد مردم تحقیر می‌گردید، این عمل افتراء شناخته شده و مرتکب به جزای نقدی از ده هزار تا سی هزار افغانی محکوم می‌گردد".

^۱ - برای مزید معلومات در خصوص، قید شکایت و انصراف از آن مراجعه شود به مواد ۶۳ تا ۶۸ قانون اجراءات جزائی ۱۳۹۳.

^۲ - لسان العرب (ماده فری).

شرح تعریف:

امر: کلمه " امر " در ماده فوق الذکر بسیار عام است و اگر به شکل لفظی تفسیر شود جرم افترا با دشنام و توهین خلط می شود، چون "امر" تمام چیزها را شامل می شود. در قانون جزای ۱۳۵۵ در تعریف جرم قذف (که افترا را نیز شامل بود) از تعبیر " واقعه معینه" استفاده شده بود که دقیقتر بود. اما اکنون اگر این تعبیر ترک شده است، باز هم ما میتوانیم کلمه " امر" را به " واقعه معینه" تفسیر کنیم. به دلیل اینکه در ماده ۶۷۶ در رابطه به "امر" گفته شده است «... که اگر حقیقت می داشت به حکم قانون قابل مجازات شناخته می شد...». حقیقت و عدم حقیقت طبق علم منطق از ویژه گی های اخبار (واقعات) است نه تصورات و انشآت چون فقط در قسمت یک واقعه گفته می توانیم که صحیح است و یا غلط، حقیقت دارد یا نه، صادق است و یا کاذب. حقوق مقایسوی و رویه قضائی کشورهای دارای سیستم حقوقی شبیه افغانستان نیز مؤید همین دیدگاه است. همین نکته افترا را از توهین و دشنام، تفکیک می نماید. طوریکه اگر شخصی، واقعه معینه ارتکاب سرقت، رشوت، و یا لواط را به شخصی دیگری نسبت دهد، فعل جرمی وی " افترا" دانسته می شود، اما اگر منحیث یک " باور" شخص مذکور را سارق یا رشوت خور خطاب نماید، این عمل توهین یا دشنام پنداشته می شود چون در این حالت متکلم یک واقعه معینه را به وی نسبت نداده است.^۱

حکم قانون: مراد از قانون در اینجا تمام قوانین جزائی نافذ است بشمول قانون منع خشونت علیه زن و ضمیمه شماره ۱ کود جزا در مورد جرایم نظامی.

فعالیت شماره (۱۵)

سوال مباحثوی:

کلمه "دیگر" در مواد (۶۷۴) و (۶۷۳) شخصیت های حکمی را شامل می شود یا خیر؟

^۱ - نجیب حسنی، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص، ص ۶۲۱ (باتصرف).

نوعیت یا چگونگی امر یا واقعه نسبت داده شده :

در جرم افترا، واقعه معینه نسبت داده شده، باید یکی از دو ویژه گی های ذیل را دارا باشد:

الف: یا به حکم قانون قابل مجازات باشد.

ب: یا مفتری علیه را نزد مردم تحقیر نماید.

اجتماع هردو حالت شرط نیست بلکه هرکدام آن کافی است. بنابراین، هرگاه واقعه نسبتی جرم باشد اما موجب تحقیر شخص نشود، جرم افترا واقع می شود مانند متهم ساختن یک راننده به نادیده گرفتن اشاره ترافیکی که جرم است اما عرفاً موجب تحقیر شخص نمی شود. و یا برعکس واقعه موجب تحقیر شود اما جرم نباشد تلذذ یک مرد از مرد دیگر که به حالت تفخیز نرسیده باشد و در محلات عمومی نباشد. این عمل موجب تحقیر شخص می شود اما جرم نیست.

مطلب دوم: عناصر جرم افترا:

تحت این مطلب روی عنصر مادی و معنوی جرم افترا بحث صورت می گیرد.

فرع اول: عنصر مادی جرم افترا:

این جرم از جرایم مطلق است. لهذا عنصر مادی آن عبارت است از فعل یا رفتار جرمی (نسبت دادن) و موضوع جرم (امر یا واقعه معینه که اگر صحت می داشت منجر به مجازات و یا تحقیر می گردید). تحقق نتیجه و رابطه سببیت، از جمله عناصر مادی جرم افترا نیست. همچنان استفاده از وسایل علنی، شرط دانسته نشده است.

فرع دوم: عنصر معنوی جرم افترا:

جرم افترا از جرایم عمدی است. لهذا عنصر معنوی آن شامل علم و اراده می گردد. یعنی شخص باید آگاهانه و عامدانه واقعه معینه را به غیر نسبت دهد.

مطلب سوم: مجازات جرم افترا:

جزای جرم افترا در ماده ۶۷۴ کود جزا، جزای نقدی از ده هزار تا سی هزار افغانی پیش بینی شده است.

نتیجه گیری

مهمترین نتایج به دست آمده در این فصل عبارت است از:

۱. جرایم تعدی بر آزادی جنسی شامل جرم تجاوز جنسی، جرم تجاوز به عفت و ناموس زن، جرم آزار واذیت زنان واطفال، جرایم بیچه بازی، وجرم قذف وافترا می گردد؛
۲. مفهوم تجاوز جنسی نسبت به قانون منع خشونت علیه زن بسیار وسیع شده است طوریکه به ادخال چیزی به قبل ویا دبر مرد ویا زن بدون رضایت آنها تعریف می شود؛
۳. رضایت اطفال در جرم تجاوز جنسی مدار اعتبار نیست؛
۴. قربانیان جرم تجاوز جنسی قابل تعقیب عدلی نیستند؛
۵. سیاست جزایی جدید افغانستان در کود جزا بر تشدید مجازات جرم تجاوز جنسی و کاهش مجازات جرایم جنسی بارضایت طرفین مبتنی بوده است؛
۶. جرم تجاوز بر عفت وناموس زن فقط در قسمت تعدی بر زنان قابل تطبیق است. تجاوز بر عفت وناموس مردان به شمول پسران جرم شمرده نشده است مگر در احوال خاصی چون تفخیز، آزار واذیت وبیچه بازی؛
۷. تجاوز بر عفت وناموس زن زمانی مصداق پیدا می کند که شخصی چه مرد ویا زن قسمتهای از بدن زن را مورد تماس قرار دهد ویا آنرا عریان سازد که عادتاً آنرا از تماس دیگران نگه میدارد؛
۸. آزار واذیت جنسی فقط زمانی جرم است که موضوع آن زنان ویا اطفال باشد. آزار واذیت در قسمت مردان بزرگسال وصف جرمی خاصی ندارد؛
۹. در جرم آزار واذیت زنان واطفال، در خصوص جرایم و مجازات کود جزا قابل تطبیق است ودر سایر موارد قانون آزار واذیت زنان. مواد مرتبط به آزار واذیت زنان در قانون منع خشونت علیه زن وهمچنان احکام جزائی مندرج قانون آزار واذیت زنان ملغی می باشد؛

۱۰. بچه بازی برای بار اول در کود جزا جرم انگاری شده است. این جرم زمانی مصداق پیدا می کند که موضوع آن طفل مذکر و یا مخنث باشد. هرگاه بزرگسال و یا دختر موضوع این اعمال قرار بگیرند، عمل ارتكابی بچه بازی خوانده نمی شود؛
۱۱. جرم بچه بازی مصداق مختلف دارد که در این جزوه با عناصر و مجازات حالات عادی و مشدده آن بیان گردید؛
۱۲. قذف عبارت است از نسبت دادن زنا یا نفی نسب به شخص دیگر توسط یکی از وسایل علنی طوری که اگر صدق می داشت شخص قابل مجازات پنداشته شده و یا نزد مردم تحقیر می گردید. هدف از جرم انگاری قذف، حفظ آبرو و حیثیت اشخاص در برابر اتهامات جنسی می باشد؛
۱۳. مرتکب جرم قذف تعزیراً به حبس قصیر یا به جزای نقدی تا شصت هزار افغانی محکوم می گردد. در صورتی که قذف حیثیت دختر یا زن یا خانواده شان را طوری خدشه دار سازد که مانع ازدواج وی گردد، چنین موردی حالت مشدده پنداشته شده و قاذف به حد اکثر حبس قصیر یعنی یک سال حبس محکوم می گردد؛
۱۴. قذف به جرم قبلی که مقذوف قبلاً به آن محکوم شده باشد نیز جرم و مستوجب مجازات است و مرتکب آن به جزای نقدی از پنج تا سی هزار افغانی محکوم می گردد؛
۱۵. نسبت دادن اعمالی غیر از زنا یا نفی نسب به شخص دیگر تحت عنوان افترا جرم انگاری شده است و جزای آن حبس قصیر و مرتکب آن به جزای نقدی از ده تا سی هزار افغانی محکوم می گردد؛

مآخذ

الف: قوانین:

۱. کود جزای افغانستان، ۱۳۹۶.
۲. قانون جزای افغانستان، ۱۳۵۵.
۳. قانون اجراءات جزائی، ۱۳۹۳.
۴. قانون منع خشونت علیه زن، ۱۳۸۸.

ب: کتابها ومقالات:

۱. ابن عابدین، محمد ابن أمین، رد المحتار علی الدر المختار شرح تنویر الأبصار، چاپ ویژه، ریاض: دار عالم الکتب للطباعة والنشر والتوزیع، ۲۰۰۳.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم بن علی (۷۱۱هـ.ق)، لسان العرب، چاپ دوم، بیروت: دار صادر-بیروت، ۱۴۱۴هـ.ق.
۳. خالد نصیر الله، جرایم خشونت علیه زن، جزوه آموزشی سازمان بین المللی انکشاف حقوق(ایدلو).
۴. خالد، نصیر الله، نگاهی تحلیلی وانتقادی به مفهوم وعناصر جرم تجاوز جنسی در کود جزای ۱۳۹۶، مجله پوهنحی شرعیات پوهنتون کابل، شماره ۲۳، حوت ۱۳۹۷ صص ۶۶-۸۳.
۵. الزحیلی، وهبة، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶، چاپ دوم: دمشق: دار الفکر، ۱۴۰۵هـ.ق.
۶. شامبیاتی، هوشنگ، حقوق کیفری اختصاصی، جلد سوم، جرایم برضد مصالح عمومی کشور، شامل جرایم امنیتی، اقتصادی، اجتماعی، اخلاقی وعفت عمومی.
۷. العینی، محمود بن احمد، البناية شرح الهدایة، ج ۶، چاپ اول، بیروت: دار الفکر، ۱۹۸۰.

۸. فیض الله فیض و فرید احمد نوری، نقد و بررسی تطبیقی و اصلاحی بر کود جزای افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات سحر، ۱۳۹۷.
۹. الکاسانی، علاؤالدین أبوبکر بن محمود الکاسانی (۵۸۷هـ.ق)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۷، چاپ دوم، بیروت: دارالکتب العلمیة، ۱۹۸۶.
۱۰. المعجم الوسیط، به کوشش مجمع اللغة العربیة، چاپ دوم، قاهرة: دار النهضة العربیة، ۱۹۹۸.
۱۱. الموسوعة الفقهیة الكويتیة، جلد ۳۵، وزارت اوقاف وشؤون اسلامی کویت، چاپ اول، کویت: مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزیع، سال ۱۹۹۵.
۱۲. نذیر، داد محمد، حقوق جزای اختصاصی اسلام، چاپ اول، کابل: انتشارات رسالت مرکز چاپ ونشر کتاب، بدون.
۱۳. نصیر الله خالد و دیگران، جزاها و تدابیر تأمین، چاپ اول، کابل: سازمان بین المللی انکشاف حوق (ایدلو)، ۱۳۹۷هـ.
۱۴. ولیدی، محمد صالح، حقوق جزای اختصاصی: جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی و حقوق و تکالیف خانوادگی.