

جرایم جنسی و مجازات آن‌ها در حقوق افغانستان با تأکید بر کود جزا

محمد اقبال حقیار^۱ | هدایت الله عظیمی^۲

چکیده

بررسی وضعیت حقوقی جرائم جنسی، از منظر حقوق افغانستان با تأکید بر کود جزا، بنیادی‌ترین بحث این پژوهش است. جرائم جنسی به جرائم علیه عفت و اخلاق گفته می‌شود که میان حداقل یک مرد با یک زن یا زن با زن یا مرد با مرد، با رضایت باشد یا بدون رضایت طرفین صورت گرفته باشد. این تحقیق، با روش تحلیلی و توصیفی بنا یافته و می‌کوشد تا وضعیت کیفری جرائم جنسی اصلی را از منظر حقوق افغانستان و کود جزا بررسی کند. مستندات حقوقی این پژوهش به‌علاوه حقوق کیفری افغانستان، مواردی از اسناد داخلی مانند اسناد تقنینی کشور است. یافته‌های این پژوهش نشان داد که در یک تصنیف کلی جرائم جنسی به اصلی و فرعی تقسیم شده و مصادیق جرائم جنسی اصلی، موضوع بحث اصلی این پژوهش است. مصادیق جرائم جنسی اصلی زنا، تجاوز جنسی، لواط، مساحقه و تفخیز است. مبانی جرم‌انگاری این جرائم، در واقع حفظ عفت و اخلاق عمومی بوده و باید دانست که جرائم جنسی فرعی با جرائم جنسی مستقیم در ضمن ارتباط، تفاوت‌های را نیز دارند. جرائم جنسی مستقیم، از شرایط و ارکانی برخوردار بوده که به‌علاوه آن ارتکاب این جرائم واکنش‌های حقوقی، فرهنگی و اجتماعی را نیز در قبال دارد. تبیین جرائم جنسی اصلی در حقوق افغانستان با توجه به کود جزا مباحثی است که به توسعه داده‌های حقوقی و ره‌یافت برای مشکلات جرم‌انگاری برخی جرائم جنسی اصلی به آن اشاره شده است.

کلیدواژه‌ها: جرائم جنسی، تجاوز جنسی، زنا، لواط، تفخیز، مساحقه

۱. کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد کابل، کابل، افغانستان

ایمیل: iqbal.haqyar@gmail.com

۲. استاد دانشکده حقوق دانشگاه باختر، کابل، افغانستان

ایمیل: haqyar7@yahoo.com



۱. مفاهیم

لازمه انجام یک تحقیق و پژوهش علمی، تعریف واژه‌ها و مفاهیم اصلی و مرور کلیات مربوط به بحث مورد تحقیق است. با توجه به اهمیت این موضوع، ابتدا سعی می‌شود واژه‌های اصلی و کلیدی قابل طرح در این پژوهش را تبیین کنیم:

۱-۱. جرم

اغلب حقوق‌دانان، جرم را در زمره اعمال ممنوعه دانسته‌اند؛ یعنی تأکید کرده‌اند که اعمال ممنوعه، اعمالی است که از جانب قانون‌گذار منع شده باشد، چنان‌که در قاموس اصطلاحات حقوقی جرم را چنین تعریف کرده‌اند: «عملی که قانون آن را منع کرده یا ترک عملی که قانون آن را لازم دانسته و بر تخطی از هر یک از آن مجازات مقرر داشته است». (ستانکزی و دیگران، ۱۳۸۷: ۹۶) بنابراین اگر واکنش به یک عمل غیرقانونی صرف ابطال، عدم نفوذ، نسخ و غیره باشد، آن عمل لزوماً جرم نیست. (غلامی، ۱۳۸۵: ۱۰۹)

جرم در کود جزای افغانستان، چنین تعریف شده است: «جرم ارتکاب عمل یا امتناع از عملی است که مطابق احکام قانون جرم شناخته شده، عناصر آن مشخص و برای آن مجازات یا تدابیر تأمینی تعیین گردیده باشد». (کود جزا، ۱۳۹۶: ماده ۲۷) بر این اساس، دیدگاه غالب دانشمندان حقوق جزا، سه مورد ارتکاب فعل، ترک فعل و حالتی را شامل جرم دانسته که در تعریف مذکور از حالت نام گرفته شده است، ولی مصادیق آن از سوی قانون‌گذار جرم‌انگاری شده است؛ مثلاً عضویت در گروه‌های تبهکار و سازمان‌یافته که مشمول حالت دانسته شده است، ولی قانون‌گذار افغانستان آن را شامل فعل مثبت دانسته است.

۱-۲. جرم جنسی

واژه جنس به معنای نوع، قسم، اصل، نژاد، تبار و جنسیت (نر یا ماده بودن) به کار رفته است. (استادی، ۱۳۸۶: ۲۲۰) چنان‌که در عربی «عدیم‌الجنس» یعنی فاقد جنسیت. جنسیت به دسته‌بندی انسان (زن و مرد)، اشیا و حیوانات به‌عنوان عمده‌ترین ویژگی



ذاتی آن‌ها اطلاق می‌شود. (ستانکزی و دیگران، ۱۳۸۷: ۱۰۰)

با در نظر داشت معانی فوق می‌توانیم چنین استنتاج کنیم که باید نسبتی به واژه «جنس» اضافه شود تا به واژه «جنسی» تبدیل شود. منظور از جنسی در این پژوهش، غریزه جنسی است که یکی از غرایز بسیار مهم و قوی انسان است که عامل اصلی گرایش دو جنس (زن و مرد) به یکی دیگر و تولیدمثل و بقای نسل بشر است. بنابراین با توجه به مطالب فوق، جرائم جنسی را می‌توان چنین تعریف کرد: «جرایم جنسی عبارت از انجام آمیزش و مقاربت جنسی حرام و نامشروع زن و مرد یا مرد با مرد، یا زن با زن به صورتی که از سوی قانون‌گذار جرم تلقی شده و برای مرتکبین آن‌ها مجازات و تدابیر تأمینی پیش‌بینی شده است».

جرایم جنسی با نگاهی حدی بودن این جرم و در نظر گرفتن بُعد تعزیری آن در کود جزا و قانون جزای سابق، تقسیم دودستگی آن‌ها به خوبی آشکار می‌شود. چنان‌که می‌توانیم جرائم جنسی را، به جرائم جنسی اصلی (مستقیم) و جرائم جنسی فرعی (غیرمستقیم) تقسیم کرد. مبانی این تقسیم مقاربت و مجامعت و چگونگی دخول (زنا، تجاوز جنسی و لواط) یا عدم دخول آلت (تفخیز و مساحقه) و رجولیت مردانگی به دُبر و قُبَل مرد یا زن یا قوادی، قذف و افترا، آزار و اذیت زن و طفل، بچه‌بازی نسبت به هم‌جنس‌شان یا به مخالف جنس‌شان است. جرائم جنسی مستقیم (اصلی) جرائمی است که رابطه جنسی بین دو نفر، اعم از جنس یا غیر هم‌جنس را مورد توجه قرار می‌دهد و مصادیق آن با توجه به کود جزای افغانستان عبارت است از زنا، تجاوز جنسی، لواط، مساحقه و تفخیز. دسته دوم که جرائم جنسی غیرمستقیم (فرعی) محسوب می‌شود، عبارت است از جرائمی که مرتبط با جرائم اصلی است و مصادیق آن با توجه به حقوق افغانستان عبارت است از بچه‌بازی، قوادی، قذف، افترا و آزار و اذیت طفل است.

۲. مصادیق جرائم جنسی مستقیم در حقوق افغانستان

در اینجا به مصادیق جرائم جنسی مستقیم در حقوق افغانستان با توجه به کود جزا تمرکز خواهیم کرد. موارد فوق از جمله مباحثی کلیدی و مهم دانسته می‌شود که در



اینجا به آن پرداخته خواهد شد.

۱-۲. زنا

حقوق‌دانان زنا را چنین تعریف کرده‌اند: «زنا عبارت از اتصال جنسی کامل بین زن و مرد بدون انعقاد عقد نکاح صحیح». (ستانکزی و دیگران، ۱۳۸۷: ۱۴۰) کود جزا در باب هشتم، تحت عنوان «جرائم علیه عفت و اخلاق عمومی» مباحثی زنا را در فصل دوم آن تنظیم و جرم‌انگاری کرده و در فقره (۱) ماده ۶۴۳، زنا را چنین تعریف کرده‌اند: «زنا عبارت از مقاربت جنسی زن و مردی است که بین آن‌ها رابطهٔ زوجیت موجود نباشد».

هرچند سیاست جنایی اسلام در مورد بزه زنا، نهان‌کاری است؛ یعنی دین مبین اسلام علائق شدید به آشکار شدن جرائم علیه عفت را ندارد، نبود علاقهٔ شدید مبنی بر مجازات نشدن چنین جرائمی، بیان‌گر آن نیست که دین مبین اسلام با توجه به هویدا شدن چنین جرائمی، مرتکب را مجازات نمی‌کند، بلکه منظور آن است که چنین جرائمی بهتر است پوشیده و نهفته باشد و مرتکب باید توبه و استغفار کند. در وضع مجازات برای مرتکب آن نیز بیش‌تر از هر هدف دیگر از اهداف چهارگانه مجازات، هدف ارباب یا بازدارندگی موردنظر است. بنابراین زنا از یک‌سو، جرم شرعی است که خداوند سبحان این عمل را جرم پنداشته است و مجازات معین برای آن مشخص و تعیین کرده است و از سوی دیگر، هرگاه شرایط تطبیق حد فراهم نشود، این جرم تعزیر پنداشته شده و از جانب قانون‌گذار برای مرتکب آن مجازات پیش‌بینی گردیده است. با توجه به رویکرد دوگانه بودن این جرم (حد و تعزیر)، مفاهیم، شرایط، ارکان و عناصر آن ذیلاً بحث خواهد شد.

الف. شرایط زنا: فقهای احناف و سایر فقهای اسلام شرایط زنا را به دودسته عام و خاص تقسیم کرده‌اند. شرایط عام عبارت است از بالغ بودن طرفین، داشتن عقل، مسلمان بودن، رضایت و اختیار، انسان بودن مزنی‌بها، حربی نبودن زن مزنی‌بها، زنده بودن طرف مقاربت در زانی را از شرایط عام به زنا منسوب کرده‌اند. شرایط خاص زنا را نیز چنین فهرست کرده‌اند: نامشروع بودن مجامعت، داشتن قصد ارتکاب، از



نظر حائل نبودن بین زن و مرد، انجام جماع و لزوم بودن زنا در غیر وطی به شبهه.

ب. ارکان و عناصر زنا: هر عملی که از سوی قانون‌گذار جرم‌انگاری می‌شود، از عناصری ترکیب می‌شود. زنا نیز از این امر مستثنا نیست. جرم زنا بعد دوگانه دارد؛ یعنی هم در زمره جرایم حدود است و هم از جمله جرایم تعزیری محسوب می‌شود. خداوند متعال زنا را در قرآن کریم جرم پنداشته و برای مرتکب آن مجازات تعیین کرده است. چنان‌که در قرآن کریم فرموده است: «وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانِيَةَ إِنَّهَا كَانَتْ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا؛ و به زنا نزدیک نشوید، زیرا بدون شک زنا بی‌حیایی و بدترین راه است.» (اسراء: ۳۲) همچنان در این باب حدیثی از حضرت نبی کریم (ص) که در سنن ترمذی روایت شده است: «عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الصَّامِتِ قَالَ كُنَّا عِنْدَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الْمَجْلِسِ فَقَالَ بَايَعُونِي عَلَى أَنْ لَا تُشْرِكُوا بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا تُسْرِقُوا وَلَا تَزْنُوا؛ از عبادت بن صامت (رض) روایت شده که گفت ما در مجلسی نزد پیامبر (ص) بودیم. آن جناب فرمود: به من بیعت دهید بر این که چیزی را به خدای متعال شریک ندانید، دزدی و زنا نکنید.» به اجماع امت و عقل آدمی نیز این عمل حرام پنداشته شده و دور از منطق انسانی محسوب می‌شود.

در نظام حقوقی افغانستان، قانون‌گذار از مواد ۶۴۳ تا ۶۴۴ یعنی طی یک ماده تفصیلی مباحث زنا را تنظیم کرده است و این عمل را تعزیراً جرم‌انگاری کرده و برای مرتکب آن مجازات معین را پیش‌بینی کرده است. چنان‌که در فقره (۱) ماده ۶۴۴ چنین تصریح می‌کند: «در حالت زنا تعزیری، شخص قرار ذیل مجازات می‌شود: در صورتی که متأهل نباشد به حبس متوسط تا دو سال.»

۲-۲. تجاوز جنسی

الف. چیستی تجاوز جنسی: زنا به عنف و اکراه یا تجاوز جنسی رفتارهای است که هم عفت و اخلاق عمومی را تخریب می‌کند و هم به حیثیت و اعتبار اشخاص لطمه شدیدی وارد می‌سازد. حقوق جزای افغانستان در راستای صیانت و دفاع از حریم عفت عمومی و حیثیت افراد، با جرم مذکور به شدت برخورد کرده و مجازات سخت و سنگین را برای آن وضع کرده است. (رضایی، ۱۳۹۴: ۲۹)

تجاوز جنسی (تجاوز به عنف) نوعی رفتار خشن و تحقیرآمیز است که از طریق اعمال جنسی و برای ابراز قدرت و خشم صورت می‌گیرد. برخی از نویسندگان با توجه به ماهیت تجاوز جنسی، آن را چنین تعریف کرده‌اند: «تجاوز جنسی عبارت از فعل زنا و لواطت با توسل به جبر و اکراه و سلب اختیار جانب مقابل». (ستانکزی و دیگران، ۱۳۸۷: ۶۵) هرچند تجاوز جنسی از سوی قانون‌گذار در کود جزا، تعریف نشده است؛ اما با توجه به تعریف مرتکب تجاوز جنسی در فقره (۱) ماده ذکر شده، می‌توانیم تعریف تجاوز جنسی را چنین استنباط نماییم که تجاوز جنسی عبارت است از مقاربت و مجامعت جنسی بدون رضایت کامل مجنی‌علیه، از سوی مرتکب با استفاده از جبر، تهدید، وسایل ارباب‌آمیز، ناتوانی جسمی، ناتوانی مجنی‌علیه، خوراندن دوا یا بی‌هوش‌کننده یا سایر وسایل زایل‌کننده عقل.

بنابراین با توجه به جرم‌انگاری تجاوز جنسی از سوی قانون‌گذار در کود جزا و عدم تعریف آن در کود، قانون‌گذار در قانون مبارزه با خشونت علیه زنان، این جرم را در فقره ۳ ماده ۳ چنین تعریف کرده است: «تجاوز جنسی عبارت است از ارتکاب فعل زنا یا لواط با زن بالغ توأم با اجبار و اکراه یا ارتکاب آن با زن نابالغ یا تجاوز به عفت و ناموس زن» (قانون منع خشونت علیه زن، ۱۳۸۷: ماده ۳)

ب. شرایط تجاوز به عنف: شرایط حدی این جرم در مبحث زنا گذشت؛ اما با توجه به بُعد تعزیری این جرم، گفتنی است که شرایط لازم تعزیری برای تحقق جرم تجاوز به عنف، عبارت است از وجود عنف و اکراه، وجود دو جنس مخالف، نامشروع بودن مقاربت جنسی، (رضایی، ۱۳۹۴: ۴۶) خوراندن داروی بی‌هوش‌کننده یا سایر وسایل زایل‌کننده عقل، عدم تکمیل سن قانونی و ناتوانی جسمی یا روانی مجنی‌علیه.

ج. ارکان جرم تجاوز جنسی: پایه‌های بنیادین یک عمل جرمی عناصر تشکیل‌دهنده‌ای است که قانون‌گذار آن را جرم دانسته و برای مرتکب آن مجازات پیش‌بینی کرده است و تجاوز جنسی نیز از این عناصر برخوردار است. در حقوق جزای افغانستان، به موجب فقره ۱ و ۲ ماده ۲ کود جزا: «این قانون جرائم و جزاهای



تعزیری را تنظیم می‌کند». بر اساس فقره یک ماده ۲ کود جزا، دویعدی بودن (حد و تعزیر) جرم تجاوز جنسی، آشکار می‌شود و کود جزا صرفاً مجازات تعزیری را تنظیم می‌کند و بحث جرم حد، شرایط ارتکاب و چگونگی مجازات آن را به فقه حنفی واگذار کرده است که این مسئله را در فقره (۲) ماده مذکور چنین تصریح کرده است: «مرتکب جرائم حدود، قصاص و دیات، مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می‌شود». لذا باید مستند حکم تجاوز جنسی را منابع فقهی احناف قرار داد. البته مواد قانونی نیز وجود دارند؛ اما این مواد صرفاً مجازات تعزیری زنای به عنف (تجاوز جنسی) را بیان می‌کند: ماده ۶۳۶ کود جزای افغانستان و فقره ۱ و ۲ ماده ۱۷ قانون منع خشونت علیه زن، رکن قانونی جرم‌انگاری و مجازات تعزیری جرم تجاوز جنسی را تشکیل می‌دهد.

به اعتقاد غالب حقوق‌دانان، وجود یک عمل مادی که قانون آن را جرم شناخته است، برای احراز مجرمیت مجرم و مجازات وی کافی نیست، مجرم و جانی باید از نظر روانی، برای ارتکاب جرم انجام‌یافته، قصد مجرمانه و عمد داشته باشد. این امر، بیانگر عنصر روانی این جرم است.

درباره عنصر مادی این جرم، گفتنی است که کود جزای افغانستان نه تنها به جنسیت مرد و زن توجه نکرده، بلکه هرگاه مردی، آلت یا اشیای را داخل قبل و دُبر زن یا مرد دیگری کند، این عمل تجاوز جنسی محسوب می‌شود. چنان‌که فقره یک ماده ۶۳۶ این کود بیان داشته است: «شخصی که با جبر یا سایر وسایل ارباب‌آمیز با تهدید یا با استفاده از ناتوانی جسمی یا روانی مجنی‌علیه یا ناتوانی ابراز رضایت مجنی‌علیه اعم از زن یا مرد یا خورائیدن دوی بی‌هوش‌کننده یا سایر وسایل زایل‌کننده عقل به وی، عمل مقاربت جنسی را انجام دهد یا اعضای بدن یا اشیای دیگر را در قبل یا دبر وی داخل کند، مرتکب تجاوز جنسی شناخته می‌شود». (کود جزا، ۱۳۹۶: ماده ۶۳۶)

۲-۳. لواط

لواط در لغت به معنای هم‌جنس‌بازی به‌کار رفته است (استادی، ۱۳۸۶: ۵۷۵) و

یکی از تعریفات آن در اصطلاح فقهی حنفی این است که گفته‌اند: «لِوَاطِ عبارت است از عمل جنسی مردی با مردی دیگر». (صابونی، ۱۳۸۹: ۴۴) با انفاذ کود جزا و ملغاشدن قانون جزای قبلی، این کود مباحث لواط را نسبت به قانون جزا با تفصیل بیشتر قانون‌گذاری و لواط را چنین تعریف کرده است: «به مقصد این ماده، لواط با دخول کردن اندام تناسلی مرد در دُبر زن یا مرد دیگر به هراندازه که باشد، محقق می‌شود». (کود جزا، ۱۳۹۶: ماده ۶۴۶)

الف. شرایط جرم لواط: لواطت فعل شنیدی است که به صورت مطلق تحقق پیدا نمی‌کند و یک سلسله شرایط را در قبال دارد. نظام جزایی افغانستان با توجه به ارشادات قانون اساسی و کود جزای افغانستان، بر اساس فقه حنفی است. فقهای اسلامی در مورد این که آیا لواط از جمله جرائم حد محسوب می‌شود یا تعزیر، اختلاف نظر دارند. امام ابوحنیفه در مورد لواط چنین می‌گوید: «از آنجاکه لواط زنا نیست و سبب اختلاط نسب نمی‌شود، عقوبت آن تعزیر خواهد بود». (سید سابق، ۱۳۹۴: ۱۴۲۶)

اگر امام ابوحنیفه لواط را زنا می‌دانست در آن صورت، شرایط که در مورد زنا قبلاً بحث شد، در اینجا نیز صادق بود؛ اما ایشان لواط را زنا ندانسته و از جمله جرائم حد محسوب نکرده، بلکه آن را جرم تعزیری دانسته و مجازات آن را عقوبت تعزیر می‌داند.

ب. شرایط تعزیری لواط: با توجه به ماده ۶۴۶ کُد جزا می‌توان شرایط لواط را بدون تفکیک این که این فعل با زن صورت می‌گیرد یا مرد، مواردی چون دخول اندام تناسلی مرد در دُبر زن یا مرد دیگری و اندازه دخول را از شرایط لواطت دانست، علاوه بر آن باید گفت که فروبردن وسیله‌ای غیر از آلت تناسلی مرد در دُبر مرد دیگر یا زن دیگر صورت بگیرد، لواط صدق نمی‌کند. لذا هم جنس‌گرایی در برخی کشورها مرد با مرد یا زن با زن است، در حالی که لواطت از جانب مرد با مرد یا با زن دیگر صورت می‌گیرد.

ج. عناصر جرم لواط: هر جرمی متشکل از سه عنصر است که لواط نیز از این



عناصر بی بهره نیست. لواطت نیز همانند سایر جرائم از سه عنصر قانونی، عنصر روانی یا معنوی و عنصر مادی برخوردار است.

۱. **عنصر قانونی:** تا وقتی که قانون‌گذار یک عمل را ممنوع و حرام نسازد، آن عمل در ذات خود مباح است؛ زیرا اصل بر اباحت است مگر آن‌که قانون‌گذار آن را ممنوع سازد. بین فقها، در مورد این‌که آیا لواط از جمله جرائم حدود محسوب می‌شود یا تعزیر، اختلاف نظر است؛ زیرا خداوند متعال به صراحت کلام، در مورد ممنوعیت آن آیتی نازل نکرده است. هر چند امام ابوحنیفه و الموید بالله، مرتضی و شافعی بنابر قولی بر آن هستند که مرتکب این عمل شنیع، باید تعزیر شود؛ زیرا این عمل زنا نیست و حکم زنا درباره آن اجرا نمی‌شود. (سید سابق، ۱۳۹۴: ۱۴۲۶)

دلیل حرام بودن لواط را می‌توان از این آیه متوجه شد که خداوند متعال می‌فرماید: «وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ إِنَّكُمْ لَأْتَأْتُونَ الْفُحْشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ الْعَالَمِينَ؛ و لوط^(ع) را فرستادیم وقتی به قوم خود گفت: آیا آن کار زشتی را مرتکب می‌شوید که هیچ‌کس از جهانیان در آن بر شما پیشی نگرفته است». (اعراف: ۲۷)

با توجه به برداشتی که امام ابوحنیفه از حدیث پیامبر^(ص) دارد، در فقه حنفی این عمل نخست جرم گفته شده و سپس امام مجازات آن را تعزیر دانسته است. کود جزای افغانستان، از همین دیدگاه امام پیروی کرده است، هر چند اصحاب امام با دیدگاه او مخالفند. کود جزای افغانستان در ماده ۶۴۶ خود این عمل را نخست جرم دانسته و طی مواد ۶۴۷ و ۶۴۸ تعریف، شرایط و مجازات آن را تبیین کرده است، در حالی که در قانون جزای سال ۱۳۵۵ نیز این عمل جرم شناخته شده بود. چنانکه در آن قانون آمده بود: «شخصی که با مؤنث زنا یا لواط و یا با مذکر لواط کند، حسب احوال به حبس طویل محکوم می‌شود». (قانون جزا، ۱۳۵۵: ماده ۴۲۷)

۲. **عنصر معنوی یا روانی:** لواط از جمله جرائم عمدی محسوب می‌شود. پس برای محکوم کردن متهم به عمل لواط، دادگاه باید علاوه بر احراز (عمد عام) مرتکب ناظر به علم و آگاهی او از ارتکاب عمل ممنوع لواط، نسبت به دیگری که متضمن دخول برای ارضای غریزه است، تحقق پیدا می‌کند. (ولیدی، ۱۳۹۳: ۱۳۴)

کود جزای افغانستان در این مورد می‌گوید: «(۱) شخصی که با زن یا با مرد دیگری لواطت کند، مطابق احکام این فصل مجازات می‌شود. (۲) به مقصد این ماده، لواط با دخول اندام تناسلی مرد در دُبر زن یا مرد دیگری به هر اندازه‌ای که باشد، محقق می‌شود». (کود جزا، ۱۳۹۶: ماده ۶۴۶) بنابراین از هر دو فقره یادشده، عمدی بودن جرم استنباط می‌شود.

۳. عنصر مادی: عنصر مادی جرم، عبارت است از رفتار مادی فیزیکی که باید به شکل فعل مثبت در خارج تحقق پیدا کند. در مورد جرم لواط عنصر مادی جرم عبارت است از رفتار مجرمانه مردی است که آلت خود را در مقعد مرد یا زن دیگری برای ارضای غریزه جنسی خود داخل کند. (ولیدی، ۱۳۹۳: ۱۳۳)

۴-۲. مساحقه

مساحقه یا هم‌جنس‌بازی زنان، عملی مخالف اقتضای طبع آفرینش انسان است. گرایش به مساحقه از طرف زنان در عصر حاضر به‌عنوان نوعی انحراف جنسی شناخته می‌شود؛ زیرا مرتکبان آن به‌جای آمیزش با جنس مکمل خویش، ترجیح می‌دهند که برای ارضای غریزه جنسی خود با اندام تناسلی هم‌جنس خود تماس برقرار کنند. کود جزای افغانستان، از جرم‌انگاری این عمل خبر داده؛ اما آن را تعریف نکرده است، صرفاً به ارتکاب عمل و چگونگی مجازات آن پرداخته و می‌گوید: «شخصی که با دیگری مرتکب عمل مساحقه یا تفخیز شود، هر یک از مرتکبین به حبس قصیر، محکوم می‌گردند». (کود جزا، ۱۳۹۶: ماده) فقهای احناف، سحاق را در کتب فقهی بررسی کرده و آن را چنین تعریف کرده‌اند: سحاق در زنان مانند لواط در مردان است و آن بدین‌گونه است که دوزن در نقش فاعل و مفعول، اندام تناسلی خود را برای اشباع شهوت به هم می‌مالند. (نذیر، ۱۳۹۰: ۹۲)

در نظام حقوقی افغانستان، قانون‌گذار مساحقه را به‌عنوان جرم تعزیری جرم‌انگاری کرده است. شرایط تعزیری آن عبارت است از بلوغ قانونی و فقهی، داشتن عقل، اختیار و قصد به‌عنوان شرایط عام. شرایط خاص آن عبارت است از یکجا شدن دو زن، ارضا و اطفای شهوت و تماس اندام تناسلی آنان. برای تحقق جرم مساحقه مانند



اغلب جرائم وجود سه عنصر قانونی، روانی و مادی ضروری است:

الف. عنصر قانونی مساحقه: فقها در مورد جرم سحاق اختلاف نظر دارند. فقهای امامیه آن را نوعی زنا دانسته‌اند؛ اما علمای دیگر اهل سنت مجازات آن را تعزیر دانسته و برخی شان آن را زنا دانسته‌اند. کود جزای افغانستان در باب هشتم، فصل دوم، طی یک ماده به جرم‌انگاری آن پرداخته و می‌گوید: «شخصی که با دیگری مرتکب عمل مساحقه یا ... شود...» (کود جزا، ۱۳۹۶: ماده ۶۴۵) از این ماده به خوبی برمی‌آید که مساحقه جرم است و هرگاه اشخاص آن را مرتکب شود، مستوجب مجازات دانسته می‌شود.

ب. عنصر روانی: هم‌جنس‌بازی زنان با استفاده از اندام تناسلی از جرائم عمدی محسوب می‌شود؛ زیرا انجام دادن آن یک عمل ارادی است که به قصد ارضای غریزه جنسی از ناحیه مرتکبان، صورت می‌گیرد یا به عبارت دیگر برای تحقق عنصر روانی جرم، علم مرتکبان بر ممنوعیت انجام عملی که مخالف اقتضای طبع آفرینش انسان است، به‌عنوان (عمد عام) برای احراز مجرمیت هر یک از طرفین کفایت می‌کند. (ولیدی، ۱۳۸۳: ۱۵۶) جرم مساحقه از جمله جرائم عمدی محسوب می‌شود و قصد عام و خاص هر دو در این جرم است. متهمان علاوه بر این که باید عمد در فعل داشته باشد و بداند که فعل ارتكابی جرم است، باید عمل هم‌جنس‌بازی را نیز با آلت تناسلی واقع سازند. (رحیم، ۱۳۹۷: ۲۱۰)

ج. عنصر مادی: عنصر مادی جرم مساحقه عبارت است از ایجاد تماس با اندام تناسلی بین دوزن با یکدیگر که از عمل مثبت آن‌ها ناشی می‌شود. به‌علاوه مرتکب این جرم، منحصرأ افراد مؤنث اعم از پیر و جوان است. (ولیدی، ۱۳۸۳: ۱۵۴) به عبارت دیگر، مرتکبین جرم در این مورد دوزن است که یکی فاعل و دیگری مفعول شناخته می‌شود، عمل مرتکب در این جرم به‌صورت فعل مثبت مادی خارجی است. بنابراین ترک فعل نمی‌تواند موضوع جرم هم‌جنس‌بازی زنان قرار گیرد. اگر زنی با زن دیگر عمل ملامسه / معاشقه انجام دهد و اندام تناسلی در این عملیات دخالتی نداشته باشد، جرم مساحقه عملی نخواهد شد. (رحیم، ۱۳۹۷: ۲۰۹)

۵-۲. تفخیز

استمتاع جنسی از ران دیگری، مانند مالیدن آلت تناسلی به آن را تفخیز گویند. تفخیز نیز همانند مساحقه در نظام کیفری افغانستان، جرم‌انگاری شده است. هرچند قبل از انفاذ کود جزا، این عمل از سوی قانون‌گذار جرم نبود، بلکه در حد یک انحراف جنسی محسوب می‌شد.

الف. شرایط جرم تفخیز: برای جرم بودن تفخیز، شرایط عامی مانند بلوغ، اختیار، قصد داشتن در انجام این جرم و شرایط خاصی مانند یکجا نشینی دو مرد، ارضا و اطفای شهوت و انجام عمل تعریف شده برای تفخیز را بیان کرده‌اند. برای تحقق جرم تفخیز، وجود سه عنصر قانونی، روانی و مادی ضروری است که در ادامه می‌آید:

تفخیز مردی با مرد دیگر، در نظام حقوقی افغانستان (تعزیری) جرم‌انگاری شده است. در واقع نوعی از جرائم جنسی مستقیم یا اصلی پنداشته می‌شود. در قرآن کریم صراحتاً این عمل جرم‌انگاری نشده و فقهای اسلام (همه مذاهب اسلامی) در مورد این‌که برای این جرم، مجازات تعزیری در نظر بگیرد یا آن را در زمره حد محسوب بسازد، اختلاف نظر دارند. چنان‌که فقهای امامیه آن را نوعی لواط دانسته و مجازات آن را حد یا شلاق می‌گویند؛ اما علمای اهل سنت، مجازات آن را تعزیر و برخی‌شان آن را لواط دانسته‌اند. کود جزای افغانستان در باب هشتم، فصل دوم، به جرم‌انگاری آن پرداخته و می‌گوید: «شخصی که با دیگری مرتکب عمل... یا تفخیز شود...». (کود جزا، ۱۳۹۶: ماده ۶۴۵) از این ماده به خوبی برمی‌آید که تفخیز جرم است و هرگاه اشخاصی آن را مرتکب شوند، مستوجب مجازات هستند.

تفخیز با این‌که ماهیت عمل مجرمانه از جرائم عمدی محسوب می‌شود، ولی در خصوص تفخیز برای مجرم شناختن متهم احراز «عمد عام» مبنی بر انجام فعل ممنوع از ناحیه مرتکب بدون دخول کفایت می‌کند. (ولیدی، ۱۳۸۳: ۱۳۴)



۳. طرق اثبات جرائم جنسی

طرق اثبات و مجازات‌ها از مباحث اصلی این پژوهش است که مبتنی بر فقه اسلامی و کود جزای افغانستان، به آن‌ها پرداخته می‌شود. جرائم جنسی زمانی قابل مجازات دانسته می‌شود که طرق اثبات آن در قانون مشخص شده باشد. از طرفی، وقتی شیوه‌های اثبات آن مشخص شد، بستری برای مجازات آن جرائم مساعد می‌شود. جرم زنا و تجاوز جنسی از طریق اقرار و ادای شهادت شهود با توجه به شرایط آن‌ها به اثبات می‌رسد. این درحالی که است که جرائم لواط، تعزیری دانسته شده و جرم مساحقه و تفخیز از راه‌های که قانون اجراءات جزایی به آن تصریح داشته، اثبات می‌شود. بنابراین «دلایل اثبات جرم عبارتند از: ۱. اقرار متهم، ۲. شهادت شهود، ۳. اسناد، ۴. شناسایی مظنون طور بالمواجهه در صف، ۵. قراین». (قانون اجراءات جزایی، ماده ۱۹)

این‌که ما چه چیزی را مجازات یا واکنش در برابر جرم می‌دانیم، جوئل فاین پیرگ یک تمایز گذاری شناخته شده را در این رابطه ارائه کرده است. او «تنبیه» را از «مجازات» متمایز می‌کند و می‌گوید: «تنبیه همان ضمانت اجرایی نظیر جریمه یا توبیخ است، درحالی که مقابل آن مجازات به‌عنوان برخورد سخت، یا حبس درک می‌شود. تفاوت میان تنبیه و مجازات صرفاً در شدت نیست، بلکه در سرشت آن‌ها نیز است». (بروکس، ۱۳۹۵: ۲۴)

۴. مجازات جرائم جنسی

۴-۱. مجازات زنا

یکی از مجازات‌های اساسی در حقوق اسلامی، شلاق است که هم در جرائم حدود و هم در جرائم تعزیری لحاظ شده است و حتی در جرائم تعزیری بزرگ، بهترین مجازات دانسته شده. علت تفوق و برتری آن بر سایر مجازات‌ها، ویژگی بازدارندگی آن در بزه‌کارانی است که به ارتکاب جرم عادت کرده‌اند یا جانی بالفطره به شمار می‌آیند. ویژگی دیگر آن، ذوحدین بودن آن است که امکان می‌دهد تا هر مجرمی

به‌اندازه‌ای که با جرم ارتكابی و شخصیت وی تناسب دارد، کیفر شود. (عوده، ۱۳۹۴، ۲: ۸۵)

جرم زنا تازیان است و منظور از تازیانه ضربه وارد کردن به وسیله شلاق است. خداوند برای اشخاصی که مرتکب جرم زنا شوند، صد تازیانه مقرر کرده است. چنان‌که 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؛ هر یک از زن و مرد زناکار را صد تازیانه بزیند و اگر به خدا و روز قیامت ایمان دارید، در اجرای حکم خدا نسبت به آن دو، دلسوزی نکنید و هنگام کیفر آن دو، گروهی از مؤمنان حاضر و ناظر باشند». (نور: ۲)

با توجه به آیت یاد شده، روشن می‌شود که اگر مردی با زنی زنا کند و محصن نباشند، هردو را باید صد تازیانه زد؛ اما اگر مردی با زنی متأهل زنا کند که زنا‌ی محصنه محسوب می‌شود، هردو مستوجب رجم دانسته می‌شوند؛ چنان‌که در حدیث از پیامبر گرامی پیرامون تازیانه زدن چنین روایت شده است: «خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا: البكر بالبكر جلد مائة و تغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم؛ این حکم را از من فراگیرید! این حکم را از من فراگیرید! خداوند برای آن‌ها راهی گذارده است». (صابونی، ۱۳۸۹: ۲۲)

رجم یا سنگسار کردن، مجازات زناکار محصن است. معنای رجم آن است که بزه‌کار در اثر اصابت سنگ کشته شود. (عوده، ۱۳۹۴، ۲: ۴۰) این مجازات به نحوی تحقق می‌یابد که مرتکب جرم در ملاءعام توسط افراد اشتراک‌کننده به حدی با سنگ‌ها مورد اصابت قرار می‌گیرد تا جان از بدنش جدا شود. (الهی بلندشهری، ۱۳۸۹، 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 باز می‌دارد 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 این روز مجازاتش شدیدتر و



دردناک‌تر پیش‌بینی شده است، تا وقتی که به فکر لذت حاصل از زنا می‌افتد به پیامد آن بیندیشد و مجازات، او را از تعقیب اندیشه شهوانی‌اش بازدارد. برخی به مجازات رجم، اعتراض دارند. آنان با توجه به آیه مبارکه «فَإِذَا أَحْصَيْنَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ» (نساء: ۲۵) و نیز این فرموده خداوند متعال «يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ مَن يَأْتِ مِنْكُنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ يَضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا»، (احزاب: ۳۰) بر این باورند که چون در مجازات رجم، نصف و دوچند نمی‌گنجد و از سوی دیگر صراحتی از آن در قرآن وجود ندارد، پس چنین مجازات در شریعت اسلامی اصلاً منتفی است.

یکی از مجازات‌ها تبعید است و منظور از تبعید، اخراج شخص از محل ارتکاب جرم به محل دیگر است. در مورد محل، فقها اختلاف نظر دارند. لذا برخی از 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 می‌شود. 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 و فرموده است: «لازم نیست که تبعید به حد اضافه شود مگر این که 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 سابق، ۱۳۴۴:۱۳۹۴)

هرگاه جرائم حدود با وارد شدن شبهه ساقط شود و بالای زانی و مزنیه حد جاری نشود، آن‌ها تعزیراً مجازات می‌شوند. بنابراین مجازات جرم زنا در کود جزای افغانستان تنظیم شده است. قانون‌گذار افغانستان، برای مرتکبین جرم زنا حبس متوسط را در نظر گرفته است قانون‌گذار در کود جزا مدت حبس متوسط را بیش از یک سال تا تکمیل ۵ سال دانسته است؛ یعنی هرگاه اشخاصی مرتکب زنا شود بر اساس کود جزا به حبس متوسط محکوم می‌شود: «۱. در صورتی که متأهل باشد به حبس متوسط بیش از دو سال، ۲. در صورتی که متأهل نباشد، به حبس متوسط تا دو

سال). «کود جزا، ۱۳۹۶: بند یک و دو فقره (۱) ماده (۶۴۴)

کود جزای افغانستان تشدید مجازات جرم زنا را به دلیل نفوذ برخی اشخاص بالای دیگری‌شان رعایت کرده و در این زمینه می‌گوید: «هرگاه اشخاص مندرج اجزای ۱ و ۲ فقره ۱ این ماده از جمله محرمات دائمی یا موقتی یا مری، معلم یا آمر یکدیگر بوده یا به نحوی، بالای یکدیگر نفوذ و اختیار داشته باشند، به حبس طویل تا هفت سال، محکوم می‌گردند» (کود جزا، ۱۳۹۶: ماده ۶۴۴)

بنابراین کود جزای افغانستان بدون این که تفکیک پیرامون متأهل یا مجرد بودن زانی و مزنیه، قائل شود به تشدید مجازات پرداخته است. این تشدید که عبارت است از مجازات حبس طویل بوده و قضات باید حسب احوال در صدور حکم‌شان آن را در نظر گیرد.

البته باید یادآور شد که شروع به جرم زنا یا تعزیری نیز تحت وصف اقدام به زنا یا شروع به زنا مستوجب مجازات دانسته و می‌گوید: «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» (کود جزا، ۱۳۹۶: ماده ۴۷)

۲-۴. مجازات جرم تجاوز جنسی

در مورد جرم تجاوز جنسی نیز دو نوع مجازات در نظام حقوقی افغانستان با توجه به کود جزا در نظر گرفته شده است. یکی مجازات حد و دیگری مجازات تعزیر. از نظر شریعت اسلامی، متجاوز جنسی چون مرتکب زنا به عنف شده، در صورتی که مجرد باشد، صد تازیانه و یک سال تبعید در نظر گرفته شده و صورتی که متأهل باشد، باید سنگسار شود؛ اما شخصی که قربانی این جرم است، با توجه به احکام شریعت اسلامی، مستوجب مجازات دانسته نمی‌شود. قانون‌گذار افغانستان در کود جزا، برای متجاوز جنسی، مجازات حبس و مجازات بدنی پیش‌بینی کرده است. در متن کود جزا آمده است: «مرتکب جرم تجاوز جنسی، به حبس طویل محکوم می‌شود». کود جزا، ۱۳۹۶: ماده ۶۳۷)

قانون‌گذار افغانستان در ماده یاد شده از تجاوز جنسی عادی خبر داده است؛ یعنی



هرگاه مردی به تنهایی و به جبر و بدون وارد کردن ضرب و جرح، مرتکب تجاوز جنسی شود، مستوجب مجازات حبس طویل که از شش سال تا تکمیل پانزده سال است، شناخته می‌شود. البته کسانی که مرتکب تجاوز جنسی می‌شوند، قانون‌گذار تنها حبس طویل را در نظر نگرفته است، بلکه اگر حالات تجاوز شدت یابد و به نحوی نفوذ متجاوز بالای قربانی جرم باشد، مجازات آن نیز تشدید می‌یابد. چنان‌که کود مزبور در این زمینه چنین حکم کرده است: «(۱) ارتکاب جرم تجاوز جنسی در حالات ذیل مشدده شناخته شده، مرتکب به مجازات حبس دوام درجه ۲، محکوم می‌شود: ۱. مجنی‌علیه طفل باشد، ۲. مرتکب با ارتکاب عمل جنسی باعث اسقاط جنین شده باشد، ۳. مرتکب به نحوی بالای مجنی‌علیه نفوذ و اختیار داشته باشد. ۴. مجنی‌علیه به اثر عمل تجاوز جنسی حامله شده باشد، ۵. عمل تجاوز جنسی سبب ایجاد مجروحیت یا صدمه شدید روحی به مجنی‌علیه گردیده باشد، ۶. عمل تجاوز جنسی منجر به امراض مقاربت جنسی گردیده باشد، ۷. مجنی‌علیه از جمله محارم دائمی یا موقتی متجاوز باشد». (کود جزا، ۱۳۹۶: ماده ۶۳۹)

در نظام کیفری وضعی افغانستان تنها، یک نوع مجازات بدنی در نظر گرفته شده، مجازاتی چون داغ کردن یا مثله کردن وجود ندارد، بلکه صرفاً اعدام پیش‌بینی شده است. چنانچه تجاوز جنسی منجر به مرگ قربانی جرم شود، برای مرتکب اعدام در نظر گرفته شده است. در این مورد کود جزا چنین تذکر داده است: «هرگاه در نتیجه تجاوز جنسی مجنی‌علیه فوت کند، مرتکب به اعدام، محکوم می‌شود». (کود جزا، ۱۳۹۶: ماده ۶۳۹)

قانون‌گذار افغانستان برای مرتکبین تجاوز گروهی که منجر به قتل قربانی شود، مجازات اعدام در نظر گرفته است. چنانکه در فقره ۴ و ۵ ماده ۱۷۰ کود جزا در این زمینه آمده است: «۴. تجاوز جنسی گروهی بر زن، ۵. تجاوز جنسی گروهی بر مرد که باعث مرگ مجنی‌علیه شود». فقرات یاد شده در کود جزا، از جمله موارد اعدام است؛ یعنی هرگاه تجاوز گروهی از جانب اشخاص صورت بگیرد و با توجه با ماده ۶۴۱ این کود و با در نظر گرفتن احوال و اوضاع قضیه، شخص به اعدام یا حبس دوام



درجه یک از ۲۰ سال تا ۳۰ سال محکوم می‌شود 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 ۱ محکوم می‌شود».

۳-۴. مجازات تعزیری جرم لواط

امام ابوحنیفه، لواط را زنا ندانسته، بلکه آن را از جمله جرائم تعزیری می‌داند و قانون‌گذار افغانستان با تبعیت از دیدگاه امام، مجازات تعزیری را بیان کرده است. این مطلب از فقره (۱) ماده ۶۴۶ استنتاج می‌شود که می‌گوید: «شخصی که با زن یا با مرد دیگر لواط کند، مطابق احکام این فصل مجازات می‌شود». از این فقره به‌خوبی برمی‌آید که اگر لواطت از جمله جرائم حد محسوب می‌شد؛ قانون‌گذار به مجازات آن در شریعت اسلامی اشاره می‌کرد. این در حالی است که تمامی مجازات جرم لواط تعزیری است و بر اساس کود جزا لواطت کنندگان مجازات می‌شوند.

قانون‌گذار برای کسانی که مرتکب جرم لواط می‌شوند، صرفاً دو نوع مجازات را از حیث شدت و خفت تنظیم کرده است. حبس متوسط تا دو سال را برای لواط کنندگان به‌عنوان مجازات خفیف در نظر گرفته و در کود جزا گفته است: «مرتکبین جرم لواط، به حبس متوسط تا دو سال، محکوم می‌گردند». (کود جزا، ۱۳۹۶: ماده ۶۴۷) اما درباره مجازات شدید می‌گوید: «ارتکاب فعل لواط در حالات ذیل مشدده شناخته شده، مرتکب به حبس متوسط بیش از دو سال، محکوم می‌گردد: ۱. در صورتی که مرتکب جرم لواط از جمله محارم دائمی یا موقتی باشد، ۲. در صورتی که مربی یا معلم یا آمر بوده یا به نحوی از انحا بالای مفعول نفوذ و اختیار داشته باشد، ۳. در صورتی که یکی از مرتکبین به سبب کتمان مرض در نتیجه ارتکاب جرم لواط به امراض مقاربت جنسی مبتلا شده باشد». (کود جزا، ۱۳۹۶: ماده ۶۴۷)

۴-۴. مجازات جرم مساحقه

در شریعت اسلامی، پیرامون مجازات جرم مساحقه نص صریح قرآن وجود ندارد.



البته به چگونگی تحریم این جرم در قرآن کریم اشاره شده است، ولی مجازات حد را به دنبال ندارد. بنابراین هرگاه جرم ساحق بالای هرکسی ثابت شود که اهلیت شرعی و قانونی داشته باشد، مستوجب مجازات تعزیری دانسته می‌شود. (سلطانی، ۱۳۹۵: ۱۱۳) به دلیل ممنوعیت این عمل در فقه اسلامی، کود جزای افغانستان نیز این عمل را جرم‌انگاری کرده و گفته است: «شخصی که با دیگری مرتکب عمل مساحقه یا تفخیز شود، هر یک از مرتکبین به حبس قصیر، محکوم می‌گردند». (کود جزا، ۱۳۹۶: ماده ۶۴۵) دلیل در نظر گرفته این مجازات همان عدم دخول، جبر و اکراه در انجام این عمل است. این در حالی است که هرگاه تجاوز جنسی یا تجاوز به عفت و ناموس زن، منجر به تفخیز یا مساحقه شود، مرتکب آن به حبس طویل محکوم می‌شود. در این مورد کود جزا چنین تذکر داده است: «(۱) شخصی که مرتکب تجاوز به عفت و ناموس زن شود، ولی تجاوز وی منجر به دخول در قبل و دُبر نشود، بلکه منجر به تفخیز، مساحقه یا تماس جنسی شود، به حبس طویل تا هفت سال، محکوم می‌شود». (کود جزا، ۱۳۹۶: ماده ۶۴۰)

۴-۵. مجازات جرم تفخیز

فقهای اهل سنت به شمول احناف معتقدند که تفخیز از جمله جرائم تعزیر است و به دلیل نبود شرایط حد در آن، نمی‌توانیم آن را حد محسوب کنیم. بنابراین حاکم یا قاضی اسلامی، صلاحیت دارد تا این شخص را تعزیراً مجازات کند. (سلطانی، ۱۳۹۵: ۱۰۲) قانون‌گذار در کود جزای افغانستان، تفخیز را از جمله جرائم حد محسوب نکرده، بلکه آن را با توجه به دیدگاه‌های فقهای اسلامی از جمله جرائم تعزیر دانسته و مجازات آن را نیز تعزیر شمرده است. در کود جزا آمده است: «هرگاه مردی با مرد دیگری مرتکب عمل تفخیز گردند، به حبس قصیر محکوم می‌گردند». (کود جزا، ۱۳۹۶: ماده ۶۴۹)

نتیجه‌گیری

با توجه به مباحث انجام‌شده، در نهایت می‌توان به نتایج ذیل دست یافت:



۱. در اثر انجام این پژوهش جرائم جنسی به دو بخش کلی تصنیف شد؛ یکی جرائم جنسی مستقیم (اصلی) و دیگری جرائم جنسی غیرمستقیم (فرعی) و جرائم جنسی اصلی در این تحقیق با توجه به کود جزای افغانستان، بحث شد.
۲. برخی جرائم جنسی اصلی که در کود جزا جرم‌انگاری شده، در این تحقیق سعی شد تا به توسعه داده‌ها و تعریف آن پرداخته شود؛ مانند تفخیز و مساحقه که جدیداً در کود گنجانیده شده است با ذکر شرایط و عناصر متشکله هر یک از آن‌ها بحث شد.
۳. جرائم جنسی اصلی، از دو بُعد (حد و تعزیر) بررسی شد. دلیل این بررسی، اسلامی بودن و احکام تعزیری است که سیستم حقوقی افغانستان از آن منشأ گرفته و متعلق به دین اسلام است، چنان‌که اهمیت جرم‌انگاری آن‌ها به متضررین و مجنی‌علیه، جامعه و دولت می‌رسد.
۴. علاوه بر این، بررسی‌های این تحقیق نشان می‌دهد که با وجود این‌که تقریباً همه آموزه‌های اسلامی در خصوص جرائم جنسی ماهیت امضایی دارند؛ اما رویکرد تکاملی و کرامت‌مدار مقررات اسلامی در مقایسه با کود جزا جنبه تأسیسی دارد؛ به گونه‌ای که هدف از جرم‌انگاری جرائم جنسی مستقیم (اصلی) حفاظت از حریم خانواده، اجتماع و اخلاق دانسته شده است.
۵. جرائم جنسی مستقیم به صورت مطلق ارتکاب نمی‌یابد، بلکه قانون‌گذار زمانی این اعمال را جرم اعلام می‌کند که نخست این اعمال را تعریف، سپس شرایط و در نهایت به تبیین عناصر تشکیل‌دهنده، طرق اثبات این جرائم و مجازات آن‌ها پرداخته است.

فهرست منابع

قرآن کریم

الف. کتابها

۱. استادی، هوشنگ، (۱۳۸۶)، فرهنگ عربی- فارسی مبین، مشهد: انتشارات ترانه.
۲. الهی بلندشهری، محمد عاشق، (۱۳۸۹)، شرح قدوری (التسهیل الضروري لمسائل القدوری فی فقه امام الاعظم ابی حنیفه النعمان بن ثابت)، (ترجمه: فیض محمد بلوچ)، خراسان رضوی: انتشارات خواجه عبدالله انصاری.
۳. بروکس، تام، (۱۳۹۵)، مجازات، (: محمد علی کاظم نظری)، تهران: نشر میزان.
۴. رحیم، محمد عارف، (۱۳۹۷)، حقوق جزای اختصاصی، بلخ: نشر ثقافت.
۵. رسولی، محمد اشرف، (۱۳۹۳)، اصول، روش و فنون قانون‌گذاری، کابل: انتشارات سعید.
۶. رضایی، غلام حیدر، (۱۳۹۴)، حقوق جزای اختصاصی (جرائم علیه حیثیت)، کابل: انتشارات دانشگاه کاتب.
۷. سابق، سید، (۱۳۹۴)، حدود و تعزیرات در اسلام، (ترجمه: محمود ابراهیمی)، کابل: انتشارات مستقبل.
۸. سابق، سید، (۱۳۹۴)، فقه السنه، (ترجمه: محمود ابراهیمی)، تهران: نشر عقیده.
۹. ستانکزی، نصرالله و دیگران، (۱۳۸۷)، قاموس اصطلاحات حقوقی، کابل: انتشارات دانشگاه کابل.
۱۰. سلطانی، سلطان شاه، (۱۳۹۵)، حقوق جزای اسلام، کابل: انتشارات ثقافت.
۱۱. صابونی، محمد علی، ۱۳۸۹ تفسیر آیات احکام، (ترجمه: فرزاد پارسا)، تهران: انتشارات کردستان.
۱۲. عوده، عبدالقادر، (۱۳۹۴)، بررسی تطبیقی حقوق جزای اسلامی و قوانین عرفی، (ترجمه: حسن فرهودی نیا)، کابل: انتشارات احسان.
۱۳. غلامی، حسین، (۱۳۸۵)، مبانی عدالت جزایی در افغانستان، کابل: انتشارات خالد.





۱۴. نذیر، داد محمد، (۱۳۹۰)، *حقوق جزای اختصاصی اسلام*، کابل: انتشارات رسالت.
۱۵. ولیدی، محمد صالح، (۱۳۸۳)، *حقوق جزای اختصاصی (جرائم علیه عفت و اخلاق عمومی)*، تهران: انتشارات امیر کبیر.

ب. مقاله‌ها و پایان‌نامه‌ها

۱۶. سرآمد، محمد حسین و دیگران، (۱۳۹۲)، *تجاوز جنسی و قتل ناموسی در افغانستان*، کابل: نشر کمیسیون مستقل حقوق بشر.
۱۷. عظیمی، هدایت الله، (۱۳۹۳)، *دلایل ومدارک اثباتیه دعاوی جزایی در افغانستان* (پایان‌نامه لیسانس)، کابل: دانشگاه تابش.

ج. اسناد تقنینی

۱۸. وزارت عدلیه، *قانون اجراءات جزایی*، کابل، جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۱۳۲، سال ۱۳۹۳.
۱۹. وزارت عدلیه، *قانون اساسی*، کابل: جریده رسمی، شماره مسلسل ۸۱۸، سال ۱۳۸۲.
۲۰. وزارت عدلیه، *قانون جزا*، کابل، جریده رسمی، شماره مسلسل ۳۴۷، سال ۱۳۵۵.
۲۱. وزارت عدلیه، *قانون مبارزه منع خشونت علیه زنان کابل*، جریده رسمی، شماره مسلسل ۹۸۹، سال ۱۳۸۸.
۲۲. وزارت عدلیه، *کود جزا*، کابل، جریده رسمی، شماره مسلسل ۱۲۶۰، سال ۱۳۹۶.