



Ilam University



Iranian Association
of Constitutional Law

Comparative Study of Jurisprudential and Legal Punishment of Rape in Afghan Law

Mohammad Iqbal Haqyar¹, Alijawad Kazeemi², Syed Baqer Mohammadi³

1. M.A in Criminal Law and Criminology Dep., Faculty of Law, Kabul Azad Islamic University, Kabul Afghanistan
(Corresponding Author). E-mail: iqbal.haqyar@gmail.com

2. M.A in Criminal Law and Criminology Dep., Faculty of Law, Kateb University, Kabul, Afghanistan. E-mail:
haqyar7@yahoo.com

3. Assistant Prof., Dep. of Criminal Law and Criminology, Al-Mustafa Al-Alamiya University, Qom, Iran. E-mail:
sbmuhammadi@gmail.com

Article Info

ABSTRACT

Article type:
Research Article

Article history:
Received 4 May 2024
Received in revised form 29
May 2024
Accepted 15 June 2024
Available online 30 June 2024

Keywords:
rape,
jurisprudence,
Hadd,
Ta'zeer,
Afghan law

Rape, which according to part 7 of Article 335 of the Penal Code is included in crimes against humanity and according to part 22 of Article 339 of the Penal Code is considered a war crime, is one of the most important crimes that endangering public order and may make its victim suffer from mental illnesses for many years. According to the hypothesis of this research, from the comparative study of jurisprudential and legal punishments of rape in Afghan law using the descriptive-analytical method, it seems that there is an obvious duality between jurisprudence and criminal law in some topics. The Penal Code has divided the punishment of rape into two parts (Hadd and Ta'zir). Perpetrators of (Hudud) crimes are punished according to Article 2, Paragraph 2 of the Penal Code in accordance with the rules of Hanafi jurisprudence of Islamic Sharia. Whenever the conditions for applying the (Hadd) are not met in the crime of rape, or the (Hadd) is dropped due to likeness or one of the other reasons, the guilty shall be sentenced to long imprisonment, permanent imprisonment of the first degree, permanent imprisonment of the second degree and execution. The author assumes that according to the differences in Islamic jurisprudence and the penal code of Afghanistan and the comparative study between the two, it seems that the discussion of rape in jurisprudence and the penal code somehow follows each other's gradual perfection or development.

Cite this article: Haqyar, Mohammad Iqbal., Kazeemi, Alijawad., Mohammadi, Syed Baqer. (2024). Comparative study of jurisprudential and legal punishment of rape in Afghan law. *Comparative Studies on Islamic Countries Law*, 2 (2), 33- 48. <http://doi.org/10.22034/LCS.2024.2025262.1037>



© The Author(s).

DOI: <http://doi.org/10.22034/LCS.2024.2025262.1037>

Publisher: Ilam University.



Ilam University



Iranian Association
of Constitutional Law

بررسی تطبیقی مجازات فقهی و قانونی تجاوز جنسی در حقوق افغانستان

محمد اقبال حقیار^۱ | علی جواد کاظمی^۲ | سید باقر محمدی^۳

۱. کارشناسی ارشد گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، کابل، افغانستان، (نویسنده مسئول). رایانامه: iqbal.haqyar@gmail.com

۲. کارشناسی ارشد گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه کاتب، کابل، افغانستان. رایانامه: haqyar7@yahoo.com

۳. استادیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران. رایانامه: sbmuhammadi@gmail.com

اطلاعات مقاله

چکیده

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۱۵

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۳/۰۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۶

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۴/۱۰

کلیدواژه‌ها:

تجاوز جنسی،

فقه،

حد،

تعزیر،

حقوق افغانستان.

تجاوز جنسی که طبق جزء ۷ ماده ۳۳۵ کود جزا مشمول جرائم ضد بشری و طبق جزء ۲۲ ماده ۳۳۹ کود جزا مشمول جرم جنگی محسوب گردیده است، یکی از مهم‌ترین جرائم بوده و بر رغم به خطر اندازی نظم عمومی و اخلاق حسنه، عواطف و احساسات نوع انسانی را جریحه‌دار کرده که چه‌بسا سالیان سال قربانی‌اش را در دام بیماری‌های روحی و روانی سخت گرفتار می‌سازد. در این پژوهش به دنبال چگونگی مجازات فقهی و قانونی جرم تجاوز جنسی در حقوق افغانستان هستیم.

با توجه به فرضیه این پژوهش، از بررسی تطبیقی مجازات فقهی و قانونی تجاوز جنسی در حقوق افغانستان با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی به نظر می‌رسد که در بعضی مباحث دو گونگی آشکار میان احکام فقهی و کود جزایی موجود است.

کود جزا مجازات تجاوز جنسی را به دو بخش (حد و تعزیر) تقسیم نموده است. مرتکب جرائم حدود با توجه به فقره ۲ ماده ۲ کود جزا مطابق به احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می‌گردد. هرگاه در جرم تجاوز جنسی شرایط تطبیق جزای حد موجود نگردد یا به علت شبهه و یا یکی از اسباب دیگر حد ساقط گردد، مرتکب تعزیراً به حبس طویل، حبس دوام درجه ۱، حبس دوام درجه ۲ و در صورت تجاوز گروهی بر زن و یا تجاوز گروهی بر مرد که باعث مرگ قربانی گردد به مجازات اعدام محکوم می‌گردد.

مجازات (حدی) تجاوز جنسی در فقه حنفی تحت عنوان مستقلی بحث نشده بلکه شامل باب زنا می‌باشد؛ اما از دید فقهای جمعری مجازات جرم تجاوز جنسی زیر عنوان زنا به عتف که مجازات آن کشتن با شمشیر یا آلت قتاله دیگر می‌باشد، مورد بحث قرار گرفته است.

فرض نگارنده بر این است که با توجه به تفاوت‌های موجود در فقه اسلامی و کود جزای افغانستان و بررسی مقایسه‌ای میان این دو، به نظر می‌رسد بحث تجاوز جنسی در فقه و کود جزا به نحوی در راستای تکامل همدیگر مسیر خود را می‌پیمایند.

استناد: حقیار، محمد اقبال؛ کاظمی، علی جواد؛ محمدی، سید باقر (۱۴۰۳). بررسی تطبیقی مجازات فقهی و قانونی تجاوز جنسی در حقوق افغانستان. *مطالعات تطبیقی حقوق کشورهای اسلامی*، ۲ (۲)، ۳۳-۴۸.

<http://doi.org/10.22034/LCS.2024.2025262.1037>

© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه ایلام.



مقدمه

تجاوز جنسی یکی از قدیمی‌ترین جرائم است که برای آن مجازات سخت در نظر گرفته شده است، چنان که در قانون حمورابی و شریعت حضرت موسی برای مرتکب آن مجازات اعدام پیش‌بینی شده بود (چلبی، ۱۳۹۱: ۴۰۰). در چنین مواردی، رابطه جنسی به‌ندرت موضوع اصلی می‌باشد و در اکثر موارد مسائل جنسی در خدمت نیازهای غیرجنسی درمی‌آیند، این جرم در همه زمان‌ها و مکان‌ها مورد توجه قرار گرفته و با سخت‌گیری شدید کیفری همراه بوده است (سلیمی، ۱۳۹۵: ۱۷۳). قانون‌گذار افغانستان برای مرتکب جرم تجاوز جنسی دو نوع مجازات را در نظر گرفته است، یکی مجازات حبس و دیگری مجازات بدنی است؛ بنابراین پرداختن به مجازات تجاوز جنسی از دو لحاظ مهم است، هرگاه در تطبیق مجازات تجاوز جنسی شرایط تطبیق مجازات حد موجود گردد، باید مرتکب را با توجه به فقره ۲ ماده ۲ کود جزا به مستندات فقه حنفی مجازات کرد، در صورت عدم تطبیق شرایط مجازات حد مرتکب به جزای تعزیری محکوم به مجازات می‌گردد.

در این پژوهش به دنبال چگونگی مجازات فقهی در فقه و قانونی جرم تجاوز جنسی در حقوق افغانستان هستیم. البته به فقه حنفی به دلیل ارجاع قانون و به فقه جعفری به دلیل حضور بیشتر پیروان آن در افغانستان تمرکز بیشتر صورت گرفته است.

فرض نگارنده بر این است که با توجه به تفاوت‌های موجود در فقه اسلامی و کود جزای افغانستان و بررسی مقایسه‌ای میان این دو به نظر می‌رسد به نحوی در راستای تکامل همدیگر مسیر خود را می‌پیمایند. در این پژوهش به مفهوم شناسی تجاوز جنسی، مجازات فقهی تجاوز جنسی، مجازات قانونی تجاوز جنسی در حقوق افغانستان و موضوعات فرعی مربوط مثل این که به رضایت طفل، شخصیت مرتکب، شخصیت قربانی و سایر اجزای عنصر مادی این جرم اعتبار بخشیده شود یا خیر، پرداخته شده است.

۱. مفهوم شناسی

۱-۱. تجاوز جنسی

به معنی انجام نزدیکی جنسی با فرد، با زور و بدون رضایت او است.

از تجاوز جنسی در نزد فقهای اسلام به زنای به‌اکراه و جبر تعبیر شده است و فقهای اسلام متفق‌اند که هرگاه زنی بدون رضایت و به جبر و اکراه وادار به زنا گردد، در این صورت با توجه به نصوص فقهی، بالای وی مجازات حد تطبیق نخواهد شد. حدیثی که مورد اتفاق فقها است از پیامبر گرامی اسلام چنین روایت شده است «رفع عن امتی الخطاء و النسیان و ما استکرهوا علیه» (الکرباسی، ۱۴۱۱: ۳۸). ترجمه: از امت من در حالت خطا، فراموشی و اکراه مسئولیت برداشته شده است؛ بنابراین، با توجه به همین مسئله فقهای اسلامی تجاوز را چنین تعریف نموده است: «زنای به‌اکراه، مقاربت نامشروع و حرامی است که زن به آن رضایت ندارد و از سوی مرد به‌اکراه به انجام آن وادار می‌گردد.» (عوده، ۱۳۹۴، ج ۲، ۴۲۶).

از نظر حقوق دانان وضعی، تجاوز جنسی چنین تعریف گردیده است: «ارتکاب فعل زنا یا لواط با زن بالغ توأم با اجبار یا ارتکاب آن با زن نابالغ و یا تجاوز بر عفت و ناموس زن است.» طبق این تعریف، اعمال و رفتارهای چندی مانند زنا با اکراه و اجبار (زن مکره باشد)، لواط با اکراه و اجبار (مفعول، زن مکره باشد) و تجاوز بر عفت و ناموس زن مثل تفخیز، مساحقه (مکره و مکره زن باشد) تماس و لمس بدنی و هر نوع فعلی که تجاوز به عفت و ناموس زن

شمرده شود، تجاوز جنسی است (ولیدی، ۱۳۹۳، ۲۳). در بسیاری از اسناد و پرونده‌های محاکم افغانستان، رویه قضایی افغانستان، تجاوز را چنین تعریف کرده است: «تجاوز فیزیکی» با ماهیت جنسی است که به یک شخص تحت اجبار اعمال می‌شود. در بعضی متون قضایی اصطلاح تجاوز با اصطلاحات همچون «رفتار خشونت آموز جنسی» یا «رفتار جنایت‌آمیز جنسی»، جای‌گزين شده است؛ اما بسیاری از متون قضایی افغانستان، تجاوز را همچنان آن دسته از اعمالی که شامل نفوذ آلت مردانه به واژن زن و سایر رفتارهای جنسی مرتبط، همراه اعمال خشونت جنسی باشد، می‌دانند. به‌عنوان مثال در کارگاه آموزشی ۱۳۹۴/۴/۱۲ استره محکمه که در ولایت بامیان برای قضات برگزار شده بود، تجاوز جنسی را سکس واژینال بدون رضایت فرد تعریف کرده بود؛ بنابراین تجاوز به مرد، تجاوز مقعدی آنال (مقعدی) و تجاوز اورال (دهانی)، مشمول این تعریف نمی‌شود (رسولی، محمدی، ۱۴۰۲، ۱۲۹). کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان این تعریف را برای تجاوز جنسی در گزارش تحقیق ملی خود آورده است: «ارضای جنسی زن با اعمال زور برخلاف میل او» (تحقیق ملی در مورد عوامل و زمینه‌های تجاوز جنسی و قتل ناموسی، ۲۰۱۳). در این تعریف، تجاوز جنسی، مقاربت (شامل نفوذ به واژن یا مقعد یا دهان توسط آلت تناسلی مردانه یا سایر اندام‌های بدن یا یک شیء) با اجبار و عدم رضایت زن تفسیر می‌شود. در یک تعریف سنتی، تجاوز جنسی عبارت است از دسترسی شهوانی به زنی غیر از همسر با استفاده از زور و برخلاف خواسته آن زن. در این تعریف سنتی تجاوز جنسی دارای مؤلفه‌هایی است که امروزه در اثر تحولات اجتماعی دیگر نمی‌توان عناصر تجاوز را منحصر در آن‌ها دانست؛ اما رویه‌ها و نگرش‌ها در محاکم افغانستان، علاوه بر آن‌که مسائل و مواد قانون را در نظر دارند، ولی بیش‌تر نزدیک به همین تعریف است؛ زیرا در این تعریف سنتی که تقریباً در محاکم تعمیم یافته است، شامل مؤلفه‌های «استفاده از زور، فقدان رضایت بزه دیده، زن بودن بزه دیده و دخول آلت تناسلی مرد به آلت تناسلی زن» می‌باشند (رسولی، محمدی، ۱۴۰۲، ۱۳۰). قانون‌گذار افغانستان مرتکب این جرم را چنین تعریف نموده است: «(۱) شخصی که با جبر یا سایر وسایل ارباب‌آمیز 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 بی‌هوش‌کننده یا سایر وسایل زایل‌کننده عقل به وی، عمل مقاربت جنسی را انجام دهد یا اعضای بدن یا اشیایی دیگر را در قبل یا دبر وی داخل نماید، مرتکب تجاوز جنسی شناخته می‌شود» (کود جزا، ۱۳۹۶، ماده ۶۳۶).

۱-۲-۲ رجم

رجم در لغت به معنی سنگسار کردن آمده و مجازات زناکار محصن است. معنای «رجم» آن است که بزه‌کار در اثر اصابت سنگ کشته شود (عوده، ۱۳۹۴، ج ۲، ۴۰). این مجازات به نحوی تحقق می‌یابد که مرتکب جرم درملاًعام توسط افراد اشتراک‌کننده به حدی با سنگ‌ها مورد اصابت قرار می‌گیرد تا جان از بدنش جدا شود (الهی بلندشهری، ۱۳۸۹، ج ۴، ۴۹). مبنای وضع مجازات رجم همان مبنای وضع مجازات تازیانه است و فقط به سبب «احصان»، مجازات زانی محصن سخت‌تر است؛ زیرا «احصان» معمولاً انسان را از اندیشه ارتکاب زنا بازمی‌دارد و اگر باین حال به فکر زنا باشد نشان می‌دهد که تا چه حد برای کامیابی حرام‌اشتها و میل دارد و تا چه حد در پی بهره‌جویی و استمتاع از سرخوشی خویش است. از این‌روز مجازاتش شدیدتر و دردناک‌تر پیش‌بینی شده است؛ تا وقتی که به فکر لذت حاصل از زنا می‌افتد به پیامد آن بیندیشد و دردناکی مجازات، او را از تعقیب اندیشه شهوانی‌اش بازدارد. کسانی هستند که مجازات رجم را برای زانی محصن زیاده‌روی می‌دانند، لیکن این سخن را فقط بر زبان می‌رانند و بدان باور قلبی ندارند، چنانچه یکی از آنان زن یا

دختر خود را در حال زنا ببیند و بتواند او و کسی را که با آن‌ها زنا می‌کند بکشد یک لحظه در این کار تأخیر نخواهد کرد. البته با توجه به آیه متبرکه *فَإِذَا أُحْصِنَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ*... (سوره نساء، آیت ۲۵) و نیز این فرموده خداوند متعال *يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ مَنْ يَأْتِ مِنْكُنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ۚ وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا* (سوره احزاب، آیت ۳۰) عده‌ای معتقدند که چون در مجازات رجم نصف و دو چند نمی‌گنجد و از سوی دیگر صراحتی از آن در قرآن وجود ندارد، بنابراین چنین مجازاتی در شریعت اسلامی اصلاً منتفی است.

۱-۳. حد تازیانه یا دره

تازیانه در لغت به معنی دره یا شلاق آمده است. یکی از مجازات اساسی در حقوق اسلامی، شلاق می‌باشد که هم در جرائم حدود و هم در جرائم تعزیری لحاظ شده است؛ حتی در جرائم تعزیری بزرگ، بهترین مجازات دانسته شده. علت تفوق و برتری آن بر سایر مجازات، ویژگی بازدارندگی آن در بزه‌کارانی است که با ارتکاب جرم عادت کرده‌اند و یا جانی بالفطره به شمار می‌آیند، ویژگی دیگر آن ذوحیدین بودن آن است که امکان می‌دهد تا هر مجرمی به اندازه‌ای که با جرم ارتكابی و شخصیت وی تناسب دارد، کیفر شود (عوده، ۱۳۹۴، ج ۲، ۸۵) منظور از تازیانه ضربه وارد کردن به وسیله شلاق است، خداوند (ج) در قرآن کریم، برای آن عده اشخاص که مرتکب جرم زنا گردند صد تازیانه مقرر کرده است، چنان‌که خداوند (ج) در سوره نور در این زمینه چنین می‌فرماید: *«الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ*» (سوره نور، آیت ۲) ترجمه: «هر یک از زن و مرد زناکار را صد تازیانه بزنید؛ و اگر به خدا و روز قیامت ایمان دارید، در اجرای حکم خدا نسبت به آن دو گرفتار دلسوزی نشوید و هنگام کیفر آن دو، گروهی از مؤمنان حاضر و ناظر باشند». با توجه به آیت یادشده این مطلب به خوبی بیان می‌گردد که هرگاه مردی با زنی زنا نماید و محصن نباشند، هر دو را باید صد تازیانه زد تا جامعه به شر و فساد مبتلا نگردد اما هرگاه مردی با زنی متأهل یعنی محصن باشند با همدیگر زنا نمایند با توجه با احادیث پیامبر گرامی اسلام مستوجب رجم دانسته می‌شوند؛ چنان‌که در حدیث از پیامبر گرامی پیرامون تازیانه زدن چنین روایت شده است: *«خذوا عنی! خذوا عنی! قد جعل الله لهن سبیلاً: البکر بالبکر جلد مائة و تعزیر عام، والثیب بالثیب جلد مائة والرجم»* (صابونی، ۱۳۸۹: ۲۲) ترجمه: «این حکم را از من فرا گیرید! این حکم را از من فرا گیرید! این حکم را از من فراگیرید! خداوند برای آن‌ها راهی گذارده است».

۱-۴. تبعید

تبعید در لغت به معنی اخراج است یعنی اخراج نمودن شخص از محل ارتکاب جرم به محل دیگر، در مورد محل، فقها اختلاف نموده است، برخی فقها معتقدند که تبعید از یک محل به کشوری یا قلمرو دولت دیگری است اما اکثر فقها معتقدند که منظور از تبعید از محل ارتکاب جرم در محل دیگر همان دولت تبعید محسوب می‌گردد.

امام شافعی معتقد است که شخص باید در ملک بیگانه تبعید شود و در غربت و بیچارگی باشد، این در حالی است که امام ابوحنیفه صلاحیت تبعید را به حاکم شرع اسلامی واگذار کرده فرموده است: لازم نیست که تبعید به حد اضافه گردد مگر این‌که حاکم آن را مصلحت بداند که در این صورت تبعید زن و مرد برحسب تشخیص او و به مسافتی است که خود صلاح می‌داند (سید، ۱۳۴۴: ۱۳۹۴).

۱-۵. اعدام

اعدام در لغت از ریشه کلمه عدم یک کلمه عربی است که در معنای فارسی معادل سر به نیست کردن، نابود کردن و جان ستاندن از دیگری است؛ بنابراین مجازات اعدام یعنی کیفر فرد با گرفتن جان او. قانون گذار افغانستان اعدام را چنین تعریف می کند «اعدام عبارت از ازاله حیات شخص حقیقی است به اساس قانون بعد از حکم محکمه ذیصلاح و منظوری رئیس جمهور» (کود جزا، ۱۳۹۶، ماده ۱۶۹). اصل این است که تعزیر برای تنبیه مجرم است و جایز است تا میزانی که نتیجه خطرناکی نداشته باشد، اعمال گردد (عوده، ۱۳۹۴، ج ۲، ۴۲۶). این مجازات نباید هلاک کننده باشد، از این رو در تعزیر، کشتن و قطع عضو جایز نیست. لیکن اکثر فقها به عنوان استثنا بر این قاعده کلی اجازه می دهند که بنا بر مصلحت عمومی، از اعدام تعزیری هم استفاده شود.

۱-۶. حبس

حبس در لغت بازداشتن و زندانی کردن است و در اصطلاح عبارت از زندانی ساختن محکوم در زندانی است که طبق قانون به این منظور ایجاد شده است. حبس از جمله جزاهای اصلی در قوانین جزایی شناخته شده و پیشینه آن به صورت دقیق معلوم نیست. در قرن ۱۹ توجه به مجازات حبس بیش تر شد و به عنوان عکس العمل در مقابل مجرمین شناخته شد، باور بر این بود که زندانی کردن در سلول های انفرادی محابس، باعث ندامت و پشیمانی مجرم گردیده و مجرم را به گرایش ادامه زندگی شرافتمندانه و دور از جرم کمک می کند. در اوایل قرن ۲۰ نگرش دانشمندان حقوق جزا به جزای حبس تحول شگرفی یافت و طرفداران مجازات حبس با چالش بزرگی درباره مجازات حبس قرار گرفتند؛ ولی با آن هم زندان من حیث ابزاری برای اصلاح و تربیت مجدد زندانی دانسته می شد. مارک آنسل برای زندان اقسام و درجه های قائل شد تا به زعم خود جنبه عبرت انگیز به خود گیرد؛ اما با توجه به تجارب گذشته در این زمینه، هیچ یک از باورهای فوق جامعه عمل نپوشیده و متأسفانه در بسا اوقات نتایج معکوس به بار آورد (آنسل، ۱۴۰۱، ۸۷). در این اواخر دانشمندان علوم جنایی، جرم شناسان و جامعه شناسان در مقابله با اندیشه زندان گرایی، تفکر اصلاح جزاها را مطرح نمودند. ایشان حقوق و آزادی های انسان ها را اصل قرار داده و به دفاع از آن ها پرداختند که این واکنش در نتیجه به دو طرز تفکر انجامید؛ یک گروه بر این شد تا مجازات از سیستم جزایی حذف گردد و گروه دوم پیشنهاد تعدی مجازات و شیوه های جایگزین آن را مطرح نمودند. (رسولی و دیگران، ۱۳۹۸، ج ۱، ۱۳۱). به نظر می رسد نگرش جدید (تعدیل در نظام مجازات) از اثر تجربیات و نتایج سال ها کار پژوهشی دانشمندان قبلی اساس گذاشته شده و با استناد به یافته های دانشمندان جرم شناسی و جامعه شناسی کوشش داشته است تا تعادلی بین حقوق جامعه و حقوق افراد ایجاد گردد.

۱-۷. طفل

طفل در لغت به معنی خرد و کوچک و در مورد انسان به کم سالی و خردسالی تعبیر شده است (عمید، ۱۳۸۱: ۱۶۷). از نظر حقوقی، طفل به شخصی اطلاق می گردد که از نظر سنی به رشد جسمی و فکری لازم نرسیده و نمی تواند مصالح خود را در جامعه حفظ کند و معیار در آن معمولاً سن کمتر از ۱۸ سال است. «طفل شخصی که سن هجده سالگی را تکمیل نکرده باشد» (استانکزی، ۱۳۸۹: ۱۶۹). در ترمینولوژی حقوق از طفل به صغیر (لنگرودی، ۱۳۸۴: ۴۳۰) تعبیر شده است. در قانون مدنی افغانستان «صغیر شخصی است که سن هجده سالگی را تکمیل نکرده باشد.» (قانون مدنی، ماده ۳۹). کنوانسیون بین المللی حقوق طفل، در تعریف طفل می گوید: «منظور از طفل هر انسان دارای کمتر از ۱۸ سال سن است، مگر این که طبق قانون اعمال در مورد طفل سن قانونی کمتری تعیین شده باشد» (کنوانسیون حقوق طفل، ۱۹۸۹). بر اساس این تعریف، شرط سنی معین شده منوط است که در قانون داخلی کشورها سن کمتری تعیین نشده باشد

که در فرض اخیر، همان قانون داخلی ملاک خواهد بود. کود جزا در ماده ۹۵ خود از سن طفل بیان روشنی دارد: «طفل به شخصی اطلاق می‌گردد که هجده سال را تکمیل نکرده باشد» (کود جزا، ۱۳۹۶، ماده ۹۵). به هر صورت، قانون‌گذار افغانستان در تعریف طفل از معیارهای بین‌المللی به‌ویژه کنوانسیون حقوق طفل پیروی کرده و طفل در این کشور شخصی است که کمتر از ۱۸ سال سن دارد. اما طفل از دیدگاه علما و فقها، قریب به اتفاق فقها، طفل را کسی دانسته‌اند که به حد بلوغ شرعی نرسیده است. علما و فقهای اسلام برای طفولیت ادواری را ذکر کرده‌اند و آن را به سه دوره تقسیم نموده‌اند.

۱-۷-۱. از ولادت تا هفت سالگی

طفل در این دوره «صبی غیر ممیز» نامیده می‌شود که مرحله قبل از سن تمیز است و اکثر قریب به اتفاق فقها و علما در مورد این دوره و تعیین سن آن، توافق دارند و معتقدند که طفل در این دوره تحت هیچ عنوان، مسئولیت جزایی و کیفری ندارد. البته از نظر مدنی مسئول در اموال خودش می‌باشد، اگر ضرری به کسی برساند.

۱-۷-۲. از هفت سالگی تا ظهور بلوغ

این دوره گاهی با رسیدن سن و گاهی با علائم آن و گاهی با هر دو شروع و پایان می‌پذیرد، طفل در این دوره ((صبی ممیز)) خوانده می‌شود ولی فقها در تعیین سن آن دوره و سن بلوغ اختلاف دارند، صبی ممیز کسی است که بتواند اجمالاً بین نفع و ضرر خود فرق گذارد و معاملات سودآور را از زیان‌بار تشخیص دهد. در فقه حنفی تصرفات صبی ممیز را بدون اذن ولی اگر منجر به نفع او گردد، جایز دانسته اما تصرفاتی که احتمال ضرر و سود هر دو را دارند تنها با اذن ولی صحیح دانسته‌اند. حنابله تصرف ممیز را با اذن ولی صحیح دانسته و بدون اذن ولی در چیزهای کوچک و کم‌خطر مانند خرید یک گنجشک جایز می‌دانند؛ اما فقهای امامیه و شافعیه معامله صبی را غیرشرعی و ناصحیح می‌دانند و شیخ انصاری بر این مطلب اجماع نموده (کاظمی، ۱۳۹۸: ۸۳).

۱-۷-۳. از سن بلوغ به بعد

در این دوره شخص دارای مسئولیت کامل می‌باشد و در صورت ارتکاب جرم و نبود موانع، مجازات می‌شود (بجنوردی، ۱۳۸۹: ۳۸ و ۳۹).

۲. مجازات فقهی جرم تجاوز جنسی

«حدّ زنا» بر دو قسم است: یکی صد ضربه شلاق و دیگری سنگسار.

اگر مرد یا زن زناکار، غیر مُحصَن (بدون همسر و مجرد) باشد، حدّ او صد ضربه شلاق می‌باشد؛ و چنانچه مرد یا زن زناکار، مُحصَن (دارای همسر و متأهل) باشد، حدّ او رجم و سنگسار می‌باشد (الهی بلندشهری، ۱۳۸۹، ج ۴، ۵). خداوند می‌فرماید: «فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» (سوره بقره، آیت ۱۷۳) و دیگر این که به نظر فقهایی که به شبه اعتقاد دارند، اکراه، شبهه محسوب می‌گردد و حدود را ساقط می‌کند. در روزگار پیامبر (ص) زنی مجبور به زنا شده بود، به او حد نزدند. به حضور عمر کنیزکانی را آوردند که غلامانی دیگر آنان را به زنا مجبور کرده بودند، عمر غلامان را حد زد و کنیزکان را رها کرد. هم‌چنین، زنی را پیش او آوردند که از چوپانی تقاضای آب کرده و چوپان اعطای آب را موقوف به تمکین وی از او نموده و زن ناچار به پذیرش شده بود، عمر به علی گفت، در این باره چه می‌گویی، علی فرمود، وی ناچار بوده است، عمر مبلغی به او کمک کرد و رهایش ساخت. اگر مردی به عمل زنا مجبور گردد، بنا بر رأی ضعیف مذاهب مالک و ابوحنیفه و شافعی و احمد و زیدیه، حدّ نمی‌خورد. اینان می‌گویند فقط زن به عمل زنا مجبور می‌گردد که وظیفه‌اش تمکین است ولی مرد مادامی که آلتش به نعوظ می‌رسد، اکراه نمی‌شود؛ زیرا نعوظ آلت، دلیل تمایل قلبی است. مقتضای رأی اخیر چنین است که

اگر در موردی نعوذ صورت نگیرد و اجبار ثابت باشد، حد ساقط است. بنابر رأی برتر مذاهب مذکور در صورت اکراه از مرد هم حد ساقط است؛ زیرا مرد و زن در این باره مساوی هستند (عوده، ۱۳۹۲، جلد ۴، ۳۵). به عقیده ابوحنیفه و پیروانش، چنانچه مرد عاقل و بالغ با زن دیوانه یا دختر صغیری که نزدیکی با وی مقذور باشد، زنا کند، حد بر او واجب می‌گردد؛ زیرا عمل وی زنا محسوب می‌گردد و معذوریت طرف مقابل باعث سقوط حد از طرف زانی نخواهد شد. ذکر این نکته نیز لازمی است که پیروان آرای مختلف در این که عمل فی‌نفسه زناست مخالفت ندارند لیکن اینان قاعده «تدرء الحدود بالشبهات» را در مانحن فیه جاری می‌کنند، چون به نظر آنان، بزه زنا میان دو فرد طبیعی رخ می‌دهد و با وجود آن دو بزه کامل می‌شود و می‌گویند بخشودگی یکی از طرفین از مجازات حد، در مورد طرف مقابل هم ایجاد شبهه می‌کند که باعث سقوط حد می‌گردد و ایجاب می‌کند که به تعزیر زانی اکتفا شود (عوده، ۱۳۹۲، جلد ۴، ۲۹).

فقه‌های جعفری به این باورند که مجازات جرم تجاوز بر محارم یا افراد دیگر کشتن با شمشیر یا آلت قتاله دیگر است (شهید ثانی، ۱۳۹۴:۴۱)؛ اما اگر مرتکب کافر ذمی باشد، حاکم مختار است که در مورد کافر ذمی، حد را بر او جاری کند یا او را به هم‌کیشان خودش بسپارد تا حد را بر او طبق عقیده خودشان جاری کنند (جعفر، ۱۳۷۷: ۱۷۲). در فقه اهل سنت و مشخصاً احناف، مجازات تجاوز جنسی تحت عنوان مستقل وجود ندارد بلکه مجازات روی عناوین محصن و غیر محصن قرار گرفته است؛ یعنی گفته‌اند که زانی محصن است یا غیر محصن، اگر محصن باشد، مجازاتش رجم است اگر غیر محصن باشد مجازات صد ضربه شلاق یا تبعید بر او اجرا می‌شود. برخی از فقیهان شیعه با تردید حکم مسئله تجاوز به طفل را بیان کرده‌اند و منشأ تردید این است که از یک طرف حکم در اخبار و فتوای علما روی ((مرأة)) رفته و ((مرأة)) شامل صغیره نمی‌شود و مقتضای فقدان نص و اصالت برائت، این می‌شود که زنا به عنف یا تجاوز جنسی به دختر بچه، مشمول حکم زنا با کبیره نباشد و از جانب دیگر از آن جا که زنا به عنف با دختر بچه صغیره، زشت‌تر و فاحش‌تر است، مقتضای قاعده اولویت، الحاق صغیره به کبیره است.

از پرسش‌های دیگر این است که حکم زنا با مرد بالغ و عاقل محصن یا غیر محصن با دختر بچه چیست؟ بر پایه فقه حنفی، زنا با دختر بچه‌ای که قابل وطی نیست حد ندارد، همچنین اگر زانیه با کودک نابالغ زنا کند مجازات حد بر او بار نمی‌شود (رضایی، ۱۳۹۴:۵۶ و ۵۷). این حکم با توجه به کم سن و سال بودن بزه دیده، به‌دوراز عدالت کیفری به نظر می‌رسد، زیرا وقتی که قانون‌گذار مرد بالغی را که با دختر بالغ زنا می‌نماید، به مجازات حد محکوم می‌سازد، با منطق اولی عدالت و حمایت از اطفال ایجاب می‌کند که قانون‌گذار آن شخصی را که با دختر نابالغی که اصلاً برای مقابرت و جماع آمادگی ندارد، تجاوز نماید به جزای شدیدتری محکوم سازد تا چه برسد بر این که مجازات آن را تخفیف بدهد (کاظمی، ۱۳۹۸: ۸۴).

اگر فردی به زناکاری وادار گردید و وی (از روی اجبار و فشار) مرتکب زنا شد امام ابوحنیفه بر این باور است که در این صورت، اجرای حد زنا بر وی واجب می‌گردد، مگر آن که سلطان (حاکم) او را به زناکاری وادار نماید. ولی امام ابو یوسف و امام محمد می‌گویند: اجرای حد زنا بر وی واجب نمی‌باشد؛ اگرچه غیر سلطان (حاکم) او را به زناکاری وادار نماید (الهی بلندشهری، ۱۳۸۹، ج ۴، ۱۸۱).

۳. مجازات قانونی تجاوز جنسی در حقوق افغانستان

کود جزای افغانستان در راستای دفاع از عفت و اخلاق عمومی، برای افراد که مرتکب جرم تجاوز جنسی می‌شوند، یک سلسله مجازات تعزیری را پیش‌بینی نموده است، از مطالعه کود جزا چنین برمی‌آید که قانون‌گذار افغانستان در این مورد برای متجاوز دو نوع مجازات یکی مجازات حبس و دیگری مجازات اعدام پیش‌بینی نموده است که هر یک را ذیلاً مورد بحث قرار می‌دهیم.

۳-۱. مجازات حبس

قانون‌گذار افغانستان برای متجاوز این جرم مجازات شدید حبس را پیش‌بینی نموده چنین تذکر داده است: «مرتکب جرم تجاوز جنسی به حبس طویل، محکوم می‌گردد» (کود جزا، ۱۳۹۶، ماده ۶۳۷).

قانون‌گذار افغانستان در ماده یادشده از تجاوز جنسی عادی خبر داده است یعنی هرگاه مردی به‌تنهایی و با جبر و بدون وارد نمودن ضرب و جرح، مرتکب تجاوز جنسی بالای زنی که سن قانونی خود را تکمیل نموده، شود در آن صورت مستوجب مجازات حبس طویل که از شش سال تا تکمیل پانزده سال را در برمی‌گیرد؛ شناخته می‌شود. البته کسانی که مرتکب تجاوز جنسی می‌شوند، قانون‌گذار تنها حبس طویل را در نظر نگرفته، بلکه هرگاه حالات تجاوز تشدید یابد و به نحوی نفوذ متجاوز بالای قربانی جرم باشد، مجازات آن نیز تشدید می‌یابد؛ که این حالات در بحث حالات مشدده جرم تجاوز جنسی مورد بحث قرار خواهند گرفت. همچنان تجاوز گروهی بر مرد که منجر به مرگ مجنی علیه نگردد مرتکب آن به حبس دوام درجه ۱ (از بیست تا سی سال) محکوم می‌گردد.

۳-۲. مجازات اعدام

هرگاه تجاوز جنسی منجر به مرگ قربانی جرم گردد، قانون‌گذار برای مرتکب مجازات اعدام در نظر گرفته است و در این مورد کود جزا چنین تذکر داده است: «هرگاه در نتیجه تجاوز جنسی مجنی علیه فوت نماید، مرتکب به اعدام، محکوم می‌گردد» (کود جزا، ماده ۶۳۹). قانون‌گذار افغانستان برای اشخاصی که تجاوز گروهی را انجام می‌دهند و این تجاوز منجر به قتل گردد، بدون شک مجازات اشد یعنی اعدام بالای آن‌ها در نظر گرفته، چنان‌که در فقره ۴ و ۵ ماده ۱۷۰ کود جزا در این زمینه چنین اشاره نمود است: «۴- تجاوز جنسی گروهی بر زن ۵- تجاوز جنسی گروهی بر مرد که باعث مرگ مجنی علیه گردد». فقرات یادشده در کود از جمله موارد اعدام می‌باشد یعنی هرگاه تجاوز گروهی از جانب اشخاص صورت بگیرد؛ و با توجه به ماده ۶۴۱ این کود و با در نظر گرفتن احوال و اوضاع قضیه شخص به اعدام یا حبس دوام درجه ۱ (۲۰ تا ۳۰ سال) محکوم می‌گردد و این مطلب به‌صراحت در کود جزا چنین تذکر رفته است: «هرگاه تجاوز جنسی بالای مجنی علیه توسط بیش از یک نفر ارتکاب یابد، هر یک از مرتکبین با رعایت احکام مندرج اجزای ۴ و ۵ ماده ۱۷۰ این قانون حسب احوال به اعدام یا حبس دوام درجه یک محکوم می‌گردد» (کود جزا، ماده ۶۳۹).

قابل‌یادآوری است که اجرای معاینات عدلی و طبی پرده بکارت بدون رضایت زن یا حکم محکمه‌ای ذیصلاح ممنوع می‌باشد و مرتکب آن به حبس قصیر محکوم می‌گردد، چنان‌که در فقره ۲ ماده ۶۴۰ کود جزا آمده است: «امر اجرای معاینات عدلی و طبی پرده بکارت بدون رضایت زن یا حکم محکمه‌ای ذیصلاح ممنوع بوده، مرتکب به حبس قصیر محکوم می‌گردد» و در صورت که این عمل با استفاده از زور یا تهدید انجام شود مرتکب آن به حبس متوسط محکوم می‌گردد، چنان‌که فقره ۳ ماده ۶۴۰ در زمینه صراحت دارد: «هرگاه عمل مندرج فقره (۲) این ماده با استفاده از زور، تهدید یا ارباب انجام داده شود، مرتکب به حبس متوسط، محکوم می‌گردد».

۳-۳. حالت‌های مشدده جرم تجاوز جنسی

مقنن افغانستان، در ماده ۶۳۹ خویش حالات مشدده جرم تجاوز جنسی را به دو دسته تقسیم نموده است. دسته اول عوامل مشدده، در فقره (۱) این ماده ذکر نموده است و مجازات را از حبس طویل به حبس دوام درجه ۲ (بیش از شانزده تا بیست سال) افزایش می‌دهد. این فقره شامل هفت مورد می‌شود که تحقق هر یک از حالات ذیل سبب تشدید مجازات می‌گردد:

۳-۳-۱. تجاوز بر طفل

مقنن افغانستان، به موجب بند اول ماده ۶۳۹ کود جزا، در جرم تجاوز جنسی اگر مجنی علیه طفل باشد، مرتکب را به حبس دوام درجه ۲، محکوم می‌نماید. قانون‌گذار به دلیل آسیب‌پذیری بیشتر طفل، تجاوز بر طفل را از عوامل مشدده جرم محسوب کرده اگرچه رضایت هم داشته باشد باز هم رضایت مجنی علیه را قابل اعتبار ندانسته است. چنان‌که در ماده ۶۳۸ کود جزا، این موضوع صراحت دارد: «هرگاه مردی با شخصی زیر سن قانونی مقاربت جنسی را انجام دهد، عمل وی تجاوز جنسی شناخته شده و رضایت مجنی علیه قابل اعتبار نمی‌باشد» (خلیلی و دیگران، ۱۰۵:۱۳۹۵).

۳-۳-۲. مرتکب، با ارتکاب عمل جنسی باعث اسقاط جنین شده باشد

به دلیل آسیب‌های بیشتر مجنی علیه که از تجاوز جنسی متحمل می‌شود، هرگاه مرتکب با انجام عمل مقاربت جنسی باعث سقط جنین زن حامله گردد و یا اعضای بدن یا اشیایی دیگری را در قبل زن داخل نماید که باعث سقط جنین زن حامله گردد، از حالت مشدده جرم محسوب گردیده و مرتکب به حبس دوام درجه ۲ یعنی از ۱۶ الی ۲۰ سال حبس محکوم به مجازات می‌شود. همچنان مطابق ماده ۷۳ کود جزا این مورد شامل مصادیق تعدد جرم است و سبب می‌شود که مرتکب به مجازات هر دو وصف جرمی محکوم شود که تنها مجازات جرم شدیدتر (تجاوز جنسی) در مورد مرتکب تطبیق می‌گردد.

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

اعتبار و نفوذ باید به گونه‌ای باشد که در عالم خارج برای شخص موجبات اغفال را فراهم نماید و به تصور این‌که این اعتبار و نفوذ در عالم واقع وجود دارد، وجه یا فایده را برای مرتکب بپردازد. ولی اعتبار و نفوذ در قالب ادعا قرار نمی‌گیرد، در حقیقت، دعوی اعتبار و نفوذ جزو اقداماتی است که زمینه فریب و اغفال شخص موردنظر را فراهم و مهیا می‌نماید (کوشا، ۱۶۵:۱۳۹۱)؛ یعنی هرگاه مرتکب به نحوی بالای مجنی علیه نفوذ و اختیار داشته باشد، مثلاً مجنی علیه از جمله شاگردان و یا کارمند زیردست مرتکب باشد و با استفاده از همین نفوذ و اختیار عمل موافقه را انجام دهد، از جمله حالت‌های مشدده جرم تجاوز جنسی محسوب گردیده و مرتکب به حبس دوام درجه ۲ محکوم می‌گردد.

۳-۳-۴. مجنی علیه به اثر عمل تجاوز جنسی حامله شده باشد

حاملگی در اثر تجاوز جنسی قطعاً فشار روحی زیادی به مادر تحمیل می‌کند. «به طوری که هم در دوران حمل و هم بعد از تولد کودک نامشروع باعث عسر و حرج زیاد در مادر خواهد شد.» (کلیمانی و دیگران، ۱۳۹۷: ۳۸). طفل متولد از عمل تجاوز جنسی نیز سرنوشت مبهم حقوقی و اجتماعی خواهد داشت. هم‌چنین حمل ناشی از تجاوز جنسی منجر می‌گردد تا مادر به اسقاط جنین اقدام نماید و بدیهی است که چنین اقدامی مقدمه‌ساز جرم دیگری نیز می‌گردد.

۳-۳-۵. عمل تجاوز جنسی سبب ایجاد مجروحیت یا صدمه شدید روحی به مجنی علیه گردیده باشد

در صورت که تجاوز جنسی منجر به آسیب و صدمات شدید جسمی گردیده باشد (خراشیدگی‌های جزئی مشمول این حکم نمی‌گردد) و یا سبب صدمه شدید روحی مجنی علیه گردد مثلاً تجاوز باعث از دست دادن حافظه مجنی گردد، تشخیص صدمات شدید جسمی و روانی منوط به یک سلسله تدقیقات و تشخیصات فنی بوده که از جمله صلاحیت‌های اهل خبره و دستگاه طب عدلی می‌باشد.

۳-۳-۶. عمل تجاوز جنسی منجر به امراض مقاربت جنسی گردیده باشد

هرگاه در اثر تجاوز جنسی امراض چون ایدز، سلفیس و... از مرتکب جرم به مجنی علیه انتقال گردد که او را دچار همان مریضی نماید، از جمله حالت مشدده جرم محسوب گردیده و مرتکب به حبس دوام درجه ۲- محکوم می‌گردد.

۳-۳-۷. مجنی علیه از جمله محارم دائمی یا موقتی متجاوز باشد

محارم انسان اشخاص هستند که به دلیل رابطه نسبی یا سببی و یا رضاعی نمی‌توان با آن‌ها ازدواج کرد، محارم انسان به دو دسته تقسیم می‌شود، یکی محارم دائمی و دیگری محارم موقتی. علت حرمت گاهی نسب می‌باشد و گاهی سبب می‌باشد. در اصطلاح حقوقی و فقهی علت نسبی به دلیل رابطه خونی خاصی است که بین دو شخص می‌باشد و سبب ممنوعیت رابطه جنسی بین آن‌ها می‌گردد. گاهی حرمت به سبب رابطه خویشاوندی بین دو شخص می‌باشد که در اصطلاح حقوقی و فقهی به آن حرمت سببی گفته می‌شود؛ و به سبب ازدواج به وجود می‌آید. در مواردی هم حرمت ازدواج بین دو شخص، حرمت رضاعی می‌باشد، حرمت رضاعی به سبب شیر دادن به یک طفل که متولد از شیر دهنده نمی‌باشد به وجود می‌آید. محارم دائمی به اساس قانون مدنی به محارم نسبی، سببی و رضاعی تقسیم می‌شود و شامل اشخاص ذیل می‌باشند.

• محارم دائمی نسبی

محارم دائمی کسانی هستند که بر اساس ولادت از همدیگر و یا رابطه خونی مستقیم بر اساس ولادت با هم خویشاوند می‌باشند و در اصطلاح حرمت نسبی می‌گویند. این اشخاص در ماده ۸۱ قانون مدنی ذکر شده عبارت‌اند از اصول، فروع، فروع پدر و مادر و طبقه اول فروع اجداد، می‌باشد. حال هر یک از این موارد را به بحث می‌گیریم.

- اصول: منظور از اصول اشخاصی هستند که به صورت مستقیم یا غیرمستقیم فرد از آن‌ها متولد شده و رابطه خونی دارد؛ مانند پدر، مادر، پدر کلان، مادر کلان هر قدر بالا برود.

- فروع: منظور از فروع اشخاصی هستند که به صورت مستقیم یا غیرمستقیم آن‌ها از شخص تولد شده و با شخص رابطه خونی دارد؛ مانند اولاد، اولاد اولاد و هر قدر درجه آن‌ها پایین رود.

- فروع پدر و مادر: فرزندان پدر و مادر و فرزندان آن‌ها مانند خواهر و برادر اصول و فروع آن‌ها.

- طبقه اول فروع اجداد: یعنی اشخاصی که بدون واسطه از اجداد متولد شده‌اند و رابطه خونی مستقیم با آن‌ها دارند، مانند خاله، عمه، ماما، کاکا و...

• محارم دائمی سببی

محارم سببی کسانی هستند که به سبب رابطه زوجیت جزء محارم شمرده می‌شود. قانون مدنی در ماده ۸۲ و ۸۳ خویش این افراد را تذکر داده است و آن‌ها عبارت‌اند از اصول زوجه، اصول زوج، فروع زوجه، فروع زوج و فروع دو فردی که با هم مرتکب زنا شده‌اند.

• محارم دائمی بر اساس رابطه رضاعی

محارم دائمی بر اساس رابطه رضاعی کسانی هستند که از طریق شیر خوردن طفل از زنی غیر از مادر شخص باعث حرمت ازدواج شخص می‌گردد. حرمت رضاعی همانند حرمت نسبی است و تنها مواردی از آن استثنا شده، ماده ۸۴ کود جزا نیز به آن اشاره نموده است، مانند:

- خواهر پسر رضاعی: یعنی خواهر برادر رضاعی یک شخص از محارم شمرده نمی‌شود و شخص می‌تواند با خواهر پسر رضاعی خود ازدواج نماید.

- مادر خواهر یا برادر رضاعی.

- مادر کلان پسر یا دختر رضاعی.

- خواهر برادر رضاعی.

• حرمت موقت

یعنی مواردی که به طور دائم جزء از محارم شمرده نمی شود مانند خواهر همسر که جمع بین دو خواهر در ازدواج حرام است؛ اما در زمان های متفاوت در صورت فوت همسر می توان با خواهر آن ازدواج کرد. این مورد از جمله موارد حرمت موقت است؛ بنابراین هرگاه مجنی علیه در جرم تجاوز جنسی از جمله محارم، اعم از محارم دائمی یا موقتی و محارم نسبی، سببی و یا رضاعی باشد موجب تشدید مجازات می گردد.

دسته دوم عوامل مشدده در فقره دوم ماده ۶۳۹ کود جزا ذکر گردیده است، در صورتی که مرتکب در اثر تجاوز جنسی مجنی فوت نماید مرتکب به اعدام محکوم می گردد. حتی اگر پیامد عمل خود را هم پیش بینی نکرده باشد.

۳-۴. توابع حکم مجازات تجاوز جنسی

۳-۴-۱. تعدد و تکرار در جرم تجاوز جنسی

قانون گذار افغانستان تکرار در جرم را تحت عنوان مجرم متکرر بحث کرده است، شخص زمانی مجرم متکرر شناخته می شود که به اثر ارتکاب جرم محکوم به جزا گردیده باشد و بعد از صدور حکم قطعی و قبل از اعاده حیثیت، مرتکب جرم دیگر شود (کود جزا، ماده ۷۹).

۳-۴-۲. مجازات شروع به جرم تجاوز جنسی

شروع به جرم در جرم تجاوز جنسی عبارت است از تهیه و تعبیه مقدماتی که برای انجام جرم لازم است، به نحوی که اگر حادثه غیر مترقبه ای رخ ندهد، انجام عمل مادی امکان پذیر باشد. مثلاً اگر کسی به قصد تجاوز به خانمی شب هنگام وارد بستر او شود و جهت اقدام به تجاوز جنسی دهان زن را بگیرد تا فریاد نکشد، ولی در اثر تلاش و سروصدای او، دیگران متوجه شوند و در صدد دستگیری مرد متجاوز برآیند، عمل این شخص که جرم محسوب می شود و به عنوان شروع به جرم تجاوز جنسی محکوم به مجازات خواهد شد (رضایی، ۱۳۹۴: ۵۹). کود جزای افغانستان، نفس شروع به جرم را جرم مطلق و مستقل دانسته مگر شروع به قباحت که مطابق ماده ۵۵ کود جزا جرم نیست؛ در سایر موارد یعنی در جنایت و جنحه، شروع کننده جرم مجازات می شود، هر چند مجازات شروع کنند خفیف تر از اصل مجازات جرم است؛ مثلاً، هرگاه مجازات اصل جرم اعدام باشد (مانند قطع الطریقی همراه با قتل) مجازات شروع به آن حبس دوام درجه ۲ است و اگر مجازات اصل جرم، حبس دوام درجه ۱ باشد، مجازات شروع کننده حبس طویل است، همچنان هرگاه کسی شروع به جرم جنحه نماید، مجازات شروع کننده از یک چهارم حداقل جزای که در قانون برای اصل جرم پیش بینی شده است، بیشتر نمی باشد، مگر اینکه در قانون طوری دیگری تصریح شده باشد. چنان که پیدا است قانون گذار در کود جزا ماده مشخص را برای شروع به جرم تجاوز جنسی ذکر نکرده است اما مطابق ماده ۳۱ کود جزا از جمله جرائم جنایت بشمار می رود. کود جزا شروع به جرم جنایت را قابل مجازات می داند، کود جزا در ماده ۴۷ خویش شروع به جرم را چنین تعریف نموده است «شروع به جرم عبارت است از آغاز به اجرای عمل به قصد ارتکاب جنایت یا جنحه به نحوی که نظر به اسباب خارج از اراده فاعل آثار آن، متوقف یا خنثی شده باشد».

۳-۴-۳. مجازات معاونت در جرم تجاوز جنسی

طبق کود جزای افغانستان، شریک به مجازات جرمی که در آن اشتراک نموده است محکوم می گردد و مجازات مجرم اصلی را خواهند داشت، اما معاون یک درجه پایین تر از مجازات مرتکبه محکوم می گردد، مگر این که در قانون طوری دیگری حکم شده باشد.

البته این در جرائم تعزیری است؛ و کود جزا، فقط به مجازات جرائم تعزیری پرداخته است؛ اما مجازات معاونت در جرائم حدی، در قانون جزای سابق بیان نگردیده بود، خوشبختانه کود جزا این خلأ قانونی را پر نموده است.

هرگاه شخصی دیگری به ارتکاب جرم تجاوز جنسی تحریک، تطمیع یا تشویق نماید یا به ارتکاب جرم با شخص دیگری موافقت نماید و جرم در اثر همین موافقت به وجود آید یا فاعل جرم را به نحوی از انحاء در اعمال تجهیزاتی یا تسهیلاتی با داشتن علم به آن، کمک نماید و جرم به اثر همین کمک به وجود آید در این صورت معاون جرم شمرده شده و به جزای یک درجه کمتر از فاعل جرم محکوم می‌گردد (کود جزا، بند، ۳، ۲، ۱. ماده ۵۹).

نتیجه‌گیری

تطبیق تحلیلی پژوهش انجام‌شده این نتیجه را می‌دهد که پیشینه فقه اسلامی در مورد پرداختن به جرائم قبیح جنسی نسبت به قانون افغانستان امتیاز ویژه آن است، درحالی که قانون‌گذار سال‌ها بعد به جرم‌انگاری و سزادهی این پدیده شوم اقدام می‌نماید.

به نظر می‌رسد از نظر فقها مخصوصاً احناف نفس ارتکاب جرم زنا قباحت داشته و مستوجب مذمت شدید و مجازات سنگین است. در دیدگاه فقها نفس ارتکاب جرم زنا صرف‌نظر از این که با رضایت طرف مقابل انجام می‌شود یا در فقدان رضایت، عمل انجام شده تجاوز بر حدود الهی است؛ درحالی که قانون‌گذار میان زنا و تجاوز تفاوت بارز قائل شده است، به نحوی که مرتکب تجاوز جنسی مستوجب مجازات شدیدتر شناخته شده است. فقها قربانی جرم تجاوز جنسی را نه تنها که مستوجب مجازات نمی‌دانند، بلکه نگاه حمایتی نیز به وی دارند. قانون‌گذار با تبعیت از این نظر به قربانی جرم نگاه حمایتی دارد تا سزاگرایانه.

پرداختن به اجبار مرد بر عمل زنا از دیگر مزایای فقه است که کود جزا بر آن وارد نشده است، درحالی که بسا موارد ممکن است مردی در تحت تأثیر نفوذ سیاسی، اداری و اعمال سایر قوای تهدیدکننده وادار به ارتکاب جرائم اخلاقی گردد که خود به خود از جلوه‌های تجاوز جنسی است و کود جزایی افغانستان فاقد کیفر گذاری به مرتکب چنین جرمی تحت عنوان مشخص می‌باشد.

در مورد این که مجنی علیه اگر دارای ناتوانی باشد مثل جنون یا صغارت و یا هم از جمله محارم مرتکب باشد، فقها مباحث مفصلی دارند، ولی بعضاً این حالت را به دلیل موجودیت شبهه از عوامل ردّ حد می‌دانند درحالی که قانون‌گذار افغانستان تحت عنوان حالات مشدده جرم تجاوز جنسی (۷) مورد را با احکام مشخص مورد بحث قرار داده است که مشمول (تجاوز جنسی بر طفل، ارتکاب تجاوز جنسی باعث اسقاط جنین شده باشد، نفوذ مرتکب بالای مجنی علیه، حامله شدن مجنی علیه بر اثر ارتکاب تجاوز جنسی، ایجاد مجروحیت یا صدمه شدید روحی بر مجنی علیه از اثر ارتکاب تجاوز، تجاوز جنسی منجر به امراض مقاربت جنسی گردد و یا هم این که مجنی علیه از جمله محارم دائمی یا موقتی متجاوز باشد) می‌گردد.

علاوه بر این قانون‌گذار تحت عنوان توابع حکم مجازات تجاوز جنسی روی موضوعاتی چون (تعدد و تکرار در جرم تجاوز جنسی، شروع به جرم تجاوز جنسی و معاونت در جرم تجاوز جنسی) بحث کرده درحالی که پژوهش‌گر در فقه اسلامی به چنین مطالبی دست پیدا نکرده است.

از نکات مشترک دیگر فقه و قانون در رابطه به موضوع جرم تجاوز جنسی این است که رضایت طفل اعتبار ندارد و نیز مجنی علیه می‌تواند مذکر یا مؤنث بر علاوه طفل باشد.

از اثر این پژوهش نگارنده به این نتیجه دست یافته که محول ساختن مجازات حدی تجاوز جنسی به فقه نشانه حسن کار قانون‌گذار بوده و تفاوت‌های موجود در فقه اسلامی و کود جزای افغانستان به نحوی در راستای تکامل همدیگر مسیر خود را پیموده‌اند.

منابع

قرآن کریم.

آنسل، مارک، ترجمه آشوری محمد و ابرند ابادی، علی حسین، دفاع اجتماعی، تهران، نشر دانشگاه تهران.

الهی بلند شهری، محمد عاشق، شرح قدوری (التسهیل الضروری المسائل القدوری فی فقه امام الاعظم ابی حنیفه النعمان بن ثابت)، ۱۳۸۹، شرح قدوری، جلد چهارم، چاپ اول، ترجمه فیض محمد بلوچ، خراسان رضوی، انتشارات خواجه عبدالله انصاری.

ارژنگ، چلبی، (۱۳۹۱) تحلیل حقوقی جرم شناختی تجاوز به عنف. مجله آموزه‌های حقوق کیفری. الکرباسی، محمد ابراهیم، منهج الاصول، (۱۴۱۱). ج ۴، بیروت لبنان، انتشارات دارالبلاغه.

بجنوردی، محمد موسوی، (۱۳۸۹). بررسی مفهوم و معیار کودکی در تفکر اسلامی و قوانین ایران، مجله متین. تحقیق ملی در مودر عوامل و مینه‌های تجاوز جنسی د قتل ناموسی، ۲۹۱۳، نشر کمیسیون حقوق بشر افغانستان.

جعفر، نجم الدین، مختصرالنافع، (۱۳۷۷). ترجمه: سید محمد نجفی یزدی و سعیدرزمجو، ج ۲.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۵). ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.

رسولی، مرسل، محمدی، سید باقر. (۱۴۰۲). سیاست جنایی قضایی افغانستان در قبال جرائم تجاوز جنسی علیه زنان. دوفصلنامه یافته‌های جزا و جرم‌شناسی.

رسولی، محمد اشرف و دیگران، ۱۳۹۸، شرح کود جزا جلد ۱، کابل، بنیاد آسیا.

ضایی، غلام حیدر، (۱۳۹۴). جرائم علیه حیثیت، کابل: انتشارات دانشگاه کاتب.

ستانکزی، نصرالله و دیگران (۱۳۸۹). قاموس اصطلاحات حقوقی، کابل: انتشارات دانشگاه کابل.

سلیمی، میر رضا، (۱۳۹۵). جرائم جنسی از منظر روان شناسی جنایی، تهران، انتشارات امیر کبیر.

سید، سابق، (۱۳۹۴). حدود و تعزیرات در اسلام، مترجم، محمود ابراهیمی، کابل: انتشارات مستقبل.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۳۹۴). الروضه البهیة، مترجم، اکبر نایب زاده، تهران: انتشارات خرسندی.

صابونی، محمد علی، (۱۳۸۹). تفسیر آیات احکام، ج ۲، مترجم: فرزاد پارسا، تهران، انتشارات کردستان.

عمید، حسن، (۱۳۸۱). فرهنگ فارسی عمید، ج ۱، تهران: انتشارات امیر کبیر.

عباسی کلیمانی، عاطفه، (۱۳۹۷). سقط جنین ناشی از تجاوز به عنف، فصلنامه علمی ترویجی فقه و حقوق خانواده (ندای حق) شماره ۶۸

عوده، عبدالقادر، (۱۳۹۴). بررسی تطبیقی حقوق جزای اسلامی و قوانین عرفی، مترجم: حسن فرهودی نیا، ج ۲، انتشارات احسان.

عوده، عبدالقادر، ۱۳۹۲، بررسی تطبیقی حقوق جزای اسلامی و قوانین عرفی، جلد ۴، ترجمه حسن فرهودی نیا، کابل، انتشارات خیبر.

کاظمی، علی جواد، (۱۳۹۸). تجاوز جنسی در حقوق افغانستان باتاکید برکود جزا، پایان‌نامه ماستری گروه حقوق، دانشکده جزا و جرم شناسی، دانشگاه کاتب.

کنوانسیون حقوق طفل، (۱۹۹۸).

کوشا، جعفر، (۱۳۹۱). اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، شماره ۱.

- میر خلیلی، سید محمود، محمد رضاء جلالی، (۱۳۹۵). تحلیل جرم شناسانه جرائم با انگیزه دینی، نشر: فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۲۸.
- ولیدی، محمد صالح، ۱۳۹۳، شرح بایسته‌های حقوق مجازات اسلامی، چاپ سوم، تهران، نشر جنگل.
- وزارت عدلیه، (۱۳۵۵). قانون مدنی، کابل: انتشارات ریاست عمومی نشرات و ارتباط عامه.
- وزارت عدلیه، (۱۳۹۶). کود جزا، کابل: انتشارات ریاست عمومی نشرات و ارتباط عامه.